

最高法院刑事判決

112年度台上字第4137號

上訴人 蔡炘辰(原名蔡中仁)

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國112年7月6日第二審判決（112年度上訴字第148號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署110年度偵續字第39號），提起上訴，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，且必須依據卷內訴訟資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，始屬相當。本件原審綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人蔡炘辰(原名蔡中仁)有如原判決事實欄所載，自民國109年4月初某日起至同年4月12日止，非法持有如其附表編號1、2所示具殺傷力之非制式手槍1支及子彈4顆（下稱本案槍、彈）之犯行，因而撤銷第一審之無罪判決，改判依想像競合之例，從一重論上訴人以修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有具殺傷力之槍枝罪，量處有期徒刑3年6月，併科罰金新臺幣6萬元，並為罰金易服勞役之折算標準及相關沒收之諭知，已詳述其憑以認定之證據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、上訴意旨略以：本案發生原因為伊陪女友、少年在路上練習騎機車，警方上前取締少年無照騎機車，當時並無任何急迫

之情形，卻突然無故要求搜索伊之隨身包包，為伊所拒後，仍執意違法搜索，侵害伊之權利，情節重大。原審權衡後認為員警因不諳法律，違法搜索所得之證據有證據能力，無異揭示：任何警務、檢調人員，皆可違法無故、任意攔下任何人，隨意翻找、搜索、扣押人民之身體、私人物品，若拒不予配合即可強行帶至警局，直至翻遍為止。顯然違背民主精神，且違反本院101年度台上字第763號判決所揭示之臨檢搜索應遵守之「一目瞭然原則」，及司法院釋字第535號解釋所指臨檢應遵守比例原則，不得逾越必要程度之旨等語。

三、惟按除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158條之4定有明文。是因違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量容許其作為認定事實之依據，是否有害於公平正義。倘依憲法所揭示之基本精神，就個案違反法定程序情節、犯罪所生危害等事項綜合考量結果，尤以蒐集非供述證據之過程違背法定程序，因證物之型態並未改變，故認容許其作為認定事實之依據，始符合審判之公平正義及公共利益，而不予排除，自不能指為違法。又違法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，亦難謂適當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，自有害於審判之公平正義。因此，對於違法搜索扣押所取得之證據，為兼顧程序正義及發見實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及社會安全之維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即應就①違背法定程序之程度；②違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索扣押之公務員是否明知違法並故意為之）；③違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情

形)；④侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；⑤犯罪所生之危險或實害；⑥禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；⑦偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性；⑧證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力。

四、原判決已敘明：本件係員警丁淦原於109年4月12日16時22分許，因執行取締交通違規勤務，攔停上訴人查證身分後，詢問其是否有施用毒品及何時驗尿，上訴人依丁淦原所請，自行解開側背包之扣子及拉鍊打開一個小口後，即拒絕員警拿取該包包。待前來支援之員警孔慶玉、莊子悅到場後，孔慶玉伸手碰觸上開側背包，認為有硬物，並出言向上訴人告稱：我懷疑有槍等語，孔慶玉、丁淦原即以強制力欲取得本案側背包未果。嗣警車到場後，孔慶玉、丁淦原即將上訴人載往屏東縣政府警察局內埔分局新勢北派出所，上訴人仍拒絕交出本案側背包，並於員警合力將該包包取走後，仍拒絕打開，且質疑員警行為之法律依據，迨孔慶玉自行打開本案側背包後，發現其內有本案槍、彈，而予查扣。是以本案槍、彈乃違法搜索所得，並無疑義。惟依上開查扣本案槍、彈之過程，及員警事後出具之職務報告（見8400號警卷第2至3頁），可知丁淦原本欲以同意搜索之方式為之，而孔慶玉主觀上認為其對上訴人上開側背包內藏有槍枝有合理懷疑，誤認得依警察職權行使法第7條第1項第4款之規定檢查該側背包，上訴人抗拒乃妨害公務之現行犯而予以逮捕。依當時雙方在路邊對峙狀態，上訴人可能隨時取出槍、彈，確有危及員警及其他在場人員產生危險之急迫情況。本案係員警執行交通取締勤務時意外發生，顯非蓄意謀劃，尤以上訴人抗議違法搜索，員警仍毫不避諱繼續錄影，於警詢時筆錄亦記載搜索爭議等情，益證本案員警主觀上尚非明知違法並故意为之，核屬偶發個案，對預防將來違法取得證據效果有限。再者，本件違法搜索所扣得之槍、彈，屬物證性質，具高度不可變性，不因取得程序瑕疵而改變型態或影響可信

性。衡酌槍砲彈藥刀械管制條例之立法目的，係為防制槍枝
氾濫，並維護重大公共利益及維護社會治安。上訴人將具殺
傷力之槍、彈隨身攜帶在外，可隨時取出使用，較之將槍枝
置於住處，對社會治安之危害顯然更大，員警違法搜索雖侵
害上訴人之隱私、財產及身體法益，但所保護之社會治安及
一般大眾之身體、生命法益等公共利益，顯較上訴人個人法
益重大。況員警於查緝中，亦可能因上訴人持有上開槍枝而
發生危險，實尚難僅因有瑕疵之搜索，即忽視本案重大公共
利益之維護，遽認本案扣得之具殺傷力槍、彈，及因此衍生
之鑑定書等事證無證據能力。已就本件因違法搜索而取得之
相關證據經權衡後，何以有證據能力詳加說明、論斷（見原
判決第9至12頁），核無違誤。上訴意旨並未依據卷內資料
具體指摘原判決究有如何不適用法則或適用不當之情形，仍
執原審不採之辯詞，任意指摘原判決違法，顯不足據以辨認
原判決已具備違背法令之形式。揆之首揭說明，其上訴為違
背法律上之程式，應予駁回。

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 112 年 12 月 28 日

刑事第四庭審判長法官 林立華

法官 林瑞斌

法官 李麗珠

法官 陳如玲

法官 王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官 陳廷彥

中 華 民 國 113 年 1 月 2 日