最高法院刑事判決

115年度台上字第1451號

上　訴　人　鄭穎聰

選任辯護人　高明哲律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月17日第二審判決（114年度上訴字第5571號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第60861號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審之有罪判決，改判仍論處上訴人鄭穎聰犯非法持有非制式鋼筆槍罪刑及沒收之宣告，固非無見。

二、惟查：

(一)由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項前段定有明文，即所謂「不利益變更禁止原則」，其意義在於被告不會因害怕被第二審改判較重之刑而畏懼上訴，保障其上訴權之行使。其所謂「不利益」，應從第一審及第二審判決主文所宣告之刑(刑名及刑度)形式上比較外，尚須由總體之綜合觀察，將上下審級之判決為對應比較，凡使被告之自由、財產、名譽等受較大損害者，即有實質上之不利益；而緩刑宣告，本質上無異恩赦，有消滅刑罰權之效果，故在法律上或社會上之價值判斷，顯對被告有利，若無同條項但書所定原審判決有「適用法條不當」之例外情形，第二審於撤銷第一審判決後之量刑，未再與第一審為相同之緩刑宣告，即屬不利益變更。又符合刑法第74條第1項之規定，法院為刑之宣告時，認「以暫不執行為適當」者，得宣告緩刑；所謂「以暫不執行為適當」，係指法院需審酌刑罰目的並考量行為人

與行為之所有情況，基於一般預防功能與再社會化作用等因素為綜合評價，所為裁量之決定，並非得以任意或自由為之，仍須符合所適用法律授權目的，且受法律秩序理念所規範，不得違反比例、平等原則。從而，法官對於被告受刑罰之宣告後，可能受到之警惕作用或自新能力，必須進行合乎事理之預測，而為合義務性裁量。

(二)原判決事實及理由均認定上訴人於民國113年2月4日某時許，在購物平臺購買名稱為「斧頭幫穿雲箭」之非制式鋼筆槍4支(下稱本案槍枝)時，因誤認為玩具槍，主觀上無非法持有之犯意，上訴人係迄同年10月24日，因看到公視新聞於同日晚上7時31分發布標題為「中製玩具穿雲箭改造後殺傷力大，警要求國內電視平台下架」之新聞(下稱公視新聞)後，自斯時起迄同年11月28日為警查獲時止非法持有本案槍枝等情，並以第一審誤認上訴人非法持有本案槍枝之時點，作為撤銷第一審判決之原因(見原判決第1至2、11至12頁)。如無訛，原判決認定上訴人非法持有本案槍枝之時間為「113年10月24日至同年11月28日」，相較於第一審判決所認定之「113年2月4日至同年11月28日」，上訴人非法持有之時間已有相當之減縮(因係就檢察官起訴繼續犯之事實為一部減縮，僅於理由說明，而非為不另為無罪之諭知)，原判決就上訴人被訴非法持有本案槍枝實質上一罪之犯罪事實之認定範圍，已較第一審判決之判斷為相當之減縮，而所適用之論罪法條，形式上與第一審並無不同，檢察官並未就第一審判決提起上訴，上訴人上訴第二審之理由並已經原審部分肯認而為上訴人有利之認定，苟無其他應加重量刑之因素，原則上原審自應量處較第一審為輕之刑，且於撤銷第一審判決之刑後，若維持與第一審判決相同之宣告刑，甚且將第一審判決所宣告之緩刑亦一併撤銷，顯然對上訴人不利，自應就第一審判決有何「適用法條不當」情形，說明其認定之理由，始不違反上開之「不利益變更禁止原則」。乃原判決撤銷第一審判決，改判仍科處與第一審判決相同之宣告刑且未

同為緩刑宣告，顯有實質上之不利益變更之情形。究竟第一審判決有何「適用法條不當」情形？原審認定之事實已較第一審為相當之減縮，何以毋須量處較輕之刑？上訴人所受刑罰宣告，如何難以期待其有受到警惕作用或自新能力之可能而不符「以暫不執行為適當」而可認為不符合緩刑宣告之要件？原判決並未說明其具體之裁量理由，逕以上訴人在原審否認犯罪為其唯一之理由，而仍科處與第一審相同之刑並將第一審宣告之緩刑亦予撤銷，致本院無從判斷原判決之量刑是否違反不利益變更禁止原則，自有理由欠備之違誤。

三、以上為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，且原判決上述違背法令之情形，已影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　5　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

法　官　洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　10　　日