最高法院刑事判決

110年度台上字第309號

上　訴　人　劉三福

選任辯護人　黃靖閔律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年5月7日第二審判決（107年度原侵上訴字第4 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第16976號，106 年度偵字第12774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。本件經原審審理結果，認上訴人劉三福有原判決事實欄（下稱事實欄）一（一）、（十）、（十一）所記載之犯行，事證明確，因而撤銷第一審關於該部分之科刑判決，改判均論處上訴人犯刑法第224條之1對未滿14歲之人為強制猥褻罪刑（共24罪刑；事實欄一（二）至（九）、（十二）部分均已確定，非本院審理範圍），並定應執行刑為有期徒刑3年3月。俱已詳述其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

(一)上訴人已於原審爭執代號000000000000N（民國00年0 月生，真實姓名詳卷，下稱丙）之丙、代號000000000000O（00年0月生，真實姓名詳卷，下稱0童）之丁○於警詢所為之陳述無證據能力，原判決不察，竟仍採為認定上訴人關於事實欄一（十）、（十一）所載犯罪事實之依據，其採證認事違反

證據法則。

(二)事實欄一（一）部分，依上訴人之記憶，僅有3或4次短暫觸碰代號00000000000（00年00月生，真實姓名詳卷，下稱戊○）之戊○身體，原判決以戊○之偵查中證述、本案戊○就讀之國民小學（下稱本案國小）106年9月18日函附之上訴人上課簽到表、戊○出席晨檢記錄簿、巡堂紀錄簿，認定上訴人對戊○犯22次強制猥褻罪。惟本案國小106年9月18日函覆戊○上課共有24次；嗣108年3月26日函覆106年3月8 日戊○請病假未出席上課，上課次數有23次，且上課日表註記9月14日及9月21日均為颱風假，工作人員簽到表卻記載9 月14日及9 月28日才是颱風假，均有矛盾。依上訴人提出之本案國小泰雅語學生名單暨點名單之記載，戊○參與上課之日期只有105年11月9日、11月23日、11月30日、12月7 日、12月21日、12月28日、106年2月15日、2月22日、3月1日、3月15日、3 月22日共11次；且戊○於原審證稱：「不太確定（上訴人每1 次上課都有摸我）」，甲、乙之證述亦無法認定上訴人有觸摸戊○22次。原判決未審酌上情，逕以戊○、甲○、乙○之部分證述，率認上訴人觸摸戊○共22次，其採證認事違反證據法則。

(三)事實欄一（十）、（十一）部分，依上訴人之記憶，僅各有1 次短暫觸碰丙、0童之行為，原判決竟依憑丙、0童之警詢及偵查中陳述，認定上訴人對丙、0童各有1 次強制猥褻行為，有判決不載理由之違背法令。

(四)上訴人為原住民，對於男女分際、爺孫相處距離之觀念淡薄，上訴人基於教職及愛護幼童之心理，於講授母語過程中，若遇孩童有頑皮或不聽話之情形，才會偶有逾越界線短暫隔衣物撫摸孩童身體不當部位之行為，實非藉以滿足自己之性慾，絕無猥褻甚至侵害孩童性自主意思形成之意圖。依上訴人觸摸時間僅短短幾秒，當非屬猥褻行為，應評價為性騷擾防治法第25條第1 項之成年人故意對兒童性騷擾罪。另就上訴人撫摸丙、丁之行為，縱認不應評價為性騷擾，至多亦

僅該當於刑法第228條第2項利用權勢或機會為猥褻罪。原判決竟論處上訴人均係犯對未滿14歲之人為強制猥褻罪，有判決適用法則不當及理由不備之違法。

三、惟查：

(一)刑事訴訟法第159條之2所稱「具有較可信之特別情況」，乃指相對之可信，亦即被告以外之人於審判中之陳述，與審判外不符，其審判外先前陳述之背景具有特別情況，比較審判中陳述之情況為可信者而言。由於本條被告以外之人業於審判中到庭接受詰問，其審判外之陳述已受檢驗覈實，因此，所謂「具有較可信之特別情況」，以自由證明為已足。我國刑事訴訟法雖未設有如日本刑事訴訟法第328 條關於彈劾證據擬制為有證據能力之規定（即依第321條至第324條規定不得作為證據之文書或供述，為爭執被告、證人或其他人於審判準備或審判期日所為供述之證明力，得作為證據），然引為爭執、彈劾被告以外之人在審判中所為陳述證明力之審判外陳述，當與其審判中之陳述不符，該等審判外先前之陳述，如符合於刑事訴訟法第159條之2所定例外要件，自得為證據。本件關於丙、丁於警詢時所為之陳述，與其等於原審審判中之證述不符部分，原判決理由壹、二之 已敘明：－證人丙○於原審證述：上訴人有碰觸我的大腿、屁股、沒有摸過生殖器等語，然其於警訊時證述：己○○老師隔著衣服褲子直接摸我屁股、小鳥的地方，都是摸10秒，我覺得不舒服等語；另證人丁○於原審證述：上訴人有碰過我的身體，不記得碰那邊，不記得碰多久等語，然其於警訊時證述：己○○老師摸我的小GG、大腿外面，丙○有看到，我覺得不舒服等語；—證人丙、丁之警詢陳述距案發時間較近，記憶較清楚，較少權衡利害得失，具有較可信之特別情況且為證明上訴人此部分犯罪事實存否所必要，其等於警詢時所為之陳述，如何具有證據能力之理由等旨（見原判決第6 頁）。原審據此認定丙、丁於警詢所為之陳述，符合刑事訴訟法第159條之2規定之情形，均具有證據能力，並非單以警詢陳

述較接近案發時點，即認具有較可信之特別情況，復已說明該等警詢陳述引為不採丙、丁於原審所為上開不一致供述之必要性，經核於法尚無不合。上訴意旨（一）祇泛言上訴人已於原審爭執上開警詢陳述之證據能力云云，並未具體指明原判決採證究有何違反證據法則之情形，難認是合法之上訴第三審理由。

(二)證據的取捨、證明力的判斷與事實的認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無由當事人任憑己意，指摘為違法，而執為上訴第三審合法理由的餘地。法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理之推論而為判斷，要非法所不許。而補強證據所補強者，不以犯罪事實之全部為必要，祇須因補強證據與被害人之指述相互利用印證，在客觀上足以使人對該犯罪事實獲得確信之心證者，即足當之。本件原判決認定上訴人確有其事實欄一（一）、（十）、（十一）所載犯行，主要係依憑：上訴人之部分供述（含偵查、第一審移審及準備程序坦承起訴事實之供述）、證人即被害人戊○、丙及丁於偵查中之證詞、上訴人於偵查中出具之自白書、現場及被害人模擬受害情形照片、本案國小106年9月18日、108年3月26日函附之105學年度第1、2學期彈性調整上課日表、105年8月29日起至106年3月22日止之上訴人上課簽到表、巡堂紀錄簿、出席晨檢記錄簿等證據資料，相互勾稽資為認定。其理由並載敘：－犯罪事實一（一）部分，依被害人戊○於偵查及原審之證詞、甲、乙於偵查中之證詞，及上訴人於第一審準備程序時供稱：對檢察官起訴之事實沒有意見，承認有起訴書所載摸的事實，起訴書所述的行為我都有做等語，堪認上訴人於每週一堂上課期間，都會撫摸或揉捏戊○之陰莖或胸部。雖證人戊○於原審證述：不太確定上訴人每一次上課都有摸我，不能確定每一堂都有等語，然其同時證述：之前偵

查筆錄所講的話都實在等語，戊○於原審證述時距案發時間已2年10月以上，記憶難免模糊，當以偵查中記憶清楚時所言較為可採，尚難以戊○上開原審證述遽為有利上訴人之認定。㈡犯罪事實一（十）部分，被害人丙○於偵查中證稱：上訴人摸我的身體，小鳥、屁股（手比生殖器、屁股）等語。丙○於原審雖證述：上訴人有碰觸我大腿、屁股、沒有摸過生殖器等語，然其於警訊時證述：己○○老師隔著衣服褲子直接摸我屁股、小鳥的地方，都是摸10秒，我覺得不舒服等語，並有其模擬上訴人摸其屁股、生殖器照片在卷可參，尚難以其原審證述遽為有利上訴人之認定。㈢犯罪事實一（十一）部分，被害人丁○於偵查中證稱：上訴人叫我坐在他的腿上，我坐上去，他把手放在我的腿上，有摸我的雞雞，就是尿尿的地方（手比生殖器）等語，且經丙○於偵查中證稱：丁也有被摸，和我被摸的位置一樣等語。被害人丁於原審證述：上訴人在上課時有碰過我的身體，不記得碰那邊，不記得碰多久等語，然其於警訊時證述：己○○老師摸我的小GG、大腿外面，丙○有看到，我覺得不舒服等語，並有其模擬上訴人摸其大腿、生殖器照片在卷可參，尚難以其原審證述遽為有利上訴人之認定。㈣上訴人否認犯行及其與原審辯護人所為辯解如何均不足以採信等旨（見原判決第7至10、13至14、18至19頁）。因而認定上訴人確有事實欄一（一）、（十）、（十一）所載之客觀行為。均已本於事實審法院職權推理作用，詳述其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由，並非祇各單憑上訴人之自白或被害人戊○、丙、丁之唯一指訴。所為論斷說明，俱不違背證據法則及論理法則，亦無調查未盡、判決理由不備及不適用法則之違誤可指。凡此概屬原審採證認事、判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。上訴意旨（二）、（三）猶執陳詞，指摘原判決採證認事違反證據法則及不載理由云云，或係棄置原審已明白論述之事項不顧，或係就同一證據，任憑己見而持與原審相異之評價，泛指為違法

，並再為事實上之爭執，均難認是合法之上訴第三審理由。

(三)刑法所處罰之強制猥褻罪，係指性交以外，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；性騷擾防治法第25條第1項所處罰之性騷擾罪，則指性侵害犯罪以外，基於同法第2條第1、2款所列之性騷擾意圖，以乘被害人不及抗拒之違反意願方法，對其為與性或性別有關之親吻、擁抱或觸摸臀部、胸部或其他身體隱私處之行為。前者乃行為人為滿足自我之性慾，而以其他性主體為洩慾之工具，後者則意在騷擾觸摸之對象，不以性慾之滿足為必要。又該二罪雖均出於違反被害人意願之方法，但前者須已影響被害人性意思形成與決定之自由，後者則係被害人不及抗拒之際，出其不意乘隙為短暫觸摸。次按未滿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檨之意思能力。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」。至於刑法第 228 條第2項之利用權勢猥褻罪，係因加害之行為人與被害人間具有親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、

業務或其他類似之關係，而利用此權勢或機會，進行猥褻，被害人雖同意該行為，無非礙於上揭某程度之服從關係而曲從，性自主意思決定仍受一定程度之壓抑，故獨立列為另一性侵害犯罪類型。倘根本違反未滿14歲之被害人自由意思，而係以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為猥褻者，自應論以同法第224條之1之加重強制猥褻罪。原判決理由已敘明：－上訴人對戊○、丙、丁所觸摸之陰莖、胸部、乳頭等身體部位，係屬身體隱私部位，極具私密性，通常不會隨意外露，更遑論遭人觸碰甚或撫摸、揉捏，上訴人隔著衣、褲對戊○、丙、丁所為前揭行為，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，依一般社會通念，足認有傷社會風俗，屬猥褻行為甚明；㈠戊○對於上訴人之猥褻行為，有掙扎、逃脫等反抗行為，惟因上訴人抱得太緊無力推開，僅能趁上訴人鬆手時趁隙逃離，足證上訴人已侵害戊○之性自主權，妨害戊○性意思形成、決定之自由，顯係違反戊○意願之強制猥褻行為；㈡丙、丁於上訴人為猥褻行為時，尚未滿7歲，基於對未滿14歲男女之保護，應認所為已妨害被害人「性自主決定」之意思自由，屬「以違反意願之方法」而為，亦均該當於強制猥褻行為；㈢上訴人之原審辯護人辯稱：上訴人並無猥褻之意圖，對戊○、丙、丁短暫性、偷襲性之觸摸行為，至多僅具有騷擾、調戲被害人之意圖，應僅屬於性騷擾防治法第25條第1項之成年人故意對兒童性騷擾罪，就丙、丁○部分項利用權勢或機會為猥褻罪，均不足採等旨（見原判決第14至15、19至21頁）。經核於法亦無不合，並無上訴意旨（四）所指適用法則不當或理由不備之違法。

四、以上及其餘上訴意旨，核係執陳詞置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意，異持評價，且謂原審未對上訴人為緩刑宣告，亦有違誤云云，均不能認為適法之第三審上訴理由。應認其上訴，違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　8　　日

刑事第二庭審判長法　官　林　勤　純

法　官　王　梅　英

法　官　楊　力　進

法　官　莊　松　泉

法　官　吳　秋　宏

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　12　　日