臺灣高等法院臺中分院刑事判決

108年度上訴字第511號

上　訴　人
即　被　告　洪孟哲
指定辯護人　本院公設辯護人　劉秋蘭

上列上訴人即被告因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣臺中地方法院107年度訴字第2415號中華民國107年12月26日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第28073號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

洪孟哲未經許可持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，累犯，處有期徒刑貳年捌月，併科罰金新臺幣肆萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案之非制式手槍壹支（含彈匣壹個；槍枝管制編號0000000000），沒收之。

犯罪事實

一、洪孟哲明知可發射子彈具有殺傷力之改造手槍與具殺傷力之子彈，係槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款、第2款所管制之槍砲、彈藥，未經中央主管機關內政部之許可，不得持有，竟基於持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍及具有殺傷力之子彈之犯意，於於民國106年2月初，在其當時在臺中市○○區○○路○段000巷0弄00號之住處，以不詳方式，取得可發射子彈具有殺傷力之仿半自動手槍之改造手槍1支（含彈匣1個；槍枝管制編號0000000000號）及具有殺傷力之非制式子彈2顆，而持有之。嗣警方因獲線報洪孟哲涉嫌持有槍械及吸食毒品，於106年10月6日11時45分許至洪孟哲上址住處查訪時，見洪孟哲在屋內施用毒品，經警逕行搜索，洪孟哲主動供承持有上開改造手槍1支（含彈匣1個）及非制式子彈2顆等物品，自首報繳上開槍彈而接受審判。

二、案經新竹市政府警察局第三分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分

一、搜索部分：

㈠按刑事訴訟法第131條之1所定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之旨記載於筆錄。」。復按刑事訴訟法第43條之1增訂檢察事務官、司法警察官、司法警察行搜索、扣押時，準用同法第42條搜索、扣押筆錄之製作規定，係92年2月6日公布，9月1日施行，而第131條之1規定之自願性同意搜索，則是90年1月12日公布，7月1日施行，該條但書所定「但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」之程序性規範要件，依立法時程之先後順序，立法者顯然無意將此之筆錄指為第42條之搜索、扣押筆錄。因此，現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」與「搜索、扣押筆錄」二者，分別規定，供執行搜索人員使用。前者係自願性同意搜索之生效要件，故執行人員應於執行搜索場所，當場出示證件，先查明受搜索人有無同意權限，同時將其同意之意旨記載於筆錄（書面）後，始得據以執行搜索，此之筆錄（書面）祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正（最高法院100年度台上字第7112號判決參照）復按刑事訴訟法第131條之1的「同意搜索」，法條僅規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」然有關受搜索人同意的前提要件、標準步驟，乃至簽署同意書面的格式、內容、時間等記載均付之闕如。雖「同意搜索」乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂「任意處分」，惟為避免偵查機關濫用，於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍，且所踐行的程序應合理、正當，並應遵守刑事訴訟法其他關於搜索的規定。即係以執行人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意的權限，並應將其同意的意旨記載於筆錄或書面，由受搜

索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索的意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見的機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為的同意為其實質要件。換言之，既謂「同意搜索」，搜索人員應於詢問受搜索人同意與否前，先行告知其有權拒絕搜索，且於執行搜索過程中受搜索人可隨時撤回同意而拒絕繼續搜索，即受搜索人擁有不同選擇的權利。另執行搜索之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正，否則其搜索難認合法（最高法院108年度台上字第839號判決意旨參照）。是本案警方若係依被告自願同意搜索，自應於搜索之前或當時完成被告簽立自願受搜索同意書。經查：本件搜索查獲槍枝、子彈並無搜索票，惟有被告簽立之自願受搜索同意書，且新竹市警察局第三分局搜索扣押筆錄就執行依據勾選「依刑事訴訟法第131條之1經受搜索人同意執行搜索」，並由被告於受搜索人欄簽名等情（見偵卷第21頁、第22頁）。然被告於偵查中供稱：其在太平居所為警方逮捕，時間是中午，當時其在家，警方直接進入其居所，就叫其把東西交出來，其不知警方有無搜索票；其不曉得警方有無徵求其同意要搜索其身體及住處，只記得他們叫其把槍拿出來，其就說槍在客廳的桌下；其忘記警方有無徵求其同意搜索，應該是有，因當時其滿慌的，警察叫其拿出來，其就拿出來云云（見偵卷第42頁正反面）；復於本院審理中辯稱：員警違法搜索，不得做為證據云云（見本院卷第300頁）。經本院當庭勘驗搜索過程錄影部分內容：

1.㈠檔案名稱：00007.MTS（時間總長為11分5秒）

①00：00：10許，進門對面牆壁前置有沙發及空心磚砌成之電腦桌；有一未著上衣，雙肩臂刺青之男子（即被告）坐於沙發椅上。

②00：00：13許，有一身著灰色短袖上衣，右手下臂掛一個黑

色背包、右手上並拿著一支黑色短棍之男子（下稱甲警），自門口走入屋內，並持續走至被告所坐沙發處。甲警：警察。嗯，嘿，手。拿出來，拿出來，拿出來，拿出來拿出來，東西拿出來。

【於00：00：23許，被告即低頭彎身自下方邊拿出吸食器】

③00：00：29許，警察告知被告涉犯毒品危害防制條例，並告知三項權利及紀錄搜索時間。

④00：00：55許，警察請被告自位子上站起身，並請被告離開沙發。

00：01：00許，被告起身往左移動（即往畫面右邊移動），離開沙發，走至電腦桌旁之走道，有一身穿紅色短袖上衣之員警（下稱乙警）隨即靠近被告，並伸出左手，拉著被告之左下臂處。

甲警：還有什麼違禁品自己拿。

被告：沒有。

某警：你用講的。

甲警：確定都沒有？

被告：在那邊而已（被告右手略為抬起指向剛起身之坐位處，如照片1）。

某警：用講的。

甲警：確定都沒有？都沒有違禁品？

被告：這人家報的齁？

甲警：確定都沒有違禁品？確定都沒有違禁品？

（被告右手略為抬起指向剛起身之坐位處，如照片2）

某警：你這麼，我們在門外面、門口看那麼清楚。

甲警：哪裡？（甲警走至被告起身之沙發位置處並坐下低頭，如照片3）

甲警：哪裡？（被告再次抬起右手下臂並指向甲警所在沙發處，如照片4）這是什麼？

某警：這是什麼？自己說。

某警：這什麼東西？鐵丫、鐵丫（台語，指槍）

甲警：來、來，拍下來。

⑤00：01：38許，拍攝畫面移動至甲警所在沙發處，可見一個無蓋盒子內有一把黑色短槍（下稱A槍）及一支黑色長槍（下稱B槍）（如照片5、6）。

⑥00：03：05至00：03：51許，一身穿藍色短袖上衣之員警（下稱丙警），右手套上透明夾鏈袋後，彎身將A槍拿出，並擦拭、檢視及做射擊測試，測試完後，將A槍放置於電腦桌中間處（如照片7至14）。

期間於00：03：13許，某警：裡面有子彈嗎？被告：沒有。

⑦00：04：07許，一名頭戴鴨舌帽、菱格文上衣之員警（下稱丁警），蹲在靠牆側之電腦桌旁，以左手拿出B槍，原欲放置電腦桌前方之圓桌上，因該圓桌桌面會動，故將B槍放置電腦桌後之沙發上（如照片15至20）8.00：04：47許，丙警右手套透明塑膠袋，拿取B槍，並檢視、拉動滑套及做射擊動作，之後將B槍放置沙發上（如照片21至28）

⑧00：07：32許，甲警坐在沙發上，以左手抽取一個透明塑膠袋，並將放在電腦桌上之A槍裝入該透明塑膠袋內（如照片29至30）。

10.00：08：40許，拍攝屋外之畫面。

某警：你還有什麼違禁品，自己拿，不要讓我們找。

被告：沒有了，真的沒有了。

某警：不要讓我們找齁。好。

有本院勘驗筆錄可憑（見本院卷第292至293頁），並有畫面擷圖28幀可憑（見本院卷第325至338頁）。

㈡檔案名稱：00008.MTS（時間總長為24分9秒）

①00：04：00至00：04：50許：

某警1：沒子喔？

被告：嗯？

某警1：子勒？

被告：沒勒，我記得我沒有子了。

某警1：Ｙ你子勒？

某警2：自己拿啦，唉喲，不要逼我們找啦。
某警3：對啦，喔～自己配合一下。
【被告舉起右手，指向電腦桌後方之房間方向（如照片31）】
被告：房間我記得有放2顆。
某警3：配合一下、配合一下。
某警1：房間哪裡？亂七八糟勒。
某警3：來來，帶我們去，來、來。帶我們去
【被告起身並走向電腦桌後面的房間內（如照片32至34）】
某警1：丫電燈勒，電燈在哪裡？
被告：只有這樣而已啦。
某警1：哪裡？電燈在哪裡。
00：04：26許，被告走入房門口後，即左轉彎身翻找出一紙箱，並於該紙箱內拿出一四方小盒，交予站在被告右側之丁員警，經拍攝員警表示還沒拍照，丁警員即將該四方小盒放回紙箱內，被告並依員警要求打開四方小盒蓋子，可見內有2顆子彈（如照片35至43）
被告：這些而已，沒有了。
某警3：來、來、來我看，還沒照相丫、還沒照相丫。
②00：04：55至00：05：02：
某警：還有沒有什麼違禁品丫？不要找到一樣說一樣、找到一樣說一樣。
被告：沒有，真的沒有了，我跟你說我真的是在賣那個而已。
③00：10：46許，丙警員以右手拿取電腦桌上用透明夾鏈袋裝之槍彈後，走往門口方向，離開拍攝畫面（如照片44至45）
④00：11：22許：
某警：房間裡面還有沒有鐵丫（槍）？
被告：沒，我真的沒有，我真的是被人家害的啦。
⑤00：14：51至00：18：17許，可見甲員警坐在入門後之玻璃桌上填寫搜索扣押筆錄，並於00：17：41許，請被告於搜索扣押筆錄上簽名（如照片46至52）。

有本院勘驗筆錄可憑（見本院卷第293至295頁），並有畫面擷圖24幀可憑（見本院卷第339至350頁）。

就上開搜索過程之錄影內容觀之，員警並未持搜索票即前往搜索，且畫面中係員警一進入屋內即明警察身分並稱拿出來、東西拿出來等情，並未見有何員警確有徵詢被告是否同意搜索之情事。復就本院勘驗「106年10月6日洪孟哲自願性搜索光碟」（見偵卷光碟存放袋內），經置入光碟勘驗結果係沒有反應，無法開啟光碟（見本院卷第296頁），亦無從證明員警搜索時有先徵得被告同意搜索。而證人即參與搜索之偵查佐許錦彰雖於本院審理中證稱：在場有徵求被告同意搜索，被告都OK；其實渠等也沒怎麼搜，之後他自己交出來，渠等大概看一下而已，到後才製作搜索扣押筆錄，當場請他確認簽名云云（見本院卷第309頁）；員警看被告在吸毒，其實依刑事訴訟法就可依現行犯逮捕，同意搜索是渠等問被告：同意搜索是我們問他：「還有沒有什麼違禁物品？」、「你願不願意交出來？」、「願不願意同意我們附帶搜索」這樣子而已；實際上我們有問被告，他也同意；是在搜索現場的時候；其真的不曉得為何勘驗的過程沒有特別有這部分的對話，其記得我們有問他，他有說云云（見本院卷第316頁）。其雖證稱確有徵求被告同意搜索，然此與上開勘驗光碟內容中並未見有此部分之對話，未足證明員警確有告知被告是否同意搜索之旨。又證人許錦彰另證稱：同意搜索是全部完之後，事後有在現場才全部做的等語（見本院卷第312、313頁）；錄影畫面最後請被告簽署之文件是搜索扣押筆錄及自願搜索的；搜索扣押筆錄及自願搜索同意書是現場做的等語（見本院卷第314頁）；綜上以觀，員警雖在現場有請被告書立搜索扣押筆錄及自願搜索同意書，然此係搜索完畢後事後簽署；且就上開搜索過程係員警並未持搜索票即前往搜索，員警到場時被告固未明示反對搜索或在場反抗，然在上開過程中，未見員警有明確告知否同意搜索之旨，亦未見有何被告同意搜索之表示，自難以搜索後簽署自願受搜索

同意書之事實，即予追認補正。是本院認本件尚與自願搜索之要件不符。

㈡又按刑事訴訟法第88條規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」，「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」，「有左列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯罪人者。二、因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。」，再按：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。」，刑事訴訟法第130條規定甚明（即附帶搜索）。又刑事訴訟法第130條所規定之附帶搜索，係為因應搜索本質上帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，及防止被拘捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定（最高法院102年度台上字第293號判決、107年度台上字第2226號判決意旨參照）。經查：證人許錦彰於本院審理中證稱：本件係警方接獲線報被告持有槍械及吸食毒品的嫌疑，員警才前往查證；證人許錦彰等人前往查證，一到的時候是門開開的，看到被告在裡面吸毒，員警才直接進去的；從外面看到被告坐在電腦桌前面吸安；一開始是員警在外面已經發現被告吸毒（見本院卷第304至306頁）；在門外看到被告吸毒的人是其本人；看到被告以吸食器吸毒，查扣的那個吸食器；其看見的時候被告已經拿著吸食了，看到員警進來，他才趕快放下去；被告是現行犯，渠等進入準備逮捕他，對被告附帶搜索等語（見本院卷第311、312頁）；被告指右腳處有1把槍，抽屜是開著，上面覆蓋著東西；抽屜就在吸食器拿位置旁邊而已等語（見本院卷第313、314頁）。被告於偵查中復自承：安非他命吸食器是放在客廳桌上，是其的；其最後一次施用毒品是當日中午11點多，地點在太平居所，其用第二級毒品安

非他命，放入吸食器用火燒烤等語（見偵卷第42頁反面、第43頁）。且就上開勘驗搜索過程觀之，員警進入之被告處後，被告即拿出吸食器等情，已如前述，堪認被告確係在住處內施用毒品經前來查證線報之員警當場目睹，經員警發覺其為施用毒品之現行犯，雖無搜索票而予逮捕並附帶搜索。而就槍枝之查獲過程係在被告當時坐位處查獲該槍，證人許錦彰亦證稱係在被告右腳處有1把槍，抽屜是開著等語。是以被告為警查獲地點、所居房間與扣押物之相對位置及距離遠近以觀，顯屬被告為警查獲之時可立即觸及之處所，警員因此予以附帶搜索，難認有何違背法令之處，自屬合乎刑事訴訟法第130條之規定，而具有證據能力。

二、按法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第203條至第206條之1之規定（不包括第202條囑託個人鑑定時應命鑑定人於鑑定前具結之規定），而鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告，刑事訴訟法第208條第1項前段及第206條第1項分別定有明文。另現行刑事訴訟法關於鑑定之規定，除選任自然人充當鑑定人外，另設有囑託機關鑑定制度。依刑事訴訟法第198條、第208條之規定，不論鑑定人或鑑定機關、團體，固均應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並依同法第206條之規定，提出言詞或書面報告，始符合同法第159條第1項所定得作為證據之「法律有規定」之情形，否則所為之鑑定，仍屬傳聞證據。然於司法警察機關調查中之案件，為因應實務上，或因量大、或有急迫之現實需求，併例行性當然有鑑定之必要者，例如毒品之種類與成分、尿液之毒品反應，或者槍、彈有無殺傷力等鑑定，基於檢察一體原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關、團體之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得即時送請先前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關、團體實施鑑定，以求時效（參見法務部92年9月1日法檢

字第0920035083號函參照，刊載於法務部公報第312期）。此種由司法警察官、司法警察依檢察官所概括選任之鑑定人或囑託鑑定機關、團體所為之鑑定結果，與檢察官選任或囑託為鑑定者，性質上並無差異，同具有證據能力（最高法院96年度臺上字第2860號判決意旨參照）。本案卷附之內政部警政署刑事警察局106年11月27日刑鑑字第1068005719號鑑定書係就扣案槍彈鑑定，而證人許錦彰於本院審理中證稱：本案移送並起訴之槍枝即法院勘驗搜索過程光碟中所示之A槍；就在被告右腳邊的那支沒錯；後來就是移送這一把；另外那把長槍沒有扣案，當下就判斷認為那是空氣槍，我們沒有扣案，扣案的只有本案的這支A槍；其不曉得它的管制槍枝編號是多少，可是移送的確實是這把槍沒錯，警察局初驗過後還是得送刑事局鑑驗等語（見本院卷第318、319頁）。，是送驗槍枝確係本件查獲之槍枝無誤，且上開鑑定書係由專業機關人員本於其專業知識及儀器所作成，且與本案之事實具有關聯性，又無必要命實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明，故認上開鑑定書具有證據能力。

三、再按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，此刑事訴訟法第156條第1項定有明文。被告雖於本院審理中辯稱其警詢筆錄係員警偽造云云，且被告就槍枝來源說詞反覆，惟迭於偵查中、原審準備程序及審理中暨本院準備程序坦承確持有本案槍、彈之事實，就其於偵查中及原審準備程序及審理中暨本院準備程序之供述，均係於檢察官及原審及本院法官前之供述，被告復本爭執其陳述有何遭強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法影響，堪認均係出自被告之自由意思而陳述，其自白與事實相符部分，自有證據能力。

四、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認

為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，此觀刑事訴訟法第159條之5規定甚明。查本判決所引用據以認定事實之各項供述證據，均經檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序中均未爭執其證據能力，並經本院於審理期日就上開證據逐一提示並告以要旨，檢察官、被告及其辯護人於言詞辯論終結前對上開證據之證據能力均未聲明異議，本院審酌上開證據作成時，並無違法取證之瑕疵存在，認為以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，認上開證據自均具有證據能力。

五、刑事訴訟法第159條至第159條之5有關傳聞法則之規定，乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之供述證據所為之規範；至非供述證據之書證、物證，或以科學、機械之方式，對於當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，應無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，並已依法踐行調查程式，即不能謂無證據能力。本判決下列所引用之非供述證據，查無有何違反法定程式取得之情形，再審酌各該證據並非非法取得，亦無證明力明顯過低之情形，且經本院於審判期日依法進行證據之調查、辯論，被告於訴訟上之權利即已受保障，故各該非供述證據，均得採為證據。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

一、訊據上訴人即被告洪孟哲（下稱被告）就持有本件改造手槍、子彈之事實，迭於偵查中及原審準備程序、審理中及本院準備程序中坦承不諱（見偵卷第42頁至第43頁、原審卷第83頁、第118頁、本院卷第131頁），惟於本院審理中復改辯稱：員警之調查筆錄及職務報告均係偽造的，本案這把槍不是這個案子云云（見本院卷第288頁）；且其記得槍枝管制編號不是這一把云云（見本院卷第132頁）；其應該無罪云云（見本院卷第183頁）；嗣又改供稱：一開始其都有配合，

其主動拿出來；不是員警查到，其有供出槍枝，請給被告機會云云（見本院卷第302、303頁）。經查：

㈠本件係警方接獲線報被告持有槍械及吸食毒品的嫌疑，員警前往查證；到場時被告住處門開啟，員警從外面看到被告坐在電腦桌前面施用第二級毒品安非他命；員警在外面已經發現被告吸毒；看到被告以吸食器吸毒，查扣的那個吸食器；其看見的時候被告已經拿著吸食了，看到員警進來被告才趕快放下去；被告是現行犯，員警進入準備逮捕他，對被告附帶搜索等語；被告指右腳處有1把槍，抽屜是開著，上面覆蓋著東西；抽屜就在吸食器拿位置旁邊而已等情，業據證人許錦彰證述明確（見本院卷第304至316頁）。且被告於員警搜索時在其空心磚砌成之電腦桌之沙發椅下方處扣得槍枝，復經詢問被告有無子彈，被告主動供承房間內有2顆子彈而由員警扣案等情，業經本院勘驗搜索過程之錄影畫面光碟檔案00007.MTS（時間總長為11分5秒）、00008.MTS（時間總長為24分9秒）無訛，有本院勘驗筆錄可憑（見本院卷第291至295頁），並有畫面擷圖照片52幀可憑（見本院卷第325至350頁）。並有扣案之手槍1支、子彈2顆（試射後僅彈殼）可證。此外，復有臺中市政府警察局第三分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、新竹市警察局槍枝初步檢視報告表、槍枝初檢照片共5張、查獲現場及扣案物照片共8張、106年度彈保字第151號扣押物品清單、106年度槍保字第175號扣押物品清單（見偵卷第22頁至第24頁、第15頁至第18頁、第26頁至第29頁、第51頁、第55頁）可參。又扣案之手槍1支、子彈2顆，經送往內政部警政署刑事警察局鑑定，鑑定結果㈠送鑑手槍1支（槍枝管制編號0000000000號），認係改造手槍，由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，認具殺傷力。㈡送鑑子彈2顆，鑑定情形如下：㈠1顆，認係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑8.9 mm金屬彈頭而成，經檢視，彈底發現有撞擊痕跡，經試射，可擊發，認具殺傷力。㈡1顆，認

係非制式子彈，由口徑9mm制式空包彈組合直徑8.8mm金屬彈頭而成，經試射，可擊發，認具殺傷力等情，有內政部警政署刑事警察局106年11月27日刑鑑字第1068005719號鑑定書附卷可佐（見偵卷第52頁至第53頁）。堪認被告於偵查中、原審及本院自白持有本案槍、彈部分，應與事實相符，堪以採信。

㈡被告另於本院審理中辯稱：被告辯以本案查獲之槍枝並非送驗槍枝云云。然本件搜索查獲過程，業經本院勘驗錄影畫面光碟檔案明確，已如前述。證人許錦彰於本院審理中復證稱：本案移送並起訴之槍枝即法院勘驗搜索過程光碟中所示之A槍；就在被告右腳邊的那支沒錯；後來就是移送這一把；另外那把長槍沒有扣案，當下就判斷認為那是空氣槍，我們沒有扣案，扣案的只有本案的這支A槍；其不曉得它的管制槍枝編號是多少，可是移送的確實是這把槍沒錯，警察局初驗過後還是得送刑事局鑑驗等語（見本院卷第318、319頁）。又扣案之手槍1支、子彈2顆，經送往內政部警政署刑事警察局鑑定，鑑定結果一、送鑑手槍1支（槍枝管制編號0000000000號），認係改造手槍，由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，認具殺傷力一節，有前揭內政部警政署刑事警察局106年11月27日刑鑑字第1068005719號鑑定書在卷可憑。是以被告本案查獲槍枝確經送驗具殺傷力一節，至為明確。被告辯以本案查獲之槍枝並非送驗槍枝云云，顯屬無稽。又被告辯以調查筆錄與實際情形不符，其另遭員警移送查獲29公克毒品，害其多被判一件6個月有期徒刑云云（見本院卷第288頁）。然就本件警詢筆錄中完全未提及被告所稱29公克毒品之事（見偵卷第7至9頁反面；另按本件持有槍、彈案件不引用被告警詢自白為認定本案犯罪之依據，併此敘明），就扣押物品目錄表亦僅記載扣得槍枝1枝、子彈2顆、安非他命吸食器1組等情（見偵卷第24頁），並未記載扣得29公克毒品之情事，且本案係檢察官起訴及法院審理被告持有槍

枝、子彈之違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，並非違反毒品危害防制條例案件，被告一再爭執毒品部分，顯與本案持有槍、彈無關。又被告復稱其要控告證人許錦彰，因調查筆錄有6頁，但刑案卷證僅有3頁云云（見本院卷第185頁），然該調查筆錄係偵查佐邱治源詢問及紀錄一節，此觀諸詢問人欄及記錄人欄甚明，證人許錦彰亦證稱警詢筆錄為邱治源製作等情（見本院卷第309頁），自難認警詢筆錄之記載與證人許錦彰有何關連。又該警詢調查筆錄頁碼就警方固定格式記載係第1至第6頁共6頁，然因附於偵查卷內所編頁碼為偵查卷第7頁正面至第9頁反面，即就偵查卷頁碼編碼係1張2面正反面，故編碼僅自第7至9頁，然含正反面實係6頁，被告上開辯解及質疑，或係另案毒品案件而與本案無關，或係其主觀臆測，並無足為有利被告之認定。

㈢被告於偵查中稱其於105年7月間購得槍枝零件自行組裝，在蝦皮網站上，這些零件都很普偏云云（見偵卷第43頁），依其所述，則其係製造後持有本件槍枝，然被告於偵查中另改稱係友人林家駿在幾天前喝酒遺忘沒有帶走，請其保管云云（見偵卷第61頁反面），然此為證人林家駿所否認（見偵卷第94頁正反面）。被告復於原審審理中辯稱：其係會說林家駿是因為其有請林家駿擔這個罪，因為林家駿沒錢，其又資助他；扣案槍彈是許恩傑於105年或106年過年後至太平中山路住處交付云云（見審卷第83頁）；許恩傑於106年初拿來賣給其，5萬8千元以分期付款方式云云（見原審卷第118頁），然此亦為證人許恩傑所於原審結證時所否認（見原審卷第110至114頁），其就槍彈來源說詞反覆，且就其於偵查中供稱購買零件組裝一事僅有被告自白，尚無其他證據可佐證其確有組裝製造槍枝之犯行，而其就槍枝來源究係林家駿、許恩傑復說詞不一，是至多僅可認被告應係106年初過年後即106年2月間起持有本案槍枝、子彈，併此敘明。

二、綜上所述，本件事證已臻明確，被告非法持有可發射子彈具殺傷力之槍砲、子彈之犯行，均堪認定，應依法論科。

參、論罪：

一、按非法持有槍砲彈藥刀械等違禁物，所侵害者為社會法益，如持有之客體種類相同（同為手槍，或同為子彈者），縱令持有之客體有數個（如數支手槍、數顆子彈），仍為單純一罪，不發生想像競合犯之問題；若持有二不相同種類之客體（如同時地持有手槍及子彈，或同時地持有槍砲彈藥刀械管制條例所定不同條項之槍枝，如手槍及改造槍枝），則為一行為觸犯數罪名之想像競合犯（最高法院97年度台上字第3556號、96年度台上字第6417號判決意旨參照）。

二、核被告所為，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殺傷力之槍枝罪、同條例第12條第4項之非法持有子彈罪。本件被告雖同時持有非制式子彈共2顆，惟依上開判決意旨，應僅成立單純一非法持有子彈罪，而不以其所持有之子彈數量而成立數罪。又被告以一行為，同時持有非制式手槍1支、非制式子彈共2顆，係屬一行為觸犯上開二罪名之想像競合犯，依刑法第55條之規定，應從一重依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殺傷力之槍枝罪處斷。

三、被告前於①100年間因違反毒品危害防制條例案件，經臺灣彰化地方法院以100年度訴字第232號判決判處有期徒刑8月確定；②又因違反毒品危害防制條例案件，經臺灣彰化地方法院以100年度訴字第924號判決判處有期徒刑9月、100年度訴字第1182號判決判處應執行有期徒刑1年10月確定；因竊盜案件，經臺灣彰化地方法院以100年度簡字第1437號判決判處有期徒刑3月確定，上開②所示案件經臺灣彰化地方法院以101年度聲字第1404號裁定定應執行有期徒刑2年8月確定，與①所示刑期接續執行，於103年9月10日縮短刑期執行完畢之事實，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可參，其於執行完畢後5年內再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯。又依司法院大法官會議釋字第775號解釋所示，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就本案應依該解釋意旨，裁量是否

加重最低本刑。而所謂避免發生上述罪刑不相當之情形，是指避免發生因累犯加重本刑，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之情形。簡言之，避免發生累犯個案加重本刑致生過苛的情形。有無過苛，須要經過法院裁量權之行使判斷。查被告受徒刑執行完畢之前案紛繁，堪認前案之執行並不足使被告警惕收斂，明顯對刑罰之反應不佳；綜上諸情裁量後，足認被告於本件所犯之罪，加重本刑並未使其所受刑罰超過應負擔之罪責，故應依刑法第47條第1項規定，加重其刑。

四㈠按刑法第62條規定，對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。又槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1 項前段規定，犯本條例之罪自首，並報繳其持有之全部槍砲、彈藥、刀械者，減輕或免除其刑。而槍砲彈藥刀械管制條例既為刑法之特別法，該條例第18條第1 項前段規定，即為刑法第62條但書所示之特別規定，自應優先適用（最高法院91年度台上字第615號判決要旨參照）。復按刑法第62條所規定之自首，以對於未發覺之罪，向有偵查權之機關或公務員自承犯罪，進而接受裁判為要件。又刑法第62條所謂發覺，固非以有偵查犯罪權之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，而於對其發生嫌疑時，即得謂為已發覺；但此項對犯人之嫌疑，仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之，若單純主觀上之懷疑，要不得謂已發生嫌疑（最高法院72年臺上字第641號判例參照）。再按犯人在犯罪未發覺之前，向該管公務員告知其犯罪，而不逃避接受裁判，即與刑法第62條規定自首之條件相符，不以言明「自首」並「願受裁判」為必要（最高法院63年臺上字第1101號判例參照）。又刑法第62條之所謂發覺，係指有偵查犯罪職權之公務員已知悉犯罪事實與犯罪之人而言，而所謂知悉，固不以確知其為犯罪之人為必要，但必其犯罪事實，確實存在，且為該管公務員所確知，始屬相當。如犯罪事實並不存在而懷疑其已發生，或雖已發生，而為該管公務員所不知，僅係

推測其已發生而事實巧合，均與已發覺之情形有別（最高法院75年臺上字第1634號判例參照）。

㈡然查本件員警搜索並無搜索票一節，業據被告陳明在卷，並有有自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄可參（見偵卷第21至23頁）。又證人即新竹市警察局第三分局偵查隊偵查佐許錦彰於本院審理中證稱：偵查隊佐警有接到線報被告持有槍械還有吸食毒品的嫌疑；員警才會去臺中市太平區案發的地址查證，而非查緝；一到的時候是門開著，員警看到被告坐在電腦桌前面吸毒，才直接進去；員警當然不可能先入為主說被告確實是有槍，但是我們當場發現被告就是有毒品，有吸食毒品的犯行，然後請被告交出看有沒有什麼違禁物品，被告自己本身才說槍在哪邊；進去之後，被告自己講說他有槍；一開始是據報說被告可能擁有槍械，那槍械到底是真是假，警方不能先入為主，當然要先查證，員警到現場，被告大門開啟，一看就在裡面吸毒；是據報被告擁有槍械，現場就會看到被告有鎮暴槍、長槍那些，可是員警不能先入為主認為這些槍確實是有殺傷力各方面的，也不可能一進去就說被告涉嫌槍砲案、什麼什麼的交出來，當時在場的時候，員警在外面查證的時候大門開啟，被告已經在電腦桌前面吸毒了，我們當然是以毒品進去查緝，查緝的話員警的存疑就是說那被告是不是有槍，員警也沒有直接說你是不是有槍幹嘛的，只是問說：「你有沒有什麼違禁物品？」，OK，然後，其實他在場很多槍，鎮暴槍、長槍等等，我們也是問他說那有沒有什麼違禁物品、有沒有什麼各方面，渠等有看到槍，那有沒有改的，他指那邊；抽屜本來是開的；抽屜本來就在腳邊，就是開的，只是說那槍上面其記得沒錯好像有紙或什麼遮住；就是被告自己交出來，也是被告自己比說槍在那邊；不是一望就看得到那是一把槍放在那邊，還是要稍微移開一下才能看到，可是那個抽屜是開的；經過被告比的那個動作，員警才把那些覆蓋的東西拿開（見本院卷第304至309頁），如果被告不指那個位置，員警自己可以搜索到，但被告如

果沒有特別講明子彈，員警不見得搜得到；員警準備動手搜索的時候再問被告，被告才指槍枝的位置，才指說右腳邊有一把槍；那時候已經準備打開；其記得那個槍上面好像有蓋著一塊布還是紙，真的忘了，只是說坐在那邊，那個抽屜是開的，可是沒有翻開的話沒辦法看到等語（見本院卷第312至313頁）。依證人許錦彰上開證述，係警方接獲線報被告涉嫌施用毒品、持有槍枝而前往被告住處查訪，且據報被告究是否持有殺傷力槍枝亦不得而知，員警到場查訪時適見被告正在屋內施用毒品，而以被告為施用毒品之現行犯進入屋內逮捕被告，員警附帶搜索之際質問被告有無違禁物，且在動手搜索被告腳邊抽屜前，被告先行指向槍枝位置表示右腳邊打開之抽屜有槍枝，且該抽屜雖係打開，然其上有覆蓋物品，並非一望即見，嗣被告復另行主動供承持有子彈之事實。又就搜索過程觀之，警方進入被告處內先行查獲毒品吸食器，復詢問被告有無其他違禁品自己拿，被告答以沒有云云，然亦徒手指向其坐位處並表示「在那邊而已」；經警要求其用講的，並再三質疑「哪裡？」，被告再次抬起右手下臂並指向甲警所在沙發處，員警即取出槍枝；嗣員警詢問「子」（按係子彈）何在時，被告原猶稱沒有云云，復供承房間記得有放2顆等情，業經本院當庭勘驗明確，已如前述，堪認被告在員警詢問有無其他違禁物即確有指出示意槍枝所在位置而為員警起獲，復在員警詢問有無子彈時，供承房間內有2顆。綜上可知，雖員警接獲線報被告持有槍械，然就持有何種槍械、是否具殺傷力一節並無所悉，且除線報外，並無確切之根據得為合理之可疑被告持有具殺傷力之槍彈，員警到場原意僅在查訪，亦無聲請取得搜索票，然因見被告在場施用毒品係以毒品現行犯逮捕，並欲搜索被告當時所在坐位，在員警質問被告有何無他違禁物時，被告即行指出槍枝所在位置，係在員警查獲槍枝之前先行主動供出，復於員警詢問子彈時，即主動供出子彈在房間等情，員警查獲本案槍彈當係接獲線報被告有施用毒品及持有槍械情事，在無搜索

票之情形下前往查訪，顯見員警僅有線報前往查訪時，因見被告施用毒品而以現行犯逮捕並附帶逕行搜索時，被告即主動供出其坐位右腳處抽屜內有槍枝，嗣後並主動供出房間內有子彈2顆。是就被告持有槍彈部分之犯罪事實，並非員警事前已有確切根據所得為合理可疑，至多為主觀懷疑，被告在員警查獲其施用毒品現行犯時供承其另持有槍彈。依上開說明，堪認與自首報繳之要件相符，爰依槍砲彈藥刀械管制條例既為刑法之特別法，該條例第18條第1項前段規定，減輕其刑，並依法先加後減之。

㈡又新竹市警察局第三分局偵查隊偵查佐許錦彰職務報告稱本案承辦偵查佐係因接獲線報指出被告有吸毒及擁槍自重情事，而於106年10月6日中午12時許前往被告住處查訪，見被告在其住處大門未閉下公然吸食毒品，偵查佐於經被告同意搜索後，在被告住處中一開啟之置物箱內，發現上開非制式槍械等違禁物品，並經被告主動交付員警，並非自首等情（見原審卷第89頁）。上開證人許錦彰出具之職務報告雖以被告並非自首，然此當係員警執勤時主觀之認知，且上開職務報告為證人許錦彰審判外之陳述，被告復指稱該職務報告偽造云云，堪認係爭執該職務報告之證據能力，本院不以該職務報告為認定之依據。且證人許錦彰於本院審理中就查獲過程詳為證述，已堪可認定被告當係自首，已如前述。另被告雖於偵查中、審理中就槍彈來源說詞反覆不一，於本院審理中言復辯稱並非本案槍枝並非扣案槍枝云云，多有辯解。惟按刑法第62條所謂自首，祇以犯人在犯罪未發覺之前，向該管公務員申告犯罪事實，並受裁判為已足。目的在促使行為人於偵查機關發覺前，主動揭露其犯行，俾由偵查機關儘速著手調查，於嗣後之偵查、審理程序，自首者仍得本於其訴訟權之適法行使，對所涉犯罪事實為有利於己之主張或抗辯，不以始終均自白犯罪為必要（最高法院101年第4次刑事庭會議決議意旨參照），是被告上開事後之辯解說詞，仍無礙其自首報繳之認定。

五、本件被告於偵查中、原審準備程序及審理中暨本院準備程序均自白上開非法持有槍彈之犯行，惟於原審準備程序時供稱：扣案槍彈係許恩傑於106年過年後，在其當時位在臺中市○○區○○路之住處交給其的云云，然證人許恩傑於107年12月4日於原審審理時證稱：其和被告是於100年間在二林監獄認識，出獄後，被告有和其聯絡，其也曾向被告學習網拍，二人係單純朋友，無任何仇隙、糾紛、不愉快；其未曾見過扣案之槍、彈，也不知該等槍、彈是在被告住處查獲，並無於106年過年後，將扣案槍、彈交與被告，請他保管，其自己也無能力交付被告該等物品等語（見原審卷第110頁至第112頁），而被告於偵查中先供稱：扣案槍、彈係案發前幾天，林家駿至其家中喝酒，離開後未將扣案槍、彈帶走，請其幫他保管云云（見偵卷第61頁正反面），惟經證人林家駿於107年6月14日偵查中證稱：其知道被告遭查獲持有槍、彈，被告於107年3月間，要其幫他擔這條罪，承認扣案槍、彈係其的；其原先有答應他，但其還有很多事情要做，現在不要了，扣案槍、彈不是其的等語（見偵卷第94頁反面），參以被告於原審審理中復改稱：扣案槍、彈是其花新臺幣5萬8千元跟許恩傑購買的云云（見原審卷第117頁），是被告就扣案槍、彈之來源究為證人林家駿抑或是許恩傑、持有之原因究係受託寄藏抑或是購買等重要情節，前後供述迥不相同，且被告於原審審理中亦供稱：其和林家駿溝通這條罪由他背的話，其每個月就寄錢給他；後來他翻口供時，其知道自己錯了等語（見原審卷第117頁），而有委請他人頂替犯行之情事。是被告上開槍枝源說詞不一，復為證人林家駿、許恩傑所否認，已難採憑。準此，自無從認被告就扣案之槍、彈，有供出來源，並因而查獲，亦無從認被告符合槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項前段減輕其刑之規定，併予敘明。

六、又按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條固有明文。但刑法第59條之酌量

減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，始有其適用，至情節輕微僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由，最高法院45年台上字第1165號、28年上字第1064號分別著有判例可資參照。是為此項裁量減刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌在客觀上是否有足以引起社會上一般人之同情，而可憫恕之情形（最高法院88年度台上字第6683號判決要旨參照）。復按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用，屬法院得依職權自由裁量之事項。至犯罪情節輕微、所生危害、素行、家庭狀況、智識程度、手段、犯後態度是否良善、有無衷心悔悟等，僅屬刑法第57條所規定，於法定刑內為科刑輕重之標準，不得據為酌量減輕之理由（最高法院100年度台上字第114號判決可資參照）被告持有扣案槍、彈數量不多，亦無證可證其持有扣案槍、彈從事其他不法犯行，然衡諸持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍、可擊發具有殺傷力之子彈，對社會治安有相當程度之潛在性危害，且被告所犯前開罪名，本係基於所持有物品之危險考量而為特別立法，自無徒以被告未曾持之供犯罪使用，即謂其必有減刑餘地，且持有槍彈之犯罪情狀，更難認在客觀上有何足以引起一般人之同情，而認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重，自無適用刑法第59條之餘地，再予敘明。

參、撤銷改判之理由：

一、原審判決認被告犯行事證明確予論罪刑，固非無見，惟查：員警查獲被告持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍、可擊發具有殺傷力之子彈犯行，確係在員警查獲前供出，已如前述，應係被告主動供出並經扣案而接受審判，當符合自首報繳之規定，自應依槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項前段之規定減輕其刑，原審判決認定犯行不構成自首，容有未洽

。被告上訴意旨稱其係自首一節，非無理由，本院應予撤銷改判。

二、爰審酌被告無視法律禁止，非法持有扣案之非制式手槍1支、非制式子彈2顆，使民眾之身體、生命面臨威脅，對社會治安造成嚴重之潛在危害，惡性非輕，惟被告於持有上開槍彈期間，並無證據可證有持該槍、彈犯案，其雖曾多次坦承犯行，然於偵查中猶欲以證人林家駿出面頂替之犯後態度，本院雖認定被告係自首報繳槍彈而予減刑，然就持有槍枝部分係在員警已欲搜索放置槍枝之該抽屜前始指出自承，兼衡其智識程度為高中肄業，從事進口行業、批貨給跳蚤市場，有二名子女，惟由前妻扶養（見原審卷第119頁至第120頁）之家庭狀況等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑，並就併科罰金部分，諭知易服勞役之折算標準。

三、又被告之辯護人聲請證人即新竹市警察局第三分局偵查隊偵查佐邱治源證明被告主動拿出槍來云云；另稱警詢係由證人許錦彰製而非邱治源製作，調查筆錄之指印非其按捺，聲請鑑定調查筆錄指紋云云（見本院卷第185頁、第195至225頁）。然有關被告係自首報繳一節，業經本院認定如前，且本院未採用被告於警詢時（即調查筆錄）之自白為本案不利被告認定之依據，上開調查證據之聲請，核無必要，併此敘明。

肆、沒收：

扣案之非制式手槍1支（含彈匣1個；槍枝管制編號0000000000），經鑑定後係改造手槍，由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，認具殺傷力，業如前述，屬違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，應依刑法第38條第1項規定，予以宣告沒收之。至扣案之具殺傷力之子彈共2顆，業經鑑定機關試射，不再具有子彈之功能，已非違禁物，故均不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項、第12條第4項

、第18條第1項前段，刑法第11條前段、第55條、第47條第1項、第42條第3項前段、第38條第1項，判決如主文。

本案經檢察官張時嘉提起公訴，檢察官王捷拓到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　張靜琪

法　官　李雅俐

法　官　陳　葳

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　許美惠

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　3　　日

附錄法條：

槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項

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。

槍砲彈藥刀械管制條例第12條第4項

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處5年以下有期徒刑，併科新台幣300萬元以下罰金。