

第一節 未遂犯

壹、未遂犯基本概念

一、侵害行為的事實流程

就因果關係的概念而言，行為人造成侵害的結果，是透過身體的作用支配侵害結果的實現。這個形式上的過程和其他自然力量造成侵害結果沒有兩樣，例如地殼下能量的累積到達飽和點而造成能量的釋放，造成地殼震動，接著造成房子倒塌和人命傷亡。不一樣的是，自然力量造成侵害結果的過程，純粹是物質變動，而人的身體作用造成侵害結果之實現，其身體現象背後則是有思維的存在（如果思維活動不是純粹的物質活動）。因此要分析一個人製造利益侵害的流程，其大致上輪廓是：人因為某一個慾望存在，所以產生行動的念頭；接著因為行動的念頭，所以產生行動；因為行動，所以產生外在世界現象的變動；由是產生侵害¹。其中所謂人因為某一個慾望存在而產生行動的念頭，這個慾望可能是有害的慾望，例如想要報仇（看到敵人受苦），而行動的念頭也可能是製造利益侵害的行動念頭，例如殺人、傷害或縱火（屬於刑法上故意犯罪的情形），但是也並不一定如此，例如行為人為了趕赴約會開快車，在彎道煞車不及而撞傷機車騎士（屬於刑法上過失犯罪的情形）。

人實現利益侵害的過程大致上是行為念頭導致行為，接著導致侵害，這是抽象的說法。事實上，世界上不可能有完全一樣的具體侵害

¹ 關於犯罪行為的階段，參考林山田，刑法通論（上冊），2005年，433頁以下；Sch-Sch-Eser, § 22 Rn. 1.

流程。除了行為人對於侵害結果的認知可能有所不同之外，有些侵害行為是經過縝密的計畫，但是也有些侵害行為是出於一時的衝動。有些侵害行為的計畫是出於多數人的共同思考（刑法上所謂陰謀犯的情形），但是也有些侵害行為的計畫是出於一個人單獨的思考。至於行為和侵害結果之間的關係，有些行為並沒有真的造成利益侵害結果，例如開槍而未命中（屬於刑法上未遂犯的情形），但是也有些行為終於造成利益侵害結果，例如開槍命中被害人要害致死（屬於刑法上既遂犯的情形），甚至是在造成利益侵害結果之後又繼續其製造利益侵害的行為（通說所謂繼續犯的概念），例如持續地毆打被害人。

二、處罰未遂犯的理由

（一）問題與理論

刑罰的存在是爲了透過刑罰威嚇而達到預防利益侵害的功能，那麼要選擇哪些行為的行為人作爲刑罰對象才能達到所要的預防效果？毫無疑問，如果行為人的行為現實上產生了利益侵害（例如被害人已經死了），自然是刑罰的對象。因爲就一般預防目的而言，行為人製造利益侵害卻可以免於刑罰，多數人所收到的訊息是「不罰犯行」。而且由於此一利益侵害結果已經活生生的呈現在多數人眼前，因此其「不罰犯行」的訊息留在社會大眾心中的印象特別深刻，對於未來侵害行為的激勵作用也特別顯著。

然而，除了行為人的行為確實造成利益侵害的情形以外，在上述種種行為人形成利益侵害的流程可能性當中，是不是只要侵害結果不發生（例如行為人開槍沒有射中被害人或被害人經送醫搶救後倖免於難），行為人就可以免於刑罰？有關於此一問題，學說、實務以及立法例上從來沒有出現過「只要客觀侵害結果不實現，就可以免於入罪」的看法。問題是，既然刑法是以警惕利益侵害爲目的，而行為人

的行爲現實上並沒有產生利益侵害，爲什麼可以加以刑罰？對於未遂犯的刑罰理由，大致上有所謂客觀理論、主觀理論以及主客觀混合理論。

1.客觀理論

由於故意犯罪之未遂犯在主觀不法上所具備之故意和既遂犯在主觀不法上所具備之故意是完全一致的，所不同者只是客觀上的實現階段，因此持客觀理論者認爲，處罰未遂犯的理由並非在其主觀上之不法，而是在其客觀上的危險性²。基於此一立場，客觀理論認爲，如果行爲在客觀上並無導致實害的危險性，根本不構成犯罪。並且也因爲強調其行爲之客觀意義，所以在法律效果上認爲，對於著手而未遂的行爲，必須減輕其刑。

2.主觀理論

主觀理論者認爲，即使侵害行爲未遂，行爲人透過其行爲依然顯示其主觀上的法敵對意志，而此一法敵對意志正是刑法所要處罰的對象³。站在此一立場，主觀理論認爲，即使是對於所謂的不能未遂，也具備可罰性，並且對於既遂犯與未遂犯基本上應該做相同的處罰。

3.主客觀混合理論

通說所採的主客觀混合理論又稱爲印象理論（Eindrucks-theorie），此一理論基本上的出發點和主觀理論一樣，認爲行爲人透過其行爲已經顯示出法敵對意志，不過刑法之所以處罰未遂犯，並不僅是因爲其法敵對意志的顯示，而是更進一步因爲行爲人如此的行爲已經足以動搖一般人對於法律的信賴⁴。基於此一基本立場，對於所

² 客觀理論大致上是比較早期的理論，參考RG 68, 340; Spendel, NJW 65, 1888.

³ 主要是德國實務所支持的理論，參考RG 1, 441; 8, 203; 34, 21; BGHSt. 11, 268.

⁴ Meyer, ZStW 87, 604; Roxin, JuS 79, 1; SK-Rudolphi, Rn. 13ff. vor § 22; Schünemann, GA 86, 309, 323.