最高法院刑事判決

114年度台上字第1668號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官樊家妍

被　　告　葉秉均

選任辯護人　劉世興律師

上列上訴人因被告妨害秩序案件，不服臺灣高等法院中華民國113年12月12日第二審判決（113年度上訴字第5672號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署112年度調偵字第138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。本件原審經審理結果，以第一審因未及審酌被告葉秉均於原審自白之量刑因素，因而撤銷第一審判決關於被告犯在公共場所聚集三人以上下手實施強暴罪所處有期徒刑7月之量刑部分（被告僅針對第一審判決刑之部分上訴），改判處有期徒刑6月及諭知易科罰金之折算標準。已說明其憑以認定之量刑依據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、本件檢察官上訴意旨略以：被告於本案犯罪前，有傷害、槍砲、恐嚇取財、妨害自由等前科，素行不佳，其所犯前揭各案之罪，雖與本案罪名（妨害秩序）不同，然實質上與本案具有「在公共場所或公眾得出入場所」、「三人以上共同」、「對他人施強暴」或「恐嚇他人」而「妨害社會安寧、公共秩序」之相同具體非難內容，且被告於構成累犯之前案，在臺灣新竹地方法院審理期間再犯之傷害罪，雖非與3人以上共同為之，然其犯罪行為實質上仍與構成累犯前案及本案有「在公共場所或公眾得出入場所」、「對他人施強暴」而「妨害社會安寧、公共秩序」之相同具體非難內容，原判決於其理由四亦認被告「所為不僅危害公共秩序與社會安寧，更侵害告訴人等之身體安全」，益證本案犯罪行為與構成累犯之前案有相同非難內容，詎被告猶未因所犯諸多前案經執行完畢而知所警惕，在法院審理期間，復於構成累犯之前案於民國111年10月7日易科罰金執行完畢後不到2個月，於5年內故意再犯本案。被告從侵害個人法益之諸多前案，提升為涉犯本案侵害社會法益而危害社會秩序、公共安寧，且係罪責程度較重之下手實施強暴者，漠視法治之反社會傾向及惡質程度嚴重，自具有特別惡性。顯見其對於得易科罰金之刑罰感應力薄弱，非對被告依累犯加重其刑，難生刑罰懲戒及預防被告再犯之效果，亦無致生罪刑不相當或違反比例原則之情形。原判決並未說明依被告前各案之相關偵查、審判、執行紀錄，本案犯行何以不具特別惡性、何以難認被告對於得易科罰金之刑罰感應力薄弱？對被告加重其刑，有何致生罪刑不相當或違反比例原則情形之具體明確理由，應有判決不適用法則或適用不當及判決不載理由、理由矛盾之違法。又被告於第一審矢口否認有何妨害秩序犯行，嗣上訴原審後，於準備程序供稱：我當初朋友跟被害人發生衝突，我從頭到尾在阻攔，在阻攔的途中，不小心揮到人家，我當時認為是正當防衛所以沒有認罪，後來我想想，我知道錯了，所以才上訴認罪等語，難謂已對第一審判決認定

之事實為自白。原判決卻僅因被告於第一審判決後，於原審坦認妨害秩序犯行，即以本案量刑因子有所變動而認第一審判決未及審酌而量刑過重，撤銷第一審判決對被告所量處不得易科罰金之有期徒刑7月，改判刑法第150條第1項後段在公共場所聚集三人以上下手實施強暴罪之最低法定刑度得易科罰金之有期徒刑6月，且未說明是否已兼衡被告所犯前案之偵查、審判、執行紀錄等犯罪素行所彰顯被告一犯再犯相同具體非難內容之罪、所具反社會之傾向及惡質程度等情狀，並評估被告再犯之危險性及違法意識程度等理由，致未能貫徹刑法量刑公平正義之理念，實難認妥適，亦有判決不載理由及量刑不適用法則之違法等語。

三、惟查：

㈠刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，如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，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。又量刑輕重係屬法院自由裁量之職權，基於尊重法院裁量之專屬性，對其裁量宜採取較低之審查密度，如其量刑未有逾越法定刑之範圍，或恣意濫用其權限，亦不得據為第三審上訴之理由。又法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。至若檢察官未主張或具體指出證明方法，法院因而

未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於此情形，該構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑違法或不當。

㈡卷查，第一審審判期日經審判長詢以檢察官對本案是否主張構成累犯之情事時，檢察官已答稱：「無」（見第一審卷第173頁審判筆錄），且稽之本件起訴書所載，固主張被告應為累犯，但僅係請第一審審酌是否依累犯規定加重其刑。則第一審判決以起訴書雖於犯罪事實欄敘明被告構成累犯，並提出刑案資料查註紀錄表佐證，請求參照司法院釋字第775號解釋意旨，審酌是否依刑法第47條第1項規定加重其刑等語。惟檢察官於第一審審理時表示不主張被告構成累犯之情事，復未就被告構成累犯之前階段事實及應加重其刑之後階段事項，具體指出證明方法，第一審乃未論以累犯並加重其刑，而就被告之前科素行，依刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之量刑審酌事項而為評價，即難認為有何違誤。且第一審判決後，僅由被告針對科刑部分提起第二審上訴，檢察官並未提起第二審上訴，是依前揭說明，第一審既已就構成累犯之前科、素行資料列為量刑審酌事由而予充分評價其罪責，尚無許檢察官在第二審再為主張。原判決所敘檢察官於原審陳稱：被告本案犯行與被告構成累犯前案均具有「在公共場所」、「與3人以上共同」、「實施強暴」之相同內涵，且與被告構成累犯前案「出拳毆打李廷恩之臉部」行為，同屬對他人揮拳施暴之行為，參以被告前案犯行多具在公共場所對他人施暴傷害、且有多件係與其他成年人或少年共犯之情形，堪認被告本案犯行並非偶然、未因構成

累犯前案及其他前案執行完畢而知所警惕，本案犯行具有特別惡性，非對被告依累犯加重其刑，難生刑罰懲戒及預防被告再犯之效果等語，惟參照司法院釋字第775號解釋意旨，並審酌被告前案為傷害等案件，核與本案所犯妨害秩序之罪名、罪質不同，難認被告具有主觀上特別惡性或對刑罰反應力薄弱，乃不予加重其刑乙節，雖屬贅敘；然原判決業以被告之責任為基礎，並審酌被告與告訴人陳立凱等人素不相識，僅因用餐時細故口角而衍生之肢體衝突，即跟追告訴人等到附近大馬路口，動手拉扯推擠告訴人等及出手揮擊，所為不僅危害公共秩序與社會安寧，更侵害告訴人等之身體安全，實應嚴予非難；另考量被告於原審坦認犯行之犯後態度，及其素行、犯罪動機、手段、參與程度，暨被告自陳之智識程度、家庭生活經濟狀況等一切情狀，所為量處有期徒刑6月及諭知易科罰金等旨。經核已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，容屬原審裁量職權之合法行使範圍，尚難認有濫用其裁量權限之違法情形。從而，自難認原判決有不載理由或理由矛盾之違法，亦難執此指摘原判決之量刑有不適用法則或適用不當之違法。

四、綜上，檢察官上訴意旨並未依據卷內具體訴訟資料，指摘原判決有何違背法令之情形，而係就原審量刑職權之適法行使及已說明事項，再為爭執，要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　　114　　年　　4　　月　　24　　日

刑事第三庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　李麗珠

法　官　陳如玲

法　官　莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　29　　日