

裁判字號：最高法院 101 年台上字第 763 號刑事判決

裁判日期：民國 101 年 02 月 23 日

裁判案由：妨害風化

最高法院刑事判決 一〇一年度台上字第七六三號

上訴人 詹菜

上列上訴人因妨害風化案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國九十九年十一月三十日第二審判決（九十九年度上訴字第一三三一號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十九年度偵字第一六二四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件上訴人詹菜上訴意旨略稱：(一)、原判決雖採用證人即員警黃智勇之第一審證詞作為論罪依據，惟黃智勇於第一審所證關於參與臨檢之員警人數、有無攜帶攝影器材等節，均與卷內資料不符；而其雖證稱：進入「哥倫比亞商旅」四〇八號房後，發現梳妝台上有一張卡片，忘了什麼卡，上面有姓名、年齡等語，但現今除身分證、駕照及健保卡外，未知還有什麼卡需填具姓名、年齡，黃智勇竟稱「忘了什麼卡」，顯屬無稽；況黃智勇令證人鄭玉英、彭昱清指認上訴人照片之過程，亦違背一般之指認程序，且悖於經驗法則；另卷附營業場所檢查紀錄表所載之時間係民國九十八年十一月五日十七時二十分，黃智勇亦證稱當時並未進行任何查證，何以上開檢查紀錄表卻已將上訴人列為媒介之人，且彭昱清於第一審時亦證稱：當時警察衝進來，有拿相片要伊確認等語。足見黃智勇於第一審證稱：伊係根據在梳妝台上發現之卡片，回警察局時始調出電腦照片供鄭玉英、彭昱清指認等語，已有不實。又黃智勇於第一審時另證稱：當時係向「哥倫比亞商旅」之櫃檯人員拿鑰匙，請清潔人員打開四〇八號房後，才進入等語，然該清潔人員有無陪同進入、或僅由員警單獨進入，原審均未詳加調查；況以黃智勇身為警務人員，明知該四〇八號為上訴人所租住，竟要求櫃檯人員拿鑰匙，請清潔人員開門讓彼等進去看看；再者，警方當日臨檢「哥倫比亞商旅」多間房間，何以卷附之檢查紀錄表在場人欄僅有彭昱清、鄭玉英二人之簽名，卻無營業場所相關主管或人員之簽名。足見員警顯係非法進入

該四〇八號房，而有違臨檢或搜索之程序至明，且上開檢查紀錄表所載內容亦有不實，員警因此違法程序所取得上訴人之身分資料及供證人指認之筆錄，均應予排除。詎原判決竟以上開違法取得之證據認定上訴人犯罪，已違背證據法則。(二)、彭昱清於第一審雖證稱：事情過太久了，伊沒有印像，也不敢確定上訴人有無幫伊叫小姐，但當時警察進入房內時，有拿照片給伊指認，伊印象中就是照片中這個人等語。然卷附上訴人之身分證照片係數年前所照，彭昱清對上訴人本人並無印象且不敢確定，但卻對數年前之照片有印象，實匪夷所思；且與黃智勇於第一審時證稱：係至警局作筆錄時，才在電腦螢幕上顯示上訴人之照片，供彭昱清指認不相符合；另觀彭昱清於警詢及偵查中之證詞，其進入「哥倫比亞商旅」後，究係先上四樓或直接到五樓、要找該四樓的哪位女子、有無綽號、是否有談妥交易價錢、如何交錢、能否確認上訴人即是該四樓之女子？前後所述亦不盡相符而有瑕疵，亦不足採為論罪之證據。又證人鄭玉英於第一審時即證稱：伊不認識上訴人，且不確定上訴人是否即係帶伊至房間之人，警察當時有拿照片給伊看，並說彭昱清已確定是上訴人，可是伊說不確定，但警察說是等語，顯見鄭玉英於警局所為之指認，已違背其自由意志。至鄭玉英於警詢、偵查及第一審時，就如何拆帳、交易代價為何、如何向客人收款等節，所為證述雖前後不一，然就是否係上訴人所媒介，則一再表示無法確認。再者，依鄭玉英於第一審所述，其與媒介之女子在網路上即已談好交易之價錢，惟上訴人完全不懂網路，上訴人顯非媒介之人。本件並無積極、確切之證據足以認定上訴人犯罪，原判決未再詳予調查彭昱清、鄭玉英之證詞是否可信，且就鄭玉英有利於上訴人之證詞，不予採納，並未說明理由，亦有審理未盡併理由不備之違背法令等語。惟查證據之取捨、證據證明力之判斷，以及事實有無之認定，屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷與認定，並不違背論理法則及經驗法則，即不容任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。本件原判決認定上訴人有其事實欄所載犯行，係依憑證人鄭玉英於警詢、偵查中之證詞，證人彭昱清於偵查、第一審之證詞，證人黃智勇於原審之證詞，以及卷附高雄市政府警察局三民第一分局營業場所檢查紀錄表、上訴人持用0000000000號行動電話通聯調閱查詢單、鄭玉英與彭昱清指認上訴人之照片等證據資料，予以綜合判斷，認上訴人犯行堪以認定。並指駁、說明上訴人否認犯罪，辯稱：案發當天上午約十一點多至下午六點許，伊與妹妹詹玉環係到高雄市新興市場及新堀江購物，案發時並未在場，對彭昱清、鄭玉英二人之行為並不知情云云，暨其辯護人辯稱：警方並無搜索票，即違法進入上訴人房間，並擅取上訴人之身分證件，供證人指認，所為之搜索程序顯已違法云云，均係卸責飾詞，並無足取。證人鄭玉英於第一審時證稱：當時帶伊至房間之女子（即媒介性交易者）是否係上訴人，伊已無印象等語，應屬合理之淡忘；其於第一審時證稱：伊到達「哥倫比亞商旅」後，係先到五樓等語，雖與其於警詢時證稱：伊係先到四樓找媒介之

女子，再由該女子帶伊至五樓五0五室與男客交易等語不符，則屬距離案發已有七個月之久，難免而為之不確定證詞，均不足作為有利於上訴人之認定。至於卷附警方所提供之照片是否即係上訴人，鄭玉英於偵查中雖證稱：在警局指認時，我就認不太出來云云，另於第一審時亦證稱：伊在警局時不確定，是警察說是云云；暨證人詹玉環於第一審時證稱：案發當天伊與上訴人從上午約十一點至下午五、六點止，係去新興夜市○○○○街等語，均係事後迴護上訴人之詞，不足採信。證人彭昱清於第一審時證稱：事情過很久了，伊不敢確認上訴人是否即係媒介性交易之人云云，應係時隔七個月後，印象已模糊所致，不能因此即推翻其於偵查中指認上訴人之正確性等由甚詳。因而維持第一審論處上訴人犯圖利容留性交罪刑，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘其所憑證據及認定之理由，所為論斷均有卷存證據資料可資覆按。上訴意旨雖指摘原判決違法，然按，為預防犯罪，維持治安，以保護社會安全，並使警察執行勤務有所依循，警察勤務條例第十一條乃就警察勤務之內容為明文之規定，其中第三項即規定：「□臨檢：於公共場所或指定處所路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢、執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。」是臨檢乃警察對人或場所涉及現在或過去某些不當或違法行為產生合理懷疑時，為維持公共秩序及防止危害發生，在公共場所或指定之場所攔阻、盤查人民之一種執行勤務方式。而臨檢與刑事訴訟法之搜索，均係對人或物之查驗、干預，而影響人民之基本權，惟臨檢係屬非強制性之行政處分，其目的在於犯罪預防、維護社會安全，並非對犯罪行為為搜查，無須令狀即得為之；搜索則為強制性之司法處分，其目的在於犯罪之偵查，藉以發現被告、犯罪證據及可得沒收之物，原則上須有令狀始能為之。是臨檢之實施手段、範圍自不適用且應小於刑事訴訟法關於搜索之相關規定，則僅能對人民之身體或場所、交通工具、公共場所為目視搜尋，亦即只限於觀察人、物或場所之外表（即以一目瞭然為限），若要進一步檢查，如開啟密封物或後車廂，即應得受檢者之同意，不得擅自為之。卷查，「哥倫比亞商旅」係供人投宿、休息之公共場所，依警察勤務條例第十一條第三款規定，自得對該場所實施臨檢。而證人即員警黃智勇等人當天如何臨檢查獲鄭玉英與彭昱清從事性交易，並經彭昱清告知「哥倫比亞商旅」內有女子媒介性交易，員警乃逐一臨檢其他房間，並在四0八號房發現有監看旅社之電視分隔畫面，根據現場研判，該屋內之人應係監看畫面，看到警方臨檢才匆忙離去，嗣警方在梳妝台上發現一張卡片，乃根據卡片上的姓名資料，使用警用申請國民身分證之檔案系統查詢，調出上訴人申請國民身分證資料供鄭玉英、彭昱清指認，警方並無違法搜索等情，原判決業已依據卷證資料詳加說明。況「行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制。即時強制方法如下……□對於住宅、建築物或其他處所之進入。」行政執行法第三十六條第一項、第二項亦有明定。警方在上開公共場所臨檢時，依查獲之證據

既已合理懷疑犯圖利容留性交易之該名女子可能藏匿於「哥倫比亞商旅」之其他房間內，其請櫃檯人員拿鑰匙由清潔人員開啟四〇八號房進入臨檢，並無違法可言；而警方在梳妝台上發現卡片，乃根據卡片上的姓名資料，回警局後，再調出上訴人之檔案照片供鄭玉英等人指認，揆諸上開說明，該單純檢視卡片之行為，應屬合法之臨檢行為，並無上訴意旨所指摘違法搜索或臨檢之情形。又警方臨檢「哥倫比亞商旅」之其他房間，縱未製作檢查紀錄表，或卷附之檢查紀錄表未有「哥倫比亞商旅」之相關人員簽名，不論有無上訴意旨所指摘之違失，均不影響本件臨檢之合法性及該檢查紀錄表內容記載之真實性。上訴意旨執此無關枝節指摘原判決違法，亦非合法上訴第三審之理由。至於其他上訴意旨，均係就原審已調查及依憑卷證資料所為採證認事職權之合法行使，以及原判決已論列說明之事項，依憑己見，任意指為違法，並重為事實之爭執，否認犯罪，殊與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。衡以前開說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一 年 二 月 二十三日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 吳 燦

法官 蔡 名 曜

法官 葉 麗 霞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇一 年 二 月 二十九日

m