

最高法院刑事判決

113年度台上字第3379號

上訴人 福建高等檢察署金門檢察分署檢察官王柏敦

上訴人

即被告 許興禮

選任辯護人 林志忠律師

鄭家旻律師

上列上訴人等因被告殺人未遂案件，不服福建高等法院金門分院中華民國113年6月12日第二審判決（111年度上訴字第13號，起訴案號：福建金門地方檢察署109年度偵字第497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、本件原審審理結果，認定上訴人即被告許興禮有原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於被告部分之科刑判決，並變更檢察官起訴書所引刑法第271條第2項、第1項之起訴法條，改判論處被告犯傷害致人重傷罪刑，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之理由，就被告否認犯行之供詞及所為該當正當防衛之阻卻違法事由等所辯各語，認非可採，亦予論述指駁，有卷存證據資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：

（一）檢察官部分：被告持有相當重量、質地堅硬之金門高粱酒瓶甩擊告訴人張○程之後腦勺之脆弱頭部要害，造成告訴人受

01 有頭部外傷性腦傷合併顱內出血等傷害及失語症溝通障礙、
02 右上肢偏癱無力等重傷害結果，實有殺人之犯意，原判決未
03 就被告前揭所為具體說明主觀上何以不具殺人犯意，有理由
04 不備、矛盾之違法。

05 (二)被告部分：1.告訴人因本案所受「與人溝通有尋字困難，無
06 法流暢對話，語速較慢」之失語症傷害，應係刑法第10條第
07 4項第3款「語能」毀敗或嚴重減損之包攝範圍，原判決以同
08 條項第6款「其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷
09 害」之規定論斷其重傷害結果，有不適用法則之違法。2.告
10 訴人右上肢仍有部分肌力（近端3分，遠端2分），且依衛生
11 福利部發布之身心障礙者鑑定作業辦法第8條附表二甲有關
12 「身體系統構造或功能之類別、鑑定向度、程度分級與基
13 準」，告訴人「右上肢近端3分、遠端2分」之情形，至多可
14 能符合該表障礙程度1，而依同基準第1條第1項第1款規定，
15 障礙程度1屬輕度之身心障礙等級。又告訴人右上肢效用雖
16 有衰減，但經以最佳肌力5分計算，其肌力減損比例僅40%
17 至60%。原判決卻認告訴人因本案除受有失語症傷害外，並
18 受有右上臂偏癱且已達機能嚴重減損程度之重傷害，並未斟酌
19 前揭有利被告之法規命令，亦未說明不採之理由，有調查
20 職責未盡及理由不備之違法。3.被告係為防衛其受告訴人持
21 棍棒毆擊之友人蔡何錡，始有本案行為，而蔡何錡並未毆打
22 告訴人及其同行友人，原判決以蔡何錡警詢所供其曾揮拳與
23 現場監視器錄影畫面勘驗結果相符，認定蔡何錡亦有出手而
24 係互毆，除與卷證資料不相適合，而有理由矛盾之違法外，
25 就何人為最初實施不法侵害行為之一方，又何人為排除不法
26 而還擊，均未論敘，即認被告無從主張正當防衛，亦有違
27 誤。又依勘驗監視器錄影畫面結果，被告持酒瓶甩擊告訴人
28 頭部前，告訴人持以攻擊蔡何錡之棍棒固暫遭梁文謙握住，
29 蔡何錡瞬間將告訴人推開，被告未必能看見告訴人棍棒遭握
30 住之情形，告訴人對蔡何錡之不法侵害即仍未過去。原判決

01 未查明被告當時究否得查見告訴人手握棍棒遭梁文謙握住之
02 事實疑點，有調查職責未盡之違法等語。

03 四、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審
04 法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法
05 則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規
06 定甚明。原判決依憑被告所為不利於己之供述，證人蔡何
07 錡、張景威、梁文謙之不利證述，案發現場監視器錄影畫面、
08 原審勘驗筆錄及擷取自上開監視器錄影光碟翻拍照片、
09 衛生福利部金門醫院病歷及告訴人就醫資料、國立臺灣大學
10 醫學院附設醫院函及鑑定回復意見表，酌以卷附其餘相關證
11 據資料及調查證據之結果，認定被告持酒瓶甩擊告訴人頭
12 部，致告訴人受有左側大腦挫傷、裂傷及硬膜上出血之傷
13 害，因此造成輕度至中度運動型失語症、右上肢（右肢近端
14 肌力3分、遠端肌力2分）偏癱無力，已達機能嚴重減損之程
15 度，分別該當刑法第10條第4項第4款「嚴重減損右上肢機
16 能」、第6款「其他於身體或健康，有重大難治之傷害」之
17 重傷害，並以本案衝突係因雙方偶遇寒暄、言語態度口角而
18 起，被告持以攻擊告訴人之酒瓶亦係現場臨時取得，以甩擊
19 方式為之而非精準打擊、告訴人倒地後亦未持續攻擊，認定
20 被告雖持酒瓶甩擊告訴人頭部，然主觀上仍係傷害犯意，均
21 於理由內論駁明白。復就被告所辯係因告訴人現在之不法侵
22 害，出於防衛蔡何錡之權利而屬正當防衛致有本件犯行等
23 語，何以委無足採，亦已說明取捨之理由。凡此，概屬原審
24 採證認事職權之合法行使，核其論斷說明，衡諸經驗及論理
25 等證據法則皆無違背，既非僅以告訴人不利於被告之證言為
26 論罪之唯一證據，且綜合調查所得之各直接、間接證據而為
27 論斷，自非法所不許，無檢察官、被告上訴意旨所指理由不
28 備或理由矛盾之違法。

29 五、「稱重傷者，謂下列傷害：一、毀敗或嚴重減損一目或二目
30 之視能。二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。三、毀敗
31 或嚴重減損語能、味能或嗅能。四、毀敗或嚴重減損一肢以

上之機能。五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害」，刑法第10條第4項定有明文。依此，重傷害即指前開條項第6款之概括共同條款所定義之身體或健康，有重大不治或難治之傷害；第1至5款則俱為重傷害於視能、聽能、肢體機能、語能、生殖機能之具體類型與例示，即以「重大」、「不治或難治」為重傷結果之共同要素。刑法是保護法益的手段，其規範背後必須有其保護的價值，因此，解釋適用刑罰法律，亦應以其保護之法益為核心。傷害之「重大」與否，本質上屬評價性概念，自應導向於傷害致重傷罪保護之法益予以評價。又本罪除與普通傷害罪同以人之身體與健康為其保護法益，保護人之身體完整性，以及生理機能、心理或精神狀態之健全外，另以傷害結果於質、量之嚴重性為其構成要件之加重結果，並為生命法益之前置性保護規定，則生命之延續可能與其應有狀態，亦在其保護範圍。而人之生命、身體與健康，係個人存在且賴以發展之生物基礎，並為其他基本權利所依附，且係參與社會生活得以實現其人格之前提，是於傷害結果是否已該當重傷之解釋，自不得單執傷害於所致身體、健康之毀敗或減損程度於醫學上之意義而為論斷，卻就所致被害人個人社會生活之特別影響完全置諸不論。從而，傷害是否重大，自應審酌受傷之部位或器官對於人之身體或健康所具之重要性、傷害已否嚴重影響、妨害人體之生理機能、心理健康、是否導致被害人生命應有狀態之重大缺損或對生命之延續肇致高度危險而為判斷，甚且，傷害結果是否造成被害人社會生活之重大改變，亦非不得予以綜合評價在內。至「不治或難治」，則係從醫療觀點，審酌所受重大傷害是否得在相當時間內排除，或難以排除，即傷害不僅應屬重大，且對於身體或健康之影響並應具長期性。

原判決認定告訴人因被告所為致受有左大腦挫傷、裂傷及硬膜上出血，造成輕度至中度運動型失語症，右上肢偏癱無力且已達機能嚴重減損之程度，其腦部損傷、失語症與右上肢

01 偏癱均無法因持續看診而完全恢復，該當刑法第10條第4項
02 第4、6款之重傷害等旨，已敘明所憑依據及理由（另見第一
03 審影卷(二)第155頁臺中榮民總醫院鑑定書，亦記明告訴人明
04 顯失語症導致溝通障礙，右上肢偏癱無力，肌力3分。符合
05 「中樞神經系統遺存顯著失能，終身僅能從事輕便工作」已
06 嚴重影響工作或日常生活能力，目前傷勢符合重大或難治之
07 程度）。又：

08 (一)告訴人失語症與右上肢偏癱等症狀，其成因均係被告持酒瓶
09 甩擊告訴人後腦部位所導致之左側大腦挫傷、裂傷及硬膜上
10 出血傷害等腦部傷勢，而腦部為生命中樞器官，身體感官、
11 行動機能之中心，對於人之生命、身體或健康極具重要性，
12 倘受有傷害，極可能造成生命之高度危險，其重大不治或難
13 治影響所及非僅身體單一部位或機能。再告訴人腦部傷勢造
14 成失語症，致與人溝通有尋字困難、無法流暢對話，語速較
15 慢，無法因持續看診而完全恢復，其右上肢偏癱(右手為告
16 訴人之慣用手)已達機能嚴重減損程度外，併亦造成其智能
17 減損、癲癇（見第一審影卷(二)第139頁），其不再能從事原
18 來的餐廳內場廚務工作(見原審卷(二)第19頁所附國立臺灣大
19 學醫學院附設醫院函及鑑定回復意見表、另見原審病歷影卷
20 第59至60頁所附衛生福利部金門醫院臨床心理轉介及報告
21 單)，可見其腦部傷害及所引致之相關症狀已嚴重影響、妨
22 害其腦部及右上肢等生理機能與心理之健康，並重大改變其
23 社會生活，原判決就何以告訴人所受傷害該當刑法第10條第
24 4項第6款之要件未詳予論敘，單僅臚列告訴人所受腦部重大
25 難治之傷害呈現失語症症狀一端，固有瑕疵，然併就其受傷
26 之部位在腦部，因腦部傷勢致生相關症狀及其影響予以綜合
27 評價在內，其結論仍無違誤，被告上訴意旨1.所指即與判決
28 本旨無礙。

29 (二)告訴人之右上肢肌力測試結果固為「右上肢近端3分、遠端2
30 分」，與身心障礙者權益保障法第6條第3項規定授權訂定之
31 「身心障礙者鑑定作業辦法」第8條附表二甲所定障礙程度1

約略相符，屬該法所定「輕度肢體障礙」，惟倘確屬身心障礙者，不問輕重，仍係障礙，再「身心障礙者鑑定作業辦法」，其判斷側重於身心障礙者之保障、福利與照顧等社會福利政策之目的，固得為刑法重傷害結果之輔助認定標準，仍尚不得逕以身心障礙鑑定結果為論斷重傷害之依據，則前揭辦法認定之結論於重傷害與否之認定未必於被告有利。原判決未予論敘依該辦法之標準何以不足為有利被告之認定，或嫌論述簡略，然尚無違法可指。至告訴人右上肢肌力判斷標準，係依據Medical Research Council Manual Muscle Testing Scale檢測所得(見原審卷(二)第261頁所附國立臺灣大學醫學院附設醫院受理院外機關鑑定/查詢案件回復意見表)，依此測試量表檢測結果，0至5分分別代表受測者不同肌力等級，而不同等級得分與正常肌力得分值之間並無比例關係，檢測結果2至3分而非0分，並不影響告訴人右上肢偏癱已達機能嚴重減損程度之鑑定結論(同卷第19頁)。原判決已指駁被告上訴意旨 2. 缺乏醫學依據，亦無理由不備之違法。

六、刑法第23條前段規定之正當防衛，必須對於現在不法之侵害始得為之，侵害業已過去，即無正當防衛可言。至彼此互毆，必一方初無傷人之行為，因排除對方不法之侵害而加以還擊，始得以正當防衛論。至究係何人先行出手，與能否成立正當防衛以阻卻違法，要屬無關。原判決斟酌蔡何錡警詢所陳、前揭證人關於本件衝突起因與過程之證述、現場監視器錄影畫面勘驗結果，認定蔡何錡因與告訴人口角，導致鬥毆發生，蔡何錡初非無揮拳攻擊梁文謙之舉，嗣告訴人固持棍棒攻擊蔡何錡，惟告訴人經蔡何錡推開、手持棍棒為梁文謙握住而與蔡何錡肩對肩站立相對峙，被告在告訴人後方依其所在位置及現場照明亦得見此情，仍自張景威手中奪取酒瓶持以甩擊告訴人頭部致告訴人受有前揭傷勢，認定蔡何錡並非未曾出手，被告所為何以尚不符合正當防衛之要件綦詳，所憑事證與卷內資料委無不合，核其此部分所為論斷，

01 尚與經驗、論理法則無違。被告上訴意旨3.所云，無非置原
02 判決明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採信之同一辯
03 解，再事爭論，亦非合法之第三審上訴理由。

04 七、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證
05 事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，其
06 範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有
07 關連性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認
08 定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，或就同一
09 證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之
10 調查，無違法可言。又當事人、辯護人等聲請調查之證據，
11 有無調查之必要，屬事實審法院自由裁量行使之範疇。

12 被告上訴意旨指摘原審未詳查被告在告訴人後方，持酒瓶甩
13 擊告訴人前，是否得見告訴人經蔡何錡推開、手持棍棒為梁
14 文謙握住而與蔡何錡肩對肩站立相對峙之情，然原判決已記
15 明認定被告得見此情之理由，況稽之原審筆錄記載，於言詞
16 辯論終結前，審判長於調查證據完畢時，詢問有無其他證據
17 提出或聲請調查時，被告辯護人固仍聲請傳訊證人蔡何錡、
18 張○程、陳沛祥，然其待證事實均非與前揭事項有關（見原
19 審影卷(一)第165至166頁、卷(二)第449頁），並未主張此部分
20 有如何待調查之事項，顯認無調查之必要，原審因以事證明
21 確，未為其他無益之調查或說明，無所指調查職責未盡之違
22 法。被告上訴本院，始主張原審有上揭證據調查未盡之違
23 法，顯非依據卷內資料而為指摘。

24 八、綜合前旨及被告其餘上訴意旨，檢察官及被告無非係對原判
25 決已說明論駁之事項再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據
26 與判斷證明力之職權行使徒以自己說詞，任意指為違法，且
27 為事實之爭執，均與法律規定得為第三審上訴理由之違法情
28 形，不相適合，應認其等之上訴違背法律上之程式，均予駁
29 回。另檢察官上訴書所檢附告訴人之「刑事聲請上訴狀」，
30 因非屬檢察官上訴書狀本身所附之理由，而刑事訴訟法復無

01 第三審上訴理由得引用或檢附其他文件予以補充之規定，本
02 院自無從審酌，附此敘明。

03 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

04 中 華 民 國 113 年 10 月 16 日

05 刑事第六庭審判長法官 段景榕

06 法官 洪兆隆

07 法官 汪梅芬

08 法官 何俏美

09 法官 許辰舟

10 本件正本證明與原本無異

11 書記官 石于倩

12 中 華 民 國 113 年 10 月 21 日