臺灣高等法院刑事判決

115年度上更一字第68號

上　訴　人
即　被　告　謝嘉恩
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　邱邦傑律師

上列上訴人即被告因殺人未遂案件，不服臺灣新竹地方法院於中華民國113年8月23日所為112年度訴字第519號第一審判決（追加起訴案號：臺灣新竹地方檢察署112年度少連偵緝字第5號），提起上訴，經本院判決後，由最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、謝嘉恩為成年人，與蕭柏恩（業經判處罪刑確定）為朋友。蕭柏恩獲悉友人即少年馮○凱（民國94年11月生，姓名、年籍詳卷，另經原審少年法庭裁定）因於111年5月13日凌晨，與彭○涵（姓名、年籍詳卷）發生親密行為，經彭○涵之男友葉柏辰相約談判乙事，遂邀集謝嘉恩，與馮○凱、馮○凱之友人即少年邱○菘（96年3月生，姓名、年籍詳卷，另經原審少年法庭裁定）同去談判地點。馮○凱於111年5月14日凌晨0時45分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車，搭載謝嘉恩、蕭柏恩、邱○菘抵達新竹縣芎林鄉竹林大橋北端下堤防道路，見葉柏辰、彭○涵之母馮愛華站在堤防旁平台上。謝嘉恩、蕭柏恩、馮○凱、邱○菘均知在公共場所聚集3人以上實施暴力，將使公眾產生恐懼不安而妨害公共秩序及公眾安寧，影響社會治安及秩序，且可預見持球棒等兇器重擊人之頭部等要害器官，極可能導致對方顱骨骨折、大量出血並危及生命而有致人於死之可能，仍共同基於縱使導致葉柏辰死亡亦不違背本意之殺人不確定故意、傷害馮愛華之故意、意圖供行使之用而攜帶兇器在公共場所聚集3人以上

下手實施強暴之犯意聯絡，分持球棒、空氣槍等兇器，接續猛力重擊葉柏辰之頭部及攻擊告訴人馮愛華之身體，致葉柏辰受有頭部外傷併顱骨骨折、硬腦膜外出血及腦挫傷，且因頭部外傷導致頭骨碎裂無法拼湊成正常樣貌（須採3D列印之頭蓋骨），並因顱內出血導致左足肌力嚴重減損而無法正常活動等傷勢；馮愛華受有左後腦撕裂傷約3x1公分、左腰7x3公分瘀青、頸部5x3公分瘀青、左胸部挫傷併肋骨骨折、右大拇指挫傷併瘀青、右手掌挫傷等傷害。嗣謝嘉恩、蕭柏恩、馮○凱、邱○菘駕車離去，葉柏辰於同日凌晨2時3分許，經馮愛華送至國立臺灣大學醫學院附設醫院新竹臺大分院生醫醫院竹東院區（下稱竹東臺大醫院）急救，再於同日凌晨4時18分許，緊急轉院至國立臺灣大學醫學院附設醫院新竹臺大分院新竹醫院（下稱新竹臺大醫院）接受手術治療，始未生死亡結果。

二、警方據報循線追查，因而查悉上情。

理　由

甲、本院審理範圍

本件被告謝嘉恩經檢察官追加起訴涉於①110年10月25日晚間，在新竹縣○○鎮○○路000巷00號涼亭前，於蕭柏恩等人等人毆打少年許○軒（姓名詳卷）之際在場助勢，涉犯刑法第150條第1項前段之罪；②111年5月14日凌晨，與蕭柏恩、邱○菘、馮○凱一同前往新竹縣芎林鄉竹林大橋北端下堤防道路，共同持械毆擊告訴人葉柏辰、馮愛華，涉犯刑法第150條第2項第1款、第1項後段（追加起訴書誤載為「前段」）、同法第271條第2項、第1項、同法第277條第1項等罪。原審經審理後，認被告就①、②部分均成立犯罪，分別予以論罪科刑。被告以其均未參與①、②犯行為由提起上訴，經本院前審以113年度上訴字第6765號判決駁回上訴。被告不服提起上訴，經最高法院以114年度台上字第4894號判決就①部分駁回上訴而確定，就②部分撤銷發回。是本院審理範圍僅為②部分，先予敘明。

乙、實體部分

壹、證據能力部分

一、本判決認定被告犯罪所依據被告以外之人於審判外之言詞及書面陳述，雖屬傳聞證據。然檢察官、被告及辯護人於本院準備程序時，均同意具有證據能力，且迄本院言詞辯論終結前，亦未就證據能力有所爭執（見上更一卷第110頁至第115頁、第226頁至第231頁）。又本院審酌該等證據資料製作時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，與待證事實復俱有關連性，認以之作為本案證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

二、其餘本案認定犯罪事實之所有非供述證據，均與本案事實具有關連性，並無事證足認有違背法定程序或經偽造、變造等情事，且經本院依法踐行調查程序，故均具有證據能力。

貳、事實認定部分

訊據被告固坦承知悉蕭柏恩、邱○菘分別為其學長、學弟等情；惟否認參與本案犯行，辯稱其於案發時不在現場，未參與本案犯行等詞（見上更一卷第108頁、第234頁）。經查：

一、馮○凱因於111年5月13日凌晨，酒後與彭○涵同赴汽車旅館發生親密行為，彭○涵之男友即告訴人葉柏辰獲悉後深為不滿，與馮○凱相約談判。馮○凱將此事告知蕭柏恩、邱○菘，並於111年5月14日凌晨0時45分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車，搭載蕭柏恩、邱○菘等人抵達新竹縣芎林鄉竹林大橋北端下堤防道路，見告訴人葉柏辰、彭○涵之母即告訴人馮愛華站在堤防旁平台上，遂分持球棒、空氣槍等兇器，接續猛力重擊告訴人葉柏辰之頭部及攻擊告訴人馮愛華之身體，致告訴人葉柏辰受有頭部外傷併顱骨骨折、硬腦膜外出血及腦挫傷，且因頭部外傷導致頭骨碎裂無法拼湊成正常樣貌（須採3D列印之頭蓋骨），並因顱內出血導致左足肌力嚴重減損而無法正常活動等傷勢；告訴人馮愛華受有左後腦撕裂傷約3×1公分、左腰7×3公分瘀青、頸部5×3公分瘀青、左胸部挫傷併肋骨骨折、右大拇指挫傷併瘀青、右手

掌挫傷等傷害。嗣馮○凱等人駕車離去，告訴人葉柏辰於同日凌晨2時3分許，經告訴人馮愛華送至竹東臺大醫院急救，再於同日凌晨4時18分許，緊急轉院至新竹臺大醫院接受手術治療等情，此為被告所不爭執（見上更一卷第116頁至第117頁），並經證人即告訴人葉柏辰於警詢、偵查、原審審理時（見他1712卷第42頁至第43頁反面、第63頁正反面，原訴43卷五第124頁至第125頁、第127頁至第128頁、第135頁）、馮愛華於警詢、偵查、原審審理時（見他1712卷第7頁至第8頁、第60頁正反面、偵8521卷二第124頁正反面，原訴43卷五第106頁至第112頁、第117頁、第119頁至第122頁）、證人彭○涵於警詢、偵查時（見他1712卷第14頁至第15頁、第59頁反面）、馮○凱於警詢、偵查、少年法庭、原審審理時（見偵8521卷一第252頁反面、第273頁正反面、卷二第117頁反面，原訴43卷五第83頁至第84頁、第101頁）、邱○菘於警詢、偵查、少年法庭、原審審理時（見偵8521卷二第5頁反面、第29頁反面至第30頁、第119頁反面，原訴43卷五第143頁至第147頁、第152頁至第153頁）、蕭柏恩於偵查、原審審理時（見偵8521卷二第242頁反面至第243頁，原訴43卷五第360頁至第361頁）證述明確，復有告訴人葉柏辰持用行動電話內之對話紀錄（見他1712卷第24頁至第27頁）、告訴人馮愛華持用行動電話內之對話紀錄（見他1712卷第47頁至第49頁）、現場監視器錄影畫面翻拍照片（見他1712卷第22頁至第23頁反面）、告訴人葉柏辰之診斷證明書、傷勢照片、病歷資料（見他1712卷第20頁、第50頁至第52頁、偵8521卷二第131頁反面、第133頁至第151頁）、告訴人馮愛華之診斷證明書、傷勢照片（見偵8521卷二第131頁反面至第131頁、少連偵92卷三第66頁）附卷可稽，堪以認定。

二、被告有到場參與本案犯行。

（一）證人馮○凱於警詢、偵查及原審審理時，證稱其於案發當日與葉柏辰相約談判，認為對方可能會帶人到場，遂邀集

蕭柏恩等人同去；當天其駕駛自小客車搭載3名乘客，即1台車共4人到現場，蕭柏恩、邱○菘分別坐在駕駛座、副駕駛座後方位置，尚有1名男子坐在副駕駛座等情（見偵8521卷一第252頁反面、第273頁，原訴43卷五第102頁）。證人邱○菘於偵查及原審審理時，證稱其係與馮○凱、蕭柏恩、一名其不認識之人共4人到現場，當天是由馮○凱開車載其等到案發現場，其坐在後座等情（見偵8521卷二第29頁反面，原訴43卷五第144頁、第155頁）。證人蕭柏恩於偵查時，證稱其係搭乘馮○凱所駕車輛到案發現場，當時車上共有4人，其與邱○菘坐在後座，另一人坐在副駕駛座等情（見偵8521卷二第242頁反面）。告訴人馮愛華於警詢及本院審理時，證稱當天對方是4名男子共乘1台車到現場等情（見偵8521卷二第124頁，上更一卷第211頁），所述互核相符。足認馮○凱因前故與告訴人葉柏辰相約談判後，馮○凱係與蕭柏恩、邱○菘、1名男子共4人一同抵達案發現場。

（二）證人馮○凱於111年6月15日警詢、偵查、少年法庭時，均證稱當天被告有與其等同去現場，被告坐在其所駕車輛之副駕駛座，其與被告、邱○菘、蕭柏恩到場後，被告持空氣槍，其、邱○菘、蕭柏恩持球棒攻擊葉柏辰、馮愛華等情（見偵8521卷一第252頁反面、第273頁正反面、卷二第117頁反面）。告訴人馮愛華於111年6月20日警詢時，證稱當天對方共4人到場，其中1人持槍、3人持球棒攻擊其與葉柏辰等語，並於同日指認被告、馮○凱、邱○菘為當天到場攻擊其與葉柏辰之人（見偵8521卷二第124頁至第125頁），且有新竹縣政府警察局竹東分局指認犯罪嫌疑人紀錄表、指認表、嫌疑人指認照片紀錄表真實年籍對照表在卷可憑（見偵8521卷二第126頁至第128頁）。足見馮○凱於111年6月15日警詢、偵查及少年法庭等歷次訊問時，均明確證稱被告於案發當日有到場參與本案犯行等情。因馮○凱與被告間無仇恨或糾紛，業經證人馮○凱（見原訴

43卷五第98頁）、被告（見原訴43卷五第364頁）於原審時陳明在卷；果若被告未到場參與本案犯行，衡情，馮○凱當無無故指訴被告為當日與其等一同乘車到場攻擊告訴人之人。況依前所述，與馮○凱立場相反之告訴人馮愛華於111年6月20日於警詢時，亦清楚指認被告為當日對方行為人之其中1人；且告訴人馮愛華指稱對方4人分持空氣槍、球棒攻擊其與葉柏辰之情節，核與前開證人馮○凱證述其與被告、蕭柏恩、邱○菘分持器械毆擊葉柏辰、馮愛華等內容相符，益徵證人馮○凱、告訴人馮愛華上開證述為可信。是被告確有到場參與本案犯行乙節，當足認定。

（三）被告前於111年3月19日晚間7時許，酒後在新竹縣○○鎮○○路00號之千僖園汽車旅館房間，與蕭柏恩、馮○凱一同飲酒聚會期間，被告因服務糾紛，持械傷害櫃台人員等情，業經被告（見他2644卷二第81頁反面）、證人蕭柏恩（見偵8521卷一第6頁反面）、馮○凱（見偵8521卷一第249頁）於警詢時陳述明確。另依前所述，被告因於110年10月25日晚間，前往新竹縣○○鎮○○路000巷00號涼亭前，在蕭柏恩等人徒手毆打少年許○軒期間在場助勢，因而犯刑法第150條第1項前段之罪，經判處罪刑確定。被告於偵查時，陳稱蕭柏恩於111年10月25日晚間，係騎乘其機車載其前往上開位於東峰路之衝突現場等情（見少連偵緝5卷第22頁）。可見被告在本案前，數度與蕭柏恩一同外出，亦曾乘坐蕭柏恩所騎機車，前往蕭柏恩與他人衝突現場，為蕭柏恩等人助勢，足徵被告與蕭柏恩關係良好。被告於本院時，辯稱其僅單純知道蕭柏恩是其就讀高中之同校學長，彼此互無往來，其不會與蕭柏恩一同外出等詞（見上更一卷第108頁），顯無可採。又依前所述，蕭柏恩於111年5月14日係搭乘馮○凱所駕車輛前往本案衝突地點，當時同行者僅有1車共4人，且其等抵達現場，持械攻擊告訴人2人後，復搭乘同車離去，堪認蕭柏恩當天與同行者相處時間非短；況蕭柏恩於偵查期間，得以清楚陳述

當日係由馮○凱駕車，其與邱○菘坐在後座，另名同行者坐在副駕駛座等乘車情形，核與前開證人馮○凱、邱○菘所述內容一致，可見蕭柏恩對於當日經過之記憶清晰；佐以蕭柏恩在本案前，與被告已有多次往來，復曾騎乘機車搭載被告前往另案衝突現場為己助勢，足見雙方具有相當程度之交情及信任關係，則蕭柏恩就「被告是否為111年5月14日與其等同行前往本案衝突地點之人」乙節，當無不知之理。果若被告確未參與本案犯行，衡情，蕭柏恩基於雙方情誼，應會明確否認被告參與本案予以澄清；然證人蕭柏恩於偵查及原審時，均僅稱其不確定被告有無涉及本案，不知被告當日有無同去案發現場等語（見偵8521卷二第242頁反面至第243頁，原訴43卷五第360頁），顯與上開所述不符。是認證人蕭柏恩所述其不確定案發當天坐在馮○凱所駕車輛副駕駛座之人是否被告等情，係出於迴護被告之目的，益徵被告確為當日同行之行為人。

三、被告、辯護人辯稱被告當日未到場等詞，均不足採。

被告辯稱其於110、111年間打零工為業，工作時間固定是每週一至五之上午7時至下午5時30分，週末可能會工作1天，下班就回家吃飯；且其自110年起在身心科就醫，每天晚間9、10時許，即服用醫師開立之安眠藥入睡，因藥效關係，都是天亮才醒來，因此其於111年5月14日凌晨，不可能到案發現場。又告訴人馮愛華、葉柏辰於原審時，均證稱之前未見過其。另其不認識馮○凱，僅單純知道蕭柏恩、邱○菘是其同校之學長、學弟，但其與蕭柏恩、邱○菘無任何往來，嗣其因案通緝被警方帶回警局，始知悉本案，先前對於本案毫無所悉，未參與本案等詞（見上更一卷第108頁至第109頁）。辯護人辯稱被告於111年間有服用醫師開立之安眠藥，被告祖父亦表示被告生活作息正常，未外出參與本案。又告訴人馮愛華於111年6月20日指認被告之時間，距案發已間隔相當時間，且告訴人馮愛華在指認犯罪嫌疑人紀錄表註記「遭毆打成傷、辨識力低」，指認結果不具可信性。另證

人馮○凱於本院審理時，證稱被告當日不在場，與先前證述內容不一，可見馮○凱證詞反覆，不足作為認定被告犯罪之證據。再因本案行為人共4人，告訴人葉柏辰證稱除蕭柏恩、馮○凱、邱○菘外，第4位行為人為莊意威，足認被告未參與本案犯行等詞（見上更一卷第236頁）。然查：

（一）告訴人馮愛華於111年5月15日在警方提供內有6張不同人照片之指認表中，指認馮○凱為當日到場者（該份指認表內無被告、邱○菘之照片）；復於同年6月20日在警方提供內有12張不同人照片之指認表中，指認被告、馮○凱、邱○菘為當天到場攻擊其與告訴人葉柏辰之人（該份指認表內有蕭柏恩之照片）等情，此有告訴人馮愛華111年5月15日指認犯罪嫌疑人紀錄表、指認表、嫌疑人指認照片紀錄表真實年籍對照表（見他1712卷第10頁至第13頁）、111年6月20日新竹縣政府警察局竹東分局指認犯罪嫌疑人紀錄表、指認表、嫌疑人指認照片紀錄表真實年籍對照表（見偵8521卷二第126頁至第128頁）在卷可憑。又告訴人馮愛華於原審及本院審理時，均證稱其於案發前未見過當日到場之對方4名男子；因其事前經葉柏辰告知，得知與葉柏辰相約談判之人為馮○凱，其在陪同葉柏辰到場前，先以Facebook（下稱臉書）看過馮○凱之資訊，得以確認馮○凱當日有到場；案發當時雖為凌晨時分且下雨，但現場有路燈照明，可以看清楚人，其在現場有看到對方其餘3人之面容、臉型、衣著；嗣其於111年5月15日、6月20日經警提供上開指認表時，係基於確信，仔細指認馮○凱、邱○菘及被告為本案行為人，對於不確定之對象即未予指認，警方亦未對其為任何誘導；至於其在111年6月20日指認犯罪嫌疑人紀錄表記載特徵為暴牙、穿花色衣服之犯嫌是指當日砸其車、威脅其不准報警之邱○菘等情（見原訴43卷五第109頁、第112頁至第113頁，上更一卷第208頁至第214頁）。因依前開所述，馮○凱、邱○菘均係攻擊告訴人2人之本案行為人；證人邱○菘於原審審理時，亦證

稱其當天有砸告訴人馮愛華之車輛，要求告訴人馮愛華不准報警等情（見原訴43卷五第149頁），可見告訴人馮愛華於警詢時，指認馮○凱、邱○菘為本案行為人等內容確與事實相符。足認告訴人馮愛華證稱其在案發現場，有清楚看見及記憶本案行為人之面容、髮型、衣著等特徵，並於警詢時依記憶內容據實指認等情，應屬可採。另本案行為人共有4人，其中3人為馮○凱、邱○菘、蕭柏恩乙節，業經認定如前；而告訴人馮愛華於111年5月15日、6月20日兩度經警提供多人照片進行指認時，僅指認被告、馮○凱、邱○菘3人，並未指認蕭柏恩或指認表上其他人為本案行為人，足認告訴人馮愛華所稱其係謹慎依據記憶進行指認，對於無法確定之人即未予指認等情，堪以採信，益徵告訴人馮愛華於警詢時所為上開指認結果屬實。再依前所述，告訴人馮愛華指認被告為本案行為人，與立場相反之證人馮○凱於警詢、偵查及少年法庭時，證稱被告為本案行為人之一等情互核相符，自足作為認定被告犯罪之依據。另告訴人馮愛華於本院審理時，就其在111年6月20日指認犯罪嫌疑人紀錄表，註記「遭毆打成傷、辨識力低」文字部分，證稱其於案發前，先以臉書看過馮○凱之資訊，因此得以確認對方其中1人為馮○凱，但其之前未見過對方其餘3人，不知該3人之身分；因案發現場有路燈照明，可以看清楚人，其於警詢時，係依自己在現場看到對方到場者之面容、臉型、衣著等特徵，據實進行指認等情（見上更一卷第212頁至第214頁），亦徵告訴人馮愛華於警詢指認時，係據實陳明現場狀況，並依親眼所見對方之面容、髮型等特徵，謹慎進行指認，指認結果當足採信。辯護人僅以告訴人馮愛華非於案發當日進行指認，及指認犯罪嫌疑人紀錄表記載上開文字，指稱告訴人馮愛華之指認不可信，要非可採。至於告訴人馮愛華於113年3月12日原審審理及115年8月5日本院審理時，固均無法確認在庭被告是否為本案行為人（見原訴43卷五第110頁、第114

頁，上更一卷第215頁）；惟告訴人馮愛華於原審及本院審理時到庭作證，距離案發時間（111年5月14日）均超過1年，復因其與本案行為人前非相識、互無往來，則其對於本案行為人面容、外貌特徵之記憶清晰度，因隨時間經過而降低，致無法確認被告是否為行為人，自與常情無違，要無從逕對被告為有利之認定。

（二）告訴人葉柏辰固指稱當天莊意威有與馮○凱、邱○菘到場攻擊其與馮愛華等詞（見他1712卷第42頁反面、第63頁正反面，原訴43卷五第130頁、第133頁，上更一卷第217頁致第219頁）。惟證人莊意威於警詢及本院審理時，證稱其與馮○凱、邱○菘是同學；其於111年5月13日凌晨，與馮○凱、邱○菘、彭○涵、彭○涵之女性友人江○語（姓名詳卷）聚會後，即自行返家，不知馮○凱與彭○涵去汽車旅館；其於13日白天到醫院接受頸部手術，當天自馮○凱使用之Instagram（下稱IG）限時動態獲悉馮○凱與葉柏辰在網路發生爭執，遂轉發該限時動態，但其未到場參與本案衝突等情（見少連偵92卷三第68頁正反面，上更一卷第200頁至第201頁、第204頁至第207頁）。證人馮○凱於偵查、原審及本院審理時，證稱其於111年5月13日與邱○菘、莊意威、彭○涵、彭○涵之女性友人在蕭柏恩租屋處飲酒後，莊意威說要開刀就先回家，其、邱○菘與彭○涵、彭○涵之女性友人去汽車旅館休息；之後葉柏辰約其談判，其開車載被告、邱○菘、蕭柏恩去案發現場，莊意威沒有同去等情（見偵8521卷一第273頁，原訴43卷五第138頁至第139頁，上更一卷第221頁、第224頁至第225頁）。證人邱○菘於警詢時，證稱其於111年5月13日凌晨與馮○凱、莊意威、彭○涵、江○語一起飲酒，之後其與馮○凱、彭○涵、江○語去汽車旅館；嗣葉柏辰得知此事很生氣，找馮○凱出來談判，馮○凱邀其一起去談判現場，當時莊意威未同去等情（見偵8521卷二第5頁反面至第6頁），所述互核相符。又告訴人馮愛華於111年5月15

日經警方提供內有莊意威照片之指認表，亦未指認莊意威為當日到場者，此有111年5月15日指認犯罪嫌疑人紀錄表、指認表、嫌疑人指認照片紀錄表真實年籍對照表在卷可佐（見他1712卷第10頁至第13頁）；且告訴人馮愛華於本院審理時，證稱其對於到庭之莊意威並無印象等語（見上更一卷第214頁），則告訴人葉柏辰指稱莊意威於案發當日有到現場等情是否屬實，即非無疑。再告訴人葉柏辰於本院審理時，證稱其在案發前知道莊意威這個人，但從無互動往來；因其與莊意威有共同朋友，看過共同朋友在IG限時動態照片標註過莊意威，因而得知莊意威之長相等情（見上更一卷第217頁至第219頁）。證人莊意威於警詢及本院審理時，亦證稱其有看過葉柏辰，但互不相識等情（見上更一卷第203頁至第204頁）。可見告訴人葉柏辰與莊意威雖互相知道對方此人，但雙方在本案之前，並無任何互動往來，非屬熟識友人。況告訴人葉柏辰於警詢、偵查及原審時，均稱案發當日對方到場者之人數為5人（見他1712卷第42頁反面、第63頁，原訴43卷五第130頁），與前述本案行為人之人數為4人乙節有所出入；復因告訴人葉柏辰因本案主要受傷部位為頭部，所受頭部外傷併有顱骨骨折、硬腦膜外出血及腦損傷，復因頭骨碎裂無法拼湊成正常樣貌，需採用3D列印之頭蓋骨等情，業經告訴人葉柏辰於本院時證述明確（見上更一卷第219頁），並有診斷證明書（見他1712卷第20頁）、新竹臺大醫院111年8月3日新竹臺大分院病歷字第1110009270號函（見他1712卷第68頁）在卷可憑；且告訴人葉柏辰於原審時，證稱其因本案頭部受傷接受開刀治療，經治療後仍有癲癇症狀，需服藥控制，其不記得當日對方衣著特徵等語（見原訴43卷五第136頁至第137頁），足徵告訴人葉柏辰頭部受傷情形甚為嚴重，則其因頭部受創嚴重，導致對於案發當日之記憶有部分缺失或錯置，因而誤認莊意威在場，與常情自無相違，是難認告訴人葉柏辰指稱莊意威為本案行為人等

情確與事實相符。辯護人辯稱除蕭柏恩、馮○凱、邱○菘外，本案第4位行為人為莊意威等詞，顯非有據。至於告訴人葉柏辰於原審審理時，雖稱被告不是本案行為人（見原訴43卷第126頁）；然依前所述，告訴人葉柏辰對於本案記憶之正確性，可能因所受嚴重之頭部傷勢而減損；況告訴人葉柏辰於原審及本院審理時，均證稱本案行為人有數人，其在本案前未見過其中2人，且其與被告原非相識，因此無法確認被告是否為本案行為人等情（見原訴43卷五第130頁至第131頁，上更一卷第217頁至第218頁）；被告亦陳稱其不認識葉柏辰等情（見上更一卷第109頁），可見告訴人葉柏辰係因本案行為人中，有數人係其先前未曾見過之陌生人，不知對方身分，因而無法確認被告是否為本案行為人，自無從據以作為對被告為有利認定之依據。

（三）依前所述，證人馮○凱於警詢、偵查、少年法庭時，均清楚證述本案行為人為其、邱○菘、蕭柏恩、被告等情，與立場相反之告訴人馮愛華於警詢之指認結果互核相符，足以作為認定被告犯罪之證據。至於證人馮○凱於本院審理時，雖翻異前詞，改稱被告於案發當日未到現場，除其、邱○菘、蕭柏恩以外，本案第4位行為人是邱○菘之友人「莊浩翔（音譯）」；其在案發時，就知道被告未到場，但因警察一直拿被告之口卡問其到場人是不是被告，要求其趕快指認，其始編造謊稱被告當日有到場等詞（見上更一卷第221頁至第225頁）。然依前所述，警方於111年5月15日提供予告訴人馮愛華之指認表內無被告照片；俟馮○凱於111年6月15日警詢、偵查時，清楚證述本案行為人為其、邱○菘、蕭柏恩、被告等4人後，警方於111年6月20日始提供內有被告等多人照片之指認表，供告訴人馮愛華進行指認，並經告訴人馮愛華指認被告為本案行為人。可見警方係因馮○凱於111年6月15日指稱被告有到案發現場等情，始知被告涉入本案；馮○凱所稱其係因警方先拿被

告口卡要其指認，始配合謊稱被告為本案行為人等詞，要非可採。又證人邱○菘於偵查及原審審理時，均證稱案發當天其係與馮○凱、蕭柏恩、1名不認識之人一起去現場等情（見偵8521卷二第29頁反面至第30頁，原訴43卷五第144頁），益徵馮○凱於本院審理時，改稱除其、邱○菘、蕭柏恩以外，本案第4位行為人是邱○菘之友人「莊浩翔」等詞，顯不屬實，自無從以馮○凱於本院時所述，對被告為有利之認定。

（四）至於證人邱○菘於偵查、原審審理時，雖稱其於案發當日，係與馮○凱、蕭柏恩、一名不認識之人同去衝突現場，該名不認識之人持空氣槍攻擊告訴人，該人不是被告等詞（見偵8521卷二第29頁反面至第30頁，原訴43卷五第144頁、第148頁、第158頁）。然證人邱○菘於原審審理時，證稱其於案發當日係受馮○凱之邀約到場，因當時為夜間，其無法辨識該名不認識之人的面容，縱使該人再次出現在其面前，其亦無法認出，故無法確認被告當日有無同去現場等情（見原訴43卷五第145頁、第148頁、第155頁至第156頁），可見邱○菘所稱被告不是其所稱持空氣槍之人，係因該名持空氣槍之人非邱○菘之友人，且案發當時屬夜間，邱○菘未清楚看見該人之面容，因而無法辨識該人身分，並非確認被告不是該名持空氣槍之同行者，自亦無從作為對被告為有利認定之依據。

（五）被告及辯護人雖提出被告祖父之申明書、被告之診斷證明書，欲證明被告於110、111年間，生活作息單純，並經精神科醫師開立安眠藥，不可能在夜間外出參與本案（見上更一卷第109頁、第235頁、第249頁至第253頁）。然依前所述，被告於110年10月25日晚間，前往東峰路涼亭前，在蕭柏恩等人毆打他人期間在場助勢；復於111年3月19日晚間7時許，酒後與蕭柏恩、馮○凱等人在千僖園汽車旅館房間內一同飲酒，並因服務糾紛，持械傷害櫃台人員，足認被告辯稱其生活作息單純，不會於夜間離開住處等

詞，顯非可信。況縱醫師曾開立安眠藥予被告，亦無從證明被告於案發當日確有服用安眠藥而未參與本案。是被告、辯護人前揭所辯，均無足採。

四、被告與共犯係基於殺人之不確定故意，攻擊告訴人葉柏辰。

（一）行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論，刑法第13條第1項、第2項分別定有明文。又按殺人未遂與傷害罪之區別，端視行為人有無殺人犯意為斷；殺人犯意之存否，乃個人內在之心理狀態，惟有從行為人之外在表徵及其行為時之客觀情況，依經驗法則審酌判斷，而被害人傷痕之多寡、受傷處所是否為致命部位、傷勢輕重程度、行為人下手情形、使用之兇器種類、與被害人曾否相識、有無宿怨等情，雖不能執為區別殺人與傷害之絕對標準，然仍非不得盱衡審酌事發當時情況，深入觀察行為人之動機、行為人與被害人之衝突起因、行為當時所受之刺激，視其下手情形、力道輕重、攻擊部位、攻擊次數、手段是否猝然致被害人難以防備，佐以行為人所執兇器、致傷結果、雙方武力優劣，暨行為後之行為等情狀予以綜合觀察，論斷行為人內心主觀之犯意（最高法院109年度台上字第1520號判決意旨亦可參照）。

（二）告訴人馮愛華於警詢、偵查及原審審理時，證稱其於111年5月13日深夜，獲悉葉柏辰與馮○凱相約談判，擔心葉柏辰之安危，遂駕車載葉柏辰及彭○涵到案發現場，其與葉柏辰在堤防平台等，彭○涵留在車上；對方駕車抵達後，持械朝其與葉柏辰衝來，其擋在葉柏辰身前，勸說對方有話好好講、不要打架，但對方仍持球棒、空氣槍接續毆擊葉柏辰之上半身，其在旁攔阻無效，葉柏辰朝旁逃跑，對方其中1人拉著其，其餘3人仍持械追打葉柏辰；俟對方駕車離去，葉柏辰已躺在地上不動，其將葉柏辰拖至其車停放處，與彭○涵分別抬葉柏辰之頭、腳，將葉柏辰

抬入車輛後座送醫，其等抵達竹東臺大醫院後，醫護人員先幫葉柏辰包紮，因傷勢嚴重，遂將葉柏辰轉至新竹臺大醫院治療等語（見他1712卷第7頁至第8頁、第60頁，原訴43卷五第106頁至第107頁、第110頁至第112頁、第117頁至第122頁）。告訴人葉柏辰於警詢、偵查及原審審理時，證稱其因獲悉彭○涵與馮○凱到汽車旅館而深感不滿，與馮○凱相約談判，其將此事告知馮愛華，馮愛華駕車載其與彭○涵到案發地點，其與馮愛華下車等待，彭○涵留在車上；對方到場後，即持球棒、空氣槍朝其與馮愛華衝來，一開始馮愛華擋在其身前，嗣其將馮愛華拉到身後，對方持械朝其頭部攻擊，其用手抵擋，但對方未停止攻擊，其遂朝旁邊逃跑，對方持械追擊揮打其頭部，其遂倒地呈現半昏迷狀態；嗣其經送醫治療，因頭蓋骨破裂無法復原，醫師是用人工頭蓋骨進行手術治療，迄今仍有癲癇後遺症；其左腳腳踝亦因本案只能輕微上、下彎曲，無法左、右移動，腳趾無法動，左腳肌力與右腳相差甚多，左腳只要出力就會有張力出現，會一直抖導致無法再出力等語（見他1712卷第42頁至第43頁、第63頁正反面，原訴43卷五第125頁、第127頁至第128頁、第131頁至第134頁、第137頁）。證人邱○菘於原審審理時，證稱其與馮○凱等4人到場後，分持球棒等器械毆擊葉柏辰，葉柏辰遭攻擊後有跑開，與其同行之人持械追擊葉柏辰，後來葉柏辰倒地不動，其與馮○凱等4人遂駕車離去等情（見原訴43卷第146頁至第148頁、第150頁至第151頁）。證人馮○凱於偵查時，證稱其與被告等4人到場後，分持球棒、空氣槍毆擊葉柏辰等情（見偵8521卷一第273頁反面），所述互核相符。足見被告與蕭柏恩、馮○凱、邱○菘分持球棒等器械，不顧告訴人馮愛華之勸阻，接續朝告訴人葉柏辰毆擊，並在告訴人葉柏辰閃躲逃跑時，續持械追打告訴人葉柏辰。又告訴人葉柏辰主要受傷部位為頭部，所受頭部外傷併有顱骨骨折、硬腦膜外出血及腦損傷，其頭骨

碎裂無法拼湊成正常樣貌，需採用3D列印之頭蓋骨，另因顱內出血導致左側肌力受損，經持續就診治療，左足肌力嚴重減損及遺有癲癇之後遺症，此有告訴人葉柏辰之診斷證明書（見他1712卷第20頁）、新竹臺大醫院111年8月3日新竹臺大分院病歷字第1110009270號函（見他1712卷第68頁）、112年5月24日新竹臺大分院病歷字第1120006501號函及檢附告訴人葉柏辰之病歷資料（見原訴43卷二卷第39頁至第454頁）、113年2月29日新竹臺大分院病歷字第1130002167號函（見原訴43卷五第11頁）、114年3月28日新竹臺大分院病歷字第1140003588號函（見上訴卷第251頁）在卷可憑。堪認被告等人係朝告訴人葉柏辰之頭部要害重擊，致告訴人葉柏辰之頭部受有嚴重傷勢，若未及時送醫顯有致死之可能。再依衝突雙方人數、行為人所執兇器而言，被告、蕭柏恩、馮○凱、邱○菘一方為4名男性，而與告訴人葉柏辰同行之告訴人馮愛華為女性，被告一方顯然具有性別及人數之優勢；且被告一方係分持球棒、空氣槍等材質堅硬之器械，接連重擊告訴人葉柏辰，具有武力上之優勢。因被告於案發時為成年人，具有相當智識程度及社會經驗（見原訴43卷五第365頁），當知持球棒、空氣槍等材質堅硬之器械接連重擊人之頭部等要害，將可能導致顱骨骨折、大量出血並危及生命而有致死之可能，卻仍與共犯分持上開器械接連重擊告訴人葉柏辰，致告訴人葉柏辰倒地後，猶逕自駕車離開，並無呼叫救護車或施以任何救護措施，最後係由告訴人馮愛華與彭○涵以一人抬頭、一人抬腳之方式，奮力將告訴人葉柏辰抬到車內緊急送醫治療，始未造成告訴人葉柏辰死亡之結果。堪認被告與蕭柏恩等人主觀上確係基於殺人之不確定故意，對告訴人葉柏辰為前開攻擊行為；且其等行為與告訴人葉柏辰所受傷勢具有相當因果關係，自應共同負擔殺人未遂之共犯罪責。

五、被告與共犯基於傷害之故意，攻擊告訴人馮愛華。

告訴人馮愛華於警詢、偵查、原審審理時，證稱其於上開時、地，見對方到場後，持球棒、空氣槍等器械，朝其與葉柏辰衝來，遂張開雙手擋在葉柏辰前方，以言詞勸阻對方不要動手，對方表示與其無關，要求其走開，但其仍留在原地拉住對方，對方即持械毆打其，致其身體多處受傷等情（見他1712卷第7頁反面、第60頁，原訴43卷五第107頁、第110頁至第111頁）。證人馮○凱於偵查時，證稱其與被告等4人持球棒、空氣槍毆擊葉柏辰，因馮愛華在場攔阻，其等有打到馮愛華等情（見偵8521卷一第273頁反面）。證人邱○菘於原審審理時，亦證稱其與馮○凱等人到場後，有持球棒等器械毆擊馮愛華等情（見原訴43卷五第146頁至第147頁），所述互核相符。因依前所述，本案係告訴人葉柏辰與馮○凱相約談判，告訴人馮愛華係因攔阻被告等人攻擊告訴人葉柏辰，始遭對方毆打；且告訴人馮愛華所受傷勢為左後腦撕裂傷約3x1公分、左腰7x3公分瘀青、頸部5x3公分瘀青、左胸部挫傷併肋骨骨折、右大拇指挫傷併瘀青、右手掌挫傷，顯較告訴人葉柏辰所受傷勢為輕，足認被告等人係基於傷害之犯意，對告訴人馮愛華為上開攻擊行為。

六、被告與共犯具有妨害秩序之犯行。

（一）按依刑法第150條妨害秩序罪之立法理由所載「不論是對於特定人或不特定人為之，已造成公眾或他人之危害、恐懼不安，應即該當犯罪成立之構成要件，以符保護社會治安之刑法功能」、「本罪重在安寧秩序之維持，若其聚眾施強暴脅迫之目的在犯他罪，固得依他罪處罰，若行為人就本罪之構成要件行為有所認識而仍為本罪構成要件之行為，自仍應構成本罪，予以處罰」等旨。倘行為人合致該構成要件描述之行為，並有使該場合之公眾或他人，產生危害、恐懼不安，而有受波及之可能性者，即具有立法者所預設之危險性，得以該罪相繩，不以行為人之目的在擾亂公共秩序為必要（最高法院112年度台上字第1577號、第2761號、114年度台上字第2744號判決意旨可資參

照）。

（二）本件被告與蕭柏恩、馮○凱、邱○菘等4人因不滿告訴人葉柏辰與馮○凱相約談判，在屬於公共場所之前開堤防平台，持球棒、空氣槍攻擊告訴人葉柏辰、馮愛華，復在告訴人葉柏辰逃跑時，繼續持續追擊告訴人葉柏辰，所為非僅導致告訴人葉柏辰、馮愛華受傷，亦使在場之彭○涵深感恐懼，業經證人彭○涵於偵查中證述明確（見他1712卷第59頁反面至第60頁），足認被告等人在公共場所聚集3人以上持械施強暴之行為，係憑藉群眾形成之暴力威脅情緒、氛圍所營造之攻擊狀態，導致集體情緒失控及所生加乘效果所為，並造成公眾之危害、恐懼不安而有受波及之可能性，參酌前揭所述，自該當刑法第150條妨害秩序罪之要件。

七、綜上，本件事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

參、法律適用部分

一、核被告所為，係犯刑法第150條第2項第1款、第1項後段（追加起訴書誤載為「前段」）之意圖供行使之用而攜帶兇器在公共場所聚集3人以上施強暴下手實施罪、同法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪（告訴人葉柏辰部分）、同法第277條第1項傷害罪（告訴人馮愛華部分）。

二、被告與蕭柏恩、馮○凱、邱○菘就本案犯行，均有犯意聯絡與行為分擔，應論以共同正犯。

三、罪數

（一）被告與共犯持球棒、空氣槍，分別接連毆打告訴人葉柏辰、馮愛華，係在密切接近之時間、地點為之，應係分別基於單一之殺人未遂、傷害犯意所為，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念難以強行分開，客觀上均認係單一行為之多次舉動，合為包括之一行為予以評價較為合理，應屬接續犯，各僅成立一罪。

（二）被告與共犯係以一行為犯上開數名，為想像競合犯，依刑法第55條前段規定，應從重以殺人未遂罪處斷。

四、刑之加重、減輕

（一）按成年人及少年共同實施犯罪者，加重其刑至2分之1，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段定有明文，上開規定不以成年之行為人對共犯之少年年齡明知而具直接故意為限，僅需行為人對兒童或少年之年齡有所預見而具未必故意，即足當之。本件被告於行為時為成年人，共犯馮○凱則為未滿18歲之少年；因被告於本案前，曾與蕭柏恩、馮○凱一同在千禧園汽車旅館聚會玩樂，復在馮○凱與告訴人葉柏辰相約談判後，隨同馮○凱等人前往談判地點相挺，足認被告與馮○凱交情非淺，則被告於行為時，對於馮○凱為少年乙情應有所認識，而其仍與馮○凱共同實施本案犯行，自應依首揭規定加重其刑。

（二）被告與共犯雖已著手實行殺人犯行，然未生死亡結果，僅為未遂犯，犯罪所生危害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之，並先加後減之。

（三）按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。本件被告與告訴人葉柏辰、馮愛華前非相識，僅因相挺馮○凱，即與共犯基於殺人之不確定故意，在公共場所，持械接續重擊告訴人葉柏辰之頭部，復基於傷害犯意，毆打在場勸阻之告訴人馮愛華，造成告訴人葉柏辰受有嚴重傷勢，並使告訴人馮愛華受傷，亦對社會秩序造成相當程度之危害，犯罪情節要非輕微，要難認其犯罪有何特殊原因與環境足以引起一般同情。又被告自始否認犯行，迄未與告訴人葉柏辰、馮愛華達成和解或賠償（見上更一卷第235頁），犯罪所生損害未獲填補，且其所犯之罪經依未遂犯之規定減刑後，法定刑已大幅減輕。綜合本案情節觀之，並無科以所犯罪名經減刑後之最低度刑仍嫌過重之情形，參酌前揭所述，自無適用刑法第59條規定之餘地。

肆、駁回上訴之理由

原審經審理後，認被告犯罪之事證明確，並於原判決載敘認定被告成立犯罪、所辯不足採信及適用前開加重、減輕規定之理由，復係審酌被告不思以合法、理性方式解決衝突，率以暴力處理問題，而為本案犯行，造成公眾之危害、恐懼不安，妨害社會秩序之安定，並使告訴人葉柏辰、馮愛華受有前開傷勢，衡以被告自始否認犯行，未與告訴人2人成立和解或賠償損害，犯罪所生危害尚未填補，兼衡被告之犯罪動機與目的、手段、告訴人2人受傷程度、對於社會秩序及公眾安寧產生之影響，暨被告所陳教育程度、職業及家庭經濟生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑6年6月；另說明不予宣告沒收未扣案兇器之理由等旨。經核原審所為認定與卷內事證相符，所為論斷與經驗、論理法則無違，且係以行為人之責任為基礎，擇要審酌刑法第57條所列量刑事由而為量刑，所處刑度並無逾越法定刑或明顯失出失入等濫用裁量權之情事，認事用法、量刑及不予沒收之認定均無不當。被告猶執前詞上訴否認犯罪，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官葉子誠追加公訴，檢察官李嘉明到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　9　　日

刑事第九庭　審判長法　官　潘翠雪

法　官　柯姿佐

法　官　邰婉玲

以上正本證明與原本無異。

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」。

書記官　蘇冠璇

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　9　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第150條

在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上，施強暴脅迫者，

在場助勢之人，處1年以下有期徒刑、拘役或10萬元以下罰金；首謀及下手實施者，處6月以上5年以下有期徒刑。

犯前項之罪，而有下列情形之一者，得加重其刑至二分之一：

一、意圖供行使之用而攜帶兇器或其他危險物品犯之。

二、因而致生公眾或交通往來之危險。

中華民國刑法第271條

殺人者，處死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑。

中華民國刑法第277條

傷害人之身體或健康者，處5年以下有期徒刑、拘役或50萬元以下罰金。

犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑；致重傷者，處3年以上10年以下有期徒刑。