最高法院刑事判決

115年度台上字第848號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官陳玉華

被　　告　張隽駿（原名張宏凱）

上列上訴人因被告殺人未遂案件，不服臺灣高等法院中華民國114年11月4日第二審判決（113年度上訴字第5944號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第360號、112年度偵緝字第1682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376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。而案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載之事實為準，並應視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。本件依起訴書所載，檢察官認被告張隽駿（下稱被告）係基於殺人之不確定故意而犯本案，並依刑法第271條第2項、第1項殺人未遂罪嫌提起公訴；迄第二審言詞辯論終結前，檢察官在論告時仍持相同之主張（見原審卷第264至265頁）。原審審理後，雖撤銷第一審判決而改判論處被告共同犯刑法第277條第1項傷害罪，屬刑事訴訟法第376條第1項第2款所列不得上訴於第三審法院之罪名；然檢察官於起訴書及第二審言詞辯論終結前，既均爭執被告所犯係刑事訴訟法第376條第1項各款所列

以外之罪名，依上開說明，檢察官自得提起第三審上訴，合先敘明。

二、又按刑事訴訟法第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。

三、本件原審審理結果，認定被告之犯行明確，因而撤銷第一審關於被告部分之有罪判決，變更起訴法條，改判論處被告共同犯傷害罪刑（處有期徒刑2年）。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

四、檢察官上訴意旨略以：

㈠被告於本案發生當天持西瓜刀砍向告訴人黃順德之頭部，惟因告訴人及時閃躲，致該刀砍到告訴人身後之空心磚等節，已經告訴人及黃健聖證述相符。況依告訴人所述及卷附車損照片，可知被告夥同他人至現場砸車時，其中1部白色自用小客車之左前車門，留有數道長短不一之刮痕，顯非棍棒類之鈍器造成。足見被告之一方有人持銳利兇器抵達現場，此與告訴人及黃健聖證稱被告手持西瓜刀乙節亦無不合。又扣案之西瓜刀刀片已斷裂成數截，且刀頭前緣有不平整之碎裂、缺角，原審自應究明其斷裂原因為何。原判決未說明告訴人及黃健聖前揭證詞何以不足採信，又未勘驗扣案西瓜刀之長、寬、厚度，及斷裂、缺角位在哪些刀片碎片上，逕自認定該把西瓜刀斷裂時非僅1處受力，據以推論被告並未持刀揮砍告訴人頭部，有判決理由矛盾、理由不備及調查職責未盡之違法。

㈡被告獨自持刀朝告訴人之頭部要害部位攻擊，用力之猛尚且砍裂磚石，顯然有別於其他在場之人，可見被告已提升為殺人犯意，而非僅具傷害之犯意；且被告對於其持利刃朝告訴

人要害處猛砍，足以使人喪命，亦非無法預見。原判決率認被告僅成立普通傷害罪，顯不符事理而違背法令。

五、惟按：

㈠刑法殺人與傷害罪之區別，端在加害人於行為之初有無戕害他人生命之故意為斷，至於殺人犯意之存否，固係隱藏於行為人內部主觀之意思，被害人傷痕之多寡、受傷處所是否為致命部位、傷勢輕重程度、加害人下手情形、所用兇器為何，以及與被害人是否相識、有無宿怨等情，雖不能執為區別殺人與傷害之絕對標準，然仍得審酌事發當時情況，觀其行為動機，視其下手情形、用力輕重、砍向部位之手段，佐以其所執兇器、致傷結果、與被害人之關係暨行為後之情狀等予以綜合觀察論斷。又證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。有關本件被告如何基於共同傷害之犯意聯絡，由其持酒瓶朝告訴人丟擲，致告訴人受有右前額部2處裂傷等情，原判決係依憑告訴人、黃健聖之證詞，併同診斷證明書、急診病歷、傷勢照片及其他相關證據資料，而為論斷。就公訴意旨載稱被告係基於殺人之不確定故意，持西瓜刀揮砍告訴人頭部，又持刀柄丟擲告訴人等情如何不能證明，原判決亦說明略以：1.告訴人於偵查及第一審所述之被告揮刀經過，與告訴狀載稱被告所持西瓜刀曾遭旁人搶下乙節不符；且依江明嶺、吳正強、李吉晉之證詞，均無從證明被告在攻擊告訴人時有說「給他死」等語。2.黃健聖在偵查中雖表示被告拿刀要砍告訴人時有劈到磚塊，然於第一審證述時卻語帶含糊而未能確認，已有瑕疵。觀諸卷附現場及扣案物照片，固然可見矮牆上有疑似遭劈砍之痕跡，且西瓜刀之刀柄脫落、刀片斷裂成至少4截、刀頭前緣有不平整之碎裂及缺角；惟被告若持西瓜刀朝正在矮牆前之告訴人揮砍，且刀尖部位擊中牆面而造成1處劈砍痕跡，何以僅刀尖前端受力卻造成扣案西瓜刀刀柄、刀身斷裂成數截？該把西瓜刀之斷裂原因究竟為何？尚屬可

疑。3.本案發生當時之監視錄影畫面並未留存，扣案西瓜刀上亦無指紋跡證，且李吉晉、吳正強均證稱被告並未攜帶刀械，江明嶺則表示其沒有看到被告拿刀等語，均無從推斷被告有持西瓜刀朝告訴人頭部揮砍。依卷附診斷證明書所載，告訴人除受有右前額部2處裂傷外，其餘均屬輕微外傷，可見被告及其他在場圍毆之人未對告訴人進行致命攻擊，難認被告主觀上有殺人之不確定故意等旨（見原判決第2至9頁）。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，核其論斷說明，衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，且係綜合調查所得之各項直接證據及間接證據，本於合理之推論而為判斷，自非法所不許。其次，告訴人與黃健聖雖曾證稱被告如何持刀揮砍告訴人而劈中磚牆之經過，惟與其他證人所述並不相符，又無客觀跡證足認被告確有持刀。原判決因認不能證明被告有基於殺人之不確定故意而持西瓜刀揮砍告訴人之行為，自屬事實審法院取捨證據及判斷證據證明力之職權行使，不能任意指為違法。被告持刀揮砍告訴人乙節既屬不能證明，即無檢察官上訴意旨所稱被告提升傷害犯意為殺人犯意之可言，尤不得執此指摘原判決論處被告共同犯傷害罪有何違誤。檢察官上訴意旨所陳各節，係就原判決已明白論斷之事項，依憑己意，重為爭辯，自非適法之第三審上訴理由。

㈡刑事訴訟法第163條已揭櫫調查證據係由當事人主導為原則，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明瞭仍有待釐清時，始得斟酌具體個案之情形，予以裁量是否補充介入調查。又當事人聲請調查證據，應以書狀具體記載聲請調查之證據及其與待證事實之關係，刑事訴訟法第163條之1第1項第1款定有明文。而所謂依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定者，始足當之。本件檢察官上訴意旨

雖主張原審未勘驗扣案西瓜刀之尺寸及斷裂、缺角位在何處等情為不當。惟檢察官於原審並未就此以書狀聲請調查；且原審審判長於審判期日，詢以有何證據請求調查，檢察官亦表示「沒有」（見原審卷第260頁）。況扣案西瓜刀長、寬、厚度，及斷裂、缺角位在哪些刀片碎片上等節，與被告有無持該把西瓜刀揮砍告訴人之事實認定，尚難遽認有何直接關聯，依上開說明，原審就此未予調查，自不能指其調查職責未盡。又案發現場所停放車輛之車門上縱使留有多處刮痕，然此是否為扣案西瓜刀揮砍所致？能否認定係被告持刀所為？均有未明。檢察官於原審亦未聲請鑑定造成上開刮痕之可能原因，自無從僅憑卷附車門刮痕照片推翻原判決之前揭認定。檢察官上訴意旨猶執前詞，指摘原審有調查職責未盡之違法，非無誤會，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

六、依上說明，本件檢察官之上訴違背法律上之程式，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　　29　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　5　　日