

## 刑法判解

## 論著手理論與竊盜罪之著手標準

### 最高法院99年度台上字第1030號判決

#### 【事實摘要】

本案上訴人即行為人甲，有數次竊盜及毒品前科，於假釋期間攜帶長約50公分之破壞剪一支，將乙宅一樓浴室水泥窗外鐵框破壞後，卸下窗戶侵入乙宅，欲竊取財物。然甲逐一檢視屋內財物後，尚未發現值錢之財物，加上察覺有人發現而欲離去。甲正欲離開現場時，為前來執行巡邏勤務之警員丙發現。警員丙見甲正要騎上機車逃離，遂一躍而起將甲撲倒制服於地。惟於丙正準備以手銬銬住甲雙手之際，甲趁機抓起身旁地上之水泥塊，揮擊砸中丙之前額數次，致丙當場昏迷並受有頭部外傷與腦震盪等傷害。

#### 【裁判要旨】

本案第一審法院依據上開事實，判決甲成立準強盜未遂罪（刑法第329條、第328條第4項），並於主文指出有刑法第321條第1項第2款（毀越安全設備）、第3款（攜帶凶器）之情形。第二審與第三審法院則均駁回甲之上訴，本案因而確定。

本案行為人甲於上訴最高法院時，其上訴理由曾指出：「原判決認定上訴人以竊盜之目的侵入住宅，進入後滯留數分鐘並以眼搜尋財物，已著手於竊盜行為之實行。惟所謂著手係指犯人對於構成犯罪之事實開始實行而言，單純用眼搜尋觀看，能否謂已達於開始實行程度？原判決未予究明，有適用法則不當之違法。」申言之，甲係欲主張自己尚未達竊盜罪之著手，並不成立刑法第320條第3項之竊盜未遂罪，因此依刑法第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。」之規定，甲既不成立竊盜（未遂）罪，自亦不成立準強盜罪。

對此一爭點，本案最高法院判決認為，甲曾自行證述：「爬窗戶進入行竊，進去之後到處看，在找看看有沒有東西可以偷，結果發現有人，我就趕快跑出去。」等語，認為甲「在其主觀上既以竊盜為目的侵入乙之住處，逐一檢視屋內財物，縱其所欲物色之財物尚未將之移入自己支配管領之下，惟從客觀上已足認其行為係與侵犯他人財物之行為有關，顯然已著手於竊盜行為之實

行」，因此判決原審認定並無違誤。

### 【學說速覽】

上述爭點除涉及刑法上「著手實行」的定義，亦即「著手理論」的問題外，亦與竊盜罪此種侵害財產法益犯罪，是否應有特別之著手認定標準有關。

著手理論的學說很多，主要包括：形式客觀理論、實質客觀理論、主觀理論、折衷理論等。其意義簡介如下：<sup>28</sup>

一、形式客觀理論：以構成要件為準，行為人開始做了構成要件描述的行為，即為著手。

二、實質客觀理論：又可分為兩說

(一)行為人開始實行客觀上和構成要件有「必要關聯性」的舉動，此時即為著手。

(二)行為人的行為一旦造成法益的「直接危險」，即為著手。

三、主觀理論：依行為人之主觀犯意和犯罪計畫，認為某個行為一做下去就會實現構成要件，此時即為著手。

四、主觀與客觀混合理論：行為人依其對於行為的認識，開始實行足以實現構成要件的行為，此時即為著手。

目前學界通說係採取主觀與客觀混合理論之觀點，<sup>29</sup>但我國實務見解則大致上是採「客觀說」的看法。例如22年度上字第980號判例：「...所謂著手，必須從客觀方面可以認其實行行為已經開始者而言...。」、30年度上字第684號判例：「刑法第25條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言...。」均屬之。本案最高法院所謂「惟從客觀上已足認其行為係與侵犯他人財物之行為有關，顯然已著手於竊盜行為之實行」的說法，顯然亦為客觀理論之產物，而且是偏向實質客觀說的見解。惟我國實務在個案中究竟是採取形式客觀說或實質客觀說，來認定「已開始實行構成犯罪要件之行為」？目前尚未有統一之見解。

此外，不論是採取上述哪一種理論來認定著手，在個案上仍然經常會發生困難。以竊盜行為之著手而言，歷來多數最高法院判決係以「開始搜尋財物」

<sup>28</sup> 以下學說見解參考林山田，《刑法通論上冊》，2006年增訂9版，頁446-453；蔡墩銘，《刑法總論》，2007年修訂7版，頁232-234；黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年3版，頁513-518。

<sup>29</sup> 對通說見解的進一步分析，請參見黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年3版，頁517以下。

為標準，例如85年度台非字第116號判決即曾指出：「竊盜行為之著手，係以已否開始財物之搜尋為要件」。<sup>30</sup>然而，本案最高法院判決卻是認為，行為人甲既已「以竊盜為目的侵入乙之住處，逐一檢視屋內財物」，即屬著手於竊盜。換言之，最高法院在本案中，是將所謂「搜尋財物」的範圍，擴張到僅有「檢視」、而無「翻找」的情況，亦認為屬於「已開始搜尋財物」。

惟「檢視財物」的行為，畢竟較開始「翻找」財物行為，距離法益侵害時點更為遙遠；而即使是行為人已經翻箱倒櫃，也有學者認為，尚不可能造成財產法益之侵害，至多僅屬於不罰的預備竊盜行為。<sup>31</sup>由此可見，在實務界可以更具體說理指出：為何應以「開始財物之搜尋」作為竊盜罪著手之要件前，此項爭議仍將繼續存在。

### 【考題分析】

甲意圖行竊，持萬能鑰匙開門進入乙屋內，搜尋5分鐘，未發現有什麼值得偷的貴重物品。雖然桌上有一台電腦，卻機型老舊而嫌笨重，甲於是決定放棄偷竊乙家。甲轉而進入丙家，在丙屋內桌上看到一張某百貨公司週年慶致贈的名牌折疊式腳踏車兌換券，於是拿走兌換券即行離去，並前往百貨公司欲兌換腳踏車。不料甲未注意到，兌換券細字註明有兌換期限，並且該兌換券事實上已經過期失效，甲大失所望。請就侵害財產法益的範圍檢討，某甲刑事責任如何？

(97律師④)

### ◎答題關鍵

本題主要爭點有三：

- 一、甲在乙家中搜尋財物5分鐘，卻終未動手竊物之行為，是否已構成竊盜罪之著手？此處宜說明上述學說與實務見解之不同。
- 二、甲放棄竊取乙家中老舊電腦的行為，是否應成立中止犯？此涉及中止犯之基本概念，及甲放棄犯行之動機，是否影響中止犯成立問題。
- 三、甲在丙家竊取已過期的兌換券，是否仍侵害財產法益？此處可由財產法益本身的保護意旨出發，分別討論「已過期的兌換券本身」及「其原可兌換之財物（腳踏車）」分別是否為法律保護之利益；此外亦應處理甲之行為是否

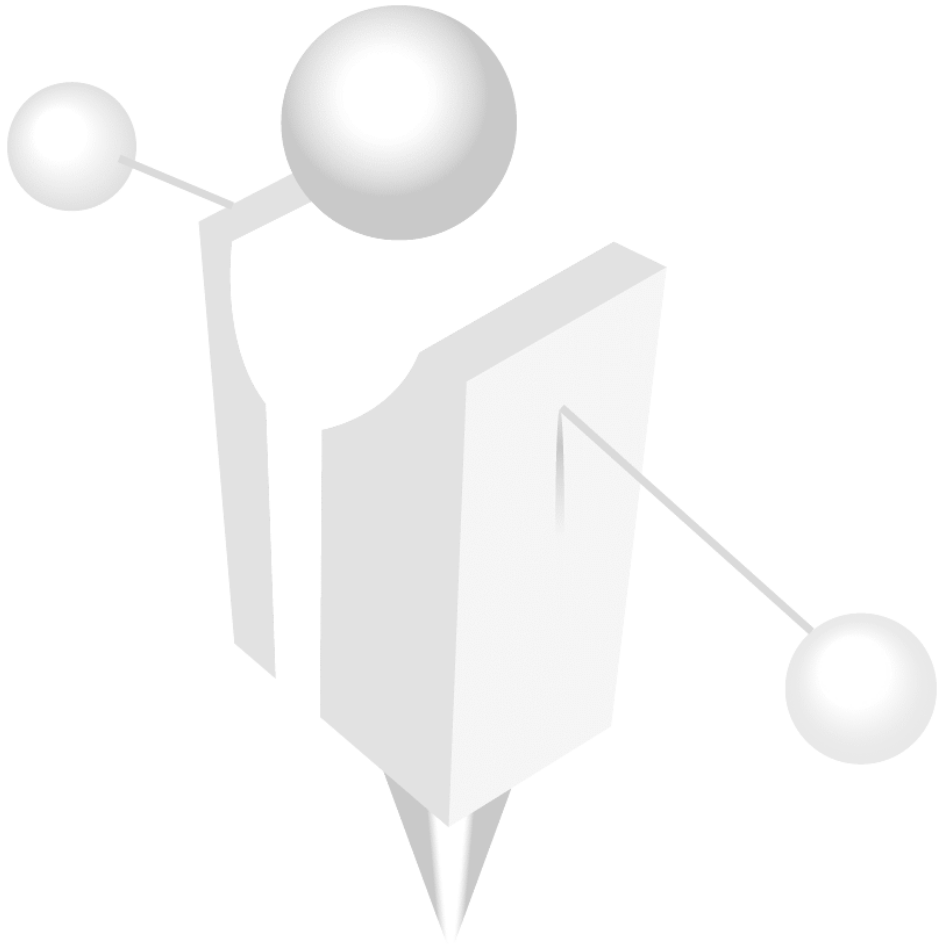
<sup>30</sup> 相同意旨之判決，尚有84年度台上字第4341號判決、87年度台非字第354號判決、94年度台上字第6989號判決、97年度台上字第77號判決等。

<sup>31</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年3版，頁522-526。

可能成立不能未遂之問題。

【參考文獻】

1. 林山田，《刑法通論上冊》，2006年增訂9版，頁446-453。
2. 蔡墩銘，《刑法總論》，2007年修訂7版，頁232-234。
3. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年3版，頁513-526。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！