

刑法判解

「無危險」的迷思？論不能未遂之成立要件 最高法院97年度台上字第351號判決

【事實摘要】

本案上訴人即行為人甲，在自己住處以「去甲麻黃」為原料，使用鐵鍋、高壓瓶、漏斗、蒸餾瓶等設備，製造安非他命。惟甲尚在瓦斯爐上烹煮鹵水之際，即為警查獲。

按，甲預定製造安非他命之方法，為將鹵水加入「去甲麻黃」中，使其鹵化變成「氫去甲麻黃」，再經氧化、純化後，製成安非他命。惟經法院函詢警政署刑事警察局得知，雖然甲使用之方法，在化學原理上確有合成出安非他命之可能，但實務上尚未查獲有以此方法成功合成安非他命之案例。甲因而主張，其所使用之方法，既不能達成製造安非他命之目的，即屬刑法第26條之「不能犯」（亦稱「不能未遂」），其行為即應不罰。

【裁判要旨】

最高法院指出：「刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂，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（例如：行為人自信有超能力，持其明知無殺傷力，但外觀完好，足使一般人均誤認有殺傷力之手槍殺人）為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，既非單純以行為人主觀上所認知或以客觀上真正存在之事實情狀為基礎，更非依循行為人主觀上所想像之因果法則（例如：誤認以砂糖食於人可發生死亡結果）判斷認定之。若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，非不能未遂。」

簡言之，最高法院認為，行為人要成立刑法第26條之不能未遂，重點在於該行為是「無危險」，而行為究有無危險，則綜合下列要件判斷之：

- 一、客觀上通常一般人所認識之事實。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

二、主觀上行爲人所認識之事實。

三、客觀上一般人所公認之因果法則。

本則判決並特別指出：是否成立不能未遂，並非以「行為人主觀上所認識（想像）之因果法則」為判斷依據，例如行為人若出於誤認因果法則，企圖以砂糖致人於死，仍然不能成立不能未遂。

因此，就本案而言，最高法院認為：「上訴人等既著手於製造安非他命犯罪之實行，且依其使用之去甲麻黃原料仍有產製出安非他命之可能，縱因原料不足、技術欠缺，或遭警查獲等一時偶發之因素，致未克其功，亦僅屬障礙未遂」，認行為人並不成立不能未遂。

【學說速覽】

針對上述裁判見解，相關主要考點包括：

一、刑法第26條不能未遂之成立要件

二、「無危險」的判斷標準何在

分述如下：

一、刑法第26條不能未遂之成立要件

現行刑法第26條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」亦即不能未遂之成立要件，包括行為需：(1)不能發生結果；(2)無危險。

我國傳統實務判例較著重於(1)之「不能發生結果」，例如48年度台非字第26號判例：「刑法第26條但書所謂不能發生犯罪之結果，即學說上所謂不能犯，在行為人方面，其惡性之表現雖與普通未遂犯初無異致，但在客觀上則有不能與可能發生結果之分，未可混為一談。」

惟在文獻上，學者多主張不能未遂之重點應在於(2)之「無危險」。²¹學者並指出：所謂「不能發生結果」，是針對未遂犯的客觀情形所做描述；「無危險」才是不能未遂真正的特色所在。²²本案實例中，最高法院亦接受學者見解，認為：「故不能未遂，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。」在此，最高法院顯係以是否「無危險」一事，作為判斷不能未遂成立與否的重點，而並非強調行為的「不能發

²¹ 林山田，《刑法通論（上）》，頁489-490，2005年9月9版；黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，頁558-559，2006年9月3版。

²² 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，頁558-559，2006年9月3版。

生結果」。

二、「無危險」的判斷標準何在

學說上對於何謂「無危險」的判斷，有各種不同的說法。可大別為三說：

- (一)客觀說：認為「危險」係指「客觀的危險」而言。亦即應就行為當時所存在的「客觀具體事實」來判斷。²³
- (二)主觀說：認為是否「無危險」與客觀無關，應以行為人主觀上是否出於「重大無知」為判準。因為當行為人係出於「重大無知」而試圖侵害法益時，一般大眾均會認為不可能發生犯罪之結果，因此社會對法律的信賴不會受到影響，所以始可「不罰」。²⁴
- (三)主客觀混合說：此說雖贊同主觀說所主張的「行為人是否出於重大無知」的判準，但認為成立不能未遂的原因，是在於「行為人出於重大無知而誤認可能既遂，並進而實行了客觀上完全欠缺危險性的行為。」學說並指出：「所謂重大無知，尤指行為人誤認了自然的（因果）法則，而非單純錯認了事實情狀而已。」²⁵

有趣的是，關於「無危險」的認定標準，不論採取以上何種學說，均與本題實例中最高法院的見解不同。本則最高法院判決雖然也認為，應以「無危險」作為判斷是否成立不能未遂之依據，但對於「無危險」的判準，則認為應綜合客觀一般人所認識的事實與因果法則、行為人主觀上所認識的事實為斷，而非以客觀上真正存在之事實情狀為基礎（否定了客觀說）、亦不應以行為人主觀上所想像之因果法則（否定了主觀說與主客觀混合說）為據。然而本則最高法院判決並沒有清楚指出：在這樣嚴苛的條件下，究竟什麼行為情狀，才可能成立不能未遂？²⁶

就個案結論而言，不論採取以上何種學說主張或實務見解，對本案實例都會認為：只要行為人甲所使用的製毒方法，在原理上確實有可能合成出安

²³ 林山田，《刑法通論（上）》，頁490，2005年9月9版。

²⁴ 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，頁555-558，2006年9月3版。

²⁵ 林鈺雄，《新刑法總則》，頁358-359，2006年初版。不過此學說的重點仍在於行為人主觀上的重大無知，因此應該也屬於主觀說的範疇，只是此說仍然認為有「客觀上危險」此一概念存在而已。

²⁶ 本則判決尚且舉例認為，行為人試圖以砂糖毒死人，也只是「行為人主觀上所想像之因果法則」，而無法成立不能未遂；則實在令我們難以想像：若連如此荒謬的行為都無法成立不能未遂，究竟是什麼樣的行為才可能成立不能未遂？

非他命，則雖然目前緝毒實務上還沒有發現此類案例，都仍非屬「無危險」情況，只是各種主張的說理會有所不同而已。²⁷

【考題分析】

甲夥同乙、丙，企圖行搶，某日，中午時分，由乙守在門外把風，丙在馬路上發動車子準備接應，甲則持玩具槍闖入某市農會辦事處行搶。結果，搶到一疊行員用來防搶的十萬元假鈔，上面雖有農會封條，但除了首張和末張是玩具鈔外，其他全是白紙，甲、乙、丙在得手後，開車離去，途中發現整疊十萬元鈔票是假鈔，隨時將其丟棄，隔日，被警方循線逮捕，問本案甲、乙、丙三人各應如何論處？
(98政大法研公法組③)

◎答題關鍵

就「搶得假鈔」之行爲，行爲人是否成立不能未遂？考生應以上述各種學說見解分別判斷並說理：搶得假鈔的行爲是否爲「無危險」，以決定是否成立刑法第26條之不罰事由。

甲與乙有夙仇，某日甲在報紙看到有人要幫乙辦告別式，甲誤以爲這是乙要告別台灣、避居他地之意，遂決定在乙的告別式當日將乙「殺死」。甲告知好友丙其將殺乙，希望丙幫忙。丙不知乙已死亡，爲幫助甲實現願望，遂將「乙對於某種果汁有嚴重過敏反應、足以引起猝死」之事告知甲。甲遂在告別式當天，囑咐他人將該果汁送至告別式場地並想辦法讓乙飲用。試問：

(一)刑法處罰未遂犯的理由爲何？

(二)甲、丙的行爲依現行法如何論處，請詳述之。(96政大法研刑法組②)

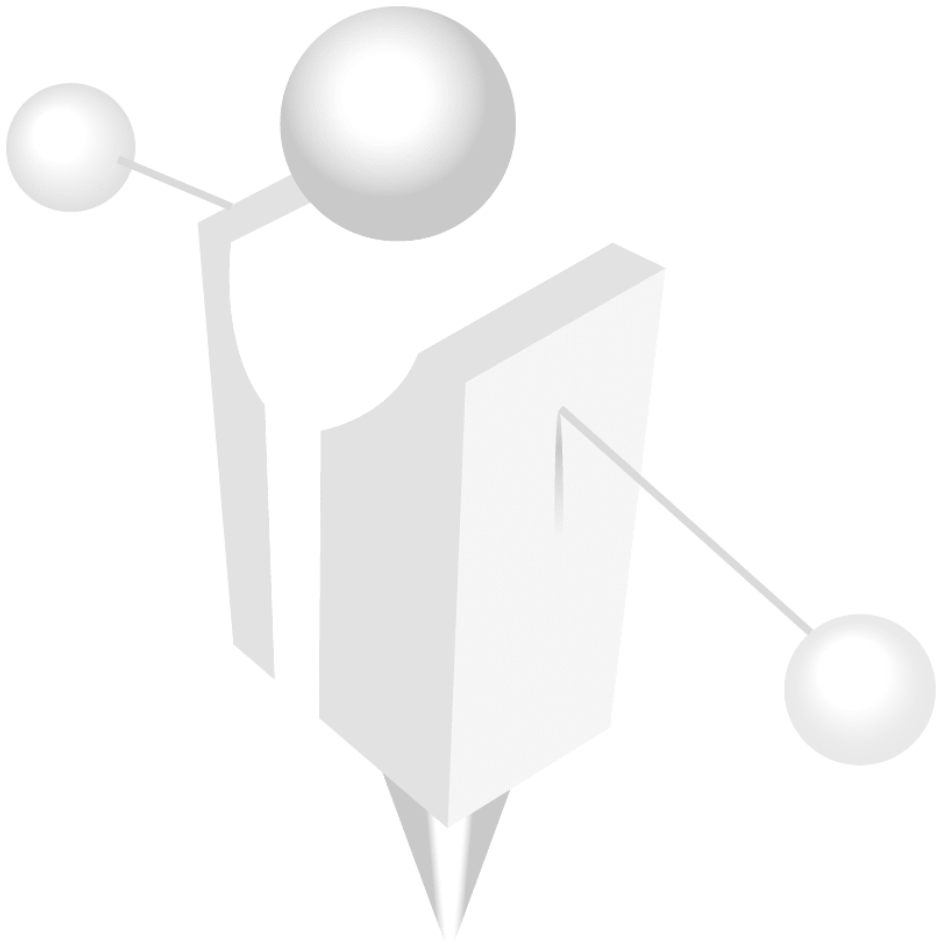
◎答題關鍵

就甲在「誤以爲告別式是指乙要避居他地」此種認識下之殺人行爲，行爲人主觀上是否出於重大無知？客觀上是否無危險？考生同樣應以上述各種學說涵攝具體事實，詳加實體說理。

²⁷ 因為既然在原理上，此種製毒方法是可能成功的，則主觀說及主客觀混合說論者，應會認爲甲之行爲並非出於重大無知；客觀說者則會認爲甲之行爲仍有客觀的危險存在。至於本則最高法院判決，為何認爲甲不能成立不能未遂，判決理由並沒有很清楚的涵攝，但結論也是認爲只是普通未遂、而非成立不能未遂。

【參考文獻】

1. 林山田，《刑法通論（上）》，頁479-491，2005年9月9版。
2. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，頁540-564，2006年9月3版。
3. 林鈺雄，《新刑法總則》，頁354-359，2006年初版。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！