



《延伸學習》

◆放火罪著手之認定學說整理

學 說	內 涵
引燃危險說	只要行為人將易燃性之物品，置於隨時可以引燃之狀態，客觀上已具備燒燬行為客體之危險性，即為放火之著手。
媒介燃點說	引火燃點媒介物之行為作為放火之著手。
可能燃燒說	經引火媒介物，足以導致目的物之燃燒，並已實施燃點引火之媒介者，即為放火之行為。
獨立燃燒說	經引火媒介物傳導，使目的物開始獨立燃燒，始可認係放火。



◎ 案例 2-53

難易指數：★★★★

A男因需錢孔急鋌而走險，於白天上班時間，以為B宅無人在家，因此利用防火巷潛入二樓B家陽台欲入內行竊，B女正好前晚輪值夜班隔日白天補休假在臥房睡覺，被陽台異聲吵醒察看，見陌生A遂旋即施展擒拿術，將不及反擊的A制伏，並報警究辦。請附理由說明：

- (一)A的行為是否已達竊盜罪的著手？
 (二)倘若A於入內尋獲金項鍊放入口袋後，始被B發覺並毫無反擊地被制伏，所觸犯的加重竊盜罪與侵入住宅罪之間應如何競合？
 (三)倘若A並非覬覦B之錢財，而係貪圖B女美色，爬入B宅陽台後，同樣被驚醒的B施展擒拿術，將不及反擊的A制伏。A的行為是否已達強制性交罪的著手？

(100政大法研)

■▶ 考點分析

著手之認定。

■▶ 案例擬答

(一)A的行為已否達竊盜罪之著手？檢驗判斷如下：

1. 關於侵入住宅竊盜著手時點之認定，牽涉侵入住宅竊盜罪之法律性質究屬形式結合犯與否的爭議，實務與學理，容有不同見解：

(1)甲說：將侵入（住宅）竊盜罪之性質，解釋為「侵入住宅罪」與

「竊盜罪」之「形式結合犯」者，因為侵入住宅的行為，亦為整體構成要件行為的一部分，一部行為之著手，即為整體犯罪行為之著手，故一旦為侵入住宅之行為，即已該當侵入住宅竊盜罪之著手。

(2)乙說：將侵入住宅竊盜罪之性質，解釋為「加重條件犯」者，則認侵入住宅，僅係竊盜罪之加重條件，是否該當本罪之著手，應視行為已否為竊盜罪之著手實行行為。而單純地侵入住宅，倘未為進一步的搜尋財物或物色財物之行為者，僅能認係竊盜罪的預備行為，不能認已達竊盜罪之著手。

(3)丙說：侵入住宅，固僅為竊盜罪加重處罰之條件，但於侵入竊盜，從客觀之旁觀者的角度，在認知行為人對於違犯侵入住宅竊盜罪過程的想像或其犯罪計畫後，可以確認，侵入住宅乃其實施竊盜行為的必要手段，同時行為人亦已依其犯罪計畫而為侵入行為者，因從經驗可以認知到，其侵入行為已然對於住宅內之他人的財物，形成直接危險者，自可認已著手於竊盜之實行。

(4)小結：依甲、丙說，侵入住宅的行為，可認已達侵入竊盜之著手。但實務見解係採乙說之見解，認為侵入竊盜的性質為「加重條件犯」，但只是單純的侵入住宅的話，尚不足認係竊盜的著手，因為實務認為，竊盜的著手，固不以搜取財物為必要，但必以行為人以行竊之意思，接近財物，進而物色或搜尋財物為必要¹⁴。

2.依題示，甲利用防火巷潛入二樓B家陽台欲入內行竊，雖然還沒有真正進入B宅內，但依實務見解，住宅附屬之陽台，屬於住宅之整體之一部分，與住宅具有密不可分之關係，故侵入他人陽台，即已侵入他人之住宅。惟甲甫潛入B宅之陽台，即被B發現，雖依實務見解，因甲尚未為開始搜尋財物之行為，所以未達著手竊盜之程度。但依本文所採之通說見解（即主客觀混合理論），就甲之犯罪計畫以觀，甲係以侵入B之住宅來達成其行竊目的，則從一般人之觀點言，當甲進入B之住宅時，已對於B家之財物造成直接而立即之危險，應認為已達著手之程度。

¹⁴ 併參如84台上4341判決：「侵入竊盜究以何時為著手起算時點，依一般社會觀念，咸認為人以竊盜為目的，而侵入他人住宅，搜尋財物時，即應認與竊盜之著手行為相當。」

(二)加重竊盜罪與侵入住宅罪之間應如何競合？

1. 甲說：侵入（住宅）竊盜（刑 § 321 I ①）係普通竊盜罪（刑 § 320 I）與侵入住宅罪（刑 § 306 I）之結合罪。而結合罪與基本罪（竊盜）與相結合罪（侵入住宅）之間，係法條競合之特別關係，三者競合，僅能論以特別規定之侵入竊盜罪。
2. 乙說：侵入住宅罪僅係普通竊盜罪之加重處罰的條件之一，侵入住宅為竊盜的方法行為，竊盜為侵入住宅之目的，二者具有牽連關係，94年刑法修正前，實務上率皆依修正前之刑法第55條後段之牽連犯規定，從重論以侵入住宅竊盜罪。但現行刑法已刪除牽連犯之規定，因此如何處理二者之競合關係，尚有疑義。有認為係想像競合者，亦有認為應係實質競合者。
3. 本文見解：各別犯罪間之競合關係的判斷，首先檢視各別犯罪構成要件間的結構關係以及法益侵害有無同一性，如果二個犯罪構成要件之內含，存在有邏輯上的必然包括關係、相互補充關係，或通常的伴隨關係，且具法益侵害之同一性者，即形成法條競合關係；其後，再依特別規定優先於普通規定、主要規定優先於補充規定、吸收規定優先被吸收規定等法條適用原則，決定適用何一法條，而排斥其他法條。就侵入（住宅）竊盜罪與侵入住宅罪以及普通竊盜罪之構成要件結構關係而言，凡實現侵入竊盜罪之構成要件者，在邏輯上，也會必然地包括實現侵入住宅罪以及普通竊盜罪之構成要件，且侵入竊盜相對於侵入住宅以及普通竊盜罪，各別具有法益侵害之同一性，故三者應係法條競合之特別關係，侵入竊盜為侵入住宅與普通竊盜之特別規定，三者競合時，依特別規定優先適用於普通規定的法條適用原則，僅能適用侵入竊盜罪，無復再論以其他二罪之餘地。
4. 綜上，倘若A於入內尋獲金項鍊放入口袋後，始被B發覺並毫無反擊地被制伏，所觸犯的加重竊盜罪與侵入住宅罪之間應係法條競合，前者為後者之特別規定，僅能論以加重竊盜罪。

(三)A的行為是否達強制性交罪的著手？

1. 甲說：從「形式客觀著手理論¹⁵」或「實質客觀著手理論¹⁶」言，因

¹⁵ 持形式客觀理論者認為，基於罪刑法定主義之要求，犯罪之著手與否，自亦須視構成要件行

為A所為於外部的行止，僅止於侵入B宅之陽台，不能認已開始實行強制性交行為之一部分行為，同時也不能認已然密切接近強制性交行為之實行，客觀上亦尚難認為已對於B女之性自主造成直接之危險，故尚不能認為已達強制性交之著手實行。

2. 乙說：從「主觀著手理論¹⁷」之立場而言，A貪圖B女美色，爬入B宅陽台的舉止，已然將其主觀上的犯罪意思，顯露出來，同時亦已將其犯罪計畫付諸外部的行動，故可認係已開實行對B強制性交之行為。
3. 丙說：從「主觀與客觀混合之著手理論¹⁸」而言，吾人以客觀之旁觀者的角度，在認知行為人A擬對於B為強制性交之想像或其犯罪計畫後，可以瞭解到，侵入B宅，乃是A欲實行對於B強制性交的必要手段，而且依吾人的經驗認知，當A依其犯罪計畫而進行侵入B宅的行為後，B個人的性自主，已然處於隨時可能遭受A之侵害的情況下，易言之，當A本諸侵害B性自主的意思而侵入B宅後，即已對B之性自主法益形成直接的危險者，即可認已著手於強制性交罪之實行。
4. 結論：若採形式或實質的客觀著手理論，將有對性自主保護不足之虞，而採主觀者手理論，又可能將著手時點，過於前置，故本文認為，強制性交罪著手之判斷，應採主觀與客觀混合之著手理論判斷，較為妥當。據此，本題，A貪圖B女美色，爬入B宅陽台後，即已該當強制性交罪的著手。

為有無以為斷。換言之，形式客觀理論認為，惟有行為人已經開始實行嚴格意義之構成要件該當行為時，始可認為著手實行。

- 16 持實質客觀理論者認為，犯罪之著手，必須是屬「密切接近於構成要件」之行為，或開始實行足以對構成要件所保護之行為客體構成直接危險之行為。
- 17 持主觀理論者認為，行為人已否達著手實行之階段，應就行為人主觀之意思以為斷，若依行為人之犯意及其犯罪計畫，已可認為開始實行者，即可認為著手實行。
- 18 持主觀與客觀混合理論者認為，關於實行之著手的判斷，應該依行為人的想像與對於行為客體的直接侵害出發，當犯罪的意思，已於行為中顯露，而該行為由行為人的整體犯罪計畫觀察，以客觀之旁觀者的角度，在認知行為人對於犯罪過程的想像後，判斷是否已直接導致相關構成要件所保護之客體的危險，如有危險者，即為著手。



《延伸學習》

侵入住宅竊盜，是法研以及國考每年必考的重點，因為此項考點，不僅可以搭配刑總的「著手時點判斷」，以及「中止未遂與障礙未遂」出題，也可以搭配刑分的加重竊盜（刑§321）以及準強盜罪（刑§329）出題，故請同學在備考時特別注意以下要點：

(一)侵入住宅竊盜著手之判斷：行為人基於竊盜的意思，侵入他人住宅（不論白天或晚上），但一侵入即被發現的場合，是否該當侵入（住宅）竊盜的著手呢？

1. 將侵入住宅竊盜罪之性質，解釋為「侵入住宅罪」與「竊盜罪」之「形式結合犯」者，因為侵入住宅的行為，亦為整體構成要件行為的一部分，一部行為之著手，即為整體犯罪行為之著手，故一旦為侵入住宅之行為，即已該當本罪之著手。
2. 將侵入住宅竊盜罪之性質，解釋為「加重條件犯」者，則認侵入住宅，僅係竊盜罪之加重條件，是否該當本罪之著手，應視行為已否為竊盜罪之著手實行行為。

實務見解，認為侵入竊盜的性質為「加重條件犯」，但只是單純的侵入住宅的話，尚不足認係竊盜的著手，因為實務認為，竊盜的著手，固不以搜取財物為必要，但必以行為人以行竊之意思，接近財物，進而物色或搜尋財物為必要。

(二)竊盜罪與準強盜罪之競合：依刑法第329條規定，準強盜之成立，至少行為人所為已然該當竊盜未遂，或搶奪未遂為必要。如果，行為人所為，不足以該當竊盜或搶奪罪之著手的話，儘管事後有對被害人當場施加強暴脅迫的行為，亦無由成立準強盜罪。

所以，凡遇到侵入住宅竊盜結合準強盜罪（刑§329）的題型時，必須先肯定，行為人基於行竊意思，所為侵入住宅行為，該當竊盜罪之著手，才可以論斷其後的施加強暴行為，有無可能構成準強盜罪。如果採取實務的見解，既然侵入住宅的行為不該當竊盜罪的著手，縱有施加強暴脅迫的行為，也不可能成立準強盜罪的，前後兩段的行為，應論以數罪併罰。

《概念填填看》

試依學理上之著手理論，判斷下列事實，是否已達竊盜著手之程度。

肯定者，打「○」；否定者，打「×」。

案例事實	主觀說	形式客觀說	實質客觀說	折衷說
1. 甲想侵入乙宅竊盜，但僅想想而已。				
2. 甲想侵入乙宅竊盜，進而準備行竊工具。				
3. 甲想侵入乙宅竊盜，進而至乙宅附近觀察地形及乙家人之作息。				
4. 甲想侵入乙宅竊盜，嗣觀察地形及乙家人之作息後，在乙宅門鈴上貼上標籤。				
5. 甲想侵入乙宅竊盜，甲用萬能鑰匙打開乙宅大門。				
6. 甲想侵入乙宅竊盜，甲打開乙宅大門後，即進入乙宅。				
7. 甲想侵入乙宅竊盜，甲進入乙宅後，先以眼睛掃描乙家財物可能所在。				
8. 甲想侵入乙宅竊盜，甲進入乙宅後，在乙宅中翻箱倒櫃，搜索財物。				
9. 甲想侵入乙宅竊盜，甲進入乙宅搜索後，發現財物。				
10. 甲想侵入乙宅竊盜，甲進入乙宅發現財物後，伸手觸及財物。				



案例 2-54

難易指數：★★★★

甲有多次行竊經驗，但都運氣不佳，終至被捕。某日，甲見路邊豪華轎車，料有貴重物品，擦拭車窗，正擬行竊，卻遭車主發現追趕，甲腳程快，得以逃脫。再有一日，甲於白晝侵入住家搜尋財物，豈料竟是家徒四壁，一無可取。復再有一日，甲於夜間侵入公寓，得金項鍊兩條，放入口袋，正擬離去，遭屋主逮捕，問甲成立何罪？

(90 司法官)