臺灣高等法院高雄分院刑事判決

108年度上訴字第1062號

上　訴　人
即　被　告　陳芊岑
上　訴　人
即　被　告　任宥樺
上　訴　人
即　被　告　李宜錚

上列上訴人因妨害風化案件，不服臺灣橋頭地方法院107 年度訴字第321 號，中華民國108 年5 月31日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署106 年度偵字第9075號、第9076號、第9077號、第9078號、第9079號、第9080號、第9081號、第11299 號、12028 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、丁○○與楊鳳凰（另經一審法院審理中）前為夫妻關係，並與甲106012、甲106013（該二人均為泰國籍，姓名年籍詳卷附真實姓名代碼對照表，渠等妨害風化案件，業經臺灣橋頭地方法院宣示判決確定）於民國105 年6 月間某日起至106 年8 月23日為警查獲之日止，共同意圖營利，基於使外籍成年人與不特定男客為性交易而容留、媒介之犯意聯絡，由楊鳳凰、甲106012、甲106013至泰國物色有意來臺從事性交易之變性人，丁○○負責申請來臺工作許可證、購買機票，並承租高雄市○鎮區○○○路○○○ 號7 樓、高雄市○○區○○○路○○號15樓、高雄市○○區○○路○○○ ○○ 號13樓等處，供變性人來臺後居住，而招募甲106008、甲106009、甲106010、甲106011、甲106014（姓名年籍均詳卷附真實姓名代碼對照表；在臺性交易期間、容留地點、何人招募來臺等均詳附表一所示）等泰國籍成年變性人來臺從事性交易，來臺後由甲106012管理甲106008日常起居；甲106013管理甲106009日常起居；楊鳳凰及丁○○共同管理甲106010、甲106011、

甲106014等人之日常起居。嗣楊鳳凰媒介甲106008、甲106010、甲106011至高雄市○○區○○街○○號「35SPA 商務旅館」（下稱35SPA 旅館與不特定之男客為性交易（此部分係楊鳳凰、丁○○、乙○○、丙○○及李旻璋共犯之，詳二、㈠所述）；楊鳳凰媒介甲106014與不特定之男客後，再由該男客搭載甲106014至不特定之旅館為性交易；楊鳳凰及丁○○媒介甲106009與不特定之男客後，再由甲106013告知甲106009前往約定的旅館進行性交易。前開性交易過程，均係由男客將生殖器插入前開變性人之陰部或肛門內抽動至射精之性交行為（俗稱「全套」之性交易服務），每次性交易價額約新臺幣（下同）2,200 元至3,000 元，變性人可自其中得約1,000 元至1,500 元，待性交易結束後，變性人再將扣除己身應得報酬，將餘款交回楊鳳凰、甲106012或甲106013，以此方式營利。

二、乙○○與丙○○為夫妻關係，乙○○為35SPA 旅館之實際負責人，丙○○與李旻璋則均為35SPA 旅館之幹部。渠等於106 年2 月間某日起至同年8 月23日為警查獲之日止為下列行為：

㈠乙○○、丙○○、李旻璋、楊鳳凰及丁○○共同意圖營利，基於使成年男女與不特定男客為性交易而容留、媒介之犯意聯絡，由楊鳳凰媒介甲106010、甲106011、甲106014，至35SPA 旅館等候不特定之男客從事性交易，有意願的男客會透過「35星空秘密基地」LINE群組，或撥打行動電話0000000000號聯繫乙○○及丙○○預約，再前往35SPA 旅館從事全套之性交易，李旻璋則在現場接待男客、安排房間並收取性交易費用，每次性交易40分鐘費用3,000 元（性交易方式如前所述），李旻璋收取後交至櫃檯予丙○○，丙○○扣除35SPA 旅館房間費800 元後，每日餘款交付楊鳳凰，再由楊鳳凰扣除己身拆帳所得1,000 元後，交付甲106010、甲106011、甲106014 每次性交易1,200元之報酬。

㈡乙○○、丙○○、李旻璋另共同意圖營利，基於使成年女子

與不特定男客為性交易而容留、媒介之犯意聯絡，媒介、容留所僱用與他人從事性交或猥褻行為之成年女子張雅婷、簡湍珊、林靜宜、蔡淑娟、蔣喬稜、黃玉琪、黃映雪、江淑陵、吳淑萱及魏紫菱，與不特定之男客在35SPA 旅館內從事從事按摩生殖器至射精（俗稱「半套」之性交易服務，並收取1,600 元至1,800 元之對價）或全套之性交易服務（並收取1,800 元至2,800 元之對價），而每次抽成800 元至1,200 元不等，並以此方式牟利。

㈡嗣經內政部移民署南區事務大隊嘉義市專勤隊、臺南市政府警察局永康分局，於106 年8 月23日分別持搜索票，在附表二所示地址執行搜索，分別扣得如附表二所示之扣押物，始悉上情。

三、案經臺灣橋頭地方檢察署檢察官指揮內政部移民署南區事務大隊嘉義專勤隊及臺南市政府警察局報告臺灣橋頭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159 條之1 至第159 條之4 之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159 條第1 項、第159 條之5 第1 項分別定有明文。查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官及被告等人於本院審理時，均明示同意有證據能力（見本院卷第98至103 頁、第142 頁），基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

前揭犯罪事實，業據上訴人即被告丁○○、乙○○、丙○○於警詢、偵查、原審及本院審理中坦承不諱（見警一卷第35至51頁、第78至87頁、第101至128頁，偵五卷第191至192頁，偵七卷第36至37頁，偵八卷第98至99頁，原審卷第410至412頁、第424頁；核與證人即同案被告李旻璋、甲106013、甲106012及證人即被害人甲106008、甲106009、甲106010、甲106011、甲106014暨證人張雅婷、簡湍珊、林靜宜、蔡淑娟、蔣喬稜、黃玉琪、黃映雪、江淑陵、吳淑萱、魏紫菱、林淑華、張睿、張博文、黃重仁分別於警詢、偵訊證述之情節大致相符（見警一卷第172至181頁、第207至210頁、第216至228頁、第233至243頁、第255至269頁、第276至284頁、第290至301頁、第318至334頁、第344至357頁、第366至383頁、第401至410頁、第413至416頁、第420至424頁、第427至430頁、第435至439頁、第443至491頁，第495至498頁，第503至506頁、第510至513頁，警二卷第401至408頁、第628至630頁、第686至688頁，偵二卷第46至47頁，偵三卷第19至20頁，偵四卷第16至17頁、第31頁，偵五卷第234至240頁、第243至244頁，偵六卷第98至99頁、第116至117頁、第139至141頁、第158至159頁，偵七卷第54頁、第63至66頁、第78頁、第88頁、第97頁、第138頁、第157至158頁、第176至177頁、第190至191頁、第209至212頁），並有被告丁○○與楊鳳凰之通訊監察譯文、35SPA旅館使用之0000000000號行動電話之通訊監察譯文、原審法院核發之通訊監察書、臺南市政府警察局永康分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、甲106010記載之帳冊影本、35星空秘密基地LINE群組翻拍照片2張附卷可資佐證（見警一卷第54至64頁、第304至307頁、第338至342頁、第384至389頁、第462至463頁、第457至463頁、第676至681頁、第694至702頁、第713至721頁、第736至792頁、第863至876頁，偵七卷第108至112頁）。綜上所述

，被告丁○○、乙○○、丙○○前揭之自白，均核與事實相符，堪信為真實。從而，本件事證明確，被告丁○○、乙○○、丙○○前揭犯行，均堪認定。

三、論罪：

㈠按色情經營業者，意圖營利使「同一」女子與他人為性交易，或圖利容留性交、猥褻犯行，係以經營「應召站」之目的為之，在主觀上乃基於單一之犯意，以多數舉動接續進行，而侵害同一法益，在時間、空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，是色情經營業者先後多次使女子與他人為性交易等行為，具時間、空間之密切關係，且係各基於單一犯意接續為之，應各僅論接續犯一罪；然若使不同女子從事交易，因所媒介之對象不同，均應認係個別起意（最高法院102 年度台上字第777 號、第2433號判決意旨可資參照）。查被告丁○○、乙○○、丙○○係各於一定期間持續多次同一媒介女子與不特定男客為性交行為以牟利部分，各出於同一營利之目的，於密接之時間、地點，各由同一機房之人員，以相同方式反覆實施，且係侵害同一社會法益，足認各次媒介行為之獨立性較為薄弱，難以強行分開，依一般社會健全觀念，應視為數個舉動之接續施行，較為合理，為接續犯之法律上一罪。至於被告丁○○、乙○○、丙○○媒介不同女子與不特定男客為性交行為以牟利部份，因所媒介之對象不同，均應認係各別起意。

㈡核被告丁○○所為係犯刑法第231 條第1 項之意圖營利媒介性交易罪（如附表三編號1 所示共計5 罪）。被告乙○○、丙○○所為，係犯刑法第231 條第1 項之意圖營利容留性交罪（如附表三編號2 、3 所示各計13罪）。被告丁○○、乙○○、丙○○等人之媒介之低度行為應為容留之高度行為所吸收，均不另論罪。被告丁○○與楊鳳凰、甲106012、甲106013就共同媒介甲106009、甲106014部分（原判決漏論甲106012、甲106013就此部分為共同正犯，應予補正）；被告丁

○○、乙○○、丙○○與原審同案被告楊鳳凰、李旻璋就共同媒介甲106008、甲106010、甲106011部分；被告乙○○、丙○○與原審同案被告李旻璋就共同容留張雅婷、簡湍珊、林靜宜、蔡淑娟、蔣喬稜、黃玉琪、黃映雪、江淑陵、吳淑萱、魏紫菱、林淑華部分，分別有犯意聯絡及行為分擔，俱為共同正犯。又被告丁○○就前開所為之5次犯行；被告乙○○、丙○○就前開所為之13次犯行間，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

㈢被告乙○○前於101年間因妨害風化案件，經臺灣高雄地方法院以101年度訴字第1061號判決判處有期徒刑4月確定，，於102年6月3日易科罰金執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按（見原審卷第493至495頁），其於受徒刑之執行完畢5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之13罪，均為累犯。而甫於108年2月22日公布之司法院釋字第775號解釋略謂：刑法第47條第1項之累犯規定，不分情節一律加重最低本刑，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條之比例原則，有關機關應自解釋公布日起2年內修正之，於修正前，法院就該個案應依解釋意旨，裁量是否加重最低本刑等語；亦即在現行刑法第47條第1項累犯規定修正之前，法院仍得斟酌個案情形，裁量是否加重最低本刑，並未完全排除累犯規定之適用。茲本院審酌被告乙○○於前罪中已因妨害風化案件，經臺灣高雄地方法院判處罪刑（如前所述），本案所違犯之罪名亦與前罪相同，且被告乙○○於前開執行完畢後僅3年多內即再犯本案，認被告乙○○具有特別惡性及反覆犯罪之情，顯見被告乙○○並未從刑罰之執行中記取教訓，而惕勵自己，核此情節，可徵被告乙○○平日素行不佳，如只量處最低本刑，勢將難以促成被告乙○○深記教訓。故本院認應依刑法第47條第1項之規定，就其前開所犯之罪均加重其刑。

四、上訴駁回的理由：

㈠原審認被告丁○○、乙○○、丙○○罪證明確，因而適用刑

法第231條第1項、第28條、第47條第1項、第51條第1項第5款、第38條第2項、第38條之1第1項規定，並審酌被告丁○○、乙○○、丙○○不思循正當途徑賺取財物，為貪圖不法利益，而經營應召站共同媒介、容留女子從事有對價之性交行為，其犯罪動機、目的及手段，將女性身體物化，扭曲社會價值觀念，對社會善良風俗危害非微，所為殊不足取，實應予非難，惟念被告丁○○、乙○○、丙○○遭查獲後始終坦承客觀犯罪行為之犯罪後態度、被告乙○○實居於較被告丁○○、丙○○更核心之地位；並考量被告等各自參與本案犯罪之情節、媒介或容留性交犯行次數，惡性、犯罪所生危害、實際獲取之不法利益，復衡酌被告丁○○自陳智識程度為大學畢業、月收入約為3、4萬元；被告乙○○自陳智識程度為國中畢業、目前以打零工維生；被告丙○○自陳智識程度為大學畢業、目前沒有工作且已懷孕等情，就被告丁○○犯如附表三編號1所示之罪各處如附表三編號1所示之刑，就被告乙○○犯如附表三編號2所示之罪各處如附表三編號2所示之刑，就被告丙○○犯如附表三編號3所示之罪各處如附表三編號3所示之刑，並均諭知如易科罰金，均以新臺幣1,000元為折算1日之標準。並定被告丁○○應執行刑為有期徒刑8月，被告乙○○應執行刑為有期徒刑1年8月，被告丙○○應執行刑為有期徒刑1年4月；並均諭知如易科罰金，均以新臺幣1,000元為折算1日之標準。就沒收部分敘明：

1.犯罪所得之數額與分配之認定：按「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。」、「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」、「第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」刑法第38條之1第1項、第3項、第4項分別定有明文。又為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，且與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，基於利得沒收並非刑罰，性質上屬類似不當得

利之衡平措施，刑法第38條之1 於其立法理由五（三）中已揭示利得沒收係採「總額原則」，認基於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收，故沒收利得並不扣除其支出之犯罪成本。另按有關共同正犯犯罪所得之沒收、追繳或追徵，最高法院向採之共犯連帶說，業經最高法院104 年度第13次刑事庭會議決議不再援用，而改採應就各人實際分受所得之財物為沒收，追徵亦以其所費失者為限之見解；至於共同正犯各人有無犯罪所得，或其犯罪所得之多寡，應由事實審法院綜合卷證資料及調查所得認定之（最高法院105 年度台上字第1807號、第2501號判決意旨參照），參以沒收犯罪所得制度之目的在於剝奪實施犯罪所獲不法利益，以根絕犯罪誘因，就共犯間犯罪所得分配之認定，自應就犯罪利益之實際流向進行判斷，凡因共同實施犯罪而實際分得犯罪所生利益者，即應予以沒收。經查：

⑴被告丁○○就本案所獲如附表二編號1 所示扣案之111 萬7915元之媒介性交易收益，為其犯行之犯罪所得乙情，業據被告丁○○於原審審判程序時陳述明確（見原審卷第478 頁），至於被告丁○○於原審審理中雖陳稱：前開金額中尚包含自己的存款，惟其亦稱無法提出任何證明等語（見原審卷第478 頁），茲審酌被告丁○○未提出任何證據資料以實其說，其所為前述，實難令人信採。乃就被告丁○○所獲上開金額之犯罪所得，依刑法第38條之1 第1 項規定宣告沒收。

⑵被告乙○○就本案所獲如附表二編號2 、3 、4 所示扣案合計之110 萬9283元容留性交易收益，為其犯行之犯罪所得乙情，業據被告乙○○於原審審判程序時陳述明確（見原審卷第479 頁），乃就被告乙○○所獲上開金額之犯罪所得，依刑法第38條之1 第1 項規定宣告沒收。

⑶附表二編號2 、3 、4 所扣案之物（除了現金部分），均為被告乙○○所有，且均為被告乙○○所犯本件犯行所用等情，為被告乙○○於原審審判程序陳明在卷（見原審卷第479 頁），依刑法第38條第2 項規定於被告乙○○之犯行下宣告

沒收。

㈡經核原審就被告丁○○、乙○○、丙○○部分，已敘述其認定被告丁○○、乙○○、丙○○犯罪事實所憑之證據、理由暨沒收的理由，且已審酌刑法第57條所列各款一切情狀，為其量刑責任之基礎，原判決認事用法均無違誤，量刑及其定應執行刑均稱妥適。被告丁○○、乙○○、丙○○上訴意旨均指摘原判決量刑過重，請求輕判云云；惟被告丁○○、乙○○、丙○○所犯刑法第231 條第1 項之圖利使人為性交或猥褻罪，其法定刑為5 年以下有期徒刑，得併科10萬元以下罰金，被告乙○○又係累犯，原判決審酌被告被告丁○○、乙○○、丙○○前揭情狀，量處被告丁○○所犯5 罪各處有期徒刑3 月（合計有期徒刑15月），被告乙○○所犯13罪各處有期徒刑4 月（合計有期徒刑52月），被告丙○○所犯13罪各處有期徒刑3 月（合計有期徒刑39月），原審定被告丁○○應執行刑為有期徒刑8 月，被告乙○○應執行刑為有期徒刑1 年8 月，被告丙○○應執行刑為有期徒刑1 年4 月；均已屬從輕量刑暨定其應執行刑，被告丁○○、乙○○、丙○○上訴指摘原判決量刑過重，均為無理由，應予駁回。被告丁○○、丙○○等二人雖無犯罪前科，惟考量被告丁○○、丙○○為經營媒介性交行為，破壞社會風氣，且依被告丁○○之帳冊所示足認利潤非低，本院認均不宜給予緩刑為當，附此敘明。

五、至原審同案被告楊鳳凰，現由原審審理中；原審同案被告甲106012、甲106013等二人則均經原審於108 年1 月3 日協商判決各判處有期徒2 年，緩刑2 年；被告李旻璋業經原審法院判處如附表三編號4 所示之刑，定應執行刑為有期徒刑10月（暨諭知易科罰金之折算標準）確定在案，自不另論列，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第368 條，判決如主文。

本案經檢察官張家芳提起公訴，檢察官葉麗琦到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　20　　日

刑事第六庭　審判長法　官　李政庭
法　官　李炫德
法　官　蕭權閔

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後10日內向本院提出上訴狀，其未敘述理由者並應於提出上訴狀後10日內向本院補提理由書（應附繕本）。

中　華　民　國　108　年　11　月　20　日

書記官　蔡佳君

附錄本判決論罪科刑法條：

刑法第231 條（圖利使人為性交或猥褻罪）

意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處5 年以下有期徒刑，得併科10萬元以下罰金。

以詐術犯之者，亦同。

公務員包庇他人犯前項之罪者，依前項之規定加重其刑至二分之一。

附表一

編號	代號	來臺期間	容留地點	透過何人招募來臺
1	甲106008	000-00-00 到000-00-00	高雄市○鎮區○○○路210號7樓	甲106012
2	甲106009	000-00-00到000-00-00	高雄市○○區○○路450之3號13樓	甲106012
3	甲106010	000-00-00到000-00-00	高雄市○○區○○街○○號（35SPA 旅館）	楊鳳凰
4	甲106011	000-00-00到000-00-00	高雄市○○區○○街○○號（35SPA 旅館）	楊鳳凰

（續上頁）

5	甲106012	105-06前某日到000-00-00	高雄市○鎮區○○○路210 號7 樓	楊鳳凰
6	甲106013	105-06前某日到000-00-00	高雄市○○區○○路450之3號13樓	楊鳳凰
7	甲106014	000-00-00到000-00-00	高雄市○○區○○○路19號15樓	楊鳳凰

附表二

編號	地點	扣押物（未標明數量則數量均為1）	持有人
1	高雄市楠梓區軍校路782 巷22號1 樓及車號000-6522號自用小客車內	陳芊芩中國信託商業銀行000000008431 號帳戶存摺（迄105.12.21止，餘額1,117,915元）	被告陳芊芩
2	高雄市前金區榮安街35號（地下1 樓監控室）	現金1,050,803 元、無線電對講機、電腦主機、電腦螢幕2 台、監控螢幕2 台、監控主機2 台、監視器鏡頭2 顆	被告任宥樺
3	高雄市前金區榮安街35號（地下1 樓機房）	現金52,480元、行動電話（含0903054440號S甲卡）、電腦螢幕4 台、電腦主機2 台、無線電主機、監視器鏡頭、監視螢幕2 台、潤滑液19瓶	同上
4	高雄市前金區榮安街35號	無線電（含耳機）、現金6,000元	同上

附表三

編號	行為人	所犯之罪、所處之刑及沒收
1	丁○○	丁○○共同犯圖利媒介性交罪，共伍罪，各處有期徒刑參月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表二編號1 所示之物沒收。
2	乙○○	乙○○共同犯意圖營利容留性交罪，共拾參罪，均累犯，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表二編號2 、3 、4 所示之物均沒收。
3	丙○○	丙○○共同犯意圖營利容留性交罪，共拾參罪，各處有期徒刑參月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。
4	李旻璋	李旻璋共同犯意圖營利容留性交罪，共拾參罪，各處有期徒刑貳月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。（業經原審判決確定）

卷宗標目對照表

一、臺南市政府警察局永康分局南市警永偵字第1068550074號卷，稱警一卷

二、內政部移民署南區事務大隊嘉義市專勤隊移署南嘉市勤字第0000000000號卷，稱警二卷

三、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9070號卷，稱偵一卷

四、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9075號卷，稱偵二卷

五、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9076號卷，稱偵三卷

六、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9077號卷，稱偵四卷

七、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9078號卷，稱偵五卷

八、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9079號卷，稱偵六卷

九、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9080號卷，稱偵七卷

十、臺灣橋頭地方檢察署106年度偵字第9081號卷，稱偵八卷