臺灣高等法院刑事判決

109年度上易字第583號

上　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官

被　　告　田維堅

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告竊盜等案件，不服臺灣桃園地方法院108年度簡上字第185號，中華民國108年12月27日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署107年度偵字第5957號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、本院審理範圍：

本案檢察官以被告田維堅分別於民國107年1月15日、19日、2月8日涉犯竊盜3次提起公訴，原審就被告前2次犯行判處罪刑；就最後1次行為則諭知竊盜部分無罪、毀壞門扇部分公訴不受理。檢察官僅就無罪及公訴不受理部分提起上訴，而被告並未上訴，則被告前2次之竊盜犯行業已判決確定，故本院只就檢察官上訴部分為審理，合先敘明。

二、公訴意旨略以：被告意圖為自己不法之所有，於107年2月8日凌晨0時55分許，前往張振豐位於桃園市○○區○○路0段000號住處，持客觀上可作為兇器之鐵棍1支，依其犯罪計畫破壞上開房屋之鐵門而著手於竊盜行為，惟因敲擊鐵門之聲響甚大，張振豐察覺有異並立即報警處理，警方遂於同日凌晨1時10分許前往現場，將持鐵棍破壞鐵門之被告田維堅逮捕，致被告田維堅之竊盜行為未能既遂，因認被告就此部分涉犯（修正前）刑法第321條第2項、第1項第2款及第3款之攜帶兇器毀越門扇竊盜未遂罪嫌等語。

三、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。不能證明被告犯罪，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎；認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，無從使事實審法院得有罪確信時，法院即應諭知被告無罪之判決（最高法院40年台上字第86號、30年上字第816號、76年台上字第4986號分別著有判例可資參照）。又按刑事訴訟法第161條規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年度台上字第128號判例參照），於無罪推定原則下，被告對於檢察官所指出犯罪嫌疑之事實，並無義務證明其無罪，即所謂「不自證己罪原則」，而應由檢察官負提出證據及說服之責任，如檢察官無法舉證使達有罪判決之確信程度，以消弭法官對於被告是否犯罪所生之合理懷疑，自屬不能證明犯罪，即應諭知被告無罪。

四、公訴意旨認被告涉犯竊盜罪嫌，係以被告之自白、證人即告訴人於警詢及偵查中之證述、現場照片8張、扣案鐵棍1支等為據。經查：

㈠被告於上開時、地，持扣案鐵棍敲擊告訴人上址住處鐵門，將鐵門敲壞後，尚未進入屋內即為警查獲之事實，業據被告

於警詢及原審審理中供承在卷（偵卷第9頁背面～第10頁、原審簡上字卷第117～118頁），核與告訴人於警詢時證稱：我於當日凌晨0時55分在家中睡覺的時候，聽到屋外有鐵器敲擊的聲響，我仔細再三確認，發現是有人用鐵器敲擊我家鐵門的聲響，於是我於同日凌晨1時3分打電話報警，後來警方在桃園市○○區○○路0段000巷0號旁發現被告正在破壞鐵門；因為我有在鐵門內側另外用大木頭頂住，所以鐵門雖然有被破壞，但還沒有到可以進得去的程度等語相符（偵卷第16頁正、背面），並有現場照片6張、行車紀錄器翻拍照片2張在卷可稽（偵卷第22頁至第23頁背面），復有扣案鐵棍1支可資佐證，此部分事實固堪認定。惟被告既尚未進入屋內即為警查獲，且依卷附現場照片所示，該鐵門被撬開之縫隙甚窄（偵卷第22頁），自難謂被告已有開始搜尋屋內財物之行為。揆諸前開說明，被告雖已著手於刑法第321條之加重條件，然尚難認已著手於竊盜行為。

㈡準此，被告雖確有敲擊告訴人住處鐵門，而著手於毀壞門扇行為（此部分業經告訴人撤回告訴，詳後述），然被告之行為既尚未著手於竊盜行為，自難科以刑法第320條第3項、第1項之普通竊盜未遂或同法第321條第2項、第1項第2款加重竊盜未遂之責。本案並無積極證據足認被告確有公訴意旨所指之竊盜犯行，揆諸首揭說明，自屬不能證明被告犯罪，依法自應為被告無罪之諭知。

五、檢察官雖認被告行竊前毀壞門扇部分與上開竊盜行為部分，係屬一罪；然按起訴之犯罪事實，究屬實質上一罪或裁判上一罪，抑為應併罰之數罪，檢察官如於起訴書所犯法條欄有所主張並記載，固可供法院之參考，如無主張並明確記載，即應由法院依起訴書記載之事實審認判斷；又依起訴書記載內容判斷，認檢察官起訴之數罪有裁判上一罪關係，審理結果，認一部有罪，他部無罪，其無罪部分於判決理由內說明，毋庸另為無罪之諭知，該無罪部分既已於判決理由內說明，即應認已為實體上判決，若以裁判上一罪起訴，法院就

一部為無罪之諭知確定，他部即與該諭知無罪部分無裁判上一罪關係，仍應予以審判（最高法院90年台非字第311號判決意旨參照）。又按告訴乃論之罪，告訴人於第一審言詞辯論終結前，得撤回其告訴；其告訴經撤回者，法院應諭知不受理之判決；並得不經言詞辯論為之；刑事訴訟法第238條第1項、第303條第3款、第307條分別定有明文。經查，被告毀壞門扇之前開行為，應係犯刑法第354條之毀損他人物品罪，依同法第357條規定，須告訴乃論。茲被告已與告訴人於108年2月19日達成和解並賠償新臺幣14,600元完畢，告訴人同意原諒被告（原審審易字卷第45頁、原審簡上字卷第120頁），告訴人於和解書上載明原諒被告一時失慮行為，不再追究等語（原審審易字卷第45頁），並於原審審理中陳稱：我不追究被告刑事及民事上的責任，就是我也不告了，我以為只要簽這個和解書表達不再追究就是撤回告訴，不用再寫撤回告訴狀等語（原審簡上字卷第119頁），堪認告訴人於簽立前揭和解書時，其真意確為欲撤回本件告訴。從而，該和解書既於第一審言詞辯論終結前由辯護人向原審法院提出（原審審易字卷第42頁），則揆諸前揭規定，即應為公訴不受理之諭知。

六、本院審理結果，認原審對被告為無罪之判決，已於原判決詳細論述其理由，其認事用法，均為妥適，應予維持。檢察官上訴意旨略以：

㈠原判決無罪部分：

按刑法第25條第1項所規定未遂犯，固限於「已著手於犯罪行為之實行」始得構成，惟所謂「著手」之判斷標準，則係以行為人依其犯罪計畫，開始實行與構成要件之實現具有密切關係之行為，且該行為客觀上對於受保護法益、行為客體具有直接危險狀態為斷。又刑法竊盜罪所保護之法益乃係被害人對其所管領動產之支配力，在同法第321條之加重竊盜罪亦然，故依前揭著手判斷標準，關於加重竊盜罪之情形，當依行為人之主觀上犯罪計畫觀之，若行為人之行為與加重

竊盜罪構成要件之實現已有密切關係，且客觀上已開始有搜尋、物色財物、或為物色財物而接近財物之行為，而可認定該等行為對於持有人之動產支配力已有加以排除、移轉持有之直接或現實危險發生時，自應認該竊盜行為業已著手實行（最高法院82年度第2次刑事庭會議決議研究意見、最高法院84年台上字第4341號判決意旨參照）。經查，被告於107年2月8日之竊盜犯行，係欲持鐵棍撬開鐵門之方式，撬開告訴人位在桃園市○○區○○路0段000號之房屋鐵門，以竊取置於上址屋內財物，惟因警員獲報到場而作罷，且為警當場查獲，然查：

1.就被告主觀上犯罪計畫而言，其前於同年1月15日晚間10時許及同月19日晚間10時許，即使用相同方式進入上址內竊取告訴人所有置於商品架上之商品及財物得逞，業經原審判決確定，是依此情，應可推認被告主觀上對於該該址內商品陳列情形及財物擺放位置，理應有大致認識，故被告於同年2月8日凌晨0時55分許，再度鎖定上址房屋內商品及財物作為行竊目標，而欲使同一手法入內行竊，顯見依被告主觀上犯罪計畫階段，應為若使用鐵棍將上址房屋鐵門順利開啟後，緊接行為即為直接竊得擺置於該販賣亭內之商品財物，故依被告主觀上之犯罪計畫觀之，應認被告持鐵棍撬開鐵門之際，即屬為物色財物而接近財物之行為。

2.再者，被告持鐵棍欲將鐵門撬開之行為，客觀上對於受保護法益、行為客體所產生之危險狀態而言，且觀諸現場監視器翻拍照片，該鐵門開啟後即緊鄰商品架陳列各式商品，財物亦僅置於桌子抽屜內，有現場監視器翻拍照片8張附卷可參，執此以觀，倘被告順利撬開上址房屋鐵門後，其內商品即直接暴露於被告眼前，可供被告直接竊取，客觀上實毫無任何其他障礙可阻止其犯罪計畫之實現，故被告於前揭時間、地點，持鐵棍欲撬開鐵門之行為與加重竊盜構成要件之實現間，客觀上實具有時間、空間上一貫接連性之密接關係，故被告於前揭時間、地點，持鐵棍欲撬開鐵門之行為，

已對於告訴人就房屋內財物之狀態業已產生直接危險。又告訴人雖有用大木頭將鐵門頂住，被告於107年2月8日凌晨0時55分許即開始持鐵棍欲撬開鐵門迄至同日凌晨1時10分許，因員警到場始作罷，是被告欲撬開該址房屋鐵門之時間長達15分鐘，且又在夜深人靜之際，益徵被告竊取之意欲甚強，無法單以大木頭頂住鐵門即可迫使被告放棄竊取之念。

3.綜上所述，依被告主觀上犯罪計畫，於撬開上址房屋鐵門後，既即可進入商品財物，且客觀上該等撬開鐵門行為與加重竊盜構成要件之實現間，亦確有時空上之密切關係，屬為物色財物而接近財物之行為，並已對於告訴人放置於上址房屋內財物之支配狀態產生直接危險，則此際被告上開行為已達於著手加重竊盜之階段，當可認定。

㈡公訴不受理部分：

被害人張振豐於警詢中明確表示：「我要對田維堅提出竊盜告訴並附帶民事賠償。」（偵卷第17頁背面），足見依法應告訴乃論之毀損器物部分，未經被害人提出告訴。又本件起訴書犯罪事實欄一、㈢關於此部分事實係記載：「（被告）於107年2月8日凌晨0時55分許，第3度前往上址，持客觀上可作為兇器之鐵棍1支，依其犯罪計畫破壞上開房屋之鐵門而著手於竊盜行為，惟因敲擊鐵門之聲響甚大，張振豐察覺有異並立即報警處理，警方遂於同日凌晨1時10分許前往現場，將持鐵棍破壞鐵門之田維堅逮捕，致田維堅之竊盜行為未能既遂。」並認為被告所為涉犯刑法第321條第2項、第1項第1款、第2款及第3款之攜帶兇器毀越門扇而侵入住宅竊盜罪嫌，有107年度偵字第5957號起訴書存卷可考。亦即起訴書所載「持鐵棍破壞鐵門」等語，純係竊盜之手段，難認被告毀損部分一併起訴，是原審不察，而就未據告訴人且未經檢察官起訴之毀損部分，併為不受理判決，顯係就未受請求之事項予以裁判，此部分屬判決違背法令。為此提起上訴，請求撤銷原判決云云。

七、經查：

㈠無罪部分：

1.被告是否構成加重竊盜之著手即刑法第321條第1項各款著手之認定標準。按早期最高法院採取行為人須為實現「竊取」構成要件行為之一部時，始為犯罪著手之形式客觀說（最高法院27年滬上字第54號判例、28年滬上字第8號判例），嗣為符合一般人民期待，擴大著手時點，變更為「行為人以竊盜之意思而著手於與侵犯他人財物有關之接近財物並進而物色、搜尋財物等密接行為」為竊盜罪著手之實質客觀說（最高法院81年度第2次刑庭會議決議、最高法院84年度台上字第4341號判決參照）。然影響著手認定標準之問題，尚可能涉及法益保護。若採取實質客觀說，著手於加重竊盜行為，須是實施足以對構成要件所保護之行為客體形成直接危險的行為，亦即成該法益受侵害之危險。就刑法第321條第1項各款予以觀察，均係以竊盜之易於實現、削弱被害人監督力，因此加重竊盜之立法目的，應是立法者考量了具體情狀下對於法益之侵害有層升之高度危險性存在，所為之加重規定，其仍係對財產持有之財產法益之保護。

2.刑法第321條第1項各款解釋為加重構成要件，並屬於混合犯罪構成要件。而加重竊盜罪乃是普通竊盜罪之加重類型，本質仍為竊盜，亦即基本構成要件行為仍屬竊盜行為，並沒有因為加重構成要件之加入，使該條成為一獨立於竊盜類型之犯罪行為。加重竊盜之事由既為加重構成要件，對於加重竊盜行為之認定，仍須與獨立構成要件，亦即與竊盜行為整體觀察，以認定著手之始點。

3.本件被告當時持扣案鐵棍敲擊告訴人位於桃園市○○區○○路0段000號住處鐵門，將鐵門敲壞之行為，此為被告所不爭執，已如前述，此為刑法321條第1項第2、3款所定毀越門扇、攜帶兇器之行為。

4.然被告持扣案鐵棍敲擊告訴人住處鐵門之行為，前開行為雖有提高告訴人之財物受有損害之風險，然其鐵棍敲擊告訴人住處鐵門之行為，尚未進入上開屋內之際，即遭告訴人發現

並立即報案，警方隨即抵到現場逮捕被告，客觀上被告立於告訴人住處鐵門外，客觀上顯無使告訴人之財產法益有立即受侵害之危險性，或被告尚有其他接近財物等與竊盜行為有關密接之行為。

5.再者，若以多數學者則採取「行為人必須依其犯罪計畫，開始實行與構成要件實現具有密切關係的實行行為，而且在行為人的『主觀想像』中，實行行為如繼續不中斷地進行，勢必直接導致構成要件的實現」之主客觀混合理論論之。然查：告訴人於警詢時證稱：我於當日凌晨0時55分在家中睡覺的時候，聽到屋外有鐵器敲擊的聲響，我仔細再三確認，發現是有人用鐵器敲擊我家鐵門的聲響，於是我於同日凌晨1時3分打電話報警，後來警方在桃園市○○區○○路0段000巷0號旁發現被告正在破壞鐵門；因為我有在鐵門內側另外用大木頭頂住，所以鐵門雖然有被破壞，但還沒有到可以進得去的程度等語相符（偵卷第16頁正、背面），足證被告持扣案鐵棍敲擊告訴人住處鐵門之行為，並未接近告訴人財物，可見被告並無所謂之事先物色財物或已有犯罪計畫，自不能認為被告毀越門扇、攜帶兇器之行為，係屬事先物色財物或依其犯罪計畫，開始與實現構成要件具有密切關係之行為，而達到竊盜犯行之著手程度，況卷內亦無其他證據足證被告得以搜尋、物色上開屋內財物之可能性。

6.是依據上開各節，可知被告固有持扣案鐵棍破壞告訴人住處鐵製大門之行為，然於此時即為告訴人發覺並立即報警，員警後到場即逮捕被告，足認被告未及有任何物色、搜尋財物等著手實施竊盜犯行之行為即被發覺並查獲，依據上開說明，被告既僅有加重條件之行為而尚未著手實行竊盜犯行，自不能遽論以加重竊盜未遂之罪責，刑法又未明文處罰預備竊盜之行為，要不能對被告以竊盜相關罪責相繩。

7.綜上所述，本件客觀證據均無從證明被告已著手於基本的竊盜行為，自難論以加重竊盜未遂罪責。然本件既無證據證明被告已著手於竊盜行為，自仍與加重竊盜未遂罪之構成要件

有間，是檢察官上開上訴意旨尚有誤會，並無理由。

㈡公訴不受理部分：

經查：被告毀壞門扇之前開行為，應係犯刑法第354條之毀損他人物品罪，依同法第357條規定，須告訴乃論。被告既然已與告訴人達成和解並履行完畢，堪認告訴人於簽立前揭和解書時，其真意確為欲撤回本件告訴應可認定，同前所述。從而原審諭知公訴不受理之判決，經核並無違誤。檢察官上訴意旨稱：依法應告訴乃論之毀損器物部分，未經被害人提出告訴，檢察官亦未起訴，原審就未據告訴人且未經檢察官起訴之毀損部分，併為不受理判決，顯係就未受請求之事項予以裁判，屬判決違背法令云云，惟本件告訴人因對被告撤回毀損他人物品罪之告訴，已如前述，檢察官執此提起上訴，實難認有理由，應予駁回。

八、綜上所述，被告所為既尚未達於加重竊盜之著手要件，則原審判決認此部分不能證明被告犯罪，而為被告無罪之諭知，及被告毀壞門扇經告訴人撤回告訴，為公訴不受理之諭知，其認事用法並無違誤。檢察官上訴意旨並未能舉出其他積極證據，證明被告已著手於竊盜行為，徒憑主觀之推論，而對原審判決認事用法職權之行使為指摘，非有理由，自應予以駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官呂象吾提起公訴，檢察官劉威宏提起上訴，檢察官楊四猛、林黛利到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　2　　日

刑事第七庭　審判長法　官　孫惠琳

法　官　戴嘉清

法　官　張育彰

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　林蔚菁

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　2　　日