最高法院刑事判決

115年度台上字第2619號

上　訴　人　BA000-A113004B

選任辯護人　廖庭尉律師

上列上訴人因家暴妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國115年2月4日第二審判決（114年度侵上訴字第52號，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

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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決認定上訴人BA000-A113004B（姓名詳卷）有如其事實欄所載對未滿14歲之男子犯強制猥褻之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人對未滿14歲之男子犯強制猥褻罪刑。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠原判決認定上訴人主觀上是基於滿足性慾之猥褻犯意，係以間接事實推論，未綜合審酌上訴人與當時未滿7歲之被害人乙男（姓名詳卷）之親誼關係與互動，也未審酌乙男所述可能有利於上訴人，已違經驗、論理法則，並有判決理由不備之違法。

㈡原判決將被害人未滿7歲一事，逕自等同於刑法第224條所稱「其他違反其意願之方法」，將使刑法第224條、第224條之

1之加重強制猥褻罪，與刑法第227條第2項之對於未滿14歲之男女為猥褻行為之區辨不明。此等見解係將「欠缺有效同意能力」與「其他違反其意願之方法」混同，邏輯跳躍，亦與本院114年度台上大字第1405號裁定見解不同。係屬違法。

㈢原判決於不予適用刑法第59條酌量減輕其刑時，將未經證明之對乙男身心發展造成影響一事，納入考量，而未實質評價上訴人與乙男父母和解，亦已取得其等原諒以及實際損害程度不明等有利情狀，有判決理由不備之違法。

㈣就量刑部分，原判決在無其他證據之情形下，逕推認上訴人所為對乙男日後之身心發展不無影響，並混淆「外祖父身分及違反保護義務之可責性」與「被害人所受身心損害程度」。亦即以刑法第57條第7、8款之事項，替代同條第9款損害事實之證明，均屬違法。此外，原判決以乙男所述上訴人之前摸過很多次、丙女（乙男之祖母，姓名詳卷）、丁女（丙女之友人，姓名詳卷）所述之前就有看過或聽過上訴人對乙男撫摸生殖器，並以上訴人始終否認全部犯行等，作為量刑時之評價事項，亦有以未經起訴、未經嚴格證明之事實加重量刑、重複評價之疑義。

四、惟查：

㈠證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其斟酌取捨及判斷並未違背經驗及論理法則，復已於理由內說明其取捨證據及得心證之理由者，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。且法院認定事實，並不以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。本件原判決認定上訴人對當時未滿7歲之乙男強制猥褻，係依憑乙男、丁女之證述，以及丁女拍攝上訴人以手撫摸乙男生殖器之照片等證據資料，為論斷之依據。並敘明：1.乙男原本不知道上訴人摸其生殖器的嚴重性，是案發之後經丙女告知，才知嚴重；戊女（乙男之母，姓名詳卷）事發前就曾告誡過

上訴人不要再摸乙男生殖器。可見依一般旁觀第三人之觀點，上訴人所為不僅在客觀上足以刺激或滿足人之性慾，亦會使一般人產生厭惡或羞恥之感，而侵害性之道德感情，並非長輩對晚輩出於關愛之情所為，而屬猥褻行為。2.上訴人所辯所為並非猥褻行為，不足採信等旨。已依據卷內證據予以說明及指駁（原判決第2至5頁）。亦即，原判決係綜合卷內相關事證，經整體觀察後，本於合理之推理作用，而為認定，自無違法可指。上訴意旨以原判決未審酌上訴人與乙男之親誼互動，也未審酌乙男所述可能有利於上訴人，即推論上訴人是基於猥褻犯意而為等詞，指摘原判決違法，經核係對於原判決已說明之採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同評價，難認係適法之第三審上訴理由。

㈡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「違反其意願之方法」。次按，刑法第227條對於與未滿14歲或14歲以上未滿16歲之男女為性交或猥褻之行為，定有處罰之規定。立法意旨係以該等年齡之男女尚屬稚幼，心智與身體發育均尚未完全，對於性交或猥褻行為欠缺完全之自主

判斷能力，而無同意與他人為性交或猥褻行為之能力，遂立法特予保護。因此，行為人縱得未滿14歲男女之同意，對之為猥褻行為，仍應構成刑法第227條第2項之猥褻罪。準此，刑法第224條、第224條之1之加重強制猥褻罪，與刑法第227條第2項之對於未滿14歲之男女為猥褻行為，係可區辨，而非無從區辨。原判決已敘明上訴人行為時，乙男未滿7歲，衡酌乙男當時之年齡、智識程度，對於上訴人所為，尚無法理解，只能順從，然此是因乙男對猥褻行為懵懂無知，而無從同意，應認上訴人已違反乙男之意願，妨害乙男性自主決定權之意思自由等旨（原判決第4至5頁）。原判決所認定之情節係合致於刑法第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，與刑法第227條第2項並不相同；則原判決未論以刑法第227條第2項之罪，自無違法可指。另本院114年度台上大字第1405號刑事大法庭裁定，主文係諭知「行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒童或少年拍攝性影像，不該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之構成要件；若未另有同條第2項或第4項之其他非法行為或營利意圖，應依同條第1項之規定論處。」與本件情形不同，自無從比附援引。上訴意旨以原判決之認定，將使刑法第224條、第224條之1之加重強制猥褻罪，與刑法第227條第2項之對於未滿14歲之男女為猥褻行為之區辨不明，亦違反本院114年度台上大字第1405號裁定見解等詞，指摘原判決違法，係以自己之說詞，對原判決已明白論斷之事項，重為爭執，並非上訴第三審之適法理由。

㈢刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用；且此項犯罪情狀是否顯可憫恕而得為酌量減輕其刑之認定，係屬法院得依職權自由裁量之事項，倘未濫用其權限，即不得任意指摘為違法。原判決已敘明上訴人固已與乙男之父母達成和解，並取

得其等原諒，但審酌上訴人身為乙男之外祖父，竟對未滿7歲之幼童為強制猥褻行為，及犯罪手段、情節、對乙男之身心發育所造成之影響，復參以上訴人始終否認犯行之犯後態度，認上訴人之犯罪並無特殊之原因與環境而顯可憫恕，乃不適用刑法第59條規定酌減其刑等旨（原判決第6頁）。經核於法並無不合。上訴意旨指摘原判決未依刑法第59條酌量減輕其刑，已有違背法令之處。經核係就原判決已說明事項及屬原審酌減其刑與否職權之適法行使，持憑己見，而為不同之評價，並非適法之第三審上訴理由。

㈣刑之量定，係事實審法院得依職權裁量之事項，倘其所量定之刑未逾越法律所規定之範圍，亦未違反比例、公平及罪刑相當原則，即不得任意指為違法，而執為上訴第三審之適法理由。本件原判決於量刑時，已敘明以行為人之責任為基礎，審酌上訴人身為乙男之外祖父，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；另斟酌上訴人雖與乙男父母和解，但始終否認全部犯行之犯後態度等一切情狀後，在法定刑度範圍內予以科刑等旨（原判決第7頁）。經核於法並無不合。此外，乙男既為性侵害案件之被害人，則原判決於量刑時認上訴人所為對乙男日後之身心發展不無影響，於論理法則上，並無相違。再者，原判決於量刑時，並未以乙男所述上訴人之前摸過很多次、丙女及丁女所述之前就有看過或聽過上訴人對乙男撫摸生殖器等事，作為量刑審酌事項，自同無上訴意旨所指以未經起訴、未經嚴格證明之事實加重量刑之疑義可指。上訴意旨就量刑部分之指摘，係針對原判決已說明之量刑職權之適法行使，以及原判決未予引用之量刑事項，任意指摘，自非適法之上訴第三審事由。

㈤上訴人其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事、量刑裁量職權之合法行使及原判決已說明事項，任意指摘為違法，或單純為事實爭執或就不影響於判決結果之枝節事項為爭辯，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。

五、綜上，本件上訴人之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　115　　年　　7　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

法　官　吳冠霆

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　28　　日