最高法院刑事判決

114年度台上字第4017號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官吳協展

上　訴　人

即　被　告　藍國華

選任辯護人　呂承翰律師

　　朱星翰律師

上列上訴人等因被告妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國114年4月29日第二審判決（113年度侵上訴字第277號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第50381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、本件原判決撤銷第一審之不當科刑判決，變更檢察官起訴法條，改判論處上訴人即被告藍國華（下稱被告）犯強制猥褻罪刑。固非無見。

二、惟查：

□㈠採為判決基礎之證據資料，須經由法定調查程序顯示於審判庭，俾參與訴訟之人得有辯論其證明力之機會，始與直接審理及言詞辯論主義相符。又刑事訴訟法第165條第1項關於卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人及辯護人宣讀或告以要旨之規定，依同法第364條規定，復為第二審之審判所準用；而審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，同法第47條復定有明文。是卷內筆錄或其他文書證據，如未依上揭規定踐行調查程序，即屬未經合法調查，依同法第155條第2項之規定，既不得作為判斷之依據，如採為判決基礎，即有應於審判期日調查之證據而未予調查，以及採用未經合法調查之證據資料作為判斷依據之違法。

原判決以證人即告訴人Ａ女（姓名詳卷）於偵查及第一審之證述，作為被告斷罪之部分論據（見原判決第3頁第17、18列、第4頁第1列至次頁第17列）。然稽之原審卷內審判筆錄記載，未見原審審判長於審判期日提示Ａ女於第一審所為不利被告之證述之筆錄（見原審卷第183頁），加以調查，而被告及其原審之選任辯護人顯無從獲有對Ａ女第一審之陳述表示意見或辯論其證明力之機會，原審遽採Ａ女所為上述不利於被告之陳述，作為認定被告犯罪事實之部分論據，依上揭說明，即有應於審判期日調查之證據而未予調查，以及採用未經合法調查之證據資料作為判斷依據之違法。

㈡刑法第221條第1項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為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，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關連，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關連性之行為，而已達著手階段。

原判決雖以被告否認有何強制性交犯行，而卷附民國112年5月29日內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）鑑定書就Ａ女外陰部及陰道深部均未檢出男性Y染色體DNA-STR型別，本件除Ａ女之指述「被告曾以手指撥開伊陰唇，伊感到有硬物要進來，但沒有放進去，被告在探索我的洞」等語外，尚乏積極事證足認被告有強制性交之犯意，基於罪疑有利被告之原則，因認本件不構成起訴書所指之強制性交未遂犯行（見原判決第8頁第6至14列）。然Ａ女之外陰部及陰道深部有無檢出男性Y染色體DNA-STR型別，與被告是否已著手於強制性交犯行無涉。又依原判決援引Ａ女先後於偵查及第

一審中之證述，均指被告在幫A女按摩許久後，始將A女翻身並壓在A女身上，A女認被告要強暴伊，大聲叫救命抵抗，但是被告力氣很大、推不開，被告後來說，我不強你，但威脅用性器官在A女的性器官上面摩擦，A女可感受到被告的性器官頂著，可認A女係指證被告有違反其意願欲與之性交等情。而原判決既認A女前後證述一致，無何扞格或矛盾之瑕疵，於證述時亦未見猶豫不決或反覆不一之情事，就遭被告性侵害之過程，亦能為具體、詳細、前後一致之描述，而無任何抽象、避重就輕或誇大情節之說詞，難為虛妄（見原判決第5頁第21至25列），且A女指述亦與證人即到場處理之警員黃靖雯於偵查中證述：「告訴人當時從店裡走出來，神情很緊張，還一直抓著我的手說『救我救我』，告訴人跟我說被告用生殖器摩擦告訴人陰部，但沒有性交成功，一直叫我們帶她驗傷」等語若相符合（見他字偵查卷第69、71頁），參以被告坦認於幫A女按摩時，有以其陰莖摩擦A女外陰部之行為，而A女之鼠蹊部檢出男性Y染色體DNA-STR型別，與被告相符，亦有刑事警察局112年12月6日鑑定書可憑。原判決雖以上揭證據資為認定被告強制猥褻犯行之依據，但並未於理由內敘明何以不足為A女指證被告強制性交未遂犯行之補強證據，已嫌欠備。又依卷附被告及A女2人於112年1月14日以通訊軟體LINE之聯絡對話紀錄載「被告：我也是被你打到全身痛…A女：我是為了制止你放進去才咬你你是打我打到你全身酸痛吧。被告：屁、沒有硬可以放進去、在哪裡摩那麼久有硬嗎？還放進去」等語（同上偵查卷第39頁）。如上述A女指訴及其與被告之LINE對話紀錄均屬實，A女似認被告性交未遂係因其咬、打被告而制止，而被告主觀上似因其在幫A女按摩那麼久沒有硬，而不可能放進去。則被告將A女翻身並壓在A女身上威脅用性器官在A女的性器官上面摩擦等強暴、脅迫等非法方法，是否足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關連，得認已對於強制性

交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關連性之行為，而已達著手階段？自有調查釐清、說明之必要。乃原審不察，僅以上述鑑定書就Ａ女外陰部及陰道深部均未檢出男性Y染色體DNA-STR型別，本件除Ａ女之單一指訴外，別無補強證據，遽認被告不構成強制性交未遂犯行，容有調查職責未盡及理由矛盾之違法。

三、以上或係檢察官、被告上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而上述違法影響於事實之確定，本院無可據以自為裁判，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　　11　　月　　26　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　劉方慈

法　官　游士珺

法　官　許泰誠

法　官　楊力進

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　2　　日