

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law, College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

準強盜罪立法基礎之探究

On the legislative Basis of Quasi-robbery



研究生：甘 若 蘋

Kan, Jo-Pin

指導教授：黃 榮 堅 博士

Dr. Huang, Jung-Chien

中華民國九十七年七月

July, 2008

## 謝 辭

這本論文能夠誕生，我必須要衷心的感謝很多人。

我的指導教授，黃榮堅博士，不論在人生態度抑或是學識造詣，一直都是我所追尋的理想典範。在研究所的日子裡，感謝老師帶給我學術上的啟發，以及聆聽我在寫作論文時所發的牢騷，如果說我真的有能力可以寫出一篇言之有物的論文的話，都必須歸功於老師三年來的指導。其他兩位口試委員，王皇玉教授以及李聖傑教授，都是我相當尊敬及喜愛的教授，感謝他們親切卻又犀利地點出我論文上的缺失，並給予我寶貴的建議，為這本論文增添了更高的可看性。

智仁學長在回國期間陪伴我討論論文，並慷慨地與我分享其著作，對我論文的成形具有莫大貢獻，在此對學長表達謝意。感謝刑法組(R94)的同學，能夠認識你們是我研究所生涯裡最快樂的一件事；還有研究室 108 的成員：愛真、昶燁、芙蓉、瑛琦、志強、欣怡，跟你們在一起奮鬥的日子真的很開心，你們獨特的幽默，為我愁困的論文寫作過程帶來了許多樂趣，特別是愛真及昶燁，謝謝你們在我需要幫助時毫不吝嗇的及時伸出援手以及陪我討論一些不成熟的論文想法；此外，也要謝謝鈞翔、劭燁、必昇、明慧、皓潔、柏翔、怡婷、靖珣等人在百忙之中，特地撥空來參與我的論文研討會，並提出相當受用的意見。而佑紘、文君、心吟、宜縈、阿亮學長等人在日常生活中常給予我許多幫助，在此一併感謝。

我的高中同學，采潔、薇妃、湘涵、湘廷，從高中一直延續至今的友誼，雖然現在大家走的路已經不同，但是彼此的關懷卻從不間斷，謝謝你們一路的陪伴。大學同學及學妹，明慧、惠勤、亭亞、魏薇、娟娟、欣瑜，謝謝你們給我的鼓勵，讓我有可以完成論文的信心。另外，不能不感謝的是耀霆，謝謝你這麼多年來都

一直陪在我身邊，忍受我的任性以及無理取鬧，對我而言，你早就是我的家人。

最後，我要把這本論文獻給我的家人，感謝你們一直提供我無憂的生活，使我可以勇敢地追求我自己的夢想；並在我的求學過程中不斷地給予支持與鼓勵，我愛你們。



甘若蘋

2008.07.22

## 摘要

拆解準強盜罪的構成要件，其實就是竊盜(或搶奪)行為與強制行為，如果沒有準強盜罪的規定，原則上這樣的行為也會被論以竊盜罪(或搶奪罪)以及強制罪，而後數罪併罰。因此，為什麼立法者要特別結合這些犯罪而加重處罰？準強盜罪的規定是否具備立法正當性？本論文的任務便是試圖找出這個問題的答案。

對於準強盜罪的合憲性問題，一般學說與大法官釋字第630號解釋係認為行為人在竊盜後對他人實施強制行為，其可罰性與強盜罪相同，因此在肯認強盜罪立法正當性的前提下，準強盜罪自然也有正當性。但是，就本文對強盜行為以及準強盜行為所進行的分析比較來看，可以發現原則上準強盜行為的不法以及罪責都遠低於強盜行為，在不具備相同的不法及罪責內涵的前提下，要對兩者論以相同的高度刑罰，顯然有違罪責原則。其次，針對準強盜行為設定獨立法定刑的途徑也不可採，理由是結合犯的立法技術有其先天違憲的本質，即使刑法上仍然存在這麼多結合犯的規定，但是當我們是在討論要怎麼修法時，不應該重蹈覆轍繼續去複製一個違憲的結構。最後，本文試圖為準強盜罪尋找一個可能的正當性基礎是擺脫結合犯的結構，聚焦於行為人的強制行為，認為強制行為除了侵害人身自由法益之外，也同時侵害了被害人緊急權的行使。然而，就檢驗的結果來看，強制行為除了侵害人身自由法益之外，其實並沒有額外的加重基礎。從而結論是準強盜罪欠缺立法正當性，應該要廢除。

關鍵字：強盜、準強盜、結合犯、違憲、罪責原則

Keywords: Robbery, Quasi-Robbery, Integrative Offense, Unconstitutional, Principle of Responsibility

# 準強盜罪立法基礎之探究

## 《簡目》

第一章	緒論.....	1
第二章	現行準強盜罪之適用情形.....	6
第三章	現行準強盜罪之規定疑慮.....	40
第四章	準強盜行為本質之釐清.....	73
第五章	現行準強盜罪之解釋方向.....	134
第六章	結論.....	158
參考文獻.....		164

## 《詳目》

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與順序.....	4
第二章 現行準強盜罪之適用情形.....	6
第一節 前言.....	6
第二節 我國學說與實務見解.....	7
第一項 立法理由.....	7
第二項 性質.....	9
一、竊盜、搶奪作為構成要件要素.....	9
二、竊盜、搶奪作為身分要素.....	10
三、竊盜、搶奪作為加重情狀.....	10
第三項 構成要件解釋.....	11
一、客觀構成要件.....	11
(一) 竊盜或搶奪行為.....	11
(二) 強制行為.....	12
(三) 當場.....	14
二、主觀構成要件.....	17
(一) 防護贓物.....	17
(二) 脫免逮捕.....	18
(三) 湮滅罪證.....	18
三、準用強盜罪之範圍.....	19
四、既未遂之判斷.....	21
(一) 以前行為既未遂為判斷標準.....	21
(二) 以強制行為既未遂為判斷標準.....	22

(三) 以主觀目的是否達成為判斷標準.....	22
(四) 以最後財物是否取得為判斷標準.....	23
五、多數人犯罪.....	23
(一) 採結合犯者.....	23
(二) 採身分犯者.....	24
六、競合.....	24
第三節 德國學說與實務見解.....	25
第一項 立法理由.....	25
第二項 性質.....	26
第三項 構成要件解釋.....	27
一、客觀構成要件.....	27
(一) 竊盜或搶奪行為.....	27
(二) 強制行為.....	30
(三) 當場發覺.....	31
二、主觀構成要件.....	34
三、準用強盜罪之範圍.....	35
四、既未遂之判斷.....	36
五、多數人犯罪.....	37
六、競合.....	37
第四節 本章結論.....	38
 第三章 現行準強盜罪之規定疑慮.....	 40
第一節 前言.....	40
第二節 立法理由的模糊不清.....	40
第三節 準強盜性質之難定.....	42
第一項 竊盜、搶奪作為構成要件行為.....	42
一、結合犯的立法模式.....	42

(一) 結合犯的基本概念.....	43
(二) 準強盜罪為結合犯.....	46
二、結合犯的違憲爭議.....	48
(一) 違反比例原則.....	48
(二) 違反平等原則.....	50
第二項 竊盜、搶奪作為身分要素.....	52
一、身分犯的立法模式.....	52
(一) 身分犯的特殊意義.....	52
(二) 準強盜罪為身分犯.....	54
二、與結合犯的關係.....	55
第三項 竊盜、搶奪作為加重情狀.....	57
第四項 小結.....	59
第四節 構成要件規定之困境.....	60
第一項 前行為態樣之選擇.....	60
一、平等原則之檢驗.....	60
二、以取財類型及緊密連接關係作為差別待遇基礎？.....	61
(一) 取財類型的區別.....	61
(二) 緊密連接關係的區別.....	63
第二項 強制行為的程度.....	64
第三項 主觀不法要素.....	65
一、主觀故意的內涵.....	65
二、主觀意圖的內涵.....	66
(一) 三種事由之定位.....	66
(二) 三種意圖之差異.....	67
第五節 本章結論.....	69

## 第四章 準強盜行為本質之釐清..... 73



第一節 前言.....	73
第二節 準強盜罪與強盜罪具備同等地位？.....	73
第一項 客觀不法.....	73
一、保護法益.....	74
二、強制手段.....	74
(一) 危險性.....	74
(二) 強制程度.....	75
三、客觀目的性關連.....	81
(一) 目的性關連的內涵.....	81
(二) 脫免逮捕、湮滅罪證意圖.....	82
(三) 防護贓物意圖.....	83
第二項 主觀不法.....	90
一、德國帝國法院的等價心理理論.....	90
二、主觀目的性關連.....	93
(一) 脫免逮捕、湮滅罪證意圖.....	93
(二) 防護贓物意圖.....	94
第三項 罪責.....	95
第四項 競合.....	98
一、競合的基本概念.....	98
二、分析檢討.....	100
第五項 小結.....	102
一、原則—準強盜罪不同於強盜罪.....	102
二、例外—偶然性的說法？.....	104
第三節 準強盜行為有獨立處罰之必要？.....	106
第一項 獨立法定刑模式.....	107
一、維持現狀結構.....	107
二、分析檢討.....	108

(一) 刑度選擇困難.....	108
(二) 欠缺結合正當性.....	109
三、小結.....	110
第二項 獨立保護法益模式.....	111
一、評價對象之確定.....	111
二、保護法益.....	112
(一) 妨礙緊急權的行使.....	112
(二) 其他保護對象.....	130
三、小結.....	132
第四節 本章結論.....	132

## 第五章 現行準強盜罪之解釋方向..... 134

第一節 前言.....	134
第二節 結構選擇.....	135
第三節 構成要件解釋.....	136
第一項 客觀構成要件.....	136
一、竊盜或搶奪行為.....	136
二、強制行為.....	140
三、當場.....	141
第二項 主觀構成要件.....	143
第三項 既未遂之判斷.....	145
第四項 多數人犯罪.....	146
一、多數人犯罪在刑法上的論罪原則.....	147
二、各種參與態樣.....	149
(一) 僅參與前行為.....	149
(二) 前行為的共犯參與後行為.....	150
(三) 僅參與後行為.....	152

第五項 競合.....	153
一、準強盜罪與基本犯罪.....	154
二、準強盜罪與強盜罪.....	155
第四節 本章結論.....	156
<b>第六章 結論.....</b>	<b>158</b>
第一節 本文回顧.....	158
第二節 未來課題.....	161
<b>參考文獻.....</b>	<b>164</b>
壹、中文文獻(按作者姓名筆畫排列).....	164
貳、德文文獻(按字母順序排列).....	171



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

我國刑法第三百二十九條規定：「竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論」。由於其法律效果係以強盜論，故學說上一般稱此為「準強盜罪」，此外，因準強盜罪之強暴、脅迫行為係發生在竊盜或搶奪之後，與普通強盜罪之先強制而後取財之行為順序恰恰相反，因此，也有學者稱呼本罪為「事後強盜罪」<sup>1</sup>。一般而言，學說對於本罪的討論主要係集中於解釋論上，對構成要件作進一步之討論或限縮，而更深一步的討論也僅限於對於該罪性質上的異議，少有對於該罪在立法論上之根本性討論<sup>2</sup>。加上大法官於二〇〇七年七月十三日做出釋字第六三〇號解釋，宣布刑法第三百二十九條規定為合憲之後，準強盜罪的立法正當性似乎就這樣被穩固地建立，而不再有討論之空間。

然而，準強盜罪是否真的是一個得以通過憲法檢驗而毫無疑慮之立法規定？換言之，我們為什麼要規定準強盜罪？拆解準強盜罪的構成要件，其實就是行為人在竊盜或搶奪時，當場對他人施以強暴脅迫行為。如果沒有準強盜罪的規定，

---

<sup>1</sup> 蔡墩銘，〈準強盜罪之擬律〉，《軍法專刊》第八卷第四期，1962年4月，頁17；陳子平，〈準強盜罪試論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁225。

<sup>2</sup> 本文所指之根本性討論，係指就準強盜行為是否該獨立成罪，亦即準強盜罪本身是否具備立法正當性為著眼點而進行討論，並非指在肯定準強盜罪之立法正當性前提下，再進行構成要件要素之調整。如果準強盜罪根本不具有獨立成罪的理由，那麼不管構成要件要素再怎麼調整，都是違反憲法比例原則的立法，反之，如果可以證立出準強盜行為的立法必要，那麼構成要件該怎麼訂定較為合理，則是另一個層次的問題。國內就準強盜罪在立法基礎進行詳細且清楚研究的文章是薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號解釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月。

基本上對於這樣的行為我們也還有竊盜罪(或搶奪罪)與強制罪可資處罰，為什麼我們在此要特別摒除競合規則，而論以強盜罪的重罰？從大法官作合憲解釋的理由來看：「準強盜之取財行為與施強暴、脅迫行為之因果順序，雖與強盜罪相反，卻有時空之緊密連接關係，以致竊盜或搶奪故意與施強暴、脅迫之故意，並非截然可分，而得以視為一複合之單一故意，亦即可認為此等行為人之主觀不法與強盜行為人之主觀不法幾無差異；復因取財行為與強暴、脅迫行為之因果順序縱使倒置，客觀上對於被害人或第三人所造成財產法益與人身法益之損害卻無二致，而具有得予以相同評價之客觀不法<sup>3</sup>」。大法官顯然是從準強盜行為的客觀不法以及主觀不法角度出發，認為準強盜罪的不法內涵等同強盜罪，因此既然強盜罪都已經是採取結合犯的立場而獨立加重處罰，當然準強盜罪也必須等同辦理。

但是問題就在於準強盜罪與強盜罪的不法與責任內涵是否相同並不是大法官以一句「緊密的時空關係」或者文獻<sup>4</sup>經常提到的「準強盜罪與普通強盜罪的實質違法性相同」、「普通強盜罪與準強盜罪都是同樣對於財產法益及生命、身體及自由法益造成威脅」就可以證立的。因為至少在行為人的主觀上，一開始就打算以使對方達不能抗拒程度的強制行為進行取財與一開始僅是出於竊盜(或搶奪)故意因被發現才又新生強制故意，在刑法上的評價就是不同(前者為想像競合，後者為實質競合)。並且準強盜罪所真正要評價的對象到底是包括前行為(竊盜或搶奪)在內的整體行為，還是僅有後來出於防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證意圖而對他人施強暴脅迫的行為也還有爭論之處，更遑論準強盜罪本身具有行為人可能是基於當場被發現所導致的心理上困境而出於本能反應地對被害人施以強暴脅迫行為的特殊情狀。

---

<sup>3</sup> 參照大法官釋字第六三〇號解釋理由書。

<sup>4</sup> 柯月美，〈準強盜罪之再構成〉，中興大學法律學研究所碩士論文，1997年6月，頁13；陳玉蕊，〈準強盜罪之研究〉，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2004年12月，頁16。

相對於此，德國法上也有類似我國準強盜罪的規定，德國刑法典第二百五十二條(räuberischer Diebstahl)規定：「行為人在竊盜時被當場發現，為了維護對於所盜財物的持有，而對他人使用強暴或者使用對其身體或生命立即危險的脅迫，同強盜罪處罰<sup>5</sup>。」與我國法相較之下，除了其主觀要素少了脫免逮捕、湮滅罪證意圖、前行為犯罪態樣因德國法未有搶奪罪之規定而自然欠缺搶奪罪，並且強調發覺要素之外，大體上和我國刑法第三百二十九條規定是相同的。而德國學說與實務對於第二百五十二條的討論，雖然有少數學者提出其不法與罪責內涵與強盜罪有別的看法，但大體而言亦少有質疑其立法正當性的聲音<sup>6</sup>，而多著重在構成要件的解释，顯示德國對於該基本問題與我國般同樣沒有太多的深入性思考。不過儘管如此，由於德國學說與實務對於準強盜罪立法基礎的理解脈絡與我國不完全相同，因此而延伸出的構成要件解释也有很大的分歧，從而在比較法的功能上，仍不失為研究我國準強盜罪立法基礎的借鏡。

基此，本文認為如果不是重新對於準強盜行為進行分析檢討，了解準強盜罪在刑法上的意義究竟為何，而僅直接以法律規定的「同強盜罪處罰」便逕認為準強盜罪的不法與罪責內涵等同強盜罪，從而在準強盜罪的構成要件解释方向均以強盜罪規定為標竿，可能是過於快速的定論。所以本文決定從立法論的角度出發，分析準強盜行為的特色，比較其與強盜罪之間的異同，並探究其於刑法上是否真有獨立規定的必要性，嘗試提出不同於既有研究的思考角度，盼能為準強盜罪找到一條合適的出路。

---

<sup>5</sup> 原文為：「Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Lieb oder Leben anwendet, um sich ihm Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.」

<sup>6</sup> 對於德國刑法第 252 條不同立法基礎的深入探討 Vgl. Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145-169; Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730-741

## 第二節 研究範圍與順序

由於本文主要係從立法論的角度來思考準強盜罪的立法基礎，因此要先確定的前提問題是準強盜罪所要評價的對象到底是什麼？如果是包含前行為(竊盜或搶奪)在內的整體行為，那麼接下去要處理的是，這樣的行為是否即與強盜罪的不法及罪責內涵相當？而由該問題所衍生之細部疑慮則是，如果不相當，那麼本罪的規定目的又是什麼，是否有獨立規定必要？即使相當，是否準強盜罪就可以以現在的形式存在？反之，如果評價對象僅有強暴脅迫行為，則問題的方向將會轉向直接探討本行為在事實層面的特殊之處，研究其是否有獨立於強制罪規定的可能性，換言之，是試圖尋找出一個新的保護方向。

而在研究順序上，雖然對於構成要件進行解釋並不是本文研究的目的，不過在討論某個刑分條文是否具備立法正當性的同時，對於該罪在目前學說與實務的適用狀況進行瞭解可以反過來幫助我們歸納該條條文的立法保護方向，特別是當該條條文的立法目的並不是那麼清楚的時候。同時觀察外國法對於類似犯罪的研究，不但可以擴充研究的切入角度，也有助於瞭解國內學者與實務如此解釋與適用的原因。因此，本文擬先於第二章對於準強盜罪在目前國內以及德國的適用情形作一介紹。其次，在瞭解現行準強盜罪的適用情形後，便在第三章對其條文規定提出疑問，並針對該疑問，與目前學說及大法官解釋所提出的可能解決途徑作一綜合比較，認為該疑慮係來自於準強盜罪立法的本身，而不僅僅是文字解釋問題，因此有必要對準強盜行為的規範必要性作一檢討。從而在第四章本文將從準強盜罪的犯罪結構著手，分別自不法層次以及罪責層次對準強盜行為與強盜行為進行分析比較，論述其不法及罪責內涵是否與強盜罪相同；如果相同，我們在立法模式的選擇上，是否要堅持複製強盜罪的犯罪結構？如果不同，準強盜行為是否也具備某種特殊性以致於在刑法上也有獨立規定的必要？不過不論本文最後的

結論為何，由於現況仍舊存在準強盜罪的規定，因此仍有必要對現行條文作出解釋以供在未修法前的個案適用，於是本文在第五章也不得不參酌現行學說對於準強盜罪的意見，嘗試對現行準強盜罪的構成要件進行較為合理的解釋，以供實務參考，最後則在第六章總結本文的結論及提出未來課題。





## 第二章 現行準強盜罪之適用情形

### 第一節 前言

本論文之目的係為探討準強盜罪之立法基礎與疑義，在直接挑戰其立法正當性之前，有必要先檢視現行學說與實務對於準強盜罪規定之適用情形，因為如果現行學說與實務對於準強盜罪之解釋適用並未產生疑慮，換句話說，並沒有逾越立法正當性，那麼本文試圖從立法論去探討準強盜罪的角度可能就必須更換。反之，如果在現行的解釋之下，均無法為準強盜罪找出一個合理而又一貫的解釋方向時，那麼調整準強盜罪的文字規定或甚至廢除本罪就成為必然的選擇。

在探討現行規定是否合理的素材中，由於法律拘束力的正當性來自於經由民主選舉的立法者，立法者的意志或者規範的目的自然是學者或實務在對構成要件進行解釋時所必須參考的對象<sup>7</sup>，因此本章便自準強盜罪的立法理由出發，討論準強盜罪的制定背景及源由，但立法者的意志也不是絕對權威，特別是針對一個已經立法多年的規定而言<sup>8</sup>，因此，學者根據其事實、規範或價值的變遷而對條文做出的解釋，也必須列入思考。此外，依據刑法的基本理論對每個刑分條文所作之性質區分，往往牽涉到之後對於該條文的解釋方向，從而本章的寫作架構亦從之，立於較為客觀的角度來介紹目前學說與實務對準強盜罪的適用情況，再藉由本章所整理出之適用情形，提出第三章的立法上質疑。

---

<sup>7</sup> Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl., 2001, S. 33f

<sup>8</sup> Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl., 2001, S. 41f

## 第二節 我國學說與實務見解

### 第一項 立法理由

準強盜罪在我國存在的歷史相當悠久，在唐律裡就可以發現有類似之規定，例如唐律疏義第十九卷賊盜律、強盜條即規定：「諸強盜，謂以威若力而取其財，先強後盜，先盜後強，等。」雖然其並無準強盜名詞的出現，不過其顯然是將先強制後取財以及先取財後強制的行為態樣都當作是強盜罪的內涵，而統一論以強盜罪。之後逐漸有強盜行為與準強盜行為態樣的區分，則是出現在大明刑律卷十八賊盜律、強盜條：「凡強盜已行，而不得財者，皆杖一百...若竊盜臨時有拒捕，及殺傷人者，皆斬。...其竊盜，事主知覺，棄財逃走，事主追逐，因而拒捕者，自依罪人拒捕律科罪。」雖然與今日的規定仍大有不同，不過可以看出大明刑律已經注意到在竊盜後的強制原因可能有許多種，從而必須要分別視之。其後大清新刑律的規定基本上與大明刑律類似；而光緒二十三年之大清新刑律草案則受到歐陸法系的影響<sup>9</sup>，其第三百五十二條規定：「凡犯竊盜者，為防護贓物或圖免逮捕或湮滅罪迹之故，臨時用暴行或脅迫者，以強盜論。」可以說是現行準強盜罪規定的雛形。直到民國初年「暫行新刑律」第三百七十一條規定：「竊盜因防護贓物、圖免逮捕、湮滅罪證而當場施強暴脅迫者，以強盜論。」幾乎已經完全定型，之後僅因民國十七年至二十四年間之「舊刑法」於竊盜罪與強盜罪間又增訂了搶奪罪，從而相對應的在準強盜罪之構成要件內又加入了「或搶奪」一語<sup>10</sup>，此後便未再變動過，可以說是一少被質疑與挑戰的古老條文。

而之所以在普通強盜罪之後，又增訂準強盜罪，學說上普遍的說法是：「雖然

<sup>9</sup> 參照 <http://web.nchu.edu.tw/~hftsai/downloads/course/library/1.pdf> (最後瀏覽日：2008 年 7 月 18 日)

<sup>10</sup> 立法沿革參照大法官釋字第 630 號解釋，許玉秀大法官協同意見書之附表一。

準強盜罪非於取得財物時實施強暴、脅迫，故不能認為是強盜罪，但因其**惡性重大**，不惜以強暴脅迫加諸於逮捕者或發現其犯罪之人，故有加重處罰之必要<sup>11</sup>」；或者「第三二九條係著眼於許多竊盜犯人於實施竊盜行為後**常發生**對被害人施以強暴、脅迫等事件，因此準強盜罪類型之當罰性相當於強盜<sup>12</sup>」。而大法官對該立法目的的說明則是以行為人在主觀上由於竊盜或搶奪與強暴脅迫間之緊密關連性，可認為係複合之單一故意，並且在客觀上雖然行為順序相反，但就最終侵害結果來看，也都是侵害他人的人身自由法益以及財產法益，因此與強盜罪並無不同<sup>13</sup>。

結論上，準強盜罪的立法理由可以說是經由與強盜罪的相互比較中所得出來的，也就是基於立法者已經將準強盜罪的法律效果援引強盜罪的刑度，而將準強盜行為與強盜行為作一比較，並藉由否定兩者的不同之處(或認為不重要)，得出兩者之罪質並無不同，從而在肯認強盜罪立法正當性<sup>14</sup>的前提下，準強盜罪當然也有規定的必要。因此，準強盜罪的立法理由大致上可整理得出：「因竊盜或搶奪之行為人在被發覺之後，對他人施以強暴脅迫之機率甚高，且在客觀上侵害他人之人身自由與財產法益之行為間具備時空之緊密關連，因而主觀上可視為複合之單一故意，其惡性相當於強盜罪之行為人，因此有必要制定準強盜罪以保護人民之身體自由、人身安全以及財產權<sup>15</sup>。」

---

<sup>11</sup> 蔡墩銘，《刑法各論》，2001年，頁188。

<sup>12</sup> 陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁225。類似看法參照曾淑瑜，〈準強盜罪之共同正犯及既、未遂〉，《臺灣本土法學》第五十一期，2003年10月，頁185。

<sup>13</sup> 大法官第630號解釋理由書。類似看法參照周治平，《刑法各論》，1968年，頁819；韓忠謨，《刑法各論》，1968年，頁420。

<sup>14</sup> 反對意見，參照黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003年，頁498。

<sup>15</sup> 不同方式的整理，參照陳玉蕊，《準強盜罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2004年12月，頁16。

## 第二項 性質

學說上對於準強盜罪性質的討論通常都是區分為兩個面向討論，其一是藉由與刑法分則上其他類似的財產犯罪的特性作一區別，而可分為「加重竊盜說」、「強盜罪說」或「介於竊盜罪與強盜罪之特別財產說」；其二則是以犯罪的類型為標準，可分為「身分犯說」或者是「結合犯說」。不過本文認為區分為此二面向分別探討準強盜罪性質的意義不大，因為準強盜罪與其他犯罪的不同之處在於，其規定行為人必須在竊盜或搶奪當場對他人施以強暴脅迫。就構成要件要素來看，準強盜罪包含了「竊盜或搶奪」與「施強暴脅迫」兩個該當其他犯罪的構成要件行為描述，當中施強暴脅迫被認為是本罪的構成要件行為並無爭論，有疑問的則是，竊盜或搶奪要素在準強盜罪的犯罪結構裡究竟著扮演什麼樣的地位？因此本文打算以對竊盜或搶奪要素理解的不同角度為出發點，來介紹學說上對於準強盜罪性質的看法。

### 一、竊盜、搶奪作為構成要件行為

由於準強盜罪的構成要件要素可以拆解為「竊盜罪(或搶奪罪)」與「強制罪」兩個犯罪，所以學說上有認為竊盜或搶奪也是構成要件行為，屬於結合犯的性質<sup>16</sup>，也就是結合竊盜(或搶奪)罪與強制罪而為一獨立之犯罪類型，因此只要對行為人於竊盜或搶奪當場對他人施以強暴脅迫的犯罪事實論以準強盜罪即可，不必再適用竊盜罪或強制罪。

<sup>16</sup> 採此見解有：周治平，《刑法各論》，1968年，頁819；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁89以下；劉清彬，《強盜罪之研究》，東海大學法律學研究所碩士論文，2003年6月，頁140。

## 二、竊盜、搶奪作為身分要素

相對於結合犯的說法，我國多數學者認為竊盜或搶奪之要素僅是對於準強盜罪行為人主體之限制，並非構成要件行為，因此準強盜罪為身分犯。而當中又可以區分為「純正身分犯(echten Sonderdelikten)」說<sup>17</sup>，或者「不純正身分犯(unechten Sonderdelikten)」說<sup>18</sup>。其區別實益在於多數人共同犯罪時，對於該未參與前竊盜或搶奪行為之人，其後來所為的強制行為是否可以被論為準強盜罪？採純正身分犯說者認為雖然該行為人並未參與竊盜或搶奪行為，不過仍然可以依照刑法第三十一條第一項，論以準強盜罪之共同正犯。而採不純正身分犯說者則認為，是否具備身分僅是作為刑罰加重或減輕的根據，所以如果沒有參與竊盜或搶奪行為，只能論以普通強制罪。



## 三、竊盜、搶奪作為加重情狀

由於準強盜罪在形式上包含了兩個犯罪的構成要件要素，因此作為加重犯性質的犯罪則有兩種可能，當中學說上比較常提及的是前行為的加重類型，也就是將準強盜罪定位成加重的竊盜罪，不過這個說法現在幾乎無人所採，拒絕的理由是認為準強盜罪的核心意義在於強暴脅迫行為的實施，其罪質已經明顯高於竊盜罪，而與竊盜罪完全不同<sup>19</sup>。至於另外一種較少被提到的加重犯型態則是後行為的加重類型，也就是加重的強制罪<sup>20</sup>，其基本論據是認為在竊盜或搶奪之後的強制行

<sup>17</sup> 採此見解有：甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁160以下。

<sup>18</sup> 採此見解有：林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁388；陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁257以下；戰諭威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁30。

<sup>19</sup> 陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁227。

<sup>20</sup> 目前文獻上對準強盜罪之性質提及此一類型的是曾淑瑜，〈準強盜罪之共同正犯及既、未遂〉，《臺灣本土法學》第五十一期，2003年10月，頁187。

為較普通強制罪而言更需要被處罰。

### 第三項 構成要件解釋

#### 一、客觀構成要件

##### (一) 竊盜或搶奪行為

依照通說<sup>21</sup>及實務<sup>22</sup>看法，刑法第三百二十九條所指稱之竊盜、搶奪指的是行為人基於竊盜或搶奪之故意而著手於第三百二十條之竊盜行為或第三百二十五條之搶奪行為者，如果尚未達著手階段，便不能構成本罪，至於著手後是否既遂並非重點。而若行為人在著手實行之後變更犯意，施以強暴脅迫，致使被害人不能抗拒而強取其財物時，此時其不法內涵已轉變為強盜，而非準強盜，應直接論以強盜罪<sup>23</sup>。而前行為也不能是強盜，因為如果是強盜罪，則直接適用強盜罪即可，無庸再迂迴地援引其法律效果<sup>24</sup>。

此外，雖條文僅曰竊盜或搶奪，然竊盜罪章及搶奪罪章裡除了竊盜罪與搶奪罪外，尚有三百二十條第二項之竊佔罪、三百二十一條之加重竊盜罪以及三百二十六條之加重搶奪罪等，一般認為加重竊盜罪與加重搶奪罪亦屬於第三百二十九條

---

<sup>21</sup> 周治平，《刑法各論》，1968年，頁820；褚劍鴻，《刑法分則釋論下冊》，2004年，頁1195；蔡墩銘，《刑法各論》，2001年，頁189；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁86。

<sup>22</sup> 最高法院25年上字第1520號判例、29年滬上字第7號判例、57年台上字第1017號判例、68年台上字第2772號判例。

<sup>23</sup> 林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁388。實務見解參照最高法院25年上字第1520號判例、53年台上字第983號判例。

<sup>24</sup> 蔡墩銘，〈準強盜罪之擬律〉，《軍法專刊》第八卷第四期，1962年4月，頁18。相反意見，黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁101。

所稱之竊盜或搶奪。而有疑問的是「竊佔罪」是否也是三百二十九條所稱的竊盜？對此，傳統見解採排除說，認為竊佔不動產不能構成準強盜罪之前行為，理由在於三百二十九條既已標明為竊盜，則自然不包含竊佔<sup>25</sup>，且竊佔之罪質具有繼續性，若納入狹義之竊盜中，則實施強暴脅迫之「當場」就會有疑義<sup>26</sup>。而反對意見則認為，三百二十九條所指之竊盜並非如此狹義，在竊佔不動產的情形，行為人也可能以強暴脅迫手段而達防護目的，因此沒有理由排除竊佔罪<sup>27</sup>。

## (二) 強制行為

### 1、強暴脅迫的意涵<sup>28</sup>

簡單而言，「強暴」係指直接或間接對人行使之有形力。在刑法的條文上，使用強暴字義的條文甚多，不過並非每一條文所指稱之強暴皆為相同之意涵，一般而言，可以區分為四種：

(1) 最廣義之強暴：亦即不論是對人或對物之有形力之行使均屬之。採取此意涵的條文為第一百四十九條之「聚眾不解散罪」、第一百五十條之「聚眾強暴脅迫罪」。

(2) 廣義之強暴：即對人為有形力之行使，但不以直接對人體實施為必要。雖係直接對物實施，但若此對物之有形力係以人為目標加以行使時，亦屬之。採取此意涵的條文為第一百三十五條之「妨害職務罪」、第一百四十二條之「妨害投票

<sup>25</sup> 韓忠謨，《刑法各論》，1968年，頁422。

<sup>26</sup> 周治平，《刑法各論》，1968年，頁821。

<sup>27</sup> 華嘉遠，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第三十七卷第四期，1991年4月，頁35；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁86；戰諭威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁32。

<sup>28</sup> 以下參考陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁234以下。

罪」、第三百零四條之「強制罪」。

(3) 狹義之強暴：即對人為有形力之行使。採取此意涵的條文為第一百二十五條之「濫權追訴處罰罪」、第二百八十一條之「加暴行於直系血親尊親屬罪」。

(4) 最狹義之強暴：需達於壓抑對方反抗或反抗顯著困難程度之強力有形力之攻擊。採取此意涵的條文為第三百二十八條之「強盜罪」。

而「脅迫」係指以使人產生畏懼為目的而將惡害之事通知對方。而依其程度之不同，大概可以區分為下列三種：

(1) 廣義之脅迫：即一切以使人產生畏懼為目的而將惡害之事通知對方之行為，不問惡害之內容、性質及通知之方法如何。採取此意涵的條文為第一百四十九條之「聚眾不散罪」、第一百三十五條之「妨害執行職務罪」、第一百六十一條第二項及一百六十二條第二項之「加重脫逃罪」。

(2) 狹義之脅迫：即依據情況，受惡害通知之種類有所限定，或者使產生畏懼心之對方為一定之作為或不作為等為要件者。採取此意涵的條文為第三百零四條之「強制罪」、第三百零五條之「恐嚇危害罪」。

(3) 最狹義之脅迫：即以使人產生畏懼為目的將加害之事通知對方，而使產生足以抑制反抗程度之畏懼心。採取此意涵的條文為第三百二十八條之「強盜罪」。

## 2、準強盜罪的強暴脅迫

刑法第三百二十九條僅規定行為人於竊盜或搶奪時當場施以強暴脅迫，並未有如強盜罪般明定強暴脅迫之強度需達至使不能抗拒，因此準強盜罪的強暴脅迫行為是否也必須達於至使不能抗拒程度始得構成，便有疑問。對此，傳統學說<sup>29</sup>與

---

<sup>29</sup> 韓忠謨，《刑法各論》，1968年，頁420；周治平，《刑法各論》，1968年，頁821；林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁390。



實務見解<sup>30</sup>一致認為，由於條文並未有如強盜罪般直接限定強暴脅迫之強度，因而認為是立法者有意做出的區隔，且準強盜是為達防護贓物、脫免逮捕、湮滅證據之目的，與強盜罪係為移轉持有狀態之情形不同，從而準強盜罪之強暴脅迫不以至使不能抗拒之程度為必要，不過其並未說明本罪的強暴脅迫應該屬於上述各種不同強暴脅迫意涵的哪一種。反之，也有許多學者<sup>31</sup>著眼於準強盜罪之法律效果係以強盜論，因而認為在準強盜的情況下，如果不是其強暴脅迫程度同於強盜罪，那麼要強冠以強盜罪之法定刑，恐有違反罪刑相當原則，因此主張準強盜罪之強暴脅迫程度也必須達至使不能抗拒，所以準強盜罪的強暴脅迫意涵應該是上述最狹義的強暴以及最狹義的脅迫。此外，值得注意的是大法官於釋字第六三〇號解釋中，為符合罪刑相當原則，而將準強盜罪之強暴脅迫程度解釋為縱使不必至使不能抗拒，但至少必須達於「難以抗拒」之程度，在目前紛擾的學說與實務見解中，又重新劃定一條界線。



### (三) 當場

#### 1、當場之意涵

三百二十九條規定行為人必須於當場施強暴脅迫行為，而所謂的「當場」指的是時間與空間的密接性。在時間上係指行為人著手於竊盜或搶奪之時或甫既遂

<sup>30</sup> 參照司法院 75 年 9 月 25 日(75)廳刑一字第 833 號函復臺灣高等法院、最高法院 43 年台非字第 48 號判例、86 年台上字第 3603 號判決、88 年台上字第 418 號判決。

<sup>31</sup> 林東茂，《刑法綜覽》，2006 年，頁 2-122、123；甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999 年，頁 162~163；蔡墩銘，〈準強盜罪之擬律〉，《軍法專刊》第八卷第四期，1962 年 4 月，頁 18；陳子平，〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉，《月旦法學教室》第九期，2003 年 7 月，頁 20~21；吳元曜，〈論準強盜罪於實務適用上之相關問題—對臺灣台北地方法院九十四年度第一一五〇號刑事判決之評析〉，《全國律師》第十卷第七期，2006 年 7 月，頁 39~42；戰論威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005 年 11 月，頁 32；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000 年 10 月，頁 88。

後，至遲也必須在竊盜或搶奪行為甫告終了時為之<sup>32</sup>；在空間上則係指行為人尚在犯罪現場，或雖已離開現場但仍在他人跟蹤追躡當中<sup>33</sup>。如果已經離開現場行至中途才被發現而施強暴脅迫，便不再是當場，不得論以準強盜之罪名<sup>34</sup>。不過如果行為人在被追躡的過程中，曾一度脫離追捕者之視線，及至之後才又被追捕者發現，而行為人於此時對其施以強暴脅迫行為，是否仍為「當場」？對此舊實務見解<sup>35</sup>曾認為：「追捕者已失去對行為人之視線後，雖仍在跟蹤追躡中，仍不能以當場解釋」。不過近來實務<sup>36</sup>似已改變看法認為「所謂當場，除犯罪行為之現場及其附近外，即已離盜所而尚在他人跟蹤追躡者，不論距離遠近，亦不論是否因其他障礙，於極短時間內無法以目視尋得蹤跡，均不失為當場。」

此外，黃惠婷教授更進一步指出，即使在被害人或第三人尚未察覺行為人行為之前，行為人對於可能得知其行為的人率先施以強暴脅迫，也屬於當場。理由在於所謂的當場指的是一種時間與空間的關連性，因此重點應該在於竊盜或搶奪與強暴脅迫行為間的緊密關連，被害人是否已經發覺，並不重要，為了維護贓物而立即使用強制手段，才是準強盜罪加重處罰之理由<sup>37</sup>。

## 2、當場之性質

對於「當場」要件之性質，通說的看法是將之定位在「構成要件要素」，也就是說，是否該當當場要素，除了在客觀上必須滿足當場以外，行為人的主觀也必

---

<sup>32</sup> 吳元曜，〈論準強盜罪於實務適用上之相關問題—對臺灣台北地方法院九十四年度第一一五〇號刑事判決之評析〉，《全國律師》第十卷第七期，2006年7月，頁43。

<sup>33</sup> 周治平，《刑法各論》，1968年，頁822；蔡墩銘，《刑法各論》，2001年，頁189。

<sup>34</sup> 參照最高法院28年上字第1984號判例。

<sup>35</sup> 參照最高法院39年台特覆字第35號判決。

<sup>36</sup> 參照最高法院91年台上字第6630號判決。甘添貴教授亦持相同看法，參照甘添貴，〈準強盜罪「當場」的意涵〉，《月旦法學教室》第四十二期，2006年4月，頁19。

<sup>37</sup> 黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁102~103。

須要相對應的認識到其行為是發生在當場。而一般將構成要件所描述的要素除了定位成主客觀可對應性的構成要件要素之性質外，也可能是該要件只需存在於主觀而客觀上不需要滿足的「特殊主觀不法要素(Subjektive Unrechtsmerkmale)」，亦即立法者在部分的犯罪當中，除了要求行為人主觀的故意之外，還進一步的強調行為人在主觀上必須具備特定的意圖，始可成罪。例如：竊盜罪所要求的不法所有意圖、公然猥褻罪的供人觀覽意圖等。如果我們將一個構成要件所描述的文字定位成特殊主觀不法要素，所代表的意義是，只要行為人的內心具備希求達到該主觀不法要件所明定之不法要素，而著手實行客觀之構成犯罪事實者，即該當之，至於該特殊之主觀不法要素在客觀上是否實現，則在所不問<sup>38</sup>。

相對於此，也有部分的構成要件文字被定位為「客觀可罰性條件(Objective Bedingungen der Strafbarkeit oder Objektive Strafbarkeitsbedingungen)<sup>39</sup>」，該要件與不法及罪責無關，只會影響犯罪的成立與否，而其特性在於該要件只要存在於客觀即可，至於行為人主觀上有無認識或預見並不重要，並且由於其並非構成要件要素，因此不會涉及故意或過失的問題，也不會有錯誤可言<sup>40</sup>，是一個純然存在於客觀的要件。在我國刑法條文上，最典型被認為性質屬於客觀可罰性條件的規定則是第二百三十八條之詐術結婚罪中之「因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻無效之裁判確定」。

相對於通說將「當場」定位為構成要件要素，鄭逸哲教授鑑於當場所指的意涵是時間的同時性與空間的同地性，均屬認識的形式而不是認識的對象，因此無法成為主觀故意的內容。並且由於當場並沒有辦法由行為人左右，因此其具有自在的客觀性，只能是一個純粹客觀要素，所以形式上「當場」是一個構成要件要

---

<sup>38</sup> 林山田，《刑法通論(上)》，2008年，頁282。

<sup>39</sup> 也有學者譯為客觀處罰條件，例如：許玉秀，《犯罪階層體系及其方法論》，2000年，頁32。

<sup>40</sup> 更深入的介紹，參照許玉秀，《犯罪階層體系及其方法論》，2000年，頁32以下。

素，但實質上只是客觀可罰性條件<sup>41</sup>。

## 二、主觀構成要件

準強盜罪為故意犯，因此不論係直接故意或間接故意皆足以當之。不過怎麼樣才叫做具備準強盜故意，與前述對於準強盜罪性質的定位息息相關。如果認為準強盜罪是結合犯者，由於通說要求結合故意，因此行為人必須於一開始就對於所有的構成要件，包括後來的強制行為都有所認識，才能算是具備準強盜故意。反之，如果認為準強盜罪為身分犯者，則構成要件行為只有強制行為，行為人於竊盜之時並不必要對於強制行為有所認識，只要其於實施強制行為時對於自己具備犯竊盜或搶奪之身分以及當場對被害人施以強暴脅迫手段等均有認識，即屬「準強盜故意」<sup>42</sup>。

除了故意之外，準強盜罪在主觀上尚要求三個特殊的主觀要素<sup>43</sup>，以下分述之：

### (一) 防護贓物

防護贓物指的是行為人已因竊盜或搶奪行為而將他人之物列入自己持有支配

<sup>41</sup> 鄭逸哲，〈刑法第三二九條準強盜規定之剖析及其適用－評析最高法院九十一年度台上字第五九九五號判決、台中高分院九十一年度上訴字第一一五六號判決和台中地院九十一年度訴字第一一四號判決〉，《月旦法學》第一〇七期，2004年4月，頁225、226。不過所謂的客觀可罰性條件，指的是與不法及罪責完全無涉的要件，但準強盜罪的當場作為連結取財行為與強制行為的接合劑，如果不是因為準強盜行為人是當場對他人為強制行為，很明顯地其不法並不會達類似於強盜罪那種強制與取財行為間緊密關連的程度，更只是單純地竊盜罪與強制罪而已，因此當場要素應該還是具有指示不法的意義，而不僅是客觀可罰性要件。

<sup>42</sup> 林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁391。

<sup>43</sup> 對於此三個要素的定位，通說係定位於純粹主觀要素一意圖，不過大法官釋字第630號解釋則是定位成客觀構成要件，為避免討論複雜化，本文將對大法官解釋的評論放至【第三章、第四節、第三項、二、(一)】，在此先從通說意見。

範圍，為了能夠繼續的保有對於該物的持有，防止他人取回而對他人施以強暴脅迫行為。在此必須要注意的是只有財產犯罪既遂所得之物才稱之為贓物，因此如果行為人係出於防護贓物之意圖而為強暴脅迫行為，前提必須是行為人的竊盜或搶奪行為已經既遂，始可能「防護贓物」。如果行為人尚未取得他人之物，便已使用強暴脅迫手段，則此時已轉變為強盜，而不是準強盜<sup>44</sup>。此外，行為人即使是在誤認對方之追躡係為追回失物之情況下而對其施以強暴脅迫，亦得成立本罪<sup>45</sup>。

## (二) 脫免逮捕

脫免逮捕指的是行為人著手於竊盜或搶奪，被他人當場發現之後，為了避免遭受逮捕而對他人施以強暴脅迫行為。而這裡所稱之避免遭受逮捕，可能是為了避免「自己」遭受逮捕，也可能是為了避免「共犯」遭受逮捕<sup>46</sup>，並且同防護贓物般，即使他人並非事實上追捕者，但行為人誤認其為追捕自己犯行者而對其施以強暴脅迫時，亦得成立本罪<sup>47</sup>。而值得注意的是實務認為如果是失主追上行為人後立即以棍棒毆打行為人，行為人對其反擊而造成互毆者，便非為脫免逮捕而施強暴脅迫，不能成立準強盜<sup>48</sup>。

## (三) 湮滅罪證

湮滅罪證指的是行為人著手於竊盜或搶奪，被他人當場發現之後，為了銷毀

---

<sup>44</sup> 參照最高法院 25 年上字第 1520 號判例。

<sup>45</sup> 花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000 年 10 月，頁 88。

<sup>46</sup> 花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000 年 10 月，頁 88。

<sup>47</sup> 亦即他人是否確實有追捕之行動或意圖在所不問，參照甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999 年，頁 163。不過也有不同意見認為脫免逮捕是出於被動，一定要先有他人的追捕行動，行為人才可能出於脫免逮捕而為強暴脅迫行為，參照花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000 年 10 月，頁 88、89。

<sup>48</sup> 參照最高法院 45 年台上字第 1517 號判決。

自己先前竊盜或搶奪之犯罪證據而對他人施以強暴脅迫行為。這裡所指的證據包括一切的物證甚至人證，且該證據除了自己的犯罪證據外，也包括共犯的犯罪證據<sup>49</sup>。

以上三個特殊的主觀要素，只要具備其一即可，不過如果同時具備兩個以上的意圖，例如：行為人在取得他人之物後，為避免被逮捕，也想要安然的將贓物帶回而對他人施以強暴脅迫，即是同時出於脫免逮捕與防護贓物的目的，仍僅論以一個準強盜罪。並且不論行為人此三個意圖是否確實實現，並不影響其準強盜罪之構成，亦即只要行為人主觀確實存有此三意圖之一而為強暴脅迫行為即該當之。

### 三、準用強盜罪之範圍

準強盜罪的法律效果只簡單的規定了「以強盜論」四個字，而由於強盜罪章的規定，並非只有單純的強盜罪，尚且包括了「強盜致死或重傷罪(第三二八條第三項)」、「強盜未遂罪(第三二八條第四項)」、「預備強盜罪(第三二八條第五項)」、「加重強盜罪(第三三〇條)」、「強盜結合犯(第三三二條)」等規定，因此對於何謂「以強盜論」也在學說上引發了一些爭論。

當中較無爭議的是，學者及實務一律認為準強盜罪得準用強盜未遂罪而成「準強盜未遂罪」，只是對於既未遂的標準各有不同的看法<sup>50</sup>。此外，實務<sup>51</sup>以及多數的學者<sup>52</sup>也同意準強盜罪得準用加重結果犯以及結合犯而成立成立「準強盜致死或重

<sup>49</sup> 甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁164。

<sup>50</sup> 詳見下述(六)、既未遂之判斷。

<sup>51</sup> 參照最高法院28年上字第1721號判例、30年上字第2011號判決。

<sup>52</sup> 例如：林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁394；林東茂，《刑法綜覽》，2006年，頁2-126；

傷罪」以及「準強盜結合犯」。就可否成立「預備準強盜罪」而言，學說上對此表態的並不多，肯定者如甘添貴教授認為，如果在行竊時已經預先計畫，萬一事跡敗露而被圍捕時，便以屋內之球棒攻擊屋主而逃逸，便可成立準強盜預備犯<sup>53</sup>。不過不同意見認為，所謂的準強盜是一個意外的犯罪，也就是在竊盜與搶奪時意外被發現才新生強暴脅迫決意，如果行為人在著手竊盜時對於將來如果被發現必定施以強暴脅迫已有計畫，如此一來，是否還可以認為是一個意外犯罪？換言之，行為人在行為時已經同時認識到將來對於他人財產與人身自由法益的侵害，與預備強盜行為已然趨於一致，似乎可直接論為預備強盜罪，而不是預備準強盜罪<sup>54</sup>。

至於如果犯準強盜罪而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，是否得準用第三百三十條之規定而成立「加重準強盜罪」？對此實務<sup>55</sup>一致採取肯定的看法，認為「刑法第三百二十九條之以強盜論，即以強盜罪相當條文處罰之意，並非專以第三百二十八條第一項之強盜論，故第三百三十條所謂犯強盜罪，不僅指自始犯強盜罪者而言，即依第三百二十九條以強盜論者，亦包括之，如此項準強盜有第三百二十一條第一項各款情形之一，自應依第三百三十條論處。」不過在

---

褚劍鴻，《刑法分則釋論下冊》，2004年，頁1198；陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁225、226；曾淑瑜，〈準強盜罪之共同正犯及既未遂〉，《台灣本土法學》第五十一期，2003年10月，頁185。而蔡墩銘教授在早期認為強盜結合犯必須是利用強盜的結果而犯他罪，亦即具備施用強制手段奪取財物之故意，並在強盜行為終了之前即犯所結合之行為始足當之。但準強盜事前即欠缺強盜故意，並且強暴脅迫手段是發生在取得財物之後，因此與強盜結合犯的意義不符，不能準用之；並且強盜致死傷罪係著眼於死傷之結果必須出於強盜實施強暴脅迫為奪取財物之手段所造成，而準強盜之強暴脅迫並非奪取財物之手段，所以也不能準用之(蔡墩銘，準強盜罪之擬律，軍法專刊第八卷第四期，1962年4月，頁18)。不過在後期的教科書上(2001年)，蔡教授並未再提及此看法。

<sup>53</sup> 甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁166。

<sup>54</sup> 戰論威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁35。而直接以條文既然已列「竊盜或搶奪」，當然以已著手為限，如果只達預備竊盜或搶奪階段，而對他人施以強暴脅迫，不可能構成預備準強盜罪作為否定理由，參照華嘉遠，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第三十七卷第四期，1991年4月，頁37。

<sup>55</sup> 參照最高法院25年上字第6626號判例、47年台上字第371號判例、48年台上字第166號判例。

學說上則出現相當分歧的意見，肯定者多直接以判例之意見作為理由<sup>56</sup>，而否定者則認為既然準強盜罪已規定「竊盜或搶奪」，則所謂的竊盜或搶奪自然也包含加重竊盜罪或加重搶奪罪，因此直接論以準強盜罪即可，無庸再準用加重強盜罪<sup>57</sup>。不過反對意見只針對加重事由存在於竊盜或搶奪階段而作出回應，並未處理到加重事由僅存於強制行為階段的情況。

#### 四、既未遂之判斷

如何判斷準強盜罪的既未遂，也一直是學說上頗有爭議的問題。一般學說上所提到的標準有下列四種：

##### (一) 以前行為既未遂為判斷標準

這個看法是實務上一致的見解<sup>58</sup>，也就是以行為人前行為的竊盜或搶奪是否既遂來判斷準強盜是既遂還是未遂。例如：行為人已經竊盜既遂，為了防護贓物而對他人施以強暴脅迫的情況，便是準強盜既遂。而若行為人尚未將他人財物至於自己實力支配下即被發覺，為了脫免逮捕而對他人施以強暴脅迫之情形，則為準強盜未遂。

<sup>56</sup> 例如周治平，《刑法各論》，1968年，頁823；褚劍鴻，《刑法分則釋論下冊》，2004年，頁1197；蔡墩銘，《刑法各論》，2001年，頁190。

<sup>57</sup> 韓忠謨，《刑法各論》，1968年，頁422。此外，甘添貴教授則是認為準用的範圍僅限於強盜罪之「法條結構」，也就是僅能準用第三百二十八條各罪，因此加重強盜罪、強盜結合犯自然不在準用範圍，參照甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁158、159。

<sup>58</sup> 參照最高法院68年台上字第2772號判例、85年訴字第1187號判決、92年台上2776號判決、93年台上第4655號判決。學說上也不乏支持者，例如：韓忠謨，《刑法各論》，1968年，頁421；褚劍鴻，《刑法分則釋論下冊》，2004年，頁1195；林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁393；林東茂教授最新見解，〈再探準強盜罪〉初稿，發表於《東吳大學法學院刑事法論壇》，2008年1月5日，頁4。



## (二) 以強制行為既未遂為判斷標準

出於對準強盜罪的性質不同理解的前提下，對於準強盜罪性質採取結合犯看法的學者<sup>59</sup>認為，由於結合犯的特質並不在乎基本犯罪的既未遂，只要所結合的罪名既遂，便可成立既遂的結合犯，因此在準強盜罪的情況下並不在乎竊盜或搶奪是否既遂，僅以後來所實施之強暴脅迫行為是否已達既遂為判斷標準。亦即即使行為人尚未將他人財物至於自己實力支配下即被發覺，但為了脫免逮捕而對他人施以強暴脅迫之情形，依然是準強盜既遂。相對於此，採取身分犯結構者既然認為構成要件行為只有強制行為，那麼邏輯一貫地，準強盜罪的既未遂也應該以強制行為既未遂為標準，不過事實上並非如此，而是各有其考量而採取其他說法。

## (三) 以主觀目的是否達成為判斷標準

此說以強暴脅迫行為的實施是否達成防護贓物等目的作為判斷標準<sup>60</sup>。理由在於準強盜罪必須要比擬強盜罪，既然強盜以取得他人財物為目的，所以如果強盜罪的行為人已經將他人財物納至自己的持有支配下，才是既遂，否則只是未遂。而在準強盜的情況也是相同，行為人在施以強暴脅迫行為之時，其目的是為了防護贓物、脫免逮捕或是湮滅罪證，因此如果行為人的強暴脅迫行為有助於達成其主觀目的，才能稱為既遂，除此之外，則為未遂。例如：行為人竊盜既遂後，為了脫免逮捕而對他人施以強暴脅迫行為，但最後仍然被制伏的情況下，只能評價為準強盜未遂。

<sup>59</sup> 採此見解有：花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁91

<sup>60</sup> 採此見解有：林東茂教授早期見解，《刑法綜覽》，2006年，頁2-121；類似見解：甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁168。

#### (四) 以最後財物取得與否為判斷標準

本說則是以最後行為人是否取得他人財物作為判斷標準<sup>61</sup>。與第一個看法所不同之處在於，實務直接以前行為的竊盜或搶奪既未遂作為準強盜罪既未遂的標準，但本說更進一步的強調，由於強盜罪也是以最後行為人是否取得他人財物作為既未遂的標準，因此重點應該聚焦在行為人在整個行為完成後，也就是施強暴脅迫行為之後，是否仍持有他人財物作為標準。從而即使行為人在前行為已經竊盜既遂而取得他人財物，但在施強暴脅迫行為後不小心將贓物遺失於現場，依照實務見解仍論以準強盜既遂，但依照本說只能論以準強盜未遂。不過要說明的是，此見解應該是針對行為人是出於防護贓物意圖而為強制行為的類型，並未處理到行為人出於其他兩種意圖的判斷標準。



#### 五、多數人犯罪

在多數人參與犯罪的情況，由於行為人可能僅參與其中部分行為，因此該怎麼對其論斷本來就是學說上的一大難題，特別是在準強盜罪這種模糊不清的犯罪結構裡，更能看出對其性質採取不同理解者的差別所在，以下分述之。

##### (一) 採結合犯者

由於結合犯已經結合兩個犯罪為一獨立構成要件，因此如果是中途才加入的

---

<sup>61</sup> 採此見解有：陳子平，〈準強盜罪論〉，載於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁259；曾淑瑜，〈準強盜罪之共同正犯及既未遂〉，《台灣本土法學》第五十一期，2003年10月，頁189；戰諭威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁36；陳玉蕊，〈準強盜罪之研究〉，中國文化大學法律學研究所論文，2004年，頁59以下。

行為人，可以依照相續共同正犯理論，而論以準強盜罪的共同正犯<sup>62</sup>。

## (二) 採身分犯者

### 1、純正身分犯

此說認為竊盜或搶奪要素屬於刑法總則第三十一條第一項所要求的純正身分，亦即如果不具備竊盜或搶奪身分的行為人，無論如何不能構成正犯，但依照第三十一條第一項規定，其共同實施者仍以正犯論，因此仍可論以準強盜罪的共同正犯<sup>63</sup>。



### 2、不純正身分犯

此說認為竊盜或搶奪身分只是作為刑罰加重或減輕的要素，因此如果未具備此身分之人不能適用具備加重性質的準強盜罪，依照刑法第三十一條第二項，只能科以通常之刑，亦即論以強制罪<sup>64</sup>。

## 六、競合

對於準強盜罪與其他罪之間的競合關係，我國學說與實務並未著墨太多，一

---

<sup>62</sup> 戰論威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁36。要注意的是，採取結合犯性質之花滿堂法官並未論及相續共同正犯理論，而僅單純認為其並為參與前行為犯罪，因此只需論以強制罪即可，參照花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁91。

<sup>63</sup> 甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁161。

<sup>64</sup> 戰論威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁36以下。

一般而言，多認為準強盜罪係竊盜罪或搶奪罪與強制罪的特別規定，因此只需論以行為人準強盜罪即可<sup>65</sup>。比較特別的是，如果行為人係以尖刀劃傷他人右手而趁隙脫逃，與傷害罪之間該如何論處？由於準強盜罪的強制行為所要保護的是他人的人身自由，而不是身體健康，因此其以尖刀劃傷他人右手除了使對方不能(或不敢)向前繼續追躡之外，還傷害了他人身體，應該論以準強盜罪以及傷害罪，想像競合<sup>66</sup>。

### 第三節 德國學說與實務見解

#### 第一項 立法理由

德國刑法第二百五十二條也有類似於我國準強盜罪的規定，其內容為「行為人在竊盜時被當場發覺，為了維護對於所盜財物的持有，而對他人使用強暴或者使用對其身體或生命立即危險的脅迫，同強盜罪處罰。」除了前行為缺少搶奪罪、後行為之主觀意圖缺少脫免逮捕、湮滅罪證、以及客觀上多了發覺要素之外，其規定內容大體上與我國是一致的。

準強盜罪在德國的歷史也是相當悠久，準強盜罪的原型在十九世紀的個別邦立法中就已經出現了，並且第一次以今日所通用的形式出現是在普魯士一八四五年的刑法典草案<sup>67</sup>，其後則被一八七一年公佈施行的德國刑法典所沿用規定，並且至今都沒有變動過<sup>68</sup>。而觀諸其立法理由，之所以將準強盜罪擬制為強盜罪，實務

<sup>65</sup> 甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，1999年，頁169以下。

<sup>66</sup> 最高法院27年上字第346號判例；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁93。

<sup>67</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (164)

<sup>68</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 1

的觀點主要是以德國帝國法院<sup>69</sup>所提出犯罪心理學上的等價理論(kriminal-psychologische Gleichwertigkeitsthese)為基礎，認為「如果行為人在竊盜既遂之後會使用暴力以維護贓物持有，那麼即使在竊盜既遂之前就被發現，也很有可能會使用相同的暴力來獲得財物持有<sup>70</sup>」，因此不論是為了取得物之持有的強盜罪或者是為了維護物之持有的準強盜罪，行為人主觀上的犯罪意向並沒有差別<sup>71</sup>，為了對抗這種具有潛在暴力性的竊盜行為人，有特別保護被害人的需求<sup>72</sup>。因此，關於準強盜罪的立法理由，與我國所不同的是，德國法明顯以行為人的主觀意向作為與強盜罪等價的基礎，認為會為準強盜行為之人也必定會為強盜行為，從而要同等處罰。



德國學界上對於準強盜罪的定位，並不如我國有這麼多不同的說法，一般而言，他們認為準強盜罪既非竊盜罪的加重類型<sup>73</sup>，也不認為其屬結合犯或身分犯架構，而認為準強盜罪是一種「類似強盜的特殊犯罪<sup>74</sup>」，竊盜只是前行為的要求，強制才是構成要件行為<sup>75</sup>。在理由上，除了準強盜罪與強盜罪在客觀上都是保護個人財產以及意志活動自由法益之外，實務也從犯罪心理學的等價理論觀點出發，

<sup>69</sup> RGSt 66, 353 (355)

<sup>70</sup> BGHSt 9, 255 (257); BGHSt 26, 95 (96); Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 1; Wieczorek, Kurzlehrbuch zum Besonderen Teil des StGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 23

<sup>71</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 362


<sup>72</sup> Arzt/Weber, BT, 2000, § 17 Rn. 18

<sup>73</sup> 不過早期也有學者認為準強盜罪的性質為加重竊盜罪，Vgl. LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 2

<sup>74</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 361; Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 209; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 1; Hohmann/Sander BT/ I, 1998, § 7 Rn. 1; Wieczorek, Kurzlehrbuch zum Besonderen Teil des StGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 23; Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 1; Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 1

<sup>75</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 3

補強了行為人與強盜罪相同的主觀不法內涵，因此準強盜罪在不法層次上可以說是與強盜罪相同，而不僅僅是竊盜。此兩者實際上的區別，只在於強暴脅迫行為的運用：在強盜罪，強暴脅迫手段是用來「獲得持有」，而在準強盜罪，強暴脅迫手段則是用來「防衛持有」<sup>76</sup>。不過學說上也有對於實務所謂的準強盜罪與強盜罪具有不法內涵的等價性提出質疑<sup>77</sup>，認為在準強盜罪中，該防護贓物持有的攻擊與在強盜時的獲得持有攻擊相比，只是微不足道的犯罪能量(kriminelle Energie)<sup>78</sup>，因為在竊盜當場被發覺而緊接著作出的強制行為可以被理解為相當常見的「正常心理衝動反應」(normal-psychologische Affektreaktion)或者是所謂的「減輕責任的自我庇護」(schuld mindernde Selbstbegünstigung)<sup>79</sup>，因此準強盜罪並不同於強盜罪。然而在性質定位上，其仍不否認其為一個獨立的犯罪類型<sup>80</sup>。



### 第三項 構成要件解釋

#### 一、客觀構成要件

##### (一) 竊盜或搶奪行為

德國準強盜罪的前行為只規定了一種行為態樣，就是竊盜。基本上，這裡所指的竊盜不是只有第二百四十二條(類似我國刑法第三百二十條第一項)的情形，同時也包括了第二百四十三條以下的各種竊盜類型<sup>81</sup>。當中，較為特別的是，德國刑

<sup>76</sup> 或者說是時間順序上的不同而已，Kindhäuser, BT/II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 1

<sup>77</sup> Geilen, Raub und Erpressung(Fortsetzung), Jura 1979, 669 (669)

<sup>78</sup> Seier, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl- BGH, NJW 1979, 726, JuS 1979, 336 (337)

<sup>79</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 1

<sup>80</sup> NK-Kindhäuser, 3. Aufl., 2006, § 252 Rn. 1, 4f.

<sup>81</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 363。德國刑法第 243 條、244 條及 244 條 a 所規定

法第二百四十七條關於親屬間的竊盜行為、第二百四十八條 a 關於竊盜輕微價值之物的規定，雖然都是屬於告訴乃論，但根據通說的意見，也都可以成為第二百五十二條意義下的竊盜<sup>82</sup>。理由是如果立法者認為親屬間竊盜行為與輕微價值之物的竊盜行為在準強盜罪也應該可以特別優惠的話，那麼應該會如同德國刑法第二百四十三條第二項一樣，將竊盜輕微價值之物的情形排除在特別嚴重竊盜罪(第二百四十三條第一項)之外。因此，既然第二百五十二條並沒有特別排除這兩種情況，可以視為是立法者有意的忽略，在解釋上不應該再類推第二百四十三條第二項之規定<sup>83</sup>。

此外，不同於我國學說意見，德國學說<sup>84</sup>與實務<sup>85</sup>見解多半認為雖然刑法上僅明文規定竊盜一種前行為，但也包括前行為是「強盜罪」的情況。例如：W 在銀行裡以手槍威脅銀行行員支付一萬歐元，之後離開銀行時遇上了前來追捕的警察，為了不失去贓物，便對警察開槍<sup>86</sup>。行為人 W 的前行為並非竊盜罪，而是強盜罪，由於法條僅規定了竊盜，因此 W 之後對警察開槍的行為似乎不能被評價為準強盜罪。但德國學說認為強盜罪的構成要件包含了竊盜罪全部的要素，因此如果將法條竊盜罪的規定解釋為基於不法所有意圖所實施的竊取行為，就可以納入強盜罪。除此之外，相對於竊盜行為，如果行為人為較嚴重的強盜卻可以不適用準強盜罪而回歸強制罪的規定，反而會產生評價矛盾的現象。特別是當行為人在整個強盜

---

的行為態樣類似於我國刑法第 321 條，不過其規定的方式更為細膩，也較為複雜。

<sup>82</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 209; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 3; Rengier, BT/ I , 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 3; Hohmann/Sander BT/ I , 1998, § 7 Rn. 3

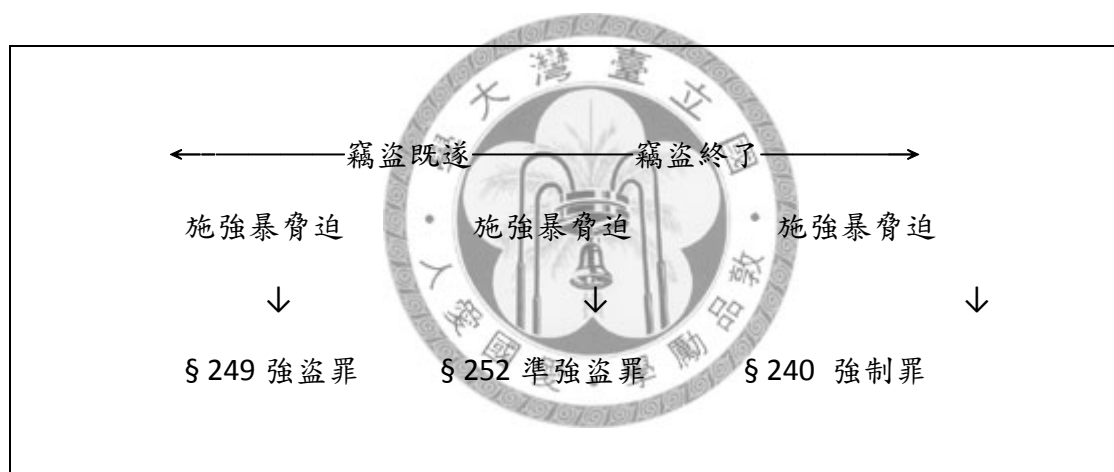
<sup>83</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 207

<sup>84</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 363; Eser, Strafrecht IV, 4. Aufl., 1983, A4-6; Rengier, BT, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn.1, 3; Hohmann/Sander BT/ I , 1998, § 7 Rn. 3; Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 3; Wieczorek, Kurzlehrbuch zum Besonderen Teil des StGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 25; Zöllner, Der räuberische Diebstahl (§ 252StGB) beim Raub als Vortat, Jus 1997, L 89 (91)

<sup>85</sup> BGHSt 21, 377 (379)、BGHSt 38, 295 (299); 不過早期帝國法院採取否定意見，理由是強盜中的竊盜要素已經失去它的獨立意義，以致於不能再分開視之，Vgl. Eser, Strafrecht IV, 4. Aufl., 1983, E6

<sup>86</sup> 案例略改編自 Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 214

過程中的第二次強暴脅迫行為才使用第二百五十條意義下的加重手段的情形時，更是突顯它的重要性<sup>87</sup>。而另一個與我國實務意見不同的地方在於，德國學說<sup>88</sup>與實務<sup>89</sup>要求該前行為必須達於既遂，但最遲在終了之前為強暴脅迫行為才會落在準強盜罪的適用範圍<sup>90</sup>。而所謂的既遂，指的是他人之物的取得，當行為人成功的將該物移轉持有至自己手上時，就已經既遂<sup>91</sup>。至於最後是否能夠終局而穩固的保有該物，則是涉及該竊盜行為是否已經終了的問題<sup>92</sup>。如果行為人於前行為既遂之前即使用強暴脅迫手段，只可能成立第二百四十九條強盜罪<sup>93</sup>；反之，若在前行為已經終了後才使用強暴脅迫手段，則可能成立第二百四十條強制罪<sup>94</sup>。其適用時點如下圖：



【圖一】

<sup>87</sup> Marxen, Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, 2004, S. 311-312

<sup>88</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 208; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 3; Rengier, BT/ I , 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 3f.; Kindhäuser, BT/ II , 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 2; Hohmann/Sander BT/ I , 1998, § 7 Rn. 5f; Wagner, Fälle zum Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., 1998, S. 55

<sup>89</sup> BGHSt 26, 95 (96) 、BGHSt 28, 224 (225f.)

<sup>90</sup> 不同意見，認為竊盜終了後才有 252 條適用可能。Vgl. Dreher, Die Malaise mit § 252 StGB, MDR 1976, 529 (529)

<sup>91</sup> Wagner, Fälle zum Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., 1998, S. 54

<sup>92</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 365

<sup>93</sup> Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 4

<sup>94</sup> Wiczorek, Kurzlehrbuch zum Besonderer Teil des StGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 27



## (二) 強制行為

德國法對於準強盜罪的強制手段要求與強盜罪相同，都要求行為人必須對他人施以強暴(Gewalt)或者以對身體或生命的現時危害脅迫他人(Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)。但是就範圍而言，準強盜罪所指的強制手段，不論是強暴或者是脅迫，都比第二百四十條強制罪所要求的強暴脅迫手段還要來的狹隘<sup>95</sup>，並且對於強制效果顯著性的要求也比較高<sup>96</sup>，不過倒也沒有像我國部分學說一樣，要求必須達於不能抗拒程度。

根據德國通說<sup>97</sup>，本罪的強暴是一種透過力量的發揮或者透過其他心理上的影響，而對他人身體產生作用力的強制，根據其強度及作用方式，足以妨礙他人的意志決定自由以及意志活動自由。它包括了「直接強暴」與「間接強暴」，直接強暴是指行為人以身體的暴力，直接加諸在被害人身上，例如透過對被害人的毆打、綑綁等物理上的方法使被害人採取某種行為選擇<sup>98</sup>；間接強暴則是指行為人的暴力非直接加諸在被害人身上，而是透過對物或第三人物理上的強制，而迫使被害人採取某種非自願性的行為選擇<sup>99</sup>。必須注意的是，「對物強暴」的情形只有當它同時會抑制被害人抗拒時，才會該當，如果僅僅是單純的對物強暴，而未達於抑制被害人抗拒的程度時，並不該當本罪的強暴手段。至於脅迫則是一個取決於行為人的意思而被表達出來的惡害通告，並且必須是一個針對相對人(脅迫的對象)的生命或身體的立即危害<sup>100</sup>。Kindhäuser 認為這裡所說的身體上的立即危害必須是近似於生命危險強度的重大程度，也可以是不作為，例如位居保證人地位的行為人，

<sup>95</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 318

<sup>96</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 187

<sup>97</sup> Kindhäuser, BT/II, 4. Aufl., 2005, § 13 Rn. 4

<sup>98</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 186

<sup>99</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 321; Kindhäuser, BT/II, 4. Aufl., 2005, § 13 Rn. 4

<sup>100</sup> Haft, BT, 7. Aufl., 1998, S. 158

在他人陷於生命危險時，沒有制止該危險<sup>101</sup>。

### (三) 當場發覺

行為人必須在竊盜時被他人當場發覺，才可以適用準強盜罪的規定。而不論是「當場(auf frischer Tat)」或者是「發覺(betroffen)」，這兩個要素都在德國引起相當多的爭論。首先，就「當場」的意義而言，它所指的是一種時間與空間上的密接關係<sup>102</sup>；在時間點上從行為人成功取得他人之物時開始起算，並且至遲直到行為人終局且穩固地持有該物時，就不再是當場<sup>103</sup>。但是就德國實務的意見來看，也不是只要行為人的強暴脅迫行為落在此期間即屬於當場。最典型的案例莫過於計程車案(Taxi-Fall)，該案中，計程車司機 T 在搭載乘客前往目的地的過程中，趁乘客 F 不注意時，偷了他的錢包，但乘客一直未發覺，再繼續開了五十公里的車程之後，F 才對 T 起疑，但這時 T 便將車停在偏僻處毆打 F 並將他推下車。德國聯邦最高法院認為行為人 T 在取得錢包之後，還與毫不知情的被害人 F 共處長途車程，雖然 T 仍與 F 共處於車內，還不能算是已經獲得穩固的持有，但是其竊盜行為在經過這麼久的時間之後，已經失去了當場的性質<sup>104</sup>。相對於此，也有學者認為即使竊盜行為已經終了，仍可能符合「當場」要素。例如：行為人 A 去鄰居家竊盜後離開，而屋主 B 在 A 離開後隨即發現並趕至 A 家詢問，此時 A 對 B 施以強制，若思考到時空關係的狹隘性，儘管行為已經終了，但卻仍屬於當場<sup>105</sup>。

<sup>101</sup> Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 13 Rn. 5

<sup>102</sup> Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 6

<sup>103</sup> Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 5

<sup>104</sup> BGHSt 28, 224 (228f.); 反對意見認為，只要尚未獲得穩固的持有，就還是當場，Vgl.

Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 367; Schnarr, Kann ein Dieb von einem Ahnungslosen im Sinne von § 252 StGB betroffen werden?, JR 1979, 314 (317); 更進一步指出，只有當行為人成功的與被害人分開，該行為才不算是當場，Vgl. Arzt/Weber, BT, 2000, § 17 Rn. 19

<sup>105</sup> Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 4; Küper, BT, 5. Aufl., 2002, S. 95

而當場在空間上的意義則是指行為人必須在行為地或者是行為地附近被發覺<sup>106</sup>，Rengier 對此更進一步的說明：「一個行為要被認為是當場，必須是該行為人的動作符合德國刑法第三十二條第二項意義下的『現在(gegenwärtig)』，而這樣的限縮解釋則是為了確保準強盜罪的情狀與強盜罪的構成要件情狀類似<sup>107</sup>」。此外，Hohmann/Sander 認為即使是在逃跑的過程中遠離了行為地，而在追捕的過程中施以強制仍不失為當場<sup>108</sup>，因為逃跑並不屬於這裡所說的空間上的距離問題，但如果因為逃跑而使得行為人得以終局的獲得穩固持有，行為人之後再對追捕者施以強制，便僅僅是第二百四十條強制罪的問題<sup>109</sup>。

除了當場以外，行為人還要被他人發覺。德國學說認為由誰當場發覺行為人並不重要，可以是該物的所有人、持有人或甚至是無關的第三人<sup>110</sup>。並且該他人事實上是否要對行為人採取追回贓物行動也不重要<sup>111</sup>。但比較有疑問的是：到底怎麼樣才叫做發覺？是否要求他人必須要很明確地發現行為人正在偷竊才該當？還是只要發覺行為人的個體性即可？或者這些都不需要？而此區別實益在於如果行為人在被他人發覺之前就搶先一步施以強暴脅迫，是否還屬於當場被發覺？例如：行為人 T 趁屋主 O 不在的時候侵入他的房子，將 O 的首飾裝進他的袋子裡，正要帶著贓物離開屋子之時，O 回來了。T 躲在門後並且從背後將 O 擊倒在地，然後匆促離開<sup>112</sup>。本案例的被害人 O 根本還沒有發覺 T 的存在，就被先發制人的

<sup>106</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 210; 類似意見, Vgl. Kindhäuser, BT/II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 10f.

<sup>107</sup> Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 5

<sup>108</sup> Hohmann/Sander, BT/ I, 1998, § 7 Rn. 15

<sup>109</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 367

<sup>110</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 368

<sup>111</sup> Kindhäuser, BT/II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 9; 因此如果行為人主觀上錯誤地以為他人是要取回贓物而施強制也該當 Vgl. Blei, BT, 12. Aufl., 1983, S. 208; LK-Herdeggen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 13; Dreher, Im Gestrüpp des § 252 StGB, MDR 1979, 529 (529); Seelmann, Grundfälle zu den Eigentumsdelikten, Jus 1986, 201 (206); Bach, Zur Problematik des räuberischen Diebstahls, MDR 1957, 402 (402)

<sup>112</sup> 簡化自 BGHSt 26, 95 的案例事實。

T 給擊倒，從文義上來看，似乎不能算是「發覺」。不過德國實務<sup>113</sup>與多數說<sup>114</sup>卻都一致地承認這樣的情形有刑法第二百五十二條準強盜罪的適用。理由是在搶先一步對他人施以強暴脅迫情況的不法內涵與被他人發覺後而施以強暴脅迫情形相類似，因為從準強盜罪加重處罰的目的來看，是因為行為人為了防護贓物而施強暴脅迫行為所以才加重刑罰，而不是由有無被他人發覺來決定是否加重<sup>115</sup>。如果僅是因為行為人搶先一步攻擊被害人就可以免於第二百五十二條準強盜罪的適用，這是不公平的，一個在被發覺之前就使用強暴脅迫手段的行為人必須與一個被發覺後才開始使用強暴脅迫手段的行為人同等看待<sup>116</sup>。

德國聯邦最高法院透過這樣的解釋而擴大了「發覺」的範圍，某程度上也是再度強調刑法第二百五十二條的立法理由：懲罰以強盜手段防衛竊盜贓物的行為人<sup>117</sup>。不過如同前述所質疑的，這樣的擴大解釋是否已經逾越了文義的可能範圍？對此否定說認為因為法條所用的文字是比較模糊的「betroffen(遭遇、碰見)」而不是「bemerken(看到、注意到)」<sup>118</sup>，因此在符合事實情況的解釋下，該要素不只包括了被(第三人)發現，也包括了從行為人特定的角度去解釋發覺要素：行為人發覺了第三人，並認為自己將被發覺，所以在即將被發覺之前先行攻擊<sup>119</sup>；或者說雖然被害人在被擊倒之前都沒有察覺到行為人的存在，但是當他被擊倒時，必定發

---

<sup>113</sup> BGHSt 26, 95 (97)

<sup>114</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 211; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 6; Haft, Strafrecht Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil, 3. Aufl., 1996, S. 216; Wiczorek, Kurzlehrbuch zum Besonderen Teil des StGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 28; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 4; Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 4; Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 6; Geilen, Raub und Erpressung (Schluss), Jura 1980, 43 (43); Schünemann, Raub u. Erpressung( II ), JA 1980, 393 (398)

<sup>115</sup> Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 10. Aufl., 2004, S.136

<sup>116</sup> BGHSt 26, 95 (97)

<sup>117</sup> Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 211

<sup>118</sup> Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 4

<sup>119</sup> Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 6; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 6

覺到行為人：雖然他沒有聽到或看到，但是疼痛地感覺到行為人的存在<sup>120</sup>。

而反對意見<sup>121</sup>則是認為不應該包括搶先一步對他人施以強暴脅迫的情形，大致上的理由是當行為人搶先在被他人發現之前使用暴力，並不是被發覺，而是正好妨礙被發覺<sup>122</sup>。而在我們一般的語言慣用法中，通常會把發覺稱為看到或發現他人，如果妨礙發覺也可以被包括在發覺裡時，可能已經違背文義界限，是一個抵觸刑法第一條及基本法第一百零三條第二項的不利類推禁止<sup>123</sup>。而更嚴重的結果則是發覺的要素將從刑法第二百五十二條的構成要件中消失。

## 二、主觀構成要件

準強盜罪的主觀不法除了要求故意之外，行為人進行強暴脅迫行為時還必須具備「防護贓物」的意圖，也就是行為人使用強暴脅迫手段是為了要防護該贓物的持有，因此如果行為人的強暴脅迫手段只是為了擺脫他人的追捕、湮滅證據或者是阻礙犯罪行為的偵查等都不構成準強盜罪，只能論以普通強制罪<sup>124</sup>。不過防護贓物也不需要是行為人唯一的意圖，換言之，儘管行為人為強暴脅迫行為時，除了為防護贓物外，還存有擺脫追捕或湮滅證據等意圖，也可以該當準強盜罪<sup>125</sup>。此外，如果行為人所攻擊的對象並不是為了被害人的利益而剝奪其持有關係時，

<sup>120</sup> Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 10. Aufl., 2004, S. 136

<sup>121</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, BT, 8. Aufl., 1995, § 35 Rn. 41; Hohmann/Sander BT/ I, 1998, § 7 Rn. 9; Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 7; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 368; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, 2004, S. 316; Dreher, Die Malaise mit § 252 StGB, MDR 1976, 529 (529)

<sup>122</sup> Hohmann/Sander BT/ I, 1998, § 7 Rn. 9

<sup>123</sup> Marxen, Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, 2004, S. 316

<sup>124</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, BT, 8. Aufl., 1995, Rn. 43

<sup>125</sup> Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 12

例如：攻擊同樣對該贓物有興趣的同時犯，或者是要求自己分贓部分的共犯<sup>126</sup>，都不能認為行為人具有防護贓物意圖。並且如果行為人在取得持有後又失去持有，為了再度獲得持有關係所為的強暴脅迫行為，也不是準強盜罪，而是強盜罪<sup>127</sup>。

而引起爭論的問題是，如果行為人是出於為了使第三人不法所有而防護贓物的意圖，進而實施強暴脅迫行為，是否也可以該當準強盜罪的主觀不法？例如：A、B 對加油站之服務員 C 進行強盜後立即分贓，而 C 一直追捕 A。B 為了使 A 能夠防護他自己的持有部分，便攻擊 C，使 C 不再追捕 A<sup>128</sup>。對此，德國學說<sup>129</sup>與實務<sup>130</sup>認為由於準強盜罪的構成要件在德國一九九八年第六次的刑法修正時，並沒有如同竊盜罪以及強盜罪般增訂「為第三人不法所有之意圖」，應該是立法者的有意忽略，因此如果只是單純的為第三人防護贓物而實施強暴脅迫，並不該當準強盜罪之主觀不法要件，同時也不可以類推適用竊盜罪或強盜罪的主觀要素<sup>131</sup>。至於此一防護贓物的意圖是否實現，亦即是否真的透過強暴脅迫行為而成功的防護贓物，並不影響主觀要件之成立<sup>132</sup>。

### 三、準用強盜罪之範圍

準強盜罪可以準用強盜罪的範圍在德國學說上並無太大爭議，一般而言除了可以準用第二百四十九條強盜罪之外，第二百五十條加重強盜罪以及第二百五十

<sup>126</sup> Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 14

<sup>127</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 7

<sup>128</sup> 案例來自於 Hohmann/Sander BT/ I, 1998, § 7 Rn. 19

<sup>129</sup> Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 9a ; Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 5; Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 15

<sup>130</sup> BGHSt 6, 248 (250)

<sup>131</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 7

<sup>132</sup> Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 5

一條強盜罪的加重結果犯也可一併準用<sup>133</sup>；甚至連第二百五十六條對於強盜犯的行為監督處分也屬於準用的射程範圍<sup>134</sup>。當中，加重準強盜罪的適用，必須是加重事由存在於實施強制手段的過程中<sup>135</sup>，如果僅存在於前行為階段，是否仍可援引加重強盜罪的刑度則有爭議<sup>136</sup>。此外，加重結果犯的適用，則以該死亡結果是由於行為人的強制行為所造成為前提<sup>137</sup>。

#### 四、既未遂之判斷

相對於我國就準強盜罪既未遂判斷有諸多標準，德國學說倒是十分一致地以強制行為的既未遂作為準強盜既未遂的判斷標準<sup>138</sup>。其根據並不難猜測，因為德國法既以防護贓物為準強盜罪的唯一意圖，準強盜罪的適用自然也就以前行為既遂為前提，因此我國實務見解在德國並無適用餘地。除此之外，既然德國學說認為僅有強制行為才是準強盜罪的構成要件行為，則準強盜罪的既未遂自然也就以該構成要件行為既未遂為判斷標準，至於防護贓物只是意圖，是否達成並不重要。而這個標準唯一的例外則是出現在，如果行為人不知其所盜之物其實是自己的所有物、無主物或者是已經經他人同意取得持有之物時，即使使用強制手段既遂，仍然會因為前行為屬於竊盜未遂(不能未遂)，而僅被論以準強盜未遂<sup>139</sup>。

---

<sup>133</sup> MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 21; Wieczorek, Kurzlehrbuch zum Besonderen Teil des StGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 24

<sup>134</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, BT, 8. Aufl., 1995, Rn. 44

<sup>135</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 12

<sup>136</sup> 請參照下述六、競合部分。

<sup>137</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 375

<sup>138</sup> LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 20; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 372; Hohmann/Sander BT/ I, 1998, § 7 Rn. 23

<sup>139</sup> MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 18; LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 20; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 372

## 五、多數人犯罪

在多數人犯罪的處理上，沒有問題的是前行為的共同正犯如果是為了防護自己持有而施強制行為，不管其施強制行為時手上是否持有贓物都可以被論以準強盜罪的正犯。相對於此，如果僅是前行為的共犯，只有在其實施強制行為時手中持有贓物，才可以被論以準強盜罪的正犯，否則只是幫助犯<sup>140</sup>。不過也有反對意見指出，只有前行為與強制行為均為正犯時，才可以對其論以準強盜罪的正犯<sup>141</sup>。至於中途才加入實施強制行為之人，只有在其完整認識竊盜情狀的前提下參與，才可以因為相續共同正犯理論而被論以準強盜罪的正犯<sup>142</sup>。

## 六、競合

競合部分也是德國學說在處理準強盜罪所遭遇的棘手問題之一，當中沒有問題的是由於法條競合，因此準強盜罪優先於竊盜罪以及強制罪適用<sup>143</sup>。但是在遇有加重事由時，該怎麼論罪則有爭議。一般而言，如果加重事由存在於強制行為階段，則可以論以加重的準強盜罪；但是如果加重事由僅存在於竊盜行為階段，則有認為只能論以準強盜罪，再與加重竊盜罪論以想像競合<sup>144</sup>，也有認為竊盜只是作為前行為情狀，不應因前行為是否具備加重事由而影響準強盜罪的判斷，所

<sup>140</sup> BGHSt 6, 248 (250); Maurach/Schröder/Maiwald, BT, 8. Aufl., 1995, § 35 Rn. 40; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 17; Blei, BT, 12. Aufl., 1983, S. 209

<sup>141</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 373a; Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 222; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 15; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 10; Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 6

<sup>142</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 10

<sup>143</sup> Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 20; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 13

<sup>144</sup> LK-Herdeggen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 21、25



以還是法條競合，僅論以準強盜既遂<sup>145</sup>。

至於在前行為本身即為強盜罪的情況下該怎麼競合？對此，德國多數的看法是認為應該就強盜罪與準強盜罪論以法條競合，而由於準強盜罪也是援引強盜罪的法律效果，因此直接論以強盜罪即可，而沒有必要再透過援引途徑<sup>146</sup>；而如果具備加重事由，則視加重事由存在於哪一階段，便優先適用該罪<sup>147</sup>。此外，如果行為人一方面使用強制行為去取得持有，但另一方面卻又同時是為了要防護不同之物的持有時，則應該成立強盜罪與準強盜罪的想像競合<sup>148</sup>。

#### 第四節 本章結論

雖然德國法的規定與我國不盡相同，不過在立法理由的說明倒是與我國相似，都是基於準強盜罪與強盜罪的類似性，而對於竊盜後使用強制手段的行為加重處罰。在性質爭議上，我國學說除了認為其係一個獨立的犯罪態樣外，還更仔細地就其立法結構提出不同的意見，雖然也因此而引發許多爭議，但是相較於德國學說，其觀察角度卻是更為細膩。而在構成要件的解釋上，與德國法規定不同之處勢必會引發出不同的解釋方向，例如準強盜罪的適用時點是否限於前行為既遂，基本上由於我國準強盜罪規定的主觀意圖除了防護贓物外，尚包括脫免逮捕及湮滅罪證，因此前行為是否一定要既遂才可以適用並沒有嚴格的要求，如果是行為人主觀上出於脫免逮捕或湮滅罪證意圖的情形，前行為也可以是未遂，至於德國則限於前行為既遂的情形。其次，就強暴脅迫手段的程度言，由於德國強盜罪的

<sup>145</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 13

<sup>146</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 377; LK-Herdeggen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 22; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 20

<sup>147</sup> Krey/Hellmann, BT, 13. Aufl., 2002, Rn. 220; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 16; Zöller, Der räuberische Diebstahl (§ 252StGB) beim Raub als Vortat, Jus 1997, L 89 (92)

<sup>148</sup> MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 20

規定本來就沒有將手段提高至不能抗拒程度，因此在準強盜罪的手段程度討論方面，也就沒有特別的爭議，倒是我國對於準強盜罪的爭議幾乎都是集中在此問題點討論；反之，德國實務與學說花了許多的篇幅討論什麼樣的情況才算是「當場發覺」？我國學說卻反而不太重視這一個要素的討論，而這當然跟我國條文文字僅清楚的寫出當場，而未規定發覺有莫大的關係。最後則是行為人如果是出於為第三人防護贓物意圖而施強暴脅迫行為，是否也可以該當準強盜罪的問題，對此，我國幾乎沒有學說就這問題點進行討論，而德國學說則因立法背景的因素而持否定意見。



## 第三章 現行準強盜罪之規定疑慮

### 第一節 前言

第二章是立於解釋論的角度客觀地闡述現行準強盜罪的規定在我國與德國的適用情形。從現有學說與實務見解來看，雖然我國法與德國法的規定不盡相同，不過對於準強盜罪的構成要件應該要怎麼解釋才最適當，兩國倒是一致地處於百家爭鳴的時代。由此可知，準強盜罪本身的規定確實存在一定的疑慮，因此沒有辦法清楚且邏輯一貫地依照某個已確立的上位概念為解釋依據，一路開展適用。基此，本章將直接對現行準強盜罪的規定提出立法論上的質疑，認為導致準強盜罪在解釋論上之所以無法有統一解釋的原因乃根源於其在立法論上採用錯誤的結構，因此如果要使準強盜罪有一致的解釋方向，就必須先了解問題核心、確立前提。本文以下將以第二章所介紹的學說理論及解釋方向為基礎，一一檢討準強盜罪之規定，試圖點出準強盜罪規定之疑慮，以作為第四章釐清準強盜行為本質之基礎。

### 第二節 立法理由的模糊不清

我國準強盜罪的立法理由如前所述，主要是認為行為人在竊盜或搶奪之後，對他人施以強暴脅迫之行為與強盜罪存有極高的類似性，惡性同樣重大，因此也必須同強盜罪一樣處罰，而德國立法理由則更進一步地以犯罪心理學的等價心理理論作為補充，認為會為準強盜行為之人，必定也會為強盜行為，因此準強盜罪

可以說只是時間上晚一點的強盜罪。

不過所謂的「準強盜罪與強盜罪的高度類似性」，並不是立法者簡單一句話就可以證立的。在行為順序上，先使用強制行為再取得他人之物與先取得他人之物後再使用強制行為，儘管在客觀上所造成的結果都是侵害他人的財產以及人身自由法益，不過也不代表兩者就具備高度類似性。因為在現實上要造成相同法益侵害結果的行為可能性有無限多種，可能是想像競合也可能是數罪併罰，如果不是從行為人的主觀來加以確認的話，我們不會知道應該要怎麼賦予行為人正確的評價。

以肇事逃逸罪為例，立法者規定刑法第一百八十五條之四的目的是為了促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護以減少被害人之死傷<sup>149</sup>。因此如果是故意肇事後逃逸的情形，便不適用本條規定。理由是在故意肇事逃逸的情形，行為人一開始的主觀認知就是以肇事的方式侵害他人生命、身體法益後逃逸，不可能要求其在肇事後負起照護責任，因此立法者在案例的設想上一開始就否定這種情形的適用。所以即使行為順序都是肇事後逃逸，並且客觀上所侵害的法益也都是一樣，但由於行為人主觀上的認知不同，所以在評價上也會不同：一開始就是以肇事的方式侵害他人生命、身體法益後逃逸的殺人(或傷害)故意，是直接論以殺人罪或者傷害罪；而過失肇事後另起逃逸決意的行為，則是論以過失傷害與肇事逃逸罪數罪併罰。

同樣地，一開始就是以強暴脅迫手段取得他人之物的(竊盜+強制)故意，與準強盜罪原本主觀上僅出於竊盜故意，因意外而又另起強制故意的情況，如果我

---

<sup>149</sup> 參照第 185 條之 4 之立法理由。反對意見參照潘天蔚，〈肇事逃逸罪的現在與未來〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第六期，2000 年 12 月，頁 56；張麗卿，〈論刑法公共危險罪章的增訂〉，《月旦法學雜誌》第五十一期，1999 年 8 月，頁 59。

們先不管其結合後的高度刑罰問題，依照原本的競合規則，一個是想像競合，另一個是數罪併罰，在現行法的競合評價上就是不同。況且在主觀意圖上，強盜罪與準強盜罪存在明顯不同的文字規定，客觀要件的強制手段也有不同程度要求。因此如果立法者沒有辦法再提出進一步的理由說明兩者間的類似性，恐怕不能單以一句兩者類似就蒙混過關。至於德國實務的等價心理理論也同樣欠缺說理基礎，因為如果不是對於個別的行為人進行心理檢測，我們並沒有辦法確認這個假設具有百分之百的正確性，從而可能導致嫌疑刑罰<sup>150</sup>。

### 第三節 準強盜罪性質之難定

從第二章的介紹當中我們可以發現竊盜與搶奪要素定位的重要性，因為其將會影響之後一連串的構成要件解釋及個案適用。如果認為竊盜或搶奪也是構成要件行為之一，那麼沒有疑問，準強盜罪應該屬於結合犯模式的犯罪型態。但是如果認為竊盜或搶奪僅是代表在施強暴脅迫行為之前的一個狀態(犯罪情狀)，那麼將準強盜罪解釋為「在特殊犯罪條件下的加重強制罪」則是一個可以考慮的方向，又或者如同我國多數見解，認為竊盜或搶奪只是限制犯罪主體的身分要素，那麼就是身分犯。從而我們有必要先行確認此二要素之性質，才能繼續檢視後面的解釋適用問題。

#### 第一項 竊盜、搶奪作為構成要件行為

##### 一、結合犯的立法模式

---

<sup>150</sup> 更詳細的論述請參照【第四章、第二節、第二項、一】

## (一) 結合犯的基本概念

結合犯的意義，簡單來說就是指立法者將兩個獨立的犯罪結合而規定成為一個新的犯罪類型<sup>151</sup>，與其相對的概念則為其犯罪內容並未包含另一獨立犯罪的單一犯。二者之區別實益在於如果是單一犯，由於其法益亦為單一，因此在犯罪構成與否的判斷上，只要以該犯罪類型所保護的單一法益為指標即可，而如果是結合犯，其所保護的法益就是基本犯罪和相結合犯罪所要保護的法益，因此在犯罪的判斷上便必須要注意其同時保護的數個法益，有時更必須要對該數法益做出衡量<sup>152</sup>。

由於結合犯在形式上就是將兩個獨立的犯罪以立法規定使之結合為一罪，而這些被結合的各個犯罪之間的事實態樣可能有無限多種，以刑法第三百三十二條的強盜殺人罪為例，行為人犯強盜罪與殺人罪之間的關連可能是為了強盜而以殺人行為直接作為強制手段<sup>153</sup>，也可能是在強盜後為了滅口而殺死被害人<sup>154</sup>。當中，對於行為數的認定，也有不同的可能性，例如上述的行為人在強盜之初即打算以殺人作為強暴手段，所以是一行為，或者是在強盜之後才心生滅口念頭，為數行為。總之，構成結合犯的事實型態，其兩個單一犯罪之間，在邏輯上可能是想像競合(前者)，也可能是數罪併罰(後者)，但都是透過立法的方式直接賦予其一新的(加重)刑罰範圍，而不必再經競合處理<sup>155</sup>。

---

<sup>151</sup> 從法條的規定方式是否已經明白顯示該犯罪是結合兩個單一犯罪而構成的來看，又可區分為形式的結合犯與實質的結合犯，前者例如：刑法第 223 條；第 332 條；第 334 條；第 348 條等；後者例如：刑法第 328 條強盜罪。

<sup>152</sup> Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 125

<sup>153</sup> 參照最高法院 33 年上字第 1376 號判例、最高法院 30 年上字第 2011 號判例、最高法院 24 年上字第 151 號判例。

<sup>154</sup> 參照最高法院 27 年上字第 2480 號判例。

<sup>155</sup> 參照最高法院 27 年上字第 1631 號判例。

此外，結合犯所要保護的法益就是基本犯罪與相結合犯罪所要保護的法益，並沒有其他新的法益，從而表面上看來雖然是一個獨立的構成要件，實際上卻無獨立保護的法益存在。因此產生的問題是，如此結合規定的實質作用為何？並且要特別要注意的是，以結合犯形式取代一般競合理論所適用的刑罰都是高度的刑罰，例如：強盜放火罪，強盜罪的法定刑為五年以上有期徒刑，放火罪則是無期徒刑或七年以上有期徒刑，因此即使是依照數罪併罰處斷，最高也只能處以無期徒刑，最低則是七年有期徒刑。然而依照第三百三十二條第二項之規定，最低將變成十年有期徒刑，最高更可處至死刑。又例如傷害致死罪<sup>156</sup>，傷害罪最高可處三年有期徒刑，過失致死罪則是兩年以下有期徒刑，因此依想像競合最重也僅是三年有期徒刑，但是依照第二百七十七條第二項前段，卻可以處至無期徒刑或七年以上有期徒刑。換言之，結合犯的立法是以高度的刑罰取代原來一般的刑罰，而探求結合犯模式的立法根據，普遍的說法是因為行為人「惡性之深、實害之鉅」，所以有必要對其加重處罰<sup>157</sup>。

在結合犯的個別問題上，首先關於結合犯的主觀故意範圍，由於結合犯是結合兩個以上的犯罪而為一個獨立的犯罪，地位同於單一犯，因此其故意內涵也應該與單一犯相同，必須對結合犯的全部構成要件事實有包括的認識<sup>158</sup>。基此，通說便認為結合犯的行為人對於兩個單一犯罪之間必須要有所謂的犯意聯絡<sup>159</sup>，不過對於犯意聯絡的內涵則有許多不同的理解，有謂「行為人依其犯罪計畫，在其主觀犯意上即已同時具備各該單一犯罪之構成要件故意，或雖無事先之犯罪計畫，但

<sup>156</sup> 由於結果加重犯本身就是一個故意犯罪加上一個過失犯罪，當然也是屬於結合兩個以上犯罪的結合犯。不過在刑法條文上也有保護同一法益的結果加重犯，例如傷害致重傷罪，對此種同一法益的侵害階段性都分別論罪是否有所必要，是另外可以討論的問題(黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003年，頁406註21)。儘管如此，對於保護不同法益的結果加重犯，依然不能否認其屬結合犯的一種。

<sup>157</sup> 黃金龍，《結合犯之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁30；最高法院91年台上字第5849號判決。

<sup>158</sup> 黃金龍，《結合犯之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁45。

<sup>159</sup> 最高法院30年上字第2559號判例。

在著手實行單一犯罪之行為時，同時萌生另一單一犯罪之構成要件故意，或者在一個單一犯罪甫實行完成後，立即萌生另一單一犯罪之構成要件故意<sup>160</sup>」。也有認為「犯強姦罪而後故意殺被害人者，壞人名節，毀人生命，惡性重大，應不問其殺人是否臨時起意，均依結合犯處斷<sup>161</sup>」。至於實務對於結合犯的主觀故意範圍認定則更寬，原最高法院三十年上字第二五五九號判例要求「結合之罪間以具有犯意聯絡關係為其成立要件，若犯意各別，則不相關連之犯罪行為，即不得以結合犯論」，但後來最高法院於一九九六年第二次刑庭決議提案變更決定不再援用此判例，認為結合犯間的故意不必出於預定之計畫，只需兩者有所關連即可依結合犯論斷，大大的放寬結合犯的主觀故意內涵，並且這裡所說的關連指的似乎僅止於時空關係上的緊密性，而不是行為時故意的問題<sup>162</sup>。基此，所謂的結合故意並不以一開始就對於所有構成要件事實有所認識，只要兩個行為的故意在一個緊密的時空關係下產生即可。

其次在客觀行為順序上，由於結合犯既然是對等地保護雙法益，那麼在結果上只要是侵害雙法益，無論是哪一個先被侵害，應該沒有差別，因此不論是先強盜後殺人，或者是先殺人但在被害人未死前再取財，同樣都會構成強盜殺人罪<sup>163</sup>。不過在某些結合犯的條文中，已經明確地以構成要件文字要求行為的順序，例如強盜罪，其規定「以強暴、脅迫…致使不能抗拒，而取他人財物…」，明顯地必須先施以強暴脅迫等行為才進行取財，而不能相反，所以在這種已經限定行為順序的犯罪類型，順序相反便不該當其罪。

<sup>160</sup> 林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁405。

<sup>161</sup> 陳煥生，〈結合犯適用法律問題之研究〉，收錄於《刑法七十年之回顧與展望紀念論文集》，2001年，頁169、170。

<sup>162</sup> 就此，有提出結合犯尚有主觀上未有牽連關係，僅係單純併合的類型，參照黃金龍，《結合犯之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁70、71。

<sup>163</sup> 黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003年，頁415以下。



## (二) 準強盜罪為結合犯

如前所述，結合犯之結構是合併兩個以上的犯罪而為一新獨立構成要件，因此單就法條文字看來，準強盜罪絕對是結合竊盜罪與強制罪而成的結合構成要件。但是縱使法條文字以兩個以上的獨立犯罪要素作為構成要件，也不一定就是結合犯，例如上述所舉之肇事逃逸罪，「肇事」並非構成要件行為，僅僅是創設行為人救助義務的事實。因此準強盜罪中的「竊盜或搶奪」，也可能只是一個發展成為準強盜的起始狀態(Ausgangslage)<sup>164</sup>。

由於結合犯從犯罪構成要件來看，不單單是結合兩個以上獨立犯罪的構成要件，同時在法益保護內涵上也必須吸納該兩個以上獨立犯罪原本所欲保護之法益<sup>165</sup>。因此，在通說<sup>166</sup>認為準強盜罪所欲保護之主要法益為財產，並同時保護人身自由法益的前提下，要將準強盜罪的竊盜行為單純地認為是前行為(Vortat)，而非構成要件行為，似乎有些勉強。換言之，肇事逃逸罪之肇事要素，並非肇事逃逸罪所要保護的法益之一，因為肇事本身另有過失傷害罪可資適用，從而肇事逃逸罪僅存在單一法益，亦即對被害人即時救護以減少被害人之死傷，所以肇事逃逸罪不是結合犯；又例如 Küper 認為準強盜罪的竊盜性質類似於贓物罪已存在的前犯罪，都是因為有先前的這個犯罪行為，才導致後行為(在準強盜罪為強制行為，在贓物罪則是第三人的收受贓物行為)的特殊不法內涵<sup>167</sup>。但是由於贓物罪所要保護的依然只有單一法益，亦即防止第三人的介入而使得財產犯罪所得之物難以追及

<sup>164</sup> 薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向－兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁7。

<sup>165</sup> Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 125

<sup>166</sup> 僅參照陳玉蕊，〈準強盜罪之研究〉，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2004年12月，頁12。

<sup>167</sup> Küper, Vollendung und Versuch beim räuberischen Diebstahl, Jura 2001, 21 (22f.)

或回復<sup>168</sup>，並不包括前犯罪之財產法益，所以也不是結合犯。但在準強盜罪，從其同強盜罪處罰的法律效果即可以看出，基本上準強盜罪所要保護的法益與強盜罪相同，都是保護財產法益以及人身自由法益，也就是結合犯結合雙構成要件，保護雙法益的標準模式<sup>169</sup>。

而在主觀不法方面，結合犯要求行為人必須在主觀上具備結合故意，也就是通說所說的兩罪之間必須要有「犯意聯絡」，從而準強盜罪行為人一開始對於後來的強制行為並無認識，似乎不具備結合故意。但是一來學說上對其要求也不是相當嚴格，認為「在一個單一犯罪甫實行完成後，立即萌生另一單一犯罪之構成要件故意」的情況下也可以該當，加上近來實務已逐漸放棄行為人在行為時就必須對各犯罪出於預定計畫的要求，是否在前行為結束前即產生後行為決意就不是那麼重要。而從大法官釋字第六三〇號的解釋理由來看，「準強盜之取財行為與施強暴、脅迫行為之因果順序，雖與強盜罪相反，卻有時空之緊密連接關係，以致竊盜或搶奪故意與施強暴、脅迫之故意，並非截然可分，而得以視為一複合之單一故意」似乎也認為準強盜罪的主觀要件類似於結合故意，雖然並未說明為何兩個完全出於不同決意下的故意，可以當作結合故意，不過此一見解倒也符合實務上越來越寬鬆的要件：只要是前後行為是出於一緊密的時空關係，就可以認為行為人主觀上具備結合故意，從而即使行為人於竊盜之時並未對後來的強制行為有所認識，但只要其當場另生強制故意，也可認為已經具備結合故意。至於客觀上的行為順序，準強盜罪也屬於立法者已經明文限定的類型，亦即行為人必須先為取財、後施強制才可能該當本罪。

---

<sup>168</sup> 最高法院 41 年台非字第 36 號判例、朱炳耀，《贓物罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993 年 6 月，頁 71。

<sup>169</sup> 對於結合犯的定義有多種說法，但多脫離不了此一核心，參照黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003 年，頁 400 以下。

## 二、結合犯的違憲疑慮

### （一）違反比例原則

結合犯的立法模式最被質疑之處在於，立法者為什麼可以以一個模糊不清的「惡性重大」作為加重刑罰的根據？事實上，立法者在此所提到的「惡性」，並不是我們刑法當中所精確使用的字詞，精確地說，是立法者已將惡性轉化為刑法各個條文所展現出來的構成要件內涵，亦即刑法當中的每一條規定，都是著眼於其惡性重大，所以我們才會決定以較為嚴厲的刑罰作為手段，而非民法的損害賠償或者行政罰法的罰鍰。換句話說，如果行為人該當刑法上所規定的構成要件，那麼也就表示該行為人已經具備立法者所說的「惡性重大」，因此，以惡性作為處罰的依據，已經反映在每一個具體條文的規定上。當然，由於結合犯係將兩個單一犯罪結合在一起，因此其惡性自然比單一犯罪還要重大，不過對於多數犯罪，我們的選擇是在競合體系作相對應的處理，更重大的惡性要處以更重的罪，所以數罪的處罰結果當然會重於單一犯罪。只是在此立法者的意思似乎是認為在其以結合犯規定的犯罪態樣當中，單憑競合體系所處理的結果還不夠去衡平其惡性，也就是處罰還不夠重。但是，如果該二犯罪的惡性不是早已在其原本的構成要件當中表達出來，那麼是否兩罪結合還會形成一新的惡性，有待確認<sup>170</sup>。基此，如果立法者沒有辦法對惡性提出一個明確且合理的判斷標準，即以結合的方式而論以高度的刑罰，行為的不法內涵與刑度比例顯然失衡，有違憲法比例原則中過度禁止原則轉換至刑法上的殘虐刑罰禁止原則<sup>171</sup>。

<sup>170</sup> 基本觀念來自黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003年，頁482以下。

<sup>171</sup> 憲法上比例原則運用在刑事立法上的轉換是：適當性原則—恣意立法之禁止；必要性原則—刑罰謙抑原則；過度禁止原則—殘虐刑罰禁止原則。參照李惠宗，〈論比例原則作為刑事立法的界限—大法官釋字第五一七號解釋評釋〉，《臺灣本土法學》第十八期，2001年1月，頁30以下。

從現實一點的角度來看，也許立法者就是認為光依賴競合原則處罰不夠重，所以在特定的情況要特別再加重處罰。這樣的看法，一方面顯示出對於競合制度的不信任，另一方面也顯示出刑罰已經淪為情緒的操縱工具。一般而言，競合制度所規定的各種量刑方式，都是基於罪責原則而來，行為人是一行為還是數行為；侵害一法益還是數法益都有不同的量刑方式，而該方式也是我們綜合所有不同的犯罪情況所能接受的計算結果。如果刑罰的目的是以懲罰行為人、滿足社會對於報復的情緒為前提，對於行為人違犯數罪的情形，我們可以一律都使用累加原則作為量刑方式，如此一來，最能反映行為的全部不法，也是對行為人最嚴厲的處罰。但問題是，刑罰對於一個人的作用並不是這麼簡單，由於人的生命有限，當刑罰累加的數字到達一定程度後，對於人生活的質素可能完全改變，例如五年加五年固然等於十年，但後加的五年很可能就是使一個人完全無法復歸社會的的五年，甚至於對於違犯多項犯罪的行為人而言，累加的結果可能是七八十年、甚或上百年，以致於等同完全隔離至絕望、老死<sup>172</sup>。因此，刑罰的功用不應該是滿足社會對於犯罪人的復仇情緒，當我們真的不顧罪責原則而對一個人論以相當重的刑罰時，除了社會大眾認為痛快之外，其實對於未來的犯罪預防效果著實有限<sup>173</sup>，而作為代價的則是犯罪人的青春以及復歸機會。

此外，立法者都是一律假設結合犯的惡性特別重大，所以加重處罰。但是相反地，也可能是必須要特別減輕的情節，例如：受虐婦女不堪丈夫長期以來的家暴，在一次遭受暴力終於忍無可忍地殺了丈夫，並在其尚未死亡之前，為了逃亡之用而拿走其身上的現金。依照現行法，也必須對其論以強盜殺人罪。而如果沒有結合犯，依照原本競合規則，法官本來可以依據行為人違犯各項犯罪的個別情狀而考量要論以多重的刑度，之後再併合處罰。所以以這個例子來看的話，如果

<sup>172</sup> 黃榮堅，〈數罪併罰量刑模式構想〉，《月旦法學》第 123 期，2005 年 8 月，頁 56。

<sup>173</sup> 根據盧映潔教授所作的重刑政策與犯罪率的研究，發現刑罰手段的輕或重並沒有任何促進或抑制犯罪的作用，參照盧映潔，〈我國刑法重刑化的趨勢與死刑之廢除〉，收錄於《戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集》，2004 年，頁 110。

法官斟酌五十七條的科刑標準後，認為行為人的不法及罪責沒有那麼高，應該分別就其強盜罪與殺人罪論以最低刑度五年以及十年，再併合處罰，最高也只是十五年的有期徒刑。但是一旦採取結合犯的重刑結構，則一躍變成最低無期徒刑，最高死刑的結果。又例如彰化地院 97 年訴字第 346 號判決的犯罪事實，被告因年紀已大，謀生不易而淪為拾荒之流浪漢，為果腹充飢而持撬鐵釘扳手強盜泡麵一箱，依照加重強盜罪的高度刑罰，縱使法官援引古語「飢寒起盜心」，依加重強盜罪名最輕七年有期徒刑，按刑法第五十九條規定減輕其刑<sup>174</sup>，而判決三年八個月，但對出於經濟困頓而犯罪的被告而言可能仍嫌過重。而這也是結合犯所帶來的必然難題，除了實質剝奪法官在個案的裁量權限外，也與社會大眾對其表示同情的情緒有所落差。

基此，本文認為重罰有其極限，而控制極限的開關即是罪責原則。既然各罪基於罪責原則原本就有各自適當的刑罰範圍以資適用，除非立法者能夠很明確的告訴我們當這些犯罪結合在一起之後，超越了原本刑度所預設的範圍，否則一昧地將刑度無限上綱所帶來的痛苦效應已經逾越比例原則。

## （二）違反平等原則

現行法對於結合犯的規定並非全面性的取代數罪併罰或想像競合，僅是選擇性的取代。除了立法者一再宣稱的惡性重大之外，如果我們實際就法條中被規定成結合犯的事實態樣來看，立法者之所以決定某罪與某罪應該要結合再加重處罰的主要理由，應該是著眼於此二罪之間經常是伴隨發生，例如行為人在犯強盜罪時，為了湮滅證據常常也會為殺人、放火等行為；或者是二罪之間有相互利用關

---

<sup>174</sup> 況且五十九條酌量減輕規定的要件極為嚴格，必須是在客觀上顯然足以引起一般同情才可適用，以致於不能以此規定為由作為彌補結合犯加重處罰的後盾。

係，例如強盜罪即是以強制行為作為手段而犯竊盜罪。因此立法者為了嚇阻這種伴隨犯罪或利用犯罪的情形而加重刑罰。換句話說，是以犯罪與犯罪之間伴隨或利用的機率高低作為差別待遇基礎。

然而，犯罪機率高低，在罪責層次上所顯示的意義是，人從事某一個行為的機率越高，不管因素是出在什麼地方，都代表一般人對於此種行為的免疫能力越低<sup>175</sup>，例如行為人強盜後可能害怕東窗事發所以殺人滅口，儘管我們都同意殺人滅口不是我們所能接受的結果，但是無論如何在犯罪當時湮滅證據是其誘使其殺人的心理誘因，即使不能做為罪責上的減輕事由，也不能成為加重事由。而在相互利用犯罪的情形也是一樣，如果行為人利用使人不能抗拒的強制力會讓他比較容易達到取財的目的，那麼我們有什麼理由抑制行為人不要利用這種高成功率的手段呢？此外，如果這裡所說的高機率指的是社會上發生這種結合犯罪的機率太高，以致於需要重罰來預防，則更有問題的是行為人充其量也只是為該結合犯罪而已，因此其也只需就其犯罪所造成的侵害負責即可，即使社會上有許多人也都是違犯該結合犯罪，那又如何？換言之，社會上多數人也都在違犯同樣的結合犯罪並不是行為人所能支配的結果，反而是整個國家社會所必須反省的制度結構問題，沒有讓行為人為社會高犯罪率負責的道理。

退萬步言，即使機率高低可以作為差別待遇的理由，立法者也不是只要具備這種高機率伴隨或利用關係的兩個犯罪，都採用結合犯的立法結構。其他未被結合的兩個犯罪，例如為了賺取購買毒品的金錢而強盜；醉態駕駛因而致人於死傷後逃逸等，其兩個犯罪間的伴隨機率或利用機率也都相當高、實際造成的損害結果也不比現行結合犯所造成的損害結果還要低，一般人的情緒反應上更不見得就會覺得前者的惡性就比較不重大，為什麼此類犯罪就可以免於用結合犯的方式來

---

<sup>175</sup> 黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003年，頁496以下。

做處理，而僅適用一般競合規則？換句話說，即使用機率高低作為差別待遇的理由，也有違反憲法上平等原則之虞。

質言之，現行的競合體系，不論是想像競合或數罪併罰等概念都是基於比例原則以及訴訟經濟的思考所設定出來的規則，根據想像競合或數罪併罰所計算出來的刑度，原則上是一個我們大家都能夠接受也認為合理的刑度。如果立法者著眼於社會型態的變遷以及人民法治觀念的轉變而認為這一套競合規則所規範出來的刑度，已經不再適用於現代社會，那麼所要修正的也應該是整套競合體系，而不僅僅是任意地挑選兩個犯罪作為結合犯，並以模糊不清的「惡性重大」作為重罰的基礎。因此不論是形式的結合犯也好、實質的結合犯也好，總之結合犯的立法技術勢必違憲。



## 第二項 竊盜、搶奪作為身分要素

### 一、身分犯的立法模式

#### （一）身分犯的特殊意義

相較於將準強盜罪定位為結合犯，我國多數的學說認為竊盜或搶奪的性質，應該是對於行為人的身分要求，也就是將準強盜罪視為身分犯，只有犯竊盜或搶奪罪之人，才可能成為準強盜罪的正犯。

所謂身分犯的概念是相對於一般犯而言，一般犯是指不論是誰，都可以成為

該罪的正犯，而身分犯則是必須具備該罪所要求的身分，才可能成為正犯<sup>176</sup>。所以基本上身分犯的概念最大的功能在於規範多數人共同犯罪的情形。而依照該身分是作為構成犯罪的要件，或者是作為刑度加重減輕的要件，又可以區分為純正身分犯與不純正身分犯<sup>177</sup>。如果是前者，則只有具備該身分的人才能構成該犯罪，例如公務員圖利罪，不具備公務員身分之人並不會構成該罪；如果是後者，由於具備該身分與否只是作為刑度上加重或減輕的因素而已，因此原則上不論是否具備該身分都一定會構成刑法上的基本犯罪，只是適用的條文有所不同，例如殺害直系血親尊親屬罪，如果行為人不是被害人的直系血親卑親屬，則只會構成普通殺人罪，而不是殺害直系血親尊親屬罪。

不過如果從單一正犯的角度來理解身分犯，只要行為人能夠透過他的行為而支配利益侵害的實現，刑法沒有理由只對他論以共犯的評價。以特殊身分作為構成要件要素的犯罪也是相同，不法身分指的是對於利益侵害的破壞，也就是除了構成要件行為之外，還必須具備該身分要素才會對於刑法所要保護的利益，造成侵害的結果<sup>178</sup>，但是不具備該身分之人，仍然可以透過具備該身分者而侵害該罪所要保護之利益。罪責身分則是著眼於行為人在行為時的特殊狀態，而在刑度上有不同考量，但其在客觀上所造成的利益侵害與基本犯罪事實上並無差別。因此不具備該身分之人，絕對無法透過利用具備該身分者而獲得該罪之評價，只能回歸適用基本犯罪。

我們之所以將一個行為規定為犯罪，在於該行為侵害了法益。因此要判斷一個人要不要負責，並且要負責的範圍有多大也應該回歸法益侵害的概念。身分犯的規定也是如此，我們之所以要在某些犯罪特別限制其犯罪主體只能以某種身分

---

<sup>176</sup> Otto, AT, 5. Aufl., 1996, § 4 Rn. 17f.

<sup>177</sup> Wessels/Beulke, AT, 32. Aufl., 2002, § 1 Rn. 39

<sup>178</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 8 Rn. 31



為前提，如果撇開該身分不談，行為人也會同時該當刑法上的基本犯罪時，代表刑法在此的考量已經不再是利益侵害的問題，而是關注於行為人的個別狀態。反之，如果不會同時該當刑法上的其他犯罪，則代表只有當其身分與構成要件相結合時才會對於法益造成侵害，也才有處罰的必要。因此本文基本上贊同以不法及罪責身分概念來理解身分犯。當然不法或罪責身分與通說的純正或不純正身分的概念並非完全不相容，反而在大多數的情形下，不法身分通常會與純正身分重疊，例如公務員圖利罪的公務員；罪責身分則會與不純正身分重疊，例如殺害直系血親尊親屬罪的直系血親卑親屬。只是如果從刑法規範的角度來看，以不法或罪責作為區分的標準比較合理，因此以下的分析也都是以這個角度為出發點。

## （二）準強盜罪為身分犯

刑法第三百二十九條只規定「竊盜或搶奪」，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施強暴、脅迫者，以強盜論。就形式上而言，很難看得出來竊盜或搶奪是否為身分要素，因為它不像是公務員或者是直系血親卑親屬一樣那麼典型地讓我們可以直覺地反應出它是個身分。不過在解釋上並非沒有身分犯存在的空間，因為如果考量到整個犯罪流程，可以猜測立法者當初所想像的行為態樣應該是：行為人在竊盜或搶奪之後當場對他人施以強暴脅迫，所以當然是只有犯竊盜或搶奪行為的人才會構成準強盜罪，從而是身分要素。

不過即使是身分要素，也還必須要區分其為何種身分要素。由於基本上本罪所要保護的法益也包括財產，因此竊盜或搶奪要素在這裡所彰顯的應該是一個利益侵害，而不是立法者有意在此對於已經為竊盜或搶奪的行為人進一步期待他們不會出於特定意圖而為強制行為。因此如果要把準強盜罪解釋為身分犯，竊盜或

搶奪的要求應該是建立在不法意義的基礎上，也就是一個不法身分<sup>179</sup>。而要特別說明的是，雖然不具備竊盜或搶奪身分的人實施強制行為也會構成普通強制罪，不過基本上普通強制罪與準強盜罪所要保護的法益範圍已經有所出入，所以普通強制罪並不是準強盜罪的基本型態，不能以行為人不具該身分仍然會構成刑法上的其他犯罪而認為其屬於罪責要素<sup>180</sup>。而將竊盜或搶奪視為準強盜罪的不法身分要素，所代表的意義是竊盜或搶奪也指示了準強盜罪的不法內涵，不僅僅是單純的拆為前後兩個行為，作為行為順序上的排列指示而已<sup>181</sup>。

## 二、與結合犯的關係

基本上，我國通說不僅認為準強盜罪是身分犯，同時其更否認準強盜罪為結合犯，所以從通說的立場而言，這兩者似乎是不能併存的概念。

然而所有刑法上的概念都只是為了幫助我們能夠更深入地瞭解一個犯罪的特性而被創設出來的名詞，沒有一個犯罪天生就一定是結合犯或者一定是身分犯，一個犯罪之所以是結合犯或者是身分犯都是我們透過解釋所建立出來的，所以這兩個概念並非一定相互排斥。從前面對於基本概念的描述可以發現，我們要把一個犯罪叫做身分犯，主要是從行為主體的角度所切入，而其區別實益在於什麼樣的人才能構成該罪。但是如果從構成要件行為的觀點來看的話，由於可以確定的

---

<sup>179</sup> 相對於此，國內多數見解認為準強盜罪應當屬於不純正身份犯（陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁257以下；戰論威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁30），也就是不具備此身份者，只能論以強制罪。

<sup>180</sup> 在這個脈絡下，通說將其理解為不純正身分犯，可能不盡正確。相同意見：陳玉蕊，《準強盜罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2004年12月，頁24以下。

<sup>181</sup> 類似意見，Küper, Vervollendung und Versuch beim räuberischen Diebstahl, Jura 2001, 21 (22f.); 不過要注意的是，Küper並不是在身分犯的脈絡下來理解竊盜行為，而是從與強盜罪的不法內涵中比較得出。

是準強盜罪也保護財產法益，基於只有行為才能破壞法益的前提，竊盜或搶奪當然也是準強盜罪的構成要件行為之一，所以準強盜罪是結合犯。換言之，當行為人著手於竊盜或搶奪行為時，同時也是在為自己取得違犯準強盜罪的不法身分，之後才又繼續進行第二個構成要件行為，所以準強盜罪既是結合犯，也是身分犯<sup>182</sup>。

至於通說否認準強盜罪為結合犯的理由主要有二，其一是認為如果竊盜或搶奪也是構成要件行為，那麼豈非行為人在著手於竊盜或搶奪行為時就等於是準強盜罪的著手，如果在竊盜或搶奪時即被發覺而停止行為，也可以被論以準強盜未遂，然而行為人於竊盜或搶奪時對於強制行為根本沒有認識也沒有意欲，充其量只能論以竊盜或搶奪未遂<sup>183</sup>。其二是如果準強盜罪是結合犯的話，那麼行為人在犯罪之初就應該對於所有的構成要件都有概括的認識，然而準強盜罪是一個意外犯罪，行為人如果不是被當場發覺，也不會有強制故意。就第一個質疑而言，其實是出於對著手概念的誤解，如果我們承認所謂的著手就是使得構成要件完全實現那一剎那的行為，那麼很明顯地，只有在著手為強制行為時才是準強盜罪的著手，從而該質疑可以說是打擊錯誤；而第二個質疑在前述對於準強盜罪的結合故意已經作出說明，在此並不重述。

原則上，身分犯與結合犯是基於不同的觀察角度所得出的概念，與身分犯相對的概念是一般犯；與結合犯相對的概念則是單一犯，既然兩者並非相對概念，當然也就不必然存在互斥關係。如果依照通說所言，此二概念相互排斥，而竊盜或搶奪僅是身分要素，那麼要強調的是準強盜罪的構成要件行為就只有強暴脅迫行為，但是問題是，行為人實施強暴脅迫行為時，其實只有侵害人身自由法益，而不及於財產法益。況且身分犯所要處罰的並不是身分的由來，而是以該身分所

<sup>182</sup> 相同結論：周治平，《刑法各論》，1968年，頁819以下；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000年10月，頁86。

<sup>183</sup> 陳子平，〈準強盜罪論〉，收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》，2001年，頁232

違犯的構成要件行為，即使是不法身分也是一樣，雖然不法身分本身表彰的是利益侵害，但所要評價的仍然是該身分者透過其構成要件行為所造成的利益侵害，而不是對該身分的獨立評價。如果該身分的取得另外可以論以獨立犯罪，是另一個罪要去評價，不應該與本罪混淆。刑法上一個貼切的例子是肇事逃逸罪的規定：儘管肇事本身即代表過失傷害，也就是對他人身體法益的侵害，但當其僅作為身分要素，而不是構成要件行為被列在肇事逃逸罪的構成要件裡時，我們不會說肇事逃逸罪也保護過失傷害罪裡的身體法益，而僅是後來逃逸行為的另一個救助他人身體生命的法益。所以依照通說的邏輯，一方面要說竊盜或搶奪僅是身分要素，另一方面又要說準強盜罪同時保護財產以及人身自由法益，顯然自相矛盾。

因此結論上，從構成要件行為及保護法益方面來看的話，準強盜罪屬於結合犯；若從行為主體方面來看的話，準強盜罪屬於身分犯，並且此一身分是不法身分，代表不具備此身分之人也可以利用竊盜或搶奪行為人違犯準強盜罪。而這個結論與結合犯對於多數人犯罪的處理結果並不矛盾，因為依據相續共同正犯理論本來就不要行為人一開始就必須參與犯罪。因此一定要說準強盜罪僅屬於其中一種而不是另外一種，其實是忽略另一個觀察角度所造成的盲點或者只是一種信念上的偏執而已。

### 第三項 竊盜、搶奪作為加重情狀

一個擺脫結合犯犯罪型態的出路是將竊盜或搶奪視為加重構成要件當中的加重情狀，意即準強盜罪禁止行為人在先為竊盜或搶奪的情狀下，出於特定意圖對他人施以強暴脅迫，因此構成要件行為依然是強暴脅迫行為，不會有結合犯違憲的疑慮。不過相對的，如果將準強盜罪解釋為加重的強制罪，首先要被質疑的是，為什麼準強盜罪在刑法分則的體系分配中，是放在強盜罪之後也就是財產犯罪章

裡，而不是置於強制罪之後？其次是，既然準強盜罪著重的是行為人在竊盜或搶奪行為當場對他人施以強制行為的危險性，也就是暴力犯罪的部分，然而行為人在為竊盜或搶奪行為之後的強制行為，與第三百零四條強制罪的強制行為，在危險的程度上有何不同？換句話說，為什麼在竊盜或搶奪之後的強制行為就一定比較嚴重？就此問題，在新進學說認為應該要將強制程度限縮至與強盜罪一般「不能抗拒」程度，或大法官解釋認為至少也要到達「難以抗拒」程度的解釋下，似乎可以證明準強盜罪相較於強制罪的確是比較危險。不過要注意的是，這裡說的比較危險是單就強制的程度而言，而不是因為行為人之前的竊盜或搶奪行為所造成。質言之，攜帶凶器竊盜、結夥三人以上竊盜，之所以要加重處罰是因為不論攜帶凶器或者結夥三人以上對於竊盜所造成的危險性或者是對於實施竊盜的便利性都有提升的作用<sup>184</sup>，因此可以論為加重竊盜罪。但是在準強盜罪中，就對被害人的危險程度而言，我們看不出來竊盜或搶奪要素的存在與強制罪的危險程度差別在哪裡。（同樣都是毆打他人，先為竊盜或搶奪行為，就會打的比較大力，一般的強制情況就會打的比較小力？）

對此，學說上有認為行為人在竊盜時因被當場發覺通常會陷於心理上的困境，例如激動或緊張的情緒，而導致其特別容易為了防護贓物等目的，對被害人施以強暴脅迫，因此準強盜罪的不法內涵是源於行為人於竊盜當場被發現所引發的特別危險情狀以及由此而生的行為人的特別危險性<sup>185</sup>，所以要加重處罰。但問題是，由於強制罪就是規定所有在客觀上對他人施以強暴脅迫行為，主觀上也具備強制故意的行為態樣，因此只要行為人在客觀上對他人施以強暴脅迫行為，主觀上也具備強制故意就是構成強制罪，與行為前是否具備特殊誘因無關，就像我們不會說，因為行為人殺了人後通常會為了湮滅罪證而毀損屍體，所以殺人後的毀損屍

<sup>184</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 8 Rn. 62

<sup>185</sup> Geilen, Raub und Erpressung (Fortsetzung), Jura 1979, 669 (669) ; LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 10

體要加重處罰一樣。因為之前的行為對於強制行為本身並無增強作用，也不會便利強制手段的實施。況且行為人為了防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證所以有較強烈的動機誘使為強暴脅迫行為，顯示的意義是行為人在此對於不為強制行為的抵抗力極低，反而必須導致減輕刑罰，而非加重。如果不顧行為人此時的低度期待可能，而基於相反想法，認為就是這種情況特別容易導致強制行為，所以更要處罰，是否真會導致行為人看在刑法加重處罰的份上，就比較理智而不被誘使，其實際成效令人質疑。

而另一個更重大的問題是，如果僅將準強盜罪的構成要件行為限制於強暴脅迫，代表本罪所要保護的法益僅有人身自由法益，但問題是保護單一的法益是否值得五年以上的重刑？如前所述，在強盜罪保護雙法益而提高至五年以上重刑的情形，都已經有違反比例原則之虞，在此僅保護單一人身自由法益竟也可以被論以五年以上的刑度，恐怕更不能通過比例原則的檢驗。因此結論上，竊盜、搶奪要素應該不是強制行為的加重情狀，而是準強盜罪的構成要件行為之一。

#### 第四項 小結

不論就準強盜罪的規定形式或者實質的保護法益言，將竊盜或搶奪要素解釋為構成要件行為，也就是將準強盜罪解釋為結合犯的犯罪結構應該是唯一合乎邏輯的結論。至於通說認為其僅屬於身分要素，絕非構成要件行為的說法，雖然可以使準強盜罪免於陷入結合犯的違憲爭論，但在說理過程卻自相矛盾而無說服力。因此在立法者認為其與強盜罪具備類似性的前提下，準強盜罪作為結合犯的結論並不令人驚訝。只是由於結合犯的立法模式天生有它違反憲法原則的疑慮存在，因此，如果準強盜罪屬於結合犯，勢必也會得出違憲的結論。

## 第四節 構成要件規定的困境

### 第一項 前行為態樣之選擇

#### 一、平等原則之檢驗

憲法上平等原則的內涵，指的是相對平等、實質平等，而非要求法律待遇均一化之形式平等、絕對平等，此係尊重個人人性尊嚴之前提下，為對應人類源於先天或後天原因之事實上、社會上之差異而生之要求<sup>186</sup>。質言之，不僅僅是行政上必須平等地適用法律，連立法者制定法律都必須受憲法第七條規定的拘束，沒有正當理由不得在法律上差別對待，對部分人民給予特權或優待，或對另一部份人民構成歧視或不利益<sup>187</sup>。依大法官解釋的用語就是「對於相同的事件，應為相同的處理；不同的事件則得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別對待<sup>188</sup>」，如果對於相同的事件為不同處理或是對於不同的事件為相同處理，都係違反平等原則。

立法者對於準強盜罪的前行為態樣僅選擇了竊盜或搶奪，然而在現實生活當中，並不是只有行為人在竊盜或搶奪之後，才会有出於該三個意圖而對他人施強暴脅迫的情形。在其他同樣以不法所有意圖為主觀要素的財產犯罪當中，像是詐欺罪、強盜罪、恐嚇取財罪等，同樣也會有行為人在取得他人之物後，為了防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證而對他人施以強暴脅迫的可能，例如：行為人在對他人施以不能抗拒程度之強暴脅迫後，取走他人之物，而後被害人仍試圖奮力追回失物，但又遭行為人施強暴脅迫；又如被害人發現行為人所找的零錢係偽幣，而

<sup>186</sup> 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著，《現代憲法論》，2000年，頁103。

<sup>187</sup> 吳庚，《憲法的解釋與適用》，2003年，頁177以下。

<sup>188</sup> 參照大法官釋字第179號、412號、485號解釋。

向行為人理論，但行為人為了阻止被害人取回現鈔而對其施以強暴脅迫等，都會有同樣的情形。因此，如果準強盜罪如同大法官於釋字第六三〇號解釋所言，是基於危險性的考量，那麼既然在其他的財產犯罪前提下，同樣都會有行為人為了防止物被追回而對他人施以強暴脅迫行為的危險，一個符合憲法平等原則的做法是也同樣增列以其他財產犯罪態樣作為前行為的類似構成要件<sup>189</sup>。

不過大法官為了避免牴觸平等原則而提出的事物本質差異是「其他財產犯罪行為人，雖亦可能為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而施強暴、脅迫之行為，然其取財行為與強暴、脅迫行為間鮮有時空之緊密連接關係，故上開規定尚未逾越立法者合理之自由形成範圍，難謂係就相同事物為不合理之差別對待。」而許玉秀大法官更進一步地指出，除了取財行為與強暴脅迫行為間的緊密連接關係外，「不管是因為施行詐術使人限於錯誤而取得財物、因為合法或非法關係而持有他人之物或因為以未來的惡害通知被害人，使他人心中生畏怖而取得財物，**都有自己獨立的取財類型**，縱使有當場為防護贓物、脫逃或滅證，而實施強暴脅迫行為，難以直接擬制為與強盜行為相同。」換言之，大法官認為前行為態樣僅選擇竊盜或搶奪，是立法者基於不同事物所作出的合理差別待遇，而不同之處乃在於時空的緊密連接關係以及取財類型。

## 二、以取財類型及緊密連接關係作為差別待遇基礎？

### （一）取財類型的區別

雖然許玉秀大法官認為其他的財產犯罪都有自己的獨立取財類型，因此與竊

---

<sup>189</sup> 相同質疑，薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向－兼評大法官釋字第六三〇號解釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁6。



盜或搶奪不同，即使行為人當場施強暴脅迫，也難以直接擬制。不過許玉秀大法官並沒有進一步的說明，不同之處在哪裡？一般就財產犯罪的類型而言，如果以行為態樣作為區分的標準，通常可以區分為「取得罪與損財罪」、「奪取罪與非奪取罪」、「盜取罪與非盜取罪」。當中，「取得罪與損財罪」係指行為人將他人持有之財物或利益歸於自己或第三人持有或者是予以毀棄或使其喪失效用之犯罪，前者如：竊盜、搶奪、強盜、詐欺、恐嚇取財、侵占，後者如：毀損；「奪取罪與非奪取罪」是指行為人是否有變更財物持有之移轉為內容的犯罪，前者如：竊盜、搶奪、強盜、詐欺、恐嚇取財等，後者如：侵占；「盜取與非盜取罪」則是指行為人是否違反被害人意思而奪取財物，前者如：竊盜、搶奪、強盜，後者如：詐欺<sup>190</sup>。

從這樣的區別類型看來，許玉秀大法官所謂的「竊盜與搶奪有獨立的取財類型」，指的應該是最後一個分類，也就是「盜取罪或非盜取罪」，而其概念核心就是行為人取得財物，是否經過被害人的「處分意思」。然而被害人處分意思的有無與取得既遂之後，行為人是否會對被害人進行強暴脅迫行為間的關連性為何？一般而言，我們區分處分意思的有無，可以看出被害人在移轉持有的過程中，是否遭遇到來自行為人的強制力。通常經由被害人出於處分意思而交付財產的犯罪類型，例如詐欺取財罪，代表行為人在取財的過程中並未動用強制力（僅係使其陷於錯誤），並且既然是被害人自願移轉持有，也就比較難想像行為人會出於防護贓物而施強制行為。而在被害人無處分意思的情況下取財的犯罪類型，行為人則可能是出於不同程度的強制力而強取之，當中可能是輕如竊盜，也可能是重如強盜<sup>191</sup>。而也因為行為人是違反被害人的意思而取得財物，所以之後為了防護贓物而施強制的情形是可以想像的。不過問題是，取財類型的區分，最直接的反映是在取財

<sup>190</sup> 張天一，《刑法上之財產概念—探索財產犯罪之體系架構—》，輔仁大學法律學系博士論文，2007年7月，頁37以下。

<sup>191</sup> 對於取得罪被害人所承受的強制程度量表，可參照林東茂，〈再探準強盜罪〉初稿，發表於《東吳大學法學院刑事法論壇》，2008年1月5日，頁10。

行為時對被害人可能造成的人身自由危險，而不是取得既遂後，對被害人可能造成的人身自由危險。以防護贓物為例，行為人之所以會使用強制行為，不在於其是怎麼取得財物，而在於被害人要向其拿回該物。所以在詐欺取財罪，被害人發現受騙而想取回財物，跟被害人發現行為人竊盜而想取回財物的情形一模一樣，沒有差別。因此取財類型的區別與之後行為人是否會實施強制手段欠缺關連性，不能以此作為差別待遇的理由。

雖然許玉秀大法官在取財類型的區別後接著補充說明：「類似的情況，就像會有強盜強制性交或強盜殺人結合犯，但不會有竊盜強制性交或竊盜殺人結合犯」，不過這依然沒有助於問題的釐清。首先，就取財類型的分類上來看，不論是以哪一種作為區分標準，強盜與竊盜都是被歸為同一類型，因此以強盜結合犯作為補充說明並沒有說服力<sup>192</sup>。其次，若將強盜罪與搶奪罪作一類比更是明顯，如果許玉秀大法官指的是在強盜罪的取財過程中，因為強制力的施用而對被害人造成人身自由上的危險，所以可能會同時引發行為人對被害人的殺人或強制性交決意<sup>193</sup>，然而同樣對人身法益有侵害危險的搶奪罪，卻沒有結合犯的規定，因此其補充說明正好反證了以竊盜或搶奪的取財類型作為差別待遇完全沒有實質上的基礎<sup>194</sup>。

## （二）緊密連接關係的區別

另一個由大法官所提出的事物本質差異是「時空上的緊密關連性」。因為竊盜或搶奪行為人與被害人幾乎都是面對面直接接觸，相較於其他的犯罪類型，行為人不一定會在當場，例如：詐欺犯罪，行為人可以藉由電話使人陷於錯誤，透過

---

<sup>192</sup> 特別是德國通說也承認強盜罪可以作為準強盜罪的前行為。nur Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 3

<sup>193</sup> 是否在經驗上有這樣的必然性，還是個疑問。

<sup>194</sup> 更甚者，如前所述，結合犯的立法模式本來就是立法者任意選擇的產物，有強盜結合犯的規定卻沒有竊盜結合犯的規定，只是更證立結合犯的恣意性。

被害人的轉帳就取得利益，因此既然行為人自始並未與被害人直接接觸，自然也就不會有瞬間連結強暴脅迫的可能。不過這樣的推論，所導出的結論只是強制手段必須在竊盜或搶奪「當場」為之<sup>195</sup>。換言之，是因為當場為之所以才會有對被害人施以強暴脅迫的可能，也才有大法官所說的「時空上的緊密關聯性」。但問題是，這與前行為是竊盜、搶奪或者是其他的犯罪沒有關係。因為除了竊盜或搶奪之外，其他的取得犯罪也會有當場為之的可能，例如當面以偽幣交換真鈔的詐欺行為，或者幾乎是百分之百與被害人面對面的強盜行為。反之，儘管是竊盜，也可能不是當場，例如：行為人偷走在百貨公司裡面逛街的被害人停在路邊的汽車，或者行為人潛入沒有人內的住宅行竊。

因此，大法官所提出的時空上的緊密關聯性，充其量只是用來證明行為人必須當場為強制行為而已，與前行為是竊盜、搶奪或者非竊盜、搶奪並無正相關。而如果大法官所指的是竊盜與搶奪較其他取得犯罪的情況有更高的比例是行為人一定在當場，在沒有實證數據作為證明的前提下，只是臆測之詞。更何況在前行為是強盜罪的情形，相較於竊盜與搶奪更是幾近於「時空上的緊密關聯性」，但立法者卻反而未將其列為前行為，也不被通說所承認，更是證明了大法官為避免宣告違反平等原則所創造出的合理差異，並不存在。


## 第二項 強制行為之程度

準強盜罪在文字上並沒有對行為人的強暴脅迫手段作出限制，因此實務也一向認為準強盜罪並不需要跟強盜罪一樣達於使人不能抗拒程度。不過如此一來，準強盜罪的不法內涵與強盜罪勢必有所落差，而此一落差是否還能繼續將準強盜

---

<sup>195</sup> 相同看法，薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向－兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁6。

罪評價為「以強盜論」就有問題。而大法官顯然也發現如果不在強制程度上作出限縮，即難逃違反罪刑相當原則之結論。不過大法官卻也未同學說一般，直接將準強盜罪的手段限縮至不能抗拒程度，而是另創「難以抗拒」之標準。姑且先不論在具體事實的判斷上，難以抗拒所代表的行為態樣應該是什麼樣子，其與不能抗拒之間的界限又是如何？至少，在沒有難以抗拒標準出現之前，實務上係以強制程度的不同作為區別恐嚇取財罪與強盜罪的標準<sup>196</sup>。因此在未達不能抗拒程度的強制下取財行為，大都會被論以恐嚇取財罪，從而即使是難以抗拒，也會落在恐嚇取財罪的範疇裡。但如今大法官在不能抗拒與非不能抗拒之間劃下了難以抗拒程度的界線，在概念上，除了仍然不能彌平與強盜罪間不法程度的落差之外，更大的問題是，為什麼同樣都是難以抗拒，在行為順序相反的情況下，就硬生生的從恐嚇取財罪的五年以下有期徒刑一躍變成強盜罪的五年以上有期徒刑？如此一來，大法官為準強盜罪所設想免於罪刑不相當的出路，反而更成了準強盜罪罪刑不相當的原因。



### 第三項 主觀不法要素

#### 一、主觀故意的內涵

準強盜罪的主觀故意內涵與其他罪的故意內涵並無不同，行為人都必須要對客觀構成要件的所有要素都有認識及意欲。而雖然本罪為結合犯，不過依照前述對於結合故意的說明，本來就不要求一開始即對於全部的構成要件都有所認識。此外，由於故意指的是著手時的故意，因此只有當行為人認識到其行為將滿足全

<sup>196</sup> 實務早期係以惡害存於現在或未來作為區分強盜罪與恐嚇取財罪之標準(最高法院 67 年台上字第 542 號判例)，但後來轉變為以是否使人不能抗拒為標準(80 年度第 4 次刑庭決議、92 年台上字第 3554 號判決、93 年台上字第 1073 號判決)。

部的構成要件才是故意，從而只要行為人在為強制行為時認知到自己是在為竊盜或搶奪行為後當場對他人施以強暴脅迫手段，就具備準強盜故意。不過行為人不必在取得既遂後就存有強制故意，在逃跑的過程中，才決意對追捕之人為強暴脅迫，也可以該當本罪的故意要件<sup>197</sup>。

## 二、主觀意圖的內涵

### （一）三種事由之定位

準強盜罪的主觀不法，除了故意外，還要求行為人必須出於「防護贓物」、「脫免逮捕」、「湮滅罪證」之事由。在進入其內涵探討之前，必須先解決的是，此三項事由，是否僅存於行為人主觀即可，抑或在客觀上也必須有該具體事實存在？對此問題，我國多數意見<sup>198</sup>與德國學說<sup>199</sup>是將此三種事由定位成主觀不法意圖，而區別實益在於如果將之定位成主觀意圖要素，那麼即使最後不能成功地防護贓物，亦可成立準強盜既遂<sup>200</sup>。此外，如果行為人是出於想像中的危險，認為他人是為了要追回贓物而對其施以強暴脅迫也可成立準強盜既遂<sup>201</sup>。

不過大法官在釋字第六三〇號解釋理由書中表示「人民之身體自由、人身安全及財產權，受憲法第八條、第二十二條及第十五條規定之保障，刑法第三百二十九條規定…旨在以刑罰之手段，保障人民之身體自由、人身及財產安全，免受

<sup>197</sup> LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 16; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 14

<sup>198</sup> 陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，1992年，頁369以下；戰諭威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁34。

<sup>199</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 370; Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 212; Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, 53. Aufl., 2006, § 252 Rn. 9

<sup>200</sup> Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 5

<sup>201</sup> Blei, BT, 12. Aufl., 1983, S. 208

他人非法之侵害，以實現上開憲法意旨。上開刑法規定所列舉之防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證三種客觀具體事由，屬於竊盜及搶奪行為事發之際，經常促使行為人對被害人或第三人施強暴、脅迫之原因…」並未如學說般將之定位為主觀意圖要素，而係將其視為「客觀具體事由」<sup>202</sup>，因此有論者提出質疑，如果行為人在個案中誤以為他人是為了要追回被竊物而對其施強暴脅迫時，即不適用本罪，如此一來，潛在被害人將必須片面承擔竊盜或搶奪行為人在通常幾近反射性反應下判斷錯誤的風險<sup>203</sup>。此外，如果要求客觀上必須存有防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之具體事由，則形同變相要求被害人或第三人必須有追回或追捕之行動或至少清楚地發現行為人為竊盜或搶奪行為，才會該當。如此一來，行為人搶先在被他人發覺之前就先對他人為強暴脅迫行為，便不適用本罪<sup>204</sup>，但問題是就客觀上而言，不論被害人是否已經發覺被害人的行為或開始追回或追捕，並不影響行為人對其所施用的強暴脅迫行為的危險性；就行為人主觀而言，在還未被發覺之前即搶先使用強制手段，顯示出的犯罪能量甚至較被發覺之後才使用強制手段的情況更為強大<sup>205</sup>，卻反而可不適用。從而，如果此三項事由之規定如大法官所言，係為了有效保障被害人或第三人不受非法之侵害，將之定位成客觀具體事由並不恰當，應該將其理解為純粹主觀要素。

## （二）三種意圖之差異

---

<sup>202</sup> 同樣認為其為客觀構成要素，認為行為人必須認識強暴脅迫的實施是為了實現「防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證」的客觀事實，劉清彬，《強盜罪之研究》，東海大學法律學研究所碩士論文，2003年6月，頁120以下。

<sup>203</sup> 薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁7。

<sup>204</sup> 此為德國法的一大爭論，詳見【第二章、第三節、第三項、一、(三)】之討論。而我國條文並沒有將發覺納入條文規定，所以發覺與否並不是判斷構成準強盜罪與否的要素，但如果依照大法官的解釋，等於實質上替我國法增訂了發覺要素。

<sup>205</sup> LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 11; Schünemann, Raub u. Erpressung (II), JA 1980, 393 (398)

與德國法相比，我國法多了脫免逮捕與湮滅罪證之意圖，也因此是否應該處罰出於此二意圖的準強盜行為，就成了我國學說的主要爭議。首先，從保護法益的方向<sup>206</sup>來看，由於通說認為本罪應該要與強盜罪作類似的解釋，也就是保護財產法益以及人身自由法益，因此，既然強盜罪的主觀意圖是針對他人財產的不法所有意圖，相對應於準強盜罪也應該是與財產法益相關的防護贓物意圖。但，不論是脫免逮捕或者是湮滅罪證，行為人的主觀所指向的都是「妨礙國家追訴利益」，雖然行為人也是當場對他人施以強暴脅迫，但其主觀上所要侵害的法益對象已與強盜罪強調的財產保護相差甚遠。如果說準強盜罪也要將國家追訴利益一併納入保護對象而加重處罰並不是不行，只是在條文規定三個意圖可以各自單獨成立的前提下，僅出於脫免逮捕意圖或出於湮滅罪證而施強暴脅迫皆該當準強盜罪，而可能出現單獨保護國家追訴利益的情形，亦即突然將保護的方向從財產法益轉向國家追訴利益，如此一來已經偏離所對照的強盜罪原型，是否還能夠涵攝至以強盜論的法律效果下，則有疑問。

其次，就期待可能性的角度而言，觀察刑法上同樣以妨礙國家追訴利益的犯罪而言，例如，藏匿人犯或使之隱蔽罪(刑法第一百六十四條)、湮滅刑事證據罪(刑法第一百六十五條)，都不處罰行為人自己的藏匿、隱蔽或湮滅證據行為<sup>207</sup>。理由在於行為人一旦處於這樣的情況，都具有自我庇護的天性，也就是沒有辦法期待行為人在那樣的情況當中，不去藏匿、隱蔽自己或者不湮滅證據。因此在準強盜的情形，行為人脫免逮捕或湮滅罪證的意圖，即使不能作為完全免除責任事由，至少也應該要減輕處罰<sup>208</sup>。不過以自我庇護為由而加重處罰有其依據，因為出於此

<sup>206</sup> 意圖並不僅僅是行為人的動機，而是對於不法有獨立的決定作用，可能是使不法的內涵層升，也可能是使不法性，指向不同的法益侵害類型，以區分不同的犯罪類型。參照吳勇毅《論意向犯》，中正大學法律研究所碩士論文，2002年6月，頁83以下。

<sup>207</sup> 即使刑法處罰自行脫逃罪(刑法第一六三條)，但也僅處一年以下有期徒刑，與準強盜罪的五年以上有期徒刑差異甚大。

<sup>208</sup> 陳子平，〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉，《月旦法學教室》第九期，2003年7月，頁21；黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁99；蔡墩銘，〈準強盜罪之擬律〉，《軍

三個意圖而為強暴脅迫是行為人出於本能所為的立即反應，所代表的是行為人幾近於必然會施強暴脅迫而防止贓物被追回，也幾近於必然會對被害人造成人身危險，所以如果我們從這種特殊的危險觀點角度切入的話<sup>209</sup>，行為人自我庇護的動機，的確可以考慮加重處罰。

如此一來，在刑法分則的犯罪類型上即產生了立法評價之矛盾，亦即在某些犯罪當中，我們考量其自我庇護的罪責因素而減輕刑度或根本不處罰，但在某些犯罪當中，卻反而以其為由而加重處罰。也因此問題是，哪一種自我庇護動機可以作為加重處罰基礎(重視特殊預防需求)，那一種自我庇護動機可以作為減輕或阻卻刑罰事由(重視行為人自我庇護)並沒有一定的標準<sup>210</sup>。況且以高度刑罰作為預防犯罪的手段，在實證上是否真的具備高度實效性，也值得再探討。從犯罪學的角度可以肯定的是，一個人決定是否為犯罪行為，刑罰的輕重不是唯一考量的因素，而是經由現實上的各項因素交互作用所得出的利弊而決定，甚至絕大多數行為人所考量的是被捕風險的高低<sup>211</sup>。例如：偷竊可以得到十萬元固然是吸引行為人偷竊的因素之一，不過如果考量到在現實上被抓到的風險是百分之九十而刑度是五年，那麼行為人可能就會放棄竊盜行為，但如果被抓到的風險僅有百分之五，儘管刑度同樣是五年，也許行為人仍然選擇竊盜。因此，在立法者沒有解釋準強盜罪需要特別重視其特殊預防觀點的前提下，貿然以其作為加重理由，有待斟酌。

## 第五節 本章結論

準強盜罪的規定從其法律效果「以強盜論」可以看出，立法者就是認為雖然

---

法專刊》第八卷第四期，1962年4月，頁17。

<sup>209</sup> LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 3; Geilen, Raub und Erpressung (Fortsetzung), Jura 1979, 669 (669)

<sup>210</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 77. Aufl., 2006, § 252 Rn. 1

<sup>211</sup> Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2002, S. 19f.



其行為順序上與強盜罪有所不同，但其本質上都是一樣，所以以強盜論。不過就本文上述的說明，可以發現，儘管立法者認為準強盜罪不法內涵同強盜罪，但在構成要件的規定及解釋上，就是無法將其與強盜罪作完全一致的解釋。除此之外，由於強盜罪是結合犯的立法結構，依照本文分析結合犯有其違憲疑慮，而準強盜以強盜罪為制定樣本，同樣採取結合犯結構，自然也有違憲疑慮。並且在條文的文字規定上，不論是前行為的選擇抑或是主觀意圖的規定，也都有抵觸憲法原則的可能，如此一來，準強盜罪的規定是否還有其正當性就有所存疑，而學說顯然也察覺此一立法上的疑慮，而提出三種對於本罪的解決方向及建議：

## 一、重新調整構成要件之文字

這是目前學說上比較常看到的立法建議，而其基礎在於同意立法者所持的準強盜罪與強盜罪的類似性。當中大部分的意見是建議刪除主觀上「脫免逮捕」、「湮滅罪證」之意圖<sup>212</sup>，以及客觀上強制手段必須增訂「至使不能抗拒」文字<sup>213</sup>。對於前行為態樣的選擇，也有論者提出質疑，認為是否僅需保留竊盜態樣作為搶奪與強盜之共通概念即可<sup>214</sup>。而其基本態度是認為，既然立法者認定準強盜罪的不法內涵同強盜罪，因此解決方法上，當然就是盡量的調整構成要件的文字，使其與強盜罪趨於一致。只是即使對其調整構成要件文字，仍然有所質疑的是：**為了防護贓物而使用強暴脅迫，果真與為了得到他人財物而使用強暴脅迫有相同的不法與**

<sup>212</sup> 黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁99。

<sup>213</sup> 陳子平，〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉，《月旦法學教室》第九期，2003年7月，頁20~21。

<sup>214</sup> 薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁23、24；僅是質疑前行為態樣的選擇，黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁99；否認搶奪作為前行為態樣，鄭逸哲，〈刑法第三二九條準強盜規定之剖析及其適用—評析最高法院九十一年度台上字第五九九五號判決、台中高分院九十一年度上訴字第一一五六號判決和台中地院九十一年度訴字第一一四號判決〉，《月旦法學》第一〇七期，2004年4月，頁223。

罪責內涵<sup>215</sup>？

## 二、重新變更準強盜罪之刑度

另一個被提出並且與前述調整構成要件文字背道而馳的解決途徑是，重新變更準強盜罪的刑度，使其成為一個獨立於強盜罪之外的犯罪態樣<sup>216</sup>。因為立法者的意思並不一定正確，換言之，以強盜罪作為擬制對象可能一開始就是錯誤的假設，所以即使我們重新調整構成要件文字仍舊無法彌補其先天與強盜罪間的落差。而此說認為在竊盜後為防護贓物而對他人施以強暴脅迫之行為相較於一般情形仍然有獨立規定加重處罰的必要，只是在刑度的考量上，應該要放棄援引內涵不相當的強盜罪，而重新設計一個獨立的法定刑，並且刑度必須低於強盜罪的五年以上有期徒刑。不過採取此途徑者除了要在實證上進行大量的統計與分析以得出適當的刑度外，其前提是必須要證明準強盜罪的行為態樣確實有其獨立處罰之必要性<sup>217</sup>。

## 三、廢除準強盜罪，回歸競合模式

如果立法者以強盜罪作為擬制對象可能一開始就是錯誤的假設，在解決的途徑上除了是放棄援引強盜罪的法定刑，而重新設計獨立法定刑之外，另外的可能是直接回歸競合模式。因為如果沒有準強盜罪的規定，在竊盜後為了防護贓物而當場對他人施以強暴脅迫之行為，本來就會被論以竊盜罪與強制罪的實質競合。所以在立法上是否有必要結合此二罪而加重規定，值得再三斟酌，況且一旦論以

<sup>215</sup> 對於準強盜行為與強盜行為的比較，詳見【第四章、第二節】

<sup>216</sup> 許玉秀大法官於釋字第 630 號之協同意見書。

<sup>217</sup> 對於為準強盜罪設計獨立法定刑的質疑，詳見【第四章、第三節、第一項】。

結合犯，一連串的違憲疑慮也就隨之而來。不過即使如此，一個實際的問題是，在沒有廢除強盜罪的前提下，將準強盜罪拆開，回歸競合規則，恐怕會有體系不一致而使人民在情感上無法接受之疑問。然而本文認為，人民之所以會情感上不能接受，是建立在準強盜罪與強盜罪具有相同地位的前提認知，不過癥結就在於，準強盜行為是否與強盜行為具有相同地位也還是個疑問，因此，最根本的方法仍是重新釐清準強盜行為之本質，如果準強盜行為根本不同於強盜行為，那麼廢除準強盜罪回歸競合就不是那麼令人難以接受，反而是邏輯一貫並且是最正確的方式<sup>218</sup>。



---

<sup>218</sup> 結論上採此見解，黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於《刑法問題與利益思考》，2003年，頁498。

## 第四章 準強盜行為本質之釐清

### 第一節 前言

從前幾章的說明可以得知，現行準強盜罪在適用上的錯縱複雜以及與憲法原則的齟齬，都是源於其規定的特殊結構。而為了解決實務上的適用困難以及違憲爭議，準強盜罪的規定有修正之必要。不過哪一種解決的途徑才是正確，則有賴於我們對於準強盜行為作徹底的探究，也就是直接以準強盜行為作為觀察的對象，研究準強盜行為為什麼需要被處罰？如果不處罰的結果會是什麼？並且如果要被處罰，該怎麼規定才適當？而由於準強盜罪的刑度規定，就是準用強盜罪的刑度，因此在解構準強盜行為不法與罪責內涵時，本文的方法是直接將準強盜罪與強盜罪作一類比，從不法及罪責層次觀察兩者是否一致或有所落差，而經過比較之後，將得出準強盜行為在不法與罪責內涵上都低於強盜罪的結論，從而不能直接以強盜罪作為證立準強盜罪的基礎。而接下來要審查的是即使準強盜行為不法及罪責內涵低於強盜罪，是否有獨立處罰的必要？如果有，則應該與強盜罪脫鉤，而重新賦予準強盜行為獨立法定刑(前述解決途徑二)；如果沒有，則應該回歸競合(前述解決途徑三)。

### 第二節 準強盜罪與強盜罪具備同等地位？

#### 第一項 客觀不法

## 一、保護法益

強盜罪的構成要件規定是：行為人出於不法所有意圖，以使人不能抗拒之強暴脅迫手段而取走他人之物。由於這樣的行為在沒有強盜罪的規定之下，也可以被分別論以強制罪及竊盜罪，因此學說上普遍認為強盜罪是一個結合竊盜罪與強制罪的特殊犯罪<sup>219</sup>，而其保護法益自然就是竊盜罪與強制罪所要保護的財產與人身自由<sup>220</sup>。準強盜罪的性質如前所述，也和強盜罪相同，是結合竊盜罪與強制罪的特殊犯罪，因此其保護法益也是人民的財產以及人身自由法益。雖然將準強盜罪解釋為結合犯的看法，一直不為我國通說及實務所接受，但是在不認為準強盜罪屬於結合犯的同時，卻又認為該罪同時保護了財產及人身自由雙法益，其實難以自圓其說。所以在保護法益的比較上，準強盜罪的確與強盜罪具備相同地位。不過要特別說明的是，雖然法益是我們在判斷一個行為不法內涵高低很重要的指標，但並非絕對，而是有賴於其他要件綜合審視，從而即使強盜罪與準強盜罪都保護相同的法益，也不能立即推導出兩者地位相同的結論。

## 二、強制手段

### （一）危險性

強盜罪的行為人使用強制手段是為了要「獲得」財物的持有，而準強盜罪的行為人使用強制手段則是為了「防護」財物的持有，其分界點在於行為人是否取得既遂。由於準強盜罪的行為人一開始只是想要竊盜，對於現實上是否會實施強

<sup>219</sup> Krey/Hellmann, BT, 13.Aufl., 2002, Rn. 185

<sup>220</sup> Roxin 認為結合犯是保護數法益的犯罪，而竊盜罪所要保護的是對於財產的所有權以及管理權，因此竊盜罪本身就是一個結合犯，從而強盜罪可以說是結合犯的結合犯，保護的法益則有三種：財產的所有權、管理權以及人身自由，Vgl. Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 125

制手段並不確定，與強盜罪的行為人一開始就已經確定要使用強制手段來獲得持有的情況不同，所以就整體情況來看，準強盜行為人的危險性相較於強盜罪的行為人而言，是比較不危險的。

不過問題是，如果行為人僅止於竊盜而事實上並無強制行為之實施，我們不會說其構成準強盜罪，而是只構成竊盜罪。所以所謂的比較危險或者比較不危險，要類比的情況應該是行為人在竊盜當場「真的」實施強制行為。如此一來，在客觀上只要行為人真的對被害人施以強暴脅迫，不管是在什麼時點為之，其實對於被害人而言，都是危險。所以光以竊盜行為人不一定會真的施以強制行為而認為比百分之百一定會實施強制行為的強盜罪還要不危險，應該是混淆比較的對象。而如果其所謂的危險指的是危險性的大小，那麼其判斷應該是繫於強暴脅迫的程度。



## （二）強制程度

### 1、需達不能抗拒程度？

在強制手段的程度要求上，如同前述，雖然準強盜罪的條文並沒有類似強盜罪所要求的「達不能抗拒程度」之文字，而傳統學說與實務也一向認為準強盜罪的強制手段沒有限制，只要能夠影響被害人的意志形成自由以及意志實現自由即該當。不過在新進學說紛紛要求準強盜罪強制手段也必須達於不能抗拒程度的情況下，準強盜罪與強盜罪的程度落差應該可以透過解釋而彌補。並且，儘管大法官另闢新徑，以「難以抗拒」作為判斷標準，不過在實際操作上，「不能抗拒」與「難以抗拒」的判斷結果可能相同，從而大法官標準與強盜罪標準也只是理論上的爭議而已。因此在強制程度的比較上，透過對構成要件的限縮解釋，準強盜罪

與強盜罪並無不同。

不過本文在此想要提出的另外一個質疑是：當行為人為了想要「獲得」財物的持有而對被害人為強暴脅迫，與行為人為了想要「維護」贓物持有而對被害人為強暴脅迫，其所使用的強制程度是否在先天上有可能產生落差？

根據犯罪學的研究指出在為了取得他人之物的情況當中，由於是為了從別人的手中強行奪走該物，所以一開始的目的就是為了癱瘓被害人的抵抗而達取得目的<sup>221</sup>。反之，在取得之後為了維護贓物的情形，儘管也可能有被害人為了能夠取回所有物而奮力一搏，使得行為人不得不對其施以不能抗拒程度的強制力才能維護贓物持有的情形。但是在大多數的情形，由於行為人已經取得贓物的持有，其角色已經從攻擊變成防衛<sup>222</sup>，也就是如果行為人所想要的只是帶著贓物逃走，那麼在面對被害人的追捕下，他不一定要選擇程度那麼大的強制力才能達成目的，可能只需要現場虛張聲勢或者短暫輕微肢體衝突就能夠帶著贓物順利逃走。換言之，立法者之所以未在準強盜罪限縮其強制程度，很可能是著眼於準強盜罪的規範目的就是在於行為人竟然在竊盜當場被發現之後，不束手就擒還進而使用強制。所以如果將強制手段也跟強盜罪一樣限縮至不能抗拒程度，並不能抑制這種大量事後強制的情形，因此立法者並非疏漏，而是有意做出不同區隔。

## 2、實務見解的歸納

就行為人事後強制的程度與強盜罪的程度有絕對落差的命題，我們可以藉由歸納實務上的案例事實，清楚的得出結論。正因為實務上並不在乎準強盜行為人

---

<sup>221</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (166)

<sup>222</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (166)

的強制程度，只要行為人在竊盜或搶奪後施強制行為，就會被判斷為準強盜罪。所以我們可以從被其判斷為準強盜罪的事實態樣當中，了解在這種事後防護贓物的情況當中，行為人多半是以什麼程度的強制力來防護贓物。以下是實務上在大法官解釋作出前，認為該當準強盜罪強制手段的案例類型：

(1) 徒手與被害人進行拉扯扭打，但被害人未成傷：「張盛隆於逃逸途中為防護贓物及脫免逮捕，當場持前揭雨傘轉身戳向高佩珊之胸部（並未成傷），對高佩珊施以強暴，惟該雨傘反被高佩珊奪下，之後張盛隆逃至○○市○○區○○路○○○巷○號前，再度為脫免逮捕，當場與追至該處之陳光廷發生扭打（亦未成傷），對陳光廷施以強暴，但終在陳光廷與陳三期等人合力下壓制在地，旋為據報前來處理之員警查獲<sup>223</sup>」

(2) 單純脅迫被害人：「竊取其父林石柱所有之高雄縣田寮鄉農會存摺一本及林石柱印章一枚，得手後，因遭其母林陳布發現而上前阻止，上訴人為防護贓物，竟以：「你不要過來，否則我要把你推倒」等語脅迫林陳布<sup>224</sup>。」

(3) 徒手毆打對方以及拉扯使被害人受輕傷：「上訴人為防護贓物，竟出手毆打高寧婕頸部，並與其拉扯，造成高寧婕受有左前臂挫瘀傷之傷害，當場對於被害人高寧婕施以強暴。幸高寧婕之小叔龔裕德適時返家阻止，始未造成更大之傷害<sup>225</sup>。」

---

<sup>223</sup> 89年訴字第235號判決。其他類似事實態樣，參照：92年台上字第2982號判決、92年台上字第2483號判決、87年訴字第267號判決。

<sup>224</sup> 86年台上字第3603號判決。

<sup>225</sup> 最高法院93年台上字第4454號判決。其他類似事實態樣，參照：最高法院92年台上字第2483號判決、94年台上字第6519號判決、93年訴字第515號判決、93年訴字第37號判決、90年訴字第27號判決、89年台非字第208號判決、85年台上字第2242號判決、85年訴字第586號判決、84年訴字第655號判決。



(4) 持武器毆打被害人，使被害人受輕傷：「適王有讓欲行離去之際，為湯俊銘發現，王有讓即奪門逃跑，湯俊銘為阻其逃脫，遂一路緊追至台北市瑞安街二〇八巷二四弄口，王有讓為脫免逮捕，竟順手拾取地上之磚塊，擊打湯俊銘之頭部，並與之扭打，而當場對湯俊銘施以攻擊之強暴行為，致湯俊銘受有頭部外傷併腦震盪、後頸部裂傷兩處等傷害<sup>226</sup>。」

(5) 持武器脅迫被害人，使其不敢有所行動：「被告藍智模等三人為脫免逮捕及防護贓物，即由被告藍智模持其所有之尖刀一把（未扣案），石子堅則隨手拾起地上石頭，與被害人廖堅堡、廖崑隆對峙，施脅迫使被害人廖堅堡、廖崑隆不敢上前追捕，被告藍智模等三人隨即又分頭逃逸<sup>227</sup>。」

(6) 以槍或刀殺害被害人：「因被追捕而持槍向被害人林清平等入射擊，均未中要害，被害人倖免於死<sup>228</sup>。」

而實務上認為達不能抗拒程度的強盜罪案例類型主要為：

(1) 持武器脅迫被害人：「上訴人除施強暴行為外，並由另一共犯即不詳男子持電擊棒指著黃銘璋之脖子「脅迫」黃銘璋說出提款卡密碼等情，理由復說明案發現場情形已足以壓抑被害人等之「意思自由」，而達不能抗拒之程度<sup>229</sup>。」

<sup>226</sup> 85年訴字第181號判決。其他類似事實態樣，參照：25年台上字第6626號判例、27年台上字第346號判例、48年台上字第878號判例、89年訴字第583號判決。

<sup>227</sup> 90年訴緝字第629號判決。其他類似事實態樣，參照：42年台上字第523號判例、48年台上字第166號判例、68年台上字第2772號判例、95年台上字第3135號判決、95年台上字第1144號判決、94年台上字第6989號判決、92年台上字第4760號判決、88年台上字第2183號判決、86年台上字第2425號判決。

<sup>228</sup> 90年台非字第211號判決。其他類似事實態樣，參照：84年台上字第5882號判決。

<sup>229</sup> 95年台上字第4801號判決。其他類似事實態樣，參照：94年台上字第7041號判決、94年台上字第4895號判決、93年台上字第1166號判決

(2) 綑綁被害人，使其失去行動自由：「嗣蔡春龍甫於申定龍臥室之櫥櫃抽屜內搜得一枚戒指之際，因聲音過大，驚醒在臥室睡覺之申定龍，上訴人等三人乃轉而基於強盜之犯意（並無殺人之故意）聯絡，共同將申定龍壓制於臥室床上，由林勝財以預藏之膠帶反綁其雙手及綑綁其雙膝，並順便將電話線剪斷，蔡春龍以童軍繩綑綁其腳踝處，傅希武則負責壓制頭部，因申定龍發出喊叫聲，為免遭人發現，復由林勝財、傅希武以制止之傷害犯意毆擊申定龍頭部左側，並由傅希武以膠帶封住其嘴巴，以此強暴方式致使申定龍完全無法抗拒後，由傅希武強行取下申定龍戴在手指上之金戒指一枚<sup>230</sup>。」

(3) 重傷害或殺害被害人：「上訴人係意圖為自己不法之所有，著手竊取被害人林○龍之財物，尚未得手，即遭被害人發覺，上訴人為脫免逮捕，乃萌生殺人犯意，以雙手掐住被害人頸部施以強暴，迨將其殺死後，取財逃逸<sup>231</sup>。」

### 3、分析檢討

兩者相較之下，可以發現取得既遂之後的行為人出於防護贓物等意圖所施的強暴脅迫多半屬於與被害人之間的拉扯而造成的傷害(例如前三類)，而這依照大法官釋字第六三〇號解釋意旨可被歸類為「與被害人或第三人有短暫輕微肢體衝突之情形」，也就是未達不能抗拒程度<sup>232</sup>。當中雖然也有較嚴重的以武器毆打被害

<sup>230</sup> 88 年台上字第 7563 號判決。其他類似事實態樣，參照：30 年上字第 3023 號判例、83 年台上字第 5804 號判決。

<sup>231</sup> 89 年台上字第 4786 號判決。其他類似事實態樣，參照：86 年台上字第 2300 號判決。

<sup>232</sup> 在大法官做出釋字第 630 號解釋後，實務認為**不達不能抗拒程度**的情況是，第一類：「被告僅有為求掙脫而用手撥開證人丁○○等人之動作，別無其他主動、積極之不法侵害行為，堪認被告上開行為應僅屬被告與證人等間短暫且輕微之肢體衝突，依前揭說明，被告上開行為並未達施以強暴、脅迫之行為，而使人難以抗拒之程度，並不該當刑法第三百二十九條之準強盜罪。」(96 年訴字第 1668 號判決；類似案例：96 年訴字第 471 號判決、97 年訴字第 358 號判決)；第三類：「查本件被告雖於竊盜行為後，因證人韓瑞臨出面制止，而與證人韓瑞臨發生拉扯之肢體衝突行為，惟

人或甚至於殺害被害人(第四、六類)的態樣，但就比例上而言偏低。結論上，準強盜行為人所施的強暴脅迫程度與強盜罪所要求的不能抗拒程度態樣，至少必須是剝奪被害人的自由或甚至生命等情況相比，顯然有一段差距。而當中較為模糊的地帶是行為人以武器脅迫被害人使其心生畏懼而不敢追捕的情形(第五類)。不過所謂的脅迫既然是使人心生恐懼而不像強暴般至少在外觀上我們可以透過傷害的程度來判斷是否已達不能抗拒程度(但非絕對)，並且同樣的脅迫行為也可能因為不同的犯罪時間、環境、距離等而對被害人造成不同程度的恐懼，因此我們也很難單就行為人脅迫的行為就認為已經達到不能抗拒程度。

儘管如此，撇開這種難以將其歸類為不能抗拒手段或是還可以抗拒的脅迫手段不談，就剩下的行為態樣而言，至少我們可以肯定的是，**施以單純(未達不能抗拒程度)的強暴脅迫是準強盜行為人的常態**，而這與行為人是為了取得他人財物或者是為了帶著贓物逃走所必須付出的犯罪能量息息相關。而德國學說之所以未針對強制程度多作著墨，是因為德國法的強盜罪並沒有要求需達到不能抗拒程度，所以儘管準強盜罪的強制程度通常會比強盜罪來的低，不過這本來就不是德國強盜罪特別加重的原因，與我國迥然不同。

但是如果根據大法官或者學者意見將準強盜罪的強制程度也限於與強盜罪類似的「不能抗拒」或「難以抗拒」程度，那麼實務上對於準強盜罪的適用機率將會大大地縮減，並且可能是完全無法規制這種竊盜或搶奪後施強暴脅迫的情形<sup>233</sup>。因為在為了取得財物而施以不同程度的強暴脅迫時，依照事實態樣的不同，刑法

---

證人韓瑞臨僅受有右手第四指一公分撕裂傷及左手腕挫鈍傷等輕微傷害，且雙方拉扯五分鐘後，被告即遭證人韓瑞臨制服等情，均如前所述，顯見被告僅與證人韓瑞臨間有短暫輕微肢體衝突，被告所為此等拉扯行為並未達到使證人韓瑞臨難以抗拒之程度甚明，而與刑法第三百二十九條之規定有間。」(96年訴字第700號判決)。

<sup>233</sup> 事實上，經筆者搜尋司法院網站，以準強盜為案由搜尋，自大法官公布630號解釋後，被論以準強盜罪的案件數是0。(最後搜尋日期：97年6月13日)。

可以說是具有階段性的適用竊盜罪、恐嚇取財罪、搶奪罪以及遭遇最頑強抵抗而達使其不能抗拒程度的強盜罪。但在這種行為順序相反的情形，我們規定的準強盜罪卻是僅限於程度最嚴重的不能抗拒情況，況且這是準強盜行為態樣中最少出現的類型，對於大量未達此程度的事後強暴脅迫行為我們只能分開論以竊盜罪與強制罪的競合模式，顯然難以與大法官所認為的準強盜罪是為了保護人民「身體自由、人身安全」的目的接軌，屆時準強盜罪的存在將只剩象徵性的恫嚇意義。因此根本的問題應該是出於誤會準強盜罪的不法內涵同強盜罪而賦予其強盜罪刑度的錯誤認知。

不過儘管如此，我們不得不承認的是透過對於強制程度的限縮解釋的確可以達到與強盜罪同地位的目的，只是這樣的結果可能與當初立法者所欲設想規範的行為態樣有所出入。



### 三、客觀目的性關連

#### (一) 目的性關連的內涵

強盜罪的客觀不法構成要件除了強制行為與取財行為外，更重要的要件在於強制行為與取財行為間的目的性關連(*finaler Zusammenhang*)，也就是強制行為與取財行為間必須具備因果關係<sup>234</sup>。不過有疑問的是，所謂的目的性關連要素只需要存在於行為人的主觀層面即可(主觀說)，抑或在客觀上也要求強制行為必須有助於取財目的之達成(客觀說)？此區別實益在於如果行為人誤以為是自己的強制行為才使對方交付財物，但事實上卻是被害人出於其他動機而交付時，依照主觀說仍可成立強盜既遂罪，但依照客觀說，則僅能成立未遂。對此，由於強盜罪的法律

<sup>234</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 322

效果為五年以上重刑，其行為不法程度的要求也應該要比較高。因此如果不是行為人在客觀上也的確實使人不能抗拒之強制力而取財，單憑行為人主觀上的敵對意志，恐怕難以衡平高度法定刑，從而客觀說應該比較可採<sup>235</sup>。此外，如果行為人為強制行為除了取得他人之物外還有另外的目的（例如：強制性交）時，亦不妨礙構成本罪<sup>236</sup>。

## （二）脫免逮捕、湮滅罪證意圖

準強盜罪的構成要件也是雙行為：竊盜（或搶奪）行為與強暴脅迫行為。只是其行為順序則與強盜罪完全相反，必須先為竊盜再為強制。基此，將強盜罪的目的性關連要求挪至準強盜罪的話，在法益侵害方面也應該要有類似性，亦即行為人的強制行為與財產侵害之間須具備客觀上因果關係。

但是現行準強盜罪的主觀要求，除了防護贓物意圖外，還包括了「脫免逮捕意圖」、「湮滅罪證意圖」，這兩者在保護對象上都是指向侵害非個人法益的國家追訴利益，顯然已經偏離強盜罪保護財產法益的主軸，雖然其僅屬於主觀要件，並不一定會影響客觀構成要件的該當性，不過由於行為人可能會為了脫免逮捕或湮滅罪證而在逃跑的過程中放棄對於贓物的持有，顯示行為人此刻強制手段的使用在客觀上欠缺侵害財產與人身自由法益的連結性。而更明顯的情形是，我國實務認為出於脫免逮捕或湮滅罪證的行為人，其前行為的竊盜並不需要既遂，只要行為人著手於竊盜而為了脫免逮捕或湮滅罪證對被害人施以強制即可論以準強盜罪<sup>237</sup>。但問題是，行為人在客觀上根本未成功地移轉持有，其強制行為很明顯地不是

<sup>235</sup> 採取客觀說的學者有：林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁379；黃惠婷，〈強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十一期，2005年5月，頁78。

<sup>236</sup> Krey/Hellmann, BT, 13. Aufl., 2002, Rn. 191

<sup>237</sup> 最高法院68年台上字第2772號判例。

作為侵害財產法益的手段，從而行為人此刻的強制行為與財產侵害間根本欠缺目的性關連，只是另一個獨立妨礙國家追訴權的行為而已，與強盜罪的財產—人身法益目的性關連完全不同。

### （三）防護贓物意圖

#### 1、異於強盜罪結構的要求

就防護贓物意圖言，在客觀上的表現形式是行為人持有贓物，並且強制手段的實施與防護贓物的持有之間必須具備客觀上因果關係。不過弔詭的是，依照通說意見只要行為人竊盜既遂，其後的強制行為並不需要成功地達防護贓物結果即可論以準強盜既遂<sup>238</sup>，也因此德國學者有稱準強盜罪是一種結果被截短的危險犯罪（erfolgskupiertes Gefährdungsdelikt）<sup>239</sup>。依此，強盜罪主客觀層次都必須要具備的目的性關連要求在準強盜罪的客觀要件上似乎沒有適用餘地，也就是行為人只要是主觀上出於此一目的為強制行為即可論以既遂。如此一來，這種主客觀要求不一致的標準，是否還能為強盜罪與準強盜罪的客觀不法內涵劃上等號就值得懷疑<sup>240</sup>。至於其他認為既然財產犯罪所強調的是財物的得喪變更，那麼行為過程中一時取得財物並不重要，必須從行為的結果去看整體的財產侵害，從而既未遂的判斷應

<sup>238</sup> 參照最高法院 68 年台上字第 2772 號判例、85 年訴字第 1187 號判決、92 年台上 2776 號判決、93 年台上第 4655 號判決。學說上也不乏支持者，例如：韓忠謨，《刑法各論》，1968 年，頁 421；褚劍鴻，《刑法分則釋論下冊》，2004 年，頁 1195；林山田，《刑法各罪論（上）》，2005 年，頁 393；林東茂教授最新見解，〈再探準強盜罪〉初稿，發表於《東吳大學法學院刑事法論壇》，2008 年 1 月 5 日，頁 4。德國學說亦同，Vgl. MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 14; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 8; SK-Samson/2, 4. Aufl., 1990, § 252 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 372; Hohmann/Sander BT/ I, 1998, § 7 Rn. 23

<sup>239</sup> NK-Kindhäuser, StGB Kommentar, 2. Aufl., 2005, § 252 Rn. 2; Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 1; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 1

<sup>240</sup> 相同質疑，Vgl. Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (731)。

該以行為人最後是否取得他人財物為依據較為適當的看法<sup>241</sup>，雖然在結果上透過同樣對於財物侵害的既遂，而推斷出與強盜罪類似的客觀目的性關連。不過要注意的是，如果是在這過程中，行為人一度喪失了對贓物的持有，並且再度使用強制力才又重新獲得時，其實其目的性關連已經是為了取得他人之物而使用強制手段，我們可以直接論以強盜罪，而不是準強盜罪<sup>242</sup>，因此本文對其看法仍持保留態度。

## 2、危險犯式的結構？

依據德國學說的想法，之所以認為只要行為人在竊盜既遂後對被害人施以強制行為即可論以既遂，主要是以危險犯的觀點為根據，因為透過強制手段來維護贓物的持有，至少在事實上會造成的危險是「穩固了其透過前行為所獲得的持有狀態」<sup>243</sup>，因此儘管最後的結果可能是行為人也沒有成功地防護贓物，但由於其透過強制行為的使用在現實上確實會導致防護贓物結果這樣的一個財產損害的危險，所以要處罰。

刑法上對於犯罪行為的設定，最早是以實害犯為原始模式，也就是必須對於法益造成實際上的侵害，我們才加以處罰。而這是源於對人類而言，實害結果往往帶給我們比較深刻的感受，畢竟在現實上法益侵害的結果就是如此具體地呈現在我們的面前，讓我們可以很直接清楚的感覺到有一個法益被侵害了，並且這樣的感受讓我們認為如果不對其加以處罰無以建立刑法的威嚇作用。不過，儘管對於實害犯的感受是較為深刻的，但是現行刑法上所規制的犯罪行為已不再是以實害犯為唯一對象，最根本的理由是：如果光規制實害犯，並不能夠完善的保護我

<sup>241</sup> 曾淑瑜，〈準強盜罪之共同正犯及既未遂〉，《台灣本土法學》第五十一期，2003年10月，頁189。

<sup>242</sup> Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 7

<sup>243</sup> MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 1; Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (731)。

們的生活，而這從未遂犯以及危險犯的處罰基礎即可窺知一二。

未遂犯以客觀構成要件未被完全實現為前提，雖然客觀構成要件不僅僅是結果，也包括了因果關係、客觀歸責等要件，不過在未遂犯中最常被討論的仍舊是犯罪結果未發生。對於其處罰基礎，依照通說所採的主客觀混和理論(又稱印象理論 Eindruckstheorie)，雖然結果沒有發生，但是行為人主觀上已經透過其行為顯使出法敵對意識，並且此一行為在客觀上已經足以動搖一般人對於法律的信賴<sup>244</sup>，如果我們不對其加以處罰，將會導致刑法威信的降低以及未來利益侵害的發生，所以我們也處罰未遂犯。至於危險犯根據構成要件的規定方式可以分為抽象危險犯以及具體危險犯。具體危險犯常見在構成要件有「致生…危險」之文字<sup>245</sup>，也就是行為客體在具體案件裡必須處於危險之中，並未發生實害結果僅是出於偶然<sup>246</sup>，而法院在認定是否構成既遂時，必須就個案事實確實判斷有無危險。反之，抽象危險犯並不以個案中確實發生一定危險為要件，因為依照通說的說法，抽象危險犯是立法者普遍認為這些行為具備高度的危險性，只要有此行為就應該要被禁止，不必在個案中再去要求具體危險的檢驗，只要行為人為構成要件所描述的行為，就已該當。

危險犯的立法背景與未遂犯類似，所謂的危險與否，其實都是來自於我們主觀上對於客觀所有事物的感受。由於人類理解的有限性，我們不可能對於世界上的每一件事情都有無限的認知可能，因此只能累積生活的經驗，去揣測一個行為事實是否會發生。如果經驗上告訴我們通常這樣的行為會導致一定實害結果的發

---

<sup>244</sup> Otto, AT, 5. Aufl., 1996, § 18 Rn. 3

<sup>245</sup> 例如：刑法第 175 條全部、第 177 條第 1 項、第 179 條第 2 項、第 180 條全部、第 181 條第項、第 184 條第 1 項、第 185 條第 1 項、第 186 條之 1 第 1、3 項、第 187 條之 2 第 1 項、第 189 條第 1 項、第 189 條之 1 第 1 項、第 189 條之 2 第 1 項、第 190 條之 1 第 1 項、第 192 條第 2 項、第 193 條、第 194 條等。

<sup>246</sup> Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 123



生，我們就會傾向認為它是危險的，即使最後結果沒有發生，我們仍然會感覺到不安，因為我們不能保證如果下一次相同的行為再發生時，結果也會同樣幸運地沒有發生。但是在純粹客觀的世界裡，如果刑法上所規定的實害結果最後並沒有發生，那麼從一開始就已經註定實害不會發生，也註定行為沒有危險。只是因為在我們的主觀認知裡，並沒有辦法對於行為後的所有歷程有絕對的掌握與理解，所以會傾向使用預測的心理，對該行為的危險性與否直接做出反應<sup>247</sup>。儘管如此，客觀上當行為人一旦為該行為後，對於實害結果的產生與否就已經沒有辦法干預與控制了，剩下的就是交由自然界中的一切因子交互作用地決定是否發生實害結果。例如：刑法第一百七十三條第一項的放火罪，行為人一旦放火之後，就沒有辦法確定火災是否會燒死人或者會燒死幾個人，儘管在客觀上是因為被害人全家剛好都不在，以致於沒有釀成傷亡的結果，但是就行為人的主觀來說，結果的不發生都是偶然，特別是抽象危險犯的立法，以典型的危險行為為構成要件，不容許行為人在個案中自行判斷有無危險，以建立一定的制度與秩序<sup>248</sup>。基此，不論是抽象危險犯或者是具體危險犯，處罰的基礎與未遂犯並無二致，都是繫於行為人主觀上對於實害結果的認知進而著手為之<sup>249</sup>。

### 3、分析檢討

#### (1) 準強盜罪為實害犯

如上述，危險犯與實害犯的區別在於現實上是否利益被侵害，而既然實害犯

---

<sup>247</sup> 基本觀念參照黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁567以下。

<sup>248</sup> Otto, AT, 5. Aufl., 1996, § 4 Rn. 14; 對於危險犯及危險故意的詳細說明，參考黃榮堅，〈論危險故意—評最高法院九十三年度台上字第一一五五號及九十一年度台上字第六三六八號判決〉，《月旦法學》第一一八期，2005年3月，頁225以下。

<sup>249</sup> 因此有學者稱其為限定行為模式的未遂犯，參照黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁233。

是刑罰介入的基本門檻，那麼處罰危險犯就是刑罰的前置化。姑且先不論準強盜罪的危險犯模式與強盜罪的實害犯模式到底在不法內涵上是否一定等價，本文在這裡要先處理的是：準強盜罪是否值得危險犯的立法技術？一般而言，我們在決定是否將一個罪名規定為危險犯，都離不開對於法益的保護。因為儘管危險犯是以行為人主觀上對於實害結果的認知為前提，不過如果在現實上真的有人因為行為人的行為而遭受到侵害，我們可以根據其法益侵害對象而直接論以既遂罪或者未遂罪，而沒有必要在既遂與未遂間再創立危險犯概念。然而，如果實際上實害的範圍是不確定的，例如刑法第一百九十條的「毒化公眾飲水罪」，行為人在公眾場所的飲水機裡投放毒物，主觀上可以預見的是會有人因為喝了飲水機裡的水而中毒，因此如果最後真的有人因為喝了該水而中毒，那麼依照中毒的人數我們可以直接論以行為人幾個傷害（或殺人）既遂罪。不過有問題的是，對於其他沒有喝水而在公共場所出入的人，我們沒有辦法計算行為人的未遂個數，但是我們卻又不能就此不論，因為行為人對於那些未喝水的人還是存有傷害（或殺人）故意，只是範圍多大他並不能控制，從而危險犯的立法可以說是為了完全評價行為人的不法意志<sup>250</sup>，以保護無數潛在的被害人。

基此，危險犯就是行為人主觀上無法控制侵害範圍廣狹的行為。而刑法上的危險犯規定常見於國家法益罪章以及社會法益罪章，這是因為對於不確定範圍的故意，既然沒有辦法具體化為針對每一個個體，所以透過超個人法益的概念直接以不確定多數人作為保護對象。從而侵害個人法益的犯罪類型，基本上是針對特定的對象，沒有不能計算個數的問題，都是實害犯<sup>251</sup>。而在刑法分則屬於個人法益的條文上，有些被認為是危險犯模式的立法，如果不是錯放其體系位置那麼就是誤判其屬於個人法益<sup>252</sup>。從準強盜罪的整個犯罪事實流程來看，當行為人已經竊盜

<sup>250</sup> 黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁227。

<sup>251</sup> 基本觀念參照黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁221以下。

<sup>252</sup> 例如刑法第283條的「群眾鬥毆罪」，屬於多數行為人共同參與的犯罪，個別行為人並不能夠控

既遂，並且對被害人施以強制行為時，其實行為人的主觀上幾乎可以確定侵害的對象以及侵害的個數，因此應該是實害犯。至於德國學說支持是危險犯<sup>253</sup>的理由，在於其透過強制行為時的主觀防護贓物意圖連結前已既遂的竊盜行為，所以存在一個增強財產持有的危險。不過有問題的是，即使強制行為增強了鞏固財產持有的危險，也還是針對特定的財產法益，並且這個財產法益適用竊盜罪已經足以評價其侵害的完整性(所有利益)，所以基本上我們用既遂犯與未遂犯的概念就可以說明，不需要在此套用危險犯的概念。

## (2) 準強盜罪的客觀目的性關連

經由以上的分析，我們可以確定準強盜罪依然是實害犯，而這裡所說的實害指的是前行為的竊盜與後來的強制所造成的法益侵害，因為準強盜罪也是結合犯式的立法結構，所以就實質法益侵害而言，既遂指的當然是竊盜既遂與強制既遂。然而之所以會有準強盜罪不以最終財產侵害為既遂，只要行為人實行強制即可，是否與強盜罪的既遂判斷上有所落差的爭議，主要是源於強盜罪與準強盜罪行為模式上根本的差異。因為強盜罪的行為模式是行為人使用強制行為而取得他人財產，所以我們可以很清楚地依照判斷竊盜罪既遂的邏輯，認為當行為人移轉持有

---

制實害的發生與否以及發生範圍，因此所危及的是不特定多數人的生命與身體法益，是危險犯，參照薛智仁，《參與群毆行為之處罰基礎與立法》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年，頁70以下。又例如第293條以下的「遺棄罪」，學說普遍認為其為危險犯(採抽象危險犯說為：林東茂，《刑法綜覽》，2006年，頁2-24以下；採具體危險犯說為：林山田，《刑法各罪論(上)》，2005年，頁101)，不過如果從行為人的主觀認知來看，所謂的遺棄故意與傷害或殺人故意其實沒有區別，行為人著手於遺棄後，對於被害人是否會受到生命或身體法益的侵害並無法掌控，就是有傷害或者殺人的故意，學說上所說的只是知道其有危險但沒有殺害故意其實只是循環論證，所以既然其所故意對象是針對特定人，那麼其應該是實害犯。至於刑事政策上是不是要訂立遺棄實害犯則是另一個層次的問題；參照黃榮堅，〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，收錄於蔡墩銘主編之《刑法爭議問題研究》，2001年，頁494以下。

<sup>253</sup> 具體指明準強盜行為是抽象危險犯(abstraktes Gefährdungsdelikt)，Vgl. Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (732)

時，就已經既遂，至於之後行為人是否在逃跑的過程中遺失該物並不影響既遂的判斷。可是在準強盜罪的行為模式中，要與強盜罪類比的對象卻是一直變換而不固定。因為行為人是先構成竊盜行為，再著手強制行為，因此在比較的對象上可能是竊盜＋強制，也可能僅有後行為的強制。例如在保護法益，是以結合的竊盜罪保護法益＋強制罪保護法益而得出等價地位。但是在既未遂的判斷上，似乎又將對象限縮在以強制手段維護贓物的後行為，所以才會有行為人只需出於主觀意圖，客觀不須實現防護贓物結果的不對稱結構，如何與強盜罪等價的疑慮。

單純就強盜罪是利用強制而取財的手段目的關係來看，很明顯地，在準強盜罪要類比的對象應該是「利用強制而鞏固持有」，也就是後行為部分。但問題是，在我們已經確認防護贓物為純粹主觀要素的前提下，準強盜罪的客觀目的性關連勢必欠缺。不過先撇開這點不論，即使行為人在客觀上也的確利用強制行為而鞏固持有，單純地鞏固財產與積極地去侵害財產，在刑法上的評價不可能相同<sup>254</sup>。因為就前者而言，不管造成該財產持有狀態的原因究竟是合法還是非法，但從行為人已經持有財產的那一刻起，他只是繼續地維持財產侵害的現狀，而後者則是再去製造一個財產破壞的狀態。這種區別就好像是行為人竊盜之後再對該財物進行處分行為一樣，由於該財產法益已經在竊盜行為時就被侵害了，從而之後行為人的行為並不會對於該物再次造成侵害，但如果行為人是之後又去偷別人的東西，當然就要另外再論以一次竊盜罪。所以客觀上，其實準強盜罪並不是以一個犯罪行為為手段而達達犯另一個犯罪之目的，而只是一個單純繼續維持原本持有狀態的強制行為。換句話說，我們說強盜罪非難的重點在於行為人為了達侵害財產法益的目的竟然不惜以侵害人身自由法益為手段，所以至少強盜罪的行為人是在手段行為以及目的行為都指向了侵害他人法益。但準強盜罪的行為人在客觀上卻只是實施了令人無法抗拒的行為，即使在結果上的確使得行為人的持有更加穩固，

---

<sup>254</sup> Seier, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl – BGH, NJW 1979, 726, Jus 1979, 336 (337)

但並非另一個財產侵害的行為<sup>255</sup>，從而這種為了穩固持有的強制行為雖然也具有目的的手段關係，但與強盜罪所要求的目的性關連的不法程度仍有落差。當然，在準強盜罪納入竊盜罪的前提下，行為人也造成了財產侵害，但是這與目的性關連的要求無涉，因為該財產侵害不是強制行為所造成，列入前行為一併評價只是為了在整體的保護法益上維持與強盜罪的一致性。並且通說也承認，如果行為人的強制行為並非以侵害財產為目的，即使行為人最後也侵害了人身自由以及財產法益，依然不能被論以強盜罪<sup>256</sup>，顯見如果不是強制行為的結果會造成其他的侵害，並沒有加重的理由。

結論上，本文認為強盜罪的目的性關連指的是為了達最終的犯罪目的，不惜以犯另一個罪為手段，所以目的以及手段在客觀上的顯示都是利益侵害。但在準強盜罪，行為人雖然也是以犯強制罪為手段，而欲達防護贓物目的，但所謂的防護贓物其實只是純粹主觀要素，客觀上是否實現並不重要。並且退萬步言，即使客觀上也要求強制行為與防護贓物間必須具備因果關係，但防護贓物實際上並非新的利益侵害，而只是前犯罪的延續狀態。所以儘管透過前行為竊盜罪的納入而在整體上達成與強盜罪相同的保護法益，但是目的性關連的不法程度依然不同，反而造成學說上對於既未遂判斷標準的爭議。

## 第二項 主觀不法

### 一、德國帝國法院的等價心理理論

由德國帝國法院所發展出來的犯罪心理學等價心理理論認為準強盜罪的不法

---

<sup>255</sup> 更詳細的說明請參照本文【第四章、第三節、第二項、二、(一)、3。

<sup>256</sup> Haft, BT, 7. Aufl., 1998, S. 158

內涵與強盜罪如出一轍，因為「如果行為人在取得他人之物既遂後，會為了防護贓物而使用強制手段，那麼如果行為人是在取得既遂之前就被發覺，也同樣會為了取得持有而使用相同的強制手段(Hätte-auch)。」依照其觀點，準強盜罪之所以與強盜罪等價，並不是從行為的客觀不法要件所得出，而是從行為人使用強制手段所顯示出的內在犯罪意向所推論，亦即強制手段本身並沒有特別的不法功能，只是作為一個不可反駁的間接證據，證明行為人具備這樣的強盜犯罪意志<sup>257</sup>。

然而這樣的推論可能過於粗糙而無實證基礎<sup>258</sup>。如同前述，強盜罪的行為人是以取得他人之物為目的，因此其主觀一開始就對於客觀透過強制行為而取得持有的事實過程有所認知。反之，準強盜罪的行為人是在意外的情況下被發覺，基於防衛的心理才對被害人使用強制手段，對於自己後來會對被害人施以強制並不在行為人一開始的計算當中，兩者主觀上的立足點從一開始就不一樣。除此之外，等價心理理論最大的問題在於，其一律假設如果行為人在取得他人之物既遂後，會為了防護贓物而使用強制手段，那麼行為人在取得既遂之前就被發覺，也同樣會為了取得持有而使用相同的強制手段，但是在現實上，我們可以想像的情況是：在已經取得持有的情況，行為人如果是以較小程度的強制手段就可以順利帶著贓物逃跑，例如：行為人可能輕輕一推，就可以推倒被害人而逃跑。但是一旦換成為了取得而使用強制力的情形時，由於是要從別人的手中強硬拿走財物，行為人要做的可能就不只是推倒被害人而已，還必須從他的手上拿走財物，並且在拿走的過程中可能還要壓制已倒在地上的被害人的抵抗。從而在強盜罪，行為人要作的至少有兩個動作(推倒+拿走)，但在準強盜罪，行為人只需作一個動作(推倒)，因此在行為人為「強盜罪」的情形，我們也許可以大膽的假設行為人如果是在取得既遂後才被發現，由於要作的動作更少，所以也很有可能會為了防護贓物而為

---

<sup>257</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (147)

<sup>258</sup> 相同質疑，Vgl. Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (736)

強制行為<sup>259</sup>。但是這個公式並不能逆推，因為強盜罪的強制動作比準強盜罪的強制動作還要多，並且可能就因為多了這麼一個動作而被路人所制伏，所以行為人必須要考慮是否值得冒險，而不一定會為強盜行為<sup>260</sup>。從而如果不是就個別準強盜行為人的心理進行調查，我們根本沒有辦法推論行為人一開始就具有這種使用強制手段的傾向<sup>261</sup>。

退萬步言，即使本文所舉情況的發生機率相當低，在一百件當中只有一件，並且其他九十九件都符合帝國法院所假設的等價心理，我們也不能同意這種不顧行為人個別性而一律假設其心理狀態的嫌疑刑罰<sup>262</sup>。因為刑法處罰一個人，並且要論以多重的刑度，基本上都是以行為人個人的罪責作為衡量的基礎，即使不同的行為人所犯的是同一個罪名，由於每個個案的犯罪情狀、動機、手段等都不一樣，沒有辦法統一的預先確定每個犯相同罪名的人都具備相同的罪責，所以法院必須依照具體個案來衡量應該要課予多重的刑度<sup>263</sup>，而這就是罪責原則的要求<sup>264</sup>。我們不能夠因為社會上有很高的比例是準強盜罪的行為人如果是在取得既遂之前就被發現，也會實施強制手段來取得持有，就概括地斷定每一個人的罪責程度都是一樣的，以白話一點的方式表達就是：其他準強盜行為人具備強盜心理，與我何干？即使只有一個行為人是例外，我們也必須要依照其特殊的心理狀況進行評價，否則將是個人責任原則的失守。

---

<sup>259</sup> 但這個公式同樣沒有實證基礎，本文僅是以與德國帝國法院相同的推論去說明。

<sup>260</sup> Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (737)

<sup>261</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (165)

<sup>262</sup> NK-Kindhäuser, StGB Kommentar, 2. Aufl., 2005, § 252 Rn. 3; Kratzsch, Das "Räuberische" am räuberischen Diebstahl, JR 1988, 397 (399)

<sup>263</sup> Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2002, Rn. 419

<sup>264</sup> 我國刑法第 57 條規定的科刑標準即以罪責原則為基礎，提醒法院必須在個案中針對不同行為人的特殊狀況衡量刑度。

## 二、主觀目的性關連

### (一) 脫免逮捕、湮滅罪證意圖

準強盜罪除了防護贓物意圖外，還包括了脫免逮捕以及湮滅罪證意圖，而強盜罪的主觀意圖則僅規定了不法所有意圖。當中，由於防護贓物意圖與不法所有意圖都與財產法益相關，至少還有一個相同的平台可資比較。但是脫免逮捕或湮滅罪證意圖卻是指向侵害非個人法益的國家追訴利益，與保護財產與人身自由等個人法益的強盜罪大相逕庭，在兩者一致性的比較上顯得齟齬。

依照大法官釋字第六三〇號解釋的看法，顯然是認為行為人在竊盜或搶奪當場，除了會為了防護贓物而對他人施以強暴脅迫外，在行為人是為了脫免逮捕或湮滅罪證的情形，也同樣會對他人施以強暴脅迫，所以基於保護人身安全的考量，也必須處罰。如果準強盜罪真的是以人身安全保護為唯一目標，那麼大法官的說法也許有它的正當性存在。不過問題就在於準強盜罪是直接以強盜罪的刑度為指標，所以強盜罪所考量的一切要件在準強盜罪也應該要一併斟酌。強盜罪主觀上所要求的是行為人必須對於其以程度激烈的強制手段取得他人財物有所認知，換句話說，財產法益也是行為人要認識的對象之一，而不單是人身自由法益。但是在行為人是出於脫免逮捕、湮滅罪證意圖而施強制的情形，由於行為人可能根本也沒有獲得持有（出於此二意圖不以竊盜既遂為前提），施以強暴脅迫單純是為了要脫免逮捕、湮滅罪證，即使大法官要特別重視被害人在此刻所可能遭受到的危險性，但依然不能忽略財產侵害在強盜罪所扮演的關鍵角色。在上述情況當中，行為人對於整個行為過程與財產侵害的目的關連性根本欠缺認知，不可能等同強盜罪的主觀要素。



至於試圖以妨礙刑事追訴目的取代財產侵害目的以彌補刑度上不均則可能是打擊錯誤。因為即使刑事追訴利益加上人身自由法益也值得五年以上的重刑，難以解釋的是為什麼準強盜罪所援引的是強盜罪的刑度？而不是更為接近的妨礙司法權行使罪章？我們可以理解的是，在強盜罪的審判過程中，由於法官考慮到行為人除了侵害被害人的財產以及人身自由法益外，可能也同時侵害了刑事追訴利益，所以在量刑時可以因為犯罪的目的、犯罪所生的危險或損害<sup>265</sup>而加重其刑。但是無論如何，此一加重處罰的基礎仍是建立在行為人違犯強盜罪的框架裡，也就是以侵害被害人的財產以及人身自由法益為前提<sup>266</sup>。但在行為人出於脫免逮捕、湮滅罪證意圖而施強暴脅迫的情形，則純粹是刑事追訴利益加上人身自由法益，與強盜罪的保護方向已有出入，如此一來，我們看不出援引強盜罪法定刑的意義在哪裡，並且強硬對這種妨礙刑事追訴利益的行為課予強盜罪的刑罰，是某程度罪責原則的放棄<sup>267</sup>。此外，刑法所規定的構成要件行為與刑度傳達給人民的訊息，除了說明什麼樣的行為不應該作，否則將會受到什麼樣的懲罰，藉以嚇阻犯罪之外，也包括了傳達尊重他人利益的思想。但是在準強盜罪，由於人民所接收到的不法行為內涵與其所對應的刑責範圍並不對稱，將使人民對於刑法教化方面的認知產生混淆，無所適從，是一般預防功能的喪失。因此，結論是行為人出於脫免逮捕與湮滅罪證意圖的強制行為，無法與強盜罪劃上等號。

## （二）防護贓物意圖

相對於客觀目的關連性的要求，其實立法者所考量強盜罪的加重理由有更大的可能只是單純因為行為人主觀上所顯現出來不惜以違犯強制罪為手段而犯竊盜

---

<sup>265</sup> 我國刑法第 57 條第 2 款、第 9 款。

<sup>266</sup> 相同看法，薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號解釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008 年 8 月，原稿頁 10。

<sup>267</sup> 相同看法，黃惠婷，〈準強盜罪之強盜本質—簡評最高法院九六年台上字第七七〇號判決—〉，《臺灣本土法學》第九十九期，2007 年 10 月，頁 268。

罪的強烈法敵對意識。不過先不論這種僅存於主觀上的不法意志是否值得五年以上的重罰，如前所述，即使行為人實施強制行為是為了達到防護贓物的意圖，但是既然要比擬的對象只有強制行為，所以不能把前面竊盜罪造成的財產侵害也納入考量。因此，單就強制行為所造成的只有人身自由法益的侵害，而非如同強盜罪所要求的是另一個新法益的侵害。行為人主觀上的認知也是一樣，準強盜的行為人在實施強制行為時，即使知道強制行為將使得財產的持有更為鞏固，但也知道這只是前一個財產侵害的延伸，而不是真的不惜以違犯強制行為為手段又去侵害另一個財產法益。因此，準強盜罪的行为人即使是出於防護贓物意圖，但其法敵對意識的程度也絕對與強盜罪不同<sup>268</sup>，換言之，是主觀也產生目的性關連要求的不法落差。



一個人要構成犯罪，除了實現不法之外，還必須要有罪責。依照通說的想法，行為人除了為構成要件及違法性該當的行為之外，還必須具備「非難可能性 (Vorwerfbarkeit)」，我們才能夠處罰他<sup>269</sup>。而所謂非難可能性的內涵是「當行為人能為合法行為，而不為時，行為人就是可非難的」，也就是如果行為人在當下有選擇為合法行為的能力時，但他卻選擇了違法行為，那麼我們就可以說他是可非難的<sup>270</sup>。由此內涵可以知道我們是否可以非難一個人，取決於他是否具備自由選擇為他行為的能力，如此一來則免不了要回答，人是否具有自由意志的無解問題。儘管如此，人是否具有自由意志，雖然在目前的科學實驗與社會研究裡仍然沒有證

<sup>268</sup> 就此，蔡墩銘教授認為準強盜行為人只是為了防護贓物而施展強制行為，其惡性較強盜行為人來得低，應該是從主觀層面為切入點所意識到的落差，參照蔡墩銘，〈準強盜罪之擬律〉，《軍法專刊》第八卷第四期，1962年4月，頁17。

<sup>269</sup> Wessels/Beulke, AT, 32. Aufl., 2002, Rn. 394

<sup>270</sup> 李文健，《罪責概念之研究—非難的實質基礎》，政治大學法律研究所碩士論文，1997年6月，頁67。

據可以告訴我們到底是自由與否，而本文也無意對自由意志作出辯證，但是就事實層面來看，至少我們具有相對自由，可以對自己的行動作出選擇、甚至是有猶豫的空間。所以套用到罪責概念裡，可以肯定的是，如果一個人處於某個特定的情狀當中，受到來自環境以及質素的影響，以致於選擇為合法行為的空間越小，那麼對他的可非難性也就越低。

基此，我國準強盜罪的現行條文中，規定的是行為人在竊盜或搶奪時當場對被害人實施強制行為，而主觀上的意圖可以是防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證。對於這種行為人一開始只是想要竊盜，但卻突然面臨意外的情況，根據犯罪學的研究，此時行為人的心理狀態多半顯示出緊張、激動以及恐懼的情緒反應，以致其幾乎是出於本能的反應去使用強制手段來維護贓物持有<sup>271</sup>，也就是德國學說上所承認的行為人的自我庇護心理<sup>272</sup>。當人一旦處於這種情緒，相對於個人處於平常時刻可以冷靜而理智的做出利弊分析而選擇合法行為，其對於行為選擇的判斷力會明顯的下降，以致於要求其在那樣的狀況當中，也必須與平常時刻一樣地做出理智抉擇，幾乎不可能。雖然行為人在當下並非完全沒有選擇為合法行為的空間，但很明顯地有所壓縮，就像是我們一旦作了壞事，在面臨他人的質疑時，即使知道說謊不對，但在本能上就是很難誠實地面對自己的過錯一樣。

而對於行為人陷於這種特別激動、緊張的心理狀態所為的違法行為，我國刑法也不是沒有特別優待的前例，例如刑法第二百七十三條及第二百七十九條所規定的「義憤殺人罪」、「義憤傷害罪」，就是考量到行為人一旦處於義憤的情緒狀態，

---

<sup>271</sup> Weigend, Der altruistische räuberische Dieb Neue Komplikationen bei einem alten Straftatbestand, GA 2007, 274 (275)

<sup>272</sup> NK-Kindhäuser, StGB Kommentar, 2. Aufl., 2005, § 252 Rn. 4; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 7; Schünemann, Raub u. Erpressung ( II ), JA 1980, 393 (399); Geilen, Raub und Erpressung (Fortsetzung), Jura 1979, 669 (669); Geppert, Zu einigen wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), Jura 1990, 554 (555)

難以期待其不為違法行為，因此在刑度上有所減輕。除此之外，學說上所謂阻卻罪責的緊急避難，也是基於相同的思考，雖然我們知道殺人不對，但是當大家都處於海難的生命危險時，要求行為人接受死亡與人的求生本性明顯不符，因此即使所保全的利益沒有明顯大於被犧牲的利益，但依然可以阻卻罪責。

特別要說明的是，就法條所規定的三個意圖而言，其罪責減輕的程度並非一致。當中脫免逮捕以及湮滅罪證意圖，相較於防護贓物意圖，除了在不法層次其主觀侵害方向有所出入之外，其具備自我庇護動機的心理更是明顯，罪責減輕的必要性也更為確定。特別是我國刑法條文已經在第一百六十四條以及第一百六十五條規定明文排除這種自我隱蔽以及湮滅自己罪證行為的處罰，顯示難以期待行為人不為脫逃、滅證行為，在準強盜罪是否要作出與其他條文不一致的規定，值得斟酌<sup>273</sup>。而出於防護贓物意圖的行為人，雖然其不如出於脫免逮捕或湮滅罪證意圖般難以期待，但是如前所述，當行為人面臨這種突發的緊急狀態，能夠選擇為合法行為的空間明顯變小，強制行為的實施可以說是正常的本能反應，與強盜罪的行為人是在行為之初即對於自己將使用強制行為取得持有有所認識與準備，其著手是在冷靜理智思考的背景下所產生的情形相比，當然也有減輕的空間，因此不論行為人是出於什麼樣的意圖，都與強盜罪有所落差，只是落差的程度又有所不同而已。

當然，所謂必須考量罪責的減輕，並非等於不應該處罰行為人。因為尊重行為人在犯罪當場幾近於必然反應的人格展現，我們難以苛責其行為，但是相對地，如果一旦有行為人為合法行為的空間一律變小便不處罰，在尊重行為人人格權的背後，作為代價的是被害人人格權的犧牲。本文無意討論什麼樣的情形才能以期

---


<sup>273</sup> Burkhardt, Gewaltanwendung bei Vermögensdelikten mit Bagatelldeliktcharakter, JZ 1973, 110 (113); 國內文獻同樣認為應該要免除或者至少減輕處罰的是陳子平，〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉，《月旦法學教室》第九期，2003年7月，頁21；黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁99；蔡墩銘，〈準強盜罪之擬律〉，《軍法專刊》第八卷第四期，1962年4月，頁17。

待可能性免除罪責，因為這涉及國家對於人民保護義務與尊重人格權間的權衡，只是無論如何，在這種明顯可非難性降低的情況，不能與強盜罪相提並論。

## 第四項 競合

最後，依照以上的論述，可以發現強盜罪與準強盜罪在不法層次以及罪責層次儘管有些部分相同，但整體而言準強盜罪的不法及罪責內涵仍低於強盜罪，而其代表的意義是準強盜罪經過競合產生的刑度必須要低於強盜罪。

### 一、競合的基本概念



競合論的體系架構主要是由「行為數」以及「被侵害的法益數」兩大元素所構成。首先，在行為數的判斷上依照通說意見，雖然結合犯在結構上是結合兩個單一構成要件而成立一罪的犯罪，所以即使分開來看其內部可能是兩個自然的行為單數，但是由於法律已經選擇將其結合訂為一罪，所以在法律的意義上係直接視為行為單數<sup>274</sup>。從這點而言，強盜罪與準強盜罪都是結合犯，所以都是行為單數，似乎沒有差別。不過由於結合犯的立法技術有先天上的違憲爭議，從而直接以其屬於結合犯規定而論以法律行為單數的說法，其正當性基礎必須要打個折扣，所以勢必還是必須要回歸行為人的主觀認知與客觀表現行為具體分析兩者之差異。

撇開法律意義的行為單數不談，德國通說上所認定的行為單數指的是行為人出於單一行為決定，在客觀上顯示一個物理動作(所謂自然意義的一行為：eine Handlung im natürlichen Sinn)，或者客觀上雖然看起來有數個物理動作，但由於動作間的時空緊密關連性，從第三者的角度來看也會認為僅有一個行為(所謂自然的

<sup>274</sup> Blei, AT, 18. Aufl., 1983, S. 346; Wessels/Beulke, AT, 32. Aufl., 2002, Rn. 760

行為單數：natürliche Handlungseinheit)<sup>275</sup>。而這些動作間可以是侵害同一法益，例如連續毆打被害人三十下；或者是侵害不同法益，例如行為人想要侮辱被害人並且傷害他的身體，所以其走向被害人罵他是笨豬後立刻打他<sup>276</sup>，除此之外，都是行為複數。基本上我國學說見解<sup>277</sup>對於行為數的判定跟德國相同，至於我國實務操作，原則上是以行為人的行為決意個數為標準，一個行為決意代表行為單數，數個行為決意代表行為複數<sup>278</sup>。

本文認為，刑法的功能在於預防將來的犯罪實施，而犯罪的實施與否主要是繫於個人的意志，如果個人決定要違犯刑法，那麼不論他在客觀上作了多少行為，只要我們能夠禁止他主觀上犯罪意志的形成，那麼客觀上所有的違法行為就通通不會發生，學說上一個生動的比喻是：「汽車的兩個大燈和兩個尾燈都沒有獨立的開關，而只有一個總開關。總開關一開，全部的燈都亮起來，總開關一關，全部的燈都熄掉，而刑法要管的就是這個總開關<sup>279</sup>。」基此，德國學說所謂自然意義的一行為，雖然有出於單一行為決定的要件，但是其更強調的是客觀上所表現出來的單純物理動作，例如：對他人丟一顆石頭是一個行為，丟兩顆石頭就是兩個行為。可是問題是通說在最後對行為人的評價上，也不是真的丟十顆石頭就真的論以十個行為然後處以刑罰，而是還會透過許多不同的途徑，例如自然的行為單數，來將其解釋為一行為，如此一來我們看不出，對於行為數定義的意義在哪裡？而更實際的問題是我們要怎麼去計算行為數？例如：行為人想要殺害仇人，於是帶著刀打算行刺，結果第一刀落空，被害人乘機逃跑，行為人緊追其後，追到後又一直到第三刀才刺到被害人要害。在客觀的物理動作上來看，行為人刺三刀是三個行為，但是在這過程中，行為人跑步要算幾個行為？行為人與被害人的拉扯要

<sup>275</sup> Wessels/Beulke, AT, 32. Aufl., 2002, Rn. 764

<sup>276</sup> 舉例均來自 Otto, AT, 5. Aufl., 1996, § 23 Rn. 8ff.

<sup>277</sup> 僅參考林山田，《刑法通論(下)》，2008年，頁303以下。

<sup>278</sup> 最高法院30年上字第1397號判例。

<sup>279</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁938。

算幾個行為？都將成為問題。

其次，自然的行為單數可能是通說也發現如果僅以客觀上的物理動作作為行為數的區分，不但在理論上有所盲點，就連實務上判斷也有所難度，所以為補充其概念漏洞而發展出來的標準。可是這個標準也同樣存在疑慮，例如丟石頭的案例，行為人先對被害人丟了十顆後，發現沒有石頭了所以就跑去別的地方撿石頭，過了兩個小時後回來再繼續丟。行為人是出於一個行為決意要以丟石頭的方式傷害別人，但是在客觀上由於前後的丟石頭行為已經不再具備時空上的緊密連結，所以在第三人的角度看可能是兩個行為。不過問題是如果因此對行為人論以兩個傷害罪的話，對於行為人將來是否決定要實施犯罪的預防功能上並無實質意義，甚至於是傳達如果以後要傷害別人要先一次把石頭撿齊的荒謬訊息。因此本文認為行為數的計算應該以行為人主觀上的行為決意數為計算基礎，如果脫離了行為人的主觀決意，不管用什麼樣的標準去判斷客觀上的行為數，都只是空洞的技術操作。

## 二、分析檢討

行為人出於一個行為決意儘管在客觀上看起來有多個物理動作，仍是一個行為，而數個行為決意就是數行為，二者必須給予不同評價。依此，強盜罪是行為人出於對他人施以強暴脅迫而取得他人財物的決意而著手為之，其行為決意只有一個，所以是一行為，並且由於此行為決意同時包含了對於他人財產法益以及人身自由法益的侵害，所以是一行為侵害數法益，應該是想像競合。而準強盜罪的行为人對於自己會在之後因為被發覺而施強暴脅迫並沒有預見，所以一開始僅是基於竊盜故意而著手於竊盜行為，是一個行為，而之後因被發覺所施的強暴脅迫是基於另一臨時新生之行為決意，是另一個行為。所以儘管也是侵害了財產法益

以及人身自由法益，但是在競合論上的處理應該是數罪併罰。

刑法上對於一行為侵害數法益與數行為侵害數法益的結果作不同的處理，並且一般而言，想像競合的刑度相對於數罪併罰，對於行為人來說是比較有利的<sup>280</sup>，理由是前者的罪責內涵比較輕微。不過也有相反意見提出認為行為人要以一個行為來侵害數法益或者是以數行為來侵害數法益，往往都是出於偶然的因素，只要行為人最後是侵害數法益，並不因為其區分為幾個行為而有所差異<sup>281</sup>。本文認為，整個競合論是以行為數及法益數為根本所建立的體系架構，那麼在法益的侵害數上，侵害一個法益還是數個法益當然要有不同處理，而以行為人每一次都決定違犯刑法的犯罪意志而言，一行為當然也要與數行為作不同處理。不過在侵害多數法益的情形，一行為違犯數法益代表的是行為人僅有一次違反刑法規範的念頭，但是其內涵包含大量法益的侵害，而數行為違犯數法益，則是行為人每次都違反刑法對他守法意志的期待，僅是其每一次的侵害內容都是單一的法益。所以到頭來，是一次侵害大量法益比較嚴重還是區分多次侵害少量法益來的可怕的問題，而這個答案也很難直接以前者或後者作為簡答，並且從社會感情反應來看，當新聞報導殺人犯一口氣殺了十個人跟殺人犯連續殺了十次人，也難以判定大部分的人民就會覺得前者就比較可以原諒。因此，想像競合的評價不必然就低於數罪併罰，而從預防的角度來看，雖然刑法要求行為人不要一再的違反刑法對他為合法行為的期待，但是同樣地，刑法也期待行為人不要為大量法益的侵害，所以對於數法益的侵害，行為數不應該是界定刑罰輕重的標準<sup>282</sup>。

基此，想像競合僅從一重處罰是否太輕而無法正確反應行為不法內涵，是未來競合論上必須再檢討的問題。而強盜罪是想像競合，準強盜罪是數罪併罰，表

<sup>280</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 36 Rn. 38

<sup>281</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁983以下。

<sup>282</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁984。



面上看起來似乎與我們前面所論證準強盜罪的不法與罪責內涵低於強盜罪的結論有所矛盾。不過本文要特別說明的是，數罪併罰雖然原則上都會比想像競合的刑度還要重，不過在不同個案中由於不同的事實情況以及行為人的心理狀態，也可能是相反的結果。準強盜行為中的竊盜罪，如果以三年有期徒刑為基礎刑度，而之後的強暴脅迫行為由於在強度上多半未達不能抗拒程度以及欠缺目的性關連，並且因為行為人具有自我庇護的心理狀態而導致在罪責層次上至少有減輕的必要，其刑度可能只判一年有期徒刑，所以數罪併罰後的刑度將會落在三年至四年有期徒刑。而強盜罪雖然僅從一重罰，會落在五年以下有期徒刑的座標裡，但考量到行為人同時侵害他人人身自由法益，並且其強制程度已達使人不能抗拒，所以應該要在基本的竊盜罪三年有期徒刑中再往上加至少大於一年的刑度，而很有可能達最高限度五年有期徒刑。至於如果將來立法上能夠將一行為侵害數法益的法律效果變更為數罪併罰，那麼強盜行為與準強盜行為的刑度差距將會拉至更大。



## 第五項 小結

### 一、原則—準強盜罪不同於強盜罪

準強盜行為與強盜行為具備相同的不法與罪責內涵一直是學說上支持準強盜罪可以援引強盜罪刑度的理由，只是出發的角度各有不同，有從行為人主觀角度假設，也有從行為客觀危險性觀察。不過對於兩者的比較，如果不是從不法與罪責層次中，對每一個要件都進行逐一的檢驗，所得出的結果只能說是瞎子摸象，各自都只掌握了一部分的輪廓，但卻誤解了整體的形態。

本章的任務即是對於準強盜罪與強盜罪進行各個要件的比較，試圖從不法及罪責層次逐一分析強盜行為與準強盜行為的本質。首先，在客觀不法的層次裡，

由於強盜罪與準強盜罪都是結合竊盜罪與強制罪而成的結合犯，儘管行為順序相反，但都保護財產及人身法益無疑。不過即使都是保護相同的法益，在客觀強制手段的表現與要求上，兩者仍有不同。第一，就強制行為對被害人侵害的程度而言，強盜罪已經表明是以不能抗拒程度為要件，而準強盜罪雖要件上沒有說明，但大法官以及新進學說也紛紛傾向至少必須要達難以抗拒程度。然準強盜罪與強盜罪相反的行為順序，所造成的影響是行為人為了防護贓物持有所使用的強制力，就是低於為了持有而強制，而這從實務判決的案例事實也可以得到佐證，因此學說與大法官的要求雖然是透過解釋而使得其與強盜罪一致，但卻忽略準強盜強制程度的本質面，而實質架空準強盜罪的適用機率。第二，在目的性關連的要求上，準強盜行為人欠缺強盜罪的加重理由：以強制行為達財產侵害目的，而只是單純的維護財產持有。並且納入竊盜行為一併觀察的結果除了混淆比較的基準之外，在既未遂的判斷上也造成更大的分歧，並且不管採取哪一種說法依然無法衡平與強盜罪間的差距。

其次在主觀不法方面，德國帝國法院的等價心理理論勢必會造成對行為人的嫌疑刑罰而有違罪責原則，因此其假設不能作為準強盜罪援引強盜罪法律效果的理由。同時，如果立法者是特別重視行為人不惜以犯強制行為達財產侵害目的的強烈法敵對意識而作為加重強盜罪的理由，那麼準強盜行為人的主觀很明顯欠缺如此高程度的法敵對意識。至於出於脫免逮捕與湮滅罪證的意圖而為強制行為，不論從哪一個角度切入，都過不了與強盜罪相同地位的審查。最後，在罪責層次，由於行為人在為強制行為時具備自我庇護的傾向，期待其選擇合法行為的空間明顯壓縮，可非難性也就下降，從而與強盜罪相比，其罪責較低。所以整體而言，既然準強盜行為的不法與罪責內涵低於強盜行為，量刑範圍依照競合規則處理的結果自然也會低於強盜罪。為突顯兩者之不同，以下以圖表方式為一簡單對照：

	強盜行為	準強盜行為	是否等價？
保護法益	財產+人身自由	財產+人身自由	○
強制程度	強	弱(但可透過解釋 彌平)	○
客觀目的性關連	具備	欠缺	×
等價心理理論	不等價	不等價	×
主觀目的性關連	具備	欠缺	×
罪責	可非難性高	可非難性低	×

【圖二：準強盜行為與強盜行為比較表】

## 二、例外—偶然性的說法？

針對本文所論證，準強盜行為人基本上其不法與罪責內涵都遠低於強盜行為人的結論，德國學說有提出所謂的「偶然性說法」，認為如果強盜罪與準強盜罪僅是以取得既遂與否作為分界，並不能擔保兩者有必然的落差。因為雖然準強盜行為人多半是基於臨時被發覺的困境而實施強制行為，不過也存在行為人早已預定一旦既遂後被發覺將使用強制手段來因應的情況<sup>283</sup>。例如行為人本來意在竊盜，但也計畫在竊盜過程中一旦被發覺，就要使用強制手段來奪取財物或防護贓物。所以行為人可能是在拿走東西之前就被發現，索性使用強暴脅迫行為取得財物<sup>284</sup>；但行為人也可能是在拿走東西之後才被發現，因此使用強暴脅迫行為防護財物。換言之，行為人是在拿走東西(既遂)之前被發現或者是在拿走東西之後被發現，全

<sup>283</sup> 薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁21。

<sup>284</sup> 此為我國實務向來所稱「犯意變更」、「轉念強盜」的類型，參考最高法院25年上字第1520號判例。

都取決於行為事實的偶然性<sup>285</sup>：如果被害人早一點出現，行為人就是強盜罪，被害人晚一點出現，行為人就是準強盜罪。

在這種行為人早有計畫的情形，由於行為人對於意外被發覺的可能性已有心理準備，即使是在竊盜既遂後才使用強制手段，罪責上的減輕因素也已不復見，與強盜罪的罪責內涵的確幾乎沒有差別。而對於這種事先計畫的行為人，學說上的看法是既然行為人已經預先準備，客觀上難以想像其不以取得財物作為實施強制的最終目的，因此皆應認為其以提昇犯意至強盜故意，直接論以強盜罪即可<sup>286</sup>。不過即使行為人對於要實施強制行為有所計畫，但我們所說的故意指的是行為時對於該當構成要件的利益侵害事實的認知<sup>287</sup>，在還沒著手之前充其量只是陰謀，談不上故意。因此當行為人是在取得既遂後才對他人施以強制，主觀上並非以強制手段取得他人之物的認知，不在強盜罪的射程範圍。並且自普魯士於一八五二年訂定準強盜罪是為了解決行為人抗辯其強制故意是在竊盜既遂後才另行起意的證明困難來看<sup>288</sup>，代表準強盜罪一開始就是為了處罰這種事前有所計畫的行為人，而論以強盜罪的法律效果。當然，證明困難並不能構成訂定刑法的正當理由<sup>289</sup>，但是在這種已經確認相當於強盜罪的行為人，如果沒有準強盜罪的規定，只能回歸競合模式，相較於事前實施強制手段的強盜罪，至少現行法的規定就是五年以上，最重則可達十五年有期徒刑的高度刑罰，準強盜行為數罪併罰的結果可能會產生令人難以接受的刑度落差。

---

<sup>285</sup> Blei, Materielles Strafrecht, JA 1975, 519 (522); Weigend, Der altruistische räuberische Dieb Neue Komplikationen bei einem alten Straftatbestand, GA 2007, 274 (276); Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (151)(166); Kratzsch, Das "Räuberische" am räuberischen Diebstahl, JR 1988, 397 (399);

<sup>286</sup> 戰諭威，〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，2005年11月，頁35。

<sup>287</sup> 黃榮堅，〈論犯罪之行為時〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁280。

<sup>288</sup> Vgl. Seier, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl – BGH, NJW 1979, 726, Jus 1979, 336 (338)

<sup>289</sup> 薛智仁，〈參與群毆行為之處罰基礎與立法〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年1月，頁39以下。

儘管如此，本文仍然不能同意對於這種類似強罪的準強盜行為制定高度刑罰的立法。理由有二，其一是：這種事前出於完整計畫的行為人就準強盜的全部事實態樣而言，數量上相當少數<sup>290</sup>，並且就現實面言，即使是事前就打算以強制手段防護贓物，就強取與防衛在客觀上表現出來的手段強度也很有可能不同，況且是否已經取得既遂所影響的是目的性關連的要求，當行為人是在取得既遂後才實施強制行為，在目的性關連的要求上就是不同於強盜。從而要以偶然性為由而制定具備高度刑罰的法律規定，無法通過正當性的檢驗。其次，退萬步言，即使準強盜罪的不法與罪責內涵都等同強盜罪，所以刑度上也應該要比照辦理，其解決途徑可以是都訂定五年以上的高度刑罰，卻也可以是都回歸競合模式。就前者而言，立法者任意選擇兩獨立犯罪而以惡性重大作為加重刑罰的基礎，並不合理，強盜罪的規定在將來勢必要重新檢討。所以如果真的要處罰這些少數具備與強盜罪相同不法及罪責內涵的準強盜行為，在形式的選擇上也應該要避免複製強盜罪的錯誤模式，從而在這種少數準強盜行為的抉擇上，仍然應該選擇回歸競合模式。換句話說，廢除準強盜罪是一個先行回歸正當立法模式的正確選擇，至於在強盜罪還沒廢除之前，造成兩者不法及罪責內涵相當但刑度不同的矛盾結果，是在檢討強盜罪立法正當性之前必然要加以忍受的陣痛期，只能藉由個案中法官實際審理行為人是否具備事前計畫，而彈性運用數罪併罰以調整其間的差距。

### 第三節 準強盜行為有獨立處罰之必要？

基此，既然準強盜行為在本質上就不同於強盜行為，因此要直接援引強盜罪的法律效果作為準強盜罪的刑度自然會有罪刑不相當的疑慮。不過即使準強盜行為不同於強盜行為，也不代表其沒有存在的必要。換言之，針對這種事後以強制手段防護贓物的行為，一旦放棄強盜罪的高度刑罰，可能還是有為其訂定獨立法

---

<sup>290</sup> Geilen, Raub und Erpressung (Fortsetzung), Jura 1979, 669 (669)

定刑的必要，或者準強盜行為根本就存在另一個獨立保護的法益，而有獨立規定必要。因此本文以下區分此二方向，試圖為準強盜行為找出存在意義。

## 第一項 獨立法定刑模式

### 一、維持現狀結構

如前所述，既然準強盜行為的不法及罪責內涵都低於強盜罪，那麼放棄援引強盜罪的高度刑罰，為準強盜行為重新設計一個較強盜罪刑度低的獨立法定刑，則不失為一個可能的解決途徑。並且國外的立法例上，也不是沒有選擇這條路徑的先例，例如奧地利的刑法典便是放棄援引強盜罪的刑度，而為準強盜行為設計獨立法定刑，其刑法第一百三十一條規定：「任何人於犯竊盜罪之當時，意圖為自己或第三人防護從他人所取走之物，而對人實施強暴或對身體或生命造成現時之危險，處六月以上五年以下有期徒刑。」相較於其強盜罪的刑度是一年以上十年以下有期徒刑而言，準強盜行為的刑度的確是比較低，而與加重竊盜罪的刑度相當<sup>291</sup>。

對於奧地利的立法模式為何與其他各國有所不同，目前少有文獻討論，不過從其法定刑的範圍看來，準強盜罪的刑度與強盜罪的刑度有部分重疊，也就是不管是被判強盜罪或者是被判準強盜罪，在執行刑的決定上，可能是相同的刑度(一年至五年)。就此，本文猜測其立法原意可能相當接近本文的前述立場，認為在原則上準強盜行為的不法及罪責內涵低於強盜行為，因此一律課予強盜罪的高度刑罰會有違反罪刑相當原則的疑慮，然而在少數的例外情狀，準強盜行為也可能達強盜行為的不法及罪責內涵，因此賦予其一個可以與強盜罪相同也可以與強盜罪

---

<sup>291</sup> 關於奧地利條文規定，參考許玉秀大法官於釋字第 630 號解釋之協同意見書之附表二及附表三。

不同的彈性選擇空間，交由法官根據個案具體裁量。

相對於此，我國對於準強盜行為的刑度選擇似乎也可以比照辦理。也就是稍微調整構成要件文字，刪除脫免逮捕或湮滅罪證，並降低法定刑。總體而言，由於準強盜行為的強制行為常態並不會達於不能抗拒，因此擁有獨立法定刑後的準強盜行為也必須考慮這一點而可能會比較接近於「顛倒的恐嚇取財罪」。但與恐嚇取財罪不同的是，這裡的強制程度也可以包括達不能抗拒程度的強暴脅迫。換言之，在正面順序先強制後取財的行為態樣，立法者藉由強制程度的不同而分別規定恐嚇取財罪及強盜罪，但在反面順序先取財後強制的行為態樣，則不再區分，而直接以準強盜行為為單一類型。

## 二、分析檢討

### （一）刑度選擇困難



為準強盜行為架構獨立法定刑的難題之一，在於我們到底應該要怎麼去決定其刑度範圍？在這種竊盜或搶奪後，對他人施以強暴脅迫的情形，由於施強暴脅迫的行為類型在現實上的表現形式可能有很多種，因此如果真的選擇這條路徑，勢必要針對強暴脅迫的行為態樣進行大量的事實考察，比較其對被害人侵害的程度以及強制行為本身的危險性<sup>292</sup>，綜合犯罪學的研究，制定一個可以明確反映行為不法及罪責內涵的刑度範圍。

不過問題也就在於，是否真的可能建立一個理想的刑度？由於強盜罪的刑度是五年以上有期徒刑，而如果完全不考慮建構準強盜行為的獨立處罰規定，使其

<sup>292</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (169)

回歸競合，則刑度將會落在八年以下有期徒刑的範圍，因此既然要將準強盜行為單獨設置獨立規定，並課與其獨立法定刑，那麼所隱含的意義是認為光憑競合規則不可能完全評價準強盜行為。如此一來，準強盜行為的整體刑度範圍應該要比競合結果高，但又必須低於強盜罪，可是問題是作為顛倒的恐嚇取財罪，刑法上對於恐嚇取財罪的規定僅是五年以下有期徒刑，即使我們考量到在例外的情形，應該要論以跟強盜罪一樣的重罰，但也不能偏離基本模型太遠，可是如果最高刑度範圍又必須高於競合結果的八年有期徒刑，代表最後準強盜行為的刑度上限勢必要高於八年，才能做出區隔，要如何兼顧兩者並不樂觀。結論上，要怎麼樣才可以正確地反映行為評價，卻又能夠把刑度明確建立在此二結果之間，將是未來對立法者的重大考驗。並且我們所擔心的是，即使經過大量的實證研究及統計結果，該具體刑度的座標將會是被切割的十分細致，以致壓縮法官的個案裁量權利，還是直接給予一個超大範圍的標準，讓法官形同在這個標準裡提早進行類數罪併罰的裁量。



## (二) 欠缺結合正當性

即使最後立法者真的可以在這夾縫之中找到適當的法定刑，然而這並不改變準強盜罪仍然是結合竊盜罪或搶奪罪與強制罪的事實。亦即，只要準強盜罪維持現有的結構狀態，儘管其刑度已較強盜罪為低，依然違憲，因為結合犯抵觸比例原則以及平等原則的事實，並不會因為其加重處罰的幅度比較小就變成是合憲，只要立法者沒有辦法提供我們一個可以任意結合兩個犯罪加重處罰的理由，那麼儘管結合的法定刑與原本競合規則的刑度相當，也會是一個必須被刪除的條文。並且一個更現實的問題是，對於準強盜行為回歸競合的結果，最高刑度可以被論至八年有期徒刑，難道還不夠因應多樣化的準強盜行為？難道少數例外的準強盜行為真的都必須要八年以上的有期徒刑才能充分評價？換句話說，本文認為，即



使是就例外情況，不法與罪責內涵接近於強盜罪的準強盜行為，其實透過競合原則的彈性運用，所得出的結果並不會評價不足。甚至於立法者費盡心力所計算出來的刑度可能也與競合結果相差不遠，如此一來，我們更看不出結合的意義何在，準強盜罪的獨立規定只是徒於刑法上增加贅文。

### 三、小結

因為將準強盜行為擬制為強盜行為，自始就是打擊錯誤，因此賦予準強盜行為獨立法定刑而建構另一種獨立的犯罪類型，是就準強盜行為與強盜行為不等價的解決路線之一。不過在結論上，本文認為要替準強盜行為設定獨立法定刑的途徑可以說已不復在。理由是獨立法定刑本身的確定就是一項難題，即使經過實證研究，結果仍不樂觀，況且結合犯的立法技術本來就是為了要加重處罰所採用的特殊結構，從刑法上採取結合犯的條文刑度看來，加重的幅度可以說是大躍進，特別是形式結合犯，其結合後的刑度幾乎都是十年以上的重刑、無期徒刑或死刑。由此可見，如果結合後的刑度並未明顯高於競合的結果，那麼這樣的立法技術也就失去了意義。

基此，要結合竊盜罪或搶奪罪與強制罪而成為一個獨立的犯罪類型，原則上其刑度就注定是高度刑罰，然而其不法與罪責內涵又未達強盜行為程度，導致其刑度範圍本身的確定顯得左右為難。儘管難以想像，不過如果最後真的可以為其制定獨立法定刑，結合犯的目的功能在某程度也已經折損殆盡。此外，最重要的因素是維持結合犯的立法技術本身就是一項錯誤，試圖為一個錯誤的犯罪結構找出正確的對應刑度，可以說是天方夜譚。所以不管立法者多麼努力地在各種刑度當中找出平衡點，終究不會平衡。如果不放棄這樣的結構選擇，再怎麼調整，也只是將一個違憲的法律修正成另一個違憲的法律而已。

## 第二項 獨立保護法益模式

### 一、評價對象之確定

如果要為準強盜罪尋找一個存在的正當性，勢必要擺脫結合犯的立法技術。基此，我們要先確定的是準強盜行為的結構到底是什麼？從立法者的意思推敲，其要處罰的對象就是行為人在竊盜或搶奪後，當場對他人施以強暴脅迫的行為。如果擺脫了竊盜或搶奪要素，那麼行為人的行為，不管程度多麼嚴重，充其量也還在強制罪的適用範圍。所以如果要重新建構準強盜罪的存在必要性，不能不考慮竊盜或搶奪要素對於後來強暴脅迫行為的影響程度。不過所謂的影響程度也不是只有作為構成要件行為一途，換言之，如果準強盜罪不走結合犯的路線，卻又要在構成要件要素裡包括其他犯罪的構成要件，在解釋上可以參考肇事逃逸罪的規定，因為逃逸行為本身有自己要保護的法益存在，所以肇事要素的存在是為了限定處罰的範圍，亦即並非每一種犯罪的逃逸都會被處罰，只有在肇事的情況下逃逸才會被論罪。所以同樣地，如果將竊盜或搶奪要素解釋為行為人發展為準強盜罪的起始狀態，如此一來，可以確定的是準強盜罪的構成要件行為所指的就是強暴脅迫行為，竊盜或搶奪要素也只是為了限定處罰範圍而被設定出來，藉以與其他犯罪後施強暴脅迫行為的情況區別。並且要注意的是，由於只有行為才能侵害法益，所以一旦將竊盜或搶奪要素定位成起始狀態，行為人竊盜或搶奪行為所造成的財產侵害的評價，便非準強盜罪的任務，而是應該另外論以竊盜罪或搶奪罪，最後再以競合處理。

基此，如果準強盜罪真正要譴責的對象是竊盜或搶奪的行為人不應該當場對他人施以強暴脅迫行為，處罰的核心在於強暴脅迫行為，而不是竊盜或搶奪行為與強暴脅迫行為的結合，代表強暴脅迫行為除了單純保護人身自由法益之外，

還必須有獨特的利益存在(否則直接論以強制罪即可)，並且這個獨特利益必須是由竊盜或搶奪要素所衍生而來，也才能說明為什麼要把處罰的範圍限定在竊盜或搶奪的前行為。

## 二、保護法益

### (一) 妨礙緊急權的行使

#### 1、緊急權的內涵

德國學者有認為在這種竊盜或搶奪後對他人施以強暴脅迫的行為之所以要獨立加重處罰，其根據不在於準強盜行為與強盜行為的等價地位，因為準強盜行為相較於強盜行為而言，存在不法與罪責內涵的虧空(Unrechts-und Schulddefizite)，所以不能直接以強盜罪作為證立準強盜罪的基礎。但是該強暴脅迫行為除了侵害他人的人身自由法益之外，還妨礙了他人緊急權(Notrecht)的行使<sup>293</sup>，因此基於特別的預防需求觀點(besondere Präventionsbedürfnisse)<sup>294</sup>，如果不對行為人進行嚴厲地懲罰，將不能夠保證該緊急權的使用效率<sup>295</sup>。而這裡所指的緊急權主要是德國刑法第三十二條的正當防衛權(Notwehr)以及德國民法第八百五十九條第二項的占有取

---

<sup>293</sup> 採此看法，Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl., 1982, S. 230; Seier, Die Abgrenzung des räuberischen Diebstahls von der räuberischen Erpressung, NJW 1981, 2152 (2154)。

<sup>294</sup> 要特別注意的是，這裡所指特別的預防需求，並非我們一般所指預防功能中的特別預防(Spezialprävention)，反而是指預防功能中的一般預防功能(Generalprävention)，也就是透過高度的刑罰藉以警告社會大眾，不可以在這樣的情況之下去妨礙被害人緊急權的使用。

<sup>295</sup> Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl., 1982, S. 230。

## (1) 刑法的正當防衛權

刑法的正當防衛屬於行為人的阻卻違法事由之一，其背後的概念是來自於「以正對不正」。由於國家機關沒有辦法時時刻刻保護人民的利益不受他人侵害，但也不能讓人民每次遭遇侵害時都只能陷於被動地位，而不能主動防禦。因此，正當防衛是國家賦予被侵害者主動保護自己不受侵害的權利，也就是當我們在遇到來自於他人的違法侵害時，國家允許我們在當下可以對該違法侵害進行反擊，在必要的限度內，不必為反抗付出代價。而一般正當防衛的要件，客觀上必須存在「現在不法侵害」，行為人主觀則必須具備「防衛意思」。

就防衛情狀而言，不法侵害指的是他人所為侵害到自己利益的行為，並且他人此行為是一個客觀上違背法秩序的行為。首先，利益的歸屬主體限於個人利益，也就是只有在自己的利益將遭受侵害時才能為保護該利益而反抗之。如果今天將被侵害的對象是國家或社會利益，原則上並不允許人民主張正當防衛。其理由是為了避免防衛者以警察角色自居<sup>297</sup>，因為當人人都自認為是國家或社會利益的守護者時，對於社會秩序的維持而言其實是弊大於利，一來是對於利益的認定模糊，二來是由於正當防衛的手段原則上並無限制，交由人民行使恐怕會有濫用之虞，因此還是將保護國家或社會利益的任務集中於國家，而不能任由人民主張。不過德國學說也承認例外的情況人民得以為保護國家或社會利益而正當防衛，亦即當

---

<sup>296</sup> 其他被提及的內涵尚有德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項的「現行犯之逮捕」(Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl., 1982, S.230)，不過其較少被討論，並且保護法益的方向係指向刑事追訴權，也與正當防衛及立即追回強調財產的取回較為不同，因此本文在此並不打算討論。

<sup>297</sup> Kühl, AT, 1994, § 7 Rn. 8ff.

國家自己無法及時保護該重大利益時，人民得例外為之<sup>298</sup>。

其次，所謂的違背法秩序，其觀察角度並不只限於刑法，而是必須從整體法律體系作一個宏觀的檢驗，如果這個行為在其他法律裡是被容許的，那麼就不是正當防衛裡所說的不法侵害，而在其他法律裡被容許的意思指的是從憲法的角度來看，該下階法律並非違憲，或者是合憲的法律，且在執行時並未違法<sup>299</sup>。例如：警察持有拘票而對被告進行拘提，由於只要警察持有合法的拘票對被告所為的拘提便是合法<sup>300</sup>，因此儘管警察的拘提行為形式上看起來該當刑法的強制罪，但被告並不能以警察的拘提行為將侵害其人身自由為由，而主張其反抗是正當防衛。反之，如果警察的拘提行為並未合於刑事訴訟法所規定的要件，亦無逕行拘提事由，則被告得反抗之，並得主張正當防衛。

最後，也是最重要的防衛情狀要件是現在性(Gegenwärtigkeit)的要求。依據通說的看法，侵害的現在性指的是侵害或攻擊即將馬上發生，或者侵害或攻擊業已開始或仍繼續進行中<sup>301</sup>。而這裡所說的即將發生，在客觀上並不要求已經導致一個具體的危險或者是對攻擊客體產生侵害才算，只要侵害結果直接即將來臨就該當現在性。所以防衛行為與攻擊行為之間存在十分緊密的時空關係，攻擊行為的時點，幾乎就是防衛行為的時點<sup>302</sup>。但是這樣的解釋仍然無助於我們釐清防衛的始點，因為「即將馬上發生」是個不清楚的概念，並且隨著觀察者的角度而有不同的解讀。如果從被害人的角度來看，將可能會導致防衛時點的過早，但如果從第三人的角度來看，被害人卻很可能已經無法有效保護自己。而學說上也試圖對此提出不同的標準，有認為所謂的即將馬上發生，是指行為未遂的時點，當一個行

<sup>298</sup> Kühl, AT, 1994, § 7 Rn. 10

<sup>299</sup> 黃榮堅，〈論正當防衛〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁96。

<sup>300</sup> 我國刑事訴訟法第77條。

<sup>301</sup> Wessels/Beulke, AT, 32. Aufl., 2002, Rn. 328; Jescheck/weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 341。

<sup>302</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn. 11

為可以被判斷進入至著手的標準後，就是現在攻擊<sup>303</sup>；或者認為必須視該攻擊是否可以直接轉換為法益的侵害來決定<sup>304</sup>；也有提出如果被害人錯過該時點後，對該攻擊將不能再防衛，或者是必須非常困難地防衛時，就是現在侵害（一般稱為有效理論：Effizienzlösung）<sup>305</sup>；另外也有主張著手的標準將會導致防衛時點的遲延，因此應該要將現在攻擊界定在「未遂開始前狹長的預備結束階段（das schmale Endstadium der Vorbereitung）」<sup>306</sup>。

以上不論是 Jakobs 或者是 Roxin 的主張，都是從行為人的角度判斷現在侵害的時點，只是確切的時點有前有後。但本文認為，既然正當防衛是國家給予人民得以保護自己的權利不受侵害，在標準的決定上，就不能不考慮到被害人是否還能夠有效防衛，所以是不是現在侵害應該要從被害人的角度觀察，如果該侵害已經到達被害人最後有效的防衛時點時，就是現在。例如妙齡女子在深夜遭遇欲強制性交的行為人，現在侵害的時點不是行為人將要為性交行為時，也不是行為人開始強制的時候，因為如果對比雙方的實力差距，以上所說的時點對被害人來說都已經不是有效保護自己的時點，只有當對方快要接近自己的那一刻就立刻防衛才能夠有效保護自己，也才是防衛的時點；但是如果被害人是一個魁梧大漢，並且具有黑帶級數的跆拳道能力，可以正當防衛的時點可能就會比較晚，也許直到行為人都已經將刀子架到被害人的脖子上時，都還不算是現在。當然這些學者所主張的不同判斷標準在個案的適用結果不代表一定不同，反之，可能是都可以主張或者都不可以主張，只是如果從正當防衛的目的性思考，有效理論應該是一個可以被接受的標準。至於質疑有效理論是否會導致防衛時點過於前置而有擴張正

---

<sup>303</sup> 這是 Jakobs 的見解，Vgl., Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 22

<sup>304</sup> 這是德國實務見解，Vgl., Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 22、25

<sup>305</sup> 這是 Schmidhäuser 的見解，Vgl., Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 23；國內文獻參照黃榮堅，〈論正當防衛〉，收錄於《刑罰的極限》，2000 年，頁 93。

<sup>306</sup> Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 22

當防衛界限之批評<sup>307</sup>，本文認為這應該是誤想正當防衛所要處理的層次，亦即如果防衛者主觀上認為一旦錯過了這個時點，我將無法有效防衛自己的利益，並且客觀上採取事後判斷的角度也認為該時點的確是防衛者最後有效防衛的時點，那麼我們沒有任何理由可以否定防衛者的正當防衛權。相反地，如果是防衛者出於錯誤的判斷，認為這已經是最後時點，但客觀上並非如此，那麼這正是誤想正當防衛所要處理的問題。

相較於防衛情狀現在性的始點有如此多的爭議，防衛情狀現在性的終點顯得單純的多。一般學說多半認為當侵害已經結束，就不能主張正當防衛，理由是侵害已經結束，事後的行為不再具備防衛功能，反而只是私人報復；而對行為人進行懲罰屬於國家的任務，不能由私人獨力進行，所以禁止對於已經結束的侵害，主張正當防衛。因此，所謂的侵害結束指的是該被侵害的利益已經無法透過防衛加以挽救，所以當防衛者已經被槍射傷，就不能夠反過來毆打行為人，因為毆打行為人並不會改變身體已經遭受侵害的事實。相反地，如果侵害行為還未結束，防衛者還可以透過其防衛行為防止接下去的利益侵害，那麼就還是現在，例如當被害人面對行為人不斷地毆打時，只要毆打行為還沒結束，被害人永遠可以主張正當防衛，因為其防衛行為足以挽救接下來的身體侵害。結論上，從正當防衛的目的性而言，已經無法挽救的侵害就是過去的侵害，但是如果還有挽救餘地的侵害，則是現在的侵害<sup>308</sup>。

從這個標準來看，刑法上的既遂概念指的就是利益侵害的既遂，所以原則上只要犯罪已達既遂，似乎就沒有正當防衛主張的空間。不過由於刑法上有種犯罪類型是屬於持續性的犯罪，例如侵入住宅罪，當行為人一旦進入他人住宅裡，就已經侵入住宅既遂，但是直到行為人離開他人住宅為止，每一分每一秒都一直持

---

<sup>307</sup> Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 23

<sup>308</sup> 黃榮堅，〈論正當防衛〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁92。

續進行利益侵害，從而被害人自然可以對其行使防衛權，將行為人趕出住宅。所以原則上對於持續性犯罪而言，既遂不等於防衛情狀現在性的終點，犯罪的終了才是。相對於此，在狀態犯的情形由於行為人只要該當構成要件所有要素，也就代表侵害已經既遂，也已經結束，所以理論上一旦過了既遂的時點，就沒有主張正當防衛的可能。但是在財產犯罪的類型，通說仍然主張有區分既遂階段與終了階段的實益，因為行為人在取得持有後，立即被他人所發現而處於追捕的狀態中時，由於行為人對該贓物的持有支配關係仍未達確保、穩固程度，以致於在這過程當中，被害人很有可能可以憑藉自己的力量而重新取回財物，避免損害，並且現實上立法者也不可能要求被害人在財物被他人取得之後，只能眼睜睜的看著行為人跑走，而不能上前要回。因此，財產犯罪的類型，即使既遂之後仍有主張正當防衛之可能。

涵攝至準強盜罪，行為人於竊盜或搶奪之後，當場被他人所發覺而進行追捕，雖然行為人此時已經取得財物(既遂)，但是透過當場要件的限制，學說上普遍認為這裡的當場指的是行為人對該贓物的持有支配關係仍未達確保、穩固程度(還未終了)<sup>309</sup>，所以反面的意思是，被害人有很大的機會得以挽救利益侵害狀態，因此從正當防衛的意義來看，儘管行為人只是為逃跑動作而不再是構成要件行為，仍是現在侵害，被害人可以對其實施正當防衛<sup>310</sup>。基此，竊盜或搶奪的行為人對被害人為強暴脅迫行為，除了侵害其人身自由法益之外，同時也是侵害其正當防衛權利。並且由於正當防衛的防衛主體並不限於法益持有人，基於有效保護利益的理由，第三人也可以為法益持有人進行正當防衛，因此對於第三人為強暴脅迫行為，也是同時侵害其人身自由權以及正當防衛權，與通說認為準強盜罪的被害人不限

<sup>309</sup> Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 5

<sup>310</sup> Otto, AT, 5. Aufl., 1996, § 8 Rn. 34; Wessels/Beulke, AT, 32. Aufl., 2002, Rn. 328; Roxin, AT, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 28; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 342; 國內文獻參照黃榮堅，〈論正當防衛〉，收錄於《刑罰的極限》，2000年，頁92；王皇玉，〈竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛〉，《月旦法學》第一〇七期，2004年4月，頁238。



於法益持有人的立場不謀而合。

## (2) 民法的占有取回權

相對於刑法上的正當防衛規定，民法也有正當防衛規定，我國民法第一百四十九條規定：「對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責，但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償責任。」而其要件及適用上大抵都類似刑法的規定，在此並不贅述。不過要注意的是，同法第九百六十條第一項規定：「占有人對於侵奪或妨害其占有之行為，得以己力防禦之<sup>311</sup>。」學說上稱本條項為「占有防禦權」，性質上屬於第一百四十九條正當防衛的特殊情形<sup>312</sup>，亦即將「占有」當作一項值得保護的利益，為避免其是否屬於總則正當防衛所稱的「權利」之疑慮，因此在物權篇關於占有的保護，明文承認被害人也可以為了防衛占有利益而實施正當防衛。所以基本上民法第一百四十九條以及第九百六十條第一項都是刑法上正當防衛概念的民法化而已，與前述刑法的正當防衛並無太大出入。

不過民法上除了這些規定之外，九百六十條第二項規定：「占有物被侵奪者，占有人得就地或追蹤向加害人取回之<sup>313</sup>。」從字面上的意思看來，這裡所說的被侵奪指的應該是占有已經被移轉的情況，如果用刑法的詞彙來說就是已經既遂的情形，從而一二項的區別就在於是否該占有是否已經被移轉(侵害是否已既遂)。如

---

<sup>311</sup> 德國民法第 859 條第 1 項也有類似規定：「占有人得以己力防禦被禁止的擅自行為。」原文為：「Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.」

<sup>312</sup> Joost, Münchener Kommentar zum BGB/6, 4. Aufl., 2001, § 859 Rn. 2；王澤鑑，《民法物權第二冊—用益物權、占有》，2006 年，頁 351；謝在全，《民法物權論(下冊)》，2004 年，頁 643。

<sup>313</sup> 德國民法第 859 條第 2 項也有類似規定：「以禁止之擅自行為為侵奪占有之動產時，占有人得就地或追蹤向加害人取回之。」原文為：「Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen.」

此一來，占有被侵奪後(既遂)，但尚未結束(終了)的情形，應該適用的法條究竟是第一項還是第二項就產生了疑問。因為學說上對於民法第九百六十條第二項的定位，並非如同第一項般，均認為其屬於正當防衛的特殊規定，而是有認為其屬於正當防衛<sup>314</sup>性質，也有認為其屬於自助行為(Selbsthilfe)<sup>315</sup>性質。

自助行為與正當防衛一樣，在民法總則篇裡都有基本的規定<sup>316</sup>，不過雖然民法區分了正當防衛與自助行為兩個不同的權利，但其背後的思考基礎倒是一致的，都是著眼於國家獨占公權力，雖原則上不允許個人為了保護自己的權利而自力救濟，但由於在某些特殊的情形，公權力的救濟可能緩不濟急，因此在例外的情況仍然容許個人獨力排除侵害或實現權利<sup>317</sup>，因此如果從排除侵害的角度來看，具體化在民法條文的就是正當防衛與緊急避難規定，從實現權利的角度來看，具體化的規定就是自助行為<sup>318</sup>。其區別實益有二：其一是能夠實施正當防衛或自助行為的主體範圍，如果是正當防衛，由於是為了保護權利不受侵害，所以即使是跟該權利無關之第三人，也可以為了保護他人的權利而實施正當防衛；反之，自助行為是單純為了保全自己的權利以便將來的實現，基於自己的權利只有自己可以加以主張，所以主體上僅限於權利人自己，第三人不能為其主張自助行為。其二，在實施的時間點上的要求也有不同，正當防衛必須限於現在的侵害，所以侵害行為與防衛行為間須具備十分緊密的時空關係；但是自助行為的前提是如果權利人不在當時

<sup>314</sup> 採此見解者多為刑法學者，例如：Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 145f.; 王皇玉，〈竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛〉，《月旦法學》第一〇七期，2004年4月，頁240。

<sup>315</sup> 採此見解者多為民法學者，例如：Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., 1981, S. 71; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 170; Joost, Münchener Kommentar BGB/6, 4. Aufl., 2001, § 859 Rn. 12; 孫憲忠，《德國物權法》，1999年，頁128; 王澤鑑，《民法物權第二冊—用益物權、占有》，2006年，頁353; 謝在全，《民法物權論(下冊)》，2004年，頁645。

<sup>316</sup> 我國民法第一百五十一條：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限。」

<sup>317</sup> Heinrichs, Palandt BGB Kommentar, 66. Aufl., 2007, § 229 Rn. 1

<sup>318</sup> 王澤鑑，《民法總則》，2006年，頁604。

為保全措施，則其權利將不能實行或實行顯有困難，因此其比較不在乎侵害行為與保全行為的時空緊密性，反而是著重現在的保全行為與將來實現權利的關係<sup>319</sup>。舉例言之，如果是竊賊偷走腳踏車，但所有人未能於當場追捕之，而是在數日後又在街上看到竊賊，此時雖然竊盜行為已經結束而不能主張正當防衛，但如果所有人不當場對竊賊取回該物或者是立即拘束其人身自由，可能之後就沒有機會再取回腳踏車，因此所有人得以主張自助行為<sup>320</sup>。至於自助行為的手段限制，雖然條文並未清楚規定，不過學說一致認為應該要類推適用民法正當防衛及緊急避難的規定<sup>321</sup>。

不過，儘管在民法總則裡正當防衛與自助行為有這些區別實益，但是適用到九百六十條第二項時，主張其屬於自助行為的學說卻也限制占有人的取回行為與行為人的侵奪行為間必須處於一個緊密的時空關係。理由是，就時間關係而言，法律之所以賦予占有人得以自我救濟是為了維護占有人原有之事實上管領力，因此如果此一管領力被削弱至行為人已經建立一個新的占有時(穩固持有)，法律便無須再賦予占有人占有取回權，否則等於允許私人重新破壞新占有事實，而擾亂社會秩序<sup>322</sup>；就空間關係言，「就地」指的是占有人必須直接在行為時或行為後當場立即向加害人取回，「追蹤」則是指從發現行為後立即開始追捕，即使行為人跑回其住所也不妨礙此權利的實施<sup>323</sup>。從而上述所舉之例，腳踏車之原占有人如果不能在被侵奪之時立即向行為人取回，便不能再主張九百六十條第二項的占有取回權，只能回歸總則適用自助行為規定<sup>324</sup>。基此，九百六十條第二項雖然賦予占有人得以自行取回占有物的權利，但對於時空關係的要求卻與正當防衛的時空要求幾

<sup>319</sup> Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 16. Aufl., 2005, Rn. 201

<sup>320</sup> Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., 1981, S. 71

<sup>321</sup> 王澤鑑，《民法總則》，2006年，頁610。

<sup>322</sup> Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 170；謝在全，《民法物權論(下冊)》，2004年，頁644。

<sup>323</sup> Bassege, Palandt BGB Kommentar, 66. Aufl., 2007, § 859 Rn. 5

<sup>324</sup> Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., 1981, S. 71

近無差別<sup>325</sup>。

基此，要將立即取回權定性為正當防衛抑或自助行為，在準強盜罪案例的適用上可以說是沒有太大差異。因為在這種竊盜或搶奪行為人已經取得持有，而在逃跑過程中，遭遇被害人追捕的情形，從財產侵害的角度來看，由於行為人對財物的持有尚未達穩固狀態，而可能隨時被被害人重新取回，因此財產的侵害還處於可以挽救的階段，被害人當然可以主張正當防衛；而從實現權利的角度來看，如果行為人不在當時立即向行為人取回財物，將來要能夠找到竊盜或搶奪行為人並取回該物的可能性就大大降低，也因此要說其屬於自助行為也該當，端看觀察者所採取的關注面向而定<sup>326</sup>。只是如果考量到總則對於自助行為的要求是強調現在自助行為與將來實現權利的關係，而非侵害行為與取回行為間的時空緊密連結，在通說一致認為占有取回權必須限於行為人尚未建立穩固持有的前提下為之，將九百六十條第二項定位成正當防衛的特殊規定，應該是比較理論一貫的說法<sup>327</sup>。如此一來，在解釋上可以將九百六十條第一、二項都當作是正當防衛的細緻化規定，亦即只要行為人著手實施侵害行為，直到侵害結束之前都可以主張正當防衛，只是當中又以既遂與否作為界限而分別適用一、二項規定，以及限縮得以主張占有取回權的主體限於占有人自己，而不及於第三人。並且如此解釋一個現實的好處是，將占有人的取回行為涵攝至刑法上的阻卻違法事由，直接適用第二十三條的正當防衛規定即可，而不必為九百六十條第二項創設另一獨立之阻卻違法事由<sup>328</sup>。

<sup>325</sup> Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 145

<sup>326</sup> 對自助行為與正當防衛的區分必要性拋出質疑的問題意識，王澤鑑，《民法總則》，2006年，頁611。

<sup>327</sup> 事實上，民法學者也承認在著手於侵害行為的實施但尚未終了的情況，可以適用民法的正當防衛(§ 149)，王澤鑑，《民法總則》，2006年，頁605。如此一來，又主張九百六十條第二項屬於自助行為，似乎有所矛盾。

<sup>328</sup> 相同看法，王皇玉，〈竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛〉，《月旦法學》第一〇七期，2004年4月，頁240。

## 2、應用至準強盜罪

### (1) 保護法益的再確認

綜合以上的說明，獨立處罰竊盜或搶奪行為後當場對他人施以強暴脅迫行為的意義在於其除了侵害他人的人身自由法益外，還妨礙了被害人行使刑法及民法所賦予的緊急權。對此實務上曾有判例<sup>329</sup>持相同意見：「占有物被侵奪者，如係動產占有人，得就地或追蹤向加害人取回之，為民法第九百六十條第二項所明定。某甲對於被告所欠之款，並未具有同法第一百五十一條所載情形，遽將其家中之銅煲菜刀逕自取去抵債，該被告自可本於占有關係依上開民法第九百六十條第二項規定向其追蹤取回，某甲於被告行使取回權之際，加以抗拒，甚至動武鬥毆，即係對於他人權利為一種不法侵害，被告為防衛自己權利起見，以自力排除其侵害行為，不得謂非正當防衛，縱令某甲因此受有傷害，而當時情勢該被告既非施用腕力，不足以達收回原物之目的，則其用拳毆擊，仍屬正當防衛之必要行為，對於此種行為所生之結果，按照刑法第二十三條前段規定自在不罰之列。」基此，實務是將正當防衛權以及占有取回權當作一獨立保護之法益，從而行為人的強暴脅迫行為當然是一個侵害緊急權的行為，被害人自可主張正當防衛。此外，值得注意的是德國學說有更進一步探求其實質內涵，認為所謂的緊急權只是一個概括的稱呼，其實質基礎在於被害人於行為人竊盜或搶奪後得以立即取回財物的可能性極高，行為人的強制行為等於徹底抹煞了被害人恢復財物的機會，亦即侵害被害人對於被竊財物的恢復利益(Restitutionsinteressen)<sup>330</sup>。因此，結論上可以說準強

<sup>329</sup> 參照最高法院 29 年上字第 2397 號判例。

<sup>330</sup> Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (739)

盜行為同時侵害了被害人的人身自由法益以及恢復利益，論以單純的強制罪，並不足以充分評價行為的不法性。

## (2) 構成要件解釋

對於準強盜行為保護法益的不同理解，自然會影響構成要件的解釋，以下將自保護恢復利益的角度出發，探求準強盜罪的構成要件解釋。

### a. 被害人適格

既然準強盜行為要保護的是恢復利益，財物的所有人或者是占有人當然符合強制行為的被害人適格無疑。至於並非所有人也非占有人的客觀第三人，雖然民法的占有取回權只限於占有人自己，因此第三人並不該當民法九百六十條第二項的主體，但是從占有取回權的性質也屬於正當防衛的一環來看，第三人仍可回歸總則主張正當防衛<sup>331</sup>。從而只要第三人是為了防衛所有人或占有人的權利而對行為人進行追捕，並且其介入將會使得恢復財物成為可能或者至少是更容易者<sup>332</sup>，都可以是準強盜行為的被害人。

### b. 當場要素

強制行為的實施侵害了恢復利益，因此所謂的當場與否就在於該贓物是否還可能被重新取回(恢復)。基此，當行為人已經完全穩固地持有贓物時，當然就不

---

<sup>331</sup> 王澤鑑，《民法物權第二冊—用益物權、占有》，2006年，頁353。

<sup>332</sup> Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (733)

存在防護情狀，也不再是當場。不過要注意的是，既然是著重於被害人恢復利益的保護，因此終了與否也必須從被害人的角度觀察<sup>333</sup>，而不在於行為人是否已經把贓物移至他處。例如行為人借住他人倉庫一晚，臨走前進入主人臥室竊取金錢，之後立刻回到倉庫將金錢放入背包，在離開之前，主人已發現金錢被竊，並且懷疑行為人而攔住詢問時，行為人對主人使用強制行為<sup>334</sup>。由於行為人在竊取金錢之後已離開竊盜行為地(臥室)，並將金錢收納進自己的背包裡，就行為人角度來看應該已經符合終了，但如果從被害人是否可能取回持有的角度來看，無疑地還有避免損害的可能，因此仍屬於當場<sup>335</sup>，從而以恢復利益作為保護法益，在解釋上將會擴大當場概念的範圍。

### c. 納入發覺概念

雖然我國條文並未有發覺要素的規定，但是正由於被害人於行使正當防衛權或者占有取回權時卻被行為人所妨礙，所以才要對行為人加重處罰，因此如果被害人並不打算行使正當防衛權或占有取回權的話，行為人便無侵害其權利之可能。就此，如果行為人是在被害人尚未發覺之際即搶先一步對被害人為強制行為，由於客觀上並無妨礙權利行使情狀，行為人主觀也認識到被害人尚未發覺其犯罪，而未實施正當防衛或占有取回，因此並不構成本罪。所以如果要切合規範目的，發覺概念的納入是必要的。至於所謂的發覺要到什麼樣的程度才算，Schünemann提出了三種不同的發覺模式<sup>336</sup>：第一種是被害人突然出現在行為地，但未發覺行為人；第二種是被害人看到了行為人，但未發覺其是竊賊；第三種則是被害人不但看到行為人，也知道行為人為竊盜行為。就以上的說明而言，第一、第二種的被

<sup>333</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (157)

<sup>334</sup> BGH 1 StR 97/87 vom 5. 5 1987 的案例事實。

<sup>335</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (158)

<sup>336</sup> Schünemann, Raub u. Erpressung ( II ), JA 1980, 393 (398)

害人根本沒有察覺到侵害情狀的存在，也沒有行使正當防衛或占有取回的打算，不該當本罪的保護目的，因此只有第三種情形才是本罪所要求的發覺內涵，行為人對已發覺自己犯罪行為而欲行使緊急權之被害人為強制行為，才會該當準強盜罪<sup>337</sup>。

#### d. 主觀不法要素

德國學說雖然認為防護贓物意圖是不法所有意圖的延長<sup>338</sup>，不過就保護恢復利益而言，重點在於行為人阻礙被害人行使緊急權的意圖，所以行為人的主觀上是否具備將該贓物變為自己財產的意圖並非關注焦點。只要行為人出於妨礙權利的意圖而持續的持有贓物並以強制行為阻擋被害人就該當本罪<sup>339</sup>。而從另一個角度來看，由於只要行為人出於此一意圖而為強制行為，在客觀上也就是同時實際侵害被害人的緊急權，已可被論以既遂，至於最後是否成功地帶著贓物逃走，在所不問<sup>340</sup>。

### 3、分析檢討

所謂的恢復利益與一開始就打算侵害他人財產利益並不相同。前者在財產犯罪的體系上被定位為一種「穩固犯罪(Perpetuierungsdelikt)」，是附著在其他犯罪之後，使侵害更加確定而無法回復或難以回復的犯罪類型<sup>341</sup>。基此，與其相類似的犯

---

<sup>337</sup> 不同意見，Vgl. Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (158)

<sup>338</sup> MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 1; Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (737)

<sup>339</sup> Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls, GA 1989, 145 (160)

<sup>340</sup> 依然視為危險犯規定，Vgl. Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (736)

<sup>341</sup> Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730



罪是贓物罪的規定，贓物罪的保護法益在學說上至今仍存有許多不同的說法<sup>342</sup>，當中，德國學說與實務所採的是「違法財產維持說」，意思為贓物罪是對於他人犯罪而違法成立的財產狀態，維持其存續的犯罪；我國實務則採「妨害返還請求權說」，認為贓物罪是使財產犯罪的被害人，不能或難以回復其被侵奪財物之行為<sup>343</sup>。不過姑且先不論贓物罪的保護法益應該採取哪一說比較適當，總之都是指在前行為犯罪後，後行為的介入將導致前行為犯罪所造成的侵害繼續維持或使其更加難以回復的一種犯罪。而其犯罪的特色在於如果是前行為的行為人自己再為後行為，不論是基於與罰的後行為理論(mitbestrafte Nachtat)，或者是基於構成要件解決理論(tatbestandslos)，都不會再對前行為人侵害同一法益的行為論以犯罪<sup>344</sup>。

就贓物罪不處罰前行為主體的理由而言，所謂與罰的後行為指的是已經合併在前行為加以處罰的後行為，因為行為人於完成一犯罪後，為利用或確保此一前行為之不法利益，而在前行為後，另為伴隨性之利用行為或確保行為<sup>345</sup>。而不罰之理由在於後來所實施的犯罪行為，已可被前行為所包括評價，亦即立法者於規定前行為的法定刑時，已對該行為所惹起的違法狀態或繼續狀態預作考量，從而只要處罰前行為，即可滿足國家的刑罰權<sup>346</sup>。因此，後行為必須限於對前行為所破壞法益的另一次侵害，而未擴大，否則已逸脫立法者所設想的範圍。不過這樣的說法並不清楚，並且立法者對於每個犯罪刑度的設定，是否真有對該行為所惹起的違法狀態或繼續狀態預作考量也還未經證實。基此，構成要件解決理論以犯罪的構成要件為出發點，認為從刑法保護法益的觀點而言，如果行為並未造成法益

(732)

<sup>342</sup> 各種說法的介紹，參照張天一，《刑法上之財產概念—探索財產犯罪之體系架構—》，輔仁大學法律學系碩士論文，2007年7月，頁30以下。

<sup>343</sup> 理論內涵與優缺點，參照朱炳耀，《贓物罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁82以下。

<sup>344</sup> Küper, Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, 730 (739)

<sup>345</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 36 Rn. 13

<sup>346</sup> 朱炳耀，《贓物罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁155。

的侵害，便不應該受到刑罰制裁，因此行為人在前行為的財產犯罪後，又對該所得財物為處分行為，如果要就該處分行為論罪，前提是行為人的處分行為必須另外侵害新法益，但問題是當行為人違犯財產犯罪後，被害人就已經喪失該財產利益了，從而行為人之後的處分行為不可能再對被害人的同一財產利益重複侵害<sup>347</sup>。因此，既然行為人的處分行為並未侵害法益，自然不會該當犯罪構成要件，也沒有處罰的理由。

回歸至準強盜行為，雖然準強盜罪保護恢復利益而在法益保護上與贓物罪類似，不過兩者最大的不同在於贓物罪以前行為以外之第三人為行為主體，但準強盜行為的行為主體卻幾乎都是前竊盜或搶奪行為的行為人自己，似乎和與罰的後行為理論與構成要件解決理論相互扞格，而有重複評價之虞。此外，該二理論的適用前提都是限於前行為已經終了的情形，與準強盜行為時點限於前行為既遂但尚未終了的情形也有出入。基此，同樣身為穩固犯罪的一環，準強盜罪卻與贓物罪有基本適用上的差異，從而所謂的恢復利益指的到底是什麼時點的恢復可能？又是什麼樣的行為主體才能違犯，便值得深入探究。

犯罪行為階段的區分，原則上是以行為人著手之後才是處罰的起點，僅在少數較為重大的犯罪當中<sup>348</sup>，才會更提早於預備階段甚至是陰謀階段即處罰<sup>349</sup>。而從著手之後，對行為的區分是：著手→既遂→終了。一般而言，只要行為人的行為與其所發生的結果形式上符合不法構成要件所描述的內容時，便已告既遂，但如果就行為人的行為對所侵害法益的影響性而言，既遂不一定代表整體犯罪行為實質上已經終了<sup>350</sup>。依照通說的想法，區分行為既遂與行為終了之實益有三，首先是相續共同正犯或相續幫助犯的判斷，如果行為人在犯罪既遂後但終了前參與犯罪，

<sup>347</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁961。

<sup>348</sup> Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 26 Rn. 13

<sup>349</sup> 對此二階段處罰正當性的質疑，參照黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁503以下。

<sup>350</sup> Kühl, AT, 1994, § 1 Rn. 18

仍然可能成立該罪；其次則是行為人如果在行為終了前，實現加重構成要件，可以成立結果加重犯；最後則是追訴時效的計算<sup>351</sup>。

我們說犯罪行為之所以要處罰，是因為該行為侵害了他人的法益。如果行為沒有對他人法益造成侵害，並沒有處罰的基礎。從而在取得他人財產的犯罪類型當中，如：竊盜罪、搶奪罪、強盜罪、詐欺罪、恐嚇罪、侵占罪等，雖然依照行為人的主觀計畫，所追求的是對於財物終局而穩固地持有，一時的持有對行為人而言並沒有實質上意義。不過既然刑法在意的是對於他人法益的侵害，從而只要行為人成功地移轉持有，便已侵害他人對於財物的所有利益，即使行為人尚未終局穩固地持有財物，而在過程中可能失去對於財物的持有，但依舊可以被論以竊盜既遂。此外，由於刑法並未區分行為人的既遂與終了階段而給予不同評價，代表立法者一開始將竊盜罪的法定刑定為五年以下有期徒刑時，並不在乎行為人到底可不可以終局地保有贓物，只要造成被害人的財產利益侵害，就值得五年以下有期徒刑，從而不論被害人是否還可以取回該物，總之都是落在竊盜罪所要評價的座標裡<sup>352</sup>，對於行為人而言既遂與終了的分並無意義。

基此，當被害人被竊取的財物是完全損失而無法恢復的情形，也屬於竊盜罪的規範射程<sup>353</sup>，所以行為人自取得財物之後直到後續的處分行為其實所侵害的對象都是該竊盜財物，依據構成要件解決理論，由於取得既遂之後就已經侵害法益了，從而之後的穩固持有、接續的處分行為也不可能再度侵害同一法益，因此論以行為人竊盜罪即可完全評價行為人侵害財產利益之一連串行為。由此可知，由於準強盜的行為時點處於竊盜既遂至終了之間，即使行為人的強制行為侵害了被害人可以獨力取回自己財物的利益，也都還是竊盜罪的財產侵害所包括的內容，換言

<sup>351</sup> 林山田，《刑法通論(上)》，2008年，頁455。

<sup>352</sup> 在量刑上，如果是被害人可以獨力取回的情況，也許會因為刑法第57條第9款「犯罪所生之危險或損害」，而與終了有所區別，不過仍不改變竊盜既遂罪的評價。

<sup>353</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006年，頁961。

之，竊盜罪處罰完全侵害利益的情形，所以行為人對該恢復利益的侵害應該被列入竊盜罪的評價，而不是一個獨立的財產利益。相對應地，如果是第三人在行為人既遂之後終了之前才介入，依照通說，有相續共同正犯或相續幫助犯理論的適用。例如：A 竊得珠寶既遂走出珠寶店後，立即為店主 B 所發覺，並予追捕。A 之友人 C 剛巧路經該處，故意用腳絆倒追捕 A 之 B，讓 A 得以順利逃離現場，C 應該構成竊盜罪的相續幫助犯<sup>354</sup>。因為 C 的行為雖然使得被害人 B 無法取回財物，但仍被歸類在竊盜罪的保護法益範疇裡，因此既然 C 的行為也可以被論以竊盜罪的幫助犯，則沒有必要再創設獨立的構成要件以處罰這種第三人的相續行為。

結論上，所謂的恢復利益如果可以當作一個獨立保護的法益，則前提應該是其已經是一個新的法益，而不能只是前財產法益的延伸。基此，我們可以了解贓物罪將行為時點限縮在前犯罪已經終了，並且行為主體是前行為人以外第三人之理由，因為如果前犯罪尚未終了，基本上行為人或第三人的行為都可以直接論以前行為犯罪，而無庸另外論以贓物罪。此外，不論是與罰的後行為理論或構成要件解決理論，都可以得出行為人在竊盜終了之後的行為不應另外評價，而第三人在前犯罪終了之後才介入，基於個人責任原則，第三人不能以財產法益已經被前行為人所破壞為理由而不構成犯罪，因此第三人必須就自己侵害返還請求權或維持違法狀態而負責<sup>355</sup>。所以，既然準強盜行為人是為了使自己的持有更為鞏固而對他人施以強制，就強制行為所能增強的財產侵害部分，其實正是竊盜罪五年以下有期徒刑所要對應的不法內涵，因此沒有額外就侵害恢復利益處罰的必要。

脫離了實質保護法益的緊急權，只是單純對於權利行使的維護，如同支持緊急權保護的學者所言：如果不對侵害緊急權的行為人加重處罰，否則不能擔保緊

<sup>354</sup> 林山田，《刑法通論(下)》，2008 年，頁 133。

<sup>355</sup> 保護返還請求權或者是處罰違法狀態的維持是否真是贓物罪的保護法益，也不是完全沒有問題（質疑意見，參照黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，2000 年，頁 238），只是為了聚焦於準強盜罪的處理，本文無意討論贓物罪的保護法益問題，暫從通說意見。

急權的正常行使。但問題是，在我們那麼多的權利當中，為什麼只有緊急權的行使必須要特別加以保護？更細緻地說，為什麼只有竊盜或搶奪行為後的緊急權需要提供特別保護？在其他情形，例如同樣有既遂、終了區分實益的私行拘禁罪，行為人對於被害人在拘禁期間內的反抗再度施以強制行為事實上並未被另外加重處罰，而我們看不出這其間的差異為何。從而如果要就竊盜或搶奪行為後的緊急權特別加重處罰，恐怕有違反平等原則的疑慮。此外，我國強制罪規定的行為態樣是「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利」，當中，所謂妨礙緊急權的正常行使不正是強制罪不法內涵的「妨礙行使權利」？換言之，強制行為並非只有單純的強制，而是有一結果發生，並且強制行為與該結果間必須具備手段目的關係<sup>356</sup>。因此緊急權遭受妨礙正是強制行為所產生的結果，只要透過對行為人強制罪的宣告，告知其強制行為妨礙了緊急權的行使，即可完全評價。從而不論是刑法的正當防衛或是民法的立即取回權，都無法構成刑法對於這種行為人於竊盜當場對他人施以強制行為額外評價的正當理由。

## （二）其他保護對象

### 1、探求其他法益之可能


除了認為準強盜罪可能保護緊急權的行使之外，另一個思考的觀點可能是著眼於行為人既然已經先為不法行為（竊盜或搶奪），卻在被發覺之後竟為了保有贓物的繼續持有，而又違犯另一不法行為（強制），形同對於正義概念的連續雙重衝擊，代表行為人主觀上具備特別強烈的侵害意志，輕忽他人法益，因此必須加重處罰。

---

<sup>356</sup> 手段目的關係的詳細論述，Vgl. Bergmann, Das Unrecht der Nötigung, 1983, S. 178ff.

## 2、分析檢討

所謂正義概念的內涵為何我們並不清楚，不過至少可以確定的是刑法上所規範的各種犯罪態樣可以說都是與正義概念背道而馳的行為。並且由於每個行為所代表的是對正義概念的一次衝擊，因此違犯一個犯罪相對應的有一個犯罪的處罰；違犯兩個犯罪，就有兩個犯罪的處罰。從而行為人在違犯竊盜罪後，又為了保有贓物而繼續違犯強制罪，確實是對正義概念的雙重衝擊。不過問題是，既然我們刑法上對於行為人前後兩個犯罪行為可以分別論以竊盜罪以及強制罪，在競合上也透過數罪併罰模式加以處罰，如此一來，是否依然不足以反映行為不法，而有加重的必要？



就此我們可以想像的是，準強盜行為由於前後二行為的違犯時點相當緊密，與其他數行為犯罪可能是有一段間隔時間相比，顯示準強盜行為人對於他人利益的蠻不在乎，因此高度刑罰的規定是為了反映其主觀強烈侵害法益的法敵對意識。但是違犯時空的緊密關連性與加重處罰間的因果關係如何建立？難道每天都固定犯罪的人與一天之內連續犯兩起案件的行為人相比就比較不可惡？更遑論在這種立即連續犯罪的情況當中，對行為人而言通常具有特殊的犯罪引誘情狀。誠如我們在討論到準強盜行為罪責的問題一樣，準強盜行為人之所以會在竊盜或搶奪後立即為了防護贓物而又實施強制行為，其實在罪責上常有自我庇護的心理困境，從這個角度來看，行為人實施強制行為反而是人情之常，而有罪責減輕的可能。此外，即使完全不考量罪責的問題，而認為對為了防護贓物竟然又再度犯罪的行為人單純論以數罪併罰，就社會大眾的情感而言嚴重失衡。不過一個實際的問題是，對這種在罪責上具備自我庇護心態的行為人論以重罰，對於未來犯罪的預防功能可以說是微乎其微，理由是既然一般人遇到相同的情況有很高的機率就是會繼續違犯強制罪，代表行為人幾近無抗拒實施的可能，如此一來刑罰即使訂的再

高效率仍然有限。到最後，高度刑罰的存在只是淪為安撫社會情緒但卻無實際功效的標誌而已<sup>357</sup>

### 三、小結

以保護緊急權作為準強盜行為的保護法益，如果強調的是緊急權背後所代表的實質恢復利益，由於該恢復利益屬於竊盜罪保護法益的範疇，因此就行為人竊盜終了前，為增強持有所造成的財產侵害，基本上並未脫離竊盜罪的範圍，因此只需論以行為人竊盜罪即可，而不必為該恢復利益另外創設不法構成要件。而如果強調的是緊急權的形式行使意義，則由於竊盜或搶奪行為後的緊急權並未較其他犯罪後的緊急權特殊，從而單就竊盜或搶奪行為後的妨礙緊急權行為加重處罰，難逃違反平等原則的宣告。並且，就妨礙權利行使而言，強制罪的不法內涵即包含妨礙他人權利行使態樣，因此只需論以行為人強制罪就足以反映其不法內涵。結論上，緊急權的保護並不足以建構準強盜行為單獨成罪的正當性。此外，本文為準強盜罪所尋找的理由是行為人在緊密時空內接連犯罪，不僅是對正義概念的重覆衝擊，並且也顯示行為人主觀強烈的法敵對意識。不過以此作為加重處罰的基礎，並不正當，如同結合犯以行為人的惡性重大為根據一般，其本身的實質概念並不清楚，易於淪為復仇情緒下的產物，並且實質上也無法通過憲法基本原則的檢驗，從而要對這種竊盜或搶奪後對他人實施強制的行為獨立規定構成要件而加重處罰，勢必也會如同結合犯一樣，得出違憲的結論。

## 第四節 本章結論

對於準強盜罪的存在正當性，一般的說法都是將其與強盜罪連結，認為強盜

---

<sup>357</sup> 並且僅對竊盜或搶奪後立即為強制行為加重處罰，有違反平等原則的疑慮。

罪有存在正當性，準強盜罪就有存在正當性。不過本文認為，如果仔細分析準強盜行為與強盜行為，可以發現的是除了兩者保護法益相同，並且都是結合犯式的立法結構之外，行為人的主觀不法內涵以及客觀強制手段、目的關連性、罪責等都與強盜罪有很大的不同。換句話說，強盜罪的存在不必然可以導出準強盜罪的處罰正當性，兩者必須切割以視。基此，如果我們仍然執意要處罰這種竊盜或搶奪後對他人實施強制的行為，可能的路徑有二：一是考量到準強盜行為的不法及罪責內涵較低，因此在刑度上可以考慮維持現行結構但降低法定刑。不過礙於現實上刑度抉擇的困難，並且繼續以結合犯模式存在仍然無法逃避被宣告違憲的下場，因此這個解決方法可以說是失敗。其次是擺脫結合犯路線，認為行為人的強制行為不僅侵害人身自由法益，還有其他法益，因此基於法益侵害的嚴重性，必須加重處罰。但是就本文分析的結果，不論是以緊急權或者是以正義概念作為新法益，都有其本身現實上的疑慮存在，從而該強制行為仍舊只對他人的人身法益造成侵害，也因此只需論以強制罪即可充分反映其不法內涵。到最後，既然無論如何都沒有辦法為準強盜行為提供一絲絲存在的正當性，那麼廢除準強盜罪，使其回歸競合原則，應該是唯一的途徑。



## 第五章 現行準強盜罪之解釋方向

### 第一節 前言

在前幾章的論述當中，我們得出的結論是準強盜罪沒有獨立處罰的正當性，從而本文的建議是必須廢除準強盜罪，回歸競合。不過，現實上筆者終究非立法者，並且此一立法建議是否會被接納也還是問號，因此在立法者刪除刑法第三百二十九條準強盜罪規定之前，現行條文仍是繼續有效存在，法院也必須依法適用。況且事實上我們也很難想像在現行法未被刪除之前，法官真的會就符合準強盜行為態樣的犯罪事實，忽略三百二十九條的規定，而直接訴諸競合體系。從而儘管不願意接受一個無立法正當性的條文繼續在實務上適用，但考量到該條文在現實意義上仍然可能發揮作用，所以還是不得不從規範邏輯的思考角度針對現行規定勉強做出限縮解釋，以供實務參考。但必須說明的是，即使本文試圖對現行準強盜罪做出較為合理的限縮解釋，但就正當性的目的思考而言，不論再怎麼嚴格的限縮解釋都不會因此就使得三百二十九條的適用變得合憲，因此本文的基本立場仍是堅定地主張必須廢除準強盜罪規定。只是無奈遷就於現實層面無力改變的事實，迫不得已容忍現行條文錯綜複雜的特殊結構、與不法罪責內涵完全不相稱的高度法定刑所帶來的扭曲刑罰。

其次，本文對現行準強盜罪規定的解釋原則傾向於採取類似強盜罪的構成要件解釋，也就是假設準強盜罪的不法與罪責內涵等同強盜罪。理由是既然三百二十九條已經明確援引強盜罪五年以上的法定刑，考量到其對行為人極為不利的高度刑罰，儘管其條文文字、實際內涵都與強盜罪不相同，但為平衡其罪刑，至少

在我們已經證立強盜行為的不法及罪責內涵普遍高於準強盜行為的前提下，將其與強盜罪作盡量重疊的構成要件解釋，限縮準強盜行為至與強盜行為極度類似的不法與罪責內涵時，才可以勉強搭配相同的法定刑<sup>358</sup>。如此一來，儘管兩者在細部要件的比較上仍不太可能完全相同，但至少已經明顯降低其間之差距，也才不至於有令人難以忍受的罪刑落差。此外，由於第二章是對於我國與德國就現行法適用的情形作解釋論上的介紹，也因此本章將以其作為參考素材。

## 第二節 結構選擇

在準強盜罪結構上的解釋選擇，要面臨的問題是是否要將竊盜或搶奪行為所保護的財產法益也一併納入本罪的保護對象。而區別實益在於是否要另外就竊盜或搶奪行為論以竊盜罪、搶奪罪後再與準強盜罪為實質競合。本文認為，該課與行為人多高的刑度，與行為人所造成的侵害息息相關，而所謂的侵害涉及的則是法益的概念。普遍而言，如果一個行為所侵害的法益的質是屬於比較高階的，亦即就我們的感覺上來說，該法益一旦被侵害所造成的痛苦是比較嚴重的，例如生命法益，那麼相對的刑法所規定的刑度自然就會比較高；除此之外，就法益的量來看，如果行為人侵害了多數法益，相較於侵害單一法益的情形，當然也需要課以比較重的刑度。

從這個觀點來看，雖然結合犯的結構有先天的違憲爭議存在，不過其高度刑罰至少係以保護數法益為前提。就此，如果準強盜罪只是著眼於在竊盜或搶奪情狀下，強制行為所帶來的危險以及對人身自由法益的侵害，就要付出五年以上的法定刑代價，顯然嚴重失衡。並且與強盜罪相比，至少強盜罪也是保護財產以及

---

<sup>358</sup> 當然，強盜罪本身是否值得那麼高度的刑罰更是一個大問題，所以有可能即使將準強盜罪做與強盜罪的類似性解釋都還是處罰過重，不過這已逾越本文討論範圍，況且本章是針對準強盜罪的現行規定做出解釋，並不打算再去質疑強盜罪立法正當性的問題。

人身自由雙法益，因此，對應至準強盜罪，應該也是要以保護雙法益為前提，也就是要將竊盜或搶奪行為一併當作本罪的構成要件行為，準強盜罪是保護財產以及人身自由法益的結合犯。

對於以上的解釋，可能會有提出既然本文認為結合犯有先天的違憲爭議，卻又選擇對現行準強盜罪做出結合犯的解釋，是否有前後矛盾之虞的質疑。本文在此要特別說明的是，如果以一個可以通過憲法正當性檢驗的刑法標準而言，結合犯的規定模式勢必不可採。但是由於本章解釋論的前提是建立在立法者不願接納本文立法建議或者願意修法但還未廢除準強盜罪規定的情況下，勉強對「違憲」的準強盜罪做出「盡量可以接受」的解釋。換句話說，也是一個違憲的解釋。只是礙於現行實務仍有適用此一違憲法律之可能，從而本文仍有必要負起解釋現行規定的任務。因此所考慮的原則便不在於是否違憲，而在於怎麼解釋才會使其看起來比較不那麼明顯的違反責任原則。以一個較為通俗的例子來形容的話，既然只能購買這家商店裡面的爛蘋果，那麼也只能設法在這堆爛蘋果當中，儘量挑選一個看起來比較不爛的蘋果。基此，如果要配合其高度法定刑，解釋為保護雙法益的結構會比解釋為保護單一法益的結構還要來的令人可以接受。

### 第三節 構成要件解釋

#### 第一項 客觀構成要件

##### 一、竊盜或搶奪行為

如第二章所介紹，我國實務並未限制行為人的強制行為必須要在前行為既遂

後實施才得以適用準強盜罪，只要著手於竊盜或搶奪行為，再緊接著實施強制行為通通可以被論以準強盜罪。如此一來，行為人會在前行為未遂的前提下對他人施以強制而又可以被論以準強盜，顯然其主觀意圖指的是脫免逮捕或湮滅罪證。然而，依照本文第四章比較強盜罪與準強盜罪的過程中，可以發現單純出於此二意圖的強制行為，侵害的法益方向是國家追訴的利益，即使其一開始的故意是針對財產，但由於其後的強制行為已經變更侵害方向，無論如何不可能與強盜罪自始至終係出於不法所有意圖侵害他人財產的強制行為相比擬<sup>359</sup>。並且參酌德國法規定，其僅以行為人出於防護贓物意圖為主觀要件，可以說是已經注意到脫免逮捕與湮滅罪證意圖所欲侵害對象的偏離。因此，本文認為基本上只有出於防護贓物的意圖而施強制行為，其不法內涵才可能接近強盜罪，也才比較符合高度刑罰。如此一來，所謂的防護贓物意圖自然以財物已經被移轉至行為人所持有為前提，前行為的階段性限制當然也就以既遂為前提<sup>360</sup>。

其次，前行為所指的竊盜或搶奪的範圍，除了三百二十條第一項的竊盜罪、三百二十五條第一項的搶奪罪外，是否還包括其他以竊盜或搶奪為基本類型的犯罪？當中較無疑義的是加重竊盜罪與加重搶奪罪應該也屬於三百二十九條的前行為<sup>361</sup>。因為從字義上來看，加重竊盜罪也是竊盜罪，我們沒有理由特別將行為人符合加重事由的情況排除於準強盜罪的適用之外；況且衡諸其加重原因多半是基於增強行為人竊盜行為的危險性來看<sup>362</sup>，代表行為人於竊盜既遂後與被害人發生衝突、對被害人造成危險的程度也會隨之提高。例如：行為人攜帶凶器竊盜，當其於竊盜既遂後被他人發覺，很有可能會直接以該凶器作為工具而對被害人進行強

<sup>359</sup> 對此二意圖的解釋，請參照下述第三項。

<sup>360</sup> 意見相同，黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁100、106；薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁24。

<sup>361</sup> 這是我國與德國的實務及通說見解。

<sup>362</sup> 林東茂，〈加重竊盜—實務相關見解評析〉，《月旦法學》第七十一期，2001年4月，頁161。

暴脅迫，並且其強暴脅迫對被害人的人身自由所造成的侵害程度，與行為人是赤手空拳地對被害人進行強暴脅迫的程度顯然來的高，因此我們更沒有理由排除加重竊盜罪或加重搶奪罪作為準強盜罪的前行為態樣。此外，竊佔罪應該也屬於前行為態樣之一，理由是動產與不動產均為財產利益，沒有理由僅因客體為不動產而作差別待遇。而特別法中的竊取林木<sup>363</sup>、竊電<sup>364</sup>或竊水罪<sup>365</sup>等，基本上也都還是屬於竊盜罪的態樣之一，只是被特別法重複規範而已，當然也屬於準強盜罪的前行為<sup>366</sup>。至於我國刑法第三百二十四條親屬間相盜可以免除其刑或需採告訴乃論之規定，原則上並不妨礙親屬間相盜可以作為準強盜罪的前行為。雖然立法者在竊盜罪章對於親屬身分者給予特別優待的規定，但是由於行為人繼為強制行為，並且其一連串行為已被概括地論以準強盜罪，對照至強盜罪立法者亦無針對親屬間強盜的態樣選擇優待，顯示立法者有意對已經發展成強制情狀的竊盜剝奪該項優

<sup>363</sup> 森林法第 50 條：「竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、故買贓物或為牙保者，依刑法規定處斷。」、第 52 條：「竊取森林主、副產物而有左列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰金：一、於保安林犯之者。二、依機關之委託或其他契約，有保護森林義務之人犯之者。三、於行使林產物採取權時犯之者。四、結夥二人以上或僱使他人犯之者。五、以贓物為原料，製造木炭、松節油、其他物品或培植菇類者。六、為搬運贓物，使用牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備者。七、掘採、毀壞、燒燬或隱蔽根株，以圖罪跡之湮滅者。八、以贓物燃料，使用於礦物之採取，精製石灰、磚、瓦或其他物品之製造者。前項未遂犯罰之。」

<sup>364</sup> 電業法第 106 條：「有左列行為之一者為竊電，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金：一、未經電業供電，而在其供電線路上私接電線者。二、繞越電度表或其他計電器，損壞或改動表外之線路者。三、損壞或改變電度表、無效電力計、其他計電器之構造，或以其他方法使其失效不準者。四、在電價較低之線路上，私接電價較高之電器者。五、包燈用戶，在預定電燈盞數及瓦特數以外，私自增加盞數或瓦特數者。六、電力用戶，在原申請馬力數、瓦數或仟伏安數以外，私自增加馬力數、瓦數或仟伏安數者。」

<sup>365</sup> 水利法第 91 條：「毀損或竊盜第四十六條、第五十一條之建造物或器材或其他水利設備者，除限令修復或賠償外，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。因前項毀損或竊盜，以致釀成災害者，處七年以上有期徒刑；其情節重大且危害多數人之生命財產者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。」、自來水法第 98 條：「有左列行為之一者為竊水，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金：一、未經自來水事業許可，在自來水事業供水管線上取水者。二、繞越所裝量水器私接水管者。三、毀損或改變量水器之構造，或用其他方法致量水器失效或不準確者。四、未經自來水事業許可，擅自開啟消防栓取用自來水者。但因消防需要而開啟不在此限。」

<sup>366</sup> 意見相同，Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 3；花滿堂，〈準強盜罪試論〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第五期，2000 年 10 月，頁 87。

待，因此三百二十四條規定並不適用於三百二十九條<sup>367</sup>。

最後，準強盜罪以竊盜或搶奪罪為前提，在結構上的主要目的應該是為了取其財產侵害的部分與後來強制所造成的人身法益侵害部分相結合，而成為保護雙法益。因此，就前行為的功能是為了補充財產法益的角度或者是從憲法平等原則的落實來看，只要前行為是屬於侵害財產法益的犯罪，應該都可以被列入考慮，或在解釋上可以取法德國學說，至少納入同為盜取罪類型的強盜罪<sup>368</sup>。就前者透過解釋將所有侵害財產法益的犯罪都列為前行為，所遭遇到的第一個質疑是將會違反罪刑法定原則。因為其他的財產犯罪，諸如恐嚇取財罪、詐欺罪、背信罪、侵占罪、擄人勒贖罪等，各有其特殊的行為模式，原則上與竊盜罪、搶奪罪並非重疊規定，而從人民對於刑罰範圍的預測可能性言，也難以從竊盜或搶奪字義中預測至其他財產犯罪，因此透過對於竊盜或搶奪罪的解釋而將各種財產犯罪都包含在內，已逸脫文義範圍，不是擴張解釋，而是不利於行為人的類推適用<sup>369</sup>。

反之，強盜罪的內涵是由竊盜罪以及強制罪結合而成，也屬於竊取罪類型之一，因此如果將準強盜罪列舉的竊盜或搶奪的意義理解為基於不法所有意圖所實施的竊取行為，強盜罪即可透過解釋而被包含在文義界限之內<sup>370</sup>。雖然通常並沒有必要就其後來的強制行為再透過準強盜罪而回頭援用強盜罪，不過就罪刑均衡的要求來看，前行為是竊盜或搶奪的情形，其後實施強制行為會被論以加重的準強盜罪，但在前行為是比較嚴重的強盜罪時卻可以反而回歸普通強制罪，恐怕令人

<sup>367</sup> 相同意見，Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 209

<sup>368</sup> 相同立法建議，黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁101；薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號號釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁23。

<sup>369</sup> 擴張解釋以不超過國民預測可能性為前提，參照黃朝義，〈罪刑法定原則與刑法之解釋〉，收錄《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(一)》，2001年，頁133。

<sup>370</sup> 這也是德國學說支持強盜罪作為前行為的說法，Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn.

難以接受。並且一個明顯的好處是，在強盜既遂後為了防護贓物持有而對他人施以強制的過程中實現了加重事由，由於其並非在取得過程中所實現，因此不能論以加重強盜罪，但又不能忽視加重事由在個案中所發生的作用，因此我們得直接論以加重準強盜罪，以滿足充分評價<sup>371</sup>。

## 二、強制行為

現行準強盜罪的條文並未限制強制行為的程度，不過依照部分學者的看法，既然刑度援引強盜罪，則其不法內涵自然要與強盜罪趨於一致，因此其強制程度也要限縮至不能抗拒才能適用準強盜罪。本文基本上同意此看法，因為強盜罪除了目的性關連而被加重之外，強制程度也是加重的因素之一<sup>372</sup>。因此如果行為人只是以輕微壓制的方式即可獲得財物，並不會被論以強盜罪的重罰。這樣的基本原則在行為人的行為是前後倒置但卻同樣論以高度刑罰的情況下，應該同樣適用。從而，如果行為人在竊盜既遂後，僅是與被害人發生輕微肢體衝突，並不能被論以準強盜罪，而是為了防護贓物而施以令人不能抗拒程度之強制力時才是準強盜。

此外，大法官解釋將強制程度限縮至「難以抗拒」程度，雖然在具體個案的實際判斷上可能與不能抗拒的結果相差無幾，但問題是，就概念上而言「難」與「不能」畢竟仍有差異，並且如同前述，依照實務區分強盜罪與恐嚇取財罪之標準，即使是難以抗拒的程度，也會被歸於恐嚇取財罪的範圍，代表即使是難以抗拒的強制行為要論以五年以上的重刑仍不相當，從而相同的原則到了準強盜罪不應有所偏差。並且更實際的問題是，既然在個案的適用上大法官的標準與學者所建議的標準幾近重疊，直接採取與強盜罪相同的文字規定較為清楚一致，也可杜

<sup>371</sup> Marxen, Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, 2004, S. 311f.

<sup>372</sup> 黃惠婷，〈準強盜罪之強盜本質—簡評最高法院九六年台上字第七七〇號判決一〉，《臺灣本土法學》第九十九期，2007年10月，頁267。

絕新標準所生的新爭議<sup>373</sup>。

至於將準強盜罪的強制行為限縮至不能抗拒程度後，如前所述，基於準強盜行為本身的特質使然，準強盜行為人少有需要使用至如此高程度的強制力才得以防護贓物，因此會實施使人不能抗拒程度的強制力來防護贓物的情況，反而是極少數，如此一來，三百二十九條的適用則有被架空之虞。本文認為，這不但不是缺失，反而是在廢除三百二十九條之前最好的過渡方法。因為三百二十九條本身的規定既然已經違憲，則再怎麼嚴格的解釋也不會變成合憲，在立法者正式廢除前雖然還是必須適用，但如果能夠使其適用的機率大大降低，代表人民所遭受不利利益的機率也大為減低，而達實質上廢除三百二十九條的結果。

### 三、當場

基本上，當場要素的存在是為了連結前行為與強制行為，因為在強盜罪當中，雖然其並未以當場作為構成要件要素，不過強盜罪的強制行為與取財行為在行為人取財的時點必定是重疊的，換句話說，強盜罪以即時目的的實現為前提，在行為人為取財行為時，被害人必須處於被強制至不能抗拒的狀態，否則不能論以強盜罪<sup>374</sup>，因此其強制行為與取財行為間可以說必然具有當場概念。但在準強盜罪時，由於取財行為在先，強制行為在後，兩者在事實上並不一定有所重疊，可能是竊盜後立即施以強制，卻也可能是竊盜後經過數日後，被被害人所認出才施以強制。從而作為仿造強盜罪規定的準強盜罪，為強調即時目的的實現，而有必要

<sup>373</sup> 相同批評，黃惠婷，〈簡評大法官釋字第六三〇號解釋〉，《臺灣本土法學》第九十七期，2007年8月，頁217以下。

<sup>374</sup> 柯耀程，〈弔詭的「不能抗拒」要件，臺灣高等法院高雄分院九十年度上更字第三九五號暨最高法院九十一年度台上字第一八三三號判決強盜罪部分之評釋〉，《月旦法學》第九十期，2002年11月，頁318。



以當場概念作為取財行為與強制行為的連結點<sup>375</sup>，並且由於當場要素具有提升準強盜行為不法程度的功效，因此其性質應該是構成要件要素。

依照通說與實務的意見，當場所強調的是時間與空間上的緊密關連性，亦即時間上的範圍是行為人竊盜或搶奪既遂後，至遲必須在竊盜或搶奪行為甫告終了時為之；在空間上則係指行為人尚在犯罪現場，或雖已離開現場但仍在他人跟蹤追躡當中。而該緊密關連性是否具備，有學說提出可以將行為人的動作以正當防衛意義下的現在侵害概念來理解<sup>376</sup>，亦即只要被害人對其取回贓物的行為還可以主張正當防衛，就都還是當場。不過這樣的建議誠如本文在第四章<sup>377</sup>討論以緊急權作為保護法益時所述，如此一來將會造成當場概念的不當擴張，而可能逾越強盜罪的即時目的性，因此原則上本文並不贊成此一理解方式。

至於是否要求行為人的蹤影必須持續地停留在追蹤者的視線範圍才屬於當場？本文認為這並非絕對的要件，而是必須視整體情勢而定，例如：行為人在竊盜之後被追捕，由於被害人的住所附近巷弄相當繁複，並且有許多地方適宜躲藏，當行為人迅速的躲進一個隱蔽處後，追蹤者便失去其追躡視線，不過只要其繼續地在附近追蹤而後發現行為人，仍屬於當場。反之，如果被害人是受到欺騙而折返查看，待確定竊盜事實後才又重新追躡已脫離視線之行為人，於再度發現行為人時，已非當場<sup>378</sup>。

此外，在德國學說上討論甚盛的「發覺」要素，是否有必要納入我國準強盜

<sup>375</sup> Blei, BT, 12. Aufl., 1983, S. 207; Seelmann, Grundfälle zu den Eigentumsdelikten, Jus 1986, 201 (206)

<sup>376</sup> Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 5

<sup>377</sup> 請參照本文【第四章、第三節、第二項、二、(一)、2、(2)、b】。

<sup>378</sup> 這是台北地方法院 94 訴字第 1150 號的案例事實。不過台北地院的判決並未就此事實表示意見，但在結論上認為行為人構成準強盜罪。

罪的要件以限縮其適用？本文認為，「發覺」概念在德國學說上引起爭議不小<sup>379</sup>，甚至迄今仍無定論，並且各個說法也都有其根據<sup>380</sup>，如果也引進作為解釋當場概念的額外要素時，恐怕準強盜罪的適用將會更陷於混沌不清。而考量到強盜罪加重處罰的理由既然是著眼於為了取財而使用令人無法抗拒的方法，雖然難以想像對於未發覺的被害人也有構成強盜罪的可能，不過至少我們可以肯定的是被害人是否發覺並非強盜罪的加重因素，因此既然我國法並未如同德國法般明確規定發覺要素，在解釋過程中，便毋須額外自找麻煩地考慮被害人是否發覺<sup>381</sup>。

## 第二項 主觀構成要件

準強盜罪的主觀構成要件，依照前面的討論可以確定「脫免逮捕」以及「湮滅罪證」意圖，在強調以保護財產及人身自由法益的準強盜罪裡顯得格格不入。而其理由除了是不法層次保護法益方向的偏離之外，在罪責層次的可非難性也顯得較為薄弱。不過儘管對其此二要素建議刪除的聲浪甚高<sup>382</sup>，但現實上出於脫免逮捕或湮滅罪證意圖而施以強制的行為人依照條文規定就是要論以重罰。就此，本文認為既不能忽略出於該二意圖的低度可罰性，也不能無視條文文字規定的效力，一個折衷的解釋應該是：原則上行為人必定要出於防護贓物的主要意圖才可以論以準強盜罪，至於脫免逮捕或湮滅罪證僅是附屬的意圖。換句話說，防護贓物意圖是構成準強盜罪的基本配備，至於其他兩個意圖則是可有可無，因此行為人可能是同時出於防護贓物意圖與脫免逮捕意圖而施強制；也可能是同時出於防護意

<sup>379</sup> Fezer 即建議刪除發覺要素，Vgl. Fezer, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27. 2. 1975—4 StR 310/74, JZ 1975, 609 (610)

<sup>380</sup> 相關爭論可以參考 Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 10. Aufl., 2004, S. 136ff.

<sup>381</sup> 相同意見，黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005 年 6 月，頁 102 以下。

<sup>382</sup> 例如：黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005 年 6 月，頁 106；薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第 630 號解釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008 年 8 月，原稿頁 25。

圖與湮滅罪證意圖而施強制，這些都可以被論以準強盜罪沒有問題。但是，如果行為人主觀上並無防護贓物意圖，而只有脫免逮捕或湮滅罪證意圖，則不能被論以準強盜罪。

至於防護贓物意圖是否要如同 Schünemann 所主張的必須居於絕對優勢地位<sup>383</sup>，本文基本上贊同之。理由是鑑於準強盜罪與強盜罪的同等地位，本來就是只有出於防護贓物意圖才可以加以處罰。雖然行為人在為了脫免逮捕或湮滅罪證而施以強制時，主觀上也可能同時含有防護贓物意圖，不過原則上仍不能不考慮其主要目的的罪責減輕因素，從而如果是脫免逮捕、湮滅罪證意圖的份量大於或等於防護贓物意圖，即使不會減輕處罰，也絕對不能是加重。只有在防護贓物的意圖遠大於其他二意圖時，也才可以勉強對應其高度刑罰。

除此之外，由於強盜罪所要求的不法所有意圖是一種排除他人持有、建立自己持有的意念<sup>384</sup>，因此防護贓物意圖作為延長的不法所有意圖，也應該要具備這種將他人財物變為自己所有的意思，而不能只是單純的想要防護贓物被取回而已。至於德國學說上所爭論的其持有關係是否必須限於「現在或直接即將(gegenwärtig oder unmittelbar bevorstehend)」被剝奪才算是出於防護持有意圖<sup>385</sup>？其區別實益在於如果行為人是為了避免日後被人循線追查到而喪失對於贓物的持有，是否也可以算是這裡的防護贓物？本文認為，由於強盜罪所要求的是一個即時目的的實

<sup>383</sup> Schünemann, Raub u. Erpressung ( II ), JA 1980, 393 (399)

<sup>384</sup> Küper, BT, 5. Aufl., 2002, S. 88f.

<sup>385</sup> 持肯定意見者: BGH 4 StR 676/86 vom 11. 12. 1986; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 371; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 7; Seier, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl – BGH, NJW 1979, 726, Jus 1979, 336 (337); Geppert, Zu einigen wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), Jura 1990, 554 (557); 持反對意見者: Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 5; LK-Herdeggen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 17; Geilen, Raub und Erpressung (Schluß), Jura 1980, 43 (44); Schünemann, Raub u. Erpressung, JA 1980, 393 (399),

現，也就是強制行為必須持續到目的實現，不能中斷<sup>386</sup>，因此在準強盜罪中，其持有關係也應該要限於現在或直接即將被剝奪，較為合理。

最後，為第三人防護贓物意圖是否也可以構成準強盜罪？這個問題在德國學說幾乎是一致性的採取否定意見，不過德國學說此一意見有其立法背景因素，我國不一定適用。並且就我國準強盜罪規定的文字來看，其僅規定：「竊盜或搶奪，因防護贓物…」也不是完全杜絕為第三人防護贓物的解釋可能性。考量至與強盜罪作一致性解釋的原則，基本上應該承認為第三人防護贓物持有的意圖也該當準強盜罪的主觀不法要件。

### 第三項 既未遂之判斷

準強盜罪雖然是結合犯，而通說對於結合犯的著手認定是以行為人主觀上出於實現結合犯罪之意思，客觀上著手於結合犯構成要件一部之行為為標準<sup>387</sup>。不過既然我們已經同意著手就是依照行為人主觀的想像，其行為一做下去就會無可避免(或者是無法控制)的持續至實現所有的構成要件。而這樣的原則不應該依犯罪類型或者是犯罪結構的不同而有所改變，在認定在結合犯的著手判斷上也必須遵守相同的規則，當行為人只是實施第一個行為時，對於後一個行為的實施與否尚有決定空間，因此從這個時點來看，其僅可被論以前行為犯罪。只有當行為人也決意實施第二個構成要件行為而行動時，才是結合犯的著手，所以既然準強盜罪已經結合了竊盜罪與強制罪而成一獨立的構成要件，則行為人只實現竊盜罪的構成要件時，其實所不能控制的利益侵害範圍只有竊盜罪，而不是準強盜罪。只有當行為人進而實施強暴脅迫行為時，才是即將實現所有的構成要件，也才是準強

<sup>386</sup> 柯耀程，〈弔詭的「不能抗拒」要件〉，《月旦法學》第九十期，2002年11月，頁318。

<sup>387</sup> 黃金龍，《結合犯之研究》中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁77以下。

盜罪的著手。

至於怎麼樣才能算是準強盜罪的既遂，學說上有許多爭議。不過撇開這些說法不論，從準強盜罪的結合犯立法形式出發，所謂的既遂指的當然是其所保護的兩個法益都已經遭受到侵害的情況，否則如果只有一個既遂、一個未遂，也不能論以結合犯的既遂。從而，在強盜罪中，如果行為人施以強制行為後未能取得財物，由於僅對人身自由法益造成實質侵害，因此也只能論以強盜未遂。但在準強盜罪中，由於防護贓物僅是純粹主觀要素，客觀上是否實現並不重要，並且即使在行為人施以強制行為但卻不能成功地防護贓物的情況，其實對財產法益及人身自由法益都已經造成侵害了，這樣的情形比較類似於強盜行為人在取得持有後，卻又不小心將財物遺失在現場，仍不失為強盜既遂。從而對於這種行為人施以強制行為但卻不能成功地防護贓物的情況，我們依然應該評價為準強盜既遂。所以，在限定準強盜罪的適用以竊盜既遂為前提的情況下，準強盜罪的既未遂應該以強制行為的既未遂為判斷標準。

#### 第四項 多數人犯罪

【案例一】 A 與 B 共同侵入加油站竊盜，後被加油站之員工 C 發現而追蹤之，B 為了使 A 能夠成功地帶著贓物逃走而毆打 C。試問：A、B 之刑事責任<sup>388</sup>。

【案例二】 A 侵入加油站竊盜，B 在外把風，當加油站的員工 C 發現而追蹤二人時，B 為了使 A 能夠成功地帶著贓物逃走而毆打 C。試問：A、B 之刑事責任<sup>389</sup>。

<sup>388</sup> 案例略改編自 Hohmann/Sander, BT/ I, 1998, § 7 Rn. 18

<sup>389</sup> 案例略改編自 Hohmann/Sander, BT/ I, 1998, § 7 Rn. 20

【案例三】 A 侵入加油站竊盜，後被加油站之員工 C 發現而追蹤之，逃跑途中巧遇 A 之好友 B，B 為了使 A 能夠成功地帶著贓物逃走而毆打 C。試問：A、B 之刑事責任。

## 一、多數人犯罪在刑法上的論罪原則

多數人犯罪的意思是指兩個人以上對於某個利益侵害的實現都具有因果關係，因此涉及要怎麼依據其所分工的行為而給予刑法上評價的問題。我國通說對於多數人共同犯罪的處理，基本上是採取正共犯區分的架構，實證法也針對教唆及幫助行為作另外的規定。一般而言，對於所謂的共犯的處罰基礎，通說的說法是建立在「共犯之從屬性原則」上，亦即共犯之處罰必須依賴於一正犯之行為，若沒有正犯行為存在，則其便失之附麗，無處罰之正當性<sup>390</sup>，也因此通說對於多數人犯罪的焦點集中於如何區別正共犯。

原則上，我國通說對於正共犯的區分標準所採取的是犯罪支配理論，所謂的支配指的是就行為人的客觀行為與主觀心態綜合判斷，如果行為人在整個犯罪過程中能夠依其意願而停止或加速構成要件的進行，那麼其就是居於犯罪過程的核心位置，就是正犯。反之，共犯是不具支配能力，是否實行以及如何實行都必須取決於他人的命令，在整個犯罪過程只是擔任誘發或者是促成犯罪發生之人<sup>391</sup>。至於實務見解則是融合了極端主觀理論以及形式客觀理論，認為只要是以自己犯罪的意思參與，不論其客觀所為之行為是否屬於構成要件行為，都是正犯；並且即使不是以自己犯罪的意思參與，但只要所為的行為屬於構成要件行為，也是正犯。只有當行為人主觀上並非以自己犯罪之意思參與並且客觀上所為者非構成要件行

<sup>390</sup> 陳子平，〈從共犯規定論正犯與共犯之區別〉，收錄於《刑法爭議問題研究》，2001 年，頁 255。

<sup>391</sup> 林山田，《刑法通論(下)》，2008 年，頁 42。

為，才會被評價為共犯<sup>392</sup>。

不過本文認為，刑法上每一個構成要件的規定，所確認的就是每一個利益的侵害，因此我們說刑法要處罰一個人，所依據的理由永遠是該行為人違犯了刑法上所禁止的行為，製造了法益的侵害。從這個角度上看來，只要一個人可以透過其行為製造法益侵害，而其主觀也認識到其行為與法益侵害間的因果關係，沒有理由因為他所做的工作是比較邊緣性就不對其論以正犯的處罰<sup>393</sup>。況且事實上實現構成要件的方式有許多種，在他人酒裡下毒是殺人罪的構成要件行為，明知酒裡有毒卻還是端給他人飲用也是殺人罪的構成要件行為，甚至於開口叫人在酒裡下毒的行為也可以是殺人罪的構成要件行為。從而如果不是從因果關係的角度去檢驗一個人應該負責的程度，單憑所謂的構成要件行為的概念根本無助於我們對於問題核心的掌握。此外，如果要說真正執行構成要件行為的人的可罰性就一定比較重，教唆或幫助的人就比較輕，則明顯與實證法上對於教唆行為處以與正犯相同刑度的規定相互抵觸。因此，重點可能還是必須回歸支配法益侵害的概念：誰能夠支配法益侵害，誰就必須負責，而且沒有所謂區分該行為是否為構成要件行為而有差別。

因此，既然刑法上在乎的是人民不要侵害他人的利益，著眼的角度也就在於行為人本身，而不是其他人。正犯行為之所以必須處罰，一定是因為正犯行為支配了利益侵害；教唆、幫助行為之所以必須處罰，也必定是因為教唆、幫助行為支配了利益侵害，而所謂的支配侵害，指的就是因果關係，在正犯與教唆、幫助犯行為均與侵害結果具備因果關係時，在不法層次上沒有理由差別待遇，也沒有正犯不構成犯罪，教唆、幫助犯就不構成犯罪的結論，基此，學說上通常經由證

<sup>392</sup> 參照最高法院 18 年上字第 276 號判例、25 年上字第 2253 號判例、49 年台上字第 77 號判例。

<sup>393</sup> 單一正犯概念的詳細說明，參照黃榮堅，〈從破壞性教導行為看共犯概念〉，收錄於《刑罰的極限》，2000 年，頁 121 以下；同作者，《基礎刑法學(下)》，2006 年，頁 798 以下。

明自殺者不犯罪，從而導出教唆或幫助自殺者也不會構成犯罪的推論，即是忽略了個別行為對於利益侵害的支配關係<sup>394</sup>。

多數人參與準強盜罪的情形也是一樣，只要行為人對於其行為將導致的利益侵害結果有所認識，卻還是著手為之，除非有其罪責上的減輕因素考量<sup>395</sup>，否則將一律論以正犯。不過問題就在於竊盜或搶奪的行為人，其後來強制行為的實施是基於意外使然，並不在之前的犯罪計畫裡，並且準強盜罪是由兩個構成要件行為所結合而成的犯罪，因此如果行為人僅參與其中部分行為時，對該部分行為該怎麼評價就成為多數人參與準強盜罪的特殊問題，以下將就此種特殊情況一一討論。

## 二、各種參與態樣

### (一) 僅參與前行為



就整個準強盜罪的犯罪過程中，要對僅參與竊盜或搶奪行為的行為人決定評價比較簡單，如前所述，竊盜或搶奪的行為人，其後來強制行為的實施是基於突發狀況，並不在之前所共同決意的犯罪計畫裡，因此未參與強制行為之人，其對於共同行為人的強制行為既無主觀故意，客觀上就他人人身自由法益侵害結果也沒有支配力，只需就其竊盜或搶奪行為負責即可<sup>396</sup>，所以【案例一】的A只構成竊盜罪，而B構成準強盜罪。

然而要注意的是，依照 Hohmann/Sander 的意見，如果前行為的行為人(A)一開

<sup>394</sup> 甘若蘋，〈協力自殺行為之反思—以被害人自主價值為中心〉，《刑事法雜誌》第五十二卷第二期，2008年4月，頁72以下。

<sup>395</sup> 認為幫助犯的減輕規定即係著眼於罪責層次的考量，黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，頁806以下。

<sup>396</sup> 蔡墩銘，〈共同竊盜與準強盜之關係〉，《臺灣本土法學》第二十八期，2001年11月，頁103。



始就信賴共同行為人(B)會使用強制手段去防護贓物的話，那麼仍然可以對 A 論以準強盜罪的幫助犯<sup>397</sup>。不過這裡所說的信賴的意義內涵為何並不清楚，如果是說 A 與 B 共同行竊的次數極高，而每次只要一遇有被當場發覺的情形 B 都會挺身而出對他人施以強制好讓 A 逃走，那麼所謂的信賴可能是指已經形成雙方間的默契而不必於每次行竊時都重複確認。不過儘管這樣的默契存在<sup>398</sup>，但是只要 A 與 B 並未就一旦被當場發覺時該如何行動有明確的犯罪協議行為，並且 A 也沒有在被發覺時督促 B 為強制行為，而是都由 B 主動為之，本文認為該強制行為的可罰性仍然不應該加諸於 A。這與積極製造犯罪情境而利用他人行為侵害利益的情形並不相同，本案例的 A 充其量只是沒有去阻止同夥 B 的行為，並非積極製造使 B 為強制行為的犯罪情境，因此即使 A 信賴 B 通常會在被發覺的情形下對被害人使用強制手段，但 A 是否具有保證人地位而有義務去阻止 B 的行為尚有疑問，更何況如果從罪責層次來看的話，更是難以苛求 A 在當場必須阻止 B。反之，如果這裡所說的信賴只是單純 A 對於同伴會保護自己的單方期待，那麼不管 A 的信賴多麼強烈，也都不應該因此分擔 B 的強制行為，因為單純的期待在現實上對於 B 的侵害行為並無任何的支配作用，從而 A 還是只能論以竊盜罪。

## (二) 前行為的共犯參與後行為

相對於前一種類型，前行為的共犯為了使正犯可以順利帶著贓物逃走而施以強制的情形該怎麼評價，顯得棘手。因為考慮到準強盜罪的結合犯架構，可以被論以準強盜罪正犯的人應該要既是竊盜行為的正犯，也是強制行為的正犯才足以

<sup>397</sup> Hohmann/Sander, BT/ I, 1998, § 7 Rn. 22

<sup>398</sup> 對此，我國實務(73 年台上字第 2364 號判例)認為在共同正犯中，所謂的犯意之聯絡並不以明示為必要，即使是默示認同他行為人之意思也可以滿足，依此意見 A 與 B 似乎可以成立準強盜罪的共同正犯。不過問題是，共同正犯如果沒有以一定的行為協議犯罪內容，單憑純粹主觀的默示同意，在事實上並無任何支配作用存在，沒有歸責的正當性，可參照黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006 年，頁 861。

搭配強盜罪的法律效果<sup>399</sup>。但是另一方面，如果自著手的概念觀察，只有當行為人的行為一做下去將會實現全部的構成要件時，才是著手，因此只要行為人認識整個犯罪情狀，並且基於防護贓物的意圖而著手實施強制行為，就是正犯，對此，德國實務也承認雖然僅是前行為的共犯，但只要其手中持有贓物，也可以成為準強盜罪的正犯<sup>400</sup>，理由是德國法規定只有為「自己」不法所有意圖而為強制行為才能構成準強盜罪，所以如果只是前行為的共犯並且未持有贓物，不可能構成準強盜罪<sup>401</sup>。

雖然行為人只是前行為的共犯，但是依照本文前述對於多數人犯罪基本概念的說明，所謂的正犯與共犯在不法層次的貢獻上其實是不分軒輊，亦即都與侵害結果具備因果關係。從而如果從利益侵害的角度來看，前行為的共犯實施了強制手段，當然該當準強盜罪的不法構成要件，只是如果又要考慮其在前行為充其量只是共犯，有其減輕罪責的特殊意義，到底該怎麼論斷的確相當困難。而這也再度地顯示出結合犯立法方式怪異之處，因為如果沒有準強盜罪，我們可以很乾淨俐落地對行為人論以竊盜罪的幫助犯以及強制罪的正犯，然後數罪併罰。但是對於這種在前行為有減輕因素，但後行為無減輕因素卻又要結合為一罪論處時，究竟該論以準強盜罪的幫助犯還是準強盜罪的正犯就難以取捨。本文初步作出的抉擇是對於該前行為共犯論以準強盜罪的幫助犯。理由是，行為人後來所實施的強制行為不應該回頭影響前行為時確實存在的特殊心理狀態，因此即使是結合論斷，也還是必須參酌其減輕因素。從而【案例二】中，如果A對於把風之B會為使其順利逃走而實施強制行為一事並無認識，則A不必為其強制行為負責，只需論以

<sup>399</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24. Aufl., 2001, Rn. 373a; Krey/Hellmann, BT/2, 13. Aufl., 2002, Rn. 222; Rengier, BT/ I, 6. Aufl., 2003, § 10 Rn. 15; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 10; Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 252 Rn. 6

<sup>400</sup> BGHSt 6, 248 (250); MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 17; Maurach/Schröder/Maiwald, BT, 8. Aufl., 1995, § 35 Rn. 40; 國內文獻：黃惠婷，〈準強盜罪〉，《月旦法學教室》第三十二期，2005年6月，頁106。

<sup>401</sup> Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 18; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 17

A 竊盜罪即可。至於 B 的部分，雖然沒有準強盜罪的正犯存在，但由於共犯本來就不以正犯存在為前提，而是有其獨特意義，因此仍可對 B 論以準強盜罪之幫助犯。

### （三）僅參與後行為

多數人參與準強盜罪還有另一種態樣是行為人根本未參與前行為，只是中途加入實施強制行為而已。對於此問題的處理，學說上有所謂「相續共同正犯」之理論以茲適用。相續共同正犯的意思是指行為人並非在犯罪之著手之時即參與，而是於行為實行中或行為既遂後但終了前才加入與利益侵害結果具備因果關係的行為<sup>402</sup>。例如：A 侵入他人住宅竊盜，於搬運贓物正要離開之時，偶然到來的 B 同意加入 A 的竊盜行為，而與 A 一同將贓物帶走。此時 B 的行為雖然是中途才加入，但可以將其視為一開始就已經存在，所以 A、B 是竊盜罪的共同正犯。

不過這個理論並非一律適用於所有的犯罪類型，而是必須回歸利益侵害的核心去檢驗每個行為人對其行為的支配力。例如：行為人 A 持續不斷地毆打被害人，當其打了十拳後，B 加入一起毆打了五拳。當中，B 對於後五拳的行為可以與 A 一起被論以傷害罪的共同正犯，但是對於之前 A 所單獨毆打的十拳，B 不必為其負責，因為那不是 B 所能支配的範圍。此外，更明顯的情形出現在形式結合犯，例如強盜殺人罪，如果行為人是在他人已經為強盜行為後再加入實施殺人行為，由於強盜罪所要保護的法益已經被侵害了，行為人所能支配的只有殺人與否，因此行為人只需論以殺人罪，而不是強盜殺人罪<sup>403</sup>。

<sup>402</sup> 林山田，《刑法通論(下)》，2008 年，頁 79。

<sup>403</sup> 至於強盜罪則是有所爭議，行為人 A 基於強盜的故意而對被害人為強制行為後，由中途才加入的 B 實施取財行為，通說認為，由於 B 對於 A 的強制行為所造成的利益侵害並無因果關係，所以 B 只需就其取財行為論以竊盜罪即可，而不是強盜罪的共同正犯(Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11.

同樣地，於竊盜既遂後才加入實施強制行為的行為人，是否可以適用相續共同正犯理論，也必須自法益侵害的核心觀察。【案例三】的 B 對於 A 是竊盜後被追蹤的情況有所認識，並且是出於使 A 能夠順利帶著贓物逃走的意圖而對 C 施以強制，就利益侵害而言，雖然 B 並未參與竊盜，但其係於竊盜尚未穩固之前即介入，姑且先不論其介入的行為態樣是否會構成其他的犯罪，總之其行為在客觀上使 A 得以穩固地持有贓物，顯示對財產侵害的結果有所貢獻<sup>404</sup>，因此 B 可以被論以竊盜罪的相續犯<sup>405</sup>。而在準強盜罪的情形，既然準強盜罪是結合了竊盜罪與強制罪而成的犯罪，B 在對 A 的竊盜行為有所認知的前提下實施強制行為使 A 得以順利逃走，也就是實現了該當構成要件的利益侵害，並且依照本文對於正共犯的理解，由於 B 並不具備幫助犯的局外人心理狀態，所以是準強盜罪的正犯<sup>406</sup>，而不是幫助犯。至於 A 則是構成竊盜罪。



競合是指當行為人的行為在刑法上的涵攝同時該當數個構成要件時，該怎麼去正確評價的問題。而本文所採取的基本原則如前所述<sup>407</sup>，以行為人的行為決意作為判斷行為數的基準，一行為侵害一法益而該當數罪名的情況下是法條競合；一

---

Aufl., 2003, § 29 Rn. 107); 但黃榮堅教授認為強盜罪的構成雖然是建立在強制罪與竊盜罪的結合關係上，但是當中的竊盜卻又同時是建立在被害人被強制狀態的基礎上，因此雖然 B 並未親自為強制行為，但本來就不是行為人親自為構成要件行為才必須負責，而是也可以利用他人先前該當構成要件的行為來實現該當構成要件的利益侵害。從而 B 的取財行為完成了強盜罪「強制下的取財行為」的不法內涵，可以構成強盜罪，參照黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2006 年，頁 866。

<sup>404</sup> 要注意的是，如果是行為人自己為強制行為，就該強制行為部分並無財產利益侵害可言，因為使被竊的財物更加穩固已經被其竊盜行為所評價，沒有額外的財產侵害，但就第三人而言，如果不對其論以竊盜罪，則沒有辦法評價其對財產侵害的貢獻。就此部分，請參照本文【第四章、第三節、第二項、二、(一)、3】。

<sup>405</sup> 不過林東茂教授有不同意見，認為即成犯不適用相續共同正犯理論，而竊盜罪即屬即成犯。參照林東茂，《刑法綜覽》，2006 年，頁 1-242。

<sup>406</sup> 結論相同：Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 252 Rn. 10

<sup>407</sup> 參照本文【第四章、第二節、第四項、一】

行為侵害數法益而該當數罪名為想像競合；其餘不論是數行為侵害一法益或者是數行為侵害數法益則都是數罪併罰。

## 一、準強盜罪與基本犯罪

由於準強盜罪已經結合了竊盜罪或搶奪罪與強制罪而成為獨立的構成要件，並且其保護法益實質上也是原本單一犯罪的法益，因此如果行為人於竊盜或搶奪後對他人施以不能抗拒程度的強制行為，形式上同時該當竊盜罪(或搶奪罪)、強制罪以及準強盜罪。但因保護法益同一，屬於法條競合，論以具特別關係的準強盜罪即可。而由於本文認為準強盜罪的成立以前行為既遂為前提，因此如果行為人僅有竊盜著手，但尚未達既遂階段，為了脫逃而對他人施以強制行為，也只能分開論以竊盜未遂罪以及強制罪數罪併罰。反之，如果前行為已經既遂，但後來的強制僅達未遂，或者未能繼續地持有贓物直到強制行為結束，則應該被論以準強盜罪未遂<sup>408</sup>。

另外學說上也常討論的是加重事由的存在時點問題，一般而言，如果加重事由存在於強制行為時，則毫無疑問可以論以加重的準強盜罪而援引加重強盜罪的法律效果。反之，如果只有在前行為階段存在加重事由，而強制行為時並無加重事由存在，例如：攜帶凶器竊盜，但竊盜既遂後即將凶器丟棄。由於準強盜罪的著手是以行為人開始為強制行為時起算，因此學說上有認為既然行為人為強制行為時已經不存在加重事由，便不能論以加重的準強盜罪，而只能援引普通強盜罪的法律效果，再與加重竊盜罪論以想像競合<sup>409</sup>。不過這樣的結果卻會造成對單一的竊盜行為部分重複評價，而這當然又是結合犯結構所帶來的另一難題。本文認為

<sup>408</sup> Hohmann/Sander, BT/ I, 1998, § 7 Rn. 29; 相反意見，認為應該就竊盜既遂部分與準強盜罪未遂成立想像競合，Vgl. Kindhäuser, BT/ II, 4. Aufl., 2005, § 16 Rn. 20; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 19

<sup>409</sup> LK-Herdeggen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 21、25

如果考量到加重竊盜罪本來也就是準強盜罪的前行為態樣之一，因此按照上述的原則，行為人加重竊盜既遂後再使用強制手段，形式上同時該當加重竊盜罪、強制罪以及準強盜罪，應該是法條競合，僅論以具特別關係的準強盜罪，亦即援引普通強盜罪的法律效果即可。

## 二、準強盜罪與強盜罪

由於本文承認強盜罪也可以作為構成要件行為，因此即產生如果行為人強盜既遂後，為了防護該贓物而又使用強制行為時，應該如何論處的問題。對此，德國多數的看法認為應該就強盜罪與準強盜罪論以法條競合，而由於準強盜罪也是援引強盜罪的法律效果，因此直接論以強盜罪即可，而沒有必要再透過援引途徑<sup>410</sup>；而如果具備加重事由，則視加重事由存在於哪一階段，便優先適用該罪<sup>411</sup>，例如：行為人攜帶凶器強盜，既遂後即丟棄凶器，應該被論以加重強盜罪；如果行為人是在強盜既遂後才使用凶器作為防護贓物手段，則應該被論以加重準強盜罪。

不過問題是僅論以行為人強盜罪或準強盜罪，並沒有辦法充分評價行為人先後兩次所實施的強制行為；而如果分別論以強盜罪以及準強盜罪數罪併罰則對於僅實施一次的竊盜行為部分又是重複評價，因此要怎麼評價才妥當實在相當困難。本文初步認為行為人形式上該當強盜罪、強制罪以及準強盜罪，但由於論以強盜罪或準強盜罪的結果都是相同，論以其一只能評價竊盜以及一部分的強制，從而為充分反映其不法內涵，直接論以強盜罪及強制罪再數罪併罰應該是最佳的解決方式<sup>412</sup>。

<sup>410</sup> Wessels/Hillenkamp, BT/2, 24.Aufl., 2001, Rn. 377; LK-Herdegen, 11. Aufl., 2005, § 252 Rn. 22; MK-Sander, 2003, § 252 Rn. 20

<sup>411</sup> Krey/Hellmann, BT, 13.Aufl., 2002, Rn. 220; Rengier, BT/ I, 6.Aufl., 2003, § 10 Rn. 16

<sup>412</sup> 質疑在準強盜罪已經被強盜罪排斥適用的前提下，為何通常與準強盜罪成立法條競合而被排斥

## 第四節 本章結論

雖然本文主張廢除準強盜罪的規定，使這種竊盜或搶奪後當場實施強制手段的行為態樣回歸競合模式處理，不過在立法者尚未修正之前，三百二十九條之規定仍有被適用之可能，因此即使心理存有抗拒心態，但仍不得不對現行規定作出解釋，以供實務參考適用。在解釋的原則上，鑑於準強盜罪是援引強盜罪的高度法定刑，因此在解釋上本文盡量地以強盜罪的模式為參考對象，試圖透過解釋而提高準強盜罪的不法內涵。

首先在結構上，通說認為準強盜罪僅是身分犯而不是結合犯的看法，將無以配合高度法定刑，並且鑑於強盜罪也是結合犯的模式，準強盜罪當然也是結合犯。其次在構成要件解釋上，前行為以基於不法所有意圖所實施的竊取行為為原則，因此不僅是竊盜或搶奪行為可以是前行為，強盜行為也是前行為之一。此外，基於與強盜罪保護法益的一致性要求，主觀要素應該僅限於防護意圖，從而準強盜罪的適用當然以前行為既遂為前提；至於強制行為程度，則必須限縮至使人不能抗拒之程度。而當場要素則是限於時空上的緊密關係，必須視個案情節分別判斷，不能一概而定，並且為避免複雜化，不必加入發覺要素的解釋。主觀上，只有當行為人出於防護意圖才勉強類似強盜罪的主觀不法，單純出於脫免逮捕或者是湮滅罪證意圖，並不能論以準強盜罪，即使行為人是同時出於兩個意圖而施強制行為，也必須是防護贓物意圖居於絕對優勢地位，否則也不能論以準強盜罪。

至於既未遂的判斷上，以行為人開始實施強制行為為著手，並且以強制行為

---

適用的強制罪，突然被拿出來獨立宣告？(薛智仁，〈準強盜罪之立法改革方向—兼評大法官釋字第六三〇號解釋〉初稿，預計刊於《台灣法學雜誌》第一〇九期，2008年8月，原稿頁18。)。對此，本文認為基於準強盜罪怪異的立法結構，對競合的處理方式實在難以兼顧說理一貫同時又可以明確且充分地反映不法內涵，因此既然競合的目的就是要反映行為人的不法，論罪的選擇上也就應該盡量滿足罪刑相當原則。

的既遂作為準強盜罪的既遂。而多數人參與犯罪的問題，本文基本上是以單一正犯模式作為判斷架構，因此每個人只需為自己所支配出來的行為負責。從而，未參與後行為的行為人只需為前行為犯罪負責；前行為的共犯實施強制行為，考量到其在前行為階段具備局外人的心理狀態，因此僅論以準強盜罪的幫助犯；僅參與後行為的行為人，雖然其未參與前行為，但其係利用他人行為而使得準強盜罪的構成要件因此而完全實現，也可以被論以準強盜罪，並且因為欠缺幫助犯的罪責減輕因素，所以是正犯。最後，則是競合問題的處理。原則上，就準強盜罪與基本犯罪言，由於法條競合，只需論以準強盜罪即可。而就準強盜罪與強盜罪言，不論是只論以強盜罪或準強盜罪，抑或是同時成立二者再想像競合，都有評價不足或者是重複評價的問題，因此即使在適用上可能會有邏輯不一貫的情形，不過基於符合罪責原則的前提，本文認為應該直接論以強盜罪及強制罪再數罪併罰。





## 第六章 結論

### 第一節 本文回顧

在大法官釋字第六三〇號對準強盜罪作出合憲解釋前，學說上對於準強盜罪規定的討論不多，而教科書多半也只對其進行解釋論上的闡述，而未就其立法正當性進行深入研究。不過如果仔細觀察準強盜罪的立法模式，可以發現其係罕見地直接援引另外一個犯罪的法律效果作為自己的法定刑。如此一來，可以猜測立法者的意思是要告訴我們準強盜罪其實就是強盜罪，特別增訂三百二十九條是為了明確地宣示即使行為順序相反，也還是強盜罪。但問題是，「準強盜行為等於強盜行為」的假設，其實從來沒有被證明過。從條文規定的形式來看，準強盜與強盜似乎只是客觀上行為順序相反，對於法益侵害的結果並無差別，但是在準強盜罪的適用上，卻反而出現比強盜罪更多、更複雜的問題<sup>413</sup>。當中法條文字本身並未與強盜罪作一致的規定是造成適用上紊亂的因素之一，但是除此之外，其適用上的錯綜複雜，恐怕仍然是根源於其特殊的立法結構。從而如果沒有對準強盜行為作進一步的釐清與檢討，可能永遠也無法得知本罪的存在意義到底是什麼。

事實上，如果沒有準強盜罪的規定，刑法仍然處罰這種行為順序相反的先取財後強制行為類型，因為就這兩個行為來看，都分別該當竊盜罪以及強制罪。只是當立法者將其結合為一個獨立的構成要件之後，我們所困惑的是，這麼做的理由是什麼？換言之，結合的必要性為何？對此，本文提出了三種不同的可能性，

---

<sup>413</sup> 適用上的錯綜複雜請參照本文【第二章】。

第一是就立法者的假設：「強盜行為與準強盜行為具備相同地位」進行驗證<sup>414</sup>。在這個模式底下，所謂的準強盜行為應該是竊盜或搶奪行為加上強制行為，也就是結合犯的結構，因為唯有如此，才可能與強盜罪在同一個平台上進行比較。此外，由於我們說一個犯罪是由不法及罪責所構成，因此要討論這兩個犯罪是不是具備相同地位，也應該分別就不法及罪責層次進行對照。

檢驗的結果，本文認為如果依照現行條文的文字規定，即使兩者都是結合犯的架構，也無法得出兩者等價的結論。因為就目前的文獻顯示，強盜罪的結合理由不在於行為人於緊密的時空關係內侵害了兩個法益，而在於其以侵害人身法益作為手段進而達侵害財產法益的目的<sup>415</sup>。但是我們在準強盜罪裡找不到這個被放大的加重因素，因為如果一個人只是單純地持續維持侵害狀態與一個人是積極地去製造侵害，在評價上不應該相同<sup>416</sup>，並且這個手段目的關係也不是納入行為人的前行為犯罪就會變成具備。此外，準強盜行為人在罪責層次上也與強盜行為人有所落差，因為要非難一個人的行為，必須考量其行為時所處的環境以及該環境對其所可能造成的影響。而本文認為，在竊盜或搶奪當時出於自我庇護的心理狀態而對被害人所造成的人身自由侵害，不應該與一開始就打算侵害他人的心理狀態作相同的非難。從而即使大法官試圖透過強制程度的限縮解釋以彌平兩者間的落差，但就結果而言可以說是失敗的。

如此一來，立法者的假設消失了，本文也隨之進入第二個存在可能性的檢驗，是依然維持結合竊盜罪與強制罪的架構，但考量到其內涵較強盜罪輕，而賦予其較低的獨立法定刑。就此路徑言，本文仍然不贊同，理由是結合犯的立法方式基於比例原則以及平等原則，並不是一個具備正當性的結構。雖然現實上我國刑法

---

<sup>414</sup> 參照本文【第四章、第二節】

<sup>415</sup> 黃惠婷，〈準強盜罪之強盜本質－簡評最高法院九六年台上字第七七〇號判決〉，《臺灣本土法學》第九十九期，2007年10月，頁267。

<sup>416</sup> 此部分論述請參照本文【第四章、第二節、第一項、三】。

典裡確實存在許多結合犯的規定，但是當我們可以決定一個法律應該要怎麼修正才適當時，在立法技術的選擇上不應該是繼續複製這個不正當的結構。換言之，如果說強盜罪是因為手段目的的關連性而被結合為獨立構成要件加重處罰，但由於這是否是一個足以結合而加重處罰的正當理由都還有討論的空間<sup>417</sup>，欠缺此一要件的準強盜行為更沒有結合加重處罰的基礎。從而這個可能性也必須宣告破滅。

最後，本文試圖為準強盜罪尋找一個可能的正當性基礎是擺脫結合犯的結構，聚焦於行為人的強制行為。因為行為人竊盜後的強制行為不僅僅侵害了人身自由法益，同時也侵害了被害人的其他利益，所以就該強制行為必須加重處罰。然而就本文分析的結果，不論是以緊急權或者是以正義概念作為新法益，都有其本身現實上的疑慮存在。前者的實質內涵應該是恢復利益，但問題是恢復利益是竊盜罪已經評價過的對象，不應該在強制行為又評價一次，否則將是重複評價。而如果不論恢復利益，僅以緊急權的行使遭受阻礙作為加重事由，則是另一個違反平等原則的問題，同時也是低估了強制罪的不法內涵。至於正義概念的衝擊，只是立法者惡性重大的換句話說，同樣不存在實質意義。從而該強制行為仍舊只對他人的人身法益造成侵害，也因此只須論以強制罪即可充分反映其不法內涵。所以本文的結論是，既然我們沒有辦法為準強盜罪的規定找到一個正當性的基礎，即使可以暫時地透過解釋限縮其適用，但這仍不改其違憲本質，最後勢必還是要走向廢除一途。

此外，本文想要提出的一個想法是，刑法作為規範人民行為的最後也是最重手段，因此在決定什麼樣的行為應該入罪，又應該要課予多重的刑度時，都必須經過審慎的考量，小心翼翼地遵守基本原則，以避免對人民造成過度侵害。但就現實面上來看，我們所堅持立法的正當性並不一定為社會大眾所認同，特別是近

---

<sup>417</sup> 參照下述第二節、未來課題

年來連修法方向都朝向重刑化政策也可以看得出來在某程度上連我們自己都快要失守。當中，犯罪率的日益提升以及媒體的大肆渲染所造成的不安全感，是立法者直覺以重刑抑制犯罪的最大因素。但事實上，逾越罪責原則的重刑化結果是社會大眾情感的鈍化<sup>418</sup>，以致於在結果上不一定與立法者的期待成正比<sup>419</sup>，到頭來，重刑化的刑事政策只是滿足我們對於犯罪制裁的復仇情緒而已<sup>420</sup>。而從經濟學上的角度來看，如果說滿足復仇的情緒可以創造整個社會的最大利益的話，那麼它無非也是一個值得追求的目的，只是就計算的結果顯示來看，一個純粹的復仇體系並非最佳的法律制度<sup>421</sup>，因此，罪責原則是我們所能節制復仇的底線，也就是對一個人的處罰必須與他所作的非行成比例。

對於準強盜罪來說也是一樣，既然行為人觸犯竊盜罪與強制罪所呈現的不法與罪責並沒有逾越一般人觸犯這兩罪的情形，況且我們也承認在一般的情形可以依照競合規則來作處理，那麼準強盜罪也應該要依照競合規則，而不是另外加重。只是準強盜罪的歷史悠久，並且可以說是依附在立法者結合強盜罪加重處罰的前提下被建立的，即使我們證明準強盜罪的不法與罪責內涵低於強盜罪，在目前處於一片重刑化政策的聲浪中，要立法者貿然地採取本文建議廢除準強盜罪只能是一種期待，並且可以想像的是，這是個在短期內都不太可能實現的期待。不過即使如此，本文的態度仍然堅持以罪責原則作為刑罰的底線，因為如果連我們放棄對人格權的尊重，可以想見的是整個社會將走向一個失控而不可知的未來。

## 第二節 未來課題

囿於筆者的時間與能力，本文只能就準強盜罪的規定提出立法基礎的探究，

---

<sup>418</sup> 柯耀程，《刑法的思與辯》，2003年，頁342。

<sup>419</sup> 加重處罰與降低犯罪率的連結性始終必須劃上問號，Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2002, S. 19f.

<sup>420</sup> 柯耀程，《刑法的思與辯》，2003年，頁343。

<sup>421</sup> 詳細的分析參照 Posner, 蘇力譯，《正義/司法的經濟學》，2002年，頁217以下。

不過從比較準強盜罪與強盜罪的過程中可以發現，即使準強盜罪的不法與罪責內涵都與強盜罪相等，也不代表準強盜罪就有存在的正當性。因為作為準強盜罪比擬對象的強盜罪本身可能也不是一個具備立法正當性的條文，從而即使準強盜罪等同強盜罪，也只是證明了強盜罪與準強盜罪的存在都不正當。

強盜罪在結構上採取了結合犯的立法技術，而加重理由不論是因為行為人的強制程度係使人不能抗拒抑或是因為行為人為了達侵害財產法益的目的竟然以侵害人身自由法益為手段的目的性關連，就本文初步判斷，其實都無法通過憲法基本原則的檢驗。就前者而言，不論強制行為的程度有多大，總之都是落在強制罪的刑罰座標裡。換言之，不管行為人的強制行為是為了要達到什麼目的，既然我們已經將這種侵害他人人身法益的行為態樣規定為強制罪，代表立法者認為即使是使人不能抗拒的強制行為，三年有期徒刑就足以衡平其不法，因此強制的程度大小應該不是作為額外加重的因素。就後者而言，以違反他犯罪為手段以達到違犯另一個犯罪的目的，就客觀法益侵害來看，與一般違犯兩個犯罪的態樣沒有差別。而如果這裡要強調的是行為人主觀上所顯現出來的強烈法敵對意識，一個很現實的問題是，違犯強制罪的法敵對意識我們有強制罪處罰，違犯竊盜罪的法敵對意識我們也有竊盜罪處罰，難道還是不夠？況且，在行為人已經決意要取得他人財物的目的之下，基於每個人的行動選擇以追求最大利益的假設，如果以強制行為為手段可以幫助他更容易地達成目標的話，我們到底有什麼理由可以抑制這樣的一個「理智決定」？從而處罰的理由還是應該繫於法益的標準，所謂的目的性關連不應該是加重刑罰的基礎。

當然，在對於強盜罪的文獻尚未完整蒐集以及理解之前，以上的質疑可能在深入思考強盜罪的立法基礎之後有所轉變，不過由於本文證明準強盜罪欠缺立法正當性的理由，基本上也都可以適用在檢驗強盜罪的立法正當性上，只是廢除強

盜罪的結論在一般人的情感上可能會比本文的結論還要來得令人難以接受。但相對地，對強盜罪的立法基礎提出質疑也是一個富有挑戰力的課題，在未來如果筆者的能力與時間都有充分準備，相當願意就強盜罪的規定提出檢討。



## 參考文獻

### 壹、中文文獻(按作者姓名筆畫排列)

#### 《教科書與專論》

Richard A. Posner, 蘇力譯 (2002), 《正義/司法的經濟學》, 初版, 元照。

王澤鑑 (2006), 《民法總則》, 增訂版, 自版。

王澤鑑 (2006), 《民法物權第二冊—用益物權、占有》, 增訂版, 自版。

甘添貴 (1999), 《體系刑法各論第二卷》, 初版, 自版。

吳庚 (2003), 《憲法的解釋與適用》, 初版, 自版。

林山田 (2008), 《刑法通論(上)》, 增訂十版, 自版。

林山田 (2008), 《刑法通論(下)》, 增訂十版, 自版。

林山田 (2005), 《刑法各罪論(上)》, 增訂五版, 自版。

林東茂 (2006), 《刑法綜覽》, 修訂四版, 一品。

周治平（1968），《刑法各論》，初版，自版。

柯耀程（2003），《刑法的思與辯》，初版，元照。

孫憲忠（1999），《德國物權法》，初版，五南。

許玉秀（2000），《犯罪階層體系及其方法論》，初版，自版。

許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著（2000），《現代憲法論》，二版，  
元照。

陳志龍（1992），《人性尊嚴與刑法體系入門》，初版，自版。

黃榮堅（2006），《基礎刑法學（下）》，三版，元照。

黃榮堅（2003），《刑法問題與利益思考》，元照初版三刷，元照。

黃榮堅（2000），《刑罰的極限》，元照初版二刷，元照。

褚劍鴻（2004），《刑法分則釋論-下冊》，四次增訂版，商務。

蔡墩銘（2001），《刑法各論》，四版，三民。

韓忠謨（1968），《刑法各論》，初版，自版。





謝在全（2004），《民法物權論(下冊)》，修訂三版，自版。

## 《學位論文》

朱炳耀（1993），《贓物罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

李文健（1997），《罪責概念之研究－非難的實質基礎》，國立政治大學法律研究所碩士論文。

吳勇毅（2002），《論意向犯》，中正大學法律研究所碩士論文。

柯月美（1997），《準強盜罪之再構成》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

陳玉蕊（2004），《準強盜罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

張天一（2007），《刑法上之財產概念－探索財產犯罪之體系架構－》，輔仁大學法律學系博士論文。

黃金龍（1993），《結合犯之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

劉清彬（2003），《強盜罪之研究》，東海大學法律學研究所碩士論文。

薛智仁（2002），《參與群毆行為之基礎與立法》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

## 《期刊論文》

王皇玉（2004），〈竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛〉，《月旦法學》第一〇七期，頁 233~247。

甘添貴（2006），〈準強盜罪「當場」的意涵〉，《月旦法學教室》第四十二期，頁 18~19。

甘若蘋（2008），〈協力自殺行為之反思—以被害人之自主價值為中心〉，《刑事法雜誌》第五十二卷第二期，頁 57~81。

李惠宗（2001），〈論比例原則作為刑事立法的界限—大法官釋字第五一七號解釋評釋〉，《臺灣本土法學》第十八期，頁 23~38。

吳元曜（2006），〈論準強盜罪於實務適用上之相關問題--對臺灣臺北地方法院九十四年度訴字第一一五〇號刑事判決之評析〉，《全國律師》第十卷第七期，頁 35~44。

林東茂（2001），〈加重竊盜—實務相關見解評析〉，《月旦法學》第七十一期，頁 155~162。

林東茂（2008 年 1 月 5 日），〈再探準強盜罪〉初稿，發表於《東吳大學法學院刑事法論壇》，二〇〇八年一月五日。

柯耀程（2002），〈弔詭的「不能抗拒」要件〉，《月旦法學》第九十期，頁 314~323。

花滿堂(2000),〈準強盜罪試論〉,《刑事法雜誌》第四十四卷第五期,頁85~97。

陳子平(2001),〈從共犯規定論正犯與共犯之區別〉,收錄於《刑法爭議問題研究》,頁251~274。

陳子平(2001),〈準強盜罪論〉,收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》,頁225~259。

陳子平(2003),〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉,《月旦法學教室》第九期,頁20~21。

陳煥生(2001),〈結合犯適用法律問題之研究〉,收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(二)》,頁165~185。

黃惠婷(2005),〈強盜罪第一講:強盜罪〉,《月旦法學教室》第三十一期,頁72~80。

黃惠婷(2005),〈強盜罪第二講:準強盜罪〉,《月旦法學教室》第三十二期,頁98~106。

黃惠婷(2007),〈簡評大法官釋字第六三〇號解釋〉,《臺灣本土法學》第九十七期,頁215~218。

黃惠婷(2007),〈準強盜罪之強盜本質—簡評最高法院九六年台上字第七七〇號判決—〉,《臺灣本土法學》第九十九期,頁266~268。

黃朝義(2001),〈罪刑法定原則與刑法之解釋〉,收錄於《刑法七十年回顧與展望紀念論文集(一)》,頁115~149。

黃榮堅（2001），〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，收錄於《刑法爭議問題研究》，頁 491~498。

黃榮堅（2005），〈論危險故意—評最高法院九十三年度台上字第一一五五號及九十一年度台上字第六三六八號判決〉，《月旦法學》第一百一十八期，頁 225~239。

黃榮堅（2005），〈數罪併罰量刑模式構想〉，《月旦法學》第一百二十三期，頁 43~67。

華嘉遠（1991），〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第三十七卷第四期，頁 35~39。

張麗卿（1999），〈論刑法公共危險罪章的增訂〉，《月旦法學》第五十一期，頁 55~70。

曾淑瑜（2003），〈準強盜罪之共同正犯及既未遂〉，《臺灣本土法學》第五十一期，頁 185~189。

鄭逸哲（2004），〈刑法第三二九條準強盜規定之剖析及其適用--評析最高法院九十一年度臺上字第五九九五號判決、臺中高分院九十一年度上訴字第一一五六號判決和臺中地院九十一年度訴字第一一四號判決〉，《月旦法學》第一〇七期，頁 222~232。

潘天蔚（2000），〈肇事逃逸罪的現在與未來〉，《刑事法雜誌》第四十四卷第六期，頁 51~88。

戰諭威（2005），〈準強盜罪之研究〉，《軍法專刊》第五十一卷第十一期，頁 27~45。

盧映潔（2004），〈我國刑法重刑化的趨勢與死刑之廢除〉，收錄於《戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集》，頁 95~129。

蔡墩銘（1962），〈準強盜罪之擬律〉，《軍法專刊》第八卷第四期，頁 17~19。

蔡墩銘（2001），〈共同竊盜與準強盜之關係〉，《臺灣本土法學》第二十八期，頁 102~103。

薛智仁（2008），〈準強盜罪之立法改革方向——兼評大法官釋字第六三〇號解釋〉  
初稿，預計刊載於《臺灣法學雜誌》第一〇九期。

### 《網路資源》

<http://web.nchu.edu.tw/~hftsai/downloads/course/library/1.pdf> (最後瀏覽日：2008 年 7 月 18 日)



## 貳、德文文獻(按照字母順序排列)

### 《教科書與專論》

Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich (2000), Strafrecht, Besonderer Teil: Lehrbuch, Bielefeld:

Ernst und Werner, Gieseking

Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang (2003), Strafrecht, Allgemeiner Teil

Lehrbuch, 11. Aufl., Bielefeld: Ernst und Werner, Gieseking

Baur, Fritz (1981), Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., München: C. H. Beck

Bergmann, Alfred (1983), Das Unrecht der Nötigung, Berlin: Duncker & Humblot

Blei, Hermann (1983), Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München: C. H. Beck

Blei, Hermann (1983), Strafrecht, Besonderer Teil, 12. Aufl., München: C. H. Beck

Eser, Albin (1983), Strafrecht IV, Schwerpunkt Vermögensdelikte, 4. Aufl., München: C.

H. Beck

Haft, Fritjof (1996), Strafrecht Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil,

3. Aufl., München: C. H. Beck

Haft, Fritjof (1998), Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., München: C. H. Beck

Hellmann, Uwe (1987), Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe  
im Strafrecht, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns

Hillenkamp, Thomas (2004), 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl.,  
München/ Unterschleißheim: Luchterhand

Hohmann, Olaf/ Sander M. Günther (1998), Strafrecht Besonderer Teil I :  
Vermögensdelikte, München: C. H. Beck

Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts  
Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot

Kindhäuser, Urs (2005), Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos

Krey, Volker/ Hellmann, Uwe (2002), Strafrecht Besonderer Teil Band 2  
(Vermögensdelikte), 13. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer

Kühl, Kristian (1994), Strafrecht Allgemeiner Teil, München: Franz Vahlen

Küper, Wilfried (2002), Strafrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller

Marxen, Klaus (2004), Kompaktkurs Strafrecht : besonderer Teil ; Fälle zur Einführung,  
Wiederholung und Vertiefung, München: C. H. Beck

Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred (1995),  
Strafrecht, Besonderer Teil: ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller

Medicus, Dieter (2006), Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller

Otto, Harro (1996), Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 5. Aufl., Berlin:  
de Gruyter

Rengier, Rudolf (2003), Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Aufl., München: C. H. Beck

Roxin, Claus (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 4. Aufl., München: C. H. Beck

Roxin, Claus/ Schünemann, Bernd/ Haffke, Bernhard (1982), Strafrechtliche  
Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München:  
Carl Heymanns

Schwab, Dieter (2005), Einführung in das Zivilrecht, 16. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller

Streng, Franz (2002), Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln:  
Kohlhammer

Wagner, Heinz (1998), Fälle zum Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., München: C. H.  
Beck

Wank, Rolf (2001), Die Auslegung von Gesetzen : Eine Einführung, 2. Aufl., Köln,  
Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner (2002), Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Aufl.,  
Heidelberg: C. F. Müller



Wessels, Johannes/ Hillenkamp, Thomas (2001), Strafrecht Besonderer Teil/2 Straftaten gegen Vermögenswerte, 24. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller

Wieczorek, Eberhard (1994), Kurzlehrbuch zum Besonderen Teil des StGB, 6. Aufl., Stuttgart, München: Richard Boorderg

### 《註釋書》

Lackner, Karl/ Kühl Kristian (2007), Strafgesetzbuch : Kommentar, 26. Aufl., München: C. H. Beck

LK- 【Bearbeiter】 (2005), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 6, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter

MK-BGB- 【Bearbeiter】 (2001), Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Band 6, 4. Aufl., München: C. H. Beck

MK-StGB- 【Bearbeiter】 (2003), Münchener Kommentar zum StGB Band 3, München: C. H. Beck

NK- 【Bearbeiter】 (2006), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch : Lehr-und Praxiskommentar, 3. Aufl., Baden- Baden: Nomos

Palandt BGB- 【Bearbeiter】 (2007), Bürgerliches Gesetzbuch Palandt, 66. Aufl., München: C. H. Beck



Schönke, Adolf/ Schröder, Horst- **【Bearbeiter】** (2006), Strafgesetzbuch Kommentar,  
bearbeitet von Lenckner, Cramer, Eser, Stree, 27. Aufl., München: C. H. Beck

SK- **【Bearbeiter】** (1990), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2, 4.  
Aufl., Frankfurt am Main: Alfred Metzner

Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas (2006), Strafgesetzbuch und Nebengesetze:  
Kommentar, 53. Aufl., München: C. H. Beck

### 《期刊論文》

Bach, Gregor (1957), Zur Problematik des räuberischen Diebstahls, MDR 1957, S.  
402-403



Blei, Hermann (1975), Materielles Strafrecht, JA 1975, S. 519-522

Burkhardt, Björn (1973), Gewaltanwendung bei Vermögensdelikten mit  
Bagatelldelikt, JZ 1973, S. 110-117

Dreher, Eduard (1976), Die Malaise mit § 252 StGB, MDR 1976, S. 529-533

Dreher, Eduard (1979), Im Gestrüpp des § 252 StGB, MDR 1979, S. 529-533

Fezer, Gerhard (1975), Anmerkung für BGH, Urteil v. 27. 2. 1975 — 4 StR 310/74, JZ  
1975, S. 609-611

Geilen, Gerd (1979), Raub und Erpressung (Fortsetzung), Jura 1979, S.669-670

Geilen, Gerd (1980), Raub und Erpressung(Schluss), Jura 1980, S. 43-47

Geppert, Klaus (1990), Zu einigen wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), Jura 1990, S. 554-560

Kratzsch, Dietrich (1988), Das „Räuberische“ am räuberischen Diebstahl — Zugleich Besprechung des Urteils BGH v. 5.5.1987 — 1 StR 97/87, JR 1988, S. 397-401

Küper, Wilfried (2001), Vollendung und Versuch beim räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB), Jura 2001, S. 21-25

Küper, Wilfried (2001), Besitzerhaltung, Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl, JZ 2001, S. 730-741

Perron, Walter (1989), Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), GA 1989, S. 145-169

Schnarr, Karl Heinz (1979), Kann ein Dieb von einem Ahnungslosen im Sinne von § 252 StGB betroffen werden?, JR 1979, S. 314-317

Schünemann, Bernd (1980), Raub u. Erpressung( II ), JA 1980, S. 393-400

Seelmann, Kurt (1986), Grundfälle zu den Eigentumsdelikten, Jus 1986, S. 201-206

Seier, Jürgen (1979), Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl – BGH, NJW 1979, 726, Jus 1979, S. 336-338

Seier, Jürgen (1981), Die Abgrenzung des räuberischen Diebstahls von der räuberischen Erpressung, NJW 1981, S.2152-2157

Weigend, Thomas (2007), Der altruistische räuberische Dieb. Neue Komplikationen bei einem alten Straftatbestand, GA 2007, S. 275-286

Zöller, Mark Alexander (1997), Der räuberischen Diebstahls (§ 252StGB) beim Raub als Vortat, Jus 1997, S. L 89-93

