最高法院刑事判決

114年度台上字第1389號

上　訴　人　高揚威

選任辯護人　謝沂庭律師
　　翁英琇律師
　　陳重言律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國113年10月31日第二審更審判決（113年度原侵上更一字第1號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署110年度偵字第15184號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原審審理後，認定上訴人高揚威之犯行明確，因而撤銷第一審之有罪判決，變更起訴法條，改判論處上訴人犯刑法第228條第1項之對受照護之人利用機會性交罪刑（處有期徒刑2年6月）。固非無見。

二、惟按：

㈠檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法；公眾週知之事實，及事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證，刑事訴訟法第161條第1項、第157條及第158條分別定有明文。所謂「事實為法院職務上所已知者」，不論該事實係屬構成法院之法官於職務上所為之行為，或係其職務上所觀察之事實，法院因此知之者，自須至為明確者始屬之；否則，倘若該事實非屬明確，仍有待具有專門知識或經驗之人鑑定、釐清，或為其他之調查始足以判斷者，即與上開規定不符。且何種事實為無庸舉證之事實，如任由法院逕行認定，極易引起爭議，故同法第158條之1規定，法院應予當事人就該等事實有陳述意見之機會。上開毋

庸舉證之事實，苟審判長在審判期日未讓當事人就此陳述意見，因當事人對於審判長此種有關調查證據之消極性處分，無由依刑事訴訟法第288條之3之規定，得以適時向法院聲明異議，則其處分之瑕疵自難謂已因當事人之不責問而被治癒，倘併採為判斷之論據，難謂適法。有關上訴人所辯告訴人A女（姓名詳卷）於民國110年2月18日及同年3月1日（即本案發生當天）前往上訴人之診所時，均主訴其有下腹痛等情形，上訴人因而對A女進行內診乙節何以不足採信，原判決雖說明：依卷附檢驗報告可知，上訴人將A女血液、尿液送往醫事檢驗所檢查時，其檢驗項目並不包括「C反應蛋白」；而「C反應蛋白」在臨床上常被用來反應體內發炎之常用指標，此為原審職務上已知之事項；上訴人於診療紀錄單中雖記載A女有腹痛之情形，甚至建議A女進行血液及尿液檢查，卻未就A女之「C反應蛋白」部分一併檢查，以確認A女體內是否確有發炎，已有疑義等旨（見原判決第11頁）。惟就「C反應蛋白」係臨床上作為反應體內發炎之常用指標乙節，原審究係依憑如何之職務上所為行為，或者依據如何之職務上觀察即可知悉？如何能認係法院「職務上所已知」而無庸舉證？原判決並未詳予說明。況依卷內資料，有關「C反應性蛋白試驗」之相關醫學文獻，係附於原審審判筆錄之後，且未註記係由何人提出（見原審卷第433至442頁），自非上訴人及其辯護人於原審審判期日即可知悉；則原審就其所稱職務上所已知之上開事實，並未於審判期日給予上訴人及其辯護人陳述意見之機會，即遽採為不利於上訴人之論斷依據，依上開說明，均難認適法。以上疑點，原判決未予究明、釐清，逕認「C反應蛋白」於臨床上係反應體內發炎之常用指標，乃法院職務上已知之事項，又未依刑事訴訟法第158條之1之規定予當事人就該事實有陳述意見之機會，致上訴意旨有所指摘，自難招折服，非無判決不適用法則及理由不備之違法。

㈡科刑判決所定認定之事實，若與其所採用之證據內容不相適合，即屬證據上理由矛盾之違法，其判決當然違背法令。刑法第228條之利用權勢或機會性交、猥褻罪，係指對於因親屬、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，予以進行性交、猥褻行為而言，亦即被害人係處於行為人權勢、機會之下，無奈隱忍而屈從，然此屈從尚未至已明顯違背意願之程度，始克當之。若行為人除利用權勢、機會外，又以強暴、脅迫使被害人喪失自由意思，或以其他違反其意願之方法而行之，則應逕依強制性交、猥褻論罪，而無論以前述利用權勢或機會性交、猥褻罪之餘地。本件原判決認定上訴人有其事實欄所載對受照護之人利用機會性交犯行，係援引A女於警詢、偵查及第一審所述：「我翻身時手不小心去揮到被告下體，他就突然抓住我的左手並硬拉我的手去摸他下體，我當下有掙脫的動作但是被告力氣太大我無法掙脫」、「被告壓住我的右腳大腿，我要掙脫時又壓住我的右腳小腿，他沒戴手套就用手插入我私處，之後說要檢查我另一邊的卵巢，抓著我的左上臂把我翻過去然後壓住我，把我改成側臥姿勢，我有想要掙脫但是他壓住我，當時我的左手在他私處旁，他就拉我的手去碰他的下體，還脫口罩親我」、「被告沒有戴手套就直接用手插入我的陰道，說要看我的卵巢有無問題，之後把我強制轉身，又把我的手拉去放在他的下體來回摩擦，當時我已經很不舒服想要掙脫，但是他壓制我」等語（見原判決第5頁第21至23行、第6頁第2至7行、第14至17行）。則原判決一方面認定上訴人係利用醫療關係之機會，對受其照護之A女性交得逞；另方面卻援引A女關於上訴人在內診過程中如何使用強制力或其他違反其意願之方法以遂行性交、猥褻之說詞，作為原判決之論斷基礎，致原判決事實及理由之記載明顯矛盾，亦屬當然違背法令。

㈢刑事法上所稱接續犯乃指行為人之數行為，於同一或密切接近之時、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，實難以強行分開，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，予以一罪一罰。足見接續犯之成立，係以時、空密接性為前提要件，即透過對於同一法益之同種類侵害行為繼續不間斷之實行，業已稀釋個別行為之獨立性，致使刑法評價時將之視為單一或整體之犯罪行為，以符合社會一般人對於行為概念之認知，並與行為人之犯罪目的相互結合。本件原判決認上訴人於本案發生當天將手指自A女陰道抽出後，在A女起身準備穿衣服之際，上訴人承其先前對於因醫療關係受自己照護之人利用機會性交之犯意，將A女之口罩脫掉並「強吻」A女，嗣因護理師再次呼叫，上訴人始停止其行為（見原判決第1至2頁）；判決理由則說明：上訴人先以手指插入A女陰道，再對A女「強吻」，主觀上係出於單一犯意而為之，客觀上係於密切接近之時間及同地實施，所侵害者亦屬同一法益，各舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會概念，於時間差距上，難以強行分離，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，論以接續犯等旨（見原判決第14頁）。惟原判決既認定上訴人係對於因醫療關係受自己照護之A女利用機會性交，即非以強制手段為之；此與上訴人強行親吻A女之侵害手段及行為屬性顯然有異，難認係對於同一法益之同種類侵害行為繼續不間斷之實行，能否遽認為原判決前揭所稱之接續犯？亦非全無可議。

三、以上或為上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，應認上訴人之上訴為有理由；且因原判決上述違背法令情形，已影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　28　　日