

最高法院刑事判決

110年度台上字第2111號

上訴人 王雅慧

徐永隆

共同

選任辯護人 吳漢成律師

上列上訴人等因妨害風化案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國109年8月12日第二審判決（109年度上訴字第61號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署107年度偵字第2254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377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。本件經原審審理結果，認上訴人甲○○、乙○○（下稱上訴人等）有原判決事實欄所記載之犯行，事證明確，因而撤銷第一審關於上訴人等之不當判決，改判論處上訴人等共同犯圖利容留性交罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。所為論斷及說明，俱有相關證據可資佐證，從形式上觀察，並無上訴人等所指摘原判決有適用證據法則不當，或理由不備、理由矛盾之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

（一）原判決既已認證人即男客林谷良、證人即服務小姐顧玉慧於警詢時之供述並非認定上訴人等犯罪事實所必要之證據，而無證據能力，惟該證詞仍可作為彈劾證據。然仍於原判決第5頁倒數第14行以下援引顧玉慧於第一審之證述、

第16頁第6行稱：「依證人顧玉慧、林谷良於警詢及原審之證詞，雖可證明被告2人有前揭有罪部分之營利媒介、容留為性交行為之犯行」等語，其理由前後矛盾，復有適用證據法則不當之違法。

(二) 本件搜索票固載明有效期間為民國107年6月27日06:00起至107年7月2日18:30止，而得施行夜間搜索，然依刑事訴訟法第146條第2項之規定，於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。惟就卷附警詢、搜索扣押筆錄均未記載實施夜間搜索之依據等意旨，則其取得之證據是否具有證據能力，自應依刑事訴訟法第158條之4之規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而為認定，原判決疏未就此論述其認定之理由，自有理由不備之違失。

三、惟查：

(一) 原判決於理由貳、有罪部分之一、(一)所引述顧玉慧之證詞而據為認定上訴人等本件犯罪事實之依憑者，係其於第一審之證述（見原判決第5頁倒數第14行以下），並非原判決所認無證據能力之警詢陳述，上訴意旨(一)所指此部分殊有誤會。至原判決於第16頁第6行所引據顧玉慧、林谷良於警詢之證詞部分，其意係在理由參、不另為無罪諭知部分，就上訴人等並無自前案查獲時起即有另為營利媒介、容留為性交行為犯行所為之說明，要非以其警詢之陳述作為本件犯行認定之依據，亦與所謂之彈劾證據無關，自無判決適用證據法則不當之違法可言。上訴意旨(一)執以爭辯，顯非適法上訴第三審之理由。

(二) 按旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者，於夜間亦得入內搜索或扣押，刑事訴訟法第147條第2款定有明文。而同法第146條第2項復規定「於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。」其旨在顯示該搜索扣押係於夜間行之，及便於依其記載事由進一步稽核是否符合夜間為搜索、扣押之要件，此記載於該搜索、扣押行為本身是否合法之判斷，與搜索、扣押所取得證據

資料之證據能力並無關聯；倘該搜索、扣押之實施係合於法定條件，縱漏未於搜索、扣押筆錄記載上開事由，仍難據此否定搜索、扣押行為之合法性，並認搜索、扣押取得證據資料為無證據能力。卷查，本件設於臺東縣臺東市○○路○○○○○○號1樓之「雅姿芳理容休閒名店」（下稱雅姿芳名店），於107年6月28日夜間11時15分許，由警方持搜索票執行搜索時，尚在營業而處於接待客人之狀態中一節，業據乙○○、員工劉燕嬌、杜氏仙及客人黃力蟪於警詢時陳述在案（見警卷第7、21、22、31、33頁），並有臺東縣政府商業登記抄本在卷可憑（見警卷第121頁及背面），則警方持搜索票於上開夜間時間前往公眾可以出入之雅姿芳名店執行搜索，應無不法。其雖未於搜索、扣押筆錄載明係在上開情形下執行搜索，固有瑕疵，然上訴人等自警詢、偵查、第一審及原審均未抗辯該夜間搜索有何違法之處，且於第一審對搜索扣得之如扣押物品目錄表所示保險套等物，並不爭執其證據能力，復於原審審理時尚表示對於證據能力沒有意見，均同意做為證據，有各該筆錄在卷可按（見第一審卷第47頁及原審卷第113、114頁），上訴人等於法律審始執上訴意旨(二)之詞謂本件判決有理由不備之違失云云，亦非合法第三審上訴理由。

四、綜上，本件上訴核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，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395條前段，判決如主文。

中華民國 110 年 3 月 24 日

刑事第二庭審判長	法官	林	勤	純
	法官	王	梅	英
	法官	楊	力	進
	法官	吳	秋	宏
	法官	莊	松	泉

本件正本證明與原本無異

書記官

01 中 華 民 國 110 年 4 月 1 日