臺灣高等法院刑事判決

109年度上訴字第3260號

上　訴　人　臺灣臺北地方檢察署檢察官

被　　告　林振富

000000000000000000

000000000000000000

林金

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　陳品妤律師(法扶律師)

上列上訴人因被告等偽證等案件，不服臺灣臺北地方法院109年度訴字第130號，中華民國109年7月22日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第24668號、108年度偵字第20490號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於甲○部分撤銷。

甲○犯偽證罪，處有期徒刑貳月。

其他（即乙○○部分）上訴駁回。

事　實

一、甲○明知其於民國108年6月26日晚間9時許（起訴書誤載為載108年6月27日，業經公訴檢察官當庭更正），在址設臺北市○○區○○路000號「261男女養生會館」（下稱上開養生會館，負責人為乙○○）2樓房間內，為男客林啟裕即臺北市政府警察局信義分局五分埔派出所（下稱五分埔派出所）員警提供按摩服務之際，先向林啟裕收取新臺幣（下同）1,000元，即於上開養生會館房間內為「以精油按摩林啟裕之陰莖而為猥褻行為」之性交易，竟基於偽證之故意，於如附表所示之時、地，於乙○○涉嫌意圖使女子與他人為猥褻行為而容留以營利罪嫌之妨害風化案件偵查中（臺灣臺北地方

檢察署108年度偵字第20490號），以證人身分接受檢察官訊問且在供前具結後，就與乙○○妨害風化案情有重要關係之事項（即上開養生會館內有無女子與男客為猥褻行為性交易），為如附表所示內容之虛偽證述，足以陷偵查或審判於錯誤之危險。

二、案經臺灣臺北地方檢察署檢察官簽分偵辦。

理　由

壹、有罪部分（被告甲○部分）

一、證據能力

㈠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，雖不符同法第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；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項、第2項分別定有明文。查本案下述據以認定被告甲○犯罪之供述證據，檢察官、被告甲○及其辯護人於本院準備程序及審理時均未爭執其證據能力，且迄於言詞辯論終結前均未聲明異議（見本院卷第61至63頁、第91至96頁），復經審酌該等言詞陳述或書面作成時之情況並無違法、不當或顯不可信之狀況，依刑事訴訟法第159條之5第2項規定，均有證據能力。

㈡另本判決所援引之非供述證據，檢察官、被告甲○及其辯護人於本院均未爭執證據能力，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況或不得作為證據之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，均具證據能力。

二、認定事實所憑之證據及理由

訊據被告甲○固坦承案發當天曾在上開養生會館為證人林啟裕提供按摩服務、曾於同案被告乙○○即上開養生會館負責人所涉妨害風化案件偵查中具結證稱如附表編號一、二所示

證述等事實，然否認有偽證犯行，辯稱：我沒有與證人林啟裕做猥褻行為，我說的都是實話等語。辯護人則為其辯護稱：除了證人林啟裕之證述外，並無其他證據可以證明被告甲○曾為證人林啟裕為猥褻行為；刑事訴訟法第181條、第186條第2項應告知拒絕證言權規定之適用範圍，不應限於刑事罰始有適用，而應視證人將面臨的不利益程度，決定是否須告知拒絕證言權，故若證人因據實陳述，將導致自己蒙受影響其權利甚鉅之處罰，縱該處罰之性質並非刑事罰，亦應對證人告知拒絕證言權，如此方能貫徹刑事訴訟法上開規定之立法意旨、滿足正當法律程序原則之要求，並實現憲法對人民訴訟權之保障，被告甲○作證時，檢察官本應踐行告知拒絕證言權之義務，檢察官既未告知被告有關刑事訴訟法第181條得拒絕證言之規定，被告具結之程序即不無瑕疵，應不生合法具結之效力，故縱被告偵查中所述虛偽，亦不構成偽證罪等語。經查：

㈠關於被告甲○有無與證人林啟裕為性交易部分

1.同案被告乙○○係上開養生會館負責人，證人即五分埔派出所員警林啟裕因查緝案件需要，而於108年6月26日晚間9時許，佯裝客人進入上開養生會館，同案被告乙○○以電話聯繫被告甲○前來為證人林啟裕服務，證人林啟裕於櫃臺支付1,500元之按摩費用予同案被告乙○○後，同案被告乙○○便帶同證人林啟裕前往261養生會館2樓房間，並引導證人林啟裕更換服裝僅穿著養生會館所提供之紙內褲1條，嗣被告甲○到場，至證人林啟裕所在包廂為證人林啟裕按摩等情，業據同案被告乙○○供述明確（見108年度偵字第20490號卷第27至39、113至118、134至137頁、原審訴字卷第38至39、43至45頁、第156至159頁），並經被告甲○坦白承認，核與證人林啟裕於偵查中之證述情節大致相符（偵20490號卷第117、119、137、139頁），此部分事實，首堪認定。

2.證人林啟裕於偵查中證稱：108年6月26日晚間9時許，我有喬裝客人至261養生會館按摩；甲○不斷詢問我按摩舒不舒服，

接著問我需不需要更舒服的，我問她什麼叫更舒服，她說小費1,000元就可更舒服，我給她錢後，她就請我躺成正面，把我的紙內褲脫到大腿的位置，用精油幫我按摩生殖器等語（偵20490號卷第116、117頁）；復於原審審理中證稱：案發當天被告甲○準備要幫我做半套的性交易，在撫摸生殖器前，被告甲○有說「如果想要更舒服的服務，只要再付1,000元就可以了」，我有答應並付被告甲○1,000元，被告甲○雙手撫摸我的生殖器，之後我就請求支援了等語（見原審訴字卷第137頁），前後證述互核一致，且證人林啟裕於偵查中結證稱：與乙○○、甲○均不認識，亦無糾紛等語（偵20490號卷136頁），衡情證人林啟裕並無甘冒偽證罪責誣陷被告甲○之理，再參酌被告甲○於偵查中自承：曾收取證人林啟裕給我的小費（並稱小費金額為2,000元）等語（偵20490號卷第117頁），如被告甲○確未同意提供額外之性交易服務，證人林啟裕焉有主動支付高額小費之理？是被告甲○曾對證人林啟裕暗示為半套之性交易，並以雙手撫摸證人林啟裕之生殖器等情，應堪認定。

3.辯護人雖為被告甲○辯護稱：證人林啟裕並未錄音，不能單憑證人林啟裕證詞認定被告甲○有猥褻行為云云，惟被告甲○已自承曾收受證人林啟裕交付之小費等情已如前述，而證人林啟裕於進入261養生館時先行給付1,500元之按摩費用等情，業據證人林啟裕證述明確（見原審訴字卷第148頁），核與證人即同案被告乙○○於原審證述相符（見原審訴字卷第157頁），則於證人林啟裕已經先行給付1,500元按摩費用之情形下，除非另與被告甲○達成性交易之合意，要無再行支付被告甲○高額小費之理，是被告甲○上開收受高額小費之行為，適可證明被告甲○確有對證人林啟裕為半套服務，辯護人主張本案並無其他證據云云，容有誤會，不足為採。

㈡關於被告甲○所為是否構成偽證罪

1.被告甲○於如附表編號一、二所示時、地，在同案被告乙○○涉嫌意圖使女子與他人為猥褻行為而容留以營利罪嫌之妨害風

化案件偵查中（臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第20490號），以證人身分接受檢察官訊問，並於供前依法具結後，為如附表所示內容之證述等情，為被告甲○所不爭執，並有檢察官訊問筆錄2份及被告甲○簽名之證人結文在卷可稽（偵20490號卷第113至119頁、第133至139頁），此部分事實，首堪認定。

2.按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言（最高法院71年度台上字第8127號判例意旨參照）。被告甲○曾對證人林啟裕暗示為半套之性交易，並以雙手撫摸證人林啟裕之生殖器等情，業經認定如前，則被告甲○於如附表編號一、二所示時、地，以證人身分接受檢察官訊問，並於供前依法具結後，為如附表所示內容之證述，自屬虛偽；又被告甲○有無與證人林啟裕在上開養生會館內為猥褻行為性交易，該事實之有無，足以影響同案被告乙○○即上開養生會館負責人是否涉犯容留女子與男客為猥褻行為之妨害風化罪嫌之偵查、裁判結果，自屬於案情有重要關係之事項。

3.辯護意旨雖主張：刑事訴訟法第181條、第186條第2項應告知拒絕證言權規定之適用範圍，不應限於刑事罰始有適用云云。

⑴按證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，固為刑事訴訟法第181條所明定。惟此項拒絕證言權，旨在保障證人不自證己罪之權利，避免證人在偽證處罰之負擔下，必須據實陳述而為不利於己之證言，致陷於窘境。因之，證人之陳述如無使自己受有刑事追訴或處罰之危險，即無上開規定適用餘地，自不得拒絕證言，亦無須告知其得拒絕證言（最高法院103年度台上字第2956號、107年度台上字第4876號判決意旨參照）；復依刑事訴訟法第181條規定，證人「恐」因陳述致自己或與其有同法第180條第1項關係之人受刑事追訴或處罰者，固得拒絕證言，然此項權利之行使，以證人或與其有上述關係

之人「恐」受刑事訴追或處罰為前提條件（最高法院98年度台上字第1895號判決意旨參照）；又按刑事訴訟法第181條所定免於自陷入罪之拒絕證言權，係就證人自己或其近親之刑事責任與拒絕證言而設，同法第186條第2項規定法院或檢察官於訊問證人之前，應履踐告知之程序，旨在使證人得以知曉行使其拒絕證言權（最高法院101年度台上字第5288號裁判意旨參照）。

⑵刑事訴訟法第181條規定「證人恐因陳述致自己...受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言」，同法第186條第2項則規定「證人有第181條之情形者，應告以得拒絕證言。」考諸刑事訴訟法第181條、186條第2項之意旨，無非係因除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務，此為刑事訴訟法第176條之1所明定，故經檢察官或法院命為證人者，原則上即有為證人之義務，無故違反者，依同法第178條之規定，即有受拘提或科罰鍰處分之不利益。然按刑事被告乃程序主體者之一，被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第95條第1項規定：「訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。四、得請求調查有利之證據」，此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序。而證人依法有為證人之義務，則在證人有恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰之虞者，在其自己為被告之刑事案件中，有保持緘默之權利，惟於他人之刑事案件中，若貫徹證人作證之義務，實則無異變相剝奪其為被告時之緘默權，故刑事訴訟法第181條乃規定於此情形下，得拒絕證言。且為保障被告之緘默權，刑事訴訟法第95條乃規定訊問被告前有告知其得保持緘默之義務，則在他人刑事案件中，若未告知其得拒絕證言，實無異以變通方式不告知被告得保持緘默之權利，故刑事訴訟法第186

條第2項乃規定應告知得拒絕證言。故於證人有「恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰」之情形，而未依刑事訴訟法第186條第2項規定告知得拒絕證言者，無異係訊問被告前未告知其得保持緘默，易言之，此證人之拒絕證言權，與刑事被告之緘默權，及告知之義務，均係一體之兩面。

⑶再者，刑事訴訟法第1條明定「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。現役軍人之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰。因受時間或地域之限制，依特別法所為之訴訟程序，於其原因消滅後，尚未判決確定者，應依本法追訴、處罰」，與同法第181條規定「證人恐因陳述致自己...受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言」兩相參照，兼酌前述證人於刑事偵查及訴訟程序之拒絕證言權係自刑事被告之緘默權衍生而出之法理，堪認刑事訴訟法第181條所定「處罰」，專指刑事犯罪之處罰。辯護意旨執前詞主張刑事訴訟法拒絕證言權規定之適用範圍不限於刑事罰，尚包括可能受其他行政裁罰之情形在內云云，與相關規定之立法本旨及文義解釋並不相符，過度限縮刑事訴訟法第176條之1作證義務之範圍，並非可採。

4.按除符合社會秩序維護法第91條之1第1項至第3項之自治條例規定者外，從事性交易者，處新臺幣3萬元以下罰鍰，社會秩序維護法第80條第1款定有明文，是從事性交易者，有依社會秩序維護法第80條第1款規定遭裁處罰鍰之可能。被告甲○縱有在上開養生會館內與證人林啟裕從事猥褻行為性交易，亦僅屬社會秩序維護法第80條第1款之行政不法行為，足認被告甲○在同案被告乙○○妨害風化案件中不因以證人身分作證據實陳述，客觀上有受刑事訴追或處罰之危險，並無刑事訴訟法第181條所定得拒絕證言之事由，其於同案被告乙○○妨害風化案偵查中作證時，本不得拒絕證言，自無刑事訴訟法第186條第2項之適用，是檢察官逕命被告甲○以證人身分具結作證，未告知其得拒絕證言，無違刑事訴訟法相關規定及正當法律程序之要求；被告甲○在同案被告乙○○妨害風化案中應負據實

陳述之義務，是以被告甲○既有虛偽陳述，認定已如前述，自應論以偽證罪責。辯護人主張檢察官未告知被告甲○得拒絕證言，即不能對被告甲○論以偽證罪云云，即非可採。

㈢綜上所述，足認被告甲○及其辯護人前揭所辯，均非可採，本件事證明確，被告甲○偽證犯行洵堪認定，應予依法論科。

三、論罪科刑部分

㈠核被告甲○所為，係犯刑法第168條之偽證罪。

㈡被告甲○雖有於附表編號1、2所示時地，2次供前具結後，而於案情有重要關係之事項為虛偽陳述。然偽證罪之本質係侵害國家司法權，為侵害國家法益之犯罪，其罪數應以訴訟之件數為準，如被告於同一訴訟之同一審級，或不同審級先後數度偽證，因僅一件訴訟，僅侵害一個國家審判權之法益，且被告係基於單一偽證犯意而為，不論次數均應視為同一個犯罪行為接續動作之實行，應論以單純一罪（最高法院72年台上字第3311號判例、97年台上字第4112號判決意旨參照）。起訴意旨認被告甲○前後2次偽證之行為，係侵害同一法益之接續行為，為接續犯，容有誤會，附此敘明。

㈢原審以刑事訴訟法第181條拒絕證言權包括可能受行政裁罰之情形，遽為被告甲○無罪之諭知，容有誤認，尚有未洽。檢察官上訴指摘原判決諭知被告甲○無罪不當，為有理由，爰將原判決關於被告甲○部分予以撤銷改判。

㈣爰以行為人之責任為基礎，審酌被告甲○在偵訊中具結後，猶就案情重要關係之事項為虛偽不實陳述，誤導偵查機關查緝犯罪之正確性，耗費司法資源，考量被告甲○之犯罪動機、目的、手段、小學畢業之教育程度、單親獨力扶養子女之家庭經濟狀況等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。又本判決宣告之罪刑不得易科罰金，惟得於本案確定後依刑法第41條第3項規定，向執行檢察官聲請易服社會勞動，由執行檢察官依職權審酌，附此敘明。

貳、無罪部分（被告乙○○部分）

一、公訴意旨略以：被告乙○○係址設臺北市○○區○○路000

號「261男女養生會館」負責人。108年6月26日晚間9時許（起訴書誤載為108年6月27日，經公訴檢察官當庭更正），五分埔派出所員警林啟裕因查緝案件需要而佯裝客人進入上開養生會館，詎被告乙○○竟基於意圖使女子與他人為猥褻行為而容留、媒介以營利之犯意，以電話聯繫甲○前來為林啟裕服務，林啟裕於櫃臺支付1,500元之按摩費用予被告乙○○後，被告乙○○便帶同林啟裕前往上開養生會館2樓房間，並引導林啟裕更換服裝僅穿著上開養生會館所提供之紙內褲1條。甲○於為林啟裕按摩約10分鐘後，旋即以言語詢問林啟裕：「按摩舒不舒服，需不需要更舒服的」，林啟裕即佯以回稱：「什麼叫更舒服」，甲○未正面回應，僅對林啟裕稱「給小費1,000元」就知道，林啟裕旋即支付1,000元予甲○，甲○便將林啟裕所著之紙內褲褪至大腿處，以精油按摩林啟裕之陰莖而為猥褻行為，被告乙○○即以此方式媒介甲○與林啟裕為性交易，並以上開養生會館之房間作為甲○與林啟裕之性交場所而容留之。因認被告乙○○涉犯刑法第231條第1項圖利容留猥褻罪嫌等語。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項及第301條第1項分別定有明文。次按認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。而刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之積極證據，係指適合於被告犯罪事實之認定之積極證據而言，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，致使無從形成有罪之確信，自應為無罪之判決（最高法院30年上字第816

號、40年台上字第86號、76年台上字第4986號、82年台上字第163號判決意旨參照）。

三、公訴人認被告乙○○涉犯圖利容留猥褻罪，無非係以被告乙○○、證人甲○於偵查中之供述、證人李妮紋之錄音光碟譯文、證人李妮紋於偵查中證述、證人林啟裕於偵查中之證述、扣案擦拭精液用之衛生紙1團、拆封保險套外包裝1只、檢測照片2張、職務報告2份、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、照片10張為其主要論據。

四、訊據被告乙○○固坦承有電話聯繫被告甲○前來，並有收取證人林啟裕所支付之費用1,500元等事實，然否認有何圖利容留猥褻犯行，辯稱：我當時在樓下，樓上發生什麼事我也不知道；證人李妮紋是用套話的方式，案發當天另外兩個包廂警察也有問他們，他們也沒有說我們有做色情的等語。經查：

㈠證人林啟裕於原審證稱：去261養生會館時是先跟櫃臺被告乙○○接觸，說我要按摩；被告乙○○有解釋消費方式，有分指壓按摩與油壓按摩，沒有提到其他消費內容，我選擇油壓按摩，收完錢後被告乙○○引領我進2樓包廂，過20分鐘甲○才到；按摩師不是我自己指定的；我沒有問被告乙○○店內有無從事「半套」交易服務；我給被告乙○○1,500元的按摩費等語（見原審訴字卷第136至148頁），是證人林啟裕進入上開養生會館時，並未詢問有無「半套」性交易服務，被告乙○○亦未對證人林啟裕有何媒介或暗示「半套」性交易服務之行為。

㈡又證人林啟裕於確知證人甲○有為「半套」服務後隨即表明身分，並以手機請求埋伏員警入內搜索，惟店內並未有任何的閃光或示警措施；搜索當天雖有其他客人，但沒有查獲有從事性交易等情，此據證人林啟裕於原審證述明確（見原審訴字卷第142頁）；證人王玉娥於原審證稱：搜索當天我有在場，現場有甲○、我與另外一位小姐在服務，我們都有去警察局，但是沒有人被開違反社會秩序維護法的罰單；被告乙○○跟我講工作內容就是按摩，沒有講到小費要怎麼收；被告乙○○在樓梯

間有一個很醒目的地方貼「本店嚴禁色情」等語（見原審訴字卷第150、153頁），是搜索當天上開養生會館另2包廂內並未查獲有性交易之情。

㈢被告乙○○於原審審理時陳稱：當天突然來了3、4位客人，少了一位師傅，店裡支援的電話打出去，他們也都在忙，我覺得不好意思讓客人等十幾分鐘、二十分鐘，我打6、7通電話後，甲○回撥了電話，我就請甲○過來幫忙；我當時實在也只是湊數，因為證人林啟裕等太久，我實在調不到師傅；當天甲○是第一次在我店裡作油壓按摩等語（見原審訴字卷第156、157頁），而依本案扣案之排班表顯示，甲○按摩時段之師傅欄記載為「友」，而其餘師傅則有固定編號如6、25、29、36、9、18號，其中編號29號及18號師傅欄位並記載「休」，顯示當日並未排班（見原審審訴卷第103頁），顯見證人甲○確於上開養生會館內並無固定員工編號，屬支援261養生會館之友人，被告乙○○所稱係臨時請求證人甲○支援等情，尚堪採信，參以證人林啟裕於原審證稱：被告乙○○引領我上2樓後甲○沒有在裡面，甲○過20分才到等語（見原審訴字卷第141頁），益徵被告乙○○所稱：證人甲○係因店內人手不足而臨時支援等語，要與客觀事實相符，是證人甲○並非常態固定在上開養生會館工作，被告乙○○未必知悉證人甲○之工作模式，佐以前述搜索當天上開養生會館另2包廂內並未查獲有性交易之情，即不能完全排除本案性交易係證人甲○個人行為之可能性，要難認被告乙○○確有容留或媒介證人甲○與證人林啟裕為猥褻行為之犯意。

㈣公訴意旨以上開養生會館內有查扣擦拭精液用之衛生紙1團、拆封之保險套外包裝1個，主張上開養生會館內之按摩小姐有與客人為半套性交易云云，然除上開保險套外包裝外，警方並未在上開養生會館內搜得其他保險套，有臺北市政府警察局信義分局搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表附卷可查（見偵20490號卷第65至71頁），而證人王玉娥於原審證稱：我住在上開養生會館3樓的員工宿舍等語（見原審訴字卷第150頁），復依原

審勘驗證人李妮紋與被告乙○○對話錄音光碟之結果（勘驗結果詳如本判決附件），可知上開養生會館確於會館樓上提供宿舍供員工住宿，則上開物品可能係按摩小姐住宿該址而使用之生活用品，未必與性交易有關，自無從以扣得上開物品，遽謂被告乙○○有容任按摩小姐在上開養生會館內從事半套性交易之行為。

㈤公訴意旨雖以證人即喬裝應徵按摩小姐之員警李妮紋之證述、錄音譯文，主張被告乙○○在知悉店內小姐有可能從事半套性交易之狀況下予以容許，然經原審勘驗證人李妮紋與被告乙○○對話錄音光碟之結果（勘驗結果詳如本判決附件），被告乙○○陳稱：「那以後指壓我就不叫你做，如果個人要點的時候，如果說，如果說客人是指壓的，我會幫你說，妹妹剛學的，指壓比較不好，那麼就叫他...（不清楚），如果說他一定要有那我們...（不清楚）那我們換成指壓也可以。...（不清楚），我們以前有一個越南小姐，她剛回去，昨天剛回去，她也是積極的...（不清楚），2 個小時就1500，她900，我們600 ，那天如果說4 個就3000。...（不清楚），有時候客人會叫你做過份的你就不要答應他。就說我們店裡規定不能做過份的，我們最多做半套，我們這一行就是半套，就說過份的都不要做，過份的記得，我們這裡不能做過份的，其實事實上店家過份的我們也都不允許做，知道嗎？我們就是說那技術上有許多...（不清楚）」，有原審勘驗筆錄在卷可稽（見原審訴字卷第60至65頁），依上開對話內容以觀，整段對話語意仍不脫提醒應徵者如何應對客人之意，在有被告乙○○部分陳述內容未能清楚辨識之情形下，得否遽認被告乙○○表示容留半套性交易，仍非無疑；參酌證人李妮紋於上開應徵對話中曾詢問「就是一般式按摩而已嗎？」時，被告乙○○僅答以「那個你就不要跟他講太多」，暨前述證人甲○並非常態固定在上開養生會館工作，僅係當日臨時支援、搜索當天上開養生會館另2包廂內並未查獲有性交易等情，尚難僅憑被告乙○○與應徵者上開錄音對話即推認被告乙○○確有媒介或容留證人

甲○為猥褻行為性交易之犯行。

㈥綜合上開證據以觀，尚難認被告乙○○主觀上知悉證人甲○將對於證人林啟裕為「半套」性交易服務，而有意圖營利而容留或媒介證人甲○為猥褻行為之犯意，自無從以圖利容留猥褻或圖利媒介猥褻罪相繩。公訴意旨認被告乙○○涉犯前揭犯行所憑之證據，尚未達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，依刑事訴訟制度「罪疑唯利被告」、「無罪推定」原則，即難據以為被告乙○○不利之認定，揆諸前揭說明，自應諭知被告乙○○無罪之判決。

五、駁回上訴之理由

㈠原審審理後，認檢察官所提證據，尚不能證明被告乙○○犯圖利容留猥褻罪，而對被告乙○○為無罪諭知，經核其認事用法、證據之取捨，均已詳為敘明，並無不合。

㈡檢察官上訴意旨略以：被告乙○○係主動告知證人李妮紋：「我們最多做半套，我們這一行就是半套」等語，顯見被告乙○○對於店內小姐可從事半套性交易早已瞭然於胸，而其所稱：「就說過份的都不要做，過份的記得，我們這裡不能做過份的，其實事實上店家過份的我們也都不允許做，知道嗎……」等語，係延續上開「我們最多做半套，我們這一行就是半套」等語，足徵被告乙○○所稱「過份」者，要係指全套性交易。則依被告乙○○前後對話內容綜合觀察，應係告知證人李妮紋上開養生館尚可容許半套性交易，被告乙○○可簡單明瞭告知證人李妮紋「本店嚴禁色情」，何須與證人李妮紋有上開對話，是被告乙○○所辯顯屬不實；原起訴意旨並未認定被告乙○○要求應徵者為性交易，僅認定係被告乙○○在知悉店內小姐有可能從事半套性交易之狀況下予以容許；由被告乙○○與證人李妮紋之對話內容加以推敲，已足以證明被告乙○○早已知悉上開養生館內有小姐從事半套性交易之行為，且細繹其與證人李妮紋之對話內容，被告乙○○非但未予禁止，反而告知以「半套性交易」為底限，則被告乙○○縱使就此未予抽成，然其主觀上仍有容留、媒介店內小姐與男客為「半套性

交易」之主觀犯意，況於被告乙○○與證人李妮紋之對話隔日，即為警於上開養生館內查獲甲○與證人林啟裕為「半套性交易」之客觀事實。則被告乙○○涉犯妨害風化罪，要屬明確。為此提起上訴，請撤銷改判等語。

㈢按證據之取捨及證據證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，且於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法（最高法院91年度台上字第2395號判決意旨參照）。依附件所示勘驗內容，堪認被告乙○○並無於面試時主動探詢應徵者從事半套性交易之意願，且上訴意旨所指對話，被告乙○○部分陳述內容未能清楚辨識，參酌被告乙○○曾於證人李妮紋詢問「就是一般式按摩而已嗎？」時，僅答以「那個你就不要跟他講太多」，得否僅憑該對話錄音遽認被告乙○○有表示容留半套性交易，仍非無疑；暨前述證人甲○並非常態固定在上開養生會館工作，僅係當日臨時支援、搜索當天上開養生會館另2包廂內並未查獲有性交易等情，尚難僅憑被告乙○○與應徵者上開錄音對話即推認被告乙○○確有媒介或容留證人甲○或其他女子為猥褻行為性交易之犯行；檢察官所舉證據及卷內資料，業經逐一調查、剖析，仍未能獲被告乙○○有罪之確切心證，本案尚有合理懷疑存在，基於罪疑唯輕原則，自應為有利被告乙○○之認定，原審認依檢察官所舉證據，尚不足以證明被告乙○○確有公訴意旨所指犯行，並於判決理由內逐一詳予論述，尚無違背經驗法則及論理法則；檢察官執上開理由提起上訴，指摘原審判決此部分不當，所舉證據仍不足以證明被告乙○○犯罪，難認其此部分上訴為有理由，應予駁回。

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，刑法第168 條，判決如主文。

本案經檢察官沈念祖提起公訴，檢察官高怡修提起上訴，檢察官孫治遠到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　30　　日

刑事第十八庭　審判長法　官　何俏美

法　官　陳海寧

法　官　葉乃瑋

以上正本證明與原本無異。

被告乙○○不得上訴。

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」。

檢察官就本院維持第一審無罪判決部分提起上訴，以刑事妥速審判法第9條規定為限。

刑事妥速審判法第9條：

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一、判決所適用之法令牴觸憲法。

二、判決違背司法院解釋。

三、判決違背判例。

刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款之規定，於前項案件之審理，不適用之。

書記官　程欣怡

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　30　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第168條

於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處7年以下有期徒刑。

附表：

編號	時　　間	地　　點	虛　偽　證　述　內　容
一	108年9月20日下午3時30分許	臺灣臺北地方檢察署第32偵查庭	「（檢察官問：妳有暗示林啟裕可以用1000元獲得半套服務？）沒有」、「（檢察官問：當時有把林啟裕的內

			褲脫到大腿處並幫他打手槍？）沒有」、「當天妳有觸碰到林啟裕的生殖器？）沒有」。
二	108年10月1日上午9時33分許	臺灣臺北地方檢察署署第3偵查庭	「（檢察官問：當天妳有無為林啟裕做半套的性交易？）沒有」。

附件：原審勘驗證人李妮紋與被告乙○○對話錄音（見原審訴字卷第60至65頁）

（A 女為被告乙○○，B 女為證人李妮紋）：

A 女：你好。

B 女：那個我剛剛有打電話來。

A 女：小姐你剛剛打電話的是不是？你行李怎麼沒帶來？

B 女：因為我先去我男朋友那邊。

A 女：男朋友有在跟你一起做按摩的嗎？

B 女：有啊，我們就是...（不清楚）認識的。

A 女：也是按摩認識的。

B 女：在高雄的時候認識的。

A 女：他是做那種中式的什麼什麼？他是做什麼按摩？

B 女：也是油壓的。

A 女：那他現在在哪裡做？

B 女：他？你說我男朋友嗎？沒有沒有他是客人，然後他現在來臺北工作，所以我跟他一起上來。

A 女：所以他以前是給你按摩的客人認識的這樣，那他同意你來上班嗎？那你晚上會住這裡還是要回去？

B 女：我會去跟他住。

A 女：你上班時間會幾點上到幾點？

B 女：你們有強硬規定就是。

A 女：我們也沒有，我們就是來應徵先問你大概幾點去上班，晚上最晚晚上到幾點？

B 女：如果，因為剛剛電話有說到3 點。營業到3 點。

A 女：那你會上到幾點？
B 女：如果，我是...（雜音干擾，不清楚）都這樣上。
A 女：那這樣子的話就是你不住這裡那你晚上怎麼回去？
B 女：晚上會叫UBER。
A 女：還是...（不清楚）
B 女：不能。
A 女：那你們現在目前是住在哪裡？離這裡多遠？
B 女：住南港。
A 女：南港那很近。
B 女：對啊。
A 女：好像計程車100塊就夠了。差不多100 塊，那你要帶一些衣服來是嗎？都不用？
B 女：帶來這邊嘛。
A 女：對啊，最起碼比如說要換衣服、鞋子，都不要？
B 女：因為我就是先來看一下。
A 女：對啊。好啊。可以啊，那你油壓指壓都會做嗎？我帶你上去樓上看一下環境。看會不會跟你們差不多。
B 女：好。
A 女：你是幾年次？
B 女：82。
A 女：26歲。你是高雄人？
B 女：對啊，高雄人。A 女：...（不清楚）
B 女：就是我們不要交流這些事情。
A 女：不要交流這些事情。...（不清楚）
B 女：我們也是有隔間。
A 女：... （不清楚）這間有時候是夫妻一起來，有時候情侶來，那如果說有時候沒有夫妻一起來沒有每天有的話，那如果男生一個人就不能直接派給你。要洗澡在這裡，這裡環境還不錯。... （不清楚）。我們是4/6 抽，你在那邊多少抽？抽成。
B 女：我們對半。

A 女：我們對小姐比較好4/6 抽，我是說比如說我們這邊是，到下面再跟你講一下，這裡環境還不錯，那這組按完你會鋪嗎？換這個油布你們也是這樣嗎？
B 女：我們是差不多，但是。
A 女：就是這個這個不要每天換，這個是一個禮拜才換一次，那就是這一塊換掉，然後枕頭套也不要一直換。我們先下去再講。上面還有好多間。
B 女：喔。上面也是？
A 女：上面是宿舍。那上面宿舍就是說我可以給你一間休息。帥哥，我這個妹妹新來的下次給你按。
男 聲：喔，好啊。
A 女：這個哥哥一兩天有時間就會過來。你幫他按。
男 聲：好啊。幾號？
A 女：現在我幫你做33號可以嗎？...（不清楚）
A 女：我們這邊的客人，... （不清楚）以後叫我大姊姊就可以。以後你在上面休息樓上有小姐都不要講太多，... （不清楚）
B 女：他們會喊價嗎？
A 女：不會啦，我是說小姐一起住上面的師傅會問說這個客人給你多少小費，... （不清楚），有些小姐心會妒忌，...（不清楚），你就是好好在這裡聽我的就對了。我會把好客人介紹給你，你今天要上班嗎？
B 女：今天沒有因為我本來今天上來就是有跟朋友約好。
A 女：那我給你做33號，你明天來可以嗎？明天你大概幾點？我跟你先加個LINE好嗎？
B 女：好啊。
A 女：明天12點就可以上班，你明天可以11點半以後就開門。
B 女：好。
A 女：11點到12點。比如說如果要有休息你要提早跟我講，提早一天、兩天我要安排。...（不清楚）
B 女：就是一般式按摩而已嗎？

A 女：那個你就不要跟他講太多。
B 女：那大姊我想詢問一下小費的部分。
A 女：小費都是你們自己的我們不抽小費的。小費都是你們自己的。我們不過問。
B 女:因為我以前在哪邊小費有抽。
A 女: 沒有我們不抽小費，比如說像這樣子客人來，那這個客人剛才才按1200，4/6 抽，你們是700 ，那如果你們客人現在按2 個小時，要1500，你們抽900，我們抽600 。你們4 我們6，小費部分我們不過問的事，... （不清楚），你們講什麼你們自己知道就好。好，就這樣。
B 女：所以這裡就是一般1200？
A 女：指壓你會按嗎？
B 女：我通常是按油壓比較多。
A 女：那以後指壓我就不叫你做，如果個人要點的時候，如果說，如果說客人是指壓的，我會幫你說，妹妹剛學的，指壓比較不好，那麼就叫他... （不清楚），如果說他一定要有那我們... （不清楚）那我們換成指壓也可以。... （不清楚），我們以前有一個越南小姐，她剛回去，昨天剛回去，她也是積極的... （不清楚），2 個小時就1500，她900 ，我們600 ，那天如果說4 個就3000。... （不清楚），有時候客人會叫你做過份的你就不要答應他。就說我們店裡規定不能做過份的，我們最多做半套，我們這一行就是半套，就說過份的都不要做，過份的記得，我們這裡不能做過份的，其實事實上店家過份的我們也都不允許做，知道嗎？我們就是說那技術上有許多... （不清楚）
B 女：好，謝謝大姊。
A 女：那明天11點多的時候你過來上班。
B 女：好。謝謝大姊。
A 女：好，謝謝，你沒帶傘喔？
B 女：有有，我有帶著，出來發現沒有下雨了。
A 女：你剛才是不是從對面巷子走過來的嗎？永春捷運站出來

的？

B 女：就那個冰那邊。

A 女：那你自己家是在高雄嗎？

B 女：對啊。

A 女：高雄人。剛才高雄過來的？坐車過來的？去坐高鐵嗎？

B 女：去坐高鐵。

A 女：高鐵坐幾個小時？

B 女：我坐那一班1 個小時又30幾分鐘，最快的那班。

A 女：這麼快啊。

B 女：就中間沒有。

A 女：所以我跟你打電話的時候都已經在車上。

B 女：我已經在外面了。

A 女：好，那謝謝喔，那你明天記得過來。謝謝，BYEBYE。