

不能未遂判斷之走向

高金桂*

目 次

壹、前言	一、實務上之見解
貳、立法背景	二、實務見解之理論取向
一、1928年之舊刑法與1935年陸 之新刑法	一、對主客觀理論不宜偏執任一 方
二、2005年之修正刑法	二、實務見解轉向之曙光
參、未遂之可罰性理論	三、事實上的危險無助於不能未 遂之判斷
一、客觀未遂理論	四、著手的判斷基準與不能未遂 無法脫勾
二、主觀未遂理論	五、不能未遂之可罰性似有層級 化之可能
三、印象理論	六、不能未遂與迷信犯及誤想犯 之界分仍有困難
四、構成要件密接之風險說	七、重大無知之判斷基準應有參 考價值
肆、不能未遂之可罰性問題	八、保留不能未遂之原規定對實 務之困難有調節作用
一、早期之理論	
二、印象理論及其他	
三、不能未遂之類型	
四、不能未遂與誤想犯及迷信犯	
五、德國立法上之判斷基準—重 大無知	
伍、我國實務上對不能未遂之見解	

中文關鍵詞：印象理論、反面的構成要件錯誤、預防理論、功能的未遂理論、重大無知之錯誤

Keywords：Eindruckstheorie, umgeherter Tatbestandsirrtum, Präventionstheorie, funktionelle Versuchstheorie, Irrtum aus grobem Unverstand

* 東海大學法律學系教授。

中文摘要

2005 年之刑法修正，將不能未遂原本「減輕或免除其刑」之法律效果，修正為「不罰」，其修法之理由在於：處罰不能未遂，形同對於行為人主觀心態上之法敵對意識加以處罰，而有淪為「良心刑法」之嫌，故宜改採客觀的未遂理論，不構成刑事犯罪。新法似乎將不能未遂之法律效果的規定，轉化為犯罪論之問題，但不能未遂在犯罪判斷上之影響作用，究竟是阻卻構成要件、阻卻違法或只是阻卻責任，立法理由未見說明，留下一團疑雲。

有關不能未遂之可罰性及判斷基準之問題，向來即具有爭議性，德國亦復如此。本文嘗試從立法背景、不能未遂之可罰性理論、不能未遂判斷基準之理論及實務上認定為不能未遂之典型案例，對有關不能未遂之刑法修正做刑事政策上之檢討，並參酌我國與德國學說與實務上之見解，建構不能未遂之判斷基準，希望能對未來實務上之操作及刑法之進一步修正（或回復原有之規定），提供一點參考之意見。

本文認為，不能未遂之可罰性問題，立法上不宜在主觀理論及客觀理論之間，偏執於任何一方而形成決定。從印象理論、一般預防理論（積極的及消極的）及特別預防理論之觀點加以思考，立法上排除不能未遂之可罰性似乎過於草率；保留不能未遂之原有規定，可以讓實務於普通未遂之判斷面臨困難時，依「罪疑有利於被告」之原則，依不能未遂加以判斷，具有調和之功能。

Vorwort der Abhandlung

Diese Abhandlung bezieht sich mit den Problemen des untauglichen Versuchs. Nach den bis 30.6.2006 geltenden Strafrecht

Taiwans soll das Gericht im Falle des untauglichen Versuchs von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern, seit 1.7.2006 sei der untauglicher Versuch nicht mehr strafbar geworden. Die Grundlage der neuen Gesetzgebung liegt daran: die Bestrafung des untauglichen Versuchs ist nach dem rechtfeindlichen Bewußtsein des Täters gerichtet, das macht das Strafrecht als Gesinnungsstrafrecht, nach den objektiven Versuchstheorie soll der untauglicher Versuch nicht mehr strafbar. Untauglicher Versuch ist nicht mehr als Frage der Rechterfolge, sondern als Frage der Verbrechenslehre. Aber, der Wortlaut "Nichtstrafbarkeit" würde als Tatbestandsausschließungsgrund, als Rechtfertigungsgrund, oder als Schuldsausschließungsgrund behandelt werden sollen, ist jedoch nicht klar.

Die Frage der Strafbarkeit und der Bewertungsmaßstab des untauglichen Versuchs ist von Anfang an sehr Streitbar, das ist gleichfalls in der BRD. Durch Analyse bezüglich des Hintergrundes der Gesetzgebung, der Lehre der Strafbarkeit, der Lehre des Bewertungsmaßstabes und der von Rechtsprechung als untauglicher Versuch angesehenen Fälle ist diese Abhandlung danach gerichtet, die Abschaffung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach Lehre der Kriminalpolitik zu kritisieren, den Bewertungsmaßstab des untauglichen Versuchs zu konstruieren, dadurch wurde erhofft, einen anwendbaren Bewertungsmaßstab des untauglichen Versuchs zu finden.

Nach Eindruckslehre des Versuchs, Theorien der Generalpräventionstheorie und der Spezialpräventionstheorie ist die

Abschaffung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bei der neuen Gesetzgebung zu leichtsinnig. Würde die Strafbarkeit es untauglichen Versuchs vorbehalten, kann das Gericht im Zweifelsfall des Versuchs nach dem Prinzip in dubio pro reo als untauglicher Versuch zu beurteilen.

壹、前言

有關不能未遂之可罰性及判斷基準的問題，在國內學說上向來有極大的爭議，而實務上對不能未遂之判斷，也歷經長期的不穩定而引人側目，再加上二〇〇五年刑法修正案中有關不能未遂規定之重大轉折，不能未遂之修法及未來實務上的適用及操作，是值得加以關心之議題。本文無意捲入艱深的刑法學說爭端，而嘗試從立法背景、不能未遂可罰性之基礎理論、不能未遂之判斷基準理論及實務上原認定為不能未遂的典型案例，建構可能的不能未遂判斷基準，供未來實務上判斷不能未遂之參考。在進入議題之前，本文先參考國內外文獻上出現過，與不能未遂有關的案例，做為不能未遂判斷之思考的基本素材：

例 1：行為人誤以為可以經由巫術或超自然的手段，足以發生刑法上重要的結果，而加以實行¹，此即迷信未遂（亦稱迷信犯）或不真實的未遂（*abergläubischer od. Irrealer Versuch*）。

例 2：滿十六歲之男女同居並發生性行為，主觀上誤以為其行為已構成「與幼年男女性交罪」²，此即通稱之誤想犯或幻覺犯（*Wahndelikte*）。

¹ Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (45. Aufl.), §23 Rn.5.

² 引自林山田，刑法通論（上），六版，頁 318-321。林氏尚將誤想犯區分為三種情形：（1）反面的禁止錯誤；（2）反面的容許錯誤；（3）反面的包攝錯誤。

例 3：行為人懷孕，誤以為菊花茶有墮胎之功能，而猛喝菊花茶³；或誤以為肥皂水可使胎兒流產，而以針筒將肥皂水注入陰道。

例 4：行為人不知其分居於外國之配偶已因意外事故死亡，而與他人通姦，主觀上誤以為其行為具備通姦罪之構成要件，此即通稱之主體不能未遂⁴。

例 5：醫師對客觀上並未懷胎之婦女，著手實施墮胎之行為⁵；或行為人欲殺被害人，持槍朝被害人房間內射擊數槍，但因被害人適於事前外出不在房內，故未受害⁶。此常被認為是客體不能未遂，但有爭議。

例 6：行為人以射程有限之槍枝，射擊遠在有效射程外之目標（人或飛機）。此有被認為是手段不能未遂者⁷，亦有將其理解為重大無知之不能犯者⁸；但，亦有認為此例不屬於「出於重大無知且客觀上無危險」的不能未遂，而是障礙未遂或普通未遂⁹。

³ 黃榮堅，不能犯，見蔡墩銘、甘添貴主編，刑法爭議問題研究，五南圖書，1999年，頁250。黃氏稱此例為重大無知之不能犯。

⁴ 見林山田著，同前註2所揭書，頁316。

⁵ 於此，接受墮胎之婦女同時構成聽從墮胎罪之主體不能未遂及客體不能未遂，兩者相競合，此即不能未遂之競合。

⁶ 此例，林山田將之歸類為客體不能未遂之型態，見林著，同前註2所揭書，頁317。但甘添貴教授則將其定位為障礙未遂（普通未遂），見甘著，不能未遂之「不能」與危險，月旦法學教室第77期，2001年，頁14-15。

⁷ 林山田著，同前註2所揭書，頁318。

⁸ 黃榮堅著，同前註3所揭文，頁250。

⁹ 鄭逸哲，「未遂構成要件規定」、「未遂構成要件該當行為的可罰性規定」和「可罰的未遂構成要件該當行為之量刑規定」的概念層次區別，台灣本土法學雜誌第45期，2003年，頁55。

貳、立法背景

一、1928 年之舊刑法與 1935 年之新刑法

1928 年之舊刑法關於不能未遂之規定係：「但犯罪之方法，決不能發生犯罪之結果者，得減輕或免除其刑」（第四十條後段）。1935 年之新刑法第二十六條後段，將不能未遂修正為「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」。新舊刑法有關不能未遂之差別，最明顯的是法律效果部分，將刑罰之裁量減輕或免除修正為強制的減輕或免除；在不能未遂的成立要件上，新舊刑法之規定看不出有何差別，但在立法理由上，似乎有意加以做適度的區分。新刑法修正不能未遂之立法理由為：「學說上所謂不能犯應否處罰，為刑法學者數十年來最劇烈之爭點，至今尚無定論。主觀之說，謂既著手實行犯罪，無論其能否發生犯罪事實，皆足以危害社會，故應處罰。客觀之說，謂不能發生犯罪事實時，其行為與犯罪相去甚遠，罰之恐涉處罰犯罪意思而非處罰犯罪行為之嫌，兩說雖各有其理由，極其主張，均有未當。是以最近立法例，對於不能犯多採主觀說，科以刑罰，而以絕對不能為例外，庶免趨於極端。原案純採主觀說¹⁰，修正案不能犯之處罰，以有危險者為限，外國學說雖有主張之者，然適用上恐生困難，故各國刑律罕有採用。本案擬從不能犯處罰主義，但對於絕對不能犯，由法官斟酌情節，得減輕或免除本刑。」

關於前述新刑法有關不能未遂修法之立法理由，前段有關純

¹⁰ 應是指舊刑法第三十九條後段所規定「其不能發生犯罪之結果者亦同」，即原則上將不能未遂等同於普通未遂。

客觀說或純主觀說之論述，可謂清楚而易於理解。但後半段之說明，有些不清楚，特別是「有關最近立法例，對於不能犯多採主觀說，科以刑罰，而以絕對不能為例外」，此一論述，易使人理解為當時各國立法例，基於採主觀說而將不能未遂視同普通未遂加以處罰，而對於絕對不能未遂則例外地不加以處罰，但其原意或當時各國立法例是否如此？令人費解。另有部分立法理由，其說明與修法之內容似有矛盾之處，其中謂原案（應是指舊刑法）純採主觀說，但舊刑法雖將不能未遂視同普通未遂，但在第四十條後段，在法律效果上仍得減輕或免除其刑，而與普通未遂只得減輕其刑，有所差別，故謂原案純採主觀說，未必恰當。其實，從舊刑法與新刑法（1935）有關不能未遂之要件及其法律效果來看，兩者均應是綜合主觀說與客觀說之立法例。此外，該立法理由又採「不能犯處罰主義」，對於絕對不能犯則得減輕或免除本刑，似乎採主觀主義為原則，而以客觀主義為例外，此與其原本有意將主客觀主義加以調和之場，似乎不完全一致。

二、2005 年之修正刑法

2005 年修正公布之刑法，是七十年來我國刑法最大規模的修正，其中有關不能未遂之規定，仍將之留置於第二十六條，而將該條前段普通未遂之法律效果的規定，移置到第二十五條第二項之內。不能未遂之成立要件及法律效果為：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」

修正刑法將不能未遂之法律效果，由減輕或免除其刑，修正為不罰，至於不能未遂之成立要件，並未加以變動，其立法理由為：「關於未遂犯之規定（按：應指未遂犯可罰性之理論），學理

上有採客觀未遂論、主觀未遂論、或折衷之印象理論。參諸不能犯之前提係以法益未有受侵害之危險，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。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」。前述關於不能未遂修正之立法理由，在未遂犯之基礎理論及未來實務適用之發展上，可能有下列的疑慮：

1、不能未遂之成立，係以行為不能發生犯罪之結果又無危險為要件。則是否於結果犯，方有成立不能未遂之可能？相對地，行為犯或舉動犯是否就無成立不能未遂之可能？

2、假使吾人能接受，普通未遂之可罰性，是建立在主客觀綜合理論之印象理論的基礎上，但不能未遂之不罰，卻純然以客觀理論為基礎，在未遂領域內，有關可罰性理論加以分割處理，是否妥當？在理論體系上是否形成矛盾與錯亂？

3、對不能未遂之處罰，是否只是淪於單純地針對行為人之主觀上的法敵對的意思，而形成可罰性之不當的擴張？對不能未遂行為有所認知之被害人或第三人而言，也許只是虛驚一場，但即或只是虛驚一場，是否即可全盤否定其對法益侵害或危險的本質？

4、在立法、法律適用及法律之執行上，均不能脫離刑事政策的思考。立法若未經刑事政策上之評估，則可能因欠缺目的性的思考，而形成非理性或恣意的立法（或修法）。刑法規範之創設或不創設，須考慮到個別預防、消極的一般預防及積極的一般預防。不能未遂，若欠缺任何預防的必要性，則排除其可罰性，是妥當的；但若仍具有預防的必要性，則排除其可罰性，可能動

搖到刑法對法秩序維護之功能。

5、立法理由又稱，排除不能未遂之可罰性，尚考量到刑法謙抑原則。觀乎往昔實務上判斷不能未遂所形成的見解，似乎過於寬鬆，疑似將一部分的普通未遂判斷為不能未遂，則本次修法的結果，實務上若繼續採用過去的判斷基準，是否不當地形成可罰性的漏洞？若未來實務上適用新法時，改採較嚴格的判斷基準（例如只承認迷信犯及誤想犯方足以成立不能未遂），則可能將往昔類似不能未遂之案例轉化為普通未遂加以判斷，則刑法謙抑思想果真能於此一修法結果加以實現¹¹？甚至於反其道而行？不無疑問。

6、又不能未遂不罰，此「不罰」之內容所指為何？它是屬於犯罪論之概念？或是法律效果論之概念？若為後者，應以「免除其刑」之概念加以表示，較為妥當¹²，且在立法體例上應安排於總則第八章（刑之酌科及加減）中，方屬妥當。此一「不罰」，極易使人與阻卻違法之「不罰」及阻卻責任之「不罰」相為混淆；更有甚者，若此「不罰」屬於阻卻違法事由或阻卻責任事由，亦應將其規定在第二章（刑事責任）中，方合於立法體例。從立法理由之說明，不能未遂「不構成刑事犯罪」，立法者似乎將其定位為阻卻構成要件事由，將不能未遂之法律效果的規定，搖身一變成立阻卻構成要件事由，修法顯得太過於冒進；這也令人形成

¹¹ 類似之見解，認為：由於立法者加重了不能未遂與普通未遂的評價落差，導致往後對兩者的區別實益比過去要重大，極可能影響未來實務對不能未遂解釋的寬嚴程度。見許澤天，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，見台灣本土法學雜誌第67期，2005年，頁109。

¹² 林山田教授亦認為，欲排除不能未遂之可罰性，在立法上也只能規定為「免除其刑」，而不是使用具有爭議性而具有多重意義的不罰；因而，新法的修改，實屬不當。見林山田，二〇〇五年新刑法總評，見台灣本土法學雜誌第67期，2005年，頁88。

合理的預估，未來實務操作上可能將不能未遂限縮在迷信犯及誤想犯之範圍內。

有關前述不能未遂修正內容、立法理由及未來實務上適用的疑慮，本文將於下列各段論述中，於適當之處嘗試加以釐清。

參、未遂之可罰性理論

未遂之可罰性理論，涉及立法上得以對何等範圍內的未遂行為加以處罰，對相關未遂之理論提供解釋的工具，並提供未遂可罰性在刑事政策上判斷的基準。不能未遂，是刑法未遂類型之一部分，其可罰性問題之思考，自不能脫逸一般未遂之可罰性理論，故本節將先簡要處理未遂之可罰性理論，再進一步處理不能未遂之可罰性問題。

一、客觀未遂理論

客觀未遂理論，認為未遂之可罰性理由，在於行為已對客體或法益形成具體危險，基於古典犯罪論體系，認為不法只能建立在具體危險或實害的基礎上，所有的主觀要素都只能歸屬於罪責，欠缺客觀危險性的未遂及不能未遂，均不具有可罰性¹³。亦即，未遂之不法內涵，除行為非價外，尚須具有特殊之事態非價（Sachverhaltsunwert）；未遂是否已構成具體危險，依事後判斷方式加以決定，亦即，法官應回溯到未遂行為實施之時點，考量所有客觀可辨識的情狀及行為人所認知之情狀，判斷行為是否足以致生構成要件結果；於具體案例中，未遂行為若無危險性，也

¹³ Eser in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (26 Aufl., 2001), Vor. §22, Rn.18.

不足以實現構成要件結果，即不得加以處罰¹⁴。

早期的（1870年前後）客觀理論，將未遂區分為絕對不能未遂及相對不能未遂；前者指行為自始即無發生既遂之可能，後者指行為人已採用了適當的手段，於具體情況下實施時卻顯示出無法發生結果（如使用微量之毒物），但由於兩者之界分有所困難，刑法學理上已不再加以採行¹⁵。

1930年前後，客觀理論又出現了廣為流行之「構成要件欠缺」（Mangel am Tatbestand）理論。據此，可罰性未遂之範圍極度限縮，幾乎只有當外在結果沒有發生時，例如基於殺人故意射擊而未擊中目標，才有成立未遂之可能，其他的事實情狀若不存在，例如行為主體或行為客體欠缺構成要件之必要的性質（非公務員誤以為自己有公務員身分而非法取供、將自己之物誤為他人之物而竊取之、誤以人偶為人而對其射擊），即無成立未遂之可能，而不具有可罰性¹⁶。至於手段不能之未遂，依 Frank 之見解，若是涉及「本體論的錯誤」（ontologischer Irrtum），即涉及事實關係之誤認（例如誤糖為毒物而用以殺人、誤人偶為人而殺之），未遂方具有可罰性¹⁷；反之，若未遂涉及「自然法則的錯誤」（nomologischer Irrtum）¹⁸，即對自然現象之經驗法則存有錯誤的認知（例如誤以為吃芥末可以墮胎、下符咒可以殺人），則為不可罰之不能未遂，其意涵包括了迷信未遂，及德國現行刑法所規定「基於重大無知之不能未遂」（容後再述）¹⁹。對於構成要件

¹⁴ Rudolphi in SK-StGB (Bd.1:AT, 1997), Vor. §22, Rn.11.

¹⁵ Roxin, Strafrecht AT (Bd. II, 2003), §29, Rn.29.

¹⁶ Roxin, a.a.O. Rn.30; Eser, a.a.O. Rn.19.

¹⁷ 此似可將之理解為事物本質之錯誤。

¹⁸ 國內文獻有稱之為「幻想可能（法則上不能）之未遂」者。見蔡聖偉，客觀可歸責性與故意，見刑事法雜誌第39卷第3期，1995年，頁64。

¹⁹ Eser, a.a.O., Rn.19.

欠缺理論，學說上對其有所批評，認為行為主體、行為客體、行為手段等構成要件要素，在未遂之可罰性或不可罰性之判斷上應是等價的，何以行為主體（身分）及行為客體之構成要件欠缺或事實欠缺可以否定未遂之成立及其可罰性，而涉及行為手段之構成要件欠缺卻有重大不同的判斷方式，難有服人之說理；此外，有關本體論的錯誤（事物本質之認知錯誤）及自然法則之錯誤，兩者之間的界分也不是很清楚²⁰。

二、主觀未遂理論

主觀未遂理論認為，未遂之可罰性理由在於行為人內部之法敵對意思的顯現，即行為人將犯罪的意思形諸外部的活動；由於主觀要素在未遂的判斷上具有重大的意義，若未考量到行為人之主觀故意及犯罪之意像，難以對未遂做有意義的判斷；刑事制裁之目的包括規範效力（Normgeltung）之維護，故當行為已表現出對規範欠缺尊重或不加以承認時，即具有可罰性²¹。主觀未遂理論自帝國法院時期即加以採行，聯邦法院時代亦蕭規曹隨，1975年後仍為德國現行刑法未遂之基礎思想。

依多數說之主張，未遂之可罰性理由是「形諸於外的法敵對意思」（具客觀成分的主觀理論），其重點並不在於行為是否對保護的行為客體造成事實上的危險，而是故意（含法敵對意思）之表徵於外，經由行為所實現之「行為不法」（Handlungsunrecht）²²。因此，通說上的主觀未遂理論，是一種溫和而有所保留的主觀理論，並非全然針對行為人內部的惡性或邪惡的動機加以處罰，而

²⁰ Roxin, a.a.O., Rn.30.

²¹ Eser, a.a.O., Rn.21.

²² Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (AT 5. Aufl., 1996), S.513.

是針對經由具有危險性或不具有危險性之行為所表徵的法敵對意思；未遂可罰性之前提在於其行為非價，所有的行為，即或其對保護客體全然無危險，只要行為人經由法敵意思顯現於外的行為，而動搖到公眾的法和平秩序，即具有可罰性²³。

前述通說上之主觀理論，與德國早期帝國法院所曾採用之純主觀理論，並非完全相同。德國早期實務上所持之見解，包含下列兩個主張：(1) 對於未遂犯之處罰，實定法顯然是針對犯罪之意思，與此相反的，既遂犯之處罰，則係針對犯罪意思所形成的違法結果，兩者之間的對比，只不過是犯罪意思是否經由行為脈絡宣示於外；(2) 由於危險未遂與不危險未遂均欠缺與結果之因果關係，兩者之間無從加以區分，由於此兩種未遂無法區分有因果關聯或無因果關聯，故形同兩種未遂均不具有危險性；因為，行為在具體情狀下，既未侵害到法益，足以證明，其在具體情狀下並無侵害法益之可能，因而，未遂是否可罰，與行為在客觀上是否對法益構成危險無關²⁴。

對於前述德國實務上曾出現的見解，Roxin 有如下之批評：(1) 此等見解無法說明，只有部分的犯罪才處罰未遂，且未遂之處罰較既遂為輕，另重大無知之未遂更得以免除或減輕刑罰；假使未遂果在針對法敵對意思加以處罰，則所有犯罪均應處罰未遂，且不同型態的未遂在罰則上均應相同；(2) 由於刑法原則上不處罰預備犯，但預備犯亦具有法敵對之意思，故此等見解亦無從加以說明；(3) 將未遂與既遂視為相反之情況，認為未遂可罰性之理由在於犯罪的意思，既遂則在於結果的發生，此等見解忽略了一個事實，即未遂通常是既遂的一個過渡階段，至少已對法

²³ Rudolphi, a.a.O., Rdn.12.

²⁴ (RG1, 439, 441), 引自 Roxin, a.a.O., §29 Rnn.33, 34.

益形成真實的危險²⁵。此外，本文認為，前述實務上之見解，尚存有一邏輯上之誤謬，即將行為於客觀上未侵害到法益，推論到行為不足以侵害法益或不具有危險性；實則行為於具體情況下未侵害到法益，為實然面之事物，而行為是否足以侵害法益，是應然面判斷之領域，故該論述有將實然扭曲為應然之嫌（亦即以實然決定應然）。

純主觀理論可能擴張可罰的未遂範圍而殃及預備行為（故德國實務上曾將意圖供詐術行使之用而偽造文書者，論以詐欺罪之未遂）²⁶，承認絕對不能未遂之可罰性，或由於均具有法敵對之意思而將未遂與既遂採等重處罰原則²⁷。早期實務上曾因採用此種理論，致擴張了構成要件適用之範圍，而有違罪刑法定原則之嫌。前述學說上較為保守之主觀理論（第二段所述），認為具有危險性之未遂，原則上具有可罰性，不具有危險性之未遂，若足以動搖到法和平秩序，方具有可罰性，似乎有意避免純主觀理論之缺失；但有危險或無危險性，及是否足以動搖法和平秩序，仍屬不確定的法律概念，有待進一步的釐清，但此似乎已為印象理論之發展提供了基本方向。

三、印象理論

印象理論，文獻上亦被稱為折衷理論、主客觀混合理論或二元理論（dualistische Theorie），將主觀的要素及客觀的要素加以調和，做為未遂之可罰性基礎。印象理論是以主觀未遂理論為基礎，但亦強化未遂之客觀的可罰性基準；此理論由 Horn 奠立基

²⁵ Roxin, a.a.O., Rnn.35-37.

²⁶ RG51, 341, 343.

²⁷ Jescheck, a.a.O., S.513.

礎，再經由 v. Bar 繼續發展，成為今日之通說²⁸。依印象理論，未遂可罰性最基本的要件還是法敵對之意思；但未遂行為，須使公眾對法秩序效力（信念與期待）之信賴感受到動搖，並侵害到法安全感與法和平，方具有可罰性²⁹。

Roxin 認為，印象理論之「印象」，是一種「法動搖（或不安）之印象」（rechtserschütternder Eindruck），指未遂行為雖未致生結果，但已對社會和平秩序構成侵害；印象理論綜合了主觀及客觀的要素，也折衷了意思不法及危險不法，它不只包容了法敵對之意思，也兼顧了大眾發動刑罰權之印象與期待（而不必考慮到未遂是否形成事實上的危險）；又，此理論也能相當有效地區分既遂、普通未遂、重大無知之未遂及迷信未遂之可罰性問題，即四種行為階段之法動搖印象及刑罰必要性依先後順序逐步遞減³⁰。法動搖印象是否形成，學說上固有認為，法動搖印象在現實上是處於變動而不易確定之狀況，因而用以解釋未遂之可罰性是有困難的；有關此一疑慮，Roxin 認為，行為是否構成法動搖的印象，並非依事實上之觀察者的印象來判定，而是由想像中之平均人的觀察者（Durchschnittsbeobachter），就其所認識之所有內部及外部事實來加以判斷，於此涉及價值判斷；但這樣的價值判斷仍嫌空泛，難以描繪出法定的可罰性判斷基準，也難用以區分不可罰的預備行為及可罰的未遂行為；其進一步解決之道，即在法治國原則之基礎上，以構成要件密接性之概念，去發展判斷基準³¹。

印象理論，由於引進平均人的觀察者之印象，在學說上亦被認為是引進了「社會心理學之效應」（sozialpsychologische

²⁸ Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT (Tb.2, 7. Aufl., 1989), S.22.

²⁹ Eser, a.a.O., Rn.22.

³⁰ Roxin, a.a.O., Rn.46.

³¹ Roxin, a.a.O., Rn.47ff.

Wirkung)，來補充說明未遂之可罰性³²。對此，學說上雖亦有所批判，認為未遂可罰性之問題，不在於行為對公眾是否形成社會心理上之不安，而是涉及對構成要件實現之前置化的干涉是否具有合法性；據此，Jakobs 另提出「構成要件密接之規範侵害表現說」（expressiver und tatbestandsnaher Normbruch），可簡稱為「規範侵害表現說」（Expressiv-werden eines Normbruchs），其主要論點如下：（1）由於未遂與既遂均是侵害到規範的效力（Normgeltung），未遂之行為人必然與既遂之行為人一樣，經由其表現於外的行為顯示其不願意遵守規範，這是行為可罰性之最基本的內容；（2）一個有責任感的人，在社會組織中享有自由，但相對的也應謹慎地避免為社會組織帶來危害，個人若未能善盡此義務，即無權主張自由；個人若未能支配控制潛在之對他人的不利益，而表現外部侵擾的行為，此即未遂之實質意義；（3）實定法上未遂犯之規定，並非針對潛在之不利益，而是針對潛在之構成要件的實現；個人若未善盡對潛在構成要件實現結果之支配控制，此即形式意義的未遂；因為，完全實現構成要件所構成之既遂，是一種形式的概念，而刑法上之可罰的未遂，是形式的未遂概念³³。規範侵害表現說，以規範的效力做為未遂可罰性之出發點，認為未遂之本質，在於行為表現出不遵守規範之意思，隱含了一個命題：對法秩序效力之信賴感，是法治社會形成之必要條件，若侵害規範的行為，已足以動搖到這種信賴感，而危及社會生活之和平與安全，未遂即具有可罰性。如此，規範侵害表現說與印象理論並無不合，故學說上亦有將其視為印象理論之一支流者³⁴。

³² Eser, a.a.O., Rn.22.

³³ Jakobs, Strafrecht AT (2.Aufl., 1993), §25, Rn.21.

³⁴ Eser, a.a.O., Rn.22.

以主觀未遂理論為出發點的印象理論，乃試圖發展足夠的客觀標準，來補強未遂之可罰性理論，及未遂與預備行為之界分，其所提出之概念，含公眾對法秩序效力信賴感的動搖、法安全感及法和平秩序之危害，在客觀判斷及實務適用上仍有其困難。未遂行為是否已造成公眾對法秩序效力之信賴感動搖之印象，也被質疑是引進社會心理學的效應，此等印象或效應，似乎只能從民意調查加以認定，如是，則法律適用形同依賴民意調查結果，而緩不濟急；更何況，民意之形成，受到諸多難以掌握因素之影響，而處於變動之狀態，故依公眾印象來適用法律，有可能形成法適用的安定性而動搖到罪刑法定原則。對於這個疑慮，Roxin 提出一個相當有建設性之構想：即法秩序動搖之印象，並非依事實上之觀察者來判定，而是依想像中之平均人觀察者，就其所認知之所有（行為人的）內部及（客觀存在的）外部事實，來加以判斷；因而，這是價值判斷的問題，而非民意實態的問題。而這種價值判斷，應由法官依經驗法則為之，法律原則及判斷基準，無法量化或精準到如自然科學般。此正如客觀罪責理論之期待可能性理論，通說所接受之「平均人標準說」一樣，並不易掌握到精準的判斷基準，但從人性的思考及社會生活的經驗，可以之為依據而形成合理的判斷結果。

四、構成要件密接之風險說

有關未遂之可罰性問題，Roxin 以現有理論為基礎，另提出「構成要件密接之風險說」(tatbestandsnahe Gefährdung)，亦稱為「構成要件密接或法動搖規範侵害說」(tatbestandsnahe, rechtserschütternder Normbruch) 或「綜合理論」(Vereinigungstheorie)。

該理論的核心是：未遂可罰性之理由，在於一般預防及特別預防之必要性，此通常源自於故意之構成要件密接的風險，例外的情況下，是源自於構成要件密接行為所顯現之法動搖的規範侵害。其主要立論包括如下³⁵：

(一)以構成要件密接之風險為主軸

以構成要件密接之風險為未遂之可罰性理由，它適用於普通未遂及具危險性的不能未遂（gefährlicher untauglicher Versuch），而包含了絕大多數的未遂行為。由於未遂的危險性是採用事前判斷（因為若採事後判斷可能所有未遂均不具有危險性），只要知悉實情的第三人，對行為人之目的、特別認知及客觀的情狀有所認識，相信必然會發生結果者，即使是不能未遂，亦具有危險性。例如，行為基於殺人之故意而持槍扣板機，但不知該槍枝之子彈事前已被他人取下，即使是一種方法不能之未遂，仍具有危險性。

(二)不危險的不能未遂在特殊情況下亦具有可罰性

當第三者基於事前判斷，足以認知到，行為根本無發生結果之可能時，即為不危險的不能未遂。例如，行為人將無害之物質誤以為是足以致死之毒物，用以毒殺他人；或行為人基於重大的視力缺陷，將雕像誤以為人而加以射殺。此等行為為刑法上不能未遂（德國刑法§23Ⅲ）之處罰範圍，但其可罰性之理由，並非來自於危險性之思考；而是行為人基於犯罪之決意，進而著手實施行為（不以構成要件行為為限），即或不具危險性，但已形成法動搖之規範侵害，因而仍具有可罰性。

³⁵ Roxin, a.a.O., §29, Rnn.10ff.

(三)不危險不能未遂可罰性之理由有待補強

對於危險未遂（含普通未遂及危險不能未遂）之處罰，與刑法之法治國原則及未遂之理論基礎是相謀合的，但不危險之未遂，是刑法理論上之異型，其可罰性須有額外的正當理由。詳言之，普通未遂近似於具體危險（因為可預知結果的發生），危險不能未遂近似於抽象危險犯（因為基於事前預測可被認真地認為可以實現構成要件），其可罰性較無疑問；但，不危險的不能未遂，由於不具構成要件之重要性，又無危險性，故欠缺這些前提要件。此外，只有危險未遂因為製造了法所不容許的風險，才符合客觀歸責之構成要件理論，不危險不能未遂則欠缺此等條件。

(四)危險未遂與不危險不能未遂之差別在一般預防之必要性

危險未遂與不危險的不能未遂，均是以既遂之犯罪計畫為出發點，其所含之意思罪責（Willensschuld）是相同的。由於不危險的不能未遂，行為人依其犯罪計畫，有意且認為足以實現構成要件，且已著手實施行為，從特別預防之觀點，其刑罰之必要性並不亞於危險未遂的行為人。但若就此認定，對不危險未遂之處罰已淪為良心刑法，是不恰當的，因為，行為人不只已顯示其惡意，且已轉化為行為之實施。此外，危險未遂與不危險未遂之區別，應從一般預防之觀點加以思考：就危險未遂而言，因行為之構成要件密接的風險製造，所形成之危險性，從法益保護之立場，其可罰性迨無疑問；但就不危險未遂而言，須因行為人主觀上所認為之完美的犯罪行為的實施，已形成構成要件之具體的法和平侵害（法動搖之規範侵害），若不加以處罰，一般人也將不在乎實施同樣的行為時，其處罰方具有正當性。

(五)並非所有的不危險未遂均屬於重大無知

如前述第 2 點所舉之例，行為人如因深度的視覺缺陷，基於殺人之故意，將雕像誤為人而加以射擊，或誤將無害物質誤為足以致死之毒物，而用以毒殺他人。有關此等不危險未遂，Roxin 認為非屬重大無知，不得論以不能未遂，而應成立普通未遂，只能成為一般量刑條款（德刑法§46 II，我刑法§57）之量刑考量事項。

(六)不危險未遂之處罰在立法理由上有待加強

對於不危險的未遂，特別是重大無知的未遂，在學說上亦有強烈的理由，主張不加以處罰，且就現實面加以觀察，不危險不能未遂，有如舟過了無痕，只要行為人不加以表意，或堅持否認，由於舉證上之高度困難，也難加以處罰。刑法如欲對此等行為加以處罰，在立法理由上有待補強，但這只具有可能性，而不具有必然性。

前述 Roxin 所提出之構成要件密接之風險說，嘗試將主觀未遂理論、客觀未遂理論及印象理論加以整合，並引進一般預防及特別預防之刑事政策觀點，構成一套綜合的未遂可罰性理論，由於刑事政策目的觀之引進，此一理論可理解為目的理性觀的未遂可罰性理論。從該理論可見，既遂、危險未遂、不危險未遂可罰性之共同基準是行為人之法敵對的意思，此即主觀未遂理論之內容；於危險未遂與不危險未遂，行為人之法敵對意思及特別預防的必要性並無差別，只能從一般預防的必要性來加以釐清；亦即危險未遂因已對法益構成密接的風險，依客觀未遂理論即可認定其可罰性之正當性，而不危險未遂，行為若已對法秩序形成動搖，若不加以處罰，可能會危害到公眾對法秩序之信賴，因而具

有一般預防的必要性，此一論點也包容了印象理論。

刑事政策上之一般預防目的，又可區分為消極的一般預防（negative Generalprävention）及積極的一般預防（positive Generalprävention），後者又稱為整合預防（Integrationsprävention）。消極的一般預防，是指刑法規範及刑罰之宣告與執行，對公眾（特別是潛在的犯罪人）所預期或形成的嚇阻效應；積極的一般預防，則指刑法規範及刑罰對人民守法意願的支持作用、維護人民有意識或無意識之反犯罪的態度、強化社會整體的連帶關係³⁶。積極的一般預防之作用，在於維護及強化對法秩序之存續力及執行力的信賴感，而刑罰則在於驗證法秩序的不可侵害性及強化人民之守法意願，其目的或效應尚包括：（1）社會教育之動機學習效應：人民因而習於守法；（2）信賴效應：使人民相信法規範之實際貫徹力；（3）滿足效應：即基於刑事制裁，使規範侵害回復平靜，社會大眾及被害人與犯罪人之衝突獲得釐清，從而鞏固法意識³⁷。積極的一般預防，已逐漸形成刑法規範的合法性基礎，從未遂可罰性理論，特別是印象理論及綜合理論之內容，可見其與刑法論理已形成銜接，未來是否更廣泛地介入刑法體系，有待觀察。本文認為，在處理不危險未遂之可罰性問題時，應引進一般預防（特別是積極的一般預防）之觀念加以思考，且在處理危險的不能未遂時，亦應如此。

³⁶ Hans-Dieter Schwind, Rationale Kriminalpolitik als Zukunftsaufgabe, in Festschrift für Günter Blau, 1985, S.582ff.

³⁷ Roxin: Strafrecht AT (Bd.1, 2.Aufl., 1994), §3, Rn.26ff.積極的一般預防，與犯罪學控制理論之一部分論點甚為近似。依 Hirsch 之社會鍵理論（social bond theory），對法律之信賴，是形成社會鍵的要素之一，而與社會控制功能有正相關。

肆、不能未遂之可罰性問題

有關不能未遂之可罰性的理論，在刑法學說上曾出現過所謂舊客觀理論、新客觀理論、主觀危險性理論（subjektive Gefährlichkeitstheorie）及構成要件欠缺理論（Lehre vom Mangel am Tatbestand），其中前三者又被簡稱為危險性理論。這些早期的刑法學說目前已不被通說及實務所採納，代之而起的是調和主客觀理論的印象理論，而印象理論不只是未遂可罰性之理論，也是區分預備行為與未遂行為之理論，另也被用以處理不能未遂之可罰性問題，它是一種多重功能的理論，也是當前的主流通說。至於後續 Roxin 之構成要件密接風險說及 Jakobs 的規範侵害表現說，皆是以印象理論為基礎，其未來之發展，尚待觀察。

一、早期之理論

（一）客觀理論

舊客觀理論是由費爾巴哈首創，將不能未遂區分為絕對的不能未遂及相對的不能未遂，前者因不具任何客觀上的危險性而不具可罰性；後者則仍有客觀上之危險性，故仍然具有可罰性，但因兩者間欠缺一般性及穩定的區分標準，故難以成為通說³⁸。新客觀理論則是由李斯特所創始，認為只有客觀上存有具體危險之未遂，方具有可罰性，反之，若經客觀之事後預測，行為自始即無實現結果之希望者，即為不可罰的不危險未遂；而未遂是否具有客觀上之具體危險，行為人之主觀想像及客觀之事實發展過程

³⁸ Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., §40 Rn.133.

並不重要，法官的評價才重要，即法官以客觀超然的觀察者設身處地回溯行為前的情境加以判斷³⁹。客觀理論就不能未遂之可罰性問題，重視行為對保護客體所形成之事實上的危險，係以結果不法為未遂可罰性之基準點，與現行德國法制之規定不能謀合，故已少有人加以採行⁴⁰。

(二)構成要件欠缺理論

構成要件欠缺理論之主要代表人是 Dohna，該理論是以客觀構成要件來區分未遂（可罰的）及構成要件欠缺（不可罰的）：若欠缺構成犯罪既遂所必要之關鍵要素，為未遂；反之，若客觀構成要件欠缺完整性，即為構成要件欠缺，最典型的情況是絕對的手段不能及絕對的客體不能。據此，基於毀損之故意而對他人之花瓶而加以擊毀，事後證明所毀壞者是行為人自己所有之花瓶，即為不可罰的構成要件欠缺⁴¹。對此理論，Maurach 認為其不只無法實現刑事政策之目的，在刑法論理上亦無法立足；因為，構成要件結果與行為之關鍵要素，兩者不可能加以分離思考，否則會形成構成要件不法之錯誤評價，例如，毀損罪之不容許的結果不是對物的毀損，而是對他人之物的毀損；血親性交罪之不法核心不是性交，而是親近間的性交⁴²。

(三)主觀危險性理論

客觀理論與帝國法院時期所採用之因果關係理論不相容，且當時對未遂可罰性之思考，已不斷浮現行為人之法敵對意思，危

³⁹ Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., §40 Rn.134.

⁴⁰ Jescheck, a.a.O., S.530.

⁴¹ Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., §40 Rn.129.

⁴² Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., §40 Rn.130.

險性之概念逐漸與具體法益之關聯性鬆脫，而逐漸與行為人之法敵對（破壞和平秩序）的角色相結合，重視規範對行為人之守法要求，主觀危險性理論乃逐漸形成未遂可罰性之通說。帝國法院時期的主觀理論，將其與條件因果理論相結合，原則上在所有形成結果之條件中，不區分其重要性，更何況，且在具體案例中，所有未遂型態都具有不能未遂之本質；因而，所有的不能未遂，無論是手段不能或客體不能，原則上與其他所有未遂型態一樣，都具有可罰性⁴³。

二、印象理論及其他

有關印象理論之發展及其內容，已於前文參、三中加以介紹，於此不再贅述。印象理論對刑法之未遂理論具有雙重的功能，一方面，它是未遂可罰性理論的通說，另一方面，它也是預備與未遂（著手）界分之判斷基準的一部分。但，印象理論可否成為不能未遂之可罰性理論，甚至可否成為區分可罰的（危險的）不能未遂及不可罰（不危險的）不能未遂之區分理論，則仍有討論的空間。

雖然在理論上過失犯非無成立未遂之可能，但在立法上，刑法只針對故意行為採未遂犯之例外（補充性）處罰原則，因而，通說上認為只有故意犯才有成立未遂之可能，就實定法之觀點而言是正確的。據此，故意是所有未遂犯成立之共同前提，而故意既是行為人主觀上對法益侵害或危險的意思，則主觀危險性理論應可說是所有未遂型態之可罰性最基本的理論；但於區分不能未遂及普通未遂之可罰性及不法輕重上，主觀理論則似乎無能為

⁴³ Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., §40 Rn.135.

力。於是，區分不能未遂及普通未遂可罰性及兩者間不法重輕之問題，客觀理論似可成為求助之對象；但，無論是絕對不能說、相對不能說、具體危險說、構成要件欠缺說，於區分不能未遂及普通未遂時，亦面臨一些難以克服的問題：(1) 判斷標準不穩定且不明確（絕對及相對不能）；(2) 對預備行為及不能未遂難以區分（具體危險說）；(3) 有以實然決定應然之疑慮，將客觀上未發生結果理解為行為應不致於發生結果。

有關不能未遂之可罰性及其與普通未遂不法重輕之區分，印象理論似乎成為最後的希望，但印象理論的內容，仍略嫌空泛，在適用上恐有違法安定性原則之疑慮。不過，印象理論（有意或無意的）引進社會控制理論來補強未遂理論，這種面對困境所嘗試之新的途徑，毋寧是值得肯定的。就刑法之規範功能而言，是整體社會控制體系的一部分，從社會控制之必要性，來判斷不能未遂是否具有可罰性，並區分其與普通未遂不法之重輕，合乎社會控制體系的和諧性及系統性。就此而論，印象理論可被理解為一種「功能性的未遂理論」。

以印象理論為基礎的後續發展，即 Roxin 之構成要件密接風險說及 Jakobs 的規範表現侵害說（見前文參四），前者引進刑罰理論來補強不能未遂之可罰性，認為不能未遂之行為若具有一般預防（積極的及消極的）的必要性，仍應加以處罰；亦即，對不能未遂的行為若不加以處罰，無法警告社會成員不要反覆實施同樣的行為（消極的一般預防），甚至足以使社會成員對法律的功能失去信賴（積極的一般預防），則不能未遂仍具有可罰性。由於個別（特別）預防之必要性於各類未遂型態均具備，故個別預防之概念無法區分不能未遂及普通未遂，而一般預防之必要性於兩者間較具有鑑別作用，因而該理論應有開展的空間。就刑罰目

的理論之功能加以觀察，於立法階段，一般預防之考量重於個別預防；於法律適用及量刑階段，兩者應為平衡考量；於刑事執行階段，個別預防之考量重於一般預防⁴⁴。故，於立法上決定不能未遂是否具有可罰性，從一般預防之必要性加以考量，在刑罰目的理論上具有妥當性。

至於有關 Jakobs 之規範侵害表現說，亦可稱之為「表現理論」（Ausdruckstheorie），其理論之出發點雖在於對印象理論之批判，且外觀似與印象理論有所差別，但從其理論之內容觀之，實難以與印象理論有所區別⁴⁵。因而，能延續印象理論並充實其內容者，構成要件密接風險說似乎比規範侵害表現說更具有代表性。

三、不能未遂之類型

行為人基於其實現構成要件之意像所採取之行為，若基於事實上的原因或法律上的原因，自始即無可能達到既遂之結果者，即為不能未遂；換言之，行為人之行為在客觀上欠缺構成要件該當性，但由於錯誤的認知，誤以為自己的行為具有構成要件該當性，足以實現構成要件之不法⁴⁶。不能未遂具有反面構成要件錯誤之本質，參酌客觀構成要件要素之內容，不能未遂可區分為客體不能、手段（方法）不能及主體不能。德國刑法（§23 III StGB）對客體不能及手段不能之未遂有明確的規定，但並未對主體不能

⁴⁴ 見拙著，刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題，東海大學法學研究第 10 期，1996 年，頁 203。

⁴⁵ Marcelo A. Sancinetti, Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, 1995, S.44.

⁴⁶ Rudolphi, a.a.O., §22 Rn.24.

之未遂有所規定⁴⁷，得否經由實定法之類推解釋，承認主體不能，在學說上有爭議⁴⁸。

基於事實上的原因所形成的不能未遂，例如：(1) 針對屍體所構成的殺人未遂，是客體不能；(2) 利用頭痛藥所為之墮胎行為，是手段不能；(3) 對未懷孕者利用無害物質墮胎，兼具客體不能及手段不能。基於法律上的原因所形成的不能未遂，例如：(1) 對於本得以合法主張之財產利益實施詐欺，或不知物之所有權人（或持有人）已拋棄或同意行為人取走而加以竊取，是客體不能；(2) 有配偶之人基於通姦之故意與他人實施口交之行為，是手段不能；(3) 無配偶之行為人基於通姦之故意，與誤以為有配偶之人實施口交之行為，是（就相姦罪而言）兼具客體不能及手段不能；(4) 尚未被任命為公務員，或公務員不知自己已被解職，而收受不正利益，是主體不能⁴⁹。又，無論是基於事實上的原因或法律上的原因，所形成的不能未遂，均有可能發生兩種以上之不能未遂的競合現象，例如，未懷胎之婦女以有效之墮胎藥自行墮胎，是主體不能及客體不能的競合，若其所使用之墮胎物品自始即無造成墮胎之可能者，則同時構成主體不能、手段不能及客體不能之競合。

⁴⁷ 1966年之德國刑法對照草案（§25 III Nr.1）曾針對身分犯之主體不能有所規定，若行為人誤認自己具備義務地位者，不具可罰性。

⁴⁸ 這是一個兩難的問題：假使主體不能的本質是普通未遂，經由類推解釋將其轉化為不能未遂，則是有利於行為人之類推，學理上是可以接受；但主體不能的本質若是不可罰的誤想犯，則經由類推解釋將其轉化為不能未遂，形成不利於行為人之類推，在學理上是不被接受的。但主體不能的原形又是什麼？是普通未遂？或是不可罰的誤想犯？又是一個難題。

⁴⁹ 參照 Jescheck, a.a.O. S.529ff.

四、不能未遂與誤想犯及迷信犯

(一)不能未遂與迷信犯

我國實務長期來將迷信未遂與事實欠缺等同處理，認為其自始即不在刑法第二十六條未遂之範圍內，而排除其可罰性。至於德國，其刑法雖未明白表示迷信犯是否為可罰的不能未遂，但自帝國法院時期即認為其不具可罰性，並無爭議。學說上則嘗試為迷信犯之不可罰性找尋理由，最普遍的見解是：基於不切實際的希望與期待下所發生的行為，由於不具備法律上重要的決意，因而不具備故意之要件⁵⁰，既無故意，就無成立未遂或不能未遂之餘地。其他的主張尚包括：(1) 於迷信犯中，由於對實然法則的誤認，因而根本不可能構成未遂，自屬不可罰，至於因行為欠缺重要性而不具有刑法上的行為意義，或欠缺犯罪的決意，則是次要的問題⁵¹；(2) 由於迷信犯全然不足以造成法動搖的印象，自然欠缺可罰性；(3) 從客觀構成要件加以審查，迷信犯自始並未製造實現構成要件之重要的風險，因而應屬於容許風險的範圍（Herzberg 的主張）；(4) 由於區分迷信犯與重大無知之不能未遂有難以解決的困難，故可考慮將迷信犯納入不能未遂之範圍，而法官於行使法律效果之裁量權時，盡可能選擇免除其刑⁵²。

前述之故意欠缺說、實然法則誤認說、法動搖印象欠缺說及容許風險說，固足以說明迷信犯之欠缺可罰性（阻卻構成要件），但亦足以說明不能未遂之欠缺可罰性，特別是基於重大無知之不能未遂，故此等理論並不足以有效地區分迷信犯與不能未遂。至

⁵⁰ Roxin, Strafrecht AT(Bd.2), 2003, a.a.O., §29 Rn.372.

⁵¹ Eser in Schönke/Schröder, a.a.O., §23 Rn.13a.

⁵² Roxin, AT(Bd.2), 2003, a.a.O., §29 Rnn.373ff.

於以兩者難以區分為理由，將迷信犯納入不能未遂之主張，恐有形成不利行為人之類推適用法律之嫌；更何況，反對論者亦可基於同樣的理由，主張將所有的不能未遂（特別是基於重大無知者）比照迷信犯加以處理。

（二）不能未遂與誤想犯

通說認為不能未遂與誤想犯的差別，在於前者是一種反面的構成要件錯誤，涉及事實的錯誤；而後者是一種反面的禁止錯誤或反面的包攝推論錯誤，涉及規範領域（刑法意涵）的錯誤⁵³。於誤想犯，行為人將客觀上本不處罰的行為，基於規範上之錯誤認知或錯誤地擴張規範之適用範圍，而誤認其行為被禁止或處罰。此等錯誤包括（1）誤認為刑罰規範的存在；（2）將得以阻卻違法事由之行為誤以為仍具有違法性，此即反面的違法性錯誤或反面的禁止錯誤；（3）對刑法規範的內容及適用範圍形成擴張的錯誤。長期以來實務及通說之見解，均認為誤想犯自始即欠缺可罰性，或不具構成要件該當性，將其與迷信犯並列為不具可罰性之行為。

主體不能主要發生於身分犯，特別是純正身分犯，行為人在客觀上不具犯罪成立之身分要件，但主觀上卻誤認為具備身分要件。而主體不能究竟是屬於可罰的不能未遂或不可罰的誤想犯，學說上並未形成普遍的共識。於主體不能與客體不能相競合時，特別是，主體不能是由於客體不能之結果，帝國法院曾將其視為可罰的不能未遂，故若未懷孕之婦女以墮胎藥自行墮胎，行為人雖誤認其具有懷胎婦女的身分，但此等錯誤來自誤認胎兒存在之錯誤，仍為可罰的不能遂；Roxin 亦認為，父親將一個生命上面

⁵³ Eser, a.a.O., §22 Rnn. 70ff.; Roxin, AT, 2003, a.a.O., §29 Rnn.351ff.; Jescheck, a.a.O., S.352ff.

臨危險之他人的小孩，誤認為自己的幼兒，基於容認其死亡之故意而不履行防果義務，此等由客體不能所轉化成的主體不能，仍足以構成不純正不作為犯的不能未遂，而非誤想犯⁵⁴。學說上對主體不能的定位，大致包括下列三種主張：(1) 將其視為可罰的不能未遂，理由是，身分既為犯罪成立的要件，與其他構成要件要素即具有等價關係，故對身分的反面錯誤，即為反面構成要件錯誤，與不能未遂相同；(2) 將其視為誤想犯，行為人雖誤認其具備可罰性之身分，但客觀上既無身分，即非規範之適格的客體，故誤想犯較近似於反面的禁止錯誤或構成要件之欠缺，因而為不可罰的誤想犯；(3) 區分處理：Jescheck 將主體不能區分為直接誤認身分之反面構成要件錯誤，及基於事實誤認所間接形成誤認身分之反面包攝推論錯誤，前者為不能未遂，後者為誤想犯；Roxin 則認為，身分關係若以法律行為（公務員之任命程序）為前提，則行為人對身分之反面錯誤為誤想犯，而身分關係若是以具體情境（如危險前行為）為前提，則對身分的反面錯誤為不能未遂⁵⁵；兩者之見解似乎完全相反，足見主體不能定位之困難。所幸，主體不能在現實世界中出現的可能性不算高，且其又常與客體不能相競合（主體客體常具有相對關係），轉化為客體不能來處理並無困難，再加以純正身分犯並不普遍處罰未遂，無論將其定位為不能未遂或誤想犯，難以影響其不具可罰性之判斷結果。但從主體不能之學說爭端，也正反應不能未遂可罰性理論及區分理論之困境。

⁵⁴ Roxin, AT(Bd.2), 2003, a.a.O., Rdn.352ff.

⁵⁵ Jescheck, a.a.O., S.535; Roxin, AT, 2003, a.a.O., Rnn.355ff.

五、德國立法上之判斷基準—重大無知

(一)未遂之判斷基準

依德國刑法之規定，犯罪之未遂，指行為人基於其犯罪行為之意像，直接著手於構成要件之實現 (§22 StGB)。其中所稱之「意像」，基本上是以行為人之具體的（針對特定構成要件）犯罪故意為出發點，尚包括其精心構想的犯罪計畫及即興而起的情感作用（決定）；若意像未針對特定構成要件而具體化，而行為人對於發生較嚴重或較輕微之結果，認為均有可能而抱持無所謂的態度，則應成立重罪之未遂。而直接著手於構成要件之實現可以包括下列的意義：(1) 行為已實現一個以上的構成要件要素；(2) 行為與任一構成要件要素之實現已處於直接鄰接的程度；(3) 行為由於無障礙的順利進行，無待於進一步實施任何中間行為，而已與構成要件行為處於直接銜接（*unmittelbare Einmündung*）之程度；(4) 行為對構成要件之實現已呈現時間及空間上之接合程度；(5) 行為已對保護法益或客體造成具體而迫切的危險⁵⁶。以毒殺為例：(1) 行為人若將有毒食物供應被害人使用，而被被害人已開始進食，則已開始構成要件之實現（形式客觀說）；(2) 有毒食物若已擺設於被害人習慣性進食之時地，而被被害人也已發現該食物，則已直接銜接於構成要件之實現；(3) 同(2)，被害人即使尚未發現或接近毒食，但行為對保護客體已達危險失控的程度，因果歷程之支配已鬆脫，且無待於其他中間行為已足以實現構成要件。前述各種情形，均足以認定為著手之開始，反之，如行為人已備妥混入毒物之食物，但尚未提供被害

⁵⁶ Tröndle/Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze (50. Aufl., 2001), §22 Rnn.8ff.

人使用，或尚未擺設於被害人隨時可能使用之時地，則仍處於預備階段。

(二)不能未遂之判斷基準

德國刑法對不能未遂之規定是：行為人如基於重大無知而未認識到，依其行為客體之樣態或所使用之手段，其未遂行為自始即無達成既遂之可能者，法院得免除其刑或裁量減輕其刑（§23 III StGB）。其中，所謂自始即無達成既遂之可能，意指行為既未生具體危險，亦未生抽象危險之狀態，此為立法時所持的理由；然而，這樣的判斷基準，並無法清楚地區分不能未遂與普通未遂，也無法有效區分不能未遂與迷信犯及誤想犯，正如早期客觀理論有關絕對不能及相對不能說，面臨同樣的困境；同樣地，一個知情的旁觀者，是否基於對事前客觀事實之事後預測，足以認識到行為無實現既遂之可能，或一個有理解能力的第三人基於一般性的知識，於知悉行為人之犯罪計畫時不會認真加以看待，對於本基準的判斷作用，仍然存有困難；但，由於「重大無知」之判斷基準的引進，相當程度地解決了理論上之困難，故此一客觀的區分基準是不可能也不必要的⁵⁷。

至於重大無知之規定，是指行為之不具有危險性，在客觀上本是眾所皆知之情事，但由於行為人之特殊的愚昧，或基於脫逸常態生活經驗之無知，而誤認其行為足以實現犯罪構成要件⁵⁸。關於重大無知之意涵，學說上有如下之主張：（1）單純的動機上之重大無知，例如：善意地教唆他人毀棄帶有危害生命之具有放射線物質的飾物，誤認為具有毀損之動機，與重大無知無關；（2）基於對事實之單純的錯誤認知，即使此等錯誤甚為明顯，只須略

⁵⁷ Eser, a.a.O., §23 Rn.15.

⁵⁸ Roxin, AT (Bd.2), 2003, a.a.O., §29 Rnn.363ff.

加注意即可避免，仍不足以構成重大無知之不能未遂，例如：誤以玩具槍為真槍而用以殺人，或誤以礦泉水為硫酸而用以傷人；（3）基於全然偏離一般人通常認識之因果關係的錯誤認知，方足以構成重大之無知，例如：誤以為飲用花草茶足以墮胎，或於電腦詐欺中，以自己之電子卡卻濫用任意之密碼，以為可以詐取他人之存款；（4）原則上，只有因果法則之錯誤方足以成立重大無知之不能未遂，事實之錯誤並非重大之無知⁵⁹；（5）至於所謂的思想犯，則似乎介於重大無知之不能未遂與絕對的不能未遂之間⁶⁰。但，有關重大無知之判斷，非無爭議，學說上有認為以空氣槍或手槍射擊高空飛行之航空器，為重大之無知（不能未遂），但將只有短距離射程之武器誤為具有長距離射程之武器，視為普通未遂⁶¹，其間之差別，令人費解。

綜言之，有關於不能未遂，其成立之要件及可罰性之基礎，及其與普通未遂、迷信犯及誤想犯之界分，長期來是爭議性之問題，刑法學說至今仍難以形成穩定而有效的判斷基準，因而仍是實務及學說進一步努力發展的領域。

伍、我國實務上對不能未遂之見解

一、實務上之見解

- （一）不能犯，係指行為有發生實害之危險者而言，如實際上本不能發生損害，即無何種損害可言，自不成立犯罪；上訴

⁵⁹ Eser, a.a.O., §23 Rn.17.

⁶⁰ Tröndle/Fischer, a.a.O., §23 Rn.9.

⁶¹ Tröndle/Fischer, a.a.O., §23 Rn.7; Jescheck, a.a.O., S.532.

人侵入某甲家，雖意在將其殺害，但甲既已外出，絕無被害之危險，自難論以殺人未遂之罪責（1930 上字第 1335 號）。

- (二) 於強盜或搶奪案件中，若被害人已知悉行為人之犯罪計畫，而已於事先掉包，致行為人只奪得石頭而非黃金，顯屬不能犯⁶²。
- (三) 子彈既未上膛，縱行為人有殺人之意思，而按扣板機二次，在客觀上顯不能發生死傷結果又無危險，應係不能犯⁶³。
- (四) 已著手於犯罪行為之實行而不遂者，若其行為僅具有主觀上之抽象危險，而在客觀事實上並無具體危險，致根本不能完成犯罪者，即應成立不能未遂⁶⁴。
- (五) 行為人以殺人之故意，以槍枝數次對準被害人加以射擊，但事前忘記將褲帶內之子彈裝入槍膛，致被害人倖免於難，則行為不能謂在客觀上無危險，與不能未遂之要件不合，自應成立普通未遂⁶⁵。此裁判上之見解與之前的見解大不相同，反應實務上所持客觀理論之立場有相當程度之動搖。
- (六) 行為人主觀上具有犯罪故意，因客觀上之事實不能發生犯罪之結果時，固應適用不能未遂之規定論處，然如數階段但接續侵害一個法益之接續犯行為時，以前階段係屬上開不能犯，但後階段為既遂或普通未遂時，仍屬單一之犯罪，自應依既遂或普通未遂之規定處罰⁶⁶。

⁶² 1881 台上字第 7323 號。

⁶³ 1994 台上字第 1671 號裁判。

⁶⁴ 1985 上字第 5710 號。

⁶⁵ 高等法院 1995 年法律座談會。

⁶⁶ 1995 台上字第 3921 號。

二、實務見解之理論取向

從前述我國實務上對不能未遂之判斷案例加以觀察，雖未明言其所持之理論基準為何，但從其內容大致可以推知，我國實務對不能未遂之判斷基準，大致仍採用早期客觀理論之絕對不能說、構成要件欠缺說或具體危險說，而仍未將主觀理論、印象理論及功能性之未遂理論引進不能未遂之可罰性問題，及不能未遂與普通未遂、迷信犯、誤想犯之界分問題。

由於實務上長期來對不能未遂之判斷，隱然地固守客觀理論之判斷基準，而修正刑法關於不能未遂之修正理由，又明示改採客觀未遂理論，棄主流通說之印象理論於不顧，未來實務運作是否更深化客觀理論於不能未遂之判斷作用，有待後續之觀察。針對不能未遂判斷對客觀理論之過度的執著，實務上似乎已有所反思，故曾出現如下之見解：甲基於殺害警員之意思，以真槍對準其頭部（殺人之確定故意），扣扳機二次，其主觀上，已有殺人之意思，即有形式的危險性，雖因子彈未上膛，而未生警員死亡之結果，惟其犯罪結果之不發生，係由於未裝填子彈上膛之意外障礙，甲因誤用空槍，以射擊警員乙，究難謂無實質的危險性，應依殺人之障礙未遂犯論處⁶⁷。該見解認為，將未填裝子彈之槍枝誤以為已填裝子彈，用以殺人，即具有「形式的危險性」，而未生死之因果關係聯結，仍具有「實質的危險性」，而認為應普通未遂，兩度用到危險性之概念，似乎仍固守客觀理論，只不過判斷結果與往例有所不同；其中，從犯意推知形式上的危險性，究係指行為人之主觀危險性或法敵對的意思（主觀理論），或係指行為之抽象危險性（客觀理論？），理由並未明朗；而由於未

⁶⁷ 台灣高等法院暨所屬法院（84）法律座談會刑事類第2號。

生結果，推論行為具實質的危險性，似採用具體危險說（仍是客觀理論），但所有未遂型態均未生結果，則不能未遂是否仍存有具體危險，而得以轉化為普通未遂加以處罰？不無疑義。就此而論，該見解似乃難以有效區分不能未遂及普通未遂。

陸、結論

一、對主客觀理論不宜偏執任一方

行為之可罰性及犯罪之判斷，如過度偏執主觀要素之判斷，而全然忽略客觀的法益侵害事實、行為的危險性及因果流程，可能使刑法成為「良心刑法」，此乃客觀刑法及行為刑法所應避免者。但由於刑法之高度的倫理道德色彩（只處罰最嚴重及社會最無法容忍之反倫理道德的行為），且原則上只處罰故意行為，故於可罰性之評價及犯罪之判斷，不能無視於行為人之主觀惡性及法秩序的敵對性，若完全忽略主觀要素，亦是矯枉過正。於未遂行為中，綜合主觀理論及客觀理論之印象理論，之所以能成為可罰性及著手判斷之主流理論（雙重功能），基本理由即在於此。

二、實務見解轉向之曙光

當司法實務驚覺，墨守客觀理論所形成的不能未遂判斷，有將普通未遂判斷為不能未遂之嫌，危及刑法的正義需求，而有意改變見解，朝向印象理論靠攏時，立法者卻反其道而行，採用客觀未遂理論並排除不能未遂之可罰性，這種無視於學理的修法，將來在實務上如何操作，恐成為驚險萬分的局面。又，新法將不

能未遂規定為「不罰」，其中不罰所指為何令人費解。本文認為，該「不罰」依條文安排之位置及其實質內涵應非屬於阻卻違法事由，也非屬於阻卻責任事由，否則在立法體例上應將其安排於第十八條至第二十四條之間；該「不罰」亦應非阻卻刑罰事由，否則應將其安排於第四章中；不能未遂之「不罰」，較宜被理解為阻卻構成要件事由。此一問題，因涉及犯罪參與之判斷，如何加以定位，絕非小事一樁。

三、事實上的危險無助於不能未遂之判斷

於處理不能未遂時，一方面需妥當處理其與普通未遂之界分，另一方面也得處理其與迷信犯及誤想犯之分際，形同面臨兩面作戰之難題。對於該難題，德國學說上曾有如下之實例：A 欲利用 B 對 C 之強盜行為殺害 C，提供 B 一罐已混入致死毒物之液體，佯稱該液體為對生命無害之物質，使 B 能順利實現強盜之計畫，已形成強盜犯意之 B 自始即發現 A 之陰謀，而不甘被利用，但仍佯稱接受 A 之計畫，於取得該液體後，即將其交付該管刑事警察。針對該案，德國聯邦最高法院認為 A 應成立殺人未遂之間接正犯，但屬於不能未遂，其所持之法律見解如下：(1) 當 A 已使 B 形成實施行為（未必是犯罪構成要件行為）之決意，並依其意像，B 已脫離其影響之範圍時（因果歷程之支配關係脫鬆），其利用行為即屬已著手實施構成要件行為；(2) 不能未遂之可罰性，主要並非決定於對特定法益之事實上的危險，而是決定於對法秩序之具有危險性的否定（足以動搖法秩序）；(3) 決定不能未遂可罰性之最重要因素，是間接正犯自認為其行為可以

實現犯罪之意像⁶⁸。從前述德國實務之見解可推知（雖未言明），區分普通未遂與不能未遂者是行為上的事實危險性，前者有，後者沒有；而區分可罰不能未遂與不可罰不能未遂（迷信犯及誤想犯）者，則是印象理論。

四、著手的判斷基準與不能未遂無法脫勾

不能未遂是未遂的型態之一，而行為之實施若尚未進入著手之階段，則不生未遂之問題，自亦無構成不能未遂之可能，不必勞神苦思，枉加評斷。著手之判斷基準，於普通未遂，無論採形式客觀說（較嚴格的判斷基準）、實質客觀說或印象理論，判斷上尚無重大困難。但於不能未遂，若屬手段不能，則所實施者並非構成要件行為，依形式客觀說，即不足以成立未遂，自亦無不能未遂之可能；若屬客體不能，則所實施之行為並未對客體構成直接危險，則依實質客觀說，自亦無成立未遂（含不能未遂）之可能；若同屬手段不能及客體不能，則無論採形式客觀說或實質客觀說，均無成立未遂（及不能未遂）之可能。因而，不能未遂若仍具有可罰性，或若在概念上至少仍有存在之必要，基於著手之前提要件，對客觀理論即無法有所依賴，主客觀混合理論（印象理論）即成為最佳求助之對象。

五、不能未遂之可罰性似有層級化之可能

於普通未遂中，行為足以實現犯罪構成要件，而客體或結果亦為構成要件該當之客體或結果，是典型的狀態。於不能未遂

⁶⁸ BGHSt 30, 363, 365ff.

中，由於手段不能與客體不能之組合關係，其可罰性強度可能有所不同：

- (一) 手段能，客體不能：例如以殺人之意思用真槍對已死亡者射擊，此種不能未遂，行為具有構成要件該當性，亦具有危險性，可罰性最強；且若採自然法則錯誤說或重大無知說，此例將被解為普通未遂。
- (二) 手段不能，客體能：例如誤將維他命丸當做墮胎藥而加以服用（或錯拿玩具槍而對被害人射擊），或以為花草茶足以墮胎而加以飲用，此等不能未遂，因行為不具危險性，可罰性較低，但若採自然法則錯誤說或重大無知說，只有後者方有成立不能未遂之可能。
- (三) 手段不能，客體不能：例如客觀上未懷胎之婦女誤將維他命丸當做墮胎藥而加以服用，或以為花草茶足以墮胎而加以飲用；其行為既無危險性、客體不存在且又是主體不能，已近似於誤想犯，其可罰性最低，但若採自然法則錯誤說或重大無知說，只有後者方得成立不能未遂。

六、不能未遂與迷信犯及誤想犯之界分仍有困難

長期來國內外通說均認為迷信犯及誤想犯或欠缺客觀構成要件該當性，或欠缺主觀構成要件該當性，也許這才是典型的構成要件欠缺，自始即不具有可罰性，這樣的認定，一直沒有受到重大的質疑。有關迷信犯之不具可罰性，有阻卻故意說、行為欠缺刑法上之重要性說、未生法動搖印象說及因果法則錯誤說，均足以說明迷信犯之不具可罰性，但亦足以說明部分不能未遂（特別是重大無知之不能未遂）之不具有可罰性，故此等理論對不能

未遂與迷信犯之鑑別度仍不夠強。

至於不能未遂與誤想犯之區分，同樣有其困難，此從主體不能與誤想犯之難分難離，可見其端倪。學說上固有從參酌錯誤理論來說明兩者之區別，認為前者涉及反面的構成要件錯誤，後者涉及反面的禁止錯誤，但以主體不能（近似於誤想犯）為例，於純正特別犯中，行為誤無身為有身分，亦具有反面構成要件錯誤之性質，因身分本是客觀構成要件的一部分；故，此等主張亦難以有效說明兩者之區別，無怪乎，學說上亦有主張，乾脆將迷信犯與誤想犯併入不能未遂加以處理者。

七、重大無知之判斷基準應有參考價值

德國立法例上對於不能未遂採用重大無知之判斷基準，其具體內容本文加以詮釋如下：(1) 重大偏離一般人經驗上所認知之因果歷程，即基於一般人之認知，行為均不足以發生結果者，方屬重大無知，而足以成立不能未遂；(2) 行為人基於偶然的意外，致未認識到其行為不能既遂者（例如誤以為玩具槍為真槍而用以殺人），非為重大無知之不能未遂，其本質上應屬障礙未遂；亦即：旁觀者對於行為人之行為的不能本質，若非基於特別的認知，一般均會認為其足以發生犯罪之結果者（公眾依經驗法則所形成的印象），即非重大無知之不能未遂；或者說，對於行為人之行為的不能本質，只有基於特別之認知，旁觀者於例外時方認為其不足以實現犯罪構成要件者，尚不足以成立重大無知之不能未遂，而是障礙未遂。從重大無知之內容加以觀察，可見 Frank 所發展成形的事實錯誤說及自然法則錯誤說，儘管用於區分障礙未遂與不能未遂時，仍有相當程度的困難，但至今仍受到相當程

度的採用。但依重大無知所形成的不能未遂判斷，仍呈現相當的紛歧，例如：(1) 以空氣槍意圖射擊高空飛行之航空器，成立不能未遂較無爭議；(2) 將短射程之槍雙誤以為有長射程之效應，究竟落差多大，方足以構成不能未遂，有爭議；(3) 誤以為飲用花草茶可以墮胎，文獻上常將其視為重大無知之不能未遂，但此又與誤想犯甚為近似；(4) 洗芥茉浴或灌肥皂水用以墮胎，瑞士之實務上認為仍有相當多的人（甚至也有部分專業人士）相信該手段有效，故不得成立不能未遂，但有爭議。

八、保留不能未遂之原規定對實務之困難有調節作用

本文認為，有關不能未遂可罰性之評價及其成立之判斷，印象理論、功能之未遂理論（構成要件密接風險說）及重大無知理論，均較具有實用性，但在運用上並非萬無一失，面對不能未遂之難題，有足資參考的判斷基準總比沒有好。當可罰的不能未遂、不可罰的不能未遂及普通未遂之界分尚無法完全解決其困難時，不能未遂之處罰規定，可供實務判斷困難時折衷適用，而妥當善用「罪疑唯輕」之原則。而今，修正刑法已排除其可罰性，未來實務面臨判斷之困難時，少了這個避風港，可能將案例朝兩極端加以判斷，即將疑似不能未遂之案例推向普通未遂，或推向誤想犯或迷信犯。本文認為，實務上長期來判斷為不能未遂之案例，有為數甚多是屬於偶然的事實錯誤，在未來似宜將其轉化為普通未遂加以判斷；果真如此，恐是當前抱持「刑罰謙抑思想」之立法者始料所未及。實務上若仍固守立法者所揭櫫之客觀未遂

理論，甚至過度加以使用，則可能將財產犯罪、毒品犯罪、組織犯罪、危險物品罪等「控制下交付」之犯罪偵查的案件，及基於有效保護被害人及逮捕人犯之「控制下偵查」的案件（例如擄人勒贖案），理解為客觀上不可能發生結果之不能未遂而不罰；如是，恐有將偵查機關之效力轉化為犯罪人「福利」之嫌疑，而為刑法正義所難以接受。本文認為，諸如此類之案例，無論是採用印象理論、功能的未遂理論、事實錯誤理論及重大無知理論，均應將其以普通未遂加以處理，較為妥當。

參考文獻

一、中文文獻

1. 甘添貴著，不能未遂之「不能」與危險，月旦法學教室第 77 期，2001 年。
2. 林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年。
3. 林山田，刑法通論（上），作者自版，六版。
4. 高金桂著，刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題，東海大學法學研究第 10 期，1996 年。
5. 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，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年。
6. 黃榮堅，不能犯，見蔡墩銘、甘添貴主編，刑法爭議問題研究，五南圖書，1999 年。
7. 蔡聖偉，客觀可歸責性與故意，刑事法雜誌第 39 卷第 3 期，1995 年。
8. 鄭逸哲，「未遂構成要件規定」、「未遂構成要件該當行為的可罰性規定」和「可罰的未遂構成要件該當行為之量刑規定」的概念層次區別，台灣本土法學雜誌第 45 期，2003 年。

二、外文文獻

1. BGHSt 30, 363, 365ff.
2. Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (45. Aufl.), §23 Rn.5.
3. Eser in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (26. Aufl.), 2001, Vor. §22, Rn.18.
4. Hans-Dieter Schwind, Rationale Kriminalpolitik als Zukunftsaufgabe, in Festschrift für Günter Blau, 1985, S.582ff.
5. Jakobs, Strafrecht AT (2. Aufl.), 1993, §25, Rn.21.
6. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (AT 5. Aufl.), 1996, S.513.

-
7. Marcelo A. Sancinetti, Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, 1995, S.44.
 8. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT (Tb.2, 7. Aufl.), 1989, S.22.
 9. Roxin, Strafrecht AT (Bd. II), 2003, §29, Rn.29.
 10. Roxin: Strafrecht AT (Bd.1, 2.Aufl.), 1994, §3, Rn.26ff.
 11. Rudolphi in SK-StGB (Bd.1:AT), 1997, Vor. §22, Rn.11.
 12. Tröndle/Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze (50. Aufl.), 2001, §22 Rnn. 8ff.