

第四章 犯罪行為階段論

《重點提示》

刑法分則各條之未遂、預備與陰謀罪之處罰規定，加上刑法第25條至第27條未遂犯之一般構成要件規定，以及處罰規定，形成犯罪行為階段論之規範體系。就備考的角度，本章之主要重點如下：

(一)預備犯與未遂犯之構成：

1. 未遂犯之構成：

- (1)未遂犯之處罰根據：為什麼處罰一個犯罪沒有既遂的行為呢？處罰未遂犯的理由為何？此項關於未遂犯刑罰基礎何在的問題，乃是未遂犯考題類型中的第一大考點。此一問題，就刑法學理而言，很難！因關涉論者個人對於刑法哲學立場的差異，也關涉刑法目的觀的看法不同，同學有空的時候，可以當作腦力激盪的題材，但就考試的準備而言，同學僅要熟記學理上所提出三大理論即可：「客觀未遂理論」、「主觀未遂理論」、「主觀客觀混合的未遂理論」（也就是傳說中的印象理論），當然，也要知道我國94年修正刑法所採取的立場，係採所謂的「客觀未遂理論」（請務必熟記刑§26的立法理由）¹。
- (2)既遂與未遂的區別：犯罪未既遂乃未遂犯成立的最基本前提，惟關於犯罪既未遂之判斷，學理上主要有「結果實現說」以及「客觀構成要件要素完全實現說」二種，對此，建議同學採取後者的見解較妥。另提醒同學一定掌握好刑法分則各別犯罪既未遂的區辨，此常為國考實例題的考點。
- (3)處罰未遂之明文：依刑法第1條及第25條第2項前段規定，要處罰未遂行為，必以刑法分則處罰規定為依據，因此若無處罰未遂之明文規定者，即無討論未遂之必要。
- (4)既遂之故意：依我刑法之規定，未遂行為之處罰，僅限於故意犯之場合，且未遂犯乃既遂犯處罰之前置，故若無實現犯罪既遂之故意者，

¹ 請參照金律師編，刑法總則經典題型，未遂犯章內容的說明。

即無構成未遂之可能。請注意！刑法上，只有實現犯罪既遂之故意，並無所謂的未遂故意哦！

(5)著手：此為未遂構成的核心要素。學理以及實務對於「著手」之判斷，爭議不休，永遠不會獲得一統江山的結論，所以此一考點，任何考試都可能考。因此同學們一定要熟記一般的著手理論：「客觀的著手理論」（包括形式客觀理論、實質客觀理論）、「主觀的著手理論」、「主觀客觀混合的著手理論」²。另外，對於刑法分則各別犯罪之著手，例如，放火著手之判斷等，都要注意。簡之，同學於閱讀教科書，實務見解，或相關參考資料時，凡是看到著手判斷之爭議者，即必須特別加以注意，以免遺憾。

2.預備犯之構成：關於預備犯之構成，刑法並無類似第25條未遂犯構成的共通要件規定，完全留待學理及實務加以補充，因此其合憲性、合法性的爭議從未斷絕。對此，僅提醒同學注意：預備犯在解釋上，必為故意犯，過失犯並無成立預備犯之可能。當然預備犯也是未遂行為處罰規定的再前置，因此，其構成前提，必以行為客觀上無法構成未遂為必要，即行為未達著手地步，但也是一旦將其犯罪付諸行為的那一刻即屬預備行為，依學理至少須其行為係屬有助於犯罪實施的舉動才可能被判斷為預備，當然構成「預備行為」的可能範圍如何，學理亦有爭議，一併提醒同學注意！

(二)預備犯、未遂犯之法律效果：

1.未遂犯之法律效果：請同學注意，一般所謂的普通未遂、不能未遂、中止未遂，作為未遂犯的下位概念，旨在指涉三者的處罰有所差異而言。因此，討論不能未遂與普通未遂之區別或中止未遂與普通未遂之區別，應該放在法律效果的層面討論才對，而討論的層次如下：先處理不能未遂與普通未遂之區別，再處理有無適用中止犯規定（刑§27）之可能。因比較刑法第25條至第27條之法律效果，不能未遂之法律效果最有利行為人，應考慮可否優先適用。

(1)不能未遂的法律效果：刑法第26條，是94年修正刑法修正的重點之一，修法前如此解釋即有無休之爭議，修法後更甚，所以本條文在國

2 請參照金律師編，刑法總則經典題型，關於著手判斷一節的說明。