

最高法院刑事判決

112年度台上字第1124號

上訴人 溫睿勝

選任辯護人 陳興邦律師

林俊儀律師

徐明豪律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國111年11月22日第二審判決（111年度侵上訴字第142號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署109年度偵字第17542號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認定上訴人溫睿勝有如其事實欄所載犯行明確，因而維持第一審論處上訴人犯對未滿14歲之女子強制猥褻罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘其調查證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。核其所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

（一）第一審勘驗之錄音檔係所謂被害人A女（代號AD000-A109057，民國105年12月生，真實姓名、年籍詳卷）之父（代號AD0

00-A109057A，真實姓名、年籍詳卷，下稱A父)於109年2月5日未經上訴人同意而自行錄製，容有經過剪接之可能，且上訴人於此所言性質上屬審判外之陳述，應無證據能力。又依第一審勘驗該錄音檔結果，足認A父所為已達利誘、脅迫、恐嚇之程度，雖上訴人有不利於己之陳述，惟既係受脅迫所為，且與A女之證述不相符合，在無積極補強證據為佐之情形下，不得採為認定上訴人犯罪事實之證據。再者，上訴人於原審審理時，已抗辯該錄音檔有經過剪接之虞。原審未就此囑託鑑定，逕以該錄音檔業經第一審勘驗為由，認定未經剪接而有證據能力，有採證認事違背證據法則、調查職責未盡及理由欠備之違法。

(二)檢察官於偵查中曾囑託衛生福利部雙和醫院(下稱雙和醫院)對A女為鑑定，且傳喚實施鑑定之醫師李顥雅、心理諮商師陳盈如說明，然未訊問實施鑑定者之學經歷。上訴人已就此提出異議，原審未函詢鑑定機關或李顥雅、陳盈如補正，難謂已符合鑑定之法定要件。又實施鑑定之人就實施鑑定之過程並未詳為說明，且所提出之早期鑑定報告(下稱鑑定報告)就A女證詞有無受誘導可能性之結論，僅以該次會談為觀察基礎，而未能審酌A父於會談前與A女有多次誘導之情，A女是否因A父再三詢問，以及無意間觀看到「A片」而產生情境交錯所致，率為對上訴人不利之結論。再者，鑑定報告所載「家屬反映個案生活中提及性相關言語及遊戲，此部分與其年齡不相符，推測可能經歷相關的經驗」，係就未受囑託鑑定之事項所為，且係審判外之陳述，應屬傳聞證據，不具證據能力。況雙和醫院之鑑定結果，並未觀察到A女有創傷壓力症候群的表現，且A女之身體並無任何創傷或撕裂傷，無法排除A女並未受有猥褻，應為上訴人有利之認定。原判決遽為上訴人不利之認定，有認定事實不憑證據、理由不備之違法。

(三)A女於偵查中經數次訊問，在前二次訊問中，並未指證上訴人對其有猥褻行為。且A女於109年4月17日偵訊中，雖證述

「上訴人有脫去其褲子」，然於第一審勘驗A女與A父對話紀錄中，A女係陳稱：上訴人有穿褲子等語。又A父及A女之母（代號AD000-A109057B，真實姓名、年籍詳卷，下稱A母）就A女指稱上訴人當時是否有穿褲子乙節之證述，有前後相互矛盾之情。原判決認定：「上訴人以其陰莖碰觸A女臀部」等情，似指上訴人脫下褲子，而以外露之陰莖碰觸A女之臀部。可見A女及上訴人是否有穿著褲子，影響上訴人是否有猥褻之犯意及犯行之認定，亦足以減弱A女之供述之證明力。再者，依A女所證：A女係固定趴、跪在床上，而上訴人係由後方以陰莖持續戳其臀部等語，惟其2人身高有明顯的差異，此種姿勢必定無法如A女所述之快速抽動。A女所指上訴人之性侵害方式，與人體工學及施力之慣性有違。倘A女係在前方背對上訴人，A女應無法看到上訴人之身體動作。又若上訴人係以外露陰莖快速、長時間戳沒有穿褲子之A女臀部，何以未造成A女產生疼痛，並留有明顯之紅腫甚或破皮傷痕。況上訴人及A女所在之房間，與外傭CHUSNATUL J ANNAH BT MUSTAQIM（中文名字：嘉娜，下稱嘉娜）所在廚房相鄰，A女如確遭性侵害必因疼痛而哭泣，何以嘉娜未聞聲前來查看。綜上，A女之證述有諸多瑕疵，且A女於歷次訊問過程中，有多次中斷離開後再返回，以及拒絕陳述等情，應有受不當誘導之虞。原判決未詳為調查上情，遽為上訴人不利之認定，其採證認事違背證據法則，且有理由矛盾、不備之違法。

(四)原判決理由說明：「對照證人A女、A父、A母之證述，就本案細節之證述雖略有出入，均一致證稱被告以陰莖觸碰A女臀部之事，自不得僅因部分細節記憶不清，有前後不符或遺漏之處，即遽認渠等證詞全然不足採信。」顯以A父、A母所證「被告以陰莖觸碰A女臀部」，據為認定上訴人犯罪事實之補強證據。原判決援引A父、A母單純轉述A女所指情節之陳述，遽為上訴人不利之認定，其採證認事違背證據法則，且有理由不備、矛盾之違法。

01 (五)第一審量刑時，將A女年齡及性自主權發展成熟度等情狀，
02 作為量刑之依據，係對被害人年齡所為之法定加重處罰規定
03 再行斟酌，違背雙重評價禁止原則。原判決遽認第一審量刑
04 妥適，而予維持，同非適法。

05 四、經查：

06 (一)我國刑事訴訟程序中關於取證或其他有關偵查之法定程序，
07 均係以國家機關為拘束對象。私人之錄音取證行為，並不涉
08 及國家是否違法取證的問題。又私人為對話之一方，為保全
09 證據所為之錄音，如係基於保障自身合法權益，非出於不法
10 目的，或以強暴、脅迫等不法手段取證，尚非不得將私人錄
11 音取證所得，提供國家機關作為追訴犯罪使用。然由於私人
12 之錄音取證囿於錄音器材、技術、環境之限制，所取得之錄
13 音內容龐雜，該私人錄音取證者就錄音內容不相關部分予以
14 剪接後，提供國家機關進行後續偵查作為，倘所提供之錄音
15 內容仍屬連續，且確有該對話內容，並無語意不連貫或影響
16 對話真意等情事，既不影響私人錄音取證對話內容之真實性
17 與完整性，事實審法院於審判中對於該私人錄音之證物，復
18 依刑事訴訟法第165條之1第2項規定予以勘驗，就證據之內
19 容及其性質等待證事項，予以查驗比對，自得以該勘驗結果
20 作為證據資料使用。

21 卷查：A父提出其與上訴人、證人即上訴人配偶蕭華蓁於109
22 年2月5日對話之錄音檔，係A父未經上訴人及蕭華蓁同意所
23 私人錄製，且錄音內容確為A父與上訴人、蕭華蓁於前揭日
24 期之對話一節，業據第一審依刑事訴訟法第165條之1第2項
25 規定勘驗上開錄音檔，而為合法調查確認屬實，有第一審11
26 0年3月19日勘驗筆錄在卷可憑（見第一審卷一第287至349
27 頁）。原判決並說明：依第一審前揭勘驗結果，並未聽到A
28 父有何以不正當方法對待上訴人情事，只聽到A父不斷質疑
29 上訴人否認有猥褻A女之說法，上訴人每遭質疑即提出新說
30 法，且不停道歉，並先後辯稱：我在房間看成人色情影片
31 時，A女闖進房間就剛好看到我陰莖勃起；我去住處廁所小

01 便時，沒有關上廁所門，A女在其不注意的情況下路過廁
02 所，就看到我陰莖勃起；我坐在椅子上時，A女說要看我剛
03 剛看的成人色情影片，然後就跑過來找我，剛好我的陰莖就
04 碰到A女的嘴巴，我並沒有刻意地用陰莖碰觸A女的嘴巴；我
05 在體重機上量體重時有抱起A女，然後我的陰莖因此碰到A女
06 的臀部；我在房間換褲子時，A女跑過來，剛好碰到我的陰
07 莖等語。倘A父確有對上訴人施以利誘、脅迫及恐嚇等不正
08 當方法，上訴人應係順從A父指控，而非前後不斷改變辯
09 詞，且上訴人始終未坦認A父指稱之猥褻A女犯行，並無證據
10 證明A父與上訴人對話過程曾施以利誘、脅迫及恐嚇等不當
11 方法之旨。

12 雖A父於第一審審理中證稱：其提供之錄音檔，前後可能稍
13 微剪接，但前後剪掉的部分是少數，檢察官有說要提供完整
14 的，我盡量提供完整的等語。經審判長向A父確認：「你提
15 供給卷裡面的檔案就是前後剪接掉，但提供的是完整的，就
16 是連續錄音的狀態？」、「你提供的都是連續錄音的完整檔
17 案？」A父明確證稱：「對，連續錄音的，沒有經過剪接」
18 等語(見第一審卷一第477、478頁)。且第一審勘驗前揭錄音
19 檔後諭知「經勘驗後本件錄音檔前後連續一貫，並未發現有
20 任何異常狀況，應無經偽造、變造情事。」等語。第一審進
21 行勘驗時，上訴人及其辯護人亦未當場發現或表示前揭錄音
22 檔有經不當剪接、拼湊之情形(見第一審卷一第349頁)。再
23 佐以，檢察官於原審審判期日詢問上訴人：109年2月5日A父
24 認為A女曾遭上訴人猥褻，是否有與上訴人對話及錄音一
25 節，上訴人坦承確有錄音之事，並表示其有講該等內容，而
26 對話內容所提及之事情，當然有發生過等語(見原審卷第185
27 至187頁)。觀諸前揭各節，並無證據顯示該錄音檔內容有語
28 意不連貫之處，縱A父為便於舉證於錄音檔前後略做剪接，
29 但錄音對話內容，並無因此而有語意不清、脈絡不明之情
30 形，上訴人為錄音內容對話之一方，亦自承有該等對話內容
31 及對話所提之內容當然發生過等情，依前揭說明，並無影響

01 上訴人前揭對話內容之真意，應認上開錄音檔具有證據能
02 力，自得以該勘驗結果即勘驗筆錄為證據資料作為判斷之依
03 據。又上訴人於第一審、原審審理時，雖主張前揭錄音檔經
04 剪接，而無證據能力。然均未聲請法院囑託專業機構鑑定前
05 揭錄音檔是否因剪接而有偽造、變造情事，且於原審審判長
06 訊以：「尚有何證據請求調查？」上訴人、辯護人及原審輔
07 佐人均答稱：「沒有」、「無」等語(見原審卷第178、184
08 頁)。以上訴人為對話之一方，亦未具體指出何處對話係遭
09 剪接而對其不利，或有何對其有利之對話已遭刪除，僅空言
10 指摘有剪接情事，難認與待證事實有重要關聯，而得據以推
11 翻原判決所認定之前揭事實，原審未予以調查，自難指為違
12 法。又原判決係以前開錄音檔勘驗內容中A父與上訴人對話
13 整體過程，作為A女證述可採之補強證據，並非僅以上訴人
14 與A父之對話內容做為認定上訴人犯罪事實之依據。此部分
15 上訴意旨指摘：上訴人係受脅迫而於錄音中為陳述，且有經
16 過剪接情事，原審未就此囑託鑑定違法云云，係對原判決已
17 詳為說明之事項，再事爭論，核非適法之第三審上訴理由。
18 至於原判決說明A父與A女，以及A父與上訴人之錄音檔經原
19 審播放勘驗結果，並未發現異常狀況，應無經偽造、變造情
20 事，於註記部分雖誤引「原審卷一第249頁」頁碼，係屬行
21 文疏誤，對於判決結果並無影響，附此敘明。

22 (二)刑事訴訟之鑑定，為證據調查方法之一種，由具有特別知識
23 經驗之人或機關，就特別需要特殊知識經驗之事項，予以鑑
24 識、測驗、研判及斷定，供為法院或檢察官認定事實之參
25 考。

26 原判決已說明：雙和醫院精神科早期鑑定團隊對A女所作之
27 鑑定報告，係檢察官視具體個案之需要，徵得A父、A母之同
28 意，而囑託對A女實施鑑定所提出之書面報告。鑑定人李顥
29 雅（雙和醫院精神科醫師）、陳盈如（雙和醫院臨床心理
30 師）係依其專業知識經驗，綜合全部相關事證所為，並於偵
31 查中以鑑定人身分具結，就其實施鑑定之理由詳為說明，從

形式上觀察，已符合刑事訴訟法第198條、第206條、第208條之規定要件，應具有證據能力等旨。觀諸李顥雅於偵查中陳稱：其係兒童青少年精神科專科醫師；陳盈如係雙和醫院臨床心理師，其二人均有協助訊問兒童證人之專業知識經驗等情(見他字卷第105頁)。再參以，鑑定報告係以具有特別專業知識之雙和醫院名義出具，李顥雅、陳盈如分別係雙和醫院之精神科醫師、臨床心理師，均係具有特別專業知識之人。本件為機關鑑定，雖鑑定報告內未詳予記載鑑定人李顥雅、陳盈如之學經歷，並無礙其等係具特別專業知識之人之認定。原判決並進一步說明：依雙和醫院鑑定報告認為A女具有作證能力，且A女在會談過程中，由檢察官提問，父母及醫療人員在旁提供安撫，並未有特意引導或暗示個案的情形等旨。由此可知，A女於作證時雖屬稚幼，但其身心已有相當程度發展，可適切辨別身體部位，自主描述親身經歷之事物、感受，是其作證能力、記憶及表達能力自無疑義，其所述應非憑空捏造。而鑑定報告載明：A女於會談時，無明顯創傷情緒等語，其原因在於A女對這些經驗，尚無是非對錯概念，僅視為遊戲、有趣，且對有些行為可能感到困惑，衡鑑過程推測A女事件後情緒尚在適當範圍，而無明顯創傷情緒，自無法以A女於會談時無明顯創傷情緒，即為上訴人有利之認定。至於鑑定報告所載「家屬反映個案生活中提及性相關言語及遊戲，此部分與其年齡不相符，推測可能經歷相關的經驗」，與A女是否有創傷壓力症候群之判斷有關，於鑑定報告中亦同列於六、結論4.(見不公開卷第71頁)之中，自非未受囑託之鑑定事項。此部分上訴意旨仍執前詞，任意指摘：鑑定報告無證據能力，原判決予以採取違法云云，尚難認係合法之上訴第三審理由。

(三)證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；此項裁量、判斷，倘不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。

又各種供述證據，均屬各自獨立的證據方法，各該證據方法並非絕對不能互為補強證據，此乃屬證據證明力範疇。至於補強證據，不問其為直接證據、間接證據，或係間接事實之本身即情況證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。且補強證據並非以證明犯罪構成要件的全部事實為必要，倘得以佐證證人之證述非屬虛構，而能予保障其陳述之憑信性者，即足當之。

再者，證人的證述內容，縱然前後不符或有部分矛盾，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及調查所得的其他各項證據，為合理的判斷、取捨，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。

原判決主要依憑A女於偵查中之證述、A父、A母、蕭華蓁於第一審審理時之證詞，以及雙和醫院出具之鑑定報告、A父與上訴人109年2月5日談話錄音檔之勘驗筆錄、蕭華蓁提供之與A父使用即時通訊軟體「LINE」之對話訊息畫面照片等卷內相關卷證資料，相互印證、勾稽，而認上訴人有前揭犯罪事實。

原判決並說明：A女於事發時年僅3歲，依A女於偵查中之證述，其就上訴人對其所為猥褻行為之具體經過情形、上訴人生殖器之生理反應等節，均能具體描述，苟非親身經歷，因此留下深刻且難以抹滅之記憶，依其稚幼之年紀、心智及人生經驗，自無可能就前揭事發經過，為具體、詳實之陳述。參以，A父、A母於第一審審理時之證述，係A女向其等陳述事發經過時，其等親自經歷、見聞、體驗所見有關A女陳述時之舉止、情緒反應、心理狀態，就A女處境之判斷，係陳述其等所目睹、知覺A女事後情況，乃渠等知覺體驗所得，尚非單純聽聞A女所述事發經過而予轉述之累積證據，自得以之作為情況（間接）證據，據以推論A女陳述當時之心理或認知，作為法院判斷A女陳述是否可信之證據，屬適格之補強證據。又A父、A母上開證述互核相符，本件發現及查獲經過，亦無何悖於常情之處。再佐以，鑑定報告亦認A女具

01 有作證能力，並無跡象顯示A女有被暗示或被教導之情形。
02 而A父與上訴人109年2月5日談話錄音檔之勘驗筆錄，則顯示
03 上訴人不停道歉，對於A父之質疑提出不同之說法。而證人
04 嘉娜在上訴人住處擔任外籍看護人員有8年多的時間，迄第
05 一審審理時尚在上訴人住處工作，難保嘉娜證詞不受到上訴
06 人及蕭華蓁的影響。是嘉娜所證各情，無從執為對上訴人有
07 利之認定等旨。

08 原判決所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則無違，且係
09 原審採證認事職權行使之事項，不得任意指為違法。又A女
10 就上訴人以陰莖觸碰臀部之主要事實所為證述前後一致，且
11 有前述補強證據可佐，尚無前後矛盾之情形。雖A女於訊問
12 時有中斷、拒絕回答等情，惟依鑑定報告所載：A女注意力
13 持續稍短，面對問題可切題回答，有焦慮或拒答狀況，因年
14 紀關係，A女較依附大人，陳述事件時，情緒有略為焦慮、
15 激動、迴避問題之情形，而無跡象顯示A女有被暗示或被教
16 導之情況等語，應無此部分上訴意旨所指A女係受不當誘導
17 而為陳述之情事。至於上訴人以陰莖碰觸A女臀部時之體位
18 為何？上訴人是否脫去褲子？均無礙於本件整體犯罪事實之
19 認定。再者，原判決認定上訴人係以其陰莖觸碰A女臀部，A
20 女於過程中未留有明顯紅腫、破皮傷痕或因為感到疼痛而哭
21 泣等情，均與常情無違。另原判決理由說明：「A女、A父、
22 A母之證述，就本案細節之證述雖略有出入，均一致證稱被
23 告以陰莖觸碰A女臀部之事，自不得僅因部分細節記憶不
24 清，有前後不符或遺漏之處，即遽認渠等證詞全然不足採
25 信」等語，主要係用以說明上訴人所辯A女、A父、A母之證
26 述前後不符各節，不足採信，尚非以A父、A母之證詞，做為
27 上訴人以陰莖觸碰A女臀部所憑之主要證據。縱原判決行文
28 未臻精確，略有微疵，但對於判決之結果並無影響。此部分
29 上訴意旨就原判決已詳細說明之事項，徒憑己意，再就犯罪
30 事實有無為爭執，尚難認已依據卷內訴訟資料，具體指明原

01 判決所為論斷說明有何違背法令之情形，自非合法之上訴第
02 三審理由。

03 (四)刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項，經以行為人
04 之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情狀，予以整體評
05 價，而為科刑輕重標準之衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權
06 應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防之目的，倘其未
07 有逾越法律所規定之範圍，已遵守法秩序理念之內、外部界
08 限，而無明顯濫用權限，自不得任意指摘為違法，據為適法
09 上訴第三審的理由。

10 原判決係審酌上訴人為A女保母之配偶，犯後始終未認真面
11 對錯誤向A女道歉，亦未與A女和解，賠償A女損害之犯後態
12 度等刑法第57條各款所列情狀，而維持第一審之量刑。既未
13 逾越法定刑度，亦無濫用裁量權之情事，自不得任意指為違
14 法。至於理由中敘及A女年齡及性自主權發展成熟度等節，
15 係就事發背景脈絡所為說明，雖稍嫌冗贅，惟仍難謂有違反
16 雙重評價禁止原則之瑕疵。此部分上訴意旨泛指：原判決量
17 刑違法云云，係對原判決量刑職權之適法行使，漫為指摘，
18 自非合法之第三審上訴理由。

19 五、其餘上訴意旨，係執大致相同之說詞，以及不影響判決結果
20 之枝節問題，再事爭辯，未依據卷內訴訟資料，具體指明原
21 判決所為論斷有何違背法令之情形。綜上，上訴意旨係置原
22 判決所為明白論斷於不顧，就原判決已詳細說明事項，徒憑
23 己意而為相異評價，重為犯罪事實有無之爭執，或對於事實
24 審法院採證、認事及量刑職權之適法行使，任意指摘，與法
25 律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。依照首
26 揭說明，應認本件上訴為不合法法律上之程式，而予以駁回。

27 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

28 中 華 民 國 113 年 3 月 28 日

29 刑事第四庭審判長法官 李錦樑

30 法官 周政達

31 法官 錢建榮

01

法 官 林婷立

02

法 官 蘇素娥

03 本件正本證明與原本無異

04

書記官 林君憲

05

中 華 民 國 113 年 4 月 1 日