

最高法院刑事判決

107年度台上字第4725號

上訴人 黃塗德

選任辯護人 趙立偉律師

宋耀明律師

周威良律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年5月8日第二審判決（105年度侵上訴字第1143號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署103年度偵字第7450號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表二部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即原判決附表 下稱附表V二）部分

一、本件原判決認定上訴人甲○○有其事實欄一之（二）所載之犯行，因而維持第一審關於論處上訴人如附表二所示犯強制性交罪，共3罪刑部分之判決，駁回上訴人該部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）審理事實之法院，對於證人前後所為矛盾或歧異之陳述，如何本於經驗法則判斷其證據價值及證明力，以定取捨暨所形成之心證，應於判決內闡析論敘，否則即屬判決不載理由，其判決為當然違背法令。證人即代號 00000000000（亦為告訴人，人別資料詳卷，下稱B女）就其被性侵之時間，於原審民國106年11月29日審判時雖證稱：第1次是102年中秋節當天，第1次被性侵後，過二、三日又被性侵等語（見原審卷三第96、99、117、118頁）。然其於最後言詞辯論終結前之107年3月27日提出刑事陳述意見狀，改稱：「被告（指上訴人）第1次侵犯告訴人是在告訴人畢業當年之中秋節，即2012年之中秋節（國曆9月30日，星期日），告訴人一直存著2012年畢業，忘記轉換為民國應

01 為101年，所以很直接的就認為是102年，故而後續關於年
02 度之陳述即有誤差……告訴人確實誤將畢業年度101年記
03 成102年……，故於陳述被告於第3次……帶伊至位於西安
04 街無憂山功德會之建物時所為陳述稱係於102年中秋節過
05 後乙情，應係『2012年中秋節以後』始為正確」等情（見
06 原審卷三第515、516頁）。先後所述，顯非一致。又B女
07 所稱第3次被性侵，依其於偵訊時證述：「（被告總計對
08 你進行幾次性行為？）我記得有很多次，第1次及第3次我
09 記得比較清楚。」「第3次時間……為何？」約距離第1次
10 事發後2、3天後的某日上午……」等語（見偵卷第12頁）
11 。如果無訛，B女第1次被性侵的時間究係101年中秋節當
12 天或102年中秋節當天，第3次被性侵的時間是101年中秋
13 節過後2、3天的某日上午，或102年中秋節過後2、3天的
14 某日上午，均非無疑。原審就B女其後所述，何以不足採
15 納，未置一語，有判決理由不備之違法。

16 （二）原判決關於上訴人被訴對證人即代號0000000000（亦為
17 告訴人，人別資料詳卷，下稱A女）強制性交部分，採用
18 證人B女證稱：「（A女也說她有被性侵的事情？）是大概
19 在103年5月那時候問的，那個時候問A女的，……好意提
20 醒他們要保持距離，當下A女就說我遇到的情況可能比你
21 們更嚴重，就說出來。」「（你說你在103年5月間有問A
22 女是否有發生類似情況嗎？）我的問法是叫A女要跟被告
23 保持距離，被告有些行為舉止不恰當，這個時候是A女跟
24 我講他們的過程。（當時你也是對被告的說法半信半疑，
25 是嗎？）那個時候也不是說半信半疑，就是已經知道大概
26 有底了，只是不知道該怎麼做。」之證詞。以依A女、B女
27 所述，A女、B女於103年5月已經知道上訴人對其2人所為
28 係性侵，豈有讓上訴人繼續性侵之理？為上訴人有利之認
29 定，諭知其此部分無罪（見原判決第52頁）。原判決既認
30 B女於103年5月已經知道上訴人對其所為係性侵，豈有讓
31 上訴人繼續性侵之理，卻又認定上訴人於103年5月之後的

01 同年6月某日早上5時許，係以傳功、治療身體、練靈等說
02 法，違反B女之意願，對B女為強制性交得逞（見原判決第
03 3頁），而對上訴人為有罪之認定。先後論述及採證標準
04 不一，有判決理由矛盾之違誤。

05 三、上訴意旨指摘及此，為有理由。因上開違背法令影響於事實
06 之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於其附表二部
07 分，有撤銷發回更審之原因。

08 貳、上訴駁回（即附表一）部分

09 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
10 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
11 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
12 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
13 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
14 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
15 背法律上之程式，予以駁回。

16 二、本件原審審理結果，認定上訴人係成年人，有如原判決事實
17 欄一之（一）所載對告訴人即少年A女為妨害性自主各犯行
18 均明確，因而維持第一審關於論處上訴人成年人故意對少年
19 犯強制性交罪，共11罪刑部分之判決，駁回上訴人該部分在
20 第二審之上訴。已載敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定
21 各該犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認犯行之供詞及所
22 辯各語認非可採，予以論述及指駁。

23 三、刑事訴訟法關於舉證責任，於其第161條第1項明定：「檢察
24 官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」
25 而法院於審理案件時，應行調查之證據範圍，則係以事實審
26 審判中案內所存在之一切與待證事實有關之證據為限，對於
27 案內所不存在之證據，法院固無蒐集證據之義務，然對於案
28 內所存在之一切與待證事實有關之證據，依法自有調查證據
29 之職責。又「行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭
30 員一人為受命法官，於審判期日前，使行準備程序，以處理
31 第273條第1項、第274條、第276條至第278條規定之事項。

01 「受命法官行準備程序，與法院或審判長有同一之權限。
02 但第121條之裁定，不在此限。」為刑事訴訟法第279條所明
03 定。卷查A女於偵查中所提出其家中電話之翻拍照片，檢察
04 官起訴時已將之列入證據清單。A女之母D女（人別資料詳卷
05 ）於第一審再次提出A女家中電話翻拍照片，並稱：「之前
06 陳報的電話紀錄夾雜其他人的電話，這次重新整理之後再陳
07 報法院」等語。檢察官聲請將D女提出之照片及光碟片作為
08 本案證據使用。經審判長詢以：「辯護人、被告是否同意上
09 開證據之證據能力？」上訴人及其第一審辯護人均答：「同
10 意。」有審判筆錄可稽。經第一審調查後引為上訴人不利之
11 證據，上訴人提起第二審上訴，爭執A女家中電話翻拍照片
12 不實。原審於106年4月21日實施勘驗，A女之告訴代理人、
13 上訴人及其辯護人均到場，法官詢以：「關於A女家中電話
14 之勘驗，有何意見？」告訴代理人答：「是否可請警察到現
15 場將操作電話過程，全程錄影。」法官問：「對於由警察至
16 被害人A女家中當場將操作電話過程錄影後送院，有何意見
17 ？」上訴人之原審辯護人答：「同意，但請警員一併將該電
18 話扣案，將來可於法庭當庭勘驗。」上訴人回答：「同辯護
19 人所述。」法院乃函請雲林縣警察局斗六分局調查，經警員
20 前往調查後，函送操作A女家中電話之錄影光碟及照片等情
21 ，有相關筆錄可稽。原審法官為準備審判起見，依案內已存
22 在之訴訟資料，於審判期日前，為必要之調查，屬其調查證
23 據之職權適法行使，其所為並非蒐集證據。上訴意旨以原審
24 函請雲林縣警察局斗六分局至A女家中拍攝電話機翻拍畫面
25 ，主動蒐集證據，非屬適法程序取得，主張該項證據無證據
26 能力。並爭執取證之過程僅告訴代理人到場，並未通知上訴
27 人及其辯護人，有違公民與政治權利國際公約第14條第1項
28 （……任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，
29 應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問……）規
30 定之意旨。此一指摘，顯非上訴第三審之適法理由。

31 四、照相機拍攝之照片，係依機器之功能，攝錄實物形貌而形成

01 之圖像，除其係以人之言詞或書面陳述為攝取內容，並以該
02 內容為證據，或以照片作為供述之一部使用，或著重在利用
03 照相之機械性記錄功能形成事物報告的過程，而具有與人之
04 供述同一性質者，始應依供述證據定其證據能力。若照片所
05 呈現之圖像，並非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，自不
06 在刑事訴訟法第159條第1項規定「被告以外之人於審判外之
07 言詞或書面陳述」之範圍內，其有無證據能力，與一般物證
08 相同，端視其取得證據之合法性及已否依法踐行證據之調查
09 程序，以資認定。本件關於A女住處電話機通聯紀錄之翻拍
10 照片，係拍攝留存於該電話機之通聯紀錄，所顯示之資料，
11 未涉及人之主觀意見，不屬於人類意思表達之內容，性質上
12 屬非供述證據之證物。原判決認無刑事訴訟法第159條第1項
13 規定之適用，審酌與本案犯罪事實之認定有關聯，復無因違
14 背法定程序所取得，有證據能力。所為認定，經核於法無違
15 。上訴意旨主張前揭翻拍照片，既經D女使用於其證述之內
16 容，具有與人之陳述同一之性質，參照本院99年度台上字第
17 2519號判決意旨，應認係屬供述證據，執以指摘原判決違法
18 。惟本院上開判決意旨，所稱：「照片除非係作為供述之一
19 部使用，或著重在利用照相之機械性記錄功能形成事物報告
20 的過程，而具有與人之供述同一性質，始應依供述證據定其
21 證據能力外，概屬於非供述證據，並無傳聞法則之適用」。
22 係指將照片本身，作為被告以外之人於審判外陳述（書面陳
23 述）之一部使用，並非指被告以外之人於審判外陳述，援引
24 照片為據，該照片即為供述之一部。上訴意旨執此指摘，亦
25 非適法之第三審上訴理由。

26 五、卷查第一審於行準備程序時，經勘驗A女測謊鑑定之測前會
27 晤影片光碟，其結果顯示，實施鑑定之人在測前會晤時，有
28 請A女填寫相關文件，並請A女唸出測謊同意書內容等情，此
29 有筆錄可稽。此部分事實已明，原審未傳喚實施鑑定之人到
30 庭說明，無違法可言。上訴意旨以A女之身心狀況調查表、
31 測謊同意書，僅載日期，未載明幾時、幾分，爭執本件測謊

01 鑑定是否依「法務部調查局測謊鑑定標準作業程序」辦理欠
02 明，原審未傳喚實施鑑定之人到庭，就此調查或於判決理由
03 內說明，指摘原判決違誤。係依憑己意所為之指摘，殊非適
04 法之上訴理由。

05 六、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷
06 無違經驗法則、論理法則，即不能任意指為違法。又被害人
07 之陳述，有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者
08 為可採，法院仍得本其心證予以斟酌，非謂一有不符合或矛盾
09 ，即應認其全部均為不可採信。尤其關於行為動機、手段、
10 方法及結果等細節方面，被害人之陳述，有時因理解、記憶
11 及描述能力等因素，所述難免略有出入，但若無重大瑕疵，
12 而其基本事實之陳述，與真實性無礙者，仍非不得予以採信
13 。原判決係依憑證人A女、C男（係A女之父，人別資料詳卷
14 ）之A女、黃雅梅、張秋琴、盧清隆、廖紫里（依序為上訴
15 人之女、上訴人之助理、太昊殿主任委員、文書人員）之證
16 言、法務部調查局測謊結果、長庚醫療財團法人嘉義長庚紀
17 念醫院（下稱嘉義長庚醫院）創傷後壓力症候群鑑定結果、
18 A女家中電話翻拍照片、勘驗筆錄、現場照片、上訴人腹部
19 照片、A女前往國立臺灣大學醫學院附設醫院雲林分院就診
20 之紀錄等證據資料，認定上訴人違反A女意願，對其為性交
21 11次之犯行。已依卷內證據資料，審酌認定甚詳，其推理論
22 斷與經驗、論理等證據法則皆無違背。原判決並非僅憑A女
23 指證上訴人之身體特徵及使用面速力達母之證言或其家中電
24 話紀錄翻拍照片，即行論罪，自無上訴意旨所指欠缺補強證
25 據、判決不備理由之違法情形。原判決說明A女指證上訴人
26 於附表三所示時間、地點對其強制性交與事實相符，如何認
27 定上訴人有該部分犯行之理由。至附表四所示時間、地點部
28 分，A女就發生性行為之模式、事件始末等基本事實之指述
29 雖與附表三所示犯行相同，惟所述與卷內證據資料有所不符
30 ，基於罪疑有利被告原則，認不能證明上訴人有此部分之犯
31 罪，亦無上訴意旨所指判決理由矛盾及違背論理法則之情形

01 。原判決綜合C男、D女所為上訴人以要教A女練功而帶其外
02 出，上訴人要帶A女外出前，會先打電話過來等語之證述，
03 及A女家中電話紀錄翻拍照片相互參酌，認A女家中電話紀錄
04 翻拍照片與本案犯罪事實之認定有關聯性。所為判斷與卷內
05 資料相符，無上訴意旨所指認定事實與證據不相適合之違法
06 。原判決就上訴人爭執A女手繪「正心牙醫」後方小房間之
07 平面圖之證據能力，未予說明，雖有未洽，惟除去該證據，
08 依A女於偵查中具結之證詞（陳述「正心牙醫」後方小房間
09 之格局），及卷內其他證據資料，仍應為同一認定，於判決
10 本旨不生影響。上訴意旨或未依卷內訴訟資料而為指摘，或
11 以自己之說詞、持不同之評價，為事實上之爭辯，均非適法
12 之第三審上訴理由。

13 七、原判決理由欄貳、二、（三）、1之⑥載述：「觀諸A女歷
14 來之偵訊、審理時之證述，對於其如何違反意願下和被告發
15 生性行為、事件之始末、發生性行為之模式等情證述上（尚
16 ）均屬一致，未見歧異。」等由，認定上訴人係於103年4月
17 28日最後一次性侵A女。此與其理由欄參、四、（一）之4所
18 載：「證人A女、B女上開所述，當A女、B女於103年5月已經
19 知道被告對其2人所為係性侵，豈有讓被告繼續性侵之理？
20 況B女證稱：當伊知道被告在性侵他，就故意疏離被告，為
21 何B女不教A女要疏離被告，反而讓被告繼續且密集地性侵A
22 女，依罪疑唯輕原則，應認A女所述於103年5、6月間仍有遭
23 被告性侵云云，實不足採信。」二者無矛盾之處。上訴意旨
24 就此指摘，顯非適法之上訴理由。

25 八、原判決關於附表三編號4、8部分，臚列上訴人撥打電話之時
26 間，即103年3月3日下午8時1分、9時33分，同年月31日下午
27 8時44分、9時21分、9時44分、9時57分，其中103年3月3日
28 下午9時33分、同年月31日下午9時57分（附表六就A女於第
29 一審所提供之電話照片編號43記載為「A」 即有接聽V 18
30 2r03/31 21:57，及由警察拍攝A女家中之電話照片編號47載
31 為「A」159r03/31 21:57，雖有將「N」 即沒有接聽V誤

01 寫為「A」之情形，然該誤載於判決結果不生影響），雖未
02 接聽，惟其餘各次均已接聽應答，並有A女、D女之證言及卷
03 內相關證據資料可佐，因而就各該部分為上訴人有罪之認定
04 。此與上訴人被訴於102年12月11日、12月29日、103年2月
05 10日、2月16日、3月2日、5月15日、6月27日性侵A女部分，
06 因A女住處電話紀錄顯示都是「N」，表示A女未接聽，上訴
07 人如何接A女外出，又無證據證明該等日期上訴人確有與A女
08 見面，因而諭知上訴人被訴該部分無罪。二者並無牴觸。上
09 訴意旨執此指摘，亦非適法之上訴理由。

10 九、第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判
11 斷其適用法律之當否。又刑罰制裁妨害性自主行為，係為保
12 障他人關於性意思形成與決定之自由，自須以妨害他人關於
13 性意思之自由為前提，故刑法妨害性自主罪章，對妨害性自
14 主犯罪之處罰，依被害人性意思自由受妨害程度之不同，異
15 其處罰之輕重。其出以違反被害人意願之方法而妨害被害人
16 之意思自由者，依個案具體情形，分別依刑法第221條、第
17 222條之違反意願性交罪或同法第224條、第224條之1之違反
18 意願猥褻罪處罰；利用被害人已陷於不知或不能抗拒而欠缺
19 抵抗能力之既有無助狀態者，縱未達違反被害人意願程度，
20 亦難謂對被害人之性意思自由無所妨害，故刑法第225條仍
21 予處罰；利用被害人因適值童稚幼齡之年，身心發育未臻成
22 熟，性知識及智慮淺薄，或因處於身受行為人監督、扶助、
23 照護等不對稱關係中之劣勢地位，或陷入行為人有心作偽仿
24 冒所形成有婚姻關係之錯誤資訊者，因被害人欠缺完全之性
25 自主判斷能力，未能為成熟、健全、正確之性意思決定，故
26 行為人之所為，形式上雖未違背被害人意願，甚至經其同意
27 ，然因被害人同意之性意思形成與決定有瑕疵，刑法仍予犯
28 罪化，而分別於第227條、第228條及第229條設有處罰明文
29 。其間分野，不可不辨，正確適用，方能實現各該條文應有
30 之規範功能。本件依原判決事實之認定及其理由之說明，係
31 以上訴人係成年人，基於對少年為強制性交之犯意，如何違

01 反A女意願，對其為性交之行為11次等情。並說明：A女與上
02 訴人間原有長期相處關係，且存有宗教信仰之師父、學員關
03 係，是A女不論自年齡、智識、社會地位、宗教內部之階級
04 ，均與上訴人處於不對等之關係，上訴人假藉宗教、靈學之
05 名，利用A女自幼接觸上訴人創辦之太昊殿，其家庭背景又
06 熱衷宗教，且其父母對上訴人信服不已，而先後多次以對A
07 女治療腫瘤、傳功、練靈之說法，在手段上係使用欺罔A女
08 、使其畏懼之詐欺、恐嚇方式，先行製造A女心理恐懼感，
09 進而以此恐懼感而為行為支配，並對其要求不得張揚，對A
10 女形成心理強制狀態，足以壓制其性自主之自由意志，A女
11 之性自主決定權已受到相當程度之強制，如何足認上訴人係
12 以違反A女意願之方法，對其為性交行為，因依刑法第221條
13 第1項規定，論上訴人以成年人故意對少年犯強制性交罪。
14 已說明認定上訴人所為該當於前揭罪名之理由，依原判決所
15 確認之事實及前揭論斷說明，其適用法律並無不合。上訴意
16 旨以原判決未詳述上訴人如何壓抑A女之自主意志，亦未究
17 明上訴人是否涉犯刑法第227條第3項、第228條或以詐術使
18 被害人陷於錯誤而同意性交罪，指原判決有理由不備、適用
19 法則不當之違法。係置原判決明白論述於不顧，徒憑己見而
20 為指摘，並非適法之上訴理由。

21 十、原判決關於嘉義長庚醫院對A女為創傷後壓力症候群鑑定之
22 鑑定報告，已敘明：衡情本件實施精神鑑定者係具有專業知
23 識之專科醫師，觀之其鑑定過程，乃自A女家庭史、學校史
24 、物質濫用史、疾病過去史、精神疾病史、性發展史，並考
25 慮A女為女性，為免鑑定人性別造成壓力，是經過細節由女
26 性心理師詢問，再輔以各項心理測驗檢查，鑑定地點在門診
27 室及心理室，依據當日會談所得資料，鑑定後認為A女之舉
28 措符合妨害性自主案件被害後之反應，認定均具有創傷後壓
29 力症候群現象，而得補強A女所證內容及其被害情緒反應為
30 真。該鑑定報告如何足以憑採之理由。鑑定報告已記載鑑定
31 之過程及結果，亦非單憑起訴書所載之犯罪事實為鑑定依據

