最高法院刑事判決

115年度台上字第1174號

上　訴　人　郭國賓

羅錦河

共　　同

選任辯護人　王國棟律師

許哲嘉律師

上列上訴人等因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年11月5日第二審判決（114年度上訴字第1143號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第14962號，113年度少連偵字第243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、本件第一審認定上訴人郭國賓、羅錦河（以下合稱為上訴人等）有第一審判決犯罪事實欄所載，於民國112年7月14日凌晨基於在公眾得出入之場所聚集三人以上（首謀或下手）實施強暴之犯意，由首謀郭國賓以及同行之羅錦河、萬家在、倪永豐、施堯欽（合稱郭國賓5人，除上訴人等外，均業經

原審維持第一審所為科刑判決確定）共同向徐宏仁、章永奇、袁秉緯、吳侑安下手實施強暴。待黃俊耀（業經原審維持第一審所為科刑判決確定）及攜帶球棒前來之少年陳ＯＯ、潘ＯＯ（名字均詳卷）經聯繫到場後，於同日之1時12分許均提升犯意為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（首謀或下手）實施強暴之犯意，對與徐宏仁（此時已先行離去）同行之吳侑安、袁秉緯、王譯霈下施強暴（受傷者或未據告訴，或已於偵查中撤回告訴，未據提起公訴）犯行，因認郭國賓係犯刑法第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三人以上首謀實施強暴罪，累犯；羅錦河係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下手實施強暴罪，累犯。分別依序處有期徒刑10月、7月（恐嚇危害安全不另為無罪諭知，檢察官未提起第二審之上訴，已確定），上訴人等均僅就第一審判決關於量刑部分提起上訴，原審審理後，維持第一審量刑之結果，駁回上訴人等在第二審之上訴，已詳敘其憑以量定刑罰之依據及理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決此部分尚無足以影響判決結果之違背法令之情事。

三、上訴人等之上訴意旨略以：

㈠本案檢察官僅單純空泛提出前案紀錄表，並未提出足以證明上訴人等構成累犯事實之前案徒刑執行完畢資料，例如前案確定判決、執行指揮書、執行函文、執行完畢文件等，難認已經指出累犯證明之方法而盡其舉證之責任，亦未於科刑證據資料調查階段提出上訴人等有何特別惡性及對刑罰反應力薄弱各節，具體指出上訴人等所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、在監行狀及入監執行成效為何、是否易科罰金或易服社會勞動、易刑處分之成效如何）、再犯之原因、兩罪罪質差異、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情狀，供法院綜合判斷個別上訴人有無因加重本刑致生所受刑

罰超過所應負擔罪責情形，裁量是否加重其刑，以符合正當法律程序及罪刑相當原則之要求。檢察官既未主張或具體指出證明之方法，可認定檢察官並不認為上訴人等有以累犯加重其刑之特別預防之必要，原審自行論以累犯並加重其刑，有適用法則不當之違誤。

㈡上訴人等之前案均與本案犯行之罪質明顯不同，犯罪型態、侵害法益有別，難認有內在關聯性。又本案犯罪時間距離上訴人等前案執行完畢時間均已近2年，且羅錦河之前案係易科罰金執行完畢，復屬偶發案件，難認上訴人等有刑罰反應力薄弱及特別惡性情形，不符合刑法第47條第1項累犯應加重其刑之規定，然原審據以加重其刑，違反司法院釋字第775號解釋意旨且不符合罪刑相當原則。

㈢原判決認同第一審關於不依刑法第150條第2項規定加重其刑之論據，即所生危害結果尚無嚴重波及公眾或有擴大現象，但又認為上訴人等足使不特定人產生危害、不安，犯罪情節重大，理由前後矛盾。

㈣本案上訴人等原就犯罪事實及罪名有爭執，但不否認妨害秩序犯行，於第二審則已不再爭執犯罪事實及罪名而僅就量刑上訴，此時量刑之基礎事實已有不同，上訴人等應可獲得一定刑度之寬減，然原判決未審酌及此，仍維持原刑度，量刑失當，有判決理由矛盾及理由不備之違誤。

四、惟按：

㈠司法院釋字第775號解釋意旨係指明，如不問被告成立累犯之前案情節，是否有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由所指因素，即一律加重最低本刑，有違憲法罪刑相當及比例原則。惟並非前後所犯罪質不同，即不適用累犯規定，亦未排除法官於認定被告符合累犯之規定後，仍得就個案行使裁量權，檢視是否加重其刑。又被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，係本院統一之見解。惟該具體指出之證明方法，尚非必然

以執行指揮書為據，倘檢察官所提出刑案資料查註紀錄表或原審法院被告前案紀錄表上已經載明被告前案執行完畢之日期以及其執行方法（有無易刑處分），經審判長提示予檢察官、被告及辯護人辨認後，雙方對該紀錄表之證據能力、記載內容俱無意見，法院據此認定被告前案執行刑罰之原因、事實、方法，即難率指檢察官就構成累犯之原因事實未指明具體證明之方法。至檢察官以同一證據主張被告刑罰反應力薄弱而有特別預防必要，本於累犯加重其刑所審酌之基礎事實，本屬被告過去刑事案件及其刑罰執行情形及其本案犯罪情節，倘檢察官業經以該證據透過雙方之量刑辯論，說服法院為加重量刑之裁量，要非不可，難以檢察官所舉證據單一，即論斷檢察官並未主張累犯加重其刑或檢察官沒有舉出其證明之方法。

㈡經查：本件檢察官於起訴書第7頁已載述：上訴人等曾受如犯罪事實欄所述之有期徒刑執行完畢，有刑案資料查註紀錄表在卷可按，其於前案執行完畢後短期內即再犯本案，足徵其刑罰反應力薄弱，因認適用累犯加重之規定，並無罪刑不相當之情事，請依刑法第47條第1項之規定及司法院釋字第775號解釋意旨，裁量加重其刑之旨。檢察官復於第一審、原審審理期日均主張對上訴人等依累犯加重其刑之旨（見第一審卷二第238頁、原審卷第226頁），已就上訴人等本件所為應構成累犯之事實有所主張並提出其證明方法；而原審經提示上訴人等之刑案資料查註紀錄表並告以要旨，上訴人等及郭國賓之原審辯護人亦均表示沒有意見（見原審卷第224頁），已就該等證據為合法調查並充分為辯論。原判決認定上訴人等均為累犯，並裁量加重其刑，於法並無不合。

㈢按刑之量定，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。行為人前受徒刑執行完畢後5年內故意再犯罪，是否有刑罰反應力薄弱而應特別矯正，亦屬法院得依職權裁量之事

項，倘法院之裁量容屬有據且未違反罪刑相當原則，不得率指其違法。原判決已詳細說明，上訴人等經刑之執行完畢後，未生警惕，可見其等自我管控能力不佳，刑罰反應力薄弱等，應依累犯加重其刑之理由（見原判決第4至5頁），亦說明第一審經具體斟酌關於刑法第57條科刑應審酌之一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，所為量刑並無不當，因而維持第一審對上訴人等分別量定刑罰之論據，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。

㈣原審援引第一審未依刑法第150條第2項裁量加重其刑之理由所指「所生危害結果並無嚴重波及公眾或有擴大現場」等旨，與原判決說明何以不適用刑法第59條規定酌減上訴人等之刑所論述之「足使不特定人產生危害、不安，犯罪情節重大，嚴重危害公共安全秩序」等旨，前者指上訴人等犯行未生嚴重實害而言；後者指上訴人等犯行對社會秩序足生之危害而言，綜合其前後文義，乃指上訴人等行為足使不特定人不安而嚴重影響公共安全秩序，然幸仍未因此嚴重波及公眾而擴大損害之意，並無前後矛盾。

㈤依卷附資料，上訴人等固於第一審坦承在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴，而否認攜帶兇器，於上訴第二審時固均已不再爭執犯罪事實及罪名，而有量刑所本之基礎事實略為不同情形，然第一審既裁量不依刑法第150條第2項之規定加重其刑，即便上訴人等於原審改稱其等主觀上知悉妨害秩序行為存在加重條件之事，原審綜合一切情狀，認定關於此等犯後態度之更易，尚不影響第一審依刑法第57條各款情狀量定刑罰之結果，同屬其依職權得裁量之事項，並無不可，難率執此指原審之量刑失當、違法。

五、上訴人等之前揭上訴意旨，係就原審已明白論斷之事及量刑職權之適法行使，徒憑己見，任意指摘，非適法之上訴第三審之理由。至上訴人等之其他上訴意旨亦未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決關於其等部分有何違背法令之情形，亦

核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸前揭說明意旨，應認本件上訴人等之上訴，均不合法律上之程式，予以駁回。

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　　4　　月　　23　　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　　4　　月　　27　　日