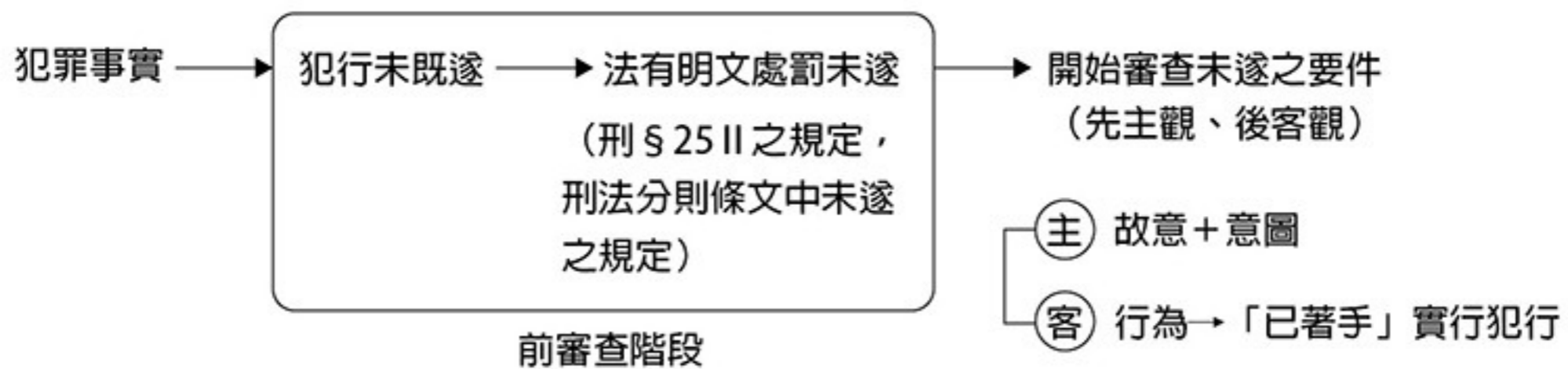


I Section 1 未遂犯之基本審查架構 (刑 § 25 I)



一、前審查階段

- (一) 犯行未既遂：犯罪構成要件尚未完全實行，包括「結果未發生」及「結果雖然發生，但結果與行為間欠缺條件因果關係或客觀可歸責性」兩類。
- (二) 法有明文處罰未遂犯：依現行刑法第 25 條第 2 項之規定，未遂犯之處罰以法律有明文特別規定者為限。

二、主觀不法構成要件

係指行為人主觀上具有和既遂犯完全相同的故意。

如該犯罪尚有特別的主觀不法要素（意圖犯之「意圖」要件，例如刑 § 320 I 竊盜罪之不法所有意圖），亦須具備始能成立未遂。

三、客觀不法構成要件

係指行為人客觀上已著手實行構成要件行為。

II

Section 2

未遂犯之型態

一、普通未遂

(一) 處罰基礎：印象理論（主客觀混合理論）

未遂犯之處罰依據係採「印象理論」，乃從主觀理論出發，並輔以客觀理論之見解，亦即行為人主觀上具有法敵對意思，客觀上亦進行具有危險性之行為而言。

(二) 著手

1. 意義：係指犯人對於犯罪構成事實主觀上有此認識，客觀上並有開始實行此一構成事實之行為。

2. 重要的判斷著手標準¹

(1) 實質客觀說：

著手實行行為，乃指該行為與構成要件行為有「必要關聯性」者，始能稱之。此外，若行為已使客體達「直接危險」之程度，亦可認為該行為已與構成要件行為有必要關聯性。

(2) 主客觀混合理論：

著手之認定，應以行為人「主觀犯罪計畫」為斷，並檢視客觀上行為是否已經使受保護之客體達到「直接危險」的程度。

1 王皇玉，刑法總則，2023年8月九版，頁391-393；黃惠婷，預備行為與未遂行為之區別，月旦法學雜誌第108期，2004年5月，頁165。

近年實務見解如下：

最高法院 111 年度台上字第 5588 號判決

按已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第 25 條第 1 項定有明文。惟關於著手時點之判斷，學說上有各種不同之理論。採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為犯罪行為之著手；採實質客觀說者，認為行為人只要開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為，即已著手；而採主觀說者，則主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手，三者各有其立論基礎。然而形式客觀說將著手時點過度往後推延，致使若干在實質上可認定為未遂之行為，被歸類為預備行為，對法益之保護顯有不周；而主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說，因未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義。由於上開諸說各有缺失，乃有折衷之主客觀混合說之提出，其係以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。此說對於著手時點之判斷標準已較具體明確，且以行為人主觀上所認識之事實，作為判斷背景事實，並加上客觀層面之限制，不致於擴大未遂犯之範圍，復能避免其餘各說之缺失，應較可採。故而，有關強制性交罪之著手，自應藉由主客觀混合理論之運用而加以判斷。刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交

罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段。

二、不能未遂（不能犯）

（一）意義

行為人的實行行為本質上無法達到既遂，或根本無法發生結果。

（二）分析

1. 行為不能發生犯罪之結果：指該行為客觀上根本無法發生結果。

2. 無危險

(1) 具體危險說：判斷危險時，應以「行為時一般人所能認識」以及「行為人特別認識」的事實作為判斷基礎，從一般人的觀點，如果有發生結果的可能時，屬未遂犯；若沒有發生結果的可能性，則屬不能犯。

(2) 重大無知說：由於新法下不能未遂的法律效果既然是「不罰」，就必須嚴格認定不能未遂的範圍，僅出於「重大無知」（行為人所認知經驗法則嚴重偏離一般人所理解的經驗法則）者始屬不能犯。

近年實務已有採「重大無知說」，作為行為無危險的判準，值得留意：

最高法院 112 年度台上字第 4182 號判決

刑法第 26 條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」即學理上所稱不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。而有否侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑。行為人倘非出於「重大無知」之誤認，僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵害，然已有侵害法益之危險，仍屬障礙未遂，非不能未遂。

延伸專題——共同正犯脫離¹⁶

一、意義

所謂「共同正犯脫離」，係指共同參與犯罪之部分行為人，於犯罪完成前放棄共同實行犯罪之意思，而向其他行為人表明從共同參與關係脫離之意旨，其他行為人表示認同後繼續實行，據以實現犯罪者而言。

二、類型

(一)著手實行前之脫離

倘若行為人於「著手前」（共謀、預備階段）向其他共謀者表明脫離之意思，在其他共謀者認同後，與他人之共謀關係已然解除，故肯認該脫離者已脫離犯罪。

(二)著手實行後之脫離

倘若行為人於「著手後」（實行階段）向其他實行者表明脫離之意思，除須經其他實行者認同外，亦應以積極行為阻止其他實行者實行行為始能肯認其已經脫離共同參與關係。

三、法律效果

(一)著手實行前之脫離

由於行為人已從共謀關係脫離，應避免擴張刑責，而認為脫離之行為人無須負責，僅視情形負預備犯之責任。

(二)著手實行後之脫離

基於共同正犯交互歸責（一部行為，全部責任）之法理，因已肯認該行為人已脫離共同正犯關係，故無須負結果發生之責任（既遂責任），僅論未遂犯¹⁷即可。

16 余振華，刑法總論，2013年10月二版，頁445-447。

17 學說上亦有認為應論中止犯，但問題在於，中止犯係以結果不發生為前提，結果一旦發生，即無中止犯的適用，故強調「共同正犯之脫離」與「共同正犯之中止」係屬二事，在構成要件上迥然不同，其法律效果自然相異。余振華，刑法總論，2013年10月二版，頁447。

- 小提示：本題的得分關鍵在於：甲於乙遺棄嬰兒後通知警方將 A 抱走，是否成立違背義務遺棄罪？此涉及最高法院 104 年度台上字第 2837 號判決意旨之分析，其認為警察所負之義務充其量為無因管理，若扶養義務人遺棄無自救力之人，此一法定義務之違反，仍成立違背義務遺棄罪。且該罪為抽象危險犯，一有遺棄行為即成立犯罪，故甲成立違背義務遺棄罪。

►►► Topic2 侵害身體

概說

傷害罪保護的法益是自然人的身體與健康。所謂「身體」，係指具有生命的肉體，其內容包括軀體與四肢、體內的臟器及口腔內的齒、舌等器官；而所謂「健康」，則指身體與精神處於正常、健全的狀態而言。

然而，關於侵害「健康」狀態的認定，究竟只從人的生理機能考量，還是要思考其他的要件，學說和實務見解分歧：

實務見解⁴——生理機能妨礙說

實務認為，必須使他人的生理機能發生障礙，或對健康狀態有不良影響者，始屬傷害；若僅使他人之外貌發生變化，但無礙其生理機能健全，例如剪別人一搓頭髮，即不得論以傷害罪。

多數學說見解⁵——身體完整性侵害說

相較於實務見解，學說認為，除了生理機能考量外，再加上外觀物理變化的觀點，認為傷害罪同時保護身體的「固有完整狀態」。因此，若有害於身體之完整性者，即便對於生理的正常機能或健康狀態並無妨礙或減損，亦構成傷害罪。

4 司法院院解字第 3711 號解釋（節錄）：「某甲……強行剪去頭髮，僅係違反違警罰法（編按：現已廢止）第七十六條第一款之規定，尚不構成刑法上之犯罪。」（編按：標點符號為編者所加）

5 林山田，刑法各罪論（上），2005 年 9 月五版，頁 137-138；林東茂，刑法綜覽，2012 年 8 月七版，頁 2-38。

重要條文	重點提示	
<p>刑 § 277 普通傷害罪</p>	<p>加重結果犯</p>	<p>1. 實務見解（最高法院 105 台上 2319 決） 按刑法加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍；是以，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。又刑法第 277 條第 2 項前段傷害致人於死罪，係因犯傷害罪致發生死亡結果而為加重其刑之規定，依同法第 17 條規定，固以行為人能預見其結果發生時，始有其適用，但傷害行為足以引起死亡之結果，如在通常觀念上不得謂無預見之可能，則行為人對於被害人之因傷致死，即不能不負責任。</p> <p>2. 學說見解⁶ 學說認為，成立加重結果犯的前提，必須基本犯行與加重結果間有「直接關聯性」。「直接關聯性」又稱「構成要件特有的危險關聯」，意指故意的基本犯罪行為與加重結果之間，必須具備一種直接關係，亦即加重結果須源於故意的基本構成要件所蘊含的危險，而不是其他危險所造成。</p> <p>◎示意圖</p> <div style="text-align: center;"> <pre> graph LR A[輕傷行為] -- "條件因果關係 + 客觀可歸責性" --> B[輕傷結果] B -- "結果續生" --> C[致重傷或致死] subgraph Box [條件因果關係 + 構成要件特有的危險關聯] A --> C end </pre> </div>
<p>刑 § 278 重傷害罪</p>	<p>行為</p>	<p>1. 「毀敗」與「嚴重減損」之判斷 實務（最高法院 110 台上 4998 決）認為，毀敗或嚴重減損一肢以上之機能，為重傷，刑法第 10 條第 4 項第 4 款定有明文。所稱「嚴重減損」，係指雖未致毀敗而完全喪失，但已有嚴重減損之情形。又是否構成「重傷」，初不以受傷時或治療中之狀況為判斷時程，如經過相當之診治而能回復原狀，或雖不能回復原狀而僅係未達嚴重減損程度之減衰其效用者，仍不得謂為此處之重傷。至「嚴重」減損機能與否，固為不確定法律概念，惟仍非不能依通常一般人對於四肢功能的需求而定，如減損手部機能之程度，已</p>

6 蔡蕙芳，傷害致死罪之適用——最高法院判例與判決之評釋，台灣本土法學雜誌第 61 期，2004 年 8 月，頁 56；王效文，加重結果犯之性質與構造——評最高法院九十八年台上字第五三一〇號刑事判決，月旦裁判時報第 5 期，2010 年 10 月，頁 107-108。

		<p>嚴重影響通常一般人所為之抓、握、工作能力，甚且被害人對於手部機能，在工作或生活習慣上是否有高於或別於一般人的特別需求，例如慣用左手之人的左手肢傷害，較之係右手肢傷害的判斷應有不同；或高度倚賴手部工作者，如外科醫師、鋼琴家等，而有寬嚴不同之判斷基準。</p> <p>2. 實務上承認重傷行為之態樣</p> <p>(1) 斷三指（斷大指、食指、中指）（最高法院 29 上 135 例）</p> <p>(2) 硫酸潑灑身體、顏面</p> <p>(3) 腎破裂</p> <p>(4) 脾臟破裂</p>
<p>刑 § 283 聚眾鬥毆罪</p>	<p>概說⁷</p>	<p>本罪的立法目的，係著眼於聚眾鬥毆行為於實務偵查的困難性。不特定多數人相互鬥毆，若發生致死或致重傷之結果，理應適用刑總共同正犯和共犯的相關規定，然而，刑事訴追上往往難以證明「多數人群毆行為」與「被害人生命、身體法益侵害」間的條件因果與客觀歸責，無法適用傷害罪的個別法條加以論處，因此特設本罪來解決此一難題。</p>
	<p>行為</p>	<p>1. 鬥毆：指互相傷害身體的暴力衝突。</p> <p>2. 聚眾</p> <p>(1) 實務（最高法院 28 上 621 例）認為，只有在參與鬥毆之多數人有隨時可增加之狀況，方能成立本罪，如果現場人數並非隨時可以增加，即不能稱為聚眾。</p> <p>(2) 然有學者認為，實務見解增加法所無之限制，並不可採，只要是多數人參與群毆，即可成立聚眾鬥毆。原因在於，從本罪的規範意旨來看，之所以設有本罪，就是因為多人群毆具有一定危險性以及混亂所帶來的證明困難。隨時會有不特定人加入鬥毆，固然會提升整體群毆行為的危險性，但並非構成要件該當的必要成分，即便是特定多數人群毆，也會對於參與者及局外人形成生命與身體危險，也同樣會導致因果關係難以證明的情形。因此，關於「聚眾」的認定應著重在「群毆人數的多寡」，而非聚集者是否特定、是否處於隨時可增加之狀態⁸。</p> <p>3. 在場助勢：指在聚眾鬥毆之現場，並未下手施以強暴脅迫，而僅給予在場之人精神或心理上之鼓勵、激發或支援，因而助長聲勢而言（高等法院 112 上訴 5179 決參照）。</p>

7 整理自林東茂，刑法綜覽，2015 年 8 月八版，頁 2-45。

8 蔡聖偉，斬手是眾——論聚眾鬥毆罪的適用與重傷害的認定，台灣法學雜誌第 199 期，2012 年 5 月，頁 245。