最高法院刑事判決

114年度台上字第1923號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官黃彥琿

上　訴　人

（被　　告）李○○

選任辯護人　周廷威律師

被　　告　林鈺凱

上列上訴人等因被告等妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國113年12月31日第二審判決（113年度侵上訴字第207號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第23371、41233號），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。

理　由

一、本件原審審理結果，認定上訴人李○○（代號：AW000-A112214，完整姓名、年籍詳卷，下稱A女）、被告林鈺凱有如原判決犯罪事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審之科刑及諭知無罪判決，改判依想像競合犯規定，從一重論處林鈺凱、A女各犯傷害罪刑(林鈺凱想像競合犯刑法第304條第1項之強制罪；A女想像競合犯刑法第354條之毀損罪)。並說明不能證明林鈺凱有被訴強制性交未遂犯行，惟此部分如成立犯罪，與上述林鈺凱有罪部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，而不另為無罪之諭知。固非無見。

二、審理範圍及得否上訴第三審之說明：

㈠檢察官雖聲明僅就林鈺凱被訴強制性交未遂不另為無罪之諭知部分，提起第三審上訴（見本院卷第23頁），惟此部分如

成立犯罪，與林鈺凱有罪部分有裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，有刑事訴訟法第348條第2項前段規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」之適用。因此，原判決關於林鈺凱傷害有罪（包括強制罪）部分，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第2款所規定之不得上訴第三審之罪，然此為檢察官之上訴效力所及，本院應併予審理。

㈡A女所犯傷害、毀損等罪，符合刑事訴訟法第376條第1項但書所規定得上訴於第三審法院之情形。

三、惟按：

審理事實之法院，對於卷內被告有利及不利之直接、間接證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則與論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳加說明，且不得將各項證據予以割裂，分別單獨觀察判斷。故證據雖已調查，而尚有其他足以影響結果之重要疑點或證據並未調查釐清，仍難遽為被告有利或不利之認定。

又被害人之供述，固須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證供述所見所聞之犯罪非虛構，而保障所供述事實之真實性，即已充分；得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與證人之指認供述綜合判斷，如足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非補強證據。次按聞自被害人在審判外陳述之轉述，仍祇是被害人指述之累積，屬重複性之累積證據，固不能作為補強證據，但倘證人所述內容，係供為證明被害人之心理狀態、認知或所造成之影響者，乃證人之親身體驗，屬於情況證據，如與待證之指訴具有關聯性，自可作為補強證據。另證人證述內容，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其他各項證據，為合理判斷、取捨，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。

再刑法第23條規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑」係以行為人主觀上具有防衛之意思，客觀上存有緊急防衛情狀之現在不法侵害，出於防衛自己或他人權利，且所施之防衛手段須具有必要性為要件。所謂「不法之侵害」，係指對於自己或他人之權利施加實害或危險之違反法秩序行為。所稱「現在」，乃有別於過去與將來，係指不法侵害依其情節迫在眉睫、已經開始、正在繼續而尚未結束而言。

㈠林鈺凱部分：

1.原判決以公訴意旨略以：林鈺凱因不滿A女於服務時間尚未屆滿，即欲離去，竟基於強制性交犯意，違反A女意願，強拉A女衣物及頭髮，以及強壓A女頭部，要求A女為其口交，經A女極力反抗而未得逞，因認林鈺凱涉犯刑法第221條第2項、第1項強制性交未遂罪嫌云云。惟經審理結果，認為不能證明林鈺凱有公訴意旨所指此部分犯行。

原判決主要係以A女關於其遭林鈺凱性侵未遂之指述，前後不一，顯有瑕疵，以及證人即大時代男女時尚會館人事經理洪哲揚之證言等卷內事證，不足以補強A女所為不利於林鈺凱之證述真實可採，為其論據。

2.惟查：

⑴依洪哲揚於偵訊時證稱：其於事發隔日，聽聞A女敘述事發過程，並問林鈺凱有無強迫A女幫其口交等語。可見A女有於事發隔日，即向洪哲揚敘述其遭林鈺凱強迫口交未遂之事。至關於A女向洪哲揚表明上情時，其心理及情緒狀況一節，於檢察官偵訊時，洪哲揚係漏未陳述，檢察官亦未就此訊問洪哲揚，實情如何?尚有不明。此事涉證明A女之心理狀態、認知或所造成之影響之情況證據，可以佐證A女所指其遭強制性交未遂犯行是否可採?應詳加調查、釐清。原審未曉諭檢察官是否聲請或依職權傳喚洪哲揚到庭調查上情，逕為有利於林鈺凱之認定，尚嫌速斷，有調查職責未盡之違法。

⑵A女於警詢、偵訊及第一審審理時，就林鈺凱不滿其欲離開，因而強拉A女衣物、頭髮，以及強壓A女頭部要求A女為其口交，經A女拒絕後，林鈺凱即以拳頭搥打A女左腳、將A女推至床上與A女扭打、掐住A女脖子與手腕、以口咬A女腿部、拉扯A女之包包，致A女跌倒，以及A女為求自保，以甩林鈺凱巴掌、將林鈺凱推向床與廁所間隙、用膝蓋頂住林鈺凱等方式，反擊林鈺凱強制A女為其口交之過程等情，關於林鈺凱對其強制性交未遂主要情節之陳述，尚屬前後一致。至於A女關於其獲得會館幹部同意可提前離開一節，與卷附事證不符，以及A女就事發前，於林鈺凱進入住處時，有無以手勾A女脖子；事發時，林鈺凱係先拉扯A女衣服、頭髮、再要求口交，或進行之順序相反，以及林鈺凱有無或於何時表示拒付A女出場費等細節之陳述，或有出入，併A女所指其頭撞牆、跌倒後其後腦勺著地，而頭部未受傷；A女僅提供事發時所穿著上衣，而未提供其褲裙送鑑定各節，或事涉一般人就事件細節、進行順序之記憶能力、描述能力與方式，或關於蒐集、保存證據之能力，以及腦部撞牆、倒地之姿勢及力道而異，能否逕認影響A女所指其遭林鈺凱強制性交未遂之主要情節之憑信性?進而遽認A女之指訴，全然不可採信?容有研求之餘地。又依卷附林鈺凱於事發後，以通訊軟體LINE傳送訊息，向A女表示：我真的對你很抱歉，很對不起妳……我想要跟妳當面「跪下道歉」，我是真的知道錯了等語(偵字第23371號不公開卷第52頁)。如果可信，參以林鈺凱指稱係A女違反約定提前離開，雙方因而互毆，其自己亦有受傷等情，則林鈺凱何以表明願意「跪下道歉」，以取得A女之原諒?應值進一步斟酌。至於A女拒絕接受性侵害檢測，以及一度考慮僅提出傷害告訴等節，與A女指訴其遭林鈺凱強制性交未遂間，有何直接關聯性?況A女仍提出強制性交未遂、傷害及妨害自由之告訴等情(見同上卷16頁)，能否單純以A女拒絕性侵害檢測及一度考慮僅提傷害告訴為由，因認其指訴不實?均有待斟酌。

3.以上各項疑點，事涉林鈺凱有無對A女為強制性交未遂犯行，均有進一步調查、釐清之必要。原判決未詳加究明，並綜合上開證據資料，敘明其論斷之理由，逕將上開各項證據予以割裂，分別單獨觀察判斷，僅以A女就事發過程細節之指訴不一為由，遽為有利於林鈺凱之認定，尚嫌速斷，致檢察官上訴執以指摘，難昭折服，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

㈡A女部分：

⑴原判決主要係以A女與林鈺凱係屬互毆，A女主張其係正當防衛為不可採信，而認定A女有傷害等犯行。

⑵惟查：

依A女於警詢、偵訊及第一審審理時一致證稱：林鈺凱強拉其衣物、頭髮，強壓其頭部要為林鈺凱口交，其拒絕後，林鈺凱即以拳頭搥打其左腳、將其推至床上扭打、掐住其脖子與手腕，其為求自保，以甩林鈺凱巴掌、將林鈺凱推向床與廁所間隙、用膝蓋頂住林鈺凱，此時林鈺凱以口咬其膝蓋，其打林鈺凱使之鬆口，即拿包包要離開等語。如果可信，A女應屬面對林鈺凱對其為強制性交之現在不法侵害，則A女起而反抗，其主觀上是否不具有防衛自己權利之意思?A女所採取之反擊手段，是否為其逃離事發現場所必要?有無過當?至於林鈺凱陷於床與廁所間隙之時間短暫，況此時A女上前，以其膝蓋頂住林鈺凱，並甩巴掌，惟林鈺凱立即以口咬A女之膝蓋等情，參酌其時間緊接及其行為脈絡，能否遽認林鈺凱所為現在不法侵害行為已經結束？能否逕以A女於雙方扭打之際，一度以膝蓋頂住林鈺凱一情，即能反推A女反擊林鈺凱一節，其於主觀上並非出於防衛之意思?至於A女於離開現場前，曾嗆聲林鈺凱最好搬家，並砸毀熱水壺、手機各情，係屬A女反抗行為完成後，離開事發現場前之行為，與A女之反抗行為間，是否具有直接關聯性，而能據以推論A女反擊林鈺凱之行為，其主觀上並非基於防衛之意思?各節，均非無疑，容有進一步詳為調查、斟酌之必要。原審未

詳加究明，逕認A女所為不符正當防衛之要件，尚嫌速斷，並有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

四、以上，或為檢察官、A女上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且上述原判決之違誤，影響於事實之確定及法律之適用，本院無從自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

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　　114　　年　　8　　月　　7　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　林婷立

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　杜佳樺

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　13　　日