最高法院刑事判決

115年度台上字第2616號

上　訴　人　宋志宏

選任辯護人　戴紹恩律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國115年2月12日第二審判決（114年度侵上訴字第192號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第2995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，具體指摘判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘判決違法情事，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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審審理結果，認定上訴人宋志宏有如其事實欄(下稱事實欄)所載犯行，因而就事實欄一之(一)所載犯行，維持第一審關於論處上訴人犯刑法第224條之1(漏載第222條第1項第2款)之對未滿14歲之女子強制猥褻罪刑；就事實欄一之(二)所載犯行，維持第一審關於論處上訴人犯同法第222條第1項第2款之對未滿14歲之女子強制性交罪刑；就事實欄一

之(三)所載犯行，維持第一審關於論處上訴人犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第221條第1項之成年人故意對少年強制性交罪刑；暨合併定其應執行之有期徒刑部分之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。俱已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形。

三、上訴意旨略以：

(一)告訴人即被害人代號AD000-A112666之女子(民國00年0月生，真實姓名、年籍詳卷，下稱A女）就事實欄一之(一)所載犯行，於偵查及第一審審理時，係指稱：上訴人撫摸其胸部，於警詢中則指稱：上訴人撫摸其胸部及以手指插入其下體；就事實欄一之(二)所載犯行，於警詢及第一審審理時指稱：係發生在112年1月20日，於偵查中則證稱：是發生在就讀國二的9月以後；就事實欄一之(三)所載犯行，於警詢中陳稱：事發時其因為習慣了，而沒有反抗，於偵查中則未提及此部分被害情節。可見A女之供述前後不一，而難以採信。又依證人即補習班數學老師宋謹言、英文老師吳佩琪於第一審審理時之證詞，可知A女與上訴人之互動正常，並無異狀，且依證人即A女之補習班同學C女(真實姓名、年籍詳卷)於偵查中之供述，可知C女於事實欄一之(二)所載犯行之事發日，係由其父親D男(真實姓名、年籍詳卷)陪同到補習班。衡情A女倘有遭上訴人強制性交之情，豈有未向D男求助之理。尤其，A女於事發後，仍繼續至補習班上課，而無畏懼、逃避上訴人之情，可見A女所指遭上訴人強制猥褻、強制性交等情之供述，亦與常情不合，而難以採信。

(二)證人即告訴人A女之母B女(真實姓名、年籍詳卷）、C女所為之證述，均係聽聞自A女轉述之傳聞供述，性質上屬與A女之指訴具有同一性之累積證據，而A女與C女(暱稱「大包北」)、暱稱「大奶」、「三奶」等人間之「破麻聚集地」LINE群組對話(下稱「破麻聚集地」LINE群組對話)、A女與C女間之LINE、Instagram(下稱IG)對話紀錄，其內容亦係A女

於審判外之陳述，均無證據能力，而不具有補強證據之適格。況A女與C女間112年10月21日之LINE對話紀錄，其對話時間為同日之「凌晨12時25分至中午12時16分許」，與事實欄一之(三)所載同日「18時許」之強制性交犯行，欠缺證據關聯性。又新北市立土城醫院(下稱土城醫院)之受理疑似性侵害事件驗傷診斷書(下稱驗傷診斷書)固記載：A女之「處女膜疑舊裂口」等語，然土城醫院另函覆第一審略稱：手指侵入陰道，為造成病人處女膜破裂之可能原因，然醫療上無法排除先天個人構造或其他後天因素所致等語，可見土城醫院驗傷診斷書無從作為認定上訴人有A女所指事實欄一之(二)、(三)所載強制性交犯行之依據。又上訴人於原審審理時，已聲請傳喚D男，以及於112年1月20日下午，送年菜到補習班之李怡駿到庭作證，以資證明並無事實欄一之(二)所載犯行。原判決未依聲請傳喚D男、李怡駿到庭調查，且未依職權傳喚土城醫院之醫師說明上開函覆內容真意，竟僅依憑A女有瑕疵之指訴、B女及C女所為聽聞自A女轉述之傳聞供述、土城醫院驗傷診斷書，以及無證據能力之IG、LINE等對話紀錄，遽認上訴人犯罪事實，且未說明宋謹言、吳佩琪之供述，何以不足為有利於上訴人之認定，其採證認事違反證據法則，且有調查職責未盡及理由不備等違法。

(三)警方採集自A女之陰部、陰道等部位之檢體，經送請內政部警政署刑事警察局(下稱刑事警察局)鑑定結果，均未檢出上訴人之DNA，其原因涉及生物醫學或鑑識科學等專業領域之特別知識、經驗，原審未依職權囑託專家或機構予以調查、釐清，且未予上訴人及其原審辯護人於審判期日就此有陳述意見之機會，遽以「未檢出之原因頗多」等情為由，認定該鑑定結果無從為有利於上訴人之認定，其所踐行之訴訟程序於法不合，且有調查職責未盡之違法。

四、惟查：

(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、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法

則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無違法可言。

又單純轉述性侵害被害人陳述之證詞，固屬與被害人陳述同一之累積性證據，而不具補強證據適格，然透過「被害人陳述」以外之證據，倘可得證明被害人聲稱被害事件時之言行舉止、情緒表現、心理狀態或處理反應等情景者（間接事實），因係獨立於被害陳述之證據方法暨資料，屬具補強證據適格之情況證據，自可藉其與待證事實有蓋然性之常態關聯，資為被害人遭遇（直接事實）致生影響之推理素材。

另傳聞證據，係指作為認定事實基礎之事實，未經直接體驗者本人於公判庭陳述，而以其他方式提出於公判庭之證據。公判庭之供述或書面如係以公判庭外之供述為其內容，並用以證明該「供述內容」是否真實，該公判庭之供述或書面，即屬傳聞證據，應依傳聞法則定其證據能力之有無。惟待證事實若係證明該「供述本身」之存否，縱公判庭之供述或書面係以公判庭外之供述為其內容，亦無所謂傳聞之問題，自無傳聞法則之適用。至「數位證據」(例如，社群網站之貼文〈圖〉或通訊軟體之對話紀錄)，係本於機械作用所真實保存，其生成過程，未經人為操作，倘係以其「內容之真實性」，作為待證事實，固有傳聞法則之適用；然待證事實如係為證明其「內容之存在」本身，則因非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，性質上非屬供述證據，祇要未經人為之偽造、變造，且與待證事實具有關聯性，即具有證據能力，並無傳聞法則之適用。

原判決係依憑上訴人所為不利於己部分之供述、A女於偵查及第一審審理時之指訴、B女於偵查及第一審審理時之證述、C女於偵查中之證述、A女與C女間之IG對話紀錄、A女與C女等人間之「破麻聚集地」LINE群組對話、A女與上訴人間之LINE對話紀錄，土城醫院驗傷診斷書等證據資料，相互勾稽參照，而為前揭犯罪事實之認定。並載敘：A女於偵查及第一審審理時，指訴上訴人不顧其反對，先後於事實欄一之

(一)至(三)所載之時、地，或撫摸其胸部、下體，或以手指插入其下體，或併以嘴舔其下體等主要情節大致相符，且有C女於偵查時證稱：A女多次當面或傳送訊息，向其述說上情，但A女不敢讓父母知道等語；B女於偵查及第一審審理時證稱：上訴人打電話質問A女「你是不是出賣我」時，A女「一臉驚嚇地說沒有」等語；A女與C女間112年1月30日13時48分許之IG對話紀錄略以：「A女：現在就我跟主任兩個人而已。他又開始了呵呵」等語；A女與C女等人間之「破麻聚集地」LINE群組對話紀錄略以：「我想說謊，因為我媽媽說他很不希望是我的小孩發生這種事」、「你們沒有這個家庭，沒有這樣的經歷，換作是你們，你們真的會說不出來，更何況我是一個女生」、「我不希望事情搞大，我會覺得很丟臉，你要我回想那個畫面，很噁心、很丟臉、很煩躁」、「為什麼他媽的天選之人是我」、「我覺得很可怕」等語可參。而依B女、C女所為證述及前開對話紀錄，所顯示A女敘述其被害過程時之負面情緒，以及遭上訴人質問「你是不是出賣我」時之驚嚇等反應，均乃A女轉述其如何被害情節以外之部分，並非「傳聞供述」，上訴人對於對話紀錄之形式上真正性，既不爭執，則就A女轉述被害過程以外之部分，即足以採為擔保A女所為指訴為真實之補強證據等旨。且就上訴人於原審審理時所為略如上訴意旨之各項辯解，如何均不足採信，復已於理由中詳加指駁，並說明：A女就被害主要情節之供述一致，且已合理說明供述歧異之原因，不得僅因其枝節略有不合，即指全部不可採；A女於事發時，為未滿14歲之國中學生，上訴人則為A女所就讀之補習班主任，依A女於事發後之負面情緒等反應，足認其與上訴人間無所謂「男女情愫」；A女囿於智識、經驗不足，於事發時不知如何反應及不敢強烈反抗，以及事發後未告知B女或向他人求援，仍繼續至補習班上課，均符合常情，且有上訴人與A女間之112年10月27日LINE對話紀錄略以：「上訴人：(未接來電)。A女：我接不了。但你打給我媽媽的那通電話，你講

的話，我媽媽都有聽到。上訴人：所以？A女：但我跟媽媽說沒有。可我最後可能還是會說吧……」等語，足認A女於知悉主管機關介入調查後，猶試圖為上訴人隱瞞，應無構陷之情。至於宋謹言、吳佩琪之證詞，僅能證明上訴人與A女間之教學及一般互動過程正常，無法反推論上訴人無A女所指之犯行；且上訴人坦承其於112年10月21日，有按摩A女之大腿及陰部，而警方採集A女之外陰部、陰道等部位檢體之時間，則為事發後已逾1週之112年10月28日，縱未檢出DNA量，而無法鑑定其型別，亦無從為有利於上訴人之認定等旨(見原判決第11至32頁)。其所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則不悖；且此屬原審採證認事職權行使之事項，不能任意指摘為違法。此部分上訴意旨，漫言指摘：原判決採證認事違背證據法則，且有理由不備之違法云云，係置原判決已明白論敘說明之事項於不顧，單純就有無犯罪事實，再事爭論，均非適法之第三審上訴理由。

又證明同一事實內容之證據，如有2種以上，而其中1種之證據縱有違證據法則，然如除去該部分，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定者，則此項違誤並不影響於判決，即不得指有理由矛盾之違法。卷查，A女與C女間之112年10月21日LINE對話紀錄，其對話時間為「同日凌晨12時25分起至同日中午12時16分許」(見他字不可閱卷第35至41頁)，從形式上觀察，足認係發生在上訴人被訴同日「18時許」之強制性交犯行之前，而不足以採為事實欄一之(三)所載犯行之補強證據。原判決此部分所為採證，固有微疵，然上訴人已坦承有於112年10月21日按摩A女之大腿及陰部，則縱除去此LINE對話紀錄，綜合其他證據資料，尚難謂原判決即不能為同一事實之認定。依上開說明，不能指為違法。此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決之採證認事違背證據法則云云，係就不影響判決結果之瑕疵，指為違法，難認是合法的第三審上訴理由。

(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，故範圍並非漫無限制，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。

上訴人於原審審理時，固聲請傳喚D男及李怡駿到庭調查，以資證明上訴人無事實欄一之(二)所載犯行。然原判決已說明：上訴人為此犯行時，縱適逢李怡駿送年菜到補習班，亦可立即停止，李怡駿縱有送年菜之情，亦無法為有利於上訴人之認定；又上訴人此犯行之事證明確，其聲請傳喚D男到庭作證關於A女有無求救及其神情等節，失之陷於A女應有完美被害人之迷思等旨，因認均無調查之必要性。已說明上訴人相關調查證據之聲請，或無從為其有利之認定，或欠缺調查之實益。又依卷內訴訟資料之記載，原審審判長已於審判期日踐行調查、提示包含刑事警察局鑑定書在內之各項證據資料，並予上訴人及其原審辯護人就此有陳述意見及辯論證明力之機會(見原審卷二第60至64頁)。而上訴人及其原審辯護人於原審審理時，就土城醫院驗傷診斷書(包含其函覆內容)及刑事警察局未檢出DNA量之鑑定結果，並未聲請再行調查證據。原判決因認相關事證均臻明確，而未依上訴人之聲請或未依職權，再贅為上訴意旨所指之無益調查，均乃原審判斷證據調查必要性職權行使之事項。依上開說明，不得任意指摘違法。此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決未予上訴人就前述證據陳述意見之機會，且有調查職責未盡之違法云云，並非依據卷內訴訟資料而為具體指摘，均難認是合法上訴第三審之理由。

五、以上及其餘上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，係就原判決已明白論敘說明之事項，仍持己見，單純就犯罪事實之有無，再為爭執，俱難認已符合首揭法定之上訴要件。應認本件上訴均為違背法律上之程式，予以駁回。

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　　115　　年　　9　　月　　3　　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　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　7　　日