

最高法院刑事判決

114年度台上字第2744號

上訴人 方○忠

選任辯護人 張智皓律師

上列上訴人因家庭暴力之妨害秩序案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年1月9日第二審判決（113年度上訴字第698號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署111年度偵字第9316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非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。又第三審法院之調查，除法律另有規定外，以上訴理由所指摘之事項為限，故原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人方○忠有如其事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判依想像競合犯關係從一重論處在公共場所聚集三人以上首謀及下手實施強暴罪刑（兼論共同強制罪），已詳敘其憑據及理由。

二、上訴人上訴意旨略以：行為人在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上，若僅對特定人施強暴脅迫者，基於刑法第150條之妨害秩序罪著重於公共秩序與公眾安全法益之保護，應將該罪視為適性犯，在解釋上應透過「足以生危險於保護法益」之不成文構成要件要素予以審查，亦即行為仍須發生侵害法益危險之可能性，但不須致生對保護法益具體危

01 險之程度，藉以判斷個案犯罪成立與否，亦即必其憑藉群眾
02 暴力威脅情緒或氛圍所營造之攻擊狀態，有可能被煽起集體
03 情緒失控及所生之加乘效果，而波及蔓延至周邊不特定、多
04 數、隨機之人或物，以致此外溢作用產生危害於公眾安寧與
05 社會安全，而使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之
06 感受，始符合立法意旨，否則即不該當本罪之構成要件，此
07 觀最高法院110年度台上字第6191號及112年度台上字第2376
08 號等判決意旨即明。詎原判決未予調查釐清，認為妨害秩序
09 罪為抽象危險犯，未以致生危害於公眾或社會安全為構成要
10 件，不需審查實施強暴是否外溢產生危害公眾安寧與社會安
11 全之作用，遽為不利於伊之認定，殊有違誤云云。

12 三、惟證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其
13 採證認事並未違背證據法則，復已敘明其取捨證據之心證理
14 由者，即不得任意指為違法而執為上訴第三審之適法理由。
15 又危險犯在犯罪階層結構中之不法，立足於行為非價而非結
16 果非價，因而以行為對於保護法益之一般危險性作為評價之
17 重點。學理所稱介於抽象危險犯與具體危險犯型態間之適性
18 犯，指對保護法益具有危險適性行為之犯罪，認為行為人實
19 行形式上符合構成要件定型之行為外，仍須從實質上判斷適
20 於具有損害法益潛在之可能性者，始克成罪，乃以「足以
21 （生）」對法益危險或可能損害之適性要件限制犯罪之成
22 立，則就適性犯之釋義而言，行為對於法益有危害之虞即為
23 已足，不以實際發生危害為必要。相對於此，刑法妨害秩序、
24 公共危險罪章中之具體危險犯，及刑法背信、妨害電腦
25 使用罪之實害犯，概要求具體危險或實際損害之結果發生始
26 告既遂，而於立法技術在行為要素與諸如：危害於公安、公
27 眾或交通往來之危險、公共危險或往來之危險，或損害於本
28 人財產或公眾或他人等結果要素間，以「致生」作為連結字
29 詞，作為構成犯罪之要件，尚須審查行為有無導致發生具體
30 危險或實害之結果。從適性犯與具體危險犯有上揭概念與結
31 構之差異以觀，危險犯中定位為適性犯者，仍偏屬抽象危險

犯之型態。原判決參照本院112年度台上字第1577號、第2761號及第3200號等判決論述略以：妨害秩序罪之立法理由載明「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」，係採抽象危險犯之立法模式，倘行為人合致該罪構成要件描述之行為，並造成公眾或他人之危害、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，不以須導致公共安寧秩序之危險結果或實害之發生為必要。而行為人是否主觀上有所認識及客觀上有致公眾或他人危害、恐懼不安之虞，則委由事實審法院依社會一般之觀念，為客觀之判斷等旨。乃依憑證人即告訴人徐宇鑿、羅紫芸指證：上訴人糾集數人分駕3車攔阻並圍堵伊等所駕乘之車輛後，眾人下車圍繞拍打伊等車輛，其中上訴人復以手勢要求伊等下車「出來」、「過來」等語，核與證人即共犯張元哲、劉沅鑫、方獻文、洪葆禎暨李明哲（均經原審判處罪刑確定）證述及上訴人大致供承之情節相符，佐以第一審當庭播放徐宇鑿所駕車輛行車紀錄器攝錄案發過程影片、報警音檔之勘驗筆錄、影像畫面截圖等證據資料，據以說明上訴人糾集張元哲等一眾數人，在全天24小時經營之統一便利超商前的道路上，分駕車輛部分逆向攔阻並圍堵告訴人等所駕乘之車輛，下手施強暴而拍打告訴人等車輛且大聲咆哮，除已妨害告訴人等自由離去之權利外，亦可能造成上開超商內店員或不特定顧客之危害、恐懼不安狀態，堪證上訴人已認識其行為足以危害社會安寧秩序之虞等旨，因認上訴人確有在公共場所聚集三人以上首謀及下手實施強暴之犯行，已詳敘其憑據及理由，對於上訴人在原審所為如前揭上訴意旨所示之辯解，亦指駁說明略以：刑法第150條第1、2項之普通妨害秩序、加重妨害秩序罪，除其第2項

第2款關於「因而致生公眾或交通往來之危險」之規定為具體危險犯外，其餘罪名為抽象危險犯，不以「致生」危害於公眾或社會安全為必要等旨甚詳。核原判決認定上訴人首謀聚集張元哲等人，各該下手實施強暴或在場助勢以凝聚成共同行動，顯露出支配群體干擾社會和平秩序之法敵對意志，足以危害公眾安寧等論斷之採證認事，尚無違經驗、論理及相關證據法則，而依所認定之事實，論上訴人以刑法第150條第1項後段之妨害秩序罪，於法難謂不合，且與以適性犯解釋上開妨害秩序罪之結果，亦無衝突。上訴人上訴意旨無視原判決明確之論斷與說明，重執其不為原審所採信之相同陳詞，而就原審對於法律解釋與適用及採證認事職權之適法行使，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。依首揭規定及說明，本件關於妨害秩序罪部分之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。又上訴人前揭重罪部分既從程序上駁回，則與之具有想像競合犯關係之共同強制輕罪部分，本屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，復無同條項但書規定之例外情形，自無從適用審判不可分原則併為實體之審理，該部分之上訴同非合法，亦應從程序上駁回。

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 11 月 11 日

刑事第六庭審判長法官 林恆吉

法官 林靜芬

法官 許辰舟

法官 林柏泓

法官 蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官 石于倩

中 華 民 國 114 年 11 月 14 日