最高法院刑事判決

115年度台上字第181號

上　訴　人　陳俊男

上列上訴人因殺人未遂案件，不服臺灣高等法院中華民國114年9月30日第二審判決（114年度上訴字第2277號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第33657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。原判決引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人陳俊男有如其事實欄（下稱事實）所示之犯行，因而維持第一審論處上訴人犯殺人未遂罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由。

二、上訴意旨略以：本件係被害人尹佳謙先持開山刀攻擊，上訴人遭砍中頭部及手部，才與之扭打。上訴人雖奪下被害人所持之開山刀，但上訴人與同行之女友林如容深感生命受脅，又身處社區地下室停車場，未能即時對外求助；且不知被害人有無同夥，被害人仍有再起身攻擊之可能，為了防衛生命，才持開山刀朝被害人之手、腳等非要害部位攻擊。上訴人並請林如容報警、叫救護車，以避免被害人因失血過多死亡，足見上訴人主觀上並無殺人之故意，且係出於正當防

衛，原判決未審酌上情，逕論以上訴人殺人未遂犯行，殊屬可議。原判決之量刑，並未審酌上訴人上開犯罪之情狀及動機，以及上訴人坦承傷害之事實，節省司法資源，又為中低收入戶，須獨立扶養年邁父母及年幼子女，已取得被害人之諒解等情，而未適用刑法第59條規定酌減其刑，難認妥適云云。

三、按證據之取捨與事實之認定，均為事實審法院之職權，苟其採證認事，並不違背經驗及論理法則，即不容任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。原判決業已綜合上訴人之部分供述、被害人及林如容之證詞、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、監視器影像光碟及翻拍照片、現場照片、勘查報告、勘驗筆錄、被害人之診斷證明書、病歷資料及診療醫院函覆等相關證據資料，憑以論斷上訴人與被害人素不相識，雙方因在KTV發生口角，致被害人心生不滿，乃於事實所示時、地埋伏等候上訴人。待上訴人偕同林如容進入社區地下2樓停車場，被害人隨即持刀上前揮砍上訴人。上訴人受傷後，與被害人發生扭打，並奪下被害人所持之開山刀。上訴人為圖報復，基於殺人之不確定故意，持刀朝已經倒地之被害人揮砍，被害人翻滾躲避並起身逃跑，上訴人猶在後緊追不捨，接續持刀攻擊，被害人受創倒地後，仍不斷持刀攻擊，致被害人受有重大創傷、全身多處肌肉撕裂傷、肌腱、血管、神經、骨頭損傷、出血性休克、左手腕骨折、右側鷹嘴突骨折等傷害，經送醫救治，始倖免於死等情，而認定上訴人有殺人未遂之犯行。對於上訴人以前詞否認有殺人之犯意及關於正當防衛之辯解，何以不足以採信，亦在理由中詳加指駁，並說明：⑴本件開山刀有相當之長度，質地堅硬、鋒利，為具殺傷力之利刃，上訴人自可預見持以朝人體多次揮砍，可能導致重大創傷，而生大量出血死亡之結果。上訴人自被害人手上奪取開山刀後，朝被害人揮砍，在被害人受創無法起身，僅能在地上翻滾躲避時，仍不停手，時間持續近3分鐘，攻擊之部位包含頭、手、腳等多處，且傷害

深及骨頭，而生重大之創傷，若非及時送醫，即因大量出血而死亡。上訴人不顧上開持利刃猛力多次揮砍可能造成重大創傷而生死亡之後果，堪認上訴人主觀上具有縱使被害人因而死亡之結果，亦不違反其本意之不確定殺人犯意。⑵依卷附監視器錄影光碟翻拍照片，上訴人在與被害人發生扭打時，林如容離去報警，上訴人係在林如容離去後始奪下被害人所持之開山刀。則上訴人委請林如容前去報警、叫救護人，與上訴人其後奪取開山刀，為圖報復而主觀上萌生殺人之不確定故意，二者間並無必然之關聯。況被害人當時已處於未持有武器、無法再為不法侵害之狀態，上訴人不僅未立即離去，等待警方到場處理，反持開山刀不斷追砍被害人，直至被害人倒地不起為止；在警員到場後甚至揚言：「我要殺他。不要裝了啦」等語，自難以上訴人有委請他人報警、通知救護車等情，遽認其行為時不具有殺人之不確定故意。⑶本件雖係被害人先持刀攻擊，但上訴人於奪取被害人之開山刀後，未迅速離開對外求援，反持刀追擊、揮砍被害人，於被害人受創無法起身，已無任何對其不法侵害之情狀，仍持續不停朝被害人揮砍，在被害人受創無法動彈，更以腳踢踹，上訴人持刀揮砍被害人之行為，客觀上已非單純對於現在不法之侵害而為必要排除之反擊行為，且主觀上亦無出於防衛自己或他人權利之意思，與正當防衛之要件未合等旨。核其論斷，與證據法則並無違背，自不得任意指為違法。上訴意旨仍執前詞，主張其揮刀係出於防衛行為，並非基於殺人之不確定故意云云，係置原審已明白論述之事項不顧，且就同一證據，任憑己見而持與原審相異之評價，泛指為違法，並再為事實上之爭執，難認為合法之上訴第三審理由。

四、是否適用刑法第59條酌減其刑、刑之量定，均屬事實審法院得依職權裁量範疇。而刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用，如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由

減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之。又量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法。原判決已說明上訴人犯本案殺人未遂罪，第一審依刑法第25條第2項、第62條前段等規定遞減其刑後，與其本案之犯罪情狀相較，已無情輕法重堪予憫恕而須再適用刑法第59條規定酌減其刑之必要。並以第一審係以行為人之責任為基礎，審酌上訴人之犯罪動機、手段、造成被害人受有之重大創傷，其僅坦承傷害犯行，已與被害人和解並賠償，暨其構成累犯之素行、智識程度及家庭經濟與生活狀況等一切情狀而為量刑，無違法定刑度及濫用裁量之情形，應予維持等旨。核未逾越依前揭規定遞減後之處斷刑範圍，且無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則之情形，自不能任意指摘為違法。上訴意旨徒就原審量刑職權之適法行使再事爭執，並非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，本件上訴人上訴意旨，並非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，徒就原審採證認事及量刑職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，徒以片面之說詞，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　2　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日