

## 刑事法判解

## 不能未遂犯

## 臺灣高等法院臺中分院112年度軍上訴字第1號刑事判決

## 【實務選擇題】

甲潛入某寺廟企圖行竊，當向廟中所奉祀之媽祖跪拜後正伸手偷香油錢時，有一扇具百年歷史之門板突然倒下，甲受驚落荒而逃。請問：甲之行為應如何論處？

- (A) 竊盜罪之障礙未遂
- (B) 竊盜罪之中止未遂
- (C) 竊盜罪之不能未遂
- (D) 竊盜罪之既遂犯

**答案**：A

## 【裁判要旨】

按是否不能犯，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26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

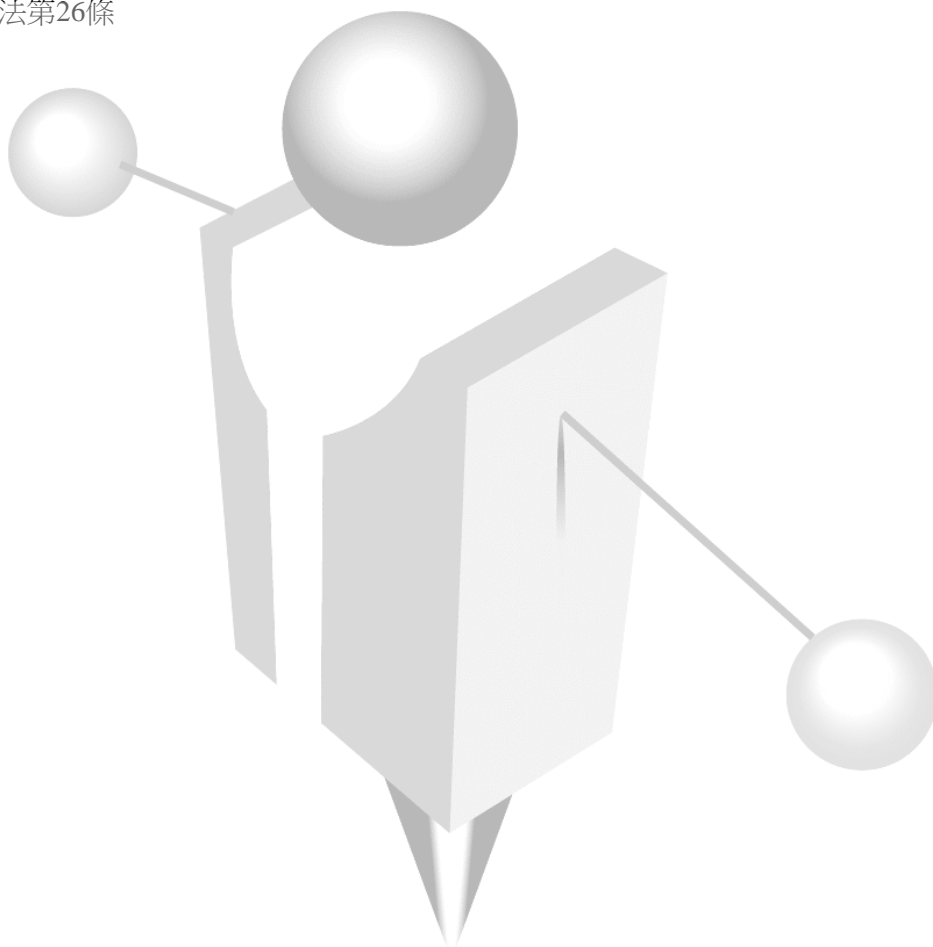
為唯一標準，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，亦係有危險。即此處所謂之「危險」，包含對於公共秩序及法秩序之危險，始不致過度悖離人民之法感情（最高法院101年度台上字第4645號判決要旨參照）。

### 【爭點說明】

- (一)所謂不能未遂犯，係指行為人所實行的行為，在本質上即不能達成既遂、或是不可能發生犯罪結果之情形。我國刑法(以下同)第26條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」即為不能未遂犯之明文。
- (二)關於普通未遂與不能未遂之區別，學說上迭有爭議，可以簡單分述如下：
  1. 舊客觀危險性理論：又稱之為「絕對不能與相對不能說」，以行為時所有客觀事實為基礎，再從一般經驗法則判斷行為是否自始、絕對的不能達成既遂(不能未遂)，還是因為偶然的原因不能達成既遂(普通未遂)。
  2. 新客觀危險性理論：又稱之為「具體危險說」，以一般人於行為時立於行為人之立場所認識之事實，或行為人所特別認知之事實為背景基礎，再用一般經驗法則判斷有無危險。若有危險即屬普通未遂，若無危險則是不能未遂。
  3. 抽象危險理論：乃以「印象理論」為基礎，認為以行為人所認識之事實為基礎背景，再用一般經驗法則判斷有無危險。若有危險就是普通未遂，若無危險則是不能未遂。
  4. 早期實務見解係採取舊客觀危險性理論，惟絕對不能與相對不能判斷上非常模糊，故已經不再採納之。至於學說見解有採取「新客觀危險性理論」者，也有採取「抽象危險理論」者，學者們本於所採取理論之不同，對於第26條法文之解釋也有所不同：
    - (1)採取新客觀危險性理論：認為第26條中所謂「不能發生犯罪之結果」與「無危險」是同義贅詞，均是無法發生法益侵害之義；因此法律效果規定「不罰」亦是理所當然。
    - (2)採取抽象危險理論：認為「不能發生犯罪之結果」係指非既遂之情形，而「無危險」係指行為人的重大無知，因而將「重大無知」納入不能未遂犯的成立要件之中；更認為現行法的法律效果為不罰，所以必須更承認「重大無知」之要件，以期罪刑均衡。

【相關法條】

刑法第26條



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！