

最高法院刑事判決

111年度台上字第2491號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官陳昱旗
被告 黃亭皓

上列上訴人因被告殺人案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國111年3月29日第二審更審判決（110年度重上更一字第29號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署105年度偵字第12870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。

二、原判決以公訴意旨略以：

被告黃亭皓與被害人李茂松於民國105年7月30日21時許，在臺南市○○區○○路000號之0鈞具行(下稱鈞具行)前，因發生口角衝突而互毆。被害人遂騎乘機車離去，旋至不詳地點，取得具殺傷力之改造手槍1枝（下稱手槍，內含彈匣及子彈7顆），返回現場，並持手槍抵住被告頭部。被告竟基於殺人之犯意，趁機自酒桌下取出魚刀1把(下稱魚刀)反擊，繼而發生扭打，被害人持用手槍射擊被告左手臂，被告則手持魚刀刺擊被害人之左腋、右胸、右上腹及右下腹共4刀，致被害人右肺、肝右葉、腸道及右腎遭刺傷，經送醫救

01 治，仍因創傷性休克及多重器官衰竭，於同年8月3日上午7
02 時2分許不治死亡，因認被告涉犯刑法第271條第1項之殺人
03 罪嫌。惟經審理結果，認為被告係犯刑法第277條第2項前段
04 傷害致死罪，但有正當防衛之阻卻違法事由，因而撤銷第一
05 審之科刑判決，改判諭知被告無罪，已詳敘其取捨證據及得
06 心證之理由。對於檢察官所舉證據，何以不足以證明被告有
07 罪，予以指駁，俱有卷存證據資料可資覆按。

08 三、檢察官上訴意旨略以：

09 (一)被告嫻於使用魚刀，而魚刀長19公分，被告刺入被害人腹部
10 深達12公分，足認其用力甚重，有致被害人於死之故意。且
11 被害人並未朝被告之頭部開槍射擊，被告以上述方式刺擊被
12 害人，可見其有殺人之未必故意。原判決未審酌上情，逕認
13 被告係正當防衛所為，且未有防衛過當之情事，其採證認事
14 顯有違誤。 □

15 (二)被害人固手持手槍前往，且有開槍行為。但依目擊證人陳儒
16 良之證詞及被告之供述，被害人原僅持手槍毆打被告，並無
17 致被告於死之意。被告隨即撥開手槍，致生事端，被告得否
18 主張正當防衛？是否誤想防衛？均非無深入探究之餘地。況
19 被害人雖扣動扳機發射子彈，但是否係被告撥開手槍時，被
20 害人誤觸扳機？抑或被害人故意扣動扳機？亦有再加審酌之
21 餘地。再者，依原審勘驗案發現場之監視錄影紀錄結果，被
22 告於被害人手持手槍衝入釣具行內毆打被告之始，至被告手
23 持魚刀脫手為止，應僅10餘秒時間，足認被告旋即取得絕對
24 優勢，並刺擊被害人2刀，而被告於刺擊第1刀時，即已知被
25 害人難與之匹敵，且手槍已卡彈，難以擊發，竟於刺擊第2
26 刀時，加大力道，已非出於正當防衛之意思，而有殺害被害
27 人之故意。原審未詳加調查、審認，徒以被害人有開槍射擊
28 為由，逕認被告構成正當防衛，有調查職責未盡及理由欠備
29 之違法。

30 四、經查：

31 證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實審

01 法院的自由裁量、判斷職權；此項裁量、判斷，倘不違反客
02 觀存在的經驗法則或論理法則，即難指為違法，而資為上訴
03 第三審的適法理由。

04 刑法第23條之正當防衛，係以對於現在不法之侵害，而出於
05 防衛自己或他人權利之行為為要件，亦即以行為人主觀上具
06 有防衛之意思，客觀上存有緊急防衛情狀之現在不法侵害，
07 出於防衛自己或他人權利，且所施之防衛手段須具有必要性
08 為要件。正當防衛，本質上是一種對他人法益的侵害行為，
09 形式上抵觸刑法規範而符合特定犯罪的不法構成要件，但從
10 整體法秩序的觀點，此種行為在法律的評價上欠缺違法性。
11 所謂「不法之侵害」，係指對於自己或他人之權利施加實害
12 或危險之違反法秩序行為，不管是故意或過失，作為或不作
13 為均包含在內。所謂「權利」，則係指刑法及其特別法保護
14 之法益。所稱「現在」，乃有別於過去與將來，係指不法侵
15 害依其情節迫在眉睫、已經開始、正在繼續而尚未結束而
16 言。若不法侵害已成過去或預料有侵害而不法侵害尚未發
17 生，則其加害行為，均無由成立正當防衛。至於「防衛手段
18 須具有必要性」，係指防衛行為必須對避免法益受侵害屬必
19 要之手段，因正當防衛是為了避免攻擊行為可能造成的法益
20 侵害或權利受損，因此防衛手段必須是足以排除、制止或終
21 結侵害行為之方式為之。判斷防衛行為是否具有必要性，應
22 就侵害或攻擊行為之方式、輕重、緩急與危險性等因素，參
23 酌侵害或攻擊當時，防衛者可資運用之防衛措施等客觀情
24 狀，綜合判斷。倘過當防衛，依刑法第23條但書之規定，屬
25 寬恕或減輕罪責事由，而非阻卻違法事由。防衛過當仍是一
26 種法秩序不容許的違法行為，考量行為人行為時的動機在阻
27 止突如其來的不法侵害及行為人面臨侵害時內心之特別狀
28 態，因而給予減輕或免除其刑之寬待。

29 至於「誤想防衛」，則係指客觀上並不存在緊急防衛情狀，
30 然行為人主觀上誤以為存在該情狀，因而進行防衛行為而
31 言。誤想防衛之成立，除須行為人誤以為受到侵害，及出於

01 防衛之意思而為行為外，尚須行為人主觀上誤認之事實，符
02 合正當防衛之緊急防衛情狀，且其實施之防衛手段亦具備必
03 要性，始足當之。

04 原判決說明：本件衝突為被害人持用手槍射擊所引起，被害
05 人手持手槍進入鈞具行，直接以手槍抵住被告之頭部，被告
06 以手揮開後，被害人隨即開槍射擊，並射中被告左上臂，已
07 屬對於被告生命現在不法之侵害。又被害人於擊發1槍後，
08 仍未停止射擊，另再擊發1槍失敗，於卡彈清除後，仍持續
09 拉動滑套操作手槍，被害人雖在原判決附件刑案現場示意圖
10 (下稱現場示意圖)編號□所示位置遭被告揮刺2刀，然其並
11 未放棄操作手槍，仍再度拉動滑套，未及扣按扳機，而導致
12 第3顆子彈掉落於現場示意圖編號4之位置，被害人持續與
13 被告扭打至現場示意圖編號□所示位置時，被害人攻擊行為
14 未歇，仍壓制被告長達96秒至101秒之久。被害人之攻擊行
15 為，由現場示意圖編號8所示位置開始，延續至現場示意圖
16 編號□、4所示位置，至現場示意圖編號□所示位置附近方
17 停止。而被告持刀揮刺被害人之行為，係於現場示意圖編號
18 □所示位置即結束，魚刀並掉落該處。足見被告係在面對被
19 害人現在不法侵害行為時，施以反擊，符合正當防衛之要件。
20 衡諸，被害人係持用手槍開槍射擊，其所採取之不法侵害
21 手段具有高度危害性、立即性，而對被告生命之侵害嚴重，
22 且一旦發生即有難以挽回之高度可能性，則被告於被害人
23 第2槍射擊失敗，清除卡彈之際，以魚刀揮刺2刀後，即停止
24 以魚刀刺擊，其後續僅與被害人徒手拉扯手槍，其採取之
25 手段，對照其所面對之現在不法侵害情狀，具有必要性及相
26 當性，而無刑法第23條但書所稱防衛過當之情況等旨。

27 原判決就被告所為係屬正當防衛，且就被害人之侵害行為之
28 方式、輕重、緩急與危險性等因素，參酌面對現在不法侵害
29 時，被告防衛可資運用之防衛措施等客觀情狀，綜合判斷，
30 因認被告之防衛手段具必要性之論斷，並未違反客觀存在的
31 經驗法則、論理法則，自不得任意指為違法。且本件事發

01 時，存有前揭正當防衛之情狀，被告進行防衛行為時，並無
02 誤認情事，自無誤想防衛可言。檢察官上訴意旨任意指摘：
03 被害人並無致被告於死之意，被告不成立正當防衛，或係誤
04 想防衛，原判決之採證認事顯有違誤，且有調查職責未盡及
05 理由欠備之違法云云，對原審採證、認事職權之適法行使，
06 泛詞指摘為違法，尚難認係合法之第三審上訴事由。

07 五、綜上，檢察官上訴意旨，係置原判決所為明白論斷於不顧，
08 就原判決已詳細說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為事
09 實之爭執，或對於事實審法院採證、認事職權之適法行使，
10 任意指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不
11 相適合。依照首揭說明，應認本件上訴為不合法法律上之程
12 式，而予以駁回。

13 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

14 中 華 民 國 112 年 3 月 9 日

15 刑事第五庭審判長法官 李錦樑

16 法官 周政達

17 法官 錢建榮

18 法官 林婷立

19 法官 蘇素娥

20 本件正本證明與原本無異

21 書記官 杜佳樺

22 中 華 民 國 112 年 3 月 14 日