

## 不能未遂與中止未遂

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的同学於課後留下來討論，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、未遂犯的特殊類型—不能未遂

不能未遂就新客觀理論來說，部分具備應罰性、部分欠缺應罰性；對印象理論來說則完全具備應罰性。現行法§26「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」之規定，前段「行為不能發生犯罪之結果」指依據事前的全知事實，該行為自始無法實現客觀構成要件，這正是不能未遂的基本定義。至於後段「無危險」該如何解釋？主要有「具體危險說」與「重大無知說」之爭。

一、基於新客觀理論—具體危險說（實務）：延續新客觀危險理論的模型，所謂「無危險」是以事前作判斷時點，擷取一般認知或優越事實判斷有無引發法益侵害的危險，若肯定則是有危險（同時也具備應罰性基礎），若否定才是無危險（同時也欠缺應罰性基礎）。因此所有的不能未遂還可以分成「有危險不能未遂」與「無危險不能未遂」兩種，僅後者可適用§26，因構成要件不該當而不罰。

二、基於印象理論—重大無知說（有力說）：由於印象理論下的不能未遂都具備應罰性，故「無危險」並非排除應罰性，而是排除需罰性。當發生不能未遂的原因是出自行為人主觀上的重大無知（嚴重偏離一般公認之因果關聯(註1)）時，制裁需求性便相對降低(註2)，最終達到阻卻刑罰發動的程度。因此所有的不能未遂還可以分成「非重大無知不能未遂」與「重大無知不能未遂」兩種，僅後者可適用§26，因排除刑罰而不罰。

例：甲自小以為砂糖含有劇毒，故基於殺人故意將大量砂糖加入乙的茶內令其飲用，乙除了喝了杯超甜的茶外，當然平安無事。



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)

→由事前的全知事實的背景可以得出這是一個**殺人罪**的**不能未遂**，滿足「行為不能發生犯罪之結果」，惟是否「無危險」判斷如下：

- I. 具體危險說：倘若一般人從事前角度都會認為那白色粉末是砂糖的話，便是欠缺具體危險，無危險不能未遂可適用§26 不罰（理由在於欠缺著手而構成要件不該當）。
- II. 重大無知說：發生不能未遂的原因出自於行為人主觀上以為砂糖含有劇毒，屬於重大無知，重大無知不能未遂可適用§26 不罰（依舊該當著手，理由在於排除刑罰發動）。

例：甲持一把射程 500 公尺的手槍，故基於殺人故意攻擊 600 公尺外的乙，最終乙當然平安無事。

→由事前的全知事實的背景可以得出這是一個**殺人罪**的**不能未遂**，滿足「行為不能發生犯罪之結果」，惟是否「無危險」判斷如下：

- I. 具體危險說：倘若一般人從事前角度都會認為該手槍的射程距離只有 500 公尺，便是欠缺具體危險，無危險不能未遂可適用§26 不罰。
- II. 重大無知說：發生不能未遂的原因出自於行為人主觀上以為該手槍的射程距離可達 600 公尺，並非重大無知而不能適用§26。

例：甲基於殺人故意持槍攻擊躺在床上的乙，但其實乙在幾分鐘前因病過世，只不過看起來像是睡著一般。

→由事前的全知事實的背景可以得出這是一個**殺人罪**的**不能未遂**，滿足「行為不能發生犯罪之結果」，惟是否「無危險」判斷如下：

- I. 具體危險說：一般人從事前角度看到的是睡著的乙，因此具備具體危險而不能適用§26。
- II. 重大無知說：發生不能未遂的原因出自於行為人主觀上沒料到乙已經死亡，並非重大無知而不能適用§26。

### ※不能未遂的學說比較

			具體危險說	重大無知說
理論發源			新客觀理論	印象理論
§26	成立要件	不能發生犯罪之結果	行為自始無法達成既遂（=不能未遂）	
		無危險	無法益侵害的具體危險	行為人出於重大無知
	法律效果		不罰	
	體系定位		構成要件不該當 （並非未遂犯，而是不能犯）	阻卻刑罰事由 （仍然是未遂犯）



適用§25 的情形	可能未遂	
	有危險的不能未遂	非重大無知不能未遂

許多書籍在提到不能未遂的章節時，都會介紹不能未遂的三種類型：手段不能、客體不能與主體不能。手段不能指使用自始無法達成既遂的方法，客體不能指構成要件所要求之客體欠缺，至於主體不能即構成要件主體資格之欠缺。這種分類方式濫觴於早年曾經出現過的「構成事實欠缺理論」，認為僅欠缺構成要件結果歸責始為可罰的未遂，若欠缺構成要件行為、行為客體或行為主體而不能達成既遂，屬於不處罰之行為。鑑於構成要件要素本身應該沒有高下等級之分，不應區分而賦予不同的法律效果，故無論欠缺構成要件結果歸責，還是構成要件行為，只要客觀構成要件未完全該當，均有成立未遂犯的可能。我國實務見解受構成事實欠缺理論的影響非常大，最明顯莫過於對「勒索罪（§345）與強盜罪（§328）之區別」。

早期實務認為勒索罪之恐嚇，乃是將來惡害通知；強盜罪之脅迫，則是現在惡害通知。不過當行為人採取脅迫手段，被害人卻未達不能抗拒之程度，則無法成立強盜罪（不該當「不能抗拒」）或勒索罪（不該當「恐嚇」），將產生法律漏洞。於是現今實務認為勒索罪與強盜罪之區別關鍵在「被害人是否已不能抗拒」，完全放棄現在或將來的分類方式。若已達不能抗拒成立強盜罪，未達不能抗拒成立勒索罪。前述漏洞，可透過勒索罪來填補。

早期實務就是受到「構成事實欠缺理論」之影響，認為未遂犯是欠缺「結果歸責」，若欠缺其他要件則不成立犯罪。因此行為人以脅迫方式，但被害人未達不能抗拒時，就強盜罪而言欠缺構成要件行為（無不能抗拒）而不成立，就勒索罪而言並無恐嚇行為也不成立。惟若拿開構成事實欠缺理論，只要行為人出於「強盜故意」，客觀上有著手於構成要件的實行，縱使被害人未達不能抗拒，還是可以論強盜未遂犯，根本不至於無法可罰。現今實務修正早期看法，改變區別標準為「是否至使不能抗拒？」只為了填補一個幻想出來的法律漏洞，是否值得呢？

## 貳、未遂犯的特殊類型—中止未遂

相較不能未遂由事前觀察，中止未遂則透過事後觀察，得知犯行未達既遂的原因在於**行為人自己的作罷**。通說對中止未遂可以得到法律寬免的理由採取**刑罰目的理論**，認為行為人透過中止行為表現出重新歸復社會之意願，又消除其原先動搖法制度與法規範的行為而重建人民對法的信賴，因此喪失刑罰目的。按刑罰目的理論，中止未遂其實已經脫離構成要件階層而形成一種減免刑罰事由，因此是一種**減免刑罰事由**，且以成立未遂犯為前提(註 3)。



例：甲與乙同時射殺丙，但相互不知對方存在。甲未命中丙，出於己意而離去；乙命中丙，丙當場死亡，但乙誤以為丙未死，出於己意而離去。

→甲成立殺人罪的未遂犯，乙成立殺人罪的既遂犯，雖然兩人都是出於己意而離開，但只有甲可以討論適用§27 與否之問題。

#### 一、自願性中止未遂（§27 I 前段）

(一)中止行為：意指不讓「構成要件結果歸責發生」的行為(註 4)

1.犯罪的進行階段：越過著手時點後，可再區分為實行行為尚未完成的未了未遂，以及實行行為已經完成的既了未遂。

(1)判斷時點：採取中止臨界理論，落在最後行為時。

(2)判斷背景：擷取自行為人的主觀想法。

(3)判斷標準：實行行為完成與否？未完成乃未了未遂，已完成則是既了未遂。

(4)判斷者：行為人自己。

例：甲基於殺人故意朝乙開槍，子彈擦過乙的手臂造成輕傷，不過乙受到驚嚇而昏厥。甲誤以為乙身中要害，心想不久乙必然失血過多而死亡，隨即離開現場。

→甲最後行為時（開完槍後轉身離開）所認識的背景是「乙中彈即將身亡」，甲自我判斷實行行為已經完成，故屬既了未遂(註 5)。

2.未了未遂的中止行為：消極放棄行為。

3.既了未遂的中止行為：消極放棄行為+積極阻止結果。

例：甲行竊失風被提早返家的屋主乙發現，甲情急之下掐著乙的脖子想讓乙窒息死亡，不過在看見乙的痛苦表情後，心想本來就沒有什麼深仇大恨，因而鬆手離去。

→甲殺人行為尚未完成而屬未了未遂，故甲消極放棄行為符合中止行為。

例：甲在乙的茶杯內下毒，乙飲用後痛苦不堪，甲見狀突心生悔悟，趕緊將乙送往醫院，經治療後保住一命。

→甲殺人行為已經完成而屬既了未遂，故甲僅消極放棄行為尚非足夠，還必須積極將乙送醫阻止結果，方符合中止行為。

(二)出於自願性動機：乃條文中所稱的「己意」

1.判斷標準：學說多半套用法蘭克公式輔助判斷，縱使我能、我亦不



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)

願，該當己意；即使我願、我亦不能，則不該當，又被稱作主觀說(註6)。至於實務流行的看法是客觀說，依據一般經驗法則，看一般人是否會像行為人般中止，若一般人不會但行為人卻中止，便符合己意。

例：甲趁乙外出時潛入乙家行竊，正當翻箱倒櫃之際，聽到似乎是乙的返家聲音，甲擔心失風被捕，趕緊逃跑。

→ I. 依據主觀說：甲當下的想法是「會被抓，不能繼續偷，趕快跑」，是即使我願、我亦不能的他主動機，不該當己意。

II. 依據客觀說：一般人在他人家裡偷東西時，若遇到有人返家都會落荒而逃，甲逃跑乃是可預期的行為，不該當己意。

2. 自願性地中止一定要有個可供中止的對象，或者說是在有多重選擇之下行為人自願性地選擇「中止」這個選項，倘若行為人根本就沒有選擇可言，而只能接受中止這唯一選項，那就不會是出於己意，學說上稱為**缺效未遂**(註7)。

例：殺手甲瞄準目標乙後，發現認錯人了，因而將槍枝放下離去。

→ 甲放下槍枝是唯一選項，畢竟根本沒有其他選擇可言，因此不該當己意。

(三) 中止行為與結果不發生間有因果關係：

例：甲使用木棍攻擊欲至乙於死地，乙頭部受創後倒臥在血泊當中，甲冷靜下來後十分後悔，旋即找尋電話亭打電話叫救護車，期間有熱心的丙開車經過乙倒臥之處，馬上將乙送醫而保住一命。

→ 本案例屬於既了未遂，甲雖然滿足「消極放棄行為+積極阻止結果」的中止行為，惟結果不發生卻非甲的中止行為所致(=失敗中止)，無從成立中止未遂。

二、自願性準中止未遂 (§27 I 後段)

(一) 中止行為

(二) 出於自願性動機

(三) 失敗中止→真摯性要件：真摯性的判斷，指行為人已經採取**避免結果發生所必須的適當措施**，用以排除敷衍以對的不可靠行為。§27 I 後段：「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。」便是準中止未遂的明文(註8)。

例：甲對乙下毒，僅在乙毒發後留話給乙的家人隨即離去，乙命大遇到好心路人丙將之送醫急救脫險。



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)

→甲的中止行為與結果不發生間欠缺因果關係，無法成立中止未遂，又甲未採取避免結果發生所必須的適當措施(註 9)，欠缺真摯性要件，無法成立準中止未遂。

#### 【注釋】

註1：例如：行為人以為背對被害人朝反方向開槍，子彈會繞地球一圈擊中被害人的前額（比刺客聯盟還扯！）；又如行為人以為幼童只要吃蘑菇就會死亡，因此煮了一大碗蘑菇濃湯請五歲小兒喝（童話故事的陰影？）。

註2：進一步的理由在於，其他的「未遂行為」都有可能在社會中形成不良的負面示範，倘若人們群起仿效將可能導致法規範的崩解。例如行為人拿一把自己知道裝有子彈的真槍朝他人射擊未中，或行為人拿一把自己不知道沒裝子彈的真槍朝他人射擊，都是不良的負面示範，畢竟沒人敢說下次同樣的行為被害人還會不會有此強運。然而「出於重大無知的不能未遂行為」根本不被當做一種負面示範，因為不會有人認真地加以仿效（畢竟除了不能達到目的外，看起來還很白痴…）。例如：行為人拿一把自以為可以殺死人的玩具水槍朝他人射擊，就算被害人沒有強運也不會有事。

註3：不能未遂在採取有力學說下，與中止未遂相同以「成立未遂犯」為前提，且都是減輕刑罰的事由，只不過重大無知不能未遂是排除刑罰事由，自願性中止未遂則是減免刑罰事由。

註4：除了客觀上必須有中止行為外，行為人主觀上也要知道自己在做中止行為。

註5：與「未遂犯的應罰性基礎」或「著手判斷標準」的紛紛擾擾不同，關於未了未遂與既了未遂的區分，無論時點、背景、標準或判斷者，學說上幾乎沒有爭議。



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)

註6：另有少數學說主張行為人除了出於自主動機之外，還必須是本於倫理上的自我要求，簡稱限定主觀說。

註7：缺效未遂又被稱作「失敗未遂」，千萬別與下方的「失敗中止」相互混淆呀！

註8：我們可以發現「自願性中止未遂」與「自願性準中止未遂」的前兩個要件完全相同，決勝關鍵乃是在第三個要件上。思維、討論的順序以自願性中止未遂為先，若確認有因果關係則直接適用§27 I 前段減免其刑；若確認無因果關係而落入失敗中止，才繼而開啟真摯性要件的檢驗，成立則適用§27 I 後段減免其刑，反之便結束審查，回歸適用§25 II。

註9：因為單純留話不保證乙的家人聽得見，就算聽得見也不見得來得及救，就算來得及也不見得願意救。

