



法學啟蒙叢書

刑法系列

未遂與犯罪參與

蕭宏宜 著

CRIMINAL LAW
CRIMINAL LAW
CRIMINAL LAW

三民書局



法學啟蒙叢書

刑法系列

未遂與犯罪參與

蕭宏宜 著

CRIMINAL LAW

CRIMINAL LA

國家圖書館出版品預行編目資料

未遂與犯罪參與 / 蕭宏宜著. — 初版一刷. — 臺北市: 三民, 2015

面; 公分. — (法學啟蒙叢書)

ISBN 978-957-14-4613-4 (平裝)

1. 刑法 2. 未遂罪 3. 共犯

585.15

104011622

◎ 未遂與犯罪參與

著作人 蕭宏宜
責任編輯 王怡婷
美術設計 黃宥慈

發行人 劉振強
著作財產權人 三民書局股份有限公司
發行所 三民書局股份有限公司
地址 臺北市復興北路386號
電話 (02)25006600
郵撥帳號 0009998-5

門市部 (復北店) 臺北市復興北路386號
(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2015年7月
編號 S 586230

行政院新聞局登記證局臺業字第〇二〇〇號

有著作權，不得侵害

ISBN 978-957-14-4613-4 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

推薦序

這本書有兩個主題：未遂犯以及犯罪的參與。凡涉及這兩個主題的刑法解釋學問題，書裡大致上都做了討論。這兩個主題的內容，各自都可以成為很深入的學術論文。讀者如果閱讀一般教科書而無法滿足，也許可以從這本書得到回答或思考如何回答。作者在刑法解釋學上的耕耘已有多年，對於各種爭議問題早有定見，而且具有說服力。

法律上的說服力，難免受所佔位置的影響，喜歡賣弄名詞的人說這是「話語權」。許多人想要成為眾所矚目的焦點，目的就是要爭取這個發言的影響力，在媒體上、在網路上、在社會事件上博取注意，忙碌異常。不少藝人想要出名，用心露點，藉機製造新聞，有些學人的努力方向與藝人一樣。不過，敲鑼打鼓營造出來的影響力無法長久。

法律上的說服力必須依賴深刻思考，整理分析眾多的相關意見，再醞釀與轉化。這些都需要安靜的功夫。知止，而後有定，定而後能靜，靜而後能安，安而後能慮，慮而後能得。定靜安慮得的前提，即為「知止」。知止，就是不妄圖向外追求。

宏宜與我結識多年，在不妄圖向外追求的這一點上，不免沾染一些我的習性。他的刑法功底紮實，累積的學術能量很巨大，自然也與知止有關。他在自序裡提到，「在三年的寫寫停停中，總算完成了這本薄書」，好像不是學術能量巨大的寫照。近幾年來，他的絕大部分時間用來陪伴兩個小孩成長，勇於承擔，只能利用殘存的精力寫論文。如果不是受限於客觀條件，薄書哪裡需要三年的時間。

林東茂

2015.7

自序

在三年的寫寫停停中，總算完成了這本薄書。

我曾經深刻期許自己的生命，可以如林東茂老師一般，化身為在幽暗樹叢間輕輕踱步的靈魂，不但能以四四拍子的慢板，在生活中緩緩行步，又能是如歌的行板，一路悠然。可惜我終究沒他的道行深厚。看著午後的燠熱陽光在風裡曳行，記憶裡的悲歡頓挫、點點滴滴，當下深鏤於心。

生命確實給過我們許多，好讓我們重複不停的棄置、撿拾與荒廢。只有在重新回想的此刻，才能安靜的明白，組成記憶的要素，竟是如此簡單，卻，又如此艱難。將記憶釘死，所有的狂喜與刺痛，就是這樣了。

蕭宏宜
2015.7

未遂與 犯罪參與

目次

■ 推薦序

■ 自序

■ 壹、導讀

- | | |
|-----------|-----|
| 一、刑法是什麼 | 001 |
| 二、入罪與法益保護 | 004 |
| 三、刑法的解釋 | 006 |
| | 012 |

■ 貳、故意作為犯的未遂

- | | |
|----------------|-----|
| 一、概說 | 019 |
| 二、犯罪的不同階段與未遂檢驗 | 019 |
| 三、未遂犯的處罰基礎及其影響 | 023 |
| 四、著手實行的判準與實務操作 | 029 |
| (一)著手概念與構成要件行為 | 034 |
| (二)檢視著手時點的司法實踐 | 035 |
| 五、行為無危險的不能犯 | 037 |
| (一)主、客觀未遂論的交鋒 | 043 |
| | 045 |

(二)行為危險性有無的判斷 046

(三)迷信犯的問題 053

六、自願放棄實行的中止犯 059

(一)「己意」的時點與判準 063

(二)準中止犯 071

(三)中止犯的適用範圍 075

■ 參、故意作為犯的犯罪參與 081

一、概 說 081

(一)單一正犯概念 082

(二)二元參與體系 084

二、正犯與共犯的區別 087

(一)形式客觀理論 091

(二)極端主觀理論（故意說） 092

(三)修正主觀理論（利益說） 093

(四)實質客觀理論——犯罪支配 094

(五)規範結合理論 097

三、共同正犯 099

(一)概念與要件 102

(二)個別的問題 111

四、間接正犯 131

(一)概念與範圍 132

(二)相關的爭議	137
五、共 犯	151
(一)共犯從屬與未遂教唆	152
(二)教唆犯	158
(三)幫助犯	180
六、欠缺特殊身分或關係的犯罪參與	196
七、必要的參與犯	203
(一)概念說明	203
(二)刑罰限制問題	206
八、犯罪參與的中止問題	209
(一)概 說	209
(二)犯罪參與關係的脫離	211

壹 導 讀

法律知識通常被認為不可親近。作為大學常規課程的法律知識，因為一般人誤以為「它」非常「專業」、令人敬畏的異常複雜，搞不好還想過法律系的學生，從一出生就已經準備好要念法條了，而產生許多執念。法律知識的缺乏親切感，甚至誤把法律人當成法條人，多少與這個知識的本質有關，以刑法而言，由電影魔戒中的「亞拉岡」(Viggo Mortensen) 所主演的末路浩劫 (*The Road*) 呈現出沈重的末日世界景象：如果這個世界上只剩下你，即便在生活上會面臨許多的艱難，卻不會有「法律」問題，但只要再加入另一個人，立馬出現潛在的衝突可能，而必須尋求解決方法。

從人類的歷史觀察，暴力是其中一種可行的方案，可惜這絕對稱不上是個好方法，道理很簡單：稍不小心，人類的世界又將回縮為一個人，甚至不剩半個。有沒有其他的解決方式？摸索過後，我們發現：透過制訂規則，以和平的方式處理彼此間衝突的慾望，讓大家知道必須怎麼做與拒絕這樣做的後果，或許更好，「法律」因此在文明社會生根。

必須注意的是，刑法規範固然來自於具有民意基礎的立法機關，並且透過警察的執行將其效力具體化，不過，由於認定事實、適用法律的權限掌握在法官手上，也因此，生活上所發生種種事件最終會否成為刑法上的犯罪，

關鍵往往不是抽象的法條文字，而在於透過判決所體現出來的規範操作。同時，如果在時間與空間上進行考察，我國現行的基本法律規範，如民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法等，其體例與規範內容大致沿襲自民國初年的立法模式。從清末西化以來，不論日、韓或我國，均大量自歐洲，尤其法國與德國，繼受法律制度，我國亦隨著國民政府播遷，幾近全盤移植^①。

詳細的說，我國固然與美、英等國不同，並非以判例法 (case law) 為主體，而是以成文法或制定法的方式形成法律制度，但基於審級制度、法律適用的安定性與可預見性等要求的緣故，「判決先例」(stare decisis) 仍是司法活動中的重要基石。也因此，就我國而言，最高法院每年所做的數千則判決，對於下級法院與從事法律活動的人而言，在解釋和適用法律時，不僅具有相當的重要性，其中被最高法院所挑選出來的少數「判例」，實質上更產生莫大的拘束力。這又形成了有趣的現象：所謂「橘逾淮為枳」，透過自身的司法系統運作後，即便法律條文與制度參考其他國家，在社會環境與政治文化交互作用下，西方法治觀念卻已在我國生根茁壯。

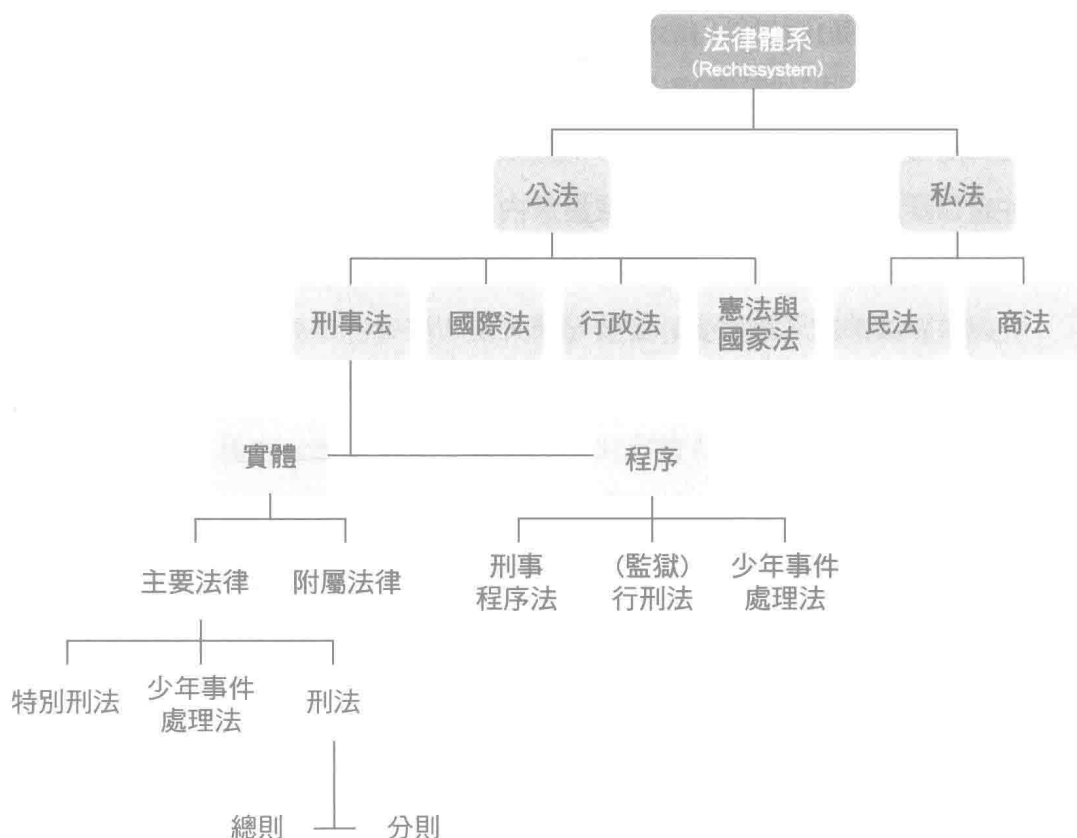
此外，從今天的角度看，1928 年的舊刑法實際上是清末以來刑事立法實踐的持續，是暫行新刑律和中華民國刑法間的過渡。主要的進步之處在於：不論罪刑法定原則、正當防衛與緊急避難要件、故意與過失的概念等，均吸

① 現代刑法的誕生過程大致是：日本學者岡田朝太郎於明治維新後，飄洋過海到清朝協助制訂清末的大清新刑律（1908 年完成，但由於守舊派的反對，直到 1911 年 1 月 25 日才頒布施行），以德國式的大陸法系架構作為刑法體例，一方面區分總則與分則，另一方面在刑罰制度上全面現代化。這部法典的大部分內容其後分別被北洋政府（1912 年的暫行新刑律及之後的兩次刑法修正草案）與南京國民政府（1928 年中華民國（舊）刑法和 1935 年中華民國刑法）繼承，並隨著第二次世界大戰後臺灣光復與中華民國的轉進，適用迄今。詳細的說明，可參閱黃源盛教授巨著《晚清民國刑事立法史料輯註》、《法律繼受與近代中國法》。概要可見黃源盛，〈古今之間一線牽〉，《月旦法學雜誌》，第 181 期，頁 306 以下。

收了當時最新的刑法理論與國際潮流，卻也仍存在諸多過度尊崇倫理而與現代法治精神相悖的立法，如：強姦罪與通姦罪都是以男性為唯一的規範對象，有違男女平等原則；對殺害直系血親尊親屬的處罰甚至重於一般殺人罪等。至於 1935 年的新刑法除了持續參酌外國立法例（如 1931 年的日本刑法修正案、1927 年德國刑法草案），更重要的是建立雙軌的刑事制裁體系，增設了「保安處分」專章，作為刑罰以外的其他刑法回應手段。可惜的是，許多過度注重倫理的罪名不僅依舊，甚且對於內亂罪及「陰謀」的處罰，更難脫思想刑法的疑慮。

拉拉雜雜的說了這麼多，主要是想提醒初學者：由於我們受到德、日的影響極深，故而在「行為是否成立犯罪」的判斷過程中，使用了極多乍看之下略帶艱澀的專有名詞，這也導致「法學」，尤其是刑法，大抵看起來都成了「萬仞群峰」。就此，我認為心態很重要；我們不應該畏其高峻，而倉皇躲開，當然也不應該只看個兩眼，就誤以為已經瞭如指掌。我們所能做的，是尊敬地、在山腳下仰視、勤快地在山道口打聽，簡單說來，就是「知道點」。

一、刑法是什麼



撇開與法律有關的基礎研究，如法律史、法哲學、法理論與法社會學等，我們可以簡單將立法院三讀通過的「法律」，區分為公法與私法兩大領域。由上圖可知，刑法屬於公法的一部分，有趣的是，對於何謂公法與私法，念法律的人吵了百年，還是無法清楚予以界分^②。此外，上面所提到的法律規範，

^② 簡單（粗糙）的說法是：公法與私法之間，除了法律規範與適用的差異外，更有其不同的救濟程序及管轄法院；原則上，公法規範國家（或取得國家授權的機構）公權力的行使行

若牽涉到權利義務的內容與規整，又稱為「實體法」；與此相對，如果法律規範的內容只是一些規則與程序，用以確定或實現實體法，則稱之為「程序法」，如刑事訴訟法、民事訴訟法、行政訴訟法、仲裁法等，程序的參與者因此得以知曉流程的運作與參與時的權利義務。此外，不論是哪一種法律爭訟，通常都有「審級」制度的問題。簡單說，除非極端的例外，民事、刑事還是行政訴訟，都不會只提供給人民一次的審判機會而已；透過彼此獨立、不同審級的法院，不管告人的與挨告的，都擁有多次救濟的管道，可以讓同一個案件，經由不同法院的不同法官，再做數次判斷。

回到「刑法是什麼？」的問題。人類生活的種種目標，往往必須借助思考來發現；刑法的意義除了貫徹所謂「老天爺所決定的」善與惡之外，作為生活的共識，更是決定社會中的個人、群體、國家如何行動的準則。某程度上，人們對刑法抱有很高的期望，尤其在受到欺壓的時候。問題是，我們卻從來不關心，那些我們所謂的「權利」，是怎麼來的？現代國家普遍透過立法的方式，廣泛的介入我們的生活，小至開車要綁安全帶、騎車要戴安全帽，大至身體、自由、財產，甚至生命的限制與剝奪；我們總是在感覺沒有規範的時候，期待制定法律以解決紛爭，卻又不斷的抱怨法律的繁瑣與不公，於是，刑法就在渴望與失望之間，弔詭的反覆繚繞。然而，刑法給人的種種表面印象，未必真確的反應刑法能夠做什麼。

刑法主要處理兩件事：一、人的行為是否構成犯罪？二、如果犯了罪，刑法又該如何反應？換句話說，關鍵在於犯罪成立的條件與違反刑法後的代價。面對偏差行為，若要說刑法有什麼功能，大抵是作為社會控制的手段或工具。因為「法律之前，人人平等」，社會實際存在的階層差異，在刑法上若能得到公平的對待，下階層者對於法律體系與價值觀念自然不易產生疏離；

為和國家與人民間的法律關係；私法不涉及國家，而純粹處理私人間的法律關係。

同時，刑法規範作為一種外在抑制，更能產生防止個人從事偏差行為的效果。

就本書的內容而言，主要在於闡述不同的犯罪型態與成立條件。詳細點說，刑法分則規定各色各樣的犯罪，刑法總則不僅予以分類，還透過繼受自德國的三階層犯罪論體系，以「構成要件該當性」的概念，對犯罪成立的最基本條件，做出要求。這裡，我們大致上必須瞭解：做壞事不一定會成功，萬一「心想事成」，刑法要不要介入這個已經「殘念」的狀態，自然必須考量到失敗的原因，做出不同的反應。當然，做壞事不一定什麼細節都得親自動手，也可以呼朋引伴、甚至控制、唆使、鼓勵別人去做，這種好幾個人參與犯罪實行的情形，即屬於「正犯與共犯」的問題。凡此，都會在這本小書中略做討論與說明，並嘗試針對刑法的若干重要概念與主題，提供學習者一個有限的框架與特定的角度，抱著多少知道點的前提，於群峰中標劃一條簡明線路。



二、入罪與法益保護



【侵吞筆記案】考期將屆，甲知同學乙平日頗為用功，乃向其洽商上課筆記，希能一解燃眉之急。甲借到手後，越讀越覺得受用，乃開口希望乙能割愛，乙以此為心血之所繫，嚴詞拒絕。請問：如果甲一氣之下，決定「寧為玉碎、不為瓦全」而將其撕毀，後果如何？如果甲於清償期屆至時，面告乙「有嗎？我有跟你借過嗎？」，又該如何？

刑法決定人的行為是否構成犯罪，並且對犯罪使用刑罰予以處罰。有疑問的是，日常生活中的事實，透過什麼樣的機制，竟然成為刑法所規定的犯

罪事實？

從書籍的毀損或拒絕返還的結果來看，甲的行為明顯對乙的財產造成侵害，依照民法的規定，乙應該可以（主張侵權行為）要求甲對其損害做出賠償。然而，金錢不僅在現實世界裡並非萬能，在法律中亦然。已碎的花瓶，無論如何也難以一如原初；由人，尤其是被害人的感覺來說，如果可以選擇，寧可不要事後補償，而希望一切如故。可惜的是，法律，尤其刑法，無能為力。

不過，如果說人在社會生存與發展需要一些必要的條件，那麼，對諸如生命、身體、自由（性自由）、名譽、隱私、財產所為的擾動與侵害，就未必能被大家所接受了。這個時候，國家必須適時現身，並且透過法律規範與司法制度，提供進一步的保障與解決途徑。刑法，大致上就是在「無法滿足於只是賠償」的前提之下，為了對重要利益做出足夠保護，而可以做的立法選擇；使用刑罰，是解決問題的最後手段。

當然，難以迴避的兩個疑問是：究竟是什麼標準，決定將特定的生活事實以「重要利益」與「難以忍受」為由，予以犯罪化？以「刑罰」作為犯罪的回應方式，是否真能解決問題？如果我們從小時候就知道：「不應該隨便毀棄、損壞或拿走不是自己的東西」，那麼在社會化的過程中，毀損或侵占便會被認為是一種偏差的行為，並且進一步以刑罰的途徑，宣告應得的社會倫理譴責。然而，為什麼要立法保護財產？又是為了什麼原因必須要處罰？

在今日的社會制度裡，於刑法以外，我們已同時擁有其他多種方式，對於違反行為規範者予以反應，比如，我們可以藉由對身體的直接強制以建立或回復合法狀態、賠償或補償損失、解除或終止法律關係等。刑罰作為特別的國家強制手段，除了對被強制的對象進行譴責，即在於讓其承受生活利益上的若干重大損失^③。我們可以說，制裁措施與社會行為規範間具有不可分

割的緊密關係；透過刑罰，不僅社會基本價值與法律威信得以維繫，事實上，日益複雜的社會關係也需要更強硬的手段，以對應潛藏的危險，因此，「入罪」的原因，不論是否來自長久以來的所謂社會倫理道德，為了貫徹立法者的價值判斷所形成的政策，藉口都是：對於保障社會的共同生活，也就是個人與個人、個人與團體、甚至不同團體間的互動，有其無法取代的重要性。

因為這樣的原因，前人創造出所謂「法益」的概念，不僅成為刑法保護的對象，更以此作為實現公共福祉與維持共同秩序的手段，發展出更多的國家或社會法益。與國家有關者，如：國家的組成與存續（自由民主與國家機密）、國家的公務執行（行使公權力的公正性與不受干擾）；與社會有關的法益，如：司法制度的有效運作、公眾往來的生活安全與交易安全，甚至社會善良風俗^④等。雖然如此，不論犯罪與否的決定是來自於社會長時期所累積的負面意識（而成為自然犯），抑或單純是立法者為貫徹特定目的，而將某些事實以刑事法律規定為犯罪（所謂「法定犯」），其決定的基準何在，仍不清楚，而有進一步究明的必要。

「法益」的概念雖受到廣泛的承認與使用，如何對其內涵加以說明與定義，至今卻仍莫衷一是。事實上，作為對具體生活利益的描述方式，當然是指可以帶來什麼好處，如果沒有可能無法滿足的不利益，自無所謂利益可言。利益之所以無法滿足，前已提及，根本的原因在於人與人之間，也就是由多數利益主體所組成的社會，必須面對衝突與分配的問題，因此，法益自然必

^③ Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 6. Aufl., 2011, §1 Rn. 2.

^④ 舉例而言，刑法第246條規定：「對於壇廟、寺觀、教堂、墳墓或公眾紀念處所，公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。妨害喪、葬、祭禮、說教、禮拜者，亦同。」由維護善良風俗（尊重宗教）出發，法益保護的明確性已有疑慮，第2項的網羅範圍更加包山包海，顯有不當。

須與社會損害連結⁵；侵害法益，就是製造社會損害，法益只是一個操作工具而已。換句話說，決定「人民營社會生活所需要的利益」的是情緒，而人對現實不滿的情緒，來自於比較，而不是對應於現實生活條件本身；法益保護原則對於刑法的使用只是必要條件，並非充分條件，如果法益的基本概念是利益，作為刑事立法的限制，不應有欠缺保護合理利益的刑事立法⁶。也因此，儘管「法益」概念在當代受到圍剿，但在刑法解釋上，迄今已難被拋棄；釐清各類犯罪構成要件所涵蓋的法益，仍是重要的刑法分則問題⁷，否則將使刑法失去其理性控制⁸。

有趣的現象是，一個在社會倫理上值得譴責的偏差行為，如隨地小便、半夜練歌，甚至踩在公用馬桶上如廁、把圖書館禁止外借的書籍隱匿等，基於刑法的「最後手段性」特質⁹，並未成為刑法規範的內容；相反的，刑法

⁵ 參考許玉秀，〈刑法的任務——與效能論的小小對話〉，《刑事法雜誌》，第47卷第2期，頁5。

⁶ 參考黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2012，頁21。

⁷ 法益概念縱使不以之作為憲法限制刑事立法的工具，依然可以發揮作用——控制禁止內容，且涉及法律解釋時，法益的確定不僅是內在體系的，也可以形成歸責輪廓的焦點，並把憲法的自由基本思想直接導入法律的解釋，透過「犯罪結構的法益分析」，不僅立法者的違憲決定無所遁形，亦可以作為法律解釋的基礎——再一次部分呈現最後手段原則。Vgl. Schünemann, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Roland Hefendehl et al. eds., 2003, S. 134.

⁸ Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O. (Fn. 3.), §1 Rn. 13. 深刻的中文文獻說明，如：許恆達，〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，第197期，頁134以下；周漾沂，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，第41卷第3期，頁981以下；Claus Roxin 著，許綏捷譯，〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，第211期，頁257以下。