最高法院刑事判決

115年度台上字第3616號

上　訴　人　臺灣高等檢察署花蓮檢察分署檢察官崔紀鎮

上　訴　人

即　被　告　温庭宇

選任辯護人　薛智友律師

　　許嚴中律師

上列上訴人等因被告殺人等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國115年2月4日第二審判決（112年度原上訴字第47號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署110年度偵字第3083、3084、3164、3361、3377號、110年度少連偵字第27號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於殺人部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即原判決關於殺人）部分：

一、原判決認定上訴人即被告温庭宇有如其犯罪事實欄所載殺害被害人朱念平之犯行，因而撤銷第一審關於殺人部分科刑之判決，改判仍論處殺人罪刑，固非無見。

二、惟查：

㈠、第二審於上訴範圍內，若認上訴為無理由，且第一審判決並無違法或不當者，應維持第一審判決而駁回當事人之第二審上訴；若認上訴為有理由，或上訴雖無理由，然第一審判決違法或不當，有可為上訴之理由者，則應撤銷第一審判決，原則上並自為判決，刑事訴訟法第368條及第369條第1項前段分別定有明文。又當事人之上訴使案件繫屬於法院而產生訴訟關係，除經當事人撤回上訴外，法院即有加以審理裁判

俾終結訴訟繫屬以消滅訴訟關係之權利與義務，否則其判決自有已受請求之事項未予判決之當然違背法令，同法第379條第12款亦規定甚明。卷查檢察官聲明不服第一審關於論處被告殺人罪刑部分之判決，而提起第二審上訴，指摘第一審判決有量刑過輕之不當，嗣先後於原審準備程序及審判期日均陳明：僅就第一審判決關於殺人之量刑部分提起上訴，其他不在上訴範圍等語；被告則繕具上訴暨理由狀，對第一審判決關於論處殺人罪刑部分提起第二審上訴，且於原審準備程序時陳稱：殺人罪部分犯罪事實及量刑均提起上訴等語，有檢察官上訴書、被告「刑事上訴狀」暨「刑事上訴理由狀」、原審民國112年9月6日準備程序筆錄及115年1月13日審判筆錄在卷可稽（見原審卷一第31至32、39、63至71、175至177頁、卷三第22頁），復無被告以書狀或於審判期日以言詞撤回其前開上訴之相關事證。觀諸原審據此就其審理之範圍，於判決理由內說明：檢察官於審理時明示其僅對第一審判決關於殺人罪刑之量刑為一部上訴，而被告對於第一審關於殺人罪刑部分之判決提起第二審上訴，故原審應就第一審判決關於殺人罪刑之全部加以審理等旨（見原判決第2頁），惟對照其說明審理之結果卻僅略以：第一審疏未勾稽卷內相關事證，遽認被告所為與刑法第23條但書關於防衛行為過當之規定不符，因而未據以斟酌減刑為不當，被告上訴仍執陳詞否認有殺人之不確定故意，雖難憑採，然第一審判決有上揭可議之處，自應由原審將第一審關於此部分之判決撤銷改判等旨（見原判決第9頁）。核原判決顯祇就被告之上訴部分，敘明其審斷之理由，惟對於檢察官所提起如前揭第二審上訴意旨之指摘究是否可採，全未加以論斷說明，自有對於已受請求之事項未予判決之當然違法。

㈡、有罪之科刑判決，應審酌一切情狀，尤應注意刑法第57條各款所列事項，作為科刑輕重之標準。而科刑資料之調查，乃妥適量刑之憑據與基礎，就客觀上顯然影響判決量刑結果之證據，縱令係於辯論終結後、判決宣示前始行提出，苟法院

已發現此項證據之存在，且非不能或難以調查者，即難謂無再開辯論加以調查之必要。倘法院遽不予再開辯論為證據調查而即行判決，復未說明何以無再開辯論調查斟酌必要之正當理由者，不惟其刑罰之裁量明顯失當，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查，及判決理由欠備違法。原判決對於被告犯殺人罪之量刑，敘明依被告之責任為基礎，並依刑法第57條各款所列事項，審酌包括被告之犯後態度略以：被告未依第一審（原判決誤載為原審）法院112年度原重訴字第3號民事判決之諭知賠償與告訴人等（即朱念平之父親王銀發、母親朱惠珍），於原審言詞辯論終結前僅賠償新臺幣（下同）100萬元等情狀，因而量處有期徒刑6年6月等旨（見原判決第9至10頁）。而卷查原審於前揭審判期日踐行科刑資料調查及科刑範圍辯論等程序時，經告訴人代理人陳稱：如果被告於115年2月2日依其承諾扣除已支付之和解金100萬元外再給付280萬元者，同意原審加以審酌等語，經原審審判長諭知：本案如於上開日期前達成和解，請被告及告訴人等陳報法院等語（見原審卷三第49至50頁），嗣被告果於上開日期，依其與告訴人等達成和解之條件，再給付告訴人等合計280萬元，並於同（2）日向原審法院陳報，而告訴人等亦於翌（3）日向原審法院具狀確認，俱有「刑事陳報狀」、和解書、郵政入戶匯款申請書及「刑事第二審告訴理由㈦狀－收受賠償款項」在卷足憑（見原審卷三第137至141、145至147頁）。以上證據資料設若無誤，原審似肯認被告有無再給付280萬元與告訴人等，足以影響量刑之輕重，而應列為審酌之重要情狀，且具有調查斟酌之必要性，縱令係在原審辯論終結後，始提出之上開有利量刑因子，惟既猶在判決宣示前，復非不能或難以調查，遽而未予調查，仍難謂非屬客觀上應於審判期日調查之科刑證據。乃原審對被告在判決宣示前業已提出上開有利量刑因子之事證資料，未再開辯論加以調查，遽於同年月4日即行判決並予宣示，就上開有利於被告之事證，於判決量刑之結果，究係無關緊要抑

或具有顯然影響關係之事項？何以無再開辯論加以調查審酌之必要？悉未於判決內釐析說明其理由，實難昭折服，洵有證據調查未盡、判決理由欠備及裁量明顯不當之違法。

三、以上或為被告上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且檢察官亦提起上訴聲明不服，而原判決前揭違誤，影響於量刑情由事實之認定，本院無從據以自行判決，應認原判決關於殺人部分，有撤銷發回更審之原因。此外，原判決於犯罪事實欄，認定被告先持手槍對空射擊子彈2發嚇阻朱念平（經檢察官為不起訴處分確定）、謝誌家、黃駿（均經第一審判處妨害秩序罪刑確定）及少年杜○誠（經少法法庭裁定保護處分確定）後，朱念平旋上○○○-0000號車倒車，謝誌家、杜○誠躲在上開車輛之側面、後面，黃駿則蹲在該車之副駕駛座內，持續執辣椒水槍朝被告噴灑辣椒水等情，並於其理由內說明：被告持手槍對空射擊子彈2發後，朱念平、黃駿、杜○誠已上前開車輛，僅謝誌家持刀及鐵鎚尚在該車外等旨（見原判決第2、8頁）。若然，原判決就被告持手槍對空射擊子彈2發後之案發當時，一方面認定猶有謝誌家、杜○誠在車外，另方面卻說明斯時僅尚餘謝誌家在車外，其事實認定與理由說明，彼此互歧，亦有可議，案經發回，更審時應注意及之。

貳、上訴駁回（即原判決關於未經許可持有具有殺傷力手槍）部分：

一、被告上訴部分：

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，且必須依據卷內訴訟資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，始屬相當。第一審判決認定被告有如其事實欄一、㈠㈡所載之犯行，依想像競合犯關係從一重論處未經許可持有手槍罪刑（兼論未經許可持有子彈罪），並諭知罰金易服勞役折算標準，且宣告相關之沒收。被告明示僅就上開判決之量

刑部分提起第二審上訴，原審乃以第一審判決所認定之犯罪事實及論罪作為審查之基礎，認為其量刑尚無違法或不當，因而予以維持，駁回被告在第二審之上訴，已詳敘其理由。被告上訴意旨雖略稱：伊非持有大量槍械，復於偵查及審判時均自白不諱，並帶同警方起獲槍枝及子彈扣押，請從輕量刑云云。然刑罰之量定，係實體法上賦予事實審法院得為自由裁量之事項，苟其科刑輕重符合規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，且無明顯違背公平、比例暨罪刑相當原則者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決已敘明第一審判決之量刑，如何係以被告之責任為基礎，且依刑法第57條各款所列事項審酌相關情狀，所量處之刑尚稱妥適，乃予維持之理由。核原判決之論斷，並未逾越法律授權之界限與範圍，亦無明顯違背公平、比例暨罪刑相當原則之情形，自不能任意指摘為違法。被告上訴意旨並未依據卷內資料具體指摘原判決究有何違法或不當，顯不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。揆諸首揭規定與說明，被告上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

二、檢察官上訴部分：

按第三審上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項及第395條後段規定甚明。檢察官不服原審判決，提起第三審上訴，惟其所繕具之聲明上訴書及上訴理由書，並未敘述原判決關於未經許可持有手槍部分之上訴理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未補敘。依上開規定，檢察官對於此部分之上訴並非合法，同予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　3　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　陳松檀

法　官　王耀興

法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　4　　日