最高法院刑事判決

115年度台上字第1991號

上　訴　人　臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官呂建昌

被　　告　顏O林　（名字、年籍及住所均詳卷）

上列上訴人因被告家暴強盜案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國115年1月29日第二審判決（114年度上訴字第566號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第20150號，113年度偵字第12368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、本件公訴意旨略以：被告顏O林（名字詳卷）於民國112年3月28日基於違反民事通常保護令及意圖為自己不法所有而辱罵、傷害告訴人方O家（名字詳卷）並逼迫告訴人服用鎮定劑而強取其手機、機車、機車鑰匙及機車內之現金、安全帽之犯行，起訴被告犯違反保護令及攜帶兇器強盜2罪名等語。第一審審理後同上開認定（即第一審判決事實一部分），因而從一重論處被告攜帶兇器強盜罪刑（競合犯違反保護令罪）並為沒收（追徵）之諭知。被告不服提起上訴（其另於113年2月24日違反保護令部分〈即第一審判決事實二部分〉未據提起第二審之上訴，此部分業經第一審判決確定），原審審理後，撤銷第一審關於事實一之有罪判決（原判決主文第一項誤將第一審判決全部撤銷），改判其犯傷害

罪（競合犯違反保護令罪），處有期徒刑2年，另就其被訴攜帶兇器強盜罪部分，不另為無罪之諭知。

三、按案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，並不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載之事實為準，並應視檢察官或被告在第二審言詞辯論終結前，對於罪名有無提出爭執，以為審斷。本案於112年5月30日修正通過之刑事訴訟法第376條第1項施行後始繫屬於第一審法院（見第一審卷第1頁臺灣高雄地方檢察署函所示之收文章戳），則依該條項第2款規定，傷害罪名應係不得上訴第三審之案件。依卷內資料，檢察官及被告於第二審言詞辯論終結前均未就第一審判決所載事實一應成立傷害罪名部分為爭執，原審審理後，撤銷第一審此部分有罪判決，改判被告傷害罪刑（競合犯違反保護令罪），並就被訴攜帶兇器強盜罪部分，不另為無罪諭知，揆諸前揭說明意旨，關於傷害罪名部分於第二審判決後即已確定。檢察官上訴意旨雖指被告持剪刀刺傷告訴人部分係得上訴第三審之殺人未遂罪名，然檢察官既未就被告此部分犯行於第二審言詞辯論終結前爭執被告係犯殺人未遂罪名，則就原判決認定被告所犯傷害罪名（包含競合犯違反保護令罪名）部分即不得上訴第三審，檢察官此部分之上訴自非法律所許。

四、至於攜帶兇器強盜罪名（即原判決不另為無罪諭知）部分：

㈠檢察官之上訴意旨略以：

1.告訴人住家附近美廉社之店員即證人徐子晴證稱伊不會幫忙保管東西，也不曾在112年3月28日將客人保管之鑰匙交付他人，告訴人也未到店內詢問有無人拿走其機車鑰匙等語，但被告及告訴人既均稱有於當日到美廉社寄放鑰匙或將告訴人之鑰匙拿走之事，顯與徐子晴之證述不符，即不能排除徐子晴是因為怕受到公司懲處而虛偽證述，不能因告訴人之指訴與徐子晴之證述不符，即認為告訴人之指訴全然不可採信。況告訴人受傷嚴重，不可能主動告訴被告機車鑰匙所在，可

見告訴人所指其被逼迫才告知鑰匙寄放在美廉社之事，應屬真實可採，原判決認定是告訴人在雙方冷靜後經告訴人同意而告訴被告機車鑰匙寄放在美廉社等語，違反經驗法則。

2.被告前後關於其母親機車如何遺失以及其後如何找到母親的機車之事，前後供述不一，原判決未訊問承辦員警查明上情，即認定被告主觀上並無不法所有意圖，有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤。

3.被告對於機車內之新臺幣（下同）1400元是告訴人的或伊與告訴人共有的？取得過程究是告訴人給伊、伊打電話經告訴人同意而取走或順便取走？前後供述不一致，原審逕認定被告主觀認定1400元是共有，無不法所有意圖云云，亦有判決理由未備之違誤。

4.原審以其比對告訴人所持有之電話通話紀錄，認為不能排除是告訴人在112年3月29日5時29分、23時13分、同年3月31日自行打電話到被告住家及打電話給被告母親找尋被告，因而認定被告未取走告訴人之手機，但是告訴人是在112年3月29日19時才醒來，則112年3月29日凌晨的電話就顯然不是告訴人所撥打。再原審既認定告訴人是在受攻擊之後陷入沈睡或極端疼痛狀態，則其如何與被告溝通後同意被告騎走機車？原判決此部分之認定亦違反經驗法則。

5.告訴人指被告有騷擾其前夫及小孩之舉，原審未查明其前夫及小孩是否被騷擾，即以告訴人手機之通話紀錄沒有查到相符之通聯紀錄，即遽認告訴人之指訴有疑，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

㈡、惟按：

1.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。

①原判決已依卷內證據資料調查之結果，於理由欄說明告訴人指訴被告強盜其財物部分，如何依證據調查之結果及證據取捨，

無從使原審得有通常一般人均無合理懷疑而得以確信真實程度之有罪認定等旨。

②經核原判決此部分之採證認事並無違反經驗法則、論理法則、判決理由不備、理由矛盾或不適用法則、適用法則不當之違誤，難率指為違法。

③再：

⑴犯罪事實應依證據認定之，無證據即不得認定犯罪事實。告訴人之指訴係以使被告受刑事追訴為目的，倘告訴人之指訴非無瑕疵可指，復欠缺使通常一般人均無合理懷疑而得確信真實之補強證據，即不能率以告訴人之指訴認定犯罪事實。又事實審法院對於證據之取捨，依法雖有自由判斷之權，然積極證據不足證明犯罪事實時，被告之抗辯或反證縱屬虛偽，仍不能以此資為積極證據應予採信之理由。本件原判決係以告訴人前後所指遭傷害後被迫服用藥物並遭強取走手機、機車（含機車鑰匙及其內現金、安全帽等物）之指訴有前後不一情事，復無服用不明藥物之檢驗報告可參，經搜查被告住處亦未查扣手機或有監視器畫面等資為補強，及被告騎走告訴人之機車後並未加以變賣而係在找到母親機車後即將其停放在統一超商前，復將鑰匙放在機車前方而使員警得以通知告訴人暨被告與告訴人為同財共居之男女朋友特殊關係等情，認定被告騎走機車及拿走機車內1400元等物，主觀上並無不法所有意圖，所為論斷，均難認係違背經驗法則、論理法則，亦無理由不備之可言。

⑵依原判決之認定，告訴人究竟在被刺傷後有無因服用不明藥物而失去意識，不能證明，尚難逕以告訴人所指伊係於案發隔日19時始清醒云云，即認為告訴人手機於112年3月29日5時29分之通話是被告所撥打，並執此率認原判決關於無法證明被告拿走告訴人手機之論斷違反經驗法則。

2.刑事訴訟法第379條第10款固規定，依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令。但應行調查之證據範圍，在同法並未定有明文，該項證據，自係指第二審審判中已存在之證據，且與待證事實有重要關係，在客觀上認為應

行調查者而言。依卷附資料，檢察官並未於原審敘明傳喚員警、告訴人前夫及女兒與待證事實之關聯性並聲請法院調查，而本件檢察官、被告及其原審辯護人於原審審判長踐行調查證據程序後，詢以：「尚有何證據請求調查？」時，亦均答稱：「沒有」等語（見原審卷三第64頁）。上訴意旨所指原審應傳喚員警查明告訴人之機車如何尋獲之經過，以及應傳喚告訴人之前夫、女兒以查明其等有無被騷擾等情，依原判決就此部分為罪證不足之判斷以觀，顯非屬刑事訴訟法第163條第2項但書所指於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項而應依職權調查之事項，檢察官執此指摘原判決有調查職責未盡之違誤，同非適法之上訴第三審之理由。

五、綜上，本件檢察官之前揭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，徒憑己見，對原審採證認事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，其上訴就攜帶兇器強盜罪名之上訴部分，違背法律上之程式，應予駁回。至上訴人犯家庭暴力防治法第61條第1款違反保護令及傷害罪名部分，分別屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第2款所列，不得上訴於第三審法院之案件，縱認該等罪名與攜帶兇器強盜罪名有想像競合之裁判上一罪關係，但檢察官對攜帶兇器強盜罪名之上訴，既屬不合法而應從程序上予以駁回，則所犯違反保護令及傷害罪名部分，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　　5　　月　　21　　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　　5　　月　　26　　日