

未遂犯



本章學習重點：

1. 理解行為人之故意行為是由不同且相續之階段組成，對於後續如何判斷行為是否屬未遂犯之概念將有所幫助。
2. 未遂犯之涵義及成立要件，依其實行程度與未遂原因而有不同態樣，其判斷標準須個別釐清。
3. 迷信犯與不能犯有無成立未遂犯之可能，值得探討。
4. 是否成立準中止犯將關乎其得否減輕或免除其刑，故其內涵與不能成立之情形須特別注意。

故意犯罪行為之階段



意義

刑法上就行為人之故意行為，可分成各個不同而前後相續之階段，亦即包括：決意→陰謀→預備→著手實行→完成行為→發生結果等。



內涵

一、決意

行為人可能出於各種不同之動機而產生犯意。此等犯罪之決意，乃屬於人之內心意思決定，因尚未形諸於外，並非客觀可見，故刑法通常均不加以處罰。

二、陰謀

陰謀，係指二人以上互為犯意之表示，共同協議計謀實施犯罪而言。必須有二人以上，彼此均有犯意之表示與謀議，始為陰謀；否則，若僅有一人表示犯意，而他人並未附和而參與協議計謀，即無陰謀可言。

三、預備

(一)預備，乃指行為人為實現其犯意，在著手實行犯罪行為前，所為之**準備行為**而言。例如擬定犯罪計畫、調查被害人之行蹤、準備犯罪之工具（刀、槍、毒藥等）、勘查被害人住所及其日常作息、埋伏於被害人必經之處、跟蹤尾隨被害人等。（最高法院 24 年上字第 1251 號判例、最高法院 29 年上字第 21 號判例）

Point

實務見解

最高法院 24 年上字第 1251 號判例

上訴人聽從某甲糾邀，攜帶兇器，前往某乙家，擬割其頭顱，因某乙早已聞風逃匿，遂各自散去，為原判決認定之事實。是上訴人雖有殺人之意，尚未遇見欲殺之人，無從開始實施，核其所為，尚在殺人預備時期，未達於著手之程度，自不能以殺人未遂犯論。

最高法院 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。

註：黃榮堅老師認為，「形式預備犯」所規範之事實，很多都是在日常生活上很普遍之事實，故主張除非有相當之危險性，否則應該不成立「預備犯」。換言之，「預備犯」之成立基礎，在解釋上應以其對法益失控或提高風險之準備行為為限。

- (二)故意行為有經預備階段，而後著手實行者，但亦有一經決意，即刻著手實行，而無預備行為者。例如激情犯、偶發犯或機會犯等之行為。

四、著手實行

- (一)著手實行，係指行為人開始實行犯罪行為而言。亦即，行為人為實現其犯意，而開始實行構成要件之構成犯罪事實之行為。
- (二)行為人一旦著手實行，無論行為進展至何程度，或行為有無結果之發生，均有成立未遂犯之可能。因此，行為至何階段，始可認為著手實行，乃決定預備犯與未遂犯之界限，以及斷定成立未遂犯與否之關鍵問題。



Point

實務見解

最高法院 22 年上字第 1540 號判例

擄人勒贖罪，必須被擄人已喪失行動自由而移置於加害人實力支配之下，始為既遂，本件被擄人正在掙扎尚未架走，其擄人行為不能謂已完成，自應僅負擄人勒贖未遂之責。

最高法院 30 年上字第 684 號判例

刑法第二十五條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。

最高法院 59 年台上字第 2861 號判例

上訴人既有殺人之犯意，又有放置含有毒素之陸角牌乳劑於食物內之行為，雖因其放置毒品後即被發現，尚未發生有人死亡之結果，亦係已著手於犯罪行為之實行而不遂，應構成殺人未遂罪，而非預備殺人。

五、完成行為

故意行為中有一經著手實行，行為即可完成者。例如，公然侮辱罪（刑法第 309 條第 1 項）或通姦罪（刑法第 239 條）等，亦有經過一段時間，行為始完成者，例如，以慢性毒藥而為之毒殺行為。行為必須實行完成，始有成立既遂犯之可能。

六、發生結果

- (一)行為實行完成後，有些行為會發生行為結果。此就行為人本身而論，固非行為之階段；惟就犯罪既遂、未遂之判斷，亦有必要一併視為一種犯罪階段。
- (二)惟並非所有之故意行為，均有上述六個行為階段，有些行為，一經決意，立即著手實行者，則此一故意行為，即無陰謀階段與預備階段；亦有尚未著手實行而在陰謀階段或預備階段，即被追訴而成立陰謀犯或預備犯；亦有著手實行後，並未完成行為；亦有雖完成行為，但尚未發生結果。

未遂犯



意義

所謂「**未遂犯**」，乃指故意犯罪之行為人，出於實現構成要件之決意，雖已著手實行構成要件之行為，但尚**未達既遂**狀態所成立之犯罪。刑法第 25 條規定「**已著手**於犯罪行為之實行而**不遂**者，為**未遂犯**。未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」此即為對未遂犯之成立要件所做之一般規定。



態樣

一、依實行之程度區分：

(一)未了未遂

1. 「**未了未遂**」，係指行為人**著手**實行，而**未完成實行**行為之未遂。學說上有稱為「未完成之未遂」或「中絕未遂」。
2. 例如，甲持刀殺乙，僅砍一刀，見警察走近，乃棄刀逃逸。

(二)既了未遂

1. 「**既了未遂**」，則指行為人**著手**實行後，雖**已完成實行**行為，但**未發生結果**之未遂，學說上有稱為「已完成之未遂」或「缺效未遂」。
2. 例如，甲持刀殺乙，乙受刺倒臥血泊中，甲認為乙已死，乃逃離現場，後乙由友人丙送醫急救，獲救未死。



(三)「未了未遂」與「既了未遂」之判斷標準：

- 1.學說上向有「主觀主義」與「客觀主義」之爭。通說認為，從刑法對於中止犯之立法意義來看，其所著眼的是行為人透過中止行為所顯示之內在危險性格之減低，因此考量之重點應為「行為人之主觀態度」，而非「行為之客觀性」。
- 2.亦即，通說採取「主觀理論」之見解。從而，倘行為人認為其「已完成實現不法構成要件所必要之行為」或「可能已實現不法構成要件之行為」者，即屬「既了未遂」。

二、依未遂之原因區分

(一)障礙未遂（普通未遂）

- 1.指行為人已著手於犯罪行為之實施，但因意外之障礙而不能發生預期之結果。

Point

實務見解

最高法院 73 年度第 5 次刑事庭會議決定（一）

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。

2.其意外之障礙，得分為下列二種：

(1)外界障礙：

- A.謂行為已著手於犯罪行為之實行，因外界之阻力，致未能發生預期之結果。
- B.尚可分為「天然障礙」與「人為障礙」二種。前者（天然障礙）如，行為人放火時適逢大雨，致火被熄滅。而後者（人為障礙）如，行為人侵入房屋行竊，為屋主發現而未得手。

Point

實務見解

最高法院 59 年台上字第 2861 號判例

上訴人既有殺人之犯意，又有放置含有毒素之陸角牌乳劑於食物內之行為，雖因其放置毒品後即被發現，尚未發生有人死亡之結果，亦係已著手於犯罪行為之實行而不遂，應構成殺人未遂罪，而非預備殺人。

最高法院 30 年上字第 2671 號判例

犯罪之故意，祇須對於犯罪事實有所認識而仍實施為已足，不以犯人主觀之認識與客觀事實不生齟齬為必要。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。

(2) 心界障礙：

- A. 謂行為人已著手於犯罪之實行，因外界因素而影響其心理，致未發生預期之結果。
- B. 例如，行為人侵入房屋行竊，聽到聲響，懷疑係屋主歸來，而驚惶逃逸者。

(二) 中止未遂 (中止犯)：

1. 指行為人「著手於犯罪行為之實行，出於己意或自願放棄行為之繼續實行」或「在實行犯罪行為後，以己意防止其結果之發生」，致未發生犯罪之結果者。
2. 其性質上係屬「個人刑罰解除事由」。
3. 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減輕或免除其刑。」即係中止未遂之明文規定。

(三) 不能未遂 (反面構成要件錯誤)：

1. 指行為人已著手於犯罪之實行或已實行完畢，但因事實上或法律上之原因，使其不能完全實現客觀之不法構成要件、發生犯罪之結果。



- 2.其他情形之未遂，雖未實現犯罪構成要件之內容，但有實現之可能性（危險性）。而「不能未遂」，則無實現之可能性（危險性）。
- 3.依不能未遂原因之不同，不能犯包括下列三種不能：
 - (1)主體不能：
 - A.指不具法定行為主體所應具備之資格（包括身分或特定關係）之行為人，著手實行構成要件行為所成立之不能未遂。
 - B.例如：甲不知其配偶乙已死，而與他人再婚。
 - (2)客體不能：
 - A.指行為人針對根本**不存在**之行為客體，著手實行犯罪行為，而成立之不能未遂。
 - B.例如：甲不知乙已死，誤將乙在床上之屍體當做其僅係在熟睡中，而對之開槍射殺。
 - (3)手段不能：
 - A.指行為人雖已著手實行構成要件行為，但因所採取之行為手段，其並無可能完全實現構成要件之不能未遂。
 - B.例如：甲以射程只有 50 公尺之手槍，射殺站在 200 公尺以外之仇人乙。

Point

重要觀念

不能未遂與障礙未遂之區別

(一)就客觀上而言：

- 1.不能未遂之行為，無論於何時、何地，均不能發生行為人所預期之結果，其不能為「永久之狀態」。
- 2.而障礙未遂之行為，其未發生結果，係由於行為遭受外來之阻力所致，若別無障礙存在時，仍有可能實現構成犯罪之事實，是其結果之不發生，僅為「偶然之狀態」。

(二)就主觀上而言：

- 1.不能未遂之行為，雖不能發生客觀或具體之危險，但其行為人在主觀上仍具有主觀或抽象之危險性。
- 2.而障礙未遂之行為，在性質上兼具主觀上與客觀上之危險性。

(三)就法律效果而言：

- 1.不能未遂之法律效果為，「不罰」。亦即，其並不成立犯罪。
- 2.而障礙未遂之法律效果為，「得按既遂犯之刑減輕之」。亦即，其仍成立犯罪，但得減輕其刑。

不能未遂之「無危險」之認定判斷（吳耀宗老師，《法學教室》第 82 期）

(一)多數說認為，不能未遂的判斷關鍵是在於「有無危險」，這也是「不能未遂」與「普通未遂」之區別關鍵。

(二)至於有關「有無危險」之判斷標準，國內提到的學說雖然眾多，如「法律不能說」、「事實不能說」、「抽象危險說」、「具體危險說」、「重大無知說」等，不過事實上被學說與實務採納者，主要是「具體危險說」與「重大無知說」這二者，茲述如後：

1.具體危險說：

- (1)此乃日本通說。
- (2)依照其主張，有無危險的判斷，係以「行為當時」「一般人有認識可能性之事實情況」以及「行為人特別認識之事實情況」，作為判斷基礎，從一般人的觀點來看，在這樣的事實情況下，若有發生結果的可能性時，屬於「普通未遂」；如果沒有發生結果的可能性，則為「不能未遂」。(97年台上字第351號判決)

2.重大無知說：

- (1)此乃德國通說，提倡此說者認為，我國刑法第 26 條規定的「無危險」即是德國刑法第 23 條第 3 項的「重大無知」，這是對於一個實存概念的不同寫照。



六、既遂犯：

未遂犯，雖已著手實行構成要件之行為，但尚未達既遂狀態所成立之犯罪。而既遂犯，既達既遂狀態，故其無未遂犯之可言。

Point

實務見解

院字第 785 號

中止犯以犯罪已著手為前提，刑法第四十一條（現行第二十七條）規定甚明，陰謀預備，其程度在著手以前，自不適用中止犯之規定，如犯有預備或陰謀罪之犯罪，於預備或陰謀中中止進行，法無處罰明文，應不為罪。

最高法院 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。

最高法院 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，如屬預備犯，則其行為之階段，尚在著手以前，縱因己意中止進行，仍與刑法第二十七條所定已著手之條件不合，自應仍以殺人預備罪論科。

最高法院 70 年台上字第 3323 號判決

上訴人以非法網綁其妻時，犯罪行為即已完成，既在既遂之後，當無所謂中止犯，上訴人並以原審未適用中止犯減輕其刑，指摘原判決違法，難謂有理由。



精選試題

1. 甲與 A 結怨，某日甲約 A 出來談判，卻私下對 A 的咖啡放入致死的毒藥，A 喝完回家後因藥性發作，肚痛難忍，A 想到自己身罹癌症且經濟困頓，乃上吊自殺。甲成立何罪？ (A)殺人未遂罪 (B)殺人既遂罪 (C)傷害致死罪 (D)加工自殺罪
2. 下列有關不能犯與迷信犯之區別，何者錯誤？ (A)不能犯係欠缺一般知識，致其行為不能發生犯罪之結果 (B)迷信犯構成犯罪之實行，成立未遂 (C)不能犯之行為，足以表徵行為人之危險性格 (D)迷信犯係以人類力量所無法掌握之迷信手段實行犯罪
3. 甲在乙咖啡內下致死毒藥，見乙喝下即離開現場，不久，甲心生後悔，聯絡救護車並回到現場，發現乙已經他人送醫急救，事後確認，乙因毒藥劑量不足而倖免於死。問甲成立何罪？ (A)殺人未遂罪且適用中止犯規定 (B)殺人未遂罪且適用準中止犯規定 (C)成立不能未遂，行為不罰 (D)殺人未遂罪
4. 甲擬殺害乙，將丙誤認為乙，持刀殺害致輕傷，後來發現錯誤，乃立即停止殺害行為，依司法實務之見解，甲應成立何罪？ (A)傷害既遂罪 (B)殺人罪之中止未遂 (C)殺人罪之不能未遂 (D)殺人罪之普通未遂
5. 甲白天因停車問題與住家附近一樓鄰居乙發生爭執。當晚甲見乙全家出門後，於是拿著裝滿汽油的保特瓶，走到乙家門口，將保特瓶內的汽油潑灑在乙家大門、牆壁與窗戶，伸手進口袋，正要拿出打火機（事實上該打火機已故障，但甲卻不知）來點火，熟料乙卻突然返家，立即當場喝止甲。問依實務見解，甲之行為應如何論罪？ (A)放火燒毀現供人使用住宅罪之中止未遂 (B)放火燒毀現供人使用住宅罪之障礙未遂 (C)放火燒毀現供人使用住宅罪之不能未遂 (D)放火燒毀現供人使用住宅罪之預備犯
6. 製造毒品的甲囑託乙開車搬運其製成之半成品「滷水」，嗣因甲遭警方破獲，導致無法製造完成毒品，乙成立何罪？ (A)行為不能發生犯罪之結果又無危險，不罰 (B)幫助製造毒品既遂罪 (C)幫助製造毒品未遂罪 (D)不罰的未遂幫助



7. 甲與乙結怨，某日持汽油瓶前往乙住宅縱火，甲見火苗竄起，心生悔意，立即撥打 119 後再回到現場，待消防隊趕到時，發現火勢於住宅燒燬前已經由鄰居撲滅，甲成立何罪？ (A)放火既遂罪 (B)放火未遂罪 (C)放火未遂罪的中止犯 (D)放火未遂罪的準中止犯
8. 不能犯與迷信犯之區別，下列何者錯誤？ (A)不能犯，係欠缺一般知識，致其行為不能發生犯罪之結果；迷信犯，係欠缺科學知識，誤認以迷信手段可實現犯罪之結果 (B)不能犯，係以一般方法為之；迷信犯，則是以迷信方法為之 (C)不能犯，所為者並不構成犯罪之實行；迷信犯，須有犯罪實行之著手 (D)不能犯之行為，足以表徵行為人之危險性格；迷信犯之行為，不足以表徵以為人之危險性格
9. 行為人成立故意犯罪行為之階段，其前後正確順序為何：①決意 ②預備③陰謀④著手實行⑤完成行為⑥發生結果
(A)①②③④⑤⑥ (B)①③②④⑤⑥ (C)①④②③⑤⑥ (D)①④③②⑤⑥
10. 甲與乙積怨已久，某天在路上遇見乙，想起過去往事，憤而持刀殺乙，豈知警察經過，甲立刻離開現場，甲之行為應如何評價？ (A)未了未遂 (B)既了未遂 (C)中止未遂 (D)不能未遂



試題答案

題號	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.
解答	A	B	B	D	D	C	D	C	B	A