

臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第2452號

上訴人 臺灣桃園地方檢察署檢察官
被告 陳德萍
陳美靜
劉倥寧（原名劉立慈）
徐依朱

共同
選任辯護人 陳永來律師
魏雯祈律師

上列上訴人因被告等妨害風化案件，不服臺灣桃園地方法院106年度訴字第550號，中華民國108年6月20日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署105年度偵字第13010號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

陳德萍共同犯圖利容留猥褻罪，處有期徒刑叁月，如易科罰金以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

陳美靜共同犯圖利容留猥褻罪，累犯，處有期徒刑肆月，如易科罰金以新臺幣壹仟元折算壹日。

劉倥寧共同犯圖利容留猥褻罪，處有期徒刑叁月，如易科罰金以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

徐依朱犯公然猥褻罪，處拘役貳拾日，如易科罰金以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

事 實

一、被告劉倥寧（原名劉立慈）擔任址設桃園市○○區○○路○○○號1、2、3樓「湘蓁視聽有限公司」（下稱湘蓁KTV酒店）之負責人，被告陳德萍擔任該店之現場負責人，被告陳美靜則為該店之經理。被告劉倥寧、陳德萍及陳美靜（化名淇經理）等3人共同基於意圖使女子與他人為猥褻之行為而媒介、容留以營利之犯意聯絡，僱用被告徐依朱等人為坐檯小姐，在店內以脫衣陪酒足以挑起性慾之猥褻行為與男客飲

酒作樂，其消費方式為每2小時收取包廂費新臺幣（下同）300元，而有關桌面費及酒錢部分則另計，坐檯小姐無底薪，以坐檯費（1節2小時800元）及小費為其收入。民國105年5月31日22時許，桃園市政府警察局桃園分局（下稱桃園分局）青溪派出所警員林晏傳、蔡名傑及林榮福等人喬裝男客，至上址「湘蓁KTV酒店3樓305號包廂」消費，由陳美靜安排徐依朱、邱瓊儀、連筱娟及鄭喬云等4人進入包廂提供陪酒服務。同日22時43分許，被告徐依朱即主動向身旁原與其把玩吹牛遊戲之喬裝員警林晏傳聲稱：「我們不要再喝了，你酒量不好，我也不好，我們輸的脫一件」等語，而為脫衣陪酒足以挑起性慾之猥褻行為，嗣於同日晚間11時45分許，喬裝員警見被告徐依朱已褪去上半身衣物並裸露乳房，隨即通知在外等候之警員，進入店內而當場查獲。

二、案經桃園市政府警察局桃園分局移送臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理由

壹、程序部分－證據能力

一、被告審判外之陳述

（一）按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。刑事訴訟法第156條第1項、第3項分別定有明文。此等規定係在保障被告陳述之「意志決定及意志活動自由」，如被告之陳述非屬自白之性質，而僅係不利，或甚至有利於被告之陳述，如檢察官提出作為證據，基於相同意旨，仍應受前述證據能力之限制。

（二）查被告陳德萍、陳美靜、劉健寧、徐依朱（下稱被告4人）暨辯護人於準備程序、審判期日對於檢察官所提出警詢、偵查訊問筆錄之證據能力均不爭執，本院亦查無明顯事

證足證司法警察、檢察官於製作該等筆錄時，有對被告施以不正方法訊問製作之情事，是被告審判外之陳述係出於任意性，具證據能力。至原審程序所為陳述，被告陳德萍、陳美靜、劉倜寧、徐依朱暨其辯護人等亦均不爭執證據能力，而認有證據能力。

二、被告以外之人於審判外陳述及其他文書之證據能力

（一）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。被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條（指刑事訴訟法第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。至非屬供述證據之其他文書證據或物證，基於刑事訴訟法第159條係兼採直接審理原則及傳聞法則（立法理由參見），而「同意性法則」亦屬採直接審理原則國家之共通例外法則，是類推上述同意性法則之意旨，當事人既不爭執，本院又認具證據能力不致侵害當事人權利，而具相當性者，同具證據能力。

（二）查被告及辯護人對於檢察官所提出之證人鄭喬芸、證人邱瓊儀、證人連筱娟、證人蔡名傑、證人林晏傳於審判外之陳述，及其他文書證據，均不爭執證據能力，本院亦查無證據證明該等證據有不法取得之情事，致影響真實性，是該等審判外筆錄及文書具相當之可信性，依據及類推適用前述「同意性」之傳聞法則例外規定，被告以外之人於審判外之陳述，及其他文書均具證據能力。

貳、實體部分一證明力

一、按被告（或共犯）之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第156條第2項就此定有明文。其立法目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性，亦即以補強證據之存在，藉以限制向有「證據之王」稱號的自白在證據上之價值，質言之，本

01 條項乃對於自由心證原則之限制，關於自白之證明力，採取
02 證據法定原則，使自白僅具有一半之證明力，尚須另有其他
03 補強證據以補足自白之證明力。而所謂補強證據，最高法院
04 74年台覆字第10號曾經加以闡釋：「指除該自白本身以外，
05 其他足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證
06 據而言。雖其所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因
07 補強證據與自白之相互利用，而足以使犯罪事實獲得確信者
08 ，始足當之」。司法院大法官議決釋字第582號解釋文後段
09 ，對於本條項所謂「其他必要之證據」，著有闡釋，足為刑
10 事審判上操作「自白」與「補強證據」時之參考標準，茲節
11 錄引述如下：「刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於
12 犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴
13 訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合
14 法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證
15 ，始能判決被告有罪；為避免過分偏重自白，有害於真實發
16 見及人權保障，並規定被告之自白，不得作為有罪判決之唯
17 一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符
18 。基於上開嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂
19 『其他必要之證據』，自亦須具備證據能力，經合法調查，
20 且就其證明力之程度，非謂自白為主要證據，其證明力當然
21 較為強大，其他必要之證據為次要或補充性之證據，證明力
22 當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印
23 證，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之
24 」。

25 二、訊據被告4人雖均否認有上述各該犯行，辯稱：被告徐依朱
26 沒有露出乳房，且被告劉倬寧、陳德萍、陳美靜對被告徐依
27 朱的行為均不知情等語。辯護意旨則為被告等辯稱：被告徐
28 依朱縱使有拉下衣服，但始終有將手置在胸前擋住乳房，並
29 無供人觀覽的意圖，此不足以該當猥褻行為，又包廂房門緊
30 閉、燈光昏暗，亦無窗口可由外面看入，無不特定人及多數
31 人共見共聞之情形，故不符合公然猥褻之要件；另被告劉倬

01 寧、陳德萍、陳美靜一再告知員工不得有任何脫衣陪酒的行
02 為，案發時亦不在場，事後更因此解僱被告徐依朱，且在場
03 的其他員工均無脫衣的情況，足徵被告劉捷寧、陳德萍、陳
04 美靜對於被告徐依朱私下脫衣陪酒的行為均不知情，亦無營
05 利意圖，湘蓁KTV酒店不會因此抽成獲利，與被告徐依朱之
06 脫衣行為無對價關係等語。

07 三、查被告劉捷寧於105年5月間係湘蓁KTV酒店之負責人，被
08 告陳德萍係該店之現場負責人，被告陳美靜為該店之帶班經
09 理，被告徐依朱則係受僱於湘蓁KTV酒店之坐檯小姐；證人
10 即桃園分局警員林晏傳、蔡名傑、林榮福及其等友人共4人
11 於同年5月31日22時許喬裝男客至湘蓁KTV酒店上述包廂
12 消費，由被告徐依朱、證人即其他坐檯小姐邱瓊儀、連筱娟
13 、鄭喬芸共4人進入包廂提供陪酒服務。同日22時43分許，
14 被告徐依朱向身旁原與其把玩吹牛遊戲之證人林晏傳稱：我
15 們不要再喝了，你酒量不好，我也不好，我們輸的脫一件等
16 語，隨後被告徐依朱即有脫衣行為，而在場之其餘3名坐檯
17 小姐則無脫衣陪酒之行徑；嗣在外等候之警員即進入店內當
18 場查獲。業據證人林晏傳、蔡名傑於偵訊及原審審理中證述
19 明確（參見偵卷第114至117、134至137頁、訴卷三第2
20 至10、69頁背面至74頁背面），核與證人鄭喬芸、邱瓊儀警
21 詢筆錄所載證言大致相符（參見偵卷第43至49頁）。並有湘
22 蓁KTV酒店之名片、桃園分局現場臨檢紀錄表、職務報告、
23 財政部北區國稅局桃園分局105年2月4日函、經濟部105
24 年1月30日函暨檢附之湘蓁KTV酒店變更登記表、桃園縣政
25 府101年11月9日函、湘蓁KTV酒店員工名冊及查獲現場照
26 片等件各1份在卷可參（見偵卷第6至7、55至65頁）。此
27 部分事實，已堪認定。

28 四、至辯護人雖於原審曾為被告4人辯稱：被告徐依朱是因為警
29 員以小費作為引誘或教唆之不正當手段，始萌生犯意實行脫
30 衣行為，本案為陷害教唆等語。雖於本院準備程序最終及審
31 判期日均已不爭執陷害教唆之情（參見本院卷第63頁以下）

01 。惟此涉及警察機關採證是否合法，及所得證據有無證據能
02 力之判斷，如被告已提出為爭點，且非無端辯稱，另亦涉及
03 被告徐依朱究有無裸露乳房之事實認定，法院仍有究明之必
04 要：

05 （一）按所謂「陷害教唆」，係指行為人原不具犯罪之故意，純
06 因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，而實行犯罪構成要
07 件之行為者而言。因係以引誘或教唆犯罪之不正當手段，
08 使原無犯罪故意之人萌生犯意而實行犯罪行為，再蒐集犯
09 罪證據，予以逮捕偵辦，手段顯然違反憲法對於基本人權
10 之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之
11 維護並無意義，因此所取得之證據資料，應不具有證據能
12 力。至刑事偵查技術上所謂之「釣魚」，則指對於原已犯
13 罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，使其暴露犯
14 罪事證，而加以逮捕或偵辦者而言。此之所謂「釣魚」純
15 屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保
16 障，且於公共利益之維護有其必要性，故依「釣魚」方式
17 所蒐集之證據資料，非無證據能力（最高法院98年度台上
18 字第7699號判決意旨參照）。

19 （二）就被告徐依朱為上述脫衣陪酒行為之經過，業據證人林晏
20 傳於偵訊及原審審理中迭證稱（略以）：在包廂內喝酒時
21 ，被告徐依朱說她喝不下，跟我提議要玩吹牛遊戲，輸的
22 脫一件衣服，後來徐依朱輸了，就把其原本穿連身薄紗裙
23 的細肩帶拉下來放在大腿上肚臍的部位，內衣跟薄紗是連
24 在一起的，內衣的頂端在肚臍的位置，過程中徐依朱是用
25 手靠在桌上遮著、或雙手拿著杯子在胸前，但手與乳房之
26 間是有空隙的，所以我坐在徐依朱旁邊可以看到她的乳頭
27 及整個乳房，徐依朱是有用一隻手玩遊戲、另一隻手去擋
28 的時候，但不是每次玩遊戲都這樣，如果徐依朱在玩遊戲
29 或是喝酒、抽菸時，她的雙手就打開很自然沒有遮掩別人
30 看到她乳頭的視線，警員林榮福是有換小費，但只在少爺
31 換毛巾及清桌面時發給少爺，我沒有因為被告徐依朱脫衣

服這件事情給她任何好處，也沒有說玩吹牛遊戲可以取得多少小費等語明確（參見偵卷第134至137頁、訴卷三第2至10頁），核與證人蔡名傑於偵訊及原院審理中證稱（略以）：徐依朱和林晏傳當時在玩骰子玩吹牛，說輸的脫一件，後來徐依朱有把衣服拉到乳房下面，明顯露出乳房，印象中應該有看到乳暈之類的，但因為距離跟角度的問題，乳頭的部分我不確定有沒有看到，印象中徐依朱是環抱胸前撐在胸部下面，玩遊戲時就是把一隻手靠在胸部下緣，另一隻手玩遊戲，我沒有一直盯著看，所以不確定徐依朱有沒有一直都環抱著，也不太清楚有沒有給小費等語（參見偵卷第114至117頁），大致相符。並有證人鄭喬芸、邱瓊儀之警詢筆錄均記載：「有看到徐依朱裸露胸部、乳房」等語（參見偵卷第44、48頁），足佐證為真。

（三）另經原審當庭勘驗卷附案發當日警員密錄器之錄影畫面，雖因錄影品質不佳而無法辨識畫面內容，但依現場收音，仍可明確聽聞包廂內不詳之若干坐檯小姐（按：無從判斷說話之女子分別為何人）陳稱：①「OK我輸了，我要發威了，我要認真了，我告訴你，我們不要再喝了，反正你酒量也不好我酒量也不好，我們輸的脫一件，脫一件衣服啊，從現在開始」；②「都來到這邊了你們要玩得開啦」、「對啊，所以要脫啊，喝酒會爆掉」等語，甚且當包廂內不詳之喬裝男客（按：無從判斷說話之男子分別為何人）表示：「沒關係，我們喝到底沒關係」等語時，猶可聽聞包廂內小姐再稱：③「褲子脫掉，褲子脫掉不要把自己矜住，大家出來玩不需要沉著」、④「大，小，嗶鳴脫衣服」、「我也想脫啊，我們兩個一起脫」、⑤「脫光光了對不對」、「脫褲子，脫褲子，脫衣服，脫衣服」等勸進參與脫衣行為之詞，另過程中亦均未曾聽聞警員向包廂內之人員有任何要求坐檯小姐脫衣、若脫衣即會發放小費之表示等情，有原審勘驗筆錄在卷可證（參見訴卷二第47至49頁）。核與前述各該證人所證述包廂內之情境吻合。

01 (四) 據此，被告徐依朱確有向坐在其身旁之證人林晏傳主動提
02 議玩吹牛遊戲脫衣，並進而有褪下其身上所著衣服而裸露
03 其乳房（包含乳頭）之行為，並非警員教唆或有強烈之誘
04 導始為此等行為。足認查獲過程係對於原已具有犯罪故意
05 之人，警察稍加設計引誘，即使之決意為犯罪行為，並非
06 司法警察誘使原無犯意之被告萌生脫衣陪酒之意。此最高
07 法院所謂之「釣魚」辦案，純屬偵查犯罪技巧之範疇，並
08 未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有
09 其必要性，所蒐集之證據資料有證據能力。另被告徐依朱
10 於過程中雖略有將手放在胸前遮著，然時有放開雙手而沒
11 有遮掩裸露之胸前等節，均堪認定。

12 (五) 正如原審所稱：被告徐依朱脫衣裸露乳房之行為，衡諸一
13 般社會民情，實與一般坐檯小姐在陪酒時有意裸露女性性
14 徵供男客觀看、藉此刺激或滿足男客之性慾而取悅男客之
15 風俗習慣相合。被告徐依朱於警詢及原審審理中亦自承：
16 脫衣服是想賺取喬裝男客的小費等語（參見偵卷第36頁、
17 訴卷二第25頁背面）。是被告徐依朱此等行為，客觀上與
18 單純展現人體美感、哺乳或為社會訴求之目的而裸露女子
19 胸部之情形迥異，且可與性器官、性行為或性文化等內容
20 聯結，並引起普通一般人羞恥感而侵害性的道德感情，有
21 礙社會風化，屬刑法上所稱猥褻之行為（司法院大法官釋
22 字第617號解釋參見）。

23 五、至於辯護人為被告等之利益辯稱徐依朱並無供人觀覽的意圖
24 ，且包廂房門緊閉、燈光昏暗，亦無窗口可由外面看入，無
25 不特定人及多數人共見共聞之情，不符合「公然」猥褻之要
26 件等語。惟查：

27 (一) 按刑法分則中公然二字之意義，祇以不特定人或多數人得
28 以共見共聞之狀況為已足。司法院院字第2033號著有解釋
29 。司法院大法官釋字第145號解釋進而補充解釋稱：本院
30 院字第2033號解釋所謂多數人，係包括特定之多數人在內
31 ，至其人數應視立法意旨及實際情形已否達於公然之程度

而定等語。刑法第234條的公然猥褻罪，以意圖供人觀覽為前提，本罪保護的是所謂社會善良風俗，自不以不特定多數人，即使是「特定多數人」得以共見共聞，即足成立「公然」之要件。

(二) 經查被告徐依朱為猥褻行為之包廂內，喬裝男客人數4人，坐檯小姐亦4人，已有為特定多數人觀覽之可能，即使該包廂無窗戶且始終關閉，門上亦無透明窺視窗，無法透過門直接看到門外狀況，但服務人員（俗稱少爺）會進出，就有有更多人觀覽的危險。證人林晏傳於原審審理中雖證稱，有人進來，徐依朱會把放在大腿上的衣服拉上來遮一下等語（參見訴卷三第4至5、7頁背面、9頁），惟不代表徐依朱不欲林晏傳觀覽，以及觀覽過程中，在場其他人均可能看到。何況證人蔡名傑於偵訊及原審審理中證稱（略以）：徐依朱把乳房露出的期間，服務人員也有進出包廂，被告徐依朱還是沒有把衣服穿上，有露出雙乳等語（參見偵卷第115頁、訴卷三第74頁）。同在包廂內之證人即陪酒小姐鄭喬芸、邱瓊儀於警詢中亦均證稱有看到徐依朱裸露胸部、乳房等語（參見偵卷第44、48頁）。從而，被告徐依朱本意圖藉供林晏傳觀覽的行為以賺取小費，而過程中因包廂內不大，其他司法警察及陪酒小姐均看到被告徐依朱裸露乳房，足認是意圖供人觀覽而為該脫衣行為，且有使在包廂之特定多數人觀覽之意。被告徐依朱所為已符「公然」猥褻行為，辯護人所辯尚無理由。

六、被告劉健寧、陳德萍、陳美靜於本案案發時分別係該店之負責人、現場負責人及帶班經理，分別負責金錢、金錢以外之其他事項、帶領小姐接待客人並向客人介紹消費等工作，業據被告陳德萍、陳美靜、劉健寧不爭執在卷。其等對於店內經營狀況或店內小姐之管理自有相當權限，徐依朱脫衣時，其他陪酒小姐亦未予以禁止；證人林晏傳、蔡名傑亦於原審審理中分別證稱，被告陳美靜有進出該包廂之情。且查被告

徐依朱、邱瓊儀、連筱娟、鄭喬芸等人於店內任職時並無底薪，客人給的小費是由小姐自行收取等情，業據被告徐依朱及邱瓊儀、連筱娟、鄭喬芸於警詢時供述在案，復依卷附現場包廂照片，可知包廂內除沙發、桌子及一般KTV歌唱設備外，別無其他特別之硬體設備，顯見則店內小姐所提供之服務本身，即為湘蓁KTV酒店招徠顧客、延長顧客停留時間、刺激顧客消費之最大賣點，倘若店內小姐提供之服務若只有陪唱歌、喝酒及聊天，又如何能吸引客人入內消費？在被告徐依朱並無底薪之情況下，勢必需渾身解數討取客人歡心，包括脫去上衣、內衣，露出胸部之猥褻行為，藉以賺取客人小費甚明，且為被告陳美靜、陳德萍、劉捷寧所可知悉。另被告徐依朱亦於警詢中證稱：我要掀開胸罩時，被告陳美靜也在場，我還請被告陳美靜去鎖門，少爺也一直進出包廂等語；證人鄭喬芸於警詢中證稱：當時被告徐依朱在玩吹牛、我跟邱瓊儀在玩比大小、連筱娟坐在沙發上，被告陳美靜則進出包廂看客人玩的怎樣等語；證人邱瓊儀亦於警詢中證稱：在與客人玩遊戲的期間，被告陳美靜有進出包廂看客人玩的怎樣之行為等語。顯見被告陳美靜確有於過程中一再進出包廂之行為，如非店家授意或默許，實難想像被告徐依朱對於少爺或被告陳美靜可能隨時進入包廂，能毫無畏懼，反而大膽脫衣賺取小費。是被告陳美靜、陳德萍、劉捷寧主觀上即明知或能預見被告徐依朱可能隨時進入包廂脫衣賺取小費之故意甚明。本院如此認定，堪認與社會常情及經驗邏輯相符。其等辯稱不知情，難以採信。

參、論罪部分

一、按刑法231條之立法目的，係鑑於妨害風化犯罪樣態多元化，應召站主持人、捐客、保鑣、載送司機等媒介嫖客與賣淫者在非特定場合為性交或為猥褻之行為，造成色情氾濫，社會風氣敗壞，加上色情行業利潤豐厚，以詐術使人行之者亦所在多有，故增列媒介及施用詐術行為之處罰，其處罰對象為引誘、容留或媒介之人，犯罪構成要件以行為人主觀上有

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、容留或媒介之行為為已足，屬於形式犯，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意圖，而著手引誘、容留或媒介行為之實施，即構成犯罪，至該男女初有無與他人為性交或猥褻行為之意思，是否果與該他人為性交或猥褻行為，均非所問，且因其犯罪為即時完成，無待任何具體有形結果發生，性質上與未遂犯並不相容，自無犯罪未遂可言。

二、核被告陳德萍、陳美靜及劉倬寧所為，均係犯刑法第28條、第231條第1項之意圖使女子與他人為猥褻行為，而容留以營利罪之共同正犯。行為人引誘、媒介於前，復加以容留在後，其引誘、媒介之低度行為，應為容留之高度行為所吸收。被告徐依朱所為係犯刑法第234條第1項前段之公然猥褻罪。又按刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時乃予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，學理上稱為「集合犯」，凡職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為，均屬之，是故，如行為人係基於概括犯意，在密切接近之一定時、地，多次反覆實行相同之犯罪行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。妨害風化罪之媒介猥褻以營利之行為，是以營業牟利為其基本行為態樣，本質上即具有反覆為相同行為之業務性質，除有證據證明行為人係另行起意之獨立犯行，否則原則上於刑法評價上自應僅成立一個集合犯，而包括的論以一罪。被告陳德萍、陳美靜及劉倬寧，反覆、密接、多次媒介並容留女子與不特定男客從事猥褻行為，本質上乃具有反覆、延續之特質，於刑法評價上，應認係集合多數犯罪行為而成立一罪，併此敘明。

三、被告陳美靜累犯加重其刑部分：

（一）查被告陳美靜前因妨害風化案件，經臺灣桃園地方法院以

01 97年度審訴字第2954號判決處有期徒刑3月，於98年5月
02 13日易科罰金執行完畢；再因人口販賣案件，經臺灣桃園
03 地方法院以100年度訴字第245號判決處有期徒刑4月，
04 於105年4月15日易科罰金執行完畢，有本院被告前案紀
05 錄表在卷可查。

06 (二) 惟自「行為刑法」角度觀之，犯罪是對於行為人的「犯罪
07 行為」懲罰並預防再犯，刑法第1條即表彰這樣的概念，
08 而於量刑時，行為人的人格固然可以是間接的參考因素，
09 經由行為動機、行為手段、罪責程度等（亦即刑法第57條
10 的量刑因素）裁量具體刑罰，過往主要根據行為人的人格
11 ，而非根據其具體犯罪行為來量處刑罰的所謂「刑為人刑
12 法」的概念，在現代法治國家早應被淘汰。例如刑法第57
13 條第5款已審酌犯罪行為人的「品行」作為裁量刑罰的基
14 礎，但同法第47條卻將犯罪行為人這次犯罪前，5年內所
15 接受的刑罰執行，強制法官必須考量在這次犯罪的量刑因
16 素，而且是強制加重刑罰，甚至可以加重法定刑到2分之
17 1，這就是「行為人刑法」，而非「行為刑法」的立法，
18 並且當併用刑法第47條及57條第5款時，不免有對行為人
19 犯行重覆評價的疑慮，在這次的犯罪重覆將以前已經受到
20 懲罰完畢的行為，再次評價並加重其刑，更是可能違反一
21 事不再理或一罪不二罰原則。然而，108年2月22日甫公
22 布的司法院釋字第775號解釋僅從是否違反憲法一行為不
23 二罰原則的角度，認為累犯制度並未違憲，而謂：刑法第
24 47條「法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於
25 前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5年內又故意
26 違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應
27 加重本刑至二分之一。是系爭規定——（指刑法第47條）所
28 加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違
29 反憲法一行為不二罰原則之問題」（解釋理由書參見）。
30 殊不論大法官過度簡化一行為不二罰的論證，惟至少大法
31 官認為累犯所定一律加重最低本刑的規定，不符罪刑相當

原則，而抵觸比例原則：「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑」（解釋文第一段）。是實務以往操作的「應」加重其刑即一律強制加重的法律效果，司法院大法官釋字第775號解釋公布後，即使尚未修法，司法實務即應解釋為「得」加重，亦即應視行為人前罪與後罪的關係，以個案認定是否「有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱（累犯制度的立法理由）」之情，始得加重其刑。至於大法官於解釋理由書就一律加重最低本刑造成違憲結果所舉事例：「因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為6月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為7月有期徒刑。本來法院認為諭知6月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第41條第1項及第3項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告7月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動」，自不能理解為僅有在此種事例始有「得」加重與否的適用，亦屬當然。

（三）經查被告陳美靜前案所為與本案所為為相同罪名之犯行，顯未能記取教訓，重覆犯相同罪名、情狀及性質之犯罪。足認其對刑罰反應力的薄弱，從而，本院認被告陳美靜仍應依刑法第47條第1項規定，加重其刑。

肆、撤銷原判決並就部分被告諭知緩刑之說明

一、原審認被告徐依朱雖有猥褻行為，但無從認定其有欲供不特定人或多數人共見共聞、觀覽其猥褻行為之故意及意圖；且

其餘被告陳美靜等3人對被告徐依朱之所為之猥褻行為可能毫無所悉，而以查無積極事證為由，諭知被告徐依朱等人均無罪等語。惟查被告等有檢察官所訴犯行，業經本院認定如前，原審疏未詳予論述前述各項事證，而為被告4人無罪之諭知，自有違誤。檢察官上訴以此指摘原判決不當，自有理由，應由本院將原判決撤銷改判。

二、爰審酌被告陳德萍、劉捷寧、陳美靜共同圖利容留猥褻犯行，被告徐依朱意圖供人觀覽而為該脫衣之猥褻行為，均對社會善良風俗致生危害，兼衡被告陳德萍無前科、高職學歷，目前沒有工作，現在靠打零工維生、其自陳家庭經濟狀況不好，所住之屋是家裡的、有結婚，有小孩，一個3歲，一個5歲，太太沒有上班，有其他兄弟姊妹可以幫忙扶養長輩及犯罪後之態度等一切情狀；被告劉捷寧無前科、專科學歷，目前作服飾業、其自陳家庭經濟狀況不好，所住之屋是母親的、離婚，有一個小孩12歲，由其監護、犯罪後之態度等一切情狀；被告陳美靜為二度犯本罪之前科素行、國中畢業，目前在園藝打工、其自陳家庭經濟狀況不好，所住之屋是租賃的、離婚，有一個小孩讀大學，由其監護，另一個小孩大學畢業及犯罪後之態度等一切情狀；兼衡被告徐依朱國中學歷之教育程度、現在在電子工廠上班、其自陳家庭經濟狀況不好，所住之屋是租賃的、離婚，有兩個小孩，一個7歲，一個10歲，共同監護、犯罪後之態度等一切情狀。分別量處被告等如主文所示之刑，及易科罰金之折算標準。

三、查被告陳德萍、劉捷寧、徐依朱3人於本案行為前，未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表在卷可查，其等經偵查、審理及刑之宣告後，當能知所警惕而無再犯之虞，參以被告等所為均為取悅成年人之娛樂，只要未涉及未成年入，本屬成年人間的性自主自由，甚且工作權之行為，被告陳美靜則形式上不符緩刑之前提要件，本院以為執行本案刑罰，尚無絕對之必要，是本案無論自一般或特別預防之刑罰考量目的，認對被告陳德萍、劉捷寧、徐依朱3人所宣

告之刑均以暫不執行為適當，爰併予宣告緩刑2年，其等經此次刑之宣告後，能學得教訓，謹慎行事。

伍、另須說明者，88年4月21日修正之刑法，立法者以「妨害性自主罪」章之概念及用語，取代以往「妨害風化罪」章中之多數犯罪（另增訂第16章之1妨害風化罪章），其立法意旨著重在個人性自主權法益之保護，而非過去強調社會善良風俗的集體的超個人法益的觀念，亦即立法者尊重個人擁有其性行為自主之空間及權利，惟立法者卻又透過增訂所謂「妨害風化罪章」之規定，規範本條之刑罰，反剝奪色情交易者關於性行為之自主權，其間矛盾自明。本院以為，除涉及強制行為或為保護兒童及未成年人之權益考量（如刑法第231條之1、第232條及第233條）外，成年人基於其「性自主權」所為之工作選擇，即使以性交或猥褻為交易手段之工作，亦係其個人生活方式及求取生存的選擇自由，不論是否犧牲其自身利益，祇要未製造其他法益之侵害，國家實無以刑罰手段介入之理由，尤有甚者，國家動輒以刑罰化或甚至重刑化來思考並解決社會上的難題，不僅無法有效達到管制目的，於事無補，並且很難通過憲法比例原則之檢驗（本案被告等不考慮聲請釋憲）。當然，國家對此等性交易之行為，可為適當且必要之行政上管理及管制，尚無疑問，附此敘明。須再強調者，國家無正當之理由，將大量應屬行政處罰層次的行為，或者尚難認有法益受侵害之行為，均賦予刑罰之效果，不僅不能徹底解決各項不法行為，並且無端製造更多犯罪行為及犯罪人，更不當地誤導人民對於刑罰的迷信，也突顯國家對於人民重罰輕教的心態。畢竟刑罰功能的極限，就是刑罰的極限！

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，刑法第231條第1項前段、第28條、刑法第234條第1項前段、第41條第1項前段、第47條第1項、刑法第74條第1項第1款，刑法施行法第1條之1第1項、第2項前段，判決如主文。

01 本案經檢察官楊朝森提起公訴，檢察官李承陶提起上訴，檢察官
02 曾鳳鈴到庭執行職務。

03 中 華 民 國 108 年 10 月 24 日
04 刑 事 第 二 庭 審 判 長 法 官 周 盈 文
05 法 官 郭 豫 珍
06 法 官 錢 建 榮

07 以上正本證明與原本無異。

08 如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其
09 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書
10 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

11 書記官 許俊鴻

12 中 華 民 國 108 年 10 月 24 日

13 附錄： 本案論罪科刑法條全文

14 中華民國刑法第231條第1項：

15 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
16 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
17 犯之者，亦同。

18 中華民國刑法第234條第1項：

19 意圖供人觀覽，公然為猥褻之行為者，處1年以下有期徒刑、拘
20 役或3000元以下罰金。