

最高法院刑事判決

114年度台上字第4894號

上訴人 謝嘉恩

上列上訴人因殺人未遂等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月27日第二審判決（113年度上訴字第6765號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署111年度偵字第8521號、111年度少連偵字第92號；追加起訴案號：同署112年度少連偵緝字第5號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於成年人與少年共同犯殺人未遂罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、得上訴第三審(即成年人與少年共同犯殺人未遂罪)部分：

一、本件原判決認定上訴人謝嘉恩有如其事實欄二所載犯行，因而維持第一審關於依想像競合犯規定，從一重論處上訴人成年人與少年共同犯殺人未遂罪刑（想像競合犯意圖供行使之用而攜帶兇器在公共場所聚集三人以上施強暴脅迫下手實施罪、成年人與少年共同傷害罪）部分之判決，駁回上訴人就此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，綜合全案證據資料，本於經驗法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳為說明。故證據雖已調查，而尚有其他部分並未調查，致事實未臻明瞭，而存有重大疑竇者，仍難遽為被告有利或不利之認定；如尚有應調查之證據未予調查而率行判決，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

本件原判決係認定上訴人於民國111年5月14日凌晨0時45分，夥同蕭柏恩(業經判決確定)、馮○凱(完整姓名詳卷，

業經少年法庭裁定交付保護管束)、邱○菘(完整姓名詳卷，業經少年法庭裁定施以感化教育)，共乘自用小客車前往新竹縣○○鄉○○大橋北端下堤防道路(下稱事發現場)，其等均明知上開地點為公共場所，於該處聚集三人以上發生衝突顯會造成公眾或他人之恐懼不安，且可預見持球棒等兇器重擊人之頭部等要害器官，將可能導致顱骨骨折、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告訴人即被害人葉柏辰死亡亦不違背其本意之殺人不確定故意，以及傷害告訴人即被害人馮愛華之故意、意圖供行使之用而攜帶兇器在公共場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫之犯意聯絡，見葉柏辰、彭○涵(完整姓名詳卷)之母馮愛華站立於堤防旁平台上，遂分持球棒接續猛力敲擊葉柏辰之頭部，並攻擊馮愛華，致馮愛華受有左後腦撕裂傷約3*1公分等傷害；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之傷害，葉柏辰經送醫急救，始倖免於難等情。原判決並說明：係依憑證人即共犯馮○凱、證人即共犯邱○菘，以及證人即共犯蕭柏恩之證詞，再佐以葉柏辰之指訴及馮愛華於警詢中指認上訴人事發時在場等情，為其主要論據，因而認定上訴人與蕭柏恩、馮○凱、邱○菘有前揭犯行。

(一)依原判決之認定，本件殺人未遂等犯行係上訴人、蕭柏恩、馮○凱、邱○菘合計「4人」所為，而馮○凱於偵查及第一審審理中均證稱：事發日係其開車載上訴人、蕭柏恩、邱○菘前往事發現場，莊意威沒去，我們4人有用鋁棒打葉柏辰、馮愛華等語。然上訴人始終否認犯行，於檢察官訊問時辯稱：其於事發時，因服用藥物，已在休息，不在場，不知發生何事。蕭柏恩係其高中學長，沒有很熟，其並不認識馮○凱、邱○菘等語(見少連偵緝字第5號卷第23、24頁)。又稽之邱○菘於偵查中證稱：事發當天有4人一起去現場，包括我、蕭柏恩、馮○凱，「還有1個我不認識」，由馮○凱

01 開車，我只看到馮○凱拿鋁棒，其他人我不知道，我沒有
02 打，我就去砸車等語（見偵字第8521號卷二第29至30頁）。
03 嗣邱○菘於第一審審理時證稱：我跟蕭柏恩、馮○凱，「還
04 有1個我不認識」的人一起去，現場沒有看到有人持槍械，
05 審判時講的比較可採，偵訊時我被抓，太緊張，隨便講。我
06 不認識的那個人「不是」在庭上的上訴人，我不認識上訴人
07 等語（見第一審原訴字卷五第144、147、148、151頁）。蕭
08 柏恩於偵查及第一審審理時係證稱：我確實與馮○凱、邱○
09 菘一同前往事發現場，一台車上有4人，我跟邱○菘坐後
10 座，馮○凱開車，在副駕駛座的人有帶口罩，「我無法確定
11 是誰，不確定是否為上訴人」等語（見偵字第8521號卷二第2
12 42頁反面、243頁、第一審原訴字卷一第60頁、第一審原訴
13 字卷五第360頁）。可見前揭馮○凱、邱○菘及蕭柏恩之證
14 述，就上訴人是否於事發時在場一節，尚非全然一致，能否
15 據以推認上訴人確有於事發現場與葉柏辰、馮愛華發生衝
16 突？邱○菘所謂「另一位他不認識的人」或蕭柏恩「無法確
17 定之人」是否即係上訴人？均非無疑，仍有待進一步調查、
18 釐清。

19 (二)原判決認為馮愛華於警詢中曾指認上訴人於事發時在場等
20 情，惟依卷附新竹縣政府警察局竹東分局指認犯罪嫌疑人紀
21 錄表（見偵字第8521號卷二第124至128頁）之記載，馮愛華
22 指認該參與本件犯行之犯罪嫌疑人具「暴牙」之特徵，且穿
23 「花色衣服」。嗣馮愛華於偵查中證稱：我只有認出馮○
24 凱、邱○菘，「上訴人我不太確定」；於第一審審理中，經
25 審判長命上訴人、馮○凱起立並除去口罩，供馮愛華辨認，
26 經辨認後，馮愛華證述：馮○凱有，當天晚上有一個很相似
27 的，我不知道他叫什麼名字各等語（見他字第2644號卷二第1
28 40頁、第一審原訴字卷五第113至114頁），馮愛華似亦未明
29 確指認上訴人確有參與本件犯行，則馮愛華所指有「暴牙」
30 特徵、穿著「花色衣服」之嫌犯，究指何人？其所指上情，

01 是否能執為共犯馮○凱、邱○崧及蕭柏恩前揭證述屬實可信
02 之補強證據？同非無疑，亦有詳加調查、審認之必要。

03 (三)依原判決所援引葉柏辰於警詢及偵查中證述：當天除馮○
04 凱、邱○崧、「莊意威」外，另外有2個我不認識的人，對
05 方的人一直打我，我有馮○凱、邱○崧、「莊意威」之Inst
06 agram聯絡方式，「莊意威」頭髮沒有過耳，有瀏海，手部
07 有刺青等語（見他字第1712號卷第42、43頁、第63頁正反面），並未指出上訴人有參與其事，且葉柏辰於第一審審理
08 時證稱：因事前、事後均無看過上訴人，對於上訴人事發日
09 是否在現場，並無印象，只知道馮○凱、邱○崧，另1個當
10 日有在場的是「莊意威」等語（見第一審原訴字卷五第126至
11 134頁），似未確認上訴人曾參與事發現場之衝突，反係明確
12 指認「莊意威」參與其事。而莊意威於警詢中供稱：馮○凱
13 係其國中同學，邱○崧為其國中學弟。其曾於事發前一日即
14 111年5月13日凌晨3時許，與彭○涵（即葉柏辰女友、馮愛華
15 之女）、江○語（完整姓名詳卷）、馮○凱、邱○崧一起喝酒
16 等語（見少連偵字第92號卷三第68頁）。以本件犯行發生之背
17 景，係馮○凱於酒後與彭○涵發生親密行為，葉柏辰乃與馮
18 ○凱相約於事發現場談判，是事發前一日與馮○凱、彭○涵
19 一起喝酒之莊意威是否參與本件犯行？馮○凱、邱○崧有無
20 可能因與莊意威熟識，而未供出莊意威？葉柏辰既與莊意威
21 認識，有其聯絡方式，並能指出外貌特徵，其於偵查、第一
22 審審理時均證稱莊意威參與本件犯行，是否可信？原判決認
23 定本件之共同行為人有「4人」，除馮○凱、邱○崧及蕭柏
24 恩外，另1人是否為莊意威？殊值進一步研求。此攸關上訴
25 人是否參與其事之認定，有詳予調查、審認之必要。上訴人
26 於原審聲請傳喚證人莊意威到庭調查，並供葉柏辰、馮愛華
27 指認。原判決以莊意威有無到場，與上訴人有無參與本件犯
28 行，並無必然關聯為由，因認上訴人之前述聲請，並無調查
29 之必要，而予以駁回，尚屬率斷，難令甘服，有調查職責未
30 盡及理由欠備之違失。
31

01 三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，
02 而上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，
03 應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。

04 貳、不得上訴第三審(即在公共場所聚集三人以上施強暴脅迫在
05 場助勢罪)部分：

06 一、刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決
07 者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受
08 理或管轄錯誤之判決，而諭知有罪之判決，被告或得為被告
09 利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法
10 院，為該條項所明定。

11 二、上訴人關於原判決事實欄一所載犯行，係犯刑法第150條第1
12 項前段在公共場所聚集三人以上施強暴脅迫在場助勢罪，係
13 屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定經第二審判決者，不
14 得上訴於第三審法院之罪之案件。既經第二審判決，且無刑
15 事訴訟法第376條第1項但書所定情形，依上述說明，不得上
16 訴於第三審法院。上訴人猶就此部分提起上訴，為不合法，
17 應予駁回。又此不得上訴第三審法院之規定，乃法律之明
18 文，要不因原判決未予區分罪名，於正本教示欄記載「如不
19 服本判決，應於收受送達後20日內向本院（即原審法院）提
20 出上訴書狀」之旨，而受影響，附此敘明。

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

23 中 華 民 國 115 年 5 月 7 日

24 刑事第三庭審判長法官 李錦樑

25 法官 洪于智

26 法官 吳秋宏

27 法官 劉方慈

28 法官 蘇素娥

29 本件正本證明與原本無異

30 書記官 林君憲

31 中 華 民 國 115 年 5 月 11 日