最高法院刑事判決

110年度台上字第276號

上　訴　人　00000000000A（姓名、年籍、住所均詳卷）

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，不服臺灣高等法院中華民國109年4月28日第二審判決（108年度侵上訴字第249號，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

上訴駁回。

理　由

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。

本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍變更檢察官之起訴法條（刑法第227條第4項之對14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪），論處上訴人00000000000A（姓名詳卷）犯兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少福權法）第112條第1項前段、刑法第228條第2項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刑（處有期徒刑1年），已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按。

上訴人之上訴意旨略稱：

一、被害人乙女（民國00年00月生，即警局編以代號00000000000者，姓名詳卷）之供述並非一致而無瑕疵，且乙女於106年2月19日在臉書上向其男友表達氣憤上訴人沒收其手機，並於同年2月20日即向學校輔導人員舉發本案，顯有攀誣上訴人之動機，自有審慎檢視之必要，又乙女因自國三下起結交男友，疑

與之發生性行為，受到上訴人責罰，雙方曾有激烈衝突，乙女曾揚言要離家出走，上訴人亦未強迫乙女共浴，係在乙女要求下幫忙洗頭，乙女所述是否與事實相符，自非無疑。

二、乙女男友游○○（名字詳卷）之臉書訊息對話並非該男之經歷見聞，係源自乙女所轉述之回應，屬與被害人之陳述具同一性之累積證據，應不具補強證據之適格。另乙女之妹丙女（即警局編以代號00000000000者，姓名詳卷）於偵查中僅證述上訴人有於其所述時間為乙女洗澡，並未證稱有目睹上訴人猥褻乙女，更證稱乙女從來不曾說過上訴人會在洗澡時對乙女做什麼事情，原審竟以丙女於偵查中之證述為擔保乙女證述之補強證據，難謂適合。

三、本院77年度台上字第2080號、85年度台非字第157號、87年度台非字第176號、99年度台上字第3470號等判決所涉事實雖係針對對未滿14歲之男女所為之性交或猥褻行為，與本件不同，但其法理相同，原判決變更起訴法條論處上開罪名，自有判決不適用法則及適用不當之違法等語。

惟查：

一、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，苟其判斷無違經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又證據之證明力係由法院本於確信自由判斷；證人之證言縱令先後未盡相符，但事實審法院本於審理所得之心證，就其證言一部分認為確實可信予以採取，原非法所不許。

㈠本件原判決：

1.綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，於理由欄敘明認定上訴人有事實欄一所載基於利用父親之權勢猥褻之犯意，於106年2月19日，在住處家中浴室替其女兒乙女（當時係14歲以上未滿16歲之人）洗頭髮時，猥褻乙女犯行之得心證理由。

2.對於上訴人否認犯行，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她洗頭，乙女與游○○交往，不滿我管教她，限制她玩電腦、沒收她手機，我要搬回屏東照顧生

病的父親，她也不高興，想留在新竹，不想與交往中之游○○分開，一直跟我鬧，並虛構事實誣陷我等語，以及其辯護人為其辯護稱：乙女前後證述並非完全一致，顯有瑕疵可指，且依上訴人所述，案發前上訴人與乙女關係緊張、形同決裂，因為上訴人發現乙女跟游○○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，對上訴人存有極大誤解，且乙女不想離開原生活環境，上訴人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，況乙女與丙女感情甚篤，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，如何認與事實不符而無足採等情，詳予指駁（見原判決第3至11頁）。

3.並敘明：①就乙女於第一審審理時，對上訴人於106年2月19日有無再發生身體接觸問題，前後雖有不同之陳述，說明何以不能因此遽論乙女之證述有重大瑕疵；②如何僅以游○○就其知覺體驗所證乙女之情緒，補強乙女證述之真實性，至游○○轉述乙女被害之經過，無法據為補強證據等旨（見原判決第4至5、6頁）。

㈡經核原判決之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、調查職責未盡、判決理由不備、理由矛盾、不適用法則或適用法則不當之違誤。

㈢再：

1.證人所述該性侵害事實以外之相關事實，如係證人親自見聞之事，而與被害人所指證之被害事實具有關聯性，即非單純之傳聞，自得為補強證據。原判決本於上旨，認丙女所證上訴人有幫乙女洗澡及母親曾跟上訴人說過，為何不讓乙女自己洗頭，但上訴人還是沒讓乙女自己洗等情，係丙女以個人實際經驗為基礎而陳述，自具補強證據之適格（見原判決第5頁），並無適用證據法則不當之違誤。

2.對於「成年人故意對因親屬關係而受其監督、照護之14歲以上未滿16歲之人，利用權勢而為猥褻之行為，究應論以刑法第227條第4項之罪或兒少福權法第112條第1項前段、刑法第228條

第2項之罪？」（本案部分），甚至「行為人之行為同時該當於刑法第227條與兒少福權法第112條第1項前段、刑法第228條之構成要件時，應如何論處？」，實務上有認刑法第227條係以被害人之年齡為其特殊要件，應論以刑法第227條之罪（甲說）。另有認刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，則係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，為另一獨立之罪名。兒少福權法第112條第1項前段有關對兒童及少年犯罪之加重，係對被害人為兒童或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而成為另一獨立之罪名。又依兒少福權法第2條規定：「本法所稱兒童及少年，指未滿十八歲之人；所稱兒童，指未滿十二歲之人；所稱少年，指十二歲以上未滿十八歲之人」，則兒少福權法第112條第1項前段、刑法第228條之罪，亦屬以被害人之年齡為特殊要件。成年人若故意對未滿14歲或14歲以上未滿16歲之人犯刑法第228條之罪，除應依兒少福權法第112條第1項前段規定加重外，因其同時符合刑法第227條之構成要件，兩者間具有法條競合關係，應依重法優於輕法原則，擇較重之罪論處（乙說）。

⑴本庭對此法律問題，擬採乙說，並認為：採甲說者，應係以51年台上字第1214號判例為其憑據，惟該判例雖闡釋當時之刑法第227條第1項之罪，祇以被害人之年齡為特殊要件，苟被姦女子在14歲以上尚未滿16歲，縱使被告係利用權勢，對於服從自己監督之人而為之，亦應認為被吸收於刑法第227條第1項犯罪之內，不發生與刑法第228條依刑法第55條從一重處斷之問題等旨。然上揭判例意旨，主要在揭櫫刑法第227條第1項與第228條為法條競合關係，不構成想像競合犯。惟依88年4月21日修正前之刑法第227條第1項、第2項所定，與14歲以上未滿16歲之人為性交、猥褻之行為罪，法定刑分別為1年以上7年以下有期徒刑及5年以下有期徒刑，而同法第228條利用權勢性交或猥褻罪之法定刑為5年以下有期徒刑（按：兒童及少年福利法係於92年5月28日制定公布，同年月30日施行，

並於100 年11月30日更名為兒少福權法，若成年人故意對少年犯刑法第228 條之罪，自92年5 月30日起始須依各該相關規定加重其刑），故上揭判例作成當時，刑法第227 條與第228 條於法條競合下，依重法優於輕法原則，刑法第228 條之罪被第227 條之罪吸收，尚無爭議。然刑法第227 條、第228 條於88年4 月21日修正後，若被害人為未滿14歲之人，因刑法第 227 條第1 項、第2 項法定刑較重，仍應論以該重罪，但被害人為14歲以上未滿16歲之人者，於刑法第228 條第1 項、第2 項依兒少福權法第112 條第1 項前段（更名前為兒童及少年福利法第70條第1 項）加重其刑後，其法定刑已較刑法第227 條第 3 項、第4 項為重，自應適用兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第1 項、第2 項論處，方合乎法條競合理論。若仍依刑法第227 條第3 項、第4 項論處，法定刑反而比成年人故意對16歲以上未滿18歲之人犯刑法第228 條之罪時，依兒少福權法第112 條第1 項前段加重其刑之結果為輕，用法亦難謂合。何況，51年台上字第1214號判例業據本院於105 年7 月26日105 年度第12次刑事庭會議決議以法律已修正，本則判例不合時宜而不再援用，基於同一理由，亦不宜採取甲說。

㈡由於本庭所擬採之乙說，就本案部分與本院先前裁判見解歧異，其他情形則因實務上法律見解多有分歧，有即時、預為統一見解之必要，經本庭評議後，認為應依重法優於輕法原則，對於①刑法第227 條第1 項與兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第1 項競合者，論以刑法第227 條第1 項之罪；②刑法第227 條第2 項與兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第2 項競合者，論以刑法第227 條第2 項之罪；③刑法第227 條第3 項與兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第1 項競合者，論以兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第1 項之罪；④刑法第227 條第4 項與兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第2 項之罪競合者，論以兒少福權法第112 條第1 項前段、刑法第228 條第2 項之罪（即本案情形）。乃就上開法律問題所持之乙說見解，於11

0年3月16日以110年度台上徵字第276號徵詢書向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢程序業已完成，受徵詢之各刑事庭，均同意本庭之見解。是本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採依重法優於輕法原則論處之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判。

㈢從而，原判決將檢察官之起訴書所引起訴法條（刑法第227條第4項）予以變更，改論上訴人以兒少福權法第112條第1項前段、刑法第228條第2項之罪（見原判決第11至13頁），並無適用法則不當之違法。

3.兒童及少年福利法自92年5月30日施行，於此之後，始有就成年人對兒童及少年犯罪均加重其刑之規定（兒童及少年福利法第70條第1項、兒少福權法第112條第1項前段，在此之前，僅有兒童福利法第43條第1項前段，對兒童犯罪者加重其刑之規定），已如前述。本院77年度台上字第2080號、85年度台非字第157號、87年度台非字第176號等判決均係兒童及少年福利法施行前所為，自難以之為本案應適用刑法第227條第4項規定之依據。又本院99年度台上字第3470號判決係關係修正前刑法第224條之1及同法第225條第2項之罪，核與本案情節不同，亦無從比附援引。

㈣上開上訴意旨所指各節，或係就無礙於事實認定之事項，或係執其個人主觀意見，就原審採證認事適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，俱難認係上訴第三審之適法理由。

二、上訴人之其他上訴意旨並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

三、綜上，應認上訴人之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

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　　110　　年　　4　　月　　22　　日

刑事第四庭審判長法　官　林　立　華

法　官　謝　靜　恒

法　官　林　瑞　斌

法　官　楊　真　明

法　官　李　麗　珠

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　26　　日