

論數人參與犯罪之中止 (下)

李進榮

目次 (續上期)
五、阻止既遂之中止
六、無從既遂之中止
七、與犯罪既遂無關之中止
八、犯罪行為同一性
九、中止的效果
參、我國刑法數人參與犯罪之中止適用
一、與德國刑法之差異
二、規範主體
三、中止類型
四、法律效果

德國刑法第二十四條第二項規定：「數人參與犯罪，其中自願阻止犯罪既遂者，不因未遂而受罰。如該犯罪縱無中止者努力，亦不能既遂，或犯罪之既遂與中止者先前之行為貢獻無關，只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂，不罰」。準此，德國刑法數人參與之中止可區分為五、「阻止既遂之中止」六、「無從既遂之中止」及七、「與犯罪既遂無關之中止」等三類型。

五、阻止既遂之中止

相較於德國刑法第二十四條第一項單獨正

犯中止，數人參與犯罪之中止要件為嚴，參與者不能僅使自己行為貢獻趨於無效或撤回，尚須積極阻止犯罪既遂。茲所稱中止，在客觀上以「犯罪因中止者之行為致無從既遂」，主觀上則要求「自願性」，茲分述如下：

(一) 阻止犯罪既遂

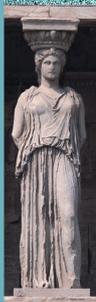
參與者之中止行為須針對犯罪既遂，亦即使構成要件結果不出現，僅單純努力，而結果仍出現者，尚有不足。參與者如除去自己已實施之行為貢獻，而同時使犯罪無法既遂，則屬此之中止。例如，甲在其他同夥侵入銀行後，將所提供用以敲開保險箱之工具取回，其他同夥因此被迫停止，甲構成竊盜未遂之幫助中止。但教唆犯，原則上只有透過阻止犯罪既遂，方能排除自己行為貢獻之因果關係，例如在犯罪結果出現前，促使正犯放棄行為決意。

反之，參與者如除去自己已實施之行為貢獻，尚未能使犯罪無法既遂，則須採取積極對策。例如，詐欺罪之參與者，於損害發生前(註26)，告知被害人真相；或威脅其他同夥將報警，迫其罷手；或幫助被害人脫逃等。

參與者亦可求助他人，如通知警察趕往現場，或將被害人送至醫院，如因此阻止犯罪結

註 26：德國刑法第二百六十三條第一項詐欺罪之構成要件與我國刑法第三百三十九第一項相較，多其「因而造成本人或第三人財產損失」，茲生疑義：在解釋我國刑法詐欺罪時，應否比照德國刑法規定，以造成被害人財產損失為必要？學者間見解不一，韓忠謨認我國刑法詐欺罪之成立並不以財產實際受損為必要，行為人基於不法所有之意圖，以詐術使人交付財物，縱曾給付相當代價，足以償其所失，甚至超過損失額，仍構成本罪(參照氏著刑法各論，第四四四頁)。反之，林山田則認為，被騙者之財產處分行為，必須造成其本人或第三人之財產損失，始得構成本罪。參照林著刑法特論(上)，第三二九頁。





果發生，自得成立中止。僅單純要求第三人幫忙，而不留意成效與否，則不構成中止(註27)。

參與者亦得拒絕自己行為分擔之實施，而使犯罪趨於失敗，亦即以「不作為」(Unterlassen)方式阻止犯罪既遂。例如，甲乙共同對被害人下毒，於著手後，甲突然不願為之，而該毒藥僅甲持有，乙一時無法取得其他毒藥而罷手，甲雖僅單純不作為，亦可成立中止(註28)。

依德國實務(註29)，行為人「贊同」其他同夥之中止，亦得成立中止，否則一人中止，其他參與者豈不失其免罰機會。惟此採取中止行為人與贊同者間之意思方向須一致，僅「假定的」(unterstellt)(或預設條件)同意，不屬之，例如，參與者在其他同夥退出後，認為構成要件結果短時間內不會出現，亦不再繼續為之，則不構成中止，蓋自其觀點此已屬「失敗未遂」，排除中止適用。

(二) 自願性

(1) 觀察方式

「自願」與否可有二種觀察方式(註30)：

1. 「心理觀察法」：在無視中止動機之倫理性質下，區分動機是否尚能使行為人有自由選擇餘地。「非自願」係指在已無自由選擇之心理壓力下所為中止。

2. 「規範觀察法」：「自願」與否係中止者內心態度之評價問題，至評價標準則眾說紛紜，如 Ulsenheimer 認為，以是否忠於法律之思想表現，決定自願中止與否；Roxin 則稱，返回法制度面之意思表現，係自願中止，反之，僅為符合「江湖行規」之便宜措施，則屬非自願。

以前開二種觀察法判斷實務上最常出現之

「行為人因風險過大而收手」(如自覺已被盯上)，結論相同：蓋由「心理觀察法」，此際行為人心理上處於強制狀態，除中止外別無他法；從「規範觀察法」，因行為人犯罪心態並未改變，純為適應時勢而作調整，非屬「自願」中止。

(2) 區分實益

「心理觀察法」係德國實務所採，而「規範觀察法」則屬學者多數說(註31)，兩者區別實益可舉下列德國聯邦法院數判決為例：

1.) 甲欲殺前妻乙，及前妻男友丙，乃埋伏於二人經過之停車場，迨丙出現時，甲使其受重傷及無力逃脫後，即先置丙一旁，因甲本將殺乙列為優先，繼而刺乙十七刀，結果乙斃命，丙存活(BGHSt.35, 184)。

A.聯邦法院認為，甲為了殺乙，在未有外在強制狀態(重大阻礙)，即得自由選擇下決意中止殺丙，因此對殺丙部分甲係「自願中止」。

B.但從「規範觀察法」，甲之所以對丙罷手，係因原定計畫中殺乙比殺丙更重要，甲未從犯罪目標之道路上回頭，犯罪心態並無改變，無返回法制度面之表現，不應認係自願中止殺丙。

2.) 甲將被害人抱住，並將之摔倒在地，擬對其強制性交。被害人心知徒憑力氣反抗無用，乃對甲稱，彼實毋須使用暴力，大家應先休息一下，迨欲進一步時，伊即配合。被害人冀以此緩兵之計，爭取脫逃機會。甲果然罷手，適有二路人經過，被害人立即高聲求救，並順利脫逃(BGHSt.7, 296)。

A.聯邦法院認為，被害人佯諾自願獻身，

註 27：Vgl.Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11AufI. § 24 Rn.271；Roxin, FS für Lenckner, S.267。

註 28：Vgl.Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11AufI. § 24 Rn.272-273。

註 29：RGSt.20, 259, 261；55, 105；56, 211；BGHSt.42, 158。

註 30：Vgl.Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11AufI. § 24 Rn.147ff。

註 31：Vgl.Roxin, AT Band II, S.591ff；Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11AufI. § 24 Rn.151ff。



使甲主觀上以爲目的即將輕而易舉達成，此種期待並非迫其中止之重大阻礙，未使甲喪失其他選擇餘地，因此甲係「自願中止」強制性交。

B.但從「規範觀察法」，甲即使稍後與被害人性交，亦非基於其自由意思，而係先前使用暴力的結果，正確而言，應屬先前暫時中斷之強制性交達於既遂。甲先罷手，僅係採取較省力之方式達成原先性交目的，並非犯罪心態有所改變或已返回法制度面，不應認係自願中止。

3.) 甲基於殺人犯意持刀猛刺其妻，雙方所生之二子爲聲音驚醒，奔至父母臥房查看，甲不想在小孩面前殺人，且情感上及心理上亦無法爲之，乃停手，並催促二子離開房間，當二子退出後，甲亦因心理上因素不再繼續對其妻下手(BGH NStZ1994, 428)。

A.聯邦法院認爲，甲因小孩出現所引發之心理上震盪，在其喝令小孩離開現場時仍繼續存在，並使其無力殺人，甲內心已別無選擇，甲之中止應屬非自願。

B.但從「規範觀察法」，甲自瞥見小孩後，犯罪心態已改變，不擬再繼續實施原定目標，已返回法制度面，甲應認係自願中止殺人。

(3)「心理觀察法」缺失

Roxin 認爲，「心理觀察法」有如下缺失(註32)：

1.) 聯邦法院在「心理觀察法」所提出之判斷標準，如「行爲人情感上之強制狀態是否使其無法實施犯罪」，或「中止的動機是否爲放棄實施之重大原因，以致行爲人別無選擇餘地」或「引發中止狀態對行爲人而言是否屬於重大障礙」等，實際上無解，蓋構成要件實施如已

不可能，或行爲人自己如此認定，則屬「失敗未遂」，自始即排除中止適用；倘行爲人相信，尚能繼續實施犯罪，就不可能同時認爲，有何內在或外在之強制狀態可阻礙伊。當竊賊自覺已被盯上，擬竊取物品雖仍能得手，但慮及可能被捕之風險而收手時，主觀上並非屈從某種「不能抗拒的強制狀態」，而係「現有情勢下已不值得」，換言之，並無聯邦法院所稱「重大阻礙」，而係「機會與風險考量問題」。

2.) 非自願中止者當然承受心理上壓力，但一般公認之自願中止，如無緣由或因迷信而生之恐懼，或出於同情等，亦不能免此壓力。因此，聯邦法院依心理上壓力強度區分自願與非自願中止，實不足採，蓋此種壓力既無從測量，亦不能事後重建，且「自願性」與「非自願性」之壓力強度劃分點何在，根本無從知悉。

3.) 聯邦法院在前述「甲殺妻時小孩突然出現」案例，認甲因心理上震盪，無法繼續實施，而屬「非自願中止」，但其在另案判決，即A於殺被害人時，因見其血流不止，突然罷手，呼叫醫師救命，卻稱A因瞥見被害人受傷模樣所生之心理上震盪非屬重大原因，A內心壓力雖驅使拯救被害人，卻未使其喪失意思決定自由，故屬「自願中止」(BGHSt.21, 216)。前後案例皆因心理上震盪迫使行爲人中止，何以結論竟大相逕庭？此突顯「心理觀察法」之任意性及矛盾(註33)。

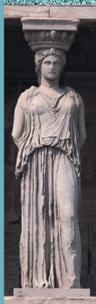
相較下，應以「規範觀察法」較爲可採。

(4)「違反計畫說」及「犯罪理性說」

採「規範觀察法」學者固提出「是否忠於法律之思想表現」或「返回法制度面」等作爲

註32：Vgl. Roxin, AT Band II, S.595ff。

註33：聯邦法院判決尚有相互矛盾的案例，如行爲人爲強盜財物，乃持鐵棒朝店主頭部敲下，當其見倒下的店主時，突然憶起屠宰板上的動物而陷入恐懼，無力再拿取錢財(BGH MDR1958, 12)，聯邦法院認此爲重大障礙，屬非自願中止；但行爲人以斧頭猛擊被害人頭部多次，見其血如泉湧，驚駭之際恢復理智，不再下手(BGH MDR1952, 531)，聯邦法院卻稱此屬自願中止。



判斷自願中止之標準，惟仍嫌抽象，對此，Roxin 另提出「違反計畫」及「犯罪理性」兩項較具體標準。

1.) 違反計畫說 (Planwidrigkeit)

行為人之中止舉動如與原先犯罪計畫相違背，為「自願中止」，反之，係「非自願中止」。例如，行為人因同情、無緣由恐懼或喪失勇氣而中止，此即與原犯罪計畫「如無意外，應貫徹到底」不符，可認為屬「自願中止」。

反之，行為人自覺被盯上，雖犯罪仍可既遂，卻有遭逮捕之虞，或繼續實施所耗費時間、金錢與原預想之犯罪收益不成比例而中止，此際行為人中止乃為適應新情勢，並非違反原犯罪計畫，其犯罪心態並未改變，無返回法制度面可言，自屬「非自願中止」(註34)。

2.) 犯人理性說 (Verbrechervernunft)

所謂「犯人理性」係指惡性堅強，冷靜衡量犯罪計畫之機會與風險之人在具體個案所採取行動，如自覺被盯上而中止實施，即屬「犯人理性」，如此符合「江湖行規」作法，自不應獲得法秩序獎賞，而應構成「非自願中止」。反之，在犯案過程中突陷於恐懼而逃走之竊賊，因正常的犯人不致於無緣由恐懼，其中止非屬「犯人理性」，而應成立「自願中止」。

依本說，則前述區分實益所舉「先中止再殺前妻」案中，因原定計畫殺前妻比殺其男友更重要，行為人先中止殺前妻男友，以便全力對付前妻，符合「犯人理性」，自應認屬「非自願中止」。另「被害人自願獻身而中止」案中，

因被害人表明稍後將自願與行為人性交，犯罪目的既得以較輕鬆方式達成，其中止應符合「犯人理性」，而屬於「非自願」。反之，在「甲殺妻時小孩突然出現」案中，因殺妻對小孩的影響(喪母)在犯意決定時即可預見，行為人卻因慮及小孩而中止殺人，實不符合「犯人理性」，而應構成「自願中止」(註35)。

(5) 中止動機與道德無關

在「規範觀察法」下，「自願」不須具有符合倫理道德之動機，行為人如係出於良心發現、悔悟、羞愧固屬自願中止，但如欠缺勇氣，恐懼刑罰或因同夥懇切的規勸，甚至僅係無緣由陷入驚慌亦屬自願中止(註36)。

(6) 犯意毋須完全消除

在「規範觀察法」下，自願中止與否僅針對本件具體之未遂行為判斷，不以行為人未來無意犯罪為必要。行為人因出於同情或恐懼而中止，縱事後相當懊悔自己的「軟弱」，打算將來有機會再幹一場，仍屬自願中止(註37)。

六、無從既遂之中止

德國刑法第二十四條第二項第二句前段規定：如該犯罪縱無中止者努力，亦不能既遂…只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂，不罰。茲所稱中止，客觀上亦以「結果未出現」為前提，但該結果未出現，與前述「阻止既遂中止」異，並非因中止者之行為，而係其他原因介入所致，亦即結果之不發生與中止行為間欠缺因果關係；主觀上則要求「認真性」與「自願性」，茲分述如下：

註 34：Vgl. Roxin, AT Band II, S. 598-599。

註 35：Vgl. Roxin, AT Band II, S. 600-601。

註 36：Vgl. Blei, AT S. 241f; Jescheck/Weigend, AT, S. 544。

註 37：Vgl. Roxin, AT Band II, S. 602。我國學者韓忠謨亦持此說，認為「行為人因己意中止者不必出於中心悔悟，例如行為人以待時而動之意思中止犯行，仍不失為中止未遂，又行為人因目的物不能滿足其慾望而中止者亦同」(氏著刑法原理，頁 246)。惟曾劭勳則反對，「以己意而中止之原因，果係真心悔悟者，實害未生，惡念頓消，固情有可原；至其暫時抑止者，惡意猶存，除圖更舉，似罪無可恕，概不處罰，固非所以維持社會之道」(氏著刑法總論，頁 154, 155)。

(一) 結果未出現與中止行為無關

此通常指下列情形(註38)：

(1) 客觀上不能未遂

所實施之犯罪因欠缺適格之手段、客體及主體，自客觀上言本無法既遂，但參與者認為足以惹起結果(註39)，例如，甲先設法取得銀行金庫鑰匙，然後交予乙侵入行竊，實則甲誤取他人鑰匙，乙自無法竊盜既遂，當然甲即使採取防止行為亦不可能阻止乙既遂，此際，只要甲自願且認真地努力，即成立中止。不過，如參與者主觀上以為犯罪已既遂，實則仍屬未遂，即無中止可言。例如，甲乙共同入屋竊得某物，該物實際上為甲所有日前借予被害人，黑暗中不辨，甲得手離去現場前心生後悔，將竊得之物放回原處，甲雖應論以共同竊盜(不能)未遂，但不構成中止，至多在量刑上犯後態度斟酌。

(2) 第三人阻止結果出現

不論第三人係故意或偶然搶在參與者之前阻止犯罪既遂，只要參與者不知悉此事(知悉時則構成失敗未遂)，而自願且認真地努力阻止，亦得中止不罰。

(3) 因其他同夥之行為

例如，甲將槍交予乙殺丙，乙竟然忘記將子彈上膛，事到臨頭甲心生悔意壓制乙，不使其開槍。丙死亡結果未發生，雖非因甲阻止行為所致，但甲自願且認真的努力阻止，亦得構成中止。又正犯自願阻止犯罪既遂，可依德國刑法第二十四條第一項成立中止，而幫助犯亦努力阻止犯罪者，則因其中止行為與結果之不

發生並無關聯，得構成此之中止。

(二) 「自願」且「認真」的努力阻止

「自願性」部分，前已述及，以下針對「認真性」。

(1) 「認真性」

德國刑法第二十四條第一項後段於單獨正犯亦有「只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂」，文義與此相同，何謂「認真的」(ernsthaft)努力在德國學說及實務上有下列三說(註40)：

(1) 廣義說：從中止者角度，只須實施某種與阻止既遂相關連的行為即可，主此說者，如 Grünwald(註41)，Lenckner(註42)。

(2) 狹義說：從中止者觀點，已投入最適宜及最好的阻止行為，亦即從其認知已竭盡所有阻止可能性，德國實務(BGHSt.33, 295；BGH NSZ-RR 2000, 41；BGH StV1992, 62)及通說主之。

(3) 折衷說：第(1)種說法，使行為人出於敷衍心態(halbherzig)之阻止亦屬中止，與條文「認真」之高要求不符，但亦毋須強求至第(2)種最適宜及最佳之程度。毋寧行為人只要主觀上認為，其所選擇者足以阻止既遂，縱然其知悉尚有更佳之阻止方法，仍得享有中止免罰之優惠。

以上三說，應以折衷說為妥(註43)。另外，參與者在努力阻止犯罪後，發覺尚有不足，是否仍應採取其他行動始能稱為「認真的」努力？學者通說肯定之(註44)。因此，僅勸阻其他同夥收手或內心脫離(如前述案例四襲警案)，即

註 38：Vgl. Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl. §24 Rn.210ff。

註 39：倘行為人已認知屬不能未遂，則為失敗未遂，自始排除中止適用。

註 40：Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl. §24 Rn.220ff

註 41：Grünwald, Welzel-Festschrift, S.701, 715。

註 42：Lenckner, Gallas-Festschrift, S.281, 297f。

註 43：Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl. §24 Rn.222。

註 44：Sch/Schröder/Eser Rn.103；Roxin, FS für Lenckner S.267；Lackner/Kühl/Rn.27。反對說





不符合此要件(註45)，伊見勸說不成，應另謀他法(註46)。

(2)「認真性」的界限

至「認真地」努力可援引德國刑法第三十五條(阻卻責任的緊急避難)作為界線，亦即至「可能危及中止者生命、身體及自由」為止。準此，如中止者有遭其他同夥射殺、虐待或關押之虞，則毋須以武力貿然為之，選擇能避開前述危險之較佳手段即屬之(註47)。

七、與犯罪既遂無關之中止

(一) 仍屬「未遂」之中止

德國刑法第二十四條第二項第二句後段規定：「犯罪之既遂與中止者先前之行為貢獻無關，只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂，不罰」，乃在既遂下仍對參與者開啓中止機會，其行為貢獻雖對未遂具有因果關係，對既遂則否，依一般歸責原則排除負既遂之責，僅承擔未遂責任，中止免罰只適用未遂行為之原則並未因此遭破除。

案例七：S 趕到犯罪現場，見 E 正持伊所借予之鑰匙開啓被害人房門，準備入內行竊，乃急忙取回該把鑰匙。E 隨即拿出備用之鐵撬打開房門，進入竊得財物。

本案例中 E 藉由 S 所提供鑰匙已著手竊盜，

亦即 S 行為貢獻已進入未遂階段，但 S 隨即撤回之，E 最後所實施之竊盜既遂與 S 原行為貢獻間欠缺因果關係，S 僅能論以竊盜未遂之幫助犯。本案例中 S 如努力阻止 E 繼續犯行，則得依此規定免罰，不過，S 只撤回自己行為貢獻，並無進一步阻止 E 舉動，自無中止免罰優惠(註48)。

(二) 不適用「教唆中止」

如正犯係因教唆行為始實施犯罪，則既遂時，當然與教唆行為有關；未遂時，則與二十四條第二項第二句後段前提要件「犯罪既遂與中止者先前…」不符，職是，此之「與犯罪既遂無關之中止」僅限於幫助犯與共同正犯，不及於教唆犯(註49)。

(三) 適用情形

此之中止常見下列情形(註50)：

(1) 參與者進入未遂階段之行為貢獻，對犯罪繼續實施已失其意義。例如，乙持甲所提供之鑰匙至現場開啓房門，動手後才發現屋主恰於日前換鎖，該鑰匙無法使用，乙只得另尋工具破門而入，竊得物品。此際甲幫助行為與乙竊盜既遂欠缺因果關係，甲僅能論以竊盜未遂之幫助犯，如甲努力阻止乙犯行，仍得享有中止免罰。

則認為，此之中止參與者所負之義務不過係假設的阻止客觀上不會出現的既遂，可毋須如此深究。Vgl. Zaczek NK.Rn 110。

註 45：德國本條立法時，特別委員會(Sonderausschuß)有人主張「脫離者勸阻其他同夥勿繼續實施犯罪」即屬此之「認真地努力」(vgl. Beratungen des Sonderausschusses V.1759-1765)，藉以減低本條所定中止要件嚴苛之疑慮。不過，Roxin 認為，在許多情形脫離者當知勸阻其他同夥放棄念頭，根本行不通，既知不行，怎能說「認真的阻止犯罪」(Roxin, FS für Lenckner S.281-282)。

註 46：Grünwald 稱「努力阻止」之必要性顯示，中止者除使自己行為貢獻趨於無害外，另經由確認規範存在之努力阻止行為脫離犯罪，以及回復法規範受損之震動印象。對此，Roxin 反駁，如係著眼於「完全回復受損法規範」及「脫離犯罪」，則行為人於使自己行為貢獻趨於無害時即已達成，但德國刑法第二十四條第二項第二句前段卻要求更進一步之「努力阻止犯罪」，顯見立法意旨遠逾 Grünwald 所稱目標(Vgl. Roxin, FS für Lenckner S.282-283)。

註 47：Roxin, FS für Lenckner S.281。

註 48：Roxin, FS für Lenckner S.268-269。

註 49：Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl.§24 Rn.297。

註 50：Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl.§24 Rn.299。

(2) 參與者於未遂階段撤回自己行為貢獻，或使之趨於無害，或不再繼續實施等。例如，共同行為人於犯罪著手後，從原定計畫抽手，並告知其他同夥伊不再為之，或幫助犯在正犯著手後，將犯罪武器索回，惟其他同夥或正犯仍使犯罪既遂（註 51）。

(四) 心理上影響力

參與者於未遂階段撤回自己物理上貢獻，或使之趨於無害後，是否仍留有心理上影響力，以致參與者不符合「其行為貢獻與犯罪既遂無關」，如要獲得中止免罰，僅努力阻止尚有不足，須積極阻止犯罪既遂始可？對此，Roxin 認為，倘參與者於撤回時使同夥知悉其意圖（如口頭告知不再繼續為之或當其面撤回行為貢獻），則除犯罪約定另有教唆問題外，於撤回自己「物理上貢獻」同時，「心理上影響力」亦隨之消失，否則德國刑法第二十四條第二項第二句後段減輕中止要件（僅努力阻止即可）之目的即難達成（註 52）。

(五) 亦須「自願」且「認真」的努力阻止

此之中止與前述「無從既遂之中止」同，主觀上亦要求「自願性」與「認真性」，否則仍應論以「未遂」（而非既遂）罪責。至「自願性」與「認真性」前已論及，茲不贅。

八、犯罪行為同一性

脫離者阻止原所參與之犯罪既遂，縱其他同夥另實行一（新）行為，脫離者仍構成中止，例如，甲原與乙約定共同侵入竊盜，但在犯罪現場臨時變卦，拒絕實施自己行為分擔，迫使乙於翌日以詐欺方法取得原計畫之客體，因甲已阻止原約定竊盜犯行，即成立中止，至嗣後

乙所實施詐欺部分與甲無關。

茲有疑義者乃如何認定其他同夥後所實施之部分係屬「另一新行為」，此即「犯罪行為同一性」（Tatidentität）問題。應先強調係脫離者撤回自己行為貢獻，並不當然使其他同夥後實施之行為變成另一新行為，否則德國刑法要求中止須阻止犯罪既遂，將失其意義，蓋此際「撤回自己行為貢獻」本身即能免罰。

(一) 些微改變不影響同一性

例如，甲乙一同前往行竊，甲擬持萬能鑰匙開啓被害人大門時，心生悔意，連同鑰匙離去現場，乙只得破門或攀爬窗戶而入下手；或如把風者、待車接應者突然離開，使得其他同夥臨時修正任務分配或實行細節，此「舊行為」為適應新狀態被迫之改變，均不足以影響同一性，仍屬原行為之繼續實施（註 53）。

(二) 構成要件改變，行為即不同

反之，有人脫離後，其他同夥被迫實施另一構成要件行為，如竊盜改為詐欺，強制性交改為放火，因後實施部分已非脫離者本所參與，即屬新行為（詐欺或放火），與原行為（竊盜或強制性交）欠缺同一性。又「過剩」亦可改變行為同一性，如有人脫離後，其他同夥實施強盜取代竊盜，謀殺取代傷害，則脫離者對竊盜或傷害罪仍成立中止，不因未遂受罰。至強盜與謀殺部分更與脫離者無關（註 54）。

(三) 時間與空間之關聯性

數行為人於其他同夥脫離後，先暫停，彼此商議如何因應此一局勢，倘最後決定仍繼續實施，則行為同一性不受影響；如決定他日再行下手，則脫離者已達阻止效果，成立中止。

註 51：如幫助犯未能成功索回武器，雖其有脫離犯罪意思，仍應對正犯之既遂行為負責，而無德國刑法第二十四條第二項第二句後段中止適用，至多在量刑上斟酌。

註 52：Roxin，FS für Lenckner S.281；Hans Lilie/Dietlinde Albrecht，LK 11AufI.§24 Rn.301。

註 53：Roxin，FS für Lenckner S.283。

註 54：Roxin，FS für Lenckner S.284。





此即判斷行為同一性最重要之「時間與空間之關聯性」標準，與德國通說之「自然的行為單數」(註 55) (Die natürliche Handlungseinheit) 意義大致相同。Roxin 認為，基於下列理由，此項標準不容輕言放棄 (註 56)：

1.) 如認為中斷三天後，仍屬同一行為，則中斷三週或三個月後，應否作相同認定，如否，理由安在？

2.) 德國刑法第二十四條第二項僅適用於「當下」或「當場」(hic et nunc) 始有意義，蓋此時刻脫離者尚有餘力勸阻其他同夥，或阻礙其實施。至嗣後其他同夥擬繼續實施之時刻，脫離者恐難知悉，因其既無權利，亦無可能亦步亦趨地監控其他同夥生活動態，以達阻止犯罪目的，如此無法掌握之情事強要脫離者負責，顯不合理 (註 57)。

(四)「行為客體同一性」並非絕對標準

Grünwald 認為，行為客體改變，行為同一性亦隨之欠缺；Otto 亦稱，應綜合時間與空間之繼續性及行為客體與實施方式等，以評價方式判斷行為同一性。但 Roxin 認為，除非行為實施專針對某個行為客體，否則不應將之列為絕對標準，例如，一幫扒手因某人脫離而錯過原擬下手之地下鐵班次，如犯罪目標即係地下

鐵旅客，則在下一班次所實施竊盜，雖行為客體不同，亦屬同一行為，已脫離者雖其行為貢獻與竊盜既遂無關，仍應盡力阻止始得成立中止 (註 58)。

九、中止的效果

(一) 不因未遂受罰

依德國刑法第二十四條第二項「中止」的效果為「不因未遂受罰」(wegen Versuchs nicht bestraft)，行為人就其未遂之中止固不受罰，但如同時符合其他犯行，則後者原則上不受影響 (註 59)。例如，

(1) 侵入竊盜之未遂中止，仍論以侵入住宅或毀損罪 (RGSt.40, 430)；

(2) 放火之未遂中止，仍論以毀損；

(3) 強盜之未遂中止，仍論以強制罪 (OLG Karlsruhe NJW1978, 331)；

(4) 謀殺之未遂中止，仍論以德國刑法第二百二十九條下毒罪；

(5) 詐欺之未遂中止，仍論以偽造文書罪。

(二) 論以既遂之例外

前述某罪未遂之中止後，仍可論以他罪之情形，於「減輕之構成要件」不適用，例如，德國刑法第二百十六條受囑託而殺人 (六月以上五年以下自由刑) 之未遂中止者，被害人雖

註 55：行為人倘出於一行為決意，而為一意思活動者，係屬「單純的行為單數」；如從自然的生活觀察，整體事件雖可分割為數個行為，然行為人係出於一意思決定，該數個行為在時間與空間上復存有緊密關係，則屬「自然的行為單數」(如甲毆打乙數拳)。另在法律上尚有將數個意思活動結合為一個行為，稱為「法的行為單數」(如結合犯、繼續犯或連續犯等)。參照 Jescheck/Weigend, AT, S.710；林山田，刑法通論(下)增訂八版，頁 268-271。

註 56：Küper 認為如攻擊客體或實行方式相同，即可捨棄「時間與空間關聯」標準。Vgl.Küper, JZ1979, 714；Roxin, FS für Lenckner S.285。

註 57：或有認為，脫離者可報警，但此時可能尚未進入可罰階段，或無何事證可稽。

註 58：Roxin, FS für Lenckner S.286。

註 59：德國舊刑法第四十六條規定(現行第二十四條前身)：行為人有下列情事者，其未遂不罰

(一) 非因與其意思無關之事由阻礙，而放棄所欲犯罪之實行；或

(二) 在犯罪發覺前，經由自己行為防止重罪或輕罪結果之發生。

舊法第二項已間接規定，倘僅重罪中止，輕罪結果仍發生時，仍應處罰輕罪，新法第二十四條第二項雖無此規定，或已視為自明之理 Vgl. Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11AufI.§24 Rn.331ff。

出現重傷結果(如眼盲或癱瘓),仍不得論以同法第二百二十四條重傷罪(一年以上五年以下自由刑),否則第二百十六條之未遂中止反較既遂處罰為重,非立法者鼓勵中止之本意,但如係普通傷害罪責未受影響。

其次,從某實害罪之未遂中止後,亦不再論以同一法益之具體危險既遂罪。例如,謀殺之未遂中止,不再論以德國刑法第二百二十三條 A 之危險性傷害(註 60)。但如係抽象危險既遂罪,則另當別論,例如,謀殺之未遂中止,仍構成未經許可攜帶凶器罪(註 61)。

(三) 中止者不再施以保安處分

德國實務認為,行為人自願中止顯示其已無特別危險性,不得再施以獨立之保安處分,如送入精神病安置(BGHSt.9, 48, 52; 14, 75, 80)(註 62)。

參、我國刑法數人參與犯罪之中止適用

一、與德國刑法之差異

如前所述,新修正我國刑法第二十七條第二項立法理由表明,該項條文係參照德國刑法第二十四條第二項,惟兩者仍有如下差異:

(一) 規範主體用語不同

我國刑法第二十七條第二項:前項規定,於正犯或共犯中之一人或數人,因已意防止結果之發生...,文義與德國刑法第二十四條第二

項之「數人參與犯罪」不同。

(二) 無「與犯罪既遂無關」之中止類型

我國刑法第二十七條第二項規定,至結果之不發生,非防止行為所致,而行為人已盡力為防止行為者,亦同,即止,而德國刑法第二十四條第二項第二句後段則增列「或犯罪之既遂與中止者先前之行為貢獻無關」者,此為兩國參與犯中止最大差異處。本次我國刑法修正此部分為何不參照,原因不明,然立法理由中曾提及「按中止犯既為未遂犯之一種,必須犯罪之結果尚未發生,始有成立之可言」,或許研修小組認為犯罪既已既遂,不論中止者先前之行為貢獻關係為何,已排除中止適用。

(三) 法律效果不同

我國刑法第二十七條第二項中止效果為「減輕或免除其刑」,而德國刑法則為「不罰」。

二、規範主體

我國刑法第二十七條第一項係針對單獨正犯規定,行為人已著手犯罪行為之實行,「而因己意中止或防止結果之發生者,減輕或免除其刑」,亦即在「未了未遂」單獨正犯只須捨棄犯行繼續實行,即為已足(己意中止);而在「既了未遂」則須有積極行動,阻止犯罪結果發生(防止結果)。但在同條第二項復規定「於正犯或共犯中之一人或數人」中止,茲有疑義者:此「正犯」係指何義?本次刑法修正雖將第四章章名由「共犯」改為「正犯與共犯」,惟關於

註 60:德國刑法第二百二十三條係普通傷害規定(相當於我國刑法第二百七十七條),第二百二十三條 A 則為「危險性傷害」:

(1)使用武器,特別係刀械或其他危險器具,或以陰險的襲擊,或夥同他人或其他危害生命方式傷害人者,處五年以下自由刑或罰金。

(2)本罪之未遂犯,罰之。

註 61:Vogler, LK 10Aufl. §24 Rn.198。

註 62:德國刑法第六十三條規定,犯罪時無責任能力或限制責任能力,法院在整體評估行為人及其犯行後,根據該人狀態如認為有實施重大違法行為之虞,而危及公共安全者,可命其安置精神病院(我國新修正刑法第八十七條第一項、第二項即仿此規定)Vgl. Vogler, LK 10Aufl. §24 Rn.205。





「正犯」卻未設定義性規定(註63)，對此，可有二種解釋：

(1) 刑法第二十八條修正為：二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯，除此，別無正犯規定，因此，從條文觀之，第二十七條第二項之正犯應係指共同正犯而言。

(2) 我國通說對於正犯之類型大別有「單獨正犯」、「間接正犯」與「共同正犯」，第二十七條第一項係指單獨正犯中止，則第二項則為「數人參與犯罪」中止，因此，第二十七條第二項之正犯，除共同正犯外，尚包括受人教唆或幫助之單獨正犯及間接正犯(蓋後二種亦屬數人參與犯罪類型)。

以上二說，依吾人所見，應以前說(共同正犯)較妥，再加上間接正犯，理由如下：

1.) 本條項之立法理由表明係參照德國刑法第二十四條第二項，而依前述說明，德國該條項規定僅限於「共同正犯、教唆犯及幫助犯」(參與犯)。

(2) 另本條立法理由稱：「按中止犯既為未遂犯之一種，必須犯罪之結果尚未發生，始有成立之可言。從犯及共犯中止之情形亦同此理，即僅共同正犯之一人或數人或教唆犯、從犯自己任意中止犯罪，尚未足生中止之利益，必須經其中止行為，與其他從犯以實行之障礙

或有效防止其犯罪行為結果之發生或勸導正犯全體中止。此項見解既已為實務界所採，殊有納入刑法，與以明文化之必要」，亦證立法原意係指「共同正犯」。

(3) 未受人教唆或幫助之單獨正犯中止，應適用刑法第二十七條第一項規定，則在正犯受教唆或幫助之情形，因中止係屬個人刑罰解除事由，正犯之中止既與教唆或幫助者毫無關聯，何以此際正犯中止反而應適用第二項規定，於理未合。

總之，刑法第二十七條第二項之「正犯」應僅限共同正犯或屬「正犯後正犯」之間接正犯類型(註64)。至於受人教唆或幫助之(單獨)正犯，仍依第二十七條第一項規定中止，而教唆及幫助犯則依同條第二項中止。

三、中止類型

我國刑法第二十七條第二項「數人參與犯罪之中止」，與德國刑法第二十四條第二項相較：

(一) 第二十七條第二項前段係「阻止既遂之中止」

前段條文所稱：「於正犯或共犯中之一人或數人，因已意防止結果之發生」，即德國刑法第二十四條第二項第一句之「數人參與犯罪，其自願阻止犯罪既遂者」，同屬「阻止既遂之中止」

註 63：德國刑法二十五條規定：

- (1) 自己實施犯罪，或透過他人實施者，依正犯論處。
- (2) 數人共同實施犯罪者，均依正犯論處(共同正犯)。

我國刑法修正草案第二十八條原有類似上開德國規定，但不知何故，卻未通過，僅將原條文「共同實施」，改為「共同實行」。

註 64：間接正犯所利用之行為工具通常不構成犯罪，如醫師利用不知情之護士對病患施打毒劑，但在某些情形被利用者已具備所有犯罪要素，成立正犯，但因對整個犯罪流程仍有盲點，而給予利用者可乘之機，最典型者乃利用直接行為人之「客體錯誤」。此常為某人已下定決心殺另一人，經由利用者巧妙的安排或欺騙，使被利用者誤以為得逞，實則所殺之人並非原所期望，而係利用者欲置之死地之人。被利用者構成要件等價之錯誤並不影響刑責，仍應構成殺人正犯，而利用者對整體事實有較佳之認知，並對此巧妙地加以安排，因此，其對死亡結果有較直接行為人(殺人正犯)高層級之犯罪支配，故學者稱為「正犯後正犯」(Täter hinter dem Täter)(Vgl. Roxin, LK11AufL. S 25, Rn102; 黃常仁，正犯後正犯，東吳法律學報 10 卷 2 期 1997，頁 1 以下；林山田，刑法通論(下冊)增訂八版，頁 72 以下)。

類型，前述德國運作之介紹，可資借鑑，其中「己意」與「自願」應無異，不過我國學說及實務對於修正前第二十七條第一項「己意」之闡釋，與德國略有不同：

(1) 學說

A. 客觀說：以中止係出於外部障礙或完全出於自己意思而定，行為人如認為有外部障礙存在而中止，非己意中止，反之，非因外界障礙而中止，則為己意中止。以法蘭克公式說明，「縱使吾能為之，吾亦不願為之」(己意中止)；「縱使吾欲為之，吾亦無法遂願」(非己意中止)。

B. 主觀說：以中止解為犯意放棄與廣義悔悟，即以出於悔過、恐懼、同情、憐憫等內部障礙者為己意中止。

C. 折衷說：以不遂之原因，依社會通念，是否可認為通常障礙，如是，則非己意中止，否則，為己意中止。

以上三說，學者通說認以折衷說為妥(註65)。實則，「折衷說」與前述德國「規範觀察法」(是否忠於法律之思想表現)，立論基礎並無軒輊，皆將「己意」或「自願」中止視為評價問題，惟「折衷說」求諸社會通念，標準過於抽象無邊，恐易造成法官恣意，不若前述德

國「違反計畫說」及「犯人理性說」較明確(註66)。

(2) 實務

我國實務對何謂「己意」中止，並未多所著墨，早期判例似採主觀說，如：

1.) 共謀行劫同行上盜，經抵事主門首後，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，以己意中止，則對夥犯入室後之拒傷事主，自不負責(六年非字第六七號)。

2.) 如集合多人議定搶劫某家，行至門前，因心虛而返，則其當時有無著手實行，抑僅止望門而返，此與應否成立犯罪至有關係，倘已著手後，因膽怯未果，固應論以中止(二十二年上字第九八〇號)。

嗣後認如有外部障礙事由，即非己意中止，似傾向於折衷說，如：

3.) 上訴人既因下毒敗露，始將藥水倒地，顯非因己意而中止犯罪，原審引用刑法第二十七條論處，究嫌未洽(二十九年上字第一二四三號)。

4.) 刑法第二十七條中止犯之減輕，以著手於犯罪之實行，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

註 65：蔡墩銘，刑法總論，頁 213；高仰止，刑法總論，頁 308；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ犯罪總論，頁 384 以下。

註 66：筆者從事檢察實務，曾於蒞庭時遇到某案例，被告著大衣身懷利刀於深夜搶劫超商，進入時先惡狠狠地要求店員將收銀機內現金交出，店員見其孤身，空言恫嚇，乃順手拿起一旁酒瓶作勢抵抗，被告即從大衣取出利刀揮舞，店員見狀受驚，乃迅速退至倉庫門前，讓出收銀機前通道(但店員仍在室內視線所及之處)，此際被告不知何故突然轉身離去，未久為接獲通報之警網查獲。此部分訊據被告供稱，伊見店員惶恐，突心生悔意，深覺愧疚地只想趕快離開。姑不論被告供詞可信與否，將整個過程依「折衷說」之「社會通念是否認為係屬障礙」，委實難以判斷被告己意中止否，蓋店員曾顯露抵抗意志，對被告而言，增加許多不確定因素(被告或許心想你故意引誘我過去，以便毆打我)，應屬障礙，但就被告中止時觀之，當時其已掌握情勢，似無障礙。如依前述德國「違反計畫說」及 Roxin「犯人理性說」，攜刀目的通常即為壓制或恐嚇被害人，此應屬犯罪計畫一部，茲被害人既已屈服，本為下手好時機，卻突然中止，顯有違犯罪計畫，或非一理性犯人所應為，自屬「己意」或「自願」中止。另外，如對於「己意」或「自願」中止難以判斷時，應依罪疑惟輕，採對行為人有利原則(vgl. Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl. §24 Rn.177)。





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（註 67）。

5.)最高法院七十三年度第五次刑事庭會議決定（一）：殺害（或傷害）特定人之殺人（或傷害）罪行，已著手於殺人（或傷害）行為之實行，於未達可生結果之程度時，因發見對象之人有所錯誤而停止者，其停止之行為，經驗上乃可預期之結果，為通常之現象，就主觀之行為人立場論，仍屬意外之障礙，非中止未遂。（筆者按我國刑法第二百七十七條第一項傷害罪並未罰及未遂，似無傷害中止未遂可言）（註 68）。

（二）第二十七條第二項後段係「無從既遂之中止」

後段條文所稱：「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」，即德國刑法第二十四條第二項第二句前段之「如該犯罪縱無中止者努力，亦不能既遂」，同屬「無從既遂之中止」類型，其中「盡力」與「認真的」應屬同義，前述德國運作之介紹，可資借鑑。

（三）與犯罪既遂無關者，無中止之適用

如前所述，我國刑法第二十七條第二項「數

人參與犯罪之中止」係參照德國刑法第二十四條第二項，卻有意獨漏「犯罪之既遂與中止者先前之行為貢獻無關，只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂」乙句，因此，倘行為貢獻「對未遂具有因果關係，對既遂則否」之參與者盡力為防止行為，應如何處斷？如前述案例七 S 取回原借予 E 行竊之鑰匙後，見 E 仍不死心，拿出備用之鐵撬打開房門，乃向警察報案，迨警察趕至時，E 已得手逃離現場；E 所實施之竊盜既遂與 S 原行為貢獻間欠缺因果關係，但因 S 行為貢獻已進入未遂階段，S 應論以竊盜未遂之幫助犯，且其自願且認真地努力阻止 E 犯行，依德國刑法第二十四條第二項第二句後段，得中止免罰。

如按我國刑法論斷，S 依因果歸責原則仍「排除負既遂之責，僅承擔未遂責任」，不過，S 雖盡力為防止行為，因法無明文，不構成中止。S 既僅負未遂之責，且盡力為防止行為，已知所悔悟返回法制度面，殊值獎賞，核其情節與我國刑法第二十七條第二項後段「無從既遂之中止」無分軒輊，卻不能同享中止優惠，實屬不洽，亦令人生疑立法時，曾否對德國此種中止類型深入研究，抑或徒見德國刑法條文中「既遂」，即貿然加以否決。

註 67：惟蘇俊雄認為，是否實行中止，應以行為人主觀之認識為斷，判例僅稱「因其妻呼救，並逃往鄰家，驚動其兄及四鄰」，憑此客觀情況，實不足以判斷行為人是否接受親情規勸，或因己意中止，而尚應探求行為人主觀之意思，始足以判斷（氏著刑法總論 II 犯罪總論，頁 387）。

註 68：本決議並補充說明如下（摘錄）：對所謂客體價值之失望，而停止其已著手之行為時，應詳細具體就其主觀立場之動機內容予以檢討，始得確定其係中止未遂或障礙未遂。此在竊盜罪之情形，如已著手竊盜行為之實行，因發現物之分量與價值甚少，失望而停止竊取行為時，固可認係中止未遂，但其於行為之初，對所欲竊取之物，倘有甚大價值之期待，僅因著手之後，發現並無其所預期價值之物，乃失望而停止其犯罪時，則應解為障礙未遂，同理，倘其係以特定物之竊取為目的，而著手於竊盜行為之實行時，因發覺並無該物而停止其竊取行為時，亦應認係障礙未遂。關於殺人行為，如係特定人為目的，其於著手實行中，因發現人之錯誤而停止者，應與上述以特定物為竊取目的之例為同一考慮。客觀上既非有新發生之特別事由，從主觀行為者之立場論，應解為意外之障礙，而屬障礙未遂，非中止未遂。蓋既以特定人為目的，著手後發現對象之錯誤，經驗上乃可預期其必有停止實行之結果，故其對殺人既遂所予以妨礙，係通常之現象，而為意外之障礙。殺人如此，傷害、重傷害等均均以特定人為對象者，當亦應為同一之解釋。

四、法律效果

前已敘及，德國刑法未遂中止之效果為「不罰」，通說認為如同時符合其他犯行，後者原則上不受影響^(註 69)。例如，強盜之未遂中止，仍論以強制罪。但在我國刑法未遂中止之效果為「減輕或免除其刑」，能否比照德國通說作法？中止時，對所包含較輕之既遂罪如何處理？

我國學者通說稱此為「加重的未遂犯」(qualifizierter Versuch)，並認為「輕罪行為已吸收於本罪中止之內，無再論以輕罪之必要」^(註 70)，準此，甲教唆乙強盜丙，乙於持刀控制丙後，甲突心生悔意，勸告乙收手，乙亦聽從，乙構成刑法第二十七條第一項強盜未遂中止，不再論以強制既遂罪，而甲依同條第二項前段亦僅成立強盜未遂之教唆中止。

又中止之「減輕或免除其刑」優惠係屬「個人解除刑罰事由」^(註 71)，數人參與犯罪中僅「自己」中止者始享有免罰，其餘仍論以普通未遂，亦即共同正犯中一人中止，效力不及其他共同正犯，教唆犯或幫助犯之中止，效力亦不及於正犯。

(本文作者現職為臺灣士林地方法院檢察署檢察官調法務部政風司辦事)



貝多芬 (1770—1827)

我不滿意到此為止我所做的一切，我欲走向新的途徑。

註 69：義大利舊刑法第六十一條第二項規定：「雖自己中止欲犯罪而著手之行為，如其行為已成罪者，應處其已遂之刑」。

註 70：參照洪福增，刑法之理論與實踐，頁 200；蔡墩銘亦認為，結果不發生，乃未發生犯人所預期應發生之結果，設所發生者非犯人所預期應發生之結果，而係輕微結果，則其所發生之結果，仍違反犯人之預期，亦即未達犯人之目的，在此情況下，仍應論以普通未遂或中止未遂，不應就其所發生之結果而論以輕罪之既遂，實較妥當(氏著刑法總則爭議問題研究，頁 246)。

註 71：「個人解除刑罰事由」(persönliche Strafaufhebungsgründe)與「個人阻卻刑罰事由」(persönliche Strafausschließungsgründe)字義相似，且均使具有違法性與有責任之構成要件該當行為，不受刑罰制裁，並皆因行為人個人因素而發生。然「個人解除刑罰事由」指在行為後始發生之個人情狀，回溯地解除原已存在之可罰性，例如茲所探討之中止犯或刑法第一百二十二條違背職務賄賂罪自首等「減輕或免除其刑」。而「個人阻卻刑罰事由」則指行為人於行為當時即已存在排除刑罰事由，例如刑法第二百八十八條第三項「懷胎婦女為防止生命上危險而犯墮胎罪」之「免除其刑」。其實，民法亦有類似概念，如得「撤銷」契約係因締約當事人於意思表示時存有瑕疵(民法第八十八條、第九十二條)；而得「解除」契約則由來於締約後所發生之事由，如給付不能或延等(民法第二百五十四條、第二百五十六條)(參閱林山田，刑法通論(上)增訂八版，頁 350 以下；林鈺雄，不法與罪責以外之犯罪成立要件，月旦法學教室第二十八期，頁 73 以下)。





肆、刑事法學論著

