臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度原侵上更二字第1號

上　訴　人
即　被　告　全君豪
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　張宸浩律師
　　陳恪勤律師

上列上訴人因妨害性自主罪案件，不服臺灣臺中地方法院112年度原侵訴字第4號中華民國112年10月11日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第9837號），提起上訴，經本院判決後，最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決有罪部分撤銷。

Ａ０１犯乘機性交未遂罪，處有期徒刑貳年玖月。

事　實

一、Ａ０１為代號AB000-A111559A（真實姓名詳卷，下稱甲女）之表弟，代號AB000-A111559女子（真實姓名詳卷，下稱Ａ女）則與甲女合租臺中市北區某房屋（地址詳卷），為室友關係。民國111年10月22日，Ａ０１與其妻謝○○、2名女兒，以及甲女兄長伍○○、伍○○妻子全○○、女兒至臺中地區遊玩，同日晚間借宿在甲女上址租屋處，甲女、Ａ女、Ａ０１、謝○○及伍○○等人並於同日20時許，在該租屋處客房飲酒、聊天，迨至同日22時許，Ａ女已處於泥醉、昏睡之酒醉狀態，謝○○乃攙扶Ａ女返回其房間休息。嗣於翌日（即23日）2時許結束飲酒後，甲女等人陸續回房間就寢（期間甲女之姑丈、姑姑於22日23時30分許來訪，於23日1時許離去），Ａ０１、謝○○及2名女兒則留在其等飲酒之客房就寢。詎Ａ０１於同年月23日3時後之某時，利用甲女泥醉、昏睡意識不清，處於相類精神障礙而無法抗拒狀況，基於乘機性交之犯意，進入Ａ女房間，脫下Ａ女短褲、內

褲，以其陰莖碰觸、磨蹭Ａ女之陰道口，欲以此方式將其陰莖插入Ａ女陰道內性交，然因故未能插入而止於未遂，其並於離開Ａ女房間後某時，再次進入Ａ女房間，以陰莖在Ａ女陰道附近摩擦後，幫Ａ女穿回內褲、短褲後離開，其間，Ａ女曾於Ａ０１脫去其褲子時醒來，但因酒醉而無法反應。嗣Ａ女醒來後，依其片斷記憶懷疑自己遭當日屋內男子性侵害，於111年10月24日上午12時許前往中國醫藥大學附設醫院驗傷、採證，在Ａ女內褲腰部外側採得微物及短褲右後側臀部、右後側大腿部採得血跡，均驗出與Ａ０１相符之DNA型別，始查悉上情。

二、案經臺中市政府警察局第二分局移送臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、程序部分

㈠本案審判範圍：上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。刑事訴訟法第348條定有明文。又該條第2項但書所稱「無罪、免訴或不受理者」，並不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之（刑事訴訟法第348條立法理由參照）。上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）被訴以其生殖器插入Ａ女口腔之乘機性交罪嫌，前經原審判決不另為無罪之諭知(見原審判決理由欄□)，其後僅被告就其有罪部分提起上訴，檢察官則未提起上訴，依上開規定，該不另為無罪諭知部分，於檢察官對原審判決之上訴期間屆滿時即告確定，不生移審效果，不在本案上訴、審判之範圍，合先敘明。

㈡證據能力：

1.告訴人Ａ女警詢之陳述，有證據能力

⑴按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定

者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。而性侵害犯罪防治法第26條第1項第1款、第2款（修正前原列第17條第1款、第2款）規定，被害人於審判時有因性侵害致身心創傷無法陳述，或到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全陳述或拒絕陳述者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據。旨在兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之正當目的，為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之。法院於訴訟上以之作為證據者，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，基於憲法公平審判原則，應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失。包括在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性（司法院釋字第789號解釋文參照）。又前號解釋之解釋理由書第5段、第6段尚分別揭示：「所謂『因性侵害致身心創傷無法陳述』，係指被害人因本案所涉性侵害爭議，致身心創傷而無法於審判中陳述。基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，刑事被告詰問證人之機會應受到最大可能之保障，是系爭規定應僅限於被害人因其身心創傷狀況，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述者，始有其適用。有爭議時，法院應依檢察官之舉證為必要之調查（如經專業鑑定程序、函調相關身心狀況資料）」、「所謂『經證明具有可信之特別情況』，係指性侵害案件，經適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，除足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距、陳述之神

情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言」。被告及辯護人雖爭執證人即告訴人Ａ女於警詢時所為證述之證據能力，然查：

①檢察官於偵查中傳喚告訴人，其於112年4月10日、5月11日均未到庭，告訴人之父並於同年5月4日以電話向書記官陳稱：「為了不想讓Ａ女再想到那件事，已搬到臺北」，及於同年5月6日提出刑事陳報狀載明：「當事人目前仍是學生，不堪承受如此重大打擊，情緒無法自理。為恐身心受創造成二次傷害，懇請檢方准許請假」，檢察官即未再行傳喚告訴人；本案提起公訴後，原審再依檢察官聲請傳喚證人Ａ女，惟財團法人現代婦女教育基金會社工ＡＯ４於112年7月24日來電表示：「（告訴人）112年8月2日亦不願再出庭」，檢察官亦於112年8月2日提出補充理由書聲請對告訴人實施心理衡鑑，原審於同年8月8日囑託臺北市立聯合醫院松德院區進行心理衡鑑，臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心於同年8月21日出具個案工作報告載明：「心理影響及態度：案主自述面對筆錄、開庭、社工的關懷，都因為需要不斷地敘述事件而讓案主感到焦慮、心煩意亂、社工觀察案主在提及事件相關資訊時，確實有明顯身心反應（情緒低落、感到煩躁），案主迴避事件相關感受，以維持日常生活穩定」、「創傷評估量表：案主無意願填寫心理創傷評估量表」、「結案原因為案主明確表示無社工服務意願，社工的聯繫會讓案主感到煩躁，與案主及案家人討論後同意社工進行結案」、「案主認為開庭陳述是二次傷害，不願再出庭陳述」；社工ＡＯ４於同年8月28日再次以電話向書記官稱：「因被害人Ａ女及其父親都不希望社工再聯繫被害人，所以不會再聯繫被害人Ａ女及其父親」，因而未能進行心理衡鑑，告訴人亦未於同年9月20日審理期日到庭作證。再本案上訴後，辯護人復於本院前審聲請傳喚證人Ａ女，社工ＡＯ４仍稱：個案於111年12月1日開始服務至112年4月結案，因

Ａ女拒絕談論此性侵害案件，同時拒絕接觸社工對Ａ女的輔導服務，尤其在詢問去年可否到法院開庭時，Ａ女整個情緒崩潰等語，另辯護人於本院前審亦聲請對告訴人進行心理衡鑑，本院前審委請臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心電詢被害人父親：①被害人目前之身心狀況？②被害人是否能至臺北市立聯合醫院松德院區進行心理衡鑑之鑑定？③被害人之身心狀況能否至法院作證並進行交互詰問？等情，經該中心於113年3月4日電話聯繫被害人父親後分別就上開詢問事項依序回覆：①被害人現在因為無再接觸該受害事件，身心狀況改善許多，已無就診身心科之需求。②音量變大、語氣不耐地表示就不用讓被害人再處理這件事，之前就說不用，現在為何再來詢問。③情緒盛怒地表示先前已說明不願再讓被害人接觸司法事件，無須提供傳喚、協助等情，有臺灣臺中地方檢察署點名單2紙、公務電話紀錄表、刑事陳報狀、原審準備程序筆錄、公務電話紀錄2紙、檢察官補充理由書、原審法院函（稿）、刑事案件報到單、原審法院審理筆錄、臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心112年8月23日北市家防性字第1123009508號函檢附個案報告表、刑事調查證據聲請狀、本院公務電話查詢紀錄表、審理筆錄、臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心113年3月8日北市家防性字第1133002901號函在卷（偵卷第117、139、14頁；不公開卷第31頁；原審卷第48、57、143、159、163、185、189頁，原審侵訴不公開卷第33至37頁；本院前審卷第103、107、119、127至129頁）。是本案歷經偵查、第一審及本院前審程序，告訴人均未能到庭作證，分別由其父親或社工Ａ０４以言詞、書狀或個案報告表等方式，向法院陳明告訴人無意到庭作證或接受心理衡鑑之專業鑑定程序，及依告訴人之身心狀況，無法到庭再次陳述等情狀。再佐以社工Ａ０４於本院更一審審理時證稱：Ａ女為其服務個案，只有以電話聯絡過，沒有見面，案發時Ａ女為學生，因發生本案後不想要再來臺中，便休學回臺北休養身體及重考大學；第2次地檢署傳喚時，Ａ女明

顯不想要處理這件事情，覺得不管是跟身心科醫生、社工或開庭時，都會讓她去想到性侵害的事情，所以不想要出庭，想要把事件留在臺中，在臺北重新生活；與A女談到相關事件時，A女就會變得比較緊張及焦慮，其中情緒比較大的是第1次地檢署開庭時A女沒有去，書記官打電話給A女，A女明顯被嚇到，主動打電話給我，說不知道怎麼辦，我一接到電話，A女就直接哭了；A女在我服務的個案中，屬於可以跟她聊其他生活狀況，但完全不想談這件事情，只要提到這件事情，像是收到傳票、要去開庭之類，就會變得比較焦慮，甚至接到書記官電話時，直接情緒崩潰、一直哭。在擔任社工職務，與A女聊到與本案相關事項，例如傳票送達、心理諮商、法律協助等程序事項時，A女就已經展現情緒反應，抗拒社工提出之司法協助，實際上尚未講到案件實質內容時，A女就已經有情緒反應等語甚詳（本院更一審卷第248至252、258、260、261頁），堪認告訴人案發後與社工ＡＯ４以電話聯繫時，不願談及本案經過，且接獲地檢署開庭傳票便顯得焦慮，甚至接獲地檢署書記官電話通知開庭時情緒崩潰、大哭，遑論在法庭內或由社工員陪同在隔離指認室到庭接受交互問。本案依告訴人經檢察官及原審多次傳喚均未到庭，及無意接受心理衡鑑而無法囑託專業機關鑑定等情，佐以社工ＡＯ４及告訴人之父親以電話及書狀所表示之意見，及經本院更一審依最高法院第一次發回意旨所指事項，依檢察官聲請傳喚社工ＡＯ４到庭證述其與告訴人接觸時查悉之身心狀況及情緒反應等相關必要程序，已足確認告訴人確因本案性侵害犯罪之被害而陷於身心嚴重受創，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述。被告上訴雖以A女既未經專業療機構鑑定確有身心創傷，其父親又已明確陳稱「被害人現在因為無再接觸該受害事件，身心狀況改善許多，已無就診身心科之需求」，顯見A女並無「因性侵害致身心創傷無法陳述」之情形等語，惟A女父親所述「A女已無就診身心科之需求」是其個人判斷，且意在強調A女

拒絕接受心理衡鑑之理由，且其前提係設定在「被害人現在因為無再接觸該受害事件」，豈能以此反向推論A女並無「因性侵害致身心創傷無法陳述」情形，其此部分主張並無可採。

②本案被告於原審尚聲請傳喚被告之妻謝○○及甲女（原審卷第48頁），並經其等到庭接受交互詰問（原審卷第108至141頁），已強化被告對其他證人之詰問權。又本案在證據評價上，亦非以告訴人警詢陳述為唯一或主要證據，尚有內政部警政署111年11月23日刑生字第1117036260號鑑定書、112年1月7日刑生字第1120002724號鑑定書、113年12月26日刑生字第1136155615號函及附件照片12張、中國醫藥大學附設醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書、性侵害犯罪事件通報表，及告訴人提供扣案之編號A2內褲、編號A3短褲等證據可資補強告訴人警詢陳述真實性。此外，告訴人於10月23日案發後翌日（10月24日）12時20分許即由中國醫藥大學附設醫院醫師進行驗傷及採證，並由同性別專責人員即警員王姵勛於10月24日15時55分起詢問及製作警詢筆錄，當時距離案發時間相近，於警詢時所為自身受害之陳述，記憶自較為深刻清晰，可立即回想反應其所親身見聞體驗之事實，不致於因時隔日久而遺忘案情或記憶力受外力污染，告訴人亦未指出其於警詢時所為陳述係受強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾所致。是依告訴人警詢陳述之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項予以觀察，在客觀上具有較可信為真實之基礎，而具有較可信之特別情況。又性侵害案件多發生於私密封閉而少有第三人在場之環境，告訴人警詢對於犯罪被害過程之陳述，無從以其他證據取代而達同一目的，對於本案犯罪事實存否之判斷，當屬至為必要之證據。

③綜上所述，告訴人於審判時確有因本案性侵害致身心創傷無法陳述，其於警詢時所為之陳述，具有可信之特別情況，且為證明犯罪存否所必要，及本案於調查證據程序上，已強化被告對其他證人之詰問權，並於證據評價上，未以告訴人警

詢陳述為被告有罪判決之唯一證據，依司法院釋字第789號解釋意旨，已合於性侵害犯罪防治法第26條第1項第1款之規定，告訴人之警詢陳述應有證據能力。

⑵辯護意旨雖以黃瑞明大法官上開解釋之協同意見書，認關於「因性侵害致身心創傷無法陳述」之判斷，必須嚴格解釋為例外與最後手段，且被害人無法陳述之情形應有專業醫療、鑑定意見為依據，而該鑑定意見須足以支持被害人在審判期日及相當期間內有此情形等語，認為釋字第789號解釋關於被害人之警詢筆錄是否得作為證據，應有非常嚴格的要件及程序等語（本院前審卷第171頁）。惟上開協同意見所指之確定終局判決係因「被害人表態不願意報案，亦不願意說明案情，則被害人事後不願意至法院作證，是否『因性侵害致身心創傷無法陳述』，抑或案發之初『原不願意報案亦不願意說明案情』之態度有其他隱情，尚有判斷之空間」，與本案告訴人因性侵害犯罪之被害而陷於身心嚴重受創，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述之情狀有別，尚難援引上開協同意見認為告訴人之警詢陳述無證據能力，併此說明。

2.除上述以外，本案以下所引用被告以外之人於審判外之供述證據，被告及其辯護人於本院準備程序均表示沒有意見（本院更二卷第63至66頁），且於審判期日亦未聲明異議，另本案所引用之非供述證據，檢察官、被告及辯護人均未表示無證據能力，本院審酌該等證據作成及取得之程序均無違法之處，依法均可作為認定犯罪事實之證據。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

訊據被告固坦承有於上開時、地，與甲女及告訴人Ａ女等人在甲女上開租屋處客房飲酒、聊天，以及其妻謝○○有將酒醉之告訴人攙扶回房休息等情不諱，惟矢口否認有上開乘機性交未遂犯行，辯稱：沒有乘告訴人酒醉熟睡之際，脫去告訴人短褲及內褲，將陰莖插入告訴人陰道行為，亦無嗣後再進入告訴人房內為告訴人穿上內褲及短褲等語。惟查：

㈠被告為甲女表弟，甲女與告訴人因在臺中市北區某房屋合租而為室友關係，被告及伍○○等家人於111年10月22日至臺中地區遊玩，同日晚間借宿在甲女租屋處，並於同日20時許，與甲女、告訴人、謝○○及伍○○夫妻等人在該租屋處客房飲酒、聊天，謝○○於同日22時許，見告訴人已處於酒醉狀態，便將告訴人攙扶回房休息等情，業據被告於偵查及原審審理時均供承或不爭執在卷，核與證人甲女於警詢證稱：「喝到22時左右我室友就醉了，在喝酒那間睡著，又起來吐了之後我就跟弟媳攙扶她回她的房間」等語（偵卷第31頁），於原審審理時證稱：「我記得Ａ女喝醉了，不能走，最後是我弟媳（謝○○）扶他回房間的。（妳有無扶被害人回房間？）當時我好像有扶她一下，但是我之後就去廚房」等語（原審卷第127頁），及證人謝○○警詢時證稱：「我當時叫表姊室友好幾聲她才醒來，要走回房內也走不穩，所以我有環抱攙扶她回房內休息」等語（偵卷第35頁），於原審審理時證稱：「是我扶她進房間」等語相符（原審卷第115頁），並有告訴人手繪現場位置圖及甲女IG限時動態在卷可稽（偵卷第79、81頁），上開事實可以認定。且由證人甲女、謝○○上開所證情節，以及證人Ａ女於警詢證述：喝高粱四杯、啤酒混燒酒三、四杯左右，……，我酒醉前，其他人有沒有醉我不曉得；案發前喝酒（高粱、啤酒、燒酒）有混酒，是他們遞給我的，我一回房間就吐，完全斷片，對這件事是片段的印象等語（偵卷23、24頁），足認告訴人於111年10月22日22時許，即因飲酒過量處於泥醉、昏睡等狀態，且無法自行走回房內休息，入房之後仍處於相同狀況，應可認定。

㈡被告有進入Ａ女房間，脫下Ａ女短褲、內褲，且至少有以其陰莖碰觸、磨蹭Ａ女陰道口，試圖以此方式將陰莖插入Ａ女陰道內性交事實之認定

1.證人Ａ女於案發翌日111年10月24日警詢證稱：「我酒醉後已經不知道怎麼回房間，是嫌疑人把我褲子脫下的時候我才

醒來；我看到嫌疑人把生殖器放進我的陰道，……，我有看到他的臉，但因為房間黑暗無法確認是誰。性侵次數我不確定。……，案發後想說我才剛搬進新租屋處，考量到對方是室友的家人，又各自有家庭，再加上我心情不適，在和我朋友聊過後才決定到醫院驗傷」、「嫌疑人是趁我酒醉無法抗拒，過程應該有十幾分鐘；過2、3個小時他又回來，用他的生殖器在我的陰道附近摩擦，再幫我把褲子穿上，這次應該只有幾分鐘。我印象中兩次性侵是同一人。過程中我上衣是穿在身上的，嫌疑人第一次性侵時把我的褲子和內褲脫掉放在床尾；第二次進來房間時幫我把褲子穿上，因為對方知道我沒有穿褲子、內褲，又知道衣物放置的位置，所以我認為嫌疑人是同一人。但我無法確定嫌疑人是哥哥或弟弟」、「我一回房間就吐了，完全斷片，對這件事是片段的印象，當下沒有做反應」等語（偵卷第23、24頁），可知告訴人於報警之時，並不知究係被告抑或當日同在場之另一男性伍○○對其為本案行為，然就當日其因酒醉返回房間後已斷片，僅存片段印象，其係於嫌疑人將其短褲、內褲脫下後醒來，嫌疑人把生殖器放進其陰道，過2、3小時後該嫌疑人再度返回，以生殖器在其陰道附近摩擦，將其內褲及短褲穿上，當下其沒有作出反應等節證述明確。衡之Ａ女當時並未有具體指訴對象，僅因酒醉後斷片，存有遭性侵害之片段，乃於案發翌日上午前往驗傷、報警，所述情節並無明顯誇大、渲染被害情節而有逸脫常理之處，若非曾親身經歷此事件，應難以就被害情節為上開敘述，況Ａ女與甲女合租不久，與被告或伍○○當日係第一次見面，衡情並無任何恩怨仇隙，豈有無視個人名節，虛構事實誣陷被告或伍○○之動機及必要，其證言自具有相當之憑信性。

2.經採驗後，於Ａ女送驗內褲腰部外側微物、短褲右後側臀部處血跡、右後側大腿部處血跡，均檢出與被告之型別相符之男性Y染色體DNA-STR型別，足以補強甲女上開指證訴之可信性：

①告訴人於111年10月24日將其當日穿著之上衣（編號A1）、內褲（編號A2）及短褲（編號A3）交予臺中市政府警察局第二分局偵查隊扣案，經內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）對前揭扣案物進行鑑定，除「編號A1上衣，經紫外光檢視，未發現可疑斑跡，故未進行DNA鑑定」外，鑑定結論認：「送鑑定編號A2內褲（被害人自行提供）腰部外側微物（主要型別）、編號A3短褲（被害人自行提供）右後側臀部標示00000000處血跡、編號A3短褲（被害人自行提供）右後側大腿部標示00000000處血跡檢出同一女性體染色體DNA-STR型別，與被害人DNA-STR型別相符……；另前述證物檢出同一男性Y染色體DNA-STR型別，與涉嫌人Ａ０１型別相符，不排除其來自涉嫌人Ａ０１或與其具同父系血緣關係之人；該型別與涉嫌人伍○○型別不同，可排除其來自涉嫌人伍○○」等情，有臺中市政府警察局第二分局勘察採證同意書、刑事警察局112年1月7日刑生字第1120002724號鑑定書、111年11月23日刑生字第1117036260號鑑定書在卷可稽（偵卷第71、72、83至86頁；偵查不公開卷第21至25頁），上開鑑定結果，核與告訴人於111年10月24日警詢具體指出嫌疑人並未脫去其上衣，僅將其短褲、內褲脫下之情節相符，可認其於刑事警察局鑑定前所為之指訴，與嗣後之鑑定結論相符，益徵告訴人警詢所為嫌疑人對其所為行為之指訴，係就其親身經歷，於泥醉下依憑片段記憶所為，上開鑑定結果自足以補強Ａ女證述之可信性。

②本院更一審依最高法院第一次發回意旨：「鑑定書所指之被害人『內褲腰部外側』，其確切位置究竟為何？有無拍攝相關採證照片可資比對？」、「被害人報案時所提供且未經清洗之內褲及外褲（見被害人警詢筆錄），是否沾染相當之血跡」等語，發函向內政部警政署調取編號A2內褲及編號A3短褲照片，及詢問前揭鑑定書所指編號A2內褲腰部外側「微物」、編號A3短褲「血跡」等跡證為何物，經刑事警察局函覆：「編號A2內褲，……採樣腰部外側微物係以採證膠片黏

取內褲外側腰部範圍之表面，將**表面各項微物及可能殘留之皮屑組織**黏取下後進行後續DNA鑑定……，研判該微物DNA主要來自被害人，另含有微量男性DNA，無法研判其細胞屬性」、「編號A3短褲右後側臀部標示00000000處、右後側大腿部標示00000000處，……前述檢體**可能含有血液**，惟無法區別經血或周邊血」，有刑事警察局113年12月26日刑生字第1136155615號函及附件照片12張在卷（本院更一卷第59至72頁）。而依卷附編號A2內褲、編號A3短褲照片所示（本院更一卷第61至72頁），該編號A2內褲為低腰型式，內褲外側腰部高度明顯低於編號A3短褲之外側腰部高度，鑑定單位既在編號A2內褲「外側腰部範圍之表面」取得與被告有關之「各項微物及可能殘留之皮屑組織」跡證，足認被告係先將告訴人穿著之編號A3短褲脫掉，再碰觸編號A2內褲「外側腰部範圍之表面」，將編號A2內褲脫去，始會在編號A2內褲「外側腰部範圍之表面」留下「各項微物及可能殘留之皮屑組織」跡證，此與告訴人於警詢指訴「嫌疑人把我褲子脫下」之情節相符。再依卷附中國醫藥大學附設醫院受理疑似性侵害案件驗傷診斷書記載，告訴人距離驗傷採證之最近一次月經起始日為111年10月21日（偵查不公開卷第11頁），與本案發生時即111年10月22日晚間僅相隔一天；參酌刑事警察局111年11月23日刑生字第1117036260號鑑定結果認：「編號A3短褲採樣右後側臀部標示00000000處、右側大腿處標示00000000處，以Kastle-Meyer血跡反應檢測法檢測結果，均呈陽性反應，經萃取DNA檢測，人類DNA及男性Y染色體DNA定量結果，均為男女DNA混合，女性DNA含量比例均偏高」等語（偵查不公開卷第22頁），可見「編號A3短褲右後側臀部標示00000000處」、「編號A3短褲右後側大腿部標示00000000處」血跡，應係被告脫去告訴人褲子以其陰莖碰觸、磨蹭A女陰道口時，因告訴人適逢月經，沾染告訴人經血或周邊血，始在編號A3短褲右後側臀部、右後側大腿部標示處留下混合其與告訴人DNA，且女性DNA含量比例偏高之血

跡。從而，依上開跡證鑑定結果，足認被告即係於案發時進入告訴人房內，利用告訴人酒醉昏睡而不能抗拒之際，將告訴人短褲、內褲脫下，以其陰莖碰觸、磨蹭A女之陰道口，及於其後某時，再度至告訴人房內磨擦A女陰道口，幫告訴人將內褲及短褲穿上之人。

③辯護意旨雖以：依證人謝○○及甲女證述，可證告訴人有相當時間坐在被告左側，其右側臀部、大腿靠近被告，在飲酒過程中，衣物沾染到被告DNA實屬正常；上開血跡極高度可能係被告不慎劃破皮膚導致地板沾染血液，告訴人又坐在血液上方，才使短褲沾染被告血跡云云（原審卷第79頁）。姑不論A女內褲腰部外側微物亦驗出與被告DNA型別相符，且遍查本案卷證資料，被告未曾供述其在飲酒之客房有不慎劃破皮膚之情節，告訴人、證人甲女、謝○○及全○○亦均未證述有類似情節發生，上開辯護意旨純屬臆測，並無客觀證據資料可資佐證，此由上開鑑定結果，認編號A3短褲採樣右後側臀部標示00000000處、右側大腿處標示00000000處，經萃取DNA檢測，人類DNA及男性Y染色體DNA定量結果，均為男女DNA混合，女性DNA含量比例均偏高，更不可能如辯護意旨所指之告訴人短褲沾染被告血跡之情。此外，被告與告訴人於飲酒期間並無身體上碰觸，業據被告於偵查時供稱：「當天喝酒沒有什麼接觸」等語（偵卷第124頁），核與證人甲女於原審證稱：「（被告有無扶A女回房間？）沒有」、「（妳與被告在喝酒的過程，妳有無看到被告摸被害人的身體、衣服？）……我在的時候是沒有看到」等語（原審卷第127、131頁），及證人謝○○於原審證稱：「（被告是否都沒有去碰到被害人？）沒有」等語相符（原審卷第125頁），被告與告訴人在客房飲酒時既然無身體上之碰觸，則告訴人穿著之「編號A3短褲右後側臀部標示00000000處」、「編號A3短褲右後側大腿部標示00000000處」等2處血跡跡證，即非於飲酒期間不慎碰觸所致。再者，關於被告、甲女及告訴人22日晚間在租屋處飲酒房間內席地而坐之相對位

置，證人甲女於原審證稱：「（當時喝酒時，被害人A女坐在何處？）A女坐在我的左手邊。（被告坐在何處？）被告坐在我的右手邊。（從頭到尾被害人與被告有無坐在一起過？）中間我有去買酒、拿外送，我不在時他們應該是坐在一起的」、「（妳中途有離開，回來時坐在何處？）一樣坐在他們的中間」、「（妳有離開兩次，離開回來後是否還坐在被告與被害人中間？）是」等語（原審卷第126、131、132頁），並有甲女於112年8月2日手繪現場圖在卷（原審卷第155頁），足認當日晚間在租屋處客房飲酒、聊天時，證人甲女坐在被告與告訴人中間，僅曾於購物及拿取外送時2度起身離座，且回座時仍坐在被告與告訴人中間。再觀之證人甲女與被告於當日晚間飲酒之照片（偵卷第77頁），證人甲女坐在被告左側時，尚有相當距離，並未緊靠而坐，可見告訴人當日晚間在飲酒房間所坐位置距離被告更遠，縱使證人甲女曾2度起身外出買酒、拿取外送，被告亦難以不慎碰觸到告訴人穿著之「編號A2內褲外側腰部範圍之表面」、「編號A3短褲右後側臀部標示00000000處」、「編號A3短褲右後側大腿部標示00000000處」等處，上開辯護意旨均無可採。至證人謝○○就當日被告、甲女及告訴人在飲酒房間所坐位置部分，雖於原審證稱：「我先生坐在我的對面，A女的旁邊」等語，並於原審當庭畫出現場圖在卷（原審卷第113、153頁），然此與證人甲女前揭證述情節有異，並與卷附之證人甲女與被告於當日晚間所拍攝之飲酒照片不符，證人謝○○此部分證述應為其個人記憶上錯置，無從據以為被告有利之認定，併此說明。

3.證人陳述之證言組合，其中屬於轉述其聽聞自被害人陳述被害經過者，固屬於與被害人之陳述具同一性之累積證據，而不具補強證據之適格；但依其陳述內容，苟係以之供為證明被害人之心理狀態，或用以證明被害人之認知，或以之證明對聽聞被害人所造成之影響者，由於該證人之陳述本身並非用來證明其轉述之內容是否真實，而是作為情況證據（間接

證據）以之推論被害人陳述當時之心理或認知，或是供為證明對該被害人所產生之影響，實已等同證人陳述其當時所目睹被害人之情況，其待證事實與證人之知覺間有關連性，自屬適格之補強證據（最高法院108 年度台上字第2164號刑事判決意旨參照）。證人即財團法人現代婦女教育基金會社工Ａ０４於本院更一審證稱：與Ａ女談到相關事件時，Ａ女就會變得比較緊張及焦慮，其中情緒比較大的是第一次地檢署開庭時Ａ女沒有去，書記官打電話給Ａ女，Ａ女明顯被嚇到，主動打電話給我，說不知道怎麼辦，我一接到電話，Ａ女就直接哭了；Ａ女在我服務的個案中，屬於可以跟她聊其他生活狀況，但完全不想要談這件事情，只要提到這件事情，像是收到傳票、要去開庭之類，就會變得比較焦慮，甚至接到書記官電話時，直接情緒崩潰、一直哭；在擔任社工職務，與Ａ女聊到與本案相關事項，例如傳票送達、心理諮商、法律協助等程序事項時，Ａ女就已經展現情緒反應，抗拒社工提出之司法協助，實際上尚未講到案件實質內容時，Ａ女就已經有情緒反應等語，Ａ女於本案發生後之上開情緒反應，實與性犯罪被害人遭侵犯後，因承受羞愧、自責、害怕、焦慮等心理壓力，所自然流露之常見被害情緒反應，尚無二致，顯非係Ａ女為構陷被告之不實表現，且由Ａ女所表露之前述受害情緒，可見其心理所承受之壓力甚鉅，依上所述，Ａ女於案發後之偵、審程序之強烈情緒反應，亦足以補強Ａ女上開指證述之真實性。

4.公訴意旨雖依告訴人警詢指訴，以被告本案所為係乘機交交既遂罪。惟區辨行為人所為是成立性交罪之關鍵，在於是否符合法定的「性交」定義。刑法第10條第5項規定：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」由其立法定義可知，性交行為必須符合行為人以性器，或性器以外的身體部位或器物「進入」他

人性器，或至少需「使之接合」。而女性的性器可分為內生殖器與外生殖器，陰道、子宮頸、子宮等均屬內生殖器，外生殖器（外陰部）則包括陰阜、大小陰唇、陰蒂、前庭、陰道口、處女膜外側等，凡以性器或性器以外之其他身體部位或器物進入大陰唇內側的性器行為，均為刑法所稱的性交行為，並非以侵入陰道為必要。然而，妨害性自主罪章多數犯罪設有未遂犯，性交既遂與未遂的區分既然是採接合說，亦即須性器或性器以外之其他身體部位進入，或使之接合，則行為人以手「撫摸」女性被害人下體、陰蒂，並用男性性器「磨蹭」女性下體，未必符合前述的「侵入」或「使之接合」要件（最高法院112年度台上字第1352號刑事判決意旨參照）。查告訴人於111年10月24日下午3時55分警詢雖指稱：我在酒醉後不知如何回房間，嫌疑人把我褲子脫下時，我醒來，看到嫌疑人「把生殖器放進我的陰道」等語，似意指被告生殖器有進入其陰道，惟觀之其於同日12時20分許，至中國醫藥大學附設醫院驗傷時，主訴其於酒後意識不清，遭一男子脫去下體衣物，「疑似」遭其性交等語（偵查不公開卷第11頁），另臺中市家庭暴力暨性侵害防治中心於同日14時24分受理本件性侵害犯罪通報時，通報表上係記載：一男子趁A女酒醉無力抗拒，脫A女褲子及內褲，對其實施性交（不確定有無進入）等語（偵查不公開卷第11頁），顯然告訴人於製作警詢筆錄前不久之驗傷、通報程序，均未確認嫌疑人即被告為本案行為時有將生殖器進入其陰道內，恐是因其於案發時處於泥醉「斷片」狀態，對於自身遭以何方式性侵害，並非全然明確，復參以告訴人於案發翌日報案後，經警採集被害人陰道深部棉棒，以顯微鏡檢查未發現精子細胞，以前列腺抗原檢測法檢測結果，呈陰性反應；經直接萃取DNA檢測，人類男性Y染色體DNA定量結果，未檢出DNA量，故未進行DNA-STR型別檢測等情，有上開刑事警察局111年11月23日刑生字第1117036260號鑑定書在卷可參，亦無法證明被告陰莖確有進入A女陰道內，而告訴人於報警後之偵查、

審理程序均未能到庭作證以釐清此一疑點，亦如前述，卷內亦乏其他證據足以證明被告行為時確有插入A女陰道或進入A女大陰唇內側性器，是被告本案對A女所為碰觸、磨蹭舉動，實際上是否已達前揭說明之「侵入」或「使之接合」程度，尚屬不能證明，依罪疑惟輕原則，應認其對告訴人所為性交行為僅止於未遂之階段。至最高法院第二次發回意旨雖認：如被告未將生殖器「插入」A女陰道，其是否有乘機性交之犯意？或僅有乘機猥褻之犯意，亦有疑義等語。然衡酌被告係乘A女泥醉狀況為本案犯行，如其目的僅止於乘機猥褻A女，豈有大費周章、甘冒遭他人發現犯行之較高風險，將A女內褲、短褲均予脫掉，是依被告犯罪之時機、行為之方式，應認其係已著手於性交之行為，然因故未能進入A女陰道或與之接合而不遂，併予敘明。

㈢證人甲女於警詢、原審證稱：散會時意識有點模糊，約2時許回房後即未再走出房間，直接睡到天亮，被告、謝○○均在喝酒房間睡覺，不在視線等語（偵卷第32頁；原審卷第128、135、137、140頁），可知證人甲女於23日2時許，已飲酒至醉返回自己房間休息，直接睡到天亮，未再走出房間，則其對被告曾否於23日3時後某時，由飲酒所在客房至告訴人房內為本案行為，本即毫無所知，自不得據證人甲女無所知悉之證言而為有利於被告之認定。又證人謝○○於警詢及原審證述：被告喝醉後就橫躺在飲酒之客房地上睡覺，其與甲女飲酒至最後，大約喝酒至23日2時左右，我睡覺之房間原有我及被告、伍○○，被告與伍○○原本均睡於該房間，後來伍○○不在該房間內，且我於2點至2點半之間躺下沒多久就睡著，但仍有聽到被告獨自去廁所嘔吐的聲音，而我看到被告自廁所回來睡覺，又曾喚被告至身旁睡覺，早上醒來被告就在旁邊，且我約於早上6、7點才被叫醒，被告上廁所後即睡在其身旁，一直到早上都未再發覺被告起身，當時已睡得比較熟等語（偵卷第36頁；原審卷第109至111、118至120、122至124頁），足見證人謝○○就寢後已熟睡，僅因被

告至廁所嘔吐，始見被告自廁所返回客房內睡覺，直至23日6、7時許才被喚醒，未發覺被告有起身之情形。況依證人甲女於警詢證稱：23日早上大約8、9時，至喝酒房間幫告訴人找東西，確認被告及謝○○都還在睡等語（偵卷第32頁），則證人謝○○就寢後至23日8、9時許，除見被告自廁所返回房間外，其餘時間均處於睡眠狀態，無從僅以證人謝○○之上述證詞，遽認被告並未於上述時段進入告訴人房內為本案乘機性交未遂行為。另證人即伍○○之妻全○○於警詢證稱：其半夜起來看被告與謝○○在喝酒房間休息，其等是睡著狀態等語（偵卷第55頁），然證人全○○並未指出其半夜起身之時間，且其起身後又返回房內休息，則其短暫起身看見被告與證人謝○○在房內睡覺之證言，亦難認與本案犯罪事實之判斷有何關聯。至最高法院第一次發回意旨雖說明：「上訴人之手部、胯下、生殖器甚至身上所著衣褲（被害人稱嫌疑人當時穿著黑色T恤跟短褲），或難免沾染被害人之經血，而極易暴露其犯罪跡證。則上訴人能否在其前後間隔2、3小時步出被害人房間時，或前往廁所清洗前，皆未遭客廳或其他房間之其他在場親友察覺？」等語（最高法院113年度台上字第3434號判決書第3頁第13至18行）。然證人謝○○、全○○於就寢後，雖曾短暫起身而分別看見被告自廁所返回房內睡覺、被告與證人謝○○處於睡眠狀態，惟不知被告於此段期間有無其他活動，已如前述。另證人伍○○於就寢後直至清晨始起床之事實，亦據其於警詢證稱：「我印象中我第一個喝醉就在現場睡著了，我對在場人離開沒有印象。（你睡著後何時起床？起床時旁邊有何人？）我印象中是凌晨，我起床後就到隔壁我妹妹房間與我老婆小孩一起睡覺」、「我直接到我妹妹房間睡，我是早上起來巡視大家的狀況才知道他們睡在喝酒那間」等語（偵卷第45、48頁），可見被告之親友即證人甲女、謝○○、伍○○及全○○均未曾證稱被告於其等就寢後，曾進出告訴人房間或在廁所內清洗等情節，則其等並未發現被告於案發後之身體及衣物是否

有沾染告訴人經血或周邊血，以及有無進入廁所內清洗等節，仍與事理無違，且本案既於告訴人內褲、短褲上跡證均驗得與被告相符之DNA型別，自無從以證人甲女、謝○○、伍○○及全○○等人並未發現被告有無前揭舉動，即為有利被告之認定，併此說明。

㈣辯護意旨雖略以：告訴人於警詢證稱：「而後我意識不清楚，其中一位男性送我回房間，對我實施性侵害」等語（見偵卷第21頁），與檢察官起訴事實認為被告於23日2時許後某時，進入告訴人房間為性侵行為截然不同，且與證人甲女及謝○○等人證述內容不符，足認告訴人證詞與事實矛盾，不足採信云云（原審卷第73至77頁）。然查，本案係證人謝○○於22日22時許，見告訴人已處於酒醉狀態，而將告訴人攙扶回房休息等情，業經本院認定如前，且告訴人係於警詢前階段為前揭證述（警詢筆錄共計9頁，告訴人為此部分供述時，係記載在警詢筆錄第2頁），惟嗣後就其如何返回房內休息及何時醒來乙節，已於同次警詢時補充證稱：「我酒醉後已經不知道怎麼回房間，是嫌疑人把我褲子脫下的時候我才醒來」、「我一回房間就吐了，完全斷片，對這件事片段的印象」等語甚詳（偵卷第23、24頁），則其於警詢前階段時未能明確認知究係由何人攙扶回房休息，當非無由，自不得僅以告訴人因於案發時已處於泥醉狀態，於事後難以敘明部分枝節性之事實，即否定告訴人關於主要犯罪情節之證述內容。

㈤被告及辯護人雖於本院前審聲請傳喚告訴人到庭行交互詰問及聲請對告訴人女進行心理衡鑑（本院前審卷第103、119頁），惟告訴人確實因本案性侵害犯罪之被害而陷於身心嚴重受創，客觀上無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述，已如前述，且無法取得告訴人之同意以進行心理衡鑑，是本院認無傳喚告訴人及進行心理衡鑑之必要。另辯護人於本院前審尚聲請查詢及調取告訴人就讀大學之相關心理諮商紀錄（本院前審卷第141頁），此部分經本院前審向○○大學函

調，並未能調得告訴人之學校心理諮商紀錄，有○○大學函影本在卷可按（本院前審卷第153至154頁）。況告訴人是否有因本案而在學校接受心理諮商輔導？本非必要之措施，且告訴人確實因本案性侵害犯罪之被害而陷於身心嚴重受創，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述，本案於證據評價上，並非僅以告訴人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，已如前述，是上開函示內容亦難作為有利被告之憑採。

㈥綜上所述，被告確有利用告訴人酒醉昏睡而不能抗拒之際，對告訴人為乘機性交未遂之行為，上開所辯無非卸飾之詞，不足採信，本案事證明確，犯行洵堪認定，應依法論科。

三、論罪之理由

㈠核被告所為，係犯刑法第225條第3項、第1項之乘機性交未遂罪。公訴意旨認被告所犯為刑法第225條第1項之乘機性交既遂罪，尚有未洽，業經論述如上，並經本院更二審於準備程序、審理時告知法條，而其罪名並無變更，僅既遂、未遂之不同，無庸變更起訴法條。被告於乘機性交行為未遂後，再次進入告訴人房間磨擦其陰道口所為乘機猥褻之輕度行為，係於密接時、地，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念難以強行分離，應認各個舉動為犯罪行為之一部分，而包括於一行為予以評價，為接續犯，且為其乘機性交未遂之重度行為所吸收，不另論罪。

㈡被告已著手於乘機性交行為之實行，惟止於未遂，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑度減輕其刑。

四、撤銷原審有罪判決及自為判決之理由

㈠原審審理結果，認被告犯乘機性交罪，予以論罪科刑，固非無見。惟被告本案所為是否達「侵入」或「使之接合」程度，尚屬不能證明，應認其對告訴人所為性交行為僅止於未遂階段，已如前述，原審判決未詳予勾稽，遽認被告已經既遂，即有未洽。被告上訴猶以前詞否認犯罪，雖無可採，惟原判決有罪部分既有上開可議之處，仍屬無可維持，應由本

院撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告前無犯罪紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可據，素行尚稱良好；其於妻子、孩子均在同屋身旁之處，猶乘告訴人泥醉昏睡之際，逞其私欲，為本案乘機性交未遂行為，惡性不輕，手段惡劣；告訴人因本案遭性侵後，除報案接受警詢外，立刻返家，全然無法面對本案偵、審司法程序，甚至為離開臺中地區而放棄大學學業，休學重考，身心受害甚鉅，被告犯行所致之實害甚為嚴重，犯後復一再飾詞否認，全無悔意，並兼衡其於法院審理時自陳為陸軍專科學校畢業之智識程度，從事土木工程師，月收入約新臺幣5萬元，已婚，當時有就讀國小4年級、5年級之2名女兒，父母不需由其扶養之家庭生活、經濟狀況（原審卷第196頁；本院卷第109頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑，以示儆懲。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官何昌翰提起公訴，檢察官Ａ０２到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　28　　日

刑事第十庭　　審判長法　官　莊　深　淵

法　官　楊　文　廣

法　官　林　美　玲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　董　怡　湘

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　日