

刑法判解

不能犯之行為有無危險

最高法院101年度台上字第4645號判決

【實務選擇題】

甲男乙女為高中班對，兩人趁暑假初嘗禁果而致使乙女懷孕，甲男記得曾看過電視劇中演出以菊花茶墮胎之法，故為使乙女流產，便試圖以菊花茶使乙女流產，試問下列敘述依實務見解何者錯誤？

- (A) 依新近實務見解，可參考重大無知之標準，判斷有無不能未遂之適用。
- (B) 依新近實務見解，非出於重大無知，亦可能符合刑法第26條「無危險」之要件。
- (C) 刑法第26條之「危險」應限縮在個案對法益之危險，不應包括對於公共秩序及法秩序之危險。
- (D) 實務認為不論是具體危險說或重大無知說，本案可能都有刑法第26條之適用。

答案：C

【裁判要旨】

不能犯，其行為有無危險，究應如何判斷，學說看法固見紛歧，有所謂「具體危險說」（以行為當時一般人所認識之事實以及行為人所特別認識之事實作為判斷基礎，再以一般人之角度判斷該行為有無導致犯罪結果之具體危險。若有危險，則非不能犯），及「重大無知說」（以行為人主觀上所認識的事實為基礎，再以一般人之角度加以評價行為人是否重大無知。若非「重大無知」，即非不能犯）之分。惟就實質之內容觀察，不論係採何一說法，均係以客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則判斷危險之有無，故絕大部分所導出之結論，並無二致。惟在罪刑法定主義要求下，刑法之法律文字應符合明確性，使人民知所遵循。刑法第二十六條有關不能犯之規定，既未如德國刑法針對「重大無知」加以規範，且「無危險」與「重大無知」在文義上復相去太遠，甚難畫上等號。故「重大無知」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。詳言之，行為若出於重大無知，致無法益侵害及公共秩序干擾之危險，固可認定其為「無危險」，但若非出於重大無知，亦可能符合「無危險」之要件，即「無危險」不以重大無知為

限。另所謂「危險」，不能純以法益是否受損為唯一標準，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，亦係有危險。即此處所謂之「危險」，包含對於公共秩序及法秩序之危險，始不致過度悖離人民之法感情。

【裁判分析】

一、障礙未遂與不能未遂

我國刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，其乃屬不罰之不能未遂，係一種本質上即不能達到既遂之行為。從主觀要件看來，不能未遂和普通障礙未遂並無不同，但從客觀要件看來，不能未遂現實上根本不能發生犯罪之既遂，故林鈺雄老師謂，其基本上就是反面構成要件錯誤之情形。一般認為不能發生犯罪之結果即指犯罪未既遂，亦即構成要件未全部實現。而屬於可罰的障礙未遂或不可罰的不能未遂，則取決於「無危險」之認定。

二、而判斷有無危險，主要有以下數種學說：

(一) 具體危險說：

1. 該說主要認為未遂犯之處罰理由，係行為所惹起客觀上之結果侵害或法益侵害之可能危險，而非行為人之犯罪意思，故必有侵害之危險，方可對未遂犯仍加以處罰。
2. 又上開所謂之危險，可視為規範性的概念，亦即社會心理上的危險性或一般人之危懼感，故以行為人行為時一般人有認識可能的事實及行為人特別認識的事實情況作為判斷素材，而於行為當時以一般人之立場作事前判斷有無危險。此說為部分留日學者採之。

(二) 重大無知說：

1. 採本說的學者主要認為未遂犯之處罰根據，在於行為人之未遂行為顯示其與社會規範相違背之法敵對意思，而該種敵對意思足以震驚社會大眾對於法秩序之信賴，故具應刑罰性。
2. 而唯有行為人出於重大無知，將一個本質上不能達到既遂之行為誤認為可能導致既遂，也就是除了實行行為客觀上欠缺危險性外，行為人必須是出於重大無知而誤認可能既遂，例如行為人想丟石頭打下民航客機，此時由於對於自然因果關係的完全無知之行為，並非單純誤認事實，故不會動搖法信賴、破壞法秩序，也沒有一般與特別預防之必要，於此時處罰的唯一

理由，僅剩法敵對意思，此見解為學界通說。

三、本判決認為應跳脫出學說上具體危險說和重大無知說，回到法律之文義解釋來判斷不能犯的要件。其認由於條文所稱之「無危險」和重大無知之文意差距太大，故重大無知僅可作為是否無危險之參考依據之一。另所謂危險，本判決亦認包含對於公共秩序及法秩序之危險，看起來結論上和具體危險說是較為接近，但建議答題時仍是兩說併陳為當。

【關鍵字】

不能未遂、無危險、重大無知、具體危險。

【相關法條】

刑法第26條。

【參考文獻】

- 1.林鈺雄，《新刑法總論》，2009年9月，2版，頁370-375。
- 2.黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2012年，4版，頁472-524。
- 3.陳子平，《刑法總論》，2008年，頁386-411。