

最高法院刑事判決

113年度台上字第2631號

上訴人 張志傑

選任辯護人 葉雅婷律師

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113年4月18日第二審判決（110年度侵上訴字第167號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第7473、20711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，認定上訴人張志傑有如原判決事實欄所載分別對A女（警詢代號：0000000000，人別資料詳卷）、B女（警詢代號：0000000000，人別資料詳卷）為妨害性自主各犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯從一重論處上訴人以藥劑犯強制性交既遂、未遂各罪刑，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。並就上訴人否認犯行之供詞及所辯各語，認非可採，予以論述及指駁。

三、刑事訴訟法第165條第1項所定調查文書證據之程序，審判長於審判期日調查證據時，應就卷宗內之筆錄及其他文書證據

為宣讀或告以要旨，期使當事人透過法庭調查證據之活動，充分明瞭該文書證據內容及意義，以擔保證據資料之真實性，並有審察答辯之機會，俾保審判不失其平允。而作為判決基礎之文書證據，曾否踐行宣讀、告知之調查程序，專以審判筆錄為證，至於實務上審判筆錄以括號註明文書證據所在之卷宗頁碼，僅係用以便利查明文書證據所在之用，與該文書證據是否存在或曾否踐行宣讀、告知之程序無涉。如審判長已對特定文書證據踐行合法調查程序，可以擔保當事人明瞭該文書證據內容及意義，即令審判筆錄記載該文書證據之所在頁碼有誤，稍有瑕疵，亦與應於審判期日調查之證據而未予調查之違法情形，不相適合。稽之原審民國113年3月14日審判程序筆錄之記載，審判長就卷內臺北市政府警察局大安分局瑞安街派出所107年2月8日公務電話紀錄表之文書證據為調查，已向當事人告以該文書證據之制作機關、制作日期、制作方式，並踐行告以要旨之調查證據程序，使上訴人及其原審選任辯護人就該特定文書證據得以表示意見，縱有將該卷證所在即107年度偵字第7473號不公開卷第71頁誤寫為同卷宗第33頁之情形，惟該文書證據真正存在，且其內容及意義既為上訴人已然知曉，原審並踐行其告以要旨之調查證據程序，自仍無礙於上訴人審察答辯之機會，而於審判之公平性不生影響，尚與應於審判期日調查之證據未予調查之違法情形有別。上訴意旨執此枝節事項所為指摘，顯非法律規定得為第三審上訴之適法理由。

四、刑事訴訟法第159條第1項規定：「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。」所稱「法律有規定者」，係指同法第159條之1至第159條之5等規定所述情形，即以排除傳聞證據為原則，必須符合例外情形，方能承認其證據能力。其中刑事訴訟法第159條之4第2款所稱從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，且大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見

日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。又醫師係從事醫療業務之人，病患如純為查明病因並以接受治療為目的，而到醫療院所就醫診治，醫師於例行性之診療過程中，對該病患所為醫療行為，應依醫師法第12條之規定，製作病歷，並由所屬醫療機構依醫療法規定保存。是醫師所製作之病歷，具有例行性之業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載之類型化特徵，屬於醫療業務上或通常醫療業務過程所製作之紀錄文書，而且每一醫療行為均屬可分，因其醫囑對病患所為血液、尿液或其他生化等檢驗，亦屬其醫療業務行為之一部分，仍應依法製作病歷或引用檢驗報告，則該檢驗報告仍屬醫療業務上或通常醫療業務過程所製作之紀錄文書，自該當於上開條款所指之紀錄文書。原判決事實及理由欄甲、壹之五已敘明本件B女係自行前往臺北榮民總醫院就診，經採集其尿液送驗結果發現含有氟硝西泮（Flunitrazepam，下稱FM2）之代謝物，而出具診斷證明書，如何具有證據能力等旨，並有臺北榮民總醫院113年1月4日函文檢附B女病歷及檢驗結果報告單在卷可稽。揆諸前開說明，本件臺北榮民總醫院診斷證明書，屬例行性執行醫療業務過程中，基於觀察或發現所製作之紀錄文書，並無偽造之動機，復查無其他顯然不可信之情形，依刑事訴訟法第159條之4第2款規定具有證據能力，況上訴人及其原審選任辯護人於原審112年12月12日準備程序亦同意作為證據。原判決憑採為判決基礎，於法自無不合。上訴意旨空言指摘臺北榮民總醫院採檢程序不符合刑事案件採證之流程等語，自非依據卷內資料執為指摘之合法上訴理由。

五、認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證明待證事實之直接證據為限，即綜合各種可得推論直接事實之間接證據，由法官本於生活經驗上認為確實之經驗法則及理則上當然之論理

01 法則，以形成確信之心證，尚非法所不許。又被害人就被害
02 經過之陳述，除須無明顯瑕疵可指，且須有其他補強證據以
03 擔保其指證、陳述確有相當之真實性，而為通常一般人均不
04 致有所懷疑者，始得據以論罪科刑。然茲所謂補強證據，並
05 非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證被
06 害人指述之犯罪非屬虛構，能予保障所指述事實之真實性，
07 即已充分。且補強證據，不論係人證、物證或書證，亦不分
08 直接證據與間接證據，均屬之，而如何與被害人指述之內容
09 相互印證，足以平衡或祛除可能具有之虛偽性，而達補強犯
10 罪重要部分之認定，乃證據評價之問題，由事實審法院本於
11 確信自由判斷，此項判斷職權之行使，倘未違背客觀存在之
12 經驗法則或論理法則，並已於理由內詳述其取捨證據之理
13 由，自不得任意指為違法，而執為適法之上訴第三審理由。
14 原判決綜合上訴人部分不利於己之供述，證人A女、B女、游
15 ○○、陳○○、曾○○、葉○○、B母（上開5人之人別資料
16 詳卷）、陳婕滢之證言，扣案行動電話、含第三級毒品FM2
17 成分之白色圓形錠劑，卷附診斷證明書、毒品鑑定書、法務
18 部調查局函文、行政院衛生署管制藥品管理局函釋、勘驗筆
19 錄及附件擷圖、監視器錄影畫面擷圖，暨案內其他證據資
20 料，相互勾稽結果，憑為判斷上訴人有將FM2藥錠以不法方
21 式使 A女施用，利用A女藥效發作、意識不清之機會，違反A
22 女意願，對A女為強制性交；又將FM2藥錠伺機摻入B女飲用
23 之奶茶內，在附近觀察B女狀態，嗣因B女察覺身體不適並向
24 其母求助，而強制性交未遂之各犯罪事實，依序記明所憑證
25 據及認定之理由。復載敘游○○證述其由A女陪同步行到其
26 住家巷口，2人有停留聊天，大約1小時後，其才目送A女離
27 開等語；陳○○、曾○○均證稱A女手機、錢包都放在本件
28 KTV包廂沒帶走等語，核與A女證稱其陪游○○返家，加上聊
29 天，大約1小時後，其就往KTV方向走等主要情節，均屬一
30 致，而認A女雖於KTV時有飲酒，然嗣後陪同游○○返家再步
31 行回KTV期間，均神智正常，難認會偶遇不認識之上訴人

01 後，不顧手機、錢包等重要物品仍置於KTV未取，而與上訴
02 人至旅館房間性交之理由。復觀諸第一審勘驗扣案上訴人持
03 用行動電話內關於A女之照片、影片結果，上訴人將其生殖
04 器與A女嘴巴接合時，A女始終閉眼、無任何身體反應或對話
05 互動，嗣上訴人載送A女返家途中，A女亦僅能低頭以微弱聲
06 音勉強回答上訴人詢問等節，核與法務部調查局於A女毛髮
07 檢體檢出 FM2代謝物，及服用FM2後會產生昏睡、講話含
08 糊、記憶力及判斷力減退等異常症狀之藥理反應相符，而認
09 A女前有遭上訴人以不法方式施用FM2藥錠後強制性交，亦載
10 認審酌採信之依據。另就上訴人在咖啡店內刻意自行挑選鄰
11 近B女之座位，及趁B女離座如廁之際，將FM2藥錠趁機摻入B
12 女之奶茶中，其於施加藥劑之加重條件行為時，即屬加重強
13 制性交之著手實行，嗣後並持續在附近逗留關注B女之狀態
14 動向，顯與其辯稱欲尋找停車位等詞不符，亦論述明白。再
15 依行政院衛生署管制藥品管理局之函釋，針對FM2之藥效作
16 用，會隨劑量多寡、體質差異、過敏程度等因素而有不同之
17 發作時間長短，A女、B女遭上訴人下藥後，藥效發作時間之
18 久暫及身體不適反應自有不同，如何無違常情，均闡述綦
19 詳。凡此，概屬原審採證認事職權之適法行使，所為論斷說
20 明，並非僅憑A女、B女之指述為唯一證據，尤非單以推測或
21 擬制之方法為裁判基礎，要無採證違背經驗、論理等證據法
22 則、欠缺補強證據、判決不備理由、調查未盡之違法可言。
23 上訴意旨徒以自己之說詞，持不同之評價，而為事實爭執，
24 指摘原判決違法，並非上訴第三審之適法理由。至於上訴人
25 對A女施用 FM2藥錠之具體方式為何，尚與本件犯罪構成要
26 件無涉，且無礙為本件犯罪事實之認定，原判決事實欄或理
27 由欄內縱未能確切認定，亦無違法可言，上訴意旨此部分指
28 摘，亦非合法之第三審上訴理由。

29 六、證人之證述雖然有部分先後不一，相互間有所齟齬，究竟何
30 者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情
31 形，作合理之比較，定其取捨；且採信其部分證言時，當然

01 排除其他不相容部分之證詞，此為法院取捨證據法理上之當
02 然結果，縱僅說明採用某部分供述之理由而未於判決理由內
03 說明捨棄他部分供述，亦於判決本旨無何影響，此與判決理
04 由不備或調查未盡之違法情形尚有未合。即使證人A女、B
05 女、B母、陳婕滢之證詞，或有部分細節事項前後不一，甚
06 至互相扞格，然因其等對於基本事實之部分陳述與真實性無
07 礙，原判決已載認審酌採信依據，縱未敘明捨棄部分細節不
08 一或互相扞格供述之理由，於判決本旨仍無影響，究非判決
09 理由不備或調查未盡之違法。

10 七、刑法所稱性交者，謂非基於正當目的所為之性侵入行為，包
11 括下列數種不同態樣之行為：一、以性器進入他人之性器、
12 肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身
13 體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為，
14 刑法第10條第5項定有明文。基此，性交既遂與未遂之區
15 分，係採接合說，不以滿足性慾為必要。又男性外部生殖器官，
16 包括陰莖、陰囊，凡以陰莖或陰囊一部與他人口腔接合
17 之性侵入行為，即屬性交既遂，不以全部進入為必要，亦非
18 須以滿足性慾，始足當之。又刑事訴訟以直接審理為原則，
19 審判中之勘驗，係由法院、審判長、受命法官透過感官知覺
20 之運用，親自觀察體驗現時存在之物或人之身體、場所等標
21 的，就其察驗所得，獲得證據資料，而為判斷犯罪情形之調
22 查證據方法，具有直接審理之意義，第二審援用第一審之勘
23 驗筆錄，即係採用第一審法官直接觀察體驗之證據資料，如
24 與第一審為相同之認定，尚非法所不許，即與事實審採直接
25 審理之精神無違。原判決援引第一審勘驗扣案上訴人持用之
26 行動電話內檔案名稱「thumb_201」照片及如原判決附表編
27 號1至5所示影片之結果，顯示A女嘴唇微張，上訴人之陰莖
28 與A女嘴巴接合，另上訴人之陰囊部分，亦有與A女之嘴巴接
29 合，製有勘驗筆錄及附件擷取圖片存卷可按，認定上訴人將
30 其陰莖、陰囊抵住A女嘴巴而使之接合，以此方式對A女為性
31 交既遂，顯未與第一審之勘驗結果為不同之認定，是原審未

再行勘驗，亦與直接審理原則無違。上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，以其僅將生殖器擺放在A女嘴邊拍照，並非基於性交之意圖，亦無插入或接合之動作，原審未重行勘驗，據以指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴理由。

八、行為人基於犯罪故意而實行但未造成法益侵害結果之行為，是否為法律所明定處罰之未遂犯，依刑法第25條第1項規定，應以行為人是否已著手於犯罪行為之實行為斷。而得否認行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，如由其所施用違反被害人意願之非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意，而開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，對於強制性交罪所要保護個人性自主決定權之法益，形成直接危險，若依犯罪計畫繼續不中斷進行，將導致犯罪構成要件之實現者，應認已著手犯罪行為之實行。又基於習性推論禁止之法則，前科紀錄、前案資料或其他類似之品格證據，不得用以證明其品格與本案犯罪行為相符或有實行該犯罪行為之傾向，以避免導致錯誤之結論或不公正之偏頗效應。惟被告之品格證據，倘與犯罪事實具有相似性、關聯性，在證據法上則可容許檢察官提出供為證明被告犯罪之動機、機會、意圖、預備、計畫、知識、同一性、無錯誤或意外等事項之用，即所謂類似事實證據，而非資為證明其品性或特定品格特徵，即無違上開法則。原判決依憑案內存在之上訴人對於A女為加重強制性交案件，業經原審認定上訴人前於106年12月19日對於偶遇之不認識A女，使其在不知情之下施用FM2藥錠後，因藥效發作而無力抵抗之際，對A女為強制性交之犯行，敘明上訴人嗣於107年1月27日復有趁B女短暫離座如廁之際，將FM2藥錠摻入B女飲用之奶茶內，並在附近觀察等候B女飲用後藥效發作，前後二案尋找落單陌生女性並伺機下藥之手法極為雷同，所差異者乃B女察覺身體有異而即時向在附近開設美髮店之B母求助，而未生被性侵之

01 結果，因認上訴人對於B女下藥之目的，亦如同前案對於A女
02 之計畫，顯然意在強制性交且已著手實行，據以認定對於B
03 女強制性交主觀犯意及著手實行而不遂之客觀犯行，而予論
04 處，尚無不合。要無上訴意旨所指採證悖乎證據法則、無罪
05 推定原則及判決理由不備之違法情形可言。

06 九、刑事訴訟法第163條已揭櫫調查證據係由當事人主導為原
07 則，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明
08 瞭仍有待釐清時，始得斟酌具體個案之情形，予以裁量是否
09 補充介入調查。又刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之
10 證據，必證據與待證事實具有密切關聯性，而客觀上具有調
11 查之必要性者而言，如已不能調查，或待證事實已臻明瞭，
12 無再調查之必要者，法院未為調查，即不能指為有應調查之
13 證據而不予調查之違法。本件依原判決犯罪事實之認定及其
14 理由之說明，既已載認上訴人犯罪事證明瞭，且上訴人及其
15 原審選任辯護人於原審辯論終結前，亦表示並無其他證據請
16 求調查，況就B女案發當時所在咖啡店有無監視器影像存檔
17 乙節，已由警方向保全公司查詢後，確認平時僅有即時監看
18 而無儲存影像功能，屬客觀上不能調查之證據，原審未為其
19 他無益之調查，於法無違。至上訴人遭警方查獲時，自身有
20 無施用FM2藥錠以改善失眠情形，究與本件犯行無關。上訴
21 意旨指摘原審就上情未依職權調查釐清，有調查未盡之違法
22 等語，亦非上訴第三審之合法理由。

23 十、綜合前旨及其餘上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於
24 不顧，仍再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷
25 證據證明力之職權行使，徒以自己說詞為相異評價，任意指
26 為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為第
27 三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件關於以非法之方
28 法使人施用第三級毒品、加重強制性交部分之上訴，違背法
29 律上之程式，應予駁回。上開對於A女所為而得上訴第三審
30 部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁
31 判上一罪關係之無故以照相、錄影竊錄他人身體隱私部位部

分，係屬刑事訴訟法第376條第1項第1款不得上訴第三審法院之罪，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 12 月 19 日

刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

法官 林海祥

法官 江翠萍

法官 張永宏

法官 何信慶

本件正本證明與原本無異

書記官 游巧筠

中 華 民 國 113 年 12 月 24 日