擬答

【第一題】

爭點分析

(一)本題考點涉及未遂犯之審查流程，考生須判斷何時為著手時點，將實務及學說所爭議之部分明確點出，清楚分辨客觀未遂理論以及主客觀混合理論與應用。再者，對於中止犯之檢驗須注意，由於中止事由係屬個人解除刑罰事由，於書寫層次上應將其置於三階審查之後。此外，對於放火罪與毀損罪之競合也別遺漏，不過由於此點不甚重要，稍做帶過即可。

(二)針對丙之責任，丙可主張何種阻卻違法事由，並審查該事由之要件，決定最終之責任。

擬答

(一)1. 乙第一次放火之行為，可能成立刑法第174條第4項之放火未遂罪。

(1) 構成要件：

①主觀上乙具有引發火災之認知及意欲，客觀上乙因緊張而未能成功引發火勢，無法滿足放火之行為，其是否已達著手之程度，仍有待檢驗。

②針對未遂犯之處罰，實務認為在客觀未遂理論之架構下，行為人須已開始實行客觀上可認為與構成要件具有關聯之行為，或足以對保護客體形成直接危險之行為，始達著手階段；然而，學說則是基於主客觀混合理論，認為對於未遂犯之處罰應以該未遂行為所顯示出的法敵對意思，足以震驚社會大眾對於法律的信賴，進而破壞法的安定性與秩序。因

此，印象理論認為應以行為人之主觀想像或計畫為基礎，輔以客觀事實判斷，若行為人所為之行為已對保護客體構成直接危險，始為著手。

③是以，按學說見解，依犯罪人之計畫，若其主觀上認為該行為為係屬構成要件緊密行為，則已達著手。故乙將汽油潑灑於牆上，並有點火之行為，應可認為已對該廠房構成燒毀之直接危險，已達放火行為之著手階段。由於放火之構成要件尚非該當，僅成立放火未遂。再者，客觀上廠房並非住宅，在經驗上夜間之廠房應無他人在其中，故應肯認其該當刑法第174條之「現未有人所在之他人建築物」。

(2) 乙無阻卻違法及罪責之事由，成立本罪。

(3) 乙擔心被人發現而離去，是否得主張刑法第27條第1項中止未遂之減免，試討論之。

①依乙主觀之計畫，因火勢並未引燃，放火行為尚未達完成階段，應屬未了未遂。再者，乙完全永久捨棄犯行之行為，已合於中止行為之要求。惟乙之中止是否出於己意，通說認為若行為人有受到任何強制而不得已中止之情事，即非屬自願⁶¹，可援引「即使我能，我亦不願」之法蘭克公式輔助判

○
○
⁶¹ 相關實務見解，可參考最高法院98年度台上字第2391號判決：「中止未遂與障礙未遂之區別，在於行為人實行犯罪行為後之中止行為是否出於自由意志，為決定中止未遂與障礙未遂之區分標準，若行為人非因受外界事務之影響而出於自由意志，自動終止犯罪行為或防止其結果之發生，無論其終止係出於真心悔悟、他人勸說或自己感覺恐被發覺、時機尚未成熟，祇須非因外界事務之障礙而使行為人不得不中止者，均為中止未遂；反之，倘係由於外界之障礙事實，行為人受此心理壓力而不得不中止者，即非出於自由意志而中止，則屬障礙未遂。」