最高法院刑事判決

115年度台上字第501號

上　訴　人　溫庭宇

選任辯護人　許嚴中律師

上列上訴人因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國114年10月15日第二審判決（114年度原上訴字第5號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度偵字第3187、3188、4725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。如上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料，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。原判決以上訴人溫庭宇經第一審判決依想像競合關係，從一重論處刑法第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下手實施強暴（下稱加重妨害秩序）罪刑（兼論刑法第305條恐嚇罪）後，上訴人提起第二審上訴，明示僅就第一審判決關於刑之部分提起上訴，原審經審理結果，認為第一審之量刑並無違法或不當，乃予維持，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳述其量刑審酌之依據及裁量論斷之理由。

二、上訴人上訴意旨略以：伊雖曾於民國104年間犯妨害自由罪經法院判處有期徒刑4月確定，於106年11月18日易科罰金執行完畢，形式上符合刑法第47條第1項累犯之要件，惟該犯行距今已10年，距本案犯罪時間亦已5年之久，並非在相近時間有相同前科，或經多次、甚至入監執行而不知悔改，難認即有刑罰反應力薄弱、執行徒刑之教化改善效果不彰情事，且本次所犯刑法第150條第1項之罪，最輕本刑為6月以上有期徒刑，是否依累犯規定加重其刑，恰為得否易科罰金或入監執行之差別，自應考量如不加重其刑是否即不足評價伊之行為，以及加重其刑是否有過苛、違反罪刑相當及比例原則之虞。依本案整體情節，伊沒有參與同案被告在其他部分之犯罪事實，僅在勝安二街短暫對空鳴槍即結束、離開，審酌案發時間為凌晨4、5點、街道上無人之時，行為並針對特定群體，而非不特定之社會大眾，對公眾安寧之影響有限，且對空開槍係為嚇阻對方，沒有對人攻擊，亦未造成人員受傷，伊持有該把手槍部分已經另案判處有期徒刑7年之相當重刑，綜觀整體情節，包括衝突發生原因、衝突時間久暫、伊參與程度、對公眾安寧之影響、犯後態度及伊2名未成年子女之最佳利益等一切情狀，未加重前之法定刑應已足評價伊之犯行，反而是加重之結果，將使伊必須入監執行，致使所受刑罰可能超過所應負擔之罪責，有違罪刑相當及比例原則，造成未成年子女與父母分離之結果，有刑罰過苛之虞，原判決依累犯規定加重最低本刑，尚有未洽。又伊與配偶共同育有2名兒童（各為105、106年生），伊同為主要照顧者，並為家中唯一經濟來源，伊若入監服刑，將使無辜兒童有8月時間被迫與父親分離，家中頓失經濟來源，本諸兒童權利公約（下稱童權公約）第3條第1項、聯合國兒童權利委員會第14號一般性意見第14段（a）、第19段、第27段之「兒童最佳利益原則」、憲法法庭111年憲判字第8號判決，並參酌司法院釋字第775號解釋要旨，應認為伊未加重其刑之前，所犯前開罪名之法定本刑已足以評價伊之行為，若予

以加重其刑反而有違罪刑相當及比例原則，不利未成年兒童之身心發展，亦不利於刑罰預防之目的。原判決依刑法第47條第1項加重，違反前揭解釋意旨、童權公約，有判決適用法則不當之違誤。本件犯罪雖無被害人，但伊願向法院指定之公益團體捐款新臺幣20萬元，以示改過遷善、回饋社會之心云云。

三、行為人之故意犯行，是否應依刑法第47條第1項前段之規定論以累犯，乃「法律要件判斷」之問題，至是否依同條項後段之規定加重其刑，依司法院釋字第775號解釋意旨，於事實審而言，則係「法律效果裁量」之問題。苟其已就個案犯罪情節，具體審酌行為人犯罪之一切情狀暨所應負擔之罪責，經裁量結果認應依刑法第47條第1項規定加重最低本刑，而無過苛或罪刑不相當之情形者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。又刑罰之量定，係實體法賦予法院得自由裁量之事項，其科刑輕重之審斷，倘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、比例及罪刑相當原則者，同樣不得任意指摘而執為適法之第三審上訴理由。原審以第一審循檢察官關於累犯及加重其刑事實之主張及舉證，依調查證據結果，採認並說明上訴人在其前案（即第一審法院105年度原訴字第27號判決，下均稱前案）執行有期徒刑完畢後5年內，故意犯本件有期徒刑以上之罪，構成累犯，審酌上訴人所犯該罪，與本案均係在不特定公眾出入場所，夥同數人實施暴力犯行，均危及不特定公眾或他人，特徵及罪質類似，自堪認上訴人未因前案之執行而知所警惕，刑罰反應力薄弱，如加重法定最低刑度，尚不至於使其所受刑罰超出所應負擔罪責，依司法院釋字第775號解釋意旨裁量依刑法第47條第1項規定加重其刑，並無違法不當。又聯合國西元1989年童權公約第3條第1項固規定：所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量；該公約第9條第1項亦揭示「兒童不應與父母分

離」原則，惟同條項但書規定，倘若主管機關依據所適用之法律及程序，經司法審查後，判定兒童與其父母分離係屬維護兒童最佳利益所必要者，則不在此限。原判決就第一審所為之量刑，認為已考量上訴人與其妻須共同扶養2名未成年子女之量刑因子，復敘明審酌憲法法庭111年憲判字第8號判決意旨，認應量處低度刑，以避免上訴人與未成年子女長期分離，不利於未成年子女人格發展，尚無悖於公平、比例及罪刑相當原則，亦無上訴意旨所指量刑時未審酌兒童最佳利益，並說明上訴人既身為2名兒童之父，猶於深夜凌晨5時許，在公眾得出入之場所攜帶兇器聚眾實施強暴行為，危害社會秩序，行為嚴重偏差，令其入監服刑，使其與子女隔離，尚不致妨害子女之身心健全發展，難謂對兒童最佳利益有所影響，而違反童權公約等情，已經敘明其裁量之理由，並無不合。上訴人上訴意旨就原審量刑職權之適法行使及原判決已詳予說明之事項，徒憑己見任意指摘為違法，自非合法之第三審上訴理由。

四、綜上，上訴人上訴意旨無非對原判決已說明之事項，單純就前述量刑職權之適法行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，難認已符合首揭法定上訴要件，應認其就加重妨害秩序部分之上訴為不合法律上之程式，應予駁回。又上訴人前揭重罪部分之上訴既從程序上駁回，則與之具有想像競合犯關係之恐嚇危害安全輕罪部分，本屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，復無同條項但書規定之例外情形，自無從適用審判不可分原則併為實體之審理，該部分之上訴同非合法，亦應從程序上駁回。

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　　3　　月　　12　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　林柏泓

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　　3　　月　　16　　日