臺灣高等法院刑事判決

96年度上更(一)字第459號

上　訴　人
即　被　告　甲○○　男　27歲（民國00年00月00日生）
身分證統一編號：0000000000號
住桃園縣○○鎮○○路000號
（現羈押於臺灣台北看守所）

指定辯護人　周佳弘律師

上列上訴人因傷害致死案件，不服臺灣桃園地方法院95年度訴字第605號，中華民國95年12月6日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署94年度偵字第21409號），提起上訴，判決後經最高法院第1次發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

○○連續成年人故意對兒童犯傷害致人於死罪，處無期徒刑，褫奪公權終身。

扣案之紋身機壹支及顏料壹瓶均沒收。

事　實

一、甲○○於民國94年2月間，受友人彭○○之託，若彭○○及其女友乙○○入監服刑，則乙○○之子丁○○（91年11月27日生，係兒童及少年福利法第2條所稱之「兒童」）委由甲○○照顧，嗣彭○○、乙○○相繼於同年7月、同年9月16日入監服刑，甲○○遂於同年9月16日，將丁○○帶回家裡照顧。照料期間，甲○○雖無致丁○○死亡之故意，然客觀上可預見如毆打、凌虐兒童身體成傷及兒童意外受傷倘不就醫，將可能導致死亡之結果，且未正常供食，致丁○○有營養不良之情形下，僅因覺得好玩，並基於傷害之概括犯意，自同年10月間某日起，在其位於桃園縣○○鎮○○路000號住處，先後多次強行以紋身機在丁○○之右胸前並向上之右鎖骨、右肩胛區、雙乳房、肚臍、會陰、陽具、右肩三角肌、背部、左肩胛、後頸背、右肩後區之肩胛外上端、右腳

踝、左小腿、右手腕背側等處，紋上太陽、星狀三角形環繞而雙側有翼狀、類象頭狀、條狀、圓形、太極、「卍」等圖樣及「祥」字刺青；另於同年10月、11月間，在上址住處，丁○○因跌倒骨折及洗澡燙傷，傷不使療，而凌虐之，復又因丁○○有哭鬧行為（原因不詳），連續多次徒手毆打丁○○之頭部、雙耳，使丁○○受有右耳基部及耳廓內側外緣4X2公分新舊挫傷、左耳耳廓外緣2X0.5公分及1.5X0.5公分挫傷、後枕部4X3公分血腫等傷害，且就丁○○所受傷勢，均未帶其就醫，而慢性凌虐丁○○，妨害丁○○自然發育。嗣甲○○於95年11月25日晚間某時，在上址住處最後1次毆打丁○○頭部，造成丁○○左額頭4X3公分紅腫鈍挫傷，並嘔吐不止，甲○○乃於同年11月26日上午，託友人李○○將丁○○送往○○綜合醫院就醫，後又轉送長庚紀念醫院急診，惟仍因代謝性衰竭及呼吸性休克，支氣管性肺炎及蜘蛛網膜下腔出血，慢性凌虐及營養不良為直接死亡原因，而不治死亡，警方則經○○綜合醫院通報，至醫院處理，並經甲○○同意，前往其上開住處，扣得甲○○所有，用以為丁○○紋身之紋身機1支、顏料1瓶。

二、案經丁○○之母親乙○○提出告訴，暨臺灣桃園地方法院檢察署檢察官相驗後自動檢舉偵查起訴。

理　由

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律另有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固有明文規定。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至之4之規定，惟經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，為同法第159條之5第1項所明定。本件證人彭○○、乙○○、孫○○、李○○之證詞，依刑事訴訟法第159條之5之規定，具有證據能力（見本院96年7月24日準備程序筆錄及96年8月15日審理筆錄）；又○○綜合醫院急診護理評估表、○○綜合醫院急診護理紀錄、丁○○在

○○綜合醫院接受急診照片12張、相驗照片74張、驗斷書、相驗屍體證明書、法務部法醫研究所（94）醫鑑字第2123號鑑定書1份、法務部法醫研究所95年9月26日以法醫理字第0000000000號函，依刑事訴訟法第159條之4規定，具有證據能力。

二、訊據被告甲○○對於前揭事實，均坦承不諱，並辯稱：請給伊一次機會，伊知道做錯了，當時是因為吸食毒品云云（見本院96年7月24日行準備程序筆錄、96年8月15日審理筆錄）。經查：

（一）、被告對其為丁○○刺青之事，坦承不諱（見偵查卷第4頁；相驗卷第14頁；原審聲羈卷第9頁；原審卷第12 、30頁、原審96年4月26日審理筆錄第2、3頁），並有○○綜合醫院急診護理評估表、○○綜合醫院急診護理紀錄（見偵查卷第20、21頁○○綜合醫院接受急診照片12張（見偵查卷第39至44頁）、相驗照片74張（見偵查卷46至82頁）、法務部法醫研究所（94）醫鑑字第2123號鑑定書1份在卷可稽（見相驗卷第84至95頁），衡諸證人即刺青師彭○○於接受檢察官訊問時證稱：客人在紋身時一定會痛，一般成年人紋身4小時就承受不了，少數客人甚至會要求塗止痛藥膏，但塗了仍舊會痛，依照片所示死者（指丁○○，下同）身上之刺青線條斷定，死者在刺青時，應有在動，在乳頭旁及腋下刺青是最痛的等節（見相驗卷第66、67頁），核與被告自承丁○○於刺青時會表示痛，其係每天刺一點，刺到死者哭就停相符（見相驗卷第67 、69頁），則被告無視丁○○疼痛哭鬧，強行以紋身機，在其右胸前並向上之右鎖骨、右肩胛區、雙乳房、肚臍、會陰、陽具、右肩三角肌、背部、左肩胛、後頸背、右肩後區之肩胛外上端、右腳踝、左小腿、右手腕背側等處，紋上太陽、星狀三角形環繞而雙側有翼狀、類象頭狀、條狀、圓形、太極、「卍」等圖樣及「祥」字刺青，其以紋身機傷害、凌虐

丁○○之行為，事證明確。

（二）、被告於原審審理時，雖否認有毆打丁○○之行為，然其於檢察官訊問時，業已坦承因丁○○哭鬧時，有打丁○○的後腦部位（見相驗卷第54頁反面、第57、58頁），於原審94年11月27日調查時（檢察官聲請羈押）及本院前審審理時，均坦承因為丁○○哭鬧不停，有順手打丁○○的頭，並承認丁○○身上之瘀傷，是其動手打的（見原審聲羈卷第9、10頁，本院前審96年4月26日審理筆錄第6頁），觀之上開法務部法醫研究所鑑定書之記載，丁○○身上受有左額頭4X3公分紅腫鈍挫傷、右耳，丁○○身上受有左額頭4X3公分紅腫鈍挫傷、右耳基部及耳廓內側外緣4X2公分新舊挫傷、左耳耳廓外緣2X0.5公分及1.5X0.5公分挫傷、後枕部4X3公分血腫等傷害，而證人即丁○○之母親乙○○於原審審理時，明確證稱其入監前，丁○○身上並無任何受傷等語（見原審卷第105頁），顯見丁○○上開傷勢，應係被告照料期間所造成，經原審向法務部法醫研究所函詢，該所於95年9 月26日以法醫理字第0000000000號函，就上開鑑定書所載「雙耳、額枕受傷推定為外力，由耳廓內側部受傷處，不支持為意外之可能性。」內容（見相驗卷第92頁），解釋稱：「一般耳廓意外受傷為由外而內，且不易傷及耳廓內側，依法醫學研判，只有在凌虐、施打過程，較易造成耳廓內側之損傷。」（見原審卷第86頁），證人即實際參與相驗丁○○之檢驗員孫○○，亦於原審到庭證稱：「我覺得雙耳部分比較有可能是故意造成的，……耳廓內側有受傷，比較像是掌摑所造成的。」（見原審卷第101頁），二專業判斷，互核相符，足認被告於檢察官及原審調查時坦承有動手打丁○○頭部之自白，應屬真實。又丁○○於95年11月25日所受左額頭4X3公分紅腫鈍挫傷之傷勢，被告雖辯稱是丁○○自己前1天跌倒所撞云云（見相驗卷第68頁反

面），惟審酌被告自承毆打丁○○之位置即為頭部，而被告忽稱未見丁○○如何跌倒（見相驗卷第14頁），忽稱是丁○○自己玩時撞到地板（見相驗卷第53頁反面），前後不一，參酌前揭法醫研究所之說明，被告此一辯解，應係事後卸責之詞，不足採信。

（三）、被告雖否認有慢性凌虐丁○○之行為，然其除有前揭為丁○○刺青、毆打丁○○之行為外，亦坦承丁○○受傷後，未將丁○○送醫（見原審卷第12頁），依上開法務部法醫研究所鑑定書所載：「凌虐之證據包括左肱骨骨折似未善盡醫療照顧之責，致骨折癒合不良並致骨折尖端穿透皮膚，會陰、臀、肛門區有疑燙傷及大片結痂傷口。」（見相驗卷第92頁），法務部法醫研究所95年9月26日法醫理字第0000000000號函亦補充稱：「由左肱骨骨折指似按為慢性凌虐之一種且未癒合（應指不送醫治療如後述），再由雙耳、額枕受傷推定（研判）為外力之凌虐型態或行為。」（見原審卷第87頁），證人孫○○則證稱：「……左肩部有發現骨折凸起的情形，當時我在移動被害人時發現骨折地方可以移動，應該是沒有完全復元。」、「我認為是沒有接受治療的情形下。」（見原審卷第100頁）、「（相驗時，有無發現被害人有遭慢性凌虐之情形？）我發現身上有刺青，應屬慢性凌虐，至於骨折、頭部舊傷、燙傷，我認為至少也有照顧不週之情形，因為這些傷應該受治療，但是在相驗時，看不出有包紮或是骨折固定之治療痕跡。」（見原審卷第101、102頁），此與被告在丁○○身上刺青之行為，及上開法務部法醫研究所鑑定書及臺灣桃園地方法院檢察署驗斷書（見相驗卷第79頁），提及丁○○「雙耳有耳洞」、「頭髮有環形頭髮特異理髮之缺失狀，後髮際呈三角狀。枕部有『電光』狀圖號呈無髮區」，手指並塗有指甲油等事實相互以參，被告有凌虐丁○○行為，甚為明確。

（四）、依法務部法醫研究所鑑定，研判丁○○死亡原因為：「甲、代謝性衰竭及呼吸性休克。乙、支氣管性肺炎及蜘蛛網膜下腔出血。丙、慢性凌虐及營養不良。」，有法務部法醫研究所鑑定書及臺灣桃園地方法院檢察署相驗屍體證明書各1份在卷可參（見相驗卷第93、96-1頁）。經原審就丁○○之死因進一步函詢，法務部法醫研究所95年9月26日法醫理字第0000000000號函，除重申丁○○之死因為：「甲、代謝性及呼吸性休克分為支氣管性肺炎、營養不良、慢性凌虐（不正常供食、外力施虐）導因之結果，亦為直接死亡原因。乙、支氣管性肺炎及蜘蛛網膜下腔出血為慢性凌虐（不正常供食、外力施虐、施打頭部）及不正常供食等死因鏈中導因之結果。丙、慢性凌虐及營養不良研判為死者死亡之導因。」外（見原審卷第87頁），並指出「……滿3歲男童，極度瘦弱，多處舊燙傷、舊骨折，但如何仍能接受一般孩童無法忍受之遭受刺青行為，研判有飲食不正常，陰莖潰瘍亦支持有飲食、照顧不正常及凌虐之證據。」、「營養不良大部為慢性，依林口長庚醫院之死亡出院診斷亦支持有慢性營養不良，所需時間應依禁食或少量進食之時間而定。」，證人孫○○亦證稱：「依據我的判斷，我也認為二者（營養不良、慢性凌虐）都有，營養不良會造成死者免疫系統功能下降，慢性凌虐包含刺青、受傷部分，那是讓小孩長期處於緊張壓力之下，這些也會讓小孩子身心失調，免疫系統能力下降，如此很容易就感染，口、鼻就是病菌可以進入人體的第一道門，所以免疫能力下降，無處可以防衛，就容易得到支氣管肺炎。」（見原審卷第104頁），是丁○○之死亡，係因外力施打等慢性凌虐行為及營養不良造成，則被告上開傷害丁○○之凌虐行為，確係造成丁○○死亡之原因。

（五）、被告為平日照顧丁○○之人，且已照料丁○○一段時

間，由丁○○解剖時，胃部尚有未消化之食物（見相驗卷第91頁），足認其稱仍有餵食丁○○之事實為真，參以證人即將丁○○送醫之人李○○亦證稱，其係接到被告電話，始前往被告家中，將丁○○送醫之事實（見相驗卷第20頁），公訴意旨認被告並無殺害丁○○之犯意，應無違誤。然由證人孫○○證稱：「（小孩支氣管肺炎，大人是否可以從外觀上立即判斷，馬上送醫？）小孩應有臨床徵狀，例如咳嗽、發燒等，從表現出來徵狀可以判斷。」（見原審卷第104頁），證人乙○○於原審審理時，亦表示：「我入監時，被害人已經3歲多了，他的活動力很旺盛，很頑皮，飲食情形很正常，喜歡吃零食，沒有厭食情形，帶去看醫生時，醫生也沒有說他有營養不良情形。他的智力發展也很正常，也會講話，與一般人應對也都正常。」、「（本件相驗時，你是否有看到被害人的身體？）我有看到，當時死者的身體與我入所時相差很多，變的很瘦，皮包骨。」（見原審卷第105頁），則被告與丁○○長期相處，並自承知道丁○○手部骨折（見相驗卷第16頁），對丁○○營養不良及身體狀況不佳等情形，顯知之甚稔，而丁○○年近3歲，身高90公分，有臺灣桃園地方法院檢察署驗斷書1份附卷可參（見相驗卷第76頁），被告則表示其身高183公分，體重130公斤（見原審聲羈卷第9頁），並係智慮成熟之成年人，客觀上自可預見其對丁○○為傷害行為，可能造成死亡之結果，被告竟疏未注意上情，以前述手法凌虐及傷害丁○○，終至引起丁○○死亡之加重結果，其所為凌虐及傷害致死犯行，堪以認定。

（六）、又按對同一被害人施以凌虐，其舉動雖有多次，亦係單一之意思接續進行，仍為單一之犯罪（最高法院49年度台上字第117號判例參照），按被告於短時間內在年僅3歲之被害人身上多次刺青，其刺青圖形散佈身體各處，甚至於人體最感疼痛之乳頭旁刺青，且面積非小，依被

告於本院前審審理時供稱對被害人刺青4、5次，另證人即刺青師傅彭○○於檢察官訊問時亦證稱：「死者身上的太極圖案紋身都暈開了，所以應該刺的很深，……且從死者身上的紋身有些可以確定是針頭來回刺所造成。」，按被害人年僅3歲，被告於照顧被害人短短的2個多月時間內，未正常予被害人足夠之飲食，且多次於被害人身上刺青，致使被害人於2個多月的時間內營養不良，乃致被害人免疫系統功能下降，另因連續多次對被害人刺青，使丁○○長期處於緊張壓力下，致使其身心失調，免疫功能下降，最終導致被害人代謝性衰竭及呼吸性休克而死亡。如為一般智慮正常之人，於短時間內對一3歲幼童為以上行為，熟能謂其不能預見該幼童可能死亡之結果。

（七）、又辯護人就妨害發育部分請求送法務部法醫研究所依照被害人體型、生長情形與年齡等鑑定被告行為對被害人發育情形是否受影響為鑑定，惟查本件法醫研究所鑑定書及該所95年9月26日復原審法院查詢之函旨記載，本件年僅3歲之兒童傅童，係因慢性凌虐（不正常供食、外力施虐、施打頭部）及營養不良（不正常供食致外觀體形及營養狀況極差、極度瘦弱呈營養極度不良）導致支氣管性肺炎及蜘蛛網膜下腔出血、代謝性衰竭及呼吸性休克死亡；死亡方式以凌虐之成因及結果有關。則就被告上揭對傅童長期不正常供餐，食不使飽，造成營養極度不良，形容枯槁，又接續於全身多處（右胸前並向上之右鎖骨、右肩胛區、雙乳房、肚臍、會陰、陽具、右肩三角肌、背部、左肩胛、後頸背、右肩後區之肩胛外上端、右腳踝、左小腿、右手腕背側等處，紋上太陽、星狀三角形環繞而雙側有翼狀、類象頭狀、條狀、圓形、太極、「卍」等圖樣及「祥」字）刺青，使其長期處於緊張壓力之下，導致身心失調，身體免疫功能下降；以及施打頭、耳部成傷，卻傷不使療等極盡不人道

之行徑，以及包括其他如鑑定書所載傅童左肱骨骨折，會陰、臀、肛門區有燙傷及大片結痂傷口，係因不使就醫診療，致骨折癒合不良並致骨折尖端穿透皮膚等行為為觀察，已該當於刑法第286條第1項妨害幼童自然發育罪之構成要件如前述；證人乙○○於原審審理時表示：「我入監時，被害人已經3歲多了，他的活動力很旺盛，很頑皮，飲食情形很正常，喜歡吃零食，沒有厭食情形，帶去看醫生時，醫生也沒有說他有營養不良情形。他的智力發展也很正常，也會講話，與一般人應對也都正常。」、「（本件相驗時，你是否有看到被害人的身體？）我有看到，當時死者的身體與我入所時相差很多，變的很瘦，皮包骨。」等語（見原審卷第105頁）亦如前載，被告對被害人凌虐及傷害，已致被害人死亡，被告行為對被害人發育情形顯已受影響，當無再予鑑定之必要。

（八）、綜上所述，本案罪證明確，被告犯行堪以認定。

二、（一）、被告行為後，刑法及刑法施行法部分條文業經修正公布，並均於95年7月1日施行，修正後刑法第2條第1項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於修正後刑法施行後，應適用修正後刑法第2條第1項規定之從舊從輕之原則為比較；修正後刑法第2條第2項，則為同條第1項之特別規定，於修正後刑法施行後，關於非拘束人身自由之保安處分，應依修正後刑法第2條第2項之規定，適用裁判時之法律。又修正後刑法第35條，乃刑之重輕之法定次序與標準，應適用裁判時之修正後刑法第35條之規定。修正後刑法第2條第1項係採從舊從輕原則，適用最有利於行為人之法律。既曰法律，自較刑之範圍為廣；除法律有特別規定者（如修正後刑法第2條第2項非拘束人身自由之保安處分適用裁判時法，修正後刑法施行法第9條之3規定之情形），應依其規定；或事關執行之緩刑之宣告，或犯罪在刑法修正施行前，自首在刑法施行後之自首部分，或程序之規

定（程序從新，如刑法第40條沒收宣告之程序規定），應適用裁判時之修正後刑法之規定外；依修正後刑法第2條第1項比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯，以及累犯加重，自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部之結果而為比較後，整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。關於易科罰金之折算標準、易服勞役之折算標準及期限、罰金與死刑是否併予執行、多數有期徒刑定應執行之刑時之最高刑期之限制等之修正，事涉行為人易刑折算標準金額之多寡與期限之長短及定執行刑時能否就罰金刑併予執行或有期徒刑定應執行之刑時最高度之限制，亦均屬依修正後刑法第2條第1項所應比較適用法律之範圍。拘束人身自由之保安處分，並非屬修正後刑法第2條第2項規定應適用裁判時法之範圍，除有特別規定者外，亦屬應依修正後刑法第2條第1項比較適用之法律；從刑附屬於主刑，除法律有特別規定者外，依主刑所適用之法律（以上參考最高法院95年5月23日刑事庭第08次會議決議及最高法院24年上字第4634號、24年上字第5292號、27年上字第2615號判例意旨）。又刑法上第56條連續犯之規定，業於94年1月7日修正公布刪除，並於95年7月1日施行，依刑法第2條第1項規定，比較新舊法結果，以適用修正前刑法第56條連續犯之規定以一罪論，較有利於被告，自應適用行為時法，而刑法第277條第2項前段之傷害致死罪及刑法第286條第1項妨害幼童自然發育罪，新法並未經修正，比較新舊法結果，對於被告並無有利或不利之情形，自應一併適用舊法。（二）、核被告所為，係犯行為時刑法第277條第2項前段之傷害致死罪及行為時刑法第286條第1項妨害幼童自然發育罪。惟按凌虐行為具有持續性，對同一被害人施以凌虐，在外形觀之，其舉動雖有多次，亦係單一之意思接續進行，仍為單一之犯罪，不能以連續犯論（最高法院49年台上字第117號判例參照）。學說上亦有認為凌虐行為屬於必然多數行為之犯罪型態，為集合犯應以包括之一罪

為評價者。所稱「施以凌虐或以他法」，係就其行為態樣所為之規定；凌虐係指通常社會觀念上之凌辱虐待等非人道之待遇，不論積極性之行為，如時予毆打，食不使飽，或消極性之行為，如病不使醫，傷不使療等行為均包括在內。倘行為人之施以凌虐，而生妨害幼童身體之自然發育之結果（如使之發育停滯等），即成立刑法第286條第1項妨害幼童自然發育罪。被告先後多次傷害丁○○之行為（業經丁○○之母親乙○○提出告訴，見相驗卷第69頁），時間緊接，方法相同，觸犯構成要件相同之罪，顯係基於概括犯意為之，為修正前刑法第56條之連續犯，其最後1次傷害丁○○後，並導致丁○○死亡之結果，應依修正前刑法連續犯之規定，論以一較重之傷害致死罪（最高法院27年7月26日決議參照），並加重其刑（法定刑為無期徒刑部分，依刑法第65條第1項規定，依法不予加重）。又犯行為時刑法第277條第2項前段之傷害致死罪，與因凌虐成傷所犯行為時刑法第286條第1項妨害幼童自然發育罪，乃屬法規競合，因依行為時刑法第277條第2項前段之傷害致死罪論處。另被害人丁○○為91年11月27出生，有其年籍資料在卷可憑，未滿12歲，係兒童及少年福利法第2條所規定之「兒童」，應依兒童及少年福利法第70條第1項：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，不在此限。」之規定，加重其刑（其中法定刑為無期徒刑部分，同依刑法第65條第1項規定不得加重），並與前述連續犯加重部分，依刑法第70條規定遞加重之（法定刑為無期徒刑部分同前所述不得加重）。

三、原審據以論罪科刑，固非無見，惟查：（一）、原判決關於本件傳聞證據證據能力之說明，係以第1審卷第31頁之筆錄替代，倘其筆錄之記載符合上開各項規定，原無不合，然該第1審卷第31頁係準備程序筆錄，被告對於檢察官所提出之證據（包括傳聞證據）雖表示「無意見」，但受命法官就被

告對於刑事訴訟法第159條之5第2項規定「擬制同意」要件中之「知有不得為證據之情形」，及「證據適當性」（證據是否違法取得、證明力是否明顯過低），並未為適當之調查。原審審判筆錄，亦無記載審判長宣示其評議結果及認定之理由，原判決遽採為論罪之證據，依上說明，仍難謂無判決理由不備及採證違背證據法則之違法。（二）、刑法第286條第1項規定之妨害幼童自然發育罪，係對於未滿16歲之男女，施以凌虐或以他法致妨害其身體之自然發展為要件，與刑法第277條第1項規定之傷害罪及第2項所定之加重結果犯，併列於第23章「傷害罪」；且凌虐與偶然之毆打成傷，應成立傷害罪之情形有異；凌虐行為具有持續性，對同一被害人施以凌虐，在外形觀之，其舉動雖有多次，亦係單一之意思接續進行，仍為單一之犯罪，不能以連續犯論，學說上亦有認為凌虐行為屬於必然多數行為之犯罪型態，為集合犯應以包括之一罪為評價者。所稱「施以凌虐或以他法」，係就其行為態樣所為之規定；凌虐係指通常社會觀念上之凌辱虐待等非人道之待遇，不論積極性之行為，如時予毆打，食不使飽，或消極性之行為，如病不使醫，傷不使療等行為均包括在內。倘行為人之施以凌虐，而生妨害幼童身體之自然發育之結果（如使之發育停滯等），即成立本罪，因凌虐成傷者，乃屬法規競合。原審僅論以刑法第277條第2項所定之加重結果犯，尚有未洽。（三）、法醫研究所鑑定書及該所95年9月26日復原審法院查詢之函旨記載，本件年僅3歲之兒童傅童，係因慢性凌虐（不正常供食、外力施虐、施打頭部）及營養不良（不正常供食致外觀體形及營養狀況極差、極度瘦弱呈營養極度不良）導致支氣管性肺炎及蜘蛛網膜下腔出血、代謝性衰竭及呼吸性休克死亡；死亡方式以凌虐之成因及結果有關。則就被告上揭對傅童長期不正常供餐，食不使飽，造成營養極度不良，形容枯槁，又接續於全身多處（右胸前並向上之右鎖骨、右肩胛區、雙乳房、肚臍、會陰、陽具、右肩三角肌、背部、左肩胛、後頸背、右肩後區

之肩胛外上端、右腳踝、左小腿、右手腕背側等處，紋上太陽、星狀三角形環繞而雙側有翼狀、類象頭狀、條狀、圓形、太極、「卍」等圖樣及「祥」字）刺青，使其長期處於緊張壓力之下，導致身心失調，身體免疫功能下降；以及施打頭、耳部成傷，卻傷不使療等極盡不人道之行徑，以及包括其他如鑑定書所載傅童左肱骨骨折，會陰、臀、肛門區有燙傷及大片結痂傷口，係因不使就醫診療，致骨折癒合不良並致骨折尖端穿透皮膚等行為為觀察，已該當於刑法第286條第1項妨害幼童自然發育罪之構成要件，被告上揭凌虐行為，是否與妨害幼童自然發育罪之構成要件相合致，原判決悉未詳為究明，既謂凌虐行為為單一之犯罪，卻又認被告係基於傷害之概括犯意，對傅童為上揭慢性凌虐之行為，導致傅童死亡，論處上訴人以傷害致兒童於死罪之連續犯，其法律適用尚有瑕疵。（四）、科刑判決書於事實欄所記載之事實，及理由欄記載所憑之證據及認定之理由，前後均須互相適合及一致，且其說明所憑之證據，須與卷內之證據資料相適合，否則即有判決理由矛盾之違法。原判決事實欄係認定被告以紋身機在傅童身體多處刺青，及毆打傅童頭部、耳部受傷，卻未帶其就醫等方式，而慢性凌虐傅童。對於傅童所受燙傷及骨折等傷害，說明並無證據證明係被告之故意行為所造成，不另為無罪之諭知等由，然傅童所受骨折及燙傷等傷害，縱非被告故意造成，但其同樣係對傅童傷不使療，能否謂非上開凌虐行為之一部，亦不無研求之餘地。（五）、又原判決於事實欄就造成傅童死亡之原因，漏未記載，同有未洽。被告上訴指摘原判決量刑過重不當，雖無理由，然原判決既有前開可議之處，自應由本院予以撤銷改判。爰審酌被告長期對未滿3歲之丁○○施虐，在丁○○身體多處刺青，復毆打丁○○，使其頭部及耳朵多處受傷，猶狠心不送醫治療，致丁○○因而死亡，所生危害甚重，且其表示為丁○○刺青之動機，僅是好玩（見相驗卷第4頁），犯後表示悔意等一切情狀，認非處以嚴刑不足以昭公信，因判處被告

無期徒刑，褫奪公權終身，以示懲警，

四、扣案之紋身機1支、顏料1瓶，被告坦承為其所有，並係用以為丁○○紋身之物（見相驗卷第15頁、第52頁反面；原審卷第30頁），應依刑法第38條第1項第2款之規定，併予宣告沒收。

五、至公訴意旨另以：被告於上開照顧期間，在上址住處，以徒手毆打丁○○之方式，造成其左肩峰3X3公分紅腫（有骨折開口於皮膚為0.3X0.5公分，切開有骨折複雜性重疊，未有復原性癒合痕（無治療痕）、左肩峰區於左肱骨大轉子外側有骨折3.2公分，肱骨下3分X1處有脫臼後扭曲癒合狀等傷害；另於同年11月初，在上址住處，以熱水燙傷丁○○之股臀部、會陰、股內區，使丁○○之左、右股內區及肛門周圍分別有25X10公分、10X3公分、12X10公分之結痂殘留云云。惟按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第154條第2項定有明文。訊據被告堅決否認此部分犯行，辯稱：骨折部分係丁○○自行跌傷，燙傷部分則是為丁○○洗澡所造成等語（見本院96年7月24日行準備程序筆錄、96年8月15日審理筆錄）。觀之上開法務部法醫研究所鑑定書，均未明確敘及丁○○上開傷勢，係由被告故意行為所造成，法務部法醫研究所95年9月26日法醫理字第0000000000號函並稱：「燙傷之皮膚均在近肛門區，確有潮水線的熱水燙傷之型態。」（見原審卷第86頁），證人孫○○到庭作證時，除同樣無法確定丁○○骨折傷勢是否被告故意造成外，並證稱：「（死者身上有疑似燙傷之結痂狀傷口，是否可能是因洗澡所致？）我有印象燙傷部位是在臀部，該燙傷狀況，依據我的判斷確實有可能是因為洗澡所發生的，因為當時我有發現被害人的臀部有潮水線的情形，所謂潮水線就是皮膚與熱水接觸時，與熱水接觸的部分與沒有跟熱水接觸之部分，有明顯交界處，死者身上的潮水線情形，不排除是因為洗澡而造成的，因為若是用潑灑熱水的話，所造成的燙傷應是不規則的。」、「（一般人洗澡時，人體所能承受

幾度之水溫？）一般在45度之下，所以一般人不會有潮水線之情形發生。」、「（若是造成一級燙傷水溫幫死者洗澡，幫忙洗澡之人是否也會造成燙傷？）因為小孩的皮膚與大人的皮膚仍有差異，所以大人應該不會造成燙傷。」（見原審卷第100、103頁），是本案顯乏積極證據足以證明丁○○所受上開傷勢，係被告之故意行為所造成，罪疑唯輕，應從有利被告之認定，不能遽認被告涉有此部分犯行。又傷害與過失傷害，無事實同一可言，並無變更起訴法條之問題（最高法院92年度臺上字第2001號判決參照），併予指明。因檢察官認此部分與前開論罪科刑部分有連續犯之裁判上一罪關係（所犯法條欄雖未載有連續犯之規定，惟由犯罪事實欄之記載可推知），因不另為無罪之諭知。

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，兒童及少年福利法第70條第1項前段、刑法第11條、第2條第1項前段、（行為時）刑法第56條、（行為時）第277條第2項前段、（行為時）第286條第1項、第38條第1項第2款、第37條第1項，判決如主文。

本案經檢察官陳明光到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　96　　年　　8　　月　　29　　日

刑事第七庭審判長法　官　黃麗生

法　官　許錦印

法　官　江國華

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。

書記官　陳玉嬋

中　　華　　民　　國　　96　　年　　8　　月　　30　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第277條（普通傷害罪）

傷害人之身體或健康者，處3年以下有期徒刑、拘役或1千元以下

罰金。
犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑；致重傷者，處3年以上10年以下有期徒刑。

中華民國刑法第286條（妨害幼童發育罪）
對於未滿十六歲之男女，施以凌虐或以他法致妨害其身體之自然發育者，處5年以下有期徒刑、拘役或5百元以下罰金。
意圖營利，而犯前項之罪者，處5年以上有期徒刑，得併科1千元以下罰金。