臺灣高等法院刑事判決

108年度侵上訴字第249號

上　訴　人
即　被　告　0000-000000A（姓名年籍地址均詳卷）
選任辯護人　蘇明淵律師

上列上訴人因家暴妨害性自主案件，不服臺灣新竹地方法院107年度侵訴字第49號，中華民國108年6月20日第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方檢察署107年度偵續字第22號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

0000甲000000A成年人故意對少年犯對受監督、照護之人利用權勢猥褻罪，處有期徒刑壹年。

事　實

一、0000甲000000A（真實姓名詳卷，下稱甲男）為0000甲000000（民國00年00月生，真實姓名詳卷，下稱乙女）之父，同住在新竹縣湖口鄉住處（地址詳卷），二人間具有家庭暴力防治法第3條第3款所定直系血親之家庭成員關係。甲男明知乙女為未滿18歲之少女，且因親屬關係而為受自己監督、照護之人，竟基於利用父親之權勢猥褻之犯意，於106年2月19日，在上址家中浴室替乙女洗頭髮時，對受其監督、照護而隱忍曲從於此等權勢關係之乙女，以手捏其胸部，並以手指輕觸其陰部外圍後，在乙女身邊以手觸摸自身陰莖之方式自慰，以此等方式對乙女為猥褻行為而滿足自己之性慾。嗣經乙女不堪忍受，向同學即少年游○○（姓名年籍詳卷）吐露前情，並於106年2月20日向學校師長通報後，始查悉上情。

二、案經乙女訴由新竹縣政府警察局竹北分局報告臺灣新竹地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

一、按「行政機關、司法機關及軍法機關所製作必須公示之文

書，不得揭露被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊」、「行政機關及司法機關所製作必須公開之文書，除前項第三款或其他法律特別規定之情形外，亦不得揭露足以識別前項兒童及少年身分之資訊」，性侵害犯罪防治法第12條第2項、兒童及少年福利與權益保障法第69條第2項分別定有明文。是本件判決書關於被害人及足以識別其身分之相關資訊不予揭露，被告及證人之姓名亦屬足以識別被害人身分之資訊，均以代號及簡稱稱之。

二、證據能力之認定

㈠按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之1第2項分別定有明文。檢察官於偵查中對被告以外之人（包括證人、鑑定人、告訴人、被害人及共同被告等）所製作之偵查筆錄，性質上雖屬傳聞證據，惟現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，而實務運作時，檢察官偵查中向被告以外之人所取得之供述證據，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信度極高，是被告以外之人前於偵查中所為供述，除反對該項供述具有證據能力之一方，已釋明「顯有不可信之情況」之理由外，該證人於偵查中之供述具證據能力。上訴人即被告0000甲000000A（下稱被告）及其選任辯護人雖主張證人即被害人乙女、證人丙女及游○○於偵查中之證述無證據能力，但查上開證人均係於偵查中經檢察官依法訊問，且因三位證人均未滿16歲，依法不得令其具結，證人之訊問程序並無違法，其等於偵查中所為之證述，被告及其辯護人並未主張並釋明有何顯不可信之情況，上開證人亦未提及檢察官在偵查中有何不法取供之情形，應具有證據能力。又被告及辯護人雖亦主張證人乙女、證人丙女之警詢無證據能力，但其二人僅分別於警詢時作證1次，各次均未提及與本案相關之具體證述內容，

本院並未以該警詢內容作為本案認定之依據，爰不贅述證據能力。

㈡本判決認定事實所引用之其餘供述及非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告及選任辯護人對證據能力均無爭執（見本院卷第67至68頁），本院審酌該等證據資料製作時之情況，亦無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，認作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋及第159條至第159條之5規定，均有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由

訊據被告坦承會幫乙女洗頭髮，惟矢口否認有何前揭猥褻乙女之犯行，辯稱：我只有幫乙女洗頭，沒有幫她洗澡，而且是乙女堅持要我幫他洗頭。且乙女與游姓少年交往，不滿我管教她，我要搬回屏東照顧生病的父親，她也不高興，一直跟我鬧云云。辯護人亦為被告利益辯護稱：乙女前後證述並非完全一致，顯有瑕疵可指，且依被告所述，案發前被告與乙女關係緊張、形同決裂，因為被告發現乙女跟男友游○○有親暱行為，因而管教乙女，沒收乙女手機並設門禁，導致乙女心懷怨恨，對被告存有極大誤解，且乙女不想離開原生活環境，被告所提要回屏東生活之事，乙女對此有非常大的反彈，因此乙女說詞並非完全沒有說謊的可能，依無罪推定原則，請為無罪諭知等語。經查：

㈠上揭犯罪事實，業據證人乙女於偵訊及審理時證述明確如下，且有補強證據擔保其證詞之可信：

1.證人即告訴人乙女於106年2月22日偵查中檢察官訊問時證稱：被告目前都還會幫我洗澡，但是這個月17日我有跟他說我可以自己洗澡，但他說洗頭還是他洗，家人都知道他會幫我洗澡，但不知道洗澡時發生的事情，就是他會碰我然後自慰，其實不只一次，我比較有印象的是106年2月19日，我原則上是週二、週四、週日洗頭，106年2月19日那天是週日，

除了洗澡之外也要洗頭，被告也有進來，他有脫他自己的衣服，當天他看起來心情不好，洗完頭快要洗身體的那一段時間，被告要我幫他，就是陪在旁邊，被告他自己自慰，過程中他有以手輕捏我的胸部，有用手指輕碰觸我的下體，他碰我胸部時我沒有特別反抗或表達不願意，摸下體時本來以為他要用舌頭，我有說不要，但後來他說只是用手，我就想說算了，他弄完就自己洗澡等語（見他字卷第9至12頁）。於106年3月13日檢察官訊問時證稱：我父親是大男人主義，很威權的那種，所以我也不太敢反抗（見他字卷第18頁）。於108年5月16日原審審理時具結證稱：106年2月19日應該也有我之前說的被告進浴室叫我幫他，也就是在旁邊陪他看他自慰，過程中他有碰觸我下體、胸部這件事，發生的事情我心裡是不願意的（見原審侵訴字卷第45至46頁）。長大後我要求爸爸讓我自己洗頭髮，可是他不准，說要繼續幫我洗頭髮，我一直都有反應我能不能自己洗澡，可是他執意要進來。小時候有跟媽媽講過，但是媽媽的反應讓我覺得很不妥，她跑去質問爸爸，結果爸爸威脅我說如果再把這件事情講出來就等著看吧（見原審侵訴字卷第48至49頁）。證人乙女就106年2月19日被告在浴室內對其所為之輕捏胸部、碰觸下體等猥褻行為之基本事實之證述，前後可謂一致明確。

2.辯護人雖為被告辯護稱：乙女所陳述之被害經過，前後不一，非全無瑕疵，是否與事實相符，容有探究餘地等語。但告訴人、證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信（最高法院74年台上字第1599號刑事判例參照）。且人之記憶會隨時間經過而模糊，性犯罪之被害人更會因為厭惡、恐懼而不願回憶事件發生經過，要求年幼之被害人每次接受訊問均為鉅細靡遺前後相符之陳述，實強人所難，是自不能徒因被害人之陳述一有不符，即遽認其所言不可採信，而是應究明其有無合理原因，以判斷其指述是否真實。雖證人乙女於原審審理

時，檢察官行主詰問時問到「2月19日，你跟父親有再發生何身體接觸嗎」，乙女答稱「不太記得，應該沒有，因為那時候爸爸禁止我碰電腦，因為電腦房是他的地盤，所以我也沒有進去。」等語，之後經檢察官提示乙女先前於偵訊時之陳述，乙女又答稱：應該是有等語（見原審侵訴字卷第45頁）。但觀之證人乙女於108年5月16日原審審理時接受檢察官及辯護人之交互詰問，距離案發已有二年餘，而當檢察官問到有關2月19日案情的前二個問題是關於乙女以通訊軟體與男友聯繫之紀錄，則依詢答之脈絡，乙女回答「不太記得，應該沒有，因為那時候爸爸禁止我碰電腦，因為電腦房是他的地盤，所以我也沒有進去。」，所提到電腦使用及電腦房之情節，應係受先前關於使用通訊軟體與男友聯繫之話題影響，方會回答「在電腦房沒有身體接觸」此種答非所問之情形，係出於誤解問題情形下之回答，不能因此遽論乙女之證述有重大瑕疵。

3.又證人即乙女之妹妹丙女（代號0000甲000000）於偵查中證稱：被告有幫姊姊洗澡，一直到今年（106年）都還有，但狀況我不清楚，姊姊他會自己洗頭，媽媽也跟被告說過為何不讓姊姊自己洗頭，但被告還是沒讓姊姊自己洗等語明確（見他字卷第56至57頁）；證人即乙女之母（代號0000甲000000B）於偵查中亦證稱：被告會幫忙乙女洗頭髮等語（見他字卷第69頁），而被告於原審及本院審理時也坦承案發期間仍會幫乙女洗頭髮等情明確（見原審侵訴字卷第18頁，本院卷第65頁），核與證人乙女上開所述被告在浴室內對其為猥褻行為之時、地相符。雖被告辯稱只是洗頭髮，且洗頭時乙女身著衣物，其自己僅因上衣被打濕而褪去上衣，係乙女主動要求、堅持由被告幫乙女洗頭云云，證人即乙女之母也證稱：我看他們穿衣服進去，應該不會有脫衣服的情況，因為只有洗頭髮而已，我覺得被告不會這樣做，我相信被告等語（見他字卷第69頁），但乙女之母既未同時進入浴室，對於浴室內發生何事均未親自見聞，其個人臆測之詞當不足採

為有利於被告之證據。又不論被告所辯僅有洗髮而無共浴之事是否屬實，但乙女於106年2月案發期間已經就讀國中三年級青春期發育中之階段，第二性徵漸漸明顯，被告縱為人父，亦應知男女有別，何況乙女及其母均曾向被告反應應讓乙女自己洗，顯見乙女並未要求被告幫忙洗頭，但被告仍毫不避嫌，與乙女一同進入浴室單獨相處，顯屬違常事實，被告上開所辯，無可採信。

4.又依據乙女與證人游○○之臉書對話訊息內容列印資料1份（見他字卷第23頁反面至24頁反面）所示，於106年2月19日凌晨12時32分許至34分許，證人乙女稱「剛想說很晚很睏，取了手機要放房間睡覺了，然後他跑過來說欸幫我啊，我就說不要，他說好啦幫我嘛，我還是說不要表明我累了要睡，他還繼續幺我」、「我就說今天洗頭髮在弄，他居然說...要特別服務」、「三小乙」、「我應該的嗎？」、「吼幹」，同日晚上7時34分許，證人乙女對話中稱「特別服務是被看著小小貓」、「不是舔就好了謝天謝地（（」、「對不起偶好髒」、「你還要抱我嘛...怕髒你手」。依上可知，證人乙女確實在與證人游○○以臉書訊息聊天過程中抱怨被告之行為，並以「三小乙」、「我應該的嗎？」、「吼幹」等字眼發洩己身情緒，證人游○○於偵查中亦證稱：他曾經提過他爸爸摸他、碰觸他身體，我有叫他不要給爸爸摸，還有請他跟班上老師講，但是他一直沒有講。他在說這件事時，我覺得他有點認真，而且他難過，對他父親有點恐懼。臉書提到「你還要抱我嘛...怕髒你手」，他的意思是他被爸爸摸了，他有時候會突然變得很悲觀等語（見偵續字第22號卷第10至11頁）。雖然有關證人游○○轉述乙女被害之經過，被評價為與被害人之陳述屬同一性之累積證據，無法據為補強證據，但關於證人游○○以其知覺體驗所證乙女之情緒乙節，適足補強乙女證述之真實性。何況乙女與游○○既為交往中之異性好友，乙女甚至以「對不起偶好髒」、「你還要抱我嘛...怕髒你手」等負面字眼形容自己，若非

親身經歷之事實，乙女何需刻意對外捏造如此不堪之受害事實讓游○○可能因此退卻而不與之交往？

5.綜上，本案證人乙女之證述，就106年2月19日被告在浴室內對其所為之輕捏胸部、碰觸下體等猥褻行為之基本事實前後可謂一致明確，並有上開補強證據足以補強並擔保乙女證述之真實性，應堪採信。至於乙女指述於105年10月30日、106年2月16日亦發生遭猥褻情事等語，然除告訴人之指訴外，告訴人所提出佐證105年10月30日犯行之錄音檔（即起訴書證據清單編號7）經本院勘驗結果，錄音之時間、場合不明，僅有被告聲音較為清晰，說話內容不甚完整，又關於所提出106年2月5日、6日、11日、16日之臉書對話紀錄，主要是對游○○轉述其長久以來於洗澡、洗頭髮之際遭父親猥褻之情，與告訴人之指訴性質上同一，但無從據以特定被告各該次之犯罪時間，且難據以補強告訴人關於被告在105年10月30日、106年2月16日所涉犯行之指訴，而檢察官起訴之犯罪時間為「105年10月30日至106年2月19日間『某日』」，僅起訴被告涉嫌1次之猥褻犯行，則從有利於被告之認定，認定被告於106年2月19日為本案犯行，附此敘明。

㈡對被告之辯解不予採信之理由

被告固辯稱因為限制乙女玩電腦，且曾沒收乙女手機，乙女因此懷恨在心，且被告曾向乙女表示要搬回屏東照顧生病的父親，但乙女一直想留在新竹，不想與交往中之游○○分開，乙女因而生氣，並虛構事實誣陷被告。辯護人亦為被告之利益辯護稱：因被告於電腦中發現乙女與游○○有不正常男女交往，而對乙女有嚴重之指責，禁足並沒收乙女手機、電腦，導致乙女心生怨恨等語，並提出乙女與游○○之臉書對話紀錄為憑（見他字卷第42至50頁及原審卷第76頁，即106年4月14日刑事答辯狀被證一至被證九）。但查：

1.關於沒收手機、禁止乙女使用電腦等節，固有被告提出106年2月19日乙女與游○○之臉書對話紀錄（他字卷第49頁被證八），惟證人乙女於原審審理時證稱：我有跟男友游○○

提過被沒收手機、禁止玩電腦的事情，不是因為他發現我跟游○○的關係，是因為在吵夜自修的事情，案發前被告也沒有跟我提過要回屏東老家，是案發後才這樣說，我是聽我妹妹說的（見原審侵訴字卷第53至55頁）。106年2月18日我有跟被告因為夜自修的事情發生爭執，我跟被告吵夜自修的事情，是因為他原本說下學期會來載我，但是後來他反悔說如果我晚上8點不能從學校出來他就不載我回家，但是晚自修是到晚上8點40分，不能隨便請假離開，被告出爾反爾我也很生氣，因為原本是同學媽媽好心載我到家裡附近，後來被告不同意這種模式，說要來載我又反悔。我並不會因為他沒收我手機、禁止我玩電腦就陷害他，我都講事實，我不會毀壞這個人，但是他做的事情我一定會講等語（見原審侵訴字卷第55至56頁）。而被告於106年2月20日警詢時稱：我只有在106年2月18日開始禁止他們玩手機、電腦，可能引發他們對我反感，才藉此指控我對他們性侵、撫摸胸部，之所以禁止他們玩手機、電腦，是因為18日那天我去接他們下課時，他們兩人遲到了半小時才出現，讓我等了很久也讓我很生氣，所以才禁止他們玩手機、電腦，並且把手機沒收，我所述都實在，因為我對他們姊妹管教要求嚴格，所以之前有好幾次去載他們下課都不準時，我才會禁止他們使用手機、電腦加以處罰等語在卷（見偵字第6309號卷第5頁）。被告於警詢未曾提到係因發現乙女與游○○之男女交往關係而限制乙女玩電腦、沒收手機之說法，亦未曾提及乙女曾對於要搬回屏東老家一事有所不滿，反而是其所稱因去學校接乙女時乙女不準時，讓他等太久等情，與乙女所稱因夜自修接送之事起爭執一事相符。嗣被告於偵訊時又改稱：我跟乙女很少起爭執，平常上下課是我接送，乙女覺得我不好的一點可能是2月18日我看到他跟同校男同學摟摟抱抱，我就沒有多說什麼，當天我很生氣，回家後我擺臭臉給他看，他就認為我刁難他等語（見偵字第6309號卷第12頁反面），又與其警詢之說法明顯不同，也未提及與發現乙女交往男友之臉書對話

之事有何關係。固可認沒收手機及禁止使用電腦確有其事，但起因為乙女夜自修接送之爭執，而與乙女及游○○是否交往無關，被告此等辯解顯然係將不具關連的沒收手機及乙女交往男友兩件事做不當連結。而乙女於原審審理時也不隱瞞此情，如實證稱前一天有因為父親不給我夜自修之事而對我發脾氣，會在2月20日向學校老師講這件事，與上開留校自修與父親發生衝突這件事有一部分關聯性（見原審侵訴字卷第43頁），之所以在106年2月20日才說出，是因為我需要有所準備，我知道講出來會有事情發生，最後需要住到機構裡，我內心在掙扎，而且當時快要會考了，我一直在想怎麼做比較好，本案發生的事情明明是被告自己逼我的，並非他說的被發現我跟異性的關係故意為此指述（見原審侵訴字卷第43至47頁）。足認此項關於夜自修而沒收手機之衝突並非唯一讓乙女決定出面報案之原因，但卻是讓乙女不再隱忍而決定揭露被害事實的助因，被告卻將之簡化為因乙女不滿管教而心懷怨恨刻意加以構陷為不實指控，並無可採。

2.被告雖一再強調曾因其發現乙女與游○○男女不正常交往的事情與乙女爭執，然其所提出之上開臉書有關男女交往之對話紀錄（被證一至被證七）之對話時間不明，是否是在本案發生前所查悉乙節，已有未明。且證人乙女於原審審理時證稱：被告有登入我的臉書因而發現我跟游○○交往，這件事情，是我在告發被告之後他才知道，他在之前沒有發現也沒有什麼反應等語在卷（見原審侵訴字卷第53頁），並曾證稱：我的臉書帳號後來無法登入，因為被他們盜走等語明確（見原審侵訴字卷第47頁）。而被告於106年2月20日警詢、106年3月30日偵訊時均未曾提過乙女有與「游○○」交往，雖於106年3月30日偵訊時曾稱見到乙女與男性摟摟抱抱，然亦未曾提及乙女有交往中之男友「游○○」，係在107年4月24日偵訊時，被告始提到乙女最生氣的事情應該是要回屏東，當時他在跟游○○交往，他有很生氣說不想回屏東，還說要自殘等語（見偵續字卷第12頁），倘若乙女確實因不想

與交往中之游○○分開，不滿被告當時稱要搬回屏東而對被告甚為憤怒，何以被告於初次警詢時全然未提及，又證人即乙女之母（代號0000甲000000B）於偵訊時曾證稱：我有進入乙女臉書，因為有些事證在乙女臉書裡等語在卷（見偵續字卷第13頁），綜上，證人乙女所稱被告係在事情遭揭露後始經由乙女臉書得知其與「游○○」交往一事反與上開情狀相符，被告所辯在106年2月20日乙女將本案揭露前，曾因乙女交往中男友「游○○」與乙女發生爭執致乙女係因此心生怨恨一節自難憑採。此外，關於被證九之臉書對話內容「我要親手了結他」、「睡覺時」、「殺了他」，對話時間不明，是否為舉發本案前之對話不得而知，然乙女於原審審理時已證稱：被逼到有點負面情緒，所以當下才會這樣講。長期壓力下，爸爸這樣對我，我覺得自己沒有被需要，只是他的性奴，（苦笑）想說殺了他，我就再去坐牢就好的想法就出來了等語（見原審侵訴字卷第53至54頁）。是以乙女縱有以上開文字抒發情緒，尚屬正常合理，不能因此認定本件報案是單純之誣陷。

3.辯護人雖為被告辯護稱：乙女與其妹丙女感情甚篤，應無所不談，但丙女卻不知悉乙女之遭遇，乙女之證述尚有可疑之處等語。查丙女於偵查時確實僅證稱父親與姊姊一起洗澡、洗頭，狀況我不清楚等語，但關於乙女選擇向友人而不向家人吐露受害事實之原因，乙女於偵查及審理時已明白證稱：曾向母親反應要自己洗，母親去質問父親，我反遭父親威脅不准講，且擔心丙女直腸子而將事情直接講出來；我跟老師講完的當天，老師有通知媽媽過來，可是媽媽不太相信（見他字卷第12、13頁，原審侵訴字卷第49頁、第47頁）。妨害性自主案件本具高度私密性，家庭成員間之侵害案件更是難以遭揭露，佐以卷附乙女之母臉書所留訊息（見偵續字卷第5頁），對乙女報案之事多所指責，可見被告家中成員權力失衡，連母親都無力阻止並保護乙女，甚至試圖維護被告，則乙女告知更年幼的妹妹又有何用？當不能以乙女未大肆宣

揚告知其他家庭成員而反過來質疑其所述不實。

㈢綜上，本案事證已明，被告之辯解無可採信，其犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪科刑及撤銷原判決之理由

㈠按家庭成員間實施身體、精神或經濟上之騷擾、控制、脅迫或其他不法侵害之行為者，為家庭暴力行為，而家庭成員間故意實施家庭暴力行為而成立其他法律所規定之犯罪者，成立家庭暴力罪，家庭暴力防治法第2條第1款、第2款分別定有明文。查被告行為時係乙女之父親，並與乙女共同居住，彼此間具有家庭暴力防治法第3條第3款之家庭成員關係。被告對乙女為前揭猥褻行為，屬對家庭成員故意實施身體不法侵害之行為，核屬家庭暴力防治法規定之家庭暴力罪，惟因家庭暴力防治法對於家庭暴力罪並無罰則規定，自應依刑法妨害性自主罪章之規定論罪科刑。又刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之成年人故意對兒童、少年犯罪之規定，係對被害人為兒童、少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質，成為另一獨立之罪名。又該法所稱少年，則係12歲以上未滿18歲之人（兒童及少年福利與權益保障法第2條參照）。被告為63年次，為成年人，被害人乙女為90年11月生，於本案發生時係14歲以上未滿16歲之少女，有其等年籍資料對照表附卷可參，再乙女受被告之監督、照護而隱忍承受被告猥褻，彼此間性自主決定權之地位不平等，是核被告所為，係犯刑法第228條第2項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之成年人故意對少年犯對受監督、照護之人利用權勢猥褻罪，並應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定，加重其刑。

㈡公訴意旨認被告係犯刑法第227條第4項對14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪，並援引最高法院77年度台上字第2080號、

85年度台非字第157號、99年度台上字第3470號判決意旨，認被告所犯刑法第228條第2項之利用權勢猥褻罪，為同法第227條第4項對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪吸收而不另論罪。辯護人亦主張倘被告成立犯罪，應依刑法第227條第4項之罪論處，並援引最高法院107年台上字第1447號判決為憑。然按刑罰制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思形成與決定之自由。對於欠缺性自主能力之人為性侵害者，尚區分被害人因適值童稚幼齡之年，身心發育未臻成熟，性知識及智慮淺薄；或處於身受行為人監督、扶助、照護等不對稱關係中之劣勢地位，欠缺完全之性自主判斷能力，未能為成熟、健全、正確之性意思決定，而就形式上未違背被害人意願，考量被害人同意之性意思形成與決定瑕疵，分別以刑法第227條、第228條定有處罰明文。其中，刑法第227條並以被害人年齡考量其性自主決定能力，對於「未滿14歲」與「14歲以上未滿16歲」者異其處罰規定。是以刑法第227條就被害人係兒童及少年（未滿14歲或14歲以上未滿16歲）已定有特別處罰規定者，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，固毋庸依此加重其刑。惟就刑法第228條因欠缺對稱關係所生之性自主決定瑕疵，既非就被害人係兒童及少年所定之特別處罰規定，依同條項本文規定，自仍有兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重規定之適用。本案乙女在與被告非屬對稱關係之情況下，曲從被告之猥褻行為，該當於刑法第228條第2項之犯罪構成要件，並依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重後，屬刑法分則加重之性質，成為另一獨立之罪名，法定刑為4年6月以下有期徒刑，較刑法第227條第4項之法定刑3年以下有期徒刑為重，依重法優於輕法，自應論以刑法第228條第2項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之成年人故意對受監督、照護之人利用權勢猥褻罪。至於被告辯護人所引最高法院99年度台上字第3470號判決之事實，係對未滿14歲之人猥褻，107年台上字第1

447號判決之事實為對未滿14歲之女子性交，基礎事實與適用法條均與本案不同；又最高法院77年度台上字第2080號、85年度台非字第157號二則判決，當時兒童及少年福利與權益保障法尚未公布施行，當無將該法第112條前段規定加重其刑之情形納入比較，比較基準與本案不同，無法比附援引。是本案起訴事實所適用之法條尚有未洽，然基本社會事實係屬同一，爰依法變更起訴法條。

㈢原審認被告犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見，惟查：本案僅足以認定被告於106年2月19日之犯行，已如前述，原審逕認被告分別於105年10月30日、106年2月16日、106年2月19日，三次利用權勢對乙女為猥褻行為，並就所認定明顯時間上相間隔之3次犯罪事實論以接續犯一罪，顯有未洽。被告上訴意旨否認犯罪，及辯護人主張倘本案成立犯罪，應適用刑法第227條第4項論處等節，並無理由，均經本院指駁如前，然原判決既有上開可議之處，仍無可維持，應由本院撤銷改判。

㈣爰審酌被告身為乙女之父親，本應盡其責任，保護、教養乙女，然其竟違背倫常，以上揭方式對年幼之乙女為猥褻行為，造成乙女身心受創，事情揭露後，經由證人即乙女之母所傳送之訊息，亦可知家人對乙女不僅未給予任何支持，反而加以責罵、不諒解，被告所為顯然對乙女造成嚴重之影響，且已經足以影響乙女健全之人格發展，惡性非輕，且行為後猶未知體認所為於法有違之態度，但考量被告無犯罪前科，有本院被告前案紀錄表在卷可查，暨其二專畢業之智識程度，從事倉儲工作，經濟勉持之生活狀況等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑。

據上論斷，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、第300條，兒童及少年福利與權益保障法第112 條第1 項前段，刑法第228條第2項，判決如主文。

本案經檢察官周文如提起公訴，檢察官滕治平到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　28　　日

刑事第六庭　審判長法　官　劉方慈

法　官　朱嘉川

法　官　許曉微

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20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　徐仁豐

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　28　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第228條第1項、第2項：

對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處6月以上5年以下有期徒刑。

因前項情形而為猥褻之行為者，處3年以下有期徒刑。

兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項：

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。