

刑事法判解

犯罪行為既遂或未遂之認定

最高法院111年度台上字第2479號刑事判決

【實務選擇題】

依據現行刑法之規定，下列關於未遂犯之敘述，何者錯誤？

- (A) 未遂犯之成立，必須行為人已著手實行犯罪行為
- (B) 中止犯之法律效果，為「減輕或免除其刑」
- (C) 準中止犯之主觀要件，為「因己意中止或防止其結果之發生」
- (D) 不能犯之法律效果，為「不罰」

答案：C

【裁判要旨】

1. 刑法之共同正犯，其正犯性理論係「一部行為全部責任」原則，依一般採用之犯罪共同說，共同正犯之成立，各參與犯罪之人，在主觀上具有明示或默示之犯意聯絡（即共同行為決意），客觀上復有行為之分擔（即功能犯罪支配），即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯，在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前、事中之計劃、謀議而未實際參與犯罪，或僅參與犯罪構成要件以外之行為，倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，即成立共同正犯。又衡以促進廉能政治，處罰貪污犯罪，貪污治罪條例中圖利行為，因其犯罪態樣之特殊隱密性，公務員與圖利對象間若欠缺一定之信任關係，公務員多不敢貿然行事，為填補、建立此一信任關係，也為規避追溯偵查、逃避法律制裁，犯罪型態恆常透過具有信賴關係之中間角色層級傳遞、接洽完成，或作為斷點，雙方並非必須面對面親自接觸或謀議，始足成立犯罪。

2.貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪為結果犯，且不處罰未遂犯，以因而獲得不法利益為構成要件。此所謂不法利益，係指一切足使圖利對象之本人或第三人其財產增加經濟價值者均屬之，包括現實財物及其他一切財產利益，如有形、無形之財產利益；消極應減少而未減少與積極增加之財產利益；或對該財物已取得執持占有之支配管領狀態者。至圖利對象收回成本、稅捐及費用部分，原來即為其所支出，並非無償取得之不法利益，自不在所謂圖利範圍。又此不法利益，既指一切使圖利對象增加財產經濟價值者，尚與民事上或公法上是否合法取得所有權，俱不相干，尤其違法圖利罪本在處罰以違法之方式圖利之行為，倘認因違法致締結之民事契約無效，即無從圖得不法之利益而不成立犯罪，則本罪豈非形同具文，故而，違法為財產之移轉，縱事後因違法而移轉無效，自不影響圖利罪之成立。

【爭點說明】

刑法上對於既遂及未遂之認定試舉兩例介紹：

(一)意圖販賣猥褻之物品買入後尚未賣出，涉及販賣猥褻物品罪（刑法第235條第1項）所謂的「販賣」意何所指的問題，有不同見解：

1. (1)所謂「販賣」，係指以營利為目的，將猥褻物品販入或賣出而言，一旦有販入或賣出，犯罪即屬完成；致同法條第2項中之意圖販賣而持有猥褻物品罪，係指販入以外之其它原因而持有猥褻物品後，始起意販賣而尚未出售者之情形。

(2)依此說，上開情形已屬既遂，該當刑法第235條第1項之罪。

2. (1)販賣猥褻物品罪，需於販入後，復行賣出，始能夠成，如僅販而未賣，或僅締結契約，均不得論以販賣罪。

(2)依此說，上開情形不得論以販賣，而應論以刑法第235條第2項之意圖販賣而持有猥褻物品罪。

(二)盜伐樹木砍倒於地但樹木並未搬離現場即經查獲，此種情形為竊盜未遂：

1. 竊盜罪既遂時點之認定，學說上有接觸理論、移去理論、隱藏理論、掌握理論等，但均各有所偏，無法作為唯一之標準。

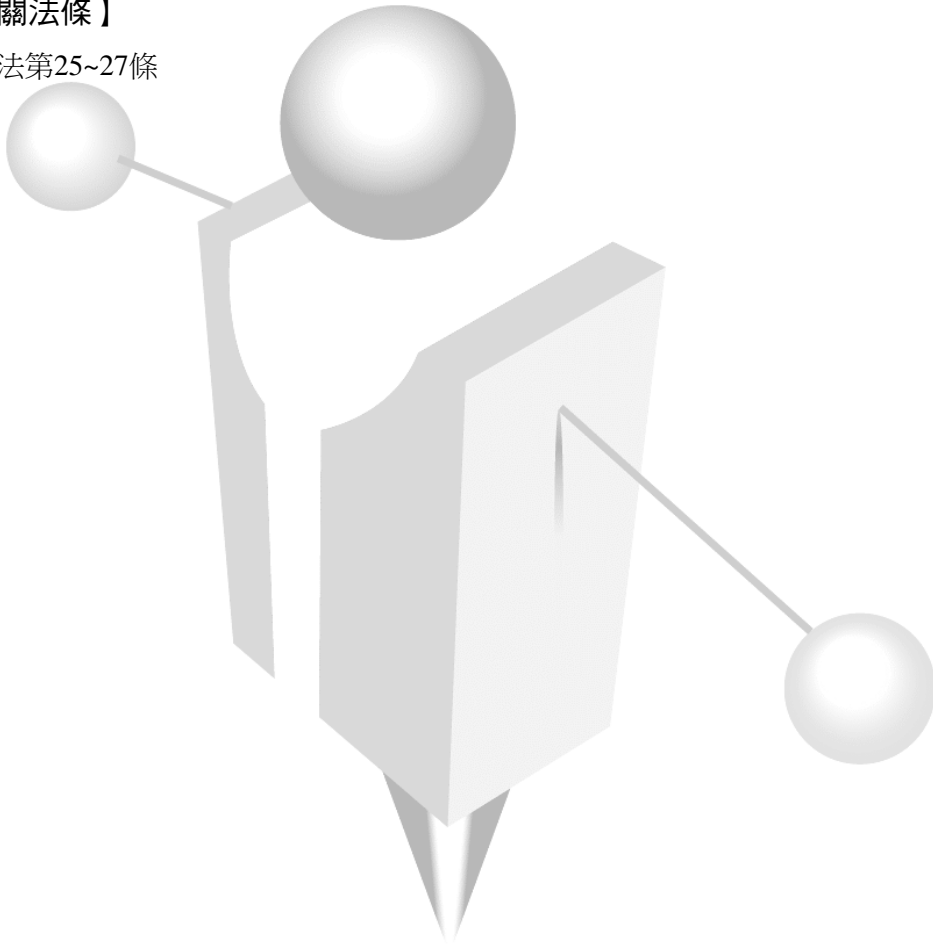
2. 所謂竊取，是指未經同意破壞持有之支配關係，而建立自己之持有支配關係，所以既遂時點之判斷，在於行為人何時建立起自己的持有支配關係。

3. 本例所竊取之物為重量較重、體積較大而較難移動之樹木，故其尚須有其他措施之介入，例如以車輛或其他裝備加以裝運，而行為人業已裝妥於運

輸工具上，方可認為竊取既遂。

【相關法條】

刑法第25~27條



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！