最高法院刑事判決

108年度台上字第1202號

上　訴　人　鄭福成

選任辯護人　謝耿銘律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108 年2 月13日第二審判決（107 年度侵上訴字第1231號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署106 年度偵字第2573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。本件經原審審理結果，認上訴人即被告甲○○有原判決事實欄（下稱事實欄）所載犯行明確，因而撤銷第一審不當之科刑判決，改判論處上訴人乘機性交罪刑（共3 罪，各處有期徒刑3 年6 月），並合併定其應執行有期徒刑5 年。

二、本件上訴意旨略以：㈠A 女（代號00000000000 ，姓名詳卷，民國00年生，下稱A 女）於106 年7 月19日偵訊時，經訊以第2 次、第3 次為何又前往上訴人住處，或未回答、或答稱不知道，則其究係自行主動前往，抑或應上訴人之邀約前往，並不明確，原判決未論述說明所憑之證據，即認定上訴人將A 女帶至其住處對A 女為性交行為共3 次，有調查證據未盡及理由不備之違法。㈡依內政部警政署刑事警察局鑑定書記載，A 女之外陰部及陰道深處有上訴人以外男子之精子細胞等情，可懷疑A 女與上訴人為性行為前已有性經驗，應能夠判斷及決定是否與人發生性行為，則A 女是否具「不能

或不知抗拒」，即屬可疑，倘A女係主動前往上訴人住處並要求發生性行為，則上訴人自非趁A女「不能或不知抗拒」而與之性交，原判決遽論上訴人刑法第225條第1項乘機性交罪刑，即有適用法則不當之違誤云云。

三、惟查：

㈠證據之取捨及證據證明力如何，均屬事實審法院得裁量、判斷之職權，苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，據為提起第三審上訴之合法理由。原判決依憑上訴人之供述（即坦承知A女有重度智能障礙，於事實欄所載時、地有與A女性交3次等語）、A女於偵訊及第一審之證詞（即事實欄所載時、地有與上訴人性交3次並因而懷孕等語）、內政部警政署刑事警察局106年6月16日刑生字第1060032606號鑑定書（即A女所懷胚胎與上訴人之親子關係機率預估為99.999993％）、中華民國身心障礙證明（即A女有重度智能障礙）、財團法人彰化基督教醫院精神科107年4月16日彰基精鑑字第0000000000號精神鑑定報告書（即A女智能程度在中、重度以下，心智功能不會比一般7歲的小孩更好，基本上並沒有辦法清楚的解析「性行為」對自身的利弊得失與背後的社會價值意涵，更沒有依照適當分析作決定之能力；鑑定團隊傾向不認為A女在事發時，會有主動或至少期待發生性行為之可能性）等證據資料，綜合研判，認定上訴人有事實欄所載明知A女有重度智能障礙，反應、理解能力顯然低於一般人，為有心智缺陷之女子，竟基於對心智缺陷女子乘機性交之各別犯意，於認識A女後某日起至106年3月25日期間，均將A女帶至其位於雲林縣虎尾鎮住處，對A女為性交行為共3次等犯行。對於上訴人否認犯罪，所為A女係自願至其住處、A女與上訴人性交前已有性經驗，具備知悉並抗拒性交之能力云云略如其上訴第三審理由，如何均屬卸責之詞，不足採信，亦依據卷內證據資料逐一指駁說明理由。並敘明：

刑法第225條第1項乘機性交罪，就心智缺陷者而言，乃因部分心智缺陷者之智能甚低，無法辨別性行為對自身的利弊得失與背後的社會價值意涵，就生理上並無從正確判斷性交之意義，而無法忠實表達意願，屬於不知抗拒的情況，因此對於明知於此（至少具有不確定故意）而仍與之性交的行為人，即應加以處罰；A女有重度智能障礙，其智力低於一般7歲小孩，應無法辨別性行為對自身的利弊得失與背後的社會價值意涵，屬於對於性行為不知抗拒之人，上訴人利用A女心智缺陷不知抗拒而為性交，係犯刑法第225條第1項乘機性交罪（原判決2至4頁）。已詳敘其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按，係事實審法院採證認事職權之適法行使，並無判決理由不備、不適用法則或適用法則不當之違誤。上訴意旨㈡指摘原判決違法，並非適法之第三審上訴理由。

㈡證人之供述前後稍有不符或相互間有所歧異，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨；從而供述之一部認為真實者，予以採取，自非證據法則所不許。A女對於如何至上訴人住處，其先後之陳述並不一致，於106年3月29日偵訊時陳稱：「（最後一次什麼時候遇到這個壞人？）上禮拜六在鐵路平交道，我記得那天媽姐出巡，我站在鐵路平交道圍觀，壞人也在那邊看，他就約我去他家」「是我自己過去的」（警卷第9頁）；106年7月19日偵訊時陳稱：「（他說都是你自己跑去他家的啊？）沒啦，他騎摩托車把我擋住賣衣服那裡，他就把我擋起來啊，他就把我擋起來他就不要讓我跑啊」「（他要怎麼樣？）他說要殺我」「（這是第一次？）第一次」「（所以你才跟他去他家？）嘿」（第一審卷一第88、89頁）「（他第一次用尿尿的地方插你尿尿的地方那一次，為什麼去他家？你記得嗎？為什麼去他家？）我忘記了」（同上卷第91頁）；107年6月20日第一審陳稱：「（為什麼會在他家？）他在虎尾街上看熱鬧，我說要帶去他家，睡一晚之

後，他用尿尿的地方弄我，算是事情已經發生了」「（所以你不知道妳是怎麼去他家的？）嘿」「（所以妳剛說的是第幾次？）我不知道第幾次」（第一審卷一第242-16頁）；107年7月18日第一審證稱：「... 我去看熱鬧，剛好他騎摩托車過來，他就在賣衣服那邊、王爺公廟那裡擋住我，說『你不能過去喔，不然就拿刀子殺你，要收押我，你去我家那邊』，他說要拿什麼東西給我... 」「（你是如何去他家的？）我用走路的... 」「（你為什麼走去他家？）我不知道，他就叫我去... 」「我要去買東西，就遇到他，剛好他在鐵支路騎機車... 他就沒事停在賣衣服那邊，就說『妹妹我帶你去我家，我拿東西給你』，突然不知道怎麼，他就叫我走過去他家」「他騎機車，從鐵支路那邊騎過來，他在那邊看戲，我也是在看熱鬧... 他就叫我去他家，用走的走過去，走到巷子那邊就是他家」「我走到他家，他還沒來，他騎機車從那邊過來後，就開門，我就突然忘記要做什麼事情，他從房間那邊，叫我脫光光，我睡在他房間，他也把他內褲脫下來後，用一用就白色東西跑出來」（第一審卷一第344、345、349、353頁）A女因心智缺陷，囿於記憶及陳述能力之限制，無法為完足且合邏輯性之陳述，然依原判決認定之事實，上訴人與A女先後3次在其住處發生性交行為，為上訴人所不爭執，並經A女證述在卷，則A女究係由上訴人引導，抑或自行前往上訴人住處，對於上訴人明知A女為心智缺陷之人，利用其不知抗拒，而與之為性交行為犯罪事實之認定，並無影響，原判決採信A女證述係由上訴人帶領之證詞，未說明理由，固欠周全，惟於判決之結果尚無影響。上訴意旨㈠指摘原判決有調查證據職責未盡及理由不備之違法，並非上訴第三審之合法理由。

㈡其餘上訴意旨，經核係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，及對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力等職權行使，徒以自己之說詞，泛指其違法，難認已符首揭法定之第三審上訴要件。

四、綜上，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，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認上訴人之上訴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　　108　　年　　5　　月　　2　　日

最高法院刑事第六庭

審判長法官　林　勤　純

法官　林　立　華

法官　鄧　振　球

法官　莊　松　泉

法官　黃　斯　偉

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　7　　日