

刑事法判解

刑法上之不能未遂

最高法院111年度台上字第3539號刑事判決

【實務選擇題】

有關不能未遂之敘述，下列何者正確？

- (A) 現行刑法關於不能未遂之處罰，僅係制裁行為人表露其主觀心態對法律之敵對性
- (B) 刑法第26條所謂「不罰」，係指構成犯罪但減輕或免除其刑
- (C) 甲開槍射殺仇人乙，於開槍後，始發現槍內無子彈，甲的行為不構成不能未遂
- (D) 甲在捷運上抽菸，並誤以為自己的行為係刑法所禁止，甲的行為構成不能未遂

答案：C

【裁判要旨】

(一) 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。故所謂不能未遂，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，然須無侵害法益之危險，始足當之。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。原判決就上訴人所為與不能未遂之情形不符，已詳加說明上訴人所為非無侵害法益之危險，且依所確認之事實，論以普通障礙未遂，依上開說明，洵無違誤。此部分上訴意旨置原審明白之論斷於不顧，仍執前詞，主張應成立不能未遂，並非上訴第三審之適法理由。

(二) 司法院釋字第775號解釋意旨係指明，如不問被告成立累犯之前案情節，是否有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由所指因素，即一律加重其刑，有違憲法罪刑相當性原則。倘事實審法院已就個案犯罪情節，具體審酌行為人所應負擔之罪責，認依刑法第47條第1項規定加重其最低本刑，而無過苛或罪刑不相當之情形者，即與上開解釋意旨無違。又刑之量定，乃實體法上賦予法院得

為裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍（即裁量權行使之外部性界限），或違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁量權行使之內部性界限）者，即不得任意指為違法，以為上訴第三審之適法理由。

【爭點說明】

- 一、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。」所謂不能發生犯罪結果，係指任由行為發展下去，構成要件終究不會實現。其實，不能發生犯罪結果是所有未遂犯的共同特徵，並非專屬於不能未遂的要件。因此，不能未遂的判斷重點則在於行為人之行為「有無危險」，有印象理論及具體危險說不同判斷標準，我國多數實務見解係採「具體危險說」看法。
- 二、針對我國學界多數採取的印象理論，係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。惟有實務見解認為，採取印象理論前提下，「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；亦即，「重大無知」並非區分普通未遂與不能未遂的唯一標準。
- 三、至於具體危險說則係指，判斷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公認之因果法則而為判斷（99年台上字第2419判決）。
- 四、針對不能未遂「不罰」的法律效果，有認為屬於「阻卻構成要件」，亦有認為屬於「個人免除刑罰事由」。
 1. 採取「阻卻構成要件」者，蕭宏宜教授認為：「行為無危險的不能犯，不論在解釋上認為欠缺結果非價或行為非價，結論都是無不法可言，刑法第26條的不罰，是指『不構成犯罪』，並且因為行為沒有製造法所不容許的風險，既不存在構成要件行為，根本沒有著手，也無所謂未遂可言，因此欠缺應罰性，犯罪不成立。據此，在刑法第26條沒有刪除的情況下，不妨將其視為僅是一個注意規定，並非獨立的未遂犯罪類型，與未遂犯罪成立後、透過刑事政策再做考量的需罰性問題無關。」
 2. 採「個人免除刑罰事由」說者（通常是採「重大無知」說）認為，不能未遂係屬已著手於犯罪構成要件，而犯罪未既遂之未遂犯，並不阻卻構成要件、違法性或罪責。刑法第26條所以「不罰」，係因刑事政策考量，由於行為人對於基本常識的重大誤解（重大無知），不會影響法規範效力，而欠缺應刑

罰性，立法者乃放棄刑罰。

五、舉例而言，以上兩說之區別實益在於：假設甲教唆丙下毒殺乙，丙卻誤拿白糖致乙毫髮未傷。甲教唆丙殺乙，是否構成教唆故意殺人未遂罪（刑法第271第二項、第29條），若肯認丙構成不能未遂後，涉及「不罰」之定性：(1)阻卻構成要件：基於「限制從屬性」，甲不構成教唆犯。(2)個人免除刑罰事由：基於「限制從屬性」，甲構成教唆犯。

【相關法條】

刑法第26條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！