最高法院刑事判決

115年度台上字第1156號

上　訴　人　陳昱劭

上列上訴人因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年11月5日第二審判決（114年度上訴字第266號，起訴案號：臺灣澎湖地方檢察署113年度少連偵字第13、21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。

二、本件原判決撤銷第一審論上訴人陳昱劭以成年人與少年共犯殺人未遂罪之有罪判決，變更起訴法條改論處上訴人成年人與少年共同犯意圖供行使之用而攜帶凶器，在公共場所聚集三人以上首謀實施強暴（下稱加重妨害秩序）罪刑（競合犯傷害罪，處有期徒刑2年6月）並為沒收宣告，已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由；所為論斷，均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判決結果之違背法令之情事。

三、本件上訴人之上訴意旨略以：伊行為時並不知道共犯翁O賜、陳O棋（名字均詳卷）當時仍是少年。又伊並無其他刑事前案紀錄，素行良好，本案係一時義憤所致，無反覆實施

之可能，可非難性低，且已與被害人以新臺幣100萬元達成和解，已彌補其損失並取得被害人原諒，原審依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項之規定加重其刑，而未依刑法第59條規定酌減其刑而量處過重之刑，判決有適用法則不當違誤。

四、惟按：

㈠證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。原判決就上訴人否認知悉翁O賜、陳O棋案發時為未滿18歲之少年所持辯解各詞及其原審辯護人辯護各節，已依調查證據之結果及證據取捨說明其如何認俱不可採信，逐一指駁（見原判決第12至14頁），經核與經驗法則、論理法則無違，且依原判決之認定，上訴人案發時已經成年，翁O賜、陳O棋分別為民國00年00月生、00年0月生，案發之113年8月5日當時均未滿18歲，原審依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項之規定加重其刑，於法並無不合。

㈡刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。原判決已詳細說明，其如何具體斟酌關於刑法第57條科刑應審酌之一切情狀，包含上訴人之行為動機、本案案發前無犯罪紀錄，素行尚可、已與告訴人達成和解及賠償之犯後態度，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認原判決有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。又刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用，且是否適用刑法第59條規定酌減其刑，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項。原判決未適用刑法第59條規定減輕上訴人之刑，自無不適用法則或適用法則不當之違法。

五、綜上，上訴人之上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒對原判決已明白說明之事項及量刑職權之適法行使任意指摘，顯不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，揆之首揭規定，其上訴就加重妨害秩序罪名部分，違背法律上之程式，應予駁回。至其上訴就傷害罪名部分，為112年6月21日修正公布之刑事訴訟法第376條第1項第2款之罪，且檢察官以不屬於同條第1項所列之罪提起公訴後經第一審判決有罪，原審變更起訴法條改論傷害罪，檢察官並未上訴，而上訴人上訴後亦未爭執該論罪罪名，復無同條項但書例外得上訴第三審之情形，縱傷害罪名與加重妨害秩序罪名部分有想像競合之裁判上一罪關係，但上訴人對加重妨害秩序罪名之上訴，既屬不合法而應從程序上予以駁回，則所犯傷害罪名部分，亦無從適用審判不可分原則而為實體上裁判，應併予駁回。

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　　115　　年　　3　　月　　26　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　莊松泉

法　官　鄭富城

法　官　陳如玲

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日