

大陸《刑法》未遂犯處罰 依據與著手實行概念的檢討

A Review of the Basis and Practice of the Punishment
on Attempt in PRC Criminal Law

吳天雲 (Wu, Tien-Yun)

國立臺北科技大學兼任助理教授

摘要

德日與我國《刑法》犯罪論體系的「未遂犯論」，大陸學說稱為「故意犯罪的停止形態」，大陸《刑法》區分為犯罪的預備、未遂和中止形態（第22條至第24條）。此種廣泛處罰所有預備、未遂的刑事立法甚為少見，大陸學說、實務亦做某種程度的限制，惟有處罰界限不明確的問題。對此，本文先行概述大陸學說、實務對於未遂犯的處罰依據與著手實行概念之見解，再藉由我國與日本之學說、實務考察其妥當性。

關鍵詞：大陸刑法、未遂犯、著手實行、社會危害性

壹、前言

我國或德日犯罪論體系的「未遂犯論」，大陸學說稱為「故意犯罪的未完成形態」或「故意犯罪的停止形態」，係指故意犯罪在其產生、發展和完成的過程及階段中，因主客觀原因而停止下來的各種犯罪狀態。又可分為：(1) 犯罪的完成形態，亦即犯罪既遂；(2) 犯罪的未完成形態，又可以根據犯罪停止下來的原因或其距離犯罪完成的遠近等情況，再分為犯罪的預備、未遂和中止形態。¹ 其中，大陸《刑法》第 22 條：「為了犯罪，準備工具、製造條件的，是犯罪預備。」(第 1 項)「對於預備犯，可以比照既遂犯從輕、減輕處罰或者免除處罰。」(第 2 項) 第 23 條：「已經著手實行犯罪，由於犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。」(第 1 項)「對於未遂犯，可以比照既遂犯從輕或者減輕處罰。」(第 2 項) 依據前開規定，大陸《刑法》「形式上」處罰所有故意犯罪的預備、未遂行為。

或許因為預備罪、未遂罪的適用過於廣泛，為了限制適用範圍，大陸學說主張下列數種犯罪型態不可能有犯罪停止形態：(1) 過失犯罪；(2) 間接故意犯罪；(3) 直接故意犯罪也未必存在犯罪停止形態，例如舉動犯（例如煽動分裂國家罪）、情節犯（規定「情節嚴重」、「情節惡劣」為構成要件）、數額犯（規定「數額較大」為構成要件）與結果加重犯即無犯罪停止形態。² 但是大陸實務運作又與學說有所差異，例如情節犯或數額犯在特定條件下仍有成立未遂的可能。如此一來，如何判斷未遂犯的處罰依據即為亟須檢討的課題。另一方面，著手實行做為區別預備、陰謀和未遂犯的標準，具有重要的地位。對於處罰預備行為的犯罪類型（例如我國《刑法》的殺人罪），具有劃分處罰輕重的機能。對於僅處罰未遂而不處罰預備行為的犯罪類型（例如我國《刑法》的竊盜罪），則有開始處罰基準的機能。³ 基此，本文先行概述大陸學說、實務，再藉由我國與日本之學說、實務見解檢討於後。

¹ 高銘暄、馬克昌主編，*刑法學*（北京：北京大學出版社，2011年8月），頁142。

² 趙秉志主編，*刑法新教程*（北京：中國人民大學出版社，2012年9月），頁153-154；曲久新主編，*刑法學*（北京：中國政法大學出版社，2011年6月），頁142；高銘暄、馬克昌主編，*刑法學*，頁144-145。

³ 大越義久，「実行の着手」，芝原邦爾＝堀内捷三＝町野 朔＝西田典之編，*刑法理論の現代的展開 総論* II（東京：日本評論社，1990年12月），頁140。

貳、學說與實務

一、故意犯罪停止形態的處罰依據

大陸通說認為犯罪須有下列三個特徵：(1) 社會危害性（對於刑法所保護的社會關係造成損害）；(2) 刑事違法性（僅有違反刑法始構成犯罪）；(3) 應受刑罰性。而成立犯罪的要件係（大陸稱為四要件說）：(1) 犯罪客體，即刑法保護而犯罪行為侵犯的社會關係；(2) 犯罪客觀要件，即成立犯罪所需而表現在客觀的要件；(3) 犯罪主體要件，即成立犯罪所需而關於行為人的要件；(4) 犯罪主觀要件，即犯罪成立在主觀方面必須具備的要件。⁴ 認為行為符合主客觀相統一的犯罪構成（即四要件說），是使行為人負擔刑事責任的科學根據，也適用於故意犯罪的未完成形態。對於犯罪未完成形態追究刑事責任，是因為具備既遂形態的基本犯罪構成不同的修正犯罪構成要件，亦即主觀犯罪故意與客觀危害行為的有機結合。⁵

近期主張改良大陸犯罪論體系學者中，黎宏基於結果無價值論而主張區分「主觀要件」與「客觀要件」的犯罪論體系，認只有在侵害或者威脅個人法益的危險行為才能適用刑法，未遂犯的處罰根據不能依據實施犯罪的主觀意思，只能依據侵害法益的危險（結果）。⁶ 此外，張明楷同樣基於結果無價值說而主張「違法構成要件」（不含故意、過失等主觀要素）與「責任」的二階層之犯罪論體系，對於未遂犯的處罰依據同樣採取客觀未遂論。⁷

二、著手實行

對於成立未遂犯之要件，大陸學說認為包括：(1) 行為人已經著手實行犯罪（區別未遂與預備）；(2) 犯罪未完成而停止犯罪（區別未遂與既遂）；(3) 停止在未完成形態是犯罪分子意志以外的原因所致（阻礙其實行和完成犯罪的意志與活動因素，區別未遂與中止）。至於著手實行的概念，其學說與實務則有下列見解。

（一）學說

⁴ 陳忠林主編，刑法總論（北京：高等教育出版社，2012年10月），頁68-74、82；阮齊林，刑法學（北京：中國政法大學出版社，2011年9月），頁39-43、64；高銘暄、馬克昌主編，刑法學，頁44-46、49；趙秉志主編，刑法新教程，頁55-56、59-60；曲久新主編，刑法學，頁31、47。

⁵ 高銘暄、馬克昌主編，刑法學，頁146；趙秉志主編，刑法新教程，頁155。

⁶ 黎宏，刑法學（北京：法律出版社，2012年4月），頁65-67、229。

⁷ 張明楷，刑法學（北京：法律出版社，2011年7月），頁105、315-316。

(1) 客觀說。其中形式客觀說係指開始實行分則規定的犯罪行為，⁸ 或者實施具體犯罪構成客觀要件的行為。⁹ 而實質客觀說要求侵害法益的危險達到緊迫程度的危險結果；¹⁰ (2) 折衷說。偏重形式客觀說者認為著手實行犯罪是具體犯罪構成要件的統一，具備主觀和客觀兩個基本特徵。主觀上行為人實行具體犯罪的意志已經直接支配客觀實行行為並通過後者開始充分表現，客觀上行為人已開始直接實行具體犯罪構成客觀方面的行為。¹¹ 而偏重實質客觀說則認為著手實行是實現犯罪構成結果現實危險的行為，也必須考慮成立犯罪所必要的主觀要素即故意，¹² 或者實現構成要件結果具有實質危險性且同時考慮行為人計畫、故意等主觀要素。¹³

(二) 實務

儘管大陸學說有認為情節犯與數額犯不可能成立未遂犯，惟大陸的司法解釋卻認為在一定範圍之內，仍可成立未遂犯。¹⁴ 以大陸《刑法》的竊盜罪為例，除有情節要件之外，以「數額較大」做為構成要件，「數額巨大或者有其他嚴重情節」或者「數額特別巨大或者有其他特別嚴重情節」時得加重刑罰，而「情節嚴重」（例如以數額巨大的財物或者國家珍貴文物等為盜竊目標）的竊盜行為仍可成立未遂犯。具體案例如楊永勝銷售假冒註冊商標商品案，¹⁵ 楊某被查獲待銷售的假冒商標的各類高爾夫球杆等物品，經鑑定市價人民幣 471 萬餘元。大陸實務認為楊某已經著手實行犯罪，仿冒註冊商標的商品處於待銷售過程，由於其意志以外的原因而未得逞，係犯罪未遂。¹⁶ 對於該案例，大陸學說認為應當從法益侵害角度考察著手時點，將未遂犯理解為實質危險犯，只有法益侵害面臨逼近的

⁸ 阮齊林，刑法學，頁 153。

⁹ 陳忠林主編，刑法總論，頁 196。

¹⁰ 張明楷，刑法學，頁 319。

¹¹ 高銘暄、馬克昌主編，刑法學，頁 152-153；趙秉志主編，刑法新教程，頁 161。

¹² 黎宏，刑法學，頁 233。

¹³ 曲久新，刑法學，頁 145。

¹⁴ 大陸《刑法》第 264 條：「盜竊公私財物，數額較大的，或者多次盜竊、入戶盜竊、攜帶兇器盜竊、扒竊的，處 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金；數額巨大或者有其他嚴重情節的，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，並處罰金；數額特別巨大或者有其他特別嚴重情節的，處 10 年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產。」大陸「最高人民法院、最高人民檢察院關於辦理盜竊刑事案件適用法律若干問題的解釋」第 1 條第 1 項：「盜竊公私財物價值 1 千元至 3 千元以上、3 萬元至 10 萬元以上、30 萬元至 50 萬元以上的，應當分別認定為刑法第 264 條規定的『數額較大』、『數額巨大』、『數額特別巨大』。」第 12 條第 1 項：「盜竊未遂，具有下列情形之一的，應當依法追究刑事責任：（一）以數額巨大的財物為盜竊目標的；（二）以珍貴文物為盜竊目標的；（三）其他情節嚴重的情形。」

¹⁵ 大陸《刑法》第 215 條：「偽造、擅自製造他人註冊商標標識或者銷售偽造、擅自製造的註冊商標標識，情節嚴重的，處 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金；情節特別嚴重的，處 3 年以上 7 年以下有期徒刑，並處罰金。」

¹⁶ 最高人民法院刑事審判庭，中國刑事審判指導案例 2 破壞社會主義市場經濟罪（北京：法律出版社，2012 年 5 月），頁 340-342。

危險，繼續發展就可能實現法益侵害，該時點就是實行行為的著手。本案中，行為人為了銷售假冒註冊商標的商品而實施的購買行為，應當視為已經著手實行犯罪，因為進貨、定價、尋找買主等行為均應視為銷售行為通常的必要組成部分，已經構成侵害法益的緊迫危險性，應當將此種行為認定為未遂而非預備。¹⁷

參、比較考察

一、大陸《刑法》未遂犯的處罰依據—以情節犯為例

大陸學說認為，未遂、預備行為的處罰依據係「犯罪未完成形態完全具備既遂形態的基本犯罪構成不同的修正犯罪構成要件，具備主觀犯罪故意與客觀危害行為的有機結合」，但是既然沒有實現犯罪構成要件，社會危害性也當然不如既遂犯，那麼為何要處罰所有的未遂、預備行為？其學說對此問題並未明言，故近時學者有援用客觀未遂論加以說明者，惟能否完整解釋大陸《刑法》之明文？似不無疑問。此外，雖然大陸學說認為間接故意犯罪、情節犯、數額犯不可能成立未遂犯，但是大陸實務見解卻認為情節犯在沒有「情節嚴重」的情況下，不成立未遂犯。此種見解的根源未見說明，是否具有合理性亦乏檢討。基此，本文進而檢討大陸《刑法》未遂犯處罰依據，並以情節犯為例，探究大陸實務見解之根源。

（一）學說

如前所述，大陸通說認為未遂犯具備既遂犯基本犯罪構成不同的修正犯罪構成要件，具備主觀犯罪故意與客觀危害行為的有機結合，故有處罰之必要。日本學者大越義久認為未遂犯相較於既遂犯的構成要件，被稱為「修正」或「擴張」的構成要件，問題在於「修正」或「擴張」的意思為何？換言之，未遂犯與既遂犯的構成要件有何不同？日本《刑法》第43條「已著手於犯罪行為之實行而不遂」，亦即未遂犯與既遂犯的差異，在於是否「不遂」，所以日本《刑法》第43條之「實行」係指既遂犯的實行，意味著該當構成要件行為。¹⁸ 相同的，大陸《刑法》（第23條第1項）未遂犯與既遂犯的差異，在於是否「未得逞」。此外，大陸《刑法》對於未遂犯從輕或者減輕刑罰（第23條第2項）的理由係認

¹⁷ 陳興良主編，刑法總論精釋（第二版）（北京：人民法院出版社，2011年9月），頁448。

¹⁸ 大越義久，「実行の着手」，頁142。

為犯罪未遂的危害性小於犯罪既遂。¹⁹ 但是既然沒有完全實現構成要件，其處罰依據何在？

關於未遂犯之處罰依據，除了早期日本學說之主觀未遂論如宮本英脩所稱之「未遂犯的危險是基於性格之反覆實行危險。²⁰」目前學說則有：(1) 客觀未遂論。從我國《刑法》以處罰既遂犯為原則，未遂犯為例外，預備犯、陰謀犯為例外之例外可以佐證。²¹ 日本學說之中，行為無價值（規範違反說）的客觀未遂論認為故意是主觀的違法要素，未遂犯之違法性係結合行為客觀危險與主觀意思的折衷主義見解（具體危險說）。例如井田良認為基於行為無價值的觀點，主張刑法係藉由確保行為規範的效力而謀求一般預防之效果，未遂犯的處罰依據係實行應受禁止的違反規範行為，而從法益保護的觀點受到否定之評價；²² 相對的，結果無價值（法益侵害說）的客觀未遂論認為未遂犯處罰依據是法益侵害的具體危險（客觀危險說）。例如內藤謙認為未遂犯的處罰依據並非意思或性格的危險性，而是發生既遂結果（法益侵害原則）的危險性；²³ (2) 印象理論。認為未遂犯的處罰根據是行為人表露敵視法規範之意志，足以撼動一般人對於法律的信賴，破壞法律的穩定性。²⁴

從立法形式觀察，大陸《刑法》在「形式上」處罰所有犯罪的預備與未遂行為，此種立法體例相較於我國、日本《刑法》僅有明文規定始處罰未遂，而且罕見處罰預備行為，可謂處罰範圍極為廣泛。依據主觀未遂論，未遂犯處罰依據是行為者表現於外的實現犯罪意思或性格危險性，既然是否實現構成要件沒有差別，所以未遂犯和既遂犯應受相同的處罰。而且不僅未遂之前的預備和陰謀，甚至連惹起侵害結果的意圖也應受到處罰，納粹時代的德國即如此主張。因為只要表現犯罪意思，行為人就有意圖再次實現犯罪的可能性，亦即就實現犯罪意思部分，預備、陰謀和未遂之間並沒有大的差別。此種主觀主義思想的主觀未遂論支配德國和英美刑法之學說、實務，認為未遂犯之處罰依據是法敵對的意思。²⁵

大陸《刑法》處罰範圍形式上及於全部的未遂、預備行為，由此觀察，其本

¹⁹ 郎勝主編，中華人民共和國刑法釋義（北京：法律出版社，2011年4月），頁31。

²⁰ 宮本英脩，刑法大綱（東京：弘文堂，1935年），頁180。引自吉田敏雄，「未遂犯と中止犯（2）」，法學研究（東京），47卷2号（2011年9月），頁171。

²¹ 陳子平，刑法總論（臺北：自刊，2008年9月），頁373。

²² 井田良，講義刑法學·總論（東京：有斐閣，2008年12月），頁395。

²³ 內藤謙，刑法講義·總論（下）II（東京：有斐閣，2002年10月），頁1218。

²⁴ 林東茂，刑法綜覽（臺北：一品出版社，2012年9月），頁1-126；黃榮堅，基礎刑法學（下）（臺北：元照出版公司，2012年3月），頁476；張麗卿，刑法總則理論與運用（臺北：五南書局，2011年9月），頁308。

²⁵ 大谷實，刑法講義總論（東京：成文堂，2012年5月），頁361-362；大塚仁，刑法概說（總論）（東京：有斐閣，有斐閣，2008年10月），頁252。

意即為預備、陰謀和未遂都是行為者表現於外的實現犯罪意思或性格危險性，是否實現構成要件沒有差別，所以均有處罰之必要，故大陸《刑法》未遂犯的處罰依據係採主觀主義立場之主觀未遂論，而且依據大陸通說的四要件說，不能犯仍然具有社會危害性而有處罰必要性，²⁶ 因此否定不能犯的概念，較之印象理論尚且要求「足以撼動一般人對於法律信賴，破壞法律的穩定性」，更可窺見主觀主義的色彩。不過，大陸《刑法》預備犯「可以」從輕、減輕或者免除處罰，未遂犯也「可以」從輕或者減輕處罰。雖然未如客觀未遂論主張的「必減其刑」，也未如主觀未遂論主張與既遂同罰，而係「裁量」的減免刑罰，仍然採用部分客觀未遂論的主張。

當然，質疑主觀未遂論或者印象理論的意見認為過度偏重行為人犯罪意思或法敵對意思，忽略行為客觀對於法益之侵害或危險，而有助長「心態刑法」(Gesinnungsstrafrecht)之虞。²⁷ 而且何種行為人發自內在意意思形成之行為得以視為足以「撼動法律平和與法律安定」？卻是相當的抽象。²⁸ 既然刑法的首要機能是法益保護，故近時主張結果無價值論的黎宏與張明楷均認為大陸《刑法》未遂犯的處罰依據係客觀未遂論，後者認為：(1) 刑法目的是保護法益，故否定主觀未遂論；(2) 大陸《刑法》表面上所有故意犯罪都有成立未遂犯的可能性，但實際上未遂犯的處罰具有例外性，故係採取客觀未遂論；(3) 關於著手實行的理解，大陸理論與實務並沒有採取主觀說；(4) 大陸《刑法》對於未遂犯「可以」從輕或者減輕處罰，排除主觀未遂論。²⁹ 對此見解，可能有下列未足之處：(1) 儘管大陸實務並未處罰所有的未遂行為，但是就法文而言具有完全的可能性，況且大陸實務並未明確說明限縮的依據與範圍，不能依據法益保護的理由而直接認為大陸《刑法》係採客觀未遂論；(2) 未遂犯的處罰依據未必僅能限於主觀主義與客觀主義，例如印象理論；(3) 雖然大陸學說並未採取主觀說，但是其實務見解近似主觀說(詳後述)；(4) 若依客觀未遂論，則未遂犯「必減其刑」，但是大陸《刑法》對於未遂犯係「裁量」的減輕刑罰，明顯的沒有完全採用客觀未遂論。因此，難以認為大陸《刑法》係採客觀未遂論。

(二) 情節犯

或許基於未遂犯處罰範圍過於廣泛的考量，因此大陸學說主張某些犯罪型

²⁶ 高銘暄、馬克昌，刑法學，頁156；趙秉志主編，刑法新教程，頁164；陳忠林主編，刑法總論，頁198。

²⁷ 陳子平，刑法總論，373-374。

²⁸ 林鈺雄，新刑法總則(臺北：自刊，2011年9月)，頁367。

²⁹ 張明楷，刑法學，頁105、315-316。

態並無成立未遂犯的可能性，例如間接故意犯罪、情節犯、數額犯等，但是此種限制未必合理。就間接故意而言，黃榮堅指出處罰未遂犯之目的是警惕行為人不可做可能造成不法侵害的事情，即使間接故意亦不例外。³⁰ 黎宏也認為間接故意犯罪不存在未遂犯的通說觀點，明顯不合理。³¹ 就情節犯而言，除前述的司法解釋之外，亦不乏肯定的實例（例如前述之楊永勝銷售假冒註冊商標商品案）。因此，阮齊林指出大陸《刑法》態度似乎是不論是否實際處罰，先在法律中肯定可罰，表現國家強勢，並將預備、未遂的可罰性委諸司法裁量，因而可罰性範圍尚不明確。³²

對此疑問，大陸學說認為犯罪是社會危害達到一定程度，依照刑法規定應當予以刑事處罰的行為。既有定性的因素，也有定量的因素，大陸《刑法》分則藉由社會危害性程度解決「罪與非罪」的界限，³³ 例如「情節嚴重」（例如第 243 條之誣告陷害罪）、「情節惡劣」（例如第 261 條之遺棄罪）、「造成嚴重後果」（例如第 129 條之丟失槍枝不報罪）、「造成嚴重危險」（例如第 330 條之妨害傳染病防治罪）、「數額較大」等。儘管大陸學說否定情節犯有成立未遂的可能性，但是依據大陸《刑法》，理論上並無法否定成立未遂犯的可能性，而且大陸實務亦在一定限度內肯定成立未遂犯。因此，論者指出大陸司法解釋本意是用「情節嚴重」限定數額犯的成立未遂犯範圍，依據大陸《刑法》第 13 條但書「情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪」，將情節不嚴重、數額較低的犯罪排除在外。³⁴

大陸《刑法》第 13 條：「一切危害國家主權、領土完整和安全，分裂國家、顛覆人民民主專政的政權和推翻社會主義制度，破壞社會秩序和經濟秩序，侵犯國有財產或者勞動群眾集體所有的財產，侵犯公民私人所有的財產，侵犯公民的人身權利、民主權利和其他權利，以及其他危害社會的行為，依照法律應當受刑罰處罰的，都是犯罪，但是情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪。」易言之，依據大陸《刑法》所有的未遂犯仍有處罰可能性，但是依據大陸《刑法》第 13 條但書「情節顯著輕微危害不大」的未遂行為則不成立犯罪。相對的，情節犯「情節嚴重」的未遂行為不屬於「情節顯著輕微危害不大」，所以還是成立未遂犯。如前所述，社會危害性是大陸《刑法》的基本概念之一，大陸通說認為判

³⁰ 黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 485。

³¹ 黎宏，刑法學，頁 228。

³² 阮齊林，刑法學，頁 148。

³³ 趙秉志主編，刑法新教程，頁 57。

³⁴ 于志剛，關於數額犯未遂問題的反思，刑法論叢（總第 21 卷）（北京），2010 年 1 卷（2010 年 3 月），96。

斷是否具有社會危害性的標準有下列三點：(1) 行為侵犯的客體，即行為侵犯的社會關係，例如故意殺人罪危害人的生命；(2) 行為的手段（是否兇狠殘酷）、危害後果（盜竊金額多寡）、時間（社會治安是否良好）、地點；(3) 行為人的情況及其主觀因素，例如是否成年、故意還是過失、動機、目的、是否為累犯、慣犯。這些情況，對於社會心理的影響不同，所以對於社會危害性程度也有制約作用。³⁵ 因而，情節犯的成立與否取決於「情節」，如果「情節顯著輕微危害不大」不成立犯罪，亦即是否成立未遂則取決於「情節嚴重」，例如竊盜行為如有「其他情節嚴重的情形」即可成立未遂犯。

不過，對於是否成立犯罪的可罰性要件究應依據行為要素規定抑或應以犯罪者的生活型態（行為者類型）為優先之問題，有行為刑法（Tatsrafrecht）與行為者刑法（Tätersrafrecht）的對立。現在的刑法體系是行為刑法，此因脫離行為罪責，純以預防為導向的行為者刑法和罪責原則、罪刑法定主義明確性之間，具有內在的緊張關係，容易導致國家權力極度擴張的結果。³⁶ 從而行為人的性格、素行乃至生活方式等因素，均不應做為罪責判斷的依據。³⁷ 例如現行德國《刑法》是行為刑法，僅有在量刑之際可以考慮行為者人格（第46條第2項）。³⁸ 但是大陸《刑法》的社會危害性概念的判斷內容不僅是違法與責任，尚包括犯罪行為人的人格、動機、態度等情事，犯罪成立與否亦做如此考量，恐難免於行為者刑法的批評。推而言之，因為情節犯是否成立未遂犯也會涉及行為人危險性的判斷，更可發現主觀未遂論對於大陸《刑法》的影響。

另一方面，主觀未遂論之依據係認為如果行為者的危險性格藉由犯罪意思表示時，不問是否有實現犯罪的可能性與迫切性，基於特別預防要求即有處罰之必要性。³⁹ 因此，即使像「犯罪後態度與行為人情況」等不屬於犯罪事實，重視犯罪行為人的社會危險性與犯罪後態度等特別預防需要的情節，既然實行行為已經表現行為者的社會危害性，未遂犯的危險是依據反覆實行危險之性格，基於特別預防的需要，也是屬於「情節嚴重」而有成立未遂犯的可能性。因此，從大陸《刑法》是否成立犯罪重視行為者特別預防的觀點而言，亦可窺見主觀未遂論對於大陸《刑法》的影響。

³⁵ 高銘暄、馬克昌主編，刑法學，頁45；趙秉志主編，刑法新教程，頁56。

³⁶ 林鈺雄，新刑法總則，頁136-137。

³⁷ 林山田，刑法通論（下冊）（臺北：自刊，2008年1月），頁378。

³⁸ Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend，西原春夫監訳，ドイツ刑法總論（東京：成文堂，1999年4月），頁39。

³⁹ 井田 良，講義刑法学・總論，頁393-394。

三、著手實行

大陸學說對於著手實行概念的理解亦如同我國、日本，頗為分歧，大致上爭點如次：（1）應否納入主觀要素？如果採肯定見解，則應限於故意或者可以將計畫包括在內？（2）未遂犯的危險概念究係指危險行為抑或危險結果？除了目前已無人採用，依據主觀未遂論，例如牧野英一所稱之「犯意的飛躍表動」，⁴⁰ 只要可以證明存在故意即可認為著手的主觀說之外。我國與日本可見之學說計有：（1）客觀說。以結果發生的客觀危險做為未遂犯處罰依據。其中密接行為說認為達到開始構成要件該當行為的直接密接行為理解為著手時期。⁴¹ 實質客觀說有基於構成要件理論的立場，認為著手實行是開始達到實現構成要件現實危險性的行為（危險行為說），⁴² 或者發生結果的具體危險性或法益侵害的現實危險性（危險結果說）；⁴³（2）折衷說。有認為依據行為者全體犯罪計畫而有法益侵害的迫切危險時為著手實行，⁴⁴ 行為者依犯罪計畫直接開始實現構成要件即可認為著手，⁴⁵ 或者行為人開始實行密切接近構成要件之行為，並明確表現犯意所在時，即為行為之著手。⁴⁶

如前所述，大陸學說對於著手實行亦有客觀說（形式與實質客觀說）與折衷說（主觀與形式、實質客觀說）之分。對於形式客觀說、主觀與形式客觀說而言，目前已不為我國與日本實務所採，係因：（1）形式客觀說就重視構成要件形式性的部分而言，固然符合罪刑法定原則，但是例如從口袋取出手槍的射殺行為，形式上難以確定那一個階段屬於實行殺人的一部行為；⁴⁷（2）著手實行是構成要件該當性問題，該標準本身並無錯誤，但是等於自問自答；⁴⁸（3）認定著手實行的時間過晚，例如竊盜罪必須實行移轉占有的行為始為著手，⁴⁹ 或者開始接觸到他人財物才可以認定為著手，而入室找尋財物還不能算是著手，過

⁴⁰ 牧野英一，刑法總論 上卷（東京：有斐閣，1958年10月），頁359。引自吉田敏雄，「未遂犯と中止犯（2）」，頁187。

⁴¹ 植松 正，刑法概論 I 總論（東京：勁草書房，1974年5月），頁315。

⁴² 大谷 實，刑法講義總論，頁365；大塚 仁，刑法概說（總論），頁171。

⁴³ 平野龍一，刑法總論 II（東京：有斐閣，1975年6月），頁313。

⁴⁴ 高橋則夫，刑法總論（東京：成文堂，2013年10月），頁380；黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證（臺北：自刊，2009年1月），頁180；黃榮堅，基礎刑法學（下），頁495。

⁴⁵ 川端 博，刑法總論講義（東京：成文堂，2013年4月），頁479。

⁴⁶ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論（臺北：甘添貴，2006年6月），頁233。

⁴⁷ 大谷 實，刑法講義總論，頁364。

⁴⁸ 曾根威彥，刑法總論（東京：弘文堂，2008年4月），頁213；山中敬一，刑法總論（東京：成文堂，2008年3月），頁709。

⁴⁹ 山口 厚，刑法總論（東京：有斐閣，2007年4月），頁267；高橋則夫，刑法總論，頁379；曾根威彥，刑法總論，頁213。

於僵硬的理解。⁵⁰ 也可能認定著手實行的時間過早，例如大陸《刑法》第 198 條規定的保險詐騙罪的客觀要件係「故意造成財產損失的保險事故，騙取保險金」，若依形式的客觀說，則行為人製造保險事故就是保險詐騙罪的著手。⁵¹ 至於實質客觀說、主觀與實質客觀說，可能尚有下列問題：（1）實質客觀說內容未必明確，為確定該說不可欠缺的危險概念，判斷著手實行之際應否考慮行為者故意或計畫？（2）法益侵害的危險究為「行為危險性」還是「作為結果的危險」？基此，本文對於大陸《刑法》未遂犯處罰依據與著手實行概念之學說、實務見解檢討於後。

（一）主觀要素的考量

對於應否考慮行為者故意或計畫的問題，大陸學說有認為僅限於故意，亦有認為計畫也包括在內。對此問題，日本學說持否定見解者如內藤謙基於結果無價值論，認為未遂犯的故意並非主觀違法要素而是責任要素，無須考慮行為者的意思內容。⁵² 認為限於故意者，例如平野龍一認為以槍口指向他人，究竟是殺人、傷害抑或脅迫的實行行為？不考慮行為者的主觀無從判斷。⁵³ 有認為包括行為者之計畫，例如西田典之認為不考慮行為人的行為計畫，便無法認定是否已經出現結果發生的危險。⁵⁴ 但是著手實行係是否該當修正構成要件的判斷，不得不排除不適合做為類型性判斷的計畫。⁵⁵ 而且利用與法益侵害或危險沒有直接關係的主觀情事作為違法判斷基礎會產生疑義。⁵⁶ 此因主觀說重視犯罪意思，危險判斷會因主觀化而不明確，招致判斷的任意性，造成過早處罰未遂犯的結果，如果試圖從行為人的犯罪計畫整體判斷危險的有無，過於重視行為人的主觀意思受到和主觀說同樣的質疑。⁵⁷

以往我國實務係採形式客觀說，認為《刑法》第 25 條第 1 項所謂已著手於犯罪行為之實行係指對於構成犯罪要件之行為已開始實行。⁵⁸ 惟自最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議（二）研究報告表示：「竊盜罪之著手時點，……於行為

⁵⁰ 黎宏，刑法學，頁 233。

⁵¹ 張明楷，刑法學，頁 318-319。

⁵² 內藤謙，刑法講義 總論（下）II，頁 1227。

⁵³ 平野龍一，刑法總論 II，頁 314。

⁵⁴ 西田典之，刑法總論（東京：弘文堂，2010 年 3 月），頁 306。

⁵⁵ 板倉宏＝鈴木裕文，「実行の着手」，阿部純二＝板倉宏＝內田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編，刑法基本講座 第 4 卷（東京：法學書院，1992 年 11 月），頁 28。

⁵⁶ 曾根威彦，刑法的重要問題〔總論〕（東京：成文堂，2005 年 3 月），頁 249。

⁵⁷ 大越義久，「実行の着手」，頁 147；內藤謙，刑法講義 總論（下）II，頁 1227；大谷實，刑法講義總論，頁 364。

⁵⁸ 最高法院 30 年上字第 684 號、25 年非字第 164 號判例。

人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為竊盜行為之著手外。」已有主張主觀與實質客觀說之見解。近時最高法院 101 年度台上字第 3380 號判決：「針對『侵入住宅』竊盜而言，應從具體個案詳加審認，即對侵入住宅竊盜之著手時點，尚非可一概而論，如為『闖空門』、『大搬家』之情形，行為人有完整犯罪計畫，行前分工、自備器材或車輛以裝放、搬運贓物者，當其侵入住宅後，於以眼睛搜索財物階段時即遭查獲，應可認定已為竊盜行為著手，以符一般民眾之法律情感；而類如本件行為人臨時起意，徒手進入他人住宅者，自仍以行為人業已接近財物，並進而物色財物，始得認竊盜之著手。」該判決認為如果行為人有完整犯罪計畫，則「以眼睛搜索財物階段」即可認定著手竊盜，如果臨時起意則須「接近財物並進而物色財物」，始得認著手竊盜。明顯的可以發現將行為者計畫納入危險判斷，造成過早處罰未遂犯之風險性。

日本實務關於竊盜罪，認為夜間侵入電氣工具店後以手電筒向黑暗中照射，發現店內堆積電氣工具，卻因為想竊取現金而走向店內東側的煙草賣場物色金錢的行為，即屬於著手實行竊盜罪。⁵⁹ 對此案例，考量侵入店舖係竊盜目的之主觀情事（故意、犯罪計畫），竊盜商品抑或現金僅是行為者侵入後的純主觀之擇一情事，在接近放置現金的煙草賣場時，對於現金已經發生現實危險性，依據折衷說或實質危險說（法益侵害現實或具體的行為）並考量主觀、客觀的各種情況可以認定著手實行。⁶⁰ 至於強制性交罪，當行為人計劃至其他地方強制性交而試圖強行將被害者拉入卡車時，明顯達到強制性交行為的客觀危險性。⁶¹ 該判決從實質客觀說的觀點肯定著手實行，但是所謂客觀危險性的判斷方法並不明確，未必排除行為者主觀的考慮。相對的，如果從形式客觀說重視限定構成要件的觀點，只有做為強制性交直接手段的強暴、脅迫之後才能肯定著手實行；其次，按照要求結果發生確實性與迫切性的結果危險說，因為要求迫切性，故拉入行為在多數情況下難以肯定著手實行。⁶²

另就大陸實務觀察，前述之楊永勝銷售假冒註冊商標商品案中，行為人明顯的尚未實行銷售行為，卻肯定成立未遂犯。對此見解，形式上既未開始「銷售」，當然也沒有法益侵害的迫切危險，不論從形式抑或實質客觀說都無法認為已著手實行，實質上僅是「意圖銷售而持有」的「計畫」，此時僅能從楊某「犯

⁵⁹ 最判昭 40・3・9 刑集 19・2・69 頁。

⁶⁰ 松村 格，「竊盜罪における実行の着手」，芝原邦爾＝西田典之＝山口 厚編，刑法判例百選 I 総論（東京：有斐閣，2003 年 4 月），頁 127。

⁶¹ 最判昭 45・7・28 刑集 24・7・585 頁。

⁶² 松原芳博，「強姦罪における実行の着手」，芝原邦爾＝西田典之＝山口 厚編，刑法判例百選 I 総論（東京：有斐閣，2003 年 4 月），頁 129。

意飛躍表動」之「為了非法銷售而實施的先行購買行為」的主觀說尋得楊永勝著手實行而成立未遂犯的根據。但是此種見解不僅符合對於主觀說處罰時期過早的批評，而且限縮大陸《刑法》第 22 條「為了犯罪，準備工具、製造條件」的預備犯適用範圍，更遑論強調處罰必要性之違反罪刑法定主義的疑慮。類似的見解如大陸「最高人民法院、最高人民檢察院、公安部印發《關於辦理侵犯知識產權刑事案件適用法律若干問題的意見》的通知」第 9 點：「銷售他人偽造、擅自製造的註冊商標標識，具有下列情形之一的，依照《刑法》第 215 條的規定，以銷售非法製造的註冊商標標識罪（未遂）定罪處罰：（一）尚未銷售他人偽造、擅自製造的註冊商標標識數量在 6 萬件以上的；（二）尚未銷售他人偽造、擅自製造的兩種以上註冊商標標識數量在 3 萬件以上的。」既然「尚未銷售」，也無法認為已著手實行。固然大陸《刑法》具有強烈主觀未遂論的色彩，對於著手實行的概念當然容易採取主觀說。但是如前所述，大陸《刑法》未遂犯的處罰依據仍舊受到客觀未遂論的限制，而且如果「犯意飛躍表動」即可認為著手實行，大陸《刑法》實際上根本不需要預備犯的規定。

另一方面，大陸學說對於該案例認為「為了非法銷售而實施的先行購買行為」則「即將進行銷售階段，已經構成侵害法益的緊迫危險性」，故應成立未遂犯。對此見解，也可看出將行為者計畫納入危險判斷造成過早處罰未遂犯之風險性（依據計畫的確實性）。如果按照此種見解，如果行為者依照其計畫準備好犯罪情境時，例如買好刀子在他人家門等待即成立殺人罪的未遂犯，由此也可以發現大陸實務運作上，對於著手實行的認定也未必是採大陸通說的主觀與形式客觀說，不如說主觀說仍有重大的影響力，易於從行為者的計畫判斷是否著手實行，恐難免未遂犯處罰時期過早的質疑。

（二）危險行為抑或危險結果

如果「著手實行＝開始實行行為」，則著手實行即開始危險行為（未遂犯＝行為犯），若有結果發生的「確實性」，即可肯定法益侵害的具體危險化，所以郵寄毒物的隔離犯與間接正犯，於郵寄毒物或利用行為時肯定著手實行。按照結果危險說（未遂犯＝結果犯），重視結果發生的「迫切性」，僅有發生實現既遂構成要件的具體危險時，始成立未遂犯，所以郵寄毒物的隔離犯與間接正犯，則於毒物送達或被利用者開始惹起結果行為時肯定著手實行。⁶³ 對此問題，大陸學者張明楷主張後者。類似的見解如陳子平認為將實行之著手理解為開始實行具有法

⁶³ 內山良雄，「未遂犯總說」，曾根威彥＝松原芳博編，重點課題 刑法總論（東京：成文堂，2008 年 3 月），頁 192。

益侵害一般危險性行為之「行為危險說」較為妥適。惟除實行之著手（行為反價值）之外，尚須因此而惹起侵害法益之現實危險（結果反價值）為必要，某些犯罪雖有實行之著手，亦未必同時惹起侵害法益之現實危險，無法成立未遂犯。⁶⁴此見解源於曾根威彥，認為著手實行應採行為危險說的確實性說，但未遂犯處罰時期應採結果危險說的迫切性說，故未遂犯構成要件除著手實行與既遂結果不發生之外，第三個要件係發生具體危險（結果危險）。⁶⁵

然而，危險結果說以惹起危險做為未遂犯的處罰根據具有妥當性，但是區分實行行為和成立未遂犯必須之著手實行部分，則有不妥當之處。⁶⁶相對的，危險行為說為了使著手實行的意義明確化、具體化，在相互補充的關係下併用形式與實質的基準而認定著手時點，處罰未遂犯實質基準的「危險性」內容包括：（1）結果發生或實現構成要件的時間迫切性，例如射殺之前的持槍瞄準行為；（2）結果發生的自動性，亦即達到結果發生或實現構成要件的過程不存在障礙，如果行為者為了實現構成要件而實行的重要部分行為終了時，特別是由行為不法的觀點可以肯定成立未遂犯。例如以殺人故意而在難以發現的地點裝置數月後爆炸的爆裂物，難以認為到爆炸之前的時點僅是預備行為，又如隔離犯的情況，在毒物送達後被害人誤食之前都不能肯定著手實行是有疑問的。⁶⁷所以即使是採危險結果說之張明楷，對於隔離犯的案例，也認為行為人寄送爆炸物，如果爆炸物隨時可能爆炸，應該認為寄送時就是著手。⁶⁸

如果刑法基於行為規範的一般預防（規範論的一般預防）思想，違法性判斷的重要機能係針對規範對象的一般人提示、告知行為時點適法行為、違法行為之界限（行為無價值），加上結果無價值之後而肯定可罰的違法性。⁶⁹所以對於法益侵害危險性的判斷方法，有從結果即事後客觀的觀點，亦有從行為即事前的一般觀點之區別，然而刑法規範係抑制惹起法益侵害結果者的行為規範，僅以法益侵害危險做為未遂犯處罰依據的結果無價值論亦乏妥當性，從而未遂犯的處罰依據是從事前一般觀點判斷的法益侵害危險性。⁷⁰依此見解，則對於著手實行係危險行為抑或危險結果的問題，既然行為時已有法益侵害之現實或緊迫危險，即使

⁶⁴ 陳子平，刑法總論，頁 377-378。

⁶⁵ 曾根威彥，刑法の重要問題〔總論〕，頁 257-258。

⁶⁶ 大谷實，刑法講義總論，頁 365。

⁶⁷ 井田良，講義刑法學・總論，頁 398。

⁶⁸ 張明楷，刑法學，頁 320。

⁶⁹ 井田良，講義刑法學・總論，頁 81。

⁷⁰ 野村稔，「§43（未遂減免）」，大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編，大コンメンタル刑法第4卷（東京：青林書院，1999年5月），頁 68-69。

由客觀未遂論的觀點也能肯定處罰的必要性。因此，大陸主張危險行為說的黎宏認為應當採用「迫切性」基準，否則在危險的理解上更加向主觀主義傾斜，故如間接正犯的著手時期從迫切性探討具體危險基準的被利用者說是當然標準。⁷¹對於間接正犯的著手時點，學說上有：(1) 利用人標準說；(2) 被利用人標準說；(3) 惹起發生構成要件結果的現實危險之個別化說。如依利用者標準說，利用幼兒竊盜，途中該幼兒被其親人抱走，則利用者仍應負竊盜未遂之責，沒有發生結果現實危險性而處罰行為者，似有過早之嫌。若依被利用者說，則被利用者行為並非正犯行為，做為著手實行標準顯有未妥。⁷²但是從行為規範的違法性二元說而言，例如醫師利用不知情護士注射毒藥的典型間接正犯情況，利用行為在行為時具有「結果發生自動性」或「確實性」而可以認定著手實行。如果利用行為欠缺「結果發生自動性」或「確實性」時，自然不能認為具有法益侵害之現實危險性，仍須俟有結果發生或實現構成要件的「時間迫切性」始能肯定著手實行，因此只要具有法益侵害之現實或緊迫危險，未必應限於被利用人標準說。

肆、結語

綜上對於大陸學說、實務見解的考察，本文整理如次：

- 一、未遂犯的處罰依據、處罰範圍之內容受到社會情勢變化與歷史發展極大的影響，強調防衛社會時，即會擴大未遂犯的處罰範圍，也傾向提早著手實行的時點，但是重視個人行動自由而要求刑法謙抑性時，則有相反的思考。大陸《刑法》形式上處罰所有預備、未遂行為，因此就處罰範圍觀察，大陸《刑法》對於未遂犯的處罰依據係採主觀未遂論，不過未遂犯係「裁量」的減免刑罰，也採用部分客觀未遂論的主張。此外，大陸實務將部分犯罪的預備、未遂可罰性委諸司法裁量，其範圍並不明確。似乎認為形式上成立未遂犯，但是因為「情節顯著輕微危害不大」（大陸《刑法》第13條但書），欠缺社會危害性而否定成立未遂犯。但是大陸《刑法》的社會危害性概念涉及行為人危險性的判斷，同時是否成立犯罪重視行為者的特別預防需要，強調行為者反覆實行的危險性格，更可發現主觀未遂論對於大陸《刑法》的影響。
- 二、對於著手實行的概念，大陸學說有形式客觀說、主觀與形式客觀說、主

⁷¹ 黎宏，刑法學，頁235。

⁷² 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁233。

觀與實質客觀說、實質客觀說之分，大致上與我國與日本學說之見解相當。對於形式客觀說、主觀與形式客觀說而言，目前已不為我國與日本實務所採。至於實質客觀說、主觀與實質客觀說，主要問題在於應否考慮行為者故意或計畫？以及法益侵害的危險究為「行為危險」還是「結果危險」？對於前者，不考慮行為者的主觀難以判斷行為的危險性，但是著手實行係是否該當修正構成要件的判斷，計畫不適合做為此種類型性的判斷，而且容易導致造成過早處罰未遂犯的結果，此種問題可以從我國與大陸實務的案例中發現。至於後者，應以危險行為說較具妥當性，未遂犯的處罰依據是從事前一般觀點判斷的法益侵害危險性，如果利用行為在行為時具有「結果發生自動性」或「確實性」時，仍可肯定著手實行。