

最高法院刑事判決

112年度台上字第4515號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官吳茂松

上訴人

即被告 AV000-A111022X

原審

指定辯護人 林冠宏律師

上列上訴人等因被告家暴妨害性自主案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國112年7月20日第二審判決（112年度侵上訴字第25號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第8343號），提起上訴；AV000-A111022X由原審指定辯護人為其利益提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、本件原判決維持第一審關於論處上訴人即被告AV000-A111022X（即原判決所稱甲男，下稱被告）對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪刑（累犯）部分之判決，駁回被告在第二審之上訴；及撤銷第一審關於被告對未滿14歲之女子犯強制性交未遂罪刑部分之判決，改判該部分無罪。固非無見。

二、惟查：

（一）證人之陳述，所以得為證據者，蓋其證言具有憑信性。故證人就待證事實之一定事項所為之陳述，可否資以推理該事項之存在或不存在，自亦應以證人之證言是否具有憑信性為前提。證人之證言是否具有憑信性，應視證人之觀察記憶及報告是否正確為準。倘此等能力有缺陷時，例如證人觀察事實當時，精神有障礙，或如證人之精神或肉體有缺陷，則其所為證言是否真實即不無疑義。從而證人能力之缺陷，係與證言憑信性有關連之事實，當事人主張有此事實時，事實審法院自應調查輔助證據，以證明此項事實是否存在，藉以判斷證言之憑信性。原判決認定被告對未滿14歲之被害人代號AV

000-A111022女子（即原判決所稱乙女，民國99年出生，真實姓名、年籍等資料均詳卷，下稱乙女）為強制猥褻之行為，主要係以乙女之胞兄代號AV000-A111022Y（即原判決所稱丙男，96年出生，真實姓名、年籍等資料均詳卷，下稱丙男）之證詞作為證據。惟被告於原審主張丙男領有第一類身心障礙證明，並說明其於本案中之陳述有多處邏輯上之謬誤，據以質疑丙男證詞之憑信性。原判決既亦謂丙男在陳述過程中，或有錯置新冠疫情停課或乙女遭安置年度，及將乙女遭安置誤為遭隔離等情（見原判決第6頁）。如若無訛，則丙男上開能力之缺陷，是否影響其待證事實陳述之正確，自應為其他必要輔助證據之調查，藉以判斷證言之憑信性。乃原審就此並未調查釐清，根究明白，即遽採取丙男之證詞作為乙女陳述之補強證據，即難未無調查未盡及判決理由不備之違法。

(二)包括構成刑法第47條第1項累犯加重事由在內之前科事實，均屬於刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」科刑所應審酌之事項。基於累犯資料本來即可以在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告可能構成累犯之前科資料，列為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。此為本院最近之見解。又司法院釋字第775號解釋：刑法第47條第1項規定於94年2月2日修正公布，95年7月1日施行，除修正累犯要件之再犯限於故意犯者外，其餘仍維持構成累犯者加重本刑之法律效果。其修正理由略稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」姑不論累犯要件應如何定義，立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑

01 罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一
02 處罰。從而行為人如無「前罪之徒刑執行無成效，其對於刑
03 罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一
04 處罰」之情形，其構成累犯之前科事實即可將之列為刑法第
05 57條第5款「犯罪行為人之品行」科刑所應審酌之事項。原
06 判決以被告前因不能安全駕駛案件，經法院判處有期徒刑3
07 月，於106年5月9日易科罰金執行完畢，5年內再犯本件有期
08 徒刑以上之罪，為累犯，並以被告刑罰反應力薄弱為由，依
09 刑法第47條第1項規定加重其刑（見原判決第10頁）。惟被
10 告前因犯刑法第41條第1項規定之案件，既僅因繳納罰金而
11 執行完畢，並未入監執行。原判決僅泛言其刑罰反應力薄
12 弱，並未具體說明其理由，即遽依累犯規定加重其本刑，自
13 有理由欠備之違背法令。

14 (三)證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷之職權，惟
15 其所為判斷，仍應受客觀存在之論理法則之支配；即其證
16 據，不特應與事實關連而具有適合性，且其證明力之判斷，
17 亦須合理而具有妥當性，不能有相互矛盾或割裂裁量之情
18 形。故如對類同之行為、類同之證據、類同之情狀，乃竟為
19 差別待遇而無正當理由，則此一證據評價之判斷，即屬違反
20 平等原則，其自由判斷之職權運用自不合論理上之法則。本
21 件檢察官起訴被告涉犯對未滿14歲之女子犯強制猥褻及對未
22 滿14歲之女子犯強制性交未遂2罪嫌，原判決援引被害人乙
23 女之心理諮商報告，就同一份報告予以割裂而為不同之評
24 價，對被告所犯對未滿14歲之女子強制猥褻部分，認得作為
25 補強證據，因而為有罪判決，對被告所犯對未滿14歲之女子
26 強制性交未遂部分，則謂不得為補強證據，因而諭知無罪，
27 揆之說明，此一證據裁量即屬違反平等原則，其證明力自由
28 判斷之職權運用顯然不合論理上之法則，即難謂合法。

29 三、以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事
30 項，原判決上開違誤，影響於事實之確定，本院無從據以為
31 裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。又為建立訊問筆

錄之公信力，並擔保訊問程序之合法正當，刑事訴訟法第192條於109年1月15日修正公布，已明定同法第100條之1第1項、第2項之規定，於證人訊問時亦準用之。依立法說明，依刑事訴訟法第196條之1第2項準用現行條文之規定，司法警察官或司法警察詢問證人時，除有急迫情形外，亦應全程錄音，必要時並應全程錄影，筆錄所載證人陳述與錄音或錄影之內容不符部分，不得作為證據。本件於司法警察111年1月14日製作證人乙女之警詢筆錄時，上開修正條文已施行，原判決謂現行刑事訴訟法並未要求證人之陳述亦需全程錄音，因認證人之筆錄欠缺全程連續錄音可供比對，原無違法可言（見原判決第2頁），即不無誤會。於更審時併應注意及之。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

刑事第七庭審判長法 官 何菁莪

法 官 何信慶

法 官 朱瑞娟

法 官 何俏美

法 官 黃潔茹

本件正本證明與原本無異

書記官 王怡屏

中 華 民 國 113 年 3 月 4 日