

## 刑事法判解

## 「無危險」的迷思？論不能未遂之成立要件

### 最高法院105年度台上字第1538號判決

## 【實務選擇題】

下列關於未遂犯之敘述，何者錯誤？

- (A) 已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。
- (B) 未遂犯之處罰，以有特別規定者為限。
- (C) 未遂與預備之區別為是否著手。
- (D) 行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。

**答案**：D

## 【裁判要旨】

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，且又無危險者而言；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，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。

## 【學說速覽】

## 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。」

惟參酌文獻，學者多主張不能未遂之重點應在於(2)之「無危險」。學者並

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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。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。
- (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。蓋當行為人係出於「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，故為「不罰」。
- (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。」對此學說並指出：「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。」

### 【考題分析】

行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，依刑法第26條規定，不罰。

### 【關連性法條】

刑法第26條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！