最高法院刑事判決

109年度台上字第259號

上　訴　人　林宗興

選任辯護人　黃敬唐律師

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年1月10日第二審判決（107年度上訴字第3237號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署107年度偵字第883號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人林宗興明知可發射子彈具有殺傷力之改造手槍及子彈，均屬槍砲彈藥刀械管制條例列管之違禁物，非經中央主管機關許可，不得持有，因擬收藏及作為防身之用，竟基於持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍及子彈之犯意，於民國106年12月15日某時，在基隆市○○區○○路之湯姆熊電玩店，以新臺幣（下同）8萬5千元之價格，向綽號「阿吉」之不詳姓名成年男子購入可發射子彈具有殺傷力之改造手槍1枝（含彈匣1個，槍枝管制編號0000000000）、具有殺傷力之子彈5顆，藏放其基隆市○○區○○路○巷○○○號4樓住處。迨107年1月25日23時38分許，經警持搜索票至該處搜索，扣得上述改造槍、彈而查獲等情。因而維持第一審所為判處上訴人非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

（一）搜索為刑事訴訟蒐證之手段，常伴隨著對人民財產之扣押，因而涉及隱私權、財產權、居住權等基本權的干預。搜索與否，職司刑事偵查之公務員每須面臨蒐證必要性與上開基本權保障的兩難抉擇，考量委諸此等實施公權力人員自為決定，難以避免角色上之衝突，為杜絕球員兼裁判之疑慮，故刑事訴訟法第128條採「法官保留」原則，明定搜索須由法官簽發搜索票，並應載明搜索之對象、處所及

應扣押物等，以監督、限制搜索範圍及扣押標的，其旨在藉助法院以第三人中立、公正之立場進行審查，俾節制濫權，以落實保障人民上開基本權。同法第152 條雖為使執行搜索之公務員對於職權行使過程中所發現之他案證據，得掌握調查取得證據之先機，當場及時予以扣押，期有助於該他案發現真實，而規定「實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之」，即學理上所謂「另案扣押」；此等扣押，不須就該他案證據重新聲請法官審核、簽發搜索票，性質上屬無票搜索之一種，乃「法官保留」原則之例外。此規定就另案扣押，固僅設有須於合法之有票或無票搜索過程中執行之外部界限，然為符合上開保障人民基本權之精神，解釋上，所扣押之另案證據，一則必須係於合法搜索過程中，毋庸另啟搜索行為，即自然地為執行人員視線所及，而一目瞭然即可發現者，英美法謂之為「一目瞭然」法則，於未偏離原程序之常軌中併予扣押此等證據，因較諸原搜索行為，並未擴大或加深對受搜索人隱私之干預，自可毋庸重為司法審查；再者，該另案證據須出乎執行人員之預期，而於合法搜索過程中，經執行人員無意間偶然意外發現者，對此等證據之扣押，因須臨時應變、當場及時為之而具有急迫性，事實上即無聲請並等待法官另簽發搜索票之餘裕，容許其無票搜索，始符合另案扣押制度設計之本旨。至於搜索人員原有預見可能發現之另案證據，對之扣押，並不具有急迫性，自仍應先經法院審查，迨取得搜索票後，始據以扣押，以符合法官保留原則，防免執法偵查人員得規避司法審查，持憑一張搜索票，即藉機濫行搜索、扣押，侵害人民財產權。唯有如此理解，才能進一步落實憲法對干預人民基本權須踐行正當程序之要求。

（二）刑事訴訟法第131 條之1 前段規定：搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。是同意搜索之合法性，係立基於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意

志，願意放棄憲法所保障之隱私權、財產權、居住權等基本權，接受搜索。受搜索人之同意，既為搜索合法之最重要前提，搜索之進行，自須於獲得受搜索人同意後，始得為之，範圍及期間長短，亦取決於受搜索人之意思。因此，受搜索人得隨時撤回其同意，固不待言；撤回之方式，明示及舉凡得使搜索人員瞭解、知悉其意思內容之一切非明示表示，皆無不可；撤回時，搜索應即停止，縱因正發現可疑跡證，而有繼續搜索或即時扣押之必要，亦僅於有其他合法途徑，例如：緊急搜索、本案附帶扣押或另案扣押等可資遵循時，始得為之。

三、經查：

（一）扣得本件槍、彈之搜索，搜索票上記載案由為「違反毒品危害防制條例」，所列載應扣押物除第一級、第二級毒品等多項外，並無「槍、彈」，有卷附搜索票可按（見偵查卷第10頁），就該搜索而言，本件槍、彈係屬「另案應扣之物」，此觀諸該次搜索扣押筆錄「執行依據」欄之記載，包括刑事訴訟法第152 條之另案扣押乙節即明。然經第一審法院勘驗該次搜索錄影光碟結果，搜索人員於執行伊始，確認人別後，即詢問上訴人其遭檢舉持有槍枝一事是否屬實，上訴人回應僅為玩具槍等語後，搜索人員並追問玩具槍下落，旋即尾隨上訴人進入房間，於上訴人交付一疑似模型槍之黑色槍枝後，執行人員猶繼續於房內翻找等情，有勘驗筆錄為憑（見第一審卷第114、115頁），再參以實際參與執行搜索之員警許景揚於洽辦公務之電話中，曾向第一審承辦書記官表示：搜索當天，是因為毒品案件，然由於事前即聽聞上訴人曾出示槍枝，故執行搜索時，對持槍部分，亦保持警戒等語（見第一審卷第89頁），如果屬實，則執行搜索之警察似乎事前即已得悉上訴人持槍之傳聞，執行本件搜索時，亦以詢問上訴人關於持槍之事為開場，並將之列為查證之事項，何以於聲請本件搜索票時，未將之併列為搜索事由及載為搜索標的？又執行搜索

過程中，於上訴人住處扣得之槍、彈，究為搜索警員事前所能預期，或係於合法搜索過程中，經執行人員無意間偶然意外發現，而符合上開另案扣押規定所指「另案應扣押之物」等各節，均攸關本件搜索併予扣押槍、彈，是否合法，扣得之槍、彈是否有證據能力而得執為本案認定依據之判斷，自有進一步查明之必要，且為事實審法院應依職權調查之事項。乃原審未為必要之調查，遽於判決理由內，說明本件認定事實所引用之證據，並無證據顯示是公務員違背法定程序取得，上訴人亦不曾提及本案檢、警人員與第一審法官於訊（詢）問時，有不法取供或違背程序規定之情形，因認有證據能力云云，容有尚存有查證未盡之違失。

（二）本件經上訴人簽名之自願受搜索同意書，關於同意搜索之時間，僅有日期而無時點之記載；觀諸搜索錄影光碟之勘驗筆錄，當天自搜索人員進入搜索現場，以迄搜索結束，亦無任何關於上訴人自願同意搜索之鏡頭，有該同意書及筆錄可按（見偵查卷第9 頁、第一審卷第114 至116 頁），此外，亦無其他任何資料足資認定上訴人自願同意之時間，致上訴人自願同意搜索之表示，究於搜索事前、事中甚或事後所為，已無從判斷。其次，依上開勘驗筆錄所示，本件搜索自107 年1 月25日23時2 分開始，迄同日23時32分，搜索人員於現場上訴人房內持續翻找，並詢問上訴人尚有其他物品否，上訴人否認後，旋自同日23時40分開始情緒激動，並稱「好了啦，這裡都沒有…求你們啦」「去外面（房間外）我拿東西給你們看，…」，同日23時41分33秒，搜索人員翻找持續中，上訴人再度表示「都沒有東西了啦！」「我求你們」，搜索人員安撫上訴人情緒並詢問是否呼叫救護車同時仍持續搜索，而於22秒後之同日23時41分55秒，自地面紅色置物盒取出本件槍、彈。本件上訴人自願同意搜索之表示，縱係於搜索開始前所為，但其於搜索過程中之上開言語，客觀上，是否可認為係請求

停止繼續搜索，而有撤回同意搜索之意，既對本件搜索人員仍持續搜索並扣得本件槍、彈是否違反法定程序待證事實之認定，有重大影響，殊值研求。原審就上訴人之自願搜索，是否於搜索執行前所為，及於搜索過程中撤回？未詳查釐清，逕執因此扣得之槍、彈，為不利於上訴人之判決，同屬查證未盡而違法。

四、以上各節，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上開違法，已影響於事實之確定，本院無從自為判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　華　民　國　109　年　2　月　13　日

最高法院刑事第三庭

審判長法官　洪　昌　宏

法官　吳　信　銘

法官　林　孟　宜

法官　吳　淑　惠

法官　蔡　彩　貞

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　華　民　國　109　年　2　月　19　日