最高法院刑事判決

115年度台上字第654號

上　訴　人　盧億

上列上訴人因家暴殺人未遂等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月2日第二審判決（114年度上訴字第5233號，起訴及追加起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第34624、15255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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決以第一審判決所認定上訴人盧億有如第一審判決事實欄所載之犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於所處殺人未遂罪之刑部分之判決，駁回檢察官及上訴人均明示僅就此量刑一部在第二審之上訴。已詳細敘述第一審判決之量刑，並無違誤，應予維持之理由。從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形。

三、上訴意旨略以：

㈠上訴人第一刀係朝向告訴人即被害人○○之左大腿，而未朝致命部位攻擊。又告訴人倒地後，上訴人即停止攻擊，可見上訴人無殺人犯意。原審未勘驗現場監視器錄影畫面，復未

傳喚證人許圳義到庭調查、釐清實情，逕為不利於上訴人之認定，有調查職責未盡及採證認事違反證據法則之違法。

㈡上訴人為精神病患，係因告訴人推撞，致上訴人受到刺激後而攻擊，其於行為時欠缺辨識行為違法之能力，有刑法第19條第1項所定不罰或第2項所定減輕其刑規定之適用。原判決逕採卷附國防醫學院三軍總醫院北投分院（下稱三軍總醫院北投分院）之鑑定結果作為判斷依據，而為不利於上訴人之認定，致量刑過重，有調查職責未盡及採證認事違反證據法則違法。

四、惟按：

㈠刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實認定、論罪部分，原則上不在上訴審之審查範圍。因此，若以就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，據為提起第三審上訴之理由，即與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，亦與審級制度之目的不合，自非適法之第三審上訴理由。

原判決說明：上訴人不服第一審判決，提起上訴，明示僅就第一審判決所為之量刑一部上訴，則本件之審理範圍，限於第一審判決關於上訴人所處之刑部分，其他部分則非審理範圍之旨。此部分上訴意旨僅略稱：原審判決認定上訴人有殺人犯意，有調查職責未盡及採證認事違反證據法則云云，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決究不適用何種法則或如何適用不當，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

㈡刑事訴訟法第379條第10款所定依法應於審判期日調查之證據，其中關於量刑事實之證據，係指與量刑待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷量刑待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之量刑事實，而為不同之認定者，始足當之。

原判決說明：以上訴人於警詢中，陳述事實經過之客觀過程、行為動機等情，佐以三軍總醫院北投分院鑑定上訴人行為時之精神狀態之過程，係就上訴人個人病史、犯罪過程、社工報告，並對上訴人為身體理學檢查、心理衡鑑、精神狀態檢查等為綜合研判，鑑定結果：上訴人並無明顯影響日常功能的持續妄想及幻覺，整體而言推測其行為當時辨識其行為違法或依其辨識而行為之能力顯示尚有足夠能力等語，因認上訴人無刑法第19條第1項、第2項規定之適用，已詳述依據及論斷之理由。且卷查，第一審係依上訴人之聲請，就上訴人有無刑法第19條第1項所定不罰或第2項所定減輕其刑規定之情形(見第一審卷㈠第193頁)，囑託三軍總醫院北投分院進行鑑定，並出具精神鑑定報告書(見第一審卷㈡第285至304頁)。於原審審理時，經審判長提示上述精神鑑定報告書後，上訴人及其原審辯護人均答稱：「沒有意見」等語，審判長再詢以「尚有無證據請求調查?」上訴人及其原審辯護人均答稱：「無」（見原審卷第215、216頁），均未就上訴人於行為時之辨識能力一事，聲請囑託再次精神鑑定。況上訴意旨亦未指明上開精神鑑定報告書有何關於上訴人行為時之辨識能力之鑑定有何不完備之處，則原審斟酌上述精神鑑定報告書，以及上訴人之陳述情形，經綜合判斷後，因認上訴人無刑法第19條第1項所定不罰或第2項所定減輕其刑規定之適用，於法尚無不合。此部分上訴意旨，猶漫詞指摘：原審有調查職責未盡及量刑採證認事違反證據法則之違誤云云，並非合法之第三審上訴理由。

㈢量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，或明顯濫用其權限情形，又未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。

原判決說明：第一審審酌上訴人之犯罪動機、目的、手段，於行為前情緒不穩，行為控制能力有所減低（然未達刑法第19條第1項不罰或第2項減輕其刑所指程度），以及告訴人所受損害等一切情狀，而為量刑，尚稱妥適之旨，而予以維

持。已以行為人責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，亦未違背罪刑相當原則，即不得指為違法。此部分上訴意旨，猶泛詞指摘：原判決量刑過重云云，同非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨係就原審量刑裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，或單純就量刑事實有無，再為爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。至於其餘上訴意旨，均非確實依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有如何違背法令情形。本件關於殺人未遂罪部分之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。上訴人想像競合所犯家庭暴力防治法第61條第1款、第4款之違反保護令罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴第三審法院之罪，且無例外得提起第三審上訴之情形。上訴人所犯關於殺人未遂罪部分之上訴，既不合法，而從程序上予以駁回，則所犯違反保護令罪，即無從併為實體上審理，應逕從程序上予以駁回。又上訴人另犯刑法第304條第1項之強制罪部分，係屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴於第三審法院之罪(原判決正本附記事項已記載此部分不得上訴之旨)。上訴人所具上訴狀，未明示就此部分提起第三審上訴，且未敘明有何此部分之上訴理由，應認未提起第三審上訴，不在本院審理範圍，併予敘明。

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　　2　　月　　26　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　洪于智

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　年　　3　　月　　3　　日