

01 最高法院刑事判決

02 113年度台上字第4521號

03 上訴人 邱蕭煌

04 上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高  
05 等法院中華民國113年7月18日第二審判決（111年度上訴字第387  
06 1號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度偵字第13583  
07 號），提起上訴，本院判決如下：

08 主文

09 上訴駁回。

10 理由

11 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決  
12 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判  
13 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未  
14 依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何  
15 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第  
16 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違  
17 背法律上之程式，予以駁回。至原判決有無違法，與上訴是  
18 否以違法為理由，係屬二事。

19 二、原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職  
20 權，認定上訴人邱蕭煌有如其事實欄（下稱事實欄）一之（一）、  
21 （二）所載犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判  
22 仍論處上訴人犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝、非法  
23 製造可發射子彈具殺傷力之槍枝未遂共計2罪刑；認定上訴  
24 人有事實欄一之（三）所載之犯行，因而維持第一審關於論處上  
25 訴人非法持有子彈罪刑部分之判決，駁回上訴人此部分在第  
26 二審之上訴；就撤銷改判及駁回上訴所處之有期徒刑及罰  
27 金，合併定其應執行刑，以及諭知相關沒收與併科罰金如易  
28 服勞役之折算標準，已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及認

定之理由。並對於上訴人於原審審理時所辯各節，何以均不足以採信，亦於理由內詳加指駁及說明。其所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

### 三、上訴意旨略以：

(一)本件警員未出示搜索票，即壓制上訴人後為搜索，違反搜索法定程序，所扣押之證據應無證據能力。又證人即當日執行搜索之新竹市警察局刑事警察大隊第三分隊隊長陳玉霖、執行搜索之警員嚴智信於第一審審理時之證述，其中究竟於搜索前有無出示搜索票，以及由誰出示搜索票一節，不僅不合於事實，且互相矛盾，並與原審勘驗逮捕、搜索時之錄影檔案所製作之勘驗筆錄(下稱勘驗筆錄)顯示，警員係於壓制上訴人後，始持搜索票虛晃一下，並未真正出示之情形，並不相符。原判決逕採陳玉霖、嚴智信於第一審審理時之證述，認定警方搜索所為合於法定程序，有調查職責未盡及適用證據法則不當之違誤。

(二)警方搜索扣得槍枝零件，卻於扣押後，自行組裝成具有殺傷力之槍枝。又上訴人係自己死亡之同學廖勇量取得3把改造完成的槍枝，而於試射時損壞其中2把，剩餘1把槍枝則將零件拆解予以保留。上訴人另於民國108年在勝利模型店購買2把模型槍，自行貫穿槍管失敗，並已將槍管丟棄，可見其根本無法製造具有殺傷力之槍枝。警員所組裝之編號924、923號槍枝試射比較，所發射竹筷效果完全不同，足認編號924號槍枝明顯不具備殺傷力。僅憑鑑定人員以「檢視法」進行鑑定，無從確認編號924號槍枝能否擊發子彈及是否具有殺傷力。原判決未依上訴人聲請，就扣案槍枝進行實彈射擊鑑定，遽為不利於上訴人之認定，有調查職責未盡及理由欠備之違法。

### 四、惟查：

(一)原判決說明：上訴人於警詢時陳述：警方上前盤查我，同時表明身分，並出示證件、搜索票；於第一審準備程序時陳

稱：警察從背後抓住我，其中一位說他是警察，拿一張紙給我看，上面有寫我的名字和住址各等語，與陳玉霖、嚴智信於第一審審理時證述：其等於搜索前，在上訴人出現後，即上前表明警察身分，並出示搜索票，且告知搜索原因等語，以及勘驗筆錄記載顯示：畫面一開始，上訴人已遭控制坐在地上，陳玉霖手持搜索票，旋將搜索票夾於左手腋下之情一節，均屬一致。以錄影係自上訴人已坐在地上遭警方控制時開始，則嚴智信證述：錄影是在控制上訴人後始開始等語，即屬可信，而陳玉霖既於控制上訴人時，仍手持搜索票，足認警員在控制上訴人時有出示搜索票等旨。因認本件搜索、扣押並未違反法定程序，於法並無不合。此部分上訴意旨，猶任意指摘：警方所為搜索、扣押程序違法，原判決率認搜索、扣押未違反法定程序，且扣案槍、彈具有證據能力，有適用證據法則不當之違法云云，洵非合法之上訴第三審理由。

(二)證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得裁量、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無違法可言。

又一般對於槍、彈之鑑定方法通常有「檢視法」、「性能檢驗法」、「動能測定法」及「試射法」等不同鑑定方式。其中「性能檢驗法」進行殺傷力鑑定時，係實際操作檢測槍枝之機械結構與性能，如槍管、滑套、板機、擊錘、撞針等機械運作、功能，檢驗槍枝射擊功能是否正常，非僅以目測方法鑑定槍枝是否具有殺傷力，且為實務上尤其是對於非制式之改造槍枝普通認同之殺傷力安全鑑定方法。又上述各種殺傷力鑑定方法各有其不同檢驗功能及目的，非謂任何槍、彈均必須踐行前揭各項鑑定方法始能判斷其殺傷力。

刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能犯，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造

成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。所謂「不能發生結果」，係指絕無發生結果之可能而言，此與「未發生結果」，係指雖有發生之可能而未發生者不同。

原判決依憑上訴人所為不利於己之部分供述、陳玉霖等人之證述，並佐以原判決理由欄所載證據資料，相互比對、勾稽，而為前揭犯罪事實之認定。

並進一步說明：事實欄一之(一)所示之「改造手槍」係在上訴人租屋處搜索、查扣，經送鑑定後認為具有殺傷力。事實欄一之(二)部分，係上訴人在購買玩具槍後，意圖貫穿槍管製造槍枝未果，在拋棄槍管後，將剩餘零件拆分留存，經警方查獲拆分槍枝之零件狀態後，由警方以查扣槍枝零件組裝。又上訴人自承：事實欄一之(一)所示改造手槍，係廖勇量交付……(事實欄一之(二)部分)沒有辦法把2把玩具槍做出一把改造手槍出來，就把槍管丟掉，警方查扣時，這把槍是拆開狀態等語。且卷查勘驗結果顯示：警員嘗試組裝之槍枝為2把黑色槍身槍枝(代號A槍及C槍)，而銀色槍身(代號B槍)未經警員組裝。組裝C槍完畢後，警員拿起B槍，將竹筷放入槍管測試，竹筷可彈出，再以C槍測試，竹筷彈出等情，此有卷附勘驗筆錄可憑(見重訴緝字卷二第199、200頁)。而銀色槍枝(B槍)既未經警員組裝，可見警方查扣之銀色槍枝並非零件。原判決認定上訴人非法持有事實欄一之(一)所示改造手槍(B槍)，以及非法製造事實欄一之(二)所示槍枝(C槍)未遂，係原審採證認事職權行使之事項，不得任意指為違法。又衡諸上訴人於原審審理時已自白其改造事實欄一之(二)所示槍枝未果後，將槍枝拆解保留零件。則警方於查獲時，將槍枝零件組裝還原，並未影響上訴人製造槍枝未遂犯行。是原審已本於經驗法則、論理法則及調查所得的其他各項證據，為合理的判斷、取捨，無違證據法則。

原判決復說明：上訴人供述：我技術不夠好，沒有辦法做出(槍)來。當時試著要把槍管貫通，但鑽頭斷在槍管內，所以我就把該槍原本的槍管丟掉等語，因認上訴人自白非法製造

可發射子彈具殺傷力之槍枝未遂犯行，與事實相符之旨。則依上訴人之供述內容，其已著手實行製造行為，係因鑽頭斷在槍管內之障礙，致未能製造完成，並非絕無發生結果之可能，依上述說明，上訴人所為並非「不能未遂」，而屬「障礙未遂」。

此部分上訴意旨，泛詞指稱：原判決認定上訴人非法製造可發射子彈具殺傷力之槍枝，且非屬不能犯，均有違法云云，並非適法上訴第三審之理由。

(三)刑事訴訟法第379條第10款所定依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定者，始足當之。

如事實欄一之(一)、(二)所示改造手槍，經內政部警政署刑事警察局以「檢視法」、「性能檢驗法」鑑定認均係改造手槍，是以仿半自動手槍製造之槍枝，換裝土造金屬槍管而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具殺傷力等情，有內政部警政署刑事警察局鑑定書在卷可參(見偵字第13583號卷二第77頁及背面)。則鑑定既係依扣案槍枝之外型、功能等而認定係屬改造手槍，參諸槍枝只要零件完整，功能正常，衡情自可擊發子彈，並具相當之殺傷力。而本件未扣得適用於事實欄一之(一)、(二)所示改造手槍之子彈，鑑定人員未以適合之扣案子彈，以實彈射擊方法進行鑑定，原判決並以上述鑑定書認定扣案槍枝係屬「可發射子彈具有殺傷力之改造手槍」，且具殺傷力，依上開說明，於法並無不合。況卷查原審審判長於審判期日，詢問尚有何證據請求調查時，上訴人及其辯護人均表示「無」等語(見原審卷第275、276頁)，則原判決引用上述鑑定書，作為認定上訴人犯罪事實所憑證據之一，於法尚屬無違。至於警員於查扣、組裝還原槍枝後，彈射竹筷之目的，係為測試槍枝之擊發功能，並非為鑑定槍枝之殺傷力。此部分上訴意旨執警員彈射竹筷之

01 舉，否認上述鑑定結果，並指摘：原審未囑託就扣案改造手  
02 槍以實彈射擊方法進行鑑定，逕認具有殺傷力，有調查職責  
03 未盡之違法云云，均非合法上訴第三審之理由。

04 五、綜上，上訴意旨係就原審採證、認事裁量職權之適法行使，  
05 或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違  
06 法，或單純就犯罪事實有無，再為爭執，難認已符合首揭法  
07 定之第三審上訴要件。至於其餘上訴意旨，均非確實依據卷  
08 內訴訟資料，具體指摘原判決有如何違背法令情形。本件上  
09 訴均為違背法律上之程式，應予駁回。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

11 中　　華　　民　　國　　113　　年　　12　　月　　19　　日

12 　　　　　　刑事第四庭審判長法官　李錦樑

13 　　　　　　法官　周政達

14 　　　　　　法官　蘇素娥

15 　　　　　　法官　林婷立

16 　　　　　　法官　洪于智

17 本件正本證明與原本無異

18 　　　　　　書記官　杜佳樺

19 中　　華　　民　　國　　113　　年　　12　　月　　23　　日