

## 未遂犯的應罰性基礎與著手判斷

編目：刑法



主筆人：易台大 碩士、律師資格

易台大老師授課以講義內容為準，輔以上課補充筆記整理，可以更精確地簡化刑法體系；老師也很歡迎有問題同學於課後留下來討論，也歡迎寫考古題給老師批改！

◎最新課程請點閱高點法律網 [lawyer.get.com.tw](http://lawyer.get.com.tw)

### 壹、未遂犯的應罰性基礎

若說故意既遂犯的構成要件是「客觀該當＋主觀該當」的結構，未遂犯的構成要件便是「客觀僅著手＋主觀該當」的結構，最大差別在於客觀構成要件，前者必須齊備所有要素，後者只要**著手於構成要件行為之實行**即可，§25 I 所言「已著手於犯罪行為之實行者，為未遂犯」便是基本特徵。正因為未遂犯客觀構成要件的放寬，立法者於是在適用範圍與法律效果兩部分加以限縮，因而導出§25 II「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限」之規範，並賦予「得按既遂犯之刑減輕之」的機會。

與故意既遂犯相較，未遂犯的構成要件僅進行到構成要件行為的發端—著手，至於後續的發展根本不在評價範圍之中，因此要怎麼說明未遂犯的應罰性就是一個大問題，畢竟我們根本還沒觀察到後續是否確實發生法益的實際侵害呀！就此而言學理上大多認同未遂犯並未造成法益侵害，而是僅僅**引發法益侵害的危險（＝判斷標準）**，且鑑於僅進行到構成要件行為的發端，因此觀察時點必須採取**事前說（＝判斷時點）**，不應、也不能偷看後續的任何發展（註 1）。唯一出現爭論的地方是：**究竟應該拿客觀上所呈現的事實，還是行為人的主觀想像來判斷（＝判斷背景）？**

一、客觀未遂理論的修正—新客觀理論：主張應拿客觀上所呈現的事實作為判斷背景，惟並非客觀存在的一切事實（＝全知事實（註 2）），而是一般人對事實的認知（＝一般認知），以及行為人優越於一般人認知的客觀事實（＝優越事實（註 3）），其實與構成要件行為的判斷方式完全相同。在此筆者要



高點律師司法官班 <http://lawyer.get.com.tw/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

先介紹一組常用的概念：可能未遂與不能未遂。這組概念正是由「事前的全知事實」所導出的區分。可能未遂指依據事前的全知事實，該行為自始足以實現客觀構成要件；不能未遂則是依據事前的全知事實，該行為自始無法實現客觀構成要件。要請注意的是，「不能未遂」的概念不能直接與§26 畫上等號，而只能算討論§26 的前提。

例：甲基於殺人故意持一把大家從外觀都看得出來是裝有子彈的真槍，在有效距離內朝乙射擊(註4)，然而槍法失準，乙平安無事。

→首先可以確定判斷時點採取事前說，因此「槍法失準沒打中乙」完全不在觀察範圍內；此外從全知事實的背景可以得出這是一個**殺人罪的可能未遂**。本案例中並無優越事實存在，故判斷背景是「甲持一把真槍在有效距離內朝乙射擊」，確實引發生命法益的危險，具備未遂犯的應罰性。

例：甲基於殺人故意持一把大家從外觀都看得出來的水槍，在有效距離內朝乙射擊，乙除了全身濕透外，當然平安無事。

→判斷時點採取事前說，從全知事實的背景可以得出這是一個**殺人罪的可能未遂**。本案例中並無優越事實存在，故判斷背景是「甲持一把水槍在有效距離內朝乙射擊」，無法引發生命法益的危險，欠缺未遂犯的應罰性。

例：甲基於殺人故意持一把沒裝子彈的真槍(註5)，在有效距離內朝乙射擊，乙飽受驚嚇卻平安無事。

→判斷時點採取事前說，從全知事實的背景可以得出這是一個**殺人罪的可能未遂**。本案例中並無優越事實存在，故判斷背景必須詢問：一般人看起來那把槍有沒有裝子彈？有的話背景便是「甲持一把『裝有子彈』的真槍在有效距離內朝乙射擊」，沒有的話就是「甲持一把『沒裝子彈』的真槍在有效距離內朝乙射擊」。前者具備未遂犯的應罰性，後者欠缺未遂犯的應罰性(註6)。

二、主觀未遂理論的修正—印象理論：主張應拿行為人主觀上的想像作為判斷背景，觀察行為人究竟賦予自己的所作所為何種意義而定(註7)。在此完全不考慮客觀所呈現的任何事實，而是直接帶換進入行為人的想像世界(註8)。

例：甲基於殺人故意持一把大家從外觀都看得出來是裝有子彈的真槍，在有效距離內朝乙射擊，然而槍法失準，乙平安無事。



→判斷時點採取事前說，從全知事實的背景可以得出這是一個殺人罪的可能未遂。判斷背景按甲的主觀想像是「甲持一把真槍在有效距離內朝乙射擊」，確實引發生命法益的危險，具備未遂犯的應罰性。

例：甲基於殺人故意持一把大家從外觀都看得出來的水槍，在有效距離內朝乙射擊，乙除了全身濕透外，當然平安無事。

→判斷時點採取事前說，從全知事實的背景可以得出這是一個殺人罪的可能未遂。判斷背景按甲的主觀想像是「甲持一把可以殺死人的水槍在有效距離內朝乙射擊(註9)」，確實引發生命法益的危險，具備未遂犯的應罰性。

例：甲基於殺人故意持一把沒裝子彈的真槍，在有效距離內朝乙射擊，乙飽受驚嚇卻平安無事。

→判斷時點採取事前說，從全知事實的背景可以得出這是一個殺人罪的可能未遂。判斷背景按甲的主觀想像是「甲持一把裝有子彈的真槍在有效距離內朝乙射擊」，確實引發生命法益的危險，具備未遂犯的應罰性。

#### ※未遂犯應罰性基礎的比較

		新客觀理論	印象理論
理論緣起		客觀未遂理論	主觀未遂理論
應罰性基礎		行為人之行為在一般人心目中造成法益侵害的危險感受	行為人實踐法敵對意志的行為令一般人有法益侵害的危險感受
判斷背景	時點	行為時（事前說）	
	內容	一般人對事實的認知 + 行為人優越認識的客觀事實	行為人的想法
判斷者		一般理性第三人	
判斷標準		有無法益侵害的危險？	

## 貳、未遂犯的客觀構成要件—著手

一、著手的學說：著手是成立未遂犯的客觀構成要件，此見§25 I 「已『著手』於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」可查。有關著手的學說，涉及到判斷背景、判斷標準與判斷者的選擇問題。

(一)客觀說：以行為時一般人對事實的認知，以及行為人優越認識的事實



作為判斷背景，再由一般人為判斷者切入觀察，至於判斷標準則有爭議。

- 1.形式客觀說：採取最嚴格標準，唯有當行為人開始實行「**典型意義的構成要件行為**」始為著手，以竊盜罪為例，必須有竊取行為方屬著手。
- 2.實質客觀說：鑑於形式客觀說過度僵化，故嘗試修正並增加彈性（說穿了就是提前著手時點）。為合理提前著手時點又不致於背離罪刑法定原則，學理上提出**密切行為說**，主張只要行為人有與構成要件行為具有密切關聯性的舉動即屬著手。所謂「與構成要件行為具有密切關聯性的舉動」，指當行為進行到**不需要額外的中間行為便足以實施構成要件行為，並對保護客體形成直接危險時**。

例：甲為職業殺手，某日在高樓大廈頂樓架設步槍，並且瞄準正在廣場上發表演說的總統候選人乙，請問著手於殺人罪與否？

→ 依據形式客觀說，由於甲尚未實行嚴格意義的構成要件行為（扣下扳機）而未著手。依據實質客觀說，「舉槍瞄準」與扣下扳機之間已無須其他中間行為並對乙形成直接危險，屬密切關聯的舉動而該當著手。

(二)主觀說：以行為人行為時主觀上的認識作判斷背景，再由行為人為判斷者切入觀察。光從判斷者竟然是行為人本人，可知本說非常荒謬(註10)。

(三)主客觀混合說：以行為人行為時主觀上的認識作為判斷背景，再由一般人為判斷者切入觀察，是否行為人之行為與構成要件行為具有密切關聯性。判斷者是一般人，判斷背景擷取自「**行為人主觀上的認識**」，類似主觀說；判斷標準採取「**與構成要件行為具有密切關聯性**」，類似客觀說。主客觀混合說與實質客觀說的結論差異不大，因為兩說的判斷者與判斷標準都相同，差別僅出在判斷背景。

例：甲自黑市購入天下第一奇毒「含笑半步顛」，並趁乙不注意時將奇毒加入乙正在飲用的咖啡中。殊不知甲竟購買到黑心商品，該含笑半步顛只不過是一包太白粉罷了！當然乙飲下咖啡後並未死亡。

→ I. 實質客觀說：假設一般人都能看得出該粉末是太白粉，那麼判斷背景係「甲將『太白粉』加入乙的咖啡中」，該舉動自始與殺人罪的構成要件行為毫無關係，更遑論是否有密切關聯性，甲並未著手。

II. 主客觀混合說：判斷背景是「甲將『含笑半步顛』加入乙的咖啡中」，該舉動不需要進一步的中間行為便足以實施殺人行為，並對保護客



體形成直接危險，乃是具有密切關聯性的著手行為。

### ※著手的各種學說比較

	客觀說		主觀說	主客觀混合說
	形式客觀說	實質客觀說		
判斷背景	客觀事實	客觀事實	主觀認知	主觀認知
判斷者	一般人	一般人	行為人	一般人
判斷標準	是否有為嚴格意義的構成要件行為？	是否與構成要件行為具有密切關聯性？	？	是否與構成要件行為具有密切關聯性？

(四)大多數學說都在實質客觀說與主客觀混合說中抉擇，兩說的差異也只有「判斷背景」的來源不同，只要「一般認知+優越事實」與「主觀想法」沒有落差，幾乎都會得出相同結論，因此多數案例毋庸對要採取哪一說大傷腦筋(註 11)。此外，當行為人已經做出典型意義的構成要件行為(例如扣下手槍扳機)，勢必也已經滿足具有密切關聯性之行為(例如瞄準)，絕對該當著手，就不用再費神檢驗了。

(五)最後還要提醒一件事，「未遂犯的應罰性基礎」與「著手的判斷」是兩個不同的問題，千萬別在構成要件階層中出現「依據印象理論，甲之行為已經造成一般社會大眾的危險印象，故成立未遂犯」或「依據新客觀理論，甲之行為在客觀上有侵害法益的具體危險，故成立未遂犯」這類敘述，這麼一來是將不同層次的兩個問題混為一談，誤將馮京當馬涼了。

二、不純正不作為犯的著手：由於不純正不作為犯的構成要件行為難以從外觀得知，連帶無法判定哪個動作與構成要件行為具有密切關聯性，因此轉以「行為人的不作為是否對保護客體形成直接危險？」作為判準，當行為人錯過自己可以救援保護客體的最後機會時，多半會被認為是形成直接危險的著手時點。

例：甲女深夜外出找尋應酬未歸的丈夫乙，見到乙醉臥於鐵軌之上。甲女深知深夜火車稀少，還要再一個小時才有火車經過，甲心想讓這個一無是處的乙男一死了之，因而決定不予救助，並再三確認四下無人後，轉身離開現場。試問甲是否該當著手？

→由於下一班火車還要一個小時才到，甲的不作為尚未錯過自己可以救援乙的最後機會，不該當著手，至多成立預備殺人罪。



## 【注釋】

- 註1：我們可以想像一下，就殺人罪的客觀構成要件而言，故意既遂犯是具備「構成要件行為（製造死亡風險的殺人行為）+構成要件結果歸責（不可想像不存在地導致法規範所預設之結果）」；未遂犯僅有「著手於構成要件行為之實行（開始製造死亡風險之行為）」。轉換成具體事實，故意既遂犯是「甲朝乙的身體扣下手槍扳機，子彈射出後命中乙腹部，致乙失血過多而死亡」，未遂犯是「甲開始做『朝乙的身體扣下手槍扳機』的動作」。由於沒有先偷看後面的結局，因而令判斷者產生「危險」的感受。
- 註2：最早期的客觀未遂理論稱「舊客觀危險性理論」，除了以全知事實作為判斷背景外，更採取事後說的判斷時點，與未遂犯格格不入而遭受修正。試想如果已經看過「進擊的巨人」動畫版到第十集，重看第五集時難道還會為劇末Eren Jäger在巨人口中的險境而感到危險嗎？絕對不會。因為唯有在資訊不全的情境下，人類才會產生危險的感受，反過來說，若要想產生危險的感覺，就必須對資訊的擷取有所限制。
- 註3：按照事實範圍由多（正確）至少（不正確）的排列是：全知事實（神所知道的事實）→優越事實（行為人所知道的事實，而且行為人常以神自居）→一般認知（社會、普羅大眾、無知蟻民以為知道的事實）。
- 註4：這種說法其實有點怪，大家真的看得出來哪種槍是裝有子彈的真槍嗎？看得出有效距離究竟是多少嗎？姑且不論受過專業訓練的軍警、特務或收藏家，有當過兵（僅限常備役，因為替代役不用碰槍）的人都不一定分得出來了，更何況是沒當過兵或已經退役的社會大眾。
- 註5：簡單說，就是甲出門時忘記裝子彈，或者是子彈用光了但甲卻不知情。
- 註6：其實最大的問題就出在這裡：一般人究竟看不看得出來當下手槍沒裝子彈？我相信一般社會大眾（也包括我在內）都沒自信給出個標準答案，只能含糊地靠直覺判斷，有時甚至牽扯無關緊要的資訊，例如行為人長得兇神惡煞（長得醜怪我囉～）、行為人負面傳聞不斷（謠言止於智者呀！）等等，還記得「疑鄰偷斧」、「曾參殺人」的寓言故事嗎？
- 註7：最原始的主觀未遂理論，判斷背景與判斷時點都與印象理論完全相同，唯一不同的是判斷標準，採取「行為人主觀上有無法敵對意志？」，而被批評是一種對思想的處罰，因此不可避免地遭受修正，轉變成採取「行為是否引發法益侵害的危險？」的印象理論。
- 註8：有點類似電影「全面啟動（Inception）」般進入行為人的夢境（=想法）當中，藉此迴避新客觀理論無法有效確認判斷背景的缺點。
- 註9：請注意，依據甲的主觀想法這雖然是一把水槍，卻是一把「可以殺死人」的水槍！別忘了要完全進入甲的主觀想法當中。



註10：因為判斷者永遠都是客觀理性的第三人，否則當行為人自我感覺良好到認為洗澡是強制性交罪的第一個步驟，難道洗澡就會是著手行為嗎？或行為人認為只要還沒射精就不算著手於強制性交，難道就真的沒有著手嗎？不合理顯而易見。

註11：話雖如此，筆者自己是比較傾向「主客觀混合說」的，因為若不以行為人的主觀想法為判斷背景，根本無從為其行為賦予確切的意義。曾經看過德國律師Ferdinand von Schirach所著的《Schuld》一書，其中一個短篇故事「解剖學」描寫行為人正下車走向所欲殺害的被害人時，遭受一位賓士車駕駛過失撞擊致死的過程，整篇故事僅短短三頁，卻恰到好處地點出：若不以行為人的主觀想法為判斷背景，該如何賦予行為人「下車走向被害人」此行為的真正意義？是問路？是搭訕？是強盜？是強制性交？抑或是殺人？

