

裁判字號：最高法院 102 年台上字第 5013 號刑事判決

裁判日期：民國 102 年 12 月 11 日

裁判案由：違反槍砲彈藥刀械管制條例

最高法院刑事判決 一〇二年度台上字第五〇一三號

上訴人 李琅斌

選任辯護人 江榮祥律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇二年九月二十四日第二審判決（一〇二年度上訴字第一七九〇號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一〇〇四一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人李琅斌有其事實欄所載未經許可持有空氣槍一枝、未經許可持有子彈十六顆之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，經槍砲彈藥刀械管制條例為新舊法比較後，依想像競合犯之例，從一重改判仍論修正後槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項之未經許可持有空氣槍罪（累犯），先依累犯規定加重其刑，再以其犯罪情節尚屬輕微，依槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項規定減輕其刑後，處有期徒刑一年十月，併科罰金新台幣（下同）六萬元，並諭知罰金易服勞役之折算標準，及相關沒收之從刑，另就上訴人被訴同時持有改造子彈四顆，涉及槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第四項之持有子彈罪嫌部分，經審理結果，尚不能證明上訴人犯罪，因檢察官認與前開有罪部分具有實質上一罪關係，而不另為無罪之諭知。已就上訴人有罪部分敘明其所憑之證據及認定之理由，對於上訴人所辯各節何以均不足採信，亦在理由內詳加指駁說明；就上訴人不另為無罪諭知部分亦詳敘取捨論斷之心證理由，俱有卷存證據資料可資覆按。

上訴人上訴意旨略以：(一)、本件雖經法院核發搜索票，由檢察官指揮執行，惟搜索票所載之搜索範圍僅限於「新北市○○區○○路○○○巷○○弄○○號13 樓（即上訴人居所）及附屬或相通之建物、停車場、信箱、垃圾桶、鞋櫃或其他儲物空間」，執行搜索之法務部調查局台北市調查處（下稱市調處）人員卻到現場後，因上

訴人及其配偶皆未在场，遂在房東陳孝廷及社區管理委員會總幹事陪同下，在上訴人居所發現機車鑰匙，並至大樓後方人行道上尋得停放該處之上訴人機車，持鑰匙開啟行李箱，而查獲扣案槍、彈。然大樓後方人行道已在該搜索票所准搜索範圍之外，故該搜索當屬違法，因此扣得之證據及其後所進行之各次鑑定，應皆無證據能力。(二)、實務上認定槍枝有無殺傷力皆以司法院民國八十一年六月十一日秘台廳(一)字第06985 號函釋為其主要論據，惟該函僅提及「殺傷力係以其在最具威力之適當距離，以彈丸可穿入人體皮肉層之動能為槍械具殺傷力之基準」，並未提及殺傷力之具體數據為何。另實務上關於殺傷力有無認定標準，係由內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）提出之1.美國軍醫總署定義；2.刑事警察局對活豬作射擊測試結果；3.日本科學警察研究所研究結果等三項數據為判斷，惟該日本科學研究所之研究結果，實係日本科學警察研究所人員內山常雄個人所著論文，充其量僅係其個人研究意見，其研究結論之產出亦只係紙筆推算而來，且係對手槍所為論述，不僅與空氣槍無關，且文內未見數據出處、實驗過程、測試標準等事項，故其內容僅係「被告以外之人在審判外之陳述」，不具備拘束法院判決之效力。何況，扣案之空氣槍發射彈丸經鑑定測得之彈速、動能數據，及換算所得之單位面積動能或撞擊功能，俱未超過內山常雄論文所述英國（動能約16.3焦耳）、德國（動能7.5焦耳）、加拿大（彈速152.4公尺）之法定標準，及刑事警察局對活豬測試結果，應無殺傷力，原判決據此認定扣案之空氣槍有殺傷力，顯有判決不備理由之違法。(三)、上訴人購入空氣槍，僅係為把玩欣賞之用，並無持之犯罪之意，且上訴人並無槍枝殺傷力鑑定之相關知識及設備，顯不可能就扣案空氣槍經試射結果測得之單位面積動能最高僅為24.246焦耳／平方公分，最低為22.063焦耳／平方公分有認識之可能，足證上訴人主觀上並無持有空氣槍之故意。(四)、上訴人購買子彈的錢，係由廖雲梅帳戶匯往雲林迪斯奈玩具店，可證明該玩具店確有販賣槍彈之犯行，上訴人故具狀聲請向郵局調取廖雲梅匯款紀錄，並聲請再次傳喚鑑定人方仁義，以查證內山常雄所著論文相關問題，原判決卻未予調查，同有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(五)、上訴人已於偵、審中自白持有槍、彈犯行，並主動供出槍、彈來源為雲林迪斯奈玩具店，經台灣雲林地方法院檢察署檢察官偵查，若因而查獲販賣槍砲犯行，上訴人應依槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第四項規定減輕其刑，且上訴人犯罪情節輕微，亦應依同條例第八條第六項減輕其刑，原審未審酌適用，自有未合。又上訴人配偶即將入監，其子年僅十三歲，罹患亞斯伯格症，無人照顧，原判決未衡酌上訴人家庭生活狀況、智識程度之情狀，量刑亦有未當等語。

惟查：(一)、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而

資為合法之第三審上訴理由。原判決依憑上訴人自白其有持有扣案槍、彈之事實，兼以證人即鑑定人方仁義、證人廖雲梅之證詞，並佐以卷附之台北士林地方法院一〇〇年聲搜字第五六五號搜索票、市調處搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、照片、內政部警政署刑事警察局一〇〇年九月十三日刑鑑字第0000000000號鑑定書、該局一〇二年八月二十七日刑鑑字第0000000000號函、該局一〇二年九月三日刑鑑字第0000000000號函、法務部調查局一〇〇年六月三十日調科參字第0000000000號函、一〇一年九月十日調科參字第0000000000號、一〇一年十二月二十二日調科參字第0000000000號鑑定書、一〇二年八月八日調科參字第0000000000號函、通訊監察譯文等證據資料，經綜合判斷，認定上訴人確有未經許可持有扣案具殺傷力之空氣槍、子彈之犯意及犯行。所為論斷，核與證據法則無違，且屬事實審法院依憑卷內證據所為判斷之適法職權行使。(二)、本件係台灣士林地方法院檢察署檢察官向台灣士林地方法院聲請核發搜索票，對上訴人之居所、身體、物件等範圍執行搜索，當時上訴人及其配偶並未在場，市調處人員雖嗣於該居所大樓一樓空地查扣本件槍、彈，已逸出搜索票所載搜索之範圍，惟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式取得之證據，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，刑事訴訟法第一百五十八條之四定有明文。而搜索、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，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，被告可能逍遙法外，顯然背離國民感情，而有害審判之公平正義。故為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院依上開法條規定於個案審理中，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。本件縱有於逾越搜索範圍之處所查扣槍、彈而程序稍有微疵，然本件搜索所得之空氣槍一枝及子彈十六顆，並未改變其型態而影響其可信性，對上訴人訴訟上防禦不利益之程度不高，且市調處人員係依據通訊監察譯文方持搜索票前往上訴人居所搜索，非毫無根據，而市調處人員因避免查緝槍枝遭反擊反受傷，方迅速採取行動，將搜索範圍延伸至一樓空地所停放上訴人之機車，難認有故意違背法定程序之意圖；所採取之手段所生損害亦屬輕微；上訴人持槍出入公共場所，對於社會秩序所生危害甚鉅等情形權衡結果，仍應認在本件市調處人員違背法定程序所取得之證物，具有證據能力。原判決雖以該扣得槍、彈之處所係在搜索地點附近範圍內，而認警方持搜索票搜索係屬適法，惟該扣得槍、彈之一樓空地既已在原核發搜索票之搜索範圍以外之處所，應屬無搜索票之搜索。原判決上開論述，縱有瑕疵，然因不影響本件搜索所取得證物其證據能力之判斷。上訴意旨(一)執以指摘搜索不合法云云，要非適法之第三審上訴理由。(三)、刑事警察局就槍枝殺傷力所提相關數據之資料（即1.美國軍醫署定義：彈丸撞擊動能達58呎磅【約為78.6焦耳】；2.刑事警察局對活豬作射擊測試結果，彈丸單位面積動能達24焦耳／平方公分，則

足以穿入豬隻皮肉層；3.日本科學警察研究所之研究結果，彈丸單位面積動能達20焦耳／平方公分則足以穿入人體皮面層【其引述日本科學警察研究所機械第二研究室長內山常雄發表於警察學論集之文章】），係以司法院祕書長八十一年六月十一日以祕台廳二字第06985 號函釋示：殺傷力的標準為在最具威力的適當距離，以彈丸可穿入人體皮肉層之動能為基準，依該殺傷力之定義對槍枝為測試鑑定，並綜合美、日兩國之資料整理出之數據，係對通案性案件所提供殺傷力認定之標準，並非針對具體個案而為。再者，上揭數據資料係刑事警察局之公務員依其職權所製作之證明文書，且已為法院多年採為認定槍枝殺傷力之依據，行之有年，有相當之公信力，依刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款規定，當具有證據能力。至於扣案之空氣槍，前經刑事警察局以金屬彈丸測試三次，測得發射彈丸（直徑4.5mm鋼珠、重量0.37公克），計算其最大單位面積動能為22焦耳／平方公分，有該局一〇〇年九月十三日刑鑑字第0000000000號槍彈鑑定書可考。另市調處以裝填彈丸（直徑4.5mm、重量0.345g），測得發射彈丸單位面積動能最高為24.246焦耳／平方公分，最低為22.063焦耳／平方公分，有該局一〇〇年六月三十日調科參字第00000000000 0 號鑑定通知書可憑，依該二單位鑑驗試射鋼珠彈丸發射單位面積動能均超出日本科學警察研究所之研究，發射彈丸單位面積動能達20焦耳／平方公分，而足以穿入人體皮肉層，益徵確具有殺傷力甚明。我國刑事警察局對「活豬」作射擊測試結果，彈丸單位面積動能達24焦耳／平方公分，則足以穿入豬隻皮肉層，與日本科學警察研究所之研究結果，彈丸單位面積動能達20焦耳／平方公分則足以穿入「人體皮面層」，二者之取樣對象不同，豬皮較人皮厚，豬皮較人皮當需有較高之單位面積動能方能致彈丸穿入。上訴意旨(二)執此認司法院上揭函文無證據能力、本件扣案空氣槍未達24焦耳／平方公分無殺傷力云云，皆非適法之上訴第三審理由。(四)、依卷附上訴人與其配偶張淑慧之通訊監察譯文所載，上訴人曾向張淑慧詢問其槍置放地點，上訴人就於警詢供稱：係怕伊兒子玩傷到自己，所以伊才將槍拿到機車行李箱存放等語，顯見上訴人因避免其子誤認扣案槍、彈為玩具槍彈，而傷及己身，方將之藏放在機車之置物箱，堪認上訴人對扣案槍、彈具有殺傷力一節，確有認知，原判決已就此詳為論述說明，並無違背經驗及論理法則，不能指為違法。(五)、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若所證明之事項已臻明確，當事人聲請調查之證據，欠缺其調查之必要性，原審未依職權或聲請為無益之調查，即不能任意指摘為違法。本件扣案空氣槍確具有殺傷力，業經法務部調查局及刑事警察局鑑定函示如上，而槍、彈鑑定之過程、方式、判斷之標準，及鑑定時所使用之鑑定儀器之品質及數據正確性，亦據鑑定人方仁義於原審證述綦詳，並有相關

儀器校正報告在卷可憑，原判決就此已調查勾稽、析論詳明，上訴人之原審選任辯護人乃以同一待證事項，再聲請傳喚方仁義進行詰問，為無必要；並就廖雲梅已到庭證述其未曾自帳戶將錢匯出等語，認上訴人之原審選任辯護人聲請調查廖雲梅郵局帳戶之匯款紀錄，亦難認有必要，揆諸上揭說明，即無違背調查證據必要性之違法可言。上訴意旨^(四)指摘原審有調查職責未盡云云，係以自己之說詞所為指摘，自非適法之第三審上訴理由。^(六)、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，依該條例第十八條第四項規定，固得減輕或免除其刑；然其立法本旨在鼓勵犯該條例之罪者自白，如依其自白進而查獲該槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，或因而防止重大危害治安事件之發生時，既能及早破獲相關之犯罪集團，避免該槍砲、彈藥、刀械續遭持為犯罪所用，足以消弭犯罪於未然，自有減輕或免除其刑，以啟自新之必要。倘犯該條例之罪者，於偵查或審判中自白，但並未因而查獲該槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，即與上開規定應減輕或免除其刑之要件不合。卷查上訴人雖於警詢、偵訊供述其槍彈係在雲林迪斯奈玩具店購買等情，檢察官即依其所供而分案調查，目前由台灣雲林地方法院檢察署併入一〇二年度偵字第一六三四號偵辦，然尚未偵結，未經提起公訴，亦無贓證物入庫，此有台灣士林地方法院檢察署一〇一年八月二十四日士檢朝守一〇一他一八七六字第8116號函、台灣雲林地方法院檢察署一〇二年三月二十八日雲檢惠亦一〇一他六六〇字第07415 號函、原審公務電話查詢紀錄表可參，顯無查獲或因而防止重大危害治安事件之發生可言，原判決認無上揭減輕其刑規定之適用，無從據以減刑，已依據卷內資料予以指駁及說明，經核亦無不合。另原判決已依槍砲彈藥刀械管制條例第八條第六項規定對上訴人予以減刑（見原判決第十二頁之^(四)），上訴意旨^(五)主張未依此減刑，容有誤認。又刑罰之量定，事實審法院本有自由裁量之權，倘量刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第五十七條所列各款情狀，而所量定之刑既未逾法定刑範圍（即裁量權行使之外部界限），復無違反比例、公平及罪刑相當原則者（即裁量權行使之內部界限），自不得任意指為違法。本件原判決就上訴人所犯未經許可持有空氣槍罪，於量刑時已就刑法第五十七條各款事由詳為審酌並敘明理由，而其所量定之刑（即有期徒刑一年十月，併科罰金六萬元）既未逾越該罪之法定刑度（即三年以上十年以下有期徒刑，併科七百萬元以下罰金），亦無濫用自由裁量權限之情形，經核於法尚無違失，即不得任意指摘為違法。至於科刑時應以行為人之責任為基礎，並應審酌刑法第五十七條各款事項，為科刑輕重之標準，然非謂需逐一審酌，原判決既已為上開審酌而為量刑，於法即無不合。上訴意旨^(五)徒憑己意，逕行就此指摘，尚與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。至其餘上訴意旨，或係就屬原審採證認事職權之行使，及於原判決本旨不生影響或已說明事項，徒憑己見，任意

指摘，或仍為單純事實之爭執，均不能認係適法之第三審上訴理由。揆之首揭說明，上訴人之上訴為違背法律上程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 十二 月 十一 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 呂 永 福

法官 林 清 鈞

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 十二 月 十七 日

V

資料來源：司法院法學資料檢索系統