

裁判字號：臺灣高等法院 臺中分院 105 年上訴字第 1718 號刑事判決

裁判日期：民國 106 年 02 月 22 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例

臺灣高等法院臺中分院刑事判決 105年度上訴字第1718號

上 訴 人

即 被 告 李志強

選任辯護人 曾耀聰律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣臺中地方法院104年度訴字第1248號中華民國105年9月21日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方法院檢察署104年度偵字第25964號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

犯罪事實

- 一、李志強前因施用第二級毒品案件，經臺灣南投地方法院於民國103年2月19日，以102年度簡上字第59號判決判處有期徒刑4月確定，嗣於103年5月19日易科罰金執行完畢。詎其猶不思悛悔改過，明知具有殺傷力之改造手槍及改造子彈均係管制物品，未經中央主管機關許可不得持有，竟基於持有具有殺傷力改造槍枝及子彈之犯意，於104年9月27日至28日間之某時許，在臺中市○○區○○路○○號「麥當勞速食店」外，於其所駕駛之車牌號碼000－0000號租賃用小客車內，自真實姓名年籍不詳之成年人處取得仿半自動手槍製造之槍枝，換裝土造金屬槍管而成之改造手槍1支（含彈匣1只，槍枝管制編號：0000000000號）及具有殺傷力由金屬彈殼組合直徑9.0正負0.5mm金屬彈頭而成之非制式子彈2顆，而無故持有之。嗣於104年10月5日晚上8時45分許，在臺中市○區○○街○○○○號為警以通緝犯為由將其逮捕，並在其所駕駛之車牌號碼000-0 000號租賃用小客車內發現其載滿牛樟、樹木等各式物品，懷疑其另涉犯他案，乃於現場稍加檢視後，因車品物品太多，乃將該車開回台中市第二分局永興派出所搜索而於同日晚上9時30分扣得上開槍、彈，而查悉上情。
- 二、案經臺中市政府警察局第二分局報請臺灣臺中地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

- 一、證據能力部分：

(一)按被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。偵查中對被告以外之人（包括證人、鑑定人、告訴人、被害人及共同被告等）所為之偵查筆錄，或被告以外之人

向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據。惟現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，檢察官偵查中向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信度極高，職是，被告以外之人前於偵查中已具結而為證述，除反對該項供述得具有證據能力之一方，已釋明「顯有不可信之情況」之理由外，不宜以該證人未能於審判中接受他造之反對詰問為由，即遽指該證人於偵查中之陳述不具證據能力。本件證人鍾文祥於檢察官偵查中所為之陳述，被告李志強及其辯護人未曾提及檢察官在偵查時有不法取供之情形，亦未釋明上開證人之供述有顯不可信之情況，依上說明，其於偵查中之證言自具有證據能力。

(二)次按，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第203條至第206條之1之規定，刑事訴訟法第208條第1項亦定有明文。依此，檢察官對於偵查中之案件，認為須實施鑑定者，固應就具體個案，選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）為之；但對於司法警察機關調查中之案件，或有量大或急迫之情形，為因應實務之現實需求，如檢察官針對該類案件之性質（例如：查扣之毒品必須檢驗其成份、對施用毒品之犯罪嫌疑人必須檢驗其體內有無毒品代謝反應、對於查扣之槍砲彈藥必須檢驗有無殺傷力、對違反野生動物保育法案件必須鑑定是否屬於保育類動物案件等），認為當然有鑑定之必要者，經參考法務部92年5月20日法檢字第092080203號函送之法務部「因應刑事訴訟法修正工作小組」研討之刑事訴訟法修正相關議題第21則之共識結論，以及臺灣高等法院於92年8月1日舉行之刑事訴訟法新制法律問題研討會第3則法律問題研討結果之多數說（載於司法院92年8月印行「刑事訴訟法新製法律問題彙編」第15頁至第18頁），基於檢察一體原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得即時送請事前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關（團體）實施鑑定，該鑑定人或鑑定機關（團體）亦應視同受承辦檢察官所選任或囑託而執行鑑定業務，其等出具之書面鑑定報告應屬刑事訴訟法第206條所定之傳聞例外，當具有證據能力（法務部92年9月1日法檢字第0920035083號函可供參照）。從而，本件扣案之槍枝及子彈等，經由查獲之警察單位依先前轄區檢察署檢察長事前概括選任鑑定機關，即內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）實施鑑定，及原審依法送請該局鑑定所出具104年11月18日刑鑑字第1040097306號鑑定書、105年1月14日刑鑑字第1050003166號函，即具有證據能力，而得為本案之證據。

(三)辯護人辯稱：警方在臺中市○區○○街○○○○號將被告逮捕

時，並未立即搜索，而是將車及人帶回永興派出所後，始對被告所駕之該車進行搜索，且於搜索時並未讓被告在場，又係搜索之後警方始拿著皮包要被告確認其內有槍彈，警方之搜索係屬違法搜索，所扣得之物，自不具證據能力云云。經查：

- 1、按附帶搜索為無令狀搜索之一，其目的在於時間緊迫，基於保護執法人員的安全以及防範被告或犯罪嫌疑人湮滅證據，其要件為1.須有合法的逮捕、拘提或羈押。2.即時性。3.合理懷疑。合法的逮捕是指依刑事訴訟法第87條第1項之通緝犯的逮捕、刑事訴訟法第88條第1項之現行犯的逮捕等。拘提是指依刑事訴訟法第75條經傳喚的拘提、刑事訴訟法第76條逕行拘提等。羈押是指刑事訴訟法第103條的執行羈押。上述的逮捕、拘提或羈押必須是合法，若逮捕、拘提或羈押不合法，則緊隨其後的附帶搜索亦隨之不合法；而附帶搜索之範圍依刑事訴訟法第130條規定：檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押「時」，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。次按，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158條之4固定有明文。惟刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周，故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索、扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，自有害於審判之公平正義。因此，對於違法搜索、扣押所取得之證據，除法律另有規定外，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即宜就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意为之）。(三)違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情形）。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程序，有無

發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力（最高法院93年台上字第664號判例意旨參照）。

- 2、本件被告係竊盜通緝犯，警方依法予以逮捕等情，為被告所自承，並有臺灣臺中地方法院檢察署通緝人犯歸案證明書在卷可按（偵卷第66頁歸案證明書），是警方對被告加以逮捕，核無違法之處；又證人即本案承辦員警之一湯朝盛於本院證稱：「一開始我們鎖定竊車集團其中一員，查獲他當時，整個車內都是滿滿的物品，我們懷疑那是贓物，懷疑他還有另涉其他竊盜案，所以我們在現場將人車稍微簡單搜索，然後再將人車帶回派出所進行後續的搜扣行為。」、「（104年10月5日在樂群街時，到底什麼時候查獲被告？）我們是大約晚上8點多發現這台車，因為我們埋伏有一陣子。報告記載的8點45分是經過我們三個人確定的時間。」等語（見本院卷第80頁、81頁），證人即本案承辦員警之一陳冠仲於本院證稱：「逮捕被告之後，警方如何處理後續的搜索程序？」因為逮捕現場環境太狹小，我們就是看到滿車的物品，所以原車查扣回我們永興派出所，再接續搜索。」、「（在何地進行搜索？）因為被告車上東西很多，我們在樂群街只有稍微檢視，之後我們將犯嫌帶回派出所，因為犯嫌為通緝犯，到派出所之後再進行搜索。」等語（本院卷77頁至77頁反），且警方亦於搜索、扣押筆錄記載係依刑事訴訟法第130執行附帶搜索。依此可知：警方於本件附帶搜索固核有合法的逮捕及合理懷疑等要件，但於逮捕後並未立即對被告所駕之車輛予以搜索，反而將該車輛及人帶回派出所後始進行搜索，顯係在合法逮捕後經過一段時間始進行搜索，此時已無考量執法人員的安全或怕被告或犯罪嫌疑人湮滅證據，而應回歸令狀原則，是該附帶搜索難謂合法。惟再查：①本件附帶搜索於即時性之要件固有違誤，然本件警方逮捕被告時為晚上8時45分許，天色已暗，且被告所駕駛車輛內物品雜多，一時之間難以搜索完畢，先將被告及其車輛一併帶回永興派出所後，旋即對被告駕駛之車輛實施搜索，難謂警方主觀上有故意違法之嫌；②本件被告李志強已在警方人員之監控之中，查獲被告後發現被告車上東西雜多，且為免在現場搜索滋生事端，情勢有時難以掌控，而將人、車帶回警局後始搜索，警察該搜索之發動，有其合理之懷疑而非毫無依據任意為之，違背法定程序之情節，較全無搜索票而任意搜索之情形顯然為輕至明；③無論依法定程序在現場或帶回警局祇要稍加搜索均不難查察車內藏有槍枝，可見不論在現場或帶回派出所，均必然可發現本案之扣案槍、彈；④本案因而扣得之違禁物品所生危害甚重，且扣案管制物品取得之違法，對被告訴訟上之防禦不利益之程度並無影響。是本院綜合考量上開關於基本人權保障及公共利益維護之各項情狀，並依比例原則及法益權衡原則斟酌此違法搜索程序所侵害之輕

重、上開證物對被告李志強訴訟上防禦不利益之程度及持有改造手槍將造成社會治安動盪不安之危險等各種情形，為避免僅因上開程序上非重大之瑕疵，致使與事實相符之證據即本案搜索所查扣之物無例外地被排除，而使發現實體真實之目的不達，導致社會安全保障發生嚴重疏漏，是應認上開證據具證據能力。被告李志強之辯護人以此扣案之槍、彈係違法搜索所得之證據應無證據能力，即無可採。雖辯護人另辯稱：警方搜索時，被告並不在場，該搜索並不合法云云。然刑事訴訟法第150條第2項係規定如有必要，得命被告在場，本件被告雖未在场，惟上開扣案之槍、彈被告於警、偵及原審並未否認該槍、彈係放在其所駕之上開車輛等情，是被告是否在场對於本案之認定並無影響，難認有必要之情形，是辯護人此部分之所辯，亦不足採。

(四)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；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，亦據刑事訴訟法第159條之5規定甚明。查本案認定事實所引用之其他卷證資料，屬於傳聞之供述部分，被告及其辯護人於本院準備期日均不爭執，並同意引用為證據（見本院卷第58頁反面），且迄本院言詞辯論終結前，被告及其辯護人與檢察官知悉有同法第159條第1項不得為證據之情形，復均未表示異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明力明顯過低之情況，亦認為以之做為證據應屬適當，認上揭證據資料均例外有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據上訴人即被告（下稱被告）固坦承確有於104年10月5日晚上8時45分許，在臺中市○區○○街○○○○號為警逮捕，嗣後帶回派出所於同日晚上9時30分許，經警搜索其所駕駛之車牌號碼000-0000號租賃用小客車，嗣經警要其確認上開槍、彈等情。惟矢口否認有何持有槍枝及子彈之犯行，辯稱：放在車內的槍枝及子彈是綽號「阿祐」的葉宗祐，在警方搜索前自行放置在上開車輛副駕駛座下方，伊發現後有用手指拎起來看一下，再把槍枝放回手提包內，然後把手提巴塞回副駕駛座下方，但該槍係道具槍，並不具殺傷力，警方於伊不在場之情況下，搜出如事實欄所示之槍、彈（下稱系爭槍、彈），但伊朋友放在車內之道具槍是否遭調包，自有疑義等語；辯護人則為被告辯稱：系爭槍枝並無被告之指紋，怎能證明被告持有系爭槍彈云云。經查：

(一)被告於104年10月5日晚上8時45分許，在臺中市○區○○街○○○○號前，因竊盜通緝犯為警緝獲，復經警連人及其所駕駛之車牌號碼000-0000號小客車均被帶回永興派出所及執行搜

索，其所駕車內並放置有伊朋友之槍、彈等情，坦承不諱，並有偵辦刑案職務報告、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品清單、贓證物照片在卷為憑（見104年度偵字第00000號卷第26、37至39、44至46、96、99頁）。是此部分之事實，堪以認定，惟該槍、彈是否即為系爭之槍彈，則須進一步調查。

(二)被告於警詢即稱：系爭之槍、彈係其朋友放在伊車上等語（見同上偵卷第32頁）、於偵查時亦供稱：系爭之槍彈是葉柏佑（即葉宗佑）的等語（見同上偵卷第71頁反面）、於原審供稱：系爭槍、彈係警方自其所駕車內取出的，是伊葉宗佑放的，伊是在搭載葉宗佑離開後二、三天才發現，我有用拇指及食指拎起來看一下，發現有槍枝後即將之放回手提包，再把手提包放回副駕駛座下方等語（見原審卷第54頁），核與證人即承辦員警湯朝盛、陳冠仲、何俊德於本院均證稱：系爭槍、彈係取自被告所駕之上開車輛等語相符（見本院卷105年12月14日及106年1月18日審判筆錄），亦核與本院勘驗當時搜索扣得系爭槍彈相符（見本院卷第125頁）。可徵系爭槍彈係自被告所駕之車內搜索扣得無訛。

(三)扣案之槍枝、子彈經送內政部警政署刑事警察局以檢視法、性能檢驗法、試射法鑑定，認送驗槍枝（槍枝管制編號000000000號），係由仿半自動手槍製造之槍枝，換裝土造金屬槍管而成之改造手槍，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具殺傷力；送鑑子彈2顆，認均係由金屬彈殼組合直徑9.0正負0.5mm金屬彈頭而成之非制式子彈等情，有上開刑事警察局鑑定書及回函在卷可證（見104年度偵字第00000號卷第86至88頁、本院卷第84頁），是上開槍枝與子彈，均屬槍砲彈藥刀械管制條例第5條所定，未經中央主管機關許可，不得持有之管制物品，堪以認定。

(四)被告雖以上詞置辯。惟查：

- 1、被告於104年10月6日警詢中供承：該把手槍是綽號阿佑（應為「阿祐」之誤）的男子，寄放在伊車上一個禮拜了；因為阿祐有欠伊錢，所以把槍先質押在伊那裡等語（見104年度偵字第25964號卷第32、33頁）；後於104年11月3日檢察官偵查中改稱：伊持有扣案之槍彈有七、八天了，該槍彈是葉柏佑的（應為「葉宗祐」之誤），因為104年9月27、28日間伊與鍾文祥在霧峰時尚（應為「時常」之誤）汽車旅館，後來葉柏佑來了說要賣槍，還拿出來把玩；之後，伊順道載葉柏佑到霧峰的麥當勞，兩三天後，伊在車上要撿打火機，在副駕駛座下面摸到一個包包，伊就打開來看，發現是一把槍，伊就打電話給鍾文祥，叫他聯絡葉柏佑來取槍等語（見104年度偵字第25964號卷第71頁反面）。姑不論被告所述是否先後歧異，即系爭槍彈究否為葉宗祐質押予被告，或葉宗祐自行偷藏在被告所駕駛車輛之副駕駛座下方？惟被告客觀上係於被查獲前一7、8天左右即104年9月27至28日許，自他

人處取得而持有系爭槍彈之事實，則無二致，是在其明知為具有殺傷力之槍彈，未有任何向主管機關報繳之意，而繼續藏放於副駕駛座下方予以持有時，其非法持有槍彈之犯罪構成要件即已合致，扣案之槍彈來源是否確為葉宗祐，自無解於被告犯罪之成立。況且，若被告於警詢中之陳述僅係為給查獲員警一個合理之說法，故與實情未盡相符者，則其於檢察官偵查中之供承，理應不生何等誘導答辯之疑義，似應較為可採；果如此，系爭槍彈本係葉宗祐欲售與被告及鍾文祥等人之物，何以會被藏放置副駕駛座之下方？葉宗祐如欲無償讓與被告等人，又何需如此隱密不為被告所知？倘為不小心遺落，又何以並非掉落在後座座椅，或在後座腳踏墊上發現，而係不易為人發現的副駕駛座下方？再者，若系爭槍彈確本係葉宗祐所有，既非售與被告，又無意無償贈與被告，而係不慎遺落在被告車上者，考之我國槍枝管制甚嚴，葉宗祐必急於取回方是，何至於反過來需由被告央託鍾文祥居間聯繫葉宗祐？凡此，在在顯示被告所辯除其持有之時間尚屬可採外，餘則悖於情理甚明。

- 2、被告又辯稱伊持有的是道具槍，系爭槍枝是遭員警掉包云云。惟被告於為警查獲之始即104年10月6日警詢中明確載明：後座腳踏墊上有一只斜背包，內有不明物品，警方請伊打開時當場查獲乙把改造手槍、2發子彈及彈匣，警方就是這樣查獲的；該把改造手槍特徵伊不知道，是伊朋友綽號阿佑（應為「阿祐」之誤）的男子寄放在我車上；因為該名男子有欠伊錢，所以他把改造手槍質押在伊這；因為我被法院通緝所以不敢報案等語（見104年度偵字第25964號卷第31至33頁）。雖被告上開所辯關於背包是警方請伊打開乙節，核與本院勘驗搜索錄影光碟係由警方從車內拿出一黑色手提袋，打開拉鏈右手套塑膠袋將黑色手槍拿出等情（見本院卷第125頁）不符，而不足採信，惟系爭槍、彈確係於搜索時自被告所駕車內扣得則屬一致，被告事後辯稱系爭槍枝遭員警掉包云云，自無足採；再者，倘若被告認為系爭槍枝僅係道具槍，何至於「不敢」報警？又如何有質押擔保債務之價值？或是有藏匿於被告車上之必要？又何以迭經偵審，及原審傳訊證人葉宗祐到庭賦與被告對質詰問之機會時，被告卻從未提及道具槍一事？反而係屢屢爭執葉宗祐才是系爭槍彈之所有人？況警方扣得系爭槍彈時，亦令被告確認，被告於警偵亦未提及其持有之槍枝係道具槍，是被告此部分之所辯亦不足採。
- 3、證人葉宗祐於原審審理時否認系爭槍彈原本係伊所有等語（見原審卷第138頁），證人鍾文祥亦否認被告曾告訴伊要把槍還給葉宗祐乙節（見原審卷第123、132頁），又證人李柏昇雖於原審審理時證稱：伊於100年7月28日假釋出獄後，曾與葉宗祐一起吸毒時，聽聞葉宗祐有一把槍等語（見原審卷第238頁），然查葉宗祐於99年5月31日入監服刑，迄103年4

月23日假釋出獄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽，足認證人李柏昇之證述顯然不實；另證人鍾文祥固證稱：與被告、葉宗祐在時常汽車旅館吸毒時，曾看到一個包包內裝了一把槍；但伊不知道到底是誰的，也不知道是什麼槍等語（見原審卷第102頁反面、第121頁），自難以此遽認系爭槍彈乃葉宗祐所有。是起訴書雖認上揭槍彈係年籍不詳綽號「阿佑」之人（經查證所指阿佑即為證人葉宗祐）交予被告質押擔保債務云云，惟經原審傳訊相關證人葉宗祐、鍾文祥、李柏昇後，尚缺乏積極明確之證據足認上揭槍彈確係葉宗祐所交付，自無從逕予認定，而應係真實姓名年籍不詳之成年人處取得系爭槍、彈。

(五)辯護人雖辯稱：系爭槍枝並無被告之指紋，怎能證明被告持有系爭槍彈云云。經查，扣案之手槍及包包，雖送鑑定指紋之結果，未發現指紋，此有內政部警政署刑事警察局105年5月19日刑紋字第1050040557號鑑定書在卷可稽（見原審卷第262頁），亦即已不能從中獲取指紋鑑定被告是否曾經接觸，然被告持有前開槍、彈之事實，已極明確，不因前開手槍或皮包不能驗出被告之指紋，即推認槍、彈非被告所持有，是辯護人此部分之所辯，亦不足採信。

(六)綜上所述，被告確有持有系爭具殺傷力之改造手槍及子彈犯行，所辯均係臨訟卸責之詞，不足為採；此外，復有臺中市政府警察局槍枝初步檢視報告表、槍枝初檢照片、臺灣臺中地方法院檢察署辦案公務電話紀錄表、葉宗祐之父葉富田全戶戶籍基本資料、稅務電子閘門財產所得調件明細表、交通部公路總局臺中區監理所臺中監理站105年4月22日中監中站字第1050074029號函及檢附機車車籍資料查詢、臺中市政府警察局第二分局105年5月12日中市警二分偵字第1050018011號函在卷可佐。從而，本件事證明確，被告上開犯行，洵堪認定。

三、論罪

(一)按持有槍枝罪，其持有之繼續為行為之繼續，而非狀態之繼續，亦即一經意圖犯罪而持有槍枝，該罪雖告成立，但其完結，須繼續至持有行為終了之時為止；次按，未經許可持有槍、彈，係侵害社會法益之罪，同時持有種類相同之槍、彈，縱令客體有數個（如數枝同種類槍枝、數發同種類子彈），仍為單純一罪，不生想像競合問題（最高法院97年台上字第231號判決意旨參照）。本件被告同時持有具有殺傷力之子彈2顆，依上開判決意旨，持有子彈部分應論以單純一罪。

(二)核被告所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪、同條例第12條第4項之未經許可持有子彈罪。被告以一持有行為，同時持有具有殺傷力之改造手槍及子彈而觸犯上開2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條規定，從一重以槍砲彈藥刀械管

制條例第8條第4項之未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪處斷。

四、加重減輕事由

- (一)被告前因施用第二級毒品案件，經臺灣南投地方法院於103年2月19日，以102年度簡上字第59號判決判處有期徒刑4月確定，嗣於103年5月19日易科罰金執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣臺中地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表附卷可稽，被告於徒刑之執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第47條第1項之規定，加重其刑。
- (二)按犯槍砲彈藥刀械管制條例之罪，於偵查或審判中自白，並供述全部槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生者，減輕或免除其刑，同條例第18條第4項固定有明文。然查被告雖供稱本案槍、彈之來源係綽號「阿祐」之葉宗祐提供予其作為質押擔保，惟經原審傳訊證人葉宗祐、李柏昇、鍾文祥等證人，均無積極證據足認系爭槍彈乃葉宗祐所有，為擔保債務而質押予被告，或不慎掉落於被告之車上，抑或有意藏放至被告之車輛上等情，即無從確認系爭槍彈之真正來源為何，自無因被告供述而有查獲或因而防止重大危害治安事件之發生可言，核與槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項減輕或免除其刑規定之要件不符，尚無從減免其刑。
- (三)被告上訴時主張：系爭槍枝原在斜背包內，員警從車內取出時，詢問被告包包內有何物品，被告已明確告知內有一把道具槍，已符合對於未發覺之罪自首，得減輕其刑云云。惟查，證人湯朝盛於本院證稱：伊看到黑色包包有點重，打開包包看到槍時，才叫人把被告帶出來指認，當著他的面把裡面的東西倒出來清點等語（見本院卷第81頁反面），核與證人何俊德於本院證稱：湯朝盛巡佐找到包包時，說這袋東西很重，他打開來看就發現裡面有槍，我才過去看，我們就把被告帶到外面來看等語相符（見本院卷第102頁），亦與本院勘驗當時之搜索錄影光碟係警方確認是槍後，才帶被告來確認相符（見本院卷第125頁）。可徵系爭槍、彈係警方先發現後，始讓被告確認，被告上開所辯與事證不符，並不符合自首之規定至明。

五、上訴駁回之說明：

- (一)原審以被告罪證明確，適用槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項、第12條第4項，刑法第2條第2項、第11條前段、第55條、第47條第1項、第42條第3項前段、第38條第1項等規定，爰審酌被告無故持有具有殺傷力之手槍及子彈，對於社會秩序之潛在威脅甚大，復未能坦承犯行勇於面對過錯，反砌詞狡辯，無端耗費司法資源，並無積極證據足認有何悔悟之意，本非不得予以嚴懲；惟斟酌其持有槍枝、子彈之時間未久，復無恃槍自重，藉此危害他人之情形，犯罪所生危害有限

等一切情狀，量處如原判決主文所示之刑，併就所處罰金刑部分，諭知易服勞役之折算標準，以資懲儆。並敘明：查被告行為後，刑法關於沒收之規定，業於104年12月30日修正公布，並自105年7月1日起施行，其中第2條第2項修正為：

「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」，故關於沒收之法律適用，尚無新舊法比較之問題，於新法施行後，應一律適用新法之相關規定。扣案仿半自動手槍之改造手槍1支（槍枝管制編號：0000000000號，含彈匣1只），係屬槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款所定，未經許可，不得持有之違禁物，爰依刑法第38條第1項之規定宣告沒收；至扣案具有殺傷力之由金屬彈殼組合直徑9.0正負0.5mm金屬彈頭而成之非制式子彈2顆，均因囑託內政部警政署刑事警察局鑑驗，予以實際試射擊發，僅餘彈殼，均已失去子彈之功能而不具有殺傷力，業如前述，自非違禁物，及其餘扣案物因與本件犯行並無關聯，爰均不予以宣告沒收。原判決之認事用法，核無違誤，量刑亦確於法定刑內依刑法第57條之規定就各項量刑因素詳細審酌後所為，並無輕重失衡，自屬妥適（至於原判決關於緝獲之時間，雖有錯誤，惟業經本院補充、更正，對判決並不生影響，附此敘明）。

(二)被告（含辯護人）以上詞上訴，並無足採，已據本院詳述如上。是被告此部分之主張，亦無理由。是被告上訴，並無理由，應予駁回。

六、附帶說明：本件雖經本院依比例原則及法益權衡原則認定臺中市政府警察局第二分局承辦警員無令狀搜索所取得之證物有證據能力，但非謂承辦警員之無令狀搜索即因而取得合法之身分，而無其他責任可言。其主管機關應責成相關單位依法檢視該等警員作為是否有應依法負擔之責任，並確實教育員警無令狀搜索與有令狀搜索之差異，及建立一套標準程序，以供第一線執法員警遵行，以維法律之正當程序。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官蔡宗熙到庭執行職務。

中 華 民 國 106 年 2 月 22 日
刑事第十二庭 審判長法官 康應龍
法官 高文崇
法官 吳進發

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後10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10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」。

書記官 許美惠
中 華 民 國 106 年 2 月 22 日