# 最高法院刑事判決

113年度台上字第662號

上　訴　人　徐基晉

　　徐基章

共　　同

選任辯護人　周廷威律師

上列上訴人等因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院中華民國112年10月11日第二審判決（112年度上訴字第2164號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第28805號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於徐基晉部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即徐基晉）部分：

一、本件原判決認定上訴人徐基晉有其事實欄（下稱事實欄）一所載妨害秩序之犯行，因而撤銷第一審關於該部分之科刑判決，改判仍論處徐基晉犯意圖供行使之用而攜帶兇器在公眾得出入之場所聚集三人以上首謀施強暴罪刑之判決。固非無見。

二、惟查：

㈠刑法第150條第1項之聚眾施強暴脅迫罪，係以在不特定多數人得以進出之公共場所或公眾得出入之場所，聚集3人以上，施強暴脅迫為其要件，且依聚集者個人實際參與之行為、情節區分列為首謀、下手實施或在場助勢之行為態樣，而異其刑罰。復鑒於聚集者於聚眾施強暴脅迫時，倘攜帶兇

器或者易燃性、腐蝕性液體等危險物品，抑或於車輛往來之道路上追逐，類此危險行為態樣，對往來公眾所造成之生命、身體健康等危險大增，破壞公共秩序之危險程度升高，有加重處罰之必要，立法者乃增訂同條第2項第1款之意圖供行使之用而攜帶兇器或其他危險物品，及第2款之因而致生公眾或交通往來之危險，為其加重處罰要件，以避免公眾安全遭受更為嚴重之侵害。法院就行為人如何認定符合該加重處罰事由，及行為人明知該事由或有所預見，自應於理由內詳敘所憑之證據及認定之理由，始為適法。再者，此所謂「意圖供行使之用而攜帶兇器或危險物品」，固不以行為人攜帶之初即具有犯罪目的為限，但仍以行為人在公共場所或公眾得出入之場所聚集時，自行攜帶或在場知悉其他參與者（1人或數人）攜有足以對人之生命、身體、安全構成威脅而具有危險性之器械或危險物品，且主觀上存有將可能使用該器械或危險物品以實行強暴脅迫行為之意圖始足當之。本件原判決認定徐基晉犯刑法第150條第2項第1款、第1項後段之意圖供行使之用而攜帶「兇器」在公眾得出入之場所聚集3人以上首謀施強暴罪，固於事實欄一認定徐基晉為催討李世偉積欠之債務，通知徐基章、曹書銘到本案咖啡廳聚集，復於徐基章及曹書銘、周玟耀、陳泳忪等人（下合稱曹書銘等人）到場後，與其等共同徒手毆打李世偉，嗣與林潤宇、徐清淵、暱稱「書瑋」、「黑面」、「阿傑」等人在本案咖啡廳1樓外之人行道發生肢體衝突，期間徐基晉、徐基章各持客觀上足供為「兇器」使用之磚頭、電擊棒等情（見原判決第3頁第8行至次頁第3行）。稽之卷內事證，徐基晉供稱：因徐清淵拿物品攻擊，就隨手拿起路邊花圃的磚頭（已扣案）往對方砸等語（見警卷第50頁，第一審審易卷第374頁，第一審易字卷一第189頁），且扣案磚頭似為一般建築常用之紅磚塊（見警卷第147頁）。又徐基章亦供稱：電擊棒本來放在車上，沒帶去本案咖啡廳，後來看到徐基晉被壓制在地上，聽到對方說要去拿東西，才回車上拿等語（見第

一審審易卷第374頁），共犯證人陳泳忪供稱：有去幫徐基章開車門，不知道他手裡拿的是電擊棒等語（見第一審易字卷一第191頁），徐基章、陳泳忪上開所述似均與第一審勘驗監視器畫面之勘驗結果無違（見第一審易字卷一第184、271頁）。倘若無訛，徐基晉、徐基章似係在本案咖啡廳外人行道上，與曹書銘等人聚眾施強暴之過程中，始臨時分別撿拾路旁之磚頭、返回車上拿取電擊棒，各自持以為強暴行為，則徐基晉為施強暴行為而聚集徐基章、曹書銘等人時，是否已攜有扣案磚頭而意圖供自己或聚眾者實施強暴所用？又扣案磚頭倘係一般建築用紅磚塊，難謂為通常之器械，何以得認定屬兇器？再者，徐基晉對徐基章攜帶得資為兇器使用之電擊棒乙節，是否事前知情？抑或在場見聞而知悉？其主觀上有無認識或預見徐基章攜帶電擊棒實施強暴行為而造成危險程度升高之可能？凡此，攸關徐基晉是否構成「意圖供行使之用而攜帶兇器」之加重條件，原判決未予調查、釐清並說明所憑依據，難謂無證據調查未盡與理由不備之違誤。

㈡刑法第150條第1項聚眾施強暴脅迫罪，屬於必要共犯之聚合犯，並因各聚集者所為參與行為或程度未盡相同，乃依其實際參與行為、情節，區分列為首謀、下手實施或在場助勢之行為態樣，而異其刑罰。是應認首謀、下手實施或在場助勢之人，本身即具獨自不法內涵，而僅對自己實行之行為各自負責，不能再將他人不同內涵之行為視為自己之行為，故各參與行為態樣不同之犯罪行為人間，即不能適用刑法總則共犯之規定，當亦無適用刑法第28條共同正犯之餘地。原判決既認定徐基晉係聚眾施強暴脅迫之首謀者，則與其他下手實施之徐基章、曹書銘等人即不能適用刑法總則共犯之規定，然原判決理由貳二之㈣卻載敘徐基晉與徐基章、曹書銘等人間，「就事實欄所示之行為，有犯意聯絡與行為分擔，各應論以共同正犯」，自有適用法則不當之違法。

三、以上或為徐基晉上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，因原判決上開違誤，影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決關於徐基晉部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即徐基章）部分：

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。

二、原審經審理結果，認定上訴人徐基章有事實欄一所載之妨害秩序犯行明確，因而撤銷第一審關於徐基章之科刑判決，改判仍論處徐基章犯意圖供行使之用而攜帶兇器在公眾得出入之場所聚集3人以上下手施強暴罪刑，並為相關沒收宣告。已載敘認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由，所為論斷，俱有卷內資料可資覆按。

三、量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。本件原判決業以徐基章之行為人責任為基礎，具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，說明依個別犯罪動機、目的、手段、參與程度及所生危害等犯行情節，及犯後態度、智識程度、家庭生活、經濟狀況等行為人屬性相關事由等項，綜合判斷，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，而量處徐基章有期徒刑8月，業已兼顧相關有利與不利之科刑資料，並非僅以徐基章是否自始坦認犯行或有無與被害人和解，為量刑輕重之唯一標準，客觀上亦未逾越法定刑度，無悖於公平、比例及罪刑相當等量刑原則，難認有逾越法律規定範圍

或濫用裁量權限。原判決縱未逐一列記其量刑審酌之全部細節，或另為其他無益之調查或說明，於結果並無影響，自無違法可言。徐基章上訴意旨從中擷取部分量刑審酌事項，泛言其品性良好，平日熱心公益，本案已自白犯行並積極賠償被害人，犯後態度良好，原判決漏未審酌上情，量刑過苛，違反罪刑相當原則云云，並非適法之第三審上訴理由。又本院為法律審，不調查新證據，徐基章於原審判決後始向本院提出參與公益活動之感謝狀等資料，據以主張原判決量刑資料調查未盡、理由未備等旨，自無從審酌，附此敘明。

四、適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本有權斟酌決定，當事人自不得以未依刑法第59條酌減其刑，執為適法之第三審上訴理由。原判決依審理結果認徐基章並無犯罪情狀顯可憫恕、科以最低度刑仍嫌過重，而未依前述規定酌減，縱未贅為說明其判斷之細節，仍無違法可言。至緩刑之宣告，除應具備刑法第74條第1項所定之條件外，並須有以暫不執行刑罰為適當之情形，始足當之，而屬法院裁判時得依職權裁量之事項，是法院未為緩刑宣告，本無說明理由之必要，況原判決已敘明何以認定徐基章無暫不執行其宣告刑為適當之情形，而不予宣告緩刑之理由，自無違法可指。徐基章上訴意旨就前述原審刑罰裁量權之適法行使，任意評價，泛以本案起因於債務糾紛，被害人數僅3人，對社會法秩序之擾動顯屬輕微，且於原審已自白犯行，深感悔悟，其品性良善，經此偵審調查，必然改過自新，無再犯之虞，原判決未適用刑法第59條酌減其刑並宣告緩刑，不無違誤云云，亦非適法上訴第三審之理由。

五、綜合前旨及徐基章之其他上訴意旨，核係就原審量刑職權之適法行使，徒憑己見，任意指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件徐基章之上訴，違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　3　　日

刑事第七庭審判長法　官　何信慶

法　官　朱瑞娟

法　官　黃潔茹

法　官　林靜芬

法　官　何俏美

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　10　　日