


刑法總則 (二)

Criminal Code-general Principles (II)

第十三章 行為階段與未遂犯

授課教師：國立臺灣大學 法律學系 王皇玉 教授

本課程指定教材為：王皇玉編著《刑法總則》，修訂七版(新學林出版，2021)

【本課程由王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品請另行向權利人取得授權。】

第十三章 行為階段與未遂犯

壹、故意犯之行為階段

一、基本概念

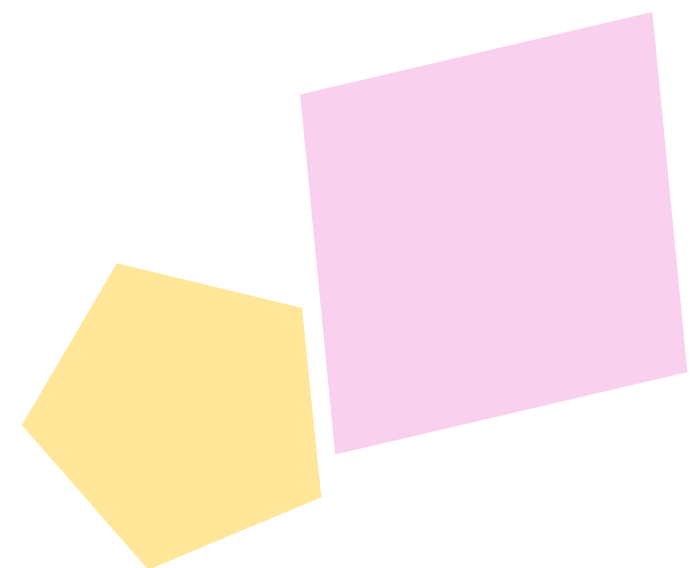
二、各種犯罪階段

貳、未遂犯

一、基本概念

二、未遂犯處罰的理論基礎

三、未遂犯之成立要件



第十三章 行為階段與未遂犯

參、不能犯(不能未遂)

- 一、立法沿革與學說爭議
- 二、不能犯認定標準之釐清
- 三、不能犯之認定標準
- 四、不能犯與障礙未遂之區別

第十三章 行為階段與未遂犯

肆、中止犯(中止未遂)

一、中止犯之基本概念

二、中止犯減免刑罰之理由

三、中止犯之成立要件

四、共同正犯或共犯(教唆犯與幫助犯)
之中止

五、預備犯可否成立中止犯？

故意犯之行為階段

- 決意 → 陰謀 → 預備 → 著手實行 → 完成行為 → 發生結果 → 行為終了
- **並非所有犯罪行為均必須經過前面所有階段：**
 1. 陰謀：共同正犯達成共同犯意的過程，一個人獨立犯罪之單獨正犯，只能經歷「決意」，不經歷「陰謀」。
 2. 預備：乃為實現犯罪所為之各種準備活動，但犯罪行為有時省略預備階段，逕行開始實行犯罪構成要件。

故意犯之行為階段(續)

3. **發生結果**：通常在結果犯的既遂犯中，才會出現，如屬舉動犯(例如肇事逃逸罪)或未遂犯，通常不會經歷「發生結果」階段。
4. **行為終了**：繼續犯才有的特殊情形，因為繼續犯中，犯罪既遂後，行為仍處於繼續中，必待行為終了時，犯罪行為才結束。

決意

1. 行為人出於各種動機而萌生之犯罪意思。
2. 思想不處罰：
思想本身，並沒有帶來社會損害性之結果，且對於法益之侵害甚為遙遠。

決意 (續)

3. 犯罪意思，僅存在於行為人主觀的思想層次，只要沒有將意思行諸於外在行動，單純的思想，乃刑法所不得處罰者。
4. 即使一個人內在居心不良，存著害人或邪惡的犯罪念頭，只要還沒有行諸於外在行為，均屬刑法所不處罰者。

陰謀

1. 二人以上互為意思表示，共同協議計謀實施犯罪，如果僅有一人表示犯意，他人並未附和而參與謀議計畫，即無陰謀可言。
2. 必須二人互為意思表示，故乃**共同正犯形成共同犯意之過程**。數人須達成一致協議，倘未達成協議，不成立陰謀。
3. 陰謀本質係一種內心思想，僅達成協議，尚未達著手程度，均無處罰之正當性。

陰謀 (續)

4. 陰謀犯原則上不處罰。只有針對重大犯罪 (涉及國家法益犯罪) 才例外處罰。

例如：

陰謀暴動內亂罪 (§101II)、陰謀通謀開戰罪 (§103III)、陰謀械抗民國罪 (§105III)、陰謀助敵罪 (§106III)、陰謀加重助敵罪 (§107III)、陰謀洩漏或交付國防秘密罪 (§109IV)、刺探或收集國防秘密罪助敵罪 (§111III)。

陰謀 (續)

5. 謀議者果真進一步著手於犯罪行為，則分別成立未遂犯或既遂犯即可，不必再論以陰謀犯。

預備

- 著手實行犯罪之前的準備行為，該等準備行為限於使犯罪實行有所可能或予以便利之行為。

例如：

勘查地形以找尋適合下手犯案的地點、購買犯罪工具或武器、跟蹤尾隨被害人回家以探知被害人住處等等。

預備 (續)

- 現行刑法原則上不處罰預備行為，但對於重大犯罪之預備行為，則設有預備犯的處罰規定。
- 兩種立法方式：
 1. 形式預備犯 (附屬預備犯)。
 2. 實質預備犯 (獨立預備犯)。

形式預備犯

- 依附在基本犯罪構成要件之下，針對著手實行基本犯罪構成要件之前的各種準備行為，制定特別之處罰規定。

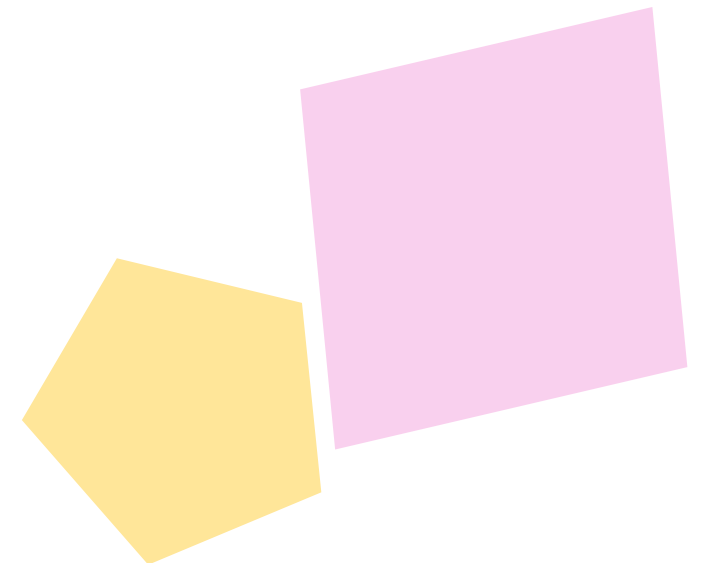
形式預備犯 (續)

- 預備犯處罰規定有別於未遂犯。
- 預備犯的處罰條文中，設有單獨法定刑。

例如：

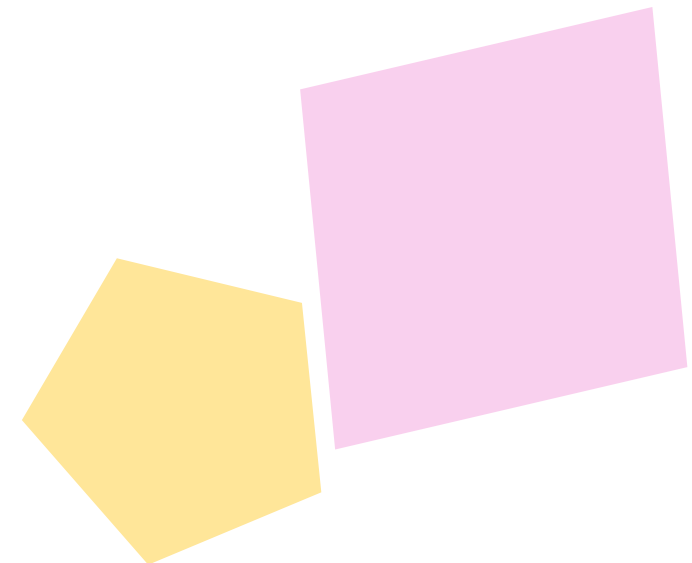
刑法第 271 條第 3 項預備殺人罪規定，
「**預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。**」

- 但未遂犯，立法者則未制定單獨的法定刑，而是根據第 25 條第 2 項規定，
「**得按既遂犯之刑減輕之**」加以量刑。



形式預備犯 (續)

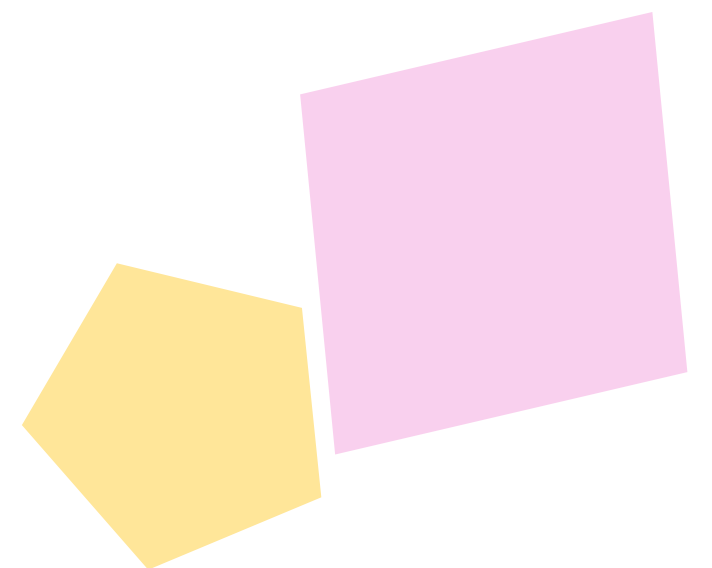
- **國家法益之預備犯：**
預備內亂罪 (§100II)、預備暴動內亂罪 (§101II)。
- **社會法益之預備犯：**
預備放火罪 (§173IV)。
- **個人法益之預備犯：**
預備殺人罪 (§271III)、預備強盜罪 (§328V)、預備擄人勒贖罪 (§347IV)。



形式預備犯處罰之正當性

- 批判：

1. 預備犯之處罰基礎，常建立在提前對法益進行保護。但是將刑罰之起點提前，是否真能有效保護法益，則受到質疑。
2. 著手前的預備行為，有時會是一個漫長的過程，因此如何認定購買菜刀、繩索、工具、勘查地形、尾隨被害人等行為，已達預備犯之程度，有其困難。



形式預備犯處罰之正當性 (續)

此即刑法解釋學上難以解決的棘手問題，亦即「預備的起點」從什麼時點開始？是勘查地形、購買刀子、購買火車票、搭上火車，還是持刀到達被害人家門前？

- 由於形式預備犯難以判斷預備行為的起點，不僅會有嫌疑入罪之危險，也有違反罪刑明確性之疑慮。

判斷標準

- 為避免預備犯認定過於浮濫，學說主張應將預備犯做限縮解釋。
- 有謂預備行為，必須是對於**基本犯罪構成要件之實現具有「重要性」**之行為。

例如：購買打字機以便以信函聯絡內亂者，尚不能認為是預備內亂罪，因為此等準備行為對內亂行為不具「重要性」；但是製造假證件以便進入政府機構，則是內亂的準備行為。

判斷標準 (續)

- 另有認為，應根據社會事實或犯罪心理的觀察，認為已達到對於**利益侵害失控**的階段，始能認定達到預備。

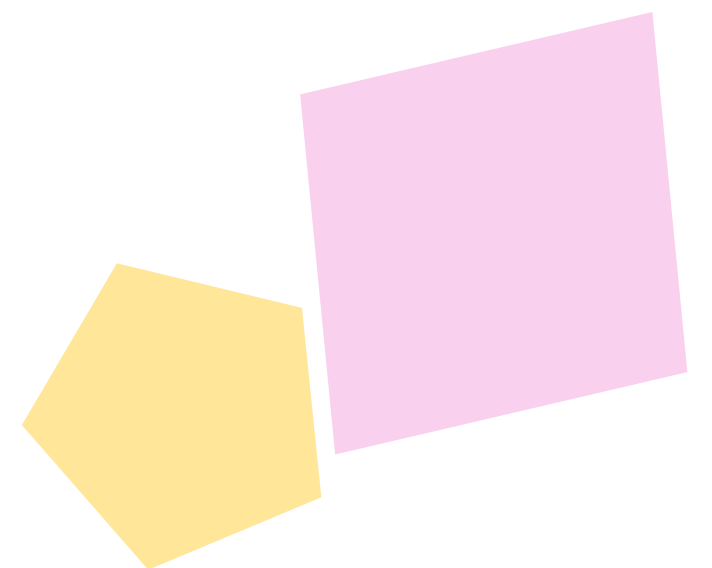
判斷標準 (續)

- 本文認為，所謂預備，必須行為人主觀上已有犯意，且客觀上已採取趨近著手階段的行為。
- 殺人罪之預備，例如：持刀前往殺害被害人的途中或埋伏在被害人經過的路上。
- 放火罪之預備，例如：已將汽油潑灑地上。
- 強盜或擄人勒贖罪之預備，例如：結夥攜械等候被害人到來等。

實務見解

- 【預備階段—97 台上 1730 號判決】

為區別犯罪行為是否具有「可罰性」及「可罰程度」，以故意之結果犯言，可約略分為決意、預備、著手實行、完成行為及發生結果等五個階段，所謂「預備」係指行為人在著手實行犯罪前，為實現某一犯罪行為之決意，而從事之準備行為，用以積極創設犯罪實現之條件，或排除、降低犯罪實現之障礙，其態樣如準備實行之計畫、準備犯罪之器具及前往犯地之途中等皆是。



實務見解 (續)

而所謂「於預備中因行為人之任意不再進行，因法有處罰預備罪之規定，仍應依預備之本罪論科」，其前提仍須該行為人產生犯罪決意(行為人萌生從事某一犯罪行為之意思決定，純屬行為人之主觀意念)，已完成實現某一犯罪決意之準備行為，合乎預備犯之構成要件，始足當之，否則，該行為既不構成預備犯，應不為罪，自無中止與否及如何處罰之可言。

實務見解 (續)

- **【預備殺人—74年度台上字2830號】**

如其行為尚未達於著手實施殺害之程度，而祇為使易於著手殺害之行為，僅應構成預備殺人罪。……上訴人持刀等前來，被害人見狀逃逸，上訴人遂持刀等追趕，尚不足以引起人之死亡行為，自難認為殺人行為之實行。

實務見解 (續)

- **【預備殺人—32年上字第217號判例】**

上訴人某甲意圖殺害某乙，雖已侵入其住宅，然甫至二門即被防護團堵截，未能入內，是其所欲殺害之人，因尚未見面，亦即無從著手實施，關於殺人部分，顯尚在預備之階段，原判決以殺人未遂論罪，自屬於法有違。

實務見解 (續)

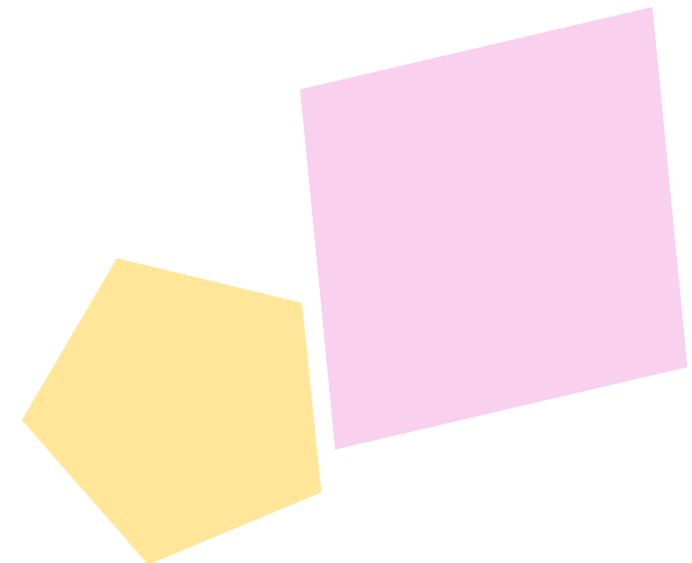
- **【預備殺人—29年上字第21號判例】**

上訴人因懷恨被害人，遂於傍晚攜刀侵入被害人店內，潛伏其臥床下，擬乘機殺害，當被發覺拿獲，是其行為尚未達於實施之程度，僅應構成預備殺人罪。

實務見解 (續)

- **【預備放火—92年度台上字第4578號】**

所謂放火，乃指故意使火力傳導於特定之目的物，使其燃燒之意。查本件被告雖已潑灑汽油於建築物前方之走道上，惟即時為被害人陳○○發現，加以阻止，且依陳○○於警訊中證稱：「……而打火機是在甲○○的口袋內找到的」，益見被告尚未著手於點燃等引火之行為，原判決認屬尚在預備階段，亦無違誤。



實務見解 (續)

- **【預備強盜—23年非字第85號判例】**

強盜之著手，應以實施強暴、脅迫等行為為標準，如僅結夥攜械候劫行人，祇係一種準備行為，尚未達於著手程度，不能成立強盜未遂罪。

實質預備犯

- 條文中雖無預備之名，但該行為性質上原屬特定犯罪的預備行為，且被立法者視為具有特殊危險性，因而將其規定為獨立犯罪，且制定出**獨立且完整的犯罪構成要件**。
- 實質預備犯之成立，有較為明確之構成要件，故犯罪行為之輪廓較為清晰。

實質預備犯 (續)

例如：

製造、交付、收受偽造貨幣之器械原料罪 (§199)；意圖使他人受刑事或懲戒處分而偽造、變造證據 (§169II)；意圖供自己或他人犯罪之用，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈 (§187)；意圖供偽造、變造有價證券、信用卡、金融卡而製造、收受各項器械、原料罪 (§204I)。

實質預備犯 (續)

- 實質預備犯之處罰理由，乃該等行為已經製造了無法控制的危險(製造槍砲尚未使用，但槍砲具有物理上危險性、使用上便利性)，或是該等行為與後續的犯罪行為具有明顯的連結關係(例如製造、交付、收受偽造貨幣之原料器械之於偽造貨幣)。

著手實行

- 著手實行，乃指行為人開始實行犯罪行為而言。
- 刑法第 25 條第 1 項規定：
「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。」

著手實行 (續)

- 「著手實行」，乃判斷未遂犯成立與否之客觀要件。因此，行為人為實現其犯意，而開始**實行**犯罪構成要件所描述事實之行為，只要一旦著手實行，無論行為進展至何種程度，或有無損害結果之發生，即有成立未遂犯之可能。

完成行為

- 完成行為，乃指行為人完成犯罪行為而言。不同的犯罪行為類型，對於行為是否完成之認定，亦不相同。

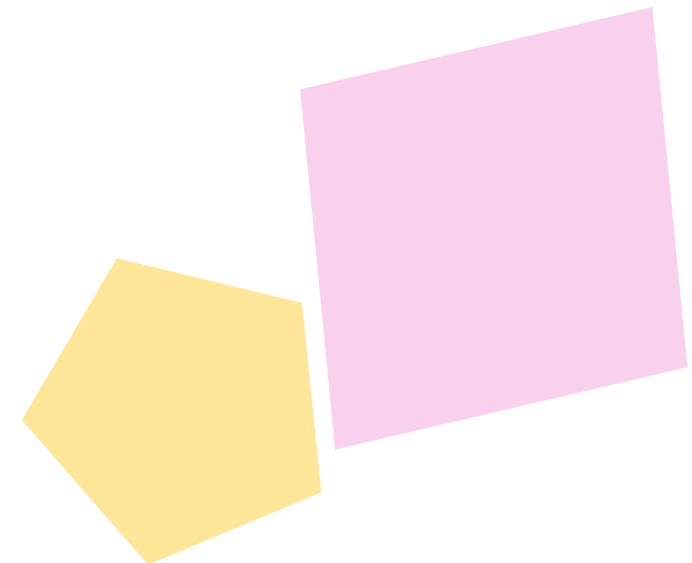
完成行為 (續)

- 有一經著手實行，行為即可完成。
例如：公然侮辱罪。
- 有按照犯罪計畫分次進行者。
例如：以毒殺方式分次給予被害人毒藥。
- 有經過一定行為步驟或經歷一段時間，
犯罪行為始能完成者。
例如：強盜罪，犯罪人先持刀挾持被害人施以強制行為，再帶著被害人去提款，
以侵害被害人之財產。

完成行為 (續)

- 通常而言，必待行為實行完成後，始有成立既遂可能，如為結果犯，尚必須等待結果發生，始成立既遂。
- 然而，有時即便行為人已經完成所有行為，但結果仍未發生，此際有可能出現「既了未遂」情形。

例如：甲持左輪槍射殺乙，打算在子彈射完之前把乙殺死，甲於子彈射盡後停止射擊而離去，乙卻沒有死亡；丙設定好定時炸彈要炸死丁，結果炸彈卻未爆炸。



發生結果

- 在結果犯之情形，除了著手實行行為，且行為完成外，通常必須進而發生實害或具體危險的結果，始有成立既遂犯的可能。
- 如果結果沒有發生，僅能成立未遂。
- 行為結果是否已經發生，原則上以行為是否已經完全破壞構成要件所要保護的法益加以認定。

發生結果 (續)

例如：

在殺人罪時，以死亡結果是否出現為斷。

傷害罪時，以傷害結果是否出現為斷，但是否為重傷，則必須待器官機能完全毀敗或嚴重減損出現，始屬之。

在竊盜罪時，除了破壞他人持有外，尚須建立自己新的持有狀態，也就是發生持有關係移轉時，即可認定發生財產侵害之結果。

發生結果 (續)

- 超個人法益犯罪，刑法條文有時也會制定結果要件。

例如：

對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法方法，使其發生不正確結果 (§137I)。

以詐術或其他非法方法，使其投票發生不正確結果 (§146I)。

行為終了

- 乃指犯罪行為完全結束，且法益侵害也實質上的完全終了而言。
- 行為終了此一概念，只有在繼續犯的情形下，始有區別之意義。

行為終了 (續)

- **繼續犯**，如私行拘禁罪或擄人勒贖罪等，只要違反被害人之意思，將其置於自己實力支配之下，犯罪形式上已達既遂程度，但只要行為尚未終了，法益侵害之情形也尚未終了，必待行為人放棄行為之實施，將被害人釋放，行為才算終了 (Beendigung)，法益侵害才告結束。

繼續犯之特性

- 繼續犯情形，區別行為既遂與行為終了之實益有四：
 1. 繼續犯在行為既遂後，終了之前，對被害人而言，仍屬處於受到不法侵害之狀態，被害人仍可主張正當防衛。
 2. 繼續犯在行為既遂後，終了之前，如有他人加入犯罪，仍可成立相續共同正犯或幫助犯。

繼續犯之特性 (續)

3. 繼續犯在行為既遂後，終了之前，如有加重結果之發生，仍可成立加重結果犯。
4. 根據刑法第 80 條第 2 項規定：
「犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算」，
故繼續犯之追訴時效計算，自行為終了之日起算。

未遂犯—基本概念

- 故意犯罪之行為，如果已經超越預備階段，而達著手實行之階段，但尚未完全實現犯罪構成要件之程度，即稱該犯罪行為僅達未遂階段。
- 刑法是否處罰未遂行為，是以不法行為本身之危險程度，或對法益形成威脅與危害程度的輕重、遠近為斷。
- 此一判斷，乃立法者之權限，因此，對未遂行為之處罰，「以有特別規定者為限」 (§25II)。

未遂犯—基本概念 (續)

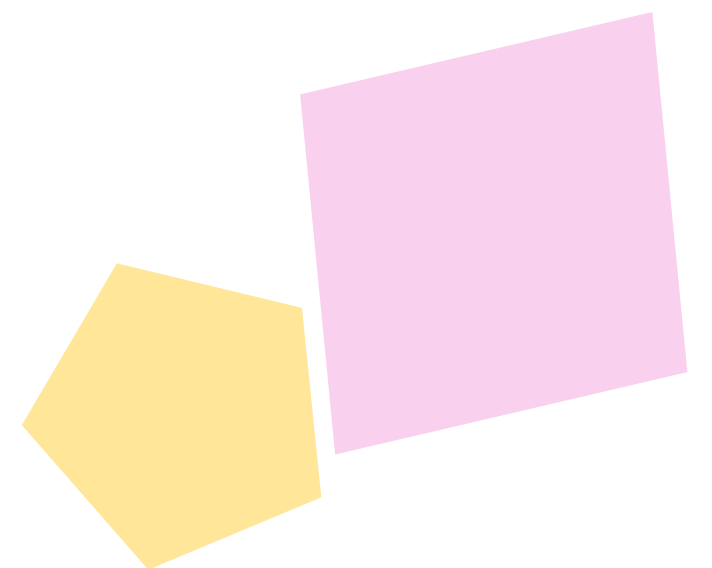
- 如果刑法分則中之犯罪，沒有明文規定處罰未遂行為，則該行為僅能就既遂行為加以處罰，對於未遂行為不能加以處罰。

例如：

甲持刀揮砍乙的手臂，結果乙閃開沒有受傷，此屬傷害未遂，但刑法普通傷害罪 (§277) 並不處罰未遂，故此等行為屬不罰的未遂。

未遂犯之規定

- 刑法第 25 條第 2 項後段：
「得按既遂犯之刑減輕之。」
- 未遂犯之處罰，何以未遂犯可以與既遂犯科處相同之刑罰？
- 理由在於「利益侵害的預防目的」。行為人著手於犯罪行為之後，究竟不法侵害會不會完全實現，並不是完全掌握在行為人手中，有時取決於外界其他因素。



未遂犯之規定 (續)

例如：甲開槍射殺乙，乙剛好彎腰繫鞋帶而躲過一槍；又例如甲開槍殺乙，射中頭部，讓乙變成植物人。

甲開槍殺人的行為就是不對的，亦即具有「行為無價值」(行為非價)，並不因為乙剛好彎腰繫鞋帶躲過一劫，或雖沒死而變成植物人，所以甲的殺人行為變得少錯一點。刑法規定未遂犯得與既遂犯作相同處罰，著眼於「開槍殺人就是錯」之預防法益侵害。

未遂犯之規定 (續)

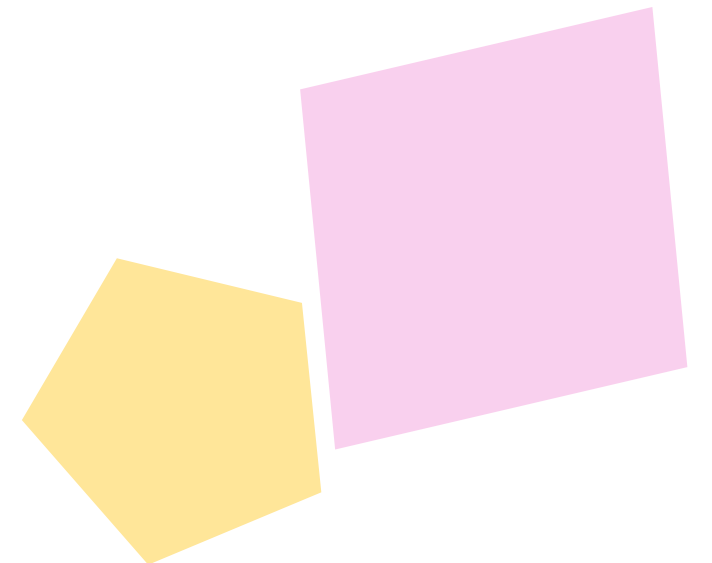
- 但亦得按既遂犯之刑減輕，減輕刑罰理由，則是著眼於未遂犯在客觀上尚未展現出「結果無價值」，因而比既遂犯的不法內涵來得輕，故仍然保留減輕其刑的空間。

未遂犯處罰的理論基礎

- 刑法第 25 條規定，未遂指的是「已著手於犯罪行為之實行而不遂者」。
- 換言之，未遂的處罰，乃始於「著手」，因此學說上也有認為未遂犯的稱呼，應稱為「著手犯」較為妥當。

未遂犯處罰的理論基礎 (續)

- 在德國刑法上，未遂的德文為 Versuch，這個德文字原意為「嘗試」或「試圖」的意思。
- 英美法上的未遂用語為 attempt，其語意也是「嘗試」或「試圖」之意。
- 因此，從比較法來看，未遂犯的確稱為「著手犯」較為貼切。



未遂犯處罰的理論基礎 (續)

- 未遂行為處罰的理論基礎，有以下三種不同理論：
 1. 客觀理論。
 2. 主觀理論。
 3. 印象理論。

客觀理論

- 德國刑法對於未遂行為的處罰基礎，最早是受到由費爾巴哈、李斯特到 Hippel 的客觀理論（也稱客觀的危險性理論）之影響，認為未遂處罰之理由，在於行為造成被攻擊之法益客體的具體危險。

客觀理論 (續)

- 判斷被攻擊之法益客體有受到具體危險，學說上由「事後判斷說」(ex post) 變更為「事前判斷說」(ex ante)。
- 兩者的差別在於，甲持槍射殺乙，但甲不知道手槍中的子彈已遭第三人移除，如採舊有的「事後判斷說」，則甲開槍行為乃「絕對不能」造成具體危險，故屬不具危險性的未遂；但新的客觀理論則採「事前判斷說」，故應認為甲的開槍行為從事前判斷仍屬具危險性的未遂。

客觀理論 (續)

- 客觀理論強調未遂行為對法益侵害的危險性，儘管客觀上未遂行為尚未形成「結果不法」，但對於構成要件所要保護的行為客體或法益已形成了一定的危險，故應該處罰，但主張「應」按既遂減輕(欠缺結果不法)。

主觀理論

- 德國帝國法院曾經一度採取過主觀理論，認為處罰未遂行為的理由在於行為人實現犯罪的意思，也就是行為人法敵對的存心。

主觀理論 (續)

- 主觀理論下，行為人的主觀意思成為非難的重點與刑罰的依據。
- 此外，由於行為人的犯罪意思在既遂犯與未遂犯之間，並沒有區別，如採主觀理論，未遂犯的法律效果應與既遂犯之刑相同。

主觀理論 (續)

- 受批判之處：

主觀理論的未遂觀，一方面擴大了未遂的處罰範圍，且易成為維護規範效力或強調預防目的的政策性打手；另一方面則被認為與「刑法不得處罰單純的思想」原則相抵觸。

如果僅因行為人內心具有法敵對的存心就加以處罰，刑法會陷入「行為人刑法」的危機。

印象理論 (主客觀混合理論)

- 目前德國刑法未遂論的處罰依據，係採「印象理論」。印象理論乃屬一種主客觀混合論。
- 未遂犯之處罰依據，不僅因為行為人本身所具有的法敵對之存心，行為人在客觀上尚須進行某些對行為客體具有事實危險性的行為，以進而印證這樣的法敵對存心。

印象理論 (主客觀混合理論) (續)

- 此等主客觀混合理論之所以稱為「印象理論」，乃針對未遂行為的應罰性 (Strafwürdigkeit) 而來，亦即一個具應罰性的未遂行為，除了「被實現的法敵對意思」外，該行為尚須造成社會一般大眾對法秩序效力遭到撼動的印象。

印象理論 (主客觀混合理論) (續)

- 換言之，行為人除了客觀行為顯露出對於法律規範敵視的存心與態度，且此行為必須同時形成一種社會心理的作用，震撼了社會大眾對於法規範效力的信賴，且侵害了人們對法安定性與法和平性的感覺 (引起了法動搖的印象)。

印象理論與不能未遂

- 德國法認為，如果一個未遂行為不具有使社會震撼或震驚的作用，也不會使法規範產生動搖，就無須對此一行為加以處罰。
- 此一印象理論也是德國用以界定與處罰「不能未遂」的理論依據。

印象理論與不能未遂 (續)

- 民國 95 年 7 月 1 日修法前，學說亦以印象理論作為未遂處罰依據的主流見解。
- 然而民國 95 年 7 月 1 日修法時，§26「不能未遂」立法理由中，將德國「印象理論」**誤會為主觀理論**，以為僅是對行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，故將印象理論認為「似欠合理性」。

印象理論與不能未遂(續)

- 立法理由中並進一步表示，「因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，亦即行為如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。」
- 立法理由遂表明應以「客觀未遂主義」來思考不能未遂的刑罰效果。此乃完全誤認德國法。

未遂犯之成立要件

- 未遂的成立，一般咸認與著手時點的認定，具有密不可分關係。
- 然而，未遂犯的成立，除了判斷著手時點外，仍有其他要件必須審查。
- 一般而言，未遂之成立要件有如下三點：
 1. 主觀上具有實現特定犯罪的決意，亦即具有「行為決意」：
如同故意既遂犯一樣，未遂罪必須存在故意；過失犯目前刑法上並無未遂犯之處罰規定。

未遂犯之成立要件 (續)

2. 客觀上已達「著手實行」之階段，此又分五說：

形式客觀說、實質客觀說、主觀說、主客觀混合說(主觀+實質客觀說=德國通說)與利益失控說。

3. 行為尚未到達既遂程度：

如結果犯之結果沒有發生，或是結果之發生與行為之間沒有因果關係。

著手實行—形式客觀說

- **【潑灑汽油案】**

甲企圖縱火洩恨。得知仇人乙全家外出郊遊，則攜帶汽油桶前往乙住宅，並潑灑汽油於四周。甲潑灑汽油時，被鄰居丙發現，當場制止並報警，警方在甲之口袋搜出打火機一只。

試問甲的潑灑汽油行為是否已達放火行為之「著手」？

著手實行—形式客觀說 (續)

- **形式客觀說**承襲未遂客觀理論而來，認為「**著手實行**」乃指行為人已經開始為「**犯罪構成要件該當行為**」，才算是跨入了未遂的界線。
- 竊盜罪的未遂必須行為人已有「**竊取行為**」(或稱破壞他人持有之行為)，始屬之，如果只是進入住宅或以**眼神搜尋**，還不能算是未遂，僅能認為是竊盜的預備行為。
- **缺點：處罰過晚。**

實質客觀說 (一)

- 實質客觀說的重點在於，如何在進入構成要件該當行為的前階段，合理地認定為行為人的行為已屬著手行為。
- 根據法蘭克公式，著手實行乃指所為之行為，從自然的觀點來看，能夠與構成要件行為具有「必要的關連性」時，即屬著手。

實質客觀說 (一) (續)

- 至於如何判斷必要關連性，則可衡量行為人的犯罪計畫而定。
- 德國實務判決另有其他說法，認為行為必須已經使受保護之客體達到「直接危險」的程度，以補充前面必要關連性之認定。
- 我國學說也有將「必要關連性」理解為「必然的從屬關連」。

實質客觀說 (二)

- 過去實務對竊盜著手，曾採「形式客觀說」，須著手於破壞被害人對物的持有關係時才算著手。

故，僅侵入他人公司內，既未著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，縱其目的在於行竊，仍難論竊盜未遂(28年滬上字第8號判例)。

實質客觀說 (二) (續)

- 民國 82 年度第 2 次刑事庭會議：

揚棄形式客觀說見解，認為竊盜著手除應就眾多學說斟酌損益，並參酌各國之立法例及判例趨勢，於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為竊盜行為之著手。

此一看法已有「實質客觀說」之精神。

實質客觀說 (二) (續)

- 84 年度台上字第 4341 號則屬更為明確的「實質客觀說」看法，行為人進入臥室，「留置時間有數分鐘之久，用眼睛搜尋財物，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產之行為有關，且屬具有一貫連接性之密接行為，顯然已著手於竊盜行為之實行。」

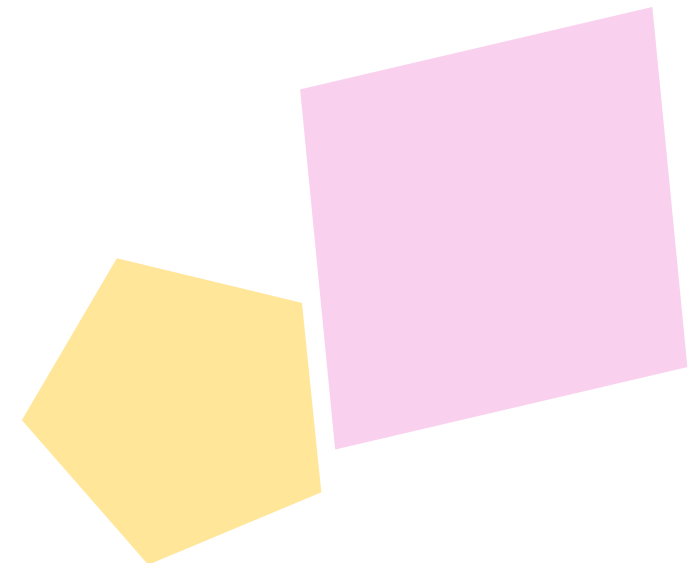
實務見解

- 【竊盜著手——28年滬上字第8號判例】
上訴人侵入某公司內，既未著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，縱其目的係在行竊，仍難論以竊盜未遂之罪。

實務見解 (續)

- 【竊盜著手——82年度第2次刑事庭會議 (二)】

今後我國在司法審判實務上，對於竊盜罪之著手時點，除應就眾多學說斟酌損益，並參酌各國之立法例及判例演變趨勢，於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為竊盜行為之著手外，實務上似不妨從個案詳加審認，另創竊盜著手時點之新見解，以期符合現代社會環境之實際需要，始為上策。



實務見解 (續)

- 【竊盜著手——84年度台上字第4341號】

侵入竊盜究以何時為著手起算時點，依一般社會觀念，咸認行為人以竊盜為目的，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，上訴人在其主觀上既以竊盜為目的侵入廖○聰住處，並已進入廖某臥房，留滯時間有數分鐘之久，用眼睛搜尋財物，

實務見解 (續)

縱其所欲物色之財物尚未將之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，且屬具有一貫接連性之密接行為，顯然已著手於竊盜行為之實行，自應成立刑法第三百二十一條第二項、第一項第一款於夜間侵入住宅竊盜罪之未遂犯。

主觀說

- 著手實行的判斷，以行為人主觀意思或主觀想像來決定，亦有稱為「由犯罪故意產生對於危險狀態的點火嘗試」時，即屬著手。
- 批評：
主觀說不考慮客觀行為與犯罪構成要件的關係，因此有可能將「預備」行為提前評價為「著手」。亦即客觀上還未達到犯罪構成要件行為之實行，但行為人主觀認為已經開始，亦屬著手。

主觀說 (續)

例如：

行為人主觀上想要放火，買好汽油帶到現場去「勘查地形選地點」，選地點行為，即可能變成著手。

行為人為詐領保險金而砍斷自己手掌，依行為人的主觀想像，砍手掌行為已屬詐欺罪的著手。

- 若採此說易混淆「預備」與「著手」，且有可能使得著手的判斷過度前置，而將預備行為視為著手。

主客觀混合說

- 未遂的始點，以行為人的主觀意思或主觀認知之事實背景為基礎，配合客觀標準綜合判斷。
- 主客觀混合說認為，著手的認定，行為人主觀面上必須出於「開始」行動的想法而行為，因此著手的時間點必須以行為人的犯罪計畫或對於犯罪的構想作為判斷，以判斷行為人是否已經出於「開始」行動的想法而行為。

主客觀混合說 (續)

- 在客觀面上，行為必須已具有實現構成要件行為的直接性。此一直接性，與實質客觀說概念相同，必須已經使受保護之客體達到「直接危險」程度。
- 就此，德國學界認為某一行為雖尚未進入構成要件行為(如已進入構成要件行為，必屬未遂階段)，但只要該行為已經直接前置於構成要件行為，與構成要件之實現，沒有其他「中間步驟」，而是實現犯罪構成要件的最後一步之行為，即屬已達著手。

利益失控說

- 「主觀上的利益侵害失控說」看法(黃榮堅)認為，一個人要殺人，不管先前做了多少準備動作，
例如：
騎機車去等被害人、等被害人到達後攔下被害人，但只要不是果真到達決定侵害與否的最後關頭，懸崖猶可勒馬。
- 換言之，必須行為人到達「使利益侵害失控的關鍵時點」時始為著手時點。

利益失控說 (續)

- 未遂犯著手，必須是行為人「主觀上使不法利益侵害實現的最後一個行為」時。

例如：

殺人罪要「扣下扳機」才算失控，只是用槍瞄準，尚不屬之。

利益失控說 (續)

傭人泡一杯有毒果汁「放在冰箱」給主人隨時飲用；或是傭人泡杯毒茶「端給主人喝」，只要行為人主觀上已經放棄對於利益侵害的控制，儘管客觀上還有控制可能性，還是著手。

行為人進入住宅，甚至搜尋財物，均不能算是著手，因為竊賊事實上也還不知道是否有值得竊取的東西。

各說評析

- 前面各說中，本人認為主客觀混合說之標準較為妥適，理由如下：
 1. 形式客觀說的缺點是標準過於僵化，有時對法益的保護過於遲延。
 2. 主觀說或利益失控說均將著手時點僅繫於行為人的主觀想法，亦不符合法律規範之要求。

各說評析 (續)

3. 實質客觀說對於著手的認定雖較為適當，惟應同時將行為人的主觀想法一同判斷，較為妥適。
- 因此，目前德國學說採的是一種主觀與實質客觀說的混合說。

行為尚未到達既遂程度 (結果犯情形)

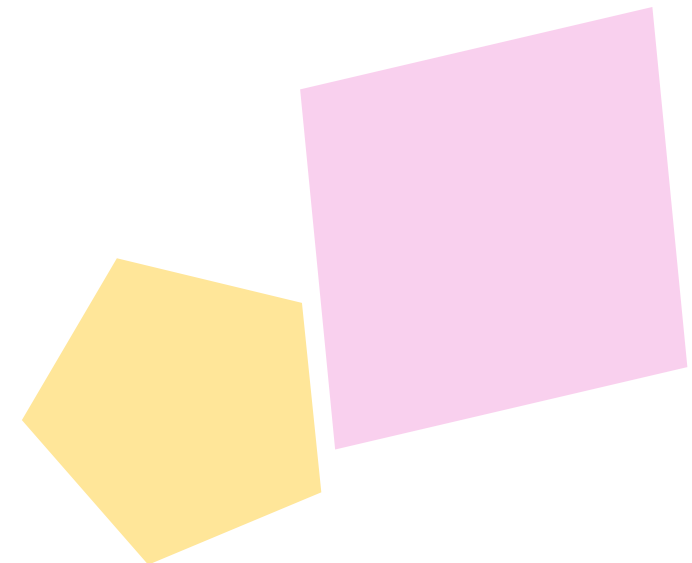
- 結果犯之未遂有兩種可能：

1. 結果不發生。

例如：甲射殺乙，結果僅射中乙的肩膀，沒有發生死亡結果。

2. 侵害結果發生，但是結果與不法行為間欠缺因果關係，或欠缺結果客觀歸責。

例如：甲射殺乙但僅射中手臂，乙大難不死，但因手臂疼痛生活不便，因憂鬱而自殺死亡。



行為尚未到達既遂程度 (結果犯情形) (續)

- 【被害人介入—29 年上字第 2705 號判例】

原審認定上訴人以毒粃給予某甲服食，某甲回家毒發，肚痛難忍，自縊身死，是上訴人雖用毒謀殺某甲，而某甲之身死，究係由於自縊所致。其毒殺行為既介入偶然之獨立原因而發生死亡結果，即不能謂有相當因果關係之聯絡，祇能成立殺人未遂之罪。

「抽象危險犯」成立未遂之可能

- 抽象結果犯究竟有無成立未遂犯之可能，在學說上雖有爭論。但立法上有些抽象危險犯，仍存在著手實行但尚未實現全部犯罪構成要件行為之情形，立法政策將此行為不予處罰，或以未遂犯處罰。

例如：

在放火燒燬現供人使用之住宅罪 (§173) 定有未遂犯處罰。

「抽象危險犯」成立未遂之可能(續)

- 放火罪既遂與未遂的區別，實務見解向來以目的物是否獨立燃燒，且足以變更其形體致喪失其效能做為既遂標準，未達此一程度，僅成立未遂罪。

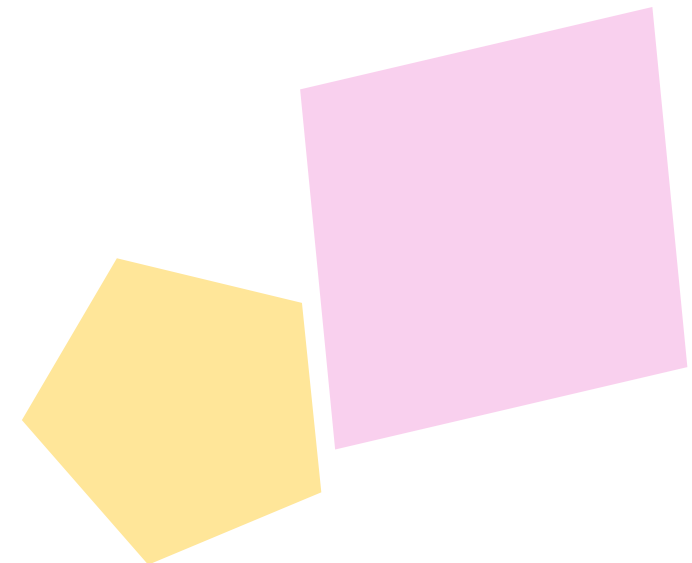
例如：

放火後僅燒燬家俱，住宅主要構成部分諸如樑、柱及支撐壁等尚未因燃燒結果致喪失其效用，則屬未達「燒燬」程度，僅成立放火未遂罪(102年度台上字第666號)。

實務見解

- 【放火罪未遂—102年度台上字第666號】

放火罪既遂與未遂之區別標準，係以目的物獨立燃燒，且足以變更其形體致喪失其效能為依據，是放火燒燬現供人使用之住宅罪，如僅室內傢俱、裝潢燒燬，其房屋重要構成部分諸如樑、柱及支撐壁等尚未因燃燒結果致喪失其效用者，應成立刑法第一百七十三條第三項、第一項之放火燒燬現供人使用住宅未遂罪。



實務見解 (續)

.....，惟僅陽臺與客廳之間所裝設之落地窗、氣窗有部分燒熔、變形之情形以及客廳上方之輕鋼架天花板有較嚴重彎曲、變形之狀況，至該住宅主要構成部分之樑、柱、屋頂及支撐壁等均未坍塌、傾圮，仍然完好.....，則上址顯尚未因火勢燃燒結果而致使住宅之主要結構體喪失效用，自難謂已達「燒燬」之程度，應僅成立刑法第一百七十三條第三項、第一項之放火燒燬現供人使用住宅未遂罪。

不能犯 (不能未遂)

- **【槍內無子彈案】**

甲要射殺乙，甲之妻事前知悉，深恐甲殺人會坐牢，因此在甲出發去殺人前，甲妻先把手槍內的子彈全數取出。甲不知道手槍內已無子彈，前往乙家，看到乙，按扣扳機二次，發現手槍無法發射出子彈，遂立即走避離去。

試問甲應如何論罪？

不能犯 (不能未遂) (續)

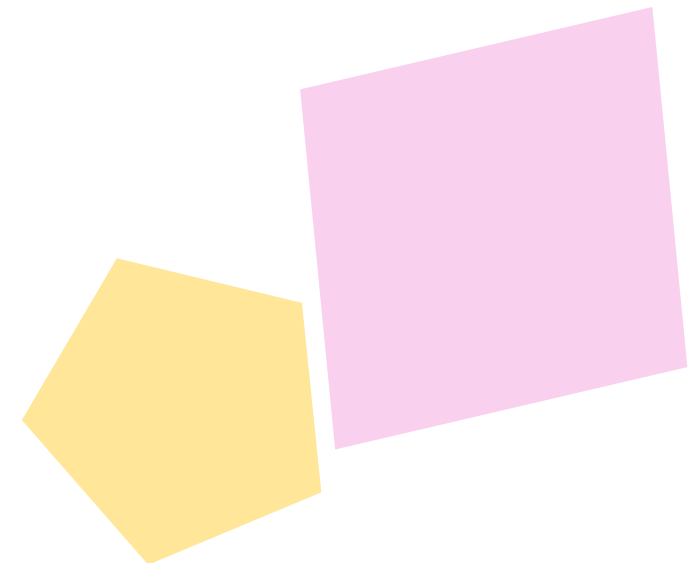
- **【槍殺屍體案】**

甲要射殺乙，夜間闖入乙家，對床上的乙頭部開了數槍。不料乙早於一小時前，因心臟病發作而死亡。甲不知此節，乃基於殺人故意對著乙的屍體開槍。

試問甲應如何論罪？

立法沿革與學說爭議

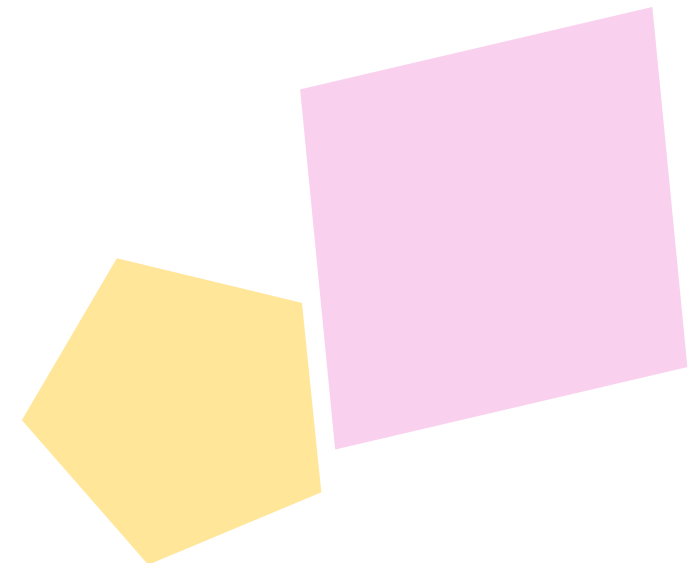
- 現行刑法第 26 條：
「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」
本條為「不能未遂」或「不能犯」。
現行法是 95 年 7 月修正，之前舊刑法之不能犯法律效果，並非「不罰」，而是減輕或免除其刑。
- 新舊刑法的差別在於法律效果，舊刑法為「減輕或免除其刑」，新刑法為「不罰」。



立法沿革與學說爭議(續)

- 修法理由：

「以法益未受侵害或未有受侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，亦即行為如不能發生犯罪之結果，又為危險者，不構成刑事犯罪。」



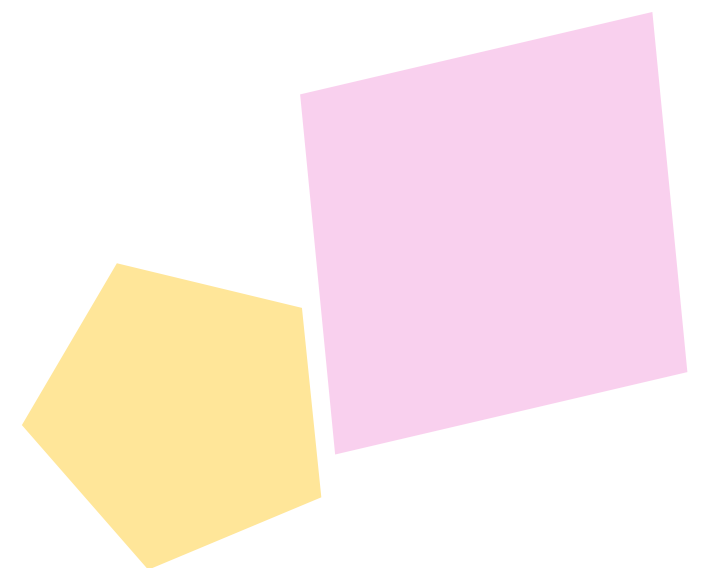
對客觀未遂論之批判（一）

- 立法理由主張「客觀未遂論」，已使不能犯的判斷標準產生混淆。

例如：

【槍內無子彈案】中，甲的手槍中並無子彈，故客觀上似可認定為「手段上」不能發生犯罪結果又無危險。

【槍殺屍體案】中，乙受槍殺前一個小時已先死亡，甲持槍射殺的客體並非人，實為屍體，故客觀上似可認為「客體上」不能發生犯罪結果又無危險。



對客觀未遂論之批判 (一) (續)

- 前面這兩個案例，從「客觀未遂論」觀點來看，均成為不構成刑事犯罪之「不罰」行為。此等推論已挑戰吾人之法律情感。
- 學界批評：
只能對一個客觀已經造成法益侵害的行為，或是具「法益客觀危險」的行為加以處罰，則刑罰機能將失去對未來危險行為的預防作用。

對客觀未遂論之批判 (二)

- 客觀未遂理論本身屬尚未統一理論。例如有學說將客觀不能區分為「絕對客觀不能」與「相對客觀不能」，未發生犯罪結果情形必須是絕對客觀不能，才能適用不能犯。

例如：

沒有懷孕而仍加以墮胎。

對客觀未遂論之批判 (二) (續)

- 實務見解過去將客觀不能區分為「客觀上可能發生」與「客觀上不能發生」。
- 惟此區分在運用時仍不妥適。

例如：

實務見解認為「意欲搶奪黃金，因被害人事先防範換裝石頭，未達目的，而又無危險，顯屬不能犯。」(70年台上字第7323號判例，本判例已於95年度第16次刑事庭決議不再援用)

對客觀未遂論之批判 (二) (續)

- 此等行為被歸類不能犯並不妥當。「客觀不能理論」或「客觀未遂理論」本身也是一個概念模糊且不甚妥當的標準。

不能犯認定標準之釐清

1. 德學說主張應以「印象理論」為判斷標準。

- 【槍殺屍體案】

甲對乙射擊，心中仍認定乙乃活人，且出於殺意開槍，即便乙已死亡，由於甲是出於殺人意思而非毀損屍體意思而為，已有破壞刑法規範的意思，更形成撼動法律秩序的印象，故成立殺人未遂。

不能犯認定標準之釐清 (續)

2. 「重大無知」為不能犯不罰的理由。

- 不能犯不罰之原因在於不足以動搖一般人對法規範忠誠信守的信念。

例如：

甲給乙喝菊花茶以使乙墮胎。

為使飛機墜機而以石頭丟天上飛機。

甲給乙喝糖水以使被害人甜死。

不能犯認定標準之釐清 (續)

- 若非「重大無知」而是出於偶然意外，以致手段或客體不能發生犯罪結果，並非不能犯。

例如：

甲想殺乙，錯把砂糖當毒藥而加入乙的飲料；

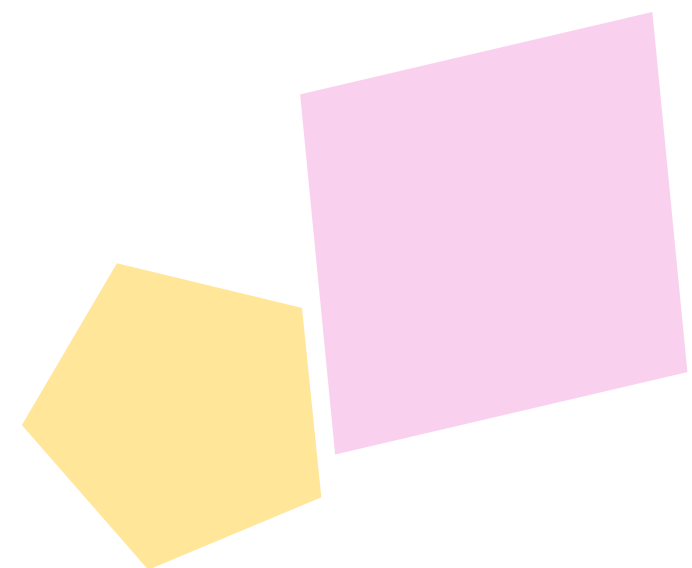
甲想要搶乙黃金，乙事先知悉而以石頭掉包，均屬未遂犯 (障礙未遂)。

德國不能犯之規定與法律效果

- 德國刑法不能犯規定，行為人除了手段或客體的不能外，且需「出於重大無知」而不知該手段或客體不能形成侵害結果。
- 就法律效果來看，**德國刑法上的不能未遂，其刑罰是「得」減輕其刑或免除其刑**。我國則為「不罰」，相較之下，非常優惠犯罪人。

德國不能犯之規定與法律效果 (續)

- 「重大無知」，乃指行為人對於一般科學上或經驗認知上的因果連結關係，有不合情理的想像或認識，以至於未能瞭解到其行為的手段或行為客體，絕對無法導致既遂狀態。
- 亦即，一般人主觀上認為絕對無危險，或根本無法發生犯罪結果，但是行為人主觀上卻認為會發生結果，且此等行為客觀上不會撼動法規範(用印象理論審查)。

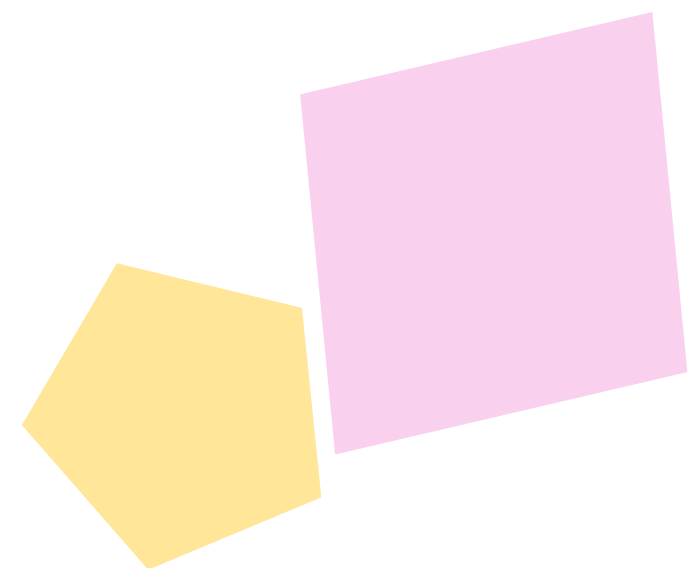


學說見解

- 採德國學說者：

應著眼於「**印象理論**」之未遂犯處罰目的，將「**重大無知**」視為不成文的規範要件。

不能犯之成立，應從「**重大無知**」觀點，審查該行為手段或所侵害之客體，是否從一般人觀點來看，乃出於嚴重無知所為之行為，且是不能發生犯罪結果又無危險之行為（只有行為人自己覺得有危險，如認為砂糖可以毒死人）。



學說見解 (續)

- 採日本學說者：

主要採客觀未遂理論之分支——具體危險說，作為審查標準，以一般人之立場，在該事實情況下，若能具體地感到結果發生之危險，則為普通未遂犯；若無此具體危險之感覺，則為不能犯。

以【槍殺屍體案】為例

- 【射殺屍體—28年上字第2075號判例】
上訴人向某甲開槍時，某甲已為某乙毆斃，是其所射擊者為屍體，而非有生命之自然人，縱令該上訴人意在殺人，因犯罪客體之不存在，仍不負殺人罪責。
- 前開實務見解，稍嫌速斷。

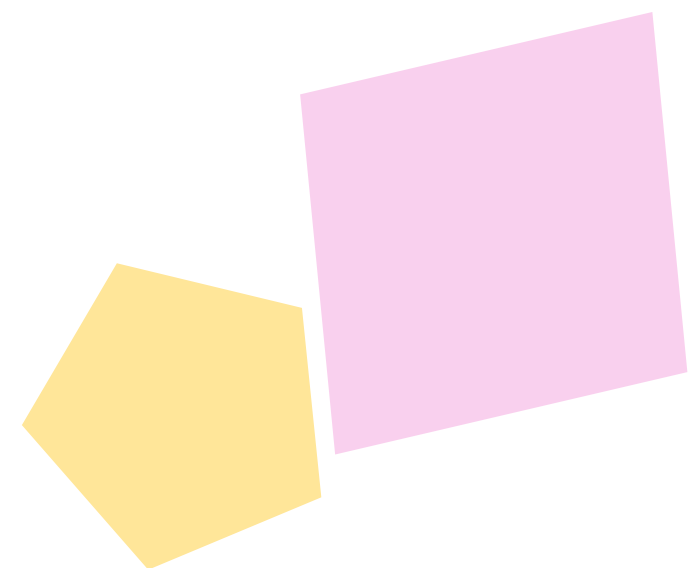
以【槍殺屍體案】為例(續)

- 留德見解：

甲朝向一個外觀看起來是睡眠中的人之頭部射擊，即便客觀上不能發生犯罪結果，一般社會大眾仍會對甲之開槍行為感到震驚不安，並非重大無知。

- 留日見解：

不成立不能犯，因為甲對於一個外觀看似睡眠中之人開槍，從一般人的立場來看，仍能具體感受到結果發生之危險。



以【槍殺屍體案】為例(續)

- 倘已死亡多天，發生屍臭、屍斑，仍射殺之：德、日均成立不能犯。

近年來實務見解

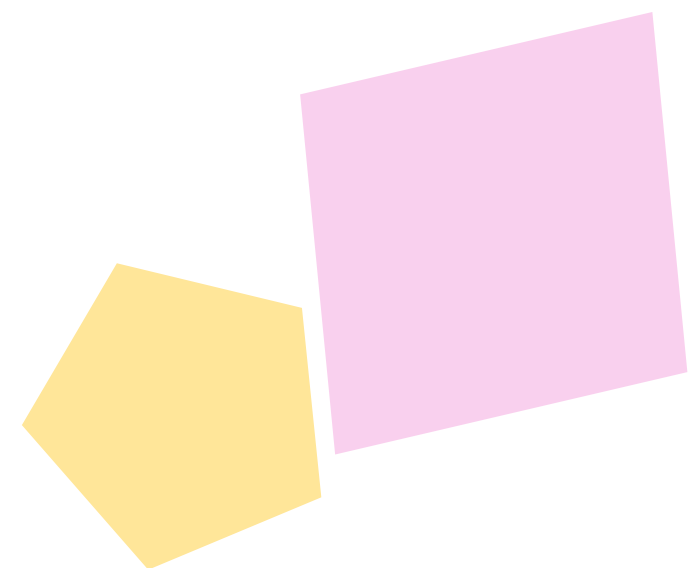
- 近年來實務見解鑑於不能犯之法律效果採行**不罰主義**，不能犯解釋應該嚴格，故認為條文中所謂「不能發生結果」，應指絕無發生結果之可能，與「未發生結果」之意思不同(97年度台上字第2824號)。

近年來實務見解 (續)

- 「又無危險」之解釋，實務見解則不拘泥於是否屬「重大無知」，認為「無危險」與「重大無知」文義相去太遠，甚難畫上等號，故行為人是否出於「重大無知」不能作為有無危險之唯一判準，僅得作為認定之參考。

近年來實務見解 (續)

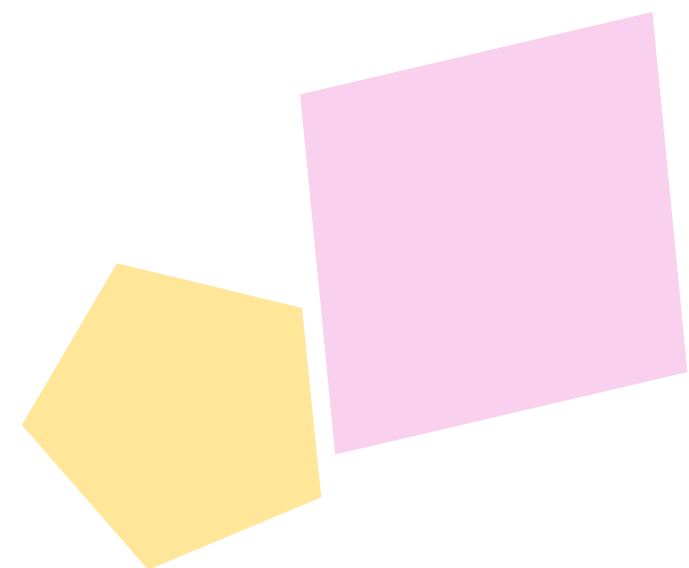
- 惟實務見解的說理方式仍提及，決定「無危險」之核心，應以行為人之行為是否足以造成一般民眾之不安、公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴為斷，此已屬此印象理論之看法。



實務見解

- 【不能發生結果犯—97年度台上字第2824號】

修正前刑法所謂之「不能犯」，係採處罰主義，僅應減輕或免除其刑而已。而現行刑法則基於刑法謙抑思想、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，改採不罰主義，顯對行為人有利，惟在適用上，為嚴守罪刑法定之原則，並符合人民之法律感情，解釋上自不宜擴張。



實務見解 (續)

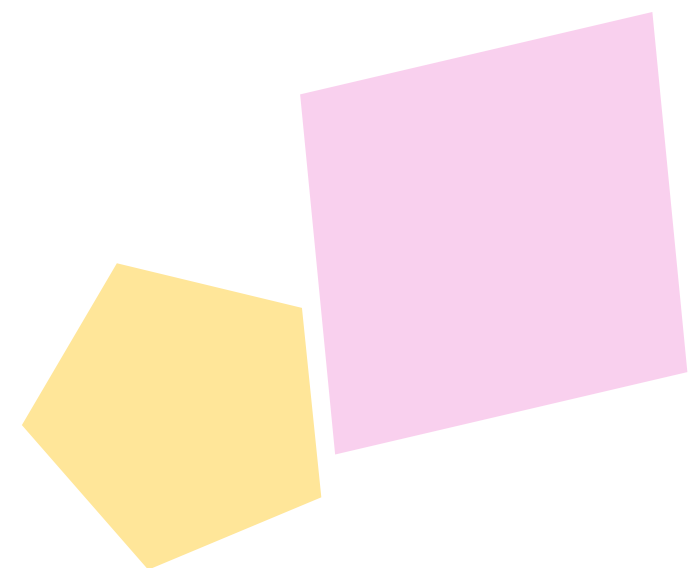
所謂「不能發生結果」，係指絕無發生結果之可能而言，此與「未發生結果」係指雖有發生之可能而未發生者不同，亦即前者絕無發生之可能，為不能犯，後者雖有發生之可能而未發生，為一般未遂犯。

實務見解 (續)

至「無危險」則指行為而言，危險之有無，以客觀之具體事實認定之。倘非出於行為人之嚴重無知，而行為人之行為復足以造成一般民眾之不安，自非「無危險」，尚難認係不能犯。

不能犯與障礙未遂之區別

- 過去實務見解有謂，「欲搶奪黃金，因被害人事先防範換裝石頭，未達目的，而又無危險，顯屬不能犯。」(70年台上第7323號判例，**現已廢棄**)
- 此行為即使在客觀上不能發生犯罪結果，然而一般人仍然會有法律規範受到侵害的想法。且不能發生犯罪結果，是因為行為人所未預料的意外或障礙所造成。如無這些偶然變數出現，犯罪結果就有可能發生。



不能犯與障礙未遂之區別 (續)

- 故實務見解對於「有無危險」之判斷，亦增加「僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，非不能未遂」之思考模式。



實務見解

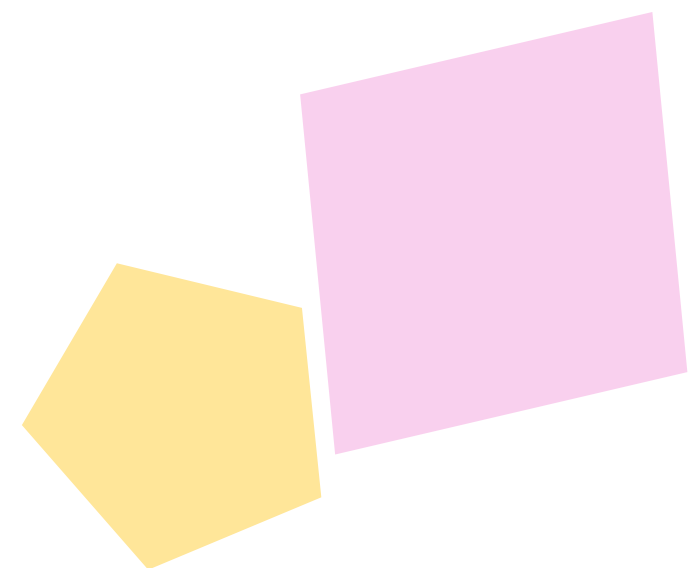
- 【不能犯與障礙未遂之區別—30年上字第2671號判例】

上訴人率人向被害人屋內開槍射擊，雖因被害人事先走避未遭殺害，然上訴人既認其尚在屋內而開槍，不能謂無殺人事實之認識及發生死亡結果之希望，而其犯罪結果之不能發生，既係由於被害人事先走避之意外障礙，則上訴人對此應負故意殺人未遂之責，自屬毫無疑義。

實務見解 (續)

- 【不能犯與障礙未遂之區別—103 年度台上字第 734 號】

所謂不能未遂，依刑法第 26 條規定，須其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，始足當之。若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，而非不能未遂。



迷信犯與誤想犯 (幻覺犯)

- 迷信犯並非刑法所處罰者。
- 不罰理由在於，行為人欲以非實際且脫離人力所能支配的方式來實施犯罪行為。

例如：

以詛咒的方式或茅山道術殺人。

迷信犯與誤想犯 (幻覺犯) (續)

- 由於科學上無法證明屬人力所能支配與處置，因此只能說是「單純的希望」。而單純的希望，並非刑法上的決意。
- 此外，從印象理論來看，迷信犯並不具有必須加以處罰的預防需要，因為迷信犯完全無法動搖一般人遵守法規範意思，且不加以處罰也不會形成法律威信的戕害。

迷信犯與誤想犯 (幻覺犯) (續)

- 誤想犯 (幻覺犯)，乃行為人對法律的誤認，行為人實行之行為並非刑罰規範所禁止，但是行為人誤以為是違法。此乃刑法不處罰行為，故亦無未、既遂問題。

誤想犯之四種情形

1. 反面構成要件錯誤：

誤認自己行為具構成要件該當，實則根本欠缺客觀構成要件要素。

例如：

甲誤以為自己具有公務員身分，收受廠商賄賂後而向警察自首，並不成立公務員收賄罪。

誤想犯之四種情形 (續)

2. 反面禁止錯誤：

誤以為行為乃刑法所處罰，實則法並無相關處罰規定。

例如：

甲誤認與未婚女友乙同居應受處罰。

誤想犯之四種情形 (續)

3. 反面涵 (包) 攝錯誤：

知道某一行為乃法律所加以處罰，但對於該條文構成要件內容有所誤認，且誤以為自己行為該當該構成要件。

例如：

甲男與滿 18 歲之乙女為性交行為，誤以為自己觸犯 §227III 與幼女合意性交罪，惟 §227III 之被害人實為 14 歲以上未滿 16 歲之人。

誤想犯之四種情形 (續)

4. 反面容許錯誤：

誤以為自己行為屬犯罪行為，實乃存在阻卻違法事由，惟行為人並不知道此等事由。

例如：

執行死刑劊子手執行槍決，誤以為自己犯殺人罪，其實有阻卻違法事由存在。

中止犯

- **【性侵男性案】**

甲夜間尾隨某一長髮女性乙，打算性侵之。乙行經陋巷，甲見四下無人，遂持刀上前從後抵住乙，並命令乙不許動。甲進一步拉扯乙之上衣時，乙出聲大叫，甲始發見乙竟然是男性，遂立即做罷而停止性侵。

試問甲男應如何論罪？

中止犯 (續)

- **【RU486 墮胎案】**

甲男與乙女為同居伴侶。某日乙告知甲已懷孕，甲要求乙墮胎，乙不從。甲遂從黑市購買墮胎藥 RU486，偷偷加在乙的飲料中。乙服用後下體出血，甲見狀於心不忍帶乙就醫，並告知醫師偷偷下藥，想要乙流產，現在心生後悔，想要保有小孩。

中止犯 (續)

醫師告知胎兒尚屬健康，要乙女安胎數日，避免繼續出血。惟乙聽聞甲下藥，頓時心灰意冷，遂要求醫師進行人工流產手術。

試問甲男行為應如何論罪？

中止犯之基本概念

- 中止犯又稱為「中止未遂」，為未遂犯的一種，目前 §27 所定之中止未遂，有三種態樣：
 1. 行為人著手於犯罪行為之實行後，出於己意而自願性地放棄繼續實行行為（針對未了未遂）。
 2. 行為人以積極方式阻止犯罪構成要件之既遂或防止結果發生（針對既了未遂）。

中止犯之基本概念 (續)

3. 結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為 (準中止犯)。
- 有前開三種行為態樣之一，且犯罪未達既遂程度，即可減輕或免除其刑。中止犯之法律效果乃「必」減輕或免除其刑，故屬「個人刑罰減輕或免除事由」。

共犯之中止

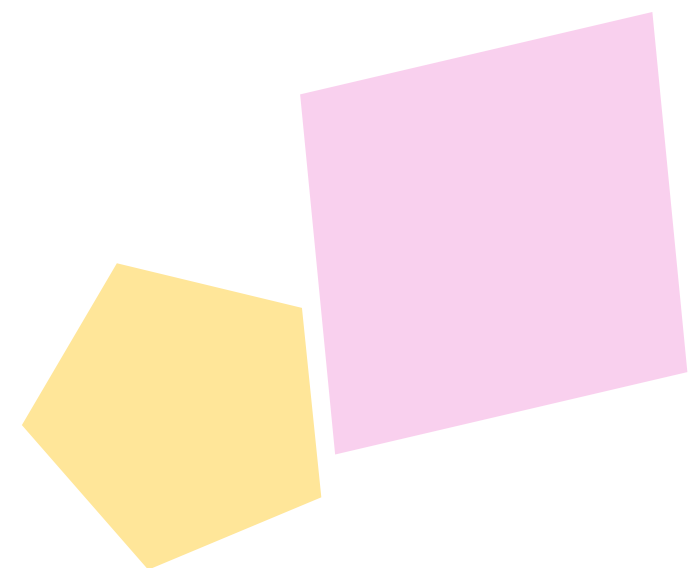
- 95年7月1日修正之中止犯增訂 §27II：
「於正犯或共犯中之一人或數人，因已
意防止犯罪結果之發生，或結果之不發
生，非防止行為所致，而行為人已盡力
為防止行為者，亦適用之。」

共犯之中止 (續)

- 共同正犯之一人或數人，或教唆犯、幫助犯，因自己之意思而防止結果發生，

例如：

勸導正犯全體中止犯罪，或有效防止犯罪結果之發生者，該已意中止之人，亦可獲得中止犯之減免刑責優惠。



共犯之中止 (續)

- 此外，共犯之中止，亦有「準中止犯」之適用，亦即正犯或共犯之一人如有因己意防止犯罪結果之發生，即便結果不發生，並非防止行為所致，只要行為人已盡防止犯罪完成或發生之誠摯努力者，亦有中止犯之適用。

黃金橋理論

- 德國法律歷史上的中止未遂之優惠，原本建立在刑事政策上觀點，亦即透過中止犯優惠規定，建立一座黃金橋，當行為人著手犯罪實行之後，在行為達到既遂程度之前，自願性退回合法性之路 (Rückweg in die Legalität) 時，給予優惠 (刑事政策理論)。

黃金橋理論 (續)

- 此一刑事政策理論與罪刑法定主義一樣，是建立在功利主義的假設之上，也就是假設每一個行為人都是懂得利益計算，趨善避惡的理性人，會因為中止優惠的規定而引發停止犯罪的動機。
- 但受批評之處也在於此，亦即犯罪人鮮少會知悉這樣的刑罰規定而考慮到刑法上所給的優惠引發中止的動機。

目前的中止未遂理論

1. 獎賞理論 (報酬理論)：

- 行為人自願中止犯罪行為或有效阻止結果發生，足以解除 (或均衡) 未遂行為之非價與對於法威信的負面作用，應否定行為人未遂行為之刑罰需要性，故減輕或免除刑罰，是給予行為人自願性中止犯罪的報酬，並非回過頭去認為原來的未遂行為是正當的，而是事後給予「赦免」的優惠。

目前的中止未遂理論(續)

2. 刑罰目的理論(我國與德國多數說):

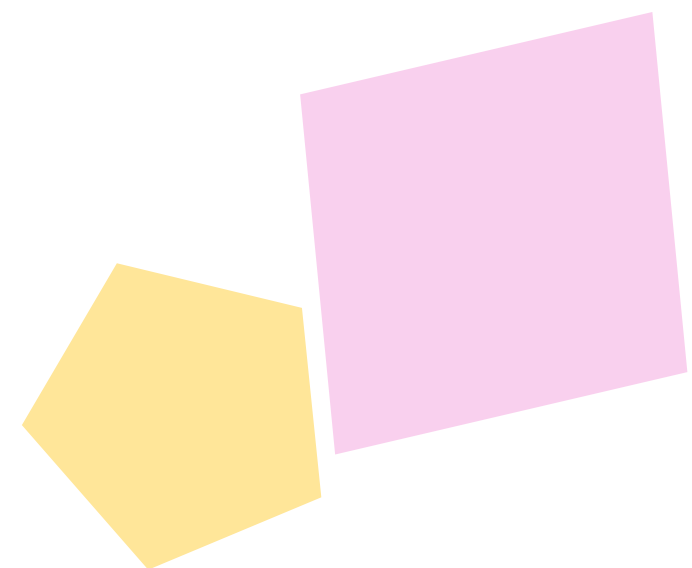
- 自願中止犯罪之人，其主觀惡性與貫徹犯意的人相比，較為輕微，因而刑罰需求性低。
- 此外透過中止或事後努力防止結果發生，足以認為犯罪人未來再犯的可能性較低，無需從特別預防觀點加以處罰。

目前的中止未遂理論(續)

- 再者，出於己意而中止犯罪，未帶給社會大眾不良示範，甚至還確認了法秩序之存在，且從印象理論來看，社會大眾遭到震撼的安全感，因行為人已意中止又再度回復。故無需以一般預防為由而處罰。

3. 責任履行理論：

- 行為人有效阻止犯罪既遂，就是一種負責任的表現，因而無須再要求行為人進一步地負擔刑責。



評析

- 德國與我國刑法學說，多採刑罰目的理論。
- 行為之危險性已因中止行為而消滅，該行為已不具社會危險性，且並未帶給社會大眾不良示範，社會大眾情感也不至於被挑激，因此從刑罰特別預防與一般預防之觀點來看，行為的需罰性極為薄弱，也無刑罰之必要性。

評析 (續)

- 我國留日學者多主張，中止犯減免刑罰理由在於「違法性暨責任減輕」。
- 違法性減輕而言，以防止發生結果為目標的中止行為，使主觀違法要素故意之實效性喪失，主觀上放棄犯意，可謂降低其行為無價值，因而減輕行為之違法性；責任減輕而言，中止行為是根據己意而來，形同再度採取合乎規範的態度，行為人的法敵對性也因而削弱，責任非難之程度也隨之減輕。

中止犯之成立要件

一、主觀上具有「中止」意思

1. 中止意思必須是完全且終局地放棄犯罪意思。
2. 中止意思必須出於「己意」。
3. 出於「通常之障礙」而中止非己意中止。

中止犯之成立要件 (續)

4. 發現客體錯誤而停手，並不構成中止未遂。
5. 被害人放話要向警方提告，行為人因而放棄犯罪，可否論以中止？

中止犯之成立要件 (續)

二、客觀上有「中止行為」

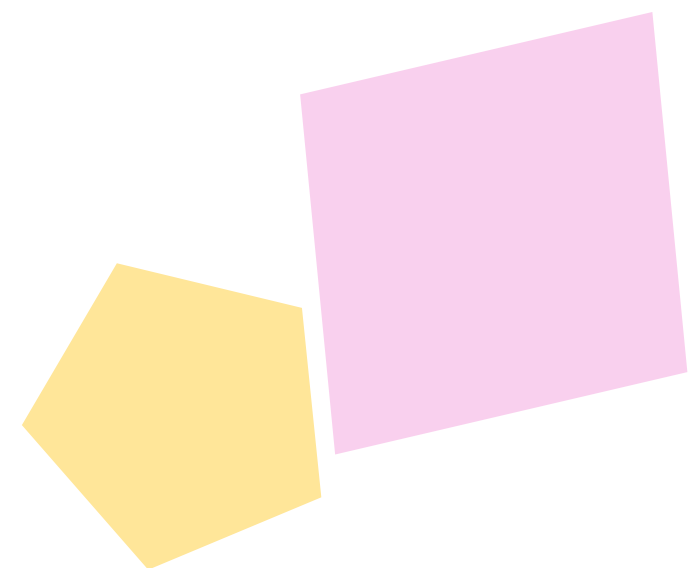
1. 中止行為應先判斷屬「既了未遂」或「未了未遂」。
2. 「未了未遂」之中止情形。
3. 「既了未遂」之情形。

主觀上具有「中止」意思

1. 中止意思必須是完全且終局地放棄犯罪意思。

- 倘行為人只是暫時地中斷或延緩犯罪之意思，與「中止」意義不符。

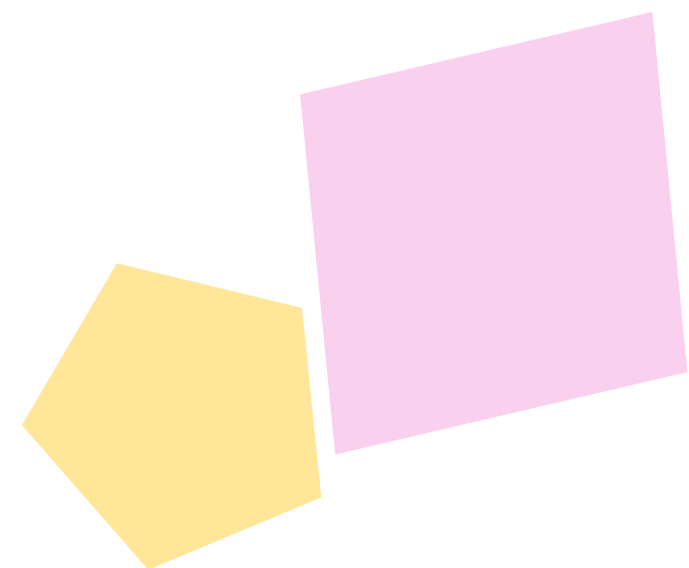
例如：撬開車窗竊車時，發現突然有人經過而暫時放棄偷車；行為人用石頭砸保險箱不成，停下來去尋找鐵鎚來砸，行為人暫時放棄偷車或中斷以石頭砸保險箱的行為，顯然沒有任何減低危險性的意思，當然不能論以中止。



主觀上具有「中止」意思(續)

2. 中止意思必須出於「己意」。

- 以行為是否出於「自主動機」，或是否出於自律的決定來判斷。
- 「自主動機」指，行為人不是因為無可抗拒之壓力被迫放棄其行為之情形。



主觀上具有「中止」意思(續)

例如：

竊賊偷車過程中，遇到警車巡邏而放棄，此等情形完全沒有成立中止未遂的理由，因為警車已形成一個外在強迫性的壓力，迫使竊賊必須放棄，此外從行為「需罰性」與獎賞理論或刑罰目的理論的觀點來看，這樣的行為也沒有給予免除或減輕其刑的必要。

己意或自願中止

- 自願中止，不要求出於良善動機或較高的倫理道德情操，舉凡出於罪惡感、羞愧、同情被害人、心靈上的震驚、悔悟、畏懼刑罰制裁等等均可。

例如：

甲欲殺乙女，乙女的母親在旁跪地懇求，甲因此做罷。

己意或自願中止 (續)

甲本來欲殺敵對幫派的小弟乙，發現乙竟是自己高中同學，因不想殺自己熟識之人而作罷，甲決定放過乙亦可論以中止未遂。

甲對乙女強制性交之際，發覺乙女面貌醜陋而停止。

甲偷車偷一半，想到萬一被抓到會去坐牢而放棄偷竊。

己意或自願中止 (續)

- 不同意見認為欲對被害人為強制猥褻，見被害人貌極兇惡出乎行為人預期範圍，其放棄行為並非己意中止。

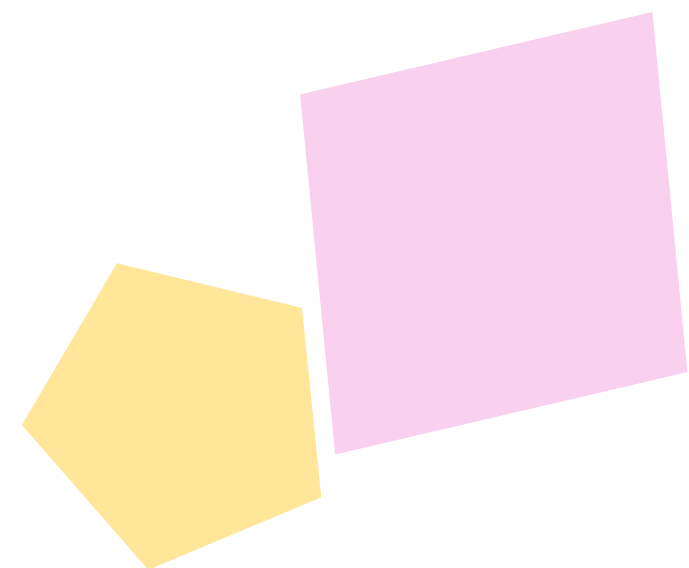
非出於「通常之障礙」而中止

- 行為人倘若出於強迫性的障礙理由，或其他外在強制性的因素或阻礙，或預期外的不利因素，被迫停止犯罪，即非自願性的中止，而是普通未遂（亦稱一般未遂或障礙未遂）。

例如：

甲要殺乙，射擊時發現手槍卡彈無法射擊而作罷。

甲要放火，潑灑汽油後，正欲引火點燃，結果有路人經過而作罷。



非出於「通常之障礙」而中止(續)

- 【障礙未遂——48年台上字第415號判例】

刑法第二十七條中止犯之減輕，以已著手於犯罪之實行，而因己意中止其結果之發生者為限。上訴人持刀殺妻時，既因其妻呼救，並逃往鄰家，驚動其兄及四鄰，始棄刀向警自首，則其當時並非因己意中止犯罪甚明，自無本條之適用。

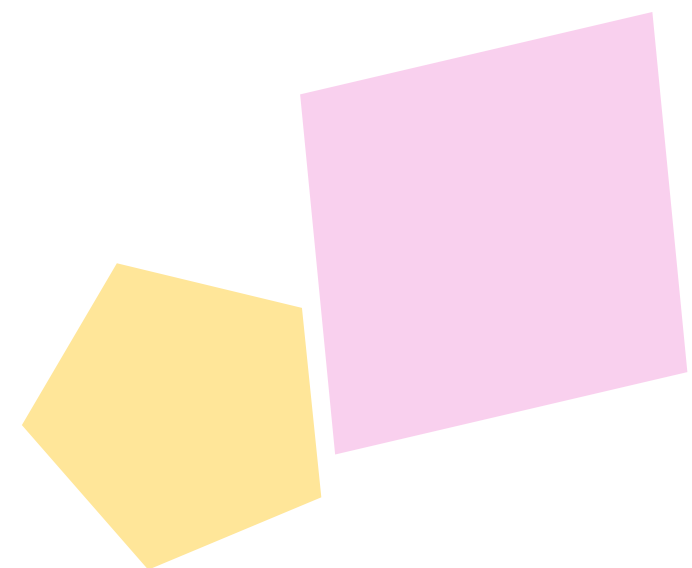
發現客體錯誤而停手非中止

- 行為人著手實行後，發現客體錯誤而罷手放棄犯罪，亦屬出乎預期的不利因素，為障礙未遂，非中止未遂。

例如：

甲欲殺黑道老大，舉槍射擊一槍後，被害人倒地，趨前一看竟是小弟，因而罷手。

【性侵男性案】中，甲尾隨乙並下手為強制性交行為，後來發現乙竟是男性而罷手，應成立障礙未遂。



發現客體錯誤而停手非中止 (續)

- 【障礙未遂——73年度第5次刑事庭會議決議】

殺害(或傷害)特定人之殺人(或傷害)罪行，已著手於殺人(或傷害)行為之實行，於未達可生結果之程度時，因發見對象之人有所錯誤而停止者，其停止之行為，經驗上乃可預期之結果，為通常之現象，就主觀之行為人立場論，仍屬意外之障礙，非中止未遂。

被害人放話要向警方提告

- 是否成立中止，視情況而定：

狀況 1：

行為人事先知道被害人可能會指認與提告，行為人內心已算計到自己的犯罪行為可能面臨訴訟或難逃法網，則被害人有所提醒，不能認為此屬預料外的阻礙，倘行為人人聞言後突然放棄行為，應屬於本身意念的轉換，成立自願中止。

被害人放話要向警方提告 (續)

狀況 2：

行為人事先沒有料到被害人會提告或指認，經被害人聲稱要提告或指認，行為人因擔憂被指認或被逮捕而放棄犯罪，則此際被害人的放話，應屬外在的強迫因素或意外障礙，故行為人放棄行為，屬障礙未遂，非自願中止。

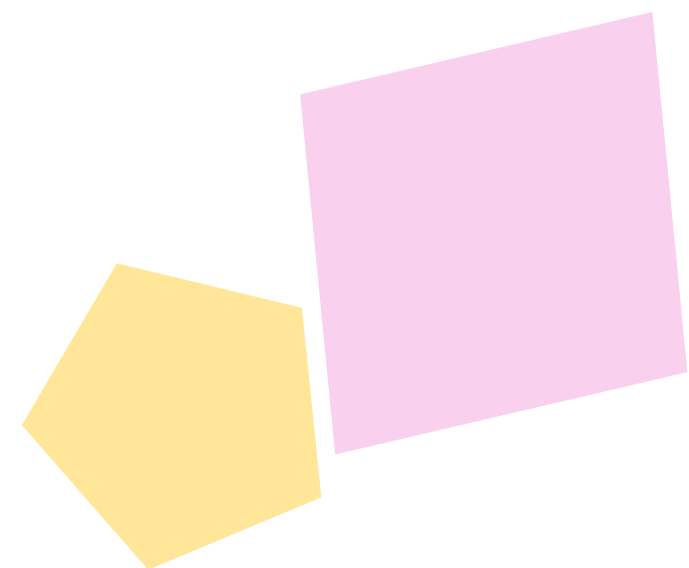
客觀上有「中止行為」

- 刑法第 27 條第 1 項前段規定：

「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者。」

本項前面「因己意而中止」，乃針對「未了未遂」；

後面「防止其結果之發生」，則是針對「既了未遂」而定。



客觀上有「中止行為」(續)

- 未了未遂：

行為人已著手實行犯罪行為，但尚未達到既遂所必要之所有步驟(行為尚未完成)。

例如：

甲基於殺意而殺乙數刀均未中，乙之妻子在旁苦苦哀求，甲因而放棄。

客觀上有「中止行為」(續)

- 既了未遂：

行為人已著手實行犯罪行為，且認知到自己已完成犯罪行為，足以導致結果發生，但結果尚未發生而言。

未了未遂與既了未遂判斷標準

- 採行為人主觀說，也就是根據行為人主觀的認知與想像來判斷。
- 如行為人主觀認為，到目前為止，其犯罪行為尚未全部完成，屬未了未遂。

例如：

行為人甲決定在左輪手槍子彈射完之前把乙射死，結果射了一槍沒射中，卻停止射擊而離去，甲的行為稱為「未了未遂」。

未了未遂與既了未遂判斷標準 (續)

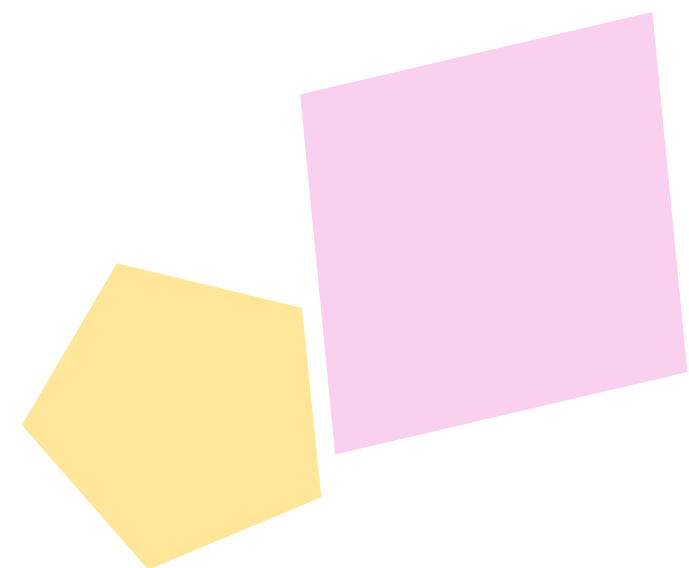
- 如行為人主觀認為，到目前為止之犯罪行為，已屬完成全部行為，或對於足以實現構成要件結果的必要動作皆已完成，但是結果並未發生，則屬「既了未遂」。

例如：

甲決定下毒要一次毒死被害人乙，見乙喝了毒藥之後，甲就離去，但乙竟然沒死，屬「既了未遂」。

錯誤問題

- 既了未遂與未了未遂採主觀說標準，主要為了合理解釋中止未遂的優惠理由。
- 中止犯之所以享有減免刑罰的優惠，乃在於行為人透過中止行為而顯示出其內在危險性格降低，因此對於既了未遂與未了未遂的判斷，應以主觀說為恰當。
- 然而，主觀認知與客觀情形不符的錯誤問題如何處理？



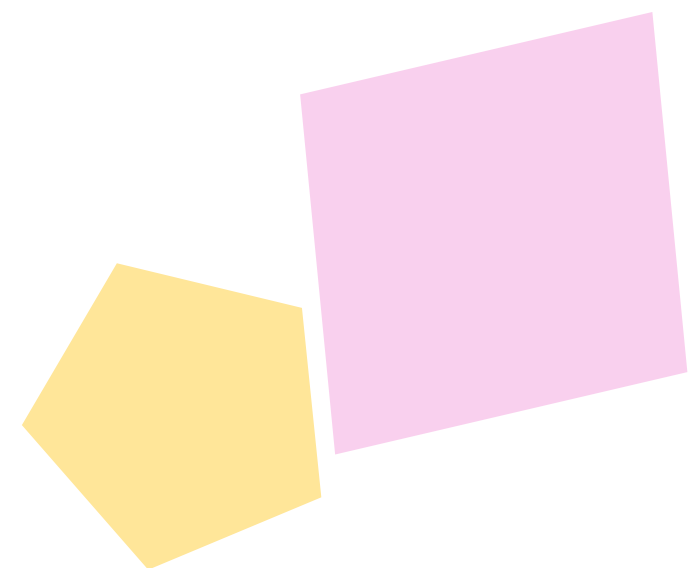
錯誤問題 (續)

例 1：

甲舉槍射擊乙一槍，誤以為乙已經斃命而離去。

從主觀面來看，甲自認屬「既了」(完成所有行為)，但客觀上因乙未死亡僅為未遂，此際仍須以行為人主觀想像為準，而認為屬「既了未遂」。

故甲單純離去並不成立中止。



錯誤問題 (續)

例 2：

甲打算下五次毒殺死乙。第二次下毒之後良心發現決定停手，但乙卻在服用第二次毒藥後死亡。

甲主觀上雖屬「未了」，但客觀上已經「既遂」，不成立中止。

「未了未遂」之中止

- 未了未遂乃指行為人已著手實行犯罪行為，但根據行為人主觀上想像，行為尚不足以實現不法侵害。
- 未了未遂之「中止行為」只要行為人單純地捨棄犯罪之繼續實行，即已足夠。

「未了未遂」之中止(續)

例 1：

甲想要對乙強制性交，先用手勒住乙的脖子，打算脫乙的衣服，結果心中轉念想到會難逃法網，不如就此罷手，遂停止性侵，離去現場。

例 2：

甲計畫給乙吃十次含汞物質而殺害乙，給到第五次，心生悔意，遂停止繼續下毒。

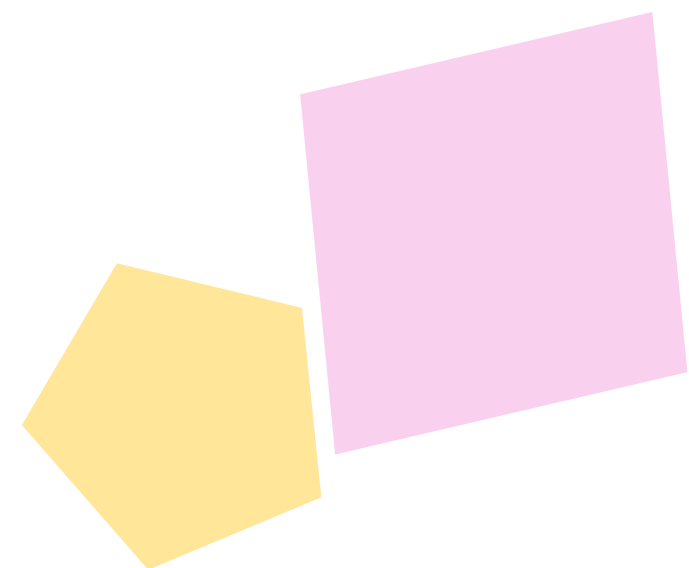
「失敗未遂」不成立中止犯

- 失敗未遂，指行為人著手後，根據其主觀認知，已知犯罪因手段上的失敗或從時間的間隔，已不可能完成或不可能達既遂程度，因而放棄或就此罷手。

例如：

甲對乙連射六發子彈，子彈用盡，還是沒有射中，所以放棄殺人。

殺手丙朝被害人丁的車後射擊數槍，丁開車越駛越遠，丙發現子彈射程範圍再不可能擊中丁，因而放棄。



「失敗未遂」不成立中止犯(續)

- 失敗未遂乃行為人主觀上認為已不可能達既遂，所以才放棄。此等放棄，看不出行為人危險性格有何降低可言，不管根據獎賞理論或刑罰目的理論，均無減免刑罰之必要。
- 中止未遂之成立，至少必須行為人主觀上認為還有達成既遂之可能，始有成立的餘地。

「既了未遂」之中止(一)

- 既了未遂，行為人如果只是單純地放棄其行為，並不成立中止犯，必須有積極防止結果發生之行為，始屬之。

例如：

甲射中乙心臟之後，等候乙死亡，看見乙一直沒有真的斷氣，但仍然離去，甲不成立中止犯。甲必須以積極的行為阻止犯罪結果之發生，如將乙送醫急救，並因而挽回乙之生命，甲才成立中止犯。

「既了未遂」之中止(一)(續)

- 行為人所為之防止行為，不必然是行為人已手為之，也可透過他人為之，例如委請友人送被害人去醫院，或請醫師協助救治，均可算是行為人的防果行為。

「既了未遂」之中止(一)(續)

- 【中止未遂—66年台上字第662號判例】

依原判決所記載之事實，認定上訴人著手實施殺人行為後，乃中止殺意，並囑案外人某甲將被害人送醫急救，防止死亡結果之發生，依此情形，自屬中止未遂。

「既了未遂」之中止(二)

- 行為人所採取的防止行為，只要是足以防止結果發生之行為，即已足夠，是否盡其所能地防止，或是否必須採取最有效或最能確保防止結果發生之方法，並非所問。
- 只要行為人所為之行為，足以防止結果發生，且最後結果未發生的確是中止行為所支配的因果關係所致，即屬中止行為之「作品」，應認為成立中止犯。

「既了未遂」之中止(二)(續)

例如：

甲某日回家與父親發生口角而砍殺父親乙，見乙倒在地，甲心生後悔，立即打電話給母親，請母親前來將乙送醫急救，自己則先行離去。

如果乙因送醫而獲救，則結果之不發生仍與甲之打電話有因果關係，應可認為甲成立中止犯。

行為人防果失敗

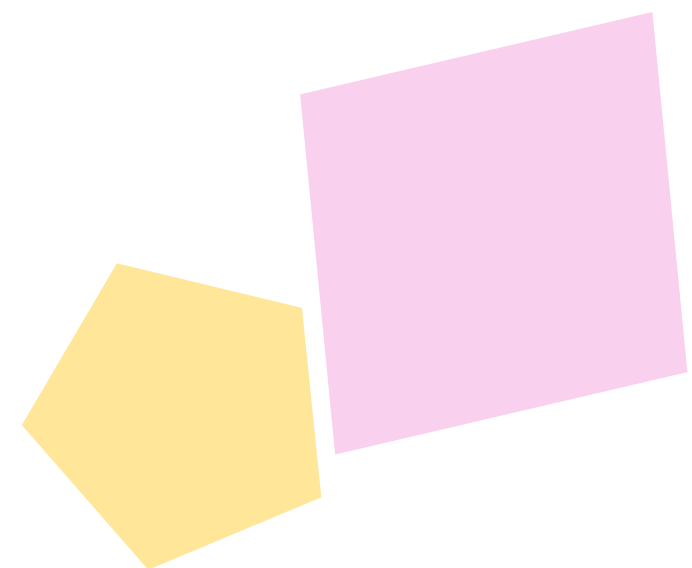
- 如果行為人積極地為防果行為，但結果仍然發生(防果失敗)，對於行為人誠摯但無效果的努力，可否給予中止優惠？

例如：

甲射殺乙，乙倒地流血，甲心生悔意，緊急將乙送醫，乙後來還是因槍傷而死亡。

行為人防果失敗 (續)

- 在既了未遂時，中止犯的成立必須行為人有積極的防果行為，且要求防果行為使結果最終不發生。結果如果發生，犯罪行為就不是未遂而是既遂，此與中止犯以未遂為前提不合。
- 行為人雖然積極為防果行為，但本身仍要承受防果失敗或中止失敗的風險。因此只要行為最後達到既遂程度，即無中止犯的適用。



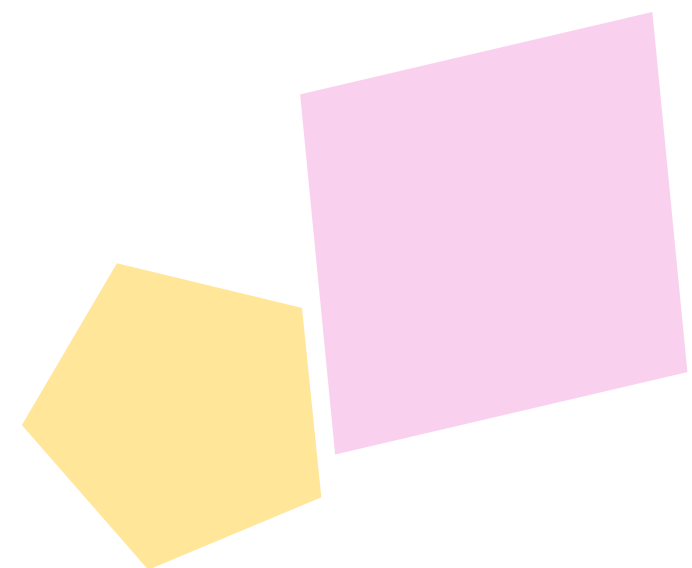
行為人防果失敗 (續)

- 【70 年度台上字第 3323 號】

以非法網綁其妻，犯罪行為即已完成，
既在既遂之後，當無所謂中止。

結果之發生不可歸責行為人

- 如果行為人在行為後，結果發生前，積極地為防止結果發生之行為，但中間卻介入可歸責於第三人或被害人之行為，並可認定結果在客觀上不可歸責於行為人時，由於行為人之行為仍可評價為未遂行為，故仍有中止犯之適用。



結果之發生不可歸責行為人(續)

例如：甲打傷乙，乙傷勢輕微原不足以致死，甲心生懊悔將乙送醫急救，結果乙竟拒絕治療自行離開醫院，乙之傷口後來因感染引發敗血症而亡；

或甲將乙送醫後，乙本無死亡風險，卻因醫師未消毒導致病人感染而死。

- 如果犯罪行為所造成的侵害結果非常嚴重，沒有樂觀挽回的希望，即使行為人為中止行為且為防果行為，行為人自己仍應該承擔防果失敗的風險。

【RU486 墮胎案】解析

- 乙女服用 RU486 墮胎藥後，甲男於心不忍，立即帶乙就醫，醫師告知胎兒尚屬健康。乙後來發生流產結果，乃乙要求醫師執行人工流產手術，故胎兒死亡結果是因為被害人行為之介入而發生。
- 結果在客觀上不應歸責於甲，故甲之下藥行為應成立未受囑託加工墮胎未遂罪 (§291III)。

【RU486 墮胎案】解析(續)

- 甲於行為後，於心不忍，將乙送醫急救，甲所為之防止結果發生之行為乃屬有效之中止行為，且足以防止墮胎既遂之行為，故甲應成立未受囑託加工墮胎罪之中止未遂。

準中止犯

- 刑法第 27 條第 1 項後段：
「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」
- 準終止犯之要件：
 1. 結果之不發生非防止行為所致。
 2. 已盡力為防止行為。

準中止犯 (續)

1. 結果之不發生非防止行為所致

- 中止犯本須結果不發生導因於行為人的防果行為，亦即防果行為必須與結果不發生之間具有**因果關係**。惟學說上均承認，積極的防果行為與結果不發生之間雖無「**因果關連性**」，但仍可成立中止犯。

準中止犯(續)

例如：

甲因砍乙一刀，見乙倒在地上流血於心不忍，前去開車想載乙去醫院治療，孰料乙竟然先一步被路人丙送去醫院急救而獲救。

準中止犯 (續)

- 承認準中止犯的理由：

行為人出於誠摯努力以防止結果發生，也有所積極作為，如此可以證明其惡性較低，且足以緩和其原先的行為無價值，此外，因犯罪行為所造成之法秩序的撼動，也藉此獲得平復，故值得給予減輕或免除其刑之優惠。

準中止犯 (續)

2. 已盡力為防止行為

- 準中止犯之成立，行為人必須「已盡力為防止行為」。所謂已盡力為防止行為，仍該行為足以防止結果之發生，始屬之。
- 倘行為人之中止行為屬不可靠之行為，或根本不適合於防止結果發生，亦不成立準中止犯。

準中止犯 (續)

例如：

甲在乙的飲水中下毒，想要毒殺乙，後來乙肚痛難耐，甲遂給乙服用香灰，以阻止乙毒發身亡，結果乙未死亡乃因毒藥劑量不足，而非服用香灰所致。

此際，未發生死亡結果與行為人積極防止行為固然沒有因果關係，但仍不能成立準中止犯，因為服用香灰並非適合於達到防止結果發生之手段。

共同正犯或共犯之中止

- 第 27 條第 2 項：

「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」

共同正犯或共犯之中止 (續)

- 正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，且結果因而未發生。
- 正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為。
- 中止犯屬「個人刑罰減輕或免除事由」，故只有為中止行為之人，始有中止犯之優惠待遇，不符合中止犯之其他正犯或共犯，仍成立一般之未遂犯。

因己意防止犯罪結果之發生

- 共同正犯或共犯之中止犯，其成立要件，亦必須犯罪之結果尚未發生，始有成立之可能。
- 倘共同正犯或共犯之一人僅是單純地中止或放棄行為之繼續，其他正犯仍繼續行為且達既遂程度，並無中止犯成立之餘地。必該名共同正犯或共犯已為積極防止結果發生之行為，且結果亦未發生者，始成立中止犯。

因己意防止犯罪結果之發生 (續)

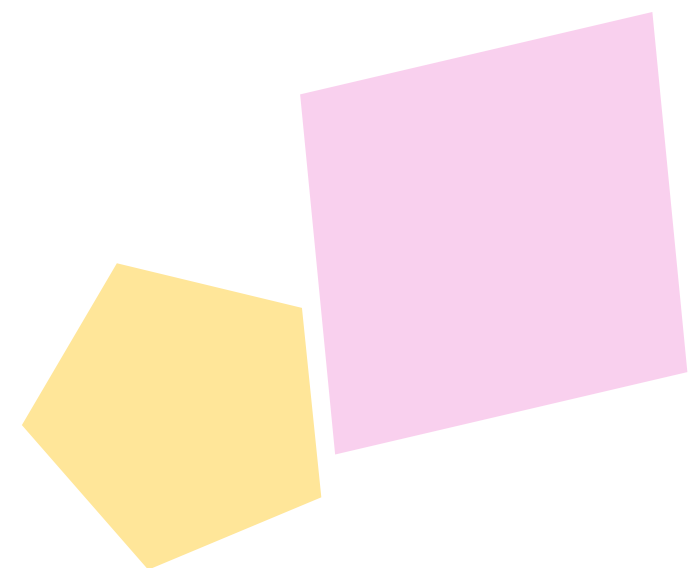
例如：

甲是某公司保全，提供乙該公司保全密碼，以利乙入內行竊，但甲良心發現，懊悔不已，事後更改保全密碼，而乙果真誤觸保全系統，在入內行竊之際遭警察逮捕。

甲雖成立加重竊盜未遂之幫助犯，惟由於甲因己意防止犯罪結果之發生，故可以成立中止犯。

結果之不發生非防止行為所致， 而行為人已盡力為防止行為

- 共同正犯或共犯之一人亦有準中止犯之適用。
- 倘行為人已盡了防止結果發生之誠摯努力，而結果之不發生，雖非防止行為所致，亦可享有中止犯之優惠。



結果之不發生非防止行為所致， 而行為人已盡力為防止行為 (續)

例如：

甲提供乙該公司保全密碼後，良心發現，懊悔不已，在乙進入辦公室行竊之際，甲立即向警方報案，警方尚未到達現場時，乙因進入公司發現尚有員工在內，怕行竊被發現，遂悄悄離去。

甲之報案應可認為已盡力為防止行為，而結果之不發生雖非防止行為所致，但仍可成立中止犯。

實務見解

- 【幫助犯之中止——32年上字第2180號判例】

殺人之幫助犯，欲為有效之中止行為，非使以前之幫助全然失效或為防止犯罪完成之積極行為不可。

實務見解 (續)

- 【共同正犯之中止—52年度台上字第2255號】

共同正犯，須防止結果發生之效果發生，始能依中止犯之例處斷。原判決既認上訴人於著手實施犯罪後，因心中不安，中止犯罪行為，並未防止其他共同正犯之進行，任由其按計劃實施，其他共同正犯縱因被害人報警被捕，未達犯罪目的，既非由於上訴人之防止行為致防止結果發生之效果發生，自與中止犯之要件不符。

預備犯可否成立中止犯？

- 第 27 條之規定，中止犯應「已著手於犯罪行為之實行」後，始有成立之餘地，故目前實務見解認為，中止犯既然屬未遂犯之一種型態，故中止犯必須具備未遂之成立要件，亦即**必須達著手實行之階段**，始有成立之可能。
- 預備行為，由於未達著手實行階段，因此並無中止犯成立之可能。

預備犯可否成立中止犯？(續)

- 惟學說看法不同，認為著手於不法行為後，其中止尚可減輕或免除其刑，較未遂行為為輕的預備行為，反而沒有中止優惠的適用，顯有輕重失衡。
- 故有認為預備犯應有「準用」中止未遂而減輕或免除其刑；或認以舉重明輕的衡平性法理，使預備犯得以「類推適用」中止犯規定。

實務見解

- **【預備與中止—23年非字4號判例】**

原判決認被告係聽從某某等邀約前往擄人，行至中途即行折回，是其行為尚未達於著手實行之程度，原判決依擄人勒贖之中止犯處斷，自屬於法有違。

實務見解 (續)

- 【預備與中止犯—22年上字第980號判例】

中止犯之成立，以已著手於犯罪之實行因己意中止者為要件，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，若實行行為未曾開始，而其所為尚係著手以前之準備行為，只能謂之預備，除刑法上有處罰預備罪之規定，得依預備罪論科外，實無中止犯之可言。

版權聲明

序	頁	作品	版權標章	作者/來源
1	1			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
2	2-200			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
3	2-199	壹、故意犯之行為階段……，得依預備罪論科外，實無中止犯之可言。		除法條、大法官釋字、判例等屬公共領域之作品外， 由所有權人王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品，請另行向權利人取得授權。 來源：王皇玉，刑法總則(修訂七版)，頁 361-412，2021 年 7 月，新學林出版。