

刑法實例報告第13題 評論報告

評論組：財法二/411630018/孫嘉妤、財法二/411630019/陳映竹
報告人：財法二/411630003/陳侑琪、財法二/411630022/張晟菡
評分成績：84

壹、內容評析

一、爭點整理

甲因意識到可能被捕坐牢而停止殺人行為，是否構成中止未遂？

二、評論

本題的爭點十分簡單，是單純且典型的中止未遂。報告人欲探討行為人甲究構成中止未遂或障礙未遂，並無不可。惟本文認為，本題較無障礙未遂成立之疑問，報告人於解題時應聚焦在中止未遂，方為妥適。

貳、解題內容

一、報告人的解題架構係先分述學說實務，後討論甲之刑責。惟本文認為，報告人可以將關於中止未遂的學說及實務放至「(三)甲成立殺人之中止未遂犯」討論，較能彰顯所探討之學說實務與本題之關聯性，且更為方便比較。

二、就答題之開標，應言簡意賅，不宜過長。惟報告人所寫之「甲基於殺害乙之故意，拿起菸灰缸朝乙頭部敲打，導致乙當場頭破血流之行為，可能成立刑法第271條第2項之殺人未遂罪。甲拿起菸灰缸敲打乙頭部之行為可能會造成乙死亡之結果，然其因秘書之呼喊而意識到可能被捕坐牢，便殺意全消進而放開乙，又請秘書打電話叫救護車，有成立刑法第27條之中止犯或第25條障礙未遂犯之可能，茲論述如下」實屬冗長。報告人似欲表達「甲成立刑法第271條第2項之殺人未遂罪」及「甲是否成立刑法第27條之中止犯或第25條障礙未遂犯」兩要點，然誠如上述，依本文之觀點，後者應改為「甲是否成立刑法第27條之中止犯」。由是，報告人應以上述兩要點為開標之標準。

三、在(一)中止犯之成立要件中，報告人提及「積極的中止行為與結果的未發生間，應具備客觀可歸責關係」此見解應為有誤，本文以為應修正為「結果之未發生應與積極的中止行為具備因果關係」¹報告人似想探討既了未遂之中止的細節，惟將「防止結果之發生需與行為人之行為有關，兩者具因果關係即可」與「結果之發生不可歸責於行為人，行為人已盡力為防果行為，惟被害人或第三人行為介入致防果行為失敗，行為人仍成立中止犯」²，兩者觀念有所混同，說明不甚精確，報告人應予注意。另外，在(一)之小節，報告人提及「中止行為與結果的不發生之間需具備因果關係」此論述正確，故而報告人應注意報告內容應前後一貫，避免有相互矛盾之論述，再者，在(三)甲成立殺人之中止未遂犯之涵攝部分，報告人提及「乙未發生死亡結果與甲停止敲打並叫救護車，兩者間為客觀可歸責關係」此論述將客觀歸責理論與中止未遂混合論述，應為不當，前者應於客

¹ 王皇玉，刑法總則，5版，2019，頁402。

² 王皇玉，同註1，頁403-404。

觀構成要件階層中檢驗，後者係解除或減輕刑罰事由，若報告人係想表達結果之未發生應與積極的中止行為具備因果關係，應修改成「乙未發生死亡結果與甲停止敲打並叫救護車，兩者間具因果關係，甲之防止行為為足以避免乙死亡結果發生，即為已足」。

四、承上述，本文以為此題不需探討中止犯之「結果之發生不可歸責行為人情形」結果犯之未遂，除了犯罪結果尚未發生之外，另一種情形是，結果雖發生，但結果之發生在客觀上不可歸責於行為人，亦即欠缺結果之客觀歸責性。如果行為人在行為後，結果發生前，積極地為防止結果發生之行為，但是中間卻介入可歸責於第三人或被害人之行為，並可認定結果在客觀上不可歸責於行為人時，由於行為人之行為仍可評價為未遂行為，故仍有中止犯之適用。³然本題甲為積極之防果行為後，並無被害人或第三人之行為介入，再者，本題，乙因甲之防果行為，送醫急救後，得以倖存，並未發生死亡結果，並無被害人或第三人行為之介入，而發生防果行為失敗的狀況，故報告人應不需探討此部分，與本題內容無關，至為灼然，本文建議應予刪減。

五、就「(三)甲成立殺人之中止未遂犯」之部分，報告人先敘述甲構成刑法第271條第2項之殺人未遂，漏未討論甲之違法性及有責性，僅在結論部分提及，而後直接討論甲是否構成中止犯。縱本題甲無阻卻違法事由且具罪責並無疑問，報告人仍應簡言帶過，整體而言會更加完整。

報告人對於中止犯之檢驗須注意，由於立法者針對具有中止情狀之行為人免除或減輕其刑，使其享有比普通未遂更為寬貸的法律效果，故中止未遂的性質是個人解除或減輕刑罰事由，屬於量刑層次之問題，在實例解題中必須先確認行為人構成未遂犯後，再就法律效果選擇層次檢討中止未遂之成立要件，因此，於書寫層次上應將其置於三階審查之後，而報告人將中止犯之檢驗置於構成要件之後、違法性及罪責之前，洵屬有誤。

六、就「(三)、3.與障礙未遂犯之競合可能性」之部分，本文以為，障礙未遂與中止未遂之成立有所不同，應該不會有競合之問題。詳言之，實務⁴認為「其結果之不發生，乃出於自願之中止行為，而非因外在非預期之障礙事由(或不得已之障礙事由)，此為中止未遂與障礙未遂之區別。」亦即，障礙未遂與中止未遂之區別乃在於結果不發生之原因。因而，兩者不可能同時成立，而有競合之問題。此概念與報告人所引用之實務判決⁵「結果之不發生，乃出於自願之中止行為，而非因外在非預期之障礙事由」之意旨並無不合，此處之誤用應係報告人疏未注意。然，本文認同「甲之秘書大聲呼喊甲的名字，使甲意識到可能被捕坐牢，停止殺人行為」有討論甲之中止係出於己意或外在之障礙之必要。是故，報告人應將此部分之討論移至「(三)、2.甲構成中止犯」之部分。

七、報告人已敘明未了未遂與既了未遂之區別，且認本題之甲成立未了未遂。誠如報告人所述，未了未遂僅要求行為人終局、永久的放棄，停止犯遂之繼續實施，並不如既了未遂要求行為人有積極的防止結果之意思及行為。惟，報告人於「(三)、2.甲構成中止犯」之部分，多次強調甲有採取積極的防止結果發生之行為，如此之敘述似將既了未遂

³ 王皇玉，同註2，頁403。

⁴ 最高法院113年度台上字第1176號刑事判決

⁵ 最高法院108台上字第2649號刑事判決

與未了未遂之概念混淆。因而，本文建議報告人應強調甲於停止敲打乙頭部並放開乙之階段即成立中止未遂，而後續的防果行為額外敘述。本文試修改如下：

「...惟因其尚未完成殺人之行為步驟，故應屬未了未遂。甲出於中止意思而停止敲打乙頭部並放開乙，係終局、永久的放棄犯行，故甲符合未了未遂犯之中止行為。又，甲隨後請秘書打電話叫救護車之行為，不僅能夠事實上得有效防止乙生命法益的受損，更達到積極救助防止結果之程度。上述之防果行為雖非未了未遂之要件，而係既了未遂之要件，本文仍予以肯定。」

八、在(三)報告人論述「甲之行為成立刑法第271條第2項之殺人未遂一罪」兩次，惟本文建議應刪除一罪之「一」字，本題甲僅為一行為，並無數行為之疑慮，特別強調一罪實屬多餘。此外，罪數應於三階段後，在競合部分探討，不需於開頭提及，然而本題，甲之行為單純僅成立一罪，亦應無競合問題，併予指明，故建議報告人刪除，較為妥適。

參、心得分享

一、報告人於(一)至(二)花了許多篇幅在敘述學說與實務，惟本文以為，此部分欠缺與題目之連結，給我們一種在閱讀教科書而不是擬答的感覺。對於學說實務亦欠缺整理，雖然報告人有在論述後做一個小結，在敘述學說與實務上卻是將數種概念混雜在一起，導致各家學說難以比較，甚至大多部分都是同一見解的重申。

二、報告人引註同一文獻數次，應善用「同註」。

三、報告人內容豐富，引用各家學說，使報告內容充實，這點本文肯定之。惟在論述各家學說時，內容應有所取捨，應刪除與本題無關之論述，去蕪存菁，方能達到讓人一目了然之效，否則導致補充部分影響主要內容，喧賓奪主，甚至形成錯誤見解，這點甚為可惜，報告人應予注意。

四、本文建議針對各家學說之論述方法，應可以分段加以論述，較有層次感，也能幫助讀者理解，此外對於與題目無關之論述，若想要分享，應可善用補充於註腳，較有體系。

五、針對報告人解題涵攝部分，本文以為涵攝內容切中要點、用詞精確、探討深入，值得學習。