臺灣高等法院花蓮分院民事判決

109年度原上易字第2號

上　訴　人　張進雄
訴訟代理人　賴劭筠律師（法扶律師）
複　代理人　林之翔律師（109年3月6日解除委任）
被　上訴人　張天輝
訴訟代理人　陳鴻儀律師

上列當事人間請求侵權行為損害賠償事件，上訴人對於臺灣花蓮地方法院中華民國108年11月29日第一審判決提起上訴，本院於民國109年3月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

㈠、原判決不利於上訴人部分，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

㈡、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

㈢、第一（除確定部分外）、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序部分：

原判決關於被上訴人敗訴部分，未據被上訴人上訴及提起附帶上訴，已告確定。

乙、被上訴人方面：

一、主張：除援用原審判決記載外，並補充如附件1。

二、聲明：

㈠、上訴駁回。

㈡、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

丙、上訴人方面：

一、答辯：除援用原審判決記載外，並補充如附件2。

二、聲明：

㈠、原判決不利於上訴人部分廢棄。

㈡、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

㈢、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

丁、本院的判斷：

一、上訴人並無自招損害之情：

㈠、關於證人呂宥頡部分：

1、民國（下同）107年4月29日警詢：（問：你是何時、地目擊張進雄與張天輝發生肢體衝突，請詳述？）

⑴、107年4月5日14時許，我在○○○00號房屋廚房內在修補水泥，聽到客廳有人在爭吵，因為吵得很大聲我就出去看，就看到張進雄與張天輝用原住民話在爭吵，

⑵、而張天輝與張進雄的叔叔（張伸忠）正在制止他們，因為大部分都用原住民母語我聽不懂，只聽到他們的叔叔（張伸忠）有對張天輝說：每次回來都為房子問題爭吵，你下次不要回來好了，他們邊吵邊走到屋外後，

⑶、他們叔叔（張伸忠）就和張天輝發生拉扯，後來我跟其他人有上前制止拉開，包括張天輝的太太也有上前制止，

⑷、後來張天輝的兒子突然用手肘去壓制他們叔叔（張伸忠），我見狀就上前將張天輝的兒子拉開，說對長輩不能這樣，雙方都分開後暫時平息了爭吵，張進雄和張天輝兒子還有講一些：大家都是親戚要團結忍讓之類的，

⑸、本來我以為沒事了，正要進屋內廚房繼續做事情時，就看到張天輝和張進雄互相勾肩搭背好像很要好的樣子，其他親戚也有勸他叔叔說不要生氣之類的話，

⑹、在我轉頭進廚房前，又瞄了一眼就看到他們2人在屋前右邊樹下，張天輝將張進雄推倒在地，並用腳要踢他，有踢到第1腳，但後面兩腳是踢空的，

⑺、這時我就衝過去再把張天輝從後抱住對他說：不要把事情變得更複雜化（誤植為「話」），並聞到他身上有很重的酒味，他不理要將我推開，繼續踢張進雄，

⑻、這時張進雄爬起來，兩個人又互相「拉扯」，張天輝在「拉扯」當下，可能有絆到腳，感覺重心不穩要向側面跌倒，我就去拉張天輝的左手，張進雄也有去扶住（誤植為「助」）他右手，可是張天輝太壯了，我們2人扶不太住，他側倒後可能腰部有撞到，我跟張進雄將他扶起來後，他就說他腰很痛……（偵卷第33頁至第34頁）。

2、107年6月7日偵訊：（問：你在107年4月5日14時許是否有在花蓮縣○○鄉0000000000村○○○00號前？）有；（問：為何出現在上開地點？）我去做防水工作；（問：你在上開時地是否目睹張進雄、張天輝發生衝突？過程為何？）⑴、當時我在廚房補水泥，聽到爭吵聲，我就出來，看到張進雄、張天輝2人在房子內吵架，⑵、後來兩個人出來屋外，張進雄、張天輝的叔叔就有出來勸張天輝說：不要再為房子的事情在吵，他叔叔有說每一年回來都要為此事吵，如果要吵就不要再回來，⑶、張天輝就跟張天輝的叔叔有拉扯，張天輝的太太、小孩都在場，張天輝的叔叔有點衝動，我也過去拉（張天輝的）叔叔，請他不要這樣，⑷、張天輝的兒子去把張天輝的叔叔用手肘架在牆壁上，我跟張天輝的兒子說不可以對長輩無禮（誤植為「理」），後來想說都沒事了。⑸、眼看到張進雄、張天輝勾肩膀在溝通，想說沒事了，後來我轉頭回廚房繼續工作，回頭看一下，就看到張進雄在他家右側的樹木，張進雄已經躺在地上，張天輝用腳去踹他，踹的第1腳、第2腳我看到，我就去阻攔張天輝，張進雄就從地上起來，⑹、張天輝又把我推開，又跑去找張進雄，說要教訓他，我有過去稍微拉一下，兩個人又互相拉扯，我過去嘗試要拉開他們，當天張天輝有喝酒，拉扯之間，張天輝右側倒下去，我跟張進雄去拉他的手，但拉不住，張天輝的腰部側邊有撞到地上，張天輝就說他的腰很痛，我跟張進雄就將他扶起來，就交由張天輝的太太照顧他；（問：你知道張天輝、張進雄為何事發生爭執？）當時不知道，爭吵時張天輝叔叔有在講，是有關房子繼承權問題（偵卷第70頁至第71頁）。

3、臺灣花蓮地方法院（下稱花院）108年度花原簡字第20號上訴人因本事件受傷而向被上訴人求償案108年7月31日言辯期日：（問：去年〈107年〉4月5日你為何會在○○00號房屋？）因為原告（即張進雄，本段落以下同）姐姐請我去做屋頂防水跟室內油漆；（問：當天有無看到原告被告〈張天輝

，本段落以下同〉發生衝突的過程？）⑴、一開始我在廚房施作牆壁的時候，聽到客廳有原告及被告之爭吵聲，我就過去看，當下看到原告的叔叔張伸忠把被告拉出來，⑵、叔叔當下有講不要每次回來就搞這些事情，原告叔叔跟被告講什麼我不清楚，⑶、後來是原告叔叔與被告吵起來，那時候我站在房屋大門口；（問：有無看到被告最後摔倒的地點？）⑴、在樹木附近，⑵、是從樹往庭院的方向摔。車道上只有我、原告及被告，⑶、因為那時候張伸忠拿躺椅要去打被告的時候，我有去阻止，那時候我看到原告被告兩個人勾肩搭背走出去我想說沒事，⑷、那時候被告之兒子有用手把張伸忠架在牆壁上。⑸、我有去把被告兒子拉住，說你不能對長輩這樣。⑹、後來被告的妻子跟叔叔在講話，我轉頭過去已經看到原告倒在地上，那時候被告要踹原告三腳，但沒有踹到，我過去阻止，⑺、後來原告起來有再跟被告扭打，然後被告就摔倒，就說爬不起來；我先跟原告把被告先扶起來，後來被告的兒子跟太太跑過來扶被告到客廳，整個衝突就結束了；（問：從房屋出來到車道，兩造是否有打架？）他們是摟住肩膀在走，看起來是有說有笑，看起來沒有事；（問：被告跌倒之位置為何？）被告跌倒是在車道靠近樹的位置，沒有撞到矮牆，車道是泥土夾雜小石頭；（問：你剛才說被告有要踢原告三腳，原告當時為何姿勢？）原告當時整個人面向上，躺在地上，他有翻滾閃躲被告踢他，所以就沒有踢到，當時被告是連續踢三下，都被原告閃開……（原審卷第54頁至第55頁）。

㈡、關於證人張伸忠部分：

1、107年4月24日警詢：（問：你是何時、地於何處目擊張進雄與張天輝發生肢體衝突，請詳述？）⑴、107年4月5日14時許，我在○○○00號房子外面，原本張進雄在房子客廳中休息，張天輝從屋外進去大喊大叫，好像在罵人的樣子，因為客廳中有很多祖先肖像，我怕驚擾家中祖先，我就進去跟他們兩個說：你們不要在家中大喊大叫，⑵、然後我就把他們

兩人拉到門外之後，突然張天輝的兒子就把我推壓到牆壁上，並用手勾住我的脖子，我大叫問他為什麼要這樣，因為現場我們家人很多湧上來，將張天輝兒子拉開，並把我拉到旁邊讓我坐著休息，⑶、後面張進雄怎麼和張天輝推拉的情形我就不知道了；（問：當時你在該處原本做何事？）我們家人在房子前空地坐著喝酒聊天，看到張天輝走進屋內有爭吵聲後，我才進屋內查看；（問：張進雄與張天輝由屋內拉扯至屋外之經過，你是否清楚？）他們雙方只有在屋子爭吵當時，還沒有肢體接觸，我是進屋將他們兩人推出屋外，他們倆人在這個過程中都沒有拉扯；（問：張進雄與張天輝發生爭吵時，你是否有涉入？）⑴、就像我剛才講的，張進雄與張天輝發生爭吵時，我是進屋叫他們不要在祖先面前吵架，並將兩人推出屋外，⑵、沒想到剛將兩人推出門外，卻反被張天輝的兒子架著我的脖子壓在牆上讓我動彈不得，他並叫我不要動（偵卷第30頁至第31頁）。

㈡、本院109年2月13日準備程序：（問：民國107年4月5日下午2點，有無在花蓮縣○○鄉○○村0鄰00號？）那天是掃墓，我回來家裡後，張天輝跟張進雄在裡面吵架，我說你們幹嘛在這邊吵，便將兩人拉到家外面，跟他們說不要在裡面吵，張天輝的大兒子就拉我，將我拉到牆壁，壓我的脖子，我就無法再動，後面的事就不知道了；（問：你剛說他們兩人在房子裡面吵，你把他們兩人拉出來，那中間是否知道張進雄有無打張天輝？或張天輝有無打張進雄？）沒有看到；（問：你是如何拉的？）我就拉他們兩人到外面，說不要在裡面吵，要就在外面吵，剛好他大兒子有來，就拉我到牆壁那邊，壓我的脖子，我就不能動（本院卷第149頁）。

㈢、關於證人林雪英部分：

本院109年2月13日準備程序：（問：民國107年4月5日下午兩點是否在○○鄉○○村0鄰00號？）是；（問：在該地做何事？）與家人寒暄；（問：兩造是否發生糾紛？可否描述一下？）⑴、張進雄進去說要休息，張天輝從外面進去後，

看見他們兩人在吵架，但沒聽到在吵什麼，兩人之間在推拉扯，越講越大聲，就到外面去，還是在拉扯，因為當時張天輝醉了，不知道為了何事要找張進雄，越吵越兇，⑵、叔叔張伸忠喝了點酒也很生氣，就拿東西應該是躺椅來擋在他們兩人之間，場面混亂間，張天輝跌倒一次又起來，叔叔張伸忠很憤怒又拿東西，張天輝的大兒子看見張伸忠要打他爸爸，便用手將張伸忠架在牆壁上，其實不是打架的問題，是因為路不平，有高低，張天輝、張進雄兩人都有跌倒；（問：是否有看到第二段拉扯過程？）第二段只看到前面較嚴重的過程，後面已經沒有什麼再大力的拉扯；（問：是否看見兩人跌倒情形？）好像是絆倒，因石頭有高低，張進雄先跌倒，張天輝也站不穩跌倒，張天輝兒子將張天輝扶起來到客廳去，因為他說他站不起來；（問：是否確切看見2人如何拉扯？）第二段沒有看見確切如何拉扯，其實沒有什麼打，就兩人拉扯，手揮來揮去；（問：手如何揮？）（揮舞手臂）兩個大男人揮過來揮過去；（問：是否不是毆打，是拉扯？）對；（問：張天輝總共跌倒幾次？）兩次，後面那次比較嚴重，坐下來倒在那裡；（問：第一次跌倒情形如何？）他自己跌倒，爬起來後還要再拉扯；（〈提示畫螢光筆處【誤植為話螢光比處】〉證人呂宥頡表示看見「張天輝將張進雄推倒在地，並且用腳要踢他，有踢到第一腳，但後來就踢空了，張天輝將他踢開，要繼續踢張進雄，兩人又互相拉扯」，與你看見的情形是否一樣？）差不多……；（問：所以你看見屋外兩人拉扯，拉扯後看見張進雄先倒地後，又接著看見張天輝倒地，是否如此？）是；（問：當時是否為張進雄先進屋，張天輝才進屋，2人才發生口角？）是（本院卷第153頁至第155頁、第159頁至第161頁）。

㈣、綜合上開3名證人所述，可以知道：

1、107年4月5日下午2時許，上訴人原在花蓮縣○○鄉○○村○○○00號房子（以下稱系爭房屋）客廳中休息，被上訴人從屋外進去大喊大叫，好像在罵人的樣子，之後二造有發生爭

吵。

2、至於二造在系爭房屋爭吵當時，到證人張伸忠將二造推出系爭房屋屋外這個時點（以下稱第1階段），二造在這個過程中有沒有拉扯之情，證人張伸忠與證人林雪英所述則不一致。

3、從上述1、2這2點來看，二造發生爭吵應不是起源於上訴人，而且，就第1階段部分，證人張伸忠與證人林雪英就二造有無發生拉扯之情，證述難認一致，無法遽認那1個人說的較為真實，但縱認二造於第1階段有發生拉扯之情，也無法遽認該拉扯即係起源於上訴人。

4、之後，到了系爭房屋屋外時，二造勾肩膀在溝通，看不出有拉扯爭吵之情後，被上訴人突將上訴人推倒在地，並用腳要踢他（不論第1腳有無踢到），上訴人跌倒起來後，再跟被上訴人扭打，然後被上訴人就摔倒，就說爬不起來（以下稱第2階段），可見，就第2階段，也不是上訴人先攻擊被上訴人。

㈤、關於證人黃錦秀部分：

1、107年4月6日警詢：（問：妳丈夫張天輝於何時、何地發生上述遭人推倒情事？）我丈夫是在107年4月5日14時20分的時候，在我老家，花蓮縣○○鄉○○村○○○00號發生這件事的；（問：係何人將妳丈夫推倒？與妳丈夫有無關係？）張進雄。他與我丈夫算是表兄弟；（問：張進雄以何種方式推倒妳丈夫張天輝？）張進雄以雙手抓張天輝肩膀，往旁邊甩的方式，張天輝向後跌倒屁股撞到水泥的路沿；（問：是否知悉張進雄係何故有此行為？）原本是親戚間，因為○○○00號這間房子的事情發生爭吵。我把丈夫拉到門外以後，看見另一位親戚要拿地上的折疊椅起來吵架，我便衝上去阻止，結果張進雄就跑到門外去推我的丈夫（偵卷第24頁至第25頁）。

2、花院108年度花原簡字第20號案108年7月31日言辯：……⑴、約12點多回來，坐在客廳前方屋簷下（靠近廚房側），坐

約1個多小時，後來我們想說要回去了，我就跟我先生（即張天輝）說我們要回去了，因為回臺北時間很久，我先生就說好，他要去看祖先的相片，祖先的相片是掛在牆壁上，他就走到客廳看祖先的相片，我沒有跟進去，但我有起來看一下被告（即張天輝，本段落以下同）進去做什麼，看到被告坐下之後我就回來屋簷下坐了，後來我有看到原告（即張進雄，本段落以下同）就跑進去了……⑵、後來我聽到原告大喊「出去！這是我們家的你不能進來」。我聽到聲音很大，我就進去了，原告用其右手抓被告出去，有碰到被告之臉龐……⑶、後來我就立馬轉身過去看，我看到原告左手拉著被告一路拉到車道，右手搥（誤植為「槌」）及被告正面左邊脖子，被告立刻就往後倒，腰椎撞到矮牆，然後就爬不起來……；（問：當天你看到原告有攻擊被告幾次？）一次，就打下去，摔一下，被告一下就摔倒了，整個過程就結束了。之前只是從客廳拉出去，在拖拉的過程只是大小聲（原審卷第52頁至第53頁）。

3、但是基於以下的理由，對於證人黃錦秀證詞的信用性，尚難給予過高的評價：

⑴、關於二造何人先進入系爭房屋內，與證人張伸忠、林雪英的證述不符。

⑵、關於在系爭房屋內發生言詞爭執之原因，與證人張伸忠所述不符。

⑶、證人黃錦秀證稱：上訴人將被上訴人從系爭房屋客廳拉出屋外乙節，查被上訴人身體頗壯，業據證人呂宥頡證稱在卷（偵卷第34頁），其身高為170公分，體重60公斤，也有佛教慈濟醫療財團法人花蓮慈濟醫院（以下稱慈濟醫院）107年11月16日慈醫文字第1070002833號函暨張天輝病歷資料可佐（原易卷第84頁、第93頁），另參照系爭房屋內、外的距離，有照片2紙可稽（原易卷第57頁），則被上訴人的手部部位，豈可能未受有傷害？但徵諸被上訴人所提慈濟醫院107年4月18日診斷證明書（原附民卷第32頁），並無關於被上

訴人手部有何傷害的記載。又證人黃錦秀於警詢時證稱：上訴人係以雙手抓被上訴人肩膀，往旁邊甩的方式，致被上訴人向後跌倒屁股撞到水泥的路沿，但觀察慈濟醫院同一紙診斷證明書，也沒有提到被上訴人肩膀或肩膀部位附近有何傷害，可見，證人黃錦秀的證述與客觀事實不符，自難遽加信憑。

⑷、證人黃錦秀先於警詢時稱：於第2階段時，上訴人以雙手抓被上訴人肩膀，以往旁邊甩的方式，致被上訴人向後跌倒屁股撞到水泥的路沿（偵卷第25頁）；於原審他案審理時則改稱：我看到上訴人左手拉著被上訴人一路拉到車道，右手搥及被上訴人正面左邊脖子，被上訴人立刻就往後倒，腰椎撞到矮牆，然後就爬不起來（原審卷第52頁）。可見，她前後的證述也變遷不一貫，對她的證述信用性，自難給予過高的評價。

⑸、參以，證人黃錦秀與被上訴人2人間為夫妻關係（原審卷第46頁、第51頁），加上，證人黃錦秀另開具所謂的請假單（原附民卷第54頁），供被上訴人證明不能工作之損害，可見，證人黃錦秀與被上訴人有明顯的利害一致關係，對她的證詞信用性，自難給予過高的評價。

㈥、關於證人張益峯部分：

1、花院108年度花原簡字第20號案108年7月31日言辯：（問：原告〈即張進雄，本段落以下同〉與被告〈即張天輝，本段落以下同〉起爭執之過程，證人是否有目睹？）⑴、我有看到前面那段，即屋內。⑵、於我父親跌倒前10分內，我看到我父親走進屋內，我沒有跟進去，我還是坐在門口與我舅公張伸忠在聊天，我聽到屋內原告大喊「你給我出去！」，⑶、接著從外面，我媽聽到後跑進去，後來我也轉身去看發生何事，我看到原告拉住我父親（張天輝）的「右手」往外拉，有拉到屋外……後來聽到我父親大叫的聲音，轉過去看我父親躺在車道地上一直喊痛。小矮牆是漸高，約有三十公分高，車道是有斜度的。⑷、我沒有看到我父親怎麼摔倒的過

程；（問：看到你父親摔倒時，原告在何處？）原告也翻過小矮牆在車道上，站立著，我跑過去的時候原告是被裝修工人由後方抱住制止；（問：當時原告有無任何表示？）我看到原告一直想要衝過去攻擊我父親，那時候裝修工人說你不要再打，他已經站不起來了；（問：你父親〈張天輝〉進入房屋內的時候，原告在何處？）我不知道他在哪裡，我看到我父親進到房屋後，我才看到原告從我身後進入屋內（原審卷第49頁至第50頁）。

2、基於以下的理由，本院認為對於證人張益峯的證詞，尚難給予過高的評價：

⑴、關於二造進入系爭房屋的先後次序，與證人張伸忠、林雪英2人的證述不符。

⑵、證人張益峯證稱：我看到上訴人拉住被上訴人的「右手」往外拉，有拉到屋外……。從被上訴人的體格、體重，及系爭房屋內、外的距離來看，為何被上訴人的右手都沒有受到任何的損傷（原附民卷第32頁）？

⑶、證人張益峯另證稱：我看到上訴人一直想要衝過去攻擊被上訴人，那時候裝修工人說你不要再打，他已經站不起來了等語（原審卷第50頁）。但是證人呂宥頡則是證稱：……張天輝又把我推開，又跑去找張進雄，說要教訓他，我有過去稍微拉一下，兩個人又互相拉扯，我過去嘗試要拉開他們，當天張天輝有喝酒，拉扯之間，張天輝右側倒下去，我跟張進雄去拉他的手，但拉不住，張天輝的腰部側邊有撞到地上，張天輝就說他的腰很痛，我跟張進雄就將他扶起來，就交由張天輝的太太照顧他（偵卷第70頁至第71頁）。可見，張益峯的證述與立場較為客觀的證人呂宥頡之證詞不符，尚難遽加採信。

⑷、證人張益峯為被上訴人的兒子（原審卷第46頁、第47頁），基於2人的緊密親屬關係，立場上有較為偏袒被上訴人的風險。

㈦、關於被上訴人的供詞部分：

１、107年4月17日警詢：（問：該案發生時間、地點為何？）107年4月5日中午過後，○○○0鄰00號；（問：當時發生情形為何？請詳述？）⑴、當時我想說我與張進雄他們家是親戚，所以想要對○○○00號在裝修上做金錢分攤，⑵、張進雄的姐姐張淑貞也同意這樣做，當時我和張淑貞、我太太黃錦秀及我舅舅張伸忠在聊天，聊了一會我就走進房子內坐下看我阿公阿嬤的肖像，⑶、突然間張進雄就進來跟我說：大哥，這個家是我們的，請你出去！我就答覆他說：這個家是兄弟的！沒想到他突然發火打了我右邊身體好幾拳，⑷、我就站起來，他就將我拉往外面，這時在房子外有很多本來在聊天的人都聚上來，張進雄將我拉到門外後，先用手勾住我脖子後，再用力將我壓在地上，我後腰部就撞到水泥矮牆，不一會就開始疼痛；（問：張進雄稱你有對喝止你踢張進雄之裝修工人說：「我要教訓我弟弟，不行嗎？」等語，並在張進雄回頭進家裡時，不斷咆哮並拉住他手試圖拉倒他，才被他防衛性的推倒，是否屬實？）不是這樣的，我當時被他拉到屋外，推倒在地上後，就痛到講不出話來（偵卷第16頁、第18頁）。

２、107年5月1日警詢：（問：據警方詢問證人張伸忠案情部分，其稱於案發時地，張進雄原本坐於屋內客廳休息，是你從外邊進屋與張進雄發生爭吵，因客廳中有祖先肖像，他為免驚擾祖先，故進屋制止你們爭吵並將你們兩人推趕至屋外，是否屬實？）⑴、不屬實，像我之前做筆錄說的，我一開始進屋坐著，瞻仰祖先肖像休息時，屋內並沒有人，⑵、張進雄和張伸忠一開始坐在屋外喝酒聊天，等我進去坐了一會後張進雄才進來與我發生爭吵，並且是他將我拉出屋外，跟張伸忠沒有關係；（問：據警詢證人張伸忠及呂宥頡〈誤植為「詰」〉皆稱「於屋內你和張進雄並未有肢體衝突，僅口角爭吵後，雙方就被張伸忠趕至屋外」，是否屬實？）不是，在屋內張進雄和我言語不和，就先動手打我左臉及左肩後，就把我拉出屋外，我從頭到尾都沒注意到張伸忠有參與進來

；（問：據警詢證人呂宥頡〈誤植為「詰」〉稱：於屋外初始，是你與張伸忠發生拉扯，經眾人上前制止拉開後，你和張進雄原本似乎已和解，你卻不知甚麼原因，又將張進雄推倒在地並用腳踢他，與你所謂張進雄將你拉出屋外後，直接勾住你脖子，將你壓倒在地不符，請問如何解釋？）完全不是這麼回事，從頭到尾就是張進雄將我拉出屋外後，直接勾（誤植為鉤）住我脖子摔在地上……（偵卷第21頁至第22頁）。

3、107年6月7日偵訊：（問：你跟張進雄有何糾紛？）⑴、這次我們回老家祭祖，當天我本來在外面，張進雄坐在裡面，⑵、張進雄跟我講說這個家是他的，要我出去，我就跟他講說這個家是兄弟大家的，為何我不能進來住，後來張進雄就叫我出去，把我拖到外面，當時有很多人在外面，他一直拉我出去；（問：你在107年4月5日14時許，在花蓮縣○○鄉0000000000村○○○00號前是否與被告張進雄發生爭執，並有毆打情事？）沒有。張進雄一直把我從家裡面拉出來後，又把我過肩摔，把我摔倒在地，我沒有毆打他（偵卷第69頁）。

4、107年10月3日準備程序：……（張進雄）將我拉到外面的車道，突然間他左手一拉，右手往我脖子由上往下打下去，我當時往後仰，當時我的腰椎就撞到水泥矮牆，當時我非常的痛……；……我當時根本都沒有碰到張進雄……。被上訴人的辯護人則是為被上訴人辯稱：張天輝從頭到尾都沒有任何攻擊張進雄的行為（原易卷第34頁反面）。

5、從上開被上訴人的供詞，可以發現（關於第1階段部分）：

⑴、被上訴人於107年4月17日警詢先說：……他突然發火打了我「右邊」身體好幾拳……（偵卷第16頁），107年5月1日警詢改稱：……在屋內（即系爭房屋）上訴人和我言語不和，就先動手打我「左臉及左肩後」……（偵卷第21頁），可見供詞前後明顯不一。

⑵、依被上訴人所提的診斷證明書（原附民卷第32頁），被上訴

人不論是「右邊」身體或「左臉及左肩後」，都沒有任何的傷害。

⑶、關於進屋的先後次序其107年6月7日偵訊與警詢所述不同，其警詢所述也與證人張伸忠、林雪英2人的證詞不符。

6、從上開被上訴人的供詞，可以發現（關於第2階段部分）：

⑴、被上訴人107年4月17日警詢時先稱：……張進雄將我拉到門外後，先用手勾住我脖子後，再用力將我壓在地上，我後腰部就撞到水泥矮牆，不一會就開始疼痛（偵卷第16頁）；107年6月7日偵訊：……張進雄一直把我從家裡面拉出來後，又把我過肩摔，把我摔倒在地……（偵卷第69頁）；107年10月3日準備程序：……他左手一拉，右手往我脖子由上往下打下去，我當時往後仰，當時我的腰椎就撞到水泥矮牆……（原易卷第34頁反面）。足見，關於第2階段部分，被上訴人先後提出了不同的變遷版本，供述信用性甚為低下。

⑵、被上訴人稱：他從頭到尾都沒有任何攻擊上訴人的行為。但是上訴人於107年4月5日下午3時許至○○原住民分院就診，經診斷受有右側膝部挫傷、左側手肘挫傷及下背和骨盆挫傷傷害乙節，除為被上訴人所不爭外（原易卷第36頁反面至第37頁），並有○○原住民分院診斷證明書（原審卷第22頁）可參，可見，被上訴人所述與客觀事實不符，尚難遽加採信。

㈧、綜上，二造的爭執應非由上訴人所惹起，上訴人並無自招損害之情。

二、上訴人的行為應符合正當防衛的要件：

㈠、關於對上訴人存在急迫不正侵害，且侵害仍繼續中部分：

1、證人呂宥頡部分先後證稱如下：

⑴、107年4月29日警詢：……本來我以為沒事了，正要進屋內廚房繼續做事情時，就看到張天輝和張進雄互相勾肩搭背好像很要好的樣子，其他親戚也有勸他叔叔說不要生氣之類的話，在我轉頭進廚房前，又瞄了一眼就看到他們兩人在屋前右邊樹下，張天輝將張進雄推倒在地，並用腳要踢他，有踢到

第一腳，但後面兩腳是踢空的。這時我就衝過去再把張天輝從後抱住對他說：不要把事情變得更複雜化（誤植為「話」），並聞到他身上有很重的酒味，他不理要將我推開，繼續踢張進雄……（偵卷第33頁至第34頁）。

⑵、107年6月7日偵訊：……後來想說都沒事了。眼看到張進雄、張天輝勾肩膀在溝通，想說沒事了，後來我轉頭回廚房繼續工作，回頭看一下，就看到張進雄在他家右側的樹木，張進雄已經躺在地上，張天輝用腳去踹他，踹的第一腳、第二腳我看到，我就去阻攔張天輝，張進雄就從地上起來，張天輝又把我推開，又跑去找張進雄，說要教訓他……（偵卷第70頁）。

2、花院108年度花原簡字第20號案108年7月31日言辯期日：……後來被告（張天輝，本段落以下同）的妻子跟叔叔在講話，我轉頭過去已經看到原告（張進雄，本段落以下同）倒在地上，那時候被告要踹原告三腳，但沒有踹到，我過去阻止，後來原告起來有再跟被告扭打，然後被告就摔倒，就說爬不起來。我先跟原告把被告先扶起來，後來被告的兒子跟太太跑過來扶被告到客廳，整個衝突就結束了；（問：你剛才說被告有要踢原告三腳，原告當時為何姿勢？）原告當時整個人面向上，躺在地上，他有翻滾閃躲被告踢他，所以就沒有踢到，當時被告是連續踢三下，都被原告閃開……（原審卷第54頁至第56頁）。

3、又從上訴人於案發當時受有右側膝部挫傷、左側手肘挫傷、及下背及骨盆挫傷傷害（原審卷第22頁），及證人林雪英也證稱：上訴人先跌倒；她所看到的部分（張天輝將張進雄推倒在地，並用腳要踢他……），與證人呂宥頡警詢所述差不多（本院卷第154頁、第159頁），應認證人呂宥頡警詢證稱：被上訴人有將上訴人推倒在地乙節，與客觀事實相符，應堪採信。

4、從證人呂宥頡上開警詢證述、林雪英上開證述可以知道，在第1階段的爭吵結束後，被上訴人隨對上訴人施加不法的有

形力，攻擊上訴人，從二造當時所處的位置、距離等來看，應認對於上訴人形成急迫不正的侵害，且從被上訴人連續要踢上訴人的這個行為來看，也足認：被上訴人主觀上存續著加害的意欲，且有再度攻擊的可能性，應認急迫不正的侵害仍存在，尚未終了。

㈡、關於防衛行為相當性部分：

1、關於防衛行為相當性的判斷基準為：為防衛所實施的行為，就防衛手段來說，是否符合必要最小的限度。進一步來說，應經過以下2個階段的審查：

⑴、預備審查：比較侵害行為與防衛行為，也就是比較衡量侵害行為的危險性與防衛行為的危險性，檢討侵害行為與防衛行為之間是否有顯著的不均衡性，具體來說就是：實質檢視侵害者與防衛者的武器是否對等，經實質檢視結果，武器如果是對等的話，原則上應得往肯定相當性的方向傾斜，相對的，如果武器不對等的時候，則往否定相當性的方向擺動。

⑵、「本」審查：比較防衛行為與（防衛行為者現實上未採取的）代替行為。具體地說，也就是沿循著預備審查的結果，檢討是否有其他應採取的代替手段，透過代替行為與防衛行為的比較，檢視該當行為是否為必要最小限度的防衛手段，如果經判斷應採取代替行為的話，該當防衛行為則已逾越必要最小限度，構成過剩防衛。至於本審查的下位審查基準略為：

①、相較於該當防衛行為，是否存有其他危險性較小的代替行為。

②、相較於該當防衛行為，雖存有其他危險性較小的代替行為，但在具體狀況當中，對於防衛者來說，難以採取該代替行為。

2、關於預備審查部分：

⑴、被上訴人於107年4月17日警詢稱：（問：雙方拉扯時是否有使用器具？）沒有（偵卷第19頁）；證人呂宥頡也先後證稱：……在我轉頭進廚房前，又瞄了一眼就看到他們兩人在屋

前右邊樹下，張天輝將張進雄推倒在地，並用腳要踢他，有踢到第一腳，但後面兩腳是踢空的……這時張進雄爬起來，兩個人又互相「拉扯」，張天輝在「拉扯」當下，可能有絆到腳，感覺重心不穩要向側面跌倒，我就去拉張天輝的左手，張進雄也有去扶住（誤植為「助」）他右手，可是張天輝太壯了，我們兩人扶不太住，他側倒後可能腰部有撞到，我跟張進雄將他扶起來後……（偵卷第33頁至第34頁）；……眼看到張進雄、張天輝勾肩膀在溝通，想說沒事了，後來我轉頭回廚房繼續工作，回頭看一下，就看到張進雄在他家右側的樹木，張進雄已經躺在地上，張天輝用腳去踹他，踹的第一腳、第二腳我看到，我就去阻攔張天輝，張進雄就從地上起來。張天輝又把我推開，又跑去找張進雄，說要教訓他，我有過去稍微拉一下，兩個人又互相拉扯，我過去嘗試要拉開他們，當天張天輝有喝酒，拉扯之間張天輝右側倒下去，我跟張進雄去拉他的手，但拉不住，張天輝的腰部側邊有撞到地上……（偵卷第70頁至第71頁）；……後來被告（張天輝，本段落以下同）的妻子跟叔叔在講話，我轉頭過去已經看到原告（張進雄，本段落以下同）倒在地上，那時候被告要踹原告三腳，但沒有踹到，我過去阻止。後來原告起來，有再跟被告扭打，然後被告就摔倒，就說爬不起來……（原審卷第54頁）。

⑵、可見，二造於第2階段拉扯之際，雙方是使用「徒手」的方式，上訴人並沒有持任何的武器，此外，本件並無積極證據足認二造的身材、體格有明顯的差異，所以從預備審查的觀點來看，應可以肯定符合防衛行為相當性。

3、關於本審查部分：

依證人呂宥頡證述，是被上訴人將上訴人推倒在地，隨用腳要踢他，之後上訴人爬起來，2個人互相「拉扯」致被上訴人倒地，從上訴人的能力及周圍情況來看，縱認在侵害現場所得採取的防衛手段，固然或許難認為僅剩下「與被上訴人拉扯」，但審酌當時的具體情況，難認上訴人有時間餘裕可

以考慮採取較諸於該當防衛行為（拉扯）危險性較小的代替行為，從而，應認上訴人的防衛行為，可以通過本審查的檢視。

4、關於上訴人沒有採取退避行為部分：

或有認為，上訴人可以採取退避行為，以迴避被上訴人所加諸的危害，從而應難認上訴人的防衛行為符合相當性。但是正當防衛行為是正對不正的關係，由於「正沒有必要對於不正退讓」，所以防衛行為者應沒有退避的義務，所以，縱認退避行為可以確實迴避危險，原則上也不得單憑防衛行為人沒有退避，就否定該當防衛行為的相當性。

5、關於二造的傷害程度：

⑴、上訴人所受傷害為：右側膝部挫傷、左側手肘挫傷、及下背和骨盆挫傷等傷害（原審卷第22頁）。

⑵、被上訴人所受傷害為：外傷性第3、4、5節腰椎硬脊膜上出血合併馬尾症候群（原附民卷第32頁）。

⑶、從上面的說明來看，被上訴人所受的傷害應較為嚴重，但防衛行為如符合必要最小限度的話，縱因防衛行為所生的結果較諸於被侵害的法益還嚴重，仍得肯認防衛行為的相當性（於比較法上，可參考日本最高裁判所第1小法庭昭和44年12月4日判決）。查上訴人的防衛行為既通過預備審查、本審查的檢視，符合必要最小限度該基準，縱認被上訴人所受的傷害較為嚴重，仍不得以此為由而否定防衛行為的相當性。

6、關於互毆是否即不得主張正當防衛？

⑴、按發生互毆喧譁時，應整體觀察互毆喧譁的始末全貌，不得片面觀察、拘泥互毆喧譁當中瞬間、部分的攻擊態樣，所以，發生互毆喧譁時，仍有成立正當防衛的可能（於比較法上，可參考日本最高裁判所第3小法庭昭和32年1月22日判決）。

⑵、查本件縱認二造於第2階段時候，有相互推拉之情，但考量本件是被上訴人先施加不法攻擊侵害，上訴人是基於防衛意思，於必要最小限度內作出防衛行為，符合防衛相當性，依

上開的說明，似不宜以互毆喧譁這樣的籠統概念，就全面否定有成立正當防衛的可能性（也就是說仍要回到正當防衛的要件逐一加以檢視）。

三、綜上：

㈠、按對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責，民法第149條前段定有明文。所以依照上面的說明，上訴人應是不負損害賠償之責的。

㈡、從而，被上訴人本於侵權行為法律關係請求上訴人賠償，應為無理由，不應准許。原審除確定部分外，判命上訴人給付，並為假執行宣告，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。應由本院予以廢棄改判，如主文第㈡項所示。

四、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　27　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　張宏節

法　官　林信旭

以上正本係照原本作成。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　10　　年　　3　　月　　27　　日

書記官　秦巧穎