

刑法實例演習期末報告-第十三題

報告人：法學二/410610002/尤映淳、法學二/410610032/田立榆

評論人：法學二/410610001/吳侑璇、法學二/410610020/陳眉筑

十三、甲早想偷朋友乙的名貴鋼筆，某日利用兩人一同在圖書館看書，乙離開座位去洗手間時，甲出於取得鋼筆意思，伸手到乙的書包中尋找該鋼筆，未料乙當日竟未帶鋼筆出門，甲翻弄了乙的書包後一無所獲，只好罷手。請問甲的刑責為何？

【爭點】

1. 甲出於取得鋼筆之意，翻弄乙之書包卻一無所獲之行為，是否構成竊盜罪之未遂犯？
2. 著手階段之認定學說。
3. 甲之行為是否為不能犯。
4. 甲之行為是否為中止犯。

【內容】

一、甲出於取得鋼筆意思翻弄乙書包一無所獲之行為，成立竊盜未遂犯(刑法第320條第3項)。

(一)依刑法第25條竊盜罪未遂犯之成立須以著手於犯罪行為而不遂者。

1. 依題示，甲一無所獲，故不成立竊盜罪既遂即為不遂者。
2. 甲已著手於竊盜(刑法第320條)。
 - i. 主觀面：行為人具有特定犯罪之決意¹。
 - ii. 客觀面：行為人已達著手實行之階段，尚未達既遂之程度。

(二)關於認定著手實行之學說有以下敘述：

1. 形式客觀說：學說主張行為人已經開始為構成要件該當行為，即可認定為著手²。
2. 實質客觀說：依客觀觀察，行為人開始實行與構成要件具有必要關聯性的行為，也就是客觀上可視為構成要件一環的行為，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者，即已著手³。
3. 主觀說：以行為人主觀意思或主觀想像判斷是否進入著手⁴。
4. 主客觀混合說：以行為人的主觀想像為基礎，混合了實質客觀說中行為對受保護客體的直接侵害觀點，認為從行為人的整體犯罪

¹ 王皇玉，刑法總則，7版，2021，頁375。

² 王皇玉，刑法總則，7版，2021，頁376-379。

³ 林鈺雄，新刑法總則，9版，2021，頁371。

⁴ 王皇玉，刑法總則，7版，2021，頁377。

計畫觀察，再以已發生的客觀事實判斷，行為人所從事的行為是否已經形成對系爭構成要件保護客體的直接危險，若是，則已著手⁵。

5. 主觀危險理論：行為人主觀上使不法利益侵害實現的最後一個行為⁶。

學說	本題
形式客觀說	✓ 甲有打開乙之書包尋獲之竊取行為，肯認甲著手實行竊盜。
實質客觀說	✓ 甲翻弄乙之書包，係開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險的行為，肯認甲著手實行竊盜。
主觀說	✓ 甲出於偷得鋼筆之意翻找書包，肯認甲進入著手階段。
主客觀混和說	✓ 甲將手伸入乙之書包時所從事的行為，該鋼筆即隨時有可能被偷得之危險，已經形成保護客體的直接危險，故肯認甲已進入竊盜罪之著手階段。
利益失控說	✓ 甲開始搜尋乙之書包，於主觀上無法再控制利益侵害之發展，因為甲無法控制乙的鋼筆是否在書包，故肯認已進入竊盜罪之著手。

(三) 若採形式客觀說，將會產生對法益的保護過於遲延⁷；採實質客觀說，要在犯罪構成要件以外，再判斷著手行為與構成要件行為是否具有必要關聯性，有模糊難斷之虞⁸；若採主觀說，則處罰標準判斷將流於恣意；若採利益失控說，將著手時點繫於行為人的主觀想法，不符合法律規範之要求⁹。故本文認為採取主客觀混合說較佳。

(四) 近期實務見解採取主客觀混合說，參酌行為人主觀上對於犯罪之認識及犯罪計畫，客觀上以行為是否直接產生法益侵害之結果為斷^{10 11}。

⁵ 林鈺雄，新刑法總則，9版，2021，頁372。

⁶ 黃榮堅，基礎刑法學(下)，4版，2012，頁495。

⁷ 同註4。

⁸ 同註4。

⁹ 王皇玉，刑法總則，7版，2021，頁379。

¹⁰ 最高法院 109 年度台上字第 2317 號刑事判決 (理由四 節錄)

「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第 25 條第 1 項定有明文。所謂著手實行，係指行為人依其對於犯罪之認識（或計畫），而開始實行足以實現犯罪構成要件，或招致法益直接受侵害之行為而言。易言之，於行為人依其主觀認知或犯罪計畫，而開始實行與構成要件之實現具有密切關係之行為，而且於行為人主觀想像中，此等行為若繼續不中斷地進行，勢必直接導致構成要件之實現，縱所為非構成要件所明定之行為，亦屬已達著手實行之階段。反之，如其所為僅在便利犯罪計畫之執行，或排除、降低犯罪實現之障礙，於客觀上尚無具體直接侵害法益危險之表徵，則屬預備行為之階段。」

¹¹ 最高法院 110 年度台上字第 1636 號刑事判決 (理由二 節錄)

「可罰之預備行為及未遂行為之區別，依刑法第 25 條第 1 項之規定，以行為人是否「著手於犯罪行為之實行」決定之，所謂著手，應依行為人之犯罪計畫或其犯意及其行為予以整體評價判斷，倘其行為與結果之間具有時間與空間之緊密關係，而足以立即、直接危害犯罪構成要件所保護之法益，或其行為在不受干擾之情況下，將立即、直接實現犯罪構成要件之結果，當認行為人已著手犯罪行為之實行，而非僅止於預備犯階段，至行為人對於犯罪構成事實開始實

(五) 涵攝

1. 甲出於想偷該鋼筆之意思，翻找乙之書包，可認甲對於偷得鋼筆具有預見可能性且有意為之，具有竊盜罪之故意。甲於行為時亦具有將鋼筆納入自己持有範圍內之意圖，並破壞乙對鋼筆之持有關係，故甲具備竊盜罪之不法意圖。
2. 本文採主客觀混合說，甲於主觀上認為已開始進行偷鋼筆之行為，而翻找動作於客觀上已達直接侵害乙之所有權，故肯認甲已著手竊盜。
3. 甲該當竊盜罪未遂犯主觀及客觀構成要件。

(六) 本題，無阻卻違法及阻卻罪責之事由，甲具違法性及有責性。

(七) 結論：綜上所述，甲成立刑法第 320 條第 3 項竊盜罪之未遂犯。

二、甲之行為不屬不能犯(刑法第 26 條)。

(一) 刑法第 26 條規定之不能犯係指實行行為的本質上即不能達到既遂或不可能發生犯罪結果的情形¹²。

(二) 關於不能犯的判斷標準，以下敘述之：

1. 立法理由主張客觀未遂論，只能對一個客體已經造成法益侵害的行為或具有法益客觀危險的行為加以處罰，將失去刑法之預防未來犯罪功能¹³，再者，學說及實務對於客觀不能之見解尚未統一，且有模糊或判斷不當的標準，故本文不採之。
2. 有學者主張應以印象理論作為標準，亦即雖然行為未達侵害法益之程度，惟行為人之行為於一般人心中留下破壞法規範之印象，仍應對該行為加以處罰，此見解以「重大無知」作為不罰之主要理由，所謂重大無知係指行為人誤認一般人不會誤認之自然或經驗法則，導致絕對無法既遂之狀態。
3. 另有學者主張具體危險說，認為行為人行為當時，一般人可能認識之事實情況，以及行為人特別認識之事實情況，以一般人之立場，在該事實情況下，若無法感受到具體危險，則為不能犯¹⁴。

(三) 目前學說穩定的見解認為條文中所謂「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¹⁵¹⁶。關於條文中「又無危險」之解釋，認為

行，則其行為已合致於著手，更不待言。」

¹² 林鈺雄，新刑法總則，9 版，2021，頁 378。

¹³ 王皇玉，刑法總則，7 版，2021，頁 384。

¹⁴ 王皇玉，刑法總則，7 版，2021，頁 387。

¹⁵ 97 年度台上字第 2824 號判決。

¹⁶ 97 年度台上字第 351 號判決亦表達所謂「不能發生結果」必須是恆常的、終極的不存在，而非偶然的不存在。

無危險與重大無知在文義上相差甚遠，甚難畫上等號，故重大危險不宜作為有無危險之唯一判準，僅得作為認定有無危險之參考之一。另所謂「危險」，不純以法益受損為唯一標準，包含對於公共秩序及法秩序之危險¹⁷。

- (四) 本題若依實務見解操作，甲未偷得鋼筆乃因乙未攜帶出門，法益侵害之結果並非恆常、終極的不會出現，若無這些偶然的變數，犯罪結果極有可能發生，故甲成立障礙未遂而非不能未遂。

三、甲不該當中止犯。(刑法第 27 條第 1 項)

- (一) 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為中止犯。
- (二) 如前述，甲已著手於竊盜之犯罪行為，然其非出於己意中止行為，係因未尋得目標物而中止，不該當中止犯，不得依刑法第 27 條第 1 項減輕或免除其刑。

¹⁷ 101 年度台上字第 4645 號判決。