

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：張麗卿博士

中止犯之研究

A Study on Discontinuance of A Crime

研究生：林士勳

中華民國105年7月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生

君所提之論文：

中止犯之研究

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

林東啟

林長卿

王龍軒

105 年 7 月 22 日

論文摘要

關鍵字:中止犯、準中止犯、中止未遂、準中止未遂、中止犯實務檢討、出於己意、中止意思

中止犯於 2005 年時有較重大之修訂，包括增加原先未有的準中止犯及複數犯罪行為人適用中止犯之規定。由於共犯及共同正犯適用中止犯減免刑罰之規定於修法前，實務已藉由判例加以承認，此次修法僅係將其明文化而已；而準中止犯原先僅止於學說討論中，並不被實務承認，然於 2005 年修法後為擴大中止犯之適用範圍，使犯罪行為人能及早中止犯罪行為，於犯罪行為人已盡力防止結果發生，卻與結果不發生之間欠缺因果關係時，仍給予減免刑罰之優惠。甫修法之初無論是學說、論文或研討會皆針對相關修正後之適用及問題多所討論，而自修法後迄今已 10 年餘，則實務判決對於「中止犯」及「準中止犯」在運用與操作上又是如何？又現行法之規定是否已臻妥善，有無需要檢討修正之處？另自「中止犯」歷次修正理由可知，立法者並未就設立「中止犯」之立論基礎為詳細說明，且對於法律效果為何由原先「得減免」改為現今之「必減免」亦無從得知，則上開疑問實有加以討論之必要。

本文除對中止犯之立論基礎、要件做介紹外，並將說明本文之見解，另就實務於 2005 年修法前後有關「中止犯」及「準中止犯」之相關判決做統整歸納評析，也將就現行法採取「必減免」法律效果之可能原因為說明，並提出本文對現行法修正之建議。



謝辭

本篇論文能夠完成，最先感謝的當然是指導教授張麗卿老師。回想大學時期有幸上過老師一學期的「刑法總則」，老師嚴謹的教學態度、清晰的說理論證、不斷提問的課堂風格，在在讓當時不諳刑法的我感到極大的壓力，卻已因此勤勉於刑法之學習，反倒開啟對刑法無窮的興趣。進入研究所之後，老師給予許多學習磨練之機會，無論是研討會參與籌備、研究計畫協助或是接待國外學者，都讓我在研究所時期比同儕增添了更豐富的經驗；學術之外，老師亦時常叮嚀並以身作則，讓我了解待人處事的重要性，而這些也都是我在法律這條漫長的道路，能持續往前邁進最寶貴的資產！

感謝口試委員林東茂老師與王紀軒老師。林東茂老師身為刑法學的大家，對刑法瞭解之通透自不在話下。口試期間，老師對學生看似成理卻未臻週全的見解，提出許多精闢的建言，讓學生瞭解自身不足之處，而老師對哲學深入之研究，所展現渾然而成的哲人風範，更猶如一盞明燈，照亮前方的道路，讓學生有嚮往邁進的目標。王紀軒老師在教學及研究的工作本已十分繁忙，卻仍特地抽空與學生碰面，就論文無論是形式或實質內容皆給予許多寶貴建議，更協助調整論文架構，對於學生提出的諸多問題也都耐心回答，讓學生焦慮的心情感到安定，因此才能將剩餘的篇章順利完成。

就讀研究所期間，特別感謝蕭淑芬老師及陳運財老師兩位老師的關心與教導。擔任蕭老師研究助理期間，讓學生瞭解唯有自本質出發，不拘泥於學派的爭辯，才能對憲法這門學科有更清楚的認識，而老師謙和的待人態度，於國考期間給予的鼓勵，都是學生難忘的回憶。陳老師乃刑事訴訟法領域的大家，但與學生的相處卻毫無距離，十分平易近人。無論是學術或生活上的問題，老師總能以幽默風趣的態度給予建議，甚至在學生情緒低落時，耐心傾聽學生的煩惱並給予鼓勵，讓學生感到十足的溫暖。

對於研究所時期曾一同學習努力的學長姐，也致上十萬分的謝意。政道學長在學術上的努力不懈及生活中幽默談諧的態度，讓我在許多酸甜苦辣的日子默默得到不少啟發，而紫喬與婉婷學姊你們刻苦耐勞的學習態度，自娛娛人、苦中作樂的精神，更是我督促自己努力的榜樣。研究所同學中，珮琪與我同月同日生，個性也十分相近，但無論是在學術、文化素養或對人生及工作的態度上，甚至是直言不諱、直爽的個性，讓我看見自己許多不足之處，才明瞭唐太宗所說「以銅為鏡，可以正衣冠。以古為鏡，可以知興替。以人為鏡，可以明得失」之意，很慶幸在人生的路上能認識一個如魏徵般的好友。芳茵、博詩、宗佑、采玲、世昌、瑞玲、宜珍、妍婷、侑妮，因為你們讓我的研究生涯增添許多歡樂與精采，讓我在想起研究所生涯時，總有那麼甜美的回憶。

特別感謝紹維及鈺如自律訓以來就認識的夥伴兼戰友。從實習以來，對於彼此的困難總是不吝伸出援手給予幫助，甚至正式執業後，因為許多力不從心之事感到低落與徬徨，彼此也都大方的給予鼓勵與支持，才有勇氣面對全新的挑戰。而兩位也常以揶揄代替關心，督促我的論文進度，讓我想偷閒都不好意思了！在這條漫長的執業路上，能有你們兩位同道互相扶持前進，實在是令人感到幸運之事。另外也要感謝怡君，能認識你這位開朗又好相處的朋友，是實習期間最值得的事。在我低迷失落的時刻，十分有義氣的陪伴，對於我許多抱怨及情緒，也總是耐心聆聽，於論文撰寫期間也給予督促與幫助，甚至拔刀相助協助學會的事務，種種的幫助點滴在心，十分感謝。

最後要感謝我的家人！一直以來雙親總是給我充足的資源，讓我能心無旁騖做自己想做的事，雖然因此繞了許多遠路，卻不因此加以責怪，反倒給予許多鼓勵，讓我能真正的瞭解自己；兄長總是不吝嗇與我分享過往的經驗，給予許多人生的建言，也以身作則達成許多令人欽羨的成就，激勵我不斷鞭策自己追求更高的目標。因為有你們的照顧與包容，讓我對於能成為這家庭的成員十分感激，深知是人生最大的恩賜！

得之於人者太多、出之於己者太少，感謝這一路上曾給予我幫助的家人、師長、同儕、朋友，都是因為你們的點滴相助，才能塑造現在的我。期許自己能在未來不斷精進，無論是在法律這條路上或是人生的路

上，都能有足夠的能力幫助他人，給予正面的能量，成為一個溫暖的太陽！





中止未遂之研究與實務運作之比較

詳目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究目的	2
第三節 研究方法	4
第四節 本文架構	5
第二章 中止犯立論基礎	7
第一節 刑事政策層面	8
第一項 黃金橋理論	8
第二項 獎賞理論	9
第三項 刑罰目的理論	10
第二節 犯罪階層層面	10
第一項 違法減輕說	11
第二項 責任減輕說	11
第三項 違法及責任減輕說	12
第三節 小結	12
第三章 中止犯之要件及立法與實務檢討	21
第一節 中止犯的意義	22
第一項 單一行為人之中止	22
第二項 複數行為人之中止	54
第二節 中止犯立法檢討	58
第一項 2005 年修法前後之比較	58
第二項 2005 年修法後待釐清之問題	62
第三項 法律效果區分精緻化之可能	67
第三節 中止犯的實務檢討	69
第一項 2005 年修法前後之案例觀察	69
第二項 實務運用中止犯之評析	78
第四節 小結	83
第四章 準中止犯之要件及立法與實務檢討	89
第一節 準中止犯之意義	89

第二節 準中止犯立法明文.....	99
第三節 準中止犯之實務檢討.....	101
第四節 小結.....	106
第五章 結論與建議.....	109
第一節 結論.....	109
第二節 建議.....	113
參考文獻.....	119



第一章 緒論

第一節 研究動機

刑法關於中止犯規定係起源於民國創立時，因律法不及全面更新，故援用舊制暫為因應，當時第 18 條規定「犯罪已著手而因己意中止者，準中止犯論，得免除或減輕其刑。」復經 1935 年修訂為第 27 條：「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」除將法律效果由「得免除或減輕其刑」改為「必減輕或免除其刑」外，亦將中止行為增訂為「因己意中止或防止其結果之發生」。惟關於共同正犯、教唆犯與幫助犯之中止犯，自暫行新刑律、舊刑法，雖法無明文，然猶受實務判例及司法院解釋承認，如大理院 6 年非字第 67 號判例：「共謀行劫，同行上盜，經抵事主門首，心生畏懼，即行逃回，事後亦未分得贓物者，既已著手強盜之際，以己意而中止，則對夥犯入室後拒傷事主，自不負責」；司法院院字第 785 號：「共同正犯、教唆犯、從犯需防止結果發生，始能依中止犯之例處斷」，此等見解，固與外國立法例或學說見解相符，惟因法無明文規範，雖不禁止有利類推於行為人，但難免致生無法律明確性之疑，另學說肯認之「準中止犯」亦為如此。

2005 年刑法修正前，即多有學說論著就中止犯之相關要件及問題加以討論，而於修法後，實務更多次召開研討會，就中止犯應如何適用即

相關疑義，與學術界共同溝通釋疑。自2005年修法迄今已近十年，司法實務個案判決上，對於新增訂之準中止犯、共同正犯與共犯之中止犯適用，其如何運用及判斷？是否妥當？另就原已適用多年之中止犯，於修法前後就其各個成立要件之見解是否有所改變？如「己意中止」如何認定？防果行為與結果不發生之因果關係如何判別？實有針對司法實務於修法前後之見解做一統整歸納必要，藉以觀察其判準是否有所變更，其與學說見解又有何異同之處。此等問題饒富趣味且仍待探討，故本文以此為研究之主題，盼能就中止犯之相關問題，於實務運用迄今之判決及學說之討論兩相對照，加以檢討。

第二節 研究目的

本文之研究目的，可分為下列三項

一、統整學說見解，確立中止犯與準中止犯之立法理由與成立要件，並釐清適用上之相關問題

中止犯減免刑罰之優惠，其立論基礎為何？學說甚為紛歧，均以不同之角度，解釋對於中止犯寬大之處遇，以期提出合理與正當之立基。而就中止犯之規定，應採取何種理論，始能充分說明減免其刑之根據？本文將闡述各種學說內涵並檢視其缺失，進而說明擇定之標準。而中止犯之成立要件，包括出於己意之中止、中止行為與結果未發生等，其中關於「出於己意」之討論尤為最盛，學說上多所見解，就應以何說為當，本文將與之討論。另關於中止行為，因未遂之行為階段，區分為未了未遂與既了未遂有所不同，而如何將兩階段清楚劃分，將影響在不同

階段下，行為人應以何種作為始符合中止行為之要求，學說上益多所爭論，殊值探討。犯罪結果之不發生，應屬於成立未遂之必要條件，惟是否有可能存在行為人雖已盡力防止，但結果仍發生，而結果之發生與行為人之犯罪行為不具因果關係，則此時行為人究竟是否仍得適用中止犯之法律效果，學說上亦有討論。準中止犯於修法明文規定前，學說即有所承認，惟對於其最核心之要件即「已盡力防止」，究竟行為人應施以何種程度之防果行為，始能符合法條文義，是一直爭論未休之問題，另就自始確定不能發生結果之犯罪行為，而行為人又有盡力防果行為，則此時行為人究應成立不能未遂獲得不罰之法律效果，抑或僅得成立準中止犯獲得必減免之刑罰，於屬較新之議題，本文亦會為文討論。

二、釐清中止犯之立法理由並就現行法之法律效果加以檢討

對於中止犯之立法理由自暫行新刑律、舊刑法乃至於現行法說明皆極為簡略，多以行為人犯罪情節較輕微及參考外國立法例為由簡單帶過，但立法者在參考外國立法例後，就中止犯之法律效果選擇採取「必減輕或免除」之原因為何？此涉及法律效果是否妥適之問題，實有詳加探究確定之必要。又現行法運作至今已逾 10 年，相關規定及法律效果是否妥適？本文亦將個人之見解以供參考。

三、實務案例之觀察，藉由統整、分類、比較之方式，就實務現行運作之優劣為評析

由於中止犯在實務上之運用顯較其他刑法之犯罪為少，然自暫行新刑律迄今，國內關於中止犯之討論多以構成要件或單一問題為文討論，縱有相關實務見解之討論，也多以單一要件之判決為介紹，欠缺一全面性及統整性之整理，故本文將就現行法修正前與修正後，實務判決中有將中止犯加以說明討論之個案，加以分類比較，以觀察實務對於中止犯相關問題之適用是否妥適，並為文評析。

第三節 研究方法

針對法律議題，傳統上多採取法律釋義學之方式進行研究，畢竟任何法律的探討皆不能跳脫文義，故以文義解釋為開展，伴隨探討立法者真意之歷史解釋，尋求法律內在結構衡評之體系解釋及隨時代與時俱進之目的解釋，皆為本文之思考論述與研究範圍。由於文獻蒐集及解釋乃法學研究中最基本與重要的方法，故本文於討論議題確立後，將以文獻蒐集與解釋為主，如學者專業書籍、法律雜誌、學術期刊與論文等，參酌國內外之學說見解，予以整理歸納後，將中止犯之立論基礎加以說明，並就中止犯及準中止犯個別之意義、理論、成立要件及刑事責任，與其他相關問題一併探討研究，並提出本文看法。

除了文獻蒐集與解釋外，由於本文之重點，另有刑法修正前後法律效果之檢討，故實有必要針對中止犯與準中止犯之立法沿革加以介紹，藉歷史研究方法，檢視中止犯與準中止犯規定之立法意旨及理由，並參酌他國相關立法例，觀其優劣作為立法檢討之範例。另就現行法於司法

實務上，關於已意中止、防果行為之因果關係、共同正犯與共犯之適用，以個案之研究蒐集整理，加以分析與比較，研究司法實務是否符合現行法之規範意旨及有無疏漏之處。

第四節 本文架構

在探討中止犯之意義、要件、適用類型等問題前，必先確立及瞭解中止犯之立論基礎為何。蓋刑罰希望透過處罰之手段，產生威嚇之效果，達到預防法益侵害的目的，而中止犯之行為人既欲侵害法益，自應加以刑罰象。然中止犯相較其他犯罪類型給予較優惠之刑罰減免，其原因為何，學說上有諸多見解。何者說法較為妥適並可作為中止犯之立論基礎，本文將於第二章為文探討。

第三章即中止犯之要件、立法及實務案例檢討。由於中止犯之成立要件有「中止意思」、「出於己意」、「中止行為」、「結果不發生」等，雖然法律已將上開要件明文規定於法條中，惟於事實涵攝應如何操作，各要件皆有諸多學說爭論，而採取何種判斷方式實為中止犯成立與否之關鍵核心，如未確立以何種判斷方式作為標準，則中止犯將因難以運用而失其設立之目的；在判斷標準之取捨上，無論是過寬或過嚴都將造成偏離鼓勵行為人中止犯罪之立意。自中止犯設立以來，就其要件及法律效果皆於歷次修法中皆有變動，而變動之原因為何，應先加以瞭解始能對現行法之是否妥適加以檢討，故第二節將以立法沿革為開展，復就現行法尚待釐清之問題加以討論，並就現行法可修正改進之處提出本

文見解。實務如何於個案中適用中止犯之規定、適用是否妥當、說理是否清楚，本文將於本章第三節作統整歸納。

第四章將討論現行法修訂後，新增準中止犯之成立要件及相關問題。由於準中止犯係因中止行為與結果不發生間欠缺關連性，但立法者考量行為人已近真摯之努力故有減免刑罰之優惠用，但行為人究竟須盡多大之努力為符合立法要求，為本章討論之重點。此外，自始確定不能發生結果之犯罪行為，行為人已盡真摯努為防果行為，則此時行為人應成立不能犯獲或僅得成立準中止犯，本文將一併說明、檢討之。就準中止犯之立法於實務適用時，有何影響及如何操作？本文將自現行法之立法理由及實務案例加以檢視，並分析實務之見解，期望有助於實務運作。

第五章為本文結論，除綜合整理上述學說見解及說明本文見解外，將對於現行立法及實務運作為檢討，提出修法及實務運作建議，期望促使實務於個案中就中止犯之論述更加精細完整，另就現行法律效果提出修法建議。

第二章 中止犯立論基礎

刑法之處罰，原則上以既遂為主要對象，於某些犯罪例外規定處罰未遂，究其原因，係刑罰希望透過處罰之手段，產生威嚇之效果，達到預防法益侵害的目的。故行為人以行為實現法益侵害之結果，自屬應加以刑罰之對象。然相較於既遂犯已產生實害結果，而已著手於犯罪行為之實行，並未實現不法構成要件結果之未遂犯，之所以施以刑罰，理由在於行為人具有犯罪之故意下，既遂與未遂在主觀上之故意並無差異，行為人基於主觀對抗法規範之意思，藉由客觀未遂行為對保護法益產生危險，而此種未遂行為所形成之危險，將破壞社會大眾對法律之信賴¹，從而危及法秩序之安定與和平，故具有應刑罰性。

犯罪結果之未發生，原因有多，可能係行為未全部實行，亦可能行為已全部實行，卻發生預期外情況阻礙結果之發生，或行為人著手實行後，自行中止犯罪行為，導致結果之不發生。此種情形即為「中止犯」。針對此種未遂類型，由於行為人之不法內涵與障礙未遂相較為低，故給予之刑罰效果亦不同。然為何於障礙未遂外，特設此種未遂類型？實有必要於探討中止犯成立要件及立法與實務運作前，先就中止犯之立論基礎有所認識，故本章將就設立中止犯之各種理論基礎為文介紹，並表達本文見解。

¹關於未遂犯之處罰立論，計有客觀未遂理論、主觀未遂理論及主客觀混合理論(印象理論)，目前多採主客觀混合理論。由於中止犯屬於廣義之未遂犯，於討論中止犯前，需先就未遂之處罰基礎有一概念性之瞭解。然本文探討之重點在於中止犯，故不於內文為專章中介紹，僅於此做一闡述，若欲詳加了解，請參閱張麗卿，法總則理論與運用，五南，2015年9月，頁315-316；陳志龍，「未遂犯與法益危險觀」，法學叢刊第41卷第4期，1996年10月，頁26-34；劉幸義，「由法學方法論角度論未遂之概念、結構與修法」，月旦法學雜誌123期，2005年8月，頁35-40。

第一節 刑事政策層面

以法律制度維持人與社會間之和諧關係，為現今普世公認最有效率之方式。而此等方式最困難之處在於，如何於侵害發生後，能夠回復侵害前之和諧關係。侵害若僅存於個人可處分法益，尚可藉由雙方約定之補償方式弭平傷害；惟若侵害的非屬可處分法益、公共利益甚或國家法益，則必須在社會可接受之共識下，修復侵益造成之損害，恢復原先之和諧狀態。概念上，非個人可處分法益之均衡較為複雜，必須藉由一套公平的法律制度，才能使社會維持和諧，必須仰賴合乎社會期待之刑事法律制度，而刑事政策則是討論如何以刑罰抗制或減少犯罪、針對犯罪與刑罰進行規範、如何刑罰及如何認定犯罪，然後決定刑罰之面向²。

第一項 黃金橋理論

行為人於著手後，其對於法益造成之危險已經產生，並無法藉由任何形式使之消滅，則行為人應接受刑罰之事實亦無法改變。惟刑罰之目的既欲為嚇阻犯罪之產生，自不應反倒助長犯罪之發生，如行為人有所悔悟，但刑罰並不因此有所改變，易造成行為人認為即使完成犯罪行為，亦無任何損失。迫使行為人繼續往完成犯罪行為之方向邁進³。為鼓勵行為人捨棄其犯罪行為之繼續施行，甚或以積極之行動防止犯罪結果之發生，刑法應為自犯罪中迷途知返之行為人，搭建一座退卻的黃金橋，因此該理論又被稱為「黃金橋理論⁴」。該理論自人類之心理角度出發，給

²王紀軒，罪刑均衡與實質正義，私立東海大學法律學系研究所博士論文，2011年，頁60-64。

³王乃彥，中止犯的減免刑罰根據，刑事法學之理想與探索(一):甘添貴教授六秩祝壽論文集，學林，2002年3月，頁283。

⁴林山田，刑法通論(上)，自版，2008年1月，頁144-145。

予免除刑罰之機會，使行為人有足夠動機避免犯罪結果發生，其立論基礎誠屬穩固。惟此種立論仍有令人質疑之處，蓋對於非鑽研法律之一般民眾而言，是否皆能普遍知悉，法律對防止犯罪結果發生之行為人有減免規定，不無疑問。若然如此，則其誘發行為人中止動機之功能，是否仍能充分發揮，有待商榷。

第二項 獎賞理論

行為人在實行預定計畫中之犯罪行為，基於自身之意願而中止犯罪行為或防止結果之發生，由於此等中止行為顯示出行為人之犯罪意思較為薄弱，並未達須加以刑罰之程度。且此等防止結果發生之行為，足以消弭其犯罪行為之非價及對社會法意識的負面評價。刑法對於行為人此種出於己意的中止行為，應予以相當的獎勵以茲讚賞，即賦予特別恩典使行為人受刑罰之制裁得以減免，則犯罪行為猶如被赦免一般，故又稱為「赦免理論」。本說認為行為人茲所以能獲得獎勵，全源於發自內心之中止行為，故行為人只要是出於自願中止，無論其自願之動機是否符合社會倫理及道德規範，皆無礙行為人獲得免除刑罰之獎賞。有論者認為本說較黃金橋理論為佳之處在於，給予行為人免除刑罰，並不以行為人事前知悉獲得獎勵為要件，可克服免除刑罰預告普及率之缺陷⁵。

⁵黃榮堅，基礎刑法學(下)，元照，2012年3月，頁534-535；張麗卿，同前註1，頁330-331；王乃彥，同前註3，頁285。

第三項 刑罰目的理論

德國聯邦最高法院之見解認為，行為人既然自願中止已著手之犯罪行為，顯示行為人之犯罪決意，不若繼續實行犯罪行為人如此強烈，則其侵害法秩序之程度亦大為降低，故無論自防止一般大眾犯罪之角度，或自防止行為人二度犯罪之角度而言，均無處罰其自願中止犯罪行為之必要。申言之，站在刑罰目的之論點以觀，由於並未發生法益侵害之結果，而行為人亦展現出遵守法律之態度，則無論是自一般預防或特別預防而言，並無絕對需加以嚴懲之必要，故賦與行為人減輕或免除其刑。

第二節 犯罪階層層面

犯罪階層係刑法學上用以判斷行為人是否成立犯罪之理論，以目前多數學說所採之三階理論，將犯罪行為之檢驗分為：構成要件該當性、違法性和罪責。同時滿足構成要件該當性及違法性之行為稱為不法行為，而不法行為必須行為人具有罪責方能構成犯罪。由於以刑事政策層面規範中止犯，將無法充分掌握中止犯之犯罪本質，故有認為應從犯罪之成立要件加以討論⁶。

⁶蔡墩銘、甘添貴合編，刑法爭議問題研究，五南，1999年2月，頁235-236；甘添貴，中止犯之基本理念，刑法之重要理念，瑞興，1996年6月，頁145。

第一項 違法減輕說

本說基於人的不法二元論⁷，認為中止犯與普通未遂，雖然在構成要件之實行及結果之未發生皆為相同，然中止犯之行為人既有中止行為，顯示出行為人主動放棄犯罪的故意，而主觀之故意亦為違法性要素之一，則中止犯相較於普通未遂，其違法性顯然減輕。申言之，行為人放棄違反法規範之意思，而以中止犯罪之行為，表現出遵循法規範之意思，使侵害法益之危險、違反社會相當性及違反社會倫理規範，得以於事後減輕⁸，因此違法性亦隨之減輕，使對行為人之刑罰獲得必減輕之效果。惟依本說之見解，於具有複數犯罪行為之情況，可能產生僅一人有中止行為，由於共犯限制從屬性下，使得其他未放棄犯罪故意之行為人，同樣能獲得減輕刑罰之效果。如此，即失去本說區別中止犯與普通未遂之意義。

第二項 責任減輕說

本說認為中止犯與障礙未遂，就結果不發生之未遂行為而言，對於保護法益具有相同危險，並不因行為人之中止行為，改變客觀違法狀態，使違法性有所差異。判斷中止犯是否予以減輕之重心，在於行為人責任之可非難性，即行為人之故意與法規範意識，應屬於責任之要素⁹。故行為人經由中止行為，將犯行決意予以撤回，顯示出其自身之悔意與對法規範重新配合之態度，因而減輕其行為之可非難性，足以作為減輕之依

⁷余振華，刑法總論，三民，2013年10月，頁328；陳子平，刑法總論，自版，2008年9月，頁228。

⁸陳子平，同前註7，頁416。

⁹余振華，同前註7，頁329；陳子平，同前註7，頁313。

據。惟本說認為是否成立中止犯之，除任意中止外，尚須加入倫理動機之要件，作為責任減輕之基礎，故有論者以為¹⁰，此一條件將混淆法規範責任與倫理規範責任，實非妥當。

第三項 違法及責任減輕說

本說綜合違法減輕說與責任減輕說，認為行為人之中止行為除展現出放棄主觀故意之違法要素，降低法益侵害之危險，使違法性減少外，且基於任意性之己意中止，亦表現出其再度符合法規範之態度，明顯減弱其法敵對性，得以減輕責任之非難性¹¹。易言之，行為人須出於自發性意思而中止行為，方得同時使主觀違法要素之故意失其實效，減輕違法性；配合法規範之態度，亦減輕責任非難之程度，一行為同時降低違法性及有責性，故得減輕刑罰。

第三節 小結

中止犯未造成犯罪結果之發生，但仍使受保護法益陷入危險狀態，此與障礙未遂之情況相同，然何以能獲得較優惠之刑罰效果，即須藉由清楚且穩固之立論基礎予以支撐，方得使人民理解並信任此一立法。而支撐中止犯之立論基礎，主要可分為自刑事政策層面與犯罪階層層面兩者皆以討論，而兩者之下各有不同學說開展，則究竟應以何者做為主要論述方向？本文以為，若檢視犯罪階層各學說之論述重點，則可發現無論是自「違法減輕說」、「責任減輕說」或「違法及責任減輕說」，皆認

¹⁰余振華，同前註7，頁329。

¹¹余振華，同前註7，頁330。

為行為人事後之中止行為，無論是在違法性、罪責或違法性與罪責兩者上，得藉由此一中止行為，減少行為時之違法性或罪責，然對於一犯罪行為，刑法判斷是否加以處罰之重心即在於行為當下之不法與罪責，而一個已經過評價之犯罪行為，是否得藉由行為後之他行為，減輕或回復原先之評價，本文認為有待商榷。是若以刑事政策層面做為立論基礎，則行為人於行為時之犯罪行為，仍得到應有之非價，並無須以事後之中止行為，作為減免刑罰之依據，故在犯罪階層之檢驗上，即不須額外之說理來解決可能因此而生之問題。

立法政策中，「黃金橋論」基本上強調，以減免刑罰之方式，利誘犯罪行為人於行為著手後，消極的放棄或積極的阻止犯罪結果發生；「獎賞理論」與「刑罰目的論」原則上具有共通性，認為行為人既已中止其犯罪行為，則不論是其自身之犯罪意志、犯罪行為之危險性或社會大眾對於法秩序之負面評價，皆欠缺刑罰之必要性。在犯罪階層各種理論中，「違法性減輕說」認為行為人事後之中止行為，顯示出其主觀的故意較低，使得其違法性減輕；「責任減輕說」著重於行為人基於倫理動機之中止行為，表徵行為人之故意與遵守法規意識，於中止行為後，其可非難性明顯較普通未遂低，故得予以減輕；「違法及責任減輕說」則綜合前兩說之長，認為行為人之中止行為，同時表徵於違法性及有責性，則無論是何者皆有所減輕，故得以減輕。

立法政策之三種理論皆有成理之處，惟亦有遭批評之處。如「黃金橋理論」，除有無法普遍傳達於一般民眾之疑慮外，另有認為¹²，既然在既遂前中止皆能換得不罰之法律效果，則無法根本性排除行為人存有僥倖的心態著手犯罪行為。本文以為，此等質疑或有不精確之處，蓋現今社會中，資訊之流通管道已不若往昔欠缺，並非僅有少數鑽研法律專家瞭解法律之規定，況且既以減免做為立法政策，則如何推展使大眾知悉，自屬執行面之問題，若將政策推行不利之缺憾，反究於立論不完整，實屬倒果為因。另對於無法排除行為人存有僥倖心態實行犯罪之疑，亦非全然正確。因刑法本建立於對大眾之警惕作用，藉由刑罰使大眾不存有犯罪之念頭，反面以言，減免即是使已著手犯罪之行為人，仍有誘因阻止結果之發生。殊難想像，會有因不罰規定，而願意鋌而走險，嘗試犯罪之情形發生。

另就「獎賞理論」與「刑罰目的論」，有以為既中止行為已足以均衡其未遂行為之非價，故否定其刑罰必要性，則何以既遂犯事後犯為補償或悔悟不能獲得相同恩典¹³？此一質疑，似有誤認既遂與未遂本質上對於法益侵害之差異與法秩序破壞之程度。蓋犯罪結果發生並達既遂後，則法益已被侵害，而社會大眾對於法秩序之信賴亦已破壞，縱行為人事後表現出悔悟，已無法回復原先之狀態，其與障礙未遂甚或中止犯，有根本性上之不同，故難謂已無刑罰之必要性。

¹²黃榮堅，同前註5，頁536。

¹³曾淑瑜，中止犯修法前後之檢討，刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會，2005年9月，頁213。

就立法政策中之三種理論，有認為係源出於德國，而德國對於中止犯之刑罰為「不罰」，與刑法規定之「必減免」有所差異，無論是做為誘因或獎賞之依據，皆有所不足，且做為政策而言無法說明「不罰」與「必減免」間之差異何在¹⁴？然此一論點，並未就理論之核心為針貶，蓋「不罰」與「必減免」兩者乃法律效果，係立法國在考量當地道德價值與社會民情後，經考量判斷後做出之選擇¹⁵。理論與法律效果間並非存在著必然的因果關係，即令借鏡刑事政策相關理論，做為中止犯立論基礎，亦無圓鑿方枘之疑。

中止犯之立論基礎採犯罪階層法律說之見解認為，如以刑事政策等方式做為中止犯之立論基礎，無法完整說明中止犯減輕之理由，故須就犯罪之違法性或責任加以論述，始為充分。然「違法減輕說」適用於複數犯罪行為人之情形，採取限制從屬性時，一人中止則全數皆能獲得減免之問題。而「責任減輕說」由於需加入倫理動機之要素始可，然於實際之犯罪情狀，如何舉證行為人有此一要素之存在，實屬一大難題，若在舉證困難之情況下，將產生行為人同樣具有悔意與對法規範配合之態度，卻產生無法同等減輕之差異，如此是否仍能貫徹此理論之核心，認為行為人因為降低可非難性，故得減輕刑罰之目的，或仍須再多加考慮；「違法及責任減輕說」為解決前述兩說之缺點，故將兩者併合之，以期完整。惟就犯罪階層之檢驗順序而言，若行為人之違法性或有責性已然降低，自得做為減輕之依據，僅為某個單一問題而多添另一程序之檢驗，似難避免是否有畫蛇添足之疑。況且以犯罪階層做為解釋中止減輕之理由是否妥適，仍有所疑問。蓋即便有中止行為，仍無法使行為時

¹⁴陳子平，同前註7，頁413。

¹⁵對於中止犯於究應採「不罰」或「必減免」，此一問題本文將於第三章第二節為文討論。

的不法與罪責降低，無法否定未遂所曾經惹起的危險，但行為人中止危險繼續發展，不使危險變成實在的損害，應僅是做為行為人量刑上之考量，而非犯罪結構上之減少。

綜上所述，各個見解或有缺憾之處，故學說間莫不努力求一合理又完整之說法，惟若僅流於批評而不提出相關解決方法，恐只流於意識之爭。本文以為，做為中止犯減輕之理由，不應固守立場而拘泥於單一見解，反應截長補短彼此搭配，以求相輔相成。蓋行為人於著手犯罪行為後，本應接受刑罰，無論就行為不法或結果不法以觀，事後主觀的悔悟或客觀行為之彌補，皆無法改變行為當時之不法，使之成為合法。惟行為人自願中止，未造成法益及法秩序重大破壞，不論就行為人主觀違反法意識的程度或客觀情狀之危害，皆較既遂或普通未遂輕微，故就刑罰之目的以言，並無絕對須加以嚴懲之必要。如此，無論是對行為人本身或社會大眾，皆能接收到，縱然一時誤為刑法禁止之行為，然只要願意中止，必能獲得減輕或免除刑罰，與刑罰以威嚇之功能防止犯罪互為正反，應更能充分發揮刑法之目的。

本文以為，黃金橋理論自減輕或免除做為誘因，鼓勵行為人中止犯罪，自心理層面出發，實屬可採。然為免行為人不知此一規定，無法產生足夠動力中止，故應搭配獎賞理論以補其不足，蓋此兩理論，各有所擅卻非互為相斥。則縱使行為人於不知情形下中止，事後亦能獲得減免，而藉由此等案例，更加能加深黃金橋理論之推廣，使大眾更為瞭解，發揮設立中止犯此一規定之效果。故本文以為中止犯減免之理由，

採取刑事政策層面，應為一可肯定之方向，至於由此政策下所衍生之三種理論，並非互為油水不容，實係適以相成，可取截長補短之效。

在確立以刑事政策層面做為中止犯之立論方向後，則圍繞刑事政策層面下之各學說即須加以探討應採何者為妥。「黃金橋理論」認為，與其使行為人在沒有任何誘因的情況下，一經著手犯罪行為之實行後即無得回頭，猶如踏進一條只能向前不能退出之單行道，迫使行為人往完成犯罪結果之終點邁進，不如在此一路徑上，闢設一條分流道，使行為人得自完成犯罪結果之道路上退出，而此一分流道，即是給與減免刑罰之優惠，使行為人有足夠動機避免犯罪結果發生；「獎賞理論」認為只要行為人係基於自身之意願，而中止犯罪行為或防止結果之發生，刑法即應予以相當的獎勵，使行為人減免刑罰之制裁。本說並不以行為人事前知悉刑法減免規定為獲得減免刑法之要件，只要行為係出於自願中止即可；「刑罰目的理論」認為，無論自刑法一般預防之目的，或自特別預防角度而言，行為人既然自願中止，顯示行為人之不法意識與侵害法秩序之程度，相較繼續犯罪行為之行為人皆較為降低，故賦與行為人減輕或免除其刑。

上述三種理論，學說上有對其共通質疑之處，即此等理論乃援引自德國，而德國就中止犯之刑罰係選擇「不罰」之法律效果，與選擇「減輕或免除其刑」非可相提並論，故不適宜做為中止犯之立論基礎。然本文於此須再次強調，立論基礎與法律效果之選擇，雖多具有相對應之連結，但絕非必然之因果，如理論基礎與相異之法律效果於文字修正後仍

能符合，自得加以沿用。而細究上述學說在搭配之法律效果後，能發現並有重大未合之處，故此一質疑即不存在。

縱觀三種理論之論述可發現，其立基點其實相去不遠，只是著重之面向不同，在刑事政策層面下，綜合各種理論與之截長補短，相信會比採取單一理論來的更加完善。當然，如欲綜合各種理論，先決要件即須審視彼此間是否有扞格之處。「黃金橋理論」與「獎賞理論」皆是對於行為人自願中止之行為給予獎勵之目的，只是前者係以事先提供，作為讓行為人中止之誘因，而後者則是著眼於行為人中止行為後之獎賞，故兩者在搭配上並無扞格之處。而「刑罰目的理論」就中止行為後，法益及法秩序被破壞之程度加以評估，就刑罰目的以言，並無須加以嚴厲懲罰之必要，則作為「黃金橋理論」與「獎賞理論」給與行為人獎勵之理由補充，其實會更加充分。

綜上所述，作為中止犯立法基礎，刑事政策層面下之三種理論，實則可綜合取之。刑法處罰犯罪行為人，乃因行為人可以選擇不為惡，卻仍為之，所以行為人應該為自己的不法行為負責，為惡的決定必須受到譴責。在思考刑罰目的時，亦應以罪刑關係為主。刑罰目的有應報與預防二大說，目前通說已不偏重一方，而是綜合二者運用。但是刑罰對於回復因犯罪而被破壞的人與社會之間的和諧，仍應有所注意。罪刑關係如能均衡，罪犯與社會的和諧回復就有展望，刑罰因犯罪而生，必先回顧過去已發生的犯罪，讓罪犯知罪贖罪，為已生之罪惡負責，才有資格迎向新生，此近應報思想；面對未來，刑罰致力於修補罪犯與社會間，因犯罪而被破壞之關係，審酌罪犯是否已經完成重返社會的準備，此近

似特別預防思想。在回復和諧的前提下，刑罰目的是一體二面的，對過去與未來皆有關照¹⁶。



¹⁶王紀軒，同前註2，頁334。



第三章 中止犯之要件及立法與實務檢討

中止犯之規定自設立以來，共經歷過兩次修正，雖然基礎要件未有大之變更，但在法律效果及適用主體皆有所不同。而構成要件在法律規定上雖未有明顯之更改，但在「出於己意」、「中止意思」及「中止行為」要件上，自中止犯設立以來即有諸多學說爭論，究竟應採何種判斷標準，仍是眾說紛紜，且中止犯之本質係指行為人著手實行犯罪構成要件而結果不發生之情形，而結果之不發生，其原因多有所在。有因行為人自行中止，致構成要件未完全實現而無法發生結果、有出於客觀事實阻礙，導致行為人縱使已為犯罪行為仍無發生結果、亦有行為人完成行為，惟此行為本不生任何危害保護法益之可能，故不生任何結果。因不同原因所生之未遂型態，將致刑罰效果有所差異，此觀刑法第 25 條普通未遂得減輕、第 26 條未遂不罰與第 27 條中止犯必減輕可知。

中止犯在概念上有許多與普通未遂相近之處，皆有犯罪行為已著手與犯罪結果不發生之要件，然中止犯較普通未遂享有刑罰必減免之優待，故實有將其與普通未遂為明確區隔之必要。現行刑法第 27 條第 1 項前段，雖分別就中止犯主觀意思與客觀行為要件，有明文規定，惟在細部概念上仍有賴理論補足始得完整。故本章先就中止犯之主觀及客觀要件為文敘述，並待基礎觀念確立後，另就中止犯於各種犯罪型態，如何適用及適用上所產生之問題與爭議為文討論。

另現行法自修正以來已經歷 10 個年頭，其中修法之變革及理由於現今是否需要檢討及修正之處，實有為文介紹並思考之必要，而實務在中止犯之適用上，就各個要件是否有一定之標準，而現行法修正前與修正

後是否有所不同，皆有觀察比較之必要，故於確立本文對中止犯要件之見解後，後就立法及實務兩方面作觀察討論，以期能就法律規定及實務操作，提出建言。

第一節 中止犯的意義

中止犯為未遂之一種類型，故構成未遂之前提，如行為人主觀上具備犯罪故意、客觀上犯罪行為已著手及犯罪結果未發生等，中止犯皆需具備。另中止犯主觀上須有出於自願的中止意思，客觀上須有中止行為，中止行為與犯罪結果具有因果關係等要件，始得成立中止犯，獲得減輕刑罰之優惠，而各個要件中另有諸多學說爭議及討論，殊值探討，以下即就中止犯之個別要件分文介紹，並就各學說爭議加以闡述，文末附以本文見解以供參考討論。

第一項 單一行為人之中止

一、中止犯的概念

刑法第 27 條對於中止犯之要件係規定：「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」，從條文內容可知，欲成立中止犯必須有「己意」、「中止行為」、「結果不發生」，惟條文雖已確立上開要件，然在個案適用上仍須精細之理論補足方為完整。但採取何種理論卻又會造成適用結果之不同，是以，本文下將各要件之理論介紹，並說明其適用之差異，復就本文見解為說明：

(一) 出於己意之中止意思

未遂乃普通未遂（障礙未遂）與中止犯之共通前提與上位概念，屬於犯罪階層所討論之概念，之所以有區辨兩者之必要，並非為了確定行為人是否為未遂，而是為了確認行為人成立未遂後，究竟應如何加以處罰。由於普通未遂之刑罰乃「裁量性減輕事由」，而中止犯則係「強制性減輕事由」¹⁷，故兩者間存在相當之差異，故如何區分便具有實質且重要之意義。

中止犯與普通未遂在客觀上皆須具備「已著手犯罪行為」與「結果之不發生」兩要件，而兩者間最顯著之差異，即中止犯在主觀上具有以犯罪不遂之故意取代犯罪既遂之故意¹⁸。易言之，中止犯之成立，必行為人主觀上須有出於己意之中止犯罪行為意思始得當之，而此種中止意思則視行為人之犯罪行為階段，區分為放棄犯罪故意或防止結果發生之決意。

對於中止意思，有認為行為人須完全而永久地放棄整個犯罪計畫，始合乎中止意思¹⁹。採此見解者，認為行為人對已著手之犯罪行為，如因外界事物不利犯罪，明為停止實行犯罪行為，實則伺機而動，仍保留繼續利用此效果之意思，不得謂具有中止意思，屬障礙未遂而非中止犯。其危害法益之風險，不因行為人暫時中止便解除，仍處在隨時被侵害之狀態中，蓋中止犯給予刑罰優待之理由，即在鼓勵行為人重回法秩序之規範，因此行為人必完全放棄犯意，始與立法目的相符。則此種未完全

¹⁷鄭逸哲，中止犯屬應減的「可罰未遂犯」-評析最高法院九十六年度上訴字第二九二五號暨最高法院九十七年度台上字第三六四號刑事判決，月旦法學雜誌第167期，2009年3月，頁207至208。

¹⁸謝開平，中止未遂—己意，月旦法學教室第109期，2011年10月，頁34-35。

¹⁹甘添貴，不能犯與中止犯適用之若干問題點，台灣法學雜誌第187期，2011年11月，頁71；甘添貴，同前註6，頁142；韓忠謀，刑法原理，自版，1992年4月，頁272；褚劍鴻，刑法總則論，自版，1992年5月，頁238；林山田，同前註4，頁482；林宥均，中止未遂之研究，國立成功大學法律學系研究所碩士論文，2007年，頁25。

放棄之行為人，殊不值獲得中止犯之刑罰優待，從而認為不得成立中止犯，並將此情形稱為「惡意之中止²⁰」。

本文以為，此種嚴格限縮「中止意思」一詞之定義，藉以區分中止犯與障礙未遂，實已將是否出於己意中止，與有無中止犯罪意思相混淆。蓋障礙未遂與中止犯，在客觀上同屬結果不發生之未遂犯；主觀上，障礙未遂係因障礙事實之出現，致行為人不得不放棄其既遂之故意，則此種雖非行為人自願產生，但仍放棄犯罪之主觀意識，難謂非屬中止意思所涵括²¹。故兩者之相異點，應在於障礙未遂係因外力影響，致行為人非自願產生放棄犯行之決意，進而中止犯罪行為，使結果不發生；中止犯則是行為人非受外力影響，而主觀上出於自願中止之意思，並視行為階段採取消極放棄或積極防止之行為，至結果未發生。故本文以為，「中止意思」一詞並非僅存於中止犯，在障礙外遂中亦有之。

譬如，某竊賊C入某住宅搜尋財物時，突然想到與女友有約在即，如不赴約恐招挨罵，因此心想改天再來而中止，此時行為人未完全捨棄犯罪之意思，而僅延後其行為實施之時間，暫行中止犯行之情況，行為人亦具有中止意思，至於是否成立中止犯，仍應依是否出己意為判斷。又或者，中如D欲毒殺其仇人E，乃假意奉上一杯摻有毒藥之凍頂烏龍茶，欲使C飲下毒發身亡，惟在端送之過程中，不慎打破茶杯，此第三例，犯罪行為人B對於造成未遂之環境及條件，並無任何認識及預見，僅係偶然造成結果未發生，則此種情形，行為人並無任何中止意思故無疑問，然

²⁰ 蔡墩銘，同前註6，頁236。

²¹ 或有論者看到此處會認為：「沒錯呀，就是因為障礙未遂乃完全而永久地放棄整個犯罪計畫，才稱為有中止意思，進而構成未遂。所以中止犯也應比照辦理」。為澄清此處思考上之謬誤，本文試舉一例說明，竊賊A進入B宅行竊，因屋主返回致不得不放棄犯行，則A此一行為自屬構成竊盜未遂無疑，若A其後又再度返回B宅行竊，此時一般應按競合論，視行為人之前後行為究竟是否屬同一行為而論罪，並非單以行為人主觀是否具備完全而永久地放棄整個犯罪計畫，而決定前行為是否構成未遂，如此方能完整評價行為人之全部犯罪行為，則為何於中止犯之情形，即不用按競合論加以判斷？

無礙其成立未遂之結論。

如前述案例未遂之情況，不論是否出於其內心自由意志之決定所生，行為人皆有中止犯罪行為之意思。故僅以行為人主觀上犯意是否同一，而不論客觀上之行為，皆認為屬於同一犯罪行為，則此種判斷方式，顯僅偏重行為人主觀上之法敵對意識，而忽略客觀上行為數之判斷。蓋中止犯係屬立法者給予行為人刑罰優惠之特例，但並不因此否定其為未遂之本質，故判斷中止犯是否成立，必先判斷具體行為是否屬於未遂，若行為人之行為屬於未遂，方有判斷是否為中止犯之必要，則前一行為究竟是否為一「行為單數」仍應回歸競合論體系中判斷為是，至於行為人是否有計畫地將來再犯罪，對此一未遂行為之評價而言並不重要，行為人縱利用稍後之機會再行犯罪，因稍後之犯罪行為可能屬另一獨立之犯罪，故前一未遂行為仍有中止犯適用之可能²²。

對於贊成說所舉之例，多以行為人係因受外界事物影響，認為被捕獲之風險提高，致暫時中止犯意，但在本文所舉之第二例中，行為人並非受外界事物影響，致暫時中止，且行為人亦未完全放棄犯罪計畫，則此時就應如何評價，著實令人好奇。另有認為「對於一個從未放棄犯罪故意的行為人，其暫時地中止犯罪的實施，係為了尋求一個更好的時機續行其犯罪，以獲取更高的犯罪報酬，或降低被捕入獄的風險，如此的行為人恐怕是更狡猾、更可惡，其危險性格不降反升²³」，惟自法益保護角度以觀，似難認行為人之危險性有相對提升之處，故此種說法亦有待商榷。

²²黃惠婷，論中止犯之己意-兼評析實務上之相關判決，台灣本土法學雜誌 72 期，2005 年 7 月，頁 36。

²³林宥均，同前註 18，頁 26。

綜上所述，本文以為，對於行為人之中止意思僅判斷有無存在即可，並不須以將來不再犯罪的意思，完全而永久地放棄整個犯罪計畫為必要。蓋除因偶然所造成之未遂情況，不論障礙或中止，行為人皆具有一中止意思，故行為人是否成立中止犯，應視是否出於其己意之中止意思，至於行為人將來是否再行犯罪，並不影響行為人中止意思有無之判斷。對於中止前之行為與後來之犯罪行為，則應回歸於競合論上的判斷，亦即，行為究竟為單數或複數之區分，而依照目前多數對於行為單數判斷之看法，係「在時空緊密關連下，數個先後行為一自然觀點可視為一行為者」，雖然仍須觀察行為人之意思決定一致性，然非謂可偏重任一單一因素而忽略其他因素²⁴，故無論犯罪行為前後間隔時間長短皆視為同一行為，僅考慮行為人是否完全捨棄犯罪故意，顯錯置犯罪評價之根本，將導致無法完整評價所有犯罪行為之憾。

由於行為人成立中止犯可獲得減免刑罰，故如何區辨中止犯與障礙未遂，便須藉由行為人的中止意思，究竟是出於內心自由決定下所為的意思，或是因外在條件影響及壓制，不得不放棄犯行，加以判斷。然是否出於自身意願，乃存在行為人之思想，難為他人所明瞭，故在任意性之判斷上確有相當難處。因此學說上便提出各種標準，以期能於個案判斷上，有一統一且明確之準則可供利用，以下為文介紹：

主觀說認為，除因外在障礙導致行為人中止犯罪行為之情況外，皆屬出於自願的己意。而是否有足以影響行為人實行犯罪行為之障礙，則以行為人主觀上認識為準，不以客觀上存在為必要。因此，縱外在障礙客觀上未存在，但行為人主觀上認為存在而中止，則屬於障礙未遂²⁵，例如行為人著手實行竊盜行為，誤救護車鳴笛聲為警車前來，遂而中止犯

²⁴黃榮堅，同前註5，頁547-548。

²⁵甘添貴，同前註6，頁146，林鈺雄，新刑法總則，自版，2011年9月，頁380-381。

行；反之，外在障礙客觀上存在，但行為人主觀上未認識進而中止，即屬中止犯，例如毒犯欲前往交易地點，雖警察已埋伏於現場，惟行為人對此並未認識，且自行中止。於具體個案中，多採德國刑法學者 Frank 所提出之公式，即「縱使能繼續實行，亦不願繼續為之」屬自願；「縱使願繼續實行，亦不能為之」屬非自願²⁶，加以判斷。

另限定主觀說認為，普通未遂與中止犯之所以難以區分，原因便在對於中止犯適用範圍過度寬鬆，只要出於自願的己意中止即得成立，則標準寬鬆就難以顯現其核心概念，故應將中止犯之適用範圍加以緊縮。該如何緊縮？須行為人出於「自律」，意即發自於內心良知之醒悟、後悔或慚愧、同情被害人此等內在障礙而中止之情況，方屬自願之己意中止。至於行為人理性上的考量或基於功利之計算，儘管行為當下放棄行動或行為後防止結果發生，都不應歸於中止犯之範圍內。例如行為人意欲進行強制性交，將被害人押至在地後，發現被害人面容欠佳導致性趣全失，或因為發現被害人為相識之人，受刑罰制裁之風險顯著提高，故而中止犯行，於此等情況下，由於行為人不具備所謂「倫理上的自我要求²⁷」，故無法成立中止犯。而在訴訟舉證上，如無法清楚辨明行為人究竟有無誠摯悔悟之心，自可以「有疑惟利於被告」之方式解決。

除主觀說以外，另有以行為人主觀認知之事實為基準，並以「通常社會觀念」、「一般生活經驗」，就影響行為人形成中止意思之情事，依一般生活經驗，對於其中止意思是否具有強制影響力而決定²⁸。易言之，行為人所認知的外在形勢，就一般人而言，對於犯罪既遂未具有通

²⁶林山田，同前註4，頁483；洪福增，「中止犯之理論與實用」，軍法專刊刑事實用文選第1輯，1974年，頁260；張麗卿，同前註1，頁329。

²⁷林東茂，刑法綜覽，一品，2015年8月，頁1-234以下。

²⁸甘添貴，同前註6，頁145-148；黃惠婷，強盜未遂之中止犯—最高法院九八年度台上字第二三九一號判決，台灣法學雜誌第144期，2010年1月，頁207-209。

常障礙之可能，為中止犯；反之，若外在形勢妨害犯罪既遂具有通常之可能，則屬障礙未遂。由於係以社會一般經驗為基準，故稱為客觀說。

對於前述德國刑法學者 Frank 所提出之「即使我想達成目的，也無法達成目的」進而放棄，其中止並非自願之己意中止，若「即使我可以達成目的，我也不要」故而放棄，其中止即為自願之己意中止，有認為此一判斷標準過於簡潔，只要客觀上行為人仍有可能繼續其行為並實現犯罪，其中止都能被歸為中止犯，例如 A 竊盜時因為聽見警車聲，恐犯行敗露而放棄，惟此時 A 事實上仍能繼續其犯行，只不過有被逮獲之可能，而從中止之目的看來，此種中止並不符合予以減免刑罰之優惠。是以，預期計畫說²⁹即認為行為人於一開始著手犯罪時，必然已預期將會面臨一些不利之因素，例如著手實行時所面對之風險、犯案後應如何離去及被定罪之危險，此等不利因素，純就客觀角度而言，的確屬於障礙，但這些客觀障礙並不會讓行為人放棄犯罪行為，行為人之所以仍加以著手，乃表示其已經接受甚或有積極應對之準備，並不會因此等預期中之客觀事實出現而改變想法。反之，行為人遭遇預期外之不利因素，由於欠缺心理上之適應與積極應對之準備，故對於行為人而言即屬真正的障礙。

易言之，客觀事實上所出現之不利因素導致行為人放棄，並非全部都不能成立中止犯，而是須做更細緻之分析，對於因心理障礙而致行為人本就會放棄之情形(非客觀事實障礙)，其放棄行為並不足以顯示其對法益侵害之危險性降低，亦無給予中止優惠鼓勵之必要；反之，即便客觀障礙出現，但並未對行為人形成心理上之障礙，則其行為之放棄可顯現

²⁹本說係黃榮堅教授基礎刑法學(下)一書中表達之看法，此一學說黃榮堅教授並未予以正式名稱，故本文以自身理解予以註解。另黃惠婷教授在介紹此見解時係以「利害關係說」為名，林宥均碩士論文則以「預期障礙說」為名，詳參黃榮堅，同前註5，頁552-557；黃惠婷，同前註22，頁29；林宥均，同前註18，頁32。

其對法益侵害之危險性降低，應給予中止優惠加以鼓勵。「主觀說」係以行為人之主觀認識做為判斷基準，而本說亦以此為前提，並更加深入，即以行為人主觀之預期計畫，做為是否構成障礙之判斷。

綜前所述，本文認為行為人欲成立中止犯，主觀上須具備自願中止意思，而此種中止意思視行為人之犯罪行為階段，區分為放棄犯罪故意或防止結果發生之決意。由於中止犯屬於未遂一種類型，而在普通(障礙)未遂中，又可分為行為人認識客觀障礙之存在，產生中止意思進而中止犯罪行為，及未認識障礙存在純粹因意外致無法完成犯罪行為兩種型態。而中止意思之有無僅能將兩種型態之障礙未遂加以區分，仍無法將其與中止犯清楚區別，故要將存有中止意思之障礙未遂與中止犯加以清楚區辨，即須判斷此一中止意思是否出自願之己意。在中止意思相關討論中，關於是否應存有完全放棄犯意此一要件，觀此見解所舉之例子中，可發現其實多屬是否為己意中止之判斷，又另一疑問乃在於，若行為人間斷之時間在自然意義下尚屬短暫，自不生疑義，惟間隔之時間過長，處在一模糊難辨之地帶，甚或難以強認仍屬單一行為，此時仍要求此一要件，反增犯罪行為數判斷之困難。故本文以為完全放棄犯意並非為必要條件，僅視有無中止意思即可，至於主觀上是否符合中止犯之要件，重點仍在出於自願之己意。

在判斷是否為己意中止之各種學說中，「客觀說」以「通常社會觀念」，就行為人形成中止意思之外在情事，依一般生活經驗判斷是否足以構成障礙事由。按社會觀念就行為人認知的外在形勢，是否具有強制影響力應具有共通之認知，若以此為準繩，優點在於有較清楚之標準，然缺點即是，每一行為人其心理狀態皆不同，對於事物之反應亦有所差異。如竊賊聽見警車經過，膽小之人可能會倉皇逃逸，膽大之人可能卻

伺機而動，無礙其繼續下手實施，故按此等社會通念，無異以社會多數人之經驗，作為一平均基準，此種判斷方式忽略每一個體之差異，難謂不欠公允；另於某些外在情事未具有強制影響力之具體個案中，行為人主觀上誤認外在情事具有障礙，形成中止意思致中止犯行，則依客觀說之判斷，仍符合己意中止，得以成立中止犯。惟自中止犯之立法目的以觀，行為人僅在客觀上為對法益產生危害，而主觀上違反法意識程度並未降低，實不應予以減免刑罰之優惠，故本文以為「客觀說」較不可採。

「主觀說」、「限定主觀說」與「預期計畫說」其共通處為皆以行為人主觀認識為準，至於客觀上是否有此等障礙事實，並不妨礙是否出於己意之判斷，蓋障礙事實之有無，並不影響行為人未完成犯罪行為此一既成事實之存在，故是否出於己意之中止意思，而得成立中止犯，仍應視行為人主觀上法意識之違反程度是否有所降低，故以行為人主觀認識加以判斷，為可贊同之方向。雖然三說皆以行為人主觀為出發，但在細部內涵上仍有所差異。

「主觀說」以德國刑法學者 Frank 提出之公式，「縱使能繼續實行，亦不願繼續為之」與「縱使願繼續實行，亦不能為之」加以判斷，此等公式雖簡單並清楚，但也過於簡略，在中止犯與普通未遂區分上仍有模糊地帶。行為人之所以不願，原因所在有多，可能因考量被捕獲，遭受刑罰之風險過高始加以放棄；也可能因良心發現，發自內心之悔悟而不繼續實現犯罪。此等原因下所生之中止，皆屬於 Frank 公式下所稱之「不願」，惟此等「不願」並非皆與中止犯之設立之意旨相符。既然成因有別，如一律認定符合公式之情況即屬於己意中止，似也難脫與「客觀說」同一之缺憾，即以單一標準評斷各個不同之個案，因此就不同「不

願」的成因，仍應考慮其差異性，適度給予相異之評價；另此一公式針對未了未遂之情形，行為人主觀上僅須放棄犯意，的確有所適用，然對於既了未遂之情形，行為人主觀上不僅須消極低放棄犯意，更須有一積極防止結果發生之故意，是單以 Frank 公式作為判斷之方式，仍有欠周全之處。

「限定主觀說」認為，在普通未遂外創立中止犯，並賦予優惠之刑罰待遇，即清楚表示中止犯為未遂犯之特例，既是特例自然不應將範圍過度擴張，若中止犯之範圍過度廣大，自無法顯現出中止犯作為特例之核心價值。惟有誠摯悔悟，始不具社會危險性，殊值得寬量，刑罰權方有節制之必要³⁰。此說為清楚區辨普通未遂與中止犯，故加入「倫理性」此一要件，其立意固屬良好，惟在現行法並無此等明文要件下，恐有違反「罪刑法定」之疑慮，且此等出於自身悔悟之想法，在舉證上本即為困難，雖認可以「有疑唯利於被告」之方式解決，若然如此則此要件實際之功用究竟尚存多少，也頗令人玩味，故本文認為在法條明文化前，暫不宜列為必要要件。

「預期計畫說」仍建立「主觀說」之基礎上，只是在某些難辨的個案上，強調須考量客觀障礙事實是否在行為人犯罪計畫考量內，若無在預期內，則當障礙事實出現，行為人縱基於己意中止，難謂其危險性已降低，例如竊賊A進入富翁B家中行竊，雖發現財物，然比預期中有相當程度落差故而放棄，此案例若純以「主觀說」之方式判斷，應可認屬於「己意中止」，惟如此結果應不符中止犯之立法目的，在輔以「預期計畫說」即可合理解決；另客觀障礙事實若在預期內，縱使出現而行為人加以中止，仍屬「己意中止」，例如竊賊A欲進入富翁B家中行竊，於其

³⁰林東茂，同前註 27，頁 1-234

計畫中本已知B家中有諸多防盜及安全系統，則於破解設備中，因擔心觸發警鈴致坐牢而放棄，亦屬「己意中止」。

本文仍贊成以「主觀說」作為主要判斷之準則，蓋不論客觀因素如何變動，是否出於「己意中止」仍須取決於行為人主觀上如何看待及應對，然而最重要的莫過於，當障礙事實出現時，若行為人仍處於有選擇是否繼續犯行之自由下，則其中止犯罪行為，始有認定屬於「己意中止」之可能。當然每一行為人因其自身性格、成長背景、外在認知或心理素質等因素，皆會影響障礙事實對其產生心理壓制之強弱，從而在同一客觀因素似將造成相同情形卻有不同判斷結果，致生判斷標準不明與判決不公允之疑。

惟現行法既已明文，中止犯之構成要件須為「己意」，便表示於具體個案中必透過充分知悉行為人主觀上對於客觀事實之認識，瞭解其是否仍處於可選擇之於地，而後始有判斷是否出於自願中止意思之可能，故難以期待在相同的客觀因素下，行為人基於不同的抗壓力，皆能有相同的反應，故透過個案中對於行為人的逐一檢視，實為必要之舉。另在某些個案中，行為人是否繼續犯罪之可能並非全有與全無之情況，此時純以「主觀說」加以判斷，便無法完全符合中止犯之立法目的，故此時應輔以「預期計畫說」，視障礙事實是否在行為人預期範圍之內，如果是，則行為人放棄之行為即屬「己意中止」，反之若未在行為人預期範圍之內，縱放棄犯罪行為，亦非「己意中止」。

總的來說，在檢驗行為人是否出於自願中止意思之順序上，先決條件必是行為人須有中止意思之未遂行為，於排除無中止意思之未遂情況後，始進入是否出於己意之判斷。而是否出於己意，應以行為人主觀上

認識障礙事實是否存在為準，障礙事實之客觀上存在與否並不絕對影響己意之判斷，惟於某些情形中，則須視客觀障礙事實之出現，是否本於行為人主觀預期計畫範圍內綜合加以判斷，如此方為妥適之法。

(二) 中止行為

中止犯之成立，除行為人主觀上須出於自願之中止意思外，客觀上亦需有中止行為，始為已足。在刑事訴訟過程中，客觀上之中止行為，乃判斷行為人是否有自願中止意思的重要判斷依據。按刑法第 27 條第 1 項「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」之規定，可見客觀上之中止行為，可分為消極之中止，即放棄犯罪行為之繼續實施，與積極防止，即防止犯罪結果發生，兩種態樣。對於此兩種態樣應如何區分，亦左右行為人應盡何種努力，方得達成法定構成要件。為此學說創設出「未了未遂」與「既了未遂」之名詞，用以代稱此兩種狀態³¹。

「未了未遂」係指行為人已著手於犯罪構成要件之實行，惟尚未實行完畢；「既了未遂」則指行為人既著手於犯罪構成要件之實行亦已實行完畢³²。承前所述，在「未了未遂」之狀態下，行為人僅須消極地放棄尚未完成之犯罪即可達成法定要件；「既了未遂」因行為人已著手並已將犯罪行為實行完畢，故須進一步地積極防止犯罪結果之發生，行為人始得達成法定要件，方有成立中止犯之可能。雖然對於此兩種狀態已有

³¹ 亦有以「著手未遂」與「實行未遂」稱之，詳參，甘添貴，同前註 6，頁 147；陳子平，同前註 7，頁 422；余振華，同前註 7，頁 331；亦有學說認為無區分之必要性，詳參翟喚霞，「中止犯之初步研究」，刑事法雜誌，第 39 卷第 2 期，1995 年 4 月，頁 41-45。黃惠婷，既了未遂之中止犯，月旦法學教室 35 期，2005 年 8 月，頁 20-21。

³² 鄭逸哲，「普通未遂犯」即非「廣義中止犯」的「可罰未遂犯」—重新正確定位「未遂犯」、「普通未遂犯」、「中止犯」和「準中止犯」間的關係，法令月刊，第 58 卷第 2 期，2007 年 2 月，頁 184-185。

基本的劃分，但在細緻的區分上，學說仍存有許多不同見解，則以下先就兩者應如何區分為文介紹後，方接續討論行為人之中止行為。

1. 「未了未遂」與「既了未遂」之區分標準

犯罪行為究竟是否已實行完畢，應就行為於客觀事實上有無發生犯罪結果之可能而決定，若行為在客觀上尚未達足以招致結果之階段，即屬未了未遂；反之，行為在客觀上已經有發生結果之可能，即屬既了未遂³³。例如，A 佇立於山頂上，欲以推落巨石之方式，藉巨石自山頂滾下之重力加速度，將立於山腳下之 B 殺死。當 A 推動巨石，自巨石開始滾動那刻開始，在客觀上已具有發生 B 死亡之可能，即屬既了未遂；故在巨石滾動前，皆不具有使 B 死亡之可能，即屬未了未遂。

另與客觀說相異，係依行為人主觀上之認識為標準，即使客觀事實與行為人主觀上之認知有所不同，仍以行為人之認知為準。行為人若認其行為已達構成要件實現之要求，自屬既了未遂；反之，則屬未了未遂³⁴。由於行為人主觀上之認識，並無法如客觀說，以具體事實作為主要判斷依據，故如何將主觀說加以精緻化，不流於恣意擅斷，學說上另有以下列見解為補充

行為人於著手實行犯罪行為前，對於此一犯罪如何著手、實行及完成犯罪結果，必已有完整之計畫，故如何判斷既了未遂與未了未遂，即視行為人之行為於計畫中已達何種階段而定。在計畫中，此一行為已屬終了，即為既了未遂；若於計畫中，此一行為上未完成，則為未了未遂，故稱為「計畫觀測理論」。例如荊軻欲以匕首刺殺秦王，在荊軻之

³³甘添貴，同前註 6，頁 147-148，林鈺雄，「犯罪之階段—不能未遂、中止未遂」，月旦法學教室第 35 期，2005 年 8 月，頁 58。

³⁴曾淑瑜，同前註 13，頁 223。

計畫中，一刀並無法立即斃其性命，為免除後患，至少須刺殺三刀以上方有使其身亡之可能。則當圖窮匕見之時，荊軻僅向秦王刺了一刀，即中止犯行逃亡，縱使客觀上這一刀已刺中秦王，但只要未達計畫中之三刀，荊軻此一行為即屬未了未遂³⁵；反之，荊軻向秦王刺了三刀，縱然三刀皆未命中，亦屬既了未遂。

由於並非每一犯罪行為人，在著手實行犯罪前皆有縝密之計畫，有時係基於臨時起意，則此時行為人可能僅具有實現構成要件之決意，並無計畫一定之犯罪方式，如欲僅憑行為人之計畫加以區分，將多有窒礙難行之處。故「整體觀察理論」認為應以行為人最後行為之主觀認識為斷，即當行為人停止實行構成要件之行為，視其主觀上是否認為已完成一切足以實現構成要件之行為，若行為人認為已完成所有使結果發生之必要行為，屬既了未遂；反之，若行為人認為尚未完成一切足以使結果發生之行為，則屬未了未遂³⁶。由於此一最後行為時點為判斷之臨界點，故又有稱「中止臨界理論」。例如，世仇A與B狹路相逢於巷口，A旋即拾起地上之酒瓶，基於殺人之故意往B頭部重擊，在第一次重擊後，B頭部受傷倒地哀嚎，A本得繼續施以攻擊使B死亡，惟見此狀，便中止犯行，由於此時A主觀上認為，其尚未完成使B死亡之所有必要行為，故屬於未了未遂；若A繼續施以攻擊，直至其主觀上認為已完成使B死亡結果之必要行為，方為停止，此時已屬既了未遂，則A須以積極之方法阻止B死亡。

基於主觀說與客觀說皆各有所偏，「主客觀綜合理論」以為應綜合行為時之客觀事實與行為人之主觀認識加以判斷，不能僅著眼於客觀上

³⁵由於中止犯必結果未發生始有討論之可能，若荊軻僅刺一刀即造成秦王死亡，此時無論是消極之放棄或積極防止結果發生皆無區別，即無再區分既了未遂與未了未遂之必要，故此處所述之刺中，係指尚未生死亡之可能。

³⁶曾淑瑜，同前註13，頁224。

該行為是否有發生結果之可能，或單憑行為人之主觀認識即為決斷。亦即，客觀上犯罪行為有必要持續實行且能繼續實行，行為人主觀上亦有所認識，此時實行行為尚未完成，屬未了未遂；若客觀上已無法繼續實行，抑或客觀上存有繼續實行之可能，惟行為人對此無所認識，此時實行行為已完成，屬既了未遂³⁷。例如狙擊手 A 欲以兩發子彈將 B 擊殺，若第一發射出並未命中 B，而 A 對此一事實亦有所了解，此時屬於未了未遂；倘第一發射出命中 B，B 因疼痛倒地不起，惟僅受輕傷未有生命危險，A 對此一事實並未認識，認為已足致 B 於死地，即便未射出第二發，亦屬既了未遂；另於第一發即命中 B，並使 B 生死亡之可能，此時無論 A 主觀上是否對此有所認識，皆屬既了未遂。

另因果關係進程說認為，所謂既了與未了之「了」係指犯罪行為之「完成」，而「成」意指往結果發生之因果進程，不須再依靠行為人之行為即能繼續運行下去。易言之，於未了未遂之狀態下，因果進程尚須仰賴行為人持續之行為，方得繼續運行，故行為人此時以單純之放棄，其因果進程必然停止，則自無發生結果之可能；在既了未遂之狀態，因果進程已不須行為人再為任何行為即得自行運行下去，則行為人必須有另一阻斷因果自行運行之行為，方有使結果不發生³⁸。例如后羿欲以弓射嫦娥，當箭在弦上而仍未射出時，此時因果進程仍須后羿之行為，方得繼續進行，故此時為未了未遂；當后羿將箭射出，此時朝向結果發生之因果進程已無須后羿之任何行為，即得繼續進行，此時即屬既了未遂。

本文以為，客觀說與因果關係進程說，雖名稱與描述方式不同，但在內涵上實為相同，皆視行為人於客觀事實之行為，是否有產生結果之可能，做為既了與未了之區分，故可將兩說視為同一種判斷方式。自刑

³⁷ 靳宗立，刑法總論 I，自版，2010 年 9 月，頁 387。

³⁸ 陳子平，同前註 7，頁 423；鄭逸哲，同前註 17，頁 207 至 208。

法法第27條以觀，明文規定既了未遂之行為人須採取積極防果行為，若客觀上並無發生結果之可能，自無須採取防果行為。此種以客觀事實判斷之優點即為，容易區分行為人究竟應採積極防止抑或消極放棄，故以客觀上有無結果發生之危險作為二者間區分似最契合法條文義。

惟本文以為，自中止犯之立論基礎出發，著重的是行為人透過中止行為顯示其反社會性與內在危險性格減低，所以完全捨棄行為人主觀上之認識，僅就客觀事實之行為判斷，如此將無法知曉行為人應予刑罰之程度為何，即有失中止犯之意義，例如A基於殺B之意思，開槍射中B非要害部位，B因為驚嚇過度而暫時昏厥，A誤以為B已傷重死亡而逕自離去，此時採客觀說認為乃未了未遂，故A放棄後續犯行，即符合中止行為而得成立中止犯，然主觀上A係認為已達既遂，並非出於中止之意思，實可見採客觀說將有所偏。

另有論者以為，「中止必須出於行為人之自願，始能成立中止犯，而行為人是否出於自願乃決定於行為人對於行為階段及其危險性的主觀判斷，亦即必須從行為人的主觀角度來加以觀察。而客觀理論僅就行為之客觀面，來判斷區分未遂行為係未完成或已完成，顯然是不能與己意的認定方式相配合…³⁹」。惟此一說法似有紊亂「己意中止」與「中止行為」兩者實為不同概念之疑。蓋在「己意中止」係針對行為人就犯行之實行加以放棄或積極阻止結果發生，是否出於自身意願之判斷；而「中止行為」則是就行為人之犯罪行為實行，已達何種階段，且應採取何種中止行為始符合法定要求加以判斷，兩者絕非可相提並論甚或同一視之。

³⁹林宥均，同前註18，頁64-65。

舉例而言，A基於殺害故意，趁乙不注意，在乙的飲料中投放毒藥，在旁的丙目睹甲之行徑，遂以槍抵住甲之腰際，示意甲放棄其犯行，在乙舉杯正要飲用之際，甲連忙不故一切將乙手中之飲料搶過，阻止乙引用。在此例中，甲顯非出於己意而中止其犯罪行為，但甲對於其犯罪行為之實施已達既了亦有認識，故採取積極之防果行為，最終亦僅止於未遂，惟甲是否能成立中止犯，重點仍在於是否出於己意，與採取何種中止行為並無關例，以上例即可知，「己意中止」與「中止行為」兩者皆為獨立判斷之要件，並非具互相牽動之關係，故就「中止行為」是否採取主觀說，與是否出於己意之認定毫無干係。

鑒於中止犯之立法目的，乃著眼於行為人藉中止行為所展現出之悔悟與重返法規範態度，故予以減免刑罰。則行為人之主觀認知應為必須考慮之因素。至於應以何一時間點之認知作為判斷時點，「計畫觀測理論」採取行為人就行為前對犯罪計畫之想像，就行為人之行為在其計畫中究竟已達何種階段，給與客觀之評價，此種方式對於行為人主觀認知之行為意義，的確能充分判斷，但對於行為後若發生與計畫不相符之各種狀況，因行為人本無預期，即無法藉由其計畫加以充分判斷。

「整體觀察理論」則不論行為人有無具體之犯罪計畫，僅以行為人最後實行行為時之主觀認知為準，若對將致結果發生之高度可能有所認識，即為實行終結。「主客觀綜合理論」之所以提出，乃在於就A計畫開一槍射殺B，若未射中B之案例中，依「計畫觀測理論」，此時就算A仍有開第二槍之可能，仍已屬既了未遂，但並無任何可供防止結果發生之中止行為，可使A成立中止犯，此一結論令人費解，故主張須就行為人主觀認識及客觀事實綜合判斷，方為妥適。惟前述案例，若以「整體觀察理論」此種問題將不復存在，縱行為人原欲以開一槍加以殺害B，但在實施

之過程中變更計畫，仍是以其最後行為之認識為判斷依據，故A對於尚有開槍擊殺B之可能所認識，卻中止射擊，自仍有成立中止犯之可能。惟主客觀綜合理論之優點，在於具體個案判斷時，就行為人是否有採取適當之中止行為，能有較明確之事實可供參考。

綜上所述，中止犯既然著重行為人之危險性是否有所降低，則犯罪行為之實行程度，應基於行為人主觀上之認識，就犯罪行為否實行完畢，以行為人主觀面對行為之認識加以判斷，故須考量行為人之主觀應無疑義。然為使具體個案中能清楚判斷，本文以為應採「主客觀綜合理論」，以避免行為人主觀認識與客觀事實不一致時，對於行為人究竟有無採取適當之中止行為，難以辨認。

2. 未了未遂之中止行為

在未了未遂之情形，由於行為人僅著手實行犯罪行為，並未完成此一行為，自無結果發生之可能性，故行為人只須放棄繼續實施犯行即為已足。現行刑法第27條第1項所規定之「中止」其意即為如此。

3. 既了未遂之中止行為

在既了未遂之情形，行為人已無法僅單純以放棄犯罪行為及防止結果發生，必有一積極介入阻止之行為，阻止結果之發生。係因行為人既已認為完成所有犯罪行為，此時構成要件之結果已有發生之可能，則法律對行為人之要求，自不以消極放棄犯行即為已足，而是要求必須以積極之行動，有效地阻止犯罪結果之發生，方有成立中止犯之可能。究竟行為人應為怎樣之行為，方能算是一積極與有效的防果行為，或稱為必

要之防止行為？學說上對於行為人之防止行為，是否以具有防止結果發生之真摯努力為必要，有不同之見解⁴⁰，茲述如下：

誠摯必要說認為，中止犯既著眼於行為人內心是否存在重回法秩序規範之態度，如僅有一形式上中止行為即得成立，便與立法目的不符。故判斷之重點，在於行為人藉由內心所外顯之防果行為，當行為人有一真摯之中止行為，足顯示行為人之法敵對意識與危險性格之減弱時，方得認屬必要防止行為。至於「真摯」之定義為何？須達何種程度方得認已盡真摯努力？有認為除主觀上須具有中止意思外，客觀上須該行為為防止結果發生之有效方法。易言之，行為人須有積極防止結果發生之行動表現，且為行為人所能為最有效防止結果發生之方式⁴¹；不必要說則認為誠摯性此要件，非但定義不明確，於具體個案中亦無一定之判準，且從中止犯之條文文意以觀，亦無法此一要件之明文；從而「既了未遂」，雖仍須以積極防止結果發生之行為，但不以行為人所能為防止結果發生之最有效方式為必要⁴²。易言之，行為人於眾多方法中，只要是採取了一種有效的方式，即屬必要之防止行為。

本文以為，自刑法第27條第1項條文觀之，清楚地將「中止犯」與「準中止犯」之防止行為做了不同之描述，中止犯係「防止其結果之發生者」，而準中止犯則為「盡力為防止行為」，究其原因，乃因準中止犯之防果行為與結果不發生間，並不具因果關係，故無法僅依結果不發生，即辨明行為人之危險性降低與否，是另加上須「盡力為防止行為」

⁴⁰茲所以討論是否須有真摯之防果行為，乃因「準中止犯」之結果不發生，與行為人之防果行為不具有因果關係，又明文規定須「盡力為防止行為」始得成立，則對於「中止犯」在防果行為與結果不發生間具有因果關係，是否亦須此一要件產生疑問。故諸多論著將真摯行為與因果關係置於一處討論，然未免過於交錯複雜失其焦點，本文始將兩者分別討論。

⁴¹陳子平，同前註7，頁423-424；甘添貴，同前註6，頁145以下；盧映潔，中止犯的成立，台灣本土法學雜誌第36期，2002年7月，頁201。

⁴²大谷實，「刑法總論」，成文堂，2006年4月，頁212。

此一要件。反觀中止犯之中止行為與結果不發生間，並無不具因果關係此一問題，只要行為人係採取有效防止結果發生之方法，即得以知曉行為人回歸法秩序之主觀意思。故本文以為，在中止犯之既了未遂中，只要行為人有積極防果之行動表現，而此中止方法係有效阻止結果發生之方式即可，不以具有真摯性即最有效之方式，方屬必要之防止行為。

(三) 結果未發生

結果未發生，此一要件就未遂犯而言似屬一理所當然之要求，而本文於前文亦不斷重申，中止犯係未遂之一種類型，故結果之不發生，亦應屬中止犯之必要條件。是若結果已發生，自無討論未遂之必要，遑論是中止犯之討論。惟學說有見解認為，即便結果發生，犯罪已達既遂，行為人亦非全無成立中止犯之可能。究其立論基礎，乃基於行為人若已盡真摯努力，就其所能採取最有效防果方式，自可顯示其回歸法秩序之決心，就此點以觀與中止犯之立法目的，即著重行為人內心意思是否有悔改之態度，未有不合之處，則不論結果是否發生，仍應有成立中止犯之可能，如此方能發揮中止犯獎勵之目的⁴³。

然此一論點顯倒置未遂與既遂之犯罪評價，之所以未遂相較既遂之刑罰為輕，係因犯罪結果並未發生，而法益受侵害之程度不若既遂那般嚴重，於此原則下，中止犯之行為人又顯現出較普通未遂更低之危險性，方得於未遂外更獲減免刑罰之優惠，故行為人唯有成功阻止結果發生，方為成立中止犯之前提。行為人既著手實行犯罪行為，法益即處於受侵害之高度危險中，雖中止其犯罪行為，但此一中止失敗致結果發生之後果，本屬行為人應承擔之風險，若非如此，犯罪達既遂之行為人仍可享受中止犯之刑罰優惠，則對於心思縝密之行為人，皆能以詳盡的計

⁴³ 褚劍鴻，同前註 18，頁 239；川端 博，刑法總論講義，成文堂，1995 年 11 月，頁 471。

畫著手犯罪，並致使犯罪結果即將發生，方再進行形式上之中止行為，進而獲得中止犯之減免刑罰優惠，誠顯不公。

例如A欲殺B，經詳盡之研究與計畫，以利刃割斷B之動脈，算準時間後再如預訂計畫中將被害人送醫，最後B仍藥石罔效、一命嗚呼矣。在此案例中，最後仍照A預想產生B死亡之結果，且A亦採取積極且有效之防止方法，按上述仍得成立中止犯之理論，則如此中止犯之規定，將失去本意，反成鼓勵社會大眾犯罪之立法，此顯非當初設置中止犯之目的。

縱認為刑法分則中，有個別條文亦屬犯罪既遂，卻仍給予刑罰優惠之規定，例如刑法第347條擄人勒贖罪，依實務見解本罪之既遂時點為意圖勒贖而擄人時，而見同條第5項規定，未經取贖而釋放被害人，減輕其刑；取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑。可知不論是尚未取贖而釋放被害人，或是取贖後釋放被害人，均有減刑之規定，然此一規定係基於人質之人身安全具有高度危險性，乃是出於考量後之刑事政策，其與中止犯之立法目的並不相同，故並無得以相提並論，故本文以為，中止犯原則上仍須以結果未發生為必要。

前述之所以說「原則上」仍須以結果未發生為必要，係因在例外情形中，構成要件結果雖已發生，惟該結果之發生與行為人之行為，並不具因果關係或客觀可歸責性，則此種在採取了積極防果行為後仍生結果之情形，仍有成立中止犯之可能。例如A開槍射殺B，致B身負重傷，A將B送往醫院救治，本得獲救不致發生死亡之結果，然B基於宗教信仰堅不輸血，因而失血過多死亡。或是C開槍射殺D，致D身負重傷，C將D送往醫院救治，D本得獲救，然因主治醫師使用未消毒之器具進行醫療，致D最終仍告不治。

又如E開槍射殺F，致F身負重傷，E將F送往醫院救治，F在救護車上經緊急治療，傷勢已受控制僅待至醫院進行完整治療即可獲救，然於途中遭遇山崩，致F遭土石壓斃等。

前開例子中，雖犯罪結果之發生與行為人之行為具有因果關係，惟依客觀歸責理論，結果之發生係因第三者或外力置入一個新的、獨立的風險而實現，縱行為人已盡力於防止結果發生，且法益本也不至遭受完全侵害，但因事實之因果歷程發展重大偏離行為人所想像，結果之發生並非因行為人所製造之風險所實現，故結果不能歸責於行為人之行為。但囿於現行法條規定「結果不發生」，難以直接適用準中止犯，此時宜解為類推適用準中止犯⁴⁴。然此等案例畢竟屬於少數中之少數，是若行為人之犯罪行為，已使結果之發生無挽回可能，則縱有外力介入，使得非行為人以外之人與結果發生間亦具有因果關係，行為人仍無由得成立中止犯。蓋行為人既著手於犯罪行為，即便中止，自須承擔中止失敗之風險，沒有理由僅因可歸責於他人之因素，即無視行為人造成難以挽回之結果事實，而取得優惠之待遇⁴⁵。中止犯既然須以結果未發生為原則，則此等例外自應採取嚴格解釋，亦即在判斷上可認為結果不發生之機率是肯定的，方有適用例外之餘地，如此始不致令例外凌駕於原則而失中止犯之立法目的。

(四) 結果未發生與行為人之防果行為有因果關係

在 2005 年刑法修正前，刑法第 27 條僅就中止犯有明文規定，對於中止行為與結果不發生之間不具因果關係之準中止犯，雖然學說上予以承認然並未明文規定。而於修法後，增訂準中止犯之規定，就「結果之不

⁴⁴黃惠婷，刑法第二七條「準中止犯」，台灣本土法學雜誌第 101 期，2007 年 12 月，頁 51-52；黃榮堅，同前註 5，頁 562-563。

⁴⁵黃榮堅，同前註 5，頁 533 以下。

發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同」，如此對於嚴格意義之中止，即肯定防止行為與結果不發生之間具因果關係為必要，始得成立中止犯。故對於防果行為與結果不發生須有因果關係已無疑義，惟所謂防果行為應達何種程度始認為具有因果關係，茲有不同認定⁴⁶

有見解認為，只要行為人採取之行為與結果不發生之間，具有單純的因果關係即為已足。例如 A 槍殺 B，A 將 B 送至醫院外之長凳，後被路人發現送醫獲救，由於 A 將 B 置於醫院外長凳，乃是使路人發現送醫不可或缺之條件，故 A 之防果行為與結果不發生間具有單純之因果關係，得以成立中止犯。另有見解認為，僅具有因果關係尚嫌不足，結果之不發生必須是行為人採取之行為所得控制之成果，亦即行為人可選擇親自採取防果行為或透過第三人阻止結果發生，若是透過第三人，行為人之影響力須達至有如「教唆者」一般，必須對於結果之不發生有強烈關注，並發揮影響力。以前述例子而言，A 除將 B 置於醫院外長凳外，尚須觀察是否有路人發現並將 B 送醫，若無路人經過將 B 送醫，則行為人則須親自將 B 親自送醫。易言之，行為人在結果不發生之過程中，必須具有持續性的影響力；復有見解認為，行為人必須依其主觀上認識，選擇最完善之方法，盡到最大效之努力而使結果不發生，如此方稱具有因果關係。以同一例而言，由於將 B 置於長凳，B 之生命仍處於危險狀態，故 A 必須將 B 親自送至醫院，方屬最完善之方法。易言之，行為人之防果行為必須是單一且直接使結果不發生之原因，使得成立中止犯。

本文以為，上述見解中應以第一種見解可採，蓋中止犯之規定，僅明文要求防止結果發生，則不論行為人係採取何種方法，只要是有效防

⁴⁶曾淑瑜，同前註 13，頁 229-230；盧映潔，同前註 40，頁 200 以下。

止結果發生之方法，而結果亦不發生，即可認行為人具有重返法秩序之意思，便符合中止犯之立法意旨，而不應該過度限縮法條文義，況且倘行為人並未採取有效之方法或持續發揮影響力，致結果發生，則無法享有刑罰減免之優惠，此等後果亦須由行為人自行承擔。綜上所述，本文以為，行為人之防果行為與結果不發生僅須具有單純之因果關係即可。

二、行為著手前適用中止犯可能性

中止犯乃未遂之一種類型，而未遂之成立必行為人須已著手犯罪行為，然刑法就犯罪型態之處罰，除既遂與未遂外，對於尚未著手犯罪行為之陰謀犯及預備犯亦有規定，在構成要件上與未遂有所扞格之犯罪，是否亦有適用中止犯之可能，在學說上多有討論，故將就此等犯罪類型加以討論。

(一) 陰謀犯與預備犯之基礎概念

故意犯罪行為係行為人藉由客觀行為表現其主觀犯意之表徵，而客觀行為可分成不同之行為階段，包括形成犯罪動機之「決意」，二人以上共同協議計謀之「陰謀」，準備著手實行犯罪行為前之「預備」，開始實行犯罪行為之「著手」及完成行為與發生結果⁴⁷；「陰謀」係指兩人以上，互為犯意表示，共同協議實行特定犯罪行為，刑法原則上並不對於陰謀加以處罰，蓋陰謀尚處在協議階段，並未對法益產生任何侵害或危險，但對於某些重大犯罪，涉及國家法益之保護乃將處罰提前，以刑法規定而言，分別於第 101 條第 2 項內亂罪及第 103 條第 3 項外患罪設有陰謀犯明文；「預備」係指行為人為實現其犯意，於著手實行前所為之準備行為，便使犯罪實行更為順利。刑法原則上亦不處罰預備犯，惟為保護重大價值之法益，始將刑罰提前至預備階段，以刑法規定而言，如第 100 條第 2 項及第 101 條第 2 項之內亂罪，第 271 條第 3 項之殺人預備

⁴⁷張麗卿，同前註 1，頁 309-311。

罪等即屬之；另有將某些特定犯罪行為之預備階段，成立獨立罪名而不稱為預備犯，如第 199 條製造交付收受偽造變造貨幣原料，第 263 條持有煙毒或吸食鴉片器具罪等，雖名稱不以預備犯稱之，但其犯罪行為實尚屬預備階段，故稱為實質預備犯或獨立預備犯⁴⁸。雖然將陰謀犯及預備犯於犯罪著手前加以處罰，有故入人於罪之疑慮，然此為立法政策之討論，非為本文重點，故不多加論述。

(二) 陰謀犯與預備犯中止犯適用之討論

承前所述，陰謀犯及預備犯皆係犯罪行為著手前，刑罰提前處罰之對象，而中止犯之適用，則係行為人於犯罪行為著手後，視有無符合成立要件，始有討論有無之可能。從客觀行為觀之，陰謀犯與預備犯未達著手，則根本無成立中止犯之餘地⁴⁹，那為何又須特地為文討論？此與前述結果發生已達既遂，是否仍有適用中止犯之情刑，為一具有反面性質的問題，而既遂與未既遂兩種情形，實乃針對中止犯旨趣之追溯效果與追究效果討論⁵⁰，學說上茲有不同見解。

肯定說認為，著手實行後使法益侵害產生具體危險，因行為人已意中止，即得減免其刑，而陰謀與預備乃未遂之前行階段，雖具有朝未遂發展之性質，然陰謀及預備相較於未遂，對於法益之侵害不僅更為遙遠，危險性亦較低，至實現犯罪過程中，仍存有甚多障礙，則行為人於尚未使危險實現之時點，即將該危險實現之可能排除，行為人中止預備之行為，絕對不會發生犯罪結果較中止犯更為明顯，卻恪於法定要件，無法減免其刑，似乎有失公平；雖有認為陰謀或預備之法定刑均相對為輕，故不致產生不合理之情形，然細觀刑法規定，仍有部分條文規定最

⁴⁸林山田，同前註 4，頁 452；張麗卿，同前註 1，頁 309-310。

⁴⁹謝開平，預備犯之中止，月旦法學教室第 107 期，2011 年 8 月，頁 31。

⁵⁰川端博，同前註 14，頁 291；甘添貴，同前註 6，頁 165 以下

低刑罰為三年以上有期徒刑。則進行至著手實行階段而中止，為必要之減免，對於預備則無此規定，自量刑角度以觀，顯呈現極大差異，故在未明文規定前，應得以類推適用中止犯必減免之規定，且此種有利於被告之類推適用，並不違法罪刑法定主義⁵¹。

否定說中止犯乃未遂之一種類型，必以行為已達著手實施後，方有討論已意中止的可能，而陰謀與預備既尚未進入著手，自無適用中止犯之餘地。倘若在陰謀與預備階段，行為人不欲再繼續為之，即應認為其根本不成立陰謀犯或預備犯，蓋陰謀與預備原屬刑法所不處罰之行為，基於重大法益保護之考量所設之例外處罰規定，理論上並無未遂階段可言，既法無處罰之明文，自無討論「陰謀未遂」或「預備未遂」之必要，況行為人在陰謀或預備階段中，已意中止其行為者，客觀上即難以顯現陰謀犯或預備犯之表徵，自應認為其不成立犯罪，從而不加以處罰⁵²。易言之，在陰謀或預備階段，行為人於符合法定要件後，即成立犯罪，縱使事後加以中止，亦與中止犯之要件未合，無得減免其刑；反面而論，行為人於進行過程中加以中止，未符合陰謀或預備之法定要件，則根本不成立犯罪，自無減免其刑之必要。刑法設有陰謀或預備犯罪之規定者，僅限於須提前至著手前處罰之重大犯罪，縱於實行著手後始行中止，其罪責並未消失。不宜純就刑罰均衡之觀點，背離陰謀犯或預備犯設立之目的，認為陰謀犯或預備犯仍得類推適用中止犯之規定，予以減免其刑之待遇。

實務見解對於陰謀或預備是否有中止犯減免刑罰之適用，最高法院早期見解，22年上字第980判例：「中止犯之成立，以已著手於犯罪之實行因已意中止者為要件，所謂著手，必須從客觀方面可以認其實行行為

⁵¹林東茂，同前註 27，頁 1-235 至 1-236；陳子平，同前註 7，頁 428。

⁵²林山田，同前註 4，頁 496-498。

已經開始者而言，若實行行為未曾開始，而其所為尚係著手以前之準備行為，只能謂之預備，除刑法上有處罰預備罪之規定，得依預備罪論科外，實無中止犯之可言。」明白表示，預備並無中止犯之適用；至中期，司法院73年6月6日廳刑一字第482號法律問題⁵³，又加以討論，「某甲如犯「有處罰陰謀或預備犯」之犯罪，於陰謀或預備中，中止進行，究應如何論擬？」，會後研究意見採取同22年上字第980判例之見解，認為陰謀或預備無中止犯之適用；近期最高法院97台上1730號判決「如有預備罪之犯罪，於預備中因行為人之任意不再進行，按諸一般法理，中止犯以著手為先決條件，預備尚未著手以前，自無中止之可言，若該犯罪之預備行為，至可以成立之程度，而無相當於中止減免之規定，自不得因行為人之任意不再進行而邀減免，是此情形，刑法上如設有處罰預備罪之規定，仍應依預備之本罪論科，實無中止犯之適用。」⁵⁴

⁵³ 司法院七十三年六月六日廳刑一字第482號法律問題：某甲如犯「有處罰陰謀或預備犯」之犯罪，於陰謀或預備中，中止進行，究應如何論擬？

討論意見：

甲說：中止犯以犯罪已著手為前提，陰謀、預備，其程度在著手以前，如於陰謀、預備中，中止進行，法無處罰明文，應不為罪（二十一、院七八五號解釋參照）。

乙說：中止犯之成立，以已著手於犯罪之實行，因己意中止者為要件，所謂著手，必須從客觀方面可以認其實行為已經開始者而言，若實行行為未曾開始，而其所為尚係著手以前之陰謀或預備，除刑法上有處罰陰謀或預備罪之規定，得依陰謀或預備罪論科外，實無中止犯之可言（二二年上字第980判例參照）。

丙說：按中止犯係以犯罪已著手者為前提，陰謀、預備，其程度係在著手以前，自不適用中止犯之規定；故某甲縱於完成陰謀或預備行為後，因己意中止，而未達於著手之階段，仍無中止犯規定之適用；唯某甲之陰謀、預備行為，依題旨所示，既有處罰之規定，自應依法論以該項陰謀或預備罪；倘該罪並無處罰陰謀或預備犯之規定，因法無處罰明文，自不為罪。

結論：採乙說

⁵⁴ 另最高法院95台上3251號判決：「按中止犯之成立，以已著手於犯罪行為之實行，因己意中止或防止其結果之發生為要件。倘事前同謀或參與犯罪之預備行為，但於著手於犯罪行為之實行前，中止其共同犯罪之意思，亦未參與犯罪行為之實行，除另有處罰陰謀犯或預備犯之定，應依該規定論處外，要無成立中止犯之可言。」亦採取與判例同樣之見解。

本文以為，應以否定說可採，蓋肯定說基於刑罰均衡之理由雖言之成理，然綜觀刑法針對陰謀與預備有加以處罰之條文，與有處罰未遂之條文相比較，兩者之法定刑均有一定程度之差異，縱中止犯必就法定刑加以減免，惟並不必生陰謀或預備之法定刑高於中止犯之結果，且陰謀或預備之設立，本就是針對重大法益之保護，方提前於著手之前加以處罰，可知立法者認為此些法益，於陰謀或預備階段，已有以刑法加以箝制預防之必要，故以刑罰處罰之。基於此一立法目的，則在符合法定要件後，行為人即成立犯罪，縱使事後加以中止，並不改變此一行為之應刑罰性⁵⁵，若於進行陰謀或預備階段，於尚未達成法定要件而加以中止之行為，由於其根本未達到刑法欲保護法益之侵害範圍，對於法益並無任何危險可言，在此種情況下，無法成立陰謀犯或預備犯，自無討論減免刑罰之必要。基於上述理由，本文以為陰謀犯或預備犯，無須類推適用中止犯必減免刑罰之法律效果，僅須直接就行為人之行為是否成立陰謀犯或預備犯即可。

三、不作為犯之中止適用

作為犯與不作為犯之差異，在自然行為之意義上，不作為犯雖未有任何積極侵害法益之動作，然此一未積極作為之舉動，仍然造成對法益之侵害，故法律特別加以規定，於行為人在某些不作為之情形，仍成立犯罪。雖然不作為犯與作為犯在刑法之評價上並無任何差異，但由於不作為犯並無一明顯之著手時點，應如何始得成立中止犯，涉及行為人中止時點之判斷，故有為文討論之必要。

⁵⁵學說上有認為陰謀犯及預備犯此等立法，欠缺刑罰正當性，惟在現行法未修正前，仍應遵守法有明文之規定，相關見解請參黃榮堅，同前註5，頁478-481；林山田，同前註4，頁452-453。

(一) 不作為犯基本概念

犯罪必先有人類行為之存在，並經過刑法的評價後，始有成立之可能，故無人類之行為即無犯罪，人類之行為乃刑罰評價與犯罪判斷之基礎。刑法概念上之行為，係指出於人類意志控制支配下之舉止，此等舉止會引致外界發生具有刑法重要性之後果，即生法益破壞或義務違反之後果⁵⁶。人之行為可分為身體之運動與靜止，身體的運動如開槍、施用暴力等，此種身體之運動得以成立犯罪並無疑問，但身體之靜止是否即無成立犯罪之可能？答案為否定，蓋身體之靜止雖無法從事積極性犯罪行為，卻能以靜止之方式不為法律所期待之行為，進而以消極性之方式侵害法益，故不作為若違反刑法上之期待，與作為相同，皆屬刑罰處罰之行為，而構成要件以不作為做為成立犯罪要件者，必須行為人有一應為之特定作為義務存在，則於行為人不作為時，方有成立犯罪之可能⁵⁷。

不作為犯之類型，可分為「純正不作為犯」與「不純正不作為犯」。「純正不作為犯」只能用不作為之方式才可以實現刑法之構成要件，以刑法規定而言，第 149 條聚眾不解散罪、第 194 條不履行賑災義務罪、第 306 條第 2 項滯留不退去罪等；「不純正不作為犯」則是指通常以積極作為方式才可能成立之犯罪，行為人以消極不作為之方式加以實現，例如母親以不餵食的方式，使無法獨立進食之嬰孩饑餓致死。雖然多數犯罪皆可以不作為之方式，達成與作為同樣之結果，惟仍有些犯罪無法以不作為之方式構成犯罪，如通姦罪與重婚罪⁵⁸。

(二) 純正不作為犯中止犯之適用

⁵⁶林山田，同前註 4，頁 195-196

⁵⁷林東茂，同前註 27，頁 1-56 至 1-57；陳子平，同前註 7，頁 150-152；柯耀程，刑法概論，自版，2007 年 4 月，頁 136-137。

⁵⁸張麗卿，同前註 1，頁 427-428。

原則上一旦違反作為義務，即已既遂，但在違反作為義務後卻為生犯罪結果之情形，仍有成立未遂之可能⁵⁹。如刑法第 149 條聚眾不解散罪，行為人已有公然聚眾，且意圖為強暴脅迫等行為，然在未達法定要件受該管公務員解散命令 3 次以上前，即自行散去，此時犯罪結果未發生，則有論以未遂之可能。惟綜觀刑法關於純正不作為犯之條文，皆未對該等犯罪設有未遂處罰之規定，按刑法第 25 條第 2 項之規定，未遂犯之處罰以有特別規為限，則縱然純正不作為犯概念上有未遂之可能，但在未加以處罰之情形下，即無成罪之可能，亦無中止犯之適用。

(三) 不純正不作為犯中止犯之適用

承前所述，不純正不作為犯係行為人居於保證人地位，且能及時排除危險的狀態下，卻以消極不作為之方式，不為法所期待的特定行為，造成法益陷入危險狀態，則行為人既然可以不作為之方式達成與積極作為相同之犯罪結果，兩者僅為犯罪行為方式之不同，雖對於不作為犯著手時點之認定，學說上有所不同，惟對於不純正不作為犯有成立未遂之可能，皆是持肯定見解⁶⁰。在確立不純正不作為犯有成立未遂之可能後，則能肯定不作為犯亦有中止犯之適用。然隨之而來的問題即是，由於既了未遂與未了未遂，關乎行為人究竟應採取消極之放棄或積極之防果行為，始符合中止行為，但不純正不作為犯似乎並無明顯之行為可加以區辨，則不純正不作為犯是否亦如作為犯有既了未遂與未了未遂的區分？學說上即有不同見解。

持肯定見解者認為，不純正不作為犯之未了未遂，即行為人於不作為著手後，其主觀認為若為「誠命應為之行為」，足以防止結果發生，即屬未了未遂，例如保母故意以不餵食之方式，欲餓死嬰孩，然在第一

⁵⁹張麗卿，同前註 1，頁 429。

⁶⁰張麗卿，同前註 1，頁 429-432；林鈺雄，同前註 25，頁 548-550。

次餵食時間過後兩小時，即反悔並予以餵食，此時就可以產生中止之效力。在既了未遂之情況下，行為人主觀認為除了「誠命應為之行為」外，尚需要採取其他措施，方足以防止結果發生，例如保母欲餓死嬰孩，雖心生悔意而予以餵食，然間隔時間過長，已無法單以餵食即得防止結果之發生，則此時保母須將嬰孩送至醫院救治，方屬積極阻止結果發生之行為⁶¹。

持否定見解者認為，依照實行行為已否完成而區分既了未遂與為了未遂，於行為犯確有實益，不作為犯雖仍有區分之可能卻不存在任何實益，蓋不純正不作為犯，其中止犯成立之要件，必是行為人採取了「有效防止結果發生」之積極行動，而此時行為人之犯罪行為是否已經完成，並無關緊要，故不論是單純為「誠命應為之行為」，或尚須採取其他必要措施，行為人皆不可能再以單純之不作為達成中止犯⁶²。

自犯罪結果是否發生以觀，不作為犯猶如故意作為犯，亦有既未遂認定之問題，僅管概念上純正不作為犯與不純正不作為犯，皆有討論未遂之可能，惟刑法就純正不作為犯，皆無未遂之處罰規定，故無討論中止犯之必要。在不純正不作為犯之情形，其特質乃以「不作為」之方式，作為實行構成要件之手段，因此認為無區分既了未遂與未了未遂必要者認為，就客觀來看，只要行為人為了誠命行為，無論是否須另外採取其他必要措施防止結果發生，行為人皆有一積極行為，故理論上雖可區分，但並無實益。本文以為，作為與不作為於客觀上，皆受行為人意思主宰支配，而前者乃積極地有所為而後者則係消極地有所不為，也因此自然概念下當為相反之概念。但在刑法的行為概念上，作為與不作為，實屬相等而平行之地位。作為並非單純地為，而是為法律禁止不得

⁶¹張麗卿，同前註1，頁447。

⁶²林鈺雄，同前註25，頁548-549；黃榮堅，同前註5，頁711-712。

為之行為，始屬作為。同樣地，不作為亦非單純地無所為，而是不為法律誡命應為之行為，即對於特定行為不為，始屬不作為⁶³。故對於自然狀態下之作為與不作為，應視其是否為法律所禁止之行為，方具有刑法上討論之意義，並非僅以自然狀態以觀即足。

另從刑法第27條第1項中止行為規定以觀，「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」，關於通說認為於未了未遂中之消極放棄，於作為犯之情形，係指不再為法律所禁止之行為，故是否為中止行為，即端看行為人是否放棄繼續實行法律所禁止之行為，則此時行為人縱為其他自然概念下之積極行為，只要不為法律所禁止，亦符合「己意中止」之要件；在不純正不作為犯之情形中，行為人之所以觸犯刑法，乃是自然概念下之「不作為」違反了法律所禁止之規定，則當行為人重新為法律所誡命之行為時，此自然概念下之行為並不具刑法上之意義，故判斷是否為中止行為之重點，仍在於行為人是否放棄繼續實行法律禁止之「不作為」。如本文所採「主客觀綜合理論」而言，即視行為人主觀上對於客觀事實是否已完成一切足以實現構成要件之不作為有所認識，若對於客觀上已無法繼續實行，抑或客觀上存有繼續實行之可能，但行為人對此無所認識，即為既了外遂；若客觀上犯罪行為有必要持續實行且能繼續實行，行為人主觀上亦有所認識，則屬未了未遂。

如泳池救生員見到泳池中有泳客溺水，基於殺人故意而不去救助，如救生員主觀對於其不救助之不作為，尚未使泳客須進行救助以外之行為，方得防止死亡結果發生之客觀事實有所認識，於此時中止其不作為而進行救助，在自然意義上雖屬一積極行為，但判斷是否為法律意義之

⁶³林山田，同前註4，頁198-199。

中止行為，仍是在於其放棄法律禁止之「不作為」，故中點仍是在於此一救助之行為，是否本為法律所要求之行為；反之，救生員主觀對於其不救助之不作為，縱使於救助後仍須進行其他積極之防果行為，始得使泳客死亡結果之不發生有所認識，則此時單純放棄其不作為而進行救助，已無法達到既了未遂要求之積極防止結果發生的中止行為，必有其他防果行為，如送醫急救等，方能符合法定要件之要求⁶⁴。故本文以為，在不純正不作為犯之情形，區分既了未遂與未了未遂仍是具有實益的。

第二項 複數行為人之中止

中止犯於舊法時代除單一犯罪行為人可適用外，並未就複數行為人之適用有所規定，實務在適用上多採取有利於行為人故而類推適用中止犯。由於在單一正犯中止之情形中，僅需就行為人之個別行為判斷有無中止意思與中止行為，較無疑義。在舊法時代，中止犯之寬典皆針對單一行為人，在現行法已就複數犯罪行為人定有中止犯之情形下，如共同正犯之全體僅部分行為人有中止行為，則實施中止行為者與其他共同正犯之關係應如何論斷？另正犯與共犯間是否有現行法第27條第2項之適用？共犯與共犯間之是否亦有該條項之適用？皆須詳細釐清⁶⁵。

一、共同正犯與共犯之區辯

刑法自暫行新刑律、舊刑法至舊法，均以「共犯」罪章之名稱涵括共同正犯、教唆犯及幫助犯，直至現行法修正後，始將篇章更名為「正犯與共犯」，是於現行法施行前，對於共同正犯、教唆犯及幫助犯皆統稱為共犯，而教唆犯及幫助犯則為狹義共犯。然「由於與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且目前學說見解皆認正犯與

⁶⁴不同意見請參林宥均，同前註18，頁131。

⁶⁵甘添貴，同前註6，頁170。

共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯），從而將刑法第四章之章名由「正犯」，修正為「正犯與共犯」，以符實際⁶⁶。」故可知，現行法之「共犯」已明確指明僅教唆犯及幫助犯屬之，而不包括共同正犯，合先敘明。

自現行法第27條第2項文義「正犯或共犯中之一人或數人」可知，如為共同正犯之全體行為人皆有中止行為，則直接適用同條第1項之規定即可，僅於部分行為人有中止行為方有本項之適用；另在教唆犯與幫助犯之情形，由於除共犯外，尚有實行犯罪行為之正犯，則被教唆或被幫助之正犯，究竟應適用第1項或第2項？自犯罪結構體系以觀，正犯為實際實行犯罪行為者，其犯罪行為是否中止皆取決於自身，縱然教唆者或幫助者並無防止行為，亦可自行中止犯罪行為而讓結果不發生，故本條第2項適用主體應不包括被教唆或被幫助之正犯，僅限於教唆犯與幫助犯；另在間接正犯之情形中，由於被利用者通常無刑事責任，應該防止犯罪發生者為間接正犯本人，故間接正犯亦不適用本條第2項⁶⁷。則本條第2項可適用之主體為：（一）教唆犯或幫助犯（二）共同正犯中部分有中止行為之人。

二、 教唆犯與幫助犯之中止

自修法後，教唆犯及幫助犯之法條文字自過去「教唆或幫助他人犯罪」修改成「教唆他人使之實性犯罪行為或幫助他人實行犯罪行為」，並於立法說明中表明採取「限制從屬性」。是以，依照限制從屬形式理論，共犯以正犯行為存在為必要，而該正犯須已達著手犯罪且具備違法

⁶⁶參見立法理由

⁶⁷黃惠婷，參與犯之中止問題，台灣本土法學第86期，2006年9月，頁29-30。

性，始得成立，至於有責性與否，則視正犯及共犯之情況分別判斷⁶⁸。復因現行法採共犯從屬說，則教唆犯及幫助犯之中止應限於正犯已至實行犯罪行為階段，即犯罪已著手，始有成立的可能性，故在正犯未至著手前之行為階段，如預備及陰謀等，縱刑法於某些特定犯罪有處罰之規定，惟刑法既未規定處罰共犯預備犯及共犯陰謀犯，是以此等情形共犯既未成立犯罪，自無討論是否成立中止犯之必要。易言之，須正犯已著手犯罪行為，且教唆犯或幫助犯因己意防止犯罪結果不發生，始得成立中止犯。如正犯之犯罪行為使結果發生已達既遂程度，則教唆犯或幫助犯即使已為防果行為，仍應依其教唆罪名成立犯罪⁶⁹。

如前所述，在單一行為人成立中止犯之判斷中，視行為人之著手階段為「未了未遂」或「既了未遂」兩者之中止行為有所不同，前者僅須行為人消極放棄犯罪行為即可，而後者須行為人有積極防止犯罪結果之發生始得成立。然於教唆犯及幫助犯之中止行為則有所不同，由於教唆犯及幫助犯須正犯進入著手階段始有成立之可能，則此時相較於正犯而言不可能僅以消極之放棄教唆或幫助行為即可防止結果之發生，必以積極防止正犯繼續為犯罪行為，始有成立中止犯之可能。若非如此，由於正犯之犯罪行為已進入著手階段，而教唆犯及幫助犯卻僅為消極放棄教唆予幫助行為，縱正犯罪最後出於己意中止並防止結果發生，然此一過程中，皆僅為正犯之個人意志而已，教唆犯及幫助犯之消極放棄並未對風險之不發生與降低有任何貢獻，如仍得享有減免刑罰之優惠，顯與中止犯之政策目的有違，此觀現行法就共犯中止規定以「因己意防止犯罪結果之發生」而單一正犯之中止規定則以「因己意中止或防止其結果之發生者」，兩相勾稽之下其理至明。如最高法院 32 年上字第 2180 號刑事

⁶⁸許澤天，「對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋」，台灣本土法學雜誌 67 期，2005 年 2 月，頁 115—116。

⁶⁹余振華，未遂犯，2005 年刑法總則修正之介紹與評析，台灣刑事法學會，2005 年 4 月，頁 142。

判例：「殺人之幫助犯，欲為有效之中止行為，非使以前之幫助全然失效或為防止犯罪完成之積極行為不可」亦同此旨。

三、共同正犯之中止

共同正犯乃複數以上行為人，主觀上基於共同犯罪之意思，客觀上有共同分擔犯罪行為之實施，以各行為人之行為為犯罪支配，以達成共同之犯罪目的。由於各行為人，係出於同一犯罪決意，僅客觀上為一部或全部犯罪行為之實施，故共同正犯中一人如已達著手階段，則共同正犯之全體均視為已著手於犯罪行為之實行⁷⁰。在共同正犯全體皆中止犯罪行為之情形，由於並無須就個別行為人有無中止犯之適用為討論，全體皆得減免刑罰，故無論個別行為人之著手階段為「未了未遂」或「既了未遂」，只要全體皆中止犯罪行為且防止結果發生，即有現行法第 27 條第 1 項規定之適用。然因共同正犯係將各人之行為視為全體之行為，如僅於共同正犯中之一人或數人有中止行為，此時即須個別論處有無中止犯之適用，故現行法方規定「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」。此時有中止意思之犯罪行為人，無論其實行階段係「未了未遂」或「既了未遂」，除須消極放棄或積極防止其犯罪行為外，尚須就其他共同正犯之犯罪實施為積極防止⁷¹。蓋共同正犯由於犯罪人數增加，實現風險之不確定性及機率皆較單一正犯大為提高，而共同正犯既已參與此一犯罪行為，自須將此較高之風險完全消滅始得適用刑罰減免之優惠。例如甲乙二人欲同時自丙之前後方以利刃插入伊體內，使丙無求生之機會，然於行兇之時，乙雖心生悔意放下屠刀卻未積極阻止甲將利刃刺入丙之體內或將丙盡速送醫，因甲乙為共同正犯，甲之行為乙亦須負相同責任，故縱使最後丙未死亡，則以仍不得成立中止犯。

⁷⁰張麗卿，同前註 1，頁 353-355，余振華，同前註 69，頁 148-149。

⁷¹林東茂，刑法修正重點評釋，刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會，2005 年 9 月，頁 82。

如最高法院 99 年度台上字第 6492 號刑事判決所述「原判決採信林○○、龔○○，及吳○○、丙○○、李○○之證詞，說明甲○○於被害人遭毆倒地時，固曾大喊不要再打，且把攻擊被害人之人支開勸導，並稍以身體阻擋等情，惟亦援引林○○證稱甲○○雖口出不要再打之語，但大夥沒有停手，李○○亦稱甲○○阻擋之動作沒有很強硬，大夥基於義憤，仍繼續毆打被害人，且被害人係經證人陳○○發現並報警送醫救治，縱甲○○自行停止毆打被害人，然未強力阻擋他人繼續毆打被害人，且任由受傷之被害人倒地不起，未呼叫救護車，顯未盡能事，防止結果之發生，因認甲○○尚不符得依中止犯減免其刑之規定等旨。」自此判決可知，共同正犯之一人或數人欲成立中止犯，無論自身之犯罪行為須積極防止或消極放棄即可，對於其他共同正犯之犯罪行為皆須積極防止，且結果不發生始有成立中止犯之可能。

第二節 中止犯立法檢討

中止犯之規定從制訂以來共經歷過兩次修正，一次係於1934年10月31日，另一次則於2005年2月2日，此兩次之修正分別涉及法律效果及適用主體範圍之變動。而94年之現行法修正，於95年7月1日施行至今亦已將近10年，對於中止犯之立法是否有加以修正檢討之必要，必先從立法沿革論起，故本節將以現行法之修法作為區分點，將修正前後之規定及理由綜合介紹，並就現行法是否仍有修正之必要做檢討。

第一項 2005 年修法前後之比較

一、2005 年修法前

就中止犯有所規定，係源自中華民國肇立時，由君主專制轉為民主法治，法律原應隨之更迭，然因律法不及全面更新，惟有暫行援用舊制以為因應。於1911年3月10日發布大總統令：「民國法令未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體牴觸各條應失效力外，餘均暫行援用。」意指大清時期施行的法律，除與中華民國牴觸之條文失其效力外，其它概為民國政府所承受，即為暫行新刑律⁷²。其中第18條規定：「犯罪已著手而因己意中止者，準中止犯論，得免除或減輕其刑。」該律係基於：「犯罪者著手實行之際，雖無障礙足以阻止之，而因自己之意思不再續行，或自阻止其結果之發生，此其性質與未遂犯不同，故必須定其處分。」其中有關刑罰效果之選擇，列舉「無罪」與「免除或減輕其刑」二例，認為行為人已意中止，固應予獎賞，惟己意中止又分為「可恕」與「不可恕」二種情形，若有欲待時而動則屬不可恕，採得免除或減輕其刑較無罪為合理⁷³。

1934年10月31日制定，1935年7月1日起實施之舊刑法第27條關於中止犯之規定「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。」除中止行為較暫行新刑律有更精係之區分外，法律效果亦自原本得減輕或免除刑罰，改為必減輕或免除，其立法理由為：「外國立法例，對於中止犯多不科罰，原案規定，準未遂論，得減輕或免除本刑。但因己意中止，其情節較輕，故本案你刪去原案得字，改從必減，以獎勵犯人之自行中止⁷⁴。」

⁷²黃琴唐，民國初年親權法制的開展—以大理院的司法實踐為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2008年，頁85。

⁷³余振華，「刑法深思，深思刑法」，2005年9月，自版，頁104；林東茂，一個知識論上的刑法學思考，2007年10月，五南，頁89以下。

⁷⁴余振華，同前註69，頁124-125；王乃彥，同前註3，頁267。

自以上介紹可知立法初期之暫行新刑律，在中止行為判斷上，並不若現行法般精緻區分為「未了未遂」的消極中止與「既了未遂」的積極防止，且自法律文字雖無法得知是否須結果未發生，但就立法理由中將中止犯與障礙未遂兩者為比較可知，如犯罪結果已發生，仍不得成立中止犯。在此前提下，由於中止犯之中止行為使得其不法內涵較障礙未遂犯為低，故給予得免除或減輕其刑之法律效果。而1935年7月1日起實施之舊刑法，將中止行為明確劃分為消極放棄與積極防止，實乃有助於個案判斷上更清楚之劃分，然美中不足的地方則在於，雖將原來之法律效果自得減輕或免除改為必減輕或免除，看似增加犯罪行為人因刑罰減免之優惠而自行中止犯罪之誘因，但在修法理由卻僅以參照外國立法例多不科罰，等語略為交代，實令人有未竟全功之憾。

二、2005年修法後

2005年2月2日修正公佈，2006年7月1日施行之現行法，於舊刑法之第1項增添後段「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。」並於同條增訂第2項「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，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」現行法除維持舊刑法原有之規定外，亦基於學說上多對於犯罪行為人如已盡真摯努力防止結果發生，而結果之不發生雖係其他原因所致，但行為人客觀上違反法律規定、主觀上展現對法的敵對性幾與中止犯無異⁷⁵，爰參照德國刑法立法例，將準中止犯明文化。

⁷⁵甘添貴，同前註19，145頁。

此外，於現行法修正前，中止犯並無適用於共同正犯或共犯之明文，惟於舊刑法時代實務及學說皆承認共同正犯與共犯得適用中止犯之規定⁷⁶。實務如最高法院32年上字第2180號判決「殺人之幫助犯，欲為有效之中止行為，非使以前之幫助全然失效或為防止犯罪完成之積極行為不可」；最高法院52年臺上字第2255號判決：「共同正犯須防止結果發生之效果發生，始能依中止犯之例處斷。原判決既認上訴人於著手實施犯罪後，因心中不安，中止犯罪行為，並未防止其他共同正犯之進行。任由其按計畫實施，其他共同正犯縱因被害人報警被捕，未達犯罪目的，既非由於上訴人之防止行為致防止結果發生之效果發生，自與中止犯之要件不符。」自立法理由以觀：「又自暫行新刑律、舊刑法以迄於現行刑法，對於從犯及共犯中止犯，雖無明文規定，惟實例及解釋皆予承認。如大理院6年非字第67判例：「共謀行劫，同行上盜，經抵事主門首，心生畏懼，即行逃回，事後亦未分得贓物者，既已於著手強盜之際，以己意而中止，則對夥犯入室後拒傷事主，自不負責。」及司法院院字第785號解釋：「共同正犯、教唆犯、從犯須防止結果發生，始能依中止犯之例處斷」。而共同正犯與共犯之中止行為，究竟僅需消極放棄或需積極防止結果發生，始得成立中止犯，依前開判例之意旨可知，實務認為共同正犯及共犯之中止行為，須以積極防止結果發生為必要。由於實務判例及解釋皆予以承認，但因欠缺法明文規定，故增訂第27條第2項。

⁷⁶甘添貴，同前註6，頁170-171。

第二項 2005 年修法後待釐清之問題

自前項說明可知，中止犯立法初以「得減輕或免除」作為刑罰優惠之法律效果，於修法後改為「減輕或免除其刑」，實為增加犯罪行為人中止犯罪之誘因，殊值肯定。惟如前述，修法理由，僅以參酌外國立法且行為人犯罪情節較輕等語簡略帶過，皆未詳細說明法律效果採取「減輕或免除其刑」之原因為何？是以，本文將自犯罪行為之不法性加以探討，並確立其法律性質。

一、採取減輕或免除其刑之理由

一個行為是否構成犯罪，依據大法官釋字第594號意旨可知，該行為必須具有「侵害性」與「應刑罰性」，即該侵害法益的行為，經評價後認為應該施以刑罰，具有「應刑罰性的不法」，方具有被稱為犯罪之適格。若侵害性是事實描述，則應罰性就是價值判斷，其乃判斷某行為應否動之以刑，是刑事立法決策的關鍵。應刑罰性有無的判斷，可分為四點，分別是不法行為所破壞的法益價值與程度，即結果非價；不法行為對於行為客體的侵害危險性，即行為非價；行為人在良知上的可責性，即良知非價；刑罰的無可避免性，即社會非價⁷⁷。故法律效果之決定，在於行為所生之整體非價內容，其內容包含結果非價、行為非價、良知非價與社會非價。而行為之所以得作為刑法評價之對象，係因其對於刑法所保護之法益侵害，形成客觀事實之存在，而不同的行為事實，在刑法之評價上自然會有不同結果，有可能已造成法益受侵害，亦有可能僅形成法益危險之狀態，如行為已造成法益受侵害，行為即屬既遂；若行為

⁷⁷黃常仁，「刑法總論：邏輯分析與體系論證」，自版，2001年，頁9-10；許恆達，「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論第114期，國立政治大學法律學系，2010年4月，頁252-254；王紀軒，同前註2，頁68。

並未造成法益受侵害，則為未遂。

由此可見，刑法之所以對未遂加以處罰，必然係因未遂在結果非價或行為非價上，仍具有可罰性存在，而兩相比較之下，未遂相對於既遂所欠缺者，並非行為形式，亦非不法之主觀意思，真正差異處，僅在於法益未受具體侵害，僅係造成法益之高度危險狀態，若是否應施以刑罰之基準，係取決於有無犯罪行為之上，則無論既遂與否，兩者之行為皆為相同，刑罰之效果亦必然一致，故可知處罰未遂，並非在處罰其未造成法益受侵害之結果，而是在處罰其著手造成法益受侵害之危險性⁷⁸，危險的情節嚴重，刑罰則重，情節較輕微時，刑罰則可考慮減輕。

刑法第 25 條對於未遂犯之法律效果，規定為「以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之」，乃屬一種裁量性減輕刑罰事由。如既遂與未遂在客觀上對於法益之侵害有所區別，為何又有可能與既遂犯科處同樣刑罰？此乃因行為人於著手後，法益是否會受侵害，並非完全掌握於行為人手裡，仍會受外界因素影響，故在個案上雖法益未受侵害，全由於外在因素之影響而置，則其行為在刑法之評價上仍與既遂無異，惟既遂相對於未遂，其實害結果之有無，亦影響社會大眾對法規範之看法，對於未發生實害結果之行為，其負面觀感較低，方保留對未遂刑罰之彈性⁷⁹，故未遂得按既遂犯之刑減輕之，實乃經考慮後做出之規定。

⁷⁸黃榮堅，同前註 5，頁 483-484；柯耀程，未遂的辯證，月旦法學教室第 82 期，2009 年 8 月，頁 91-97。

⁷⁹黃榮堅，同前註 5，頁 533-534；許恆達，同前註 73，頁 260-264。

由於中止犯須已著手於構成要件之實現，且結果亦未發生之情況下，始得成立，故中止犯係屬未遂概念下之一種類型，殊無疑問。則進一步將障礙未遂與中止犯兩相比較，清楚可見的是，由於二者皆未對法益造成具體侵害，因此其差異即在於犯罪行為上之不同。中止犯係因行為人於著手後，出於主觀上之己意放棄犯罪行為，或是即便犯罪行為完成後以防止行為阻止結果發生，因此行為人在良知上的可責性，即良知非價上，中止犯之行為顯然較障礙未遂之行為低；而中止犯之行為人，其不法意識亦較普通未遂為低，故中止犯之法律效果自應較普通未遂為輕，即從「得減」降為「必減」，顯然非無道理。

如前所述，處罰未遂之原因乃係行為人著手犯罪行為，因行為所生之侵害危險性，自著手後即存在。中止犯雖因行為人自行中止以致未生法益侵害結果，但行為人著手後致法益處於受侵害之狀態並不因此得以消除。易言之，不法意識既已藉由外在行為表現出來，則此等行為即不可能再憑藉任何事後行為加以弭平消除；另外在具體個案中，雖行為人之中止行為阻止本欲發生法益侵害之結果，卻仍造成較低層之法益侵害時，此時若將須刑罰性降低至不罰，則此一較低層法益受侵害之結果將無從評斷，如此將無法完全評價行為人之犯罪行為，應不合理⁸⁰。中止犯與普通未遂兩者之不法評價，皆著重在著手後之行為階段，而中止犯相較障礙未遂，之所以享有刑罰上更多的優惠，係因其中止行為展現較低之不法意識，但不代表中止犯所造成法益處於危險即得加以無視。

⁸⁰柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），自版，2005年10月，頁277-279。

刑罰的目標在於教化，希望藉由刑罰回復因犯罪而被破壞的「人與社會的和諧關係」。寬鬆的刑事政策，著眼於罪犯的再社會化，若輕微犯罪或罪犯危險性低者，應避免貼上太過明顯的犯罪者標籤，以免對其回歸社會產生阻撓，反映在刑事政策就是除罪化、輕刑化，是刑罰謙抑性的展現，希望抑制刑罰權行使，也能防止再犯，並且促成罪犯的再社會化⁸¹。而立法者似認為，因行為人已經著手於犯罪行為，對法益造成的受侵害之危險狀態，而此一被破壞之狀態，並不因行為人事後之中止行為得以消除，對於中止犯的刑罰優惠，若採取「減輕或免除其刑」之規定，可體現其與障礙未遂在造成法益致危險狀態上，兩者具有共通的一致性，顯示中止犯仍為刑法所非難的之對象，應使行為人就其犯罪行為獲得適當的懲罰，但仍不希望行為人重返社會之希望之窗被完全關閉。則考量既遂、障礙未遂與中止犯在不法評價上，既是一層降之關係，故在法律效果之選擇上即採取，既遂依法律規定加以刑罰，障礙未遂依既遂規定得減輕，而中止犯則採取必減輕或免除之方式。

二、中止犯之法律性質

在了解法律效果係以減輕或免除其刑之理由後，對於中止犯之法律性質即須加以定義，而學說上約可分為三種見解：

「罪責層次說」認為行為之有責性，如採取狹義之責任概念，即對於合法行為之期待可能性，則行為人之責任係指行為時之期待可能性，故行為人事後之中止行為，並不可能改變其犯罪行為之有責性。惟就刑罰之整體意涵考慮，似不能僅以狹義之有責性即得完全涵蓋，而應是廣

⁸¹王紀軒，同前註2，頁104。

義有責性之問題，意即是否有具有刑罰之必要性，犯罪行為後之表現也是影響判斷的因素之一，例如刑法第57條第10款，該量刑之要素便是端看犯罪後之態度。適用於中止犯時，由於行為人自犯罪後盡力防止犯罪結果發生，故行為後的中止行為應可減少其犯罪行為的有責性⁸²。

參酌德國之通說，認為行為人於著手犯罪後，已具備構成要件該當違法且具罪責，惟因行為人出於自願而中止犯罪實行，或進而以積極行動阻止犯罪結果發生，此等情形，屬於行為人個人之特別行為情狀，雖足以排除其所形成之未遂可罰性，但並無法排除行為人其罪責可非難性，故非寬恕罪責之事由，僅係肯定其中止犯罪之行為，事後予以免除刑罰而已⁸³，故又稱為「個人刑罰排除事由說」。另「個人刑罰減輕免除事由說」原則上肯定「個人刑罰排除事由說」之說理，認為中止未遂之減輕或免除其刑的法律效果，並非行為人不具備責任可非難性，僅是肯定行為人已意中止其犯罪行為之價值，事後免除其刑罰之必要性而已。但由於刑法既採取必減輕或減免之法律效果，自無法與德國採取不罰之法律效果等同視之，故僅能視為個人刑罰減輕或免除事由。

本文詳究上述三說之本質後認為，其實可僅分成「個人刑罰排除事由說」與「個人刑罰減輕免除事由說」⁸⁴兩者。雖在論理基礎上，「個人刑罰排除事由說」之說理明確，惟自對中止犯之刑罰係採「必減輕或免除其刑」與德國之刑罰規定為「不罰」相較之下，兩者之法律效果明顯有所差異，則是否仍應沿用「個人刑罰排除事由說」此一名稱，本文以

⁸²黃榮堅教授認為，刑法中有關於減輕或免除其刑的規定，可分純粹責任概念、非純粹責任概念及刑事政策上三種，中止未遂屬於刑事政策考量下之規定，但仍屬於廣義的責任概念。詳參黃榮堅，同前註5，頁537-538、頁665-666。

⁸³林山田，同前註4，頁473-474。

⁸⁴原因詳參註26。

為應加以改變為妥。蓋解為排除事由，對於刑罰僅採取減輕之法律效果，似有格格不入之感，從而以「個人刑罰減免事由」之法律性質較能反映出「減免其刑」之法律效果。

第三項 法律效果區分精緻化之可能

本文已於前項討論中，推論出立法者就中止犯之法律效果採取「減輕或免除其刑」之理由，應是考量「既遂」、「障礙未遂」、「中止未遂」三者在不法評價上，乃屬層降之關係，故法律效果之對應上亦等比例減輕，是以就中止犯法律效果之規定，似為妥善之考量。惟如前章所述，在思考刑罰目的時，應以罪刑關係為主，由於刑罰因犯罪而生，必先回顧過去已發生的犯罪，為已生之罪惡負責，才有資格迎向新生，對於未來則著重於修補罪犯與社會間被破壞之關係。又因犯罪行為對法益及社會所造成之破壞並非全部相同，故在法律效果上應加以區分，而自暫行新刑律修法後，除針對法律效果有所改變外，亦將中止行為自原本「犯罪已著手而因己意中止者」之法文後新增「而因己意中止或防止其結果之發生者」。雖兩者皆係著手後之中止行為，但在法益侵害程度與犯罪行為上是否完全相同？本文認為並非如此。

蓋「未了未遂」之行為人已著手於犯罪構成要件實行，但尚未實行完畢，而「既了未遂」之行為人除著手外尚已實行完畢，此時風險已昇至最高，排除外力介入等情形，除行為人積極中斷外，風險實現乃必然之結果，此與「未了未遂」在行為人消極放棄後，風險即無實現之可能有絕大差異。雖二者皆未對法益造成完全之侵害，但行為人著手是否實

行完畢，對法益處於受侵害之狀態卻並非相同，且兩者之不法意識藉由其犯罪行為之中止亦可顯出差別。

參酌外國立法例如日本刑法第 43 條：「著手犯罪實行而不遂者，的減輕其刑，但因自己的意思而中止犯罪者，減輕或免除其刑。」係與相同，採取必減輕或免除其刑之法律效果；另如德國刑法第 24 條第 1 項規定：「自願放棄繼續實施行為，或阻止其既遂者，不因未遂而被處罰。行為雖非因中止人之所為而未遂，如中止人自願且誠摯地盡力阻止既遂者，不處罰。數人參與行為時，自願阻止既遂者，不因未遂而被處罰」係採取不罰之法律效果；亦有如瑞士刑法第 21 條：「犯罪人在重罪或輕罪之行為著手後，未完成者免除其刑」、第 22 條：「犯罪人如完成犯罪行為，而重罪與輕罪既遂之結果並未發生，得減輕其刑。犯罪者由於己意所促使，致力避免犯罪結果之發生，或阻止其結果發生者，法官得經自由裁量減輕其刑⁸⁵。」將「未了未遂」與「既了未遂」以中止行為不同而給予不同之法律效果。

由於本文就中止犯之立論基礎係綜合「黃金橋理論」、「獎賞理論」與「刑罰目的論」三者之長，故如何能將中止犯之立法目的發揮至最大效應，實應在法律效果上區分更加精細，方能使大眾接收到，只要願意中止，必能獲得刑罰優惠之訊息，且此一優惠更因行為人於犯罪階段何時中止有所差異。則對於犯罪行為人來說，如能在犯罪著手但尚未實行完畢前，即出於己意而中止，不論是對法意造成危害之程度或是在不法意識之表現上，相較於著手並實行完畢者為低，故本文以為，除了

⁸⁵ 刑法總則研究修正資料彙編（一），法務部刑法研究修正委員會，1988 年 3 月，頁 488。

在「減輕或免除其刑」及「不罰」之法律效果採取二擇一之方式以外，應視中止行為之不同而異其法律效果，或可將現行法第 27 條第 1 項修正如下：「已著手於犯罪行為之實行，因己意中止者，免除其刑。因己意防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。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。」

第三節 中止犯的實務檢討

舊刑法與現行法在法律規定之差異，係將複數行為人之中止規定明文於條文中，另增加準中止犯之法律規定，而在構成要件及法律效果上並無差異，是以本文將同前述討論中止犯要件之方式，將為數不多之法院判決，在個案事實就構成要件涵攝、說理及判斷之部分加以分類介紹，藉以觀察實務判決在各要件之操作上，是否有一貫之見解或是有所變更，並於下段為文評析。另因本章係中止犯之討論，故本節案例之觀察評析，僅就中止犯各要件於修法前後之實務操作為比較討論，而準中止犯之案例觀察評析則於下一章再為討論，合先敘明。

第一項 2005 年修法前後之案例觀察

最高法院於修法前後有論及中止犯之實務判決，本文搜尋之結果約為 70 個左右，惟其中多數行為人於個案事實中並未有任何己意中止⁸⁶、防

⁸⁶如最高法院 87 年度台上字第 216 號、最高法院 89 年度台上字第 1930 號、最高法院 89 年度台上字第 6641 號、最高法院 90 年度台上字第 1460 號、最高法院 91 年度台上字第 2643 號、最高法院 91 年度台上字第 4889 號、最高法院 94 年度台上字第 4842 號、最高法院 96 年度台上字第 2514 號、最高法院 96 年度台上字第 2735 號、最高法院 96 年度台上字第 6399 號、最高法院 98 年度台上字第 6805 號、最高法院 99 年度台上字第 5092 號、最高法院 102 年度台上字第 1295 號、最高法院 102 年度台上字第 5095 號、最高法院 103 年度台上字第 2518 號、最高法院 103 年度台上字第 2566 號。

果行為⁸⁷或是結果已發生⁸⁸等情形，因上開判決之事實已臻明確而非法律適用或涉及判斷之問題，故本文不特別提出討論，以下僅就個案事實中，涉及中止犯要件適用、說理或有疑義之判決為介紹：

一、行為人是否出於己意

(一) 出於己意

1. 最高法院 85 年度台上字第 4009 號刑事判決

本件原判決認定上訴人將其同居人葉素美按倒在地，以被單蒙住葉女頭部，使無法呼救，並跨坐其腰背，以裝滿劇毒之針筒，注射十五毫升之「一品松」（巴拉松之一種）農藥於被害人臀部後，因葉女疼痛難忍，苦苦哀求，乃中止殺意，並將其送醫，而葉女受上訴人之毒害，雖經治療多時，仍有農藥中毒引起之末梢神經病變併褥瘡症狀，關節僵硬及明顯之手足無力，無法坐直、站立及自由行動，需長期臥床及看護等情。因而判處上訴人殺人未遂（累犯）罪刑，已明所憑之證據及認定之理由。

2. 最高法院 98 年度台上字第 2391 號刑事判決

原判決事實之認定，被告向李○○高舉並揮舞西瓜刀，喝令李○○把錢拿出來，李○○表示錢放在車上，被告乃喝令李○○去拿錢，被告忽因己意中止其強盜之犯意，而持西瓜刀朝右前方十幾步路遠之電線桿方向跑去，並對在旁邊觀看之民眾說「看什麼，沒看過搶劫嗎！」後離去等情；於理由內復說明，被告對著電線桿揮舞西瓜刀之處，離李○○

⁸⁷如最高法院 92 年度台上字第 6519 號、最高法院 96 年度台上字第 6513 號、最高法院 97 年度台上字第 364 號、最高法院 102 年度台上字第 5029 號。

⁸⁸如最高法院 96 年度台上字第 2883 號、最高法院 97 年度台上字第 5066 號、最高法院 98 年度台上字第 4822 號、最高法院 99 年度台上字第 1724 號、最高法院 99 年度台上字第 6492 號、最高法院 99 年度台上字第 7874、最高法院 101 年度台上字第 5799 號。

停車處僅十步路，可以看見李○○上車位置，被告若仍欲繼續強取財物，自可返身追去，然被告自行跑往電線桿處揮舞西瓜刀後即行離去現場，未再返回，被告係在無任何障礙事由介入下，出於己意自行中止強盜之犯意及行為，雖被告對在旁邊觀看之民眾說「看什麼，沒看過搶劫嗎！」等語，惟當時被告係決定不搶後，始發現該處有民眾在旁邊觀看，亦據被告陳明，益見被告當時先己意中止強盜犯意後，始發現該處有民眾在旁邊觀看，並非因發現旁邊有人在看，擔心事跡敗露，始不敢搶，並不影響被告中止犯之成立。

3. 最高法院 98 年度台上字第 7941 號刑事判決

（臺灣高等法院臺中分院 99 年度上更(一)字第 24 號刑事判決）

本件依卷內資料顯示，案發之時似無第三人在場，而甲女則為年已八旬之婦女，上訴人強行欲將甲女拉進房間強制性交，因甲女強力抵制，並向上訴人表明「已經八十歲，不願作這種見笑代（台語）」等語，並出聲苦苦哀求，上訴人始作罷逃離現場。如果無訛，則上訴人究係因己意而中止犯罪之進行？原判決對於上開疑義未加查究說明，逕引刑法第 26 條前段普通未遂之規定，為減輕其刑之依據，難謂妥適。

被告已著手於本件侵入住宅，對於甲○以強暴之方法而為性交犯罪行為之實行，嗣被告因被害人甲○出聲苦苦哀求，復見甲○已哭泣始放手，而因己意中止其行為作罷，並即逃離現場而強制性交未得逞，為中止未遂（此不同於障礙未遂），應依修正後刑法第 27 條第 1 項前段之規定減輕其刑。

(二) 非出於己意

1. 最高法院 48 年台上字第 415 號刑事判例

刑法第 27 條中止犯之減輕，以已著手於犯罪之實行，而因己意中止其結果之發生者為限。上訴人持刀殺妻時，既因其妻呼救，並逃往鄰家，驚動其兄及四鄰，始棄刀向警自首，則其當時並非因己意中止犯罪甚明，自無本條之適用。

2. 最高法院 86 年度台上字第 1755 號刑事判決

原判決事實欄記載，吳○○背部被砍傷後，跑入庫房報警，上訴人見情況不對未敢逗留取財即逸去，則依該事實之認定，上訴人係因吳○○跑入庫房後，見情況不對不敢逗留而逃離，核屬障礙未遂，而非刑法第 27 條之中止犯

3. 最高法院 89 年度台上字第 5491 號刑事判決

(臺灣高等法院臺中分院 89 年度上訴字第 771 號刑事判決)

上訴人於著手殺人行為後，係因在場工人甲○○、乙○○等人「制止」並以言語相勸後，方停止繼續追殺丁○○，被告既因他人之制止及相勸後方停止繼續追殺，與中止犯係出於行為人自由意思而中止之情形有別。

4. 最高法院 93 年度台上字第 6764 號刑事判決

依卷附現場路況照片所示，上訴人犯罪地點為大馬路，旁為集合住宅，並非荒僻之處所，上訴人自後強拉余○○之皮包，第一時間並未得手，余○○跌坐於地上並大聲呼救，其幼子亦在旁哭泣，已足驚動近旁

住戶，在此情境，上訴人跑回其車內逃逸，顯係因余○○抗拒及大聲呼救等外力介入而致犯罪未遂，屬障礙未遂，尚與中止未遂有間。

5. 最高法院 94 年度台上字第 3773 號刑事判決

查被告雖僅刺告訴人一刀，惟該刀傷口深度深入告訴人腹部，造成小腸橫斷裂和多處破裂穿孔，腸繫膜裂傷急性出血，如不緊急施行手術將有生命危險之情形，又被告犯罪地點在告訴人與其朋友聚餐之羊肉爐小吃部，被告且辯稱案發時尚有十幾人欲靠過來，可見被告之刺殺行為，已驚動在場他人，其刺一刀後未再繼續刺第二刀即離開，應認係外力介入的緣故，告訴人乃經現場民眾緊急送醫急救，始倖免於難，應屬障礙未遂。

6. 最高法院 102 年度台上字第 4195 號刑事判決

上訴人對 A 女施以藥劑，致 A 女無法正常判斷，而攙扶至汽車旅館房間內，違反 A 女之意願，欲將陰莖插入 A 女口中而對之強制性交時，為 A 女察覺大喊，並予質問，上訴人見事跡敗露始未續行強制性交之行為而未遂等情，其犯罪之實行顯非基於己意中止，原判決認其所為與刑法中止未遂之規定不符，尚無違法可言。

7. 最高法院 103 年度台上字第 3008 號刑事判決

原判決關於甲○○剝奪乙○○行動自由部分，係認定丙○○受乙○○友人之請託，以電話要求丁○○放人，甲○○、丁○○等人始將乙○○釋放，即甲○○並非因己意中止剝奪乙○○行動自由之犯行。

二、己意中止或防止結果發生

(一) 無中止行為

1. 最高法院 94 年度台上字第 4999 號刑事判決

本件上訴人刺被害人頸部二刀、腹部一刀，使被害人受有前述傷害，如未經及時救治，勢必無法挽回性命，即上訴人所刺三刀，已達使被害人致命之程度，可認其殺人之行為已實行完畢，並無所謂因己意而中止實行之情形，且被害人係自行離開求救，上訴人並未為任何阻止發生死亡結果之行為，自與所謂中止犯之要件不符。

2. 最高法院 99 年度台上字第 1573 號刑事判決

(臺灣高等法院 97 年度上訴字第 5183 號刑事判決)

原判決認定甲○○基於殺人及妨害公務之犯意，持槍接續朝乙○○射擊數槍，其中二槍並致乙○○受有下巴及下頸部槍傷，右手臂槍傷合併肱骨開放性粉碎性骨折，尺神經受損，惟乙○○中槍後並未倒地，甲○○即因己意而中止乙○○槍殺之行為等情。如果屬實，則甲○○於朝乙○○接續射擊數槍後，其實行之犯罪行為已經完成，即使乙○○未因而發生死亡之結果，則甲○○雖未再接續槍擊廖明清，亦難認與「因己意中止」之情形，在法律上為相同之評價。

被告丙○○持槍從左後車窗由癸○○右側向朝癸○○之頭、頸等要害近距離射擊而著手殺人犯行後，惟警員癸○○中槍後並未倒地，而被告丙○○雖仍持續持槍指著警員癸○○，但因己意而中止其接續對警員癸○○槍殺之行為，且癸○○經緊急送醫後，並未致死亡之結果，為中

止犯，應依刑法第 27 條第 1 項前段規定減輕其刑。原判決僅認屬一般未遂犯，亦有未合。

3. 最高法院 100 年度台上字第 6535 號刑事判決

（臺灣高等法院 100 年度重上更(二)字第 166 號刑事判決）

被告既已著手於上開殺人行為之實行並有致生告訴人死亡之結果之危險，而於結果尚未發生前，僅單純消極停止上開殺人犯行，且未採取任何防止結果發生之積極行為，嗣經醫救治而致未發生告訴人死亡之結果，尚與因己意中止其殺人犯行，並積極防止結果之發生，為中止犯之規定有間。

4. 最高法院 102 年度台上字第 2962 號刑事判決

上訴人於基於殺人之犯意，持水果刀刺殺乙○○之左腹部，致其受有左腹部腹壁裂傷合併小腸穿孔及腹內出血，並臟器外溢時，即已著手實行殺人之犯罪行為，且已造成乙○○受有上開傷勢（如未經及時救治，將會死亡）之犯罪結果。嗣上訴人雖因乙○○之哀求，而未再持續加害乙○○，並將手機交予乙○○，然此僅係消極停止犯罪行為，其並未為報警、通知救護車或將乙○○送醫等防止結果發生之積極作為，自屬障礙未遂，而非中止未遂。

(二) 有中止行為

1. 最高法院 66 年台上字第 662 號刑事判例

上訴人著手實施殺人行為後，乃中止殺意，並囑案外人某甲將被害人送醫急救，防止死亡結果之發生，依此情形，自屬中止未遂，第一審誤認為障礙未遂，適用刑法第 26 條前段，顯係用法錯誤。

2. 最高法院 99 年度台上字第 5209 號刑事判決

（臺灣高等法院刑事判決 97 年度上訴字第 2165 號刑事判決）

本件被告乙○○著手殺人犯行後，於未致被害人己○○死亡之結果前，因見被害人頭部血流不止，且已應其所令跪下道歉，即出於己意中止其殺人犯行而離開現場等情被告乙○○於當時被害人己○○無招架抵抗能力之情況下，本可輕易達成殺害被害人之目的，然其並未繼續殺害被害人，顯見被告乙○○主觀上，確係在無任何通常障礙事由介入之情況下，出於己意而自行中止其殺人之犯行，此自核與上揭中止未遂規定相符，爰依刑法第 27 條第 1 項前段中止犯之規定減輕其刑。

3. 最高法院 97 年度台上字第 2634 號刑事判決

（臺灣高等法院 97 年度上訴字第 155 號刑事判決）

上訴人僅因感情不遂，不以理性態度解決，竟持美工刀刺殺被害人胸部後，又接續砍刺身上其他重要部位，手段兇殘，惡性匪淺，及斟酌上訴人己意中止犯行後，呼喊詢問路人有無報警、叫救護車等情，雖不符自首之規定，仍得以使被害人及時送醫急救而免於死亡之犯後態度等一切情狀，因而科處有期徒刑五年八月。

本件被告於案發後因甲○○呼喊救命及疼痛而自行停止殺人行為，並喊叫有沒有人報警，惟目擊路人己先行報警後，方由到場救護車緊急

將甲○○送醫等情，業據甲○○證述明確，且因甲○○送醫經手術後，始倖免於死，應認被告係基於己意中止殺人行為並有防止死亡結果之發生，符合刑法第 27 條第 1 項中止犯之規定。

三、 共同正犯防止結果之發生

(一) 最高法院 94 年度台上字第 5233 號刑事判決

共同正犯須防止結果發生之效果發生，始能依中止犯之例處斷，上訴人雖中途離去，但未防止強盜結果之發生，自無解其強盜罪之共同正犯罪責。則被告丙○○與其他共犯約定參與之把風行為，然其並未積極阻止共犯犯罪結果之發生，其他共犯既已達其犯罪目的，被告丙○○仍應負共同正犯既遂之責。

(二) 最高法院 96 年度台上字第 6571 號刑事判決

上訴人係於夜間在偏僻地方，與顏○○分持長刀及摺疊刀，以周○○、夏○○（下稱被害人等）不拿錢出來就砍等語施加脅迫，所為如何在客觀上已至使被害人等不能抗拒，應已成立攜帶兇器強盜犯行；上訴人既與顏○○合意為本件強盜犯行，對顏○○所實行之強盜行為，應共負其責，雖其因周○○身上僅有十餘元，而自行中止對周○○部分之強盜犯行，但其就顏○○另向夏○○強盜三百元部分之犯行，卻未能有效阻止，所為如何無法依中止犯之規定減輕或免除其刑。

(三) 最高法院 103 年度台上字第 1076 號刑事判決

（臺灣高等法院 101 年度上訴字第 2474 號刑事判決）

縱認被告丁○○所辯其嗣在旁出言勸說不要打被害人洪○○乙節屬實，然並未經由其中止行為，予其他共犯以實行之障礙；或勸導正犯全體中止；或有效防止其犯罪行為結果之發生，揆諸前開說明，被告丁○○尚不成立中止犯，仍必須為共犯丙○○、戊○之行為負責。

(四) 最高法院 102 年度台上字第 2069 號刑事判決

上訴人若僅表示不參與犯罪，卻未遑積極勸導葉○○中止收取詐欺、有效防止犯罪行為結果之發生，仍於葉時璋僭行公務員行騙取款時，在旁把風，自無中止犯規定之適用。

第二項 實務運用中止犯之評析

自前項案例觀察中可發現，在個案事實中犯罪行為人最常爭執的即是「是否出於己意」、「有無為適當之中止行為」及共同正犯之行為人有無為「防止結果發生」之中止行為。以下將就前項之分類加以評析：

一、是否為己意中止

(一) 肯定行為人係出於己意

在肯定犯罪行為人中止係出於己意之判決中，最高法院 85 年度台上字第 4009 號刑事判決及最高法院 98 年度台上字第 7941 號刑事判決（臺灣高等法院臺中分院 99 年度上更(一)字第 24 號刑事判決）之個案事實，皆係被害人於犯罪行為人著手後苦苦哀求，而犯罪行為在未有任何外力阻礙下，自願中止犯罪行為，殊無疑問；另最高法院 98 年度台上字第 2391 號刑事判決中，犯罪行為人原欲強盜被害人，但行為人忽然中止其

強盜行為，朝路旁圍觀之民眾咆哮後離去，雖然被告在強盜過程中，路旁有民眾目睹此一過程，客觀上似已造成行為人障礙之可能，但判決中已詳細敘明，如行為人欲繼續強取財物，在其主觀認識上仍屬可能，但當時係行為人決定不搶後，始發現有民眾在旁邊觀看。自本判決之論述以觀，可見並非僅以客觀事實是否有障礙為判斷，仍有考量行為人主觀之認識。

(二) 否定行為人出於己意

在否定行為人係出於己意之判決中，即有多數判決值得商榷。如最高法院 48 年台上字第 415 號刑事判例、最高法院 89 年度台上字第 5491 號刑事判決、最高法院 93 年度台上字第 6764 號刑事判決、最高法院 94 年度台上字第 3773 號刑事判決、最高法院 102 年度台上字第 4195 號刑事判決等。上開判決在判斷行為人是否出於己意，皆以客觀事實輔以「通常社會觀念」，依一般生活經驗判斷是否構成障礙事由，即學說所稱「客觀說」。此種判斷方式好處是標準清楚，然如本文前述，中止犯之所以可享刑罰優惠，係因行為人自願中止犯罪行為，則行為人的不法意識相較普通未遂為低，如採「客觀說」做為判斷標準，無異以社會多數人之經驗作為平均基準，將忽略每一個案事實中行為人主觀認識之差異，實有欠公允，且上開判決中，雖多數在客觀上皆有驚擾行為人之事實，但是否已對行為人造成強制力之影響礙，全未見判決說明。

如以本文採「預期計畫說」以觀，上開判決中，多數行為人仍可遂行犯罪行為，但行為卻出於自願中止；另最高法院 86 年度台上字第 1755 號刑事判決與最高法院 103 年度台上字第 3008 號刑事判決自理由中更是

完全看不出採取何種判斷標準。前者以「見情況不對不敢逗留而逃離」、後者以「丙○○受乙○○友人之請託，以電話要求丁○○放人，甲○○、丁○○等人始將乙○○釋放，即甲○○並非因己意中止」認定非出於己意，惟兩則判決卻皆未說明客觀上或主觀上有何障礙事實，使行為非出於己意而放棄，且縱依「客觀說」之標準，本文認為該兩案之行為人，仍有成立中止犯之可能。

二、 有無為中止行為

(一) 否定行為人有為中止行為

在認定犯罪行為人並無為中止行為之判決中，最高法院 100 年度台上字第 6535 號刑事判決（臺灣高等法院 100 年度重上更(二)字第 166 號刑事判決）、最高法院 102 年度台上字第 2962 號刑事判決及最高法院 94 年度台上字第 4999 號刑事判決，犯罪行為人皆係出於殺人故意著手於殺害行為，並已造成被害人處於高度死亡之風險下，然行為人皆僅為消極放棄其犯罪行為，而未為積極防止結果發生之行為，最終行為人皆未成立中止犯，是上開判決之論斷，自屬有據。

惟最高法院 99 年度台上字第 1573 號刑事判決認為犯罪行為人並未為積極中止之防果行為，故不成立中止犯之理由，本文認為殊值討論，如判決中所述「丁○○基於殺人及妨害公務之犯意，持槍接續朝乙○○射擊數槍，其中二槍並致乙○○受有下巴及下頸部槍傷，右手臂槍傷合併肱骨開放性粉碎性骨折，尺神經受損，惟乙○○中槍後並未倒地，丁○○即因己意而中止乙○○槍殺之行為等情。」本件犯罪行為人顯係出於殺人故意而以槍枝射殺被害人，而從判決事實以觀，行為人雖然射擊數

槍卻僅造成被害人下巴、下頸部，右手臂槍傷，且被害人亦未因受有致命傷害而倒地，則此時行為人之犯罪行為是否已達「既了未遂」或是仍屬「未了未遂」，實有詳加論述之必要。本件如採「客觀說」則按照案決所述事實，被害人雖已中槍但尚不致生死亡結果，如採「主觀說」或「主客觀綜合理論」的確可能因行為人主觀上之認識而影響究竟係「既了未遂」或「未了未遂」之判斷，然該判決並未就此深究行為人之主觀認識，即遽認定為惟積極防果行為，殊為可惜。

(二) 肯定行為人有中止行為

最高法院 66 年台上字第 662 號刑事判例對行為人已著手犯罪後，為積極防止結果發生將被害人送醫急救，認為有中止行為之論述，並無任何不妥。蓋行為人無論係「既了未遂」或「未了未遂」，如有積極防止結果發生之行為，皆屬妥適之中止行為，自得成立中止犯。另最高法院 99 年度台上字第 5209 號刑事判決（臺灣高等法院刑事判決 97 年度上訴字第 2165 號刑事判決），雖在犯罪行為人是否出於己意之要件，有清楚之論述，誠屬肯定。惟依判決事實中被害頭部血流不止一節以觀，則被告之犯罪行為究竟是否已實行完畢卻未詳加說明，即遽以認定行為人之中止行為符合中止犯之要件，亦有說理不清之憾。

最高法院 97 年度台上字第 2634 號刑事判決（臺灣高等法院 97 年度上訴字第 155 號刑事判決），原審前以「犯罪行為人喊叫有沒有人報警，惟目擊路人已先行報警後，方由到場救護車緊急將甲○○送醫等情」，後以「且因甲○○送醫經手術後，始倖免於死，應認被告係基於己意中止殺人行為並有防止死亡結果之發生，符合刑法第 27 條第 1 項中止犯之

規定」，該判決在論述上似乎有前後矛盾之嫌！蓋如認行為人已盡力為防止之嫌，則前段論述上或許可以「雖行為人僅為呼喊報警，然其行為已屬積極防止結果發生之行為，縱被害人獲救並非因此行為，仍得成立中止犯」似較為妥適，且從原審所述事實以觀，本案之爭點應在於行為人之中止行為與結果不發生間是否具有關係，而非是否「出於己意中止犯罪行為」。故法院應清楚闡明對於「因果關係」所採見解為何、行為人呼喊旁人報警是否屬已盡力為防止行為、本案行為人究竟應成立「中止犯」或「準中止犯」等問題。然最高法院對於原審此明顯錯誤之論述卻未加以釐清，反以「雖不符自首之規定，仍得以使被害人及時送醫急救而免於死亡之犯後態度等一切情狀，因而科處有期徒刑五年八月。」等語，使吾等更加難以判斷最高法院係因行為人成立中止犯故得減免刑罰，抑或是因行為人犯後態度良好適用刑法第 59 條規定，反更增疑問。

三、共同正犯成立中止犯之判斷

在認定共同正犯之行為人是否成立中止犯上開四則判決中，無論是修法前後，最高法院皆採取一貫態度，即行為人必以積極阻止其他正犯實行犯罪行為，始有成立中止犯之可能。是以上開四則判決之行為人，因僅消極放棄己身犯行，卻放任他共同正犯繼續施行犯罪行為，故無法成立中止犯。此四則判決在論述上，皆已充分說明，實值得參考。

總上以觀，可發現實務判決除在共同正犯有較清楚之說理外，在「出於己意」之要件涵攝上，無論是否肯認行為人係出於己意，其說理皆有欠詳細，尤其是認定「非出於己意」之判決，雖自其判決理由以觀，或可推測係採取「客觀說」之標準，然皆未詳細說明個案事實中，

其外在形勢究竟有何妨害行為人犯罪既遂之可能，僅交代事實即得出結論，如此似有流於法官個人恣意判斷之弊，且採「客觀說」做為判斷標準是否符合中止犯之立法目的，實值商榷。而在判斷「中止行為」之判決中，皆有未清楚說明行為人犯罪完成與否、究竟為「既了未遂」或「未了未遂」之問題。則如何判斷行為人是否有為符合法文之中止行為即令人費思。

細繹上列判決幾乎皆以行為人是否有積極防果行為做為判斷依據，則將會造成個案中被認定有中止行為之機率大大降低，亦予中止法之立法目的有違。職此，本文以同前述見解，認為自鼓勵行為人中止犯罪之立法目的而言，在「出於己意」之判斷上應採取「主客觀混合理論」為妥，而在「中止行為」應採取「整體觀察理論」，如此方能完整評價行為人之不法意識。但目前實務判決存在之最大問題仍在於說理不清，故與其要求法院採取較寬大合理之標準，應先希冀法院能將認定所採取之標準完整敘明，以使大眾瞭解，究竟法院之態度為何？

第四節 小結

中止犯得以成立之要件有「出於己意之中止意思」、「中止行為」、「結果未發生」及「結果不發生與防果行為具因果關係」這四項。而在「出於己意之中止意思」此一要件上，主要之爭議可分為「中止意思」與「出於己意」兩者。就「中止意思」之討論上，學理有認為，針對中止犯之中止意思，須要行為人完全而永久地放棄整個犯罪計畫，始得稱之。若然如此，方能判斷其與障礙未遂之中止意思有所區

別，並且對於行為人僅係暫時停止實行犯罪行為，但並未終局放棄其繼續實行犯罪之情況，並不能予以刑罰之優惠，仍應視其犯罪結果有無完成，評價為既遂或障礙未遂。惟區別障礙未遂或中止犯之重心，應在於是否「出於己意」而非中止意思。蓋障礙未遂之行為人，係因其遭遇無法繼續完成犯罪行為之外力因素，不得不放棄犯行，致無法完成犯罪結果，故行為人雖非出於己意，但仍具有一完全而永久地放棄整個犯罪計畫之意思，則以做為區別與中止犯相異之實益即不存在，故此一理由顯不可採。

另對於行為人僅暫時停止但並無放棄實行之情形，本文同意，在現實世界中，如間隔時間尚短而未足以判斷時，此一要件的確言之成理，惟對於兩行為之間隔時間已長達相當程度，若仍抱守須完全而永久地放棄之意思此一堅持，相信在個案判斷上對於如何證明此乃同一行為，會產生許多困擾，甚至混淆原先對於行為數之判斷，而此點亦不見有相關說理加以解決，故本文以為，對於中止意思並無須另外要求具備完全而永久地放棄之意思。

在如何判斷「出於己意」之標準上，本文選擇以「預期計畫說」作為判準，蓋通說肯認之「即使我可以達成目的，我也不要」標準，於客觀情形仍有可能繼續實行犯罪，皆能被歸為出於己意，但在行為人因擔心犯行敗露而放棄之情形，則無法完全符合中止犯之設立目的。犯罪行為人於開始著手犯罪時，即預期可能會面臨之不利因素，以客觀角度而言的確屬於障礙，但這些客觀障礙並不構成行為人放棄之因素，行為人並不因預期中之客觀事實出現而生中止意思。如行為人在欠缺心理準備

及應對措施之情形下，遭遇預期外之不利因素，方屬真正的障礙。雖就行為人主觀加以判斷是否出於己意，有難以辨認之疑，惟刑法既已明文，中止犯之構成要件須為「己意」，即表示須充分知悉行為人主觀上對客觀事實之認知，始得加以判斷。另在個案中，行為人有無繼續犯罪之可能，並非是全有與全無擇一之情形，如以「預期計畫說」，不僅可判斷有無，在質量增減於行為人預期之外之情形，亦能判斷，故本文採之。

由於「中止行為」會因行為階段，區分為消極放棄與積極防止，則如何區分行為階段，自成為爭議焦點。中止犯給予減免刑罰之優惠，係因行為人表現出悔悟，故對於行為人主觀之認識應不可偏廢，然為清楚判斷個案事實中，行為人有無適當之中止行為，仍應參酌客觀事實，故應以「主客觀綜合理論」為妥。區分既了與未了之實益在於，行為人僅採取消極之放棄或須積極之防果，即能符合中止行為之要求，但在既了未遂情形中，是否需要採取最有效之方法，方符合「積極防果行為」？因中止犯之中止行為與結果不發生具有因果關係，與準中止犯之中止行為與結果不發生不具因果關係不同，故只要行為人採取之方法係有效防止結果發生，即可認屬積極防果行為。

中止犯成立之先決要件，必定須結果未發生，但在某些特殊案例中，如行為人已採取有效之防果行為，且結果本不致發生，惟因其他因素介入，中斷原先行為人中止行為之因果關係，致結果仍然發生，由於行為人主觀上已有悔悟之意思，客觀上亦有中止行為，僅係因果關係被中斷，故此種情形應認行為人仍符合中止犯之立法目的，而得類推適

用，然此種情形仍為少數且與法文不符，故如何清楚之說理變成為最主要之重點。在因果關係的判斷上，本文認為，防果行為與結果不發生間僅須具有單純之因果關係即可。蓋行為人採取了有效防止結果發生之方法，而結果亦不發生，即可認行為人具有重返法秩序之意思，便符合中止犯之立法意旨。

其他犯罪類型中，由於陰謀犯或預備犯本無未遂之規定，且特別處罰著手前之犯罪，乃係出於立法政策之考量，故本文以為，並無適用中止犯之必要。而在不作為犯中，由於純正不作為犯亦無成立未遂之可能，故不加以討論；不純正不作為犯有所爭論之處在於，是否有區分既了未遂與未了未遂之必要。由於不作為犯評價之重點，在於其違反法律誡命之不行為，縱然是自然意義上之作為，但不等同於積極之防果行為，故判斷是否為消極放棄或積極防止，仍須視行為人對於客觀事實，是否已足生結果之發生有所認識，方得加以評對其自然意義之作為，究屬消極放棄或積極防止之中止行為。

複數犯罪行為人成立中止犯之討論中，可將類型區分為屬於共犯之教唆犯及幫助犯，另一類型即為共同正犯。共犯類型中，由於教唆犯及幫助犯須正犯進入著手階段始有成立可能，故共犯不可能僅以消極之放棄教唆或幫助行為即可防止結果發生，必以積極防止正犯繼續為犯罪行為，始有成立中止犯之可能。而共同正犯由於犯罪人數增加，實現風險之不確定性及機率皆大為提高，則在非價之程度亦隨之提高，是行為人尚須就其他共同正犯之犯罪實施為積極防止，始得將此較高之風險完全消滅而適用刑罰減免之優惠。

自暫行新刑律以來即有中止犯之規定，至舊刑法時期除將法律效果自得減免改為必減免以外，亦將中止行為區分為「己意中止」與「防止其結果發生」。雖然歷次修法理由皆未詳細說明採取「必減輕或免除」法律效果之原因，但本文自既遂與未遂法律效果之差異加以推論，得出未遂行為對於法益僅造成高度危險而未為完全侵害，是以刑罰得較既遂為輕。如將障礙未遂與中止未遂再加以比較，由於中止犯在良知非價上顯然較障礙未遂低，且其不法意識亦較低，故法律效果便遞減為「必減輕或免除」，而立法者可能在考量民情及社會習慣後認為不宜將中止犯之法律效果降低至「不罰」較為妥適，留與法官在個案中裁量之空間。

惟觀察歷來實務判決，可以發現在為數不多之判決中，法院對於中止犯之判斷十分保守，無論判斷行為人是否出於己意，或是有無為適當之中止行為，多先考量行為人之惡性是否重大、有無因被害人因素放棄、有無對被害人法益造成高度危險等，但如前所述中止犯之所以較普通未遂可享較低之刑罰，實因立法者為鼓勵犯罪行為人於著手犯行後，可因刑罰給予較優惠之法律效果而中止犯行，除能保障法益受侵害程度降低外，亦給與犯罪行為人重返社會之機會。是以，如何在個案中清楚詳細的說理，使犯罪行為人得到應有之刑罰，實為法院所必須加強之處。而目前實務判決在操作上，除適用過於保守外論理亦語焉不詳，如此完全無法發揮中止犯希望得到之效果。

本文認為中止犯之立論係基於刑事政策層面下之三種理論，則如何在充分發揮立法效果卻又不流於恣意濫用應為首要考量。在「出於己

意」之判斷上仍應自行為人之主觀為出發點，蓋不論客觀因素如何變動是否有繼續犯行之可能，仍須取決行為人之主觀，而「主客觀綜合理論」基於行為人主觀上之認識，就犯罪行為能否繼續實行加以判斷，即以行為人對客觀事實之認是為考量，如此較可隨個案事實調整但又不失公允，如此在區分「未了未遂」與「既了未遂」而應如何為中止行為較為適宜。

在建立了完整的判斷標準後，則中止行為應如何判斷既已不再是令人煩惱之問題，對於法律效果之選擇則有更精之區分之必要。因「未了未遂」與「既了未遂」在對法益造成之危險，實有所差異，且其不法意識亦並非相同。是以，本文認為在立法上可在更精細的依照中止行為區分為「不罰」與「必減除或免除」兩種，或有論者會認為於個案事實中，因採證之困難如將中止行為區分如此精細，且將法律效果降為「不罰」是否有可能造成犯罪更加氾濫之情形，然本文以為，實例個案如何採證及證明實有賴程序法之制訂及運作，況以刑事訴訟法係以「罪疑惟輕」作為原則，則於罪證不明之情形下，本應做對行為人有利之認定，如將實證之困難歸究於立法之精細，實有倒果為因之謬論。基於使犯罪行為人勇於中止犯罪、降低法益受侵害之風險、社會對中止犯罪行為人之接納度，本文以為應將中止犯之規定修正為：「已著手於犯罪行為之實行，因己意中止者，免除其刑。因己意防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。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。」，並於實務運用中就「出於己意」及「中止行為」採取明確之標準，如此方能將中止犯之立法效應發揮至最大。

第四章 準中止犯之要件及立法與實務檢討

犯罪結果之不發生須與行為人防止結果發生之行為間，具備因果關係，始得成立中止犯，適用減免刑罰之法律效果。惟在行為人對於防止結果發生已有真摯之努力，僅因他人之防果行為，先於行為人之中止行為，並阻止結果發生，此等情形固與中止犯之成立要件有所未合，然對於行為人出自內心之懺悔，並於客觀上展現其盡力防止結果之表現以觀，其與中止犯予以減免刑罰之原因並無二致。是以在現行法修正前，學說就已承認此等所謂「準中止犯」之概念，惟因法無明文規定，縱使行為人之防果行為該當準中止犯，亦無減免其刑之適用，至多只得論以刑法第25條普通未遂，得按既遂犯之刑減輕⁸⁹。

在現行法增訂準中止犯之明文規定後，對於行為人應為何種程度之防果行為始符法文之規定，誠屬重要之問題，是以本章第一節將就此要件為文討論，並就自始不能發生結果之情形能否適用準中止犯加以討論。由於修法至今即將邁入第 10 年，實務上對於準中止犯之運用又是如何，亦有觀察評析之必要，但在進入實務觀察前，仍須就準中止犯之立法原因及理由再為敘述，故本章將討論準中止犯之意義，後就現行法之規定為介紹，方就實務案例為評析。

第一節 準中止犯之意義

準中止犯在構成要件上多數皆與中止犯相同，如「出於己意」、「中止意思」、「結果不發生」。易言之，行為人須出於主觀上自願的中止，客觀上有中止行為，且犯罪結果不發生，始有成立準中止犯之可

⁸⁹曾淑瑜，同前註 13，頁 231

能，而兩者相異處在於，準中止犯之行為人，其中止行為與結果不發生間並不具備因果關係。是以，在準中止犯之判斷上，特別強調行為人防果行為之真摯性。由於準中止犯與中止犯要件相同之部份，本文於前章已有完整之論述，故本章僅就尚未討論部分加以闡述，相同之處即不再加以重覆論述，就此陳明。

一、行為人已盡力為防果行為

準中止犯與中止犯相同，必須行為人有中止行為，方有成立之可能，雖準中止犯之行為人，其中止行為與結果不發生間不具有因果關係，惟因行為人透過中止行為所顯現出之危險性已降低，且最後犯罪結果亦未發生，實已符合中止犯之立法意旨，故在考量中止犯之立法目的後，因行為人防止結果發生之真摯努力，本足以防止犯罪結果之發生，其重返法秩序規範之態度甚為明顯，應與一般之中止犯等同視之，仍予以減免刑罰之法律效果⁹⁰。學說認為⁹¹，在既了未遂之情形，需行為人有積極防果之行為始符合中止行為；而在未了未遂之情形，行為人僅須消極之放棄即符合中止行為之要求，故在準中止犯之情形中，行為人消極放棄後卻與結果不發生不具因果關係，殊難想像。其實於未了未遂也是有行為人消極放棄去與結果不發生不具因果關係之可能，例如 A 欲槍殺 B 致死，擊發射中 B 之要害，B 因傷重昏厥，惟 A 誤以為失手未擊中 B，即出於己意放棄犯行離去，後因第三人將 B 送醫救治始得不死。於此種情形，行為人主觀誤認，足以使結果發生之全部構成要件尚未實施完畢，惟客觀上實已足致結果發生，最後因第三人介入而使結果不發生之情形，似符合準中止犯之規定。

⁹⁰黃榮堅，同前註 5，頁 564；林山田，同前註 4，頁 494。

⁹¹甘添貴，同前註 6，頁 175-178。

惟如前所述，準中止犯得以同中止犯減免刑罰，乃因行為人盡力防止結果發生，而其真摯防止之行為，足顯現危險性降低，故在上述例子，因行為人並未有努力防止之行為，若無第三人介入，則犯罪結果終將發生，不宜將此種出於偶然幸運之結果，作為行為人減免刑罰之理由，故學說上所稱未了未遂之情形其實仍存在，只是不符合準中止犯之立法目的，故予以排除。至於行為人須有真摯努力之防果行為，應達何種程度方屬努力，學說尚有不同見解⁹²。

防果機會提升理論係經德國實務案例歸納後，認為行為人基於己意中止，只要是足以提高防止結果發生機率之方式，皆屬已盡真摯之努力。例如 A 開槍射殺 B，使 B 具有生命危險，後經 A 打電話報警，並請求警方呼叫救護車，將被害人送至醫院而挽回性命。於此案例中，A 雖未直接電召救護車或直接將 B 送醫，惟仍採取足以提高救治 B 機率之方式，故認為已盡真摯之努力；最佳作為理論恰與前述理論相反，其認為行為人之防果行為，必須是對於防止結果發生之所有方式中，最為有效之一種。如以前述案例為例，則 A 必須將 B 親自送至醫院，方為最節省時間與最有效之方式，方得認定已盡真摯之努力；差異理論則將前述兩種理論綜合，並將行為人之防果行為區分為「己手防果」與「假他人之手防果」兩種情形。在「己手防果」之情形中，行為人只要採取足以提高防止結果發生機率之方式，即屬已盡真摯之努力；在「假他人之手防果」情形中，由於防果行為並非由行為人親自為之，此時便要求行為人須採取最佳作為，即選擇最有效之方式。

本文以為，由於準中止犯相較中止犯，僅能從其防果行為判別出行為人之危險性是否真有降低，上述三種理論的確提供在具體個案判斷上較

⁹²以下理論參自柯耀程，同前註 80，頁 269-270。

為清楚的標準，但是否每一理論皆屬合理，則值得探討。首先，對於「最佳作為理論」認為必須就所有可行方式中，採取最有效之一種，雖然能充分顯現行為人悔悟之決心，但在個案中具體情況不一，且有時在時間急迫情形下，並非每一行為人皆能冷靜判斷當時環境及外在條件後，做出最佳選擇，若僅從事後論斷行為人之選擇，似乎有失公允，例如在地處不便之深山中，此時究竟應電召救援或至鄰近處尋求援助，實難期待每一行為人皆能精確做出判斷，況且所謂最佳作為其實並無一個明確的上限，以同例為證，行為人當可電召救援並尋求鄰近之援助兩者並行，甚或加上自行緊急救助，但此等方式皆為處在事後冷靜判斷下，方可得出之結論，若然如此，準中止犯之設立，不啻為海市蜃樓之立法，幾無適用之可能。「差異理論」雖將行為人之防果行為，區分為「己手防果」與「假他人之手防果」兩種情形，看似較為合理清楚，實則與「最佳作為理論」陷入同樣之迷思，究竟如何方能算是最佳作為，難以期待個案中之行為人，能於當下做出完美之判斷。

原則上，本文贊同「機會提升理論」，但認為僅以「足以提高防止結果發生機率之方式」，易產生誤解，故作為反面排除要件較為適當，即「非足以提高防止結果發生機率之方式」，而正面要件則應以「有效防止結果發生之方式」，修正文字上之敘述較為適當。亦即對於行為人採取非「足以提高防止結果發生機率之方式」，即加以排除於準中止犯適用之可能，且採取之方式須為「足以防止結果發生之方式」始認屬真摯之努力。另外學說上亦有提出行為人須具有「積極性」與「相當性」兩種條件，「積極性」即指行為人必須積極地實行足以防止結果發生之行

為；「相當性」即指須為有效防止結果發生之適當行為⁹³，此兩條件若做為具體個案判斷之標準，亦十分合理，值得參考。

二、 結果不發生與行為人之防果行為不具因果關係

在現行法修訂前，學說上曾對於犯罪結果之不發生與防果行為間，是否須具備因果關係有不同見解，主要係立基於「責任減少說」認為，行為人之中止行為已顯現出其責任非難性已減少，故只要有中止行為即可，毋須具有因果關係；「違法性減少說」則認為，防果行為乃結果不發生之原因，從而防果行為與結果之不發生自以有因果關係為必要；而採取因果關係必要說⁹⁴。惟現行法既已明文準中止犯，不須防果行為與結果不發生間具因果關係，故此一問題於現今已無爭議。

防果行為與結果不發生不具因果關係，係指因行為人以外之人或外力作用，致結果未發生，約可分為下列幾種情形：

行為人之積極防果行為，本足以阻止犯罪結果的發生，恰因無關之第三人介入⁹⁵，以致結果不發生，例如 A 著手殺害 B，已意中止並電召救護車，適逢經過之路人，將 B 載往醫院救治而獲救。另外須特別提到的是，如行為人親自將被害人送至醫院，雖最後係因醫師之救治而使被害人獲救，但此種情形行為人之防果行為與結果不發生仍具有因果關係，乃成立中止犯，而非準中止犯討論之問題。另行為人於實行行為終了後，採取積極地防果行為，適因被害人介入致使防果行為與結果不發生不具因果關係⁹⁶。例如，A 著手殺害 B，已意中止並至收訊較佳之地方，

⁹³ 甘添貴，同前註 19，頁 72-73；曾淑瑜，同前註 13，頁 234；余振華，2005 年刑法總則修正之介紹與評析研討會第二場會議記錄，2005 年刑法總則修正之介紹與評析，台灣刑事法學會，2005 年 4 月，頁 481。

⁹⁴ 余振華，同前註 7，頁 114。

⁹⁵ 甘添貴，同前註 6，頁 180；余振華，同前註 69，頁 139。

⁹⁶ 余振華，同前註 69，頁 139。

以手機電召救護車，惟於救護車抵達前，B 已自行搭車前往醫院救治，終得獲救。

除前兩種情形外，尚有行為人於實行行為終了後，雖已盡其真摯努力積極地防止結果發生，惟因自然事實之介入，至結果不發生⁹⁷。例如 A 欲放火燒死屋內之 B，放火後心生悔意，電召消防車前來滅火，惟於消防車抵達前，因突來之傾盆大雨而使火勢熄滅。

三、自始確定不發生結果之準中止犯

學說上對於行為人已著手犯罪且實行終了，惟行為人之行為自始即無生犯罪結果之可能，則此時，行為人出於己意盡真摯之努力為防果行為，究竟應成立不能未遂而不予以刑罰，抑或應成立準中止犯減免刑罰有所討論。例如 A 欲毒殺仇人 B，藉邀約 B 喝酒之機會，將自備之毒藥投入 B 之酒杯中，B 飲後不久，旋即腹痛難耐，A 心生不忍將 B 送醫救治，後經診斷 B 實為胃潰瘍，而 A 所下之毒藥實係錯手拿成一般維他命，並不具任何毒性，此時 A 究竟應成立不能未遂或準中止犯，仍有存疑之處，故特於此節探討此一問題。由於本文重點仍在準中止犯之探討，故就不能未遂僅就必要之處為文討論，相關深入問題並不多做探討，合先敘明之。

(一) 不能未遂之基本概念

現行刑法第 26 條：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」即是針對不能未遂之明文規定。行為人出於犯罪決意而著手犯罪行為實行時，若未完全實現客觀不法構成要件，此時即須進入未遂之檢討。而不能未遂係由於行為人主觀之想像與客觀事實面產生不一致之情

⁹⁷余振華，同前註 69，頁 137-138。

形，以致其行為在本質上即不能達到既遂狀態，且亦無危險，但行為人主觀上之不法意圖及故意，與普通未遂或中止犯均無任何不同，不同者僅為客觀上結果發生之不可能⁹⁸。按照通說見解認為，關於不能未遂之文字敘述「行為不能發生犯罪之結果」，係指所有未遂犯皆有之情形，而參照修法理由亦說明不能未遂為未遂之一種類型，故對於此段文字敘述並無爭議；另對於條文中所述「又無危險者」，通說與修法理由皆同意此為區隔不能未遂與普通未遂之要件，惟對於「有無危險」之判斷上，學說則有不同看法。主要可分為採主客觀未遂理論（印象裡論）之「重大無知說」與採客觀理論之「具體危險說」。

對不能未遂係採採取「不罰」之法律效果，相較於德國刑法第 23 條之規定，必是出於行為人「重大無知」的不能未遂，始能享有優惠之法律效果寬典，其餘非出於重大無知之不能未遂，由於仍具有危險性，其法律效果仍與普通未遂相同，皆是得按既遂犯之刑減輕⁹⁹。舉例而言，殺手欲使用手槍殺害某人，卻於事前遭他人將手槍中之子彈全數卸除，由於阻礙犯行既遂之因素純屬絕對地偶然，行為人侵害法律之意志並不因此而顯得薄弱，若放任此種行為不加以處罰，將嚴重減損刑法保護法益之效果。由於不能未遂之修法理由，明文採「客觀未遂理論」，故「具體危險說」即認為，應以行為時一般人所能認識以及行為人特別認識之事時為判斷基礎，自一般人之觀點，在特定情形下之作為，如果有發生結果之可能性自屬普通未遂，若沒有發生結果之可能性則屬不能未遂¹⁰⁰

⁹⁸張麗卿，同前註 1，頁 324-326；黃惠婷，論不能未遂，台灣法學雜誌第 163 期，2010 年 11 月，頁 3-8。

⁹⁹蔡聖偉，九五年刑事判決評釋：不能未遂，台灣本土法學雜誌第 91 期，2007 年 2 月，頁 171-176。

¹⁰⁰甘添貴，刑法總則修正重點評述，自由、責任與法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，2005 年 8 月，頁 20-21；陳子平，同前註 7，頁 395-396。

實務自修法後，對於「又無危險」之解釋，多數偏重採取「具體危險說」之見解，如最高法院九十七年台上字第三五一號判決：「不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實」，其後之實務見解多引用此判決之文字¹⁰¹。然亦有實務見解採取「重大無知說」，如最高法院九十八年度台上字第五一九七號判決：「未遂行為之所以被認為侵犯法律之意義薄弱，並非因其客觀上絕對不可能發生犯罪結果，而是一般社會大眾主觀上對其行為之危險認知（發生結果可能性之認知），並避免客觀說在實踐上不當過度擴張不能未遂之不罰範圍，應認唯有行為人出於「重大無知（aus grobem Unverstand，德國刑法第 22 條參照）」，將本質上不可能達到既遂之行為誤以為可能導致既遂，並進而實行客觀上完全欠缺危險性的行為，始能受不能未遂之評價而邀刑罰之寬容。換言之，除實行行為客觀上完全欠缺危險性外，行為人必須誤認自然之因果法則，非僅單純錯認事實或僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害等情狀，而係出於「重大無知」，誤認其可能既遂，始有成立不能未遂之可言。」，另如最高法院九十七年台上字第二八二四號判決亦採取「重大無知說」之見解¹⁰²。

¹⁰¹最高法院 99 年台上字第 2419 號判決、最高法院 99 年台上字 786 號判決、最高法院 99 年台上字 7189 號判決、最高法院 99 年台上字 7494 號判決，最高法院 100 年台上字第 1728 判決。

¹⁰²所謂「不能發生結果」，係指絕無發生結果之可能而言，此與「未發生結果」係指雖有發生之可能而未發生者不同，亦即前者絕無發生之可能，為不能犯，後者雖有發生之可能而未發生，為一般未遂犯；至「無危險」則指行為而言，危險之有無，以客觀之具體事實認定之。倘非出於行為人之嚴重無知，而行為人之行為復足以造成一般民眾之不安，自非「無危險」，尚難認係不能犯。

綜上所述，可知無論是在學說或實務判決上，「重大無知說」與「具體危險說」兩者皆有所支持，並無一方取得完全之優勢。其實在多數之案例中，「重大無知說」與「具體危險說」兩者經判斷後得出之結論，並不會有所差異，採取何種見解為宜，實取決於判斷者自身想法。由於現行法對不能未遂係採取「不罰」之法律效果，則適用之範圍自不宜過於擴張，否則將造成過多犯罪得以不罰，失去刑法制訂之目的；且未遂之處罰理由本不僅只限於行為人客觀上造成法益之危險，尚包含行為人主觀的法敵對意識，若無視行為人主觀之惡性，亦有生缺漏之處；另「重大無知說」在區分不能未遂與普通未遂，或是不能未遂與迷信犯及誤想犯上，較「具體危險說」更有清楚之分界¹⁰³，故本文以為，就有無危險之判斷，應採「重大無知說」為宜。

(二)不能未遂於準中止犯之審查程序

承前所述，在確立不能未遂有無危險之判斷，採取「重大無知」說後，則針對前述案例，即須按部就班加以審查是否屬於不能未遂及有無成立準中止犯之可能因未遂必是行為人於著手實行犯罪後未達既遂，始有成立之可能，假設 A 具有殺 B 之故意，將毒藥投入至 B 的酒杯中，依照「主客觀混和理論」，A 實已著手，且另依本文所採「主客觀綜合理論」，A 主觀上對於客觀上已實行完畢之事實有所認識，惟最後並未生 B 死亡之結果，故 A 屬於既了未遂之未遂犯。由於 A 所使用之毒藥實係一般維他命，客觀上並不能生 B 死亡之結果，故此時即須檢視，A 有無成立刑法第 26 條不能未遂之可能。

按照不能未遂之成立要件需具備(一)不能發生犯罪之結果(二)無危險。今 A 所使用之維他命自始即不可能產生 B 死亡之結果，符合要件(一)

¹⁰³高金桂，不能未遂判斷之走向，東海大學法學研究第 24 期，2006 年 6 月，頁 80；黃惠婷，同前註 98，頁 11-13。

不能發生犯罪之結果。就有無危險之判斷本文採取「重大無知說」，則須視「行為人是否出於重大無知」，只有當行為人主觀上的犯罪計劃是基於一個「完全偏離於一般因果法則之想像」時，亦即社會大眾自旁觀者之角度觀察，若行為人所想像之因果流程與一般人之理解已形成重大偏離，此時無論行為人反覆嘗試幾次，客觀上終不能達成既遂，亦不會破壞法治序與人民對法之信賴，即屬無危險¹⁰⁴。

本例中，A 主觀認識毒藥將致 B 死亡之結果，此一因果歷程以一般人之認知，並未偏離事理上的自然法則，該行為之實踐必會造成社會大眾恐懼、動搖法和平性¹⁰⁵，最後未致 B 死亡之結果，係因 A 錯手將毒藥拿成維他命，此一偶然之原因，並非出於重大無知，若不加以處罰嚇阻，將產生法益保護之漏洞。故 A 殺人未遂之行為，並無刑法第 26 條不能未遂之適用。A 雖無法成立刑法第 26 條之不能未遂，惟 A 積極防止結果發生，將 B 送往醫院就診，仍屬有效阻止結果發生之中止行為，故須進一步討論是否有適用中止犯之可能。

A 之未遂行為已達「既了未遂」之階段，欲成立中止犯，除主觀尚須出於己意中止外，亦須客觀上有防果行為。但在本例中，縱使 A 不為防果行為，殺人罪之構成要件結果亦自始不會發生，而由於 A 之防果行為與結果不發生並不具因果關係，故無法成立中止犯。然而 A 之防果行為雖與結果不發生不具因果關係，惟依照本文見解，A 送 B 就醫之行為乃「足以提高防止結果發生機率之方式」，且係「足以防止結果發生之方式」，故 A 之防果行為屬盡真摯努力之中止行為，應可適用刑法第 27 條第 1 項後段之準中止犯，減輕或免除其殺人未遂罪之刑事責任。

¹⁰⁴張麗卿，不能犯或自始不能發生結果之準中止犯，台灣法學雜誌第 180 期，2011 年 7 月，頁 113；蔡聖偉，無毒有嘔-不能未遂與中止犯的審查程序，台灣法學雜誌第 133 期，2009 年 8 月，頁 154-155。

¹⁰⁵張麗卿，同前註 74，頁 114；黃惠婷，同前註 98，頁 16-18。

本文認為，在自始不能發生犯罪結果之情形中，如前述所舉之例，並非一律皆能成立刑法第 26 條之不能未遂，且參酌德國刑法就不能未遂之規定，係指一切因事實上原因致不能發生結果之情形，就其法律效果區分為「可罰之不能未遂」與「減輕或免除刑罰之不能未遂」，則相較於不能未遂之規定，應是對應德國刑法之「減輕或免除刑罰之不能未遂」，故刑法第 26 條所稱之不能未遂，依法條文義，除不能發生結果外且須沒有危險，而依照本文對有無危險之判斷，係採取重大無知說，則必須基於行為人重大無知，未認知其行為之對象或使用之方式根本不可能既遂，始得成立不能未遂並獲得不罰之法律效果。故在自始確定不能發生犯罪結果之情形，並非一律得成立刑法第 26 條之不能未遂而能獲得不罰之法律寬典，仍有成立障礙未遂之可能，而在中止犯之適用上，由於行為人真摯努力之中止行為，但與結果不發生間不具因果關係，故無法成立刑法第 27 條第 1 項前段中止犯，惟仍有成立刑法第 27 條第一項後段準中止犯之可能，而準用中止犯法律效果之寬典。

第二節 準中止犯立法明文

於 2005 年就刑法第 27 條加以修正，於原先「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。」僅就中止犯有所規定，後增加第一項後段「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。」新增所謂準中止犯之規定，此一規定係仿效德國刑法第 24 條（1），其立法理由謂「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，惟其結果之不發生，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，惟就行為人衷心悔悟，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，爰參考德國現行刑法第 24 條（1）之立法例，…使準中止犯亦能適用減免其刑之規定。」

從上開立法理由可知，無論是自暫行新刑律或舊刑法中，皆未對於此種雖行為人已著手犯罪行為實施，並已盡力為防果行為，然結果之不發生，係因其他原因所致者，承認得適用中止犯之減免規定。是以，即使行為人之已盡誠摯努力之防果行為，惟與結果之不發生欠缺因果關係，故無減免其刑之適用，僅得以普通未遂論處並依刑法第 59 條於量刑上減免。現行法鑑於此情形雖與中止犯不同，惟行為人之不法非價實與中止犯並無相異，基於與鼓勵中止犯之相同立法目的，爰將中止犯之成立要件予以放寬，始此種情形亦得適用減免其刑之規定。又由於準中止犯之立法係參考德國刑法第 24 條（1）爰制訂而成，而德國早於西元 1925 年之刑法草案第 24 條第 2 項後段，即對於此種行為人已著手於犯罪行為之實施，雖已盡力為防止結果發生之中止行為，然結果之不發生，係因其他原因所致者，加以承認仍適用中止犯，其規定為：「所為不能引起既遂，或歸於失敗者，如為行為人所不知，而仍為防止結果之真摯努力者，亦得免罰。」¹⁰⁶另日本於西元 1974 年刑法草案第 24 條第 2 項亦仿效德國刑法現行立法例，對準中止犯加以規定為：「行為人對結果之發生，已為足以防止之努力時，結果之未發生雖因其他事由所致，亦與前項同」¹⁰⁷。自上開外國立法例可知，鼓勵犯罪行為人放棄犯罪，積極防止犯罪結果之發生，除有助於法益被侵害之風險降低外，更可使未來著手犯罪之人，因有較寬厚之刑罰優惠及前例可循之下，自願放棄犯罪，使社會之和諧被破壞之程度得以降低。

¹⁰⁶黃秉涵，論中止犯與準中止犯，私立輔仁大學法律學系碩士論文，2007 年，頁 90。

¹⁰⁷黃秉涵，同前註 106，頁 90 至 91。

第三節 準中止犯之實務檢討

雖然準中止犯之規定立法迄今已近 10 年，然實務上之判決仍為少數，尤其最高法院於理由中很明確論述準中止犯之判決更是少之又少¹⁰⁸，故本節除最高法院之判決外，將另就高等法院涉及準中止犯之判決為文探討：

一、最高法院 98 年度台上字第 7359 號刑事判決

甲○○與乙○○係夫妻，甲○○因懷疑妻子乙○○感情出軌，心生不滿，明知在放置木製衣櫃、床鋪、棉被等易燃物之住宅房間內，以汽油淋在人頭上、身上，以及流淌於房間內，再加以點火，極可能因劇烈燃燒而使房屋遭燒燬，仍基於殺人故意取出裝有汽油約 20 公升之長方形塑膠桶，將汽油自乙○○頭部淋下，隨即以打火機往乙○○身上點火，見乙○○身上著火後，一時驚慌，即將乙○○推向房間內遠離火源之床鋪，並以棉被掩蓋乙○○之身體試圖撲滅火勢，惟於火勢仍未撲滅時，甲○○竟自行逃往房間外，在客廳呼救。火勢旋因汽油流動在房間內迅速延燒，為鄰人目睹並報警，同時協助滅火，始將乙○○身上之火撲滅倖免於難。

所稱已盡力為防止行為，乃依當時情況，行為人因衷心懊悔，已誠摯努力，積極盡其防止之能事，而實行與有效防止結果行為，具有相當性之行為而言。亦即，至少須為與自己防止其結果之發生，可同視程度之努力者，始克相當。倘行為人僅消極停止其犯罪行為，並容

¹⁰⁸雖最高法院 102 年台上第 1626 號刑事判決、最高法院 97 年台上 4188 號刑事判決、最高法院 96 年台上 2514 號刑事判決、最高法院 96 年台上 922 號刑事判決等判決，皆於上訴理由認上訴人有準中止犯之適用，然該等個案事實中，犯罪結果皆已發生，實無討論準中止之必要。

忍外力之介入，致未發生結果；或其防止結果行為，尚有未盡，而係因外力之介入，致未發生結果者，仍屬障礙未遂，非準中止未遂。甲○○點燃汽油後，並未將乙○○救出火場，反而將之推向床鋪，且於乙○○之身體正在燃燒中，竟不顧其死活，逕自逃離房間。上訴人於被燒傷逃離後，雖向鄰居呼救，但於鄰人前來救火時，仍在一旁「罵髒話」，並未參與救助乙○○之行為。嗣鄰人於撲滅火勢後，始發現乙○○倒臥在房間內，已奄奄一息，而是由鄰居將被害人身上之火勢撲滅並抱出房外。本件上訴人之情形，即顯然與「行為人已盡力為防止行為」之要件不符。

二、臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 102 年度上訴字第 12 號

被告持長約 20 公分鐵製、前端呈針尖狀、附有塑膠握把，客觀上足以取人性命之板模打孔器 1 支，朝徐○○左胸部刺 3 下，致徐○○受有左前胸穿刺傷合併左側氣胸等傷害而有危害其生命之虞。而被告實行其殺人犯行之後，於被害人死亡結果發生之前，即已將被害人載至其叔叔家，並請在現場的一位小妹妹幫忙叫救護車，被告是在聽到救護車的聲音後才離開。

被告於完成殺人犯行後，在被害人未發生死亡結果之前，對防止被害人死亡結果之發生，已經作出誠摯之努力，雖然被害人所受傷勢甚為嚴重，端賴慈濟醫院醫師搶救得宜始能倖免於難，仍有刑法第 27 條第 1 項後段準中止犯規定之適用，自應依上開規定減輕其刑。

三、實務運用準中止犯之評析

(一) 最高法院 98 年度台上字第 7359 號刑事判決

由於本案法院認定事實為「火勢旋因汽油流動在房間內迅速延燒，為鄰人目睹並報警，同時協助滅火」，故犯罪結果之不發生，並非因甲○○之防止行為所致，而係鄰居察覺趕至現場救火，並將被害人身上之火勢撲滅後送醫，是以不得成立中止犯，僅得考量行為人之中止行為是否已達「已盡力為防止行為」，而得成立準中止犯。另因法院在事實中已敘明「見乙○○身上著火後，一時驚慌，即將乙○○推向房間內遠離火源之床鋪，並以棉被掩蓋乙○○之身體試圖撲滅火勢」，雖並未完整涵攝甲○○之「出於己意」、「中止意思」等要件誠屬可惜，惟實務判決中如非爭點部份通常不會特別加以論述，是依上開敘述，應可認法院對甲○○之行為已構成「出於己意」、「中止意思」等要件並無疑義，故略而不論¹⁰⁹；復就甲○○之犯罪行為是否已達「既了未遂」或尚處於「未了未遂」階段，法院以「倘行為人僅消極停止其犯罪行為，並容忍外力之介入，致未發生結果；或其防止結果行為，尚有未盡，而係因外力之介入，致未發生結果者，仍屬障礙未遂，非準中止未遂。」作為說理之前提。是以可認本案之主要爭點即在甲○○究竟有無「已盡力為防止行為」。

在法院判斷中，甲○○將乙○○推向房間內遠離火源之床鋪，並以棉被掩蓋乙○○之身體試圖撲滅火勢，雖屬積極防止結果發生之行為，但伊於火勢仍未撲滅時，竟自行逃往房間外，故認為此防止結果之行為尚未達盡力防止之要求；另伊雖在客廳呼救，且鄰居亦代為報警並前往協助滅火，似可認亦為積極防止結果發生之行為，然法院在認定上，認為鄰居係自行目睹火勢延燒

¹⁰⁹ 鄭逸哲，「中止」，卻不「後悔」，也還是「中止犯」——評最高法院九八年度台上字第七三五九號刑事判決，台灣法學雜誌第154期，2010年6月，頁254；不同意見請參，謝開平，中止未遂與準中止犯之適用——評台灣高等法院台南分院九十八年上訴字第七八四號暨最高法院九十八年台上字第七三五九號刑事判決，月旦裁判時報第5期，2010年10月，頁119。

而報警，並非因甲○○之呼救所致，仍不屬已盡力之中止行為；復鄰居在救火時，甲○○並未參與救助乙○○之行為，仍在一旁「罵髒話」，認定甲○○之三種行為皆未達「已盡力防止」之程度，故不得成立準中止犯。

從上述法院認定甲○○三種防果行為未達已盡力防止行為之理由中，排除第二項乃事實之認定，吾人難以判斷外，其餘兩項行為，遂依照本文前述所採標準加以檢驗之。（一）甲○○以棉被掩蓋乙○○身體，試圖撲滅火勢之行為並不符合「非足以提高防止結果發生機率之方式」，且於當下情況亦應屬「有效防止結果發生之方式」，似可認此一行為屬已盡力防止之行為，然在火勢撲滅前，即逃離現場，則是否仍得認屬已盡力防止之行為，誠有疑義。（二）甲○○在鄰居前來救火時，並未積極參與救助乙○○之行為，故在此項行為上，甲○○確未為積極防止結果發生之行為，即應被「非足以提高防止結果發生機率之方式」此反面要件加以排除。

如僅以前述兩項行為以觀，實難認定甲○○已盡力為防止行為，故法院就本案認定不成立準中止犯之見解要無疑問。惟若鄰居係因甲○○之呼救而報警並趕至現場協助救火，則是否有認甲○○得成立準中止犯之可能？本文以為，若鄰居確因甲○○之呼救而報警並協助滅火，則此時第三人之介入即於行為人之防果行為有因果關係，故此時已非「準中止犯」討論之範疇，而應回歸「中止犯」防果行為有效與否之問題。

綜上所述，縱以本文所採較寬鬆之認定標準對本案甲○○之行為加以檢討，仍難認甲○○之中止行為已達已盡力為防止行為之程度，除非甲直至鄰居前往協助滅火前，皆未停止伊以棉被意圖撲滅火勢之行為，否則實難藉此認定甲○○已盡力為防止行為，故法院認甲○○不得以此成立準中止犯，應屬有據。惟法院在論理及涵攝之過程中仍過於簡略，實難令人清楚了解其對於準中止犯之認定及適用標準為何。

(二) 臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 102 年度上訴字第 12 號

自法院所述事實可知，本案被告係基於殺人故意，以板模打孔器朝被害人左胸部刺 3 下，致被害人左前胸受有穿刺傷及氣胸等傷害，且有死亡之虞，則被告上開行為應可認犯罪行為已實行完畢，此時僅得以積極防止結果發生之中止行為，始得成立中止犯。而被告在犯罪行為實行完畢後，出於己意將被害人載至其叔叔家，並請他人代為叫救護車，被害人於送至醫院經救治終未死亡，而法院對於被告請他人代為叫救護車之行為，認為已盡力為防止行為，似可認法院係採取「機會提升理論」，即行為人只要是足以提高防止結果發生機率之方式，皆屬已盡真摯之努力，而法院後以慈濟醫院醫師搶救得宜始能倖免於難，故成立準中止犯予以減輕其刑，則法院似不認為行為與及果不發生間僅具有單純因果關係即可，然並未特別闡述必須對於結果之不發生有強烈關注並發揮影響力，或是須盡到最大效之努力而使結果不發生，方具有因果關係。故該判決在結論上並無不妥，惟在「已盡力為防止行為」及「中止行為與結果不發生」之要件涵攝上，實過於簡略，難令人得以知悉法院所採之見解。

第四節 小結

現行刑法第 27 條於 2005 年增訂第 1 項後段，明文承認修法前學說討論之準中止犯，即對於行為人已盡真摯努力防止結果發生，惟由於其他因素致結果之不發生，雖防止行為與結果不發生之間不具因果關係，但行為人衷心懊悔之態度與中止犯並無不同，為鼓勵行為人使其亦能適用減免其刑。雖有認為，自立法理由可知，現行法係著重行為人之主觀認知，而非客觀防止行為是否為結果不發生之原因，可謂偏重主觀未遂理論，準中止犯為未遂類型之一，然與未遂篇章所採之客觀未遂理論將有所矛盾¹¹⁰，然如其所述，準中止犯之制訂乃係考量其行為非價實與中止犯無異，未免鼓勵犯罪行為人放棄犯行之立法目的無法一貫，特規定此種情形亦得免刑罰，且現行法既已如此規定，故如何將準中止犯之成立要件明確化，實為更重要之課題。

準中止犯之防止行為與結果不發生不具因果關係，有可能係因第三人介入、被害人介入或自然事實介入，致中斷原先因果關係，惟不論係因何種緣故，法條明文規定行為人須有「盡力為防止之行為」，即學說所稱「盡真摯努力之防果行為」，但對於何種行為始符合盡力或真摯努力，學說上多所爭論。本文以為，在具體個案中，由於行為人心理素質、當下環境、被害客體狀況皆不相同，並非每一行為人皆能在短時間內抉擇出最佳方法，僅從事後角度評判行為人之方式，未免過於嚴苛，將使準中止犯之範圍限縮過小。或有論者會認為，範圍縮小並無不妥，因行為人就結果不發生並無因果關係，故嚴格要求應屬合情合理。但須考慮的是，之所以無因果關係，係外來因素介入，並非是行為人所招致，如無此等因素介入，行為人之防果行為本有可能致結果不發生，況

¹¹⁰黃惠婷，同前註 44，頁 45。

且準中止犯與中止犯之立法目的皆在鼓勵行為人，放棄原有之犯罪行為，並阻止原風險實現之可能，是若過度限縮解釋，勢將失去其設立之意義。故本文認為對於如何認定行為人「已盡力為防止之行為」，只要行為人並非採取「不足以提高防止結果發生機率之方式」且係「有效防止結果發生之方式」，即可認符合已盡真摯努力之中止行為。

另外在自始確定不發生結果，且行為人並非出於重大無知，致不成立刑法第 26 條不能未遂之情形中，由於此種情形行為人之犯罪行為仍會造成社會大眾恐懼、動搖法和平性，故應施以刑罰。然如行為人已盡力為防止行為，僅結果之不發生與防止行為並不具因果關係，則此時實與準中止犯之情形無異，如不令其得適用準中止犯減免刑罰之規定，又有失鼓勵犯罪行為人放棄放罪之目的。故在行為人已為積極之防果行為，展現出重返法秩序之態度，即使在此等自始確定不發生結果但非不能未遂之情形，仍應有準中止犯之適用。

將最高法院及高等法院論及「準中止犯」之判決來看，可知除實務案例有發生此種情況確實為少數，但在這少數之判決中亦可發現實務對於「準中止犯」之要件判斷仍是說理過於簡略，論述不夠完整，而且對於「準中止犯」與「中止犯」之相異處，即行為人之中止行為與結果不發生間並不具有因果關係此一要件判斷上，仍認識不夠清楚。如前述臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 12 號刑事判決，雖從最終行為人仍成立「準中止犯」而得減免刑罰之結論並無不妥，惟該案行為人於「已盡力為防止行為」及「中止行為與結果不發生」之要件涵攝上，實過於簡略。該案應在此二要件上，清楚敘明採取之理論，及如何因此判斷行為人成立「準中止犯」；另如第三章第二項曾提及之最高法院 97 年度台上字第 2634 號刑事判決，該案行為人雖有呼叫他人報警之行為，惟被害

人最終獲救，係因目擊路人已先行報警，方由到場救護車將被害人送醫救治，則該案行為人之中止行為與結果不發生，並不具因果關係，實係第三人之外力介入所致，故該案實應討論有無成立「準中止犯」之可能。自上開判決可知，雖修法迄今已近 10 年，但實務目前對於「準中止犯」之要件仍非十分了解，才會出現如此郢書燕說、誤為判斷之判決。是以，如何確立明確之判斷要件，及在判決理由中完整清楚之論述，乃是目前實務罪須加強之部份。



第五章 結論與建議

第一節 結論

中止犯何以能獲得較優惠之刑罰效果，須藉由清楚且穩固之立論基礎予以支撐，方得使人民信服，而刑事政策層面下之三種理論，即「黃金橋理論」、「獎賞理論」、「刑罰目的理論」其立基點相去不遠，且對於行為人之犯罪行為，仍給予應有之非價，僅著重面向不同一而已。

「刑罰目的理論」在考量法益及法秩序被破壞之程度後，認為欠缺需嚴懲之必要；「黃金橋理論」及「獎賞理論」則分別就行為人事前知悉法律規定因而中止或事後自願中止給予減免刑罰之獎勵。本文以為實可綜合取其理論核心用之。蓋行為人選擇不繼續為惡，則無論是否知悉法律減免刑罰之規定，皆得對其行為給予獎勵，且該犯罪行為對於法益及法秩序之破壞又相較為輕，在考量刑罰目的後，給予減免刑罰之法律效果，應能使罪刑關係得到平衡，以此做為中止犯減免刑罰之立論基礎應為適當。

中止犯之成立之要件中，最核心且具爭論的，即「出於己意」、「中止行為」、「結果不發生與防果行為具因果關係」這三項。在「出於己意」之判斷上，由於通說肯認「即使我可以達成目的，我也不要」，於客觀上可得實行犯罪，惟行為人係出於主觀擔心犯行敗露而放棄之情形，皆能被歸為出於己意，實與中止犯之設立目的有違。故本文選擇以「預期計畫說」作為判準，即犯罪行為人於開始著手犯罪時，如預期可能會面臨之不利因素，以客觀角度而言縱屬障礙，然因行為人已

預期障礙事實之出現仍著手實行，便表示其已經有應對之準備，於此種情形下，行為人因此而生之中止意思，可認為係出於己意。雖然行為人之主觀在辨認上確實有困難之處，惟是否為「出於己意」，必須知悉行為人主觀對客觀事實之瞭解，且在障礙事實僅係質量增減之情形中，亦能給予較完整之評斷，如此加以判斷，方為妥適。

「中止行為」會因犯罪行為實行階段之不同，區分為消極放棄與積極防止，而應以何種理論加以區分，應自中止犯之立論基礎加以考量。蓋中止犯著重的是行為人透過中止行為顯示其反社會性與內在危險性格減低，如完全捨棄行為人主觀上之認識，僅就客觀事實之行為判斷，將無法知悉行為人應予刑罰之程度為何，即有失中止犯之目的，故以行為人主觀上之認識，就犯罪行為否實行完畢加以判斷，並將客觀事實綜合考量，如此將可避免行為人主觀認識與客觀事實不一致時，難以辨認行為人是否已採取適當之中止行為。至於中止行為與結果不發生間之因果關係，如行為人已採取了有效防止結果發生之方法，且結果亦不發生，應可認行為人具有重返法秩序之意思，符合中止犯之立法意旨，故在因果關係的判斷上，僅須具有單純之因果關係即可。

處罰陰謀犯或預備犯此等犯罪著手前之行為人，係出於立法政策之考量，且該等犯罪本無成立未遂之可能，故無論出於立法或法體系適用一貫之考量，並無適用中止犯之必要；由於不作為犯評價之重點，在於其違反法律誡命之不行為，既然可以不作為之方式達成與積極作為相同之犯罪結果，且仍有成立未遂之可能，則區分既了未遂與未了未遂對於判斷行為人是否採取是當之中止行為即具有實益。如以本文所採之「主

客觀綜合理論」加以判斷，則行為人於未了未遂之情形，僅需重新為法律所誡命之行為即屬消極放棄而得成立中止犯，然於既了外遂之情形，行為人除須為法律誡命之行為外，尚須採取積極防止結果發生之行為，始得成立中止犯。

在複數犯罪行為人是否得以成立中止犯之討論裡，屬於共犯類型的教唆犯及幫助犯，由於需要正犯進入著手階段始有成立之可能，此時不可能僅以消極之放棄教唆或幫助行為即可防止正犯實行犯罪行為，勢必須以積極防止正犯繼續為犯罪行為，始有成立中止犯之可能；另共同正犯由於犯罪人數增加，實現風險之不確定性及機率皆大為提高，且因行為人係出於自願參與此較高實現風險之犯罪團體，故行為人之中止行為及程度，亦隨之提高，則行為人與成立中止犯，除消極放棄己身之犯罪行為外，尚須積極阻止其他共同正犯之犯罪行，如此始能將此較高之風險完全消滅而適用刑罰減免之優惠。

中止犯自暫行新刑律以來即有之，至舊刑法時，除將法律效果改為必減免，亦將中止行為區分為「己意中止」與「防止其結果發生」，即要求行為人對於不同犯罪實行階段應採取不同之中止行為。而從歷次修法理由無法知悉選擇「必減輕或免除」作為中止犯刑罰優惠原因，但從既遂與未遂法律效果加以比較，再將障礙未遂與中止未遂加以比較，則中止犯在非價評斷上顯然較既遂及障礙未遂為低，立法者在考量民情及社會習慣後，或認為不宜全盤採納外國立法例而將法律效果降低至「不罰」之程度，應留與法官在個案裁量之空間，故作如此之規定。

職此，實務對於個案事實中，行為人是否得以成立中止犯，其論理及涵攝之過程就更顯重要性，如法院對於要件及成立與否無法清楚給予交代，過度嚴格下將使犯罪行為人中止犯罪之誘因大大減低，進而失去中止犯之立法目的；如過度寬鬆，亦將導致被害人及社會對於法益遭受侵害卻認為犯罪行為人未得到應有之刑罰而感到不平，進而對刑法失去信心。反之，如能於判決理由中給予清楚之論證，無論是犯罪行為人或是被害人甚至是社會，皆能對於中止犯之立法更加瞭解與接受。然觀察歷來實務判決，可以發現法院除對於中止犯之判斷十分保守外，在判斷行為人是否出於己意、有無為適當中止行為等要件上，多未予詳細而明確之理由，反倒多以行為人之惡性是否重大、有無因被害人因素放棄、被害人之法益受損害程度等，來判斷是否應給予行為人成立中止犯。此種作法將很有可能導致中止犯最終淪為與刑法第 59 條相同之功能，全憑藉法官個人之判斷。故如何在個案中清楚詳細的說理，使犯罪行為人得到應有之刑罰，實為法院所必須加強之處。

如行為人已盡真摯努力防止結果發生，卻因外力介入致防止行為與結果不發生不具因果關係，由於行為人衷心懊悔之態度與中止犯並無不同，為鼓勵犯罪行為人中止犯罪行為，特規定此種情形亦得免刑罰。防止行為與結果不發生不具因果關係，原因有多，可能是第三人介入、被害人介入或自然事實介入，惟不論係因何種緣故，只要行為人有「盡力為防止之行為」，即應得以成立準中止犯，但對於何種行為始符合盡力或真摯努力，考量每一行為人心理素質、當下環境、被害客體皆不相同，無法一概而論，但若過度限縮解釋，勢將失去設立之意義。本文以

為只要行為人並非採取「不足以提高防止結果發生機率之方式」且係「有效防止結果發生之方式」，即可認符合已盡真摯努力之中止行為。另在自始確定不發生結果之犯罪行為中，由於行為人並非出於重大無知，故無法成立刑法第 26 條之不能未遂，則行為人仍應施以刑罰。惟如行為人已盡力為防止行為，但因結果自始確定不發生，則防止行為並與結果不發生不具因果關係，此情形實與準中止犯無異，若將行為人排除於得以適用準中止犯減免刑罰之範圍外，恐失鼓勵犯罪行為人放棄犯罪之目的。故在行為人已盡力為防止行為，展現出重返法秩序之態度，縱使於自始確定不發生結果之情形，仍有準中止犯之適用。

由於實務無論是最高法院或高等法院，有論及「準中止犯」之判決僅寥寥之數，且排除結果已發生此種根本無法成立準中止犯之情形後，所餘之判決更是屈指可數。而觀察這些碩果僅存之判決，可發現實務對於「準中止犯」要件之瞭解相較於中止犯而言仍非十分透澈，且於說理及涵攝過程皆實顯簡略。雖從結論而論行為人仍成立「準中止犯」或「中止犯」而得減免刑罰，但如何確立明確之判斷要件，及在判決理由中完整清楚之論述，提供法院往後判斷上之參考，及讓人民知悉此立法之存在及目的，應屬實務所需肩負之責任。

第二節 建議

立法者就中止犯之法律效果採取「減輕或免除其刑」，雖是經過考量「既遂」、「障礙未遂」、「中止未遂」三者之不法評價而決定，惟「既了未遂」與「未了未遂」之犯罪行為對法益及社會所造成之破壞並

非全部相同，故在法律效果上應加以區分。蓋「未了未遂」之行為人已著手於犯罪構成要件實行，但尚未實行完畢，而「既了未遂」之行為人已實行完畢，排除外力介入情形，風險實現乃必然之結果，則二者雖未對法益造成完全之侵害，但對法益處於受侵害之狀態卻非完全相同，況兩者之不法意識藉由犯罪實行階段之不同顯現其差別。又現行法規定：「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。」已明顯將中止行為區分為「消極放棄」及「積極防止結果發生」兩種不同情形。

參酌外國立法例如瑞士舊刑法第 21 條：「犯罪人在重罪或輕罪之行為著手後，未完成者免除其刑」及第 22 條：「犯罪人如完成犯罪行為，而重罪與輕罪既遂之結果並未發生，得減輕其刑。犯罪者由於己意所促使，致力避免犯罪結果之發生，或阻止其結果發生者，法官得經自由裁量減輕其刑。」即是依行為人犯罪行為實行階段之不同，而給予其中止行為不同之法律效果。建議修正刑法第 27 條第 1 項為：「已著手於犯罪行為之實行，因己意中止者，免除其刑。因己意防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。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。」(如附表 1)

修正理由及說明：基於使犯罪行為人勇於中止犯罪、降低法益受侵害之風險、提高社會對中止犯罪行為人之接納度、均衡犯罪與刑罰比例等考量下，爰依照犯罪行為實施階段之不同而異其中止行為之法律效果。除原先所採「減輕或免除其刑」外，若犯罪行為尚未實行完畢仍處「未了未遂」階段，此時行為人如出於己意採取「消極放棄」之中止行為，其法律效果減輕為「不罰」。對犯罪行為人來說，在犯罪著手但尚

中止犯之研究

未實行完畢前，即出於己意而中止，可免除刑罰，相較於著手並已實行完畢者，甫獲得更優惠之刑罰減免，要難謂非增添行為人放棄犯罪之誘因。職此，爰修正刑法第 27 條第 1 項。





附表 1

刑法第 27 條修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
<p>第 27 條 已著手於犯罪行為之實行，因己意中止者，免除其刑。因己意防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。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。</p> <p>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，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。</p>	<p>第 27 條 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。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。</p> <p>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，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。</p>	<p>基於使犯罪行為人勇於中止犯罪、降低法益受侵害之風險、提高社會對中止犯罪行為人之接納度、均衡犯罪與刑罰比例等考量下，爰依照犯罪行為實施階段之不同而異其中止行為之法律效果。除原先所採「減輕或免除其刑」外，若犯罪行為尚未實行完畢仍處「未了未遂」階段，此時行為人如出於己意採取「消極放棄」之中止行為，其法律效果減輕為「不罰」。對犯罪行為人來說，在犯罪著手但尚未實行完畢前，即出於己意而中止，可免除刑罰，相較於著手並已實行完畢者，甫獲得更優惠之刑罰減免，要難謂非增添行為人放棄犯罪之誘因。職此，爰修正刑法第 27 條第 1 項。</p>



參考文獻

(按筆劃排列；同作者時，按出版年先後排列)

(一) 書籍

1. 川端博，刑法總論講義，成文堂，1995年11月。
2. 川端博，甘添貴監譯 余振華譯，刑法總論二十五講，元照，1999年11月。
3. 大谷實，刑法總論，成文堂，2006年4月。
4. 山中敬一，中止未遂研究，成文堂，2001年3月。
5. 甘添貴，刑法之重要理念，瑞興，1996年6月。
6. 甘添貴、謝庭晃著，捷徑刑法總論，瑞興，2004年。
7. 余振華，刑法深思.深思刑法，自版，2005年9月。
8. 余振華，刑法總論，三民，2013年10月。
9. 法務部刑法研究修正委員會，刑法總則研究修正資料彙編（一），1988年3月。
10. 林山田，刑法通論（上冊），自版，2008年12月。
11. 林山田，刑法通論（下冊），自版，2008年6月。
12. 林東茂，刑法綜覽，一品，2015年8月。
13. 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南，2007年10月。
14. 林鈺雄，新刑法總則，自版，2011年9月。
15. 柯耀程，刑法概論，自版，2007年4月。
16. 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），自版，2005年10月。
17. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2015年9月。
18. 陳子平，刑法總論，自版，2006年2月。

19. 黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，自版，2001年。
20. 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2012年3月。
21. 褚劍鴻，刑法總則論，自版，1992年5月。
22. 靳宗立，刑法總論 I，自版，2010年9月。
23. 蔡墩銘、甘添貴合編，「刑法爭議問題研究」，五南，1999年2月。
24. 韓忠謨，刑法原理，自版，1992年4月。

（二） 期刊論文

1. 王效文，中止犯減免刑罰之理由，月旦法學雜誌第 194 期，2011 年 6 月。
2. 甘添貴，中止犯之基本理念，中興法學 22 期，1986 年 11 月。
3. 甘添貴，不能犯與中止犯適用之若干問題點，台灣法學雜誌第 187 期，2011 年 11 月。
4. 林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學雜誌 67 期，2005 年 2 月。
5. 林山田，論中止未遂，政大法學評論第 28 期，1983 年 12 月。
6. 林山田，論未遂犯之刑罰理由及其成立要件」，軍法專刊第 28 卷第 9 期，1982 年 9 月。
7. 林鈺雄，「犯罪之階段—不能未遂、中止未遂」，月旦法學教室第 35 期，2005 年 8 月。
8. 洪福增，中止犯之理論與實用，軍法專刊刑事實用文選第 1 輯，1974 年。
9. 柯耀程，未遂的辯證，月旦法學教室第 82 期，2009 年 8 月。
10. 高金桂，不能未遂判斷之走向，東海大學法學研究第 24 期，2006 年 6 月。

11. 徐育安，中止犯，法學講座第 11 期，2002 年 11 月。
12. 徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止-最高院 96 台上 2883，台灣法學雜誌第 181 期，2011 年 8 月。
13. 張麗卿，不能犯或自始不能發生結果之準中止犯，台灣法學雜誌第 180 期，2011 年 7 月。
14. 許恆達，重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，國立臺灣大學法學論叢第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月。
15. 許恆達，「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論第 114 期，2010 年 4 月。
16. 許澤天，對二 00 五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌 67 期，2005 年 2 月。
17. 陳志龍，未遂犯與法益危險觀，法學叢刊第 41 卷第 4 期，1996 年 10 月。
18. 黃惠婷，既了未遂之中止犯，月旦法學教室 35 期，2005 年 8 月。
19. 黃惠婷，論中止犯之「己意」—兼評析實務上之相關判決，台灣本土法學雜誌 72 期，2005 年 7 月。
20. 黃惠婷，參與犯之中止犯問題，台灣本土法學雜誌 86 期，2006 年 9 月。
21. 黃惠婷，刑法第二七條「準中止犯」，台灣本土法學雜誌第 101 期，2007 年 12 月。
22. 黃惠婷，強盜未遂之中止犯—最高法院九八年度台上字第二三九一號判決，台灣法學雜誌第 144 期，2010 年 1 月。
23. 黃惠婷，論不能未遂，台灣法學雜誌第 163 期，2010 年 11 月。

24. 翟喉霞，中止犯之初步研究，刑事法雜誌，第 39 卷第 2 期，1995 年 4 月。
25. 劉慶義，由法學方法論角度論未遂之概念、結構與修法，月旦法學雜誌 123 期，2005 年 8 月。
26. 蔡聖偉，九五年刑事判決評釋：不能未遂，台灣本土法學雜誌第 91 期，2007 年 2 月。
27. 蔡聖偉，無毒有嘔-不能未遂與中止犯的審查程序，台灣法學雜誌第 133 期，2009 年 8 月。
28. 鄭逸哲，「普通未遂犯」即非「廣義中止犯」的「可罰未遂犯」—重新正確定位「未遂犯」、「普通未遂犯」、「中止犯」和「準中止犯」間的關係，法令月刊第 58 卷第 2 期，2007 年 2 月。
29. 鄭逸哲，「中止」，卻不「悛悔」，也還是「中止犯」—評最高法院九八年度台上字第七三五九號刑事判決，台灣法學雜誌第 154 期，2010 年 6 月。
30. 鄭逸哲，「中止犯」屬應減的「可罰未遂犯」—評析高等法院九十六年度上訴字第二九二五號暨最高法院九十七年度台上字第三六四號刑事判決，月旦法學雜誌第 167 期，2009 年 3 月。
31. 盧映潔，中止犯的成立，台灣本土法學雜誌 36 期，2002 年 7 月。
32. 謝開平，中止未遂—己意，月旦法學教室第 109 期，2011 年 10 月。
33. 謝開平，中止未遂與準中止犯之適用—評台灣高等法院台南分院九十八年上訴字第七八四號暨最高法院九十八年台上字第七三五九號刑事判決，月旦裁判時報第 5 期，2010 年 10 月。
34. 謝開平，預備犯之中止，月旦法學教室第 107 期，2011 年 8 月。

(三) 專書論文

1. 王乃彥，中止犯的減免刑罰根據，刑事法學之理想與探索(一):甘添貴教授六秩祝壽論文集，學林，2002年3月。
2. 甘添貴，刑法總則修正重點評述，自由、責任與法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，元照，2005年8月。
3. 余振華，未遂犯，2005年刑法總則修正之介紹與評析，台灣刑事法學會，2005年4月。
4. 余振華，2005年刑法總則修正之介紹與評析研討會第二場會議記錄，2005年刑法總則修正之介紹與評析，台灣刑事法學會，2005年4月。
5. 林東茂，刑法修正重點評釋，刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會，2005年9月。
6. 曾淑瑜，中止犯修法前後之檢討，刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會，2005年9月。

(四) 學位論文

1. 王紀軒，罪刑均衡與實質正義，私立東海大學法律學系研究所博士論文，2011年。
2. 林宥均，中止未遂之研究，國立成功大學法律學系研究所碩士論文，2007年。
3. 黃秉涵，論中止犯與準中止犯，私立輔仁大學法律學系碩士論文，2007年。
4. 黃琴唐，民國初年親權法制的開展—以大理院的司法實踐為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2008年。