臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

111年度上訴字第138號

上　訴　人
即　被　告　蔡培偉

選任辯護人　胡智皓律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院111年度訴字第107號中華民國111年9月28日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署111年度偵字第448號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於緩刑（含所附條件）部分撤銷。

蔡培偉緩刑參年，並應於判決確定日起貳年內，向公庫支付新臺幣貳拾萬元。

理　由

一、本院審判範圍之說明：

(一)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，修正後刑事訴訟法第348條第3項定有明文。依該條項之立法說明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」等語。可見上訴權人就下級審判決聲明不服提起上訴時，依現行法律規定，得在明示其範圍之前提下，擇定僅就該判決之「刑」（包括宣告刑、執行刑）、「沒收」、「保安處分」等部分單獨提起上訴，而

與修正前認為上開法律效果與犯罪事實及所犯罪名係絕對不可分之過往見解明顯有別。此時上訴審法院之審查範圍，將因上訴權人行使其程序上之處分權而受有限制，除與前揭單獨上訴部分具有互相牽動之不可分關係、為免發生裁判歧異之特殊考量外，原則上不再實質審查下級審法院所認定之犯罪事實，亦即應以下級審法院所認定之犯罪事實，作為審認其所宣告之「刑」、「沒收」、「保安處分」是否違法不當之判斷基礎。

(二)本案係由上訴人即被告蔡培偉（以下稱被告）提起上訴，檢察官則未於法定期間內上訴。依被告刑事補充上訴理由狀所載及被告、辯護人於本院審判時所陳之上訴範圍，已表明被告應符合自首，且依其犯罪情狀情輕法重，有刑法第59條酌減其刑規定之適用；並請求調整原審宣告緩刑所附加之條件等情而提起上訴(本院卷第19至25、74、75、109頁)。足見被告及其辯護人已明示僅就原判決所宣告之「刑」及緩刑附帶條件部分提起上訴，依前揭說明，本院僅須就原判決所宣告之「刑」及緩刑附帶條件有無違法不當進行審查。至於原判決關於犯罪事實、論罪法條、罪數、沒收部分之認定，則不在被告及其辯護人明示上訴範圍之列，即非本院之審判範圍。是本院自應以原判決所認定之犯罪事實等為前提，據以衡量被告及其辯護人針對「刑」及緩刑附帶條件部分不服之上訴理由是否可採，合先敘明。

二、原判決所認定之犯罪事實：

被告明知具有殺傷力之空氣槍，為槍砲彈藥刀械管制條例所管制之物品，非經中央主管機關之許可，不得持有，竟為了供己收藏之用，基於非法持有具殺傷力之制式空氣槍之犯意，於民國110年12月間，在當時其位於新北市○○區之居所，透過網路上之露天拍賣網站，向真實姓名、年籍不詳之網路賣家以新臺幣(下同)10萬元之價格購買可發射鉛彈而具有殺傷力之制式空氣槍1把（下稱本案空氣槍）、彈匣1個（內含鉛彈21發）、瞄準具1組，而持有本案空氣槍。嗣於1

11年1月8日15時許至16時許間，被告持本案空氣槍在花蓮縣○○鄉○○村○○0號附近之空地，朝其設置之靶紙射擊，不慎誤擊田駿逸停放在附近之車牌號碼0000-✘✘號(車號詳卷)自用小客貨車，田駿逸遂至警局報案，經警循線調查而悉上情。

三、原判決之論罪：

(一)核被告所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有空氣槍罪。被告持有本案空氣槍之犯行，係其自110年12月間至111年1月9日遭警方查獲時止，被告於前揭期間持有本案空氣槍之犯行，屬繼續犯之實質上一罪，應成立一罪。

(二)本案適用槍砲彈藥刀械管制條例第8條第6項：

被告持有具殺傷力空氣槍之數量為1枝，數量非多，持有時間非甚長，復查無其他事證足認被告持有本案空氣槍，係出於危害他人生命、財產安全或社會秩序之意，且無證據足證被告曾持有本案空氣槍另犯他罪，是被告本案所為，對於社會治安之危害性，與一般擁槍自重並持以犯罪者之可責程度尚屬有別，其犯罪之客觀情節應屬輕微。又被告犯後於警詢、偵訊及原審審理時，均坦承持有本案空氣槍之犯行，犯後態度良好，主觀惡性不高。參以被告並無刑事前案紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可佐，素行尚佳，被告無明顯反社會人格，堪認被告非法持有空氣槍之犯罪情節要屬輕微，爰依槍砲彈藥刀械管制條例第8條第6項之規定減輕其刑。

(三)本案並不適用槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項：

被告於警詢中供稱其在露天拍賣網站上購買本案空氣槍，然始終無法明確提供該賣家之真實姓名、年籍、聯絡方式等其他足資識別之特徵，卷內亦無該人之相關資料，顯難確認該賣家究係何人，是被告之供述客觀上無從使偵查犯罪之公務員因而對之發動調查或偵查並破獲，難謂合於槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項規定，自難邀減刑之寬典。

四、被告上訴意旨略以：

(一)承辦○○僅純屬主觀上之懷疑現場所留靶紙與車輛遭槍擊有關，但對於被告確實涉有犯嫌，並無確切之根據，直至被告自願取出扣案之空氣槍交由警方，並深入詢問製作筆錄後始知其犯嫌，應已符合刑法第62條之自首減刑，原審判決未據此減刑，應有違誤。

(二)被告本來擔任公司經營者，但是現在因破產而現在到處打零工維生，而現在被告有一個可以出國工作的機會，就原審判決宣告之保護管束及義務勞動將會影響到被告的營生及工作，希望能夠就緩刑的條件放寬或是其他條件替代，讓被告好好的工作可以養家。被告持有本案空氣槍之原因，係因本身有玩生存遊戲之興趣，因而自網路上購買取得，其持有亦僅有收藏之目的，縱使有試槍之行為，但也刻意選擇人煙罕至之山區郊外，主觀上顯無惡性可言，且客觀上，本案空氣槍殺傷力甚微，對他人生命、身體、自由、財產等法益之危險甚低。考量被告單純持有本案空氣槍犯行，與立法嚴予重懲之情節有別，及被告自白犯罪並主動交出槍枝之行為，已無危害社會安全之疑慮，被告尚有二名未成年子女要扶養，依社會一般觀念及法律情感，若仍處以法定最低度刑，顯有可憫恕之情狀，請依刑法第59條酌減其刑。

(三)原審予被告緩刑之寬典，惟因被告原經營的營造公司倒閉，目前以打零工維生，現在有一個可以去大陸工作的機會，但具有時效性，可能時間過了就喪失該機會，有關緩刑期內付保護管束及宣告義務勞動服務部分會影響到被告無法出國工作，請求是否能夠免除或是再變更為金錢的負擔（金額也不要太高，希望可以減輕），這樣至少被告有機會可以工作賺錢養家等語。

五、經查(本院審判範圍之理由)：

(一)本案並不適用槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項前段規定及刑法第62條規定減輕其刑：

1.謹按：

(1)對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。但有特別規

定者，依其規定，刑法第62條定有明文。又犯本條例之罪自首，並報繳其持有之全部槍砲、彈藥、刀械者，減輕或免除其刑；其已移轉持有而據實供述全部槍砲、彈藥、刀械之來源或去向，因而查獲者，亦同，槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項亦定有明文。槍砲彈藥刀械管制條例既為刑法之特別法，依特別法優於普通法之適用法律原則，該條例第18條第1項前段規定，即為刑法第62條但書所示之特別規定，自應優先適用（最高法院82年度台上字第5384號、91年度台上字第615號、92年度台上字第422號判決意旨參照）。

(2)而刑法第62條所謂發覺，固非以有偵查犯罪權之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，而於對其發生嫌疑時，即得謂為已發覺；但此項對犯人之嫌疑，仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之，若單純主觀上之懷疑，要不得謂已發生嫌疑（最高法院72年度台上字第641號判決意旨參照）。至於如何判斷「有確切之根據得合理之可疑」與「單純主觀上之懷疑」，主要區別在於有偵查犯罪權限之機關或人員能否依憑現有證據，尤其是客觀性之證據，在行為人與具體案件之間建立直接、明確及緊密之關聯，使行為人犯案之可能性提高至被確定為「犯罪嫌疑人」之程度。倘有偵查犯罪權限之機關或人員由各方尋得之現場跡證（如贓物、作案工具、血跡等檢體）、目擊證人等客觀性證據已可直接指向特定行為人犯案，足以構建其與具體案件間直接、明確及緊密之關聯，使行為人具有較其他排查對象具有更高之作案嫌疑，此時即可認「有確切之根據得合理之可疑」將行為人提昇為「犯罪嫌疑人」，即應認其犯罪已被「發覺」（最高法院108年度台上字第3146號判決意旨參照）。

2. 查證人即本案○○○○陳漢原於原審證述：被害人田駿逸於111年1月8日報案後，我馬上跟去現場查看車輛的毀損狀況，車輛上有彈孔，所以我懷疑該車是被槍射擊，由於當地是原住民村落，我以為是獵槍不小心打到，我在車輛上方處看到靶紙，是告訴人跟我說，我才爬上去看到靶紙(警卷第9

5頁），有想到這可能與車輛被槍擊有關。於隔日即1月9日，我再次去上開地點查看，遇到被告在收拾靶紙，我問被告昨天是否有在這裡打靶，被告剛開始說沒有，但我看到被告收拾靶紙時就懷疑是被告射擊了，我的依據是被告在收拾靶紙，且靶紙上面有彈孔。後來我們一直跟被告溝通，以警方的偵查方式跟被告聊天，讓被告知道他藏不住，被告後來漸漸才說有，就請他到派出所說明等語（原審卷第137至142頁）；又證人田駿逸於原審亦證述：車輛是停在靶紙下方（警卷第95頁），111年1月8日報警後○○有隨同回到現場查看，我當時有懷疑車輛是被槍枝射擊，才去報案；陳漢原○○有跟我說可能是小孩子玩空氣槍等語(原審卷第134至135頁)。復觀諸被告架設之靶紙上有多個明顯之彈孔，有現場照片可按（警卷第95頁），足見證人陳漢原證述其看見被告收拾之靶紙上有彈孔乙節為真實，其證詞應可採信。稽以證人陳漢原、田駿逸前開證詞及其所製作之偵查報告(警卷第1頁)，可認證人陳漢原於111年1月8日受理被害人田駿逸車輛毀損報案後，當日即前往案發現場察勘，已發現被害人田駿逸車輛上方有靶紙，並懷疑車輛是被槍射擊，因天色昏暗，無法進行清楚拍攝及蒐證，隔日即1月9日，再次去上開地點查看，適遇被告在收拾該具有彈孔之靶紙，據此合理懷疑被告曾以槍枝射擊靶紙，導致被害人之車輛毀損，故刻意與被告聊天，讓被告自知其持有槍枝之犯行已遭警方察覺，被告始坦承其曾在上開地點打靶，是以，證人陳漢原當時依據「被害人田駿逸車輛被槍射擊毀損，留有彈孔」、「被害人田駿逸受損車輛上方有靶紙，靶紙上有彈孔」、「被告收拾該有彈孔之靶紙」等客觀性證據，已可構建被告涉及持有槍械之緊密關聯，即可認「有確切之根據得合理之可疑」將被告提升為「犯罪嫌疑人」，則被告犯罪自屬已被偵查機關發覺，堪認本案被告並不符合「對於未發覺之罪自首」之要件，自無從適用槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項前段或刑法第62條自首減刑之規定。辯護人辯稱被告應構成自首云

云，委無可採。

(二)本案是否適用刑法第59條：

1. 刑法第59條關於犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑，仍嫌過重者，得酌量減輕其刑之規定，乃法院得依個案情節自由裁量之事項，若無濫用裁量權或裁量明顯不當情形，自不得任意指為違法。條文所謂犯罪情狀，必須有特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重；而所謂犯罪情狀顯可憫恕，係指裁判者審酌刑法第57條各款所列事項，以及其他一切與犯罪有關之情狀，予以全盤考量後，認其程度已達顯可憫恕之程度，始有其適用。又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。而刑之量定，同屬法院得依職權自由裁量之事項，如於量刑（含定應執行刑）時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列一切情狀，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，所量之刑亦無違反公平、比例及罪刑相當原則者，即不得遽指為違法。

2. 被告所犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有空氣槍罪，其法定刑為處「3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣7百萬元以下罰金」，衡以槍彈乃具有高度殺傷力之武器，故法律明文禁止製造、持有，並課以重刑，以維護社會治安，保障人民生命、身體、自由及財產等之安全，被告明知空氣槍屬高度危險之物品，非經主管機關許可不得擅自持有，以維社會大眾安全，卻仍非法持有之，實有危害於社會治安，並對人民之生命身體安全構成潛在威脅，惡性非輕，被告辯稱持有空氣槍之原因，係因本身有玩生存遊戲之興趣，亦僅有收藏之目的，及被告始終自白犯罪並主動交出槍枝之行為，已無危害社會安全之疑慮，被告尚有二名未成年子女要扶養等節，就其所述犯罪之目的、動機、手段與情節等觀之，其犯行在客觀上並無特殊之原因與環境，足以引起

一般同情之處。原審已審酌上情，依槍砲彈藥刀械管制條例第8條第6項規定，減輕其刑。減刑後並無即使宣告法定最低刑度仍嫌過重或情輕法重之狀況。被告所為在客觀上顯不足以引起一般同情，難認有情堪憫恕之處，無從依刑法第59條規定予以酌減其刑。被告及辯護人上訴意旨主張此部分有刑法第59條之適用云云，亦非可採。

(三)緩刑理由之說明：

1. 按現代刑法傾向採取多元而有彈性之因應方式，對行為人所處刑罰執行與否，多以刑罰對於行為人之矯正及改過向善作用而定。倘認行為人有以監禁加以矯正之必要，固須入監服刑；如認行為人對於社會規範之認知及行為控制能力尚無重大偏離，僅因偶發犯罪，執行刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示之警示作用，即為已足，此時即非不得延緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，並佐以保護管束之約制，謀求行為人自發性之矯正及改過向善。行為人是否有改過向善之可能性及執行刑罰之必要性，係由法院為綜合之審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性之判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，依刑法第75條、第75條之1規定撤銷緩刑，使行為人執行其應執行之刑，以符正義。由是觀之，法院是否宣告緩刑，有其自由裁量之職權，祇須行為人符合刑法第74條第1項所定之條件，法院即得宣告緩刑，與行為人犯罪情節是否重大，是否坦認犯行，並無絕對必然之關聯性。

2. 原審就量刑之審酌：「被告為成年人，當應知非法持有具殺傷力之空氣槍，將對社會治安造成潛在危害，亦可能對他人之生命安全構成威脅，故為我國法令所明文禁止，並為治安機關嚴加查緝之對象，卻僅為了收藏而持有本案空氣槍，所為實不可取；惟被告於犯後坦承犯行，犯後態度尚可，且無證據顯示被告曾使用本案空氣槍對社會治安造成實際損害或故意遂行犯罪；兼衡被告自述國中畢業之智識程度、擔任營

造公司負責人、扶養2名未成年子女之生活狀況（原審卷第151、159至161頁），及被告之犯罪動機、目的、手段、情節」等一切情狀後，而對被告上述犯行量處有期徒刑1年8月，併科罰金5萬元，罰金如易服勞役，以1千元折算1日。

3.原審就被告量處徒刑、併科罰金及諭知罰金如易服勞役之折算標準，已依刑法第57條規定而詳為審酌，均無違誤之處；但就緩刑所附條件，即「被告應向公庫支付新臺幣15萬元，並依刑法第74條第2項第5款，諭知其應向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供共計120小時之義務勞務。」等部分，容有未及詳酌被告現況之處（詳後述）；被告就此部分不服提起上訴，為有理由，即應由本院僅就原判決關於量刑事項中之緩刑部分予以撤銷改判。

4.茲本院審酌：

(1)緩刑宣告：查被告固因妨害公務案件，經臺灣桃園地方法院於97年1月28日以96年度簡上字第543號判處有期徒刑3月，緩刑2年，緩刑期內並應向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供40小時之義務勞務確定，嗣因99年1月27日緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，其刑之宣告失其效力，後又未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有被告之臺灣高等法院被告前案紀錄表可查，本院綜合考量前述關於被告犯罪之客觀及主觀情狀，事後並與車輛被害人達成和解，賠償被害人合計6萬6,250元，有和解書附卷可佐（原審卷第169頁），足認被告經此司法程序，應當能知所警惕，且若使無明顯反社會人格之被告入監服刑，其將來出監後再復歸社會恐怕不易，若宣告被告所受之刑暫緩執行，輔以適當條件，更能有效預防被告再犯，促其更生，同時兼顧社會防衛。因此，本院認為對被告所宣告之刑，應以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款之規定，宣告緩刑3年，以勵自新。

(2)緩刑所附條件：被告原經營之營造公司業已倒閉，並有負

債，且還有兩位未成年子女要扶養，有被告收受催款之存證信函、未成年之子戶籍謄本在卷有稽（原審卷第101頁，本院卷第91、93、95、97頁），是被告經濟情況確實不佳，需要珍惜每一個工作機會，以適時維持家計及償還債務的必要，緩刑期內付保護管束及宣告義務勞動部分確實會影響到被告無法出國工作，且宣告公益捐時金額不宜過高(因此檢察官建議之35萬元，顯已過高)，在緩刑期內允宜拉長其支付公庫之時間，以發揮附條件緩刑制度之立意，是本院審酌被告之身體狀況、經濟能力，及其犯罪情節與所生危害等情狀，爰依刑法第74條第2項第4款規定，改命被告應於本判決確定之日起2年內向公庫支付20萬元(原審宣告義務勞動120小時轉換為公益捐)，以期符合本件緩刑之目的。又若被告於本案緩刑期間，違反上開所定負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，依刑法第75條之1第1項第4款規定，得撤銷其緩刑之宣告，一併告知。

六、關於一造缺席判決部分：

(一)按被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，刑事訴訟法第371條定有明文。

(二)查被告經合法傳喚，無正當理由不到庭（本院卷第81頁），爰不待其陳述，逕行判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第369條第1項前段，刑法第74條第1項第1款、第2項第4款，判決如主文。

本案經檢察官卓浚民提起公訴，檢察官蔡英俊到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　31　　日

刑事庭審判長法　官　林慧英

法　官　謝昀璉

法　官　李水源

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　6　　日

書記官　徐文彬

附錄本案論罪科刑法條：

槍砲彈藥刀械管制條例第8條

未經許可，製造、販賣或運輸制式或非制式鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第4條第1項第1款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或5年以上有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。

未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍砲者，處5年以上有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。

意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第1項所列槍砲者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣7百萬元以下罰金。

第1項至第3項之未遂犯罰之。

犯第1項、第2項或第4項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。