

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

112年度上訴字第606號

上訴人
即被告 潘佳河

選任辯護人 楊啟志律師(法扶律師)

上列上訴人因殺人未遂案件，不服臺灣高雄地方法院111年度訴字第161號，中華民國112年6月7日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署110年度偵緝字第1243號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、經本院審理結果，認第一審以上訴人即被告潘佳河犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪，依累犯規定加重、再依未遂規定減輕其刑，量處有期徒刑5年6月，經核其認事用法及量刑均無不當，應予維持，並補充理由如後，其餘均引用第一審判決書記載之事實、證據及理由（如附件）。

二、被告上訴意旨略以：

坦承傷害犯行，惟否認有殺人故意，且主張正當防衛，請求撤銷改判傷害罪，從輕量刑。理由：

(一)否認殺人故意：

被害人李東和與被告先前並無任何仇怨，案發時單純僅因為被害人吸食強力膠發出的臭味，且觀看A片發出的聲音過大，因不滿而毆打被害人。安全帽是放置於房間附近，顯見本件僅為偶發衝突，被告並沒有預謀殺害被害人之意圖。依被害人的電腦斷層掃描結果來看，被害人之傷勢未有立即死

01 亡的危險，起訴書記載被告持安全帽持續不斷攻擊被害人的
02 頭部應非事實。

03 (二)主張正當防衛：

04 當時李東和看到我過去，就把棉被翻起來，我看到李東和的
05 右大腿壓著一把刀子，當時李東和正在吸食強力膠，桌上有
06 安非他命，但有無吸食我不知道。我問李東和不是答應過我
07 看A片要戴耳機，我看到刀子我會怕。

08 (三)證人賴韋宏證述不實：

09 案發時，證人賴韋宏根本不在場，其不利於被告的不利陳
10 述，是因為前幾天向被告借錢未果；且賴韋宏在偵訊時也證
11 述曾經遭被告打過，可見其確與被告有嫌隙，可能是挾怨報
12 復，才會為不實陳述；況賴韋宏作證之時，距案發3年之
13 久，記憶怎麼可能如此清楚明確。

14 三、上訴論斷之理由：

15 (一)本件被告係手持安全帽攻擊被害人，導致被害人受有頭部外
16 傷、多處顏面骨骨折，及軀幹、右上肢、右下肢多處擦傷等
17 節，業據被告所不爭執（見本院卷第79頁），則依被害人之
18 嚴重傷勢集中在頭部，其餘軀幹、肢體部分之傷勢僅為擦
19 傷，而頭骨為堅硬之結構，藉以保護其內脆弱而重要之腦部
20 器官，如非受到重力撞擊，尚不致發生骨折結果，此亦據證
21 人即本案急診室醫師林彥克證述甚明（見警卷第71頁），堪
22 認被告若無殺死被害人之不確定故意，當不致持堅硬之安全
23 帽，以重力毆擊被害人之頭部數下，堪可認定。則原審綜合
24 被告犯案當時之動機、所持兇器種類、下手攻擊位置、傷害
25 程度及下手力道等情狀予以綜合判斷，認被告具有殺人之不
26 確定故意，自無違誤。被告上訴意旨空口辯稱無殺人故意等
27 語，與客觀事證不符，礙難採信。至被害人於送醫後，其電
28 腦斷層掃描結果，雖未有立即死亡的危險，惟尚無從以嗣後
29 未生死亡危險之結果，倒果為因遽認被告即無殺人之故意，
30 附此敘明。

31 (二)又被害人是否持有利器作勢欲攻擊被告，抑或被告係見被害

01 人床上有利器等節，已屬無從證明，業經原審判決論述甚明
02 （見原判決第13頁之2.），況被害人既經倒地，且利器已不
03 在被害人手上，縱有不法之侵害在先，然侵害已然結束，本
04 件亦不符合正當防衛之要件，堪可認定。

05 (三)關於證人賴韋宏所為之相關證述，應屬實情而可採信乙節，
06 業經原判決詳為敘明（見原判決第7至8頁之1.所示）；又證
07 人賴韋宏因本案製作筆錄時，距離案發時間固有相當時間，
08 然而，個人記憶能力本即各有不同，況證人賴韋宏與被告及
09 被害人同住一處，日常生活緊密相近，其親眼目睹本件案發
10 過程，當至為震撼且印象深刻，是其仍得以記憶本案發生過
11 程，並無顯然違反常情；且經核證人賴韋宏所為證述，除與
12 被告之部分自白大致相符外，亦與卷內其餘證據相互符合，
13 原審因而採信證人賴韋宏之證詞，自無違誤。至證人賴韋宏
14 證述其曾遭被告毆打乙節，縱可認其與被告間可能存有嫌
15 隙，然自證人未曾對被告據此提告（見偵卷第63頁偵查筆
16 錄）以觀，尚難認證人賴韋宏對被告有何深刻仇怨，而需擔
17 負偽證罪風險，挾怨報復以誣陷被告之必要。況被告於警詢
18 中，經員警提示「在場證人賴韋宏」就案發過程所為證述
19 時，被告僅陳稱：忘記了、不清楚等語（見警卷第11頁），
20 乃至原審審理中，均從未爭執過證人賴韋宏並不在案發現
21 場，是其於本院審理時，始為此部分之爭執，實難採信。至
22 被告空口所辯證人賴韋宏因借錢不成而欲誣陷被告；另稱是
23 另一名街友阿富向賴韋宏表示，當證人作證可以賺新臺幣
24 （下同）500元，我會知道這件事情，是因為去年年底時，
25 在中央公園遇到阿富，阿富跟我說他有提醒賴韋宏去作證有
26 500元可領，而且賴韋宏也積欠阿富幾百元等語（見本院卷
27 第79、116頁），既乏憑據，且亦難認證人賴韋宏有因而冒
28 偽證罪風險而誣陷被告之必要，併予敘明。

29 (四)綜上，被告上訴意旨執前詞指摘原審判決違誤，請求撤銷改
30 判等語，並無理由，應予以駁回。

31 四、復按法院為刑罰裁量時，除應遵守平等原則、保障人權之原

01 則、重複評價禁止原則，以及刑法所規定之責任原則，與各
02 種有關實現刑罰目的與刑事政策之規範外，更須依據犯罪行
03 為人之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，
04 以及行為人再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防
05 犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求平衡，而
06 為適當之裁量。又關於刑之量定，係實體法賦予法院得依職
07 權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57
08 條各款所列事項而未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權
09 限，即不得任意指摘為違法或不當。查原審就被告所犯本件
10 法定刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑之殺人未遂
11 罪，先依累犯規定加重、再依未遂犯規定減輕其刑後，僅判
12 處有期徒刑5年6月，並無量刑過重情事，業已審酌刑法第57
13 條等一切情狀（見原審判決書第14至15頁所載），所為量刑
14 應屬允當，應予維持。被告上訴意旨並未就原審之量刑事由
15 為具體指摘，而執前開情詞請求改判並從輕量刑等語，並無
16 理由，已如前述，然本件既經本院駁回被告之上訴業如前
17 述，爰併予敘明並駁回此部分之上訴。

18 據上論結，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

19 本案經檢察官羅水郎提起公訴，檢察官許月雲到庭執行職務。

20 中 華 民 國 112 年 11 月 21 日

21 刑事第九庭 審判長法官 李淑惠

22 法官 林家聖

23 法官 呂明燕

24 以上正本證明與原本無異。

25 如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其
26 未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
27 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

28 中 華 民 國 112 年 11 月 21 日

29 書記官 戴育婷

30 附件：原審111年度訴字第161號刑事判決

31 臺灣高雄地方法院刑事判決

公 訴 人 臺灣高雄地方檢察署檢察官

被 告 潘佳河

指定辯護人 林俊寬律師

上列被告因殺人未遂案件，經檢察官提起公訴（110年度偵緝字第1243號），本院判決如下：

主 文

潘佳河犯殺人未遂罪，累犯，處有期徒刑伍年陸月。

事 實

一、潘佳河與李東和（已歿）分租高雄市○○區○○○路000號10樓之0雅房，於民國107年1月17日23時許，潘佳河因不滿李東和吸食強力膠產生臭味及觀看A片聲音吵雜問題而與李東和起爭執，並發生扭打，潘佳河明知人體頭部乃身體重要部位且為生命中樞，其內具有大腦、小腦及腦幹等維持人體生命不可或缺但構造又極為脆弱之器官，如以質地堅硬之器物攻擊頭部，極可能造成他人死亡之結果，竟仍基於即使發生他人死亡之結果，亦不違背其本意之之殺人不確定故意，於李東和倒地後，接續徒手及持安全帽不斷地朝李東和的頭部、身體各處猛擊，並口呼「要給你死」，直至李東和頭部外傷、多處顏面骨骨折、軀幹右上肢、右下肢多處擦傷陷入重度昏迷始罷手。警方獲報後到場，並通知救護車到場將李東和送往高雄醫學大學附設中和紀念醫院（下稱高醫）急診就醫，因重度昏迷關係，且發現李東和腦幹旁邊的基底腦池有延遲性顱內出血的情形，翌（18）日14時30分許，轉入加護病房。嗣因李東和生命跡象穩定，但意識混淆，於107年2月12日由高醫社工王婷瑩將李東和轉介至新松柏養護中心，惟於107年3月21日李東和因身體狀況不穩定經送往正大醫院就診，因病情膠著未有進展，遂於107年4月2日再將李東和送至高醫急救，並於同年0月00日出院，復於同年4月22日新松柏養護中心將李東和送至正大醫院急救後，因慢性阻塞性肺病併急性發作死亡。

01 二、案經臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）檢察官簽分及
02 高雄市政府警察局三民第二分局（下稱三民二分局）報告高
03 雄地檢署檢察官偵查起訴。

04 理 由

05 一、證據能力部分：

06 (一)證人賴韋宏於110年5月11日警詢時所為之證述，對被告潘佳
07 河具有證據能力：

08 1.被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中
09 所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之
10 特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑
11 事訴訟法第159條之2定有明文。是依本條規定，被告以外之
12 人於檢察事務官、司法警察（官）調查時所為之陳述，屬傳
13 聞證據，依同法第159條第1項規定，本無證據能力，必具備
14 「可信性」及「必要性」二要件，始例外得適用上開第159
15 條之2規定，認有證據能力，而得採為證據。此之「必要
16 性」要件，必須該陳述之重要待證事實部分，與審判中之陳
17 述有所不符，包括審判中改稱忘記、不知道等雖非完全相
18 異，但實質內容已有不符者在內，且該審判外之陳述，必為
19 證明犯罪之待證事實存在或不存在所不可或缺，二者兼備，
20 始足當之。故此所謂「為證明犯罪事實存否所必要者」，既
21 必須達不可或缺之程度，自係指就具體個案案情及相關卷證
22 判斷，為發現實質真實目的，認為除該項審判外之陳述外，
23 已無從再就同一供述者取得與其上開審判外陳述相同供述內
24 容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言
25 （最高法院95年台上字第4414號判決意旨參照）。

26 2.辯護人爭執證人賴韋宏警詢證述之證據能力（見本院111年
27 度訴字第161號卷一【下稱訴一卷】第87頁）。查，證人賴
28 韋宏就本案事發當時，被告是如何攻擊被害人李東和乙節，
29 於警詢時證稱：我看到李東和與潘佳河兩人扭打在一起，李
30 東和後來跌倒在地，潘佳河見狀就追上去跨坐在李東和身
31 上，徒手毆打他頭部大約4至5下，後來更拿安全帽毆打他的

01 頭部大約10下左右等語（見警卷第40至41頁），然於本院審
02 理時，經檢察官詢問被告有無以拳頭毆打被害人李東和時，
03 答稱：都有吧，我也看不清楚，我就看到安全帽，應該是用
04 安全帽毆打李東和之頭部，打了不少下，距離製作警詢筆錄
05 時已經很久了，我也不太記得了，就是大概看到潘佳河有這
06 樣打李東和等語（見訴一卷第126頁），可見證人賴韋宏關
07 於上開情事，於警詢及本院審理時之證詞，存有前後陳述實
08 質內容不符之情。

09 3.審酌證人賴韋宏於本院證述時之記憶可能隨著時間經過而流
10 逝，且考量證人賴韋宏接受司法警察調查之時間係000年0月
11 間，斯時記憶應較審理時為深刻，可立即反應所知，較不致
12 因時隔日久而遺忘案情；復觀諸上開警詢筆錄，未見員警有
13 刻意誘導之嫌，有上揭警詢筆錄在卷可按（見三民第二分局
14 高市警三二分偵字第11072653800號卷【下稱警卷】第39至4
15 2頁），益見證人賴韋宏於製作上開警詢筆錄時之客觀外在
16 環境，並無遭外力干擾之虞，證人賴韋宏所為之證述自應具
17 任意性。

18 4.再證人賴韋宏於警詢中之證述實為證明本件犯罪事實所必
19 要，而觀諸證人賴韋宏於本院審理時之作證情況，可知於審
20 判中已無法取得與證人賴韋宏前於警詢中相同之供述，其陳
21 述自屬「證明犯罪事實存否所必要者」，綜上說明，可認證
22 人賴韋宏於警詢時之陳述係出於自由意志而為陳述，且斯時
23 記憶較審判中深刻，已具特別可信之情狀，又為證明被告是
24 否涉犯本件犯行所必要，依刑事訴訟法第159條之2規定，自
25 應認有證據能力。故辯護人主張證人賴韋宏警詢時之證述無
26 證據能力，並非可採。

27 (二)證人賴韋宏於110年10月21日在檢察官訊問時以證人身分具
28 結後所為之證述，對被告具有證據能力：

29 1.按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可
30 信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定
31 有明文。考其立法意旨，係以刑事訴訟法規定檢察官代表國

01 家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人
02 之職權，證人、鑑定人且須具結，其可信性極高，而具結之
03 陳述已具足以取代被告反對詰問權信用性保障情況之要件，
04 又實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳
05 述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，為兼顧理論
06 與實務，爰於第2項明定被告以外之人於偵查中向檢察官所
07 為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。是被告如
08 未主張顯有不可信之情況時，檢察官自無從就無該例外情形
09 而為舉證，法院亦毋庸在判決中說明無例外情形存在之必
10 要；僅於被告主張有例外情形而否定其得為證據時，法院始
11 須就有無該例外情形予以調查審認。另綜觀刑事訴訟法第24
12 8條第1項及第2項之規定，除並未要求檢察官須待被告在
13 場，始得訊問證人、鑑定人，即令被告在場，如證人、鑑定
14 人於被告前有不能自由陳述之情形，仍可不許被告親自詰問
15 證人、鑑定人，是初已無所謂偵查中應給予被告詰問證人機
16 會，如未經被告行使對質詰問權，證人於偵查中具結之證述
17 亦無證據能力之理。此種證據須於法院審判中經踐行含詰問
18 程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據，乃屬於人
19 證之調查證據程序規定，與本條項係有關被告以外之人於偵
20 查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，應分別以觀（最高
21 法院105年度台上字第662號判決意旨參照）。

22 2.證人賴韋宏於檢察官訊問時以證人身分具結後所為之陳述，
23 經辯護人主張該證述為審判外之陳述，應無證據能力（見訴
24 一卷第87頁）。本院審酌證人賴韋宏於偵查中已依法具結，
25 以擔保其係據實陳述，在客觀外部情狀上，並無遭檢察官違
26 法取供及其他外力干擾等證明力明顯過低之瑕疵，有其110
27 年10月21日之偵查筆錄附卷可參（見高雄地檢署110年度偵
28 字第17278號卷【下稱偵卷】第61至63頁），是就該外在環
29 境與條件予以綜合觀察審酌，堪認足以擔保該份筆錄製作過
30 程可信性。且本院亦於審理中以證人身分傳喚證人賴韋宏到
31 庭，而給予被告及其辯護人對質、詰問之機會，被告及其辯

01 護人復未具體指出證人賴韋宏於偵查中向檢察官所為之陳
02 述，有何顯不可信之情況，揆諸前揭法條及判決意旨，證人
03 賴韋宏於偵查中經具結之證述，對被告自具有證據能力。辯
04 護人空言辯稱證人賴韋宏於偵查中所為之陳述屬審判外之陳
05 述，故無證據能力云云，顯無可採。

06 3.除上開證據外，本判決下開所引用具有傳聞證據性質之證據
07 資料，經檢察官、被告及其辯護人於本院行準備程序時，均
08 表示同意有證據能力（見訴一卷第86至87頁），本院審酌該
09 等證據作成之情況，既無違法取得情事，復無證明力明顯過
10 低等情形，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159
11 條之5第1項規定，對被告均有證據能力。

12 貳、實體部分：

13 一、認定犯罪事實之證據及理由：

14 訊據被告固不否認有於前揭時、地，因不滿被害人吸食強力
15 膠產生臭味及觀看A片聲音吵雜問題而與被害人起爭執，其
16 有持安全帽毆打被害人之頭部數下及右手手肘等事實，惟矢
17 口否認有何殺人未遂之犯行，辯稱：當天我去找李東和，跟
18 他說用手機看A片時要用耳機聽，李東和就手持利器坐起
19 來，作勢要對我攻擊，且李東和有吸強力膠，我會害怕，所
20 以我有用安全帽打他的右手肘，把他手上的武器打掉，也有
21 打他的頭，我只是在保護自己云云（見訴一卷第122頁，本
22 院111年度訴字第161號卷二【下稱訴二卷】第42至43頁），
23 辯護人則以：被告行為時，只是因為被害人太吵而加以教
24 訓，其與被害人平常關係沒有惡劣，也無宿怨，被告不至於
25 有殺人或重傷之故意，頂多是傷害故意，被告雖坦承有持安
26 全帽毆打被害人，但安全帽的材質有重有輕、有堅硬及不堅
27 硬之分，事發當時並無錄影畫面可以證明被告用安全帽毆打
28 被害人的力道有多大，不能僅以被告是持安全帽毆打被害
29 人，就認為被告有殺人之故意，當時到場處理之員警江長宴
30 也證述被害人當時還有意識，且被害人至高醫急診，經手術
31 後病況穩定，再參考高雄市消防局現場救護紀錄表，被害人

01 的傷勢是額頭腫脹，顏面有多處割傷，可見傷勢部分多為外
02 傷，頭部並無受到很重大的打擊，造成其有腦內出血之現
03 象，故從傷勢情形來看，也無法認定被告當時有下重手，可
04 見被告行為時並無殺人之故意，至多為傷害故意，且是基於
05 被害人可能攻擊被告的跡象，被告是基於正當防衛等語（見
06 訴一卷第122頁，訴二卷第49頁、第53至58頁），為被告辯
07 護。經查：

08 (一)被告與被害人於107年1月17日23時許，在分租之高雄市○○
09 區○○○路000號11樓之8雅房內，被告因不滿被害人吸食強
10 力膠產生臭味及觀看A片聲音吵雜問題而與被害人起爭執，
11 並發生扭打，被告有徒手及持安全帽毆打被害人之頭部及身
12 體，警方獲報後到場，並通知救護車到場將被害人送往高醫
13 急診，因重度昏迷關係，且發現被害人腦幹旁邊的基底腦池
14 有延遲性顱內出血的情形，翌（18）日14時30分許，轉入加
15 護病房。嗣因被害人生命跡象穩定，但意識混淆，於107年2
16 月12日由高醫社工王婷瑩將被害人轉介至新松柏養護中心，
17 惟於107年3月21日被害人因身體狀況不穩定經送往正大醫院
18 就診，因病情膠著未有進展，遂於107年4月2日再將被害人
19 送至高醫急救，並於同年0月00日出院，復於同年4月22日新
20 松柏養護中心將被害人送至正大醫院後急救後死亡，正大醫
21 院並開立死亡原因為「慢性阻塞性肺病併急性發作」之死亡
22 證明書之事實，業據證人即在場之人賴韋宏於警詢、偵查中
23 及本院審理時（見警卷第39至42頁，偵卷第61至62頁，訴一
24 卷第124至141頁）、證人即到場處理員警黃耀輝、江長宴於
25 本院審理時（見訴一卷第242至247頁、第338至347頁）、證
26 人即高醫急診室醫生王澤倫、林彥克於警詢時（見警卷第63
27 至67頁、第69至71頁）、證人即新松柏養護之家主任邢原魁
28 於警詢時（見警卷第142至143頁）、證人即正大醫院院長李
29 鵬舉於警詢時（見警卷第233至235頁）證述明確，復據被告
30 坦認在卷（見警卷第84至85頁，訴二卷第42至43頁），並有
31 報案人趙焜堃之報案錄音檔譯文（見警卷第49頁）、三民第

01 二分局民族路派出所110報案紀錄單（見高雄地檢署110年度
02 他字第4473號卷【下稱他卷】第13頁）、高雄市政府消防局
03 110年5月10日高市消防護字第11032190900號函暨救護紀錄
04 表（見警卷第59至61頁）、李東和107年1月18日、同年2月2
05 3日、2月12日高醫診斷證明書及病歷資料（見警卷第77至10
06 0頁、第147至149頁）、高醫社會服務室個案照會回覆單
07 （見警卷第105至135頁）、高雄市政府社會局110年5月20日
08 高市社無障礙字第11070205600號函暨被害人李東和之個案
09 摘要表（見警卷第137至139頁）、被害人李東和之高醫出院
10 診療計畫及出院病歷摘要（見警卷第151至194頁、第377至3
11 93頁）、新松柏養護中心救護安置資料（見警卷第195至231
12 頁）、死亡證明書（見警卷第241頁）、被害人李東和之正
13 大醫院病歷資料（見警卷第255至375頁）、證人賴韋宏於本
14 院審理時當庭繪製之事發現場圖（見訴一卷第147頁）、現
15 場照片（見訴一卷第185至191頁）、證人黃耀輝於本院審理
16 時當庭繪製之事發現場圖（見訴一卷第225頁）、高醫111年
17 9月13日高醫附法字第1110105935號函（見訴一卷第256之1
18 頁）、高雄市私立新松柏養護之家111年10月10日（111）新
19 松柏字第62號函（見訴一卷第263頁）等在卷可稽，此部分
20 事實首堪認定。

21 (二)被害人所受上開傷勢，係遭被告徒手及持安全帽毆打頭部及
22 身體各處所致：

23 1.證人賴韋宏於警詢時證稱：當天我看見潘佳河與李東和兩人
24 扭打在一起，李東和後來不敵潘佳河攻擊，跌倒在地上，潘
25 佳河見狀就追上去跨坐在李東和身上，徒手毆打李東和的頭
26 部大約4至5下，後來更拿安全帽攻擊他的頭部大約10下左
27 右，李東和沒有再還擊了，李東和主要都是頭部受傷，整個
28 臉都是血，地板都是李東和的血等語（見警卷第40至41
29 頁），復於偵查中證稱：李東和與潘佳河打架，李東和倒地
30 時，潘佳河跨坐李東和身上，以半罩式的安全帽大力擊打李
31 東和的頭部，過程中潘佳河有對李東和說「要給你死」之類

01 的話，且都是針對李東和的頭部一直猛力地打，李東和就沒
02 什麼力氣掙扎了，李東和的頭部有流血等語（見偵卷第61至
03 62頁），嗣於本院審理時證稱：當天我看到潘佳河拿安全帽
04 毆打李東和之頭部，打了不少下，李東和的頭部及身上都有
05 血，潘佳河有說「要給你死」之類的話等語（見訴一卷第12
06 5至128頁、第130至133頁、第136頁），已明確證述被告事
07 發當時有徒手及持安全帽毆打被害人之頭部，被害人之頭部
08 及臉部均有流血等情。而被告於警詢時亦自承：當天我是徒
09 手及用安全帽攻擊李東和之身體及頭部等語（見警卷第9
10 頁），衡以證人賴韋宏與被告及告訴人係分租高雄市○○區
11 ○○○路000號11樓之8雅房之人，而依卷內證據資料，並未
12 顯示證人賴韋宏與被告有何怨隙，且自證人賴韋宏證述被告
13 與被害人有互毆之情事可知，其證述內容尚屬客觀、中立，
14 並無偏袒任何一方之情，又證人賴韋宏之證言並經具結後為
15 之，是苟非實情，當無甘冒偽證追訴之風險而設詞誣攀被告
16 之動機或必要，故其所證目睹被告與被害人互相扭打，被告
17 於被害人倒地後有徒手及手持安全帽毆打被害人頭部之經
18 過，應屬實情而可採信。

19 2.又被害人於事發之後，救護人員旋即於當天23時26分許抵達
20 事發地點，並於同日23時36分將被害人送至高醫治療，其臉
21 部皆有血跡，且額部腫脹，經診斷受有頭部外傷、多處顏面
22 骨骨折、軀幹右上肢、右下肢多處擦傷等傷害，有高雄市政
23 府消防局110年5月10日高市消防護字第11032190900號函暨
24 救護紀錄表（見警卷第59至61頁）、高醫107年1月18日診斷
25 證明書及病歷資料（見警卷第77至100頁）等在卷足憑，該
26 傷勢經核與證人賴韋宏證述被告有持安全帽毆打被害人之頭
27 部，及被告自承有徒手及持安全帽毆打被害人之身體及頭部
28 之行為可能產生之傷勢相符，與一般常情事理無違。

29 3.綜合上開各情，堪認被害人所受之頭部外傷、多處顏面骨骨
30 折、軀幹右上肢、右下肢多處擦傷之傷勢應係被告徒手及持
31 安全帽毆打被害人之頭部及身體之行為所造成。

01 (三)被告主觀上具有殺人之不確定故意：

02 1.按刑法上殺人未遂與傷害之區別，應視加害人有無殺意為
03 斷。而被害人所受之傷害程度，固不能據為認定有無殺意之
04 唯一標準，但加害人下手之輕重、加害之部位等，於審究犯
05 意方面，仍不失為重要參考資料。細言之，殺人決意，乃行
06 為人的主觀意念，此主觀決意，透過客觀行為外顯；外顯行
07 為則包含準備行為、實施行為及事後善後行為等。審理事實
08 的法院，應就調查所得的各項客觀事實，予以綜合判斷，而
09 探究、認定行為人的主觀犯意，亦即應審酌當時所存在的一
10 切客觀情況，例如行為人與被害人的關係；行為人與被害人
11 事前之仇隙，是否足以引起殺人的動機；行為當時的手段，
12 是否猝然致被害人難以防備；攻擊力勁，是否猛烈足致使人
13 斃命；攻擊所用器具、部位、次數；及犯後處理情況等全盤
14 併予審酌（最高法院107年度台上字第2858號判決意旨參
15 照）。

16 2.就案發當時被告與被害人發生爭執及扭打，被告進而毆打被
17 害人之原因，證人賴韋宏於警詢及本院審理時證稱：當時李
18 東和在他房間內吸食強力膠並看色情片，吵到潘佳河，潘佳
19 河就過去要叫李東和不要再吸食強力膠會有臭味，並要他將
20 色情片的聲音調小聲一點，之後就開始爭執，並衍生扭打等
21 語（見警卷第40至41頁，訴一卷第124頁）明確，核與被告
22 於警詢時供稱：事發前一天，我下班後很累，李東和在他房
23 間看A片，而且用擴音聲音很大，吵得我無法入睡，於是我
24 過去很客氣的跟他說請用耳機，不要用擴音，李東和也答
25 應，後續我去上班，回家後，又聽到李東和在看A片的聲
26 音，並且有搓塑膠袋的聲音，我走過去跟李東和說，你昨天
27 不是答應我要用耳機看影片，就看到李東和在吸食強力膠，
28 還問我要不要吸，我很生氣地告訴李東和不要干擾到我，接
29 續他就罵我了等語（見警卷第9頁），及本院審理時供稱：
30 我連續好幾天都被李東和吵到無法睡覺，前兩、三天我都有
31 到他房間好好說，他有耳機但是都不用，就是要開擴音，他

01 先罵我，且講話口氣差，所以才會跟他吵起來等語（見訴二
02 卷第46頁）相符，依證人賴韋宏前開證述及被告前開陳述，
03 可知案發前兩、三天被告已因被害人觀看A片聲音吵雜問題
04 而有不滿，情緒已然不佳，於案發當天，下班後想休息之
05 際，見被害人屢勸不聽，仍以擴音方式觀看A片，更吸食強
06 力膠產生臭味，乃與被害人理論，兩人發生爭執，被告一時
07 氣憤難以抑制，情緒已有失控，而持安全帽毆打被害人之頭
08 部等情。是就本案發生前被告所受之刺激及案發起因以觀，
09 被告有侵害告訴人生命法益之動機。

10 3.而觀之證人賴韋宏前開於警詢、偵查中及本院審理時之證述
11 （詳貳、一(二)），可證被告於下手時確有口出「要給你死」
12 等語，且於被害人不支倒地後，先徒手毆打被害人之頭部數
13 下後，猶未罷手，復持安全帽毆打被害人之頭部數下。參以
14 證人林彥克於警詢時證稱：從李東和多處顏面骨骨折的傷勢
15 來判斷，可以合理判斷是頭部受到重擊所造成，重擊頭部是
16 可能造成死亡的結果的等語（見警卷第71頁），可知被告持
17 安全帽毆打被害人頭部之力道猛烈。而安全帽係用來保護頭
18 部，通常是使用不易碎裂之材質製成，質地尚屬堅硬，自足
19 以作為行兇之用而具殺傷力甚明。衡以人體頭部乃身體重要
20 部位且為生命中樞，其內具有大腦、小腦及腦幹等維持人體
21 生命不可或缺但構造又極為脆弱之器官，如持安全帽攻擊頭
22 部，極可能造成他人死亡之結果，此乃常人日常生活經驗所
23 亟易體察知悉之事，更屬眾所週知之常識，而被告於案發時
24 係已為36歲之成年人，自陳高職肄業之智識程度，職業為保
25 全（見訴二卷第48頁），依其社會生活之通常經驗與智識程
26 度，對此應有認識，斷無不知之理。被告於本院審理中亦自
27 承：我知道拿安全帽打李東和頭部，可能會造成他死亡等語
28 （見訴二卷第45頁）。被告既已預見如此，見被害人倒地呈
29 現無力反抗之勢，竟持足以作為行兇之用之安全帽，毆擊被
30 害人之頭部，且其毆打之力道至猛，造成被害人受有頭部外
31 傷、多處顏面骨骨折等嚴重之傷勢，堪認被告於案發時即已

01 萌生戕害被害人生命之殺意，並進而持安全帽毆打被害人之
02 頭部。

03 4.從而，本院審酌被告犯案之動機、所持兇器種類為安全帽、
04 下手攻擊位置為人體重要部位之頭部、傷害程度及下手力道
05 甚猛等情狀，參以被告與被害人發生爭執時，有對被害人口
06 出「要給你死」等語，且見被害人倒地後，仍持安全帽朝被
07 害人頭部攻擊，造成被害人受有頭部外傷、多處顏面骨骨
08 折、軀幹右上肢、右下肢多處擦傷等傷勢，堪認被告於案發
09 時，已預見其持安全帽重擊被害人之頭部多下，將可能肇致
10 被害人死亡之結果，猶執意為之，容任死亡結果之可能發
11 生，其具有殺人之不確定故意，而非僅止於傷害之犯意，應
12 屬至為灼然。

13 (四)至起訴書固記載被告有以腳踹被害人四肢，惟查：

14 證人賴韋宏於警詢時證稱：當天我看見潘佳河徒手及手持安
15 全帽毆打李東和之頭部等語（見警卷第40至41頁），復於偵
16 查中及本院審理時同證：潘佳河有持安全帽大力擊打李東和
17 的頭部等語（見偵卷第61至62頁，訴一卷第125至127頁、第
18 130至133頁、第136頁）明確，核與被告於警詢時則自承：
19 當天我是徒手及用安全帽攻擊李東和之身體及頭部等語（見
20 警卷第9頁）大致相符，其等上開陳述內容，至多僅能證明
21 被告案發當時有徒手及持安全帽毆打被害人頭部及身體。
22 被告於本院審理中否認有以腳踹被害人（見訴二卷第45
23 頁），卷內亦無證據證明被告有以腳踹被害人四肢，自無
24 從認定被告於事發當時有以腳踹被害人四肢，起訴書此部
25 分所認，稍有未合，併予指明。

26 (五)辯護人固辯以：被告與被害人無宿怨，被告不至於有殺人
27 或重傷之故意，頂多是傷害故意云云，然衡諸現行實務之殺人
28 案件中，行為人有預謀多時者，亦不乏一時衝動而為之者，
29 有因長期仇怨而起殺意者，亦有因突發之衝突而萌生殺意
30 者，且造成行為人殺人動機之事由多端，原難一概而論，僅
31 因些微細故即起意殺害之案例亦有，被告一時情緒激憤所

01 為，並無法因此推導出被告必然只有傷害被害人之犯意，仍
02 應依前述被告下手之部位、攻擊力道及經過等情狀加以判
03 斷，辯護人徒以被告與被害人間無怨隙，遽指被告絕無殺人
04 之故意，難認有據；辯護人另辯以：被害人經手術後病況穩
05 定，再參考高雄市消防局現場救護紀錄表，被害人的傷勢是
06 額頭腫脹，顏面有多處割傷，可見傷勢部分多為外傷，頭部
07 並無受到很重大的打擊，可見被告行為時並無殺人之故意云
08 云，然被害人經送至高醫急診時，其昏迷指數是4分，正常
09 人為15分，4分已經是重度昏迷的程度，呼吸窘迫，且顱內
10 有延遲性出血等情，業據證人王澤倫於警詢時證述明確（見
11 警卷第64頁），並有被害人之高醫病歷資料在卷可憑（見警
12 卷第79頁），可知被害人遭被告毆打後，已呈現重度昏迷之
13 狀態，顯見其所受傷勢非輕，無從僅因被害人經治療後無生
14 命危險，即認被告行為時並無殺人之故意；又現場護理紀錄
15 表所記載者，係救護人員到場時就其所見之傷勢外觀予以紀
16 錄，被害人實際所受之傷勢為何，仍應經醫生醫治診療後方
17 能判斷，被害人經送至高醫急診後，經診斷就頭部係受有頭
18 部外傷、多處顏面骨骨折等傷害，自無從僅以現場護理紀錄
19 記載被害人之傷勢是額頭腫脹，顏面有多處割傷，遽認被害
20 人所受傷勢均為外傷，被告無殺人之故意，辯護人此部分所
21 辯，同難採信。

22 (六)至辯護人另辯以：被告是基於被害人可能攻擊被告之跡象而
23 攻擊被害人，有正當防衛之情形云云，惟：

24 1.按正當防衛必須對於現在不法之侵害，始足當之，防衛過
25 當，亦以有防衛權為前提；刑法上之防衛行為，係以基於排
26 除現在不法之侵害而不超越必要之程度。惟侵害業已過去，
27 或預料有侵害而侵害尚屬未來，或無從分別何方為不法侵害
28 之互毆行為，均不得主張防衛權，而互毆係屬多數動作構成
29 單純一罪，而互為攻擊之傷害行為，縱令一方先行出手，還
30 擊之一方，在客觀上苟非單純對於現在不法之侵害為必要排
31 除之反擊行為，因其本即有傷害之犯意存在，自無主張防衛

01 權之餘地（最高法院108年度台上字第4328號判決意旨參
02 照）。

03 2.被告於警詢時供稱：當時李東和站起來恐嚇我，我見到他手
04 上有持武器，我才到客廳處持安全帽，接著我們就打起來了
05 等語（見警卷第11頁、13頁），嗣於本院審理時供稱：當時
06 李東和的床上放有利器，很像剪刀，又很像水果刀，我不確
07 定，就是尖尖的，沒有拿在手上，是放在棉被旁邊，如果他
08 當時拿了床上的利器，現在躺在地上的人可能就是我等語
09 （見訴二卷第47頁），對於被害人於案發當時有無手持利器
10 乙節，前後供述不一，已難盡信。而觀之證人賴韋宏前開於
11 警詢、偵查中及本院審理時之證述，被告係於被害人倒地
12 後，徒手及持安全帽毆打被害人頭部，斯時被害人並無對
13 被告進行不法侵害，被告前揭所為核與正當防衛之要件不
14 符，並無成立正當防衛之餘地。是辯護人上開所辯，亦非可
15 採。

16 (七)綜上所述，被告及其辯護人辯稱被告無殺人犯意云云，俱屬
17 事後卸責之詞，不足採信。從而本案事證明確，被告殺人未
18 遂犯行堪以認定，應予依法論科。

19 二、論罪部分：

20 (一)核被告所為，係犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂
21 罪。被告先後徒手及持安全帽毆打被害人行為，造成被害
22 人受有前揭傷勢，屬於密接之時、地實施並侵害同一法益，
23 各行為獨立性極為薄弱，依社會通常觀念難以強行分開，在
24 刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行
25 為予以評價，較為合理，應論以接續犯一罪。

26 (二)刑之加重、減輕事由：

27 1.累犯之加重：

28 被告前因詐欺案件，經本院以105年度簡字第769號判決判處
29 有期徒刑3月確定，又因傷害案件，經本院以105年度簡字第
30 1063號判決判處有期徒刑3月確定，上開2罪嗣經本院以105
31 年度聲字第2878號裁定應執行有期徒刑5月確定，於106年11

01 月15日執行完畢等情，業經檢察官提出高雄地檢署檢察官執
02 行指揮書為證（見訴一卷第151頁），並經本院核對臺灣高
03 等法院被告前案紀錄表屬實，被告於有期徒刑執行完畢後5
04 年內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，依刑法第47條第1
05 項規定構成累犯。依司法院釋字第775號解釋文及理由之意
06 旨，係指構成累犯者，不分情節，一律加重最低本刑，於不
07 符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰
08 超過其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原
09 則。於此範圍內，在修正前，為避免發生上述罪刑不相當之
10 情形，法院就該個案應裁量是否加重最低本刑；依此，該解
11 釋係指個案應量處最低法定刑、又無法適用刑法第59條在內
12 減輕規定之情形，法院應依此解釋意旨裁量不予加重最低本
13 刑（最高法院108年度台上字第338號判決亦同此旨），本院
14 考量被告前已因傷害案件執行完畢，卻未因徒刑之執行而知
15 所警惕，再犯本案犯行，對刑罰反應力薄弱，非屬司法院釋
16 字第775號中所稱「一律加重最低本刑，於不符合刑法第59
17 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負
18 擔罪之個案」，故被告就本案犯行，應依刑法第47條第1項
19 累犯規定加重其刑（法定本刑死刑、無期徒刑部分，不得加
20 重）。

21 2.未遂犯之減輕：

22 被告已著手殺人行為之實施，惟未造成被害人死亡之結果，
23 為未遂犯，其犯行所生損害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條
24 第2項規定，按既遂犯之刑減輕其刑。

25 3.被告所犯本件犯行，有上開累犯加重其刑及未遂犯減輕其刑 26 之適用，依刑法第71條第1項規定，應先加而後減之（法定 27 本刑死刑、無期徒刑部分，不得加重）。

28 三、科刑部分：

29 爰以行為人責任為基礎，審酌被告不思以理性方式解決問題
30 並克制情緒，僅因不滿被害人以擴音方式觀看A片，屢勸不
31 聽，且吸食強力膠產生臭味，即心生不滿，無視被害人可能

01 發生死亡結果，仍徒手及持安全帽朝被害人之頭部、身體各
02 處猛力毆打，致被害人受有事實欄所示多處傷勢，被害人雖
03 終未發生死亡結果，但被害人仍受有前揭至為嚴重之傷勢，
04 被告欠缺自我情緒管理之能力及尊重他人生命、身體法益之
05 觀念，實有不該；且迨至本院審理言詞辯論終結前猶飾詞圖
06 卸其責，難認犯後有所悔意；另酌以被告除前開構成累犯部
07 分不重複評價外，另有詐欺、毒品危害防制條例、竊盜、妨
08 害名譽等前科紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可
09 憑，素行非佳；暨被告於本院審理時自陳高職肄業之智識程
10 度，現從事保全業，每月收入約新臺幣1萬多至2萬元左右之
11 生活狀況（見訴二卷第48頁）等一切情狀，量處如主文所示
12 之刑。

13 四、沒收部分：

14 被告用以毆打被害人之安全帽1頂，雖為本件犯罪所用之
15 物，惟並非被告所有，業據其供述在卷（見警卷第9頁），
16 卷內復無證據足資證明被告就該頂安全帽具有事實上之共同
17 處分權限，自無從併予宣告沒收。

18 據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

19 本案經檢察官羅水郎提起公訴，檢察官郭武義到庭執行職務。

20 中 華 民 國 112 年 6 月 7 日

21 刑事第十庭 審判長法官 楊書琴

22 法官 蔣文萱

23 法官 吳俞玲

24 以上正本證明與原本無異。

25 如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應
26 敘述具體理由。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日
27 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
28 逕送上級法院」。

29 中 華 民 國 112 年 6 月 7 日

30 書記官 陳芳蘭

31 附錄本案論罪科刑依據之法條：

- 01 《中華民國刑法第271條》
- 02 殺人者，處死刑、無期徒刑或10 年以上有期徒刑。
- 03 前項之未遂犯罰之。
- 04 預備犯第1 項之罪者，處2 年以下有期徒刑。