臺灣高等法院臺南分院刑事判決

107年度侵上訴字第1231號

上　訴　人
即　被　告　鄭福成
選任辯護人　法律扶助謝耿銘律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣雲林地方法院106 年度侵訴字第45號中華民國107 年10月30日第一審判決（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

原判決撤銷。

乙○○犯乘機性交罪，共三罪，各處有期徒刑參年陸月。應執行有期徒刑伍年。

事　實

一、乙○○於民國105 年某日至106 年3 月25日間，在雲林縣虎尾鎮地區認識代號0000-000000 之女子（00年生，真實姓名年籍詳卷，下稱Ａ女），明知Ａ女有重度智能障礙，反應、理解能力顯然較一般人為低，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○○鎮○○里○○路○○○ 巷○○號之住處，對Ａ女為性交行為共3 次。嗣經Ａ女之母發現Ａ女月經沒來，追問之下始悉上情，並經天主教若瑟醫療財團法人若瑟醫院診斷出Ａ女已懷有身孕，並將Ａ女之胚胎送往內政部警政署刑事警察局為親子鑑定，鑑定結果為乙○○與Ａ女之胚胎間，其親子關係機率為百分之99.999993 ，而確認被告與Ａ女胚胎之親子關係。

二、案經Ａ女訴由雲林縣警察局移送臺灣雲林地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、本案以下認定被告有罪之積極證據中，部分雖屬被告以外之人於審判外之陳述，而屬傳聞證據，惟檢察官、被告及辯護人於本院同意有證據能力（本院卷第127 頁以下），本院審

酌該等證據作成時之情況及證據取得過程，並無違法不當情事，堪認為適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，乃有證據能力。

二、訊據被告固然坦承：伊知道A女係重度智能障礙人士，並有於上開時、地與A女發生性器性交3次，因此導致A女懷孕等情（本院卷第126、131頁），然矢口否認有何乘機性交犯行，辯稱：3次都是A女自願與伊性交，A女自己來找伊說有事情，時間是凌晨5點，A女性交後就自己拿走伊放在桌上的錢、菸與檳榔，伊有放新臺幣（下同）3百元在桌上。A女去伊家時叫醒伊後，就把伊褲子脫下來，沒有問伊，就直接開始做愛，做完後把衣服穿一穿，把伊桌上的菸及檳榔還有錢拿走。伊跟A女是在虎尾糖廠認識的，別人跟A女說伊的住處，A女就自己走去伊家，伊家門沒有關，伊與A女有交往，是性交關係。伊沒有叫及強迫A女到伊家做性交的事，是A女自己去伊家的，所以是A女主動的，伊沒有犯罪等語。

三、被告坦承知道A女重度智障，為有心智缺陷之女子（本院卷第131頁），其於上開時間、地點與A女發生3次性交行為，核與證人A女於106年3月29日偵訊、106年7月19日偵訊、107年7月18日一審審理證述內容相符，而刑事警察局針對被害人A女胚胎進行鑑定，鑑定結果認為乙○○與A女之胚胎間，其親子關係機率為百分之99.999993，有內政部警政署刑事警察局106年6月16日鑑定書在卷可參（偵卷第22頁）。

四、而被害人A女係重度智能障礙心智缺陷之人，並領有中華民國身心障礙證明，有該身心障礙證明在卷可參（偵密卷第9頁），A女因為智能障礙緣故，智力低於一般7歲小孩，對於所詢問題的瞭解程度有限，可以推知應該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，對於他人的性要求應屬不知抗拒，此由法院對A女直接審理過程及於檢察官、一審、本院陳述的筆錄內容可以得知（警卷第7頁、偵卷

第31頁、原審卷一第72頁、第242-3 頁、第338 頁以下），例如：①原審卷一第242-3 頁以下，A女在接受一審詢問前，須先由一審安排的專業司法詢問員針對A女的回答能力進行溝通了解。②於原審卷一第242-9 頁處司法詢問員詢問A女一個禮拜有幾天，一年有幾個月，A女回答「一個禮拜2天，就是周休2 日」、「一年有兩個月」。③於原審卷一第338 頁以下，司法詢問員受委託代法院訊問A女時，A女並不知道詢問員早餐吃什麼內容，卻猜胡亂猜測詢問員早餐吃三明治和漢堡。④於警卷第8 頁以下，A女對於「性器官」僅能描述成「尿尿的地方」，對於「射精」僅能描述成「有白白的東西跑出來」等等。且A女經送往彰化基督教醫院進行精神鑑定後，鑑定結果認為：「綜合會談、評估結果及行為觀察顯示，個案目前認知能力應屬中度偏重度智能障礙範圍，內部能力大約一致，識字程度低，其事件論述及理解能力不佳，對於社會事務的理解也相對低落（「理解」項目屬於非常低下範圍），僅可處理簡單自我照顧事務，對案件陳述也多針對對方導致自己受傷一事感到生氣，但無法理解性侵害一事（原審卷一第239 頁中段）」、「被害人A女屬於中度偏重度智能障礙範圍，心智功能不會比一般7 歲的小孩更好，基本上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，更沒有依照適當的分析做決定的能力（原審卷一第239 頁末段）」、「…鑑定團隊傾向不認為被害人A女在事發時，會有主動或至少期待發生性行為的可能性。…此類『並沒有想要，但也不知道這件事有重大嚴重的後果、或重大負面的社會意義，所以要很努力等拼命拒絕』的情況，是多數智能不足女性較常出現的狀況」，有財團法人彰化基督教醫院精神科107 年4 月16日出具的A女精神鑑定報告書附卷可查（原審卷一第240 頁）。

五、被告雖辯稱：A女雖然是智能障礙人士，但會自動向伊討檳榔、菸、錢，還會掏伊的口袋，且自願隨伊回家做愛，做愛完還會自己拿伊家裡的檳榔、菸、錢，並非對性行為不知抗

拒之人云云。辯護意旨亦辯稱：A女陰道深部亦有檢出其他男性之DNA型別（偵查卷第23頁刑事警察局鑑定書參照），合理懷疑在與被告發生性行為之前，已有與其他男子發生性行為的經驗，應具備知悉並抗拒性交的能力云云。然查：刑法第225條規定「對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處…」，其中就身心障礙者而言，乃因部分身心障礙者的智能甚低，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的意義，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）仍與該弱勢族群性交的行為人加以處罰。本案被害人A女重度智能障礙心智缺陷之人，智力低於一般7歲小孩，應該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，已屬對於性行為不知抗拒之人，被告上開所為，明顯係利用A女身心障礙不知抗拒而為性交。至於A女智能雖低，但仍具有一般生活能力（原審卷一第235頁彰化基督教醫院上開鑑定報告參照），其於性行為後會向被告討檳榔、菸、錢，或掏被告的口袋等行為，縱使屬實，核屬一般生活日常的自然反應，與A女對性行為的認知能力無涉。另依照刑事警察局鑑定書顯示，A女陰道深部亦有檢出其他男性之DNA型別（偵查卷第23頁），或可認為A女在與被告性交之前即有與其他男子發生性關係，然此僅可表示該其他男子亦利用A女對於性事懵懂無知不知抗拒，而乘機對A女性侵而已，不能代表A女具備知悉並抗拒性交的能力。

六、綜上，被告上開乘機性交犯行事證明確，堪予認定，應依法論科。

七、核被告所為，係犯刑法第225條第1項對心智缺陷之人乘機性交罪。被告上開3次犯行，犯意各別，行為互殊，應予以分論併罰。被告雖領有重度智能障礙之身心障礙證明（見警卷第17頁），然經原審法院將其送請嘉義長庚紀念醫院為精神鑑定之結果，該院鑑定結果認為：被告於本案犯罪行為時

，雖有心智缺陷，但對相關法律常識仍有適當之理解及判斷能力，故其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力雖較常人減低，但並未達顯著程度（原審卷一第325至331頁），是被告並不符合刑法第19條第2項得減輕其刑的規定，併此敘明。

八、原審雖然變更檢察官起訴法條，認定被告第一次係以「打A女耳光及以菸蒂燙A女」的強暴方式，第二、三次係以「利用A女第一次被強暴致不能抗拒之害怕心理，違反A女意願的方式」，對A女為上開性交行為，而觸犯刑法第222條第1項第3款加重強制性交罪嫌。然本院認為卷內並無足夠的積極證據，說服法院認定被告構成加重強制性交罪嫌，理由如下：

㈠A女經醫院鑑定後，雖然認為「個案在認知理解能力上受限於智能表現，其能力應無法建構沒有發生過的情節，且在鑑定過程中於生活中的提問，可適切與切題的回應問題，且核對照顧者的資訊皆可一致，評估個案在陳述上可信度高」、「根據會談內容及行為觀察，個案在本次評估過程中態度配合，受限於能力不佳，事件闡述能力有限，多以一問一答方式進行，偶會出現言談發散的狀況，對於不清楚或無法理解的問答多回應不知道或不記得，然其可陳述之內容與事實相符，其證詞應具一定的信效度，無作態或過度誇大的情形，亦無出現幻覺、妄想等精神症狀」（原審卷一第235頁、第238頁），然查：

1.鑑定報告同時亦指出：「A女係中度偏重度智能障礙之人，全智商僅有41，事件論述及理解能力不佳，對於社會事務的理解也相對低落，『理解』項目屬於非常低下範圍，心智功能不會比一般7歲的小孩更好。」（原審卷一第239頁）。而依照教育及司法實務經驗，智能障礙者如果不了解所詢題意或者不知道答案的話，部分雖然會無法作答（或如實回答不知道），然而部分也會予以猜測性地回答，或者隨便以一個過往經驗得悉的事物敷衍回答。另如果提問者對於智能障

礙者一開始回答的答案並不滿意，進而追問的話，智能障礙者經常會以為自己先前說錯話了，或者為了想要儘快結束該次詢問，後續即會依照提問者隱藏在題目中的答案而配合回答（即智能障礙者非常容易受到提問者的引導而作答）。原審法院委託司法詢問員詢問A女本案案情前，司法詢問員乃先與A女練習，如果對於所詢問題不知道答案，就應該回答「不知道」，不可以猜測性地回答，例如A女並不知道詢問員早餐吃什麼內容，卻猜測胡亂回答詢問員「早餐吃三明治和漢堡」，經詢問員教導後，其間雖然部分問題A女即能遵守上開規則，然而部分問題甲○仍然會猜測性地回答，例如：詢問員詢問A女是否知道詢問員昨天去哪個很好玩的地方？A女即猜測性地回答：「六福村、劍湖山」（原審卷一第339頁），經教導後，A女仍然有發生臆測回答的情形，尤其如果詢問者先行將答案隱含在題目中，或者將答案以二擇一的方式供A女選擇的話，A女此種情形即更為嚴重，例如詢問員詢問A女「我今天是開車過來還是坐火車過來呢？」，甲○即馬上猜測性地回答「開車」。

2.又智力如七歲以下兒童的智能障礙者雖能就親身經歷的「基本事實」予以感受，並能如實陳述，然從生活經驗中亦常發現，這樣的兒童或智能障礙者如果遭到周遭長輩指責時，因為害怕遭到處罰，為推卸責任，即可能逐漸將「基本事實」予以誇大陳述，推諉給別人，本案A女同樣有這種情形，例如：就A女如何去被告住處乙節，A女第一次於106年3月29日偵訊時乃回答：伊等去路上看宗教活動的熱鬧，被告約伊去被告家，沒有強拉伊去（警卷第9頁、第10頁），然而A女在第二次即106年7月19日偵訊初始竟2次回答：「被告騎機車把我擋在賣衣服的地方，他跟我說如果我不聽話，他機車有刀，他要殺我」（偵卷第35頁），經過檢察官進一步質疑後，才改稱：「被告並沒有說要拿刀子殺我，是我自願去被告家的」（偵卷第35頁）。嗣於107年7月18日原審作證時，雖又稱遭到被告拿刀子恐嚇稱要殺伊，伊才走路過

去被告住處（原審卷一第344頁），然經進一步質疑「你為甚麼走去被告家？」時，即又生出：「我如果沒聽他的話，他就要對我怎麼樣，要把我掐死」此前未曾提到的說詞（第344至345頁）。

3.又智能障礙者因較無良好的組織及陳述能力，其陳述內容亦有見天馬行空，將彼此不同時空、並不相干的事件連結在一起陳述的情形，A女也有此種情形，例如A女在107年7月18日原審審理中證述：「（所以你後來有去看醫生，看醫生之前的事情，我聽不太清楚？）後來去虎尾派出所報案，家裡只有他一個人，沒有朋友，他媽媽也早就往生了，他自己一個人而已。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：『我不能過去喔，不然就拿刀子殺我，要收押我，叫我去他家那邊』，他說要拿什麼東西給我，我說：『我不要，我不要跟你過去，我如果跟你過去，我就完蛋了，我就不用回去了』。然後我回去的時候，我媽媽說：『你怎麼全身都是傷，那是誰弄的』，後來去醫院，然後醫生跟我說，糟了，被一位男生欺負了，再來不知道怎樣了。」（原審卷一第344頁），如觀諸A女所稱全身是傷的驗傷照片，其實僅有左手臂一處疑似菸蒂燙傷、及雙腳膝蓋處、左手臂三頭部位均有瘀傷，從外觀傷痕顏色判斷應為舊傷，並非新傷，A女經醫生檢查後身體其他各部位則無明顯外傷，陰道亦無新的撕裂傷，有若瑟醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書、A女身體傷痕照片在卷可參（警卷21頁以下、偵密卷第9之1頁以下），可見A女在原審所述：遭到被告恐嚇而前往被告住處、回到家被母親發現全身受傷、報警時醫生說A女被別人欺負了等事件，除可能部分係虛構外，也可能係將不同時期發生的事件予以連結放在一起敘述。

4.基於A女的陳述內容有上開特性，因此本院在判斷A女陳述內容的可信性時，更應仔細比對、探究A女歷次陳述內容的真意，及更須要求有補強證據可以予以補強驗證，合先敘明

。

㈡A女母親第一次於106年3月29日偵訊中，就本案發現過程雖然證稱：我最近發現甲○月經有比較晚來，106年3月26日晚上我有罵甲○不要亂跑，她說「不要說那個壞人」，我回問「什麼壞人」，她就說有個壞人性侵害她，拿菸蒂頭燙她的手，且拿針筒刺她，因為當天晚上太晚了，我隔天才到警察局報案（警卷第7頁）。然依照本院上開所述A女身為智能障礙者可能的陳述能力、心理狀態，A女當時向母親陳述的「有個壞人性侵害她」、「拿菸蒂頭燙她的手」、「拿針筒刺她」三件事情，究竟是同一事件內發生，或者彼此之間係獨立事件並不相關，還值探究，此即A女在原審經反覆詢問後，就與被告做愛的過程均沒有提到菸蒂、針頭等事，僅提到回到家母親發現其身上有黑點的過程（原審卷一第344頁至347頁），及A女就菸蒂、針頭與性交是否同一天發生乙節，乃證稱：被告拿菸蒂、針頭刺我，之後不知道發生甚麼事情了（原審卷一第354頁）。而縱使認為上開三件事情係同一事件內發生，就A女母親而言，其發現智能障礙的女兒遭到被告從事性交行為，自然會認為A女係遭到被告佔便宜、性侵害，衝情當下應會嚴肅追問A女或責難A女，則誠如上述，A女甚有可能為了避免遭到母親責難，乃誇大其詞稱係遭到被告「拿菸蒂頭燙手」、「拿針筒刺」才被迫發生性交行為，被告是否確實有以強暴方式性侵A女，乃值懷疑。

㈢觀諸A女同樣在106年3月29日偵訊筆錄中所述（按：與A女母親同庭）：「（是否記得壞人何時拿菸蒂燙你？）我忘記了。（除了拿菸蒂燙你，壞人還對你做什麼？）他叫我脫衣服、脫褲子，我也有把內褲脫掉，他叫我躺在他家的床上，他用他尿尿的地方插入我尿尿的地方，我覺得很痛。（你知道什麼是保險套？）…（知道什麼是射精？）…（壞人要你脫衣服、褲子、內褲時，有沒有兇你？）他對我做完上面的事後，他有跟我說不可以跟家人講，不然不會放過我。他

有說做完之後會拿香菸、檳榔給我吃。（你的衣服、內褲、褲子都是你自己脫的？）對。（警卷第8、9頁）」，長達大約一頁的筆錄都沒有主動提到遭到被告以菸蒂、針筒強暴方式性侵害。反而接著檢察官以將答案（打你、菸蒂）置入題目中的引導式訊問，A女才開始附和性地回答稱：「（脫衣褲前壞人有沒有打你？）他有打我耳光。（壞人為何打你耳光？）我不知道，他打我耳光後我就自己脫衣服、褲子了。（壞人拿菸蒂燙你的時間與他拿尿尿的地方插你的時間，有沒有同一天？）同一天。他先拿菸蒂燙我、針筒刺入我的手臂，我不知道人了（警卷第9頁）」，益證A女所述遭被告以強暴方式性交等語是否確為事實，乃有可疑。

㈣又A女就有無遭到被告以強暴、脅迫方式性侵害，前後供述有極大差異，且指控被告的部分情節明顯與常情不符，或並無相關的補強證據可資佐證：

1.就A女是否自願到被告住處，抑或遭到被告脅迫才前往乙節：

誠如前述，A女第一次接受詢問即於106年3月29日偵訊時乃回答：伊等去路上看宗教活動的熱鬧，被告約伊去被告家，沒有強拉伊去（警卷第9頁以下），然而A女在第二次即106年7月19日偵訊初始竟2次回答：「被告騎機車把我擋在賣衣服的地方，他跟我說如果我不聽話，他機車有刀，他要殺我」（偵卷第35頁），經過檢察官進一步質疑後，才改稱：「被告並沒有說要拿刀子殺我，是我自願去被告家的」（偵卷第35頁）。嗣後於107年7月18日原審又證稱：「被告在廟前擋住我，說『我不能過去喔，不然就拿刀子殺我，要收押我，你去我家那邊』，被告說要拿什麼東西給我，我就用走路的到被告住處」（原審卷一第344頁）。所述版本除前後歧異甚大外，且衡諸常情，A女若果真遭到被告以加害生命之事脅迫，衡情應會逕自離開廟會現場，或者回家陳明給母親，然A女竟然還自行走路到被告住處，且被告與A女發生性行為多達3次，顯然A女嗣後又有前往被告住處，

則A女稱其係遭到被告脅迫才前往被告住處云云，顯然與常理有違，而難逕予相信。

2.就被告有無以菸燙、針刺、毆打耳光等強暴方式性侵甲○乙節：

①誠如前述，A女在106年3月29日偵訊筆錄中（與甲○母親同庭），對於檢察官詢問與被告發生性關係的過程時，長達大約一頁的筆錄都沒有提到遭到被告以菸蒂、針筒強暴方式性侵害，係檢察官嗣後將答案（打你、菸蒂）置入題目中的引導式訊問，A女才開始附和性地回答稱：「（脫衣褲前壞人有沒有打你？）他有打我耳光…（壞人拿菸蒂燙你的時間與他拿尿尿的地方插你的時間，有沒有同一天？）同一天。他先拿菸蒂燙我、針筒刺入我的手臂，我不知道人了（警卷第9頁）」，A女證述的真實性已值懷疑。其次，A女於此次筆錄中隨後證稱：「手被菸蒂燙的時間和被壞人拿針筒刺手的時間，都是第一次被插尿尿地方的那次（警卷第10頁）」，然A女遭被告性侵次數多達3次，如果A女第一次已經遭到被告以強暴方式性侵，何以A女嗣後還會願意繼續前往被告住處，此與常情不符，此誠如檢察官於106年7月19日就此亦曾質疑A女，A女即推諉稱：「（你如果不要乙○○用他尿尿的地方插進去你尿尿的地方，為什麼後來你又再去乙○○家？）我怎麼知道（偵卷第34頁）」、（他是壞人為什麼你還會跟他出去玩？）我也不知道（偵卷第35頁）」。

②A女在106年3月29日偵訊雖然分別提到遭到被告打耳光、菸蒂燙傷、針刺手臂的事情（按：係詢問者將答案置於題目中，A女才如此回答），然並沒有將「打耳光」、「菸蒂燙傷」、「針刺手臂」合併敘述在單次的性侵事件中（警卷第9頁），然A女在106年7月19日偵訊中卻突然將「打耳光」和「菸蒂燙傷」合併在同一次性侵事件中敘述稱：（乙○○拿菸燙你，是在打你之前還是之後？）之後，他打我臉頰一巴掌後再拿菸燙我（偵卷第33頁）。隨後檢察官提示扣案物照片的時候，A女又改口稱：「（提示扣案香菸照片）這

是警察從你那邊找到的？）對。（香菸怎麼來的？）被告買的。（為什麼被告買的菸會在你這邊？）他說要給我吃。（你會抽菸嗎？）會（偵卷第34頁）」，絲毫沒有再提到被告拿菸蒂燙傷A女的事情。

③A女在106年3月29日偵訊雖然證稱遭到被告針刺手臂（警卷第9頁），然而於第二次接受訊問即106年7月19日偵訊時，經檢察官詢問為何在被告住處沒有搜索到針筒時，A女即坦承稱：「（之前你說乙○○拿針筒刺你，為何到他家找不到針筒？）他拿香菸燙我。（乙○○有沒有拿針筒刺你？）沒有。（乙○○真的沒有拿針筒刺你？）沒有（偵卷第35頁）」。嗣後於107年7月18日原審中先證稱：我回家後，母親問我身上為何有黑點，我說是被告用菸蒂燙我、針頭刺我（原審卷一第346頁以下），然A女在描述與被告發生性行為的過程時，又沒有提到究竟菸蒂、針頭與性行為有何關係，僅提到回家時被母親發現身上有黑點的傷勢而已（原審卷一第343頁、第344至347頁以下、第354頁）；此外，被告並無任何施用毒品前科，有其前案紀錄表在卷可參，衡情被告應無持有任何針筒的可能性，且本案司法警察僅查扣被告的香菸、打火機，並未查扣任何針筒，有刑案現場照片在卷可參（警卷第22頁以下），更無相關補強證據證明A女此部分所述屬實。

㈤朱惠英司法詢問員是臨床心理博士，專長領域是司法心理學及兒童青少年心理學，有受過三種兒童證詞詢問的訓練，並取得證書，也是衛福部兒童訊問專家證人課程的講師，並曾透過網路課程，進行智能障礙者的證詞詢問訓練（原審卷一第360頁、原審卷二第50頁）。朱司法詢問員於107年7月18日受原審法院委託代為詢問A女，詢問程序結束後，朱司法詢問員當庭乃證述：「（A女有反覆多次提到菸蒂燙及針筒刺，就你剛才聽她的陳述，這個情節與被告對他性交的關聯性大嗎？或是可以判斷出先後順序？）就她的陳述以我自己的理解，是先有性交才有菸燙及針筒刺（原審卷一第361

頁）」。嗣於107 年10月15日原審庭訊時亦捍衛上開鑑定意見稱：「（提示本院卷第361 頁）您之前證稱「就她的陳述以我自己的理解，是先有性交才有菸燙及針筒刺」，請問是依據A女哪部分陳述才有此理解？）依據那天我在現場執行司法詢問，當場她的說詞我所做的理解，我跟那天的證人並沒有任何的接觸，除了在出庭之前在雲林地院有一次的互動之外，那次的互動是就她的認知功能去做認識，過來就是在開庭我做的詢問，我就那次詢問的內容所載的理解（原審卷二第50頁）」，有當日審理筆錄在卷可參，姑不論所謂「菸蒂燙、針筒刺發生在性交之後」究竟是否係指在不同日期所發生，縱使係在同一天發生，亦可佐證：被告並非以「菸蒂燙」、「針筒刺」的方式強迫A女性交。

㈥朱司法詢問員於107 年10月15日原審庭訊中，經原審法官再追問是依據筆錄哪部分的證詞而為上開鑑定結論，經當庭重新閱覽筆錄逐字稿後，雖變更鑑定意見為：「（證人是依據哪部分的證詞認為應該是先性交再菸燙？）根據這份筆錄第9 頁（即原審卷一第343 頁），A女：『那個人欺負我，用菸蒂燙我，我不知道怎麼辦。他就說別跟我家人說，他還用針頭刺我，刺到一點一點黑點』，這是她第一次詢問中提到她被菸蒂燙及針頭刺，及第10頁（即原審卷一第344 頁）A女又重複講菸蒂及針頭，A女：『醫生說你完蛋了，你被男生欺負了，他用下面尿尿的東西，有男生的東西跑出來』，所以就出現的歷程來說的話，她是先重複講菸蒂及針頭，然後講到尿尿的這個部分；第11頁（即原審卷一第345 頁）A女是單獨描述嘿咻、嘿咻的歷程，『他叫我躺下，他衣服脫完沒半件，然後他就趴我身體上，就這樣這樣啊，再來我也不知道怎麼了』，這個部分她講的就是在嘿咻、嘿咻的事情，趴在身上性交的事情；第12頁（即原審卷一第346 頁）我問她：『他在跟你嘿咻嘿咻的時候，還有做其他的嗎？』，證人A女『他弄完後，再來白白黏黏的東西就出來，再來他拿衛生紙擦起來』，再過來描述她回家後身上有黑點，媽媽

問誰弄的她回答：『那個壞人弄的用菸蒂、針頭刺』；在第14頁（即原審卷一第348 頁）A女描述在菸蒂及針頭弄的時候，她的感覺是難過、不舒服；第17頁（即原審卷一第351頁）是針對細節再做詢問關於針對菸蒂燙及針頭刺的部分；中間審判長對於菸蒂燙及針頭刺敘述的部分有疑問，要我再訊問一次，所以我在筆錄第19頁那邊有請A女再敘述一次，這次她就直接說被性侵的情節，因為她沒有提到菸蒂及針頭，所以我就問了她這個問題，因為那個是審判長希望澄清的問題，證人說很久的事，忘記了想不起來，我就問她是同一天還是不同天，她就說是同一天，同一天菸蒂跟針頭刺我，然後我再問她是用尿尿的同一天嗎，她說是同一天用針頭刺她，我再問她是先用尿尿的地方弄你，還是，她說二次一起弄，我就說一起弄是什麼意思，『我說他用菸蒂跟針頭刺我很痛、很痛的感覺』，現在回想，我應該是想問『他先對你用菸蒂跟針頭』」，然後她說『他先用菸蒂用我再用針頭刺我，之後不知道發生了什麼事情』，我再問一次『他用你尿尿的地方，是拿針頭刺你之前還是之後呢？』，證人A女：『我不知道。我真的不知道。』，我沒有再詢問因為我覺得那時候A女已經有一些情緒反應，比較躁動了，所以我就不適合再繼續問了。如果依照這個邏輯的話，我就A女敘述邏輯的理解是先菸蒂、針頭，然後再性侵。」等語（原審卷一第51至53頁）。朱司法詢問員雖繼續解釋稱：（上次說是先性交再菸燙，今天說是先菸蒂、針頭再性侵，哪次講得較為正確？）因為107 年7 月18日當時被詢問是立刻要回應，現在看文字會比較清楚（原審卷二第53頁）。然本院認為朱司法詢問員於107 年7 月18日庭訊時的鑑定結論，係當場全程對A女實施詢問，加上不斷藉由提問確認A女的語意後，當場所得的鑑定意見，應屬較為貼近A女當時感受所為的專業結論，而107 年10月15日變更後的鑑定意見，距離詢問A女時間已經過3 個月，且亦僅係當庭重新閱覽A女筆錄後所為（衡情朱詢問員應有受限於庭訊時間的壓力），並無重新提

出為何變更見解的說服性說法，因此本院認為應以朱詢問員在107年7月18日第一次所為的鑑定意見較為可採。

㈦綜上，本院認為並無足夠的證據，認定被告第一次係以「打A女耳光及以菸蒂燙A女」的強暴方式，第二、三次係以「利用A女第一次被強暴致不能抗拒之害怕心理，違反A女意願的方式」，對A女為性交行為，而觸犯刑法第222條第1項第3款加重強制性交罪嫌。

九、撤銷原審判決的理由：

㈠依照本案卷內的積極證據，應僅足夠認定被告觸犯刑法第225條第1項對於身心障礙者乘機性交罪，起訴檢察官亦以此法條起訴被告，原審審理後，卻認為被告係觸犯刑法第222條第1項第3款加重強制性交罪嫌，其認事用法乃有違誤，被告提起上訴，均否認乘機性交罪、加重強制性交罪，雖無理由，然原審判決既有上開瑕疵，即屬無可維持，應由本院予以撤銷改判。

㈡爰審酌被告明知被害人A女有智能障礙，心智有所缺陷，竟乘機對被害人A女為性交行為，戕害被害人A女之身心健康，侵害其性自主決定權，又本案被告乘機性交犯行事證明確，被告仍辯稱：A女應知悉性交的意義，並有抗拒性交的能力云云，並無真誠反省改過之心；另參酌被告並無與A女達成和解，A女及母親於本院均陳明：不願意原諒被告，希望法院重判被告等意見，及被告係重度智能障礙人士，自陳羈押前一人獨居，未婚，從事喪葬業工作，月入約8千至1萬元及國小肄業（戶籍登記為國中畢業）等一切情狀，分別就其所犯3罪量處如主文所示之刑，並對被告整體犯罪進行評價，兼衡刑罰手段之相當性，就被告所犯3罪定應執行刑有期徒刑5年。

據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官朱啟仁提起公訴，檢察官林志峯到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　13　　日

刑事第五庭　審判長法　官　黃國永
法　官　翁世容
法　官　蔡川富

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　蘇玟心

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　13　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第225條

（乘機性交猥褻罪）

對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。

第 1 項之未遂犯罰之。