

最高法院刑事判決

112年度台上字第872號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官江林達
上訴人
即被告 張書維

選任辯護人 王榆心律師
林秀夫律師
劉邦繡律師

上列上訴人等因被告妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國111年11月22日第二審判決（110年度侵上訴字第125號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第8451、15759號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於強制性交未遂部分撤銷，發回臺灣高等法院。
其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即原判決關於強制性交未遂）部分：

一、本件原判決認定上訴人即被告張書維有其事實欄三所載對於被害人A女（原判決代號AD000-A108013，人別資料詳卷）為強制性交未遂之犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判論處被告強制性交未遂罪刑，固非無見。

二、惟查：

（一）、有罪判決主文之諭知與事實認定及理由說明，不相一致者，即屬刑事訴訟法第379條第14款規定之判決理由矛盾之當然違背法令。原判決主文就被告所犯強制性交未遂罪所處之刑，諭知處有期徒刑貳年肆月，乃其理由就此部分量刑竟說明予以量處有期徒刑貳年拾月，以資懲儆等旨（見原判決第

24頁），致關於被告所犯強制性交未遂罪之量刑部分，其主文之記載與理由說明不相適合，自有判決理由矛盾之違法。

(二)、科刑判決所認定之事實，必須與其所採用之證據內容相適合，否則即屬證據上之理由矛盾，其判決為當然違背法令。又非基於正當目的所為以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為，即屬性交，刑法第10條第5項第1款定有明文。原判決理由引用A女於第一審之證詞，以被告之生殖器並未勃起，而未插入A女之陰道，且無法進一步證明被告之生殖器確已進入A女之口腔內有所接合，因認被告對A女著手強制性交部分，尚未達於既遂等情，並據以認定被告對A女為強制性交未遂之犯罪事實（見原判決第20頁）。惟卷查A女於偵查中證稱：「（問：你有碰到被告下體？）有。我有含了一口，我就整個身體往後。當時他把我的頭壓往他的下體，我的嘴巴有含到一口他的生殖器」等語（見偵字第8451號偵查卷第75頁），復於第一審證稱：「等到我情緒比較平復之後，他（指被告）就把他的手伸過來壓住我的頭，靠向他的下體，我有含到一口他的生殖器，完全很噁心、很想吐，覺得很不舒服」、「我很肯定我有含到一口他的生殖器，就是一個肉的感覺，不是隔著內褲」、「（問：被告的生殖器有無進去妳的嘴巴裡面？）有，有碰到我的舌頭，但是不是整個一大坨在嘴巴，就是一小段，嘴巴碰到一段」、「我可以明顯感受到我的嘴巴有碰到他的生殖器，不是只有親吻到，而是有含到肉的動作」、「我確定我有含到他的龜頭部分，但沒有到陰莖那麼大口」等語（見第一審卷2第93至94、127頁），如果無訛，則依上開A女於偵查中及第一審之證述內容，均已明確證述被告將其頭部往下壓，使其嘴巴含到被告生殖器等情，並於第一審進一步證述其嘴巴已含到被告龜頭等細節，亦即被告之性器已進入A女之口腔，而與刑法第10條第5項第1款所定之性交行為相符，已達性交既遂程度。是原判決所認定之事實與其所採用之證據內容不相適合，依上述說明，難謂無證據上理由矛盾之違誤。

01 三、以上為檢察官及被告上訴意旨所指摘，尚非全無理由，而原
02 判決上開違誤影響於此部分事實之認定及法律之適用，本院
03 無從據以自行判決，應認原判決關於強制性交未遂部分，有
04 撤銷發回更審之原因。

05 貳、駁回上訴（即原判決關於強制猥褻）部分：

06 一、按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決
07 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
08 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非
09 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
10 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
11 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
12 法律上之程式，予以駁回。

13 二、本件原判決綜合全案證據資料，認定被告有其事實欄二所載
14 分別對於被害人A女及B女（原判決代號AD000-A108013A，人
15 別資料詳卷）為強制猥褻之犯行，因而維持第一審論處被告
16 強制猥褻各罪刑（共2罪）之判決，而駁回被告此部分在第
17 二審之上訴，已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理
18 由。

19 三、刑事訴訟法第159條之5第1項所規定之傳聞例外，乃基於當
20 事人進行主義中之處分主義，藉由當事人「同意」之此一處
21 分訴訟行為，與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為
22 證據之傳聞證據，賦予其證據能力。同意或擬制同意傳聞證
23 據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適
24 當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第15
25 9條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法
26 第159條之1至第159條之4所定情形為前提。又法院於審查各
27 該傳聞證據是否有類如立法理由所指欠缺適當性之情形（即
28 證明力明顯過低，或該證據係違法取得等）後，如認皆無類
29 此情形，而認為適當時，因無損於被告訴訟防禦權，於判決
30 理由內僅須說明其審查之總括結論即可，要無就各該傳聞證
31 據製作當時之過程、內容、功能等，逐一說明如何審酌之必

要，否則，即有違該條貫徹加重當事人進行主義色彩精神之立法本旨，並使該條尋求訴訟經濟之立法目的無法達成。本件關於被告以外之人於審判外之陳述，原判決已說明其所引用被告以外之人於審判外之陳述，業經檢察官、被告及原審辯護人，於原審表示均同意有證據能力，審酌上開供述證據作成時之情況，並無違法取證或其他瑕疵，且與待證事實具有關聯性，認為以之作為證據應屬適當，自均有證據能力等旨，即已對被告及原審辯護人不爭執適當性之相關供述證據，審酌案內傳聞證據作成時之情況，敘明其審查無欠缺適當性情事之結論。而原判決對於採為判斷依據之得為證據之傳聞例外，其說明究係詳盡或簡略，亦無損於其得為證據性質之認定。原審經調查其所引用之供述證據後，採為被告犯罪之部分論據，核與證據法則無違。被告上訴意旨任憑己意，指摘原判決認定前開被告及原審辯護人所不爭執之相關供述證據具有證據能力為不當云云，依上述說明，要非適法之第三審上訴理由。

四、證據之取捨、事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴第三審法院之適法理由。本件原判決係綜合A女及B女於偵查中及第一審所為不利於被告之指證，佐以國防醫學院三軍總醫院出具之診斷證明書及B女於第一審提及被告侵害之細節，仍不時哭泣等證據資料，以及被告自承A女及B女參加其所舉辦春酒餐會，並於餐會結束，其提議前往KTV續攤，而與A女及B女一同抵達KTV包廂唱歌等情，詳加研判，而據以認定被告有其事實欄二所載分別對A女及B女強制猥褻之犯行。並就被告所辯：上述KTV包廂隨時可能有服務人員進出，且餐敘的朋友亦表示晚點會到，其並無為猥褻行為之可能；而B女先行離開，又未立即回覆A女之訊息，與常情不符；且B女於案發當日並未向服務人員求助，事後尚且與主管洪○○（人別資料詳卷）同進宵夜，並發送訊息聯絡被告，與被告互動良好，不同於一般被害人之反應，被告並未

01 對A女及B女為強制猥褻犯行等各節，何以不足以採信，以及
02 證人陳建滄之證詞，如何不足以資為有利於被告之認定，已
03 斟酌卷內資料詳加指駁，及說明其取捨之理由甚詳。其論斷
04 說明俱有前揭證據資料可稽，且不違背證據法則及論理法
05 則，即屬事實審法院採證認事、判斷證據證明力職權之適法
06 行使，自不能任意指摘為違法。至上訴意旨所指A女與B女間
07 以「LINE」對話手機頁面擷圖，及新北市政府家庭暴力暨性
08 侵害防治中心函文暨所附A女、B女之個案摘要報告，均無證
09 據能力一節，縱或屬實，惟原判決就被告所為強制猥褻犯行
10 部分，並未引用新北市政府家庭暴力暨性侵害防治中心函文
11 暨所附A女、B女之個案摘要報告，作為證據。而被告本件強
12 制猥褻犯行，如上所述，並非專以該「LINE」對話手機頁面
13 擷圖為主要證據，是縱其所引用此部分證據並無證據能力，
14 然除去該部分之證據，綜合案內上述A女及B女之證詞，暨診
15 斷證明書等證據，仍應為同一事實之認定，即不影響本件判
16 決之結果。又原判決已就被告所辯：B女先行離開，又未立
17 即回覆A女之訊息，與常情不符等辯解，何以不足以採信，
18 已闡述甚詳，並無被告上訴意旨所指對其此部分辯解未說明
19 不予採納理由之情形。而原判決亦將A女、證人林麗琴之證
20 詞，與卷內A女與暱稱「RUEI 睿」之「LINE」對話內容擷
21 圖，互為勾稽，如何認A女所述其與被告搭乘計程車，係為
22 將被告送至中和里辦公室等情為可信（見原判決第16至17
23 頁），被告上訴意旨所執A女與暱稱「RUEI 睿」之「LINE」
24 對話內容，未見A女詢問被告辦公室處所，以及A女另於「LI
25 NE」群組之對話內容，亦未詢問群組內成員關於被告辦公室
26 處所，或與林孟鴻聯繫能否將被告送至其辦公室等節，尚不
27 影響原判決關於上情之認定，及本件判決之結果。被告上訴
28 意旨置原判決明確之論斷說明於不顧，猶執上開無關其判決
29 結果之事由，以及陳建滄之證詞，並爭執上述A女、B女之證
30 詞、診斷證明書及「LINE」對話內容擷圖等相關證據之證明
31 力，猶就本件強制猥褻之事實，再事爭辯，且謂原判決認定

01 被告強制猥褻犯行，違背經驗、論理法則云云，而據以指摘
02 原判決違法，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

03 五、鑑於被害人、告訴人與被告立於相反之立場，其陳述被害情
04 形，難免不盡不實，由於此等供述證據在本質上存有虛偽性
05 較大之風險，即使施以預防規則之具結、交互詰問與對質，
06 其真實性之擔保仍有未足，因而受補強法則之規範。而補強
07 法則為數量法則之一種，數量法則，乃認某一證據，存有弱
08 點，須與別一證據合併提出之法則。所謂別一證據，係指除
09 被害人、告訴人之指述本身以外，與待證事實具有關聯性之
10 另一證據而言。原判決對於上述診斷證明書等證據如何擔保
11 B女所指證被告對其為強制猥褻一節之憑信性，已闡述甚
12 詳，至A女、B女固為被害人，除指證被告在上述KTV包廂內
13 對其等本身為強制猥褻行為外，均另證述在該包廂內所見聞
14 被告對另一人猥褻等情，二人所證此情，與一般證人之證詞
15 無殊，為獨立之證據方法，即得認屬補強法則之別一證據，
16 原判決以B女、A女所證上情，各擔保A女、B女所指證被告對
17 其等本身強制猥褻各節之真實性，於法尚屬無違。被告上訴
18 意旨謂原判決以A女、B女之片面指述，互為補強，遽認被告
19 有本件強制猥褻犯行，違背證據法則云云，而據以指摘原判
20 決違法，尚非適法之第三審上訴理由。

21 六、按卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人
22 、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，刑事訴訟法第
23 165條第1項定有明文。核其立法目的在於使被告於審判期日
24 調查證據進行時，得以對卷宗內之書證內容有所知悉，而為
25 審察答辯，以確保被告程序上防禦權之行使。原判決引用國
26 防醫學院三軍總醫院出具之診斷證明書，作為認定被告所犯
27 強制猥褻罪之證據，由於該診斷證明書記載B女之姓名、出
28 生年月日等足資識別其身分之資料，原審乃依性侵害犯罪防
29 治法第15條第1項規定予以保密，因而限制閱覽該文書。然
30 稽諸原審審判期日筆錄所載，審判長已將上述診斷證明書向
31 被告及原審辯護人提示，並踐行告以要旨之程序，被告及原

01 審辯護人並於提示後表示意見（見原審卷二第88至91頁），
02 已足保障被告之訴訟防禦權，自不能遽指其程序為違法。被
03 告上訴意旨任憑己意，謂原審彌封上述診斷證明書，限制其
04 防禦權為不當云云，而據以指摘原判決違法，同非合法之第
05 三審上訴理由。

06 七、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證
07 事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性且具有調查可能
08 性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待
09 證事實之有無，具有重要關聯性者，始足當之，若僅係枝節
10 性問題，或所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據
11 ，目的僅在延滯訴訟，甚或就同一證據再度聲請調查，自均
12 欠缺調查之必要性，原審未依聲請為無益之調查，皆無違法
13 之可言。被告於原審雖聲請傳喚證人郭文瑞、李福睿、林孟
14 鴻，以究明當時在上述KTV續攤之情形，及何以由A女送被告
15 搭車離開等事項。然原審法院斟酌前揭相關事證，認本件事
16 證已臻明確，並無再調查上開事項之必要，已於判決理由內
17 加以敘明甚詳。從而，原審就此未再行無益之調查，尚無違
18 法之可言。被告上訴意旨執此指摘原審調查未盡一節，依上
19 述說明，亦非適法之第三審上訴理由。

20 八、刑法第55條想像競合犯規定所謂一行為觸犯數罪名，就故意
21 犯而言，係指對於該數罪同時有各別之犯意而藉一個行為以
22 達成之，若對於另一犯罪係臨時起意，而行為亦不止一個，
23 或基於同一之犯意而行為又先後可分，且無全部或部分重疊
24 之情形，即非刑法第55條之想像競合犯，應為數罪併罰。依
25 本件原判決事實之認定，被告如原判決事實欄二之(一)所為對
26 B女強制猥褻犯行，與其如原判決事實欄二之(二)所為對A女為
27 強制猥褻犯行，客觀上並非不能分別實行。而關於被告犯意
28 之認定，係原審採證認事之職權，原判決於其事實欄既已認
29 定被告基於個別犯意而分別對A女及B女為強制猥褻犯行，並
30 於理由內敘明被告所為上開犯行，犯意各別，行為互殊，而
31 其此項職權之行使，既無違背證據法則之情形，原判決因而

01 論斷被告所為前開犯行應予以分論併罰，於法尚屬無違。被
02 告上訴意旨任憑己意，謂其上開犯行成立想像競合犯云云，
03 而據以指摘原判決違法，要非合法之第三審上訴理由。

04 九、刑法第224條強制猥褻罪之成立，係以行為人對於被害人施
05 加強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，為
06 其要件，且所稱其他「違反其意願之方法」，應係指該條所
07 列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害
08 人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於
09 所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方
10 法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本
11 旨，故而被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾等性
12 自主權遭壓抑或破壞時，即應認係違反其意願。本件原判決
13 依其事實欄二所認定：被告利用在KTV包廂內唱歌對B女摟肩
14 之機會，不顧B女閃避，違反B女意願，搓揉抓捏B女之胸
15 部，伸手進入B女裙內來回撫摸B女臀部至大腿等部位；又坐
16 在A女身邊，摟住A女肩膀，不顧A女已縮身閃躲，違反A女意
17 願，伸手撫摸A女胸部及身體等部位等情，於理由敘明：被
18 告違反B女及A女意願所為上開行為，不僅客觀上足以引起他
19 人性慾，且主觀上亦屬足以滿足自己色慾之行為，因認被告
20 此部分行為，均係犯刑法第224條之強制猥褻罪等旨，核其
21 論斷，於法尚屬無違。被告上訴意旨謂原判決認定被告此部
22 分行為成立強制猥褻罪，有違罪刑法定原則云云，亦非適法
23 之第三審上訴理由。

24 十、所謂「與罰之前行為」（或稱「不罰之前行為」），乃指行
25 為人前後實現刑法構成要件之兩行為，雖然形式上可能構成
26 不同之犯罪，但因後行為之處罰規定，已包含前行為之不法
27 與罪責內涵，祇要處罰後行為，即可一併將前行為之不法與
28 罪責內涵加以評價，為避免重複評價，故該前行為不再另外
29 論罪，俾符罪責原則。本件依原判決事實欄一、二之(二)、三
30 所認定：被告係在民國108年2月22日15時許，於餐會結束提
31 議前往KTV繼續飲酒唱歌，於KTV包廂內，基於強制猥褻之犯

意，違反A女意願而為猥褻行為；嗣於同日18時許，A女見被告已有酒意卻無人前來接被告返家，礙於情面遂與被告共同搭乘計程車離開該KTV，欲將被告送回位在新北市新莊區復興路之辦公室，途中被告要求計程車轉往雅緹汽車旅館，而於同日18時30分許，在該旅館509號房內，竟基於強制性交之犯意，對A女著手於強制性交行為等情，則縱認被告於上述汽車旅館內對A女所為之行為，成立強制性交未遂罪，然被告先於KTV包廂內對A女為強制猥褻行為，再於旅館內對A女為強制性交行為，前後兩行為侵害之對象雖同為A女，惟地點不同，且間隔多時，各次行為明顯可分，而屬犯意個別，行為互殊，難認後行為之強制性交處罰規定，已足以涵蓋先前強制猥褻行為之不法與罪責內涵，仍須對前行為論以強制猥褻罪，施以處罰，始足充分評價，而無重複評價之情形，亦與罪責原則無違。是原判決認被告上述強制猥褻行為另成立強制猥褻罪，於法尚無違誤。被告上訴意旨謂被告此部分行為為不罰之前行為云云，據以指摘原判決違法，同非合法之第三審上訴理由。

十一、其餘被告上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘為違法，或單純為事實上之爭執，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件，依上說明，應認被告此部分之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 1 月 18 日

刑事第三庭審判長法官 徐昌錦

法官 林恆吉

法官 江翠萍

法官 張永宏

法官 林海祥

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官 邱鈺婷

03 中 華 民 國 113 年 1 月 23 日