

臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第5564號

上訴人

即被告 謝清松

選任辯護人 黃驥律師

王聖傑律師

上列上訴人即被告因妨害風化等案件，不服臺灣桃園地方法院113年度訴字第926號，中華民國114年8月21日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第14775號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第348條第3項規定「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。本件檢察官未上訴，上訴人即被告謝清松（下稱被告）及其辯護人於本院明示本案僅就原審判決認定之圖利媒介性交罪之量刑部分上訴，對於妨害公務及沒收部分均不上訴（見本院卷第60、61頁），故本院審理範圍僅限於圖利媒介性交罪部分之刑之部分，並以原判決所認定之事實、適用法條（罪名）為審酌依據。
- 二、被告上訴意旨略以：被告於偵查及審理中均自白犯罪，節省司法資源；依司法院釋字第775號解釋累犯加重須避免過苛，而本案因係由員警喬裝男客，實際均未完成性交易，且本次僅擔任現場看守門口人員，角色較為邊緣，且犯罪期間短（自113年2月28日豈即遭查獲），危害性較低，本案情節較輕，依累犯加重後刑度卻高於前案即臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）109年度壠簡字第446號該案經累犯加重後

量處之有期徒刑6月之刑度，顯未具體審酌「特別惡性」或「刑罰反應力薄弱」之要件，僅機械式加重，有違比例原則；另原審未審酌被告悔意深切之刑法第57條第10款之犯後態度，及從事五金材料行司機工作、經濟勉持、需扶養父母之刑法第57條第8款之犯罪行為人之生活狀況，於量刑理由中僅泛稱「審酌一切情狀」，未具體說明為何排除被告坦承犯行、調解成功等有利因素，違反刑事訴訟法第310條第2款對於被告有利之證據不採納者，應說明理由之要求，影響量刑公正性。是原判決量刑過重，未充分考量被告之減輕事由，且累犯加重不符比例原則等語；其辯護人上訴意旨則以：原審以被告前因妨害風化案件，經桃園地院以109年度壢簡字第446號判決判處有期徒刑6月，併科罰金新臺幣（下同）6萬元確定，於109年7月1日易科罰金執行完畢，於5年內再犯本案而加重其刑，惟被告前案於109年7月1日執行完畢後至本案案發日即113年2月28日已過去3年有餘，被告於此段期間內皆未再犯，可見刑罰之執行亦有對於被告產生一定拘束力及矯正之正面效果，原判決論以累犯加重，實有失比例原則，與司法院釋字第775號解釋理由書意旨相悖；另被告於本案遭查獲後未再為相同犯行，且自113年4月6日起迄今均任職於金滿溢興業有限公司擔任業務司機，具有穩定收入來源，當無再犯與本案相同犯行之可能，請求撤銷原判決，科處有期徒刑6月以下，並宣告緩刑等語。

三、駁回上訴之理由：

（一）、被告前因妨害風化案件，經桃園地院以109年壢簡字第446號判決判處有期徒刑6月，併科罰金6萬元確定，於109年7月11日易科罰金執行完畢，有法院前案紀錄表在卷可考（見本院卷第41至43頁），竟仍於有期徒刑執行完畢後5年內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，自與累犯規定相符；又被告前案係故意犯罪、有期徒刑之執行完畢係易科罰金，且所犯為與本案犯罪型態、原因、侵害法益、罪質及社會危害程度完全相同，甚係於同一處所即桃園市○○區○○路00巷0號再

犯之，且犯罪時間亦係於前案執行完畢後5年內之中期，可見被告對於刑罰之反應力薄弱，此亦經檢察官於本院審理時陳明在卷（見本院卷第64頁），堪認被告顯未因前案記取教訓，仍不知悔悟而再為本案犯行，足見其欠缺守法意識，其自制力及對刑罰之反應力薄弱，為反應被告再犯本案之特別惡性，並促其遵守法律，以收警惕之效，本院審酌上情，認實有加重其刑之必要，爰依刑法第47條第1項規定，本案應予加重其刑。原判決所為累犯適用，難認有何違法。

(二)、按量刑之輕重本屬法院依職權裁量之事項，亦即法官在有罪判決時如何量處罪刑，甚或是否宣告緩刑，係實體法賦予審理法官就個案裁量之刑罰權事項。準此，法官行使此項裁量權，自得依據個案情節，參酌刑法第57條各款例示之犯罪情狀，於法定刑度內量處被告罪刑；除有逾越該罪法定刑或法定要件，或未能符合法規範體系及目的，或未遵守一般經驗及論理法則，或顯然逾越裁量，或濫用裁量等違法情事以外，自不得任意指摘其量刑違法。經查：原審以行為人責任為基礎，審酌被告不思正道獲取財物，竟無視法令之禁止，為牟取私利而媒介成年女子為性交行為，嚴重敗壞公共秩序，更危害健全之社會善良風俗，甚至對於到場依法執行公務之員警林思翰、趙映權，強暴之方式妨害渠等執行公務，實值非難。並考量被告犯後終能坦承犯行，犯後態度尚可，並佐以被告前有數次因妨害風化案件遭法院判刑之前科紀錄（不包含前揭認定被告有累犯之部分），堪認被告素行並非良好。再參酌被告之犯罪動機、目的、手段、程度、對社會善良風俗造成之損害以及妨害公務之方式等節，暨兼衡被告於本院審理時自陳其教育程度為高中夜校畢業，目前從事五金材料行業務司機工作，經濟狀況勉持，並有父母需扶養之家庭狀況等一切情狀，復依累犯適用並予以加重其刑後，就其共同犯圖利媒介性交罪量處有期徒刑8月，核其所為之論斷，係於法定刑度範圍之內，予以量定，客觀上並無明顯濫權或失之過重之情形，顯係以行為人責任為基礎，斟酌刑法

第57條各款事由，而為刑之量定，已妥適行使裁量權，並無違反比例原則、罪刑均衡原則情事。從而，被告上訴意旨所陳應審酌之刑法第57條第8款及第10款量刑事由，業經原審於量刑時列為審酌事項，原判決之量刑基礎並未改變，被告指摘原審量處之刑過重，係對原審量刑職權之適法行使，任意指摘，洵屬無據，是原判決之量刑縱與被告主觀上之期待有落差，仍難指其量刑有何不當或違法。

(三)、按刑法第231條犯罪之構成要件，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（即成犯），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86號判決意旨參照）。職此，被告僅需主觀上基於營利之目的，客觀上媒介女子與不特定男客進行性交行為，自己實現該罪之構成要件，且構成法益之侵害，尚不因其所媒介之對象是否有與男客完成性交行為，而異其認定，是被告上訴意旨以本案因男客為員警喬裝，未實際完成性交易，故情節較輕等節，自難認有據。再者，妨害風化所侵害之法益為社會法益，查獲員警非屬被害人，是被告固於原審審理中與員警林思翰成立調解，有調解筆錄在卷可稽（見原審卷第89、90頁），然此乃針對被告於113年2月28日為警查獲時，基於傷害、妨害公務之犯意，徒手推擠員警林思翰及關上私娼寮內大門指示媒介之成年女子逃跑過程中，造成員警林思翰受傷之犯行，與其本案妨害風化犯行無涉，自無由援引作為其所犯共同圖利媒介性交罪之量刑減輕事由。故被告此部分上訴指摘原審未予以審酌而有量刑不當、過重之情事，均難認有理。

01 (四)、被告之辯護人雖請求給予被告緩刑之諭知等語。且按刑法第
02 74條第2款所稱「5年以內」未曾受有期徒刑以上刑之宣告，
03 應以後案宣示判決之時，而非以後案犯罪之時，為其認定之
04 基準；即後案「宣示判決時」既已逾前案有期徒刑執行完畢
05 或赦免後5年以上，經審酌後，認其所宣告之刑以暫不執行
06 為適當者，仍非不得宣告緩刑（最高法院92年第18次刑事庭
07 會議決議意旨參照、最高法院100年度台上字第3347號判決
08 意旨參照）。惟緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，
09 緩刑之宣告，除應具備刑法第74條第1項所定之形式要件
10 外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為
11 之。至是否適當宣告緩刑，本屬法院之職權，得依審理之結
12 果斟酌決定，非謂符合緩刑之形式要件者，即不審查其實質
13 要件，均應予以宣告緩刑。查被告因前揭認定被告有累犯之
14 前科，已於109年7月1日執行完畢，迄本案宣判時止，被告
15 固已符合刑法第74條第1項第2款所定之緩刑宣告形式要件。
16 惟查，被告除上開刑案前科外，另因妨害風化案件，於102
17 至104年間，經桃園地院以102年度訴字第823號判決判處有
18 期徒刑4月確定、103年度壠簡字第579號判決判處有期徒刑6
19 月確定及104年度訴字第762號判決判處有期徒刑6月、併科
20 罰金2萬元確定等多項刑案前科紀錄，有法院前案紀錄表在
21 卷可參。顯見被告之素行並非良好，且一再從事罪質相同之
22 妨害風化犯行，已難信其無再犯之虞。因之，本院審酌上
23 情，認為被告仍有接受刑罰教化之必要，無從認本案所宣告
24 之刑以暫不執行為適當，為誠命其重視法秩序，本院認仍有
25 執行刑罰予以警惕之必要，故不予宣告緩刑。辯護人上訴意
26 旨請求諭知緩刑宣告等語，自非可採。

27 (四)、綜上，被告及辯護人上訴意旨所指各情，均無理由，應予駁
28 回。

29 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

30 本案經檢察官高玉奇提起公訴，檢察官曾文鐘到庭執行職務。

31 中 華 民 國 114 年 12 月 31 日

刑事第七庭 審判長法官 張育彰
法官 陳勇松
法官 陳翌欣

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 洪靖嵐

中 華 民 國 115 年 1 月 2 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

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，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。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。