臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

111年度上訴字第33號

上　訴　人　臺灣臺東地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　林書銘

選任辯護人　徐瑞晃律師(法扶律師)
被　　告　蕭有成

選任辯護人　廖頌熙律師(法扶律師)

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣臺東地方法院110年度訴字第17號中華民國110年12月24日第一審判決（起訴案號：臺灣臺東地方檢察署109年度偵字第1714號、109年度偵字第2864號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、林書銘明知未經許可，不得持有可發射子彈具殺傷力之非制式手槍，竟基於持有可發射子彈具殺傷力之非制式手槍之犯意，自不詳時間起，無故持有可發射子彈具殺傷力之非制式手槍1支（槍枝管制編號：0000000000，下稱：非制式手槍），嗣林書銘於民國109年4月16日進入法務部矯正署技能訓練所○○監獄○○分監（下稱○○分監）執行殘餘刑期6年1月8日，此時林書銘入監執行後其持有犯意因身體受到矯正機關之拘束，已失其自主性，無從將非制式手槍置於自己實力支配下而中斷持有行為。蕭有成即於109年4月16日前之

不詳時間，受林書銘所託，基於縱然寄藏可發射子彈具殺傷力之非制式手槍之不確定故意，前往林書銘位在臺東縣○○市○○路住處（地址詳卷）內，取走上開非制式手槍而無故寄藏之。嗣因警方偵辦林書銘另案違反槍砲彈藥刀械管制條例案件時，林書銘主動供陳其尚另持有本案非制式手槍，並於109年6月4日向警陳稱係蕭有成至其住處取走上開非制式手槍等語，而經警於109年6月16日持搜索票至蕭有成位在臺東縣○○市○○街之住處（地址詳卷）執行搜索，並扣得上開非制式手槍，始循線查悉上情。

二、案經臺東縣警察局移送臺灣臺東地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、證據能力之說明：

一、被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。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，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5分別定有明文。本判決所引用各該被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖均屬傳聞證據，然均經被告林書銘、蕭有成及其等辯護人於原審同意有證據能力（原審卷一第130頁），上訴後，復經被告林書銘、蕭有成及其等辯護人均表示沒有意見（本院卷第214頁），且迄本院審理終結前，被告林書銘、蕭有成及其等辯護人亦未再爭執證據能力問題，本院復審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，因認以之作為證據應屬適當，爰依上揭規定，認前揭供述證據有證據能力。

二、現行刑事訴訟法關於「鑑定」之規定，除選任自然人充當鑑

定人外，另設有囑託機關鑑定制度。依刑事訴訟法第198條、第208條規定，不論鑑定人或鑑定機關、團體，固均應由法院、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，並依第206條之規定，提出言詞或書面報告，始符合同法第159條第1項所定得作為證據之「法律有規定」之情形。然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，或者槍、彈有無殺傷力等鑑定，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，得即時送請先前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關、團體實施鑑定，以求時效（法務部92年9月1日法檢字第0920035083號函參照，刊載於法務部公報第312期）。此種由檢察機關概括選任鑑定人或概括囑託鑑定機關、團體，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，法無明文禁止，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而為。是經由司法警察官、司法警察依檢察官事前所概括選任之鑑定人或囑託鑑定機關、團體所為之鑑定結果，與檢察官選任或囑託為鑑定者，性質上並無差異，同具有證據能力（最高法院101年度台上字第3789號判決意旨參照）。卷附之內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）109年9月18日刑鑑字第1090073121號鑑定書（偵1714卷第29至30頁），係由查獲之警察單位臺東縣警察局依先前轄區檢察署檢察長事前概括選任鑑定機關，就扣案之槍枝實施鑑定，該鑑定機關所出具之鑑定書，揆諸上揭說明，具有證據能力。

三、另其他非供述證據部分，本院於審判期日，依各該證據不同之性質，以提示或告以要旨等法定調查方法逐一調查，並使當事人表示意見，本院亦查無法定證據取得禁止或證據使用禁止之情形，故認所引用各項證據資料，均具證據之適格。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

一、被告蕭有成之部分：

上開犯罪事實，業據被告蕭有成於原審及本院準備、審理程序時坦承不諱(原審卷一第433頁，本院卷第213、433、434頁)，核與證人即同案被告林書銘於警詢、偵查時之證述、證人葉彥筠於警詢時之證述相符(警二卷第1至3頁，偵1714卷第51至63、71至73、83至86頁)，且有指認人蕭有成之指認犯罪嫌疑人紀錄表暨犯罪嫌疑人指認表及年籍資料、臺灣臺東地方法院(下稱東院)109年度聲搜字第142號搜索票暨附件影本、臺東縣警察局109年6月16日搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、臺東縣警察局槍枝初步檢視報告表、內政部警政署刑事警察局109年9月18日刑鑑字第1090073121號鑑定書、指認人林書銘之指認犯罪嫌疑人紀錄表暨犯罪嫌疑人指認表及年籍資料、臺東縣警察局109年8月20日東警刑偵一字第1090033683號函、內政部警政署刑事警察局109年9月18日刑鑑字第1090073121號鑑定書暨相片5張、槍彈鑑定方法說明、臺東縣警察局109年度槍保字第15號扣押物品清單暨照片2張、林書銘指認槍枝照片、葉彥筠指認槍枝照片、臺東縣警察局110年3月15日東警刑一字第1100011317號函暨職務報告、臺東縣警察局臺東分局110年3月22日信警偵字第1100008904號函暨職務報告、照片、內政部警政署刑事警察局110年6月18日刑鑑字第1100055201號函、內政部110年6月22日內授警字第1100871633號函、法務部矯正署○○技能訓練所110年7月7日○○所戒字第11008000520號函、臺東縣警察局110年7月8日東警刑偵一字第1100027349號函暨職務報告、槍枝照片5張、照片8張等證據在卷可佐(警一卷第5至7、10至18、21至24、32頁，警二卷第4至5頁，偵1714卷第27、29至32、45至47、75、78至79、81至82、87頁，原審卷一第73、147至149、151至157、307、309、317頁)，並有扣案之非制式手槍1支(槍枝管制編號：0000000000號)在卷可憑，足認被告蕭有成之自白與事實相符，堪以採信。

二、被告林書銘之部分：

訊據被告林書銘矢口否認有何持有前開非制式手槍之犯行，辯稱：我是跟警方說有一把黑色瓦斯槍寄放在被告蕭有成那裡，我指認之槍枝照片和本案扣案之槍枝不一樣，不知為何蕭有成會持有該把非制式手槍，該槍枝與伊無涉云云，經查：

㈠被告林書銘於109年6月4日警詢中陳稱：（問：因另案查扣你之手機，發現手機內尚有其他2把槍枝之照片，目前該2把槍枝在何處？）其中1把即為另案扣案之槍枝，另1把則為貝瑞塔改造手槍，惟伊今日更要主動坦承尚有1把掌心雷，該把掌心雷平日藏於電風扇底座。（問：何人知悉該掌心雷藏放於電風扇底座？）只有蕭有成知悉，該把槍枝現應為蕭有成所持有中等語（偵1714卷第72頁）；又於109年9月30日警詢時自陳：（問：蕭有成持有即本案扣案之非制式手槍，你是否知悉為誰所有？蕭有成陳稱該把非制式手槍原為你所有？）該把非制式手槍原為伊所有，該非制式手槍原本在立扇之底座，且該槍枝為伊所寄放予蕭有成無訛等語（警二卷第2頁），此部分核與證人即同案被告蕭有成於警詢中證稱：林書銘將本案非制式手槍寄放在我這邊等語（警一卷第2頁）及於原審證述：林書銘囑託葉彥筠轉知我將該把非制式手槍帶走，我旋即前往林書銘家中，將該把槍枝取走等語（原審卷一第280至281頁）相符，且被告林書銘於109年6月4日警詢中陳稱：該把掌心雷與承辦員警當日於網路所搜尋之槍枝照片相像，僅有板機之部分略有不同等語（偵1714卷第72、75頁），而承辦員警所提供之網路搜尋之照片，亦恰與本案扣案之非制式手槍外觀類似，此有照片5張（偵1714卷第30頁）及扣案非制式手槍1把在卷足憑，足徵該把非制式手槍原係被告林書銘所持有，嗣後交由證人蕭有成寄藏甚明。

㈡證人葉彥筠雖於原審證稱：林書銘並沒有囑託伊請蕭有成自林書銘家中取走扣案之非制式手槍1把等語（原審卷一第265

頁），惟查證人蕭有成於警詢中證稱：林書銘將本案非制式手槍寄藏在我這邊等語（警一卷第2頁）；且於偵查中證稱：林書銘於入監執行之前，曾告知葉彥筠其住處廁所天花板有1把槍枝，並請葉彥筠轉知伊並將之取走，當日至林書銘位於○○路之家中，尋找許久，且葉彥筠也有一同尋找該把槍枝等語（偵1714卷第51至63頁）；又於原審證稱：某日（編按：109年4月16日）葉彥筠打電話給伊，要伊至林書銘家中，並表示其受林書銘之委託，轉知伊將藏放之槍枝取走，否則林書銘之母親會有麻煩，伊遂與葉彥筠尋找許久，後來葉彥筠表示槍枝有可能係藏放於曬衣間熱水器上方C型鋼處，嗣後果真於該處尋獲該把非制式手槍等語（原審卷一第280頁），足徵證人蕭有成於警詢、偵查至原審時，針對扣案之槍枝原係被告林書銘所有，並交付與其寄藏乙節，均前後均證述一致，且對於藏放本案非制式手槍之建築物之客觀擺設及結構亦能清楚描述，且核與證人葉彥筠於原審證稱：廚房確實有天花板很像鐵皮屋那種，且有鐵條等語（原審卷一第277頁）所述大致相符。再者證人蕭有成對於何以自被告林書銘家中取走非制式手槍之始末以及於被告林書銘家中尋找非制式手槍之過程均證述甚詳，應係出於親身經歷所為之記憶描述，並非憑空虛構。並佐以證人葉彥筠於原審證稱：林書銘駕駛汽車並搭載伊於109年3月底（編按：26日）發生車禍後，旋即致電請證人蕭有成協助處理相關事宜等語（原審卷一第270至271頁），並有通訊監察譯文一份在卷可佐（東院聲搜卷第38頁），足認證人蕭有成與被告林書銘之交情匪淺，衡情應無故意羅織罪狀攀誣被告林書銘之動機。是堪認證人蕭有成之證述可信性極高。再者證人葉彥筠針對有無偕同證人蕭有成至被告林書銘家中乙節，時而證稱：伊並無帶蕭有成至林書銘家中之經驗等語（原審卷一第267頁）；時而改證稱：蕭有成入監後，伊有打電話給蕭有成，蕭有成遂有到林書銘家中，且係由伊幫蕭有成開門等語（原審卷一第272頁），顯多有翻異，是證人葉彥筠所之證

述，顯係迴護被告林書銘之詞，實難採憑。

三、綜上，本案事證明確，被告等前開犯行堪以認定，均應分別依法論科。

參、法律適用之說明：

一、論罪：

㈠被告林書銘持有本案非制式手槍行為，係一新之持有行為，並非前案持有行為之繼續：

1.謹按刑事訴訟法第302條第1款規定，案件曾經判決確定者，應為免訴之判決，係以同一案件，已經法院為實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，即因前次判決而確定，不能更為其他有罪或無罪之實體上裁判。此項原則，關於實質上一罪或裁判上一罪（如刑法第55條之犯罪），其一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，固亦均應適用；但此種情形，係因審判不可分之關係，在審理事實之法院，對於全部犯罪事實，依刑事訴訟法第267條規定本應予以審判，故其確定判決之既判力，亦自應及於全部；若非同一案件，而屬另一犯罪，檢察官如就此部分發生之事實依法起訴，既不在曾經確定判決之範圍內，受訴法院自仍應為有罪或無罪之實體上裁判（最高法院90年度台非字第154號、81年度台非字第262號判決意旨參照）。又按刑事訴訟法第302條第1款規定案件曾經判決確定者，應為免訴之判決，係以同一案件已經法院為實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，即因前次判決而確定，不能更為其他有罪或無罪之實體上裁判。此項原則，在屬包括一罪之繼續犯固應適用，但並非所有反覆或繼續實行之行為，皆一律可認為包括之一罪，僅受一次評價，仍須從行為人主觀上是否自始即具有單一或概括之犯意，以及客觀上行為之時空關係是否密切銜接，並依社會通常健全觀念，認屬包括之一罪為合理適當者，始足以當之，否則仍應依實質競合關係予以併合處罰。尤以行為人實行犯罪後，於經司法警察（官）或檢察官查獲之際，對爾後是否遭法院羈押而得否依其原有犯意賡續實行

犯罪，已失其自主性而無從預知，且經查獲，其反社會性及違法性已具體表露，行為人已有受法律非難之認識，其主觀上之犯意及客觀上之犯罪行為，俱因此而中斷，包括一罪之犯行至此終止。若經司法機關為相關之處置（如具保、責付等）後，猶再犯罪，其主觀上難謂與查獲前之犯罪行為係出於同一犯意，客觀上受一次評價之事由亦已消滅，自不得再與前案以一罪論（最高法院105年度台上字第3441號、103年度台上字第889號、101年度台上字第3740號判決意旨參照）。

2.查被告林書銘於警詢中供稱：我於92年犯殺人未遂案件時，購買本案扣案之槍枝，案發後未經查扣等語(警二卷第2頁)，是被告林書銘前持有行為雖業經東院於93年3月15日以92年度訴字第215號判決判處有期徒刑8年、13年，應執行有期徒刑20年確定，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可佐（本院卷第114至137頁），且在東院92年度訴字第215號審理期間，被告林書銘於92年7月2日起已在法務部矯正署臺東看守所執行羈押、或陸續執行竊盜案之拘役、毒品強制戒治及應執行有期徒刑20年之執行，迄至108年1月29日縮短刑期始假釋出監，其繼續持有本案非制式手槍。又被告林書銘雖於109年間，因另案違反修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，其另案部分持有槍枝之行為，業於前案遭警查獲（編按：109年2月26日，見本院卷第221頁），其反社會性及違法性已具體表露，揆諸前開說明，其主觀上之犯意及客觀上之犯罪行為，俱因遭警查獲而中斷。又被告林書銘於前案經警查獲後，仍持續非法持有本案非制式手槍。準此，實難認本案被告林書銘非法持有本案非制式手槍之行為，與查獲前之前案非法持有另案槍枝之行為係出於同一犯意。再者，被告林書銘於前案遭警查獲時，其斯時明知尚另持有本案非制式手槍，仍未供出及報繳其非法持有之槍枝，嗣被告林書銘於109年6月4日警詢時，始為坦承持有本案非制式手槍（偵1714

卷第72頁），益見被告林書銘於前案經警查獲後，係另行起意持有本案之非制式手槍，而非承接前案之犯意繼續持有甚明。是被告林書銘持有本案非制式手槍之部分，仍應予以訴究，合先敘明。

㈡按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。本件被告林書銘自109年4月16日起進入○○分監執行殘餘刑期，此時被告林書銘入監執行後其持有犯意因身體受到矯正機關之拘束，已失其自主性，無從將非制式手槍置於自己實力支配下而中斷持有行為。是以被告林書銘於行為後，槍砲彈藥刀械管制條例第7條、第8條於109年6月10日修正公布，於同年月12日施行。修正前第7條第1項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣三千萬元以下罰金。」、第4項：「未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲、彈藥者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」；修正前第8條第1項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」、第4項「未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。」。修正後第7條第1項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸『制式或非制式』火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣三千萬元以下罰金。」、第4項「未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲、彈藥者，處五年以上有期徒刑，併科新臺

幣一千萬元以下罰金。」；第8條第1項則修正為：「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、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」、第4項修正為：「未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。」。依本次修法草案總說明意旨，主要立法目的在有效遏止持「非制式槍砲」進行犯罪情形，認「非制式槍砲」與「制式槍砲」之罪責有一致之必要，故於第4條、第7條至第9條增加「制式或非制式」之構成要件，亦即不分制式或非制式，凡屬第7條所列各類槍枝型式之槍枝，有殺傷力者，概依第7條規定處罰。是「未經許可持有可發射子彈具殺傷力之改造（非制式）手槍」犯行，經比較新舊法後，修正後應改依第7條第4項規定處罰，其刑罰較修正前第8條第4項之規定為重，並無較有利於被告林書銘之情形，依刑法第2條第1項前段之規定，應適用被告林書銘行為時即修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之規定。

㈢又繼續犯，係指行為人以單一犯罪之意思及行為，持續地侵害一個法益，在法益侵害之狀態未除去前，該犯罪行為仍繼續進行，至行為終了時為止，屬實質上一罪，因僅給予一罪之刑罰評價，故其行為之時間認定，當自著手之初，持續至行為終了，並延伸至結果發生為止，倘上揭犯罪時間適逢法律修正，跨越新、舊法，而其中部分作為，或結果發生，已在新法施行之後，應即適用新規定，不生依刑法第2條比較新、舊法而為有利適用之問題（最高法院110年度台上字第1848號、108年度台上字第1179號判決意旨參照）；又非法持有槍砲彈藥刀械等違禁物，所侵害者為社會法益，其持有之繼續，為行為之繼續，而非狀態之繼續，故其持有槍砲彈藥刀械時，該罪雖告成立，但其完結，須繼續至持有行為終了時為止（最高法院110年度台上字第357號判決意旨參照）。

本件被告蕭有成於109年4月16日不詳時間即受託寄藏非制式手槍，惟因其被查獲之日期為109年6月16日，已在槍砲彈藥刀械管制條例109年6月12日修正施行之後，揆諸上開說明，即應逕行適用修正後之規定。

㈣按槍砲彈藥刀械管制條例規定之「寄藏」與「持有」，均係將物置於自己實力支配之下，僅寄藏必先有他人之持有行為，而後始為之受寄代藏而已，故寄藏之受人委託代為保管，其保管之本身，亦屬持有，不過，此之持有係受寄之當然結果。又單純之持有，固不包括寄藏，但寄藏之受人委託代為保管，其保管之本身所為之持有，既係寄藏之當然結果，法律上自宜僅就寄藏行為為包括之評價，不應另就持有予以論罪（最高法院74年度台上字第3400號判決意旨參照）。

㈤核被告林書銘所為，係犯修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪；核被告蕭有成所為，係犯修正後槍砲彈藥刀械管制條例第7條第4項之非法寄藏非制式手槍罪。

二、槍砲彈藥之持有，係屬行為之繼續，其寄藏亦然，故未經許可持有手槍、子彈，其持有之繼續，為行為之繼續，亦即一經持有手槍、子彈，罪已成立，但其完結須繼續至持有行為終了時為止，則包括持有之寄藏手槍、子彈行為，自亦為行為之繼續，其犯罪之完結須繼續至寄藏行為終了時為止（最高法院74年度台上字第3400號、93年度台上字第2253號判決意旨參照）。被告林書銘自不詳時起至109年4月16日止之持有槍枝之行為；被告蕭有成自109年4月16日起至為警查獲為止之寄藏槍枝之行為，均為繼續犯，均應僅論以單純一罪。

三、被告蕭有成非法持有具殺傷力之槍枝，係寄藏行為之當然結果，不另論罪。

四、起訴書所犯法條欄中載被告蕭有成就此部分所為係犯修正後槍砲彈藥刀械管制條例第7條第4項之未經許可非法持有非制式手槍罪嫌，固有未洽，惟起訴書犯罪事實欄業已述明被告

蕭有成有基於藏放他人槍枝之事實，且經被告蕭有成於偵查、原審及本院審理時供承在卷，本為起訴效力所及，是基本事實同一，適用論罪之法條相同，自均應逕論以寄藏罪，且無庸變更起訴法條，附此敘明。

五、刑的加重減輕事由：

㈠被告蕭有成適用累犯之說明：

1.查被告蕭有成前於106年間，因竊盜案件，經東院以106年度東簡字第295號判決，判處有期徒刑3月確定，於107年4月24日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份附卷可查，被告蕭有成於受有期徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，已符合刑法第47條第1項構成累犯的要件。

2.司法院釋字第775號就刑法第47條第1項關於累犯規定為解釋後，就構成累犯者是否加重其最低本刑，須考量行為人對刑罰反應力是否薄弱及有無特別惡性，以避免行為人所受刑罰超過其所應該負擔的罪責，使其人身自由因此遭受「罪刑不相當」的過苛侵害。而在判斷行為人是否對刑罰反應力薄弱及有無特別惡性時，應綜合審酌行為人前、後案的犯罪類型、行為態樣是否相同或類似；前案執行完畢與後案發生之時間相距長短；前案是故意或過失所犯；前案執行是入監執行完畢，或是易科罰金、易服社會勞動而執行完畢；前、後案對於他人生命、身體、財產等法益侵害情形如何等事項而為判斷。因此，行為人前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相當，雖為是否加重其最低本刑的考量因素之一，但並無絕對且必然的關連性存在（最高法院109年度台上字第5044號判決意旨參照）。

3.而被告蕭有成上述構成累犯的前案，則是於107年4月24日執行完畢，故其犯本件犯行的時間距離前案執行完畢相差約近2年，而為上述「5年」期間的中期，並非已相距甚久。再者，被告蕭有成前案都是故意犯罪，已顯示其法敵對的惡性，卻又在前案執行完畢後不久的時間內，又再犯法定刑更

高的本案，可見被告蕭有成未能因前案的執行而知道警惕，所為更屬變本加厲，足認被告蕭有成具有特別惡性及對刑罰反應力薄弱，即使考量被告蕭有成前案與本案罪質不同、未因前案犯行而入監執行，亦均無司法院釋字第775號解釋意旨所稱：「依刑法第47條第1項規定加重最低本刑，將導致被告所受刑罰超過其所應負擔罪責，使其人身自由因此遭受過苛侵害」的狀況存在。因此，被告蕭有成應依刑法第47條第1項規定加重其刑。

4.本案原審判決已依刑法第47條第1項規定對被告蕭有成本案犯行加重其刑，而本段論述，只是在審查原審此部分判斷妥適與否。因此，檢察官雖未依最高法院110年度台上字第5660號判決意旨，就被告蕭有成應依刑法第47條第1項規定加重其刑部分為相關舉證責任（是由原審依職權調查而為論認），但原審是於前述判決宣示前即為判決，依據該判決理由之說明，尚無從以此認定原審判決有應予撤銷之事由，併予說明。

㈡刑法第62條規定，對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。又該條所謂發覺，係指有偵查犯罪職權之公務員已知悉犯罪事實與犯罪之人而言，而所謂知悉，固不以確知其為犯罪之人為必要，但必其犯罪事實，確實存在，且為該管公務員所確知，始屬相當。如犯罪事實並不存在而懷疑其已發生，或雖已發生，而為該管公務員所不知，僅係推測其已發生而與事實巧合，均與已發覺之情形有別。易言之對犯人之嫌疑，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75年度台上字第1634號、72年度台上字第641號判決意旨參照）。槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項規定，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既為刑法之特別法，該條例第18條第1

項規定，即為刑法第62條但書所示之特別規定，應優先適用。經查：

1.被告林書銘於另案違反槍砲彈藥刀械管制條例之警詢中，主動供陳尚持有本案非制式手槍，並交予被告蕭有成寄藏，警方於109年6月16日持東院核發之搜索票至被告蕭有成位於臺東縣○○市○○街000巷00號住所處搜索，而扣得本案非制式手槍，此有109年6月4日臺東縣警察局調查筆錄及109年6月16日臺東縣警察局搜索扣押筆錄各1份在卷可佐。被告林書銘所為自符合刑法第62條但書要件，且其已移轉持有而據實供述本案非制式手槍之去向，因而查獲，是被告林書銘所犯上開非法持有槍枝之罪，應依槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項規定，減輕其刑，且依刑法第66條但書規定，有期徒刑減輕者，同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。又按犯本條例之罪，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，槍砲彈藥刀械管制條例第18條第3項定有明文。惟查被告林書銘於偵查、原審及本院審理中，均否認有涉及犯罪事實欄一所載之犯行，故無槍砲彈藥刀械管制條例第18條第3項規定之適用，又因被告林書銘為本案犯行，對於社會之危害性甚大，對社會治安具有重大之危害等情，爰僅依上開條例之規定予以減輕其刑即可，而無免除其刑之必要，併此敘明。

2.被告林書銘於警詢中供陳：蕭有成將伊所有之掌心雷取走，故承辦員警遂向東院聲請搜索票欲對被告蕭有成住所處為搜索（含車牌號碼000-000號普通重型機車），此有證人即承辦員警陳隆達110年3月15日職務報告1份在卷可佐（原審卷一第149頁），顯見有偵查犯罪職權之公務員對被告蕭有成涉犯本案犯行，已有確切之根據得為合理之可疑，是承辦員警亦無因被告蕭有成於偵查或審判中自白，並供出全部槍砲、彈藥、刀械之來源，因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生甚明，無從依槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1

項、第3項之規定，減輕或免除其刑。

㈢被告蕭有成適用刑法第59條規定的說明：

1.109年6月12日修正生效後槍砲彈藥刀械管制條例第7條第4項之非法寄藏非制式手槍罪之法定刑為「5年以上有期徒刑，併科新臺幣1000萬元以下罰金」。然同為非法持有槍枝之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，其非法持有槍枝行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設有期徒刑之法定最低本刑卻同為有期徒刑3年，不可謂不重。於此情形，倘依其情狀處以相當之有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，而適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。

2.查被告蕭有成於上開時、地，寄藏扣案之非制式槍枝，行為已足對社會大眾之身體、生命及社會治安構成潛在之危險，是其行為確有不該，惟念被告蕭有成犯後始終坦承犯行，堪信已具悔意，且於寄藏之始至遭員警查獲時，均無以之作為其他非法之用或為射擊，此有被告蕭有成警詢筆錄1份在卷可佐（警一卷第3頁）；再被告蕭有成持有該非制式手槍之時間非長，又係新法生效後未久即為警查獲，是被告蕭有成之犯罪情節並非屬最嚴重之情形，故衡量被告蕭有成主觀上之惡性及客觀上之行為，認倘逕科以修正後槍砲彈藥刀械管制條例第7條第4項之非法寄藏手槍罪最低刑度5年以上有期徒刑，實不免失之過苛，而有「情輕法重」之憾，是本案顯有堪資憫恕之處，爰依刑法第59條之規定，就被告蕭有成所犯非法寄藏手槍罪之犯行酌量減輕其刑。從而檢察官上訴主張被告蕭有成不應適用刑法第59條規定酌減其刑，並無理由，原審此部分認事用法並無不當。

3.而刑有加重及減輕者，先加後減，為刑法第71條第1項所明定；故若有依法應加重減輕其刑之事由者，必須先予加重，然後再就加重後之刑予以減輕，此項加減之先後次序，為法

律強制規定，法院並無裁量之餘地。被告蕭有成既有累犯加重、刑法第59條酌減其刑規定適用，應依法先加後減之。

肆、本院維持原判決駁回上訴之理由：

一、原審認為被告2人事證明確，並以行為人之責任為基礎，審酌被告2人未經許可持有或寄藏非制式手槍，可能對於他人之身體、生命構成威脅，及對社會治安、社會秩序造成潛在危險與不安，且其所為係我國法令所明文禁止，並為治安機關嚴加查緝對象，其等卻無視禁令，所為殊值非難，並考量被告林書銘犯後否認犯罪；被告蕭有成坦承犯行之犯後態度；惟念其等就持有或寄藏非制式手槍未持以從事其他不法行為，並無實際傷及他人，所生危害尚未擴大，並考量被告等以及檢察官對於論罪科刑之意見；兼衡被告林書銘自陳國中畢業之智識程度、職業為道路養護、月薪約新臺幣(下同)2至3萬元、家中尚有母親待其扶養、家庭經濟狀況勉持等一切情狀；被告蕭有成自陳智識程度為高職肄業、職業為打零工、日薪約2,000元、家中尚有母親及2名姪兒姪女待其扶養、家庭經濟狀況勉持，並患有卷內所示之疾病等一切情狀，分別量處被告林書銘有期徒刑3年2月，併科罰金5萬元；被告蕭有成處有期徒刑2年10月，併科罰金2萬元，並就併科罰金部分均諭知罰金易服勞役之折算標準；同時說明扣案非制式手槍1支（槍枝管制編號0000000000號），係槍砲彈藥刀械管制條例第4條所列未經許可，不得持有之違禁物，應依刑法第38條第1項規定宣告沒收之。經核原審認事用法，並無不合，所為刑之宣告亦係以行為人之責任為基礎，經審酌刑法第57條各款所列事項與其他一切情狀後而為，且分別宣告之刑並無逾越法定刑範圍，或有何過輕、過重，或違反比例、公平及罪刑相當原則之情形，原審所為刑之宣告及沒收堪稱允當，應予維持。

二、量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無偏執一端，致明顯失

出失入情形，上級審法院即不得單就量刑部分遽指為不當或違法。本案原審判決關於科刑之部分，已依刑法第57條各款所列情狀審酌，而為量刑之準據，經核並無量刑輕重相差懸殊等裁量權濫用之情形，而被告林書銘否認本案犯行所提之上訴，並無理由，已詳如上述，至於其於上訴及本院審理時指摘原判決量刑過重、請求從輕量刑之理由，以及檢察官指摘原審被告林書銘量刑過輕等語，或已為原判決審酌作為量刑之事由、或尚不足以動搖原判決之量刑基礎，自難認為有理由。

三、綜上，檢察官及被告林書銘之上訴均無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官謝長夏、林靖蓉提起公訴，檢察官馮興儒提起上訴，檢察官黃怡君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　30　　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。

因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　30　　日

書記官　徐文彬

附錄本案論罪科刑法條全文：

修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條

未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺

幣一千萬元以下罰金。
未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍枝者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。
意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。
未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。
第一項至第三項之未遂犯罰之。
犯第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。
修正後槍砲彈藥刀械管制條例第7條
未經許可，製造、販賣或運輸制式或非制式火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣三千萬元以下罰金。
未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍砲、彈藥者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。
意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處死刑或無期徒刑；處徒刑者，併科新臺幣五千萬元以下罰金。
未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲、彈藥者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。
意圖供自己或他人犯罪之用，以強盜、搶奪、竊盜或其他非法方法，持有依法執行公務之人所持有之第一項所列槍砲、彈藥者，得加重其刑至二分之一。
第一項至第三項之未遂犯罰之。