最高法院刑事判決

110年度台上字第2221號

上　訴　人　黃政瑋

選任辯護人　鄭勵堅律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年6月17日第二審判決（107年度原上訴字第123號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第4308、4309、4310、4311、4317、4318、5513、7194、7611、8056號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於如其附表五編號13所示非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑部分撤銷。

黃政瑋犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑參年，併科罰金新臺幣伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如其附表七編號4所示之改造手槍壹支沒收。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷自為判決部分（即非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑部分）：

一、本件原判決事實六、七認定：上訴人黃政瑋於民國104年8、9月間之某日時許，因某客人「陳春雄」前來其新竹市○○○路、○○路口旁滿天星檳榔攤之住處內，離去時留有紙袋，上訴人打開後，發現其內放置具殺傷力之改造手槍1枝（槍枝管制編號：0000000000號），其明知具有殺傷力之改造手槍，係槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款所列管，不得持有，竟將之藏置在住處廁所旁邊門上夾縫內，建立自己支配關係而未經許可非法持有之。嗣員警獲報，於105年4月20日將上訴人拘提到案，經其同意搜索後，扣得如原判決附表（下稱附表）七編號4所示之改造手槍1支等情，因而撤銷第一審科刑之判決，論處上訴人非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑，係依憑上訴人於偵查、第一審之自白，及扣案槍枝經送內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）

鑑定結果，認由仿半自動手槍製造，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，具殺傷力之改造手槍，有該局105年5月24日鑑定書可按。並以上訴人雖於原審翻異前供，改稱並不知道該手槍具有殺傷力云云，係如何不足採，而應以上訴人先前之自白，為真實可信。復敘明槍枝殺傷力之鑑定，非必以試射為唯一之鑑驗方法，如依性能檢驗法實際操作送鑑槍枝之機械結構與功能，經檢測後認其結構完整，且擊發功能良好正常，可供擊發適用子彈使用，為其具有殺傷力之研判，苟非鑑定有未盡確實或欠缺完備情事，即不得以未經實彈射擊鑑測，遽認其鑑定結果為不可採取。本件送驗之鑑定機關，均具備鑑定槍、彈之專業人員、設備及技能，其鑑驗方法、過程及結論，上訴人又未指出有何顯然不當之情形，自可採為本件認定該改造手槍具有殺傷力之依據，上訴人聲請就扣案改造手槍再為實射鑑定，即無調查之必要。因認上訴人此部分之犯罪事實所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪。又上訴人雖主張有供出槍枝來源係綽號「陳春雄」之人，應有槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4 項減免其刑規定之適用。惟依上訴人所述，經原審就此函詢前揭各偵查機關結果，均無從依上訴人所陳查緝「陳春雄」之人到案，並不符上開減免其刑之規定。再以上訴人一併為警搜索扣得之彈匣2個、槍枝滑套1個、槍管1 支等物，經鑑定結果並非槍砲主要組成零件，也非前揭改造手槍之附屬零件，有刑事警察局109年4月6日函、內政部109年4月9日函可按，第一審認此為附屬零件，一併與改造手槍依違禁物之規定為沒收，其認事用法即有未合。乃將第一審關於此部分之不當科刑判決撤銷，適用上開法條並以行為人責任為基礎，審酌一切情狀論處上訴人非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑，暨諭知扣案如附表七編號4所示改造手槍1支為違禁物應予沒收。經核其認事用法除後述部分外，原無不合。

二、上訴意旨略以：原判決認定上訴人犯有如其事實欄六即附表

五編號13所示之非法持有可發射子彈具殺傷力槍枝罪，然所僅憑之刑事警察局105年5月24日鑑定書，並未依司法院釋字第669 號解釋理由意旨，指明該改造手槍究具有何殺傷力，且即便在使用適用子彈擊發下，擊發功能正常，但究竟有何殺傷力亦未予說明；復未就該槍枝客觀上在最具威力之適當距離，以彈丸可穿入人體皮肉層之動能基準單位面積是否已達於每平方公分20焦耳以上一節予以實測說明。而上訴人據此多次具狀向原審聲請重新以實際試射方式（動能測試法）進行鑑定，以確認該槍枝發射子彈之單位面積動能是否可達上開具殺傷力之基準。原審就此重要證據並未調查釐清，致該槍枝客觀上有無殺傷力之事實未臻明瞭，仍遽行判決，且未記載如何認定具有殺傷力之理由，亦未再調查上情，自有證據調查未盡及理由不備之違法云云。然原判決已於理由四、說明：本件送驗之鑑定機關，係具備鑑定槍、彈之專業人員、設備及技能，其鑑驗方法、過程及結論，上訴人又未能指出有何無顯然不當之情形，自足採為本件認定該改造手槍具有殺傷力之依據，況本件為改造手槍，並未扣得適當子彈可供該槍枝實際試射，鑑定機關自無從為實射鑑定，若要自行訂製適用子彈進行實射，其正確性反更令人質疑。故上訴人徒以未經實際試射為由，質疑鑑定之正確性，尚非有據，其聲請就扣案改造手槍再為實射鑑定部分，亦屬無從調查等旨（見原判決第9 、10頁）。此係原審踐行證據調查程序後，本諸合理性自由裁量所為證據評價之判斷，既未違反經驗法則或論理法則，要不能認有何違法。至司法院釋字第 669 號解釋，其理由所援引之司法審判實務作為判斷槍械具殺傷力之動能基準，其意乃在就據以認定槍砲是否具有殺傷力為該各罪之構成要件，為受規範者所得預見，亦得經司法審查予以確認，而與法律明確性原則無違所為之闡釋，尚與應以實際試射等何種鑑定方式進行，始可確認有無殺傷力無關。此部分上訴意旨，係就原判決已說明事項，或屬原審採證認事之職權行使，徒憑己見而為事實上之爭辯，任意指摘原判

決有證據調查未盡及理由不備之違法，自無可取。

三、惟按，行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。上訴人行為後，槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款、第7條第1項、第8條第1項、第4項，業於109年6月10日修正公布，並於同年6 月12日施行。修正前第4條第1項第1 款原規定：「槍砲：指火砲…及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。」修正後則規定：「槍砲：指『制式或非制式』火砲…及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。」第7條第1項、第8條第1項亦配合增列「制式或非制式」文字，第8條第4項則酌作文字修正，將「槍枝」統一修正為「槍砲」用詞。而依行政院所提「槍砲彈藥刀械管制條例部分條文修正草案」之立法說明，有關槍砲定義之修正，係「鑒於現行查獲具殺傷力之違法槍枝，多屬非制式槍枝，可遠距離致人死傷，且殺傷力不亞於制式槍枝，對人民生命、身體、自由及財產法益之危害，實與制式槍枝無異；另因非制式槍枝之取得成本遠低於購買制式槍枝，且製造技術門檻不高、網路取得改造資訊容易，導致非制式槍枝氾濫情形嚴重，若區分制式與否而分別適用第7 條或第8 條處罰，將使不法分子傾向使用非制式槍砲從事不法行為，以規避第7 條較重之刑責，無異加深不法分子大量使用非制式槍砲之誘因，爰為有效遏止持非制式槍砲進行犯罪情形，非制式槍砲與制式槍砲罪責確有一致之必要。」、「為使違法槍砲之管制作為更臻嚴密，並遏阻非制式槍砲氾濫情形，以確保人民之生命、身體、自由及財產安全，爰修正第4條第1項第1 款之槍砲定義，使特定類型槍砲之管制範圍明確及於所有具殺傷力之制式及非制式槍砲，且有違法製造等行為，不論標的為制式或非制式槍砲，皆應依特定類型管制槍砲之處罰規定進行追訴。」並於立法說明補充「至於原司法實務所指其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲，即非制式手槍部分之見解，自因本次修法變更槍砲之定義，

本於具體個案審酌是否繼續適用。」是綜依上開修正後之條文用語及立法者之意思，新法施行後，行為人倘經認定持有槍砲彈藥刀械管制條例第7條第1項所列具殺傷力之特定類型槍枝（如衝鋒槍、步槍、手槍等），不論是制式或非制式槍枝，亦不問非制式槍枝其殺傷力是否與制式槍枝相若，概依同條第4項規定（法定刑為5年以上有期徒刑等）處罰，而不再依較輕之同條例第8條第4項所規定之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲（法定刑為3 年以上有期徒刑等）論處。

四、查上訴人所持有者係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，而具有殺傷力之改造手槍。依修正後之槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款規定，自屬非制式手槍，本即應依同條例第7條第4項規定論處，而不能再論以同條例第8條第4 項所規定之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲罪。惟與上訴人於105年4月20日經查獲時所適用槍砲彈藥刀械管制條例第 8條第4 項之規定比較結果，修正前之規定較有利於上訴人，當應適用行為時法。原判決認上訴人所持有之本件改造手槍，因無相關可供適用之子彈實際試射，僅能以性能檢驗，其殺傷力與修正後第7條所規範之類型有別，應屬修正後第8條所規範之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝類型，且修正後槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項僅就統一槍砲之用詞酌作文字修正，刑度並未變更，無新舊法之比較問題，應依一般法律適用原則，逕行適用現行之規定，乃認上訴人此部分所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪等語，所為論述與修法意旨不符，自有不適用法則及適用不當之違法。上訴人此部分之上訴意旨，係就原審採證認事職權之適法行使，暨於判決理由已經說明之事項，徒憑己意任為指摘，固不足採。惟原判決既有上開違誤，且不影響於事實之確定，本院可據以為裁判，爰將原判決關於前揭罪刑部分撤銷改判，審酌上訴人

此部分犯罪之一切情狀，仍宣告與原判決所處相同之刑及沒收，如主文第二項所示，並諭知罰金如易服勞役，以新臺幣1,000元折算1日之標準，以期適法。

貳、關於加重重利未遂罪部分：

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。本件經原審審理結果，認上訴人有原判決事實欄所載加重重利部分之犯行，均事證明確，因而撤銷第一審關於上訴人此部分之科刑判決，改判論以上訴人犯如其附表五編號4、6及9 所示之加重重利未遂罪刑，並諭知相關之沒收、追徵。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、上訴意旨略以：刑法第344條之1規定之加重重利罪，本質上具有反覆、延續實行之特徵，立法時予以特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素。而參以上訴人所犯附表一之行為時間集中，並持續實行同種類複次行為，應將該部分事實所涉之全部行為歸為一個，以包括一罪予以評價。故上訴人就原判決所認定之加重重利未遂罪部分提起上訴，基於審判不可分之法理，其效力亦及於屭通重利罪部分。而原判決遽以刑法第344 條規定之重利罪，應按行為人金錢消費借貸契約之件數，計算其所犯罪數，未對上訴人之行為合為包括一罪予以論斷，自有適用法則不當之違法。

三、惟查：第三審法院應以第二審判決所確認的事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否，觀諸刑事訴訟法第394條第1項前段規定即明。犯罪態樣究竟屬於集合犯、接續犯之包括的一罪，或單純可以獨立成罪的情形，抑或係基於一個意思決定，一個實行行為，發生侵害數個法益的結果，而屬想像競

合犯的一行為，或出於各別犯意，為先後可分、各具獨立性、侵害不同法益，應數罪併罰的數行為等各情，俱屬事實審法院採證認事職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。原判決於其事實欄一、 、ŋ及 等部分既已認定上訴人與陳玉樹共同基於重利之犯意聯絡，由陳玉樹在報紙分類廣告欄刊登小額借款廣告，並與借貸者聯繫負責放款，上訴人則向借貸者收取本金及利息之分工方式，趁附表一編號3—、4—、6— 所示龍定衫、陳筱鈴及范棋敏（原名范淑惠）等人無借款經驗，又亟需資金周轉之急迫情形，分別貸與各該款項，約定並收取與原本顯不相當之重利。嗣因其等無力償付本息，竟共同施以潑灑油漆、一同駕車將范棋敏帶往新竹縣寶山鄉寶山水庫產業道路旁，由陳玉樹動手對范棋敏揮打巴掌等加重重利之強暴、脅迫行為等情，並於理由五、說明：利息既係由本金支分出之從權利，故在刑法修正刪除連續犯與常業重利罪之規定後，刑法第344 條規定之重利罪，即應按行為人金錢消費借貸契約之件數，計算其所犯罪數，故附表一所示貸放款項後，其後雖有再次收取重利行為，惟該各次收取重利均本於該金錢消費借貸契約而生，僅能論以接續犯之一罪。又按以強暴、脅迫、恐嚇、侵入住宅、傷害、毀損、監控或其他足以使人心生畏懼之方法取得前條第1項之重利者，處6月以上5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以下罰金，刑法第344條之1第 1項定有明文，考其立法理由意旨已闡明行為人如以取得重利為目的，而以強暴、脅迫、恐嚇、侵入住宅、傷害、毀損、監控或其他足以使人心生畏懼之方法為之者，縱其行為尚合於傷害罪、妨害自由罪、強制罪、恐嚇危害安全罪或侵入住宅罪等情形，然已結合為刑法第344條之1第1 項之加重重利罪，不再論以上開各罪，故前述事實欄一 、ŋ、 所示各次加重重利行為所涉及之強暴、恐嚇、脅迫、毀損等行為方法，自不另論罪。又上開各部分既係因皆有貸放款項之重利行為，而基於單一犯罪決意，利用同一事由反覆予以催討，

各應視為數個舉動之接續施行，此部分前階段之重利行為與後階段以不法手段取得重利之加重重利行為，合為包括之一行為予以評價，而論以較重之刑法第344條之1第1項、第2項之加重重利未遂罪之接續犯始為合理。因認上訴人所犯上開事實一附表一編號3-一、4-一、6-一部分3次加重重利未遂罪，與其他圔通重利罪，均犯意各別、行為互殊，應予分論併罰。上訴人辯稱前揭所犯重利數罪應祇論以接續犯之單純一罪云云，並不足採之旨（見原判決第10至12頁、第15頁ě）。經核其所為論斷，均與卷證資料相符，且為事實審法院採證認事之適法職權行使，上訴意旨指摘原判決有適用法則不當之違法，自非合法上訴第三審之理由。

四、綜上，上訴意旨仍執陳詞，就原判決已說明事項，再為爭辯，要非合法之上訴第三審理由，其此部分上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

參、關於圔通重利、恐嚇危安及聚眾賭博等罪部分：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。上訴人聲明就上開之罪亦全部提起上訴，惟該部分各罪，原審法院仍係維持第一審所為論罪科刑之判決，自核均屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。依上揭說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，上訴人猶對此部分提起，顯非法所許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第398條第1款，修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項，刑法第2條第1項前段、第2項、第11條前段、第42條第3項、第38條第1項，判決如主文。

中　華　民　國　110　年　3　月　31　日

刑事第二庭審判長法　官　林　勤　純

法　官　王　梅　英

法　官　楊　力　進

法　官　吳　秋　宏

法　官　莊　松　泉

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　9　　日

附錄論罪條文：

修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項、第4項

未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第4條第1項第1 款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或5年以上有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第1項所列槍枝者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣7百萬元以下罰金。