

Chapter 7 未遂犯

打卡地圖



└ (六) 個人減免刑罰事由 (刑 § 27)

- ├ 1. 預備犯的類推適用 → **爭點 06** ★★★
- ├ 2. 非屬失敗未遂
- ├ 3. 中止行為：未了未遂 vs 既了未遂 → **爭點 07** ★★★
- ├ 4. 因果關係
 - ├ (1) 一般中止犯 (刑 § 27 I 前段) V
 - ├ (2) 準中止犯 (刑 § 27 I 後段) X
- ├ 5. 主觀要件
 - (1) 一般中止犯 (刑 § 27 I 前段)：中止意思 + 出於己意
 - (2) 準中止犯 (刑 § 27 I 後段)：真摯努力 + 中止意思 + 出於己意
- └ **爭點 08** ★★★

中止未遂

爭點 01

○ 一般未遂犯著手之判斷標準？

一 爭點模板

形式客觀說	此說認為著手實行乃指行為人已經開始為「嚴格意義的構成要件行為」，才算是著手犯罪行為之實行，跨入了未遂的界線。
實質客觀說	此說認為只要行為人開始為以下行為，即足評價為已著手： (一)與構成要件行為具「必要關聯性」之行為。 (二)對於構成要件所要保護的客體已經造成直接危險者。
主客觀混合說	此說認為倘若依行為人主觀上之整體犯罪計畫，其行為在客觀上與構成要件行為具「緊密關聯（密切關聯）」而對所要保護之客體造成「直接危險」者，即足評價為已著手。
本文見解： 主客觀混合說	(一)形式客觀說，缺點在於標準過於僵化，由時會導致著手的認定時點過度往後推延，造成犯罪未遂範圍被不當限縮，形成法益保護漏洞。 (二)實質客觀說，缺點在於要在犯罪構成要件行為以外，再去尋找、判斷「必要關聯性」行為，以茲作為著手標準，個案中仍有模糊難斷之虞 ¹ 。 (三)形式客觀說與實質客觀說，均係純粹以「客觀事實」作為判斷對象，技術上根本無法確認行為人是處於「何種犯罪」的哪個階段。且將導致所有涉及「不能犯」的行為，都不構成著手實行犯罪，使刑法第 26 條之規定失去存在意義 ² 。 (四)主客觀混合說，兼顧行為人之主觀犯罪計畫與行為之客觀意義，可合理的認定著手實行之時點，故為本文所採。

1 王皇玉，刑法總則，2023 年 8 月九版，頁 393。

2 蔡聖偉，惡視力——未遂犯的著手判斷，新學林法學第 6 期，2024 年 12 月，頁 242。

二 關鍵實務

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，即據已著手；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。

爭點 02

○ 隔離犯之著手時點？

一 問題意識

在隔離犯中或間接正犯的案例中，如果僅以行為人已實行構成要件行為或密切關聯行為認定著手，將導致著手時點大幅提前。例如某甲在被害人家中安裝定時炸彈，預計二個月後引爆將屋主 A 炸死，炸彈安裝完成時某甲雖已實行殺人的構成要件行為，但尚不能據此認定甲已著手殺人，因為甲所製造的風險還很遙遠，A 的生命法益尚未面臨直接危險。從而，必須滿足其他條件才能認定行為人已經著手實行。

二 爭點模板

修正的個別解決說	主流學說認為，隔離犯之著手應從行為人的犯行認定，行為人必須完成主觀計畫所預期的所有行為，並且放棄或失去對後續損害流程的支配及控制，才能認定為著手實行 ³ 。
嚴格的整體解決說	部分學說認為，隔離犯之著手應整體觀察行為人與被害人的行為，只有在接續的發整流程中危險因子在物理上、空間上迫近被害客體，同時使得法益陷入幾近必然受損的中間危險狀態時，方屬著手 ⁴ 。

3 參考王皇玉，刑法總則，2024年7月十版，頁454；許澤天，刑法總則，2024年5月五版，頁419-420。

4 許恒達，隔離犯的未遂與預備刑責，月旦法學教室第247期，2023年5月，頁18；許恒達，重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，國立臺灣大學法學論叢第40卷第4期，2011年12月，頁2451-2461。

本文見解：
修正的個別解決說

(一) 嚴格的整體解決說之缺點

1. 不符合刑事歸責基礎法理

被害人仍可作成自由決定，其行為不能被當作行為人「犯罪行為」的一部分，以之作為行為人起算未遂的時間點自屬無理⁵。

2. 成罪與否取決於偶然因素無法有效保護法益

例如，前例中的被害人A在炸彈引爆前一天剛好帶著全家出國旅遊，僥倖躲過爆炸死劫，即因此認定甲並未著手實行殺人⁶。

3. 中間危險狀態難以界定

危險就其性質而言屬於量差概念，也就是結果發生的機率高低，然而到底要多高的危險（機率）才能稱得上中間危險狀態，恐怕很難認定⁷。

(二) 修正的個別解決說之優點

此說以行為人放任後續流程發展的主觀心態證立隔離犯的著手實行，較符合未遂犯的處罰基礎印象理論。

5 批評參自許恒達，重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，國立臺灣大學法學論叢第40卷第4期，2011年12月，頁2411註43。

6 批評參自周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，國立臺灣大學法學論叢第47卷第1期，2018年3月，頁435-438。

7 批評參自周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，國立臺灣大學法學論叢第47卷第1期，2018年3月，頁431-433。

爭點 03

○ 複行為犯之著手時點？

一 問題意識

某甲掌握被害人 A 的性愛影片，乃出於強制性交的犯意，對 A 表示若不同意與自己性交就要把該影片散布於眾，A 害怕而假裝同意，兩人相約於某旅館發生性行為，A 並聯絡警察，而於旅館內逮捕甲。試問：甲是否成立強制性交未遂罪？爭議核心點在，甲已經著手脅迫行為，但尚未著手違反意願的性交行為，是否該當強制性交未遂罪的著手實行？

【案例改編⁸】

二 爭點模板

我國實務見解	我國實務認為，強制性交罪之著手，應依主客觀混合說判斷，依其主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，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（最高法院 111 台上 5588 決）。
德國實務見解	德國實務認為，只要實現部分構成要件就足可認定既遂，針對強制性交未遂罪，若行為人已實行脅迫的惡害通知，即可成立性強制未遂刑責（部分構成要件實現說） ⁹ 。

8 最高法院 111 年度台上字第 5588 號判決。

9 對德國實務見解的介紹，參許恒達，密切關聯行為與複行為犯的著手實行時點——評最高法院 111 年度台上字第 5588 號刑事判決，新學林法學第 1 期，2024 年 2 月，頁 172-173。

<p>本文見解</p>	<p>本文認為，強制性交罪屬複行為犯之結構，前階段的「強制行為」只是創造出足可侵害法益的有利機會，後階段的「性交行為」才是本罪非難核心，若行為人只著手強制行為，而尚未著手性交行為，因還未對性自主法益造成直接危險，自不能認為已經著手實行本罪。德國實務見解恐已過度提前未遂犯處罰時點，應以我國實務見解較為可採¹⁰。</p>
--------------------	--

爭點 04

○ 不能未遂「有無危險」的判斷標準？

一 爭點模板

<p>具體危險說</p>	<p>此說奠基於客觀未遂理論，認為應以「第三人於行為人所得理解之事」加計「行為人特殊認知」作為判斷對象，而從一般理性第三人的角度來評價該行為是否具有導致犯罪結果之危險¹¹。</p>
<p>重大無知說</p>	<p>此說奠基於印象理論，認為刑法第 26 條所指的「無危險」，係指行為人本身「出於重大無知」而誤認經驗法則上的因果律，選擇一個一般人理性上認為不能達成目的之手段時，方屬無危險。</p>

10 許恒達，密切關聯行為與複行為犯的著手實行時點——評最高法院 111 年度台上字第 5588 號刑事判決，新學林法學第 1 期，2024 年 2 月，頁 173-174。

11 支持學者如甘添貴，不能犯與中止犯適用之若干問題點，法學叢刊第 55 卷第 4 期，2010 年 10 月，頁 10；余振華，不能未遂之危險評價，法學叢刊第 55 卷第 2 期，2010 年 4 月，頁 62；許澤天，刑法總則，2024 年 5 月五版，頁 438 以下；林書楷，刑法總則，2024 年 9 月七版，頁 302 以下。實務傾向採此說，如最高法院 109 年度台上字第 1566 號判決、最高法院 110 年度台上字第 199 號判決、最高法院 111 年度台上字第 168 號判決、最高法院 111 年度台上字第 326 號判決、最高法院 112 年度台上字第 1410 號判決。

<p>假設客觀 危險理論</p>	<p>此說源於新客觀未遂理論，認為應以事後的觀點判斷，若流程重新啟動，行為人原本無法控制、隨機的「防果變項」，有可能轉換成「致果變項」，而使得損害可能發生，即具假設客觀危險性，而屬有危險¹²。</p>
<p>本文見解： 重大無知說</p>	<p>(一) 具體危險說的缺點，在於判斷標準不精確，不能擔保法安定性，易淪於法官主觀恣意認定 判斷對象的挑選，以及判斷標準的設定，都是可以恣意操控的不確定概念。更重要的是，透過事前危險概念所得出的危險，事實上並非如同該說所宣稱的是一種「客觀危險」，此說實未堅守其所採之客觀未遂理論¹³。</p> <p>(二) 假設客觀危險理論的缺點，在於個案認定上恐怕淪為主觀恣意，標準難以操作 因為具體個案中究竟有那些條件得納入「防果變項」，時空距離上究竟要到多遙遠才不得納入考慮，有不明確問題；重啟攻擊流程後，損害發生的機率要到多高，才稱得上有危險，亦不明確¹⁴。</p> <p>(三) 重大無知說所提出之標準明確，較能擔保法安定性，也能清楚說明刑法第 26 條放棄刑罰的規範依據 即「欠缺預防需求」，因為此種行為根本不足以動搖一般人對於法規效力之信賴，也沒有特別與一般預防的必要（不會有仿效效果），故本文採此見解¹⁵。</p>

12 許恒達，不能未遂的概念定性與審查方法——評最高法院 110 年度台上字第 3511 號刑事判決及其歷審裁判，月旦裁判時報第 121 期，2022 年 7 月，頁 55-57。

13 蔡聖偉，刑法案例解析方式論，2020 年 8 月三版，頁 336；許恒達，不能未遂的概念定性與審查方法——評最高法院 110 年度台上字第 3511 號刑事判決及其歷審裁判，月旦裁判時報第 121 期，2022 年 7 月，頁 54-55。

14 批評參考此篇文章：周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，國立臺灣大學法學論叢第 47 卷第 1 期，2018 年 3 月，頁 432-433。

15 蔡聖偉，刑法案例解析方式論，2020 年 8 月三版，頁 337。

二 關鍵實務

最高法院 113 年度台上字第 1709 號判決

惟按刑法第 26 條關於不能未遂之規定，依修法理由所載，係採取客觀未遂論，以行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，為成立要件，且因處罰效果，由舊法之「減輕或免除其刑」，改為「不罰」，自應嚴加認定，必須著手之行為客觀上完全欠缺侵害法益之危險，始為刑法所不罰。至於判斷標準，應自客觀理性之普通第三人觀點出發，回溯至行為著手當下，於認知行為人之行為及目的時，是否有具體實現犯罪之可能性而定，勢必在行為當時望而即知行為人因誤認通常之自然法則，毫無犯罪既遂之可能，而非僅偶然錯認事實情狀而已，始足該當，不能從事後之角度以為評斷。否則，未發生犯罪結果之未遂犯，於其後細究，行為最終既無結果，豈非得以反推並無危險（例如入室行竊卻空無一物），顯不合理，因此過度擴張不能未遂之不罰範圍，實非立法之原意，應予辨明。

≡ 筆者提醒 ≡

本判決採取具體危險說見解。