最高法院刑事判決

114年度台上字第4938號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官李海龍

被　　告　CUBAS BRIZUELA JORGE ADAN（中文名：古和志）

上列上訴人因被告妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國114年6月25日第二審判決（114年度侵上訴字第9號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第13758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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件被告CUBAS BRIZUELA JORGE ADAN被訴犯刑法第221條第2項、第1項之強制性交未遂罪嫌，經原審審理結果，以外國人在我國領域外犯刑法第5條以外之罪，其所犯強制猥褻罪，並非最輕本刑3年以上有期徒刑之罪，我國法院無審判權，維持第一審諭知公訴不受理之判決，駁回檢察官及被告在第二審之上訴。已詳敘其論斷所憑之依據及理由。

三、檢察官上訴意旨略以：

㈠被告依其主觀上之認識，已將強制性交之犯意表徵於外，就犯罪實行之全部過程予以觀察，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

性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，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聯性之行為，而已達著手階段，並已違反告訴人即被害人A女（人別資料詳卷）之意願。被告對A女親吻、撫摸等猥褻行為僅是強制性交之前階段行為，不得僅因A女及時反抗，使被告強制性交行為未能得逞，反稱其行為僅構成強制猥褻。

㈡原判決認為A女關於其遭被告碰觸方式之陳述有瑕疵，該瑕疵攸關被告是否具備強制性交之犯意，A女既已於審理期日親自到庭陳述，原審未就上開疑點詢問或為其他調查，顯未充分調查重要證據。且原判決未就A女前後陳述之證明力比較論斷，僅以其陳述前後不一，認其不利被告之陳述必不可採，不無論斷上之偏頗。原判決混淆犯意與行為之區別，亦未充分調查重要證據，顯有判決違背法令情事等語。

四、刑法所規定強制性交未遂與強制猥褻之區別，應視行為人有無性交之犯意為斷。倘基於強制性交之犯意，已著手於犯罪行為之實行，因意外障礙、己意中止或不能發生犯罪之結果而不遂者，始有強制性交未遂之問題。倘自始即基於強制猥褻之犯意，而為猥褻之行為，祇能論以強制猥褻罪，不能論以強制性交未遂罪。至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，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，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聯性之行為，而已達著手階段（本院111年度台上字第5588號判決參照）。又事實認定、證據取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理

法則，並已論敘其何以作此判斷之理由者，即不生判決違背法令之問題。至供述證據先後未盡相符或互有矛盾，事實審法院本於審理所得之心證，取其認為真實之一部，作為論罪之證據，原非法所不許。同一證人前後供述證據彼此不能相容，則採信同一證人之部分證言時，當然排除其他相異部分之證言，此為法院取捨證據法理上之當然結果。

㈠原判決依據卷內證據資料，敘明：被告確有違反A女之意願，於被訴之時間、地點（美國加州），強行將A女抱至其大腿上，並為撫摸背部、臀部、大腿及親吻之猥褻行為，已該當刑法第224條之強制猥褻罪。並就被告及其辯護人所為否認犯罪之辯詞及辯護意旨，說明如何不足採納等旨，依調查所得詳予論駁。而就檢察官上訴主張本件應構成強制性交未遂一節，說明：1.依卷存事證，被告在犯罪行為過程中沒有試圖脫掉自己的衣褲或表示說想與A女發生性行為，亦無試圖強行脫掉A女之短褲，也沒有碰到A女下體，被告將A女推到床上，A女馬上從床上站起來後，請被告離開，被告說要找充電器，A女把充電器交給被告後，又拉、推被告，被告就走出A女房間等情，無從逕認被告於案發當下主觀上已有對A女強制性交之犯意，或有試圖侵入A女性器官之著手性交行為。2.A女就被告觸碰其臀部之方式，是隔著短褲碰觸，抑或有伸手進入短褲裡面碰觸臀部，前後所證並不完全一致，卷內亦無事證可資補強A女所稱被告直接將手伸進去短褲裡面摸其臀部之證詞。則被告雖有前述強制猥褻行為，但在前述1.及A女衣物於案發當時仍屬完整穿著在其身上，並未遭被告強行脫去之情況下，尚難認被告於案發當時對A女所為，已達強制性交之著手階段。依罪疑惟輕、利歸被告之原則，應認被告係基於強制猥褻之犯意而為本件犯行等旨。是原判決已就被告違反A女意願所為猥褻犯罪行為實行之全部過程予以觀察，認被告之犯罪手段與強制性交罪構成要件之實現，難認具有必要關聯性，尚未達著手強制性交之階段，且就A女於偵查所述與原審不同之處，說明其證據取

捨之理由。核其論斷，俱有卷存各項證據資料可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職權行使及推理作用，予以判斷而為認定，並未違背經驗法則及論理法則，於法尚屬無違。上訴意旨㈠係就原審採證、認事職權之行使、取捨證據之結果及原判決已說明之事項，依憑己意，而為指摘，顯非上訴第三審之適法理由。

㈡現行刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，關於證據之調查，以當事人主導為原則，必於當事人主導之調查證據完畢後，認為事實猶未臻明瞭，為發現真實，法院始有對與待證事實有重要關聯，且客觀上有調查之必要性及可能性之證據，依職權介入，為補充調查之必要。且此調查職權發動與否，事實審法院自有依個案具體情況，斟酌裁量之權。如待證事實已臻明瞭，無再調查之必要者，法院未為無益之調查，即不能指為有應調查之證據而不予調查之違法。卷查，原審審判期日，經審判長詢以「尚有無其他證據請求調查？」時，檢察官答稱：「沒有」等語，有審判程序筆錄可稽。原審依調查所得，認定上訴人不成立強制性交未遂，僅構成強制猥褻罪，業已闡述所憑依據及理由，無不明瞭之處，而以事證明確，未再贅為其他無益之調查，尚無證據調查未盡之違法可言。上訴意旨㈡置原判決已說明論斷於不顧，指摘原判決混淆犯意與行為之區別，而有理由欠備及證據調查未盡之違法等語。經核並非適法之第三審上訴理由。

五、至檢察官上訴書檢附A女之「刑事請求上訴狀」，因非屬檢察官上訴書狀所述之理由，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，本院自無從審酌，附此敘明。

六、依上所述，本件上訴違背法律上程式，應予駁回。

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　　11　　月　　5　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　7　　日