

國立臺灣大學法律學研究所碩士論文
Graduate Institute of Law, National Taiwan University
Master Thesis

論贓物罪之立法目的

——對妨礙追索權說之質疑與辯護

On the Legislative Purpose of Offense of Receiving Stolen Property
- Defense for the Theory of Hindering Restitution



葉寒柏

Han-Bo Ya

指導教授：李茂生博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國九十七年七月

July 2008

謝辭

這本論文得以完成，要感謝李茂生老師對我的包容。寫論文時產生的許多疑惑，不管多淺薄，老師總是願意回答我的提問；論文方向整個走偏時，老師願意考慮我已經寫出來的不成熟的東西，並另外指出修正的方法；論文進度嚴重延遲，致形容枯槁、心力耗竭時，老師也會不吝給予以輕叱為包裝的鼓勵(「你論文到底寫到哪裡了！」(佯怒))。

還要感謝王皇玉老師與盧映潔老師，願意付出心力在百忙之中詳細閱讀這本難以閱讀的論文，並且提供許多修改的意見。因為時間及個人能力的關係，對於這本論文容易使人誤會的行文方式、結構編排及其他問題，我沒辦法一一做出完善的修改，在此向兩位老師致歉。



感謝我的朋友們、

不斷對家庭付出的母親、

與完美的國王。

葉寒柏 2008/07/24

摘要

本文試圖確定贓物罪之保護法益為本權人對於贓物之追索權(在本文「追索權」即本權人對於贓物之民事法上返還請求權)。

首先，本文將從文獻中尋找立法者在民國二十四年訂定贓物罪之立法目的。接著本文將介紹各種對於贓物罪保護法益的不同學說，並對這些學說提出看法。本文認為若要妥善解釋贓物罪之立法目的，似乎採取妨礙追索權說較為適宜。

其次，在回應對於我國妨礙追索權說之幾個批評後，本文將從妨礙追索權說出發，對「本權人」的範圍做更進一步的討論。本文認為，本權人不限於在先行為財產犯罪中的被害人，也包括更早發生之財產犯罪的被害人，例如：甲對於某車有本權，該車被乙偷竊，丙又偷竊該車，甲在贓物罪的保護範圍之內。若只是持有贓物、對於贓物沒有本權，縱然該持有人可能有民法第九百六十二條占有物上請求權，該持有人依然不在贓物罪的保護範圍之內，例如上例中之乙並不在贓物罪的保護範圍之內。

最後，在實際的案例中該如何貫徹妨礙追索權說可能較為適宜，本文將試圖提出自己的看法。本文認為贓物行為人必須確實妨礙了本權人之追索權，才有可能成立贓物罪。而只有當贓物行為人對於贓物的收受、搬運、寄藏、故買、牙保，導致本權人無法尋回贓物，或者尋回贓物的代價增加，才可以說是確實妨礙了本權人之追索權。

關鍵字

贓物罪，追索權，妨礙追索權說，違法狀態維持說，回復持有妨害說，事後幫助犯說，參與利得說，犯罪隱匿說，間接領得說，危險性理論



論贓物罪之立法目的

——對妨礙追索權說之質疑與辯護

第壹章 前言.....	1
第貳章 贓物罪立法目的.....	3
第一節 尋找贓物罪立法目的.....	3
第一項 大清新刑律.....	4
第二項 暫行新刑律.....	6
第三項 民國十七年刑法.....	8
第四項 現行刑法(即民國二十四年刑法).....	11
第五項 小結.....	13
第二節 憲法解釋者與法院實務對贓物罪之見解.....	14
第一項 憲法解釋者對於贓物罪之見解.....	14
第二項 法院實務對於贓物罪之見解.....	15
第三節 小結.....	19
第參章 關於贓物罪本質之各種學說.....	21
第一節 與立法目的較無關聯之學說.....	21
第一項 事後幫助犯說(Nachathilfetheorie).....	21
第二項 危險性理論(Gefährlichkeitstheorie).....	24
第三項 犯罪隱匿說(Strafvereitelungstheorie).....	27
第四項 (舊)違法狀態維持說.....	28
第五項 參與利得說.....	31
第一款 第一種參與利得說.....	31
第二款 第二種參與利得說.....	34
第二節 與立法目的相關之學說.....	36
第一項 妨礙追索權說.....	36
第二項 間接領得說.....	38
第三項 回復持有妨害說.....	40
第四項 新違法狀態維持說.....	41
第一款 基本內容.....	42
第二款 批評.....	43
第三款 將新違法狀態維持說理解為妨礙追索權說.....	44
第四款 新違法狀態維持說所謂之合法狀態.....	46
第五項 混合說.....	47
第三節 小結.....	50
第四節 日本對於盜品等參與罪的討論.....	51
第一項 簡介.....	52
第二項 物的庇護說.....	55

第四項 日本學者山口厚的見解.....	58
第肆章 追索權是本權人的追索權.....	63
第一節 持有、本權、民法的占有.....	66
第二節 民法財產與刑法財產之間關係.....	67
第一項 法的財產說.....	68
第二項 經濟性財產說.....	68
第三項 法的經濟性財產說.....	69
第四項 小結.....	70
第三節 直接取得類型之財產犯罪的保護法益.....	71
第一項 概說.....	71
第二項 本權說的基本內容.....	72
第三項 用本權說理解贓物罪之回復權.....	73
第四項 持有說的基本內容.....	74
第五項 用持有說理解贓物罪之回復權.....	75
第六項 限定持有說的基本內容.....	77
第七項 用限定持有說理解贓物罪之回復權.....	78
第四節 小結.....	79
第伍章 對妨礙追索權說的探究.....	80
第一節 收受與其他贓物行為的刑度差異.....	80
第二節 用妨礙追索權說解釋準贓物規定.....	82
第三節 我國妨礙追索權說與德國返還請求權理論不同.....	84
第四節 先行為限於財產犯罪.....	85
第一項 對於先行為限於財產犯罪之質疑.....	86
第二項 質疑之理由.....	87
第五節 妨礙追索權說在具體情況的運用.....	96
第一項 贓物本權人故買自己之物.....	96
第二項 贓物本權人範圍的再釐清.....	96
第三項 他人故買或收受贓物返還本權人.....	100
第四項 牙保贓物的既遂時點.....	100
第五項 將贓物搬運給本權人.....	104
第六項 向本權人牙保贓物.....	105
第七項 爲了本權人之利益向先行爲人商談贖回贓物.....	107
第陸章 結論.....	109
參考文獻.....	117

第壹章 前言

是否一旦對於贓物做出贓物行爲(收受、搬運、寄藏、故買、牙保)，就必然成立贓物罪，毋待結果的出現？如果要求必須有結果的出現，則贓物行爲的結果(亦即贓物罪的保護法益)是什麼？

討論贓物罪的保護法益，即討論贓物罪之本質。關於贓物罪之本質有許多不同學說，除了居於通說地位的妨礙追索權說之外，也有混和說。混和說以爲僅僅採取妨礙追索權說不足以妥善說明贓物罪之本質，必須同時兼採多種學說才可以。但是採取多種學說是否真的可以妥善說明贓物罪的本質？則必須一一將混和說所混合的各種學說單獨檢討，才能得到答案。如果以混和說來說明贓物罪之本質，在具體案例中又該如何檢驗贓物行爲是否對於混和說所認定的保護法益造成侵害或危殆化？抑或，混和說在具體案例中其實與妨礙追索權說所認定的解釋適用相同？

關於贓物罪本質的不同學說，可能會影響到在具體案例中應該如何適用贓物罪，所以在討論贓物罪如何解釋適用以前，本文認爲必須先確定所採取的學說。例如牙保贓物何時爲既遂？如果採取參與利得說兩種想法中的第一種想法，以爲贓物罪本質係處罰贓物行爲人享受到利益，則可能係以牙保人收到牙保之對價那一刻方爲既遂。如果採取危險性理論，以爲贓物罪本質係處罰贓物行爲人誘發他人進行未來的、下一次的財產犯罪，則可能係以出賣人收到價金那一刻方爲既遂。如果採取妨礙追索權說，認爲贓物罪本質係處罰贓物行爲妨礙本權人對於

贓物之追索權，則可能係以贓物行為妨礙追索權那一刻方為既遂。

「贓物」此一概念的範圍，也會因為採取不同學說而有差異。所有犯罪所生及所得之物是贓物？所有犯罪所得之物是贓物？只有財產犯罪所得之物才是贓物？究竟贓物的範圍為何有待討論。此一問題等同「贓物罪的先行行為包括所有犯罪或限於財產犯罪？」。

縱然採取妨礙追索權說，在具體案例的適用上也存有一些問題，例如向先行行為財產犯罪的被害人牙保贓物，在被害人付出一定代價後歸還贓物，牙保行為本身是否妨礙追索權？將贓物搬運給被害人，搬運行為本身是否妨礙追索權？對於贓物有追索權之人故買贓物，故買行為可否不成立贓物罪？他人故買贓物後歸還給對於贓物有追索權之人，故買行為可否不成立贓物罪？

本文對於妨礙追索權說更進一步的疑惑是，追索權究竟是「誰」的追索權。先行行為財產犯罪的被害人中分為對於贓物有本權之人(本文稱對贓物有本權之人為「本權人」、與對贓物無本權但持有贓物之人(本文稱之為「無本權之持有人」，稱其對贓物之持有為「單純持有狀態」)。是否只要先行行為財產犯罪一發生，這兩種被害人對於贓物都有追索權？其追索權都受到贓物罪的保護？

從以上的問題可見釐清贓物罪本質之重要，故本文的主要部分係介紹討論關於贓物罪本質之各學說，但在進入學說之前，本文擬先探求立法者對於贓物罪是否設定了保護法益。

第貳章 贓物罪立法目的

現行刑法贓物罪應該如何解釋適用？由於贓物罪條文沒有規定結果、只規定行爲(收受、搬運、寄藏、故買、牙保)，是否一旦爲構成要件行爲，毋待任何結果發生或有發生可能，即得用贓物罪加以處罰？但如此一來似乎有悖於刑法保護法益之目的。如果不僅要求有贓物行爲，也要求要有結果的發生或發生可能，則贓物罪的結果(亦即保護法益)爲何，存有多種看法。在介紹學說之前，本文擬先利用歷史解釋法¹尋找贓物罪的立法目的，希望對確定贓物罪的保護法益有所幫助。



第一節 尋找贓物罪立法目的

在政府所提供查詢法律資料的網頁(如全國法規資料庫、立法院法律系統)、以及法源法律資料庫、與任何一家出版社的法典中，皆無法看到現行贓物罪被訂定的立法理由。爲了確定現行贓物罪的立法理由，本文著手查詢自大清新刑律以降之贓物罪沿革。

¹ 本文此處所謂歷史解釋指搜集法律成立以前的歷史材料，以闡明法律真意。有關歷史解釋參見林紀東，法學緒論，116頁，1972初版，國立編譯館發行，及楊仁壽，闡釋法律之方法論，38頁以下，1986再版，最高法院法律叢書編輯委員會發行。楊仁壽一書稱歷史解釋為法意解釋。

第一項 大清新刑律

大清新刑律在宣統二年奉諭頒行，稍經修改後直接在民國元年以中華民國暫行新刑律之名在我國生效。因為大清新刑律的贓物罪規定內容十分接近現行法贓物罪規定，所以本文尋找贓物罪立法目的係從大清新刑律開始。

大清新刑律第三十五章為「關於贓物罪」，該章立法理由為：「因犯罪而取得所有權或管有權之財物，謂之贓物。知情而為之搬運、受寄、牙保、故買者，中外法律皆所必罰。雖有時情節較輕，然收買人等實為暴掠之源、姦盜之本，故處罰不可從輕。即徵諸各國之實驗，凡以故買贓物為常業者，俱予嚴罰。迨後除金錢外，其竊取或強取其餘財物之罪因之減少，是其先例也。」(標點符號，本文所加)²

大清新刑律第三百七十五條規定：「凡受人贈與贓物者，處四等以下有期徒刑、拘留、或三百圓以下罰金。(第一項) 搬運、受寄、牙保、或故買贓物者，處二等至四等有期徒刑。(第二項)犯前項之罪因以獲利者，併科其所得價額二倍以下、價額以上之罰金，如二倍之數未達五十圓時，併科五十圓以下、價額以上之罰金。(第三項)」(標點符號，本文所加)³

² 沈家本等撰，光緒三十三年刑律草案，191頁，1907，出版者不詳，該書收藏於臺灣大學圖書館法社分館，索書號 585.67 3435。原文並無標點符號，為：「因犯罪而取得所有權或管有權之財物謂之贓物知情而為之搬運受寄牙保故買者中外法律皆所必罰雖有時情節較輕然收買人等實為暴掠之源姦盜之本故處罰不可從輕即徵諸各國之實驗凡以故買贓物為常業者俱予嚴罰迨後除金錢外其竊取或強取其餘財物之罪因之減少是其先例也」

³ (一)原文並無標點符號，為：「凡受人贈與贓物者處四等以下有期徒刑拘留或三百圓以下罰金

大清新刑律沒有準贓物之規定，另外在第三百七十七條規定處罰贓物未遂。從本文所引用之資料可以看到，大清新刑律所規定的五種贓物行爲(受人贈與、搬運、受寄、牙保、故買)已經和現行贓物罪所規定的五種贓物行爲(收受、搬運、寄藏、故買、牙保)十分近似。

該章立法理由提到贓物罪是暴掠之源與姦盜之本，處罰贓物罪可以減少非以金錢爲行爲客體之財產犯罪。受清朝政府延聘、幫同考訂大清新刑律的日本法學博士岡田朝太郎也提到：「贓物者。指因犯罪行爲取得或持續有之財物而言。前者例如盜取詐取或不正拾得之財物。後者侵占品是。

知情收受贓物之贈與。運搬。故買。或牙保。爲關於贓物之罪。牙保周旋者。有償之處分之謂也。

本罪之檢舉周到綿密。則對於財產之犯罪。可以減少。爲政者深注意可矣。⁴」(原文使用「。」斷句)

搬運受寄牙保或故買贓物者處二等至四等有期徒刑

犯前項之罪因以獲利者併科其所得價額二倍以下價額以上之罰金如二倍之數未達五十圓時併科五十圓以下價額以上之罰金」參見沈家本等撰，光緒三十三年刑律草案，191 頁以下，1907，該書收藏於臺灣大學圖書館法社分館，索書號 585.67 3435。

(二)大清新刑律第三十七條規定：一等有期徒刑為十五年以下十年以上，但加重及併科時以二十年為其最長刑期；二等有期徒刑為十年未滿五年以上；三等有期徒刑為五年未滿三年以上；四等有期徒刑為三年未滿一年以上；五等有期徒刑為一年未滿一月以上；拘留為一月未滿一日以上。參見沈家本等撰，光緒三十三年刑律草案，58 頁，1907，該書收藏於臺灣大學圖書館法社分館，索書號 585.67 3435。

⁴ 岡田朝太郎著，汪庚年編輯，法學彙編(大清刑法分則)，1911，京師法學編輯社出版。法學彙編一共二十冊，大清刑法分則被編為第三冊。

由大清新刑律所註明之立法理由以及本文所引岡田朝太郎博士的論著得知，大清新刑律規定贓物罪是爲了減少以金錢爲行爲客體的財產犯罪⁵。本文認爲，大清新刑律的立法理由似乎有些類似下文所要介紹的「危險性理論」。危險性理論以爲贓物罪的保護法益是社會安全利益，贓物罪之本質是減少對於財產犯罪的誘發，關於危險性理論的詳細介紹與批評請見下文。

第二項 暫行新刑律⁶

民國成立，以立法事業非倉促可完成作爲理由，中華民國臨時政府於元年三月十日明令宣示大清新刑律除與民國國體牴觸各條應失效力外，餘均暫行援用，於是定名爲暫行新刑律⁷。暫行新刑律對於贓物罪章的部分，僅做文字調整，

⁵ 贓物罪是一種為了減少「直接取得類型之財產犯罪」(為了行文方便，本文將刑法典中贓物罪、毀損罪以外之財產犯罪稱爲直接取得類型之財產犯罪)所訂定的犯罪，參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，265 頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。但李茂生教授認爲贓物罪的刑事政策目的與解釋贓物罪時所要確定的保護法益兩件事不可混爲一談，其認爲贓物罪保護法益是追索的利益(行使追索權可以得到的利益)，詳見下文對於妨礙追索權說的討論。

本文認爲，大清新刑律的立法者，是將「減少財產犯罪」當成贓物罪訂定的刑事政策學考量，或是當作贓物罪的本質與保護法益，這個問題似乎無法斷定。也許大清新刑律立法者的確認爲「導致財產犯罪、是財產犯罪的誘因」是所有贓物行爲會侵害到的法益、是贓物罪本質，也許其漏提、或故意隱藏、或沒清楚意識到行使追索權可以得到的利益(或其他利益，依所採學說而定)才是贓物罪的保護法益，而減少財產犯罪是訂定贓物罪可以帶來的刑事政策方面的效果。

因為資料的不充足，加上現行贓物罪(民國二十四年至今的刑法其中的贓物罪)的立法目的才是本文所探究的目標，故本文並不討論大清新刑律立法目的該如何解讀。

⁶ 暫行新刑律的條文參見 岡田朝太郎編輯，中華民國暫行新刑律，1912，出版者不詳，該書收藏於臺灣大學圖書館法社分館，索書號有 585.92 7764 及 Ref. 585.92 5047。

⁷ 謝振民編著、張知本校定，中華民國立法史，1078、1085 頁，1948 年 01 月滬一版，正中書局出版。

其第三十五章贓物罪之第三百九十七條規定：「受人贈與贓物者，處四等以下有期徒刑、拘役、或三百圓以下罰金。(第一項)搬運、受寄、故買、或為牙保者，處二等至四等有期徒刑。(第二項)因犯前項之罪獲利者，併科所得價額二倍以下、價額以上罰金；若二倍之數未滿五十圓，併科五十圓以下、價額以上罰金。(第三項)」(標點符號，本文所加)⁸

與大清新刑律相同，暫行新刑律無準贓物罪之規定，第三百九十九條規定處罰贓物未遂。

因為暫行新刑律中贓物罪的立法理由似乎與大清新刑律的立法理由相同⁹，故本文不對於暫行新刑律規定之贓物罪做討論。

⁸ (一)原文無標點符號，為：「受人贈與贓物者處四等以下有期徒刑拘役或三百圓以下罰金
搬運受寄故買或為牙保者處二等至四等有期徒刑

因犯前項之罪獲利者併科所得價額二倍以下價額以上罰金若二倍之數未滿五十圓併科五十圓以下價額以上罰金」

(二)暫行新刑律第三十七條規定，一等有期徒刑十五年以下十年以上(和大清新刑律略有不同，參見註3)，二等、三等、四等有期徒刑與大清新刑律同，五等有期徒刑一年未滿二月以上，拘役二月未滿一日以上。

⁹ 本文所查閱到的有關暫行新刑律的書籍，僅記載暫行新刑律的條文部分，但沒有記載暫行新刑律的立法理由。不過因以下三個理由，本文推測暫行新刑律中贓物罪立法理由似乎沿襲大清新刑律。一、既然贓物罪條文文字僅稍做調整，贓物罪立法理由似無更改之必要；二、時間倉促、局勢動盪，政府似無餘裕重新考慮立法理由；三、蔡天錫麟著之刑法分則新論提到暫行律贓物罪訂定之理由，其與大清新刑律之立法理由大致相同，但由於不確定該書是否將立法理由稍微更動過，以致其中文字與大清新刑律的立法理由略有不同，並且其所載出現錯字，故本文未直接引用該書記載做為立法理由，而認為暫行新刑律贓物罪立法理由就是大清新刑律贓物罪的立法理由，一字不動。

蔡天錫麟著之刑法分則新論記載：「因犯罪而取得所有權，或管有權之財物，謂之贓物，知情而為之運受寄藏牙保收買者，中外法律，在所必罰。雖有時情節較輕，然收買人等，實為暴掠之源，姦盜之本，故處罰不可從輕，即徵諸各國之實驗，凡以故買贓物為常業者，俱予嚴罰；

第三項 民國十七年刑法

民國十七年刑法第三十四章贓物罪第三百七十六條規定：「收受贓物者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。(第一項) 搬運、寄藏、故買贓物或為牙保者，處五年以下有期徒刑、拘役，得併科或易科一千元以下罰金。(第二項) 因贓物變得之財物，以贓物論。(第三項)」

民國十七年的刑法在第三項規定了準贓物罪，並且刪除處罰贓物未遂的規定。可以看到，我國現行刑法中贓物罪的基本面貌就是十七年刑法所訂定的，包括準贓物的出現、贓物未遂罪的刪除。

特別值得注意的是，贓物罪之立法目的也被表明出來了。不過，本文所查閱到的民國十七年刑法之法典，在法條之後並沒有記載立法目的¹⁰。故本文認為，如果要確定贓物罪在十七年時被訂定之立法目的為何，或許需從查閱當時的立法資料著手。

如果想要找到民國十七年贓物罪的修正理由(文獻記載不是寫「立法」理

迨後除金錢外，其竊取或強取其許(本文按：可能是「其餘」之誤繕)財物之罪，因之減少，是其先例也(見暫行律第三十五章理由)」。參見蔡天錫麟，刑法分則新論，281~282頁，1931，上海法政學社出版。

¹⁰ 民國二十四年刑法之法典在贓物罪法條之後也無立法目的之說明，就這一點可參見許玉秀主編，新學林分科六法 刑法，2007，新學林出版。

由，是寫「修正」理由)，必須查閱民國八年之「改定刑法第二次修正案」。當時的刑法修正過程據文獻記載如下：暫行新刑律既然係一時權宜之計，刑法典是國家重要法典，自應重加編纂。民國三年，法律審查會成立，以刑法最關緊要，首先被提議修訂，並且聘請日本法學博士岡田朝太郎參與，歷時八個月而告成，這是「修正刑法草案」。民國四年呈請袁世凱大總統飭下法制局照章審核，提交參政院，不過沒有議決。¹¹

民國七年七月，政府設立修訂法律館，特派董康、王寵惠為總裁，修訂法律館成立以後，認「修正刑法草案」有變更之必要，於是參考各國法律，斟酌我國當時情勢，另為第二次之修正，編成「刑法第二次修正案」。民國八年，修訂法律館又將「刑法第二次修正案」作文字上之修改，是為改定的「刑法第二次修正案」。此修正案完成以後，未經提交國會議決、頒行，當時司法部以暫行新刑律本來就是暫時施行，既有補充條例，又有各種單行法，暫行新刑律本體支離破碎，即呈請政府早日頒行。不過當時的法制局局長王來，謂民國尚未統一，暫行律在西南各省一律適用，若政府廢棄暫行新刑律，另頒行一條例以為代替，則西南各省未必遵行，法律之適用無法全國一致而趨於分裂，政府甚諱其議，改定的刑法第二次修正案並無成為正式的刑法典。¹²

改定的刑法第二次修正案既未頒行，而暫行新刑律又頗多疑義。民國十六

¹¹ 謝振民編著、張知本校定，中華民國立法史，1086頁以下，1948年01月滬一版，正中書局出版。

¹² 謝振民編著、張知本校定，中華民國立法史，1090頁以下，1948年01月滬一版，正中書局出版。

年四月國民政府定都南京，司法部長王寵惠於是將民國八年之改定的刑法第二次修正案詳加研究，認為大致妥善，即予以增損編成「刑法草案」。經過審查與修改，民國十七年中央常務委員會通過「刑法」全案，函交國民政府於民國十七年三月十日公布，並定七月一日起施行，此即現行之「中華民國刑法」。¹³

從本文所引之「中華民國立法史一書」中所記載的立法沿革可以查閱到兩件事：(一)司法部部長王寵惠之「刑法草案」變成民國十七年的「中華民國刑法」的過程中，雖然「刑法草案」經過一些修改，但都與贓物罪無關。(二)民國八年改定的「刑法第二次修正案」變成「刑法草案」的過程中，雖然也經過一些修改，但也都與贓物罪無關。由(一)(二)，本文認為似乎可以直接將民國八年改定的「刑法第二次修正案」其中的贓物罪立法理由，當成是民國十七年的「中華民國刑法」其中贓物罪立法理由。

民國八年改定的「刑法第二次修正案」中，贓物罪之修正理由為：「按本罪以妨害被害人回復權之行使。為處罰之精神。且此種犯罪行為。尤為掠奪之源。中外法律。皆所必罰。本條就罪質之輕重。分別其刑以罰之。」

因贓物變得之財物。是否仍為贓物。學說上有二。一謂贓物應指他人得請求交還之原財物而言。一經變換性質。即不得作為贓物。前大理院採此說。(參照大理院九年一二四一號解釋)一謂贓物之罪。以妨害被害人回復權之行使為精神。以保護被害人財產上之利益為歸宿。而刑事政策主旨。則又以塞暴掠之源。絕姦盜之藪。則原財物雖已變換。倘變得結果。仍為財物。則於收受或故買後而

¹³ 謝振民編著、張知本校定，中華民國立法史，1107~1123 頁，1948 年 01 月滬一版，正中書局出版。

變更者。固自始即應認為收受或故買贓物。在未收受或故買前。而即由交付人或出賣人變更者。但為收受人或故買人所明知。為貫徹處罰之精神。重視保護之歸宿。且顧全刑事政策之主旨起見。此項因贓物而變得之財物。自應仍以贓物論。本法採之。」(原文以「。」斷句)¹⁴

改定的「刑法第二次修正案」中贓物罪之修正理由已經區分贓物罪的保護法益和贓物罪的刑事政策目的有所不同。修正理由認為：贓物罪之本質是「妨礙被害人回復權之行使」，亦即保護法益是「被害人回復權之行使」，而刑事政策方面的效果是減少財產犯罪，因為贓物行為是掠奪之源、暴掠之源、姦道之藪。而在修正理由的第二段，所說明的是規定準贓物的理由。



第四項 現行刑法(即民國二十四年刑法)

現行刑法(即民國二十四年所訂定的刑法)第三十四章贓物罪(章)第三百四十九條規定：「收受贓物者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。(第一項) 搬運、寄藏、故買或為牙保者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。(第二項) 因贓物變得之財物，以贓物論。(第三項)」

¹⁴ 參見鄭靜渠、郭羹堯編著，中華民國新刑法判解彙編，474頁，1936初版，大東書局發行。其中「(參照大理院九年一二四一號解釋)」亦係立法理由原文。北京大理院九年統字第一二四一號解釋第四部分略謂：「四。贓物罪所稱贓物。係指不法行為人。以不法行為侵害他人財產權。所得他人之原財物。他人得請求交還者而言。一經變換性質。即不能作為贓物。構成該章各罪。惟質票既為原物之代表。自可視同原物。成立贓物罪。」(原文以「。」斷句)

如果說現行刑法(民國二十四年刑法)贓物罪之立法理由參見民國十七年刑法贓物罪立法理由，似乎有些不合理。因為探究現行贓物罪之立法者意旨時，應依照現行刑法贓物罪立法理由為是，而二十四年刑法與十七年刑法是不同的刑法典。另外，二十四年刑法才是「真正吸納西方法律思想、參酌世界先進國家法制而編製的刑法典」¹⁵。整體思想上，二十四年刑法和之前的刑法典已經有極大的不同。

不過由於二十四年刑法對於贓物罪並沒有附任何立法理由或修正理由，並且贓物罪的部分並沒有變動(現行刑法贓物罪與十七年刑法贓物罪的條文文字幾乎相同)，似乎可以推測立法者對於贓物罪的立法目的沒有變動，如果有變動的話，應該可以看見立法者的說明，但立法者在此對贓物罪的說明付之闕如。

本文推測民國二十四年的立法者，對贓物罪的立法目的沒有變動，亦即民國二十四年的立法者就贓物罪的立法目的這一部分，可能係沿襲著民國十七年刑法贓物罪的立法目的。所以本文認為，現行刑法(民國二十四年)刑法贓物罪的立法目的可能與民國十七年刑法贓物罪立法目的相同。

在本節的第三項，本文已經推測十七年刑法贓物罪的立法目的可能係民國八年改定的「刑法第二次修正案」中贓物罪的修正理由。也因此，本文認為現行贓物罪之立法目的，可能就是民國八年改定的「刑法第二次修正案」贓物罪之修

¹⁵ 許玉秀主編，學林分科六法 刑法，第1頁，2002年04月，學林出版。本文所引文字在該書的「刑法導讀(二〇〇二年四月版)」。不過這些文字在許玉秀主編，新學林分科六法 刑法，2007，新學林出版一書已經不見。

正理由。

由上所述本文推論，現行贓物罪在法典上沒有記載立法理由或修正理由的原因可能是：二十四年的刑法修訂者認為贓物罪不是新增的規定，所以沒有立法理由；而二十四年刑法和十七年刑法並沒有差異，沒有差異的話就不必說明修訂理由。可能係因為這樣的原因，所以現行刑法贓物罪的規定才會沒有任何說明。

第五項 小結

經由上開討論，本文認為如果要探求現行贓物罪之立法目的，只能從民國八年改定的「刑法第二次修正案」所記載的修正理由來推測。故以下本文所謂的「(現行刑法)贓物罪立法目的」，係指民國八年改定的「刑法第二次修正案」所記載的：以妨害被害人回復權之行使，為處罰之精神。且此種犯罪行為，尤為掠奪之源。中外法律，皆所必罰。本條就罪質之輕重，分別其刑以罰之。

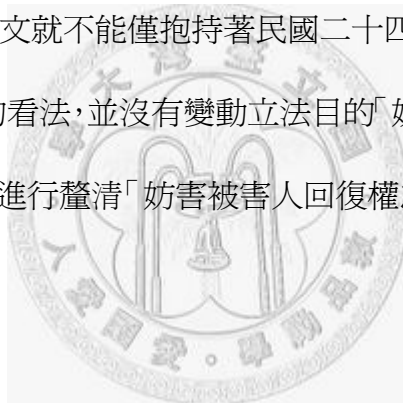
雖然似乎得以推測贓物罪立法目的為「以妨害被害人回復權之行使為處罰之精神」，但是「妨害被害人回復權之行使」究竟應該如何解釋，殊值探討。例如：「被害人」範圍為何？怎樣的行為係「妨害」？「妨害」是指實害或危險？

在第參章，本文將試圖介紹各種學說對於贓物罪保護法益的看法，並從各種學說中找尋對於解釋「妨害被害人回復權之行使」有所幫助的學說。但在進入第參章之前，本文擬先介紹憲法解釋者(之前的北京大理院、最高法院、如今的

大法官會議)與法院對於贓物罪的見解。

第二節 憲法解釋者與法院實務對贓物罪之見解

在闡釋立法目的之前，應有必要檢驗憲法解釋者與法院判例判決是否變動了贓物罪之立法目的。雖然立法目的提出「妨害被害人回復權之行使」是贓物罪之本質，但如果憲法解釋者對贓物罪做出不同於立法目的的憲法解釋，或法院對贓物罪做出不同的判例判決，導致贓物罪的內涵實際上已經不同於民國二十四年贓物罪之立法目的，則本文就不能僅抱持著民國二十四年之立法目的進行討論。如果憲法解釋者與法院的看法，並沒有變動立法目的「妨害被害人回復權之行使」之概念，則本文才能繼續進行釐清「妨害被害人回復權之行使」此一概念的工作。



第一項 憲法解釋者對於贓物罪之見解

民國九年大理院統字第一二四一號解釋第四部分略謂：「四。贓物罪所稱贓物。係指不法行為人。以不法行為侵害他人財產權。所得他人之原財物。他人得請求交還者而言。一經變換性質。即不能作為贓物。構成該章各罪。惟質票既為原物之代表。自可視同原物。成立贓物罪。」(原文以「。」斷句)¹⁶

¹⁶ 因為在民國九年，刑法(中華民國暫行新刑律)尚未有準贓物的規定，因此會限於財產犯罪所得之原財物。但這不影響立法目的認為贓物罪之本質係保護被害人回復權之行使。

此號解釋認為贓物是「侵害他人財產權所得到的、他人得請求交還之原財物」，與立法者想要保護被害人回復權之行使之目的似無違背。

民國五十年的大法官會議釋字第九十號解釋理由書第三部分：「(三) 犯瀆職罪收受之賄賂，雖非刑法贓物罪之贓物，但係因犯罪所得，應認為刑事訴訟法第八十八條第三項第二款所稱之贓物，賄賂如為通貨，原有代替物之性質，若依一般觀察可認為因犯罪所得而其持有並顯可疑為犯罪人者，自亦有上述條款之適用。」第九十號解釋僅提到，賄賂罪的賄賂不是贓物罪要處理的對象，乍看似乎並沒有對刑法贓物罪做出解釋。不過由於送賄賂一事並沒有侵害到行賄者的財產權，根本不存在需要保障的回復權，所以本文認為該號解釋也是符合立法目的所做出的解釋¹⁷。



第二項 法院實務對於贓物罪之見解

大理院十六年上字四六〇號判例¹⁸：「本院按贓物罪，原在防止因他罪，即竊盜強盜詐欺取財侵占各罪，被取奪或侵占之物難於追反或回復，故其前提要件，必須該他罪所侵害之財產權，並為刑法所保護。至發掘墳墓罪，乃係保護社

¹⁷ 關於此號解釋是否會擴大贓物罪的贓物，以及此號解釋是否支持(舊)或新違法狀態維持說，參見下文。

¹⁸ (一)民國十六年改大理院為最高法院。(二)本號判例引自李則宏，刑法分則集解，2354~2355頁，1965初版，時代文化出版；在司法院和法源法律電子資料庫無法查詢到本號判例；在郭衛編輯，大理院判決例全書，最末部分第2頁，1978重印(版)，司法院秘書處發行一書中，本號判例收錄於該書最末「民國十六年未經正式認定之院判先例」部分。

會關於墳墓之道德觀念，暫行刑律第二百六十二條，既將發掘墳墓而盜取殮物與發掘墳墓而盜取屍體或遺骨遺髮同定為發掘墳墓罪之加重條文，並於第二百六十三條，對於發掘尊親屬墳墓而為盜取之人更為加重，則殮物之財產法益，顯非刑法所重視，即令在私法上尚有得主張追反或回復之人，而刑法上面既未特別注重，即與贓物罪之前提要件根本不合，第三人縱有受贈搬運受寄故買牙保等行為，亦無成立贓物罪之理。」(底線，本文所加)

最高法院二十三年非字第三十七號判例略謂：「刑法第三百七十六條所謂贓物，指因財產上之犯罪所取得之財物而言，至侵害他人身體自由之犯罪，該被害人之身體縱在犯人支配力之下，亦不得謂為贓物。」

最高法院四十一年台非字第三十六號判例：「刑法上之贓物罪，原在防止因竊盜、詐欺、侵占各罪被奪取或侵占之物難於追及或回復，故其前提要件，必須犯前開各罪所得之物，始得稱為贓物。」¹⁹

¹⁹ 相同法院實務意見尚有最高法院七十一年台上字第一〇六號判決：「收受賄賂罪，所保護之法益，為國家公務員執行職務之公正，而贓物罪之本質係以保護被害人對於被侵害財產法益為限。故所謂贓物，應指犯侵害財產罪如竊盜、搶奪、詐欺、侵占等罪而取得之財物而言，從而賄賂之財物，即不能謂為贓物」，及七十二年台上二八五五號判決：「按刑法上之贓物，乃指侵害財產法益犯罪所得之財物而言，必須先有他人犯財產上之罪，而後始有收受、搬運、寄藏、故買、牙保贓物行為之可言。」，及七十九年台上字八一三號判決、法務部(88)法檢字第 002489 號函。亦請參考 最高法院六十四年台上字第一三六四號「民事」判例：「盜贓之牙保，係在他人犯罪完成後所為之行為，性質上難認為與該他人共同侵害被害人之權利，牙保之人與實施竊盜之人，固不構成共同侵害行為。惟盜贓之牙保，既足使被害人難於追回原物，因而發生損害，仍難謂非對於被害人為另一侵權行為，倘被害人因而受有損害，尚非不得依一般侵權行為之法則，請求牙保之人賠償其損害。」(底線，本文所加)

五十七年九月澎湖地方法院座談會研究結果謂：「處罰贓物罪之目的，原在防止贓物之移轉，以保護被害人之返還請求權，故須被害人就該贓物得請求返還或回復其損害者，使屬相當，乙擬用金錢，使考試院舉行之考試發生不正確之結果，而受甲之詐欺，其爲此目的所支出之金錢，即應適用民法第一百八十四條第四款之規定，不得請求返還，甲詐欺取得之款即不能視爲贓物，綜丙知情收受該款，亦不成立收受贓物罪。²⁰」(底線，本文所加)

最高法院六十三年第一次民刑庭庭推總會決議：「提案：院長交議：關於贓物罪被害人向檢察官之申告，有主告發說者，有主告訴說者，兩說如下：

討論意見：甲說：主告發說者，謂竊盜犯爲直接不法侵害人之財產權，贓物犯則爲間接侵害人之財產權，告訴人以直接被侵害者爲限，故申告贓物罪係居於告發人地位，而非居於告訴人之地位。

乙說：主告訴說者，謂贓物罪乃妨害財產犯罪之一獨立罪，被害人之財產遭他人之不法侵害，原得依法請求回復其物，但因贓物犯之參與，致被害人之回復請求權發生困難，是以贓物罪之行爲，亦應認爲對他人財產之侵害。

以上兩說，究以何者爲當？請公決

決議：贓物罪乃妨害財產犯罪之一獨立罪，被害人之財產遭他人之不法侵害，原得依法請求回復其物，但因贓物犯之參與，致被害人之回復請求權發生困難，是以贓物罪之行爲，亦應認爲對他人財產之侵害。故關於贓物罪被害人向檢察官之申告，應認爲告訴。(同乙說)」(底線，本文所加)²¹

²⁰ 本座談會研究結果轉引自曾淑瑜，刑法分則問題研析(二)，298頁，2000初版，翰蘆圖書出版。

²¹ 贊同採告訴說，參見陳煥生，刑法分則實用，1979修訂再版，作者自版，375頁。相反意見，參見司法行政部民國四十年六月八日的(40)台指參字第六九八號函：「按刑事訴訟法第三百十一

最高法院七十一年台上字第三六六三號判例(不再援用²²):「上訴人於引誘莊、洪兩女與該兩日本人姦淫之前,已與該兩人談妥姦宿報酬為日幣九萬元,因而收取日幣九萬元,可見其妨害風化與收取外幣為報酬之犯意自始存在,而在客觀上其結果行為與犯罪之目的行為之間,亦有直接密切之牽連關係存在,自應依刑法第五十五條規定從一重處斷,此與數罪併罰各別起意而為犯罪行為者有別。至上訴意旨謂犯罪所得之外幣係屬贓物,法律仍准許持有,上訴人因犯妨害風化罪後持有日幣之行為,並不為罪,或本件係法規競合云云,指摘原判決不當,惟查所謂贓物,係指因侵害財產法益犯罪所得之物而言,上訴人所犯妨害風化罪既非侵害財產法益之罪,則上訴人所收取之外幣,自非贓物。又上訴人之所為,既非單一之犯罪行為,發生單一之結果,而有數種法律之適用,故本件非法律競合,亦甚明顯。」(底線,本文所加)

條所定得提起自訴之人,應以犯罪行為所直接加害之人為限,原呈所述情形,乙之受害與丙之牙保行為,既無直接關係,則乙對於丙之牙保贓物,自不得提起自訴。

附原呈

士兵某甲竊取某乙腳踏車乙輛,託由某丙代售,甲有軍人身份,已由軍法判處罰刑,乙對丙牙保贓物部分,是否得自訴,發生下列疑義:(一)依最高法院二十六年上字第八九三號判例首段,「刑事訴訟法第三百十一條所定得提起自訴之人,係限於犯罪行為直接所加害之人,必其人之法益由於犯罪行為直接所加害,若須乎他人另一行為而其人始受損害者,即非因犯罪直接所受之損害不得提起自訴」,丙之牙保贓物行為,係對乙間接加害,依前開判例,似不得提自訴。

(二)甲竊取乙之腳踏車,乙已受損害,丙為甲牙保,使乙受損害之程度,更進一層,並非待乎丙之牙保行為而乙始受損害,似得提起自訴。以上兩說孰是。」

本文認為因為贓物行為侵害了乙的追索權,乙係直接被害人。

²² 本則判例於九十四年九月十三日經最高法院九十四年度第十三次刑事庭會議決議:「法律已修正,本則判例不合時宜,自九十五年七月一日起,不再援用」。但不再援用的理由並非其中有關於刑法贓物罪的見解必須改變,而係牽連犯的部分已經修法。此點可從二十三年非字第三十七號判例並未變動一事得知。

第三節 小結

本文在第一節提出現行刑法(即民國二十四年刑法)贓物罪之立法目的可能與民國八年改訂的「刑法第二次修正案」贓物罪修正理由相同，為避免妨害被害人回復權之行使。在第二節，本文推論贓物罪之立法目的似未被憲法解釋者與法院實務所變更。在確定了贓物罪立法目的之後，接著本文將要對立法目的做進一步的討論。

立法目的表示以「妨害被害人回復權之行使」為贓物罪之本質，但「被害人」的範圍該如何認定有待討論。詳言之，立法目的所說的「被害人」究竟是先行為財產犯罪的被害人，或者對於贓物有本權之人(指在民事法上對於該贓物有合法權利之人，以下簡稱本權人)並不清楚。由於被害人的意義並不清楚，則無法去確定刑法希望將贓物回復給誰，亦即，無法去確定刑法認為誰是回復權的擁有者。

或許在大多數的財產犯罪中，財產犯罪的被害人就是本權人。不過，例如在一般俗稱黑吃黑的情況中，先行為財產犯罪的被害人與本權人兩者並不相同。此時，可以要求回復贓物之人，究竟是先行為的被害人或本權人就會產生疑惑。

第參章所要介紹的各種學說，有的幾乎與妨害被害人回復權之行使無關。與回復權行使較無關聯的學說，由於超出了贓物罪立法目的，無助於闡釋被害人

回復權之行使的概念，故本文僅會對其進行較為簡單的介紹與批判。而與被害人回復權之行使較有關連的學說，本文將會對這些學說做較為深入的探討，並相互比較，希望能對立法目的做出最適當的解釋。



第參章 關於贓物罪本質之各種學說

本章將介紹不同學說對於贓物罪本質的看法。如果某學說與立法目的較無關聯，本文會進行較簡單之介紹。而與立法目的有關之學說，可能對於回復權有不同的解讀，在第二節會有較深入的討論。

第一節 與立法目的較無關聯之學說

第一項 事後幫助犯說²³(Nachtathilfetheorie)

此說在我國無人採取。事後幫助犯說主張，贓物行為就是幫助先行為人利用贓物的行為，屬於對「先行爲人所爲財產犯罪」之事後幫助行為，所以贓物行為人是財產犯罪的事後幫助犯。²⁴此說與贓物罪的歷史有關，因為西方國家的古代法，對於支配贓物之行為，一向認爲係給與盜犯以便利援助，故視贓物罪爲事後幫助犯的一種。如羅馬法將贓物罪視爲竊盜的一種共犯，之後獨立成罪，但也是與藏匿人犯罪並列；日耳曼法將竊盜與贓物並列，不加區分；義大利註釋法學派將贓物罪視爲共犯的一種，將其定位成對於先行爲犯罪(如竊盜)的事後幫助

²³ (一)事後幫助犯說在我國亦稱爲事後從犯說。(二)事後從犯一詞，淵源於義大利註釋法學派，參見吳正順，財產犯罪之本質、保護法益，收錄於鄭玉波總主編，蔡墩銘主編，刑法分則論文選輯(下)，1984，五南發行，681頁。

²⁴ 林山田，刑法各罪論(上冊)，2005修訂五版，作者自版，523頁；以及甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004修訂再版，作者自版，440頁。

犯；德國普通法繼承了義大利注釋法學派的想法，將贓物與藏匿人犯視為事後幫助犯。直到十九世紀因為共犯理論逐漸成熟，贓物罪才成為獨立的犯罪²⁵。

有論者主張：雖然我國不像外國立法例認為贓物罪是先行為財產犯罪之事後幫助犯，但最高法院六十三年第一次民刑庭庭推總會會議決議(參見本文第貳章第二節第二項)認為贓物罪被害人(即回復權被侵害之人)可以向檢察官告訴、可以向法院自訴，故最高法院等於是認為財產犯罪之被害人為贓物罪之直接被害人。該論者繼續推論：所以該決議實質上承認贓物罪有事後幫助犯的地位，否則告訴權無由產生²⁶。

以上看法似有不當。該決議並非說因為贓物行為人「幫助」先行為人「竊盜(或其他財產犯罪)」，所以被害人有告訴權，該決議係認為贓物行為人侵害了被害人的「回復權」，所以被害人能對贓物行為人提出告訴。如果該決議係實質上支持事後幫助犯理論，由於幫助犯所侵害的法益和正犯所侵害的法益相同，該決議就不會使用回復權的概念(該決議使用了「回復請求權」一詞)。而「直接侵害回復權」與「幫助財產犯罪之進行」兩種概念截然不同，似乎不該以為該決議實質上支持了事後幫助犯說。

事後幫助犯說理論自身之缺點是，現代刑法理論依照「犯罪終了時刻」與「法益侵害」間的關係做出即成犯、狀態犯、繼續犯的分類。狀態犯係指犯罪終

²⁵ 韓忠謨著，吳景芳增補，刑法各論，467頁，2000年，增補一版，韓聯甲發行；李茂生，九十五年版刑法分則講義，376~377頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載；朱炳耀，贓物罪之研究，6~9頁，文化大學碩士論文。

²⁶ 褚劍鴻，刑法分則釋論 下冊，1339頁，2001三次增訂版，台灣商務印書館出版。

了之後，行為人雖然透過參與而使法益侵害的狀態持續，但是這種法益侵害狀態並不被認為是犯罪事實²⁷。譬如在竊盜犯罪中，竊盜行為人在竊盜後消費該物、隱匿該物，雖然其行為是一種「讓法益侵害狀態」持續的行為(持有的破壞一直存在著)，但這種行為不被刑法所評價，屬於不罰後行為。既然在竊盜等財產犯罪中，行為人在完成財產犯罪的那一刻起，縱然繼續破壞著被害人的持有，也不被給予犯罪評價，所以此時其他人對贓物為收受、搬運、寄藏、故買、牙保，雖然是對於「法益侵害狀態的持續」給予了「助力」，但由於犯罪已經終了、法益侵害狀態的持續根本不是犯罪事實，當然不能成立幫助犯(根本沒有可以被幫助的正犯行為)²⁸。既然現代刑法理論不存在「事後」幫助犯類型，使用事後幫助犯說來說明贓物罪之本質並不恰當。

幫助犯和正犯所侵害的法益相同，所以在事後幫助犯說的理論底下，贓物行為所侵害的法益就是「先行為財產犯罪所侵害的法益」，不會是立法目的所說的回復權。也因此，事後幫助犯說脫離了立法目的。不過，討論事後幫助犯說的益處在於，在不破壞刑法體系的前提下(亦即不能允許事後幫助犯存在)，如果要使贓物罪存在於刑法體系，則有必要替贓物罪規定找出一個新的法益——不同於先行為財產犯罪所侵犯法益的新法益。

²⁷ 即成犯、狀態犯、繼續犯的分類，參見李茂生，九十五年版刑法總則講義，86~87頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

²⁸ 贓物行為不能成立先行為的事後幫助犯，參見最高法院二十九年上字第一六七四號判例：「寄藏竊盜贓物，雖足以便利行竊，但刑法既不認事後幫助，又將寄藏行為定為獨立罪名，自不能於寄藏贓物罪外，並論幫助竊盜之罪。」及最高法院六十七年台上字第二六六二號判例：「侵占罪為即成犯，於持有人將持有他人之物變易為所有之意思時，即行成立，苟非事前共謀，則其後參與處分贓物之人，無論是否成立其他罪名，要難論以共同侵占。」(其實以即成犯、狀態犯、繼續犯之分類來看，侵占罪應該是屬於狀態犯、非即成犯。)

第二項 危險性理論(Gefährlichkeitstheorie)

此說在我國無人採取。在德國有論者提出社會安全利益(allgemeine Sicherheitsinteressen)的保護是贓物罪的處罰依據之一。危險性理論以為，贓物犯之所以特別危險，乃在於其協助處理贓物的意願成為使其他人為財產犯罪的持續性誘因，因而贓物犯可被視為竊賊的皮條客(Zuhälter der Diebe)。正因如此，一句德國諺語說道：「贓物犯比竊盜犯還更可惡(Der Hehler ist schlimmer als der Stehler)」。處罰贓物犯將使其協助處理贓物的意願降低，進而使得財產犯罪潛在行為人擔心嗣後無法安全地處理贓物而降低其犯罪之意願。據此，社會的安全利益將獲得較多的保障。²⁹以上是我國學者對於德國危險性理論之介紹。

另外，我國有論者主張：如果要仔細思考故買贓物罪的作用，比較實際的應該是，禁止和預防未來對於竊盜等財產犯罪行為的誘使。故買贓物的行為，也是基於對於不確定範圍的財產損害的故意所進行的一種行為，同時在立法的編排上也不應該屬於侵害個人法益的範疇。因此在構成犯罪的主觀要件上，贓物行為人必須認識到的是，他透過故買贓物誘使財產犯罪人在未來實行財產犯罪行為所可能造成的不確定範圍的財產損害³⁰。雖然該論者沒有提到「危險性理論」此一

²⁹ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於 月旦法學雜誌，145 期，250 頁，2007 年 06 月，元照出版。

³⁰ 黃榮堅，論行為犯，收錄於黃榮堅，刑罰的極限，242~243 頁，1998 年 12 月，一版，月旦出版。原文中，黃榮堅教授於此處使用「收受」一詞而非「故買」，但觀其上下文，似乎不是指刑法第三百四十九條第一項的收受，應是指第二項的故買較合文意。因為無償的收受不會給先行

名詞，但其所主張一贓物罪內涵，與德國之危險性理論頗為近似，皆強調對於未來的財產犯罪之誘發。

危險性理論的缺點為：(一)按照此說的說法，贓物罪似乎並非為個人法益之罪，變成財產方面的社會法益之罪。不過，從我國條文的編排來看，立法者應該將贓物罪歸類為個人法益之罪。以上是利用體系解釋法所得到的結論，認為贓物罪是個人法益之罪。如果用歷史解釋法來看，亦即從贓物罪之立法目的來看，贓物罪也應是個人法益之罪。

(二)單憑危險性理論無法解釋收受贓物為何要處罰。在大部分的情形，收受贓物行為不會讓先行行為人有實行下一次財產犯罪的動機或欲望。或許在立法論的層次，危險性理論可以主張不處罰收受贓物行為，但是在解釋現行法贓物罪時，危險性理論無法妥善說明收受贓物應被處罰的理由。

(三)我國有論者批評危險性理論所主張之社會安全利益過於抽象。因為社會安全利益太過抽象，而其他的後行犯(Anschlußstraftat，例如藏匿或頂替犯人罪)也能用社會安全利益做為處罰依據，導致贓物罪之處罰理由與其他後行犯之處罰理由無法區分。³¹

為人財產利益，在大部分情況下不會給予先行行為人去為財產犯罪的動機。因此本文在引用其文章時，將原文所稱之收受贓物改為故買贓物。

另外，蔡天錫麟著，郭元覺校訂，刑法分則新論，281~282 頁，1931，上海法政學社出版一書中，該書作者似乎亦將誘發未來財產犯罪當成贓物罪的保護法益。

³¹ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145 期，250 頁，2007 年 06 月，元照出版。另外，此篇論文是以藏匿或頂替犯人罪作為後行犯(Anschlußstraftat)的例子，亦提及對將洗錢防制法第九條之洗錢罪視為後行犯可能會有爭議。

不過本文認為危險性理論所主張的社會安全利益或許尚不至於模糊到無法和其他後行犯區分，因為危險性理論所指的社會安全利益係指「在未來的、對不確定範圍的人的財產利益的侵害」，而頂替或藏匿犯人罪雖係後行犯之一種，但所侵害的法益是國家的司法權，兩者之區分尚屬明顯。

(四)危險性理論主張贓物行為的存在會誘發「未來的」對不確定範圍的人的財產犯罪。但是先行為人把贓物賣給贓物行為人而獲得利益後，是否真的會因此進行下一次的犯罪，是一件無法確定的事情。亦即在危險性理論底下，贓物行為所導致的法益侵害是一種未來的對於法益的危險，則此說可能將贓物罪變成了一種危險犯。

如果說，只有重大的法益，立法者才會規定危險犯，以立法者對財產法益的重視程度，是否到達了要用危險犯的規定來保護，有待討論。故將贓物罪解釋為危險犯可能有待討論。依照危險性理論以主張贓物罪是危險犯的話，贓物罪是具體危險犯抑或抽象危險犯也有討論的必要。詳言之，危險性理論主張贓物行為會誘發「未來的」對不確定範圍的人的財產犯罪，而如果先行為財產犯罪人確定不會進行下一次的財產犯罪，則故買人、搬運人、寄藏人、或牙保人是否還要以贓物罪處罰？如果將贓物罪當成是抽象危險犯，就不必去檢驗贓物行為是否有對未來財產犯罪提供誘因，只要一為贓物行為就成立贓物罪，如此一來，贓物罪的處罰範圍似乎變得過大。

(五)此說可能混淆了刑事政策效果與保護法益的不同。我們可以說殺人罪的刑事政策效果是減少殺人罪，保護法益是生命法益，但我們不會說殺人罪的保護法益是減少殺人罪。同樣地，如果說贓物罪的刑事政策效果是減少財產犯罪，那麼贓物罪的保護法益就應該是財產犯罪所會侵害的法益，亦即此說的保護法益其實是財產法益。因此，將「減少未來的財產犯罪」當做贓物罪保護法益是不妥當的，「減少未來的財產犯罪」是贓物罪的刑事政策效果(就這一點，妨礙追索權說並沒有反對或贊成，因為討論層次不同)。

依照這樣的推論，危險性理論底下贓物罪的保護法益似乎應為直接取得類型財產犯罪³²的保護法益，這可能也是危險性理論所謂「社會安全利益」之實質內涵。³³



第三項 犯罪隱匿說(Strafvereitelungstheorie)

³² 本文所謂的「直接取得類型之財產犯罪」，包括刑法典中毀損罪、贓物罪以外的其他財產犯罪。參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，265頁以下，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

³³ (一)所以本文認為社會安全利益此一概念似乎並不抽象。

(二)由於本文認為危險性理論所主張的保護法益就是直接取得類型之財產犯罪的保護法益，所以本文會認為危險性理論將贓物罪變成了危險犯。因為做出贓物行為時，直接取得類型之財產犯罪的保護法益尚未被侵害，但是有被侵害的危險。

(三)民國八年改訂的「刑法第二次修正案」提到：「按本罪以妨害被害人回復權之行使。為處罰之精神。且此種犯罪行為。尤為掠奪之源。」本文認為這表示了該修正案也區分了保護法益和刑事政策效果的不同——保護法益是回復權、刑事政策效果是減少財產犯罪。

(四)如果將財產犯罪的動機區分為：為了賣出獲利(甲動機)、為了自己用(乙動機)、如果能賣出就賣出、不能賣出就自己用(丙動機)，那麼「假設」「禁止故買贓物」規定的存在，可以減少財產犯罪，也只是針對於甲動機類型的財產犯罪有減少的作用。

此說在我國無人採取。犯罪隱匿說主張贓物之存在是先行為犯罪之重要證據；贓物行為，或使刑事證據湮滅，或使其隱匿，均足以妨害國家司法權之運作³⁴。此說的缺點有(一)贓物罪的行為人假如確實有湮滅刑事證據的行為，可以依照我國刑法第一百六十五條論處，無庸規定贓物罪。贓物罪和湮滅證據罪在功能上重疊。(二)依照此說，只要侵害到國家司法權就應該成立贓物罪，則贓物罪不屬於財產法益犯罪，但這樣的推論無法解釋為何我國贓物罪編排在財產法益犯罪的部分。³⁵(三)我國立法者認為湮滅刑事證據是兩年以下有期徒刑，而贓物行為是三年或五年以下有期徒刑，則多出來的刑期此說無法解釋。

第四項 (舊)違法狀態維持說

我國所介紹的違法狀態維持說有兩種。第一種係主張先行為不限於財產犯罪，任何犯罪所產生的財產狀態的維持行為均為贓物行為；第二種主張先行為限於財產犯罪，只有「侵害財產法益的犯罪」所產生的財產狀態的維持行為方為贓物行為。我國學界在介紹違法狀態維持說時，幾乎未注意到此區別，極易導致討論上的混淆³⁶。為了避免混淆，本文將第一種稱為(舊)違法狀態維持說，而仿照日本學界，將第二種稱為新違法狀態維持說。

³⁴ 高田義文，贓物罪，收錄於日本刑法學會編，刑事法講座 第4卷，893頁以下，1952初版。

³⁵ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004月修訂再版，作者自版，440頁。

³⁶ 必須澄清的是：(一)一般文獻僅提到學者陳志龍採取違法狀態維持說，其實其係採取新違法狀態維持說。(二)在德國只有一種Aufrechterhaltungstheorie，內容相當於本文所介紹的新違法狀態維持說。(三)日派學者所介紹的違法狀態維持說通常係(舊)違法狀態維持說(如學者甘添貴)；德派學者所介紹的違法狀態維持說通常係新違法狀態維持說(如學者林山田)。

(舊)違法狀態維持說主張贓物罪是使得先行為所造成的財產侵害事態繼續維持的犯罪。此說著重財產狀態的違法性，所以先行為範圍不限財產犯罪。故此說的贓物，不僅是因財產犯罪所得之物，還包括偷獵的獵物、經濟統制法規的物品(譬如走私的貨品)、賄賂的賄款、偽造變造的文書本身、賭博的賭金、盜墓得到的屍體、殮物……等非財產犯罪所得財物。依此說，不但先行為可以是非財產犯罪(甚至不必是刑法上之罪，還包括經濟統制法規所禁止的行為)，並且贓物罪之成立與否，繫於行為人對於違法狀態的維持，無關被害人是否有返還請求權。

37

舊違法狀態維持說可能有的缺點為(一)(舊)違法狀態維持說主張，贓物行為應被處罰是因為維持了違法狀態。但仔細分析此說法，將會發現此說法根本沒有實質的內涵。收受、搬運、寄藏、故買、牙保五種行為雖然是「維持違法狀態的行為」，但「維持違法狀態」所造成的侵害是什麼，此說並沒有說明。

(舊)違法狀態維持說可能主張「合法狀態的不能回復」就是贓物罪的保護法益，不過這樣的說法可能還是有問題。因為(舊)違法狀態維持說所提出的案例中，有些案例的合法狀態根本就不可能回復，已經被破壞殆盡。例如對盜獵獵物為故買等行為成立贓物罪，因為故買等行為使得「合法狀態不能回復」，但是盜獵獵物的法益侵害一旦造成，本來就無法回復(已經死掉的保育類動物無法復活)。又例如(舊)違法狀態維持說主張賄款、賭資也是贓物罪的行為客體，不過一方面送出賄賂的人、賭輸的人可能沒有索回賄款、賭資的權利，也可能沒有索回

³⁷ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，377~378頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載；甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004修訂再版，作者自版，442頁。

的意願；另一方面，賄賂罪與賭博罪的保護法益在賄賂與賭博的那一刻已經被侵害，不會因為既遂後的賄款、賭款의故買等行爲而更被破壞。³⁸

如果此說以爲贓物罪本質是「維持違法狀態」，導致「合法狀態的不能回復」，則在此說底下贓物罪的保護法益將會是先行爲所侵害的法益。不過這樣的說法只是將事後幫助犯說換一種表達方式重新說一次，此說等於是事後幫助犯說，因爲沒有提出新的法益。所以(舊)違法狀態維持說被批評「是十九世紀前將贓物罪與人犯藏匿罪等等同視爲事後幫助犯的立法例的遺留物」³⁹，本文認爲原因在此。此點可看出(舊)違法狀態維持說脫離了立法目的(保障回復權之行使)。

(二)我國有論者從另一角度出發，認爲(舊)違法狀態維持說的實質內涵可能是「先行爲人的獲利」⁴⁰。該論者批評此說僅關注先行爲人從贓物行爲中獲利的面向，卻忽略法益侵害的面向，如果說故買贓物罪是在處罰對於犯罪所得利益的維護，有悖於刑罰目的之基本觀念。因爲刑罰要預防和處罰的，永遠是侵害利益的行爲，而不是獲利的行爲(如果一個人不侵害他人利益而能獲利，以何不

³⁸ 「合法狀態的不能回復」是本文試圖替(舊)違法狀態維持說找到的法益，該說只討論至「違法狀態的維持」就沒有繼續討論下去了。本文替該說找到的說法，經過本文所舉二例的說明，可以知道是不能成立的。因此，本文認爲(舊)違法狀態維持說似乎沒有實際內涵，亦即沒有具體的保護法益，可能導致行爲人一爲贓物行爲就可能成立贓物罪，不必檢驗任何結果。

³⁹ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，377頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。同此見解，周治平教授認爲「其基本思想仍未脫事後從犯觀念之窠臼也」，而從贓物罪的歷史沿革來看，事後幫助犯說可能是爲了要禁止庇護犯罪(本文按：這種庇護不是現代的犯罪隱匿理論所稱的對抗國家司法權)，所以處罰贓物行爲，參見周治平，刑法各論，926~928頁，1968臺初版，作者自版。

⁴⁰ 學者黃榮堅是從「先行爲人獲利」的角度來理解「違法狀態維持說」，但到底是針對(舊)或新違法狀態維持說並沒有說明(因爲在我國兩說常被混淆)。不過本文認爲用獲利角度來批評(舊)與新二說都可以成立。

可?)⁴¹。只有當某種利益的獲取會在某一方面造成刑法所不欲容許的法益侵害時，才能說該利益是違法利益、獲取該利益是違法行為。

第五項 參與利得說

參與利得說也被稱為受益說(Nutznießungstheorie oder Ausbeutungstheorie)。參與利得說從獲利的面向來解釋贓物行為的處罰根據。參與利得說又可以分成兩種，第一種是行為人為了自己或「他人」享受利益而為贓物行為，他人不包含先行為人，第二種是行為人為了自己或他人或「先行為人」享受利益而為贓物行為。



第一款 第一種參與利得說

此說在我國無人採取。第一種的參與利得說也稱為「榨取說」，主張贓物罪的本質乃在於不法利益的追求與享受，亦即贓物行為人對於犯罪所得不法利益之剝削而得享受不法利益⁴²。

民國十年大理院統字第一六一七號解釋易被誤會係採第一種參與利得說，

⁴¹ 黃榮堅，論行為犯，收錄於黃榮堅，刑罰的極限，242 頁，1998 一版，月旦出版社出版。

⁴² 關於第一種參與利得說，參見林山田，刑法各罪論(上冊)，2005 修訂五版，作者自版，524 頁；及王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145 期，250 頁，2007 年 06 月，元照出版；及周治平，刑法各論，928 頁，1968 臺初版，作者自版。學者周治平提到，從榨取說的主張出發，可以說贓物罪是一種「利欲犯」，但其並未解釋利欲犯的意涵。

因司法院法律查詢系統、以及法源法學資料檢索系統將該號解釋誤載為：「低價買入贓物，不過有獲利之希望，尚非實有所得，不能論以贓物罪」(標點符號，本文所加)⁴³。實際上該號解釋略謂：「低價買入贓物。不過有獲利之希望。尚非實有所得。自與刑律第三九七條第三項不符。」(原文以「。」斷句)⁴⁴

當時暫行新刑律第三百九十七條贓物罪第三項規定：犯前項之罪，因以獲利者，併科其所得價額二倍以下、價額以上之罰金。對於低價買入贓物之行爲，算否「因以獲利」？有甲乙兩說。甲說主張故買贓物之後又轉賣於人才算因以獲利；乙說主張行爲人如果明知(非明知者不在此限)贓物之實際價值，低價買入贓物，就贓物實際價值與低價之差額，亦係因而獲利。統字第一六一七號解釋否定乙說，採甲說。可見統字第一六一七號解釋所處理的問題與第一種參與利得說無關。

第一種參與利得說主張因爲分享利益所以應該處罰。本文認爲贓物行爲人不一定要本身享受到利益，爲了第三人(不含先行爲人)享受利益而爲贓物行爲，也是此說底下贓物罪處罰的範圍，例如甲向乙故買贓物，贈與給丙，則甲雖然沒有自己享受到贓物的利益，也有可能成立贓物罪。

但有論者似乎以爲第一種參與利得說限於贓物行爲人自己獲利才能成立贓物罪，因此貫徹第一種參與利得說的話，上例中之甲可能無法用贓物罪處罰。該論者繼續提到：「由於我國刑法如同德國刑法一般，贓物罪不以自己利益爲限，

⁴³ 兩法律查詢系統所載大理院統字第一六一七號解釋原文為：「低價買入贓物不過有獲利之希望尚非實有所得不能論以贓物罪」，無標點符號。

⁴⁴ 郭衛編，大理院判決例全書，1978重印(版)，司法院秘書處發行，935頁。

即便為他人之利益亦可構成贓物罪」，因此該論者認為第一種參與利得說不能完全說明贓物罪本質⁴⁵。

不過本文推測或許如同竊盜罪一般，竊盜不一定是為了自己所有，為了第三人所有也會被處罰，此關我國刑法第三百二十條：「意圖為自己或第三人不法之所有……」可知。因此第一種參與利得說底下的贓物罪也不必限於贓物行為人「自己本身」享受到利益不可。

第一種參與利得說的缺點為(一)此說認為贓物罪處罰理由在於使自己或第三人(不含先行為人)享受到先行為財產犯罪之利益。但如果贓物行為人不是為了自己獲利、也不是為了第三人獲利，僅僅為了先行為人的利益，貫徹此說將無法用贓物罪處罰贓物行為人。例如甲無償替乙搬運、寄藏贓物的話，甲就沒有從贓物行為獲得利益，所以不能用贓物罪處罰甲。學者周治平批評此說：「贓物罪亦有不以利得為目的者，如親子或夫妻間之收受、搬運、寄藏贓物等行為是」⁴⁶。而如果沒有從贓物行為獲得利益就不予處罰，可能與我國現行贓物罪的規定不符合，因為贓物罪就搬運、寄藏行為並沒有區分有償或無償。

(二)第一種參與利得說僅著眼利益的層次，卻忽略侵害的層次。如前所述，刑法要處罰的是侵害，不是處罰獲利，在財產犯罪中，刑法處罰的是不允許的獲利行為，一個獲利行為不被刑法允許，必然是因為其獲利的同時造成對於其他人

⁴⁵ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於 月旦法學雜誌，145 期，250 頁，2007 年 06 月，元照出版。

⁴⁶ 周治平，刑法各論，929 頁，1968 年臺初版，作者自版。

或社會的法益的侵害。

(三)此說無法說明為何贓物罪之先行為僅限於財產犯罪，也無法說明贓物罪的客體為什麼只限於財物，而不及於其他財產上之利益。⁴⁷詳言之，如果享受獲利就是一種犯罪，在貫徹第一種參與利得說的情況下，即使先行為不是財產犯罪也應該處罰，但這樣一來是否與立法者對於贓物罪的設想相符，頗有疑問。既然獲利就是贓物罪之本質，則客體是利益、不是財物也應該處罰，但這樣一來將會違反條文明白規定贓「物」。

第二款 第二種參與利得說

此說和第一種參與利得說不同之處在於，縱然贓物行為人沒有使自己或第三人享受利益，但贓物行為還是使得「先行為人」享受了、維持了利益，依然成立贓物罪。例如，甲無償替乙搬運、寄藏贓物，甲沒有獲利，但甲的行為使得乙可以更穩固地持有贓物，導致「乙」此一先行為人可以獲利，所以甲應該處罰。

此說認為贓物罪是參與先行為所得到的不法財產利益之犯罪。贓物罪之成立，雖然沒有規定行為人要有特定利得的意圖為構成要件，但收受贓物是無償地從先行為人處取得財物，具有利得的性質；搬運、寄藏、故買、牙保贓物的行為，縱使贓物行為人無獲利，但其有助於先行為人利用贓物。並且贓物行為人搬運、

⁴⁷ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，443頁，2004修訂再版，作者自版。此批評原本是針對下文的第二種參與利得說，但本文認為似乎也適用於第一種參與利得說。

寄藏、牙保時，多係爲了分享先行爲財產犯罪所得到的不法利益。對於贓物罪的本質，雖然此說還不能做圓滿的解釋，但已深中肯綮，頗值注目⁴⁸。簡言之，第二種參與利得說的兩個重點是「手染犯罪所得利益、幫助竊品利用」。⁴⁹

此說的缺點爲(一)與第一種參與利得說存在同樣問題，注重獲利的層次，卻忽略贓物行爲是否造成法益侵害，似乎與刑法保護法益的目的不相符合。

(二)與第一種參與利得說存在同樣問題。如果貫徹此說主張，則不僅先行爲是財產犯罪的獲利行爲應該處罰，先行爲是非財產犯罪的獲利行爲也應該處罰。但是將先行爲擴張至非財產犯罪是否與立法者對贓物罪的設想相符，頗有疑問。另外，既然獲利就應該處罰，客體是利益、不是物的話也應該處罰，但現行贓物罪條文已經明確規定爲贓「物」。⁵⁰

(三)針對第一種參與利得說無法處罰的情形(贓物行爲人沒有使自己或第三人獲利)，第二種參與利得說多使用了「使先行爲人享受利益」的概念來處罰這種贓物行爲。亦即在第二種參與利得說底下，贓物行爲人獲利是處罰的理由，先行爲人自己獲利也是處罰的理由，則在「贓物行爲人獲利、先行爲人也獲利」的情況下，是否對於贓物行爲人要做出較重的刑罰，第二種參與利得說似乎未考慮到此種情況。

⁴⁸ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，442~443頁，2004修訂再版，作者自版。

⁴⁹ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，377、378頁，2006，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。其稱受益說為參與不法利益行爲說。

⁵⁰ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，443頁，2004修訂再版，作者自版。

第二節 與立法目的相關之學說

除了混合說內容不明外，與回復權有關的學說都將先行為限於財產法益犯罪。限於財產法益犯罪的理由可能是：(一)其學說所主張的本質使然，譬如妨礙追索權說保護民事法上返還請求權，只有當財產法益犯罪發生時，被害人才會需要行使民事法上返還請求權。(二)立法目的提到贓物罪以妨害「被害人」回復權之行使為處罰之精神。如果是先行為可以是國家法益或社會法益犯罪，立法目的不會出現「被害人」一詞。(三)將贓物罪的編排以體系解釋法理解。贓物罪被編排在毀損罪之前、其他財產犯罪之後，可能表示贓物罪的先行為限於其他財產犯罪。不過，因為我國刑法分則並沒有將財產法益犯罪歸屬在同一類，贓物罪之前的犯罪不僅有財產法益犯罪，還有國家法益、社會法益犯罪，故以體系解釋法來論證贓物罪先行為只有財產法益犯罪不夠充分。

第一項 妨礙追索權說

妨礙追索權說⁵¹是我國學界通說，此說認為贓物係因犯對於財產權之罪所

⁵¹ (一)妨礙追索權說也稱為妨礙返還請求權說或追及權說，追索權也稱為返還請求權。(二)有將妨礙追索權說翻譯為Restitutionsvereitelungstheorie，但本文認為Restitutionsvereitelungstheorie不宜做為我國妨礙返還請求權說的德文翻譯。因為德國學界的Restitutionsvereitelungstheorie，用於說明德國的包庇罪，並非用於說明德國的贓物罪，導致德文中的Restitution，其意涵「不」限於民事法上返還請求權，尚包括對於侵害公共利益所得之財物、利益與以沒收、追徵、追繳的權限，亦即Restitution包含了對於任何違法狀態的回復。參見王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與

得之物(即贓物罪的先行爲僅限於財產犯罪)，贓物既然係侵害財產權之所得，則財產權之受侵害者，即有請求返還其物或以他法回復其損害之權利。刑法爲保護被害人此種權利，故對於凡可使返還或回復發生障礙之行爲，以刑罰制裁之。⁵²

由此可知妨礙追索權說的追索權是指「請求返還其物或以他法回復其損害的權利」，以他法回復其損害係指被害人得請求以準贓物彌補損失(配合我國準贓物規定)。一般對於妨礙追索權說的說明爲：贓物罪的本質在於妨礙被害人對其「受損財物」之返還請求權，由於贓物行爲，使得財產犯罪的被害人難以行使其對「受損財物」之返還請求權⁵³。

但本文認爲上開說明，容易使人誤解追索權說的返還請求權行使之對象物僅限於原物，如此一來將會無法涵蓋準贓物規定，似有未洽。

依照妨礙追索權說，不僅贓物罪本身是財產犯罪，贓物罪的先行爲也限於財產犯罪(所以贓物一定是因財產犯罪所取得之物)，且贓物罪的成立與否，繫於

修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145期，250頁，2007年06月。

⁵² 此定義請參見潘恩培，刑法實用(三)，1954台版，法學書局出版，701頁；潘恩培，司法行政部法官訓練所講義 刑法分則上下 合訂本，出版日期(推測為)1928~1935間(因為該書使用民國十七年到二十四年間施行的舊刑法條文)，出版者不詳，該書收藏於國立臺灣大學圖書館法社分館，編號585.2 1732，247頁。

本文認爲這是對於妨礙追索權說最好的說明，因為此說明不但包含了對於受侵害的原財物的追索權，還包含對於原財物變換後，對於原財物所變得之物的追索權。

不過如果要更仔細地說明，本文認爲其實贓物罪並非保護追索權，而係保護行使追索權後所可以得到的利益，亦即保護「值得刑法保護的、對於財物的追索/回復的『利益』」。相同意見，參見甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004修訂再版，作者自版，445頁；李茂生，九十五年版刑法分則講義，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載，378頁。

⁵³ 林山田，刑法各罪論(上冊)，2005年增訂五版，作者自版，471~472頁。

被害人是否有民事法上返還請求權存在。⁵⁴

在我國，妨礙追索權說的追索權，不包括侵害公共利益而生的請求權。此疑義之產生係因有論者主張贓物罪的前行為不能限於財產犯罪，不過，其實該論者嚴格要求必須侵害民事法上返還請求權方得成立贓物罪⁵⁵。因此在我國，其實沒有追索權「是否包括對於侵害公共利益所得之財物、利益予以沒收、追徵、追繳的權限」的疑義。在確定追索權不包括侵害公共利益而生的請求權後，當然不得謂返還請求權說的重點為「對於任何違法狀態之回復予以妨礙」。⁵⁶

妨礙追索權說被批評為使得刑法贓物罪成立與否，取決於民事法上返還請求權之有無。關於這個批評是否成立，本文將在第四章進行討論。



第二項 間接領得說

此說主張贓物罪是：對於先行為人所直接不法取得的他人財物，再次不法取得；易言之，贓物行為人與先行為人，係以同一行為客體為標的，與以不法取

⁵⁴ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004月修訂再版，作者自版，441頁。

⁵⁵ 蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於律師雜誌，291期，92~104頁，2003年12月。以本文的理解，該文其實係主張因為贓物一詞並非僅出現在刑法分則贓物罪的領域，故不該以贓物罪中對於贓物的理解來定義贓物一詞。後文將會再詳細討論該文。

⁵⁶ 主張贓物罪的先行為不限於財產犯罪，參見蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於律師雜誌，291期，2003年12月。曾淑瑜，刑法分則實例演習——個人法益之保護，429頁，2004初版，三民書局發行。王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145期，250頁，2007年06月。

得之犯罪，先行爲人是直接領得，而贓物行爲是間接領得。依此說，贓物行爲人對於贓物，係處於間接領得之地位，因其間接領得行爲，導致被害人對於財物之回復，加深困難性。因此，贓物罪，對先行爲之不罰後行爲而言，實屬一種事後幫助行爲。此說近於事後幫助犯說，惟仍有不同，此說主張贓物行爲之幫助性，乃針對本犯之不罰後行爲；而事後幫助犯說，則認爲贓物行爲之幫助性，乃針對先行爲⁵⁷。

此說被批評爲：(一)、贓物行爲有收受、搬運、寄藏、故買、牙保。「雖然，就收受、故買贓物行爲而言，故具有間接領得之性質；惟就搬運、寄藏與牙保行爲而言，謂其爲間接領得，則頗牽強⁵⁸」。

(二)、此說重視「本犯助長性」，雖然維持了財產犯的特色，但是過於專注行爲的層面，反倒是輕視了法益侵害的層面⁵⁹。

由於(一)與(二)，雖然此說也提出了「加深被害人回復財物的困難性」的概念，與立法目的之妨害被害人回復權之行使有關，但在解釋贓物罪時，毋寧直接採用妨礙追索權說。至此可了解，間接領得說與妨礙追索權說相同，「於判斷是否爲贓物時，亦仍求諸於民事法上返還請求權之有無，尙非妥適。⁶⁰」

⁵⁷ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，443頁，2004修訂再版，作者自版。

⁵⁸ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，443頁，2004修訂再版，作者自版。

⁵⁹ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，377、378頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

⁶⁰ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，443~443頁，2004修訂再版，作者自版。本文不認爲「追索權說將贓物罪成立與否繫於民事法上返還請求權之有無」是缺點，參見第四章。

第三項 回復持有妨害說

學者甘添貴提出回復持有妨礙說，該說主張：依妨礙追索權說，贓物罪之成立與否，繫於被害人有否返還請求權。且贓物，須被害人於民法上尚有返還請求權者，始足當之。依回復持有妨害說，則不問被害人於民法上是否尚有返還請求權，亦不論其是否為合法或非法持有，祇須被害人持有被先行為所侵害，而贓物行為人為收受、故買、搬運、寄藏或牙保等行為，因而增大被害人回復其持有財物之困難者，即得以贓物罪繩之。」⁶¹

回復持有妨害說以為，「刑法上關於財產犯罪本質之理解，已從所有權或其他本權之保護，轉為持有利益之維護」，既然直接取得類型之財產犯罪之保護法益已從本權說轉為持有說，則基於持有說，贓物罪之行為就可以說是「對於持有利益再度的侵犯」，這種再度的侵犯是指導致「增加被害人回復財物持有之困難性」。因此贓物罪之本質是「妨害被害人回復持有財物之可能性」，贓物罪的保護法益是「持有」，與其他財產犯罪相同⁶²。

此說的缺點(一)、雖然此說主張：不論先行為的被害人在法律上是否尚擁有返還請求權，也不論「在先行為時」被害人對於被侵害物的持有是合法或非法，只要被害人的持有被先行為人侵害，接著贓物行為人為收受、搬運、寄藏、故買、牙保等行為，導致加深被害人回復持有的困難，即得以贓物罪處罰。在添附(民法第八百一十一條至八百一十六條)的情形，此說卻主張贓物的所有權已經移

⁶¹ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，444頁，2004修訂再版，作者自版。

⁶² 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，444-446頁，2004修訂再版，作者自版。

轉，所以沒有回復原本持有的可能，不成立贓物罪，顯然與此說「不論在法律上是否還有返還請求權」之主張矛盾。另外，此說一方面主張添附的情形所有權移轉所以沒有妨害持有回復的可能，另一方面又主張，雖然善意取得的情形縱然所有權已經移轉，但是贓物依然是贓物，只不過善意取得人因為沒有故意所以不成立贓物罪。⁶³同樣都是所有權移轉的情形，原持有人都無法要求回復，卻做出不同的處理，此說標準不一。故雖然此說也是考慮到「回復權之行使」，但其理論不一貫，故本文不採。

缺點(二)、此說在準贓物規定的部分，放棄了原本「妨害回復持有」的主張，改採用第二種參與利得說。由於回復持有妨害說認為「回復持有的對象限於原物」，故此說承認無法解釋第三項準贓物規定，又可見此說的理論不一貫。相較之下，妨礙追索權說可以解釋準贓物規定，不必尋求他說的輔助。另外，但是回復持有說的主張者也承認第二種參與利得說有如下缺點：(1)無法解釋先行為為何限於財產犯罪；(2)無法解釋為何贓物罪客體限於財物，不及於利益。⁶⁴則以第二種參與利得說輔助解釋準贓規定時，缺點(1)、(2)仍避免不了，但該說沒有對此做出解釋。最後，如前所述，本文反對以獲利作為處罰的理由，刑法要規範的應是法益侵害。

第四項 新違法狀態維持說

⁶³ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，444、450~453頁，2004修訂再版，作者自版。

⁶⁴ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，444、450~453頁，2004修訂再版，作者自版。

第一款 基本內容

此說以爲贓物罪之行爲維持或穩固了財產法益犯罪所造成之違法狀態，導致無法或難以回復原狀，故贓物罪之本質是財產犯罪所造成之違法財產狀態之維持或穩固。⁶⁵此說和(舊)違法狀態維持說的差異在於：新違法狀態維持說將先行爲限定在財產犯罪的範疇，但(舊)違法狀態維持說主張贓物罪先行爲不限於財產犯罪。

德國的Aufrechterhaltungstheorie⁶⁶大致相當於我國的新違法狀態維持說，而非(舊)違法狀態維持說。Aufrechterhaltungstheorie與新違法狀態維持說相同之處爲先行爲僅限於財產犯罪，不同之處爲我國有準贓物規定，但德國條文無，Aufrechterhaltungstheorie主張贓物必須與先行爲獲得之物在物理上具有同一性，易言之，在經濟上取代贓物之替代贓物(Surrogaten、Ersatzsachen，即我國刑法第三百四十九條第三項規定的準贓物)不可以成爲贓物罪的客體，因爲藉由先行爲所造成之違法財產狀態並不能夠在替代贓物上延續下去。因此我國有論者批評，違法狀態的維持僅限於針對受侵害原物，我國因爲有準贓物規定，所以新違法狀態維持說在我國不能成立⁶⁷。但這樣的批評可能太過以德國理論與德國規定優先

⁶⁵ 林山田，刑法各罪論(上冊)，472 頁，2005 增訂五版，作者自版。

⁶⁶ Aufrechterhaltungstheorie直譯為維持理論，林山田教授即譯為維持理論。此說也稱為穩固理論(Perpetuierungstheorie)。

⁶⁷ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145 期，248 頁，2007 年 06 月。

第二款 批評

此說可能的缺點有：(一)、此說以為維持利益的行為就是犯罪，著重獲利的角度，忽視刑法的目的在於保護法益。(二)、我國的新違法狀態維持說是延續著(舊)違法狀態維持說的內涵，但是卻沒有說明「將先行為限定為財產法益犯罪」的理由，亦即沒有說明「維持財產法益犯罪所得利益成立贓物罪、維持非財產法益犯罪所得利益不成立贓物罪」的理由。⁶⁹



⁶⁸ 德國刑法第 259 條(窩贓)規定：「1. 為自己或第三人的利益，購買、出售或幫助出售犯罪份子竊盜或其他財產犯罪所得贓物者，處五年以下自由刑或罰金。2. 準用第 247 條和 248 條 a 的規定。3. 犯本罪未遂者，亦應處罰。」第 247 條(家庭成員間的竊盜)規定：「竊盜或侵占家屬、監護人、照料人的財物，或被害人與行為人同居一室者，告訴乃論。」第 248 條 a(盜竊及侵占價值甚微的物品)規定：「犯第 242 條竊盜罪和第 246 條侵占罪，所竊盜或侵占之物價值甚微者，告訴乃論；但刑事追訴機關基於重大公益，認為有依職權進行追訴之必要者，不在此限。」德國解釋贓物罪係用 Aufrechterhaltungstheorie。

⁶⁹ 如此粗糙的切割顯示出「違法狀態的維持」內涵上的不確定。本文認為因為(舊)違法狀態維持說和新違法狀態維持說所提出的罪質(維持違法利益)忽視法益侵害的層面，根本沒有提出明確的保護法益，罪質的模糊導致其可以恣意地將先行為擴張到所有犯罪或縮小到財產犯罪。相較之下，妨礙追索權說認為贓物罪本質是妨礙了民事上返還請求權，有明確的保護法益，故先行為一定是侵害財產法益犯罪，不可能擴張到非財產法益犯罪。德國 Aufrechterhaltungstheorie 將先行為限於財產犯罪係因條文明白規定。日本在一九九五年修正了贓物罪的文字，將贓物改為「盜品」一詞，表明財產犯罪所得之物才是盜品等關與罪的客體，所以日本新違法狀態維持說也有條文明白規定做支持。但我國贓物罪並沒有明定如此。

第三款 將新違法狀態維持說理解為妨礙追索權說

學者陳志龍的違法狀態維持說內容略為：(一)贓物罪的成立要件乃是指透過先行為所達成之違法財產狀態，經由贓物罪的行為人為共同的效力合成，而使此種違法狀態得以持續下去，這也是贓物罪所以要處罰的規範目的。贓物罪之本質，在於贓物罪的行為人對他人之先行為所造成的違法財產狀態，以「不法利得之意圖」，使此種財產狀態得以繼續維持。贓物罪的處罰，乃在於行為人使得他人之先行為所造成的財產違法狀態能夠持續，以至於要回復到合法狀態深受影響。此外，贓物罪所要保護的法益只是財產法益。贓物罪的成立要件必須：先行為侵害到他人的財產狀態，且造成在法律上所不容許的財產狀態(亦即財產的受損人「得依民法行使其所有物返還請求權」始可)。換言之，先行為必須是一種侵害財產的犯罪行為，除了竊盜、侵占、詐欺等罪外，也可能是偽造、變造文書或強制等罪，只要這些先行為對他人的財產構成侵害，即屬可能的先行為。⁷⁰可知該論者的新違法狀態維持說，其實是妨礙追索權說與參與利得說(無法得知是第一種或第二種)的混和，該論者所謂的「以至於要回復到合法狀態深受影響」，其實是指返還請求權的被妨礙。

(二)「如果先行為的行為人在交付物品給他人之前，已經得到對於該物無可異議的所有權，則此時先行為人對該物具有所有權人的地位，其所為的物品買賣，自屬於有權處分的行為，他人收受該物並不成立收受贓物罪。⁷¹」此情形的解決方式與妨礙追索權說相同。

⁷⁰ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，401~402 頁，1992 初版，作者自版。

⁷¹ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，402 頁，1992 初版，作者自版。

(三)「先行爲(偽造貨幣)的行爲人在偽造貨幣後將之賣給乙，在此乙收受偽幣並不依照刑§349 來加以論處，因爲在此並無經由收受偽造貨幣而造成的違法財產狀態。但乙如將該貨幣予以行使，將造成貨幣流通上的安全性與可信賴的損害，則有可能依行使偽造貨幣罪(刑§196)來論處。⁷²」如依照(舊)違法狀態維持說主張，偽造貨幣的先行爲所造成的利益狀態，也是贓物罪所禁止維持的違法利益狀態。該論者認爲偽造貨幣的違法利益不是贓物罪所指的違法利益，理由似乎爲因乙願意購買貨幣，所以沒有返還請求權需要保障。

(四)「雖然是由先行爲直接所獲得的物，但如果違法的財產狀態已經終了，則此時即不再爲贓物罪的行爲客體，例如此時取得(無可異議的)所有權或善意取得所有權。此情形亦可能包括那些經過加工的物，例如甲女向乙男購買皮衣，甲女知該種皮衣係受法保護之動物的皮所做成，乙男係屠殺珍貴動物而將其皮製成大衣，則此時甲女並不成立收受贓物罪，蓋經過加工後之物，並非贓物罪之可能行爲客體。……因爲先行爲之正犯經由加工，而依民§814 取得加工物之所有權，此時並無違法狀態持續可言。」⁷³贓物經過善意取得、經過我國民法第八百一十四條的加工、或以其他方式被取得無可異議的所有權之後，先行爲被害人喪失返還請求權，因此行爲人不會成立贓物罪，相同於妨礙追索權說的見解。⁷⁴

該論者的新違法狀態維持說尙結合了參與利得說(無法區別是第一種或第

⁷² 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，402 頁，1992 初版，作者自版。

⁷³ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，404-405 頁，1992 初版，作者自版。

⁷⁴ 不過在此處以獵殺保護動物做爲贓物罪的前行爲是矛盾的，因爲該論者已經表示先行爲必須是侵害財產法益的犯罪，但獵殺保護動物不是財產法益犯罪。

二種參與利得說)。該論者以爲，贓物罪的行爲人主觀上必須有「爲了自己本身或爲了他人的財產利益」的意圖。「但要成立贓物罪除了構成要件故意外，其實尚必須要有意圖(朝向目的之意思)，始有意義可言。因爲贓物的收受、故買、寄藏、搬運、或爲牙保，均是爲了自己本身或他人的財產利益，如欠缺此種目的性，則無法想像能夠成立贓物罪」，這種意圖只要是爲了自己或他人財產利益，不需要是爲了自己或他人「不法的」財產利益。⁷⁵(妨礙追索權說不要求此主觀要件。)本文推測論者會要求獲利的主觀意圖，可能是因爲我國贓物罪的保護法益不明，該論者擔心贓物罪的刑罰範圍過大，甚至在無法益受侵害的情況下行爲人亦需受刑罰，故參考德國刑法規定(德國規定有爲自己或他人利益)，主張需要獲利的特別主觀要件。



綜上所述，本文認爲該論者所持之違法狀態維持說實質上已經不是新違法狀態維持說，而是妨礙追索權說混合參與利得說的內涵。由於本文認爲注重獲利層面、但不注重法益侵害層面的參與利得說頗有疑義，且我國刑法也未規定要有獲利的意圖，故本文不採取該論者之主張。

第四款 新違法狀態維持說所謂之合法狀態

贓物罪立法目的所說明的保護被害人回復權之行使，如果從新違法狀態維持說的內涵來理解，合法狀態的回復就是被害人得以回復贓物。新違法狀態維持說的「被害人」可能有兩種範圍：(一)與妨礙追索權說相同，只有贓物的本權人

⁷⁵ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，410-412 頁，1992 初版，作者自版。

才是被害人，贓物的本權人才有回復權行使的利益需要被贓物罪保護。(二)只要是先行爲的被害人，就有回復贓物的利益，不區分先行爲被害人有無本權。兩種範圍應以何種爲是，我國學界並未討論。但如果新違法狀態維持說的被害人範圍與追索權說相同，似乎無益於贓物罪的分析。

第五項 混合說

混合說認爲「各種理論單獨而言並無法說明贓物罪的本質，因此必須兼採各說之見解，方能合理說明贓物罪的刑罰理由」⁷⁶。我國的混合說有：

(一)此說爲學者周治平所採取。「贓物罪之社會學類型及其犯罪現象之態樣，實多采多姿，故贓物罪的本質，一方面應以客觀之追索權說與違法狀態維持說爲基礎；一方面併同考慮主觀之庇護犯罪、助成本犯(事後從犯)、利欲犯之諸要素……自贓物罪之態樣及其性質之複雜觀察，殊難以一義理解之。」⁷⁷

(二)此說爲學者周治平所介紹。「此說以爲自本犯之被害人方面觀之，贓物罪乃是被害人不能或難以追返或回復其所受侵害之財物之犯罪；自行爲人與本犯關係方面觀之，則贓物罪乃助成本犯不法取得行爲之犯罪。昔日自後者之觀點，以贓物罪爲本犯之庇護罪或事後共犯；近時則自前者之觀點，以之爲與本犯分別

⁷⁶ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145期，250頁，2007年06月，元照出版。

⁷⁷ 周治平，刑法各論，929頁，1968臺初版，作者自版。

之獨立財產犯之一種。尤其收受贓物罪分享本犯不法利得之性質甚強；故買與牙保行為足以助成本犯之利用贓物，誘發本犯之危險性甚大，亦不容忽視。因而贓物罪乃兼具違法狀態維持及參與利得之雙重性質」。⁷⁸

(三)學者林山田混合事後幫助犯說、犯罪隱匿說、妨礙追索權說、第一種參與利得說、新違法狀態維持說等五說。「以上五種不同理論之見解，各有所偏，就贓物罪之行為本身，及贓物罪與其先行為之財產罪之關係以觀，贓物罪的本質實兼含上述各種理論所含之內涵，特別是現行法之贓物罪條款，對於主觀不法構成要件並未作規定，故行為人係出於事後之幫助，或係出於隱匿犯罪，抑或出於不法之獲利意圖，均有可能成立贓物罪。同時，也由於贓物犯之存在，而使財產犯易於銷贓，並使財產犯之犯罪意圖得以實現」⁷⁹。

(四)學者曾淑瑜主張：「從我國贓物罪未規定其主觀構成要件要素——意圖(即目的)來看，行為人究竟是意圖為自己不法之所有，或意圖隱匿財產犯罪，使不易被發現，抑行為人是出於事後幫助之意思，不甚明確」，若僅採(舊)違法狀態維持說，「贓物罪的先行為不受限於財產犯罪，則有違刑法將贓物罪置於財產犯罪體系之意義，不當擴大處罰範圍」；若僅採妨礙追索權說，「似無民法上之返還請求權，即欠缺保護法益，顯已忽略了平穩占有之情況」；若僅採犯罪隱匿說，因現行刑法將贓物罪及隱匿人犯罪分別規定在不同法益中，單採此說似有不妥。故宜採混和說以說明贓物罪之本質。⁸⁰

⁷⁸ 周治平，刑法各論，929~930頁，1968臺初版，作者自版。

⁷⁹ 林山田，刑法各罪論(上冊)，471~473頁，2005修訂五版，作者自版。

⁸⁰ 曾淑瑜，刑法分則實例演習——個人法益之保護，427~428頁，2004初版，三民書局出版。曾

混合說的缺點為(一)、對於贓物罪的本質於學說上存在多種理論，但混合說沒有說明如何挑選要揉合的學說。以學者林山田的混合說為例，其並沒有說明為何僅挑選事後幫助犯說、犯罪隱匿說、妨礙追索權說、第一種參與利得說、新違法狀態維持說等五說，也沒有說明不揉合(舊)違法狀態維持說或其他學說的理由。以學者曾淑瑜的混和說為例，其並未說明為何係揉合(舊)違法狀態維持說、卻不揉合新違法狀態維持說。有關這一點，混和說似乎應該將挑選的理由說明得更詳細一些。

(二)、混合說認為混合各種理論才能合理說明贓物罪的刑罰理由，但是「將每一個帶有缺點的理論一起拼湊起來，並不會使得這些理論的缺點消失，讓這個理論變得完美」，只是「結合所有理論的缺陷」⁸¹。例如犯罪隱匿說明明與湮滅藏匿證據罪在保護法益上重疊；例如第一種參與利得說僅重視獲利、忽略法益侵害，根本違反了刑法保護法益的目的，這兩說的缺點依然存在。

(三)、沒有說明實際案例中該如何使用這些學說、亦即操作標準不明。混合說提出了眾多的保護法益，是否要所有的保護法益都被侵害到才能成立贓物罪，亦或只要侵害到一個保護法益就能成立贓物罪，混合說並沒有明言。譬如：先行為人竊盜後，擔心被警察抓到，請贓物行為人將贓物送回，贓物行為人的搬運提高了警察抓到先行為人的難度，但是沒有侵害到被害人的追索權，此情形在混合說底下是否成立贓物罪不清楚。譬如牙保贓物應以何時點做為既遂時點？如果採

淑瑜，刑法分則編，2007 第 1 版，新學林出版，658~659 頁。

⁸¹ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145 期，250 頁，2007 年 06 月，元照出版。

取第一種參與利得說，則應該係以牙保人收到牙保之對價那一刻方為既遂。如果採取危險性理論，以為贓物罪本質係處罰行為人誘發他人進行(未來的)下一次的財產犯罪，則應該係以出賣人收到價金那一刻方為既遂。如果採妨礙追索權說，可能以買賣契約成立或贓物持有被移轉那一刻才是既遂，混合說如何處理此問題不清楚。雖混合說其中的妨礙追索權說與立法目的有關，但因以上缺點無法採用。

第三節 小結

在各學說中，事後幫助犯說的既遂後幫助的概念不能使用；危險性理論關注未來的其他財產犯罪之誘發，但不區別具體案例中是否真有誘發的效果；犯罪隱匿說與湮滅隱匿證物罪的保護法益重疊；(舊)違法狀態維持說沒有實質內涵、似僅關注行為本身；兩種參與利得說注重獲利，忽略了刑法目的在於保護法益、亦即禁止法益的侵害(實害與危險)。以上六說除理論本身之缺陷外，與立法目的保護「被害人回復權之行使」無關，無助於釐清立法目的，故本文不採(在解釋論的層次)。

真正有助於立法目的之釐清、可探討被害人範圍的學說僅有妨礙追索權說與回復持有妨礙說。妨礙追索權說認為贓物罪的被害人就是有民事法上返還請求權之人(贓物罪被害人是本權人)，回復持有妨害說主張贓物罪被害人就是先行為財產犯罪被害人，先行為被害人不論有無民事法上返還請求權，都應該有回復贓物的利益。回復持有妨害說還主張：縱然民事法上返還請求權已經不存在，還是成立贓物罪(這是其理論上的主張，但在實際案例上，如果符合民法第八百一十

一條至第八百一十四條添附的相關規定，所有權發生變動，則此時對贓物違贓物行為不成立贓物罪，可見回復持有妨害說理論與實踐不一致，本文僅採其理論上的見解)

至於在我國所介紹的新違法狀態維持說，有三種對於該說的理解。理解(一)是僅看行為，不論任何結果，只要是先行行為所導致的財產狀態，就是「違法的」財產狀態，對於「違法的」財產狀態有贓物行為，就應該被處罰。理由不清楚。理解(二)將新違法狀態維持說賦予了實質內涵，但其實就是變成妨礙追索權說。理解(三)係主張贓物行為會導致先行行為發生前的財產狀態不能被回復，亦即不論先行行為發生前的財產狀態是否有本權，都應該被回復，如此理解則與回復持有妨害說之理論相同，只要是先行行為的被害人，不論有無本權，都受到贓物罪保護。

不論新違法狀態維持說要怎樣理解，在為了釐清立法目的的討論中，可以不採新違法狀態維持說，因為如果不是沒有實質內涵，就是與回復持有妨害說或妨礙追索權說重疊。

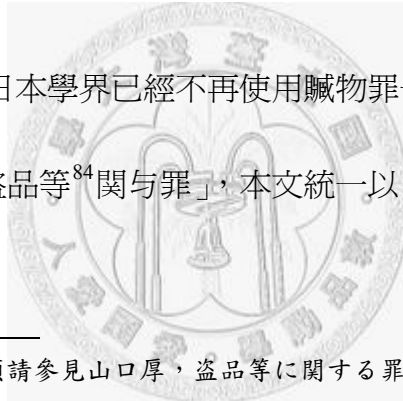
混和說融合多個學說，但內涵不清，導致沒有明確的操作標準。

第四節 日本對於盜品等參與罪的討論

第一項 簡介⁸²

在一九九五年(平成七年)日本刑法修正後，日本刑法典已經不使用贓物一詞。修正後，日本刑法第兩百五十六條規定：「無償讓受盜品、或其他因該當於對於財產之犯罪之行為所領得之物者，處三年以下有期徒刑。(第一項) 搬運、保管、或有償讓受、或有償讓受之斡旋前項規定之物者，處十年以下有期徒刑及五十萬圓以下罰金。(第二項)」⁸³

經過上述之修正，日本學界已經不再使用贓物罪一詞，改使用「盜品罪」或「盜品関与罪」或「盜品等⁸⁴関与罪」，本文統一以「盜品等參與罪」稱之。



⁸² 除特別注明的部分外，本項請參見山口厚，盜品等に関する罪，收錄於山口厚，問題探究刑法各論，1999 第 1 版，有斐閣發行，208 頁以下。

⁸³ 日本刑法第二百五十六條：「盜品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物を無償で譲り受けた者は、3 年以下の懲役に処する。(第一項)前項に規定する物を運搬し、保管し、若しくは有償で譲り受け、又はその有償の処分のある者をした者は、10 年以下の懲役及び 50 万円以下の罰金に処する。(第二項)」關於修正前後的日本條文，參見 川端博、西田典之、原田國男、三浦守編，裁判例コンメンタール刑法〔第 3 卷〕，2006 第 1 刷，立花書房發行，469 頁。

⁸⁴ 日本刑法的「盜品等」，意指：竊盜罪、強盜罪、詐欺罪、侵占罪等對於財產之犯罪，因該當於這些犯罪的行為，所取得之物。所謂該當於這些犯罪的行為，僅要求行為該當於構成要件、有違法性即可，不考慮責任能力、公訴時效是否完成、告訴乃論罪是否有告訴等等非構成要件之要素。參見 松宮孝明，刑法各論講義，2006 初版，成文堂發行，286 頁。我國贓物罪規定雖然不像日本這麼清楚，但學者李茂生亦認為只要構成要件該當、有違法性即可，基本上不需要達到有責的程度，參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，國立臺灣大學法律學院提供下載，379 頁。

在日本，關於贓物罪(或盜品等參與罪)之本質為何亦存有爭議。雖然大多數的學說和判例，皆以「贓物罪係財產犯罪」為前提來進行議論，但是，學說之中也有否定贓物罪係財產犯罪的主張。日本學說關於贓物罪的本質(罪質)有多樣的見解，這些見解大致區別為以下三種：

(一)違法狀態維持說(日本的違法狀態維持說約相當於本文所謂的(舊)違法狀態維持說)：這是一九九五年日本刑法修正前展開的見解。因為修正前所使用之「贓物」一詞，可以解釋為財產犯罪所得之物，也可以解釋為「所有犯罪所得、所生之物」。違法狀態維持說將修正前的贓物罪解釋為：因犯罪而違法成立的財產狀態，使之維持存續的犯罪。此說之下尚可區分為兩種：一種主張贓物為犯罪所得之物，另一種主張贓物為犯罪所得「及所生」之物。

(二)追索權說(約相當於本文的妨礙追索權說)⁸⁵：此說認為盜品等參與罪的保護法益為財產犯罪的被害人對於被侵害財物的追索權，這是日本的多數說。

(三)折衷說(又稱併合說、新違法狀態維持說)：此說在肯定追索權說的同時，又以為追索權說還不足以充分說明盜品等參與罪的本質，所以應該加入違法狀態維持說、參與利得說、甚至事後從犯說的觀點以考量盜品等參與罪的本質。

⁸⁵ 本文將日文的「追求權」翻譯成「追索權」。

亦即，肯認用追索權說作為出發點，但同時緩和化(、稀薄化、相對化)把追索權的侵害作為犯罪成立要件。

一九九五年日本刑法修正，將關於贓物罪改為盜品等參與罪，將行為客體限定為盜品或其他因該當於對於財產之犯罪之行為所領得之物以後，違法狀態維持說的主張已經變為不可能。因為違法狀態維持說主張將贓物做廣義的解釋，不限於財產犯罪所取得之物(譬如：違反日本狩獵法所取得之物也是贓物)，也主張被害者的追索權不是(修法前)贓物罪的成立要件。因此在一九九五年以後，日本學界關於盜品等參與罪，是追索權說與折衷說的對立。

日本學說關於盜品等參與罪的對立，其根源在於到底係重視追索權的侵害、或者重視事後幫助犯性。在這裡反映了結果無價值論與行為無價值論的對立。亦即，追索權說之重點在於將所謂「追索權的侵害」此一具體的法益侵害，當成是一個不可或缺的要件，將事後幫助犯性當作是附加的要件。不同於此，折衷說從輕視法益侵害意義的行為無價值論出發，不嚴格強調以追索權的侵害作為要件，縱然追索權的侵害不存在、或侵害與否存有疑問，該說依然根據事後幫助犯性的存在，主張可以成立盜品等參與罪。

第二項 物的庇護說⁸⁶

不屬於以上三說，但從以上的議論延伸出去出現物的庇護說。物的庇護說某種意義上係捨棄了追索權侵害的層面，僅僅注目在事後幫助犯性。追索權說以追索權的侵害為成立要件，主張(1)不法原因給付物不能是盜品等參與罪的客體，(2)違禁品也不能是盜品等參與罪的客體，(3)在先行為是詐欺和恐嚇的情況中，如果被害人還沒有撤銷意思表示，就不能成立盜品等參與罪。因為(1)(2)(3)，所以物的庇護說反對追索權說。又因為折衷說主張的「違法狀態的維持」之內容空虛，所以此說反對折衷說。物的庇護說懷疑盜品等參與罪之目標是要保護特定被害者的財產這一個前提，其以為本罪真正之罪質明顯是「禁止對於先行為人的事後協力與援助」的刑事政策意義⁸⁷。

物的庇護說主張，日本向來的議論都忽略了物的庇護(禁止對於先行為人的事後協力與援助)此一層面，沒有理由地硬是將盜品等參與罪嵌入財產犯罪的類型，反而導致本罪的性質曖昧不清，所以在考慮盜品等參與罪之本質時，毋寧要正視物的庇護的面向。以此思想為中心，盜品等參與罪應該解釋為：因為禁止對

⁸⁶ 除特別引注的部分外，本項參見山口厚，盜品等に関する罪，收錄於山口厚，問題探究刑法各論，1999 第 1 版，有斐閣發行，211 頁以下。必須特別說明的是，日本學者山口厚採取的是追索權說，並非採取物的庇護說。本項是要介紹物的庇護說的內容以及學者山口厚對其的評論。

⁸⁷ 物的庇護說將盜品等參與罪之本質與該罪刑事政策效果視為相同，不過本文認為保護法益和刑事政策效果要切割開。

於先行爲人的事後協力與援助，所以「孤立」本犯，因而去除直接取得類型之財產犯罪的誘因，因而阻止以處理盜品等處理目的所組成的不合法組合(例如黑市)。在物的庇護說看法底下，先行爲的被害人受到保護不過是一種反射利益(亦即追索權的保護指是反射利益)。此說以爲盜品等參與罪的保護法益和直接取得類型之財產犯罪的保護法益不同，本罪的保護法益是「直接取得類型之財產犯罪的刑法規範的實效性」。綜上所述，可以說物的庇護說和追索權說是處在完全不同的角度。⁸⁸

第三項 日本關於盜品等參與罪之判例⁸⁹

日本判例支持追索權說。大判大正四・六・二刑錄二一輯七二一頁：「在刑法規定贓物罪(本文按：當時刑法仍稱贓物罪)科以制裁的原因是藉著防止贓物移轉以保護被害者的返還請求權。」最判昭和二三・一一・九刑集二卷一二號一五〇四頁：「關於贓物罪之本質在於因為贓物的輾轉所以使得被害者的返還請求權困難或不能這一點。」最決昭和三四・二・九刑集一三卷一號七六頁：「關於贓物罪目的爲保護被害者的財產權，既然被害者依據民法規定沒有失去對於該物之回復之請求權，依據原判決關於該物成立贓物罪。」

⁸⁸ 以本文的理解來看，物的庇護說和我國所介紹的危險性理論內涵十分類似。

⁸⁹ 判例的詳細內容，參見川端博、西田典之、原田國男、三浦守編，裁判例コンメンタール刑法〔第3卷〕，2006第1刷，立花書房發行，469頁以下。

不過，把贓物搬運回給先行爲之被害人會成立盜品等之搬運罪，最決昭和
二七・七・一〇刑集六卷七號八七六頁以「使贓物的正常回復變成實際上有困難」
作爲處罰的根據。⁹⁰

另外，關於有償處分之斡旋(日本刑法修正以前稱爲「牙保」)，最判昭和二
六・一・三〇刑集五卷一號一一七頁認爲：僅僅以斡旋行爲，「已經使被害者的
返還請求權的行使變得困難」，所以成立盜品等之有償處分之斡旋罪。該判例並
提到：「一律將關於贓物罪狹義地理解爲僅僅對於被害人返還請求權之罪不妥
當」、「法處罰贓物牙保，不光是贓物牙保會使被害者的返還請求權的行使變困
難，因爲贓物牙保有一般地助成、誘發如強盜竊盜的犯罪之危險」。該判例所持
理由之後還出現在最決平成一四・七・一刑集五六卷六號二六五頁：「盜品等之
有償處分之斡旋行爲，即使在以竊盜等之被害人爲處分之對象的場合，不光是使
被害人之正常的回復變困難，也有助長、誘發竊盜等犯罪之虞」這些判例都提到
盜品等之返還、回復的層面。⁹¹

⁹⁰ 於此先提本文結論：如果僅實行搬運贓物給被害人的行爲，沒有妨礙追索權，不成立搬運
贓物罪，參見後文。

⁹¹ 山口厚，盜品等に関する罪，收錄於山口厚，問題探究刑法各論，1999 第 1 版，有斐閣發
行，212~213 頁。另外，於此先提本文結論：向贓物罪的被害人牙保贓物，是增加了行使追
索權的代價，等於增加了追索權行使的困難，是妨礙追索權，本文亦認爲向被害人牙保贓物
成立牙保贓物罪。

第四項 日本學者山口厚的見解⁹²

輕視被害人追索權的意義、僅以參與財產犯罪產生的「違法狀態」當作處罰根據，是折衷說所持的主張。但如同從以前就存在的批評：「違法狀態的維持」是「追索權的侵害」的結果，兩者不能切割。折衷說強調「違法狀態的參與」之意義在於折衷說想要緩和化追索權的侵害這一個要件。不過，在先行為之被害人失去對於盜品等的追索權之場合，還能不能說該狀態是「違法的」，存有疑問。其實也可以說，因為折衷說專門以盜品等的參與行為的「行為本身」作為處罰根據，所以根本顯現不出法益侵害的實在內涵。

物的庇護說徹底地抱持著折衷說的核心部分，完全切割掉盜品等參與罪的財產犯罪的面向，某種程度上來說，物的庇護說將本罪變成徹底的物的庇護罪。根據這樣的主張，被害人追索權的有無不再成為問題，只要注意盜品等事後處理的參與行為就可能成立盜品等參與罪。確實，像折衷說與物的庇護說所指摘的那樣，無法否認盜品等參與罪有先行為助長性的性質、有事後幫助犯性的性質，不考慮這兩個性質的話，無法解釋盜品等參與罪的構成要件⁹³。不過問題在於，被

⁹² 本項參見山口厚，盜品等に関する罪，收錄於山口厚，問題探究刑法各論，1999 第 1 版，有斐閣發行，213 頁以下。

⁹³ 這種說法的理由之一可能是在日本刑法盜品等的故買等行為其刑度下限竟然比竊盜的刑度下限高。而如果盜品等參與罪的保護法益真的只有追索權，沒有理由會比保護單純持有狀態的竊盜罪，刑度上來得高。這多出來的一點刑度，有日本學者以為是因為故買等行為有先行

害人追索權的侵害是「使盜品等參與罪屬於財產犯罪」的核心思想可以否定嗎？否定的話適當嗎？對於物的庇護說試圖否定盜品等參與罪有財產犯罪性質的主張，首先，盜品等參與罪的編排位置就是這主張的一大障礙，因為盜品等參與罪被編排在一連串財產犯罪的中間(與我國的編排位置相同：直接取得類型之財產犯罪之後，毀損罪之前)。

其次，雖然要完全否定盜品等參與罪的財產犯罪性質，在邏輯上也許不是完全不可能，不過，伴隨著向來議論前提的變更，強迫過於激烈地轉換視角，姑且不論立法論層次，在解釋論的層次上，實際地採用物的庇護說是有困難的。仍然不得不將盜品等參與罪當成是一種財產犯罪來理解，現行法的盜品等參與罪已經是徹底地將先行為被害物本身當作本罪客體來規定，支持著日本傳統立場(將所謂追索權侵害的具體法益作為中心來理解)的妥當性。因此，雖然物的庇護說

為助長性(亦即對於未來的下一次的財產犯罪的誘使)(收受沒有先行為助長性)。這個問題在我國也存在，竊盜罪是五百元以下罰金，但故買贓物等行為是一千元以下罰金，不過我國似乎沒有學者討論此問題。本文以為，如果在理論上要使用先行為助長性當作贓物罪的本質之一，就必須在每一個行為的每一個具體案例都討論行為人的那一次贓物行為有沒有誘發未來犯罪的可能，有的話以三百四十九條第二項處罰，無的話應以第一項處罰。但這樣一來，有一些故買等行為，會因為先行為人沒有下一次犯罪的可能，變成僅成立二項犯罪。不過這樣就不同於本文所認為的一二項刑度會有差異是因為不為無償收受贓物的期待可能性低。第二個反對加入先行為助長性當作贓物罪質的理由是，先行為助長性是一個立法目的沒有提到的理由。在不加入先行為助長性的前提下，本文對於贓物故買等的刑度會稍高於竊盜罪的說法是，立法者就是認為追索權的法益重要於單純持有狀態的法益，而立法者的這個判斷就不在本文的討論範圍內了。(其實本文想說立法者弄錯法益的輕重了。)由於先行為助長性的內涵相同於危險性理論，亦請參見本文對於危險性理論的討論。

給了一個廣闊的刑事政策的展望，不失為一個優秀的立法論的見解，不過要做為盜品等參與罪還是有點不適合，特別是，物的庇護說難以支持以具體法益侵害作為要件的結果無價值論的立場。

綜上所述，作為日本現行法的解釋，不得不維持盜品等參與罪的財產犯罪的性質，把先行為的被害人的追索權當作保護法益，把侵害追索權當作是成立要件的追索權說基本上是妥當的。接下來處理幾個疑問。對於追索權說來說，侵害追索權最重的形態是盜品等的毀損罪，要如何解釋盜品等參與罪不處罰盜品等的毀損行為？不處罰似乎有疑義。不過，盜品等的毀損罪並非不可罰，而是可以直接用毀損罪處罰。亦即，盜品等參與罪的規定係保護先行為被害人的追索權，而觸犯其他財產犯罪的行為，就直接以其他財產犯罪處罰即可，可以說盜品等參與罪捕捉、處罰二次的法益侵害(此處可以用間接領得罪的旨趣來理解)，所以「毀損不成為盜品等參與罪的處罰對象」一事不構成對於追索權說的任何批評。⁹⁴

當然，僅僅以追索權的侵害的觀點不能說明盜品等參與罪的規定。日本刑

⁹⁴ 本文同意如果成立毀損罪、或直接財產犯罪的話，就不必用贓物罪加以處罰。本文的理由是，毀損罪的保護法益除了持有人對於該物的單純持有狀態，也包含了追索權；每一個直接財產犯罪的行為人，刑法也用期待可能性的理由，不處罰他們不交還贓物(不交還贓物=破壞追索權)。總之，縱然破壞了追索權，如果是毀損或直接取得類型之財產犯罪行為的方式，也不會成立贓物罪。本文的推論結果與間接領得罪說相同，但理由與間接領得罪說不同(第一次侵害就是不罰，只處罰第二次)。

法第二百五十六條第一項的無償讓受行為較輕，同條第二項的搬運、保管、有償讓受、有償處分的斡旋竟然比先行為財產犯罪重。關於這一點，常被其他學說拿來批判追索權說，因為追索權說對此無法提出說明。在這樣的情況下，盜品等參與罪的盜品利用援助性、事後幫助犯性、先行為助長性的面向就變得必須要考慮了。可是，這只能當作追索權說的思考輔助，不可以取代追索權說。⁹⁵

亦即，在侵害追索權的行為中，無償讓受只是單純地參與利益(只不過是變成盜利用品等之對象)，比較沒有先行為助長性的性質，相較之下是輕微的行為，所以才會訂較輕的法定刑。相對於無償讓受，搬運、保管、有償讓受、有償讓受的斡旋，是直接援助盜品等的利用行為，因此被以為有較高的先行為助長性，成為嚴格禁止的對象，故訂有較高的法定刑(和無償讓受相比)。雖然先行為助長性是指盜品等參與行為所帶有的、未來的、一般的、類型的對於其他財產犯罪的助長性、促進性(一般的間接的促進效果)，不過在實際案例中卻不要求要有具體的誘發財產犯罪行為的效果(在每一次的盜品等參與行為，所被認定的實際法益侵害，有追索權的侵害就夠了)。不過，到底為什麼會比其他財產犯罪重，用財產犯罪的助長當作理由仍然無法充分說明(明明是其他財產犯罪的助長行為，為什麼會比其他財產犯罪刑度重一事，不管盜品等參與罪的罪質採取哪一說，都無法簡單地說明。這一點即使單獨採取物的庇護說也一樣。故只可能說明為：盜品等

⁹⁵ 於此學者山口厚並未明說理由，本文認為是：被拿來輔助思考的學說(盜品利用援助性→參與利得的思想；事後幫助犯性→事後幫助犯說；先行為助長性→危險性理論、日本的物的庇護說)，單一來看都是有重大缺點的，所以無法被單獨用來解釋贓物罪之本質。以上三說缺點，參見本文第二章對於我國各學說的介紹。

參與罪除了該罪本身是財產犯罪，還要加上有助成其他財產犯罪的性質)。高度地反映了刑事政策的一般預防考量，在這樣的意義之下，不得不承認盜品等參與罪有相當的特殊性。



第肆章 追索權是本權人的追索權

因為立法目的明白說明贓物罪之本質是妨害被害人回復權之行使，所以我們得知贓物罪保護法益是被害人行使回復權之利益。但本文想要探討誰是立法目的設想之「被害人」，亦即誰可以擁有行使回復權之利益。在贓物罪的設定中，可以行使回復權之人僅限於贓物的本權人⁹⁶、或者是先行為財產犯罪的被害人。

此問題的第一個討論實益在於：由於先行為的被害人不一定只有贓物的本權人，我國的直接取得類型之財產犯罪⁹⁷不只保護有本權的持有，也保護了無本權的持有(如甲偷乙車，該車係乙所偷，甲仍成立竊盜罪)。有本權之持有被侵害時，被害人依據本權有返還請求權，贓物行為會妨害返還請求權之行使；無本權之持有被侵害時，先行為的被害人是否可以主張其應有回復之利益，所以也應受到贓物罪保護。

第二個討論實益在於：無本權之持有人之物被竊盜後，該物的本權人收受、故買贓物，是否算是「妨害被害人回復權之行使」。詳言之，在「先行為被害人

⁹⁶ 本權的內涵在下文會有較詳細的說明，於此先簡單介紹。本權，包括所有權、其他物權、以及適法(適民事法)的債權(譬如：與物之所有人訂有租賃契約，此時的租賃權亦為本權)。是否有本權，必須依照民事法判斷。但民法物權編規定的占有，因為包含了惡意占有，僅注重一個人對於一個物是否有事實上的支配力，所以本文認為占有不是本權。參見王澤鑑，民法物權(二)用益物權·占有，2006，作者自版，25~27頁；謝在全，民法物權論(下)，482~483頁，1997修訂版，作者自版。

⁹⁷ 直接取得類型之財產犯罪，包含：扣掉毀損罪、扣掉贓物罪以後的所有財產犯罪。此分類參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，265頁以下，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載；山口厚，刑法各論，168頁以下，2005補訂版，有斐閣。在該書，「取得罪」一詞的日文是「領得罪」。

對於贓物的持有，是一種無本權支撐的持有，本權人另有其人」的情況下，如果認為可以行使回復權之人包括所有的「先行為被害人」，那麼縱然是贓物之本權人，也不可以收受、故買贓物(除非符合自救行為的要件)。如果認為可以行使回復權之人只有本權人，那麼本權人就可以收受、故買贓物，因為本權人沒有侵害「他人」回復權行使之利益)，本權人係在行使自己的回復權。

本文將上述問題表達為：「回復權人係本權人或持有人？」如認為係本權人，則贓物罪僅保護有民事法上返還請求權之人；如以為係持有人，則贓物罪保護了有本權之持有人與無本權之持有人，亦即一切先行為被害人。這就是本章標題「回復權行使之利益歸屬於本權人或持有人」的意涵。

為了確定立法目的所要保護的回復權人係本權人或持有人，本文將先介紹法的財產說、經濟性財產說、法的經濟性財產說，這是有關民法財產和刑法財產觀念間之關係的三個學說。在確定採取法的經濟性財產說之後，本文接著將討論直接取得類型之財產犯罪的訂定，究竟僅保護本權人的持有利益或保護一切持有人的持有利益。在確定直接取得類型之財產犯罪的保護範圍「不限於」本權人之後，本文開始分析贓物罪(贓物罪訂定在直接取得類型之財產犯罪之後，所以被稱為間接取得罪⁹⁸)的保護法益的擁有者，究竟是本權人或持有人。在本文確定

⁹⁸ 在五種贓物行為中，收受、故買人確實會將贓物置於自己的實力支配之下，寄藏、搬運人在寄藏、搬運過程中也會將贓物置於自己的實力支配之下(雖然不是終局地取得贓物，還是要把贓物交出去)，故分類為間接「取得」罪是沒有疑問的。但是，牙保人不一定會將贓物置於自己的實力支配之下，如果沒有，稱為間接「取得」罪可能會使人疑惑。不過，一個牙保人，如果成功地將贓物從先行為人一方居間仲介給故買人，贓物的確是被故買人給「取得」了，而牙保人對於故買人的間接「取得」贓物有因果關係，所以本文肯認將牙保行為也歸類在間接「取得」

得行使回復權之人是本權人之後，終於可以說贓物罪立法目的「保護回復權之行使」的內涵，與妨礙追索權說一模一樣，立法目的之「回復權」就是追索權、就是民事法上返還請求權。

得出以上結論後可以反駁一項批評。妨礙追索權說因為將刑法上贓物罪的成立與否，取決於民事法上返還請求權的有無，所以常被批評使贓物罪受到民事法的限制、失去刑法的獨立性。「所謂的返還請求權，乃基於民事法上之本權(或占有⁹⁹)而產生之作用權。倘依此主張，贓物罪的罪質，乃係妨害私法上之返還請求權人之回復請求，則贓物罪之保護法益，僅在保護私法上具有合法權源者之財產安全，範圍似乎過狹；且行為之違法性，完全取決於民事法上之返還請求權之存否，亦有未妥」¹⁰⁰，以及「蓋以追索權說之保護客體為被害人對其受損害之物之追索權，以之說明贓物罪為財產犯罪，固無可議；然究屬民事思想，仍難求贓物罪之可罰性，惟有以違法狀態維持說，始得自刑法觀點闡明其違法性以補缺陷¹⁰¹」。¹⁰²

罪(使故買人取得贓物)。

⁹⁹ 在本文的理解中，回復權(=追索權)只能是基於本權而生的返還請求權，不包括基於占有而生的返還請求權。見下文討論。

¹⁰⁰ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004修訂再版，441頁。這是對於妨礙追索權說常見的批評。相較之下，新違法狀態維持說的立論點之一就是該說提出了從刑事法觀點出發的「贓物性」，使贓物罪脫離民事法內涵。而學者甘添貴也是因為這個批評才提出回復持有妨害說。

¹⁰¹ 周治平，刑法各論，929頁，1968台初版，作者自版。

¹⁰² 學者李茂生主張妨礙追索權說雖然維持了財產犯罪的特色，並限制了犯罪的擴張(當無或喪失民事法上返還請求權時，不成立贓物罪)。但這是立基於「法的財產說」(參見後文討論)的見解，有所不妥。又因為妨礙追索權說將民事法上返還請求權之有無與犯罪成立與否連動，會造成許多實際上無法解決的問題。參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，286頁，國立臺灣大學法律學院提供下載。本文認為妨礙追索權說是立基於「法的經濟性財產說」，並非只考量民法觀點，而是無本權之先行為被害人沒有值得刑法保障的回復權，參見本章第二節以

本文會回應此批評，說明贓物罪保護「回復權=追索權=民法上返還請求權」是完全正確的。如果不把立法目的所提到的回復權和民法上返還請求權緊緊相扣，當先行為被害人不是本權人時，該利益將會變成歸持有人擁有，本文認為刑法不該讓持有人擁有這種利益。因為沒有本權支撐的持有人，根本沒有回復的利益(或說回復權)可以保護。

第一節 持有、本權、民法的占有

在本文，持有如同一般刑法學者對於持有的理解。刑法上的持有不限於有「為自己的意思的情形(為他人的持有亦可)」，但不承認代理人的持有(此時代理人是持有人)。再者，發生民法上的繼承時，雖然所有權會移轉至繼承人手中，但是這並不意味著持有的移轉。刑法上的持有是現實的概念，是對財物的事實上支配(實力支配關係的形成)。其要素有二，一為持有意思，一為作為該意思的客觀化表徵的支配事實(毋需事實上的握持或監視)。¹⁰³

在本文，本權¹⁰⁴是與持有相對的概念，包括所有權或其他物權、以及適法(適民事法)的債權如租賃權，但不包括民法的占有(不論善意占有或惡意占有都不包

後論述。又，妨礙追索權說會造成什麼「實際上無法解決的問題」，在該論著並無明言。

¹⁰³ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，286頁，國立臺灣大學法律學院提供下載。更詳細的介紹，參見該書286頁以下。

¹⁰⁴ 在我國民法，占有不是權利、只是法律事實。在日本民法，占有是一種權利。在討論本權說與持有說時，占有權被稱為假權，占有以外的其他物權稱為本權。參見松宮孝明，刑法各論講義，182~183頁，2006初版，成文堂發行。

括)。

民法的占有不同於刑法的持有，雖然都是對於物的事實上管領力，但持有更著重對於物的實力支配。不同點有：(一)、占有可以依抽象狀態而為間接占有，持有無。(二)、占有人於占有物上行使之權利，推定其適法(適民事法)有此權利(民法第九百四十三條)，並推定其為以所有之意思、善意、和平、及公然占有(民法第九百四十四條)，持有不然。(三)、占有的移轉可以用觀念上之交付為之(民法第九百四十六條)，持有不能。(四)、占有可以被繼承，持有不然。(五)、絕對的違禁物(例如鴉片)不可以是占有的標的物，但可以是持有的標的物。¹⁰⁵

民法第九百六十二條前段：「占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物」該條規定賦與占有人物上請求權(屬債權、屬請求權)。因為占有人不區分善意惡意都擁有對於占有物的返還請求權，如果將沒有本權支撐的占有也歸類為本權，則本章所要討論的本權說與持有說將無法區別。因此在本文，占有不是本權，占有所生的返還請求權也不是妨礙追索權說的民事法上返還請求權(追索權一定要限於有本權的返還請求權)。

第二節 民法財產與刑法財產之間關係

有關民法財產(即民法用「權利」態樣加以保障的利益)和刑法財產(刑法所要保護的財產利益，即「財產法益」)之間的關係如何？有法的財產說、經濟性

¹⁰⁵ 王澤鑑，民法物權(二)用益物權·占有，2006，作者自版，25~27頁；謝在全，民法物權論(下)，482~483頁，1997修訂版，作者自版。

財產說、法的經濟性財產說等三說。對兩者關係的看法將會影響直接取得類型之財產犯罪的保護法益應該採取本權說或持有說，(可能)進而影響贓物罪的回復權行使的利益的擁有者是本權人或持有人。¹⁰⁶

第一項 法的財產說

此說亦稱為民事法上財產權說。此說主張刑法上財產的保護，應該以民法為主，亦即，以民法用「權利」的態樣加以保障的利益(或說價值)為主。而刑法的保護僅具有從屬性質。此說有如下缺點：本來以民法為主要保護手段的這種論調是正當的，屬於刑法謙抑性的表現，但是此說過於強調刑法對於民法的形式上從屬性。因此如果採此說，(一)刑法就不能保障尚未成為民法上權利、但又具有經濟上價值的利益。(二)即使侵害對象是民法上權利，但刑法不能禁止尚未達到權利侵害程度，只是使利益危殆化、危懼化的行為。¹⁰⁷

第二項 經濟性財產說

¹⁰⁶ 學者周治平介紹過法律價值說、經濟價值說、折衷說，名稱上與本文以下所討論相類似。但其介紹的該三說係偏重在闡明財產的概念，與本文以下所要討論的內容(民法權利和刑法財產法益之間關係)完全不同。參見周治平，刑法各論，760頁，1968台初版，作者自版。在大塚仁，注解刑法，1034頁，1977增補第二版，青林書院新社發行，所討論的法的財產說、經濟的財產說、法的=經濟的財產說所討論內容與學者周治平相同。

¹⁰⁷ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，279~280頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

此說認為刑法應該有獨立的地位去形成、去維持刑法特有的財產秩序¹⁰⁸。

刑法所保護的財產法益與民法的規定毫無關係，刑法的財產法益是一種被刑法認為重要的、在事實上(而不是民法上)有經濟性價值的利益。此說的缺點在於：如果採此說，可能會去保障到被民法認為是違法的財產利益，進而產生(憲法)法秩序間的矛盾。¹⁰⁹

第三項 法的經濟性財產說

此說認為法秩序應該擁有統一性，其主張應該以統一的法秩序的觀點觀察民法與刑法所欲保護的財產法益間的關係，並尋求其間的協調。首先先確定經濟性價值，而後觀察民法的保護是否足夠，若不足夠，則縱或不是民法所保障的權利，對於重要的、有經濟性價值的利益，刑法仍須予以保障。因此刑法財產法益和民法權利就像是部分重疊的兩個圓，有重疊的部分，也有不重疊的部分。此說和經濟性財產說不同的地方是，經濟性財產說所認定的財產完全不考慮民法，但法的經濟性財產說認為：刑法上的獨特部分必須原則上與民法相通。亦即，尚未成為民法權利的、但刑法所要獨特保護的利益，成立的基礎在於民法與刑法重疊的部分，但是因為民法獨特的考量而不被民法保障。此說承認了保障財產的法秩序中，民法優先於刑法。對於民法違法者，刑法基本上不承認其合法性。對於民法和刑法都認為違法者，刑法基於謙抑性可以不論以違法，縱或刑法認定違法，

¹⁰⁸ 這種主張非常類似對於妨礙追索權說的批評，因此本文認為要替妨礙追索權說辯護的話，必須討論到民法財產和刑法財產法益間的關係。

¹⁰⁹ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，280頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

基本上也應該理讓他法，而讓他法去解決問題(刑法此時採取一種退讓的態度)。當民法認為是違法時，刑法對於民法的規制採取退讓的態度，但是如果民法對於某種利益不置可否時，刑法可能會做出獨立的考量。此說的缺點在於：所主張的法秩序應該有統一性，統一性的判斷標準十分含糊；優點在於：在此說的規劃下，人民對於法秩序的信賴才可以維持下去。¹¹⁰

第四項 小結

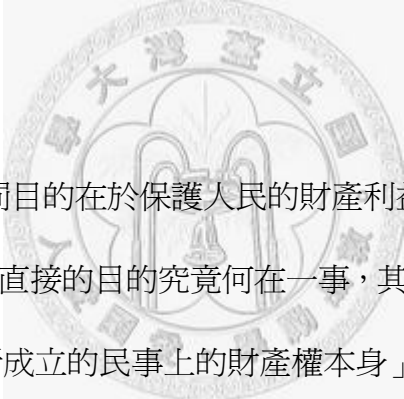
隨著民法權利和刑法財產法益之間關係的看法不同，會影響直接取得類型之財產犯罪的保護法益應該取本權說或持有說。如果採法的財產說，直接取得類型之財產犯罪保護的只能是本權。如果採經濟性財產說或法的經濟性財產說，直接取得類型之財產犯罪保護的才可以是持有說(連無本權支撐的持有都受到保護)。本文認為法的財產說無法保護到不是民法權利、但是有重要的經濟性價值的利益，經濟性財產說完全不考慮民法的考量，有時候會保護到民法認為違法的利益。而法的經濟性財產說雖然統一性的判斷標準十分含糊，但未來經學說研究後，應該可以得出較清楚的內涵；加上此說可以在不和民法衝突的情況下，保障不是民法權利、但是有重要的經濟性價值的利益，因此本文採取法的經濟性財產說。

¹¹⁰ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，280~281頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。學者李茂生即採取此說。

第三節 直接取得類型之財產犯罪的保護法益

法典中贓物罪被編排在直接取得類型之財產犯罪之後、毀損罪之前，因此有論者認為贓物罪是直接取得類型之財產犯罪的輔助性規定。在此認知下，本文想藉由討論直接取得類型之財產犯罪的保護法益，試圖找出贓物罪回復權的擁有者係本權人或持有人。不過學界本權說與持有說的爭執係針對奪取罪而非直接取得類型之財產犯罪¹¹¹，為討論方便，本文會先將討論焦點集中在奪取罪的部分。

第一項 概說



雖然說財產罪之處罰目的在於保護人民的財產利益，然而若更進一步具體地討論下去，即會發覺其直接的目的究竟何在一事，其實並不明確。一說認為其目的在於保護「因財產所成立的民事上的財產權本身」，所以應該以民事上權利的保護為主，而刑法的保護僅止於補充民事上保護的地位。該說主張：刑法僅規定「他人之物」，其並未明確指稱他人所「持有」之物；又主張：侵占罪中規定意圖自己或第三人不法之「所有」，而侵占自己「持有」他人之物，所以刑法應該只是保護「所有」而不保護「持有」，不然條文將會成為「意圖不法持有自己

¹¹¹ (一)李茂生，九十五年版刑法分則講義，265頁以下，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。對於分類的簡單介紹：所有財產犯罪扣掉毀損罪為取得罪。取得罪扣掉贓物罪為直接取得類型之財產犯罪，贓物罪為間接取得罪。直接取得類型之財產犯罪扣除侵占罪、背信罪，就是奪取罪。(二)學者林山田將對於本權說與持有說的討論，置於竊盜罪概說的部分，稱為動產所有權(說)與動產持有權(說)，這樣的說法易使人誤解為本權僅限於所有權，故本文不採此名稱。參見林山田，刑法各罪論(上冊)，274~275頁，2005修訂五版，作者自版。

持有的他人之持有或所有之物」。反之，另一說則認為刑法是保護「民事上的權利關係外的財產事實上狀態」，該說主張除民事上權利的保護外，刑法更應達成其獨自的維持財產秩序的機能。其認為只有採取這種的立場才能夠保護或維持財產上權利義務關係日益複雜化的資本主義社會中有關財產的法秩序。這兩說的對立，主要見於竊盜、強盜等奪取罪的保護法益的爭論上。學說稱為本權說與持有說的對立。¹¹²

第二項 本權說的基本內容

竊盜罪、強盜罪的本質並非對於「單純的持有狀態」的侵害，而在於其對於所有權「以及其他本權」的侵害，其所持理由為：(一)、法律係規定侵害他人之物、而非規定他人「所持有」之物。理由(二)、如果主張持有說，則通說認為「奪取罪後所為的不罰後行為，亦即奪取持有後所為侵犯本權的處分行為等是一種事後不罰的行為」的說法，就會失去立論基礎，因為這種事後行為，事實上是侵犯了持有狀態外的本權的行為，按持有說的立場，這應該是另一個值得處罰的行為。例如在竊盜後消費掉所竊物的案例，該消費行為應該是竊盜行為以外的另一個侵犯所有權的可罰行為。不過持有說仍舊是認為這是不罰的後行為，事實上並不承認侵犯本權的行為的獨立可罰性，所以持有說有矛盾(本文反對本權說所持的理由(二))。基於上開理由，本權說主張(一)、被竊後若所有權人自行奪回被

¹¹² (一)參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，281~282頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。(二)在日本刑法，與我國刑法的「持有」相當的名詞是「占有」。因此日本學界稱為本權說與「占有說」的對立。

竊物，此際因為並無任何侵犯本權的情形，所以該行為不該當於竊盜、強盜等罪。依照持有說，原來的所有權人即可能犯罪；主張(二)、犯罪人是沒有任何本權的人，但卻以「所有人的態度」侵害他人所有的財物，所以除單純的故意，亦即侵害所有的故意外，另應有不法所有的意圖。¹¹³

第三項 用本權說理解贓物罪之回復權

本權說雖然主張：奪取罪並非保護持有狀態，係保護持有狀態所立基的本權。但本文認為本權和持有無法切割，不可能說僅保護本權、卻不保護持有，因此實際上，本權說係要保護「有本權之持有」。從本權說出發，奪取罪所侵害的就是有本權之人對於其財產的持有。既然本權說僅保護適民法的權利，則可以推論：在本權說底下，贓物罪所要保護的回復權，就只會是有本權支撐的回復權。

以本權為所有權為例，所有權的利益可分為使用利益和回復利益，使用利益指民法第七百六十五條：「所有人，於法令限制的範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人干涉。」；回復利益指民法第七百六十七條前段：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求其返還之。」如果先行為的被害人沒有所有權，就不會有民法第七百六十七條的物上請求權，就根本不在贓物罪所要保護的範圍之內。如果我國財產犯罪採取本權說，贓物罪當然會採取妨礙追索權說。

¹¹³ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，282 頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載；大塚仁，注解刑法，1037 頁，1977 增補第二版，青林書院新社發行。

第四項 持有說的基本內容

我國通說在財產犯罪保護法益的部分採取持有說¹¹⁴。持有說認為：為了適應日趨複雜的財產關係，刑法的保護圈應該適度地予以擴張，所以刑法所保障的並不止於本權，連「單純的對物的持有狀態」本身亦應是刑法的保護法益。本權人除符合自救行為的規定，或其行為是基於法律所為適法行為外（此際可以阻卻違法），不得任意為侵犯他人持有狀態的行為。因持有的侵害是奪取罪的本質，所以僅需侵害持有的故意即可，無須不法「所有」的意圖。¹¹⁵

採取持有說的理由為：(一)、現代經濟高度成長，有關財產的權利義務關係複雜，利用型態多樣化，所有權人往往未持有其財物，交由他人予以持有與利用，故單純的持有狀態有一定的經濟價值，有必要被刑法保護；(二)、權利義務關係的複雜，導致他人難以觀察是否基於本權、基於何種本權而持有；(三)、單純持有狀態是一種事實支配關係，單純持有狀態一旦形成，就變成社會的和平秩序，如果侵害單純持有狀態，也破壞了社會和平秩序。基於上述三理由，不應採本權說、應採持有說。¹¹⁶

¹¹⁴ 似採持有說的實務意見，參見民國二十五年司法院院字第一五六五號解釋：「刑法第三百四十六條第一項之物，包括贓物及違禁物在內。」刑法第三百四十六條第一項係恐嚇取財罪，該號解釋肯認贓物得為恐嚇取財之行為客體，可見雖被害人對贓物並無本權，仍受保護。

¹¹⁵ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，282~283頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。大塚仁，注解刑法，1037頁，1977增補第二版，青林書院新社發行。

¹¹⁶ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，444~445頁，2004修訂再版，作者自版。

第五項 用持有說理解贓物罪之回復權

有論者以爲：既然持有說保護「單純對物持有狀態」，亦即保護沒有本權支撐的持有，則將此思想推論到贓物罪，沒有本權支撐的回復權有受到保障。因爲贓物罪是財產犯罪的一種，和先行爲(直接取得類型之財產犯罪)關係密切，贓物罪和先行爲一樣都是侵害先行爲被害人的持有利益，先行爲人爲直接侵害持有利益，贓物行爲人爲再度地侵害，效果是妨礙原本單純持有狀態的回復。所以一切的先行爲被害人，都應該要有回復單純持有狀態的利益，故都應該受到贓物罪保護。該論者繼續主張，所以贓物罪的成立與否，不區別先行爲被害人是否爲本權人，不區別先行爲被害人有無民事法上返還請求權。¹¹⁷簡言之，採持有說的話，贓物罪的回復權人包括了無本權之持有人。

本文反對以持有說做出這樣的推論。單純持有狀態是一種靜的狀態，刑法不允許任意破壞，以維護社會和平秩序，且單純持有狀態本身就可以說是一種值得用刑罰保護的利益；但回復權係屬動的力量，係法律對於利益的重新分配，係現存狀態的改變。亦即，有回復權之人向贓物的現在持有人，要求索回原物，是對目前持有狀態的改變。

理解到這一點後，得反駁該論者之理由。(一)無本權之持有人對於物的單純持有狀態，固然係值得刑罰保護的利益，但無本權之持有人對於物的回復權(或

¹¹⁷ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，445頁，2004修訂再版，作者自版。

者說行使回復權之利益)是否值得動用刑罰以保護之，容有爭議。(二)單純持有狀態被破壞，會影響社會的和平秩序。但不許無本權之持有人有回復權，不會影響社會的和平秩序，反而是對現存狀態的維持。五種贓物行為都不屬於破壞社會和平秩序的行為，相反地，都是維持目前持有狀態的行為，縱然贓物不斷地輾轉，不會破壞社會和平秩序(如果以贓物為客體，實行直接取得類型的財產犯罪行為或毀損罪行為，不是贓物罪的規制範圍)。

最後，固然贓物之上是否存有返還請求權一事難以從外觀判斷，贓物行為人為贓物行為後，因僥倖地返還請求權不存在，所以不處罰，似乎不合理，但其實刑事不法行為本來就要求要有法益侵害的結果(除了有爭議的行為犯)。

以上係反對以持有說的三個理由直接推論贓物罪亦應採持有說。如直接從本文所採之法的經濟性財產說出發，亦不可能贊同「先行為的被害人縱然無本權也可以有回復權」。雖然，法的經濟性財產說認為刑法可以有自己的財產觀念，不一定要和民法財產觀念完全一致，但法的經濟性財產說在檢驗某一個利益是否可以成為刑法的財產法益時，會先檢驗該經濟利益是否重要，亦即是否重要到值得動用刑罰保護；其次檢驗該利益有無與民法所保護利益共通的原理原則、是否被民法評價為違法。

如以為無本權之持有人也可以有回復權，等於是刑法創造了一個利益給無本權之持有人，亦即刑法也賦予無本權之持有人擁有回復權。固然，在民法的規定中善意占有人與惡意占有人都可以有返還請求權(民法第九百六十二條)。但動用刑罰保護無本權之持有人可以確實行使回復權、確實回復贓物，似有未洽，故

本文認為無本權之持有人的回復權不應被刑法承認，刑法應保護本權人的回復權即可¹¹⁸。

第六項 限定持有說的基本內容

本權說有其社會背景：(一)當經濟並不發達，而財產秩序穩定單純時，會偏向本權說；(二)或因戰亂等導致所有與持有分離，為求經濟秩序的回復，首先會以民法、行政法等保護持有狀態，以利日後的重整，但在法效果較為嚴格的刑法規制方面，則會容易偏向本權說，以避免因為過度地保護了其實尚待整頓的「財產持有秩序」，導致「真正的財產所有秩序」日後無法復原，據此刑法僅保護能夠被明確證明的本權。¹¹⁹

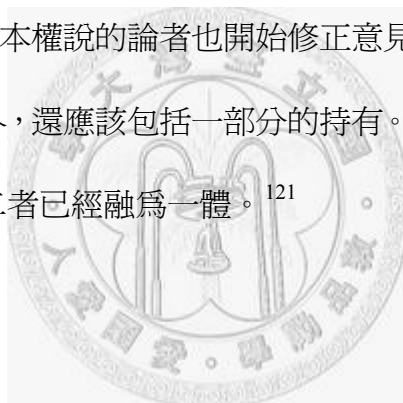
但假使經濟發達，財產的利用狀態複雜化、本權與持有狀態的分離變成是一種正常狀態時，因為持有本身即具有財產上的利益，基於其經濟上的價值，即有以刑法加以保護的必要。再者，持有與本權之間的關係非常複雜，不易釐清，與其委諸刑法毋寧委諸民事法規判斷為佳。此際即會有偏向於持有說的現象發

¹¹⁸ 在第四章第五節第二項，本文將會說明本權人的範圍，不限於先行為受害人中之本權人，還包括在先行為之前就已失去對贓物持有之本權人，因此，若承認無本權之持有人有回復權，可能會與本權人之回復權發生衝突，本文認為本權人回復權重要於、優先於無本權持有人的回復權。

¹¹⁹ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，283頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

生，認為首先應保護持有，其後任由民事解決。¹²⁰

在持有說的主張下，為解決有本權的被害人自行取回財物時可能會成立竊盜等罪的問題，持有說的一些論者開始主張這是阻卻違法。但是這種不確定的解釋會造成困擾，最好是認定該行為是構成要件不該當的行為，所以又有論者修正見解認為，所謂的持有是適(民)法的持有(亦即值得民法上保護的持有)。但是適法的持有本身亦可視為本權，並且基本上這種主張與已經是複雜化的所有和持有之間關係的狀態相反。據此，學者進一步主張，應受保護的持有是平穩的持有，亦即由一般人的觀點而言，該持有是「在外觀上擁有平穩性的持有」。對應於持有說的這種修正傾向，採本權說的論者也開始修正意見，認為直接取得類型之財產犯罪保護法益除本權外，還應該包括一部分的持有。兩種修正傾向學說都可算是限定持有說，事實上二者已經融為一體。¹²¹



第七項 用限定持有說理解贓物罪之回復權

以本文的理解，限定持有說想要處理的議題主要在本權人和持有人利益發生衝突時的處理方法——有本權之被害人自行取回財物是否成立竊盜等罪。以此理解出發，在贓物罪的部分，如果本權人的回復權與持有人的回復權該如何處理？由於持有人已經沒有單純持有狀態需要保護，所以本文認為本權人利益優先於原先持有人利益，亦即，本權人的回復權優先(前已述及，本文認為無本權之

¹²⁰ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，283頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

¹²¹ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，283頁以下，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

持有人根本沒有回復權)，所以限定持有說想要處理的問題在贓物罪的部分並不會發生。舉例說明，甲之車被乙竊盜，丙又竊盜在乙持有狀態下的甲之車，甲將車買回，雖然甲實行了故買贓物行為，但是回復權的利益本來就屬甲擁有，刑法沒有賦與乙有回復對車持有狀態的利益。因為只有甲有回復權，乙沒有，雖然甲故買該車，導致乙不能回復，依然沒有侵害贓物罪之法益侵害，甲不成立贓物罪。

第四節 小結

不論財產犯罪中的直接取得類型之財產犯罪，採取本權說或持有說或限定持有說，本文都認為贓物罪僅保護本權人的回復權，不保護無本權之持有人之回復權。亦即，不論直接取得類型之財產犯罪的保護法益怎樣變化，贓物罪僅保護民事法上返還請求權。故我們可以說，因為回復權等於民事法上返還請求權，所以立法目的的內涵完全相同於妨礙追索權說。而回復持有妨害說、與本文所理解的新違法狀態維持說，其「不深究回復權之擁有者，將回復原先單純持有狀態的利益，歸屬給所有先行為的被害人」之主張，似有未洽。

因此，妨礙追索權說將贓物罪成立與否，取決於民事法上返還請求權之有無，完全符合立法目的，並且也唯有如此，才不會創造出與民法衝突的利益。此批評不應成立¹²²。

¹²² 在刑法第三百五十六條的損害債權罪，債權是否存在也必須委諸民事法決定，如果損害債權罪這樣的做法被允許的話，妨礙追索權說將贓物罪成立與否委諸民事法上是否尚有返還請求權，也應該被允許。

第五章 對妨礙追索權說的探究

第一節 收受與其他贓物行為的刑度差異

現行刑法第三百四十九條第一項規定收受贓物，處罰三年以下有期徒刑、拘役、或五百元以下罰金。第二項規定搬運、寄藏、故買、牙保四種贓物行為，處罰五年以下有期徒刑、拘役、或一千元以下罰金。兩項之間的刑度差異，被當作是批評妨礙追索權說的理由之一。有論者以為：在理論上收受行為的不法內涵不一定比故買等行為為低¹²³。不論是收受或是故買等，對追索權造成的侵害一樣大。以收受和故買比較，收受和故買的不同僅在於收受沒有給先行為人代價，這點對於追索權造成的侵害不會有影響。既然對於追索權的侵害沒有影響，那麼妨礙追索權說就無法妥善解釋一項和二項間的刑度差異。

第一種辯護是：在一般的情形，收受行為通常係對於先行為所得的不法利益被動或消極地參與，所以收受的法定刑會比故買等的法定刑較輕。不過現代社會日趨複雜，收受行為除了有被動、消極的參與型態之外，也有積極參與先行為的型態，例如教唆或幫助竊盜之後的收受贓物就被該論者以為是積極參與先行為的型態。因為積極參與先行為的型態已非少數，該論者建議重新檢討收受行為是否宜有較輕的法定刑¹²⁴。但此種說法的問題在於：贓物行為人積極參與前行為的部分，已經被教唆或幫助前行為所評價，不應該在贓物行為又被討論一次。

¹²³ 林山田，刑法各罪論(上冊)，483頁，1999增訂二版，作者自版。

¹²⁴ 甘添貴，體係刑法各論【第二卷】，457頁，2004修訂再版，作者自版。

第二種辯護是：收受行爲的罪責比較輕，是因爲行爲人的行爲雖然侵害了先行爲被害人的追索權，但是並沒有助長先行爲財產犯罪的性質(本犯助長性)，所以刑責較輕¹²⁵。亦即，這種說法主張收受因爲沒有本犯助長性，故買等有本犯助長性，所以收受刑度比故買輕。但本文認爲：此說的本犯助長性如果是指同於事後幫助犯說的幫助侵害原本的單純持有狀態，則不能成立，因爲對單純持有狀態的侵害已經結束。所以這種說法的本犯助長性，僅可能是危險性理論所說之對於未來的財產犯罪的誘使。

不過，並非每一個贓物行爲的先行爲人都會因爲贓物行爲(贓物被買走得到對價、或被幫忙搬運或寄藏、或因牙保順利賣出贓物)，就被誘發、鼓勵進行下一次的財產犯罪，依照這種誘因的說法，對於第二項的搬運寄藏故買牙保行爲，似乎還要從中加以區分先行爲人有沒有進行下一次犯罪的危險，有的話方係具備贓物罪第二項規定的全部罪質，方可判處五年以下有期徒刑。不過，是否有危險一事難以判斷，可能會導致法的適用不安定。

另外，在採取妨礙追索權說的同時，如加入本犯助長性的考量，實際上將會使得贓物罪之本質不純粹是保護本權人「回復權之行使」，與立法目的不符。

本文認爲比較好的解釋方法是：(一)罪責方面：收受贓物人不必付出任何代價就能得到贓物，是人性所難抗拒，期待可能性低；(二)不法的程度：既然妨礙

¹²⁵ 李茂生，九十五年版刑法各論講義，382、377~378 頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

追索權說以妨礙追索權做為贓物罪的保護法益，則可推論妨礙程度高者刑度重，妨礙刑度低者刑度輕。在故買的情形，故買者與先行為人很可能毫無關係，譬如先行為人在跳蚤市場擺攤、或載著贓物在路上隨機兜售，故買者是個與先行為人毫無關係的人。相反地，收受者應該和先行為人有所認識、關係較密切，則有追索權的被害人(亦即原物的本權人)在找到先行為人之後，可以比較容易地經由先行為人找到收受者、取回贓物。因為收受比故買容易找回贓物，故收受造成的妨礙比較低，因此故買的不法程度比收受不法程度高。由於(一)和(二)，所以即便採取妨礙追索權說，也可以妥善地解釋兩項之間的刑度差異¹²⁶。

第二節 用妨礙追索權說解釋準贓物規定

以贓物變得之物是否為贓物？在民國十七年準贓物規定訂定之前有兩說：(一)否定說、民國九年統字一二四一號解釋第四部分略謂：「(四)竊盜以竊得之物質錢。其質票和質金是否贓物。分二說。(甲說)以統字第六六四號為根據。謂侵占抵押品。賣得之款既係贓物。於竊盜罪自應為同一之解釋。質票及質得金均

¹²⁶ 也有可能發生先行為人將贓物贈與給毫不認識、毫無關係之人，此時要經由先行為人找到收受贓物者的困難度，升高至等同找到故買者。也有可能發生先行為人將贓物賣給關係密切之人，此時要經由先行為人找到故買贓物者的困難度，降低至等同找到收受者。但即使在這兩種情形，本文的理由(一)即期待可能性不同，還是可以構成兩項之間刑度差異的理由。雖然理由(二)即對追索權妨礙的程度不同，不一定可以適用在每一個案例中，但不能適用的案例發生可能性很低，本文認為可以忽略不計。另外，一項和二項的刑度差異是兩年，有多少成分是期待可能性的考量、有多少成分是追索權妨礙程度不同的考量，本文認為難以給出答案。而如果認為理由(二)不成立，則兩年的刑度差異就完全是期待可能性所導致。此時，妨礙追索權說還是可以妥善解釋兩項刑度差異。

應認為贓物。(乙說)謂贓物云者。乃因犯罪而取得所有權。或管有權之財物之謂。至因犯罪所得之物之代價及質票。已非原來之物。自不能以贓物論。……本院分別解答如左。……贓物罪所稱贓物。係指不法行為人。以不法行為侵害他人財產權。所得他人之原財物。他人得請求交還者而言。一經變換性質。即不能作為贓物。構成該章各罪。惟質票既為原物之代表。自可視同原物。成立贓物罪。」

(二)肯定說、某乙侵占某甲之物，變賣後，將所得代價之一部分，私與某甲之債權人某丙，丙是否構成贓物罪？民國六年統字六六四號解釋略謂：「本院查質權者。既非依照契約。又未得本人同意變賣抵押品。並以代價交付第三人。應構成刑律第三十四章之罪。本案情形。某錢店既係營業上謂某甲管有其抵押品。則其變賣行為。自應依刑律第三百九十二條處斷。某丙如係知情。亦應以贓物罪論。」(原文以「。」斷句。附帶說明，暫行新刑律第三十四章是「侵占罪」，第三百九十二條是侵占公務上或業務上之管有物、共有物、或屬於他人所有權、抵當權、及其他物權之財物者，處……)」

民國八年改訂的「刑法第二次修正案」記載：「因贓物變得之財物。是否仍為贓物。學說上有二。一謂贓物應指他人得請求交還之原財物而言。一經變換性質。即不得作為贓物。前大理院採此說。(參照大理院九年一二四一號解釋)一謂贓物之罪。以妨害被害人回復權之行使為精神。以保護被害人財產上之利益為歸宿。而刑事政策主旨。則又以塞暴掠之源。絕姦盜之藪。則原財物雖已變換。倘變得結果。仍為財物。則於收受或故買後而變更者。固自始即應認為收受或故買贓物。在未收受或故買前。而即由交付人或出賣人變更者。但為收受人或故買人所明知。為貫徹處罰之精神。重視保護之歸宿。且顧全刑事政策之主旨起見。此

項因贓物而變得之財物。自應仍以贓物論。本法採之。」可見立法目的採取肯定說，認為妨礙追索權說和準贓物規定是不衝突¹²⁷。

第三節 我國妨礙追索權說與德國返還請求權理論不同

德國的妨礙返還請求權理論(Restitutionsvereitelungstheorie)認為，違法占有之回復不限於因為侵害私人利益，也包括侵害公共利益所生者。所以返還請求權(Restitution)不只是民法中的請求權，還包括對於侵害公共利益所得之財物、利益予以沒收、追徵、追繳的權限而言。換言之，德國妨礙返還請求權說的重點在於：對任何違法狀態之回復予以妨礙¹²⁸。

德國的妨礙返還請求權理論是用以解釋德國刑法第二五七條的包庇得利罪(Begünstigung)(我國沒有相當的條文)。德國第二五七條第一項規定：意圖使他人確保因違法行為所獲之利益，而提供幫助者，處五年以下有期徒刑或罰金。此罪與贓物罪關係密切，包庇得利罪所保護之法益包含了個人財產法益及國家司法權。由於該條規定之先行行為不限於財產犯罪，因此行為客體涵括所有違法行為所

¹²⁷ (一)學者甘添貴提出回復持有妨害說，自認為無法解釋準贓物規定，故改用第二種參與利得說來解釋準贓物。但本文認為回復持有妨害說可以吸收民國八年改訂的「刑法第二次修正案」解釋準贓物規定之理由，來解釋準贓物規定。

(二)本文認為適用準贓物規定時，依然要遵循妨礙追索權說的內涵，亦即本權人的回復權不能喪失。但相反意見，參見 最高法院八十六年台上字第二三四九號判決：「因贓物變得之財物，以贓物論，刑法第三百四十九條第三項定有明文，則贓物原物之代替物，仍屬贓物，自不以被害人追索權為必要。」這可能係誤會回復權行使的客體限於贓物之原物，與立法目的不符。

¹²⁸ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於 月旦法學雜誌，2007年06月145期，247~248頁。

獲之利益，例如偽造文書或收賄所得之利益皆包括在內¹²⁹。

因此論者批評：因為德國返還請求權理論認為先行為不限於財產犯罪，但我國的妨礙追索權說認為先行為限於財產犯罪，所以妨礙追索權說對我國贓物而言並不可採¹³⁰。但本文認為德國的返還請求權理論是用來解釋德國的包庇得利罪，包庇得利罪的規定內容和我國贓物罪不同，既然如此，解釋德國包庇得利罪的理論就不能用來批評解釋我國贓物罪的妨礙追索權說；縱然德國的返還請求權理論是用來解釋德國的贓物罪，也不能直接用以批評我國理論。

因為德國的妨礙返還請求權理論(*Restitutionsvereitelungstheorie*)和我國妨礙追索權說內涵不相同，因此本文認為 *Restitutionsvereitelungstheorie* 似乎不宜做為我國妨礙追索權說的德文翻譯。



第四節 先行為限於財產犯罪

妨礙追索權說認為贓物罪的先行為必須限於財產法益犯罪，所以贓物僅可

¹²⁹ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，2007年06月145期，247~248頁。

¹³⁰ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，2007年06月145期，248頁。該文提出的理由係因為先行為範圍的不同，這個理由其實等同說因為返還請求權和追索權涵括範圍不同。因為在贓物罪的討論中，先行為的範圍決定贓物的範圍，也決定了追及/回復/追索/返還請求的那個權利或利益的範圍。

能是因財產法益犯罪所得之物。但有論者在採取妨礙追索權說的同時，主張贓物罪的先行為不必限於財產法益犯罪，亦即贓物不限於侵害財產法益犯罪所得之物¹³¹。本文認為如果贓物罪本質採取妨礙追索權說的話，則贓物罪的先行為似乎必然是財產犯罪，贓物似乎僅限於財產犯罪所得之物。因為妨礙追索權說要保護的是追索權，亦即民事法上返還請求權，當被害人具有民事法上返還請求權需要被刑法保護時，一定是其原本的單純持有狀態被侵害，而單純持有狀態被侵害只可能經由財產法益犯罪，非財產法益犯罪所破壞的法益與單純持有狀態無關，被害人當然不會有行使民事法上返還請求權的必要。本文難以想像不經由財產犯罪(暫且不論競合的影響)而導致本權人需要主張追索權。



第一項 對於先行為限於財產犯罪之質疑

依照本文理解，其實該論者主張之重點或許不是贓物罪的先行為應該擴張到非財產犯罪，而係主張：就算贓物罪的先行為擴張到非財產犯罪，也不會導致處罰範圍擴大，因為只要用追索權檢驗每一個實際案例即可。該論者舉例，甲將賭博所贏取之金額給予其妻，因為賭資是其他賭博者所承諾給予(雖然不情願)，故無侵害到追索權，故不該當贓物罪¹³²。亦即該論者似乎主張因為在非財產犯罪的情況中，不可能會有追索權，故先行為可以不必加以限制。

¹³¹ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於法學叢刊，第一八七期，2002年07月，149~164頁；及蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於律師雜誌，第二九一期，2003年12月，92~104頁。

¹³² 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於法學叢刊，第一八七期，2002年07月，157頁。

另外，該論者主張贓物不限於財產犯罪所得之物，贓物應該包括任何犯罪所生和所得之物，是因為贓物一詞，不僅僅在刑法分則贓物罪出現，還有其他法律會使用到贓物一詞，為了法律術語的統一，刑法分則贓物罪的贓物一詞就不可以如此限縮。不過本文認為只要在使用贓物一詞時，能使閱讀者了解所討論的範圍是刑法分則的贓物罪，即可避免使閱讀者混淆。強求術語的統一而擴大刑法分則贓物罪的贓物一詞涵括範圍，反而會使刑法分則贓物罪的討論變繁瑣、易使人混淆。

第二項 質疑之理由

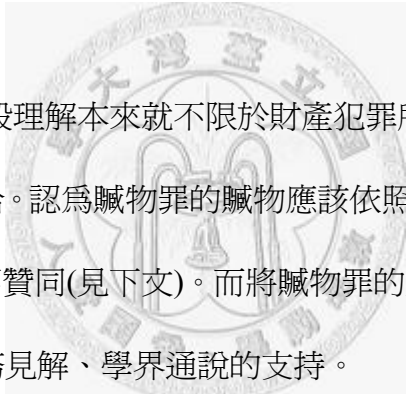
在提出本文的理解之後，仍必要介紹該主張「贓物範圍擴大、先行為擴大」的理由。因為如果單獨來看這些理由的話，本文用妨礙追索權說解釋贓物罪的正確性可能被質疑。以下列舉出其理由，並隨後附上本文意見。

(一)從字義的角度出發，不論是辭典或一般人對「贓物」一詞的理解，從來就不限於財產犯罪所得之物。¹³³

本文意見：此理由其實只是將「贓物」一詞做文理解釋。文理解釋，指依照法律條文用語及通常使用方式而為解釋，據以確定法律之意義。必須特別注

¹³³ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於法學叢刊，第一八七期，2002年07月，及蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於律師雜誌，第二九一期，2003年12月。

意，解釋法律條文用語時，用通常的意義做解釋只是原則。如果法律條文的用語，與一般用語迥然不同，必須以特有意義做解釋，譬如民法中的「善意」、「惡意」與一般人的理解就不相同¹³⁴。固然法律解釋的順序，應該先文理解釋然後論理解釋，但文理解釋的結果如果牴觸論理解釋的結果，應順從論理解釋的結果。因為解釋法律，不在於闡明其表面的含意，應該把握法律的精神¹³⁵。可知，法律用語時常爲了特定的需要，會與辭典或一般人所理解不同。所以重點不在字義(文理解釋只是出發點)，重點是法律企圖用該詞指稱哪些人事時地物，因此法律的企圖、法律的精神才重要。爲了找出法律的企圖，所以需要進一步使用各種論理解釋方法。



本文贊同贓物的一般理解本來就不限於財產犯罪所得之物，但如果沒有理由逕依文理解釋似有未洽。認爲贓物罪的贓物應該依照文理解釋的該論者，其提出的其他理由，本文並不贊同(見下文)。而將贓物罪的贓物限定在財產犯罪所得之物，有立法目的、實務見解、學界通說的支持。

(二)中華人民共和國學者主張：犯罪所得之贓物只須其爲因犯罪所得之贓物即可，不以因財產犯罪所取得者爲限。該國刑法第一百八十五條第一項規定：「國家工作人員利用職務上的便利，收受賄賂的，處五年以下有期徒刑或者拘役。贓款、贓物沒收，公款、公物追還。」，該國刑法第一百七十二條規定：「明知是犯罪所得的贓物予以窩藏……」。因此凡犯罪所得之物，不問侵害財產法益之所

¹³⁴ 楊仁壽，闡釋法律之方法論，31頁，1986再版，最高法院法律叢書編輯委員會發行。

¹³⁵ 林紀東，法學緒論，117頁，1972初版，國立編譯館出版。

得或侵害社會法益之所得者，均屬於贓物罪客體的贓物。¹³⁶

本文意見：中華人民共和國贓物罪之本質與我國贓物罪本質不同，中華人民共和國有關贓物罪的體系編排和具體條文內容已經明定各種犯罪所得之物是贓物，並且贓物罪是社會法益之犯罪¹³⁷。使用該國規定及該國學說來解釋我國贓物罪似有未洽。

(三)司法院三十五年院解字第三二五〇號解釋：「自中華民國三十四年日敵接受波茨坦宣言之日起，人民隱匿或購買敵偽物資，分別成立刑法上贓物罪。至在日敵接受該宣言以前之隱匿或購買行為，尚不成立犯罪。」¹³⁸。該論者主張院解字第三二五〇號證明贓物罪的先行為不必是財產法益犯罪¹³⁹。

本文意見：民國三十四年八月十五日日本戰敗向同盟國投降後，行政院在同年十一月二十三日頒布「收復區敵偽產業處理辦法」。該辦法全文為：「

一、收復區敵偽產業之接收或處理以全國性事業接收委員會為中心機關，其所決定該區各機關均須遵照辦理。

¹³⁶ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於 法學叢刊，第一八七期，154~155 頁、162 頁的註 33 和註 34，2002 年 07 月。

¹³⁷ 蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於 律師雜誌，第二九一期，98 頁，2003 年 12 月。

¹³⁸ 相同意見還有司法院三十七年院解字三八三四號解釋第三部分：「(三) 乙、丙二人收買敵偽物資，其成立贓物罪雖應赦免，但其所收買之物資變賣所得贓款已經扣押者，應歸屬國庫，其未經扣押之物資，應由主管機關獨立提起民事訴訟請求追繳。」(底線，本文所加)

¹³⁹ 參見 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於 法學叢刊，第一八七期，162 頁的註 37，2002 年 07 月。

二、全國性事業接收委員會在重要區域設敵偽產業處理局辦理該區敵偽產業（德僑產業包括在內）處理事宜，如有必要得設審議委員會，呈由行政院令派有關機關首長及地方公正人士充任決定處理辦法，由局督導執行。

三、處理局依下列規定分別委託有關機關接收保管運用。

軍用品	軍政部
軍艦	海軍總司令部
陸上運輸工具	戰時運輸管理局
水上運輸工具	招商局
空中運輸工具	航空委員會
碼頭倉庫	海關或直接有關機關
工廠礦場設備原料成品	經濟部
固體及液體燃料	專管燃料機關
地方房屋家具	中央信託局
糧食（糧食打米廠麵粉廠）	糧食部
農場	農林部
大學及文化機關之設備	教育部
錢幣金銀證券珍寶飾物	中央銀行
直接有關地方事業	省市政府

四、處理敵偽產業之原則如下：

產業原屬本國盟國或友邦人民經查明確實證據係由日方強迫接收者應發還原主但原主應備殷實保證始得領回。

產業原屬華人與日偽合辦者其主權均歸中央政府。

前項產業如由處理局查明確實證據並經審議會通過認為與日偽合辦係屬強迫性質者得呈請行政院核辦。(本文按：可能係「合辦」勿繕為核辦)

產業原為日僑所有或已歸日偽出資收購者其產權均歸中央政府所有分別性質照左列辦法辦理：

甲、與資源委員會所辦國營事業性質相同者交該會接辦。

乙、紗廠及其必需之附屬工廠交紡織事業管理委員會接辦。

丙、麵粉廠交糧食部接辦。

丁、規模較小或不在甲乙丙三項範圍以內者以公平價格標售。

敵偽產業之負債應就各該資產組織以內分別清償其欠日偽之負債應償還中央政府。

五、業經接收之工廠應由經濟部督飭從早復工。

六、業已接收之鐵路電訊應由交通部主持實行施用。

七、各收復區原有之接收及處理敵偽產業機關一律撤銷移交處理局以一事權而利調整。

八、關於臺灣人民有間諜或助虐罪行者產業之處理準用本辦法之規定代電修正。

九、本辦法自公布日施行。」

本文認為雖然司法院院解字第三二五〇號、院解字第三八三四號解釋確實認為隱匿和購買敵偽物資成立刑法上贓物罪，但「因為觸犯收復區敵偽產業處理辦法成立贓物罪，而收復區敵偽產業處理辦法不是財產法益犯罪，所以證明贓物罪的先行為不必是財產法益犯罪」這樣的推論有所不妥。理由一、收復敵偽區產業

處理辦法只是一個行政命令，不具法律位階，以行政命令規定刑罰違反罪刑法定主義，認為這一個行政命令是非財產法益之「犯罪規定」之見解不妥。

理由二、從該行政命令全文來看，並沒有規定任何刑罰。姑且不論為何行政命令可以規定刑罰，其實該行政命令沒有規定人民隱匿或購買敵偽物資應該怎樣處理，因此主張收復區敵偽產業處理辦法是一種「非財產法益」之犯罪規定並不適當。

本文認為對於收復區敵偽產業處理辦法、司法院院解字第三二五〇號、第三八三四號解釋較為妥當的理解是，與其直接說因為該辦法所以成立贓物罪，毋寧說因為該辦法認為敵偽收得物資產業應該可以成立財產法益犯罪(例如強盜或恐嚇取財)，所以之後的收買、故買、隱匿行為成立贓物罪。這樣的想法下，敵偽收得物資就是先行為，而且是財產法益犯罪；收買、故買、隱匿相當於刑法所規定的收受、故買、受寄的行為類型。

司法院院解字第三二五〇號解釋提到的「隱匿敵偽物資」，如果是指把應該歸還給受強迫人民或移轉給政府的敵偽產業隱匿起來收歸己有，則應該論以其他財產犯罪而非贓物罪。司法院這樣的解釋，可能是對於案例沒有深入分析、或是想要簡便這一類型案例所導致。

本文認為似乎可以不必討論收復區敵偽物資處理辦法是否規定刑罰(其實沒有)、是否為非財產法益犯罪，直接以刑法上的規定來說明隱匿、收買敵偽物資行為為什麼成立贓物罪較為妥當。這樣一來，縱然人民因為收買、隱匿敵偽物

資成立贓物罪，贓物罪的先行為依然是財產法益犯罪。

(四)司法院三十七年院解字三七八六號解釋：「案件經大赦不起訴處分後，其供犯罪所用賄款應發還被告，因犯罪所得之贓物既係敵偽遺留之財產，應交該管機關依法清理。至平民某甲因犯侵占公物罪在赦免之列，如該項公物未經扣押，應依民事程序辦理。」該論者主張此號解釋證明贓物不限於財產犯罪所得之物。¹⁴⁰

本文意見：該號解釋並非在討論刑法贓物罪，故不宜拿來擴張刑法贓物罪之贓物的範圍。該號解釋所牽涉到法條是民國三十四年修正的刑事訴訟法第二百三十八條第二項：「為不起訴之處分者。扣押物應即發還。但應沒收或為偵查他罪或他被告之用。應留存者。」(大致相當於現行刑事訴訟法第二五九條第二項)

(五)大法官會議釋字第九十號解釋文第三部分：「犯瀆職罪收受之賄賂，應認為刑事訴訟法第八十八條第三項第二款所稱之贓物。賄賂如為通貨，依一般觀察可認為因犯罪所得，而其持有並顯可疑為犯罪人者，亦有上述條款之適用。」該論者因此主張此號解釋文表明了大法官會議認為贓物不限於財產犯罪所得之物。¹⁴¹

¹⁴⁰ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於法學叢刊，第一八七期，2002年07月，及蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於律師雜誌，第二九一期，2003年12月。

¹⁴¹ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於法學叢刊，第一八七期，2002年07月，及蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於律師雜誌，第二九一期，2003年12月。

本文意見：該號解釋並非在說明刑法贓物罪的贓物範圍，而係在說明刑事訴訟法八十八條第三項第二款所稱之贓物。該號解釋所附之監察院函記明：「刑法上所謂『贓物』係指因犯對於財產權之罪所得之財物，如係持有瀆職罪之賄款、或僅係持有並非行賄時之原款而係通常之財物，是否可認為刑事訴訟法第八十八條第三項第二款之贓物（即贓款），即可不問其犯罪偵查經過情形如何，逕認為係憲法上各該條之「現行犯」予以逮捕？」該號解釋理由書亦提到：「犯瀆職罪收受之賄賂，雖非刑法贓物罪之贓物，但係因犯罪所得應認為刑事訴訟法第八十八條第三項第二款所稱之贓物，賄賂如為通貨，原有代替物之性質，若依一般觀察可認為因犯罪所得而其持有並顯可疑為犯罪人者，自亦有上述條款之適用。」由所附之監察院函以及解釋理由書，得確認釋字第九十號解釋絕對沒有擴張刑法贓物罪贓物範圍之意思存在。

從附件之監察院函提到贓物罪之贓物係指因犯對於財產權之罪所得財物，而該號解釋並未反駁，並且解釋理由書提到：「犯瀆職罪收受之賄賂，雖非刑法贓物罪之贓物」，本文認為可以推論：釋字第九十號解釋關於贓物罪質所採的學說為妨礙追索權說。

附帶一提，有論者認為該號解釋不是採取妨礙追索權說，可能成為違法狀態維持說或新違法狀態維持說的依據之一，該號解釋是上一個世紀的遺留物，在我國仍舊有一定的勢力，會實質地過度擴張贓物罪先行為範圍，導致贓物罪的處罰範圍也跟著擴張¹⁴²。但本文認為如果分析該號解釋文及理由書，則無上開疑慮。

¹⁴² 李茂生，九十五年版刑法分則講義，378頁，2006，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

(六)貪汙治罪條例第十五條：「明知因犯第四條至第六條之罪所得之財物，故為收受、搬運、隱匿、寄藏或故買者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。」該學說主張：該條例第四條至第六條分別是重大貪汙行為、重度貪汙行為、輕度貪汙行為，該三種貪汙行為並非財產犯罪，可見贓物的概念不能限於財產犯罪所得之物。¹⁴³

本文認為該三種貪汙行為所得之物和刑法贓物罪之贓物毫無關聯。甚至在貪汙治罪條例所有條文中，皆無出現贓物二字，立法者僅以犯第四條至第六條之罪所得財物指稱因貪汙所得之物。僅以行為類型相符，就推論立法者將貪汙所得之物劃入贓物一詞之範圍，又以該條例對贓物一詞的使用方式來影響刑法贓物罪之贓物概念似乎有所不當。

(七)因為洗錢防制第二條第二項規定的構成要件(掩飾、收受、搬運、寄藏、故買或牙保他人因重大犯罪所得財物或財產上利益)與贓物罪構成要件相符，所以洗錢的客體也是贓物，加上洗錢罪的先行行為包含國家法益、社會法益、個人財產法益犯罪。所以刑法贓物罪的先行行為也應該擴張，不限於財產法益犯罪。¹⁴⁴但本文認為洗錢防制法的討論和刑法贓物罪的討論可以切割開。

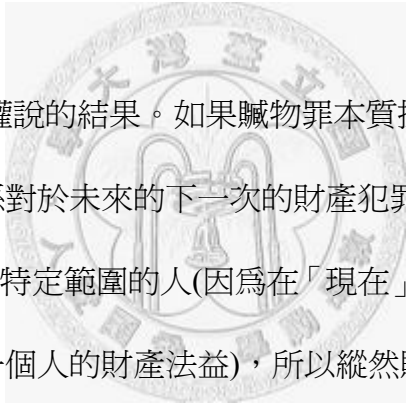
¹⁴³ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，155 頁，刊載於 法學叢刊，第一八七期，155 頁，2002 年 07 月。

¹⁴⁴ 蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，155 頁，刊載於 法學叢刊，第一八七期，155 頁，2002 年 07 月。

第五節 妨礙追索權說在具體情況的運用

第一項 贓物本權人故買自己之物

本文認為贓物罪立法目的所提到的回復權，其實是指贓物的本權人的民事法上返還請求權，所以如果本權人故買贓物(或收受、搬運、寄藏、牙保)，並不會侵害到「他人的」民事法上返還請求權，故不成立贓物罪。易言之，贓物的本權人(亦即在民事法上有返還請求權之人)不會是贓物罪的行為主體。



這是採取妨礙追索權說的結果。如果贓物罪本質採取危險性理論，則故買贓物所造成的法益侵害係對於未來的下一次的財產犯罪的誘發，贓物罪保護對象不是贓物本權人，卻是不特定範圍的人(因為在「現在」無法知道先行為人(賣方)受到引誘後會去侵害哪一個人的財產法益)，所以縱然贓物本權人為了回復失去的贓物而故買贓物，同時也對不特定範圍的人的財產法益造成危險。如果不能符合自救行為之要件的話，贓物本權人可能該當贓物罪的構成要件行為(罪責部分另外討論)。但如果遵循立法目的、採取妨礙追索權說的話，在構成要件的層次就可以阻卻贓物罪成立。

第二項 贓物本權人範圍的再釐清

在直接取得類型之財產犯罪的情況中，不是每一個先行為人都對於持有物

有本權(民法所承認的所有權或其他物權或債權)。因此先行爲的被害人分成有本權之被害人與無本權之被害人，亦即分成有本權之持有人與無本權之持有人。本文之前的討論可以整理成：回復持有妨害說要保護有本權之持有人，也保護無本權之持有人，亦即，回復持有妨害說要保護持有人，所以回復持有說以爲該說自己貫徹了「持有說」的精神。

相對的，妨礙追索權說僅保護有本權之持有人，不保護無本權之持有人。本文採取此說，但是，本文認爲本權人的範圍有必要再加以釐清。

如果認知到一個事實：贓物的本權人，不一定會在先行爲受害，可能在先行爲發生之前被另一個直接取得類型之財產犯罪所侵害，則將會贊成本權人的範圍應該加以擴大。

以設想案例說明的話：甲有車，乙偷甲之車，丙又從乙手中偷走甲之車，丁購買是贓物的甲之車。在此案例，甲是贓物的本權人，乙是贓物的無本權之持有人，乙雖然沒有本權，但乙是丙所爲竊盜罪之被害人無疑(我國通說採持有說)。

從回復持有妨害說的角度出發，贓物罪要保護乙對於贓物的回復利益。但本文認爲對於贓物的回復利益不應該歸屬於乙，而應該歸屬於本權人甲。在此案例，雖然甲不是先行爲(丙所爲之竊盜)被害人，不過本文認爲甲還是有對於贓物的民事法上返還請求權，甲的追索權應該受到贓物罪保護。所以丁購買贓物的行爲，被害人是甲、不是乙。認知到這一點的重要之處在於，丁到底有沒有侵害回復權，必須從甲的角度來判斷、不是乙。如果丁故買贓物後，歸還贓物給乙，依

然有增加甲回復贓物的困難。如果丁故買贓物後，將車送給甲，不論丁是否知道家是車之本權人，都不侵害到甲回復贓物的困難，構成要件結果不具備，不成立故買贓物罪。

由上所述得知，縱然先行為的被害人沒有本權，對於贓物實行收受、故買等行為還是會成立贓物罪，因為在贓物之上還是有一個本權人存在(無主物的情況不可能發生，因為在成為無主物的那一刻，下一個持有人立刻變成本權人，參見民法第八百〇二條：「以所有之意思，占有無主之動產者，取得其所有權」)。所以在上開案例，丁購買贓物後，不能以乙無本權故乙無回復權為由，脫免贓物罪之處罰，因為此時真正的回復權人、贓物罪所要保護的對象是甲。

因此可以更清楚地反駁回復持有說所持的第三個理由¹⁴⁵：在直接取得類型之財產犯罪的情況，因為被害人是否有本權從外觀上不容易判斷，如果被害人有本權才處罰行為人、沒有本權就不處罰行為人，則行為人是否被處罰繫於一個外觀上不易判斷的事實¹⁴⁶。該論者似乎以為如此一來似乎不公平。延伸到贓物罪，先行為被害人對於贓物有沒有本權是一件不易從外觀上判斷的事情，所以判斷贓物罪成立與否不應該考慮是否有本權，以免贓物行為人脫免刑法規制。

不過這樣的疑慮在贓物罪並不會發生，因為贓物罪要保護本權人對於贓物的回復權，先行為對於被害人有沒有回復權不重要，也不必判斷，每一個贓物之

¹⁴⁵ 持有說要直接擴張到贓物罪的三個理由本文都反對，在此僅反駁第三個理由，對於前兩個理由的反駁，參見本文第四章第三節的部分。

¹⁴⁶ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，8~9頁，2004修訂再版，作者自版。

上必至少有一個本權人，所以不會給予贓物行為人脫免刑法規制的漏洞。

另外，搭配本節第一項的討論，甲有車，乙偷甲之車，丙又從乙手中偷走甲之車。多日後，甲在路上看見自己失竊之車，向丙買回車，此時甲不成立贓物罪。因為甲雖不是先行為被害人，也早就失去對於車的持有，但甲是本權人，贓物罪在此情況要保護的對象是甲及甲對車的民事法上返還請求權。

最後要說明的是，「縱然甲不是先行為被害人，甲依然是贓物的回復權人」此一命題，是本文在本項的結論。本文所持的理由是：甲之車被乙竊盜後，甲對車當然有回復權無庸置疑，但甲之車又被丙所竊，本文認為不因為又一次竊盜的發生，導致甲失去回復權，這樣的理由並不會與民法上返還請求權的判斷產生衝突。

與此相類似的概念是，成立贓物罪，不一定要與先行為人為贓物行為。有論者認為，縱然贓物多次輾轉後，向贓物行為人實行贓物行為，亦成立贓物罪(甲向乙故買贓物，丙向甲故買贓物，丁向丙故買贓物，乙當然成立贓物罪，甲丙丁亦成立贓物罪)。「至贓物，係由於他人犯財產權之罪所取得之物而來，並不問其為直接或間接。故向竊犯直接購得之物，故為贓物；即轉得者，亦不失其為贓物。¹⁴⁷」本文認為理由係：本權人不會因為贓物多次被買賣、多次持有人的變換，而失去對於贓物的返還請求權。

¹⁴⁷ 陳樸生，刑法各論，353頁，1954，正中書局。相同意見參見陳志龍，人性尊嚴與體系刑法入門，1992初版，作者自版，406頁，「贓物行為的前手不限於先行為的行為人，也可能是他人」。

第三項 他人故買或收受贓物返還本權人

如果有人故買或收受贓物，之後將贓物返還給本權人，亦不成立贓物罪。因為此時故買或收受行為並沒有侵害本權人的民事法上返還請求權，所以是雖有行為、但結果不存在，因此構成要件不該當。另有論者以為此時不成立贓物罪的理由為：「蓋行為人係以返還被害人之目的而買受贓物，其故買贓物行為人並無侵害被害人之財產法益，故不具結果反價值；且其行為尚難謂具有行為反價值，故應阻卻故買贓物之違法性」，故不成立贓物罪，¹⁴⁸結論與本文相同。

另有論者以為贓物罪應該加入主觀意圖「為自己或第三人利益」，如果不加入此主觀意圖，就會導致故買贓物返還本權人的行為也成立贓物罪¹⁴⁹。但本文認為只要貫徹追索權說，在檢驗贓物罪成立與否時嚴格要求有發生追索權的侵害，將追索權被侵害當作贓物罪保護法益，則在故意的地方，當然會要求被害人有認知「其所為贓物行為有侵害到本權人的民事法上返還請求權。」故本文認為不必加入「為自己或第三人利益」的特別主觀要件。而該論者的疑慮，其實是忽略了構成要件的該當必須要有行為結果的存在。

第四項 牙保贓物的既遂時點

¹⁴⁸ 甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，460頁註10，2004修訂再版，作者自版。

¹⁴⁹ 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於月旦法學雜誌，145期，255頁，2007年06月。

牙保行為人爲牙保行為¹⁵⁰，何時爲牙保既遂的時點？最高法院二十五年上字六八〇六號判例：「甲將侵占所得之銅佛字畫交上訴人出賣，因售賣未妥，仍行送回，是上訴人牙保贓物，尙未達於既遂之程度，而刑法第三百四十九條並無處罰未遂之明文，該上訴人自不成立犯罪。」此判例僅提到未達於既遂，但並未清楚指出既遂時點。亦即，爲何此案例未達既遂？是因爲牙保人沒有促成買賣契

¹⁵⁰ 牙保行為的「範圍」為何？有三種意見。第一種意見主張牙保包括搬運、寄藏之牙保。牙保行為是為了便利他人處分贓物，周旋在第三人之間，從事介紹之行為，不限於牙保買賣，還包括對於搬運、寄藏、交換、典質之介紹，參見周治平，刑法各論，936頁，1968臺初版，作者自版。「明知為贓物而代為介紹犯罪人處分贓物的一切行為，如代為介紹第三人買賣贓物，或介紹第三人代為搬運、寄藏、互易、典質等行為均屬之」，參見褚劍鴻，刑法分則釋論 下冊，2001三次增訂版，台灣商務出版，1347頁。相同意見，參見李永然，泛論我國刑法上之贓物罪，收錄於鄭玉波總主編，蔡墩銘主編，刑法分則論文(下)，五南圖書發行，859頁。相同意見，參見趙琛，刑法分則實用(下冊)，1966八版，趙華通發行，960頁。似乎採取相同意見，參見甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004修訂再版，作者自版，460頁。

第二種意見主張牙保不包括搬運、寄藏之牙保。牙保，為贓物之「法律上處分」行為之媒介，譬如為買賣、質押等介紹，參見陳樸生，刑法各論，353頁，1954，正中書局。「牙保贓物乃謂居間介紹買贓物或為其他交易，亦即為贓物之有償處分行為的媒介，例如介紹贓物之買賣或質押是。」，參見林山田，刑法各罪論(上冊)，2005修訂五版，作者自版，533頁。相同意見，參見韓忠謨著，吳景芳增補，2000增補一版，韓聯甲發行，471頁。「贓物罪所謂為牙保，指為贓物之法律上處分如買賣、互易、質押等之媒介」，參見蔡墩銘，刑法精義，2005二版，作者自版，620頁。相同見解，參見陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1992初版，作者自版，409頁。牙保為「法律上的有償處分的媒介或斡旋」，參見李茂生，九十五年版刑法分則講義，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載，384頁。

本文認為，因為大清新刑律之贓物罪條文係由日本法學博士岡田朝太郎所幫助擬訂，加上歷來各刑法之贓物罪行為的法條文字幾乎無變動，一直與日本一九九五年修正前刑法贓物罪文字相同，所以可以參考日本刑法牙保的範圍來決定我國刑法牙保的範圍。

在一九九五年，日本將贓物行為的描述修改為：無償讓受(第一項)，搬運、寄藏、有償讓受、有償讓受之斡旋(第二項)，可見日本刑法不處罰為搬運、寄藏之牙保。因此，本文採取第二種意見，認為我國的「為牙保」應該僅指「故買之牙保」，不包括搬運、寄藏之牙保。不過，參與民國十七年刑法擬訂的刑法學者趙琛不採此說。

約成立、或是因為贓物沒有移轉、或是未達其他時點不得而知。

初步檢討，牙保贓物的既遂時點可能是：時點(1)一實行牙保行為就既遂，不論之後是否促成贓物的買賣契約¹⁵¹；時點(2)促成買賣契約成立時¹⁵²；時點(3)贓物之持有從賣方移轉至買方的那一個時點；時點(4)如果採取本文所介紹的第一種參與利得說，以為贓物罪本質係處罰贓物行為人享受到利益，則應該係以牙保人收到牙保之對價那一刻方為既遂；時點(5)如果採取危險性理論，以為贓物罪本質係處罰行為人誘發他人進行(未來的)下一次的財產犯罪，則應該係以出賣人收到價金那一刻方為既遂。

本文認為既遂時點之認定應該以立法目的(即妨礙追索權說)來加以判斷，故既遂時點僅可能是：時點(1)實行牙保行為時(不論買賣契約是否已經成立)、時點(2)買賣契約成立時、時點(3)贓物移轉時。因為這三個時點才「有可能」造成被害人行使回復權之困難或不能，而時點(4)和(5)時點已經脫離了立法目的。

學者周治平批評時點(1)，如果主張先行行為人與第三者間的買賣契約縱然不成立，亦應成立贓物罪，則此階段尚不足影響被害人追返與回復之權利，遽以為

¹⁵¹ 「贓物罪所謂為牙保，指為贓物之法律上處分如買賣、互易、質押等之媒介，至其以何種人之名義為之，在所不問，又不問其行為係出於有償或無償。既有媒介之事實，則買賣、互易或質押契約即使未成立，亦應有本罪之成立。」參見蔡墩銘，[刑法精義](#)，2005 二版，作者自版，620 頁。

¹⁵² 當牙保人促成買賣契約的成立的那一個時間才是既遂，因為牙保行為是居間介紹，作為媒介，至於買賣契約成立後，契約之履行、交付贓物、交付價金，是買賣雙方當事人之事，不論贓物有沒有被移轉，參見褚劍鴻，[刑法分則釋論](#) 下冊，1347 頁，2001 三次增訂版，台灣商務發行。學者周治平亦採此見解，參見下文。

罪，易嫌率斷。藉曰此階段即可成罪，則一有收受、寄藏等之意思表示，又何嘗不可為罪？如此擴充，未免忽視刑法之保障機能，顯非允洽。¹⁵³

學者周治平又批評時點(3)，牙保行為之既遂，以買賣雙方已完成處理贓物之契約行為之時點為斷，不以其物是否已經移轉為準，較洽事理。因為牙保行為係媒介第三者間(買方與賣方)訂定契約，牙保人通常不參與贓物之交付，因此將牙保贓物罪成立與否，依存於與行為人無直接關係之贓物移轉事實，顯然不合理。¹⁵⁴

但學者李茂生認為：雖然牙保於語意上與收受、搬運、寄藏、故買不同，似乎沒有移轉的必要性，但是既然立法目的以追索的利益為保護法益，若僅有仲介的事實，而不發生贓物持有的移轉時，甚難謂有追索權的實際上妨礙，較諸其他刑度相同的行為類型，應該認為此際不成立牙保罪，故應以贓物的持有確實移轉給賣方那一刻才是既遂。¹⁵⁵本文贊同此見解。

除上開理由，本文認為，實行牙保行為後贓物不一定會移轉；買賣契約成立後，贓物也不一定會移轉。只要贓物尚未移轉，對於回復權行使之妨礙還未實現，只是有妨礙追索權之「可能」。若選擇時點(1)與(2)，則牙保贓物罪實質上將解釋成危險犯(甚至解釋成抽象危險犯)，似有未洽。因此應以時點(3)「贓物持有移轉給買方」為既遂時點。

¹⁵³ 周治平，刑法各論，937頁，1968臺初版，作者自版。

¹⁵⁴ 周治平，刑法各論，937頁，1968臺初版，作者自版。

¹⁵⁵ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，384頁，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

雖然本文認為贓物罪本質是對於回復權的「實際上造成妨礙」。不過學者黃榮堅表示：「如果說收受贓物罪是在保護贓物的原所有人的利益，恐怕有昧於事實。因為在事實經驗上，或者至少是我們這一個社會的經驗事實上，已經被偷走的東西，不管有沒有人收受贓物，大概本來也就不會再回到原所有人的手上¹⁵⁶」。本文認為這樣的批評是只看結果，但忽略了結果的成因。亦即，贓物很大機率沒有回復到本權人手中，是許多行為所造成，而贓物罪所要處罰的，就是這些造成贓物不能回復到本權人手中的行為。

第五項 將贓物搬運給本權人

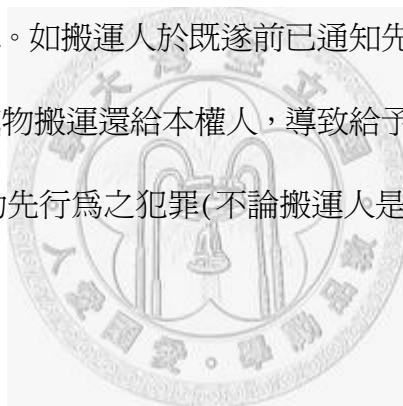
如果在贓物罪本質的部分，採取犯罪隱匿說，此行為可能會成立贓物罪，因為將贓物搬運到本權人得以取回的場所，是讓犯罪偵查的地緣關係變複雜的行為，所侵犯的是國家的追訴權¹⁵⁷。不過立法目的採取妨礙追索權說，所以要成立搬運贓物罪必須侵害本權人的回復權始可，不必追究是否侵害國家追訴權。又因為本文認為有回復權之人係本權人，贓物罪係要保障本權人的回復權，所以將贓物搬運給本權人之行為，並沒有妨害本權人行使回復權之利益。因為民事法上返還請求權沒有被侵害，故構成要件不該當，不成立贓物罪。反而，此時的搬運贓物行為是有益於本權人。

¹⁵⁶ 黃榮堅，論行為犯，收錄於 黃榮堅，刑法的極限，242 頁，1998 一版，月旦出版。

¹⁵⁷ 李茂生，九十五年版刑法分則講義，383 頁，2006，國立臺灣大學法律學院網頁提供下載。

如果係無償將贓物搬運給本權人，當然無礙於本權人回復權之行使。但如果有酌收費用，且費用不超過搬運成本(如：油料費、人工費)，本文認為此時也不算增加本權人回復權行使之困難，不成立贓物罪。其實從民法的角度來看，無因管理在符合某些要件的情況下(民法第一百七十六條)，允許無因管理人(本案例中的搬運人)請求受益人(本案例中的本權人)負擔費用。

綜上所述，本文反對下列實務見解，大理院統字第三四〇號解釋第一部分：「受盜囑託搬運贓物不得認為幫助犯應構成搬運贓物罪」。詳言之，在直接取得類型之財產犯罪既遂之後，純粹僅實行搬運贓物之行爲，因無妨礙民事上返還請求權，不成立搬運贓物罪。如搬運人於既遂前已通知先行爲人，在先行爲人取得贖款後，搬運人負責將贓物搬運還給本權人，導致給予先行爲人精神上幫助，則應直接考量是否成立幫助先行爲之犯罪(不論搬運人是否分享到贖款)，與贓物罪無涉。



第六項 向本權人牙保贓物

向本權人牙保贓物是否侵犯民事法上返還請求權一問題或存有爭議。民國二十九年司法院院字第一九六五號解釋：「丁代劫匪向事主商贖所劫之牲畜，應成立刑法第三百四十九條第二項之牙保贓物罪。」

雖然經由牙保行爲，本權人最終得以回復贓物，但是本權人付出了一定代價。本文認為：妨礙本權人回復權之行使，並非僅指使本權人最終無法回復贓物

還包括使回復贓物變困難。亦即只要使本權人在回復贓物的過程中，多付出了代價，就屬於妨礙回復權之行使。易言之，增加困難就是指使被害人多付出了代價(包括時間、勞力、費用)。所以，雖然最終本權人回復了贓物，但因為在過程中多付出了一筆代價，所以向本權人牙保的行為人，依然成立牙保贓物罪。故本文贊同司法院院字第一九六五號解釋。

只要贓物行為人增加了本權人回復贓物的代價，就可能成立贓物罪，這個原則並非限於「向本權人牙保」的情況。亦即，不能因為本權人最終回復贓物，即草率地論斷之前所為的各種贓物行為都不能被處罰，如此將係對妨礙追索權說之誤解。



重新回顧我國妨礙追索權說，可以觀察到該說並非主張「要達到使返還不能才成立贓物罪」。「詳言之，刑法對於收受贓物等行為明定制裁，無非因贓物乃不法侵害他人財產權所生之結果，其被害人原得依法請求回復其物(參閱民法第七六七條及第九六二條)，若侵害者以外之第三人又故意從而參與支配之，則被害人之請求回復勢必更增困難。」¹⁵⁸、「被害人既有此請求權，則贓物輾轉之結果，易使被害人對於所失之物發生返還請求之困難。」¹⁵⁹、「一般學者認為處分贓物之可罰性，原在防止因竊盜、搶奪、強盜、詐欺、侵占、恐嚇、擄人勒贖等犯罪，被害人之財產遭受他人之不法侵害，依法請求返還回復其物，因贓

¹⁵⁸ 韓忠謨著，吳景芳增補，刑法各論，468頁，2000年增補一版，韓聯甲發行。學者韓忠謨稱此說為「妨害追及權說」。

¹⁵⁹ 蔡墩銘，刑法各論，222頁，2001年增補四版，三民書局出版。

物犯之參與，至被害人之回復請求權發生困難」¹⁶⁰、「贓物為因侵害財產法益所取得之物。他人得請求返還。如以貪圖利益而收受。故不可無罰。而有搬運等行為者。在原來之犯人。則受其便利。而被害人喪失之財產。更不易回復」¹⁶¹、「贓物，指因侵害財產法益所得之物，被害人本有依法請求返還或以他法回復其損害之權，如對於他人犯罪所得之物，而有收受搬運寄藏故買或牙保之行為，非但予原來犯人以便利，而被害人所喪失之財產法益，更有不易回復之虞」¹⁶²。可見在我國之妨礙返還請求權說只要達到「使回復困難」的程度即可。

總之，贓物行為人所做出的贓物行為，必須能增加被害人找回贓物的困難度，亦即只要使本權人必須多付出代價(勞力、時間、費用)，就是妨礙了返還請求權，就是侵害了贓物罪之保護法益¹⁶³。



第七項 為了本權人之利益向先行為人商談贖回贓物

在上一項本文主張：向本權人牙保，縱然使得本權人得以回復贓物，亦成立牙保贓物罪，因為本權人付出了代價。不過，在本權人與先行為人之間實行牙保行為，尚可以區分為為了本權人之利益向先行為人牙保，以及為了先行為人之利益，向本權人牙保。

¹⁶⁰ 褚劍鴻，刑法分則釋論 下冊，1339 頁，2004 年四次增訂版，台灣商務出版。

¹⁶¹ 俞承修，刑法分則釋義，1145~1146 頁，1947 年(新)二版，會文堂新記書局出版。

¹⁶² 趙琛，刑法分則實用(下冊)，956 頁，1966 八版，趙華通發行。

¹⁶³ 本文認為，難度增加的多寡(亦即本權人所多付出的代價的多寡)，是量刑應考量的要素。就如同傷害罪的量刑中，必須考量傷害程度的多寡。

為先行為人利益向本權人牙保，依照上一項的推論成立贓物罪。但為本權人利益，向先行為人商談贖回贓物，則不該成立贓物罪。因為此時雖然本權人付出了代價，但這些代價係本權人願意付出，精確地說，不願意的原因係針對先行為財產犯罪人，而非針對為本權人利益之牙保人，特別是，為本權人利益的牙保人通常係本權人自己所請託。

此時，並非牙保人去妨礙本權人的回復權，而係本權人自行處分回復權行使的利益，亦即自願多付出代價，故為本權人利益為牙保之行為人，不成立牙保贓物罪。而贓物罪之保護法益似允許本權人自行處分。

因此以下二則實務見解必須再區分具體情況。大理院統字第六六六號解釋第二部分：「受事主請託向盜匪說合回贖被擄之人從中漁利應構成共犯罪收受盜匪贈與之財物應構成受贈贓物罪」以及統字第八六九號解釋：「替人向強盜說項而分得贓物者應以正犯論」受到本權人請託，通常係為本權人之利益，故不成立牙保贓物罪。如果本權人之後自願付給受請託的牙保人酬金做為牙保行為的對價，不能論以收受贓物罪。如果牙保人從中漁利，例如解釋所說：「收受盜匪贈與之贓物」、「分得贓物」，且此利益並非本權人所同意，則依上開二見解，成立收受贓物罪。

第陸章 結論

(一)本文的第一個結論是：贓物罪的保護對象限於對於贓物有本權(民事法上返還請求權)之人，所以民事法上返還請求權之存在與否、被妨礙與否，決定贓物罪之成立。

藉著查閱贓物罪訂定之過程，本文在民國八年的改定刑法第二次修正案找到現行贓物罪之立法目的：「按本罪以妨害被害人回復權之行使。為處罰之精神。且此種犯罪行為。尤為掠奪之源。中外法律。皆所必罰。本條就罪質之輕重。分別其刑以罰之。」

因贓物變得之財物。是否仍為贓物。學說上有二。一謂贓物應指他人得請求交還之原財物而言。一經變換性質。即不得作為贓物。前大理院採此說。(參照大理院九年一二四一號解釋)一謂贓物之罪。以妨害被害人回復權之行使為精神。以保護被害人財產上之利益為歸宿。而刑事政策主旨。則又以塞暴掠之源。絕姦盜之藪。則原財物雖已變換。倘變得結果。仍為財物。則於收受或故買後而變更者。固自始即應認為收受或故買贓物。在未收受或故買前。而即由交付人或出賣人變更者。但為收受人或故買人所明知。為貫徹處罰之精神。重視保護之歸宿。且顧全刑事政策之主旨起見。此項因贓物而變得之財物。自應仍以贓物論。本法採之。」

雖然憲法解釋者以及法院實務的見解都沒有對立法目的加以變動，但是，

立法目的所說的被害人，其範圍並不清楚。由於贓物罪是要保護被害人回復權之行使，所以贓物行為的被害人，就是可以行使回復權之人。不過，是否所有先行為的被害人，都可以有回復權一事，並不確定。此一問題的討論前提是：我國刑法財產犯罪中的直接取得類型之財產犯罪，所保護的對象不限於本權人(從竊盜罪採取持有說或限定持有說、而非本權說可見一斑)。既然直接取得類型之財產犯罪的被害人不僅僅是本權人，無本權之持有人也可以是直接取得類型之財產犯罪的被害人，那麼，以直接取得類型之財產犯罪為先行為、屬於間接取得罪的贓物罪，其保護對象是否也包括了無本權之持有人一事，就有待釐清。

本文試圖從我國討論的學說之中找到答案。不過發現事後幫助犯說、危險性理論、犯罪隱匿說、(舊)違法狀態維持說、兩種參與利得說，是有關立法論的學說，與立法目的之保護「被害人回復權之行使」無關，故無助於釐清立法目的。

與立法目的有關的學說之中，妨礙追索權說認為：被害人就是有民事法上返還請求權之人，所以立法目的之回復權，就是該說的追索權，就是民事法上返還請求權。此說的贓物罪被害人範圍較窄，僅限於對於贓物有本權之先行為被害人。

相對地，回復持有妨害說主張：只要是先行為被害人就有回復的利益，贓物罪被害人就是全部的先行為被害人，不去區分是否有民事法上返還請求權，範圍較寬。

新違法狀態維持說比起(舊)違法狀態維持說，雖然內涵不再抽象，主張「合

法狀態的回復」是贓物罪的保護法益，但是對於合法狀態回復的利益、亦即贓物回復的利益，應該歸屬於全部的先行為被害人、或者有本權的先行為被害人一事，該說並未討論到。其次，如果該說所主張的「禁止違法狀態維持」，其實也只是「禁止妨礙民事法上返還請求權之行使」的另一種說法，又自以為脫離了民事法的牽制，則此說不可採。

試圖融合多個學說以求圓滿解釋贓物罪本質的混和說，其實根本沒有清楚的內涵，無法被操作。是否以保護被害人為中心思想？該說底下贓物罪的保護對象的範圍為何？該說並未討論，所以亦無助於釐清立法目的被害人範圍。

於是在立法目的的解釋上，出現妨礙追索權說與回復持有妨害說的對立。二說以何者為是，必須藉著討論整個財產犯罪所保護的法益來決定。首先，關於民法財產與刑法財產法益兩者之間的關係，本文採取法的經濟性財產說，認為刑法可以有自已的財產法益觀念，不一定要完全相同於民法財產的觀念(亦即民法以權利態樣加以保護的利益)，但為了整體法秩序的統一性，刑法想要獨自承認的利益，不能是民法評價為違法的利益。

接著，不論直接取得類型的財產犯罪，採取本權說或持有說或限定持有說，本文認為贓物罪的被害人只限於有民事法上返還請求權之人。如果採取法的財產說，直接取得類型之財產犯罪就會採取本權說，當然贓物罪也只能保護以本權為基礎的回復權，結果上即相同於妨礙追索權說，但本文並非如此推論(本文並非採法的財產權說)


縱然持有說認為，直接取得類型之財產犯罪的保護法益是對物的「單純持有狀態」，沒有本權為基礎的持有也被刑法財產犯罪所保護。但不應該如同回復持有說所推論：因為單純持有狀態被直接取得類型之財產犯罪所保護，所以單純持有狀態的回復也要被是間接取得罪的贓物罪所保護。持有說所處理的範圍僅限於直接取得類型之財產犯罪，與贓物罪不同層次。

持有說所持的理由可整理如下：(一)單純持有狀態若允許被破壞，有礙社會和平秩序。(二)單純持有狀態有重要的經濟利益。(三)單純持有狀態是否以本權為基礎，外觀上無法判斷，如果因為單純持有狀態不是以本權為基礎，財產犯罪行為人就脫免刑罰不公平。以上理由只能支持直接取得類型之財產犯罪保護一切單純持有狀態、非僅保護本權，但不能推論到間接取得罪保護一切單純持有狀態的回復。

因為(一)單純持有狀態若不能回復，不會因此破壞社會和平秩序，因為破壞的效果只有先行為才有，贓物行為的行為外觀是和平的。(二)固然單純持有狀態有重要的經濟利益，但單純持有狀態的回復不一定有經濟利益。亦即，如果該持有人並沒有本權，將贓物回復給此一無本權之持有人，反而係剝奪了本權人對於贓物的回復利益。(三)不可能因為持有人對於贓物沒有本權，贓物行為人就脫免刑罰。理由是：即使持有人對於贓物沒有本權，贓物必然有一民法所承認的本權人，做出贓物行為，還是會侵害到本權人的民事法上返還請求權，故成立贓物罪，不會因此脫免刑罰。如果該贓物變為無主物，則持有人即刻變成本權人，亦不會導致理由(三)不成立。

以上推論出持有說不能直接擴張至贓物罪。如果採經濟性財產說，認為刑法有自己的判斷標準，完全不受民法影響，則有可能在贓物罪主張回復持有妨害說。不過若採法的經濟性財產說，首先要判斷該利益是否具有重要性，值得刑法保護。其次要判斷該利益在刑法上的歸屬，是否有違法秩序的統一性。

本文認為：縱然先行為時是持有人，但如無本權，其對贓物的回復利益並沒有重要到要用刑法來保護。其次，如果在贓物罪將贓物回復利益歸屬給無本權之持有人，將會犧牲本權人對贓物的回復利益，似有違法秩序的統一性。故贓物罪的保護對象，僅限於本權人；客體是以本權為基礎的回復權，亦即妨礙追索權說的追索權，亦即民事法上返還請求權。



(二)本文的第二個結論是：縱然對於贓物實行了收受、搬運、寄藏、故買、牙保等行為，如果沒有「妨礙」民事法上返還請求權，不成立贓物罪。妨礙，不限於本權人確實沒有追索回贓物，尚包括增加了本權人回復贓物的代價(時間、勞力、費用)。簡言之，使回復權行使變不能或困難，都是贓物罪要處罰的行為。

在第五章，首先要回應其他四個對於妨礙追索權說的批評與質疑。(一)雖然無償收受和故買等行為一樣，都是侵害追索權，不法程度無所謂高低，但是，希望人不無償收受贓物的期待可能性較低，從罪責角度出發，所以無償收受的刑度比較低。

(二)立法目的回復權行使之客體不限於贓物原物，亦包括贓物變得之物(參

見準贓物規定)。可以說，贓物罪要保障本權人可以彌補失去贓物的損害，填補損害不一定要以原物，原物變得之物亦可。如此理解的話，依然可以用妨礙追索權說解釋贓物罪及準贓物規定。

(三)我國的妨礙追索權說與德國內涵不同、解釋法條也不同，不能直接用德國的返還請求權理論(Restitutionsvereitelungstheorie)來批判我國。

(四)如果採取妨礙追索權說，先行為一定要限於財產犯罪，亦即贓物僅限於財產犯罪所取得之物，這是邏輯上必然的推論、立法目的所明示(但僅用體系解釋法則較無法支持此論點)。

接著討論實際案例中，妨礙追索權說應該如何適用。(一)因為回復權是指本權人在民事法上的返還請求權，所以本權人為贓物行為不成立贓物罪，因為沒有侵害「他人的」民事法上返還請求權，並且也是行使自己的回復權。

(二)甲之車被乙竊盜，丙又竊盜乙持有中之車，丁故買丙竊得之車。此時，丁成立故買贓物罪，侵害的是甲的民事法上返還請求權，不是侵害乙的回復利益。因為本文認為贓物罪僅保護本權人。而本權人甲，雖非贓物之先行為(丙竊盜乙)之被害人，只要有本權人之身分、本權依舊存在，就是贓物罪的保護對象。

(三)他人故買或收受贓物返還給本權人，不成立贓物罪，因為沒有侵害到本權人的民事法上返還請求權。

(四)本文認為應以實害犯的方式、不以危險犯的方式來解釋贓物罪，所以如果只是造成有回復困難之「可能(、虞、危險)」，不足以處罰，必須「確實造成返還困難」才能成立贓物罪。

因此牙保贓物罪的既遂時點，必須是贓物之持有確實被移轉給買方那一刻。其他的時點尚未實際發生「本權人對於贓物之返還請求權確實被侵害」的結果，不應該用來判斷贓物是否既遂。

(五)將贓物搬運給本權人，沒有侵害到本權人民事法上返還請求權，也沒有使本權人多付出代價(所以沒有增加困難)，不成立搬運贓物罪。如果僅酌收搬運贓物的成本(如：油料費、人工費)，並不算多增加本權人回復贓物的困難，故不成立贓物罪。

(六)妨礙回復權之行使，包括使回復不能，也包括使回復增加困難。所以不能因為本權人最終回復贓物，即草率地認定贓物行為人不應被處罰，必須檢查贓物行為是否有增加本權人回復贓物的困難。而所謂增加回復贓物的「困難」，是指增加本權人回復贓物的代價(包括時間、勞力、費用)。

所以向本權人牙保贓物的行為，雖然本權人最終回復贓物，但是本權人多付出了一筆代價，因此牙保人必須成立牙保贓物罪。另外，向本權人牙保的既遂時點不是贓物的持有移轉至賣方(此情況係本權人)那一刻，本權人付出代價的那一刻才是既遂。

(七)如果是替本權人向先行為財產犯罪人或贓物的現在持有人牙保，亦即為本權人利益為牙保，雖然本權人付出了代價，增加了「本權人無代價回復贓物的困難」，但此時付出的代價係本權人所同意，贓物罪的保護法益應允許本權人自行處分，故替本權人牙保的牙保行為人，不成立牙保贓物罪。

總之，在遵循立法目的、採取妨礙追索權說的前提下，在實際的贓物罪適用上，不必考慮贓物最終是否回復到本權人的持有，必須檢查贓物行為是否確實侵害本權人的回復權、是否使本權人回復贓物的代價(時間、勞力、費用)增加，如果沒有，係雖有行為但無結果，構成要件不該當，故不能成立贓物罪。



參考文獻

中文文獻部分

書籍

王澤鑑，民法物權(二)用益物權·占有，2006，作者自版

甘添貴，體系刑法各論【第二卷】，2004 修訂再版，作者自版

李茂生，九十五年版刑法分則講義，國立台灣大學法律學院網頁提供下載

李則宏，刑法分則集解，1965 初版，時代文化出版社

沈家本等撰，光緒三十三年刑律草案，1907，出版者不詳，該書收藏於台灣大學
圖書館法社分館，索書號 585.67 3435

呂有文，刑法各論，1986 修訂版，作者自版。

岡田朝太郎著，汪庚年編輯，法學彙編(大清刑法分則)，1911，京師法學編輯社
出版。(法學彙編一共二十冊，大清刑法分則被編為第三冊)

岡田朝太郎編輯，中華民國暫行新刑律，1912，出版者不詳，該書收藏於台灣大
學圖書館法社分館，索書號有 585.92 7764 及 Ref. 585.92 5047

林紀東，法學緒論，1972 初版，國立編譯館發行

周治平，刑法各論，1968 臺初版，作者自版

林山田，刑法各罪論(上冊)，2005 修訂五版，作者自版

俞承修，刑法分則釋義，1947(新)二版，會文堂新記書局出版

郭衛編，大理院判決例全書，1978 重印(版)，司法院秘書處發行

陳樸生，刑法各論，1954，正中書局

陳煥生，刑法分則實用，1979 修訂再版，作者自版

陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1992 年，初版，作者自版

曾淑瑜，刑法分則問題研析(二)，2000 初版，翰蘆圖書出版

曾淑瑜，刑法分則實例演習——個人法益之保護，2004 年初版，三民書局發行

曾淑瑜，刑法分則編，2007 第 1 版，新學林發行

楊仁壽，闡釋法律之方法論，1986 再版，最高法院法律叢書編輯委員會發行

褚劍鴻，刑法分則釋論 下冊，2001 三次增訂版，台灣商務印書館出版

趙 琛，刑法分則實用(下冊)，1966 八版，趙華通發行

潘恩培，刑法實用(三)，1954 台版，法學書局出版

潘恩培，司法行政部法官訓練所講義 刑法分則上下 合訂本，出版日期推測為
1928~1935 間(因為該書使用民國十七年到二十四年間施行的舊刑法條
文)，出版者不詳，該書收藏於國立台灣大學圖書館法社分館，編號 585.2
1732

鄭靜渠、郭羹堯編著，中華民國新刑法判解彙編，1936 年初版，大東書局發行

蔡墩銘，刑法各論，2001 增補四版，三民書局出版

蔡墩銘，刑法精義，2005 二版，作者自版

蔡天錫麟，刑法分則新論，1931，上海法政學社出版

韓忠謨著，吳景芳增補，刑法各論，2000 增補一版，韓聯甲發行

謝在全，民法物權論(下)，1997 修訂版，作者自版

謝振民編著、張知本校定，中華民國立法史，1948年滬一版，正中書局出版

論文

王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，刊載於 月旦法學雜誌，145期，2007年06月

吳正順，財產犯罪之本質、保護法益，收錄於 鄭玉波總主編，蔡墩銘主編，刑法分則論文選輯(下)，1984，五南圖書發行

李永然，泛論我國刑法上之贓物罪，收錄於 鄭玉波總主編，蔡墩銘主編，刑法分則論文選輯(下)，1984，五南圖書發行，

黃榮堅，論行為犯，收錄於 黃榮堅，刑罰的極限，1998年一版，月旦出版

許玉秀主編，學林分科六法 刑法，2002，學林出版。許玉秀主編，新學林分科六法 刑法，2007。本文所參考該二書的部分係一開始的「刑法導讀」。

蔡佩芬，成立贓物罪不受限於前行為侵害財產法益，刊載於 律師雜誌，291期，2003年12月

蔡佩芬，贓物與準贓物之意義範圍新釋，刊載於 法學叢刊，第一八七期，2002年07月

碩博士論文

朱炳耀，贓物罪之研究，1993，文化大學碩士論文

張天一，刑法上之財產概念，2007，天主教輔仁大學博士論文

蔡佩芬，論贓物罪於相牽連案件中之適用，2000，中正大學碩士論文



日文文獻部分

註釋書

大塚仁，注解刑法，1977 增補第二版，青林書院新社發行

團藤重光，注釋刑法(6)，1966 初版，有斐閣發行

其他書籍

川端博、西田典之、原田國男、三浦守編，裁判例コンメンタール刑法〔第3卷〕，2006 第1刷，立花書房發行

山口厚，刑法各論，2005 補訂版，有斐閣

林幹人，刑法各論，2007 第2版，東京大學出版會發行

松宮孝明，刑法各論講義，2006 初版，成文堂發行

西田典之，刑法各論，2005 第3版，弘文堂發行

論文

山口厚，竊盜罪の保護法益，收錄於 山口厚，問題探究刑法各論，1999 第1版，有斐閣發行

山口厚，盜品等に関する罪，収録於 山口厚，問題探究刑法各論，1999 第 1 版，有斐閣發行

井田良，贓物罪，収録於 法學セミナー，477 號，1994 年 9 月

井田良，盜品等に関する罪，収録於 芝原邦爾、堀内捷三、町野朔、西田典之編，刑法理論の現代的展開——各論，1996 第 1 版，日本評論社發行

中谷瑾子，贓物牙保罪における贓物の先在性，収録於 法學研究 35 卷 5 期，1962 年 5 月

中谷瑾子 贓物罪の本質と贓物の意義，収録於 阿部純二編 刑法基本講座〔5〕——財産犯論，1993，法学書院發行

木村光江，贓物罪，収録於 阿部純二、川端博編，基本問題セミナー 刑法 2 各論，1992 第 1 版，一粒社發行

松宮孝明，盜品等の被害者を相手方とし手する盜品等處分あつせん罪の成否，収録於 法學セミナー，575 號，2002 年 11 月

高山加奈子，盜品等の被害者を相手方と盜品等有償處分あつせん罪の成否，収録於 ジュリスト，1246 號臨時増刊，2003 年 6 月 10 日

高山加奈子 盜品等の被害者を相手方として盜品等の有償處分のあつせんをする場合と盜品等處分あつせん罪の成否

高田義文，贓物罪，収録於 日本刑法學會編，刑事法講座 第 4 卷，1952 初版，有斐閣發行

宮本英脩・横領後の横領行為の性質(再び)・収録於 法學論叢 35 卷 3 號 1936

年 9 月 1 日

