臺灣高等法院刑事判決

107年度上易字第1300號

上　訴　人
即　被　告　許家豪
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　李柏杉律師（法扶律師）
上　訴　人
即　被　告　蔡瓊慧
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人等因竊盜案件，不服臺灣桃園地方法院106年度審易字第3240號，中華民國107年4月27日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第12833號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

許家豪共同犯竊盜罪，累犯，處有期徒刑柒月。

蔡瓊慧共同犯竊盜罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

事　實

一、緣許家豪與蔡瓊慧為男女朋友關係，2人共同意圖為自己及對方不法所有，基於竊盜之犯意聯絡，於106年5月16日4時51分許，前往位在桃園市○○區○○路000號之家樂福股份有限公司經國分公司（下稱家樂福經國店），由許家豪徒手竊取該店賣場內之金門高粱750ml粉標6支、金酒典藏珍品1支、格蘭利威18年2支、蘇格登大師純麥威士1支、女性善存1瓶、女性銀寶善存1瓶、信東紅麴膠囊1瓶、挺立鈣加強150s1瓶、挺立關鍵1瓶及流行休閒包1個，得手後將上述商

品藏放在其等預先攜帶之隨身背包內，並以未將上述商品取出結帳即欲離開賣場，旋遭賣場人員發覺攔阻後報警處理，並當場查扣上述商品（業已發還），及尖嘴斜口鉗2支、鉗子2支（無證據證明許家豪用以破壞上述商品防盜磁扣）。

二、案經桃園市政府警察局桃園分局報告臺灣桃園地方檢察署偵查起訴。

理　由

壹、程序部分－證據能力

一、被告於審判外之自白或不利於己之陳述

（一）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。被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。刑事訴訟法第156條第1項、第3項分別定有明文。此等規定係在保障被告陳述之「意志決定及意志活動自由」，如被告之陳述非屬自白之性質，而僅係不利，或甚至有利於被告之陳述，如檢察官提出作為證據，基於相同意旨，仍應受前述證據能力之限制。

（二）查被告許家豪及其辯護人、被告蔡瓊慧於準備程序、審理期日均不爭執公訴檢察官所提出警詢、偵查筆錄之證據能力，本院亦查無明顯事證足證司法警察、檢察官偵查中製作該等筆錄時，有對被告施以不正方法訊問製作之情事，是被告審判外之陳述係出於任意性，具證據能力。至原審程序所為陳述，被告亦不爭執證據能力，而認有證據能力。

二、被告以外之人於審判外陳述之證據能力

（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，雖不符前4條（指刑事訴訟法第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。刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。至非屬供述證據之其他文書證據或物證，基於刑事訴訟法第159條係兼採直接審理原則及傳聞法則（立法理由參見），而「同意性法則」亦屬採直接審理原則國家之共通例外法則，是類推上述同意性法則之意旨，當事人既不爭執，本院又認具證據能力不致侵害當事人權利，而具相當性者，同具證據能力。

（二）又按被告就被訴事實為有罪之陳述時，經法院裁定進行簡式審判程序，證據調查不受刑事訴訟法第159條第1項、第161條之2、第161條之3、第163條之1及第164條至170條規定之限制。刑事訴訟法第273條之1、之2分別定有明文。是被告以外之人審判外之言詞或書面陳述，在簡式審判程序，除法律有特別規定者外，均得作為證據，即均具有證據能力（惟上述法律並無明文就「非供述證據」之證據能力，為相同之規定）。蓋簡式審判程序既係以被告就特定法定犯罪，為有罪陳述為前提，亦足推知被告對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，同意作為證據，與刑事訴訟法第159條之5第1項所定傳聞法則之「同意性」例外意旨相符。

（三）查本件被告許家豪、蔡瓊慧等2人因於原審認罪，而改依簡式審判程序，足認被告2人對於檢察官所提出被告以外之證人即家樂福經國店安全課助理王致崴於審判外之陳述筆錄，及其他文書證據，包含家樂福經國店每日損失紀錄表、桃園市政府警察局桃園分局扣押筆錄暨扣押物品目錄表、扣押物品清單、贓物認領保管單等書證均不爭執證據能力。本院亦查無證據證明該等證據有不法取得之情事，致影響真實性，是該等審判外筆錄及文書具相當之可信性，依據及類推適用前述「同意性」之傳聞法則例外規定，被告以外之人於審判外之陳述，及其他文書均具證據能力。

貳、實體部分－證據能力

一、按被告（或共犯）之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第156條第2項就此定有明文。其立法目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性，亦即以補強證據之存在，藉以限制向有「證據之王」稱號的自白在證據上之價值，質言之，本條項乃對於自由心證原則之限制，關於自白之證明力，採取證據法定原則，使自白僅具有一半之證明力，尚須另有其他補強證據以補足自白之證明力。而所謂補強證據，最高法院74年台覆字第10號曾經加以闡釋：「指除該自白本身以外，其他足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言。雖其所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互利用，而足以使犯罪事實獲得確信者，始足當之」。司法院大法官議決釋字第582號解釋文後段，對於本條項所謂「其他必要之證據」，著有闡釋，足為刑事審判上操作「自白」與「補強證據」時之參考標準，茲節錄引述如下：「刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪；為避免過分偏重自白，有害於真實發見及人權保障，並規定被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。基於上開嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂『其他必要之證據』，自亦須具備證據能力，經合法調查，且就其證明力之程度，非謂自白為主要證據，其證明力當然較為強大，其他必要之證據為次要或補充性之證據，證明力當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印證，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之」。

二、訊據被告許家豪、蔡瓊慧對於上述犯罪事實均坦承不諱，經

核與其於原審審理期日之自白相符。又被告2人之自白亦核與證人即告訴人家樂福經國店安全課助理王致崴於警詢及偵查中之證述相符，並有家樂福經國店每日損失紀錄表、桃園市政府警察局桃園分局扣押筆錄暨扣押物品目錄表、贓物認領保管單、桃園市政府警察局桃園分局扣押物品清單各1份、0000000家樂福經國店竊盜案相關照片、監視錄影畫面翻拍照片、桃園分局同安派出所刑案照片共31張等件在卷可佐（參見偵查卷第30頁、第32至37、38至47頁）。是本案除有被告審判中任意性之自白外，復有前述足以與被告自白互核相符之補強證據可資佐證。至被告許家豪雖一度爭執本件犯行應僅該當竊盜未遂，而非既遂等語。惟關於竊盜既、未遂之認定，以行為人已破壞持有人對物之監督支配關係，而將所竊取之物移入於行為人或第三人實力支配下為準，至於物一旦已移入行為人或第三人實力支配下，再將該物遺棄，或經被害人取回，均無礙於既遂之認定。經查被告許家豪、蔡瓊慧係將其等竊取之物品（包含金門高粱750ml粉標6支、金酒典藏珍品1支、格蘭利威18年2支、蘇格登大師純麥威士1支、女性善存1瓶、女性銀寶善存1瓶、信東紅麴膠囊1瓶、挺立鈣加強150s1瓶、挺立關鍵1瓶及流行休閒包1個），以扣案被告許家豪所有之後背包裝載，並逕自走出結帳櫃臺之行為，已然將上述物品置於其等實力支配下，縱被告許家豪嗣後將上述物品遺留在結帳櫃臺上而未帶走，依據上述說明，其等犯行仍已該當竊盜既遂之構成要件。又被告蔡瓊慧於本院準備程序及偵查中雖曾否認犯行，惟被告許家豪、蔡瓊慧均已自承希望輕判，願坦承犯行，亦即被告2人之意係因害怕重判而否認犯行，此乃一般人往往趨吉避兇先掩飾犯行之常態，當能想像，足認被告蔡瓊慧於本院否認犯行等語不足採信。

三、綜上，本件事證明確，被告2人犯行堪以認定，應予論罪科刑。

參、論罪部分

一、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，現行刑法第2條第1項定有明文。查本件被告許家豪、蔡瓊慧2人行為後，刑法第320條業於108年5月29日修正公布，並自同年月31日施行。修正後刑法第320條規定：「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（第一項）。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（第二項）。前二項之未遂犯罰之（第三項）」；而修正前刑法第320條規定：「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5百元以下罰金（第一項）。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（第二項）。前二項之未遂犯罰之（第三項）」。修正後新法將第1項之罰金刑提高為「50萬元以下」，修正後之新法並非較有利於被告2人，經比較新舊法結果，自以修正前刑法有利於被告，依刑法第2條第1項規定，本件應適用被告2人行為時之法律即修正前刑法第320條第1項之規定。是核被告許家豪、蔡瓊慧所為，均係犯修正前刑法第320條第1項之普通竊盜罪。被告2人就上述犯行間，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

二、檢察官固以被告許家豪持扣案之尖嘴斜口鉗及鉗子各2支行竊，為客觀上足以供作兇器使用之物，且上情為同案被告蔡瓊慧所知悉，而認被告許家豪、蔡瓊慧所犯構成刑法第28條、第321條第1項第3款之攜帶兇器竊盜罪等語。惟查檢察官所持見解，顯係受到歷來司法實務見解之影響，亦即僅單純以該物於客觀上是否具有傷害人之危險性，而足為兇器，此種見解可以最高法院79年台上字第5253號判決最具代表性（略以）：按本條項款所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已

足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之兇器等語（本件判決原判例性質，因有案例事實查考，依據108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。另最高法院74年度第3次刑事庭會議決議亦同此見解，惟法院組織法第57條亦已刪除決議的法律依據）。惟採取「客觀說」的解釋，有違法解釋本條款之虞：

（一）違反法明確性原則：採取主觀說（即主觀上有行兇之意）或客觀說固然都符合文義範圍，惟顯然主觀說的解釋更貼切「兇器」之含意，也符合國民一般法感情，而純客觀說的標準，明顯造成行為人難以預見的不公。本條款所稱「兇器」不能單以「客觀上」判斷是否足以傷害人為標準，否則，從純客觀的角度觀察，行為人不論攜帶任何器械或物品，即使是入室行竊所必備之萬能鑰匙等物，亦可能傷害人。已故刑法學者林山田教授，早在85年間即提出批評謂：「對於兇器之認定如此地浮濫，不僅使得加重竊盜罪因為特殊的加重情形而施以加重刑罰的立法原意消蝕殆盡，而且與一般的社會常情有所脫節。如此的判斷標準在地方法院的判決中更延伸至板手、鐵槌等也都可以成立兇器（林山田，第一審法院刑事判決之研究－以台北地院80年度刑事法判決為例，國科會研究計畫，1996年9月，第140頁）。學者甘添貴教授更不諱言指出：「恐須行為人行竊時赤身裸體，否則均有成立攜帶兇器竊盜罪之可能」（參見甘添貴，刑法體系各論，第二卷，2000年版，第73頁）；學者林東茂亦謂：「至於持螺絲起子、鉗子、萬能鑰匙行竊，無論如何不能視為攜械行竊。這些器具是竊盜必備物品，不能因其可供行兇之用，即視之為兇器。否則，攜帶繩索行竊，持棍擊破車窗行竊，扶拐杖的傷患順手牽羊，都可認為加重竊盜。這樣，攜械行竊將成不知所止的犯罪類型。身經百戰的武術高手倘若行竊，即使赤

手空拳行竊，可能引發的危險性，也遠大於舞刀弄棍的雞鳴狗盜之徒，但解釋上仍為普通竊盜」（參見林東茂，刑法綜覽，2016修訂版，2016年3月，第2-128頁）。總之，如此適用客觀說，只要是孔武有力之行為人，其單純以手腳，亦足以傷害人，焉能謂其手腳為所攜帶之兇器？！如以司法院大法官釋字第432號解釋的「可理解」與「可預見性」檢驗，亦即「受規範之一般人民可以理解法律規定之意義，因此對其行為是否受該法律規範有預見可能性」之要件，獨尊客觀說的「兇器」意義，顯然不符合該等要件，因而即使系爭法律經由司法審查以系爭判例、決議加以確認，反而違反法律明確性原則，判例、決議無異「增加法律所無之限制」，違法且不當地侵害人民之自由基本權。於法律之外增加法律所未預期之加重刑罰效果，有違法律明確性及刑罰明確性原則。

（二）過度擴張解釋落入「抽象危險犯」之適用：實務面對客觀說是否過度擴張處罰的質疑時，曾有以這樣的理由回應：該款之立法目的，係因攜帶客觀上對人之生命、身體、安全具有危險性之凶器竊盜，極易在施行竊盜犯行或甫完成犯行之際，因遭發現而使用凶器對被害人實施強暴脅迫，足以嚴重危及被害人之生命、身體安全，因而予以加重其刑，故該款加重條件之判斷標準重在行為人所攜帶之器具在客觀上觀察是否具有危險性而屬於「凶器」，與行為人主觀上是否有持以加害於人之意圖無關等語。惟按對於生命、身體的危害，刑法已有殺人罪、傷害罪、強盜罪，甚至準強盜罪之處罰加以保護及預防，如行為人攜帶兇器竊盜，進而以此等兇器實施其他犯罪行為，上述犯罪處罰均足加以保護，在未造成實害前即以加重刑罰之方式保護，就是法益保護的前置化，亦即通稱之「刑罰前置化」。此處只因攜帶兇器就加重處罰，顯然另有「危險犯」之性質，又因為法律未明文以致生某某危險為要件，屬學說所稱之「抽象危險犯」類型，因為係依附在屬實害犯之竊盜

罪上，至少是「類似抽象危險犯」。採取通說從客觀不法範圍上，以具體危險或客觀危險來限縮抽象危險犯，或是回歸故意犯罪的主觀要件上限縮，攜帶兇器採取純客觀說的標準，都是與限縮適用的想法背道而馳，因為不論是便利犯竊盜罪而攜帶的工具（如方便入屋行竊而帶螺絲起子破壞門鎖），或攜帶犯竊盜罪必備的工具（如帶鐮刀才能竊取下一串香蕉），純粹是攜帶此等工具，尚難謂發生客觀上具體危險，即使立法者明定「致生危險」也很難判斷，至於客觀危險擺脫不掉的「想像上危險」，永遠是不確定的，法律不值得為了沒有目的意義的概念而承受「不確定」的代價。更別說主觀要件上的限縮，行為人還是要對抽象危險有「危險故意」，亦即要對於可能發生的實害結果有所認知，竊盜行為根本不可能如放火行為如此重大行為可以比擬，是否可以容許行為人攜帶並無立即或難以控制危險的「工具」，就擬制行為人具有以此等工具危害人生命、身體安全的故意，甚為有疑。

（三）違反平等原則與比例原則：以主觀上有危害他人之意而攜帶「兇器」者，與並無主觀上犯意僅係單純攜帶「工具」行竊者相較，有行兇故意者至少處以六月有期徒刑，無行兇故意者同樣至少六月有期徒刑，顯然形成不合理之差別待遇。又如自客觀或具體危險之角度，攜帶純客觀上勢必有危害性之兇器，不區分種類，例如槍砲此等客觀上難以控制其危險性之物，及尚無立即客觀危險之鐮刀或起子等物，一律以相同的客觀上具有危害性標準判斷，而無程度上之差別，更無區別主觀上有無危害犯意的限制，同樣屬不合理之差別待遇。凡此均形成實質上的不平等，且剝奪法官於個案中的調查及判斷權限，有違平等原則。此處產生的差別待遇並無關實質平等的政策目的，另以比例原則審查可知，就適當性而言，一律將客觀上有危害性之工具視為「兇器」加重處罰，所有工具均被視為兇器，行為人難以預見此等解釋及法律效果的差異，因而是否能有效達

成嚇阻對生命、身體有危險犯罪之目的，甚為有疑。即使從寬認定符合適當性原則，就必要性原則的最後手段性而言，「主觀說」絕對較「客觀說」侵害行為人權益較輕，也屬有效的保護被害人手段，同樣可達到嚇阻及預防嚴重犯罪行為發生之目的。從而客觀說的見解明顯有違比例原則。

（四）綜上所述，是否構成本條款所稱之兇器，應參以個案情節，除以客觀上之判斷外，尚須視被告行為時之主觀意圖，予以綜合判斷，始符罪刑法定原則及刑法謙抑性之思想（參見陳子平，刑法各論（上），2015年版，第443頁）。即使行為人持剪刀或鉗子行竊，如其係為剪斷鐵窗所用，而非自始或事發時持以傷害人之意圖，自不應遽論以「兇器」；或係持摘取檳榔所必備之檳榔刀以竊取檳榔，也應審酌行為人之主觀意圖是否有以為「兇器」之用；至於入室行竊或竊取固定物所幾乎必備之萬能鑰匙或螺絲起子等物，即更不能遽論以為「兇器」，而更應輔以行為人主觀之意圖為判斷標準。總之，對於本條款所稱「兇器」之解釋，不宜因為行為人主觀意圖的調查或判斷困難，就以擴張解釋或持目的性擴張之態度，而僅以客觀上之判斷為準，忽略主觀上之判斷，無可諱言的，前述最高法院判例、決議及歷來實務之見解，即落入此種因判斷上困難，而僅採客觀上判斷之迷思。甚或前述最高法院該件判例之個案，螺絲起子確足為兇器，惟法院組織法修正前，最高法院選編之判例所產生之「判例要旨化、抽象化」後，為下級法院一概不論個案情節同等適用之結果，反產生「非兇器被論以兇器」之不合理現象，顯然不符憲法平等原則之要求，一律適用於所有不同情節之個案，亦有違比例原則。

（五）查本件被告許家豪先後於本院準備程序及審理期日中供稱（略以）：扣案的工具（即尖嘴斜口鉗2支及鉗子2支）是我做防水跟板鐵零工時的工具，去家樂福經國店那天是我

下班才去的，那些工具不是用來剪掉標籤，我都沒有使用到，沒有拿出來剪，一直放在背包內等語（參見本院卷第55、129頁），經核與其於原審準備程序中供稱其所竊取均為沒有磁扣之酒類，工具指示放在袋子裡等語相符（參見原審卷第53頁）。另觀諸扣案尖嘴斜口鉗及鉗子各2支之照片，其前端固然有尖銳之部分，似可供用來攻擊人身，惟尖嘴斜口鉗係一般日常生活中常見居家工具的一種，另扣案之鉗子亦為日常五金修繕常用工具，尚應輔以備告主觀上有無可能持以行兇之犯意判斷。觀諸被告許家豪置於後背包內之遭竊酒類商品，瓶身多無防盜磁扣，縱有防盜磁扣，亦無明顯遭破壞之痕跡，而卷附監視器錄影擷圖畫面亦未攝錄到被告許家豪或蔡瓊慧有疑似破壞酒類商品磁扣之舉動等情，有家樂福經國塾竊盜案相關照片、刑案照片可證（參見偵查卷第38頁反面至第41頁反面、第42頁正反面、第46頁反面）。是無積極證據足證被告許家豪有從雖身背包內取出扣案之尖嘴斜口鉗及鉗子各2支破壞酒類商品之磁扣，其所辯單純是平日工作所需而隨身攜帶等語，尚屬合理可信。綜合客觀上行竊當時之情狀，及主觀上被告既無持以為工具，進而主觀上可能有用以行兇傷人之犯意等情，被告所為即不構成攜帶兇器竊盜罪。起訴意旨此處主張尚有誤會，為本院所不採。又此與本院所認定普通竊盜之事實，兩者基本社會及侵害性事實同一，本院於未侵害事實同一性之下，已告知被告可能另涉犯刑法第320條普通竊盜罪名，並給予被告辨明此等罪名之機會，對檢察官、被告均不致產生突襲，爰依法變更起訴法條如前，附此敘明。

三、累犯加重與否之判斷：

（一）經查被告許家豪前①於民國97年間因竊盜等案件，經臺灣新北地方法院（下稱新北地院）以97年度易字第3272號分別判處有期徒刑5月、3月，並定應執行有期徒刑7月確定；②同年間復因施用毒品等案件，經新北地院以97年度

訴字第4646號分別判處有期徒刑7月、5月，經定應執行有期徒刑10月確定；③同年間次因竊盜案件，經新北地院以98年度簡字第2963號判處有期徒刑4月確定；④於98年間又因施用毒品案件，經新北地院以98年度訴字第1258號判處有期徒刑1年2月確定；⑤同年間繼因竊盜案件，另經臺灣臺北地方法院以102年度審易字第838號判處有期徒刑10月，上訴後，經本院以102年度上易字第1535號駁回上訴確定；⑥於100年間續因施用毒品案件，經新北地院以101年度訴字第609號判處有期徒刑8月確定；⑦再於101年間因偽造文書等案件，經新北地院以101年度簡字第7466號分別判處有期徒刑4月、3月，並應執行有期徒刑6月確定；⑧同年間復又因施用毒品等案件，經新北地院以101年度訴字第2082號分別判處有期徒刑10月、4月，並定應執行有期徒刑1年，上訴後，經本院以101年度上訴字第3323號駁回上訴確定；⑨同年間復再因施用毒品等案件，經新北地院以101年度訴字第2426號分別判處有期徒刑8月、4月，應執行有期徒刑9月確定；⑩同年間復繼因竊盜案件，經新北地院以101年度簡字第8068號判處有期徒刑5月確定。上述①至③罪刑，嗣經新北地院以98年度聲字第2945號裁定應執行有期徒刑1年7月確定；④、⑤罪刑，則經本院以102年度聲字第3432號裁定應執行有期徒刑1年11月確定；⑥、⑦罪刑，經新北地院以103年度聲字第5769號裁定應執行有期徒刑1年確定；⑧至⑩罪刑，另經本院以102年度聲字第3291號裁定應執行有期徒刑2年確定，入監合併執行，已於104年6月3日縮短刑期假釋出監，所餘刑期交付保護管束，迄105年9月18日保護管束期滿，未經撤銷假釋，其未執行之刑，以已執行論（於本案構成累犯）。有本院被告前案紀錄表1份在卷可查。是其於前案有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，原以符合刑法第47條第1項「累犯」應加重其刑之要件。

（二）惟自「行為刑法」角度觀之，犯罪是對於行為人的「犯罪行為」懲罰並預防再犯，刑法第1條即表彰這樣的概念，而於量刑時，行為人的人格固然可以是間接的參考因素，經由行為動機、行為手段、罪責程度等（亦即刑法第57條的量刑因素）裁量具體刑罰，過往主要根據行為人的人格，而非根據其具體犯罪行為來量處刑罰的所謂「刑為人刑法」的概念，在現代法治國家早應被淘汰。例如刑法第57條第5款已審酌犯罪行為人的「品行」作為裁量刑罰的基礎，但同法第47條卻將犯罪行為人這次犯罪前，5年內所接受的刑罰執行，強制法官必須考量在這次犯罪的量刑因素，而且是強制加重刑罰，甚至可以加重法定刑到2分之1，這就是「行為人刑法」，而非「行為刑法」的立法，並且當併用刑法第47條及57條第5款時，不免有對行為人犯行重覆評價的疑慮，在這次的犯罪重覆將以前已經受到懲罰完畢的行為，再次評價並加重其刑，更是可能違反一事不再理或一罪不二罰原則。然而，108年2月22日甫公布的司法院釋字第775號解釋僅從是否違反憲法一行為不二罰原則的角度，認為累犯制度並未違憲，而謂：刑法第47條「法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定—（指刑法第47條）所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題」（解釋理由書參見）。殊不論大法官過度簡化一行為不二罰的論證，惟至少大法官認為累犯所定一律加重最低本刑的規定，不符罪刑相當原則，而牴觸比例原則：「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，對人民受憲法第8條保障

之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑」（解釋文第一段）。是實務以往操作的「應」加重其刑即一律強制加重的法律效果，司法院大法官釋字第775號解釋公布後，即使尚未修法，司法實務即應解釋為「得」加重，亦即應視行為人前罪與後罪的關係，以個案認定是否「有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱（累犯制度的立法理由）」之情，始得加重其刑。至於大法官於解釋理由書就一律加重最低本刑造成違憲結果所舉事例：「因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為6月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為7月有期徒刑。本來法院認為諭知6月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第41條第1項及第3項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告7月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動」，自不能理解為僅有在此種事例始有「得」加重與否的適用，亦屬當然。

（三）查被告許家豪合併執行之前罪中，亦包含與其本件所犯普通竊盜罪，同為侵害他人財產法益之犯罪，足認被告許家豪於前案有期徒刑執行完畢後5年內再犯相同罪質之犯罪，具特別惡性且對刑罰反應力薄弱之情；且被告許家豪於104年6月3日縮短刑期假釋出監，迄105年9月18日保護管束期滿，未經撤銷假釋，其未執行之刑，以已執行論。甫8月有餘即又偕同被告蔡瓊慧共同犯本件普通竊盜罪，前罪與本罪所犯罪名相同，顯係重覆犯相同性質之犯罪，足認被告許家豪對刑罰反應力的薄弱，從而，本院認被告許家豪仍應依刑法第47條第1項規定，加重其刑。原審固然為一律加重之判斷，惟究是在司法院釋字第775 號解釋公布前之情，固屬未即審酌，但經本院衡諸上情仍應加重

其刑，是就結論而言，自無違誤。

肆、原判決撤銷改判之說明

一、原審以被告許家豪、蔡瓊慧2人事證明確，適用修正前刑法第321條第1項第3款、第28條之共同攜帶兇器竊盜罪，並就被告許家豪部分論以累犯，固非無見。惟查被告許家豪、蔡瓊慧共同行竊所扣案之尖嘴斜口鉗2支及鉗子2支，既無證據可證明係為被告2人行竊工具使用，其等主觀上亦無用以行兇之意圖，是難證明被告2人係攜帶兇器，業如前述。另按法院組織法業於107年12月7日修正，配合大法庭制度之立法，已可達到終審法院統一法律見解之目的，因而就現行將最高法院裁判中之法律見解自個案抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象的判例要旨之判例選編及變更制度自無再予維持之必要，爰刪除現行條文第57條之規定。至於選編判例之規定刪除後，先前已經依法選編之判例，仍應予以明確定位，爰明定最高法院於中華民國107年12月7日法院組織法修正施行前依法選編之判例，若無該判例之裁判全文可資查考者，因無裁判所依憑之事實可供參佐，背離司法個案裁判之本質，應自本條文生效後停止適用（修正條文第57條之1第1項）。其餘先前已經依法選編之判例，應回歸裁判之本質，即最高法院某一庭先前所為之「裁判」，與未經選編為判例之其他最高法院先前裁判效力相同（法院組織法108年1月4日立法總說明意旨參照）。是以最高法院過往之判例及決議對於下級法院已無拘束力，自應依據個案事實加以判斷最適切之法律適用，原審判決既有如上違誤，本院自應予撤銷改判。

二、爰審酌被告許家豪、蔡瓊慧2人正值青壯，非無謀生能力，仍不思正道取財，對於他人財產權缺乏尊重，其等所為不僅造成被害人財物損失，更是對於法威信的侵害，惟念被告2人犯後曾於原審審理時坦認犯行，非無悔過之意，且本件被竊物品及時為被害人即家樂福經國店之賣場人員發現而能力汲取回，實質上的損害尚輕，兼衡其等竊的財物價值之多

寡、對於被害人造成之實際損害等一切情狀，分別量處如主文第二項、第三項所示之刑，並就被告蔡瓊慧部分，諭知易科罰金折算標準，以示儆懲。

伍、關於沒收之說明

一、查刑法關於沒收之規定，業於104年12月30日修正公布，並自105年7月1日起施行。修正後刑法第2條第2項明定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律」，採所謂從新原則，該條立法理由略謂：「本次沒收修正經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑），為明確規範修法後有關沒收之法律適用，爰明定適用裁判時法」等語，是關於沒收之法律適用，尚無新舊法比較之問題，於新法施行後，應一律適用新法之相關規定。如附表其他編號所示犯行本即在沒收新法修正後所為，自更應適用行為時有效之法律，併此敘明。

二、次按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項前段、第3項分別定有明文。又犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；宣告前2條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之，刑法38條之1第1項前段、第5項、第38條之2第2項分別定有明文。其立法目的，係因過往犯罪行為人之犯罪所得，不予宣告沒收，以供被害人求償，但因實際上被害人因現實或各種因素，卻未另行求償，反致行為人因之保有犯罪所得。是修正後刑法之沒收、追徵不法利得條文，係以杜絕避免行為人保有犯罪所得為預防目的，並達成調整回復財產秩序之作用，故以「實際合法發還」作為封鎖沒收或追徵之條件。然因個案中，被告仍可能與被害人達成和解、調解或其他民事上之解決，而以之賠償、彌補被害人之損失，此種將來或已經實現給付之情狀，雖未「實際合法發還」，仍無礙

比例原則之考量及前揭「過苛條款」之適用，是應考量個案中將來給付及分配之可能性，並衡量前述「過苛條款」之立法意旨，仍得以之調節而不沒收或追徵。

三、查扣案之尖嘴斜口鉗2支、鉗子2支均係被告許家豪所有，然並無證據證明係被告為本件竊盜犯行所用之物，爰不予宣告沒收。至被告2人竊取之金門高粱750ml粉標6支、金酒典藏珍品1支、格蘭利威18年2支、蘇格登大師純麥威士1支、女性善存1瓶、女性銀寶善存1瓶、信東紅麴膠囊1瓶、挺立鈣加強150s1瓶、挺立關鍵1瓶及流行休閒包1個，均已實際合法發還被告訴人王致崴，此有贓物認領保管單在卷可證，爰依刑法第38條之1第5項之規定，亦不予宣告沒收。

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、第300條，修正前刑法第320條1項，刑法第2條第1項前段、第28條、第47條第1項、第41條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官郭書綺提起公訴，檢察官曾鳳鈴到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

刑事第二庭　審判長法　官　周盈文

法　官　郭豫珍

法　官　錢建榮

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　許俊鴻

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

修正前中華民國刑法第320條

（普通竊盜罪、竊佔罪）

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5百元以下罰金。

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。