最高法院刑事判決

114年度台非字第224號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　陳契宏

上列上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣新北地方法院中華民國111年9月1日第一審確定刑事簡易判決（111年度簡字第2464號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第8558號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳契宏部分撤銷。

陳契宏共同犯竊盜未遂罪，處拘役伍拾伍日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。次按主刑之種類，有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金共5種。其中拘役部分，除有加重情形外，為1日以上、60日未滿，刑法第33條第4款定有明文。亦即拘役除有加重事由外，其上限為59日；若無加重事由，另有減輕事由時，減輕後之刑度應為58日以下，始為適法，最高法院110年度台上字第12號判決意旨可資參照。二、經查，本案判決主文諭知被告陳契宏共同犯竊盜未遂罪，處拘役伍拾玖日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。惟事實及理由欄二、㈣則為：「被告等著手於竊盜犯行之實施而不遂，為未遂犯，爰均依刑法第25條第2項之規定，減輕其刑」。爰此，本案判決既認被告應依刑法第25條第2項規定減輕其刑，並量處拘役刑，且未說明被告有何加重之事由，則所處之拘役刑僅能在58日以下，方為適法。惟本案判決竟諭知被告處拘役伍拾玖日，已逾越法定刑度，揆諸首揭法條及最高法院判決意旨，即有判決適用法則不當之違法。三、案經確定，且對被告不利，爰

依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正」等語。

二、本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又主刑之拘役為1日以上，60日未滿，但遇有加重時，始得加至120日；因刑之加重、減輕，而有不滿1日之時間者，不算，刑法第33條第4款及第72條亦分別規定甚明。故若選科拘役之主刑，於有刑罰減輕事由並據以減輕其刑之情況下，除有刑罰加重事由且據以加重其刑外，其宣告刑應在59日未滿即58日以下，始稱適法。本件原確定刑事簡易判決（下稱原確定判決）引用檢察官聲請簡易判決處刑書犯罪事實欄所載，認定被告陳契宏於民國110年10月6日1時55分許，在新北市板橋區○○街00巷0弄前，與共犯林俊敏（業經原確定判決論處罪刑確定）共同損壞告訴人史嘉蕙所有0000-00號自用小客車之右後三角窗，並著手欲竊取車內之財物，然因該車警報器響起，被告與林俊敏旋即離開現場致未得逞等情，論被告以竊盜未遂及毀損他人物品罪，並依想像競合犯關係從一重以竊盜未遂罪處斷，於依刑法第25條第2項關於處罰未遂犯得按既遂犯刑度減輕之規定減輕其刑後，量處拘役59日，並諭知如易科罰金以新臺幣（下同）1,000元折算1日。然刑法第320條第1項竊盜罪之法定刑為5年以下有期徒刑、拘役或50萬元以下罰金，原確定判決就被告犯行從一重論以竊盜未遂罪，既選科拘役之主刑，在未認定有何刑罰加重事由，另說明依刑法第25條第2項規定予以減刑後之情況下，其宣告刑應在處斷刑之上限即58日以下，始屬合法，卻諭知拘役59日，顯逾越法定刑範圍，依上述規定與說明，自有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原確定判決關於被告部分撤銷，另行判決如主文第2項所示，以資糾正及救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，刑法第28條、第320條第1項、第3項、第354條、第55條前段、第25條第2項、

第41條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　24　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　許辰舟

法　官　林柏泓

法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　29　　日

附錄本案論罪科刑法條全文

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。

中華民國刑法第354條

毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處2年以下有期徒刑、拘役或1萬5千元以下罰金。