

最高法院刑事判決

114年度台上字第30號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官劉宗慶
上訴人
即被告 余俊翰

上列上訴人等因被告家暴殺人未遂案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國113年11月14日第二審判決（113年度上訴字第463號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第31800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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人即被告余俊翰有如其事實欄所載之犯行，因而維持第一審關於依想像競合犯之例，從一重論處被告犯刑法第271條第2項、第1項殺人未遂罪刑（想像競合犯家庭暴力防治法第61條第1、4款之違反保護令罪）部分之判決，駁回檢察官及被告在第二審之上訴。已詳述調查、取捨證據之結果，以及認定犯罪事實之得心證理由。並對於被告於原審審理時所辯各節，何以均不足以採信，亦於理由內詳加指

01 駁及說明。其所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，
02 自形式上觀察，並無足以影響其判決結果的違法情形存在。

03 三、上訴意旨略以：

04 (一)檢察官部分：

05 被告手持鋒利之扣案殺魚刀，雖未直接朝告訴人即被害人A
06 女(真實姓名及年籍詳卷)致命部位攻擊，仍不得因此逕謂無
07 殺人之確定即直接故意。以被告持續刺30刀而未停手，且有
08 朝告訴人腰部揮刺等情，佐以被告下手之手段輕重、揮刺部
09 位具體情狀，足認被告主觀上有殺人之直接故意。原判決未
10 詳為調查審酌上情，逕認被告係基於殺人之不確定即間接故
11 意所為，其採證認事有違證據法則。

12 (二)被告部分：

13 1.被告係與告訴人溝通未果，才基於傷害之故意下手攻擊告
14 訴人，其主觀上欠缺希望或容任告訴人死亡結果發生之意
15 欲。原判決未詳為審酌對被告有利之事證，遽為較不利於
16 被告之認定，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

17 2.被告並未朝A女之要害部位下手，且其於離開現場時，仍
18 有充分時間攻擊A女之要害部位，仍罷手離去，顯見被告
19 係出於己意而中止攻擊A女，符合刑法第27條第1項前段中
20 止未遂之規定。原判決遽認被告不符上開規定，無從據以
21 減輕或免除其刑，有適用法則不當之違誤。

22 3.原判決量刑過重，違反罪刑相當原則。

23 四、惟按：

24 (一)證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得裁量、
25 判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法
26 則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無
27 違法可言。

28 又刑法上之故意，依該法第13條第1項、第2項規定，分為直
29 接故意(或稱確定故意)與間接故意(或稱不確定故意)二
30 種。前者指行為人對於構成犯罪之事實，明知並有使之發生
31 該事實之決意，進而實行該犯罪決意之行為；後者指行為人

01 對於構成犯罪之事實，預見其發生之可能，因該犯罪事實之
02 發生不違背其本意，乃予容認，任其發生之情形而言，二者
03 要件不同，其惡性評價亦有輕重之別。行為人究竟係基於何
04 種故意實行犯罪行為，乃個人內在之心理狀態，若非行為人
05 自白，通常有賴參照外在、客觀之關聯性證據而為綜合之判
06 斷，倘其取捨論斷不違背經驗法則與論理法則，即不得指為
07 違法。

08 原判決係依憑被告所為不利於己之供述及告訴人等人之證
09 言，佐以原判決理由欄所載證據資料，相互比對、勾稽，而
10 為前揭事實之認定。並說明：被告所持扣案殺魚刀，刀鋒尖
11 銳、單面鋒利，可以輕易割刺穿人體肌肉、血管等組織，造
12 成大量出血而發生死亡之結果，此為具有通常社會智識之被
13 告所知悉。又原審勘驗監視器錄影畫面顯示：被告持扣案殺
14 魚刀連續朝告訴人肢體及左腰割刺、攻擊，告訴人之肢體因
15 刀傷而血流如注，已嘗試逃往店外，仍遭被告拉扯頭髮及手
16 腳加以阻撓。告訴人大聲哭喊「好痛」、「停下來」，同時
17 伸手阻擋攻擊，然被告未予理會，繼續朝A女肢體部位攻
18 擊，攻擊次數合計多達30餘次等情，可見被告預見告訴人會
19 因失血過多而發生死亡結果之可能。再者，告訴人之肢體及
20 左腰有多處切割傷、氣腹、右大腿深部撕裂傷併肌肉及血管
21 損傷等傷害，因低血容性休克，到醫院前有心跳停止之情，
22 幸經送往醫院急救後恢復生命徵象，足認被告主觀上有縱發
23 生告訴人死亡之結果亦在所不惜之殺人不確定故意之旨。

24 原判決係審酌被告使用之利器、攻擊之手段、次數，以及阻
25 擋告訴人逃離與告訴人所受之傷勢，而為綜合觀察，因此認
26 定被告具有主觀上殺人之不確定即間接故意。至檢察官及被
27 告上訴意旨所指情狀，不能逕認被告即有殺人之確定即直接
28 故意，或無殺人之不確定即間接故意。檢察官上訴意旨指
29 摘：原判決認定被告僅有殺人之不確定故意，有採證認事違
30 反證據法則之違法；被告此部分上訴意旨指摘：原判決認定
31 被告有殺人之不確定故意，有調查職責未盡及理由欠備之違

01 法云云，均係對事實審法院採證認事職權行使之事項，任意
02 指摘，均非適法之上訴第三審理由。

03 (二)刑法上所謂中止未遂，係指行為人已著手於犯罪之實行，因
04 自己之意思而中止進行；或雖已實行，而以己意防止其結果
05 之發生，因之未發生犯罪之結果；或結果之不發生，雖非防
06 止行為所致，而行為人確已盡力為防止之行為者而言。倘係
07 因外力之介入而致犯罪不遂，乃屬障礙未遂，二者不可不
08 辨。

09 原判決說明：依證人陳志清於警詢時陳述：我在大樓監視器
10 發現隔壁超商女員工遭被告持刀刺傷，就立即拿高爾夫球棍
11 前去制止，被告看到我後就停手跑掉等語，以及勘驗全家便
12 利商店「店內」、「店外」監視器錄影之結果顯示：「……
13 此時段明顯持刀舉手往下刺的次數為15次，嗣因聽見陳志清
14 大喝：『你在做三小』（台語），被告起身轉頭，之後進入
15 店內，拿著包包離開；被告抬頭看，此時陳志清拿著高爾夫
16 球桿過來，被告急忙起身往店內走去，之後被告拿著包包離
17 開店走出去」之情，可見被告是因聽聞陳志清大聲喝叱，始
18 停手攻擊，並非出於己意而中止殺人犯行之旨。基於上述說
19 明，並無不合。被告此部分上訴意旨，仍執陳詞，泛指：原
20 判決認為被告所為不符中止未遂規定，有適用法則不當之違
21 法等語，亦非適法之第三審上訴理由。

22 (三)量刑之輕重，係屬法院得依職權裁量之事項，苟法院於量刑
23 時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，
24 又未顯然濫用其職權，即不得遽指為違法。

25 原判決說明：第一審審酌被告之犯罪手段、所生危害，以及
26 犯後態度等一切情狀，而為量刑，尚稱妥適之旨，予以維
27 持。已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列
28 情形而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，即
29 不得指為違法。被告此部分上訴意旨，任意指摘：原判決量
30 刑過重違法云云，同非適法上訴第三審之理由。

01 五、綜上，檢察官、被告上訴意旨係就原審採證認事及量刑裁量
02 職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己
03 見，漫為指摘違法，或單純就犯罪事實有無，再為爭執，難
04 認已符合首揭法定之第三審上訴要件。本件檢察官、被告關
05 於殺人未遂部分之上訴，均為違背法律上之程式，應予駁
06 回。被告想像競合所犯家庭暴力防治法第61條第1、4款之違
07 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
08 上訴第三審法院之罪，且無例外得提起第三審上訴之情形。
09 被告所犯關於殺人未遂部分之上訴，既不合法，而從程序上
10 予以駁回，則想像競合所犯違反保護令罪，即無從併為實體
11 上審理，應逕從程序上予以駁回。

12 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

13 中 華 民 國 114 年 2 月 13 日

14 刑事第四庭審判長法官 李錦樑

15 法官 周政達

16 法官 蘇素娥

17 法官 林婷立

18 法官 洪于智

19 本件正本證明與原本無異

20 書記官 杜佳樺

21 中 華 民 國 114 年 2 月 18 日