臺灣高等法院臺中分院刑事判決

107年度上訴字第1724號

上　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　林大為
被　　告　黃子桓
共　　同
選任辯護人　蕭棋云律師

上列上訴人等因被告等殺人未遂案件，不服臺灣臺中地方法院107年度訴字第163號中華民國107年7月25日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵緝字第1853號、第1854號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於林大為部分撤銷。

林大為被訴部分公訴不受理。

其餘上訴駁回。

理　由

一、公訴意旨略以：緣被告黃子桓、林大為與蔡明融係朋友，詎黃子桓、林大為於民國106年2月間某日，自友人處聽聞蔡明融表示「要讓黃子桓、林大為走不出臺中」等語，因而心生不滿，謀議教訓蔡明融，黃子桓即於106年2月17日某時，駕駛車牌號碼00000000號自用小客車搭載林大為，並攜帶西瓜刀、棒球棍等物，自臺北出發，欲前往臺中尋釁，黃子桓、林大為並委由不知情之友人白敦仁代為聯繫蔡明融，於同日20時許，至臺中市○○區○○路與軍福十九街路口之統一便利超商碰面，黃子桓即駕駛前揭自用小客車搭載林大為及不知情之呂念祖前往現場等候，嗣於同日20時30分許，蔡明融欲返回其兄位在臺中市○○區○○○○路○號之「○○○○社區」住處之際，黃子桓、林大為均明知手持西瓜刀揮砍頸部之人體重要部位，在客觀上可得預見產生致人於死之結果，仍共同基於殺人不確定故意之犯意聯絡，見蔡明融出現在○○○區○○路旁，先由黃子桓手持棒球棍朝蔡明融之頭

部攻擊，復由林大為手持西瓜刀朝蔡明融之頸部、腰部、肩部揮砍數刀，蔡明融隨即以左手撥擋，致蔡明融受有左手多處切割傷，小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂、左肩、左腰、左頸、左前臂、右手背多處切割傷之傷害，經蔡明融奮力逃往至前開社區大樓地下室停車場，始倖免於難。經警獲報到場處理後，始悉上情。因認被告2人涉犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪嫌。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第154條第2項定有明文。次按事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎；認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法（最高法院40年台上字第86號、76年台上字第4986號判例意旨參照）。又告訴人之告訴，本以使被告受刑事追訴為目的，故其陳述是否與事實相符，自應調查其他證據，以資審認，苟其所為攻擊之詞，尚有瑕疵，則在此瑕疵未予究明以前，即不能遽採為斷罪之基礎（最高法院69年度台上字第1531號判決意旨參照）。現行刑事訴訟法並無禁止被害人於公訴程序為證人之規定，自應認被害人在公訴程序中具有證人適格（即證人能力），然被害人與一般證人不同，其與被告處於絕對相反之立場，其陳述之目的，在使被告受刑事訴追處罰，內容未必完全真實，證明力自較一般證人之陳述薄弱。故被害人縱立於證人地位而為指證及陳述，且其指證、陳述無瑕疵可指，仍不得作為有罪判決之唯一依據，應調查其他證據以察其是否與事實相符，亦即仍須有補強證據以擔保其指證、陳述之真實性，始得採為斷罪之依據（最高法院94年度

台上字第3326號判決意旨參照）。又刑事訴訟法第161條第1項規定檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知，最高法院亦著有92年台上字第128號判例揭櫫甚詳。

三、復按有罪之判決書應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，刑事訴訟法第310條第1款分別定有明文。而犯罪事實之認定，係據以確定具體的刑罰權之基礎，自須經嚴格之證明，故其所憑之證據不僅應具有證據能力，且須經合法之調查程序，否則即不得作為有罪認定之依據。倘法院審理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，或程序上不合法，而為不受理之諭知，即無前揭第154條第2項所謂「應依證據認定」之犯罪事實之存在。因此，同法第308條前段規定，無罪、不受理之判決書只須記載主文及理由。而其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。故無罪、不受理之判決書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論敘說明（最高法院100年度台上字第2980號判決意旨參照）。是以下本院採為本案認定所使用之證據，不以具有證據能力者為限，且毋庸論敘所使用之證據是否具有證據能力，合先敘明。

四、公訴意旨認上訴人即被告（下稱被告）林大為、被告黃子桓均涉犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪嫌，無非係以被告林大為、黃子桓2人於偵查中均坦承分別持西瓜刀、棒球棍毆打告訴人蔡明融致受傷之事實，告訴人於警詢及偵查中之證述，證人林哲宇於警詢中之證述（證明其名下車牌號碼00000000號自用小客車係被告黃子桓所有，僅借用其

名義購買而已）、偵查報告、職務報告、監視器畫面截圖10張、監視器光碟1片、現場示意圖、中國醫藥大學附設醫院（下稱中國醫藥學院）診斷證明書1紙等件為據。訊據被告林大為、黃子桓固直承有分別持西瓜刀揮砍、持棒球棍毆打告訴人致其受有如診斷證明書上載左手多處切割傷，小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂、左肩、左腰、左頸、左前臂、右手背多處切割傷等事實不諱，惟均堅決否認有何殺人未遂之犯意，辯稱：因為有聽朋友提到，告訴人說要讓我們走不出臺中，我們心生不滿，才起意要教訓告訴人，我們只有毆通傷害之犯意，沒有要致告訴人於死之意思，且我們已經跟告訴人達成和解等語。其等辯護人則以：請考量本案衝突時間長短、告訴人受傷部位非人體極脆弱的部位，所受傷勢長度也沒有很長等情節，足證被告2人當時只有傷害之犯意，並無殺人故意等語，資為辯護。

五、經查：

本案係被告2人透過不知情之白敦仁邀約告訴人外出，被告2人特地駕車自臺北南下臺中，被告林大為於臺中某家生活百貨先行購買新西瓜刀1把，獲悉告訴人行蹤後，前往告訴人所在地點埋伏等候，而告訴人並於上開時地遭被告林大為、黃子桓分別持西瓜刀揮砍、持棒球棍毆打，致受有如診斷證明書上載左手多處切割傷、小指2條屈指肌腱斷裂、雙側神經血管斷裂、左肩、左腰、左頸、左前臂、右手背多處切割傷等情，已經被告2人於偵審期間均自白不諱，核與告訴人蔡明融迭自警偵訊、原審審理時指證述情節相符，並經證人白敦仁於警偵訊時均證述明確（見警卷第54至55頁；106偵緝1853卷第33頁反面），復有中國醫藥學院出具診斷證明書1紙在卷（見106偵14251卷第64頁）可資佐證，並有該院107年11月16日院醫事字第1070015012號函暨檢送告訴人病歷光碟乙張，本院並列印該光碟所載錄之急診、住院、門診病歷（見本院卷第127至197頁、卷末密封袋內）及該院107年12月13日院醫事字第1070016847號函文（見本院卷第219頁）

可參，此外，另有監視錄影光碟乙片附卷（見106偵14251卷第98頁存放袋內），及經原審、本院勘驗該監視錄影光碟之勘驗結果及翻拍照片在卷（見原審卷第109至110頁反面、129至131頁；本院卷第106至107頁）可資佐證，堪認告訴人遭被告2人揮砍、毆打後受有上開傷勢，係屬真實。而經原審及本院均當庭勘驗監視錄影光碟，只見告訴人出現後，2名男子先後自告訴人背後跑向告訴人，甲男（即被告黃子桓）先手持物品揮擊告訴人數次後，乙男（即被告林大為）亦手持物品揮及告訴人數次，只見甲男、乙男均先後持物品揮擊告訴人數次，而均未見有甲男拉扯乙男，或乙男拉扯甲男之情形，有上開勘驗結果在卷可參，被告2人之辯護人於本院行準備程序時亦直承：從前揭監視錄影影像沒有辦法明顯看出有拉住的動作（見本院卷第107頁），則被告2人迭自偵查及法院審理期間均供述被告林大為持西瓜刀揮砍告訴人之際，被告黃子桓有出手拉住被告林大為阻止其持刀揮砍告訴人之情節，顯然與監視錄影畫面所呈現情形不符，礙難採信。反係可以明顯看出被告黃子桓先朝告訴人背後持棒球棍毆打數下後，緊接再由被告林大為持西瓜刀接續揮砍，其2人以棒球棍毆打、持西瓜刀揮砍之時間、地點均密接而無間斷，彼此已互相呼應而為行為分擔，自係預謀犯案，且應對告訴人受傷害之結果負共同行為責任，要臻明確。

惟按殺人、重傷、傷害三罪之區別，在於行為人下手加害時之犯意，亦即加害時是否有使人喪失生命，或使人受重傷，或僅傷害人之身體健康之故意以為斷。犯意存於行為人內心，認定犯意之如何，自應就所有調查之證據資料，本於吾人之經驗法則與論理方法，綜合研求，以為心證之基礎。至於受傷處是否為致命部位以及傷痕多寡，輕重如何，加害人所使用之兇器為何，雖非區別犯意之絕對標準，惟仍不失為重要參考資料（最高法院106年度台上字第2257號、第1628號判決意旨參照）。刑法殺人未遂與傷害之區別，固應視加害人加害之初有無殺意為斷，不能僅以受傷處是否為致命部位

及傷勢輕重如何，據為認定有無殺意之唯一標準，然仍可就行為人之動機、手段、所使用之凶器、下手之輕重、致傷之結果及行為後之情狀等綜合觀察判斷。查：

本案依告訴人之歷次指證述內容如下：

- 於106年2月20日警詢指稱：綽號「丸子」手持西瓜刀砍傷我腰部、肩部、背部多處刀傷，左手小指遭砍斷，左手骨折，另「大維」持木棍打傷我頭部。我目前是腰部、肩部、背部均有多處刀傷，左手小指斷裂、左手骨折。我跟綽號「小白」（即白敦仁）、「丸子」、「大維」都沒有仇恨或金錢糾紛。我要對「丸子」、「大維」提出重傷害告訴（見106偵14251卷第32至33頁）。
- 於106年2月24日、27日警詢時指稱：我被綽號「丸子」男子及「大維」男子砍傷，他們是朋友關係，我跟他們沒有其他債務或仇恨，我也不知為何要砍我。我現在沒辦法提出「大維」之資料供警方追查其身分，我要對「丸子」即黃子桓提出傷害告訴（見106偵14251卷第34頁反面、36頁反面）。
- 於106年3月23日警詢時指稱：我確認是黃子桓持西瓜刀，當時我走路回到住處大樓道路旁時，突然被「大維」持棍棒偷襲敲打我後腦，我立即轉身就看到黃子桓持西瓜刀朝我砍過來，我立即以左手撥擋，對方2人還持續朝我揮刀，揮棒攻擊，那時我就認出是黃子桓、「大維」2人，於是我一直往大樓地下室逃逸，被追砍的過程很短暫，造成我身體受傷如診斷證明書。我沒有達到重傷害要件。我要對黃子桓、「大維」提出殺人未遂、傷害等告訴。（所告殺人未遂有無具體事證？）他們當時持西瓜刀朝我頭、頸部方向猛砍，左頸部還被刀子劃傷，如果再近一點可能就砍到頸動脈，還好我反應快以手臂擋掉對方刀械，造成我左手臂多處見骨刀傷、肌腱也斷掉，已經無法復原，可見當時有被砍死之虞。我跟他們完全沒糾紛也沒利益關係，我被他們傷害我覺得很意外，至今也沒聽說是何原因（見106偵14251卷第42至44頁）。
- 於106年3月29日警詢時指稱：黃子桓跟他的朋友都說稱呼他

為「大維」，所以我也只知道該男子為「大維」。（提示指認犯罪嫌疑人紀錄表）編號7就是持棍毆打我的男子。我要對林大維提出殺人未遂、傷害等告訴。目前我還想不出為何被他們持刀與棍棒傷害的原因（見106偵14251卷第48頁反面）。

LL於106年6月16日偵訊時指稱：印象中有人持西瓜刀跟棍子，對方突然跑出來，背對我的情形，對方一開始就是拿西瓜刀砍我的肩膀左後方砍，我被砍到後，我發現有人過來，就開始有人追趕我，當時情況很混亂，我有聽到有人說髒話，並說「呼你死」，就開始朝我的頭部砍殺，我用左手去抓對方的刀子，我的左手手掌都被砍爛，手指也都被砍掉了，現場太亂，我很害怕，就趕快往反方向跑，直接跳進○○○○○○那棟大樓地下室。我被砍後就往地下室入口逃，我是跳過柵欄，衝進去的。（印象中，拿棍子的那個人毆打你何處？）打我的頭部，拿西瓜刀及棍子的人他們都攻擊我的頭部，兩個人的時間差不多是一起攻擊的，我的左後肩膀被刀子砍到時，頭部接著就被棍子打。兩個歹徒是從後方跑過來攻擊我。兩個人都有戴口罩。黃子桓拿西瓜刀，林大為是拿棍子，我跟他們完全沒有恩怨、糾紛。我在想是不是有可能我講話太直，得罪到他們，我也沒印象我講了什麼，我都是心直口快（見106偵14251卷第90頁正反面）。

ll於106年11月29日偵訊時指稱：我先被棍子打到，我是被攻擊後，轉身才發現林大為、黃子桓，因為他們2人都戴口罩，很混亂，我不知道誰拿棍子，誰拿西瓜刀。畫面時間20時31分35秒，因為我是背對的，第一下被打，應該是被棍子打到。20時31分39秒有另一個人從馬路對面衝過來，當時那個人手上是拿西瓜刀。20時31分45秒有一個人疑似拿著手機從馬路走過來在蒐證，那個人應該是呂念祖（見106偵緝1853卷第32頁反面至33頁）。

於107年6月27日原審審理時證稱：第一下是從背上來的。打我頭部好幾下，確切幾下不知道。我當天受傷部位在脖子、

手、腰、手臂、肩膀、手指，手指掉下來了。頸部傷口多深我自己沒有看到，應該沒有看到動脈，目前掉下來小指部分還在復健。我很多傷害是在我的上半身。當天就是很激烈，位置都是以高處，我肩膀、頸部有受傷，我其實一直在閃他們的刀，所以說有無瞄準我的頭部我不能很確定，但確實我很多傷害是在我的上半身（見原審卷第111頁反面、112頁正反面），衝突過程中我跟被告2人都沒有對談，完全沒交談，有聽到「吼系」但不確定何人說的（見原審卷第112頁反面、114頁），黃子桓拿棍棒攻擊我頭部、後腦勺。林大為拿西瓜刀都攻擊我腰部以上，有受傷的地方就手指、手臂、肩膀、頸部、腰部（見原審卷第114頁反面），我左手小指應該是擋的時候被砍斷的。（你當時是如何擋？所以左手的小指被砍斷？）當時他一定是由上往下砍，朝我上半身砍，所以我有伸手去擋，因為時間幾秒鐘而已，他在砍的時候是很快的，我看到刀子來我就快點擋，所以我也不能確定從哪個方向去砍（見原審卷第115頁反面），左手多處切割傷，也是被砍的，左手指、左手掌背部、正面都有，左肩、左腰也是被砍到的（見原審卷第117頁反面），手指受傷較嚴重，開刀10小時。脖子傷勢還好，只要拿紗布簡單處理，然後再縫合（見原審卷第118頁），動手術部位只有手指，其餘部位沒有動手術。我全身傷勢最嚴重的，就是手指的傷勢（見原審卷第123頁），我當下覺得被告2人是要置我於死地（見原審卷第124頁），我跟被告2人沒有不愉快，事後我也沒有詢問被告2人為何要攻擊我，因為他們完全沒有聯繫，直到法院要和解時，被告黃子桓跟我說是講話的誤會，黃子桓說他有聽到人家說我在外面放話，要讓他們走不出臺中，但我沒有這樣放話（見原審卷第113頁反面、114頁正反面）。依告訴人前開歷次指證述內容，固然證述其遭被告2人毆打及揮砍，其中身體部位遭被告林大為持西瓜刀揮砍多處，其急診入院時告訴人意識清楚（GCS：E4M6V5），受傷部位為左手多處切割傷，小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷

裂，左肩、左腰、左頸、左前臂、右手背多處切割傷，而集中於左邊上半身部位，其左手小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂最屬嚴重，也因此進行開刀手術10小時，其餘部位以手術縫線縫合，主診斷則為手指壓砸傷，除經告訴人證述外，另有前揭中國醫藥學院出具診斷證明書及病歷診療紀錄在卷（見本院卷第137、149、155至157頁）可參。查告訴人所受上開傷勢，均為被告林大為持西瓜刀揮砍所造成，而西瓜刀係極鋒利之刀器，為被告2人所均得認識，稍有不慎即可對人體造成巨大傷亡，當為被告2人所得認識，而替告訴人診治之中國醫藥學院固然表示：依據告訴人病歷記載，其傷勢有生命的威脅等語（見本院卷第127頁）。惟經本院再度函詢中國醫藥學院關於告訴人診斷證明書上所述各該傷勢之長度、寬度及深度分別為何？所受各該傷勢是否均有致命之危險？一節時，該院復稱：經查病歷記載，告訴人於106年2月17日至本院急診就醫，傷口狀況如下：「左手多處切割傷-3處分別為3公分、2公分及1公分」、「小指2條屈指肌腱斷裂，雙側神經血管斷裂：未明示長度」、「左肩-3公分」、「左腰- 3公分」、「左頸-急診並未紀錄到此傷口」、「左前臂-4公分」、「右手背多處切割傷-3公分」，病人傷勢如病歷記述亦有可能危及生命等語（見本院卷第219頁）。由上開病歷記載，告訴人所受傷勢雖集中於上半身，且有多處，然僅有傷勢長度約1公分至4公分不等之記載，並未載明寬度、深度，且除左小指進行手術部位有拍攝照片留存外，其餘刀傷部位均未有相關照片佐證，足見除手指外應未有傷及見骨之情形。以被告林大為所使用之兇器為銳利之西瓜刀，取人性命毫無困難，且有被告黃子桓持棒球棍揮打告訴人在先，2人接續毆打揮砍而無停歇，以被告2人一方人多勢眾，相較於告訴人僅隻身1人孤立無援，且係猝不及防地自背後被揮砍、毆打，勢單力薄，被告2人如欲取告訴人性命當屬輕易而毫無任何困難之處。被告林大為雖持西瓜刀揮砍告訴人身體多處，除左小指外均未見有嚴重之傷勢，而告

訴人左小指雖受有2條屈指肌腱斷裂、雙側神經血管斷裂之嚴重傷勢，以致進行手術10小時，甚至可能危及生命，然依告訴人偵審中所述：我發現有人打我，我用左手去抓對方的刀子，手掌被砍爛，手指也都被砍掉了等語，則告訴人係因手抓被告林大為的刀子，以致手指接觸銳利的刀子不敵而遭砍斷，尚未見被告2人有意欲取告訴人一肢（左手）之故意。至告訴人雖指述被告2人朝其頭部揮砍其才用手去抵擋，且被告林大為都是由上而下持刀揮砍，其抵擋反抗，才導致身體上半身多處受傷，然觀其上半身部位傷勢均為切割傷，其中屬於人體重要部位之頭部並未有任何傷勢，雖診斷證明書記載「左頸切割傷」，然於急診時尚未紀錄到此傷口，告訴人於原審亦證述：脖子傷勢還好，只要拿紗布簡單處理，然後再縫合等語，均如前述，足見告訴人所受左頸之傷勢並不嚴重，以致於急診時尚未注意此一傷口，至於告訴人上半身雖屬人體重要臟器部位然亦未有任何穿刺傷（見本院卷第135頁之急診醫囑單記載），更未見有傷及骨頭之傷勢，堪認被告2人使用棒球棍毆打、西瓜刀揮砍告訴人之際，其等連番下手之力道尚未達至猛烈、兇殘以取人性命之程度。查告訴人與被告2人素來無任何仇隙怨恨，至今仍想不出被告2人為何要持刀揮砍、持棒球棍毆打其之理由等情，屢經告訴人於警偵訊及原審審理期間均指證述在卷。被告2人則均以因為有聽聞告訴人先前放話說「要讓我們走不出臺中」，基於教訓告訴人之意，才為本案犯行，而此節為告訴人所堅決否認，雙方各持一詞。惟由上可知，即便被告2人認為告訴人曾經為上開放話一節為真，被告2人與告訴人間實亦無任何血海深仇，以致其等有何要取告訴人性命之動機。至告訴人於偵審期間雖均證述：當時遭被告2人毆打、揮砍之際，有聽聞他們說「呼你死」（台語）之語，然此為其5次警詢筆錄所均無者，被告2人當時是否確有口出此言，尚非無疑，縱使被告2人案發當下有出言「呼你死」之言論，亦無法排除係出於教訓告訴人之意思，所為堅強氣勢或情緒宣

洩之語。至告訴人於原審雖亦證述：我當下覺得被告2人是要致我於死一情，然告訴人於第1次警詢時表示要提出重傷害之告訴（見106偵14251卷第33頁），第2、3次警詢時僅表示要提出傷害之告訴（見106偵14251卷第36頁反面），第4、5次警詢及偵查中時始均表示要提出殺人未遂及傷害之告訴（見106偵14251卷第44、48頁反面、90頁），則告訴人於案發當日是否果認為被告2人有欲殺害、取其性命之意圖，其顯亦未能肯認。而由告訴人發現遭被告2人毆打、揮砍之際，奔跑至大樓地下室之際，被告2人亦未再積極追趕，停止毆打、揮砍行為後，隨即離去，以彼時被告2人均年輕力盛，行動並無任何困難，如要繼續追趕業已負傷之告訴人，客觀上並無任何難處，然其等均任令告訴人自行逃離，未再有追趕之舉措，堪見係認業已達到其等要教訓告訴人之目的，才罷手離去，尚堪認定。

本案係因被告2人主觀認為告訴人放話要讓其等走不出臺中，遂透過不知情之白敦仁邀約告訴人外出，被告2人並特地駕車自臺北南下臺中，被告林大為甚至於臺中購買新的1把西瓜刀，企圖教訓告訴人，獲悉告訴人行蹤後，被告2人分別持車內棒球棍、甫購買之西瓜刀，趁告訴人不備之際，接連予以揮砍、毆打，導致告訴人受有上開傷勢，被告2人預謀策劃教訓告訴人，憑藉暴力處理紛爭，已有相當之惡性，甚為明顯。惟告訴人與被告2人彼此間，除被告2人上開主觀所認知者外，並無任何深仇大恨，告訴人於警偵訊及原審審理期間亦均表示不知為何被告2人會對其做本案行為，堪認被告2人尚無取告訴人性命之動機。而被告2人雖先後持棒球棍毆打、西瓜刀揮砍告訴人致其受傷，依其等所使用之兇器，其中新購買之西瓜刀應當甚為銳利，然依告訴人所受傷勢，除左手指係因要抵擋攻擊以手抓刀以致產生嚴重傷勢外，其餘身體各處部位傷勢均僅1公分至4公分不等之切割傷，並未傷及頭部、頸部、臟器所在重要部位，而各該切割傷亦均未深及見骨，足見被告林大為持刀下手之力道並未猛烈。而

告訴人負傷奮而掙脫逃跑後，以被告2人一方人多、復持有多種兇器之情況下，殺害告訴人取其性命毫無困難，其2人卻罷手停歇，即行離去，依其等事後作為，亦難認其等有意欲取告訴人性命之故意或縱使致令告訴人死亡也不違反其等本意的不確定故意。

ŋ綜上所述，被告2人本案雖有接續持棒球棍毆打、持西瓜刀揮砍告訴人致受傷之結果，其等行為具有相當之惡性，為法所不能容，本當予以一定之責罰，然依卷內事證，尚無從證明被告2人有殺人之直接故意或不確定故意，充其量僅能證明其等具有傷害之故意，而為本案屭通傷害犯行。公訴意旨認被告2人均具殺人之不確定故意，應論以刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪嫌，尚有誤會。

六、復按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第238條第1項、第303條第3款分別定有明文。又犯刑法第277條第1項之傷害罪，需告訴乃論，同法第287條前段亦有明文。查被告2人本案僅該當刑法第277條第1項之屭通傷害罪，並非殺人未遂罪，惟其等於原審審理期間業已徵得告訴人諒解與其達成和解，合計賠償告訴人共新臺幣30萬元，並已履行完畢，經告訴人於原審撤回告訴，此有刑事撤回告訴狀、和解協議書、匯款單據在卷（見原審卷第20、21、43頁）可參，告訴人既已於原審辯論終結前撤回對被告2人之傷害告訴，依法法院即應為不受理判決。

七、本院之判斷

原審就被告黃子桓部分為不受理判決之諭知，經核所為認事用法並無違誤；就被告林大為部分疏未詳查，逕為被告林大為犯殺人未遂有罪之認定，則尚有未洽，被告林大為上訴意旨以其應該當傷害罪，且已與告訴人達成和解，告訴人業已撤回告訴，應諭知不受理判決，指摘原判決關於其部分為不當，則為有理由；檢察官上訴意旨以被告2人均應該當殺人

未遂罪，暨對被告林大為有罪認定時所適用之刑法第59條及所量處之刑度均屬過輕為由，指摘原判決均不當，則屬無據。自應由本院將原判決關於被告黃子桓部分予以上訴駁回，就被告林大為部分則予撤銷改判，另諭知不受理判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第303條第3款，判決如主文。

本案經檢察官陳旻源提起公訴，檢察官朱介斌提起上訴，檢察官鍾宗耀到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　21　　日

刑事第九庭　審判長法　官　紀　文　勝

法　官　廖　健　男

法　官　賴　妙　雲

以上正本證明與原本無異。

檢察官得以殺人未遂罪為由提起上訴，惟就被告黃子桓部分提起上訴時應符合刑事妥速審判法第9條第1項規定。

如不服本判決應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者，並得於提起上訴後十日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　王　譽　澄

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　21　　日

刑事妥速審判法第9條

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一、判決所適用之法令牴觸憲法。

二、判決違背司法院解釋。

三、判決違背判例。

刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款規定，於前項案件之審理，不適用之。