最高法院刑事判決

108年度台上字第62號

上　訴　人　劉嘉哲

上列上訴人因傷害案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年5月17日第二審判決（107年度上易字第332號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第20410號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審諭知無罪之判決，改判論處上訴人劉嘉哲傷害罪刑，固非無見。

二、惟查原判決事實認定告訴人陳漢光先出手碰上訴人之右肩，上訴人退後一步後，向便利商店店員表示若告訴人再碰觸，請代為報警，詎告訴人仍再度以左手拍劉嘉哲之右肩一下，上訴人為排除陳漢光一再碰觸，即以右手推告訴人之腹部，告訴人後退一步後，即上前以雙手伸向上訴人之頸部，上訴人乃以右拳朝告訴人左耳後方揮打一下，告訴人因而重心不穩，身體微蹲往後退步，未再有任何舉動。詎上訴人基於傷害人身體之犯意，進而上前接續以右拳朝陳漢光之左耳、左耳後方揮打5下，致告訴人因此受有傷害等情（見原判決第1頁）。理由則引用第一審勘驗案發地監視器勘驗筆錄及監視器翻拍照片（見原判決第4、8頁），並說明上訴人揮打第 1 下時，符合防衛行為之正當行使，且已排除不法侵害，告訴人未再有任何攻擊之舉動，理應立即請旁人協助報警處理，竟僅因主觀臆測告訴人眼神有再攻擊之意，進而揮拳毆打告訴人之頭部5 下，難謂無傷害之犯意等情（見原判決第7、8頁）。

三、按所謂正當防衛，係指對於現在不法之侵害，出於防衛自己或他人權利之行為而言，此觀刑法第23條前段之規定甚明。而侵害行為業已進行或正在持續者，均屬現在之侵害，須待該行為失敗無法發生結果，或攻擊者行為已完全結束或終局

放棄，始得謂侵害業已過去。又正當防衛乃源於個人保護及維護法秩序原則，係屬正對不正之權利行使，並不要求防衛者使用較為無效或根本不可靠之措施。苟防衛者未出於權利濫用，而以防衛之意思，則防衛方法不以出於不得已或唯一為必要，只要得以終結侵害並及時保護被侵害之法益，均屬客觀必要之防衛行為。

四、依卷附監視器翻拍照片（見偵卷第32頁下方照片）所示，上訴人於揮打過程中，告訴人係面向上訴人，雖係背向鏡頭，然仍可見其右臂上抬與身體約呈45度角，此事實並未呈現在原判決引用之第一審勘驗筆錄內，是上訴人揮打告訴人5 次時，告訴人有無不法侵害之行為？即非無疑。又原判決認定上訴人揮打第1 次時，係行使防衛之正當行為，另認接續揮打5 次係基於傷害犯意所為。然綜觀告訴人於上訴人揮打後，仍有再度趨進上訴人之情形（見第一審卷第14頁及背面勘驗筆錄記載），顯見侵害行為於上訴人揮打時仍持續中而未結束。原判決認上訴人揮打1 次後已終結告訴人之侵害行為，與卷內資料不符，且未說明告訴人在上訴人揮打結束後，仍顯露不法侵害之表徵，就此持續之不法侵害，如何不足為上訴人有利之認定，理由亦有不備。

五、原判決理由記載勘驗筆錄之內容為「35秒時（即10:37:35，以下均簡略記載秒數），上訴人以腳呈弓箭步，前後站立之姿面對告訴人，上訴人右手握拳朝告訴人左耳後方先揮打了1 次，告訴人重心不穩，身體微蹲，並往後移動腳步。36秒，告訴人面對著飲料區的玻璃門，上訴人站在告訴人左手邊，再度右手握拳，朝告訴人的左耳及左耳後方又揮打了5 次」（見原判決第4頁）。倘若無訛，可見上訴人係於2秒內揮打6次。而原判決既認上訴人後5次揮打係利用同一機會，在密切接近之時、地，本於單一犯意而接續進行（見原判決第9頁）。則2秒內，如何能區分第1次係單獨揮打，與後5次非屬同一接續行為，洵有研酌餘地。究竟上訴人是否6 次揮打，均屬正當防衛行為？原審未予調查釐清，並說明所憑證據

及理由，即遽為有罪判決，尚嫌速斷，顯有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

六、上訴意旨指摘原判決不當，為有理由，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論斷，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　20　　日

最高法院刑事第三庭

審判長法官　陳　世　淙

法官　陳　朱　貴

法官　楊　智　勝

法官　李　錦　樑

法官　洪　于　智

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　21　　日