

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 徐榮良

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

原判決關於沒收部分撤銷。

徐榮良扣案如原判決附表四編號2所示之物沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣拾萬捌仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

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良（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：

被告只是幫酒店經紀人介紹客人去按摩，並未取得報酬，且坦承犯行，足見被告犯後態度良好，原審量刑及沒收均屬過重。被告現在從事臨時工之工作，收入不穩定，請法院審酌上情，從輕量刑並宣告緩刑等語。

參、本院之判斷：

01 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、徐榮志、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 肆、上訴駁回之理由（刑之部分）

08 一、按法院對於被告為刑罰裁量時，必須以行為人之罪責為依
09 據，而選擇與罪責程度相當之刑罰種類，並確定與罪責程度
10 相稱之刑度。縱使基於目的性之考量，認定有犯罪預防之必
11 要，而必須加重裁量時，亦僅得在罪責相當性之範圍內加
12 重，不宜單純為強調刑罰之威嚇功能，而從重超越罪責程度
13 為裁判，務求「罪刑相當」。且在同一犯罪事實與情節，如
14 別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或
15 失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，
16 原則上應予尊重（最高法院85年度台上字第2446號判決意旨
17 參照）。

18 二、原審以被告犯行明確，並審酌被告媒介成年女子與他人為性
19 交行為以營利，危害社會善良風俗，助長性交易歪風，所為
20 甚值非難，另考量被告參與本案犯行之期間、分工情形、犯
21 罪動機、目的、犯後態度，兼衡其自述之教育程度、家庭經
22 濟狀況等一切情狀，於法定刑度內，予以量定，客觀上並無
23 明顯濫用自由裁量權限或輕重失衡之情形，復已將被告上訴
24 意旨所陳參與本案之分工情形、犯後態度等事由考量在內，
25 核無逾越法定刑度，或濫用自由裁量權限之違法或不當之情
26 事。且於本院審理期間，前述量刑之考量因素亦無實質變
27 動，自難認原判決就該犯罪所處之宣告刑，有何被告所指量
28 刑過重之情事。本院綜合以上各情，認原審所處之宣告刑尚
29 稱允當，被告指摘原審量刑過重，請求從輕量刑，實非可
30 採。被告就此部分猶執前詞提起上訴，為無理由，應予駁
31 回。

01 三、至被告上訴請求宣告緩刑等語，惟按緩刑之宣告，除應具備
02 刑法第74條所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適
03 當之情形，始得為之，亦屬法院裁判時得依職權自由裁量之
04 事項，當事人不得以原審未諭知緩刑指為違背法令（最高法院72年度台上字第6696號判決意旨參照）。是法院行使此項
05 職權時，除應審查被告是否符合緩刑之法定要件外，尚應受
06 比例原則與平等原則等一般法律原則之支配，以符客觀上之
07 適當性、相當性與必要性。經查，被告於犯後雖坦承犯行，
08 惟其參與本案之時間長達1年6個月之久，犯罪參與之程度非
09 輕，足見其法治觀念薄弱，是本院認非施以相當刑事處遇，
10 難收抑制、預防犯罪之效，有執行刑罰以資警惕之必要，並
11 無暫不執行為適當之情形，自不宜宣告緩刑，附此敘明。

12 伍、撤銷之理由（原判決關於沒收部分）

13 一、刑事訴訟法第370條第1、2項有關不利益變更禁止原則之規
14 定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審
15 判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於
16 第一審判決之刑而言。所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所
17 定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從
18 刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似
19 不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併
20 罰，故已刪除現行法第51條第9款規定宣告多數沒收併執行
21 之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。又現行刑法第
22 38條之1第1項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第38
23 條第1項第3款後段及第3項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規
24 定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因
25 犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。倘
26 於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪
27 所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原
28 審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以
29 根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，
30 並無刑事訴訟法第370條第1、2項關於不利益變更禁止原則
31

01 之適用，合先敘明。

02 二、按「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪
03 行為人者，得沒收之」、「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，
04 沒收之」、「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜
05 執行沒收時，追徵其價額」、「第一項及第二項之犯罪所
06 得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳
07 息」，刑法第38條2項前段、第38條之1第1項前段、第3項、
08 第4項分別定有明文。

09 三、供犯罪所用之物

10 (一)扣案如原判決附表四編號2所示之物，係被告所有供其為本
11 案犯行所用之物，業據被告供述在卷（見原審訴字卷第53
12 5、536頁），爰依刑法第38條第2項前段規定，於其所受宣
13 告之罪刑項下，宣告沒收之。

14 (二)至扣案之其餘物品，經被告否認與本案犯行有關，卷內亦無
15 證據證明該等物品與被告本案犯行有關，又均非屬違禁物，
16 爰不予宣告沒收。

17 四、犯罪所得

18 查同案被告許崧暉於偵查及原審時證稱：我指認過的淫媒，
19 至少都會1、2天合作1次，其中被告約2-3天1次等語（見偵1
20 6844卷第111、112頁）；又參以被告於原審時供稱：我媒介
21 成功一次可以抽新臺幣（下同）600元等語（見原審訴字卷
22 第581頁）。是依有利於被告之次數認定，與前揭各次朋分
23 之數額計算，被告於原判決事實欄一所示期間之本案犯罪所
24 得應為108,000元（計算式：600元×【18月×30天÷3天】
25 =108,000元）。

26 五、原審未詳加審酌上情，認定被告之犯罪所得僅72,000元，而
27 諭知沒收及追徵，即有違誤。被告提起上訴，指摘原判決關
28 於沒收部分不當，雖無理由，然原判決既有前揭可議之處，
29 自應由本院將原判決沒收部分予以撤銷改判。查被告本案之
30 犯罪所得為108,000元，且未經扣案，應依刑法第38條之1第
31 1項前段、第3項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或

01 不宜執行沒收時，追徵其價額。
02 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第368條、第364
03 條，判決如主文。

04 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。

05 中 華 民 國 114 年 2 月 27 日
06 刑事第四庭 審判長法官 林柏泓
07 法官 葉乃瑋
08 法官 錢衍綦

09 以上正本證明與原本無異。

10 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
11 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
12 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

13 書記官 陳筱惠

14 中 華 民 國 114 年 2 月 27 日

15 附錄本案論罪科刑法條

16 中華民國刑法第231條

17 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
18 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
19 犯之者，亦同。

20 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
21 一。