最高法院刑事判決

114年度台上字第3998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　陳勝宏

選任辯護人　陳彥价律師

上列上訴人等因被告妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年3月26日第二審判決（113年度侵上訴字第125號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署111年度偵字第4464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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。至於原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人即被告陳勝宏有如其事實欄所載對未滿十四歲之女子犯強制性交未遂共3罪之犯行，因而撤銷第一審論處被告對未滿十四歲之女子犯強制性交既遂共3罪刑及定應執行刑之不當判決，改判論處被告對未滿十四歲之女子犯強制性交未遂共3罪刑，並定其應執行之刑，已詳細敘述所憑之證據及其證據取捨、認定暨得心證之理由。從形式上觀

察，原判決關於此部分並無足以影響判決結果之違法情形存在。檢察官、被告不服，提起第三審上訴。

三、上訴人等上訴意旨略以：

㈠、檢察官上訴意旨略以：1.本案被害人甲女（姓名及年籍均詳卷）於案發當時甫滿7歲，就讀國小二年級，且因學習進度落後導致表達能力較弱，無法完整詳細陳述，然透過檢察官及第一審法官循序漸進之提問所作成關於被告本案犯行之方式、過程與基本事實等均能敘述詳盡且前後一致，甲女於回答被告確有將手指伸入體內之後才接著回答會痛，詎原審逕將甲女證詞予以割裂而分別觀察，判斷甲女認為會痛係因遭被告之指甲摳到，遽認定甲女之陳述未能該當進入或使之接合之要件，有違證據法則及論理法則，自有未洽。2.根據民國111年4月14日甲女之母（姓名詳卷，下稱乙女）與被告及被告之妻張玲瑜之對話內容，可知被告特意澄清沒有破壞甲女之處女膜，顯見被告確實有以手指觸摸甲女之性器並將手指伸入下體等情，原判決未就各補強證據綜合判斷，率認被告之手指尚無伸入甲女之下體，僅成立對未滿十四歲之女子犯強制性交未遂共3罪，殊有未當云云。

㈡、被告上訴意旨略以：1.關於原判決事實一之㈠部分，甲女對於在安親班時遭被告侵害之具體情形前後供述不一，原審卻未為詳細調查逕作成不利伊之認定，顯非允當。2.關於原判決事實一之㈡部分，被告係坐在駕駛座上，甲女則坐在副駕駛座，兩人之間尚間隔1個小座位，被告身形矮小根本不可能觸及副駕駛座之甲女，更遑論伸入甲女褲內觸摸其下體，乃原判決率以認定此部分犯罪事實，卻未於判決內說明何以被告前揭抗辯不足採納之理由，非無可議。3.關於原判決事實一之㈢部分，甲女於第一審所為關於被告對其有此部分性侵害之指述，未見其於驗傷、偵查中提及，詎原審未調查其他事證，逕依甲女之片面指述，認定被告有此部分之犯罪事實，亦非允洽。4.甲女於驗傷、偵查階段僅供稱遭被告觸摸其下體、胸部，但在第一審審理期間卻改稱被告有以手指伸

入其下體，而驗傷時其處女膜完整，僅有會陰部擦傷，根據上情，伊之行為是否已達性交之著手，並非無疑，乃原判決遽以論處被告對未滿十四歲之女子犯強制性交未遂共3罪，允有欠妥。5.甲女驗傷診斷書上載明本件疑似性侵害事件發生時間為111年4月，與原判決認定之犯罪事實發生時點（即109年9月至110年9月前某日、111年1月29日至同年2月20日）不同，足徵原判決認定之犯罪事實，非無可議。6.乙女偵查中證稱發現甲女下體會陰紅腫時，距偵查當下已逾半年，則甲女驗傷之傷勢究竟是否為被告所造成，殊有傳喚為甲女驗傷之衛生福利部南投醫院（下稱南投醫院）顏稟業醫師到庭詰問之必要，以釐清甲女會陰部擦傷究為新傷或舊傷、造成擦傷之原因以及何以無法回推受傷時間等問題；然原審法院卻未為傳喚亦無於判決中說明理由，顯有不當。7.乙女於111年4月14日，與被告及張玲瑜間之對話錄音檔，於第一審準備程序中經檢察官聲請勘驗錄音檔案，然第一審法院未為勘驗，僅命檢察官對前開錄音譯文表示意見，故原審判決援引前開並非經第一審法官勘驗而來之錄音譯文，作為不利於被告認定之依據，尚難謂適法，且錄音檔內容是否確與本案事實有關，原判決均未於理由中說明，殊有未當。8.甲女所就讀之國小有將性別議題、性侵害等相關資訊納入課程資訊，故而甲女理應知悉前開相關資訊，而於受到侵害時理應第一時間求助，然甲女國小二年級至三年級學業表現與行為均無異樣，顯與常情不符，原審法院未審酌於此，自非允洽云云。

四、惟查：

㈠、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，並已於理由內詳述其取捨證據之理由，自不得任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所

不許。依原判決之記載，係綜合全案證據資料，依據被告之供述，參酌甲女之指述，佐以證人甲女之母親乙女、甲女之父親即代號BK000-A111026B（姓名詳卷）、乙女之友人即代號BK000-A111026C、代號BK000-A111026D（姓名詳卷）、被告之配偶張玲瑜、學校老師吳敬真、許淑華、林舜玲之證述，徵引卷附甲女之診斷證明書、南投醫院函文、被告任職安親班教室現場及伊所駕客貨兩用車車內照片，參酌乙女與被告就甲女疑似遭被告性侵害一節相談之錄音內容及譯文與第一審勘驗筆錄等證據資料相互勾稽、互為補強而為事實認定，並就被告否認犯罪及所為各項抗辯，逐一敘明何以與事實不符而均不足採納之理由，經核原判決所為論列說明，與客觀存在之經驗法則及論理法則無違，且此項有關事實之認定，係屬原審採證認事職權行使之事項，自不得任意指為違法。被告、檢察官上訴意旨皆置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

㈡、刑法第10條第5項規定：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」該所謂性交之性侵入行為態樣為兩性之性生殖器「進入」或「使之接合」。而其中所謂以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門構成性交既遂一節，以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合為準，若僅接觸而未插入，即未達於進入或接合程度，應為未遂犯。原判決循此，已敘明甲女雖於第一審證述被告各次犯行均有將手指「伸進其尿尿的身體裡面」、「感覺很痛」等情節，然其於偵查中另證稱：「（問：你覺得痛是為什麼？）被指甲摳到」等語，參以乙女、學校教師即證人吳敬真轉述

甲女之陳述時，均稱「摸」其「尿尿的地方」或「上廁所的地方」，甲女自己說她下體沒有流血云云，又觀諸卷附甲女之南投醫院驗傷診斷結果，甲女之處女膜並未有受損，僅會陰6點鐘方向有擦傷之情形，乙女於偵查中及原審亦證稱我幫甲女洗澡時，她有說「尿尿的地方會痛」，我翻開有看到一點發紅云云，足徵被告於111年4月13日在伊住處，與乙母就甲女疑似遭被告性侵害一節相談時所述伊僅「弄甲女…周圍」，則被告雖以手指碰觸、摩蹭，甚至摳挖甲女下體之行為，是否已該當前揭說明之「進入」或「使之接合」，並非無疑。在無其他積極證據足證被告之手指與甲女之性器確有進入或與甲女性器官接合，本於「罪疑惟輕」原則，應認被告行為僅止於強制性交未遂，而未達強制性交既遂之程度等旨，俱有卷內相關訴訟資料可資勾稽覆核，核與經驗法則、論理法則無違，檢察官自難以自己之說詞，對原判決明確之論斷為不同之評價，率指為違法。

㈢、同一證人前後供述不盡一致，採信其部分之陳述時，當然排除其他部分之證言，此為法院取捨證據法理上之當然結果，縱未於判決內說明捨棄他部分供述之理由，而僅說明採用某部分證言之理由，於判決本旨不生影響，此與判決不備理由之違法情形尚屬有間。原判決已說明甲女於本件案發當時甫滿7歲，就讀國小二年級，且因學習進度落後導致表達能力較弱，無法完整詳細陳述，則自難期待其對案發細節前後指述能完全一貫合致，復補充說明其如何依憑被告之供述與卷附相關證據資料資為補強，經斟酌取捨，綜合判斷推理認定被告有本件加重強制性交未遂共3罪犯行。則原審既就案內所有證據，本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷，縱原判決未就甲女對犯行細節前後所述未全然一致之些微瑕疵，逐一詳細指駁其取捨之理由，屬其證據採擷之適法行使。原審關於甲女前後之指述憑信性所為論斷，俱有卷存事證可憑，尚無違反經驗、論理等證據法則或判決理由不備

之違誤，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

㈣、醫師執行醫療業務時，依醫師法規定製作之病歷或開立診斷證明書，乃屬醫師於醫療業務過程中所須製作之紀錄文書、證明文書，係刑事訴訟法第159條之4第2款所稱從事業務之人於業務上所須製作之紀錄文書、證明文書，除顯有不可信之情況外，得為證據。至於其證明力如何，則由法院為合理之判斷。原判決認定被告本件犯罪事實發生之時點為109年9月至110年9月前某日、111年1月29日至同年2月20日，核與卷附甲女驗傷診斷書上所載本件疑似性侵害事件發生時間為111年4月雖相互齟齬。然查本件負責為甲女診斷驗傷之南投醫院顏稟業醫師在診斷證明書上書寫本件疑似性侵害事件發生時間為111年4月間，乃因甲女於最後1次案發後數月之111年4月間始向學校老師敘及此事，校方人員遂於同年月19日遵循性侵害案件通報系統填報通報表，繼之於同年5月29日由南投縣政府社工人員陪同甲女及其家人前去南投醫院驗傷，顏稟業醫師於本件案發時並未到場親自見聞，其關於事件發生日期之上開錯載，純係依據通報表上所載通報日期而為登載。況被告於偵、審過程，對本件被訴犯行之發生時間並無意見，僅否認有對甲女為性侵害行為，是卷附診斷證明書關於本件性侵害時間之誤載，並不影響被告本件性侵害案件犯罪時間之認定。

㈤、刑事訴訟法第379條第10款所謂審判期日應調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，且在客觀上確為法院認定事實適用法律之基礎而有調查必要者而言，若所欲證明之事項已臻明瞭，即屬欠缺調查之必要性，法院因而未依被告之聲請為無益之調查，自難謂於法有違，而不得執為第三審上訴之合法理由。本件原判決已說明經綜合卷附相關訴訟資料，相互勾稽覆核結果，已可研判被告對甲女有為本件被訴之性侵害犯行，乃不依被告及其於原審之選任辯護人聲請，傳喚為甲女驗傷之顏稟業到庭接受詰問為無益之調查等旨，自難謂

於法有違。被告上訴意旨指摘原審未依伊之聲請，就上開事項進行調查，遽為對伊不利之認定，有調查證據未盡之違法，無非係置原判決已明白之論斷之事項於不顧及對原審採證認事職權之適法行使，任意加以指摘，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

㈥、審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。茲查本件第一審於112年12月12日上午準備程序期日，有就本件卷附乙女與被告針對甲女疑似遭被告性侵害一節相談之錄音檔案當庭播放，勘驗結果與偵查卷附譯文內容大致相符，被告並當庭表示伊確有講過這些話無誤，譯文內容正確等語，被告於第一審之辯護人則表示該項證據為傳聞證據，並無證據能力云云，有第一審該期日之筆錄可稽。被告上訴意旨指摘第一審法院僅提示錄音譯文，並未當庭播放云云，核非依據卷證資料而為指摘，自非適法上訴第三審之事由。

㈦、上訴人等其餘上訴意旨所云，或係對事實審法院採證、認事及證據證明力判斷之職權行使，專憑己見，任意指摘，或為單純之事實爭執，並未具體指摘原判決採證認事及所為論斷違背如何之經驗法則與論理法則，亦不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。

五、揆之首揭規定及說明，本件檢察官、被告之上訴，與上訴第三審之法律上程式不合，均應駁回。

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　　114　　年　　10　　月　　1　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　劉方慈

法　官　游士珺

法　官　周盈文

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　114　年　　10　　月　　7　　日