

刑事法判解

普通未遂與所謂「不能未遂」的適用範圍

最高法院98年度台上字第5197號判決

【實務選擇題】

甲得到內線消息，於夜間以多層厚布將手包裹，擊破玻璃窗後進入一間倉庫欲偷取毒品變賣，孰料進入巡視後發現，倉庫內竟空無一物，原來是毒梟幾天將毒品運走，以躲避警方追蹤。試問下列敘述何者正確？

- (A) 甲夜間侵入建築物，該當加重竊盜未遂罪。
- (B) 甲不適用第26條不罰之法律效果。
- (C) 甲打破玻璃窗，該當「毀越門扇」此加重要件。
- (D) 甲成立侵入建築物罪與普通竊盜未遂罪，兩罪數罪併罰。

答案：B

【裁判要旨】

刑法所謂「不能犯」，係指已著手於犯罪之實行，而本質上不能達到既遂或不可能發生犯罪之結果，且無危險者而言。亦即行為人雖著手於實行構成要件之行為，但因事實上或法律上之原因，使得決意之實現與行為人原先之認識不相一致，根本不能實現客觀不法構成要件，而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，所成立之未遂類型。

【裁判分析】

一、民國九十四年二月二日修正公布，自九十五年七月一日施行前之刑法第二十六條原規定「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。」其後段經修正為「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」修正前後之刑法，關於不能犯之定義相同，惟其處罰與否，修正前刑法賦予不能未遂之法律效果為「減輕或免除其刑」，而修正後刑法則明定「不罰」，改採客觀說理論，將不能未遂犯除罪化。此觀立法理由謂「參諸不能犯之前提，係以法益未受侵害或未有受侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。

二、因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，亦即行為如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。」即明。惟基於刑法處罰未遂犯所衍生之邏輯推理結果，未遂行為之所以被認為侵犯法律之意義薄弱，並非因其客觀上絕對不可能發生犯罪結果，而是一般社會大眾主觀上對其行為之危險認知（發生結果可能性之認知），並避免客觀說在實踐上不當過度擴張不能未遂之不罰範圍，應認唯有行為人出於「重大無知（aus grobem Unverstand，德國刑法第22條參照）」，將本質上不可能達到既遂之行為誤以為可能導致既遂，並進而實行客觀上完全欠缺危險性的行為，始能受不能未遂之評價而邀刑罰之寬容。換言之，除實行行為客觀上完全欠缺危險性外，行為人必須誤認自然之因果法則，非僅單純錯認事實或僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害等情狀，而係出於「重大無知」，誤認其可能既遂，始有成立不能未遂之可言。否則，仍與障礙未遂同應受刑罰制裁，並使基於與法敵對意思而著手實行犯罪，足以動搖法信賴，造成破壞法秩序之行為，得收一般預防之規範效果，以求兼顧。

三、故刑法原則上不適用第26條（不罰）便回歸第25條（得按既遂犯之刑減輕之），然而第26條的適用範圍，不僅僅學術上，連實務見解都充滿了爭議，尤其是關於「無危險」這個要件，簡要整理如下：

（一）行為自始不能既遂就是無危險，而可以適用第26條。

（二）無危險是指客觀事實上並無具體危險存在，而這個客觀事實乃一般人在行為當下所能認識的事實，以及行為人自己所特別認識的事實。因此僅**無危險不能未遂**得適用第26條。

（三）無危險係行為人對於基本常識的嚴重誤解，此即重大無知，只有**重大無知不能未遂**方有適用第26條的空間。

現今實務見解多半在第2說與第3說之間來回擺盪，其實在大多數的案例之中，這兩說的結論也都會相同。

【考題解析】

第321條的竊盜罪加重條款，第1款是侵入「有人居住之建築物」，第2款除了玻璃窗該當的是「其他安全設備」外，實務見解還限於毀越「有人居住之建築物」（士林101簡163決），因此(A)、(C)錯誤。甲縱使成立侵入建築物罪與普通竊

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

7