

狀元們的唯一選擇

2020

一試 二試
讀家司律 總複習



史上最強師資陣容來啦！超強雙師資只在讀家！

堂數最多！師資最優！CP值最高！就是要讓你今年就上榜！

民事財產法：張璐、賴川

憲法：徐偉超、寧尚

刑訴：言頁、莫莉

身分法：程穎

行政法：徐偉超、鍾禾

公司/證交：祁明、陳楓

刑法：連芯、周易

民訴：李甦、慧偉

保險：高宇

一試 + 二試 11111元 一試 6500元 二試 6500元

一試總複習			二試總複習		
科目	師資	上課日期/時間	科目	師資	上課日期/時間
民事財產法	張璐(洪健智)	7/14(二)18:45、7/15(三)18:45、7/16(四)18:45	民事財產法	張璐(洪健智)	8/12(三)18:45、8/13(四)18:45、8/14(五)18:45
身分法	程穎(陳姿嵐)	6/20(六)18:45	身分法	程穎(陳姿嵐)	9/5(六)9:30
刑法	連芯(簡佑君)	6/8(-)18:45、6/11(四)18:45、6/15(-)18:45	刑法	連芯(簡佑君)	8/15(六)14:00、8/16(日)14:00、8/22(六)14:00、8/23(日)14:00
憲法	徐偉超	5/24(日)9:30、5/31(日)9:30	憲法	徐偉超	8/16(日)9:30、8/23(日)9:30
行政法	徐偉超	6/14(日)9:30、6/21(日)9:30、6/28(日)9:30	行政法	徐偉超	8/30(日)9:30、9/6(日)9:30、9/13(日)9:30
民訴	李甦(李杰峰)	6/22(-)18:45、6/24(三)18:45、6/29(-)18:45、7/1(三)18:45	民訴	李甦(李杰峰)	8/31(-)18:45、9/2(三)18:45、9/7(-)18:45、9/9(三)18:45
刑訴	言頁(許願)	7/11(六)9:30、14:00、7/12(日)14:00	刑訴	言頁(許願)	時間確認中
公司法	祁明(林子堯)	6/13(六)9:30、14:00	公司法	祁明(林子堯)	8/29(六)9:30、14:00、18:45
證交法	祁明(林子堯)	6/27(六)9:30、14:00	證交法	祁明(林子堯)	9/12(六)9:30、14:00、18:45
保險法	高宇(高振格)	6/18(四)18:45	保險法	高宇(高振格)	8/20(四)18:45
票據法	歐政(毛書傑)	5/19(二)18:45	智財	凝以(林穎)	9/17(四)18:45、9/24(四)18:45
強執	歐政(毛書傑)	5/26(二)18:45	財稅	王介(曾玠智)	8/18(二)18:45
國公	林毅(葉祐逸)	時間確認中	海商	許霍(方凱弘)	時間確認中
國私	林毅(葉祐逸)	時間確認中	海洋	許霍(方凱弘)	時間確認中
法英	Alexis(郭怡妘)	6/28(日)14:00	勞社	游正暉	時間確認中
法倫	歐拉(陳慶鴻)	6/4(四)18:45			
加贈加開!!!					
民事財產法	賴川(賴建輝)	5/20(三)18:45、5/27(三)18:45、6/3(三)18:45	民事財產法	賴川(賴建輝)	8/15(六)9:30、8/22(六)9:30、8/30(日)14:00、9/6(日)14:00
刑法	周易(楊駿賢)	5/13(三)18:45、5/15(五)18:45、5/22(五)18:45	刑法	周易(楊駿賢)	8/25(二)18:45、8/27(四)18:45、9/1(二)18:45、9/3(四)18:45
憲法	寧尚(李俊良)	5/18(-)18:45、5/25(-)18:45	憲法	寧尚(李俊良)	8/17(-)18:45、8/19(三)18:45
行政法	鍾禾(莊智翔)	6/16(二)18:45、6/23(二)18:45、6/30(二)18:45	行政法	鍾禾(莊智翔)	9/8(二)18:45、9/10(四)18:45、9/15(二)18:45
民訴	慧偉(張建偉)	6/5(五)18:45、6/12(五)18:45、6/19(五)18:45、6/26(五)18:45	民訴	慧偉(張建偉)	8/21(五)18:45、8/28(五)18:45、9/4(五)18:45、9/11(五)18:45
刑訴	莫莉(王妙華)	6/6(六)9:30、14:00、6/13(六)18:45	刑訴	莫莉(王妙華)	8/15(六)18:45、8/22(六)18:45、9/5(六)14:00、18:45
公司法	陳楓(雷鈞威)	7/2(四)18:45、7/9(四)18:45	公司法	陳楓(雷鈞威)	8/24(-)18:45、8/26(三)18:45、8/30(日)18:45
證交法	陳楓(雷鈞威)	7/11(六)18:45、7/12(日)9:30	證交法	陳楓(雷鈞威)	9/14(-)18:45、9/16(三)18:45、9/18(五)18:45

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

READER PLAC

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號





限時爭點班



在課堂時間內，老師們將各爭點的背景緣由、學說實務、經典考題在每20分鐘內一口氣完整呈現！讓您在3個小時的課程內快速複習、找出重點，一分一秒都不浪費！投資報酬率這麼高的課程哪裡找！上過課的學生都一致推薦！

面授 10800元

函授 12800元

科目	師資	上課日期	堂數
憲法	陳希 (洪宜辰)	2020/3/17 (二) 起每週二、五 18:45	5
行政法	陳希 (洪宜辰)	2020/4/7 (二) 起每週二、五 18:45	7
民法	程穎 (陳姿嵐)	2020/2/1 (六) 起每週六 9:30、14:00	10
民訴	李甦 (李杰峰)	2020/5/15 (五) 起每週五 18:45、週六 14:00	8
刑法	連芯 (簡佑君)	2020/5/4 (一) 起每週一、三 18:45	8
刑訴	言頁 (許願)	2020/5/17 (日) 起每週日 9:30、14:00	8
	益明 (林邦彥)	2020/5/3 (日) 起每週日 9:30、14:00， 並至5/16 (六) 起改為每週六 9:30	8
公司法	陳楓	2020/6/1 (一) 起每週一、三 18:45	5
證交法	陳楓	2020/6/17 (三) 起每週一、三 18:45	5
保險法	柏達 (吳治霖)	2020/3/28 (六) 起每週六 9:30	4

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

READER PLACE

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



以上均可無卡無息分期12期，每月最低900元就可以上課，請洽 (02) 77266667 或粉絲頁，放榜考取一律全額退費

讀家補習班刑法講座—未遂學得好，刑
總沒煩惱

編者：楊過

開場白：

未遂犯，講得白話點，就是指涉「心想事不成」的情形。行為人原先基於某罪之故意，進而著手實行犯罪，但最後卻並未實現犯罪全部要素的情況即屬未遂犯。

未遂犯作為在刑法總則上重要的爭議問題，其重要的爭點非常的多，例如：著手實行(著手理論)、刑法第 26 條不能未遂無危險的要素判準、刑法第 27 條中止未遂已意的判斷等等，都是非常重要的爭點。這次的講座目的就是希望幫各位統整一下有關未遂犯所有在考試上重要的爭點，以期讓各位對未遂犯能有更深的理解！

唱歌時間(大誤)

林俊傑有「當你」這首歌，郭文傑有「未遂」這首歌(好 LOW ㄎㄎ)

當你讀未遂感覺好，當你讀未遂超級屌，他想和你好，你從來不知道，著手實行，理論實在難搞。不能未遂，三階外檢討。重大無知具體危險重要。我想和你說，中止犯黃金橋，預備已意，爭點記牢！
--

一、未遂犯之處罰理由

首先我們先從為何可以處罰未遂犯開始講解。刑法處罰故意既遂犯處罰的很理所當然，畢竟行為人是故意且犯罪的所有要素也都實現，當然必須處罰。但是未遂犯就是指心想事成，既然犯罪的要素並沒有完全實現，此時到底為何可以處罰行為人呢？這就涉及到未遂犯的處罰理由為何的問題¹！

1、客觀未遂理論：

此理論認為未遂犯的處罰根據在於行為侵害法益的危險性，亦即行為實現不法構成要件結果之高度或然率。

如果依照此說的推論，那會認為因為未遂犯僅是實現結果不法的危險性，和既遂犯是完整地實現結果不法有所不同，因而認為未遂犯必須按照既遂犯刑罰減輕。

2、主觀未遂理論：

此說認為未遂犯之所以要處罰，是因為未遂犯透過未遂之實行行為展露出行為人主觀上的法敵對意識。

但若貫徹此說，其認為既遂犯與未遂犯主觀上的法敵對意識相同，故未遂犯的處罰應等同於既遂犯。

3、印象理論：

未遂犯之處罰根據在於，行為人基於與法敵對的意思而著手實行行為，足以震驚大眾的法意識及法信賴，並且破壞法秩序的安定性與和平。

依照此說，未遂犯的處罰即可以依照社會大眾的受震驚程度予以調整，且未遂犯與既遂犯的處罰亦應予以區別，因為如果犯罪結果並未發生，則造成的震驚與動搖程度與既遂犯仍有所區別。

¹ 以下參考自 林鈺雄，新刑法總則，2018年9月6版，頁363—364。

二、著手理論

認識完未遂犯的處罰根據後，接著就要進到未遂犯最為重要的爭議，也就是到底要以甚麼判準來認定著手。因為要想成立未遂犯，除了心想事不成還不夠(因為心想事不成也有可能是預備)，還必須要行為人之行為已著手。所以對於到底能否成立未遂犯而言，著手理論即顯得相當重要！

1、形式客觀說：

此說從客觀面向來觀察行為人是否已著手。其認為行為人已開始為嚴格意義之構成要件行為時，才算是著手。例如行為人欲持槍殺人的情形，著手時點應該就是在扣下扳機之時。

早期實務見解有採取此說的想法：

最高法院 30 年度上字第 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。

2、實質客觀說：

此說仍從客觀面向觀察著手，但不再拘泥於形式標準，而改從實質的標準立論。此說認為著手實行乃指所為之行為能夠與構成要件行為具有必要的關連性時，即為著手；或行為使構成要件所欲保護之客體達到直接危險的程度即為著手。亦或是當行為人的行為與構成要件行為間無法再插入其他的中間步驟時即為著手。

晚近實務見解有見到採取此說的見解：

最高法院 84 年度台上字第 4341 號判決:此判決認為行為人基於竊盜目的侵入他人住處並已進入臥房，用眼睛搜尋財物時，因為此行為從客觀上可認為與侵犯他人財物之行為有關，屬具有一貫接連性之密接行為，已該當加重竊盜罪之著手。

3、主觀說：

著手之判斷是以行為人主觀所認定開始實施其行為之想像為標準，亦即「由犯罪故意產生對於危險狀態的點火嘗試」。

4、主客觀混合說(通說)：

此說就是發動魔法卡「融合」，將主觀說和實質客觀說予以融合，以主觀說為骨幹，而客觀說為輔助(就像左手一樣 ㄎㄎ)。其認為所謂著手應該是按行為人主觀的犯罪計畫為依據，其客觀上的行為已經對構成要件所要保護的法益造成直接危險，即為著手。

最高法院 100 年台上字第 3553 號判決：又犯罪危侵害法益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯罪之著手行為。

例題：

中華賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，賽鴿由臺北飛往臺東，甲於鴿子飛行必經路徑之臺中山區高地，架設網子計劃捕捉賽鴿。試問：架設網子完成，比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，甲應論以何罪？(104 年司法官)

以上這則題目出得極好！其實有關著手理論，上述的介紹是植基於一般教科書、參考書式的介紹，而各位在寫本題時，當然也可以單純列出以上的各種不同說法就好，但遇到像這種「隔離犯」的題目，以下向大家建議兩種很棒的寫作方式吧！

所謂隔離犯，是指行為人實行完犯行後，與發生犯罪結果間仍有一大段時間與空間上差距的犯罪型態。以上案例即為此種犯罪類型，也就是說架設完網子後，距離鴿子飛進網子中仍有一段時間差。至於對於隔離犯這種犯罪型態，究竟以何時點為著手時間點，則有不同的處理方式：

1、立基於「行為規範論」的著手解釋策略：

行為規範是指刑法上為了適切保護法益而設定的各種規範，其目的即在於告知社會大眾何種行為會構成犯罪、會侵害到法益。

當行為人以其行為牴觸了行為規範，做出了牴觸行為規範的終局決定時，刑法為了要達到保護法益之目的，當然必須要對於牴觸行為規範的行為做出回應，這也就是所謂制裁規範的功用所在，經由刑罰的施用維護行為規範的穩定效力，不要使行為規範這根柱子受到動搖，藉以向大眾宣示行為規範還是一如以往的有效，達到積極之一般預防的效用²。

所以如果立基於行為規範的想法，所謂著手的概念，即可將之演繹成是行為人放任牴觸行為規範的決定實現，也就是認為著手必須要限於終局性地牴觸行為規

² 更深入的論述，可參見蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，載：刑法問題研究(一)，2008 年 7 月，頁 61—133。不過要注意的是，仍然會有少數極端的例外，雖然行為規範已經遭到牴觸，但基於制裁需求性的關係，在刑事政策上我們並不會出動制裁規範的情形，這也就是可以適用刑法第 26 條的規定，亦即出於重大無知的不能未遂之情形。

範。

白話版：

上述這麼複雜的文字，其實意義就是下面簡單幾個字：let it go！也就是說，只要行為人已經放任牴觸行為規範的決定實現時，此時已經算是著手，因為行為人只能控制自己是否扣下板機，無法控制子彈要如何飛(除非是安潔莉娜裘莉主演的刺客聯盟?)，如果要讓處罰理性，勢必能處罰的只有行為人自己可以加以控制的行為部分，所以只要行為人把能實現犯罪的行為完成，亦即放任牴觸行為規範的決定實現時，即為著手！

若採此說，則架設完網子捕捉賽鴿，顯然已經放任牴觸行為規範的決定付諸實現，已經 let it go 了，故屬已著手。

2、要求「中間危險狀態」的著手解釋³：

(1)中間危險狀態:行為完成後，危險因子在因果流程中續行發展，並滿足下列三個危險內涵：足以特定具體後續因果歷程內容、物理空間上，危險因子已達損害客體鄰近區域、除非有無法預期的阻斷因子出現，否則法益幾近必然受損。而行為時，其僅係對法益的定型、抽象危險性，但這種只是一般的、抽象的危險性，尚不足以成立未遂犯。

(2)法律意義:要成立未遂犯，必須達到中間危險狀態。

也就是說，如果採取此說，那麼單純架設網子捕捉賽鴿，可能僅具一般、抽象的危險性，尚未到達中間危險狀態(所謂中間危險狀態，在本題可能必須是鴿子逐漸飛近網子之時，無論無何不可能是架設網子的行為完成時，就立即認定已經達到中間危險狀態而可以論未遂)，故不成立未遂犯。

³ 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，載：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁206以下。

補充：放火罪與竊盜罪著手時點的認定

學習刑總時，放火罪與竊盜罪應該是大家非常常碰到的犯罪類型，所以以下就幫大家介紹一下有關這兩個在刑總上非常重要的犯罪的著手時點吧！

1 放火罪

最高法院 86 年台上字第 4311 號判決:所謂放火,乃指故意以火力傳導於特定之目的物,使其燃燒之意,是放火罪著手與否之判定,應以行為人是否著手燃點引火媒介物為斷。若行為人僅潑灑完汽油,持打火機欲點火經人制止,此尚非放火罪之著手。

最高法院 92 年台上字第 4578 號判決認為,如果是潑灑汽油於建築物前方之走道上,此仍屬放火罪之預備階段,尚未著手。

2 竊盜罪

最高法院 82 年第 2 次刑庭決議: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。

3 加重竊盜罪

最高法院 27 年滬上字第 54 號判例:刑法第 321 條之竊盜罪,為第 320 條之加重條文,自係以竊取他人之物為其犯罪行為之實行,至該條第一項各款所列情形,不過為犯竊盜罪之加重條件,如僅著手於該項加重條件之行為而未著手搜取財物,仍不能以本條之竊盜未遂論。

最高法院 84 年台上字第 4341 號判決: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一聰住處,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,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 321 條第 2 項、第 1 項第 1 款於夜間侵入住宅竊盜罪之未遂犯。

最高法院 101 年台上字第 3380 號判決:就侵入住宅為加重條件之各罪而言,行為人侵入他人住宅後,尚在以目光觀看、搜尋被害人時,顯然不宜認定已為犯罪構成要件行為之著手,然針對「侵入住宅」竊盜而言,應從具體個案詳加審認,即對侵入住宅竊盜之著手時點,尚非可一概而論,如為「闖空門」、「大搬家」

之情形，行為人有完整犯罪計畫，行前分工、自備器材或車輛以裝放、搬運贓物者，當其侵入住宅後，於以眼睛搜索財物階段時即遭查獲，應可認定已為竊盜行為著手，以符一般民眾之法律情感；而類如本件行為人臨時起意，徒手進入他人住宅者，自仍以行為人業已接近財物，並進而物色財物，始得認竊盜之著手。

學說見解：

學說對於加重竊盜罪的著手時點為何，大致上認為要區分處理。若是第 1、2 款的加重事由，則當行為人基於竊盜目的而為加重事由之行為時即屬著手；但若是第 3—6 款的事由，則仍回歸普通竊盜罪的著手時點予以認定著手時點。

徐育安教授見解⁴：

1、加重構成要件不應影響到整體犯罪之著手時點。因其為基本構成要件之變體，加重構成要件並未改變規範的基本目的，亦即並未改變所要保護的法益。故關於加重構成要件著手的判斷，仍係取決於該法益是否受到侵害之危險。

2、則在具體的檢驗上，仍著眼於被害人喪失財物的危險。若是攜帶兇器竊盜，攜帶兇器時距離侵害財產法益仍屬遙遠，故不能僅以攜帶兇器為加重竊盜罪之著手時點。但若為侵入住宅竊盜之情形，屋主對於行為人之潛入並不知情，屋內的財物盡數成為行為人唾手可得之物，此時基於立即性的危險而可以認定已達著手時點。

例題：

甲為 A 公司離職員工，對老闆懷恨在心，想以放火方式報復。甲找上乙幫忙放火，兩人約定事成之後，甲將給付酬勞二萬元。某日晚間 11 時許，乙題汽油桶去 A 公司旁的廠房放火，乙把汽油潑灑於廠房牆上，用打火機點火，因為太緊張，一直無法引燃汽油，此時剛好保全人員丙巡邏經過，乙擔心被發現，遂作罷而離去。事隔三日，乙再度於深夜提汽油桶要去放火，這次乙看到廠房旁堆了木材，打算將汽油潑灑於木材上，但汽油才剛潑灑一半，立即被丙發現。丙出聲制止並徒手朝乙的背部與頸椎毆打數拳，乙被打後摔倒在地，因頸椎被毆而傷及脊髓神經，導致下肢癱瘓。試問：

甲、乙之刑責為何？(101 年律師)

⁴ 徐育安，眉目傳情？—加重構成要件要素與著手，月旦法學教室，182 期，2017 年 12 月，頁 25—26。

例題：

甲與 A 素有恩怨，甲為教訓 A，乃以 50 萬元為代價誘使剛失業生活陷入困境之乙去 A 家縱火，乙考慮再三後應允之。數日後，乙於夜間攜帶汽油至 A 家門口計畫趁黑夜縱火，正當乙將汽油潑灑在 A 宅四周時，聽到警車在附近巡邏的聲音，乙雖然自認還是可以繼續放火，但因擔心事跡敗露，幾經掙扎後乃決定放棄犯行而逕自離去。請討論甲與乙可能應負之刑責？(104 年東吳大二轉學考)

例題：

甲男白天有正職工作，惟計件論酬而收入不固定，常趁著下班後或周末的空閒時間兼職擔任 Uber 司機。某晚，甲將最後一組客人載往目的地，關掉手機上的「Uber 駕駛端」app 軟體，欲回家休息，途中因疲勞不慎撞上路人乙，甲停車察看乙，見乙身上大量流血有生命危險，於是急電召救護車救護並在現場等候警方處理。救護車於五分鐘後迅速趕至，因乙有生命危險，救護車一路鳴笛狂飆，行經某一十字路口時，丙駕車不慎撞上該救護車並導致救護車翻覆，乙當場不治身亡。事後鑑定結果指出，乙被甲撞上時雖有生命之危險，但若未發生中間被丙撞上的二度車禍，幾近確定乙可以被及時送醫急救並被救回一命。甲因面臨巨額賠償訴訟，無力支付，遂決定鋌而走險。某日白天甲持萬能鑰匙開鎖潛入丁宅，正欲從陽台進入客廳之際，未料屋主丁居然在家，大聲質問甲：「你是誰？為甚麼出現在我家？」，甲遂急忙逃離現場。試問甲之刑責？(107 年政大大三轉學考)

三、刑法第 26 條不能未遂「無危險」要素的判斷標準

刑法第 26 條是不能未遂的規定，其法條上規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」行為人已達未遂階段的行為，如果符合刑法第 26 條的規定，即可獲致不罰的法律效果，故何時始能該當本條的規定，自然為一件重要的事情。又因為行為不能發生犯罪之結果應理解為對於所有未遂的客觀面所作的描述，從客觀事後之觀點來看，所有未遂犯在客觀上都是不可能發生犯罪之結果，故到底能否適用刑法第 26 條之主戰場應在於「無危險」此要素。以下即整理對於無危險此要素，實務以及學說上有哪些判準⁵。

1、視犯行是否自始無法既遂：

此說將「不能」與「無危險」畫上等號，也就是說無危險的判準其實就是用犯行到底是否不能來做判斷。即視行為人的犯行是否自始(著手時)便因為事實上或法律上的原因而註定不能既遂。

2、具體危險說：

應以一般人於行為時立於行為人之立場所認識之事實及行為人所特別認識的事實為基礎，輔以一般經驗法則有無危險(未遂行為之危險性取決於客觀、事前的判斷)。

而要予以注意的是，絕大多數的實務見解都是採取此說！

最高法院 97 年度台上字第 351 號判決：刑法第二十六條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂，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；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，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（例如：行為人自信有超能力，持其明知無殺傷力，但外觀完好，足使一般人均誤認有殺傷力之手槍殺人）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，既非單純以行為人主觀上所認知或以客觀上真正存在之事實情狀為基礎，更非依循行為人主觀上所想像之因果法則（例如：誤認以砂糖食於人可發生死亡結果）判斷認定之。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，非不能未遂。

最高法院 108 年度台上字第 4191 號判決：重申要適用不能未遂的規定就必須無法益侵害的危險。而到底有無法益侵害的危險，就必須客觀且事前的依照一般人所認識及行為人主觀上特別認識的事實，再輔以一般所公認之因果法則而為判

⁵ 以下綜合整理自 蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，載：刑法問題研究(一)，2008 年 7 月，頁 97-108。

斷。

蔡聖偉教授對具體危險說的精采批判：在電影院中一直預告下一秒劇情的觀眾之所以會被嫌惡，主要就是因為我們若是先知道了結局，就不會再為片中的主角著急，而只是等著看預言成真而已。由此可知，同樣的客觀事實會隨著旁觀者所掌握的事實資訊多寡，影響到有無危險的認定；由此正清楚的顯示了，危險是人類主觀的產物，是在未能完全掌握所有客觀事實條件的狀態下，才會產生的一種感覺。它不同於實害，絕對不是客觀上可以被實證觀察到的事實狀態。客觀未遂理論認為可以在客觀上找到一種叫做危險的東西，並且以之作為處罰未遂行為的理由，其實是出於對事實的誤解。由此可知，源自於客觀未遂理論的具體危險說，並不可採⁶。

3、以印象理論解釋有無危險：

最高法院 105 年度台上字第 1433 號判決：是否不能犯，其行為有無危險，係以客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則判斷危險之有無；而所謂「危險」，不能純以法益是否受損為唯一標準，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，亦係有危險。即此處所謂之「危險」，包含對於公共秩序及法秩序之危險，始不致過度悖離人民之法感情。

4、重大無知說：

所謂的出於重大無知，指的是行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離於一般公認之因果關聯的想像。從積極之一般預防角度來看，這類出於重大無知的行為並不會造成他人的仿效，對於行為規範的效用並沒有造成需要嚴肅對待的影響，因此國家可以放棄對行為人施加刑罰，可以不罰。（也就是說雖然行為人已經抵觸了行為規範，但是從制裁規範的制裁需求性來看，並無所謂的制裁需求性。）

這說白話來講，就是智障說，到底能否適用刑法第 26 條，我們就是看看行為人是否是智障，如果是智障(重大無知)，始能有刑法第 26 條不罰效果的適用。

少數實務見解是採取重大無知說的見解。

最高法院 98 年度台上字第 5197 號判決：惟基於刑法處罰未遂犯所衍生之邏輯推理結果，未遂行為之所以被認為侵犯法律之意義薄弱，並非因其客觀上絕對不可能發生犯罪結果，而是一般社會大眾主觀上對其行為之危險認知（發生結果可能

⁶ 蔡聖偉，再論刑法第二十六條的適用標準－新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察，台灣法學雜誌，128 期，2009 年 5 月，頁 70-71。

性之認知)，並避免客觀說在實踐上不當過度擴張不能未遂之不罰範圍，應認唯有行為人出於「重大無知（aus grobem Unverstand，德國刑法第二十二條參照）」，將本質上不可能達到既遂之行為誤以為可能導致既遂，並進而實行客觀上完全欠缺危險性的行為，始能受不能未遂之評價而邀刑罰之寬容。換言之，除實行行為客觀上完全欠缺危險性外，行為人必須誤認自然之因果法則，非僅單純錯認事實或僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害等情狀，而係出於「重大無知」，誤認其可能既遂，始有成立不能未遂之可言。否則，仍與障礙未遂同應受刑罰制裁，並使基於與法敵對意思而著手實行犯罪，足以動搖法信賴，造成破壞法秩序之行為，得收一般預防之規範效果，以求兼顧。

例題：

甲受雇殺乙，甲至乙宅後，見屋內燈火通明，乙應該在家，於是朝屋內開槍射擊。射完兩個彈匣後，認為乙應無生存希望，揚長而去。實際上，乙恰巧外出買宵夜，逃過一劫。試問甲之行為在刑法上應如何評價？(100年 政治大學大二轉學考)

爭點意識：今天沒回家(陶吉吉 94 帥！)

藉由這題，我們必須教大家怎麼審查「不能未遂」，讓大家可以在正確的階層審查這個爭點！

擬答：

- (一) 甲朝屋內開槍射擊之行為可能成立刑法第 271 條第 2 項之殺人罪之未遂犯：
- 1、主觀上甲有殺人故意，客觀上，按主客觀混合理論，依照甲所想像之殺人計畫，其朝屋內開槍射擊之行為對乙之生命法益已具備直接危險，已該當著手。
 - 2、違法有責，甲成立本罪。
 - 3、惟有疑義者係，甲於開槍時，乙因外出買宵夜而根本不在家，甲朝空屋射擊之行為根本不可能造就乙死亡之結果，此為於行為時因事實上或法律上之原因無絕對無法達成既遂狀態之「不能未遂」情形，是否有刑法第 26 條之適用，端視對於無危險此要素應做如何之解釋，容有爭論，析述如下：

而後再分點分項列出不同的說法，並建議採取重大無知說作結即可！（必定要列出的見解，計有：具體危險說、重大無知說。）

舊客觀說之重構⁷

立基於客觀未遂理論，有學者認為事後危險的定義其實並不同於具體危險說在判斷有無危險時所援用的事前危險的概念。所謂的事前危險，指涉的是以行為時點為基礎的未來預測，認定時必須依賴某些事實，藉此推測未來可能出現的發展後果。不過相反於此，**事後危險**這樣的概念指的並不是未來預期，而是「**同樣的條件設定下，若重新發動損害流程，是否可能出現相同的結果**」，這是因為在判斷事後危險時，已經知悉了所有已經出現的事態，所以當然不會是要從事後客觀的角度去作某事項發生與否的預測，不然可想而知的是，如此的作法即會產生很大的問題：只要是未遂，從客觀事後知悉所有事實和資訊來看，必定是無危險！則豈不是所有的未遂都是不能未遂而不罰？

所以事後危險所要檢驗的就是所謂「同一事件是否具有可重覆性」。我們把在原先的犯罪流程中阻止既遂的因子稱之為「防果變項」，然後把原先犯罪的所有流程都複製一遍，使犯罪重新發生一次，倘防果變項是行為人所無從完全控制，而可能以另外一種態樣出現，且進而導致結果發生，亦即轉變成為一種「致果變項」時，這種因為行為人無法完全控制重製流程，而足以損害法益的預期結果，即為事後危險。所以只要能夠認定在重行模擬開啟的犯罪流程中，存在行為人無從控制的因子，該因子可能從防果變項轉換為致果變項，並引起法益侵害的情狀，就可以肯定事後危險。

而有關於事後危險的判斷方式，可分成三點說明：

首先先找出現實流程中，阻止既遂犯構成要件成立的關鍵因子。

再判斷此阻止既遂犯構成要件實現的因子，是否屬於行為人無法完全控制的變項，也就是只要涉及到所謂概然性法則(在 a 條件下，有可能產生 b 結果)的因果機制，儼然就可以納入此處所稱的行為人無法完全控制的變項。此又可以區分成下列四種類型：

- (1) 行為人犯罪時對於進行手段的選擇意思⁸，以及影響行動外在效果的細微身體動作⁹。
- (2) 被害人當時的想法與行動¹⁰。
- (3) 第三人當時的想法與行動¹¹。

⁷ 許恒達，論不能未遂－舊客觀說的古酒新釀，載：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁274－288。

⁸ 例如甲面前有兩把手槍，其中一把有子彈。

⁹ 例如甲持槍以6度仰角，朝30公尺外被綁在椅子上的乙之胸口射擊。

¹⁰ 例如甲持槍射擊乙，乙恰好每次閃躲的地方都是子彈攻擊路徑的間隙。

¹¹ 例如行為人甲持槍在深山中射擊被害人乙，擊中被害人胸口後，行為人離去，此時恰巧有第三人丙路過，並帶著乙到山下求救。

(4)無法絕對控制的自然或生物機制¹²。

所以縱使在現實流程中，這些因子屬於防果變項，但因為行為人對其的不可支配性，所以重行開啟的犯行流程中，也有可能轉變成致果變項，事後觀察流程中的因子如果也有著這些變項的發展可能性，那麼即可考慮承認流程中存有他種損害路徑的發生可能性，也就存有法益損害的事後危險。

最後，還必須考慮變項作用(也就是轉為致果變項時點)的時間與空間關係。也就是致果變項的推算作用時間，必須從著手時點的最前緣起算(也就是雖非屬構成要件行為，但與構成要件行為具有密接、且無任何重要中間階段的行動實施時點)，一直到結果未出現的確定時間為止。再來致果變項的推算作用地點，必須在原來損害流程的同一或鄰接處所，否則致果變項不可能立即發生作用。

上述介紹或許太過抽象，以下即舉例以為說明：¹³

【例 1】甲想取用砒霜在宴會上毒死乙，打開自家櫃子，發現其中有兩罐類似的白色晶體粉末 a、b，難以分辨其化學性質，遂隨機取用 a 帶在身上，2 小時後甲參加宴會，在宴會中，甲將 a 倒入乙的飲料中，乙喝下後完全沒事，原來 a 是白糖，b 是砒霜。

【例 2】甲在公車上看到乙外套的左、右兩邊口袋都有東西，因此想要竊取而接近甲，由於公車搖晃，甲只能伸手摸到比較近的左邊口袋，一摸發現裡面什麼都沒有，隨即中止竊盜行為，未料右邊口袋內裝有一只名貴的懷表。

【例 3】甲計畫搶奪乙的黃金，不料乙早已得知消息，乃將黃金調包為石頭，甲依計畫實施搶奪，發現只是石頭而忿然離去。

於例 1，阻止損害發生的因子為 a 為白糖，但是問題是甲一開始可能選擇白糖，也可能選擇砒霜，若甲重選一次，因為甲無法分辨其性質，有可能選用 b 毒殺乙，這時就有可能致乙於死，這是無法完全確定的變項。所以防果變項有可能轉變為致果變項。可是因為本例中致果變項產生作用的推測時點，是在甲投入毒藥的兩小時前，距離甲投入毒藥時點過度遙遠，空間上也不再是真正侵害流程發生的宴會上，而是在甲的家中，判定有無危險時，就不能考量到致果變項(有可能選用有毒砒霜)。所以在本例中，我們事後觀察後，假設重新發生的事實就只能描寫成：甲仍帶著無毒的白糖想毒殺乙，這種情況不可能威脅到乙的生命，並無危險。

在例 2，案例中使損害不出現的關鍵因子為甲在竊盜時攻擊左、右口袋的隨機選擇，此隨機選擇出現在甲著手於竊取時，若重新再來一次，甲不必然還會選擇攻

¹² 甲持刀刺乙的肚子，乙被刺中後，雖然流血，因體質健朗並未死亡。

¹³ 例子參閱許恆達，同註 7，頁 283—285。

擊左邊口袋，也有可能選擇攻擊右邊口袋，此時即可能成功地竊取懷錶，故可認定防果變項有可能轉變成致果變項，且亦位於致果變項作用的時空範圍內，縱然事後觀察，仍有事後危險而不屬於不能未遂。

而在例 3，被害人自始把黃金調包為石頭，乙是否調包本來即為行為人所無法控制的因子，如果乙不調包，則行為人犯行的攻擊客體就仍存在，故防果變項是有可能轉換成致果變項的。但問題就在於，乙不把黃金調包成石頭的變項，發生時點是在於甲著手之前，故無落於致果變項作用的時間範圍，轉換成致果變項的可能性不應納入考量，因此本案的事實仍然是：甲搶奪無價值的石頭，個案中可以認定無事後危險而可以適用刑法第 26 條。

所以在個案中如果能肯認存在有事後危險，也就是有「出現損害的他種途徑發展可能性」的話，那麼套入到舊客觀說原先對絕對不能、相對不能的分類中，有事後危險指的就是相對不能，法律效果只能適用第 25 條；而若個案中不存在事後危險，就是絕對不能的情形，此時也就是刑法第 26 條所稱的「不能發生犯罪之結果，又無危險」。

附錄：蕭宏宜老師對於不能未遂的不同見解¹⁴：

(一)未遂犯的處罰依據：客觀未遂論

針對未遂犯的處罰基礎，應以安全感受到威脅作為未遂的處罰基礎，並將其納入客觀未遂論的行為危險性判斷中，以一般人的立場認定其處於行為人的地位、行為時所可能認識的事實，決定行為是否對法益造成危險，若無危險，則根本沒有構成要件行為。

(二)刑法第 26 條僅是注意規定，非獨立的未遂犯類型：

行為無危險的不能犯，結論上會認為其無不法可言，刑法第 26 條的不罰，是指不構成犯罪，並且因為行為沒有製造法所不容許的風險，既不存在構成要件行為，根本沒有著手，也無所謂未遂可言，因此欠缺應罰性，犯罪不成立。據此，在刑法第 26 條沒有刪除的情況下，不妨將其視為僅是一個注意規定，並非獨立的未遂犯類型，與未遂犯罪成立之後，透過刑事政策再做考量的需罰性問題無關。

¹⁴ 蕭宏宜，未遂與犯罪參與，2015 年 7 月，頁 48。

四、刑法第 27 條中止未遂之「己意」要素

如果欲適用刑法第 27 條中止未遂的法律效果，必須符合的其中一個要素即為「己意」。也就是說，行為人的 abandon(放棄)必須要是真心真意、發自內心真誠的想法的，這樣才能獲致必減免其刑的優惠法律效果。

但是問題就在於，要怎樣才能符合己意此要素呢？己意的判準為何？

1、法蘭克公式：

此說認為到底是否出於己意，可以用下面這句公式作為判斷：「即使我能，我亦不願之情形為己意中止；相反地，即使我願，我亦不能之情形為非己意中止。」沒想到脫離了我們最痛恨的數學公式後，來到法律界也遇到了公式，請容筆者說聲：「法蘭克先生，您太神啦！」

2、自主動機說：

己意中止是指行為人之中止是出於自主的動機，而不是因為可抗拒之壓力迫使行為人放棄其行為(如果是出於被強制、無奈之下而形成中止之決意者，皆非己意中止)。又自主動機不必具有倫理道德之價值。

3、倫理道德自我要求說：

己意中止除出於自主動機而中止外，尚須出自倫理道德之要求而中止，而不是出自功利之計算¹⁵。

這說的白話版就是，你如果想要主張己意中止，中止前都要記得喊一聲：南無阿彌陀佛、觀世音菩薩慈悲，比法蘭克公式更「神」嘎嘎嘎！

4、預期範圍內或外之不利因素：

應從行為人之主觀認知為斷，行為人之中止，是否是基於預期範圍內之不利因素。若係基於預期範圍外之不利因素而中止，則其中止並未顯示行為人之危險性之降低，刑法並無必要以減免刑罰來引誘其中止，故為非己意中止，若為預期範圍內之不利因素促成其中止，則為己意中止¹⁶。

重要實務見解附錄：

最高法院 108 年度台上字第 2649 號判決：

按所謂中止犯，依刑法第 27 條第 1 項前段之規定，係指「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」而言；亦即，除了具備一般未遂犯

¹⁵ 林東茂，刑法總則，2018 年 5 月，頁 252—253。

¹⁶ 黃榮堅，基礎刑法學(下)，2012 年 3 月 4 版，頁 552—554。

的成立要件之外，必須行為人主觀上出於自願之意思，客觀上因而中止實行犯罪（未了未遂之中止）或防止其結果之發生（既了未遂之中止），結果之不發生，乃出於自願之中止行為，而非因外在非預期之障礙事由；主觀自願性之要件，是指「縱使我能，我也不要」，此乃與障礙未遂之區別。否則，著手犯罪後，因非預期之外界因素影響，依一般社會通念，可預期犯罪之結果無法遂行，或行為人認知，當時可資運用或替代之實行手段，無法或難以達到犯罪結果（包括行為人繼續實行將會招致過大風險，例如事跡敗露之風險），因而消極放棄犯罪實行之情形，即非因己意而中止未遂，應屬障礙未遂之範疇。

例題：

甲想要強制性交乙。將乙撲倒在地後發現，乙奇醜無比，於是決定放棄。請問，甲的行為可罰性為何？又，如果案例中甲放棄的原因是良心發現，有無不同？請附理由詳述之。（99年東吳轉學考）

爭點意識：天使身材，魔鬼臉孔？

擬答：

（一）第一種情形，甲成立刑法第 221 條第 2 項之強制性交未遂罪：

- 1、甲僅施強暴，未為性交行為，故其犯行未既遂。
- 2、主觀上甲有強制性交故意，客觀上無論依造何種著手理論均已著手。
- 3、甲違法有責，成立本罪。
- 4、惟甲看到乙之面貌其醜無比後遂放棄犯行離去，是否得適用第 27 條第 1 項之中止規定，關鍵在於是否出於己意，對於己意的判準，容有爭論，析述如下：
 - (1)法蘭克公式：符合「即使我能，我亦不願」，即屬己意，相反的若是「即是我願，我亦不能」，即為非己意。
 - (2)自主動機說：只要不是迫於無奈下放棄犯行，是基於自主動機而非他主的情形，皆屬己意。
 - (3)倫理道德自我要求說¹⁷：認為除出於自主動機外，尚須行為人是基於倫理道德之自我要求，而非出於功利計算而放棄犯行，始屬己意。
 - (4)吾人以為應採自主動機說，只要是出於自己的決定而非迫於無奈，應該皆可認為係出於己意。若此，本例中甲的確係因自主想法而非他主的因素而放棄犯行，因此符合己意要素。
- 5、綜上述，甲可主張中止規定。

¹⁷ 主張此說者為林東茂教授，白話文是：你要主張中止，要先念聲：南無阿彌陀佛！請容我說：太神啦！

(二) 第二種情形，甲亦成立第 221 條第 2 項之強制性交未遂罪：

- 1、犯行未既遂，有故意，已著手，違法有責同前述。
- 2、若甲係基於良心發現而放棄犯行，此種情形無論依造何說，均為己意中止。
- 3、綜上述，甲可主張中止之規定。

五、中止未遂「結果不發生」的解釋

中止未遂的適用要件其中一個即為「結果不發生」。其實這應該是個非常簡單的道理，如果今天被害人已經死亡，你是要中止個雕啊啊啊啊！所以當然不能結果已經發生，但果真是如此？今天有沒有可能是雖然結果已經發生，但仍有刑法第 27 條適用的情況呢？

例題：

甲、乙兩人因爭奪停車位爆發衝突，甲憤而起殺機，取出水果刀朝乙腹部猛刺，致乙受到嚴重創傷血流不止，躺在地上痛苦呻吟。甲見到此景突然心生悔意，趕緊電召救護車將乙送往醫院急救，乙在醫院接受救治後脫離險境，但仍留院觀察。未料，當日夜間該醫院因電線老舊產生短路而引發大火，乙在疏散時遭濃煙嗆昏，葬身火場。試問：在刑法上應如何評價甲的行為¹⁸？

1、「構成要件結果」：

有學說上認為應該把所謂結果不發生的結果，解釋成是構成要件結果的意思。所以在「結果已發生但犯行未既遂」的情形，因為構成要件結果業已發生，故此時不得直接適用刑法第 27 條。但如行為人有衷心悔悟，因為此情形與準中止的情況類似，故可以類推適用刑法第 27 條第 1 項後段的準中止未遂之規定¹⁹。

2、「犯行未既遂」：

而有學說認為刑法第 27 條第 1 項前段所稱的結果，應是指「犯行既遂」。所謂的防止結果發生，就是指防止結果透過可歸責的途徑出現的意思。所以在「結果已發生但犯行未既遂」的情形(例如雖然死亡結果已經發生，但行為與結果間欠缺客觀可歸責性)，因為此時仍屬犯行未既遂，故行為人仍得直接適用刑法第 27 條中止未遂的規定²⁰。

¹⁸ 此例摘錄自 蔡聖偉，絕命醫療站（上）—透過不可歸責之途徑所發生的結果與中止，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年 10 月，頁 297—304。

¹⁹ 黃榮堅，基礎刑法學(下)，2012 年 3 月 4 版，頁 562。

²⁰ 蔡聖偉，絕命醫療站—透過不可歸責之途徑所發生的結果與中止，載：刑法問題研究(二)，2013 年 4 月，頁 378—381。

六、預備犯能否適用刑法第 27 條？

我們知道，在進入到著手階段而 abandon 即有刑法第 27 條中止未遂適用之可能。那如果今天的情形是行為人在尚未著手進入到未遂階段前就放棄犯行惹，亦即在犯罪的準備行為階段(即預備)時就放棄的話，那有沒有刑法第 27 條的適用呢？

1、實務見解：否定說

最高法院 32 年度上字第 2180 號判例：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 27 條所定已著手之條件不合，自應仍以殺人預備罪論科。

實務的意思就是，如果你認為在預備階段放棄犯行可以有刑法第 27 條的適用，那顯然你近視太深應該要去看眼科惹，畢竟刑法第 27 條法條不就開宗明義寫的很清楚了，必須要是「已著手」才能有本條的適用嗎？這就是非常純(和谷關空氣一樣純)的文義解釋！

2、學說見解：肯定說

學說見解認為在犯行不法內涵比較重的未遂階段時放棄犯行，都可以有刑法第 27 條的適用惹，更何況是在尚未踏進刑法處罰禁區的預備階段，在犯行不法內涵較輕的預備階段時放棄犯行，更應該有刑法第 27 條的適用。此時應依照舉重以明輕的衡平性法理，類推適用刑法第 27 條才是²¹。

例題：

甲花錢請乙幫其殺 A，乙應允之。隔日，乙前往 A 住宅附近勘查地形及確認 A 通常外出之路線，以便伺機而動找適當時機殺 A。不過，在勘查地形時乙突然看見 A 的太太帶著一對子女出門，乙心想如果 A 死了，其子女將成孤兒，心生不忍乃決定放棄犯行回家，並以手機告知甲其不願再為他殺 A。試問甲、乙之行為應如何論罪？(104 年 地方特考 一般行政 三等)

²¹ 可參 許恒達，強盜預備罪與放棄續行犯罪的刑法評價，載於：法益保護與行為刑法，2016 年 5 月，頁 314 以下。

七、刑法第 27 條第 1 項後段的準中止犯

刑法第 27 條第 1 項後段規定：「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。」此即係準中止犯的規定。

一般中止犯，行為人的中止行為與結果不發生之間都具備有因果關係(白話來講，就是被害人沒死和你救他是有關聯的!)，但所謂的準中止，就是指防果行為(中止行為)與結果不發生沒有因果關係的情形，但行為人有衷心悔悟，很真摯且盡力地為防果行為，故刑法法條仍然給予其與一般中止相同的法律效果。那到底準中止的類型有哪些呢？

- 1、第三人之介入：此情形是指結果不發生係因為有第三人以其行為阻止結果之發生。
- 2、被害人之介入：指結果不發生是因為被害人自己救自己進而防止結果發生的情形。
- 3、有危險之不能未遂：此情形請見以下的題目！

例題：

甲意外發現同事乙與自己的妻子丙有染，因此起了殺機，打算在黑市購買氰化物來毒殺乙，不料遭買家欺騙，高價買到一小包調味粉，賣家宣稱微量即可殺人於無形。翌日，不知受騙的甲趁乙離開座位時將少量的調味粉加入乙的泡麵中，甲嗣後看到乙將加料的泡麵吃下後，又因良心譴責而心生悔意，隨後見到乙嘔吐，便誤以為藥劑已經產生效用，趕忙將乙送往醫院急救，並對醫生坦承下毒情事。經診治後，才發現乙只是因胃潰瘍而感到不適；至於其所飲用的加料泡麵，則對人體完全無害。在刑法上應如何評價甲的行為²²？

在本題中，因為行為人之行為並非出於重大無知，無法適用刑法第 26 條之法律效果(必須要是無危險之不能未遂始能有其適用)。而因為行為人有放棄之行為，所以要討論刑法第 27 條。但很明顯的是，被害人之所以沒死，根本不是源自於行為人將他送到醫院急救，而是因為事實上行為人使用的殺人手段本身就是一個無效的殺人手段！所以可以知悉防果行為與結果不發生根本沒有因果關係，所以要討論的是刑法第 27 條第 1 項後段的準中止！

²² 此題摘錄自 蔡聖偉，刑罰案例解析方法論，2017 年 2 月 2 版，頁 311。

擬答：

(一) 甲將調味粉加入泡麵中的行為可能成立刑法第 271 條第 2 項之殺人未遂罪：

- 1、本案中乙並未死亡，未生構成要件結果，因此犯行未既遂。
- 2、因甲主觀上所想像的事實是在乙的泡麵中加入會致命的物質，乙食用後即會死亡，故已合於殺人罪之構成要件該當事實，具備殺人故意。
- 3、其次，甲將其誤認之毒藥加入乙的泡麵中，是否已著手，容有爭論，析述如下：
 - (1) 客觀理論：又區分成形式客觀理論、實質客觀理論。
 - (2) 主觀理論
 - (3) 主客觀混合理論：應以行為人犯罪計畫為依據，判斷客觀上行為人是否已實施與構成要件實現具密接關聯性的實行行為，並對構成要件所要保護之客體造成直接危險，若肯定，即屬著手。
 - (4) 本例中，由於甲在其主觀上的犯罪計畫流程中，業已進展到既了未遂階段，無論依造何說均會被評價成已著手於殺人罪之實行。
- 4、無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。
- 5、惟於本例中，甲客觀上所使用的行為工具並非致命物質，而是無害之微量調味粉，所以有必要檢視有無第 26 條之適用。關於第 26 條之適用要件有二：行為不能發生犯罪之結果、無危險。甲使用的是調味粉，客觀上自始便註定不可能引起他人死亡之結果，故屬不能。至於無危險要素的判準，容有爭論，析述如下：
 - (1) 視犯行是否自始即屬不能而定，亦即行為人之犯行是否因事實上或法律上的原因而於行為時註定無法實現犯罪目的。
 - (2) 具體危險說：根據一般人於行為當時所能夠認知的事實，輔以行為人之特別認知，倘任何一個理性的第三人均不認為保護客體有受到法益侵害的危險，即屬無危險。
 - (3) 重大無知說：視行為人是否出於重大無知而定。只有當行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離於一般因果法則的想像時，方屬無危險。
 - (4) 實務亦有認為，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，即屬有危險。
 - (5) 吾人以為採取重大無知說較能擔保法安定性，也才能合理說明第 26 條放棄刑罰的規範依據：欠缺預防需求。從積極一般預防的角度來看，出於重大無知的行為不會對一般人造成任何的負面示範作用，對於這樣的行為處罰需求性也就隨之降低，無須動用刑罰對之反應。依此，甲之犯行並非出於其對因果法則之重大無知所致，無第 26 條之適用。
- 6、本案中，甲「下毒」後又心生悔意而將被害人送到醫院，因此討論得否適用第 27 條之規定。甲之犯行未既遂與甲將乙送醫的中止行為並無因果關係，因此不能適用第 1 項前段之規定，惟可檢驗是否合於同項後段準中止

之要件。

- 7、欲適用第 27 條第 1 項後段之規定，需合於兩項要件：結果之不發生非防止行為所致、行為人已盡力為防止行為且防果行為係屬可靠。本例中，乙未死亡係因甲所使用的非毒藥而係調味粉，而非甲之防果行為所致，且甲將乙送至醫院後，也充分告知相關情事，應可評價為行為人已盡力且係可靠之防果行為，甲可適用第 27 條第 1 項後段準中止之規定。

PS：我真的認為這題可考性很大，因為其把未遂犯章節中，最炙手可熱的考點都給考到惹，也就是著手理論、第 26 條無危險的判斷、第 27 條中止與準中止的區分。好題目，不考嗎？

例題：

甲企圖殺乙，持刀守候乙家附近，傍晚時分，乙偕同小女兒返家，甲不忍小孩驚慌，於是放棄行動。越數日，甲再度持刀守候於乙家門前，時近黃昏，乙獨自返家，甲揮刀刺殺乙，乙血流如注，但仍奮力抵抗。甲突生悔意，逃離現場，並電召救護車。救護車未到，乙已先行攔搭計程車就醫，雖然傷勢不輕，但倖得不死。試問，如何論處甲的先、後行為？(99 年司法官)

爭點意識：孩子！孩子！為何你這麼壞。欺負、欺騙，為何你做出來？學會做好小孩，相親相愛，關懷就在心中，充滿色彩。乖乖，你快回來，我懷抱，一直為你打開，回頭，做善良的小孩，本來人性，都是善良如小孩²³。

擬答：

(一) 甲持刀守候乙家附近的行為，成立刑法第 271 條第 3 項之殺人預備罪：

- 1、依題所示，乙並未被殺死，犯行未既遂。且甲僅埋伏在乙家附近，依造主客觀混合說判斷其尚未著手。
- 2、主觀上甲有殺人故意；客觀上，持刀守候於被害人住宅附近顯係犯罪之準備行為。
- 3、違法有責，成立本罪。
- 4、惟本例中，甲因不忍小孩驚慌而放棄犯行，此種預備階段放棄犯行得否適用第 27 條中止規定，容有爭論，析述如下：
 - (1)實務見解認為第 27 條適用前提係行為人已著手而進入未遂階段，預備階段之行為人尚未著手實行，故無第 27 條之適用。
 - (2)學說認為基於「舉重以明輕」之衡平法理，既然著手後之中止皆可適用

²³ 歌詞請見 周星馳 西遊—降魔篇，文章所唱：乖乖。

第 27 條，則著手前之預備階段即放棄犯行更應有減免之機會，故應類推適用第 27 條。

(3)管見以為學說有理，若按此說，則甲因客觀有中止行為，主觀亦出於己意之中止意思，故得類推適用第 27 條減免其刑。

(二) 甲揮刀刺殺乙之行為，成立第 271 條第 2 項之殺人未遂罪：

1、主觀上甲有殺人故意，客觀上依造主客觀混合理論，依行為人犯罪計畫，客觀上其舉止已造成構成要件所要保護的行為客體直接危險，已合於著手要素。

2、違法有責，成立本罪。

3、本例中，甲有出於己意電召救護車，且最後犯行亦未既遂。然而即使甲未叫救護車，乙亦能自行搭乘計程車前往醫院，換言之，甲之防果行為與乙之死亡結果間不具因果關係，此種情形應討論第 27 條第 1 項後段之準中止。

4、欲適用第 27 條第 1 項後段之規定，需合於兩項要件：結果之不發生非防止行為所致、行為人已盡力為防止行為且防果行為係屬可靠。本例中，雖結果不發生非防止行為所致，然甲親自電召救護車後，隨即離去，並未留下確認救護車是否實際上將被害人送醫，顯非可靠之防果行為，此行為不具真摯性，故甲不得依第 27 條第 1 項後段之規定減免其刑。

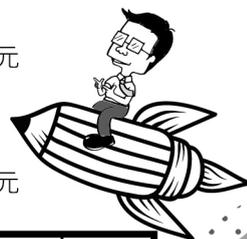
2020 讀家補習班 律師、司法官 解題改題班

大學好不容易學分修完，各家補習班的全修班也都補過了，但一碰到題目，還是腦袋空白不知道如何下筆嗎？沒關係！快來上讀家司律解題班，這次不僅有超強師資幫你釐清考科重點，更讓你現場直接練習寫考卷！！！就是要讓你到了考場無往不利，不當考卷上的啞巴！！！

本次解題班包含現場考卷練習

面授 10800元

雲端 12800元



科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	程穎 (陳姿嵐)	2020/3/1(日)起每週日9:30、14:00 考卷練習日:3/8、3/22	12
身分法	程穎 (陳姿嵐)	2020/4/12(日)起每週日9:30、14:00 考卷練習日:4/12	3
刑法	連芯 (簡佑君)	2020/3/16(一)起每週一、三18:45 考卷練習日:3/30、4/15	12
憲法	徐偉超	2020/2/1(六)起每週六18:45 考卷練習日:2/22	7
行政法	徐偉超	2020/3/21(六)起每週六18:45 考卷練習日:4/18、5/16	10
刑訴	益明 (林邦彥)	2020/2/1(六)起每週六9:30、14:00 考卷練習日:2/8、2/22	12
民訴	李甦 (李杰峰)	2020/1/6(一)起每週一、三、五18:45及週六14:00 考卷練習日:1/11、1/18	10
公司法	陳楓	2020/4/21(二)起每週二、四18:45 考卷練習日:4/30	6
證交法	陳楓	2020/5/12(二)起每週二、四18:45 考卷練習日:5/21	6
保險法	高宇 (高振格)	2020/5/22(五)起每週五18:45 考卷練習日:5/29	4

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

READER PLACE

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



以上均可無卡無息分期12期，每月最低900元就可以上課，請洽 (02) 77266667 或粉絲頁，放榜考取一律全額退費