臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度侵上訴字第145號

上　訴　人
即　被　告　許肇君
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　黃俊昇律師
　　歐優琪律師

上列上訴人因妨害性自主罪案件，不服臺灣臺中地方法院112年度侵訴字第148號中華民國114年8月27日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第28741號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

Ａ０２犯強制猥褻罪，處有期徒刑壹年貳月。

犯罪事實

一、Ａ０２係址設臺中市西屯區市○○○路0號4樓「伊朵美學SPA」（下稱伊朵美學）之負責人，負責伊朵美學營運，而代號AB000-A112207（真實姓名年籍詳卷，下稱甲女）則自民國112年3月28日起接受伊朵美學「芳療師」教育訓練，112年4月12日，Ａ０２向甲女表示：升正式按摩師需進行考核等語，並由Ａ０２擔任人體模特兒，要求甲女為其進行油壓、指壓等按摩，甲女遂依Ａ０２指示，於同日（即12日）17時許，在伊朵美學之包廂內，為Ａ０２進行油壓、指壓等按摩考核，詎Ａ０２趁甲女為其按摩腹部之際，竟基於強制猥褻之犯意，要求甲女提供撫摸生殖器之服務（俗稱打手槍），然經甲女拒絕，仍違反甲女意願，以手強拉甲女之手去觸碰其已有生理反應之生殖器，甲女隨即縮回其手，Ａ０２又接續多次拉扯甲女之手，觸碰其生殖器或其旁邊鼠蹊部位，以強暴方式對甲女猥褻得逞。嗣甲女因另案向警方報案，經警詢問後循線查悉上情。

二、案經甲女訴由臺中市政府警察局第六分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、程序及證據能力：

一、上訴人即被告Ａ０２（下稱被告）經檢察官以刑法第224條強制猥褻罪嫌提起公訴，屬性侵害犯罪防治法第2條第1項所稱之性侵害犯罪，是本判決關於告訴人甲女及相關人員乙女、謝○○之姓名、年籍、住址等足資識別性侵害犯罪被害人身分之資料，依性侵害犯罪防治法、第15條第3項規定不得揭露，並以甲女、乙女、謝○○之代號相稱。

二、證人甲女於偵查及原審所為證述內容詳盡，並無較諸警詢時簡略之情形，且已足為判斷被告前揭犯行之認定基礎，故無捨除其於警詢時之證述內容，即無從以其他證據取代之特殊情事。是以甲女於警詢時之證述內容，既為被告以外之人於審判外之陳述，屬傳聞證據，又不具刑事訴訟法第159條之2所規定之「可信性」及「必要性」要件，且被告及辯護人陳明甲女於警詢時所為陳述為無證據能力（本院卷第104頁），本院認為甲女之警詢陳述既均不符合上開傳聞例外之規定，應依刑事訴訟法第159條第1項規定，認無證據能力。但仍得作為彈劾證據。

三、證人甲女於112年4月16日警詢陳述筆錄，有記載不完整之情事，業經本院勘驗在卷（本院卷第102頁），是被告及辯護人若主張以其作為彈劾證據時，自以本院勘驗筆錄之記載為依據，併此敘明。

四、檢察官、被告及辯護人於本院，對於其他本案相關具傳聞性質之證據資料，均未爭執其證據能力，且屬合法取得，依法均可作為認定犯罪事實之證據。

貳、實體部分：

一、訊據被告固坦承其係伊朵美學之負責人，並於112年4月12日向甲女表示：升正式按摩師需進行考核等語，由其擔任人體模特兒，要求甲女為其進行油壓、指壓等按摩，甲女為取得

該工作，遂依被告指示，於同日17時許，在伊朵美學之包廂內，為被告進行油壓、指壓等按摩服務等事實，惟矢口否認有何對因業務關係受自己監督之人利用權勢猥褻犯行。辯稱：案發當日甲女有按摩我的背部，正面的話按摩手腳、腹部、頭部，我沒有要求甲女撫摸我的生殖器，也沒有用手強壓甲女的手去撫摸我的生殖器及鼠蹊部；按摩結束後，我有拿新臺幣（下同）2000元給甲女，因為按照伊朵美學正常收費標準是1900元，之後我開車載甲女到東海大學附近，甲女下車時我又拿1000元給甲女，當作是請甲女吃飯等語。惟查：

㈠被告係伊朵美學之負責人，負責伊朵美學營運，於112年4月12日向甲女表示：「升正式按摩師需進行考核」等語，由其擔任人體模特兒，要求甲女為其進行油壓、指壓等按摩，甲女為取得該工作，遂依被告指示，於112年4月12日17時許，在伊朵美學之包廂內，為被告進行油壓、指壓等按摩服務等情，業據被告自白在卷，且經證人甲女於偵查及原審審理時證述在卷，並有指認犯罪嫌疑人紀錄表（偵卷第35-38頁）、甲女繪製之現場圖（偵卷第41頁）、甲女提供與「伊朵美學SPA 」之通訊軟體LINE對話紀錄擷圖（偵卷第43-44頁）、甲女進出包廂時序表（偵卷第45頁）、性侵害案件代號與真實姓名對照表（偵查不公開卷第1頁）、「伊朵美學SPA 」監視器錄影畫面翻拍照片（偵查不公開卷第7-13頁）、伊朵美學按摩教學文件（原審卷第205-208頁）等在卷可參，此部分之事實應堪認定。

㈡上開犯罪事實，業經證人甲女於偵查及原審審理時證述綦詳，茲分述如下：

1.甲女於偵查中證稱：升正式按摩師考試當天，模特兒就是老闆Ａ０２，當時我就要幫Ａ０２按摩，店裡只剩下我跟Ａ０２，當時我們在店裡的A包廂，包廂裡面沒有監視器，按到最後的時候Ａ０２就起生理反應，一直拉我的手去碰他的鼠蹊部跟生殖器，我就一直把手伸回去，但是Ａ

０２一直把我的手拉回去，說再按下面一點；我有問Ａ０２剛剛是一個測試嗎，他說是，我覺得測試的話，不應該用這種方式，按完之後在公司Ａ０２給我2000元，在車上又多給我1000元，我當時覺得我忍下來就好，後來因另案報警，警察問我是否提告，我才表示要針對本案提告等語（偵卷第57-60頁）。

2.甲女於原審審理時證稱：案發當日升正式按摩師考核時，依照店內的規定應該要穿上和服，但Ａ０２堅持只穿紙內褲，我們就開始按摩，到正面的時候我在按Ａ０２的肚子，Ａ０２問我可不可以幫他按他的鼠蹊部，問我可不可以幫他打手槍，我說我不要，他就一直問我可不可以按他的鼠蹊部，我就假裝沒聽到，把手還是按回他肚子，但只要我把手按回他肚子，他就會拉我的手去按他的鼠蹊部，甚至是撥弄他的生殖器，只要我把手縮回去，他就會把我的手拉過去撥弄他的生殖器或是按他的鼠蹊部，這樣來回，還會說再深一點或是可不可以再進去一點，結束之後Ａ０２分別是在A包廂和在車上的時候有給我錢，在A包廂時Ａ０２給我2000元，在車上給我1000元；案發後之所以還希望繼續在伊朵美學工作，是因為當時我有想要存錢的計畫和想要遊學，我不想靠家裡，我想靠自己，所以我繼續在那裡工作；本案報案經過是因為112年4月14日發生我被客人性侵，我去警局做筆錄，警方問我有何需要補充，我說我有被Ａ０２性猥褻，警方才問我是否要對Ａ０２提告等語（原審卷第395-408頁）。

3.細觀甲女於112年4月15日另案警詢、本案偵查及本院審理時均證述「案發當日係因升正式按摩師需進行考核」、「考核按摩過程中被告提出是否可以幫他按摩鼠蹊部及生殖器」、「被告用手拉住甲女的手要甲女再按下去生殖器部位」、「甲女的手有碰到被告之生殖器」，是甲女歷次證述就其因升正式按摩師需進行考核時，被告要求甲女提供撫摸生殖器之服務（俗稱打手槍），並利用甲女受其監

督不敢貿然拒絕，而隱忍曲從並未反抗之情形，以手拉甲女手部去觸碰其已有生理反應之生殖器等情並無二致，且關於案發時間、地點、甲女於案發當時之反應、被告以何方式拉甲女手部去觸碰其已有生理反應之生殖器，及被告於案發後給予甲女共計3000元等，有關被告如何對甲女為猥褻行為之重要情節，未有前後不一，自相矛盾之情。又被告係伊朵美學之負責人，對於甲女具有實質管理及指揮監督權限乙節，為被告所是認，並經本院認定在前，況被告於偵查中自承：當時甲女幫我按摩時，我的生殖器確實有勃起的情形；我分別是在A包廂和在車上的時候有給甲女錢，在A包廂時給2000元，在車上給1000元等語，互核甲女之證述與被告前揭供述，足見甲女為被告進行油壓、指壓等按摩服務時，被告之生殖器已有生理反應，況且甲女於案發後隨即傳送內容為「摸那些就算了，因為考試按摩對象就是他本人他要我幫他打手槍，他說我沒有明確拒絕，他說那是測試」、「我覺得很噁心，我甚麼都沒做也沒說什麼」、「但我只能忍耐，每一個工作都有辛苦的地方」等內容予證人謝○○，有通訊軟體LINE對話紀錄擷圖在卷可證，堪信甲女前揭證述內容，並非虛構。據此，甲女證稱被告以手拉甲女手部去觸碰其已有生理反應之生殖器等語，應屬真實。

4.再者，觀察本案查獲之緣起，係甲女因另案報警製作警詢筆錄時，經警詢問有何需要補充，甲女始陳述上情（此僅係說明報案經過，不以甲女警詢陳述為證據），顯見甲女並非主動揭發本案；且甲女於原審、本院審理時表示不願調解，亦未向被告求償任何金額，衡情當無誣陷被告之動機與必要。況被告於原審審理時自承其與甲女僅見面2次，無其他糾紛等語，可知被告與甲女並無宿怨糾紛，倘非確有甲女所指訴之上情，甲女實無涉詞誣陷被告之理；再衡以甲女於偵查、原審審理時作證及表示意見過程中，有哭泣等相當情緒反應，而此反應亦符性侵害案件被害人

之反應一情，已據證人兼鑑定人即國軍臺中總醫院身心科醫師Ａ０１於本院證稱：「（問：提示偵字第28741號卷第58頁，之前檢察官問甲女『你剛才說老闆拉著你的手去碰他的生殖器，你是有直接碰到他的生殖器還是隔著紙內褲碰觸的』，甲女答『他已經勃起了，（告訴人用雙手捂臉並泛淚）他叫我幫他打手槍，我說我不要』，甲女在檢察官問到相關案情時所做的情緒反應是正常的嗎？想到這件事情就哭泣等是被性侵的人的正常情緒反應嗎？）是有可能的。」、「（問：提示原審卷第397、479、480、486頁，在這幾次法院審理的過程中，問到相同的狀況時她都有哭泣，第一次是在第397頁，在法院交互詰問過程中檢察官問甲女在包廂的過程為何，甲女回答時就有哭泣的聲音；第二次是第479至480頁，在被告答復法官的問題之後，甲女就大聲反駁『被告有碰，被告有碰』，並有哭泣的聲音，她現場聽聞被告答辯之後有這樣的情緒反應；第三次是在第486頁，審判長在問對科刑範圍的意見時，甲女就哭泣並稱『請法官重判，還我公道』，甲女這種情緒反應，在精神醫學上是否符合正常的反應？）蠻常見的。」、「（問：聽聞過去的事情，回想的時候還是會有創傷的情緒反應，是嗎？）對。」等語（本院卷第178-179頁），更可以證明甲女應無惡意杜撰不實事實，藉以構陷被告於重罪之虞。

㈢甲女遭被告強制猥褻之後，旋即尋找證人謝○○安慰等情，業據證人謝○○於原審證稱：甲女是我的前女友，當時我們已經沒有往來，那天我在上班，甲女事前沒有約要見面，我就看到甲女一個人在店外面，我就走出去看到甲女在發抖，有點在哭的樣子，當時應該是晚上8、9點，印象中那時候我快下班了，我問甲女發生什麼事，甲女說她被她的上司性猥褻，我就問發生了什麼事？甲女就陳述這件事，並且說她覺得她自己現在很髒，而且一直在抖動，因為發生這件事情後甲女一直在顫抖，我就問甲女還是需要先去急診驗傷，但甲

女說當時是她的上司拉著她的手去碰他的生殖器，還有問她可不可以幫他打手槍，就是這兩件事情其實好像是驗不出什麼東西，畢竟沒有什麼傷害，我就覺得這件事情不行，而且甲女情緒看起來不太穩定，所以我就拿我的外套給甲女披，因為我那時候還在上班時間，所以我就請甲女先冷靜一下，我還是回去繼續上班，但是我下班後出去甲女就不在了。在我跟甲女交往相處的過程中，沒有發生過甲女的情緒突然有很大的起伏，或者是哭泣或生氣類似的事情，我是第一次看到甲女這樣子等語（原審卷第408-417頁）。倘甲女未親身經歷遭被告以上述方式強制猥褻，應不至於會有上開證人謝○○所述發抖、哭泣難過之情緒表現。而證人謝○○陳述之甲女之身心狀態、認知（覺得很髒）者，由於並非用來證明甲女轉述之內容是否真實，而是作為情況證據（間接證據）以之推論甲女陳述當時之心理或認知，實已等同證人謝○○陳述其當時所目睹甲女之情況，其待證事實與證人謝○○之知覺間有關連性，自屬適格之補強證據。

㈣又甲女原已罹患憂鬱症，因遭被告強制猥褻而加重病情，造成創傷後壓力症候群之事實，亦據證人兼鑑定人即國軍臺中總醫院身心科醫師Ａ０１證述甚詳，茲分述如下：

1.證人兼鑑定人Ａ０１於本院證稱：甲女第一次來看診的時候是有一些憂鬱症的症狀，她自述的一些症狀有低落的情緒、失眠、負面的想法等等，在精神科的定義就是超過2年以上，所以診斷為持續性憂鬱。112年4月份左右，甲女打電話給我就先哭，然後說她被性侵，我看她情緒不OK，就提醒她有沒有先跟家長講了，然後要先去報案，後來就沒有問仔細的過程。後來治療過程中，她講到被侵害時，在前期情緒都蠻低落、驚恐，然後說會做惡夢，甚至有哭泣、落淚，事件發生之後，她一些症狀變嚴重，112年9月份，就進行「rTMS」治療，中文翻譯是重複性經顱磁刺激術，這是一個非藥物可以輔助治療憂鬱症等一些情緒、精神症狀的治療。之後，我對甲女進行評估，認定她屬於性

侵後的創傷後壓力症候群；甲女雖然先前就有憂鬱症，但創傷壓力症候群是性侵造成還是先前憂鬱症造成，判斷基準就是觀察創傷後壓力事件的診斷，就是看近期有沒有一個新增的壓力事件，然後在那之後相關的症狀有沒有一些變化、加重。精神科的診斷大概就是按照病人的主訴，然後我們收集有沒有相關的症狀去符合那個條例，那跟事件的關聯性，按照她表述的事件後所加重的症狀，我們就記錄起來，甲女的情形就是她在性侵後，有一個加重的因子造成她的症狀變更明顯等語（本院卷第160-167頁）。

2.又甲女雖曾於112年3月3日及其後治療病例記載「still negative rumination,self-harm behavior」，中文翻譯是指甲女的情緒低落，有負面思想，有自殘行為，換工作，預計要休學等情，而甲女確曾於112年1月22日、同年3月19日、同年9月17日有自殘行為等情，有國軍臺中總醫院中清分院附設民眾診療服務處、林新醫院、臺中榮民總醫院病歷資料、臺中市政府消防局緊急救護案件紀錄表足憑（原審不公開卷第141、144、165、9-35、205-219、231-255、269-277頁）。然此資料已為證人ＡＯ１於評估前所知悉，且不影響其對甲女創傷後壓力症候群之評估一情，亦據證人兼鑑定人ＡＯ１證稱：「（問：本案發生在4月12日，她在本案之前就有三次自殺就醫紀錄，這是你知道的？）對。」「（問：本案發生之後，9月17日又有要自殺被消防局救護下來的狀況，你知道嗎？）大約知道，次數、確定的時間點我就沒有記錄了。」、「（問：這幾次的自殺紀錄或要自殺的獲救紀錄，跟她後來發生的創傷壓力症候群有沒有關聯？）就她在4月事發之後來看診，她不穩定的情緒還有自殺的想法的確是有增加的。」、「（問：你所謂的增加是什麼意思？）情緒更低落，談到此事對她情緒的影響就很明顯，會做惡夢、會驚恐，也會讓她不知道該怎麼面對這件事。」、「（問：提示原審不公開卷第144頁，112年4月28日就診時，你在裡

面有一句話為『有時會有另一個自我來看待這件事情』，這是什麼意思？）在她說明的4月14日跟我講了事情發生之後所出現的一個現象，我是打說（本院按：指在病歷上記載）疑似有一個聽幻覺，她說會覺得好像有另外一個自己來看待這個案件，就是這個對她來講的創傷事件。」等語（本院卷第175-176頁）。

3.另關於病歷資料於甲女因此遭被告強制猥褻後，就醫時未完整明確記載，係醫師Ａ０１應甲女之要求等情，亦據其證稱：「（問：回到剛才的問題，我從你的病歷資料裡面看，事件發生後她首次就醫是在4月21日，4月21日並沒有提到4月12日或4月14日的事件對她的身心有產生影響，為何如此？）當時她有說一些相關的事件請我先不要記錄。」、「（問：所以她4月21日就已經有提到4月12日跟4月14日這兩個事件對她的影響，是嗎？）對。」、「（問：是什麼樣的影響？我問的不是她的主訴，是她講主訴之後，你看到她的精神、外觀等狀況）當時來就醫就情緒比較低落，講到這個事件也有哭泣、落淚。」、「（問：她請你不要記錄在上面？）對。」、「（問：提示原審不公開卷第155頁，一直到7月14號就診時，你才有記錄『下週三開庭會焦慮、緊張、失眠』，這中間的就診都沒有提到有關她被性侵或性騷的事件，那這中間是有講還是沒有講？）4月21日的最後一段話的when facing stress即面臨壓力時，指的就是她表述的這個事件，當時我是大概、籠統地描述。4月28日的看待這件事指的也是她表述4月份所發生的創傷事件。」、「（問：看待這件事情指的也是性侵一事？）對。」、「（問：還有嗎？5月5日、5月12日、5月19日都有去就診）對。」、「（問：這幾次就診期間都有提到這件事情嗎？）每次來，她其實都會講一下她的情緒變化以及官司進度。」、「（問：你講的是4月14日，是另外一個案件，她現在有兩個案件，一個是4月14日的，一個是4月12日的，4月14日是一個客人

對她，就是她剛才簡訊跟你講的被強姦一事，她說的是4月14日這件事情嗎？不是說的是4月12日的事情？）簡訊是講她被強姦的事情，後面她有說有兩件事，但這些過程、細節我就沒有細問。」、「（問：依照你過去的病歷資料，她因為涉及到兩個事件，一個是4月12日本案被告的事件，一個是4月14日被客人性侵的事件，這兩個事件是同時導致她的精神狀況變差產生創傷症候群，還是可以區分出單一事件造成的？）因為發生時間點蠻近的，她是在兩件事發生後才跟我說，我也才知道是兩件事，所以比較難釐清，但的確對她的情緒跟精神症狀有一些負面的影響。」等語（本院卷第176-178、179頁）。

4.另證人兼鑑定人Ａ０１雖另證稱：假設一個人患有嚴重憂鬱症，需要進行「rTMS」治療的時候，在進行這個治療之前，病患症狀有可能包含出現記憶扭曲或錯誤記憶的情形等語（本院卷第173-174頁）。然甲女陳述之上開事實，並非記憶扭曲或錯誤記憶，已詳述前，故自可排除甲女因先前有憂鬱症，因記憶扭曲或錯誤記憶而向醫師Ａ０１為不實主訴之可能，辯護人以此質疑甲女主訴之真實性，並進而影響證人兼鑑定人Ａ０１之創傷後壓力症候群評估云云，即難採信。

㈤妨害性自主犯罪之被害人，於遭侵害後反應不一而足，被害人之身心狀態、心理素質、年齡、智識程度、社會經驗、與加害者間之關係如何、侵害情狀，均會影響被害人於案發後之反應，並無制式之反應，更非所有妨害性自主犯罪之被害人均會有相同之反應。經查：

1.甲女遭被告強制猥褻後，並未向店長乙女（即陳○○，年籍資料詳卷）求助或陳述，且與被告、乙女在伊朵美學休息室談工作時，亦無不正常之反應等情，業據證人乙女於原審證述甚詳（原審卷第418-429頁），並經原審勘驗伊朵美學監視器錄影光碟，有勘驗筆錄及其附件可查（原審卷第311-365頁）。然性侵害之被害人不一定會在當下有

情緒反應等情，已據證人兼鑑定人Ａ０１於本院證稱：「（問：提示原審卷第311至351頁勘驗筆錄，原審法官曾經就假設甲女遭被告猥褻行為之後，甲女跟乙女還有被告三人曾經在他們的聊天室裡面一起討論有關契約的事情，當時甲女的情緒並沒有產生驚慌、恐懼或其他不良反應的情形，為什麼會產生這樣的現象？）就我的臨床經驗，有一些個案的創傷恐懼會蠻持續的，但有時候不會這麼明顯，那這些過程情境她也沒有跟我詳細講過。」、「（問：就你過去的診療經驗，不是每個被害人都會立刻反應出憂傷、悲傷、恐懼的情緒嗎？）每個人發生的時間點可能不一定，有些人會在事件後就立即出現，有些人可能會延遲。」等語（本院卷第179-180頁）。再徵諸甲女於事發離開伊朵美學後，隨即前往已分手之前男友謝○○工作場所，尋求慰藉，嗣後又有因此事件加重病情，造成創傷後壓力症候群等情觀之，顯見甲女僅係未當場出現情緒反應，並無違反常情之處，自難以此而為有利被告之認定。

2.又當日甲女雖仍搭乘被告駕駛之自小客車前往東海夜市尋找前男友謝○○，且於隔2日（即4月14日）仍至伊朵美學上班，然甲女證稱：「（問：妳是如何離開的？）被告Ａ０２硬要載我回去，所以我是搭Ａ０２的車離開『伊朵美學』。」、「（問：被告是如何跟妳說，要妳搭他的車？）因為我跟Ａ０２說我要找朋友，Ａ０２一直覺得我在騙他，而且他要我再幫他按第二次，我說我不要，我要去找朋友，被告就一直覺得我在騙他，我說我自己搭公車就行，Ａ０２就說：『那我載妳回去』。」、「（問：妳有無在『伊朵美學』工作？）有，我在『伊朵美學』工作一天，之後因為有發生其他事件我就離職了。」、「（問：為何被告對妳做了這樣的事情，妳仍然決定要在『伊朵美學』這邊工作？）因為店長那時候對我很好，我很信任她，我覺得她可以保護我，我也有把Ａ０２對我性

猥褻的事情跟她講，我說：『妳知道老闆昨天叫我幫他打手槍嗎？』、『妳在考核的時候有遇過嗎？』，店長說沒有，但店長看起來沒有很意外，而且當時我有想要存錢的計畫和想要遊學，我不想靠家裡，我想靠自己，所以我繼續在那裡工作，再來我的個性比較逞強，所以我還是硬著頭皮在那邊工作，但我隔天4月13日沒有去上班，因為我狀態太差。」等語（原審卷第401、404-405頁），再徵諸甲女於事發離開伊朵美學後，隨即前往已分手之前男友謝○○工作場所，尋求慰藉，嗣後又有因此事件加重病情，造成創傷後壓力症候群等情觀之，已足彰顯甲女遭受被告強制猥褻後之自我孤立及惶恐不安，即使其未能當場反映情緒或對外求援，或困於經濟因素而不得不仍於隔2日後，仍至伊朵美學上班，亦係囿於甲女當時正處無助之情境，以致遇此情形不知如何自處，自難據此推論被告所為並無違反甲女之意願。準此，本案自不能以甲女未當場向外求助或隔2日後，仍至伊朵美學上班等，即認其所述為不實。辯護意旨此部分所辯，乃係推測之詞，亦是將性別刻板印象及對性侵害完美被害人之迷思加諸於甲女身上，實不足採。

3.另甲女雖就112年4月14日指訴另案被告強制性交罪嫌，經臺灣臺中地方檢察署檢察官以112年度偵字第28726號為不起訴處分確定，然甲女指訴另案被告是否成立犯罪，與本案並無關聯性，辯護人執此指摘甲女證述之可信性，自難採憑。

㈥告訴人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信；尤其關於行為動機、手段及結果等之細節方面，告訴人之指陳，難免故予誇大；然其基本事實之陳述，若果與真實性無礙時，則仍非不得予以採信。證人甲女於原審雖證稱：我也有把Ａ０２對我性猥褻的事情告知乙女等語（原審卷第405頁），然證人乙

女於原審則證稱：甲女不曾告知遭Ａ０２強制猥褻等語（原審卷第426頁）；證人甲女於原審雖證稱：我在4月12日案發當下，被告Ａ０２去洗澡時我傳簡訊給謝○○，後來我去東海別墅找謝○○，因為我已經崩潰到我講不出話來，所以我請謝○○拿紙條給我，我用寫的給他等語（原審卷第405頁），然證人謝○○於原審則證稱：甲女事先沒有告訴我要來找我，她是用口頭方式告訴我遭老闆強制猥褻等語（原審卷第409、412頁），此或因記憶不清所致，或因誇大所致，其前後指證遭被告強制猥褻罪之重點則始終一致，並無重大歧異，揆之前揭說明，尚難以此而認甲女之指證與事實不符。

㈦刑法第224條強制猥褻之手段，所舉「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法」，其中「強暴、脅迫」，係指對人之身體或心理施以強制力，以妨害被害人之意思自由為已足，不以致被害人不能抗拒之程度為必要。至「其他違反其意願之方法」，則係指強暴、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，不以上揭列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術相當之強制方法為必要。倘被害人既已明示反對、口頭推辭、言語制止、肢體排拒，行為人猶然進行，即非「合意」，而該當於「以違反被害人意願之方法」。經查，被告先利用其為甲女進行「芳療師」考核時，由其擔任人體模特兒，甲女為其進行油壓、指壓等按摩考核，要求甲女提供撫摸生殖器之服務（俗稱打手槍），然經甲女拒絕，仍違反甲女意願，以手強拉甲女之手去觸碰其已有生理反應之生殖器，甲女隨即縮回其手，被告又接續多次拉扯甲女之手，觸碰其生殖器或其旁邊鼠蹊部位，其行為顯逾正常按摩考核目的，而係滿足自己性慾之猥褻行為；況甲女當時明確表示不願意而拒絕之意，被告猶不顧甲女反對，強拉甲女之手接續為上開強制猥褻行為，已構成「其他違反其意願之方法」甚明，顯然已壓抑甲女之性自主意思，自屬違反甲女意願而有強制猥褻之故

意無疑。

二、綜上所述，被告否認犯罪之辯詞要無可採，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

參、法律之適用：

一、所謂猥褻行為，係指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為，亦即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾，而侵犯他人性自由之權利，使被害人有被侵犯之被害感覺，係屬於性侵害之概念。本案被告以違反甲女意願之方法對甲女為如犯罪事實欄所示行為，依一般社會通念，在客觀上已足以引起性慾之興奮與滿足，並使甲女感到嫌惡或恐懼，自屬猥褻行為無訛。

二、核被告所為，係犯刑法第224條之強制猥褻罪。

三、被告曾於106年間犯營利姦淫猥褻罪，經法院判處有期徒刑6月確定，於108年1月2日易科罰金執行完畢，有卷附法院前案紀錄表可憑（本院卷第67-68頁），為累犯。然查：

㈠被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。此為本院最近統一之見解。倘檢察官已提出相關構成累犯事實及應加重其刑事項之證據資料，經踐行調查程序，法院認仍有不足時，始得視個案情節斟酌取捨，決定是否立於補充性之地位，曉諭檢察官主張並指出證明方法。惟如檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，審理事實之法院自不能遽行論以累犯、加重其刑，否則即有適用法則不當之違法。至檢察官未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於此情形，該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為

量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，或上級審法院逕依職權，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘下級審判決違法或不當，而撤銷該判決。亦為最高法院最近所持之見解。

㈡查，被告因涉犯強制猥褻罪嫌，經檢察官提起公訴，惟檢察官於起訴書內並未請求法院對被告所為本案犯行依累犯規定加重其刑；檢察官於第一審法院言詞辯論終結前，亦未就上訴人構成累犯之事實及應加重其刑之事項，有所主張並具體指出證明之方法（原審卷第481-482頁）。第一審於判決時，乃將被告之前科資料，列為刑法第57條第5款所定量刑審酌之事項（原判決第8頁第11-12行），而對被告所應負擔之罪責予以負面評價。而被告以原審認定事實有誤為由，提起第二審上訴。依上開說明，被告該可能構成累犯之「營利姦淫猥褻罪前案」素行，既已列為原審量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以負面評價，依重複評價禁止之精神，本院自不得以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯，並加重其刑為由，指摘原審判決違法或不當，而撤銷該判決，併此敘明。

肆、撤銷原判決及本院量刑之理由：

一、原審認被告上開犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：㈠被告係犯刑法第224條之強制猥褻罪，原判決誤認係刑法第228條第2項之利用權勢猥褻罪，有適用法則不當之違法；㈡被告之辯護人於原審爭執甲女警詢證述之證據能力（原審卷第305頁），原判決未說明甲女警詢陳述例外有證據能力之理由，仍引用甲女於112年4月15日警詢陳述為證據（原判決第4頁第5-13行），亦有證據理由矛盾及理由不備之違法。被告上訴意旨仍執陳詞否認犯罪，為無理由，然原判決既有上述違誤，即屬無可維持，自應由本院予以撤銷改判。

二、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為滿足個人之私慾，竟

無視甲女意願，以上述之方式對甲女為猥褻行為，嚴重侵害甲女之性自主決定權，且犯後矢口否認，毫無悔意，所為已造成甲女生理及心理上難以磨滅之陰影，對原已有憂鬱症之甲女，形成更大之傷害，造成創傷後壓力症候群，應嚴予非難；並審酌被告犯罪之動機、目的、手段，兼衡被告曾犯營利姦淫猥褻罪，經法院判處有期徒刑6月確定，於108年1月2日易科罰金執行完畢之素行紀錄，再犯本案強制猥褻案件，足認其素行不良，未因前案之執行而謹言慎行，及被告自述大學畢業、從事伊朵美學負責人、未婚、家中有父母、兄姊、經濟狀況一般之智識程度、就業情形、家庭經濟及生活狀況（本院卷第152頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。又原判決係因適用法律不當而由本院撤銷改判，而原判決所引用之刑法第228條第2項法定刑為「3年以下有期徒刑」，本院所適用之刑法第224條法定刑為「6月以上5年以下有期徒刑」，本院所適用之刑法第224條法定刑較重，是依刑事訴訟法第370條第1項但書規定，本院量處較重之宣告刑，並無同條項前段禁止不利益變更原則之適用，併予敘明。

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。

本案經檢察官陳旻源提起公訴，檢察官ＡＯ３到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　26　　日

刑事第十庭　　審判長法　官　莊　深　淵

法　官　林　美　玲

法　官　楊　文　廣

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　翁　淑　婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　2　　日

附錄論罪科刑法條：

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。