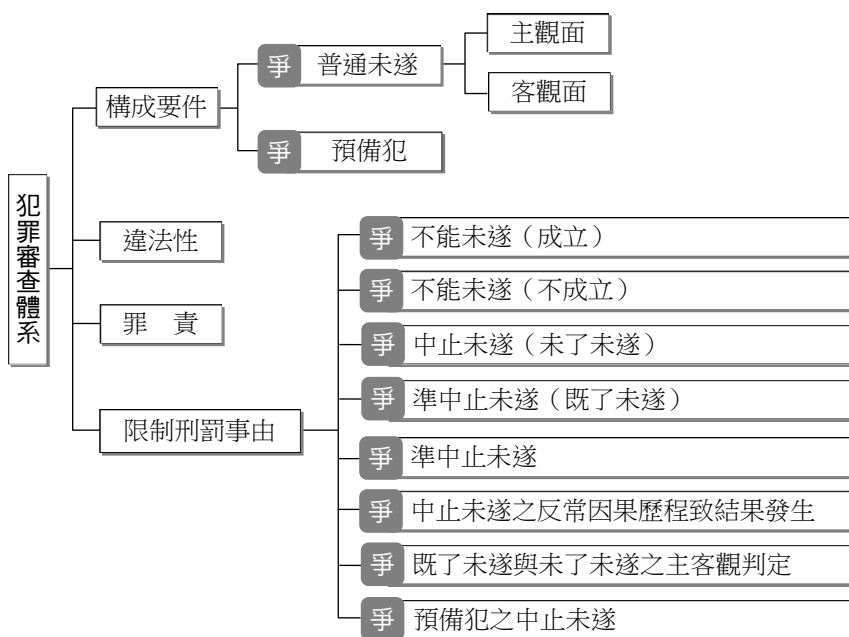


第5章

未遂犯

【體系圖】



第1節 普通與不能未遂

考點1 普通未遂

▶ 階層定位 構成要件

CASE 甲朝乙揮了一拳，乙則輕鬆躲開。

實戰模版

(一)不成立既遂犯（視有無獨立爭點）。

(二)主觀上，甲具（傷害之）故意；客觀上，甲（朝乙揮拳），依「主客觀混合說」，其與既遂結果間無須再介入具重要意義之「中間行為」，而已侵入乙（身體）法益之保護領域，並對其造成「直接危險」，從而已達著手階段。

觀念釐清

未遂犯相較既遂犯的第一個不同，就是既遂犯必須先審查客觀面、再審查主觀面；而未遂犯則是必須先審查主觀面、再審查客觀面，其理由讀者可理解為，我們必須先了解到行為人主觀上原本想要幹甚麼，只是客觀上沒有成功，以此來確定要討論的罪名。

比如說，行為人客觀上就是朝被害人揮了一刀，使被害人的肩膀出現一道傷口，但我們必須確認行為人主觀上是只想劃傷被害人肩膀的傷害故意，還是其實是想砍斷被害人脖子的大動脈，只是剛好被被害人躲過或是單純沒有揮準，藉此來確認要討論傷害罪還是殺人罪的

未遂犯。

筆者的話

許多留德學者會比較堅持在未遂犯審查前面多加一個「前審查」，也就是先確認犯行未既遂，然後才開始構成要件階層的審查。這樣的方式固然才是最完整、最嚴謹的，但很現實的問題就是在考試上根本不會有那麼多時間去多寫那兩三行字！

就此，筆者建議，平常可以直接將前階段審查予以省略，但遇到對於犯行是否屬於既遂或可歸責於行為人存在疑義的情況時（簡單來說就是那裡有一個爭點、有分數埋在那），則需要另外開一個不成立的既遂犯的標，來處理這個議題。

實用口訣 前混中保直著

關於未遂犯的審查，不知道讀者會不會覺得有點複雜，很容易遺漏掉某些要件，至少筆者自己在準備考試的時候是這麼認為的，尤其在考試的當下有時間的壓力，時間、爭點、答題架構等等……，同時在腦中高速運轉，筆者當時在考研究所的時候還真的突然發現自己遺漏了要件，臨時再拿起立可帶大把大把地塗掉再重寫。有鑑於此，嗣後在準備國考的過程中，就特別統整了一些簡易的口訣，來幫助自己記憶。

而在普通未遂的部分，則是「前混中保直著」，分別代表：前審查、主客觀混合理論、中間行為、保護領域、直接侵害、著手，總共六個關鍵要件，亦即主觀上及客觀上各三個要件。

筆者在之後的過失犯及不作為犯等，也會提供類似的口訣讓讀者參考。

考點2 預備犯

▶ 階層定位 構成要件之客觀面

CASE 甲為了偷襲刺殺乙，便躲在乙每天下班會路過的人行道的草叢裏面埋伏。

實戰模版

客觀上，甲（躲在乙每天下班會路過的人行道的草叢裏面埋伏）之行為係便於創設犯罪實現條件且與著手具有密接關聯之預備行為。

考點3 不能未遂（成立）

▶ 階層定位 限制刑罰事由

CASE 服務生甲為了殺害患有輕度糖尿病的客人兼仇人乙，偷偷將乙點的茶碗蒸換成了統一布丁。

實戰模版

(一)普通未遂審查。

(二)第四階層：

甲（將乙點的茶碗蒸換成了統一布丁，就現代醫學角度觀點，難認有殺害輕度糖尿病患者之可能），屬嚴重偏離當代科學知識所產生之「出於重大無知」，成立第26條之「不能未遂」，本於一般預防功能，行為於社

會大眾侵害法律之意義薄弱，無制裁之必要，而為不罰。

觀念釐清

由於行為人已通過未遂犯的三階段犯罪審查而確認犯罪成立，僅是透過第26條的不能未遂獲得刑事政策上的不罰優惠，因為此部分以犯罪成立為前提，但又與犯罪成立與否的判斷無關，所以必須在犯罪審查的罪責階層之後檢討。

筆者的話

筆者對於不能未遂的解題，並不在少數學說見解上打轉，而是直接用通說的重大無知說作答，當然部分學說對於重大無知有逸脫法條文義的批判，這部分還須請有報考各校法研所的讀者多多留意。

110台上3511決

所謂不能未遂，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，然須無侵害法益之危險，始足當之。又上開條文之立法理由關於未遂犯之規定，雖載明採客觀未遂理論，惟若僅著眼客觀層面之實踐，不無過度擴張不能未遂之不罰範圍，而有悖人民法律感情，自非不得兼以行為人是否出於「重大無知」之誤認作為判斷依據。從而，有否侵害法益之危險，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為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，

非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑。行為人倘非出於「重大無知」之誤認，僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵害，然已有侵害法益之危險，仍為障礙未遂，非不能未遂。

考點4 不能未遂（不成立）

▶ 階層定位 限制刑罰事由

CASE 甲對著乙床上一團鼓鼓的棉被一陣掃射，掀開來看原來裡面是個一比一的魔幻假面喵娃娃。

實戰模版

不能未遂（不成立）：

(一)普通未遂審查。

(二)第四階層：甲（對著乙床上一團鼓鼓的棉被一陣掃射，由於正常情況極可能有人躲在被窩中），（甲掃射）之行為並非因嚴重偏離當代科學知識所產生之「重大無知」，從而非屬第26條之「不能未遂」，而只能論以第25條之「障礙未遂」。

觀念釐清

障礙未遂其實就是普通未遂，只是在用詞上為了與不能未遂做出區分，表示行為並不是出於重大無知而無法完成，僅僅是恰好遇到障礙而無法遂行。