

刑法實例演習報告—第二十一題擬答

報告人:法制三/409620049/賴奕蒼、財法三/409630020/陳信合

評論人:財法四/408630004/梅玉萱、法學三/409610005/黃芮亭

【題目】

證券經理甲因操作股票不當被公司解職，失業後仍不改豪飲進口葡萄酒的習慣，但資力已入不敷出。某日，甲至某大賣場購物，見販售酒類部門架上一瓶全球限量的高檔葡萄酒，環顧四下無人，遂起意不法所有，將該瓶酒取下後藏入自己大外套的內口袋。甲自以為神不知鬼不覺，豈料，該賣場各角落皆有監視錄影器，甲之行為從頭到尾都被錄影、監控，且監控人員察覺後並尾隨甲至櫃台，在甲經過櫃台時予以攔阻，當場查獲該酒。試問甲所為構成何罪？

【爭點】

- 1、竊盜罪保護之法益
- 2、竊盜罪之構成要件判斷、既未遂判斷標準
- 3、特論：竊盜罪與搶奪罪之區分
- 4、特論：所有意圖之對象認定標準

【擬答】

甲以所有不法意圖將酒藏入外套口袋之行為可能成立刑法第 320 條 3 項普通竊盜未遂罪，以下分述之：

一、依刑法第 320 條之規定：「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，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。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。」

二、竊盜罪保護之法益

(一) 早期實務認為僅保護「持有」(監督)權，只要監督權未受侵害，即不成立本罪，係基於和平秩序出發，亦應保護非法之持有¹，然其無法解釋為何我國竊盜罪需要主觀上之不法、所有意圖，在物主奪回竊賊非法持有的自己物品時亦會成立竊盜罪，顯有不當之處。亦有認為僅保護所有權²，認為持有不一定合法持有，且其他財產法亦並未有見保護監督權的，故以保護所有權法亦為妥。

(二) 通說見解認為不論係持有、所有權或是其他本權(質權、留置權等)³皆為保護之法益對象。從我國參照德國法觀之，其刑法竊盜罪文字與我國

¹ 甘添貴，刑法各論(上)，2019年，五版，頁203。

² 黃榮堅，月旦法學雜誌2期，頁47、許澤天，刑法分則(上)：財產法益篇，2021年，三版，頁21。

³ 陳子平，刑法各論(上)，2019年，四版，頁401。

幾乎相同⁴，對於所有權人未得其他本權人同意取走自己所有物，已阻礙本權人行使權力者，德國亦設有與竊盜罪類似，卻有本質不同的取回質物罪(§289 StGB:Pfandkehr)，以掌握欠缺所有意圖或針對自己所有動產之竊取行為⁵。

三、竊盜罪之構成要件、既未遂判斷標準

(一) 構成要件⁶

1. 不法意圖：行為人認知自己並無法律上之取得權源。
2. 所有意圖：行為人欲消極排除原持有人對物之支配、利用可能性，並欲積極建立自己對物之支配、利用可能性，使自身立於所有人之地位之意圖。(關於所有之對象判斷將於文末特論補充之)
3. 竊盜故意：對於自身竊盜行為是在違反法律規定，破壞他人對物之所有、持有關係，並建立自己新的持有關係。
4. 竊取：未經原持有人同意，破壞他人對動產之持有支配，並建立自己之持有支配。
 - (1) 未經原持有人同意：涉及「**阻卻構成要件同意**」⁷之概念，若有持有人同意則構成要件不該當。
 - (2) 破壞他人持有：涉及「**竊盜著手**」之標準，早期實務認為須行為人實現「竊取」構成要件行為之一部時，始為犯罪著手之形式客觀說⁸。而近期實務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⁹。學說上認為須行為人依主觀犯罪計畫，而開始實行直接侵害法益之行為，始為著手¹⁰，亦有實務採之¹¹。
 - (3) 建立自己之持有：涉及「**既未遂**」之認定，學說上採「袋地理論」¹²來判斷，依具體事實情況並考量人際往來觀點加以認定，亦即應考量動產之種類、體積大小、重量或是否容易被發現而有不同，原則上若動產仍置於原持有人之空間勢力範圍內，則只有行為人將動產放在身邊且依正常情況下攜帶離開，應不再有遭人取回之任何風險時，則肯認以建立持有關係，或有學者提出「區分說」，以行為人新建立之持有支配關係，是否業已完全排除原

⁴ 區別在於德國法強調「從他人處竊取他人所有動產(eine fremde bewegliche Sachen einem anderen...wegnimmt)」，我國僅規定「他人之動產」，究係指所有人亦或是持有人，還是兼具兩者，稍顯不明，才會有保護法益之爭議產生，德國如此詳盡的規定值得我國學習。

⁵ 張天一，時代變動下的財產犯罪，2015，初版，頁170-171。

⁶ 許澤天，刑法分則(上)：財產法益篇，2021年，三版，頁23-55。

⁷ 盧映潔，刑法分則新論，2020年，十五版，頁663-665。

⁸ 最高法院27年滬上字第54號判例、28年滬上字第8號判例。

⁹ 最高法院81年第二次刑庭會議決議、最高法院81年台上字4341號判決。

¹⁰ 王皇玉，刑法總則，2021年，七版，頁218。

¹¹ 高等法院106年上易字第2095號刑事判決。

¹² 古承宗，刑法分則：犯罪財產篇，2020年，二版，頁21。

持有人對其物之支配管領力皆加以排除為斷，例如於超商內將口香糖放在口袋中，不論依袋地理論或區分說，即已破壞原持有之持有而建立自己之持有¹³。

(二) 依上開通說見解之認定，本案中，甲以所有不法意圖將酒藏入外套口袋之行為，係未經原持有人同意而破壞賣場持有關係，並建立自己之持有之行為，且依袋地理論判斷甲一放入袋地(禁忌、特定領域)時，甲即成立竊盜既遂。然有反對袋地理論之見解認為，必須直到顧客做出在外在意象上沒有其他詮釋可能的、只能被詮釋為建立自己物品歸屬而損害賣場主人的動作，亦即將貨品攜出結帳櫃檯而未結帳，才能說破壞賣場主人對貨品的持有關係¹⁴。

(三) 本組意見

現今賣場多採「自助」式，由顧客自行從貨架上拿取商品，再持之到櫃台結帳，其顧客自行拿取之行為之所以不被認為係破壞賣場之持有，理由在於即使顧客在賣場範圍內任意拿取、移動商品，賣場主人仍不因此喪之持有關係，必須直到顧客在**未結帳的情況下**將貨品帶出結帳櫃檯，始破壞賣場主人之商品持有關係¹⁵，並建立自己之持有關係¹⁶，故本文認為即使行為人已將商品放置在「**禁忌或特定領域**」，例如口袋，但在結帳時將之取出結帳，亦不構成竊盜罪，此與袋地領域之一般想法，即一放進禁忌或特定領域即構成竊盜既遂之想法不同，而係從賣場實際運作情形，以及竊盜罪之「破壞、建立持有關係」與區分說之觀點出發。然本案甲之行為已被監控人員發現，因竊盜罪並非秘密犯，惟其不代表被人察覺之事實永遠不會影響持有關係之認定。關鍵在於，從社會視角下，**被人察覺的事實從何種角度產生持有判斷上的重要性。這個重要性並非產生於察覺與否本身，而是察覺背後所代表對整體竊盜事件的影響力。**甲之行為被發現，則甲幾乎已注定不能竊盜成功了(無從既遂)，因此時賣場可主張現行犯之逮捕或正當防衛來阻攔甲，甲根本不可能建立自己之持有支配關係，綜上所述，故本案即使甲未結帳時取出葡萄酒結

¹³ 袋地理論以及實務所稱之「置(行為人)實力支配下」等觀點，周漾沂老師均認為係從「**社會性持有**」的概念所衍生，詳言之，一個人對於物品有何等支配力，必須在社會的標準下，來判斷物品是否歸屬於某人之支配，才能認為某人「持有」該物品，由此亦可探尋袋地理論係基於從社會觀點觀之，在某些「**禁忌或特有領域**」例如褲子口袋、包包內，已經可判斷屬於某人之「持有」了。相關討論，可參周漾沂，財產犯罪中的持有概念—社會性歸屬的證立與運用，台灣大學法學論叢，46卷，頁269-338。

¹⁴ 周漾沂，財產犯罪中的持有概念—社會性歸屬的證立與運用，台灣大學法學論叢，46卷，頁327，註104，Ling, Zum Gewahrsamsbruch beim Diebstahl, ZStW 110 (1998), S. 939f.。

¹⁵ 有論者認為自助式賣場未結帳而走出櫃檯之行為成立侵占罪，如前述因自助式賣場同意顧客或行為人任意拿取商品，係屬同意其破壞持有關係，不論是放進購物車抑或是放進口袋在所非問，只要在結帳時取出結帳即可，故本案之情況應為侵占罪，相關討論，詳參，黃榮堅，致命的反光片，月旦法學教室第27期，2005年，頁16-17。值得注意的是德國通說見解對於自助加油的例子亦採成立侵占罪，理由在於，於一般交易條件下，汽油已經商家同意移轉持有，至於所有權是否發生變動係基於加油後之付款行為。

¹⁶ 南投地方法院92年簡上字第21號判決。

帳，而經過櫃檯，此時由於早已被監控人員發現，並於甲經過櫃檯時阻攔，甲亦僅成立竊盜未遂(或依照註 15 之觀點為侵占未遂)。甲於本案無阻卻違法罪責且具罪責性，故上開刑法第 320 條 3 項竊盜未遂罪(或依照註 15 之觀點為侵占未遂罪)。

➤ 特論：竊盜罪與搶奪罪之區分

實務見解¹⁷受到「竊」字文義影響，認為竊盜必須出於「隱密」、「非公然」、「秘密和平」等狀態。

學說上¹⁸有認為「未經他人同意而移轉持有」之描述已足建構竊盜罪之不法內涵，故附加秘密的要素來詮釋「竊」字並不必要；另有認為¹⁹行為人取走他人財物是否處於公然，與財產法益保護無關。實務如此解釋可能是想與搶奪罪區分，然如此操作可能導致評價漏洞。故只要行為人竊取他人之動產，改變了他人與動產之持有支配關係，竊盜罪即屬既遂，且行為人破壞持有之手段，必須連動到被害人之人身安全，始屬搶奪行為²⁰，以區別竊盜係和平非暴力之觀點。

➤ 特論：所有意圖之對象認定標準

本爭議係由於儲值卡、信用卡等行為人欲奪取背後所代表之金額財物意義而生，與一般竊盜罪之標的不同，故置於文末特別論之。

1. 物體(實體)理論²¹

基於民法所有權之保護，強調行為人所有意圖必須附著於「實體財物」上，否則不構成犯罪。

2. 修正物體(實體)理論²²

此說擴張到「基於動產實體的支配而串連的所有人地位」，即只要行為人持續剝奪所有人對於財物的「常態用意可能性」時，行為人仍構成竊盜罪。

3. 廣義價值理論

放棄以動產實體未判斷標的之見解，改由動產所表彰之經濟價值立論，故所有意圖應指「對物之經濟價值的取得意思」。

¹⁷ 最高法院 93 年台上字 1776 號判決。

¹⁸ 薛智仁，竊盜罪之所有意圖概念，台灣法學雜誌第 205 期，2012 年，頁 154。

¹⁹ 蔡聖偉，白吃的午餐—盜用他人儲值卡的案例審查示範，月旦法學教室第 187 期，2018 年，頁 54。

²⁰ 蔡聖偉，搶奪行為的認定—評最高法院 64 年台上 2583 號刑事判例，刑法判解評析，2019 年，初版，頁 211-212。

²¹ 許恒達，盜用存摺提款與不法所有意圖—評最高法院 100 年台上字 3232 號判決，月旦法學時報第 16 期，2012 年，頁 64。

²² 許恒達，盜用存摺提款與不法所有意圖—評最高法院 100 年台上字 3232 號判決，月旦法學時報第 16 期，2012 年，頁 65、67。

4. 綜合理論²³

此為折衷說，為我國通說，強調同時保護動產「實體」與其「經濟價值」，且優先保護「實體」，經濟價值只是補充。

²³ 許澤天，刑法分則(上)：財產法益篇，2021年，三版，頁43。；古承宗，刑法分則：犯罪財產篇，2020年，二版，頁37。