臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

109年度原上訴字第47號

上　訴　人
即　被　告　楊宸宏
選任辯護人　魏辰州律師

上列上訴人因殺人未遂等案件，不服臺灣花蓮地方法院108年度原訴字第76號中華民國109年7月29日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署108年度偵字第148號、第229號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決除沒收部分外均撤銷。

二、楊宸宏犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，累犯，處有期徒刑參年拾月，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。又犯殺人未遂罪，累犯，處有期徒刑伍年肆月。有期徒刑部分，應執行有期徒刑柒年肆月。

三、其他上訴(即沒收部分)駁回。

事　實

一、楊宸宏明知可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝及具有殺傷力之非制式子彈，非經中央主管機關許可，不得無故持有，竟基於持有可發射子彈具殺傷力之槍枝及子彈之犯意，於民國106年間某日，在花蓮縣境內透過網際網路向真實姓名年籍不詳之成年人購得具殺傷力之改造手槍（槍枝管制編號0000000000號）1枝、非制式子彈24顆及未具有殺傷力之子彈約6顆(其中未具有殺傷力之子彈3顆於購得後由楊宸宏至山上試射用畢)而在上址住處持有之。

二、楊宸宏於108年1月7日下午某時，攜帶前揭具有殺傷力之改造手槍、非制式子彈，以及未具有殺傷力之非制式子彈3顆前往徐揚皓位於花蓮縣○○鄉○○○街○○號住處，並將上開物品藏匿於隨身外套內且將該外套放置於該處後，即前去上班。嗣於同日23時許，楊宸宏下班後，再度前往徐揚皓住處，而徐揚皓、曾瑜馨、花志偉及林家慶等人亦先後到達該處

聚會飲酒，期間花志偉及林家慶因故先行離去，嗣於翌(8)日4時許，徐揚皓接獲陳彥池之來電，與陳彥池因細故而起爭執，陳彥池並稱要到場尋釁，徐揚皓遂於通話結束後聯絡友人前往現場助陣，待花志偉及林家慶返抵上址後，陳彥池亦聚集友人潘旻政、謝振良、曾俊源、陳韶、柳逸軒、張祈榮、黃丞浩、李秉羿、顏碩及少年李Ｏ恩(真實姓名年籍資料均詳卷，以下合稱陳彥池等11人），分別駕駛車牌號碼000-0000號、000-0000號及000-0000號自用小客車抵達上址附近，曾瑜馨見狀，即將徐揚皓住處1樓之鐵門拉下，楊宸宏即前往徐揚皓住處3樓窗邊，於108年1月8日4時37分許，見陳彥池等11人已聚集在徐揚皓住處樓下，基於恐嚇危害安全之犯意，持前揭改造手槍及非制式子彈，先自窗邊對空鳴槍1槍，以此加害生命、身體之方式對陳彥池等11人施以恐嚇，致生危害於其等之生命、身體之安全；嗣楊宸宏見在場之陳彥池等11人猶未離去上址，雖知其本身未曾受過槍枝射擊訓練，無法隨心所欲控制射擊結果，且以火藥爆發為動能之槍枝殺傷力極大，若持以自該址3樓朝有人所在之1樓射擊，子彈可能擊中他人頭部或其他身體要害而發生死亡結果之高度危險，竟由原本恐嚇危害安全之犯意，提升為縱使持該手槍擊發射中站立在1樓之陳彥池而發生死亡之結果，亦不違反其本意之殺人不確定故意，朝陳彥池站立之方向射擊1發，惟未射中陳彥池，而未遂其犯行。陳彥池等11人見狀旋即避走，楊宸宏復承前恐嚇危害安全之犯意，接續朝人群已散去之1樓空地處射擊2發。其後，楊宸宏將口徑9mm制式空包彈組合直徑約9.0mm金屬彈頭之非制式子彈15顆放入紅色鐵罐內並置於徐揚皓住處3樓房間內，將由金屬彈殼組成直徑約8.9mm金屬彈頭之非制式子彈7顆放入塑膠袋內，連同改造手槍1把藏犯在花蓮縣○○鄉○○○街○○號頂樓陽台之冷氣室外機上。嗣經警獲報抵達現場，在花蓮縣○○鄉○○○街○○號、77號上述地點扣得前揭槍枝1把、子彈共計22顆、紅色鐵罐1個，復於徐揚皓住處外之路面上扣得由金屬彈殼

組成直徑約8.9mm金屬彈頭之非制式子彈2顆（其中僅有1顆經鑑定後認具殺傷力）、於上址路面上扣得彈殼2顆、於上址路旁停放之小貨車上扣得彈殼1顆，而循線查悉上情。

三、案經花蓮縣警察局吉安分局報告臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。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，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5分別定有明文。本判決以下所引用被告楊宸宏以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及辯護人於本院準備程序中均表示對證據能力沒有意見，均同意作為證據(見本院卷第111、120頁)，本院審酌上開證據製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦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，認均有證據能力。

二、本件判決以下所引用之非供述證據，均與本案事實具有關聯性，且查無事證足認係實施刑事訴訟程序公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，堪認均有證據能力。

貳、實體方面

一、認定事實之證據及理由：

(一)事實一部分：

1.上開事實一部分之犯罪事實，業據被告於偵查、原審及本院審理時坦承不諱(見偵一卷第45-47頁、原審卷第81、336頁、本院卷第112、120、186頁)，核與證人徐揚皓、游宗謙、花志偉、林家慶、田陳培皓、曾瑜馨、黃克偉、陳彥池、潘

旻政、謝振良、曾俊源、陳韶、柳逸軒、張祈榮、黃丞皓、林秉羿、顏碩、李O恩、林家濠、陳綠竹證述之情節大致相符，並有自願搜索同意書、搜索扣押筆錄暨扣押物品目錄表、扣案物品照片、現場照片、監視器影像翻拍照片、花蓮縣警察局槍枝初步檢視報告表暨槍枝照片、現場彈殼坐落位置圖、查扣物品位置圖、花蓮縣警察局000年0月00日○○○字第0000000000號函暨檢附內政部警政署刑事警察局000年0月0日○○字第0000000000號鑑定書、花蓮縣警察局吉安分局000年0月0日○○○字第0000000000號函暨檢附內政部警政署刑事警察局鑑定書3份、刑案現場示意圖2份、花蓮縣警察局000年0月0日○○○字第0000000000號函暨檢附鑑識科000年0月00日○○○○字第000000號證物處理結果回覆表暨檢附槍枝照片、內政部警政署刑事警察局000年0月00日○○字第0000000000號函、花蓮縣警察局吉安分局000年0月00日○○○字第1000000000號函暨檢附刑案現場示意圖、原審勘驗筆錄附卷可稽（見警卷第340-350、354-360、528-605頁、核交卷第13頁、偵二卷第417-441、481-528、539-545、591-623頁、原審卷第159 -161、320-321頁）。

2.扣案之槍枝經鑑定結果：送鑑手槍1枝(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，認具殺傷力等語；又警方在花蓮縣○○鄉○○○街○○號3樓扣得以紅色鐵罐盛裝之子彈15顆，經鑑定認均係非制式子彈，由口徑9mm制式空包彈組合直徑約9.0mm金屬彈頭而成，採樣5顆射擊，均可擊發，認具殺傷力等語；在花蓮縣○○鄉○○○街○○號頂樓扣得、原以塑膠袋盛裝之子彈7顆經鑑定認均係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑約8.9mm金屬彈頭而成，採樣3顆試射，均可擊發，認具殺傷力等語；又本件於徐揚皓住處外之路面上扣得現場編號2之子彈1顆經鑑定認係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑約8.9mm金屬彈頭而成，經試射，可擊發，認具殺傷力等語，有內政部警政署

刑事警察局000年0月0日○○字第1000000000號鑑定書、內政部警政署刑事警察局000年0月0日○○字第0000000000號鑑定書、內政部警政署刑事警察局0○00年0月00日○○字第1000000000號鑑定書、內政部警察局刑事警察局000年0月00日○○字第0000000000號函等件附卷可稽（見原審卷第311頁、偵二卷第513-528頁）。

3.另員警於徐揚皓住處外路面上扣得彈殼2顆、於路旁停放之小貨車上扣得彈殼1顆，經鑑定認均係已擊發之非制式金屬彈殼等語，有前揭鑑定書在卷可憑，參諸原審勘驗現場監視器畫面之結果、卷附現場照片、位置圖可知，案發當日有1槍擊中陳彥池等11人聚集處前方之路面，因而出現煙霧，眾人見狀旋即閃避等節，有原審勘驗筆錄、現場照片、位置圖在卷可憑，佐以被告供稱：徐揚皓住處外扣得之子彈、彈殼都是我的，本件衝突發生前，我總共有子彈27顆；我第一槍是對空鳴槍，之後對陳彥池等人站立的前方空地開1槍，第三、四槍是朝前方對面貨車左邊空地射擊，至於在徐揚皓住處樓下貨車上有彈殼1顆，應該是我發現卡彈，然後很快拉槍時掉落在貨車上等語明確（見原審卷第83-86頁），堪認被告當日開槍擊中陳彥池等11人聚集處前方路面之非制式子彈1顆能擊發且具有殺傷力，射擊後彈殼遂遺留在路面上嗣為警扣案，又前述在上址路面上扣得具殺傷力之子彈1顆亦為被告所持有。至路面上另一遺留之彈殼及在小貨車上扣得之彈殼1顆，被告固坦承為其所持有，然卷內並無相關證據證明上開彈殼擊發前是否具有殺傷力，又被告持有之子彈有部分經鑑定認不具殺傷力，業如前述，是此部分爰為被告有利之認定，認上述彈殼2顆不具殺傷力。依上所述，足認被告所持有之改造手槍1枝、非制式子彈24顆(扣案紅色鐵罐盛裝之子彈15顆、以塑膠袋盛裝之子彈7顆、徐揚皓住處外之路面上扣得現場編號2之子彈1顆、被告對陳彥池站立處之前方路面空地射擊因之子彈1顆)，均具殺傷力。另被告自承：購買本案槍彈後在山上試射過3次、擊發3顆子彈等語(見本

院卷第175、176頁)，惟無證據證明此3顆子彈具有殺傷力，爰認此3顆子彈無殺傷力。

4.基上各節，被告任意性之自白既有前揭證據可佐，足認與事實相符，應堪採信。被告事實一非法持有改造手槍1枝、非制式子彈24顆之犯行洵堪認定，應依法論科。

(二)事實二部分：

訊據被告固坦承有事實二所示之開槍及恐嚇危害安全等事實(見原審卷第423頁、本院卷第120頁)，惟否認有何殺人未遂犯行，辯稱：我對空鳴槍1槍後是瞄準陳彥池前面開槍，並非朝著人群開槍，我只是要嚇退他們，沒有要殺人的意思云云。辯護人為被告辯護稱：被告與陳彥池等11人無任何仇隙，主觀上被告並無置其等於死之動機；又若被告有意朝人群聚集處開槍，彈著點不至於與陳彥池等11人相隔將近2公尺之距離，又被告射擊完，鐵門打開後，雙方發生衝突的過程亦未見被告持槍作為武器，因此被告本件對空鳴槍、對徐揚皓住處外之空地射擊，其主觀上係基於恐嚇之犯意為之，並無殺人之不確定故意云云。經查：

1.被告如何於事實二所載之時間，攜帶事實一所示具有殺傷力之改造手槍、非制式子彈24顆及不具有殺傷力之子彈3顆，前往徐揚皓之住處、被告如何將上開槍彈等物置於徐揚皓住處、嗣同日被告下班後再度前往徐揚皓住處後，徐揚皓等人如何與陳彥池等人發生爭執、被告如何於事實二所載時間、地點基於恐嚇危害安全之犯意，持事實一之改造手槍及非制式子彈，先自窗邊對空鳴槍1槍，以此加害生命、身體之方式對陳彥池等11人施以恐嚇、被告又如何再自3樓向1樓陳彥池站立處前方射擊1槍、如何再向1樓空地射擊2槍，以及嗣後如何將扣案之槍枝及子彈藏放而為警查獲等事實，均為被告所是認，核與證人徐揚皓、游宗謙、花志偉、林家慶、田陳培皓、曾瑜馨、黃克偉、陳彥池、潘旻政、謝振良、曾俊源、陳韶、柳逸軒、張祈榮、黃丞皓、林秉羿、顏碩、李O恩、林家濠、陳綠竹之證述情節大致相符，並有自願搜索同

意書、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品照片、現場照片、監視器影像翻拍照片、花蓮縣警察局槍枝初步檢視報告表暨槍枝照片、現場彈殼坐落位置圖、查扣物品位置圖、花蓮縣警察局000年0月00日○○○字第0000000000號函暨檢附內政部警政署刑事警察局000年0月0日○○字第0000000000號鑑定書、花蓮縣警察局吉安分局000年0月0日○○○字第0000000000號函暨檢附內政部警政署刑事警察局鑑定書3份、刑案現場示意圖2份、內政部警政署刑事警察局000年0月0日○○字第0000000000號鑑定書、內政部警政署刑事警察局000年0月0日○○字第0000000000號鑑定書、內政部警政署刑事警察局000年0月00日○○字第0000000000號鑑定書、花蓮縣警察局000年0月0日○○○字第0000000000號函暨檢附鑑識科000年0月00日○○○○字第000000號證物處理結果回覆表暨檢附槍枝照片、內政部警政署刑事警察局000年0月00日○○字第0000000000號函、花蓮縣警察局吉安分局000年0月00日○○○字第0000000000號函暨檢附刑案現場示意圖、內政部警察局刑事警察局000年0月00日○○字第0000000000號函、原審勘驗筆錄附卷可稽（見警卷第340-350、354-360、528-605頁、核交卷第13頁、偵二卷第417-441、481-528、539-545、591-623頁、原審卷第159-161、311、320-321頁），是此部分之事實，先堪認定。

2.確定故意與不確定故意，對於構成犯罪之事實雖有「明知」或「預見」之區分，但僅係認識程度之差別，前者須對構成要件結果實現可能性有「相當把握」之預測；後者則對構成要件結果出現之估算，祇要有一般屭遍之「可能性」為已足，其涵攝範圍較前者為廣，認識之程度則較前者薄弱，是不確定故意於構成犯罪事實之認識無缺，與確定故意並無不同(最高法院107年台上字第3349號判決意旨參照)。故行為人業已預見其行為將可能造成他人死亡之結果，其雖非有意使其發生，但若仍執意實行該行為，而容任他人死亡結果之可能發生者，固不成立刑法第13條第1項之殺人直接故意，但

仍有刑法第13條第2項殺人間接故意之適用。又犯意是行為人之主觀、心理事實，係潛藏個人意識之內在心理狀態，然而行為人之主觀、心理事實，除行為人本人得以感官知覺外，第三人實無法直接體驗感受，通常較難取得外部直接證據證明其內心之意思活動，因此，除行為人本身為自白供述外，法院在欠缺直接證據之情況下，尚非不得從行為人之外在表徵及其行為時客觀情況，綜合各種間接或情況證據，本諸社會常情及人性觀點，依據經驗法則及論理法則予以審酌論斷(最高法院109年台上字第2659號判決意旨參照)。

3.原審勘驗徐揚皓住處旁花蓮縣○○鄉○○○街○○號裝設之監視器影像光碟結果如下：

－檔案名稱「○○○街OO號監視器畫面」之錄影檔：

監視器顯示時間0000-00-00 00：29：35至05：30：20(即播放器顯示時間00：29：33至00：30：18)畫面左上方駛入2台黑色車子、1台白色轎車，並消失在畫面右側。

監視器顯示時間0000-00-00 00：30：21至05：34：32(即播放器顯示時間00：30：19至00：34：30)8名男子自畫面右側走向一輛停放在○○00街OO號、OO號路邊之自小貨車旁（位於監視器畫面右下方），其中一名男子（下稱A男）手持電話交談，在監視器顯示時間（下同）05：32：39一輛黑色轎車駛入畫面左側並將車停放於○○OO街OO號、OO號路邊（位於監視器畫面左上方），一名男子下車走到畫面右側與眾人會合，A男持續手持電話交談，並漸漸自貨車車斗處朝左側黑色轎車車頭走去，於05:33:55立於馬路中央分隔線與小貨車左後方間繼續講電話，在05：34：24時，A男突然有閃躲動作，A男向腳邊看又舉起左手抬頭望，一邊朝上方張望一邊往黑色轎車方向走去，走至黑色轎車右方路邊後消失於畫面中，物品掉落之當下，眾人抬頭望後迅速朝畫面右側離去，僅餘1人走至小貨車車斗處抬頭望向上方後，隨即往眾人離去之方向跑，在05：34：32畫面中馬路上已沒有人。監視器顯示時間0000-0

0-00 00：34：33至05：36：50（即播放器顯示時間00：34：31至00：36：47）數名男子經過畫面右下方馬路內側自小貨車旁，在05：35：33一名男子在左側黑色轎車前方，往上方丟擲物品後，走到畫面左側並消失在畫面中，在05：35：52畫面左側黑色轎車往右側駛離，警方於05：36：50到場。

—檔案名稱「○○○街OO號監視器畫面-1」之錄影檔：

監視器顯示時間2019/01/08 04 ：34：55至04：39：49（即播放器顯示時間00：04：54至00：09：48）監視器右下方為騎樓，停放多輛機車，騎樓左側為馬路，騎樓前方路面有一白線，有一銀色轎車停放在靠近監視器之柱子旁白線內，另有一輛小貨車停放在離監視器較遠之柱子旁。04：34：55時畫面左側駛入兩台黑色車子、一台白色轎車停放在小貨車車頭前方，數名男子下車走到小貨車旁，在04：38：00一輛黑色轎車自畫面左側駛入並停在銀色轎車左側，一名男子下車與其他人會合，在04：38：17一名身著白色衣服之男子（下稱A 男）在小貨車左後方持電話談話，於04:39:07站立於黑色轎車車頭前方持續講電話，04：39：45時，畫面一閃，在小貨車與黑色轎車間靠近騎樓之白線附近地上出現煙霧，眾人抬頭仰望，紛紛躲避往馬路兩側散去，自04：39：47至04：39：49影片結束畫面一片漆黑。上開勘驗內容並有原審勘驗筆錄、監視器影像畫面翻拍照片可參（原審卷第320-321頁、偵一卷第31-35頁）。

4.被告有殺人之不確定故意：

－上開監視器畫面中之身著白色衣服之男子(A男)為證人陳彥池，在小貨車與黑色轎車間靠近騎樓之白線附近地上出現煙霧為被告開槍擊中地面所致之事實，為被告所是認，核與證人陳彥池、潘旻政、謝振良、曾俊源、陳韶、柳逸軒、張祈榮、黃丞皓、林秉羿、顏碩、李Ｏ恩之證述情節大致相符，此部分事實可堪認定。

一依前揭勘驗內容所示，陳彥池當時站立在畫面中黑色轎車車頭前方講電話，於監視器顯示時間04：39：45時，畫面一閃，在小貨車與黑色轎車間靠近騎樓之白線附近地上出現煙霧，該點與陳彥池站立之位置相距甚近，有前揭原審勘驗筆錄、監視器影像畫面翻拍照片在卷可參（原審卷第320-321頁、偵一卷第31-35頁）。而槍枝乃係對人體極具強大殺傷力之危險兇器，持具殺傷力槍枝射擊子彈，因子彈具有速度快、攻擊力強、殺傷力大之性質，經常使人反應不及、難以防禦，易造成嚴重傷亡，且因子彈之射程可達遠處，其彈道、角度、射擊後之後座力造成彈道偏移等，常非射擊之人所能準確掌控，致使非槍擊標的亦極易遭流彈擊中而造成傷亡；尤其本件被告自3樓朝1樓射擊，子彈擊中地面極易朝周遭反彈；又被告射擊地點為公共場所之道路，射擊位置離陳彥池站立處甚近，陳彥池雖站立撥打電話，然其身旁復有其他多人站立或行走中(見偵一卷第31-35頁照片），且均處於隨時可以移動接近射擊位置之狀態；此時被告持可發射子彈具有殺傷力之手槍及子彈，自3樓朝向1樓有人站立處附近射擊，自極有可能擊中該人頭部或身體重要、致命部位，產生死亡之結果，此應為一般有正常智識經驗之人所能預見之事。

·被告於本案行為時已成年，自述當初購買本案之槍彈是為了好玩，買來之後射樹、到山上開槍射樹木；其為國中肄業之教育程度、從事過餐飲業、在臺北擔任鐵板燒廚師等語明確（見原審卷第339頁），是被告於事實二之行為時為智識思慮俱屬正常及具有相當社會生活經驗之成年人，對於前述槍彈之危險性及自3樓往1樓射擊可能造成之嚴重後果斷無不知之理。參酌被告於偵查中供稱：（問：在本案之前你有無開過這把槍？）有，打天空。（問：你之前朝人或物有無持槍射擊經驗？）沒有。（問：你當兵時有無打過靶？）沒有，我沒有當兵。（問：你從3樓位置開槍，距離陳彥池等人有一定距離，先前又無相關射擊經驗

，你不怕會打到他們，且照片所示你射擊的位置旁邊又有汽車停放，難道不怕流彈會波及他們？）沒有想那麼多。（問：若你開槍打到他們的話，你怎麼辦？）真的打到他們的話，我也認了。我就認了。（問：今天若是有人一樣持槍朝你旁邊開好幾槍，你作何感想？）我覺得他要殺人。（問：上開開槍行為顯然具有殺人犯意，縱使未發生殺人結果仍有犯罪是否承認？）承認等語（見偵二卷第45-49頁）；其復於原審準備程序中供稱：我之前沒有由高處往下射擊的經驗等語明確（見原審卷第84頁），是以被告在凌晨時分自3樓朝向1樓有人所在之方向持槍射擊，縱使為受過專業訓練之人，即令透過槍枝覘孔或準星瞄準，在道路上有人活動之狀態下亦難以確定其子彈不會擊中人，何況被告自承未曾當兵、服役、亦未有持槍朝人、物或自高處向低處射擊之經驗，顯非受過專業射擊訓練之人，對槍枝自無準確之掌控力，無法確保射擊之位置，其開槍結果將可能因無法準確瞄準或因彈道偏離而導致射中站立在1樓路面之陳彥池，此應為其開槍前所能預見，竟仍執意開槍，彈擊點亦距陳彥池所在位置非遠，堪認被告當時主觀上非僅單純基於恐嚇之意而為，而係提升為縱使持槍擊射中站立在1樓之陳彥池而發生死亡之結果，亦不違反其本意之殺人不確定故意甚明。

j 被告於本院雖改稱：購買本案槍枝子彈之前，有去宜蘭拿長槍在靶場打過靶等語(見本院卷第174頁)，然亦供稱：(問：在購買本件槍枝之前，有使用過手槍？)有；(問：什麼樣的手槍？)就是打靶的那個，是長槍，手槍我之前沒有碰過；購買本案槍彈後在山上試射過3次、擊發3顆子彈，因為山上沒有人，怕打到人所以在山上試射，子彈射到人會造成傷亡；除了試射之外，沒有把槍帶出去過，只有於本件案發時帶出去一次；(問：如果朝向地板方向打，沒有控制好，或是槍法不準的話，可能會打到人？)是等語(見本院卷第174-180頁)，可認被告亦知於有人活動

之道路持本案手槍射擊，有射到人之高度危險，故選擇於山上無人處試射，且亦知悉持手槍朝地面射擊，若未控制好或槍法不準極可能會打到人，則被告既知悉上情，復未受過專業訓練，僅曾在山上無人處試射，然卻於事實二之處所朝陳彥池所在公共場所之道路開槍射擊，足認被告確有即使射中人亦不違反其本意之不確定故意。

LL基上，本件自被告持有具有殺傷力及高度危險性之槍枝及子彈為工具、射擊地點為公共場所之道路、射擊處附近明顯有人活動、被告未受有專業射擊訓練、被告主觀上知悉所射子彈極可能致他人於死仍執意射擊等方面，綜合觀察判斷，堪認被告主觀上確有殺人之不確定故意甚明。

5.被告固辯稱：如果我有殺人的意思，我就直接開鐵門，朝人群開槍就好了，不用特地到3樓開槍，我跟陳彥池等人沒有仇恨，我開槍只是要嚇退他們等語；辯護人被告辯稱：從動機上來看，案發前一晚被告前去案發現場係與徐揚皓等人聚會飲酒，而非在徐揚皓與陳彥池發生糾紛後始攜槍前往助勢，被告與陳彥池等人亦無仇隙，是被告主觀上無置陳彥池一方之人於死之動機；被告開槍後，案發現場之鐵門打開，雙方發生衝突的過程中，被告也沒有使用本件槍枝作為攻擊武器等語。惟本案並非認定被告係基於殺人之直接故意而開槍射擊，被告及辯護人所辯上情，並不足以推翻被告主觀上具有殺人之不確定故意之認定。被告又辯稱：被告所處位置距離彈著點僅約2-3公尺，射擊時陳彥池係靜止站立於距彈著點約3-4公尺處撥打電話而未四處走動，被告不慎誤擊陳彥池之可能性極低等語，惟被告朝1樓方向射擊時，陳彥池固持手機撥打電話中，然其身旁亦有多人站立或走動中(見偵一卷第31-35頁照片)，陳彥池及其周遭之人均仍有移動之可能，且依前述說明，被告應知悉所射子彈極可能致他人於死而仍執意射擊，被告徒憑主觀爭執擊中陳彥池之可能性極低云云，自非可採。

6.公訴意旨固認被告係基於殺人之未必故意，朝陳彥池等人聚

集處接續開射數槍，然依原審勘驗結果可知，被告朝陳彥池站立之方向射擊1發後，陳彥池等11人隨即紛紛躲避往馬路兩側散去，不久即無人站立在馬路上等情，有原審勘驗筆錄在卷可憑，參以證人潘旻政於原審證稱：被告開槍不是連開，是有間距等語（見原審卷第257頁），堪認被告持槍朝陳彥池站立之方向射擊1發後，陳彥池等11人見狀旋即避走，被告在人群從馬路上散去後，復持槍朝人群已散去之1樓空地處射擊2發等情。是被告於人群離開馬路在現場尋求躲避時，持槍朝無人所在之1樓空地射擊，主觀上應係承前恐嚇危害安全之犯意而為，附此敘明。

7.基上各節，被告所辯無殺人之不確定故意云云，應係卸責之詞，無足採信。被告事實二之犯行，事證明確，其犯行洵可認定，應依法論科。

二、法律之適用：

(一)事實一部分：

1.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。本件被告行為後，槍砲彈藥刀械管制條例第7條、第8條於109年6月10日修正公布，於同年月12日施行。修正前第7條規定：「（第1項）未經許可，製造、販賣或運輸火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、岜通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣三千萬元以下罰金。（第4項）未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲、彈藥者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」；第8條原規定：「（第1項）未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。（第4項）未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處三年以上十

年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。」修正後第7條則規定：「（第1項）未經許可，製造、販賣或運輸『制式或非制式』火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、岜通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣三千萬元以下罰金。（第4項）未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲、彈藥者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」；第8條則規定：「（第1項）未經許可，製造、販賣或運輸『制式或非制式』鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。（第4項）未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍砲者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。」依本次修法草案總說明意旨可知，其主要立法目的在於有效遏止持「非制式槍砲」進行犯罪情形，認「非制式槍砲」與「制式槍砲」之罪責有一致之必要，故於第4條、第7條至第9條增加「制式或非制式」之構成要件，亦即不分制式或非制式，凡屬第7條所列各類槍枝型式之槍枝，有殺傷力者，概依第7條規定處罰。是「未經許可持有可發射子彈具殺傷力之改造（非制式）手槍」犯行，經比較新舊法後，修正後應改依第7條第4項規定處罰，其刑罰較修正前規定（即原第8條第4項）為重，並無較有利於被告之情形，依刑法第2條第1項前段之規定，應適用被告行為時即修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之規定。

2.核被告事實一所為，係犯修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪及槍砲彈藥刀械管制條例第12條第4項之未經許可持有子彈罪。

3.按未經許可持有槍枝、子彈，其持有之繼續，乃行為之繼續，亦即一經持有槍枝、子彈，犯罪即已成立，惟其完結須繼

續至持有行為終了之時，而被告於106年間某日起持有前開槍枝、子彈後，其繼續持有上開槍枝、子彈至108年1月8日被查獲時止，是被告非法持有具殺傷力之槍枝、子彈，應僅各論以一罪。又被告同時持有上開具有殺傷力之槍枝、子彈，係以一持有行為，同時觸犯上開二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，論以較重之未經許可，持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪處斷。

(二)事實二部分：

按行為始於著手，著手之際，有如何之犯意，即應負如何之故意責任。所謂犯意變更，係犯意之轉化（昇高或降低），指行為人在著手實行犯罪行為之前或行為繼續中，就同一被害客體，改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為，導致此罪與彼罪之轉化，因此仍然被評價為一罪。犯意如何，既以著手之際為準，則著手實行階段之犯意若有變更，當視究屬犯意昇高或降低定其故意責任；犯意昇高者，從新犯意；犯意降低者，從舊犯意，並有中止未遂之適用（最高法院101年度台上字第282號判決意旨參照）。被告先基於恐嚇危害安全之犯意，自窗邊對空鳴槍1槍，惟其後業將恐嚇危害安全之犯意提升至殺人之不確定故意，朝陳彥池站立之方向射擊1槍，其犯意昇高，應從變更後之犯意；至其之後於人群散去後，承前恐嚇危害安全之犯意，朝1樓空地處射擊2槍，為犯意之降低，然仍應從舊犯意即殺人之不確定故意，是其前後恐嚇之行為，已為殺人未遂之實害行為所吸收。核被告事實二所為，係犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪。

(三)被告所犯上開持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪及殺人未遂罪間，犯意各別、行為互殊，應予分論併罰。

(四)刑之加重及減輕：

1.被告為累犯，應依刑法第47條規定加重其刑：

被告前因違反毒品危害防制條例案件，經原審法院以107年度花原簡字第28號判處有期徒刑1月確定，於107年6月1日入

監執行完畢出監，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可稽(見本院卷第73頁)，其受有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。並衡酌本件被告並無應量處最低法定刑，又無法適用刑法第59條減輕規定之情形，且被告前已有違反毒品危害防制條例案件入監服刑之紀錄，於執行完畢後不知悔改，仍繼續持有本案之槍彈，復自住處攜帶至事實二徐揚皓之住所，為本件開槍射擊之行為，顯見被告有特別惡性且對刑罰反應力薄弱，並依司法院釋字第775號解釋意旨為整體評價裁量後，尚不生過度評價之疑慮，縱加重最低本刑，仍符合罪刑相當原則，爰依刑法第47條第1項規定加重其刑。

2.被告已著手於殺人之實施，惟未發生死亡之結果而未遂，依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕其刑。

3.刑法第62條自首減輕其刑規定：

按刑法第62條所謂發覺，係指有權偵查犯罪之機關或人員已知悉犯罪事實及犯罪之人而言。故雖知有犯罪事實，而不知犯罪人為何人時，犯罪人有受裁判之意思，自動向其坦承，亦不失為自首。又自首已告知犯罪為已足，其所告知之內容不以與事實完全相符為必要。至自首之方式，不限於自行投案，即託人代理自首，並無不可，亦不以使用自首字樣為必要(最高法院91年度台上第5203號判決要旨參照)。本件辯護人為被告辯稱：案發後被告在108年1月8日到案自陳為持有槍彈及開槍之人，有刑法第62條自首減輕其刑規定之適用等語。查本案事實二案發後，花蓮縣警察局吉安分局仁里派出所警員到達時，陳彥池等人指述是案發處所內有人持槍由樓上往下射擊；警方勘驗現場門口周遭，確有射擊後之彈殼，始合理懷疑由案發處所屋內之人持槍射擊，但當時並無特別懷疑認定是被告所為，在無法認定開槍射擊之犯嫌為何人，花蓮縣警察局鑑識科鑑識人員依程序要對在場等人開始採集之手部是否留有開槍射擊之火藥殘跡(槍擊殘跡、煙硝反應)時，被告此時方坦承自己有持槍射擊，惟一開始竟謊稱槍枝

棄置地點及子彈數量，意圖誤導警方辦案等語，有花蓮縣警察局吉安分局000年00月00日○○○字第0000000000號函及所附員警職務報告可按(見本院卷第141-143頁)，足認警方雖知有本件事實二開槍射擊之犯罪事實，但尚不知犯罪人為何人時，被告有坦承犯行之事實，合於刑法第62條自首之規定，爰依該條規定減輕其刑。

4.被告無刑法第27條中止犯減輕其刑規定之適用：

按刑法第27條第1項前段規定「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」依此規定，中止犯必以行為人已著手於犯罪行為之實行，因己意中止或防止全部犯罪結果之發生，始能成立。倘行為人已實行犯罪行為，且其所為之犯罪行為已發生一定之犯罪結果後，僅消極停止其犯罪行為，並未為防止結果發生之積極作為，祇因其已經實行之犯罪行為，因其他因素未能發生預期犯罪結果者，仍屬障礙未遂，非中止未遂(最高法院109年度台上字第3270號判決意旨參照)。中止犯仍為未遂犯之一種，必須犯罪之結果尚未發生，始有成立之可言。共同正犯之一人或數人雖已中止其犯罪行為，尚未足生中止之利益，必須經由其中止行為，予其他共犯以實行之障礙；或勸導正犯全體中止；或有效防止其犯罪行為結果之發生；或其犯罪行為結果之不發生，雖非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，始能依中止未遂之規定減輕其刑（最高法院106年度台上字第2787號判決要旨參照）。辯護人雖為被告辯稱：被告於案發時地朝樓下射擊後，在未致人身發生傷亡結果前，自行停止射擊，應有刑法第27條第1項前段中止未遂減免其刑規定之適用等語。然被告以殺人之不確定故意自3樓朝樓下射擊未遂後，陳彥池等人發覺乃往旁躲避，被告殺人結果之不發生，並非因被告之防止行為所導致，而係因陳彥池等人發覺後躲避而發生障礙，依前揭說明，被告之不確定故意之殺人行為自屬障礙未遂而非中止未遂。

三、原判決(除沒收部分外)撤銷改判、上訴有無理由及本院量刑

之說明：

(一)原判決疏未注意被告應依累犯之規定加重其刑，以及被告所犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪及殺人未遂罪有刑法第62條自首減輕其刑規定之適用，尚有未合；又依105年7月1日修正施行之沒收新制規定，沒收係刑罰及保安處分以外具有獨立性之法律效果，已非刑罰（從刑），本案沒收部分並無違誤(見後述四沒收部分)；被告上訴否認有殺人之不確定故意及主張有刑法第27條中止未遂減刑規定之適用等節，均為無理由，已經本院說明如前，然原判決既有前揭瑕疵，仍應就原判決除沒收部分外予以撤銷改判。

(二)爰審酌被告明知可發射子彈具殺傷力之槍枝及子彈係高度危險之違禁物，非經主管機關許可不得擅自持有，以維社會大眾安全，仍非法持有之，並以實際開槍射擊之方式，恐嚇並著手為殺人之行為，無視他人之生命、身體法益，幸未造成任何傷亡；犯罪後自首坦承恐嚇、持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝、子彈犯行、否認殺人未遂犯行之犯後態度，兼衡本件被告持有槍枝、子彈之數量、持有期間不短、案發當日持槍射擊之情節，其自首對本案查獲之貢獻程度，暨其自述國中肄業之教育程度、從事過餐飲業、目前在臺北擔任鐵板燒廚師、每月收入約新臺幣4至5萬元、須扶養祖母、舅舅、家庭經濟狀況勉持、本件持有的槍彈是為了好玩而購買，當天開槍之犯罪動機等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並就其所犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪論處併科罰金部分，諭知易服勞役之折算標準。

(三)再斟酌被告就事實一、二所示各罪之不法與罪責相類程度、整體犯罪關係，各行為之態樣、手段、動機，刑期長短與刑罰效用間之關連性、行為人復歸社會之可能性、對其施以矯正之必要性，進而為整體非難之評價，就有期徒刑部分定其應執行之刑如主文所示。

四、沒收(即上訴駁回)部分：

原判決以：(一)扣案被告所有如附表編號1所示之改造手槍

1枝，為違禁物，經鑑定認具殺傷力，業如前述，且為被告供其為事實二殺人未遂犯行所用之物，應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。(二)扣案如附表編號2所示非制式子彈15顆，經採樣5顆試射，均可擊發，認具殺傷力；如附表編號3所示非制式子彈7顆，經採樣3顆試射，均可擊發，認具殺傷力，則其餘未經試射之非制式子彈10顆、4顆既屬被告所有之違禁物，且為被告供其為事實二殺人未遂犯罪預備所用之物，均應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。至鑑驗過程中試射之子彈，已因試射裂解喪失子彈功能，所留彈頭、彈殼，已不具子彈完整結構，非違禁物，自無庸宣告沒收。(三)在徐揚皓住處外之路面上扣得現場編號2之子彈1顆，經鑑定認係非制式子彈，經試射，可擊發，認具殺傷力，業如前述，惟經鑑驗擊發後已不具子彈之性能及效用，喪失違禁物之性質，爰不予宣告沒收。(四)扣案原填裝於本件改造手槍內之子彈4顆，經鑑定認均係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑約8.9mm金屬彈頭而成，均不具底火、火藥，認不具殺傷力；在徐揚皓住處外之路面上扣得現場編號1之子彈1顆，經鑑定認係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑約8.9mm金屬彈頭而成，內不具底火、火藥，依現狀認不具殺傷力等節，有前揭鑑定書在卷可憑，上開子彈經鑑定均不具殺傷力，非屬違禁物，爰均不予宣告沒收。另扣案之彈殼3顆，非違禁物，亦不予宣告沒收。(五)扣案用以盛裝附表編號2所示15顆子彈之紅色鐵罐1個，僅為一般常見容器，並無刑法上之重要性，爰不予宣告沒收。未扣案用以盛裝附表編號3所示7顆子彈之塑膠袋1個，亦僅為一般常見包裝容器，欠缺刑法上之重要性，復為免日後執行之困難，不併予宣告沒收。(六)扣案之刀械2把，經鑑驗認非屬管制刀械，有花蓮縣警察局000年0月00日○○○○字第0000000000號函附卷可憑，是上開刀械非屬違禁物，被告復供稱：案發當時並未使用刀械等語明確（見原審卷第87頁），復無證據足認上開刀械為被告供本件犯罪使用或預備使用之物，爰均不予宣告沒收。(七)

扣案之監視器主機1臺，被告固於警詢及原審訊問時供稱該物為其所有（見警卷第25頁、原審卷第420頁），然無證據證明與本案具有關連性，不予宣告沒收等語，經核於法並無違誤，被告上訴亦未具體指出原判決關於沒收部分有何違誤，此部分上訴為無理由，爰駁回被告此部分之上訴。

五、不予併案辦理之說明：

(一)臺灣臺北地方法院檢察署109年度偵字第4056號移送原審法院併辦意旨略以：被告楊宸宏明知可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝，係屬槍砲彈藥刀械管制條例管制之物品，非經中央主管機關之許可，不得無故持有，竟基於持有具殺傷力之子彈之犯意，於民國106年間，自網路上向真實姓名年籍均不詳之成年人購得子彈26顆而持有之。嗣先於108年1月8日，因另案涉嫌殺人未遂而為警在花蓮縣○○鄉○○○街○○號查獲子彈共計22顆(即本案)，至剩餘子彈4顆則經其放置於盒子內攜同北上，而於109年1月9日13時30分許，在其位於臺北市○○區○○路○○○號0樓之租屋處，並經其同意搜索後而查獲，並予以扣案(下稱後案)。後案被告持有槍彈部分之犯行與本案為同一事實，應為本案起訴效力所及，爰移請併案審理等語。

(二)按未經許可，無故持有槍、彈罪，其持有之繼續，為行為之繼續，至持有行為終了時，均論為一罪(最高法院90年度台上字第3270號、第6643號、93年度台上字第187號判決意旨參照)，故非法持有槍、彈應屬繼續犯，而為包括之一罪。然並非所有反覆或繼續實行之行為，皆一律可認為包括之一罪，而僅受一次評價，故仍須從行為人主觀上是否自始即具有單一或概括之犯意，以及客觀上行為之時空關係是否密切銜接，並依社會通常健全觀念，認屬包括之一罪為合理適當者，始足以當之，否則仍應依實質競合關係予以併合處罰。尤以行為經警方查獲時，其反社會性及違法性已具體表露，行為人已有受法律非難之認識，其包括一罪之犯行至此終止，若經司法機關為相關之處置（如具保、責付等）後，猶再

犯罪，則其主觀上顯係另行起意而為，客觀上其受一次評價之事由亦已消滅，自不得再以一罪論(最高法院103年度台上字第261號判決、102年度台上字第3068號、101年度台上字2062號、100年度台上字第3219號、98年度台上字第2575號、93年度台上字第4801號、第4332號、第4333號、第4337號、第4506號判決意旨參照)。是縱為繼續犯而為包括之一罪，然並非所有行為皆一律可認為僅受一次評價，倘行為經警方查獲時，其反社會性及違法性已具體表露，行為人已有受法律非難之認識，其包括一罪之犯行至此終止，若經司法機關為相關之處置（如具保、責付等）後，猶再犯罪，則其主觀上顯係另行起意而為，客觀上其受一次評價之事由亦已消滅，自不得再以一罪論。

(三)本案被告於109年1月9日13時30分許，在其位於臺北市○○區○○路○○○號4樓之租屋處，經警查獲子彈4顆之事實，為被告所是認，並有扣案之子彈4顆及照片可佐(見偵字第4056號卷第35頁)，然上開子彈4顆為口徑9x19mm制式子彈，與本件被告上開遭查獲之子彈為非制式子彈者不同，參酌被告所辯其於106年間在網路上購買之子彈數量為20餘顆，則事實一之子彈加上後案之子彈4顆已逾30餘顆，則後案查扣之子彈4顆是否為被告於106年間同時購買持有，即有可疑。

(四)又被告本案於108年1月8日為警查獲後，其反社會性及違法性已具體表露，故被告為警查獲前之非法持有槍、彈行為，業已因遭查獲而中斷並告終止，且本案由檢察官偵查後，於108年6月22日提起公訴，被告已有非法持有具有殺傷力之子彈應受非難之認識，被告其後所持有未經查獲之具有殺傷力子彈4顆，主觀上應係另行起意而為，客觀上受一次評價之事由業已消滅，揆諸前揭說明，被告後案非法持有子彈之犯行，因係被告另行起意所為，自不得再與被告本案行為論以一罪，而應分論併罰。

(五)基上所述，被告本案、後案非法持有具殺傷力子彈之犯罪事實難認為同一，本院自無從併案審理，應由檢察官另行起訴

，就此部分退回併辦，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條，第299條第1項前段，修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項，槍砲彈藥刀械管制條例第12條第4項，刑法第11條前段、第2條第1項前段、第271條第2項、第1項、第55條、第25條第2項、第47條第1項、第62條、第42條第3項前段、第51條第5款，刑法施行法第1條之1，判決如主文。

本案經檢察官劉孟昕提起公訴，檢察官黃東焄到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　29　　日

刑事庭審判長法　官　張宏節

法　官　林恒祺

法　官　林碧玲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　29　　日

書記官　徐珮綾

附表：

編號	扣案物品名稱及數量	備註
1	改造手槍1枝（槍枝管制編號0000000000號）	應依刑法第38條第1項規定沒收。
2	非制式子彈10顆（由口徑9mm制式空○○○鄉○○○街○○號0樓組合直徑約9.0mm金屬彈頭而成）	為警方在花蓮縣吉安扣得，原以紅色鐵罐盛裝之子彈15顆，扣

（續上頁）

		除採樣試射之子彈5顆，剩餘之子彈10顆應依刑法第38條第1項規定沒收。
3	非制式子彈4顆（由金屬彈殼組合直○○○8.9mm金屬彈頭而成）	為警方在花蓮縣○○鄉○○○街○○號頂樓扣得，原以未扣案之塑膠袋盛裝之子彈7顆，扣除採樣試射之子彈3顆，剩餘之子彈4顆應依刑法第38條第1項規定沒收。

附錄本件論罪科刑法條：

修正前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項所列槍砲者，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。

刑法第271條第1項、第2項

殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。