

# 最高法院刑事判決

115年度台上字第243號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官郭昭吟  
被告 于敬聖

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年8月12日第二審判決（113年度上訴字第6621號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第33073、50324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。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。

二、本件原判決以公訴意旨略以：被告于敬聖基於製造、持有具有殺傷力之鋼筆槍、非制式手槍、具有殺傷力之制式子彈之犯意：(一)於民國111年7月19日前某日，以電鑽及鑽頭貫通槍管，加裝彈簧、拉環及鐵棒作為擊發裝置，製造可發射金屬或子彈之鋼筆槍（下稱扣案鋼管）3枝，並因無殺傷力而未遂。(二)於111年7月初某日，以不詳代價，向真實姓名、年籍不詳之成年男子「阿得」取得具有殺傷力之非制式手槍1枝及具殺傷力之制式子彈5顆（下稱扣案手槍、子彈）而持有之。因認被告涉犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第5項、第1項之未經許可製造具有殺傷力鋼筆槍未遂罪、同條例第7條

01 第4項、第12條第4項之未經許可持有改造手槍、子彈罪等罪  
02 嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告有上開公訴意旨所指  
03 犯行，因而撤銷第一審有罪之科刑判決，改判諭知無罪等旨  
04 。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

05 三、檢察官上訴意旨略以：

06 (一)本件承辦員警是以偽造文書之非法方法騙取本案搜索票、拘  
07 票，確非法之所許。然檢察官已對該承辦員警另行提起公  
08 訴，且承辦員警之目的在於取得毒品績效，並非槍彈，而無  
09 違法取得槍彈意圖。且本件所扣押之物危害整體社會治安甚  
10 鉅，於公共利益影響甚大，合乎抑制重大犯罪之要求及維護  
11 公共利益之需要，經權衡後，應認不在證據排除之列，而有  
12 證據能力。況且，於聲請搜索時，即便將承辦員警所偽造之  
13 「門號雙向通聯紀錄」完全排除在外，單憑「具名檢舉人之  
14 檢舉筆錄、LINE對話紀錄及匯款證明」，亦未必無法取得搜  
15 索票及拘票。從而，若以正當合法方式聲請，亦有取得搜索  
16 票、拘票之高度蓋然性。原判決未予斟酌權衡，即予排除扣  
17 案鋼管、手槍、子彈之證據能力，並判決被告無罪，有判決  
18 不適用法則及理由不備之違法。

19 (二)本件扣案手槍、子彈均屬違禁物，檢察官亦於起訴書中聲請  
20 宣告沒收。從而，原判決雖判決被告無罪，仍應將扣案手  
21 槍、子彈宣告沒收。原判決未予宣告沒收，復未說明不予沒  
22 收之理由，有已受請求事項未予判決及理由不備之違法。

23 四、惟按：

24 (一)對於違法搜索扣押所取得之證據，除法律另有規定外，為兼  
25 顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就基  
26 本人權之保障及公共利益之均衡維護，依刑事訴訟法第158  
27 條之4之規定，本比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判  
28 斷。亦即宜就1.違背法定程序之程度。2.違背法定程序時之  
29 主觀意圖（即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意  
30 為之）。3.違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊  
31 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，以決定應否排除證據能力。本件原判決已敘明員警王彥仁接獲冷平之、吳芮萍之檢舉，認冷平之、吳芮萍曾向被告購買2次毒品。王彥仁雖調取通信紀錄，但發現無法勾稽冷平之、吳芮萍所指購毒情節，乃偽造不實之通聯紀錄，並持以報請檢察官許可後，向第一審法院聲請搜索票獲准，進而扣得扣案鋼管、手槍及子彈。因搜索票係王彥仁惡意偽造證據，已影響法院審查合法與否之正確性，而破壞令狀原則，並侵害被告之隱私權、居住權等憲法基本權利，屬重大違法；且若僅因槍砲案件所生危害非屬輕微，即容許公務員以此等重大違法手段執行搜索，將無法預防將來違法取得證據；佐以警方並未妥善保存執行搜索、扣押時之蒐證錄影，影響被告防禦權等情狀，因認依刑事訴訟法第158條之4權衡結果，應排除扣案鋼管、手槍及子彈之證據能力等旨（原判決第6至12頁）。經核於法並無不合。檢察官上訴意旨「(一)」所指，係就事實審法院權衡扣案證據有無證據能力之職權行使，以自己之說詞，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

(二)刑事訴訟並不容許國家以不擇手段、不問是非及不計代價的方法來發現真實，故對於偵查機關因違背法定程序所取得之證據，除法律另有規定外，法院應依刑事訴訟法第158條之4之規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以決定有無證據能力。又證據經法院依前開規定認無證據能力予以排除者，依違法證據排除理論之解釋，訴訟中法院應無視該證據之存在，僅能以其餘有證據能力之證據，作為認定被告是否有罪之依據。基此，倘法院認定該證據無證據能力而予以排除，並因訴訟中無視該證據之存在，而未於判決中敘明不予沒收之理由，乃違法證據排除理論解釋下之必然結果，並無已受請求事項未予判決或理由不備之違法可指。況檢察官倘

01 認該證據屬違禁物，之後仍可依刑法第40條第2項、刑事訴  
02 訟法第455條之34等相關規定，依法聲請單獨宣告沒收，亦  
03 不至使被告因此保有不法所得。本件原判決依刑事訴訟法第  
04 158條之4權衡結果，排除扣案鋼管、手槍及子彈之證據能力  
05 後，認依卷存其餘證據，不能證明被告有公訴意旨所指犯  
06 行，而為被告無罪之諭知等旨（原判決第12頁）。經核於法  
07 並無不合。檢察官上訴意旨「(二)」所指，係誤解違法證據排  
08 除理論，同非適法上訴第三審之理由。

09 五、綜上，檢察官之上訴違背法律上之程式，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 115 年 4 月 1 日

12 刑事第七庭審判長法官 林瑞斌

13 法官 洪兆隆

14 法官 高文崇

15 法官 陳芃宇

16 法官 吳冠霆

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官 王怡屏

19 中 華 民 國 115 年 4 月 7 日