最高法院刑事判決

114年度台上字第6288號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官許鈺茹

上　訴　人

即　被　告　AW000-A113260A

選任辯護人　楊廣明律師

上列上訴人等因被告家暴妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年10月16日第二審判決（114年度侵上訴字第114號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第25799、26709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、本件原判決認定上訴人即被告AW000-A113260A（下稱被告）有如其事實欄所載對未滿14歲女子強制性交等犯行，因而：㈠撤銷第一審判決附表一編號2、6、7暨定應執行刑部分之科刑判決，改判仍論處被告如原判決附表（下稱附表）一編號2、6、7所示犯對未滿14歲女子強制猥褻共3罪刑。㈡維持第一審關於附表一編號1、3至5、8至11所示論處被告犯對未滿14歲女子強制猥褻共4罪刑、犯對於未滿14歲女子為性交共2罪刑、犯對於未滿14歲女子為猥褻行為罪刑、犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像

罪刑，並為相關沒收部分之判決，駁回被告該部分在第二審之上訴。㈢就前開撤銷改判及上訴駁回部分所處之刑之部分，定應執行刑為有期徒刑14年。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠檢察官部分

1.附表一編號2部分，被告強行壓住告訴人A女（姓名、出生年月日詳卷），並稱「爸爸會慢慢進去」，再以陰莖隔著衣服頂住A女下體，可見被告主觀上有性交犯意，客觀上亦達著手之程度。此外，附表一編號6、7部分，被告係以手觸摸A女陰道而屬性交行為。原判決就上開部分，均認為僅構成強制猥褻，認事用法尚有違誤。

2.被告犯罪期間長達7年，濫用父權，惡性重大，又始終否認犯罪，原判決之量刑及所定之執行刑顯然過輕，已違反罪刑相當、兒童最佳利益原則。

㈡被告部分

1.本件係依A女之警詢筆錄而起訴，然A女於原審審理時，就其指證內容，竟需由法官提示才有印象，可見A女警詢所述並不具可信之特別情狀。原判決以A女警詢所述較為可信而具證據能力，有判決理由矛盾及不備之違法。

2.被告雖曾對A女說過「若是你再看手機不休息，我就不幫你繳手機費」，然此係為避免A女沉迷手機所致。原判決未說明被告不幫A女繳手機費，何以即屬違反A女意願；且附表一編號3、4、5部分，被告既同樣有說不幫A女繳手機費，何以又未論以強制猥褻、性交？此外，附表一編號8部分，A女既稱被告是趁A女睡覺未醒之際，而對A女為猥褻行為，則被告當僅成立乘機猥褻而非強制猥褻；附表一編號10部分，A女於偵查中係稱當時在摩天輪車廂快下去時，被告趁機偷摸其胸部，則被告亦當僅成立乘機猥褻。原判決就附表一編號8、10之認定，顯已違經驗、論理法則。

3.就附表一編號9，被告雖有拍攝A女下體，但目的是為了A女就醫所用。原判決認被告所述不足採，已違經驗法則。

4.A母（姓名詳卷）已證述被告在○○市○○區○○路之住處（地址詳卷）時，上班時間是從晚上7時至翌日7時；在○○市○○區之住處（地址詳卷）時，上班時間是從早上6時至晚上7、8時。是就附表一編號1部分，被告根本還未起床，附表一編號2、3、5部分，被告都在上班，附表一編號6、7、8、9、11部分，被告已在上班途中或尚未返家。原判決未予詳查，即採用A女所述認定被告犯罪，自有查證未盡及理由欠備之違法。

四、被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，與其在審判中之陳述不符時，基於實體發現真實之訴訟目的，依刑事訴訟法第159條之2規定，倘認其於調查中之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，即例外地賦與證據能力。又所謂「具有較可信之特別情況」，立法政策上並未有列舉或例示明文，其內涵完全委由法院就個案主客觀的外部情況，依事物之一般性、通常性與邏輯之合理性為審酌判斷。倘法院就調查中陳述時之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項，例如：陳述人之態度、與詢問者之互動關係、筆錄本身記載整體情況、詢問者之態度與方式、是否告知陳述人之權利、有無違法取供等情狀，予以觀察，綜合判斷陳述人陳述時之外在、客觀條件已獲確保，具有可能信為真實之基礎，即得謂「具有較可信之特別情況」。經查，原判決認A女之警詢陳述得為證據，已敘明：A女於警詢所述雖有與審理中不符之情形，然A女於警詢時係採一問一答、連續陳述之方式，亦有社工人員陪同製作筆錄，並未遭員警以不正方法訊問，所述復係證明被告犯罪所必要，而有證據能力等語（原判決第4至5頁）。經核於法並無不合，而無被告所稱之違法可指。

五、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其斟酌取捨及判斷並未違背經驗及論理法則，復

已於理由內說明其取捨證據及得心證之理由者，即不得指為違法而執為適法之第三審上訴理由。本件原判決認定被告有如其事實欄所載之犯行，係以A女之指訴，佐以被告自承有拍攝A女下體照片等事實之陳述，以及B女（A女就讀學校之班長，姓名詳卷）、D女（A女就讀學校之導師，姓名詳卷）、E女（A女就讀學校之輔導老師，姓名詳卷）所為見聞A女之情緒反應等補強證據，以為認定。復敘明：㈠附表一編號2、6、7部分，A女未曾證及被告有與A女性交之情；而被告所稱「爸爸會慢慢進去」之語意不明，就該等部分，均無從逕認被告有對A女性交之情（原判決第20頁）。㈡A女於附表一編號6、7、8、10、11部分案發時，年僅11、12歲，並無自行謀生之能力，一切食衣住行育樂，均須仰賴被告之供養；則被告以取走A女之手機並表示將不為其繳納手機費用等詞，已足以壓制A女之性意思決定自由而屬違反意願。至於附表一編號3、4、5部分，被告未對A女施以強制行為，依罪疑有利於被告原則，無從認已違反A女意願（原判決第21至23頁）。㈢被告於附表一編號9所示時間拍攝A女下體時，A女並沒有感染、流膿或生病之情；且被告所拍攝之照片中，未見A女性器官有何異常之處，可見被告係以非法拍攝少年性影像之犯意而拍攝照片。所辯是為了A女就醫而拍攝，不足採信等旨，已依據卷內資料詳予說明及指駁（原判決第23至25頁）。原判決既係綜合調查所得之直接、間接證據而為合理論斷，即屬事實審法院採證認事職權之適法行使，自無違法可指。再者，原判決並未認定被告是在平常上班日對A女為猥褻或性交之犯行，則A母所證述被告上、下班時間為何，並無從為有利於被告之認定。原判決未贅為說明及此，同無違法可指。檢察官及被告上訴意旨所指，經核係對原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同評價，再為事實上之爭執，均難認係適法之第三審上訴理由。

六、刑之量定及定應執行刑，俱屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款

事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得指摘為違法，作為合法第三審上訴之理由。原判決：1.就上訴駁回部分，已說明第一審以被告之責任為基礎，審酌被告明知A女為其未成年女兒，竟仍不顧未成年孩童之身心健康發展與人倫關係，為滿足其性慾而為本案犯行，且持續時間甚久，及刑法第57條科刑之一切情狀後，始為量刑，並無不當，應予維持。2.就撤銷改判部分，亦以行為人之責任為基礎，審酌被告所為甚為不當，且未與A女達成和解，及刑法第57條科刑之一切情狀後，而為量刑；並就上訴駁回部分與撤銷改判部分，定應執行刑等旨（原判決第28至31頁）。於法並無不合。檢察官上訴意旨指摘原判決之量刑與所定應執行刑均屬過輕，核係就原審量刑、定執行刑職權之適法行使，依憑己見而為指摘，顯非適法之第三審上訴理由。

七、綜上，本件檢察官及被告之上訴，均不合法律上之程式，俱應予駁回。

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　　12　　月　　17　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　朱瑞娟

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

法　官　吳冠霆

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　23　　日