臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上更一字第7號

上　訴　人　臺灣臺南地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　洪文峯

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　彭大勇律師

林士龍律師

郭栢浚律師

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣臺南地方法院113年度訴字第683號中華民國114年5月9日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第24474號），提起上訴，本院判決後，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決關於洪文峯之罪刑部分撤銷。

洪文峯犯如附表所示各罪，各處如附表所示之刑。應執行有期徒刑柒年陸月，併科罰金新臺幣拾萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

其他上訴駁回（即原判決關於沒收部分）。

犯　罪　事　實

一、洪文峯知悉具有殺傷力之制式手槍及子彈，分屬槍砲彈藥刀械管制條例所列管之槍砲、彈藥，非經許可不得持有，竟仍基於非法持有具有殺傷力之制式手槍及子彈之犯意，於民國113年9月5日前2至3年之某日，自「陳俊宏」（真實姓名年籍不詳）處取得具有殺傷力之制式手槍2支（槍枝管制編號：0000000000、0000000000號）、子彈一批（嗣於113年9月5日下午經警查獲扣得具殺傷力之口徑9×19㎜子彈22顆，詳後述），而自該時起未經許可非法持有上開槍彈。

二、嗣洪文峯、黃奎東（業經判刑確定）於113年9月5日凌晨5時

許，在址設臺南市○○區○○○路0段000號「臺南大舞廳」包廂內飲酒後，洪文峯另行起意，竟與黃奎東共同基於持制式手槍於公眾得出入之場所開槍射擊之犯意聯絡，由洪文峯先持上開其中1支制式手槍朝「臺南大舞廳」店外之天花板開槍射擊1發，黃奎東又在「臺南大舞廳」店外之計程車排班處，持另1支制式手槍對空開槍射擊3發後，洪文峯、黃奎東隨即持上開槍彈搭乘計程車逃離現場。嗣經警於同日下午，在臺南市○區○○路000巷00號4樓之15內持拘票將洪文峯、黃奎東拘提到案，並當場扣得前開制式手槍2支及口徑9×19㎜子彈22顆（原23顆，惟經採樣試射8顆，其中1顆無殺傷力，且該無殺傷力之子彈部分，業經檢察官不另為不起訴處分，不在本案起訴及審判範圍）後，始查悉上情。

三、案經臺南市政府警察局第六分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、按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；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，但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項及同法第159條之5分別定有明文。查本判決所引用具傳聞性質之各項證據資料，檢察官、被告洪文峯（下稱被告）、辯護人於本院準備程序及審理時均表示同意列為本案證據（見本院上更一卷第99頁至第103頁、第120頁至第125頁），且經本院於審判期日依法踐行調查證據程序，檢察官、被告、辯護人於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院審酌該等具有傳聞證據性質之證據，其取得過程並無瑕疵或任何不適當之情況，應無不宜作為證據之情事，認以之作為本案之證據，應屬適當，依刑事訴訟法

第159條之5之規定，自得作為證據。

二、上開犯罪事實，業據被告坦承不諱（見本院上更一卷第98頁、第118頁），核與共同被告黃奎東之供述、證人即在場人彭昱瑋、戴家豪、陳偉民於警詢時之指述情節大致相符，並有臺南市政府警察局第四分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、搜索同意書、臺南市政府警察局槍枝性能檢測報告表、槍枝性能檢測照片、監視器畫面擷圖翻拍照片、現場蒐證照片及內政部警政署刑事警察局113年10月24日刑理字第1136114042號、113年10月23日刑鑑字第1136114041號鑑定書等件在卷可佐，足認被告之自白與事實相符，其所涉上開犯行應堪認定，應依法論科。

三、論罪科刑：

㈠無故持有槍、彈罪為繼續犯，一經持有，犯罪即告成立，其於持有繼續中，另為犯他罪而持用該槍、彈加以實施，因非自始即意圖以持有槍、彈為犯他罪之方法，自不能論以牽連犯，而應依數罪併罰之規定處理（最高法院89年度台上字第287號、90年度台上字第3270號判決意旨參照）。

㈡依被告供稱：「大約於113年9月6日前之2至3年前，有一位陳俊宏因欠我錢，所以就拿2支槍及子彈來抵債，我就一直持有到現在，陳俊宏已經過世快2年了，因為當時陳俊宏沒有錢我就收下槍彈作為抵押」、「113年9月5日5時30分許，在臺南市○○區○○○路0段000號臺南大舞廳開槍的是我跟黃奎東」、「扣案手槍子彈是我用來防身用的，因為之前跟人家有糾紛」（見警卷第6頁至第8頁）、「之前跟一個高雄人有糾紛，他在臉書說要對我不利，我就帶手槍防身，我去公共場所怕會遇到對方，所以就帶著去臺南大舞廳」（見偵卷第111頁）等語，核以共同被告黃奎東陳稱：「扣案手槍、子彈我聽洪文峯說過，是一個陳俊宏的男子拿2支槍跟子彈來跟洪文峯借錢」、「洪文峯說他跟人有結怨，對方在網路留言要致他於死，所以他才會帶槍枝防身」（見警卷第17頁）等情，足認被告係於113年9月5日前之2至3年間，因

債務關係自陳俊宏處取得本案槍、彈後持有之，而被告之所以攜帶該等槍、彈前往案發現場，乃因嗣後發生被告遭人於網路上恐嚇之事，被告方將持有之槍、彈攜帶前往案發現場，進而發生本件在公眾得出入之場所開槍射擊之事，則被告於113年9月5日前之2至3年間，因債務關係而受讓本件槍、彈時，自無可能預見2至3年後將受他人恐嚇而需持槍、彈前往公眾得出入之場所防身之事，換言之，被告於113年9月5日前之2至3年某日開始持有本案槍、彈時，其持有槍、彈之犯罪已經成立，後續持有狀態僅屬持有行為之繼續，其持有之原因或目的顯然與2至3年後發生遭他人恐嚇之事無關，其持往公眾得出入之場所開槍射擊，應係於持有之狀態中，另行起意所為，而非出於持有之相同目的。

㈢是核被告所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第7條第4項之非法持有制式手槍罪、第12條第4項之非法持有子彈罪、第9條之1第1項之持有制式手槍於公眾得出入之場所開槍射擊罪。被告持有2支制式手槍、複數顆子彈分別屬單純一罪，其同時持有制式手槍、子彈則屬想像競合之一罪，應從一重之持有制式手槍罪處斷。被告持有制式手槍、於公眾得出入之場所開槍射擊，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。被告與共同被告黃奎東就於公眾得出入之場所開槍射擊部分有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告及其辯護人主張上開3罪應依想像競合犯之規定，從一重論以槍砲彈藥刀械管制條例第9條之1第1項之持有制式手槍於公眾得出入之場所開槍射擊一罪等語，尚不足採。

四、撤銷改判部分（即原判決關於被告之罪刑部分）：

㈠原判決就被告持有制式手槍、於公眾得出入之場所開槍射擊之犯行，以「於公眾得出入之場所開槍射擊罪之構成要件，已經包含持有制式手槍，本質上必然互相包含，持有制式手槍之犯行應為於公眾得出入之場所開槍射擊犯行所吸收，不另論罪」為由，就被告部分，僅論以槍砲彈藥刀械管制條例第9條之1第1項之持有制式手槍於公眾得出入之場所開槍射

擊罪，固非無見。

㈡然犯罪行為之各階段行為如均成立犯罪，其低度犯罪行為為高度犯罪行為所吸收而不另成立犯罪者，必其各犯行間，係基於一個犯罪之故意而接續為之，始有吸收關係之適用，如係犯意各別之數個犯罪行為，則無所謂高度行為吸收低度行為或危險犯為實害犯所吸收可言（最高法院91年度台上字第4493號）。又行為人在行為著手後改變其原來主觀犯意，究應視為犯意變更而評價為一罪，或應認係另行起意而論以數罪，應視行為人前、後所實行之數個行為，在法律上能否評價為自然的一行為，及其形式上所合致的數個犯罪構成要件，其彼此間是否具有特別、補充或吸收關係而定（最高法院104年度台上字第1627號）。本件被告於113年9月5日前2至3年間因受讓而持有制式手槍、子彈時，其主觀犯意並不包含將來113年9月5日將之持往公眾得出入之場所開槍射擊，業經詳敘如上，被告係於持有槍、彈之犯行成立後，持有行為繼續之狀態下，因遭他人恐嚇而另行起意將之持往公眾得出入之場所，並進而發生本件開槍射擊事件，本無從認定係出於「同一犯意」所為。

㈢槍砲彈藥刀械管制條例第7條第4項之持有制式手槍罪，與同條例第9條之1第1項之持有制式手槍於公眾得出入之場所開槍射擊罪，並不具有構成要件上之當然包括關係，持有制式手槍並非必然發生於公眾得出入之場所開槍射擊之行為，本屬明確。又該條例第9條之1第1項之罪，其構成要件固然包含「持第7條第1項所列槍砲」，然該罪所稱之持有乃「自始」出於在公眾得出入場所開槍之目的而短暫持有之行為而言，於此情況下本罪即得完整評價「短暫持有」及「在公眾得出入場所開槍」之行為，而無須另就持有手槍部分論罪（本件共同被告黃奎東即為適例）。惟如行為人原出於其他目的持有槍枝，於持有行為繼續中，另行起意持往公眾得出入之場所開槍射擊者，本罪即無從完全評價其持往公眾得出入之場所開槍射擊「前」之持有行為，其犯意既屬各自發

生，即應予以分論併罰。以本案之狀況而言，被告於受讓後持有手槍、子彈之期間，共同被告黃奎東就其持有手槍、子彈之犯行並無任何客觀構成要件之參與，亦無與其共同執持占有之犯意聯絡，自不另構成持有制式手槍、子彈罪，然共同被告黃奎東於113年9月5日，在本件案發地點，「出於在公眾得出入之場所開槍射擊之目的」而「短暫持有」槍彈之行為，與被告有行為之分擔及犯意聯絡，此部分之犯行雖亦有持有之事實，然因犯意單一、實行行為完全合致，共同被告黃奎東因而不另論以持有手槍、子彈之罪。相對而言，被告自113年9月5日前2至3年起持有槍彈之行為，與後續持往公眾得出入場所開槍射擊之行為，並無包含之關係，槍砲彈藥刀械管制條例第9條之1第1項之罪，並無法評價其「先前」持有槍枝之行為，乃原判決就被告之論罪理由部分載稱，持有槍枝與在公眾得出入之場所開槍罪具有構成要件互相包括之必然性，而就被告持有制式手槍罪部分，不另論罪，未說明依卷內證據顯示，被告持有制式手槍與其持槍前往公眾得出入之場所開槍之客觀行為，於時間上相差2至3年，主觀之犯罪之目的亦不相同，何以僅論以吸收犯之一罪，其論罪之理由自有違誤。是以，檢察官上訴指摘原判決關於被告之論罪部分適用法律不當，為有理由，應由本院將原判決關於被告之罪刑部分予以撤銷改判。

㈣被告上訴意旨雖請求適用槍砲彈藥刀械管制條例第9條之1第3項規定：「犯前二項之罪，情節輕微者，得減輕其刑」。然在公眾得出入之場所開槍射擊，除對特定被恐嚇之被害人造成恐懼外，對於在場無辜之第三人同受其害，且通常因為並非行為人尋釁之對象，縱使心理驚恐，亦無從對行為人提出告訴，然此等不顧無辜第三人安危之開槍射擊行為，其對公共危險之危害性影響甚鉅，對社會治安亦造成嚴重之負面印象，且屬製造法所不容許風險之具體危險行為，槍砲彈藥刀械管制條例第9條之1第1項、第2項因而制定相關罪責，以發揮刑罰防衛社會之功能，其立法意旨即在於，單純持有槍

枝雖創造法所不容許之風險，然此等風險於單純持有之狀態下，尚未達於製造具體危險之程度，惟如將所持有之槍枝攜往公共場所或公眾得出入之場所射擊，已屬積極製造具體危險之行為，二者不能等同視之，因而提高處罰刑度。是如具體個案中，行為人在公共場所或公眾得出入之場所開槍射擊所製造之危險明顯高於單純持有之行為時，即為增定本罪所欲規範之對象，實無從再認情節輕微而援引同條第3項之規定，將本罪法定最低刑度減輕至單純持有槍枝罪之法定最低刑度以下，否則即無增定本罪之實質意義。本件依被告、共同被告黃奎東之供述，其等因酒後三巡，在無特定目的之情況下，先後開槍射擊，顯見其等對開槍射擊可能造成第三人危害毫無危機意識，任意在公眾得出入之場所開槍，對於可能因此傷及他人毫不在意，上訴意旨雖稱開槍時間、地點人車稀少，然依監視紀錄翻拍照片，現場離被告幾步之遙處，即有1名身障人士乘坐輪椅正面面對被告（見警卷第129頁至第133頁），除共同被告黃奎東外，至少有4人都在目視可及之範圍，更遑論現場停有數輛汽車，並有其他路過該路段之多部行進中汽車，並無何上訴意旨所指，因人煙稀少而情節輕微之情況，被告請求依上開規定減輕其刑，當無理由。

㈤本件並無「情節輕微」之情況，已如上述，再衡以監視錄影翻拍照片顯示（見警卷第133頁至第139頁），當時在場之1名女性因被告、共同被告黃奎東之開槍行為受有驚嚇，當場掩面蹲坐在地，至其等離去後才敢起身，可見被告、共同被告黃奎東開槍射擊行為，已經造成當場人員感受到生命安全之嚴重威脅，當無何情輕法重而情堪憫恕之處，亦無刑法第59條酌減其刑規定之適用。至於被告對於開槍之動機、目的為何，於偵查中均供稱，因當時處於酒醉狀態而不記得，不知道自己有做這些事，聽人家說才知道（見警卷第7頁）等語，然而，槍枝之擊發須先將子彈裝入彈匣，於擊發前更須拉動滑套上膛，被告辯稱在酒醉不知情之情況下開槍射擊，本無可信，衡以被告供稱，於案發後搭乘計程車返家，因家

中有人前來打掃，擔心遭人發覺，乃將本案2支制式手槍攜往共同被告黃奎東住處藏放（見警卷第9頁至第10頁），並於同日為警在共同被告黃奎東住處執行搜索而查獲，有臺南市政府警察局第四分局搜索扣押筆錄可參（見警卷第71頁至第79頁），足見被告對於開槍射擊之事並非毫不知情，其於行為後亦有藏匿槍枝之事實，並無刑法第19條第1項、第2項之事由存在，再者，依被告供稱：我當天外出時就將槍從房間取出。之後分別放在後腰際及褲子左前方口袋內。（既然只是和朋友去唱歌，為何要帶手槍去？）我之前跟一個高雄人有糾紛，他在臉書說要對我不利，我就帶手槍防身，我去公共場所怕會遇到對方，所以就帶著去臺南大舞廳等語（見警卷第7頁，偵卷第111頁），被告顯然是故意持本案手槍前往現場，而目的在於避免衝突防身之用，則其飲酒縱有影響辨識或控制能力，依同法第3項規定，亦屬自行招致之行為，當無從據以減輕或免除其刑，併予敘明。

㈥爰審酌被告持有本件槍、彈時間約2至3年，並非短暫，其持有之目的原為他人抵償債務，然其同時持有2支制式手槍、多顆子彈，二者可以互相搭配使用，此與單純持有槍枝之情況危害性自屬有異，且被告自陳，平常就會將槍、彈隨身攜帶防身，則其持有之犯罪情節與單純放置在固定處所而無危害第三人安全可能之情況不同，而被告於本件案發時間，與共同被告黃奎東分別持不同制式手槍，在案發之公眾得出入場所開槍射擊，其開槍射擊時，身邊仍有其他人就近在咫尺，對他人生命安全造成威脅，亦使現場之人心生驚恐，此等隨意在公眾得出入之場所開槍射擊行為，本無從過度輕縱。本院念及被告犯罪後尚無矯飾犯行之情況，犯後態度並非惡劣，並斟酌其國中畢業之教育程度，已離婚，育有1名未成年子女，營商維生等家庭生活狀況，暨其前科素行與犯後態度，分別量處如附表所示之刑，並定應執行刑及諭知罰金易服勞役之折算標準如主文第2項所示。

五、上訴駁回部分（即原判決關於沒收部分）：

㈠原判決關於沒收部分已說明：扣案之制式手槍2支（槍枝管制編號：0000000000、0000000000號）及試射剩餘之制式子彈（口徑9×19㎜）15顆等物，均係違禁物，依刑法第38條第1項規定宣告沒收。

㈡經核原判決關於沒收部分之認事用法俱無違誤，是本件關於沒收部分之上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段（僅引用程序法條），判決如主文。

本案經檢察官謝旻霓提起公訴、檢察官林慧美提起上訴，檢察官吳維仁到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　26　　日

刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕

法　官　洪榮家

法　官　吳育霖

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　黃玉秀

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　26　　日

附錄本案論罪科刑法條：

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7年以上有期徒刑，併科新臺幣3千萬元以下罰金。

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，處死刑或無期徒刑；處徒刑者，併科新臺幣5千萬元以下罰金。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第1項所列槍砲、彈藥

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，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1項所列槍砲、彈藥者，得加重其刑至二分之一。
第1項至第3項之未遂犯罰之。

槍砲彈藥刀械管制條例第9條之1
持第7條第1項所列槍砲，於公共場所、公眾得出入之場所開槍射擊或朝公共場所、公眾得出入之場所開槍射擊者，處7年以上有期徒刑，併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。
持第8條第1項或第9條第1項所列槍砲，於公共場所、公眾得出入之場所開槍射擊或朝公共場所、公眾得出入之場所開槍射擊者，處5年以上12年以下有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。但原住民族基於傳統文化、祭儀、非營利自用獵捕野生動物者，不在此限。
犯前二項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。

槍砲彈藥刀械管制條例第12條
未經許可，製造、販賣或運輸子彈者，處1年以上7年以下有期徒刑，併科新臺幣5百萬元以下罰金。
未經許可，轉讓、出租或出借子彈者，處6月以上5年以下有期徒刑，併科新臺幣3百萬元以下罰金。
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。
未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處5年以下有期徒刑，併科新臺幣3百萬元以下罰金。
第1項至第3項之未遂犯罰之。

附表：

編號	罪名	宣告刑
1	洪文峯犯非法持有制式	處有期徒刑伍年貳月，併科罰金

	手槍罪。	新臺幣伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。
2	洪文峯共同犯持制式手槍於公眾得出入之場所開槍射擊罪。	處有期徒刑柒年貳月，併科罰金新臺幣捌萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。