最高法院刑事判決

114年度台上字第1396號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林蓉蓉

上　訴　人

即　被　告　代號BH000-A112015B(人別資料詳卷)

選任辯護人　張峻瑋律師

上列上訴人等因被告家暴妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國113年11月13日第二審判決（113年度侵上訴字第78號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署112年度偵字第2838號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、加重強制性交部分

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，認定上訴人即被告代號BH000-A112015B有如原判決事實欄所載強制性交犯行，因而撤銷第一審該部分之科刑判決，改判論處對未滿14歲之女子犯強制性交(下稱加重強制性交)未遂罪刑，已載敘其調查取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，對於被告否認此部分犯罪之辯詞，如何不足採信，亦已依據卷內資料詳加指駁，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略稱：

(一)檢察官部分

1、告訴人乙女(姓名年籍資料詳卷)就被告強制性交「既遂」之主要情節之前後陳述並無歧異，其於原審雖一度證稱「我忘記被告生殖器有沒有進入我的陰道」之語，然參酌乙女接受高達26次心理諮商之摘要評估顯示「……；案主至今仍有創傷反應，且當前需面對司法歷程，會引發身心症狀與負向情緒，目前持續接受心理諮商治療」等情，該「忘記」之陳述應係時日甚久，且選擇性遺忘該段不堪記憶使然。又乙女明確證稱被告生殖器接觸其生殖器時有疼痛感，益徵乙女之生殖器確實有遭到被告碰觸，否則當不致發生生殖器疼痛之感覺，原審僅以「疼痛感來源，終究無法排除係因被告強行將乙女腿部架高，或因乙女反抗之可能，抑或可能因日久乙女記憶模糊而略有失真之情形」等不確定想像事由即排除、摒棄乙女所為不利被告(既遂)之陳述，並未說明取捨判斷之理由，有違背經驗法則與論理法則及理由不備之違法。

2、依據乙女於偵查中不利之陳述、被告歷次所供述或稱有用情趣用品及手指插進乙女生殖器過、或稱在乙女生殖器外摩擦，沒有插進去、或稱曾衝動抱起乙女準備要將生殖器放進去，因乙女不要就未發生性行為而僅抱著睡覺等語，及被告與網友「蔡」之通訊軟體微信(WeChat)對話(下稱微信對話)所稱「只有第一天正常睡覺、第二天開始洗澡完就直接毛巾擦一下、抱起來丟床上了，那時候差一點就正面進去了、之後三天都一樣瘋」等語，足證被告在日本之旅館內，幾乎每天都對乙女為強制性交，原審認被告行為僅達未遂階段，有違背經驗法則與論理法則之違法。

3、被告之犯行對乙女之身心靈造成嚴重創傷，惡行劣跡，人神共憤，乙女猶須歷經漫長心理復健之路，且被告為乙女之生父，本有扶養義務與責任，雖給付和解金，試圖以給付和解金減輕罪刑，但被告始終否認強制性交犯行，卸責並虛構諸多事實，欲達其脫罪之目的，更造成乙女二度重大傷害，令乙女心寒、痛苦難平，此部分不應因被告事後賠償而輕縱，應一併審酌量刑等語。

(二)被告部分

乙女於偵查、第一審所為被告對其如何強制性交情節之供述不一致之情形，非屬記憶久遠所生瑕疵；被告與網友「蔡」之微信對話紀錄中其與乙女房間內互動情節之談話與乙女之指述不符，又乙女個性本較文靜沉默，證人即乙女之母（真實姓名詳卷)之證述並不足證明乙女從日本回臺時有何特殊心情變化，而乙女之母所為其受學校告知後與乙女聊本案時乙女情緒反應之陳述係虛偽不實，上開各證據均不足作為乙女有瑕疵指述之補強證據，原審均採為依據，有違背經驗、論理法則，且就何以採用乙女原審之證詞認定其強制性交未遂而未採用乙女偵查之證詞認定其係犯乘機性交罪，亦未說明理由，有理由不備之違法等語。

四、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷不違背經驗法則與論理法則，即不能指為違法。又被害人之指訴，縱細節部分前後稍有不同，然基本事實之陳述，若與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均不可採。

原判決勾稽證人即告訴人乙女、證人即乙女之母、林○威(名字詳卷，乙女班導師)部分供證、微信對話紀錄、苗栗縣家庭暴力暨性侵害防治中心保護個案資料表(下稱保護個案資料表)，及卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，敘明其認定被告於所載時間，與乙女前往日本旅遊期間某日，基於對未滿14歲之女子強制性交之犯意，在日本某旅館房間內，違反乙女意願，以手撫摸乙女之胸部及下體，進而欲強行將其生殖器插入乙女生殖器，然因乙女抗拒而未得逞之所為，如何該當加重強制性交未遂罪構成要件之心證理由。併就依本案查獲經過，乙女無捏造被害事實誣陷被告之動機；乙女於偵查及原審就被告如何對其強制性交過程之陳述，可確認被告有撫摸乙女之胸部及下體，再欲以其生殖器插入乙女生殖器之主要情節大致相符，縱其對於枝節之指訴或囿於時間久遠記憶不清而稍有差異、或可能受家暴性侵害之被害人往

往因恐懼、壓力或羞恥感而逃避回想，甚或有意遺忘此種不堪之事，不能僅憑乙女就其遭性侵害過程細節有供述不一之情形，即認乙女所述全然不實，且乙女所陳述被害之情節(除被告生殖器插入乙女生殖器部分外)，係根據對其而言具有特別可供回憶之情狀(與父親同遊日本)而得以特定之情形，所為證述內容顯無前後齟齬或不合之處，詳敘憑為判斷乙女指證上揭情節與事實相符之論據及理由；並依「罪證有疑、利於被告」之原則，以乙女於原審之證述，先稱忘記被告生殖器有無進入其陰道，(經檢察官詢以乙女在偵查中之陳述)嗣又稱被告生殖器有插入其生殖器等語，則被告於對乙女為撫摸或碰觸(胸部及下體)行為時，究否實際上已達侵入或接合乙女生殖器之程度，尚非無疑；乙女雖曾證稱被告生殖器接觸其生殖器時有疼痛感一節，然其疼痛感來源尚有多端，而為被告有利之認定，認乙女所證述遭被告著手強制性交而「未遂」部分之事實具憑信性而可認定無訛；而被告否認犯罪，並稱其罹患男性性高潮障礙症、勃起障礙，無從對乙女為強制性交等辯解則非可採等各情，於理由內為論述、指駁，並說明其審酌之依據及判斷之理由，所為各論斷乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據為取捨後，而為價值上之判斷，據以認定被告之犯罪事實，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則。而上開微信對話之文字訊息確提及「去日本」、「第二天開始」、「差一點點就正面進去」等與乙女指證情節大致相符之描述；乙女之母所證述敘及其就乙女日本旅遊返家後因相處、對話、觀察而感受乙女之情緒反應情狀(如不同於一般孩童之純真開心，乙女之母搬離被告住處後，乙女一再表示不願與被告同住、抗拒由被告接送，並有生氣、哭泣反應)，佐以保護個案資料表所記載乙女諮商過程之情緒反應，可見乙女於案發後確有如同一般性侵害被害者常見之難過、不安、逃避等負面情緒反應。原判決以該微信對話紀錄、乙女之母之證述為乙女被害指述之補

強佐證，並無不合。尚無檢察官所指有違背經驗法則、論理法則及理由不備、被告所指有理由不備等違法情形。

五、刑之量定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情形，未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘其為違法，據為上訴第三審之理由。原判決就被告加重強制性交犯行之量刑，以被告之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情形（包括檢察官上訴意旨所指被告否認犯行、其犯行造成當時身心狀況未臻成熟之乙女之身心靈受嚴重創傷等情狀），為科刑輕重標準之綜合考量，依未遂犯減輕其刑，其量定之刑罰，並未逾法定刑度，自與罪刑相當原則無悖。難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。檢察官此部分上訴意旨指摘原判決量刑不當（過輕），係就原審量刑職權之行使，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

六、檢察官及被告上訴意旨置原判決之明白論敘於不顧，係對原審採證認事職權之適法行使，或原判決已說明及於判決結果無影響之枝節事項，持憑己見而為不同評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。難謂已符合法定上訴要件，應認其等加重強制性交部分之上訴為不合法律上之程式，均予駁回。另檢察官上訴書所檢附告訴人之「刑事請求檢察官上訴狀」以為對被告之補充上訴理由，因非檢察官上訴書狀本身所述之理由，而刑事訴訟法復無第三審上訴理由得引用或檢附其他文件代替之規定，本院亦無從審酌，附予指明。

貳、違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像部分

一、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段定有明文。

二、原判決另以被告經第一審判決依想像競合犯，從一重論處犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪刑及沒收後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審該罪科刑部分之判決，改判科處有期徒刑8年，被告於民國113年11月28日具狀就原判決之全部聲明不服，惟其於同日提出之刑事上訴理由狀，就違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像刑之上訴部分有如何之違背法令，皆未敘及，於本院未判決前仍未提出，則其對此部分之上訴，自屬未具理由，難謂為合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　14　　日

刑事第六庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　何俏美

法　官　江翠萍

法　官　洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　15　　日