

UNIT 7 未遂犯

CHAPTER

1 概論

1 甲與乙相約賽跑，甲跑輸後，自覺難堪而出手欲毆擊乙，乙因閃避得宜而未受傷。乙返家後越想越生氣，乃於翌日前往甲的住處理論，兩人因互毆而均受傷。下列敘述何者正確？

- (A) 甲第一次出手傷害乙的行為，雖然乙沒有受傷，甲仍然成立傷害未遂罪
- (B) 傷害罪屬於告訴乃論之罪
- (C) 甲、乙互毆的行為，均成立義憤傷害罪
- (D) 甲於互毆過程中造成乙受傷，符合正當防衛

【107 一般警察—行政警察人員（四等）】

析 Analysis.

- (A) 錯誤，依刑法第 25 條第 2 項的規定，未遂犯之處罰，以有特別規定者為限；不是所有的犯罪都有處罰未遂階段。傷害罪是結果犯，乙沒有受傷結果出現，甲第一次出手的行為當然不成立傷害既遂罪。而刑法第 277 條普通傷害罪並沒有明文規定處罰未遂行為，因此無罪。
- (C) 錯誤，實務上認為「義憤」必須是被害人先有不正行為，且該行為在客觀上有無可容忍，足以引起公憤之情形。題目中並沒有符合「客觀上有無可容忍，足以引起公憤之情形」的不正行為存在。
- (D) 錯誤，實務上認為必須要行為人初無傷人之意且能證明下手在後，才能主張刑法第 23 條正當防衛。題目中甲並沒有符合上述條件的敘述，所以相對而言，不是正確選項。

答 Answer. B

2 A 將機車停在自助餐廳旁邊未熄火，即進入餐廳內購買便當，路人甲發現意圖據為己有，正擬跨上機車時，A 正好出來，將甲逮捕。問：甲應負何刑責？

- (A) 侵占罪未遂 (B) 侵占罪既遂 (C) 竊盜罪未遂 (D) 竊盜罪既遂

【101 司法官】

析 Analysis.

1. 侵占罪的成立前提必須是「易持有為所有」。也就是在犯罪行為之前，行為人就已經對於該物具有持有關係存在，例如：A 將他人寄放的物品拿去賣掉，在 A 賣掉之前，A 早已對於該物具有持有關係存在。但本題 A 在跨上機車之前，並沒有對於該機車具有持有關係，所以不能被評價成侵占行為，而是要去破壞他人持有而建立新的持有關係的竊盜行為。所以 (A)、(B) 均為錯誤。
2. 「正擬跨上機車」是否進入竊盜著手階段？
 - (1) 就考試技巧上而言，選項裡並沒有認定成竊盜預備階段而無罪的選項（因為竊盜罪不罰預備犯），代表進入著手階段，而竊盜既遂罪客觀構成要件所要求的「竊取他人之物」，指的是未經持有人同意而完全破壞他人持有建立新的持有關係。既然還沒騎走，就還沒完全破壞他人持有關係，當然不該當既遂的要求而只成立未遂。
 - (2) 正面判斷上，如果用比較的方式，最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議決議(二)認為，於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為著手。本案「正擬跨上機車」就已完全符合接近財物，並進而物色財物的概念，所以進入著手階段。另外，即使依照通說³⁰採「主客觀混合說」，以行為人主觀想像為基礎，再以客觀之旁觀者的角度，判斷是否已直接導致相關構成要件所保護之客體的危險。本案例中「正

30 林鈺雄，新刑法總則，2019 年 9 月七版，頁 368。

擬跨上機車」，下一步就是騎走而直接導致構成要件之實現，所以當下的行為，也已經進入著手階段³¹。

答 Answer. C

3

關於刑法「未遂犯」的敘述，下列何者正確？

- (A) 未遂犯之處罰，以有特別規定者為限
- (B) 未遂犯應一律按既遂犯之刑減輕之
- (C) 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，不罰
- (D) 行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，得減輕或免除其刑

【107 一般警察—行政警察人員（四等）】

析 Analysis.

- (B) 錯誤，依刑法第 25 條第 2 項之規定，未遂犯「得」按既遂犯之刑減輕之，並非一律應減輕。
- (C) 錯誤，依刑法第 27 條第 1 項之規定，中止犯的法律效果是成立犯罪，只不過在刑罰上必減輕或免除其刑，並非不罰。
- (D) 錯誤，依刑法第 26 條之規定，不能未遂的法律效果是「不罰」，即不成立犯罪，並非得減輕或免除其刑。

答 Answer. A

31 補充有關著手上很愛考的考題，目前實務上（最高法院 105 台上 254 決）認為，在放火罪的場合，不須等到點火，只須拿出點火器即屬放火罪之著手。

- 4** 關於未遂犯，下列敘述何者正確？
- (A) 未遂犯之處罰，應按既遂犯之刑減輕之
 (B) 甲基於殺乙的意思，朝乙開槍未中，甲僅成立殺人預備犯
 (C) 幻覺犯亦屬於未遂犯
 (D) 中止犯屬於未遂犯

【111 司特—法警（四等）】

析 Analysis.

- (A) 錯誤，依刑法第 25 條第 2 項之規定，未遂犯「得」按既遂犯之刑減輕之，並非一律應減輕。
- (B) 錯誤，甲已經開槍，已經做了刑法第 271 條第 1 項殺人罪中嚴格意義的構成要件行為，即「殺害」行為，進入著手階段及未遂、既遂領域，不可能只成立預備犯。
- (C) 錯誤，幻覺犯的情況是，行為人所做的客觀上是合法的，主觀上卻誤以為違法，也就是想太多。其行為根本不是法律所要處罰的，不成立犯罪。
- (D) 正確，中止犯，性質上是個人解除（或減輕）刑罰事由，因此檢討個案中行為人的行為是否為中止犯，在構成要件層次必須先該當一般未遂犯之要件，無阻卻違法、罪責事由，成立犯罪後，繼而討論是否有中止犯之適用，因此，中止犯當然屬於未遂犯。

答 Answer. D

- 5** 有關刑法預備犯及未遂犯之規定，下列敘述何者正確？
- (A) 預備犯為結果發生前的前置處罰規定，因此亦屬刑法第 25 條未遂犯的一種類型
 - (B) 行為之處罰以未遂為原則，既遂則按未遂之刑加重其刑二分之一
 - (C) 行為之處罰以未遂為原則，法無明文亦可處罰未遂犯行
 - (D) 實質預備犯係將預備行為直接入罪化而創設的獨立處罰規定
- 【112 司特—書記官（四等）】

析 Analysis.

預備犯尚未進入犯罪著手階段，與未遂犯不同，當然不是未遂犯的一種類型。而刑法第 25 條第 2 項規定，未遂犯之處罰以有特別規定為限。所以，行為之處罰是以既遂犯為原則，未遂犯為例外，故 (A)、(B)、(C) 均錯誤。

實質預備犯係將預備行為直接入罪化而創設的獨立處罰規定，例如：刑法第 199 條「製造、交付或收受各項器械、原料」，為刑法第 195 條偽造通用貨幣之預備階段行為。若行為人先為刑法第 199 條實質預備犯之行為，再為刑法第 195 條之行為，只成立一個犯罪，也就是刑法第 195 條，故選 (D)。

答 Answer. **D**

考試技巧

- (一) 個案中是障礙未遂或是不能未遂，在實務上判斷有採具體危險理論、重大無知理論的不同標準，筆者自己認為重大無知理論比較好判斷，舉個例子而言，甲要拿砒霜向人下毒卻拿成白糖，題目中既然沒有特別提醒考生說，「甲認真以為拿白糖可以毒死人」，那就代表甲的腦袋是正常人的想法，也就是「砒霜才能毒死人，白糖沒辦法毒死人」，所以依照甲的想法判斷，甲不是出於重大無知，只是單純錯認事實（以為所拿的白糖是砒霜），不符合刑法第 26 條「又無危險」的概念，當然不能被認為是不能未遂而無罪，所以是普通未遂。
- (二) 簡單來說，除非是行為人主觀上的想法「真的是笨到受不了」這種情況，才會有不能未遂適用。

1 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。」
下列情況，何者屬之？

- (A) 甲痛恨乙，誤以為砂糖可以殺人而將砂糖加入乙的飲料中，欲藉此殺死乙
- (B) 甲持手槍瞄準300公尺外的乙扣發板機射擊，但子彈規格不符，無法擊發
- (C) 甲向屋內的乙射擊，但乙在甲射擊前剛好離去
- (D) 甲欲搶奪乙的黃金，乙卻早將黃金掉包為石頭

【107 一般警察—行政警察人員（四等）】

析 Analysis.

- (A) 正確，只有(A)中的甲笨到主觀上真的認為砂糖可以殺人，才是不能未遂。
- (B) 錯誤，甲主觀上並非認為「子彈規格不符也能順利擊發而殺人」，所以不是出於重大無知。甲只是不知道子彈規格不符，是單純錯認事實，不符合「又無危險」概念。
- (C) 錯誤，甲向屋內射擊時，主觀上並非認為「乙不在屋內也能射擊到乙」，所以不是出於重大無知。反而主觀上當時是認為「乙在屋內所以向屋內射擊會導致乙死亡」。
- (D) 錯誤，甲動手搶東西時，主觀上並非認為「乙帶了石頭，要搶石頭」，所以不是出於重大無知。反而主觀上當時是認為「乙帶了黃金，要搶黃金」。

答 Answer. **A**

2 甲擬殺 A，持槍瞄準後扣動扳機射擊，未料該槍因有瑕疵而爆膛，致傷及自己的手。對甲行為之論罪，下列敘述，何者正確？

- (A) 由於槍枝瑕疵致爆膛，甲之行為應成立不能未遂，不罰
- (B) 甲之行為是屬於自招（陷）風險之行為，排除客觀歸責之可能性
- (C) 甲使用之槍枝有瑕疵，可因打擊錯誤而阻卻故意
- (D) 甲之行為係因偶然的槍枝瑕疵，應成立障礙（普通）未遂

【102 律師】

析 Analysis.

- (A) 錯誤，甲主觀上並非認為「槍有瑕疵會爆膛，也能順利擊發而殺人」，所以不是出於重大無知。
- (B) 錯誤，會討論到客觀歸責的問題，必然是在結果犯中行爲結果已經出現，而去討論行爲人是否應該爲結果負責而成立既遂犯。但題目中並沒有說 A 發生死亡結果，既然甲的行爲並沒有造成死亡結果出現，根本不需要討論到客觀歸責的問題。
- (C) 錯誤，甲主觀上當時所想像的是「向 A 開槍會導致 A 死亡」，而且也希望這個結果出現，才會開槍，完全符合刑法第 13 條第 1 項所要求的知與欲，當然有殺人故意存在，況且本案與所謂打擊錯誤完全無關。

答 Answer. **D**