最高法院刑事判決

115年度台上字第2599號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官蔡麗宜

被　　告　王志傑

選任辯護人　段奇琬律師

上列上訴人因被告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115年2月26日第二審判決（114年度侵上訴字第521號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度營偵字第308號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

一、按案件是否屬刑事訴訟法第376條第1項所定不得上訴第三審之案件，應以第二審言詞辯論終結前之審判範圍及當事人就犯罪成立所應適用之法條是否仍有實質爭執為斷，並非僅以檢察官起訴所引用或原判決最終所適用之法條為準。查本件檢察官起訴事實已載明被告王志傑先後對告訴人甲男（民國00年00月生，卷編代號AB000-A112705，下稱甲男）實施猥褻及性交行為，第一、二審雖分別就猥褻、性交部分論以刑法第227條第4項、第3項之罪，然檢察官於第二審審理中，仍主張被告就猥褻及性交部分應成立刑法第224條、第225條第1項之罪，而非僅成立刑法第227條第4項、第3項之罪，足見迄第二審言詞辯論終結前，當事人就本件犯罪事實所應適用之罪名，仍有是否成立刑法第224條、第225條第1項罪名之實質爭執，而非僅涉及刑法第227條第3項、第4項之適用。是本件自非刑事訴訟法第376條第1項所定不得上訴第三審之案件，檢察官提起第三審上訴，其程序尚屬合法，本院自得就原判決關於各該罪名之法律適用是否合法一併加以審查。

二、本件原判決認定被告有其判決附件即第一審判決事實欄所載對於甲男為猥褻及性交犯行，因而維持第一審論以被告對於14歲以上未滿16歲之男子為猥褻行為罪，處有期徒刑3月，並諭知易科罰金之折算標準；又對於14歲以上未滿16歲之男子為性交行為罪，處有期徒刑1年之判決，駁回檢察官及被告在第二審之上訴。固非無見。

三、惟按，證據之取捨及證明力之判斷，固屬事實審法院依職權行使自由心證之事項；法院對於鑑定意見，亦非當然受其拘束，仍得斟酌其基礎事實、鑑定依據、方法、過程、結論及是否與卷內其他證據相互印證等情，綜合判斷其證明力，而為採否之認定。惟自由心證之行使，仍應受證據裁判原則、經驗法則及論理法則拘束，不得恣意為之。尤以法院依法囑託鑑定人或專業機構所提出之鑑定意見，既係法院依法踐行證據調查程序所得之證據方法，其判斷係依據可信之專業原理、方法及個案資料，綜合形成專業意見，法院如認不足採憑，自應具體說明其基礎事實、鑑定依據、推論方法或結論何以不足採信。尚難僅援引一般性醫學文獻、研究資料或抽象醫學理論，即逕排斥依法踐行程序所得之個案鑑定結果；蓋前者係一般性研究資料，後者則係針對本案具體事實所形成之專業判斷，倘認一般性資料較足反映本案實際情形，亦應具體說明其何以較個案鑑定更具證明力，否則難認已盡證據取捨及心證形成理由之說明義務。再刑法第224條所稱「違反其意願」，係以被害人於行為當時是否具有自由形成、判斷、表達及實現其性自主意願之能力為判斷核心，並不以被害人顯現拼死抗拒、大聲呼救或持續反抗為必要。被害人是否表達拒絕意思，應綜合其行為前、行為中及行為後之言詞、舉止及其他客觀情狀整體判斷；倘其於行為初始或過程中已明確表示拒絕，且為行為人所知悉，縱其後因酒精作用、身心疲憊、驚愕、恐懼或其他相類情形，而未再積極抗拒，亦不得僅憑其未再反抗、未呼救、未即時離去或仍配合部分行止，即逕推論其已變更原先拒絕之意思或同意性行

為。又刑法第225條所稱被害人因精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形而「不能或不知抗拒」，依其修正立法理由，係以被害人行為當時之具體身、心客觀狀態為判斷基準，而非以一般、抽象情形為斷；所稱「其他相類情形」，自包括因酒精、藥物或其他物質作用，致影響其形成、判斷、表達或實現性自主意願能力之情形。是法院審酌刑法第224條、第225條是否成立時，自應就被害人案發當時之身、心客觀狀態、酒精作用程度、雙方互動情形、醫療鑑定及其他客觀事證，依全部卷證相互勾稽，綜合判斷。倘法院囑託之個案鑑定與其他證據間尚有重大歧異，而足以影響被害人是否具有自由形成、判斷、表達及實現性自主意願之能力，或是否已達不能或不知抗拒之程度，其與本案犯罪事實之認定及法律適用攸關，自有詳加究明釐清之必要。法院應就各該證據之證明對象、證明力及相互關聯性詳予說明；如認尚有未明，並得命鑑定人補充說明、再為鑑定或踐行其他必要之證據調查，以釐清相關疑義。倘未予調查，復未說明何以毋庸調查之理由，即遽為事實之認定，自難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

四、經查：

㈠本件原審既囑託中國醫藥大學附設醫院（下稱鑑定單位）就甲男於案發時飲酒後之精神、意識狀態及是否已達不能或難以清楚表達性自主意願之程度進行鑑定。依鑑定報告及補充函復所示，鑑定單位係綜合甲男之疾病史、心理衡鑑結果、抽血檢驗資料、飲酒情形及案件相關資料，參酌臨床醫學知識及相關文獻，認甲男於案發時仍受酒精作用影響，並考量其尚未成年之心智發展情形，已無法再為具體或有效之抗拒；復依甲男於鑑定過程中之評估結果及其就創傷經驗所呈現之再度經驗、警覺性等症狀，認亦符合創傷後壓力症候群之診斷，並就其判斷基礎、推估方法及依據詳予說明（見原審卷第191至257、283至285頁）。惟原判決未就前揭鑑定意見及補充函復之整體內容綜合評價，僅援引鑑定人所稱無法

以人體重現實驗加以還原驗證之部分，另參酌一般酒精濃度換算資料、網路醫學資訊（見原審卷第385至390頁）及卷內部分客觀行止，即未採納依法踐行證據調查程序所得之個案鑑定結果。倘認前揭鑑定意見不足採信，自應具體說明其判斷基礎、推估方法或鑑定結論何以不足採信，及何以一般性醫學資料較足以反映本案受鑑定事項之實際情形，而得排除個案鑑定專業判斷；如認尚有未明，尤應再命鑑定單位補充說明、再為鑑定或踐行其他必要之證據調查，以釐清相關疑義，而非逕為與鑑定意見相異之認定。則原判決是否已就前揭鑑定意見及補充函復之整體內容為完整評價，並充分說明證據取捨及心證形成之理由，尚非無疑。其遽為與鑑定意見相異之認定，自難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

㈡甲男歷次均稱，被告初始碰觸其生殖器時，其曾反覆以手撥開、阻擋，嗣因飲酒後疲憊，雖仍有意識，惟因被告持續碰觸，遂未再抗拒，而任由其觸摸；事後數度嘗試自殺，心情低落、惶恐，難以消化情緒並控制想法，直至接受心理諮商時才說出此事（見臺南市政府警察局新營分局刑案偵查卷宗<下稱警局卷>第17、21頁，113年度營偵字第308號卷<下稱偵308卷>第42、44、45頁）。甲男之母（卷編代號AB000-A112705A，姓名詳卷）證稱甲男於本次旅遊後精神恍惚，情緒低落，嗣並試圖跳樓輕生，經家人勸阻後要求心理諮商（見警局卷第33頁）。如若無訛，則甲男未再積極反抗，究係自由變更原先拒絕之意思，抑或因酒精作用、身心疲憊、驚愕、恐懼或其他因素，而未再積極表示拒絕，攸關甲男是否仍具有自由形成、判斷、表達及實現性自主意願之能力，自有詳加究明釐清之必要。原判決引用第一審判決，僅據甲男其後未呼救、仍隨同行動等客觀情狀，即推認其拒絕意思已有轉變，而未就其先前拒絕意思與後續客觀行止間之關聯，詳予說明何以足為上開推論，其推論是否符合經驗法則及論理法則，尚非無疑。至於房間浴室性交部分，甲男固曾供稱其當時「覺得蠻舒服的，所以就沒有反抗」，惟其所稱「舒

服」、「沒有反抗」之意涵為何，究係酒精作用所造成之身體感受，抑或表示其已基於自由意思同意性交，尚非無疑，仍待結合其前後供述及其他客觀證據綜合判斷。復查，案發時甲男尚未滿16歲，被告則較其年長41歲，雙方因甲男第2次參加旅遊認識，彼此並無深交；案發後始互留聯絡方式，且甲男對被告事後傳送之A片及要求視訊對話亦未予回應（見警局卷第9頁，偵308卷第73頁）。另依證人蘇仁傑所述，甲男進入房間時已有醉意，並依被告指示行動，被告自稱看著甲男長大時，甲男亦僅報以微笑，未發一語（見偵308卷第33至35頁）。復據被告手機畫面截圖所示，其事後與「李青山」之對話中，反覆陳稱當天喝太多酒、玩太嗨等語（見偵308卷第17至21頁）。則本件關於甲男於池畔遭猥褻時是否仍持續表達拒絕意思，及於房間浴室為性交時是否因酒精作用而影響其形成、判斷、表達及實現性自主意願能力，均攸關被告所為是否符合刑法第224條、第225條構成要件，自有詳加究明釐清之必要。原判決未就各該證據之證明對象、證明力及彼此關聯性綜合評價，亦未具體說明何以捨棄依法踐行證據調查程序所得之個案鑑定結果，及何以採取一般性醫學資料而排除個案鑑定之理由，而逕為有利被告之認定，自難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

五、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。原判決未就前揭重要證據詳予調查、斟酌，並說明其取捨及心證形成之理由，致其事實認定及法律評價所憑基礎尚有未明，而影響判決之適法性，本院無可據以為裁判，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　　115　　年　　8　　月　　5　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　劉方慈

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　11　　日