臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上訴字第104號

上　訴　人
即　被　告　謝主華
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　顧維政律師(法扶律師)

上列上訴人因殺人未遂等案件，不服臺灣花蓮地方法院111年度原訴字第162號中華民國112年7月26日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署111年度偵字第6930號、第5900號、第8152號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

事實及理由

壹、程序部分

一、本院審理範圍

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。考其立法理由：為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。基此，本件上訴人即被告謝主華（下稱被告）及其辯護人於本院審理時已明示僅對原審判其共同殺人未遂罪之宣告刑有所不服，至於原判決所認定之犯罪事實、罪名及沒收則均不爭執（本院卷第205頁），依前開說明，本院僅就原審判決量刑妥適與否進行審理，至於原判決其他部分則非本院審理範圍，故就此量刑所依附之犯罪事實、罪名、證據及所犯法條等部分，均援引原判決之記載，合先敘明。

二、證據能力

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。查就檢察官所提出之供述證據，被告及其辯護人表示同意有證據能力（本院卷第139、193頁），本院審酌該等證據核無違法取證或證明力顯然過低之情事，依各該陳述作成時之狀況並無不適當或顯不可信之情形，自均得作為證據。其餘認定本案量刑事實之非供述證據，被告對於其等證據能力亦不爭執，且查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，亦具有證據能力。

貳、實體部分

一、被告上訴意旨略以：伊雖坦承犯行，但本件係出於正當防衛，僅防衛過當，原審漏未依刑法第23條但書之規定減刑，已有違誤，請求減輕其刑並從輕量刑等語。

二、本院之判斷：

㈠原審量刑核無不當，應駁回其上訴：

1.本件原審以被告罪證明確，斟酌刑法第57條所列各款事由，以行為人責任為基礎，兼顧被告有利與不利之科刑資料，認被告共同涉犯殺人未遂罪而量處其有期徒刑6年，並無違背公平正義之精神，客觀上不生量刑畸重、畸輕或有所失入、失出之裁量權濫用，核與罪刑相當原則無悖，首先說明。

2.雖被告之辯護人亦為被告上訴辯護稱：依勘驗監視器錄影畫面，本案係告訴人黃俊凱持鋁棒要求同案被告謝仁豪（已撤回上訴而告確定）下車，告訴人並以鋁棒揮打謝仁豪，造成謝仁豪之頭部、右肩受有傷害，雙方確有金屬碰撞交鋒之聲音，其弟即被告為阻止告訴人當下對謝仁豪之不法侵害，始持刀揮砍告訴人，係對告訴人不法侵害謝仁豪之正當防衛行為，此防衛行為雖超乎比例原則，然應屬防衛過當，請依刑法第23條但書減輕其刑云云。

3.惟按對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰；但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑，刑法第23條定有明文。所謂正當防衛，必須對於現在不法之侵害始得為之，苟非單純對於現在不法之侵害為必要排除之反擊行為，自無防衛權可言。所謂不法之侵害，須客觀上有違法之行為存在，始得以己力行使防衛權而排除侵害（最高法院104年度台上字第2543號、108年度台上字第2701號判決意旨參照）。至於防衛過當係指為排除現在不法侵害之全部防衛行為欠缺「必要性」及「相當性」要件而言，必係防衛行為，始生是否過當，倘非防衛行為，當無過當與否之問題（最高法院100年度台上字第4939號、110年度台上字第4940號判決意旨參照）。

4.查案發現場之監視器錄影畫面，前經原審勘驗如下：畫面一開始，小貨車（即甲貨車，下同）從右邊牆後駛出，並停入左前房屋之前庭院。小客車（即乙車輛，下同）從右邊牆後駛出，並停等在小貨車左後方，往前行駛後，停在小貨車之左前方。同案被告陳順煌（經判決有罪確定）從畫面左側上方走出，往小貨車副駕駛座走去，並拉開副駕駛座車門，陳順煌往後退，隨即往小貨車車尾跑去，之後跑離畫面，被告則持刀在後追趕。告訴人持鋁棒從畫面左側上方走出，往小貨車駕駛座走去，在駕駛座車門前短暫逗留後，告訴人一邊往後退，一邊以鋁棒指著小貨車駕駛座，謝仁豪從駕駛座下車，告訴人持鋁棒在空氣中揮動，謝仁豪衝向告訴人，被告亦從小貨車車尾往告訴人方向衝去，謝仁豪及被告與告訴人在畫面左上角處相互攻擊，告訴人不支倒地，被告繼而揮刀砍殺告訴人，有1支鋁棒滾至小貨車左後車輪旁，謝仁豪跑去撿拾，並持該鋁棒擊打告訴人，期間被告不斷持刀揮砍告訴人，最後謝仁豪駕駛小貨車離開等節，有記載詳細過程之原審勘驗筆錄為憑（原審卷二第22頁）。

5.則由上開勘驗內容可知，案發當時告訴人雖持鋁棒朝甲貨車之駕駛座即謝仁豪方向走去，並以鋁棒指著甲貨車駕駛座方

向，然謝仁豪下車後，告訴人僅持鋁棒在空氣中揮動，自始至終均未持鋁棒毆打、攻擊謝仁豪，反而是謝仁豪先衝向告訴人進行攻擊，被告隨即持西瓜刀與謝仁豪一起攻擊告訴人，期間未見告訴人有何強烈反擊行為，顯見被告砍殺告訴人之前，告訴人並未毆打謝仁豪，被告行為時顯無「現在不法之侵害」存在，是其砍殺告訴人之舉無從成立防衛行為，自無構成防衛過當之可能，更無從依刑法第23條但書減輕其刑，而此已據原審詳加說明在案，復經本院再次審視查看，亦得相同之結論。

㈡本件並無更動量刑之有利因子，而得再據以減輕被告刑度：

1.原審已具體審酌被告與告訴人不相識，僅因告訴人持鋁棒向謝仁豪挑釁，謝仁豪及被告即不思理性，分別持鋁棒、西瓜刀朝告訴人之腹部此內含人體重要器官之部位揮砍，致告訴人受有前述傷勢，雖告訴人因緊急送醫後倖免於死，然被告此行為已對之造成生理創傷，且對社會治安所生危害之程度甚為嚴重，應予嚴懲；惟念及被告犯後坦承犯行，並與告訴人達成調解，有原審調解筆錄在卷可參（原審卷一第399-1至399-2頁），堪認其已知所悔悟，犯後態度尚屬良好；兼衡被告自述國中畢業之智識程度、業工、日薪約新台幣（下同）1,200元至1,300元、扶養母親之生活狀況（原審卷二第259頁），及被告持西瓜刀攻擊告訴人之犯罪手段、目的、動機等一切情狀，而量處前述刑度，尚稱妥適。

2.再查雙方經調解成立後，除謝仁豪如期於原審判決前給付部分賠償金5萬元（本院卷第149頁）外，其餘15萬元迄今未見被告賠償分文（本院卷第211、213頁），絲毫看不出被告有為改善犯後態度作出任何努力，既無較原審審理時更有利之量刑因子，得供本院思量被告刑度可否往較輕之區塊移動，則無從單憑其要求即率予減輕其刑。

三、綜上所述，原審量刑妥適，並無違誤。被告執前詞上訴要求再減其刑，並無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官尤開民提起公訴，被告上訴後，檢察官聶眾到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　19　　日

刑事第一庭審判長法　官　張健河（主筆）

法　官　林碧玲

法　官　鍾志雄

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　19　　日

書記官　陳雅君

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第271條

殺人者，處死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑。