

兩岸關於犯罪各種行為階段（形態）處罰之比較

吳 耀 宗*

目 次

- 壹、前言
- 貳、兩岸關於犯罪階段（形態）處罰之基本思維之差異
- 參、犯意形成或犯意表示（陰謀）
- 肆、（犯罪）預備
- 伍、著手實行（而未遂）（犯罪未遂）
- 陸、不能未遂（不能犯未遂）
- 柒、中止未遂（犯罪中止）
- 捌、犯罪完成（結果發生）（犯罪既遂）
- 玖、兩岸關於犯罪階段（形態）處罰之異同
- 拾、結語

關鍵字：行為階段或行為形態、故意犯罪、陰謀、預備、著手實行、普通未遂（障礙未遂）、不能未遂、中止未遂、犯罪既遂、台灣刑法、中國刑法

Keywords：Behavior Stage, Behavior Form, Intentional Crime, Conspiracy, Preparation, Attempt to Realize, Common Attempt (Obstacle Attempt), Disabled Attempt, Retirement of Attempt, Completion, Taiwan's Criminal Law, China's Criminal Law

* 吳耀宗，國立臺北大學法學博士，中央警察大學法律學系教授。

摘 要

故意犯罪往往會經過一個較長的過程，在這當中可劃分幾個階段來加以觀察，即從開始「產生犯罪動機」，「形成犯罪決定」，「經過準備犯罪」，「著手實行犯罪」、一直到「完成犯罪」或「結果發生」。不過並不是所有的故意犯罪都會經過這樣一個過程。有些故意犯罪，它可能進行到某一個階段便停頓下來而沒有再進行下去。這裡乃涉及到一個刑法上的重要問題：故意犯罪各種可能的行為發展階段或形態，刑法究竟要不要處罰以及應該如何處罰。相反的，過失犯罪，一般認為並沒有所謂行為階段的問題。

是以，本文所探討的便是專門針對故意犯罪而論，同時依照通常的發展階段及台灣與中國兩岸的刑法規定，區分「犯意形成或犯意表示」、「（犯罪）預備」、「著手實行」、「不能未遂」、「中止未遂」、「犯罪完成」階段，分別加以論述比較。

A Comparison in Punishments of Behavior Stages (Forms) between Taiwan and Mainland China

Wu ,Yaw-Tzung

Abstract

Intentional crime often go through a longer process, which can be observed from a number of stages as follows: "produce criminal motive", "form criminal decision", "prepare to commit crime", "attempt to realize", "finish" or "result". But not all intentional crimes necessarily go through this process. For example, some come to a halt at a certain stage and do not proceed to the final. We came across an important problem related to the criminal law: regarding to stages of possible behavioral developments or forms in intentional crime, should the lawbreaker be punished by criminal law, or how? On the other hand, involuntary crime is generally considered to have no such behavior stage problems.

As a result, this study attempted to focus upon intentional crime. In the meanwhile, it discussed general development stages and criminal law regulations in Taiwan and mainland China over the following stages: "forming or expression of mens rea", "(crime) preparation", "attempt to realize", "disabled attempt", "retirement of attempt", and "completion".

壹、前言

不論是我國刑法抑或大陸刑法，犯罪皆可依行為人主觀心理狀態的不同而分為故意犯罪與過失犯罪（我國刑法第 13 條、第 14 條；大陸刑法第 14 條、第 15 條）。其中，故意犯罪往往會經過一個時間跨度較大的過程，亦即從開始產生犯罪動機，形成犯罪決定，經過準備犯罪，進而著手實行犯罪，直至最後完成犯罪行為或者產生某種預期的犯罪結果（可稱為預謀性的故意犯罪）¹。當然，並不是所有的故意犯罪都會經過這樣一個過程，例如突發性的故意犯罪就沒有經過犯罪準備的階段。而且即使是所謂預謀性的故意犯罪，行為人也未必都能夠達到犯罪完成的階段或者出現其所預想的犯罪結果，例如有可能在準備犯罪階段尚未開始著手實行即被人發現；也有可能著手實行階段，由於主客觀各種因素而無法繼續進行下去或者

行為人自願停止犯罪行為的實施，等等。這些有關故意犯罪行為的各種可能的發展階段或形態²，刑法究竟要不要處罰以及應該如何處罰，在刑事立法上與學理上向來是極為重要的一項課題，其對於兩岸刑法而言，都是一樣的。

至於過失犯罪，由於我國刑法與大陸刑法均將過失犯罪限定在一定結果之發生，亦即過失犯罪的判斷方式必須從結果發生開始，再回溯判斷行為是否違反注意義務與行為人是否能預見該結果等，因此，兩岸通說均認為，過失犯罪並不存在所謂犯罪的預備、未遂和中止等行為階段或犯罪形態的問題³。

職是之故，本文以下所探討的犯罪各種行為階段或形態，乃是專門針對故意犯罪而論，同時依照通常的發展階段及兩岸的刑法規定，即「犯意形成或犯意表示」、「（犯罪）預備」、「著手實行」、「不能未遂」、「中止未遂」、「犯罪完成」等階段⁴，分別

¹ 王作富審定／周振想，《刑法學教程》，中國人民公安大學出版社，1997 年 12 月，163 頁。

² 大陸刑法界習慣將我們所熟悉的犯罪階段或行為階段稱為「犯罪形態」，如「犯罪預備形態」、「犯罪未遂形態」、「犯罪中止形態」、「犯罪既遂形態」，而且大都強調「犯罪形態」與「犯罪階段」有其不同之處，參見本文，貳。

³ 參閱韓忠謨，《刑法原理》，作者自發行，1981 年 5 月，105、240 頁；林山田，《刑法通論（下）》，作者自發行，2008 年 1 月，202 頁；林東茂，《刑法綜覽》，一品文化出版社，2007 年 9 月，1-212 頁；張麗卿，《刑法總則理論與運用》，五南圖書公司，2007 年 9 月，284 頁；楊春洗／楊敦先主編，《中國刑法論》，北京大學出版社，1998 年 2 月，112 頁；曲新久主編，刑法學，中國政法大學出版社，2008 年 9 月，146 頁；張明楷，《刑法學》，法律出版社，2008 年 10 月 3 版，277 頁；高銘暄／馬克昌主編，《刑法學》，北京大學出版社，2008 年 6 月，157 頁。少數意見認為，〈過失犯罪也有成立未遂犯的可能〉，如黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，楊雅惠發行，2006 年 9 月，565 頁。

⁴ 關於故意犯罪之行為階段的劃分，學說上的分法並不一致，我國有將其分為「決意」、「陰謀」、「預備」、「著手實行」、「完成行為」、「發生結果」六個階段，《林山田，刑法通論（上）》，作者自發行，2008 年 1 月，451 頁以下；也有分為「決意」、「預備」、「著手實行」、「完成行為」、「發生結果」五個階段，林鈺雄，《新刑法總則》，作者自發行，2006 年 9 月，339 頁以下；另有分為「預備行為」、「實行的著手」、「結果的發生」三個階段，甘添貴／謝庭晃，《捷徑刑法總論》，作者自發行，2006 年 9 月，228 頁；至於大陸學者的分法更是多元多種，主要的分法為「犯意形成」、「犯罪預備」、「犯罪實行」、「犯罪結果發生」四個階段，各種分法的整理參見趙秉志，《犯罪未遂形態研究》，中國人民大學出版社，2008 年 1 月，44 頁以下。

加以論述比較。

貳、兩岸關於犯罪階段（形態）處罰之基本思維之差異

有關犯罪行為的發展階段或進展形態，在不同的階段或形態應作如何不同的處罰，雖然兩岸刑法均有所規定，不過由於立法內容的差異，因此，刑法學理上的基本思維是有所差異的。

我國刑法界在論述犯罪的行為階段時，其用意乃在討論在何種階段應成立何種犯罪的問題，因此，從犯罪過程的各種不同發展階段可以對應到各種不同犯罪類型來進行探討，例如與「犯意表示」對應的犯罪類型是陰謀犯、與「犯罪預備」對應的犯罪類型是預備犯、與「著手實行」對應的犯罪類型是未遂犯（在未遂犯的概念下，通常又分為普通未遂、不能未遂、中止未遂）、與「行為完成或結果發生」對應的是既遂犯。

而且，如果某個犯罪過程，其前後分別經歷了「犯意表示」、「犯罪預備」、「著手實行」、「行為完成」或「結果發生」等階段，我們的處理方式通常是，該犯罪行為之實施分別成立了陰謀犯、預備犯、未遂犯、既遂犯（假設該罪設有陰謀犯、預備犯、未遂犯之處罰），然後再透過競合的處理方式，基於法條競合（法律單數）之理由，最後僅依既遂犯論處。此外，依照通說，這些不同的犯罪階段所差別的僅在於客觀的行為，至於主觀的犯意並無不同，都是故意，而且包

括直接故意與間接故意。

至於大陸刑法界在提到犯罪的行為階段時，雖然也是與犯罪的預備、未遂、中止和既遂等處罰問題有關，不過他們認為，所謂「犯罪預備」、「犯罪未遂」、「犯罪中止」、「犯罪既遂」是屬於所謂故意犯罪的形態⁵，其與故意犯罪的階段應該嚴格區分。申言之，故意犯罪的形態與故意犯罪的過程與階段之間，是一種既相互區別又密切關聯的關係。

兩者之主要區別在於：(1)故意犯罪的形態是故意犯罪已經停止下來的各種不同的結局與形態，屬於靜止的概念；故意犯罪的過程與階段是故意犯罪發生、發展和完成的進程與進程中劃分的段落，屬於相繼運動發展（動態）的概念。(2)由於這種區別，故意犯罪的預備、未遂、中止、既遂狀態，作為已經停止下來的不同犯罪形態，就不可能具有前後相互銜接，此伏彼起的遞進與發展變化的屬性；相反的，各個犯罪階段之間存在著銜接遞進的關係。(3)就一個人實施某種犯罪的案件而言，他也只能構成犯罪停止形態中的某一種犯罪形態，而不可能同時構成兩種以上的犯罪停止形態；而一個人實施某種具體犯罪案件時，完全可能同時具有兩個以上的犯罪階段與過程。(4)犯罪形態乃是行為人刑事責任的根據；而犯罪階段僅是表明故意犯罪的發展情況，並不讓行為人負刑事責任的依據⁶。至於兩者之主要關聯乃在於：故意犯罪的形態是在故意犯罪的過程和階段中產

⁵ 此外，大陸刑法界往往又將犯罪預備、犯罪未遂、犯罪中止等犯罪形態合稱「犯罪的未完成形態」（又稱為「未完成的罪」），而將犯罪既遂稱為「犯罪的完成形態」，如肖揚主編，中國新刑法學，中國人民公安大學出版社，1998年2月，150頁；李文燕主編，《中國刑法學》，中國人民公安大學出版社，1998年2月，177頁；高銘暄／馬克昌主編，同註3，160頁；曲新久主編，同註3，145頁；陳興良，《口授刑法學》，中國人民大學出版社，2007年6月，262頁。

⁶ 肖揚主編，同註5，149頁（此書甚至認為，把犯罪預備、未遂、中止和既遂界說為故意犯罪階段的觀

生的，各種犯罪形態的產生及其界定，依賴犯罪過程和階段的存在及其不同的發展階段⁷。

總言之，依照大陸刑法界的說法，犯罪的預備、未遂、中止和既遂形態，都是在故意犯罪發展過程中，在犯罪的某個階段，由於犯罪主客觀原因的變化和作用，而使犯罪停止下來不再發展變化的不同狀態與結局。具體而言：(1)從開始犯罪預備行為之時起，至著手實行行為前的整個犯罪預備階段，可能出現犯罪的預備和中止這兩種形態和結局。(2)從著手實行行為開始前，至犯罪實行階段終了前的整個犯罪實行階段，可能出現犯罪的未遂和中止這兩種形態和結局。(3)犯罪實行階段終了即犯罪完成之時，出現犯罪的既遂形態⁸。

最後，大陸通說認為，間接故意的犯罪，由於其主客觀特徵所使然，不可能存在犯罪的預備、未遂和中止這些犯罪停止形態⁹。因為間接故意行為人主觀上對危害結果發生與否持放任心態，其定罪取決於行為的實際結局，發生了某種危害結果才能構成犯罪，沒有發生該種結果便無犯罪可言，也就不可能出現犯罪的未完成形態¹⁰。

參、犯意形成（決意）或犯意表示（陰謀）

單純的犯意形成或犯罪決意，由於僅是行為人的內心想法或意思決定，尚未行諸於外，並無客觀可見的行為，基於思想無罪的原則，刑法不應加以處罰，關於此，兩岸的刑法規定與學理主張，並無不同。

而如果是犯意表示，亦即將犯罪決意表示於外部，我國有學者認為，倘若僅有此表示而未有進一步行為時，仍不失為單純的犯意，原則上亦不得加以處罰，但我國刑法也有將某種犯意的表示訂定為獨立的犯罪，例如以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事而恐嚇他人者，則可能構成恐嚇危害安全罪（第 305 條），此又另當別論¹¹。同樣的，大陸學者也是認為，僅有犯意表示而尚未開始實施任何危害社會的行為，係屬於思想犯罪的範圍，由於大陸現行刑法堅決摒棄「思想犯罪」，因此，不能認定為犯罪和加以處罰¹²。

至於所謂陰謀，我國刑法雖無定義，不過學理上的說法大致係指兩人以上對於特定犯罪的實施，互為犯意表示，共同協議計謀而達成合意約定¹³。我國刑法對於陰謀行為原則上也是不處罰，不過針對某些重大的犯罪，在刑法分則中仍例外設有處罰規定，例如暴動內亂罪（第 101 條第 2 項）與通謀開戰罪的陰謀犯（第 103 條第 3 項）等。

點，是不科學的）；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，156 頁。

⁷ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，156 頁。

⁸ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，157 頁。

⁹ 楊春洗／楊敦先主編，同註 3，112 頁；李文燕主編，同註 5，177 頁；曲新久主編，同註 3，146 頁；陳興良，同註 5，272 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，157 頁。少數意見認為，間接故意也存在犯罪未遂與犯罪中止形態，而由於犯罪預備以確定故意為前提，故間接故意原則上沒有犯罪預備形態，參見張明楷，同註 3，278 頁。

¹⁰ 楊春洗／楊敦先主編，同註 3，113 頁；李文燕主編，同註 5，177 頁。

¹¹ 韓忠謨，同註 3，105 頁；林山田，同註 4，451 頁。

¹² 肖揚主編，同註 5，153 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，164 頁。

¹³ 甘添貴／謝庭晃，同註 4，228 頁；林山田，同註 4，451 頁。

關於陰謀行為，大陸現行刑法並無「陰謀」此一用語¹⁴，因此乍看之下，似乎可認為，大陸刑法並無處罰陰謀行為。惟大陸有學者表示，大陸刑法第103條分裂國家罪中所表述的「組織、策劃」其實就相當於外國刑法所稱之「陰謀」¹⁵。事實上，在大陸現行刑法當中，不只是分裂國家罪，其他如武裝叛亂罪（第104條）、顛覆國家罪（第105條）等，也都採用了「組織、策劃」此一用語，而且再加上大陸刑法關於犯罪預備的立法定義相當寬鬆，以及其具體的解釋涵蓋範圍甚為廣泛，足以包含我國一般所理解的陰謀行為¹⁶。所以，如果有人以為，我們所謂的陰謀在大陸刑法並無處罰，這恐怕是個誤會。

肆、（犯罪）預備

一、台灣

我國刑法也是以不處罰預備行為為原則，但於涉及某些重大法益的犯罪時，還是例外設有預備犯的處罰規定，例如內亂罪（第100條第2項、第101條第2項）、外患罪（第103條第3項、第104條第3項）、放火罪（第173條第4項）、劫持航空器罪（第185

條之1第6項）、殺人罪（第271條第3項）、強盜罪（第328條第5項）、擄人勒贖罪（第347條第4項）等。

何謂預備行為？我國刑法亦無定義，學理上的一般說法是，以實現一定犯罪為目的，在著手實行以前所為的準備行為¹⁷，但這樣的說法似乎太過空泛。比較具體的講法，有謂：「已經準備了犯罪的工具，伺機發動攻擊。」¹⁸；有謂：「行為人為了實現某一犯罪行為的決意，而從事的準備行為，以便積極創設犯罪實現的條件或排除、降低犯罪實現的障礙。」¹⁹惟不管是哪一種講法，處罰預備行為的棘手難題係在於個案的具體認定，例如殺手為了完成殺人任務，認真練習殺人技術或者勤加鍛鍊身體²⁰。

除了前述這些立法上欠缺具體內容的預備行為的處罰（所謂形式的或從屬的預備犯）外，依照學說的講法，我國刑法另有所謂實質的或獨立的預備犯，亦即立法者將某些犯罪的特定預備行為予以構成要件化，作為獨立的犯罪類型加以處罰²¹，例如加重製造販賣運輸持有危險物品罪（第187條）、製造交付收受偽造變造貨幣、有價證券或信用卡的器械原料罪（第199條、第204條第1項）等²²。

¹⁴ 相反的，大陸1979年的刑法在所謂反革命罪的規定當中即設有陰謀犯的處罰，參閱陳興良，同註5，267頁。

¹⁵ 陳興良，同註5，267頁。

¹⁶ 參見本文，參、二、（一）、2。

¹⁷ 甘添貴／謝庭晃，同註4，228頁；林山田，同註4，452頁；陳子平，《刑法總論》，著者自發行，2008年9月，368頁。

¹⁸ 林東茂，同註3，1-212頁。

¹⁹ 林鈺雄，同註4，340頁。

²⁰ 另外，我國有學者質疑預備行為的處罰的正當性而主張，所有的形式預備犯（與陰謀犯）皆應予以刪除，見黃榮堅，同註3，506頁以下；黃常仁，《刑法總論》，著者自發行，2009年1月，202頁以下。

²¹ 甘添貴／謝庭晃，同註4，229頁；林山田，同註4，452頁；林東茂，同註3，1-212頁；陳子平，同註17，368頁；張麗卿，同註3，285頁；林鈺雄，同註4，344頁。

二、大陸

(一) 犯罪預備的概念與特徵

關於預備行為的處罰，大陸刑法設有犯罪預備之明文，其第 22 條第 1 款規定：「為了犯罪，準備工具、製造條件的，是犯罪預備。」但是大陸有不少學者認為，此一規定還不能算是犯罪預備的完整定義²³。所謂犯罪預備（形態），是指行為人為了實施犯罪而開始創造條件，但由於行為人意志以外的原因而未能著手實行的犯罪停止形態²⁴。依據此等概念，一般認為犯罪預備應具備以下特徵²⁵：

1. 主觀上為了實行犯罪

大陸刑法第 22 條雖然僅規定「為了犯罪」，但多數學者認為，應理解為「為了實行犯罪」²⁶，其係指行為人的主觀犯罪意圖是直接指向實行著手，而最終的目的是為了實現其犯罪意圖所指向的犯罪²⁷。為了實行犯罪，包括為了自己實行犯罪與為了他人實行犯罪；為了實行犯罪，表明行為人具有確定的犯罪故意；為了實行犯罪，表明行為人在具有犯罪故意的前提下，認識到預備行為為

實行行為創造了便利，認識到預備行為對結果的發生起積極促進作用²⁸。

2. 已經實施了預備行為

已經實施了預備行為是犯罪預備的客觀特徵。已經實施了預備行為，是指行為人為了實施犯罪而準備工具、製造條件。此一客觀特徵乃是犯罪預備與犯意表示的主要區別。只有犯意表示而尚未實施犯罪行為的，不具有社會危害性，不能認定為犯罪和處以刑罰；至於犯罪預備行為，則是為了實行犯罪而準備工具、製造條件的行為，具有社會危害性，也具備特定的犯罪構成，原則上屬於犯罪行為²⁹。

大陸刑法將預備行為分為準備工具與製造條件兩類，不過多數學者認為，準備犯罪工具事實上也是製造條件的一種，只因是最常見（典型）的預備行為，大陸刑法便將其獨立出來予以規定³⁰。所謂犯罪工具，依照多數意見，是指在實施犯罪活動過程所利用的一切器械物品³¹，甚至包括專門為達到或逃離犯罪現場或進行犯罪活動的交通工具，如汽車、摩托車等³²，涵蓋面相當廣泛。至於準備犯罪工具的方式，可能是自己購買，

²² 對於某些實質預備犯的處罰的正當性仍抱持質疑的立場，如黃榮堅，同註 3，508 頁以下。

²³ 張明楷，同註 3，279 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，163 頁。甚至有學者認為此一立法定義是有問題的，其將犯罪的預備行為與犯罪的預備形態混合起來（陳興良，同註 5，276 頁）。

²⁴ 曲新久主編，同註 3，147 頁。相同意思者，如肖揚主編，同註 5，152 頁；張明楷，同註 3，279 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，163 頁；陳興良，同註 5，276 頁。

²⁵ 李文燕主編，同註 5，180 頁以下；曲新久主編，同註 3，147 頁以下；張明楷，同註 3，279 頁以下；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，163 頁以下。

²⁶ 張明楷，同註 3，279 頁；曲新久主編，同註 3，148 頁。

²⁷ 曲新久主編，同註 3，148 頁。

²⁸ 張明楷，同註 3，280 頁。

²⁹ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，164 頁；肖揚主編，同註 5，153 頁。

³⁰ 張明楷，同註 3，280 頁；曲新久主編，同註 3，147 頁。

³¹ 楊春洗／楊敦先主編，同註 3，113 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，165 頁；肖揚主編，同註 5，152 頁。



也可能是向他人求借，或可能是竊盜或自己製造，在所不問。

至於所謂製造條件，是指除準備工具以外的一切便利於實行犯罪的情況，用以概括各種方法³³，依照大陸司法實踐經驗與刑法理論，其涵括的範圍更為廣泛，例如擬定犯罪計畫，事先調查犯罪的場所與被害人行蹤，為實施特定犯罪而事先學習技術或練習，排除實施犯罪的障礙，前往犯罪場所守候或誘騙被害人赴犯罪的預定地點，勾引、集結共同犯罪人，進行犯罪預謀等³⁴。

3. 尚未著手實行為

所謂犯罪的實行行為，指刑法分則中具體犯罪構成客觀方面的行為。這一特徵意味著，犯罪活動在具體犯罪實行行為著手以前停止下來。如故意殺人罪中尚未著手實施殺害他人的行為；竊盜罪中尚未著手實施非法秘密取得他人財物的行為。此一特徵是犯罪預備形態與犯罪未遂形態區別的顯著標誌³⁵。

4. 尚未著手實行是由於行為人意志以外的原因引起的

行為人尚未著手實行犯罪有可能受到兩

個原因所影響：(1)行為人意志以外客觀原因的影響；(2)行為人主觀原因的影響。其中，因行為人意志以外的客觀原因影響行為人尚未著手實行的，是犯罪預備；因行為人主觀原因的影響而自動放棄著手實行的，是犯罪中止³⁶。因此，尚未著手實行的原因是區分犯罪預備與犯罪中止的重要標誌³⁷。

(二) 犯罪預備的處罰

關於犯罪預備之處罰，大陸刑法規定：「可以比照既遂犯從輕、減輕處罰或者免除處罰。」³⁸對此規定，大陸刑法學者有提到：「對預備犯的從輕、減輕或者免除處罰，是“可以”而不是“應當”。即對預備犯既可以從寬處罰，也可以與既遂犯同等處罰。但是，對預備犯從寬處罰是原則，不從寬處罰是例外。」³⁹；另有學者認為：「從理論上講，所有的預備犯都具有可罰性，但在刑事司法實務中，證明預備犯的犯罪意圖與預備行為的因果關係是十分困難的，從刑事政策和司法經濟的角度看，對於輕微犯罪的預備行為並沒有可罰的價值。」⁴⁰；甚至有學者認為：「我國刑法雖然原則上處罰犯罪預備，

³² 高銘暄／馬克昌主編，同註3，165頁。

³³ 曲新久主編，同註3，147頁。

³⁴ 楊春洗／楊敦先主編，同註3，114頁；高銘暄／馬克昌主編，同註3，165頁。

³⁵ 高銘暄／馬克昌主編，同註3，164頁。

³⁶ 曲新久主編，同註3，148頁。行為人在犯罪預備階段的自願放棄，僅是大陸刑法所稱之犯罪中止之一種，進一步說明，參見本文，柒、二。

³⁷ 張明楷，同註3，281頁。

³⁸ 所謂「從輕處罰」與「減輕處罰」，其分屬大陸刑法第62條與第63條第1款之不同規定。按大陸刑法第62條：「犯罪分子具有本法規定的從重處罰、從輕處罰情節的，應當在法定刑的限度以內判處刑罰。」對此規定，依照大陸學者的解釋，從輕處罰，是指在法定刑的限度以內，對具有從輕處罰情節的犯罪人比對沒有這種情節的犯罪人適用較輕的刑種或較短的刑期。又第63條第1款：「犯罪分子具有本法規定的減輕處罰情節的，應當在法定刑以下判處刑罰」對此規定，大陸學者解釋，所謂減輕處罰，是指判處低於法定最低刑的刑罰。（參閱楊春洗／楊敦先主編，同註3，231頁）

³⁹ 李文燕主編，同註5，183頁。

⁴⁰ 曲新久主編，同註3，149頁。按大陸刑法第13條但書規定：「情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪。」

但在司法實踐中，處罰犯罪預備是極為例外的現象。事實上，也應當肯定處罰犯罪預備的例外性。」⁴¹

伍、著手實行（而未遂）（犯罪未遂）

一、台灣

犯罪行為的發展，如果已經跨越過預備階段而達至著手實行的階段時，此時即有成立未遂犯之可能，即我國刑法第 25 條第 1 項規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。」準此，所謂未遂犯，係指已著手於犯罪行為之實行，但尚未完全實現所有的客觀構成要件內容者。而且由於同條第 2 項規定：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」因此，一般認為，我國刑法係以處罰既遂犯為原則，處罰未遂犯為例外⁴²。

（一）未遂犯的處罰基礎

依照我國通說，在未遂犯的概念之下，就其未遂原因之不同，又可分為普通未遂（障礙未遂、普通未遂犯）、中止未遂（中止犯、中止未遂犯）與不能未遂（不能犯、不能未遂犯）⁴³。儘管依據我國刑法的規定，這些次類型的未遂犯的法律效果並不相同，但學說在論述未遂犯時，皆會介紹到未遂犯的處罰基礎（刑罰理由）之相關理論，其主要的學說理論有「客觀說」（客觀未遂理論）、「主觀說」（主觀未遂理論）、「混合說」（折

衷說、印象理論）⁴⁴，簡述如次：

1. 客觀說

此說認為，未遂犯的刑罰理由乃在於未遂行為有引發法益侵害的危險性，亦即其具有引致結果不法的高度或然率，故而應受刑罰的制裁。依照此說，不能未遂由於本質上不可能造成結果的發生，因而不具可罰性；而且未遂犯因欠缺結果不法，故「必須」按照既遂犯減輕其刑，而不是「得」減而已。

2. 主觀說

相較於客觀說著眼於客觀的法益侵害危險性，主觀說則是強調行為人的主觀不法，亦即行為人之未遂行為已顯露出其主觀的法敵對意思。依照此說，不能未遂的行為人主觀上仍具有法敵對意思，亦應加以處罰；而且由於未遂行為與既遂行為之主觀不法並無不同，因此，未遂犯的處罰應與既遂犯相同。

3. 混合說

此說認為主觀說與客觀說的主張，均各有所偏，而是應該同時兼顧行為人的主觀面與客觀面，亦即，未遂行為之可罰性係在於其顯示出行為人與法規範相敵對的意思，此等法敵對意思的顯示，足以震驚社會大眾的法信賴，破壞法秩序的安定。依照此說，不能未遂還是有可能被處罰，如果其顯示出法敵對意思，且足以撼動社會大眾的法信賴；此外，並不是所有的未遂行為均應加以處罰，而且未遂犯的處罰有可能較之既遂犯輕，也有可能沒有差別。

⁴¹ 張明楷，同註 3，281 頁。

⁴² 陳子平，同註 17，369 頁；黃常仁，同註 20，170 頁。

⁴³ 林山田，同註 4，460 頁；甘添貴／謝庭晃，同註 4，235 頁；林東茂，同註 3，1-212 頁；張麗卿，同註 3，297 頁。另外，有學者將未遂犯又分為狹義未遂犯（即障礙未遂）、廣義未遂犯（障礙未遂、中止未遂）、最廣義未遂犯（障礙未遂、中止未遂、不能未遂），見陳子平，同註 17，370 頁。

⁴⁴ 林山田，同註 4，461 頁以下；黃榮堅，同註 3，500 頁；林東茂，同註 3，1-213 頁；張麗卿，同註 3，292 頁以下；林鈺雄，同註 4，345 頁以下。更多的學說理論，參見陳子平，同註 17，371 頁以下。

而我國刑法對於未遂犯之處罰究竟採取何種立場？雖然2005年我國刑法有關未遂犯部分作了若干的修訂，尤其是將不能未遂從原來的「減輕或免除其刑」修改為「不罰」，修法理由還特別提到「改採客觀未遂理論」，此似乎表示，現行法有關未遂犯係採取所謂客觀說的處罰立場⁴⁵；然而由於新法對於普通未遂的處罰並未如客觀說所主張的「必」減輕其刑，亦未如主觀說所主張的與既遂犯相同，而是仍維持舊法所規定的「得按既遂犯之刑減輕之」，因此，學說上仍有不少人認為，我國刑法對於未遂犯的處罰基礎還是採取混合說的立場⁴⁶。

（二）（普通）未遂犯的成立要件

關於未遂犯之成立，依照我國刑法的規定以及學說的理解，一般認為應具備下列幾個要件⁴⁷：

1. 實現構成要件的決意

行為人主觀上須具備與既遂犯相同的決意，即包括直接故意或間接故意⁴⁸，始可能構成未遂犯。如果個別犯罪構成要件尚有其他主觀不法要素的要求，未遂犯當然也須具備。

2. 著手實行構成要件的行為

未遂犯在客觀上須開始實行構成要件的行為，使其行為達到著手實行的階段。如果行為人之行為尚未達到著手實行的階段，則充其量僅能說是預備而已。有關著手實行的認定，即預備與未遂的區別判斷，學說上對應於前述未遂犯的處罰基礎之相關理論，通常會提到以下幾種見解⁴⁹：

（1）形式客觀說

此說主張，唯有行為人開始實行嚴格意義的構成要件該當行為（例如竊盜罪之「竊取」，行為人須伸出手來拿取），始可認定為著手。

（2）實質客觀說

此說係就形式客觀說加以修正而認為，行為人開始實行與構成要件具有必要關聯性的行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險的行為，即為著手。

（3）主觀說

主觀說係以行為人主觀的思想上作為判斷，亦即，如果依照行為人之犯意及其犯罪計畫而可認定已經開始實行犯罪者，即為著手。

⁴⁵ 持此見解者，如陳子平，同註17，374頁。

⁴⁶ 持此見解者，如林山田，同註4，462頁；林東茂，同註3，1-213頁；張麗卿，同註3，295頁；林鈺雄，同註4，347頁。此外，甘添貴／謝庭晃則認為，我刑法有關未遂犯的處罰規定，原則上採取客觀犯罪理論，例外兼採主觀犯罪理論（氏著，同註4，231頁），這似乎也是一種折衷的看法。

⁴⁷ 林山田，同註4，463頁以下；黃常仁，同註20，172頁以下；張麗卿，同註3，301頁以下；林鈺雄，同註4，347頁以下。

⁴⁸ 我國實務上有認為，犯罪未遂，必須行為人對於犯罪結果有希望其發生之直接故意，始能成立，而刑法第13條第2項之間接故意，以有構成犯罪事實之發生為前提，與未遂犯之概念不相容（最高法院82年台上字第2860號判決）。但學說上卻認為，刑法處罰未遂犯的目的本來就是在警惕行為人，對於認知其可能造成不法侵害的事情不可以做。即使行為人僅有間接故意，也不例外。因此此處完全看不出來，把構成未遂犯的故意限制在直接故意的範圍，用意何在（黃榮堅，同註3，512頁）。

⁴⁹ 林山田，同註4，466頁以下；黃榮堅，同註3，514頁以下；黃常仁，同註20，179頁以下；林鈺雄，同註4，349頁以下。更多的學說見解與檢討，可參閱張麗卿，同註3，287頁以下；陳子平，同註17，376頁以下。

(4)混合說

此說係折衷主觀說與實質客觀說的內容而主張，行為人依其主觀認知或犯罪計畫，開始實行足以實現構成要件的行為，即開始實行與構成要件的實現具有密切關係的行為，而且在行為人主觀的想像中，如果實行行為繼續不中斷地進行，勢必導致構成要件的實現。

在上述各種關於著手實行的認定判斷的學說見解當中，我國多數意見係採取混合說⁵⁰。

3. 欠缺構成要件的完全實現

行為人著手實行的行為必須尚未達到既遂的階段，所謂尚未達到既遂，係指尚未完全實現所有的客觀構成要件要素而言，其包括成文的構成要件要素與不成文的構成要件要素。

4. 刑法設有未遂行為的處罰規定

我國刑法認為，並非所有的未遂行為均有加以處罰的必要，因此規定：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限」（第 25 條第 2 項）。是以，行為人出於實現犯罪的決意，著手實行構成要件行為而尚未完全實現的未遂行為，唯有在刑法設有明文處罰規定時，始構成可罰的未遂犯。否則，即屬不可罰的未遂行為。

二、大陸

(一)犯罪未遂的概念與特徵

大陸刑法第 23 條第 1 款規定：「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。」依此規定，大陸刑法所謂犯罪未遂，是指行為人已經著手實行具體犯罪構成的實行行為，由於其意志以外的原因而未能完成犯罪的一種犯罪停止形態⁵¹。是以，有關犯罪未遂的特徵，一般認為包含以下三者⁵²：

1. 已經著手實行犯罪

「已經著手實行犯罪」是犯罪未遂與犯罪預備區別的重要標誌，因為犯罪未遂與犯罪預備都是由於行為人意志以外的原因而被迫停止了繼續實施犯罪，因而二者區別關鍵就在於著手實行犯罪與否⁵³。

至於如何認定「著手實行」？大陸刑法界亦認為，這是一個非常重要的問題，也是在理論上爭論較大，而且在司法實務中難於把握的問題⁵⁴。有關著手實行的認定，雖然大陸刑法文獻上亦有人提到我們所熟悉的「形式客觀說」、「實質客觀說」、「主觀說」、「折中說」（綜合理論）等⁵⁵，不過大陸刑法學界的通說，似乎不存在於這幾個學說之間，其謂：「犯罪實行行為的著手是主客觀相統一的概念，是指行為人已經開始實施刑

⁵⁰ 林山田，同註 4，469 頁；甘添貴／謝庭晃，同註 4，233 頁；林東茂，同註 3，1-214 頁；黃常仁，同註 20，181 頁；張麗卿，同註 3，290 頁；林鈺雄，同註 4，350 頁。

⁵¹ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，166 頁。

⁵² 李文燕主編，同註 5，183 頁以下；楊春洗／楊敦先主編，同註 3，116 頁以下；肖揚主編，同註 5，154 頁以下；曲新久主編，同註 3，149 頁以下；張明楷，同註 3，284 頁以下；陳興良，同註 5，281 頁以下。

⁵³ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，167 頁。

⁵⁴ 曲新久主編，同註 3，150 頁；類似意見，趙秉志，同註 4，73 頁。

⁵⁵ 如楊春洗／楊敦先主編，同註 3，117 頁以下；張明楷，同註 3，285 頁以下；趙秉志，同註 4，74 頁以下；張永江，《未遂犯研究》，法律出版社，2008 年 4 月，84 頁以下。

法分則規定的具體犯罪構成客觀方面的行為。」⁵⁶ 這樣的說法，看似採取折中說，但其內容又與形式客觀說差不多⁵⁷。然而趙秉志教授卻認為，「中國刑法理論中的通說關於犯罪實行行為著手的認定標準，與德、日刑法理論中的形式客觀說存在著本質的不同」⁵⁸，其具體的闡述內容摘述如次：「犯罪的實行行為即中國刑法典分則規定的犯罪構成客觀要件的行為，犯罪的預備行為則在中國刑法典總則裡得到了明確規定，犯罪的預備階段和實行階段緊密相連而又有著嚴格區別。犯罪的實行階段與實行行為當然要有一個起點和過程，如果把犯罪的實行行為比作一條線，則這條線的起點就是犯罪實行行為的開始即實行行為的“著手”，其終點是實行行為的完成。著手不是介於犯罪預備階段和實行階段之間的一個獨立階段或點，而是實行階段與實行行為本身的起點。」、「與割裂“著手”的主客觀含義而只看到一個側面的客觀說、主觀說及混合主觀說與客觀說而實為主觀說變種的折中說均不相同，中國刑法理論認為，著手實行犯罪體現了主客觀的有機統一。一方面，處罰未遂犯的根據主要是因為犯罪未遂形態對刑法所保護的法益造成了現實的威脅。因此，對未遂形態中犯罪實行行為著手的認定，也首先應從客觀的角度著眼。“著手”首先應當是客觀的東西，是對法益造成客觀危險的客觀行為，是犯罪

實行後所可能出現的犯罪未遂形態區別於犯罪實行前的犯罪預備形態的客觀標誌。另一方面，“著手”又不是一種純客觀的動作，著手以其客觀標誌表明了行為人實行犯罪的主觀犯罪意圖，表明了客觀實行行為與主觀犯意的聯繫，從而使主觀犯意及其展開程度可以被查明和把握。」⁵⁹

2. 犯罪未得逞

犯罪未得逞是指行為人的行為著手實行犯罪以後未達既遂狀態而停頓下來⁶⁰。此一特徵乃是犯罪未遂與犯罪既遂的區別標準。犯罪未遂與犯罪既遂的相同之處在於，兩者的主觀故意是相同的，都是指向全部的客觀犯罪構成要素；兩者不同之處在於，犯罪既遂實現了全部犯罪構成事實，而犯罪未遂沒有實現全部的犯罪構成事實⁶¹。

犯罪未得逞，並不是指沒有發生任何結果，而是指沒有發生犯罪構成要件所要求的全部內容，同時，犯罪未得逞也不同於沒有達到犯罪目的，因為犯罪目的未達到，仍可能構成犯罪既遂⁶²。大陸刑法學者一般認為，具體而言，犯罪未得逞有三種表現形式：(1)法定的犯罪結果沒有發生，例如某甲要殺死某乙，砍了幾刀，某乙並沒有死。(2)法定的犯罪行為沒有完成，例如想從監獄逃脫的犯人，未逃出警戒線，就被抓回。(3)法定的危險狀態沒有具備，行為人在油庫放火，火種未點燃時，即被捕⁶³。

⁵⁶ 這裡稱之為「通說」，係參考趙秉志，同註4，82頁；張永江，同註54，96頁。

⁵⁷ 如張明楷教授即表示：「我國刑法理論的傳統觀點認為，所謂著手，就是開始實行刑法分則所規定的某一犯罪構成客觀要件的行為，這可謂形式的客觀說」（氏著，同註3，286頁）。

⁵⁸ 趙秉志，同註4，86頁。

⁵⁹ 趙秉志，同註4，84頁以下。

⁶⁰ 楊春洗／楊敦先主編，同註3，118頁；高銘暄／馬克昌主編，同註3，168頁。

⁶¹ 曲新久主編，同註3，150頁。

⁶² 肖揚主編，同註5，155頁。

3. 犯罪未得逞是由於犯罪分子意志以外的原因

犯罪活動在著手實行以後之所以未得逞，乃是由於犯罪分子意志以外的原因所致，這是犯罪未遂形態的另一重要特徵，是犯罪未遂與犯罪中止的區別關鍵。後者由於行為人是意志以內的原因即自願放棄犯罪而為完成犯罪⁶⁴。

所謂犯罪分子意志以外的原因其實是多種多樣的，依照大陸刑法學者之整理分類，大致有三類情形：(1)行為人本人意志以外的原因，如被害人的反抗、第三者的介入、自然力的作用、物質上的障礙、環境時機的不利影響等，這些外界原因抑制了犯罪行為的繼續。(2)行為人自身的障礙。如行為人的能力、力量、身體狀況技巧等，這些因素並不是行為人主觀因素所能左右，因此也屬於意志以外的原因。(3)行為人主觀上的認識錯誤，如對象錯誤、工具錯誤、結果錯誤等⁶⁵。

不過亦有學者認為，在司法實踐中，有些使犯罪停止下來的原因，是否屬於“意志以外的原因”，不易認定，常引起爭論。例如被害人的輕微反抗、哭泣、哀求；第三人的勸告、斥責，等等⁶⁶。

(二) 犯罪未遂的處罰

對於犯罪未遂的處罰，大陸刑法第 23 條第 2 款規定：「可以比照既遂犯從輕或者減輕處罰。」是採取所謂「得減主義」。此一規定，大陸有學者認為：「表明的是法律的

一種傾向性要求，即與既遂犯相比，對未遂犯一般要從輕或者減輕處罰，但是法律的要求又沒有絕對化，對於極少數綜合整個案情看，其危害程度並小於既遂犯的未遂犯。這種原則性與靈活性相結合的處罰規定，使罪刑相適應原則在未遂犯的一般情況和特殊情況下都能貫徹。」⁶⁷

陸、不能未遂（不能犯未遂）

一、台灣

我國刑法第 26 條：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者」，此乃所謂不能未遂之規定，雖然此一規定在 2005 年有所修訂，但修訂的部分僅是法律效果，有關不能未遂的立法定義隻字未動。因此，修法前既有的爭議仍然繼續存在，如「不能發生犯罪之結果」與「無危險」究係同義覆詞抑或分屬獨立不同的要件？又所謂「有無危險」應如何判斷？而在修法之後，所謂不罰，係指構成要件不該當？阻卻違法？阻卻罪責？或者欠缺應刑罰性？諸如此等問題，刑法界眾說紛紜，莫衷一是，本文於此僅能擇要進行說明。

(一) 關於「不能發生犯罪之結果」與「無危險」之關係

國內多數意見認為，不能未遂當中的「不能發生犯罪之結果」與「無危險」乃分屬不能未遂之不同性質的二個要件，而非同義覆詞⁶⁸。對此，有說明如次：「所謂『不能發

⁶³ 楊春洗／楊敦先主編，同註 3，118 頁。相同的分類，如高銘暄／馬克昌主編，同註 3，168 頁；曲新久主編，同註 3，150 頁。

⁶⁴ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，168 頁。

⁶⁵ 曲新久主編，同註 3，151 頁。類似的分類，如李文燕主編，同註 5，185 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，169 頁。

⁶⁶ 楊春洗／楊敦先主編，同註 3，119 頁。

⁶⁷ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，171 頁。

生犯罪之結果，又無危險』之規定，應係針對民國 17 年舊刑法之缺失所作的修正，亦即，當時將舊刑法之『絕不能發生犯罪之結果』修改為『不能發生犯罪之結果，又無危險』，在實質上僅係將『絕不能』改為『又無危險』，用以避免以『絕對不能』、『相對不能』區別不能未遂與普通未遂之缺失。因此，對於我國刑法第 26 條『不能未遂』規定之實質理解，應將『不能發生犯罪之結果』理解為所有未遂犯皆存在之要件，而將『無危險』理解為區別不能未遂與普通未遂之界限；易言之，不能未遂之問題核心，應在於『有無危險』之判斷上。」⁶⁸

（二）關於「有無危險」之判斷（不能未遂與普通未遂之區別）

如前所述，依照多數意見的看法，不能未遂的判斷關鍵是在於「有無危險」，這也是不能未遂與普通未遂之區別界限。換言之，不能發生犯罪之結果而有危險者，是為普通未遂；不能發生犯罪之結果而無危險者，則為不能未遂。

而關於「有無危險」之判斷，國內刑法界提到的學說理論相當眾多，有「法律不能說」、「事實不能說」、「抽象危險說」、「具體危險說」、「重大無知說」等⁷⁰，不過在這些眾多學說理論當中，受到我國學界所採納者，主要是「具體危險說」與「重大無知說」，簡要敘述如次：

1. 具體危險說

此說係以客觀未遂理論為基礎，為日本通說。依照此說的主張，有無危險的判斷，係以行為當時一般人有認識可能性之事實情況以及行為人特別認識之事實情況作為判斷基礎，從一般人的觀點來看，在這樣的事實情況下，若有發生結果的可能性（具體地感受到結果發生之危險）時，屬於普通未遂犯；如果沒有發生結果的可能性（沒有具體危險之感覺），則為不能犯⁷¹。

2. 重大無知說

此說係以主客觀混合之印象理論為基礎，為德國通說。依照此說的主張，應該以德國刑法第 23 條第 3 項之「重大（嚴重）無知」來理解我國刑法不能未遂之「無危險」。採取此說的理由，有謂：「雖然我國刑法並沒有和德國相同的文字規定，不過不管有沒有相同的規定，這是基於刑法處罰未遂犯之意義所衍生出來的邏輯上的結果。」、「既然客觀上區分行為可能發生犯罪之結果與不可能發生犯罪之結果已經是不可能或無意義，那麼如果理論一貫，自然不可能再以行為在客觀上有無危險作為區分普通未遂與不能未遂的標準。」⁷²；有謂：「我刑法第 26 條規定的『無危險』，即是德國刑法第 23 條第 3 項的『重大無知』。這是對於一個實存概念的不同寫照。」⁷³至於如何判斷是否屬於「重大無知」，文獻上提到：「所指涉的是一般

⁶⁸ 黃榮堅，同註 3，558 頁；林東茂，同註 3，1-220 頁；陳子平，同註 17，397 頁；林鈺雄，同註 4，358 頁。

⁶⁹ 陳子平，同註 17，397 頁以下。結論相同者，黃榮堅，同註 3，558 頁；林東茂，同註 3，1-220 頁；張麗卿，同註 3，304 頁；林鈺雄，同註 4，358 頁。

⁷⁰ 參閱陳子平，同註 17，388 頁以下；甘添貴／謝庭晃，同註 4，237 頁以下；林東茂，同註 3，1-221 頁。

⁷¹ 甘添貴／謝庭晃，同註 4，238 頁；陳子平，同註 17，390、398 頁以下。

⁷² 黃榮堅，同註 3，556 頁。

⁷³ 林東茂，同註 3，1-221 頁。相同意見者，張麗卿，同註 3，304 頁；林鈺雄，同註 4，357 頁。然而值

人主觀上絕對無危險的情形，亦即一般人都認為行為人的行為根本不可能發生犯罪的結果。」⁷⁴；另有謂：「有無危險，不能從行為人的角度看，而必須從社會大眾的觀點看」、「社會大眾即是旁觀者，旁觀者對於攻擊行動震驚不安，意味著攻擊行動被感知有危險。旁觀者應當根據事務的普遍性質，判斷有無危險」、「從旁觀者的立場，認為行為人誤認了事物的普遍性質，即是行為人發生了重大無知，也就是客觀上的根本無危險。只有這樣才是不能犯」、「行為人誤認事物的普遍性質，是指錯認自然法則，而非錯認事實情況。」⁷⁵

（三）關於不能未遂之「不罰」的理解

我國刑法不能未遂的法律效果現已修改為「不罰」，惟所謂「不罰」，在刑法論理上的意義並不清楚，其究係因為不成立犯罪而不罰，抑或是指犯罪雖成立但欠缺應刑罰性或需刑罰性？又如果是指犯罪不成立而不罰，其究係因為構成要件不該當？或阻卻違法？或阻卻罪責？

對此問題，儘管修法理由謂：「對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，

亦即行為如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。」，但這樣的說理並沒有獲得普遍的支持，已如前述，而且亦未清楚說明不能未遂究竟欠缺何項的犯罪成立要件而不成立犯罪。是以，學說在此方面的看法便相當分歧，有謂：「不能未遂欠缺行為形成的印象，不具有刑法上的行為適格，即便行為人主觀上有犯罪意思，也不能驟然加以處罰。」⁷⁶；有謂：「既然行為人之行為毫無法益侵害之危險，則不僅該行為不存在違法性內涵之『結果反價值』，甚至並非屬於構成要件行為，因此不能未遂之『不罰』，並非基於刑事政策之理由或屬於刑罰阻卻事由，而係不具備構成要件該當性或違法性，因此不構成犯罪。」⁷⁷；有謂：「對於不能未遂的不罰，在預防思想上並不是當然之理，因為從建構行為人之行為規範目的以觀，不能未遂之行為絕對不合於理性行為的標準。因此，對於不能未遂的不罰，並非不法之欠缺，僅能說是基於廣義責任概念的考量，亦即不管其決定對或不對，總之是一種刑事政策上的決定。」⁷⁸；有謂：「我國刑法第 26 條所稱的『不罰』，並非阻卻不法或罪責，而應該是一個欠缺刑罰需求性所形成的『阻卻刑罰事由』（Strafausschließungsgrund）。此外，因為這裡並不是涉及行為人個人的特殊情狀，而是基於行為本身的屬性而不罰，

得注意的是，國內有些同樣深受德國刑法影響的學者卻有不同看法，如「然而危險係一個客觀概念，難以解釋行為人在主觀上非出於重大無知，故在法條『又無危險』的文義可能範圍內，此一援用德國刑法明定的重大無知要素的解釋方式，業已超出刑法解釋方法上許可的解釋範圍，並使本法不能未遂的規定成為贅文，故不可採。至於在立法論上是否要採行如德國刑法般的『出於重大無知』標準，則應從未遂的刑罰理由的觀點再行深入思考。」（林山田，同註 4，502 頁以下）

⁷⁴ 黃榮堅，同註 3，556 頁。

⁷⁵ 林東茂，同註 3，1-220 頁以下。相同意見者，林鈺雄，同註 4，358 頁。

⁷⁶ 柯耀程，刑法概論，作者自發行，2007 年 4 月，337 頁。

⁷⁷ 陳子平，同註 17，400 頁。

⁷⁸ 黃榮堅，同註 3，557 頁。

所以這個阻卻刑罰事由並非『個人的』（persönlich）阻卻刑罰事由，而是一個『事理上的』（sachlich）阻卻刑罰事由。」⁷⁹；有謂：「法條文字裡的不罰，在解釋上應是免除其刑，因為不能未遂仍屬已著手而不遂的未遂犯，不能或無危險並無法排除所具有的未遂不法或罪責。」⁸⁰

上述的理解爭議，固然有其刑法論理上的意義，但對於行為人而言，並無多少實質的差異，因為不管是採取何種主張，最後的結論就是不處罰不能未遂的行為人，有差別的只是在於，法院對於不能未遂的情形最後到底應該是作出無罪判決或免刑判決。

二、大陸

大陸刑法雖然沒有所謂不能未遂（不能犯）之規定，不過依照大陸學者之分類，犯罪未遂，以其犯罪行為實際上是否能夠達到既遂為標準，可以分為「能犯未遂」與「不能犯未遂」⁸¹。所謂能犯未遂，是指犯罪行為實際有可能達到既遂，但由於行為人意志以外的原因未能達到既遂而停止下來的情況。例

如行為人以刀殺人且已將被害人砍傷，而後刀子被人當場奪走並將其抓獲，即為能犯未遂。如果行為人不被當場制止，完全有可能殺死被害人。能犯未遂是典型的犯罪未遂⁸²。

至於不能犯未遂，是指由於行為人對犯罪事實的認識錯誤而使犯罪行為不可能達到既遂的情況⁸³。而且依照一般的講法，不能犯未遂又可分為工具（手段）不能犯未遂與對象不能犯未遂兩種情形⁸⁴。第一種情形，是指行為人由於認識錯誤而使用了按其客觀性質不能達到既遂的工具或方法，例如誤將白糖當作毒物去投毒殺人；誤用空槍去射殺人等⁸⁵。第二種情形，是指由於行為人的認識錯誤而以為現實上不存在的犯罪對象存在，例如誤認屍體為活人而殺害；誤認空包內有錢財而竊盜；誤認為被害人在臥室內而隔窗開槍⁸⁶。

由於大陸刑法對於不能犯未遂並未另設處罰規定，因此，一般均認為，不能犯未遂與能犯未遂都是屬於未遂犯，都要受到處罰，只不過不能犯未遂的社會危害性小於能犯未遂，所以在量刑時應特別考慮到這一點⁸⁷。

⁷⁹ 蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂的修法，收於氏著：刑法問題研究（一），元照出版公司，2008 年 7 月，114 頁。

⁸⁰ 許澤天，刑總要論，作者自發行，2009 年 2 月，261 頁。

⁸¹ 肖揚主編，同註 5，156 頁；李文燕主編，同註 5，186 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，170 頁；曲新久主編，同註 3，151 頁；陳興良，同註 5，297 頁。

⁸² 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，170 頁；曲新久主編，同註 3，151 頁。

⁸³ 王作富審定／周鎮想，同註 1，170 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，170 頁；曲新久主編，同註 3，151 頁。

⁸⁴ 肖揚主編，同註 5，156 頁；李文燕主編，同註 5，186 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，170 頁；曲新久主編，同註 3，151 頁；陳興良，同註 5，298 頁。

⁸⁵ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，170 頁；曲新久主編，同註 3，152 頁。

⁸⁶ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，170 頁；曲新久主編，同註 3，152 頁。

⁸⁷ 楊春洗／楊敦先主編，同註 3，120 頁；肖揚主編，同註 5，156 頁；李文燕主編，同註 5，187 頁。不過陳興良教授認為：「能犯與不能犯區分的意義極為有限，甚至可以說沒有意義。無論是能犯還是不能犯，都是未遂犯。只是具有一點理論上的意義，沒有多大的實際意義。」（氏著，同註 5，298 頁）

柒、中止未遂（犯罪中止）

一、台灣

行為人於著手實行以後，有可能出於自願而消極地放棄行為的繼續實行，甚至以積極的行為去阻止結果的發生，因而未完全實現犯罪者，此乃所謂中止未遂或中止犯，即我國刑法第 27 條第 1 項前段規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」另外，2005 年修法又增訂「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」（同條第 1 項後段）及「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人以盡力為防止行為者，亦適用之。」（同條第 2 項），學說上分別稱為準中止犯與正犯或共犯（數人犯罪）之中止。由於篇幅之限制，本文以下主要就單獨正犯之中止未遂與準中止犯予以簡要論述。

（一）中止未遂之減免刑罰的理由

依照我國刑法的規定，中止未遂的法律效果是「必」減輕或免除其刑。刑法為何將中止未遂自普通未遂予以劃分出來而另外給予減免刑罰的優惠？對此，文獻上大多會提到三種理論⁸⁸：

1. 刑事政策理論（黃金橋理論）

此理論主張，免除中止犯的刑罰，具有刑事政策的作用，希望藉此為行為人搭造一座黃金橋，讓行為人能夠迷途知返，中止犯行。

2. 獎賞理論（赦免理論）

此理論認為，中止犯藉由其自願放棄犯行或阻止結果發生的真摯努力，足以抵銷未遂行為的非價，並足以衡平行為人在社會大眾的法意識所造成的負面影響，故應予否定其行為的需刑罰性，據此獎勵行為人而予以免刑的優待。由於此等免除刑罰的獎勵猶如被赦免一般，故又稱為赦免理論。

3. 刑罰目的理論

此理論係從刑罰目的觀點出發，認為無論係基於一般預防或特別預防的理由，均無處罰中止犯的必要，因為中止犯之自願中止顯現其犯罪意志並非很強烈，而且行為的危險性亦顯得輕微，故沒有必要藉由處罰來嚇阻行為人未來的犯罪，或威嚇一般社會大眾。

以上各個理論，國內學說有支持刑罰目的理論者⁸⁹，也有採取綜合各個理論之說法⁹⁰。

（二）中止未遂之成立要件

有關中止未遂之成立要件，由於中止未遂也是未遂犯的一種，因此，其亦須具備未遂犯的成立要件，即（1）實現構成要件的決意、（2）著手實行構成要件的行為、（3）欠缺構成要件的完全實現、（4）刑法設有未遂行為的處罰規定⁹¹。除此之外，中止未遂尚須具備以下

另外，張明楷教授甚至主張：「行為人主觀上具有犯意，其客觀行為沒有侵害法益的任何危險時，就應認為不可罰的不能犯，不以犯罪論處。」、「故沒有必要將犯罪未遂分為能犯未遂與不能犯未遂。」（氏著，同註 3，299、300 頁）

⁸⁸ 林山田，同註 4，474 頁以下；黃榮堅，同註 3，568 頁以下；林東茂，同註 3，1-238 頁以下；張麗卿，同註 3，310 頁以下；林鈺雄，同註 4，363 頁。此外，國內有受日本刑法學說影響而另提到「違法性減少說」、「責任減少說」等不同說法者，參見甘添貴／謝庭晃，同註 4，239 頁。

⁸⁹ 如林東茂，同註 3，1-239 頁；林鈺雄，同註 4，363 頁。

⁹⁰ 如林山田，同註 4，476 頁；黃榮堅，同註 3，572 頁。

幾個要件⁹²：

1. 中止意思

行為人須出於中止意思而中止犯行，始有可能成立中止未遂。所謂中止意思，係指行為人主觀上完全而永久地捨棄犯罪的意思。依此，如果行為人僅是將其行為的實行延後至另一個較佳的時機，則行為人並沒有完全捨棄犯罪的意思，其不具中止意思。

2. 中止行為

行為人在客觀上須有中止的行為，始有成立中止未遂的可能。我國刑法規定「……因己意中止或防止其結果之發生者」，即表示中止行為會因為未遂行為係屬於「未了未遂」或「既了未遂」而有所不同⁹³。分述如下：

(1) 未了未遂的中止行為（著手中止）

如果行為人的未遂行為係屬於未了未遂，由於其尚未完成犯罪所必要的全部行為，因此，行為人只要消極地放棄犯行的繼續進行，即為已足。

(2) 既了未遂的中止行為（實行中止）

相對的，如果行為人的未遂行為係屬於既了未遂，由於其已經完成犯罪所有的必要行為，即行為人無須再為任何行為便可期待犯罪結果即將發生，在此情況下，行為人必須以積極的行動有效地防止結果的發生。換言之，結果之不發生與行為人的積極中止行為須具有因果關係，始能成立中止未遂。不過結果之不發生並不以行為人親自有效阻止

為必要，亦即縱使結果的防止係有第三人所參與，只要第三人的行為是因行為人的努力而促成，則仍屬行為人之積極行動。

2. 因己意而中止

最後，中止未遂須出於行為人之己意，這也是中止未遂與普通未遂之區別關鍵所在。所謂因己意而中止，係指行為人出於自願而為的中止，即一般多以法蘭克公式所言：「縱使我能夠，我也不想要」加以說明。相反的，如果行為人係受到外在強制性因素的影響，被迫無奈而不得不中止，也就是「縱使我想要，我也不能夠」，則非中止未遂，而係障礙未遂。此外，如果行為人主觀上認為，欠缺期待的犯罪利益或無意義，而不再繼續其犯行，縱使客觀上仍有既遂之可能，亦非屬因己意而中止。

至於因己意中止的動機，通說認為，並不以值得稱讚或具有倫理道德價值者為必要。因此，行為人基於悔悟、良知譴責、同情、羞愧等而中止，固然屬於自願中止，但縱使是因為畏懼刑罰、擔心東窗事發等不值得稱讚或不具有倫理價值之事由，還是不排除中止未遂之成立⁹⁴。

(三) 準中止犯

如前所述，在既了未遂的情形，結果的不發生與積極的中止行為間須具有因果關係，始能成立中止未遂。然而，如果行為人於行為完成後以盡了防止結果發生的真摯努力，且結果也沒有發生，惟結果之不發生並非行

⁹¹ 參見本文，伍、(二)。

⁹² 參閱林山田，同註4，481頁以下；甘添貴／謝庭晃，同註4，240頁以下；林東茂，同註3，1-225；張麗卿，同註3，311頁以下。

⁹³ 關於「未了未遂」（著手中止）與「既了未遂」（實行中止）之區分，學說上向來有主觀說、客觀說等理論之爭，詳請參閱林山田，同註4，477頁以下；甘添貴／謝庭晃，同註4，242頁以下；陳子平，同註17，422頁以下。

⁹⁴ 少數意見認為，中止犯應以出於「倫理上的自我要求」為限，詳細說明參閱林東茂，同註3，1-227頁。

為人之積極的中止行為所造成，而是由於被害人自己或第三人行為所致。在此情況下，行為人是否仍可成立中止未遂而減免刑罰，於 2005 年刑法修正以前係存在著爭論。關於此，學說上有提出所謂準中止犯的概念，主張為了鼓勵行為人防止結果發生所作出的真摯努力，應該給予類似中止犯的減免刑罰的優待。

2005 年刑法修正便是將上述學說主張的想法予以落實而條文化，即於第 27 條後段規定：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」，其修正理由謂：「按行為人已著手於犯罪行為之實行終了後，而於結果發生前，已盡防止結果發生之誠摯努力，其結果之不發生，事實上係由於其他原因所致者，因其防止行為與結果不發生之間並無因果關係存在，固與以自己之行為防止結果發生之中止犯不同，惟就行為人衷心懊悔，對結果之發生已盡其防止能事之觀點而言，並無二致。為鼓勵犯人於結果發生之先儘早改過遷善，中止犯之條件允宜放寬……」由此可見，準中止犯與中止犯在成立要件方面之差異，僅在於前者之中止行為與結果之不發生間無需具有因果關係，而後者則需具有因果關係，其餘要件則完全相同。

二、大陸

(一) 犯罪中止的概念與特徵

大陸刑法第 24 條第 1 款規定：「在犯罪過程中，自動放棄犯罪或者自動有效地防止

結果發生的，是犯罪中止。」大陸刑法學者根據此一規定並結合大陸關於故意犯罪停止形態的理論認為，大陸刑法中所謂的犯罪中止，是指在犯罪過程中，行為人自動放棄犯罪或者自動有效地防止犯罪結果發生，而未完成犯罪的一種犯罪停止形態⁹⁵。依據此等概念，多數學者認為犯罪中止應具備以下幾個特徵⁹⁶：

1. 犯罪中止的時間性

如前所述，大陸刑法所規定的犯罪中止須發生在「犯罪過程中」，這就是所謂犯罪中止的時間性。依照大陸學者的說法，「犯罪過程中」具有兩個含義⁹⁷：(1) 排除了在預備行為以前的犯意表示階段和既遂成立以後存在犯罪中止的可能性。在預備行為以前的單純犯意表示階段，行為人的犯意表示尚未付諸行動，因此，不涉及中止的問題；在犯罪既遂成立之後，行為人的犯罪意圖已經實現，即使行為人有悔過之意，自動回復原狀或者挽回損失，但這種事後行為對犯罪既遂的成立沒有影響，沒有存在犯罪中止的餘地。(2) 「犯罪過程中」包括從預備行為開始到既遂以前的全部過程。在犯罪過程中以著手實行為中心點，著手實行以前是預備階段，著手實行以後是實行行為階段，在上述兩個階段都存在犯罪中止的形態。預備階段的中止，是指行為人在犯罪預備階段自動放棄著手實行犯罪。實行階段的中止，是指行為人在犯罪實行階段自動放棄繼續實行犯罪或自動有效地防止犯罪結果發生。

在犯罪預備階段的中止中，行為人的行

⁹⁵ 高銘暄／馬克昌主編，同註 3，172 頁。

⁹⁶ 王作富審定／周振想，同註 1，171 頁以下；李文燕主編，同註 5，187 頁以下；曲新久主編，同註 3，153 頁以下。另外也有學者關於犯罪中止的特徵，提到「時空性」、「自動性」與「徹底性」此三者，見高銘暄／馬克昌主編，同註 3，172 頁以下。

⁹⁷ 曲新久主編，同註 3，153 頁。



為還沒有進入著手實行的階段，當然不可能導致結果發生，因此不存在“自動有效地防止結果發生”的問題，而只存在“自動放棄犯罪”的問題；在實行階段的中止中，行為人的行為已經進入著手實行階段，已經具有發生結果的現實可能性，因此涉及“自動放棄”和“自動有效地防止犯罪結果發生”兩方面的問題。

2. 犯罪中止的自動性

犯罪中止的自動性，即行為人必須是自動停止犯罪，這是犯罪中止形態與犯罪的未遂形態與預備形態的根本區別所在，亦即，行為人自己認為可以繼續實行犯罪，但是出於本人的意願而自動停止實施犯罪⁹⁸。

犯罪中止可分為未實行終了的中止與實行終了的中止，大陸刑法學者認為，這兩種中止的自動性有一定的差異。依照學者的說法，未實行終了的中止，又稱為著手中止，是指著手實行以後實行終了以前，放棄了繼續實行犯罪的情況。在此階段，只要行為人以消極的形式停止繼續實施犯罪行為即可。實行終了的中止，又稱為實行中止，是指已經實行終了以後結果發生以前，防止結果發生的情況。在此階段，因為實行行為已經終了，中止“自動性”的內容不是自動放棄犯罪，而是行為人自動為防止結果的發生作出積極的努力，並防止了結果的發生⁹⁹。

至於如何判斷行為人之未完成犯罪是否出於自動性？學說上多數認為，應作廣義的辯證的理解，而不能只限於真誠徹底悔罪才

行，也不宜一概排斥存有客觀不利因素的情況¹⁰⁰。即引起行為人自動放棄犯罪的起因，可以包括主客觀方面多種多樣的因素，有的是行為人真誠悔悟，不願繼續犯罪；有的是由於他人的規勸、教育或斥責，思想起了變化；有的是對被害人產生了同情和憐憫；有的是懾於法的威嚴和法網難逃，懼怕日後罪刑暴露受到懲罰；有的是遇到對犯罪完成有輕微不利的客觀因素，同時又有上述某種因素的影響。但是這些不同因素只是反映行為人中止犯罪的不同悔悟程度，而與是否具備自動性、是否成立中止犯罪無關¹⁰¹。

3. 犯罪中止的有效性

依據學者的說法，犯罪中止的成立，必須沒有發生行為人所追求的犯罪結果，因此要求行為人在犯罪完成以前，自動放棄犯罪或者有效地防止結果發生。首先，中止的有效性要求行為人必須徹底地“自動放棄犯罪”，即放棄行為人當初意圖實現的犯罪。在預備中止的情況下，行為人自動不實行著手即可；在著手中止的情況下，行為人必須停止繼續實行犯罪；在實行中止的情況下，行為人僅僅自動放棄犯罪還不夠，還必須積極的防止結果發生¹⁰²。

(二) 犯罪中止的處罰

大陸刑法第24條第2款規定：「對於中止犯，沒有造成損害的，應當免除處罰；造成損害的，應當減輕處罰。」是採取所謂必減免制。根據此一規定，是否造成損害，是對中止犯予以免除處罰或減輕處罰的依據¹⁰³。

⁹⁸ 高銘暄／馬克昌主編，同註3，172頁；曲新久主編，同註3，154頁。

⁹⁹ 曲新久主編，同註3，154頁。

¹⁰⁰ 趙秉志，同註4，231頁；高銘暄／馬克昌主編，同註3，173頁。

¹⁰¹ 高銘暄／馬克昌主編，同註3，173頁。

¹⁰² 曲新久主編，同註3，155頁。

¹⁰³ 高銘暄／馬克昌主編，同註3，176頁。

大陸刑法學者認為，中止犯主觀惡性較小，客觀上防止了法定危害結果的發生，實際損害即便發生，一般也較輕微，因此，其社會危害性與人身危險性都較之預備犯、未遂犯、既遂犯要較小。同時，從刑事政策與預防犯罪的角度考慮，刑法規定對中止犯應當減輕或免除處罰¹⁰⁴。

處罰中止犯應首先確定是否造成損害，從而決定對中止犯是免除處罰還是減輕處罰。大陸刑法條文中的所謂「造成損害」，學者認為，是指中止犯所造成的法定危害結果以外的一切實際損害，例如，故意殺人者雖然中止了殺人行為，但已將被害人砍傷等情況，便屬於「造成損害」¹⁰⁵。

捌、犯罪完成（結果發生）（犯罪既遂）

一、台灣

如果行為人已經著手實行，而且完全實現構成要件的内容，則犯罪即屬既遂，成立既遂犯，這一點在我國刑法界毫無疑問。而且依照通說，犯罪既遂之成立，會因為犯罪類型之不同而有所差異¹⁰⁶：

在行為犯的情形，行為人只要實行完成客觀不法構成要件所描述的行為，犯罪便屬既遂。而在結果犯的情形，行為人除了須完成構成要件行為之外，還須有構成要件結

果發生，而且行為與結果之間須具有因果關係與客觀可歸責性。倘若雖有結果發生，但是行為與結果之間欠缺因果關係，或者行為對於結果欠缺客觀可歸責性，則仍屬未遂。

二、大陸

依照大陸通說，犯罪既遂是指犯罪的完成形態。有關犯罪完成形態的判斷標準，儘管不少文獻提到，有所謂「犯罪目的實現說」、「犯罪結果發生說」、「犯罪構成要件齊備說」，不過大陸刑法界一致採取「犯罪構成要件齊備說」，亦即所謂犯罪既遂或犯罪完成形態，是指行為人所故意實施的行為已經具備了某種犯罪構成的全部要件¹⁰⁷。因為「犯罪目的實現說」與「犯罪結果發生說」並無法充分作為犯罪既遂與未遂之區別標準，例如有些犯罪，其犯罪目的雖然沒有達成或者犯罪結果雖然沒有發生，但是從刑法分則的規定來看，已經是既遂了¹⁰⁸。

由於大陸刑法規定的具體犯罪達四百餘種，因此，一般認為，犯罪行為複雜多樣，各個具體的犯罪有各自不同的特點，有關犯罪的既遂問題的認定，要根據不同犯罪的構成要件來作具體的分析確定¹⁰⁹。不過多數學者認為，犯罪既遂還是可以區分以下幾種形態¹¹⁰：

1. 結果犯的既遂。結果犯，是指以法定

¹⁰⁴ 李文燕主編，同註 5，189 頁；楊春洗／楊敦先主編，同註 3，124 頁。

¹⁰⁵ 李文燕主編，同註 5，190 頁。

¹⁰⁶ 林山田，同註 4，456 頁。

¹⁰⁷ 王作富審定／周振想，同註 1，164 頁；楊春洗／楊敦先主編，同註 3，111 頁；肖揚主編，同註 5，150 頁；高銘暄／馬克昌主編，同註 3，160 頁；李文燕主編，同註 5，178 頁。

¹⁰⁸ 肖揚主編，同註 5，151 頁。

¹⁰⁹ 王作富審定／周振想，同註 1，164 頁；楊春洗／楊敦先主編，同註 3，111 頁。

¹¹⁰ 王作富審定／周振想，同註 1，165 頁；楊春洗／楊敦先主編，同註 3，111 頁；李文燕主編，同註 5，179 頁。



的危害結果作為犯罪構成客觀方面的必要條件的犯罪。其既遂，只有在犯罪行為已導致法定危害結果的發生時，才能構成。

2. 行為犯的既遂。行為犯，是指以實行法定的犯罪行為作為犯罪構成必要條件的犯罪。這些犯罪，只要行為人實施了法定的行為，就構成了既遂，無需造成物質性和有形的犯罪結果。
3. 危險犯的既遂。危險犯，是指實施了刑法分則所規定的足以發生某種危害後果的危險的犯罪。這種犯罪，即使危害後果尚未發生，也構成犯罪既遂。危險犯主要是一些危害公共安全的犯罪，例如放火罪、決水罪爆炸罪、投毒罪、破壞交通設備罪等。

玖、兩岸關於犯罪行為階段（形態）處罰之異同

綜前所述，兩岸關於犯罪行為階段（形態）之處罰，除了前述基本思維的差異外¹¹¹，在具體內容上的主要相同與相異之處，分別整理如次：

一、就犯意形成或犯意表示而言

就犯意形成而言，兩岸的刑法學理主張與刑法規定同樣都基於思想無罪原則而未加以處罰。

而在犯意表示方面，我國刑法原則上並未加以處罰，但是針對少數重大犯罪設有陰謀犯之處罰，因此，如果犯意表示達到所謂陰謀的程度，是有處罰的可能。相對的，大陸現行刑法並無陰謀犯的處罰規定，只不過在少數犯罪中，係有針對所謂「組織、策劃」

的行為加以處罰。

二、就犯罪預備而言

就犯罪預備而言，我國刑法以不處罰預備行為為原則，只有在少數例外的情形，始針對某些重大法益的犯罪設有預備犯的處罰規定，並均有獨立的法定刑，但對於所謂預備卻是沒有立法定義。

相反的，依照大陸刑法的規定，所有的犯罪預備行為原則上應該是可罰的，同時大陸刑法對於所謂犯罪預備係有所定義。此外，依據大陸刑法學者的解釋以及司法實踐的經驗，所謂犯罪預備涵蓋的範圍相當廣泛，甚至包括進行犯罪預謀、擬定犯罪計畫、勾引集結共同犯罪人。對於犯罪預備的處罰，大陸刑法並未設有獨立的法定刑，而是「可以比照既遂犯從輕、減輕處罰或者免除處罰」。

三、就著手實行未遂（犯罪未遂）而言

我國刑法與大陸刑法對於（普通）未遂犯或犯罪未遂均有所定義，而且定義雖然不完全一樣，但同樣都強調須已達著手實行的程度。此外，兩者在處罰的設計上也是一樣，其可以和既遂犯作相同處罰，也可以較既遂犯為輕。

至於兩者相異之處主要有：

1. 我國刑法有關既遂犯與未遂犯之處罰，依照通說，係以處罰既遂犯為原則，處罰未遂犯為例外，未遂犯之處罰須在刑法分則之中另有明文規定；相反的，大陸刑法對於既遂犯與未遂犯之處罰，並無如此區分，換言之，所有犯罪的未遂犯都是可罰的，刑法分則當中並無未遂犯處罰的特別規定¹¹²。

¹¹¹ 參見本文，貳。

2. 我國刑法第 25 條，一般認為，係屬於普通未遂（障礙未遂）的規定，並沒有包含不能未遂，不能未遂乃是規定於刑法第 26 條；相對的，大陸刑法並沒有不能未遂的規定，而且大陸刑法界所稱的不能犯未遂係屬於第 23 條犯罪未遂的下位概念。
3. 有關著手實行的認定，我國多數意見係採取主客觀混合說，但大陸通說的說法是「犯罪實行行為的著手是主客觀相統一的概念，是指行為人已經開始實施刑法分則規定的具體犯罪構成客觀方面的行為」，既不是主客觀混合說，也不是客觀說，更不是主觀說，非常獨特。
4. 關於普通未遂的原因，我國通說認為，其與不能未遂、中止未遂的原因有所區別，只是究竟如何區別，我國刑法並沒有清楚規定，以致於爭論不斷；相反的，大陸刑法則是明白規定犯罪未遂是由於「犯罪份子意志以外的原因」所致，看起來似乎較為簡單明瞭。

四、就不能未遂（不能犯未遂）而言

關於不能未遂或不能犯未遂，我國刑法雖有明文規定不罰，但是從不能未遂之成立要件應如何理解、是否已達「著手實行」、對於「有無危險」應如何具體適用、如何理解「不罰」之義涵，乃至於應否不罰等等，我國刑法界充滿爭議，已如前述。

相反的，大陸刑法雖然沒有不能犯未遂

之另外規定，不過大陸刑法界之理解並沒有多少爭議，通說認為，不能犯未遂與能犯未遂均屬於未遂犯之一種，兩者之差別在於前者實際上不可能既遂，後者是有可能既遂，因此，在量刑上應注意到不能犯未遂的社會危害性低於能犯未遂。不過我們從大陸文獻上所舉的例子可以發現，不管是工具不能犯未遂（如誤用空槍去射殺）或對象不能未遂（如誤認屍體為活人），依照我國刑法學界之判斷（無論是採具體危險說或重大無知說），很可能大部分係屬於普通未遂而非不能未遂。

五、就中止未遂或犯罪中止而言

我國刑法所稱之中止未遂（中止犯）與大陸刑法所稱之犯罪中止，有其相同或類似之處，但也有其相異之處。相同或類似之處是在於：

1. 兩者都是著眼於行為人係由於「自願」或「自動」中止犯罪，基於刑事政策與犯罪預防的角度而認為，應當予以刑罰減免的優惠作為獎勵。而且，「自願」或「自動」中止犯罪之動機，依照通說，並不以衷心悔悟等倫理道德上值得讚揚者為限。
2. 兩者都依「著手中止」（未實行終了的中止）與「實行中止」（實行終了的中止）而對中止行為有不同程度的要求。
3. 兩者都要求行為人必須完全永久或徹底有效地中止犯罪。

至於相異之處則有：

¹¹² 少數意見如張明楷教授認為：「在我國，表面上任何一種故意犯罪都有成立未遂犯的可能性，但事實上並非如此。換言之，刑法文字上似乎處罰所有故意犯罪的未遂，但實際上未遂犯的處罰具有例外性。」（氏著，同註 3，284 頁）

1. 我國刑法之中止未遂係指著手實行以後，著手實行以前的中止並無規定；而大陸刑法之犯罪中止並未僅限於著手實行以後，亦包括預備階段的中止。
2. 我國刑法設有準中止犯以及數人犯罪之中止之規定，大陸刑法則無此類似規定，學說上也少有人主張。
3. 關於中止未遂之法律效果，我國刑法係規定「必減輕或免除其刑」，惟究竟應「減輕」或「免除」，係由法官針對個案之具體情形加以裁量；至於犯罪中止之法律效果，依照大陸刑法的規定，雖然也是「應當減輕或免除處罰」，不過其明白表示：「沒有造成損害的，應當免除處罰；造成損害的，應當減輕處罰」，法官之裁量空間相對地受到限制。

六、就犯罪既遂而言

儘管兩岸刑法分則所規定的各種具體犯罪的種類形態有相當差異，而且學理上有關犯罪類型之區分說明也經常南轅北轍，不過兩岸刑法界對於犯罪既遂的理解倒是相當一致，都是指犯罪構成要件的完全實現（具備）。

拾、結語

我國現行刑法的規定、學說理論的發展、刑事司法實務的見解革新等，固然還存在不少的努力空間，不過相較於大陸而言，總體來說，應該算是比較進步的，此就兩岸關於犯罪行為階段（形態）處罰之立法設計與學

說理論的狀況以觀，也是如此。

大陸刑法的創制，誠如大陸刑法學者自己所言，是經歷了一個漫長而曲折的歷程¹¹³，一直到1997年大陸刑法才具備了近代法治國家應有的雛形（典型的例子，即罪刑法定原則的確立）。所以，儘管近十幾年來大陸在各方面的進步極為神速，不過在刑事法的理論與實務方面，仍與西方現代法治國家有一大段距離。以本文所處理的主題為例，大陸現行法的規定，其實還是完全承繼1979刑法的內容¹¹⁴，並無有所突破進展。

兩岸經過長達半世紀以上的敵對、競爭、交流、合作，台灣現在所擁有的優勢與強項已所剩無幾，法律制度，特別是在刑事法方面，應該算是難得的優勢與強項之一，希望我輩刑事法的教學研究者，切莫自滿，大家共同持續精進改革，以期兩岸之間能有更為良好的競爭與合作。

¹¹³ 高銘暄／馬克昌，同註3，10頁。

¹¹⁴ 趙秉志，同註4，23頁。

參考文獻

- 一、王作富審定／周振想，《刑法學教程》，中國人民公安大學出版社，1997 年 12 月。
- 二、甘添貴／謝庭晃，《捷徑刑法總論》，作者自發行，2006 年 9 月。
- 三、曲新久主編，《刑法學》，中國政法大學出版社，2008 年 9 月。
- 四、李文燕主編，《中國刑法學》，中國人民公安大學出版社，1998 年 2 月。
- 五、肖揚主編，《中國新刑法學》，中國人民公安大學出版社，1998 年 2 月。
- 六、林山田，《刑法通論（上）》，作者自發行，2008 年 1 月。
- 七、林山田，《刑法通論（下）》，作者自發行，2008 年 1 月。
- 八、林東茂，《刑法綜覽》，一品文化出版社，2007 年 9 月。
- 九、林鈺雄，《新刑法總則》，作者自發行，2006 年 9 月。
- 十、高銘暄／馬克昌主編，《刑法學》，北京大學出版社，2008 年 6 月。
- 十一、楊春洗／楊敦先主編，《中國刑法論》，北京大學出版社，1998 年 2 月。
- 十二、陳興良，《口授刑法學》，中國人民大學出版社，2007 年 6 月。
- 十三、陳子平，《刑法總論》，著者自發行，2008 年 9 月。
- 十四、張麗卿，《刑法總則理論與運用》，五南圖書公司，2007 年 9 月。
- 十五、張明楷，《刑法學》，法律出版社，2008 年 10 月，277 頁。
- 十六、張永江，《未遂犯研究》，法律出版社，2008 年 4 月。
- 十七、韓忠謨，《刑法原理》，作者自發行，1981 年 5 月。
- 十八、黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，楊雅惠發行，2006 年 9 月。
- 十九、黃常仁，《刑法總論》，著者自發行，2009 年 1 月。
- 二十、趙秉志，《犯罪未遂形態研究》，中國人民大學出版社，2008 年 1 月。