

臺灣高等法院刑事判決

111年度上訴字第1074號

上訴人

即被告 徐榮志

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110年度訴字第14號，中華民國111年1月5日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第16520號、第16844號、第21501號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於徐榮志刑之部分撤銷。

前項撤銷部分，徐榮志處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

其他上訴駁回。

事實及理由

壹、本院審理範圍：

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。查上訴人即被告徐榮志（下稱被告）於本院審理時明示僅就原判決之量刑及沒收部分提起上訴（見本院卷一第299、300頁、本院卷二第92頁），故本院僅就原判決關於被告之量刑及沒收部分進行審理，其未表明上訴之其他部分則不屬本院審判範圍，合先敘明。

貳、被告上訴意旨略以：

本案被告並非經營應召站之老闆或經紀人，被告1年只有媒介1、2個客人，犯罪所得微薄，且犯後坦承犯行，現為低收入戶，靠低收入補助生活，原審量刑及沒收均屬過重，請求撤銷原判決，從輕量刑等語。

參、本院之判斷

01 一、原判決基於本案犯罪事實之認定，論被告所為，係犯刑法第
02 231條第1項前段之圖利媒介性交罪。被告與鄭育誠、許崧
03 暉、侯金帝、林蔓娣、徐榮良、陳宗央、張淑萍、「新摩納
04 哥」、「茶湯會」群組之不詳成員間，就上開犯行，均有犯
05 意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。本院基於上開犯罪事
06 實及法律適用，對於被告量刑部分為審理，先予敘明。

07 二、刑之加重事由

08 (一)按法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程
09 序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階
10 段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才
11 需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。
12 前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重
13 量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及
14 具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方
15 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
16 延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之
17 危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯
18 規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。檢察官
19 若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累
20 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
21 5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告
22 可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所
23 定「犯罪行為人之品行」之審酌事項（最高法院刑事大法庭
24 110年度台上大字第5560號裁定意旨參照）。

25 (二)檢察官雖提出全國刑案資料查註表，證明被告有如起訴書所
26 載有期徒刑執行完畢後，於5年以內故意再犯本案犯罪等
27 情，然起訴書僅敘明：請參酌司法院釋字第775號解釋意
28 旨，審酌是否依刑法第47條第1項之規定，加重其刑等語，
29 本案檢察官於原審及本院審判中，亦未就應加重其刑之事
30 項，主張並具體指出證明方法。參諸前揭最高法院刑事大法
31 庭裁定意旨，尚難認被告於本案有依累犯規定加重其刑之必

01 要，自毋庸因此加重被告之刑，然仍得作為本院依刑法第57
02 條第5款審酌之量刑因素之一。

03 肆、撤銷原判決之理由（即原判決關於刑部分）：

04 一、原審以被告犯行事證明確，而予論罪科刑，固非無見。惟
05 查，被告上開犯行並無累犯加重其刑之適用，已如前述，原
06 審誤依刑法第47條第1項規定加重其刑，容有未洽。是被告
07 以原判決量刑過重為由提起上訴，為有理由，自應由本院將
08 原判決關於刑之部分予以撤銷改判。

09 二、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告不思以正當方法賺取金
10 錢，僅為謀求私利，竟媒介成年女子與他人為性交行為以營
11 利，危害社會善良風俗，助長性交易歪風，所為應予非難，
12 兼衡其前科素行、犯罪之動機、目的、手段、角色分工及參
13 與程度、所獲利益、犯後態度，另斟酌被告之智識程度、學
14 經歷、經濟條件、家庭等生活狀況（此部分涉及被告個資，
15 詳見本院卷二第394頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示
16 之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

17 伍、上訴駁回之理由（即原判決關於沒收部分）：

18 原判決理由業已敘明：(一)供犯罪所用之物部分：1.扣案如附
19 表四編號1所示之物，係被告所有供其為本案犯行所用之
20 物，業據被告供述在卷（見原審訴字卷第538、539頁），爰
21 依刑法第38條第2項前段規定，於其所受宣告之罪刑項下，
22 宣告沒收之。2.至被告經警查獲時扣案之其餘物品，被告否
23 認與本案犯行相關，卷內亦無證據證明與本案起訴犯罪事實
24 有何關連，自均無從宣告沒收之。(二)犯罪所得部分：同案被
25 告許崧暉於偵查及原審時證稱：我指認過的淫媒，至少都會
26 1、2天合作1次，其中被告徐榮志約3-4天1次等語（見偵168
27 44卷第111、112頁）；又針對被告媒介嫖客每次所得若干乙
28 節，被告坦承可朋分新臺幣（下同）900元等語（見原審訴
29 字卷第581頁）。是依有利於被告之次數認定，與前揭各次
30 朋分之數額計算，被告於原判決事實欄一所示期間之本案犯
31 罪所得應為121,500元（計算式：900元×【18月×30天÷4

天】=121,500元）。是前揭犯罪所得應依刑法第38條之1第1項前段規定，於被告所受宣告之罪刑項下諭知沒收，並依同條第3項規定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額等節，經核原審就此部分認事用法均無違誤，所為沒收、追徵諭知均於法有據，原判決關於此部分應予維持。被告上訴主張原審判決宣告沒收犯罪所得金額過高，請求撤銷改判云云，為無理由，應予駁回被告此部分之上訴。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官邱曉華提起公訴，檢察官黃錦秋到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 2 月 27 日
刑事第四庭 審判長法官 林柏泓
法官 葉乃瑋
法官 錢衍蓁

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 陳筱惠

中 華 民 國 114 年 2 月 27 日

附錄本案論罪科刑法條

中華民國刑法第231條

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。