

刑法判解

「未了未遂」與「既了未遂」

最高法院99年度台上字第3490號判決

【實務選擇題】

小馬基於殺人故意向老王開槍，豈料小馬槍法不準，僅擊中老王之非要害部位而致老王輕傷，惟老王年事已高，經不起此一驚嚇即昏厥倒地，小馬見狀認為老王已經重傷而可能死亡，故逕自離去，試問下述何者正確？

- (A)小馬犯行未既遂，且其行為構成中止未遂的既了未遂。
- (B)小馬犯行未既遂，且其行為構成中止未遂的未了未遂。
- (C)小馬犯行未既遂，且其行為為障礙未遂。
- (D)小馬犯行未既遂，且其行為非屬失敗未遂。

答案：C

【裁判要旨】

……依刑法第二十七條第一項規定，應減輕或免除其刑之中止未遂，包括已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止及防止其結果之發生二者。前者係已著手實行犯罪行為，且其預期之不法侵害犯罪結果有實現可能，然依行為人主觀上之認知，所完成之犯罪行為尚不足以實現該不法侵害，而於此際因己意中止，即學說上所謂「未了未遂」或「著手未遂」之中止；後者則指所實行之犯罪行為，依行為人主觀上認知，已足以實現不法侵害，而出於己意積極採取防果行為以阻止不法侵害發生，即學說上所謂「既了未遂」或「實行未遂」之中止。於行為人主觀上，未了未遂之中止，因已實行之犯罪行為尚未足以造成不法侵害之程度，其出於己意，自發且終局地放棄犯罪之繼續實行，雖僅係單純「消極」停止犯行，然已足切斷其原來因實行犯罪所啟動之因果進程，使不發生不法侵害，此與既了未遂之中止，非僅以己意消極停止繼續其犯行，必須以「積極」防果行為阻止不法侵害發生，二者固有其差異，然因俱使犯罪無法達至既遂，行為人主觀上之危險性格皆較普通未遂顯著為低，故法律同其對待，明定均得邀上開減免其刑之寬典。……

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【裁判分析】

一、中止未遂概念

中止未遂係未遂的一種，故必須具備未遂犯的成立要件，也就是犯罪構成要件未全部實現及法有明文處罰未遂之規定。在刑法第27條第1項的設計下，必須給中止未遂之行爲人減輕或免除的刑罰優惠，其目的爲何，雖學者有不同主張，然主要皆係認爲中止未遂之刑罰必要性較輕微，即雖然其行爲之不法性在行爲當時就已確定，之後中止行爲不會減輕或解除之前應非難的行爲，但是由於中止行爲顯露出的刑罰必要性較低，故基於刑事政策的考量，給予行爲人優惠。

二、「未了未遂」與「既了未遂」

- (一) 意義：刑法第27條規定中的中止或防止其結果發生，其實就點出了兩種可能的狀態，一種是行爲人之行爲尙未完成，只要住手，其造成的風險便會停止而不再邁向實際的法益侵害的未了未遂；另一種是行爲人的行爲已經完成了相當成熟、足以實現法益侵害的風險，這種狀況下，行爲人就必須採取更多的努力來消除這個風險，才能享受到刑罰減免的優惠的既了未遂。
- (二) 區別標準：中止未遂的立法意義既然是著眼於行爲人責任的降低，因此考量的重點就是在於行爲人的主觀想法，所以通說主張判斷行爲是否已完成，應依行爲人的犯罪計劃以及對於整個行爲的主觀想像爲決定。判斷的時間點則是以行爲人犯罪計劃最後實行完畢之際的認知爲準，當行爲人認爲對於製造足以終局侵害法益的風險已經沒什麼可以做的時候，就進入既了未遂的領域。而由於採主觀標準，故當行爲人誤認自己已經製造（但實際上沒製造）預期的足夠風險而放棄犯罪實行時，一樣屬於障礙未遂而不得享有中止未遂的優惠。
- (三) 己意中止與失敗未遂：關於己意中止，相信大家本能反應就是法蘭克公式下的自願性同意，既然這邊大家都了解，筆者只針對比較常被忽略的不得成立中止未遂的失敗未遂提醒，於判斷失敗未遂（也就是中止的非自願性）的方法，通常發生在行爲人所從事的行爲尙不足以達到犯罪目的，但其可能基於繼續犯罪行爲會招致過大敗露事跡的風險、主觀上欠缺犯罪期待利益或意義及當時沒有可資運用或替代的手段達到犯罪目的等，例如受雇殺玉木宏的槍手瞄準目標後，發現瞄到李國宏（即藝人白雲）而放棄。行爲人因爲這些事由而停止犯行，都是失敗未遂。而若是則成立失敗未遂，則既然失敗，就沒有可供中止的客體，自無成立中止未遂的空間。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【關鍵字】

未遂犯、既了未遂、未了未遂、刑事政策。

【相關法條】

刑法第25條、第27條。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，《新刑法總論》，2011年9月，3版，頁383-396。
2. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2012年，4版，頁532-569。
3. 陳子平，《刑法總論》，2008年9月，2版，頁412-433。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！