

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 908 號刑事判決

裁判日期：民國 107 年 05 月 31 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

107年度台上字第908號

上訴人 葉宗禮

原審辯護人即

選任辯護人 李育禹律師

選任辯護人 汪玉蓮律師

邱煒棠律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國106年5月31日第二審判決（106 年度上訴字第98號，起訴案號：原臺灣嘉義地方法院檢察署105 年度偵字第538號），由原審辯護人代為上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377 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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查，至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由為兩事（本院71年台上字第7728號判例參照）。本件原審審理結果，認上訴人葉宗禮有原判決事實欄所載非法持有土造霰彈長槍1支、霰彈53顆、子彈7顆、雙管槍管4 支之犯行事證明確，因而維持第一審依想像競合犯規定，從一重論以未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之土造霰彈長槍罪（一行為同時犯未經許可持有具有殺傷力之子彈、槍砲主要組成零件罪），處有期徒刑3 年11月，併科罰金新臺幣（下同）36 萬元，暨為罰金如易服勞役之折算標準及沒收諭知之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、上訴意旨略以：

（一）本件查獲之槍彈，係由嘉義市政府警察局第二分局（下稱警局）逕送內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）鑑定，非由法院或檢察官囑託鑑定，違反刑事訴訟法第198條、第208條規定。又刑事警察局民國105年3月14日刑鑑

字第0000000000號鑑定書（下稱鑑定書）亦非屬刑事訴訟法第159條之4規定之特信性文書，應無證據能力。

（二）有關槍、彈之鑑定部分：

1. 刑事警察局鑑定書所載鑑定機關為「鑑識科」，鑑定人為「槍彈股(33)」，並非自然人，於實施鑑定之自然人資格、鑑定資格、鑑定機器均付之闕如，原審亦未傳喚鑑定人到庭說明，逕採該鑑定書為證，違反直接審理原則。
2. 刑事警察局鑑定書係泛載鑑定之方法，未註明對各扣案槍枝所採之鑑定方法，且除動能測試法外，無法得出動能焦耳之客觀數據，本件扣案長槍亦未裝載高能量及高速度之子彈，動能顯然較弱，無法與國外之制式霰彈槍相比，前揭鑑定僅以擊發功能正常，即認扣案長槍具有殺傷力，未能證明其發射子彈之單位面積動能可達20 焦耳/平方公分，不具客觀性及科學性，原判決採之為證，違反無罪推定及證據裁判原則，亦有理由不備之違法。
3. 扣案霰彈52顆，僅取樣17顆試射，其餘35顆未經鑑定有無殺傷力，另扣案制式子彈7顆，僅取樣2顆試射，其餘5 顆未經鑑定有無殺傷力，原審逕認未經實際試射之子彈均有殺傷力，有調查證據職責未盡之違法。

（三）上訴人雖認罪，然自上訴人歷來陳述，顯示其主觀上對扣案長槍係可發射子彈而具有殺傷力一事並無認識，原審就上訴人主觀上係如何明知所持長槍具有殺傷力而仍持有之犯意，僅以上訴人之自白及刑事警察局之鑑定書為憑，未予調查，及詳敘所憑之依據、認定之理由，有適用法則不當、調查證據職責未盡及理由不備之違法。

（四）原審未調取臺灣嘉義地方法院105 年度聲搜字第40號卷宗，查明搜索票之核發是否符合刑事訴訟法第122 條規定，逕認該次搜索扣得之證據有證據能力，有調查證據職責未盡之違法。

（五）原審未將論罪事實與科刑之調查程序分離，於訊問上訴人被訴之犯罪事實前，即提示單純屬於品格證據範疇、科刑情狀事實之證據資料，且未曉諭上訴人及辯護人與檢察官就所調查與量刑範圍有關之資料互為辯論，踐行之訴訟程序違反刑事訴訟法第288條第4項、第289條第1項規定，有適用法則不當之違法。

（六）有關刑法第59條之適用：

1. 於考量是否情堪憫恕而依刑法第59條規定酌減其刑時，應包括刑法第57條各款列舉事項，原判決將兩者割裂適用，有適用法則不當之違法。且原判決對於上訴人主張適用刑法第59條規定應考量有無前科、正當職業、持有槍枝緣由、存放地點、是否易於攜帶、有無試射、持以犯案、造成之危害等事由，未加審酌，亦未說明實務上對於適用刑法第59條規定與否之具體標準，有理由不備之違法。
2. 上訴人自承10餘年前受警方宣導自動報繳槍枝之事，係表

示坦承犯行、悔悟之意，斷非陷己於不利之語；原判決卻執為不利於上訴人之評價，以之認定上訴人此次持有長槍係隱匿不報，而認無刑法第59條規定之適用，有悖於證據、經驗及論理法則，且有理由矛盾之違法。

- 3.上訴人就所持空氣槍1支，具合法執照，另所持雙管霰彈槍1支、手槍1支均不具殺傷力，子彈亦有部分不具殺傷力，原判決未審酌上情，猶稱上訴人持有槍、彈、零件之數量甚多、猶如小型軍火庫等情，有證據上理由矛盾之違法。

（七）有關量刑部分：

- 1.上訴人於警詢之初，即具體交代犯行，應為最高幅度之減輕刑度，原審量刑時，僅審酌上訴人於第一審及原審審理時均坦承不諱，漏未審酌上訴人於警詢、偵查時之自白，亦未審酌上訴人有無前科、正當職業、犯行之緣由、手段、造成之危害等，有適用法則不當、理由不備及矛盾之違法。
- 2.公訴檢察官於106年5月23日原審言詞辯論後，表示依上訴人之素行、對社會的貢獻，不一定要入監執行，同意上訴人捐公益金、適用刑法第59條規定，並予上訴人緩刑之機會等語，與上訴人當庭達成宣告刑為有期徒刑1年10月、緩刑並支付100萬元以下公益金之量刑協商共識，上訴人因信賴檢察官而於最後陳述時表示認罪悔過之意，並就家庭及工作狀況有所陳述，原判決未為量刑之審酌，致刑罰裁量偏失，違背內部性界限，屬權利濫用，且未審酌上訴人因主張無暇思及如何處理大舅子遺物等情而提出之○○公司損益及稅額計算表、有數十名員工靠上訴人生活等事證，有適用法則不當及理由不備之違法等語。

三、惟查：

- （一）依刑事訴訟法第159條第1項規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，於法律有規定者，得作為證據。又現行刑事訴訟法設有囑託機關鑑定之制度，依同法第198條、第206條、第208條規定，鑑定機關應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並就鑑定之經過及其結果，提出言詞或書面報告，即符合同法第159條第1項所定得作為證據之「法律有規定」之情形。而於司法警察機關調查中之案件，為因應實務上，或因量大、或有急迫之現實需求，併例行性當然有鑑定之必要者，例如毒品之種類與成分、尿液之毒品反應，或槍彈有無殺傷力等項，基於檢察一體原則，該管檢察長對於轄區內之案件，得事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關，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，得即時送請先前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關實施鑑定，以求時效。此種由檢察機關概括囑託鑑定機關，再轉知司法警察官、司法警察於調查犯罪時參考辦理之作為，

係為因應現行刑事訴訟法增訂傳聞法則及其例外規定之實務運作方式，法無明文禁止；而由司法警察官、司法警察送由檢察官所概括囑託鑑定機關所為之鑑定結果，與檢察官囑託為鑑定者，性質上並無差異，應同具有證據能力。本件刑事警察局已依刑事訴訟法第206條第1項規定出具書面報告即鑑定書，記載鑑定方法、內容及結果，上訴意旨以本件查獲之槍彈，係由警局逕送鑑定，指刑事警察局之鑑定書無證據能力云云，已非可採。況上訴人及其第一審辯護人於第一審準備程序均表示同意有證據能力，已就該項書面報告之證據能力行使處分權（見第一審卷第43頁。上訴人及其原審辯護人於原審準備程序亦均表示同意列入本案證據，見原審卷第283頁），上訴意旨就此猶執詞指摘，自非適法之上訴第三審理由。

（二）證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證明力如何，由事實審法院本於確信自由判斷之，此項自由判斷之職權行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，又已敘述其何以為此判斷之理由者，亦不容漫指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。

1. 原判決以上訴人於第一審及原審審理時均坦承不諱之詞，有搜索扣押物品、現場搜索槍彈位置示意圖等證據資料，併刑事警察局鑑定書所載就前揭長槍1支、霰彈53顆、子彈7顆經鑑定認均具殺傷力，槍管4支則均為槍砲主要組成零件之鑑定經過及結果可為佐證，認其任意性自白與事實相符，而可認定。
2. 槍枝是否有殺傷力之鑑定，並非以試射為唯一之鑑驗方法，如依檢視法、性能檢驗法，經實際操作檢測，認該槍枝結構完整，且擊發功能正常，可用於擊發適用之子彈，亦得為具殺傷力之研判，除非其鑑定有顯然未盡確實或欠缺完備情事，即不得以未經實彈射擊鑑測，遽認其鑑定結果不可採信。原判決本此見解，於理由欄貳、□已詳敘如何依刑事警察局之檢驗，得以認定扣案長槍具有殺傷力，認原審辯護人所辯未經依動能測試法鑑定並計算彈丸發射動能及單位面積動能，難以認定該長槍具有殺傷力等語，為不可採之理由。
3. 綜上，原判決就如何認定上訴人有未經許可持有槍、彈、零件等犯行，及其辯護人關於扣案長槍殺傷力部分之辯護意旨如何不足為採，已依憑卷證資料加以說明、指駁。所為論斷，核無違反客觀存在之經驗法則及論理法則。又本件係囑託機關鑑定，上訴意旨所指有關不符自然人鑑定等語部分，容有誤會。而扣案子彈經以採樣其中部分試射，鑑定其殺傷力，未試射之子彈部分，因與採樣試射之子彈為同類型制式子彈，乃認亦具殺傷力，尚不背離常規，自

不以全部試射為必要。再者，上訴人固曾陳述不知其持有槍彈犯法，或不知該等槍彈具有殺傷力等語，惟其已於審判中為認罪之表示，不論動機為何，其既非受強暴、脅迫、利誘、疲勞訊問等不正方法而為任意之自白，承認被訴之犯行，原判決並引前述證據資料加以補強，據以認定上訴人之犯罪事實，即無不合。上訴意旨指摘原判決有適用法則不當、理由不備或矛盾之違法，自非合法之上訴第三審理由。

- (三) 依卷附本件搜索相關資料，未有要件欠缺之處（見警卷第9至14頁），且經上訴人及其第一審辯護人於第一審準備程序表示同意有證據能力（見第一審卷第41、42頁；另於原審亦同意列為證據，見原審卷第283頁），復未曾就本件搜索相關事項請求調查，上訴意旨泛指原判決逕認其有證據能力，有調查證據職責未盡之違法云云，並非依據卷內資料具體指摘之合法上訴第三審理由。
- (四) 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瞭，自均欠缺調查之必要性，原審未為無益之調查，無違法之可言。上訴人於原審已為認罪之表示，原判決並就如何認定上訴人有非法持有槍、彈、零件等犯行，論述甚明，且卷查，上訴人及其辯護人於原審審判期日，經審判長詢以「尚有何證據請求調查？」均答稱「沒有。」（見原審卷第341頁），原審認上訴人犯罪事證已明，未再為其他無益之調查，無調查職責未盡之可言。上訴人迨於法律審之本院始指摘原審未就上訴人之主觀犯意再為調查，有調查證據職責未盡之違法，或未傳喚鑑定人到庭，違反直接審理原則等情，自非依據卷內資料執為指摘之合法上訴第三審理由。
- (五) 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刑度，猶嫌過重者，始有其適用。又此項犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，係屬法院得依職權自由裁量之事項。
 - 1. 原判決未適用刑法第59條規定減輕上訴人之刑，乃事實審法院職權之適法行使，並無不適用法則或適用不當之違法。上訴意旨執此指摘，要非合法之第三審上訴理由。
 - 2. 何況，原判決已說明上訴人所持長槍並非空氣槍，且其持有槍、彈及主要組成零件之數量、上訴人了解持有槍枝及報繳之規定，於發現不明槍、彈時，係收到辦公室內，未為報繳，而對社會大眾生命安全構成威脅，並無在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑度，猶嫌過重者之情狀，因認上訴人之原審辯護人以上訴人並無前科

，有正當工作及家庭重擔，請求依刑法第59條規定減輕其刑乙節，並無可採，且不受辯護人所引他案判決情形之拘束，亦無從比附援引等旨（見原判決第5至6頁），尤無理由不備之違誤可言。另參之上訴人所持有之霰彈、子彈、槍管，確具相當數量，而依卷附警製現場搜索槍彈位置示意圖（見警卷第33頁）所示，上訴人持有之長槍、霰彈、子彈、槍管，又係散置於辦公室各處，非集中收置，而處於隨時可取用之狀態，原判決乃以其情狀猶如小型軍火庫，對社會治安構成嚴重危險，認不符情節輕微之情，並無不合。又原判決已說明無從依上訴人請求適用刑法第59條規定減輕其刑之理由如前，且個案情節不同，上訴意旨引用他案判決適用刑法第59條規定所考量之被告前科、職業、持有槍枝緣由、是否易於攜帶、有無試射、持以犯案、造成之危害等項，指摘原判決有適用法則不當、理由不備及矛盾之違法，尚不得認係上訴第三審之合法理由。

（六）刑之量定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘其為違法，據為上訴第三審之理由。

1. 原判決已說明第一審審酌上訴人之智識程度、婚姻及養育子女、生活、工作、家庭經濟、上訴人所罹疾病、無前案紀錄、有公益行為表現、持槍之動機、持有之時間、如何放置槍、彈、犯罪後即坦承犯行及檢察官求處之刑度等一切情狀，量處前揭刑度，及諭知罰金如易服勞役之折算標準，已考量刑法第57條各款所列情形，以上訴人之責任為基礎，使罪罰相當，未逾法定刑度，亦無濫用其裁量權限，認其量定之刑罰允當，而予維持。經核並無不合，且無上訴意旨所指漏未審酌上訴人於警詢、偵查時自白之情形。

2. 刑事訴訟法第7編之1規定之協商程序，係以被告所犯非為死刑、無期徒刑、最輕本刑3 年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件，為其前提，刑事訴訟法第455條之2 規定甚明。本件上訴人所犯槍砲彈藥刀械管制條例第8 條第4項之罪，係最輕本刑3年以上有期徒刑之罪，已非屬前開規定所定得行協商程序之案件。又公訴檢察官於原審審理時固陳述依上訴人之素行及貢獻，不一定要入監執行，對上訴人提出可支付之公益金金額則無意見等情，乃屬對於上訴人科刑範圍陳述之意見，為法院於量刑時可參考之事項，而非以之拘束法院之量刑職權。另依卷載，上訴人早在檢察官就科刑範圍陳述前揭意見之前，即已為認罪之表示（見原審卷第280 頁），亦無上訴意旨所述上訴人係因信賴檢察官而表示認罪悔過之情形。原判決既考量本案情節，認無從依刑法第59條規定減輕上訴人刑度，已如前述，依其宣告之刑，亦與刑法第74條規定得為緩刑寬典之要件不符。上訴意旨執上訴人與檢察官協商等情，指摘原

判決有適用法則不當之違法，亦非上訴第三審之合法理由。

3. 依卷附原審審判筆錄所載，原審審判長已提示卷內資料，進行調查，並先就犯罪事實訊問上訴人，再就上訴人之前案紀錄、學歷、家庭、工作、經濟狀況等事項，為科刑資料之調查，復於雙方行言詞辯論後，就上訴人之科刑範圍，詢問檢察官、上訴人、辯護人之意見，且予上訴人最後陳述之機會（見原審卷第327至349頁），已實際踐行科刑調查之訴訟程序，且上訴人及其原審辯護人於原審審判程序均未就此訴訟程序之進行聲明異議，上訴意旨指摘原審有訴訟程序之違法，委無足採，非適法之上訴第三審理由。

（七）至其餘上訴意旨，核屬對於事實審法院證據取舍與證明力之判斷，徒以自己之說詞，泛指其為違法，並就原判決理由已經說明之事項，再為訴訟程序、事實或量刑上爭執，或指有調查職責未盡之違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。

四、綜上，上訴人之上訴，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。上訴人另請求本院進行言詞辯論，尚無必要，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 5 月 31 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 勤 純

法官 林 立 華

法官 鄧 振 球

法官 黃 斯 偉

法官 彭 幸 鳴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 6 月 6 日