最高法院刑事判決

110年度台上字第2667號

上　訴　人　臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官曾靖雅

上　訴　人

即　被　告　何彥篤

上列上訴人等因被告殺人未遂等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年9月30日第二審判決（109年度上訴字第999號、109年度上易字第420號，起訴及追加起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署108年度偵字第243號、108年度蒞追字第1號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理　由

一、本件原審審理結果，認上訴人即被告何彥篤有如原判決事實欄（下稱事實欄）一、所載之非法持有刀械；事實欄二、所示之於夜間未經許可攜帶刀械、殺人未遂各犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，就事實欄一、部分，改判論處被告非法持有刀械罪刑；就事實欄二、部分，改判依想像競合犯之規定，從一重論處被告殺人未遂罪刑。固非無見。

二、惟查：

㈠本件檢察官及被告上訴意旨固均僅就事實欄二、之殺人未遂犯行為指摘，未就事實欄一、之非法持有刀械部分上訴，惟被告如事實欄一、所載非法持有刀械犯行，和原審所認定與被告殺人未遂犯行，有想像競合犯裁判上一罪之夜間未經許可攜帶刀械犯行，有高低度吸收關係，屬實質上一罪，依上訴不可分原則，當為上訴效力所及，先予陳明。

㈡未經許可，持有刀械者，處1 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣50萬元以下罰金，槍砲彈藥刀械管制條例第14條第3 項定有明文；又立法者鑑於在特定時間、場所或結夥持有刀械者，因不法意圖至屬明顯，且危險亦大，有加重處罰之必要，故於上開條例第15條規定：「未經許可攜帶刀械而有下列情形之一者，處2 年以下有期徒刑：一、於夜間犯之者。二、於車站、埠頭、航

空站、公共場所或公眾得出入之場所犯之者。㈢結夥犯之者。」是第15條各款均為非法持有刀械之加重要件。而持有係行為之繼續，並非狀態之繼續，亦即一經持有，罪即成立，但其完結須繼續至持有行為終了之時為止。故非法持有刀械行為繼續中，未經許可於夜間攜帶刀械者，應僅論以夜間非法攜帶刀械罪，其未經許可持有刀械之低度行為，則為夜間攜帶刀械之高度行為所吸收，不另論罪。原判決於事實欄認定被告明知武士刀為槍砲彈藥刀械管制條例所列管之刀械，非經主管機關許可不得持有，仍於民國108年1月11日17時55分許，往前回溯10幾年間某時，得知某真實姓名年籍不詳之人將武士刀1把（含刀鞘，刀械，全長107公分、刀柄長39公分、刀刃長68公分、刀刃單面開鋒）棄置在其所管領使用，位於高雄市○○區○○路某處之工寮（下稱保安路工寮）後，即以自己持有之意加以保管，並自該時起，基於非法持有刀械之犯意而無故持有之。嗣於108年1月11日17時55分前某時，因與被害人蘇振豐發生爭執，心生不滿，竟基於夜間非法攜帶刀械之犯意，至保安路工寮取出其持續管領使用中之上開武士刀，並於同日17時55分許，攜帶前往高雄市○○區○○路○○巷00之0號之蘇振豐住處，砍殺蘇振豐未果等情（見原判決第1至2頁），並於理由欄論罪部分載敘被告行兇前持有武士刀部分，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第14條第3項之未經許可持有刀械罪；其又另行起意於夜間非法攜帶該刀械至被害人之住處砍殺他人未果部分，係犯同條例第15條第1款之夜間非法攜帶刀械罪、刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪等旨（見原判決第19頁）。惟其事實欄既認定被告係於持有該刀械行為繼續中，於夜間攜帶刀械至蘇振豐住處，依前開說明，其持有刀械之行為既未曾中斷，則該持有行為應為夜間攜帶刀械之行為所吸收，不另論罪，乃原審卻就其持有刀械之行為重複評價，併論以被告該2罪，依前說明，自有適用法則不當之違法。

㈢採證認事，固屬事實審法院之職權，然其判斷不能違背經驗法則或論理法則，否則難謂適法。又以全長107公分、刀柄長39

公分、刀刃長68公分、刀刃單面開鋒之武士刀為兇器，以雙手持之高舉過頭，由上往下猛力朝人體頭、頸部揮砍，並揮砍數刀，將導致人死亡之結果，此為吾人基於日常生活所易得知之經驗法則。再者，行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論，刑法第13條第1項、第2項分別定有明文。前者學理上謂為意欲主義，後者謂為容認主義。詳言之，「直接故意」，係指行為人主觀上明知其行為將發生某種犯罪事實，卻有使該犯罪事實發生之積極意圖；而「間接故意」，則係指行為人並無使某種犯罪事實發生之積極意圖，但其主觀上已預見因其行為有可能發生該犯罪事實，然縱使發生該犯罪事實，亦不違背其本意而容許其發生之謂。直接故意與間接故意之性質、態樣及惡性均有差異，影響於行為人責任及量刑之結果。故有罪判決書對於行為人究竟係基於何種故意實行犯罪行為，自應詳為認定。本件原判決雖認定被告係基於殺人之不確定故意，持武士刀接連朝蘇振豐頭、頸部揮砍，惟依其理由欄所載敘之扣案之武士刀經送請高雄市政府警察局進行鑑驗後，已確認刀柄長39公分、刀刃長68公分、全長107公分、刀刃單面開鋒，並可供雙手握用，符合槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第3款所列管之刀械；被告雙手持武士刀過頭，以由上往下約45度角切入之方式，接續朝蘇振豐之頭、頸部進行揮砍，其中1刀甚且將蘇振豐手持進行阻擋、回擊之挖土耙木頭把柄處劃下，連同蘇振豐手指骨頭一併切斷，顯見被告用力甚猛，而蘇振豐臉部所受之刀傷，位在其耳朵下方，距離頸部主動脈血管甚近之位置；蘇振豐及其妻王伶曲均證稱：於王伶曲見狀上前抓住被告手持之刀柄，鄰居亦上前圍觀後，被告始稱不要殺了等語，王伶曲並為被告於向其表示要換刀子來讓蘇振豐「溜溜溜」（臺語；王伶曲當庭解釋是要給人家很淒慘的意思）後，方攜帶武士刀前往蘇振豐住處之陳述；以及人體之上半身包含頭部、頸部、胸部均為重要部位，不僅頭部為人體生命中樞，內有主司運動、感覺、記憶、動作協調等

功能之大腦、小腦，及調節血壓、呼吸等功能之腦幹等重要器官，頸部、胸部亦有氣管、主要動脈、心臟、肺臟等重要組織，倘持利刃朝人體上半部加以揮砍，縱使有骨頭加以保護，稍有不慎，無論係器官、血管直接受損，導致生理機能嚴重減損或大量出血，或係骨頭斷裂穿刺造成臟器、血管受損，均極可能造成他人死亡之不幸結果，此為一般人均應知悉之事項，以被告在案發時屆齡72歲，具有豐富社會經驗，雖罹患失智症，但未導致其辨識能力或控制能力發生顯著降低等情狀，對上情自無從諉為不知等節，如果無訛，則被告明知持武士刀高舉過頭，由上往下猛力朝人體頭、頸部揮砍，將導致人死亡之結果，且於持刀前表示要讓蘇振豐「溜溜溜（臺語）」，隨後持扣案武士刀，以前述方式，猛力揮砍蘇振豐頭、頸部，於見阻止後又表示不要殺了等證據資料，是否能認被告係非基於直接之殺人犯意而為，非無研議之餘地。而被告究係基於直接故意或不確定故意為本件犯行，攸關其惡性之評價及罪責之輕重，乃原審未詳加調查釐清，遽認被告所為係基於不確定之殺人故意，自有調查職責未盡及判決理由矛盾之違法。

三、檢察官及被告上訴意旨雖未指摘及此，然此為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　22　　日

刑事第三庭審判長法　官　徐　昌　錦

法　官　林　恆　吉

法　官　林　海　祥

法　官　侯　廷　昌

法　官　江　翠　萍

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　26　　日