

刑事實例第 6 題報告

報告人：犯防二/411725031/杜謹民

評論人：財法二/411630004/劉建驊、財法二/411630041/蔡政翰

經營生活雜貨店的乙將店內所要淘汰的瑕疵商品堆放在店門口，並且貼了一張小公告：「有需要者，都可免費帶走」。某日傍晚，甲趁四下無人時，將其中一個馬克杯取走，但甲並未看到公告，不知乙有同意任何人免費帶走。甲才離開店門口幾步，赫然發現杯子底部有一處不小的缺角，甚為失望，趕緊回頭將該杯子放回原本的堆放處。試問甲之刑責？

【爭點】

- 1 甲取走乙的馬克杯隨後又歸還之行為，是否成立刑法第 320 條第 1 項之竊盜罪？
- 2 甲取走乙的馬克杯之行為，是否為學理上之使用竊盜，而不成立竊盜罪？
- 3 乙在店門口之公告是否屬於超法規阻卻違法事由之被害人承諾？亦或是同意？
- 4 甲取走乙的馬克杯之行為，是否可依超法規阻卻違法事由而不成立竊盜罪？

【擬答】

乙在門口擺放對於店內瑕疵品可任意取走的公告，甲主觀上卻不知此事由之存在，乃以竊取之意圖來獲得上開所述之店內瑕疵品，事後又將其歸還，對於甲是否成立刑法第 320 條第 1 項竊盜罪，茲論述如下：

一、甲取走乙的馬克杯隨後又歸還之行為，該當刑法第 320 條第 1 項竊盜罪之構成要件。

（一）法條援引

根據刑法第 320 條第 1 項，可知，

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¹。

（二）保護法益

在討論普通竊盜罪之構成要件前，本文先對竊盜罪法條所欲保護之法益進行討論，以利對本題甲之行為評價，以下對各說進行比對。

1. 所有權說

本罪保護之法益應為物的所有權，亦即所有人對於該物之自由支配，並具有

¹中華民國刑法，全國法規資料庫。

本罪保護之法益應為物的所有權，亦即所有人對於該物之自由支配，並具有排除他人干預該所有權的權利²。而若非民法上對於該物的合法所有權人，則不屬於本罪所欲保護之對象。

2. 持有說

本罪保護之法益應在於被害人對物的持有利益，亦即不論其持有者是否合法取得該物，只要對該物有現存的持有支配³，一律為本罪所欲保護之法益的有效範圍內。

3. 折衷說

本罪除了應保護物在法律上的所有權人，也應保護該物持有者在客觀事實上的持有支配⁴。亦即無論上述兩者其一被侵害，皆符合本罪之客觀構成要件。

(三) 構成要件該當性

1. 客觀構成要件

本罪之行為客體為「動產」。其定義泛指可移動的有體物，依持有說，本罪之保護法益包含他人的持有支配權。因此不論動產是否合法，或該物無客觀價值，仍為本罪之保護對象。行為人對動產之「竊取」，係指未經他人同意，卻破壞他人對於動產的持有支配關係，並建立自己的持有支配關係之行為⁵。

破壞他人對動產的持有支配之解釋，早期實務見解認為其應處於「乘人不知」的狀態下形成⁶；學說則主張對於破壞他人持有支配之方法應限於「非暴力之和平手段」即可⁷，並非非屬「乘人不知」不可。

若動產支配關係已經從他人移轉到行為人，則屬竊盜既遂⁸。

2. 主觀構成要件

竊盜罪之主觀構成要件有二，一為竊盜故意，二為意圖為自己或第三人不法之所有。分述如下：

²許澤天，刑法分則(上)財產法益篇，三版，2021年，頁21。

³甘添貴，刑法各論(上)，五版，2019年，頁202-203。

⁴林山田，刑法各罪論(上)，五版，2005年，頁303-305。

⁵林山田，同前註，頁315。

⁶司法院院字第2661號解釋。

⁷林山田，同註4，頁311。

⁸張鏡榮，透明的行法概要，二版，2021年。

(1) 竊盜故意

根據刑法第 13 條第 1 項，「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意」⁹。意旨行為人對於竊盜有認識，並想要使犯罪事實發生，始具有竊盜故意。

(2) 意圖為自己或第三人不法之所有

此即竊盜之「不法意圖」以及「所有意圖」。其中「不法意圖」係指行為人認知到自己在法律或公序良俗上欠缺合法性，仍執意使自己或第三人對行為客體享有如同所有人地位利益的主觀心態¹⁰。

「所有意圖」則意旨行為人欲排斥所有權人對於所竊取之物的支配，而將該支配狀態轉由自己以所有人地位自居的主觀認知¹¹。換言之，指排除他人使用轉為供自己利用的意圖。因此所有意圖包含據為已有的意圖之積極要素，並具有排除他人支配地位的意圖之消極要素¹²。

然雖行為人在竊取動產當下具有排除所有權的主觀意圖，卻無將其據為已有的意圖，即缺乏主觀構成要件要素之所有意圖，乃為學理上之「使用竊盜」，不成立刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪。

(四) 小節

由題述可知，甲趁傍晚四下無人時，取走乙放在店門口供人免費領取之瑕疵品，卻於事後將馬克杯歸還。依實務見解，按「使用竊盜」與犯竊盜罪後事後物歸原主之行為有別，主要在前者係自始即無不法所有意圖，因一時未能取得他人同意，暫時使用他人管領支配之物，事後即時歸還；後者則係意圖為自己或第三人不法之所有，破壞原持有人對於財物之持有支配關係，而建立新的持有支配關係，事後因某種原因，而歸還所竊取之物。兩者雖事後均有物歸原主之客觀行為，然就其自始是否有不法所有意圖，則迥然有別¹³。

雖甲事後進行歸還，但其原因乃是其發現該馬克杯不如自己當初所設想之完美，而甚為失望，才將其歸還。可知馬克杯若無缺角，甲未必會將其歸還。

因此甲仍具有故意將馬克杯不法為自己所有之意圖，且實行破壞乙對馬克杯的持有支配關係，並建立自己持有支配關係之行為，該當刑法第 320 條第 1 項竊盜

⁹同註 1。

¹⁰最高法院 106 年台上字第 2535 號判決。

¹¹黃榮堅，刑法問題與利益思考，一版，2003 年，頁 311。

¹²林山田，同註 4，頁 328-330。

¹³臺灣南投地方法院 113 年度易字第 93 號刑事判決。

罪之客觀與主觀構成要件，屬本罪既遂。

二、乙在店門口之公告屬於超法規阻卻違法事由之被害人承諾或阻卻構成要件之同意，以下進行討論。

由題述可知，因乙將其店內所要淘汰的瑕疵商品堆放在店門口，並且張貼可免費帶走的公告，可能成立超法規阻卻違法事由之承諾或阻卻構成要件之同意，因此，在判斷甲的行為是否有違法性前，本文針對上開兩者進行定義比較及分析。

（一）超法規阻卻違法事由之被害人承諾

1. 定義

「被害人承諾」意旨有法益處分權的被害人，若自決定放棄法律的保護而許諾行為人侵害其法益，雖該行為具構成要件該當性，仍得阻卻其違法性¹⁴。

2. 客觀成立要件

承諾人應在行為前以明示或默示進行其承諾，而該承諾若非出於其自由意志行為，乃受他人脅迫或強暴所為，非屬有效之承諾。除了承諾人須為被害人本人外，承諾人也應具備承諾之能力，最低標準為其心智成熟度及辨識能力必須能認識並理解其所拋棄法益之範圍、意義及效果¹⁵。

再者，承諾人捨去法律所保護之法益時，必須是法律所允許處分的法益，若為生命法益、非重傷以下之身體法益或集體(國家、社會)法益時，承諾人無權拋棄。

3. 主觀成立要件

行為人須對承諾人之承諾有認識，倘行為人不知有承諾，而侵害其法益，縱使承諾人所表示之承諾存在，仍應依既遂之違法行為處理，不可阻卻違法¹⁶。

（二）阻卻構成要件之被害人同意

在某些不法構成要件中，包含違反或未得特定法定持有人同意之意思為要素者，才可能發生阻卻構成要件的「同意」¹⁷。其定義與與法律效果與承諾不同，以下分別論述之：

1. 二者對於說明人(被害人)的要求不同

同意者只要有自然的意思行為能力即足，亦即只要是單純事實上的同意行為，

¹⁴林鈺雄，新刑法總則，九版，2021年，頁285。

¹⁵同註8。

¹⁶張麗卿，刑法總則理論與應用，六版，2016年，頁226。

¹⁷張麗卿，同前註，頁227。

同意即可成立；然而，承諾者卻須具備辨識即判斷之能力，因為其必須認識其捨棄法益的效果，若欠缺，則該承諾無效。

2. 二者對於意思瑕疵上之標準不同

同意不需考慮被害者有無意思瑕疵的問題，經由欺騙的同意仍然有效。但暴力脅迫下所為之意思表示就可能為無效的同意；而承諾不論在何種情況下，皆不可有可意思的瑕疵，經由強暴、脅迫、欺騙所為之承諾，均為無效之承諾。

3. 二者對行為人認知的要求不同

同意只需有「單純的意思存在」就已足夠，只要被害人主觀上認為的同意存在，行為人即便不知情，該同意也成立。換言之，不要求行為人對該同意有認識也能阻卻構成要件該當性；相反地，承諾必須由承諾人明示或暗示之行為進行表示，也要求行為人對於該承諾有所認知，若無，則該承諾無效。

(三) 小節

綜上所述，在本題中有良好辨識能力的乙，基於其自由意思，放棄法律保障自己對於該瑕疵品的所有權之決定，並在店門口以明示公告，符合承諾之客觀成立要件，乙之行為應屬具法律效果之有效承諾。

三、甲之行為評價

甲取走乙的馬克杯之行為，不得因乙的承諾為由而阻卻其違法性。

由題述可知，甲因基於竊盜故意，意圖將馬克杯為自己不法之所有，破壞原持有人乙對於馬克杯之持有支配關係，而建立自己新的持有支配關係，然事後因馬克杯的小缺角，而歸還所竊取之物。依南投地方法院 113 年度易字第 93 號刑事判決，此類行為最終雖無產生法益侵害，但甲自始便具有將馬克杯歸於已有的不法所有意圖，且以竊取行為實現該意圖，符合刑法第 320 條第 1 項竊盜罪之構成要件該當性。

又因乙對於該馬克杯有同意他人取走，有成立阻卻構成要件之同意的可能性存在，然本文以為，乙已經明示表示放棄馬克杯的持有支配，故應屬於超法規阻卻違法之承諾，而非同意。

甲之行為不可因乙之承諾而阻卻違法，因甲缺乏對該承諾的認識，此乃成立承諾之主觀要件，要求行為人應對於承諾有所認知。因此甲不可以乙之承諾為由阻卻違法。

綜上所述，甲之行為該當刑法第 320 條第 1 項竊盜罪之構成要件，且欠缺阻卻違法事由，故具違法性，乃成立本罪既遂。