

最高法院刑事判決

115年度台上字第234號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官林仲斌

上訴人

即被告 AC000-A1125729B

選任辯護人 蘇文斌律師

方彥博律師

劉宗樑律師

上列上訴人等因被告家暴妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年10月30日第二審判決（114年度侵上訴字第1948號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第17553號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、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。至判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

貳、無罪部分(即原判決附表編號5)：

一、原判決以公訴意旨略以：上訴人即被告AC000-A1125729B(真實姓名、年籍詳卷)，為代號AC000-A1125729(民國00年00月生，真實姓名、年籍詳卷，下稱甲女)之養父(已於000年0月00日終止收養關係)，且與甲女之母代號AC000-A1125729A之女子(真實姓名、年籍詳卷，下稱丙女)，前為夫妻，雙方具有家庭暴力防治法之家庭成員關係。被告於101年5月16日至101年8月5日間某日之上午不詳時間，明知甲女為未滿14歲

01 之女子，竟在當時同住之新竹縣竹北市光明一路住處（詳細
02 地址詳卷）之甲女房間，基於乘機猥褻、違反少年意願使其
03 被拍攝猥褻影像之犯意，利用甲女熟睡而不知抗拒之際，拉
04 著甲女的手撫摸其生殖器，而對甲女為猥褻行為1次，復持
05 手機拍攝上開猥褻影片1部等情。因認被告涉犯兒童及少年
06 福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第225條第2項之
07 成年人故意對少年乘機猥褻罪嫌，及104年2月4日修正公
08 布、106年1月1日生效施行前之兒童及少年性交易防制條例
09 第27條第3項之使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之影片罪
10 嫌，惟經審理結果，認為不能證明被告有公訴意旨所指犯
11 行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判諭知被告
12 無罪。已依據卷內資料，詳為說明其證據取捨及判斷之理
13 由。

14 二、檢察官僅就原判決關於此部分提起上訴，其上訴意旨略以：

15 （一）被告已以親筆書信坦承犯行，且證人丙女及甲女之外祖母代
16 號AC000-A1125729C(真實姓名、年籍詳卷，下稱丁女)於偵
17 查中均證稱：被告之父母及姑姑曾為被告之行為，向丙女、
18 丁女道歉等語，佐以被告之二姑之女與丙女間之LINE對話紀
19 錄，顯示被告之長輩確曾向丙女道歉等情，以及丙女於偵查
20 中證稱：當時是我開車，我從後照鏡看到甲女突然不開心，
21 我下車去買藥後再上車，發現車上氣氛不好，後來才知道甲
22 女在被告之手機上看到不該看的東西等語，與甲女證述：當
23 天我們出去玩，我媽媽下車，我向被告借手機玩遊戲，才發
24 現此部分犯行影片及其他女子上廁所的影片，我當時要求被
25 告刪掉等語，足認被告確有此部分被訴犯行。至於甲女於偵
26 查及第一審審理時，就此部分犯行地點及甲女係在車輛行駛
27 途中發現此影片或丙女下車後發現等情之證述不一，係因甲
28 女於事發時年幼、曾有搬家及記憶混淆所致。原判決竟僅因
29 甲女之供述略有不一，遽認被告被訴此部分犯行，欠缺積極

證據足以證明，而為無罪之諭知，其採證認事違反證據法則，並有理由不備之違法。

(二)甲女於原審判決後所提出「刑事請求提起上訴狀」所附之硬碟及隨身碟，經勘驗其內存有甲女、丙女之裸露身體照片，以及被告與丙女間之性愛畫面，足認甲女指訴其曾在被告所持手機內看到自己遭被告乘機猥褻影片之情，並非無據。原判決漏未調查、審酌此證據，遽行判決，有調查職責未盡之違法。

三、惟查：

(一)檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，為刑事訴訟法第161條第1項所明定。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負實質之舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法院形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知。而認定犯罪事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，即不得任意指為違法。

原判決就被告被訴前揭成年人故意對少年乘機猥褻及使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之影片等犯行，經綜合調查證據所得及全部辯論意旨，認為檢察官所舉之證據，尚不足以證明被告確有公訴意旨所指此部分被訴犯行，已詳為說明：甲女於偵查及第一審審理時固均指證：被告乘其睡覺時，拉其手摸被告之生殖器，並以手機拍攝猥褻過程等語，然卷內並無甲女所指其遭被告乘機猥褻之性影像，且就被告此部分被訴犯行之地點，甲女於偵查中指稱係在新竹縣竹北市光明一路住處之房間內，惟於第一審審理時，則證稱是發生在臺南住處，已有前後不一之瑕疵。又丙女於偵查中證稱：有一次開

01 車途中，見到甲女突然不開心，其下車買藥再上車後，發現
02 車內氣氛不好，後來才知道甲女在被告的手機內看到「不該
03 看的東西」等語，所稱「不該看的東西」，無法認定係甲女
04 遭乘機猥褻之性影像，或其他女子之猥褻影片，且與甲女於
05 偵查中證稱其係在丙女下車後，才向被告借手機看到之情節
06 不合。至於被告之親筆書信內容，則未提及此部分性影像。
07 因認尚無從單憑甲女有瑕疵之指訴，認定被告確有此被訴犯
08 行等旨。

09 (二)原審就檢察官所提出及卷內所存證據等訴訟資料，逐一剖
10 析，參互審酌，仍無從獲得被告有公訴意旨一之(五)所指此
11 部分被訴犯行之確信，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判
12 決，改判諭知被告無罪。其所為論斷說明，尚與經驗法則、
13 論理法則無違，且此乃原審採證認事職權行使之事項，不得
14 任意指為違法。

15 又本院為法律審，應以第二審判決所確認之事實為基礎，據
16 以判斷第二審判決是否違背法令，故於第二審判決後，原則
17 上不得主張新事實或提出新證據，作為提起第三審上訴之理
18 由。檢察官提出上開硬碟及隨身碟，主張其內存有甲女、丙
19 女之裸露身體照片，以及被告與丙女間之性愛畫面等情，惟
20 不能因此逕認被告有此部分被訴犯行，且係於上訴本院後，
21 始提出新證據，本院無從調查、審酌，且不能因此逕認原判
22 決違法。檢察官上訴意旨，仍執前詞指摘：原判決僅因甲女
23 之指訴不一，逕認不能證明被告有此部分被訴犯行，有採證
24 認事違背證據法則及理由欠備之違法云云，係就原審調查、
25 取捨證據及判斷其證明力職權之行使事項，仍憑己見為不同
26 之評價，難認是依憑卷內證據資料而為具體指摘，尚非合法
27 之上訴第三審理由。

28 參、有罪部分(即原判決附表編號1至4)：

29 一、本件原判決認定被告有如其事實欄(包含其附表〈下稱附
30 表〉編號1至4)所載之犯行，因而維持第一審就附表編號1所
31 示犯行，論處被告犯刑法第222條第2項、第1項第2款之對未

01 滿14歲之女子強制性交未遂罪刑；就附表編號2、3所示犯
02 行，論處被告犯同法第224條之1、第222條第1項第2款之對
03 未滿14歲之女子強制猥褻罪刑(共2罪刑)；就附表編號4所示
04 犯行，論處被告犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1
05 項前段、刑法第225條第2項之成年人故意對少年乘機猥褻罪
06 刑部分之判決，駁回被告關於此部分在第二審之上訴，暨就
07 上訴駁回所處之刑，合併定其應執行刑。俱已詳述其調查、
08 取捨證據之結果，以及得心證理由，從形式上觀察，並無足
09 以影響判決結果之違法情形存在。

10 二、被告上訴意旨略以：甲女就附表編號1所示犯行，於偵查時
11 證稱：丙女於事發時不在家，其覺得被告所為超過容忍範圍
12 而大哭等語，與其於第一審審理時證稱：丙女於事發時在
13 家，其有喝止被告，但不敢發出太大聲音等語，前後供述矛
14 盾，足見甲女之指訴難以採信。又丙女固於偵查中證稱：其
15 曾聽到甲女與被告在房間說話時，甲女情緒不穩，好像在哭
16 等語，然丙女於事發時在家養病，被告如有甲女所指之強制
17 性交未遂、強制猥褻及乘機猥褻等行為，丙女豈有未曾察覺
18 之理，可見丙女所述亦與常情不合。至被告於事發後寫給丙
19 女之書信，僅提到「碰觸」、「侵犯」甲女等空泛用語，並
20 未描述其具體細節；且被告向甲女、丙女道歉及給付金錢，
21 亦只是迎合丙女之舉，均無從擔保甲女之指訴為真實，而為
22 不利於被告之認定。又被告於原審審理時，已爭執丙女及其
23 所提出之相關LINE對話紀錄，存有諸多疑點，原審未依職權
24 傳喚丙女以證人身份到庭調查，使被告有與之對質、詰問之
25 機會，僅憑有瑕疵之甲女指訴、丙女證詞及其所提出之LINE
26 對話紀錄，遽認被告有附表編號1至4所載之強制性交未遂等
27 犯行，且就被告所辯各情何以不足採納，亦未於理由中說
28 明，其採證認事違反證據法則，並有調查職責未盡及理由不
29 備等違法。

30 三、惟查：

01 (一)證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得裁量、
02 判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法
03 則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無
04 違法可言。

05 又所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件的全部事實為必
06 要，倘得以佐證告訴人之指證非屬虛構，而能予保障其陳述
07 之憑信性者，即已充足。

08 原判決係依憑被告所為不利於己部分之供述，以及甲女於偵
09 查及第一審審理時之指訴、丙女及丁女於偵查中之證述，以
10 及被告與丙女間之112年7月10日對話錄音及檢察官勘驗上開
11 對話錄音所作成之勘驗筆錄等證據資料，而為前揭犯罪事實
12 之認定。並載敘：甲女於偵查及第一審審理時，就其如何遭
13 被告強制性交未遂、強制猥褻及乘機猥褻之重要情節，前後
14 指訴一致，與被告於103年2月間寫給丙女之親筆書信中，自
15 承「在某次玩鬧下，『碰觸到他(按指甲女)已發育的身
16 體』，……過了幾天心裡的惡魔就開始發芽了。我知道往前
17 走是不能碰的『地雷區』，但是心裡就是有種變態想法，想
18 試下一步會不會踩到『地雷』……，而且踩的還是最傷你的
19 看片、爆發情緒、侵犯甲女這三顆炸彈，其中兩顆還直接炸
20 向我虛偽的口中的女兒」、「如果有任何方法可以挽回，我
21 真心願意做任何事，下跪、讓你和甲女當眾『公開我的罪
22 刑』、『坐牢』」等語，與甲女指訴被告藉詞玩鬧嬉戲、檢
23 查身體，而撫摸甲女之胸部、身體私密部位之情節相符；暨
24 丙女及丁女於偵查中均證稱甲女於事發後出現不穿裙子等穿
25 著習慣改變，以及被告於事發多年後之辦理終止收養關係
26 時，就丙女所述對於甲女「性侵害」、「性迫害」之指控，
27 仍多次向丙女及甲女當場表達「對不起」，而無任何辯駁等
28 情，因認被告確有附表編號1至4所載之犯行等旨。已就被告
29 否認犯行及所為略如上訴意旨之各項辯解，如何不足以採
30 納，於其理由中詳加論敘指駁。復說明：甲女就附表編號1
31 所示犯行，對於被告如何趁其睡覺時撫摸其身體，以及在其

醒來後，如何企圖以性器官插入未果等情之供述，始終一致，僅丙女是否在家及甲女有無大聲哭泣之供述，稍有不合，並無不可採信之重大瑕疵之旨。其所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則無違，且此屬原審採證認事職權行使之事項，亦無理由不備之情形可言，不得任意指為違法。被告此部分上訴意旨，猶泛言指摘：原判決之採證認事違背證據法則，且有理由不備之違法云云，或係就原判決已詳細論敘說明之事項，或係就原判決採證認事職權之行使事項，徒憑己意，指為違法，或單純就犯罪事實有無，再事爭執，均非合法之上訴第三審理由。

(二)刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，方屬之。

參之卷內訴訟資料，被告及其原審辯護人於原審審理時，並未聲請調查證據，經原審受命法官於準備程序時，詢以：「對於上開有爭執事項有無其他證據提出？」被告及其原審辯護人均答稱：「無」（見原審卷第105頁）。嗣經原審審判長於審判期日，再詢以：「尚有何證據請求調查？」被告及其原審辯護人仍均答稱：「沒有」等語（見原審卷第127頁）。原審因認相關事證已臻明確，而未再依職權贅為其他無益之調查，難指有調查職責未盡之違法。被告此部分上訴意旨，空言指摘：原判決未依職權傳喚丙女到庭調查、對質，有調查職責未盡之違法云云，並非合法之上訴第三審理由。

肆、檢察官及被告以上及其餘上訴意旨，均未依據卷內訴訟資料分別具體指摘原判決有何違背法令之情形，或係置原判決已明白論敘說明之事項於不顧，或係就原判決採證認事職權事項之適法行使，徒以自己說明，任意指為違法，均與法律所規定得上訴第三審之理由，不相適合。應認檢察官及被告之

上訴，均為違背法律上之程式，予以駁回。至檢察官對於上訴本院後所提出之硬碟及隨身碟儲存等相關資料，如認被告另涉犯其他罪嫌，應由檢察官另為偵查、處理，附此敘明。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 115 年 8 月 27 日

刑事第三庭審判長法官 李錦樑

法官 周政達

法官 蘇素娥

法官 吳麗英

法官 吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官 劉藝文

中 華 民 國 115 年 8 月 31 日