

臺灣高等法院刑事判決

110年度侵上訴字第128號

上訴人 臺灣士林地方檢察署檢察官江玟萱

上訴人

即被告 鄭家昀

選任辯護人 林永頌律師

白禮維律師

上列上訴人因被告妨害性自主等案件，不服臺灣士林地方法院109年度侵訴字第33號，中華民國110年1月26日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署108年度偵字第11993號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於乙○○有罪部分撤銷。

乙○○犯強制猥褻罪，處有期徒刑捌月。又犯竊錄身體隱私部位罪，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑肆年，緩刑期間付保護管束，並應依如附表所載條件支付甲○ 損害賠償。

扣案之手機壹支及猥褻照片壹張均沒收。

其他上訴駁回。

事 實

一、緣鄧淳元、劉科葆、楊朋翰及乙○○與代號AW000-A000000號成年女子（人別資料詳卷，下稱甲○）因曾為同校同學而相識，施承佑則為鄧淳元、劉科葆、楊朋翰及乙○○之朋友。甲○ 因受楊朋翰之邀，而於民國108年8月16日晚間至臺北市士林區士東路某酒吧，與鄧淳元、劉科葆、楊朋翰、施承佑及乙○○共同飲酒，飲畢並相約於翌（17）日凌晨前往臺北市北投區之好樂迪KTV 續攤唱歌。詎乙○○竟先後為下列行為：

(一)乙○○在108年8月17日凌晨1時許，於與甲○ 初抵好樂迪KTV

01 前，陪同甲 至附近公園上廁所時，見與甲 獨處而有機可
02 乘，即在公廁旁乘甲 不備之際，自甲 後方環抱甲○，並
03 欲親吻甲，惟甲 迅及將臉撇開，以示其閃躲、拒絕之意，
04 乙○○見狀不僅未停止動作，竟基於強制猥褻之犯意，先以
05 手隔著外衣觸碰甲 胸部、下體，甲 雖數度以手推開、擋住
06 或言語告知已有男友等方式表示拒絕，然乙○○仍未停止，
07 再將其手伸入甲 衣內，隔著內衣抓捏甲 胸部，而以此方式
08 違背甲 之意願而強制猥褻得逞，乙○○猶未罷手，復以手
09 欲自甲 褲腰頭伸入甲 短褲內觸碰其下體，經甲○ 以手推
10 開及言語拒絕始罷手。

11 (二)鄧淳元、劉科葆、施承佑、楊朋翰及乙○○與甲 於108年8
12 月17日凌晨0時56分至1時10分許之間，陸續抵達KTV包廂
13 後，在包廂內，先由鄧淳元、施承佑、劉科葆、乙○○等人
14 與甲 把玩骰子，約定輸的人需飲酒，甲 因而飲用高濃度酒
15 精之威士忌酒。嗣甲 酒後意識不清之際，鄧淳元、施承
16 佑、劉科葆（此時楊朋翰在包廂外講電話）均認知甲○ 已
17 達酒醉無力而行動無法自主，處於相類於精神障礙而不能抗
18 拒之狀態，竟基於乘機猥褻之犯意聯絡，由鄧淳元、施承
19 佑、劉科葆相繼隔著外著衣物碰觸甲○ 胸部、臀部，再由
20 鄧淳元將甲 放置在其腿上，掀起甲 上衣、露出胸部後，鄧
21 淳元撫摸甲 胸部、劉科葆親吻甲 胸部，鄧淳元、施承佑及
22 劉科葆則相繼以手指頭撫摸及舌頭舔舐甲 陰部，其後鄧淳
23 元、劉科葆、施承佑前開猥褻犯意升高為乘機性交之犯意，
24 由鄧淳元以手指插入甲 陰道內，以此方式對甲 乘機性交得
25 逞。於此期間，乙○○則基於妨害秘密之犯意，以其所有之
26 手機拍攝甲○ 遭掀起衣服後裸露胸部及拉開外褲、內褲之
27 下體等身體隱私部位【鄧淳元、施承佑、劉科葆所涉共同犯
28 乘機性交罪嫌及楊朋翰所涉共同犯乘機性交未遂罪嫌部分，
29 均經原審法院判處罪刑確定】。

30 二、案經甲○ 訴由臺北市政府警察局北投分局報請臺灣士林地
31 方

01 檢察署檢察官偵查起訴。

02 理 由

03 壹、有罪部分

04 一、程序部分：

05 (一)遮隱被害人甲 身分資訊之依據：

06 按性侵害犯罪防治法第12條第2項規定：司法機關所製作必
07 須公示之文書，不得揭露性侵害被害人之姓名、出生年月
08 日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊。是本判決對
09 於被害人甲 之姓名及人別身分資料，即依法予以遮隱。

10 (二)關於證據能力部分：

11 1.被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外
12 不得作為證據；被告以外之人於檢察事務官、司法警察官
13 或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之
14 陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要
15 得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之2分別定
16 有明文。查，證人即告訴人甲 、證人即同案被告鄧淳元於
17 警詢時所為之陳述，與其等於原審審理中證述之內容大致相
18 符，則其等之警詢陳述即與刑事訴訟法第159條之2規定得為
19 證據之情形不符，因上訴人即被告乙○○（下稱被告）暨辯
20 護人爭執其等警詢證述之證據能力（見本院卷第281、345、
21 346頁），是甲 及鄧淳元於警詢之證述，因無例外得作為證
22 據之情形，即無證據能力。

23 2.被告及辯護人雖爭執證人鄧淳元及甲○ 於偵查中檢察官訊
24 問時經具結之證言的證據能力（見本院卷第281至283、34
25 5、346頁）。惟按，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之
26 陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第
27 159條之1第2項亦有明定。查，證人鄧淳元及甲 於偵查中檢
28 察官訊問時所為之陳述，均經依法具結，亦未見檢察官有何
29 違法取證之情形，復無證據證明其等於偵查中檢察官訊問時
30 所為之陳述，有顯不可信之情形，是其等於偵查中之陳述自
31 具證據適格。又於原審審理中，證人鄧淳元及甲○ 均已到

庭具結作證，賦予被告行使對質詰問權之機會，被告之訴訟上權利已獲保障，並經本院於審理時依法定程序調查證據，由檢察官、被告及辯護人依法辯論，而完足證據調查之程序，是上開證人於偵查時之陳述，均具有證據能力並得採為證據。被告及辯護人爭執無證據能力，核無可採。其次，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，刑事訴訟法第159條第1項規定甚明，按此反面解釋，被告以外之人於審判中經法院依法定程序調查取得之言詞或書面陳述，係法院合法調查取得之證據，即具證據能力，至於證據之證明力如何，則屬二事，是證人甲○於原審審理中以證人身分所為之陳述，自具有證據能力，被告及辯護人不同意證人甲於原審審理時之證言作為證據（見本院卷第281、282、345、346頁），亦屬無據。

3.除前揭所述情形外，本判決以下所引用之證據資料，無論供述證據或非供述證據，檢察官、被告及辯護人均同意有證據能力（見本院卷第346至348頁），且本院審酌該等供述證據作成時之情況，認為適當，非供述證據，亦查無非法取得而應予排除之情形，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定自均得作為證據。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

上開犯罪事實，業據被告於本院審判中自白明確（見本院卷第365、366、413頁），並有證人甲於偵查及原審審判中（見108偵11993號卷《下稱偵卷》二第47至54頁、偵卷三第73至74頁、原審卷二第17至19、22頁）、證人鄧淳元於偵查中（見偵卷一第196頁）及證人楊朋翰於原審審理中（見原審卷二第106至109頁）等之證述可參；復有振華公園暨附近停車場監視器錄影畫面擷圖（見偵卷一第106頁、原審不給閱卷第69至80頁）、KTV包廂位置圖（見偵卷一第91頁）、被告之手機畫面翻拍照片（見偵卷一第26、98至104頁）等在卷可憑，以及被告上開用以拍攝甲身體隱私部位之手機1支扣案可佐（見偵卷一第105頁手機相片）。是被告之自白

與事實相符，可以採信，其所為上開犯行均堪以認定，皆應依法論科。

三、論罪科刑：

(一)核被告上開所為，各係犯刑法第224條之強制猥褻罪及同法第315條之1第2款之無故以照相竊錄他人身體隱私部位罪。其所為上開2罪，犯意各別、行為互殊，應予分論併罰。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為滿足一己慾念，明知與甲 並無深厚情愫，卻利用陪同甲 如廁之際，違反甲 之意願，出手觸碰、抓捏甲 之胸部及觸碰其下體，另於同案被告鄧淳元、劉科葆、施承佑等人對甲○ 為乘機猥褻、性交

行為之際，拍攝甲○ 之身體隱私部位等不雅影像照片，所為

未能尊重甲 之性自主決定權及身體隱私權，影響甲 身心健康與人格健全發展，其犯罪動機與手段實不可取，應予非難；惟念及被告於上訴本院後，終能坦認前開犯行，並與甲 經本院民事庭調解成立，復依調解條件賠償甲 所受損害，有卷附本院110年度刑上移調字第88號調解筆錄、提存款交易存根可憑（見本院卷第359、360、373頁），犯後態度已較其於原審審判中之態度為佳；再考量其除本案犯罪外，無其他犯罪前科之素行，有其前案紀錄表在卷可參（見本院卷第127頁）；兼衡其犯罪之動機、目的、手段、情節、大學畢業之智識程度，現於科技業工作、每個月收入約新臺幣（下同）3萬6千元、未婚、與雙親同住等生活狀況，暨告訴代理人所述之科刑意見，以及所生危害等一切情狀。原審因未及審酌被告上開犯後態度變更之有利量刑因子，以致所科刑度尚嫌稍重，檢察官上訴指摘原判決關於被告有罪部分之量刑過輕，即無理由；另被告上訴就有罪部分求為從輕量刑乙節，為有理由。因原判決關於被告有罪部分，既有可議之處而無可維持，即應予撤銷，並改判如主文第二項所示之刑，併就被告所犯竊錄身體隱私部位罪部分宣告之有期徒刑

01 2月，依刑法第41條第1項前段規定，諭知如易科罰金，以1
02 千元折算1日之折算標準。

03 (三)緩刑之諭知：

04 查，被告除本案犯罪外，無其他犯罪前科，已如上述。其因
05 一時衝動失慮，致觸犯刑章，考量其係初犯，且犯後於上訴
06 本院後終能坦承犯行，已知所悔悟，並於上訴本院期間，與
07 甲 經本院民事庭調解成立，並已按調解條件履行部分分期
08 給付，復有穩定之工作及正常之家庭生活等情，亦均如前
09 述。本院信其經此偵審程序及刑之宣告後，當知所警惕而無
10 再犯之虞，若令其入監禁機構以剝奪自由方式教化處罰，將
11 使其中斷現有之工作及家庭生活，致與社會環境於一定期間
12 產生隔絕，反而有礙其工作及家庭活之正常化，未必有益於
13 其日後復歸社會之謀生及再社會化，故認上開所宣告之刑，
14 以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，就上
15 開罪刑均宣告緩刑4年，以啟自新，並依刑法第93條第1項第
16 1款規定，諭知於緩刑期間付保護管束，俾藉由觀護人之適
17 當督促，以期其能再社會化，而恪遵法紀、不再犯罪。又為
18 促被告確實履行本院110年度刑上移調字第88號調解筆錄所
19 載尚未履行部分之給付，詳如附表所示，乃依刑法第74條第
20 2項第3款規定，就此部分定為緩刑之負擔（本緩刑負擔與本
21 院110 年度刑上移調字第88號調解筆錄所示尚未履行部分，
22 為同一給付）。倘被告違反該負擔情節重大，被害人甲 得
23 請求檢察官向法院聲請撤銷上開緩刑宣告。至於告訴代理人
24 雖要求於緩刑內附加禁止被告散布所拍攝之系爭影像檔案等
25 命令，惟被告供稱其案發當日僅傳送給楊朋翰，並已收回該
26 訊息，而其拍攝使用之手機已在案發後隨即經警方扣押，且
27 系爭影像檔案僅存於該手機內等語（見本院卷第415、416
28 頁）。經查該手機確已扣案，則透過如下述之沒收宣告，即
29 可阻斷該影像檔案之外流，本院因認無附加其他緩刑命令之
30 必要。均附此敘明。

31 四、關於沒收部分：

01 按刑法第315條之3規定「前二條竊錄內容之附著物及物品，
02 不問屬於犯人與否，沒收之」，是本件被告拍攝甲 裸露身
03 體隱私部位之影像照片，以及該影像檔案所儲存附著之扣案
04 手機1支，均應依上開規定宣告沒收之。

05 貳、無罪部分

06 一、公訴意旨略以：(一)被告基於與同案被告（以下省略「同案被
07 告」之稱謂）鄧淳元、劉科葆、施承佑共同乘機猥褻之犯意
08 聯絡，由鄧淳元、施承佑、劉科葆相繼隔著外著衣物碰觸甲
09 胸部、臀部，再由鄧淳元將甲 放置在其腿上，掀起甲 上
10 衣、露出胸部後，鄧淳元撫摸甲 胸部、劉科葆親吻甲 胸
11 部，施承佑及劉科葆則相繼以手指及舌頭侵入甲 陰道，因
12 認被告涉犯刑法第225條第2項之乘機猥褻罪及刑法第225條
13 第1項之乘機性交罪嫌。(二)楊朋翰於鄧淳元向其表示「感謝
14 你的安排，有這個機會可以上甲○」時，楊朋翰回稱「你
15 們想幹嘛就幹嘛，不要內射都可以，只要最後送他回家就
16 好」；未幾，鄧淳元脫下甲○ 外褲及內褲後，向其他人表
17 示「要在包廂開幹」，且表示其他人可以輪流與甲○ 性
18 交，楊朋翰稱「我已經玩過了，你們玩就好」，劉科葆則回
19 稱「好」，鄧淳元即將甲○ 放置在包廂內長椅上，並站立
20 長椅及桌子中間，為達到勃起之目的而撫弄生殖器，惟撫弄
21 許久後，仍未勃起，鄧淳元遂表示「人太多硬不起來」、
22 「帶回家，等我酒醒一點再做」等語，楊朋翰及被告亦向鄧
23 淳元表示「帶回家再做」等語後，鄧淳元即欲將甲 帶返住
24 處，於當日凌晨4時1分許，由鄧淳元負背甲 至1樓後，甲○
25 自行行走數步後，見有警車，欲趨前報警，竟遭鄧淳元拉
26 住，鄧淳元將甲 拉上計程車，於計程車行進期間，甲 待該
27 計程車於臺北市士林區天母西路、中山北路口停等紅綠燈
28 時，隨即開啟車門，前往便利商店，請店員報警，經警方循
29 線查獲。因認被告另涉犯刑法第225條第3項、第1 項之乘機
30 性交未遂罪嫌等語。

31 二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；無

證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據；不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第155條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按，認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利被告之認定，更不必有何有利之證據。又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎；認定犯罪事實，所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致於有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據之為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理性懷疑之存在時，即無從為有罪之認定。再者，刑事訴訟法第161條第1項亦明定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。是檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。

三、公訴意旨認被告涉犯前揭乘機猥褻罪、乘機性交既、未遂罪嫌，無非係以鄧淳元、劉科葆、楊朋翰、施承佑、被告於警詢及偵查中之供述；甲○於警詢及偵查中之證述、臺北市政府警察局北投分局108年10月14日北市警投分刑字第1083034892號函附內政部警政署刑事警察局108年10月2日刑生字第1080082404號鑑定書、甲○與友人對話紀錄擷圖、現場照片、監視器畫面等為其論據。

四、訊據被告堅決否認上開犯行，辯稱：在包廂內並未碰觸甲○等語。經查：

(一)關於被告與鄧淳元等人間是否有為乘機猥褻、乘機性交之犯意聯絡及行為分擔部分：

1.甲○於偵查中結證稱：被告在包廂內是最少跟我接觸的

01 人，我對於我在警詢中稱被告幾乎沒有摸我，沒有意見等語
02 （見偵卷二第51頁）。另證人鄧淳元於警詢中證稱：被告在
03 包廂沒涉嫌性侵甲○（見偵卷一第22頁）；於偵查中結證
04 稱：被告過程中在旁邊沒有參與等語（見偵卷一第194
05 頁）。證人楊朋翰於警詢中證稱：我在現場未見被告對甲○
06 有何不法情事（見偵卷一第34頁）；於偵查中結證稱：被告
07 在包廂內完全沒碰甲 等語（見偵卷一第167頁）。證人劉科
08 葆於警詢中證稱：我印象中被告沒有對甲○ 做任何事（見
09 偵卷一第39頁）；於偵查中結證稱：我沒有看到被告在包廂
10 內如何觸碰甲 （見偵卷一第188頁）；於檢察官聲請羈押在
11 原審法院訊問時供稱：被告在包廂都坐在同一位置沒有動，
12 沒有靠近甲○，也沒有觸摸她等語（見偵卷二第20頁）。
13 證人施承佑於警詢中證稱：我、鄧淳元、劉科葆對甲○ 撫
14 摸時，被告在唱歌，楊朋翰到樓上講電話，楊朋翰講完電話
15 回來發現我們在做這些事，未加以制止，之後也加入，我看
16 到楊朋翰摟抱甲、拍屁股，被告到我離開包廂前都在唱
17 歌，我沒有親眼看到被告對甲 做出逾越的行為（見偵卷一
18 第44頁）；於偵查中結證稱：被告在包廂內沒有摸甲 （見
19 偵卷一第173頁）；於檢察官聲請羈押在原審法院訊問時供
20 稱：被告在我離開前都只有坐在位置上看，沒有觸碰甲○
21 等語（見偵卷二第24頁）。依上開各證人所證情形，可認被
22 告在包廂內並未對甲○ 為任何猥褻或性交之行為甚明。

23 2.被告供稱：未見何人將手指插入甲○ 陰道內等語（見偵卷
24 一第52頁）。另鄧淳元於偵查中供稱：我將手指插入甲○
25 陰道時，施承佑尚未離開，劉科葆、施承佑均有看到等語
26 （見偵卷一第195頁）。互核以觀，已難認被告知悉鄧淳元
27 將其手指插入甲 陰道之事。又衡情甲 躺在鄧淳元之腿上，
28 鄧淳元以手指撫摸甲 陰部，進而以手指插入甲 陰道時，劉
29 科葆、施承佑一時興起分別上前撫摸、親舔甲○ 胸部或其
30 他身體部位之際，而被告係坐於鄧淳元左側，有現場位置圖
31 在卷足佐（見偵卷一第91頁），依被告當時所處位置，本難

01 注意鄧淳元有無將其手指插入甲○ 陰道內，自無從憑鄧淳
02 元擅將手指插入甲○ 陰道之行為，即僅因被告當時亦位於
03 案發現場內，而遽認被告與之有犯意之聯絡。何況，倘若被
04 告與當時在場之鄧淳元、劉科葆、施承佑有犯意之聯絡，其
05 豈非應如劉科葆、施承佑等人趨前對甲 乘機為猥褻、性交
06 行為為是。檢察官上訴徒以被告在場，即臆測推論被告亦應
07 有乘機猥褻、乘機性交之犯意聯絡乙節，自無可採。

08 (二)關於被告與鄧淳元等人間是否有乘機性交未遂之犯意聯絡部
09 分：

10 1.鄧淳元向在場之人表示「要在包廂開幹」等語，劉科葆說
11 「好」。楊朋翰稱「我已經玩過了，你們玩就好」等語，鄧
12 淳元隨即為達到勃起之目的而撫弄生殖器，惟撫弄許久後，
13 仍未勃起而未能得逞等情，為楊朋翰供明在卷（見偵卷一第
14 162頁、原審卷一第214頁）；並與甲○ 於警詢時指稱：鄧
15 淳元有說想要直接在包廂開幹，但是因為人太多，鄧淳元沒
16 辦法有生理反應，後來鄧淳元說那他想要把我帶回去他家，
17 但是他又想要在包廂性侵我，過了好一陣子他還是沒辦法有
18 生理反應（見偵卷一第60頁）；於偵查中結證稱：鄧淳元拿
19 我的手去摸他下體，當時他的生殖器有露出，褲子應該是脫
20 一半，他當時想要在包廂發生關係，因為他說他想要在包廂
21 裡開幹，我有聽到劉科葆說「好」，楊朋翰就說我都玩過
22 了，你們自己玩等語相符（見偵卷二第53頁）。是依證人鄧
23 淳元、楊朋翰及甲 等之前開證述，均不足以證明被告有公
24 訴意旨所指此部分罪嫌。

25 2.被告於偵查中供稱：鄧淳元有脫下自己褲子及內褲，但脫到
26 哪裡我不清楚，可是我不知道他有無玩弄，因為鄧淳元背對
27 著我，我沒有阻止是因為我很醉，沒有力氣等語（見偵卷一
28 第182、183頁）。被告雖於鄧淳元為上開行為時在場，然被
29 告均未就鄧淳元上開行為有以言語或行為表示參與、加入之
30 意，自難認被告就鄧淳元上開行為，與其他人有何犯意之聯
31 絡。

01 3.鄧淳元固於偵查中結證稱：將甲 帶回我家的目的，是為了
02 要讓我遂行以生殖器插入被害人的生殖器的目的，是楊朋
03 翰、被告在快要走的時候這麼說的等語（見偵卷一第197、
04 198頁）。惟甲○ 於偵查中結證稱：把我送到鄧淳元家這件
05 事，是鄧淳元自己在說，鄧淳元當時說「帶回家，等我酒醒
06 一點再做」等語（見偵卷二第53頁）。由此可見，被告當時
07 是否確有表示帶甲 回鄧淳元家性侵乙節，即有可疑。再稽
08 之鄧淳元於偵查中結證稱：在離開包廂前約20分鐘直到要前
09 往我家的期間，我都沒有對甲○ 有不法意圖，我剛剛說楊
10 朋翰、被告說要將甲○ 帶回我家的目的，是為了要讓我遂
11 行以生殖器插入被害人的生殖器的目的，我當下認為他們是
12 開玩笑等語（見偵卷一第198 頁）。依此可見，倘被告於將
13 離開包廂之際果有為上開言論，至多亦僅係與鄧淳元間之戲
14 謔言詞，要難以此即謂被告與鄧淳元間有何乘機性交之犯意
15 聯絡。

16 (三)關於被告就鄧淳元、劉科葆、楊朋翰、施承佑對甲○ 所為
17 之乘機性交、猥褻行為是否具有保證人地位：

18 1.按刑法第15條不純正不作為犯之規定，係因自己之行為，致
19 有發生犯罪結果之危險者，應負防止該結果發生之義務；違
20 反該防止義務者，其消極不防止之不作為，固應課予與積極
21 造成犯罪結果之作為相同之非難評價。然此所稱防止結果發
22 生之義務，並非課予杜絕所有可能發生一切犯罪結果之絕對
23 責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防
24 止避免之可能性為前提，亦即須以該結果之發生，係可歸責
25 於防止義務人故意或過失之不作為為其意思責任要件，方得
26 分別論以故意犯或過失犯，否則不能令負刑事責任，始符合
27 歸責原則（最高法院96年度台上字第2250號判決意旨參
28 照）。又按刑法上不作為犯之成立，除須具備構成要件該當
29 結果之發生、不為期待行為、不作為與結果間有因果關係、
30 防止結果發生之事實可能性等客觀構成要件要素外，尚要求
31 行為人具有「保證人地位」，即行為人須在法律上對於結果

之發生負有防止之作為義務者始足當之，實務及學理上均認特定目的，組成之彼此信賴互助，並互負排除危難義務之團隊危險源有監督義務（如對於危險源負有防止發生破壞法益結果之監督義務，所謂危險源係指具有發生破壞法益之較高危險之設備、放射性物質、爆裂物或動物而言）或照顧義務者，具有保證人地位（最高法院105年度台上字第287號判決意旨參照）。再按構成保證人地位之法律理由，並不以法律設有明文規定之義務為限，如行為人之前行為違反客觀義務致他人法益有受到侵害之虞，由於該危險源係因行為人所造成，故其有防止危險發生之義務，是以，該違背義務之危險前行為之人，亦足構成保證人地位。又所謂客觀義務之內涵係指保護他人法益之規範，該規範非以成文者為限，並包含社會共同生活所公認之行為準則。易言之，以一般智能而具有良知及理智謹慎之人，處於行為人同一情狀下應有之行止方屬之。

2. 本案被告雖與鄧淳元、劉科葆、楊朋翰、施承佑及甲○ 把玩遊戲飲酒，然依一般經驗法則，飲酒尚不致甲○ 或他人性自主法益受侵害之危險，縱以一般智能而具有良知及理智謹慎之人，處於被告上開情狀下，本難知悉此際不應任由甲○ 飲酒，是尚難認被告有應負防止危險發生之保證人義務。本案縱使被告、鄧淳元、劉科葆、楊朋翰、施承佑及甲○ 把玩遊戲飲酒，然該遊戲飲酒行為本身亦不會製造危險，則被告即無存在所謂因危險之前行為而衍生之保證人地位可言，自不成立不作為犯，而尚難對被告逕以不作為之乘機猥褻、乘機性交、乘機性交未遂罪刑相繩。何況，檢察官在未舉證證明被告彼時有故意使甲 飲酒過量，以遂行對甲為乘機猥褻、性交之事，即推認被告應對甲 負有保證人責任乙節，洵屬無據。

(四) 至於臺北市政府警察局北投分局108年10月14日北市警投分刑字第1083034892號函附內政部警政署刑事警察局108年10月2日刑生字第1080082404號鑑定書、甲 與友人對話紀錄擷

圖、現場照片及監視器畫面等證據，僅能證明甲之性自主權有遭受侵犯、甲有對外求援，以及案發時被告有在現場等情，但仍不足以積極證明被告有公訴意旨所指此部分罪嫌。

五、據上所述，依現有證據，尚不足以證明被告有何公訴意旨所指之乘機猥褻、乘機性交既、未遂之罪嫌，或與鄧淳元、劉科葆、楊朋翰、施承佑有何犯意聯絡存在，自難遽對被告以此等罪責相繩。則基於罪證有疑、利於被告之證據法則，即應對被告為有利之認定。原審就此部分以既不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，所為論斷核無違誤，應予維持。檢察官上訴意旨仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭執，自無足採。

參、綜上所述，檢察官之上訴為無理由，被告之上訴為無理由，爰將原判決關於被告有罪部分之不當可議部分撤銷，改判如主文第二、三項所示，並駁回其他上訴無理由部分。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經臺灣士林地方檢察署檢察官林思吟提起公訴，臺灣高等檢察署檢察官錢明婉到庭執行職務。

中 華 民 國 110 年 12 月 29 日
刑事第二十二庭審判長法官 王美玲
法官 葉韋廷
法官 陳銘堦

以上正本證明與原本無異。

刑法第315條之1第2款之罪部分不得上訴。

刑法第224條之強制猥褻罪部分如不服本判決，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」。

檢察官就本院維持第一審所為無罪判決部分如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，惟須受刑事妥速審判法

第9條限制。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」。

刑事妥速審判法第9條：

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一、判決所適用之法令牴觸憲法。

二、判決違背司法院解釋。

三、判決違背判例。

刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款之規定，於前項案件之審理，不適用之。

書記官 吳思葦

中華民國 110 年 12 月 29 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第224條

（強制猥褻罪）

對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。

中華民國刑法第315條之1

（妨害秘密罪）

有下列行為之一者，處3年以下有期徒刑、拘役或30萬元以下罰金：

一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

附表：

本院110年度刑上移調字第88號調解筆錄所載尚未履行部分

被告應給付原告甲 新臺幣（下同）八十萬元，自民國110年12月10日起（此期於本院判決時如已履行，則自次一期之期日起算），按月於每月10日前給付二萬元至清償完畢時止，如一期不按時履行，視為全部到期。

(續上頁)

01

給付方法：由被告逕匯入原告台北富邦銀行天母分行帳號000-000-000000帳戶內。