

抄本

司法院 令

發文日期：中華民國 96 年 7 月 13 日

發文字號：院台大二字第0960014839號

公布本院大法官議決釋字第六三〇號解釋

附釋字第六三〇號解釋

院長 翁 岳 生

司法院釋字第六三〇號解釋

解 釋 文

刑法第三百二十九條之規定旨在以刑罰之手段，保障人民之身體自由、人身安全及財產權，免受他人非法之侵害，以實現憲法第八條、第二十二條及第十五條規定之意旨。立法者就竊盜或搶奪而當場施以強暴、脅迫者，僅列舉防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證三種經常導致強暴、脅迫行為之具體事由，係選擇對身體自由與人身安全較為危險之情形，視為與強盜行為相同，而予以重罰。至於僅將上開情形之竊盜罪與搶奪罪擬制為強盜罪，乃因其他財產犯罪，其取財行為與強暴、脅迫行為間鮮有時空之緊密連接關係，故上開規定尚未逾越立法者合理之自由形成範圍，難謂係就相同事物為不合理之差別對待。經該規定擬制為強盜罪之強暴、脅迫構成要件行為，乃指達於使人難以抗拒之程度者而言，是與強盜罪同其法定刑，尚未違背罪刑相當原則，與憲法第二十三條比例原則之意旨並無不符。

解釋理由書

人民之身體自由、人身安全及財產權，受憲法第八條、第二十二條及第十五條規定之保障，刑法第三百二十九條規定「竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。」旨在以刑罰之手段，保障人民之身體自由、人身及財產安全，免受他人非法之侵害，以實現上開憲法意旨。上開刑法規定所列舉之防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證三種客觀具體事由，屬於竊盜及搶奪行為事發之際，經常促使行為人對被害人或第三人施強暴、脅迫之原因，故立法者選擇該等事由所造成實施強暴、脅迫之情形，論以強盜罪，俾能有效保護被害人或第三人之身體自由、人身及財產安全不受非法侵害；其他財產犯罪行為人，雖亦可能為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而施強暴、脅迫之行為，然其取財行為與強暴、脅迫行為間鮮有時空之緊密連接關係，故上開規定尚未逾越立法者合理之自由形成範圍，難謂係就相同事物為不合理之差別對待。

查刑法第三百二十九條準強盜罪之規定，將竊盜或搶奪之行為人為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而當場施強暴、脅迫之行為，視為施強暴、脅迫使人不能抗拒而取走財物之強盜行為，乃因準強盜罪之取財行為與施強暴、脅迫行為之因果順序，雖與強盜罪相反，卻有時空之緊密連接關係，以致竊盜或搶奪故意與施強暴、脅迫之故意，並非截然可分，而得以視為一複合之單一故意，亦即可認為此等行為人之主觀不法與強盜行為人之主觀不法幾無差異；復因取財行為與強暴、脅迫行為之因果順序縱使倒置，客觀上對於被害人或第三人所造成財產法益與人身法益之損害卻無二致，而具有得予以相同評價之客觀不法。故擬制為強盜行為

之準強盜罪構成要件行為，雖未如刑法第三百二十八條強盜罪之規定，將實施強暴、脅迫所導致被害人或第三人不能抗拒之要件予以明文規定，惟必於竊盜或搶奪之際，當場實施之強暴、脅迫行為，已達使人難以抗拒之程度，其行為之客觀不法，方與強盜行為之客觀不法相當，而得與強盜罪同其法定刑。據此以觀，刑法第三百二十九條之規定，並未有擴大適用於竊盜或搶奪之際，僅屬當場虛張聲勢或與被害人或第三人有短暫輕微肢體衝突之情形，因此並未以強盜罪之重罰，適用於侵害人身法益之程度甚為懸殊之竊盜或搶奪犯行，尚無犯行輕微而論以重罰之情形，與罪刑相當原則即無不符，並未違背憲法第二十三條比例原則之意旨。

大法官會議主席 大法官 翁岳生

大法官 林永謀

王和雄

謝在全

賴英照

余雪明

曾有田

廖義男

徐璧湖

彭鳳至

林子儀

許宗力

許玉秀

多數意見所採取的解釋方案，就權力分立原則而言，雖然不是最佳選擇，本席仍然予以支持。因為本件聲請主要系爭規範，也就是刑法第三百二十九條準強盜罪（以下簡稱準強盜罪）所衍生除死刑以外的違憲疑義，並非立法當時即已存在，真正的違憲疑慮，發生在民國九十一年一月三十日強盜罪章法定刑修正之後。當時為配合廢止懲治盜匪條例而修正刑法第三百二十八條之普通強盜罪、第三百三十條之加重強盜罪、第三百三十一條之常業強盜罪（現行法已刪除）、第三百三十二條之強盜結合犯、第三百四十七條第五項之擄人勒贖以及第三百四十八條之擄人勒贖罪結合犯的法定刑，普通強盜罪最低法定刑既經提高為五年，立法者為司法實務所保留的合理量刑空間遂告消失，如果準強盜罪擬制範圍過大，即可能產生輕微犯行受過重刑罰的失衡現象，而落入違反罪刑相當原則的違憲危險邊緣，但這種違憲危險，並非絕對不可經由司法實務依據憲法意旨加以挽救。

由於本件解釋與傳統的審查論述模式不同，並且學理上對於系爭規定有不少違憲爭議需要釐清，是以提出協同意見書概略論述本席意見如后。

壹、審查論述模式的改變

一、消極防禦權與國家積極保護義務

從基本權作為防禦權的立場而言，多數意見的審查論述似乎有一個細微的突破：開宗明義審查規範目的時，將受刑法準強盜罪保護的法益與憲法基本權的保障連結，直接以基本權作為法益保護的依據。不過，比較嚴謹地理解這一段論述，應該只是表明準強盜罪的規範目的，有憲法基本權依據，還沒有顯示國家有義務積極建立制度，以實現

基本權的保障。基本的態度應該只是：不堅持憲法保障人民基本權僅具消極防禦權性質，而對基本權同時具有國家保護的積極面向（註一）持開放的態度。

二、基本權與法益連結

準強盜罪所保護的法益為財產安全、身體自由與人身安全，人身安全包括身體安全與生命安全。在憲法上，第八條規定的身體自由，如果作狹義解釋，僅具有防禦權的意義，即保護人民不受公權力非依法定程序的逮捕、拘禁、審問或處罰，但憲法既然沒有規定人民行動自由基本權，為有效保護人民的行動自由，應將憲法第八條作比較廣義的理解，即保障人民行動自由不受非法的侵害。生命安全及財產權都是憲法第十五條所保障的基本權，至於身體安全在憲法沒有明文規定之下，只能列入第二十二條所規定的其他基本權。基本權的類型，可以預期地會隨著人權意識的開展而增加，憲法所規定的基本權條款，終究會不敷使用，憲法第二十二條終究會負擔過重，只要基本權條款擴充修改的時候到來，屆時所有以憲法第二十二條作為依據的基本權審查，可能失去形式的依據，所以第二十二條的適用，都可以認為是暫時的。

三、簡化制裁規範的審查論述

在刑罰規範，基本權作為防禦權的典型論述方式，必定從憲法第八條身體自由保障開始，因為多數刑罰是自由刑，而後以憲法第二十三條操作目的與手段審查。目的審查時，慣用避免妨礙他人自由、維護社會秩序、增進公共利益作為正當化事由。就刑罰規範而言，這些事由應該都可以在憲法基本權當中尋得具體依據。在個人法益方面固然

沒有問題，所謂超個人的集團性法益，也可以經由保護基本權的觀念加以理解，甚至也可以在憲法基本國策（例如憲法增修條文第十條第二項強調經濟發展，但應兼顧環境保護；憲法第一百四十九條與憲法增修條文第十條第四項注重金融管理等等）當中尋得依據。由於本件聲請的違憲爭點，不在於竊盜或搶奪而當場施以強暴脅迫，是否應該入罪，而在於系爭的準強盜罪適用強盜罪的法定刑，是否符合罪刑相當原則，因此直接比較準強盜罪與強盜罪構成要件所涵攝的事實範圍，論斷準強盜罪適用強盜罪刑罰，是否有輕重失衡之處，如果以強盜罪重刑適用於與強盜構成要件事實不相當之事實，則難以免除與憲法上比例原則不相符合的疑慮。由於刑罰手段或許可以稱為不得已的手段（註二），但多半不是侵害最小的手段，故審查某一規範是否符合罪刑相當原則，不能僅就該規範的內容單獨審查，而必須從不同構成要件事實之間，比較不同規範之間的法定刑，才能審查罪刑相當原則。因此，多數意見採取不依附基本權類型的比例原則審查，一方面呈現制裁規範是否合乎比例原則的審查真相，一方面可以避免死刑手段的審查僵局。

四、未審查備位聲明

本件聲請人的先位聲明是宣告刑法準強盜罪違反平等原則與比例原則而違憲。備位聲明是，如不宣告準強盜罪違憲，則應限縮解釋刑法第三百三十條的適用範圍不及於準強盜罪。對於刑法準強盜罪的合憲限縮解釋，等於實質上肯定該規定的違憲疑慮，因此沒有限縮解釋刑法第三百三十條加重強盜罪的必要。

貳、強暴脅迫的程度在強盜罪與準強盜罪應該相當

一、限縮現行準強盜罪的適用範圍

多數意見認為，如果準強盜罪行為人所實施的強暴脅迫行為，達於使人難以抗拒的程度，則論以強盜罪，即不至於違反憲法上比例原則，因為竊盜或搶奪而當場施以強暴脅迫對法益的侵害，相當於施強暴脅迫使人不能抗拒而取得財物對法益的侵害。這是依照憲法上的比例原則，操作刑法上的罪刑相當原則，而得出限縮準強盜罪構成要件適用範圍的解釋結論。換言之，多數意見實質上認為現行準強盜罪過於擴大擬制範圍。

二、立法目的旨在擴大擬制

（一）法制史上的觀察

多數意見對於準強盜罪的限縮解釋，明顯與立法意旨不符。考察現行準強盜罪的立法沿革，可以發現現行準強盜罪規定源遠流長（註三）。法制上的演變，顯示準強盜罪是古老的犯罪類型。

自唐律以降，竊盜而有施強暴脅迫的行為，傳統中國法制區分兩種情形：第一種是行為人取得贓物之後，為了護贓而跟事主發生衝突，這種情形行為人與強盜並沒有兩樣。第二種是行為人竊取行為遭到事主發覺，棄財而逃，事主追逐，因而拒捕，只論以拒捕罪（註四）。主要的區別似乎在已得財而護贓，仍屬強盜，棄財而逃，因遭追逐而拒捕，非屬強盜。現行法上的準強盜規定，最早出現在清光緒末期頒布的大清新刑律草案第三百五十二條，此後的變動，只有在民國四年第二次刑法修正草案將搶奪罪納入與竊盜罪並列

，以及條號有所變動。在草案修法沿革中提到遭修正的法例有兩種強盜行為：一種是竊盜臨時盜所拒捕，及雖未得財而未離盜所拒捕，或雖離盜所而臨時護賊格鬥殺人者，為首斬決；另一種是竊盜棄財逃走，與未得財逃走被追拒捕，或夥賊攜賊先逃，後逃之賊被追拒捕，及見夥犯被獲幫護拒捕殺人者，首犯斬候。也就是不再以棄財與否以及為護賊或為脫免逮捕而殺人，作為是否成立準強盜罪的分界，而以是否在盜所格鬥殺人，決定斬決或斬候。這兩種犯罪態樣，都可以解釋為準強盜罪的型態，在草案第三百五十二條則沒有棄財與否、是否在盜所殺人之分，而且除了護賊及脫免逮捕之外，增列湮滅證據之動機，這也是現行法的樣貌。

（二）比較某些外國立法例

所蒐集到的外國立法例中有兩種立法模式（註五），一種與我國現行法相同的擬制模式，一種是獨立類型。採擬制模式的立法例，與我國的規定都互有一些出入。我國準強盜罪的規定比其他國家多擬制一種搶奪罪（註六）；施強暴脅迫的具體事由多為防護贓物，只有日本刑法第二百三十八條規定也包含三種：拒絕返還所得財物、脫免逮捕、湮滅罪證；關於強暴脅迫行為的規定，則大抵與各國相同，所不同的是，例如德國刑法第二百四十九條與日本刑法第二百三十六條強盜罪關於強暴脅迫的構成要件與準強盜罪相同，並未要求達於使人不能抗拒的程度，與我國強盜罪及準強盜罪強暴脅迫構成要件規定近似的是瑞士刑法第一百

四十條第一項前段。

（三）現行實務及學說見解

就強暴脅迫構成要件的規定而言，我國現行準強盜罪並未如強盜罪要求達於使人不能抗拒的程度，實務（註七）及早期學說（註八），均主張準強盜罪行為人施強暴脅迫不以至人不能抗拒為必要，部分學說（註九）及判決（註十）則持相反看法，認為準強盜罪行為人施強暴脅迫，必須至人不能抗拒，方能以強盜罪論處。

不以至使他人不能抗拒為必要的主張，在立法沿革和法條文義上，自有所本，也就是說，歷史解釋和文義解釋的結論都是如此。認為應該與強盜罪相同，準強盜罪的強暴脅迫必須達於使人不能抗拒的程度的主張，明顯地不同意準強盜罪適用範圍擴大，這種看法因此也傾向於認為現行規定有違憲疑義（註十一）。

（四）擴大擬制不當然違背罪刑相當原則

就刑法上罪刑的擬制適用而言，當然是將不同視為相同，則不同之處愈少的擬制，愈不至於有過度擴大擬制導致罪刑失衡的疑慮。罪刑相當與否的審查，必須在不同和相同類型的犯罪構成要件及法定刑之間互相比較，才可能得出結論。現行準強盜罪立法之初，顯然有意擴大擬制範圍，將舊律中所謂的罪人拒捕罪納入其中，將尚未至使人不能抗拒的強暴脅迫行為，擬制為使人不能抗拒的強盜行為，但是這樣的擴大擬制，並不當然使罪刑失衡。

因為，民國九十一年一月三十日配合懲治盜匪條例的廢止而調整強盜罪的法定刑度以前，強盜罪的法定

刑度是「三年以上十年以下有期徒刑」，這和竊盜罪的「五年以下有期徒刑」以及搶奪罪的「六個月以上五年以下有期徒刑」產生重疊地帶，這個重疊地帶，給予司法實務在面對不同個案時，擁有合理的量刑空間，而準強盜罪就是其中的一種中間類型個案，情狀比較嚴重的，有強盜罪的最高法定刑可以適用，情狀比較輕微的，尤其在「未至使被害人不能抗拒」的情形，可能以相當於一般竊盜罪或搶奪罪的刑度加以論處，法律規定上，已有適度的量刑空間，而不需要完全倚賴法律適用透過特別的減輕規定（例如刑法第五十九條規定）調整刑罰，此所以擴大擬制的準強盜罪規定，未必當然與罪刑相當原則牴觸。但是在九十一年一月三十日修法（註十二）之後，這個重疊地帶已經消失，強盜罪的最低法定刑等同於竊盜罪與搶奪罪的最高法定刑，準強盜罪被迫隨同強盜罪而全面提高法定刑度，立法者所保留給司法實務運作的合理量刑空間遭到排除，準強盜罪的擴大擬制，在現有的法定刑環境當中，因而陷入與罪刑相當原則不符的違憲邊緣（註十三）。

（五）限縮準強盜罪適用範圍有其必要

立法者為目前強盜罪相關規定所安排的法定刑罰環境，就憲法上比例原則而言，顯然相當不理想。竊盜或搶奪行為人，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場與被害人或第三人有肢體上輕微衝撞，縱使因而論以強盜罪的最低法定刑，都可能逾越必要程度。德國法例和日本法例告訴我們，強暴脅迫是否至使不

能抗拒，並不是問題所在，問題癥結在於要擬制為強盜的準強盜行為，必須與強盜行為相當，作為擬制的構成要件行為，也就是強暴脅迫行為，在強盜罪與準強盜罪的要求必須可以互相比擬，多數意見因而認為準強盜罪的強暴脅迫構成要件行為，縱使不必至使不能抗拒，至少必須達於難以抗拒的程度。

（六）合乎憲法意旨的限縮解釋

將準強盜罪限縮適用於施強暴脅迫達於難以抗拒的程度，並不符合立法當時立法者的原意，因為從保護被害法益的立場，特別是從準強盜罪規定的立法沿革來看，立法者應該是要擴張強盜罪的適用範圍。在中國舊律中，有以棄財與否，決定為拒捕罪或強盜罪，現行法接近日本立法例，以是否當場實施強暴脅迫為分界標準。但眼下強盜罪相關規定的法定刑罰環境也不是當初立法者所能預見，而修正強盜罪法定刑的立法者，對於準強盜罪的適用問題，顯然疏於注意，因此其實無從進行所謂立法的「目的性限縮適用」。多數意見要求準強盜罪中的強暴脅迫行為達到法律條文中未明文規定的「達於難以抗拒」，是以行為具備與強盜行為對人身在客觀上有相同的侵害程度，作為擬制的標準，這是從人身自由與安全基本權的侵害程度，對制裁範圍加以限縮，屬於依憲法意旨的限縮解釋。

（七）另一種解釋方案：警告性裁判

因為立法者改變了，立法者的意思變得不太清楚，所以多數意見依照憲法意旨的限縮解釋，並不是很明顯地違背立法意旨，但是比照強盜罪構成要件的解釋

方法，乃是遷就既有規定的解釋方法。假設成為擬制對象的規範，有需要修正之處，亦即如果現行強盜罪要求強暴脅迫必須至使不能抗拒是錯誤的（註十四），那麼準強盜罪的限縮適用，也只是暫時解決問題而已。長遠之計，仍應該請立法者就強盜罪相關規定，通盤檢討修正，因為竊盜或搶奪因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而當場施強暴脅迫的行為，縱使應該加重處罰，究竟並非只有擬制為強盜罪、適用強盜罪的法定刑一途，立法者還有選擇其他立法模式的形成自由，例如選擇賦予上述準強盜行為獨立法定刑而建構一個獨立的犯罪類型（註十五）。縱使本院大法官為求儘速排除準強盜罪的違憲疑慮，以便有利司法實務運作，防止人民基本權利遭受不合理限制或剝奪，本席認為立法者仍然應該就準強盜罪與強盜罪的相關規定檢討改進。

參、違反平等原則的質疑

一、當場實施強暴脅迫的具體事由

聲請人主張「防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證」係行為人於犯罪行為後常見的行為反應，對被害法益而言，是生活經驗中升高危險的因素，對行為人而言，則是難以期待其不採取的防衛行為，如果行為人真的單純因為惱羞成怒而動手痛打被害人，情節顯然較為嚴重，卻可能不必準用強盜罪規定加以論處，與平等原則有違。

所謂「惱羞成怒」只是一種內在動機，「防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證」則是三種客觀的具體事由。惱羞成怒的內在動機，可以與防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證三種

事由同時存在。而如同聲請人所主張，這三種事由經常是導致被害人人身安全遭受威脅的具體危險因素，立法者將他們加以列舉而限縮施強暴脅迫行為的範圍，使經驗上不是經常出現、可能較具個別性的危險因素，不致被擬制為強盜行為，是經過合理選擇的立法形成，就常見與不常見的情形有所取捨，其實就是就危險性的不同而予以差別對待，自不違反平等原則。

二、其他刑事政策上就三種事由的質疑

（一）應該僅限於保護贓物？

1、國內學說的質疑

由於多數立法例（註十六）的強暴脅迫行為限於為防護贓物而實施，學理上有認為防護贓物是為了保有竊取或搶奪得來的財物，而施強暴脅迫，與強盜罪的本質方屬相當，脫免逮捕與湮滅罪證，是為了使自己免於刑事訴追，並非為了保有財物，與強盜罪本質不同，難以與強盜罪同論（註十七）。另外更有認為（註十八），防護贓物、脫免逮捕與湮滅罪證均屬自我防衛的行為，屬人情之常，難以期待行為人不為，應屬於減輕罪責的事由，反以強盜重罪論處，顯然罪責不相當。

2、德國刑法領域的討論

德國刑法第二百五十二條準強盜罪只規定防護贓物一種事由，針對這種實施強暴脅迫的事由，有正反兩面的討論。

從一八七一年北德各邦的刑法草案立法理由來看，準強盜罪與強盜罪受相同評價的原因，在於倘若犯罪行為人為了取得財物而使用暴力，那麼在竊取財物既

遂後為了保護盜得的財物，同樣也會採取暴力行為，事前或事後的強暴脅迫嚴重程度是一樣的，所以應該相同評價（註十九）。

這種看法被認為是從犯罪行為人的心理角度出發，所以稱為「犯罪心理學的等價說」（*kriminalpsychologische Gleichwertigkeitsthese*）。不過這種歷史解釋卻遭到絕大部分的學說批評，理由是等價說可能導致對事後暴力的範圍過度擴大擬制，而有罪疑刑罰（*Verdachtsstrafe*）的問題（註二十）。另有學說則認為，在行為人以暴力方式取走財物後又毀棄的情形，如果也會構成準強盜罪，是因為擬制準強盜行為人在防護贓物的時候具有不法所有意圖（註二十一）。

有部分的學說（註二十二）認為準強盜罪的行為人相較於強盜罪的行為人而言，具有較輕微的不法程度與罪責程度，因為一方面，行為人事後保有財物的慾望所表現出的犯罪能量會比自始擁有財物的慾望來得較小；另一方面行為人為了保護盜得的財物，也是一種正常的心理反應，可以看成一種減輕罪責的自我包庇行為。依照這種看法，對於準強盜罪的構成要件範圍應該要從嚴解釋（註二十三）。但是也有學說採取特別預防的觀點而認為準強盜罪應該要與強盜罪相同評價，因為準強盜罪的行為人出於本能反應所造成法益的危險性並不會比強盜罪的行為人來得低（註二十四）；另外一種理由則認為本罪的處罰是為了保護被害人的正當防衛權（註二十五）。後面這兩種理由背後的特別預防思考，則會使構成要件的適用範圍擴張。

接著而來的是折衷的看法，認為準強盜罪與強盜罪的界限是浮動的，也就是要斟酌犯罪行為所實施的手段、犯罪行為人的心理以及被害人的保護三個面向來解釋構成要件。原則上在保護財產以及意思自由之下，首先要考慮到行為人正面遭遇被害人與第三人的心理壓力，這種應該予以減輕罪責的狀況，導致應該從嚴解釋構成要件；然而如果考慮到以嚴重的強制手段攻擊或反抗被害人，或是因為其他意圖而實施暴力行為，則行為具有比較高的不法內涵，行為人的罪責不是減輕而是應該加重（註二十六）。

3、本席看法

不管是防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證都是人情之常，而正因為這三種表現是人情之常，他們導致強暴脅迫的可能性就特別高，侵害法益的風險就會提高，縱使處罰強暴脅迫行為，並沒有因此處罰這三種人情之常的反應。犯罪行為人而有這三種反應，確實因為是人情之常，所以如果沒有進一步侵害法益，法律並不會加以處罰，但是不會因為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證都是人情之常，因此他們所導致的強暴脅迫也是人情之常。處罰這三種情形導致的強暴脅迫行為，所處罰的並不是這三種事由，而是施強暴脅迫的行為（註二十七）。

三、擬制的財產犯罪類型

（一）立法者的形成自由

學說上也有針對僅擬制竊盜與搶奪兩種財產犯罪，而質疑詐欺與侵占罪為何不在擬制範圍（註二十八）。觀

察所蒐集到的現行各國立法例與法制史上的立法例，可以發現絕大多數只擬制竊盜罪，這當然可能因為沒有搶奪罪這種法定類型的緣故，而德國法甚至也擬制恐嚇取財罪（刑法第二百五十五條），那麼可以得到一個印象：這屬於立法者的形成自由。進行憲法審查時，即必須審查立法者有沒有違反憲法原則而濫用形成自由，不過往往可能尊重立法者的形成自由，而採取寬鬆的審查標準。

（二）釋義學（法理）上的觀察

1、取財與強暴脅迫行為時空緊密連接在經驗上幾近必然

就我國立法者的擬制選擇而言，竊盜和搶奪罪取得財物的方法與強盜罪的根本區別，在於是否實施強暴脅迫，當強暴脅迫的行為在瞬間發生，尤其是為保有贓物或單純為了脫逃、滅證，取財行為與強暴脅迫行為之間的因果順序趨於模糊而不易認定，除了屬於認定為犯意變更，變竊盜、搶奪為強盜的情形，直接認定為強盜罪之外（註二十九），為了有效保有對財物的支配，而施強暴脅迫的情形，既然在客觀上造成財產和人身法益損害相同，則無論取財行為與強暴脅迫行為的因果順序多麼精確，皆不足以改變行為的不法強度，因此可以無視於因果順序，將兩種行為事實視為相同，予以相同的不法評價（註三十）。而最重要的擬制理由，當然是在犯竊盜和搶奪罪時，取財行為與強暴脅迫行為瞬間連結的機率，在經驗上幾近於必然。

反觀其他財產犯罪，例如在詐欺、侵占或恐嚇取財等罪，當然也可能發生防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪

證而施強暴脅迫的情形，但是他們各自有取得財物（註三十一）的行為類型，發生瞬間為了防賊、脫逃或滅證而實施強暴脅迫行為的機率究竟較少。縱使在恐嚇取財罪，因為是以未來的惡害通知被害人，使他心生畏怖而交付財物，當事人未必在交付財物現場，取財行為與強暴脅迫行為的時空連接機率，沒有經驗上幾近必然的程度，立法者選擇不予擬制，並非恣意，而是經過合理的裁量，不生違反平等原則的危險。

2、取財方法有明顯的區隔

取財與強暴脅迫行為之所以在時空上沒有幾近必然的連接可能性，完全因為在其他財產犯罪，取財方法與強盜罪並非單純因為強暴脅迫行為的有無，不管是因為施行詐術使人陷於錯誤而取得財物、因為合法或非法關係而持有他人之物或因為以未來的惡害通知被害人，使他心生畏怖而取得財物，都有自己獨立的取財行為類型，縱使有當場為護贓物、脫逃或滅證，而實施強暴脅迫行為，難以直接擬制為與強盜行為同。類似的情形，就像會有強盜強制性交或強盜殺人結合犯，但不會有竊盜強制性交或竊盜殺人結合犯。當然，如果立法者立意要一體擬制，還屬立法者的形成自由，只要在構成要件內容及法定刑上面經過嚴謹的設計，並不必然因此即違反比例原則、平等原則。

附表一：準強盜罪規定在我國法制史上之遞嬗

(製表人：彭文茂 製作日期：96.07.13)

各朝代或各時期之法典	規定內容與說明
唐律疏義第十九卷賊盜律・強盜條	諸強盜，謂以威若力而取其財，先強後盜，先盜後強，等。若與人藥酒及食使狂亂，取財亦是。即得闌遺之物，毆擊財主而不還；及竊盜發覺，棄財逃走，財主追捕，因相拒捍：如此之類，事有因緣者，非強盜。不得財徒二年。一尺徒三年，二疋加一等；十疋及傷人者，絞；殺人者，斬。殺傷奴婢亦同。雖非財主，但因盜殺傷者，皆是。其持杖者，雖不得財，流三千里；五疋，絞；傷人者，斬。
宋刑統第十九卷賊盜律・強盜竊盜條監主自盜	諸強盜，謂以威若力而取其財，先強後盜，先盜後強等。若與人藥酒及食，使狂亂取財，亦是。即得闌遺之物，毆擊財主而不還，及竊盜發覺，棄財逃走，財主追捕，因相拒捍，如此之類，事有因緣者，非強盜。不得財徒二年。一尺徒三年，二匹加一等；十匹及傷人者，絞；殺人者，斬。殺傷奴婢亦同。雖非財主，但因盜殺傷者，皆是。其持杖者，雖不得財，流三千里；五匹，絞；傷人者，斬。
大明刑律卷十八賊盜律・強盜條	凡強盜已行，而不得財者，皆杖一百，流三千里。但得財者，不分首從，皆斬。若以藥迷人圖財者，罪同。若竊盜臨時有拒捕，及殺傷人者，皆斬。因盜而姦者，罪亦如之。共盜之人，不曾助力，不知拒捕、殺傷人及姦情者，止依竊盜論。其竊盜，事主知覺，棄財逃走，事主追逐，因而拒捕者，自依罪人拒捕律科罪。
大清刑律卷十八賊盜律・強盜條	凡強盜已行，而不得財者，皆杖一百，流三千里。但得事主財者，不分首從，皆斬。雖不分贓，亦坐。若以藥迷人圖財者，罪同。但得財，皆斬。若竊盜臨時有拒捕及殺傷人者，皆斬。監候。得財、不得財，皆斬。須看「臨時」二字。因盜而姦者，罪亦如之。不論成姦與否，不分首從。共盜之人，不曾助力，不知拒捕、殺傷人及姦情者，審確，止依竊盜論。分首從、得財、不得財。其竊盜，事主知覺，棄財逃走，事主追逐，因而拒捕者，自首者，但免其盜罪，仍依鬥毆傷人律。自依罪人拒捕律科罪。於竊盜

	不得財本罪上加二等，杖七十；毆人至折傷以上，絞；殺人者，斬。為從各減一等。凡強盜自首不實、不盡，只宜以名例自首律內至死減等科之，不可以不應從重科斷。
大清刑律草案第三百五十二條	凡犯竊盜者，為防護贓物或圖免逮捕或湮滅罪迹之故，臨時用暴行或脅迫者，以強盜論。 沿革： 現行例，竊盜臨時盜所拒捕，及雖未得財而未離盜所拒捕，或雖離盜所而臨時護贓格鬥殺人者，為首斬決。為從幫毆刀傷及折傷以上，絞候。傷非金刃，又非折傷，雲貴兩廣極邊煙瘴充軍。未經幫毆，極邊足四千里充軍。傷人未死如刀傷及折傷以上，首犯斬候，為從近邊。傷非金刃，傷輕平復，首犯邊遠。年再五十以上近邊。拒捕未經成傷，首犯近邊各充軍，為從杖一百徒三年。竊盜棄財逃走，與未得財逃走被追拒捕，或夥賊攜贓先逃，後逃之賊被追拒捕，及見夥犯被獲幫護拒捕殺人者，首犯斬候。為從幫毆刀傷及折傷以上，絞候。傷非金刃，又非折傷，附近充軍。未經幫毆成傷者，杖一百流三千里。傷人未死，刀傷及折傷以上，首犯絞候，從犯擬流。俱嘉慶六年例，其餘互見第三百五十一條（註三十二）。
中華民國暫行新刑律第三百七十一條	竊盜，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。
第一次修正刑法草案第三百八十四條	竊盜，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。
第二次修正刑法草案第三百三十九條	竊盜、搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。
改定第二次修正刑法草案第三百五十三條	竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。
舊刑法第三百四十七條	竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。
現行法第三百二十九條	竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。

附表二：各國刑法準強盜罪、強盜罪及其加重強盜罪規定之比較

(製表人：彭文茂 製作日期：96.07.13)

	準強盜罪規定內容	普通強盜罪規定內容	加重強盜罪規定內容
台灣	刑法第 329 條 竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。	刑法第 328 條 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，處五年以上有期徒刑。(第一項) 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。(第二項) 犯強盜罪因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。(第三項) 第一項及第二項之未遂犯罰之。(第四項) 預備犯強盜罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。(第五項)	刑法第 330 條 犯強盜罪而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，處七年以上有期徒刑。(第一項) 前項之未遂犯罰之。(第二項)
日本	刑法第 238 條 竊盜因拒絕返還所得財物、脫免逮捕或湮滅證據而施以強暴、脅迫者，以強盜論。	刑法第 236 條 以強暴、脅迫強取他人財物者，處五年以上有期徒刑。(第一項) 以前項之方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。(第二項)	無

德國	刑法第 252 條 任何人於犯竊盜罪之當時，意圖防護贓物，對人實施強暴或對身體或生命造成現時之危險，論以強盜罪相同之刑。	刑法第 249 條 (1)任何人意圖為自己或第三人不法之所有，對人實施強暴或對身體或生命造成現時之危險而取走他人動產者，處一年以上有期徒刑。 (2)情節輕微者，處六個月以上五年以下有期徒刑。	刑法第 250 條 (1)有下列情形之一者，處三年以上有期徒刑： 1.犯罪行為人與其他共犯以下列方式犯強盜罪： - a)攜帶武器或其他有危險性的工具， - b)意圖以強暴或脅迫而防止或抑制他人之抵抗，攜帶其他有危險性的工具或器具， - c)藉由犯罪而使他人之身體有嚴重受損之危險或 2.行為人係為持續犯竊盜或強盜罪而與其他共犯組成犯罪團體之成員，並且夥同其他成員犯罪者。 (2)行為人或其他共犯有下列情形之一者，處五年以上有期徒刑： 1.於犯罪時使用武器或其他具危險之工具； 2.於第一項第二款之情形攜帶武器者或 3.導致他人有下列情形之一： - a)犯罪時嚴重凌虐他人之身體或 - b)因犯罪而造成有死亡之危險者。 (3)情節輕微者，處一年以上十年以下有期徒刑。
----	--	--	--

瑞士	刑法第 140 條第 1 項後段 準強盜罪 <u>任何人於犯竊盜罪之當時，意圖防護贓物，對人實施強暴或對身體或生命造成現時之危險，論以強盜罪相同之刑。</u>	刑法第 140 條第 1 項前段 強盜罪 對人實施強暴、對身體或生命造成現時之危險或致使人不能抗拒而竊盜者，處十年以下有期徒刑或六月以上拘役。	刑法第 140 條第 2-4 項加重強盜罪 行為人為犯強盜罪而攜帶射擊武器或其他具危險性之武器者，處一年以上有期徒刑。(第二項) 行為人犯強盜罪而有下列情形之一者，處二年以上有期徒刑： 行為人係為持續犯竊盜或強盜罪而與其他共犯組成犯罪團體之成員而犯罪者， 行為人以其他方法如同犯強盜罪所造成的特別危險。(第三項) 行為人犯強盜罪而使被害人生命有生命危險、或造成其重傷或以殘忍之手段對付者，處五年以上有期徒刑。(第四項)
瑞典 (註三十三)	刑法第 8 章第 5 條第 1 項 對他人實施強暴、威脅而表示或顯示出立即之危險而竊取，或犯竊盜罪後遭發現而對意圖取回財物之事主實施強暴或脅迫之抵抗者，為強盜罪，處一年以上六年以上有期徒刑。對他人實施強暴、威脅而迫使其為一定之作為或不作為，並且從其得利或	刑法第 8 章第 5 條 <u>對他人實施強暴、威脅而表示或顯示出立即之危險而竊取，或犯竊盜罪後遭發現而對意圖取回財物之事主實施強暴或脅迫之抵抗者，為強盜罪，處一年以上六年以上有期徒刑。</u>對他人實施強暴、威脅而迫使其為一定之作為或不作為，並且從其得利或	刑法第 8 章第 6 條 犯第五條之罪而情節重大者，為加重強盜罪，處四年以上十年以下有期徒刑。(第一項) 犯罪是否情節重大所為之特別考量，係指對於生命造成危害、造成身體嚴重傷害或重大疾病或其他利用被害人毫無防禦或保護的狀況以野蠻或殘酷之

	使其受損害者亦適用之。致使其成為無自救力之人或相類之狀態應認為係等同於使用暴力之手段。(第一項) 如第一項之強暴脅迫或其他之情形其情節不甚嚴重者，不應論以強盜罪，但其行為可構成其他犯罪。(第二項)	使其受損害者亦適用之。致使其成為無自救力之人或相類之狀態應認為係等同於使用暴力之手段。(第一項) 如第一項之強暴脅迫或其他之情形其情節不甚嚴重者，不應論以強盜罪，但其行為可構成其他犯罪。(第二項)	方式對待之。(第二項)
奧地利	刑法第 131 條 任何人於犯竊盜罪之當時，意圖為自己或第三人防護從他人所取走之物，而對人實施強暴或對身體或生命造成現時之危險（第八十九條），處六月以上五年以下有期徒刑。實施強暴致人持續性之重傷結果（第八十五條）或死亡者，處五年以上十五年以下有期徒刑。	刑法第 142 條 強盜罪任何人意圖為自己或第三人不法之得利，對人實施強暴或脅迫而對身體或生命（第八十九條）造成現時之危險，並故意取走其他人動產或強迫使其交付者，處一年以上十年以下有期徒刑。(第一項) 行為人對於價值低微之物沒有使用顯著的強暴手段，而犯罪行為所造成結果不甚嚴重，而且無加重強盜（第一百四十三條）之情形者，處六個月以上五年以下有期徒刑。(第二項)	刑法第 143 條 任何人係犯罪團體之成員而夥同（第十二條）其他犯罪組織成員犯罪或使用武器犯罪者，處五年以上十五年以下有期徒刑。使用暴力而使他人重傷者，亦罰之（第八十四條第一項）。使用暴力而使他人造成持續性重傷結果者（第八十五條），處十年以上二十年以下有期徒刑，如造成他人產生死亡結果者，處十年以上二十年以下有期徒刑或無期徒刑。
法國（註三十四）	第 311—4 條 犯竊盜罪，有下列情形者，處五年有期徒刑併科七萬五千歐元之罰金： 1° …… 2° ……	第 312—1 條 實施強暴、脅迫或強制而使他人簽名、承擔義務、拋棄權利、洩漏秘密或交付資金、有價證券或其他財物者，為強取罪	第 312—5 條第 1 項 使用武器或威脅使用武器，或攜帶需要許可或禁止持有之武器而強取者，處三十年有期徒刑併科十五萬歐元之罰金。

3° 4° 竊盜之前、同時或之後，對他人使用暴力未造成完全喪失勞動能力之情形；(以下略) 第 311—5 條 竊盜之前、同時或之後，對他人使用暴力，致其完全喪失勞動能力未達八天者，處七年有期徒刑併科十萬歐元之罰金。 第 311—6 條 竊盜之前、同時或之後，對他人使用暴力，致其完全喪失勞動能力超過八天者，處十年有期徒刑併科十五萬歐元之罰金。 第 311—7 條 竊盜之前、同時或之後，對他人使用暴力，致其身體毀傷或永久性殘疾者，處十年有期徒刑併科十五萬歐元之罰金。 第 311—10 條 竊盜之前、同時或之後，對他人使用暴力，致其死亡或者使用酷刑或野蠻行為者，處無期徒刑。	(l'extorsion)。(第一項) 強取罪，處七年有期徒刑併科十萬歐元之罰金。 (第二項)	第 311—6 條第 1 項至第 3 項 夥同犯罪組織成員犯強取罪者，處二十年有期徒刑併科十五萬歐元之罰金。(第一項) 夥同犯罪組織成員犯強取罪之前、同時或之後，對他人使用暴力，致其身體毀傷或永久性殘疾者，處三十年有期徒刑併科十五萬歐元之罰金。(第二項) 夥同犯罪組織成員，而使用武器或威脅使用武器，或攜帶需要許可或禁止持有之武器而強取者，處無期徒刑。(第三項)
---	--	---

附表三：各國刑法竊盜罪、強盜罪及其加重類型與準強盜罪之法定刑比較（

製表人：彭文茂 製作日期：96.07.13）

	台灣	日本	德國	瑞士	瑞典	奧地利	法國
普通竊盜罪	五年以下 有期徒刑 、拘役或 五百圓以 下之罰金	十年以下 有期徒刑 或五十萬 日圓以下 之罰金（ 註三十五）	五年以下 有期徒刑 或罰金（ 註三十六）	五年以下 有期徒刑 或拘役（ 註三十七）	二年以下 有期徒刑 （註三十八）	六月以下 有期徒刑 或三百六 十天之日 額罰金（ 註三十九）	三年有期 徒刑併科 四萬五千 歐元之罰 金（註四十 ）
加重竊盜罪（以破壞安全設備為例）	六月以上 五年以下 有期徒刑	—	從三月以 上十年以 下有期徒 刑不等（ 註四十一）	從十月以 上拘役或 十年以下 有期徒刑 不等（註四 十二）	六月以上 六年以下 有期徒刑 （註四十三）	六月以上 五年以下 有期徒刑 （註四十四）	五年有期 徒刑併科 七萬五千 歐元之罰 金（註四十 五）
普通強盜罪	五年以上 有期徒刑	五年以上 有期徒刑 （註四十六）	一年以上 有期徒刑 （註四十七）	六月以上 拘役或十 年以下有 期徒刑（ 註四十八）	六年以下 有期徒刑 （註四十九）	一年以上 十年以下 有期徒刑 （註五十）	七年有期 徒刑併科 十萬歐元 之罰金（ 註五十一）
加重強盜罪（以使用武器為例）	七年以上 有期徒刑	—	三年以上 有期徒刑 （註五十二）	一年以上 有期徒刑 或拘役（ 註五十三）	四年以上 十年以下 有期徒刑 （註五十四）	五月以上 十五年以 下有期徒 刑（註五十 五）	三十年有 期徒刑併 科十五萬 歐元之罰 金（註五十 六）

強盜致重傷或致死罪	五年以上有期徒刑	無期徒刑或七年以上有期徒刑（註五十七）	致重傷者處五年以上有期徒刑（註五十八）；致死者處無期徒刑或十年以上有期徒刑（註五十九）	致重傷者處五年以上有期徒刑（註六十）	致重傷者處四年以上十年以下有期徒刑（註六十一）	致重傷者處十月以上二十年以下有期徒刑；致死者處無期徒刑或十月以上二十年以下有期徒刑（註六十二）	致重傷者處三十年有期徒刑併科十五萬歐元之罰金（註六十三）；致死者處無期徒刑併科十五萬歐元之罰金（註六十四）
準強盜罪	準用強盜罪	準用強盜罪	準用強盜罪	準用強盜罪	準用強盜罪	六月以上五年以下有期徒刑；致重傷或致死者處五年以上十五年以下有期徒刑	從七年有期徒刑併科十萬歐元之罰金到無期徒刑不等

註一：本院釋字第四〇〇號解釋曾經採取基本權國家保護義務立場。

註二：許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁397以下。

註三：參見附表一：「準強盜罪規定在我國法制史上之遞嬗」。

註四：清朝沈之奇對於大清律例相關部分即有明白評註：「若拒捕，則仍指已得財者，謂行竊之時，已經得財，未離本處即為事主知覺，尚不棄財逃走，而護賊格斗，全不畏懼，與強何異？故與殺傷人同科。……其行竊時，被事主知覺，即棄財逃走，猶有畏心，并無強意，事主追逐，因而拒捕，乃不得已而為脫身之計，故止依罪人拒捕律科之。……若竊盜不得財而拒捕，及坐者斬，是反重於強盜矣。彼此對勘，其義自明。」參見沈之奇註，懷效鋒點校，大清律輯註，1998 年，北京法律出版社，頁 575-576。

註五：附表二：「各國刑法強盜罪、加重強盜罪與準強盜罪之規定」參照。

註六：德國刑法第 255 條則擬制了恐嚇取財罪。

註七：最高法院判決多採取否定說，例如：86 年度台上字第 3603 號、88 年度台上字第 3381 號、88 年度台上字第 418 號、88 年度台上字第 7009 號、89 年度台上字第 2215 號、90 年度台上字第 5958 號、90 年度台上字第 5047 號、90 年度台上字第 6964 號、91 年度台上字第 3746 號、91 年度台上字第 5778 號、92 年度台上字第 4760 號、92 年度台上字第 5124 號、92 年度台上字第 6783 號、93 年度台上字第 1470 號、93 年度台上字第 3389 號、93 年度台上字第 4655 號、93 年度台上字第 5142 號、93 年度台上字第 5350 號、94 年度台上字第 766 號、94 年度台上字第 2519 號、94 年度台上字第 2816 號、94 年度台上字第 3574 號、94 年度台上字第 3660 號、94 年度台上字第 3727 號、94 年度台上字第 4849 號、94 年度台上字第 4986 號、94 年度台上字第 6530 號、95 年度台上字第 238 號、95 年度台上字第 1859 號、95 年度台上字第 1861 號、95 年度台上字第 2517 號、95 年度台

上字第 3508 號、95 年度台上字第 3751 號、95 年度台上字第 5469 號、95 年度台上字第 6959 號、96 年度台上字第 1393 號、96 年度台上字第 1721 號、96 年度台上字第 3015 號。

註八：周治平，刑法各論，再版，1972 年 2 月，頁 822；趙琛，刑法分則實用（下冊），11 版，1975 年 9 月，頁 838；韓忠謨，刑法各論，1976 年，頁 420；陳樸生，刑法各論，6 版，1978 年，頁 313；梁恆昌，準強盜罪之法制與適用，法令月刊 37 卷 11 期，1986 年 11 月，頁 4；華嘉遠，準強盜罪之研究，軍法專刊 37 卷 4 期，1991 年 4 月，頁 36；林山田，刑法各罪論，2 版，1999 年 9 月，頁 350。

註九：陳綱，刑法分則實用，3 版，1974 年 8 月，頁 603；陳煥生，刑法分則實用，再版，1979 年 10 月，頁 331；柯月美，準強盜罪之再構成，中興大學法商學院法律學研究所碩士論文，1997 年 6 月，頁 91；花滿堂，準強盜罪試論，刑事法雜誌 44 卷 5 期，2000 年 10 月，頁 88；陳子平，準強盜論，收錄於：甘添貴等合著，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（二），2001 年 6 月，頁 247；同作者，準強盜罪之「強暴、脅迫」，月旦法學教室 9 期，2003 年 7 月，頁 20-21；甘添貴，體系刑法各論（第二卷），2004 年 2 月，頁 163-164；黃惠婷，準強盜罪，月旦法學教室 32 期，2005 年 6 月，頁 103；戰諭威，準強盜罪之研究，軍法專刊 51 卷 11 期，2005 年 11 月，頁 32；吳元曜，論準強盜罪於實務適用上之相關問題—對臺灣臺北地方法院九十四年度訴字第一一五〇號刑事判決之評析，全國律師 10 卷 7 期，2006 年 7 月，頁 42。學說多認為這係受到日本實務見解之影響，有關日本法上的說明參見前田雅英著，董璠興譯，日本刑法各論，2000 年 5 月，頁 212；大塚仁著、馮軍譯，刑法概說

（各論），3版，2003年10月，中國人民大學出版社出版，頁220-221；大谷實著、黎宏譯，刑法各論，2003年7月，法律出版社出版，頁173。此外呂有文，刑法各論，修訂版，1986年4月，頁420與蔡墩銘，刑法各論，修訂版，1986年4月，頁420則認為「準強盜罪之強暴脅迫前已屢次敘及，茲不復贅」，似乎隱含本罪之強暴脅迫應與強盜罪之「強暴、脅迫、藥劑催眠術或以他法使人不能抗拒」為同一之解釋。褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），第3次增訂版，2001年2月，頁1184則未處理此問題。

註十：最高法院判決採取相同見解如：94年度台上字第3004號、95年度台上字第1169號、95年度台上字第4602號。

註十一：柯月美，準強盜罪之再構成，頁106、109；黃惠婷，月旦法學教室32期，頁98-99；相似見解見花滿堂，刑事法雜誌44卷5期，頁92。

註十二：2002年1月底的修正理由中提及「（刑法第三百二十八條）第一項之法定刑，與陸海空軍刑法及懲治盜匪條例之規定相差懸殊，不足以遏止犯罪。」然而當時陸海空軍刑法已經於2001年9月28日全文修正，該舊法規定第八十四條：「結夥搶劫者，不分首從，一律處死刑」早已刪除，刑度比較的基礎已不復存在，是故「加重刑罰部分再度顯現司法實務界和立法者對於重刑的迷信」，參見許玉秀，刑法導讀，收錄於氏著主編，學林分科六法一刑法，2007年，頁122。

註十三：從各國刑法竊盜罪、強盜罪及其加重類型與準強盜罪之法定刑比較來看，與我國採用「準用強盜罪」立法模式的日本、德國、瑞士及瑞典諸國的竊盜罪與強盜罪的法定刑度，也有量刑上的重疊地帶。採取獨立法定刑度的奧地利刑法，準強

盜罪的刑度則相當於加重竊盜罪。所以從比較法的觀點來看，可以看到我國準強盜罪在法定刑度上的不合理之處，附表三：「各國刑法竊盜罪、強盜罪、準強盜罪及其加重類型之法定刑」參照。

註十四：目前刑法中有規定強暴脅迫的構成要件，除了刑法第三百二十八條強盜罪之外，沒有另行附加至使不能抗拒的要件，當有人使用暴力或以現在惡害通知被害人時，被害人當場已經失去自主的空間，應該不需要附加至使不能抗拒這個要件，就已經具備足夠入罪的不法。大清光緒新法令第三百五十一條強盜罪就脅迫的說明，就是：脅迫指暴行相脅而目前有急迫之害者而言，參見大清光緒新法令，第二十冊，宣統元年(1909年)二月，北京商務印書館發行，頁77。

註十五：針對脫免逮捕或湮滅罪證而施強暴脅迫的情形，亦有學者認為應獨立論罪科刑。見黃惠婷，月旦法學教室32期，頁98、99。

註十六：例如德國刑法第252條、瑞士刑法第140條第1項後段、奧地利刑法第131條、瑞典刑法第8章第5條。

註十七：黃惠婷，月旦法學教室32期，頁98-99。

註十八：甘添貴，體系刑法分則各論，頁163；陳子平，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（二），頁238。

註十九：帝國法院時期（RGSt 73, 343 援引立法者的意旨）到聯邦最高法院早期的實務見解(BGHSt 9, 255, 257; 26, 95, 96)也都採取相同的看法。本席則認為這其實也是客觀危險說。

註二十：Kindhäuser, NK-StGB², 2005, 252/4.

註二十一：Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls (§252 StGB), GA 1989, 145, 159; Küper, Besitzerhaltung,

Opfertauglichkeit und Ratio legis beim räuberischen Diebstahl,
JZ 2001, 730, 736.

註二十二：Geilen, Raub und Erpressung, Jura 1979, 669; Seier, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischen Diebstahl—BGH NJW 1979 726 (BGHSt. 28, 224), JuS 1979, 336, 338.

註二十三：Perron, GA 1989, 145, 166.

註二十四：Herdegen, LK-StGB¹¹, 1994, 252/3; Geilen, Jura 1979, 669.

註二十五：Geilen, Jura 1979, 670; Seier, Die Abgrenzung des räuberischen Diebstahls von der räuberischen Erpressung, NJW 1981, 2152, 2154.

註二十六：Kindhäuser, NK-StGB², 2005, 252/5.另外則有學說認為比較重要的是「當場」的解釋，減輕或加重的看法都不會影響「當場」的認定範圍。見 Herdegen, LK-StGB¹¹, 252/3.

註二十七：因為其他事由而有施強暴脅迫的行為，同樣會遭到處罰。

註二十八：黃惠婷，月旦法學教室 32 期，頁 99。

註二十九：多數意見不至於壓縮犯意變更構成強盜罪的成立空間，因為犯竊盜或搶奪當場施強暴脅迫至使人不能抗拒，在本號解釋作成之前，也會成立準強盜罪。

註三十：相同見解見註 19，應該也是相同見解見 Weigend, Der altruistische räuberische Dieb—Neue Komplikationen bei einem alten Straftatbestand, GA 2007, 274, 275f.

註三十一：那麼如果問財產利益呢？這是外行人的問法。

註三十二：此即普通強盜罪，該條規定：「凡以自己或第三者之所有為宗旨，而用暴行、脅迫或使人昏迷而強取他人所有之財物者，為強盜，處三等以上有期徒刑。」

註三十三：<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf>（瀏覽日期：
2007/7/12）

註三十四：<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33>（瀏覽日期：
：2007/7/12）

註三十五：日本刑法第 235 條

註三十六：德國刑法第 242 條

註三十七：瑞士刑法第 139 條第 1 項

註三十八：瑞典刑法第 8 章第 1 條

註三十九：奧地利刑法第 127 條

註四十：法國刑法第 311—3 條

註四十一：德國刑法第 243 條第 1 項第 2 款

註四十二：瑞士刑法第 139 條第 3 項

註四十三：瑞典刑法第 8 章第 4 條

註四十四：奧地利刑法第 129 條第 3 款

註四十五：法國刑法第 311—4 條第 1 項第 8 款

註四十六：日本刑法第 236 條

註四十七：德國刑法第 249 條

註四十八：瑞士刑法第 140 條第 1 項前段

註四十九：瑞典刑法第 8 章第 5 條

註五十：奧地利刑法第 142 條第 1 項

註五十一：法國刑法第 312—1 條

註五十二：德國刑法第 250 條第 1 項第 1 款 a)

註五十三：瑞士刑法第 140 條第 2 項

註五十四：瑞典刑法第 8 章第 6 條

註五十五：奧地利刑法第 143 條

註五十六：法國刑法第 312—5 條第 1 項

註五十七：日本刑法第 240 條

註五十八：德國刑法第 250 條第 2 項第 3 款

註五十九：德國刑法第 251 條

註六十：瑞士刑法第 140 條第 3 項

註六十一：瑞典刑法第 8 章第 6 條

註六十二：奧地利刑法第 143 條

註六十三：法國刑法第 312—4 條第 1 項

註六十四：法國刑法第 312—7 條

抄臺灣屏東地方法院 函

中華民國 95 年 05 月 23 日
屏院惠文字第 0950000348 號

受文者：司法院

主 旨：檢送本院 94 年度易字第 576 號竊盜案釋憲聲請書 1 份
，請 鈞院大法官優先受理並解釋憲法。

說 明：

一、依 鈞院釋字第 371 號解釋辦理。

二、本院刑事第二庭陳松檀法官審理本院 94 年度易字第 576 號竊盜案件（簡式程序），認為其所應適用之刑法第 329 條、第 330 條規定，有違憲之疑義，業已裁定停止其訴訟程序，並提出釋憲聲請書載明法律具體違憲之理由。

三、本案被告潘○銓前經本院裁定羈押及延押 1 次在案，現暫借臺灣屏東地方法院檢察署檢察官另案執行有期徒刑 10 月，仍請比照 鈞院大法官第 2789 次全體審查會議意旨，優先受理解釋。

院 長 惠光霞

陳松檀法官聲請書

主 旨：為本院審理 94 年度易字第 576 號竊盜案件時，應適用刑法第 330 條、第 329 條規定，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、司法院釋字第 371 號解釋，聲請解釋，請 鑒核。

說 明：

一、聲請解釋憲法之目的

依刑法第 329 條規定，竊盜（或搶奪），因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。就同樣成就竊盜（或搶奪）罪主、客觀構成要件之行為，甚至同樣因犯罪而當場施強暴、脅迫者，僅因其原行為所犯係竊盜（或搶奪），且限於因上開三種原因而施強暴、脅迫，即給予不同犯罪態樣之評價，定以不同程度之刑罰。其原所犯為刑法第 321 條規定之加重竊盜者，猶因刑法第 330 條之規定，當然成立加重強盜之罪責，容有牴觸憲法上平等原則、比例原則，及司法院釋字第 594 號、第 602 號解釋揭示之明確性原則、罪刑相當原則，使人民受到行為當時所未認識且過度評價之刑罰制裁致自由權受不當限制、侵害之虞。

二、本件事實經過及涉及之憲法條文、司法院解釋

（一）事實經過：

本院審理 94 年度易字第 576 號竊盜案件，被告潘○銓涉嫌攜帶客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之油壓剪，以破壞被害人放置農具之工寮門鎖（安全設備）而侵入竊取馬達等財物，旋因當場為被害人發現、擋住出口並要求隨

同前往警局，為逃離現場而與之發生拉扯、衝撞，不慎割傷被害人手指，經檢察官以被告所犯為加重竊盜及普通傷害二罪提起公訴（附件一），嗣本院調查證據，傳訊證人，認為被告係因竊盜失風，為脫免逮捕而施強暴並傷及被害人。茲為避免因變更法條而須適用刑法第 329 條、第 330 條，對被告實施竊盜之行為賦予與其本質、態樣、侵害法益之內容、強度顯不相當之（加重）強盜行為相同之評價，造成同樣因犯罪被發現而當場施強暴、脅迫，惟獨其前行為所犯為竊盜（或搶奪），且施強暴、脅迫之原因限於防護贓物、脫免逮捕及湮滅罪證三者，即不能按具體發生情節，另就該部分犯行各依妨害自由、傷害或其他該當之規定處罰，而須受前行為被賦予規範態樣與既存客觀事實不一致之法律效果之歧視；並使行為人就其竊盜行為，及因竊盜而實施刑法第 321 條第 1 項第 2 款、第 3 款所規定加重要件之行為，受到行為時所未認識、與其行為時主觀態樣不符且過度評價之刑罰制裁，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、司法院釋字第 371 號解釋，裁定本院 94 年度易字第 576 號刑事案件審理程序停止（附件二），提出本件聲請。

（二）涉及之憲法條文及司法院解釋

憲法第 7 條、第 8 條、第 23 條、司法院釋字第 594 號、第 602 號解釋。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場及見解

（一）憲法第 7 條、第 8 條、第 23 條及司法院釋字第

594 號、第 602 號解釋意旨：

按平等原則乃憲法第 7 條所揭示之基本原則，條文雖列出無分男女、宗教、種族、階級、黨派共五種排除差別待遇之項目，解釋上則認其純屬例示，實際保障範圍不僅不限於此，猶應依平等權之思想史源流及憲法體系，認為除適用法律之平等（Rechtsanwend-ungsgleichheit）外，也包括制定法律之平等（Rechtssetzungsgleichheit），即立法者亦受憲法第 7 條平等條款之拘束，無正當理由不得在法律上為差別對待，對部分人民給予特權或優待，或對另一部分人民構成歧視或不利益（附件三參照），亦即就相同之事項應為相同之處理。又人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條昭然揭示。憲法第 7 條至第 17 條、第 21 條、第 22 條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之，憲法第 23 條定有明文。國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者，倘與罪刑法定原則中之構成要件明確性原則及罪刑相當原則相符，且與憲法第 23 條規定之意旨無違，即難謂有抵觸憲法第 8 條及第 15 條之規定，司法院釋字第 594 號、第 602 號解釋足資參照。質言之，構成要件明確之功能，既在使人民經由法律規定，得以明確知悉並學習法規範藉其對不同事項賦予不同法律效果所闡釋之社會生活共

同價值，並於行為時，對其行為所發生之具體法律效果能明確預見及認識，進而對其行為被賦予之法律效果負責，則國家以法律規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以限制人民之身體自由或財產權之刑罰制裁，若依整體法律所闡釋之社會生活共同價值判斷，已明顯失衡且逾越處罰之必要程度，並使人民受到行為時所未認識、與其行為時主觀態樣不符，且過度評價、罪刑規定顯不相當之刑罰制裁時，即難謂與憲法第 23 條規定之意旨無違，應認為已牴觸憲法第 7 條、第 8 條之規定。

（二）刑法第 329 條規定，針對嗣後另有因防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證三種原因而當場施強暴、脅迫之竊盜行為，論以強盜行為相同之評價，賦予相同程度之刑罰制裁，牴觸平等原則、比例原則，並使人民受到行為時所未預見、認識，且與其行為時主觀態樣不符而過度評價之法律效果，構成自由權之不當限制、侵害：

- 1、前引刑法第 329 條規定犯竊盜（或搶奪）罪因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而施強暴、脅迫者，以強盜論，其規範技術既屬擬制規定之立法，即針對類似之事項，賦予相同法律效果之處理，就被比照適用之對象，自應考量與所擬制者即強盜行為之行為態樣是否類似、不法內涵及對法益侵害之類型與強度是否相當，不得逾越合理、必要之程度。然姑不論行為人所實施竊盜罪之主、客觀構成要件，

是否因嗣後偶然發生之情事而能溯及改變其本質，並可與構成要件態樣全然不同之強盜行為為相同之評價，已有可議，容後詳述。茲以上開條文所列三事由中，不僅「防護贓物」就大部分財產犯罪類型之行為人於主觀上認為有確保其犯罪成果必要之狀況出現時，均可能發生，就「脫免逮捕」、「湮滅罪證」猶幾乎為現行刑罰法律規定之所有犯罪類型均有適用機會者，其發生並為自我保護之人性本能使然，若有犯罪而另因防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證，甚至其他原因而施強暴、脅迫者，原可依其具體情節，另論以傷害、強制或毀損等罪責，惟刑法第 329 條獨針對犯竊盜（或搶奪）罪而有該等情事者為特別之處理，其所適用施強暴、脅迫之原因猶限於上開三者，將基於其他原因，例如竊盜失風，因「惱羞成怒」而當場對並不構成其威脅之被害人飽以老拳洩恨等原因施強暴、脅迫之情形予以排除，與前述平等原則之本旨，顯屬有間。

- 2、現行刑法第 320 條第 1 項關於竊盜罪構成要件行為之規定，固有部分學者認為其手段並不以乘人不知不覺，且以秘密或隱密之方法為限，即認不論公然或秘密而為均屬之者（附件四）。然姑不論現行刑法第 320 條第 1 項就構成要件行為規定為「竊取」，未如德國刑法第 242 條「Diebstahl」，即一般均以之為「竊盜罪」之條文，將犯罪構成要件行為規定為 Wegnimmt（Wegnahmen），依其文義容較近於中文「取走」之意而或可認為不涉及行為情狀之

描述。茲以「竊」者，除藉形聲造字取其「𧈧蟲掘穴盜米」，以喻「盜竊行為如蟲之潛行」之意，在我國社會一般理解已不脫「偷取」、「私下」、「暗中」等旨（附件五），見諸唐律疏義猶有「公取，竊取皆為盜」、「竊盜人財，謂潛形隱面而取」（附件六）等闡述文義，足徵現行刑法就竊盜罪之規定，確有其法制史上演進、定義及為社會大眾所普遍認知之依據。申言之，刑法第 320 條之犯罪構成要件行為既規定為「竊取」，原已明示其和平、秘密之性質，排除行為人基於公然而為之主觀犯意，甚至在特定或不特定多數人得以共見共聞之客觀狀態下取財之行為態樣，是我國刑法體系規範下之竊盜行為，既寓有趁人不知、潛形、秘密、和平而為之意，概念上與公然、暴力為之者，迥然有別。而依立法者藉賦予刑法第 320 條第 1 項竊盜罪，即單純以秘密、和平方式侵害財產法益犯罪之法定刑為 5 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罰金；刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪、第 304 條強制罪、第 354 條毀損罪等，即因強暴、脅迫行為可能發生之單純侵害身體、自由或財產（毀損）法益之犯罪類型，其最高法定刑分別為有期徒刑 3 年、3 年、2 年；與規定於刑法第 328 條第 1 項強盜罪之法定刑為 5 年以上有期徒刑（第 330 條第 1 項加重強盜罪之法定刑甚至達 7 年以上有期徒刑）所彰顯之規範評價，其以和平、秘密方式竊取他人之物而單純侵害財產法益之不法內涵、侵害之內容及強度，與

藉暴力等手段壓制被害人之抗拒力而另對人之身體、自由等法益構成侵害之方式以達取財目的之強盜行為，差別甚鉅。縱令其事前對於著手竊行後，可能因偶發狀況而施強暴、脅迫以防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證已有預見，事後亦果因該情事發生進而施強暴、脅迫，究不影響其原本以潛形隱面方式而取財行為之主觀惡性、客觀手段，及對法益所生侵害之內容、強度，苟與嗣為積極取財以外之目的所為單純侵害身體、自由或財產（毀損）法益之行為相結合，其本質與自始公然以強暴、脅迫等手段壓制被害人之抗拒力而取財（學理上歸為「雙行為犯」）之行為態樣及內涵，仍屬有異，是刑法第329條就犯竊盜罪而嗣因可預見或不可預見之情事發生，另起意實施強暴、脅迫者，將其原本所實施之竊盜罪主、客觀構成要件行為，與自始本於以強暴、脅迫壓制被害人抗拒力之犯意，並進而以該手段取財之行為為相同之評價，賦予相同程度之刑罰制裁，尚不免諸如為貪小便宜而順手牽羊類型之犯罪，僅因失風情急而虛張聲勢、出言脅迫者，即獲與恃強逞兇之劫財大盜相同之非難與評價，與前開整體規範所彰顯之社會共同生活價值顯不相當，並已逾越處罰之必要程度，猶使行為人受到行為當時所未預見、認識，且與其行為時主觀態樣不符、顯然過度評價而對自由權構成不當限制、侵害之刑罰制裁。

（三）依刑法第330條規定，將犯竊盜罪而本於竊盜之意

思所實施或利用刑法第 321 條第 1 項各款所規定加重要件之行為或情狀，與本於強盜主觀意思支配而實施或利用同條項各款規定之客觀行為或情狀為相同之評價，賦予相同之法律效果，牴觸平等原則、比例原則，並使人民受到行為時所未預見、認識，且與其行為時主觀態樣不符而顯然過度評價，對自由權構成不當限制、侵害之刑罰制裁：

現行刑法第 330 條關於加重強盜罪之規定，係以犯強盜罪而有刑法第 321 條第 1 項各款情形之一者為其構成要件，並明定其法定刑為 7 年以上有期徒刑，刑罰甚重，依現行實務運作，其範圍除典型之行為人自始為實施強盜行為而著手或利用刑法第 321 條第 1 項各款加重要件規定之行為或情狀者外，並包括因竊盜而實施或利用該條加重要件規定之客觀行為或情狀，嗣因另有前開刑法第 329 條規定之情事發生而經擬制為強盜者（最高法院 42 年台上字第 523 號、48 年台上字第 166 號、48 年台上字第 878 號判例參照）（附件七）。惟就犯竊盜罪而實施或利用刑法第 321 條第 1 項各款加重要件之行為或情狀者，原屬刑法第 321 條第 1 項所規定加重竊盜罪之犯罪態樣，其將依行為時之主觀認識或計畫中，僅作為該竊盜行為一部分，符合刑法第 321 條第 1 項所規定之加重要件，性質上亦屬客觀犯罪構成要件要素之一，與其他基本構成要件同受主觀不法構成要件支配之事實，與基於強盜之主觀犯意而為者作相同之評價，進而適用刑法第 330 條

論以加重強盜罪責，容有對嗣後因防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證而另實施強暴、脅迫之竊盜（或搶奪）犯罪人為特別歧視，容已牴觸憲法上平等原則，並使實施竊盜罪構成要件行為，及因竊盜而實施或利用刑法第 321 條第 1 項各款所規定加重要件行為或情狀之人，受到行為當時所未認識、與其行為時主觀態樣不符且逾越必要程度之刑罰制裁而牴觸比例原則，不當限制、侵害人民之自由權。

- （四）綜上所述，刑法第 329 條、第 330 條將嗣後另發生因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施強暴、脅迫行為之竊盜犯行，有別於其他犯罪及同樣犯竊盜罪但因上開三項以外事由而當場施強暴、脅迫者為不同之處理，並賦予強盜行為相同評價。及將行為人基於竊盜犯意，以和平、秘密方式所為單純侵害財產法益之行為，與基於取財以外之犯意，施強暴、脅迫而單純侵害身體、自由法益或毀損財產之行為，予以不當連結，賦予與自始藉暴力等手段壓制被害人之抗拒力而另對人之身體、自由法益構成侵害之方式以達取財目的之強盜行為為相同之非難。並將行為人依其行為時之主觀認識或計畫中，僅作為其竊盜行為一部分，而符合刑法第 321 條第 1 項所規定加重要件之行為或情狀，評價為基於實施強盜行為之犯意所為，並作為賦予加重強盜罪刑罰制裁之基礎，容已牴觸平等原則、比例原則，猶使人民有受行為時所不能預見其法律效果且過度評價之刑罰制裁而致人身自由遭不當限制、侵害之危

險。爰此聲請宣告刑法第 329 條規定違憲，或就刑法第 330 條所規定「犯強盜罪」之範圍為限縮性之形成解釋，將第 329 條所規定準強盜罪之類型排除於該條適用範圍之外。

四、附件名稱及件數

- (一) 臺灣屏東地方法院檢察署 94 年度偵字第 4216 號起訴書 1 件。
- (二) 本院 94 年度易字第 576 號裁定 1 件。
- (三) 吳庚，「憲法的解釋與適用」，2004 年 6 月三版，節本（第 180 頁、第 181 頁、第 182 頁）1 件。
- (四) 黃榮堅，「刑法問題與利益思考」，1998 年 8 月一版五刷，節本（第 85 頁、第 86 頁）1 件；林山田，「刑法各罪論」，1999 年 9 月增訂二版，節本（第 277 頁、第 278 頁）1 件。
- (五) 「國語活用辭典」，五南圖書出版公司，94 年 4 月三版五刷，節本（第 1051 頁）1 件；「大辭典」，三民書局，中冊，節本（第 3,497 頁）1 件；「辭海」，經文出版社，節本（第 775 頁）1 件。
- (六) 「唐律疏義」，臺灣商務印書館，79 年 12 月台 6 版，節本（第 237 頁、第 245 頁）1 件。
- (七) 最高法院 42 年台上字第 523 號、48 年台上字第 166 號、48 年台上字第 878 號判例各 1 件。

聲 請 人 臺灣屏東地方法院刑事第二庭

法 官 陳 松 檀

中 華 民 國 95 年 5 月 22 日

（本件聲請書附件略）