



學員論著

普通侵占罪「合法原因持有」關係之 檢討與解釋建議——以最高法院 52 年 台上字第 1418 號判例為代表

黃翊洋*

目次

壹、前言

貳、侵占罪之相關構成要件分析——「自己持有他人之物」的解釋

一、刑法上的「持有」

二、持有原因——法律、契約等合法原因關係之持有？

(一)首要問題——行為人在不法原因持有時他人之物應否受到刑法之保護？

(二)次要問題——個案中如何透過「持有原因」此一要素區別刑法普通侵占罪與侵占脫離物罪之適用

三、本文之見解——行為人之「持有原因」(在

如何的條件下就他人之物而持有)

(一)脫離物之限縮解釋立場

(二)保護法益適格

(三)如何與刑法第 337 條侵占脫離物罪區別？

(四)小結——「持有原因」概念之重塑

參、本文脈絡下普通侵占罪與竊盜罪、背信罪之關係

一、如何與刑法第 320 條之竊盜罪相區別？

二、如何與刑法第 342 條之背信罪區別？

肆、實例檢驗

伍、代結論

* 現職為臺灣新北地方檢察署檢察事務官——投稿時為檢察事務官訓練班第 22 期學員。感謝審稿委員悉心建議，然文責由筆者自負。

壹、前言

我國普通侵占罪「持有」之要件，在通說實務之看法下，顯為侵害所有權犯罪之侵占罪與破壞持有犯罪的竊盜罪一項主要界分。¹而既然侵占行為係以持有為前提，則刑法第 337 條侵占遺失物罪（或有稱侵占脫離持有物罪，本文以下皆稱侵占脫離物罪）之情形中，「持有」是否也為同樣之解釋？

現行實務²以及通說大都以行為人基於法律或契約等「合法原因持有」為侵占行為（易持有為所有）之前提，並藉此與侵占遺失物罪做出區別，但是，如此區別之依據何在？自己持有他人之物是一種純正身分犯？而「持有」與「持有原因」又有甚麼不同？

若以「合法原因持有」為標準，則於實例上，不管行為人所侵占之物之性質或狀態為何，只要不是合法持有，則一律論以侵占脫離物罪，此種結果是否合理？「其他離本人持有之物」本於刑法釋義學之基本原理，不應與遺失物、漂流物此兩種具範式相當性之客體的性質或狀態為相同之解釋嗎？而普通侵占罪與竊盜罪、背信罪間之關係又為何？

都有待釐清。

上面的問題都指向了現行實務有關「合法原因持有」之普通侵占罪成立前提的正確性疑慮，以及以此標準作為區別普通侵占罪與侵占脫離物罪之可靠性問題。故本文於下將分別就普通侵占罪之構成要件要素—「自己持有他人之物」為觀察重點，先列述實務以及學說之看法，互相觀察比較之後，並檢討實務一直以來之見解（合法原因持有）的問題，再分別提出本文之見解（見下文貳、三），其後並以實例檢驗（下文肆）本文之看法，以突顯出其可適用性，再做出本文之結論（下文伍）。

另外，本文對於侵占罪之侵占行為既未遂、行為人之故意以及特殊主觀不法所有意圖等要素以及與刑法 336 條之加重侵占罪之關係，皆非本文討論重點，不予細談，併此敘明。

貳、侵占罪之相關構成要件分析—「自己持有他人之物」的解釋

一、刑法上的「持有」

刑法上的「持有」的意義不同於民

¹ 蔡墩銘，刑法各論，三民，2006 年，修訂五版，208 頁；盧映潔，刑法分則新論，新學林，2020 年 2 月，十五版，665-667 頁、729 頁。

² 最高法院 42 年台上字 402 號判例；最高法院 52 年台上字 1418 號判例。



法上之占有，而是指某人事實上支配、管理著財物的狀態，³ 而其要件包含客觀上的「持有」事實以及主觀上的持有支配意思，前者於判斷個案行為人有無持有時，並不僅侷限於現實上、物理性支配持有，而是含有社會性、規範性的支配概念。例如：某人於睡眠時，對於其停放於停車場之汽車，雖然並沒有現實上、物理性支配持有，但因為刑法上持有之概念含有社會性、規範性地判斷，則客觀上即可認定該人仍對其車有持有的事實存在。而主觀之持有支配意思，就是以實力支配、管理財物的意思，也就是事實上支配財物的意思。⁴

後續的問題是：行為人持有該他人之物的關係，法律上應該如何評價？我國學界通說與實務都認為此種持有關係乃行為人之身分關係，且亦屬純正身分犯，若有其他犯罪參與人參與行為人之侵占行為，應依刑法 31 條 1 項論處之。⁵ 而身分犯，係指行為人須具備

構成要件中所規定之行為主體資格，方能成立犯罪之正犯（純正身分犯，又稱不法身分，*echte Sonderdelikte*），行為人之特別資格構成立法者「創設刑罰」的事由，如：枉法裁判罪、濫權追訴罪。或行為人之特別資格僅是使刑罰加重減輕（不純正身分犯，又稱罪責身分，*unechte Sonderdelikte*）的事由。⁶ 而王效文教授指出，若可將侵占罪中之「持有」解釋成身分犯之性質，則應也可將刑法 306 條第 2 項的受退去要求留滯罪與侵入住居罪的關係，解釋為類同於通說及實務所理解之侵占罪與竊盜罪的關係。⁷ 易言之，此時侵入住居而受退去要求之行為人，是否也具有一定之主體身分？不無可議，而實際上也無人有如此之主張，故而只要行為人以具有犯罪支配之方式使侵占罪之構成要件實現即可成立（共同）正犯；而侵占罪中之持有關係實為對行為客體的描述，而非行為人之主體資格。⁸ 本文贊同之，

³ 陳子平，刑法的「持有」概念，月旦法學教室，93 期，2010 年，64 頁。

⁴ 同前註，65 頁。

⁵ 韓忠謨，刑法各論，元照，2000 年，增補一版，454 頁。林山田，刑法各罪論（上冊），元照，2005 年，五版，421 頁；甘添貴，體系刑法各論（上），三民，2010 年，291 頁；陳子平，刑法各論（上），元照，2019 年 9 月，四版，560 頁；盧映潔，刑法分則新論，新學林，2020 年 2 月，十五版，729 頁。

⁶ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2020 年 9 月，八版，107-108 頁。

⁷ 王效文，論侵占罪之持有與侵占行為，月旦法學雜誌，2012 年，206 期，229 頁。

⁸ 王效文，同前註，229 頁。

蓋單純的持有自外觀上而言，毫無疑問必是一種事實，否則難以解釋為何竊盜者能藉由「竊取」這個事實性動作建立自己對竊盜物的持有關係，以及為何拾獲遺失物者能藉由「拾獲」這個事實性動作建立對遺失物的持有關係，因為竊盜者和拾獲遺失物者都不具來自於所有權的法律上正當原因。⁹而反觀通說若對於「持有」認為是身分犯之性質，則勢必得就該身分究竟係不法身分或是罪責身分做出認定，如果我們再進一步探究刑法上作為成罪前提之行為主體資格的「身分」，可以發現我國刑法身分犯之成立，往往都已經就主體資格先做限定，後方規範該當此身分主體的構成要件行為，如：刑法第 288 條以降之「懷胎婦女」、舊刑法第 272 條之行為人—「直系血親卑親屬」¹⁰等，由此搭配構成要件行為之解釋，方可做出是不法

身分或是罪責身分之認定，並得以完善該罪罪質之詮釋，是故，就一般身分犯之邏輯判斷順序，理解上應先就行為人之身分先得出一規範性的判斷，如：透過解釋，來認定行為人是否係「懷胎婦女」或是「直系血親卑親屬」，確認行為人具備此等身分後，方就該身分是否可以對應於該罪行為主體資格而為合致與否之判斷，之後才就構成要件行為、結果、因果關係等客觀構成要件是否該當為認定。然就普通侵占罪以觀，我們不會先就行為人是否具備某一身分做判斷，因為依通說實務之見解，在將行為人連結到「基於契約等合法的原因關係而持有」前，我們並不能先行就行為人是否具備某一身分得出結論，而必須將行為人與「本於契約等合法原因關係而持有」的行為連結起來，在實務通說之脈絡下，方可被認為具備「持有」之身

⁹ 周漾沂，財產犯罪中的持有概念：社會性歸屬的證立與運用，臺灣大學法律論叢，2017 年 3 月，46 卷 1 期，292 頁。

¹⁰ 此條規定業於 108 年 5 月 29 日修法刪除。其理由如下：「一、殺害直系血親尊親屬，除侵害生命法益外，更違反我國倫常孝道而屬嚴重之逆倫行為，故其法定刑較第二百七十一條殺人罪為重。惟原第一項法定刑為死刑或無期徒刑，嚴重限制法官個案量刑之裁量權。司法實務常見之個案，行為人因長期遭受直系血親尊親屬之虐待，因不堪被虐而犯本條之殺人犯行，其行為固屬法所不許，惟若只能量處無期徒刑或死刑，恐又過於嚴苛。爰參酌第二百五十條侵害直系血親尊親屬屍體墳墓罪、第二百八十條傷害直系血親尊親屬罪之規定，修正第一項之法定刑為加重其刑至二分之一，使法官得視具體個案事實、犯罪情節及等為妥適量刑。二、第一項修正為「對於直系血親尊親屬，犯前條之罪者，加重其刑至二分之一」，所謂「前條之罪」自包括第二百七十一條第二項未遂犯及第三項預備犯之處罰，為免重複規定，爰刪除原第二項及第三項。」



分，由此可見，當行為人本身已經透過另一個「本於契約等合法原因關係之持有行為」方可被認定其具備本罪之行為主體資格時，這個邏輯判斷順序與典型身分犯之主體資格要求顯不一致，縱使是刑法第 306 條第 2 項之受退去要求留滯罪，「受退去要求之人」也並非需要仰賴另一個行為之完成，方可被認定該當「受退去要求之人」，易言之，不論是墮胎罪中之「懷胎婦女」或是舊刑法殺害直系血親尊親屬之「直系血親卑親屬」，甚至是受退去要求留滯罪之「受退去要求之人」，在判斷行為人是否該當該罪行為主體之時點上，邏輯上都可以直接就行為人本身或其當時所處之狀態做判斷或逕行解釋，而無須仰賴行為人透過其他行為之完成，方就行為人完成該行為後之地位或所處狀態做判斷；反觀通說實務之看法，認為普通侵占罪之行為人，尚須另外透過契約等合法原因關係而持有之行為，方能進一步判斷是否該當本罪之行為主體，如此之邏輯判斷順序即與其他身分犯不一致，且如此之判斷順序，可能會衍生一個質疑：通說實務要求行為人需本於契約等合法原因關係而持有之行為，其性質究竟應歸屬於行為主體資格之要素？或是其實應該歸屬於構成要件行為之要素？按照通說實務將「本於契約等合法原因關係

而持有他人之物」視為身分之看法，毫無疑問是將條文中「持有他人之物」解釋為行為主體資格之要素，但是當我們考量到侵占行為之基本定義：「易持有為所有」時，是否還能理所當然地可以將「持有他人之物」認為是行為人之身分？仍有研求餘地，而若是將「持有他人之物」視為侵占行為本身之成立前提，似亦無不可。若要回答此問題，應回歸身分犯本質的討論。

首先，先就不法身分進行思考，所謂不法身分，又稱作純正身分犯，已如上述，行為人之主體資格乃為犯罪構成要件創設的主要理由，也因此行為人之身分本身在行為人完成刑事不法行為時，必定也會因為對於法益破壞具有一定之貢獻，而有一定之不法內涵與獨立評價之必要性，所以在這樣的認知下，「持有他人之物」此一構成要件要素搭配行為人侵占行為之實行，相較沒有持有他人之物之人，勢必對於法益的破壞具有更強烈之損害性與擴大性，然在本罪，依照通說實務之見解，被認為是在保護所有權財產法益之前提下，何以單單持有他人之物之行為人，即可透過侵占行為之實施而被認為具有較強烈之法益破壞性？本持此等認知，也無怪乎通說實務認定「持有他人之物」必須限定「本於契約等合法原因關係」而持有，

應是認為諸如行為人與本人間之信賴關係等想像法益，也被包含在受破壞之法益射程中，但是，此等想像法益是否真的是當初立法者制定普通侵占罪時所欲保護之法益，不無疑義，本文對此頗有微議，此部分詳見後述（二、持有原因）之討論。

既然通說實務對於「持有他人之物」之不法身分之解釋，顯有窒礙難行之處，而若將之視為罪責身分，是否可行？所謂罪責身分，乃係指行為人有無具備特定身分，將會影響到罪責之加重或減輕，所以以行為人之身分實施之不法犯行，按照通說規範責任論之立場，將會立於法規範之角度檢視，在行為人為此不法犯行時是否具有不如此為之的期待可能性，其中，期待可能性之高低即會影響最後罪責之重輕，遵循如此觀點，我們可以進一步思考：究竟是「持有他人之物」之行為人被認為不實施侵占行為之期待可能性較高，所以「持有他人之物」必須限定「本於契約等合法原因關係」而持有；或是已經預設必須「本於契約等合法原因關係」而持有，所以如此持有他人之物之行為人，始被認為具有較高之期待可能性而可被認定為是罪責身分？然而，不論是哪一種說法，都會有疑慮，且可能陷入循環論證之泥沼，第一種說法，已經假定「持有他人之物」之行為人，相較於沒有持

有他人之物之人，具備較高之期待可能性不實施侵占行為之不法犯行，但是為何「持有他人之物」之行為人會具備較高之不實施侵占行為之期待可能性？如果說正因為如此，才限定必須「本於契約等合法原因關係」而持有，方可認行為人具有較高之不為侵占行為之期待可能，如此說法，根本沒有對於為何「持有他人之物必須限定本於契約等合法原因關係」而持有，為任何信服之解釋，等同未有任何說明，而只是重複累贅；接著第二種說法，已經預設「持有他人之物」之持有係「本於契約等合法原因關係」而持有，而為何居於契約等合法原因關係而持有之地位，會被認為具有不從事侵占行為之較高期待可能性？採此看法者大多認為，本於契約等委任關係或其他合法原因而持有他人之物者，通常都是基於彼此之間的信賴關係所為，而正是因為此等信賴關係，如此持有他人之物的行為人才被認為具有較高之不為侵占行為之期待可能性，此即為背後之實質原因。惟於此可提出兩點質疑：首先，信賴關係究何所指？是泛指一切本於委任等法律原因所生之信賴關係？那其中信賴關係程度之高低是否會因為有無正式訂立契約或約定報酬？或是因為彼此之間為親朋好友而有信賴關係之差異？再者，會不會因為契約之類型而有不同之信賴程度？在在都顯示



光憑信賴關係之存在，若無法針對信賴程度進一步之類型化，恐怕不足以完整說明此等行為人是否可被認為具有不為侵占行為之期待可能性存在，縱使被認為具有期待可能性，也不足以解釋為何有些信賴關係具有較高之期待可能性，從而認為此等持有他人之物之地位具有較高加重罪責事由，而有些又沒有。第二點，如果說委任等契約原因是信賴關係之表徵，信賴關係方為決定行為人是否從事侵占行為期待可能性之高低的理由，則此信賴關係到底是規範上之信賴關係或是事實上之信賴關係？若此種見解既然已經把信賴關係限定在本於委任等契約之法律原因所生，則此等信賴關係自然就是種規範性之信賴關係，易言之，屬於一種擬制之關係，立基於此，而被認為有較高之不為侵占行為之期待可能性，但是這種擬制之基礎仍須回歸到委任等契約之法律關係形成之目的來看，之所以雙方會有類此之委任、信託或寄託保管等關係，正是因為其中一方有事務需仰賴對方之協助，方得以順利完成，而完成某事物或任務即為雙方形成此等關係之目的，但僅僅是目的之存在，尚不足以促使雙方依約順利達成該目的，仍需要彼此之間某種程度之信賴，方能成就約定目的之達成，所以規範性之信賴關係油然而生，因為要具體認定雙方之間的事實上信賴關係實在

過於困難，也容易肇致法律關係判定上之不穩定與困難，但不可否認的是，規範性之信賴必定會奠基於事實上之信賴關係，方能促使雙方完成原本約定之目的，試想：若雙方之間完全沒有任何之事實上信賴關係，如何要求素昧平生之陌生人協助我們完成某種事務？而規範性之信賴關係與事實上之信賴關係間究竟有何差異？我們可以再仔細思考，設若今天雙方彼此約定就某一事物之完成而締結委任契約，雙方是出於規範性之信賴關係或是事實上之信賴關係而願意與對方締結委任契約？就日常生活觀點而言，甲希望乙代為處理某一事務，應該出自於渠等之間熟識程度或往日交情等關係，甲方才會善意信賴乙會妥適地為甲完成某一事務，至於其中是否可請求報酬或委任條件等在所不問，故委任契約之成立締結應該是基於雙方之事實上信賴關係，並非基於規範性之信賴關係所締結，而規範性之信賴關係又是甚麼？本文認為，規範性信賴關係之判斷成立前提，往往是先視彼此雙方之間有無諸如委任、信託契約等有名或無名契約之存在，來據此決定雙方之間是否存在規範性之信賴關係，但是，這會陷入套套邏輯之論證：因為雙方有委任契約等關係，所以有信賴關係，而該等信賴關係又是雙方之間委任契約等法律關係之基礎，如此將難以自圓其說，毋寧說

規範性信賴關係應該純粹只是法律觀點下所擬制而出之結論而已，其本身並不能證成雙方彼此之間為何成立委任、信託契約等法律關係之本質，而我們常常如此忽略真正支持規範性信賴關係背後之事實上信賴關係，才是真正雙方約定之合意基礎與契約核心，正因為這種粗略推演過程，我們也常常因此而無視此等事實上信賴關係，而僅就事實上關係擬制而出之結論—規範性信賴關係展開後續之法律論述，所以，既然規範性信賴關係僅是事實上信賴關係所擬制而出之結論，其本身並非一般人之所以締結委任契約等關係之合意基礎，則在規範責任論之脈絡下，自然難以法規範之視角，將之視為行為人具有不為侵占行為之較高期待可能性之理由，故若此等行為人出於自由意志實施侵占行為，在以規範性信賴關係作為罪責身分之脈絡下，實在難以認為具有較高之可非難性。

但是，在否定規範性信賴關係作為行為人之罪責身分之後，緊接而來的問題當然是：那麼事實上之信賴關係即可作為行為人之罪責身分？同樣的，本文仍然採取否定之理由，因為就算是事實上信賴可能性也無法證成行為人不為侵占行為之較高期待可能性，雖然今天甲之所以委任乙處理甲之事務，是出於甲對乙事實上信賴乙會順利依約完成，且

不會背叛或使甲受損害之關係，惟此等事實上信賴也不應認為行為人相較於其他人，會具有較高之不為侵占行為之期待可能性，試想：事實上信賴本身恣意模糊難以認定，且繫於他人主觀之認定，我今天信賴一個人可以如我預期地完成任務，但最後結果事與願違，只能說明是我的判斷失誤，所選非人，實在不應該將自我判斷失誤之風險，輕易地轉嫁予行為人，且若因為我對行為人賦予較高之信賴，難道行為人也會因此被認為具有不為侵占行為之期待可能性？從而實施侵占行為時具有較高之可非難性？如此國家判斷行為人之罪責內涵高低之權限將會落入被害人之手，顯不合理。事實上之信賴關係雖然可以成為雙方當事人委任契約等關係之合意基礎，但罪責內涵與期待可能性之判斷本應係就行為人本身之能力、條件或狀態、性質為判斷，並進一步就行為人是否符合條文中所要求之能力、條件或狀態、性質，符合者方可被認為具有罪責身分，而具有較高之不為不法犯行之期待可能性，並影響著刑罰之加重或減輕。是故，若認被害人因為對於行為人寄予厚望，即認行為人具有較高之不為不法犯行之期待可能性與可非難性，顯是對於期待可能性與罪責身分之誤解，且由此來決定行為人期待可能性之高低，也不再是立基於法規範之視角而出發，而是



由被害人恣意決定。所以，本於委任契約等合法原因關係而持有他人之物，也不是罪責身分。

再者，若認居於如不當得利或無因管理等法律規定，而負有民事返還義務的持有他人之物之行為人，也是某種身分的話，則幾乎我國刑法許多財產犯罪，如竊盜、搶奪、強盜等罪，都會是不法或罪責身分，同時也要面臨為何未履行民事返還義務者，需要刑罰介入處罰的問題，若認是不法身分，則違反民事返還義務者，難道對於本罪之保護法益破壞性較大？若認是罪責身分，則何以負有民事返還義務者，不為侵占行為之期待可能性較高？其中關連性為何？難道我們可以利用刑罰以強制行為人履行其個案負有之民事返還義務？變相以刑罰取代強制執行制度？再者，行為人負有民事返還義務而持有他人之物，若不履行該民事法義務，頂多具有民事不法性，則刑事不法何能據此恣意推導而出？民事不法與刑事不法之關聯又為何？都未見通說實務有對此有為詳細之回應，率皆以行為人若本於法律、契約等合法原因而持有他人之物時，即具備普通侵占罪之行為主體身分、資格，實難苟同。

既然通說實務所認定之委任契約等合法原因關係而持有他人之物，在本文上開觀點之梳理下，不是不法身分，也

非罪責身分，應非身分犯之性質，從而在構成要件中「持有他人之物」之解釋，又應如何為之？本文認為，在破除通說實務對於「持有他人之物」是身分犯之迷思後，所謂「持有」即應是前揭所述，是人類主觀上具有事實性支配財物意思，現實上對物具有支配可能性之一種客觀支配態樣的描述。但為何通說實務還會認為普通侵占罪之行為人必須限定「本於委任契約等合法原因關係」而持有他人之物，本文認為，這是出於問題層次之混淆與誤解，若可以辨明通說實務之所以限定行為人需出於「本於委任契約等合法原因關係」而持有他人之物，其實是為了解決「行為人不法原因下而持有他人之物」的問題，則在採取通說自己選擇之法律經財產概念之下（詳見下述二、持有原因之討論），本就不需有上揭限定，亦可解決此問題，更不需要透過認定「持有他人之物」為身分犯之解釋，而使問題複雜化。「持有」本身就是對於行為人與他人之物間一種事實上、規範上的客觀支配狀態之描述。所以，「持有」本身不應該是受刑法評價之對象，其僅是行為人之行為，在構成要件涵攝並受刑事不法評價前之前提。此等說法亦可見於古承宗教授：「所謂的「持有」乃是個人事實上支配特定物之狀態，或是對表徵物之歸屬關係的依據。但不必然就是一種刑法

上所要保護的利益，充其量只是作為一種實現所有權能的事實性條件」。¹¹

既然刑法上之「持有」概念是指行為人對於某物事實上、規範上之客觀支配狀態，也就是一種犯罪成立之情狀（*ein strafbegründender Umstand*）。¹²則關於刑法第 337 條之解釋，理論上也應以行為人持有為前提，而許澤天教授參考德國實務，而認為我國刑法侵占罪關於「自己持有」之解釋，也應採取小幅改善解釋（*kleine berichtigende Auslegung*），¹³主張只要取得持有與侵占行為同時發生，即可成立侵占罪。¹⁴然而，王效文教授則認為，德國法上之所以會產生嚴格解釋、大幅改善解釋等爭論，乃因其並未制定侵占脫離物罪，而對脫離他人持有之物加以侵占，將生持有與侵占是否需要時間先後之問題。而我國立法者在此問題之處理上採取了不同之作法，亦即在刑法 337 條侵占脫離物罪之規定中，並不以行為人持

有為要件，亦即不要求行為人侵占行為前，已經對他人之物加以持有。¹⁵故認為許澤天教授此部分見解之採取並無必要，但本文對此存有質疑。

刑法上的「持有」既然是行為人對於行為客體的客觀犯罪成立情狀，亦即只是客觀狀態之描述，那麼對於脫離物而言，行為人為了取得該物並據為己有，勢必皆會經過「持有」這個客觀狀態，比如：某甲有一日於海邊散步，見有一完好無缺的啤酒瓶漂到沙灘上，則甲要為侵占之前的動作必定是將其拾起，而這個拾起的動作難道不能認為是刑法上持有關係之建立嗎？若否定侵占脫離物罪必先以持有為前提要件，則普通侵占罪與侵占遺失物罪之「侵占行為」的解釋為何不同？此說法不僅違背實務一直以來關於侵占行為之解釋，¹⁶且也欠缺實質理由。故而本文認為，刑法 337 條之行為客體，不論是遺失物、漂流物或其他離本人持有之物等脫離

¹¹ 古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，三民，2020 年，修訂二版，85 頁

¹² 王效文，註 7 文，228 頁。

¹³ 許澤天，論侵占罪—德國法之啟發，法令月刊，2007 年，58 卷 5 期，63 頁。

¹⁴ 其他尚有嚴格解釋（*strenge Auslegung*）、大幅改善解釋（*große berichtigende Auslegung*）。詳細說明請參閱許澤天，同前註，57 頁以下。

¹⁵ 王效文，註 7 文，233 頁。

¹⁶ 最高法院 20 年上字 1573 號判例：「刑法上之侵占罪，以持有他人之物而實行不法領得之意思為構成要件，自必須所侵占之物，於不法領得以前，即已在其實力支配之下，始與持有之要素相符」。



物，行為人要為侵占行為¹⁷前必定會先經過客觀上持有之狀態，就算是持有與侵占幾近同時發生，也不代表本罪之成立不以行為人持有為前提，依小幅改善解釋，也可成立本罪。是故，王效文教授之說法，應屬誤會。因為我國並未如同德國於 1998 年對於普通侵占罪的不法構成要件有修正更動，¹⁸且自過往實務上對於侵占行為的解釋，皆難以得出我國立法者有針對侵占脫離物罪特別規定不以行為人持有為侵占之前提。

但行為人在何種條件或法律關係狀態下維持對於該他人之物的持有事實，則應是另一個「規範性意義」的問題，故上文一、部分的討論與下文二、的討論是不相同的，不容混淆，¹⁹前者是接近事實關係的討論；後者則是法律上、規範性的討論，併此敘明。

二、持有原因—法律、契約等合法原因關係之持有？

我國實務通說對於持有原因率皆認為應係源自於合法，如最高法院 52 年台上字 1841 號判例：「刑法上所謂侵占罪，以被侵占之物先有法律上或契約上之原因而在其持有中為限，否則不能成立侵占罪」。²⁰惟此種限於行為人必須因為合法之原因而持有他人之物以及以此做為區別普通侵占罪與侵占脫離物罪之標準的見解，遭致我國許多學者的批評，認為此標準太過狹隘，會導致個案有處罰之漏洞。以下即就各個學者的論述，分別簡引其要。

行為人本於契約、法律等合法原因而持有他人之物，韓忠謨教授謂：「非必以委任關係為前提，毋寧謂為違反義

¹⁷ 刑法 337 條之侵占脫離物罪究竟有沒有以行為人對於脫離物之持有為前提，與對於侵占行為採取何種理論，應無關聯。蓋因行為人對於脫離物不透過客觀上建立事實支配持有關係，單憑主觀持有意念之延伸即可建立對於該物之持有，此事於現實生活中，殊難想像。就算是行為人持有事實之建立與侵占行為時間間隔到幾乎可忽略不計，也不表示沒有經過客觀上的持有狀態歷程。

¹⁸ 德國新法 246 條普通侵占罪刪除了原有的持有要件，致使侵占罪成為所有取得犯罪之截堵構成要件（Auffangtatbestand），而使適用範圍更形擴張，不僅沒有解決原有的問題，而且產生了更多問題，學界亦多批評。關於德國的刑法 246 條的修法過程，詳細內容請參閱；許澤天，註 8 文，55 頁以下。

¹⁹ 有將「持有」與「持有原因」做出區別者，請參閱黃惠婷，侵占罪之侵占行為與客體，興大法學，2007 年，2 期，228 頁以下。

²⁰ 相同見解者，詳見臺灣高等法院 108 年度上易字第 231 號判決、107 年度上易字第 231 號判決。其中實務多認為侵占行為，為特殊之背信行為，如：最高法院 27 滬上字第 72 號判例。

務而不法領得自己所持他人之物，關於義務之由來，通常固多基於法律規定或委任、寄託、使用借貸等契約關係，而本於日常生活上誠實信用原則而生者亦未可置之度外，如無因管理他人之物或拾得他人遺失物等情形，亦莫不有其應盡之法律上義務，侵占罪之構成，無非違反此等義務而領得自己所持之他人財物」²¹；盧映潔教授：「本罪持有的形成，必須基於物之原持有人（委託人）與行為人（受託人）間的合法原因，通常此等合法原因有來自於民法上之契約，例如租賃、使用借貸、寄託、委任等，或基於無因管理、習慣、條理、或誠信原則等」²²；蔡墩銘教授：「通常行為人之持有被侵占之物係先有法律上或契約上之原因，苟無法律上或契約上之原因，因無委託關係存在，自不能謂對被侵占之物予以持有，從而不得成立侵占罪，而應構成他罪」²³；甘添貴教授：「委託信任關係，只須事實上存在為已足，委託人有否法律上委託之權限以及受託人有否法律上受託之權

限，均非所問。委託契約，縱係無效或被撤銷，仍得認為係因委託信任關係而持有」²⁴林山田教授：「行為人有由於他人的委託而持有他人之物，也有未受委任的無因管理而持有他人之物，也有由於物權契約或債權契約而持有他人之物」。²⁵陳子平教授：「所謂委託信賴關係，係指在交易的誠實信用觀念上，關於物之持有，基於信賴關係而不能任意處分他人之物的狀態而言」。²⁶

黃惠婷教授在探討行為人持有原因的形成在法律上是否應合法時，認為「由於法條規定侵占『自己持有他人之物』乃純屬事實關係，亦即基於信任關係將物交給受託人，至於委託係合法或違反善良風俗，則在所不問」。²⁷；而高金桂教授在處理該問題時，則認為此應透過刑法上「財產」之概念來加以解釋：「本文贊同法律經濟的財產概念，依此折衷之見解，即使是因為不法原因而取得他人之物，仍得為侵占行為之客體。……本文主張，應以刑法之整體的『規範保護目的』及『利益衡量』作為

²¹ 韓忠謨，註 5 書，452 頁。

²² 盧映潔，註 1 書，728 頁。

²³ 蔡墩銘，註 1 書，205 頁。

²⁴ 甘添貴，註 5 書，292 頁。

²⁵ 林山田，註 5 書，421 頁。

²⁶ 陳子平，註 5 書，574 頁。

²⁷ 黃惠婷，註 19 文，229 頁。



補充之判斷標準」。²⁸ 也建議屏除實務關於合法原因與否之區分標準，認為就算是行為人基於不法原因之持有，其為侵占亦有成罪之可能。

而王效文教授對於行為人持有為何限於委託信任關係，提出說明：「侵占罪中行為人對他人之物持有須基於委託信任關係之見解，跟德國刑法 246 條第 2 項『背託侵占罪』（*veruntreuende Unterschlagung, Veruntreuung*）之規定似有若合符節之處。由於 *Veruntreuung*（背託侵占罪）與 *Untreue*（背信罪）在字源上的類似性，或許也可由此理解為何我國學說實務會將侵占罪認為是特殊之背信行為」。²⁹ 接著又認為：「若將我國刑法普通侵占罪完全參照德國刑法背託侵占罪加以解釋，不當地認為持有他人之物必須基於委託信任關係，則原來普通侵占罪所欲規範之行為態樣將無法完全被涵蓋，此處將造成非因法條規定不當，而係因不當解釋所形成之處罰漏洞」。³⁰ 且，許澤天教授也認為：「或許因為判例的不當限制自己持有原因，導致我國普通侵占罪的適用趨近於

德國背託侵占罪，更進而出現侵占乃係背信特別規定的不當見解…在解釋我國現行法的『自己持有』要素時，應當可採德國舊法時期的通說（小幅改善說）的見解，認為只要侵占時持有他人的動產即可，而且不需區別持有的原因」。³¹

但是，雖然上述學者們都是立於反對實務限於合法原因的立場解釋，但如果我們仔細推敲，黃惠婷教授、高金桂教授與王效文教授、許澤天教授形式上看起來都是在討論「持有合法原因限制的正確與否」，但上揭黃惠婷教授的引文中，明確強調：「……基於信任關係將物交給受託人……」，即揭明就算是受託人不法原因之持有，委託人的信任關係仍是應受保護的；另外，高金桂教授對於此問題是用法律經濟的財產概念來闡述，並沒有涉及到信賴關係的問題，且高金桂教授於其文中是強調普通侵占罪的法益保護除了所有權以外，尚兼及「信賴利益」此等想像法益之保護，³² 故此兩位學者之主張明顯都不是反對信賴關係之保護的，而應都只是反對實務上「合法原因持有」之限制。

²⁸ 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，2008 年，163 期，頁 25。

²⁹ 王效文，註 7 文，231 頁。

³⁰ 同前註，232 頁。

³¹ 許澤天，註 8 文，63 頁。

³² 高金桂，註 16 文，27 頁。

而反觀王效文教授與許澤天教授皆是認為我國實務之所以會有「合法原因持有」之限制，乃是源自於德國法上背託侵占罪之解釋套用至我國普通侵占罪所生之錯誤解讀。其中許澤天教授並沒有針對個案中信賴關係的保護發表看法，但王效文教授於其文中探討實務上「合法原因持有」之限制時卻用「委託信賴關係」。若將以上兩派之見解相比觀察，可得出：黃惠婷教授、高金桂教授有提及信賴關係之保護；王效文、許澤天教授卻沒有提及或反對之，但他們都是反對實務「合法原因持有」之限制的，那究竟他們主張之差異和實務見解間是甚麼樣的關係？

對於這其中的關係，我們可以簡單分析歸納於後。首先，可以將「自己持有他人之物」之拆解成「持有」以及「持有原因」，承上述，前者本文認為僅係單純指行為人與其所持有之物間之社會性、規範性之客觀狀態的描述；而後者則係指行為人在如何之條件下持有他人之物，而實務巧妙地混淆了此兩個不同層次之問題。可見問題皆根源自本罪之「自己持有他人之物」中之此一構成要件要素之解釋，對於此部分實務混淆所生之問題，主要可拆解成兩個問題，第一個（下稱首要問題），行為人在不法原因持有時他人之物應否受到刑法之保護；第二個（下稱次要問題），個案中

如何區別刑法普通侵占罪與侵占脫離物罪之適用。而實務應是將此兩者混淆成同一個問題，然後皆用同一個標準——「合法原因持有」去判斷，易言之，實務上的「合法原因持有」是兼有此兩個問題之判斷面向，所以，才會導致實務在判斷個案時，在確定行為人並非基於合法原因持有他人之物時，即逕行排除普通侵占罪之成立，而論處侵占脫離物罪。以下，即試著歸納各學者對於解決「自己持有他人之物」中之「持有原因」此一要素所衍生之問題的看法。

(一)首要問題—行為人在不法原因持有他人之物應否受到刑法之保護

首先，就首要問題而言—行為人在不法原因持有他人之物應否受到刑法之保護，黃惠婷教授認為不論委託關係合法否，委託人之信賴皆應受到保護，是以，其看法即「因為有信賴關係」，所以應受刑法保護。但有無信賴關係為何就要出動刑法去保護，此不僅欠缺充分的說理，亦使普通侵占罪質變成非財產犯罪，並不可採；另外，高金桂教授對於該問題之解決，採取法律經濟的財產概念，且也提出了更為細緻的判斷標準，即以刑法整體之保護規範目的、利益衡量去判斷於個案情形，該他人之財產是否應受刑法保護，合理妥當，本文從之。

而王效文教授對於首要問題的回



答，似未見其敘述，只見其言：「侵占脫離物罪相對於普通侵占罪特別減輕處罰之理由，應係行為人在對因特定理由脫離本人持有之物加以侵占時，認為所有權人本即難以自力重新回復行使其所有權人之權能，其只是對於他人不慎造成之行使所有權漏洞加以『利用』，因而不法意識較低」。³³ 也就是說，王效文教授直接把「行為人不法原因持有下，其侵占行為會成立普通侵占罪或是侵占脫離物罪」之問題結合在一起回答（也就是直接回答首要與次要問題），而承上述，實務之見解是對於首要、次要問題一併作回答的，故可知，此時有兩種解釋：王效文教授的主張兼有此兩問題之答案；另一個為，王效文教授並未有針對首要問題提出任何標準，其只對於次要問題提出了看法。若是前者，也就表示王效文教授之主張也可作為首要問題之解法，亦即，其將以「有無利用」作為標準，但是，此可能會間接擴張「脫離物」之解釋，有背於脫離物之意義，不合理。是故，王效文教授的主張應是後者，其應只提出次要問題之看

法，至於其是否合理，容後討論；至於，許澤天教授承上引文，也僅言只要侵占時持有他人動產即可，不須區別持有原因，似也未針對首要問題提出看法，故應與王效文教授相同，只提出了次要問題之解法（只提及如何區分普通侵占罪與侵占脫離物罪）。

我們於此利用一個實例，將會使通說實務之見解的問題更為凸顯。如：甲受竊盜犯人乙之託，將竊盜物（贓物）變賣後，卻將價金據為己有。³⁴ 針對此一問題，主要有三種見解：第一種肯定之見解認為民法第 180 條僅否定返還請求權，而所有權仍然屬於給付者，因此就受託者而言，依然屬於「他人之物」，而有關刑法之財產保護，並不限於被害人具體所有權之保護，即便侵害外觀上所有權之行為亦應加以禁止，以保護一般所有權；或主張，民法上之效果與刑法上之效果有所不同，若由於不法原因給付之受託物而不成立侵占罪，乃有違健全國民之法感，甘添貴教授亦有謂：「委託關係屬於不法者，雖依民法之規定喪失返還請求權，但在委託

³³ 王效文，註 7 文，234 頁。

³⁴ 關於此問題的結論，有認為成立竊盜罪，有認為成立侵占脫離物罪，也有認為成立收贓罪；惟本文認為，該贓物仍屬於原所有人所有，按法律經濟財產概念，仍受刑法保護，但該贓物已為甲竊盜而來，故原所有人之所有權能事實上地位早已陷於不穩固之狀態，無法輕易行使其所有權能以實現原有之所有權能內容，是以，該贓物應係原所有人之脫離物，此時乙逕行變賣贓物，應成立侵占脫離物罪。

人與受託人間，其委託信賴關係之性質並無改變」；第二種否定之見解認為，由於受給付者對於給付者不負擔任何義務，因此給付者對於受給付者並不存在應受保護之所有權，故受給付者之行為無成立侵占罪之餘地，且以刑罰之制裁強制民法上無返還義務者返還財物，係破壞整體法秩序之統一性；第三種折衷看法認為，應將此情況區分「不法原因給付物」及「不法原因受託物」，因為「不法原因給付物」的所有權，依民法第 180 條的解釋，歸屬於受給付者，因此就受給付者而言，「不法原因給付物」並非屬於自己持有他人之物，而不成為侵占罪之客體；至於「不法原因受託物」，則由於委託者並無將所有權移轉給受託人的意思，因此並不適用民法第 180 條的規定。而陳子平教授亦主張：「基於不法原因而寄託物的情況，確實因委託關係本身的不法而有不受法所保護的可能，但是無論是否基於不法原因，財物的委託信賴關係本身仍有保護之必要，此與不具有委託信賴關係之「不法原因給付物」大異其趣」，故採折衷說為妥。³⁵

據此，我們可以觀察，上揭說法在探討行為人基於不法原因而持有他人之物時，如竊盜贓物，肯定說認為委託人

與受託人間仍有委託信賴關係，故刑法仍應保護之，在否定說下，因為受給付者對於給付者不存在任何返還義務，所以不受刑法保護，但否定說的問題在於：受給付者雖然對於給付者沒有返還義務存在，但是不代表受給付者對原所有人沒有義務存在，其中不論原所有人與受給付者間或原所有人與給付者間，都沒有具備任何委託信賴關係，而在折衷說之看法裡，因為不法原因給付物之受給付者與給付者間，沒有委託信賴關係存在，在不法原因寄託物之受寄託者與寄託者間有委託信賴關係存在，所以後者仍應由刑法保護。總言之，無論肯定說、否定說、折衷說，我們可以歸納通說實務之看法，係基於不法原因而持有他人之物的雙方間，只要有委託信賴關係存在，似乎就可以肯認刑法保護之必要性，看似此問題與刑法關於不法財產應否保護之爭議無關，但是，若我們仔細推敲，即可發現此問題並非與刑法關於不法財產應否保護之爭議無關，而是通說實務在討論「行為人在不法原因持有時他人之物應否受到刑法之保護」這一問題時，選擇性的忽略了關於法律財產說、經濟財產說、法律經濟財產概念之爭議，而極其弔詭的是，明明通說實務於此一問題中都採取法律經濟財產

³⁵ 以上整理自：陳子平，註 5 書，575-576 頁。



概念加以解決，但是在討論到「行為人在不法原因持有時他人之物應否受到刑法之保護」這一問題時，除了忽視此部分之爭議外，彷彿又是默默地採取了經濟財產概念之立場，此尤可見於肯定說與折衷說之推論，在此兩說之推論中，肯定說認為只要有委託信賴關係存在，縱使是收贓者將贓物據為己有，竊盜者亦能主張普通侵占罪之成立；而折衷說也是以雙方之間有無委託信賴關係存在為區分不法原因給付物與不法原因寄託物之判斷依據，但是，從頭到尾都沒針對行為人本於不法原因持有他人之「該物」本身的刑法保護必要性進行探究。反而是略過此項爭議，先肯定贓物在竊盜者與收贓者間仍受刑法保護，而擅將「委託信賴關係」當成是普通侵占罪之財產法益之一部份，但是何以「委託信賴關係」可以作為本罪應受保護之刑法法益，已質疑如上，未見通說實務提出具體詳實之理由。所以，我們可以猜測通說實務因為受限於「委託信賴關係」之認知，而將「委託信賴關係」等合法原因與法律經濟財產概念作同質性的連結，所以才會在判斷行為人若是基於委託信賴關係等合法原因而持有他人之物時，即可逕自認定行為人所有之「他人之物本身」，也是合法而受刑法保護的，就在此時，也同時完成了法律經濟財產概念之涵攝判斷，所以，通說實

務可能並未意識到「行為人持有他人之『物』本身」是否應受刑法保護的問題，與「行為人『未本於合法原因關係』而持有他人之物」是否應受刑法保護的問題間，**根本是不同層次間之問題**，兩者顯有差異，前者所涉及者係行為客體與保護法益層次的問題；後者則係保護法益、行為情狀與行為層次之問題，由此可知，因為保護法益討論重疊之緣故，導致多數見解皆未能看清箇中不同之細節，而將問題層次有所混淆。其中「行為人『未本於合法原因關係』而持有他人之物」是否應受刑法保護的問題，在通說實務之脈絡下，即為用來區分普通侵占罪與侵占脫離物罪之標準，本文將此稱作「次要問題」，容後詳述。

是以，癥結點在於，實務上將首要、次要問題混在一起討論，通說實務只一味地專注於普通侵占罪中「持有」要素是否為身分犯性質之討論，並希冀藉此與竊盜或侵占脫離物罪做出區別，也無怪乎造成實際上普通侵占罪之適用時機大幅限縮，而部分學者也忽略了此兩問題的解決順序，並急於提出各種次要問題之解決方法，實有不當。本文認為首要與次要問題，應是不同之問題層次，因為於邏輯上，行為人若是在不法原因持有他人之物下，首應釐清問題自然是應先討論刑法於此時到底有沒有介入保護該他人財產法益之必要，本於刑

法學理上之認知做出肯定的判斷後，才應該是討論在刑法領域裡，如何論罪及處理法條間之適用關係的問題（如區別個案應適用普通侵占罪或是侵占脫離物罪），故首要問題與次要問題應分開討論，切不可混淆。本文認為針對首要問題只有高金桂教授有提出合理之解決辦法，而未有如同其他多數見解，將問題層次有所混淆，故從之。

（一）次要問題—個案中如何透過「持有原因」此要素區別刑法普通侵占罪與侵占脫離物罪之適用

為避免實務之標準—「合法原因持有」過度限縮普通侵占罪之成罪空間而造成處罰漏洞，也為免架空刑法 336 條加重侵占罪之適用餘地，³⁶ 學者紛紛針對次要問題提出各自之見解，以求釐清其間之關係，而希望更進一步確認普通侵占罪之構成要件結構，如此一來，也當應能明瞭身為普通侵占罪加重構成要件的加重侵占罪，以真正完整了解此三罪間之關係。據此，即應要先釐清普通侵占罪與侵占脫離物罪間之關係，以下即分別簡述各學者所提之見解並加以簡

評之。

黃惠婷教授認為：「遺失物與漂流物……宜解為『凡非基於持有人之意思，永遠或可視為脫離其本人所持有之物』」。³⁷ 本文認為其方向上可贊同，但缺點是於個案中判斷是否為脫離物時，仍屬不足，尚待補充。而高金桂教授認為「兩罪之相異處，在於普通侵占罪行為人對物所形成之支配關係，係因所有人之同意或交付；侵占脫離持有物罪，係未因所有人之同意或交付，而是在所有人無交付及無移轉支配關係之意願下，對他人喪失持有之物，重新建立持有關係」³⁸ 以有無「信賴關係」為主，但「構成要件中所規定之行為態樣與情狀並不同於侵害之法益，就好比詐欺罪雖人將詐術行使與陷於錯誤規定為構成要件，但並不表示其亦足保護相對人之信賴利益，這在受騙為財產處分之人並非財產受損害之人時更為明顯，蓋被騙之人雖然信賴遭到利用，但其既無財產損失，亦難謂其法益遭受損害」³⁹，是否真有信賴利益之保護，亦有疑問；而王效文教授，承上引文，則提出了應

³⁶ 王效文，註 5，231、232 頁；黃惠婷，註 14 文，230 頁。

³⁷ 黃惠婷，竊盜罪與侵占脫離物罪之區別，台灣法學雜誌，2009 年，122 期，113 頁。

³⁸ 高金桂，註 16 文，31 頁。

³⁹ 王效文，註 7 文，223 頁。



視行為人是否「利用」他人不慎所造成之行使所有權之漏洞之看法，但本文認為，單以此作為標準，將背離對於脫離物應限縮解釋之立場，如：行為人誤取他人之傘，依王效文教授之見解，此漏洞非行為人自己故意造成，只是加以利用，故而為侵占行為時，不法意識較低，因而成立侵占脫離物罪。⁴⁰ 但該傘是否真為脫離物，不無疑義。另外，許澤天教授則認為應採小幅改善解釋以解釋普通侵占罪，則構成侵占脫離物罪之行為，也將同時實現普通侵占罪，兩罪為法條競合之特別關係，而應優先適用侵占脫離物罪。⁴¹ 但此見解會架空普通侵占罪，故不可採。

三、本文之見解—行為人之「持有原因」（在如何的條件下持有他人之物）

(一) 脫離物之限縮解釋立場

在分別探討學者見解之妥適性後，本文認為，要能正確地提出適切的標準並釐清問題，必須先就脫離物本質解釋之立場著手。比如：所有人一時不察即短暫喪失其物之持有，此時該物難道可與漂流物、遺失物做相同的解釋？這種

解釋只不過是針對「離本人所持有之物」不當地望文生義而已，我們應該要設法針對現實中發生的個案去探究行為人持有之物，是不是脫離物，方能正確適用法律而避免處罰不足。而為什麼要極度限縮脫離物之解釋，本文提出以下幾點理由：

1. 所謂脫離物應係原所有人非基於其意思而永久地或幾近完全喪失持有之物，原所有人非但客觀上不能回復其物之持有，且有意回復也極為困難或需費過鉅。而行為人對於該物之持有，不能是源自於被害人之持有移轉，在原所有人喪失持有後，行為人也不能承繼中間人持有之移轉，在行為人重新建立持有關係前，必存有一段無人持有的期間，如此對於離本人持有之物的解釋，方為貼切條文中遺失物、漂流物之解釋意義，否則不符法律適用上之明確性與等價性。
2. 於現實中，該物究竟是遺失物或是遺忘物或暫放物，往往針對具體情形綜合判斷，除了造成適用不明確外，證明也有困難，對於耗費心力時間之所有人或行為人都將造成極大之程序不利益，故於個案中，限縮侵占脫離物

⁴⁰ 同前註，235 頁。

⁴¹ 許澤天，註 8 文，63 頁。

罪之成立空間，將使行為人之犯罪情形會成立普通侵占罪或不成罪的結論，更快及更容易判斷出來，更能維護公益層面之訴訟經濟，並使法院實務能夠較易獲得一致、穩定的判決結果。

3. 使得法律適用上發生不當之涵攝，造成架空普通侵占罪之結果。如不做限縮解釋，則大部分普通侵占罪之案例中，行為人所持有他人之物都已經離本人持有，如此將可能導致成立普通侵占罪之情況，也都成立侵占脫離物

罪，此時若依法條競合之特別關係，只以侵占脫離物罪加以處罰，此種解釋也明顯與我國對侵占脫離物罪僅科以特別輕微刑罰之立法意旨不符，也不具合理性。

4. 若有一例：甲一開始以使用竊盜之意思騎走乙之腳踏車，但後來有據為所有之意思，依實務見解，只成立侵占脫離物罪。無異鼓勵他人以此種抗辯來規避竊盜罪或普通侵占罪之適用，且行為人主觀意思難證明，甚而違背罪責原則。⁴²

⁴² 於此，感謝審查委員之建議。對於審查意見之質疑（作者所舉的這個例子中，一方面欠缺考慮最近已經有學說論文指出的，我國實務關於使用竊盜的判斷其實也有相當複雜的脈絡，另外一方面，考慮到我國實務在使用竊盜的判斷上，尤其是本文所提到的這種以物的使用為目的的使用竊盜的判斷上，基本上相當嚴格，不易肯定行為人的行為屬於無罪的使用竊盜，無寧在大部分的情況會肯定成立竊盜罪，因此是否真的有這樣的漏洞，在事實上也有疑問。更何況，倘若依照作者假設之例，本來就是使用竊盜，那麼本來就是無罪的行為，則為何會有「規避竊盜罪」的問題？此處論述也顯得自相矛盾）。本文回覆如下：首先，關於使用竊盜之實務判斷脈絡確實稍嫌複雜，惟單就物之本體之使用竊盜的判斷而言，通常實務認為，若行為人所為，綜合判斷持有他人之物的時間久暫、使用或耗損程度、為被害人尋回可能性之高低、棄置地點等，可認為行為人具有返還意思時，大致上可認為行為人成立不罰之使用竊盜。然問題就出在行為人客觀行為與主觀故意的對應時點上，在行為人破壞他人對於腳踏車之持有支配關係，而建立自己對於該腳踏車的持有支配關係時，如本例，若係基於使用竊盜之意思而使用該腳踏車，則在客觀上之竊取行為完成時，行為人此時也不具竊盜故意，本於主客觀對應原理，自當難成立竊盜罪，而若係透過行為人對於該腳踏車之後續利用行為或造成之影響程度（如上揭所提的時間久暫、使用或耗損程度、為被害人尋回可能性之高低、棄置地點等因素）以回推並進而肯定行為人在破壞並建立該腳踏車之持有支配關係時的主觀犯意，從而認定仍成立竊盜罪，毋寧是種過度之入罪擬制，有些實務意識到此問題，故認為僅成立侵占脫離物罪。當然會為著個案情形之不同，而有不同的成罪結論，本文也並非否定此等情形一概不成立竊盜罪，而是認為實務利用上揭因素當作綜合判斷返還意思之標準，此類操作未免過於粗糙，毋寧應該具有更能兼顧個案且更細緻之判斷方式，例如：甲與乙係大學同學，某日甲為了趕上課，便出於使用竊盜意思而未經其友乙之同意騎走乙之腳踏車，適逢乙請假 3 日，而甲在乙未發現其腳踏車已遭甲無故使用之數日內，漸漸覺得該腳踏車相性優良，越



5. 脫離物之判斷即應就其物之性質及其他所處現實環境、與所有人之關係為整體之判斷，應不能如同實務利用合法原因之持有與否以逕行判定其性質，此即混淆了首要問題與次要問題，且無端擴充脫離物之解釋。
6. 德國法上並沒有類似我國侵占脫離物罪之規定，而該罪規定之刑罰可有可無，為避免有些個案情況因最終適用

該罪造成對原物所有人不公平之結果，立法論上宜刪除之，只是於修法前，本文傾向為極度限縮之解釋。

(二)保護法益適格

1. 所有權能之事實上地位

所有人對於其物**所有權能之事實上地位**應該屬於「**財產法益**」的討論範疇，何以見得？首先，自法益保護論的討論⁴³開始，於二戰之後的 1950 年代

感中意，遂在乙不知情之情況下，繼續隱瞞使用該腳踏車之事實，並背地裡將該腳踏車重新粉漆，使之儼然變成了一台截然不同的腳踏車，而為甲繼續使用。於此例中，若使用實務上揭綜合判斷標準，顯然會因為甲後續有將該腳踏車重新粉漆，而反推在甲騎走該腳踏車時，應具備竊盜故意及不法所有意圖，但是，此看法會衍生兩個問題：首先，若我們把甲使用之期間拉長，在這段期間內，甲一直都是騎該腳踏車去上課，除此之外，並未將之用於其他用途，客觀上來看甲僅係單純利用該腳踏車作為上課之代步工具，使用程度不嚴重，且甲與乙是大學同學，甲平常也將該腳踏車停放於固定地點，此段期間若持續 3 個禮拜或 3 個月甚或半年以上，難道實務都會認為可由甲後續之一烤漆行為而反推認定甲騎走該腳踏車時有具備竊盜故意及不法所有意圖？第二點，承上述，為遵守對應原理，若認甲騎走腳踏車之行為非甲之竊取行為，難道應認為甲將該腳踏車重新粉漆之行為方為竊取行為？此時甲方有主觀犯意？但此時甲並沒有破壞持有之行為，何以能謂之竊取？準此，雖然在該情況下，實務見解仍可能認為甲成立竊盜罪，但如本文上述看法，入罪推定似嫌速斷，而忽略了甲在前段使用該腳踏車期間的主觀上使用竊盜意思，反而一定程度地逸脫具體現實情狀，手法粗糙，相對於認識到此問題的實務態度，本於罪疑惟輕原則，將甲論以較輕微的侵占脫離物罪，是為相對較能接受的看法。然亦有為德不卒之處，雖然依循通說實務看法，認為脫離物係一時脫離所有人持有支配之物，但何謂一時或暫時脫離，難免有模糊不明確之處，餘如本文質疑，是以應對脫離物為限縮解釋方為適當，而本例若按本文觀點解釋，仍需個案觀察，若在甲將該車重新粉漆前，乙應有較大之可能性覺察該腳踏車為甲恣意適用，此時應非脫離物；但是若是在甲重新粉漆後，應屬於脫離物，前者乙對於該腳踏車之所有權能事實上地位尚屬穩固，但後經甲重新粉漆後，乙對於該腳踏車之所有權能事實上地位即遭甲大幅減損；反之後者，乙對於該腳踏車之所有權能事實上地位本就處於極不穩固之狀態，乙行使所有權能之事實上地位本就不彰顯，則甲之舉自當僅成立侵占脫離物罪。如此解釋方能因應個案而作更細緻之安排與決定，而不限於局部之判斷與認定，自然也不會有審查意見所言：本就為不罰之使用竊盜，則為何有規避竊盜或侵占之嫌等矛盾質疑，蓋因本例本文實際上也不認為一定只能是不罰之使用竊盜。

⁴³ Jäger 認為以法益保護作為刑法規範，對於性風俗、性道德之保護法益加以質疑而主張風俗犯的非犯罪化；Sina 則是包括性地敘述法益概念的學說史，論述法益概念歷史的自由主義的內

後半開始之外，對於「法益概念精神化」的擴張傾向，相對於以「利益」定義法益的看法，有採取「狀態說」的學者 Oppenheim 認為刑法的保護客體可以包含「權利」、「義務」、「狀態」，並且必須要侵害行為客體才會到達侵害保護客體（法益），Herrich Gerland 則係認為「Gut」係「具體性、事實性的存在」的犯罪客體，所謂「狀態」為法益統一之性質，行為人所為之侵害行為應該是對於現存狀態加以變更，讓其更加惡化成新的狀態，從而犯罪的概念係侵害事實上之法律狀態，此種法律狀態之看法基本上則是將現實生活中有形存在的生活狀態提升到法律規範的層次；Max Hirschberg 認為所謂保護客體（法益）應係指「被認為具有社會上價值，從而以法律加以保護之狀態」，法益是可能被侵害或造成危險的實在狀態。⁴⁴

雖然關於法益理論之演變淵遠流長，且其內容多樣複雜，非單憑本文即足以應付，加以法益理論之歷史也並非本文最主要的研究範疇，為避免失

焦，僅以攸關本文後續內容者之法益理論選擇作為續論之主軸，暫且權宜割愛。故，為避免「法益精神化、非物質化」（如 Karl Binding 強調之「法共同體的健全生活條件」）淪為價值理念之抽象倫理傾向論述，實質上係架空法益理論之內容本身，至於，如何充實法益之內容，而不致淪為口號式的刑事宣示標語，學說上莫不盡力進行「行為客體」與「保護客體」之區分，而就本文之觀點而言，採取「**狀態說**」，不僅可明確區分出具體、現實存在之「行為客體」，也可以辨明具備抽象性格的「保護客體」，此外，藉由行為客體之具體特定，也不致會使得保護客體之解釋異常抽象而包山包海，質言之，具體現實存在之行為客體同時表彰了可受侵害性之外，也因為行為客體之限制特定，亦同時限定了法益之內涵範圍，使得保護客體（法益）本身亦僅受到特定法制度下，行為客體所處條件之合理權利秩序之射程範圍所及而已，例如：甲係某汽車之所有人，行為人侵害時，行為客體係該車本身，但是，若行為人係竊取

容；Roxin 則認為刑法重要任務之保護法益與憲法間的關係；Ridolphi 則為了實定法拘束立法者，試圖以憲法為媒介將解釋學的機能與法政策的機能結合，以明確法益概念的內容；Marx 則是主張個人主義的法益論；Hassemer 則是同時討論法益論的「體系內在的構想」與「體系超越的構想」，依照社會學與心理學的知識充實法益論的內容。請參照內藤謙，「法益概念の形成過程」收錄於《刑法理論の史的展開》，2007 年 10 月，有斐閣，152 頁。

⁴⁴ 以上整理自：同前註，152-155 頁。



時，破壞甲對於該車持有的動作，當然也可被認為係破壞了由該車所界定而出的合理的權利秩序狀態（甲係所有人，在其未依其自主意思移轉其對於該車之持有予他人，其自當享有持有該車之利益，此利益狀態不同於事實上單純之占有事實，而係可連結到甲所享有之「所有權能之事實上地位」之範圍內，而此狀態所構築之財產秩序，係受法律所保護而不容他人無正當理由恣意侵犯）。所以，甲居於所有人之地位狀態（法規範之視角下所肯認）即被行為人予以否認，其居於該地位狀態所得享有之所有權能亦將無從行使。從而，本文認為，就上揭例子而言，「狀態說」不僅注重客體之現實性條件，也能夠辨明出背後所連結之法律制度功能關係，相對於法益物質論之觀點或精神化法益的說法，毋寧更應作為判斷某生活利益是否具備法益適格之標準，不會失之過嚴，也不會失之過寬。是若在採取「狀態說」之脈絡下，以現實中實存之客體之所處條件之改變，作為行為人犯罪行為之風險實現結果，基於法益統一性，則代表著背後被害人事實上權能地位之狀態遭致破壞之結果，易言之，立於法律規範所預設之規範狀態以及所欲賦予權利人之

秩序規劃遭受行為人之否認時，若其程度已經開啟刑法介入之門檻，刑法若不予以回應，法規範原本所規劃之其他狀態或權利秩序藍圖將有會被行為人或其他人接續或持續否認之危險，是以，行為人之否認，即係對於法規範所預設之權利人事實上權能地位之狀態有所侵害，使得權利人難以依循其自主意願享有並主張其被法律授予之資格與地位，此等資格、地位之狀態，若被行為人加以限制或剝奪，則刑法自當有義務須介入以回應行為人之法敵視態度，並想方設法回復受侵害之權利人應有之地位狀態。準此，在採取上述看法之脈絡下，被肯定對於特定物具有可任意行使所有權能的事實上地位之人，自然當為其事實上之法律狀態所包含，而為本罪「財產法益」之保護射程內。

而同樣認為保護法益為所有人之所有權能之事實上地位者，亦可見古承宗教授：「與竊盜罪相同，這裡的所有權是指所有人對特定物行使或主張所有權的可能性，或是對特定物於事實上的支配權力」，「所有人就其所有物於事實上的支配利益，或是任意行使所有權能的事實上地位」。⁴⁵

直至目前為止，綜合本文關於普通

⁴⁵ 古承宗，註9書，84頁、3頁。相同見解，亦可見於盧映潔，註1書，734頁；柯耀程，竊盜罪與侵占罪之界線，月旦法學雜誌，1999年8月，52期，154頁。

侵占罪之保護法益之看法，即可看出為何本文不採取通說實務關於合法持有原因關係之解釋，除了前面所提及之數點理由之外，對於本文而言，行為人持有他人之物的持有原因，係指行為人在何種條件下持有他人之物，並非如同通說實務所認為，是本於何等法律關係之規範性的一種理解，既然保護法益攸關所有人之所有權能之事實上地位，則必須進一步考慮所有人之所有權能的事實上地位，會因為行為人之行為而受到甚麼樣的影響或撼動？本文認為，關鍵就在於：行為客體所處之現實條件的狀態，正因為行為客體所處之現實條件，會真正影響到所有人對於其物所有權能的行使，當然自會連帶形塑其事實上的地位，而在所有人之所有權能的事實上地位本就處於不穩固或難以彰顯之狀態時，行為人之據為己有行為本就不易再對該事實上地位有重大之影響或破壞，所以，考慮到現實性條件，自然應對脫離物本身之現實條件為進一步之釐清，以預先劃定所有人對於該脫離物之

所有權能事實上地位，並據此認定所有人行使所有權能之容易性是高或低（結果不法），則後續行為人對該脫離物為侵占行為時，行為人藉由侵占行為所展露出的法敵對意志當然就會較低（行為不法），由此連貫觀之，行為人之行為的整體不法性，都會受到行為人在如何之客觀現實條件下，持有他人之物的影響，換言之，也可反過來說，所有人對於所有物間之關係，亦會受到該所有物所處之客觀現實條件的狀態影響，所以，從行為客體所處之現實條件的狀態出發，不僅可以預先劃定所有人對於其物所有權能之事實上地位與行使容易性，也可判定行為人後續據為己有之行為，是否可認定係普通侵占罪或侵占脫離物罪中的不法侵占行為（因兩者侵占行為之不法內涵高低不同）。準此，先端視行為客體所處之現實條件的狀態，再觀察行為人是在如何之現實條件下，單純持有他人之物，即為本文有別於通說實務關於「持有原因」之解釋。⁴⁶而「持有原因」之解釋整理，容下（4. 小

⁴⁶ 此處之「原因」並非指「為何持有」，應係指「如何持有」，此就算觀諸通說實務所認為的合法原因持有關係，也可利用「如何持有」之文意套用進去，而不生齟齬。之所以會有「為何持有」的意思，主要在於解釋發生持有的原因，但是究觀法條文意：自己持有他人之物，如通說實務自己所言，是指一種行為主體的資格、身分、地位、狀態，則基於何種原因而產生此等行為主體的資格、身分、地位、狀態，發生原因往往不是重點，重點應該係此等行為主體的資格、身分、地位、狀態背後支撐的實質理由才是，所以，與其將「持有原因」中的「原因」解釋成「為何持有」（發生原因），不如將之解釋成「如何持有」較為妥適。故筆者即係基此思維下進行本文見解之鋪陳。



結一「持有原因」概念之重塑)述。

2. 本罪中之侵占行為與保護法益間之關聯性

復歸本罪行為態樣之討論，行為人之民事不作為「非」侵占行為，因為若將之視為侵占行為，難以解釋為何單純的民事違約可以動用刑罰處罰，此種說法難逃違背刑法謙抑及最後手段性的誠命。行為人若不履行其民事義務，將造成財產所有人「減損」對於其所有之特定物依其所有權能自由行使支配而排除他人干涉的權能，此時尚未達到刑罰介入之程度，應尚屬民事管轄範疇，至於，何時達到刑罰介入之程度？涉及侵占行為與財產法益損害間關係之觀察，可從普通侵占罪本身的條文推導而出。

學說上確有將侵占罪定位成不作為犯者，如高金桂教授：「侵占罪之行為本質為『不作為犯』，是一種偽裝之不作為犯，也是純正不作為犯。因法律、契約或事實上原因，持有他人之物的行為人，違往返還、交付或為其他處分行為之作為義務，即得以成立該罪」；鄭逸哲教授也認為：「基於違背被害人的

意思不履行其返還該物於被害人之義務的不作為而形成繼續穩定持有該物狀態的故意，違背被害人的意思以不履行其返還該物於被害人之義務的不作為，而穩定繼續持有該物。」但本文認為，行為人雖然負有民事上的返還義務或履行義務等作為義務，其表面上看起來確係透過不作為之方式來實現法益侵害結果，但該不作為仍然不是侵占罪所欲評價之「侵占行為」本身，誠如同黃惠婷教授所言：「依本條之規定與立法目的，不作為不應該是本罪既遂之認定標準，其是一種行為結果」。⁴⁷

雖然刑法上「侵占行為之內容」有諸多理論解釋，⁴⁸但哪種理論之擇採並非本文所欲討論的重點。侵占行為所造成之作用與影響，才是本文關注的重點。首先，不論認為侵占是「不法占為所有」⁴⁹或是「違背被害人的意思而繼續持有」，⁵⁰侵占罪的條文：「……，而侵占自己持有他人之物者，成立……。」皆已明確地宣示持有他人之物之人，不得侵占或恣意據為己有，此毫無疑問是一禁止規範

⁴⁷ 黃惠婷，註 24 文，110 頁。

⁴⁸ 侵占行為之解釋有諸多理論，惟並非本文討論重點，詳細介紹請參閱王效文，註 7 文，235 頁以下。日本學說上又有領得(取得)行為說與越權行為說，請參閱：陳子平，註 5 書，560 頁。

⁴⁹ 王效文，註 7 文，243 頁。

⁵⁰ 鄭逸哲，註 30 文，225 頁。

(Verbotnormen)，也就是行為人負有一刑事不作為之義務，此時，我們若可以將行為人之行為，與屬於財產法益範疇的所有權能之事實上地位的破壞連結起來觀察，即可得到「持有他人之物之人，不法或違背被害人意思，而就他人之物為完全經濟意義上使用之侵占行為，並使所有人更加難以實現對於其物原有的所有權能之事實上地位，應以刑事制裁之。」換句話說，就是該持有人，透過其侵占行為之實施，「大幅減損」⁵¹所有人對於其物所有權能行使之事實上地位，而原所有人對於其物沒辦法再依其自由意志支配處分，承揭上述法益「狀態說」之見解，此時即會造成所有權能之侵害，其權能之事實上地位變得不穩固，即可謂所有人之財產法益已受侵害，亦可認為行為人之侵占行為已達

既遂程度，而業已生侵占結果。

換言之，原本行為人單純的民事違約不履行還沒到達刑法應介入之程度，但是另外又透過行為人客觀行為之呈現，原所有人之所有權能事實上地位受到萎縮，其對特定物的支配權能之事實上地位也大幅受到嚴重地貶抑，此時也已達到刑法應介入之程度，而立法者就是認為此時應用刑法規範並制定出普通侵占罪以制裁該行為。所以，普通侵占罪之構成要件行為，很明顯，仍然是製造出新風險（加劇所有人對於其物所有權能之事實上地位大幅減損、破壞）的侵占行為，法律上期待行為人不作為，⁵²故侵占罪仍然是「作為犯」。

(三)如何與刑法第 337 條侵占脫離物罪區別？

至於，普通侵占罪與侵占脫離物罪

⁵¹ 或有質疑，所有權能作為財產法益，應不可能隨著個案情況發生減損之情事，比如甲對乙之所有物返還請求權，不可能因為甲之物被乙丟在深山或人行道上而減損其法律之力，甲一樣都得對乙請求所有物之返還，並不可能呈現因為其物被丟在深山裡而呈現返還功能較弱之情況，故可能質疑本文不當地混淆事實與法律層面的問題。此等說法看似具有說服力，但本文認為這有思路上的謬誤，此可由下例凸顯出來：甲出借其物予乙，乙未經甲同意而擅自將該物出賣並交付於甲不認識之丙。若我們正確地立於「乙侵占時」作為觀察基點，原先甲對於乙本即可依借用物返還請求權直接對乙請求返還其物，這是「乙侵占前」；而在乙將甲物出賣並交付於丙，這是「乙侵占後」，因為東西已經不在乙這裡了，甲此時對乙之該請求權之行使是否能如「侵占前」之行使一樣，達成請求乙返還該物之相同目的？顯然不行，因為甲反而必須向丙依所有物返還請求權行使，則將「乙侵占前」與「乙侵占後」之「甲對乙行使借用物返還請求權」之事實上地位相比較，前者可以達到請求乙返還之目的，而後者則無法，則甲之該請求權雖然於概念上不會發生影響，但難道不會因為「乙之侵占行為」而造成其行使該請求權之事實上地位受到實質影響？這難道不可謂之為對甲「所有權法益」之侵害？上述質疑，陷入純粹法學思維之泥淖，應予避免。

⁵² 黃榮堅，基礎刑法學（下），2012 年，四版，676 頁。



之間的關係為何？在這兩罪之情況，後者客體是脫離物，透過行為人侵占行為前後之比較，侵占後造成所有人支配權能之事實上地位破壞相當有限，而不侵占也難以或無法回復所有人支配權能之事實上地位，亦即，若行為人不實行侵占行為，原物所有人對於其物支配權能之事實上地位亦難以實現，因為原所有人都將遭致無法回復其原本對於其物支配權能之事實上地位的結果，則可認為該所有人對於其物支配權能之事實上地位，已難能受到侵害，故而行為人若於此刻實行侵占行為，該行為本身對於保護法益之破壞性較弱，反映在侵占脫離物罪之構成要件解釋上，其所宣示之不法內涵亦應較低；反觀前者，行為人透過其行為將可造成原所有人支配權能之事實上地位受到大幅削弱，而不是極輕微破壞或沒有造成破壞，且行為人若不侵占，則原所有人仍具有高度之支配權能事實上地位，所以，由此可看出，普通侵占罪所宣示之不法內涵亦較侵占脫離物罪為高。於此，即可於個案中在構成要件層次依「脫離物與否」來區分此兩罪。加上罪責期待可能性低之情況下，即反映到侵占脫離物罪極低之刑度上。如果我們可以進一步從普通侵占罪與侵占脫離物罪是基本構成要件與特別減輕構成要件之關係著手，應較易釐清。

而既然此兩罪是基本與特別之關係，普通侵占罪是基本構成要件，侵占脫離物罪是特別減輕構成要件，此乃立法者於其立法形成自由範圍內所為之價值決定。個案中，如何建構決定行為人負有的義務是哪種，應是從「脫離物」限縮解釋之立場出發加以判斷。易言之，若個案認定客體是脫離物後，輔以行為人所處情境的客觀情形判斷，行為人所為若並無法大幅減損被害人之支配權能之事實上地位，於刑法評價上，在構成要件層次，可認行為人行為之不法能量較低，而其據為己有，在罪責層次，主觀歸責程度又低，如此即應可認該當侵占脫離物罪。

由此可知，與實務相較，侵占脫離物罪之成立空間將大幅限縮，這也是本文解釋上一致之立場，許澤天教授亦有言：「就此立法政策，筆者認為該重新思索檢討。因為，單科輕微罰金之罪名，恐怕難以產生足夠的犯罪預防效果。再者，不分所侵占物的價值輕重（鉛筆與鑽石），一律皆輕處罰金，亦不符合罪刑相當要求，進而變相鼓勵侵占高價遺失物。又，民法 949 條將盜贓物與遺失物並列，以強調被害人在此較無疏失，而使其可在喪失占有的兩年內，突破第三人的善意保護而主張回復其物。此處，與民法相較，刑法實在過度輕視遺失物的保護，而暴露出法秩序

的評價矛盾。據此，筆者主張應廢除刑法 337 條，而回歸刑法第 335 條的適用」。⁵³

(四)小結—「持有原因」概念之重塑

綜合上述討論，本文認為，「持有他人之物」可拆解成「單純持有」及「持有原因」，前者即是一種社會性、規範性之客觀狀態描述，其僅是一種實現所有權能的事實性條件，而不受刑法上之評價，非普通侵占罪之構成要件要素之一；後者，通說實務所認為之本於契約等合法原因而持有他人之物的限定解釋，本文認為，其實就是在探討並解決「行為人基於不法原因下持有他人之物」的問題，結論上應採法律經濟財產概念，再者，結合本文上述之脫離物限縮解釋之立場，及保護法益之討論結果，本文認為所謂「持有原因」的解釋應跳脫通說實務對於行為人是否本於合法原因而持有他人之物的解釋方向，蓋區分行為人基於合法或是不法原因而持有他人之物，其實就為了解決行為人基於不法原因下而持有他人之物的問題（首要問題），此已可用法律經濟的財產概念加以解決，此部分就是通說實務對於問題層次之混淆，是以，區分行為人係在合法或不法原因下持有他人之物，本不具實益，但如此一來，「持有

原因」要如何解釋？本文綜合前述脫離物限縮解釋之立場，及保護法益之討論結果認為，此一要素之解釋應係指行為人「在如何之條件下持有」他人之物，首先，根據保護法益之討論結果，本文採取狀態說之觀點，認為普通侵占罪及侵占脫離物罪等財產犯罪之保護法益都是「所有權人對於其物之所有權能之事實上地位」，此等地位其實就是一種所有人對於其物間之一種關係、一種狀態，而此種所有人對於其物之事實上地位、關係或狀態，既曰事實上，則必定會受所有人對於其物在現實中所處條件之影響，易言之，對於脫離物之限縮解釋可得出所有人對於其物之所有權能之事實上地位，本就處於不易實現之狀態，所以，在行為人實施侵占行為時，對於所有人對其物之所有權能事實上地位之破壞，本屬有限，而反觀普通侵占罪，行為人之侵占行為反而會大幅減損或破壞所有人對於其物之所有權能之事實上地位，使所有人甚難回復其原有之對於其物之事實上地位，如此亦反映出了此兩罪間高低有別之不法內涵及相應刑度，實質上亦可就此區別出此兩罪之不同適用時機與適用之個案情形（次要問題）。所以，「持有他人之物」中之「持有原因」應係指行為人「在如何之

⁵³ 許澤天，註 8 文，64 頁。



條件下持有」他人之物，方較妥適，此不同於「單純持有」僅是一種實現所有權能的事實性條件，而不受刑法上之評價，「持有原因」，行為人在何等條件下持有他人之物，不僅攸關著所有權能對於其物之所有權能之事實上地位，影響著刑事評價上，結果不法內涵之高低，連結到行為人之侵占行為後，亦可展現出完整之刑事不法內涵評價，亦即不同之結果不法內涵，將會影響到後續行為人行為不法內涵之評價，從而表現出行為人不同行為之高低不同的整體刑事不法性。所以，在本文觀點下，行為人之「持有原因」除了關涉保護法益所受侵害大小之結果不法性之外，亦與行為人後續行為或侵占行為所造成之法益減損、破壞之行為不法性，有著密切之關聯，故可謂「持有原因」應當是普通侵占罪與侵占脫離物等侵占罪中，具有關鍵作用之構成要件要素之一。

此外，也由此可知，「在如何條件下持有他人之物」，主要不會涉及合法與否之規範性判斷，本文之「在如何條

件下」（持有原因）之意義，意在強調行為人持有他人之物時，是在如何的現實條件下而持有，是與客觀現實條件有所連結之狀態，方謂本文之「在如何條件下」之意義。所以，不論是合法、不法、非不法，都與本文脈絡下之「在如何條件下」的意義無影響。縱使行為人係在合法原因關係之持有下，依本文之見解，也不代表此狀態即回歸純粹規範性之判斷，判斷的實質標準一樣是行為人是在如何的客觀現實條件下持有他人之物，只是此時合法原因關係會作為一種影響該客觀現實條件的因素之一，比如：行為人跟被害人借用手機，則行為人與被害人間訂定使用借貸契約背後的原因，兩者間的親疏遠近關係、聯繫方式、契約內容、使用方式、使用期限、返還方式等，都會影響到行為人持有被害人手機時的客觀現實條件，進而認定行為人是在如何之條件下持有被害人的手機，也會影響到被害人對於該手機之所有權能之事實上地位。⁵⁴

⁵⁴ 基本上在論述所有人對於其物之所有權能事實上地位時，實質上即係在討論所有人對於其物行使所有權能之物理上及心理上容易性，此點亦可見於：黃士軒，一時使用他人之物與竊盜罪的所有意圖，臺灣大學法學論叢，2016年12月，第45卷第4期，1982-1988頁。然而，黃士軒教授此篇文章重點在於利用行為人對於所有人對於其財物回復原持有狀態之物理上及心理上容易性，以充實所有意圖的「排除意思」的內涵，是以論述之重點有所差異，惟所有人對於其財物回復可能性之物理上及心理上容易性作為行為人主觀上認識的對象，則客觀上自應有此事態可供行為人認識，故在本文觀點下，行為人對於他人財物在如何之條件下持有前提，既然攸關所有人對於其財物之所有權能之事實上地位，則所有人對於其財物回復原持

參、本文脈絡下普通侵占罪與竊盜罪、背信罪之關係

一、如何與刑法第 320 條之竊盜罪相區別？

至於，在本文對於普通侵占罪與侵占脫離物等侵占罪之理解脈絡下，若不限定侵占罪之成立前提係基於合法原因關係而持有，則如此一來，豈會與竊盜罪難相區別？按我國通說實務之見解，大都認為竊盜罪除了係以保護他人財物之所有權之外，亦保護他人對於其所有之財物的持有關係，兩者缺一不可。是以，首先，問題即在於：同樣是持有他人所有物的當下，自己之持有是否源自於自己的破壞行為所致？⁵⁵亦即，他人對於其所有物之持有（不論是緊密或係鬆散的持有），是否遭致破壞或喪失，而行為人對於該物持有之建立，

相對於原所有人而言，是否係處於「間接」性質？準此，首先第一個區辨標準即在於，行為人對於他人所有物之持有關係，有無破壞之舉動？若具備的話，當可先予討論竊盜罪，否則即可落入侵占罪之範疇而討論。⁵⁶再者，此兩罪之差別，尚有客觀上之行為時點以及主觀上不法所意圖之存在時點不一之情形，在竊盜罪之部分，行為人在破壞屬於他人所有物之持有關係，並建立自己對於他人之物的持有時，主觀上當已具備竊盜故意與不法所有意圖；反之，在侵占罪而言，當行為人已建立對於他人所有物之持有關係時，並不具備侵占故意與不法所有意圖，而是在為侵占行為（不論是廣義或狹義顯露理論或是行為人已開始對於該物為有效的經濟上使用之時起）之時起，主觀上方會具備侵占故意與不法所有意圖。如此主觀構成要件要

有狀態之物理上、心理上容易性自當可作為補充所有權能事實上地位穩固與否之標準之一。

⁵⁵ 林山田教授亦有針對此部分作出普通侵占罪與竊盜罪之區別，分別是「侵占罪的行為客體，本已在行為人持有之中；而竊盜罪的行為客體，則在所有權人或持有人持有之中。」、「侵占罪的行為係易持有為所有，而竊盜罪的行為則是破壞物原有的持有支配關係，建立新的持有支配關係。」，此部分請參閱：林山田，註 5 書，419-420 頁。

⁵⁶ 蓋不論竊盜罪與普通侵占罪都有「建立自己持有支配」之要件，在竊盜罪，即指竊盜既遂後開啟對原持有支配狀態之回復可能性的侵害，使所有權人的妨害排除等權能無法發揮事實上的作用。關於竊盜罪的構造，請參閱：黃士軒，註 52 文，1979 頁。而在普通侵占罪，意義應該等同，只不過上揭既遂，並非指侵占行為既遂後，而係指開啟對原持有支配狀態之回復可能性的侵害此點意義等同。也由此可見，侵占行為相對於竊取行為，除了沒有破壞持有行為之外，以「建立自己持有支配」為開端，實際上只不過是更進一步的物之經濟使用行為。換言之，若謂竊取行為是第一次之對於他人之物的經濟使用行為，而侵占行為則是第二次之對於他人之物的經濟使用行為，在在削減了所有人對於其物所有權能之事實上地位。



素時點上之不同，即可辨明出竊盜罪與侵占罪行為型態與罪質之不同。所以，綜上所述，竊盜罪如何與侵占罪等有所區別，關鍵即在於：1. 行為人對於他人所有物持有關係，是否具備破獲或剝奪的侵害？2. 行為人出現構成要件故意、主觀不法所有意圖之時點為何，其與行為人客觀行為之對應關係是存在於哪個時點。若能綜合該兩項區辨標準，即可釐清竊盜罪與侵占罪之差異。是以，若依本文之見解，若能認為個案已先該當竊盜罪之成立要件，則侵占罪自當屬不罰之事後行為，論以竊盜罪即足。

二、如何與刑法第 342 條背信罪之區別？

針對背信與侵占之區別，德國法上自 1998 年對普通侵占罪修正，將舊德國刑法第 246 條第 1 項前段之「保管、占有」要件刪除，此處理模式以「侵占罪」作為「截堵式構成要件」，於「侵占罪」上規定「行為人成立侵占罪之行為，如果可以成立其他處罰較重之罪名時，則不適用侵占罪；若無法論以其他

較重之罪名時，則不適用侵占罪；若無法論以其他較重之罪時，始論處侵占罪」，此種備位條款的規定，似乎是以侵占罪作為財產犯罪的最後一道防線，使得破壞他人占有而取得物品之情形也可能成立侵占罪，至於，如此情形下，侵占罪與背信罪之關係又是如何？德國學說存在兩種看法，一則為強調侵占罪之補充性而僅成立背信罪，另一則為將兩罪成立想像競合。⁵⁷

相較於德國法上之發展簡述，日本法上有學說認為以兩罪中之「行為客體」加以區分，如果行為客體係「財物」則為侵占罪，反之，若行為客體是「財物之利益」則為背信罪。⁵⁸ 惟由於背信罪本身並不限於「利益」，對於「財物」亦包含之，從而以「行為客體」界分的看法經常受到學者們的批評；除了以「行為客體」加以區分之場合之外，另一種看法則是以「是否屬於不法取得行為」作為區分之判準，如果是不法取得之行為的話，則係侵占罪，反之則係背信罪。⁵⁹ 還有從權限濫用之觀點出發者，認為以處分權限是否逾越一般抽

⁵⁷ 內田幸隆，「背任罪と横領罪との關係」，《早稻田法学会誌》，2002 年，第 51 卷，63-65 頁。

⁵⁸ 小野清一郎，《新訂刑法講義各論》，有斐閣，1949 年，274 頁；牧野英一，《刑法各論（下）》，有斐閣，1951 年，760 頁。

⁵⁹ 學者平野龍一與山口厚多持此種看法。請參照內田幸隆，註 41 文，73 頁。

象權限作為區別標準：權限逸脫屬於侵占，權限濫用屬於背信⁶⁰；而前田雅英教授也認為這樣以「權限逸脫或濫用」區分之方式其實是適當的，具體之判準則為先以「形式、實質權限」作劃分，「實質權限內」應該屬於受任人能夠為之行為，從而無罪；再以「形式權限內/外」區辨，「形式權限外」則為侵占；「形式權限內」則會再看是否係「絕對不受允許」，若是絕對不受允許，縱然是在權限內，則仍然係侵占。⁶¹再者，尚有學說見解從「主觀上之意圖內涵」加以區辨者，認為若行為人係為自己計算或以自己名義計算為之者，則係侵占；否則若為本人計算或以本人名義為之者，則屬於背信。⁶²

以上見解，不無參考之價值，而在本文見解之脈絡下，或可先從日本實務家香城敏磨對於侵占與背信罪之比較的觀察出發，其結論上認為侵占罪與背信罪之行為主體相同（惟本文不同意此看法），皆係基於契約或法律上之關係而持有他人之物，且背信罪係較侵

占罪為輕之犯罪，從而作為背信罪之主體、信賴關係不能比侵占罪來得狹隘，只不過香城教授隨即認為兩罪之區分則可透過「實行行為」與「行為客體」加以區分。⁶³承上所述，雖然本文之看法並不認為背信罪與侵占罪之「行為主體」係同樣為基於契約或法律上關係所界定，但亦支持香城教授對於背信罪與侵占罪可由「實行行為」以及「行為客體」之要素加以區分之觀點，除此之外，輔以上揭內田教授所採之「主觀上之目的」之看法，本文亦認為，「行為時是否為了本人或自己計算之目的」亦應納入區辨標準之一；加上背信罪制定較侵占罪為晚，屬於後進資本主義國家為了促進經濟交易活動秩序之順暢運行所制定，易言之，之所以制定背信罪乃因「國家機關對於人民自律性經濟活動之不信任」，藉由納入財產法益而轉化強調「本人與事務處理人之間的信賴關係」，當時為求經濟能夠迅速發展之現象而加以入罪化，⁶⁴故在背信罪是為了保護經濟交易活動等制度性信賴之思考

⁶⁰ 伊東研祐，「橫領と背任の區別」，收錄於《現代社会と刑法各論》，成文堂，2004年3月10日，第2版，283頁。

⁶¹ 前田雅英，《刑法各論講義》，東京大學出版會，2007年1月，第4版，336-340頁。

⁶² 島田 一郎等，《事例から刑法を考える》，有斐閣，2009年，374頁。

⁶³ 香城敏磨，「背任罪の成立要件」，收錄於《刑法基本講座（第5卷）-財産犯論》，1993年，157頁。

⁶⁴ 吳志強，《經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構》，承法數位文化，2014年10月，



下，唯有進行「三面關係之交易活動的處理事務之人」之身分，才有可能破壞此種經濟交易秩序下之「制度性信賴」。⁶⁵

由上可知，在本文之觀點下，普通侵占罪之罪質與定位，並非如同德國法上學說與實務對於第 246 條之定位與認識。本文認為，普通侵占罪當然並非係竊盜罪、背信罪之補充性規定，其與竊盜罪之差別，已如前述；而其與背信罪之差異，綜上述，可自以下數個面向區辨：1、**主體面向**：背信罪之行為主體係以「為他人處理事務之人」為其身分，其中並存有一定之本人（委託人）與行為人（受託人）之信賴關係，而普通侵占罪對於他人所有物之持有，僅係一種現實性、社會性的客觀狀態之描述，並非如同我國通說實務般地認為係一種身分，縱處於該等狀態之下，亦僅在確認本罪行為主體資格之前提而已，不受刑法上之評價，非普通侵占罪之構成要件要素之一，而只是為了進行後續「侵占行為」評價之該當前提而已，本罪真正受到刑事不法性之評價者，客觀

上構成要件上，依照本文之觀點，除了「持有原因」之外，尚有侵占之「行為」、「結果」以及「因果關係」，再來即係主觀上之故意與不法所有意圖。準此，從主體面向切入，即可發現背信罪與侵占罪間很大之不同。2、**行為面向**：背信罪之行為係「實行違背任務之行為」，⁶⁶此要素之解釋自當與前所述及之要素一「為他人處理事務」合併觀察，是應就本人與行為人之受託關係與實質任務內容共同觀察，端視行為人如何牴觸本人委託之事務；而普通侵占罪所規範之構成要件行為則係指，當行為人開始對於他人所有之物為經濟上之使用時，即係侵占行為，與背信罪之差異，即在於前者需觀察本人與行為人間之委託關係內容，後者則不需為如此之觀察。3、**保護法益面向**：背信罪係後進資本主義國家為了因應經濟能夠迅速發展之背景而制定，該罪所保護之法益即偏向「制度性之人民信賴」，而著重於整體財產法益之制度性理解，成罪更為嚴格以限縮單純違背本人所託任務之行為，是以，條文中所言造成本人之

44-55 頁。惟本文囿於篇幅及主題限制，暫不打算於此針對背信罪等部分作細部之探究，故僅於此簡略提及關於背信罪與侵占罪間，筆者認為較可接受之看法，詳細探討仍待他日為文討論。

⁶⁵ 同前註，276 頁。

⁶⁶ 關於「實行違背任務之行為」之解釋為數眾多，為避免討論失焦，於此不贅述。詳請參閱：同前註，176-178 頁。

財產損害並非係本罪之保護法益，而係一判定行為人之行為是否已然破壞了本人對於未來委託他人處理事務之期待與制度性信賴的一種輔助性參考表徵，本人之財產損害在規範意義上，僅係行為客體被侵害之結果，自當非保護法益本身，保護法益（三面經濟交易關係下之人民制度性信賴）是否受到破壞（人民在行為人實行違背任務之行為後，是否還會再願意相信、利用該制度本身），才是本罪是否會成立之關鍵，而普通侵占罪僅宣示了行為人嚴重破壞了所有人對於其物之所有權能之事實上地位，本罪所保護者較為具體，端視物之所有人對於其所有物受到行為人現實中干擾

妨礙其所有權能之事實上地位之程度而言 4、**行為人之主觀目的面向**：背信罪之行為人係為了本人之計算而為；反觀普通侵占罪，則係為了自己之計算而為，所以，行為主體之面向方才會強調觀察之重點，此兩罪係不同的，背信罪著重於「為他人處理事務之信賴關係」此一身分，以及「本人與行為人之受託關係與實質任務內容」之實行違背任務行為，偏向為本人之計算下，再圖利自己、他人或意圖損害於本人，而普通侵占罪則全然無須考量與他所有人之關係，係出於純粹之自利計算而為侵占行為。⁶⁷

總言之，背信罪與普通侵占罪並非

⁶⁷ 於此審查意見有提出質疑：若認為行為人是為本人計算時，屬於背信罪，若是為自己計算，則是屬於侵占罪之說法，顯然無視背信罪的圖利加害意圖的解釋上，正是要求行為人不為本人的利益的一般理解。也因此，此處的說明顯然在「為本人計算」的用語上忽略其真正的意涵就是在於為了本人的利益。非常謝謝審查委員寶貴建議，茲將本文回覆如下：審查意見應是將此所謂之「行為人之主觀目的」，視為是一種行為人主觀構成要件故意或意圖之內涵，惟這邊的行為人主觀目的，根本不是指主觀不法層面之要素，反而應該是客觀不法層面之要素，簡言之，行為人之主觀目的若是為了本人計算，意思即是行為人為了本人而考慮，但是這並非是說行為人是為了本人之利益而考慮的意思，反映在背信罪之構成要件要素上，即是指「為他人處理事務」這一客觀構成要件要素，但這並非是背信罪之構成要件行為，所以本於行為故意同時性原則，可推知此處所言之行為人主觀目的，並不是指涉主觀構成要件故意或意圖，而應是指行為人出於為了本人計算而處理相關事務的意思，但並非是指行為人為了本人有利面向去處理事務，也可能是指不利的面向，故此處所謂「為本人計算」之行為人主觀目的，其實只是在指明行為人在為了本人而處理事務的一種身分或狀態而已。此處在普通侵占罪之「自己持有他人之物」此一客觀構成要件要素中，也可看出，雖然本文認為此一要素跟刑法之身分無關，但亦可指明行為人是出於為自己計算之考量而持有他人之物，例如：A 向 B 借用 B 所有之名畫一幅放在家中展示，但借用期限屆至，A 非但沒有將該名畫還給 B，反而在期限屆後將該名畫出售並交付予他人，該他人後不知去向，由此可見，在借用期限屆滿後，A 即是出於為自己計算之考量而持有 B 之名畫，其後續將該名畫轉賣並交付予他人之行為，方為侵占行為，而 A 出於為自己計算之主觀目的，明顯時序上，就是在普通侵占罪



如同我國實務所言係居於特別之關係而被定位，既然按本文之見解，有上述諸多區辨面向之差異，顯見背信罪與普通侵占罪之構成要件要素之解釋有很大之不同，其競合關係，在行為人之行為下，並非如同德國法上認為係法條競合而僅論以背信罪，亦非如同日本認為係處於法條競合關係而僅論以普通侵占罪之看法，本文認為，此兩罪應係處於想像競合之關係，兩者從一重以普通侵占罪處斷，方為正確。

肆、實例檢驗⁶⁸

(例 1) 大學生 A 返鄉前寄包裹，雖明知其中有圖書館的書，但卻仍將其與行李一同寄回台灣。

A 當然有單純持有該書，此點並無疑問，但 A 是在如何之條件下持有他人之物（持有原因），會面臨到首要問題與次要問題。首先，本案不存在首要問題，A 是合法借書於學校圖書館，書自應受刑法保護；再依次要問題，此書是源自圖書館依約移轉於 A 持有，非脫離物，不成立侵占脫離物罪，其將書一同

寄回家之行為，是否有大幅減損圖書館對 A 行使權能之事實上地位？本文認為，因為圖書館借閱者通常都留有人別資料，故圖書館之所有權能仍在輕易可實現之狀態，在 A 尚未將該書藏匿或轉讓予他人前，圖書館之所有權能之事實上地位並沒有受到 A 一同寄回之行為而大幅削弱，A 並沒有侵占行為，本件也沒有侵占結果之發生，故不成立普通侵占罪，應訴諸民事途徑解決。

(例 2) A 向第三人要約出賣自己借用而持有他人之手錶，並僅止於締結買賣契約。

A 當然有單純持有該手錶，此點並無疑問，但 A 是在如何之條件下持有他人之物（持有原因），會面臨到首要問題與次要問題。本案不存在首要問題，第三人乃係本於與 A 之間之合法買賣契約而持有該手錶，自應受刑法保護；按次要問題，此手錶源自他人持有之移轉，與漂流物、遺失物不等價，非脫離物，不成立侵占脫離物罪，雖然 A 在他人可輕易實現其所有權能之狀態下而持有該手錶，但 A 只與他人締結買賣契約，他人所有權能之事實上地位並沒有

之構成要件行為之前，而應為一種客觀持有之狀態，此在不僅本文之脈絡下，在不採「合法原因持有說」之學者看法裡，亦是一種客觀層面之要素。內田幸隆教授應是據此作為區分背信罪與侵占罪間之標準，並非在探討行為人之主觀不法意圖而有意反對背信罪之損害本人之加害意圖要素。

⁶⁸ 以下實例改編自：許澤天，註 8 文，61-62 頁。

受到大幅減損，仍可直接向 A 主張所有權能之事實上地位，而無須間接為之，A 並沒有侵占行為，本件也沒有侵占結果之發生，所以，此時 A 不成立普通侵占罪，應訴諸民事途徑解決。

（例 3）所有人 B 不慎將手機放入 A 之袋子中，A 事後發現，默默地帶走。

A 當然有單純持有該手機，此點並無疑問，但 A 是在如何之條件下持有 B 之物（持有原因），會面臨到首要問題與次要問題。依首要問題之回答—法律經濟財產概念，B 手機非違禁物也非贓物，且也只是不慎將手機遺入於 A 之袋子中，依刑法規範保護目的及利益衡量，自應受刑法保護；次按次要問題，手機源自 B 之誤放，該手機係源自於 B 之非自主性之直接移轉，其中並沒有再經過 A 另外自己重新建立持有關係之過程，與漂流物、遺失物不等價，非脫離物；A 事後發現也不返還，B 也不認識 A，A 係在 B 仍得輕易實現其所有權能之事實上地位之狀態下，而持有該手機（當時 B 之手機僅誤置於 A 之袋子之中），且因該手機非脫離物，但事後 A 將 B 之手機恣意攜離，B 不僅無從輕易尋得其手機，亦無法即刻知悉誰攜離

其手機，B 之所有權能之事實上地位，業經 A 之行為而大幅減損，B 事後將難以直接、輕易地依其支配意思回復其對於該手機所有權能之事實上地位，A 造成侵占結果之發生，B 之財產法益受侵害，成立普通侵占罪。

（例 4）A 登山，發現 B 陳屍路旁，且沒有任何證明身分文件，順手取走 B 之金飾。

A 當然有單純持有該金飾，此點並無疑問，但 A 是在如何之條件下持有 B 之物（持有原因），會面臨到首要問題與次要問題。據首要問題之解法，金飾依民法規定，除非 B 完全沒有繼承人，否則仍屬 B 之繼承人所有，仍為他人之動產，故應受刑法保護；次要問題，若 B 死在深山，且其繼承人也不清楚其行蹤或難以認識其情況，而本文也不承認死者持有，仍須仰賴 A 另外重新建立自己之持有關係，該金飾應為脫離物。⁶⁹此時，B 之繼承人仍難以或無法回復其所有權支配權能之事實上地位，故 A 係在 B 之繼承人已難以實現其所有權能之事實上地位之狀態下而持有該金飾，但是 A 縱使取走金飾，但事後 B 之繼承人之所有權能之事實上地位，也不會受

⁶⁹ 然許澤天教授認為，此情形並非離本人持有之物，且在死者有繼承人之情形下，由繼承人取得所有權，而行為人構成侵占與持有同時發生的普通侵占罪，詳見許澤天，刑法分則（上），新學林，2020 年 7 月，二版，85 頁。由此即可看出本文對於脫離物之解釋的限縮觀點，是主要與許澤天教授最後結論不同之主要理由。



到大幅之減損（因為 B 之繼承人本就無法輕易實現其所有權能，該權能之事實上地位本來就處於極不穩固之狀態），故 A 之行為不法、罪責內涵都較低，僅成立侵占脫離物罪。⁷⁰

惟若死者無繼承人或其他本權人時，是否仍成立侵占脫離物罪？本文認為，由於無繼承人，亦無其他有權利之人存在，因此該物並非刑法上的財物，而無成立財產犯的餘地。陳子平教授亦同如此看法。⁷¹ 甘添貴教授亦認為：「自然人死亡時，倘無繼承人或該動產並無其他本權之人，因無他人即時合法取得其動產之持有，行為人私擅竊取其動產者，因該財產已屬無主物，行為人知其為無主物，而起意取走該物時，自無成立財產犯罪可言」。⁷²

（例 5）A 將其動產設定質權予 B，其後 B 故意將該動產投入滾滾黃河之中。

A 當然有單純持有該動產，此點並無疑問，但 A 是在如何之條件下持有 B 之物（持有原因），會面臨到首要問題與次要問題。動產質權以質權人占有該物為前提，為出質人為了擔保其對於質權人之特定債權而設定質權予質權人，

質權人所擁有者，乃為該物之擔保交換價值之優先受償權，但所有權仍為出質人所有，本案為合法之交易關係，故不存在首要問題，該物應受刑法保護，至於次要問題上，B 係受 A 之自主移轉而持有，非脫離物；B 係在 A 仍得輕易實現其所有權能之事實上地位之狀態下而持有該動產，但 B 之行為將會使 A 到時無從輕易行使其權能，並回復其原有之事實上地位，造成 A 之財產法益受侵害，B 行為之不法、罪責內涵皆較高，應成立普通侵占罪。

伍、代結論

鑑於我國實務一直以來，皆以行為人是否本於「法律」或「契約」等合法原因關係而持有他人之物，作為區分成立刑法第 335 條普通侵占罪或第 337 條侵占脫離物罪之前提判準，並造成過度限縮普通侵占罪之適用空間，而遭致學界之批評。本文即對於實務與學說做出比較觀察，試著對於條文中百家爭鳴之源—「自己持有他人之物」，進行各家學說之爬梳整理，進而歸納出問題點，

⁷⁰ 此時，B 有身分證明文件的話，即有可能導致不同之結論。由此也可看出，（例 1）、（例 2）可能最後是循民事途徑解決，但（例 4）卻利用刑法規範，似有輕重失衡之虞，益徵侵占脫離物罪之存立疑慮，從而本文主張應當廢除之。

⁷¹ 陳子平，註 5 書，564 頁。

⁷² 甘添貴，註 5 書，295 頁。

並提出本文分析觀察得出之見解。惟應敘明者係，除了上揭本文主要關注之焦點外，關於普通侵占罪之侵占行為本質、主觀侵占故意、不法所有意圖、侵占既遂與否等，並非在本文這次主要之探究範圍內，若以罪質完整性以觀，確有不足，囿於篇幅，仍待本文來日研究。

首先，對於「自己持有他人之物」之「持有」之性質探究，「持有」此一要素，因為以下數點理由，本文對於通說實務認為係身分犯之看法，恕難認同：第一點，若認「持有他人之物」是種身分，顯然與一般身分犯之邏輯判斷順序不同，一般身分犯可直接就行為人是否該當構成要件的主體資格，為解釋涵攝；反之，「持有他人之物」此一要素則，仍必須經過持有之客觀情狀之成立後，方就此為解釋涵攝，若認此仍為身分，則如此為不同之設計之因由何在？顯有疑慮。第二點，退步言之，若認「持有他人之物」是種不法身分，則將會面臨如何解釋「持有他人之物」此一客觀情狀為何可以成為創設不法構成要件之理由？若將本於契約等合法原因之持有考慮進去，也無法說明為何侵占行為會對於委託信賴關係或民事返還義務有更大之法益破壞性？第三點，再探究契約、委任關係後，我們發現其背後之實質基礎都是行為人與他人間之信

賴關係，應係指事實上之信賴關係，蓋因規範上之信賴關係應係純粹只是法律觀點下所擬制而出之結論而已，真正當事人雙方合意之基礎應係事實上信賴關係，惟若認可藉由事實上之信賴關係建構行為人「持有他人之物」之罪責身分，立於法規範之視角下，行為人不為侵占行為的期待可能性之有無或高低將會繫於被害人之事實上信賴，如此將使個案性過度凌駕於國家對於罪責判斷之統一性與穩定性，所以，「持有他人之物」並非係一種主體身分。

「持有他人之物」此一要素，可拆解成「單純持有」與「持有原因」而分別解釋，前者應只是客觀犯罪成立情狀之描述，並非具有身分主體之意涵，在此基礎上，本文認為行為人單純之持有關係與後者所指行為人「在如何條件下之持有」，是一種地位或狀態，應是兩種不同層次的問題，前者只是單純的事實性關係；後者則是規範性概念下之討論，而實務學者見解的衝突之處似乎也存在於此。而依本文之觀察，實務與學者的討論脈絡，有些是提出：「行為人在不法原因下之持有是否可成罪？」；另外有些則是以「是否只承認行為人在委託信賴關係下之持有為成罪前提？」之問句來質疑現行實務所採標準的正確性。但是，行為人所持有之物是否為違禁物或賄賂等而為法秩序所不容，與行



為人和持有物之間的關係應屬不同之問題，故本文認為，不論實務或學說，都有將此兩問題混淆之嫌，從而將「自己持有他人之物」中之「持有」下之「持有原因」此一要素解釋所生之問題，分別區分成：**首要問題—行為人本於不法原因而持有他人財產時，應否受到刑法之保護；次要問題—個案中如何透過此要素區別刑法普通侵占罪與侵占脫離物罪**之適用來處理，亦即，「自己持有他人之物」之「持有」要素可拆解成：單純持有 + 持有原因。而通說實務就是把「持有原因」所生之兩個問題有所混淆而合併討論，亦即，通說實務認為，行為人自己持有他人之物的「持有」是一種行為主體身分，它並非如同本文區分「單純持有」與「持有原因」，所以在通說實務認為「自己持有他人之物」中之「持有」要素是指「本於契約等合法原因關係」而持有他人之物的脈絡下，自然會因為行為主體之身分必須限於「合法原因」之持有，而在面臨到上揭首要問題與次要問題時，都會用同一個標準：就是行為人持有他人之物時，是否「本於契約等合法原因關係」去同時回答這兩個問題，導致這兩個問題明明屬於不同層次，卻可用同個標準去解決。此尤見於首要問題之討論上，實務通說針對此問題，明明就有法律財產概念、經濟財產概念、法律經濟財產概

念等看法可資應用，但是本質上相同之問題（不法原因所取得之財產，是否應受刑法秩序之保護）？變在普通侵占罪關於行為人是否本於不法原因關係而持有他人之物這邊，卻又出於不同之理由，而用不同之標準得出不同之結論，但卻未見通說實務有對此部分額外說明原因。

按照本文之脈絡，首要問題並非本文所獨自發現，而僅係我國通說實務與學說未能釐清「單純持有」與「持有原因」所造成之混淆，通說實務只一味地專注於普通侵占罪中「持有」要素是否為身分犯性質之討論，並希冀藉此與竊盜或侵占脫離物罪做出區別，不僅背離了「持有」此一基本的法條文義（法條中全然未提及，行為人必須出於合法原因而持有他人之物），而有違反罪刑法定主義之嫌，尚且忽略了「單純持有」真正的意義與應然解釋，更無視了「持有原因」與後續行為人侵占行為之現實客觀連結面向，因此，我們可以再進一步細部論述：普通侵占罪中條文之「持有」可拆解成「單純持有」與「持有原因」，其中「單純持有」僅係行為人與持有物之間的犯罪成立情狀，是一種客觀事態之描述，非獨立作為刑事不法性評價之對象，而僅為開始涵攝構成要件之事實性前提，當然即非構成要件要素之一，業據上述；而就本文對於侵占

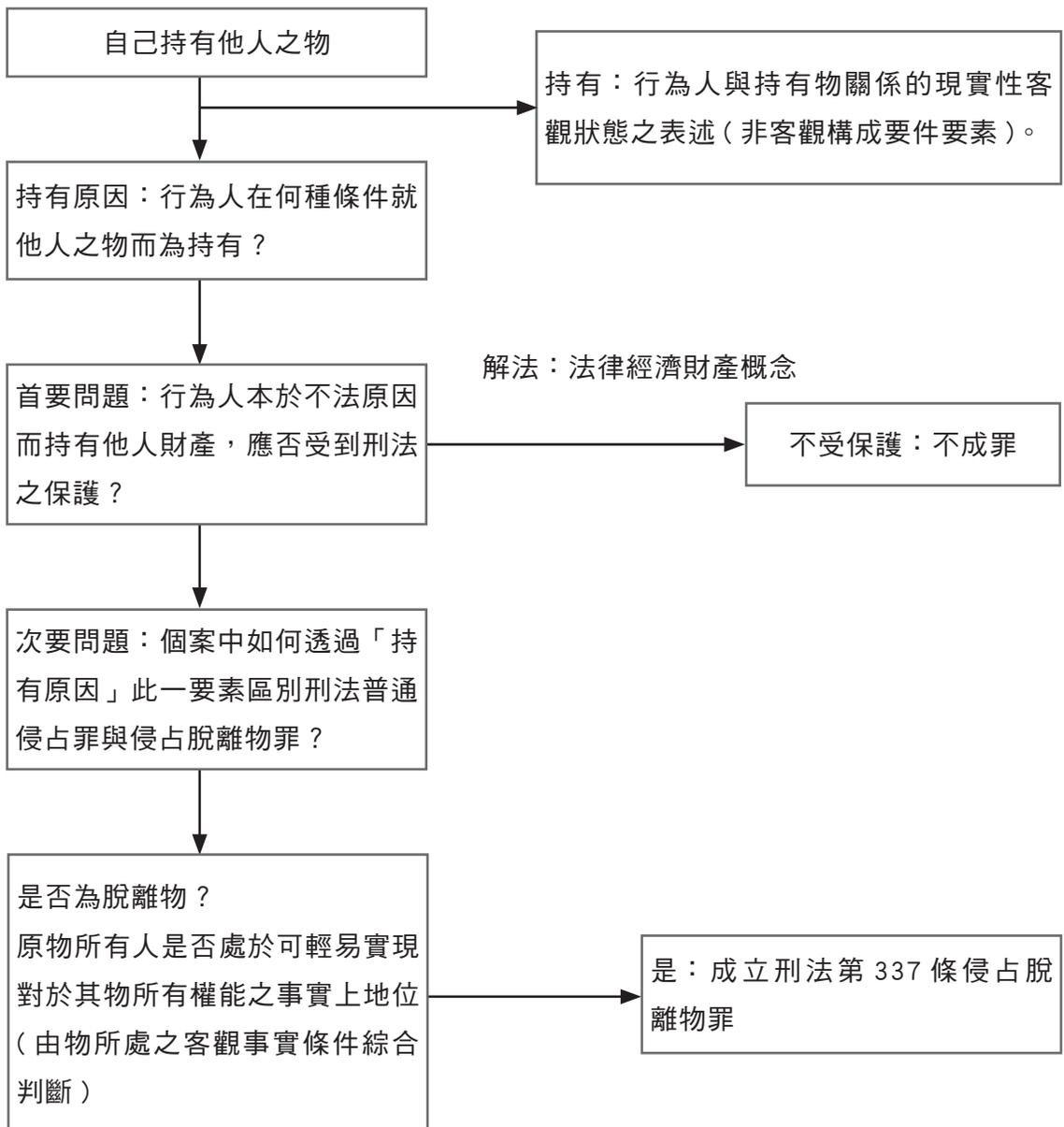
罪之保護法益，認為應採取「狀態說」之觀點而言，**「持有原因」**係指行為人**「在如何條件下之持有」**，此已不同於通說實務對於「持有原因」之解釋，通說實務認為所謂「持有原因」之意義，即應係指行為人出於「契約等合法原因關係」之持有，但在本文觀點下即非如此，而**「持有原因」**此一要素之解釋會面對到兩個問題：**首要問題—行為人本於不法原因而持有他人財產時，應否受到刑法之保護**：本文認為，應先依據**法律經濟財產概念**得出行為人本於不法原因而持有他人之物時，該財產仍受到刑法之保護的結論後，即進入到**次要問題—個案中如何透過「持有原因」此一構成要件要素，進一步區別刑法普通侵占罪與侵占脫離物罪**：首先，應判斷該物**是否屬於脫離物**，若是，則可認定該物所處之現實條件下，原物所有人對於其物，本已處於甚難實現其所有權能之事實上地位，行為人後續之侵占行為自不會造成所有人所有權能之事實上地位大幅減損之結果；若係否定的話，則接續就行為人實施侵占行為前與後之比較為所有權能之事實上地位判斷，行為人係已在原物所有人得以輕易實現其所有權能之事實上地位下而持有該物，則該行為人後續所為之行為若不能大幅減損原物所有人對於其物所有權能之事實上地位，當非「侵占行為」（如：行為人僅

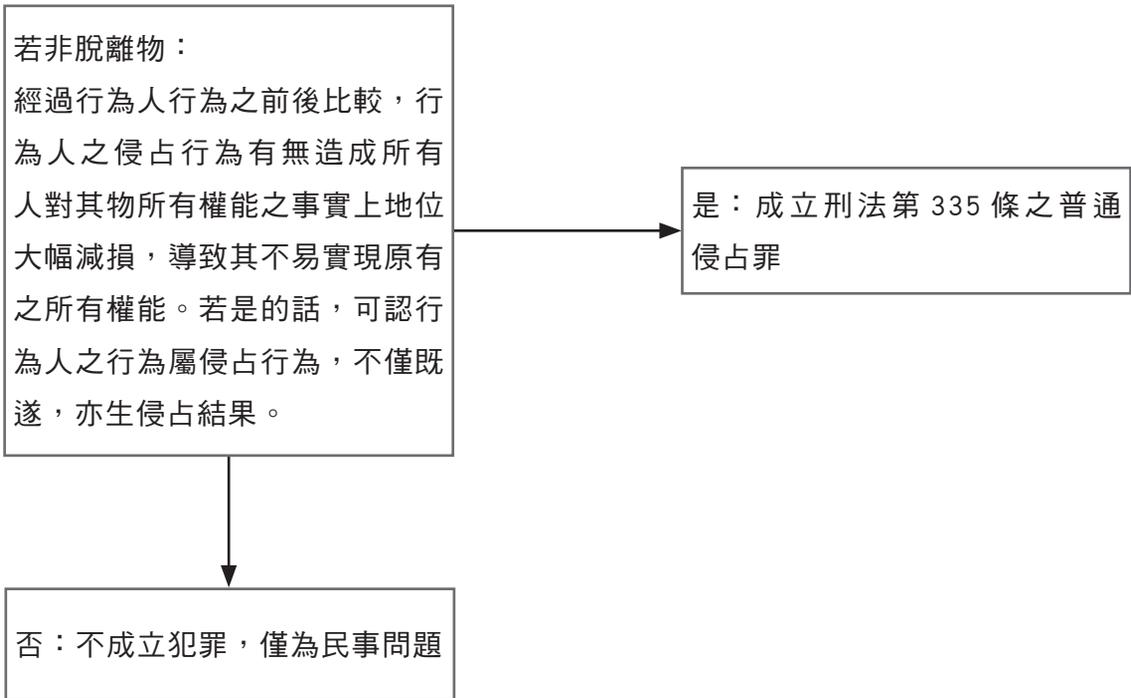
就持有他人之該物與第三人締結買賣契約而已），此時應訴諸民事途徑解決；反之，行為人之行為，若會造成原物所有人其權能事實上地位遭受大幅減損之「侵占結果」，則當成立普通侵占罪。如此解釋，即可看出「持有原因」（行為人在如何的條件下持有他人之物）此一構成要件要素與本罪保護法益（所有人對於其物所有權能之事實上地位）之客觀面向之連結關係，簡言之，本文認為，在探討行為人持有他人之物之持有原因時，就是在探討行為人是如何之條件下持有他人之物，而所謂如何的條件就是指，行為人持有他人之物時，該物所處之**現實條件狀態**為何？若是脫離物（如：物品遺失在大海中，現實中難以尋得），所有人對於其物所有權能之事實上地位本就不穩固，所有人無法輕易實現其所有權能，則自應往侵占脫離物罪方向思考，但若非脫離物，若所有人仍對其物所有權能之事實上地位擁有穩固之關係，則要進一步思考行為人後續之行為，是否要做到占為所有之程度，而可認為係侵占行為，若非如此，即不得謂之侵占行為，則客觀構成要件行為不該當，普通侵占罪亦不成立，被害人只能循民事途徑救濟解決；反之，若行為人之占為所有行為，已大幅減損所有人對於其物所有權能之事實上地位，從而造成侵占結果之發生（結果不法），則



其行為自可該當普通侵占罪中之「侵占行為」（行為不法），此時，行為人之行為業已具備結果不法性與行為不法性，已具有完整之刑事不法性，在行為人別無其他阻卻罪責事由下，應當成立普通侵占罪。

鑑於本文之構成要件解決模式有一定程度之抽象複雜性，本文對於「自己持有他人之物」（單純持有+持有原因）要件之解釋，與以此要件區辨普通侵占罪與侵占脫離物罪之解釋方法、順序，茲以下圖表示：





【圖片來源：本文自製】

最後，若採納本文建議，將不致會對於通說實務之過往見解，造成法律見解適用上的重大轉折，也可避免囿於「持有」此一要素是否係不法或罪責身分等無謂之爭議。且本文見解亦有明確簡潔而可操作之步驟，也不會有欠缺明確性或增加實務複雜之操作負擔。此外，雖可能造成大幅限縮侵占脫離物罪之成立空間，但本文鑑於該罪於立法論上備受質疑之正當性，且參考德國法上也無類似侵占脫離物罪之規定，加上為了避免某些個案之處罰漏洞，此種結果毋寧是本文刻意選擇之立場，特此指明。



參考文獻

一、中文文獻

(一)專書

1. 甘添貴，體系刑法各論（上），三民，2010年，二版。
2. 甘添貴，刑法各論（上），三民，2019年9月，修訂五版。
3. 古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，三民，2020年，修訂二版。
4. 林山田，刑法各罪論（上冊），元照，2005年，五版。
5. 林鈺雄，新刑法總則，元照，2020年9月，八版。
6. 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2012年，四版。
7. 許澤天，刑法分則（上），新學林，2020年7月，二版。
8. 陳子平，刑法各論（上），元照，2019年9月，四版。
9. 蔡墩銘，刑法各論，三民，2006年，修訂五版。
10. 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2020年2月，十五版。
11. 韓忠謨，刑法各論，元照，2000年，增補一版。

(二)期刊論文

1. 王效文，論侵占罪之持有與侵占行為，月旦法學雜誌，2012年，206期。
2. 陳子平，刑法的「持有」概念，月旦法學教室，2010年，93期。
3. 周漾沂，財產犯罪中的持有概念：社會性歸屬的證立與運用，臺灣大學法律論叢，2017年3月，46卷1期。
4. 柯耀程，竊盜罪與侵占罪之界線，月旦法學雜誌，1999年，52期。
5. 許澤天，論侵占罪—德國法之啟發，法令月刊，2007年，58卷5期。
6. 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，2008年，163期。
7. 黃惠婷，侵占罪之侵占行為與客體，興大法學，2007年，2期。
8. 黃惠婷，竊盜罪與侵占脫離物罪之區別，台灣法學雜誌，2009年，122期。
9. 黃士軒，一時使用他人之物與竊盜罪的所有意圖，臺灣大學法學論叢，2016年12月，第45卷第4期。
10. 鄭逸哲，侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件—評台灣高等法院九十二年度上易字第二七〇五號判決，月旦法學雜誌，2004年，112期。

(三)學位論文

吳志強，《經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構》，承法數位文化，2014 年 10 月。

二、日文文獻

(一)專書

1. 小野清一郎，《新訂刑法講義各論》，有斐閣，1949 年。
2. 內藤 謙，「法益概念の形成過程」收錄於《刑法理論の史的展開》，有斐閣，2007 年 10 月。
3. 牧野英一，《刑法各論（下）》，有斐閣，1951 年。
4. 前田雅英，《刑法各論講義》，東京大學出版會，2007 年 1 月，第 4 版。
5. 島田聰一郎等，《事例から刑法を考える》，有斐閣，2009 年。

(二)期刊論文

內田幸隆，「背任罪と横領罪との關係」，《早稻田法学会誌》，2002 年，第 51 卷。

(三)專書論文

1. 伊東研祐，「横領と背任の區別」，收錄於《現代社会と刑法各論》，成文堂，2004 年 3 月 10 日，第 2 版。
2. 香城敏磨，「背任罪の成立要件」，收錄於《刑法基本講座（第 5 卷）- 財産犯論》，1993 年。