

刑法判解

不能未遂與障礙未遂之區別

最高法院98年度台上字第5059號判決

【事實摘要】

甲因遭遊戲場解僱，心生不滿，遂夥同持有具殺傷力槍枝的乙，持槍前往遊戲場尋仇洩憤。甲與乙於遊戲場營業時間開車抵達遊戲場後，遂打電話至店內詢問店長是否位於店內；儘管店長不在店內，甲乙二人仍於掛斷電話後，由甲將車輛開至遊戲場大門口，而乙則打開車輛之天窗，起身瞄準大門約一般人之高度的位置，擊發子彈；所幸該店之玻璃門係八厘米的強化玻璃，該子彈並未穿透該玻璃門，而因此未造成人員傷亡。

【裁判要旨】

刑法所謂「不能犯」，係指已著手於犯罪之實行，而不能發生犯罪之結果，且無危險者而言。亦即犯罪之未完成，係由於行為之性質上無結果實現之可能性，不能發生法益侵害或未有受侵害之危險，始足當之。倘行為人有犯罪之故意，並已著手實行，其犯罪之未完成係由於外部障礙所致，自不能謂係不能犯。原判決（高等法院台南分院95年度上訴字第1143號判決）業已載述本件扣案槍枝具有殺傷力，梁欣銘基於殺人故意而開槍射擊，子彈尚且造成八釐米強化玻璃明顯彈著痕跡；其行為當時，就所擊發之子彈是否可以射穿該玻璃門，在客觀上顯無從知悉，縱因該電子遊戲場裝設強化玻璃門，使甲與乙之槍擊行為未造成人員死亡，亦僅係障礙未遂問題等由甚明。

【學說速覽】

一、早期實務見解與學說批評：

關於不能未遂與普通未遂的判斷標準，早期實務相較於學說而言，在個案適用的結果較容易成立不能未遂。一般學說認為傳統實務係採客觀理論，即將不能實現犯罪結果的情形分為「絕對不能」與「相對不能」，而僅有在個案情形屬於「絕對不能實現犯罪結果時」，方能成立不能未遂；惟，此論述常落於學說以下之批評：

(一) 若將全部行為時的客觀條件列入考量，則所有的未遂犯都是絕對不能實

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

現犯罪結果之情形。

(二)從處罰未遂的理論基礎看來，區別普通未遂與不能未遂之理由，應在於其「行為」之危險性，而非能不能發生犯罪結果。

二、學說提出之標準：

基於對實務見解的批評，學說提出的判斷標準如下：以行為人所認識之事實為基礎，再以一般人之經驗法則判斷；倘一般人都認為行為人的行為根本不可能發生犯罪結果，即行為人相信其行為將產生犯罪結果之意念係出於對事物的普遍性質或自然法則的重大無知時，因此時行為人之行為在一般大眾心目中侵犯法律之意義薄弱，故方得成立不能未遂。至於刑法第26條前段之「不能發生犯罪之結果」與後段的「無危險」就屬同義贅詞，或分別代表不能未遂之二項成立要件，則存在不同說法²⁶；惟，此皆不影響學說將區別不能未遂與普通未遂之主戰場放在「行為的危險性」此一要件的結果。

三、本案實務見解對傳統見解的修正與學說批評：

經過學說的批評指教，加以民國95年7月生效的新法將不能未遂的法律效果從「必減免其刑」改成「不罰」之後，採納學說強調行為危險性的概念並限縮以往不能未遂範圍之實務見解有逐漸增加的趨勢；本判決亦可認為其中之一。惟，其以「行為人之行為」以外是否存在客觀的「阻礙犯罪實現之外部事實」的標準來區別「不能未遂」與「障礙未遂」，仍將落於學說最初對傳統實務的第一個批評：若考量全部的客觀事實，則沒有任何犯行存在意外的障礙²⁷。因此，學說仍然對實務的修正感到不滿，而認為實務應放棄純粹的客觀判斷而回歸以一般人之經驗法則為標準。

四、學說見解在本案的適用結果：

則，倘依照學說的見解，以本案甲與乙認知的事實為基礎，再以一般人之經驗法則作標準；在甲與乙對於玻璃門為八釐米強化玻璃之情形無認知的情況下，一般人皆將認為甲與乙之開槍行為極有可能造成玻璃門後之顧客與店員生命法益侵害之結果，因此甲與乙對於其行為將造成他人生命法益侵害結果之未必故意並非出於對事務性質或自然法則的重大無知，故其行為在一

²⁶ 認為屬於同意贅詞者，如陳子平、甘添貴。認為各有不同內含者，如黃榮堅、吳耀宗、蔡聖偉、林鈺雄。

²⁷ 有以為「行為本身無法既遂之性質」與「外部障礙」的概念不過是傳統實務見解「絕對不能」與「相對不能」的分身。參見蔡聖偉（2009），〈再論刑法第26條的適用標準——新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察〉，《台灣法學雜誌》，128期，頁65-67。

般大眾心目中侵害法規範的意義仍強烈，而仍有「制裁需求性」，不成立不能未遂。

【考題分析】

丙為在我國投資居住之外裔，家境極為富裕，其家屬仍留居於外國。甲、乙兩人曾於丙之公司服務，對丙之財產覬覦已久，基於共同犯罪之決意，計劃於某假日深夜趁丙熟睡後，帶頭罩侵入丙之住宅，對丙強灌安眠藥使其昏迷，將其綁架並藏匿於預定之處所，藉此向其家屬勒贖。計劃犯罪當日，警方從治安情報得知甲乙之犯罪計畫，急速通知丙多次未果，遂派出多名便衣刑警埋伏於丙宅附近，俾能保護丙並伺機逮捕人犯。當日深夜，甲乙依計畫侵入丙宅，合力將躺在床上之丙加以壓制，於對丙強灌安眠藥時，始發現丙已因日間心臟病發作死亡多時，遂放棄後續之犯罪計畫，正欲離開現場時，為警逮捕。問：甲、乙兩人之行為應如何處罰？

（94律師◎）

◎答題關鍵

本題涉及之犯罪包括刑法第302條私行拘禁罪、第304條強制罪、第306條侵入住宅罪，以及第347條擄人勒贖罪；其中侵入住宅罪已既遂，但私行拘禁罪、強制罪與擄人勒贖罪則因為被害客體不存在（蓋丙已死亡，以無「人」之自由法益得被侵害）而未能既遂。因此，除了著手與否的探討外，本題亦將涉及不能未遂的問題。倘依照傳統實務見解，則因此時從純粹客觀面觀之，甲與乙係對屍體進行侵害自由法益的行為，本不可能侵害刑法所欲保護之自由法益，故係屬絕對不能發生犯罪結果的情形，成立不能未遂；惟，若依照本判決修正後的標準，則因甲與乙的行為性質本即有侵害他人自由法益之可能性，僅因遭遇丙早先死亡之外部障礙而不遂，係屬障礙未遂，而非不能未遂。倘依照學說見解，則由於甲與乙的認知基礎係丙仍生存，而由一般人之經驗法則觀之，甲與乙之行為本將實現侵害丙自由法益的犯罪結果；是以，甲與乙相信其行為將產生犯罪結果之意念並非出於對事物的普遍性質或自然法則的重大無知，故仍具制裁需求性，不成立不能未遂。

【參考文獻】

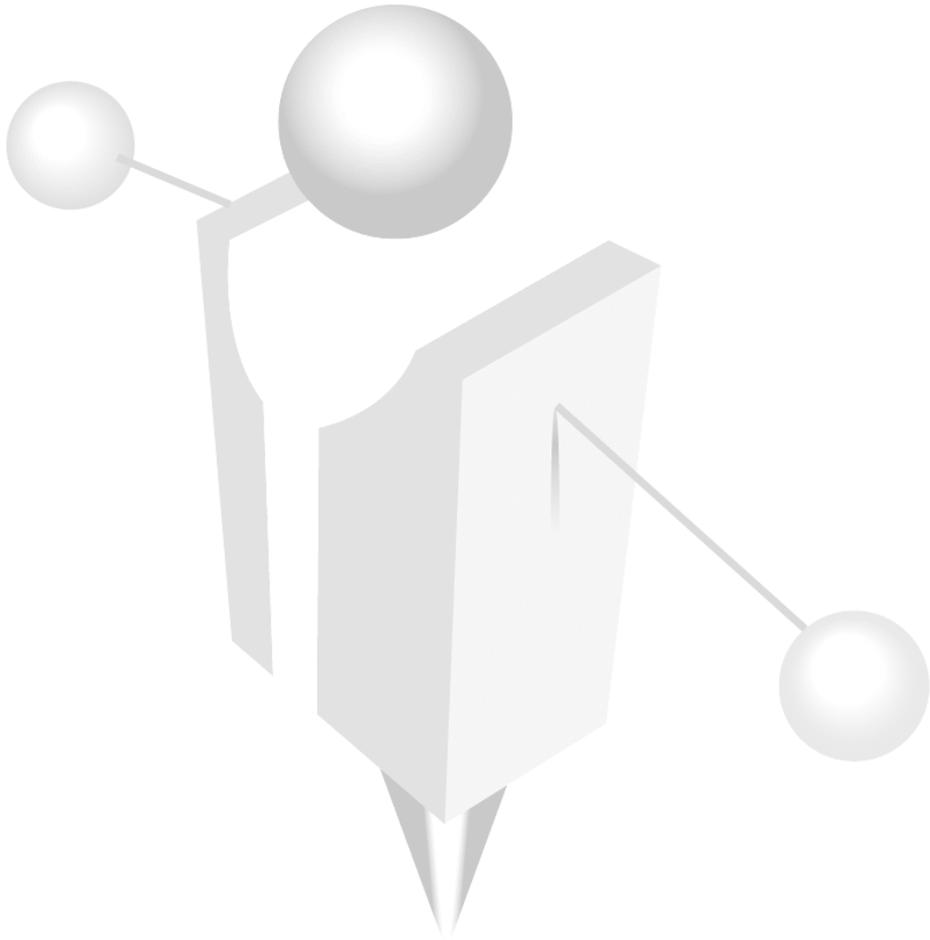
1. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2004年6月，頁59-64。
2. 方律師，《刑法總則》，2007年6月，頁2-67至2-73。
3. 吳耀宗（2009），〈不能未遂之「無危險」之認定〉，《月旦法學教室》，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

82期，頁12-13。

4. 蔡聖偉（2009），〈再論刑法第26條的適用標準——新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察〉，《台灣法學雜誌》，128期，頁61-76。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！