

名師啟試錄 ①

著手與竊盜

編目：刑法

主筆人：許台大

主筆人：許台大 台大法研所刑法組&律師資格

注重解題方法，輔以大量題目演練；簡化冷門學說爭議，加強補充實務見解；補充曾出過國家考試之學者的最新文章重點；講義使用眾多圖像，學習更有效率。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

壹、前言

2016年3月，彰化縣王姓男子手持菜刀潛入洪姓男子家中欲竊取藝術品，在持菜刀欲破壞鋁門鎖頭時，被員警發現並逮捕。後以刑法第321條第2項以及第1項第2款第3款之攜帶凶器，毀壞安全設備之加重竊盜未遂罪起訴。但彰化地方法院以及台中高等法院均認為王姓嫌犯的行為是刑法不罰的預備竊盜行為，因此本案無罪定讞¹。

貳、著手時點的認定及理論之爭

本案之最大爭點在於被告所為的行為，是否已經進入了著手的階段？抑或是仍處於預備階段？此差異將會影響是否成立竊盜的未遂，還是只是刑法不處罰的竊盜預備犯。學說上關於著手的理論，主要分為下列四種²：

一、形式客觀理論

以構成要件為判斷基準，行為人開始實施犯罪構成要件該當的行為，此時即為著手。學說上一般認為，形式客觀理論的著手標準過於僵化，以至於疏漏了（處罰過晚）具備可罰性的行為。特別是在德國，刑法對於未遂犯的著手概念以立法文字作規定之後，形式客觀理論已經完全喪失其依據。

此說的另一個問題在於，形式客觀理論的處罰範圍是否造成預防上

¹《竊盜行竊未成 無罪確定》，

自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1044574>

²黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2012年版，頁517以下。

的疏漏，決定於一個基本的概念理解，亦即何謂「犯罪構成要件該當的行為」？如果對於犯罪構成要件的行為做狹義的理解，亦即只有所謂親自實施犯罪構成要件的行為才是犯罪構成要件的行為，那麼造成刑罰疏漏是必然的結果。

二、實質客觀理論

行為人實施某一行為，此一行為和犯罪構成要件當行為有必然的從屬關連，因此在自然理解下可以當作是犯罪構成要件的一部分，那麼行為人已經著手。例如：準備入侵住宅的小偷為了避免發出聲響而在窗戶玻璃上塗抹肥皂，此即為竊盜罪著手。

此說的批評在於，所謂的「必然的從屬關連」或「在自然理解下可以當作是犯罪構成要件行為的一部分」，至少在敘述方式上欠缺足夠清楚的實證意義，因此其著手的認定難免流於恣意。有另一種說法的實質客觀理論則是用對於行為客體的「直接危險」作為著手的標準，不過這標準究竟為何？依然欠缺一個明確的標準。

三、主觀理論

依行為人的主觀犯意和犯罪計畫，認為某行為一旦為之就會時係構成要件，也就是說行為人所認定開始實施其行為之想像作為著手的標準。也可說「由犯罪故意產生對於危險狀態的危險嘗試」，但此說的極端情形，行為人自己安排出來的遇劫或被砍斷手掌都可能被認為是保險詐欺罪的著手。

對於主觀理論，一般批評認為其過度擴張前置未遂犯之可行罰性的範圍，而延伸到預備犯的階段。除了欠缺理論依據之外，以行為人本身對於其行為的情緒反應作為著手的標準，其標準也欠缺相當的實證可能性。

四、主客觀混合理論

行為人依其對行為的認識，開始實行足以實現構成要件的行為，此時即為著手。德國刑法對於未遂犯的規定是，按照行為人對於犯罪行為的想像，直接著手使犯罪構成要件實現者為未遂犯，此說法也被學說和實務認為大致上採取的也是主客觀混合理論。

但是在此理論之下說法還是有所不同，有的說是以行為人主觀上所認知的背景來觀察，行為人已經實施和構成犯罪之行為有必然從屬關連的行為；另有一說則是以行為人主觀上的行為計畫來觀察，行為人的行為已經直接對於所要保護的法益造成危險，即為著手。

這說融合的主觀理論，並非「由犯罪故意產生對於危險狀態的點火嘗試」，而是在強調關於客觀行動是否已經達到著手的階段，必須以

「行為人主觀上對犯罪事實的想像」作為背景來判斷。而此說所融合的客觀理論，也是以行為人已經實施和構成犯罪之行為有必然從屬關連的行為作為著手的標準，或是以行為人主觀上的實質危險作為著手的標準^{註3}。

我國實務見解對此大致上採「形式客觀理論」的說法，以22年度上字第980號判例為例：「…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。但在近年似乎漸形改變見解^{註4}，最高法院82年第4次刑事庭會議針對竊盜罪之著手時點，認為於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物時，即可認為竊盜行為之著手。學者甘添貴認為此說法已經和主客觀混合理論趨於吻合。^{註5}

5

【例題】

A男因需錢而挺而走險，於白天上班時間以為B宅無人在家，因此利用防火巷二樓潛入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而在臥房睡覺，被陽台異音吵醒查看，看到陌生人A隨即施展擒拿術，將不及反擊的A制伏，並報警查辦。請問A的行為是否已經達到竊盜罪的著手？（100年政大法研）

→如從實務界通說的「客觀說」論之，則A主觀上以竊盜之意思潛入B之住宅，但是在尚未開始竊盜就被B反制，因此尚未開始實施構成要件之行為，認定為未著手。

→如從學界通說的「主客觀混合理論」，行為人依其對行為的認識，開始實施對足以實現構成要件的行為，此時即為著手。就A主觀的犯罪計畫，潛入B之住宅是包含於內的，因此就算還沒有開始實施竊盜罪的構成要件行為，A之前入動作從客觀第三人角度上已經達到足以完成構成要件的密接行為，因此應認定已著手。^{註6}

^{註3}同註2，頁489。

^{註4}甘添貴，〈違法性認識與正當理由〉，《月旦法學雜誌》，第1期，1995年3月，頁64-65。

^{註5}同註4，頁64。

^{註6}此處亦會有侵入住宅以及竊盜的「形式結合犯」以及「加重犯」的理論之爭，採取前說者，會認為侵入住宅的行為是整體構成要件的一部分，因此一部行為之著手，即為整體行為的著手。估一旦為侵入住宅之行為，即以該當侵入住宅的竊盜罪著手。

參、德國學界的修正

對目前學界通說的主客觀混合理論，學者許恆達對此提出疑問，認為如果只採單一標準，只要行為人預計實施行為與法益損害間，還有其他中介影響因子存在，即使行為已完成所有預期行為，仍無法輕易肯定成立未遂犯。理由在於，如果只設想到「行為人尚未完成預想犯罪計畫」的案例，但卻未注意到可能出現「已完成預期犯行，但仍有中介因子」的隔離犯與間接正犯，而造成判斷上的困擾。為解決此問題，下列引用德國目前較為主流的見解。^{註7}

現代德國主流學說，逐漸發展出類型化的著手標準，類似想法可稱為區分說，不過，區分說僅設法「調整」通說見解而已，並無徹底與通說分道揚鑣的企圖。區分說主要分為兩個群組已判定著手：「未了未遂型」與「既了未遂與間接正犯型」。未了未遂指行為人尚未完成所有計畫犯行，就停止接續實施；既了未遂則指行為人已經完成所有的計畫犯行，完成後靜待損害因果流程發展與結果出現。未遂犯行應該被歸類在何種類型，原則上取決於行為人主觀犯罪計畫，如果依據行為人計畫，還有若干後續行動，才能順利侵害法益，就屬於未了未遂類型；相反地，倘若行為人犯罪計畫中，已經沒有其他進一步行動，就可以計入既了未遂類型，兩種類型均有個別的著手標準。

一、未了未遂型

未了未遂型為人只完成部分犯行，還須實施後續行為，才能損害法益。這類型正是通說為主要處理的對象，但事實上這種類型要分成兩種次類觀察。

《案例一》甲計畫開槍射殺乙，依甲的犯罪計畫要將三發子彈全部打完，但因為緊張以及技術不佳，因此發射兩發子彈均未能命中，在第三發之前即被路人制伏。如果「已實現客觀犯行」達到「主觀犯罪計畫」下的「典型構成要件行為」，基本上可以認定構成未遂犯，縱使有尚未完成的後階段行為，仍然不會影響未遂刑責成立。因此甲雖尚未完成犯罪計畫，但是已經實現了開槍的行為，這就算達到

如採後說者，會認為侵入住宅只是竊盜罪的加重要件，是否該當本罪的著手應視行為是偶為竊盜罪的著手實行行為。單純的侵入住宅，如果沒有進一步的搜刮財物的行為，則只能認為是預備，而不能認為已達竊盜罪之著手。

^{註7}許恆達，〈重新檢視未遂犯的可罰基礎於著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心〉，《台大法學論叢》，第40卷第4期，2011年。

「典型構成要件」。

《案例二》甲計畫竊取乙家，某日在破窗進入後正在搜尋財物時就被保全制服。倘若實現的客觀犯行還不屬於「典型構成要件行為」，應該透過是否已經實現全部構成要件來認定未遂犯著手時點，並區別未遂與預備階段。未遂犯事實上尚未實現全部構成要件，實現部分構成要件是一個理所當然的未遂犯定義。因此，著手時點取決於行為人客觀犯行與主觀犯罪計畫的關係，即使客觀犯行還沒進入構成要件行為階段，但只要「已實現客觀行動」與「預期接續實現的構成要件行為」間，沒有其他有意義的中間行為。而行為人也侵入法益的保護領域，或是從另一方面來說，行為人的侵害效果已接近被害人的保護領域，已實現行為和構成要件行為有必要關聯性且屬於不可或缺的一部分，即已進入著手階段。

二、既了未遂與間接正犯型

行為人完成預定犯罪行動後，不會立即損害法益，還需要其他時空、社會條件配合。

《案例三》依照計畫甲只需要親自實施「在被害人乙的晚餐中下毒」與「在被害人丙要注射的點滴中，加入致死足量毒劑後，在交付予不知情的護士」。

完成上述行為後被害人不會馬上死亡，因此要在什麼時間認定著手產生了諸多學理爭議。著手時點必須考量行為人主觀計畫予以實現的客觀犯行，並從第三人角度判定其關聯性。

(一)如果行為人還沒完全實現主觀計畫（未了未遂型），則可成立未遂犯的情況有兩種：1.行為人已經實施構成要件行為，或 2.雖未實施構成要件行為，不過行為人已經侵入被害法益的保護領域，而且也與預期實施的構成要件行為間，沒有任何意義的中間階段時，也可以認定達到著手階段。

(二)行為人已經完全實現主觀計畫，但無法立即侵害法益的情況（既了未遂與間接正犯型），學說上有諸多爭議，但目前學理發展方向，逐漸靠向修正的個別解決理論，當行為人完成犯行，且犯行對法益的危害效果脫離行為人可支配範圍時，即可認定著手。

肆、本案法院見解

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

本案台中高等法院 105 年度上易字 894 號判決當中謂：「…被告尚未侵入被害人之屋內，即遭警員查獲，且仍無積極證據足證被告確有動手物色、搜尋財物或其他與竊盜行為有關之密接行為，被告之行為自不足認定已著手於客觀上可認為竊盜行為之實行（同旨參照最高法院 48 年台上字第 1367 號判例、72 年度台非字第 107 號判決意旨）。是原審認定被告雖有竊盜犯意，也有攜帶兇器、毀壞安全設備等行為，但因其尚未著手於竊盜行為，自不能以攜帶兇器、毀壞安全設備竊盜未遂罪相繩。」

由此可知，台中高等法院所採取之立場認為若沒有與竊盜有關的密接行為，則客觀上無從認定為竊盜行為之實行。而本案法院對著手的認定如下：

「惟刑法上所謂之『著手』，係指犯人對於構成要件之事實開始實行而言，如僅著手於該項加重條件之行為，而未著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，亦即尚未為接近財物並進而物色財物之行為，縱其目的係在行竊，仍難論以加重竊盜未遂罪。本件被告僅持客觀上足為兇器之菜刀，於撬開被害人住處之鐵捲門開關並開啟鐵捲門，在尚未打開落地玻璃門之際，即在門外遭警員查獲，縱認被告對被害人住處財物所在位置知之甚詳，進入屋內後不需要再搜尋財物即可遂行竊盜，然被告既尚未侵入被害人之住處內，接近被害人之財物或搜取被害人財物，在客觀上尚難認為已依其竊盜犯意直接啟動與該當竊盜罪構成要件行為直接密切之行為，而對於被害人之財物支配力有直接侵害或現實危險性。則被告之行為自不足認定已著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，自難謂係竊盜未遂。至於被告之行為原係竊盜之預備行為，惟刑法對於預備竊盜並無處罰明文，亦難令負何罪責，是檢察官認被告已達著手竊盜行為之實行程度，應成立加重竊盜未遂罪，容有誤會。綜上，檢察官據上情詞，提起上訴，指摘原判決不當，請求撤銷改判，核無理由，應予駁回。」

本案法官所採取的見解為「形式客觀說」，在還沒開始實行構成要件之事實，也就是只有實行加重要件而沒有實施客觀上可以認為是竊盜的行為，那就不能認定為著手，而僅係預備，但又因竊盜罪不處罰預備，因此認定為無罪而駁回檢察官上訴理由，全案定讞。

伍、案例解析

就本案之情形，彰化縣王姓男子欲潛入洪姓男子家中行竊未果，在尚未

開始實施構成要件之行為前就被逮捕。如從學者許恆達所揭示之判斷基準來看，本案應為未了未遂的情形，未了未遂可成立未遂犯的情況為行為人已經實施構成要件行為或是雖然尚未實施構成要件行為但是已經侵入被害法益的保護領域，而且也與預期實施構成要件行為間沒有任何有意義的中間階段時，就可以認定達到著手階段。

王姓男子持刀欲撬開被害人家中的鐵捲門開關鐵盒，並進入其家中，但在打開玻璃門之前就被逮捕。在此階段雖尚未實施竊盜罪構成要件的行為，但是已經侵入了被害法益的保護領域，也就是已經打開鐵捲門進入被告家中，只差打開玻璃門就能夠竊盜成功，且就本案情形，加害人王姓男子跟被害人熟識，也清楚理解所欲竊取之藝術品所在地，就主觀犯罪計畫，本就無需有所謂搜刮財物之行為，以此也就無從利用搜刮財物為判斷是否著手的基準。就許恆達教授的判斷基準來看，在這階段已經和預期實行之構成要件行為間沒有任何有意義的中間行為，那麼，王姓男子持刀闖入被害人家中的行為，應可認定已經為竊盜之著手，且符合刑法第321條第1項第1款、第3款之加重竊盜事由，應成立加重竊盜未遂，而非本案法院所認定的預備階段。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！