臺灣高等法院高雄分院刑事判決

110年度上更一字第38號

上　訴　人
即　被　告　何彥篤
輔　佐　人　何國輝
指定辯護人　本院公設辯護人　孫妙岑

上列上訴人因殺人未遂案件，不服臺灣橋頭地方法院108 年度訴字第87號，中華民國109 年5 月7 日第一審判決（起訴及追加案號：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，判決後，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決關於殺人未遂罪部分撤銷。

何彥篤犯殺人未遂罪，處有期徒刑貳年捌月；扣案之武士刀（含刀鞘）壹把，沒收。

其他上訴駁回（即夜間非法攜帶刀械罪部分）。

事　實

一、何彥篤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，往前回溯十幾年間之某時，得知某真實姓名年籍不詳之人將武士刀1 把（含刀鞘，刀械編號：00000000000-000 號，全長107 公分、刀柄長39公分、刀刃長68公分、刀刃單面開鋒，下稱武士刀）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，即以自己持有之意思加以保管，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分之稍前某時許，何彥篤因工地施工揚起土塵問題與鄰居蘇振豐發生口角爭執，且不滿蘇振豐講話之態度，竟基於夜間非法攜帶刀械之犯意，先至保安路工寮取出其持續管領使用中之上開武士刀，並於同日日沒後之17時55分許，攜帶前往高雄市○○區○○路○○巷○○○○ 號之蘇振豐住處。而何彥篤明知其所攜帶之武士刀，刀刃甚長，且呈現單面開鋒狀態，並可供雙手握用

出力，如持之朝有重要臟器、動脈等組織之人體上半身進行揮砍（包含頭、頸、胸部），除將造成外在皮肉之割裂傷外，亦極可能導致生理機能嚴重減損或大量出血，進而發生死亡之結果，卻仍抱持縱使發生死亡之結果，亦不違背其本意之殺人不確定故意，在上址前方空地與蘇振豐短暫對峙後，即雙手持該武士刀過頭，並以由上往下約45度角切入之方式，接連朝蘇振豐之上半身進行揮砍，蘇振豐雖有隨手拿起其住處前方擺放之木柄挖土耙進行阻擋、回擊，然其臉部仍遭武士刀劃過而受有右側臉部撕裂傷5 公分之傷害，且因何彥篤某次揮擊時之武士刀刃順著該挖土耙之握柄處砍擊而下，致受有右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折等傷害。幸因蘇振豐之配偶王伶曲見狀上前阻擋，且其他鄰居及時報警處理，何彥篤始罷手離去，蘇振豐因而倖免於難；另警方在獲報到場了解案情時，適見何彥篤經過，爰當場予以逮捕，並於同日19時20分許，前往何彥篤位在高雄市○○區○○路○○巷○○○○○號住處扣得該武士刀1 把。

二、案經蘇振豐告訴暨高雄市政府警察局岡山分局移送臺灣橋頭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、本院前審判決被告犯非法持有刀械罪部分，雖認為係不得再上訴而確定，但最高法院發回意旨已稱：本院前審判決事實欄所載非法持有刀械犯行，和所認定殺人未遂犯行，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，當為上訴效力所及等語，而將本院前審判決全部撤銷發回，亦即被告非法持有刀械犯行部分，最高法院發回意旨認為仍未確定，而屬本院審理範圍，合先敘明。

二、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當

事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官、辯護人及被告於本院審理時，均明示同意有證據能力（見本院卷第97、128頁），基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告何彥篤坦承其有上開非法持有及夜間攜帶刀械之犯行不諱，惟矢口否認有何殺人未遂之犯行，辯稱：我承認當天有拿刀去蘇振豐家，並做揮砍的動作，但我只有砍一刀，沒有要殺蘇振豐的意思，只是要嚇唬、傷害而已。我承認傷害罪，否認殺人未遂罪云云（見原審卷一第20、274、277至278頁；原審卷二第171、242頁）；原審辯護人則為被告辯護稱：被告持刀傷害蘇振豐所造成之傷勢範圍均在手部，並非足以致命之部位，可知被告無殺人之主觀犯意，而且被告與蘇振豐之前無細故、糾紛存在，蘇振豐、王伶曲業稱被告看到手斷掉的情況後有變冷靜。另當時有人在場圍觀，但無人阻止，被告也沒有繼續有什麼動作等證詞明確，則被告若有殺人意圖，自不會看到蘇振豐手指斷了就停止動作並離開，且依王伶曲的說法，蘇振豐是拿鐵耙（即木柄挖土耙）和被告對峙，倘有殺人之意，也不會有對峙的情況產生，所以本案應該是發生口角糾紛後，被告一時氣憤才拿刀去嚇唬蘇振豐，並造成刀滑下來砍到蘇振豐手指，被告僅成立傷害罪，而雙方已於原審審理時和解，告訴人並已撤回告訴之情況下，應諭知不受理判決；另被告持刀械到蘇振豐之住處時間，應該還沒有到夜間的時間點，此部分雖然持有刀械是持續

狀態，但被告主觀犯意情節並非重大，請從輕量處等語（見原審卷一第274、283至284頁；原審卷二第176至177、244頁）。本院審理時，辯護人又補充為被告辯護稱：被告與害人有遠親關係，被告係被害人外婆之堂或表兄弟，雙方又為鄰居，素無仇隙或恩怨，自雙方當日之衝突點來看，被告是否會因此萌生殺人故意，顯有可疑；且在工地發生口角爭執及後來在被害人住處前的流血衝突過程中，被害人均未曾聽聞被告說要將其殺死之類的言詞，益可見被告並無殺害被害人之意；再依被害人所述，被告持刀揮砍很多刀，動作方向也一直變動，此應係被害人持鐵耙僵持、回擊下，所生之結果，尚不能據此認為被告有殺人之故意；又依被害人妻子王伶曲證述，被告見被害人手指斷掉後，就比較冷靜了，然後就說他要走了。倘若被告確有殺人犯意，當會追擊被害人，但被告見被害人受傷後，態度卻緩和冷靜下來，並自行離去，更可推知被告當時並無殺人犯意，僅有傷害犯意。另被告所犯夜間非法攜刀械罪部分，被告持有的十幾年間並未以之做任何非法使用，本次因一時氣憤欲與被害人理論，未為深慮而誤罹法網，原審此部分量刑5月，尚屬過重等語（見本院卷第97-103、143-144頁）。經查：

㈠被告持有、夜間非法攜帶刀械犯行，以及殺人未遂客觀事實之認定：

1.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108年1月11日17時55分許，往前回溯十幾年間之某時，得知某真實姓名年籍不詳之人將扣案之武士刀1把棄置在其管領使用之保安路工寮後，即基於非法持有刀械之犯意加以保管，而無故持有之；嗣被告於108年1月11日17時55分之稍前某時許，因工地施工揚起土塵問題與被害人蘇振豐（已於原審審理期間撤回告訴，以下均稱被害人）發生口角爭執，且不滿被害人講話之態度，即先至保安路工寮取出其持續管領使用中之前開武士刀，並於108年1月11日17時55分許，攜帶前往被害人之上址住處，

進而在該址之前方空地，雙手持武士刀對被害人進行揮砍，致使被害人受有右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折及右側臉部撕裂傷5公分之傷害；另警方獲報到場後，已於108年1月11日19時20分許，至被告住處扣得武士刀（含刀鞘）1把等節，均經被告於原審及本院前審時自承屬實（見原審卷一第20、277至278頁、原審卷二第171至173、230至231頁；本院前審卷第99頁），並據被害人於警詢、原審審理時，及證人王伶曲於警詢、偵查及原審審理時證述甚詳（見警卷第7頁；偵卷第76至77；第83至84頁；原審卷二第113至123、128至134、139至150、153至159頁），復有高雄市政府警察局岡山分局永安分駐所搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品暨現場照片、義大醫療財團法人義大醫院（下稱義大醫院）診斷證明書（蘇振豐）、義大醫院108年3月22日義大醫院字第10800484號函檢附之病歷資料（蘇振豐）、高雄市政府警察局岡山分局108年3月20日高市警岡分偵字第10870663200 號函檢附鑑定書、刑案現場勘查報告等件可稽（見警卷第18至21、22、30、32至39頁；原審卷一第71至230 、2 35至267 頁），及武士刀（含刀鞘）1 把扣案為憑。另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 款所列管之刀械此節，有該局108 年7 月9 日高市警保字第10834106700 號函暨附鑑驗登記表、領據照片可供憑佐（見原審卷一第463 至467 頁），且被告於108 年1 月11日17時55分許，持之前往被害人上址住處時，已逾日沒時刻即當日下午5 時32分許，核屬夜間攜帶刀械等節，亦有日出、日沒表單存卷可參（見警卷第17頁）。綜此，足認被告就其所犯此部分之持有、夜間非法攜帶刀械犯行所為之任意性自白，顯堪信與事實相符，而可採為認定事實之依據，且被告攜帶扣案武士刀前往被害人住處後，有雙手持武士刀對被害人進行揮砍，致使被害人受有右側食指部分截斷、右側拇

指開放性骨折及右側臉部撕裂傷5公分之傷害等客觀事實，亦均足認定。

2.至起訴意旨、追加起訴意旨固均認被告攜帶扣案武士刀前往被害人住處之時間，為108年1月11日18時11分許（見原審卷一第9頁之起訴書；原審易字卷第9頁之追加起訴書）。惟前列時間係警方接獲通報前往被害人上址住處之時間，有被告之警詢筆錄、員警職務報告存卷可稽（見警卷第3、8頁），而衡諸常情，並參酌證人即被害人所證陳：我的手斷掉後，我太太王伶曲就握住武士刀之刀柄，與被告相互僵持數分鐘，然後鄰居圍過來，才有人報案等語（見原審卷二第120至121頁），亦可知員警接獲通報之時間，犯罪應已在進行中，乃至終了離去此情無疑。另參以被告就其抵達被害人上址住處前並發生衝突之整體時間，於原審審理時已自陳：並未超過10分鐘等語，且稱：我去工寮拿到刀後，係騎車到蘇振豐住處，過程大約要6、7分鐘等語甚詳（見原審卷二第230至231頁），復被告自承騎車前往被害人上址住處之方式，業與被害人於警詢時所述：被告是騎機車前來等情相互一致（見偵卷第76頁），而堪信屬實。故以員警接獲通報為108年1月11日18時11分許，回溯扣減被告自述發生衝突以及抵達之整體時間（約16分鐘）後，業可徵被告當係於108年1月11日17時55分許，前往保安路工寮拿取扣案之武士刀，進而攜帶至被害人上址住處前空地此情無誤。從而，起訴意旨及追加起訴意旨所認定之時間尚有誤會。然因此部分社會基本事實均屬相同，爰以上開時間，作為認定事實之依據，並更正如事實欄所載。又依被告自陳之時間觀察，既已明顯可徵被告係於案發當天日落後，才攜帶武士刀前往被害人之上址住處前，則原審辯護人猶以被告攜帶刀械之時間，尚非屬日落時刻云云，為被告辯護，自有違誤，容非可取。此外，追加起訴意旨固認被告係於108年1月11日18時11分前之某不詳時許，以不詳代價向真實姓名年籍不詳之成年人士取得扣案武士刀（見原審易字卷第9頁之追加起訴書），但被

告取得該武士刀之方式暨以自己意思保管使用，均係如事實欄所載等節，亦據被告於原審審理時自承無訛（見原審卷一第278 頁；原審卷二第172 、176 頁），且卷內並無客觀事證可認有追加起訴意旨所認之取得武士刀等經過，故此部分應有誤會，爰併予更正如事實欄所述。

3.其次，被告持武士刀前往被害人之上址住處後，係先與被害人在該處前方空地發生短暫對峙，再雙手持武士刀過頭，以由上往下約45度角切入之方式，接續朝被害人之上半身進行揮砍，且被害人雖有隨手拿起擺放在其住處前方之木柄挖土耙進行阻擋、回擊，但其臉部仍遭武士刀劃過並受有右側臉部撕裂傷5 公分之傷害，且因被告某次揮擊時之武士刀刃順著該挖土耙之握柄處砍擊而下，致受有右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折之傷害；被告在被害人手指斷裂後，係因王伶曲上前阻攔，且鄰居圍觀並報警處理始罷手離去等節，除被告已不爭執被害人所受傷勢確為其揮砍武士刀所致外（見原審卷一第277 至278 頁），並據：

⑴被害人於原審審理時證述：被告當天拿刀子至我住處前方空地後，就把刀子抽出來，然後朝我走過來，當時被告有指責我，然後兩人間的動作稍微停頓一下後，被告就持刀朝我右邊肩膀到臉部的位置揮（證人當庭比劃揮舞方式為類似棒球打擊者之打擊姿勢，由上往下約45度向斜前角度揮刀），而我就拿耙子擋，且被告不只揮一刀，導致我右邊臉頰也被劃傷，最後刀子還順著耙子的木頭把柄處劃下來，我的手指頭就被切斷，大拇指也裂開受傷；而我的手指斷掉後，係因我太太王伶曲上前阻擋且抓住被告刀柄，並僵持約3、4分鐘，之後鄰居就圍過來，也有人報警處理，被告才說不會再殺，要回去了；另外，我知道食指被截斷以及拇指開放性骨折是被告揮的其中一刀，一次導致兩個地方受傷，但臉部什麼時候受傷的我無法確定，應該是在保護過程中被劃到的；又我阻擋的過程中，確有拿耙子看能不能把被告的刀子打掉等語（見原審卷二第116至119、120至123、131至132頁）。

⑵證人王伶曲於原審審理時證稱：當天我開車回到家，就看到被告已經拿著武士刀站在我住處門口，我有跟被告說不要這樣，有事好好說，被告就說沒什麼好說的，然後揮刀砍向被害人，但因為被害人閃躲所以刀子只劃傷被害人的臉，被害人接著拿起挖土的耙子去擋武士刀，並叫被告不要這樣，但被告還是很生氣拿刀一直揮砍，我後來是看被害人的手已經被砍斷，且被告已經殺紅眼了，才衝上去搶被告手上的刀；又我記得被告拿一支長刀（證人當庭比劃一手在上一手在下，斜斜拿並以45度角左右揮動），也確定被告不只揮一刀，而我衝上去阻止被告時，旁邊就有人了，好像有說趕快叫救護車，我也有跟被告僵持一陣子，之後被告才說不要殺了；此外，被告揮刀的動作我也不太會學（證人當庭兩手握住在臉前面揮動），就各個方向揮動，然後被害人拿耙子一直擋，兩個人敲來敲去等語（見原審卷二第143至147、154至155、158頁），其於警詢及偵訊時之陳述，亦與原審所證相符（見警卷第7頁、偵卷第84頁）。

⑶審酌被害人與證人王伶曲針對被告於案發之際，雙手持武士刀揮砍之角度、動作，以及遭受阻止過程等節，所為之前開證述內容均屬一致，而非不能採信，且渠等證稱被告係由上往下約45度向斜前角度揮刀之證詞細節，與義大醫院病歷照片顯示被害人之右側臉部呈現水平撕裂傷口（見原審卷一第121頁之傷勢照片）此節大致相符。再佐以被告對於被害人受有右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折、右側臉部撕裂傷5公分之傷害，係因其揮砍武士刀所致此節並未爭執（見原審卷一第277至278頁），且被害人在案發時，係手持木柄挖土耙以抵擋被告一情，同為被告所不否認（見警卷第4頁），則以被害人所受傷勢部位，分別為臉部、手部而差異甚大，且臉部係呈現水平撕裂傷口，右側手部之拇指、食指則均係靠近指節處遭橫切截斷或導致骨折等情互析（詳見原審卷一第117、121頁之傷勢照片），足信被害人證述被告不只揮砍1刀，且刀子係順著挖土耙之把柄處劃下來，才

把手指頭切斷等詞，以及證人王伶曲證陳被害人係臉部先受有傷害，後來手指頭才斷掉等語並非虛妄，否則實難想見有何刀勢揮舞軌跡，可同時使被害人臉部受有水平撕裂傷口，並使其握住木柄挖土耙而呈現彎曲狀態之拇指、食指，遭受橫切截斷或導致骨折之可能。此外，前開2 人證述內容，尚有警方獲報到場後，在被害人住處門口發覺用以阻擋被告之木柄挖土耙1 把，且該握柄處血跡斑斑之勘察照片（見原審卷一第257 至261 頁），以及扣案之武士刀1 把，經警方獲報到場並採集刀刃處之血跡送驗後，鑑驗結果與被害人之DNA-STR 型別相符之鑑定資料可資佐證（見原審卷一第237 至238 頁之高雄市政府警察局108 年3 月12日高市警刑鑑字第00000000000 號鑑定書）。是以，被害人及王伶曲之前開證詞，應可採信，且被告具體揮砍武士刀並致被害人受有前揭傷勢之經過，業確實如渠等證述即事實欄所載乙節，應可認定。

⑷至於證人王伶曲於原審審理過程中，雖一度就其發覺被害人臉部受傷之時點，改證稱：我應該是被害人去醫院手術完，才發現被害人臉有受傷云云（見原審卷二第155 頁），而與其於警詢、偵訊時所陳：我當場就有看到被害人臉受傷了等語一節相互歧異（見警卷第7 頁；偵卷第84頁）。然而，王伶曲經原審詢問何以其證詞會有該等矛盾之情事時證稱：我在警局、地檢署作證時印象比較深，所以應該是當時講得比較準，且我也不會為了陷害被告而胡亂說等語（見原審卷二第158 頁），衡以證人王伶曲在本案發生以後，係留置在現場接受警方詢問，並於同日19時39分至20時許間，即在高雄市政府警察局岡山分局永安分駐所製作警詢筆錄完成，復其警詢過程中，已提及被害人臉部受有傷害等情，有員警職務報告、警詢筆錄存卷可查（見警卷第6 至7 、8 頁），而被害人係在案發當日20時5 分許，始經義大醫院轉至開刀房進行手術治療，更係於翌（12）日2 時35分許，才手術完畢此節，此有義大醫院診斷證明書、手術護理紀錄單在卷足憑（

見警卷第30頁；原審卷一第125 頁），則證人王伶曲在被害人進行手術完成前，既已可向警方表示有看到被害人之臉部傷勢等語，且此節核與嗣後義大醫院製作之病歷資料相符，當可徵其於原審審理時一度就發覺被害人臉部受傷之時點所為證述之內容，應如其所說明係因時間之經過，致記憶出現混淆誤認等節無誤，故此部分情節，認為應以證人王伶曲自述記憶、印象較為深刻之警詢、偵訊筆錄內容，作為認定事實之依據。至於證人王伶曲其餘證述之內容，因無論於警詢、偵查，或原審審理過程中，均屬一致且核無歧異或與客觀事證不符部分，而可以採信，有如前載，則其證詞之憑信性，自不因此遭受動搖（最高法院102 年度台上字第3319號判決意旨參照），附此敘明。

4.另被告雖辯稱其僅持扣案之武士刀揮砍被害人1 刀，並謂被害人與王伶曲之證詞內容均非實在，更稱：係被害人先動手打我云云（見警卷第4 頁；偵卷第15、94頁；原審卷一第20頁；原審卷二第138 、161 頁），而為與被害人、證人王伶曲之前開證述內容相異之陳述。惟被告於偵查及原審審理時，既均自承其手持武士刀揮砍被害人，係雙手舉過頭頂再由上往下揮砍此情明確（見偵卷第94頁；原審卷一第20頁），衡情被告如僅揮砍1 刀，依其自述之刀勢軌跡，應無足使被害人之臉部呈現如上所載之水平撕裂傷口，方符常情，是被告稱僅揮砍1 刀之辯詞內容，已明顯與客觀事證有悖；再者，被害人之右手拇指、食指，均係靠近指節處遭橫切截斷或導致骨折，有如前述，苟被告並非有別於臉部傷口之刀勢，再額外持武士刀順著木柄挖土耙之把柄處垂直劈落，應無從想見受傷部位（臉部、手部）差異甚大，且長度、間距均有明顯區隔之拇指、食指，會有同時受傷之可能，業如上述；況且，被告持武士刀朝被害人加以揮砍時，被害人有持木柄挖土耙試圖打落被告之武士刀等情，業經被害人證述明確（見原審卷二第131 至132 頁），而該等衝突過程中，被告亦受有左、右側前臂開放性傷口，且傷勢遍及被告之左、右手

前臂，則此明顯非單次揮擊上述挖土耙所造成等情，亦有高雄市立岡山醫院診斷證明書、現場照片對照可稽（見警卷第31、36至37頁），並經被告供稱案發時遭該挖土耙不斷攻擊等語屬實（見警卷第4頁），則被害人為求阻擋、反抗，既須多次持木柄挖土耙加以回擊、阻擋，則依該等事證可以推認被告揮砍不只1刀，故足徵被害人及王伶曲所證述被告不只揮砍1刀等情，當核與客觀事實相符。故認被告此部分所辯，應不能採信。次者，被告雖謂被害人與王伶曲之證詞內容均非實在，且係被害人先行動手云云，但此部分並未見有何具體事證可以證明；稽以被害人或證人王伶曲於情理上雖與被告處於對立狀態，但因被告於原審審理時已與被害人達成和解，雙方並願拋棄本案其餘民事請求權（見原審卷一第67頁之調解書），且於原審審理時被害人稱：我係自己願意跟被告和解的，沒有受到壓力，因為想說都是鄰居等語（見原審卷二第125頁），證人王伶曲則稱：本案跟被告和解，是因為被告也有誠意要和解，所以想說這樣就好了等語（見原審卷二第150頁）。從而，被害人及其妻即證人王伶曲既與被告達成和解並願拋棄其餘民事請求權，衡情此時並無虛偽證述以構陷被告之必要與動機，亦無誇大或渲染以求謀取更多民事賠償金額之可能，更遑論被害人有出具陳情書請求法院從輕量刑，以及提出撤回告訴狀表明不再追究刑事責任等情狀，有該陳情書、撤回告訴狀各1份存卷可參（見原審卷一第65、439頁），故被告部分僅空言爭執、主張，而並具體事證可以佐證，故認此部分被告之主張不能採信，而無足動搖上開2證人證詞之證明力或採為有利被告之認定。

5.綜上所述，被告上開所為持有及夜間非法攜帶刀械之犯行，事證顯已明確，且其攜帶武士刀前往被害人上址住處後，係雙手持武士刀對被害人上半身進行揮砍，揮砍過程則如事實欄所載，並使被害人受有右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折及右側臉部撕裂傷5公分之傷害等情，均屬明灼，而足以認定。

㈡被告持扣案武士刀揮砍被害人時，主觀上係基於殺人不確定故意之認定理由：

按刑法殺人未遂與傷害罪之區別，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，及與被害人是否相識、有無夙怨等情，雖不能執為區別殺人與傷害之絕對標準，然非不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（最高法院85年度台上字第1608號、106 年度台上字第1344號判決意旨參照）。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之直接故意，後者謂為容認主義之間接故意。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，且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（最高法院102 年度台上字第3293號判決意旨參照）。依此，殺人決意，因係行為人主觀意念，此主觀決意，透過客觀行為外顯；外顯行為則包含準備行為、實施行為及事後善後行為等。故而，審理事實的法院，自應就調查所得的各項客觀事實，予以綜合判斷，以探究、認定行為人的主觀犯意，亦即應審酌當時所存在的一切客觀情況，例如行為人與被害人的關係；行為人與被害人事前之仇隙，是否足以引起殺人的動機；行為當時的手段，是否猝然致被害人難以防備；攻擊力勁，是否猛烈足致使人斃命；攻擊所用器具、部位、次數；及犯後處理情況等全盤併予審酌，判斷行為人於

實施攻擊行為之際，是否具備殺人之犯意；倘足認定行為人已可預見其攻擊行為，可能發生使被害人死亡之結果，而仍予攻擊，自堪認屬於具有殺人之不確定故意（最高法院108年度台上字第1203號判決意旨參照）。經查：

1.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、乃至心臟、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，但當時病情尚未導致其辨識能力或控制能力發生顯著降低等情狀判斷（此部分精神障礙、心智缺陷之說明，詳後述），對此亦無從諉為不知。

2.其次，被告持以揮砍被害人之武士刀，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 款所列管之刀械此節，已如前載；又被告與被害人甫發生衝突之初，係先在發生口角衝突之工地處，拿貌似鐵棍（槌子）之物品，嗣因不滿被害人說話態度，遂向被害人之妻王伶曲表示要換刀子來讓被害人「溜溜溜（臺語；意思是要給人家很淒慘的意思）」後，方攜帶武士刀前往被害人上址住處等節，迭據證人王伶曲於偵訊及原審審理時證述在卷（見偵卷第83至84頁；原審卷二第141 至142 、149 至150 頁）；另被告對於其攜帶武士刀之緣由，係因不滿被害人講話之態度，覺得被害人很白目而生氣此節，亦據其自承無訛（見原審卷二第173 頁）。則以扣案之武士刀明顯非屬一般人日常生活使用之普通刀械，而須由政府特別列管禁止，且刀刃甚長，可供雙手握用而施以猛烈力道，以及被告攜帶前往被害人上址住處

前，即已向王伶曲表示要讓被害人很淒慘等情互析，當可知被告對於該武士刀非屬普通刀械，倘近距離朝人身體揮砍，除將造成外在皮肉之割裂傷外，亦極可能導致深度穿透而傷及人體重要臟器，或導致血管受損大量出血，進而發生死亡結果等節，均可預見。

3.又細繹被告持刀揮砍被害人之整體過程，即其係先與被害人發生短暫對峙後，再雙手持武士刀過頭，以由上往下約45度角切入之方式，接連朝被害人上半身進行揮砍，有如前載，依常情，此一揮砍方式，如被害人未及抵擋或閃避，即會傷及屬人身要害之頭、頸部等處，且被告揮砍武士刀時，揮舞速度算快乙節，同經被害人證述在卷（見原審卷二第134 頁），是被告既係自頭部上方之高度，雙手握刀朝下揮砍，復揮舞速度甚快，以該施力之連貫過程暨被告自述當時情緒處於生氣狀態（見原審卷二第173 頁）予以判斷，並參酌被害人除右側臉部撕裂傷5 公分外，尚受有右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折等骨頭斷裂，顯非輕微力道即可導致之傷勢，應可徵被告下手之際，力道甚猛，更未有蓄意控制之情事甚明。再者，被告於原審審理時，既有自承：我瞭解刀子可以傷害人，也沒有練過跟刀有關的技術，平常刀子也很少使用等語在卷（見原審卷二第169 頁），亦可知被告主觀上對於其持刀揮砍時，究竟會造成目標物之何等傷害，顯然未能有充分掌控之能力，且被害人之臉部傷勢，雖以文字描述僅為「右側臉部撕裂傷5 公分）」，似非特別嚴重，但觀諸被害人之傷勢照片所示（見原審卷一第121 頁），卻可見該刀傷位置，係位於被害人之耳朵下方，距離頸部主動脈血管甚近等情明確。是以，被告持扣案武士刀揮砍被害人時，既可預見雙手持武士刀近距離朝人體上半身揮砍，可能導致深度穿透而傷及人體重要臟器，或導致血管受損大量出血，進而發生死亡之結果；且其對於人體上半身，有諸多重要臟器、血管，不得隨意持利器加以揮砍，業顯然知悉；復被告揮砍武士刀時，對於究竟會造成目標物何等傷害，亦未能充

分控制，並除在被害人鄰近頸部主動脈血管處，造成長達5公分之撕裂傷外，更在被害人有手持木柄挖土耙加以抵擋、回擊之情況下，猶造成手指部分截斷以及開放性骨折等，非屬輕微力道所可導致之前揭傷勢，則被告率然不顧上情，接連以雙手持刀、應非輕微之力道，朝其可預見極可能導致死亡結果之被害人上半身揮擊之動作，自足認確實係抱持縱使發生死亡結果亦不違背其本意之殺人不確定故意無疑。況且，被告持武士刀朝被害人揮砍之情節，顯然不只1刀，業經認定如前，倘被告如其所辯，僅有傷害或嚇唬被害人之意，其持武士刀揮砍1刀顯已足夠，甚且若欲達成嚇唬目的，實無庸以刀子實際揮砍人體，僅手持扣案武士刀揮舞，業顯足以使被害人心生畏懼，但其未見於此，反而接連以上往下之相同方式朝被害人上半身處加以揮砍。憑此，益足徵被告顯非單純基於傷害或嚇唬被害人之犯意而為，應係抱持縱使被害人發生死亡之結果，亦容任其發生之殺人不確定故意，灼然至明。

4.至公訴意旨雖認被告係基於殺人之直接故意，而持武士刀砍向被害人等語（見原審卷一第9頁之起訴書）。然而，本案以被告所持兇器乃管制刀械武士刀，揮砍被害人上半身，並使有持木柄挖土耙加以阻擋、回擊之被害人，仍受有手指斷裂、開放性骨折、以及右側臉部受有5公分之撕裂傷（靠近頸部之主動脈）等傷勢，且被告揮砍武士刀之次數不只1刀，力道甚猛之各情互析，固已足認被告對於其行為有可能導致被害人發生死亡之結果，具有能預見其發生而不違背本意之容任心態，業如上述。但本案事情發生之緣由，既係互為鄰居關係之被告、被害人，一時因工地施工揚起土塵問題發生口角，據其2人坦認明確（見原審卷二第113至114、173頁）；參以被告雖在憤怒狀態下持刀揮砍被害人，然其行為導致被害人手指斷裂後，情緒即較為平靜，且證人王伶曲發覺被害人手指斷裂並上前阻攔被告時，被告雖仍有欲攻擊被害人之傾向，卻係目光瞄準被害人之腳，表現出想要進一

步揮砍之動作，而核與其先前持刀揮砍可能傷及人體要害部位有顯著差異等情況，同經被害人、證人王伶曲證述甚詳（見原審卷二第123至124、145頁）。是以，按被告與被害人之關係以及雙方糾紛緣由，暨被告見被害人受有相當傷勢，所瞄準之揮砍目標即有明顯差異，而係以被害人腳部作為欲攻擊之主要部位等情互析，縱使被告初始因情緒激動、失慮而有率然不顧被害人死亡之容任心理，惟可否進一步審認被告在持刀揮砍之初，主觀上必有置被害人於死之直接故意，顯難遽斷。況且，證人王伶曲在被告持刀前往被害人住處並發生本案揮砍行為前，即有在被告、被害人發生口角糾紛之工地現場與被告碰面，被告斯時係向證人王伶曲表達其要換刀讓被害人「溜溜溜（很淒慘）」等語，有如前述，且整個揮砍過程中，被告亦未表示必致被害人於死之言詞，亦據被害人及證人王伶曲證述無訛（見原審卷二第133、149、151頁），則此部分依卷內事證審酌，顯無從使本院得被告確有使被害人發生死亡結果之積極意圖，檢察官上開所認，容非允恰。另被告於原審審理時固表示：我遇到王伶曲時，沒有拿東西，也沒有向王伶曲說過要讓被害人「溜溜溜」云云（見原審卷二第172頁），惟證人王伶曲應無設詞誣陷被告之必要與動機，已如前述，且被告係與被害人就工地施工揚起土塵問題發生爭執，導致其覺得被害人說話態度不佳，很白目而生氣等情，既如前述，則以被告斯時處於憤怒狀態，並特地前往保安路工寮拿取其藏放之武士刀之行為舉措予以推論，亦可知證人王伶曲證述之內容，顯然無任何突兀或違反常情之處，而可以採信。是以，被告此部分所辯，亦不能採信，併此敘明。

5.另辯護人就被告所犯殺人未遂犯行之主觀犯意部分，固以前揭情詞為被告辯護。惟被害人之傷勢範圍主要顯現在手部之緣由，係因被害人在被告揮砍武士刀之過程中，尚有持木柄挖土耙予以抵擋，致武士刀刃順著握柄處砍擊而下，已如前述，故被告既非主動朝被害人之手部加以揮擊，且持刀揮砍

部位，均著重在有人體要害部位之上半身，業經認定如前，此部分自難僅以被害人之傷勢範圍多侷限於手部，即為有利被告之論斷。再者，被告與被害人在本案發生前，固未見有何糾紛或深仇大恨存在，但行為人因自身情緒管理不佳、個性偏執、或無同理心等因素而任意侵害他人生命法益者，在現今社會時有所聞，甚有被害人與行為人案發前係素昧平生者，是端不能以被告與被害人先前無深仇大恨，即可逕認其無殺人之動機及不確定故意。故認辯護人該部分所辯，亦難憑採。此外，被告見被害人手指遭截斷後，情緒歸於平穩，復無進一步加害之實際舉措，固可認被告並未有置被害人於死地之積極意圖，有如前述，但倘被告揮砍行為之初，僅有傷害或嚇唬被害人之意，其持武士刀揮砍1刀或憑空揮舞，已足以達成目的，焉有雙手持武士刀接連朝有人體要害之上半身揮擊之必要？甚且，本院認定被告主觀上有殺人之不確定故意，係綜合被告行為時所持用之工具、揮砍部位、施力力勁以及犯罪之過程等予以論斷，辯護人僅憑被告有先與被害人對峙，以及犯行遭人阻止後所產生之情緒反應，即執以為被告有利之推認，實難認可取。

㈡被告雖罹有失智症，但本案並無刑法第19條規定適用之認定理由：

1.被告為本案犯行後，雖因其行為舉止與過往有異，而由家屬於108年4月22日、6月19日陪同就醫，並確認被告罹患有失智症（見原審卷一第472-1頁之診斷證明書、第479至485頁之病歷資料），惟此經原審囑託義大醫院進行精神鑑定後，該院鑑定略以：「一、綜合被告會談結果、過去發展史、工作史、臨床診斷、心理衡鑑等資料，被告過去無精神科就醫史，然於108年4月22日因記憶力不佳及步態不穩等症狀至本院神經內科就診，當時診斷為『未分類失智症未伴隨行為混亂』，該診斷與本次精神鑑定門診之發現一致。……依精神病理而言，被告之失智症似應出現於本案行為即108年1月11日之前，考量失智症之臨床病程與被告臨床表現之病史並無

相違，推估被告於本案行為時應已有『未分類失智症未伴隨行為混亂』之情形，亦即被告於行為時應有精神障礙及心智缺陷之情形。二、⑴根據鑑定晤談中被告之陳述，其能清楚回憶本案發生時大約之時間為傍晚，本件案件之被害人為自己鄰居且已認識多年，並描述（略……）等與檢送之卷證資料無甚大差異之內容，顯示被告對於本案行為過程之記憶尚無受失智症之影響。依鑑定時被告之精神狀態表現，被告雖情緒有時顯得低落，認知功能不佳，但其語言表達條理尚稱清楚，雖主述記憶不佳，但平時尚無顯著情緒障礙或精神病症等症狀，且根據被告平日仍能從事魚塭養殖及買賣等，雖偶需要配偶協助，但整體基本功能尚能維持，加上其臨床上失智症程度落於輕度範圍，顯示其認知功能雖略有下降，尚未到達顯著之程度，故評估鑑定時被告對於社會規範認事之能力應無顯著低於一般人，且根據其晤談中之行為表現觀察，亦無顯現其行為表現有無法依其對社會規範之認識而為表現之情形。又失智症之病程為逐步退化之疾病，雖症狀或有起伏，然整體病程仍以緩慢逐步退化之方式進行，因從蒐集之病史中並無其他足影響其病程發展之精神、情緒症狀或其他環境因素（僅本案中之衝突事件）發生於行為時或行為前，故無理由可推論被告行為時之辨識能力及控制能力會較鑑定時為差；⑵再者，參酌檢送卷證資料中被鑑定人警詢時之錄影紀錄，其當時言談可清楚對題、能記得自己出生年次、住家地址、在不清楚員警提問時尚能一再確認後才予以回答，就當時精神狀態表現觀察，即使被告當時罹有失智症，尚難認定其認知功能之下降有顯著影響其辨識能力或控制能力。由於該筆錄進行時點為108 年1 月11日晚間8 點36分，就時間點而言距本案行為時點（同日下午6 時許）相距不遠，就失智症之疾病特性，應無於數小時內出現明顯變化。基於上述二點理由，推估被告行為時雖有失智症，然其辨識能力及控制能力尚無顯著降低之情形，更無證據顯示有喪失之程度」等語，有義大醫院108 年12月2 日義大醫院字第10802242

號函檢附之精神鑑定報告可參（見原審卷二第54-1、61至63頁），是被告經醫療機構專業鑑定結果，其於本案行為時，尚無從認有因其於108年4月22日、6月19日就醫確診之精神疾病即失智症影響，導致其責任能力有欠缺或顯著減低之情形。

2.又本院審酌被告甫為本案犯行後，不僅面對警察、檢察官之訊問均能直接、切題回答，且其針對何以發生衝突之緣由，所持刀械、被害人持木柄挖土耙予以回擊等情形，以及犯案後刀械藏置地點等，亦均能正確回憶而為清楚表述，有其警詢、偵訊筆錄可稽（見警卷第2至5頁；偵卷第15至16頁）。甚者，被告在本案犯行前，並未因「失智症」等精神疾病前往醫院就診，反而正常從事魚塭養殖工作此節，業據被告於羈押審查程序法院訊問時自承明確（見偵卷第67至68頁），並有義大醫院病歷資料附卷可佐（見原審卷一第479至491頁），是以上情互析，並輔以精神疾病對於自身行為意涵之理解程度影響，短時間內本無出現大幅變動之可能，當足認被告為本案犯行時，確如上揭精神鑑定結果所示，並未有因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，亦無因而致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著減低等情況，要屬明灼。從而，被告於案發後，縱使經診斷罹患有失智症，本案尚不能適用刑法第19條減免刑責之規定，附此敘明。

㈣綜上所述，被告確有持武士刀戕害被害人生命之不確定故意，事證已屬明晰，被告上開所辯，要無可採，本案被告所涉非法持、夜間攜帶刀械以及殺人未遂之犯行，均足認定，自應依法論科。

二、論罪科刑：

㈠按非法攜帶刀械，當然涵蓋持有刀械之行為在內，且其持有係行為之繼續，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。故持有行為繼續中未經許可攜帶刀械，雖僅論以刑度較重之攜帶刀械罪，

然其犯罪行為完結之時，仍視其持有行為何時終了而定（最高法院97年度台非字第66號判決意旨參照）。則被告自108年1月11日17時55分許，往前回溯十幾年間之某時起，至108年1 月11日19時20分為警前往其住處搜索查扣之時止（詳見警卷第18頁之搜索扣押筆錄），非法持有刀械之行為繼續中，屬繼續犯，其未經許可持有刀械之低度行為，應為其於108 年1 月11日日落後之17時55分許，夜間非法攜帶刀械前往被害人上址住處之高度行為所吸收，不另論罪。核被告所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第15條第1 款之夜間非法攜帶刀械罪及刑法第271 條第2 項、第1 項之殺人未遂罪。追加起訴意旨認被告係犯槍砲彈藥刀械管制條例第14條第3 項之非法持有刀械罪，尚有未恰，惟此部分之社會基本事實同一，爰就此部分變更起訴法條予以論處。

㈡又未經許可，無故持有刀械罪，其持有之繼續，為行為之繼續，至持有行為終了時，均論為一罪，不得割裂。若於其持有繼續中，另為犯他罪而持用該刀械加以實施，因非自始即意圖以持有該刀械為犯他罪之方法，仍不能論以牽連犯，而僅依數罪併罰規定處理（最高法院88年度台上字第3904號判決意旨參照）。查本案被告初始取得刀械之時間，距離殺人未遂犯行發生時間已有十餘年之久，顯然其持有時之目的，與殺人未遂犯行並無關聯。是以，被告持有扣案武士刀之際，既非為犯特定犯罪而持有，則其持有扣案武士刀後，再另行起意於夜間攜帶犯殺人未遂犯行，所犯持有武士刀部分雖為夜間攜帶武士刀之犯行所吸收，只論以一個夜間非法攜帶刀械罪，業如上述，但該罪與被告其後持刀犯殺人未遂罪之兩罪間，犯意有別，行為可分，依上開說明，應予分論併罰。

㈢刑罰減輕事由：

1.按刑法第25條第1 項規定之障礙未遂犯與同法第27條之中止未遂犯，二者之區分，端在依經驗法則加以觀察，以其性質是否對犯罪行為之既遂予以通常之妨礙，為決定之準據；倘

行為人未能完成犯罪之原因，係出於外部之妨礙，此妨礙在一般經驗上認屬通常現象，亦即該一定之原因致未能完成犯罪係可預期之結果者，即屬障礙未遂犯，反之，如未能完成犯罪之原因，係出於行為人主觀上之心理妨礙而任意中止或防止其結果之發生，此妨礙非出於外部，依一般經驗法則予以觀察，非屬通常現象，亦即因該一定之原因，並無期待可能必將中止犯罪或防止犯罪結果之發生者，方屬中止未遂犯（最高法院89年度台上字第3009號判決意旨參照）。經查，被告著手持武士刀朝被害人加以揮砍，並致被害人受有如事實欄所載之傷勢後，雖未發生死亡之結果，且被告亦無其他繼續殺害被害人之實際行為，經被害人及證人王伶曲證述在卷（見原審卷二第121 、148 頁），然其罷手離去之前，已因證人王伶曲握住武士刀之刀柄與其僵持約3 、4 分鐘，且鄰居均上前圍觀等情，同據被害人及證人王伶曲證稱無訛（見原審卷二第121 、146 至147 頁），則被告在證人王伶曲趨前阻攔以及鄰居上前圍觀所形成之外在壓力下，無法繼續遂行殺害被害人之舉措，依通常經驗定則判斷，當屬必然且可預期之結果，而難謂係出於其自願之意思而停止殺人行為，遑論被告持刀揮砍被害人後，係直接離去，而未見有對被害人為任何積極救助以防止不幸結果發生之行為，故依上開說明，本案被告所犯殺人未遂犯行僅屬障礙未遂，爰就該部分犯行依刑法第25條第2 項之規定減輕其刑。

2.按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744號判決意旨參照）。查

依上開義大醫院被告之精神鑑定報告，被告於本案行為時應已罹患有失智症之情形，雖然行為時並未因失智症影響，導致有其責任能力有欠缺或顯著減低之情形，業如上述，然失智症患者可能伴隨躁動行為之症狀表現，參諸被告與被害人是住處相隔不遠之鄰居（被告住保安路11巷22之25號，被害人住保安路11巷14之1 號），只因工地施工揚起土塵之問題而生糾紛，被告因不滿被害人講話口氣不佳，一時氣憤而為本案犯行，業如前述，惟依常情，一般人於此情況下，應不致持刀而為上開犯行，惟被告卻悖於常情而為上開犯行，應可推認被告當時情緒係受其疾病影響致生躁動症狀，且參諸被害人所受有右側臉部撕裂傷5 公分、右側食指部分截斷、右側拇指開放性骨折之傷勢情況，認為依被告犯本罪之原因與環境，在客觀上應足以引起一般人之同情，其殺人犯行雖依未遂犯規定減輕後，如量處法定最低刑度有期徒刑五年，仍嫌過重，其犯罪情節應有刑法第59條所規定情形之適用，爰再依刑法第59條規定減輕其刑，並依法遞減輕之。

三、撤銷改判部分（即殺人未遂部分）：

㈠原審因認被告上開殺人未遂犯罪事證明確，而適用相關法律論科，並非無見，惟被告此部分犯行，應有刑法第59條酌減其刑規定之適用，原審未依該條規定予以減輕其刑，尚有未合。被告就此部分以其並無殺人犯意，僅具傷害犯行，而指摘原審此部分論罪不當，雖無理由，惟原審判決此部分，既有違誤，仍應由本院將此部分撤銷改判。爰以行為人責任為基礎，審酌被告與被害人為認識數十年之鄰居關係，卻僅因一時口角爭執，即未思以理性解決問題，而以事實欄所載之方式，致使被害人受有如事實欄所載之傷勢，其對被害人犯罪之動機、目的及手段均非可取，所為自應受相當之刑事制裁；復參酌被告本案未能繼續逞兇，係因王伶曲見事態嚴重，趨前握住武士刀刃與被告僵持數分鐘之久，且被告於行為甫遭阻止時，仍有作勢欲揮砍被害人腳部之舉措，有如前述，則倘非有外人適時阻止，被告犯罪所生之損害顯當不僅於

此；另考量被告之行為除對被害人造成身體傷勢，及心理層面產生相當程度之影響外，尚使被害人於案發後須住院1週（見原審卷一第71頁），且遺留手指碰到會麻、痛，導致工作不順之後遺症此節，經被害人陳述在卷（見原審卷二第138頁）；兼衡被告犯後雖否認有殺人犯意，但於原審審理時已與被害人達成和解，適度填補被害人損害之犯後態度，以及被害人及其妻王伶曲均有出具書狀表示撤回告訴，並請求法院從輕量刑等量刑意見（見原審卷一第65、67、439頁）；暨被告現年逾75歲，身體罹有失智症、皮質腎上腺素不足之病徵（見原審卷一第472-1頁之診斷證明書），自陳有讀國小，但不記得有無畢業，從事魚塭工作，年收入忘記了無法說，已婚有3個成年小孩，目前與配偶、2個孫子同住，經濟勉持，眼睛看東西會模糊、重疊（見原審卷二第242頁），以及未有任何犯行經法院論處罪刑之前科資料（見原審卷二第247至248頁之臺灣高等法院被告前案紀錄表）等一切具體情事，就被告所犯殺人未遂犯行部分，量處如主文第2項所示之刑，以資懲儆。

㈡沒收：

扣案之武士刀1把，係被告所有，持以供本案殺人未遂犯行所用，為被告供犯殺人罪所用，屬於犯罪行為人之物，且經送鑑定結果，亦屬槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第3款所管制之刀械，已如前述，核屬違禁物，應依刑法第38條第1項之規定，在被告所犯殺人未遂犯行之罪刑項下，宣告沒收。至於刀鞘部分，因主要係供裝載武士刀使用，整體上有不可分割之一致性，且無分別處理之必要及實益，爰視為武士刀之一部分而均併予宣告沒收。另警方查獲本案犯行之際，雖尚有至被害人住處查扣其用以抵擋被告之木柄挖土耙1把，有高雄市政府警察局岡山分局永安分駐所搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表可稽（見警卷第24至28頁），但該物非被告所有，且非供被告犯罪所用之物，自應宣告沒收，併此敘明。

四、駁回上訴部分（即持有及夜間非法攜帶刀械部分）：

原審因認被告此部分犯罪事證明確，而依相關規定予以依法論科，並審酌被告於夜間攜帶管制刀械種類為武士刀，除已造成之實害外，攜帶該等刀械對於鄰里間社會治安之危害程度，以及被告自承持有扣案武士刀之時間長達十餘年之久，持有之方式為放置在無外人查悉之工寮內之犯罪情狀；兼衡被告犯後坦認此部分犯行之犯後態度，暨被告上開生活狀況，以及未有任何犯行經法院論處罪刑之前科資料（見原審卷二第247至248頁之臺灣高等法院被告前案紀錄表）等一切具體情事，就被告所犯之夜間非法攜帶刀械犯行，量處有期徒刑5月，並諭知以新臺幣1千元折算1日之易科罰金折算標準，以資懲儆。又將屬違禁物之扣案武士刀1把，依刑法第38條第1項之規定，在被告所犯此部分犯行之罪刑項下，宣告沒收。又說明於刀鞘部分，因主要係供裝載武士刀使用，整體上有不可分割之一致性，且無分別處理之必要及實益，爰視為武士刀之一部分而均併予宣告沒收。原審此部分之認事用法均無違誤，量刑亦稱妥適。被告就此部分以原審量刑過重而提起上訴，並無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張家芳提起公訴，檢察官駱思翰追加起訴，檢察官楊慶瑞到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　18　　日

刑事第八庭　審判長法　官　邱明弘

法　官　徐美麗

法　官　楊智守

以上正本證明與原本無異。

夜間非法夜間非法攜帶刀械罪部分，不得上訴。

殺人未遂罪部分，如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕

送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　18　　日

書記官　林明威

附錄本案論罪科刑法條全文：

刑法第271條

殺人者，處死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第 1 項之罪者，處2年以下有期徒刑。

槍砲彈藥刀械管制條例第15條

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。

三、結夥犯之者。