

裁判字號：最高法院 98 年台上字第 5719 號刑事判決

裁判日期：民國 98 年 10 月 02 日

裁判案由：強盜

最高法院刑事判決
上訴人 甲○○

九十八年度台上字第五七一九號

巷19號

上列上訴人因強盜案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國九十八年七月二十三日第二審更審判決（九十八年度上更(一)字第七九號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十六年度偵字第四六六六，五七五六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原判決認定：上訴人甲○○（原名潘政德，綽號老德、德仔）共同意圖為自己不法之所有，與楊俊宏（綽號宏仔）、楊清恩（綽號恩仔）、郭晏利（綽號利仔、狗屎）、許誌麟（原名許宏存，綽號茶壺）等人（以上四人係同案被告，均經判決有罪確定），分別為下列之行為：(一)、上訴人與楊俊宏、楊清恩、郭晏利、許誌麟共同基於未經許可，持有改造槍枝及意圖為自己不法所有之強盜犯意聯絡，於民國九十六年六月八日凌晨二時五十八分許，由楊俊宏駕駛其租用之黑色三菱轎車（Z0—八六0三號車牌已拆卸）搭載楊清恩、郭晏利、上訴人。許誌麟則駕駛車牌號碼00—0000 銀色喜美轎車，至屏東縣○○鄉○○村○○路○巷○號「生活 e 超商」，由許誌麟先入內以購買香菸，並向店員高常欽借火點燃香菸，趁機在店內四處察看後離去。旋以電話通知楊俊宏稱店內無人，並駕駛上開銀色喜美轎車繼續在附近接應及通風報信。楊俊宏獲知後，即於凌晨三時五分許，駕車至該店門口。上訴人留在車內，觀察外面之動向以接應及通風報信，楊俊宏等其餘三人在車上穿戴好頭罩及手套後，由楊俊宏持其所有具殺傷力銀色仿WALTHER廠PPK/S型半自動手槍製造之改造手槍一支（槍枝管制編號：0000000000，含彈匣一只及不具殺傷力之土造子彈五顆，下稱改造手槍），楊清恩及郭晏利則各持楊俊宏所有客觀上可供兇器使用之西瓜刀一支，進入該店，由楊俊宏持槍對準店員高常欽喝令將錢交出，郭晏利持刀架住高常欽，楊清恩則持刀在旁助勢之脅迫方式，至使高常欽心生畏懼不能抗拒，任令楊俊宏進入櫃檯取走現金新台幣（下同）二萬一千元，得手後逃逸。(二)、上訴人與楊俊宏、楊清恩、郭晏利、許誌麟共同基於非法持有改造槍枝及意圖為自己不法所有之強盜犯意聯絡，於九十六年六月十二日凌晨三時許，由楊俊宏駕駛其租用之墨綠色本田CRV 休旅車（八五九三—PY號車牌已拆卸），搭載

楊清恩、郭晏利、上訴人至屏東縣○○鄉○○路二七六之一號「星旺超商」（在興龍派出所即舊稱烏龍派出所旁），許誌麟則駕駛由楊清恩承租之車牌號碼0000-00墨綠色豐田轎車，至興龍派出所前接應及通風報信。上訴人留在車內觀察外面之動向以接應及通風報信。其餘三人在車上穿戴頭罩及手套後，楊俊宏持前揭改造手槍，楊清恩及郭晏利則各持前揭西瓜刀一支，進入該店，由楊俊宏持槍對準店員鄭正紋喝令走出櫃檯、楊清恩即持刀走入櫃檯、郭晏利則持刀在旁助勢之脅迫方式，至使鄭正紋心生畏懼不能抗拒，任令楊清恩、楊俊宏取走櫃檯收銀機內現金一萬元，得手後逃逸。(三)、上訴人與楊俊宏、楊清恩、郭晏利共同基於非法持有改造槍枝及意圖為自己不法所有之強盜犯意聯絡，於九十六年六月十二日凌晨三時二十六分許，由楊俊宏駕駛前揭墨綠色休旅車搭載楊清恩、郭晏利及上訴人，至屏東縣○○鄉○○村○○路○○○號「巨蛋超商」，適店員郭順榮在店外拖地。上訴人留在原車內觀察外面之動向以接應及通風報信，其餘三人在車上穿戴頭罩及手套後下車，楊俊宏以前揭改造手槍抵住郭順榮腰際喝令入內打開收銀機、楊清恩及郭晏利則各持前揭西瓜刀一支尾隨助勢之脅迫方式，至使郭順榮心生畏懼不能抗拒，任令楊清恩、郭晏利取走櫃檯收銀機內現金一萬元，得手後逃逸。(四)、上訴人與楊俊宏、楊清恩、郭晏利共同基於意圖為自己不法所有之強盜犯意聯絡，於九十六年六月十九日凌晨三時二十五分許，由楊俊宏駕駛楊豐宗租得之馬自達休旅車（七七三〇—XB號車牌已拆卸），搭載楊清恩、郭晏利及上訴人至屏東縣○○鄉○○路○○○號「永勝加油站」加油島旁，適該加油站僅員工徐偉程一人值班，上訴人留在原車內觀察外面之動向以接應及通風報信。其餘三人在車上穿戴頭罩及手套後，楊俊宏、楊清恩各持前揭西瓜刀一支，由楊俊宏持刀架住徐偉程喝令不准動、楊清恩持刀與郭晏利徒手在旁助勢之脅迫方式，至使徐偉程心生畏懼不能抗拒，任令楊俊宏、楊清恩取走加油島收銀機內現金一萬五千八百元，得手後逃逸等情。因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判仍論上訴人以犯共同犯強盜罪而有刑法第三百二十一條第一項第三、四款所示之情形肆罪，各處有期徒刑柒年陸月，應執行有期徒刑拾參年，併為相關從刑之宣示。固非無見。

惟查：（一）判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因原審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原判決之刑，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十條分別定有明文。易言之，由被告上訴或為被告之利益而上訴，僅限於因原審判決適用法條不當而撤銷者，始可諭知較重之刑，別無例外。本件上訴人所犯如原判決附表編號三、四所列兩罪，經第一審判決論上訴人以結夥三人以上，攜帶兇器強盜罪，各處有期徒刑七年二月。上訴人就此部分不服提起第二審上訴，公訴人則未聲明不服。原判決以下手強盜財物之共同被告楊清恩、郭晏利、楊俊宏三人均穿戴頭罩及手套等情，第一審判決於犯罪事實未為如上之認定為由，予以撤

銷改判（原判決第十四頁，理由四），就原判決附表編號三、四之罪仍適用第一審所適用之法條（其中編號三部分，適用刑法第二十八條、第三百三十條第一項並與槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項，依想像競合關係，從一重依刑法第三百三十條第一項處斷；另編號四之罪部分，適用刑法第二十八條、第三百三十條第一項），而均論以加重強盜罪，並非以第一審適用法條不當予以撤銷。依首開說明，要無刑事訴訟法第三百七十條但書規定之適用。乃原審撤銷第一審判決關於上開二罪部分自為判決時，卻各量處較第一審判決為重之有期徒刑七年六月，又未說明諭知較重之刑之理由，有違不利益變更禁止原則。（二）證人之供述，可分體驗供述與意見供述。原則上，證人應就其親身經歷體驗之過去客觀事實加以陳述，以避免個人偏見或錯誤臆測之危險。惟證人或係依據其實際經歷體驗之事實為基礎所陳述之意見或推測之事實，以非單純之個人意見，亦非單純之臆測，則例外賦予證據能力。因證人常就其體驗事實與個人意見一併陳述，二者不易區分，甚至有密不可分之關係，故刑事訴訟法第一百六十條修正為若以實際經驗為基礎，所陳述之意見或推測之詞，例外得為證據。是採取證人之意見為判斷之基礎，自應於判決內敘明該證人之陳述，如何以實際經驗為基礎，亦即基於如何之親身經歷體驗之過去客觀事實加以陳述，始與前開規定相符。原判決認定上訴人於楊俊宏等人下車強盜時，上訴人留在原車內係為「觀察外面之動向以接應及通風報信」等情，係以證人楊清恩之供述，為其依憑之一，並於理由內說明：「證人楊清恩於警詢中證稱：『我們邀約甲○○共同前往後，我們認為他的年齡太小，我與郭晏利有跟他說你年紀太小，所以就叫他不要跟我們下去，所以他只有在車上等我們』；復於檢察官偵查中具結證稱：『（德仔甲○○為何沒有下去？）本來我們有問他要不要下去，叫他考慮一下，後來我們決定他不用下去……』，已如上述；繼於本院（指原審）上訴審審理中又證稱：『甲○○是我邀請的，我告訴他我們要行搶，看他是否有意願，他回答說，他如果有去他什麼事情都不要做』、『（甲○○說他不要做任何事，為何一開始要讓他同行？）當時我們也有叫他想清楚，考慮看看，他說他要去，他去也是坐在那裡』、『（他要幫什麼？）如果我們有需要的地方他要幫忙，但是我們盡量不要讓他做什麼事』、『（你認為甲○○去那裡是要做什麼？是要湊熱鬧還是要幫忙？）我想到他應該是抱著好心，要幫忙我們』、『作案之前我們在車內戴頭罩、手套及拿刀槍，當時甲○○也有在場』等語。衡以被告甲○○係由證人楊清恩邀請同行，二人間又無仇恨糾紛，足認證人楊清恩上開證述情節核與事實相符而堪以採信」等語，係採取證人楊清恩之上開證詞，為不利上訴人之認定，並據以認定上訴人所舉證人即同案被告郭晏利在原審有利上訴人之證詞，不足採取（原判決第八頁理由^(四)至第九頁第十二行）。惟楊清恩上開證述中關於：「（你『認為』甲○○去那裡是要做什麼？是要湊熱鬧還是要幫忙？）我『想到他』應該是抱著好心，要幫忙我們」等語部分，

究竟係其本於親身經歷體驗之過去客觀事實而為陳述？抑或僅係個人臆測？如係以實際經驗為基礎，其實際經驗為何？均未見原審予以調查釐清，並予說明，遽採為不利上訴人之認定，其採證非無瑕疵。且原判決上開理由之說明，既採證人楊清恩於原審證稱，「上訴人說如果去他什麼事情都不要做」之證詞，而所稱：「什麼事情都不要做。」究專指實行強盜之行為？抑包含觀察接應及通風報信之行為？原審並未究明，即據以認定上訴人係擔任「觀察外面之動向以接應及通風報信」之行為，均有調查未盡及判決理由不備之違法。以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 十 月 二 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 林 增 福

法官 張 清 埤

法官 陳 世 雄

法官 何 菁 莪

法官 邱 同 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 八 年 十 月 七 日

v