臺灣高等法院刑事判決

114年度侵上訴字第52號

上　訴　人
即　被　告　BA000-A113004B（真實姓名年籍資料詳卷）
選任辯護人　楊思勤律師

上列上訴人即被告因家暴妨害性自主案件，不服臺灣基隆地方法院113年度侵訴字第29號，中華民國114年1月24日第一審判決（起訴案號：臺灣基隆地方檢察署113年度偵字第3590號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

BA000-A113004B對未滿14歲之男子犯強制猥褻罪，處有期徒刑參年拾月。

事　實

一、代號BA000-A113004B（真實姓名年籍詳卷，下稱甲男）係代號BA000-A113004（民國000年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱乙男）之外祖父，彼此間具有家庭暴力防治法第3條第3款所定之家庭成員關係。甲男明知乙男係未滿7歲之兒童，對於性事尚屬懵懂無知，並無同意或拒絕為猥褻行為之意思能力，竟萌生加重強制猥褻之犯意，於113年1月6日19時，在乙男祖母代號BA000-A113004A（真實姓名年籍詳卷，下稱丙女）位於基隆市○○區○○○○路（地址詳卷）工作之檳榔攤，趁四下無人，違反乙男之性自主意願，隔著褲子以手撫摸乙男之下體，對乙男強制猥褻得逞。嗣丙女友人代號BA000-A113004D（真實姓名年籍詳卷，下稱丁女）親睹此事並拍照傳送給丙女，經丙女報警處理，始悉上情。

二、案經乙男訴由基隆市警察局移送臺灣基隆地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力之說明：

本案據以認定被告甲男犯罪之供述證據，其中屬於傳聞證據

之部分，檢察官、被告及其辯護人在本院審理時均未爭執其證據能力，復經本院審酌認該等證據之作成無違法、不當或顯不可信之情況，非供述證據亦查無公務員違背法定程序而取得之情事，自均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊之被告固不否認與告訴人乙男為祖孫關係，且知悉乙男於前揭時間為未滿7歲之兒童之事實，惟矢口否認有何對未滿14歲之男子犯強制猥褻犯行，辯稱：我沒有猥褻乙男，我已經忘記案發當天的情形云云。經查：

㈠被告上揭犯行，業據證人乙男、丁女之下列證述及丁女拍攝之現場照片2張可資佐證：

1.證人乙男於偵查中證稱：案發當日我父親即代號BA000-A113004F（真實姓名年籍詳卷，下稱己男）先帶我去逛八斗子夜市，回來後我到丙女位於基隆市○○區○○○○路工作之檳榔攤，當天在檳榔攤的時候，我坐在被告腿上，被告就隔著褲子摸我的生殖器；被告之前摸過我很多次生殖器，但是我都不記得時間了，我之前也沒有告訴過別人，我不知道事情的嚴重性，案發之後丙女知道此事，才讓我理解這是很嚴重的事情等語(見偵卷第17至21頁）。查乙男於案發當時為未滿7歲之兒童，年紀甚小，心智亦尚未成熟，然就其如何遭被告強制猥褻之經過及情節，證述清楚，衡情若非親身經歷，實難如此清楚證述，況乙男與被告為祖孫關係，苟被告未對乙男為上開舉動，乙男豈會冒著破壞親屬關係之風險，而為上開指述，且被告於偵查中亦自承：乙男為我外孫，彼此之間過往並無恩怨等語（見偵卷第91頁），顯見乙男當無陷害被告之動機，權衡應無虛詞致使被告身陷囹圄之可能。

2.證人丁女於警詢時及偵查中證稱：我認識丙女20年左右，雙方是鄰居關係，案發當日我去丙女的檳榔攤幫忙收攤，我就看到被告抱著乙男坐在門口，然後看到被告的手有動作，我就拿手機拍了幾張照片，當時的畫面是被告的手放在乙男的褲子外面，開始有撫摸生殖器的動作，並隔著褲子一直用大

拇指按著乙男下體，被告看到我拿手機拍攝，就立即把手放下，我有把照片拿給丙女看，丙女有對乙男的母親即代號BA000-A113004C（真實姓名年籍詳卷，下稱戊女）告知此事；我之前就有看過被告對乙男有撫摸生殖器猥褻的行為，我也有跟丙女說過，但是沒有拍攝下來等語（見偵卷第29至33頁；第79至80頁）。

3.觀諸上開丁女之證述內容，核與乙男上開指訴遭被告強制猥褻等情相符；且依據丁女所提出之手機拍攝照片可知，乙男於案發當時確係遭被告以手隔著褲子撫摸其生殖器官等情，此有上開照片2張在卷可考（見偵卷第57頁）；況被告於偵查中經檢察官提示上開照片後供稱：「我忘記我當天為何手會放在乙男下體的部分」等語（見偵卷第92頁），顯見被告亦不否認於案發當日確有以手隔著乙男褲子撫摸其生殖器官等節，堪認乙男之證述應為實在，是被告有以事實欄所載之方法，猥褻乙男一節堪以認定。

㈡對於被告及其辯護人辯解不採納之理由：

1.被告及其辯護人雖辯稱：被告係乙男之外祖父，被告會幫乙男換尿布，或乙男說生殖器官會癢時，被告會幫乙男擦藥，或在晚上與乙男睡覺時，被告會哄乙男說「小鳥是阿公的，阿公會保護你的小鳥，長大要自己保護自己的小鳥」等語，而難免有碰觸乙男下體之情形，但並非基於猥褻之主觀犯意而為云云（見本院卷第30至31頁、第58頁、第263頁）。惟查：

⑴按刑法所處罰之違反意願猥褻罪，係指姦淫以外，基於滿足性慾之主觀犯意，以違反被害人意願之方法所為，揆其外觀，依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言；考其犯罪之目的，乃以其他性主體為洩慾之工具，俾求得行為人自我性慾之滿足；究其侵害之法益，乃侵害被害人之性自主權，即妨害被害人性意思形成、決定之自由；又凡客觀上足以刺激或滿足性慾且與「性」之意涵包括性器官、性行為及性文

化有關，而侵害性自主決定權及身體控制權者，即屬列於該章之刑法第224條所稱之「猥褻行為」，並不以行為人直接碰觸被害者之生殖器官為絕對必要。

⑵查依上開乙男、丁女之證述以及丁女拍攝之現場照片2張可知，本件被告係隔著褲子撫摸乙男生殖器官，並且一直用大拇指按著乙男下體，被告見丁女以手機拍攝後始立即停止上開動作等情，顯見被告上開一連串行為顯係持續性，而乙男僅為未滿7歲之男童，其智識、年紀並不足以完全理解性事，又與被告在體型、年齡輩份差異甚大，然被告仍持續隔著褲子撫摸乙男之下體，其持續性顯與偷襲式、短暫性及一時性之之不當觸摸行為有別；且依證人丁女於偵查中證稱：我發現被告對乙男為猥褻行為時，趕緊用手機拍照，被告發現我在拍照時，便立刻把手伸回來，後來我將此事告知丙女，請丙女將乙男趕緊帶走；我之前就有親看見過被告對乙男為類似之猥褻行為，只是都來不及拍照，我都有告知丙女此事等語（見偵卷第80頁），核與證人戊女於警詢時證稱：丙女有將丁女拍攝被告猥褻乙男的照片傳給我看，我有告知被告，丙女之前就有告訴我被告有類似的猥褻行為，我之前就有告誡過被告不要再摸乙男的下體，並告訴被告這是不對的行為等語（見偵卷第25至26頁）相符，可見丙女、丁女及戊女等人均設法制止或明確告誡被告對乙男為相似之猥褻行為，顯見依一般旁觀第三人之觀點，依當時被告與乙男身體接觸之狀態，不僅在客觀上足以刺激或滿足人之性慾，亦會使普通一般人產生厭惡或羞恥之感，而侵害性之道德感情，而非屬長輩對晚輩出於關愛之情所為，是被告及其辯護人上揭辯詞，委無可採。

2.被告及辯護人另辯稱：乙男對於被告撫摸其下體之行為，並未表示不舒服，足認被告在客觀上亦未侵害被害人之性自主權云云（見本院卷第第70至72頁）。然查：

⑴按未滿7歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力，然此情實際上頗不易證明，故民法第13條第1項規定「未滿7歲之未成年

人，無行為能力」，以防無益之爭論。本於相同法理，刑事法上亦應認未滿7歲之男女，並無與他人合意為猥褻行爲之意思能力。刑法第224條所稱之「其他違反其（被害人）意願之方法」，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。對於被害人未滿14歲之情形，參照聯合國「兒童權利公約」第19條第1項規定之意旨、「公民與政治權利國際公約」第24條第1項、「經濟社會文化權利國際公約」第10條第3項及後二公約施行法第2條等規定，應依保護未滿14歲被害人之角度而為解釋。具體而言，倘行為人與7歲以上、未滿14歲之男女，非合意而為猥褻行為，或係對於未滿7歲而無合意為猥褻意思能力之男女為猥褻行為，即應評價為妨害其「性自主決定」之意思自由，而均該當於前揭所稱「違反意願之方法」（最高法院110年度台上字第309號判決意旨參照）。

㈡乙男雖於偵查中證稱：被告隔著褲子摸我下體時，我沒有阻止被告，也沒有覺得特別不舒服等語（見偵卷第19頁），然考量本件被告對乙男為強制猥褻行為時，乙男尚未滿7歲，衡酌乙男當時之年齡、智識程度，對於被告對其猥褻行為，並未能知悉該行為之意涵，進而在無法理解被告即將對其實行猥褻行為之情況下順從並任由被告對其為猥褻行為，乙男對被告所為之猥褻行為既然懵懂無知，自無同意可言，且因無同意被告猥褻行為之理解不敢遽以反抗或不知該如何反抗，而僅能以配合的方式處理，故被告對乙男為上開猥褻行為，依上開判決意旨，足認被告已違反乙男之意願，妨害乙男性自主決定權之意思自由等節，甚為明確。

㈢綜上所述，被告及其辯護人前開所辯，不足採信。本件事證明確，被告前揭犯行洵堪認定，應依法論科。

三、論罪：

㈠按家庭暴力防治法所稱家庭暴力，係謂家庭成員間實施身體或精神上不法侵害之行為。而家庭暴力罪，則謂家庭成員間

故意實施家庭暴力行為而成立其他法律所規定之犯罪。被告與乙男為直系血親關係，具有家庭暴力防治法第3條第3款之家庭成員關係。被告對乙男為違反意願猥褻行為，已屬家庭成員間實施身體上、精神上不法侵害之行為，即為家庭暴力防治法第2條第2款之家庭暴力罪，且構成刑法上之妨害性自主罪，惟因家庭暴力防治法之上開規定並無罰則，是以應僅依刑法妨害性自主罪之規定予以論罪科刑。是核被告所為，係以違反意願之方法對乙男為猥褻行為，而係犯刑法第224條之強制猥褻罪而有同法第222條第1項第2款之情形，應論以同法第224條之1之對未滿14歲之男子犯強制猥褻罪。

㈡按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項固規定：「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，不在此限。」，查被告就上開所犯之刑法224條之1對於未滿14歲之男子為強制猥褻罪，已就被害人係兒童或少年設有特別處罰之規定，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書之規定，已無援引同條項前段而予被告加重其刑之餘地。

㈢按刑法第59條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，係指裁判者審酌第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言，即必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用（最高法院38年台上字第16號、45年台上字第1165號及51年台上字第899號判例意旨）。查被告於本院審理時雖與乙男之父母即戊女、己男達成和解，戊女、己男亦表示願意原諒被告等節，此有和解筆錄1份在卷可考（見本院卷第133至134頁），然考量被告身為乙男之外祖父，竟對未滿7歲之幼童乙男以事實欄所示方式為強制猥褻行為，並審酌被告之犯罪手段、情節，對乙男之身心發育所造成之影響，復參以被告始終否認犯行之犯後態度等情，難認其犯罪有何特殊之原因與環境而顯可憫恕，

自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

四、撤銷改判之理由：

㈠原審認被告所犯刑法第224條之1之對於未滿14歲之男子為強制猥褻罪，事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查，被告與乙男之父母即戊女、己男達成和解，戊女、己男亦表示願意原諒被告等節，業如前述，原判決未及斟酌此部分犯後態度，而為科刑，尚有未洽。從而，被告上訴否認犯罪，雖無理由；而原判決既有前開可議之處，自屬無可維持，應由本院撤銷改判。

㈡爰以行為人責任為基礎，審酌被告身為乙男之外祖父，竟罔顧乙男尚屬身心發育及性觀念發展未臻成熟之兒童，非但未對乙男善加教養保護，反而為逞一己私慾，不顧輩份，利用乙男尚屬年幼懵懂，不知如何自我保護之機會，對乙男為上開強制猥褻犯行，可見其法治觀念至屬薄弱，並欠缺對他人身體之尊重，主觀惡性非輕，且對乙男日後之身心發展不無影響；另斟酌其雖於本院審理時與乙男之父母即戊女、己男達成和解，然其始終否認全部犯行之犯後態度；兼衡其自述之智識程度及家庭經濟、生活狀況（見原審卷第65頁；本院卷第262頁），暨其犯罪動機、目的、手段、侵害程度及素行（見本院卷第251至252頁所附之法院前案紀錄表）等一切情狀，量處如主文第2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，判決如主文。

本案經檢察官何治蕙提起公訴，檢察官莊俊仁到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　4　　日

刑事第十五庭　審判長法　官　劉元斐

法　官　曹馨方

法　官　林彥成

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　蘇柏瑋

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　5　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第224條之1

犯前條之罪而有第222條第1項各款情形之一者，處3年以上10年以下有期徒刑。