最高法院刑事判決

114年度台上字第6563號

上　訴　人　尤世偉

宋家源

共　　同

選任辯護人　王柏硯律師

上列上訴人等因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年9月17日第二審判決（114年度上訴字第758號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第25353、38450、52411號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於尤世偉部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（上訴人尤世偉）部分

一、本件原判決撤銷第一審依想像競合犯規定，從一重論處尤世偉犯非法持有制式手槍罪刑，及為相關沒收宣告之判決，改判均依想像競合犯規定，各從一重論處尤世偉犯非法持有制式手槍罪刑（尚犯非法持有子彈罪）、共同攜帶兇器犯首謀在公共場所聚集三人以上下手實施強暴（下稱加重公然聚眾施強暴）罪刑（尚犯恐嚇危害安全罪），及為相關沒收宣告之判決。固非無見。

二、惟按：

㈠未經許可持有槍、彈，一經行為人非法持有，犯罪即已成立，其持有之繼續，係行為之繼續，至持有行為終了時為止。倘於持有槍、彈行為繼續中，始另行起意執該槍、彈犯

罪，其原已成立之持有槍、彈罪與嗣後另犯之他種罪行，即無從認係一行為所犯，而應依刑法第50條規定併合處罰。如行為人為實行特定犯罪而持有槍、彈，並於持有槍、彈後實行該特定犯罪，雖其持有槍、彈之時地與特定犯罪之時地，在自然意義上非完全一致，然二者既有部分重合，且犯罪目的單一，自應認係一行為觸犯數罪名之想像競合犯。至持有槍彈後另犯他罪，應以實質數罪併合處罰，或依想像競合關係從一重處斷，自應視其情節於判決事實明確認定之，並敘明其所由構成之根據，如未為記載，為判決不載理由，其判決當然違背法令。

㈡原判決犯罪事實欄（下稱事實欄）二認定尤世偉與應召女子所屬經紀公司（下稱經紀公司）因價格問題發生糾紛，自民國111年6月4日晚間23時許起，輾轉邀集上訴人宋家源等13人前來尤世偉住處附近。迨至同年月5日凌晨2時14分許，尤世偉未徵詢宋家源，逕自宋家源駕駛之自小客貨車車內取出原判決附表編號（下稱編號）3所示之制式手槍（內裝編號4所示子彈），指向該經紀公司派遣來接送應召女子之告訴人劉謹宸，致告訴人心生畏懼，依尤世偉指示步入死巷，抱頭蹲坐在地。尤世偉旋與經紀公司人員口角，持槍對空射擊3發子彈等旨，因此論以尤世偉犯非持有制式手槍、加重公然聚眾施強暴罪各1罪。惟尤世偉所犯加重公然聚眾施強暴罪，究為其持有槍、彈行為之一部，抑或另行起意而為之？又上開2罪行之間，時間上有無部分重合，應否論以裁判上一罪？凡此，均攸關尤世偉此部分犯行與罪數之認定。乃原判決既未於事實認定明確，復未詳敘其認定數罪併罰之理由，尚不足為判斷其適用法律當否之依據，並有調查未盡及理由不備之違誤。

三、尤世偉上訴意旨指摘及此，為有理由。而原判決上開違背法令之情形影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於尤世偉部分，有撤銷發回更審之原因。至尤世偉被訴不得上訴第三審之恐嚇致生危害於安全部分，原判決認與

加重公然聚眾施強暴罪之間，有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，一併發回。

貳、上訴駁回（宋家源）部分

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。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審審理結果，認定宋家源有如事實欄二所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於此部分依想像競合犯從一重論處非法持有制式手槍罪刑及為相關沒收宣告之不當判決，改判分論併罰，而均依想像競合犯規定，各從一重論處其犯非法持有制式手槍罪刑（尚犯非法持有子彈罪）、加重公然聚眾施強暴罪刑（尚犯恐嚇危害安全罪），並就併科罰金部分諭知如易服勞役之折算標準及就有期徒刑部分定其應執行刑，暨為相關沒收之宣告。已詳敘其調查、取捨證據之結果，及憑以認定犯罪事實之理由。

三、刑事訴訟法第95條規定罪名之告知，乃為保障被告防禦權，由國家課予法院闡明告知之訴訟上照料義務，更是被告在刑事訴訟程序上請求資訊權規定。其中所謂應告知之罪名變更，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，包含量的變更造成質的變更之情形（如包括一罪或裁判上一罪變更為數罪）；而應告知「所犯所有罪名」，除起訴書已記載之罪名外，亦包括依起訴書記載之犯罪事實正確適用時所該當之罪名。法院於其認為起訴書或下級審所確認之犯罪事實無誤，但就所載犯罪事實該當之罪名或罪數有所誤認時，固應踐行告知正確罪名、罪數之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，以確保其受公平審判之權益。惟如被告已知所防

禦，或法院已就正確罪名之構成要件事實為實質之調查，縱疏未告知正確罪名，既對被告之防禦權未造成突襲性侵害，於判決無影響，仍不得據為上訴第三審之適法理由。本件檢察官起訴宋家源涉犯非法持有制式手槍、非法持有子彈、加重公然聚眾施強暴、恐嚇危害安全、意圖供自己或他人犯罪之用非法出借制式手槍、意圖供自己或他人犯罪之用非法出借子彈等6罪嫌，係犯意各別，請予分論併罰。第一審關於非法持有制式手槍、非法持有子彈、加重公然聚眾施強暴、恐嚇危害安全等4罪，認定屬想像競合犯而從一重論處非法持有制式手槍罪刑，另就意圖供自己或他人犯罪之用非法出借制式手槍、意圖供自己或他人犯罪之用非法出借子彈部分，諭知無罪之判決後，檢察官未上訴，宋家源則對於第一審判決有罪部分不服而提起第二審上訴，其上訴理由雖僅指摘第一審判決依刑法第47條第1項累犯規定加重其刑，及未適用刑法第59條規定酌減其刑為不當，然未明示僅就量刑提起一部上訴。原審審判長於審判期日對宋家源告知所犯罪名為「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、同條例第12條第4項之非法持有子彈罪及刑法第150條第1項首謀在公共場所聚集三人以上下手實施強暴罪及同法第305條之恐嚇危害安全罪。原審認成立一罪（詳如起訴書及原審判決書所載），本院認被告二人有可能各成立二罪。」而疏未引用刑法第150條第2項第1款意圖供行使之用而攜帶兇器或其他危險物品犯同條第1項妨害秩序之罪名。然起訴書及第一審判決均記明宋家源所為此部分犯行，係犯刑法第150條第2項第1款、第1項之加重公然聚眾施強暴罪，且原審審判長於審判期日除引用上開起訴書及第一審判決所載罪名以外，並依法詢問第一審判決所載之犯罪事實，宋家源表示「沒有意見，上開客觀事實包含時間、地點、對象、方法等記載均正確。我認罪。」其原審辯護人亦辯稱「客觀事實的部分宋家源都坦承犯行，罪數部分請（請）庭上依法斟（認）酌。」等情，有原審卷內審判筆錄可證。原審於審

判期日已依法踐行罪名與變更罪數之告知程序並進行實質辯論，給予宋家源及原審辯護人充分辯論之機會，不因原審審判長漏未告以刑法第150條第2項第1款罪名，致宋家源訴訟防禦權之行使受有影響。上訴意旨指摘原審未告知刑法第150條第2項第1款之罪名，亦未令宋家源就此為辯論，逕行判決，侵害其防禦權等語，尚非依據卷內資料而為指摘，自非適法之第三審上訴理由。

四、原即持有槍、彈，於持有中始另行起意執該槍、彈犯罪，其原已成立之持有槍、彈罪與嗣後另犯之他種罪行，即無從認係一行為所犯，而應依刑法第50條規定併合處罰。依原判決確認之事實，乃宋家源於108年間某日以不詳方式取得編號1、3所示之槍枝及編號2、4所示之子彈，放置於○○市○○區○○巷0之00號倉庫而非法持有，嗣於111年6月4日晚間23時接獲尤世偉來電，因處理尤世偉與經紀公司糾紛，始起意攜出上開槍、彈，並與尤世偉共同以首謀於公共場所聚集三人以上下手實施強暴等情。則宋家源於原持有槍彈行為1至2年許後，因尤世偉所請，而另行起意持編號1、2之槍彈共同為加重公然聚眾施強暴犯行，即無從依想像競合犯規定論以裁判上一罪。原判決因認宋家源所犯非法持有制式手槍罪與共同犯加重公然聚眾施強暴罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，未依想像競合犯從一重論以非法持有制式手槍1罪，依上開說明，並無適用法則不當之違法。上訴意旨泛言宋家源所犯上開各罪，行為緊密重疊、獨立性薄弱，應論以想像競合犯一罪等語，指摘原判決違背法令，同非合法之上訴第三審理由。

五、依司法院釋字第775號解釋意旨，有關刑法第47條第1項累犯加重本刑之規定，係基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，惟不問情節一律加重最低本刑，致生罪刑不相當或違反比例原則之情形時，法院就該個案應依上開解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。此與被告前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相當，並無必然之關聯。而

法院於審酌是否依累犯規定加重其刑，應依個案情節為衡量，此與刑之量定，同為法院得依職權裁量之事項，倘法院已為適法之裁量，即難遽指為違法。原判決已敘明宋家源本件犯行合於刑法累犯之規定，經具體審酌其犯罪情節與相關事證，說明其如何有刑罰反應力薄弱，尚無依累犯規定加重，致所受之刑罰有過苛之虞之情形，因而依上開規定裁量加重其刑之旨。核屬原審裁量職權之適法行使範圍，既無濫用裁量，自不得任意指為違法。上訴意旨以宋家源所犯前案與本案事實、侵害法益、犯罪類型、行為態樣，均不相同，難認其刑罰反應力薄弱，指摘原判決依累犯規定加重其刑，有適用法則不當之違法等語。核係就原審刑罰裁量職權之適法行使，依憑己見，重為爭執，殊非合法之上訴第三審理由。

六、刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。原判決審酌宋家源之犯罪情狀，認與上開規定之要件不合，已敘明不予酌減其刑之依據及理由，無違法可言。至個案情節不同，自無從比附援引，執另案判決結果，資為指摘原判決違法之論據。上訴意旨列舉已裁量酌減其刑之另案裁判，並主張：宋家源無持槍彈犯罪之前科，本件因陪同尤世偉處理與經紀公司消費糾紛，而攜帶本案槍彈，出於發洩情緒而對空鳴槍，未傷害他人或危害社會，且其犯後坦承犯行，與告訴人達成和解並賠付金錢，本件實有情輕法重之憾，指摘原判決未酌減其刑，有不適用法則之違法等語。核係對原審裁量職權之合法行使及原判決已說明之事項，或援引另案判決，以自己之說詞、持不同評價，所為指摘，均非上訴第三審之適法理由。

七、依上所述，宋家源關於非法持有制式手槍、非法持有子彈、加重公然聚眾施強暴部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。至宋家源想像競合犯刑法第305條恐嚇危害安全罪，核

屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴於第三審法院之案件，且無同項但書規定得提起第三審上訴之情形。本件得上訴之部分，既應從程序上予以駁回，關於恐嚇危害安全部分，自無從為實體上之審判，應一併駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　25　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

法　官　高玉舜

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　3　　日