

應臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度上訴字第3143號

上訴人

即被告 劉昱慶

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

選任辯護人 陳世煌律師

洪婕慈律師

上列上訴人即被告因殺人未遂等案件，不服臺灣臺中地方法院112年度訴字第1184號中華民國112年10月26日第一審判決(起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第11576、24325號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

犯罪事實

- 一、劉昱慶明知具有殺傷力之非制式手槍、子彈，均為槍砲彈藥刀械管制條例列管之違禁物，未經許可，不得寄藏、持有，竟基於非法寄藏非制式手槍、非法寄藏子彈之犯意，於民國100年間某日，在嘉義市某處，受王至偉(已死亡)寄託而保管如附表二編號1至6、14、15所示具有殺傷力之非制式手槍、子彈，並藏放在某處，迄至其於112年3月9日為警查獲時止。
- 二、劉昱慶因聽聞友人蕭伊雯及其配偶吳○○間感情爭執，心生不滿，於112年3月8日晚間9時14分許，在臺中市○○區○○路000號後方停車場，持附表二編號7所示之伸縮棍，敲擊吳○○所使用之車牌號碼000-0000號租賃小客車之擋風玻璃及車輛後方，致該租賃小客車之擋風玻璃及裝設在車輛後方之行車紀錄器均損壞而不堪用，足生損害於吳○○。
- 三、劉昱慶於犯罪事實欄二所示時、地，毀損吳○○使用之車輛後，即佩戴附表二編號9所示手套，攜帶如附表二編號4、

7、8所示非制式手槍(彈匣內裝附表二編號1、2、3、5、6所示共9顆子彈)、伸縮棍及辣椒水，前往臺中市○○區○○路000號。劉昱慶於112年3月8日晚間9時49分許，在上址見吳○○出現在該處門外之人行道，另基於殺人之犯意，持辣椒水朝吳○○臉部噴灑，再持伸縮棍毆打吳○○、持上開非制式手槍朝吳○○上半身射擊1次，因吳○○及時閃避而未擊中。吳○○因此受有口腔內1.5公分撕裂傷、顏面部1公分及1.3公分撕裂傷、四肢及腹部多處擦傷、左側手肘挫傷之傷害。

四、案經吳○○訴由臺中市政府警察局第五分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、本院審理範圍：

刑事訴訟法第348條於110年6月16日修正公布、同年月18日施行，修正後該條第1、3項規定：「(第1項)上訴得對於判決之一部為之。(第3項)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」其立法理由載明：「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。」本案係由被告劉昱慶提起上訴，檢察官並未於法定期間內上訴，被告於上訴書狀及本院準備程序、審理中表明：就違反槍砲彈藥刀械管制條例及毀損部分，僅針對原判決之量刑一部上訴，而對原判決此部分認定之犯罪事實、證據、論罪、沒收均不爭執；就殺人未遂部分，則係全部上訴等語。故依上開規定，本院僅就被告明示提起上訴部分予以審理，先此敘明。

貳、違反槍砲彈藥刀械管制條例及毀損部分(即犯罪事實欄一及二；被告僅就量刑上訴)：

一、被告上訴意旨略以：

被告對於寄藏槍、彈及毀損告訴人吳○○車輛之犯行，於偵、審中均坦承犯行，犯後已有悔悟之心，並多次表明願賠償告訴人之損失，然因告訴人無和解意願，始致被告迄今仍無法彌補告訴人所受損害，原判決就被告寄藏手槍罪部分量

處有期徒刑5年6月、毀損罪部分量處拘役40日，實難謂不重，恐有違反比例原則，懇請鈞院酌量減輕之。

二、本院之判斷：

(一)刑之加重、減輕事由：

1.按持有或寄藏槍彈為繼續犯，係行為之繼續，非狀態之繼續，因此繼續犯之「最初行為」、「中間行為」或「行為終了」祇要其中一部行為係在另一犯罪所處徒刑執行完畢5年以內者，即該當累犯規定之要件。查被告前因①殺人未遂、恐嚇、違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，分別經法院判處罪刑確定後，由臺灣高等法院臺南分院以103年度聲字第206號裁定應執行有期徒刑5年3月確定；②恐嚇案件，經臺灣嘉義地方法院以103年度易字第32號判決判處有期徒刑9月確定，被告入監接續執行後，於108年2月10日執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可憑。被告受上開有期徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之非法寄藏非制式手槍罪、毀損他人物品罪，均為累犯，並經檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，予以主張並具體指出證明方法。原判決依司法院釋字第775號解釋意旨，衡酌被告因前案入監執行，已接受較嚴格之矯正處遇，竟於前案執行完畢後，再次故意為本案寄藏槍、彈及毀損他人財物犯行，顯見被告毫無認知其行為存在高度風險，法遵循意識與對刑罰感應力薄弱，倘依累犯規定加重其刑，並無使被告所受刑罰超過其應負擔之罪責，致其人身自由遭受過苛侵害之違反比例原則情形，故就上開2罪均依刑法第47條第1項規定加重其刑。經核此部分認事用法並無違誤或失當。

2.槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項前段規定：「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。」其立法意旨重在鼓勵具體供出提供或所移交槍砲、彈藥、刀械者，俾追查該等管制物品之來源及去向，杜絕管制槍砲、彈藥、刀械之蔓延與氾濫，達到維護社會秩序、保障人民生命財產安全之目的。倘未因其自

白進而查獲槍砲、彈藥、刀械之前手、後手或防止重大危害治安事件之發生者，自不得執此邀本條規定之寬減。本件被告雖於偵查及審判中均坦承寄藏槍、彈之犯行，並供述扣案槍、彈係已死亡之王至偉所交付等語，惟查，扣案槍、彈係因被告於犯罪事實欄三所示時、地持向告訴人射擊而為警查扣，並非因被告供出上手來源而查獲，且被告所供上手來源王至偉既已死亡，亦無可能因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生，自不得依上開規定減輕或免除其刑。原判決亦同此認定，此部分認事用法亦無違失。

(二)原判決科刑理由係以行為人之責任為基礎，審酌被告無視政府嚴格管制手槍及子彈之禁令，任意受他人所託而寄藏具有殺傷力之槍、彈，對社會治安及他人生命、身體安全構成潛在威脅，又欠缺尊重他人財產權利之觀念，僅聽聞蕭伊雯單方陳述，不明就裡，亦不思以和平方法協助解決糾紛，即前往損壞告訴人使用之車輛，被告犯後於偵、審程序中坦承寄藏槍彈及毀損犯行，惟至今仍未彌補告訴人所受損害，亦未取得告訴人諒解，兼衡被告自陳之教育程度、先前從事之工作、經濟與家庭狀況(原審卷第376頁)等一切情狀，就非法寄藏非制式手槍罪、毀損他人物品罪各量處如附表一編號1、2所示之刑，並就得易科罰金部分及罰金易服勞役部分，均諭知以新臺幣1000元折算1日之折算標準。經核原判決就被告所犯非法寄藏非制式手槍罪、毀損他人物品罪科刑時審酌之上述情狀，業已考量刑法第57條所列各款事項，所處2罪刑度皆符合罪刑相當原則及比例原則，並無輕重失衡之情形，被告上訴意旨任憑己意指摘原判決就該2罪量刑過重，此部分上訴為無理由，應予駁回。

參、殺人未遂部分(即犯罪事實欄三；被告全部上訴)：

一、證據能力部分：

(一)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，除法律有規定者外，不得作為證據。」本案證人即告訴人吳○○於警詢時之陳述，為審判外之陳述而屬傳聞證據，經被告及辯護人於原審及本院爭執其證據能力，又無其他傳聞法則例外之情形，應不具證據能力。

(二)刑事訴訟法第159條之5第1項規定：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，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。」本判決所引用被告以外之人於審判外所為言詞或書面陳述之供述證據，除證人吳○○於警詢時之陳述不具證據能力，已如前述外，其餘均經檢察官、被告及辯護人同意作為證據使用(本院卷第161頁)，本院審酌該等證據作成時之情況，並無違法取證或其他瑕疵，認為適於作為本案認定事實之依據，依上開規定，該等供述證據應具有證據能力。

(三)本判決所引用之非供述證據，並無證據證明有出於違法取得之情形，復經本院依法踐行調查程序，應具有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

被告固坦承有於犯罪事實欄三所示時、地以辣椒水朝告訴人臉部噴灑、持伸縮棍毆打告訴人及當場有持槍射擊之事實，然僅承認有傷害犯行，否認有殺人未遂之犯意，辯稱：我承認有傷害告訴人，但我會開槍是因為告訴人搶我的伸縮棍，我就對空鳴槍嚇嚇告訴人，沒有要致他於死的意思，我之後還有卸彈匣，以免子彈會一直打出來云云。辯護人辯護意旨略稱：告訴人既稱其有近視，案發時又因遭噴灑辣椒水致視線模糊，其能否明確看到被告持槍姿勢及角度，尚有疑慮；且告訴人就被告朝其射擊之方向與證人莊○○所述不符；又被告和告訴人於案發時有多次近距離接觸，被告均未朝告訴人開槍或攻擊告訴人之致命部位，足認被告無殺人故意；另依原審監視器畫面勘驗結果，被告持槍指向告訴人均係發生於告訴人接近搶奪被告伸縮棍、槍枝或對被告為攻擊行為時，然於告訴人停止攻擊、搶奪之行為後，被告便主動將槍枝插回腰間，可見被告持槍指向告訴人之目的，僅係為嚇唬告訴人，以防止告訴人有攻擊或搶奪伸縮棍、槍枝之行為，並無殺害告訴人之意；況觀監視器錄影光碟，被告於雙方在室內發生衝突期間，雖有多次拉動滑套，但並未有子彈掉落之情形，警方亦未於案發現場室內發現掉落之子彈，此亦可證被告所稱其於室外雙方發生衝突之初，即已將彈匣退出，

應為屬實，而其嗣後於室內雖有再持槍指向告訴人，然目的僅係為嚇唬告訴人，實際上此時槍枝因未裝有彈匣並不具殺傷力等語。經查：

(一)被告有於犯罪事實欄三所示時、地，持辣椒水朝告訴人臉部噴灑、以伸縮棍毆打告訴人，告訴人因此受有口腔內1.5公分撕裂傷、顏面部1公分及1.3公分撕裂傷、四肢及腹部多處擦傷、左側手肘挫傷之傷害，被告於毆打過程中並有持已上膛之附表二編號4所示非制式手槍(彈匣內裝有9顆子彈)射擊1次，未擊中告訴人等情，為被告於警詢、偵訊、原審及本院審理時所自承，並有證人即告訴人吳○○、證人莊○○於偵訊及原審審理時之證述、偵查報告、臺中市政府警察局第五分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、中國醫藥大學附設醫院診斷證明書、現場照片(含現場地上遺留子彈2枚及彈殼1枚之照片)、告訴人傷勢照片、臺中市○○區○○路000號室內監視器影像及截圖照片、被告所駕駛車牌號碼000-0000號自小客車國道ETC車行紀錄及影像截圖照片、扣押現場照片、扣押物品照片、中國醫藥大學附設醫院112年6月29日院醫事字第1120009373號函檢附告訴人病歷資料與檢傷照片、原審法院勘驗臺中市○○區○○路000號室內監視器錄影光碟之審判筆錄及截圖照片在卷可參，以及如附表二編號1至11所示之物扣案可證。此部分事實，首堪認定。

(二)被告於犯罪事實欄三所示時、地，確有朝告訴人上半身部位開槍射擊之行為，有下列事證可憑：

1.證人即告訴人吳○○①於偵訊時證稱：我和業務員(即莊○○)一打開公司側門，被告就拿不明液體往我臉噴灑，我和被告發生拉扯，被告有拿伸縮棍打我頭臉，我的眼睛很辣、眼鏡也被打碎，看不清楚，後來被告在公司外面，拿槍出來朝我上半身開槍，當時我們之間距離不到10公尺，我有聽到槍聲，我的反應是先檢查自己有沒有中彈，後來發現沒有，我確定被告不是往地上開槍。被告之後好像又開第2次槍，但是好像卡彈，我有看到他在拉手槍，我不知道那個專有名詞，我發現他卡彈後我就向前反擊，我們有互相拉扯。我知道我們公司裡面有監視器，就把被告引到裡面，我聽到

被告的槍好像掉在外面，就去搶他的伸縮棍，我有去把大門鐵捲門打開，被告去關起來，我又再打開，並聽到救護車來的聲音，被告就往右邊離去等語(112偵11576卷第217至220頁)。^②於原審審理時證稱：我雖然有近視，且案發時被辣椒水噴、眼鏡也被打掉，視線模糊，但我還是看得到。被告在公司外面對我開槍時，我站在馬路邊，我身高165公分，被告身材高大，比我高一個頭且站在人行道，所以位置比我高，我們之間的距離大約是法庭內的「錄音中」告示牌到證人席的距離，被告是槍口朝我，對準我的上半身開槍，我有聽到1聲槍聲，有閃躲，沒有被擊中，我沒有看到被告朝天開槍。被告開槍後有把手槍前後拉、拉滑套的動作，「卡彈」這個詞是警察跟我說的，我沒有聽到第2次開槍的聲音。被告毆打我也是朝我的上半身及頭部。我知道公司裡面有監視器，所以我把被告引到裡面，被告在裡面只有用槍指著我，我沒聽到開槍的聲音，但被人用槍指著不能不躲，我有打開鐵捲門。至於被告在案發時跟我說什麼話我沒印象了，反正都是講威脅的話、我欺負誰等語(原審卷第252至269頁)。經核證人吳○○就其與被告間站立之位置與距離、被告全程只有朝其上半身開槍1次且未擊中，開槍後有把手槍前後拉之舉動，至於被告有無擊發第2次、是否第2次因卡彈而未擊發則不確定，及其為進入監視器拍攝範圍內，將被告引入室內，嗣打開鐵捲門等重要情節，指述前後一貫，尚無不合事理、常情之明顯瑕疵存在，且與卷內現場照片顯示案發後地上確實遺留有子彈2枚及彈殼1枚(112偵11576卷第109頁)之客觀跡證相符，其上開證述內容應屬可信。

2. 證人莊○○^①於偵訊時證稱：當天我和告訴人從告訴人的公司走出來，被告就噴辣椒水、打告訴人，我從後面要抓住被告，被告把我甩開然後掏槍出來，拉滑套後對告訴人開槍，我看到就跑到外面巷子先打電話報警再回頭看，看到被告持棍打告訴人。被告開槍時，告訴人是跑到馬路上，2人距離約3、4公尺，我覺得被告的槍口是朝人，不確定朝告訴人上半身或下半身，但確定不是朝地板，我看到地板上有1次火光，告訴人有跳起來一下，不知道是閃過還是沒打到等語(

112偵11576卷第337至339頁)。(2)於原審審理時證稱：告訴人那時候被追，我和告訴人跑的方向不同，我在距離告訴人約15至20公尺遠的距離，看到被告站在人行道或附近、告訴人站在馬路上，被告站立位置大約比告訴人站立位置高一點，大約是人行道15至20公分高，被告持槍平舉往下一點點、槍口朝前開槍，具體朝哪裡不確定，我看到槍枝本身發出來的火光，告訴人雙腳跳起來閃(當庭作雙腳起跳、身體往旁邊跳離動作)，距離告訴人腳邊約50公分或1公尺內、蠻近距離的地地上有火光。被告開完第1槍，我才離開等語(原審卷第270至277頁)。衡諸證人莊○○前往案發地點之起因與被告全然無關，只是案發時偶然在場之第三人，於偵訊及原審審理程序作證時，復未掩飾其無法確定被告持槍所瞄準之方向，只是看到地上有火光之情狀，應無刻意偏頗告訴人或構詞誣陷被告之動機，其證述情節亦符合通常邏輯或物理慣性，可信證人莊○○所傳述者，確係其親身見聞之經歷。而證人莊○○所述被告站在人行道上，近距離朝站在馬路上之告訴人方向、槍口朝前開槍，因告訴人閃躲而未擊中等詞，均與告訴人前揭證述內容相吻合，足見被告確係朝告訴人之身體開槍，並非如其所辯僅對空鳴槍而已。

- 3.又證人莊○○於原審證稱被告開槍時站立之位置比告訴人高一情，與被告於原審訊問時自承：我的身高175公分，告訴人在我噴辣椒水時，才是站在比我高的地方，之後扭打就不是了等語(原審卷第37頁)尚無違背，堪以採信；參酌被告身高175公分，告訴人身高165公分，此據被告及告訴人陳明如前，亦有2人於原審當庭拍攝照片可稽(原審卷第299頁)，依證人莊○○所描述被告持槍平舉往下一點點、槍口朝前開槍之姿勢，被告持槍瞄準方向即與告訴人之上半身部位大致相當，益見告訴人證稱被告係朝其上半身方向開槍等詞，與事實相符而可採信。
- 4.辯護人雖以前揭情詞質疑告訴人與證人莊○○所為證詞之真實性。惟查，告訴人罹患近視或受辣椒水噴灑，僅導致其視線模糊，並非陷於全盲狀態，衡情應仍可辨識近距離內之物體及人為活動，且被告係身高175公分、正常體型之男性(原

審卷第299頁)，於案發時與告訴人相距不遠，告訴人證稱其「看到」被告朝其上半身部位開槍等詞，並無悖於常理。又告訴人與證人莊○○於偵、審中所為證述之主要情節相符，業經本院敘明如前，且其2人於案發時所處位置、距離、角度均有差異，有證人莊○○於偵查中所繪製現場位置示意圖可參(112偵11576卷第343頁)，自不能以其2人就某部分細節之描述不盡一致，即認其2人關於被告持槍朝告訴人開槍之證述為不實在。

(三)被告雖辯稱其行為時僅有傷害而無殺人未遂之犯意。惟按行為人之行為究係基於殺人之故意或傷害之故意，為行為人內心主觀意思，此一主觀之要件，關係罪責之成立與否，法院為判斷時應詳加審酌行為當時所存在之一切客觀情況。又判斷行為人於行為當時，主觀上是否有殺人之故意，應斟酌其使用之兇器種類、攻擊之部位及行為時之態度，並深入觀察行為人與被害人之關係、衝突之起因、行為當時所受之刺激、下手力道之輕重、行為時現場爭執之時空背景、被害人受傷情形及行為人事後之態度等各項因素，綜合加以研判。查：

- 1.被告於犯罪事實欄三所示時、地所持用之槍枝及子彈均具有殺傷力，有內政部警政署刑事警察局112年4月24日刑鑑字第1120040266號、112年5月3日刑鑑字第1120040267號鑑定書、112年9月5日刑理字第1126018147號函可證(見112偵11576卷第279至281、325至332頁，原審卷第359頁)，且被告係朝告訴人上半身部位開槍之事實，業經本院依據卷內事證認定如前。被告於警詢、偵訊及原審訊問時均自承其知悉開槍可能造成他人傷亡等語(112偵11576卷第31至38、181至185頁，原審卷第35至41頁)，而人之上半身有心臟及肺臟等維持生命之重要器官，為人體之要害部位，如遭持槍近距離射擊，子彈極可能貫穿臟器，造成大量出血，足以奪人性命，被告於行為時，對於其近距離朝告訴人上半身開槍射擊，有高度可能因上述情形而奪去告訴人之性命一事，自不得諉為不知。被告明知而執意為之，主觀上具有殺人之犯意甚明。

況被告若僅意在傷害，其自始攜帶伸縮棍與辣椒水即可，不需要攜帶殺傷力遠大於伸縮棍與辣椒水之非制式手槍，更無需在彈匣內裝入共9顆制式或非制式子彈，遑論被告與告訴人見面後，可知告訴人顯然處於手無寸鐵之情況，被告在雙方武力懸殊之情形下，猶選擇以殺傷力最強之槍、彈作為攻擊武器，並近距離朝告訴人之上半身開槍射擊，顯難認被告僅係出於警告或傷害之目的。被告辯稱無殺人故意，為事後卸責之詞，不足採信。

2.另經原審當庭勘驗臺中市○○區○○路000號室內監視器影像，結果略以(原審卷第246至250、第283-2至297頁)：

①被告於畫面時間(下同)21：49：59朝告訴人臉部噴灑液體後，旋於21：50：05掏出手槍、拉滑套，嗣於被告及告訴人第1次移動到室外又返回時，被告已將手槍插回腰間，並持伸縮棍打向告訴人。

②被告及告訴人於21：50：48第2次離開拍攝畫面，被告於21：51：17返回室內時，左手持槍、右手持長棍，嗣於21：52：34將手槍放回褲子後方。

③被告於21：53：07掏出手槍，槍口平舉、正面、持續指向告訴人頭部及上半身位置，告訴人彎腰、低身閃躲而擺動、閃避，被告於21：53：11垂下手臂後，於21：53：18拉動滑套，往跑出門外之告訴人方向走去，嗣於21：53：26再拉滑套2次，並將槍口正面朝向告訴人上半身及頭部之位置，於21：53：27時垂下手臂，同時揮動伸縮棍打向告訴人之身體。

④被告於21：53：50再次出拳揮打告訴人頭部，2人相互拉扯伸縮棍，被告於21：54：46將手槍插回後腰腰間後，於21：56：23離開現場。

上開監視器因係裝設於室內，故未能拍攝到被告在室外人行道開槍射擊之畫面，而依告訴人於原審審理時證稱，被告開槍之時點是在畫面中第1次或第2次從室內跑出去之後(原審卷第266頁)，被告對此部分事實亦無爭執。準此參以上開勘驗結果可知，自被告抵達現場至離去為止，歷時大約11、12分鐘，被告除對告訴人噴灑辣椒水、毆打告訴人、朝告訴人

上半身開槍射擊1次以外，尚從腰間反覆掏出手槍3次，拉滑套4次，2次持續將手槍平舉、槍口朝向告訴人上半身及頭部之位置，足見被告確有朝告訴人身體要害部位開槍射擊之主觀犯意及客觀行為，並其有置告訴人於死之殺人故意甚明。被告及辯護人雖辯稱：被告於室外開槍射擊1次後，即已將彈匣退出，嗣於室內雖有再持槍指向告訴人，然目的僅係為嚇唬告訴人，實際上此時槍枝因未裝有彈匣並不具殺傷力云云；惟查，依告訴人與證人莊○○於偵、審中所述案發經過情形，均未提及被告於行為過程中有將彈匣退出之行為，且警方於案發後實施附帶搜索，而在被告所駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車上查獲本件犯案用之非制式手槍(附表二編號4)時，該支手槍係包含彈匣1個內有子彈6顆，彈匣及子彈並非外放顯係裝填於手槍內，此觀卷附偵查報告及警方查扣物品照片即明(112他2042卷第8頁第(四)點、第53頁下方照片)，自難認被告及辯護人空言所辯上情為真實可採。

(四)綜上，本案事證明確，被告殺人未遂犯行堪以認定，應依法論科。

三、論罪科刑及駁回上訴之理由：

(一)核被告就犯罪事實欄三所為，係犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪。被告傷害告訴人之低度行為，應為殺人之高度行為所吸收，不另論罪。

(二)被告受前揭理由欄貳二(一)1.所示前案有期徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之殺人未遂罪，為累犯，並經檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，予以主張並具體指出證明方法。本院依司法院釋字第775號解釋意旨，衡量被告所犯前案數罪中，有與本案同為殺人未遂罪者，其罪質及侵害法益種類皆與本案相同，顯見被告未能因前案執行完畢而產生警惕作用，對於刑罰反應力薄弱，以致又犯本案殺人未遂罪，如適用累犯規定加重本案殺人未遂罪之最低本刑，並不會使被告所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，也不會使其人身自由因此遭受過苛之侵害，與罪刑相當原則及比例原則皆無抵觸，故就被告本案所犯殺人未遂罪，除法定本刑為死刑或無期徒刑部

分不得加重外，其餘法定本刑為有期徒刑部分，依刑法第47條第1項規定加重其刑。

(三)被告以犯罪事實欄三所示方式，著手實行殺人行為，因告訴人及時閃避而未發生死亡結果，為未遂犯，衡其情節較既遂犯為輕，依刑法第25條第2項規定減輕其刑，並就殺人未遂罪之法定本刑為有期徒刑部分，依法先加後減之。

四、原審以被告殺人未遂犯行明確，而以行為人之責任為基礎，審酌被告欠缺尊重他人生命及身體權利之觀念，僅聽聞蕭伊雯單方陳述，不明就裡，亦不思以和平方法協助解決糾紛，即持其所寄藏之槍、彈為本案殺人未遂犯行，實不應寬貸，被告犯後於偵、審程序中否認殺人未遂犯行，未見悔悟之心，至今仍未彌補告訴人所受損害，亦未取得告訴人諒解，兼衡被告自陳之教育程度、先前從事之工作、經濟與家庭狀況(原審卷第376頁)等一切情狀，就殺人未遂罪量處有期徒刑5年8月；復考量被告在非法寄藏槍、彈之行為繼續中，另行起意，持其中部分槍、彈為本案殺人未遂犯行，時間、地點或有部分重疊之處，然二者行為目的、法益侵害結果及其彰顯之主觀惡性迥異等情，就其所犯非法寄藏非制式手槍罪、殺人未遂罪所處有期徒刑部分，定其應執行有期徒刑8年2月；且就殺人未遂罪之沒收部分敘明：

①扣案如附表二編號4所示之非制式手槍、附表二編號5所示未經試射之子彈3顆，經鑑定均具殺傷力，且被告對該等物品有事實上處分權限，核屬供被告犯殺人未遂罪所用(附表二編號4)或預備供其犯罪之用(附表二編號5)之違禁物，均應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。

②附表二編號7至9所示之物均係被告所有，其於犯罪事實欄三所示時、地，係佩戴附表二編號9所示手套，持附表二編號7、8所示之物毆打告訴人、朝告訴人噴灑等情，經被告於原審訊問時供承明確(原審卷第39頁)，足認上開物品均為供其犯殺人未遂罪所用之物，應依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收。

③扣案如附表二編號1至3、6所示子彈、彈殼及附表二編號5所示業經試射之子彈2顆，雖同屬供被告犯殺人未遂罪所

用(附表二編號3)或預備供其犯罪之用(附表二編號1、2、5、6)之物，惟上開子彈、彈殼及附表二編號15所示業經試射之子彈1顆，既已因擊發而失槍彈結構與火力，均無殺傷力而失其違禁物之性質，即便予以沒收，對於被告犯罪行為之不法、罪責評價無影響，對沒收制度所欲達成或附隨之社會防衛亦無助益，欠缺刑法上之重要性，依刑法第38條之2第2項規定，均不予宣告沒收。

- ④附表二編號10、11所示之物雖係被告所有且於犯罪事實欄三所示時間，穿著到場之衣物、鞋子，惟其性質上屬於日常生活物品，單獨存在不具違法性，欠缺刑法上之重要性，依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收。另觀全卷證據資料，尚無證據可認被告所有如附表二編號12、13所示之物，與本案殺人未遂犯行有關，亦不予宣告沒收。經核原判決對於被告殺人未遂之犯罪事實已詳為調查審酌，並說明認定所憑之證據及理由，其認事用法俱無違誤，且原判決科刑時審酌之上開情狀，業已考量刑法第57條所列各款事項，就殺人未遂罪所處刑度及與其他2罪合併所定應執行刑皆符合罪刑相當原則及比例原則，要無輕重失衡之情形，應予維持。被告上訴意旨否認有殺人犯意，所為辯解並無可採，業據本院說明如前，此部分上訴亦無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官楊順淑提起公訴，檢察官郭靜文到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 21 日

刑事第八庭 審判長法官 張靜琪

法官 簡婉倫

法官 黃小琴

以上正本證明與原本無異。

毀損部分不得上訴。

其餘部分如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後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」。

書記官 鄭淑英

中 華 民 國 113 年 2 月 21 日

附表一：

編號	事實	原判決論處之罪名、宣告刑及沒收
1	犯罪事實欄一	(被告僅就量刑上訴，本院維持原判) 劉昱慶犯非法寄藏非制式手槍罪，累犯， <u>處有期徒刑伍年陸月，併科罰金新臺幣壹拾伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日</u> 。扣案如附表二編號4、14所示非制式手槍共貳支、附表二編號5、15所示未經試射之子彈共伍顆，均沒收之。
2	犯罪事實欄二	(被告僅就量刑上訴，本院維持原判) 劉昱慶犯毀損他人物品罪，累犯， <u>處拘役肆拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日</u> 。扣案如附表二編號7所示之物，沒收之。
3	犯罪事實欄三	(被告全部上訴，本院維持原判) 劉昱慶犯殺人未遂罪，累犯，處有期徒刑伍年捌月。扣案如附表二編號4所示非制式手槍壹支、附表二編號5所示未經試射之子彈共參顆，及附表二編號7至9所示之物，均沒收之。

附表二：

編號	扣押物名稱及數量	扣押地點	沒收與否	備註
1	口徑9□19mm制式子彈1顆	臺中市○○區○○路000號前	不沒收	1.案發現場遺留之子彈。 2.經試射，可擊發，有殺傷力。 3.內政部警政署刑事警察局112年4月24日刑鑑字第1120040266號鑑定書、112年9月5日刑理字第1126018147號函(112偵11576卷第279-281頁，原審卷第359頁)
2	金屬彈殼組合直徑約9.0mm金屬彈頭而成之非制式子彈1顆			1.案發現場遺留之子彈。 2.經試射，可擊發，有殺傷力。 3.內政部警政署刑事警察局112年4月24日刑鑑字第1120040266號鑑定書、112年9月5日刑理字第1126018147號函(112偵11576卷第279-281頁，原審卷第359頁)
3	口徑9□19mm制式子彈彈殼1個			1.案發現場遺留之已擊發彈殼。 2.內政部警政署刑事警察局112年4月24日刑鑑字第1120040266號鑑定書(112偵11576卷第279-281頁)
4	非制式手槍1支(槍枝管制編號0000000000號，含彈匣1個)	嘉義縣○○鄉○○村○○○○000000號對面(懸掛車牌號碼000-0000號車牌之自小客車內)	沒收	1.由仿手槍外型製造之槍枝，組裝已貫通之金屬槍管而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，具殺傷力。 2.內政部警政署刑事警察局112年5月3日刑鑑字第1120040267號鑑定書(112偵11576卷第325-332頁)
5	口徑9□19mm制式子彈5顆		3顆未經試射之子彈均沒收，其餘2顆不沒收。	1.採樣2顆試射均可擊發，具殺傷力。 2.內政部警政署刑事警察局112年5月3日刑鑑字第1120040267號鑑定書(112偵11576卷第325-332頁)
6	金屬彈殼組合直徑約8.9mm金屬彈頭而成之非制式子彈1顆		不沒收	1.經試射，可擊發，有殺傷力。 2.內政部警政署刑事警察局112年5月3日刑鑑字第1120040267號鑑定書(112偵11576卷第325-332頁)
7	伸縮棍1支		沒收	
8	辣椒水1罐			

(續上頁)

9	手套1雙			
10	布鞋1雙		不沒收	
11	外套1件			
12	開山刀1支			
13	iPhone手機2支			
14	非制式手槍1支(槍枝管制編號0000000000號，含彈匣1個)	臺中市○○區○○路000號前(車牌號碼0000-00號自小	沒收	1.由仿手槍外型製造之槍枝，組裝已貫通之金屬槍管而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，具殺傷力。 2.內政部警政署刑事警察局112年5月3日刑鑑字第1120040267號鑑定書(112偵11576卷第325-332頁)
15	口徑9□19mm制式子彈3顆	客車內)	2顆未經試射之子彈均沒收，其餘1顆不沒收。	1.採樣1顆試射可擊發，具殺傷力。 2.內政部警政署刑事警察局112年5月3日刑鑑字第1120040267號鑑定書(112偵11576卷第325-332頁)