

裁判字號：最高法院 106 年台上字第 3402 號刑事判決

裁判日期：民國 107 年 10 月 31 日

裁判案由：妨害性自主等罪

最高法院刑事判決 106年度台上字第3402號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官楊榮宗

上訴人

即被告 吳繼堯

上列上訴人等因被告妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國105年12月20日第二審判決（104年度侵上訴字第175號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署103年度偵字第1952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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人即被告（下稱被告）吳繼堯有其事實欄所載，對於未滿14歲之A男、B男（姓名、年籍均詳卷）為猥褻行為之犯行，因而撤銷第一審關於對A男強制性交部分之不當判決，改判論以對未滿14歲之男子猥褻罪，處如原判決附表（下稱附表）二編號6之刑；並撤銷第一審關於附表一至三（附表二編號6除外）「次數欄」超過1次以上犯行部分之判決，以不能證明此部分被訴事實改判無罪。另維持第一審如附表一、三，及附表二編號1至5部分，對未滿14歲之男子為猥褻行為1次罪刑之判決，而駁回檢察官及被告關於此部分在第二審之上訴。已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於檢察官上訴之指摘，及被告所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷存證據資料相符；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存在。

二、上訴意旨：

(一)檢察官上訴意旨略以：1.被告於偵查中，對附表一、二（編號6除外）所示A男每月遭猥褻超過1次以上之犯行，表示無意見，原判決對此被告不利於己之自白未予採納，復未說明理由，有理由不備之違誤。2.原判決既認A男因受被告監督，不敢表示拒絕而未抗拒，顯見被告已違反A男之意願；

又原判決認定被告明知A 男、B 男均係未滿14歲之男子，竟利用擔任補習班教師之權勢及機會，對A 男、B 男為猥褻行為，亦未認定被告與A 男、B 男間有猥褻行為之合意，被告所為應屬刑法第224 條之1 之加重猥褻罪，原判決認定被告所為，係犯刑法第227 條第2 項對未滿14歲之男子為猥褻行為罪，適用法規有誤。3.A 男敘述被告對其性交之情節，並無明顯瑕疵或歧異，且超乎一般未滿14歲男童之日常習慣或生活經驗，若非親身經歷難以杜撰。且依臺大醫院訪談相關證人之陳述後，鑑定認被告有戀童傾向，堪認A 男之陳述可信度甚高。原判決無視本件有扣案之眼罩為證，及有B 男、A 母之陳述可為補強證據，認附表二編號6 之行為僅止猥褻，亦有理由不備及證據調查未盡之違誤。4.原判決未考量被告長期且頻繁對A 男為猥褻及性交，造成其心理上難以磨滅之陰影，且被告犯後態度惡劣，並未與A 男達成民事和解，本件量刑及所定之執行刑顯然過輕，違反公平及罪刑相當原則云云。

(二)被告上訴意旨略以：1.原判決就被告猥褻行為之次數認定，採信憑信性存疑之A 男、B 男供述，欠缺補強證據，認定事實有誤。2.依補習班之空間配置、開放使用情形，及證人陳葉、黃姿綺之證述，可知不論在「○○文理短期補習班」（下稱○○文理補習班）舊址或新址，均不可能有機會、空間，容任被告為附表所示之犯行。原判決對此有利被告之證據，未說明不採之理由，顯有理由不備之違誤。3.原判決認定被告所為如附表一、二、三之猥褻行為，約每月1次，時間密接，場地、手法均相同，顯見被告係在密切接近之時間為相同之行為，侵害同一法益，各行為難以分開，應依接續犯論以1罪，原判決以數罪併罰，適用法規有誤。4.本件臺大精神鑑定報告書之鑑定結果，認為上訴人有戀童症或戀少年之傾向，但被告在成長過程中有交往之女友，且非同性戀，上開精神鑑定報告係參酌第一審法院判決結果而得，不可採信。原判決另引用任何人均可編輯之維基百科資料作為不利被告之證據，適用證據法則有誤。5.被告並未以強制或以其他不當方法，對A男或B男為猥褻行為，本件係A男、B男因課業表現不佳，自願意接受處罰，被告行為若有不當，應僅該當刑法第304條之強制罪，原判決依刑法第227條第2項論以對未滿14歲之男子為猥褻罪，顯有適用法則不當之違誤云云。

三、惟查：

(一)按證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀之刑事訴訟法第155 條第1 項之規定甚明，自無許當事人任憑主觀指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。原判決依憑被告不利於己之供述，佐以證人A 男、B 男之證詞，及卷附新北市政府警察

局婦幼警察隊妨害性自主現場勘察報告、現場圖、現場照片、刑事案件證物採驗紀錄表、新北市政府警察局103年2月16日北警鑑字第0000000000號鑑驗書、A男手繪之刑案現場繪製圖、被告與A男家人之電話錄音、原審103年8月14日之勘驗筆錄、○○文理補習班申請設立資料、施工及牆面照片、B男手繪之刑案現場繪製圖、被告與B男家屬之和解書等資料，認被告於附表一、二、三所示時地，有猥褻A男、B男之犯行。原判決另說明：證人陳葉、黃姿綺雖均證稱：任職補習班期間，未在課間休息時間看過A男、B男遭被告單獨帶至儲藏室、教室之情形。惟被告之上開行為，係不法行為，衡情自會避人耳目，以隱晦方式進行，不會輕易讓人知悉。且證人陳葉、黃姿綺上開證述內容，亦與被告自承帶A男、B男至補習班房間之自白內容不符。況證人陳葉、黃姿綺亦均證稱：並不會在下課時間隨時注意被告或A男、B男之一舉一動等語（見第一審卷第123、130頁），認證人陳葉、黃姿綺之證詞，不足為有利被告之認定之理由。原判決並依A男、B男證述受害時間、次數，勾稽被告供承，認被告係於附表一、二、三所述時間，以每月1次之頻率為猥褻犯行（見原判決第6至16頁），逾此部分（每月1次）之犯行，因乏補強證據而為無罪之判決，所為論斷，與卷內資料相符，並與證據法則無違。檢察官上訴指逾此部分（每月1次）之犯行，被告一度承認犯罪，應可採信云云，然被告係供稱次數以A男、B男所述為準，並非積極對犯罪之時間、地點為明確承認，且其供述反覆，自難以其中一次不一致之自白遽論犯罪。檢察官、被告關於此部分上訴意旨，係對原判決已明白敘明之事項，及採證認事之職權行使，再事爭執，非適法上訴第三審之理由。

(二)原判決就附表二編號6之犯行（即起訴書所指被告於102年12月2日對A男性交部分）變更檢察官起訴加重性交之法條，改論以對未滿14歲男子猥褻罪，業已說明：A男於偵、審中，固指述被告以處罰為藉口，先要求A男脫褲子自行搓揉其陰莖，再命令A男躺在墊子上，並拿眼罩讓A男戴上後，被告以口含住A男之陰莖而對A男口交行為。惟A男上開供述，屬被害人之指述，依法應有補強證據，始能明確加以認定。而證人即被害人B男於偵查中證稱：我在12月2日課間休息時，先看到A男被被告帶上去2樓，接著被告帶我上去，我下來後，A男就問我「被告叫你上去，是不是要你打手槍給他看？」我就問他「什麼是打手槍？」A男就問我「被告要你上去是不是搓雞雞給他看？」我就點頭等語（見偵卷第67頁）。足認被告於102年12月2日補習班課間休息期間，將A男帶到補習班2樓教室內。但依上開對話，A男係問B男：「被告叫你上去是不是要你打手槍給他看？」並未言及被告有對其口交之事，是B男上開證言，不能作為A男上開指訴之補強證據。另證人A母於原審審理中證稱：是因為

學校老師打電話跟我說A 男有跟他同學討論這件事，同學再轉告老師，所以老師打電話通知我，我知道當天就沒有再讓A 男去補習班，A 男自己對我說的時候，沒有很詳細說被告對他所做的事發生的過程，A 男只說被告對他做了口交，最後一次讓A 男感覺很不舒服，在A 男陳述的過程中，A 男情緒非常不好甚至不願意談，只是他承認被告有對他做這些事情，在我知道這件事前，A 男有說過他不願意去補習班，但我當時認為他可能只是不想去上課而已，他當時還沒有說出實情，所以我102 年12月4 日還是強迫他去上課，之後被告有打電話來道歉，被告說他知道我不讓A 男去補習班上課的原因，所以他跟我道歉，中間因為A 男爸爸一直插話，所以被告沒有講得很完整等語（見第一審卷第260 至262 頁）。是A 母所證A 男對其說被告對他做了口交行為部分亦屬傳聞證言，不能作為被告對A 男有口交行為之補強證據。另本件扣案之眼罩係證人黃姿綺所有，其證稱：該眼罩係其購買上課所用，補習班自舊址遷至新址後，即封箱未再拆開（見第一審卷第257 頁反面、第259 頁），自不可能於附表二編號6 時間，供被告使用而對A 男為性交行為，扣案眼罩與本案犯行欠缺關聯性。原判決以此部分僅能證明被告對A 男為猥褻行為，不及性交，核屬原審認定事實、證據取捨之職權行使，與證據法則無違。檢察官指此部分尚有B 男、A 母及眼罩供作補強證據云云，顯非依卷內資料指摘，非合法上訴第三審之理由。

(三)本件被告經原審囑託國立臺灣大學醫學院附設醫院鑑定結果，作成精神鑑定報告書乙份，結論略以：吳員之個人史，其年少時學校生活尚稱平順，人際互動良好，因家中經濟壓力而較早出社會工作至今，事業有成，曾交過數任女友，曾論及婚嫁，惟目前單身，吳員並無系統性之疾病或足以影響意識之重要病症。據吳員敘述，吳員否認特殊性癖好，否認感染性病、否認曾受性侵害、否認同性交往經驗。目前根據鑑定會談、心理測驗及法院卷宗資料，間接推估可能有戀童之傾向等語（見原審卷第141 頁至148 頁），而上開鑑定報告既係法院依刑事訴訟法第208 條囑託機關鑑定，自具證據能力，其取捨亦屬法院之職權。本件報告之作成除參考相關資料外，並為身體及神經學檢查、腦波檢查、心理測驗，經綜合判斷而成，被告指係受第一審判決影響，並無根據。又原判決引用維基百科資料，係在說明戀童症，並非執此論斷被告犯罪。被告上訴指鑑定報告受第一審判決影響，判決引用維基百科資料論罪云云，亦非依卷內資料指摘。

(四)按刑法上之猥褻罪，係指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言，凡在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾者，均屬之。又按刑法第228 條第1 項、第2 項之利用權勢性交、猥褻罪，係因加害之行為人與被害人間具有親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、

公務、業務或其他類似之關係，而利用此權勢或機會，進行猥褻，被害人雖同意該行為，無非礙於上揭某程度之服從關係而曲從，性自主意思決定仍受一定程度之壓抑，故獨立列為另一性侵害犯罪類型，如係利用權勢對於未滿14歲之人為之，則依吸收理論應論以同法第227 條第1 項、第2 項之罪。綜上以觀，刑法第227 條之罪，既以被害人之年齡為其特殊要件，縱使被告係利用權勢、機會對於服從自己監督、扶助、照護之人而為性交或猥褻行為，亦應認為被吸收於上開條項犯罪之內，而無適用刑法第228 條之罪之餘地。本件依原判決認定之事實，A 男、B 男因自幼在被告之補習班上課，因教育而受被告監督、扶助、照護。A 男、B 男為因教育關係受被告監督，因自認課業不佳，面對被告之不合理處罰行為，雖欲拒絕，又不敢激烈反抗，而隱忍被告對其等猥褻所為。其中A 男於偵查及審理中均證稱：被告沒有對我做出強暴脅迫的行為，多半都是因為我有犯錯，加上被告是老師，多少也有權威在，我畏懼他會跟媽媽說或者是他會處罰我，所以我才會依照他要求，每次我都說不要，被告會一直問我說「去啦！去後面，一下下就好！」所以我逼不得已才會去，但我不知道我不去的話會怎麼樣等語（見偵卷第51頁、第一審卷第89、94頁）。是A 男雖有表示拒絕，然最後在被告要求下，仍跟著被告到前述地點；另證人B 男於偵查中證稱：被告感覺好像沒有又好像有強迫我，因為被告都會說我做錯事，例如我沒有帶東西或是成績考不好，我覺得被告是對我做處罰，所以我才會應被告的要求去做，雖然我覺得打手槍跟一般處罰不同，很不合理，但是後來就覺得還好，被告算是利用這種方式對我為猥褻行為（見偵卷第66、241 頁）。是依卷內資料所示，被告尚非直接違反A 男、B 男意願而以強暴、脅迫或他法為之。檢察官指應屬刑法第224 條之1加重強制猥褻罪，亦與卷內資料不合。

- (五)接續犯乃指行為人之數行為，於同一或密切接近時、地實行，侵害同一法益，而其各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，難以強行分開，且在刑法評價上，以視為數個舉動之接續作為，合為包括之一行為，較為合理者而言。如行為人先後數行為，在客觀上係逐次實行，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，自應按照其行為之次數，一罪一罰。原判決已說明：被告對A 男共39次、對B 男共6 次之對於未滿14歲之男子為猥褻犯行，各次犯罪時、地均有明顯之間隔與差距，犯意各別，行為互殊（見原判決第22頁），實難認附表一、二、三之各次犯行獨立性薄弱，難以強行分開。原判決分論併罰，自無違誤。被告上訴意旨就此客觀上明確可分之行為，猶認應論以接續犯之一罪，原判決論以數罪併罰，適用法規錯誤云云，與卷內資料不符，不能認係適法之第三

審上訴理由。

- (六)刑罰之量定，法院本有自由裁量之權，倘量刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條所列各款情狀，而所量定之刑既未逾法定刑範圍，復無違反比例、公平及罪刑相當原則者，即不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決以被告之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情形，為科刑輕重標準之綜合考量，說明其量刑之依據，及不採檢察官所提新北地方檢察署自行開發之求刑因子試算系統之理由（見原判決第23至24頁），且所量定之刑，既未逾法定刑之範圍（即法律之外部性界線），亦無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限），自屬法院量刑職權之適法行使。又數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，並非予以犯罪行為人或受刑人不當之利益，為一種特別之量刑過程，相較於刑法第57條所定科刑時應審酌之事項，係對一般犯罪行為之裁量，定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第51條第5款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年，資為量刑自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規範之比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則等自由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，使以輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授予裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則。是刑法第51條數罪併罰定執行刑之立法方式，非以累加方式定應執行刑，如以實質累加之方式定應執行刑，則處罰之刑度顯將超過其行為之不法內涵，而違反罪責原則，及考量因生命有限，刑罰對被告造成之痛苦程度，係隨刑度增加而生加乘效果，而非以等比方式增加，是則以隨罪數增加遞減其刑罰之方式，當足以評價被告行為不法性之法理（即多數犯罪責任遞減原則）。是在個別定刑案件中，因所犯各案罪質不同，自無齊一之標準，此乃當然之理。原判決本於罪責相當之要求，在上開內、外部性界限範圍內，綜合斟酌被告犯罪行為之不法與罪責程度，及對其施以矯正之必要性，就附表一、二、三所示各罪之罪質，定其應執行之刑無不合。檢察官上訴意旨係對原判決已明白說明之事項，對量刑裁量權之適法行使，任意指摘，亦非適法上訴第三審之理由。
- (七)至檢察官及被告其他上訴意旨或對原審採證認事職權之適法行使，或就原判決已論斷明白之事項，任意指摘，或對部分不影響事實認定與判決結果之枝節問題，仍為單純事實之爭辯，均難認係具體指摘之適法上訴第三審理由，應認檢察官及被告之上訴均違背法律上之程式，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 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 鄭 水 銓

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 6 日

資料來源：司法院法學資料檢索系統