

刑事法判解

加重竊盜罪之攜帶凶器概念

臺灣高等法院107年上易字第1513號刑事判決

【實務選擇題】

甲攜帶螺絲起子一把，前往乙家破壞大門並侵入屋內竊得金條數塊，甲犯竊盜罪而同時該當刑法第321條所定之加重事由「攜帶兇器而犯之者」、「毀越門扇而犯之者」、「侵入住宅而犯之者」三款，依實務見解，下列敘述，何者正確？

- (A) 甲應成立一個加重竊盜罪、一個毀損罪、一個侵入住宅罪，三罪併罰。
 (B) 甲應成立一個加重竊盜罪、一個毀損罪、一個侵入住宅罪，三罪想像競合。
 (C) 甲應成立三個加重竊盜罪，三罪想像競合。
 (D) 甲只成立一個加重竊盜罪，但應將各加重情形揭明。

答案：D

【裁判不同意見書】

本席以為，採取「客觀說」的解釋，至少犯了以下的錯誤，實難認同，而提出不同意見如下：

一、違反法明確性原則

- (一) 採取主觀說（即主觀上有行兇之意）或客觀說固然都符合文義解釋範圍，惟顯然主觀說的解釋更貼切「兇器」之含意，也符合國民一般法感情，而純客觀說的標準，明顯造成行為人難以預見的不公。本條款所稱「兇器」不能單以「客觀上」判斷是否足以傷害人為標準，否則，從純客觀的角度觀察，行為人不論攜帶任何器械或物品，即使是入室行竊所必備之萬能鑰匙等物，亦可能傷害人。已故刑法巨擘林山田教授，早在1996年間即提出批評謂：「對於兇器之認定如此地浮濫，不僅使得加重竊盜罪因為特殊的加重情形而施以加重刑罰的立法原意消蝕殆盡，而且與一般的社會常情有所脫節。如此的判斷標準在地方法院的判決中更延伸至扳手、鐵槌等也都可以成立兇器（林山田，〈第一審法院刑事判決之研究－以台北地院80年度刑事法判決為例〉，《國科會研究計畫》，1996年9月，頁140）。學者甘添貴教授更不諱言指

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

出：「恐須行為人行竊時赤身裸體，否則均有成立攜帶兇器竊盜罪之可能」（參見甘添貴，《刑法體系各論》，第二卷，2000年版，頁73）；學者林東茂亦謂：「至於持螺絲起子、鉗子、萬能鑰匙行竊，無論如何不能視為攜械行竊。這些器具是竊盜必備物品，不能因其可供行兇之用，即視之為兇器。否則，攜帶繩索行竊，持棍擊破車窗行竊，扶拐杖的傷患順手牽羊，都可認為加重竊盜。這樣，攜械行竊將成不知所止的犯罪類型。身經百戰的武術高手倘若行竊，即使赤手空拳行竊，可能引發的危險性，也遠大於舞刀弄棍的雞鳴狗盜之徒，但解釋上仍為普通竊盜」（參見林東茂，《刑法綜覽》，2016修訂版，2016年3月，第2之頁128）。

- (二) 然而，最高法院在適用上述客觀說的判例也非理論一貫，至少曾在兩則判決中曾表示磚塊、石頭屬自然界產物，雖客觀上具有殺傷力，但難謂為通常之「器械」，而排除於兇器之外：兇器，乃依一般社會觀念足以對人之生命、身體、安全構成威脅，而具有危險性之「器械」而言，已見前述（關於「器械」一語，參見社會秩序維護法第63條第1項第1款「無正當理由攜帶具有殺傷力之『器械』」；及本院79年臺上字第5253號判例「螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之『器械』」用語）。而磚塊、石頭乃自然界之物質，尚難謂為通常之「器械」，從而持磚塊、石頭砸毀他人車窗竊盜部分，尚難論以攜帶兇器竊盜罪（最高法院92年度台非字第38號、95年度台非字第100號判決意旨參見）。但磚塊、石頭客觀上的殺傷力絕不會亞於螺絲起子等工具，這種只從「器械」文義解釋出發，卻忽略行為用為攻擊武器的主、客觀上可能性，反而逸脫本款的規範目的，實不知區分標準何在。且若從是否自然界物質觀之，石頭與磚塊兩者不同，後者乃人工燒製產生，是否自然界之物質，並非無疑。
- (三) 總之，如此適用客觀說，只要是孔武有力之行為人，其單純以手腳，亦足以傷害人，焉能謂其手腳為所攜帶之兇器？！又採取客觀說，可能用來行兇的石頭、磚塊卻又不屬兇器？如以司法院大法官釋字第432號解釋以降，歷來大法官解釋所建立的「可理解」與「可預見性」標準來檢驗，亦即「受規範之一般人民可以理解法律規定之意義，因此對其行為是否受該法律規範有預見可能性」之要件，獨尊客觀說的「兇器」意義，顯然通不過法明確性的審查，經由最高法院判例、決議所解釋的本條款要件，反而違反法律明確性原則，判例、決議無異「增加法律所無之限制」，違法且不當地侵害人民之自由基本權。於法律之外增加法律所未預期之加重刑罰效果，有違法律明確性

及刑罰明確性原則。

二、過度擴張解釋落入「抽象危險犯」之適用

- (一) 實務面對客觀說是否過度擴張處罰的質疑時，曾以這樣的理由回應：該款之立法目的，係因攜帶客觀上對人之生命、身體、安全具有危險性之兇器竊盜，極易在施行竊盜犯行或甫完成犯行之際，因遭發現而使用凶器對被害人實施強暴脅迫，足以嚴重危及被害人之生命、身體安全，因而予以加重其刑，故該款加重條件之判斷標準重在行為人所攜帶之器具在客觀上觀察是否具有危險性而屬於「凶器」，與行為人主觀上是否有持以加害於人之意圖無關等語。
- (二) 惟按對於生命、身體的危害，刑法已有殺人罪、傷害罪、強盜罪，甚至準強盜罪之處罰加以保護及預防，如行為人攜帶兇器竊盜，進而以此等兇器實施其他犯罪行為，上述犯罪處罰均足加以保護。立法上在未造成實害前即以加重刑罰之方式保護，就是法益保護的前置化，亦即通稱之「刑罰前置化」。只因攜帶兇器就加重處罰，顯然另有「危險犯」之性質，又因為法律未明文以致生某某危險為要件，屬學說所稱之「抽象危險犯」類型，因為係依附在屬實害犯之竊盜罪上，至少是「類似抽象危險犯」。
- (三) 不論採取通說從客觀不法範圍上，以具體危險或客觀危險來限縮抽象危險犯，或是回歸故意犯罪的主觀要件上來限縮，判例、決議將攜帶兇器採取純客觀說的標準，都是與限縮適用抽象危險犯的時代潮流想法背道而馳。因為不論是便利犯下竊盜罪而攜帶的工具（例如：方便入屋行竊而帶螺絲起子破壞門鎖），或攜帶犯竊盜罪必備的工具（例如：帶鐮刀才能割下一串香蕉），純粹就是攜帶工具，很難說發生客觀上具體危險，即使立法者明定「致生危險」也很難判斷。至於客觀危險擺脫不掉的「想像上危險」，永遠是不確定的，法律不值得為了沒有目的意義或概念而承受「不確定」的代價。更別說主觀要件上的限縮，行為人還是要對抽象危險有「危險故意」，亦即要對於可能發生的實害結果有所認知，竊盜行為根本不可能如放火行為如此重大行為可以比擬，是否可以容許行為人攜帶一個沒有立即或難以控制危險的「工具」，就擬制行為人具有以此等工具危害人生命、身體安全的故意，甚為有疑。

三、違反平等原則與比例原則

- (一) 以主觀上有危害他人之意而攜帶「兇器」者，與並無主觀上犯意僅係單純攜帶「工具」行竊者相較，有行兇故意者至少處以6月有期徒刑，無行兇故意者

同樣至少6月有期徒刑，顯然形成不合理之差別待遇。

- (二) 又如自客觀或具體危險之角度，攜帶純客觀上勢必有危害性之兇器，不區分種類，例如：槍砲此等客觀上難以控制其危險性之物，及尚無立即客觀危險之鐮刀或起子等物，一律以相同的客觀上具有危害性標準判斷，而無程度上之差別，更無區別主觀上有無危害犯意的限制，同樣屬不合理之差別待遇。
- (三) 凡此均形成實質上的不平等，且剝奪法官於個案中的調查及判斷權限，有違平等原則。此處產生的差別待遇並無關實質平等的政策目的，且另以比例原則審查可知，就適當性而言，一律將客觀上有危害性之工具視為「兇器」加重處罰，所有工具均被視為兇器，行為人難以預見此等解釋及法律效果的差異，因而是否能有效達成嚇阻對生命、身體有危險犯罪之目的，甚為有疑。即使從寬認定符合適當性原則，就必要性原則的最後手段性而言，「主觀說」絕對較「客觀說」侵害行為人權益較輕，也屬有效的保護被害人手段，同樣可達到嚇阻及預防嚴重犯罪行為發生之目的。從而客觀說的見解明顯違反比例原則。
- (四) 比較本案被告所為為例，更可以看出其間的差別待遇多麼失衡而顯失公平：被告如附表編號1是行竊其同居前女友的2000元現金及金項鍊、戒指等物，而編號2所行竊得手的是夾娃娃機台內的零錢20元，前者判刑4月有期徒刑，得易科罰金，後者判處有期徒刑7月，非入監執行不可？竊取20元換得7月有期徒刑？此種6月以上的量刑，在上述判例、決議的解釋下，其不公明顯。固然破壞機台尚含毀損罪性質，無論如何對於物之毀損與對於人命、身體的傷害的主觀犯意，仍天差地別，且本來可以想像競合或數罪併罰處理的法律適用模式，如此結合結果，使得毀損罪的告訴乃論性質盡失，也使法定刑過度且不合理的一律自6月有期徒刑以上起跳，並限制法官在個案妥適量刑的可能性。既違反比例原則，更有悖平等原則。

四、至少應改採主、客觀混合理論為判斷標準

綜上所述，是否構成本條款所稱之兇器，應參以個案情節，除以客觀上之判斷外，尚須視被告行為時之主觀意圖，予以綜合判斷，始符罪刑法定原則及刑法謙抑性之思想。即使行為人持剪刀或鉗子行竊，如其係為剪斷鐵窗所用，而非自始或事發時持以傷害人之意圖，自不應遽論以「兇器」；持摘取檳榔所必備之檳榔刀以竊取檳榔，也應審酌行為人之主觀意圖是否有以為「兇器」之用；至於入室行竊或竊取固定物所幾乎必備之萬能鑰匙或螺絲起子等物，即更不能遽論以為「兇器」，而更應輔以行為人主觀之意圖為判斷標準。總之，對

於本條款所稱「兇器」之解釋，不宜因為行為人主觀意圖的調查或判斷困難，就以擴張解釋或持目的性擴張之態度，而僅以客觀上之判斷為準，忽略主觀上之判斷，無可諱言的，前述最高法院判例、決議及歷來實務之見解，即落入此種因判斷上困難，而僅採客觀上判斷之迷思。甚或前述最高法院79年台上字第5253號判例之個案事實中的螺絲起子確實可能以主觀說來判斷足為兇器，但是「判例要旨化、抽象化」之後，為下級法院一概不論個案情節同等適用之結果，反產生「非兇器被論以兇器」之不合理現象，顯然不符憲法平等原則之要求，而一律適用於所有不同情節之個案，亦有違比例原則。

【爭點說明】

一、實務見解：客觀上具有危險性

【79年台上字第5253號判例】

按刑法第321條第1項第3款之攜帶兇器竊盜罪，係以行為人攜帶兇器竊盜為其加重條件，此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之兇器。

二、學說見解：綜合評價

器械是否危險，除一般用途外，還要在特定脈絡下，做綜合評價。剪刀的一般用途不是殺傷人，所以在通常情況下，持剪刀偷東西不能稱為攜械行竊，除非可以證明，自始就是為了嚇退事主或抗拒逮捕。盜採檳榔而使用檳榔刀，必須兼顧犯人之主關係意思；不能證明有行兇企圖，只能論以普通竊盜罪。至於攜帶起子、鉗子則不能論以加重竊盜，因為這些都是行竊的必要工具。

【相關法條】

刑法第321條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！