最高法院刑事判決

114年度台上字第2731號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官吳宗達

上　訴　人

即　被　告　陳渝琁（原名陳湘穎）

選任辯護人　呂冠樺律師

上列上訴人等因被告傷害等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國113年12月26日第二審判決（112年度上訴字第2925號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第11875號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表一編號10所示部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回部分（即原判決附表〈下稱附表〉一編號10）

一、本件原判決以公訴意旨另稱：被告陳渝琁為成年人，係址設○○市○○區○○○路000巷000號康○○○喆國際幼兒學校Angel班之教保員，於民國111年1月25日前某日，在Angel班教室內，基於傷害之犯意，徒手毆打子童（代號AB000-A111147，姓名年籍詳卷，000年0月生），致子童受有右側手肘挫傷、臀部挫傷、左側大腿挫傷等傷害，因認被告此部分涉犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項、刑法第277條第1項之成年人故意對兒童犯傷害罪嫌。惟因上述罪嫌須告訴乃論，而告訴人於第一審112年8月24日辯論終結前已於112年5月3日具狀撤回告訴，乃撤銷第一審如附表一編號10部分論處被告成年人故意對兒童犯傷害罪之科刑判決，依刑

事訴訟法第303條第3款之規定，改判諭知此部分公訴不受理，固非無見。

二、惟被害人法定代理人之告訴權與被害人之告訴權，係各自獨立而存在，此觀刑事訴訟法第233條第1項規定自明，而告訴權人為數人時，本得分別行使，是以撤回告訴之主體，應專屬於告訴人本人，僅得自己撤回所提出之告訴，尚無從由其他告訴權人代為撤回。核之卷內資料，本件關於被害人子童部分，係由其父（代號AB000-A111147B）於偵查中委由陳宗元律師具狀提出告訴(見111年度他字第1656號不公開卷第41至53頁)，惟於第一審言詞辯論終結前，因子童之母(代號AB000-A111147A)於112年5月3日具狀撤回告訴（見第一審不公開卷第77頁），第一審乃函詢子童之父是否撤回告訴（見第一審卷二第5頁），然並未獲得回覆，第一審因而就此部分仍予論罪科刑，則子童之父所提起之告訴，是否業經合法撤回，似仍有斟酌之餘地，乃原判決未察及此，逕予撤銷改判諭知不受理，尚嫌與卷內資料未合，而有違誤。檢察官上訴意旨執此指摘原判決不當，為有理由，應由本院將原判決關於附表一編號10部分撤銷，發回原審法院更為審判。

貳、上訴駁回部分（即附表一編號1至9）

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，認定上訴人即被告陳渝琁（下稱被告）有如原判決犯罪事實欄（下稱事實）一之(一)至(九)所載犯行，因而撤銷第一審關於附表一編號5部分之科刑判決，改判仍論處被告成年人故意對兒童犯強制1罪刑（如附表一編號5「第二審主文欄」所載），並維持第一審論處（或依想

像競合犯規定從一重）被告成年人故意對兒童犯傷害7罪刑、成年人故意對兒童犯強制1罪刑部分之判決（各如附表一編號1至4、6至9第一審主文所載），駁回檢察官及被告在第二審關於此部分之上訴，並分別定其應執行刑，已依調查證據之結果，載述憑以認定之心證理由。所為論斷，俱有卷內證據資料可以覆核。

三、刑事妥速審判法（下稱速審法）第9條第1項規定，除同法第8條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或判例（法院組織法修正後，指違背原法定判例之法律見解）者為限。又同條第2項明定，刑事訴訟法第377條至第379條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。此係就速審法第8條情形外，第二審法院維持第一審諭知被告無罪判決之案件，對於檢察官或自訴人提起第三審上訴所設上訴理由之嚴格限制。因此，檢察官或自訴人對於上開無罪判決提起第三審上訴，自應在上訴理由內具體敘明，原判決究竟如何具備速審法第9條第1項各款所列事項，以符法定要件。而上述速審法第9條第1項所稱之「無罪判決」，係指經法院實質審理結果，不能證明被告被訴之犯罪或其行為不罰者之實體判決而言，並不以在主文內諭知者為限。除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪案件，如就其中一部分為有罪之判決，其餘部分已於判決理由內敘明不能證明被告犯罪或其行為不罰，惟因與有罪判決部分，有實質上或裁判上一罪之關係，爰不另為無罪之諭知，或作無罪之判斷者，仍應認為屬已經實體審理之無罪判決。如此，始合於該條係針對歷經事實審先後已趨一致之無罪認定，為貫徹無罪推定原則，乃特別節制檢察官或自訴人之第三審上訴權，須以重大違背法令情形為理由始得提起，用以彰顯第三審維護抽象正義之嚴格法律審性質，俾積極落實檢察官或自訴人之實質舉證責任，減少無謂訟累，保障被告接受公正、合法、迅速審判權利之立法本旨。此際，

如果檢察官或自訴人提起第三審上訴，並未敘明原判決有何速審法第9條第1項所定各款事由，即與法律規定得為第三審上訴之理由不相適合，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

依卷內資料，本件檢察官起訴書業已敘明：告訴意旨認被告所涉上述事實一之(一)至(四)部分，尚犯刑法第286條第1項之妨害幼童發育罪嫌，然依卷內事證，尚不足以認定確有對被害人等幼童施以凌虐妨害其身心健全或發育之不法犯意及犯行，而不另為不起訴處分之旨（見起訴書第5、6頁）；第一審判決亦交代：告訴代理人雖表示意見稱被告所為應該當於刑法第286條第1項之妨害幼童發育罪，惟查，檢察官起訴書所載之犯罪事實，未曾敘及被告有何涉犯妨害幼童發育罪之犯罪事實，於第一審審理過程中，檢察官亦未提出或補充被告有涉犯此部分犯行之其他證據。而本案雖有因被告前開傷害等犯行，造成部分被害兒童嗣後有長期至身心科就診之情形，然依卷內所存事證，尚不足以逕認被告確有對甲童等幼童長期施以非人道待遇之凌虐行為，難認被告本案有妨害甲童等幼童身心健全或發育之不法犯意及犯行等語（見第一審判決第6、7頁）。而檢察官提起第二審上訴，原係指摘第一審判決量刑不當，惟於原審準備程序時，則依告訴人之請求主張被告另涉犯刑法第286條第1項之妨害幼童發育罪，原審因此告知被告此項罪名，再依檢察官之聲請，調取本案兒童之就診及病歷紀錄，並以電話詢問製作其中病歷之劉書岑醫師意見後，載敘：上述醫療紀錄於本案妨害幼童發育之證明尚非充分，且無其他積極證據足資補強或佐證，尚難證明被告所為，已符合妨害幼童發育罪之構成要件，自無從以該罪論處等旨（見原判決第5、6頁）。依上述說明，關於被告所為是否成立刑法第286條第1項之妨害幼童發育罪，第一審及原審均已經實體審理而作無罪之判斷，則檢察官提起第三審上訴關於此部分之指摘，自有前述速審法第9條規定之適用。

惟檢察官此部分上訴意旨，僅略稱：原判決將刑法第286條第1項妨害幼童發育罪解為「具體危險犯」，係忽略本院112年度台上字第2376號判決所認該罪為適性犯之意旨，又參照附表二編號3、5、6所示被害兒童就診及病歷，可知該童均罹有創傷後壓力症候群，治療期間長達2年以上，迄今仍未完全康復，原判決未說明何以不完整審酌及不予採納之理由，自有判決不載理由之違法；且原判決既已認定被告所為不當管教並非偶發、單一情形，甚至恐嚇被害兒童，已對其身心健全發展危害甚鉅，卻又認被告所為不成立刑法第286條第1項之妨害幼童發育罪，亦有判決理由矛盾之違誤等語，並未以原判決所適用之法令係抵觸憲法、違背司法院解釋或違背原法定判例所採法律見解為理由，顯與速審法第9條第1項規定不合，並非適法之第三審上訴理由。

四、關於無罪、不另為無罪諭知或相當於無罪之判斷，其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。而單純科刑所審酌之情狀，非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足，亦即所使用之證據，其證據能力或調查程序並不受嚴格之限制。

原判決因此指明：檢察官第二審上訴意旨所指被告涉犯刑法第286條第1項之妨害幼童發育罪嫌，經審理後認被告此部分罪嫌尚屬不足，雖無庸另為無罪之諭知，惟此部分論述所引用之證據不以有證據能力為必要等旨（見原判決第4頁），於法要為無誤。被告上訴意旨仍以伊於原審業已聲請傳喚證人劉書岑到庭為證，並爭執其作成幼童病歷資料之證據能力，指摘原審未予調查而援為被告論罪科刑之依據，存有違誤云云，核係無視原判決已為之論敘說明，且不顧原判決認定被告所為前述犯罪，係依憑被告之自白及附表一編號1至9所示之相關證據，並非上述病歷資料（見原判決第4、5

頁），而關於科刑審酌事項，本以自由證明為已足，證據能力並無嚴格限制，自非合法的第三審上訴理由。

五、量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，量刑之輕重，屬事實審之職權，若於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，且無濫用其職權之情形，即無違法。本件原判決已說明第一審判決關於事實一之(五)部分，因被害戊童（姓名年籍詳卷）所受影響非輕，情節較為嚴重，認檢察官上訴指摘第一審此部分量刑過輕，為有理由，乃撤銷第一審就此部分之科刑判決，並依刑法第57條所列各款事由，審酌被告之犯罪情節、犯後態度、教育智識程度、犯罪動機、告訴人及其代理人、辯護人及被告所述量刑意見等一切情狀，而量處如附表一編號5「第二審主文欄」所示之刑（見原判決第10、11頁）；復就被告對本案被害兒童甲、乙、丙、丁、己、庚、辛、壬（姓名年籍均詳卷）所為傷害、強制犯行（即事實一之㈠至㈣、㈥至㈨部分），經論罪科刑後，認第一審判決以行為人之責任為基礎，審酌被告犯罪之動機、告訴人等人不願與被告和解或接受其賠償、兒童就醫治療情形、被告之犯後態度（至第一審審理時始坦承犯行）、教育程度、目前的工作、自述本案因工作壓力而犯罪之動機等一切情狀，分別量處前述之刑，其此部分量刑已斟酌刑法第57條所列各款情狀，尚屬妥適，並無過重或失輕之情事，因予維持等旨（見原判決第9頁）。係屬原審刑罰裁量職權之適法行使，並無違誤。檢察官此部分上訴意旨徒稱原判決未盡說理義務，量刑過輕，難認適法妥當云云，僅依憑主觀，並未根據卷內證據資料為具體指摘，並非合法之第三審上訴理由。

六、綜上所述，本件關於附表一編號1至9部分，檢察官及被告之上訴，均不合法律上之程式，俱應予駁回。

參、上訴駁回部分（即附表一編號11）

按刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。本件被告如

事實一之(□)部分，原審係依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項、刑法第305條之成年人故意對兒童犯恐嚇危害安全罪論罪科刑，該罪經加重其刑至2分之1後，其最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，且無同條項但書例外得上訴第三審之情形。依上述規定，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，檢察官、被告就此部分猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第399條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　24　　日

刑事第九庭審判長法　官　劉興浪

法　官　黃斯偉

法　官　劉方慈

法　官　何俏美

法　官　蔡廣昇

本件正本證明與原本無異

書記官　盧翊筑

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　28　　日