

# 評2005年關於不能未遂的修法 ——兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分

蔡 聖 偉\*

## 要 目

- |                            |                                  |
|----------------------------|----------------------------------|
| 壹、前 言                      | 一、從刑法保護法益的基本任務觀察                 |
| 貳、處罰未遂行為的理由                | (一)針對過去已發生的事實？                   |
| 一、緣 由                      | (二)對於未來發揮作用：以積極之<br>一般預防為導向的法益保護 |
| 二、基本立場：客觀思維與主觀思<br>維的角力    | 二、結果要素在刑法制裁體系中的<br>意義            |
| 參、對新客觀未遂理論的評析              | 伍、新法適用建議                         |
| 一、並非真正考量客觀上的法益危<br>險       | 一、「不能」與「無危險」：同義反<br>覆抑或兩個獨立的要件？  |
| 二、混淆行為規範與制裁規範的正<br>當性論證層次  | (一)德國刑法界所理解的「不能未<br>遂」           |
| 肆、制裁規範的正當性基礎：目的理<br>性之法益保護 | (二)現行法的解釋                        |

\* 德國福萊堡 (Freiburg) 大學法學博士；東吳大學法律學系助理教授。作者於此  
感謝兩位匿名審查委員所提供的寶貴意見。

投稿日期：九十五年一月十日；接受刊登日期：九十五年二月二十七日

責任校對：梁凱富

- |                            |                      |
|----------------------------|----------------------|
| (三)不能未遂的分類必要性及其反面構成要件錯誤的屬性 | (三)視犯行是否「不能」？        |
| 二、有無危險的判斷                  | 三、立法者意思的拘束力          |
| (一)視犯行是否出於「重大無知」而定         | 四、法律效果「不罰」的意義：阻卻刑罰事由 |
| (二)採取新客觀理論的危險標準？           | 陸、結語                 |

## 摘 要

一個人對於「為什麼要處罰未遂行為」這個問題的看法，會直接影響到他如何看待不能未遂的立場。德國刑法學界對於這個問題的討論，已經有兩百年以上的歷史。事實上，這裡所涉及的也就是「制裁規範的正當性基礎為何」這一個問題。而這個問題並不是只有在未遂的情形才會出現，未遂行為只不過是把這個刑法上的根本難題拉上檯面。精確地說，主要的爭執點在於：對於一個行為（無論是既遂還是未遂）所施加的刑罰，究竟是為了應報它過去所引起的惡害，還是為了達到未來的預防效果？如果我們堅持刑法的任務是保護法益，那麼就免不了接受預防這一個選項。依照本文的看法，處罰一個行為的意義應該是在於「以法益保護為導向之積極的一般預防」，因此刑法處罰未遂行為的理由與處罰既遂行為的理由相同，都是在於行為規範的維護。依此，則一個未遂行為是否不能、有無危險，都不會影響到其抵觸行為規範的本質，只不過立法者可以在極端例外的情形（亦即當行為人是出於重大無知而未能既遂的情形），基於欠缺一般預防上的「刑罰需要性」而將法律效果定為「不罰」。客觀未遂理論想要將未遂行為的可罰性限於行為具有客觀危險性的主張，無論是在技術上還是在規範上都有無法克服的問題。

**關鍵詞：**不能未遂、行為規範、制裁規範、客觀未遂理論、刑罰理論、積極之一般預防、法益保護、危險概念、事前判斷、阻卻刑罰事由

## 壹、前言

在刑法分則中，每一個刑法規範都是由「構成要件」以及「法律效果」兩部分所組成。前者是立法者將某個「行為規範」被牴觸的情形描繪出來、訂出具體的要件；後者，也就是「制裁規範」的部分，則是針對這種行為規範被侵犯（亦即構成要件被實現）的情形，預先訂定出制裁的法律效果。這兩部分的正當性基礎各有所本，倘若不區分清楚，便會在部分的爭議導出有問題的結論。客觀未遂理論對於不能未遂之可罰性問題所提出的主張，就是一個很好的例子。刑法上關於不能未遂的規定，可以算是最弔詭的條文之一，因為它雖然在實務上很少會有被引用的機會，但是卻又宣示了立法者對於刑法上部分重要問題的基本態度，這也正是不能未遂的問題在文獻上會被稱作「刑法學之石蕊試紙」<sup>1</sup>的原因。我國刑法典總則篇在二〇〇五年經歷了一次大幅度的修改，其中相當引人注目的一點，就是對於刑法第二十六條規定內容的更動。新法除了把不能未遂的規定改成專條外，也將該條的法律效果從原本的「必減免其刑」改成「不罰」<sup>2</sup>，至於該條的適用要件，亦即「行為不能發生犯罪之結果，又無危險」，則完全沒有做任何的改變。對於如此的更動，立法者在修法理由中明白表示是為了要改採「客觀未遂理論」，因此否定了無危險之不能未遂的可罰性。對此，本文以下將嘗試證立「不罰的法律效果並不是只能從客觀未遂理論導出」

<sup>1</sup> 此一比喻出自Zoll, FS-Eser, 2005, 655 f.。

<sup>2</sup> 然而即便是在舊法時代，也有極少數的文獻與實務見解認為不能把刑法第26條但書之規定解讀為我國刑法肯定不能犯的可罰性，例如黃東熊，刑法概要，頁97，1998年以及最高法院19年上字第1335號判決。關於我國刑法歷來對不能未遂所做之規定的沿革史，可參考陳子平，韓忠謨教授紀念論文集，頁150至160，2000年的整理。

（「肆」、與「伍、四」）以及「客觀未遂理論的主張實際上混淆了行為規範與制裁規範兩個不同的層次」（「參、二」以及「肆」）這兩個論點。

不能未遂在我國刑法學界向來是爭議不斷，這次的修法將無危險之不能未遂的法律效果從「必減免」改為「不罰」，把爭議點又拉回最初始的出發點，亦即又回到「哪些不能未遂的類型應屬可罰、哪些則否」這一個問題上<sup>3</sup>。這樣的修改雖然讓我們無須再去討論部分幾乎只有理論意義而不具實務重要性的爭議，像是迷信犯的可罰性問題<sup>4</sup>；但是在另一方面，此次的修法卻也大幅地提升了討論該條適用要件的重要性。因為依照新法，第二十六條所涉及的已經不再是舊法時代的量刑問題（減輕或免除其刑），而是有罪與無罪的巨大區別。本文的另一個重點，就是在探討法律適用者應該如何解釋第二十六條的適用要件，才不至於形成刑事政策上無法忍受的可罰性漏洞（伍）。關於「有無危險」這一個要素，技術上固然可以找到許多不同的判斷標準；但真正的重點——同時也是真正的困難處——並不是在技術上訂出標準，而是要能夠在規範上證立所訂標準的正當性。在進入細節問題的討論之前，不可避免地要從處罰未遂的理由（亦即未遂理論）切入，唯有如此才能對於刑法第二十六條的適用要件訂出一個論理上前後一貫並且合乎事理的判斷標準。我們接著就先來看，為什麼一個沒有引起既遂結果的行為還

---

<sup>3</sup> 在德國文獻上，即便是客觀未遂理論的支持者，也沒有人主張過「所有的」不能未遂均應不罰，充其量只是主張不應處罰其中部分的不能未遂類型（像是絕對不能或是無危險的不能）。要特別注意的是，德國刑法界對於「不能未遂」一詞的理解，要比國內學界所理解的不能未遂來得廣，也包括了部分不能適用特別減免規定的情形；對此詳參閱下文「伍、一」的解說。

<sup>4</sup> 對此參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，輔仁大學法研所碩士論文，頁166以下，1995年。

是應該在刑法上受到處罰。

## 貳、處罰未遂行為的理由

### 一、緣由

先放下刑法上的專業概念（諸如既、未遂等）不談，當我們在考慮要不要處罰一個人時，一個最直接的想法就是先看看他的行為有沒有造成什麼大家所不樂見的結果，也就是完全的以外在世界的變動為導向。如果客觀上發生了一個人們所不樂見的結果，而此一結果與這個人有任何的關聯<sup>5</sup>，就會讓我們產生對之施以制裁的念頭。這就是中世紀時期在歐洲所流行的「結果刑法」（Erfolgsstrafrecht）思維。依此，責任便僅取決於外在可見的結果<sup>6</sup>。而在人們嘗試理性地安排所有的社會制度（包括刑罰制度）後，依結果責任所施加之制裁的正當性便受到質疑，因為這樣的想法會導致人們有時候要為自己無法支配的事件負責。讓行為人對其無法支配的事件受到處罰，充其量只能滿足被害人的情緒，而無法理性地說出這樣的處罰，對於社會的共同生活會產生如何的好處。在確定制裁理性化的大方向後，刑法學界便逐漸地發展出一套歸責體系，像是主觀要件（故意、過失）的提出以及客觀要件的精緻化（例如客

<sup>5</sup> 此處所稱的關聯，並非現今所理解的因果關係或是客觀可歸責性，在當時即便只存在著時間上的偶然連結，亦有可能滿足制裁所必要的條件。對此另可參考黃榮堅，基礎刑法學（上），頁122的說明，2003年。

<sup>6</sup> 參閱Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1980, 2。於日耳曼時代，刑法便是以「結果責任」（Erfolgshaftung）的想法為基礎，從「復仇」的角度來看犯罪行為。而一個以此為本的刑法，在損害結果沒有發生（未遂）的情形，也就不會認為有處罰行為人的理由（詳見E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, 31 ff., 33 f.）。

觀歸責理論)。但是「結果」這一個要素，無論如何還是在通說的整個歸責體系中居於重要的地位<sup>7</sup>。因此便浮現了下一個問題：如果行為人原先想要實現某個結果，但最後這個結果並沒有如其所願地出現時，刑法應該如何反應？對此，刑法學界提出了「未遂犯」這個概念。因為最初學者們只是針對「可能未遂」<sup>8</sup>的情形進行討論，而一般人對於可能未遂的理解是「幾乎就要既遂」<sup>9</sup>，再加上一個犯行是否既遂又常常只是取決於偶然的因素，既然沒有人質疑處罰既遂犯的正當性，隨而也就把可能未遂的處罰視為理所當然，而沒有仔細地去探究處罰的理由。然而，「未遂」這個概念除了包含所謂的可能未遂外，也包含了所謂的不可能未遂（亦即犯行在行為人著手時便已註定不可能既遂，任由行為發展下去，構成要件還是不會實現<sup>10</sup>）這種情形。與可能未遂相較，畢竟不可能未遂乍看之下與既遂沒有什麼關聯，因此是否應對之加以處罰以及處罰或不處罰的理由何在等問題，就顯得特別需要被澄清，也因而引起了學界討論的興趣<sup>11</sup>。簡言之，現今學說上的歸責體系雖然不再採取結果責

<sup>7</sup> 僅參閱林山田，刑法通論（上），頁198以下，2005年；Roxin, AT/1, 2006, 10/88 ff., 96 ff.。關於結果對於犯罪成立的意義以及理論依據，詳見下文「肆、二」。

<sup>8</sup> 也就是德文文獻上所稱的「der taugliche Versuch」。例如，刺客基於殺害的故意用一把已上膛的手槍在射程範圍內對某官員開槍，該官員因為被保鏢及時推開而沒有被擊中，國內文獻向來將此稱為「障礙未遂」。沒有問題的是，德國文獻上所稱的可能未遂一定屬於障礙未遂的範疇；然而如果障礙未遂所指的是所有法律效果為「得按既遂犯之刑減輕」的未遂類型，那麼障礙未遂這個概念除了包含可能未遂之外，就也還涵蓋了部分的不可能未遂類型，亦即也包含了「不能發生犯罪結果但『有』危險的」未遂，詳見下文「伍、一」。

<sup>9</sup> 像是新客觀危險理論論者便將可能未遂稱作「幾乎實現構成要件」（Fast-Tatbestandserfüllung），參照Roxin, FS-Nishihara, 1998, 159。

<sup>10</sup> 見林東茂，月旦法學教室，38期，頁88。

<sup>11</sup> 學界會對於這個問題產生了較大的注意力，應該歸功於德國刑法學者費爾巴哈

任，但是結果這個要素在制裁體系中還是具有一定的意義。因此，處罰一個自始不可能導致結果發生的行為，其正當性就顯得不是那麼地理所當然。基此，刑法學界便開始探究處罰未遂行為的根據，進而提出了各種不同的「未遂理論」（Versuchstheorien）。

## 二、基本立場：客觀思維與主觀思維的角力

現今文獻上的未遂理論，是刑法學界兩百多年來持續討論的成果<sup>12</sup>。總的來說，大致可以分成兩個基本方向<sup>13</sup>，也就是「客觀未遂理論」<sup>14</sup>以及「主觀未遂理論」。首先要注意的是，在未遂的情

---

（Feuerbach）；參閱Frank, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, AT, V. Band, 1908, 243的說明。

<sup>12</sup> 參閱Kratzsch, JA 1983, 424。

<sup>13</sup> 傳統文獻上各種不同的未遂理論，可參照筆者碩士論文「不能未遂之研究」，頁9以下的整理，1995年。為避免重複，本文主要置重於1995年後才問世的新文獻，至於早期文獻上的主張，僅限於與以下之討論有直接關聯者，做盡可能簡要的介紹。

此外，也有部分學者跳脫了傳統主、客觀理論的思維，而從法律關係（Rechtsverhältnis）理論（或稱做「承認關係侵害理論」，Theorie von der Verletzung des Anerkennungsverhältnisses）出發來說明處罰未遂的理由（簡單的介紹可參見Rath, JuS 1998, 1007 ff., 1111 f.; Murmann, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, 5 ff.; NK-Zaczyk, 2005, § 22 Rn. 12; Köhler, AT, 1997, 451 ff.; 詳細的說明則可參見Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 229 ff., 327）。這種立場是在法哲學的層次上，立足於費希特（Fichte）的法律關係理論來論證不法，但因為與德國的現行法明顯不符，並且其中許多的細節問題也尚未完全地釐清，所以在一般刑法文獻上並沒有得到太大的迴響。

<sup>14</sup> 也有學者認為「客觀」理論這樣的用詞有誤導之嫌，因為即便是客觀理論論者也不會否認在未遂的情形必須考慮到主觀的要素，而不可能是主張「純」客觀的判斷（例如Roxin, FS-Nishihara, 1998, 163; ders., AT/2, 2003, 29/26）。有鑑於「客觀理論」在國內文獻上已相當普遍地被使用，為行文方便，以下還是沿用這個傳統稱謂。



形，行為人就是沒有實現既遂犯的不法，粗略地講也就是沒有造成實害<sup>15</sup>，所以無論是客觀理論還是主觀理論，都是從「危險性」來建構處罰的根據<sup>16</sup>，兩者的差別只是在於其所針對的是哪一種危險。客觀理論所針對的，是未遂行為在客觀上所造成的法益侵害危險，換句話說，未遂的行為人在具體個案中雖然沒有造成法益客體的實際侵害，然而卻已經使之受到了威脅，刑法就是因為這一個已經發生的危險事實而應該對行為人施加處罰。這種立場標榜自己是以刑法保護法益的任務作為基本出發點，依此，刑法就只應該處罰那些對於具體之法益客體有所侵害或是造成威脅的行為。相反地，倘若對於那些在客觀上沒有造成任何危險的行為施加刑罰，就會違背刑法保護法益的目的。在這一個大方向下，隨著認定危險之具體標準的不同，可以再區分成「舊客觀理論」與「新客觀理論」。舊客觀理論是從「事後」（ex post）的角度來判斷危險的有無，將不能的情形區分成無危險性的「絕對不能」以及具有危險性的「相對不能」兩者。然而這樣的標準早已被證明無法貫徹，因為純客觀、事後的來看，一個行為之所以沒有既遂，一定是客觀上存在著某些阻礙既遂發生的事實，所以貫徹這一個標準的結果便是：凡未遂，必為不能且無危險<sup>17</sup>。為了避免這樣的結果，客觀未遂理論論者便

<sup>15</sup> 除非遵循極少數學者的說法，把法益理解成「尊重要求」（Achtungsanspruch），那麼在未遂的情形就也存有法益侵害。因為行為人透過他的行為表示了對他人法益的不尊重，侵害到此一尊重要求，所以產生了法益侵害（即便具體的法益客體並無受到實際侵害）。關於此種少數說，參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁47以下的整理，1995年。

<sup>16</sup> 即便是主觀理論所強調的也是危險性，因此文獻上有將之稱為「主觀危險性理論」（die subjektive Gefährlichkeitstheorie），用語參見Maurach/Gössel/Zipf, AT/2, 40/127, 135。

<sup>17</sup> 詳參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁28以下關於德國帝國法院以及部分主觀理論支持者意見的整理，1995年。

嘗試提出新的判斷標準，以保住其著眼於客觀危險性的基本立場，因此出現了新客觀未遂理論。依照新客觀理論，法官應該從「事前」（*ex ante*）的角度來判斷，是否一般人在行為當時會覺得法益客體有被侵害的危險<sup>18</sup>。

上述的兩種（新、舊）客觀理論都是著眼於「已發生」的事實，與此相對的，另外有學者則是把已發生的事實當作一個「未來危險性」的表徵，針對尚未發生的事實立論，認為處罰未遂行為是要讓刑法規範對於「未來」發生作用，也就是著眼於「預防」的效果。預防理論又可分成一般預防<sup>19</sup>與特別預防，與此相應的，這一個以預防作為基本出發點的立場也可以分成兩個方向。首先，純粹的主觀理論便是著眼於特別預防的觀點，把重心放在經由犯罪故意所顯現的主觀之「行為不法」上，認為未遂犯的處罰基礎乃在於行為人犯罪意志的驅動。換句話說，處罰未遂犯的根據就是在於透過未遂行為所顯露的犯罪故意，因為這個犯罪故意表徵了「行為人的危險性」<sup>20</sup>。其次，也有學者折衷了特別預防以及一般預防的

<sup>18</sup> 詳細的內容以及實例，請參閱下文「伍、二、(一)」。國內有少數文獻將新客觀理論列為「主觀、客觀綜合理論」（如潘怡宏，未遂犯之研究，中興大學法研所碩士論文，頁49以下，1997年），然而有鑑於新客觀未遂理論在論證未遂行為的「處罰根據」時，還是主張只應針對客觀的危險，因此通說將之歸類於客觀理論的作法應屬正確。

<sup>19</sup> 在一般預防理論中，又可分為早期德國刑法學者費爾巴哈（Feuerbach）所提出的「消極（負面）的一般預防」（*negative Generalprävention*）以及現今許多學者所採行的「積極（正面）的一般預防」（*positive Generalprävention*）兩者。有鑑於消極的一般預防在現今文獻上幾已無人支持，以下所稱的一般預防，均僅指積極的一般預防。關於積極一般預防的詳細內容，可參閱Jakobs, AT, 1991, 1/4 ff., 9 ff., 14 ff.; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 309 ff.以及NK-Hassemer/Neumann, 2005, Vor § 1 Rn. 288 ff.的說明。

<sup>20</sup> 參閱BT-Drucksache V/4095, S.11; RGSt 1, 439 ff., 440；其他的詳細內容則可參考蔡聖偉，不能未遂之研究，頁18以下，1995年。

觀點<sup>21</sup>，提出了「印象理論」（Eindruckstheorie，又被稱為「主、客觀混合理論」），認為處罰未遂的理由是在於行為人實踐其主觀上與行為規範對立的意志（法敵對意志），進而動搖了一般社會大眾對於法秩序的信賴、破壞了法安定性與法和平<sup>22</sup>。

從上面的介紹可知，這裡涉及到了刑法上的根本難題，也就是「為什麼要對行為人施加刑罰」這個問題。其實我們不只是在未遂的情形會遇到這個難題，同樣的提問也會在處罰既遂行為時出現。只不過在既遂犯的情形，因為客觀上無論如何就已經出現了一個可見的損害結果，所以一般人多半不會去懷疑處罰的正當性。但這並不代表在處罰既遂行為時不需要討論刑罰正當性的問題，不能未遂只不過是把這一個問題拉到檯面上讓大家注意到而已。甚至有學者反而認為應該額外檢驗既遂犯的處罰正當性，因為無論是依照台灣還是德國的刑法規定，既遂犯都可能受到比未遂犯更重的處罰，所以正當性的要求門檻自然也就應該更高<sup>23</sup>。從德國的刑法理論發

<sup>21</sup> 文獻上有認為「立法政策上，只有在特別預防走極端的情況下，才會處罰不能犯」（林東茂，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁7，2005年；並參見同作者，月旦法學教室，38期，頁88），但本文以下將會說明，即便是完全地以「積極之一般預防」為基礎，也可導出不能未遂的可罰性。

<sup>22</sup> 僅參閱Schönke/Schröder/Eser, StGB, Vor § 22 Rn. 22; Jescheck/Weigend, Lb, 1996, 530 f.; Wessels/Beulke, AT, 2004, Rn. 594。

<sup>23</sup> 此為德國學者Freund所提出的看法，見氏著，AT, 1998, 8/11 ff.以及MK-StGB, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 399。要注意的是，這樣的說法當然是立於「既、未遂的處罰根據完全相同」的這個基礎上。相反地，通說則認為處罰既遂犯的根據是客觀上所發生的結果，並且以這一個不同的出發點來批評主觀理論。詳言之，他們認為如果採取主觀理論就會變成「處罰未遂的理由是在於主觀的意志，處罰既遂的理由則是在於客觀上已發生的結果」，因而致使刑法體系被撕裂成兩個獨立且對立的部分，而忽略了未遂通常只是既遂的一個過程階段（亦即既遂的前階段）這一點（Roxin, AT/2, 2003, 29/37；類似的批評，如Weigend, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989,

展史來看，客觀未遂理論於二十世紀初期曾經在學界中居於支配的地位，但是從上個世紀七〇年代以降，隨著德國刑法典的修法，印象理論在文獻上成為通說<sup>24</sup>，因為它可以合理解釋德國現行法上所有關於未遂的相關規定。也正因為如此，印象理論在文獻上才會被稱為「立法者規整計畫的理性重建」<sup>25</sup>。值得注意的是，過去的十年間德國又零星地出現了支持「新客觀危險理論」的聲音，可以算是一陣未遂理論的客觀復古風。他們認為，當未遂行為人透過其行為製造了不受容許的風險時，基於保護法益的觀點，這一個危險性可以直接正當化對該行為所施加的處罰。相反地，對於無危險之未

---

126)。然而認為處罰既遂犯的基礎是在於客觀上已發生的結果這一點，恐怕多少是受到早期以結果為導向的制裁思維（詳見前文「貳、一」），而不見得能夠在規範上被證立，文獻上甚至有將通說的想法稱為「純粹客觀不法概念的過時殘餘物」（Freund, AT, 1998, 2/58; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 296）或者是一個「古代非理性的復仇思維」（Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 1973, 215），另請參見下文「肆、二」的論述。

<sup>24</sup> 例如Wessels/Beulke, AT, 2004, Rn. 594; Kindhäuser, AT, 2005, 30/10; Gropp, AT, 2005, 9/48; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, 2003, Rn. 601; Jäger, AT, 2003, Rn. 285; Schönke/Schröder/Eser, StGB, 2001, Vor § 22 Rn. 22; Rudolphi, in: SK-StGB, Vor § 22 Rn. 14; Joecks, StGB, 2004, Vor § 22 Rn. 13; Kindhäuser, in: LPK-StGB, 2005, Vor §§ 22-24 Rn. 4。此處僅列出2000年後所出版的德國文獻，至於早期採取印象理論的文獻，則見蔡聖偉，不能未遂之研究，頁21以下的整理，1995年。我國文獻中採取印象理論者，則有林山田，刑法通論（上），頁443-444，2005年；黃榮堅，刑法問題與利益思考，頁121以下，1995年；陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，頁245，1995年；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁283，2005年。

<sup>25</sup> 見Schünemann, GA 1986, 311; Weigend, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 121。要特別注意的是，印象理論所處理的是「為什麼要處罰未遂行為」這一個根本問題，而不是要對於其他的個別問題（像是著手的認定、第26條所稱之無危險的判斷）提出任何的具體判斷標準。國內文獻有將印象理論當作一個區分普通未遂與不能未遂的標準（如徐文祥，不能犯之研究，頁80-81，1991年），實屬誤解。

遂行為所施加的處罰則不具備這個正當性；如果對於那些沒有引起客觀危險的行為施予刑罰，將會抵觸法治國原則<sup>26</sup>。依此看法，便應該刪除德國刑法第二十三條第三項（相當於我國刑法舊法第二十六條但書）的規定<sup>27</sup>。我國立法者在本次的修法也是基於同樣的想法而在修法理由中指出：「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。」接下來，我們就來檢討新客觀理論的這種說法是否正確。

### 參、對新客觀未遂理論的評析

客觀未遂理論的說詞，表面上看起來似乎可以與客觀歸責理論的中心思想（風險概念）契合，例如德國刑法學者Roxin就是由其所主張的客觀歸責理論出發，認為刑法只應該處罰具危險性的未遂行為，或者更精確地說，只應該處罰那些製造出不受容許風險的行為，因此只有強調風險製造的客觀未遂理論才較能與此一歸責理論

---

<sup>26</sup> 參閱Malitz, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1998, 162 ff., 198 f.; 與此類似者，如Rudolphi, *FS-Maurach*, 1972, 72。國內文獻也不乏採取此種說法者，如陳子平，*月旦法學雜誌*，93期，頁95、98；同作者，*月旦法學雜誌*，114期，頁26；柯耀程，*洪福增教授紀念專輯*，頁416-428，2003年。

<sup>27</sup> 採此看法者，如Roxin, *ZStW* 116 (2004), 942 f.; ders., *AT/2*, 2003, 29/24; Malitz, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1998, 190 f.。或者像是Roxin在其教科書中所主張的「綜合理論」（*Vereinigungstheorie*），認為必須另從具體之和平干擾的角度將無危險之未遂規定成可罰，然而他也同時強調，特別訂定處罰無危險之未遂的規定只是另一個可能性，而非理論上的必然（參閱氏著，*AT/2*, 2003, 29/19, 24）。關於綜合理論的內容，可以參照蔡聖偉，*不能未遂之研究*，頁23以下，1995年，於此不贅。

的前提契合<sup>28</sup>。但是如果進一步仔細觀察，便可發現這些少數的客觀歸責理論者其實過份高估了客觀歸責理論的射程範圍。簡單的說，他們想要提出一個制裁規範上的新命題，亦即：「只有客觀上發生實害或危險時，刑罰才能被正當化」。然而，用這一個命題來否定無危險之未遂行為的可罰性，本身就欠缺正當性。對此可以分別從兩方面切入觀察、論證：首先，如果我們仔細分析新客觀危險理論的說法，便會驚訝地發現，其實他們到最後所針對的根本已經不再是客觀面「對法益客體」所造成的危險，而是處罰行為人引起「一般人主觀上危險的感覺」。而對於後者，也就是透過這個標準所真正要處罰的情形，他們在理論上反而完全沒有提及，當然也就沒有說明為什麼針對這種情形（引起一般人主觀上危險的感覺）所做的處罰是正當的（詳見下文「一」）。其次，也是最重要的，就是這種看法事實上混淆了兩個不同層次的問題，以致於會把既遂犯與未遂犯的歸責要求混為一談（詳見下文「二」）。

### 一、並非真正考量客觀上的法益危險

如前（貳、二）所述，舊客觀理論是從「事後」的觀點來區分絕對與相對的不能，而這一點在出發點上就犯了致命的錯誤，因為從客觀、事後的觀點來看，所有已發生的事實流程均屬必然，只要是最後沒有既遂（沒有發生法益侵害），客觀上也就不會有危險。為了避免這一個出發點上的偏差，新客觀理論便改從「事前」的角度來認定危險的有無，想藉此避免像舊客觀理論在技術層面就被判出局的結果。然而值得深思的是，採取了這樣的標準後，還能說處罰未遂的根據是在於「客觀上」對於法益客體所產生的危險嗎？舉

<sup>28</sup> 參見Roxin, FS-Nishihara, 1998, 159；類似見解如Weigend, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 127 f.。

例來說，某人死後未閉上雙眼，以致於一般人都會以為其尚存活，行為人亦不知其已死亡而基於殺害的意思對之開槍射擊，依照新客觀理論的說法，因為一般人都不會知道行為人開槍射擊的對象已經死亡，所以在客觀上還是存有對法益客體的危險，還是應該給予行為人普通未遂的處罰<sup>29</sup>。然而這時他們所針對的，嚴格地說來已經不再是客觀上對於法益客體所形成的危險，因為被害人都已經死亡，行為人怎麼還可能「危及」這一個已經不存在的生命法益<sup>30</sup>？說穿了，新客觀理論論者所針對的並不是法益客體的危險，而是未遂行為對於一般人在心理上的干擾。而這種干擾，是由法律適用者所「擬制」出來、在實證上無法確切證實的<sup>31</sup>。姑且不論這樣的說法在相當程度上已經趨近於印象理論的主張，更重要的是，如果新客觀理論一方面主張，處罰未遂行為的正當化基礎是在於行為人的行為「對具體法益客體所造成的客觀危險」，但是在另一方面，依照他們的判斷標準所得出的卻不是行為對於具體法益客體造成危險

<sup>29</sup> 參閱褚劍鴻，政大法學評論，50期，165頁；余振華，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁145，2005年；同作者，刑法深思·深思刑法，頁122，2005年；陳子平，刑法總論（下），頁36，2006年；川端 博（余振華譯），刑法總論二十五講，頁280，1999年。可以想像的是，可能會有其他新客觀理論的支持者在這個例子中否定危險性的存在，但這正好再次地證實了本文以下從技術層面對新客觀理論的事前判斷標準所做的批評：判斷結果取決於法律適用者的恣意而無法擔保法安定性；對此詳見下文「伍、二、(ㄐ)」的整理與分析。

<sup>30</sup> 德國學者Frank早在約一百年前就已經明白指出這一點，參閱氏著，Vollendung und Versuch, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, AT, V. Band, 1908, 249以及同作者，StGB, 1931, 89。國內持相同見解者，如黃榮堅，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁69註27：「既然要以不完整的資訊做為判斷基準，那麼（姑且不論其資訊範圍大小設定的問題）還能自稱『客觀』嗎？」，2005年。

<sup>31</sup> 就此點而言，印象理論也會遇到相同的問題，詳見下文「肆、一」的說明。

的情形，那麼這個理論在規範上所提出的正當化論證自然也就等於白提。相反的，對於他們真正要處罰的對象（也就是行為對於社會上一般人所引起的法和平干擾）反而完全沒有提出任何正當化的說明，因為這個理論的支持者還一直以為，依照他們提出的標準所得出的是對於具體法益客體所形成的危險。抽象地說，就是不能一方面主張只有對A的處罰才具有正當性，但另一方面卻訂定出一個會得出B的判斷標準。

最後，我們可以再舉一個更極端的例子，來凸顯「未遂行為的處罰根據不會是在於其對法益客體所造成的客觀危險」這一點：假設行為人某甲躲在樹叢裡想暗殺被害人某乙，未料其技術不佳而未射中乙，反而擊中了在一旁同樣準備殺害乙的另一名刺客某丙。在這個例子中，即便是客觀危險性理論的支持者也不會反對甲應對某乙負殺人未遂的責任<sup>32</sup>。然而純從客觀面來看，某甲的行為在這一具體個案中反而是保全了被害人某乙的生命法益，倘若還堅持行為人無論如何都要負殺人未遂的責任，如何還能說處罰未遂的理由是在於對法益客體的危害？<sup>33</sup>

<sup>32</sup> 除非是同時採取純粹的客觀不法理論，而主張「偶然防衛」的情形也可以阻卻違法。然而這種看法在現今文獻上已經無人採取，即便是客觀未遂理論的支持者，也都承認主觀正當化要素（如防衛意思）的必要；例如陳子平，刑法總論（上），頁236-238，2005年；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁150，2004年；余振華，刑法違法性理論，頁310-311，2001年。

<sup>33</sup> 可能有人會說，在這裡還是可以基於客觀危險來建立行為人未遂的責任，因為行為人（甲）開槍所射出的子彈從乙身旁飛過，所以對於乙的生命有所危害。然而純客觀的看，甲的行為就是無可否認地保全了乙的生命，因此把「子彈從乙身旁飛過」這一點從整體客觀事實切割出來單獨評價，並沒有任何意義。如果把這個例子改成行為人沒有殺害乙的意思，而是為了保全乙的生命才對丙開槍射擊，相信絕對不會有人還要把子彈從乙身旁飛過所造成的危險拿出來單獨評價。這種情形的客觀事實與原例中的客觀事實完全相同，差別只是在於行為人的主觀面。由此可知，影響未遂責任存否的關鍵一定是在於行為人主觀上的



## 二、混淆行為規範與制裁規範的正當性論證層次

其次，也是更重要的，就是客觀理論將兩個不同層次的問題混為一談。「對於一個沒有製造（不受容許之）風險的行為所施加的刑罰不具正當性」這句話是對是錯，要看是在哪一個層次的討論。只有所指的是對於既遂行為的處罰時，這句話才有其正當性。詳言之，當我們在制訂某一個犯罪類型的歸責標準（構成要件）時，都是針對「既遂」的情形在構思，所要考慮的是「合比例的犯罪化」。而在訂出歸責標準（也就是個別的犯罪類型）後，接下來要處理的才是「是否（或是為什麼）也要罰及未遂（亦即歸責標準沒有被完全實現）的情形」這一個問題，這是兩個不同層次的思考。否則若是依照客觀理論的思維，我們甚至也可以從「刑法不能處罰沒有造成法益影響的行為類型」和「不能處罰與結果的發生之間不具因果關連的行為」這兩句原本正確的陳述，分別導出「只要行為沒有既遂，行為人就不應該受處罰」以及「當行為與發生的結果間欠缺因果關係時<sup>34</sup>，行為人無須負未遂的責任」這些錯誤的結論。對此，我們接下來再試著用法理論中行為規範與制裁規範的概念來說明，應該可以更清楚地看出客觀未遂理論的問題究竟在哪裡。

在刑法分則中，每一個規定犯罪類型的條文都可以分成兩部分，也就是「構成要件」與「法律效果」（刑罰）。前者是要將犯罪類型的輪廓勾畫出來，讓法律適用者在認定是否發生了該條所要制裁的犯罪行為時，有可供判斷的標準。一旦構成要件被實現，就表示了這一個構成要件所要保護的「行為規範」（Verhal-

---

意向，而非所謂的客觀危險。

<sup>34</sup> 例如行為人基於殺害的意思，在被害人的食物中加入致命的劇毒，而被害人在其毒發之前，就因為交通事故而死亡。在這個例子中，應該不會有人否定行為人的未遂責任。

tensnorm) 被牴觸。舉例來說，當行為人故意殺死了被害人時，他除了實現了刑法第二七一條第一項的構成要件外，也牴觸了這個條文背後「不可殺害他人」<sup>35</sup>的這一個行為規範。而在行為規範被牴觸（也就是構成要件被實現）時，法官就必須適用此一條文的第二部分，也就是「制裁規範」（Sanktionsnorm），對行為人施加該條所預定的法律效果（刑罰）。在探究刑法的正當性基礎時，也應該要分成「行為規範」的正當性以及「制裁規範」的正當性這兩個層次來論證。行為規範是用來禁止或是要求（誡命）一個人類的特定行止，而制裁規範則是在保障行為規範的效力（Geltungskraft）<sup>36</sup>；前者的正當化基礎是在於「合比例的法益保護」，後者的正當化基礎則是在於「刑罰的意義」<sup>37</sup>。首先，在設定行為規範（也就是刑事立法）的層次，當立法者要制訂任何一個歸責標準（法定構成要件）時，除了要考慮到透過這個規範所要維護的利益是否正當（亦即是否可被承認為刑法上的法益）外，還必須考慮到法治國原則（尤其是比例原則、過度禁止原則）的限制<sup>38</sup>，才能劃出一條在法

<sup>35</sup> 一般都是以「不可殺害他人」這個陳述來表明殺人罪所要維護的行為規範，必須要注意的是，這只是一個簡化的說法。如果表達的更精確些，那麼殺人罪所要維護的行為規範就應該是「不可以透過『可歸責』的方式引起他人的死亡」。

<sup>36</sup> 參見Freund, AT, 1998, 1/8 f.; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 64 ff., 134 ff.。關於規範理論上行為規範與制裁規範的概念，另可參考Vogel, Juristische Methodik, 1998, 73 f.; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, 59 ff. 以及許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，載於蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集（民主·人權·正義），頁392以下。

<sup>37</sup> 參閱Kindhäuser, AT, 2005, 2/6 ff.。甚至有德國學者將「被牴觸之行為規範的效力」（die Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm）稱作是制裁規範所要保護的「法益」，例如MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 64 ff., 136。

<sup>38</sup> 關於行為規範正當性的論述，詳可參閱Freund, AT, 1998, 2/10 ff., 16 ff., 23 ff.; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 134 ff.。這其實就是一般文獻上所稱的刑事

治國中具正當性的可罰性界線。簡單的說，立法者必須在利益保護以及一般人的行為自由間，找出一個大家能夠接受的平衡點。學說上所補充的不成文之構成要件要素，例如不受容許的風險製造等，也是基於相同的考量。而修法理由中所提到的「刑法謙抑原則」的主要的著力點，也同樣是在這個層次。前面所提到的「刑法不能處罰沒有造成法益影響的行為類型」這句話，所針對的也是行為規範的設定，所指的是：刑事立法者不可以將不會造成任何利益影響的行為類型恣意地犯罪化。隨而「處罰一個沒有製造不受容許之風險的行為不具正當性」這句話，也只有在這一個層次才是正確的，才是有意義的。然而這裡所針對的都是既遂犯的情形，在我們對於既遂犯訂出完整的歸責標準（構成要件）後，才會出現下一個層次的問題：究竟是應該只處罰既遂（歸責標準在客觀上被完全實現）的情形，還是在未遂的情形也要對行為人施加刑罰？但是這個提問就已經和行為規範的設定無關，而是進入了「制裁規範」正當性基礎的論證層次。與設定行為規範的層次不同地，在制裁規範的層次所涉及的是「刑罰的意義」這個問題，亦即事後處罰行為人如何能夠和刑法保護法益的基本目的有所關連？換句話說，如何透過對行為人過去之犯行施加處罰來達到保護法益的目的？只有在這個層次中，才會牽涉到處罰未遂行為的理論根據。而「對於一個沒有製造不受容許之風險的行為所施加的處罰不具正當性」這句話，在這個層次並沒有任何的意義，因為它是針對行為規範的設定所提出，而不是在處理制裁規範的問題<sup>39</sup>。有鑑於未遂犯的處罰涉及到制裁規

---

立法的限制與原則，關於刑事立法原則，另可參閱Günther, JuS 1978, 8 ff.; Rudolphi, in: SK-StGB, Vor § 1 Rn. 12 ff.; Krey, AT/1, 2004, Rn. 14 ff.。

<sup>39</sup> 同樣的道理，我們也不能從「刑法上的不法是對法益的影響，亦即法益的侵害或是危險」這一句關於行為規範的陳述，導出制裁規範上「不應該處罰無危險的未遂行為」的結論。

範的問題，有必要再多花一些篇幅說明制裁規範的正當性基礎。

#### 肆、制裁規範的正當性基礎：目的理性之法益保護

在一個法治國家中，國家只能在一定的條件下，透過國家高權的力量去介入個人的基本權領域。而「刑罰」又是國家對於人民所能科處各種措施中，最嚴厲的一種，是對於憲法保障的人民基本權最強烈的侵害。因此，對於其他國家公權力影響基本權的情形所提出的正當性條件或限制，對於刑法當然應該更有其適用<sup>40</sup>。依此，則國家的刑罰措施就只有在「合乎國家目的」的範圍內才是受允許的<sup>41</sup>；易言之，刑罰的使用必須要能夠透過國家的任務來目的理性地（*zweckrational*）正當化，而這一個任務就是「法益保護」（*Rechtsgüterschutz*）<sup>42</sup>。客觀未遂理論的重要主張之一，就是「只有採取客觀未遂理論才能符合刑法保護法益的目的設定」<sup>43</sup>。先且不論這個看似理所當然的說法——如前面「參、二」所分析的——實際上是把不同層次的問題做了錯誤的連結，在這裡所要處理的是一個更重要的問題，也就是：如何透過刑法來保護法益？

<sup>40</sup> 參閱Rudolphi, in: SK-StGB, Vor § 1 Rn. 1 ff., 12 ff.; MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 34 ff.。

<sup>41</sup> Freund, AT, 1998, 1/1 f.

<sup>42</sup> 依照我國及德國通說的看法，刑法的任務在於保護法益；僅參閱Wessels/Beulke, AT, Rn. 6 ff.; Rudolphi, in: SK-StGB, Vor § 1 Rn. 2以及林山田，刑法通論（上），頁50-51，2005年。

<sup>43</sup> 立法者在本次修法的理由中也提到：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。

## 一、從刑法保護法益的基本任務觀察

「法益保護」這個刑法上的核心思維，不僅只是在論證「行為規範」正當性的層次扮演了重要的角色，即使是在論證「制裁規範」正當性的層次，也有其重要性。只不過同樣的概念，在不同的層次有其不同的施力面向：一者重在實質層面；另一則重在技術層面。詳言之，在證立行為規範的正當性時，所要考慮的是某一個特定法益的實質、具體內容（見上文「參、二」）；與此相對的，在證立制裁規範正當性的層次，則不是要去考量任何一個具體法益的實質內容，而是抽象地從技術的角度切入，探討「如何建立刑罰的施予和法益保護兩者間的技術關聯」這一個問題。接下來要進一步說明，在技術上，國家如何透過「施加刑罰」這個手段來實現其保護法益的任務。

### (一) 針對過去已發生的事實？

首先可以確定的是，對於過去已經發生的案件來說，刑法的制裁無論如何都是晚了一步，而無法回溯地發生任何的作用。詳言之，在行為人將被害人殺死的情形，具體個案中被害人的生命法益已經被完全的侵害；對於這個已經被摧毀的法益客體而言，刑法事後對行為人所為的制裁無論如何都是太遲了。換句話說，如果只著眼於已發生之具體個案中被攻擊的法益客體，那麼在我們對殺人者施以刑罰時，根本已經沒有可供保護的法益，透過處罰也不可能讓這一個被害人（被攻擊的法益客體）再度復活。而在被害人幸運地沒被殺死（殺人未遂）的情形，被害人的法益也不是因為刑法事後會對行為人施加制裁才沒受到侵害，而是因為事實上的偶然因素。由此看來，對於已經發生的個案來說，無論是在既遂或是未遂的情形，刑法事後對於行為人所做的制裁可以說是與法益保護完全沒有關連。倘若只針對過去已經發生的事實，勢必就無法理性地說明制

裁規範的正當性。在文獻上對於「刑罰之意義」所提出的各種「刑罰理論」(Straftheorien)<sup>44</sup>中，應報理論(Vergeltungstheorie)便是僅著眼於過去已經發生的事實(既存的惡害)。姑且不論應報理論其他內容上受到的質疑，像是「刑罰的施加是否真的可以抵銷不法」<sup>45</sup>以及「實現這種形上學的正義是否還可以算是現代世俗法治國家的任務」<sup>46</sup>等問題，如果真的要貫徹應報理論的主張，如果只看過去已發生的惡害來決定刑罰的發動與否，便會因為未遂行為並沒有引起法益侵害的結果，而必須放棄對於未遂行為的處罰<sup>47</sup>。當然可能會有人一方面想保住應報的基本立場，但另一方面又想肯定未遂的可罰性，進而主張未遂行為在客觀上對於法益客體所引起的「危險」也是一種惡害，因此還是可以基於應報的觀點針對這個惡害(危險)來處罰未遂行為，而這也正是客觀未遂理論的說法。然而有疑問的是，要如何對於這種「惡害」進行應報式的處罰？如何對於一個危險狀態進行「同害報復」？再者，應報的對象是什麼？要如何確定？從事後(舊客觀理論)的角度來看，所有最後沒有既遂的行為都是沒有危險，所以在未遂的情形根本不存在任何可供應報的對象。而依照新客觀理論的事前標準，未遂行為所引起的也不再是客觀上對於法益客體的危險，而是未遂行為對於社會上一般人

<sup>44</sup> 關於刑罰理論的介紹，可參閱Roxin, AT/1, 2006, 3/1 ff.; 林山田，刑法通論(下)，頁383以下，2005年。

<sup>45</sup> 此一質疑出自Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 515。

<sup>46</sup> 文獻上有指出，應報理論強調正義的想法與時下對於國家角色的理解不再相符。易言之，實現(絕對的)正義，並不是現代法治國的任務，毋寧國家只能為了保護社會利益而施用刑罰，對此參閱Küpper, Richtiges Strafen, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, 11 (2003), 56。

<sup>47</sup> 此點參見Kindhäuser, in: Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 30。

所造成的心理干擾（詳見上文「參、一」的分析）；這種干擾純粹出於臆測，是否能以此作為處罰一個人的根據，非常值得懷疑。更重要的是，如果只針對過去的事實，根本沒辦法說明，對行為人施予刑罰是如何能夠與保護法益這個目的有所關聯。因此，靠「應報」的想法是無法理性地證立制裁規範的正當性。如果一定要將刑罰的意義理解成純粹的應報，那麼就必須要賦予刑法不同於法益保護的其他任務（例如正義的實現）。但如此一來，所要面對的就是「如何正當化此一任務」這個更難解的問題。簡單地說，想要用應報來正當化刑罰的人必須要能夠解釋，為什麼這個世界在額外地多經歷了一次（對於行為人的）侵害後，反而會變得更好。如果脫離宗教或是形上學的世界觀，並且又不能援用刑罰對於未來所產生的預防效果，勢必就無法理性地回答這個問題<sup>48</sup>。

### （二）對於未來發揮作用：以積極之一般預防為導向的法益保護

綜上所述可知，如果想要讓刑法能夠達到保護法益的效果，就只能讓刑法針對未來的、尚未發生的事件發揮作用；只有透過刑罰對未來產生預防的效果，才能達到保護法益的目的<sup>49</sup>。正如拉丁法諺所云：「一個理性的人，不會只為了過去的罪惡處罰他人，而是要透過處罰讓未來不會再發生罪惡。」<sup>50</sup>簡單的說，無論是針對既遂犯還是未遂犯的處罰，施用刑罰的正當性都必須立於一個刑事政策上可理性證立的觀點之上<sup>51</sup>，這個觀點就是「以積極之一般預防為導向的法益保護」。依照積極之一般預防的觀點來看，犯罪行為

<sup>48</sup> 詳參閱NK-Hassemer/Neumann, 2005, Vor § 1 Rn. 104。

<sup>49</sup> 另可參閱Freund, AT, 1998, 1/5 f.; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 34 ff., 63 ff.。

<sup>50</sup> 參見Hassemer, Freiheitliches Strafrecht, 2001, 103。

<sup>51</sup> Kindhäuser, in: Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 29.

就是對於規範效用的質疑（eine Infragestellung der Normgeltung），是一種精神上對規範效用的攻擊<sup>52</sup>。而對於犯罪行為所施加的制裁，則是精神上對於犯罪行為做出否定的評價，目的在於重建被干擾的法秩序（Wiederherstellung der Rechtsordnung）。亦即，刑罰的功能是在於，透過對於已發生的規範破壞施加非難，藉此來重建被干擾的法和平（Rechtsfrieden）<sup>53</sup>，這就是刑罰的「溝通」機能（die kommunikative Funktion）<sup>54</sup>。詳言之，立法者透過法秩序，把社會共同生活所必要的應然狀態規定出來（行為規範的設定），刑法作為法秩序的一環，就是要在犯罪行為發生（亦即行為規範遭行為人抵觸）後，透過對於行為人的制裁來重建遭到破壞的法秩序。因此，刑罰的任務可以說就是在於，證實那些被不法行為所質疑的規範，透過刑罰來宣示這些規範是一如以往地有效並且應該被維持<sup>55</sup>，藉此來穩固一般人對於法秩序的信賴、保障對於交互遵守行為規範的期待<sup>56</sup>。只有當法規範成為社會生活中相互影響的行為動機時，法規範才會成為實際，才會變成一般社會成員的行事準則<sup>57</sup>。而這一個目標也只有當法秩序會自行排除規範破壞時，也就是立法者於行為規範之外還另設有制裁規範時，才有可能實現。然而法秩序的存在並非自我目的，維持、穩固法秩序還是為了

<sup>52</sup> 參閱MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 65。

<sup>53</sup> 對此參閱Freund, AT, 1998, 1/10; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 3, 34 ff., 64 ff., 400 f., 另參見Jakobs, AT, 1991, 1/9。

<sup>54</sup> 參見NK-Hassemer/Neumann, 2005, Vor § 1 Rn. 105。

<sup>55</sup> 參閱Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 515; Jakobs, AT, 1991, 1/9 ff.。

<sup>56</sup> 參閱Kindhäuser, AT, 2005, 2/14 f., 30/10; Jakobs, AT, 1991, 1/6, 11。

<sup>57</sup> 參閱Jakobs, AT, 1991, 1/4 f.; Kindhäuser, in: Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 35。



預防未來發生法益侵害的事件<sup>58</sup>，亦即到頭來還是以保護法益為目的。所以我們可以說，制裁規範的正當性基礎是在於「技術層面的法益保護」。

從上述的基礎來看，當行為人著手於犯罪行為的實行時，無論最後結果有沒有發生，就都已經牴觸了行為規範。因此對於未遂行為施加處罰的根據，和處罰既遂行為的理由其實並沒有不同<sup>59</sup>，都是在於（以積極的一般預防為導向的）法益保護，兩種處罰都是為了排除規範效用的損害，而對於規範破壞做出適當的反應<sup>60</sup>。其次，既然刑法保護法益的這個基本任務讓我們只能著眼於刑罰對於未來的預防作用，那麼這個處罰的理由也就同樣地存在於所有的不能未遂（當然也包括出於重大無知而不能的情形），因為不能未遂的行為人同樣也危害了行為規範的效用<sup>61</sup>。從刑法在現實上可能的機制來看，所謂預防未來的法益侵害事件，誠如黃榮堅教授所指出的，核心意義指的就是「未遂之行為模式對於未來的危險」。而未來危險的依據，不一定是過去客觀上的危險行為，行為人過去客觀

---

<sup>58</sup> 相同見解如Freund, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, 43 ff., 55 ff., 73 ff.。

<sup>59</sup> 在文獻上越來越多人主張既遂與未遂具有相同的處罰理由，例如黃榮堅，刑法爭議問題研究，頁249，1998年；同作者，基礎刑法學（下），頁9以及頁104以下，2003年；Freund, AT, 1998, 8/11; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 398, 400 f.; Herzberg, GA 2001, S. 263 f.; MK-Herzberg, 2005, § 22 Rn. 4 ff., 6, 8; Bloy, ZStW 113 (2001), 82; Rath, JuS 1998, S. 1008 f.; Krey, AT/2, 2005, Rn. 402。

<sup>60</sup> 參閱Freund, AT, 1998, 8/11。但這並不必然導致「所有的未遂都必須得到與既遂同樣重之處罰」的結果，詳見下述「肆、二」（結果要素在刑法制裁體系中的意義）。

<sup>61</sup> 參閱MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 52, 402。

上絕對沒有危險的行為，也可以是未來危險的依據<sup>62</sup>。一個已經過去的未遂，雖然現實上（事後判斷）總有其不能達於既遂的原因，但是這些不能達於既遂的事實原因多半不是一般人在行為時所能認知或掌控的。這樣的行為模式如果重演，在不同的時空背景下，誰也無法保證下一次的法益不會被侵害。刑法不能把人們的法益當作輪盤上的賭注，因此刑法處罰未遂犯，是刑罰與法益保護間的技術關係<sup>63</sup>。

這樣的說法與德國通說所採的印象理論雖然類似（因為印象理論也考量到積極的一般預防），然而兩者仍然有所不同。印象理論在處理未遂行為的處罰根據時，求諸於未遂行為在社會心理上的作用（*die sozialpsychologische Wirkung*），以致於被批評為欠缺實證的基礎<sup>64</sup>，或者是認為到頭來只是取決於審理法官的印象，而非印象理論所主張的「對於社會一般大眾的影響」<sup>65</sup>。正是在這一點上，上述的說法會比印象理論穩當。事實上，我們根本沒有必要迂迴地透過犯行對於外在法和平的實際影響來證立制裁規範的正當性。在任何一個法社會中，如果想要貫徹法規範、維持法秩序，就無論如何必須在規範上設定一個自我實現、自我保護的基本態度；亦即當行為規範被違犯時，便必然形成了規範破壞，因此必須要透過制裁規範的適用來穩固行為規範的效力。如果刑法不處罰未遂行

---

<sup>62</sup> 黃榮堅，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁67，2005年。

<sup>63</sup> 參見黃榮堅，前註所引出處；同作者，基礎刑法學（上），頁122-123以及（下），頁9-10，2003年。

<sup>64</sup> 如Weigend, in: *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, 123。

<sup>65</sup> 如Baumann/Weber, AT, 1985, 471。就此點而言，印象理論與新客觀未遂理論都面臨了同樣的問題。

為，後果便是使得行為規範的訴求與效力被相對化<sup>66</sup>。換句話說，重點不是在於未遂行為對社會大眾心理上所產生的實際影響，而是法規維持自身效用所必要的基本態度。至於文獻上批評「印象理論所提出的處罰理由並非是未遂所獨有，而是所有犯罪行為（包括既遂犯）所共通的」<sup>67</sup>這一點，則只有當我們認為處罰既遂犯的理由是在於客觀上所造成的結果時，才能算是批評。然而如前所述地，既遂與未遂的處罰根據都是在於「以積極之一般預防為導向的法益保護」，因此前述的批評就不再是個有效攻擊。最後，德國學者Hirsch把對於無危險的未遂行為所施加的處罰斥為意念刑法（Gesinnungsstrafrecht）<sup>68</sup>的說法也是有所誤會，就連同樣是客觀理論陣營的Roxin也對此表示反對。因為即便是承認無危險之未遂行為的可罰性，也還是會要求行為人必須進入著手實行的階段，亦即行為人必須已經將其犯罪的意思透過其行為付諸實行<sup>69</sup>，所以即便是對於無危險的未遂行為施加處罰，刑法無論如何都還是在處罰行為人在客觀上所做的行為，而不是單純地處罰其主觀上（尚未被付諸實行）的意念。

<sup>66</sup> 類似的說法，見黃榮堅，刑法爭議問題研究，頁246-247，1998年；同作者，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁67-70，2005年。

<sup>67</sup> 例如Hirsch, FS-Roxin, 2001, 714; ders., GS-Vogler, 2004, 32; Roxin, FS-Nishihara, 1998, 170。

<sup>68</sup> 參照Hirsch, FS-Roxin, 2001, 722 ff.; ders., GS-Vogler, 2004, 36, 42 f., 48；說法類似但較保守者，如Malitz, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1998, 157。國內文獻中採此看法者，則如鄭逸哲，構成要件理論與構成要件適用，頁448，2004年。

<sup>69</sup> 參照Roxin, FS-Nishihara, 1998, 159; ders., AT/2, 2003, 29/18。

## 二、結果要素在刑法制裁體系中的意義

依照本文的看法，既遂犯與未遂犯的處罰根據是相同的，那麼接下來必須要處理的另一個問題就是：為什麼法律上對於未遂犯的效果是規定為「得按既遂犯之刑減輕之」（刑法第二十五條第二項後段）？換句話說，為什麼未遂犯還能享有減輕處罰的可能性？這裡就涉及到「結果要素在整個刑法體系中應具何種意義」這個問題。

從實際面來看，法規範所能禁止或是影響（亦即引導、控制）的，永遠只是行為人的「行為」；至於緊接於行為之後所發生的因果流程與結果，則是受到自然法則的支配，而不再是法律規範（行為規範）所能禁止或影響的<sup>70</sup>。用比喻的方式來說，法律只能夠禁止一個人開槍，而沒有辦法阻止已經被擊發的子彈繼續前進、沒有辦法阻止它擊中被害人<sup>71</sup>。法規範只能夠在行為當時發揮作用，至於行為後的事件進展，就只受制於自然界的因果法則，人類社會的規範就不再能夠對之產生任何的影響。因此，一個行為的不法要素應該是在行為當時便已經被確定；至於行為後才發生的事實（因果流程以及隨後被引起的結果）則不再是屬於行為規範的對象<sup>72</sup>，而

<sup>70</sup> 對此參閱Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl., 1996, 348, 356 ff., 362, 365; 同作者, *Rechtsphilosophie*, 2003, 22 f.。將此種思維運用在刑法上者，如Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, 1973, 138; Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, 76 f. Fn. 90; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 296 ff.。

<sup>71</sup> 參照Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 1996, 357, 362.。

<sup>72</sup> 參閱Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit*, 1996, 357, 362; Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, 59 ff., 68 f., 75 ff.。

是被偶然的自然因素所左右<sup>73</sup>。這一點也再次印證了前文（肆、一）所提出的主張：處罰未遂與處罰既遂的根據是相同的。因為無論是在既遂或是在未遂的情形，行為人於行為（著手）當時都是作了一個違背行為規範的決定；兩者的差別只是在於，著手後既遂的結果是否在客觀上出現。而這一個結果要素在刑法體系中的意義，則是涉及到「制裁需求性」（Sanktionsbedürftigkeit）的問題，還是必須從「積極之一般預防」的角度來觀察：

當結果已經在客觀上發生時，刑罰的使用（制裁規範的適用）就特別顯得可以被正當化<sup>74</sup>，因為法和平被動搖的程度以及行為所引起的公憤與不安定，相當的程度上是取決於行為的後果。對於行為規範而言，在結果已發生的情形通常會傳達一個更嚴重的效用損害，法和平被干擾的程度以及規範受到的質疑通常會比較強烈且更為持久，對於一個意在重建法和平以及維護法秩序效用的刑法而言，不能置此一事實於不顧<sup>75</sup>。換句話說，為了重建法和平，為了證實規範的效用以達到未來保護法益的目的，法規範不能完全不考慮規範破壞在外在世界上不同程度的顯現<sup>76</sup>。既然結果的發生會提高制裁需求性、會強化動用刑罰的正當性，那麼國家對於較強烈的效用侵害，自然也就應該投入較重的制裁來反應<sup>77</sup>。對此，可以參

<sup>73</sup> 目的行為理論論者Zielinski極力主張此一看法，並進而於其博士論文中提出「結果並非不法的成分，而只是影響刑罰需求性的事實」的立場，參閱氏著，Handlungs- und Erfolgsunwert, 1973, 128 ff., 205 ff., 309。

<sup>74</sup> 參見Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 516。

<sup>75</sup> 參閱Timpe, Strafmilderungen, 1983, 99 f.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 516 f。

<sup>76</sup> Freund, AT, 1998, 2/60。這一點在過失犯的情形尤其明顯，詳參閱Roxin, AT/1, 2006, 10/100。

<sup>77</sup> 參見Timpe, Strafmilderungen, 1983, 100；對此可另參閱Zielinski, Handlungs-

考黃榮堅教授的說明：既遂犯相對於未遂犯，在社會大眾心目中已有所區別，當利益侵害的結果已經活生生的呈現在多數人的眼前時，例如被害人被殺死，自然會給人較深刻的印象，因為至少在面對一個被害人橫死的場景，人類心理上會有相當明顯的觸動。因此對於產生實害之行為，國家刑法的放縱在一般人心理上的效用是一個容許侵害行為的強烈表意，此一表意可能的結果是人們的模仿以及更多的法益侵害；與此相對地，人們對於沒有結果的行為負面意識較低，基於制裁需求性（也就是刑罰必要程度）的考量，法律對於既遂犯與未遂犯也必須保留區別處理的空間<sup>78</sup>。

綜上所述，當行為人在客觀上引起了一個行為規範所要避免的損害時，必然會對於他自己（違反規範者）形成額外的不利負擔<sup>79</sup>，因此對於既遂行為所施加的處罰可以比對於未遂行為所做的處罰來得重。然而並不是每一個未遂行為的處罰都應該要比對既遂行為的處罰輕<sup>80</sup>，如果犯行的既遂只是偶然地被阻止，例如被殺成重傷的被害人只是被偶然路過的熱心路人送醫急救而存活下來，那

---

und Erfolgsunwert, 1973, 207 ff., 214 ff.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 517的說明。

<sup>78</sup> 參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），頁126、142，2003年；同作者，基礎刑法學（下），頁58-59、106以下，2003年。關於未遂犯的一般量刑問題，可參閱 Timpe, Strafmilderungen, 1983, 91 f.的詳細分析。

<sup>79</sup> 見Freund, AT, 1998, 2/47。

<sup>80</sup> 相反的，如果採取傳統的客觀未遂理論，把處罰未遂的理由完全地置於客觀面，那麼未遂犯的法律效果就應該是「必減」而非「得減」。理由很簡單，純客觀的來看，單純的「危險」是不可能等同於「實害」的。對此可參閱 Weigend, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 113 f.; 陳子平，台灣本土法學雜誌，45期，頁80；同作者，月旦法學雜誌，93期，頁94；余振華，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁129，2005年（然而須注意的是，余教授又於該書頁477-478主張現行法未遂「得減輕」的規定與客觀未遂理論相符）。

麼就沒有減輕處罰的理由，因為去除這種偶然的作用正是行為規範的意義所在<sup>81</sup>。

## 伍、新法適用建議

以下，本文便嘗試在前面的討論基礎上，檢討目前文獻上所有對於刑法第二十六條之適用要件所提出的各種判斷標準，最後並嘗試提出適用的建議，以供實務界日後在適用本條規定時參考之用。在進入具體標準的檢討之前，必須要先解決一個前提問題，亦即：立法者在第二十六條中所稱的「不能發生犯罪結果」以及「無危險」這兩者，究竟應該是同義反覆還是兩個獨立的要件？

### 一、「不能」與「無危險」：同義反覆抑或兩個獨立的要件？

早在修法前，舊法第二十六條但書中便將「不能發生犯罪結果」以及「無危險」兩者並列。純從字義上來看，無論是新法還是舊法的規定，立法者都是用「又」來連結此二者，因此在邏輯上，該條適用的前提很清楚的是「並言連接」而非「選言連接」<sup>82</sup>。依此，只有當一個行為同時符合這兩個要件時，亦即只有在「無危險之不能未遂」的情形，才會引起該條所規定的法律效果。與此相對地，國內文獻則向來將「不能發生犯罪之結果」與「無危險」兩者視為同義反覆，並且認為「不能未遂」一詞所指的對象就是修法前第二十六條但書所規定的「必減免之未遂」<sup>83</sup>。接下來，就從比較

<sup>81</sup> 參閱Freund, AT, 2/60；類似的主張，見黃榮堅，基礎刑法學（下），頁58，2003年。

<sup>82</sup> 亦即並非「A『或』B」這種「構成要件選擇要素」（Tatbestandsalternativen）的立法形式。

<sup>83</sup> 例如甘添貴，月旦法學雜誌，77期，頁15；同作者，刑法總則修正重點評述，

法、未遂理論的發展史以及事理的角度來探究我國刑法第二十六條的用語是否正確<sup>84</sup>。

#### (一)德國刑法界所理解的「不能未遂」

首先，從比較法制的觀點來看，我國刑法第二十六條的條文結構與德國現行刑法第二十三條第三項的規定結構可說是完全相同<sup>85</sup>。換句話說，德國刑法第二十三條第三項也含有兩個適用的要

---

頁20；黃常仁，刑法總論，頁169，2001年；以及鄭善印，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，頁281，2001年。實質上亦同此者，如林山田，刑法通論(上)，頁479以下，2005年，頁490-491。此外，實務界雖然囿於實定法規定而將「不能」與「無危險」兩者並列，但實際上則是將此兩者合為一個要素來說明、判斷，參見最高法院70年台上字第7323號判例、83年台上字第1671號判決、93年台上字第4811號判決。學界說法亦同，參見褚劍鴻，政大法學評論，50期，頁163；許玉秀，台灣本土法學雜誌，8期，頁130；余振華，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁131、136-137、143，2005年；同作者，刑法深思·深思刑法，頁106以下，2005年；劉幸義，月旦法學雜誌，123期，頁38；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁233-234，2004年。

<sup>84</sup> 在這裡還有一個必須澄清的小問題，國內有文獻主張：不能犯祇發生於結果犯，倘非結果犯，則結果之有無並非犯罪之要件，故不發生不能犯之問題（蔡墩銘，刑法精義，頁292，2005年；柯耀程，洪福增教授紀念專輯，頁399，2003年）。然而如此理解第26條「不能發生犯罪結果」這個要素顯屬過於狹隘，事實上這裡所指的應該是「不能發生『既遂』的結果」，因此第26條並不限於結果犯的類型，而是於行為犯（舉動犯）的情形也有適用的餘地。相同見解者，如甘添貴，蘇俊雄教授祝壽論文集（自由·責任·法），頁20，2005年。

<sup>85</sup> 依照德國刑法第23條第3項的規定，倘若行為人基於重大無知而未認知其未遂行為之對象種類或者是所違犯的方法根本不能達於既遂者，法院得免除其刑或依裁量減輕其刑。在此須特別說明的是，從條文的文字看來，該項的法律效果是「得減免」，但只有極少數的文獻是如此解釋該項的法律效果（如Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 677）。與此相對地，德國通說則是採取限縮解釋的立場，認為此時法官只有免除其刑或是減輕其刑這兩個選項（參閱Maurach/Gössel, AT/2, 1989, 54; Rudolphi, in: SK-StGB, § 23 Rn. 10; Schönke/Schröder/Eser,



件：第一，該行為必須根本無法達於既遂；第二，犯行不能既遂這一點必須是由於行為人出於重大無知所導致<sup>86</sup>。在第一個要件方面，所針對的是犯行中不能既遂的性質，也就是所謂的行為之不能性質（die Untauglichkeit）。依照該條立法理由中的說明，透過「根本不能達於既遂」這一個描述，是要將條文的適用限縮在「既無具體危險亦無抽象危險」的情形；例如行為人想要用手槍射殺位於射程範圍以外的人，雖然在個案中並沒有具體的危險，但因為行為本身（對人開槍射擊）還是含有抽象的危險，所以不能適用第二十三條第三項<sup>87</sup>。即便是在那些既無具體危險又無抽象危險的情形，法律適用者也還是不能馬上適用該項的規定，而必須進一步審查該行為是否出於重大無知。由此可知，德國立法者自始便是將「不能」與「出於重大無知」當作兩個獨立的要件看待<sup>88</sup>。

德國學界對於不能未遂（der untaugliche Versuch）一詞的使用習慣也與此相符，也將「不能未遂」分成「普通的不能未遂」（der normale untaugliche Versuch）以及「出於重大無知的不能未遂」（der grob unverständige untaugliche Versuch）兩種，而只有後

---

StGB, § 23 Rn. 18），也就是「必減免」；甚至有學者主張原則上應該「免除其刑」，只有在例外的情形才可以只減輕（見NK-Zaczyk, 2005, § 23 Rn. 21）。

<sup>86</sup> 僅參閱Rath, JuS 1998, 1112; Heinrich, Jura 1998, 394 ff.; ders., AT/1, 2005, Rn. 675; Kühl, AT, 15/92 Fn. 126a; MK-Herzberg, 2005, § 23 Rn. 39; Tröndle/Fischer, StGB, § 23 Rn. 7以及蔡聖偉，不能未遂之研究，頁5以下，1995年。

<sup>87</sup> 參閱BT-Drucksache V/4095, 12以及Kühl, AT, 15/92 Fn. 126a。對此的批評見Gössel, GA 1971, 227; Roxin, JuS 1973, 330以及蔡聖偉，不能未遂之研究，頁109，1995年。

<sup>88</sup> 至於這樣的區分是否必要，以及其在立法理由中所做的說明是否妥適，則請繼續參考下文的分析。

者才享有「必減免」的寬典<sup>89</sup>。因此當德文文獻中出現不能未遂一詞時，所要指的並不必然就是德國刑法第二十三條第三項所規定的必減免之未遂，而只是一種泛稱，所要指的只是「行為人所實施的行為於著手當時便已經基於事實上或法律上的理由確定不能達於既遂」這種情形<sup>90</sup>。換句話說，如果一個不能未遂並非出於重大無知，那麼它的法律效果就和可能未遂（普通未遂）一樣，都只是「得」按既遂犯之刑減輕，而不是「必」減免<sup>91</sup>。正確認識到這一點，甚至對於未遂理論以外的討論也具有重要性，才不會誤解原意。舉例來說，在關於正當防衛的論述中，文獻上常會討論到「能否針對不能未遂行使正當防衛權」這一個問題<sup>92</sup>。這裡所指的「不能未遂」，當然不限於出於重大無知（必減免）的不能未遂，而是泛指所有於行為時即註定無法既遂的情形。之所以在這種情形會需要特別討論，是因為客觀上根本沒有真正的侵害行為，自然也就沒有「防衛情狀」可言，而與「未遂的行為人是否應該受到必減免的寬典」這一個問題完全無關。其次，在反面容許構成要件錯誤（如

<sup>89</sup> 對此可參見Ebert, AT, 2001, 126清楚明瞭的圖示說明，或者是Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 668 ff., 675 ff.; ders., Jura 1998, 395「兩階段審查方式」的說法：首先從客觀的角度確認未遂是否不能，然後再從主觀的角度確認是否為重大無知。國內文獻類似者，如林鈺雄，月旦法學教室，34期，頁55；林東茂，月旦法學教室，38期，頁88、94。但兩位林教授仍依循國內用語習慣，認為只有出於重大無知的情形才是不能未遂，而不是如德國學界般，將「不能未遂」分成重大無知（必減免）以及非重大無知（僅為「得減」）兩種。

<sup>90</sup> 僅參閱Heinrich, Jura 1998, 393 f.; ders., AT/1, 2005, Rn. 668; Tröndle/Fischer, StGB, § 22 Rn. 39。關於這個標準的細節，另請參閱下文「伍、二、(三)」。

<sup>91</sup> 參閱Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 673。

<sup>92</sup> 對此可參閱Kühl, AT, 7/21; Roxin, AT/1, 2006, 15/1；黃惠婷，台灣本土法學雜誌，23期，頁138。

偶然防衛)的情形,文獻上也有主張應成立不能未遂者<sup>93</sup>。之所以強調所成立的未遂為「不能」,是因為行為人在著手當時便已註定無法實現完全的不法,而與德國刑法第二十三條第三項的適用無關<sup>94</sup>。另外在因果歷程偏離的情形,文獻上也會出現「一個不能未遂的故意是否可以與同一構成要件的過失不法合成一個故意既遂犯」這樣的提問<sup>95</sup>。對此問題,德國文獻相當一致的認為,如果行為人所為者原係屬不能未遂,那麼客觀上到最後發生了既遂的結果必定是介入了偶然的意外因素,亦即主觀不法與客觀不法必定只是偶然的結合,所以不能共同合成一個整體(故意既遂犯)的不法<sup>96</sup>。這裡所指的不能未遂同樣也不限於必減免(出於重大無知)的不能未遂。除此之外,在關於中止未遂、不純正不作為犯或者是共同正犯、教唆或幫助犯的討論中,也都會提到不能未遂這一個概念<sup>97</sup>,這些爭議中所指的不能未遂同樣也都不限於德國刑法第二十三條第三項所適用的情形,而是泛指一切自始註定不能既遂的情形。

<sup>93</sup> 僅參閱Roxin, AT/1, 2006, 14/104; 黃惠婷, 台灣本土法學雜誌, 50期, 頁174以下。

<sup>94</sup> 至於是否應適用該法第23條第3項的規定,則要另取決於行為人是否出於重大無知。

<sup>95</sup> 例如行為人誤以為任何的蘑菇對於小孩都是有致命的毒性,於是基於殺人故意,給鄰居的小孩食用磨菇罐頭,然而其沒有注意到,罐頭裡的磨菇已經嚴重地腐壞(儘管這是他可得認知的),最後該孩童死於服用腐敗的磨菇。此為Jakobs(AT, 8/67; 25/82)所舉的例子,另參閱Freund, AT, 1998, 7/130 ff.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1988, 605。

<sup>96</sup> 採此見解者,如Schroeder, GA 1979, 328; ders., LK-StGB, § 16 Rn. 29; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1988, 604 f., 630; Wolter, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 ff., 125。

<sup>97</sup> 僅參見Roxin, AT/2, 2003, 30/265 ff. (不能未遂的中止); 29/308 ff. (不能未遂的共同正犯); 29/266 ff., 376 f. (不作為犯的不能未遂)以及Heinrich, AT/2, 2005, Rn. 1277 (不能未遂與教唆犯)。

沒有疑問的是，不能未遂這個概念當然有其歷史（理論發展史）上的意義，因為從德國學界關於未遂理論的發展史來看，最早引起學界討論興趣的，就是「行為人的行為自始便註定不能既遂」這種情形<sup>98</sup>。換句話說，當時的討論對象，是「所有」的不能未遂。因為這種類型自始便註定不可能既遂，所以學界才會認為要特別討論這樣的行為在刑法上是否具有可罰性。然而，從理論史來看，自古至今也沒有人認真的主張過「所有的」不能未遂均屬不罰。即便是客觀未遂理論的支持者，也都只是主張部分的不能未遂——亦即「絕對不能」（舊客觀理論）或者是「無危險的不能未遂」（新客觀理論）——不應受到處罰<sup>99</sup>。綜上所述可知，德國學界所理解的「不能未遂」一詞，在概念範圍上要比台灣傳統刑法文獻所理解的來得廣，所指涉的對象並不具有特定的法律效果。會有特定法律效果（亦即必減免）的，就只有其中出於重大無知的類型。因此當我們在德文文獻中看到「不能未遂」一詞時，其所指涉的對象就不是僅限於必減免（出於重大無知）的不能未遂，也包括了「普通（非出於重大無知）的不能未遂」，而後者的法律效果則與一般未遂相同，僅為「得減」。

## （二）現行法的解釋

從上面的說明來看，無論是舊法或者是新法的用語（不能發生犯罪之結果「又」無危險），從比較法、德國學界用語習慣以及未遂理論發展史的角度來看，都沒有可挑剔之處<sup>100</sup>。亦即，條文

<sup>98</sup> 請參閱前文「貳、一」。

<sup>99</sup> 參見Hirsch, GS-Vogler, 2004, 33。

<sup>100</sup> 不同意見：林山田，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁26，2005年；陳子平，韓忠謨教授紀念論文集，頁191，2000年；同作者，月旦法學雜誌，93期，頁97以及114期，頁26-27；同作者，刑法總論（下），頁30，2006年。

中「不能發生犯罪之結果」與「無危險」就應該是兩個獨立的要件，前者把該條的適用範圍初步限定在「犯行自始不能既遂」（不能未遂）的情形，後者則是在所有的不能未遂中，將第二十六條的適用範圍進一步地限縮在「無危險」的類型。然而值得思考的是，在決定第二十六條的適用範圍時，究竟是否還有檢討「犯行是否不能」這一點的必要？德國文獻上早就有人主張不應該繼續圍繞在「行為是否不能」這一個要件上，否則將會如同早期區分絕對不能與相對不能的嘗試一樣地走入死胡同<sup>101</sup>。然而「難以區分可能未遂與不能未遂」這一點倒不能算是真正有效的反對理由，因為在技術上無論如何都可以訂出一個可行的區分標準，來判斷一個行為是否不能；例如一般文獻上所提出的標準，視「犯行是否在行為當時即自始註定不可能既遂」來決定一個行為是否不能<sup>102</sup>。真正有效的反對理由，應該是在於欠缺判斷的實益。詳言之，無論是依照我國刑法第二十六條還是依照德國現行刑法第二十三條第三項，在決定某未遂行為是否可享有特別的寬典（不罰或者是必減免）時，到最後都不再是取決於該行為是否不能，而是決定於行為有無危險（或者是取決於行為人是否出於重大無知）<sup>103</sup>。換句話說，即便確認了某行為自始便註定無法既遂，還是無法決定是否可以適用此一特別規定；但如果確定了一個行為無危險（或者是出於重大無知），那麼也就同時確認了該行為係屬不能。無怪乎許多德國學者

<sup>101</sup> 例如Gössel, GA 1971, 225, 227; Lackner/Kühl, StGB, § 23 Rn. 6。

<sup>102</sup> 易言之，只要在客觀的事件流程中還會出現於行為當時尚未完全被決定的成分，亦即只要阻礙犯行既遂的因素是著手以後才出現，那麼在技術上就還是可以區分「可能」與「不能」；對此詳參閱Puppe, AT/2, 35/1的說明，以及下文「伍、二、(三)」。

<sup>103</sup> 除非主張「不能」與「無危險」是同義反覆，並且用「行為是否不能」來當作決定是否可以適用刑法第26條的標準，詳見下文「伍、二、(三)」。

認為根本無須額外探究具體個案中的未遂行為是否「不能」，而只需要檢驗「該行為是否因為行為人的重大無知而不遂」即可<sup>104</sup>。

### (三)不能未遂的分類必要性及其反面構成要件錯誤的屬性

在釐清了基本概念後，我們附帶檢討一下兩個與不能未遂這個概念相關的小問題。首先，一般文獻常會將不能未遂區分為「主體不能」、「客體不能」以及「方法不能」三者<sup>105</sup>。如果接受前面「伍、一、(二)」所提出的看法，那麼決定第二十六條能否適用的關鍵就只在於「有無危險」這一點，而無須額外判斷「犯行是否不能」。依此，則上面提到的這三種不能的分類就也不具任何的重要性，完全沒有必要在這個分類上多費功夫。換句話說，這三種類型只不過是單純的現象描述，最多只具有教學意義而不具任何規範上的重要性；具規範重要性（亦即會導出特定之法律效果）的，只是「有無危險」或者是「行為人是否出於重大無知」這一點<sup>106</sup>。更何況從技術面來看，這個分類本身也並不周延。因為行為人對於每一個構成要件要素的相關事實之存否都有發生錯誤的可能，所以在「每一個」構成要件要素（例如行為時、行為情狀等）都有可能發生不能的情形，而非僅限於主體、客體與方法這三者。綜上所述，

<sup>104</sup> 參閱Roxin, AT/2, 2003, 29/25; Hirsch, GS-Vogler, 2004, 33。筆者於十年前亦曾提出過此種建議，詳見拙著，不能未遂之研究，頁109-110，1995年。然而必須特別注意的是，這只是主張在適用我國刑法第26條或是德國刑法第23條第3項時，不需要額外考慮行為是否不能，而不是要主張無須區分「普通的不能未遂」與「出於重大無知的不能未遂」兩者。

<sup>105</sup> 僅參見Wessels/Beulke, AT, 2004, Rn. 619 f.; Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 670 ff.; Tröndle/Fischer, StGB, § 22 Rn. 44 ff.; 林山田，刑法通論（上），頁480以下，2005年；陳子平，刑法總論（下），頁36以下，2006年。

<sup>106</sup> 採相同見解者，如Seier/Gaude, JuS 1999, 457以及林鈺雄，月旦法學教室，34期，頁55。

學界對於不能未遂所作的這個分類似屬多餘。

其次，不能未遂在文獻上也被稱做「反面之構成要件錯誤」（*umgekehrter Tatbestandsirrtum*）<sup>107</sup>，事實上這也只是一種現象的描述而沒有任何特殊的意義。如前所述，德國刑法學界所理解的不能未遂是「犯行於行為當時即註定無法既遂」的情形，也就是指行為人誤以為某個建構不法的事實存在（但實際上此等事實並不存在）。而這種情形正好與一般構成要件錯誤的情形（亦即行為人沒有認識到某個建構不法事實的存在）相反，所以才會被稱作「反面的」或是「相反的」構成要件錯誤<sup>108</sup>。然而要注意的是，這個稱謂也只不過是一個單純的現象描述。當我們確認了行為人是處於反面構成要件錯誤的情形時，也只能夠導出他不會構成故意「既遂」犯的結論，除此之外並無任何其他特殊的法律效果。換句話說，並不能從這個名詞中推導出任何具有實質意義的結論<sup>109</sup>。相反的，在處理實際的案例時，就算不知道不能未遂有反面的構成要件錯誤這個別名，但只要依循正常的犯罪檢驗流程，就還是會得出相同的結論（亦即行為人不構成故意既遂犯），因此似乎沒有必要過份特別強調或是高估不能未遂的這一個反面錯誤的屬性。

上文對於德國刑法學界所理解的「不能未遂」一詞作了詳細的

---

<sup>107</sup> 僅參見Rath, JuS 1998, 1111; Schlüchter, AT, 2000, 133。

<sup>108</sup> 抽象地說，不管行為人所錯認的對象是事實還是規範，總之行為人在一般的錯誤類型就是作了「有利於己」（*Gunsten des Täters*）的誤認，而在反面錯誤的類型則是作了「不利於己」（*Ungunsten des Täters*）的誤認；這一點在德國學界並沒有不同的看法，僅參閱Ebert, AT, 2001, 141 ff., 143, 146, 153 f.。反面錯誤的概念，多半被拿來當作區分未遂犯與幻覺犯的輔助工具，參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁193以下，1995年。

<sup>109</sup> 對此詳參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁86、155-156，1995年。理解與本文不同者，如柯耀程，洪福增教授紀念專輯，頁422、426、428，2003年；同作者，刑法總論釋義——修正法篇（上），頁249、252-253、255，2005年。

說明，目的並不是在於徹底顛覆國內的用語習慣，因為語詞的選擇與使用畢竟只是形式的枝節問題<sup>110</sup>。毋寧只是想強調，1. 德國文獻上所指的不能未遂與日本或我國文獻上所指的對象不同，因此當我們看到德國文獻提到不能未遂一詞時，不能直接當作我國學界對此名詞向來所理解的情形；以及2. 決定能否適用第二十六條的關鍵應該只在於有無危險的判斷，而無須理會犯行是否不能。總括地說，「不能未遂」一詞只具有歷史意義，在現今的文獻上，這個概念只是一種不具特定法律效果的泛稱。因此在決定刑法第二十六條的適用範圍時，大可直接跳過「不能」這一個要素，而將重點單獨置於「有無危險」這一點的判斷上。國內文獻上有另一種看法，亦即將「行為不能發生犯罪之結果」理解成對於所有未遂犯的客觀面所做的描述<sup>111</sup>，因為從客觀「事後」的觀點來看，所有的未遂犯在客觀上都是不可能發生犯罪之結果。即使依照這種說法，判斷的重點到最後也同樣只是在於「無危險」這一個要素，因此接下來就直接檢討學說上對於「無危險」這一個要素所提出的各種判斷標準。

---

<sup>110</sup> 但是國內部分文獻以及最高法院的實務可能就是因為這樣的用語，而僅依「犯行是否不能」這一點來決定刑法第26條的適用與否（詳見下文註117以及註144所引之文獻與判決）。換句話說，可能是基於以下的推論：刑法第26條所要規定的情形是「不能未遂」，而不能未遂就是指犯行不能既遂的情形，因此刑法第26條的適用僅應取決於犯行是否不能既遂。若從這個角度來看，恐怕就有「正名」的必要；亦即似乎就有必要強調：會引起刑法第26條所訂之法律效果的，並非所有的不能未遂，而是僅限於「無危險的不能未遂」。

<sup>111</sup> 採此解釋者，如黃榮堅，基礎刑法學（下），頁64，2003年；在這一點上做類似的解釋者，如張麗卿，刑法總則理論與運用，頁290，2005年；鄭逸哲，月旦法學雜誌，27期，頁70；陳子平，月旦法學雜誌，114期，頁27；同作者，刑法總論（下），頁30-31，2006年；甘添貴，蘇俊雄教授祝壽論文集（自由·責任·法），頁19，2005年以下。



## 二、有無危險的判斷

在進一步討論具體標準之前，要再次的強調，無論是客觀理論還是主觀理論都是從「危險性」的角度立論<sup>112</sup>，差別只是在於「究竟應該針對怎樣的危險」，因此在解釋刑法第二十六條「無危險」這個要素時，不僅可以從客觀的角度來看，而且也可以從主觀的角度切入<sup>113</sup>。再者，這次關於第二十六條的修改僅在於將原來「減輕或免除其刑」的法律效果改為「不罰」，而對於適用的前提要件沒有做絲毫的實質更動。因此，從法條本身來看，修法後也還是可以援用修法前對於「無危險」的解釋<sup>114</sup>，問題的重點是在於標準本身是否足夠明確以及是否具規範上的正當性。於修法前，國內文獻上關於舊法第二十六條但書的適用主要有三種不同的標準：第一種是採取與德國立法及通說相同的標準，視行為人是否出於重大無知而定<sup>115</sup>，第二種可能性則是依「一般人是否在行為當

<sup>112</sup> 見前文「貳、二」。

<sup>113</sup> 像是採取客觀未遂理論的德國已故刑法學者Frank，便是採取了類似「重大無知」的標準來認定危險之有無（參閱氏著，StGB, 1931, S. 90 f.以及蔡聖偉，不能未遂之研究，頁15-16，1995年，頁128-129的整理），或者像是在我國修法前，亦即在所有不能未遂均屬可罰的時期，也有學者建議採取新客觀未遂理論的標準來決定第26條的適用範圍，詳見下文註116中所引之文獻。

<sup>114</sup> 黃榮堅，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁72，2005年。

<sup>115</sup> 採此見解者，如黃榮堅，刑法問題與利益思考，頁125-126，1995年；同作者，刑法爭議問題研究，頁249，1998年；同作者，基礎刑法學（下），頁63-64，2003年；同作者，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁72、77，2005年；陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，頁245，1995年；林東茂，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，頁293；同作者，刑法綜覽，頁1-218以下，2005年（但在部分案例有所偏離）以及頁1-232；同作者，月旦法學教室，38期，頁91以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁290-291，2005年；林鈺雄，月旦法學教室，34期，頁54-55；高金桂，月旦法學雜誌，130期，頁206；蔡聖偉，不能未遂之研究，頁107以下，1995年。此外，李聖傑，法學

時會認為有危險」而定<sup>116</sup>，第三種標準則是針對「犯行是否自始即屬不能」，亦即視行為是否在「本質上」即屬不能達到既遂狀態而定。倘若由於事實上或法律上的原因，使行為決意的實現與行為人原所認識者不相一致，而不能完全實現客觀不法構成要件，便應適用第二十六條<sup>117</sup>。接下來，我們就依序仔細檢討這三個判斷標準。

#### (一)視犯行是否出於「重大無知」而定

首先沒有問題的是，出於重大無知的不能未遂一定屬於本條所列之「無危險」（亦即「不罰」）的情形。所謂的「出於重大無知」，指的是「行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離於一般公認之因果關聯的想像」<sup>118</sup>。例如，以為超過一定劑量的黑砂糖可以毒死人，而基於殺害的意思在他人的飲料中加入如此高劑量的砂糖，或者是以為所有的蘑菇對小孩都具有致命的毒性，為了毒

---

講座，29期，頁91似亦傾向此種立場。

<sup>116</sup> 採此見解者，如甘添貴，月旦法學雜誌，77期，頁15；同作者，月旦法學雜誌，81期，頁15；同作者，刑法總則修正重點評述，頁20，2005年；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁234，2004年；陳子平，月旦法學雜誌，114期，頁28-29；同作者，刑法總論（下），頁32，2006年；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，頁372，1998年；余振華，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁137、150以及475，2005年；同作者，刑法深思·深思刑法，頁113、126以下，2005年；潘怡宏，未遂犯之研究，頁86、231，1997年。

<sup>117</sup> 採此見解者，如林山田，刑法通論（上），頁479以下、489以下，2005年；同作者，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁26，2005年；黃常仁，刑法總論，頁169，2001年；鄭逸哲，月旦法學雜誌，27期，頁70以下；劉幸義，月旦法學雜誌，123期，頁38。

<sup>118</sup> 參見E 1962 Begründung, 145。細節可參見Timpe, Strafmilderungen, 1983, 109 ff., 121 ff.的整理與分析。

殺而餵鄰居小孩食用<sup>119</sup>。在修法前，此種行為的法律效果為「必減免其刑」，之所以要求法院對之必須做出有罪判決，是因為行為人畢竟還是基於犯罪故意<sup>120</sup>而著手實行，進而否定了法規範的效用，因此也引起了預防的必要性，法院必須透過有罪判決對於行為人以及一般大眾重新宣示法規範的有效性，藉以重新穩固法秩序。然而在另一方面，與其他「理智」的未遂行為相較，重大無知的未遂行為透過自身的無危險性顯示了它的短缺（Defizit）<sup>121</sup>，而這個無危險性對於任何人來說都是顯而易見的<sup>122</sup>。一般人在瞭解了行為人的犯罪計畫後，對於這種出於重大無知的行為在心理上的反應只會認為是一個愚蠢或奇怪的行為，所以它在一般大眾心目中侵害法律的意義薄弱<sup>123</sup>。換句話說，從積極一般預防的角度來看，一般的犯罪行為會對社會上的一般人造成一個惡例，而這一個顧慮在行為人出於重大無知的情形並不存在。因為任何一個生活在理性世界中的人，都不會不理性地讓自己的生活規劃建築在這些不正常的情狀之上<sup>124</sup>，所以重大無知的行為不會對一般人造成任何的負面示範作用<sup>125</sup>。既然沒有人會認真地看待重大無知之行為對於規範效用的影響，那麼對於這種行為的處罰需求性也就隨而顯著地降低。對於這種制裁需求性極低的行為，立法者可以基於其立法形成

---

<sup>119</sup> 詳請參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁110以下的整理說明，1995年。

<sup>120</sup> 出於重大無知而行為的行為人主觀上還是具有犯罪的構成要件故意，對此可參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），頁339，2003年；蔡聖偉，客觀可歸責性與故意，刑事法雜誌，39卷3期，頁60以下，特別是頁93以下。

<sup>121</sup> 參照Bloy, ZStW 113 (2001), 111。

<sup>122</sup> 見Ebert, AT, 2001, 126。

<sup>123</sup> 參見黃榮堅，刑法爭議問題研究，頁249，1998年；同作者，基礎刑法學（下），頁63，2003年。

<sup>124</sup> 參閱Timpe, Strafmilderungen, 1983, 122。

<sup>125</sup> 參閱MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 404。

自由自行決定是否在刑法上要對之加以反應、對之施加制裁。像是在德國學界一九六六年所提出的刑法總則修正對案（*Alternativ-Entwurf*）中，便認為於行為人出於重大無知而行為的情形欠缺使用刑法來反應的需要，因此建議將此種行為當作「無危險」而不予處罰<sup>126</sup>，近來在德國文獻上亦有部分學者重新提出此種建議<sup>127</sup>。倘若用「行為人是否出於重大無知」來判斷第二十六條「無危險」這個要件，那麼就是因為這種行為的制裁需求性薄弱，立法者認為無須動用刑法對之反應，所以立法宣示其法律效果為「不罰」。這樣的解釋正是基於一般預防的立場，完全符合前面對於未遂處罰根據所做的說明（以積極之一般預防為導向的法益保護），因此這個標準是一個在規範上得以被正當化的可採標準。

### （二）採取新客觀理論的危險標準？

其次，技術上也可能援用新客觀危險理論所提出的標準來判斷「無危險」這個要件，這也就是國內傳統文獻所稱的「具體危險說」。此一標準是由德國學者v. Liszt於十九世紀末期所提出，之後再由v. Hippel於二十世紀三〇年代補充而成<sup>128</sup>，為日本目前的通說<sup>129</sup>。依此，則未遂行為的危險性<sup>130</sup>便是取決於「事前」的判斷<sup>131</sup>：只要一個理智的第三人在認知到行為人的目的以及特別認

<sup>126</sup> 參閱*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, AT, 1966, 61。該草案第25條第3項規定「基於重大無知且自始無危險」的未遂行為「不罰」（*straflos*）。

<sup>127</sup> 例如MK-Herzberg, 2005, § 23 Rn. 38, 45 ff.; 另Bloy, ZStW 113 (2001), 110 f.亦與此類似。

<sup>128</sup> 詳見v. Hippel, *Strafrecht II*, 1930, 419, 422, 425 ff.。

<sup>129</sup> 參見川端 博，余振華譯，*刑法總論二十五講*，1999年，頁280。

<sup>130</sup> 須注意的是，此理論在這裡所指的是行為的「危險性」（*Gefährlichkeit*），而非行為達於既遂的「可能性」（*Tauglichkeit*）。

<sup>131</sup> 採「事前」的判斷標準是客觀理論在技術上唯一剩餘的可能性，因為從「事

知的情形下，會認為結果有可能發生，便是具危險的未遂<sup>132</sup>。具危險的（不能）未遂，像是行為人基於殺人的故意瞄準被害人開槍，未料第三人在事前已將該槍的彈藥取出的情形，行為人在此雖然使用了一個客觀上不能的方法（用未裝有彈藥的手槍對他人射擊），但對於客觀的第三人而言，此種行為仍然具有危險性<sup>133</sup>。與此相對地，倘若一般人在事前便已可認知到行為人所為的行為不可能既遂，則存在著無危險的未遂。例如一個深度近視的行為人誤以為一個木偶為真人（然而任何一個正常視力的第三人都可輕易地辨識出該客體只是一個假人），並基於殺人的意思對之開槍射擊，這時便存在著一個「無危險的」不能未遂<sup>134</sup>。

依照這個標準所劃定的「不罰」範圍要比第一種標準來得大，因為出於重大無知的行為雖然多半是客觀上一般人認為無危險的行為，但是一般人認為無危險的行為卻並不一定是行為人出於重大無知所為，像是前面所舉對假人射擊的例子。然而，這個標準本身並不能擔保法安定性。詳言之，在判斷一個未遂的案例時，因為在客觀上事件的結局就是沒有發生結果，這是一個必然的過程，所以當我們考慮的要素越多，就越會發現結果不可能發生。原先之所以看不出結果不會發生的必然性，只是因為一般人對於事實條件認識的不夠徹底，沒有辦法完全地認知到所有客觀上存在的事實條件。相

---

後」的角度來看，每一個最後沒有成功（未達於既遂）的未遂行為都一定是無危險的。然國內迄今仍有文獻主張應從客觀、事後的觀點來判斷有無危險，如鄭善印，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，頁284-285，2001年。

<sup>132</sup> 關於客觀危險性理論判斷標準，可另參閱Malitz, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1998, 180 ff.的詳細說明。

<sup>133</sup> 參照Weigend, in: *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, 127 Fn. 84。但亦有認此例為無危險，詳見下述。

<sup>134</sup> 參閱Roxin, *AT/2*, 2003, 29/11 f.。

反的，由事後的角度來看，則會找到一些原先被忽略但事實上會阻礙既遂結果發生的條件。因此，對於最後只進行到未遂階段的犯罪行為，可以說想得越多就越不可能。而新客觀危險性理論的標準，說穿了就是要利用人類觀察能力的有限性，亦即人類不可能在某個時點掌握、認識到當時存在的「所有」客觀條件，而只要去除掉一些條件，就可以找得到所謂的事前之客觀危險。但隨而產生的新問題就是，要如何決定哪些事實要素在判斷時應該被考慮，哪些事實要素又應該捨棄不顧？易言之，想像的旁觀者要假定在什麼樣的範圍，去認知所謂行為當時存在的事實，是一個大問題。若是說不出一個能被理性驗證的決定標準，那麼就擺脫不了恣意決定的批評<sup>135</sup>。就拿行為人原本打算用砒 毒死被害人，結果不慎誤取砂糖的例子來說，當被問及行為人的行為究竟有無危險時，新客觀理論的回答肯定是「看一般人在行為當時是否能夠認知行為人拿的是砂糖」。然而行為當時，無論行為人拿的是砂糖還是砒 ，行為的外觀都是行為人拿了白色的粉末加入他人的食物中。到底一般人會不會覺得這樣的事實是危險的，恐怕根本不可能會有一個確定的答案，端視我們要让這一個想像的旁觀者知悉哪些事實條件，所以到頭來根本就是取決於法官的恣意。無怪乎同樣是採取新客觀危險性理論的學者，對於同樣的案例也會得出不同的結果；例如行為人以未裝彈藥的手槍對被害人射擊，有認為是具有危險性的<sup>136</sup>，亦有主張無危險者<sup>137</sup>；或者像是在行為人以份量不足的毒藥下毒的情

<sup>135</sup> 詳參閱Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 23 Rn. 15; Herzberg, GA 2001, 261; Timpe, Strafmilderungen, 1983, 112以及蔡聖偉，不能未遂之研究，頁30以下，1995年。

<sup>136</sup> 如v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, 429; Roxin, AT/2, 2003, 29/11; Weigend, a. a. O., 127 Fn. 84; 陳子平，刑法總論（下），頁37，2006年。

<sup>137</sup> 如甘添貴，月旦法學雜誌，81期，頁15。

形，部分人肯定危險性<sup>138</sup>，部分則否<sup>139</sup>，另外也有人認為理智的旁觀者在這裡根本沒辦法立即說出行為人的行為是否具危險性，而必須先行閱讀該藥劑的使用說明書才能做出判斷<sup>140</sup>。只要這一點沒有辦法交代清楚，恐怕就不適合將事前的危險判斷拿來當作分界的標準<sup>141</sup>，尤其是這裡所涉及的已不再是單純的量刑問題，而是涉及到有罪與無罪的重大區分，在標準的精確度上自然也就必須做更嚴格的要求<sup>142</sup>。

除此之外，這個標準在規範上也無法被正當化。首先，就如前面參、一、所分析的，依照這個標準所得出的並不是新客觀理論論者所主張的「對法益客體所產生的危險」，而是一個由法律適用者所擬制出來的「對於社會上一般人心理上造成的干擾」，因此便會導致依此標準所得出的情形不再能夠用客觀理論所論證的規範基礎（對於法益客體所造成的客觀危險）來正當化。再者，採取這個標準來區分有罪、無罪，也會導致刑事政策上令人無法接受的可罰性漏洞，像是以下的情形：歹徒基於殺害的意思對於攻堅的警察開槍

<sup>138</sup> 如v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, 429；陳子平，刑法總論（下），頁38，2006年。

<sup>139</sup> 如甘添貴，月旦法學雜誌，81期，頁15。

<sup>140</sup> 語見Herzberg, GA 2001, 261。值得懷疑的是，在看了藥物的使用說明書後，是否就真的能夠確切地說得出來，一般人是否會覺得有危險。

<sup>141</sup> 相同見解者，如LK-Hillenkamp, Vor § 22 Rn. 92, § 22 Rn. 186。此外，學說上也有完全否定有事先判斷之客觀危險概念的存在，例如黃榮堅，基礎刑法學（下），頁62，2003年。必須要注意的是，如果要採取此一立場，那麼在具體危險犯的情形自然就必須提出不同於通說的危險概念，或者根本否定具體危險犯這個概念，後者如黃榮堅，刑罰的極限，頁230以下，1999年。

<sup>142</sup> 與此類似者，如林東茂，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁7，2005年；同作者，刑法總則修正重點之理論與實務，頁80，2005年；同作者，刑法綜覽，頁1-217，2005年；林山田，刑法通論（上），頁491，2005年。

射擊，然而由於其太過激動而沒有注意到這些警察身穿防彈衣（但是一般人可輕易地看到警察穿在制服外的防彈衣），最後警察因為防彈衣的保護而未死於行為人的射擊行為。可以確定的是，警察身穿防彈衣這一點絕對是個客觀事實，而且是一個一般人於行為當時顯而易見的客觀事實。因此，依照新客觀理論所提出的判斷標準，該犯行係屬無危險，隨而行為人基於殺人故意而開槍的行為依新法便屬不罰。然而，這樣的結論恐怕會與一般人的法感嚴重背離。最後，這種只重視客觀具體危險性的看法，在部分原本有可能達於既遂，但於未了的階段即遭第三人阻止的情形，也會因為最後沒有造成具體危險而變成不罰<sup>143</sup>，進而形成了令人難以接受的可罰性漏洞。基於上述法安定性以及規範上的理由，本文反對援用新客觀危險理論的危險標準來解釋新法第二十六條中「無危險」這個要素。

### （三）視犯行是否「不能」？

第三種可能的解釋，則是把「不能」與「無危險」當成同一個要素，並且採用前述關於「不能」的認定標準來決定第二十六條的適用範圍，亦即只取決於「行為人的犯行是否自始（著手時）便因為事實上或法律上的原因而註定不能既遂」。依此，當犯行不能導致既遂這一點只有透過一個在行為當時尚未被完全決定的過程——亦即行為當時尚未出現的事實——才能解釋時，便存在著一個客觀上有危險的未遂。這裡所稱的「行為當時未被完全決定的過程」，除了指特定的自然過程（特別是疾病）外，主要考慮的還是人的行為，例如被害人只有透過第三人熱心的介入才會得救，不會有人在這種情況下還會說被害人並非處於一個危險中。換句話說，當結果

---

<sup>143</sup> 對此參見Weigend, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 128。



的發生透過第三人或是被害人自己的行為被阻止時，就不能適用刑法第二十六條。相反的，如果導致犯行不能既遂的事實條件在行為當時即已存在，例如行為人不知手槍中沒有子彈而基於殺人的意思對準他人扣下扳機，或者是行為人誤樹為人，而基於殺人的意思對樹開槍射擊，便屬第二十六條所稱的「無危險」，行為人所為的行為依新法即屬不罰。

這個標準可以算是這三種解釋可能性中最為寬鬆的，這種看法其實就是直接把德國文獻上對於「不能未遂」的認定標準拿來解釋第二十六條的適用。然而如前（伍、一）所述，德國刑法上所稱的不能未遂與我國刑法學界向來所理解的不能未遂（限於能夠引起第二十六條之法律效果的情形）並不相同。如果依此來決定刑法第二十六條的適用範圍，那麼結果就是「所有」的不能未遂（而不只是限於「無危險的」不能未遂）均屬不罰之列。在舊法時代，我國最高法院許多判決傾向此一標準<sup>144</sup>。雖然法院在援用刑法（舊法）第二十六條但書時，都會在判決中將「不能發生犯罪之結果」與「無危險」兩者並列，但實際上判斷的重點向來只在「行為是否不能」這一點上<sup>145</sup>。這樣的理解與本文前面（伍、一）所作的建議剛好相反，我們原本所強調的是，在決定第二十六條的適用範圍時，關鍵只在於「有無危險」，而無須考慮行為是否不能；而最高法院的標準則是相反的用「不能」來解釋「無危險」，使得第二十

<sup>144</sup> 參見最高法院19年上字第1335號判例、28年上字第2075號判例、70年台上字第7323號判例、81年台上字第2661號判決、83年台上字第1671號判決以及94年台上字第2058號判決。要注意的是，在部分判決中雖然出現了「具體危險」一詞，但從判決中其他的敘述看來，最高法院還是只有針對了行為是否不能既遂這一點，而與前述的具體危險說有所不同。

<sup>145</sup> 另可參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁116以下對於國內實務見解所做的整理，1995年。

六條的適用只取決於犯行是否「不能」。姑且不論這種主張在德國文獻上從來沒有人提出過<sup>146</sup>，這樣的說法首先會遭遇到的質疑就是與立法者所明白訂出來的法條文義不符。因為純就法條文義而言，如前面「伍、一」所分析的，「不能」與「無危險」兩者應該是兩個獨立的適用要件，所以在解釋時應該分別對之提出不同的判斷標準。

其次，也是更嚴重的，便是這種立場將會導致——與前述第二種標準相較——更大的可罰性漏洞。換句話說，如果所有在著手當時便已註定無法既遂的情形都可適用第二十六條的規定而不罰，那麼像是被害人為防其黃金被搶，而事先以石頭一袋掉包<sup>147</sup>，或者是被害人在行為人將手榴彈丟進其房間時碰巧外出購物而逃過一劫的情形，或者像是被害人因為身穿防彈衣而未死於行為人的射擊行為，甚至在被害人穿了較多禦寒衣物以致於行為人的水果刀無法刺穿或者是行為人於商店中順手牽羊時已被保全人員發現並暗中監視的情形，行為人的行為都會變成不罰，因為這些行為都是自始便註定不可能既遂。即便一般人從外觀上根本無法得悉導致犯行無法既遂的事實條件（被搶的袋子中沒有財物、被害人不在家、被害人身穿防彈衣、水果刀太鈍而被害人的衣物太厚或者是行為人順手牽羊的行為已被店家發現），亦然。然而這些阻礙犯行既遂的因素均屬絕對地偶然，沒有人會覺得這些行為侵害法律意義薄弱。因為如果不是知道被害人的袋子中為石頭、被害人不在家或身穿防彈衣，或者是不知道水果刀太鈍、行為人順手牽羊的動作已被店家發現，沒

<sup>146</sup> 這裡當然不是說文獻上沒有人提出過的主張就不可採，毋寧只是要強調，過去之所以沒有這種主張出現，是因為這樣的說法會造成極大的可罰性漏洞。

<sup>147</sup> 這是我國實務上的真實案例，見最高法院70年台上字第7323號判例。

有人會認為這樣的行為不會發生侵害的結果<sup>148</sup>。法規範如果放任此種行為而不加以處罰，將會使得制裁規範的適用完全取決於偶然，導致行為規範的效力嚴重地被相對化，進而嚴重地損及刑法保護法益的任務<sup>149</sup>。因此，也不應該用「犯行是否自始不能」這個標準來決定刑法第二十六條的適用範圍。最後可以再參考黃榮堅教授的比喻：有一天我們發現家裡五歲的小孩拿著螺絲起子在玩電源插座，所幸插座已經損壞而根本沒有電源。難道作父母親的果真因為插座客觀上沒有電源，小孩不可能觸電，就不必去管小孩子？<sup>150</sup>

### 三、立法者意思的拘束力

根據上面的討論，我們應該採取「重大無知」的標準來判斷刑法第二十六條的適用範圍。接下來要處理的問題則是，採取這樣的標準會不會因為抵觸立法者明白表示的意思而不可採？在這次修法中，立法者在修法理由中特別明白地強調其採取了「客觀未遂理論」，隨而一個出於直覺的想法就是：在決定本條的適用時，當然也就應該一併地採取客觀未遂理論所提出的判斷標準。先且不管前面已經提過的技術性問題，亦即先撇開客觀未遂理論根本沒有提出一個可行的標準這一點不看，以下所要嘗試證立的是，立法者在此處的表態並不會阻礙我們採取重大無知的標準。

法學方法論上有所謂「主觀解釋理論」與「客觀解釋理論」的

<sup>148</sup> 另參閱黃榮堅，月旦法學教室，27期，頁17。

<sup>149</sup> 類似看法，見黃榮堅，刑法爭議問題研究，頁246-247，1998年；同作者，基礎刑法學（下），頁63，2003年。而在前述用石頭掉包的例子中，如果可以適用第26條的規定而不罰，那麼被害人機警的防搶措施就會變成是對行為人的獎賞（不受處罰）；對此參見林山田，刑法通論（上），頁491，2005年；林東茂，刑法總則修正重點之理論與實務，頁81，2005年。

<sup>150</sup> 黃榮堅，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁68，2005年。

爭執，主觀理論論者認為，實定法的基礎在於立法者的意志，因此解釋者在解釋法律時必須盡可能的接近立法者的想法；與此相對地，客觀理論則認為在解釋時應探究的並非立法者的真意，而是「法律」的意思<sup>151</sup>。我們在這裡所面對的問題算是比較單純，因為前面提到的主、客觀解釋理論的爭執，通常是出現在某個法律規定已經因為規範背景的變遷而不合時宜的情形，而刑法第二十六條是日前才做的修正，所以並沒有立法者在法律中所表達的意思因為時空變遷而難以貫徹的難題。與此相對地，在刑法第二十六條所涉及到的問題，應該是：立法者在立法理由中所表示的意見，對於法律適用者來說是否具有絕對的拘束力？無論如何可以先確定的是，立法者的意志只能從他所訂出的法律條文來探知。如果立法者在立法理由中明白表示了與法條字義不符的意思，法律適用者也還是必須將實定法的條文規定當作解釋的出發點、適用的依據，尤其是在刑法的領域。誠如德國學者Wach所言：即便有可能發生「立法者所說出的和他原本想要說的不同」，或者是出現「立法者所選擇的用語無法確切表達出其所應該表達的意涵」這種情形，但是這些可能性並不能讓其所說出的話的變成不具拘束力，也無法讓那些沒有被說出來的變成具有拘束力<sup>152</sup>。解釋者所能作的，充其量只是在法條字義範圍內的各種解釋可能性當中，選擇最理性的版本<sup>153</sup>。

接著就先來檢視，修法後關於未遂犯的條文規定是否真的如立法者在修法理由中所說的，是立於客觀未遂理論的基礎之上。新法中對於未遂犯的法律效果還是如舊法一般地規定「得按既遂犯之刑

<sup>151</sup> 概要的介紹可參見 Zipplius, *Juristische Methodenlehre*, 2005, 21 ff.; Staud/Coing/Honsell, *BGB*, 2004, Einl Rn. 132 ff. (此章原為Coing教授法學方法論的教科書)。

<sup>152</sup> 參照Staud/Coing/Honsell, *BGB*, 2004, Einl Rn. 134的整理。

<sup>153</sup> Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 2005, 23.

減輕之」(第二十五條第二項)。但如果真的貫徹客觀未遂理論，則有鑑於侵害與危險兩者是處於一個絕對的階層關係，未遂犯的法律效果就應該是「必減」而非「得減」，因為未遂行為在客觀上並沒有像既遂行為般造成實際的損害<sup>154</sup>。只有當我們不是只看客觀事實，而是考慮了其他的因素(像是行為人主觀上的法敵對意志或者是對於行為規範的侵害)時，才會得出「未遂犯得按既遂犯之刑減輕」的法律效果。德國立法者雖然在德國刑法第二十三條第三項的立法理由中指出其主要是採取以特別預防導向的主觀未遂理論<sup>155</sup>，但學界通說在解釋德國現行法時並沒有採取純粹的主觀理論，因為從立法者所訂出的明文規定來看，純粹的主觀理論以及客觀理論均無法圓滿解釋部分的細節規定。

其次，如果採取「重大無知」的標準來決定有無危險，那麼「不處罰無危險的未遂行為」這個結論就不是只能從客觀未遂理論導出，而是也可以從其他的角度來證立。依照印象理論，就只有當行為人法敵對意志的表現動搖了一般大眾對於法秩序效用的信賴，並且影響了法安定與法和平的感覺時，始得肯定該行為的「應刑罰性」(Strafwürdigkeit)<sup>156</sup>。因此也有文獻主張，在行為人出於重大無知而行為的情形，應該否定其可罰性，因為這樣的行為根本不會影響一般大眾對於法效用的信賴<sup>157</sup>。除此之外，不罰重大無知

<sup>154</sup> 見前註80。

<sup>155</sup> 參見BT-Drucksache V/4095, 11。

<sup>156</sup> 參閱Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung, 1986, 40 f.; SK-Rudolphi, vor § 22 Rn.13.

<sup>157</sup> 例如Herzberg, GA 2001, 266; Jescheck/Weigend, Lb, 1996, 532; Roxin, AT/2, 2003, 29/369。Herzberg甚至進一步地指出：為了配合德國實定法的規定，亦即為了得出重大無知之行為的可罰性，通說必須將印象理論理解成「每一個犯罪行為都會引起法效用信賴的動搖」，而這到最後就會變成一個循環論證，因為理論的內容就會變成「未遂的處罰理由在於行為人破壞了法律或者

之行為這一點也可以從本文所主張的立場導出，因為這裡是屬於立法者對於制裁需求性所做的價值判斷，也就是屬於刑事立法者的形成自由，立法者可以依自己的評價對於邊界情形做出或高（有罪，但必減免其刑）或低（不罰）的決定，而沒有邏輯上的對錯可言<sup>158</sup>。

總的來說，立法者在立法或修法理由中所提到的意見雖然在很多情形可以供作解釋的參考，而且是一個相當重要的參考，但居於關鍵地位的還是法條的明文規定。在本次修法中，立法者在修法理由中所表示的意見與其所訂出的條文已不盡相符，再加上其將無危險之不能未遂規定為不罰這一點，並不是一定要採取客觀未遂理論才能說明，因此立法者在修法理由中所提到的立場，並不足以成為反對採取重大無知標準來認定有無危險的理由。

#### 四、法律效果「不罰」的意義：阻卻刑罰事由

最後，還必須稍費篇幅地說明新法第二十六條法律效果（不罰）的意義。立法者在刑法典中常使用「不罰」這樣的字眼來規定法律效果，像是第十二條第一項、第十八條第一項、第十九條第一項、第二十一、二十二、二十三條、第二十四條第一項以及第三一〇條第三項等規定。然而從現行通說所採行的犯罪理論體系來看，一個行為最後不受處罰，有許多不同的可能性。有可能是該行為不被評價為不法（包括構成要件不該當以及存有阻卻違法事由），有可能是行為人欠缺罪責（例如不具責任能力），也有可能是因為「刑罰阻卻或解除事由」（Strafausschließungs-od. Strafaufhebungsgründe）的存在。而在不同的層次阻卻，法律效果也隨之有所不

---

行為人違犯了一個『可罰的』未遂行為」；對此參見氏著，GA 2001, 266 f.。

<sup>158</sup> 詳見後文「四」的說明。

同。詳言之，如果是在不法的層次被阻卻，那麼行為人的行為就是合乎法秩序的行為，是合法的。與此相對，如果是在罪責才被排除，那麼行為人的行為就還是屬於不法行為，受該行為侵害的他人也因此得以對之主張正當防衛權，並且故意參與該行為的第三人也就要負擔共犯的責任。如果是因為可罰性排除或解除事由的存在而不罰，那麼行為人的行為就還是會被評價為犯罪行為，只不過因為欠缺刑罰需求性，所以立法者不打算動用刑法來對之加以反應<sup>159</sup>。以下，就基於前面發展出來的理論基礎來說明，刑法第二十六條所規定的法律效果「不罰」究竟應該具有如何的意涵。

依照本文的看法，處罰未遂行為的理由是在於「維護法規範的效力以達到保護法益之目的」。因此，如果行為人的行為在一般大眾的心目中侵害法規範的意義較薄弱時，那麼這一個行為所引起的「制裁需求性」(Sanktionsbedürftigkeit)也就會相對的減低。有鑑於國家對於規範侵害(犯罪行為)的反應必須合乎比例原則，立法者自然必須相應地規定出減輕反應的可能性<sup>160</sup>。在行為人出於重大無知而行為的情形，正是如此。學說上一致地認為，行為人出於重大無知所為的未遂行為對於規範有效性不會造成認真的威脅，不會形成負面的示範<sup>161</sup>，因此必須特別處理。至於究竟應該賦予這種制裁需求極輕微的行為怎樣的法律效果，則是屬於立法者的形

<sup>159</sup> 關於刑罰排除事由的性質，國內文獻鮮少有深入分析者。對此可參閱MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 73, 80, 355; Bloy, Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten, JuS 1993, L 33 ff. 的簡要說明。

<sup>160</sup> 例如在中止未遂的情形，詳參閱Bloy, JuS 1993, L 34, 35; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 355 ff. 黃榮堅教授則將之稱作：基於刑事政策考量所生之「廣義的責任概念上的減輕規定」，見氏著，基礎刑法學(下)，頁198-199，2003年。

<sup>161</sup> 詳見前文「伍、二、(一)」。

成自由（*Gestaltungsfreiheit*）。換句話說，在舊法時代，立法者因為此種行為所引起的制裁需求性極輕微，而規定法官可以做出免刑判決，透過這次的修法，立法者則是更進一步地指出刑法無須對之反應，也就是法官應該做出無罪判決。就實質層面來說，如果採用重大無知的標準來決定法條中所稱的有無危險這一點，那麼立法者透過此次的修法也就沒有作太大的改變。而同樣的理論基礎之所以可以解釋法律效果從「必減免」降為「不罰」的改變，是因為這裡所涉及的並不是邏輯上對錯的問題，而是牽涉到評價的決定<sup>162</sup>，亦即涉及到以比例原則為導向的「刑罰需求性」（*Strafbedürftigkeit*或稱作「反應需求」，*Reaktionsbedürfnis*）的考量<sup>163</sup>。立法者是否在這種情形放棄制裁，是一個刑事政策上的決定，取決於立法者對於「就規範效用的維持而言，是否需要動用刑法來反應此種行為」這個問題的評價<sup>164</sup>。因此立法者對於處於邊界的情形，也就是出於重大無知的案例，可以做出或高（將法律效果規定為有罪，但同時要求法官必減免其刑）或低（將法律效果規定為不罰）的決定，而無論他採取了哪一種決定，都沒有邏輯上的對錯可言。基此，我國刑法第二十六條所稱的「不罰」，並非阻卻不法或罪責，而應該是一個因為欠缺刑罰需求性所形成的「阻卻刑罰事由」（*Strafausschließungsgrund*）<sup>165</sup>。此外，因為這裡並不是涉及到行

<sup>162</sup> 與此類似者，見Maurach/Gössel/Zipf, AT/2, 40/125。

<sup>163</sup> 參照Niepoth, JA 1994, 339 f., 341 f.。換句話說，在法律規定「免除其刑」（*Absen von Strafe*）的情形，這種放棄刑罰（*Strafverzicht*）的理論基礎也是在於「刑罰需求性」的否定，對此參閱Wessels/Beulke, AT, Rn. 496; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 73, 80, 355 ff.;類似的說法亦可參見黃榮堅，基礎刑法學（下），頁198，2003年：刑罰在一般預防功能上的必要性問題。

<sup>164</sup> 同此見解者，如Samson, FS-Grünwald, 1999, 600 f.。

<sup>165</sup> 甚至在德國現行法下，也有人建議在不純正不作為犯的情形，應透過以比例原則為導向的合憲解釋將不能未遂理解成一個事理上的排除刑罰事由。因為



為人個人的特殊情狀，而是因為行為本身的屬性而不罰，所以因此這一個阻卻刑罰事由並非「個人的」（*persönlich*）阻卻刑罰事由，而是一個「事理上的」（*sachlich*）阻卻刑罰事由。

與此相異的，國內有採取新客觀未遂理論的學者主張第二十六條係屬一種法定的「阻卻違法事由」<sup>166</sup>。先且不論這樣的體系定位在實質層面是否妥當，至少在技術上就會遭遇到難題。依照現今學界通說的想法，只有當客觀上的事實情狀實現了某一個阻卻違法事由的所有要件，並且行為人主觀上對於實現此等要素的事實也有所認知、想像時，才能產生阻卻違法的效果<sup>167</sup>。換句話說，主觀阻卻違法要素也是產生阻卻違法效果的一個必要條件。倘若把第二十六條理解成一種阻卻違法事由，那麼我們就實在難以想像這種阻卻違法事由的主觀要素之內容究竟為何。依照新客觀理論的標準，該條的「無危險」是指一般人在行為當時得以認知阻礙犯行既遂的事實條件，如果未遂行為人在主觀上也要對於無危險這一點有所認知，就會因為根本欠缺故意而不會該當未遂的構成要件，隨而也無所謂阻卻違法。相反的，如果行為人無須對此點有所認知便可引起該條所訂的法律效果，那麼此一規定在性質上便與所有的不法要件（包括阻卻違法事由）不符。如果採取本文的看法，將第二十六條

---

不能未遂在這種情形雖然具有應刑罰性，但欠缺刑罰需求性（參閱Niepoth, JA 1994, 338, 340 ff., 342）。此外，也有學者認為所有不能未遂的制裁需求性均遠低於一般的可能未遂，如Roxin, FS-Nishihara, 1998, 161。

<sup>166</sup> 如余振華，台灣法學會（出版），二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁137、149、480，2005年；同作者，刑法深思·深思刑法，頁113，2005年。這可能是跟日本學界向來把不能未遂的爭議當作一個違法性的問題來處理有關，關於日本學界的看法，參見川端 博（余振華譯），刑法總論二十五講，頁277、278，1999年。

<sup>167</sup> 即便是採取客觀未遂理論的學者，也不否認此點，參見前文註32所整理的文獻。

理解成一種阻卻刑罰事由，那麼行為人對於「無危險」這一點就不需要有所認知；是否產生該條不罰的效果，只取決於客觀上一般人對於此種行為的評價（是否屬重大無知而欠缺制裁需要）<sup>168</sup>。

在確定新法第二十六條所規定之「不罰」應該是一種「事理上的阻卻刑罰事由」後，其他技術層面的細節問題就顯得簡單的多。首先可以確定的是，法官不可以再對行為人下「免刑判決」，因為綜合刑法以及刑事訴訟法上的相關規定看來，針對立法者規定為「不罰」的情形，法官無論如何必須做出「無罪」判決<sup>169</sup>。其次，因為這是一個「事理上」的刑罰排除事由，所以並非專屬行為人一身，在有他人參與犯行的情形，這個刑罰排除事由對其他的參與者便亦有適用。舉例來說，假設某人唆使他人去違犯一個出於重大無知的行為，那麼除了主行為人依第二十六條不罰外，對於教唆者也應適用第二十六條而不處罰。此外，出於重大無知的行為雖然並非阻卻不法，但是因為在所有自始註定不能既遂的情形客觀上都不會存有侵害法益的威脅，所以也沒有必要賦予相對人正當防衛權。倘若相對人並沒有認知到其所面對的「侵害」係屬不能，則大

<sup>168</sup> 就此而言，事理上的阻卻刑罰事由與客觀處罰條件有其類似之處，無怪乎有學者認為兩者只是形式上的不同（Roxin, AT/1, 2006, 23/5）。但要注意的是，並非所有的阻卻刑罰事由都是純客觀地認定，而必須逐條解釋判斷。舉例來說，如果立法者阻卻或減免刑罰是因為可期待性較低（例如刑法第167條），那麼就應該相反地只以行為人主觀上的認知為準；對此可參閱Heinrich, AT/2, 2005, Rn. 1161 ff., 1163的說明。

<sup>169</sup> 但有文獻主張新法第26條的法律效果應該是「免除其刑」（如許澤天，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，頁49-50，2005年），這種解讀方式已超出了法條的文義，與罪刑法定原則有違。須特別注意的是，嚴格言之，除了第26條外，我國現行法上只有法律效果為必減免的「減免刑罰事由」（如第227條之1），而沒有法律效果為不罰的「阻卻刑罰事由」。

可依「誤想防衛」的法理解決，而沒有另闢蹊蹺的必要<sup>170</sup>。

## 陸、結 語

對於「為什麼要處罰未遂行為」這個問題，德國刑法學界曾經作了百年以上反覆的思考、縝密的討論，文獻上可以看到的各種「未遂理論」，就是長時間所累積下來的先人思考成果。本文嘗試跳脫一般討論所慣用的方式（傳統理論內容的整理及分析），透過行為規範與制裁規範的區分來檢視文獻上既存的各種未遂理論，藉此也凸顯了客觀未遂理論在理論內容上的問題。依照本文的看法，「是否處罰未遂行為」這個問題，與「行為規範」的設定無關，應該在「制裁規範」的層次來討論。而制裁規範的正當化基礎，則是在於「以積極之一般預防為導向的法益保護」這一個刑罰觀。在刑法上之所以能夠對於一個行為（包括既遂以及未遂）施加處罰，是因為這個行為否認了行為規範的效力；為了要維護行為規範的效用，法社會就必須要適用制裁規範來處罰行為人，以達成刑法保護法益的任務。從這個角度來看，當行為人基於抵觸行為規範的想法（也就是實現構成要件的故意）放手去作（著手實行）時，便已滿足了國家對之施加刑罰的理由，至於該次的犯行是否能夠既遂、是

<sup>170</sup> 所謂「另闢蹊蹺」，指的是在上述的情形，從「事前判斷」的立場來認定侵害是否存在；至於「事實上」（事後確認）是否真的有侵害存在，則非所問。依照此種看法，當行為人忘了將子彈裝入手槍而基於殺人的意思持槍瞄準別人時，他人可否對之主張正當防衛，端視一般人於行為當時是否能夠認知該行為係屬不能而定。倘若一般人均無法看出該行為係屬不能，就可以肯定現在不法侵害的存在，相對人便取得正當防衛權（參見許澤天，法學講座，21期，頁53、61-62）。與此相反地，通說則是從「事後判斷」的立場來認定侵害是否存在，亦即要求一個「事實上」存在的侵害，僅參閱黃惠婷，台灣本土法學雜誌，23期，頁138；Roxin, AT/1, 2006, 15/1, 9。

否阻礙既遂的事實條件於行為人著手時便已存在（不能未遂），便屬無關緊要。

透過本次的修法，過去少數關於不能未遂的爭議也隨而不再具有討論的實益，像是應該如何處理迷信犯這一個問題。因為無論依照哪一種標準來解釋第二十六條「無危險」這個要素，出於重大無知的未遂類型都一定會被包含在內，已屬不罰，自然就無須討論「迷信犯是否亦屬出於重大無知的未遂」這個問題。但是在另一方面，即使依照新法的規定，變成不處罰的也只是「無危險的」不能未遂，所以法官對於「有危險的不能未遂」還是應該——與可能未遂相同地——做出有罪判決，充其量只能適用刑法第二十五條第二項後段的規定，在量刑時減輕其刑。依此，則原本部分的難題，像是如何區分未遂犯與幻覺犯<sup>171</sup>、主體不能的情形是否可罰<sup>172</sup>以及不能未遂是否仍有成立中止的可能<sup>173</sup>等，就還是一如以往的存在

<sup>171</sup> 這個問題甚至應該是整個不能未遂領域中最重要之爭議，尤其是涉及到規範性要素或是空白要素的情形。關於此一問題，可參閱蔡聖偉，不能未遂之研究，頁179以下，1995年。

<sup>172</sup> 關於主體不能這種類型的可罰性，可參考蔡聖偉，不能未遂之研究，頁202以下對於不同學說的整理，1995年。這裡要說明的只是，部分學者所持的「不具特定身份者根本不是受規範者，因此主體不能的情形不應成立未遂犯」這種看法，事實上也是犯了和客觀未遂理論相類似的錯誤，同樣是混淆了行為規範與制裁規範兩者。

<sup>173</sup> 換言之，即便未遂行為在客觀上自始便已註定不可能既遂（不能未遂），仍然還是有討論能否適用刑法第27條的實益。因為只有在「又無危險」（亦即出於重大無知）的情形依新法規定方屬不罰，才不需再討論成立中止的可能性。然而在其他有危險（亦即非重大無知）的情形，法律效果則與一般的未遂完全相同，只是「得減輕」，因此還是有討論是否可成立中止的實益（在這裡當然只可能成立所謂的「準中止犯」）。對此可參閱Wessels/Baulke, AT, 2004, Rn. 646; Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 797; Roxin, AT/2, 2003, 30/82, 265; 林山田，刑法通論（下），頁474以下，2005年。

而有待學說對之加以澄清。更有甚者，因為修法後，第二十六條的適用與否變成有罪、無罪的問題，所以關於第二十六條適用標準這個問題，非但沒有隨著修法失去討論的必要性，甚至相反地更加有澄清的必要。國內文獻長久以來一直把引起該條法律效果的情形逕稱為「不能未遂」或「不能犯」，但這不僅不合於法條文義（因為無論依照修法前或修法後的規定，引起該條法律效果的都不是單純的不能未遂，而是限於「無危險的不能未遂」），並且也與未遂理論發展史上的用語習慣不符，以致於會在部分問題的討論形成雞同鴨講的局面。更有甚者，最高法院即因此一不精確的用語習慣，而將第二十六條的適用與否僅取決於「犯行是否不能」這一點。這樣的解釋，在該條的法律效果被改為「不罰」後，必將會導致極大的可罰性漏洞。職是，學界在修法後最急切必須解決的，就是對於刑法第二十六條提出一個明確並且合乎事理的判斷標準。這次的修法或許正是個契機，迫使大家好好地重新思考，應該選擇怎樣的標準來認定本條所稱的「無危險」。在技術上我們當然可以訂出無數個不同的標準，但真正重要的是，這些標準能否在規範上被正當化。依照前面的分析，在決定刑法第二十六條的適用時，不需要花功夫去考慮犯行是否不能，而只要判斷有無危險。至於在認定「無危險」這個要素時，則應該取決於「犯行是否基於重大無知而無法既遂」。如此的解釋當然會使本條的規定幾乎變成具文，而鮮少會有被適用的機會，因為出於重大無知的行為幾乎不會被他人發現，以致於多半不會進入司法程序<sup>174</sup>。然而真正重要的並不是法條適用範圍大小的問題，而是這樣的限縮在規範上有它一貫的道理。況且除了這個標準外，在學說與實務上也根本看不到其他能被忠實遵守的區分標準。新客觀未遂理論所提出的「事前危險」標準或者

---

<sup>174</sup> 參見MK-Herzberg, 2005, § 23 Rn. 45, 55。

「視犯行是否自始不能既遂」的判斷標準，不是在技術上有問題，就是在規範上無法被證立。如果對於第二十六條的適用標準不能提出一個理性的解釋，那麼所謂客觀無危險或是客觀未遂觀念——套用黃榮堅教授的話語——在實務運作上勢必折磨到一些看穿國王新衣的法官<sup>175</sup>。

---

<sup>175</sup> 黃榮堅，台灣本土法學雜誌特刊：新修正刑法評論，2005年，頁70。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 川端 博（余振華譯、甘添貴監譯），刑法總論二十五講，元照，1999年。
2. 甘添貴，不能未遂之「不能」與「危險」，月旦法學雜誌，77期，頁14以下，2001年10月。
3. 甘添貴，迷信犯，月旦法學雜誌，81期，頁15，2002年2月。
4. 甘添貴，刑法總則修正重點評述，載：自由·責任·法，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照，頁3以下，2005年。
5. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，台北自版，2004年。
6. 台灣刑事法學會（出版），二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，元照，2005年。
7. 余振華，刑法違法性理論，元照，2001年。
8. 余振華，刑法深思·深思刑法，元照，2005年。
9. 李聖傑，大難不死——客體不存在之未遂，法學講座，29期，頁83以下。
10. 林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學雜誌，2005特刊「新修正刑法評論」，台北，頁11以下，2005年。
11. 林山田，刑法通論（上），台北自版，2005年9版。
12. 林山田，刑法通論（下），台北自版，2005年9版。
13. 林東茂，中止犯，載：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，台北，頁287以下，2001年。
14. 林東茂，刑法綜覽，一品，2005年4版。
15. 林東茂，刑法修正重點評釋，載：蔡碧玉等合著，刑法總則修正重點之理論與實務，元照，頁69以下，2005年。
16. 林東茂，刑法總則修正評介，台灣本土法學雜誌，2005特刊「新修正刑法評論」，學林，頁1以下，2005年。
17. 林東茂，不能犯，月旦法學教室，38期，頁88以下，2005年12月。
18. 林鈺雄，刑法總則第十三講，犯罪之階段——不能未遂、中止未遂，月旦法學教室，34期，頁52以下，2005年8月。

- 19.柯耀程，不能未遂之檢討，載於刑事法之基礎與界限，洪福增教授紀念專輯，學林，頁395以下，2005年。
- 20.柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上），元照，2005年。
- 21.徐文祥，不能犯之研究，文化大學法律研究所碩士論文，1991年。
- 22.高金桂，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌，130期，頁200以下，2006年3月。
- 23.許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，8期，頁128以下，2000年3月。
- 24.許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，載：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集（民主·人權·正義），頁365以下，2005年。
- 25.許澤天，利用他人錯誤之間接正犯——兼談誤想防衛與防衛必要性，法學講座，21期，頁50以下。
- 26.許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，2005特刊「新修正刑法評論」，學林，頁44以下，2005年。
- 27.陳子平，我國近現代不能未遂之沿革，載：刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，頁143以下，2000年。
- 28.陳子平，未遂犯修正草案之評論，月旦法學雜誌，93期，頁88以下，2003年2月。
- 29.陳子平，未遂犯修正草案之基本議題，台灣本土法學雜誌，45期，頁76以下，2003年4月。
- 30.陳子平，刑法第二六條不能未遂犯之「不能發生犯罪結果，又無危險」——以九十二年度台上字第三〇一〇號判決為例，月旦法學雜誌，114期，頁9以下，2004年11月。
- 31.陳子平，刑法總論（上），元照，2005年。
- 32.陳子平，刑法總論（下），元照，2006年。
- 33.陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，台北自版，1995年3版。
- 34.黃東熊，刑法概要，三民，1998年。
- 35.黃常仁，刑法總論，台北自版，2001年增修合訂版。



- 36.黃惠婷，正當防衛之現在不法侵害，台灣本土法學雜誌，23期，頁136以下，2001年6月。
- 37.黃惠婷，反面容許構成要件錯誤，台灣本土法學雜誌，50期，頁174以下，2003年9月。
- 38.黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照，1995年。
- 39.黃榮堅，不能犯，載：蔡墩銘主編，刑法爭議問題研究，五南，頁243以下，1998年。
- 40.黃榮堅，刑罰的極限，元照，2000年。
- 41.黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2003年。
- 42.黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2003年。
- 43.黃榮堅，致命反光片，月旦法學教室，27期，頁16以下，2005年1月。
- 44.黃榮堅，「未遂犯」之基本邏輯——評刑法未遂概念相關之修正，台灣本土法學雜誌，2005特刊「新修正刑法評論」，學林，頁61以下，2005年。
- 45.張麗卿，刑法總則理論與運用，一品，2005年，修訂版。
- 46.劉幸義，由法學方法論角度論未遂之概念、結構與修法，月旦法學雜誌，123期，頁34以下，2005年8月。
- 47.褚劍鴻，不能犯處罰理論之爭論，政大法學評論，50期，頁161以下，1994年5月。
- 48.鄭善印，論未遂犯的幾個爭議問題，載：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，元照，頁245以下，2001年。
- 49.鄭逸哲，淺談不能犯，月旦法學雜誌，27期，頁69以下，1997年7月。
- 50.鄭逸哲，構成要件理論與構成要件適用，台北自版，2004年。
- 51.潘怡宏，未遂犯之研究，中興大學法律研究所碩士論文，1997年。
- 52.蔡聖偉，客觀可歸責性與故意，刑事法雜誌，39卷3期，頁60以下，1995年6月。
- 53.蔡聖偉，不能未遂之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，1995年。
- 54.蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2005年2版。
55. 1998年。

## 二、德 文

1. Baumann, Jürgen usw.: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen 1966.
2. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003.
3. Berz, Ulrich: Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüterschutz, Berlin 1986.
4. Bloy, René: Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten, in: JuS 1993, L 33 ff.
5. Bloy, René: Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs, ZStW 113 (2001), 76 ff.
6. Bringewat, Peter: Grundbegriffe des Strafrechts, Baden-Baden 2003.
7. Coing, Helmut/Honsell, Heinrich: Einleitung zum BGB, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2004.
8. Ebert, Udo: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Heidelberg 2001.
9. Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
10. Frank, Reinhard: Vollendung und Versuch, in: Birkmeyer (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, V. Band, Berlin 1908, 163 ff.
11. Freund, Georg: Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Wolter und Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996, 43 ff.
12. Freund, Georg: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg 1998.
13. Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko, Köln/Berlin/Bonn/München 1983.
14. Frisch, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.
15. Frisch, Wolfgang: Die Strafrahmenmilderung beim Versuch, in: FS-Spendel, 1992, 381 ff.

16. Gössel, Karl Heinz: Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsformgesetz, in: GA 1971, 225 ff.
17. Gropf, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Heidelberg u. a. 2005.
18. Günther, Hans-Ludwig: Die Genese eines Straftatbestandes, in: JuS 1978, 8 ff.
19. Haft, Fritjof: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2004.
20. Hassemer, Winfried: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990.
21. Hassemer, Winfried: Freiheitliches Strafrecht, 2001.
22. Heinrich, Bernd: Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubigem Versuch, in: Jura 1998, 393 ff.
23. Heinrich, Bernd: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Stuttgart 2005.
24. Heinrich, Bernd: Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Stuttgart 2005.
25. Herzberg, Rolf Dietrich: Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, GA 2001, 257 ff.
26. v. Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht, zweiter Band, Berlin 1930.
27. Hirsch, Hans-Joachim: Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, FS-Roxin, 2001, 711 ff.
28. Hirsch, Hans-Joachim: Zur Behandlung des ungefährlichen „Versuchs“ de lege lata und de lege fernda, GS-Vogler, 2004, 31 ff.
29. Jäger, Christian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Heidelberg 2003.
30. Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1991.
31. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
32. Joecks, Wolfgang: Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 5. Aufl., München 2004.
33. Kindhäuser, Urs: Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: K. Lüderssen/C. Nestler-Tremel/E. Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt a. M. 1990, 29 ff.
34. Kindhäuser, Urs: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2005.

35. Kindhäuser, Urs: Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
36. Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg 1997.
37. Kratzsch, Dietrich: Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel ( § 22 StGB), JA 1983, 420 ff.
38. Krey, Volker: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Aufl., Stuttgart 2004.
39. Krey, Volker: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2. Aufl., Stuttgart 2005.
40. Kühl, Kristian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2002.
41. Küpper, Georg: Richtiges Strafen, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, 11 (2003), 53 ff.
42. Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl., München 2004.
43. Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. v. H. H. Jescheck, W. Ruß und G. Willms, 11. Aufl. (1992 ff.), Berlin usw.
44. Malitz, Kirsten: Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, Zum Strafgrund des Versuchs, Berlin 1998.
45. Maurach, Reinhard/Gössel, Karl-Heinz/Zipf, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., Heidelberg 1989.
46. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Hrsg. v. W. Joecks und K. Miebach, München 2003.
47. Murmann, Uwe: Versuchsunrecht und Rücktritt, Heidelberg 1999.
48. Niepoth, Burkhard F.: Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. September 1992 (BGHSt 38, 356), in: JA 1994, 337 ff.
49. Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch: U. Neumann, I. Puppe und W. Schild (Gesamtredaktion), 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
50. Puppe, Ingeborg: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, Baden-Baden 2005.

51. Rath, Jürgen: Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, 1006 ff., 1106 ff.
52. Roxin, Claus: Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, in: JuS 1973, 329 ff.
53. Roxin, Claus: Über den Strafgrund des Versuchs, in: FS-Nishihara, 1998, 157 ff.
54. Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, München 2003.
55. Roxin, Claus: Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, in: ZStW 116 (2004), 929 ff.
56. Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München 2006.
57. Rudolphi, Hans-Joachim: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: FS-Maurach, 1972, 51 ff.
58. Rüping, Hinrich: Grundriß der Strafrechtsgeschichte, München 1981.
59. Samson, Erich: Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, in: FS-Grünwald, 1999, 585 ff.
60. Schlüchter, Ellen: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Thüningersheim/Frankfurt a. M. 2000.
61. Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.
62. Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, bearb. v. T. Lenckner, P. Cramer, A. Eser, W. Stree, G. Heine, W. Perron und D. Sternberg-Lieben, 26. Aufl., München 2001.
63. Schroeder, Friedrich-Christian: Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321 ff.
64. Schünemann, Bernd: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, in: GA 1986, 293 ff.
65. Seier, Jürgen/Gaude, Désirée: Untaugliche, grob unverständige und abergläubische Versuche, in: JuS 1999, 456 ff.

66. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: bearb. v. H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.-L. Günther, A. Hoyer und G. Wolters, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 7. – 8. Aufl., Frankfurt a. M. 2005.
67. Timpe, Gerhard: Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, Berlin 1983.
68. Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., München 2004.
69. Vogel, Joachim: Juristische Methodik, Berlin/New York 1998.
70. Weigend, Thomas: Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Berlin 1989, 113 ff.
71. Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 34. Aufl., Heidelberg 2004.
72. Wolter, Jürgen: Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht – Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 ff.
73. Zaczyk, Rainer: Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989.
74. Zielinski, Diethart: Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Berlin 1972.
75. Zippelius, Reinhold: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1996.
76. Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 9. Aufl., München 2005.
77. Zoll, Andrzej: Der untauglicher Versuch im polnischen Strafrecht, in: FS-Eser, München 2005, 655 ff.

**Commentary on the Amendment of  
Attempt of Impossibility (der  
untaugliche Versuch) of 2005  
— Concurrent Analyses on the Distinction  
between Behavioral Norm  
(Verhaltensnorm) and Punitive Norm  
(Sanktionsnorm) in Criminal Law**

Sheng-Wei Tsai<sup>\*</sup>

**Abstract**

The perspective of punishing the crime of attempt (Versuch) directly affects how legal and factual impossibility (der untaugliche Versuch) are evaluated. German scholars of criminal law first discussed this issue more than two hundred years. Actually, the issues involved here are the legitimate bases of criminal sanctions (Sanktionsnorm), which is an issue far beyond the scope of the crime of attempt. Instead, the crime of attempt simply reveals the fundamental difficulty of the question. Precisely speaking, the major issue is whether the purpose of punishment for a criminal act, completed or not, shall be the retribution

---

<sup>\*</sup> Doctor of Law, Albert-Ludwig-University Freiburg, Germany; Associate Professor, School of Law, Soochow University.

Received: January 10, 2006; accepted: February 27, 2006

for the damage or danger it has caused, or the prevention from future occurrence? If we insist on the idea that the task of criminal laws is to protect legal interests (Rechtsgüter), then we have no option but to accept the latter idea, i.e., prevention from future occurrence. This paper argues that the meaning of punishment for certain behaviour is an active general prevention (positive Generalprävention) toward protection of legal interests. As a result, the reason to punish a crime of attempt is the same as that to punish a completed crime, i.e., to maintain the behavioural norm. Accordingly, whether or not it is impossible, whether or not it is dangerous, does not affect the nature of attempt which violates the behavioural norm. Only in extremely exceptional cases in which actors fail to complete the crime due to significant ignorance (grober Unverstand), legislatures can stipulate the legal effect as no punishment (straflos), as the necessity to punish for general prevention does not exist. The argument of the “Objective Theory of Attempt” (die objektive Versuchstheorie) that the criminal culpability of attempt should be limited to its objective danger faces difficulties in techniques as well as in evaluation.

**Keywords:** Behavioural Norm (Verhaltensnorm), Punitive Norm (Sanktionsnorm), Attempt of Impossibility (der untaugliche Versuch), Objective Theory of Attempt (die objektive Versuchstheorie), general active prevention (positive Generalprävention), protection of legal interests (Rechtsgüterschutz), Concept of danger (Gefährdungsbegriff), Judgement ex ante (ex-ante-Betrachtung), the philosophies of punishment theory (Straftheorie), the excuses of criminal liability (Strafausschließungsgrund)