最高法院刑事判決

108年度台上字第162號

上　訴　人　00000000000A

選任辯護人　簡大為律師

　　楊玉珍律師

上列上訴人因家暴妨害性自主案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年5月8日第二審判決（106 年度侵上訴字第155號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署103年度偵字第28925號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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。

本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍論上訴人00000000000A（姓名詳卷）以對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，處有期徒刑3年2月。

上訴意旨略稱：（一）原判決所引用被害人乙○（姓名詳卷，民國00年00月生）審理中之證詞，至多證明乙○記憶中「有人」對其猥褻，不能以此證明猥褻之人係上訴人。原判決並未說明為何逕採乙○偵查中指認上訴人陳述之理由，而不採認經交互詰問對證詞真實性更有保障之審判中陳述之理由，有判決不備理由之違法。（二）內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）鑑定書之鑑定結論，至多僅能證明乙○之乳頭上留有上訴人之DNA ，但無法證明上訴人係以猥褻方式留下DNA 於乙○身上，亦無法排除上訴人正常接觸乙○，或以共用毛巾之方式而留下DNA 之可能性。原判決未附理由直接認定該DNA 係以猥褻方式留下，自有理由不備之違法。又原審不附理由將有利於上訴人DNA 報告解釋方式

逕予排除，違反無罪推定原則，自屬違法。（三）原判決認定乙○於臺灣彰化地方法院105年度家親聲字第116號案件105年5月24日訊問筆錄內容中，乙○並無遭他人指導之痕跡。然所憑之證據與實際情況不符。此觀察乙○104年3月17日偵訊內容：「（檢察官問：是否知道爸媽有無同住？）答：沒有。爸爸媽媽離開了，因為我爸爸很壞。」若非出於乙○之母親甲○（姓名詳卷）之教導，乙○怎可能如此回答？原審之認定違背論理法則。又原判決駁回上訴人原審辯護人聲請委託專家證人趙儀珊教授進行乙○證詞之鑑定，亦未調查乙○幼稚園老師有無發現乙○在幼稚園內，有如同甲○所反應之異常行為？亦未調查乙○之外公、外婆等其他同居人，有無發現乙○有異常動作等等，顯有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤。（四）乙○及甲○之證詞欠缺適當之補強證據。原審錯誤引用其他證據，資為補強證據。例如均出於甲○而具有完全同一性之甲○臉書日記內容、甲○與洪仲清心理師、甲○與其他臉書媽媽群組對話、乙○幼幼班蒙特梭利操作紀錄、甲○所提供之105年9月12日勘驗之光碟內容等，此等證據資料具有完全之同一性，無法作為補強證據。而長時間與乙○相處之證人000000000000C（姓名詳卷，寄養家庭人員）亦未見乙○有摸下體之行為，證人洪崇傑醫師亦未發現乙○任何異常行為，實難僅以甲○單方面之指訴，而認乙○有異常行為一事為真，亦難以乙○有異常行為，作為乙○證詞證明力之所憑。又原審引用無法證明上訴人犯罪之DNA報告，與寄養家庭觀察乙○寄養期間狀況之證詞等證據補強乙○、甲○之證詞，作為論罪之證據，均違反證據法則，且尚有諸多證據未予調查，有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤，又對原審辯護人所舉之辯護意旨，亦有未予說明之情形，並有判決不備理由之違誤。（五）原判決就本案犯罪時間與地點之記載，不相一致。原審理由欄推論案發時間應為103年8月24日上午4時至8時許，其事實欄卻認定犯罪之時間係103年8月22日晚上7時至同月24日晚上7時間之某時，兩者嚴重齟齬。另就犯罪地點，原判決於事實欄認定犯罪地點不詳，但於理由欄內推論係「○○○旅社」兩者亦不相同，而有判決理由矛盾

之違背法令。且原審所認定之犯罪時間與地點，不可能發生如原審所認定之犯罪行為，原審之認定顯然違背經驗法則。（六）原判決主文記載上訴人係對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，但於原判決理由記載「本案被告係睡在乙○之身旁，被告於大家熟睡之際，以手撫摸或以嘴親吻被害人乙○胸部、乳頭……」，似認定上訴人於大家（包括乙○）熟睡之際，而為犯罪行為，此兩種不同之行為態樣，構成要件不同，原判決之記載前後齟齬，有判決理由矛盾之違背法令。（七）原審對於上訴人之原審辯護人於106年7月18日聲請調查證據狀所提出之○○○旅社108號房浴室照片乙紙、○○○旅社108號房通鋪照片乙紙、103年8月23日就寢位置示意圖乙紙、中國醫藥大學附設醫院院精字第1050012333號函、103年10月3日上訴人與乙○會面交往情形照片共計4紙等5項證據均未提示，而上開證據均屬有利於上訴人之證據，涉及判斷原判決認定犯罪事實是否存在之核心，依經驗法則、論理法則、無罪推定原則，應認上訴人無告訴人及公訴人所指之犯行。（八）乙○於103年10月15日訊問時供稱：「（問：爸爸有沒有摸過你的奶奶嗎？）答：我不知道。（問：有沒有人摸過你？）答：沒有。」從上述乙○距離甲○指控上訴人最近的犯案時間之供述，當屬乙○記憶最為清晰之時，然乙○並無指證上訴人有犯罪行為。甲○於103年8月31日警詢時亦供述：「今年8月24日他有說爸爸白天去上班，阿公阿嬤陪她玩。那一次沒有發現什麼特別症狀。」此為有利於上訴人之證據，原審未採乙○記憶最清晰時之供述，亦未採甲○有利於上訴人之供述，顯有判決不備理由、違反證據法則及論理法則之違誤。（九）甲○所提出之錄影光碟，拍攝地點是甲○之寢室，掌鏡及導演都是甲○，乙○影片中之行為，恐係出自甲○之教導，且每句話均出於甲○言語之誘導，有高度之虛偽可能性，自應予排除。且甲○於發現乙○有怪異行徑，不向專業求助，也不報案處理，卻向不相干之他人詢問，其作法違背社會常情，原判決卻認「證人甲○豈有將前開情事告知多數人之理，足認其所言非虛」云云，原判決有違反經驗法則之違背法令等語。

惟查：

一、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又性侵害被害人之證述，固須補強證據以擔保其供述之真實性；然此所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐證其證言非屬虛構，能予保障所陳述事實之真實性，即已充足，且得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之犯罪，但以此項證據與被害人之陳述為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂非補強證據。又法院認定事實並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理之推論而為判斷，要非法所不許。

原判決認定上訴人有其事實欄所載對乙○強制猥褻犯行等情，係依憑上訴人之部分供述，乙○、甲○、上訴人之母親000000000000E（姓名詳卷）、張○庭之證述，刑事警察局所為採自乙○乳頭及乳暈之棉棒檢出之男性Y染色體DNA-STR型別與上訴人之型別相符之鑑定書，第一審勘驗甲○提出之錄影光碟之勘驗內容，甲○所提出其與乙○幼兒園老師溝通聯絡之「我的蒙特梭利操作紀錄（幼幼班）」內容，甲○之臉書日記內容、甲○與洪仲清臨床心理師之臉書交談訊息，乙○因本案案發後寄養於寄養家庭，經寄養家庭人員000000000000C提出103年9月11日寄養兒童生活日誌及000000000000C之證述，原審勘驗臺灣彰化地方法院家事法庭法官於105年度家親聲字第116號案件訊問乙○錄音光碟之勘驗內容，及卷內其他相關證據資料，而為論斷。並就上訴人否認有對乙○為強制猥褻之犯行，辯稱：乙○係伊之親生女兒，伊不可能做這樣的事情，且伊於103年8月22日該次會面交往期間，與乙○朝夕相處，乙○身上採集到伊之檢體是很正常的事情，不能以此證明伊有對乙○親吻乳頭之行為云云。辯護人辯護略以：乙○年僅4歲，能否清楚記憶案發經過及理解詢問者所提出的問題，已非無疑，且偵訊時距報案時點已超過6個月，以一般正常之成年人恐怕都有記憶不清之可能，何況年僅4歲之乙○，且乙○之證詞前後反覆，並出現許多大人用語，有諸多矛盾之處，顯然有經過

他人教導之高度可能；甲○與上訴人先前曾因離婚及乙○監護官司而互有嫌隙，且甲○於104年農曆過年期間與乙○有長時間之相處，顯有灌輸乙○關於上訴人之負面訊息或教導乙○如何回答之高度可能；上訴人於103年8月24日一早即未再與乙○接觸，且經過一整天之時間，是否仍能在乙○身上採集到上訴人之DNA尚非無疑等語。認均不足採，依憑調查所得之證據資料，予以指駁。復說明：（一）中國醫藥大學精神鑑定報告中之心理測驗認乙○具備符合年齡之認知能力，溝通理解及表達能力無礙；並經洪崇傑醫師於原審到庭證述明確。雖乙○於偵訊及原審審理時之指述非於案發後旋即為之，然其指述之情節為其遭上訴人猥褻之情形，並非一般生活瑣事，故乙○確實可能因此對其指述之情節有較為深刻之印象、記憶。且依104年3月17日乙○之偵訊筆錄，可見乙○之認知、敘述能力應無問題，否則乙○年紀尚稚幼，涉世未深，倘非真實發生過、親身經歷使其記憶有所本，應較難杜撰或強行記憶，足認乙○指稱上訴人有以嘴親吻其嘴巴、胸部等行為應屬可採。而上訴人與甲○於100年10月18日離婚後，就乙○之權利義務之行使、負擔及會面交往等雖有爭訟，然甲○於家事庭裁定後，為乙○權利義務之行使、負擔者，難認其有何捏造事實之動機，亦無事證足認甲○有攀陷誣賴上訴人，或教導乙○為不利上訴人之言詞之情形。

（二）103年8月25日採自乙○（胸部）之棉棒檢驗出之男性Y染色體DNA-STR型別，與上訴人之型別相符，有刑事警察局103年9月26日刑生字第1030078500號鑑定書、彰化縣警察局103年12月18日彰警婦字第1030099957號函暨附件可稽；而刑事警察局103年12月10日刑生字第1038002230號鑑定書之鑑定結論為：「本案前次送檢被害人6A棉棒（採自胸部）檢出一男性Y染色體DNA-STR型別，與涉嫌人型別相符，不排除其來自涉嫌人或與其具同父系血緣關係之人」等旨。是採自乙○胸部之乳頭及乳暈棉棒檢出之DNA-STR型別既與上訴人相符，且該DNA來源有可能係由皮屑或唾液沾染所遺留，則此檢驗結果核與認定上訴人有以手撫摸、以嘴親吻乙○胸部之犯罪事實並未相悖。

（三）證人陳述之證言組合，其中屬於轉述其聽聞自被害人陳述被害經過者，固屬於與被害人之陳述具同一性之累積證據，而不具補強證據之適格；但依其陳述內容，苟係以之供為證明被害人之心理狀態，或用以證明被害人之認知，或以之證明對聽聞被害人所造成之影響者，由於該證人之陳述本身並非用來證明其轉述之內容是否真實，而是作為情況證據（間接證據）以之推論被害人陳述當時之心理或認知，或是供為證明對該被害人所產生之影響，實已等同證人陳述其當時所目睹被害人之情況，其待證事實與證人之知覺間有關聯性，自屬適格之補強證據。00000000000C證述內容，可證明乙○於本案案發後提及遭上訴人親嘴巴、胸部，其不敢說出該事情之害怕反應，以及乙○確實曾將遭上訴人親嘴巴、胸部之事告訴他人，非單純聽聞乙○所為之轉述，自得以作為乙○證述之補強證據等旨。

原判決已詳載認定事實所憑之證據及認定之理由，且非以乙○之證述或甲○之指證（含甲○所提出之各項證據資料）資為認定事實之唯一證據，並已就證人之證言及相關證據說明取捨之心證理由。其說明論斷，俱有證據資料在卷可稽，既係綜合調查所得之直接、間接證據而為合理論斷，且並不違背證據法則、論理法則，即屬事實審法院採證認事，判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。

二、所謂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，故其範圍並非漫無限制，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，始足當之。若僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，自均欠缺其調查之必要性。

原判決以：辯護人聲請委託趙儀珊教授為乙○進行兒童證詞之鑑定，以明乙○之證詞是否有經過偽造或不當教導表示鑑定意見，以維護上訴人之權益。惟查：本件並未採用乙○警詢陳述作為證據，而乙○於104年3月17日偵訊時之證述，為有證據能力，且乙○於原審審理時交互詰問所為證述，並無瑕疵或遭污染誘導之情

；況第一審業已囑託中國醫藥大學附設醫院針對乙○之智能狀態、表達能力及證詞可信度為評估鑑定，業經中國醫藥大學附設醫院完成鑑定，有鑑定報告書在卷可稽，並經鑑定證人洪崇傑醫師到庭證述明確，且本件並非單以乙○之證述作為認定上訴人犯行之唯一證據，是即無再委由趙儀珊鑑定之必要，而駁回其調查證據之聲請。原判決之說明並無不合。又本件依原判決事實之認定及理由之說明，事證已明，上訴意旨所指各項應調查之證據，核不影響於原判決事實之認定，原審未再為無益之調查，即不能認應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。

三、原判決於理由說明：刑法第221條、第224條所稱之其他違反其（被害人）意願之方法，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言。於被害人無意思能力之情形，被害人既不可能有與行為人為性交（猥褻行為）之合意，行為人往往亦不必實行任何具體之違反被害人意願之方法行為，即得對該被害人為性交（猥褻行為）。基於對幼童之保護，應認被告對於被害人為性交或猥褻行為，所為已妨害被害人性自主決定之意思自由，均屬以違反被害人意願之方法而為，應論以刑法第222條第1項第2款之加重違反意願性交罪，或刑法第224條、第224條之1之加重違反意願而為猥褻行為罪。本件乙○係00年00月出生，上訴人對之為本件猥褻行為時，乙○年僅約3歲8個月，自屬懵懂無知，顯無同意上訴人為上揭猥褻行為之能力，足認上訴人已妨害乙○性自主決定之意思自由，屬以違反被害人意願之方法為猥褻行為。而論上訴人以刑法第224條之1對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，其法則之適用並無違誤，亦無判決理由矛盾之違背法令。

四、刑事訴訟法第310條第2款規定，對於被告有利之證據不採納者，應於判決書中記載其理由。所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，即能推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，因本不屬於上開範圍，縱未於判決內說明其不採納之理由，依刑事訴訟法第380條規定之旨意，仍不得據以

為第三審上訴之適法理由。又原判決採信同一被害人或證人之部分證言時，當然排除其他部分之供詞或證言，縱未於判決理由內說明捨棄他部分供詞或證言之理由，仍於判決本旨不生影響，此與判決理由不備之情形迥異。上訴意旨所載之各項證據資料，雖非為不利於上訴人之證據，然亦不足據以推翻原判決所確認之事實，而為有利於上訴人之認定，原判決未於理由中一一論斷說明，雖較為簡略，然於判決本旨不生影響，核與法律規定作為第三審上訴理由之違法情形不相適合，仍不得執為合法之第三審上訴理由。

五、其他上訴意旨，經核亦屬對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力適用法律職權之適法行使，及不影響判決本旨之枝節事項，徒以自己之說詞，斤斤置辯，泛指其為違法，並就原判決理由已經說明之事項，再為單純之事實上爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　6　　月　　27　　日

最高法院刑事第七庭

審判長法官　徐　昌　錦

法官　林　恆　吉

法官　段　景　榕

法官　張　智　雄

法官　蔡　國　在

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　1　　日