最高法院刑事判決

115年度台上字第4630號

上　訴　人　余立強（原名：余承叡）

上列上訴人因傷害案件，不服臺灣高等法院中華民國115年3月31日第二審判決（114年度上訴字第6031號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署112年度偵字第28552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376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。至案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，固不以起訴書或自訴狀所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用法條為唯一之標準，而應以起訴書或自訴狀所記載之事實為準，並視當事人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。至檢察官如以不屬於刑事訴訟法第376條第1項所列之罪提起公訴，經第一審或第二審法院變更起訴法條改以同條項所列之罪之判決者，除非被告爭執應為較輕之非同條項所列之罪，或合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，否則被告仍不得上訴於第三審法院。

二、本件第一審判決認定上訴人余立強有其犯罪事實欄所載，與鄭聖錞、蔡安弘、梁向鎔、羅森宇（4人均已因同案科刑判決確定）共同使告訴人胡○安下跪行無義務之事，並出手予以毆打，及以加害生命、身體之事施以恐嚇之犯行。並說

明：上訴人取得被害人手機之目的，係查看其內容作為證據使用，而非取得該物本身，主觀上並無不法所有意圖，公訴意旨認上訴人此部分犯刑法第330條第1項（第321條第1項第3、4款）之結夥三人以上攜帶兇器強盜罪，容有誤會，惟基本社會事實同一，爰依法變更起訴法條（見第一審判決第13至15頁）。因而依想像競合犯之例，對上訴人論處刑法第277條第1項規定之（共同）傷害罪刑（兼論同法第304條規定之強制罪、第305條規定之恐嚇危害安全罪）。上訴人提起第二審上訴，明示僅就第一審判決關於量刑部分為之，檢察官則未對上訴人提起第二審上訴。經原審審理後，撤銷第一審判決對上訴人量處之刑，改量處有期徒刑7月。本案核屬刑事訴訟法第376條第1項第1（刑法第304條規定之強制罪、第305條規定之恐嚇危害安全罪，即最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪）、2款（刑法第277條第1項規定之傷害罪）之案件，既經第二審判決，且無同條第1項但書之情形，自不得上訴於第三審法院，不因原判決正本教示欄誤載為上訴人、檢察官均得上訴而受影響。揆諸上開說明，上訴人對於原判決之上訴自非合法，應予駁回。

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　　9　　月　　10　　日

刑事第五庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　王耀興

法　官　陳松檀

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　　14　　日