臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度侵上易字第1號

上　訴　人　臺灣屏東地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　古福成

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　沈志祥律師

上列上訴人因被告妨害性自主等案件，不服臺灣屏東地方法院113年度侵易字第2號，中華民國114年3月25日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署111年度調偵字第279號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決有罪部分撤銷。

古福成犯強制猥褻罪，處有期徒刑壹年陸月。

事　實

一、古福成於民國110年12月間，在址設屏東縣○○市○○路○號之「○○足體養生會館」（下稱本案按摩店，真實名稱及地址均詳卷）擔任按摩師，其於110年12月19日下午6時許，於代號BQ000-A110212之成年女子（下稱A女，真實姓名年籍詳卷）與其男友即代號BQ000-A110212A之成年男子（下稱B男，真實姓名年籍詳卷，嗣已與A 女結婚）一同前往本案按摩店接受按摩服務時，聽聞A女係第一次接受按摩服務後，竟乘擔任A女按摩師，且A女與B男分別經帶往不同樓層、分別由專人在獨立密閉房間按摩時，明知A 女並未同意在按摩過程中，另為按摩目的以外之身體接觸，竟基於強制猥褻之犯意，先指示A 女除去全身衣物而僅餘貼身內褲、換上美容衣，再遊說A女將預定之指壓按摩服務改為全身油壓後，利用A 女躺在按摩床上，難以逃脫之情境，違反A女意願，接續為下列犯行：㈠請A女面朝下趴在按摩床上先短暫按摩A女背部後，即將手伸進A女之內褲，撫摸A女之臀部；㈡請A女

翻身面朝上躺臥在按摩床上，逕自將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次；㈢於按摩A女之下半身時，將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側（陰蒂及陰唇等部位）5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次。古福成接續以上開方式對A女 為猥褻行為得逞。

二、案經A女訴由屏東縣政府警察局屏東分局報告臺灣屏東地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

一、上訴人即被告古福成（下稱被告）之辯護人主張證人B男於偵查及原審中證述關於事後聽聞告訴人A女 （下稱A女 ）所述之部分，不具證據能力等語（本院卷第84頁）。查本院後述判決理由引用B男於偵查及原審審理中之具結證述，僅針對B男與A女 於案發前後相處過程及A女 於案發後情緒反應之部分，本院並未引用B男證述關於事後聽聞A女 所述部分作為證據，是以自無庸交代此部分之證據能力，核先敘明。

二、被告之辯護人復主張證人即本案按摩店老闆李○紅（真實姓名詳卷）於偵訊時表示男師傅應該自己知道不能去按摩女客人重要部位等語，屬於個人臆測之詞，不具證據能力等語（本院卷第84頁）。按證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎外，不得作為證據，刑事訴訟法第160條定有明文。查李○紅係本案按摩店之老闆，其以過往擔任按摩店老闆之實際經驗作為基礎，證述男按摩師傅按摩女客人身體須遵守之規範，符合刑事訴訟法第160條除書之規定，且其證詞於偵查中業經具結（調偵卷第97至101頁），於原審審理中亦經交互詰問保障被告之對質詰問權（原審卷二第12至29、69頁），已經合法調查，自有證據能力，是辯護人前揭質疑洵屬無據。

三、其餘本院據以認定犯罪事實之被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告、辯護人於本院準備程序時均同意有證據

能力（本院卷第83至87頁），且於辯論終結前亦未對該等證據之證據能力聲明異議，本院審酌前揭陳述作成時之情況，依卷內資料並查無違法取證之瑕疵，認以之作為證據為適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，自均有證據能力。另本判決所引用之其餘文書證據及證物，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，復無顯不可信之情況，且經本院於審理期日合法調查，亦有證據能力。

貳、實體方面：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告固承認於上開時地擔任按摩師為A女 按摩，惟矢口否認有何強制猥褻犯行，辯稱：剛開始櫃檯只跟我說A女要做腳或身體，並沒有指明是指壓或油壓，我將A女 帶入二樓房間後有簡單介紹指、油壓的不同，並表示油壓要脫掉內衣換上美容衣，A女 自己選擇油壓，我隔著美容衣、內褲與褲子按摩A 女，有告知A 女可能會隔著衣物碰到敏感的部位，A 女表示可接受，我按摩她的臀部有隔著內褲與褲子，也隔著美容衣按摩她的上胸但沒有按到乳頭，又我有按摩A 女胯下部位，但沒有撫摸陰部外側，按摩期間A女 沒有反應任何不舒服，離開時也無異狀，A 女應該是事後告知B男有做油壓按摩，怕B男生氣，才指控我違反其意願等語。經查：

㈠被告在110年12月間擔任本案按摩店之按摩師，於案發時、地對A 女實施全身油壓按摩，油壓時有隔著美容衣、褲及內褲按摩A 女的臀部、上胸、大腿內側及靠近胯下部位等情，業據A女於警詢、偵查及原審指訴歷歷（偵卷第15至21頁、第63至69頁、原審卷二第30至65頁），且為被告於本院準備程序所不爭執（本院卷第87至88頁），並有原審勘驗本案按摩店之店內監視器檔案及蒐證照片儲存光碟（偵卷資料袋內）、本案按摩店門口、門口及櫃檯處監視器、櫃檯處與一樓按摩區、二樓監視器錄影檔案之勘驗筆錄及監視器影像翻拍照片（原審卷一第200至221頁、第263至276頁）在卷可憑，是此部分之事實首堪認定。

㈡被告有遊說A女 將指壓按摩改成油壓按摩：

1.A 女於案發當日原預約進行指壓按摩90分鐘乙情，業據李○紅於原審審理時具結證述：我是本案按摩店的實際負責人，工作內容負責管理按摩師，A 女當天預約的項目是指壓按摩90分鐘而不是油壓，因為油壓按摩要分男女，我們遇到女客人預約油壓按摩，都會主動詢問是否男女師傅都可以，本件沒有特別問就排被告給A 女，是因為她當時指定的是指壓按摩，基本上我們很少指派男師傅為女客人進行油壓按摩等語明確（原審卷二第13至22頁），可知A女案發當天原預約指壓按摩，而油壓按摩因為會接觸到身體，因此本案按摩店會主動詢問是否男女師傅都可以，故本案應係A女在獨立密閉房間內與被告約定改成油壓按摩，否則被告應不可能一開始即經本案按摩店指派去對A女實施油壓按摩。

2.A女指訴：案發前是B男打電話至本案按摩店，預約我倆全身指壓，被告帶我進入二樓房間後，我第一次做按摩不知是否要換美容衣，被告叫我把衣服脫掉換上美容衣比較好做，我就脫掉衣物剩內褲穿上美容衣，那時被告有跟我確認做的項目，我說要做指壓，被告說為何不選擇油壓，他說他們的精油不會過敏，後來我相信他說的，所以才變成油壓等語（偵卷第15至21頁、第63至64頁、原審卷二第32至35頁），核與B男證稱：當天是A女第一次按摩，我是預約我倆進行指壓按摩，完全沒有想到A女後來會進行油壓，我知道油壓有更換衣服的疑慮，所以沒有要讓她做油壓的項目等情相符（原審卷一第238至241頁），可見B男於案發前確實係為A女預約指壓按摩，且從A女先前無按摩經驗一節亦可知，甚難想像A女有何理由會在過程中主動要求被告對其施以油壓按摩，堪認應係經被告遊說始變更按摩方式。

3.佐以，觀諸原審勘驗本案按摩店之店內監視器錄影檔案結果，可見被告帶領A女走入獨立密閉房間後不久，被告即自房間內走出，進入同樓層另一房間內，再自該房間內出來，左手拿一黑色物體返回獨立密閉房間（原審卷一第208至212

頁之勘驗筆錄），而被告於原審審理時亦自陳該黑色物體為按摩油（原審卷一第212頁），由此可知被告並非一開始便攜帶油壓按摩用之按摩油進入獨立密閉房間，其原本應僅係預備實施指壓按摩。故本案堪認係A女因第一次接觸按摩，不熟悉按摩內容，遂聽從被告指示除去全身衣物而僅餘貼身內褲、換上美容衣，並接受被告遊說同意將原預訂之指壓按摩更改為油壓按摩。

4.綜上，本案係被告遊說A女 將指壓按摩改成油壓按摩。

㈢被告有將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸甲 之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次等行為：

1.A女於警詢中指訴：被告有按我胸部，搓揉我乳頭，大概有2、3次，每次他摸的時間大概有5至10秒，之後還將手按入我的內褲裡摸了大概2次，每次摸的時間約5至10秒，結束後跟我說下次可以自己來，並告訴我不要將剛才按摩的過程跟男朋友講太多，還問我的胸部是否比較不敏感等語（偵卷第16至18頁），於偵查中具結證述：案發當時一開始我面朝下趴在床上，被告幫我按摩背部，並順勢往下按到屁股，手有稍微伸進內褲，又請我轉到正面，我本來以為只是要按摩肩膀，但被告把我的美容衣解開，按摩我的胸部，被告多次按到我的乳頭，每次碰觸約5至10秒，讓我感覺不是按摩法，而是挑弄。之後被告繼續往下按摩，並把手伸進內褲裡，撫摸私密處，當時我生理期月事來，有在內褲墊衛生棉，所以被告只摸到我的陰部外側，我當時驚嚇過度，沒有抵抗或其他反應。被告跟我說之後可以一個人來，這樣也不用怕男朋友等太久的話，結束後也跟我說不要跟男朋友講太多，會引起我們吵架，被告說完就到樓下，讓我換完衣服後下樓，B男看到我眼神不對勁，就問我發生何事，我在機車上才跟我說剛剛被被告撫摸胸部正面還有碰到乳頭，但沒有告知B男被告有撫摸我下體。男友聽完後馬上帶我回本案按摩店找被

告理論，他們談完後被告有跟我道歉，離開店家路上我又跟B男說有遭被告摸陰唇和陰蒂外側，所以才去報警。被告觸摸上開身體部位時沒有先問我，觸碰我陰唇和陰蒂外側為2至3次，每次5至10秒，當時我已經嚇到，沒有任何口頭或肢體反應，我沒有跟被告說不要，因為我相信專業，而後過度驚嚇，所以沒有做出肢體反應等語（偵卷第63至69頁）；於原審審理時具結證述：當天被告摸我的胸部、乳頭、陰蒂及陰唇讓我很不舒服，手指沒有插入陰道，但是有用手指撥弄，他在摸之前都沒有提到會按摩我身體哪些部位，我有主動跟被告說我月經來，被告有跟我說不要把今日按摩的內容說給B男聽，也有提到下次可以一個人來，結束下來大廳時，被告有遞茶水給我，我當時還在驚嚇狀態，我是在騎車離開的路上跟B男講案發過程，我沒有預期到會被觸摸上開身體隱私處，他都是在我還沒有注意到的時候就摸下去了，在本案發生之前我與B男和被告之間都沒有恩怨或債務糾紛等情（原審卷二第31至45頁）。審酌A女 與被告於案發時係初次見面，彼此僅係按摩師與顧客之消費關係，足見A女並無刻意設詞誣陷被告之動機與必要。

2.B男於偵查中具結證述：案發當時我與A女是男女朋友關係，現已結婚，我不認識被告，案發後離開時，A女主動問我按摩過程中被摸到胸部是正常的嗎？我本來以為是被告不小心碰到A女，但A 女說被告觸碰方式是撫摸，有幾次A女覺得被告是刻意觸碰乳頭，A 女跟我說的時候態度畏畏縮縮、害怕跟懷疑。我聽完之後生氣打電話到本案按摩店問按摩師摸胸部跟揉胸部是正常的嗎？店家就請被告接電話，請我回店裡談，我就馬上載A女回本案按摩店，我跟被告在店外談這件事情，我問被告這樣做是對的嗎？而且說指壓為什麼變油壓，被告講不出什麼，一直堅持有經A女同意，我又問被告為何要跟A女說不要跟我說按摩過程，又跟A女說要A女下次自己一個人來找被告按摩，被告也是支支吾吾講不出來，說是怕我忙。後來我跟A女離開，在騎車過程中，我聽到A女忽

然哭起來，又支支吾吾說其實被告還有摸A女下體，但A女怕我打被告所以沒說，我到家後跟朋友商議就決定報警等語（偵卷第73至75頁）；於原審審理時具結證述：我和A女從本案按摩店離開，那時看到她眼神怪怪的，我問她按摩感覺怎樣，她迴避我的話題，說等下再說，我們就講等一下去買飲料，沒有多問我們就離開了，接下來買飲料的時候，A女突然問我按摩會脫衣服嗎？她說她被脫衣服及摸到胸部並撥弄乳頭，我就馬上打電話到本案按摩店，然後折返店裡去跟被告談。後來離開快回家時A女才說被告有摸她下體，陰毛到陰蒂那個地方，本來還要再往下，但因為A女 月經來而沒有，她說到這時有哭。案發之後她每天會做惡夢，只要看到像被告一樣頭髮捲戴眼鏡的人，就會不自主地顫抖害怕，人太多或有男生的地方都沒有辦法接受，也沒有辦法很開心地生活，我突然碰她一下會反應很大，她也有去看身心科，看診應該有半年的時間。A女在案發當下沒有提到要求償，也不知道要不要報警，我說遇到這種事就是要報警，之前在偵查中有調解過一次但不成立，我們根本沒有談到賠償的金額，本案案發至今沒有自被告處獲得任何金錢等語（原審卷一第238至254頁）。依B男上開所證，可知A女於按摩結束後雖然尚可與人交談，但其精神狀況已與按摩前有異，提及按摩過程會迴避話題，直到離開本案按摩店後始願意逐步告知B男其遭被告觸摸胸部及乳頭等身體隱私處，與前開A女證述其於按摩結束後尚處於驚嚇狀態，B男看到A女眼神不對勁才逐步吐露案情等語亦屬相符，足證A女於案發後已因過度驚嚇而為B男察覺有異。再者，B男復證稱A女案發後出現害怕特定類型長相的人、害怕人群、害怕包含B男的異性近距離接觸等情，均與性侵害犯罪被害人常見的創傷後壓力反應相符。而A女於案發後3個月之111年3月23日至瑞興診所就醫，經診斷患有急性壓力反應，有該診所診斷證明書1紙可查（調偵卷第31頁），亦可證前開B男所述A女反應，確屬實在，更堪信A女確實係於事實欄所述時、地，受到被告不當

觸摸身體隱私處，方可能於案發後呈現急性壓力反應。

3.李○紅於偵查中具結證述：案發時我還沒有到本案按摩店，是櫃檯小姐打電話跟我說老闆快回來，店裡面有發生事情，客人說被告對他女友性騷擾才趕回店裡。當時A女和B男跟被告在店外談事情，我不知道談什麼事情。我有問被告有無此事，被告說沒有，我就請他們自己處理。後來我怕對店裡造成影響，就叫被告不要再來上班了等語（偵卷第98頁），李○紅之證述與前開A女、B男證述渠等於離開本案按摩店後，A女向B男告知其遭被告撫摸胸部、乳頭一事後，憤而返回本案按摩店找被告理論乙節互核相符，且核與自B男提出其與李○紅LINE對話紀錄及通話紀錄擷圖照片（偵卷第81至83頁）、李曉紅與被告LINE對話紀錄擷圖照片（偵卷第79頁）所示內容一致，亦可佐證A女所述與事實相符。

4.本件A女 於案發後在B男陪同下返回本案按摩店與被告理論後，旋於翌日凌晨至屏東基督教醫院驗傷並接受採證，經員警將自A女胸罩罩杯內側採驗棉棒送驗結果，發現混有被告或與其具有同父系血緣關係之人的DNA，有屏東縣政府警察局屏東分局扣押物品清單、屏東縣政府警察局屏東分局111年3月17日屏警分防字第11131180000號函及所附被害人BQ000-A110212妨害性自主案之內政部刑事警察局鑑定書（偵卷第115至120頁、調偵卷第37至39頁）及內政部警政署刑事警察局113年6月25日刑生字第1136074732號函及所附採證照片影本1份（原審卷一第285至287頁）可參。而自前開A女證述可知，A女於接受被告按摩前是自己脫掉貼身衣物，被告理應未接觸其胸罩，然於A女胸罩內側卻採集到被告或與其具有同父系血緣關係之人的DNA，可徵被告確實有撫摸A女之胸部、乳頭，致DNA殘留其上因而沾染A女胸罩。被告雖另辯稱其按摩之手法是會滑過胸部的內側下緣（原審卷二第172頁），惟自前開內政部警政署刑事警察局回函所附採證照片，可見採證位置是胸罩的中心部位即包裹乳頭之位置，並非在胸罩上方，亦非胸罩之下緣，自不得以按摩胸部周遭之

身體部位等語加以搪塞，是其辯詞自難憑採。

5.又據原審勘驗本案按摩店之店內監視器檔案及蒐證照片儲存光碟（偵卷資料袋內）、本案按摩店門口、門口及櫃檯處監視器、櫃檯處與一樓按摩區、二樓監視器錄影檔案結果，固可見被告於按摩過程中有自二樓密閉房間內出來又返回，按摩結束後，A女從樓梯上走下一樓，自被告手中接過茶杯喝茶及接下被告名片，之後A女與B男自本案按摩店內走出，兩人交談，A女從B男手中接過外套穿上，過程中A女有比劃一些手勢並拍打B男，其後A女與B男離開等情（原審卷一第200至221頁、第263至276頁之勘驗筆錄及監視器影像翻拍照片）。而A女離開本案按摩店前固然仍與被告有些許互動，並於店外與B男交談並拍打B男，然因A 女自陳從無按摩經驗，且於案發時過度驚嚇而腦筋空白（偵卷第18頁），則A女縱然於結束按摩之際舉止鎮靜，亦不當然可認其未侵害。且從B男前揭證述A女事後向其訴說時有哭泣情緒湧現，可知A女離開本案按摩店前未哭泣，僅係還處在驚嚇之情緒中尚未及反應，一旦離開店後向B男開始訴說，該心理防衛機制解除，內心封閉已久之不安、害怕等情緒釋放，因而有哭泣之行為出現，亦屬正常。故尚不得以上開勘驗筆錄及監視器影像翻拍照片，逕認A女之指訴不實。

6.公訴意旨固認被告來回撫摸A女之胸部約3至4次、撫摸A女之陰部外側約5至10秒、撫摸A女之陰蒂約2至3次云云，然自前開甲 之證述可知，其僅證述被告多次觸摸其胸部，未具體說明是否為3至4次，另證人A女前開偵查中之證詞雖證述被告撫摸A女之陰部外側約5至10秒、約2至3次等語，然未能確定實際觸摸陰部外側之次數及秒數，而依卷內事證復無從認定被告觸摸A女上開身體隱私處之時間及次數。則本於罪疑惟輕原則，僅能認定被告來回撫摸A女之胸部2次、撫摸A女之陰部外側5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次，附此敘明。

7.綜上，本院認為本案除A女之證詞外，另有上開人證、書

證、物證可佐，堪認被告有將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次等行為。

㈣被告上開行為並未事先告知A女 亦未徵得A女 同意：

1.承前A女之證詞可知，被告將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次之際，均未事前告知A 女，亦未徵得A女之同意，且A女復指訴：被告對我做這些行為我是不願意的，也覺得很不舒服，之後因為過度驚嚇，所以沒有做出任何反應，當時腦筋一片空白，來不及反應，而被告觸摸到我的胸部、乳頭、下體等部位時也沒說不小心或抱歉等語（偵卷第67至68頁、原審卷二第61至62頁），顯然A 女始終指訴被告並未事先告知，且被告之行為業已致A 女感受性自主權遭侵害而陷於驚慌失措之狀態。

2.李○紅於偵查中具結證述：男師傅應該知道不能去按摩女客人的重要部位，正常按摩流程不會按摩到胸部或陰部等私密部位（偵卷第99頁）；於審理時具結證述：油壓就是要分男女，當女客人進來油壓，男師傅不能主動要求按前面，我沒有遇過女客人在男師傅詢問後同意讓男師傅按胸部這樣的事情，我們店裡會提醒男師傅針對女性客人按摩時，有哪些地方不可以按摩或不適合按摩，因關係到我們店裡的名聲，我們都會提醒被告這件事情，依照我所知的按摩知識跟經驗，正常的流程是按肩頸頭背，不可能按到女性胸部或下體這些部位等語（原審卷二第13至27頁），可見被告至本案按摩店服務時，李○紅已告知不得按摩到女客人胸部或陰部等處，也知正常的按摩流程僅會接觸到人之肩、頸、頭、背等非身體隱私處。

3.另被告於109年間曾參加過中華醫事科技大學推廣教育組辦理之「傳統證復推拿-民俗調理業法規教育課程第1期」研習共計18小時，其中包含性騷擾防治法簡介、性騷擾防治法違規案例研析、性騷擾防治法違規刑事判決案件研析、民俗調理人員工作倫理守則簡介共4小時之課程，並接受2小時之綜合測驗及討論，此有被告之中華醫事科技大學（108）華推字第000000000000號研習證書及所附課程時數可查（原審卷二第261至263頁），堪認被告對於民俗調理業法規範及性騷擾防治法應有一定程度之理解，理應知悉客人之臀部、胸部及乳頭、陰部及陰蒂均屬攸關個人性自主決定權之身體隱私處，並不得擅自接觸。本件被告為A女 按摩時不但將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，又將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次，顯非一般正常按摩程序及動作，而是出於按摩以外之不正當目的。參以A女於案發後離開本案按摩店隨即向B男詢問按摩過程是否會接觸到胸部等語，以及A女、B男離開本案按摩店後不久又返回向被告理論，再佐以A女於案發後之3個月出現急性壓力反應等情，益徵被告於接觸上開A女隱私處實未事先知會A女，更未徵得其同意。

4.至證人即本案按摩店前按摩師程韻箏固於原審審理時證稱：我從事按摩師20年，先前在本案按摩店待過9個月，我為客人按摩胸部時會按摩到乳頭，但是係客人叫我做才會做，我按摩時會事先問，按摩大腿內側時偶爾會碰到客人陰部外側，一般來做油壓的客人我就認知他們知道會要脫衣服，手會接觸到陰部外側、胸部等狀況等語（原審卷二第47至52頁），而證人即被告客人王○娟於原審審理時亦證述：我先前有讓被告做過多次油壓按摩，他有事先跟我說會按到胸部或陰部外側，如果會介意他就不會繼續，如果不舒服記得跟他反映等語（原審卷一第224至237頁）。惟依「民俗調理業

管理規範」第2點規定：「本規範所稱民俗調理，係以紓解筋骨、消除疲勞為目的，單純運用手技對人施以傳統整復推拿、按摩、腳底按摩、指壓、刮痧、拔罐，或使用民間習用之青草泥、膏、液狀外敷料所為之非醫療行為」、第9點規定：「…（三）按摩業：按摩、頭頸肩背放鬆、頭部、頸部、背部、上肢、腹、腰部及下肢調理（按摩）、經絡按摩。（四）腳底按摩業：腳底按摩、泡足、潤足、下肢調理（按摩）、腳底經絡按摩。」，堪認正統民俗調理之按摩部位，係指頭部、頸部、肩部、背部、上肢、腹、腰部及下肢，並不包含上開證人所指之胸部甚至乳頭或陰部外側，是以上開證人所證與規範明顯有悖，不可採信。又被告有受過民俗調理業法規訓練課程乙節，業如前述，是以被告對正常按摩之身體部位及程序理應知悉，其於偵查中竟稱：油推是大面積按摩，本來A 女整個胸部都會推按到，又可能是推按A 女膀胱時帶動摩擦到A 女的陰唇跟陰蒂等語（偵卷第90頁），其辯詞非但前揭規範不符，亦顯然悖離常情，殊無足取。

5.辯護人固為被告辯稱：A女於按摩過程中無任何反應，若被告確有將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次，則A女 可能一開始來不及反應，但為何經被告多次撫摸，A女 始終未出聲阻止或反對，顯然被告所為未違反其意願等語。然而A女既係無按摩經驗之素人，實難期待其知悉被告於按摩流程中應觸摸何身體部位、觸摸何身體部位應徵得其同意等情，且衡諸A 女於案發時甫遭被告觸摸上開身體隱私處，尚處於惶惶不安的驚嚇狀態中，則其當下因腦筋一片空白而未立刻採取任何阻止行動，亦符常情，故甲 縱使於按摩過程中無任何反應，尚不得逕認其主觀上有同意被告觸摸上開身體隱私處的意思，辯護人上開辯詞並不可採。

6.綜上，本院認為被告上開觸摸身體隱私處之行為，未令A女知悉將會觸摸上開身體隱私處亦未徵得其同意。

㈤被告上開行為，構成強制猥褻：

1.按強制猥褻罪所稱以其他「違反其意願之方法」，乃指該罪名所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，以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。而性騷擾防治法第25條第1項所規定之性騷擾罪，則係行為人對於被害人之身體為偷襲式、短暫性、有性暗示之不當騷擾行為，而不符合前開強制猥褻罪之構成要件者。究其二罪之侵害法益，強制猥褻罪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；至乘人不及抗拒而性騷擾罪，則尚未達妨害性意思自由之程度，僅破壞被害人所享與性或性別有關之寧靜、不受干擾之平和狀態。觀其犯罪手段，強制猥褻罪與性騷擾罪雖均違反被害人意願，但前者非僅短暫之干擾，而已影響被害人性意思形成與決定之自由；後者則係於被害人不及抗拒之際，出其不意乘隙為短暫之性關連騷擾行為，二者保護之法益及規範之犯行手段各異其旨，不容混淆（最高法院114年度台上字第1408號判決意旨參照）。本件被告將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次，是其時間非短，所為顯非僅係乘A女 不備短暫之干擾，而係已達妨害A女 性意思自由之程度，是以被告所為並非僅係單純之性騷擾。

2.次按強制猥褻罪係以學理上所謂之「低度強制手段」妨害被害人之意思自由，違反被害人之意願所為，並非完全不要求強制手段之實行，所謂「低度強制手段」，係指行為人縱未施強暴、脅迫、恐嚇、催眠術，但只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗、不敢反抗或難以逃脫之狀態，達於妨害被害人之意思自由者，即屬之(最高法院100年度台上

字第4578號判決意旨參照)。查A女為首次前往本案按摩店接受被告按摩服務之顧客，與被告素不認識更無男女情愫，自不可能在按摩過程中，同意被告出於正常按摩以外之目的，觸碰其臀部、胸部及乳頭、陰部外側及陰蒂，此乃被告所明知。又被告是男性按摩師，A女 為接受按摩服務而更換美容衣躺在按摩床上，而該二樓房間內僅有被告與A女 獨處，依當時現場環境及情狀，可認被告確已製造使A女 難以逃脫之客觀及心理狀態，足認妨害或影響A女 之性自主決定意思，並在此一狀態下，被告所為將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次等行為，均屬觸及女性身體隱私部分而足以引起、滿足自己性慾之行為，自具有強制猥褻之犯意及行為，彰彰甚明。

㈥綜上所述，本案事證明確，被告所辯，不足採信，其上開犯行，洵堪認定，自應依法論科。

參、論罪：

㈠核被告所為，係犯刑法第224條之強制猥褻罪。被告先將手伸進A女之內褲，按摩A女之臀部，將A女所著之美容衣解開，撫摸、搓揉A女之胸部及乳頭，以此方式來回撫摸A女之胸部2次，並將手伸入A女之內褲撫摸A女之陰部外側約5秒，以此方式重複撫摸A女之陰蒂2次等行為，是出於同一強制猥褻犯意，且於密切接近之時地實施，所侵害者為同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，難以強制分開，在刑法評價上，應視為一行為之接續實行，而論以接續犯之包括一罪。

㈡公訴意旨固然認被告上開行為係犯刑法第228條第2項對於因其他相類醫療關係受自己照護之人利用機會猥褻罪。惟按刑法第228條第1項、第2項之利用權勢性交、猥褻罪，須被害人因基於與行為人間特定之支配服從關係，而隱忍屈從於行為人之要求，且未至已違背其意願之程度，而與之為性交或猥褻者，始得謂之。苟被害人與行為人間不具因親屬、監

護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係之受監督、扶助、照護等特定支配服從關係，或雖有該等關係，然被害人屈從行為人之性交或猥褻已至違背其意願之程度者，即屬強制性交或猥褻罪之範疇，自不得以利用權勢性交或猥褻罪責相繩（最高法院103年度台上字第2730號刑事判決參照）。然被告與A女 間僅係單純按摩之按摩師與顧客關係，於按摩過程中，難認A女 有受被告監督、扶助、照護等上下不對等或支配服從關係，進而衍生權勢或機會，況且被告上開所為應屬違背A女之意願，業如前述，此與「未至已違背其意願之程度」之情形迥然有別，參諸前揭說明，自無成立刑法第228條第2項利用機會猥褻罪之餘地，是公訴意旨認被告涉犯上開罪名，容有未洽。然因此部分與檢察官起訴之基本社會事實同一，復經本院於審理程序中告知強制猥褻罪名，並予被告就上開罪名答辯之機會，而無礙其防禦權之行使，爰依刑事訴訟法第300條變更起訴法條。

肆、上訴論斷的理由：

原審據以論處被告罪刑，固非無見，惟查被告所為並非單純之性騷擾，而係成立強制猥褻罪，業如上述，原審竟論以修正前性騷擾防治法第25條第1項之性騷擾罪，容有違誤。檢察官上訴主張被告所為應成立刑法第228條第2項之利用機會猥褻罪，依前揭說明，固無理由；被告上訴否認犯行，亦無理由，然原判決有罪部分既有前揭可議，自應由本院將此部分予以撤銷改判。爰審酌被告身為按摩師，本應恪守其職務本分及男女分際，竟為滿足一己淫慾，利用A女初次接觸按摩不熟悉流程，於按摩過程中對A女 為強制猥褻犯行，過程中接續觸摸A女 之臀部、胸部及乳頭、陰部外側及陰蒂，所為對於A女 身體自主權之侵害程度非輕；復考量被告犯罪後始終否認犯行，於本院明確表達無意願與A女 洽談和解（本院卷第141頁），亦未賠償分文，堪認被告犯後態度不佳，且犯罪所生損害未受填補；再斟酌被告並無前科（本院卷第61頁之法院前案紀錄表）、犯罪之動機、目的、手段及於本

院審理中自陳之智識程度及家庭生活經濟狀況（本院卷第137頁），量處如主文所示之刑。扣案物品均無證據顯示與本案被告犯罪有何直接關聯性，爰均不予宣告沒收。

伍、至被告被訴假借伸展名義將A女 雙臂後拉伸碰觸被告生殖器部分，業據原審不另為無罪諭知，此部分因未據上訴而告確定，本院自無庸併予審究，附此敘明。

據上論結，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。

本案經檢察官錢鴻明、邱瀞慧提起公訴，檢察官周亞蒨提起上訴，檢察官洪瑞芬到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　24　　日

刑事第六庭　審判長法　官　徐美麗

法　官　毛妍懿

法　官　莊珮君

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　24　　日

書記官　黃淑菁

附錄本判決論罪科刑法條：

中華民國刑法第224條

對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。