

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



從英美法財產犯罪的流變重新思考使用竊盜

—以共享經濟為例

Rethinking Unauthorized Temporary Use of Other's Property
from the Perspective of Anglo-American Property Offences:
Taking Share Economy as an Example

陳彥蓉

Yen-Ron Chen

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 105 年 7 月

July 2016



國立臺灣大學碩士學位論文 口試委員會審定書

從英美法財產犯罪的流變重新思考使用竊盜
—以共享經濟為例

Rethinking Unauthorized Temporary Use of Other's
Property from the Perspective of Anglo-American Property
Offences: Taking Share Economy as an Example

本論文係陳彥蓉君（R01A21053）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 7 月 19 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：王皇玉

口試委員：許恒達

黃士軒

王皇玉



謝辭

這一切能發生，要感謝生命中的貴人。



首先，感謝指導老師王皇玉老師。寫論文期間，恩師王老師給予很多空間，也總是適時地給予提點與建議，真的十分感激。王老師豐厚的學識、過人的才智、難掩的霸氣，還有關懷的心，一直令我景仰。猶記大四在〈犯罪學專題討論〉的課堂上，全班看完電影〈Boy A〉後，王老師泛著淚講話的樣子。這是我走在刑法的路上不忘記的初衷。謝謝這麼帥氣的王老師一直以來的指導與幫助。

感謝口試委員許恒達老師、黃士軒老師。許老師除了指正英美法、德國法的概念，也提供邏輯上的不同思維與切入點，讓我得以再次檢視論文內容；黃老師對日本法有深入的瞭解，幫助我更加認識日本法、釐清許多想法，並且也在英美法及內文論述部分提供寶貴的建議。

三位口試老師對於財產犯罪有深厚的瞭解，治學嚴謹，並且不吝給予懇切的建議與鼓勵、指正論文疏漏的地方，讓我獲益良多，如沐春風，於此致上謝意。

感謝吳英傑老師。研究所期間選修吳老師的課，讓我對於英國法體系有初步的整體瞭解，收穫匪淺。雖然吳老師的主要研究領域是財產法、民事法，但仍大方地對於論文中英美法的幾個概念提出澄清與指正，也讓我不忘記法律到頭來最重要的是解決現實的人間問題。

感謝黃榮堅老師。大學期間修習黃老師的刑法課程、研讀黃老師的〈基礎刑法學〉及其他著作，是我的刑法啟蒙，是我考法研所刑法組的原因，直到研究所選修黃老師的課，都是快樂的時光。

感謝我的家人，父親陳敬忠、母親王于嘉、哥哥陳彥衡。謝謝父母一直都很尊重我的想法，給予人生與論文的後援、建議。謝謝家人總是疼愛、支持與包容我。無論身在何處，只要你們在的地方就是 Casa de Chen。



感謝摯友陳筱茵、張君魁、郭子彰、吳庭歡、李潔、胡雅涵，無法想像沒有你們的大學時代，還有未來不論是什麼時代。相識以來一起沿途欣賞著風景向前走，慢慢走下去，謝謝有你們。

感謝在 2409 寫論文期間互相扶持的陳筱茵、郭子彰、張鏡榮。謝謝茵在我論發跟口試時的支持，是這段研究生日常值得依靠的溫暖存在；謝謝彰在刑法的路上一直以來的幫助，從準備研究所考試到法研所的終點一直都是我很珍惜的夥伴；謝謝榮在刑法學術上的討論與分享，效率的行事風格、充滿負能量的金玉良言，常常激勵我，也讓生活更多歡笑。

感謝陳和君學長在讀書會還有研究所生涯的鼓勵與幫助，學習刑法的初步能認識學長真的很幸運。感謝康素香學姊在 2410 時與我互相激勵，讓我有面對難關的幹勁。感謝劉興邦學長對於論文的指教，在論文發表以後學長常常不吝於分享各種有趣的想法，討論中得到的激發，讓我對於論文內容有更多省思。感謝林佳漢這段期間的互相打氣支持。感謝參與論文發表的同學們跟我交流，提出許多寶貴的意見。

最後，感謝李庚道，與我分享人生。

在臺大的這幾年，是我至今為止的人生中連續在同一個地方生活最久的一段日子。如今，姐妹花雞排在昨天正式歇業，似乎是某個時代的結束，這本論文的完成也代表著我要離開這個地方。不足的我，無論如何對於這段旅程充滿感激。

2016.07.31

摘要



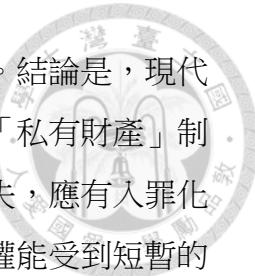
由於財產犯罪與「財產」概念連動，故刑法解釋上可能受其影響。以現代社會的「共享經濟」來說，開始有學者認為，相較於過去我們對於財產私有制度的堅守，現代的消費者似乎不再那麼重視「所有權」，而開始藉由其他管道來實現財產的價值、提高閒置資源的利用率。而這樣的現代共享經濟模式，是否影響刑事保護財產的手段？是否會衝擊刑法史上從未缺席的竊盜罪——尤其是「使用竊盜」？這是本篇論文想要尋找的答案。

英國直至 1916 年《竊盜罪法》（Larceny Act, 1916），一直是以狹義的「larceny」概念來規範竊盜罪，但是 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968）透過「appropriate」要件將財產犯罪合一為「theft」。本文前半段主要參考英國法的竊盜罪——尤其是「appropriate」要件與「永久剝奪他人財產之故意」（with the intention of permanently depriving the other of it）要件——作為我國竊盜罪的他山之石。

本文確立了竊盜罪保護法益是所有權之後，省思無形利益之本質。由於利益必然是附著於有形物始得被人類享受，故使用竊盜實則為未經同意地透過使用有形物來享受原本歸屬於他人之利益的行為，「使用竊盜」與「利益竊盜」在本質上是同一件事。而財產所有權作為自由意志的展現，刑法對於無形利益之保護，應以（意志受到某種壓制的）脅迫或詐欺為界線，因此使用竊盜，仍應不罰。

接著，本文探討「意圖」要件在刑法上的定位與功能，並質疑竊盜罪「不法所有意圖」要件之正當性。使用竊盜是沒有終局地侵害法益的行為，而本文根據「實體理論」的精神，在構成要件層次使之不罰。

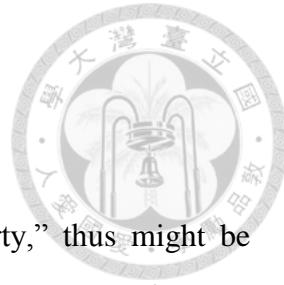
至於現代資本主義社會中所謂的「共享經濟」會不會衝擊此一基本價值？由於現代社會所謂「共享經濟」模式，只是透過共享平臺將供給與需求連結起來，使閒置生產財的切割利用達到資源效益最大化，故此一經濟模式的重點在於存取通路，而不是分享本身。雖然這種經濟模式揮舞「分享、共享」的旗幟，但驅動



它的是新自由主義精神，鼓勵的是商品與服務在市場上自由流通。結論是，現代的共享經濟模式並沒有挑戰使個人得對其掌握的資源自由運用的「私有財產」制度。或有認為，使用竊盜使他人「共享計畫」落空而遭受鉅額損失，應有入罪化的空間，但既然所有權機能仍然回復，即便所有權人的支配利用權能受到短暫的侵害，「所有權」作為竊盜罪保護法益而與構成要件之解釋緊扣，行為人仍不成立竊盜罪。而雖有論者對於人類社會描繪出展望性藍圖，認為「參與共有資源之權利」將會是未來最根本的財產權，不過從歷史進程看來，人類社會還沒有從「所有權」走向「取用權」，故使用竊盜之入罪化，尚非其時。

關鍵字：英美法財產犯罪、appropriation (*Zueignung*)、竊盜、使用竊盜、不法所有意圖、實體理論、共享經濟

Abstract

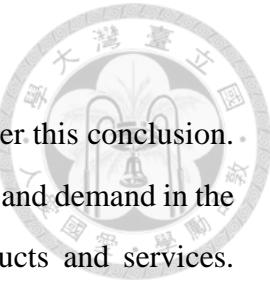


Property offences are correlated with the concept of “property,” thus might be interpreted differently from time to time. Take “share economy (sharing economy)” as an instance. Some assert that under this type of economic system, modern consumers do not value ownership as much as they used to, since ownership has become less significant as property utilization goes. Does this have an effect on the means of property protection by criminal law? Does it in any way impact one of the primordial crimes of Western culture, larceny—especially *Furtum usus* (temporary unauthorized use of other’s property)? This is what this thesis strives for.

Up till Larceny Act of 1916, United Kingdom has always adopted the concept of “larceny,” however, it was superseded by the concept of “theft,” which was introduced in 1968. According to Theft Act of 1968, “appropriation” element works as a solvent, enabling “theft” to absorb other property offences. Therefore, the first half of this thesis mainly focuses on offences relating to larceny—especially on the elements “appropriation” and “with the intention of permanently depriving the other of it” —as a reference.

After verifying that ownership is the interest protected by larceny, this thesis construes that the essence of *Furtum usus* is “stealing intangible interest,” since *Furtum usus* implies unlawful acquisition of other’s intangible interest through unauthorized use of other’s tangible property. Also, because property ownership is a demonstration of free will, criminal law establishes its boundary of intangible interest protection on situations wherein free will is somehow oppressed. Thus, *Furtum usus* being unpunished remains justifiable even in modern days.

Subsequently, this thesis deliberates over the purpose and function of “*die Zueignungsabsicht*,” an element of larceny in Taiwan, and keeps the spirit of *Substanztheori* while interpreting larceny.



As for share economy in modern capitalist society, it does not alter this conclusion..

Share economy is merely a platform which efficiently connects supply and demand in the market, facilitating the process of seeking better and cheaper products and services. “Access” is the key notion, not “sharing” itself. The so-called “share economy” is actually driven by Neoliberalism, which advocates free market with less government regulation, and does not challenge the system of private property. Furthermore, even though some visualize future human society as a truly sharing one—in which the right to access to public resources is the most fundamental property right—contemporary society is not yet in the position of replacing “right to (own) property” with “right to access.” It could be argued that it is time to reconsider criminalizing *Furtum usus*, but hindering other’s plan of “sharing” is not a justifiable reason to do so. *Furtum usus* is still, and should remain unpunished.

Keywords: Anglo-American property offences, appropriation (*Zueignung*), larceny, theft, temporary unauthorized use of other’s property (*Furtum usus*), *die Zueignungsabsicht*, *Substanztheorie*, share economy (sharing economy)

目錄



口試委員會審定書	I
謝辭	III
摘要	V
Abstract	VII
目錄	IX
圖表目錄	XIII
第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第二節 研究方法	3
第三節 研究範圍與架構	4
第四節 用語釐清	5
第一項 「使用竊盜」	5
第二項 「持有」	6
第二章 英美法財產犯罪的輪廓與困境	9
第一節 英國法制簡史	9
第一項 盎格魯薩克遜時期	9
第二項 諾曼人征服英國之後	11
第三項 英國法法源	12
第一款 普通法 (Common Law)	13
第二款 衡平法 (Equity)	14
第三款 制定法 (Statutory Law)	15
第四款 羅馬法 (Roman Law)	16
第五款 教會法 (Canon Law)	17
第二節 英美法財產犯罪	17
第一項 英國刑法與刑事訴訟法概況	17
第二項 英國與美國財產犯罪立法概況	20
第三節 英美法中竊盜相關之三個犯罪	22
第一項 概念的釐清：「狹義的竊盜」與「廣義的竊盜」	22



第二項 竊盜罪 (larceny)	25
第三項 侵占罪 (embezzlement)	32
第四項 詐欺罪 (fraud, false pretenses)	35
第四節 三罪之模糊邊界	48
第一項 「Appropriate」一詞的意涵.....	48
第二項 四個爭議案例	56
【案例一】不正目的取得動產 (Receiving Chattel with a Fraudulent Purpose)	58
【案例二】明知而拾得遺失物 (The Problem of Finders)	61
【案例三】錯誤的給付 (The Problem of Mistaken Delivery)	65
【案例四】第三人交付 (The Problem of Delivery from a Third Party)	68
第三項 小結	72
第三章 英美法系與大陸法系視角下的使用竊盜	77
第一節 英美法下之使用竊盜	77
第一項 英美法竊盜罪之法益	77
第一款 早期見解.....	78
第二款 持有作為保護法益？	81
第三款 財產與經濟上利益作為保護法益	84
第一目 五個案例	85
第二目 德國法的借鏡：「實體理論」與「價值理論」	88
第二項 英國法之「永久剝奪他人財產之故意」	94
第一款 特殊的主觀事由—specific intent.....	94
第二款 「永久剝奪他人財產之故意」的內涵與詮釋	98
第三項 暫時剝奪財產權利之犯罪	105
第二節 我國法下之使用竊盜	108
第一項 刑法的基本立場	108
第二項 實務見解	109
第一款 立法者.....	109
第二款 司法者.....	115
第三項 學說見解	125
第一款 竊盜罪之保護法益	125
一、所有權說（或稱本權說）	126
二、持有說（或稱占有說）	127
三、折衷說	127



第二款 犯罪客體與「所有意圖」對象.....	129
爭議類型一：存摺.....	131
爭議類型二：提款卡.....	133
第三款 「不法所有意圖」之內涵.....	134
第四章 本文反思—以共享經濟為例.....	141
第一節 使用竊盜之本質與入罪化正當性	141
第一項 我國果真不罰使用竊盜？	141
第一款 盜接或盜用電信設備通信	142
第二款 不正利用自動設備得利罪.....	143
第三款 舊法之電磁紀錄動產化.....	144
第二項 「使用竊盜」與「利益竊盜」	145
第三項 本文立場：刑法不應處罰「使用竊盜」	147
第一款 竊盜罪保護法益之確立：所有權	147
第一目 交易市場的歷史回顧與未來展望	150
一、消費社會之變遷	151
(一) 第一消費社會.....	151
(二) 第二消費社會.....	152
(三) 第三消費社會.....	154
(四) 第四消費社會：共享經濟之崛起？	155
二、未來社會的藍圖	159
三、今日社會下的刑法樣貌	160
第二目 小結.....	164
第二款 竊盜罪行為客體之反思.....	165
第一目 比較法觀點.....	166
第二目 利益作為財產犯罪客體之界線	171
一、「物」之定義不包含「無形財產」	171
(一) 物之「有體性」	171
(二) 物之「價值性」	172
二、刑法對於利益保護的價值選擇	174
第二節 不法所有意圖之再檢討	179
第一項 「意圖」之定位與功能	179
第二項 同時要求「排除」與「利用」的原因	183
第三項 「不法所有意圖」必要說與不必要說	187



第一款 必要說.....	189
第二款 不必要說.....	192
第三款 本文的採擇.....	193
第三節 刪除「不法所有意圖」後的解釋—涵攝於共享經濟.....	201
第一項 立法論選擇與釋義	201
第二項 附論無權使用他人交通工具罪之立法	207
第三項 將本文見解涵攝於現代意義的「共享經濟」	210
第五章 結論	213
參考文獻	219
壹、中文文獻	219
貳、外文文獻	225



圖表目錄

圖表一：案例一至案例四的各國刑責	72
圖表二：案例一至三的兩個犯罪時點	73
圖表三：十九至二十世紀的英國大竊盜罪結構	75
圖表四：陳根德等委員提案第 320 條修正草案對照表	111
圖表五：李彥秀等委員提案第 320 條及第 324 條之 1 修正草案對照表	113
圖表六：第一消費時代至第四消費時代之變遷	157





第一章 緒論

第一節 問題意識

作為刑法史上最古老的犯罪之一，竊盜罪於人類社會中是一個不曾缺席的社會控制手段。我國刑法第 29 章規範竊盜罪，且基本立場是不罰「利益竊盜」與「使用竊盜」。

然而這並非不可挑戰的，刑法上的「財產」及「財產犯罪」不是絕對、恆定、不變的概念，隨著人類歷史的發展，法律上的財產概念會伸縮變形，同時影響財產犯罪之內涵。處於權利載體多元化的現代資本主義（Capitalism）社會，似乎有再探財產犯罪本質的空間。

市場經濟與科技革新的加乘，使得工業革命以降以至今日，不斷出現嶄新的行為型態與行為客體，無疑地衝擊與挑戰著古典竊盜罪。以二十世紀末竊取虛擬財產（例如網路遊戲中的錢幣等電磁紀錄）為例，我國於 1997 年修正刑法第 323 條時曾將「電磁紀錄」論以動產，並且將之準用至第 320 條竊盜罪。學者認為¹，此次修法實質意義僅在於承認「利益竊盜」，然而「利益竊盜」實則就是「使用竊盜」的變形而已。並且，承認竊取電磁紀錄會破壞「竊取」一詞的傳統定義——雖然特定情形下電磁紀錄具有經濟價值而得作為交易客體，但是竊取電磁紀錄是重製行為而不會使原電磁紀錄消失，不像竊取電能與熱能等準動產有一消一長之關係——故將電

¹ 李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《臺灣本土法學雜誌》，54 期，頁 235-247；李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《臺灣本土法學雜誌》，55 期，頁 243-256；李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（下）〉，《臺灣本土法學雜誌》，56 期，頁 207-220。



磁紀錄視為動產，並使之適用到大部分的財產犯罪，受到學界與實務界的質疑。

2003 年立法者終將第 323 條的「電磁紀錄」刪除，並增修第 36 章妨害電腦使用罪章²。由此可見計算機技術、網路與電子數據的儲存交換，一度也讓國立大學者對於刑法上動產概念產生動搖，欲擴張竊盜罪之範圍。

而不同時代的社會有著不同的消費行為模式，相較於過去對於財產私有的堅守，今日的消費者似乎不再那麼重視「所有權」，開始轉而認為「有需要時對之加以利用」即為財產之價值所在。現代「共享經濟」中，勞動、物資、智力，甚至感情等，都可能在閒置時（或成為負擔時）透過共享平臺達到效益最大化，而共享平臺的蓬勃發展也開始改變產業結構（「再中介化和市場聚集現象」³），衝擊典型的「公司對人」經營模式（由於 Uber 之崛起，舊金山最大型的計程車公司甚至面臨破產危機⁴）。

有論者認為，現代「共享經濟」之崛起，代表人類不再執著於財產之私有，而轉向財產之分享。社會（society）一詞源自拉丁語的「聯繫」、「夥伴」（*socius*），不過隨著資本主義、個人主義之盛行，身處在社會的個人反而經常感受不到與其他人之聯繫。在強調「私有私占」的過去，物質的獨占帶來快樂與滿足，然而在資訊不斷發展的現代社會並非如此。資訊與物質不同的是，獨占

² 修法理由謂：「刑法上所稱之竊盜，須符合破壞他人持有、建立自己持有之要件，而電磁紀錄具有可複製性，此與電能、熱能或其他能量經使用後即消耗殆盡之特性不同；且行為人於建立自己持有時，未必會同時破壞他人對該電磁紀錄之持有。因此將電磁紀錄竊盜納入竊盜罪章規範，與刑法傳統之竊盜罪構成要件有所扞格。故於刑法修法增訂第三十六章妨害電腦使用罪之規定時，同時刪除第 323 條中關於『電磁紀錄』之規定。」電磁紀錄的規範模式，參考：蔡蕙芳（2003），〈電磁紀錄無權取得行為之刑法規範〉，《國立中正大學法學集刊》，13 期，頁 97-196。

³ Sangeet Paul Choudary, Marshall W. Van Alstyne, Geoffrey G. Parker 著，李芳齡譯（2016），《平臺經濟模式：從啟動、獲利到成長的全方位攻略》，頁 114，臺北：天下雜誌。

⁴ Kia Kokalitcheva [2016], *S.F.'s Biggest Cab Company to File for Bankruptcy. Is It Uber's Fault?*, Retrieved July 9, 2016, from the website of Fortune: <http://fortune.com/2016/01/07/yellow-cab-bankruptcy/>



(monopolize) 不一定會帶來快樂與滿足。數位革命後，若不與他人交換、傳遞、分享資訊，便無法體會持有資訊的樂趣。例如，即便是日常的小事，只是在臉書上發文也可以得到他人的「讚」與回應。廣義的利他（altruistic）行為對於現代人而言，可說是越來越簡單了。因此第四消費社會下，人類開始傾向於從「與他人之間產生聯繫」得到快樂與滿足⁵。

此一經濟型態的發展讓本文對於歷久不衰的竊盜罪——尤其是暫時剝奪他人對於財產之持有支配的「使用竊盜」——有了不同的發想。以暫時剝奪他人對其車輛之使用為例，十年前的社會脈絡下對於他人車輛的暫時剝奪，與今日共享經濟下暫時剝奪他人（在現代更易於作為生產財的）車輛之利用，是否具有相同的刑法上意義？在相較於「使用價值（使用利益）」更為注重「交換價值（交換利益）」的現代資本社會，是否要將「暫時剝奪他人對於財產的持有或利用」行為入罪？可以想見的是，在「持有」、「使用」、「存取」等利益越來越被重視的現代，會有越來越多改革財產犯罪的呼聲。那麼，刑法應該何去何從？

從竊盜罪保護法益之爭，到竊盜罪之保護界線為何，都必須依據刑法之目的來進行價值決定，因此，本文在確立竊盜罪的保護法益、使用竊盜的本質之後，將進一步決定刑法對於利益保護之界線，以及面對現代「共享經濟模式」之應有態度。

第二節 研究方法

本文主要採比較法分析。我國為大陸法系國家，法學的思維方法與理論架構與英美法體系各有不同而相互輝映。本文嘗試兼顧演繹法與歸納法，以英美法為主

⁵ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator) (2014), *The Rise of Sharing: Fourth-Stage Consumer Society in Japan*, p.131-133, Tokyo: International House of Japan.



(尤其是作為英美法系發源的英國法)、其他西方立法例為輔，參考專書、實務判決、期刊論文等，考察實務與學說，進行分析及與我國法之比較。期能藉由英美法系的角度、大陸法系的角度，及英美法系如何看待大陸法系的角度，作為借鏡，重新思考處罰「使用竊盜」之正當性。

第三節 研究範圍與架構

本文以財產犯罪中之「使用竊盜」為主題，架構分為五個章節。

第一章是緒論，包括問題意識、研究方法、研究範圍與架構、用語釐清。

第二章是「英美法財產犯罪的輪廓與困境」。有鑑於我國是大陸法系國家，先介紹英美法法制、英國現行刑法體系規範、英國的竊盜相關財產犯罪，作為背景介紹，再以英國制定法及判例法上「Appropriate」一詞的意義為核心，用四個案例來描繪出竊盜相關財產犯罪在個案適用上之困境與實務選擇。

第三章是「英美法系與大陸法系視角下的使用竊盜」。首先討論英美法的竊盜罪保護法益，再由五個案例出發，作為連接英國法與德國法的橋樑與借鏡，並考察英國法上「永久剝奪他人財產之故意」要件，及暫時剝奪他人財產之犯罪。接著，梳理我國法（輔以同樣是大陸法系的德國法、日本法）實務及學界對於刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪的保護法益之爭，及不罰的使用竊盜內涵之各說見解。由於使用竊盜與普通竊盜罪之區辨關鍵在於「不法所有意圖」中的「所有意圖」，故本文宥於篇幅，擬就此一要件作為研究之主要對象。

第四章是「本文反思——以共享經濟為例」。首先，細探使用竊盜之本質，透過「使用竊盜」與「利益竊盜」（也就是「竊盜得利」）關係之再思，論述財產犯罪對於財產的保護界線。在確立了竊盜罪的保護法益之後，探討歷史進程上不同時



代的不同消費模式——尤其是共享經濟模式（聚焦於將閒置財產作為生產財的個人，而非平臺提供者）——並省思堅守「所有權」法益之意義，最後涵攝共享經濟下的生產財暫時剝奪行為入罪化可能性。

第五章是結論。希冀本文的想法能作為刑法走向下一步之前的「停看聽」。

第四節 用語釐清

第一項 「使用竊盜」

由於我國刑法並無如德國刑法第 248b 條「無權使用動力交通工具或腳踏車罪」(*Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*)之規定，並且「使用竊盜」被認為仍然具有「竊盜性質」，故有論者認為「使用竊盜」一詞值得商榷，或可參考德國學界對於「普通竊盜罪」、（特定情形下始處罰的）「使用竊盜罪」之外，將「不告而使用他人動產之行為」稱為「僭越使用」(*Gebrauchsanhäusung*)⁶，或是「使用權僭越」，概念上包含了「無權擅自使用的使用竊盜」(*Gebrauchsdiebstahl*)與「逾越使用權限的使用侵占」(*Gebrauchsunterschlagung*)⁷。不過本文認為「使用竊盜」一詞為我國實務及學界所採，且其內涵（詳見本文第三章）得以被普遍理解而作為討論之用，足以發揮詞彙之特定功能，因此本文仍然採擇「使用竊盜」一詞來指涉目前我國不罰的暫時剝奪他人財產的行為。

⁶ 黃惠婷（2006），〈「使用竊盜」或竊盜既遂？〉，《臺灣本土法學雜誌》，85 期，頁 154。

⁷ 許絲捷（2013），〈淺介德國刑法中之無權使用交通工具罪〉，《司法周刊》，1635 期，頁 2。



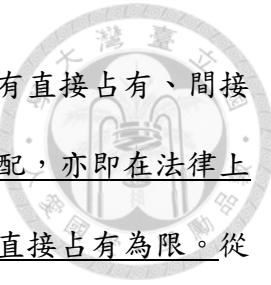
第二項 「持有」

這涉及了刑法與民法之交疊。民法第 765 條明文：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」而第 940 條則是定義占有人：「對於物有事實上管領之力者，為占有人。」該條以降皆為占有相關規定，除了於第 941 條明文「間接占有人」：「地上權人、農育權人、典權人、質權人、承租人、受寄人，或基於其他類似之法律關係，對於他人之物為占有者，該他人為間接占有人。」及第 942 條「占有輔助人」：「受僱人、學徒、家屬或基於其他類似之關係，受他人之指示，而對於物有管領之力者，僅該他人為占有人。」更於第 966 條規定「準占有」：「財產權，不因物之占有而成立者，行使其財產權之人，為準占有人。本章關於占有之規定，於前項準占有準用之。」

刑法上「所有」之概念乃基於民法物權而來，指得積極自由用益、處分物，並消極地排除對該物干涉、侵奪、妨害的權利，為法律上對物之支配。至於「持有」則是刑法上所創之概念，指事實上對於物之支配、管領、監督。雖然與民法上「占有」具有相似的外觀，但是與分為「直接占有」、「間接占有」、「輔助占有」之民法上「占有」法律概念仍有所不同，例如，民法上間接占有人並非刑法上的持有人，故刑法的「持有」概念較民法的「占有」更為狹義⁸。

我國實務見解亦認為民法占有與刑法持有是不同的概念。依據最高法院99年度臺上字第3號刑事判決：「侵占罪，以意圖為自己或第三人不法之所有，擅自處分自己所持有他人之物，或變易持有之意思為所有之意思，而逕為所有人之行為，即為成立。又持有乃刑法上之觀念，與民法上之占有，雖均係指對於物有事實上之管領

⁸ 林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，五版，頁 304-305，臺北：自刊。



力，兩者之範圍或有其重疊之處，但非完全相同。民法之占有，有直接占有、間接占有、輔助占有之分。惟刑法上之持有，則重在對於物之實力支配，亦即在法律上或事實上對於該物居於可得實力支配之地位者，即屬相當，不以直接占有為限。從而民法占有之觀念，與刑法上之持有，不能完全同視。」

因此，只要是涉及刑法的「動產」，本文無論是討論我國法或是提及比較法上的「possession」時，一貫的用語是「持有」，而非「占有」。





第二章 英美法財產犯罪的輪廓與困境

英美法（Anglo-American Law）指的是由英國發展而推廣至其他英語系國家之法律制度。雖然「普通法」一詞不限於英國法，而是許多英語系國家所用，然而普通法之概念源自英國，其他現代普通法法系之「家譜」根源亦追溯至英國⁹。因此本文擬先概述英國法體系的歷史進展，再介紹以英國法為主、美國法與其他立法例為輔的財產犯罪規定。

值得注意的是，英國（大不列顛及北愛爾蘭聯合王國，簡稱聯合王國 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United Kingdom）內分為三個法體系：英格蘭（England）及威爾斯（Wales）、蘇格蘭（Scotland）、北愛爾蘭（Northern Ireland）。因此英國法系統（the English Legal System）、英國法（English law）的意義，地域上來說，是指英格蘭、威爾斯所適用的法律，不包含蘇格蘭與北愛爾蘭。後二者於併入聯合王國後，仍維持其固有之法體系¹⁰。

第一節 英國法制簡史

第一項 盎格魯薩克遜時期

英國法起源於盎格魯薩克遜時期（Anglo-Saxon）。第四世紀到第六世紀間，日耳曼民族在歐洲大陸建立起各王國的同時，原居住於北海地區的盎格魯人、撒克遜人、裘特人，經由北歐及北海進入不列顛¹¹，經歷第六世紀的七強鼎立（被稱為

⁹ John Cartwright [2007], *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, p.3, Oxford: Hart Publishing.

¹⁰ *Id at 3-4.* 何勤華（2004），《英國法律發達史》，頁 61, 381，新北：韋伯文化。王澤鑑主編，林利芝等著（2010），《英美法導論》，頁 4，臺北：元照。

¹¹ 張天一（2015），《時代變動下的財產犯罪》，頁 20，臺北：元照。



「七國之治」），由威賽克斯（Wessex）國王埃塞爾斯坦（Ætelstan, Athelstan）統一英格蘭，成為第一個英格蘭國王。當時並非中央集權，行政單位分散於地方¹²，且領主、封臣、下級封臣、平民間的附庸關係已形成：允許使用土地、自給自足，換取對其之忠誠效力。國王權力不大，由「賢人會議」（Witenagemot，中央一級法庭，直屬國王）協助國務，且有權選出國王之繼位者，有「國王在法律之下」的概念¹³。

當時並無中央集權之司法制度，亦無全國統一適用之法律，法律訴訟分散由各地之法院依當地習慣作成判決。然而當時已有殺人罪、放火罪、傷害罪、竊盜罪、強盜罪、販賣同胞罪、拐騙奴隸罪、鬥毆罪、庇護竊盜犯之人罪、收受運送贓物罪、提供偽證罪、侵襲罪、脫逃罪、玩忽軍役罪等普通犯罪，與破壞國王安寧罪等特別刑事犯罪¹⁴。

刑罰則有死刑、肉刑、驅逐、沒收財產、支付賠償金及罰款等。為了維護治安，採取十戶連保制，十戶家庭編成一組，負責交出被指控之人。若被指控輕罪，其會在百戶法院接受審判；若是重罪，則交由郡法院審判。雖然當時的犯罪與侵權行為界線不清楚，但是其法律制度、立法體制、犯罪與刑罰等，影響了英國近代立憲主義思想¹⁵。

¹² 「郡」（shire）為基本的行政單位，由郡長（sheriff）、司法行政軍士長官（郡守，ealdorman）、主教（bishop）共同統轄，而郡由幾個「百戶」（hundred）組成。見：王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 4-5。

¹³ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 4。何勤華（2004），前揭註 10，頁 8-10。

¹⁴ 孔令平譯（1999），《西薩克遜國王伊尼的法典》，載《外國法制史資料選編》（上）（1982），頁 182-200，北京：北京大學。庇護竊盜犯之人罪及收受運送贓物罪，「可說是後來德國刑法上對於『庇護犯人』（Beginstigung）以及『窩贓』（Hehlerei）行為處罰之濫觴」，見：張天一（2015），前揭註 11，頁 30。

¹⁵ 甚至有學者認為「直到今天我們仍能看到英國一些法學家和法官提到甚至應用盎格魯薩克遜時代的這項、那項法律。」，見：Rene David（勒內·達維德）著，漆竹生譯（1984），《當代主要法律體系》，頁 294，上海：譯文。



第二項 諾曼人征服英國之後

西元 1066 年，歐洲大陸的諾曼人（the Normans，日耳曼人北支）威廉一世（征服者威廉，William the Conqueror）征服英格蘭，之後經歷亨利一世、二世¹⁶及三世、愛德華一世¹⁷、文藝復興、宗教改革、羅馬法繼受等三大運動、與 1640 年的民主革命，至二十世紀以降之演變發展，英國法之法源主要為：普通法（Common Law）、衡平法（equity，該詞源自拉丁文 *aequitas*，即「公平」之意）、制定法（Statutory Law/ Statute Law），及羅馬法、教會法。

十一世紀，威廉一世承諾人民維持過去以習慣法為主的盎格魯薩克遜，然而為了避免雜亂無章的法律，威廉一世實施中央司法集權。他以大諮詢會（*Magnum Concilium, Great Council*）取代盎格魯薩克遜時期的賢人會議，職司行政、立法、司法，同時是英國所有法院中最崇高的國王法院（*Curia Regis*，the King's Court or the King's Council），整合各地習慣之全國通用以達到集權，並確立以國王為中心的封建制度（feudalism）取代過去領主封臣之附庸關係。國王與執行特定職責的親信單獨見面時，組成一較小的「御前會議」¹⁸（或小諮詢會，the lesser or small *curia regis*），是國王的諮詢機關、處理國家事務的中央政府、國家最高司法機關。在亨利二世及愛德華一世時期，御前會議分成三個普通法法院，各有管轄：處理民間民事財產糾紛案的民訴法院（又稱高等民事法院，Court of Common Pleas）、主要處理刑案的王座法院（又稱王室法院，Court of King's Bench）、處理財稅案件之財政法

¹⁶ 亨利二世發展出司法集權的「皇家中央法院系統」，學者認為是英國普通法重要的發展，見：王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 2。

¹⁷ 一二八五年的西敏寺第二法律（Statute of Westminster II）共五十章，其中第十一章為「計算訴訟」（action of account），原是莊園主人對於莊園管理人的訴訟，後擴大至商業、工會等領域，主要著重對出納人員瀆職行為之追究。見：何勤華（2004），前揭註 10，頁 11-16。

¹⁸ 後來發展成上議院（the House of Lords），加入了下議院（the House of Commons），形成英國兩院制國會（the Parliament）。王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 8。

院（Court of Exchequer）。之後又有處理海事及商事案件之海事法院（Court of Admiralty）、處理婚姻和遺囑之遺囑法院與離婚法院，是為皇家中央法院系統。另外，威廉一世設立巡迴法院制度（the Nisi Prius System）將全國分為幾個巡迴區，一開始國王帶著國王法院之法官至各地巡視、巡迴審判，後來國王委派「巡迴法官」（Justice in Eyre）代表國王行使司法權（巡視全國、監督郡長、審理案件），「相當於將國王的權力貫徹於地方」¹⁹。

亨利二世進一步確立了巡迴法院，將之制度化²⁰。巡迴法官將各地案例帶回當時的首都西敏寺（Westminster），共同分析歸納，擇優挑選各地的習慣法（customs），結合社會現況，造法而形成適用於全國的普通法，各地方法院受其拘束。另外，由於國王及巡迴法官不見得了解各地情形，巡迴法官創制了一機制，由案發當地民眾提供地方的習慣法，以利其了解當地法律制度、根據當地知識審判，後來便發展為陪審團。這亦由亨利二世確立為制度，有助於普通法之發展²¹。

第三項 英國法法源

中世紀以降，英國法的法源是普通法、衡平法、制定法、教會法、羅馬法等。本文於此主要聚焦於英國法體系中最重要的前三個法源，後二者則僅做簡要的介紹，探討其產生及演變。

¹⁹ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註10，頁7-9、32-33。

²⁰ 因得以深入社會生活而具有實用價值，為美國加拿大、澳大利亞等國所採，為英美法體系的特色。見：何勤華（2004），前揭註10，頁24。

²¹ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註10，頁9。



第一款 普通法（Common Law）

普通法一詞有多重意涵，例如，可以指涉判例法此一法規範（case law）、普通法個案（common law cases），或法律傳統、法制傳統（legal tradition）等，有學者認為至少有六種不同意涵，隨著前後文脈絡的不同而異。其中最狹義的便是上述的法律體系：分設王室法院及實行巡迴審判制度後，巡迴法院及民訴法院、財政法院之法官回到倫敦集中辦理案件時，將各地分散之習慣法匯集淬煉於判例體系而成一普遍適用於全國之法律體系者，因此普通法又稱為判例法（Case Law）²²。十二世紀後，普通法在全國具有普遍的法律意義，其涵蓋了教會法、海商法、商法、刑法

23。

普通法以習慣法為基礎，以判例為表現形式，因此重具體性，基於「類似事實應給予相同對待」而產生的判決拘束力原則（the doctrine of *stare decisis*）以增加「法律的一致性與可預測性」。內容則以封建法為核心，其法理為普通法（院）法理（Common Rule, CR）。

普通法注重形式，亨利二世為掌控司法管轄權而建立的令狀制度（writ，多譯為「令狀」，亦有認為「訴訟狀」一詞較為正確）即為一適例：人民欲利用法院，必須繳納費用以取得正確類型之令狀。而程序先於權利（remedies precede rights）之概念與令狀制度緊密相連。一權利能否得到普通法之保護，首先要看當事人選擇之程序是否正確，若選擇錯誤，即便實體法上有依據，亦無法受普通法保護：每種訴訟案由都有相應的訴訟形式，發給相應的令狀，進行相應的訴訟程序。若未「買對票」，必須重新「購買」，相當昂貴。若未「購買」，任何普通法法院都將駁回或

²² Simon Gardner, Emily MacKenzie, *Introduction to Land Law*, 2012, p.28-29. Hart Publishing, Oxford. John Cartwright [2007], *supra* note 9 at 3-4. 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 1。何勤華（2004），前揭註 10，頁 22。

²³ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），《英美刑法學》，頁，北京：中國人民大學。



中止審理，拒絕受理當事人之訴訟要求。此制度是因為當初亨利二世認為提供皇家法院給民間解決糾紛是國王給予人民之恩惠，是以必須取得以國王名義核發之令狀。然而為避免人民被拒於法院門外，無法獲得救濟之弊端，1875 年司法改革一環的「司法組織法」（The Judicature Act, 1873-1875）後此制度被廢棄，亦促使衡平法之產生²⁴。

第二款 衡平法（Equity）

十三世紀末英國經濟、財產關係之迅速發展與複雜化，原有的普通法已過於僵化而陷人民於無法尋求相對應救濟管道之窘境，且當初普通法法院原是為了解決貴族的土地糾紛而設，無法解決商業貿易糾紛，逐漸無法滿足社會需求，為避免此一情形，國王及御前會議將無法以普通法處理之案件交由御前大臣（又稱王室顧問，The King's Chancellor）根據良心及公平正義原則（*ex aequo et bono*）加以處理，強調裁量，無陪審團，並且不同於普通法，人民尋求救濟只須提出申訴（bill）得到御前大臣同意，沒有固定格式。1475 年英國成立大法院（或稱衡平法院，或 the Court of Chancery/ Equity/ Conscience），負責衡平法案件。1875 年司法改革後，普通法法院與衡平法法院形式上合併後，兩法仍保持獨立²⁵，然而衡平法跟普通法會有衝突，例如，衡平法院簽發禁止令（injunction）禁止普通法權利人去普通法院起訴，或是禁止取得普通法法院勝訴判決之人執行之，因此詹姆士一世宣布，當兩者有所衝突時，衡平法具有優先地位²⁶。此類判例逐漸累積為衡平法，形成一與普通法平

²⁴ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 16-17、40-41。何勤華（2004），前揭註 10，頁 24-25。

²⁵ Simon Gardner, Emily MacKenzie [2012], *supra* note 22, at 29. 衡平法法院只接受民事案件，且一半以上為信託案件。實際上，這與衡平法的起源有關。封建時代，父親若戰死沙場，土地歸大兒子，母親、女兒由領主監護（女兒的婚姻亦由領主決定）。因此，開始有移轉土地予他人藉以規避責任的作法，此類爭議無法歸入普通法體系，便由衡平法處理，是為「信託」（trust）之前身。

²⁶ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 44-45。



行之法律體系，重實質而輕形式（looks to the intent rather to the form），程序速迅、簡化、靈活，補充或修改普通法，形成衡平法（院）法理（Equity Rule, ER）。

第三款 制定法（Statutory Law）

十九世紀開始，英美法系學者研究大陸法系國之經驗，兩大法系也相互影響與作用，使得過去注重案例法的英美法開始出現系統化的制定法，而開始制定越來越多單行法。

十九世紀英國邁入鼎盛時期，大量的制定法（例如 1893 年《商品買賣法》、1894 年《海商法》等）亦引進羅馬法的精神。而刑法部分，於許多刑事法律中以附屬刑法規範對相關犯罪及刑罰做出更具體之規定。英國歷經多個制定法委員會的彙整，於 1856 年、1861 年、1863 年制定與增修《制定法修正法》，通過多個刑法法令。雖少數英美法系國家有統一的刑法典（例如印度、新加坡），然而多數國家無統一法典。以英國為例，有許多專門針對某一類犯罪而規定的「單行刑法」，並且也有附屬刑法，例如 1980 年的《公路法》（Highways Act, 1980）、1990 年的《環境保護法》（Environmental Protection Act, 1990）等非刑事法律的法典中亦有犯罪與刑罰之規定。制定法可補充判例法體系及法理，甚至可推翻、修改之，或將判例轉化為制定法，效力優先於判例法。但其不能完全脫離普通法，因為事實上普通法是制定法適用的重要依據²⁷。

²⁷ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 7-11、37。



作為與普通法、衡平法等判例法體系並駕齊驅之制定法，歷史悠久，近代以後分為：國會的立法（依立法程序提出立法議案，經由國會上議院及下議院通過後，由女王批准頒布與施行）、委任立法、歐洲聯盟法，以後者的效力最高²⁸。學勵品正義明仁愛

第四款 羅馬法（Roman Law）

羅馬法狹義而言是指羅馬共和國及羅馬帝國所制定的法律規範的總稱，有學者認為，古代羅馬留給後世的兩個有形文化資產是《聖經》跟法律²⁹，可見羅馬法在世界法制史上佔有一席之地。英國是西歐國家中唯一一個在羅馬法以外自己發展了法體系的國家，不過仍然有受到羅馬法的影響而將之作為一個重要的法源。羅馬法的傳入是因為不列顛受過羅馬四百年的統治，在此期間羅馬人被任用為法官，其審理案件時亦適用羅馬法。羅馬人不再統治不列顛後，羅馬法是透過精通羅馬法的基督教教士，持續影響信仰基督教的盎格魯薩克遜各王國。例如國王阿爾弗雷德（Alfred the Great, 849-899）、愛德華（Edward the Confessor, 1003-1066），都重用熟悉羅馬法之僧侶制定成文法典。並且十一世紀之後歐洲掀起羅馬法復興的浪潮，到十五世紀衡平法的出現，法院在審理案件時實際上往往是根據羅馬法的基本原理原則來做「公平正義」的判決，審判紀錄中也經常出現整段援引羅馬《民法大全》（Corpus Iuris Civilis，或稱《查士丁尼法典》、《國法大全》）原文之情形，名詞亦直接摘引。十八世紀之後資本主義蓬勃發展，衡平法法院也大量採用羅馬法原則（尤其是民法、商法案件），顯示了英國對於羅馬法不僅願意接受，甚至是遵循羅馬法³⁰。

²⁸ 何勤華（2004），前揭註10，頁31-36。

²⁹ 何勤華（2003），〈論羅馬法對歐洲大陸法的影響〉，《行政：澳門公共行政雜誌》，16卷，總第60期，頁451-461。

³⁰ 英國受到羅馬法的影響主要在信託、遺囑、法人、契約、海商法等領域。何勤華（2004），前揭註10，頁37-38。



第五款 教會法（Canon Law）

教會法（又稱寺院法）是基督教會權威所制定「用以規範教會組織與教徒之法律與規章之整體」，內容由神父之著作、教宗法律之判決、教會大公會議的教令、教宗的敕書，與梵諦岡的教令使徒書編纂而成³¹，內容不限於道德勸，而是涵蓋各種事務。盎格魯薩克遜人統治不列顛之後，各王國相繼信仰基督教，使得教會法對英國的影響更為深遠。教會相關人員擔任法官或撰寫法律文書，也參與盎格魯薩克遜時期的賢人會議、諾曼時期的御前會議。到十六世紀宗教改革之前，教會法院一直握有很大的權力，管轄宗教相關事務、宗教犯罪（異端、巫術、瀆神、酗酒、高利貸等）及婚姻、遺囑、繼承等事務。雖然歷經十六世紀宗教改革與十七世紀民主革命後英國教會的力量減弱，但是教會仍然握有審判權直到十九世紀，且法院持續沿用教會法院對於婚姻及遺囑案件之規定。現今，教會法已經不拘束「世俗事務」，但是影響英美法系及大陸法系發展並形塑社會道德³²。

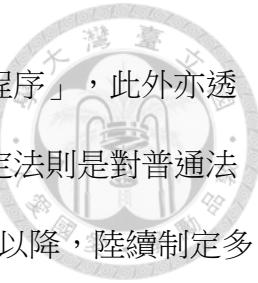
第二節 英美法財產犯罪

第一項 英國刑法與刑事訴訟法概況

英國現代刑法（如前所述，限於英格蘭及威爾斯所適用的法律）尚無一個統一之法典，其法源是普通法與制定法。威廉征服英國之前，英國封建制度中的領主在各自的勢力範圍內適用日耳曼民族的習慣法，當時已出現罪名、刑罰、審判等概念，且區分危害公眾罪、危害個人罪。威廉之後刑法的概念與分類更加細緻化，發

³¹ 楊崇森（2010），〈教會法之興衰及對現代世界之影響〉，《軍法專刊》，56:6期，頁5-32。

³² 例如《新教會法典》第七卷訴訟法之體例與文字相當類似於大陸法系國家之法典，見：楊崇森（2010），前揭註31，頁13；何勤華（2004），前揭註10，頁36-37。



展出「普通法上輕罪與重罪、罪名的定義、刑罰的輕重、審判的程序」，此外亦透過判例確立了刑事責任的原則，例如免責事由、共同犯罪等。制定法則是對普通法的「整理、修訂、補充和發展」，英國國會自 1215 年《大憲章》以降，陸續制定多部刑法，有的明確化普通法上某些犯罪的刑罰（例如謀殺罪），有的則就普通法已存在的內法典化，但多為創設出普通法所未涵蓋的犯罪，為特定之犯罪而制定，如《叛逆罪法》（Treason Act, 1351）、《夜盜罪法》（Burglary Act, 1494）、《海盜罪法》（Piracy Act, 1721）；亦有為特定犯罪類型者，例如 1861 年《侵犯人身罪法》（The Offences against the Person Act, 1861），規定預謀與非預謀殺人罪、重傷、投毒、爆炸、襲擊、誘拐兒童、重婚、墮胎等。十八及十九世紀後刑法法案越來越多，蓋十九世紀後，犯罪問題日漸增加。如上述的《侵犯人身罪法》、《從犯和教唆犯法》（Accessories and Abettors Act, 1861）、《刑法修正法》（Criminal Law Amendment Act, 1885）、《騷亂罪（毀損）法》（Riot (Damages) Act, 1886）等³³。二十世紀後，除了原有法律多次經歷修法外，亦訂立了多部刑法典：包含《性犯罪法》（Sexual Offences Act, 1956）、《殺人法》（Homicide Act, 1957）、《刑事訴訟法》（Criminal Procedure (Insanity) Act, 1964）、《謀殺（死刑廢止）法》（Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965）、《危險藥品法》（Dangerous Drugs Act, 1965）、《刑事法》（Criminal Law, 1967）、1968 年及 1978 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968, 1978）、《刑事毀損法》（Criminal Damage Act, 1971）、《犯罪未遂法》（Criminal Attempts Act, 1981）、《電腦濫用法》（Computer Misuse Act, 1990）、1991 年及 2003 年《刑事審判法》（Criminal Justice Act, 1991,

³³ 何勤華（2004），前揭註 10，頁 381-386。



2003)、《道路交通法》(Road Traffic Act, 1991)、《加重盜開交通工具法》

(Aggravated Vehicle-taking Act, 1992) 等等。

英國法在過去相當重視犯罪的輕重分類，普通法將犯罪分為重罪（*felonies*）與輕罪（*misdemeanours*，美式英文為 *misdemeanors*）。國會也採取普通法的這種分類，主要的重罪有殺人罪（*homicide*³⁴）、強制性交罪（*rape*）、竊盜罪（*theft*）、夜盜罪（*burglary*³⁵）、搶奪罪（*robbery*）和放火罪（*arson*）；輕罪如偽證罪（*perjury*）、共謀（*conspiracy*³⁶）、誹謗罪（*libel*）、騷亂罪（*riot*）與企圖傷害（*assault*）；並且輕重罪的分類也會影響刑罰效果、警察之逮捕權限等。然而，輕重罪之分類後來漸失其重要性。1967 年的《刑事審判法》（Criminal Justice Act）廢除了重罪與輕罪之間的差別，創設可逮捕罪與不可逮捕罪取而代之。

不過，英國現代刑事訴訟程序中，刑事案件仍分為「正式起訴犯罪」與「略式起訴犯罪」。「正式起訴犯罪」是較嚴重之刑案，例如殺人、擄人勒贖、強制性交等，一審為（皇家）刑事法院（the Crown Court），被告享有陪審團（*Petty Jury*）審判之權利，可上訴至上訴法院（the Court of Appeal）；「略式起訴犯罪」則是刑度在六個月以下的輕微案件，例如普通傷害、交通違規案件，一審法院為程序簡化的

³⁴ 分為罪行較重的「謀殺罪」（*murder*）與罪行較輕的「非預謀的殺人罪」（*manslaughter*），詳見：蔡蕙芳（2001），〈英美法上重罪謀殺罪原則的介紹與評析〉，許玉秀等著，《甘添貴教授六秩祝壽論文集—第二卷 刑法各論》，頁 49-109。臺北：臺灣刑事法學會。何勤華（2004），《英國法律發達史》，頁 429-433，新北：韋伯文化。The Economist explains [2013]. *What is the difference between murder and manslaughter?* Retrieved July 9, 2016, from the website of The Economist: <http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/07/economist-explains>

³⁵ 指為不法目的（竊盜、傷害、強制性交、毀損等）而侵入他人私宅，或有譯為「夜入私宅罪」、「入室犯罪罪」，見：何勤華（2004），前揭註 10，頁 421。

³⁶ 「指二人以上實施某種非法行為或以非法方式實施某種合法行為的協定。」依 1977 年的《刑事法》，分為（一）共謀詐欺（二）共謀敗壞公共道德或公共行為原則，見：何勤華（2004），前揭註 10，頁 421。



治安（官）法院（the Magistrates' Court），不得要求陪審團審判。後來發展出前兩類犯罪以外的第三種類型，犯罪嚴重性介於前兩者之間，原則上被告得選擇刑事法院或治安法院³⁷。

現代英國法上具體犯罪主要可分為（一）侵犯人身罪：殺人罪、非致命侵犯人身罪、性犯罪。（二）侵犯財產罪：包含竊盜罪、強盜罪、暫時剝奪他人財產的犯罪、詐欺罪、侵入住宅罪、偽造假等。（三）危害國家主權罪：包含叛逆罪、恐怖罪等。（四）危害公共秩序、公共安全罪：包含妨礙警務罪、毒品犯罪、猥褻出版物相關犯罪、交通肇事犯罪等³⁸。

第二項 英國與美國財產犯罪立法概況

英國的財產犯罪主要規定在 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968）、1978 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1978）及 1971 年《刑事毀損法》（Criminal Damage Act, 1971）。1968 年《竊盜罪法》規定竊盜罪、搶劫罪、夜盜罪、加重夜盜罪、擅取展覽品罪、擅取交通工具罪、加重盜用車輛罪、駕駛乘坐擅取之交通工具罪、竊取電力罪、詐欺罪、騙取資金過戶罪、騙取金錢利益罪、偽造帳目罪、公司董事等人員虛偽陳述、毀改文件等罪、勒索罪、贓物罪、刊登廣告為歸還被盜或遺失物提供酬金罪、留存非法存款罪、攜帶作案工具罪。1978 年《竊盜罪法》騙取財物罪、騙取金錢利益罪、騙取服務罪、詐欺逃避債務罪。1971 年《刑事毀損法》規定毀損財產罪、嚴重毀損財產罪、威脅毀損財產罪、為毀損財產而持有財產罪。

³⁷ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 37-38、79-85。

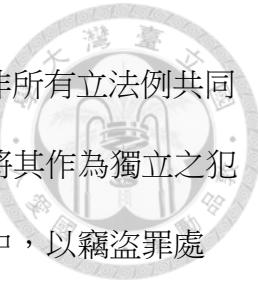
³⁸ 何勤華（2004），前揭註 10，頁 390-391。蔡蕙芳（2001），前揭註 34，頁 49-109。



相較而之，聯邦制的美國則沒有全國統一的刑法典。美國法而言，由於聯邦法只規範與聯邦土地、聯邦立法方案或州際有關之案件（例如毒品案及智慧財產案等），刑法為州法。1962年，由法官、律師、學者組成的美國律師協會（American Law Institute, ALI）為了使美國刑法趨向明確與統一而制定了《模範刑法典》（The Model Penal Code）作為模型³⁹。各州之刑法內容很相似，是因為許多州刑法大都取自《模範刑法典》，因此本文於此介紹之。《模範刑法典》在財產犯罪中規定了五個章節：放火與對物危害及毀損（Arson, Criminal Mischief, and Other Property Destruction，包含放火、輕率引起火災或爆炸）、不法目的侵入（Burglary and Other Criminal Intrusion）、強盜（Robbery）、竊盜及相關犯罪（Theft and Related Offenses，包含不法取得或不法處分之竊取、透過欺騙之竊取、透過恐嚇之竊取、竊取遺失物或遺忘物或誤送物、收受竊盜來的贓物、竊取服務、違反義務竊取委託資金、擅自使用車輛等等⁴⁰）、偽造文書及不當交易（Forgery and Fraudulent Practices，包含偽造文書、仿造古董及珍品、毀棄取走隱匿公文書、簽發使用空頭支票、濫用信用卡、不當交易、營業上行賄及收賄、營業上公正義務之違背、妨害公開競賽、公開競賽時收受不法利益、參與不正當公開競賽、侵害擔保權、破產詐欺、不正當使用受託財產及政府或金融機構之財產、騙取證書等）。

³⁹ 可以說，美國刑法是《模範刑法典》與普通法之「混合物」，尤其近四十年來美國經歷了以《模範法典》為藍本、各州刑法接近彼此，與普通法刑事法典化的過程。李曉明（2012），《「刑事法律與科學研究」一體化》，頁510，臺北：元照。

⁴⁰ MPC §223.2. Theft by Unlawful Taking or Disposition（同我國竊盜概念），§223.3. Theft by Deception（同我國詐欺概念），§223.4. Theft by Extortion（同我國恐嚇取財概念），§223.5. Theft of Property Lost, Mislaid, or Delivered by Mistake, §223.6. Receiving Stolen Property, §223.7. Theft of Services, §223.8. Theft by Failure to Make Required Disposition of Funds Received（可能在我國背信罪範疇），§223.9. Unauthorized Use of Automobiles and Other Vehicles.



英美法系國家的財產犯罪規定，彼此有所差異。部分罪名並非所有立法例共同擁有的。以侵占罪為例，加拿大、印度、新加坡、馬來西亞四國將其作為獨立之犯罪，英國、美國的《模範刑法典》則是將其蘊含在竊盜罪的規定中，以竊盜罪處理。而即便立法例皆對一特定犯罪做出規範，對其內涵定義未必完全一致。例如，由上可知的，美國《模範刑法典》之竊盜罪（Theft）內涵極廣，將許多其他立法例會分開規範的犯罪納入其中（詳見本文第三節對於「Theft」內涵之介紹）⁴¹。

第三節 英美法中竊盜相關之三個犯罪

第一項 概念的釐清：「狹義的竊盜」與「廣義的竊盜」

竊盜罪、侵占罪、詐欺罪，是西方社會法制精神的結晶，法國法、德國法、蘇聯法、英美法系皆確立其內涵。英美法系國家之立法規定不全相同，有的細緻縝密，有的較為粗略。

英美法中，竊盜罪（larceny）的內涵主要由英國法院判例而創立，以「非法持有原所有權人持有之財產」為前提。由於判例不願意擴張竊盜罪的適用範圍，立法機關為了避免實務上財產保護的漏洞，遂透過制定法創立了侵占罪（embezzlement）和詐欺罪（fraud, false pretenses）。然而三罪之要件重疊而難以區分，使得三者在詮釋與適用上產生困難，因此二十世紀開始有學者主張，三者之區別是民法所關心的，但在刑法及刑事訴訟法的領域是沒有意義的，並開始出現把三罪合而為一的見解。為了避免將三者合一導致「larceny」內涵的混亂，故改以「theft」此一「大竊盜罪」、「盜」概念加以涵蓋（「大竊盜罪」乃為本文為論述方便而創之用語）。

⁴¹ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 345-349。



因此，「theft」一詞雖然可能被用以指涉狹義的竊盜罪（被當作是 larceny 的同義詞），不過一般是指涉包含透過竊盜、夜盜、侵占、詐欺等行為而取得財產的「大竊盜罪」。在這種立法下，起訴此類犯罪不需要特定其行為類型，只須起訴「theft」⁴²。

三罪合一的立法，如英國 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968）。為了解決 1916 年《竊盜罪法》（Larceny Act, 1916）帶來的問題，英國刑法修訂委員會（Criminal Law Revision Committee）於 1966 年提出竊盜罪與其他相關犯罪的第八次報告（The Eighth Report: Theft and Related Offences (Cmnd 2977)），在 1968 年《竊盜罪法》定義了「Theft」是「欲永久剝奪他人之財產而不誠實地奪取之」；美國《模範刑法典》亦為一例，這部法典廣納了各種財產犯罪類型的第 223 條（Theft and Related Offenses）。雖然大部分的州仍然是三罪分立，不過《模範刑法典》的做法被部分州所採納。

事實上，上述竊盜概念的伸與縮，和財產犯罪於歐陸法制史的發展有相似之處。西元 962 年，德意志國王成為「羅馬的監護人以及羅馬天主教世界的最高統治者」，1254 年使用「神聖羅馬帝國」的稱號，至 1806 年帝國滅亡。1532 年皇帝卡爾五世（Karls V.）頒布《刑事法庭規則》（Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.），又被稱為《卡洛琳娜刑法典》（Constitutio Criminalis Carolina, CCC），對於往後德國刑法學造成重大影響。在《卡洛琳娜刑法典》中，將竊盜罪分成「狹義的竊盜」及「廣義的竊盜」兩種不同的型態。前者是指「行為人出於將他人之物據為己有之意思，而違法的取走他人監督下之物」，竊取者限於「能加以移動之

⁴² Rollin Perkins, Ronald Boyce [1982], *Criminal Law*, 3rd edition, p.389-390, Foundation Press. 因此，本文脈絡中的「竊盜」究竟是指狹義的「larceny」，還是大竊盜概念的「theft」，是必須留意的。



物」；後者是其他具有「隱密性」（*Heimlichkeit*）之財產侵害，指行為人在被害人「不知情」時取得財產之行為。例如立法者未將詐欺、使用偽造貨幣等手段而取得財產之行為單獨立法規範，而是將之歸類在竊盜犯罪。而侵占罪，當時是指財產（限於動產）所有權人無使行為人支配該物之意願，而行為人持有財產。某些地方將其與竊盜做相同對待，有些則將其當作較輕之財產犯罪來處罰，甚或不將之當作刑法上的犯罪行為⁴³。

財產犯罪究竟應該盡量合一還是各罪單獨分立，是西方刑法體系一直以來的難題，本文擬於後探討。各罪單獨分立時，幾個財產犯罪的主要區分的標準為「被害人之同意或自願參與」：竊盜罪，通常是違背被害人之意思的取得財產；侵占罪，是被害人委託或信託財產後，行為人合法持有財產而違反其意思據為己用，或亦稱「不法的轉變」、「侵占」（conversion，此轉變乃指未經所有權人同意剝奪他人之財產⁴⁴，即「易持有為所有」）；詐欺罪，是形式上取得被害人之同意，但由於實施詐術，其真實意思具有瑕疵而不能反映被害人之真實意思；恐嚇取財罪（extortion），形式上亦取得被害人之同意，但由於非法威脅，其同意並未真實反映內心意思⁴⁵。本文宥於篇幅則是擬聚焦於前三者。

⁴³ 張天一（2015），前揭註 11，頁 32-37。

⁴⁴ Casenote Legal Briefs, *Casenote Legal Briefs: Criminal Law Keyed to Boyce, Dripps & Perkin's*, 11th edition, p.88, Aspen Publishers.

⁴⁵ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 349-350；George P. Fletcher [2000], *Rethinking Criminal Law*, p.3-4, New York: Oxford University Press, Inc.



第二項 竊盜罪 (larceny)

竊盜罪 (larceny) 為西方社會中最原始的犯罪之一⁴⁶。傳統普通法中，竊盜罪規範的是以和平手段、未經同意取走他人之物的行為，並且以所竊得財物之價值為準，可分類為「重大竊盜罪」 (grand larceny) 與「輕微竊盜罪」 (petty larceny)。兩者皆為重罪，但僅「重大竊盜罪」之刑罰定有死刑規定，而侵占罪與詐欺罪僅屬於輕罪⁴⁷。英國法上第一個竊盜罪的非官方定義由巡迴法院及王座法院法官、教區之教區長及副主教布雷克頓 (Henry of Bracton)⁴⁸參酌羅馬法而定：「具竊盜故意，未經他人同意，不法地控制他人財物。」

制定法部分，英國從 1827 年《竊盜罪法》 (Larceny Act, 1827) 、1861 年《竊盜罪法》 (Larceny Act, 1861) 、1868 年《竊盜罪法》 (Larceny Act, 1868) 、1896 年《竊盜罪法》 (Larceny Act, 1896) 、1910 年《竊盜罪法》 (Larceny Act, 1901) 、至 1916 年《竊盜罪法》 (Larceny Act, 1916) ，一直是以「Larceny」作為法案之名稱。根據 1916 年《竊盜罪法》第 1 條第 1 項⁴⁹，竊盜罪的定義是：「未經所有人同意，並且不享有充分合法之權利，具有永久性剝奪他人財產之故意，不法地取得和取走任何能夠被竊的物品，成立竊盜罪。」其中「取走」 ([carry] away, asportation) 行為，必須被竊之物有物理上的位移，故可以推出竊盜罪不保護無法移動之不動產。而 1916 年《竊盜罪法》第 1 條第 2 項⁵⁰更明文將「取走」之內容涵蓋

⁴⁶ *Id at 4.*

⁴⁷ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 6th Edition, 2012, p.560, 562, Lexis Nexis, Ohio. 蔡蕙芳 (2001)，前揭註 34，頁 3。

⁴⁸ Henry de Bracton，或是布雷頓 (Bratton)、布列頓 (Bretton) (1216-1268)，熟悉羅馬法，著有《關於英國的法和習慣》(De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque, 1250)，並編判例及、《法律年鑑》(Year Book)。何勤華 (2004)，前揭註 10，頁 49-51。

⁴⁹ U.K. Larceny Act, 1916. §1 (1) A person steals who, without the consent of the owner, fraudulently and without a claim of right made in good faith, takes and carries away anything capable of being stolen with intent, at the time of such taking, permanently to deprive the owner thereof...

⁵⁰ U.K. Larceny Act, 1916. §1 (2)—(i) the expression " takes" includes obtaining the possession—



到詐欺、脅迫、明知可能找到失主卻仍然拾走遺失物等取得財產之行為，比起我國的竊盜罪更為廣義。

而廣納財產犯罪的現行法 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968），不再使用過去的「larceny」，改以「theft」一詞。根據本法第 1 條⁵¹：「若具有永久剝奪他人財產的故意，不誠實地奪取屬於他人的財產，成立竊盜罪。」

成立竊盜罪的客觀上要件（*Actus Reus*, “guilty act”）有：（一）違反所有人意思；（二）他人之財產；（三）原為他人之持有而取得。

（一）違反所有人意思

實際上此一要件在實務及學說上是有爭執的。此部分詳見第四節關於「Appropriation」定義之探討。

（二）他人之財產

竊盜罪以行為人奪取有主物為限，即使不能確定為何人所有亦可能成立竊盜罪。至於他人拋棄之物並非本罪客體；而遺失物得否為客體，詳見本章第四節的【案例二】。

(a) by any trick; (b) by intimidation; (c) under a mistake on the part of the owner with knowledge on the part of the taker that possession has been so obtained; (d) by finding, where at the time of the finding the finder believes that the owner can be discovered by taking reasonable steps...

⁵¹ U.K. Theft Act, 1968. §1 Basic definition of theft. (1) A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and “thief” and “steal” shall be construed accordingly. (2) It is immaterial whether the appropriation is made with a view to gain, or is made for the thief’s own benefit...



依1968年《竊盜罪法》第5條第1項，財產得屬於「持有或控制之人」，亦得屬於「未達完全所有程度而享受獨占權或所有權之人」⁵²。只要持有或控制財產，或是對財產享有所有權或權益，財產即屬該人所有，例如信託受益人、債權人、合夥人、共有人等。亦即「他人」之財產不限於他人對於財產享有所有權，其內涵毋寧被延伸至享有「持有、控制或保管」等權利的情形。持有是指對於財產有使用與處分的決定權；控制指實際掌握財產之意。持有與控制可以是合一的，也可以是分離的，因此一個人偷取自己所有的財產可能成立竊盜⁵³，例如*Regina v. Turner*⁵⁴。被告將自己的車子開到維修廠維修，並承諾領取車輛時會支付維修費用。數小時後他前往領車時看到車子插著車鑰匙停在維修廠外面，沒有支付維修費用就把車子開走。上訴法院認為他成立竊盜罪，因為既然當時維修廠持有並控制該輛車子，對於被告來說該車即為「他人之財產」⁵⁵。將自己所有之動產出租予他人後反悔而擅自收回，亦為成立竊盜的一個例子。

關於「他人之財產」，另有以下幾點必須注意：

1. 根據1968年《竊盜罪法》第5條第2項⁵⁶，信託財產時，所有權人是「有權執行信託的人」，背棄信託（to defeat the trust）之行為會被認定為故意剝奪權利人之財產。例如，受託人若不誠實地奪取信託財產，將之據為己有，是對於信託人犯竊盜罪。

⁵² U.K. Theft Act, 1968. §5 Belonging to another. (1) Property shall be regarded as belonging to any person having possession or control of it, or having in it any proprietary right or interest (not being an equitable interest arising only from an agreement to transfer or grant an interest)...

⁵³ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註23，頁352-353。

⁵⁴ [1971] 1 WLR 901

⁵⁵ 值得注意的是，成立持有關係，要求行為人欲持有；但控制關係則否，不要求行為人欲控制，即使行為人沒有認識到對於某物具有控制權，亦不影響控制關係之成立。趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註23，頁353。

⁵⁶ U.K. Theft Act, 1968. §5 (2) Where property is subject to a trust, the persons to whom it belongs shall be regarded as including any person having a right to enforce the trust, and an intention to defeat the trust shall be regarded accordingly as an intention to deprive of the property any person having that right.



2. 根據1968年《竊盜罪法》第5條第3項⁵⁷，從他人或因為他人而收受財產，並負有以特定方式保管或管理財產或其收益之義務者，該財產及收益歸該他人所有。若收受財產之人未依照約定之方式保管或處理財產，可能成立竊盜。例如*Davidge v. Bennett*⁵⁸的被告，未依室友的指示將室友的支票用於繳交瓦斯費，反而拿來買聖誕禮物，成立竊盜。*R. v. Hall*⁵⁹中，被告為旅行社職員，從旅客收受機票定金並存入旅行社帳戶，而尚未訂定機票。在他訂機票之前旅行社便倒閉了，旅客沒有機票、拿不回錢的情況下，他被起訴竊盜。上訴法院認為被告雖然有一個履行契約的一般性義務，但此案中他未與旅客約定以特定的方式處理支票，因此不符合第5條第3項。
3. 根據1968年《竊盜罪法》第5條第4項⁶⁰，因為他人之錯誤而取得財產，並且有義務把該財產或其收益之全部或部分歸還於該他人者，該財產或收益被屬於有權要求歸還之人，不歸還是剝奪他人之財產。

4. 1968年《竊盜罪法》第5條第5項⁶¹規範「獨任法人」（corporation sole，或稱獨體法人、單體法人、單體法團等）。獨任法人指「在一時間內只有一名成員的法律實體」，透過成員的繼承而實現法人的永久存續性。英國典型的獨任法人例如國王、主教、堂區長等，宗教方面的獨任法人尤多。最主要的特徵是「其成員通過職位而擁有的財產」，成員死亡後財產將轉移給其職位繼承人（successor in office）

⁵⁷ U.K. Theft Act, 1968. §5 (3) Where a person receives property from or on account of another, and is under an obligation to the other to retain and deal with that property or its proceeds in a particular way, the property or proceeds shall be regarded (as against him) as belonging to the other.

⁵⁸ [1984] Crim LR 297

⁵⁹ [1973] 1 QB 496

⁶⁰ U.K. Theft Act, 1968. §5 (4) Where a person gets property by another's mistake, and is under an obligation to make restoration (in whole or in part) of the property or its proceeds or of the value thereof, then to the extent of that obligation the property or proceeds shall be regarded (as against him) as belonging to the person entitled to restoration, and an intention not to make restoration shall be regarded accordingly as an intention to deprive that person of the property or proceeds.

⁶¹ U.K. Theft Act, 1968. §5 (5) Property of a corporation sole shall be regarded as belonging to the corporation notwithstanding a vacancy in the corporation.



而非其個人的遺產繼承人（personal representatives）⁶²。獨任法人的財產屬於法人所有，即使成員處於空位狀態亦同。

5. 根據1968年《竊盜罪法》第30條舊法⁶³，夫妻財產中屬於另一方的財產亦得成為竊盜客體。不過，配合英國2004年《民事伴侶法》（Civil Partnership Act, 2004）及2013年的《同性伴侶婚姻法》（Marriage (Same Sex Couples) Act, 2013），本條規定經修正，現為「配偶與伴侶」（Spouses and civil partners），實質內容相同。

由上可知，英國竊盜罪的奪取行為客體並未限定於他人「所有」的財產。

（三）原為他人之持有而取得

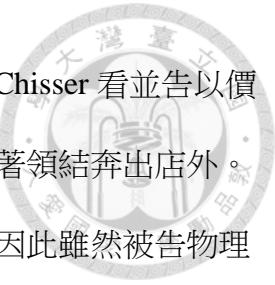
由於「持有」（possession）的概念是無形而難以判斷的（一個物理上不靠近財產的人仍可能「持有」之），西方法律系統皆曾面臨此一形上學之難題，其概念已由「自然的事實」進化為「法律的事實」：當一個人貌似持有財產但實際上則否，法律上僅為「保管、監管」（custody）。

早期普通法中，持有概念與實際上的主權（dominion）、掌控，是掛鉤在一起的。之後法院漸漸承認法律上的持有概念與事實上的控制是分開的。

問題是，物理上掌握物品是否足以取得法律上持有？十五世紀的法官認為住在旅社的房客不取得餐具與床具之持有，房客一般而言不會預期取得餐具與床具終局之控制權與所有權。比較棘手的是行為人在交易中會期待取得所有權者，例如十七

⁶² 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註23，頁354。

⁶³ U.K. Theft Act, 1968. §30 Husband and wife. (1) This Act shall apply in relation to the parties to a marriage, and to property belonging to the wife or husband whether or not by reason of an interest derived from the marriage, as it would apply if they were not married and any such interest subsisted independently of the marriage...



世紀的 *Rex v. Chisser*⁶⁴。被害人在其店舖內將兩個領結拿給被告 Chisser 看並告以價錢為七先令，被告則討價還價三先令且不等待被害人的回覆就拿著領結奔出店外。財政法院認為被害人在商品實際上售出之前都保留法律上持有，因此雖然被告物理上已經掌握商品，仍成立竊盜。因此，持有是指法律上對於財產有使用和處分的決定權。

與持有概念相關的「（合法）持有之豁免原則」（the doctrine of possessorial immunity），指已經所有權人同意而合法取得持有之行為人，不負刑法上責任（對於嗣後據為已有享有刑事上「豁免」），而不成立竊盜。此原則於不僅於更古老的法體系中出現，現代西方重要的法體系（例如法國、德國、蘇俄）亦同。私人透過他人管理金錢、工具、動物及其他動產來擴張經濟活動，「持有豁免原則」則作為一個促進私人之間彼此理解的制度，因此典型的型態是不涉及第三人的情形：所有權人將物交付給行為人，或是行為人經所有權人同意而受領之，並且限於已有法律上持有的情形。上述立法亦同，例如服飾店店員將店內衣服帶走以為己用，1968 年法國法院判決成立竊盜；得到店主同意試戴戒指後將之取走的顧客，1966 年德國最高法院認定為竊盜；在火車站同意為他人看管行李之人將之取走，1968 年蘇俄法院判決其竊盜⁶⁵。

十五至十六世紀引起討論的是僕人對於從主人取得之物是否享有「持有豁免」，幾經爭論之後法院的見解是，只要僕人還在主人的房地之上、公司之中，其保管並非持有。1529 年立法者介入此問題，直接立法明定僕人取走主人託管之物可能成立竊盜，並且被解釋為不適用在僕人收受第三人交付主人之物的情形⁶⁶。

⁶⁴ [1678] 83 Eng Rep 142

⁶⁵ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 64.

⁶⁶ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 5-6, 61-63.



另外，值得注意的是，十九世紀以來被討論的是「取得行為」。文獻中所謂的「trespassory taking」（不法取得），其意義是否與早期普通法之「trespass」一樣具有強制力、侵入性（*vi et armis*, with force and arms）之意？竊盜罪之取得行為，須以暴力方式為之，抑或得以非暴力、不顯眼之方式為之？此爭議於英美法方興未艾，以 1916 年《竊盜罪法》為例，該法第 1 條將竊盜之定義涵蓋到「運用詐欺或脅迫等手段」之行為：「*For the purposes of this Act—(1) A person steals who, without the consent of the owner, fraudulently and without a claim of right made in good faith, takes and carries away anything capable of being stolen with intent... (2)—(i) the expression "takes" includes obtaining the possession—(a) by any trick; (b) by intimidation...*」（底線為筆者所加，本文以下全部皆同）」，確實促使我們思考竊盜罪之根本⁶⁷。

至於主觀的犯意（*Mens Rea*, “guilty mind”），則是行為人於取得財產行為時，必須有「竊取之意思」（*animus jurandi*, have the “spirit of one thieving”），且將他人的財產轉為己用必須是不誠實地（dishonestly）。另外，行為人須有永久剝奪（permanently depriving）他人財產之故意（intention）。

1968 年《竊盜罪法》第 2 條並未明文規定何謂「不誠實」，而是試圖藉由定義「誠實」之反面來明確其意義，亦即：（1）確信自己有剝奪他人該財產之法定權利；（2）確信財產所有人會同意其取得財產；或（3）並非財產受託人或代表人，善盡注意義務透過適當程序仍找不到財產所有人，而持有財產者⁶⁸。因此，可以說

⁶⁷ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 6.

⁶⁸ U.K. Theft Act, 1968. §2 Dishonestly. (1) A person's appropriation of property belonging to another is not to be regarded as dishonest—(a) if he appropriates the property in the belief that he has in law the right to deprive the other of it, on behalf of himself or of a third person; or (b) if he appropriates the property in the belief that he would have the other's consent if the other knew of the appropriation and the circumstances of it; or (c) (except where the property came to him as trustee or personal representative) if



是一種「將他人財產據為己有」的心理狀態。此外，在 *Regina v. Ghosh*⁶⁹ 之後，實務採取客觀與主觀兩階段的標準（“The Ghosh Test”）來檢驗財產犯罪中的行為人誠實與否：（一）客觀標準（the objective test），即一般理性而誠實之人是否會認為這是不誠實的行為，加上（二）主觀標準（the subjective test），行為人是否認知到一般理性誠實之人會將其行為認定為不誠實⁷⁰。

而由於永久剝奪他人財產之故意是區辨竊盜與使用竊盜的關鍵所在，此部分留待第三章第一節詳述。

第三項 侵占罪（embezzlement）

侵占罪的誕生是為了彌補普通法上的保護漏洞而被納入竊盜罪篇章。1529年，英國的一項法律使用了「embezzlement」一詞，規範僕人非法侵害主人委託其管理之財產。當時侵占行為尚無獨立的罪名，仍屬竊盜罪。

十六世紀英國經濟蓬勃發展，「先持有後據為己有」的行為樣態越來越常見，而原來的竊盜罪條文已無法涵蓋這類行為，故開始有要求擴張竊盜罪處罰範圍的聲浪出現。當時竊盜罪適用死刑，這麼做將導致死刑之適用更為擴大，法院後來在社會壓力下不得已選擇了擴張「appropriation」內涵此一路徑，將此類新型行為納入處罰，並持續了將近兩個世紀，直到 1799 年，國會通過了第一部侵占罪立法，在制定法中附屬於竊盜罪。十八世紀制定法中影響最深遠的《喬治三世法典》創設了一般性的侵占罪（39 George III, Embezzlement Act, 1799），規定因僱傭關係而代表雇主

he appropriates the property in the belief that the person to whom the property belongs cannot be discovered by taking reasonable steps...

⁶⁹ [1982] QB 1053

⁷⁰ 對於 The Ghosh Test 之批評，詳參：Edward Phillips, Charlotte Walsh and Paul Dobson [2001], *Law Relating To Theft*, p.26-29, London: Cavendish Publishing Limited.



收受財務或金錢，並不法地轉變或侵占（*fraudulent conversion*）者成立侵占。在十九世紀的 *Regina v. Headge*⁷¹ 中，法院認為侵占罪之本質為「違反信託義務」（*breach of trust*）。同一時期，法國國民議會（the French National Assembly, Assemblée Nationale）通過的《拿破崙刑法典》（Napoleonic Penal Code of 1810）第二編財產犯罪第二章第二節第 402 條至第 405 條為違反信託之犯罪⁷²。

英美法上，刑事的、民事的侵權行為侵占（*conversion*），皆指非法地將他人的財產當作自己的財產而持有或處分。刑法上侵占罪，於不同立法例的共同要件為：

(一) 財產所有人將財產委託於行為人，或至少行為人於行為時持有該財產；

(二) 後續將財產奪取、據為己有（易持有為所有，通常被稱為「*conversion*」或是「*appropriation*」等）。相異之處為，規範體系是否完整、是否限於特定之委託或信託關係始處罰。英國喬治二世時期，僅處罰英國銀行（the Bank of England）受僱人⁷³、南海航海公司（the South Sea Company）受僱人⁷⁴；1799 年喬治三世時則更處罰郵局（the Post Office）受僱人⁷⁵、一般的僕人與受僱人（servants and clerks generally）⁷⁶。同時期 1810 年的《法國刑法典》則在第 408 條（Code Pénal §408）限於寄託與僱傭兩種法律關係（à titre de dépôt ou pour un travail salarié, way of deposit or is employed），否則刑事上並非易持有為所有而不罰。

不同規範樣態的增增減減，從未被具有說服力的理論所支撐，因此歷史上的趨勢是擴張侵占罪之適用範圍。1812 年英國法侵占罪涵蓋了銀行員、商人、經紀人、

⁷¹ [1809] 168 Eng Rep 613

⁷² 《拿破崙刑法典》，見：[Napoleon.org, Histoire Des Deux Empires, Dossiers Thematiques, Code pénal de 1810](http://www.napoleon.org/fr/histoire/dossiers_thematiques/files/476153.asp)，

http://www.napoleon.org/fr/histoire/dossiers_thematiques/files/476153.asp （最後瀏覽日：2016/7/9）。George P. Fletcher [2000], *supra* note 45 at 4-5.

⁷³ 15 Geo. II, c.13, §12 (1742)

⁷⁴ 24 Geo. II, c.11, §3 (1751)

⁷⁵ 5 Geo. III, c.25, §17 (1765)

⁷⁶ 39 Geo. III, c.85 (1799)



律師，及各種代理人⁷⁷。國會將此一新形塑為「受託人侵吞透過交付（by delivery）而得之動產」。法國亦同，從兩種規範對象擴張至至少六種，包含租賃、寄託、承攬、質押、借貸、有償及無償的僱傭⁷⁸。

1872 年的加州制定法是試圖完整定義侵占罪的早期英美法例之一，第 484 條涵蓋了所有「持有受託財產」之行為人，將侵占罪定義為「欺騙性地奪取受託之財產」⁷⁹。有學者予以肯定，認為當侵占罪被完整地定義時，規範「受託人侵占」之補充法便不再必要⁸⁰。同樣是 1870 年代制定的德國刑法則將此罪全面適用至持有財產之人。

1962 年制定的美國《模範刑法典》保留了竊盜罪與侵占罪之區分。然而現代英美法的刑法典，侵占罪並非皆被當作一個獨立的犯罪而規定。部分法典傾向兩罪合而為一，總體規範一個「不誠實地、未經他人同意地，奪取他人之財產」（“dishonestly [appropriate] the property of another”）的犯罪。1968 年《竊盜罪法》捨棄區分「從他人之持有而取得」與「自己持有時取得」；1973 年澳洲刑法及美國部分州亦將之規定在整合後的大竊盜罪中；美國《模範刑法典》亦將侵占內涵包含在第 223.2 條的「不法取得或處分之竊盜罪」⁸¹。

⁷⁷ “...extended to bankers, merchants, brokers, attorneys and ‘agents of any description whatsoever.’” George P. Fletcher, *supra* note 45 at 8.

⁷⁸ “leases, deposits, commissions, pledges, lending for use, and unsalaried as well as salaried employment.” George P. Fletcher, *supra* note 45 at 8.

⁷⁹ The penal code of California: enacted in 1872 , as amended in 1889, Retrieved July 9, 2016, from the website of archive.org: <https://archive.org/stream/penalcodecalifo02destgoog#page/n211/mode/2up>

⁸⁰ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 8-9.

⁸¹ MPC §223.2. Theft by Unlawful Taking or Disposition. (1) Movable Property. A person is guilty of theft if he unlawfully takes, or exercises unlawful control over, movable property of another with purpose to deprive him thereof. (2) Immovable Property. A person is guilty of theft if he unlawfully transfers immovable property of another or any interest therein with purpose to benefit himself or another not entitled thereto.



在美國，大部分的州將侵佔作為獨立之犯罪，以行為人對他人之財產享有合法持有權為前提而侵犯所有權。部分州列舉：受僱人、運送人、代理人、保管人、經紀人等；少數州為避免疏漏而不僵合法持有者不限定於前述列舉的範圍，只要是合法持有者均可能為侵佔罪的行為人。因此，成立本罪的關鍵也是正確區分「持有」與「控制」。

侵佔的客體「他人財產」，在各州範圍不盡相同：部分州定義其範圍為與竊盜罪之「他人財產」同；部分州之侵佔罪客體較為廣，例如將不動產包含在內。

客觀上，侵佔是指與所有權人權利嚴重衝突的「轉換、轉變」他人財產之行為（conversion），例如挪用、典當、出售、嚴重損害、侵吞等。且不以行為人因此獲得利益為要件，只要造成所有權人的損失即可。

主觀上，行為人轉變財產時須有「不法的故意」（fraudulent intent）⁸²：這並非指詐欺罪中運用欺騙的手段取得他人財產之主觀上意思，而是（1）轉變財產時並非真誠地認為自己有權這麼做；或（2）轉變財產時沒有日後歸還的意思；或（3）轉變財產時並非真誠地認為自己是在收取債務⁸³。

第四項 詐欺罪（fraud, false pretenses）

詐欺罪亦有分為狹義的詐欺罪與廣義的詐欺罪。前者又稱普通詐欺罪，是基本型態，也就是我國刑法第 339 條之規定。本文使用詐欺罪一詞時同此內涵。

⁸² 「fraudulent intent」或有譯為「欺騙性故意」，但是本文選擇「不法的故意」一詞，全文皆同。

⁸³ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 366-370。



詐欺罪在制定法中會出現是為了填補普通法的空白：竊盜是侵害持有的犯罪，而侵占以行為人行為時合法持有為前提侵害所有權。若行為人不法取得持有以及所
有權，或者只是不法取得所有權，則兩罪都不成立。法院一直沒有創設普通法上新
的罪名，因此國會通過關於詐欺罪之制定法⁸⁴。

英國普通法中，民事部分的侵權行為（Tort）適用於契約協商階段的虛假陳述（Misrepresentation），也就是在締約前，一方明知不實（tort of deceit，故意詐欺類型之侵權）而欲使他方為特定作為，或是一方對事實未加以注意（tort of negligence，過失類型之侵權），而對於他方賴以決定是否締約之事實進行錯誤（false）或具誤導性（misleading）的陳述（representation，任何作為溝通之用的文字或行為），他方得對締約成本提出損害賠償。例如自始無意締約，卻透過積極行為表示具有意願；同時與第三人進行平行的協商，卻表示沒有此行為；協商過程中已知無締約可能，卻故意讓他方以為仍有高度的締約機會等等。責任並非來自協商過程之「誠實信用原則」，關鍵在案件中是否得以證明構成「錯誤外觀」的「不誠實」言語或行為，且須具備因果關係（直接由於虛偽陳述所致）⁸⁵。

在 *Peek v. Gurney*⁸⁶ 中，法院認為「單純沈默」並非詐欺侵權行為，必須有文字或行為（“words or conduct”）的虛假陳述。即便是故意隱瞞資訊，或是故意隱瞞一方不願締約的意思，都不成立侵權行為，因為原則上一方對他方無揭露之義務。雖然近來有法院⁸⁷ 認為，基於雙方「契約之本質」一方負有揭露與告知義務，然而並非

⁸⁴ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 371。

⁸⁵ John Cartwright, *supra* note 9 at 73-75；王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 253-255。

⁸⁶ [1873] LR 6 HL 337, 391, 403

⁸⁷ *HIH Casualty and General Insurance Ltd. V. Chase Manhattan Bank* ([2001] EWCA Civ.1250, [2001] 2 Lloyd's Rep 483, [48], [164], [168]); *Conlon v. Simms* ([2006] EWHC 401 (Ch.), [2006] 2 All ER 1024, [202]; [2006] EWCA Civ.1749, [130]).



穩定之見解。反對之法院⁸⁸認為應該用民事契約法（Sale of Goods Act, 1979,

§14(3)）解決，否則會破壞締約雙方關係本質⁸⁹。

而法院認為當一方無惡意但是對於他方負有注意義務（duty of care）時，便負有過失侵權責任。一九六零年代，法院於 *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Partners Ltd.*⁹⁰ 中發展出一可以運用在協商階段的理論：若一方具備專業知識或技術（“within his sphere of specialist knowledge or skill”），可以預見他將合理信賴自己所提供之資訊或建議時，便對該提供行為負有注意義務，此理論限於「雙方地位不平等致該他方有權不為任何求證行為」時（“entitled to rely on what the other party says, without checking the accuracy of the information”）。例如，在 *Esso Petroleum Co. Ltd. V. Mardon*⁹¹ 中，被告石油公司 Esso 提供不精確的收益估計給有意承租其旗下加油站之他方當事人，上訴法院認為 Esso 具有專業知識與技術，故對他方負有注意義務⁹²。

另外，英美契約法上有「無過失虛偽陳述」，他方當事人無法請求損害賠償，但可向法院請求撤銷契約。且英國法於 1967 年通過《虛偽陳述法》（Misrepresentation Act, 1976），使規範密度增加⁹³。

至於刑法部分，詐欺罪分為對個人之詐欺、對公眾之詐欺，及侵害公共正義之詐欺。1916 年《竊盜罪法》第 1 條將竊盜之定義涵蓋到「運用詐欺手段」之行為，並於同法第 32 條規定詐欺罪⁹⁴，經歷 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968）第 15

⁸⁸ *HIH Casualty and General Insurance Ltd. V. Chase Manhattan Bank* ([2003] UKHL 6, [2003] 2 Lloyd's Rep 61, [75]).

⁸⁹ John Cartwright, *supra* note 9 at 76, 168.

⁹⁰ [1964] AC 465 (HL)

⁹¹ [1976] QB 801 (CA)

⁹² John Cartwright, *supra* note 9 at 75-76.

⁹³ 王澤鑑主編，林利芝等著（2010），前揭註 10，頁 254。

⁹⁴ U.K. Larceny Act, 1916. §32 False pretences. Every person who by any false pretence—
(1) with intent to defraud, obtains from any other person any chattel, money, or valuable security, or
causes or procures any money to be paid, or any chattel or valuable security to be delivered to himself or
to any other person for the use or benefit or on account of himself or any other person ; or



條、第 16 條對於詐欺罪之規定，後於 1978 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1978）對 1968 年《竊盜罪法》廢止增修。

根據 1968 年及 1978 年《竊盜罪法》、1996 年（修正前二法的）《竊盜罪法修正案》（Theft (Amendment) Act, 1996），分為以下主要類型，但是多已為 2006 年《詐欺罪法》（Fraud Act, 2006）所廢止取代：

（一）騙取財物罪（Theft Act, 1968. §15 Obtaining property by deception，現已被 2006 年的《詐欺罪法》第 2 條所取代）：以永久剝奪他人之財產為目的，「透過欺騙而不誠實地取得了該項財產」。其中「財產」之意義同上述竊盜罪。

（二）騙取金錢利益罪（Theft Act, 1968. §16 Obtaining pecuniary advantage by deception，現已被 2006 年的《詐欺罪法》第 2 條所取代）：透過任何詐欺手段，不誠實地為自己或他人獲取金錢上利益。樣態包含 1. 「獲得超貸、建立保險、簽訂年金契約之許可」，或使其為上述行為之條件更佳。2. 使其任公職或就業中「獲取報酬或獲取更多報酬之機會、或被給予在博弈中贏錢之機會」。

（三）騙取服務罪（Theft Act, 1978. §1 Obtaining services by deception，現已被 2006 年的《詐欺罪法》第 11 條所取代）：透過任何詐欺之手段，不誠實地自他人獲取服務。指的是「以支付或將要支付報酬為誘餌，誘使他人實施某項工作，或誘使他人促成或許可某件工作的完成」，並從中獲利。

(2) with intent to defraud or injure any other person, fraudulently causes or induces any other person—
(a) to execute, make, accept, endorse, or destroy the whole or any part of any valuable security ; or (b) to write, impress, or affix his name or the name of any other person, or the seal of any body corporate or society, upon any paper or parchment in order that the same may be afterwards made or converted into, or used or dealt with as, a valuable security; shall be guilty of a misdemeanour and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding five years.



（四）詐欺逃避債務罪⁹⁵（Theft Act, 1978. §2 Evasion of liability by deception）：負有債務（「支付責任」）之人欲永不履行全部或部分債務，「透過詐術，誘使債權人等待或放棄支付」，或「不誠實地使之負責任得以免除或減少」。「支付責任」指的是欺騙行為當時即已存的合法的、依法得強制執行之債務，即使履行期限未到之債務亦同。債權人認識到債務存在，並且了解自己在減輕或免除之，才是合法的。

（五）騙取轉帳罪（Theft Act, 1968. §15A Obtaining a money transfer by deception，現已被 2006 年的《詐欺罪法》第 2 條所取代）：為自己或他人，透過欺騙行為而取得匯款。

（六）逃避付款罪⁹⁶（U.K. Theft Act, 1978. §3 Making off without payment）：欲逃避應付款項，明知自己為取得他人提供之商品或服務，依規定或期待應該當場付款，不誠實地未經付款就離去。刑法對於逃避付款的行為原則上是不處罰的，本罪為了規範賴帳行為而創設了例外，保護合法的商業活動（若提供的商品或服務違法

⁹⁵ U.K. Theft Act, 1978. §2 Evasion of liability by deception. (1) Subject to subsection (2) below, where a person by any deception— (a) dishonestly secures the remission of the whole or part of any existing liability to make a payment, whether his own liability or another's; or (b) with intent to make permanent default in whole or in part on any existing liability to make a payment, or with intent to let another do so, dishonestly induces the creditor or any person claiming payment on behalf of the creditor to wait for payment (whether or not the due date for payment is deferred) or to forgo payment; or (c) dishonestly obtains any exemption from or abatement of liability to make a payment. he shall be guilty of an offence. (2) For purposes of this section “liability” means legally enforceable liability; and subsection (1) shall not apply in relation to a liability that has not been accepted or established to pay compensation for a wrongful act or omission. (3) For purposes of subsection (1)(b) a person induced to take in payment a cheque or other security for money by way of conditional satisfaction of a pre-existing liability is to be treated not as being paid but as being induced to wait for payment. (4) For purposes of subsection (1)(c) “obtains” includes obtaining for another or enabling another to obtain.

⁹⁶ U.K. Theft Act, 1978. §3 Making off without payment (1) Subject to subsection (3) below, a person who, knowing that payment on the spot for any goods supplied or service done is required or expected from him, dishonestly makes off without having paid as required or expected and with intent to avoid payment of the amount due shall be guilty of an offence. (2) For purposes of this section “payment on the spot” includes payment at the time of collecting goods on which work has been done or in respect of which service has been provided. (3) Subsection (1) above shall not apply where the supply of the goods or the doing of the service is contrary to law, or where the service done is such that payment is not legally enforceable. (4) Any person may arrest without warrant anyone who is, or whom he, with reasonable cause, suspects to be, committing or attempting to commit an offence under this section.



或價金不能強制執行則不成立本罪），且同條第 4 項還賦予人民在具有合理懷疑時得逮捕可能正在實施或是著手實施逃帳之人。

有趣的是在 1978 年《竊盜罪法》之前的 *Corcoran v. Whent*⁹⁷ 中，法院認為餐廳中的顧客不能對「已經在他們胃中的」食物成立大竊盜罪（theft），因為食物的所有權在顧客開始食用之時，或甚至可能早至在準備食物時，便已移轉所有權。若顧客在開始食用之後才決定不付錢，由於此時食物已完全移轉於顧客，並且胃中的食物不再是「財產」，應該無罪。不過在 1978 年《竊盜罪法》之後，這種「吃霸王餐」的情形已被涵蓋。

客觀上，根據 1968 年《竊盜罪法》第 15 條，「詐術」是指「基於故意或輕率，透過言詞或行動，對任何相關事實問題或法律問題所實施的詐騙行為，包括對被詐欺者或任何其他人的欺騙行為」⁹⁸。由於「詐欺行為」包含收受財產之行為，因此就實施詐術的行為，本文以下將之為「欺騙行為」。

虛偽陳述包含明示與暗示，後者例如濫用他人帳戶之支票付款、濫用他人的信用卡付款。一般交易習慣上，店員不會問每一個使用信用卡的顧客卡片是否為其所有，因為拿出信用卡結帳通常代表持卡者在該銀行設有帳戶⁹⁹。事實上詐欺是對於事實虛偽陳述，法律上詐欺則是指曲解法律，或是宣稱一不存在的法律規定。

不作為詐欺（單純沈默不揭露資訊），在行為人負有民法上告知義務之情形，可能成立詐欺罪。具體而言，有三種情形：（1）行為人負有說明某一資訊之義務但

⁹⁷ [1977] Crim LR 52, DC

⁹⁸ U.K. Theft Act, 1968. §15 (4) For purposes of this section "deception" means any deception (whether deliberate or reckless) by words or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intentions of the person using the deception or any other person. (本條已被 2006 年《詐欺罪法》所取代。)

⁹⁹ *Regina v. Lambie* [1982] AC 449.



是沒有說明；（2）行為人與被害人間存在特殊的信任關係，或者被害人依賴行為人的專業領域及相關知識，被害人相信行為人已提供所有相關重要資訊，但行為人未為之；（3）陳述當時為真實但是嗣後據行為人所知已經變為虛偽，而行為人沒有通知接受資訊之人，行為人沒有糾正錯誤或拒絕基於相信該陳述為真而移轉的財產

¹⁰⁰。英國已於 2006 年《詐欺罪法》第 3 條明文規範，詳見後述。

此外，獲取財物、服務、利益，必須與欺騙行為有因果關係。相對人必須對虛偽事實信以為真，因而移轉財產。在 *Regina v. Collis-Smith* 中¹⁰¹，被告在加油站服務員幫他的汽車加完油之後，向服務員宣稱「自己正在為雇主辦事，雇主會付錢」，但實則不然，被告被起訴 1968 年《竊盜罪法》第 15 條的騙取財物罪。在上訴法院中，被告主張他的欺騙行為是在加油「之後」，而加油時汽油所有權已移轉給被告，因此欺騙行為與財產之取得沒有因果關係，上訴法院亦採之而撤銷判決。不過本案事實依據 1978 年《竊盜罪法》，行為人會成立第 2 條的詐欺逃避債務罪。

根據 1968 年《竊盜罪法》第 15 條第 2 項¹⁰²，「取得」他人財產是指對於財產取得所有權、持有權或控制權（“obtains ownership, possession or control”），並且包含為他人而取得、使他人取得。所謂「他人財產」的內涵原則上跟竊盜罪同，除了一些竊盜罪本質上的限制，例如，不動產不是竊盜客體（英國沒有竊佔罪），但可能是詐欺罪客體¹⁰³。

¹⁰⁰ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 373。

¹⁰¹ [1971] Crim LR 716

¹⁰² U.K. Theft Act 1968 §15 (2) For purposes of this section a person is to be treated as obtaining property if he obtains ownership, possession or control of it, and " obtain " includes obtaining for another or enabling another to obtain or to retain.

¹⁰³ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 373。



主觀上，行為人須為故意的、輕率的或不誠實的，且具有永久剝奪他人財產、利益、服務為目的。值得留意是在新法（2006年《詐欺罪法》）下行為人不須有「永久剝奪」之意思，詳見後述。

就整個英美法系而言，十八世紀英國法院認為「被告的詐欺促使被害人捨棄財產所有權」（“the defendant's false pretense induce the victim to part with title in his goods”）是本罪要件。因此，本罪不適用於僅促使被害人捨棄財產之「持有」而未捨棄「所有權」（例如租賃或質押等情形）。而美國《模範刑法典》亦明確區分侵占（theft by appropriation）與詐欺（theft by deception）¹⁰⁴。學者認為此種適用上的限制較為保守，加上 *Rex v. Pear*¹⁰⁵ 中受到強烈批評的法院見解（詳見第四節），使得區分竊盜與詐欺二罪不易，堅持移轉「所有權」作為要件亦有其困難。在 *Graham v. United States*¹⁰⁶ 中，被害人交付被告（其律師）兩千元美金以便被告為被害人賄賂警察之用，然而被告將兩千元留為己用。被告被判成立竊盜罪而上訴，上訴審之爭點為被害人有無捨棄財產「所有權」，抑或僅捨棄「對財產總額之持有」。上訴法院認為本件被害人主觀上並無捨棄「所有權」之意思，因此維持一審判決，被告成立竊盜而非詐欺。學者則認為，被害人很明顯地是預見未來不會再看到這筆錢，應該有捨棄所有權的意思。

德國刑法則從未將詐欺罪限於「所有權」，就算被害人僅欲捨棄財產之「持有」或是對於財產之「使用」，亦有詐欺罪之適用。*Graham v. United States* 案的爭點根本不會在德國刑法出現，被告會成立詐欺罪，而非竊盜罪¹⁰⁷。學者更認為 1968

¹⁰⁴ MPC §223.2 Theft by Unlawful Taking or Disposition; §223.3 Theft by Deception.

¹⁰⁵ [1779] 168 Eng Rep 208

¹⁰⁶ [1951] 187 F.2d 87 (D.C. Cir. 1950), cert. denied, 341 U.S. 920

¹⁰⁷ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 10-11.



年《竊盜罪法》第 1 條與第 15、16 條之差異，在訴訟中已漸崩潰瓦解，例如受到批評的 *Regina v. Lawrence*¹⁰⁸（詳見後述）。

現代英美法系的改革亦傾向放寬詐欺罪的界線，相較於過去擴大了處罰範圍。一為放寬早期對於欺騙行為的要求。過去，行為人必須對外部客觀事實做出虛偽陳述（deception about the external world）致被害人移轉所有權，例如行為人的信用狀態、商品品質等。在 1821 年的 *Rex v. Goodhall*¹⁰⁹ 中，被告承諾商人未來會付款，因而取得商品。陪審團認為承諾當時被告並無給付之意思，然而英國法院判決無罪，蓋被告做的只是一個對於未來行為的承諾（“was merely a promise of future conduct”），一般人的謹慎注意（“common prudence and caution”）即可避免可能帶來的損害。但後期法院則認為，對於現在主觀意思的陳述也是事實的陳述，例如 1974 年的 *DPP v. Ray*¹¹⁰ 中，被告在餐廳點餐時有付錢的意思，在吃完餐點後他決定不要付錢，在位子上等待到服務生離開時便走出餐廳。上議院認為存在欺騙。

MacDermott 法官認為一開始點餐時所暗示的付錢意願是繼續性（continuing）有效的，直到行為人「決意不付錢時」變成虛假的陳述。Morris 法官與 Pearson 法官則認為行為人在決意不付錢而仍然坐在位子上，就是一個虛偽的陳述。此案的見解被適用在許多陳述一開始真實但嗣後變成虛假的情形，例如 *Rai* 案¹¹¹。

現今許多法系中，無償還意思而向他人借貸的行為有可能成立本罪。欺騙被害人的是對於未來的計劃，最好的證據就是債務屆清償期時其行為。雖然理論上犯罪

¹⁰⁸ [1971] 1 QB 373

¹⁰⁹ [1821] 168 Eng Rep 898

¹¹⁰ [1974] AC 370

¹¹¹ [2000] 1 Cr App R 242



既遂時點應為「收到借款時」，然而罪責的關鍵證據是未來有無償還。但必須注意的是若行為人承諾時有意履行，但是之後才改變想法，就只有民事上違約之責。

1954 年的 *People v. Ashley*¹¹² 中被告為一公司之經理，向被害人 Russ 宣稱，希望以「公司所有之財產為抵押」借款用以「在公司的土地上做投資之用」（於其上建築戲院）。然而公司並非抵押物之所有人，嗣被告亦未將資金用於宣稱之戲院投資，而是用在公司其他營運開銷。另外，他向被害人 Neal 宣稱其公司欲購買戲院、該戲院之建成有擔保、其公司市值很高，因而獲得資金。當然，該公司後並無購入戲院。Ashley 被起訴竊盜罪。審判中法院並發現該公司財務狀況甚差，被告無薪但由公司支付開著奢侈名車。最後，加州最高法院大膽地否定前述的見解，而認為對於主觀故意的虛偽陳述（representation about one's intention）亦可能成立本罪。雖然本案之後沒有其他普通法法院跟進此見解，然而現代刑法的趨勢跟加州最高法院一樣，放棄過去要求客觀且有憑據之謊言，轉而根據日常交易作為判準¹¹³。須注意的是，*Commonwealth v. Green*¹¹⁴ 中法院認為，被告未履行承諾（將得到的資金用於成立投資基金會），是對於事實（而非主觀狀態）虛偽陳述，與 *Ashley* 案不同。

美國麻州最高法院在 1837 年作成的 *Commonwealth v. Drew*¹¹⁵ 中認為，在麻州的成文法下，若沒有呈現誤導他人之圖謀詭計，而僅說了一般而言不會卸下他人防衛的「赤裸裸的謊言」（“naked lies”）並非詐欺，應該以民事關係來解決¹¹⁶。

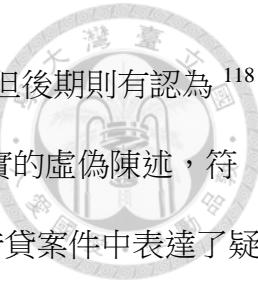
¹¹² [1954] 42 Cal. 2d 246, 267 P.2d 271, *cert. denied*, [1954] 348 U.S. 900

¹¹³ 值得一提的是，由 *People v. Phillips* ([1966] 64 Cal. 2d 574, 414 P.2d 353, 51 Cal. Rptr. 225) 可以看出，法院以虛偽陳述的客觀行為來認定行為人主觀上明知虛偽。本案被告相信自己可以治癒眼癌，雖不能證明他明知自己無此能力，仍有罪。

¹¹⁴ [1950] 326 Mass. 344, 348, 94 NE 2d 260, 264

¹¹⁵ [1837] 36 Mass. (19 Pick.) 179

¹¹⁶ “It is not the policy of the law to punish criminally mere private wrongs. And the statute may not regard naked lies, as false pretences. It requires some artifice, some deceptive contrivance, which will be likely to mislead a person or throw him off his guard. He may be weak and confiding and his very imbecility and credulity should receive all practical protection. But it would be inexpedient and unwise to regard every private fraud as a legal crime. It would be better for society to leave them to civil remedies. Roscoe on Crim. Ev. (2nd ed.) 419; Goodhall's case, Russ. & Ryan, 461.” [1837] 36 Mass. (19 Pick.) 179 at 185.



加州的情形是，早期的上訴法院採取與上述相同的見解¹¹⁷，但後期則有認為¹¹⁸「無意履行而承諾」是一主觀意思的虛偽陳述，因此是對存在事實的虛偽陳述，符合刑法的規定。華盛頓特區上訴法院則認同 *Rex v. Goodhall*，於借貸案件中表達了疑慮：對於無法返還金錢，或是無法以借貸時之目的運用金錢等商業上常見的行為處以刑罰是危險的。若債務人動輒被檢察官或是陪審團認定為具有而主觀上欺騙之故意而淪為刑罰之對象，商業交易可能窒礙難行¹¹⁹。不同意見則認為，證明主觀意思並非不可能，其困難度不高於對於已存事實虛偽陳述之情形，並且在民事案件中亦常被證實。甚且特定的故意是許多犯罪的基本要件，又行為人明知實情而仍然虛偽陳述是必須被證明的，因此並無擴張處罰的問題¹²⁰。

英美法此一改變與德國刑法、蘇俄刑法符合。德國法認為「給付或償還之主觀意思」是一個可能被虛偽陳述的事實，兩個立法例皆處罰不作為詐欺（未揭露應揭露之資訊的緘默詐欺）。而法國刑法則不同，限於處罰作為，例如使用假名、宣稱擁有財產等。

¹¹⁷ *People v. Green*, 22 Cal.App. 45, 48 [133 P. 334]; *People v. Kahler*, 26 Cal.App. 449, 452 [147 P. 228]; *People v. Reese*, 136 Cal.App. 657, 663-665 [29 P.2d 450]; *People v. Downing*, 14 Cal.App.2d 392, 395 [58 P.2d 657]; *People v. Jackson*, 24 Cal.App.2d 182, 203-204 [74 P.2d 1085]; *People v. Daniels*, 25 Cal.App.2d 64, 72 [76 P.2d 556] 等。

¹¹⁸ *People v. Jones*, 36 Cal.2d 373, 377 [224 P.2d 353]; *People v. Ames*, 61 Cal.App.2d 522, 531-532 [143 P.2d 92]; *People v. Gordon*, 71 Cal.App.2d 606, 624-625 [163 P.2d 110]; *People v. Chamberlain*, 96 Cal.App.2d 178, 182 [214 P.2d 600]; *People v. Davis*, 112 Cal.App.2d 286, 289, 298-300 [246 P.2d 160]; *People v. Frankfort*, 114 Cal App 2d 680, 698 [251 P.2d 401] 等。

¹¹⁹ “However, where, as here, the act complained of--namely, failure to repay money or use it as specified at the time of borrowing--is as consonant with ordinary commercial default as with criminal conduct, the danger of applying this technique to prove the crime is quite apparent. Business affairs would be materially encumbered by the ever present threat that the debtor might be subjected to criminal penalties if the prosecutor and jury were of the view that at the time [42 Cal.2d 263] of borrowing he was mentally a cheat. The risk of prosecuting one who is guilty of nothing more than a failure to pay his debts is a very real consideration...” See: *People v. Ashley*, 42 Cal. 2d 246, 267 P.2d 271 [1954], cert. denied, 348 U.S. 900 [1954], opinion by Traynor J., ¶ 10.

¹²⁰ “In such prosecutions the People must, as in all criminal prosecutions, prove their case beyond a reasonable doubt. Any danger, through the instigation of criminal proceedings by disgruntled creditors, to those who have blamelessly encountered ‘commercial defaults’ must, therefore, be predicated upon the idea that trial juries are incapable of weighing the evidence and understanding the instruction that they must be convinced of the defendant’s fraudulent intent beyond a reasonable doubt, or that appellate courts will be derelict in discharging their duty to ascertain that there is sufficient evidence to support a conviction.” See: *People v. Ashley*, [1954] 42 Cal. 2d 246, 267 P.2d 271, cert. denied, [1954] 348 U.S. 900, opinion by Traynor J., ¶ 13.



第二個改革則為客體。1968 年《竊盜罪法》涵蓋了欺騙他人而獲取所有權、持有權、控制權等行為。照此標準，*Graham* 案之被告也會成立詐欺罪。

然而，現代科技的發展早已造成 1968 年《竊盜罪》適用上的困擾，例如 *Preddy* 案¹²¹、*Duru* 案¹²²、*Halai* 案¹²³、*King* 案¹²⁴、*Mitchell* 案¹²⁵、*Manjadadria* 案¹²⁶，都是行為人實施欺騙行為獲取他人財產但是不該當該法的欺騙犯罪（deception offence）。並且該法有太多不同的犯罪型態，或是罪與罪之間有所重疊，複雜而含糊以致檢方經常選擇錯誤的罪名起訴。2006 年英國國會通過的《詐欺罪法》（Fraud Act, 2006）於 2007 年 1 月 15 日施行，立法目的是在一富有彈性而能與時俱進的法案中涵蓋大部分型態的欺騙行為，使詐欺罪法更簡單清楚，以期法庭訴訟活動能更有效率，是 1968 年以來帶來最多改變的法案。此一詐欺之單獨立法不僅廢止了 1968 年與 1978 年《竊盜罪法》中關於欺騙犯罪（除了 1978 年《竊盜罪》第 3 條之「詐欺逃避債務罪」未受影響之外，騙取財物罪、騙取金錢利益罪、騙取服務罪、騙取轉帳罪四罪皆為新法所取代），並有如下創設¹²⁷。《詐欺罪法》於第 1 條定義了「詐欺」，並於第 2 條、第 3 條、第 4 條分別規定三種可能成立基本詐欺罪的方法：

¹²¹ [1996] AC 815

¹²² [1974] 1 WLR 2

¹²³ [1983] Crim LR 624

¹²⁴ [1992] 1 QB 20

¹²⁵ [1993] Crim LR 788

¹²⁶ [1993] Crim LR 73

¹²⁷ Guy Ladenburg, Simon Farrell QC and Nicholas Yeo [2007], *Blackstone's guide to the Fraud Act 2006*, p.xv-xvi, 5, Oxford University Press: New York. Michael Allen [2011], *Textbook on Criminal Law*, 11th edition, p. 498, New York: Oxford University Press Inc. 新法除了基本的詐欺罪，亦有第 6 條規定持有用於詐欺之文書（possessing articles for use in fraud），第 7 條規定製作與提供用於詐欺之文書（making and supplying articles for use in fraud）等等。



(一) 虛偽陳述 (Fraud by false representation)¹²⁸：意圖為自己或他人之利益，或意圖使他人受損害或是他人陷於受損害之危險，明知確為或可能不實或具有誤導性，而為反於事實或法律之任何形式之明示或暗示。一般而言，單純的緘默於此種類型不成立詐欺罪，立法者選擇以下述二類型來規範之。

(二) 未揭露資訊之詐欺 (Fraud by failing to disclose information)¹²⁹：依法應盡告知義務之人，意圖為自己或他人之利益，或意圖使他人受損害或是他人陷於受損害之危險，不誠實地未為告知。也就是「不作為詐欺」。

(三) 濫用職務之詐欺 (Fraud by abuse of position)¹³⁰：依其職務負有保管他人財產及利益之義務，卻意圖為自己或他人之利益，或意圖使他人受損害或是他人陷於受損害之危險，濫用其職務詐欺。不作為與作為同。例如，養老院經營者受託於一照護中的女士而管理其財務，卻為自己的利益而處分之¹³¹。

¹²⁸ U.K. Fraud Act, 2006. §2 Fraud by false representation. (1) A person is in breach of this section if he— (a) dishonestly makes a false representation, and (b) intends, by making the representation— (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss. (2) A representation is false if— (a) it is untrue or misleading, and (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading. (3) “Representation” means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of— (a) the person making the representation, or (b) any other person. (4) A representation may be express or implied. (5) For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention).

¹²⁹ U.K. Fraud Act, 2006. §3 Fraud by failing to disclose information. A person is in breach of this section if he— (a) dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and (b) intends, by failing to disclose the information— (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

¹³⁰ U.K. Fraud Act, 2006. §4 Fraud by abuse of position.

(1) A person is in breach of this section if he— (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person, (b) dishonestly abuses that position, and (c) intends, by means of the abuse of that position— (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

¹³¹ Guy Ladenburg, Simon Farrell QC and Nicholas Yeo, *supra* note 127 at 34.



在本法通過施行前的 *Williams(Jean Jacques)* 案¹³² 中，被告持廢棄的南斯拉夫紙鈔（值 7 元英磅）前往外匯局並詢問「可以換這些鈔票嗎？」，櫃員給付超過 100 元英鎊給被告。上訴法院維持竊盜有罪判決，認為被告的行為暗示了他認為這些鈔票在南斯拉夫是有效通行的貨幣。在新法下，此類被告依法並無任何義務而不該當第 3 條及第 4 條。

值得注意的是，依照實務見解，財產的流動不須確實發生，得利與損害要件在主觀層次，例如行為人透過欺騙手段而獲取特定資訊，欲進一步加以運用來得利或造成他人損害，實務上不須證明結果發生，成立第 2 條之罪¹³³。並且，第 5 條定義了得利與損害¹³⁴，其內涵被擴張到「暫時性的」得利與損害。與竊盜罪及過去的詐欺犯罪不同，新法下行為人不須有「永久」剝奪他人財產的故意。

第四節 三罪之模糊邊界

第一項 「Appropriate」一詞的意涵

根據《牛津辭典》，「Appropriate」為形容詞 (/ə'prɔpriet/) 時是指「在特定情境下適當的」（Suitable or proper in the circumstances）；然而將該詞當作動詞 (/ə'prɔpriet/) 時則是指「一般而言未經所有權人之同意地，取走他人之物作為己

¹³² [1980] Crim LR 589

¹³³ Michael Allen, *supra* note 127 at 490, New York: Oxford University Press Inc; *The Fraud Act 2006*, Retrieved July 9, 2016, from the website of The Crown Prosecution Service:
http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/

¹³⁴ U.K. Fraud Act, 2006. §5 (2) “Gain” and “loss”—(a) extend only to gain or loss in money or other property; (b) include any such gain or loss whether temporary or permanent; and “property” means any property whether real or personal (including things in action and other intangible property). (3) “Gain” includes a gain by keeping what one has, as well as a gain by getting what one does not have. (4) “Loss” includes a loss by not getting what one might get, as well as a loss by parting with what one has.



用」（Take (something) for one's own use, typically without the owner's permission）

¹³⁵，就我國日常用語而言，有奪取、僭用、挪用、轉為己用、據為己有等意思。

「Appropriate」作為法律用語，依據《布萊克法律辭典》，是指取得對於財產之控制

或取得持有（“appropriation, (n.) The exercise of control over property; a taking of possession.”）¹³⁶。本文使用「奪取」一詞時便是指涉「Appropriate」。

英國刑法修訂委員會在 1966 第八次報告¹³⁷中而定義了不誠實地奪取（dishonest appropriation）試圖清晰化其法律上內涵，但是不幸地，數十年後的今天我們仍不能說其意義已被完全掌握。

以比較法為例，德國刑法與蘇俄刑法皆於竊盜罪與侵占罪中要求此一「appropriation」要件。德國刑法第 242 條竊盜罪、第 246 條侵占罪之定義中皆出現 *zueignen* 的概念。*Zueignen*，一般而言有奉獻（dedicate）的意思，不過法律中此一用語則等同於「appropriate」¹³⁸；蘇俄刑法則嚴格區分 *pokhishchenie* 與 *khishchenie*，這兩個詞彙的區分在英文中失真而難以區分。前者是古老的俄語用詞，在英文中被翻譯為「stealing」，指所有不誠實的私占行為；後者在非法律脈絡有「掠奪」（plunder, pillage）之意，法律用語則限於行為客體為國家或社會財產，而法律上受託人侵占國家或社會財產且數量龐大時處以死刑。即關係為「前者包含後者」。且 *Khishchenie* 一詞涉及所有權之侵害，而 *pokhishchenie* 指侵害持有¹³⁹。

¹³⁵ Oxford Dictionaries [2016], Retrieved July 9, 2016, from the website of Oxford University Press: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/appropriate>

¹³⁶ Black's Law Dictionary, 98 (9th ed. 2009).

¹³⁷ Great Britain Criminal Law Revision Committee [1966], Eighth Report, Theft and Related Offences (Cmnd 2977, 1966), para. 34, London: H.M.S.O.

¹³⁸ Albert Hofstadter [1976], Enownment, Martin Heidegger and Literature, boundary 2, Vol. 4, No. 2, p.368.

¹³⁹ Harold J. Berman [1972], Soviet Criminal Law and Procedure: The RSFSR Codes, 2nd Edition, p.121, Harvard University Press. George P. Fletcher, *supra* note 45 at 9.



而 1968 年英國《竊盜罪法》全盤依賴模糊隱晦的「appropriation」一詞來作為本罪判準，於第 3 條¹⁴⁰定義其概念：將他人的財產視為自己的財產，奪取他人的財產而對該財產行使所有權人權利之行為，該當所謂「appropriate」。例如持有、毀損、出售、贈與、奪取、使用、典當等。未竊取但是嗣後以所有人身份自居而保存、持有、處分等亦屬之，為事後的奪取所有權人權利（“later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner”），此定義即侵占罪可以由本法所涵蓋的原因。由上可知「appropriate」一詞所指涉的範圍很廣，符合我國民法第 765 條的精神¹⁴¹。另外，依同法第 3 條第 2 項規定¹⁴²，若財產或財產上的權利及利益被（有給付目的之）移轉給善意行為人（“person acting in good faith”），則嗣後不因為「轉讓人所有權存在瑕疵」（“defect in the transferor’s title”）而成立竊盜罪。

由於 1968 年《竊盜罪法》選擇三罪合一的「大竊盜罪」立法模式，因此「appropriate」可指從他人口袋竊取、自車輛竊取，但似乎也可包含行為人依法而持有該財產時。1916 年《竊盜罪法》（Larceny Act, 1916）第 1 條明文規定竊盜罪之成立以「未經所有權人同意」（“without the consent of the owner”）為要件，但 1968 年《竊盜罪法》第 1 條第 1 項、第 3 條第 1 項都隻字未提「所有權人的同意」，因此法院在多個個案中均考慮過是否以「未經所有權人同意」而取得財產為本罪要件，

¹⁴⁰ U.K. Theft Act, 1968. §3 Appropriates. (1) Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation, and this includes, where he has come by the property (innocently or not) without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner.

¹⁴¹ 民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」法條之「處分」指最廣義處分，包含事實上處分和法律上處分。見：王澤鑑（2009），《民法物權》，頁 140，臺北：自刊。

¹⁴² U.K. Theft Act, 1968. §3 Appropriates. (2) Where property or a right or interest in property is or purports to be transferred for value to a person acting in good faith, no later assumption by him of rights which he believed himself to be acquiring shall, by reason of any defect in the transferor’s title, amount to theft of the property.



在上訴法院與上議院的討論中都出現過不同的見解¹⁴³，這個問題在所有權人被欺騙而同意的情形下尤具實益。

在 *Lawrence v. Metropolitan Police Commissioner*¹⁴⁴ 中，被害人是不諳英語且初次到英國而不熟悉當地狀況的義大利乘客，其向被告（計程車司機）出示寫有目的地之紙條，被告告以「此趟很遠，車程不便宜」。被害人進車後，從錢包取出 1 英磅給被告，被告說 1 英磅不夠（實際上車資大約一半而已），從仍然開著的錢包中再取出 6 英磅，最後被起訴竊盜（theft）6 英磅。雖然被告主張被害人同意其取走 6 英磅而無罪，但上訴法院及上議院均維持原有罪判決。被告上訴於上議院時主張應該以「未經所有權人同意」做為要件，因為過去根據 1916 年《竊盜罪法》第 1 條第 1 項，財產犯罪訴訟中必須證明「未經所有權人同意」既然 1916 年《竊盜罪法》出現過此要件，將其廢止、取而代之的 1968 年《竊盜罪法》「不言自明」亦同。另外，有論者認為「appropriate」一詞本來就不是中性的，含有「違反所有人意思」的貶義，國會於 1968 年的立法雖然沒有明文提到「所有權人的意思」，但是根本上沒有偏離過去竊盜罪（larceny）的概念¹⁴⁵。然而上議院認為「appropriate」並不以違反所有權人的意思為限，對於被告的主張表達了輕視的態度，且並沒有採納「appropriate 本非中性詞語」的見解，甚至是強調了否定的態度。

上訴法院的 Megaw 法官表示，若被告被起訴第 16 條的詐欺罪，會成立 16 條，但這不表示被起訴第 1 條竊盜罪就不成立第 1 條（也就是這兩者並非互斥）。而上

¹⁴³ Colin Manchester, David Salter [2006], *Exploring the Law: The Dynamics of Precedent and Statutory Interpretation*, 3rd Edition, p.436, London: Sweet & Maxwell.

¹⁴⁴ [1972] AC 626. 原審：*Regina v. Lawrence*, [1971] 1 QB 373

¹⁴⁵ [1972] AC 626 at 631



議院維持上訴法院之見解，被告成立 1968 年《竊盜罪法》第 1 條之罪，因為「被害人的同意」關係到「誠實」與否，但無關「被告是否侵吞被害人之財產」¹⁴⁶。

上議院 Viscount Dilhorne 法官表示：「上訴法院與被告的主要爭執是『是否經被害人同意』而取走 6 英鎊，爭執的是法律上竊盜罪是否以「未經同意」為要件，但依據本案事實根本無法認為被告取走 6 英鎊的行為有經過被害人的同意。1968 年《竊盜罪法》通過後造成巨大的變化，簡化了竊盜與相關的犯罪。從該法第 1 條第 1 項規定：『*A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and “thief” and “steal” shall be construed accordingly.*』中根本找不到理由斷定『立法者忽略未經所有權人同意要件不是故意的（inadvertent and not deliberate）』。在立法者選擇不加入『未經同意』要件時做出相左的解釋，在我看來是無端的。既然立法者跳過此要件，『未經同意』不再是本罪的要件，訴訟中便不須要證明之。是以『所有權人有無同意』影響的是不誠實（dishonesty），而非奪取（appropriation），即便所有權人同意行為人取走，仍然可能是 appropriation。」¹⁴⁷ 故根據上議院，「取得所有權人同意」與否並不是 1968 年《竊盜罪法》竊盜罪所關心的，即便取得同意也可能成立竊盜。

Ratio decidendi（簡稱 *ratio*, “the reason or rationale for the decision”）是法院判決案件的法律依據（“the point in a case that determines the judgment”¹⁴⁸或“the principle that the case establishes”¹⁴⁹），限於與本案事實及法律問題有直接關係者，根據判決拘束力原則（*stare decisis*）其呈現的法律原理在同類事實的案件中有拘束力；*Obiter*

¹⁴⁶ I. D. Elliott (1973-1974), *Three Problems in the Law of Theft*, 9 Melbourne University Law Review, Issue 3, p.453-454.

¹⁴⁷ ‘...no ground for concluding that the omission of the words “without the consent of the owner” was inadvertent and not deliberate...’ [1972] AC 626 at 631-632.

¹⁴⁸ Black's Law Dictionary, 1135 (5th ed. 1979).

¹⁴⁹ Barron's Law Dictionary, 385 (2nd ed. 1984).



discta（簡稱 *obiter*, “by the way”¹⁵⁰）則是「法官的附帶意見」，也就是法官在作出判決時就某一與本案不重要或不直接相關的法律問題所作的評論。雖然是法院意見書的一部分，但不是本案判決所必要，且不具判例的拘束力。*Lawrence* 案中 Dilhorne 法官「不以未經同意而取走為要件」的見解到底是 *ratio* 抑或是 *obiter*? 有學者認為是後者，蓋證據不足以顯示被害人有同意，則「被害人的同意是否影響本罪成立與否」是法院沒有處理到的法律問題，然而實務上對此則有兩種不同聲音¹⁵¹。

然而在 *Lawrence* 案不久後的 *Regina v. Skipp*¹⁵² 中，上訴法院似乎認為「appropriate」必須是未經授權的（unauthorized）行為，與 *Lawrence* 案見解不一致。*Skipp* 案中，冒充搬運與托運商的被告，依照客戶的指示前往倫敦的多處地點將三批貨物搬運至萊斯特（Leicester）交給客戶。被告取走所有貨物之後被起訴一個竊盜罪（theft）。上訴法院認為，雖然被告在取走貨物時欲竊盜，但是他「裝載貨物的行為」與客戶的權利並無牴觸。實際上牴觸其權利的是「將貨物從客戶預設目的地轉向（divert）的行為」，因為此刻開始他做出超過授權範圍的事情。然而法院並沒有明確地定義「appropriation」，亦未提及 *Lawrence* 案判決。若 Dilhorne 法官的見解僅僅是附帶意見（*obiter*），其自然不拘束其他法院；或 Dilhorne 法官的見解是必須被遵循的法律原則（*ratio*），*Skipp* 案的上訴法院在兩案事實類似時應該受其拘束。

¹⁵⁰ *Black's Law Dictionary*, 967 (5th ed. 1979).

¹⁵¹ Colin Manchester, David Salter, *supra* note 142 at 437-439.

¹⁵² [1975] Crim LR 114



Lawrence 案與 *Skipp* 案中相悖的兩個見解，隨後在 1984 年的 *Regina v. Morris*¹⁵³ 中再度被法院考慮。被告 Morris 從超級市場展示的架子上取走兩個商品，並將原價格標籤與更為便宜的另一標籤互換，結帳時他（如該另一標籤所示）付較少的價金，成功付帳後被逮捕¹⁵⁴。雖然被告爭執其一連串的行為都不符合 1968 年《竊盜罪法》第 1 條之定義，主張他沒有將商品藏起來而不該當竊盜，但法院認為換價格標籤該當「appropriation」，因為店主有權決定商品的價格為何，而被告侵害了這個權利。

上訴法院的 Lane C.J. 認識到有兩說¹⁵⁵，而上訴法院採取 *Lawrence* 案的立場，雖然沒有明確指出重要的法律原則（ratio）亦或是附帶意見（obiter），但明顯地將 *Lawrence* 案納入本案判決的重要基礎。Lane C.J. 法官表示：「為了使『未經所有權人同意』的要件重新納入至竊盜罪，而將『appropriate』一詞解為『以抵觸所有權人之意思為前提』，本案的法官認為有待商榷。是以上訴法院認為，將該商品從展示架取下並移至結帳櫃檯的行為，該當「appropriation」。雖然當時在超市取走的行為不是「未經同意」，然而取下的行為相當於奪走所有權人的其中一種權利。」¹⁵⁶

被告再度上訴後，上議院亦維持原審判決，但對於「appropriation」做了不同的詮釋。上議院其他法官同意 Roskill 法官，他於判決中表示¹⁵⁷不贊成 Lane C.J. 法官：「若可以假定一位誠實的顧客將貨物從展示架放到他/她的手推車的行為，是為了將貨物拿到櫃檯付以適當價金，看不出顧客哪裡有奪走（assumption）所有權人（超市）的權利。我認為，依據第 3 條第 1 項的前後脈絡，『appropriation』涉及的不是一個經過明示或暗示授權的行為，而是惡劣地侵犯權利的行為（“an act by way of

¹⁵³ [1983] 3 All ER 288, [1983] 3 WLR 697, [1984] UKHL 1, [1984] AC 320

¹⁵⁴ 事實相似的 *Anderton v. Burnside* 中，被告尚未結帳就被逮捕。

¹⁵⁵ [1983] QB 587 at 593.

¹⁵⁶ Colin Manchester, David Salter, *supra* note 142 at 441.

¹⁵⁷ [1984] A.C. 320 at 332.



adverse interference with or usurpation of those rights”）（按：此段並非本案的見解所必要，因此並非 *ratio*）。」Roskill 法官雖然沒有明確表示，但是似乎是贊同 *Skipp* 案見解的。提到 *Lawrence* 案時他解釋¹⁵⁸：「在該案中無庸置疑地有不誠實侵吞的行為，因此當時法院不須要探究到第 3 條第 1 項『appropriation』的意涵」。也就是說，「appropriation」的時間點是「貼上不正確價錢標籤」時，而非「將商品從架子取下」時。或者應該說既然「貼上不正確價錢標籤」是未經授權的，那麼就不須要再討論經授權的行為是不是可能該當「appropriation」¹⁵⁹。上議院認為，所有權人的權利可以「分拆為多項」，例如使用權、保管權、持有權等，可由不同人分別享有。例如，若將財產出租予他人，承租人享有使用權，所有權人保留其他權利。此時，承租人行使應有的使用權不成立竊盜；但若承租人侵害所有權人所保留的其他權利，則成立竊盜。因此，妨害或僭稱所有權人的任何一種權利都構成「appropriation」，而在本案中商品上貼標籤的權利由所有權人享有¹⁶⁰。Keith 法官在 *DPP v. Gomez*¹⁶¹ 中也採相同的見解。

在 1993 年的 *DPP v. Gomez*，被告為電子產品公司的副經理，明知收受的是兩張竊盜而來的支票，卻欺騙公司經理，使經理因而授權價值 17,000 英鎊買賣交易。上議院再度採取 *Lawrence* 案的見解，認為「appropriation」不以違反所有權人的意思為要件。*Gomez/Lawrence* 案的見解受到學界的批評：（一）法條無明文「違反所有人的意思」不等於不以此為要件。使用 *appropriation* 一詞而不用 *conversion*，只是因為它容易被法律門外漢理解。（二）根據 *Gomez/Lawrence* 案，經所有權人同意之行為

¹⁵⁸ [1984] A.C. 320 at 331.

¹⁵⁹ Colin Manchester, David Salter, *supra* note 142 at 441-442.

¹⁶⁰ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 351。

¹⁶¹ [1993] AC 442



可能該當 appropriation，且行為人成為所有權人時亦可能該當 appropriation，則許多會成立詐欺的案件亦會成立竊盜，1968 年《竊盜罪法》竊盜與詐欺重疊，區別變得模糊。對此，法院在 2004 年的 *Regina v. Briggs*¹⁶² 中表明「appropriation」要求犯罪的直接行為是由行為人而非被害人而為。（三）依據 *Gomez/Lawrence* 案的見解，appropriation 一詞的含義變得幾乎無意義，如 Smith 法官所說：「任何人，無論有否經他人之同意，對他人的財產做無論何事，就是奪取它。如果行為是有意的、不誠實的，並且有永久剝奪的意思，即成立竊盜。」¹⁶³（四）既然行為人成為所有權人時亦可能該當 appropriation，行為時似乎不以財產歸他人所有為限。竊盜的客觀要件減少，加上一個無貶義的 appropriation 釋義，使得行為要素近乎消失，竊盜罪變得有如思想犯¹⁶⁴。

第二項 四個爭議案例

由此可見在主要的西方法制中，竊盜罪、侵占罪、詐欺罪有大致相同的輪廓。但是如何處理「介於上述三罪之間之邊緣個案」，則從英美法系到歐陸法系的四個法系各有不同，從以下四個案例可得窺知¹⁶⁵：

【案例一】行為人甲欲竊取而向乙合法租用一匹馬，嗣後據為己用。

【案例二】行為人甲在街上發現一枚顯然是他人所遺失的戒指。甲並未向警察通報，亦未採取其他行動來尋找失主，而是拾起戒指並保存它。

【案例三】行為人甲從自己的帳戶取款，銀行櫃員乙未注意而溢付款項給甲，甲明知乙的錯誤，欲保留該筆款項而離開銀行。

¹⁶² [2004] Crim LR 495

¹⁶³ [1993] Crim LR 306

¹⁶⁴ Roger Geary [2002], *Understanding Criminal Law*, p.79-80, Portland: Cavendish Publishing.

¹⁶⁵ 以下四個案例，取自：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 13-14.



【案例四】顧客甲欲存款而將紙鈔交給銀行櫃員乙，乙私吞紙鈔而未將其放置在作業用錢箱。

上面的案例都涉及「不誠實、不道德」的行為，因此各法系都有壓力將之納為財產犯罪之處罰對象。惟不是所有法系皆處罰上述四個案例，並且由於它們都介於竊盜罪、侵佔罪與詐欺罪之間，因此重要的西方法系對其處理方式不一定相同。英國法院則是分別在 *Rex v. Pear*、*Regina v. Middleton*¹⁶⁶ 等案件中，透過擴張竊盜之概念來解決案例一、二、三。案例四則是透過喬治二世、喬治三世時期的侵佔罪解決。

英國普通法經歷了大竊盜罪的三個主要階段：（一）至十八世紀為止，竊盜罪的內涵由知名的學者、評論員（commentators）及案件來闡釋及填充。（二）普通法竊盜罪於十九世紀有了很大的發展，並體現為 1916 年《竊盜罪法》（Larceny Act, 1916）。（三）由 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act, 1968）典型化的「捨棄竊盜罪、侵佔罪與詐欺罪三分法」趨勢。至於 2006 年英國為詐欺罪單獨立法，對於未來的影響仍有待觀察。在這部分的研究，本文主要指的是第二階段的英國普通法，因為它在美國（甚至是在遵循《模範刑法典》的州）仍然有優越的影響力。然而法國法、德國法、蘇聯法則未捨棄三罪之三分法，並無類似英國 1968 年《竊盜罪法》大竊盜罪的立法。

¹⁶⁶ [1873] LR 2 CCR 38

【案例一】不正目的取得動產（Receiving Chattel with a Fraudulent Purpose）

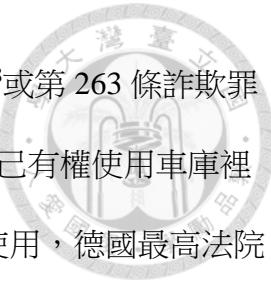
行為人甲欲竊取而向乙合法租用一匹馬，嗣後據為己用。



在本案例中，行為人甲取得形式上佔有或持有的權利（被委託保管、信託等）但主觀上有不正、不誠實之目的（欲竊取），最後決定保留取得之物。

在 1799 年的 *Rex v. Pear* 中，被告向被害人 Finch 提供自己的住址租用一匹馬，承諾當天晚上八點會返還。然而被告沒有依約返還該匹馬，反而販賣給他人，並且提供之住址並非其真實住處。前述的「持有豁免原則」可能會阻礙法院判決竊盜，但法院於本案不採用此原則而認為被告透過欺騙的手法來取得對於他人財產之持有，嗣後轉為己用成立竊盜罪，因為被詐欺而有瑕疵的同意並不是法律上的同意。這個見解擴張了竊盜罪而飽受批評。被告何以因為未返還租用的馬匹、將之販賣於他人而成立竊盜？學者的想法是，*Pear* 案的法官認為被告的此類行為會威脅交易關係，使得他們拋下對於擴張竊盜罪範圍的疑慮。*Pear* 不知何時浮現的不法故意，被與一開始的租用行為連結在一起，使得租用行為變成不法的（trespassory）。實則若被告租用時表示自己會如期歸還馬匹，法官應該可以判被告詐欺才對。學者認為，*Pear* 案以降的法官意識到詐欺罪的可能性，使得詐欺罪的發展得以開展進化，而 *Pear* 案變成了一個英國法制史上的「異數」，造成法律學習者的困擾而對法制發展沒有什麼貢獻，反而有違反罪刑法定原則的疑慮。¹⁶⁷

¹⁶⁷ Herbert Packer [1968], *The Limits of the Criminal Sanction*, p.83, Redwood City, CA: Stanford University Press.



至於德國法院，則可能會認定本案為刑法第 246 條侵占罪¹⁶⁸或第 263 條詐欺罪¹⁶⁹，而非竊盜。在另一類似案件中，行為人向車庫值班員為一自己有權使用車庫裡車子的迂迴暗示（implicit misrepresentation），因而取得車子之使用，德國最高法院亦推翻下級法院之見解，認定成立詐欺罪¹⁷⁰。Pear 案若發生在德國法下，被告 Pear 不會成立竊盜罪，因為被告將馬匹轉為己用時，本來就已經「持有」該馬匹。並且行為人公然說謊並非必要，沒有揭露自己不正之目的即足，成立詐欺罪。

法國法院不會認為本案是竊盜或是詐欺。既然是被害人（馬廄管理人）自願交付馬匹而不符合不法取得（*soustraction, trespassory taking*），亦非需要更多討論的分期付款之情形，被告不可能成立法國刑法第 397 條竊盜罪。而由於法國刑法第 405 條詐欺（*escroquerie*）要求詐欺之故意必須透過虛假名稱、虛假財產的宣稱，或是欺騙行為來表現，因此本案也不符規定¹⁷¹。最有可能成立的是侵占罪。法國刑法第 408 條（*à titre de louage, abus de confiance*）侵占罪的規定，限於六種特定關係始成罪，其中包含了動產承租人（lessee）的侵占，即【案例一】之情形。

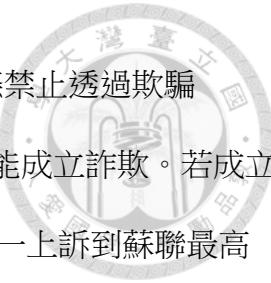
在蘇聯，包含蘇俄的許多共和國中，刑法處罰侵占社會主義公有財產（socialist property）的行為，但並不處罰侵占「私人」財產（少數處罰的共和國，例如烏茲別

¹⁶⁸ StGB §246 Unterschlagung (1) Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) Ist in den Fällen des Absatzes 1 die Sache dem Täter anvertraut, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. (3) Der Versuch ist strafbar.

¹⁶⁹ StGB §263 (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft...

¹⁷⁰ Judgment of January 16, 1963, 18 BGHSt. 221.

¹⁷¹ 有爭議的是使用虛假的地址，是否該當此標準。見：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 16-17.



克），被害人必須尋求民事賠償來解決¹⁷²。然蘇俄刑法第 147 條禁止透過欺騙（*moshennichestvo*）的手段取得財產所有權或持有，因此最有可能成立詐欺。若成立契約時行為人主觀上沒有履行契約的意思，足以構成詐欺。在另一上訴到蘇聯最高法院的案件中，被告因承諾建築倉庫而取得金錢給付、私吞該筆金錢，行為人被判決成立詐欺罪後上訴。蘇俄最高法院（the Supreme Court of the RSFSR）認為只是契約的違反，但是蘇聯最高法院（the Supreme Court of the USSR）仍然認為證據顯示行為人做了一個「虛偽的承諾」而肯定詐欺罪之有罪判決¹⁷³。

若【案例一】發生在現今的加州，法院會毫不猶豫地認定為加州刑法第 484 條之侵占罪¹⁷⁴。然而十八世紀後期此類型案件在普通法下則不是如此（如前述的 *Rex v. Pear*，還有 *Rex v. Semple*¹⁷⁵ 及 *Rex v. Charlewood*¹⁷⁶），因為承租人的侵吞行為尚未被刑罰化，直到十九世紀中期才被擴張的刑法納入處罰範圍。又，法院認為詐欺罪之成立以被害人被勸誘而放棄財產「所有權」為要件，排除詐欺罪的適用。因此選擇只有兩個：承認此類行為不被刑法處罰，或是擴張竊盜罪。法院於此選擇了後者路徑，擴張竊盜罪至他國（法國、德國、蘇聯）竊盜罪以外的範圍。然而不乏反對的聲音，例如學者 Joseph Henry Beale (1861-1943) 批評 *Pear* 案法院見解，認為應該要擴張詐欺罪（而非竊盜罪）的內涵¹⁷⁷。

¹⁷² Ugol. kod. (RSFSR) §92; Cf. Ugol. kod. (Uzbekistan) §130. Harold J. Berman, *supra* note 139 at 121. George P. Fletcher, *supra* note 45 at 17.

¹⁷³ See 1955 (3) Decisions of the Supreme Court of the USSR 24.

¹⁷⁴ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 17.

¹⁷⁵ [1785] 168 Eng Rep 312

¹⁷⁶ [1786] 168 Eng Rep 306

¹⁷⁷ Joseph Beale [1892], *The Borderland of Larceny*, Harvard Law Review, vol. 6, p.244-256.

【案例二】明知而拾得遺失物（The Problem of Finders）

行為人甲在街上發現一枚「顯然」是他人所遺失的戒指。甲並未向警察通報，亦未採取其他行動來尋找失主，而是拾起戒指並保存它。



首先，所有權人並未將財產委託或信託於行為人，所有權人與自己法律利益之分離並非行為人所導致，且由於英國法並無如我國刑法第 337 條「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，處五百元以下罰金。」之規定，因此行為人拾得偶然脫離所有權人持有之遺失物，其罪責只能根據竊盜罪來判定。

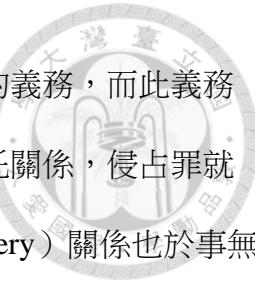
遺失物能否成為竊盜罪客體？古代法律並未納入保護，過去的文本也認為拾得人不會成立竊盜罪，蓋原所有權人已失去持有，因此行為人不是從他人的持有而取得財產。對於取得未被持有之物的行為，不能輕易以竊盜罪論處¹⁷⁸。

在美國的 *Burns v. State*¹⁷⁹ 中，被告 Burns 為執法人員，與同事執勤追捕 Adamsky 時，同事將 Adamsky 逃跑時落下的一捲紙鈔交給被告，其隨後據為己有。陪審團認為其成立威斯康辛州刑法第 943.20 條第 1 項 b 款的「受託人竊盜罪」（larceny by bailee）¹⁸⁰。被告主張並無成立寄託契約而不成立本罪，但法院不採之而認為實際上有意思接觸（actual meeting of the minds）不是成立寄託的必要條件。持有他人財產

¹⁷⁸ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 104.

¹⁷⁹ [1910] 145 Wis. 373, 128 NW 987

¹⁸⁰ Wis. Criminal Code §943.20 Theft. (1)(b) By virtue of his or her office, business or employment, or as trustee or bailee, having possession or custody of money or of a negotiable security, instrument, paper or other negotiable writing of another, intentionally uses, transfers, conceals, or retains possession of such money, security, instrument, paper or writing without the owner's consent, contrary to his or her authority, and with intent to convert to his or her own use or to the use of any other person except the owner. A refusal to deliver any money or a negotiable security, instrument, paper or other negotiable writing, which is in his or her possession or custody by virtue of his or her office, business or employment, or as trustee or bailee, upon demand of the person entitled to receive it, or as required by law, is *prima facie* evidence of an intent to convert to his or her own use within the meaning of this paragraph.



者就必須盡到特定程度的注意義務來保存與歸還之，否則有說明的義務，而此義務則創造了寄託關係。不過在許多法系中只要沒有法律上規定的信託關係，侵占罪就無法適用，採取以上見解擴張寄託（bailment）關係及運送（delivery）關係也於事無補。即便克服此問題，「侵占」的概念仍不能輕易地被延伸至「欲據為己有而拾得之行為」，因為典型的侵占以「行為人開始持有該物之後形成決意」為前提¹⁸¹。

德國學者試圖克服此一困難，使不誠實的遺失物拾得人可能成立侵占。例如學者威爾采（Hans Welzel, 1904-1977）¹⁸²主張侵占罪只是普遍概括的奪取（appropriation）犯罪的一部份：只要是「沒有破壞持有」的奪取行為，就是侵占¹⁸³。竊盜罪是一個行為人透過取走（taking）來破壞持有的特定形式犯罪，若非此形式之奪取，則由侵占罪來處罰。【案例二】中不採取適當手段尋找所有權人而保留拾得遺失物，便是一個「沒有破壞持有」（without taking possession）的例子，因此根據德國學說與實務可能成立侵占。行為人的主觀意思無關緊要，不論是拾得之前已經決意奪取財產，或是拾得之後才形成此一決意，都成立侵占。

蘇聯立法者遵循與德國學者同樣的思路，將此類案例歸為侵占，而既然蘇俄刑法如上所述不處罰侵占「私人」財產之行為，【案例二】中不負責、不誠實的行為人完全不成立犯罪（但依蘇俄刑法第 92 條，若拾得並奪取公有財產則成立侵占罪）。不過在一特定類型的拾得私人財產案例中，蘇聯立法者傾向擴張竊盜罪：乘

¹⁸¹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 18.

¹⁸² 目的行為論者，主張刑法不只是關心客觀上依循因果關係的自然事件，應以個人內在主觀意思作為判斷其罪責之前提。「意志作用並非屈從物理因果法則，而是凌駕並支配（überdeterminieren）外在客觀的因果歷程。」見：許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 215-300。

¹⁸³ Hans Welzel [1969], *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11th edition, p.345, Berlin: Walter de Gruyter. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 19.)



客將行李箱遺留在計程車，因此拾得人（駕駛）會知道誰是所有權人、如何聯絡所有權人¹⁸⁴。

法國、英國及美國法院從未考慮過對拾得人處以侵占罪。

在 1817 年一個重要的法國案例¹⁸⁵中，僕人在她的女主人家中找到一枚鑽石戒指，當女主人詢問時卻答以沒有見過此鑽戒。法院認為這一連串的行為該當竊盜。然而 1830 年出現「拾獲被棄置於高速公路上的物品」的案例，法國法院則認為不該當竊盜¹⁸⁶。

同樣是拾獲被棄置於高速公路上之物，英國法院在 1894 年的 *Regina v. Thurborn*¹⁸⁷ 中做了詳盡的討論。被告拾獲其上沒有名字、沒有記號的紙鈔，依當時的情況被告沒有辦法尋找原所有權人，並且沒有任何理由相信所有權人知道掉落在此處而會回來，被告為了自己私用而拾起之。隔天他得知不小心遺落紙鈔的原所有權人為誰之後，即換鈔並將換來的錢作為己用。陪審團認定他有理由相信，並且也確實相信其拾獲之財產為他人所有，否則得知此情後就不會換鈔。根據無犯意則無犯罪（*actus non facit reum nisi mens sit rea, an act is not necessarily a guilty act unless the accused has the guilty mind required for that offence*）此一刑法原則——亦即要成立犯罪須行為時有主觀犯意——行為人成立犯罪與否，必須視行為人行為當下的主觀意思為何。而（皇家）刑事法院推翻了前審的有罪判決，認為行為人之主觀意思為何則取決於當下環境（主觀判斷的客觀化）。因此，唯有動產客觀上看起來是他人所

¹⁸⁴ Kurs (SP 1973) at 758.

¹⁸⁵ Judgment of June 5, 1817; Recueil Sirey 1815-18.1.326 (*Cour de Cassation*)

¹⁸⁶ Judgment of September 2, 1830; Recueil Sirey 1828-30.1.582 (*Cour de Cassation*)

¹⁸⁷ [1848] 169 Eng Rep 293



有，而行為人也相信自己不歸還而取走的行為是違反所有權人之意思，才會成立竊盜罪；若是僅僅拾起財產並端詳之，則不會成立竊盜。本案中，根據行為時的環境判斷，先前取走的行為不足以成立竊盜，蓋本案動產是一個遺失的、沒有記號的、無法判斷誰為所有權人的紙鈔，並且也沒有所有權人可能回來的跡象。問題是，當行為人已經持有紙鈔，而嗣後得知所有權歸屬於他人卻選擇換鈔，此時是否成立犯罪？法院認為既然先前取走時行為人不知情，即已合法取得持有，無論嗣後是否再得知所有權人的存在，都因為先前取得合法持有而不成立竊盜罪¹⁸⁸。故原則上英國法院認為，在不能馬上找到失主的情形下拾獲動產，不應該接受刑事上制裁。但必須注意的是，這僅適用在「根據當下環境判斷，無法得知失主為誰，且難以期待行為人採取行動來尋找失主，失主亦不會返回」之情形，與【案例二】的前提並不相同。

【案例二】此類明知為他人遺失物而仍然佔為己有的情形，英國法院的想法是藉由擴張「不法」（trespass）與「取得」（taking）的概念（*soustraction*）使竊盜罪得以涵蓋此情形。當然要成立竊盜罪的前提是，行為人在拾得時就有據為己有的故意。如本案的 Baron Parke 法官所言：「若行為人取得遺失物時確實相信不可能再找到失主，不會成立竊盜罪。若行為人明知或可合理推知是他人遺失且可能回復於所有權人之物，而懷著完全支配該物的故意將之取走，成立竊盜罪。」¹⁸⁹

初期來到法院的案件中，拾得人都知悉誰是所有權人，並知道可採取什麼措施以歸還被忘卻或掉落之物。例如 1786 年的 *Rex v. Wynne*¹⁹⁰，乘客將一個箱子掉落在馬車上未拿走，馬伕拿走了箱內之物。法院對於乘客將行李箱遺留在計程車，而司

¹⁸⁸ Henry Warburton [1892], *A selection of Leading Cases in the Criminal Law: With Notes*, p.149-153, Utah: Repressed Publishing.

¹⁸⁹ [1848] 169 Eng Rep 293 at 296

¹⁹⁰ [1786] 168 Eng Rep 308



機將箱子內物品據為己有之情形（與前述蘇聯擴張竊盜罪適用的類型相同），擴張解釋認定為竊盜。

美國法較為典型的做法是想辦法將之納入竊盜或侵佔的範圍內。《模範刑法典》（The Model Penal Code）第 223.5 條之規定：「明知其為遺失物、遺忘物，或因誤認物之性質、數量、受領人身份交付之財產，若以剝奪所有權人之全力為目的而未採取適當之措施返還正當權利人而取得之，成立竊盜罪」¹⁹¹。不過部分州可能將案例二作為侵佔處理，部分州則立法處罰沒有採取適當步驟來尋找遺失物所有權人（失主）的行為人，例如加州刑法第 485 條¹⁹²。

【案例三】錯誤的給付（The Problem of Mistaken Delivery）

行為人甲從自己的帳戶取款，銀行櫃員乙未注意而溢付款項給甲，甲明知乙的錯誤，欲保留該筆款項而離開銀行。

此類案例是十九世紀以來普通法中令人頭痛的第三個問題。雖然行為人離開銀行時具有一個「不法的故意」，也就是並非真誠地認為自己有權這麼做，且沒有日後歸還的意思，但是他做的事情只有被動地、默默地「利用他人的錯誤」而已。

¹⁹¹ Model Penal Code §223.5. Theft of Property Lost, Mislaid, or Delivered by Mistake.
A person who comes into control of property of another that he knows to have been lost, mislaid, or delivered under a mistake as to the nature or amount of the property or the identity of the recipient is guilty of theft if, with purpose to deprive the owner thereof, he fails to take reasonable measures to restore the property to a person entitled to have it.

¹⁹² Cal. Penal Code §485: One who finds lost property under circumstances which give him knowledge of or means of inquiry as to the true owner, and who appropriates such property to his own use, or to the use of another person not entitled thereto, without first making reasonable and just efforts to find the owner and to restore the property to him, is guilty of theft.



因錯誤而給付的財產，例如財產性質的錯誤、財產數量的錯誤、接受者身分錯誤。此情是否為不法取得？理論上與上述案例二同：若收受者在取得財產時沒有認識到是因錯誤而取得，那麼嗣後將財產留下來並不該當不法取得；若收受時明知是錯誤給付，則收受之人有更正的義務，此時據為己有的行為該當不法取得。然而，十九世紀的英國與美國法院透過擴張竊盜罪來處理此類案例。美國《模範刑法典》(The Model Penal Code) 第 223.5 條亦規定，明知為因誤認物之性質、數量、受領人身份而交付之財產，若以剝奪所有權人之全力為目的而未採取適當之措施返還正當權利人而取得之，成立竊盜罪。據此，行為人不論於何時形成據為己有的故意，皆不影響成立竊盜罪¹⁹³。

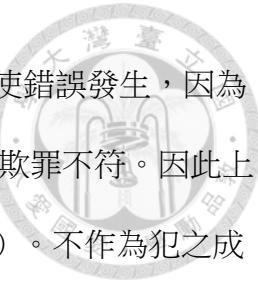
法國立法者則堅定地認為應該以民事法上的損害賠償來解決。由於櫃員給付是自願的，不符合不法取得要件而不適用竊盜罪；由於捨棄溢付部分款項的所有權及持有是自願的，亦不適用侵佔；由於行為人沒有實行欺騙行為亦不適用詐欺。法國的立場反映了限縮且符合字義的刑法解釋。

基於同樣理由，德國法院不願意以竊盜、侵佔來處罰此類行為，而既然德國法詐欺罪較廣而包含明示與暗示的詐欺，唯一可考慮的是詐欺¹⁹⁴。

析言之，整個過程可以分為兩個時點：（一）行為人將取款單或存摺放置於櫃臺上；（二）櫃員將數目錯誤的款項交給行為人。若行為人於時點（一）就期待櫃員之錯誤並有欺騙櫃員之故意，可能成立詐欺；有問題的情形是，櫃員的錯誤是意料之外的，在櫃員將現金交付給行為人時才第一次引起行為人之注意。雖然行為人

¹⁹³ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 356。

¹⁹⁴ 【案例三】的事實曾在 1968 年出現於德國法院中，一審法院判決詐欺有罪，但上訴法院推翻該見解。See: Judgement of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Düsseldorf, August 23, 1968, 1969, NJW 623.



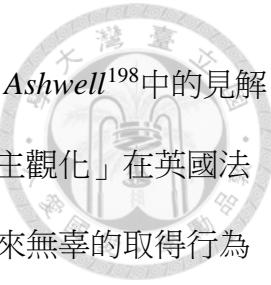
收受之後有不誠實的故意（dishonest intent），但這個故意並無誘使錯誤發生，因為財產的移轉和不法行為（fraudulent act）幾乎同時發生，與德國詐欺罪不符。因此上訴法院認為處理本案的唯一途徑是不作為詐欺（fraud by omission）。不作為犯之成立以行為人有防止侵害之義務（duty-bound to prevent the harm）為前提，而本案可能的義務是商業交易的誠實信用原則¹⁹⁵（*Treu und Glauben*, the general commercial duty of good faith and fair-dealing），但是上訴法院認為在缺乏刑法制定法基礎的前提下，就將過於抽象的誠信原則作為刑法標準，可能違反罪刑法定主義（*nulla poena sine lege, no penalty without a law*）。

蘇俄立法者亦認為必須是「錯誤致移轉」才能成立詐欺，本案不符合。不過在特定情形下，依蘇俄刑法第 92 條第 1 項可能適用蘇聯的侵占罪：收受財產之人為政府官員，且保有錯誤給付在職權範圍內的公共或國家財產。若私人為之或是政府官員保有職權範圍外的此類財產，則適用第 97 條關於「遺失或意外收受國家或公法組織的財產」特別規定¹⁹⁶。

在 1873 年的 *Regina v. Middleton* 中，法院認為取款人成立竊盜罪。雖然本案的郵局櫃員有移轉款項的意思，但是因為櫃員只有「將金錢交給書面通知單（letter of advice）相對應之人」的權限，故既然該移轉意思存在錯誤，在法律上就沒有真正地移轉。取款人僅取得保管權，他明知錯誤而取走款項，具有竊盜故意（*animo furandi*）而成立竊盜罪。雖然少數意見的 Martin 法官和 Bramwell 法官堅持竊盜罪必須是透過不法的、強制性的手段而取得財產，被害人的自願給付並不符合這個要求

¹⁹⁵ 我國民法則是於第 148 條第 2 項規定之。「誠實信用原則的適用，係由債權的行使及債務的履行擴大及於『權利的行使及義務的履行』，成為一般法律原則」，王澤鑑（2008），《民法總則》，頁 590，臺北：自刊。

¹⁹⁶ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 22.



¹⁹⁷，但是並未引起其他法官的關心。十二年後，法院在 *Regina v. Ashwell*¹⁹⁸ 中的見解亦是從行為人主觀的意思來觀察取走的行為。於是「取得行為的主觀化」在英國法終究取得勝利的地位。從此二判決可以看出法院的態度：外部看來無辜的取得行為若伴隨了主觀不法，就可能成立犯罪¹⁹⁹。

【案例四】第三人交付（The Problem of Delivery from a Third Party）

顧客甲欲存款而將紙鈔交給銀行櫃員乙，乙私吞紙鈔而未將其放置在作業用錢箱。

或有認為【案例四】牽涉的是受託人竊盜（larceny by bailee）²⁰⁰，是讓普通法院對於擴張竊盜罪最為遲疑的類型。

若是顧客在店裡為了購買商品而交付紙鈔，職員、櫃員據為己有的行為是破壞雇主的持有，論者認為在德國法下曾被認定是竊盜²⁰¹。十八世紀的英國法院認為第三人（顧客）交付紙鈔時櫃員取得了持有，因此拒絕將嗣後據為己有的行為認定為竊盜。只有在櫃員將紙鈔之持有移轉給雇主（例如放到保險櫃、現金櫃等）之後才據為己有，始成立竊盜。

在通過創設了侵占罪的《喬治三世法典》（39 George III）之前，銀行櫃員若在收受金錢之後未放置於錢櫃中，反而藏匿後轉為己用，行為人違反信託義務（breach

¹⁹⁷ [1873] LR 2 CCR 38 at 53, 58.

¹⁹⁸ [1885] 16 QBD 190

¹⁹⁹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 107-110.

²⁰⁰ 此一用語，見：Henry Warburton [1892], *A selection of Leading Cases in the Criminal Law: With Notes*, p.153, Utah: Repressed Publishing LLC, 2012.

²⁰¹ 學者 Fletcher 引用的是十九世紀的德國法院判決，見：*Judgment of May 3, 1897*, 30 RGSt. 88. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 23.) 德國法下行為人成立竊盜罪還是侵占罪？事實上必須依據行為人有無自由使用之權（「持有」）作為判斷。



of trust），不過並非成立重大犯罪（felony），蓋銀行（業者）從未持有該金錢。

1799 年著名的 *Rex v. Bazeley*²⁰² 中，被告 Bazeley 是年薪 100 英鎊的銀行主任出納員（principal teller），雇主是英國銀行（the Bank of England）的銀行家 Esdaile 及 Hammett，工作職務包含在銀行櫃臺接受與支付現金及本票、匯票等。被告同時也是另一家公司 The Ding Dong Mining Company 的出納員（treasurer），經常經手公司的票據。該銀行的運作是，每一位出納員都有錢簿、櫃子、袋子，顧客存款時，出納員便點清票據與現金、在該顧客名下輸入票據及現金數量，並在顧客的存簿記名結餘總額，之後將現金放入袋子、將票據收到後面的櫃子，其他出納員錢簿中每一筆收支以及餘額結算每天均抄錄到被告的錢簿。某日他在職務範圍內從第三人 Gilbert 的僕人 Cock 收受 122 英鎊的票據與 15 英鎊的現金以償還對於 The Ding Dong Mining Company 的債務，總計 137 英鎊。被告在 Gilbert 名下輸入 137 英鎊後，將 15 英鎊的現金輸入自己的名下，並將 22 英鎊的票據放入身後的櫃子，100 英鎊的票據放入自己的口袋中，嗣後用於清償自己私人之債務。被告被起訴竊盜，法院判決無罪，因為被告的雇主從未合法持有與保管本案之票據與現金，他直接將其放入自己的口袋中，而不是先放到櫃子再據為己有。在 *Rex v. Bazeley* 判決出爐後，英國國會意識到大眾對於財務安全的疑慮而盡速通過了創設侵佔制定法的《喬治三世法典》²⁰³。

「持有是否已移轉」有時在實務上會造成認定困難，例如在上述的 1798 年的 *Rex v. Pear* 中，被告租用馬匹被認為已取得持有，嗣後轉為己用成立竊盜罪；但 1743 年的 *Rex v. Waite*²⁰⁴ 中被告（亦為銀行櫃員），收受印度債券作為存款，卻被認

²⁰² [1799] 168 Eng Rep 517

²⁰³ Thomas Leach [1815], *Cases in Crown Law, Determined by the Twelve Judges, by the Court of King's Bench, and by Commissioners of Oyer and Terminer and General Gaol Delivery: From the Fourth Year of George the Second, 1730, to the Fifty-fifth Year of George the Third*, Vol. 2, p.835-837, London: J. Butterworth; Herbert Packer [1968], *supra* note 167 at 83.

²⁰⁴ [1743] 168 Eng Rep 117



定為尚未取得持有，因此必須注意個案事實之異同。侵占罪立法後更是如此。銀行櫃員成立竊盜或侵占的關鍵是以「是否有將現金、票據放入保險櫃等」來判斷持有是否移轉給雇主。若有，嗣後取之是破壞持有而成立竊盜；若無，則是自己持有時據為己有（appropriation）而成立侵占。但是上述標準真的可以判別持有的移轉嗎？

十九世紀末，Holmes 法官在 *Commonwealth v. Ryan*²⁰⁵ 主張應該以「銀行櫃員存入款項時的主觀意思」為依歸。

若十八世紀法院當初選擇擴張竊盜罪以涵蓋收受第三人財產之受僱人，法制發展會很不同。一個路徑是，法院可以不必在「持有是否已移轉」的形式問題上打轉，而認定銀行櫃員為一個顧客將持有移轉給銀行的「管道」（conduit）而已。這個想法其實不會過於牽強，但十八世紀的法院想必不會願意將「持有之移轉」與「物理上物品之移轉」兩者分離。學者認為不是因為法院尊重銀行櫃員及其他受僱員之主體性（而不願意將他們稱作企業的「管子」），毋寧是想像力的缺乏而已

²⁰⁶ 。

另外一個路徑是認定雇主與受僱人共同持有（joint possession）由受僱人所收受的物品。首先必須釐清竊盜罪「取得」（taking）的要件。僅僅破壞所有權人的持有即足？還是除了破壞持有，更要同時取得持有？若為前者，在共同持有的情形下，一持有人對於另一持有人有可能犯竊盜；若為後者，則否。雖然這個問題不常被討論，但是普通法似乎認為共同持有人不可能對彼此犯竊盜罪。德國法則認為共同持有人可能對彼此犯竊盜罪，這個見解促使竊盜擴張至此類案例，受僱人不論是取得對於物品之保管（custody）或是共同持有，都成立竊盜。

²⁰⁵ [1892] 155 Mass. 523, 30 NE 364

²⁰⁶ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 22-24.



至於為何輕易在案例一二三選擇「膨脹」竊盜罪的法官，卻從沒有在案例四選擇這麼做？可能的原因是英美法法院認為竊盜的保護法益是「持有（權）」，因此以行為人本沒有權利取得對物之持有為前提，唯有剝奪它並取得它才會成立本罪。

因此，認定竊盜罪是否成立的關鍵是區辨「持有」與「控制或保管」。若行為人只是控制或保管財產、未享有持有，則不法的轉變（*fraudulent conversion*）是為不法取得。例如，被授予權利的高階受僱人不僅享有保管權，亦享有持有權，其侵吞財產的行為就不會侵犯雇主的持有權；而一般的受僱人被認為可以控制雇主之財產，享有保管權，持有權仍然是雇主享有。若非法侵吞雇主之財產，便侵害了雇主的持有而成立竊盜。但若其為了雇主的利益而收受第三人之財產，對於該物便享有持有，此時侵吞該財物不成立竊盜。若將接受之財產移交給雇主後才侵吞則成立竊盜。例如財務公司的受僱人甲在收受現金後將之放入辦公室的現金抽屜內，當天下班前將現金取出帶走，甲成立竊盜罪，蓋現金放入抽屜時即屬公司持有。並且，不論受僱人將財產移轉給雇主持有時間的長短。

過去英國普通法中有所謂的「破壞封緘原則」（*Breaking Bulk*）。這是在 1473 年星室法庭（Star Chamber）於著名的運送人案（*The Carrier's Case*, Y.B. Pacsh. 13 Edw. IV, f. 9, pl. 5 (1473), 64 Selden Soc. 30 (1945)）中所做的決定，是司法史上第一個與唯一一個嘗試揭穿「持有豁免」面紗（*pierce the veil of possessorial immunity*）並判決受託人竊盜的個案。運送人與商人成立運送契約，將幾捆得作為染料的雜草運送至南安普敦（Southampton）。被告將雜草帶往他處，拆開綑綁並取走內容物。

Break bulk 為拆開封緘之外包裝、破壞包裝物完整性之意。在受託人受委託持有經封緘的包裝物（例如運送契約）時而奪取受託物的個案中，竊盜之成立，視受託人是否有拆開包裝而定。若有打開裝載受託物之箱子、包裹等，進而售出部分或完



整之物，屬不法取得而成立重罪（felony），蓋雖然行為人收受包裝物時享有持有權，但是包裝一旦被拆開，物品即被推定為屬「所有權人」持有；若未拆開包裝，直接將物連同包裝完整取走甚至售出，則不成立竊盜而僅違反受託人的信託義務（breach of trust）。此規則亦有被適用至「取走未經包裝的物品」，部分地區甚至制定「託管竊盜罪」來規範受託人對受託物品實行不法的轉變²⁰⁷。

然而此規則已不再有效，早在 1861 年《竊盜罪法》（Larceny Act, 1861）即遭廢止。該法第 3 條規定²⁰⁸，動產等之受託人若將該物不法取走或轉變為自己或他人之物，即成立竊盜，並不以「Breaking Bulk」原則為判斷。

第三項 小結

以上四個案例在不同國家遊走在竊盜、侵占、詐欺的邊緣，呈顯了奪取財產犯罪內涵的流動性。

【圖表一：案例一至案例四的各國刑責】²⁰⁹

案例	法國	德國	蘇聯	英國
不正目的取得動產	侵占	侵占、詐欺	詐欺	竊盜
明知而拾得遺失物	竊盜	侵占	侵占、竊盜	竊盜
錯誤的給付	無罪	無罪	侵占	竊盜
第三人交付	不明	竊盜	不明	竊盜或侵占

²⁰⁷ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 354-355。

²⁰⁸ UK and Ireland Larceny Act, 1681. §3. Whosoever, being a bailee of any chattel, money, or valuable security, shall fraudulently take or convert the same to his own use or the use of any person other than the owner thereof, although he shall not break bulk or otherwise determine the bailment, shall be guilty of larceny, and may be convicted thereof upon an indictment for larceny; but this section shall not extend to any offence punishable on summary conviction.

²⁰⁹ 整理並改編自：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 26.



可以看到的是，當大陸法系的國家傾向使行為人成立竊盜以外的財產犯罪或甚至無罪時，英美法系偏好成立竊盜罪。而這種青睞在十八世紀至十九世紀是竊盜罪概念重塑的推力。

在英美法主要是以「三面關係」或「兩面關係」（three-party and two-party cases）做區分：在三面關係時（【案例四】第三人交付而受僱人將財產據為己有的情形），視受僱人有無將持有移轉給雇主來決定成立竊盜或侵佔；在案例一至三的兩面關係，行為人直接由所有權人收受財產，整個過程皆有兩個時點可能成立犯罪，如下圖表所示。

【圖表二：案例一至三的兩個犯罪時點】²¹⁰

案例	T ₁ （時點一）	T ₂ （時點二）
不正目的取得動產	收受並乘用馬匹	據為己有（如販賣馬匹）
明知而拾得遺失物	拾起戒指	未採取回復的步驟
錯誤的給付	收受溢付款項	未返還溢付款項

案例一二三於 T₁ 共同的元素是「收受動產」，T₂ 時都有隨後的不誠實行為（act of dishonesty）。要成立犯罪，須符合犯罪構成與同時性原則（*actus non facit reum, nisi mens sit rea*，無犯意則無犯罪，指犯罪構成體系當中所要求的主觀不法及責任要件，都必須在所設定之犯罪行為時點具備²¹¹），也就是行為人除了行為之外還必須

²¹⁰ 整理並改編自：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 27.

²¹¹ 黃榮堅（2011），〈犯罪構成與同時性原則——評高等法院 99 年上訴字第 4803 號等判決〉，《法令月刊》，第 62 卷第 9 期，頁 25-45。



在 T_1 或是 T_2 有犯罪故意。例如，若 T_1 的行為取得持有，就必須在 T_1 亦有犯意，先有行為再有犯意則不成立犯罪。

成立什麼罪名，端看行為人取得的法律上利益為何：保管（custody）、持有（possession）抑或所有（title）。只有在取得後二者時才會成立犯罪。

因此，於 T_1 僅取得保管（例如【案例一】馬匹的租用人）時，行為人沒有犯罪，可能的犯罪時點為 T_2 。 T_2 時難以想像案例一的行為人取得馬匹所有權，但是有可能在據為己用時取得持有，而該當竊盜罪「破壞他人持有而取得之」要件，有無法主觀時於 T_2 成立竊盜。

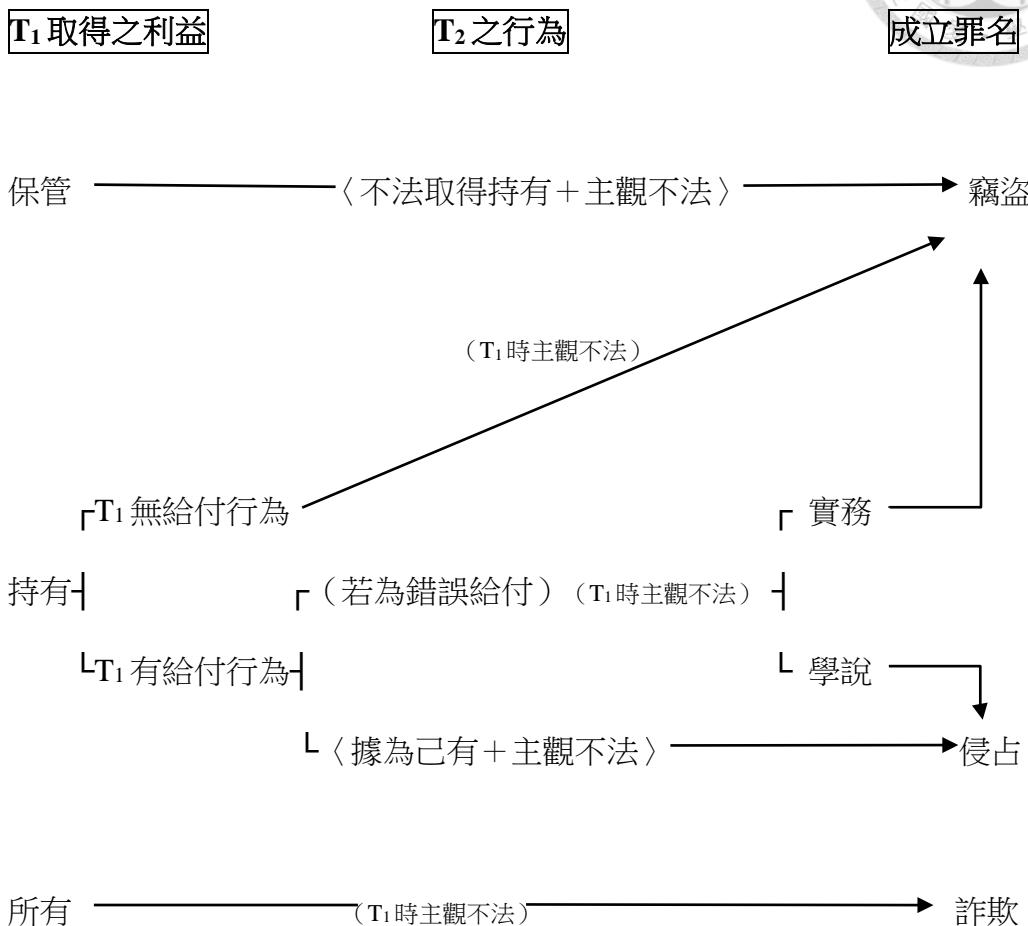
於 T_1 取得持有時，財產所有權人可能是自願地或非自願地失去持有。前者是由於所有權人的給付（delivery），此時有兩種可能性。錯誤給付的【案例三】中，有認為（即 *Regina v. Middleton*）收受財產之人於 T_1 成立竊盜，不過有學者認為²¹² T_1 的給付會移轉持有，使得行為人於 T_2 時可能成立侵占罪。於 T_1 非自願地失去持有時，為侵入性取得（forcible taking），於符合主觀要件時成立竊盜。

故行為人於 T_1 取得所有時，其不可能成立竊盜罪或侵占罪，只有成立詐欺罪之可能。

²¹² George P. Fletcher, *supra* note 45 at 29.



【圖表三：十九至二十世紀的英國大竊盜罪結構】²¹³



因此，如上圖所示，T₁ 取得何種法律上利益將影響後續法律效果之判斷。釐清 T₁ 發生什麼事，是澄清案件類型最重要也最困難的地方。

在大竊盜罪的架構下，（大）竊盜罪不再是一個強調秘密、隱蔽或是強制力的犯罪。侵占罪的內涵也隨著時間的推展也褪去背信棄義的道德色彩，從「違反信託義務」流變為財產權的侵犯（intrusion）。

²¹³ 整理並改編自：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 29.





第三章 英美法系與大陸法系視角下的使用竊盜

第一節 英美法下之使用竊盜

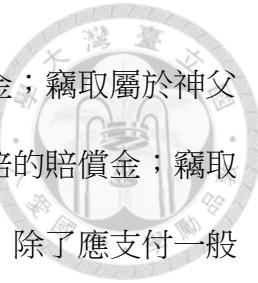
第一項 英美法竊盜罪之法益

有了刑事立法的背景，我們會理所當然地認為犯罪是政府為了保護特定法益所設：殺人罪是為了保護生命、強制性交罪是為了保護性的完整、叛國罪是為了保護政府。在這個思考脈絡下，會認為竊盜罪、侵占罪、詐欺罪是為了保護私人的財產法益是很合理的，但是如此對於竊盜相關的犯罪的想法其實是相對近代的概念，初次見到這個概念是在十八世紀英國法官及法學家布萊克史東（Sir William Blackstone）的著作中，它反映了啟蒙時期對於普通法結構理性的嘗試。同樣的，德國法中將竊盜罪定位為侵害財產的犯罪此一概念也是較晚登場，德國刑法學家費爾巴哈（Anselm von Feuerbach）在其 1801 年的著作《德國刑法教科書》（*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*）中，首次將竊盜罪分類為保護單一的財產法益之犯罪²¹⁴。

然而我們該怎麼看待不同時期對於個別不同財產犯罪的譴責程度差異？

盎格魯薩克遜時期的《埃塞爾斯坦法典》，不僅根據行竊者之身份（區分為自由民、奴隸）而給予不同的賠償金處罰，亦依據所竊物品之不同而須支付不同金額之賠償金。《埃賽爾斯坦法典》規定，竊取一匹馬者，賠償半鎊；竊取一頭公牛者，賠償 30 便士；竊取一頭母牛者，賠償 20 便士；竊取一頭豬者，賠償 10 便士；盜竊一隻綿羊者，賠償 1 先令。而若所竊者為屬於教堂之聖物時，須支付所竊財產

²¹⁴ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 30.



價格 12 倍之賠償金；竊取屬於主教之財產時，支付 11 倍的賠償金；竊取屬於神父之財產時，支付 9 倍的賠償金；竊取屬於助祭之財產時，支付 6 倍的賠償金；竊取屬於傳教士之財產，支付 3 倍的賠償金。若在教堂中犯盜竊罪時，除了應支付一般規定之賠償金及罰款外，行為人將被處以手刑（*Hals und Hand*），行竊之手將被剝去，但得支付「贖殺金」來免除之²¹⁵。另外，若於節日（例如星期日、聖誕節、復活節等）犯盜竊罪，須支付雙倍的賠償金²¹⁶。可知，其對於本質上相同的竊盜行為，是以「所竊之物的種類」作為主要區分標準。財產犯罪中特別受到保護之對象，也就是當時社會觀念中的重要財產，因此特別注重對家畜之保護，反映出當時處於農業社會階段²¹⁷。在十八世紀，竊盜罪（至少在所竊之物價值大於 12 便士時）是一個可處以死刑的重罪（較輕微的竊盜則處以鞭刑）。

英國法現代化的過程中，將三罪合一，並將三罪簡化為侵害單一法益。本文希望從早期（合一立法以前）的竊盜罪雛形檢視竊盜罪的保護法益，再呈現英美法學者對於大陸法系觀點的反思。

第一款 早期見解

早期法制史中，竊盜、夜盜（burglary）及搶奪（robbery）並沒有一個清楚的界線。例如羅馬法中，其同樣被歸類為「在夜晚闖入並危害封地或莊園」的行為，是

²¹⁵ 中世紀對於竊盜罪之處罰，依據被害人之財產價值而定，高者處以手刑，低者得處以膚髮刑（*Haunt und Haar*），此點與《唐律》以盜賊之價值定罪刑是相同的。見：蔡墩銘（2001），《刑法各論》，四版，頁 154，臺北：三民。

²¹⁶ 李清秀（2005），《日耳曼法研究》，頁 353-360，北京：商務印書館。

²¹⁷ 張天一（2015），前揭註 11，頁 26。



為「盜」 (*furtum*) 的概念²¹⁸。很明顯地，此類行為侵害的不是一個單一的法益，而是包含公眾的安全與福祉在內的多數法益²¹⁹。

根據羅馬法及教會法，當場逮捕之現行盜 (*fur manifestus*, *manifest thief*，行竊時被當場逮捕之人)，尤其是夜晚竊盜的現行犯，是可以立即被處死的。若行為人在行為之後持有被竊之物時始遭到逮捕，即非當場逮捕之非現行盜 (*fur nec manifestus*)，可以被處以賠償損失價值的數倍（根據羅馬法及教會法，賠償的數額是被竊之物的兩倍到五倍²²⁰）。因此，竊盜罪是由兩個完全獨立的分支所組成的：竊盜罪的現行犯，未經審判即得被處死；事後被逮捕而人贓俱獲時，經審判應賠償金錢上的損害。在現代做為犯罪來追訴與審判的，昔日是以自助行為（self-help）或私法上損害賠償之訴來處理。學者普遍認為早期法制史中刑事犯罪與侵權行為並不存在一個明顯的區別，因此探討竊盜罪在羅馬法及教會法中是否被設定為犯罪可能無實益的，不過值得討論的是，立即處死現行犯到底是私人正義的實現（private justice）抑或是正當防衛（self-defense）。若為前者，立場是竊盜犯原應做為犯罪人而接受處罰；若為後者，則是強調所有權人及其家族面對現行犯危害時所做出的反應。對此，通說似乎認為對現行犯處死是一個起源於羅馬法的私人正義：依據羅馬法起源的《十二銅表法》（*Lex Duodecim Tabularum*），殺死竊盜犯是合法的（lawful）。同樣的，由《出埃及記》（the Book of Exodus）的結構可以看出，殺死竊盜犯的行為是一個對於竊盜犯的刑罰回應（penal response），而不是殺人罪刑事

²¹⁸ 謝庭晃（1996），《使用竊盜之研究》，頁 17，國立中興大學法律學研究所碩士論文。蔡墩銘（2001），前揭註 215，頁 154。

²¹⁹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 31.

²²⁰ 例如，根據古羅馬的《十二銅表法》，非現行犯的竊盜犯必須賠償所竊之物的兩倍金額。根據《出埃及記》，偷牛者賠償五倍，偷羊者賠償四倍。見：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 31-32.



責任的例外。但是無論是在羅馬法還是後聖猶太律法的法制史進展過程中，處死現行犯實際上已經逐漸被看作對於竊盜犯的正當防衛²²¹。

在早期的英國普通法，開始有對竊盜罪的「現行犯」標準有分歧見解。例如布雷克頓法官將羅馬法中現行犯（*fur manifestus*）的概念延伸至「所有因為被竊盜之物而被逮捕之人」（“apprehended, seized, of the stolen property, that is, *hondhabende et bacberende*”），故「現行犯」指的並不是行為當時被捕之人，毋寧罪證確鑿而被逮捕之人，相當廣義。加上當時並未如羅馬法及教會法規定現行竊盜犯可以被立即處死，因此布雷克頓法官認為處死竊盜犯已經不再是一種私人正義的形式：他認為，殺死（無論是白天或是夜晚的）竊盜犯不負刑事上責任的前提是「不這麼做就會遭遇危險」。強調危險性的存在，即證立處死竊盜犯是一個正當防衛的行為。必須是殺人者有迫切需求，而不是將正當性僅建立在竊盜犯的「罪有應得」之上。而現代觀念中，殺死竊盜犯卻不負刑事責任，是因為有其正當性（則應被無罪釋放），並非「被宥恕的」（則應被沒收財產）²²²。

早期的發展中，如果說侵占罪的基礎被認為是在於破壞忠誠（*Untreue, disloyalty*）或違背信託義務（背信）（*abus de confiance*），竊盜罪則被認為危害社會秩序，不僅僅是一個侵害財產的犯罪而已。不過兩者在近代卻透過一個「不誠實的奪取」（*dishonest appropriation*）概念被合併入一個大竊盜罪（*theft*）的框架下，顯然可見的是刑法學者——尤其是英美法學者——對於過去的見解已做出了調整，將竊盜罪認定為與侵占罪一樣的侵害私人財產的犯罪。隨著時代變遷，不誠實的財產流動已經是一個普遍的憂慮，而被作為刑法處罰的對象²²³。

²²¹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 31-33.

²²² George P. Fletcher, *supra* note 45 at 33.

²²³ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 35.



羅馬法發展後，盜的概念包含「非法私自取得他人之物」（*furtum ipsius rei*）、「非法私自使用」（*furtum usus*）、「非法私自持有」（*furtum possessionis*），因此可知羅馬法的「盜」概念，包括現今之竊盜、強盜、侵占、不罰之使用竊盜，當時不考慮所謂所有或持有利益之爭，只要取走、利用、持有他人之物，皆為「盜」。十五世紀開始，羅馬法逐漸影響日耳曼法²²⁴，而 1436 年的制定法《*Klagspiegel*》（*Mirror of Actions*）首見日耳曼法對於竊盜之定義：「竊盜和強盜是違反所有人意思使用他人之物，或對他人之物不忠之行為」，與羅馬法的概念一樣涵蓋現今之侵占、不罰之使用竊盜，及使用侵占。影響德國刑法學甚深的《卡洛琳娜刑法典》，亦受到羅馬法影響，使「狹義的竊盜」（*larceny*）涵蓋使用竊盜，僅區分刑度。不過 1220 年左右完成的《*Sachsenspiegel*》（*Mirroror of the Saxons*）是第一部以德文完成的法典²²⁵，則是明確區分竊盜與使用竊盜。

第二款 持有作為保護法益？

若當代刑法觀點是竊盜罪、侵占罪、詐欺罪是侵害私人財產之犯罪，將還有一個微妙的難題必須面對：竊盜罪「自他人持有而取得」的要件（*taking from possession*，取自持有），如何與「竊盜罪是侵害他人財產之犯罪」觀點互相調和？申言之，在所有權人與持有人分離的情況中，被害人是被剝奪持有之人？還是雖然並非自己持有中，卻仍然有所損失的所有權人？

²²⁴ Sidney Bradshaw Fay [1911], *The Roman Law and the German Peasant*, The American Historical Review, Vol. 16, No. 2, p. 234-254.

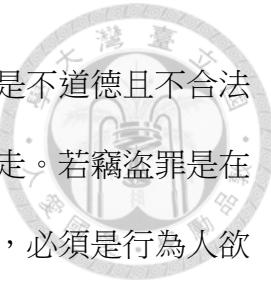
²²⁵ Harold J. Berman [2009], *Law and Revolution, II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, p.123, Massachusetts: Harvard University Press.



以美國學者珀金斯（Rollin M. Perkins）為例，其認為竊盜罪保護法益為持有，論點如下：第一，竊盜罪的根基是建立在「侵害之訴」（writ of trespass）的概念之上而發展的。侵權行為的侵害（trespass）分為有三類：侵害他人財物（trespass to goods）、侵犯他人人身（trespass to the person）與侵入他人土地（trespass to land），故無論是土地或是動產，都可以用這種令狀來提起侵害之訴訟。在法制史早期，持有的概念（類似但是不同的是民法上的「占有」概念）與所有權的概念並未清楚地區分，因此認為侵害之訴令狀的存在是為了保護「和平持有」（interest in peaceable possession），是合理的推論。第二，典型的普通法立法者認為，物之所有權人若將持有合法移轉予他人之後再剝奪該他人之持有（例如上述將自己的車子從維修廠開走的 *Regina v. Turner*），可能成立竊盜罪。對此，有若干解釋可能，其中一個解釋就是竊盜罪保護的法益是「和平的持有」，並且所有權人跟其他任何人一樣都必須尊重此一事實狀態。第三，最重要且顯而易見的理由是，既然唯有取得持有才會成立竊盜罪，那麼竊盜罪保護的應該就是持有本身²²⁶。

不過相對的，持相反立場者認為竊盜罪保護的應該是財產權（property）。雖然 property 一詞得指涉「財產」（所有權的對象），不過另有「所有權」之意，是指對於某財產享有之排他性支配權。此說有力的兩個論點是：第一種想法是，接近十九世紀末時竊盜罪的主觀要件終於得到釐清，當時主觀要件被敘述為「永久剝奪所有權人之財產的故意」（“intent permanently to deprive the owner of his property”），若本罪保護法益果真是持有，更適當的主觀要件應該是規定為「永久剝奪持有人之持有（possession）」才對。假設，行為人甲發現一個他人遺失的戒指並欲自己保留而

²²⁶ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 36.



拾起該戒指。乙認為甲未採取適當步驟（例如廣告）來尋找失主是不道德且不合法的，因此為了尋找失主、將戒指歸還給失主，乙將戒指從甲處取走。若竊盜罪是在保護持有，則乙的行為應當成立竊盜罪。然而今日的通說卻認為，必須是行為人欲永久剝奪所有權人之財產才會成立竊盜罪。本案的乙，顯然不具有剝奪所有權人財產之主觀意思，但終究還是剝奪了甲的持有。乙不成立竊盜罪的結果，使得「持有說」的見解在這類案件難以自圓其說。或者說，到底要不要把不合法的持有也納入保護範圍？這部分有待論述。

第二想法是，就「財產所有權人剝奪他人持有而成立竊盜罪」之情形（例如 *Regina v. Turner*）作為切入點，因為這個普通法的刑事政策有其正當理由。伊斯特（East）與中世紀著名英國法官與法學家科克（Sir Edward Coke）的見解是，受託人或其他經過所有權人同意而持有動產之人，對該動產享有一個「特殊財產權」（[has] a “special property” in the chattel）。剝奪此一「特殊財產權」，即足以滿足「剝奪所有權人之權利」此一要件，因為的確是剝奪了「特殊財產權所有人」之特別利益。另外一個見解是黑爾（Sir Matthew Hale）提出的，他認為此類剝奪他人持有之所有權人只有在特定情形下——所有權人為了日後向動產受託人提出請求返還動產之訴（detinue）而取回動產——才會負刑事上責任²²⁷。根據以上兩種主張，若所有權人從一個「未」取得其同意或授權的持有者（例如遺失物拾得人）處取回財產，是不會負刑事責任的。

然而有學者質疑，無論如何，既然所有權人取回財產已經滿足普通法中「自他人之持有而取得」要件，所有權人應該會成立竊盜罪，且實際上普通法中所有權人

²²⁷ Matthew Hale, George Wilson, Thomas Dogherty [1736], *The History of the Pleas of the Crown: In Two Volumes*, vol. 1, p.513, London: In the Savoy.



此類行為之刑責從未被否定，因此上述的主張無法得到充分的支持。退一步言之，普通法中要成立竊盜罪必以「自他人之持有而取得」來該當構成要件，這是不爭的。若竊盜罪不是在保護持有，該怎麼理解這個要件²²⁸？

普通法立法者從未考慮過其他可能的理解方式，不過德國則不同。德國法下竊盜罪的要件亦以破壞他人之持有為要件，而文獻中多數說的詮釋是，「破壞他人持有」（*Gewahrsamsbruch*, “breaking possession”）只是犯罪（取得行為）手段的特徵、從他人取得動產的方法，但並沒有反映竊盜罪所要保護的法益²²⁹。

可以發現的是，在布萊克史東之後，竊盜罪普遍地被認為是一個保護私人財產利益的犯罪，同時「自他人之持有而取得」要件的存在使得「持有說」受到支持。這個論證上的矛盾可以透過一種解釋的路徑來解決：將「自他人之持有而取得」要件視為「取得行為」的性質、特徵或行為方式而已，對於此要件做與德國法「破壞他人持有」（“breaking possession”）相似的理解²³⁰，而不是將之直接與保護法益做連結。

第三款 財產與經濟上利益作為保護法益

理論基礎從來不是普通法的強項，而一直以來英美法系傾注精神去關注的是區分哪些動產是竊盜罪所保護的，以及哪些動產不是竊盜罪所涵蓋的。動產不被涵蓋可能是基於各種原因，例如（一）與不動產過於「密切」：一般而言農作物及礦產不能直接作為竊盜罪客體，但是若是收割即開採後可以被貯存，則得為本罪客體。

²²⁸ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 37-38.

²²⁹ P. Cramer, A. Eser, T. Lenckner, W. Stree (1976), *Kommentar von Schönke-Schröder zum Strafgesetzbuch*, 18th edition, §242, notes 28, 29, at 1404-1405. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 38.)

²³⁰ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 38-39.



這與我國民法（第 66 條：「稱不動產者，謂土地及其定著物。不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。」第 67 條：「稱動產者，為前條所稱不動產以外之物。」）的基本精神是契合的。（二）並非完全「純粹」的動產：例如無法被竊盜的無形權利（*People v. Ashworth*, [1927] 220 App. Div. 498, 222 N.Y.S. 24）。至於無形權利是否符合英國 1968 年《竊盜罪法》的「財產」定義，將於第四章分析。

（三）一般而言不被食用的動物屍體。

英國立法者為了不停地填補漏洞而疲於奔命，是竊盜罪成為一個東拼西湊的立法的原因之一。雖然上一個世紀出現了突破性發展——理論上所有有價值的私人財產應該都是為竊盜罪所保護——然而究竟竊盜罪的保護法益是「持有物體的利益」（the interest in holding the object）？還是「物體本身的價值」（the value of the object）？卻被賦予很少的關心。這兩種相異的詮釋竊盜罪保護法益想法，在德國實務上及學術文獻上都有過一番討論，故以下借鏡引起爭議的案例類型²³¹。

第一目 五個案例

【案例五】甲竊取存摺。凡是持有該存摺之人都有權限從相應的戶頭領取款項。甲在取走存摺時，他的主觀意思是領取一小筆款項之後，再歸還存摺。甲是否因為取走存摺而成立竊盜罪²³²？

【案例六】酒吧的服務生用一套代幣（chit）系統來紀錄其所賣出的啤酒數量及釐清每一個服務生與酒吧之間的債務關係。服務生甲取得超過應得數量的代幣來虛

²³¹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 39-40.

²³² 【案例五】即著名的「斯巴布克陷阱」（Sparbuch-fall）。Judgment of the Supreme Court, May 1, 1884, 10 RGSt. 369.



報她所賣出的啤酒數量，並因此得到多餘的付款。甲是否因為取走多餘的代幣而成立竊盜罪²³³？

【案例七】完成野外訓練之後，士兵必須繳回為了訓練而接收的裝備。士兵甲遺失了自己的靴子，由於害怕會因此有罰款，他取走另外一個士兵的靴子，將之當作自己的靴子繳交回去。甲是否因為取走他人的靴子而成立竊盜罪²³⁴？

【案例八】甲從雜貨店後門取走可樂，將它們拿到雜貨店的前門櫃檯換錢，每瓶 10 分錢。甲是否因為取走可樂而成立竊盜罪²³⁵？

【案例九】甲從書店取走一本新書，想要在讀完之後再把書歸還給書店。甲是否因為取走書本而成立竊盜罪²³⁶？

傳統的英美法處理方式是，由於案例五至九的行為人都缺乏「永久剝奪所有權人財產之故意」，因此都不會成立犯罪。或有認為在【案例五】存摺案中，行為人甲欲剝奪所有權人被領取的款項，然而竊盜罪所要求的剝奪故意應該是針對直接被取走之物（in the very item taken），而非與被取走之物相關的資產（asset）。帳戶裡的款項即為後者。與【案例六】代幣案及【案例七】靴子案相類似的案件，曾經在英國法中出現：被認為是十九世紀中期重要先例的 *Regina v. Holloway*²³⁷。本案的被告固定在每次下班後依據他剝下的動物皮數量而從雇主取得相應的報酬。某一天，被告 Holloway 從雇主的倉庫偷偷摸摸地取走一些已經剝下的動物皮，將它們當作自己的勞動成果交付給雇主而得到報酬。本案的所有法官都反對將被告定罪為竊盜

²³³ 【案例六】類型的案例，在德國最高法院至少討論過兩次：Judgment of the Supreme Court, February 23, 1893, 24 RGSt. 22 (認為不成立犯罪)；Judgment of the Supreme Court, February 19, 1907, 40 RGSt. 10 (認為成立竊盜罪)。

²³⁴ Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Hamm, March 26, 1964, 1964 NJW 1427.

²³⁵ Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Bavaria, August 5, 1960, 1960 Bay. OLGSt. 187.

²³⁶ Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Celle, March 16, 1967, 1967 NJW 1921.

²³⁷ [1848] 169 Eng Rep 285



犯。Baron Parke 法官在判決中²³⁸抱怨「書本沒有竊盜罪的完整定義」，不過他認為竊盜罪的成立以行為人完全支配、控制該物品（“take entire dominion over the object”）為要件，而反對被告 Holloway 成立竊盜。這個要件表現在「行為人完全地剝奪所有權人的財產」（“to deprive the owner wholly of his property”）上。被告的計畫只是暫時地持有動物皮，用以得到不應得之報酬。在法院的眼中，這不等於去竊盜該動物皮。

人們原本可能以為只要嚴守「剝奪所有權人財產之故意」的定義，許多複雜的問題都可以迎刃而解，然而個案中呈現的是卻是不一致的見解。以【案例八】可樂案為例，被告取走可樂也不是為了保留予自己所用。假設被告將可樂拿走後，將它們拿到同一條街道上的另外一家商店兌換為現金，這種情形應該會成立竊盜罪，因為若不算是竊盜的話，其他取物再售物的案例都會不成罪，這是難以想像的。然而行為人若在被取走可樂的該雜貨店裡將它們兌換為現金（如【案例八】可樂案的事實），卻因為「沒有永久剝奪所有權人財產的故意」而不成立竊盜的話，被告成罪與否，竟是取決於被告在哪一家店將可樂兌換為現金，這似乎是很荒謬的。但是若我們不這麼做，則勢必要推翻 *Regina v. Holloway* 的結論。設想，若 Holloway 案的被告取得動物皮是為了將它們販賣給雇主的競爭對手，他會毫無疑問地成立竊盜罪；遵循這個想法的話，被告若將動物皮販賣給自己的雇主，應該也會成立竊盜罪才對。【案例八】可樂案中商店的特定應該不是重點，如同 Holloway 案的雇主的特定應該也不是重點。

²³⁸ [1848] 169 Eng Rep 285 at 287.



第二目 德國法的借鏡：「實體理論」與「價值理論」

上述爭議案例突顯了德國文獻中出現的兩個互相衝突的理論。第一個見解是「實體理論」（*Substanztheorie*）²³⁹：竊盜罪的重點在於保護對於物之持有免於受到永久地剝奪。取得行為的本質是透過取得動產來排除所有權人之使用，並實現使用目的，而以所有權人的地位自居²⁴⁰。有學者認為此理論應該被稱作「所有權（本權）理論」（*Eigentumstheorie*）更為恰當，蓋隱含著竊盜罪之適用應限於具體的、得被主張所有權請求權（support a claim of ownership）之物²⁴¹。實體理論並不在意剝奪行為對於所有權人的整體財產（total wealth）產生的影響，只要違背所有權人之意思而取走其所有物，即便留下該物市價金額給所有權人，也會成立竊盜罪。但是若只是暫時地將所有權人之物取走，即便對於所有權人造成財產上損害，亦不論以竊盜罪。從而，行為人是否欲自己得利（self-enrichment）並不重要，重要的是行為人有無剝奪所有權人對於特定物品之支配或控制的故意。此一見解與「持有說」不謀而合²⁴²。

「實體理論」的困境在於前述 Holloway 案與【案例八】可樂案所彰顯出來的矛盾，而其不足之處將我們導向另外一個見解，「價值理論」（*Sachwerttheorie*）²⁴³：竊盜罪應該是保護物之所有權人免於受到竊盜行為所導致的經濟上損失（economic loss）。重要的不是對於物的支配或控制，而是物被取走的經濟上損失。若將竊盜罪

²³⁹ See, e.g., P. Cramer, A. Eser, T. Lenckner, W. Stree, *supra* note 229 at 1408; Maurach, R. (1969), *Deutsches Strafrecht: Besonderer Teil* (4th ed.), at 209-210, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller; Hans Welzel, *supra* note 183 at 341. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 38.)

²⁴⁰ 黃惠婷（2006），前揭註 6，頁 152-156。

²⁴¹ Albin Eser [1976], *Strafrecht IV*, 2nd edition, p.39-41 (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 42.)

²⁴² George P. Fletcher, *supra* note 45 at 42.

²⁴³ P. Cramer, A. Eser, T. Lenckner, W. Stree, *supra* note 229 at note 55. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 42.)



定義為「以盈利或是使他人遭受經濟損失為目的」而取得動產，上述的五個案例、*Holloway* 案的行為人是可以成立竊盜罪的。但是會有許多人認為如此定義過於廣泛，而將此一「經濟（價值）理論」（“economic theory”）限制於特例情形。因此，有學者認為「價值理論」是在補充而非取代「實體理論」²⁴⁴。

普通法中的竊盜罪在過去兩個世紀經歷了劇烈的擴張，然而 *Holloway* 案則展現了竊盜罪少有變動的一個面向。甚至，處處可見擴張主義的 1968 年《竊盜罪法》，似乎也遵循 *Holloway* 案的原則。沒人知道這個問題若在二十世紀初期的英國法院中展現為訴訟案件（像德國一樣）的話，理論會如何發展。竊盜罪保護法益採取「持有說」，其實會導致許多微妙而脆弱的個案差異，因此學者不認為英國法院會堅持採取「持有說」²⁴⁵。

德國法與普通法對於竊盜罪有許多一樣的適用前提：必須有自他人持有而取得之行為，亦須欲永久取得。若沒有永久使用該動產的故意，暫時使用他人之物（*Furtum usus*）不在德國竊盜罪的範疇內（且在其他法系下皆是如此），只可能成立德國刑法第 248b 條之「無權使用動力交通工具或腳踏車罪」（*Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*, Unlawful taking of a motor-vehicle or bicycle）。不過相較之下德國法有一個不同的特色，使得將竊盜罪擴張到造成經濟上損失，在德國是更可以被接受的。1871 年的《德國刑法典》將竊盜罪與侵佔罪都描述為「appropriation」（*Zueignung*）的犯罪（甚至有部分學者將侵佔罪認定為基本犯罪，竊盜罪則為破壞持有、取得財產的特殊形式犯罪²⁴⁶），並且兩個犯罪都需有不法奪取他人財產之故

²⁴⁴ Albin Eser, *supra* note 241 at 39. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 42.)

²⁴⁵ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 43.

²⁴⁶ Hans Welzel, *supra* note 183 at 339. (as cited in George P. Fletcher [2000], *supra* note 45 at 44.)



意（intent wrongfully to appropriate）。聚焦在奪取挪用行為（appropriation、*Zueignung*）而非財產本身的剝奪（deprivation），是給予德國法更多空間的關鍵，德國法因此願意接受這個觀點：竊盜的入罪化的功能不僅在保護對於特定財產的持續持有，也保護經濟利益。

為了不要把侵占罪定位為一個只是有「未外顯的保有故意」而持有動產的犯罪，侵占罪在所有法系中的重點是對於外部結果的要求：動產必須實際上被挪用，而不僅僅是展現在故意層面²⁴⁷，而模式有兩種：第一種以美國《模範刑法典》為代表，依據該法第 223.2 條及第 223.0 條，侵占罪是具有剝奪之故意而對於他人之動產施以不法的控制（“exercise unlawful control over the movable property of another with the purpose to deprive him thereof”），其中「剝奪」是指奪取動產經濟價值的主要部分（appropriation of a major portion of its economic value）。第二種則由英國 1968 年《竊盜罪法》所典型化，指無視所有權人之權利，以所有權人之地位自居而處分動產（見該法第 6 條第 1 項）。注重的是行為人的奪取行為，只要有任何形式的權利奪取（assumption of the rights of an owner）即該當侵占，不論有無經濟上損害。而這兩種解釋論在德國法都可以找到。

可以想見的是，在英美法的單一大竊盜罪立法下，為了體系的一貫，只要竊盜罪與侵占罪兩者的判準有所衝突，其中一個犯罪必定會佔優勢而主導另外一個犯罪的標準。而既然「對動產的永久剝奪」標準不能被適用到侵占罪上，因此經濟損失標準必然佔據上風，使兩種犯罪之統合有了基礎²⁴⁸。

²⁴⁷ 在英美法，侵權行為法案例中的「conversion」要求對於所有權人權利的實質上或嚴重的侵害，「appropriation」的概念與此頗為接近，見：George P. Fletcher, *supra* note 45 at 45.

²⁴⁸ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 45-46.



這就是為什麼德國法處理上述五個案例可以富有彈性，而英美法在將竊盜罪與侵占罪合併於大竊盜罪後，應該可以產生一樣的效果。首先，侵占罪所要求的損害結果，可以被定義為「經濟上損害」或是「所有權人權利之剝奪」。第二，造成損害之故意，變成成立竊盜罪的標準。故在更廣大的竊盜罪觀點下，上述五個案例中，部分行為人有成立竊盜罪的空間。在《模範刑法典》下，服務生對代幣、士兵對他人的靴子，都因為「具有剝奪故意之取得」（“taking with a purpose to deprive”）而成立竊盜罪。反對意見可能認為，剝奪的概念——奪取動產經濟價值的主要部分——只是為了涵蓋的特定案件類型所設：取得與使用動產，造成該動產之市場價值減損之情形。因此，很難說「剝奪」代幣及靴子的行為中有竊盜罪所要求的故意²⁴⁹。

除此之外，英國法的大竊盜罪/盜（theft）立法中還有其他問題，例如，如何決定行為人已經「僭稱」（assume，奪取、僭取）所有權人之權利？還有，如何操作「故意」要件，亦即 1968 年《竊盜罪法》第 6 條第 1 項的「無視他人之權利，像處分自己之物一般對待他人之動產」內涵及標準為何？在 Holloway 案、【案例六】酒吧代幣案、【案例七】士兵靴子案中，行為人都沒有以所有權人地位自居之意思，而不符合 1968 年《竊盜罪法》第 6 條第 1 項的定義。另一方面，【案例八】可樂案的行為人則該當同法第 6 條第 1 項的故意要件，因此依據 1968 年《竊盜罪法》的標準會成立竊盜。結論上來說，雖然如前所述，Holloway 案與【案例八】可樂案兩案似乎沒有顯著的不同，但是在 1968 年《竊盜罪法》的標準操作下會得到不同的結果²⁵⁰。

²⁴⁹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 46.

²⁵⁰ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 46-47.



而德國最高法院曾經二度審判【案例六】酒吧代幣案，第一次判決行為人無罪²⁵¹，第二次則認為竊盜罪的要件都被滿足²⁵²，因為取得代幣的行為，欲利用（exploit）他人之財產為自己謀利，是不法奪取²⁵³。第二次的見解是支持「經濟價值說」的最重要判例，著重於「為利用動產的經濟價值」而取得動產，對於傳統竊盜罪做了補充。近年的德國上訴法院維持【案例八】可樂案²⁵⁴與【案例七】靴子案²⁵⁵的有罪判決。後者引來不少批評，因為讓士兵負竊盜罪責任破壞了「竊盜行為人必須想要像所有權人一樣處分他人動產」的原則。竊盜罪是否應該涵蓋【案例七】這種將他人動產繳交出去的情形？最高法院於 1964 年認為，士兵的行為不成立竊盜罪，而可能是詐欺罪²⁵⁶。

德國法對於上述案件的見解可能比較難以理解，因為在討論是否構成奪取、挪用時，「經濟損害」與「僭稱所有權人權利」此二標準交織在一起。在【案例五】存摺案中，德國最高法院（Reichsgericht）判決行為人無罪²⁵⁷。此一判決受到許多批評。採取「僭稱權利說」的學者認為，對銀行出示存摺即是在冒充所有權人。不過德國法過去的此一歧見，在德國刑法於 1986 年增訂第 263a 條²⁵⁸「無權使用電子資訊罪」（Computerbetrug, Computer fraud）之後，便以該條解決。

²⁵¹ Judgment of February 23, 1893, 24 RGSt. 22.

²⁵² Judgment of February 19, 1897, 40 RFSt. 10.

²⁵³ “it suffices for a wrongful appropriation that the actor intends to exploit another's personal property and thus to use it to one's own benefit.” Judgment of February 19, 1897, 40 RFSt. 10 at 13.

²⁵⁴ Judgment of the High State Court (Oberlandesgericht) in Bavaria, August 5, 1960, 1960 Bay. OLGSt. 187.

²⁵⁵ Judgment of the High State Court (Oberlandesgericht) in Hamm, March 26, 1964, 1964 NJW 1427.

²⁵⁶ Resolution of January 21, 1964, 19 BGHSt. 387.

²⁵⁷ Judgment of May 1, 1884, 10 RGSt. 369.

²⁵⁸ StGB §263a (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflußt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft...



對於損害結果之判斷維持靈活風格的德國法，在處理「以暫時使用為目的而取得動產」的案件類型中（例如【案例九】書店案），產生困難。難題是，歸還之物是一本讀過的書，已非當初行為人取得的那本新書。新書與舊書之間的差距代表了「書店的經濟損害」。原則上，德國法排除竊盜罪於暫時使用他人之物（*Furtum usus*）之適用。然而在 1967 年的一個上訴法院判決中²⁵⁹，「經濟價值理論」的採擇已足以讓法院定被告之罪。相對的，此類「以暫時使用為目的而取得動產」情形，普通法法院是不會將之認定為竊盜罪的，英國《竊盜罪法》也持保守的立場。例如在 *Regina v. Feely*²⁶⁰ 中，被告懷著嗣後再歸還的意思，從公司的保險櫃中取走現金，竊盜罪的有罪判決被陪審團推翻。英國將此類行為定罪為竊盜罪的阻礙在於行為人沒有「不顧所有權人之權利，像對待自己之物一樣處分他人的財產」的故意。因此對於【案例九】書店案的解釋是，行為人甲沒有透過使用並減損書本價值來處分（to dispose of）該本書。

此一部分的比較法分析結果，值得強調的是英國法下的竊盜罪輪廓受到「Appropriation」概念影響的程度。依據傳統普通法的立場，前述五個案例的行為人不會成立竊盜罪，不過依據德國法則會對於部分案例定罪，原因在於德國法是採取比較靈活的立場，將經濟損害作為竊盜罪的控訴要點，而其靈活性來自於侵占罪的標準與竊盜罪的意圖所影響。學者認為，隨著英美法中竊盜罪與侵占罪都被「Appropriation」概念所統一，相同的發展趨勢也可能會發生在英美法系中²⁶¹。

²⁵⁹ Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Celle, March 16, 1967, 1967 NJW 1921. 學者認為本案作為奪取經濟價值案例，與暫時使用他人之物，即「使用竊盜」（*Furtum usus*），難以區分：Albin Eser, *supra* note 241 at 44-45. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 48.)

²⁶⁰ [1973] 2 WLR 201

²⁶¹ George P. Fletcher, *supra* note 45 at 49.



第二項 英國法之「永久剝奪他人財產之故意」

第一款 特殊的主觀事由—specific intent

十三世紀時，英國確立了主客觀兼備的刑事責任原則，行為人於行為時必須主觀上是可歸責的（attributable）²⁶²。英國法的「*Mens Rea*」是指成立特定犯罪所必須具備的得歸責之主觀因素，除了故意、過失，亦會考量到行為人的年齡及精神狀態²⁶³，類似於大陸法系刑法古典犯罪理論中的「有責性」層次的「故意過失」，為責任要素的主觀要件²⁶⁴。*Mens Rea* 的基本精神是，唯有行為人認識到自己在做什麼、可能的後果是什麼，才會被認為是自願從事特定行為而應該負擔刑事責任²⁶⁵。

而英國法上有責性層次所要求的主觀要件可分為四個主要的層級：（一）直接故意（direct intention）。一般而言法律上使用 intention 一詞而沒有特定為 direct 或 oblique 時，通常是指 direct intention；（二）間接故意或未必故意（oblique intention）；（三）有認識過失（recklessness）；（四）無認識過失或是重大過失（negligence）。除了少數不需要探討行為人主觀的「嚴格責任」（strict liability）犯罪之外，各罪所要求的主觀要件程度如何（限於故意始能成立，或是也包含過失），則必須依各罪規定而論。

²⁶² 何勤華（2004），前揭註 10，頁 394。

²⁶³ Wells, Celia & Quick, Oliver [2010], *Reconstructing Criminal Law: Text and Materials*, 4th edition, p.114, New York: Cambridge University Press; Rollin M. Perkins [1939], *A Rationale of Mens Rea*, Harvard Law Review, Vol. 52, No. 6, p.908.

²⁶⁴ 貝林（Ernst Baling）之犯罪評價結構，是透過三個階段來判斷行為是否為犯罪行為：1.構成要件當性 2.違法性 3.有責性。其中構成要件不具評價色彩、中性而客觀，行為人之主觀要素在有責性曾是處理。見：柯耀程（1999），《變動中的刑法思想》，頁 281-282，臺北：元照。

²⁶⁵ Andrew Ashworth [2006], *Principles of Criminal Law*, 5th edition, p.158, Oxford University Press.



首先要澄清「reckless」與「negligent」二詞之區別：「reckless」有譯為「輕率、放任」，指認識到危險事實的存在、結果可能發生，但沒有考慮到或沒有充分考慮而仍然為一個理性謹慎之人在行為人的情狀下不會為的冒險行為（不正當的冒險）。類似的概念是我國刑法第 14 條 2 項的「有認識過失」，可以參考美國《模範刑法典》第 2.2 條(c)：「*Recklessly: A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.*」；至於「negligent」則有譯為「疏忽」，指一個理性謹慎之人依據法律應該注意但是行為人未盡到注意義務，與我國刑法第 14 條 1 項的「無認識過失」相似，可參考同條的(d)：「*Negligently: A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.*」主觀狀態若為前者則可能成立詐欺，例如會計師只關心相對人是否給資金作為公司投資用，沒有查核必要項目就提出與該公司狀況不同的「狀況良好」報告，因此收到錢；若為後者則不成立詐



欺，例如會計師盡其所能查核，認為他提交的「狀況良好」報告已真實反映實際狀況，那麼會計師不會因為他專業能力不佳而受本罪處罰²⁶⁶。

關於故意（intent）必須注意的是，上述 intent 屬於「基本故意」（basic/general intent）。英國法上另有「特定故意」（specific intent）、「潛在的故意」（ulterior intention）的概念。

犯罪的「基本故意」，是指行為人有意為一個法律禁止的行為，通常犯罪行為本身即足以證明行為人知道行為之後果而有此一故意。然而部分犯罪還會規定「特定故意」要件，「特定故意」則不只是有意地為一犯罪行為而已（“more than the intentional doing of the *actus reus* itself”），而是行為時帶有特定目的——認識到特定的犯罪結果發生²⁶⁷。根據《布萊克法律辭典》，「特定故意」是指完成特定犯罪的主觀意思²⁶⁸，可以說是「構成要件該當性」階段所要求的「特殊主觀要件」。

涉及「特定故意」的典型案例為英國 *Dobb* 案²⁶⁹，被告欲割斷一匹馬的前腳腳筋，使之不能參加比賽，而在夜裡進入他人住宅一部分之馬廄，最後該匹馬卻因為其行為而死亡。最後法院認為被告不顧馬匹的生命危險，有意地為一漠視、放任（wanton）他人法益的違法行為，故成立殺死馬匹之罪；但是由於被告並沒有在進入他人馬廄之後犯下重罪（felony）的意思，故不符合夜盜罪（burglary）之要件，而不成立夜盜罪。也就是說，假設夜盜罪是「基本故意犯罪」（general intent crime），則控方只需要證明被告主觀上欲在夜晚闖入他人住居；但實際上，夜盜罪

²⁶⁶ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 377。

²⁶⁷ Randall S. Abate, Dayna E. Mancuso [2001], *It's All About What You Know: The Specific Intent Standard Should Govern Knowing Violations of the Clean Water Act*, p.304-305, 9 N.Y.U. Envtl. L.J.

²⁶⁸ “The intent to accomplish the precise criminal act that one is later charged with.” *Black's Law Dictionary*, 814 (7th ed. 1999)

²⁶⁹ [1770] 2 EAST PC 513



作為「特定故意犯罪」（specific intent crime），控方還必須證明被告想要在闖入住居之後犯下重罪。

而美國的《模範刑法典》將可歸責的主觀分為五級，從嚴重到輕微分別為：purpose、knowledge、recklessness、negligence、strict liability。在 *United States v. Bailey*²⁷⁰ 中，最高法院表示，「purpose」大約可對應於普通法中的「特定故意」，而「knowledge」則是大約對應「基本故意」。

「特定故意」有兩種類型：第一種類型，是立法者認為部分犯罪行為更為嚴重，除了故意或過失之外，必須另外有一個更特定的主觀犯意，這必須以主觀標準來檢驗。例如，1861 年《侵犯人身罪法》（Offences Against the Person Act, 1861）第 18 條即有此一規定²⁷¹。以蓄意謀殺的攻擊未遂（assault with intent to murder）為例：即便沒有奪取生命的故意，行為人仍然可能成立謀殺罪（murder），但是要成立蓄意謀殺的攻擊未遂，則行為人必須有一殺人之特定故意（a specific intent to kill）。若只有「重傷、強盜、強制性交」等殺人以外的故意，不足以成立本罪²⁷²。

第二種類型，則是相對於既遂犯罪而言，「未完成犯罪」所必須具有的心裡狀態。未完成犯罪（inchoate offenses），例如未遂犯（attempt）、共謀犯（conspiracy）所要求的「特定故意」²⁷³。處罰此類想要在未來完成犯罪行為之人，

²⁷⁰ [1980] 444 U.S. 394 at 405-406.

²⁷¹ U.K. Offences Against the Person Act, 1861. §18 Shooting or attempting to shoot, or wounding with intent to do grievous bodily harm: “Whosoever shall unlawfully and maliciously by any means whatsoever wound or cause any grievous bodily harm to any person, . . . with intent, . . . to do some . . . grievous bodily harm to any person, or with intent to resist or prevent the lawful apprehension or detainer of any person, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable . . . to be kept in penal servitude for life . . .”

²⁷² Rollin M. Perkins, *supra* note 263 at 924.

²⁷³ 何勤華（2004），前揭註 10，頁 420-423。



是為了達到嚇阻作用。既然在犯罪既遂之前行為人都可能改變決意而停止侵害行為，故對此處罰，以存在一個清楚的主觀故意為前提。

因此，英國刑法上犯罪檢驗流程是：第一，犯罪行為（*Actus Reus*）。第二，行為與結果之間的因果關係（*Causation*）。第三，有責性（*Culpability*），有無可歸責之主觀情狀（*Mens Rea*）。第四，抗辯事由之不存在（阻卻違法、責任能力、期待可能性）。

其中，「特定故意」是類似構成要件該當性階段所要求的「特殊主觀要件」，是故意（*intent*）的特殊情形，在英國法上會將「特定故意」放在第三部分一起檢討，在程序上皆由檢察官負證明之責任。由於實施危害的「特定故意」通常不是透過語言表達出來，因此陪審團被允許根據各具體案件的所有情節來推定行為人之「特定故意」。除非制定法有「推定」之特別規定（例如以下會看到的 1968 年《竊盜罪法》第 6 條），否則不能直接推定行為人具有「特定故意」²⁷⁴。而 1968 年《竊盜罪法》第 1 條第 1 項的「永久剝奪他人財產之故意」即屬「特定故意」之適例。

第二款 「永久剝奪他人財產之故意」的內涵與詮釋

英國 1968 年《竊盜罪法》第 1 條要求「永久剝奪他人財產之故意」，指行為人有如處分自己的財產一般處分他人財產之故意²⁷⁵。

在 *Rex v. Holloway*²⁷⁶ 中，被告取走他人之槍被認定「沒有據為己有、為自己所用」之意思而被宣告無罪；*State v. South*²⁷⁷ 中，被告則被認定未經所有人之同意，侵

²⁷⁴ Rollin M. Perkins, *supra* note 262 at 925.

²⁷⁵ U.K. Theft Act, 1968. §1 (1) A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it...

²⁷⁶ [1833] 172 Eng Rep 1082

²⁷⁷ [1859] 28 NJL 28



占商品，轉為自己所有、所用，成立本罪。另外，法院認為，此一要件不限於為了金錢上利益之動機。在 *Rex v. Cabbage*²⁷⁸ 中，被告為了湮滅他人案件之證據而竊盜馬匹並殺之，成立本罪；*Regina v. Jones*²⁷⁹ 中，被告為了自身名譽被新聞報導影響而竊取信件，亦有罪。後於 1916 年《竊盜罪法》便將此定義明文化。

另依 1968 年《竊盜罪法》第 6 條²⁸⁰ 規定，某些情形下行為人將被推定有「永久剝奪他人所有財產之故意」。

(一) 雖然沒有此故意，但是無視他人之權利而有如處分自己之物一般對待他人財產之故意 (intention is to treat the thing as his own to dispose of regardless of the other's rights)。或是對他人之物借貸相當期間，而根據其情形可認為對於該物等同於取走或是處分。例如，行為人將財產取走後，以所有權人付錢或給付其他物品為條件始歸還之，根據「擄物勒贖原則」(the “ransom principle”, the “buy back principle”) 是具有故意的，因為只有所有權人可以對其財產之使用或持有附上條件²⁸¹。例如 *Regina v. Hall*²⁸² 中，被告將雇主貯存在倉庫的動物脂膏取走，事後再與屠夫向雇主出售該（原為雇主所有的）脂膏；而在 *Regina v. Scott*²⁸³ 中，被告未付錢就將商店內的窗簾取走，然後隔天要求退錢 (refund)。Hall 與 Scott 皆被認定為成立

²⁷⁸ [1815] 168 Eng Rep 809

²⁷⁹ [1846] 169 Eng Rep 205

²⁸⁰ U.K. Theft Act, 1968. §6 With the intention of permanently depriving the other of it.

(1) A person appropriating property belonging to another without meaning the other permanently to lose the thing itself is nevertheless to be regarded as having the intention of permanently depriving the other of it if his intention is to treat the thing as his own to dispose of regardless of the other's rights; and a borrowing or lending of it may amount to so treating it if, but only if, the borrowing or lending is for a period and in circumstances making it equivalent to an outright taking or disposal.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1) above, where a person, having possession or control (lawfully or not) of property belonging to another, parts with the property under a condition as to its return which he may not be able to perform, this (if done for purposes of his own and without the other's authority) amounts to treating the property as his own to dispose of regardless of the other's rights.

²⁸¹ Michael Allen, *supra* note 127 at 469; Edward Phillips, Charlotte Walsh and Paul Dobson [2001], *Law Relating to Theft*, p.113-117, London: Cavendish Publishing Limited.

²⁸² [1849] 1 Den 381, 169 ER 291

²⁸³ [1987] Crim LR 235



竊盜罪。而若財產之出借或借入持續一段時間，並且該財產相當於徹底被取走或處分時亦同。

(二) 合法或非法地持有或控制他人財產，並且為了個人目的且未經授權的情況下，在不能履行返還義務時處分（to dispose of）該財產。例如，行為人向他人借用財產，未經所有權人之同意將該財產用以博奕或典當，欲在博奕贏錢後歸還或是將典當之物贖回後歸還。即便行為人沒有永久剝奪他人財產之故意，只要具有使人無法處分所有權之故意，即被認為具備此要件。

法院實務有採較為限縮的解釋（The narrow approach）來認定「永久剝奪他人財產故意」（尤其是「處分」（to dispose of）要素）者。例如，*Regina v. Warner*²⁸⁴中的被告只是為惹惱他人，而將該他人所有之工具箱取走。在所有權人報警之後，被告即驚慌失措地將工具箱藏起來，並事後主張他本來打算在一個小時後在不被發現的情形下返還工具箱。法官提醒陪審團，若行為人欲無限期（indefinitely）²⁸⁵保有財產，而可能成立竊盜罪。然最後上訴法院卻推翻有罪判決，被告無罪。

在*Regina v. Lloyd, Bhuee & Ali*²⁸⁶中，法院對於 1968 年《竊盜罪法》第 6 條第 1 項後段採取嚴格認定。被告 Lloyd 是電影院雇用之放映員，他在幾個月期間內陸陸續續將電影院之電影膠卷取走、交給 Bhuee & Ali，Bhuee & Ali 以散布為目的進行非法拷貝之後，將膠卷還給 Lloyd，再由 Lloyd 將未受損害之膠卷歸回於電影院。法院將被告「是否有永久剝奪之故意」問題交給陪審團判斷，而陪審團認為被告共謀竊盜有罪。被告上訴後，定罪被推翻：1968 年《竊盜罪法》第 6 條第 1 項後段關於

²⁸⁴ [1970] 55 Cr App R 93

²⁸⁵ 法官當時使用「indefinitely」（未限期地）一詞，但本文認為應該告以條文規定的「permanently」（永久的）較為正確。

²⁸⁶ [1985] QB 829



「借貨物品相當期間可被認定為與取走或處分該物同」之規定，以「奪取物品之全部經濟上優點與價值」（all the goodness, virtue and practical value to be taken from the goods）為前提。因此，要將「借用」之情形與「取走」同視，必須嚴格認定。本案中的膠卷以與原本大致相同的狀態下被返還，電影院仍然得將該膠卷放映給觀眾觀賞，故應不該當「永久剝奪他人財產故意」之「處分」。不過本文對於本案的質疑是，法院何以認定本案被告是「借用」（borrow）電影膠卷而適用第6條第1項後段，並透過嚴格認定之方式使被告無罪？為何不直接適用第6條第1項前段使被告有罪？就此，本案見解似乎並無說服力。

在 *Regina v. Cahill*²⁸⁷ 中，法院更認為，基於開玩笑的心態而僅移置他人之財產（本案中為報紙疊），而非完全地棄置或是出售（get rid of, sell），在第6條第1項「處分」範圍之外而不成立竊盜罪。

相對的，被認為是採取相對較為擴張解釋（The wide approach）的實務亦有幾個。例如在 *DPP v. Lavender*²⁸⁸ 中，被告將市議會裡待拆除報銷之兩扇門取走，並將門組裝至其女友家中。法院認為根據 1968 年《竊盜罪法》第6條第1項，被告具有永久剝奪之故意。被告的行為無視所有權人之意思是無爭執的，法院更認定他將門取走用於自己（或者說女友）家中的行為，是將門當作是自己之所有物來處分。本案對「處分」（to dispose of）採取廣義的理解，使其概念包含「處理」（dealing with）。

*Chan Man-sin v. A.G. for Hong Kong*²⁸⁹ 中，上訴人為公司之會計，為了從公司的兩個銀行帳戶中取款，未經授權填寫公司支票，因此被起訴竊盜（theft）。上訴審中

²⁸⁷ [1993] Crim LR 141

²⁸⁸ [1994] Crim LR 297

²⁸⁹ [1988] 1 WLR 196



他主張（一）既然任何一家銀行都沒有權利兌現偽造的支票（honour a forged cheque），而在發現支票是偽造的之後銀行即有義務回復帳戶狀態，故他的行為並不該當奪取（appropriate）。（二）他的行為沒有使公司的地位惡化，因此他沒有奪取、僭取（assume）銀行帳戶所有人（即公司）。（三）公司主張自己的財產被竊取，但事實上並沒有被剝奪，故被告並沒有永久剝奪之故意。法院最後駁回上訴，認為行為人簽發偽造之支票，即是對於財產之處分。

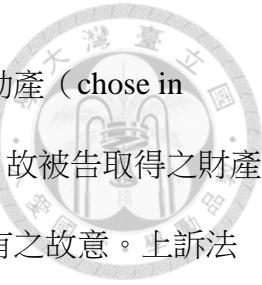
在 *Regina v. Morris* 之後，實務便認為奪取行為並不限於僭稱所有權人之全部權利，僭稱所有權人的任一權利即可。並且從本案可以推知，法院認為奪取行為並不限於權利在法律上被有效地（legally efficacious）僭取，始該當刑法上的奪取（appropriate）。也就是說，即便交易在法律上是無效的（legal nullity）也不影響竊盜罪之成立。對此學者的批評是，按照本案見解，即使被害人無經濟上損失，行為人亦可能成立竊盜，這與過去普通法及早期竊盜罪相關規定被害人必須有相應之損失相悖²⁹⁰。

前述的 *Regina v. Scott* 亦為一個例子，被告將商店內的窗簾取走後要求退錢（refund）之行為亦該當 1968 年《竊盜罪法》第 6 條第 1 項之「永久剝奪」、「處分」。

在 *Regina v. Marshall, Coombes & Eren*²⁹¹ 中，被告從倫敦地鐵通勤族取得未過期而仍得使用的地鐵票，並將之出售予他人。法官認為該地鐵票係倫敦地鐵所有，被告具有永久剝奪之故意，並且將「被告是否不誠實」的問題交由陪審團判斷。被告答辯，地鐵票最終會回到倫敦地鐵（乘客使用時即回收），並且該票之價值並無減損或喪失而與發行時之價值相同，因此其沒有永久剝奪之故意。更甚者，「地鐵票

²⁹⁰ Edward Phillips, Charlotte Walsh, Paul Dobson, *supra* note 281 at 52.

²⁹¹ [1998] 2 Cr App R 282



之發行」類似於「支票之簽發」，因為在此二情形皆產生了權利動產（*chose in action*），而權利動產屬於地鐵之顧客與支票之受款人（*payee*），故被告取得之財產應該是顧客所有，而非倫敦地鐵所有，被告並無剝奪倫敦地鐵所有之故意。上訴法院維持有罪判決，認為被告無視他人權利，有將地鐵票如自己財產一般處分之意思，該當 1968 年《竊盜罪法》第 6 條第 1 項。Mantell 法官指出，「倫敦地鐵票發行時，契約成立於倫敦地鐵與顧客之間，兩造根據契約有其權利義務，且可以起訴請求執行（*enforceable by action*）該契約。顧客取得了在相應範圍內搭乘地鐵的使用地鐵票的權利；倫敦地鐵方面則得堅持除了購買地鐵票之該顧客之外，其他人不得使用該地鐵票。此一權利即是在被告取得並售出之時被漠視（*disregarded*）。因此，所謂兩造都取得了權利動產（*chose in action*）的說法是值得商榷的。此案之控訴是針對地鐵票，而地鐵票跟支票一樣都不是權利動產（*chose in action*）。即便地鐵票之價值被耗盡，地鐵票是否回到倫敦地鐵之持有並不重要，本案適用第 6 條第 1 項。」

在被告主張僅欲借錢的 *Regina v. Velumyl*²⁹² 中，被告作為公司的董事，未經授權從公司之保險櫃取走 1,050 英鎊之現金。被告主張他本打算在週末過後還錢，只是借用而已，不具有永久剝奪之故意。上訴法院認為，被告並非打算將「先前取走」的「該紙鈔」及「該硬幣」返還給公司，故被告具有永久剝奪故意而有罪。返還相同價值之（非原本被取走的）現金，與返還原本被取走的現金是不同的。此一見解下，限於「返還原物」使得排除永久剝奪之故意，即便是各別的價值與功能完全相同的貨幣都是如此，可以說是相當嚴格。

²⁹² [1989] Crim LR 299



另外，法院認為已被竊盜之財產不能再被同一個行為人所竊盜。在 *Regina v. Atakpu and Abrahams*²⁹³ 中，被告 Atakpu 與 Abrahams 在德國利用偽造之文件來租車，之後他們欲在英國將該車賣出而於英國多佛（Dover）被逮補。由於他們的奪取行為是發生在英國司法管轄範圍之外，因此無法在英國被控告。而無論竊盜行為是發生在英國還是其他國家，法院認為同樣的財產不能「再次」被一樣的小偷所竊。此一判決有三個意義：（一）若奪取財產的行為是在司法管轄範圍外，不會在本管轄權內成立犯罪。（二）一竊賊不能對同一物品多次犯竊盜罪，蓋竊取行為完成後即不能對之再為奪取（appropriate）。就本案而言，是 *Gomez* 案的重要例證，因為若法院採取的是 *Morris* 案見解（appropriation 以違反所有權人意思為限），則本案被告直到在英國試圖售出車子時才算「奪取」。（三）本案開啟了關於「繼續性竊盜」（continuous theft）的問題。

是以，英美法竊盜罪要求的「暫時剝奪他人對財產的持有」（我國稱之為「使用竊盜」），一般而言不成立竊盜。且原則上須針對直接被取走之物（in the very item taken），而非與被取走之物相關的資產（asset）。但要注意的是，以下兩種情形皆會被認為由於耗盡財產價值，故有永久剝奪他人財產之故意而成立本罪：

（一）行為人打算在財產之全部效用喪失時才歸還該財產。例如，將他人之電話卡額度用盡後才歸還、將他人的電池耗盡後才歸還。）；（二）行為人打算「得不到自己想要的就不歸還財產予所有權人」，或打算將持有財產期間之期間拉長到「相當於將財產徹底取走」的長度，致物在歸還時其效用已喪失。例如將有使用期限的電影票取走，直到電影放映完才歸還²⁹⁴。

²⁹³ [1994] QB 69

²⁹⁴ 何勤華（2004），前揭註 10，頁 434-435；趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 361-362；Leonard Jason-Lloyd [1997], *The Framework of Criminal Law*, p.82-83, London:



第三項 暫時剝奪財產權利之犯罪

暫時剝奪財產權利之犯罪（Offences Involving Temporary Deprivation），美國法以《模範刑法典》為例，第 223.9 條處罰「擅自使用車輛及動力交通工具」（Unauthorized Use of Automobiles and Other Vehicles）²⁹⁵。而在英國法下，雖然原則上若不具有「永久」剝奪他人財產之故意，取走他人之物不會成立犯罪，不過有一些例外。在制定法部分，除了前述的 2006 年《詐欺罪法》使得詐欺罪被擴張到「暫時性的」得利與損害之外，1968 年《竊盜罪法》中某些犯罪不以具有「永久」剝奪他人財產之意圖為必要，只要具有「暫時」剝奪他人財產的故意即足。

暫時剝奪財產權利之犯罪，例如英國 1968 年《竊盜罪法》第 11 條的擅取公開展覽物品罪（Removal of articles from places open to the public）²⁹⁶。擅取展覽品罪，指未經合法授權而在公眾得出入之建築物或其組成部分（不論是為了參觀該建築物或其組成部分，或是為了參觀保存於其內收藏品之全部或一部）內，取走任何在該建築物、其組成部分，或其園地中向公眾展覽、為展覽而收藏的任何物品之全部或一部。只要行為人有將展覽品從博物館或教堂等公眾得出入之地方移除之故意，即

Frank Cass & Co. Ltd.

²⁹⁵ MPC §223.9: A person commits a misdemeanor if he operates another's automobile, airplane, motorcycle, motorboat, or other motor-propelled vehicle without consent of the owner. It is an affirmative defense to prosecution under this Section that the actor reasonably believed that the owner would have consented to the operation had he known of it.

²⁹⁶ U.K. Theft Act, 1968. §11 (1) Subject to subsections (2) and (3) below, where the public have access to a building in order to view the building or part of it, or a collection or part of a collection housed in it, any person who without lawful authority removes from the building or its grounds the whole or part of any article displayed or kept for display to the public in the building or that part of it or in its grounds shall be guilty of an offence. For this purpose "collection" includes a collection got together for a temporary purpose, but references in this section to a collection do not apply to a collection made or exhibited for the purpose of effecting sales or other commercial dealings...

...(3) A person does not commit an offence under this section if he believes that he has lawful authority for the removal of the thing in question or that he would have it if the person entitled to give it knew of the removal and the circumstances of it...



便其沒有永久剝奪他人財產之故意，仍為本罪所處罰（除非行為人相信其有法律上權源可以移走上述物品，或是認為有權之人會同意其為之，則根據該法第 11 條第 3 項不成立本罪）。

此外，1990 年代早期，大眾對於交通工具未經同意被年輕駕駛開走用以兜風、飆車、造成道路交通危險（“joy-riding”）開始更為憂心，並在部分個案造成行人及其他用路人的死亡之後更是達到巔峰。1992 年，英國國會通過了《加重盜開交通工具法》（Aggravated Vehicle-taking Act, 1992），補充 1968 年《竊盜罪法》，賦予法院對於類似個案施以更重刑罰的權力²⁹⁷，相較於第 12 條，第 12A 條之法定刑度大為提高。

1968 年《竊盜罪法》第 12 條擅取運輸工具罪（Taking motor vehicle or other conveyance without authority）²⁹⁸，指未經所有權人同意或是其他合法授權，為供自己之用或他人之使用而取用運輸工具。「其他合法授權」，例如警察根據法定權力而將壅塞交通之車輛移走。而所謂「所有權人」，根據該條第 7 項包含在運輸工具的租賃協議、分期付款租賃購買協議中，依協議而持有該運輸工具之人。另外，「運輸工具」限於為載人而製作或改造者（因此攤販的推車非客體），且須是由一

²⁹⁷ Andrew Ashworth, *supra* note 265 at 383.

²⁹⁸ U.K. Theft Act, 1968. §12 (Revised)

(1) Subject to subsections (5) and (6) below, a person shall be guilty of an offence if, without having the consent of the owner or other lawful authority, he takes any conveyance for his own or another's use or, knowing that any conveyance has been taken without such authority, drives it or allows himself to be carried in or on it...

...(6) A person does not commit an offence under this section by anything done in the belief that he has lawful authority to do it or that he would have the owner's consent if the owner knew of his doing it and the circumstances of it.

(7) For purposes of this section—(a) “conveyance” means any conveyance constructed or adapted for the carriage of a person or persons whether by land, water or air, except that it does not include a conveyance constructed or adapted for use only under the control of a person not carried in or on it, and “drive” shall be construed accordingly; and (b) “owner”, in relation to a conveyance which is the subject of a hiring agreement or hire-purchase agreement, means the person in possession of the conveyance under that agreement.



個乘搭在內之人控制之下而使用（因此手推嬰兒車、由他人推動的輪椅、由後面推動的割草機等均非客體），腳踏車不包含在內²⁹⁹。

而 1968 年《竊盜罪法》第 12A 條之加重盜用車輛罪（Aggravated vehicle-taking），是由 1992 年《加重盜開交通工具法》補充於 1968 年《竊盜罪法》的新規定。依 1968 年《竊盜罪法》第 12A 條³⁰⁰，成立擅取運輸工具之人，在返還車輛之前，在下列情形駕駛該車輛、造成人身傷害或財產損害：（一）在公路或其他公共場所危險駕駛車輛；（二）由於駕駛車輛肇事造成任何人受傷；（三）由於駕駛車輛肇事毀損車輛以外的任何財產；（四）毀損該車輛。但如果行為人能證明（一）駕駛車輛、造成人身傷害或財產損害，是在基本犯罪以前；或（二）駕駛車輛、造成人身傷害或財產損害時，行為人不在其內、其上、鄰近之處，則不成立本罪。所謂「危險駕駛車輛」，是指其駕駛方式遠不達一個熟練謹慎駕駛員的標準，且對於熟練謹慎駕駛員來說危險性顯而易見。「返還車輛」是指將車輛歸還於車輛所有權

²⁹⁹ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 392。

³⁰⁰ U.K. Theft Act, 1968. §12A(1) Subject to subsection (3) below, a person is guilty of aggravated taking of a vehicle if—(a) he commits an offence under section 12(1) above (in this section referred to as a “basic offence”) in relation to a mechanically propelled vehicle; and (b) it is proved that, at any time after the vehicle was unlawfully taken (whether by him or another) and before it was recovered, the vehicle was driven, or injury or damage was caused, in one or more of the circumstances set out in paragraphs (a) to (d) of subsection (2) below.

(2) The circumstances referred to in subsection (1)(b) above are—(a) that the vehicle was driven dangerously on a road or other public place; (b) that, owing to the driving of the vehicle, an accident occurred by which injury was caused to any person; (c) that, owing to the driving of the vehicle, an accident occurred by which damage was caused to any property, other than the vehicle; (d) that damage was caused to the vehicle.

(3) A person is not guilty of an offence under this section if he proves that, as regards any such proven driving, injury or damage as is referred to in subsection (1)(b) above, either—(a) the driving, accident or damage referred to in subsection (2) above occurred before he committed the basic offence; or (b) he was neither in nor on nor in the immediate vicinity of the vehicle when that driving, accident or damage occurred....

...(7) For the purposes of this section a vehicle is driven dangerously if—(a) it is driven in a way which falls far below what would be expected of a competent and careful driver; and (b) it would be obvious to a competent and careful driver that driving the vehicle in that way would be dangerous.

(8) For the purposes of this section a vehicle is recovered when it is restored to its owner or to other lawful possession or custody; and in this subsection “owner” has the same meaning as in section 12 above.



人（與第 12 條內涵同）或其他合法持有人或保管人（lawful possession or custody）。

學者對於此二條規定的看法是：（一）行為人要成立第 12 條，有三種可能，（1）未經同意取走運輸工具（2）駕駛該運輸工具（3）明知運輸工具是未經同意被取走而仍然搭乘。一般而言在（3）的情形，應該是成立幫助犯、教唆犯（aiding and abetting）才對，但是第 12 條的規定免除了「乘客有實施幫助之行為」的證明，使得任何搭乘該運輸工具之人都被處罰。這是一個「將多人犯罪看得比一人犯罪嚴重」的例子，也就是說立法者認為團體之間的成員會強化及支援彼此（mutual reinforcement），造成更大的危害。（二）關於道路交通的犯罪英國刑法已經有很多，但是檢方起訴此類案件行為人時往往遭遇到證明的困難——尤其是在危險駕駛之後將車子開到他處棄置，以致無法判斷多數行為人中哪一個才是駕駛人之情形。學者認為，舉證的困難不是此種案件類型所獨有的，因此，增訂如此嚴苛的第 12A 條，其正當性是有疑問的³⁰¹。

第二節 我國法下之使用竊盜

第一項 刑法的基本立場

回歸我國法，刑法第 320 條第 1 項是竊盜罪的基本規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

³⁰¹ Andrew Ashworth, *supra* note 265 at 383-386.



竊盜罪的客觀要件，是將他人持有支配之動產移置於自己持有支配之下。主觀要件，除了要有竊盜故意（認識自己的行為在破壞他人對物之持有並建立自己對物之持有）之外，還要有「不法所有意圖」³⁰²，一般認為包括「不法意圖」及「所有意圖」兩個部分。因此，從第 320 條規定看來，刑法的基本立場不處罰「使用竊盜」。司法實務上對於暫時剝奪他人之物的行為，原則上僅以民事上不法處理，或依據《社會秩序維護法》第 88 條第 1 款：「未經他人許可，釋放他人之動物、船筏或其他物品，或擅駛他人之車、船者」中「擅駛他人之車」規定，由警察機關對行為人處以新臺幣 3000 元以下罰鍰，並於行為人未滿十八歲人時，依該法第 10 條處罰其法定代理人或監護人。

第二項 實務見解

第一款 立法者

首先，第 320 條第 1 項普通竊盜罪之保護法益，從竊盜罪之立法理由觀之，立法者應該是採「持有說」，蓋本條之立法理由關於本罪客體之五要件的陳述提到：「（第三）財物須為他人現所持有者…（第五）物之所有權，不問屬於自己抑屬於他人，均得成立本罪。」

雖然現行法下，使用竊盜不在刑法處罰範疇內，不過立法者對於使用竊盜的人罪化慾望未曾消失。

至少 1990 年開始，即有修正刑法增設第 322 條之 1 第 1 項之聲音。修正草案內容為：「未得持有人之同意，擅自使用他人之汽車、航空器或其他動力之交通工具

³⁰² 林山田（2006），前揭註 8，頁 325；甘添貴（2000），《體系刑法各論 第二卷》，頁 47，臺北：瑞興；蔡墩銘（2001），前揭註 215，頁 154。



者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。未經合法授權，擅自使用他人之電腦或其相關設備者，依前項之規定處斷。³⁰³」而後，陳淑慧等 25 個委員於 2012 年 9 月 28 日交付的刑法第 320 條條文修正草案提案，將使用竊盜納入刑罰規範，未經所有人或持有人同意，擅自使用他人之汽車、航空器或其他動力之交通工具者，以竊盜論；還有江惠貞等 18 個委員於 2012 年 10 月 26 日交付的條文修正草案提案，增列「使用竊盜」之規定，對於貪圖一時之方便，違背所有人之意願，而擅自使用他人動力車輛者，納入刑罰規範。

近期，還有立法院第 8 屆第 5 會期第 11 次會議委員提案第 16435 號。立法委員陳根德、呂玉玲、徐少萍、鄭汝芬等 19 人在提案案由說明：「鑑於偷騎別人的機車，只要再騎回原處，行為人欠缺此不法所有意圖要件，例如只單純擅取使用，無據為己有之犯意，學理上稱作『使用竊盜』，在我國刑法上沒有罪責，竊賊因歸還機車沒有犯意就除罪化，此舉已造成警方維護治安的困難，竊賊利用此法律漏洞來掩飾自己的罪行，爰提出『中華民國刑法第 320 條』條文修正草案。」陳根德等委員指出提案的緣由是，基隆一名男子多次在深夜偷騎鄰居機車，皆在使用後歸還，而被害人一直到接獲超速照片罰單才得知此情。檢方認為楊男「沒有據為己有意圖」裁定不起訴處分。陳根德等委員認為，依照我國刑法，竊盜罪主觀上須有「據為己有」的不法意圖，騎他人之機車之後只要再騎回原處，只是想要「暫時借用」的「使用竊盜」，刑法上沒有罪責而「成為法律上的漏洞」。因為歸還機車「沒有犯意就除罪化，造成警方維護治安的困難，竊賊利用此法律漏洞來掩飾自己的罪行，此風不可長！」根據最高法院 100 年度臺上字第 3232 號刑事判決見解，若行為人欠缺此不法所有意圖要件，例如祇單純擅取使用，無據為己有之犯意，學理上稱

³⁰³ 廖有祿、金明燦（2006），〈電腦犯罪刑法規範之研究—以二次修正案為中心〉，《資訊、科技與社會學報》，6 卷，2 期，頁 63。



為「使用竊盜」，尚非該當刑法之竊盜罪，不是刑法非難之對象。參考德國刑法處罰使用竊盜，增列「使用竊盜」之規定，但並非針對所有物品，而僅限於「違背汽車或自行車所有人意願，擅自使用者」，對於貪圖一時之方便，違背所有人之意願而擅自使用者，以竊盜罪論處，但須告訴乃論。因此提出了刑法第 320 條條文修正草案。

【圖表四：陳根德等委員提案第 320 條修正草案對照表】³⁰⁴

修正條文	現行條文	說明
第三百二十條 意圖為自己或第三人 不法之所有，而竊取 他人之動產者，為竊 盜罪，處五年以下有 期徒刑、拘役或五百 元以下罰金。	第三百二十條 意 圖為自己或第三人不 法之所有，而竊取他 人之動產者，為竊盜 罪，處五年以下有期 徒刑、拘役或五百元 以下罰金。	竊盜罪主觀上須有「據為己有」的不 法意圖，並動手行竊才構成，若只是「暫 時借用」的想法，為「使用竊盜」的一 環，在國內不犯法，只要竊賊因歸還機車 沒有犯意就除罪化，此舉造成警方維護治 安的困難，因此參考德國對使用竊盜罪是 有處罰的，但並非針對所有物品，僅限於 汽車或機車或自行車。
意圖為自己或第 三人不法之利益，而 竊佔他人之不動產 者，依前項之規定處 斷。	意圖為自己或第 三人不法之利益，而 竊佔他人之不動產 者，依前項之規定處 斷。	

³⁰⁴ 立法院第 8 屆第 5 會期第 11 次會議議案關係文書（2014），院總第 246 號委員提案第 16435 號，頁委 7。



前二項之未遂犯 罰之。 違背汽車或機車 或自行車 <u>所有人意</u> 願，擅自使用者，處 三年以下有期徒刑、 拘役或五百元以下罰 金。 犯前項之罪，須 告訴乃論。	前二項之未遂犯 罰之。	
--	----------------	--

甚至，直到今年（2016 年）6 月 1 日，尚有立法委員李彥秀、徐榛蔚等 19 人，考量到實務上不處罰使用竊盜，「有違人民法感情且容易成為竊盜罪卸責之詞」，參考德國法而有增訂「無權使用交通工具罪」之提案。

【圖表五：李彥秀等委員提案第 320 條及第 324 條之 1 修正草案對照表】³⁰⁵



修正條文	現行條文	說明
<p>第三百二十四條 之一 違背有權限之人意願而竊取及使用其非行駛於固定軌道上之陸上動力交通工具或自行車者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。前項之未遂犯罰之。本罪須告訴乃論。</p>		<p>一、本條新增。…（略）…</p> <p>三、一般社會上未經他人同意而一時使用他人之物情形所在多有，但參酌德國立法意旨及基於刑法謙抑性故宜將本罪之保護客體限縮為非行駛於固定軌道之上陸地動力交通工具及自行車上述交通工具類型，<u>蓋此種行為侵害他人之交通工具使用權，影響甚鉅，且多具有一定價值，遠非一般之物可比擬</u>，故應有可罰性。而<u>該罪之保護法益為交通工具之使用權</u>³⁰⁶，蓋若行為人擅自使用他人之交通工具，則會<u>侵害有使用權利之人之使用權</u>，依社會通念應已造成被害人之損失並使行為人受益。</p> <p>四、「違背有權限之人意願而竊取及使用」為本罪之構成要件之一，須使人未經有權限之人同意而竊取及使用方符合本罪之構成要件，以竊取為構成要件係因客觀上持有關係遭改變，與未</p>

³⁰⁵ 立法院第 9 屆第 1 會期第 16 次會議議案關係文書（2016），院總第 246 號委員提案第 19242 號，頁委 15-16。

³⁰⁶ 注意保護法益不是所有或持有，而是交通工具之「使用權」！



	<p>變動持有關係之行為有間，考量刑法謙抑性故以破壞持有關係之竊取為構成要件。而主觀構成要件上本罪與竊盜罪最大不同之處在於有無「不法所有意圖」及「返還意圖」，故行為人應有歸還的意思，但<u>由於竊盜罪本身即含有無權使用之概念，為避免明文返還意圖會產生規範上之漏洞，故交由法院於個案中透過競合理論選擇適用竊盜罪或無權使用交通工具罪即可</u>³⁰⁷。</p> <p>五、考量追究成本、法益侵害之輕微程度及尊重被害人之意思等情形下，本罪宜定為告訴乃論。</p>
--	---

德國刑法第 248b 條 (*Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*) 規定：「違反有權限之人之意，而使用他人之動力交通工具或腳踏車者……處三年以下有期徒刑或罰金刑罰。前項之未遂犯，罰之。本罪為告訴乃論。本條所稱動力交通工具係指以機械力驅動、不行駛於固定軌道上之陸上車輛。」³⁰⁸ 從上面可以觀察到的是，雖然

³⁰⁷ 明文返還意圖會產生什麼樣的規範漏洞？提案委員並沒有繼續說明。又，在個案中「透過競合理論選擇適用」竊盜罪或無權使用交通工具罪，是什麼意思？竊盜罪與無權使用交通工具罪究竟是不是保護一樣的法益（同一提案中甫說明無權使用交通工具罪的保護法益是「使用權」）？而新增訂的無權使用交通工具罪，其定位應該是暫時剝奪他人財產之犯罪（例外處罰的使用竊盜），行為人根本沒有「所有意圖」，那麼跟普通竊盜罪要怎麼在「競合」上選擇適用？

³⁰⁸ StGB §248b (1) Wer ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. (4) Kraftfahrzeuge im Sinne dieser Vorschrift sind die Fahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden, Landkraftfahrzeuge nur insoweit, als sie nicht an Bahngleise gebunden



有多組委員提出第 320 條之修正草案，或是參考德國法而擬於第 320 條之外增訂無權使用交通工具罪，不過構成要件有所出入。除了交通工具範圍之廣狹，更是對於以違背「所有人」之意願、「持有人」之意願，抑或「所有人及持有人」之意願有不同看法。

第二款 司法者

竊盜罪之成立，除客觀上需有侵害他人之持有或所有而將他人之財物移轉於自己或第三人之持有、支配之下，以及主觀上需有此等客觀要件事實之認識外，尚需具有「為自己或第三人不法之所有意圖」之特別主觀要素要件。

過去實務見解（83 年度臺上字 5437 號刑事判決、94 年度臺上字 5194 號刑事判決）認為不法所有意圖之是指「欠缺適法權源，仍圖將財產移入自己實力支配管領下，得為使用、收益或處分之情形而言」，強調行為人的「利用意思」。然而近期實務（例如高等法院 104 年度上訴字第 2808 號刑事判決）則認為：「所謂取得，乃是行為人自己或使第三人僭居所有權人之地位，排除原所有權人或持有人對物之持有支配地位，而行使類似所有權人對於物的支配權。取得意圖含有『積極要素』與『消極要素』。前者即『占為己有』，係指行為人意圖使自己或第三人長期的或短暫的取得物的本體或物所體現的經濟價值，亦即行為人將他人動產併入自己的財產或使用其價值。此積極要素得以區分竊盜罪與毀損罪（行為人具有排斥持有或所有的意圖，卻欠缺占為己有意思）；後者即『排斥所有或持有』，係指行為人意圖長期地排斥原所有權人或持有人對物的本體或物所體現的經濟價值的支配地位，亦即

sind.



行為人透過永久或長時間對物體本身或其體現的價值完全或嚴重地剝奪，而排除所有者對此動產的經濟地位。此消極要素得以區分竊盜罪與僅僅具有使用意圖的使用竊盜（行為人具有占為己有，但欠缺「排斥持有或所有」要素）。占為己有與排斥所有或持有二種要素必須同時存在，方肯認具取得意圖，但排斥所有或持有不一定須透過占為己有方成立。」

另外，高等法院 104 年度上易字第 2049 號刑事判決亦認為，「刑法上的『不法意圖』即行為人認知自己在法律上並不具有合法權利而得以使自己對客體享有同於所有人地位利益的主觀心態；意即行為人認知自己的取物行為抵觸法律對於財產利益的分配。『所有意圖』則是行為人對於竊取之物欲排斥原權利人支配而由自己以所有人或有權使用人地位自居的心理狀態；意即行為人主觀上意欲持續破壞他人對於客體的支配關係，使自己對於客體處於類似所有人地位。所謂並無不法所有意圖，只是得他人財物為一時使用的『使用竊盜』」。檢察署座談會討論意見（61 年度法研字第 175 號），亦採此種必須兼備「排除意思」與「利用意思」之見解。

因此，雖然學說上有對於「所有意圖」內涵之歧見（詳見本節第三項），但是近期實務上對於「所有意圖」的穩定見解是包含「剝奪或排除他人所有或持有」及「建立自己所有或持有」兩個要素。

我國早期實務於 16 年度上字第 139 號判例認為，使用竊盜應該處罰：「竊盜罪之成立，須意圖為自己或第三人所有，為暫行律第 367 條所明定。則該項犯罪之主觀要件，即令不須被告有於法律上使自己或第三人取得所有權之故意，至少亦須有於經濟上使自己或第三人與所有人享同等利益，或為同等支配之故意。」根據這個判例，行為人於法律上無論有沒有排除權利人而自己取得所權之意思，即便只有「經濟上」與所有人享同等利益或同等支配其財產，即具有「所有意圖」。此一見



解與部分日本學說不謀而合，皆主張處罰使用竊盜。有學者認為，據此一見解來解釋「意圖不法所有」之內容，將使得在我國使用竊盜成罪與否之困擾得到解決，應予以贊同。不過我國實務從未再援引 16 年度上字第 139 號判例，使該號判例「成為絕響」，使用竊盜在我國至今仍被認為不成立竊盜罪³⁰⁹。

實務的穩定見解是承認學理上的不罰的使用竊盜概念，從早期的 61 年度法研字第 1 號法律問題探討、最高法院 75 年度臺上字第 8 號、最高法院 83 年度臺上字第 826 號刑事判決、86 年度臺上字第 4976 號刑事判決、最高法院 86 年度臺上字第 4976 號刑事判決等，到近年經典的最高法院 100 年度臺上字第 3232 號刑事判決，皆認為使用竊盜並不在刑法第 320 條第 1 項範圍內：「刑法之竊盜罪，以行為人具有為自己或第三人不法所有之意圖，而竊取他人之動產，作為構成要件，若行為人欠缺此不法所有意圖要件，例如祇單純擅取使用，無據為己有之犯意，學理上稱為『使用竊盜』，尚非刑法非難之對象。原判決既認定上訴人以不詳方法竊取陳秋桂之存摺、印章，用完後復以不詳方法歸還…當屬『使用竊盜』，並非刑法評價之一般竊盜，第一審誤予論列刑法第 320 條第 1 項罪名，原判決仍予維持，核有法則適用不當之違誤。」以及高等法院 103 年度上易字第 959 號刑事判決：「…取得他人之物為一時之用，且使用結果無關物本身之權義或處分等行為，可謂之使用竊盜，應認與刑法上之竊盜罪有別…」

並且實務上採擇「綜合判斷」的方式斷定行為人有無使用竊盜之主觀意思，例如，高等法院 104 年度上易字第 2049 號刑事判決：「所謂並無不法所有意圖，只是

³⁰⁹ 甘添貴（2000），前揭註 302，頁 49。

得他人財物為一時使用的「使用竊盜」，雖與刑法竊盜罪有別；然就標的物實行攸關權義或處分行為，縱使事後物歸原主，得否即認為屬於「使用竊盜」而不構成竊盜罪，實有可疑。況且竊盜罪屬於即成犯，不因事後返還所竊財物，而阻礙犯罪成立（最高法院 86 年度臺上字第 4976 號、83 年度臺上字第 6100 號刑事判決參照）。

使用竊盜自始即無不法所有意圖，因一時未能取得他人同意，暫時使用他人管領支配之物，事後即時歸還；而竊盜罪則是意圖為自己或第三人不法所有，破壞原持有人對於財物持有支配關係，建立新的持有支配關係，事後因某種原因而歸還所竊財物。雖然均有事後物歸原主的客觀行為；但自始是否具有不法所有意圖，則有截然不同的法律效果。行為人是否自始即有不法所有意圖，雖屬內心狀態，卻仍得由所表現的外在客觀情狀或財物性質本身加以綜合判斷。例如：有無就財物實行攸關權義或處分行為、使用時間久暫、財物是否因使用而產生耗損、事後是否為隱含某種不法目的而將所竊財物放回原處，並非意在歸還原物，甚至於在一般相同客觀情狀下，所有人或權利人是否可能同意行為人以此等手段使用此財物，予以綜合判斷。」也就是說，實務現況是依據行為人完成竊取之後的一切情狀來斷定「所有意圖」存否。

另外，最高法院 90 年度臺上字第 4770 號刑事判決認為「該印鑑章是否還在，攸關竊盜或使用竊盜之適用」，以未調查清楚為由撤銷原判決，發回高等法院。另一個例子是最高法院 86 年度臺上字第 4976 號刑事判決：「…惟如就物為攸關權義或處分之行為，縱事後物歸原主，得否謂僅屬使用竊盜而不構成竊盜罪，自非無疑。原判決既認定上訴人盜取被害人之印鑑證明等物，送交地政機關辦理抵押權登記，似已對該印鑑證明為完全之處分行為，另對房地所有權狀、印章部分，亦已為攸關權義之行為，卻謂此行為無不法所有之意圖，不構成犯罪，適用法則不無可議。」而撤銷原判決，發回高等法院。



又高等法院 103 年度上易字第 2011 號刑事判決闡明：「取得意圖與使用意圖有時難以辨別，關鍵點應在於行為人是否有「排斥所有或持有」及「占為己有」之行為表徵。查被告張○○等人未經各該被害車主之同意，逕行先後將所駕駛車牌號碼 0000-00 號自用小客車之前後車牌 2 面，均更換為上開所竊得之車牌（0000-00 號、000-0000 號），預備犯案，自屬將他人持有變易為自己持有。此舉目的在於混淆警方辦案以躲避查緝，顯已具對外自居所有或持有人之地位，而有任意處分上開竊得車牌之表徵，當可認被告張吉良已有不法所有之意圖，與單純使用竊盜不同。」

除此之外，至少還有高等法院 104 年度上訴字第 2808 號刑事判決³¹⁰、高等法院臺中分院 104 年度上意字第 453 號刑事判決、高等法院臺中分院 103 年度上意字第 898 號刑事判決等。

³¹⁰ 「然如就物為攸關權義或處分之行為，縱事後物歸原主，得否謂僅屬「使用竊盜」而不構成竊盜罪，自非無疑（最高法院 86 年度臺上字第 4976 號、83 年度臺上字第 6100 號刑事判決參照）。而『使用竊盜』與犯竊盜罪後事後物歸原主之行為亦屬有別，主要在前者係自始即無不法所有之意圖，因一時未能取得他人同意，暫時使用他人管領支配之物，事後即時歸還；後者則係意圖為自己或第三人不法之所有，破壞原持有人對於財物之持有支配關係，而建立新的持有支配關係，事後因某種原因，而歸還所竊取之物，因竊盜罪為即成犯，不因事後返還所竊物品，而影響其犯罪之成立。兩者雖事後均有物歸原主之客觀行為，然就其自始是否有不法所有之意圖，則迥然有別。再行為人是否自始即有不法所有之意圖，雖屬內心狀態，然仍得由其表現在外的客觀狀態或物本身之性質，諸如有無就物為攸關權義或處分之行為、使用時間之久暫、該物是否因使用而產生耗損、是否事後為隱含某種不法目的，而將所竊之物放回原處，並非意在歸還原物，甚而在一般相同之客觀情狀下，所有人或權利人有無可能同意行為人之使用行為等，予以綜合判斷。經查，本件被告明知其所拿取之滅火器為區公所所管領之財物，為被告自陳在卷（見本院卷第 79 頁），而以被告為智識正常之成年人，當應知悉設置於鄰里巷弄之滅火器乃係為若遇有火災等突發危急狀況時能立即取用滅火，非任何人可任意取用或耗費之物，被告自亦能認知其不具合法權源得以如同所有人地位任意取用上開滅火器，然為報復與其發生口角爭執之楊宏財，竟未經同意或合乎使用目的下擅自取用該滅火器，其行為顯已抵觸法律對於財產利益之分配，而將該滅火器『占為己有』，揆之前開意旨可知，被告主觀上顯有不法所有或取得意圖，應可認定。且查，被告擅自取用前開滅火器後旋持往楊宏財上開住處噴灑至其內滅火粉劑耗盡為止，復將該滅火器棄置於楊宏財住處即逃逸，亦為被告所是認，被告顯然主觀上已有持續地破壞他人對於該滅火器之支配關係，而使自己立於類似所有人之地位，復就該滅火器內置之滅火粉劑為攸關權益及處分之行為，亦堪認其「排斥所有或持有」而具有「所有意圖」無訛。而被告使用系爭滅火器之目的係為宣洩其對楊宏財之不滿情緒，非但違反滅火器原來正當使用之用途，且被告如此非法使用，客觀上根本不可能取得所有權人同意或合目的之容許使用，被告對此自難諉為不知，惟其在明知上情之狀況下，猶擅自取用滅火器任意噴灑，同時存在占為己有與排斥所有或持有二種要素，其情狀與一時未能取得他人同意而暫時使用他人管領支配之物之「使用竊盜」迥異。再者，竊盜罪為即成犯，被告以上開不法動機，竊取系爭滅火器，將該滅火器置於自己實力支配之下，該竊盜犯行即已成



擅自使用他人交通工具，在我國實務上案例主要可分為兩種情形。第一種是在剝奪他人之持有、短暫地使用完畢後，「隨即拋棄」車輛。例如，實施犯罪行為前駕走他人之機車，犯罪行為完成後將之棄置在路邊。理論上，行為人取得交通工具之持有，再以所有權人之地位拋棄之，仍然成立竊盜罪，如高等法院 104 年度上訴字第 2360 號刑事判決之結論：「…使用竊盜，尚非刑法非難之對象，惟若使用後不
予返還，在主觀上又將他人之物視為自己之物而以所有權人自居，將之隨地棄置，
即應認為具有不法所有之意圖而以竊盜罪相繩（最高法院 100 年度臺上字第 3232 號
刑事判決意旨參照）」。

第二種則是顯然「出於使用後即歸還所有權人之意思」，而暫時使用該交通工具，嗣後再歸還於所有權人或是將交通工具置於容易被發現之地點。例如，為了接送家人上學上班之方便，每天於固定時間擅自騎用他人之機車。在第二種情形，應認為是不罰的使用竊盜。然而，法務部檢察司法（71）檢（二）字第 1472 號函示曾對於未經同意盜開他人車子，無竊車之故意而僅用以代步之個案，曾認為成立竊盜（汽油）罪，表示：行為人「就大客車部分，雖可認為使用竊盜，但消耗車內汽油開車代步，無意竊盜行為，等於是用機械將該汽油置於自己實力支配下消耗，其情形與自車內將汽油取出用其他方法消耗無異，或謂駕駛汽車之使用竊盜行為，非消耗車內汽油無以濟其事，然與該行為有關之消耗汽油部分，業已構成犯罪，非不可

立，被告取得系爭滅火器並予使用後，非惟該滅火器內置之滅火粉劑已使用殆盡，被告事後復未將滅火器放回原位而棄置現場，其僭越使用之時間雖屬短暫，然而具有排斥所有或持有並無準備歸還該滅火器之意，極為明顯，至被告事後將滅火器棄置現場，而未取走，亦屬被告對贓物之事實上處分行為，不影響其竊盜犯罪之成立，亦不能因此反推被告僅屬『使用竊盜』而不構成竊盜罪，殆屬明確。辯護人為被告辯護稱被告拿取滅火器所為，係屬使用竊盜，耗盡滅火器內之滅火粉劑亦屬民事補償問題云云，尚非可採。」



單獨處罰，從而，依據上段說明，甲應成立竊盜（汽油）罪。」並且實務上不少檢察官會以汽油之消耗為由提出上訴。

採此一見解的法院，如臺灣高等法院高雄分院 95 年度上訴字第 1867 號刑事判決：「惟若行為人已就物為消耗性使用（例如汽油），致該物發生質變或減低經濟價值之條件下加以使用，縱事後物歸原主，得否謂僅屬使用竊盜而不構成竊盜罪，即非無疑。經查，被告丙○○竊取車輛並供渠等 3 人乘坐，於前揭地點繞行並伺機找尋被害人，該行為對車內所裝載之汽油必因而消耗，難謂對車輛及其汽油無發生質變或減低其經濟價值。再者，被告丙○○係持其所有客觀上具行兇危險性之 T 型扳手破壞車鎖而行竊，業經被告丙○○所自承，且與被害人指述情節相符，其破壞該車車鎖而行竊，且非為一般性之使用，而係供作強盜犯罪之用，其等顯有將該車視為自己財產而使用之不法所有意圖。其等竊得被害人上揭自用小客車為犯案之工具使用後，雖於事後已停回竊車地點附近，但其顯係為掩飾自己犯行，其所為有致車輛所有人林忠宏被追訴渠等所犯之罪及受司法審判之可能，而非基於暫時使用之意思而返還車輛，因此，難認其並無不法所有之意圖，故辯護人上開所辯，尚無足採。」

惟一般而言，使用動力交通工具的方式，皆以發動引擎駕駛用以代步，而不會以不消耗汽油的方式（例如推車子），因此會消耗汽油是使用竊盜動力交通工具的當然附隨的結果。並且，難以想像被害人在意的不是自己所有車輛的使用權而是「汽油」被他人使用，或行為人的使用意圖是針對「汽油」等。實務此一見解割裂社會事實，等於迴避不罰的使用竊盜，除了用《社會秩序維護法》第 88 條第 1 款對行為人處以罰鍰，更以「竊盜汽油」名目用刑法來處罰行為人，引致許多批評。若



採取此一「消耗汽油說」，是否只要將行為人消耗的油加滿後再返還車子予所有權人，即不成立竊盜罪？

對此，實務上從 2002 年起已經有不少反對見解，例如高等法院 103 年度上易字第 1553 號刑事判決：「…查被告身為昆明街派出所警員，係為爭取春安工作個人查贓績效，始將系爭機車騎離臺北市○○區○○○路 000 號停放現場，並停置於昆明街派出所旁之人行道上警用車輛廢棄區，被告主觀上就系爭機車並無不法所有之意圖存在，核與刑法竊盜罪之構成要件有間…而被告於將系爭機車移至昆明街派出所旁人行道之警用車輛廢棄區過程中，並無其他積極抽走機車內汽油之動作，且被告主觀之目的顯係為移置而暫時使用系爭機車，並非在消耗其內之油料，消耗油料乃僅是被告使用機車之當然結果，實難認被告就系爭機車之油料有何不法所有之意圖。」及高等法院 93 年上易字第 2143 號刑事判決：「按刑法罪刑法定主義禁止類推解釋之精神，即在保障人民不受法無處罰明文之刑罰制裁，且不因執法者以一己之念任意解釋法律，而受不測之損害。查一般騎乘機車必使用其內之油料，乃該類機械運作必然之性質，使用該類機械者之目的（即意圖）在使用該車，而非在消耗機械內之油料；此與目的係在直接偷取油料之人，其行為標的本即在油料，仍有所不同。按刑法之竊盜罪係屬以不法所有意圖為主觀構成要件要素之目的犯，就基於暫時使用目的而取他人機車者而言，其主觀目的係暫時使用該機車代步，而非在消耗其內之油料，事屬顯然，消耗油料乃使用者取得該機車持有後使用機車之當然結果，就油料部分乃涉及行為人是否須負民事上補償責任問題，尚不得以竊盜罪相繩。」皆明顯不採上述法務部函示見解³¹¹。

³¹¹ 另外還有高等法院 103 年度上易字第 1141 號刑事判決、高等法院臺中分院 103 年度上訴字第 997 號刑事判決、高等法院 102 年度上易字第 1243 號刑事判決、高等法院 102 年度上易字第 1058 號刑事判決、高等法院 99 年度上易字第 2568 號刑事判決、高等法院臺南分院 98 年度上易字第 779 號刑事判決、高等法院高雄分院 95 年度上訴字第 1867 號刑事判決、高等法院 91 年度上易字第 1985 號刑事判決等。



臺灣臺北地方法院 102 年度易字第 869 號刑事判決亦同：「被告范○○短暫駕駛被害人許○○所使用之車輛，並無其他積極抽走車內汽油之動作，足認其亦無竊取車內汽油之犯意。被告范○○駕駛車輛消耗車內汽油，應屬使用竊盜之當然結果，此部分應僅為民事糾葛，尚難認其行為已構成刑法上之竊盜罪（臺灣高等法院 93 上訴字第 1349 號、91 年度上易字第 1985 號、94 年度上易字第 1646 號可資參照）。」認為汽油部分應循民事途徑解決。

有趣的是，本案的上訴審高等法院 103 年上易字第 1141 號刑事判決，就竊盜汽油，更認為竊盜車子與竊盜汽油並非「同一事實」，若檢察官僅起訴竊盜車子部分，應認竊盜汽油部分未經起訴：「至上訴意旨指陳…無其他積極抽走車內汽油之動作，足認其亦無竊取車內汽油之犯意，且被告范炎易駕駛車輛消耗車內汽油，應屬使用竊盜之當然結果，此部分應僅為民事糾葛，尚難認其行為已構成刑法上之竊盜罪等語，惟依本件犯罪事實記載，檢察官僅就被告范○○竊盜車牌號碼 0000-00 號自小貨車部分起訴，並未記載被告如何意圖為自己不法之所有、竊盜該自小客車內『汽油』部分，故而被告是否涉竊盜上開自小客車內『汽油』部分，應認未經起訴，上訴意旨稱汽油減少部分，尚難認得推翻原判決關於此部分無罪之認定。」而駁回檢察官之上訴。

近期法院認為是使用竊盜而判決行為人不成立刑法第 320 條竊盜罪的，至少有高等法院 104 年度上易字第 2311 號刑事判決³¹²、高等法院 104 年度上易字第 1066 號刑事判決³¹³、臺灣板橋地方法院 98 年度易字第 1118 號刑事判決³¹⁴等等。

至於承認使用竊盜但是依據個案事實不認為被告係使用竊盜之判決，亦所在多有，例如高等法院 104 年度上易字第 2119 號刑事判決、高等法院 104 年度上易字第 2049 號刑事判決、高等法院 104 年度上易字第 839 號刑事判決³¹⁵、高等法院 104 年

³¹² 法院認為「依卷附資料，被告係於…15 時 47 分…取得而使用被害人張○○所有之車牌號碼 000-000 號輕型機車…其後於同日 17 時 02 分，復將機車騎回原處置放…再參諸被告到案後未及深思熟慮下之說詞…以其過程、時間之緊湊互核以觀，應可得見被告取用機車後，除返回…租屋處沐浴更衣外，並未曾轉往其他處所，且於使用目的完成後，旋即返還機車，亦未曾稍有延宕。因之，被告所稱：伊沒有要竊取機車的意思乙節，尚可採信。…伊誤認系爭機車為證人方○○所出借者，始予以騎用，並非意在竊盜汽油等語，係屬有據；檢察官所舉之證據，尚不足以使本院形成被告係基於不法所有之意圖而竊取系爭機車內汽油之心證。」而將檢察官之上訴意旨駁回。

³¹³ 「惟按無不法所有之意圖，取得他人之物為一時之用，或得謂之使用竊盜，而認與刑法上之竊盜罪有別。本件依證人莊○○所證述：其係因 102 年 7 月 26 日上午準備要開車時發現車門鎖有被打開，但因無重大損失，故未向警方報案；沒有要就本案提告，因為其車輛被偷走，後來嫌犯又把它開回來等情（見偵查卷一第 41 頁、偵查卷二第 12 頁），參以上述被告白○○、游○○之供述及監視器畫面，足認證人莊○○所有車牌號碼 0000-00 號自用小貨車於 102 年 7 月 26 日凌晨 1 時許遭被告白○○、劉○○、游○○等人以共同之意思，由被告白○○、游○○自原停放地點駛離並載運前揭竊得之電腦設備等物後，又駛回原停放地點無誤，亦即被告三人駕駛該車輛之目的僅為一時之使用，其後即又交還原所有人即被害人莊○○，即為學理上所稱之使用竊盜，揆諸前開說明，難認被告三人就該車輛有當作自己所有物之意思，無從認其等此部分有何不法所有之意圖，應認與刑法上之竊盜罪構成要件有間。」

³¹⁴ 「其並無將其擅自開拆告訴人之信函據為所有之意思，僅係為圖短暫之書寫『使用』甚明，尚難認其主觀上有何不法所有之意圖。況經觀諸卷附本件信函影本【見偵卷第 29、30 頁】，可知該信函並不因被告在其上書寫使用行為，而生質變或經濟價值減損情形，自屬前開說明之使用竊盜無誤，應不成立刑法上之竊盜罪。」

³¹⁵ 「實務、學理雖承認「使用竊盜」之存在，惟按，無不法所有之意圖，取得他人之物為一時之用，或得謂之「使用竊盜」，而認與刑法上之竊盜罪有別，惟如就物為攸關權義或處分之行為，縱事後物歸原主，得否謂僅屬「使用竊盜」而不構成竊盜罪，自非無疑；且竊盜罪為即成犯，不因事後返還所竊物品，而影響其犯罪之成立（最高法院 86 年度臺上字第 4976 號、83 年度臺上字第 6100 號刑事判決參照）。而『使用竊盜』與犯竊盜罪後事後物歸原主之行為有別，主要在前者係自始即無不法所有之意圖，因一時未能取得他人同意，暫時使用他人管領支配之物，事後即時歸還，後者則係意圖為自己或第三人不法之所有，破壞原持有人對於財物之持有支配關係，而建立新的持有支配關係，事後因某種原因，而歸還所竊取之物。兩者雖事後均有物歸原主之客觀行為，然就其自始是否有不法所有之意圖，則迥然有別。再行為人是否自始即有不法所有之意圖，雖屬內心狀態，然仍得由其表現在外的客觀狀態或物本身之性質加以綜合判斷，諸如有無就物為攸關權義或處分之行為、使用時間之久暫、該物是否因使用而產生耗損、是否事後為隱含某種不法的目的，而將所竊之物放回原處，並非意在歸還原物，甚而在一般相同之客觀情狀下，所有人或權利人有無可能同意行為人之使用行為等，予以綜合判斷。經查，本案被告於法律上並無任何權源得如同所有人般使用車牌號碼 000-000 號機車，則其為至他處搶奪之目的而擅自取用被害人陳世

度上易字第 82 號刑事判決、91 年度臺上字第 2114 號刑事判決、高等法院 89 年度上訴字第 1365 號刑事判決、87 年度臺上字第 1809 號刑事判決等。



總結而言，原則上司法實務承認「使用竊盜」的概念，並且於個案中根據有無就財物實行攸關權義或處分行為、使用時間久暫、財物是否因使用而產生耗損、事後有無將所竊財物放回原處以及歸還之目的、在一般相同客觀情狀下所有人或權利人是否可能同意行為人以此等手段使用此財物等情狀，具體判斷行為人是否具有對外自居所有或持有人之地位之主觀意圖。

第三項 學說見解

第一款 竊盜罪之保護法益

概括而言，財產犯罪保護「財產法益」，但是一直以來都有保護「所有」或「持有」，抑或兩者皆保護之爭³¹⁶。

華持用之系爭機車，主觀上即有『不法意圖』，應可認定；復查，被告於案發當時刻意騎用他人機車遂行搶奪犯行之舉措觀察，其目的不無在使辦案人員誤以為系爭機車所有人或持用人為搶奪罪犯嫌，而誤導偵辦方向，已就該物及其原權利人為攸關權益之行為，則自被告基於上開不法目的而啟動系爭機車開始騎用之時起，主觀上顯然已有排除原權利人對於該機車之支配狀況而以所有人或有權使用人地位自居之心態。復參之被告使用系爭機車之目的係為搶奪，依一般常理常情，此非法使用目的，客觀上根本不可能取得被害人之同意使用，被告對此自不能諉為不知，惟其在明知其情之狀況下，猶擅自騎用系爭機車並用以搶奪，其情狀與一時未能取得他人同意而暫時使用他人管領支配之物之『使用竊盜』迥異，應認被告斯時即有以權利人自居之『所有意圖』存在。再者，被告係先以原駕駛之車牌號碼 00-0000 號自小客車停放在新竹市埔頂二路附近，並竊取亦停放在埔頂二路附近之系爭機車，則被告於騎乘系爭機車搶奪得手後，欲返回駕駛上開自小客車離開，需再騎乘系爭機車返回自小客車停放處，是被告事後將系爭機車再騎回置放距原停放地點附近，乃係要返回原先自小客車停放處；且竊盜罪為即成犯，被告以上開不法動機，竊取系爭機車，將該機車置於自己實力支配之下時，該竊盜犯罪即已既遂，縱被告事後將該機車騎回原處附近停放，亦核屬贓物之事實上處分行為，並不影響其竊盜犯罪之成立。」

³¹⁶ 本文囿於篇幅，不對各說批評——詳盡介紹，此部分請見：洪瑋嫻（2010），《財產犯罪中之所有意圖——以竊盜罪為中心》，頁 13-19，國立政治大學法律研究所碩士論文。



一、所有權說（或稱本權說）

此說認為，竊盜罪的本質是透過排除他人對於財產之支配並建立自己持有之方式，來侵害所有權³¹⁷。排除他人持有僅是本罪之構成要件，本罪保護之法益不是持有，而是所有權及其他本權，蓋刑法規定「竊取他人之動產」而非規定「竊取他人所持有之動產」。至於所有權之內容，有認為是基於物權而形成的一種法律方式對物的支配關係，得積極自由用益處分其所有物、消極排除他人對於物的干涉與妨害³¹⁸；亦有進一步闡述，本罪之保護法益是「所有權的利益」，指所有權人基於民法上對於所有權的法律規範而在事實上可以享受到的利益，所有之財產被竊取後其實上喪失所有物，因此侵害到其所有權之完整行使。所有權人收回自己之物的情形，因為並未侵害所有權，故不該當竊盜罪³¹⁹。

部分所有權說之學者認為，若採持有說，所有權人未經他人同意收回自己之所有物，亦可能成立竊盜罪，與人民之法感情不符，並且通說所認為的「奪取後所為的（侵犯本權的處分）行為不罰」將難以自圓其說，因為排除他人持有後的行為實際上是侵害了持有狀態外的本權的行為，依據持有說應該是另一應罰之行為。若貫徹持有說，排除他人持有之後再消費該物，該消費行為應是竊盜行為以外的另一個侵害行為，但持有說學者卻認為這是不罰的後行為³²⁰。

³¹⁷ 黃榮堅（1995），〈做賊喊抓賊〉，《月旦法學雜誌》，2期，頁47-48

³¹⁸ 林山田（2006），前揭註8，頁304。

³¹⁹ 許恒達（2012），〈竊盜被害人事後奪回所有財物的刑責問題〉，《月旦法學教室》，117期，頁33-35。

³²⁰ 謝庭晃（1996），前揭註218，頁45；李茂生（2012），《刑法分則講義》，頁367-368，http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24%24E3%80%82（最後瀏覽日：2016/7/9）。



二、持有說（或稱占有說）

竊盜罪保護的是持有，即對物之現實上監督支配³²¹。「持有」要素有二，一為持有意思，二為（該意思表徵的）支配事實³²²。受到竊盜行為直接干擾侵害之人為持有人，為維護社會秩序現狀，即便是所有權人亦不得任意侵害他人之持有狀態。所有權人收回自己之物的情形，除非是自救行為或是基於其他理由而阻卻違法，否則該當竊盜罪³²³。

此一見解在日本實務判例與我國實務受到支持。在同樣有「不法所有意圖」要件的我國舊刑法時代³²⁴，21 年上字第 1026 號判例即認為：「竊盜罪，為侵害財產監督權之罪，苟財產權與財產所有權分離獨立之際，不論財產所有權是否受損，只於財產監督權無所損害，即不成立該罪」。或有認為此一判決無法推導出實務採取「持有說」之立場，不過從判決之論述（無論所有權是否受侵害，只要財產監督權沒有被侵害，即不成立竊盜罪）看來，似乎是較為傾向持有說的。並且，較近期的臺灣高等法院 85 年上訴字第 3142 號刑事判決，亦以「財產監督權」作為本罪保護法益，以行為人侵害的「財產監督權數」判斷行為人成立一個罪或數個罪。

三、折衷說

（一）所有權與持有皆保護說

多數學說認為，物若在所有權人以外之第三人持有中，則竊盜罪之保護法益除了所有權，亦包含持有權。有學者認為，物若在非所有權人持有之中被竊，則竊盜

³²¹ 甘添貴（2000），前揭註 302，頁 8。

³²² 蔡墩銘（2001），前揭註 215，頁 154。

³²³ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 368、371；謝庭晃（1996），前揭註 218，頁 111。

³²⁴ 中華民國 17 年公布舊刑法 337 條：「意圖為自己或第三人不法之所有而取他人所有物者為竊盜罪，處五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。本條之未遂罪罰之。」



罪的被害人包含所有權人及持有人；但若是在所有權人持有之中被竊，則被害人只有所有權人，不會因為持有之概念而被認定為雙重被害³²⁵。日本亦有學者採此一說，並認為在所有權人收回自己所有之物時，僅有權源依據之持有，方得對抗所有權而成為本罪之保護法益³²⁶，以所有優先於持有。

據此，「黑吃黑」的情形應該成立竊盜罪。不過，亦有認為依據行為人是否認識該物是贓物而不同，若對於贓物事實並無認識則可能成立刑法第320條第3項竊盜未遂罪，因為客觀上欠缺法益侵害的結果。也就是將保護法益限定在「合法的」持有，必須根據民法上財產權利義務來判斷保護法益。

（二）擴張的所有權說

此說以所有權說為基礎，對所有權說進行擴張解釋，認為本罪保護法益除所有權外，還有「由法律以及經濟的觀點而言，有實質或外觀上支撐的財產上利益」。由於本說僅將所有權擴張至民法上適法之持有（例如持有人得主張同時履行抗辯權），因此與前述「所有權與持有皆保護說」將所有的持有皆列為保護法益不同，民法上不適法之持有不在保護範圍內³²⁷。對於「財產」之定義採法律與經濟折衷之概念。

（三）平穩的持有說

此說修正「持有說」，主張竊盜罪的保護法益是「平穩的持有」。無論被害人之持有適法與否，只要其持有在現實上依一般人之觀點是平穩的持有，即為本罪保護對象。另外，為了處理竊盜行為人完成竊盜後持有相當時間而形成「平穩之持

³²⁵ 林山田（2006），前揭註8，頁303-304。

³²⁶ 洪瑋嫻（2010），前揭註316，頁16。

³²⁷ 洪瑋嫻（2010），前揭註316，頁17。



有」，致所有人從小偷的持有中把自己的財產收回亦成立竊盜的違反法感情之情形，因此有學者認為，小偷的持有對於第三者而言是平穩的，但對於被害的所有權人來說並非平穩，不能執此對抗（持有概念相對化）。故，應受保護的持有限於平穩的持有³²⁸。

第二款 「所有意圖」之對象

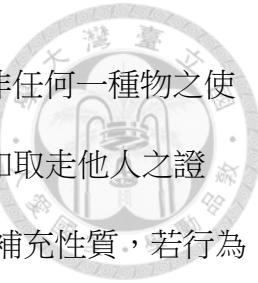
竊盜罪的基本爭議，除了上述的法益之爭，還有「所有意圖」之客體（行為人希望將「什麼」據為己有？有形物還是無形價值？）及其範圍的問題。

對此，國內學者亦如同英美法學者，參考了德國法的三種見解：（一）實體理論（*Substanztheorie*），又被稱為「物質理論」或「物體理論」：所有意圖之對象係有形之行為客體本身。（二）（廣義）價值理論（*Sachwerttheorie*）：所有意圖之對象為客體所內含或表彰之價值，即透過物而有體化之抽象價值，例如存摺或有價證券所表彰的財產價值，而非行為客體本身。前述 16 年度上字第 139 號判例「至少亦須有於經濟上使自己或第三人與所有人享同等利益…之故意。」為類似見解。

（三）綜合理論（*Vereinigungstheorie*）：此說認為有形之行為客體本身，抑或客體所表彰之價值，均得為所有意圖之對象。若採取實體理論，竊盜罪無法處罰竊取他人之物後奪取依附於物之經濟價值之行為人（例如偷取存摺領完錢後就放回原處）；採取價值理論則是無法將竊取不具有經濟價值之物的行為人入罪化。是以，德國通說與我國通說皆為了周全的保護而採取綜合理論，將經濟價值（或者說表彰金錢價值之物）納入為「所有意圖」之對象，例如電話卡、影印卡³²⁹。

³²⁸ 洪瑋嫻（2010），前揭註 316，頁 18-19。

³²⁹ 盧映潔（2011），《刑法分則新論》，四版，頁 594，臺北：新學林；張麗卿（2000），〈強盜罪與詐欺罪的難題－評最高法院八十九年度臺上字第八五二號判決〉，《月旦法學雜誌》，65 期，頁



在我國，也不乏學者認為物之「價值」應採取限縮解釋，並非任何一種物之使用皆屬之，必須依照動產所體現的「價值種類與功能」而定，例如取走他人之證件，即便用於偽造文書再歸還亦不成立竊盜³³⁰。「價值」僅具於補充性質，若行為人對於物之本體有不法所有意圖，即不以利益來補充，不能僅因利益之取得而認為對無價值的物有此意圖³³¹。德國法上另有狹義的價值理論（*die enge Sachwerttheorie*）認為，竊盜罪對於經濟價值之保護只限於財產「直接表彰之經濟價值」，而不包含僅具「證明功能」者³³²。我國學者亦有認為，經濟價值應嚴格解釋，唯有經濟價值之取得與物本身之使用得以同視時——基於動產實體的支配而「串連」的所有人地位，持續剝奪財產之「常態用益可能性」——始肯定竊盜罪之成立，有稱之為「修正的實體理論」（*die modifizierte Substanztheorie*），保護到「等同實體之財產價值」³³³。

因此，通說所採綜合理論之「價值」必須是依附在「物體本身」。故以取走他人之寵物為例，可分成兩種情形：為了獲得懸賞報酬而取走他人之寵物，並未否定「該寵物為他人之動產」的事實，應該認為不具「所有意圖」；若主觀上是「不給我錢，我就將寵物據為己有」的擄物勒贖心態，則因為有排他之間接故意（未必故意），因此應該具有所有意圖。

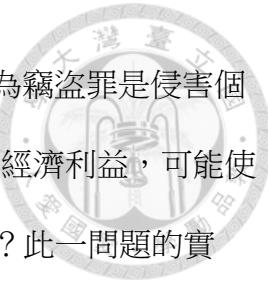
176-182。

³³⁰ 黃惠婷（2006），前揭註6，頁153。

³³¹ 蔡聖偉（2009），〈竊盜罪之主觀構成要件（上）〉，《月旦法學教室》，78期，頁65-72。

³³² 許恒達（2012），〈濫用存摺提款與不法所有意圖—評最高法院一〇〇年度臺上字第三二三二號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，16期，頁65。

³³³ 許恒達（2012），前揭註332，頁64-67。學者認為，保護利益之觀點，將使得普通竊盜與使用竊盜更難區別，因此應該採取保護「幾近實體侵奪」經濟價值的「修正的實體理論」。不過本文認為，這似乎已非堅守有形財產之剝奪的嚴格意義的「實體理論」，因此暫將之歸於較為折衷的「綜合理論」一類。



通說採取綜合理論，有必須面對的難題。第一，由於一般認為竊盜罪是侵害個別財產之犯罪，保護的是財物之支配權能³³⁴，過於強調物背後的經濟利益，可能使得竊盜罪變形為整體財產犯罪。第二，更甚者是要如何「綜合」？此一問題的實益，表現在多個典型爭議案例中，即盜用他人存摺、提款卡等而取得款項或是其他債權利益，並馬上將其返還之情形。此時，行為人對於存摺、印章、提款卡、信用卡等是否具有所有有意圖而成立竊盜？若採取綜合理論，在特定情形下物之經濟價值已被耗損，則即便行為人有歸還物之意思都應該成立竊盜罪。

爭議類型一：存摺

存摺上所載帳戶金額代表了存款人對於銀行的民事上金錢請求權。取走他人存摺而於取款後再歸還，是否對存摺成立竊盜罪？

採取價值理論或綜合理論下可能的思考脈絡是，所有權人的存摺所載價值（即金錢請求權）遭排除，行為人持存摺取款後，存摺成為沒有內容的載體，而肯定行為人對於存摺之不法所有有意圖³³⁵。詳言之，最高法院認以他人存摺冒領款項應成立詐欺罪，但學者則認為金融機構僅依據存摺、印鑑章、密碼三者作為依據，因此行為人之冒領「並未使用詐術而令他人陷於錯誤」，行為人不成立詐欺罪。至於竊盜罪部分，存摺是「權利證券」，持有存摺之人即得行使請求權而從他人存摺中取款，已經「僭越位居存摺所確認的權利地位，剝奪所有權人由存摺所體現的權利」，是以該存摺的價值減損，行為人應成立竊盜罪³³⁶。

³³⁴ 蔡聖偉（2008），〈所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（上）〉，《月旦法學教室》，69期，頁54；許恆達（2012），前揭註332，頁66；陳子平（2015），《刑法各罪論（上）》，二版，頁397，臺北：自刊。

³³⁵ 蔡聖偉（2008），前揭註334，頁52；黃惠婷（2006），前揭註6，頁153。

³³⁶ 黃惠婷（2012），〈冒領存摺存款行為之刑責—評最高法院一百年度臺上字第3232號判決〉，《月旦法學雜誌》，207期，頁231-242。



實務上，結論相同的臺灣高等法院臺中分院 95 年度上訴字第 1708 號刑事判決有認為，「被告以該存摺等物詐提存款，已減損該存摺所表彰之經濟價值，亦即已使丙○○之存款因之減少，是以被告即使是以用後返還之意思取用丙○○之存摺等物，亦應構成竊盜罪（最高法院 86 年度臺上字第 4976 號判決參照）。」

否定不法所有意圖者，或有傾向實體理論的實務見解認為，行為人無將存摺據為己有的意思而只是一時之使用³³⁷；而採取「修正的實體理論」之學者認為，認為取走他人之存摺取款後再將存摺返還之情形，應不成立竊盜。物之價值分為「使用價值」與「交換價值」，存摺表彰的是其「交換價值」，得以用以確認帳戶金額、提款、再存款至帳戶，但是由於存摺不能「直接且無條件地」交換利益，且雖然所有權人被侵害了存摺內既有存款返還請求權，但是僅僅持有存摺是無法取得現金的，還必須符合其他條件、透過重視取款人別之銀行來取款，因此對於存摺「確認金額」的利益，以及「再存款」的利益並無影響。故行為人並未「耗盡」存額所表彰的經濟價值（即確認金額、提款、再存款之法律交易功能），不成立竊盜罪³³⁸。

對此的不同想法是，當行為人確實已突破銀行之防範機制，使用存摺取得款項時，是否仍然得認為行為人不成立竊盜？並且，能否以「確認存款」利益及「再存款」利益未被耗盡為由，否定竊盜罪之成立？學者認為「再存款」是行為終了後之經濟活動，與竊取存摺之行為並無直接關聯；至於「確認存款」功能則是真正存款人與銀行之間的私法上「確認債權金額」權利義務關係，和行為人與真正存款人之間的刑法上侵害財產關係，係屬二事，在刑法的討論中納入私法上的「確認債權金額」權利義務關係而認為存摺具有「確認利益」是否有正當性，也許尚待思考。在

³³⁷ 例如，臺灣高等法院臺中分院 96 年度上訴字第 684 號刑事判決、臺灣高等法院 96 年度上訴字第 2068 號刑事判決。

³³⁸ 許恒達（2012），前揭註 332，頁 67-70。



討論此一問題時可以考慮民法上的利益，只是必須注意此一利益與犯罪行為之間的關聯³³⁹。

爭議類型二：提款卡

暫時盜用他人提款卡取款，再返還提款卡，是否成立竊盜？

實務上，有臺灣高等法院臺南分院 90 年度上易字第 862 號刑事判決表示行為人「顯已居於所有人之地位而為提款行為，至於被告提款後將提款卡放回原處，僅係犯罪後為掩飾犯行之方法，原判決認被告所為僅係『使用竊盜』，係有誤會。」而法務部（90）法檢字第 003787 號法律問題曾對竊取提款卡表示意見：「甲雖以使用竊盜之意圖，竊取乙之金融卡，但該金融卡本身係有價值之物，甲之目的係在獲取該金融卡所表彰之經濟價值，該金融卡在經甲提款後，所表彰之經濟價值也有所減損，是其已非單純之使用竊盜而已，應構成普通竊盜罪…」與前述高等法院臺南分院之判決相同。相反見解，有高等法院 92 年度上易字第 3211 號刑事判決認為，被告之行為僅是使用竊盜，不具不法所有意圖。

對此，學者有認為提款卡屬於有價證券之一種，而贊同實務成立竊盜罪結論者³⁴⁰。不過學說上不同意見則有認為，價值理論或綜合理論的所有意圖對象，應該是指「透過竊取物而有體化之抽象價值」，例如存摺、有價證券所表彰之價值。然而提款卡本身並不是可以表彰財產價值的東西，沒有具體表彰財產經濟價值，只是有如進入住宅之鑰匙：提款卡是載有電腦判讀資訊的卡片，持有提款卡者得以此卡進行自動提款機之操作。因此行為人竊取他人之提款卡，只是取走卡片本體，不等於竊取金錢，物之本體（提款卡）與物之經濟價值（帳戶價值）並未緊密結合。既然

³³⁹ 黃士軒（2015），〈一時使用他人之物與竊盜罪的所有意圖〉，頁 9-10，發表於：海峽兩岸暨第十屆內地中青年刑法學者高級論壇，發表時間：2015/10/25，發表地點：東南大學法學院。

³⁴⁰ 甘添貴（2006），〈自動付款設備詐欺罪之不正方法〉，《月旦法學教室》，39 期，頁 22-23。



行為人對於提款卡並無所有意圖，且並沒有破壞他人對於提款卡之持有支配（蓋卡片真正、密碼正確），就不成立竊盜罪。³⁴¹。

第三款 「不法所有意圖」之內涵

「不法所有意圖」，包括「不法意圖」及「所有意圖」兩個部分。

「不法意圖」是指行為人的所有意圖在法律上具不法性，即行為人並無請求或保有該物之法律上依據（民法上無權取得），且行為人亦認識此一事實。若行為人終局得持有該物是法秩序所不允許的，或是違反了法秩序對於財產利益之分配規範，即為不法。所謂不法性，並不是指非法「取得所有權」，而是非法「行使所有權之內容」、非法對於他人之財產為用益或處分³⁴²，並且，不以不法目的為必要，而是「對於不法的或然故意為必要」³⁴³。據此，物之所有權人將自己所有之物偷回來，並不具有「不法意圖」，應不成立竊盜罪³⁴⁴。值得注意的是，我國對於收回自己之物不成立竊盜罪之見解，與英美法不同。如本文第二章所述，物之所有權人可能因為偷取他人合法持有中自己的財產而成立竊盜，例如從汽車維修廠收回自己車子的 *Regina v. Turner*。

「所有意圖」則是指行為人對於所竊之物或是該物所內含之價值，以所有權人之地位自居，欲建立起類似所有權人與物之關係。這是本文重點所在。

³⁴¹ 黃榮堅（2001），〈財產犯罪與不法所有意圖〉，《臺灣本土法學雜誌》，25期，頁116；蔡聖偉（2009），前揭註334，頁72；黃常仁（2001），〈「困頓新法」—論刑法第三三九條之一、第三三九條之二與第三三九條之三〉，《臺灣本土法學雜誌》，27期，頁10。至於暫時盜用「印章」之目的較存摺更為多樣，例如用以虛設抵押權、過戶他人車子、或是利用印章與存摺以盜領存款等。行為人成立刑法第210條以下偽造文書等罪無疑，不過行為人對印章是否成立竊盜罪？而行為人盜用信用卡簽帳消費後在簽帳單上簽名，實務上同樣成立偽造私文書罪、對銀行構成詐欺罪，至於是否對信用卡部分成立竊盜罪之爭議，見：洪瑋嫻（2010），前揭註301，頁48-55。

³⁴² 甘添貴（2000），前揭註302，頁50。

³⁴³ 黃榮堅（2003），《刑法問題與利益思考》，頁87，臺北：元照。

³⁴⁴ 蔡聖偉（2009），〈竊盜罪之主觀構成要件（下）〉，《月旦法學教室》，80期，頁42-50。



雖然日本舊刑法與現代刑法對於「不法所有意圖」之主觀要素並無文明文規定，但是學界一向很關注此一要件。少數主張應該一律處罰使用竊盜者（例如日本學者內田文昭），認為只有在特定情形下，例如「未違反持有者之意思」、「因被害人損害極微故可推測被害人承諾，或不存在可罰的違法性」³⁴⁵，始不罰³⁴⁶。不過多數學者認為應區分使用竊盜與普通竊盜罪，而行為人具備「所有意圖」與否之判準，日本學者採取「不法所有意圖」者，至少有三種見解：

（一）行為人主觀上具有排除權利人，將他人之物視為自己之所有物，並且依該物之經濟上用法予以收益或處分之意思。即「排除意思」加「利用意思」。使用竊盜的情形，因為欠缺「排除權利人，將他人之物視為自己之所有物而予以利用處分的意思」，而不具「所有意圖」。此說為日本學界通說，且為判例所採。

（二）行為人主觀上具有排除權利人的意思，即足當之。亦即只須要具備「排除意思」。此說下，使用竊盜若未完全地排除權利人，不罰。

³⁴⁵ 日本學說所謂「可罰的違法性」，是指當被侵害的法益極為輕微時，刑法不應該認為其行為構成犯罪。學者的例子是，行為人撿走他人前院的小碎石、摘取他人的一朵花、撕毀火車站提供給旅客的小張行車時刻表。此一理論是建構於「實質違法性」的概念之上——違法性的實質意義在於對於法秩序的違反，量差是有意義的，極輕微的法秩序違反並無處罰必要性，也就是違法區分為「值得科處刑罰的違法性」與「不值得科處刑罰的違法性」。學說對於「可罰的違法性」之承認與否與體系上定位存有歧見，反對之學者有認為：「違法性係指行為與整體法律規範或法秩序的對立關係，只存有對立或不對立，而不存在輕重的程度問題；況且在違法性的判斷中，只有合法與違法的二分價值判斷，而無可罰的違法性與不可罰的違法性之分。在刑法理論上，只有不法始有可罰的不法與不可罰的不法的區別...可罰的違法性理論，將違法性取決於行為是否具有科以刑罰的必要性，在刑法理論上也有所不當，因為違法性乃刑罰必要性之前提要件，而非刑罰必要性係違法性的前提。」肯定此一概念者認為，利益侵害存有量差關係。刑法的構成要件是根據「事物之純粹性質」而定，沒有考量到「極輕微之利益侵害情節問題」，若對於極輕微之利益侵害論以不法是違反比例原則的，無論刑罰效果再怎麼輕微，皆「有失衡平」。雖然反對見解認為此一概念有違反構成要件明確性之虞，然而事實上任何構成要件皆難以避免此一問題。以德國為例，刑法上已有多個犯罪類型將此一概念內含於其中，像是以「對於被害人之身體所造成超過非不顯著之程度的傷害」作為刑法上身體傷害之定義。肯認「可罰的違法性」之二階層理論者認為此一概念是不法層次的問題；採取三階層理論者則討論此一概念屬犯罪構成要件之問題，或是違法性問題。黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，頁 174-176，臺北：元照；林山田（1997），《刑事法論叢（二）》，頁 4-29，臺北：自刊；林山田（2008），《刑法通論（上）》，十版，頁 298，臺北：自刊。

³⁴⁶ 謝庭晃（1996），前揭註 218，頁 147-148；洪瑋嫻（2010），前揭註 310，頁 40。



(三) 行為人在主觀上具有就他人之物取得經濟利益之意思，即為已足。僅有即「利用意思」已足。根據此說，使用竊盜雖然只有暫時性，但是有使用他人之物而取得利益之意思，故成立竊盜罪³⁴⁷。

我國學者有採「持有權說」且強調「利用意思」而在乎行為人有無「排除意思」者，認為使用竊盜亦在普通竊盜罪範圍內而應罰。行為人雖無取得持有之意思，但是經濟上一時與所有權人享有同等利益或為同等支配之意思，應該成立竊盜罪。從周全保護物之價值來看，奪取型犯罪不能僅僅因為行為人是使用竊盜，就全盤否定犯罪成立之可能性，原則上使用竊盜應為刑法所處罰。據此，使用竊盜之行為人雖未排除權利人、將他人之物當作自己之所有物，仍然因為依該物之經濟上用法用益處分而成立竊盜罪。因此，擅自將他人停駐於路邊的車輛駕走、擅自將他人之上課筆記取走到考試結束後才歸還，在此見解下應成立竊盜罪³⁴⁸。這跟前述提到的德國法是呼應的：由於 1871 年的《德國刑法典》將竊盜罪與侵佔罪都描述為「appropriation」（Zueignung）的犯罪，並且聚焦於奪取挪用之行為，而非剝奪財產之行為，故德國法有更多空間來接受「保護經濟利益」的觀點。

不過，我國通說參考日本通說及德國法之見解，認為「所有意圖」是指行為人對所竊之物欲排斥原權利人之支配，自己以所有權人地位自居之主觀心態³⁴⁹，包含了以下兩個要素：

³⁴⁷ 甘添貴（2000），前揭註 302，頁 48。

³⁴⁸ 此一見解十分贊同處罰使用竊盜之 16 年度上字第 139 號判例，見：甘添貴（2000），前揭註 302，頁 49-50。

³⁴⁹ 黃榮堅（2003），前揭註 343，頁 87、112；黃惠婷（2003），〈竊盜罪之所有意圖〉，《臺灣本土法學雜誌》，45 期，頁 132-136；盧映潔（2008），〈竊盜罪之所有意圖與不法意圖〉，《臺灣法學雜誌》，116 期，頁 99-100。



(一) 剝奪或排除他人持有 (*Enteignung*)，以下稱為「排除意思」：指主觀上認識或具有「持續性」——即英美法的「永久」 (permanently) 之意——欲破壞、排斥原所有權人對物本身或是該物內含價值之支配關係。若行為人沒有「持續性」剝奪或排除他人持有及建立自己持有之意思，而僅僅欲「暫時地」為之，學說稱此等行為欠缺剝奪排除他人持有支配及建立自己持有支配之意思，僅有「使用意圖」 (*Gebrauchsabsicht*) 而為「使用竊盜」 (*Furtum usus*)，不能依據竊盜罪規定處罰。在我國立法不處罰使用竊盜的情況下，為了遵守罪刑法定原則，行為人因無「不法所有意圖」而不負刑事上責任³⁵⁰。

(二) 建立自己持有 (*Aneignung*)，以下稱為「利用意思」：指主觀上有使自己對物本身或其價值處於類似所有權人之地位，據為己有、對他人動產進行用益處分，而使所有人持續地無法利用該物或其經濟利益之意思³⁵¹。若行為人欠缺據為己有的意思，應該視個案事實——即達到對於所有權人之功能重大減損、致令不堪使用之程度——決定是否成立毀損罪，而不成立竊盜罪³⁵²。學者有認為此一要求是一種「對於奪取行為加重其責任的要素」。當行為人除了「排除意思」外，還亦有「利用意思」時，代表行為人具有「觸發法益侵害行為的強烈動機」，因此行為人之責任較重³⁵³。

但是在未經所有權人之同意即長期使用之情形，若因行為人有返還之意思則無法認定為犯罪行為，似乎不合理。因此通說認為，在特定情形下行為人完全排除權利者時，行為人即便有使用後歸還的意思，仍然可能成立竊盜罪。有認為，物之

³⁵⁰ 林山田（2006），前揭註 8，頁 330；盧映潔（2011），前揭註 329，頁 593；謝庭晃（1996），前揭註 218，頁 2。

³⁵¹ 蔡聖偉（2009），前揭註 331，頁 65-72。

³⁵² 林山田（2006），前揭註 8，頁 328；甘添貴（2000），前揭註 302，頁 49。

³⁵³ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 383。



使用具有時效性、一次性，或有可能因為使用致價值減損，例如將他人當日之報紙、當日之電影票偷走直到隔日才歸還³⁵⁴。另外亦有認為，若行為人的消費非屬輕微的價值、不使該財產發生質變，即便行為人確實有返還之意思，但是法律的評價是將行為人視為無返還意思³⁵⁵。我國實務對此也採取相同看法，例如高等法院 103 年度上易字第 2011 號刑事判決：「若行為人並無取得意圖，而只有使用意圖，其竊取他人之物而為行使，在不使該物發生質變或減低經濟價值之條件下，加以使用，且行為人具有於使用後交還原所有人之『交還意思』，此種竊盜行為謂之『使用竊盜』，為刑法所不罰。」認為使用竊盜是以物未發生質變或未降低經濟價值為前提。

而另一個的難題是，行為人若確實返還他人之物，但卻藉此取得其他利益時，例如出於「擄物勒贖」（例如行為人將財產取走後，以所有權人付錢或給付其他物品為條件始歸還之，即恐嚇取財）之意思而取走他人之物，或是為了懸賞報酬而取走他人之物（例如將鄰居的狗抱走，想要在鄰居張貼懸賞廣告之後再交出以取得懸賞報酬），是否成立竊盜？有學者認為，行為人並無持續剝奪他人所有之意思而不成立竊盜罪。但若行為人的主觀意思是，失主願意給付贖金獲獎金時返還動產，但是失主不願意給付贖金或獎金即會處分該物的話，此時仍成立竊盜罪³⁵⁶。對此的疑問是，擄物勒贖的返還意思是一種「附條件」的返還意思，是否能與一般使用竊盜的情形是否能相提並論？又，若貫徹通說見解，對於所有權的保障是否周全³⁵⁷？實務上，則尚未區分情形而分別其效果。在臺灣高等法院臺南分院 91 年度上訴字第 938 號刑事判決對於擄物勒贖曾表示：「『使用竊盜』…即欠缺「持續性（或終局

³⁵⁴ 蔡聖偉（2009），前揭註 344，頁 42-50。

³⁵⁵ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 380。

³⁵⁶ 蔡聖偉（2009），前揭註 344，頁 42-50。

³⁵⁷ 黃士軒（2015），前揭註 339，頁 7-8。



性）地排除原權利人對該物之支配管領力」之要件。茲查，被告於竊車之際，既有以恐嚇車主備款贖車之犯意，則渠等必是將所竊車輛移入自己實力支配管領下而藏置於某處，致得為自己使用、收益或處分，並持續性地排除原權利人即車主對該車之支配管領力，以便於車主因心生畏怖而其依指示匯款後，告知車主車輛之藏置處，遂行恐嚇取財之目的，準此，即難謂並無不法所有之意圖…」而肯認行為人具有不法所有意圖，成立竊盜罪。英國法學者（如學者 Allen）則與實務立場相同。在英國法下，既然行為人無視他人之權利而有如處分自己之物一般對待他人財產，根據「擄物勒贖原則」（the “ransom principle”, the “buy back principle”），不區分情形行為人皆成立竊盜罪，因為只有所有權人可以對其財產之使用或持有附上條件，與我國實務結論上一致。





第四章 本文反思—以共享經濟為例

使用竊盜是對於他人之財產加以利用，造成暫時的權利妨害或剝奪，但未造成財產支配之終局喪失。現行法下，我們在認定竊盜罪時，先認定竊取的客觀行為、竊盜之一般故意，然後認定行為人有無「排除意思」，若有「排除意思」則再進一步判斷有無「利用意思」。故我國實務與學說的共識是，「普通竊盜罪」與不罰的「使用竊盜」之區別在於「所有意圖」中的「排除意思」有無。不過普通竊盜與使用竊盜之界線在哪裡？學說上不乏從釋義學角度批判實務對於「所有意圖」所採之「綜合判斷」見解者，不過本文擬先對更上位的應然問題尋找答案：財產犯罪要求「不法所有意圖」之正當性為何？刑法究竟要不要處罰「利益竊盜」？「利益竊盜」與「使用竊盜」的關係又是什麼？接著，再切入實然規範層次，討論立法論與釋義。

第一節 使用竊盜之本質與入罪化正當性

第一項 我國果真不罰使用竊盜？

雖然形式上我國刑法第 320 條不罰使用竊盜，但是現行法下果真沒有處罰使用竊盜？從社會事實的角度來看，前述法務部檢察司法（71）檢（二）字第 1472 號函示的「汽油消耗說」，不啻透過割裂的解釋方式迴避了使用竊盜之不罰而對行為人處以竊盜罪。然而就算不論司法實務解釋而僅就立法來看，使用竊盜並非絕對沒有成立犯罪的空間。因此，僅以下列三個例子說明，使用竊盜之行為仍可能被當作是犯罪行為。



第一款 盜接或盜用電信設備通信

電信法第56條第1項規定：「意圖為自己或第三人不法之利益，以有線、無線或其他電磁方式，盜接或盜用他人電信設備通信者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。」

最高法院88年度第1次刑事庭會議決議要旨表示：「本罪構成要件所稱以有線、無線或其他電磁方式，盜接或盜用他人電信設備通信者，並不限於以盜拷他人行動電話之序號、內碼等資料於自己之手機內，為盜用之唯一方式，其他諸如：利用他人住宅內之有線電話，盜打他人電話為通信行為；或在住宅外之電話接線箱內，盜接他人之有線電話線路，以自己之電話機盜打他人電話為通信行為；或意圖為自己不法之所有，竊取他人之行動電話手機，進而為盜打通信之行為；或僅以使用竊盜之意思，擅取他人之行動電話手機為盜打通信之行為等，不一而足，皆成立本罪。」

並且近期實務見解依然延續這樣的見解。例如最高法院100年度臺上字第6559號刑事判決、最高法院94年度臺上字第6234號刑事判決、最高法院90年度臺上字第877號刑事判決、最高法院88年度臺非字第43號刑事判決均採認為：「本罪之處罰詐得免繳電信通信費用之不法利益，乃刑法詐欺得利罪之特別法，依特別法優於普通法之原則，自毋庸再論以刑法之詐欺得利罪。又本罪構成要件所稱『使用有線、無線或其他電磁方式，盜接或盜用他人電信設備通信者』，並不限於以盜拷他人行動電話之序號、內碼等資料於自己之手機內，為盜用之唯一方式，其他諸如：利用他人住宅內之有線電話，盜打他人電話為通信行為；或在住宅外之電話接線箱內，盜接他人之有線電話線路，以自己之電話機盜打他人電話為通信行為；或意圖為自己不



法之所有，竊取他人之行動電話手機，進而為盜打通信之行為；或僅以使用竊盜之意思，擅取他人之行動電話手機為盜打通信之行為等，不一而足，皆成立本罪。」

雖然實務判決認為電信法第56條第1項為刑法第339條第2項「詐欺得利罪」之特別法，但是從實務肯認的多元化行為態樣而言——包括盜打他人住宅內電話、住宅外盜接他人之有線電話線路、以使用竊盜之意思擅取他人之手機盜打等——實際上電信法第56條第1項讓使用竊盜行為犯罪化。

第二款 不正利用自動設備得利罪

刑法第 339 條之 1 條第 2 項處罰不正利用自動設備取得他人利益的行為。2012 年修法前，舊法規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由收費設備取得他人之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」2014 年 6 月 18 日修正公布後，法定刑度提高，並於第 3 項增設未遂犯處罰之規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。前二項之未遂犯罰之。」其中第 2 項為該條之得利罪，例如規避大眾交通運輸工具、公用電話、自動販賣機、博奕性遊戲機器等之自動化設備系統，未給付對價而享受給付利益者³⁵⁸。

以「使用不正方法獲得被按摩椅按摩之利益」為例，由於行為人並未確實取得權利人之同意，卻擅自享受依照按摩椅物之使用方法而可得之（被按摩的）利益，因此似可認定「不正利用自動設備得利罪」是使用竊盜的態樣之一。

³⁵⁸ 蔡蕙芳（2003），〈自動化設備濫用行為之刑法規範——以刑法第三三九條之一不正利用收費設備取材得利罪為討論中心〉，《中原財經法學》，11 期，頁 44。



第三款 舊法之電磁紀錄動產化

從刑法第 323 條的修法來看，竊盜罪原來的樣貌其實就是刑法第 320 條第 1 項，不處罰使用竊盜，1997 年立法者卻為了因應高科技電子犯罪，將原本只規定「電氣，關於本章之罪，以動產論。」的刑法第 323 條修改為：「電能、熱能及其他能量或電磁紀錄，關於本章之罪，以動產論。」而將「電磁紀錄」論以動產，並且將之準用至第 320 條竊盜罪及多個財產犯罪。此一「電磁紀錄之動產化」修法其實是藉由擴張處罰客體，為了不要破壞「竊取」之傳統定義（破壞原持有人之持有支配而建立新的持有支配），變相地處罰原本第 320 條第 1 項不處罰的使用竊盜³⁵⁹。

學者有認為，現行法下侵占罪雖無得利罪之規定，但侵占他人電磁紀錄之行為，可用類似的背信罪予以處罰；海盜罪之行為對象於第二項是規定「財物」，故解釋上應該包括利益；至於擄人勒贖罪，由於「贖」在解釋上有「對價」的意義在，因此未必不能包含「不法利益」；而搶奪罪，實則難以想像電磁紀錄的搶奪行為。因此，立法者將電磁紀錄動產化的實質上意義，僅在於承認「利益竊盜」而已。實則，立法者若想要達到一樣的效果，除了現行法已有「得利罪」處罰的強盜、恐嚇取財、詐欺、背信等罪以外，亦可於其他所有財產犯罪皆規定「得利罪」。因為，無論電磁紀錄是否為「動產」，其亦是一種「利益」，而為「得利罪」所保護³⁶⁰。

³⁵⁹ 詳細批評，見：黃榮堅（1998），〈刑法增修後的電腦犯罪問題〉，《罪與罰—林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，頁 314-318，臺北：五南。

³⁶⁰ 李茂生（2004），前揭註 1，頁 235-247。

雖然立法者於 2003 年將第 323 條的「電磁紀錄」刪除（現行條文為「電能、熱能及其他能量，關於本章之罪，以動產論。」），然而此一修法過程及前述的兩個規定，皆促使本文思考「使用竊盜」與「利益竊盜」二者之關係為何。刑法上為何不罰使用竊盜？與普通竊盜的界線是如何劃出來的？首先，應該要先就使用竊盜之本質進行觀察。本文之所以認為「盜接盜用電信設備」及「利用自動設備得利」在本質上是使用竊盜，其實就是因為「使用竊盜」與「利益竊盜」是指涉同一件事。

第二項 「使用竊盜」與「利益竊盜」

我國刑法處罰「得利」之犯罪有：第 328 條第 2 項³⁶¹強盜得利罪、第 339 條第 2 項³⁶²詐欺得利罪、第 339 條之 1 第 2 項³⁶³不正方法由收費設備得利罪、第 339 條之 2 第 2 項³⁶⁴不正方法由自動付款設備得利罪、第 339 條之 3 第 2 項³⁶⁵不正方法製作財產權得利罪、第 341 條第 2 項³⁶⁶準詐欺得利罪、第 346 條第 2 項³⁶⁷恐嚇得利罪。相較之下第 320 條第 1 項竊盜罪則未規定「透過竊取他人動產之行為得財產上

³⁶¹ 「意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪…以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」

³⁶² 「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者…以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」

³⁶³ 「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由收費設備取得他人之物者…以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」

³⁶⁴ 「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者…以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」

³⁶⁵ 「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法將虛偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備，製作財產權之得喪、變更紀錄，而取得他人之財產者…以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」

³⁶⁶ 「意圖為自己或第三人不法之所有，乘未滿十八歲人之知慮淺薄，或乘人精神障礙、心智缺陷而致其辨識能力顯有不足或其他相類之情形，使之將本人或第三人之物交付者…以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」

³⁶⁷ 「意圖為自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者…以前項方法得財產上不法之利益，或使第三人得之者，亦同。」



不法之利益或使第三人得之」，因此從第 320 條規定看來，刑法的基本立場除了不處罰「使用竊盜」之外，亦不處罰所謂「利益竊盜」（也就是「竊盜得利」）。

「使用竊盜」與「利益竊盜」之關係為何？學者有認為「利益竊盜」其實就是「使用竊盜」的變形而已³⁶⁸，而本文認為兩者是同一件事。

利益，是讓人感受到愉悅的一種事實情狀。而由於人類感官的限制，無形的利益必然附著於有形物上：「得不用自己的雙腳走路來達到快速移動」之利益，必須透過駕駛有形的車子（當然還有自己的神經及大腦）來享受；「克服時空限制與他人溝通」的利益，必須透過紙筆、電報、手機等有形載體來享受；「被按摩」的利益，必須透過按摩椅或按摩師的手來享受；「聽喜歡的音樂」之利益，必須透過收音機、電腦、mp3、耳機等有形播放媒介來享受。既然使用竊盜是指行為人，「未經同意短暫地使用他人之物來獲得（附著於有形物上之）利益」，其實就是透過使用有形物來享受原本歸屬於他人的利益之行為，即現行刑法所不罰的「利益竊盜」。

事實上第 320 條第 2 項竊佔罪所規範的行為，亦是使用竊盜的一種³⁶⁹——透過無權使用他人之不動產，來享受附著於該不動產上的利益。

並且，由於難以想像行為人有辦法透過「未經權利人同意」、「不使用有形物此一媒介」的手段來享受無形利益，因此本文認為「使用竊盜」與「利益竊盜」並不是一大一小的包含關係，而是相等的。

至於竊盜罪的行為客體應否包含無形利益？則必須回歸刑法之目的。

³⁶⁸ 李茂生（2004），前揭註 1，頁 235-247。

³⁶⁹ 陳樸生（1983），〈領得罪與使用竊盜〉，《刑事法雜誌》，27 卷，2 期，頁 1。



第三項 本文立場：刑法不應處罰「使用竊盜」

第一款 竊盜罪保護法益之確立：所有權

首先，本文認為竊盜罪的保護法益是「所有權」——個人依據社會規範得自由地支配財產，並得透過排除他人的支配來維持自己的支配。

或有認為，若不採所有權說，在持有人與所有人意思不一致時，竊盜罪相對告訴乃論的立法意旨可能落空，且持有人地位反而凌駕所有權人的地位，不過本文認為對於此一困境可能的解套是，一律以所有權人為優先。因此這不是本文採取所有權說的關鍵理由。

如同第三章提到的，德國竊盜罪亦以破壞他人之持有（*Gewahrsamsbruch*, “breaking possession”）為要件，不過多數學者認為破壞他人持有只是犯罪手段的特徵、取得動產的方法，並沒有反映竊盜罪所要保護的法益³⁷⁰。我國亦有學者認為，竊盜罪雖然以破壞持有為要件，但這不等於竊盜罪法益就是持有利益，「要件」與「法益」二者之間不能劃上等號。這就有如我國刑法第 240 條第 2 項處罰和誘有配偶之人脫離家庭³⁷¹，不等於該條項的意旨就是在保護被和誘人之配偶。同樣的，竊盜罪條文規定「他人之動產」，邏輯上無法推導出竊盜罪是在保護持有利益³⁷²。並且，持有作為保護法益，除了在財產罪章體系中突兀而扞格不入之外，亦不合於法益的概念。法益是人類的一種「利益狀態」，雖然持有在現實上通常是人類能夠利

³⁷⁰ P. Cramer, A. Eser, T. Lenckner, W. Stree, *supra* note 229 at 1404-1405. (as cited in George P. Fletcher, *supra* note 45 at 38.)

³⁷¹ 刑法第 240 條：「和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處三年以下有期徒刑。和誘有配偶之人脫離家庭者，亦同。意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前二項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。前三項之未遂犯罰之。」

³⁷² 黃榮堅（1995），前揭註 317，頁 47-48。現行法第 320 條第 1 條規定「竊取他人之動產」，未直接處理是「他人所有之動產」還是「他人持有之動產」的問題，不過我國以「破壞他人之持有支配」作為竊盜罪要件。



用物質的一個前提，但有時「持有」反而是負擔，而非愉悅：若有人可以幫我撐傘，那我不須持有傘也可以享受其帶來的好處。因此，竊盜罪保護財產帶來的好處，卻不一定保護持有本身³⁷³。

現代社會中「所有」與「持有」分離的情形越來越普遍，但是這無法推導出採取持有說是正當的，反而更可以說明竊盜罪是在強化所有權之保障：刑法是透過保護持有來達到保護所有權之目的，並且唯有經過所有人授權同意的合於法律秩序的持有，才可能被竊盜罪構成要件所納入。

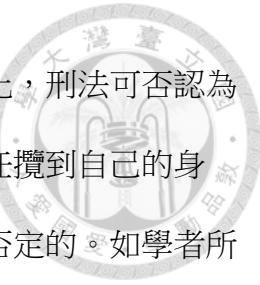
誠如學者所言，精確地說，竊盜罪是透過保護持有的手段來「穩固維持而捍衛所有人之財物用益」：重視所有權人的地位，使得所有權人可以享受財產所帶來的利益（使用、收益、處分）。而重視持有利益，則是宣示著「合法」持有人可以「排他地支配」財產。因此，侵害財產的持有，等於是侵害所有權人的財產地位。使用竊盜之所以不罰，是因為行為人暫時侵害持有地位，而未真正影響所有地位³⁷⁴。並且，藉由前述「不法所有意圖」內涵之探討，更可認為行為人為自己或他人取得類似所有權人地位之意圖，是以「讓原所有權人對於動產之支配地位被切斷和被取代」為竊盜之「終極目的」，竊取動產之行為只是「中間目的」³⁷⁵。

部分日本學者採取「占有說（持有說）」或有其道理，因為日本民法將「占有」視為「物權的類型之一」。反觀我國民法，只是將占有視為一「受保護之事實狀態」。此一根基的不同，使得在我國刑法下主張「持有說」更為薄弱：負責「定義財產權之形成與歸屬關係」的是民法。若社會的某一狀態或事物（例如「持

³⁷³ 黃榮堅（1999），〈財產犯罪與持有關係〉，《臺灣本土法學雜誌》，5期，頁143。

³⁷⁴ 許恒達（2012），前揭註332，頁61-62。

³⁷⁵ 吳俊毅（1999），〈竊盜罪不法所有意圖之探討〉，《刑事法雜誌》，43:2期，頁101。



有」、「使用」）具有價值，卻不被民法重視而遲遲未加以權利化，刑法可否認為保護不夠周全，而把「定義財產權之形成與歸屬關係」的重責大任攬到自己的身上，透過刑法將「持有」、「使用」肯認為「財產」？答案應是否定的。如學者所說，刑法的任務是「鞏固民法上所形成之財產分配制度」，若刑法先於民法將某一狀態或事物視為刑法保護法益，會破壞法規範預設的刑法、民法功能，也造成整體法規範價值判斷的矛盾。雖然刑法作為最後手段，並非對於全部的民法上破壞利益分配的行為皆處罰，而是可選擇處罰較為嚴重的行為態樣，但是當民法未將某一利益歸於特定人時，刑法不應該透過刑罰來保護此一特定人對特定利益之連結³⁷⁶。

那麼，竊盜贓物——即「黑吃黑」——的情形，如何認定行為人之罪責？有「所有權說」學者認為，若行為人認識到自己對於贓物立於所有權人地位，是沒有法律上請求權支持的，即具備不法所有意圖。即便行為人是從一個「非居於所有權人地位」之人而竊取動產，但實際上行為人不法地取代「原所有權人」之地位，而仍然成立竊盜罪³⁷⁷。本文對此則採保留的態度。

雖然行為人主觀上認為自己立於類似所有權人之地位而具備不法所有意圖，但是原所有權人之所有權，於第一次被竊盜時即「被侵害完畢」。第一竊盜人透過破壞所有權人或是合法持有人對於動產之支配持有，而侵害了所權人的所有權；第二竊盜人如何「再侵害一次」該所有權？如同前述，英國法院曾在 *Regina v. Atakpu and Abrahams* 中表示，同一竊賊不能對同一物多次犯下竊盜罪，蓋竊取行為完成後即不能對之再為奪取（appropriate）。本文進一步認為，並不限於「同一竊賊」之情形，

³⁷⁶ 張天一（2015），前揭註 11，頁 56、96-97。

³⁷⁷ 吳俊毅（1999），前揭註 375，頁 101。



已被竊盜之財產不能再被「任何人」竊盜，故行為人（第二竊盜人）成立第 320 條第 3 項竊盜未遂罪，而非第 320 條第 1 項竊盜既遂罪³⁷⁸。

第一目 交易市場的歷史回顧與未來展望

人類社會中的「財產私有」，早在羅馬法即被制度化，有權之人對於物得行使之權利，被稱為「*dominium*」或是「*proprietas*」，即所有權（ownership）之意³⁷⁹。一直以來，除非是在實行共產主義的社會，否則個人財產之私有是被制度化保障的。然而近年，所謂「共享經濟」似乎開始在全球崛起，這個現象反應在刑法即是財產犯罪保護法益與保護客體的反思：所有權保護的堅持、持有利益保護的排斥，在現代是否還是鐵則？

現代財產的「價值性」，簡而言之展現在市場上的價值。商品的「使用價值」指商品能夠滿足人類生產或生活的某一種需要的有用性、效用（具有可供人類使用的價值），是商品共同的屬性之一，同時也是物之所以能成為商品的前提；「交換價值」則是指「一種使用價值和另一種使用價值相交換的數量關係或比例」。資本主義的財富是透過商品作為表現型態，雖然商品本身兼具使用價值與交換價值，但是由於商品必須到市場交換為貨幣，若不能在市場上賣出，其價值就不能實現，因此可已說資本主義產方式以交換價值主導社會關係（而凌駕於使用價值之上），我

³⁷⁸ 這個想法來自於筆者大學時代在刑法總則課程聽到而至今印象深刻的「閃腰理論」。黃榮堅老師曾經以「閃到腰」作為法益不會被多次侵害之比喻：一個人閃到腰的前提是「有腰可以閃」，沒有腰的人是不會「閃到腰」的。同理，行為人要成立（既遂）犯罪，必定是以「還有法益可以侵害」為前提，去侵害一個已經被侵害殆盡的法益，即便主觀上有故意，但是客觀上沒有侵害到法益而無法成立既遂犯。

³⁷⁹ Encyclopædia Britannica [2016], Retrieved July 9, 2016, from the website of Encyclopædia Britannica: <http://global.britannica.com/topic/property-legal-concept>



們必須從商品之交換關係探索隱藏在其中之商品價值³⁸⁰。因此本文認為也可以從「什麼在市場上會獲得青睞」（也就是消費者心之所屬）的觀點來觀察歷史發展上的財產。在一個富裕的社會，「消費者情緒」與「消費者信心」對於資本的累積相當重要，以美國為例，其經濟總量的 70%是由「消費」所創造的³⁸¹。資本主義下，最重要的已不是創造「商品」本身而在於創造「需求」，如此始能生產更多，再用以交換。

如日本學者三浦展於其著作《第四の消費：つながりを生み出す社会へ》所說，無論是古羅馬、文藝復興時期的義大利、十三世紀的中國杭州、江戶時代的日本江戶及大阪，消費市場在各時代都很活絡。而近代的技術革新使得人類社會的生產力大為提高，因此相對應的，大量的消費就被需要。消費時代歷經第一、第二、第三消費時代，現代社會則已邁入第四消費時代。

一、消費社會之變遷

(一) 第一消費社會

第一消費社會代表著工業革命後量產時代的來臨，以大城市的發展為中心，以中產階級享受消費為主。人口聚集持續聚集至大城市，大城市之消費因而增加、娛樂文化迅速發展，而且即便是東方社會，人民的生活方式也逐漸西化。繁榮的街道上可見穿著西服的「摩登」（モダン，modern）年輕人，飲食上的變化則是反應在西餐風潮的出現。此時期的消費是私有主義的，不過人民注重整體國家。

³⁸⁰ 例如，「虛擬資本」的衍伸性金融商品，並沒有使用價值，但是有交換價值。邱嘉琳（2004），《新經濟下的新建構與舊矛盾—對「新經濟」之政治經濟學批判的分析》，頁 67、86-87、98，國立政治大學勞工研究所碩士論文。

³⁸¹ David Harvey（大衛·哈維）著，陳靜譯（2011），《資本之謎：人人需要知道的資本主義真相》，頁 107，北京：電子工業出版社。



以日本為例，近代意義的消費社會始於二十世紀初期。連續地在甲午戰爭、日俄戰爭取得勝利，加上第一次世界大戰中大量的戰時需求，因此日本經濟蓬勃發展。雖然經歷了嚴重的通貨膨脹、實際工資降低、貧富差距擴大，但是在「大資本力量得到強化」的一九二〇年代，許多人仍然快速致富。一九二〇年代以降，日本的第一消費社會特色表現在人口快速聚集的東京、大阪等城市：1920 年，東京人口有 370 萬人，占全日本人口的 6.6%；1930 年的東京人口則增加至 541 萬人，占全日本人口的 8.4%；至 1940 年，東京人口達到 736 萬人，比例增加到全國的 10% 以上³⁸²。而 1913 年，森永製菓開始量產銷售牛奶糖、東京電器量產鎢絲燈泡，而其他連鎖型公司（例如資生堂）、交通建設都開始營運；1922 年《週刊朝日》及《Sunday 每日》創刊，加上 1925 年日本開始有收音機，進入大眾的雜誌廣播時代。此一時代的日本展現了城市為中心的西化生活方式。

（二）第二消費社會

與第一消費社會一樣的是，第二消費社會時期之人口加速集中於城市，但不同的是發展已不限於過去的大型城市，而是擴大至全國。另外一個不同是，第一消費社會的消費較為侷限——生活於大城市的中產及以上階級享受消費，其他多數國民仍然是貧窮的，存在消費上的差距；然而第二消費社會中，因為近代工業真正發展與革新，量產之商品（尤其是生活必需品）得以漸漸普及至城市以外的各角落，並且以夫妻與兩個孩子的小家庭為消費單位。此時期的消費特色除了家庭性，還有「大量」，人們嚮往大量消費、美式消費。「大量生產大量消費」是最高原則，消

³⁸² Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 14-15.



費者雖然追求私有，但是商品是標準化的（不僅家電、汽車等工業商品，甚至可能連公寓大廈、社區、新城市的規格都是），而尚未追求商品的個人化及設計。

學者觀察日本，而把二次世界大戰後戰敗後，至 1973 年石油危機的三十年間，定義為第二消費社會：經歷 1929 年的經濟大蕭條（Great Depression）、戰後的匱乏生活之後，日本經濟開始復興並迎來經濟的快速成長期，社會成員透過大量消費得到身份認同，彷彿「消費即美德」。1953 年，三洋電機開始銷售電動洗衣機；1955 年以後，先是「三大神器」的洗衣機、冰箱、黑白電視普及，然後是「3C」的轎車、冷氣、彩色電視；1955 年，日本自由黨與民主黨合併，確立了「自由主義」體制；日本住宅工團、日本道路工團之設立，還有「自己的家」、「自家車」的新興生活用語，代表著人民追求私人住宅、私人轎車，憧憬大量生產與大量消費的美式文化生活；1964 年，日本舉辦東京奧運；1968 年，日本成為「繼美國之後的 GDP 經濟強國」而有「昭和元祿時代」一詞的出現，可說是日本戰後的「黃金時代」。至於日本的小家庭，由於很多出生於非城市的年輕人到城市結婚生子，因此小家庭數量不斷成長，從 1955 年的 750 萬增加至 1975 年的 1,500 萬，其中並以東京的出生率最高。出生於此一時期的人，就業的時間點大約是在日本經濟泡沫化之前，就業環境良好。出生於東京、生長於東京之人，從孩童時代開始，家中的電器即一應俱全，一直都處於經濟快速成長的環境，因此帶著強烈的消費慾，享受購買東西帶來的幸福感。例如，從過去「每一個家庭」都有一臺電視、一輛車子，到家電公司為了改變市場飽和狀態而採取的「一人一臺」行銷策略，變成每一個人的房間都有電視、每一個都有私人轎車³⁸³。

³⁸³ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 8-15.

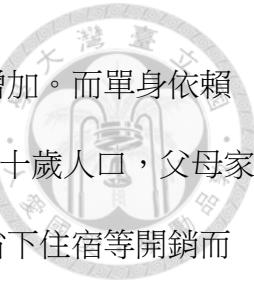


(三) 第三消費社會

由於出生率持續下降、離婚率上升、單身人口變多、與父母生活的人變多，消費單位由「家庭」轉變為「個人」。消費者在滿足基本的生活需求之後，更想提高生活品質、追求精神上的滿足，偏好時尚的輕、薄、短、小商品，勝於「土氣又過時的」大型商品。從家庭主婦到職場女性、百貨公司賣場開始出現「個食食品」、便利商店開始衝擊超市、輕薄短小而個人化的隨身聽大賣。相較於過去被動接收企業的廣告，開始自己傳遞資訊及創造流行趨勢，因此商品的消費不再如第二消費社會那麼整齊劃一，越來越多人注重商品的「個性」。並且人們開始追求社會與公司以外的個人私領域生活，希望能在生活之中追求個性，從「擁有」（having）到「存在」（being），「打造符合自己喜好的生活方式」、開始崇尚健康（health）甚至進一步的「療癒」（healing，指「精神壓力的消除」、「內心的自我的控制」）。相較於第二消費社會，此一時期的消費偏好是「從量到質」，消費者開始偏好高檔消費、名牌。因此，私有主義、個人化是第三消費社會的特色。並且，實際上此一時期開始，消費結構從物質轉向服務，即「從物到事」的概念³⁸⁴。例如，外包家務、依賴速食或外賣。

日本的第三消費社會時代即是 1973 年石油危機之後的「低生長期」。此時的日本，1997 年面臨金融危機、多個大型企業破產、生產人口減少、自殺人數逐漸增加，這也意味著日本的經濟能力、消費能力降低。2001 年至 2006 年，小泉內閣採取新自由主義路線，雖然大企業復甦，但是出現更多的非正式雇用者（尤其是開始打

³⁸⁴ 學者並主張，個人化特色除了代表個人是消費的單位，也代表社會更多孤立化的危險。Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 74-75.



工貼補家用或私用的家庭主婦），因此雇用流動化、孤立的人群增加。而單身依賴父母的人變多，最明顯的漲幅出現在 1980 年代。1980 年代的二三十歲人口，父母家跟自己工作地點在同一個城市（東京）者激增，因此單身族可以省下住宿等開銷而轉往時尚消費、個人電器消費，即「家電」到「個電」³⁸⁵。

當時，年輕一代所關心的事務從政治移轉到時尚³⁸⁶，加上「從量到質」的改變，來自大都市的大學生開始名牌化與高級化，擁有名牌服飾與包包、到六本木的舞廳消費、憧憬高檔車子，產品型錄的文化亦興起。

（四）第四消費社會：共享經濟之崛起？

相較於過去，經歷了雷曼兄弟金融海嘯、人口數及生育率維持甚至減少，消費市場縮小。此時期的消費傾向是無品牌、樸素、本土，特色是聯繫、分享、社會性。第三消費時代末期開始，出現「有錢人穿得簡單不張揚、窮人穿得華麗漂亮」的情形。以日本為例，當女中學生都擁有名牌包包、化妝品而裝扮得花枝招展，而名牌不再完全彰顯「財富」，有錢的女性反而開始穿著「幾十年都不會改變設計的基本款服裝」，例如 Uniqlo、無印良品等。消費者甚至開始因為消費時「還要考慮自己到底是誰，真正想要什麼」太麻煩，而選擇物美價廉的商品³⁸⁷。

不過，這不代表人類社會到了第四消費時代，前階段消費時代的特色即消失不見，而是第一消費時代至第三消費時代的特徵仍然會一定程度地存在於現代。以日本為例，第二消費時代的「商品越大越好」價值觀一直深植在嬰兒潮世代社會成員的心裡。他們成長的背景是，小家庭隨著孩子的成長而需要買更大的房子車子，不

³⁸⁵ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 43-50.

³⁸⁶ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 37-39.

³⁸⁷ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 99-100.



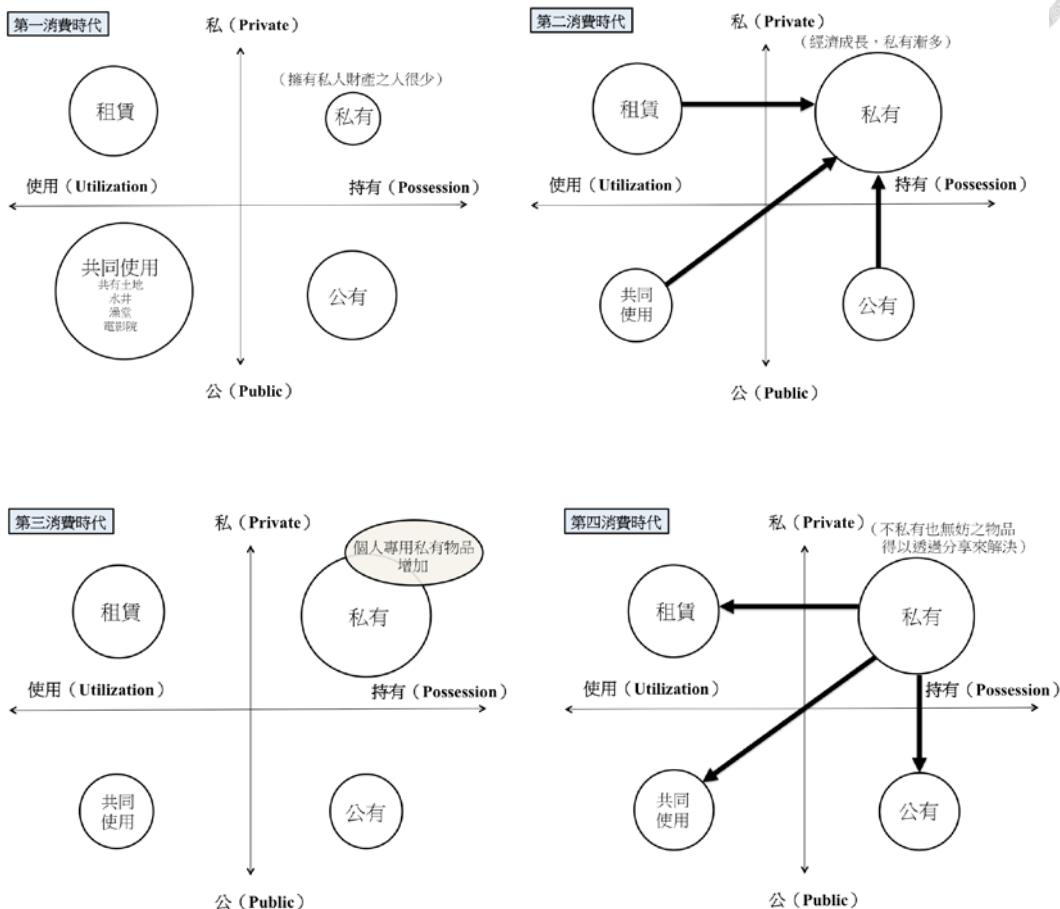
斷購物與消費，因此他們身處在現代仍然會傾向於認為能夠私有更大的物品是一件幸福的事³⁸⁸。

學者認為，社會從第三消費時代走向第四消費時代，有五個特徵：（一）從個人意識到社會意識，從利己主義到利他主義。（二）從私有主義到分享意識。（三）從追求名牌到追求簡單、休閒。（四）從崇尚歐美、嚮往都市到在地化意識。（五）對人更為重視。因此，就歷史的進程而言，消費者普遍的傾向、意識，是從注重國家（national）、注重家庭（family）、注重個人（individual），最後到注重社會（social）³⁸⁹。

³⁸⁸ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 21.

³⁸⁹ Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 129.

【圖表六：第一消費時代至第四消費時代之變遷】³⁹⁰



第三消費時代末，「私有」生活型態達到「飽和」，人們——尤其是從小在私有財產環境下成長的年輕人——開始認為並不一定要擁有自己想要的東西，反思私有化之必要：「我一定要擁有它嗎？還是用租的就好？」因此，第四消費時代並不是在否定私有化，只是當消費者的慾望不能被完全滿足時，不一定要在市場上尋求私有，還可以求諸共享經濟。

³⁹⁰ 整理並改編自：Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 134-135.



共享經濟（Sharing Economy, Shareconomy）又稱分享型經濟，是一種分享人力與物理資源的系統，包含個人或組織對於商品與服務的創造、生產、分配、交易、消費之分享。全球共享經濟之規模已經達到 260 億美元，並且根據預測，在 2025 年之前，規模可能成長至少 20 倍³⁹¹。

現代消費者不再只是拘泥於透過消費物品和服務來獲得滿足、對於擁有商品本身不像過去那麼熱情執著，為了「不被金錢扼殺」，不一定會透過私有來享受物品。此時共享的意義在於，大家做各自有能力做到的事，並把自己用不上的多餘物品拿出來讓有需要的人加以利用，而更注重與社會他人之連結。不同於單純的二手物買賣，共享的客體相當多元，從交通（提供載客與共乘服務的 Uber 及 Lyft，提供車輛出租的 Car2go³⁹²，提供輪船出租的 Board a Boat）、住宿與飲食（提供有償或是無償的住宿與飲食的 Airbnb 及 HelpStay，提供餐飲的 Bookalokal）、專業能力（提供醫生、律師、其他專意技術人員回答的 Justanswer，甚至到家服務的 Heal³⁹³）、生活照護（提供寵物照護的 DogVacay 及提供遛狗定位拍照服務 Swifto，提供小孩照顧的 UrbanSitter，提供剷雪與割草服務的 Plow and Mowz）、空間運用（提供閒置停車位的 Park Circa）、物資（教科書租賃的 BookRenter，工具租賃的 ToolSpinner），甚至到自己用不上的數據（提供數據給他人收集、清理、標注的 Crowdflower），都

³⁹¹ Alec Ross（亞歷克·羅斯）(2016)，『「分享式經濟」算不上分享：Airbnb、Uber 背後的真正企圖，以及隨之而來的鉅變』，載於：<http://hk.thenewslens.com/article/42545>（最後瀏覽日：2016/7/9）。

³⁹² 「Car2go 是德國汽車大廠 Mercedes-Benz（賓士）旗下子公司，自 2009 年成立以來，服務已擴及歐洲、北美共 8 個國家，已在 30 個城市營運，共享車輛超過 13500 臺，目前全球會員數約 100 萬人。《Car2go》主打『汽車分享』概念，使用者可透過 App 查詢、訂閱附近車輛，且不限定交車位置，縮短每位使用者在交車、用車的手續時間，一方面提高經濟效益，同時也連帶改善都會交通問題。... 《Car2go》採取與當地城市合作的模式，租金內包括停車費用、保險費、加油費，意即使用者除了會員費以及使用費外，不需額外負擔其他費用。」曾叡（2015），〈共享經濟正夯！歐洲汽車服務 Car2go 今年拓點亞洲〉，數位時代，<http://www.bnnext.com.tw/article/view/id/37360>（最後瀏覽日：2016/7/9）。

³⁹³ 呂怡萱（2016），『「外送」醫生到你家！？—加州最紅 APP，顛覆傳統醫病關係』，換日線，載於：<http://www.cw.com.tw/blog/blogTopic.action?id=532&nid=6496>（最後瀏覽日：2016/7/9）。



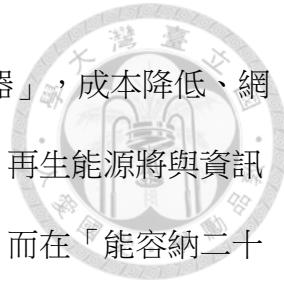
可以透過平臺分享給他人利用。亦有學者稱之為「物聯網所開啟的第三次工業革命」³⁹⁴。

二、未來社會的藍圖

經濟學家尼古拉·康德拉捷夫（Nikolai Kondratiev，1892-1938）於其 1920 年代之著作《大經濟週期》（*The Major Economic Cycles*）提出「康德拉捷夫長波理論」（Kondratieff Wave Cycles），解釋資本主義經濟發展過程之週期性。回顧資本主義的發展史，資本主義以新技術創新作為基礎，在特定時間地點平穩發展後向外圍擴散，直到新一輪的創新取代上一輪技術，而每一輪的持續時間大約為五六十年。自工業革命以後，人類社會已經歷五個技術「長波」（long-waves）：1771 年工業革命（The Industrial Revolution）之開展，改變人類社會經濟模式；1829 年蒸汽機與鐵路時代（The Age of Steam and Railways）中，鐵路與運河等基礎建設、輪船、煤炭和鋼鐵、電報，使得運輸成本大幅降低；1875 年進入鋼鐵、電力與重工程時代（The Age of Steel and Heavy Engineering）；二十世紀開始，1908 年是石油、汽車與量產時代（The Age of Oil, Electricity, the Automobile and Mass Production）的開端；至 1971 年，開始進入資訊與電信時代（The Age of Information and Telecommunications），即時、效率的航空業、計算機及電子產業，深化全球化經濟。依照此一理論，今日世界正處在第五個「長波」的轉折點，2020 或 2030 年代將展開第六個「後資訊科技革命」長波，電訊及資訊產業、互聯網將加速全球經濟之發展³⁹⁵。

³⁹⁴ Jeremy Rifkin（傑瑞米·里夫金）著，陳儀、陳秀玲譯（2015），《物聯網革命：共享經濟與零邊際成本社會的崛起》，頁 20，臺北：商周。

³⁹⁵ Sarunas Narkus [2012], *Kondratieff, N. and Schumpeter, Joseph A. long-waves theory: Analysis of long-cycles theory*, p.29-42, Master thesis for the degree of Master of Philosophy in Environmental and Development Economics, Universitetet i Oslo; David Harvey（大衛·哈維）著，陳靜譯（2011），前



更有學者預測，2030 年將有一百兆個連結物聯網的「感測器」，成本降低、網路位址增加，物聯網將可行且普遍，作為全球經濟舞臺之中心。再生能源將與資訊一樣，扣除「研究、開發和部署等固定成本」後，幾乎零成本，而在「能容納二十億學生教室」中，知識將成為公共分享財，透過鼓勵人們消費來驅動資本主義體制的「廣告」也將消失。因此，共有資源將引導社會經濟活動，「參與共有資源之權利」將是「最根本的財產權」，也就是從「所有權」走向「取用」³⁹⁶。

三、今日社會下的刑法樣貌

雖然有論者認為自由市場並不是「非資本主義不可」，資本主義將逐漸式微³⁹⁷，並且現代亦有許多對於資本主義的浪潮，但是事實上今日並沒有一個足夠有力的反資本主義運動成功對抗跟挑戰資本主義，資本主義仍然在國際上有著強大而難以撼動的地位³⁹⁸。

資本主義下，私有財產制度的存在確保了個人得對其掌握的資源自由運用、進行各種衍生的經濟活動。所有權、經營權、控制權三者可以結合也可以分離：股東是公司的所有權人但不管理企業、勞動人口不擁有生產工具。而第四消費時代的特色在於「通路（管道）」（access）所帶來的各種好處，尤其是相對於所有權以及過去傳統上跟熟人分享物品的缺點。是以，從前階段對於「所有」的重視，到現代對於「所有」的似乎逐漸淡化，市場的私有化、所有化需求量是否如過去？

揭註 381，頁 97。

³⁹⁶ Jeremy Rifkin（傑瑞米・里夫金）著，陳儀、陳秀玲譯（2015），前揭註 394，頁 103-115、154、216-227、304。

³⁹⁷ Jeremy Rifkin（傑瑞米・里夫金）著，陳儀、陳秀玲譯（2015），前揭註 394，頁 6-20、58。

³⁹⁸ David Harvey（大衛・哈維）著，陳靜譯（2011），前揭註 381，頁 218-219。



本文認為，今日世界所謂的「共享經濟」，提供了方便、符合效益成本、富有彈性的管道來利用資源，讓使用者可以不用負擔所有權的經濟上、情感上、社會上成本，不過實際上共享經濟模式的重點在於存取「通路」，而不是「分享」本身

³⁹⁹。現代意義的「共享經濟」，其實只是透過平臺與媒介將連結「閒置財產」與「需求」的成本大幅降低；甚至，有認為其背後之意識形態無關乎「分享」或是「創造社群連結」，毋寧是關乎新自由主義（Neoliberalism）的經濟理論，鼓勵的是商品與服務「在沒有政府管制的市場上自由流通」⁴⁰⁰。以同樣作為開車服務的平臺的 Lyft 與 Uber 為例，Lyft 以「We're your friend with a car」作為宣傳標語，而 Uber 的宣傳標語從當初的「Your private driver」、「Better, faster and cheaper than a taxi」，到現在為「Get there, your day belongs to you」，兩者傳達之基本精神明顯不同。有學者主張，太過於強調「分享」是 Lyft 的成長低於 Uber 的原因之一⁴⁰¹。因此，或有論者強調共享經濟的社區、團體、社會分享意識，但是在現代意義中，透過 Uber 搭陌生人的車子、透過 Airbnb 住陌生人的房子時，目的不在透過與他人連結來尋求什麼更好的社會價值，市場中的需求者往往只是追求更好、更有效率、更便宜的商品或服務而已。就現階段而言，人類尚未走向前述物聯網普遍、能源幾乎零成本、知識成為公共財、公民不在意所有權的社會。

有論者主張，資訊與物質的不在於同，獨占（monopolize）資訊不一定會帶來快樂，與他人分享資訊更能體會持有資訊的樂趣。故在數位革命後，人類開始傾向於

³⁹⁹ 相同見解：Giana M. Eckhardt, Fleura Bardhi [2015], *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, Retrieved July 9, 2016, from the website of Harvard Business Review: <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>

⁴⁰⁰ Alec Ross (亞歷克·羅斯) (2016)，《「分享式經濟」算不上分享：Airbnb、Uber 背後的真正企圖，以及隨之而來的鉅變》，載於：<http://hk.thenewslens.com/article/42545> (最後瀏覽日：2016/7/9)。

⁴⁰¹ Giana M. Eckhardt, Fleura Bardhi [2015], *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, Retrieved July 9, 2016, from the website of Harvard Business Review: <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>



從「與他人的連結」中得到快樂與滿足⁴⁰²。本文認同資訊「不一定」是透過排除他人來享受，有時候甚至是透過發送特定訊息來獲利，但是這並不代表擁有資訊之人一定不想排除他人。以該論者所提到的「在臉書分享日常生活獲得讚與連結」而言，發文者之所以在臉書上分享生活心情，是因為臉書就是這樣性質的一個平臺。難道我們會把有財產價值的資訊隨便公諸於臉書？張忠謀會為了「與他人連結分享」而把營業秘密攤在網路上？結論是，雖然利用資訊跟利用物質，型態不同，但是這無法作為否定「資訊私有」的需求。

並且，亦有論者提出兩個社會現況作為「所有觀念式微」的解釋，認為我們逐漸走向告別「所有權」的時代：（一）「千禧世代」偏好共同取用汽車，共用模式崛起。（二）Napster（1999 年出現的點對點網路檔案分享網路平臺）、音樂光碟所有權讓步給線上音樂庫⁴⁰³。但是本文認為這都不是現代社會拋棄所有權概念之適例。

就汽車共用的例子而言，即便如論者所說，加入共用俱樂部的會員原本擁有汽車，但是加入俱樂部之後有 80% 的人將原有的汽車賣掉，但是邏輯上並不能推論出年輕世代之所以願意接受這樣共用模式，是因為不再重視所有權的緣故。在豐富的物質、市場經濟中成長的年輕世代，怎麼會不懂財產私有的重要性？年輕世代選擇不私有汽車而選擇共乘或大眾交通運輸的原因有很多，例如永續發展與環保概念、經濟上負擔不起等等，這不是得以「拋棄所有權概念」作為總結的現象。

而就線上音樂庫的例子而言，暫且不論智慧財產權將人類精神創作商品化之正反意見，若我們肯認知識可能取代資本而成為生產要素及財產權，Spotify、Apple Music 等線上音樂資料庫串流傳輸系統，不是表徵權利人「放棄」其「財產權」，相

⁴⁰² Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator), *supra* note 5 at 131-133.

⁴⁰³ Jeremy Rifkin (傑瑞米·里夫金) 著，陳儀、陳秀玲譯（2015），前揭註 394，頁 305-306、312-313。



反的，權利人是透過與線上音樂資料庫的合作，來確保自己在數位時代下仍然得以收費獲利。透過線上音樂資料庫（例如 Spotify）、影音平臺（例如 YouTube），藝人本身及其作品都能提升知名度，接著透過其他收費管道（支持者花錢在 iTunes 購買、購買實體專輯），或是連動帶起其他利潤（知名度大增後的代言收入、巡迴演唱會的票房等）。

「一個幽靈——共產主義的幽靈——在歐洲遊盪。」這是卡爾・馬克思（Karl Marx）與斐特烈・恩格斯（Friedrich Engels）之經典著作《共產黨宣言》（The Communist Manifesto）開頭的第一句話⁴⁰⁴。《共產黨宣言》提出了關於資本主義的廣為熟知的命題——資本壟斷與剝削、階級兩極化，但是即便資本主義如何地剝削、不平等，這仍然是現行世界的遊戲規則。並且，即便是在光譜上往左移動，在透過累進稅率等手段縮小貧富差距的社會主義（Socialism）經濟模式中，只要不是實施全盤否定個人私有財產及市場自由之共產主義，政府必定某程度保障個人對於財產之所有權，因為財產之所有權是市場經濟之必要條件。由於人類有對於「屬於自己之物」較為珍惜、對於「與他人共享之物」相對無感的利己天性，故我們透過「所有權」來劃定出人與人之間的關係（「這是我的」、「這是你的」），驅使人類有效運用資源，交易也因此得以成立。

未來世界也許會走向一個資源共享、資本主義凋零、幾乎零邊際成本的社會，屆時竊盜罪保護法益論要爭辯的，也許不是「所有」還是「持有」，而是「取用、存取」之權利。但是在目前的自由市場中，「所有權」仍然是財產犯罪的保護法

⁴⁰⁴ Karl Marx（馬克思）、Friedrich Engels（恩格斯）著，麥田編輯室譯（2014），《共產黨宣言》，頁 37，臺北：麥田。



益：主張功利主義的哲學家大衛·休謨（David Hume）主張，私人財產是一種基於共同利益而發展出來的人類公約（共同的規範），財產法則得引導每個人與他人合作，發展出一個「有助於實現公共效益的共同計劃、系統或行動。」⁴⁰⁵ 並且，自由市場中財產之私有，不僅符合功利主義的法益觀，同時亦是個人得以開展生活的「外在自由領域的具體化條件」⁴⁰⁶。

第二目 小結

採取持有說之學者有認為，現代經濟財產關係中，所有權與持有權（或持有狀態）之分離已經是正常或者甚至可以更為發揮經濟價值的物之利用方式，並且持有人之持有背後是否有合法權利之支撐，一般人花費成本可能仍難以了解⁴⁰⁷，為了應付日趨複雜之財產關係，刑法應該適度地予以擴張，避免自力救濟及維持社會秩序，毋寧是認為竊盜罪的存在保護持有的財產秩序。而現代財物之多樣化，使得判斷較為困難，故應該就社會通念為綜合性考量，透過實務判決累積來達成⁴⁰⁸。然而本文認為，「所有與持有分離」作為一個「現象」，不是刑法擴張保護法益的正當理由。

所有權人對財產享所有權，代表著國家透過竊盜罪之設立，禁止他人未經同意使用或享受原歸屬於所有權人之利益。竊盜罪將「破壞他人之持有支配」作為要件，只是貫徹所有權的保護，因為合法的持有是所有權機能的延伸。至於破壞他人

⁴⁰⁵ Jeremy Rifkin（傑瑞米·里夫金）著，陳儀、陳秀玲譯（2015），前揭註394，頁91。

⁴⁰⁶ 周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷，3期，頁1016-1023、1033。

⁴⁰⁷ 甘添貴（2000），前揭註302，頁9。

⁴⁰⁸ 李茂生（2012），前揭註320，頁371。



不合法的持有（「黑吃黑」），雖然干擾了某種財產秩序，但是並沒有「再一次」侵害到原所有權人的所有權，在刑法上只成立竊盜未遂罪。

至於「未經合法持有人同意而將自己之物收回」的情形，有學者認為竊盜罪保護持有的財產秩序，即便是所有權人亦不得任意侵害他人之持有狀態，故除非阻卻違法，否則所有權人該當竊盜罪⁴⁰⁹。本文則認為，收回自己之物應不成立竊盜罪，當事人得以民法權利義務關係來解決此一紛爭。英國普通法上，對於此一情形論以竊盜罪（例如 *Regina v. Turner*）之政策正當性，如前所述，有認為經過所有權人同意而持有動產之人，對該動產享有一個「特殊財產權」。剝奪此一「特殊財產權所有人」之特別利益，即為「剝奪所有權人之權利」。不過此一主張似乎脫逸了文義的可能範圍，本文難以支持。

結論是，雖然所有權不因為竊盜行為而移轉（因為不符合民法之「交付」要件），所有權人仍然是原本的所有權人，但是竊盜行為侵害了所有權人在法令限制範圍內，自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉的權利，危害自由市場中的財產私有。

第二款 竊盜罪行為客體之反思

確立了竊盜罪保護法益是所有權之後，必須進一步追問的是竊盜罪之行為客體為何？因為對於客體內涵之理解，會影響到竊盜罪的解釋及適用，及規範的行為態樣。

⁴⁰⁹ 見：李茂生（2012），前揭註 320，頁 368、371；謝庭晃（1996），前揭註 218，頁 111。

如同前述，利益是讓人感受到愉悅的一種事實情狀，而由於人類感官的限制，無形的利益必然附著於有形物上。既然「使用竊盜」與「利益竊盜」實質而言是同一件事（透過使用有形物來享受、奪取原本歸屬於他人之利益的行為），那麼我們最終可以聚焦於一件事，也是本文必然要處理的根本問題：要不要處罰「利益竊盜」？也就說，「所有權」此一法益體現於犯罪客體上，是否限於有形物？抑或無形的價值利益亦得作為竊盜罪之犯罪客體？

第一目 比較法觀點

首先從英國竊盜罪客體觀之，根據 1916 年《竊盜罪法》第 1 條第 3 項⁴¹⁰規定，只要是「有價值」（has value）而得為任何人之「財產」（is the property of any person）者，或是原附著於不動產（adhering to the realty）而從中分離（severance）者，原則上都可能被竊取。

而根據現行的 1968 年《竊盜罪法》第 4 條⁴¹¹規定，是指金錢及其他不動產（real）或動產（personal），包含權利動產（things in action）及其他無形財產（other intangible property）。

⁴¹⁰ U.K. Theft Act, 1916. §4 (3) Everything which has value and is the property of any person, and if adhering to the realty then after severance therefrom, shall be capable of being stolen: Provided that—
(a) save as hereinafter expressly provided with respect to fixtures, growing things, and ore from mines, anything attached to or forming part of the realty shall not be capable of being stolen by the person who severs the same from the realty, unless after severance he has abandoned, possession thereof; and
(b) the carcase of a creature wild by nature and not reduced into possession while living shall not be capable of being stolen by the person who has killed such creature, unless after killing it he has abandoned possession of the carcase.

⁴¹¹ U.K. Theft Act, 1968. §4 (1) “Property” includes money and all other property, real or personal, including things in action and other intangible property. (2) A person cannot steal land, or things forming part of land and severed from it by him or by his directions, except in the following cases, that it to say—
(a) when he is a trustee or personal representative, or is authorised by power of attorney, or as liquidator of a company, or otherwise, to sell or dispose of land belonging to another, and he appropriates the land or anything forming part of it by dealing with it in breach of the confidence reposed in him; or (b) when he is not in possession of the land and appropriates anything forming part of the land by severing it or



此一定義非常廣，包含了所有的有形財產及部分無形財產。其中，金錢包含外國貨幣；不動產指不能移動、一經移動即損害其性質或價值之物。根據 1968 年《竊盜罪法》第 4 條之規定，土地與房屋或是其附屬物有前提地可成為竊盜客體：欲永久剝奪他人之土地或土地組成部分，並且（1）受地主或房東委託而占有之人（例如受託人、遺產代理人、經授權為公司清算人等）或其代表，擅自將土地上之附屬物從土地上分離，或是將已分離的附屬物奪取處分；或（2）沒有占有土地之人將土地上附屬物與土地分離，或是將已分離的附屬物奪取處分；或（3）因租賃而占有土地，而將固定附著物或建築物全部或部分地據為己有；動產則是得移動而不損害其性質或價值之物及其權利和孳息；權利動產（things in action，又稱 property in action、chase in action），指通過訴訟可請求或強制實施的動產性權利，雖然所有權人對此類權利不能實際占有，不過得透過法庭訴訟取得或恢復占有，或獲得金錢支付及賠償。例如轉帳的權利、債權債務、股份、商標等⁴¹²。

另外，該法除了於第 13 條⁴¹³規定竊取電力（Abstracting of electricity）之處罰以外，並未對「其他無形財產」加以定義與解釋。曾有判例表示，工業或商業機密、版權、服務、即將要使用的試題內容等不屬無形財產，不適用 1968 年《竊盜罪法》，不過家用煤氣則是⁴¹⁴。

causing it to be severed, or after it has been severed; or (c) when, being in possession of the land under a tenancy, he appropriates the whole or part of any fixture or structure let to be used with the land...

⁴¹² Nicola Monaghan [2016], *Criminal Law*, p.239-240, Oxford: Oxford University Press; Caroline Buckley and Stephen Buckley [2009], *Understanding Criminal Law*, p.167, Manchester: Manchester University Press. 在 *Regina v. Marshall, Coombes & Eren* [1998] 2 Cr App R 282 中，Mantell 法官在中指出：A 'chase in action' is a known legal expression used to describe all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession." (See *Talkington v. Magee* [1902] 2KB 427, *per* Channell at 430).

⁴¹³ U.K. Theft Act, 1968. §13: A person who dishonestly uses without due authority, or dishonestly causes to be wasted or diverted, any electricity shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

⁴¹⁴ 趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），前揭註 23，頁 351-352。



以 *Oxford v. Moss*⁴¹⁵為例，被告是一位大學生，在土木工程（Civil Engineering）考試前得到試卷，打算在閱讀並抄錄內容之後再返還試卷正本，並把看到的資訊用於考試作弊用。他對於試卷本身不會成立竊盜罪，但是他被指控竊取屬於大學的該資訊（information）。校方的主張是，資訊本身是竊盜罪的客體，因為所有權人對不特定人得主張其享有「對於資訊享有秘密的權利」（proprietary right of confidence）。當資訊被洩漏而受到侵害（breach）時，即等於被竊取（stolen）。被告 Moss 則主張，1968 年《竊盜罪法》第 4 條並未規範到權利動產以外的其他的無形權利，故僅僅是資訊本身（information *per se*），不是 1968 年《竊盜罪法》所保護的對象。既然他對於試卷紙張沒有永久剝奪的故意，應該不成立竊盜。對此，裁定的治安法官（the magistrate⁴¹⁶）表示，紙張上的機密資訊並不是 1968 年《竊盜罪法》第 4 條定義中「財產」的形式之一。所謂「對資訊享有機密、秘密的權利」，於本案事實的重點在「得控制試卷正本之發表或出版」，並不在「資訊本身作為財產」，因此被告不成立竊盜。校方上訴後，同樣的，高等法院（The Divisional Court）也考量到是否要將機密資訊納入於 1968 年《竊盜罪法》第 4 條第 1 項之中。在參考了多位商業秘密（trade secrets）權威的意見之後，高等法院採納其意見而認為，對於洩漏秘密最適當的處理方式應該是衡平法上由法院簽發用以防止將來損害發生的禁制令（injunction），或是損害賠償（damages），而非刑罰。因此，1968 年《竊盜罪法》第 4 條第 1 項之無形財產定義並非廣到可以包含機密資訊。最後，被告無罪。本案法院的見解，與前述的電影膠卷案 *Regina v. Lloyd, Bhuee & Ali* 似乎相互呼應。電影膠卷與考題試卷，都是以「和取走時大致相同」的狀態下被返還，電

⁴¹⁵ [1979] 68 Cr App Rep 183

⁴¹⁶ 具有有限管轄權的、地方性的初級法官，其對刑事案件具有簡易裁判權。



電影仍然得將該膠卷放映給觀眾觀賞，如同老師也仍得將考題試卷複印用於考試上。

同樣是涉及紙張上的資訊，美國的 *United States v. Bottone*⁴¹⁷ 爭點在於，行為人想要影印之後再歸還，將載有營業秘密（trade secret）的文件取走，是否成立竊盜罪？法院認為，苟行為人於影印時欲散播該文件，是對於文件經濟上價值的挪用（appropriation），因此「作為竊取目的之無形資訊，被轉換、體現到另外一個文件上」，被告應成立竊盜罪。不過在相似的 *National Security Secrets v. Free Speech: The Issues Left Undecided in the Ellsberg Case*⁴¹⁸ 中，被告 Ellsberg 一樣是取走美國五角大廈（國防部所在地）的文件並影印後歸還之，卻被判定為不成立竊盜罪，見解似乎並不一致。

此外，在英國的 *Attorney General of Hong Kong v. Nai-Keung*⁴¹⁹ 中，經紀人不誠實地將出口限額（export quota）以低價賤售給其他紡織公司。出口配額雖然不是權利動產（things in action），然而法院認為出口配額得被自由地買賣，是 1968 年《竊盜罪法》第 4 條的「其他無形財產」。

另外一個有趣的案例是美國法侵權行為法著名的 *Kremen v. Cohen*⁴²⁰。雖然本案不是刑法判例，仍有做為他山之石的意義，因為在西方早期法制史中，犯罪行為與侵權行為並無明確的區別，並且現代英美法中刑事的侵占罪與民事侵權法的侵占行為（conversion），皆指非法地將他人的財產當作自己的財產而占有或處分。雖然刑

⁴¹⁷ [1966] 365 F.2d 389 (2d Cir.)

⁴¹⁸ [1974] 26 Stan L Rev 311, 316

⁴¹⁹ [1987] 1 WLR 1339

⁴²⁰ [2003] 337 F.3d 1024, 1031



法具有別於民法的功能，但財產犯罪與侵權行為法皆指向財產私有的法律制度保障。本案中，「sex.com」此一互聯網域名（internet domain name⁴²¹）的原註冊人是原告 Kremen。被告 Cohen 為了營利而想要發展色情網站，便以 Kremen 的名義寫了一封偽造的信給負責網域名登記的公司 Network Solutions，Network Solutions 因此將「sex.com」之互聯網域名移轉給 Cohen，致使 Kremen 再也無法使用「sex.com」。Kremen 對 Cohen 起訴，主張恢復「sex.com」互聯網域名於其名下，並主張 Cohen 之營利所得應歸其所有。雖然原告 Kremen 取得勝訴判決，但是由於被告 Cohen 逃往墨西哥而未得到實質上賠償。於是，Kremen 對於負責網域名登記的公司（Network Solutions）提起侵權行為之訴，主張原告之財產被其侵占。本案爭點在於互聯網域名之註冊人對於該互聯網域名，是否享有一個無形權利，而得在該互聯網域名被不法的處分或轉讓時，主張侵權行為法的侵占（conversion）。結論上，法院肯定互聯網域名作為無形權利，是為財產。

首先，要成立民事侵權行為法的侵占，必須同時符合三個要件：（一）被告顯示對於財產之所有或持有，及（二）對於財產權（property right）不法的處分（disposition），還有（三）造成損害。至於是否存在要件（一）的財產權（property right），必須該財產符合三個要件：（1）一個得以被準確定義的利益；（2）得以被專屬排他地（exclusive）控制支配或持有；（3）被推定的（putative）所有權人必須有一個合法有效的專屬排他主張（legitimate claim to exclusivity）。

本案中，原告主張此一經註冊的互聯網域名是財產，因為它有價值、可以被買賣，並且可以帶來有形的利益。法院認為，互聯網域名該當財產權，因為它符合上述財產權的要件：（1）互聯網域名註冊者得決定輸入特定網址的人會被送到網路上

⁴²¹ 或稱統一資源定位地址，即網頁地址、網址、URL 地址。



的何處；（2）互聯網域名註冊者可決訂網域名之所有，是否為專屬排他的（exclusive）；並且（3）透過互聯網域名的註冊，可以讓他人知道該網域名僅能由註冊人所有，因此，經 Kremen 註冊的互聯網域名被加州法所保護。Network Solutions 未經查證就僅憑一個偽造的文件將 Kremen 的互聯網域名移轉給他人，如同一公司未經查證就將股東的股份移轉給他人一樣，同樣都該負責任。從法院此一見解可知，在符合特定要件下，無形財產亦得為侵權行為法中侵占的對象。

第二目 利益作為財產犯罪客體之界線

英國法竊盜罪保護客體如此包山包海，使得本文不禁反思我國刑法之規定。「財產」包含了有形財產（物）與無形財產（利益）；其中，有形財產（物）又分為動產與不動產⁴²²。

回顧刑法上對於「物」之要求，除了要有「有體性」，還要有「價值性」。另外當然，動產比不動產更要求「可移動性」。

一、「物」之定義不包含「無形財產」

（一）物之「有體性」

有爭議的是，物是否要有「有體性」？抑或有「物理管理可能性」即可？「有體性說」認為，物必須是具有質量、佔有空間、得由五官感覺其存在者。故根據此說，既然第 323 條是將電能、熱能及其他能量「以動產論」，代表電能、熱能及其他能量本非動產，僅因有特別規定之「擴張」所以才被「視為」動產；與此相對的，「物理管理可能性說」則認為應不限於有體物，只要得以被管理支配者即可，

⁴²² 李茂生（2012），前揭註 320，頁 353-354。



故第 323 條所謂準動產之規定僅是「注意規定」，電能、熱能及其他能量本來就是「物」。

或有主張，現代社會中刑法對於財產之保護不應拘泥於物之有體性，然而本文認為，從立法論而言，若認為將「物」定義為有形財產與無形財產將造成法律語言與一般社會語言的理解鴻溝；就釋義學而言，採取「物理管理可能性」亦將使得刑法「取財罪」與「得利罪」之分立變得沒有意義。因此，將第 323 條作為擴張規定之「有體性」說較為合理。從第 323 條準動產的規定可知，無形的財產原來並非「動產」，並且考察歷來修法可知，在現行法下，原則上動產限於有形物，而無形財產則只有在有行為後「一消一長」特性者，才會被論以動產而被部分犯罪所保護。在刑法立場是不罰利益竊盜、使用竊盜的情形下，立法者是透過第 323 條而例外處罰部分竊取利益之行為⁴²³。

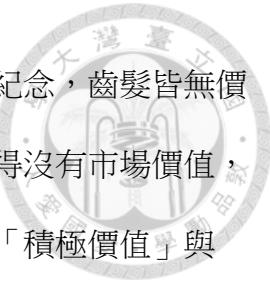
（二）物之「價值性」

「價值性」，過去本是可罰違法性層次的討論，不過如今已是行為客體適格與否的標準之一，即構成要件是否該當層次的問題⁴²⁴，指有經濟價值、能滿足人的慾望、無法自由地取得。客觀價值，是指得以金錢交換之「經濟價值」，或對於社會上一般人而言具有價值之「社會價值」。由於現代社會分工專業化，個人無法透過自給自足或以物易物的方式來滿足需求，而促成了貨幣信用制度的發展。因此在財貨交易市場中具有價值者，即符合此一要求。

不過，若無客觀市場價值而只有主觀價值（即感情價值、個人價值，例如戀人之情書或照片），亦有可能具有經濟價值，從我國竊盜罪立法理由謂「他人所持有

⁴²³ 相同見解：李茂生（2012），前揭註 320，頁 356-357。

⁴²⁴ 甘添貴（2000），前揭註 302，頁 29-34；李茂生（2012），前揭註 320，頁 355-357。



之物，不必以有價值為限，如愛情最深之夫婦，離別時以齒髮為紀念，齒髮皆無價值，有竊取者，亦以盜論」可知，雖然本文認為牙齒與頭髮不見得沒有市場價值，但是立法者強調主觀價值之保護必要性。並且，主觀價值得分為「積極價值」與「消極價值」，前者，例如載明遺產分配之文件，該文件對於與遺產無關之人而言並無價值，對於因此得受分配之人而言則有，但此種主觀價值以有客觀性為前提，不得由當事人自行認定。對於此類財產，若行為人不知、因過失不知該價值存在，即不會成立犯罪；至於「消極價值」，指雖對財產持有者或所有者而言無積極經濟價值，然而若該財產流入他人手中則可能會遭到惡用。例如，經銀行回收而待銷毀的破損紙幣。若取得並持該破損之紙幣至銀行，由於從外觀得以觀察到證明之權利義務及製作名義人，可交換到全新的紙幣，故應為「財產」。至於無客觀亦無主觀經濟價值之物，則不算是刑法上的財產⁴²⁵。

惟有學者認為，刑法上所謂「主觀價值」或「感情價值」的本質其實就是指「使用價值」，因為只要「對於某一事物存在一定之使用意思」，也就是「認知到某事物能夠滿足自己一定之需求」，該物就具備使用價值。而保護個別財產利益之犯罪，本質即是在保護物之「形式上的權利地位」免於受到妨害，進而確保「財產權人」的形式上利益。因此，當行為人已經實現構成要件，即可認為財產利益已經受到損害，無論是否確實有經濟價值之損害。竊盜罪作為保護個別財產利益之犯罪，只要行為人完成竊取行為，相對人「基於所有權而在客體上所享有之形式上利益」即受到損害⁴²⁶。

⁴²⁵ 甘添貴（2000），前揭註302，頁2-3、31-33，臺北：瑞興；李茂生（2012），前揭註320，頁360-361。

⁴²⁶ 張天一（2015），前揭註11，頁58。



二、刑法對於利益保護的價值選擇

由上可知，有形財產（物）不包含無形財產（利益）在內。因此刑法條文提及「動產」、「不動產」時⁴²⁷，並不指涉無形利益。我國刑法財產犯罪之規定大致上仍是古典型的，著重「固有的有形財產關係的保護」，因此基本上第 320 條第 1 項竊盜罪之客體限於有形的動產。而物權、債權、無體財產權等法律上權利、價值或資訊等無形的財產，則是在特定的犯罪類型中才會成為客體。至於不動產之保護，在我國即以第 320 條第 2 項竊佔罪特別規定。不過誠如學者所說，由於不動產有「非移轉的特性」，因此會因為學說或實務見解之發展而導致「物與利益間區別的曖昧化」⁴²⁸。

一般而言，有形物的損失涉及個別財產認定（典型的例外如背信罪），而利益損失則須以整體財富認定損失。理論上，無論是永久性利益或是一時性利益、無論是喪失增加財產的機會或是減少財產，這些無形的財產上利益都有辦法由刑法加以保護，然而學者認為利益的保護牽涉太廣，必須考量到「是否得將多種多樣的侵犯態樣予以定型化」的問題。隨著科技之發展與觀念的改變，新的財產種類及其範圍、新的侵害行為態樣都會更加多樣化，然而若無條件將其納入犯罪可能會有「刑法的社會機能的空洞化」危險，故應先以其他法律解決為優先，而不要把將擴張刑法中作為優先選項⁴²⁹。

⁴²⁷ 不過學者提醒，必須注意第 349 條第 3 項的「財物」一詞。「如果限定贓物罪中的『財物』的『物』的意義，則『財物』不會包含『利益』。但是所謂的財物主要是指變換贓『物』而得到的利益而言，所以應該是指二項犯罪的利益，據此所謂的『財物』應該是指『財產』，包含『物』與『利益』二者」，見：李茂生（2012），前揭註 320，頁 353-354。

⁴²⁸ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 355。

⁴²⁹ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 360。



學者更進一步說明，在考量新型利益種類時應該著重三個因素：（一）受侵害財產之價值或經濟重要性，刑法保護的財產必須有一定程度的價值。例如，（已被第 36 章妨害電腦使用罪所規範的）電磁紀錄之破壞或不法利用，利用網路竊取他人之資訊、營業秘密等。（二）刑罰保護之必要性。刑法只有在個人無法以己之力來防止他人侵害其財產時，方有介入必要。若有防止或回復侵害、填補損害的其他可能性（民事或行政手段），則較無動用刑法來加以保護之必要性。例如，侵害對象若是不動產，由於其他法領域對不動產亦有保護措施，因此動用刑法的必要性就降低。（三）刑法保護的實效性。即便認為有動用刑法必要，若侵害行為「在構成要件上不能予以明確規定時」，即不具實效性而「不宜」成為刑事制裁之對象。這涉及了定型化——將侵害新型財產法益之行為加以類型化——的困難⁴³⁰。

利益入罪與否的考量，例如：就民法的權利（如請求權、債權）而言，應在民事法領域處理，否則民事上的債務不履行會動輒被犯罪化；而無體財產權（如商標、專利、著作等智慧財產權）之自力保護與被害回復皆困難，因此部分國家（由於在國際上缺少政治實力而被逼得）以特別刑法保護之，但學者質疑，由於犯罪行為態樣沒有被特定、國民意識尚不健全、被害額度難以計算，犯罪化會造成不當後果；至於資訊與勞務（如動物或人類之精神或肉體勞動）亦為難題，由於利益範圍、行為態樣、被害額度皆難以認定，學者認為若沒有在刑法分則條文有明確的規定，則不應將之納入保護，不過應考慮將有償的資訊與勞務提供視為一種被保護的利益⁴³¹。

⁴³⁰ 甘添貴（2000），前揭註 302，頁 2-3；李茂生（2012），前揭註 320，頁 360。

⁴³¹ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 360-361。

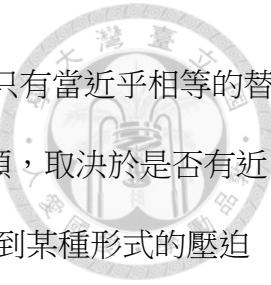


資本主義下經濟關係日趨複雜，無形利益越來越重要，如何規範始能達到實效性？由於「利益竊盜」行為難以被類型化，構成要件難以明確規定處罰之範圍，故除非行為人是以強暴脅迫、詐欺等手段為之，否則不處罰「單純竊取他人財產利益之行為」。

因此，刑法首先保護的是有形財產，透過所有權的保護，鞏固財產之私有。無形利益雖然也是「財產」，然而為了避免全面保護無形財產利益導致刑罰無邊無際，故現行刑法上的得利犯罪，分為整體財產犯罪之詐欺得利⁴³²，及別財產犯罪之強盜得利、恐嚇得利，也就是說我國刑法只保護個人免於脅迫、詐欺等因素之損失。

本文贊同此一價值選擇。財產所有權，其實是人類自由意志的展現：所有權人得透過支配有形物來享受無形的利益。而在劃定刑法的保護範圍時，首先，保護「將無形利益具現化的」有形財產（刑法對於有形財產保護的背後，最終都指向一個無形的利益，因為一個不會讓人感到愉悅的有形物，對於人類來說是不須要動用刑法去保護的）。優先保護有形財產，不僅是因為其對於人類感官來說是最直接的利益形式，更因為這是無形利益的載體。因此，侵奪有形財產（破壞他人支配並建立自己支配）的行為是被刑法所禁止的，故有竊盜罪、強盜罪等規定。再者，刑法處罰「非直接侵奪有形財產」但是卻享受到「不符法規範秩序的利益」的行為，範圍限定於使用「脅迫、詐欺」手段者，因為既然財產所有權是一種自由意志的展現，那麼在支配自由沒有受到「某種」壓制時，刑法就不介入。如同密爾頓・傅利

⁴³² 韓忠謨（1982），《刑法各論》，七版，頁444，臺北：三民；甘添貴（1996），《刑法之重要理念》，頁376，臺北：瑞興；甘添貴（2000），前揭註302，頁277、295、299。此外，有學者認為第339條第1、2項皆在保護整體財產，並且條文不應該規定為不法「所有」意圖，應該改為不法「得利」意圖，亦即必須具有「為自己或第三人獲取違法財產利益」的不法意圖（*Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteil*），見：蔡聖偉（2008），《刑法問題研究（一）》，頁327-331，臺北：元照。



曼（Milton Friedman）於其著作《資本主義與自由》中所說：「只有當近乎相等的替代交易存在時，交易才是真正自願的。」⁴³³ 利益的流動是否自願，取決於是否有近乎相等的替代交易，而刑法的任務即是確保個人不會因為意志受到某種形式的壓迫而失去替代交易之可能。

以「搭霸王車」為例，行為人若沒有付出對價就享受到搭乘動力交通工具的利益，刑法上的評價必須區分情形而論。若行為人以社會一般所理解的身體行動暗示自己會付錢（例如招計程車、坐上計程車、指定目的地），則可能會有不作為詐欺的問題，這個情形跟「吃霸王餐」（一般而言到餐廳坐下點餐的行為代表著自己吃完會付錢）是一樣的。

然而在很極端的情形，例如行為人「溜進溜出」大客車而司機完全沒發現時，由於司機並沒有認識到利益的流動情形，他也就沒有「意志不自由」。雖然司機可能得主張民法的侵權行為或不當得利之損害賠償，但是此時沒有動用刑法的必要。與此相對的，若行為人「溜進溜出」餐廳的廚房偷吃食物，雖然所有權人沒有認識到利益的流動，但是由於所有權人失去了對於有形物（食物）之支配，故行為人可能會成立竊盜罪或毀損罪。

結論上，對於不合規範的利益流動，刑法只處罰以脅迫或詐欺而得利之行為人，並且以該利益「因為行為人的享受而減損」為限，否則這不是財產犯罪所要處理的。例如，行為人持槍威脅他人將 DVD 播放給自己看：觀看他人 DVD 之內容，是透過機器讀取電磁紀錄，再輸出播放於螢幕。DVD 之內容物（電磁紀錄）經過播

⁴³³ Milton Friedman（密爾頓・傅利曼）著，謝宗林譯（2011），《資本主義與自由》，頁 31，臺北：博雅。



放後不會毀損或減少，即便經過重製也是如此。故雖行為人得利（享受到觀看他人 DVD 的利益），但所有權人之利益並未減少，故這並不是財產犯罪要處理的，行為人依據個案事實而可能成立妨害自由罪章之罪。

至於我們可不可以選擇「只要行為人享受到了不應享受的利益」，無論相對人知不知情，都要處罰？當然可以。但是本文認為，刑法作為一個控制意志跟保護意志的社會規範（精確地說，是透過控制意志來保護意志），也應該以意志受到某種壓制作為保護的底線，就這一點而言財產犯罪沒有不一樣⁴³⁴。

附帶一提，是否要處罰「利益毀損」？由於毀損有形物的同時，也是在「毀損」附著於該物之上的利益（毀損 mp3 跟耳機之後相對人就無法享受到聽音樂的利益），故此類行為交由現存的毀損罪來評價即足。而以「非透過毀損有形物」的方式來達到「毀損」利益的情形，本文認為也是現行刑法本來就可以處理的：行為人不毀損 mp3 跟耳機，要怎麼剝奪相對人自由地享受音樂的利益？可能是把 mp3 跟耳機藏起來，也可能是持槍威脅相對人禁止其聽音樂。前者有可能成立毀損罪，後者則可能成立強制罪。結論是，「利益毀損」的行為早已被原有的刑法規定所涵蓋。

⁴³⁴ 事實上，這跟第 302 條私行拘禁罪保護法益的「現實自由說」(*Aktualitätstheorie*) 與「潛在自由說」(*potentielle Fortbewegungsfreiheit*) 之爭，道理相同。本文一貫地認為應採「現實自由說」，成立第 302 條以「被害人有想要移動的意思並受到阻礙」為前提。



第二節 不法所有意圖之再檢討

第一項「意圖」之定位與功能

我國刑法規定不乏要求特定意圖之犯罪，即「意圖犯」（*Absichtsdelikte*），例如，第 169 條的「意圖他人受刑事或懲戒處分」、第 195 條第 1 項及第 201 條第 1 項的「意圖供行使之用」、第 234 條第 1 項的「意圖供人觀覽」、第 310 條第 1 項的「意圖散布於眾」、第 320 條第 1 項的「意圖為自己或第三人不法之所有」、第 342 條第 1 項的「意圖為自己或第三人不法之利益」、第 347 條第 1 項的「意圖勒贖」，以及多個分則條文中的「意圖營利」等等，規定多而亂，我國之意圖犯大致可分為：「取得意圖」、「得利意圖」、「損害意圖」、「行使意圖」、「營利意圖」。⁴³⁵

在刑法體系化的初期，刑法上的「意圖」有被認為與「故意」是相等的概念，且應嚴格認定為「直接致力於構成要件之實現」。亦即，行為人主觀上除了預見犯罪結果之實現，更要「有意且具目的性地促使其發生」。然而現今通說認為「意圖」跟「故意」是不同的：「意圖」要求行為人於行為時主觀上必須有「某些特定目的方向或特殊的主觀意向」，是指行為人內心希望達到要件所明定之犯罪目的，即以目的導向而致力於犯罪結果實現的內心傾向。由於各罪之構成要件均不同，故各罪目的導向亦隨之不同。若從通說的「知」與「欲」來理解，「故意」較傾向於「知」，而「意圖」較重「欲」。⁴³⁶

⁴³⁵ 另外，還有第 100、103、104、112、135、149、169、170 條等少部分非上述五類的意圖犯，見：柯耀程（1999），前揭註 264，頁 295-296。

⁴³⁶ 柯耀程（1999），前揭註 264，頁 281-286、291。值得注意的是「意圖故意」（*absichtlich*）與「意圖」（*absicht*）二概念之不同。「意圖故意」是「直接故意的一種被層升的形態」，可稱為第一級直接故意，詳見：吳俊毅（1999），前揭註 375，頁 86-87。



「意圖」作為純粹主觀的要件，即特定目的方向或特殊的主觀意向，並不以發生特定結果為必要，特定意圖是否確實實現、獲得滿足，不影響犯罪成立與否⁴³⁷。

意圖犯之要件設計，並非主客觀完全相符，而是主觀要件超出客觀要件之範圍

（「不一致的構成要件」）⁴³⁸。實務上，85 年度臺上字第 3675 號判決即解釋第 347 條第 1 項擄人勒贖罪之「意圖勒贖」。行為人擄人「事後果否實施勒贖，像和人勒贖，有無取得款項，以及何人交付贖款均不影響其已成立之犯罪」；而根據 22 上字第 1976 號判例，第 169 條誣告罪的「意圖他人受刑事或懲戒處分」亦同。

對於意圖犯的基本疑問是，為何在一犯罪行為中要求雙重的主觀要件⁴³⁹？「意圖」在刑法體系中是什麼定位？

首先「意圖」要件可分為兩類。第一種意圖是「法益侵害取向的額外主觀要件」。此類之意圖是針對「所計劃之法益侵害」本身，對於類型化的動機加以描述。此種意圖指向之標的，與故意所指向的標的相同，都是涉及法益侵害。意圖要件，僅是在犯罪成立之要求上，「強化對於所計畫法益侵害的內在意向」，故客觀構成要件之實現只是犯罪的前階段，如不能確認意圖之存在，構成要件即不該當。「取得意圖」、「得利意圖」、「營利意圖」屬之，像是多數財產犯罪之意圖。在此類犯罪中，若不具備特定的意圖但是客觀構成要件實現時，由於法益受到侵害，該當的此部分可能會依具體情形可能成立其他犯罪。例如，行為人該當竊盜罪之主客觀要件而欠缺所有意圖時，在德國可能成立刑法第 248b 條之罪（而我國則至今仍

⁴³⁷ 褚劍鴻（2006），《刑法分則釋論（下冊）》，四版，頁 1136，新北：臺灣商務。

⁴³⁸ 柯耀程（1999），前揭註 264，頁 290。

⁴³⁹ 「加重結果犯」也是一樣。對加重結果犯的質疑，除了平等原則（何以故意跟過失有了連結之後，法律效果就有如此大的提升？），還有何以一構成要件中容有兩個主觀要件？見：柯耀程（1999），前揭註 264，頁 297。



然在討論是否仿效德國而有不同版本的修正草案），或是成立毀損罪。又例如，第 325 條第 1 項、第 328 條第 1 項、第 335 條第 1 項、第 339 條第 1 項亦均以「不法所有意圖」限縮構成要件之適用範圍，故「使用搶奪」、「使用強盜」、「使用侵占」、「使用詐欺」不適用上述各該規定。然而這些行為是否都不罰？實際上這必須就刑法整體規定判斷。例如，「使用強盜」不是第 328 條第 1 項所處罰的，但是仍然該當第 304 條第 1 項的強制罪。誠如學者所說：不是刑法不罰使用強盜，而是刑法不以第 328 條第 1 項處罰使用強盜⁴⁴⁰。學者將之比喻為「多了一離子的原子結構」，由於正負離子的數量（主客觀要件）不相等，結構不穩定而可能與其他原子結合，成為另一型態之結構。

第二種類型則是內容「溢出保護法益之外」的內在意向，在法益侵害之外觀察到行為人之「特別可責性及危險性動機」。「損害意圖」、「行使意圖」即屬於此類，像是偽造罪。此時，若行為人僅該當主客觀構成要件而不具有特定之意圖，則該犯罪類型不成立，亦不就該當之構成要件部分成立其他犯罪。例如，欠缺行使意圖之偽造行為⁴⁴¹。

而「意圖」要件之功能有二。第一個，是作為加重處罰之要件（決定刑罰是否加重），例如第 240 條第 3 項，相較於同條第 1、2 項，第 3 項加重處罰「意圖營利」之和誘行為。此時，意圖在體系上的定位是加重的罪責要素⁴⁴²。

⁴⁴⁰ 鄭逸哲（2003），〈不法所有的意圖作為主觀處罰條件與判斷犯罪的行為時主義〉，《月旦法學教室》，頁 16-17。

⁴⁴¹ 柯耀程（1999），前揭註 264，頁 292、296。

⁴⁴² 許玉秀（2000），《犯罪階層理論及其方法論》，圖 13，臺北：春風煦日論壇；許玉秀、王玉銓合著（2001），〈從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分〉，《刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）》，頁 189，臺北：元照。有學者認為第 240 條第 3 項「意圖營利」亦為特殊主觀構成要件要素，林山田（2005），前揭註 8，頁 510。



第二個功能，則是作為犯罪成立之要件（決定犯罪是否成立），添加「意圖要素」，目的在於限縮犯罪之適用範圍，亦即以「意圖」作為「主觀處罰條件」。行為人的行為於法益已經產生侵害，不過在行為人符合要訂的條件時，才有非價、處罰的必要。例如竊盜罪之「意圖為自己或第三人不法所有」，將不具有此意圖者排除在竊盜罪之適用範圍外⁴⁴³。此時，必須表現出「行為人遠程的內在傾向」（即行為人在内心希望達到不法構成要件明定之犯罪目的），以及「行為的內在意思方向」（即法定之特定心意趨向）始當之⁴⁴⁴，故透過特定意圖之限制，排除不具有此一特定意圖之故意行為，使之不罰。不過，此時意圖在體系上的定位為何？究竟是有別於故意的特殊主觀構成要件要素？還是只是故意的一種類型而已？雖有認為意圖是直接故意之層升型態，因此意圖至少需達到直接故意之程度⁴⁴⁵；亦有學者認為意圖不是對客觀事實之認識，已超過構成要件要素而係違法要素，不必在構成要件層次檢驗⁴⁴⁶；然而多數學者認為，意圖是特殊主觀構成要件要素⁴⁴⁷，是構成要件故意以外的一個獨立的主觀構成要件要素。最高法院 92 年臺非字第 220 號刑事判決亦認為：「所稱『意圖』，即期望之意，亦即犯罪之目的，與責任要素之故意有別；意圖為自己或他人不法之所有，為該罪之特別構成要件…⁴⁴⁸」

學者強調，「意圖」與「動機」並不相同。「意圖」是行為人主觀之行為目的方向⁴⁴⁹，「動機」則是引發行為人外在行為之內在原因。以竊盜他人之腳踏車為

⁴⁴³ 黃惠婷（2006），前揭註 6，頁 152-153；鄭逸哲（2012），〈欠缺「故意」，即不論「意圖」〉，《臺灣法學雜誌》，198 期，頁 93-95；鄭逸哲（2003），前揭註 440，頁 16。

⁴⁴⁴ 陳志龍（1998），《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版，頁 183，臺北：自刊。

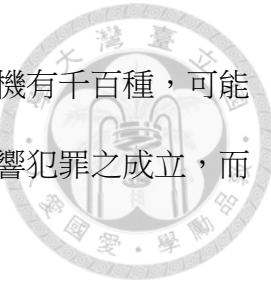
⁴⁴⁵ 黃常仁（2009），《刑法總論——邏輯分析與體系論證》，二版，頁 36，臺北：新學林。

⁴⁴⁶ 蔡墩銘（2005），《刑法精義》，二版，頁 102，臺北：翰蘆圖書。

⁴⁴⁷ 王皇玉（2014），《刑法總則》，頁 215，臺北：新學林；林山田（2008），前揭註 345，頁 281-283；許玉秀（2000），前揭註 442，圖 13。

⁴⁴⁸ 本判決是在討論詐欺罪之成立與否，但不影響「不法所有意圖」要件在刑法體系中定位的討論。

⁴⁴⁹ 不過少數說認為，「目的」與「意圖」是兩種不一樣的概念：「目的」是行為時「透過行為而企



例，不法所有意圖指具有「排除意思」與「利用意思」；然而動機有千百種，可能是貪財、可能是貧困、可能是一時之便利。行為人之動機不會影響犯罪之成立，而只會依據刑法第 57 條第 1 款影響量刑，是科行應審酌事由⁴⁵⁰。

而「意圖」跟「動機」真的是不一樣的嗎？有學者認為，「意圖」是行為人形成「故意」的「動機」⁴⁵¹，而德國學者恩吉施（Karl Engisch）亦認為「意圖」，一來是對於結果想像的「動機情況」，亦即「想像層面所預設」之結果實現；二是「動機性的結果意識」，是行為之動力。據此，意圖是行為人所有的內在意象，「動機、內在驅力、目的，都在這一個概念裡⁴⁵²。本文認為，意圖是行為人「想要達到的效果（結果）」，而動機則是「背後的原因」，這兩個當然是不同的。但是這個不同在刑法上有意義嗎？「意圖」跟「故意」一樣都是的「想要某個結果發生」，不過「故意」的對象是法益，而「意圖」的對象呢？全部的「意圖」要件都一樣指向法益，或不指向法益嗎？還是必須個別判斷？似乎有待釐清。

第二項 同時要求「排除」與「利用」的原因

通說見解下，「不法所有意圖」中的「所有意圖」包含持續性之「排除意思」（*Enteignung*）以及僭居所有人地位之「利用意思」（*Aneignung*）。然而「排除意思」與「利用意思」果真為兩個有存在必要及正當性的要件？

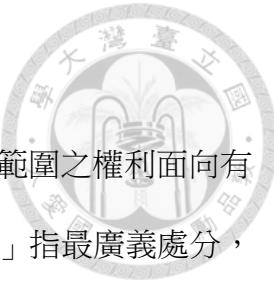
圖於後促成某事態的心理現象」，「意圖」則是行為的動機而已。若將「目的」與「意圖」同時置於構成要件中，則沒有必要加以區分。但若將之視為責任的要素時，則「目的」會影響違法性、「意圖」會影響到責任之加重，故與之對應的構成要件客觀要素會不一樣。李茂生（2012），《刑法總則講義第一冊》，頁 179，

http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24%E3%80%82（最後瀏覽日：2016/7/9）。

⁴⁵⁰ 王皇玉（2014），前揭註 447，頁 215-217；甘添貴（1988），《刑法總論講義》，頁 69，臺北：三民；林山田（2008），前揭註 345，頁 237。

⁴⁵¹ 鄭逸哲（2012），前揭註 443，頁 93-95。

⁴⁵² 柯耀程（1999），前揭註 264，頁 286-287。



首先，依據民法第 765 條，民法下的所有權人在法令限制之範圍之權利面向有二：（一）積極自由使用、收益、處分其所有物。此處之「處分」指最廣義處分，包含事實上處分和法律上處分。前者指物理上的變更、毀損等（例如拆除牆壁、解剖動物、裁布製作衣服、以原料生產物品等）；後者包含債權行為（例如租賃、買賣）與物權行為（例如移轉或拋棄所有權、設定擔保物權）⁴⁵³。以及（二）消極排除他人之干涉。若所有權人行使權利受到不法的干涉，得以相應的債之關係請求排除該干涉。刑法學者一般而言亦將上述使用、收益、處分、排除干涉之權利，列為刑法保障之所有權內涵⁴⁵⁴。

值得留心的是，有學者檢討「所有意圖」一詞，認為「所有」二字之採擇，極易導致以民法上「所有權」之概念來理解此一要件⁴⁵⁵。因此須注意行為人透過竊盜行為取得的並不是被害人之民法上所有權，蓋所有權不會因為竊盜而移轉（不符合民法交付之規定），被害人仍然是民法上所有權人，只是其事實上權能受到侵擾。故行為人透過竊盜行為取得的並不是民法上所有權，而是「屏障」所有權人之事實上權能。

詳言之，積極面而言，所有權人對於行為人持有中之動產，不僅不能使用、收益，亦難以處分。不能為事實上處分是無疑的，至於法律上處分，以出售動產為例，根據民法第 761 條⁴⁵⁶，動產物權之讓與方法有一般交付、簡易交付、占有改定、指示交付，而他人持有中動產之移轉只能透過指示交付為之。在所有權人之動

⁴⁵³ 王澤鑑（2009），前揭註 141，頁 140。

⁴⁵⁴ 林山田（2006），前揭註 8，頁 303-304。

⁴⁵⁵ 林山田（2006），前揭註 344，頁 331。

⁴⁵⁶ 民法第 761 條：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付。讓與動產物權，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人，以代交付。」



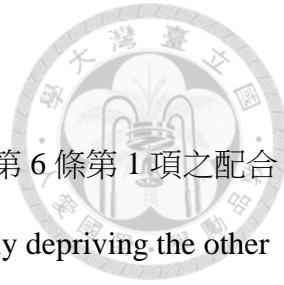
產被竊取而行為人持有贓物下落不明時，殊難想像所有權人「讓與對第三人之返還請求權於受讓人」，因為一般社會情形下交易相對人不會無故負擔此一風險成本；至於消極面的「排除干涉」權能，同樣地，在動產被竊取而行為人下落不明的情形下，所有權人何以施展民法上所有物返還請求權要求行為人停止干涉、回復所有權之完整？（對空氣行使請求權？）

據此，回到刑法的「不法所有意圖」：本文推想通說對於「所有意圖」同時要求「排除」與「利用」兩個因素的理由，或許是考量到民法上所有權人之權能的對應——「排除意思」指主觀上欲破壞、排斥所有權人支配關係，對應到民法第 765 條的消極面；「利用意思」指主觀上欲以所有權人地位進行用益處分，使所有人持續的無法利用之的意思，則是對應到民法第 765 條的積極面。如學者所言，「排除」行為將他人之物「從他人持有支配的屏障中移出」，導致所有權人事實上無法行使積極權利；「利用」行為則將他人之物「置入行為人自己之支配的屏障下」，導致所有權人事實上無法將其物從行為人的支配中移出（行使消極權利）。故學說要求「行為人建立自己之持有支配」之意義，在於此一行為進一步造成所有權人「回復原持有支配狀態之可能性的侵害」⁴⁵⁷。

或有認為，在竊盜罪保護財產法益之前提下，除了要求「排除」以外，更要求「利用」是有實益的，因為行為人「建立自己持有支配」的意義，在於「進一步於其完成後造成動產所有人回復持有支配之可能性的侵害」⁴⁵⁸。然而，如同第三章所介紹的，日本法學者中，亦有主張「只須具備排除意思」及「只須具備利用意思」的見解，因此通說要求「排除意思」及「利用意思」是值得思考的。

⁴⁵⁷ 黃士軒（2015），前揭註 339，頁 29。

⁴⁵⁸ 深町晋也（2004），〈竊盜罪〉，法學教室，290 号，頁 69。轉引自：黃士軒（2015），前揭註 339，頁 29。



回顧英國法規定，在 1968 年《竊盜罪法》第 1 條第 1 項、第 6 條第 1 項之配合解釋下，「永久剝奪他人財產之故意」（“intention of permanently depriving the other of it”）之內容，與我國通說詮釋的「所有意圖」實際上是相同的，都包含「排除意思」及「利用意思」：行為人除了欲剝奪他人，還要有將他人之物作為自己之物加以處分之意思。

不過英國法院在解釋 1968 年《竊盜罪法》第 3 條的「appropriate」要件時，於 *Regina v. Morris* 更換標籤案中曾經表示，妨害或僭稱所有權人的「任何」一種權利都構成「appropriation」，而不以妨害所有權人之「全部」權利為前提。雖然「appropriation」並非「意圖」層次的要件，但是從上述「『排除』對應到民法第 765 條的消極面；『利用』對應到民法第 765 條的積極面」觀點而言，*Morris* 案帶給本文的啟發是，我國竊盜罪的「所有意圖」真的必須兼備「排除意思」及「利用意思」？詳言之，由於英國法院認為，並不限於行為人僭稱所有權人之「全部」權利始該當「appropriation」，故 *Morris* 案的行為人雖然被認定只是侵害商店「決定價錢及張貼標籤」的積極面向權利（即對應到我國的「利用」意思）而已，仍然成立竊盜罪；那麼為何我國通說對於「所有意圖」要件要求必須同時具備「排除」與「利用」？要求如此「全面性的」侵害，理由為何？是因為「排除意思」以及「利用意思」兼備的行為人惡性更重大嗎？還是只是為了區別「毀損與竊盜」⁴⁵⁹、「使用竊

⁴⁵⁹ 雖然英國的 1971 年《刑事毀損法》(Criminal Damage Act, 1971) 處罰毀損他人有形財產之行為，然而該法也涵蓋毀損自己之物的情形，並且從整體規範觀之，《刑事毀損法》並非全然是保護財產法益（亦規範放火罪）。U.K. Criminal Damage Act, 1971. §1 Destroying or damaging property.

(1) A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence. (2) A person who without lawful excuse destroys or damages any property, whether belonging to himself or another—(a) intending to destroy or damage any property or being reckless as to whether any property would be destroyed or damaged; and (b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered; shall be guilty of an offence. (3) An offence committed under this section by destroying or damaging property by fire shall be charged as arson.



盜與普通竊盜」？本文的延伸想法是，若只是為了區別三罪，則有一個上位的問題常被忽略——普通竊盜、使用竊盜、毀損，三者的分立有無必要，分立之原因為何？一定要透過「所有意圖」來區別它們？

因此，以下介紹日本法上的「不法所有意圖」必要說與不必要說。竊盜罪與毀損罪之分立必要性，涉及了「利用意思」要件之正當性，而本文處理的使用竊盜問題則是涉及「排除意思」，這都是「不法所有意圖」必要說與不必要說所要討論的。

第三項 「不法所有意圖」必要說與不必要說

竊盜罪之行為人，究竟是否以具有特定之目的或意圖為必要？立法例要求有異。德國刑法第 242 條第 1 項明文規定「*die Zueignungsabsicht*」（為自己或第三人違法取得之意圖），因此對於此一要件之存否並無必要說及不必要說之爭議，毋寧是著重其具體內涵為何；西班牙刑法第 234 條竊盜罪⁴⁶⁰雖然看似要求「獲利意圖」（*con ánimo de lucro, for profit*）而不要求「所有意圖」，不過對照第 244 條無權使用他人汽車罪（指無據為已有意圖者。*sin ánimo de apropiárselo, without intending to appropriate*）⁴⁶¹可知，西班牙竊盜罪仍要求行為人具有「據為己有、所有」之意思；日本法則不同，考察日本刑法第 235 條規定以下之財產犯罪規定，竊盜罪、強盜罪、詐欺罪、恐嚇取財罪等等，皆未規定如德國及我國財產犯罪明文規定「意圖為

⁴⁶⁰ Código Penal de España §234 (1) El que, con ánimo de lucro, tome las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros.

⁴⁶¹ Código Penal de España §244 (1) El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.



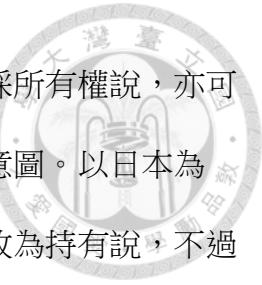
自己或第三人不法之所有」，因此一個前提上的問題是「不法領得の意思」（即我國「不法所有意圖」）有無存在之必要。雖然日本刑法並無「不法領得の意思」知明文，然而多數學者採取必要說，且必要說學者對於「不法領得の意思」之內涵亦有不同理解。

從日本學者協助起草的《大清新刑律》以降，到《暫行新刑律》、1928 年及 1935 年的刑法，我國大部分的規定都是仿效日本法，2005 年的現行刑法當然亦受日本法影響而有一定的相似性⁴⁶²。異於日本刑法的是，我國刑法條文明文規定「不法所有意圖」要件，故似無「不法所有意圖」必要或不必要說爭議之存在空間。但本文認為「不法所有意圖」也關係到使用竊盜之人罪與否，因此必然要處理這個要件的性質及正當性。

過去認為，「所有權說」與「不法所有意圖必要說」是連結在一起的，「持有說」則與「不法所有意圖不必要說」連結（「所有權說—必要說」、「持有說—不必要說」），也就是「法益論」與「不法所有意圖是否必要」兩者掛鉤思考：所有權說認為竊盜罪必須是侵害所有權或其他本權，並且要用「行為人對財物具有不法所有意圖」來判斷行為人的行為是否侵害所有權。苟行為人「具不法所有意圖」，如此的侵害行為代表「所有權侵害」；而從持有說的觀點而言，侵害持有即具有法律上意義而成立竊盜罪。行為人除了竊盜故意之外，抱持著怎麼樣的意圖去侵害持有也只是竊盜之「動機」而已，並無法律上意義，故竊盜不要求不法所有意圖。

不過現在通說已經將兩者脫鉤思考，認為「法益論」與「不法所有意圖是否必要」沒有必然關連，是兩個不同的問題。即使採取持有說，也可能主張為了刑事政

⁴⁶² 陳子平（2013），〈財產罪的「不法所有意圖」〉，《月旦法學教室》，134 期，頁 53；張天一（2015），前揭註 11，頁 56。



策（例如限縮竊盜罪處罰範圍）而應該有不法所有意圖之規定；採所有權說，亦可能認為用益、處分之所有權機能已被侵害，而不再要求不法所有意圖。以日本為例，二次世界大戰後，實務之保護法益立場，從原本的所有權說改為持有說，不過仍採取不法所有意圖必要說⁴⁶³。

第一款 必要說

在日本，採取必要說之學者為多數。有認為「利用意思」代表了「竊盜罪對於一般社會大眾較具有誘惑力」，是相較毀損罪而言更易違犯之犯罪類型，考量到一般預防之目的，因此賦予竊盜罪較重的刑度。例如，學者山口厚即認為，潛在行為人因為有「利用意思」，因此會更有侵害法益之誘因（「較有誘惑性」）而使潛在行為人之犯罪動機更強，故有「強烈一般預防的必要性」⁴⁶⁴。

我國亦有學者同此見解而認為，毀損罪是指「發生財物效用喪失結果」，從法益觀點來看應該要比竊盜罪來得嚴重，且財產犯罪的「原點」應該是毀滅財產價值才對，但是刑法對於竊盜罪之處罰卻重得多，體系位階也較高，可以說毀損罪是「財產犯罪最邊緣的犯罪」。這是因為（一）現代社會財物氾濫，故不再那麼重視財物的「單純擁有的價值」，而是對於財物的支配與使用（使用價值，或使用利益）。（二）竊盜行為人具有利用財物之「動機、目的」，應受到較強的非難。（三）從一般預防的觀點看來，就是因為行為人有「利用意思」，竊盜案件才會如此頻繁普遍，故有「抑制的必要性」⁴⁶⁵。

⁴⁶³ 洪瑋嫻（2010），前揭註316，頁20-21。

⁴⁶⁴ 洪瑋嫻（2010），前揭註316，頁127。

⁴⁶⁵ 見：李茂生（2012），前揭註320，頁350；陳子平（2013），前揭註462，頁65。

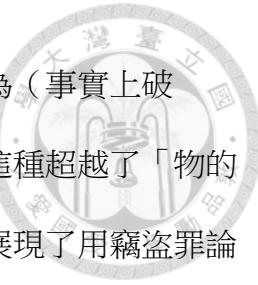


在肯認竊盜罪與毀損罪分立的前提下，竊盜行為與毀損行為的法律評價本不同。此二行為在「當場消費」或「當場破壞」的情形下較好區辨：前者例如在賣場將飲料喝掉，後者例如在賣場將飲料毀壞。有問題的是「事後消費」或是「事後破壞」。或有認為此時應該依據「物之性質」及「前後行為間之持有期間及程度」來判斷，例如，排除他人持有支配後不久即破壞的話，應為毀損罪；但若排除持有支配之後經過一段時間，且行為人支配事實「非常濃稠」（如行為人有所使用），則即便事後破壞亦僅為不罰的後行為。對此，有學者認為，犯罪成立與否不應受到犯罪成立後行為的影響（除非是客觀處罰條件），故此種行為應該認定行為人成立竊盜罪⁴⁶⁶。

關於此一問題，採「不法所有意圖」必要說之學者認為，不法所有意圖的要件之一是行為人具有「依物的經濟性或原本的利用方法而予以利用或處分的意思」，此時才會該當於竊盜；若以破壞財產之意思而取得持有支配，則為毀損罪。然而必要說面臨的難題是，第一，若行為人欲以破壞財產之意思而取得財產，但在尚未破壞時該財產即被奪回的話，那麼由於沒有不法所有意圖，行為人不成立竊盜罪。並且，事實上財產也尚未被破壞，也不成立毀損罪。第二，若行為人雖以破壞財產之目的而取得之，但事後想法改變而將之置於家中時，由於行為人行為時沒有不法所有意圖，並不成立竊盜。並且行為人沒有破壞行為，故亦非毀損罪，而至多成立我刑法第 337 條侵佔脫離持有物罪。

就此，通說修正見解，而認為不法所有意圖不以有「依從物的經濟性或本來的利用方法而予以利用或處分的意思」為要件，只要有「做為所有者或持有者而行動之意圖」、「以任何形式而表現出來的享受財物效用的意思」時，即便行為人有破

⁴⁶⁶ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 384。



壞之目的，此一目的之實現也是行為人（現在持有人）之處分行為（事實上破壞），因此行為人仍成立竊盜罪。不過此一修正見解受到批評：這種超越了「物的利用可能性的取得」的意思，只是希望能更寬鬆地認定竊盜罪，展現了用竊盜罪論處爭議案件的傾向⁴⁶⁷，就這一點，與英美法可說是不謀而合。

現今日本學界通說及實務均認為，「不法領得の意思」可以區分奪取型犯罪與毀棄罪型犯罪、竊盜罪與使用竊盜，是以此要件之存在仍有其必要。較重視「排除持有」要素之學者認為，排除權利人之行為即便期間短暫，亦無礙「不法領得の意思」之成立；較重視「建立持有」要素之學者則認為，只要非所有權人（或非本權人）不得使用他人之物卻有利用該物之意思者，即得認為具有「不法領得の意思」⁴⁶⁸。

不過必要說的弊端在於，並沒有可以與「不法所有意圖」相對應之客觀事實，於是「不法所有意圖」此一要件變成「純屬刑事訴訟法領域」之問題。因此，學者主張必須從違法性事實中尋求與「不法所有意圖」此一主觀要素對應的客觀要素。此一客觀要素的功能會發揮在違法評價之層次，即是否具有可罰違法性，可以避免必要說的恣意，又符合構成要件定型性的要求。根據其學說，「不法所有意圖」此一要求是一種「對於奪取行為加重其責任的要素」。「排他意思」的功能是對於一個財產竊取的行為「界定可罰性」。若行為人沒有排除原權利人實質支配之意思時，其竊取的行為僅是不罰的「使用竊盜」而已。與我國通說不同的是，在其體系下，此一要件是責任領域的主觀違法要素；「利用意思」，則是「對於奪取行為加

⁴⁶⁷ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 381-382。

⁴⁶⁸ 謝庭晃（1996），前揭註 218，頁 76、138-139；洪瑋嫻（2010），前揭註 316，頁 40-41。



重其責任」之要素。當行為人除了「排除意思」之外還亦有「利用意思」時，其觸發法益侵害行為之強烈動機，故意責任較重⁴⁶⁹。

第二款 不必要說

相對的，採取「不法領得の意思」不必要說之日本學者則認為，日本並無「不法領得の意思」，不須將之作為不成文構成要件，主要原因如下⁴⁷⁰：

(一) 「不法領得の意思」大部分之內涵已被竊盜故意所涵蓋，竊盜故意僅無法涵蓋「為什麼竊盜」、「竊取財物是想要做什麼」之「動機」、「目的」而已。

(二) 採必要說之學者主張，竊盜罪有「不法領得の意思」要件，而毀損罪並無，這是竊盜罪刑度重於毀損罪之原因。但在同樣也是奪取型犯罪的侵占遺失物罪，其刑度比毀損罪還輕，故「必要說」此一理由不足採。就竊盜罪與毀損罪之區別而言，竊盜罪之所以較毀損罪刑度更重，並非只是因為兩者的主觀要件有所差異，而是因為兩者之行為型態具有不同的法律意義。例如學者大塚仁認為，竊盜罪

「排除他人持有，建立自己持有」代表著「破壞全體財產秩序基礎的危險」；相較而言，毀損罪則單純以「損壞、放棄」等行為作為內容，雖然毀損他人財產亦破壞了他人對財產之持有，但並未與行為人建立起新的利用關係，單純毀壞財物的毀損罪，對於整體社會之全體財產秩序之侵害較為輕微，非難程度不如竊盜罪，而在刑法的評價上較輕微⁴⁷¹。

(三) 必要說之學者多將此一要件限定為「利用意思」、「取得利益意思」，但卻難以解釋何謂「利用意思」、「取得利益意思」；即便可以明確解釋，在部分

⁴⁶⁹ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 382-383。

⁴⁷⁰ 採「不必要說」之學者，如大塚仁、內田文昭、牧野英一、川端博、曾根威彥，以下關於「不必要說」之詳細介紹，見：洪瑋嫻（2010），前揭註 316，頁 38-40。

⁴⁷¹ 洪瑋嫻（2010），前揭註 316，頁 128-129。



情形下亦不能有效區別獲取型犯罪與毀棄型犯罪，例如，擅自燃燒石油木材等燃料來取暖。

(四) 使用竊盜之所以不罰，不是因為行為人欠缺「不法所有意圖」，而是「使用竊盜行為本身就不是一個可罰的財產竊取行為」。例如，擅自用別人的刀子削鉛筆、或是擅自開著他人的腳踏車繞廣場一周等，都是「依照財物的經濟用法、像所有人那樣的加以利用」，但並未取得財物的持有，因此不該當普通竊盜罪。

對於不必要說的批評是，若採不必要說而以「短時間使用後返還」此一客觀事實做為判斷標準來決定是否發生持有移轉，並不可行。因為行為人取走腳踏車時，客觀上無法判斷其是否具有返還之目的，若認為取走腳踏車必須經過相當的時間才移轉持有，竊盜之著手與既遂界線將變得模糊混亂。並且若因為行為人事後返還財物就不成立竊盜罪，將有害於法之安定性⁴⁷²。

第三款 本文的採擇

首先就比較法而言，英國法 1968 年《竊盜罪法》之「永久剝奪他人財產之故意」要件，並非純粹主觀構成要件之適例。英美法上少數對應於我國「意圖」要件者，例如第二章提到的，2006 年《詐欺罪法》第 2 條、第 3 條、第 4 條之「意圖為自己或他人之利益」（“to make a gain for himself or another”）、「意圖使他人受損害或是他人陷於受損害之危險」（“to cause loss to another or to expose another to a risk of loss”），皆是主觀層次要求，故財產利益之流動不須客觀上確實發生。例如，行為

⁴⁷² 洪瑋嫻（2010），前揭註 316，頁 45。



人透過欺騙手段而獲取特定資訊，欲進一步加以運用來得利或造成他人損害，在實務上，控方不須證明結果發生，行為人亦可能成立詐欺罪⁴⁷³。

雖然「永久剝奪他人財產之故意」並非純粹的主觀構成要件，不過由於行為人的故意，跟意圖一樣，在訴訟實務上必定是經由證據而判定的，因此不妨考察英國法院對於「永久剝奪他人財產之故意」的判斷標準。

如第三章所述，從英美法判決可以看出「永久剝奪他人財產之故意」要件多元化的標準。以本文第三章第一節中所梳理的英國實務見解為例，對「永久剝奪他人所有財產之故意」（“intent to deprive the owner permanently of his property”）之詮釋，有較為限縮解釋的判決，例如：認為為了惹惱他人而取走他人之物的被告無罪的 *Regina v. Warner*、認為返還膠卷時狀態與先前大致相同而不該當「處分」的 *Regina v. Lloyd, Bhuee & Ali*、認為基於開玩笑的心態而僅移置他人之財產不該當「處分」的 *Regina v. Cahill* 等。但是亦有較為擴張解釋的判決，例如：認為將門取走用於自己或女友家中的行為是對「處理」（dealing with）而該當「處分」的 *DPP v. Lavender*、認為即便被告簽發偽造支票在法律上無效（legal nullity）但仍然該當「處分」的 *Chan Man-sin v. A.G. for Hong Kong*、認為取走窗簾後再要求退錢該當「處分」的 *Regina v. Scott*、認為取走並出售他人地鐵票是無視倫敦地鐵「認人」權利的 *Regina v. Marshall, Coombes & Eren*、認為借錢後返還相同價值但已非原本被取走的現金該當「永久剝奪之故意」的 *Regina v. Velumyl*。

因此對於同一要件，法院於個案解釋時，標準有寬鬆程度不一致的情形，這跟我國「不法所有意圖」在我國法院的情形是類似的。

⁴⁷³ “The breadth of conduct to which Section 2 applies is much wider than the old Theft Act deception offences because no gain or loss need actually be made. It is the Defendant's ultimate intention that matters.”, *The Fraud Act 2006*, Retrieved July 9, 2016, from the website of The Crown Prosecution Service: http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/; Michael Allen, *supra* note 127 at 490.



採「不法所有意圖」必要說之我國學者認為，所有意圖要件的存在讓使用竊盜不罰而得以限定竊盜罪之處罰範圍。但如果肯認不法所有意圖之必要，那麼判斷不法所有意圖是否存在，須針對個別構成要件之所有情狀加以解釋，並且依據個案具體情狀加以認定⁴⁷⁴。不過具體標準是什麼呢？

「所有意圖」要件之有無以「有無返還意思」來證明，但是採必要說者，又為了避免「具有返還意思而長期借用」免於處罰之不合理現象，又例外肯認特定情形下的有返還意思之人罪。例如如第三章所述的「完全排除權利者」、「消費非輕微的價值」，此際行為人縱然有返還意思亦會被視為無返還意思。而實際上當被侵害財產之價值越高，越可能被認為成立普通竊盜。

而實務上則是依財物的性質與價值、財物價值的消費或減損程度、原持有狀態的被侵犯期間的長短等為綜合的判斷，決定行為人有無「排除意思」的存在。以腳踏車為例，由於其經濟價值相對而言較低，縱或確實有侵害發生、侵犯期間長，然而認定該取得持有之行為只是不罰的使用竊盜行為，可能性較大。但如果行為人取得持有時，即已打算利用完後便拋棄腳踏車，則會成立竊盜罪。例如從學校後門取得他人之腳踏車，打算騎到學校正門即將拋棄。反之，當物之價值更高或較易價值減損的行為客體（例如，將公司內營業文書攜出公司外數小時並將之複製），取得持有行為的可罰性就會增高，縱或行為人有返還意圖、排除支配之期間不長，且沒有消耗大量價值，學者認為對於權利人所造成的「不便或其他危懼，不可謂為不大」，因此實務上仍然會被認為是可罰的普通竊盜。行為人嗣後返還行為客體，僅會被認定為是刑法第 57 條第 10 款的犯罪後態度問題，個案進行刑罰之酌量⁴⁷⁵。

⁴⁷⁴ 柯耀程（1999），前揭註 264，頁 295。

⁴⁷⁵ 「如果可以證明這個一時使用意思是與違法性意識相關連時，於責任的部分可另行考量。」見：李茂生（2012），前揭註 320，頁 380-384。



因此，雖然實務上對於行為人之不法所有意圖是採取綜合標準判斷，但是從「就標的物實行攸關權義或處分行為，縱使事後物歸原主，得否即認為屬於『使用竊盜』而不構成竊盜罪，實有可疑⁴⁷⁶」一語，以及學說上對於物之使用具有時效性、一次性、消費非輕微的價值等「放寬」竊盜成立的例外來看，實際操作上「行為客體之價值高低」及「由於行為人的利用而導致之價值減損、財產損失」毋寧變成最重要的元素。在普通竊盜罪中，這些不須判斷、不影響犯罪成立與否的因素，在使用竊盜卻變得不得不判斷。

並且實務上在判斷行為人有無不法所有意圖時，也會把在普通竊盜罪中不會考量的「行為人的動機」考量進去。在此僅舉臺灣高等法院高雄分院 95 年度上訴字第 1867 號刑事判決為例：「再者，被告丙○○係持其所有客觀上具行兇危險性之 T 型扳手破壞車鎖而行竊，業經被告丙○○所自承，且與被害人指述情節相符，其破壞該車車鎖而行竊，且非為一般性之使用，而係供作強盜犯罪之用，其等顯有將該車視為自己財產而使用之不法所有意圖。其等竊得被害人上揭自用小客車為犯案之工具使用後，雖於事後已停回竊車地點附近，但其顯係為掩飾自己犯行，其所為有致車輛所有人林忠宏被追訴渠等所犯之罪及受司法審判之可能，而非基於暫時使用之意思而返還車輛，因此，難認其並無不法所有之意圖，故辯護人上開所辯，尚無足採。」故實際上法院會考量行為人之動機（此處為掩飾犯行）。

當然，「不法所有意圖」作為一個純粹主觀的要素，仍必須有客觀的事實及證據予以支撐證立，因為訴訟上要用證據來證明主觀必定是客觀化的，但是由前述實務的標準可以看出「不法所有意圖」之具體內容及判斷標準是處於曖昧的狀態，實務的「綜合判斷說」伴隨著恣意可能性。從我國過去（傾向實體理論的）返還意思

⁴⁷⁶ 高等法院 104 年度上易字第 2049 號刑事判決。



之重視，到至今發展成「排除意思」的確認、物體價值之注重，意圖的強調是否變成恣意擴大處罰範疇之手段⁴⁷⁷？這一向是綜合、折衷見解無法逃避的缺點——要如何綜合？如何綜合才不會恣意？我國實務之綜合判斷基準難以發揮法安定的功能，使得「所有意圖」要件有恣意判斷的危險。

學界一般認為，具體的判斷標準以「使用時間久暫」為關鍵所在，至於剝奪、使用多久之後才開始轉為普通竊盜？則未有一致的見解。有認為沒有一定的標準，依據個案而定；有主張以物之價值是否減損百分之五十為準；亦有主張物之部份或全部功能是否喪失。通說認為，「若僭越的使用達到一定期間，造成客觀的第三者觀察，原持有者對此物之持有已經永遠喪失以及無可避免地必須以其他物替代」，則肯認行為人排斥他人對物之支配，也就是以客觀角度而言「未質變」為準。「若轉成為消耗且造成物的價值明顯受到損失時」，肯認行為人取得動產價值⁴⁷⁸。

亦有論者認為，使用竊盜之情形不能一概而論，因為「有深有淺、有大有小」，若只是未經同意而借用他人之鉛筆（或其他經濟價值不大之物），被害人財物「未受到損失時」，卻仍可成立竊盜罪，則有違刑法謙抑性。故應根據「是否有返還意思、時間的長短、財物之價值、財物價值的消耗等等」來綜合判斷當時行為人是否具有「排他意思」、是否達到「行為人已經有擁有的意思」之程度⁴⁷⁹，實際上跟前述實務所採「綜合判斷」大同小異。

對此，有學者嘗試提出更為細膩的主張。竊盜故意是指行為人認識到「自己透過竊取行為破壞他人對財物的持有支配，並建立自己對該財物的持有支配關係」，

⁴⁷⁷ 相同見解：李茂生（2012），前揭註320，頁380-381。

⁴⁷⁸ 黃惠婷（2006），前揭註6，頁154-155。

⁴⁷⁹ 陳子平（2013），前揭註462，頁64。



而「排除意思」與此不同，要求的是行為人於行為時，主觀認識到「自己進行竊取行為後，其行為將使原所有人對所有物回復原持有支配狀態陷入困難狀態」此一事實（其主張竊盜罪之保護法益為所有權）。故為了保持既遂界線之安定，不應該以行為人既遂之後的利用行為情狀，影響竊盜罪既遂與否，亦即犯罪之成立不能直接考慮既遂之後的利用行為，而提出較為可採之解釋論：以「行為人於行為時所認識之事實，是否包含所有人在物理上、心理上回復原持有支配狀態的容易性」為標準，判斷行為人於行為時是否有「所有意圖」，藉以區別使用竊盜與普通竊盜。不是形式地以行為人是否有「歸還」的動作為判準，重點毋寧是「對所有人而言能否容易地回復持有支配狀態」。個案判斷上，「物理上的空間範圍」（例如將腳踏車歸還於所有人容易找到的地方）、「返還原本的持有支配狀態」（例如盜領存款後的存摺可能是「有缺陷的」、盜刷信用卡是「增加其將來的債務」）即相當重要⁴⁸⁰。也就是說，現行法下的解釋方式是回歸「回復可能」。

上述對於「所有意圖」之詮釋有其道理，不過本文對於「不法所有意圖」的疑問是：若財產犯罪特別要求「不法所有意圖」是為了限縮各罪之適用範圍，以竊盜罪來說，難道竊盜故意不夠限縮嗎？或是說，一定要透過意圖要件之設立讓使用竊盜不被處罰？

剖析「不法所有意圖」的話，本文認為實際上「不法意圖」的明文化是可有可無的：實則，「不法意圖」是指行為人的所有意圖在法律上具不法性，行為人並無請求或保有該物之法律上依據，行為人也認識此一事實。既然刑法對於合乎法秩序

⁴⁸⁰ 黃士軒（2015），前揭註 339，頁 30-35。



的利益流動並不關心，那麼刑法所規範的客觀行為及主觀意思，當然必須是「違反法秩序」的——「竊取」必須是「不法的」，而行為人的「竊盜故意」自然必須對於這個不法性有認識，此一不法內涵其實是不言自明的，無待明文規定，就算沒有明文化也不影響本罪的釋義。雖然「不法意圖」要件的存在得以調節民法與刑法，但是由於財產犯罪的判斷結果不能與民法秩序相悖⁴⁸¹，故即便將「不法意圖」要件刪除，我國法下的「收回自己之物」也不應得到 *Regina v. Turner* 的結果。結論是，無論「不法意圖」是否明文化，車輛所有權人將自己的車子從維修廠取走，都由於欠缺「不法意圖」而不會成立竊盜罪。

至於「所有意圖」的「排除意思」內涵，其實可以被竊盜罪「竊取」要件所包涵。「竊取」要件，要求行為人破壞他人對於動產的支配持有，因此有「竊盜故意」者本即應對此有認識。雖然採「不法所有意圖」必要說者主張，「排除意思」可以區別普通竊盜與使用竊盜，但是本文認為這不代表必須以此一要件來區別兩者（詳見本章第三節）。

而「所有意圖」的「利用意思」要件，根據必要說，其正當性是區別竊盜罪與毀損罪。不過更基本的問題是，為何要區別這兩個犯罪？兩罪的法益是否不同？本文認為，兩者的保護法益都是「所有權」——個人依據社會規範得自由地支配財產，並得透過排除他人的支配來維持自己的支配。不妨透過第 353 條第 1 項毀損建築物罪與第 320 條第 2 項竊佔罪思考其異同：前者是「毀壞」有形的不動產，並附帶毀壞到附著於不動產上的利益，導致所有權人無法自由地支配該不動產；後者是

⁴⁸¹ 見：張天一（2015），前揭註 11，頁 103。



透過「使用」有形的不動產來享受附著於不動產上的利益，導致所有權人無法自由地支配該不動產。兩者行為手段不同，並且毀損建築物罪導致了額外的有形財產的物理上或效用上損害，但是結果同樣是侵害到所權人的所有權。既然兩罪的保護法益都是「所有權」，只是類型化的行為有異，那麼要將兩罪分立或合一，是一個有趣議題。

不區分竊盜跟毀損會造成什麼問題？是否可能將毀損行為回歸民法處罰⁴⁸²？本文礙於篇幅，無法詳盡處理竊盜與毀損兩罪的關係，只能為一基本提問：毀損與竊盜罪同樣都妨礙了所有權人的所有權，竊盜行為人真的因為具備「利用意思」，而更具可罰性？必要說學者提出了「竊盜相對於毀損而言較有誘因」一說，不過因為有誘惑、更易違犯，就要區別兩行為並將竊盜行為處罰得更重嗎？從刑法經濟分析的角度看來，也許資本主義下的立法者小心翼翼地保護私有財產制度，而在刑事政策上傾向於保有此一要件，但「有誘因」是否即足以正當化「利用意思」？若「利用」是行為人惡性之加重事由，立法論上可否將「利用」要素轉換為「動機」作為第 57 條的裁量事由？如此一來，竊盜或毀損之主觀惡性交由法官裁量，而非在立法階段就設定一個三年的最高法定刑度差距，這是值得思考的。

又，若竊盜與毀損刑度之差別，實則是因為行為人透過進一步的財產利用，建立起自己對於（原本屬於他人的）財產的支配，而多破壞了社會成員對整體財產秩序之「信賴感」（或是說引起「你沒有勞動憑什麼支配財產」的「相對剝奪感」），那麼這個「信賴感」是否得作為竊盜罪與毀損罪分立、法定刑度差異之正當理由，似乎尚待論證。

⁴⁸² 歐洲於十八世紀末之前，並不處罰私有財產的毀損，只處罰毀損公共財，故將毀損私人財產除罪化而回歸民法處理，並不是完全不可能的，這是很值得討論的問題。不過權勢者可能不會輕易放棄「以刑逼民」的「附帶功能」，李茂生（2012），前揭註 320，頁 472。



因此，本文對於「不法所有意圖」的明文化正當性存有疑問，且此一要件確實會造成恣意之空間，故「不法所有意圖」不必要說是可採的，可考慮將第 320 條第 1 項「意圖為自己或第三人不法之所有」要件刪除。

第三節 刪除「不法所有意圖」後的解釋—涵攝於共享經濟

第一項 立法論選擇與釋義

終究，使用竊盜與普通竊盜與的差別在於：（一）是否具有「所有意圖」。使用竊盜行為人具有竊盜故意，也具有不法意圖，但是欠缺第 320 條第 1 項「所指定的那種類型的」意圖⁴⁸³。（二）所有權有無「終局地」被侵害而未回復原機能⁴⁸⁴。前者，行為人在侵害所有權時即一併剝奪了權利人的使用權；後者，行為人沒有終局地侵害所有權，在暫時的剝奪中妨礙了權利人的使用權。

但現行法下，使用竊盜因為是欠缺「所有意圖」之行為，被排除於竊盜罪構成要件的處罰範圍之外而不罰。不過，如同前面所述，本文認為得將「意圖為自己或第三人不法之所有」要件刪除，接著必須處理的是立法論及後續的解釋論。

主張構成要件得僅保留「利用意思」而捨棄「排除意思」之學者認為，應該將使用竊盜之可罰性問題，從構成要件層次移到違法性層次做處理。在使用竊盜的情形，行為人有「利用意思」，而該當竊盜之構成要件，接著再於違法性階層判斷是

⁴⁸³ 鄭逸哲（2003），前揭註 440，頁 16。

⁴⁸⁴ 必須注意的是何謂「所有權沒有無終局地被侵害」。以傷害罪比喻，除非有重大不治或難治之傷害，否則普通傷害罪之傷害，一般而言都是被害人得以透過生理機能之運作而康復的。即便如此，我們不會因為被害人回復健康狀態，而否定行為人傷害罪之成立。同樣的，竊盜行為對於所有權侵害的終局性，也不能無限拉長行為完成後的時間而論。



否具有「可罰的違法性」。綜合考量被害法益、社會相當性（包含返還意思、時間長短、財務價值、財物價值之消耗），若違反法秩序之程度輕微，則不具「可罰的違法性」，而否定違法性，不成立竊盜罪⁴⁸⁵。

本文則認為，既然「所有意圖」之正當性似有不足，且有實務上恣意詮釋的危險，故可將我國刑法第320條第1項「意圖為自己或第三人不法之所有」刪除，參考日本刑法第235條之規定⁴⁸⁶，將第320條第1項修改為：「竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」至於如何處理使用竊盜？在本文肯認「可罰的違法性」概念的前提下，不妨順著刑法體系思考使用竊盜的罪責：使用竊盜，其實是沒有「終局地」侵害法益（而所有權得回復原機能）之行為，故或許有成立「竊盜未遂」的空間，並再以「可罰的違法性」（財物之價值高低及受損程度）判斷行為人之罪責。但是，由於本文堅守實體理論、竊盜行為客體（動產）之有體性，因此結論是，使用竊盜行為不該當竊盜罪之構成要件。刑法對於利益的保護，以涉及脅迫、詐欺情事為限。

在解釋構成要件時，如前述，本文認為「不法意圖」要件的明文化可有可無，解釋上跟原來一樣即可，仍然以行為人的行為不符整體法規範秩序，且其明知為限。而「竊取」要件的內涵亦足以涵蓋原「排除意思」中的「排除」要素。

至於實體體論、價值理論、綜合理論之爭，在刪除不法所有意圖之後，仍然是在解釋竊盜罪構成要件時必須處理與參酌的。本文認為，若採取價值理論或綜合理論來判斷行為人是否成立竊盜罪，由於涉及「經濟上損失」的判斷，過於強調附著於物之上的經濟利益，可能等於變相處罰「利益竊盜」，而與我國刑法不罰「利益

⁴⁸⁵ 陳子平（2013），前揭註462，頁65。

⁴⁸⁶ 刑法第235條：「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」



「竊盜」的基本立場相左，因此，應該根據「實體理論」的精神來解釋竊盜罪行為客體、故意客體，即「動產」⁴⁸⁷。

故，本文贊同前述 *Regina v. Holloway*【動物皮案】之見解，由於行為人將動物皮取走，是為了向雇主主張報酬，欲於取得報酬後歸還於雇主，其並無「完全地剝奪所有權人的財產」而不成立竊盜罪。至於他會不會成立其他犯罪（例如詐欺得利罪）？則是另外一個問題。

而【存摺案】，本文在此假設兩種事實進行比較：（1）行為人永久剝奪他人對存摺之持有但不領取存款。（2）行為人暫時剝奪他人存摺之持有而取款。依照本文的見解，案例（1）之行為人原則上成立竊盜（存摺）罪，但是可能因為不具「可罰的違法性」而無罪；而案例（2）的行為人則不成立竊盜（存摺）罪，至於盜領款項部分是否成立其他犯罪，則必須另外討論。或許兩相對照下有違法感情，但是這是邏輯推演下的必然結果，我們必須學習面對刑罰的極限。

至於，以行為人甲從取走一本新書後再歸還書店為例（【案例九】書店案），甲是否因為取走書本而成立竊盜罪？甲歸還的是一本被翻閱過的書，因此有論者認為，對生意人來說，物品的嶄新性是一個賣點，「嶄新的價值具有經濟功能」，故對書店而言，若甲短暫的使用若已經消耗且造成物的價值明顯受到損失時，肯定行為人取得動產之價值。行為人已將書本變為「二手書」，是價值的剝奪（經濟損害）；不過，亦有認為，「書籍販賣之功能」並未喪失，並且，現代書店之經營模式皆是讓顧客得以原地翻閱書籍，在書店內翻閱之人也不會成立竊盜⁴⁸⁸。

⁴⁸⁷ 同樣的，現行法下既然「意圖為自己或第三人不法之所有」要件是存在的，並且實務界及學界幾乎沒有修法的聲音，就不得不對現行法進行詮釋應用。本文退一步認為現行法下應該嚴守實體理論。這不僅是價值選擇的問題而已，而是若不這麼做，等於迴避了不罰利益竊盜的初衷。因此現行刑法中使用竊盜仍然是不罰的。

⁴⁸⁸ 見：黃惠婷（2006），前揭註 6，頁 155-156。



本文認為，由於甲並沒有侵害終局地侵害書之所有權，故甲只是使用竊盜，結論是，無論他閱讀完之後是否「消耗書的價值」，均不成立竊盜罪。同樣的，試想（1）在書店內讀完放回去與（2）拿出店外讀完再歸還兩例：行為人都沒有給付書之市價，而享受到「讀書」的利益。案例（1）中所有權人允許顧客在其「指定的範圍內」閱讀該書，而案例（2）則是將書從所有權人「指定的範圍」取走，在外閱讀。雖然書店將翻閱書籍「限定於特定範圍內」，也是書店對於書籍「展現所有權」的一環，甲似乎侵害了書店的所有權，但由於甲並未「終局地」侵害書店之所有權，並不成立竊盜罪。或許將書本攜出書店之外被認為比較「不道德」或是「似乎法敵對意識比較高」，但從法益保護的觀點看來，兩者似乎沒有刑法上的重大區別。至於案例（2）的所有權人是否只能自認倒霉？也不盡然，其仍可能依照民法主張侵權行為或不當得利之相關權利，要求損害賠償。

另外，本文在英美法的啟發下，曾考慮是否參考英國法的客觀要件「appropriate」要件，將「不法所有意圖」之內涵轉換為新的客觀要件，將無視他人權利而「處分」（to dispose of）他人之物的內涵輸入到條文中。例如，將竊盜罪條文修改為「竊取他人之動產並加以利用者，為竊盜罪…」，或是「竊取他人之動產並據為己有者，為竊盜罪…」。實質上就是把「排他」要素跟「利用」要素移動到客觀構成要件，而既然「排他」是「竊取」要件本來就涵蓋的，其實只是在客觀要件多了「利用」要素。如此一來，原「不法所有意圖」之「排他」及「利用」元素都將被竊盜故意所涵蓋，行為人對此要有認識，但是仍然跟純粹主觀的意圖不同。

不過讓本文止步的是：第一，這牽涉到前文所述的「竊盜與毀損分立」的根本問題。若將兩者合併為一奪取型犯罪，則刑法應該關心的是被害人之財產有無受到侵害，而不是行為人有無得利。誠如學者所說，「我們在添加構成要件時，就是在



宣示如何才能算是犯罪既遂。而犯罪有無既遂，抽象地說，所要考慮的應該是行為人是否已經造成保護法益的影響。至於行為人有沒有從這樣的事件中得到好處，對於利益的保護而言，則屬無關緊要。刑法上規定詐欺罪是在保護被害人的利益，而不是在處罰行為人得到好處。得到好處這件事本身並沒有什麼不好，重點只是在於他有沒有藉此造成別人利益的侵害，所以財產得利不應成為客觀上的要件。⁴⁸⁹ 第二，客觀構成要件包含兩個行為，是否會搖身一變為「結合犯」？這是可議的。當然要解決這個問題，我們可以把構成要件設定為「將他人之動產據為己有者，為竊盜罪...」，不過除了技術層面要怎麼操作的問題（若移到客觀「加以利用」，該怎麼解釋？須要討論手段目的關聯嗎？），這基本上則會回到「利用」元素應否存在的問題。畢竟，如同第二章所介紹的，英國 1968 年《竊盜罪法》第 3 條所規定的「appropriate」要件，包含了未竊取但是嗣後以所有權人身份自居而持有或處分的行為（“later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner”，事後奪取所有權人權利），而此一定義就是英國法得以匯流竊盜（larceny）與侵占（embezzlement）的關鍵。

當然，本文的主張，必定會面對一個基本的質疑：實務上要怎麼區分「使用竊盜」與「普通竊盜」？也就是說，到底什麼是「終局地侵害所有權」？所有權人何時回復支配狀態，我們才能說是「未終局」侵害所有權？由於個案事實皆不同，故這仍然必須委由法官根據個案事實做判斷。跟實務的「綜合判斷說」不同的是，本文認為，不應該考量被竊物之「價值高低」、「價值減損之程度」。被竊動產的價

⁴⁸⁹ 蔡聖偉（2008），前揭註 431，頁 330。



值高低並不影響所有權人對其之支配機能完整性，不應將「違法性」層次的問題挪動至「構成要件」層次做判斷。

最後，一個後續的問題是，行為人無論是減損動產之「使用價值」或是「交換價值」都該當竊盜嗎？

首先，使用價值（使用利益），是指物如何被發揮效用。這取決於個人之主觀目的，只要個人「對於某一事物存在一定之使用意思」，也就是「認知到某事物能夠滿足自己一定之需求」，該物就具備使用價值；而交換價值（交換利益），是指個人進行「財貨交換」時所願意支付的代價。這也取決於個人的主觀意思，但是要注意的是這不能僅憑一個人的意思來決定，必須要有供需作用下有對應關係之人，交換者之（價值衡量）意思合致時方會形成一「確定的交換價值」。因此，交換價值是一種「可能會存在的」財產價值。結論是，使用價值是一種「自然屬性」，是任何被個人所支配的財物都有的；而交換價值是一種「社會共識」，則不是任何財物都有的⁴⁹⁰。

就此，本文初步的想法是，交換價值因所有權人在市場中的磋商能力（無論是透過自己或是他人）而有異，更重要的是交換價值是潛在的，有形物是否確實有交換價值尚待在市場中確認，因此刑法對之的保護程度可能較弱。也就是說，倘行為人侵害到「所有權人本得依有形物的經濟性或原本的利用方法而享有之利益」，成立竊盜罪；但若並非侵害的「所有權人本得依有形物的經濟性或原本的利用方法而享有之利益」，則可能不一定。此一問題還有待更多的論證與思考。

⁴⁹⁰ 張天一（2015），前揭註 11，頁 58、75-80。



第二項 附論無權使用他人交通工具罪之立法

至於是否應該參酌比較法規定，在原本的第 320 條第 1 項竊盜罪之外增訂一個「無權短暫使用他人交通工具」之犯罪？由於本文的立場是不罰使用竊盜，因此當然不會贊成將此類犯罪作為保護財產的手段。但是若立法者真的增修此一條文，該怎麼解釋？

除了我國立法者外，我國學者也有主張應該參考德國刑法第 248b 條、美國《模範刑法典》第 223.9 條增列「使用竊盜罪」，原因是動力車輛越來越多，而竊用他人車輛後丟棄之行為也越來越多，造成不便與經濟上的損失（例如尋回車輛前必須搭乘計程車）。並且，使用竊盜作為輕微竊盜，應該要告訴乃論⁴⁹¹。

英國法 1968 年《竊盜罪法》第 12 條擅取運輸工具罪，之規定，將一般情形下應成立幫助犯、教唆犯（aiding and abetting）的「明知運輸工具是未經同意被取走而仍然搭乘」之人，仍然處以本罪，是透過此一立法來免除控方對於乘客實施幫助行為之舉證責任，顯示出立法的背後，是對於多人「結夥」一起從事此類行為的不安。而後，1992 年《加重盜開交通工具法》於 1968 年《竊盜罪法》（Theft Act）中，就體系來看似乎仍是財產犯罪，但如第三章所述，當時的立法背景是為了回應 1990 年代英國社會對於交通工具被無權之人用以兜風、飆車、造成道路交通及用路人的生命、身體、財產危害之集體焦慮而設。

⁴⁹¹ 林東茂（2002），《一個知識論上的刑法學思考》，頁 140-141，臺北：五南。



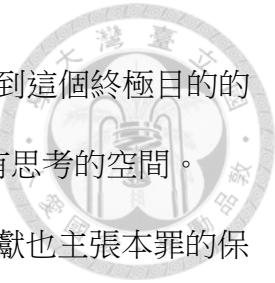
而本文對我國刑法增修草案及學者論著中常提及的德國刑法，亦有相同反思。過去，德國法只能對於無權短暫使用他人之交通工具者，依據個案事實處以毀損罪、（對車子中的汽油）竊盜罪，或是透過「不法所有意圖」之解釋論將之納入竊盜罪處罰範圍⁴⁹²。對於無權使用他人交通工具之處罰，首見於 1932 年的《帝國法律公報》（RGBl., Reichsgesetzblatt），後於 1953 年時則增修於刑法中。德國刑法第 248b 條規定：「違反有權限之人的意思，而使用他人之動力交通工具或腳踏車者，對其行為除另有其他規定科處較重之刑者外，處三年以下有期徒刑或罰金刑罰。前項之未遂犯，罰之。本罪為告訴乃論。本條所稱動力交通工具係指以機械力驅動、不行駛於固定軌道上之陸上車輛。」⁴⁹³ 由第 1 項可知本罪是補充規定，只有在行為人沒有同時成立其他較重之罪時，始依本罪論處。

有學者認為，本罪的保護法益是「使用權」（Gebrauchsrecht），即「自由使用該交通工具之權利」，故可罰性並不以被害人事實上受到財產損害，或是行為人獲利為前提。至於是否保護所有權？肯定說論者主張，該罪規定於「竊盜與侵佔」罪章（Diebstahl und Unterschlagung），由體系觀察應是保護所有權。德國法院則認為，雖然本罪並非如竊盜罪保護所有權與持有，但是透過保護（基於所有權或持有而生的）支配使用權，藉此保護所有權或持有。學者據此而認為，「該罪所保護的所有權或持有是藉由保護其所生支配使用權的方式來保護，故主要還在保護支配使用權限本身」⁴⁹⁴。不過對於法院這段話，可以有不同解讀：保護所有權或（德國法

⁴⁹² 對車內之汽油部分，在訂定「無權使用他人交通工具罪」之後，即被認為已被包含於本罪之不法內涵中，而不另外處罰，見：許絲捷（2013），前揭註 7，頁 2。

⁴⁹³ StGB §248b (1) Wer ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. (4) Kraftfahrzeuge im Sinne dieser Vorschrift sind die Fahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden, Landkraftfahrzeuge nur insoweit, als sie nicht an Bahngleise gebunden sind.

⁴⁹⁴ 許絲捷（2013），前揭註 7，頁 2。



院主張的) 持有仍然是本罪的「終極目標」，保護使用權只是達到這個終極目的的手段而已。因此，第 248b 條的保護法益果真是使用權？也許仍有思考的空間。

此外，德國的立法理由曾提及公共交通安全，也不乏德國文獻也主張本罪的保護法益為「公共交通安全」（*öffentliche Verkehrssicherheit*）。反對的學者認為，駕駛技術不佳、不遵守交通規則，才是交通事故之主因，難以想像無權使用他人交通工具之行為將提高事故發生之風險，故否定「公共交通安全」作為本罪保護法益⁴⁹⁵。不過本文認為，未經授權而無權使用他人交通工具者，由於往往是為了一時之便利而加以短暫地利用，因此不熟悉該交通工具。在公共場域駕駛不熟悉的交通工具——尤其是驅動力高的動力交通工具——的確會升高交通事故的風險。即便駕駛技術良好，仍然可能因為不熟悉所竊車輛之特性而危及用路安全。更重要的是，雖然第 248b 條的體系位置是財產犯罪，但是何以單單挑出動力交通工具及腳踏車作為客體？也許可以說，動力交通工具是德國人擁有率甚高的高單價財產⁴⁹⁶，而以「較高的財產價值」作為使用竊盜之可罰界線，但是腳踏車呢？暫且不論較少見而昂貴的公路車，一般腳踏車作為單價不特別高的財產，為何也被囊括其中？因為使用竊盜腳踏車較為「常見」，所以就跟動力交通工具相提並論？

說到底，從英國的立法背景、德國的一度出現的立法理由來看，我們無法排除英國《竊盜罪法》第 12 條、第 12A 條，德國刑法第 248b 條是「財產犯罪皮、公共安全犯罪骨」（或者至少是兼顧這兩個法益）的立法，並且，如英國學者所批評的，立法目的是為了避免實務舉證上之困難。

⁴⁹⁵ 許絲捷（2013），前揭註 7，頁 2。

⁴⁹⁶ 自 2003 年至 2012 年為止，德國的每千人之動力交通（包含汽車、越野車、廂型車、商用車等等，但不包括摩托車和其它兩輪機動車）擁有數為：2003 年是 546，2004 年是 550，2005 年是 559，2006 年是 566，2008 年是 504，2009 年是 510，2010 年是 517，2011 年是 525，2012 年是 530，為歐盟國家的前五名。See: European Union, *Energy, transport and environment indicators*, 2015 edition, p.95, table 3.1.1., Luxembourg. Retrieved July 9, 2016, from the website of eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-books/-/KS-DK-15-001>

因此，若立法者在短期的未來真的增修「無權短暫使用他人交通工具罪」，或可考慮將之置於公共危險罪章，而非將之視為財產犯罪。



第三項 將本文見解涵攝於現代意義的「共享經濟」

如同本文於本章第三項第一款所論述的，現代意義的「共享經濟」，毋寧是新自由主義下，為了促進「供給與需求」更有效率的配對而設之產物。現代意義的「共享經濟」，重視平臺效率性與效益最大化，跟所謂「分享」、「共產」概念相去甚遠。以 Uber 為例，司機透過 Uber 平臺有效率地切割物的使用時段、追求閒置財產的利用，以達到自己利益的最大化；乘客透過 Uber 平臺追求則是節省各種成本，以達到自己利益的最大化，僅此而已。司機仍然重視自己對車輛的所有權，乘客也沒有要取得或妨礙司機之所有權的意思。因此，財產私有制度仍然是自由市場中難以撼動的制度，現代意義的「共享經濟」並未影響本文「使用竊盜應不罰」的想法。

質言之，當事人之間成立的是民法上的租賃關係，若更包含服務（例如載客服務）則可能另外成立勞務型契約，這必須依照個案而定。而本文認為，現代共享經濟下可能的使用竊盜行為型態，得被類型化為下列四種：（1）奪取他人閒置而無利用計畫之物，使用後再歸還。（2）奪取他人原要透過共享平臺加以利用之物，使用後再歸還。例如，甲原本計畫要開 Uber 載客，乙卻取走甲之車，致使甲的計畫落空而受到損失。（3）第三人奪取使用者正在使用的他人之物，使用後再歸還。例如，甲將自己的工具箱透過平臺出租予乙，丙從乙處將該工具箱取走。（4）所有權人奪



取使用者正在使用的其物，使用後再歸還。例如，甲將自己的工具箱透過平臺出租予乙，卻在約定返還的時間之前就未經乙之同意將工具箱拿回來。

若細探其本質，類型（1）、（3）、（4）之案例，與過去相較，並沒有什麼特別之處，故刑法上的處理與過去也沒有不同。類型（1）的行為人奪取他人閒置而無利用計畫之物，並且使用後再歸還，這跟一直以來的使用竊盜，並無不同。由於本文主張不罰使用竊盜，此類行為人不成立竊盜罪；類型（3）之行為人奪取合法持有者正在持有中的他人之物，也同樣，跟過往的使用竊盜沒有重大區別。行為人丙破壞了乙對於工具箱之持有，但是由於嗣後有歸還工具箱，而未「終局地」侵害甲之所有權，丙不成立竊盜罪；而類型（4）則只是所有權人將動產從合法持有人處偷回來的問題，同樣是已存的法益論、構成要件解釋方法可以解釋的：雖然竊盜罪的保護法益有「所有權說」、「持有說」、「折衷說」之爭，不過本文一貫地採取「所有權說」；並且，無論「不法意圖」有無被明文化，在解釋構成要件時都以甲行為之不法性為入罪前提，既然甲在民事規範判斷下是可以終局保有工具箱的人，甲不成立竊盜罪。當然，乙可能得主張民法上權利。

因此，關鍵類型應該是類型（2）。在論者主張「人們不再迷信擁有物品」之現代，刑法是否於此例外處罰使用竊盜？或有認為，使用竊盜之行為使他人「共享計畫」落空而遭受鉅額損失，應有入罪化的空間。但是，既然行為人乙仍然歸還車輛於甲，甲之車輛所有權機能仍然得以回復，即便甲的支配利用受到短暫的侵害，但是從本章脈絡看來，「所有權」作為竊盜罪保護法益而與構成要件之解釋緊扣，乙仍然不成立竊盜罪。甲蒙受之經濟上損失，則是民法及行政法領域要去調和的。雖然我們往往透過持有來享受動產的利益，但這不代表非要動用刑法去處罰一個「侵害持有但未終局侵害所有」之行為。



結論是，雖然現代共享經濟模式中，過去被認為做為己用之動產可能搖身一變成為生產財，使得個人得以透過動產之利用而將效益最大化，但是如此的經濟活動型態，無法改變刑法竊盜罪是在保護所有權、不處罰使用竊盜的基本原則。即便使
用竊盜導致被害人的共享計畫落空而遭受損失，本文認為仍應在解釋竊盜罪構成要件時緊扣著保護法益，否則是刑法基本精神的犧牲。



第五章 結論

“The system of private property is the most important guaranty of freedom, not only for those who own property, but scarcely less for those who do not.”

——Friedrich August von Hayek

產業革命使得社會活動「由靜到動」，而現代社會經濟活動的特徵為：資源的開發、生產財與勞動力的區分、財產貨幣化、消費。除了動產之外，不動產以及勞動力均被財物化而得在市場上交易，並且物權、債權、無體財產權等「無形利益」，能源、資訊等亦於當代成為一種財物⁴⁹⁷。因此，既然新科技往往帶來許多新的社會問題而影響到原本穩定之秩序，就刑法上財產犯罪奪取之可能客體而言，我們不得不反思「物之有體性」是否值得再堅守。

現代「共享經濟」下，平臺提供者之定位、合法性與法律上義務等引發許多討論。以 Uber 為例，其究竟是「未登記的租賃車行」抑或是「獨立的電子第三方平臺」？而私人小客車如何提供共乘服務並收費，始符行政規範？均引發不少爭議，不過這並非本文要處理的範圍⁴⁹⁸，在此僅處理了涉及使用竊盜之問題。

⁴⁹⁷ 李茂生（2012），前揭註 320，頁 349-350。

⁴⁹⁸ 關於共享經濟下平臺提供者之定位與法律義務，參：馮昌國（2016），《共享經濟專題 Uber 的爭議及其法律之評價與定位》，自由時報，載於：<http://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/1719108>（最後瀏覽日：2016/7/9）；王耀誠（2015），《談 Uber 的合法性爭議，與我國小客車公路運輸制度之反思》，關鍵評論，載於：<http://www.thenewslens.com/article/11065>（最後瀏覽日：2016/7/9）。



要不要處罰使用竊盜，是刑事政策的問題。雖然現行法下使用竊盜是不罰的，但如第三章所述，早期實務見解（16 年度上字第 139 號判例）曾認為使用竊盜應該處罰，國內亦有學者予以贊同，認為應將使用竊盜納入刑法處罰範圍，始能完善保護所有權人之利益。而現代經濟體下，相較於財產的單純擁有的價值，毋寧更為注重財產的支配與使用的意義，而短暫的妨害或剝奪亦可能造成鉅額經濟上損失。我國立法者及學者、日本學界皆不乏將部分使用竊盜行為予以入罪化之聲音，差別在於「哪一部分」的使用竊盜入罪化，範圍或廣或狹。

英國財產犯罪在經歷了二十世紀的兩個主要的法案——1968 年及 1978 年《竊盜罪法》（從過去的 Larceny Act 搖身一變為 Theft Act）——之後便確立了有合一傾向的立法政策。現行法下，《竊盜罪法》透過「appropriate」要件將竊盜（larceny）與侵占（embezzlement）納入其中，合一為「theft」。英美法的「appropriate」一詞容易引起曖昧與混淆（例如，究竟得否涵蓋以毀壞他人之財產為目的之竊取行為？），故有學者認為其他國家甚少採用⁴⁹⁹，不過本文仍探討了此一要件之內涵。而《竊盜罪法》的「永久剝奪他人財產之故意」要件與我國的「不法所有意圖」不同，並非純粹的主觀構成要件，而是古典刑法體系中罪責層次的「故意」要件。雖然如此，本文仍以英國實務對於「永久剝奪他人財產之故意」之詮釋作為他山之石，在爬梳了我國實務見解之後，再思「所有意圖」的內涵與判斷標準，並且更進一步地追問竊盜罪中之「意圖」要件正當性。在確立了竊盜罪的保護法益是「所有權」——個人依據社會規範得自由地支配財產，並得透過排除他人的支配來維持自己的支配——之後，亦劃出了刑法保護無形「利益」的界線。

⁴⁹⁹ 劉憲權、楊興培（2007），《刑法學專論》，頁 557，北京：北京大學。



本文認為「使用竊盜」與「利益竊盜」在本質上是同一件事，而財產所有權作為自由意志的展現，刑法對於無形利益之保護，應以（意志有受到某種壓制的）脅迫或詐欺為界線，因此，暫時剝奪他人財產之使用（也就是使用竊盜），仍然不罰。

至於「共享經濟」會不會衝擊此一基本價值？

現代意義的「共享經濟」下，當事人之間往往成立的是租賃關係，只是物之所有權人對於物之使用時段的割裂更為頻繁，故效益更大。本文認為，共享經濟下可能的使用竊盜型態，得區分為四種：（1）奪取他人閒置而無利用計畫之物。（2）奪取他人原要利用之物。（3）第三人奪取使用者正在使用的他人之物。（4）所有權人奪取使用者正在使用的其物。

實際上，類型（1）、類型（3）、類型（4）的處理與過去沒有不同。就類型（1）的奪取他人閒置而無利用計畫之物、使用後再歸還，這跟一直以來的使用竊盜沒有不同；類型（3）奪取使用者正在使用的他人之物亦同，涉及一直以來的所有或持有之爭；類型（4）則只是所有權人將動產從合法持有人處偷回來的問題，同樣是已存的法益論可以解釋的，刑法上值得一提的相異點。因此，關鍵類型是類型（2），在似乎不再迷信擁有物品的「第四消費時代」或「共享經濟時代」，是否要擴張竊盜的處罰範圍。

根據經濟學家尼古拉・康德拉捷夫為了解釋資本主義經濟模式發展之週期而提出「康德拉捷夫長波理論」（Kondratieff Wave Cycles），「後資訊科技革命」長波將於 2020 或 2030 年代開始，由於電訊、資訊產業、互聯網之蓬勃發展，全球經濟發展將加速。傑瑞米・里夫金（Jeremy Rifkin）更是於其著作《物聯網革命：共享經



濟與零邊際成本社會的崛起》勾勒人類社會的未來藍圖——由於物聯網發達而普遍，能源與資訊幾乎零成本、共有資源引導社會經濟活動、知識成為公共分享財、「參與共有資源之權利」作為財產權的社會⁵⁰⁰。因此，未來社會的財產犯罪保護法益似乎應從「所有權」走向「持有」、「使用」、「存取」。

對此，本文展望性的想法是，若數十年以後、一百年以後的社會，發展至一個共享經濟模式成功造福人類，而使用權作為最基本的財產法益、使用竊盜應該入罪的階段，則途徑至少有二（若屆時刑法仍存在於人類社會的話）：（一）如立法者及學者所提案的，參考比較法規定，於刑法明文使用竊盜之可罰性。（二）調整竊盜罪的保護法益、「排除意思」要件，使普通竊盜罪完全涵蓋使用竊盜，並交由法官依據個案具體事實考量刑度，或是運用「可罰違法性理論」來達到個案正義。

然而，現今社會所謂「共享經濟」模式，只是透過共享平臺將「供給」與「需求」連結起來，而達到資源效益最大化，僅如此——揮舞著「共享、分享」的旗幟，而行新自由主義（Neoliberalism）之實，鼓勵商品與服務自由而效率的流通。人們透過這個經濟舞臺所尋求的並不是資源共享、零邊際成本的去私有化價值，而是更符合效益成本消費選擇。故，雖然人類社會開始逐漸步入「後資訊科技革命」長波，但是我們尚未走到前述學者想像的藍圖中。「財產私有」的概念並未被解消，「所有權」仍然是財產犯罪的根基。

以論者提出的線上音樂庫為例，本文認為這並不足以論證現代社會正在拋棄所有權之概念。雖然多個線上平臺（例如 YouTube、Spotify）已可讓使用者免費聽取

⁵⁰⁰ Jeremy Rifkin（傑瑞米・里夫金）著，陳儀、陳秀玲譯（2015），前揭註 394，頁 103-115、154、216-227、304。



音樂，但是權利人透過與線上音樂資料庫的合作，並非是為了放棄自己的智慧財產價值，毋寧是來確保數位時代下仍得透過流暢的管道來獲利。

因此，現階段下，既然我國市場仍然是（至少某程度）自由的，那麼刑法無從將財產犯罪之定調，從「所有權」之保護，改向「持有權」、「使用權」或「存取權」之保護。現代意義的共享經濟模式，仍然無法正當化擴大刑罰之傾向。

結論是，論者或謂：行為人明知無權，卻仍然未經同意暫時地剝奪他人之財產，以致被害人之經濟計劃落空、遭受損失，如此的對於財產秩序的惡意，難道只能交由民法、行政法來處理嗎？

本文認為，由於現代「共享經濟」模式的重點，只是將「供需配對」成本降低之平臺，財產私有的價值仍然未被揚棄，既然本文的想法是嚴守「實體理論」之精神而不處罰「使用竊盜」（即利益竊盜），故至今為止的這種尚未充分發展的「共享經濟」，與過去（自有自由市場以來）的人類社會相較，並沒有更需要刑法介入的地方。而若有暫時剝奪他人對財產支配之情形，目前我國整體法律秩序對於「使用竊盜」的態度並非完全放任，因為即便刑法繼續維持不罰使用竊盜的立場，還是有民法上的損害賠償、行政法上《社會秩序維護法》的罰鍰，對於利益的失衡做出相應的救濟與調整。無法否認的是，法律作為社會規範，必定是價值選擇的結果，本文對於「使用竊盜」之詮釋同樣也是價值選擇的結果。在本文認為竊盜罪的保護法益是「所有權」的前提下，現階段若以刑法作為對抗上述惡意的手段，無異於棄守刑法根本的價值。面對目前可能的失序，將「使用權」作為刑法的新興保護法益當然是誘人的，且法律經濟學者可能會認為民事上同等數額之金錢賠償不足以嚇阻



「使用竊盜」，但本文仍然認為，從人類歷史進程看來，「使用竊盜」之人罪化，尚非其時。



參考文獻

壹、中文文獻

一、專書

- Choudary, Sangeet Paul & Van Alstyne, Marshall W. & Parker, Geoffrey G. (著), 李芳齡(譯) (2016), 《平台經濟模式：從啟動、獲利到成長的全方位攻略》, 臺北：天下雜誌。
- David, Rene (著), 漆竹生(譯) (1984), 《當代主要法律體系》, 上海：譯文。
- Harvey, David (著), 陳靜譯 (2011), 《資本之謎：人人需要知道的資本主義真相》, 北京：電子工業出版社。
- Marx, Karl & Engels, Friedrich (著), 麥田編輯室(譯) (2014), 《共產黨宣言》, 臺北：麥田。
- Rifkin, Jeremy (著), 陳儀、陳秀玲(譯) (2015), 《物聯網革命：共享經濟與零邊際成本社會的崛起》, 臺北：商周。
- 孔令平(譯) (1999), 《西薩克遜國王伊尼的法典》, 載《外國法制史資料選編》(上), 北京：北京大學。
- 王皇玉 (2014), 《刑法總則》, 臺北：新學林。
- 王澤鑑 (2009), 《民法物權》, 臺北：自刊。
- 王澤鑑 (2008), 《民法總則》, 臺北：自刊。
- 甘添貴 (2000), 《體系刑法各論 第二卷》, 臺北：瑞興。
- 甘添貴 (1996), 《刑法之重要理念》, 臺北：瑞興。
- 甘添貴 (1988), 《刑法總論講義》, 臺北：三民。
- 李茂生 (2012), 《刑法總則講義第一冊》,
- http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24%E3%80%82



李茂生（2012），《刑法分則講義》，

http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24%E3%80%82

李清秀（2005），《日耳曼法研究》，北京：商務印書館。

李曉明（2012），《「刑事法律與科學研究」一體化》，臺北：元照。

何勤華（2004），《英國法律發達史》，新北：韋伯文化。

林山田（2008），《刑法通論（上）》，十版，臺北：自刊。

林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，五版，臺北：自刊。

林山田（2005），《刑法各罪論（下）》，五版，臺北：自刊。

林山田（1997），《刑事法論叢（二）》，臺北：自刊。

林東茂（2002），《一個知識論上的刑法學思考》，臺北：五南。

王澤鑑主編，林利芝等著（2010），《英美法導論》，臺北：元照。

柯耀程（1999），《變動中的刑法思想》，臺北：元照。

陳子平（2015），《刑法各論（上）》，二版，臺北：自刊。

陳志龍（1998），《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版，臺北：自刊。

張天一（2015），《時代變動下的財產犯罪》，臺北：元照。

許玉秀（2000），《犯罪階層理論及其方法論》，臺北：春風煦日論壇。

黃常仁（2009），《刑法總論——邏輯分析與體系論證》，二版，臺北：新學林。

黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，臺北：元照。

黃榮堅（2003），《刑法問題與利益思考》，臺北：元照。

趙秉志主編，謝望原、李希慧副主編（2004），《英美刑法學》，北京：中國人民大學。

褚劍鴻（2006），《刑法分則釋論（下冊）》，四版，新北：臺灣商務。

蔡聖偉（2008），《刑法問題研究（一）》，臺北：元照。

蔡墩銘（2005），《刑法精義》，二版，臺北：翰蘆圖書。

蔡墩銘（2001），《刑法各論》，四版，臺北：三民。

盧映潔（2011），《刑法分則新論》，四版，臺北：新學林。

劉憲權、楊興培（2007），《刑法學專論》，北京：北京大學。



韓忠謨（1982），《刑法各論》，七版，臺北：三民。

二、期刊論文

- 甘添貴（2006），〈自動付款設備詐欺罪之不正方法〉，《月旦法學教室》，39期，頁22-23。
- 李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《臺灣本土法學雜誌》，54期，頁235-247。
- 李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《臺灣本土法學雜誌》，55期，頁243-256。
- 李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（下）〉，《臺灣本土法學雜誌》，56期，頁207-220。
- 吳俊毅（1999），〈竊盜罪不法所有意圖之探討〉，《刑事法雜誌》，43:2期，頁78-102。
- 何勤華（2003），〈論羅馬法對歐洲大陸法的影響〉，《行政：澳門公共行政雜誌》，16卷，總第60期，頁451-461。
- 周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷，3期，頁981-1053。
- 陳子平（2013），〈財產罪的「不法所有意圖」〉，《月旦法學教室》，134期，頁53-66。
- 陳樸生（1983），〈領得罪與使用竊盜〉，《刑事法雜誌》，27卷，2期，頁1。
- 許恒達（2012），〈盜用存摺提款與不法所有意圖——評最高法院一〇〇年度台上字第三二三二號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，16期，頁59-70。
- 許恒達（2012），〈竊盜被害人事後奪回所有財物的刑責問題〉，《月旦法學教室》，117期，頁33-35。
- 許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期，頁215-300。
- 許絲捷（2013），〈淺介德國刑法中之無權使用交通工具罪〉，《司法周刊》，1635期，頁2-3。



- 張麗卿（2000），〈強盜罪與詐欺罪的難題——評最高法院八十九年度台上字第852號判決〉，《月旦法學雜誌》，65期，頁176-182。
- 黃常仁（2001），〈「困頓新法」——論刑法第三三九條之一、第三三九條之二與第三三九條之三〉，《臺灣本土法學雜誌》，27期，頁7-12。
- 黃惠婷（2012），〈冒領存摺存款行為之刑責——評最高法院一百年度台上字第3232號判決〉，《月旦法學雜誌》，207期，頁231-242。
- 黃惠婷（2006），〈「使用竊盜」或竊盜既遂？〉，《臺灣本土法學雜誌》，85期，頁152-156。
- 黃惠婷（2003），〈竊盜罪之所有意圖〉，《臺灣本土法學雜誌》，45期，頁132-136。
- 黃榮堅（2011），〈犯罪構成與同時性原則——評高等法院99年上訴字第4803號等判決〉，《法令月刊》，第62卷第9期，頁25-45。
- 黃榮堅（2001），〈財產犯罪與不法所有意圖〉，《臺灣本土法學雜誌》，25期，頁112-117。
- 黃榮堅（1999），〈財產犯罪與持有關係〉，《臺灣本土法學雜誌》，5期，頁140-145。
- 黃榮堅（1995），〈做賊喊抓賊〉，《月旦法學雜誌》，2期，頁47-48。
- 楊崇森（2010），〈教會法之興衰及對現代世界之影響〉，《軍法專刊》，56:6期，頁5-32。
- 廖有祿、金明燦（2006），〈電腦犯罪刑法規範之研究——以二次修正案為中心〉，《資訊、科技與社會學報》，6卷，2期，頁55-76。
- 鄭逸哲（2012），〈欠缺「故意」，即不論「意圖」〉，《台灣法學雜誌》，198期，頁93-95。
- 鄭逸哲（2003），〈不法所有的意圖作為主觀處罰條件與判斷犯罪的行為主義〉，《月旦法學教室》，頁16-17。
- 蔡聖偉（2009），〈竊盜罪之主觀構成要件（上）〉，《月旦法學教室》，78期，頁65-72。
- 蔡聖偉（2009），〈竊盜罪之主觀構成要件（下）〉，《月旦法學教室》，80期，頁42-50。



蔡聖偉（2008），〈所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（上）〉，《月旦法學教室》，69期，頁52-60。

蔡蕙芳（2003），〈電磁紀錄無權取得行為之刑法規範〉，《國立中正大學法學集刊》，13期，頁97-196。

蔡蕙芳（2003），〈自動化設備濫用行為之刑法規範——以刑法第三三九條之一不正利用收費設備取材得利罪為討論中心〉，《中原財經法學》，11期，頁43-78。

盧映潔（2008），〈竊盜罪之所有意圖與不法意圖〉，《臺灣法學雜誌》，116期，頁99-101。

三、研討會論文

黃士軒（2015），〈一時使用他人之物與竊盜罪的所有意圖〉，發表於：海峽兩岸暨第十屆內地中青年刑法學者高級論壇，發表時間：2015/10/25，發表地點：東南大學法學院。

四、書之篇章

許玉秀、王玉銓合著（2001），〈從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分〉，《刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）》，臺北：元照。

黃榮堅（1998），〈刑法增修後的電腦犯罪問題〉，《罪與罰——林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，臺北：五南。

蔡蕙芳（2001），〈英美法上重罪謀殺罪原則的介紹與評析〉，許玉秀等著，《甘添貴教授六秩祝壽論文集——第二卷 刑法各論》，臺北：臺灣刑事法學會。

五、學位論文

邱嘉琳（2004），《新經濟下的新建構與舊矛盾——對「新經濟」之政治經濟學批判的分析》，國立政治大學勞工研究所碩士論文。

洪瑋嫻（2010），《財產犯罪中之所有意圖——以竊盜罪為中心》，國立政治大學法律研究所碩士論文。

謝庭晃（1996），《使用竊盜之研究》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。



六、立法院會議議案關係文書

立法院第 8 屆第 5 會期第 11 次會議議案關係文書（2014），院總第 246 號委員提案第 16435 號。

立法院第 9 屆第 1 會期第 16 次會議議案關係文書（2016），院總第 246 號委員提案第 19242 號。

七、網路資料

Ross, Alec (亞歷克·羅斯) (2016)，《「分享式經濟」算不上分享：Airbnb、Uber 背後的真正企圖，以及隨之而來的鉅變》，載於：
<http://hk.thenewslens.com/article/42545> (最後瀏覽日：2016/7/9)

王耀誠（2015），《談 Uber 的合法性爭議，與我國小客車公路運輸制度之反思》，載於：<http://www.thenewslens.com/article/11065> (最後瀏覽日：2016/7/9)。

呂怡萱（2016），《「外送」醫生到你家！？——加州最紅 APP，顛覆傳統醫病關係》，載於：
<http://www.cw.com.tw/blog/blogTopic.action?id=532&nid=6496> (最後瀏覽日：2016/7/9)

馮昌國（2016），《共享經濟專題 Uber 的爭議及其法律之評價與定位》，
載於：<http://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/1719108> (最後瀏覽日：2016/7/9)

曾靉（2015），《共享經濟正夯！歐洲汽車服務 Car2go 今年拓點亞洲》，載於：<http://www.bnnext.com.tw/article/view/id/37360> (最後瀏覽日：2016/7/9)



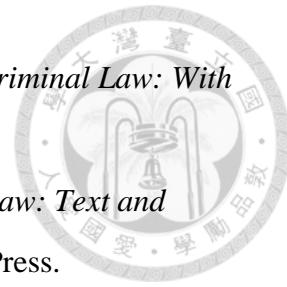
貳、外文文獻

一、專書

- Atsushi, Miura (Author), Lewis, Dana (Translator) (2014), *The Rise of Sharing: Fourth-Stage Consumer Society in Japan* (第四の消費：つながりを生み出す社会へ), Tokyo: International House of Japan.
- Allen, Michael (2011), *Textbook on Criminal Law*, 11th edition, New York: Oxford University Press Inc.
- Ashworth, Andrew (1995), *Principles of Criminal Law*, 5th edition, New York: Oxford University Press Inc.
- Berman, Harold J. (1972), *Soviet Criminal Law and Procedure: The RSFSR Codes*, 2nd edition, Massachusetts: Harvard University Press.
- Berman, Harold J. (2009), *Law and Revolution, II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Massachusetts: Harvard University Press.
- Buckley, Caroline & Buckley, Stephen (2009), *Understanding Criminal Law*, Manchester: Manchester University Press.
- Cartwright, John (2007), *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford: Hart Publishing.
- Casenote Legal Briefs, *Casenote Legal Briefs: Criminal Law Keyed to Boyce, Dripps & Perkin's*, 11th edition, Aspen Publishers.
- Cramer, P. & Eser, A. & Lenckner, T. & Stree, W. (1976), *Kommentar von Schönke-Schröder zum Strafgesetzbuch*, 18th edition, as cited in Fletcher, George P. (2000) at 38.
- Dressler, Joshua (2012), *Understanding Criminal Law*, 6th edition, Ohio: Lexis Nexis.
- Eser, Albin (1976), *Strafrecht IV*, 2nd edition, as cited in Fletcher, George P. (2000) at 42.



- Fletcher, George P. (2000), *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- Gardner, Simon & MacKenzie, Emily (2012), *Introduction to Land Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Geary, Roger (2002), *Understanding Criminal Law*, Portland: Cavendish Publishing.
- Hale, Matthew & Wilson, George & Dogherty, Thomas (1736), *The History of the Pleas of the Crown: In Two Volumes*, vol. 1, London: In the Savoy.
- Jason-Lloyd, Leonard (1997), *The Framework of Criminal Law*, London: Frank Cass & Co. Ltd.
- Ladenburg, Guy & Farrell QC, Simon & Yeo, Nicholas (2007), *Blackstone's guide to the Fraud Act 2006*, New York: Oxford University Press.
- Leach, Thomas (1815), *Cases in Crown Law, Determined by the Twelve Judges, by the Court of King's Bench, and by Commissioners of Oyer and Terminer and General Gaol Delivery: From the Fourth Year of George the Second, 1730, to the Fifty-fifth Year of George the Third*, Vol. 2, p.835, London: J. Butterworth.
- Manchester, Colin & Salter, David (2006), *Exploring the Law: The Dynamics of Precedent and Statutory Interpretation*, 3rd Edition, London: Sweet & Maxwell.
- Maurach, R. (1969), *Deutsches Strafrecht: Besonderer Teil*, 4th ed., Karlsruhe: Verlag C.F. Müller), as cited in Fletcher, George P. (2000) at 42.
- Monaghan, Nicola (2016), *Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Packer, Herbert (1968), *The Limits of the Criminal Sanction*, Redwood City: Stanford University Press.
- Perkins, Rollin & Boyce, Ronald (1982), *Criminal Law*, 3rd edition, Foundation Press.
- Phillips, Edward & Walsh, Charlotte & Dobson, Paul (2001), *Law Relating to Theft*, London: Cavendish Publishing Limited.



- Warburton, Henry (1892), *A selection of Leading Cases in the Criminal Law: With Notes*, Utah: Repressed Publishing LLC.
- Wells, Celia & Quick, Oliver (2010), *Reconstructing Criminal Law: Text and Materials*, 4th edition, New York: Cambridge University Press.
- Welzel, Hans (1969), *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11th edition, Berlin: Walter de Gruyter, as cited in Fletcher, George P. (2000) at 19.

二、期刊論文

- Beale, Joseph (1892), *The Borderland of Larceny*, Harvard Law Review, vol. 6, p.244-256.
- Elliott, I. D. (1973-1974), *Three Problems in the Law of Theft*, 9 Melbourne University Law Review, Issue 3, p.448-476.
- Fay, Sidney B. (1911), *The Roman Law and the German Peasant*, The American Historical Review, Vol. 16, No. 2, p.234-254.
- Hofstadter, Albert (1976), *Enownment*, Martin Heidegger and Literature, boundary 2, Vol. 4, No. 2, p.356-377.
- Perkins, Rollin M. (1939), *A Rationale of Mens Rea*, Harvard Law Review, Vol. 52, No. 6, p.905-928.

三、學位論文

- Narkus, Sarunas (2012), *Kondratieff, N. and Schumpeter, Joseph A. long-waves theory: Analysis of long-cycles theory*, Master thesis for the degree of Master of Philosophy in Environmental and Development Economics, Universitetet i Oslo.

四、法律辭典

- Barron's Law Dictionary*, 385 (2d ed. 1984).
- Black's Law Dictionary*, 967 (5th ed. 1979).
- Black's Law Dictionary*, 1135 (5th ed. 1979).



五、法院裁判

(一) 英美法

Regina v. Turner [1971] 1 WLR 901

Davidge v. Bennett [1984] Crim. LR 297

R. v. Hall [1973] 1 QB 496

Rex. v. Chisser 83 [1678] Eng. Rep. 142

Regina v. Ghosh [1982] QB 1053

Rex v. Holloway [1833] 172 Eng. Rep. 1082

Regina v. Holloway [1848] 169 Eng. Rep. 285

State v. South [1859] 28 N.J.L. 28

Rex v. Cabbage [1815] 168 Eng. Rep. 809

Regina v. Jones [1846] 169 Eng. Rep. 205

Regina v. Headge [1809] 168 Eng. Rep. 613

Peek v. Gurney [1873] LR 6 HL 337, 391, 403

HIH Casualty and General Insurance Ltd. v. Chase Manhattan Bank [2001]

EWCA Civ.1250, [2001] 2 Lloyd's Rep 483, [48], [164], [168]

Conlon v. Simms [2006] EWHC 401 (Ch.), [2006] 2 All ER 1024, [202]; [2006]

EWCA Civ.1749, [130]

Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Partners Ltd. [1964] AC 465 (HL)

Esso Petroleum Co. Ltd. V. Mardon [1976] QB 801 (CA)

Regina v. Lambie [1982] AC 449

Regina v. Collis-Smith [1971] Crim LR 716

The King v. Pear [1779] 168 Eng. Rep. 208

Graham v. United States [1951] 187 F.2d 87 (D.C. Cir. 1950), *cert. denied*, 341

U.S. 920

Regina v. Lawrence [1971] 1 Q.B. 373

Rex v. Goodhall [1821] 168 Eng. Rep. 898

DPP v. Ray [1974] AC 370

People v. Ashley [1954] 42 Cal. 2d 246, 267 P.2d 271, *cert. denied*, [1954] 348 U.S.

900



- Commonwealth v. Green* [1950] 326 Mass. 344, 348, 94 N.E.2d 260, 264
- Commonwealth v. Drew* [1837] 36 Mass. (19 Pick.) 179
- Lawrence v. Metropolitan Police Commissioner* [1972] A.C. 626.
- Regina v. Skipp* [1975] Crim. L.R. 114
- Regina v. Morris* [1983] 3 All ER 288, [1983] 3 WLR 697, [1984] UKHL 1, [1984] AC 320
- DPP v. Gomez* [1993] A.C. 442
- Regina v. Briggs* [2004] Crim. L.R. 495
- Regina v. Middleton* [1873] LR 2 CCR 38
- The King v. Semple* [1785] 168 Eng. Rep. 312
- The King v. Charlewood* [1786] 168 Eng. Rep. 306
- Burns v. State* [1910] 145 Wis. 373, 128 N.W. 987
- Regina v. Thurborn* [1848] 169 Eng. Rep. 293
- The King v. Wynne* [1786] 168 Eng. Rep. 308
- Regina v. Ashwell* [1885] 16 QBD 190
- The King v. Bazeley* [1799] 168 Eng. Rep. 517
- The King v. Waite* [1743] 168 Eng. Rep. 117
- Commonwealth v. Ryan* [1892] 155 Mass. 523, 30 N.E. 364
- People v. Ashworth*, [1927] 220 App. Div. 498, 222 N.Y.S. 24
- United States v. Bottone* [1966] 365 F.2d 389 (2d Cir.)
- National Security Secrets v. Free Speech: The Issues Left Undecided in the Ellsberg Case* [1974] 26 Stan. L. Rev. 311, 316
- Regina v. Feely* [1973] 2 WLR 201
- Regina v. Hall* [1849] 1 Den 381, 169 ER 291
- Regina v. Scott* [1987] Crim. LR 235
- Regina v. Warner* [1970] 55 Cr App R 93
- Regina v. Lloyd, Bhuee & Ali* [1985] QB 829
- Regina v. Atakpu and Abrahams* [1994] QB 69
- Regina v. Marshall, Coombes & Eren* [1998] 2 Cr App R 282



Regina v. Cahill [1993] Crim LR 141

Chan Man-sin v. A.G. for Hong Kong [1988] 1 WLR 196

DPP v. Lavender [1994] Crim LR 297

Regina v. Velumyl [1989] Crim LR 299

Oxford v. Moss [1979] 68 Cr App Rep 183

Attorney General of Hong Kong v. Nai-Keung [1987] 1 WLR 1339

Kremen v. Cohen [2003] 337 F.3d 1024, 1031

United States v. Bailey [1980] 444 U.S. 394, at 405-406.

(二) 德國法

Judgment of January 16, 1963, 18 BGHSt. 221.

Judgement of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Düsseldorf, August 23, 1968, 1969, NJW 623.

Judgment of the Supreme Court, May 1, 1884, 10 RGSt. 369.

Judgment of the Supreme Court, February 23, 1893, 24 RGSt. 22

Judgment of the Supreme Court, February 19, 1907, 40 RGSt. 10

Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Hamm, March 26, 1964, 1964 NJW 1427.

Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Bavaria, August 5, 1960, 1960 Bay. OLGSt. 187.

Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Celle, March 16, 1967, 1967 NJW 1921.

Judgment of May 1, 1884, 10 RGSt. 369.

Judgment of February 23, 1893, 24 RGSt. 22.

Judgment of February 19, 1897, 40 RFSt. 10.

Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Bavaria, August 5, 1960, 1960 Bay. OLGSt. 187.

Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Hamm, March 26, 1964, 1964 NJW 1427.

Judgment of the High State Court (*Oberlandesgericht*) in Celle, March 16, 1967,
1967 NJW 1921.



(三) 法國法

Judgment of June 5, 1817; Recueil Sirey 1815-18.1.326 (*Cour de Cassation*)
Judgment of September 2, 1830; Recueil Sirey 1828-30.1.582 (*Cour de Cassation*)

六、網路資料

Kia Kokalitcheva (2016), *S.F.'s Biggest Cab Company to File For Bankruptcy. Is It Uber's Fault?*, Retrieved July 7, 2016, from the website of Fortune:

<http://fortune.com/2016/01/07/yellow-cab-bankruptcy/>

Histoire Des Deux Empires, Dossiers Thematiques, *Code pénal de 1810*, Retrieved July 9, 2016, from the website of Napoleon.org:

http://www.napoleon.org/fr/histoire/dossiers_thematiques/files/476153.asp

The Fraud Act 2006, Retrieved July 9, 2016, from the website of The Crown Prosecution Service: http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/

The Economist explains (2013). *What is the difference between murder and manslaughter?* Retrieved July 9, 2016, from the website of The Economist:

<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/07/economist-explains>

Eckhardt, Giana M. & Bardhi, Fleura (2015), *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, Retrieved July 9, 2016, from the website of Harvard Business Review: <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>

Oxford Dictionaries: <http://www.oxforddictionaries.com>

Encyclopædia Britannica: <http://global.britannica.com>

European Union (2015), *Energy, transport and environment indicators*, 2015 edition, p.95, table 3.1.1., Luxembourg, Retrieved July 9, 2016, from the website of eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-books/-/KS-DK-15-001>