臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第2334號

上　訴　人
即　被　告　吳三德
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　吳存富律師
　　陳姵臻律師

上列上訴人即被告因妨害風化案件，不服臺灣臺北地方法院114年度訴字第830號，中華民國115年1月15日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署114年度偵字第7439號，移送併辦案號：115年度偵字第12809號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

吳三德犯如附表一「罪名及宣告刑」欄所示各罪，各處如附表一「罪名及宣告刑」欄所示之刑。應執行有期徒刑貳年。

扣案如附表二所示之物均沒收。

事　實

吳三德向不知情之黃超群承租臺北市○○區○○路000號1樓至3樓（下稱本案房屋），在上址經營「郁晴時尚館」（店招：時雨養生館，下稱本案養生館），因涉有圖利容留性交、圖利容留猥褻等罪嫌，於民國113年6月20日1時32分為警查獲（此部分不在本院審理範圍）。詎吳三德竟另行起意，於上開案件為警查獲後起，至114年1月2日22時30分本案為警查獲時止，將本案養生館作為容留如附表一所示女子與他人為性交、猥褻行為以營利之地點，以每日薪資新臺幣（下同）1,200元之薪水僱用高珮玲（檢察官另行起訴）、廖家妤（原審另案判處應執行有期徒刑1年）擔任現場櫃臺人員，吳三德分別與高珮玲、廖家妤基於意圖使女子與他人為性交或猥褻之行為而容留以營利之犯意聯絡，由吳三德指示櫃檯人員（高珮玲或廖家妤）向附表一所示男客及趙孝哲

先收取1,300元按摩費並帶至包廂房間，櫃檯人員再通知按摩女子進房，容留其等在房內與男客進行猥褻之「半套」性交易服務或性交之「全套」性交易服務（男客趙孝哲進入包廂房間後，尚未由按摩女子進入房間進行按摩，即為警查獲），吳三德從每次交易中抽取500元之報酬，以此方式營利。

理　由

甲、程序部分

壹、證人陳信光、陳文雄、趙孝哲、陳俊偉、盧柏睿、許釗賓、吳昶毅（下合稱陳信光等7人）、證人即附表一所示6名性交易女子、證人廖家妤警詢陳述之證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。上開證人之警詢陳述，對被告吳三德而言均屬審判外之陳述，並據辯護人爭執該等警詢陳述之證據能力，且無同法第159條之1至159條之5之例外情形，應無證據能力。

貳、證人廖家妤偵訊證述之證據能力

一、按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。

二、被告及其辯護人雖爭執證人廖家妤偵查中具結證述（114年1月3日檢察官訊問筆錄）之證據能力，主張廖家妤遭檢察官不正訊問（本院卷二第57頁），而廖家妤所涉妨害風化案件於另案（即原審法院114年度訴字第553號，下稱另案）審理中，經原審法院勘驗上開偵訊期間之錄影畫面，結果可見檢察官開始訊問時，有明確告知廖家妤關於刑事訴訟法第95條規定之權利，並詢問其在警詢中陪同之律師是否會到場，經廖家妤表示律師不到場，復觀諸訊問過程係以一問一答方式進行，並無檢察官強迫廖家妤應答之狀況，且檢察官雖告知廖家妤有聲請羈押之打算，然此係因廖家妤表示警詢中之辯護人「為任職之店家委任，並非親自委任」，經檢察官斟酌案情後認其有勾串共犯或證人之虞，進而告以接下來之偵查

作為並要求廖家妤「想清楚再回答」，有另案勘驗筆錄可憑（原審卷一第117-130頁），實難認檢察官有何不正訊問之處，遑論廖家妤在另案審理中證稱：（問：當時地檢署講的話是真的還是假的？）真的，被嚇到所以講出真話，（問：確定當時講的話是事實？）是（原審卷一第91頁），考量其年逾50歲又智識正常，具相當之社會經歷，應能憑藉自己意思自由陳述，辯護人主張檢察官對廖家妤不正訊問，顯無可採。

三、證人廖家妤在偵訊時業經具結，並無顯不可信之情，且其在原審審理中具結作證並接受交互詰問，調查證據之程序已完備，被告詰問權已獲保障，故廖家妤於偵訊中之結證自有證據能力。

參、證人李佳翰警詢陳述之證據能力

一、按被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟第159條之2定有明文。所謂「與審判中不符」者，係指該陳述之主要待證事實部分，自身前後之供述有所不符，導致應為相異之認定，此並包括先前之陳述詳盡，於後簡略，甚至改稱忘記、不知道或有正當理由而拒絕陳述（如經許可之拒絕證言）等實質內容已有不符者在內；所謂「可信性」要件，則指其陳述與審判中之陳述為比較，就陳述時之外部狀況予以觀察，先前之陳述係在有其可信為真實之特別情況下所為者而言。例如先前之陳述係出於自然之發言，審判階段則受到外力干擾，或供述者因自身情事之變化等情形屬之，與一般供述證據應具備之任意性要件有別。至所謂「必要性」要件，乃指就具體個案案情及相關證據予以判斷，其主要待證事實之存在或不存在，已無從再從同一供述者取得與先前相同之陳述內容，縱以其他證據替代，亦無由達到同一目的之情形（最高法院96年度台上字第4365號判決要旨參照）。

二、被告及其辯護人雖爭執證人李佳翰警詢陳述之證據能力，惟證人李佳翰於警詢中明確證述於113年11月17日進入包廂消費之詳細過程，並具體指認櫃檯人員為高珮玲（偵4349卷第286-289頁），而其在另案審理中先稱忘記當時的櫃檯人員，後又改稱櫃檯的人不是吳三德（本院卷二第9、12頁），足見其警詢中所述與另案原審審理中之證詞已有不符。而證人李佳翰並未反應警詢期間有何非出於己意而陳述情形，復以其在警詢筆錄製作完畢後，經親閱確認無訛始簽名，可見該警詢筆錄係出於真意所為，製作過程並無違法、不當或證明力明顯過低之瑕疵，佐以證人李佳翰於接受警方詢問時，具利害關係之被告並未在場，並無時間或機會編造、勾串事實，且警詢中陳述最接近案發時間，記憶當最為清楚，具有可信之特別情況，復關乎被告及其共犯之犯罪事實存否，與證明本案犯罪事實存否有必要性，依前開規定，其警詢陳述應具證據能力。

肆、證人陳信光等7人及李佳翰於另案原審證述之證據能力

被告及其辯護人雖爭執證人陳信光等8人於另案原審證述之證據能力，主張其等未於本案經被告交互詰問（本院卷二第57頁）。惟按被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第1項定有明文。參以其立法意旨已明謂：被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）於法官面前所為之陳述（含書面及言詞），因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此均應得作為證據等語。是該等之人於法官前所為證述，自有證據能力（最高法院110年度台上字第3907號判決意旨參照）。查證人陳信光等8人於另案原審審理時所為之證述，均係以證人之身分經法院傳喚到庭作證並經具結，而其等證述內容亦係本於親身實際體驗之事實所為之陳述，當屬其等於法官面前之任意性陳述，揆諸前開說明，自均有證據能力。

伍、本判決所引用之其他非供述證據，查無違反法定程序取得之情形，依同法第158條之4反面解釋，均具證據能力。

乙、實體部分

壹、得心證之理由

訊據被告否認圖利容留女子與男客為猥褻或性交之行為，其辯解及辯護人辯護要旨略以：原本這家養生館經營者是趙慶之，在趙慶之過世後由被告接手處理帳務，被告只是股東卻被誤認為老闆，實際上並非養生館負責人也未僱用櫃檯人員，僅將店內營收扣除廖家妤與按摩師薪資後，所餘款項用以支付租金與水電等費用，不清楚店內相關事宜，也不知道按摩師有無從事性交易，何況店內張貼禁止性服務之標語，被告根本無從得知按摩師與男客在房間內的行為，櫃檯人員亦未向男客收取媒介或容留性交易服務之費用，本件是按摩師為了賺取金錢而私下與男客性交易，應諭知被告無罪判決。經查：

一、附表一所示女子與男客確實有在本案養生館房間內從事半套或全套之性交易：

（一）證人陳信光於原審（另案）審理中具結證稱：114年1月2日傍晚有前往本案養生館消費，櫃檯人員當時沒有詳細說明服務內容，只說按摩1,300元，收費後就告訴我房號，我自己走進去，按摩小姐（即陳氏惹）沒有先詢問，就直接進行半套性服務，也沒有另外收錢；捷克論壇上有介紹本案養生館，很多人會去留言提到半套性服務，我也是因為這樣才去消費，所以當時按摩小姐沒有詢問就為我打手槍，我不覺得奇怪（本院卷一第85-97頁）。

（二）證人陳文雄於原審（另案）審理中具結證稱：我於114年1月2日18時前往本案養生館，進到店內後櫃檯人員沒有說明消費項目就收1,300元，並要我去指定包廂等，我沒挑小姐，讓櫃檯人員安排，按摩小姐（即鄧美玲）幫我按摩時有問是否要加價1千做全套，我就答應，加價的錢是直接給小姐，保險套由小姐提供，過程中小姐有隨時觀看手

機的監視器，監視器是養生館一樓門口的畫面，因為有監視器我覺得比較安全不會被抓（本院卷一第97-106頁）。

（三）證人趙孝哲於原審（另案）審理中具結證稱：114年1月2日晚上7點後有去本案養生館消費，櫃檯人員接待並替我結帳後，我就上樓去包廂，之前我消費過差不多5次，應該有廖家妤擔任櫃檯人員的情形，廖家妤沒說服務內容及價錢，就只有收費而已，以前我都給8號小姐（阮金華）按摩，但廖家妤是否為查獲當天的櫃檯，我已經沒有印象，查獲那天我進到包廂房間後先洗澡，洗完澡警察就來了，還沒看過服務的按摩小姐，那時沒有小姐進來服務（本院卷一第157-173頁）。

（四）證人陳俊偉於原審（另案）審理中具結證稱：114年1月2日19時許有前往本案養生館消費，到了直接去櫃檯繳費1,300元，櫃檯人員沒有接待，也不會介紹消費方式，我當天有指定8號小姐（阮金華），因為之前有去消費過2、3次，就有與8號小姐加LINE，之前去消費時，按摩小姐都有做半套性服務，但當天按摩剛要開始，警察就來臨檢了，半套性服務要加價500元，有些小姐會先拿，有些則是結束再給，我在本案養生館已經算是熟客，按摩小姐不會問，就直接開始做半套性服務，在包廂的時候按摩小姐會將手機放椅子上，是連結監視器的一樓櫃檯及大廳的畫面，當天按摩時按摩小姐有提醒警察來臨檢，要我趕快穿內褲、衣服（本院卷一第106-117頁）。

（五）證人盧柏睿於原審（另案）審理中具結證稱：114年1月2日20時許有前往本案養生館消費，當時是廖家妤擔任櫃檯人員，廖家妤沒有介紹消費項目及費用，就直接收1,300元，當天小姐進去先幫我按摩，後來說有警察來臨檢，我才看到按摩小姐在用手機看監視器的畫面，小姐有交代什麼都不要講；我因為朋友介紹而有去消費過2、3次，朋友說那邊有半套性服務，不用另外加錢，我之前去每次小姐都有提供半套性服務，第一次去本案養生館消費的時候，

我有問當時的櫃檯人員，加價的部分是不是直接給小姐，櫃檯人員說對，所以店家應該知道按摩小姐有提供性服務的事情（本院卷一第143-154頁）。

（六）證人許釗賓於原審（另案）審理中具結證稱：114年1月2日20時許有前往本案養生館消費，當時櫃檯人員應該是廖家妤，我之前就認識9號小姐（即黃麗愛），因為9號小姐到本案養生館工作，所以我才會去本案養生館找9號小姐服務，櫃檯人員向我收取1,300元後，我就到指定的包廂等，當天本來也有要做半套性服務，但還在按摩的時候，警察就來臨檢了，之前在本案養生館9號小姐確實有幫我做半套性服務（本院卷一第121-129頁）。

（七）證人李佳翰於警詢中證稱：我於113年11月17日2時45分前往養生館跟櫃檯說要按摩，櫃檯沒介紹按摩內容及時間，就跟我收1,300元，收費後我就進入包廂等，洗澡後按摩小姐（13號王素珍）進來替我擦拭身體並按摩背及腿部，之後她要我轉到正面，我問要加多少，小姐說加1,500元只有打炮沒有口交，我答應後，小姐就去洗澡並穿性感睡衣進來，她打開手機的監視1樓及店外畫面，把手機放在旁邊隨時監控，後來小姐親吻我身體並用手撫摸生殖器，之後替我戴上保險套然後開始性行為，中間有換姿勢直到射精，接著我有拿手機對著小姐及剛剛使用過的保險套錄影，那天的櫃檯人員是指認編號表中的2號（即高珮玲）（偵4349卷第285-289頁）。於原審（另案）審理中具結證稱：本案養生館在網路上名氣很大，有蠻多廣告及文章介紹他們服務有打手槍及口交，當天我給按摩小姐1,500元做性交易，保險套是小姐提供的，過程中小姐用手機觀看監視器畫面，拍攝範圍是大門、樓梯及櫃檯，偵13703卷第101頁上方照片是當天服務的小姐，我有把畫面提供給警方（本院卷二第5-20頁）。

（八）證人吳昶毅於原審（另案）審理中具結證稱：我在這家店有消費大概7、8次，看過2、3個櫃檯小姐，於114年1月2

日晚間有前往本案養生館，廖家妤是當天的櫃檯人員，因為我已經與13號小姐（王素珍）約好，所以由廖家妤收費後我就去2樓包廂等，我是從事全套性交易，全套要另外給小姐1,500元，半套不用另外加錢，警詢時因為害怕才說沒有性交易，1月2日那天是有進行全套性交易的；按摩過程中小姐會用手機看大廳的監視器，她說擔心警察來臨檢，也表示如果警察問，都不要承認，後來小姐在手機螢幕的監視器看到警察衝進來，叫我馬上去浴室，接著她就跑出包廂（本院卷一第130-142頁）。

（九）證人即櫃檯人員廖家妤於偵訊中結證稱（以下引用另案原審勘驗廖家妤偵訊光碟之內容）：我從113年6月1日開始在本案養生館做櫃檯，客人進來店裡我們就是收1,300元，（問：店裡是否有在做半套或全套？）有，這個錢是客人另外給小姐，（問：收1,300元部分和小姐怎麼分？）小姐抽800，我們抽500，（問：你從113年6月1日到養生館工作，店內的大陸籍與越南籍女子就有在做半套或全套的性交易對不對？）對（原審卷一第121-123、127頁）。

（十）上開前往本案養生館之男客僅係單純消費之一般顧客，並無刻意虛構事實誣陷他人入罪之動機，亦無必要承認自己進行性交易而自陷社會秩序維護法之必要，而其等分別一致指證本案養生館有提供性服務，且附表一所示按摩小姐多為經濟相對弱勢者，應無可能在無額外收入之誘因下，冒著遭店家發現、進而開除致失去工作及經濟來源之風險，私下與男客從事性交易，何況該等男客進入店內消費時，櫃檯人員直接向其等收取1,300元費用，並未介紹按摩種類、項目或時間長短，上揭男客均證稱之前從網路或友人處得知養生館有提供按摩外之性服務，復以員警於114年1月2日在本案養生館搜索時，於3樓公共空間垃圾桶內查獲使用過之保險套，有現場照片在卷可憑（偵13703卷第107頁），另證人李佳翰亦提供其於113年11月17日在店

內性交易後，以手機拍攝提供性服務之按摩女子及使用過之保險套照片（偵13703卷第101頁上方照片），凡此均足徵本案養生館之經營模式包含按摩女子與男客為全套或半套之性交易，店家確有容留女子為男客提供性交及猥褻性服務之事實，此情已足認定。

二、被告為本案養生館之實際負責人，其意圖營利而容留附表一所示女子與男客進行性交易（全套或半套）

（一）被告為本案養生館之實際負責人

1、依原審勘驗另案偵訊光碟內容，證人廖家妤於偵訊中結證稱：（問：吳三德是不是負責人？）對，（問：是不是吳三德叫你不要指認他？）恩，對，（問：吳三德什麼時候開始僱用你？）去年6月，（問：裡面的小姐做半套還是一套？或是都有？）都有，（問：店裡怎麼抽成？）客人進來就收1,300元，（問：和小姐怎麼分？）小姐抽800元，我們抽500元，（問：吳三德什麼時候僱用你做櫃檯？）從113年6月1日開始，（問：每天領多少？）每天1,200元，1個月36,000元，（問：櫃檯剩下的錢交給誰？吳三德？）對，交給他，兩三天結一次，（問：吳三德會來店裡面拿？）對，（問：吳三德從每個客人付的1,300元理抽500元？）是（原審卷一第117-128頁）。

2、證人即承辦員警莊晨星於原審審理中證稱：我曾於113年1月到本案養生館查緝，當時門口即張貼徵求櫃檯人員的公告（其上載有聯絡電話0000000000），我也將大門的情形拍照，這張公告直到警方於114年1月2日到場查緝時仍在，而被告曾於111年6月11日因其經營之養生館遭砸店而製作筆錄，警詢當時留的電話就是0000000000這支號碼；我們分局針對轄內養生館執行臨檢的資料中，有本案養生館的臨檢紀錄表（臨檢時間113年11月9日、114年5月3日），有盤查到吳三德在現場，另依據警方小電腦之盤查紀錄，也可看到警方多次前往現場都遇到吳三德（原審卷一第154、157頁），復有本案養生館店門口照片（刊登徵

求櫃檯人員的公告）、被告出入養生館之畫面、被告於111年6月11日在龍山派出所製作之調查筆錄、萬華分局龍山派出所臨檢在場人員名冊、臨檢盤查紀錄（小電腦查詢結果列印資料）（原審卷一第179-181、203-206、278-280頁）可佐，可見員警所證上情確實有據。

3、依被告承租本案房屋之租賃契約，其上關於承租人吳三德之電話號碼記載為0000000000（原審卷一第273頁），再觀諸本案養生館門口掛有「櫃檯 清潔人員（無經驗可培訓）0000000000吳先生」等字樣之紅布條（原審卷一第213頁），可證上開手機門號確實為被告徵求本案養生館之櫃檯與清潔人員所用，倘如被告所辯，其僅係養生館之股東而非實際負責人，當無必要以自己持用之行動電話號碼作為徵人聯繫之用，亦無理由經常出入本案養生館而多次遭警方盤查，由此可見證人廖家妤所證，被告為養生館之實際負責人，且廖家妤係經被告僱用任職櫃檯並領取日薪等語，應為實情。

4、徵諸被告供稱本案櫃檯人員與按摩女子的薪水是「當日結」，店內營收是由櫃檯向客人收費後，扣除櫃檯人員與按摩女子的薪資，將所餘現金放在保險櫃中，由被告定時前往拿取，並將款項用以繳納店租和水電費、營業稅（本院卷一第228-229頁），可見被告確實經手本案養生館的營收與帳務處理。再依卷附被告與其他櫃檯人員郭諭蓁、郭諭蓁與「詩雅」的通訊軟體對話紀錄，「詩雅」介紹郭諭蓁向被告面試，並提及被告經營多家養生館店址包含「○○路一樓到三樓」，而郭諭蓁稱呼被告為「老闆」，詢問被告關於日班、晚班的薪資以及每月休假日數，而被告亦告知「白班的33,000起跳，晚班34,000起跳，如果好再加」、「一休4天，如果1段時間可以休5天」、「10點才開門」等情，另郭諭蓁曾向被告表示身體不適需要請假1週，詢問代班、排休等工作問題（本院卷一第411-420頁），若被告只是單純股東身分，不介入員工薪水發放及

排班、休假等事宜，郭諭蓁自無必要再三請示被告之意見，由此足徵被告參與養生館的實際經營，且對人力安排與管理均有所掌控，其為本案養生館之實際經營者，要屬無疑，被告所辯在趙慶之過世後（即114年1月1日後《偵33418卷第539頁》）始接手養生館帳務，顯係卸責之詞。

（二）被告知悉並容留女子與男客為全套或半套性交易

1、本案養生館為警於114年1月2日晚間查獲如附表二所示之監視器螢幕、主機與鏡頭，其中監視器鏡頭數量多達22顆，有搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品清單等在卷可憑（偵4349卷第59-73頁），又養生館大門外與內部均廣布監視器鏡頭，在該處從事性交易之按摩女子更可觀看手機中安裝之監控畫面，隨時注意各監視鏡頭的錄影畫面，此除據證人即上開男客分別證述在卷外，亦有現場照片、多名按摩女子之手機畫面可參（偵4349卷第320-328頁，偵13703卷第103-112、119-129頁），若養生館實際經營者並未容許按摩女子在店內與男客進行性交易，當無設置眾多監視鏡頭密切注意店家各方動態之必要，更不必讓按摩女子的手機安裝監控軟體，即時掌握店內外各處人事活動狀態，可見該等監視器之設置與一般合法商家裝設監控以確認店內安全的情形並不相同，且以本案養生館監視鏡頭裝設位置與密集程度、追蹤臨檢動態等各節，均與提供場所進行色情服務之店家往往有隱匿、須隨時注意臨檢之高度警戒情形相符，更證養生館確有容留女子與他人為性交、猥褻行為以牟利之情，且為經營者所允許。

2、被告不僅定期出入本案養生館、經手店內營收和帳務，更掌控養生館的人事安排及管理，僱用櫃檯與打掃人員並發放薪資，其為養生館之實際經營者，業經本院認定如前，且被告多次在警方臨檢、盤查時在場，更證養生館營業期間，被告確實會在店內。而經營按摩養生館不得從事性交易之行為，容留女子與他人為猥褻、性交行為，乃警方歷年來掃蕩色情、治安查察之重點，具備一般社會生活經驗

之成年人均能知悉，被告亦無不知之理，何況依員警莊晨星所證，萬華分局針對本案養生館編排專案臨檢勤務，案發期間曾有多次臨檢該店之紀錄（原審卷一第156-157頁），被告對於經營之養生館頻遭臨檢，顯已有諸多經驗，倘其禁止店內按摩女子和男客從事色情按摩，考量該等女子若為警查獲性交易將遭行政罰鍰，更可能使店家負責人負擔刑責，且其等謀生不易，若非被告授意或容許，應無甘冒察覺甚至開除之風險擅自提供性服務，是認被告對於養生館的營運模式包含半套及全套性交易知之甚詳，主觀上對於該等女子從事性交易確實知情，且有容留以營利之犯意甚明。

3、附表一所示男客前往養生館消費時，分別經被告聘僱之櫃檯人員（高珮玲、廖家妤）接待並安排各該按摩女子進行全套或半套之性交易，已如前述，廖家妤更明確證稱受被告僱用並領取日薪1,200元，復依前開男客證人所證，櫃檯人員接待時並未詳述按摩項目，而是直接收取1,300元之固定費用，此與一般正規經營之養生館消費模式明顯有別，由此更證不論是前往消費之男客或櫃檯人員，彼此對於服務內容包含色情按摩均有認知上的默契，櫃檯人員亦知悉店內女子與男客從事性交易。衡以上開1,300元服務費用中，由按摩女子抽取800元，店家分得500元（店內營收），而櫃檯人員的薪資是從店內營收中扣除，是認被告與櫃檯人員（高珮玲、廖家妤）除均有容留女子與男客為猥褻或性交行為之主觀犯意外，其等皆有從中牟利之意，且彼等對容留女子與人為性交易之犯行有犯意聯絡與行為分擔，俱為共同正犯。

（三）綜上所述，被告所辯顯係事後卸責之詞，無可採信，本件事證明確，其容留女子與他人為猥褻行為、性交行為以營利之犯行均堪認定，應依法論科。

貳、論罪部分

一、按刑法第231條之犯罪構成要件，乃以行為人主觀上有營利

及使男女與他人為性交或猥褻行為之犯意，客觀上有引誘、容留或媒介之行為已足，屬於形式犯。故行為人只要以營利為目的，有使男女與他人為性交或猥褻行為之意圖，而著手引誘、容留或媒介行為，即構成犯罪；至該男女與他人是否有為性交或猥褻之行為，則非所問，亦不以媒介行為人取得財物或利益，始足當之。是其犯罪係即時完成，無待任何具體有形之結果可資發生，性質上與未遂犯並不相容，應無未遂犯可言（最高法院98年度台上字第862號判決意旨參照）。又按刑法第231條第1項之處罰客體係容留、媒介等行為，並非性交、猥褻行為，亦即其罪數應以容留、媒介等行為（對象）定之；苟其容留、媒介「同一人」而與他人為多次性交易，在綜合考量行為人之犯意、行為狀況、社會通念及侵害同一法益下，依社會通念，認刑罰上予以單純一罪評價，始符合刑罰公平原則者，固應僅以一罪論；至於容留、媒介「不同女子」為性交易行為部分，其行為之時間、地點明顯可以區隔，各行為可分而具有獨立性，自應分別論罪（最高法院109年度台上字第4531號判決意旨參照）。

二、核被告所為附表一編號1、3至5部分，其容留上開4名女子與人從事猥褻之行為以營利，均係犯刑法第231條第1項之意圖營利而容留女子與他人猥褻罪（共4罪）；附表一編號2、6部分，被告容留該等女子與人從事性交行為以營利，均係犯同條項之意圖營利而容留女子與他人性交罪（共2罪）。附表一編號1至5部分，被告與廖家妤有犯意聯絡及行為分擔；附表一編號6部分，被告與廖家妤、高珮玲各有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告就其容留同一女子與不同人為性交易部分（即附表一編號6），應認係於密接之時、地，同一犯意下所為之接續行為，僅論以一罪，而其就容留不同女子與他人為性交易部分，彼此間具獨立性，自應分論數罪，是被告所為附表一所示6次犯行，其犯意各別，行為互異，應予分論併罰。

三、移送併辦併予審理及退併辦之說明

（一）併予審理部分：

臺灣臺北地方檢察署檢察官115年度偵字第12809號移送併辦事實與已起訴之犯罪事實相同，屬事實上同一案件，為起訴效力所及，本院自應併予審理。

（二）退併辦部分：

臺灣臺北地方檢察署檢察官113年度偵字第33418號移送併辦意旨以被告與本案養生館櫃檯人員郭諭蓁於113年6月20日為警查獲前，容留、媒介擔任按摩小姐之林海雲、阮氏思、黃麗愛、張蘭興，與男客林建忠、賴詹富、吳健福、楊善淳、楊世麒從事半套性交易之猥褻行為，認移送併辦事實與本案為集合犯之一罪關係，為本案起訴效力所及，而移送本院併案審理。依移送併辦書之記載，被告在本案養生館涉嫌圖利容留性交、圖利容留猥褻等罪嫌，於113年6月20日1時32分為警查獲，從而，被告之主觀犯意已因警方查獲而中斷，此部分容留女子與男客性交易以營利之犯行亦終止，則被告在上開案件為警查獲後起，又於本案中容留女子與其他男客為性交易，當屬另行起意，上開移送併辦事實與本案既無裁判上一罪關係，自非起訴效力所及，本院不得就此併予審判，應退回由檢察官依法處理，附此敘明。

參、撤銷改判、量刑及沒收

一、原審認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。然而，①原判決認男客吳昶毅尚未與附表一編號6女子進行性交易，此與證人吳昶毅之證詞不符，事實認定容有違誤；②本案犯罪時間始於被告之前案為警查獲後（即113年6月20日1時32分起），原判決誤認本案犯行始於108年4月12日，亦有未恰。被告執前詞提起上訴否認犯行雖無理由，然原判決既有前開可議之處，自屬無可維持，應由本院予以撤銷改判。

二、爰以行為人責任為基礎，審酌被告為本案養生館之實際經營者，竟不思以正途賺取錢財，容留6名女子與多名男客分別從事性交、猥褻行為以營利，危害社會善良風氣，並考量被

告因本案犯罪實際獲取4,000元不法所得（詳下述），犯後始終否認犯行、未見悔意，暨其自陳國小畢業、目前無業、已婚、無須扶養家人（本院卷二第64頁）等一切情狀，就其所犯6罪分別量處如主文第2項（即附表一）所示之刑，復考量被告所犯各罪之罪名、罪質類同，行為動機無二，就上開數罪之犯罪型態、情節及侵害法益，於合併處罰時之責任非難程度、數罪對法益侵害之加重效應等，定其應執行之刑如主文第2項所示。

三、沒收部分

（一）扣案如附表二編號1至3所示之物，係設在本案養生館內用以監控與規避警方查緝所用之物，屬供本案犯罪所用之物，考量被告為本案養生館之實際經營者，該等物品又裝設於養生館內，應認均為被告所有，爰依刑法第38條第2項前段規定沒收。

（二）本案櫃檯人員會從每名男客支付之1,300元中抽取500元交給被告，此業經證人廖家妤證述明確，可見被告從中收取每名男客500元之報酬，又本案8名男客（附表一所示7人及趙孝哲）均已支付按摩費用與店家，勘認被告之犯罪所得為4,000元（計算式：500元x8人＝4,000元），又警方查扣本案養生館營業額2萬7,600元（偵4349卷第20頁），爰依刑法第38條之1第1項規定，就其中4,000元諭知沒收，至其餘扣案現金，既無證據證明係被告因本案所獲之犯罪所得，爰不予宣告沒收。

據上論斷，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（依刑事裁判精簡原則，僅記載程序法條），判決如主文。

本案經檢察官洪淑姿到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　26　　日

刑事第二十二庭審判長法　官　廖怡貞

法　官　張宏任

法　官　邱瓊瑩

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，其未敘述上訴之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 桑子樑

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　26　　日

附表一：

編號	女子	男客	交易內容	罪名及宣告刑
1	陳氏惹	陳信光	猥褻行為（半套性交易）	吳三德共同犯意圖使女子與他人為猥褻行為而容留以營利罪，處有期徒刑柒月。
2	鄧美玲（55號）	陳文雄	性交行為（全套性交易）	吳三德共同犯意圖使女子與他人為性交行為而容留以營利罪，處有期徒刑捌月。
3	阮金華（8號）	陳俊偉	猥褻行為（半套性交易）	吳三德共同犯意圖使女子與他人為猥褻行為而容留以營利罪，處有期徒刑柒月。
4	阮氏鄧（18號）	盧柏睿	猥褻行為（半套性交易）	吳三德共同犯意圖使女子與他人為猥褻行為而容留以營利罪，處有期徒刑柒月。
5	黃麗愛（9號）	許釗賓	猥褻行為（半套性交易）	吳三德共同犯意圖使女子與他人為猥褻行為而容留以營利罪，處有期徒刑柒月。
6	王素珍（13號）	李佳翰	性交行為（全套性交易）	吳三德共同犯意圖使女子與他人為性交行為而容留以營利罪，處有期徒刑捌月。
		吳昶毅	性交行為（全套性交易）	

附表二：應沒收之扣案物

編號	名稱	數量
1	監視器螢幕	1台
2	監視器主機	1台
3	監視器鏡頭	22顆
4	扣案犯罪所得	4,000元（即偵4349卷第69頁扣押物品目錄表編號4「店家不法所得」2萬7,600元中之4,000元）