最高法院刑事判決

115年度台上字第2420號

上　訴　人　韓志威

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115年1月20日第二審判決（114年度上訴字第837號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署113年度調偵字第42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、本件原判決以上訴人韓志威經第一審判決依想像競合犯，從一重論處犯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罪刑後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決關於上訴人之宣告刑，改判量處有期徒刑8月，已載敘審酌裁量之依據及理由，並記明衡酌上訴人之犯罪情狀，認無情輕法重、可憫恕之事由，無適用刑法第59條酌減其刑之裁酌理由，有卷存資料可資覆按。而刑法第74條第1項所定「受有期徒刑以上刑之宣告」，係指判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告確定，至於前之宣告刑已否執行，及被告本案犯罪時間係在他案之前或後，均非所問。又上訴人與告訴人和解與否，僅係量刑考量因素之一，原判決就此部分，已列為量刑

有利之審酌因素，並改判量處較輕之刑度，復審酌上訴人所犯情狀、犯罪紀錄及素行，認不符合緩刑要件，未對上訴人諭知緩刑，縱未說明理由，並不違法。上訴意旨無非係單純就原審前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認其關於加重聚眾強暴部分之量刑上訴為不合法律上之程式，予以駁回。上開得上訴第三審部分既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係之刑法第277條第1項傷害部分刑之上訴，核屬刑事訴訟法第376條第1項第2款所列不得上訴第三審法院之案件，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自亦無從為實體上審判，應併從程序上駁回。另本件既從程序上駁回上訴人之上訴，其請求本院宣告緩刑，自無從審酌，附此敘明。

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　　6　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　宋松璟

法　官　黃紹紘

法　官　何俏美

本件正本證明與原本無異

書記官　胡家寧

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　11　　日