臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上易字第409號

上　訴　人　臺灣臺南地方檢察署檢察官

被　　告　鄭冠宇

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告竊盜案件，不服臺灣臺南地方法院114年度易字第2073號中華民國114年12月22日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署114年度偵字第27898號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表編號2「原判決主文」欄所示之科刑及定應執行刑部分，均撤銷。

上開撤銷部分，處如附表編號2「本院宣告刑」欄所示之刑。

理　由

一、按刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。是本案上訴之效力及其範圍，應依上開規定判斷，合先敘明。

二、原審於民國114年12月22日以114年度易字第2073號判決認定被告鄭冠宇犯如附表編號1至2「原判決主文」欄所示之罪，各處如附表編號1至2「原判決主文」欄所示之刑；又犯如附表編號3「原判決主文」欄所示之罪，處如附表編號3「原判決主文」欄所示之刑及沒收；所處得易科罰金之刑部分（即附表編號1至2），應執行有期徒刑4月，如易科罰金，以新臺幣（下同）1千元折算1日。檢察官於收受該判決正本後，以原判決關於附表編號2「原判決主文」欄所示之量刑（含

是否依累犯規定加重其刑，下同。至附表編號1、3部分並未提起上訴，業已判決確定，不在本院審判範圍）及定應執行刑不當為由提起上訴，並經本院當庭向檢察官確認上訴範圍，稱僅就原判決關於附表編號2「原判決主文」欄所示之量刑及定應執行刑部分上訴，對於原判決認定之犯罪事實、罪名、沒收與否等部分，均表明未在上訴範圍（見本院卷第50頁、第66頁），足見檢察官顯僅就原判決關於附表編號2「原判決主文」欄所示之量刑及定應執行刑部分提起上訴，至於原判決其他部分，均不予爭執，亦未提起上訴，依前開規定，本院爰僅就原判決關於附表編號2「原判決主文」欄所示之量刑及定應執行刑部分加以審理。

三、經本院審理結果，因檢察官僅就原判決關於附表編號2「原判決主文」欄所示之量刑及定應執行刑部分提起上訴，業如前述，故本案關於附表編號2部分之犯罪事實、所犯法條、論罪、沒收與否之認定，均如第一審判決書之記載。

四、檢察官之上訴意旨略以：原審認「被告前於108年間，因竊盜案件，經本院以108年度簡字第2900號判決判處有期徒刑6月確定，緩刑2年，嗣經本院以109年度撤緩字第121號裁定撤銷緩刑確定，於110年5月18日易科罰金執行完畢等情，有法院前案紀錄表存卷可考。被告於有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件法定刑有期徒刑以上之罪，依刑法第47條第1項之規定，構成累犯。...因認有加重其刑之必要，爰均依刑法第47條第1項規定，加重其刑。」有本案判決可佐。而累犯之加重，依法應加重其刑至二分之一，惟原審就附表編號2部分竊盜犯行，僅諭知有期徒刑2月之法定最低刑度，而未加重其刑至二分之一，似有違誤，恐有適用法則不當之違法等語。

五、刑之加重之說明：

按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。考量現

行刑事訴訟法之起訴方式採取書面及卷證併送制度，檢察官自得於起訴書記載構成累犯之前科事實及證據，並將證物一併送交法院。鑑於直接審理原則為嚴格證明法則之核心，然若直接審理原則與證據保全或訴訟經濟相衝突時，基於派生證據之必要性、真實性以及被告之程序保障，倘當事人對於該派生證據之同一性或真實性發生爭執或有所懷疑時，即須提出原始證據或為其他適當之調查；惟當事人如已承認該派生證據屬實，或對之並無爭執，而法院復已對該派生證據依法踐行調查證據程序，即得採為判斷之依據（最高法院111年度台上字第3143號、111年度台上字第3734號刑事判決意旨參照）。是關於被告構成累犯之事實以及應加重其刑之事項，檢察官均應踐行主張並具體指出證明方法之責任，而當事人若不爭執檢察官所提出派生證據之真實性，法院亦已依法踐行證據調查程序，該派生證據即得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。查被告前因竊盜案件，經原審法院以108年度簡字第2900號判決判處有期徒刑6月確定，緩刑2年，嗣經原審法院以109年度撤緩字第121號裁定撤銷緩刑確定，於110年5月18日易科罰金執行完畢等情，業經檢察官於起訴書及法院審理時當庭主張被告上開前案紀錄構成累犯，且指明執行完畢之確切所在，本院並提示法院前案紀錄表（見本院卷第26頁至第28頁）予被告表示意見，被告表示對於構成累犯之事實不爭執（見本院卷第66頁），堪認檢察官之主張自有可信。則被告於受有期徒刑執行完畢後5年以內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，經參酌司法院釋字第775號解釋意旨，考量檢察官於起訴書說明被告本案所犯之罪與上開構成累犯之前案相同，可見前案之執行並無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，並無司法院釋字第775號解釋意旨所指可能使被告所受刑罰超過其應負擔罪責之疑慮等情應屬有理，因此，檢察官主張被告應依刑法第47條第1項規定，加重其刑，應有理由，爰依該條規定，就被告所犯之罪，加重其刑（另有罪判決之主文所載明之事項，

有必須記載及任意記載之分。關於「所犯之罪」及「諭知之主刑、從刑、刑之免除或沒收」，屬於必須記載事項，刑事訴訟法第309條第1款定有明文。而關於刑罰加重、減輕或免除之事項，則在理由內記載為已足，此為同法第310條第4款所明定。因累犯而加重其刑者，實務上固非無在主文欄載明「累犯」字樣之例，但此祇屬任意記載，其未記載者，不能逕認違背法令，最高法院115年度台上字第344號刑事判決意旨參照）。

六、撤銷改判之理由：

㈠原判決就被告關於附表編號2所示之罪予以科刑，雖非無見。然刑罰之量定，固屬法院自由裁量之職權決定，但此項職權之行使，仍受法定刑範圍之拘束，雖依法有加重、減輕之情形，其宣告刑度，仍應在加重、減輕其刑後之法定刑範圍內予以量處，倘逾越或低於法定刑度，即明顯違反法律之規定，而有判決不適用法則之當然違背法令。復按受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至2分之1，刑法第47條第1項規定甚明。參照司法院釋字第775號解釋意旨揭示，累犯加重本刑部分，並不生違反憲法一行為不二罰原則之問題，然為避免罪刑不相當之情形，法院應斟酌個案情形，裁量是否依該規定加重最低本刑，洵為明確。本件原判決亦認被告構成累犯，且審酌後認有加重其刑之必要，應依刑法第47條第1項規定加重其刑（見原判決理由貳、二、㈢之說明）。惟查，刑法第320條第1項竊盜罪，其法定刑為5年以下有期徒刑、拘役或新臺幣50萬元以下之罰金，被告既為累犯，經裁量結果認為應依刑法第47條第1項規定加重其刑，若無法定減輕其刑之原因，自應宣告3月以上，7年6月以下之有期徒刑。原審未注意及此，於依累犯規定加重其刑後，仍判處被告有期徒刑2月，洵有判決適用法則不當之違法（最高法院109年度台非字第159號刑事判決意旨參照）。是以，檢察官據此提起上訴，為有理由，自應由本院將原判決

關於附表編號2「原判決主文」欄所示之科刑部分撤銷改判。又原判決就被告所定應執行刑部分，亦失所附麗，應一併撤銷之。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告不思以正當途徑賺取生活所需，竟竊取他人財物，造成他人財產損失，所為實屬不該；復考量被告犯後坦承犯行；兼衡被告之犯罪動機、犯罪手法、所竊取財物之價值、被告自陳之智識程度、家庭生活經濟狀況、素行（詳見法院前案紀錄表，另構成累犯部分不重複評價）等一切情狀，量處如附表編號2「本院宣告刑」欄所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

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（僅引用程序法），判決如主文。

本案經檢察官林朝文、謝永雋提起公訴，檢察官孫昱琦提起上訴，檢察官吳維仁到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日

刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕

法　官　洪榮家

法　官　吳育霖

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　黃玉秀

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日

附記論罪之法條：

中華民國刑法第320條

意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處 5 年以下有期徒刑、拘役或 50 萬元以下罰金。

意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。

前二項之未遂犯罰之。

附表：

編	犯罪事實	原判決主文	本院宣告刑

號			
1	如原判決犯罪事實欄一、㈠	鄭冠宇犯竊盜罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。	（未經提起上訴）
2	如原判決犯罪事實欄一、㈡	鄭冠宇犯竊盜罪，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。	鄭冠宇處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
3	如原判決犯罪事實欄一、㈢	鄭冠宇犯踰越牆垣竊盜罪，處有期徒刑柒月。未扣案之犯罪所得現金新臺幣捌佰元、餅乾壹包、文具盒壹個均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	（未經提起上訴）