

2. 基此，甲主觀對於「現有人所在」無認識，欠缺故意，不該當主觀構成要件。

(二) 甲點火行為，不構成刑法第173條第2項失火罪：失火定義係指行為人對於「所有的不法事實」具有預見可能性，亦即行為人甲對於荒廢倉庫有人在內（「現有人所在」）一事，若不具預見可能性，即不成立失火罪<sup>49</sup>。

(三) 甲點火行為，構成刑法第174條第1項對現未有人所在建築物放火既遂罪。

1. 「現未有人所在建築物」：客觀上係因乙確實身處倉庫，甲放火行為客觀不該當本款構成要件，不成立本條既遂犯。將造成評價上的矛盾：行為人客觀上實現不法事實（有人在內），竟因主觀上無認識即不成立既遂犯，追根究柢，係因法條採取「排他互斥構成要件的设计」。

2. 解決途徑：

(1) 實務：所知所犯原則，本案所犯重於所知，**從其所知**，甲構成刑法第174條第1項對現未有人所在建築物放火既遂罪。

(2) 學說：建構「規範上的包含關係」

第173條第1項與刑法第174條第1項，二者於「放火、燒燬、他人所有之建築物（無論有人在內）」要件上，具備「規範上的包含關係」，而建構放火罪的不法，只要當時有人在內，將提升放火行為的不法內涵（危險性），第173條第1項即屬於加重構成要件<sup>50</sup>。基此，甲僅於「輕罪」範圍內，成立刑法第174條第1項既遂罪。

(四) 甲點火行為，不構成刑法第276條過失致死罪：甲對於乙在建築物內一事並無預見可能性。

(五) 甲點火行為，構成刑法第353條毀損建築物罪及第354條毀損罪，最後於競合層次與放火罪處理，僅成立法條競合，甲構成刑法第174條第1項放火罪。

49 蔡聖偉，謀財之悼—關於互斥要素前提事實的錯誤，台灣法學雜誌，298期，2016年6月，頁89。

50 蔡聖偉，謀財之悼—關於互斥要素前提事實的錯誤，台灣法學雜誌，298期，2016年6月，頁91。