

最高法院刑事判決

111年度台上字第3032號

上訴人 蘇裕祥

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國111年3月10日第二審判決（111年度上訴字第35號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署109年度偵字第5453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、原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人蘇裕祥有如其犯罪事實欄所載犯行，因而維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處上訴人未經許可持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑，及諭知相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。原判決就採證、認事、用法及量刑，已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由。對於上訴人所辯各節，何以均不足以採信，亦於理由內詳加指駁。核原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、關於附帶搜索與同意搜索競合時之法律適用及程序遵守，雖刑事訴訟法未明文如何處理。惟刑事訴訟法第130條規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、

01 犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索
02 其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸
03 及之處所。」此即學理上所稱之「附帶搜索」。立法者允許
04 附帶搜索之主要理由，其一是被以強制力拘提、逮捕（下稱
05 拘捕）之人可能有攜帶武器等危險物品，故基於防範其於被
06 執行拘捕時，持觸手可控制之危險物品加以對抗，而危及自
07 身、執法人員或公眾安全之考量；其二則在於避免被拘捕對
08 象湮滅隨身攜帶之證據或得沒收之物。故就被拘捕對象之身
09 體、隨身物品、其使用之交通工具及其立即可接觸到之處所
10 ，均容許納入盤點搜索之範圍。然附帶搜索並非漫無限制，
11 必須以「被拘捕對象所能立即控制」者為其適法性之界線。
12 以被拘捕者使用之交通工具為例，為免附帶搜索範圍過廣，
13 應限於「被拘捕對象所能立即控制」之空間，包括座位附近
14 及其置放行李等處，以排除一旦其所搭乘者若為捷運、公車
15 、火車等大眾交通工具，即可不設限制搜索整個車廂此一明
16 顯不合理情形發生，俾免侵害無辜第三者權益。可見附帶搜
17 索係以強制力干預人身自由、財產之強制處分，其本質係違
18 反了被搜索者之自由意志。此與刑事訴訟法第131條之1所定
19 ：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票
20 。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。
21 」之同意搜索，此情形並未違反被搜索者之自由意志者，迥
22 然有別。析言之，附帶搜索與同意搜索雖同為無令狀搜索之
23 類型，惟兩者就有無違反被搜索人自由意志之本質而言，係
24 互斥關係。是以，員警若已依法拘捕犯罪嫌疑人或被告，則
25 於「被拘捕對象所能立即控制」之範圍內，本得實施具強制
26 力之附帶搜索，無待被搜索者之同意，縱被拘捕之對象此時
27 出於自願而同意搜索，形式上同時存在附帶搜索與同意搜索
28 之競合情形，仍應適用具強制力之附帶搜索規定，無須適用
29 上開關於同意搜索之規定，而要求執行人員須出示證件，並
30 將被搜索者同意之意旨記載於筆錄，不可不辨。

31 1. 原判決載敘：依據證人即上訴人之友人張閔傑證稱：其於事

發時在場有看見上訴人被多位員警拘捕壓制，員警並有翻查上訴人之背包；證人即員警朱獻堂、曾智宏證稱：伊當天和員警許金派、曾智宏共同拘提上訴人後，即控制上訴人之行動及控制上訴人所隨身攜帶之背包，查看其身上有無危險物品，並待支援警力到達後，附帶搜索該背包各等語，佐以卷附之員警職務報告（記載員警拘提並控制上訴人時，有請求其他警力支援，支援警力到達後即對上訴人執行附帶搜索，當場於隨身背包內查獲扣案槍彈等證物等情）、拘票、搜索扣押文件（記載係執行附帶搜索），以及扣案改造手槍1支及子彈14顆（下稱扣案槍彈）等證據資料，可見上訴人為警拘提並控制人身與隨身背包後，待支援警力到場進行附帶搜索而開啟該背包，因而查獲扣案槍彈，並未違反刑事訴訟法第130條附帶搜索之規定，上訴人主張本件有違法搜索情事，顯非可採等旨。已說明員警依法拘提上訴人時，於「上訴人所能立即控制」之範圍內，實施具強制力之附帶搜索，並非進行同意搜索，故無待上訴人同意之理由。依上開說明，並無不合。

2. 上訴意旨主張員警以強制力搜索後，強迫其在同意搜索之筆錄簽名，未踐行同意搜索之合法程序，為非法搜索，自不能以扣案槍彈為本案之證據等語，泛指原判決將扣案槍彈採為判決基礎，有採證認事違背證據法則之違法，並非上訴第三審之合法理由。

四、

（一）司法院釋字第775號解釋揭示，刑法第47條第1項所規定關於累犯加重本刑部分，其不分情節，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，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符罪刑相當原則。是以，法院就個案應依司法院釋字第775號解釋意旨，衡量所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，斟酌各項情狀，

包括被告所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、是否易科罰金或易服社會勞動）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等情，綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重最低本刑。

(二)本院刑事大法庭於民國111年4月27日以110年度台上大字第5660號裁定：「被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。」該大法庭裁定除因依法院組織法第51條之10規定，對提案庭提交之案件有拘束力外，基於預測可能性及法安定性之精神，並無溯及既往之效力。故該大法庭裁定宣示前各級法院所踐行之訴訟程序及裁判，與該大法庭裁定意旨不符者，尚無從援引為上訴或非常上訴之理由。是以，於該大法庭裁定宣示前，下級審法院在檢察官未主張或盡其舉證、說明責任之情形下，業依職權調查，因而論以累犯，本乎前科形成累犯處斷刑或作為宣告刑事由之裁量，只須滿足其一，其評價即足，上級審法院自不能據以撤銷原判決。此為本院最近統一之見解。

1.原判決載敘：上訴人前因竊盜、妨害自由、違反毒品危害防制條例、贓物等案件，分別經法院判處有期徒刑4月、3月、6月、4年（共7罪）、3年10月、5月、6月、7月、8月確定。前開案件並經法院裁定定其應執行有期徒刑8年8月確定（下稱甲案）。又因違反毒品危害防制條例案件，經法院判處有期徒刑6月確定（下稱乙案）。前開甲、乙兩案與另案殘刑接續執行，甫於108年7月31日縮刑期滿執行完畢出監。上訴人於上開徒刑執行完畢後5年內再犯本件犯行，符合刑法第47條第1項所定累犯之要件，參酌司法院釋字第775號解釋意旨，上訴人於本件犯行之前，既曾有多次科刑執行紀錄，於出監後仍不知悔改，擁槍自重，顯然對於刑罰之反應力薄弱，

認依刑法第47條第1項之規定加重其刑，並未使其等所受刑罰超過其所應負擔之罪責而違反比例原則及罪刑相當原則之情況，爰加重其刑等旨。原判決已說明本乎前科形成累犯之處斷刑或作為宣告刑事由之裁量，論以累犯並加重其刑之理由。且該構成累犯之前科、素行資料，原判決並未列為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項，自無重複評價之問題。依上開說明，並無不合。

2. 上訴意旨泛指原判決依累犯規定加重其刑，有適用法則不當之違法等語，並非適法之上訴第三審理由。

五、槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項之規定，係刑法第62條前段之特別規定，其適用乃以犯該條例之罪自首，並報繳其持有之全部槍砲、彈藥、刀械，或雖已移轉持有而據實供述全部槍砲、彈藥、刀械之來源或去向，因而查獲者，為其要件。又所謂自首，係以行為人對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人之前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院之裁判而言。原判決載敘：證人即查獲員警朱獻堂、曾智宏已證稱：沒有印象上訴人在查獲現場有說過背包裡有扣案槍彈等語。又卷附員警之職務報告亦載明上訴人並未主動交付扣案槍彈，自無自首而報繳扣案槍彈之情況。況依卷存證據可知，上訴人為警拘提時，該藏放扣案槍彈之背包已在員警實施強制力而控制、支配中，員警依據相關事證已可合理懷疑上訴人持有扣案槍彈。是上訴人在犯罪尚未被發覺前，並未向查獲員警申告其犯罪事實，亦無報繳扣案槍彈之情，尚無從適用槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項或刑法第62條之自首規定而減輕其刑等旨。依上開說明，並無不合。上訴意旨置原判決已詳為論斷之事項於不顧，泛指原判決就此部分未適用上開自首減輕其刑規定，有適用法則不當之違法，並非上訴第三審之合法理由。

六、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

01	中	華	民	國	111	年	7	月	13	日
02				刑 事 第 六 庭 審 判 長	法 官	李 英 勇				
03					法 官	洪 兆 隆				
04					法 官	楊 智 勝				
05					法 官	吳 冠 霆				
06					法 官	邱 忠 義				
07	本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異									
08					書 記 官					
09	中	華	民	國	111	年	7	月	15	日