

失敗未遂概念的發展沿革

The Evolution of the Concept of Failed Attempt

王天一*

Tian-Yi Wang

要 目

壹、前 言	(二)v. Liszt的客觀失敗未遂概念
貳、客觀失敗未遂的產生與發展	參、失敗未遂從客觀向主觀過渡
一、失敗未遂的起源： delictum perfectum	一、Otto——失敗未遂與主觀 認知的初步關連
二、義大利刑法學說中的失敗 犯罪：delitto frustrato	(一)根據主觀認知區分了未 遂與既了未遂
三、法國刑法中的犯罪失敗： délit manqué	(二)失敗未遂與主觀認知的 聯繫
四、德國刑法中的客觀失敗未 遂：v. Feuerbach~v. Liszt	二、Hruschka——主觀失敗的 未遂概念的建立
(一)v. Feuerbach——未遂行為 的三階段劃分	(一)失敗的未遂概念提出及 意義

DOI：10.3966/168067192020060039002

投稿日期：2019年10月19日；接受刊登日期：2020年4月23日

* 國立成功大學法律系博士候選人；現就讀於國立成功大學法律系。本文作者感謝兩位匿名審稿人所提出的寶貴評審意見。

(二)失敗的未遂排除中止犯成立之原因	(二)評價：概念簡化所帶來的問題
(三)失敗的未遂之類型	二、Roxin——失敗未遂論述的集大成
(四)理論貢獻與存在問題	(一)Roxin對失敗未遂的理論建構
肆、主觀失敗未遂的最終形成	(二)Roxin失敗未遂學說的影響
一、Schmidhäuser——失敗未遂概念的簡化	伍、代結語——失敗未遂概念在臺灣的傳播
(一)內容概述	

摘 要

失敗未遂概念的發展經歷了從客觀判斷向主觀判斷的轉變。客觀失敗未遂概念最初由義大利學者與法國學者所創設。但德國的客觀失敗未遂概念則與之平行發展。v. Liszt將客觀失敗未遂定義為行為人實施完畢全部犯行之後，犯罪結果確定不發生。此後，Otto首先建立起客觀失敗未遂與行為人主觀認知的聯繫，Hruschka則正式提出了以行為人主觀認知為界定標準的主觀失敗未遂的概念。Hruschka的失敗未遂論述被Schmidhäuser大幅度的簡化，Roxin則以Schmidhäuser提出的主觀失敗未遂概念為基礎，完整的論述了失敗未遂的定義、排除中止犯成立的原因、失敗未遂的類型，以及與可重複實施犯行的聯繫。並最終發展成為了德國學界的通說，得到臺灣學界的認可。

關鍵詞：失敗未遂、己意、中止犯、未了未遂、既了未遂

Abstract

The development of the concept of failed attempt has undergone the transition from objective judgment to subjective judgment. The objective concept of failed attempt was initially created by Italian and French scholars. The objective concept of failed attempt in Germany, however, had developed in parallel with it. *v. Liszt* had defined the objective concept of failed attempt as the following: The offender had completed all the criminal actions, but the outcome of the crime was determined not to occur. After that, Otto was the first one to establish the connection between the objective failed attempt and the offender's subjective cognition, and Hruschka officially proposed the subjective failed attempt based on the subjective cognition of the offender. Hruschka's concept had been greatly simplified by Schmidhäuser, and based on the concept of subjective failed attempt by Schmidhäuser, Roxin completely discussed the definition of failed attempt, the reasons for excluding withdrawal, the type of failed attempt, and connection with the repeatable criminal actions. Later it became the prevailing opinion of German academia, and also approved by Taiwan's counterpart.

Keywords : failed attempt, voluntariness, withdrawal, unfinished attempt, finished attempt

壹、前言

失敗未遂（Fehlgeschlagener Versuch）¹是中止犯己意判斷所涉及的重要概念，也被翻譯為未如願的未遂²、缺效犯³、缺效未遂⁴、欠效犯⁵、落空的未遂⁶等等。其產生最早可以追溯至十八世紀。在此後三百多年的演進歷程中，其內涵發生了多次變化。綜觀其整體的發展態勢，失敗未遂經歷了由基於客觀事實判斷向基於行為人主觀認知判斷的轉變。與此同時，失敗未遂概念的變化也與理論界對既了未遂認識的逐步深入相伴相隨，表現為與既了未遂概念從一致到相分離的過程。以下本文便嘗試對此概念的演變歷程加以梳理。

-
- ¹ 其中包含「欠效」、「缺效」等詞彙的譯名，主要來自對日文翻譯的轉譯（將日文漢字直接作為中文譯名使用）。本文不採用這類譯名的原因是，德文刑法術語的中文翻譯，理應與其他語言的翻譯具有同等的地位，不必然要以日文翻譯作為德國刑法概念的中轉站。更何況，一個名詞經過兩次轉譯，肯定不會比經過一次轉譯的更為精確，「欠效」、「缺效」就明顯的不符合中文的語言表述習慣，讓人難以理解。至於未如願的未遂、落空的未遂等其他翻譯，又與德文單詞的原意相去甚遠。綜合比較而言，失敗未遂將會是最佳的選項。
 - ² 金日秀、徐輔鶴著，鄭軍男譯，韓國刑法總論，十一版，2008年，頁515。
 - ³ 王觀，中華刑法論，2005年，頁182。
 - ⁴ 黃榮堅，基礎刑法學（下），四版，2012年，頁541；蘇俊雄，刑法總論II，1998年12月修正版，1998年，頁384。
 - ⁵ 植松正，刑法教室（I總論），1971年，頁232。轉引自潘怡宏，未遂犯之研究——以未遂犯之可罰性基礎與一般成立要件為核心，中興大學法律學研究所碩士論文，1996年，頁218，註5。
 - ⁶ Claus Roxin著，王世洲等譯，德國刑法學總論·第2卷，2013年，頁379。

貳、客觀失敗未遂的產生與發展

一、失敗未遂的起源：delictum perfectum

最早在羅馬法時代，並沒有未遂一類的概念，立法者只處罰法所禁止的既遂犯行⁷。到了羅馬法後期，因受哲學思潮的影響，開始產生了處罰未遂的觀念，或者說開始將未遂與既遂區別對待。中世紀以降，未遂概念開始成為學者探討之對象⁸。義大利學說首先在學理上對它進行了一般性的抽象，未遂概念進而也出現在實定法條文當中。例如十四世紀義大利都市條例，就有處罰個人未遂（Conatus⁹）的諸多規定¹⁰。具體而言，未遂由主觀要件與客觀要件共同構成，兩者缺一不可：無犯意則無未遂；縱有犯意，如無行為，亦不得處罰。當主觀要件與客觀要件相一致時，則成立犯罪之終了。未遂概念因此被定義為「有犯意、行為而無犯罪之終了者」（Alignis cogitat, et agit, sed not perficit）¹¹。

未遂概念誕生之後，與之相關討論日漸增多。相比之下，區分

⁷ Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 2. Aufl., 1899, S. 95.

⁸ 韓忠謨，西德關於未遂犯之新立法，*刑事法雜誌*，第6期，1971年12月，頁1。

⁹ Conatus的中文翻譯為：努力，興辦，嘗試，致力，追求，動能，意力。參見吳金瑞編，*拉丁漢文辭典*，1965年，頁284-285。因此有刑法學者將其翻譯為企行，參見吳正順，障礙未遂犯立法例之比較考察，*刑事法雜誌*，第6卷第2期，1962年4月，頁46。然而在德拉辭典中，Conatus則被翻譯為Versuch，siehe *Karl Ernst Georges/Heinrich Georges, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, 1913, S. 1376. 根據前文本文所總結的Versuch翻譯及理由，Conatus同樣應當被翻譯為未遂。這也可以在中拉辭典中得到驗證，在Conatus詞條的引申部分，當其與犯罪delicti連用時（conatus delicti），該詞就被翻譯為未遂犯。

¹⁰ 吳正順，同前註，頁46-47。

¹¹ 吳正順，同前註，頁47。

未遂概念層次的論述卻是少之又少¹²。義大利學者 Jacobus Menochius¹³率先改變了這一局面。一五九九年，Jacobus Menochius 在《De arbitrariss iudicum quaestionibus et causis》一書中，將未遂概念劃分為「遙遠的未遂」(Conatus remotus¹⁴/entfernter Versuch)與「臨近的未遂」(Conatus proximus¹⁵/nächster Versuch)。這其中所謂的「遙遠」是指行為距離刑罰處罰尚有一段距離，所謂的「臨近」即行為即將受到刑罰處罰。這兩種形式的未遂，純粹在量上標明行為人所實施行為的外在進程。那麼，當越過了某一程度或是界限時，相當於行為人即已完成了全部犯行 (quantum in se fuit)，犯罪目的便可隨之自行實現，此時所有的未遂便都是可罰的。針對處於可罰臨界點上的未遂型態，或者說最高程度的臨近的未遂，Menochius將其稱為「最臨近的未遂」(Conatus multum proximus¹⁶)，或稱為犯行終了 (delictum perfectum¹⁷)¹⁸。

¹² James Goldschmidt, Die Lehre vom unbeeendigten und beendigten Versuch, 1897, S. 3 Anm. 1.

¹³ Jacobus Menochius (1532-1607)，義大利刑法學家，他對羅馬法進行注釋，並為羅馬法的歐洲化做出巨大貢獻。Siehe Liane Wörner, Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont, 2009, Anm. 634.

¹⁴ remotus的中文翻譯為：「①遙遠，隱蔽，隔離；②距離，遠離（某事）」，參見吳金瑞編，同註9，頁1199。參照德文的翻譯，本文選擇第一種解釋。也有學者將其簡化翻譯為遠未遂，參見吳正順，同註9，頁47。

¹⁵ proximus的中文翻譯為：「①（論地方）最近，很近，臨近；②a（論時間）（以前）新近，近來；b（將來）不久，即刻；③（論行列）位次，繼承。」參見吳金瑞編，同註9，頁1139。根據Menochius對Conatus remotus的定義，選擇辭典中proximus的第一種含義更為合理。也有學者將其簡化翻譯為近未遂，參見吳正順，同註9，頁47。

¹⁶ multum的中文翻譯為：「很，多，甚」，參見吳金瑞編，同註9，頁904。故而Conatus multum proximus的字面含義為很臨近的未遂。但這種翻譯沒有將概念中臨界點的含義表現出來。所以本文在此處採用意譯的方法，將

當未遂達到Menochius所謂犯行終了の階段時，如果行為人想要消除其行為的危險性，就必須對事情發展進行積極干預。但是Menochius劃分未遂階段所採用的是客觀標準，因此更準確的說，Menochius是客觀既了未遂概念創立者。為了與現今的主觀既了未遂概念相區別，本文之後將Menochius的犯行終了改稱作客觀既了未遂。

客觀既了未遂原本是臨近的未遂之中的最後階段，但在日後的刑法理論發展演進中，逐漸被當做一個獨立的類型，而從臨近的未遂中分離出來，並且內容也發生了改變，被理解為以失敗的重罪型態出現的既了未遂，簡稱失敗的既了未遂¹⁹。這樣失敗的既了未遂已經演變為與客觀既了未遂內容完全相反的概念。而這一轉變主要由義大利與法國學者完成²⁰。他們提出了失敗犯罪（*delitto frustrate*²¹）與犯罪失敗（*délit manqué*²²）兩個內涵十分近似、但相

翻譯更改為最臨近的未遂。

- 17 *perfectum*的中文翻譯為：「成就，完成，完美，十全，圓滿，無缺者」，參見吳金瑞編，同註9，頁1023-1024。但若按照字面含義翻譯為犯罪完成，容易與犯罪既遂相混淆。所以本文結合概念的含義將其意譯為犯行終了。
- 18 *Goldschmidt*, aaO. (Fn. 12), S. 4 f.; *Wörner*, aaO. (Fn. 13), S. 126; *Albert Friedrich Berner*, *Wie unterscheiden sich der beendigte und der unbeeendigte Versuch, und ist auch bei dem beendigten Versuch noch ein Rücktritt möglich?*, GS 17 (1865), S. 102.
- 19 *Franz v. Liszt*, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, S. 304.
- 20 *Keiichi Yamana*, *Betrachtungen zum Rücktritt vom Versuch anhand der Diskussion in Japan*, ZStW 98 (1986), S. 764.
- 21 *Delitto* 譯為犯罪（*Delikt*），*frustrato* 譯為失敗（*vereitelt*），二者結合 *delitto frustrato* 譯為失敗犯罪（*vereitelt/fehlgeschlagenes Delikt*）。*Wörner*, aaO. (Fn. 13), Anm. 688.
- 22 *délit* 譯為犯罪（*Delikt*），*manqué* 譯為失敗（*vereitelt*），二者結合 *délit manqué* 也被譯為失敗犯罪（*vereitelt/fehlgeschlagenes Delikt*）。*Wörner*,

互不存在借鑑關係的概念²³。它們相繼出現並共同構成了失敗未遂最原始的形式。以下分別對其加以介紹。

二、義大利刑法學說中的失敗犯罪：delitto frustrato

義大利的失敗犯罪（delitto frustrato）先於法國的犯罪失敗出現，它最早由義大利學者Gian Domencio Romagnosi提出，他認為，成立失敗犯罪需要符合以下四個成立要件：其一，行為人實施的是故意犯罪；其二，該犯罪為單一犯或結合犯；其三，行為人可能實施的犯罪活動已經完成；其四，按常理推測，犯罪行為必然會引起違法結果，只是由於意外事件而導致結果未發生²⁴。

失敗犯罪的前三個成立要件並沒有超過Menochius客觀既了未遂概念的範疇，而第四個要件則是對Menochius客觀既了未遂概念內容的擴充。它開始涉及到客觀既了未遂之後，所可能出現的犯罪目的無法實現的情況。Romagnosi在此要件中，特別加入「按照常理推測」的限定條件，這是既要堅持客觀判斷，又要防止結論有悖現實而做出的妥協之舉：如果繼續沿用純粹客觀的判斷方法，那麼既然客觀上行為人已將達成犯罪目的所必須的全部行為實施完畢，在此之後犯罪既遂就是唯一且必然的結局，沒有未既遂、更沒有「失敗」的成立空間²⁵，這也是客觀既了未遂原本的題中之義；反之，

aaO. (Fn. 13), Anm. 693. 但兩者如果在文章中同時出現，如果要避免混淆，就還要繁瑣的將前者稱為義大利失敗犯罪，後者稱為法國失敗犯罪。為了能更簡潔的區分兩者，本文依然稱呼義大利失敗犯罪為失敗犯罪，而改稱法國失敗犯罪為犯罪失敗。並且賦予它們與失敗未遂等同的專有名詞地位。

²³ Goldschmidt, aaO. (Fn. 12), S. 17.

²⁴ aaO., S. 11 f.

²⁵ Siehe auch v. Liszt, aaO. (Fn. 19), S. 307 Anm. 13; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 43 Anm. IV.

如果最終犯罪目的沒有達成，只可能是某一或某些必要的犯行應實施而未實施（其中包括為預防意外事件發生所必要實施的犯行）。一言以蔽之，如果採用純粹的客觀判斷，犯行的客觀失敗與行為人實施完畢全部犯行，理論上不可能同時存在。為了解決這種矛盾的狀況，Romagnosi便採用「按照常理推測」來弱化純粹客觀判斷的剛性，也有學者將這種做法稱之為適度的客觀主義（*gemäßigtes Objektivismus*）²⁶。

Romagnosi還進一步將第四項要件中的意外事件分成三種情況：其一，行為人遭遇了其無法克服的、使犯罪無法既遂的阻力；其二，行為人遭遇了人力所無法戰勝的、來自更高位階力量的威力；其三，行為人因能力欠缺，在實施行為時受到了限制²⁷。我們可以將這三種類型，看作Romagnosi用舉例的方式來補充論述。但它們無法將意外事件的所有情況都含括在內，在犯罪檢驗時仍需要具體問題具體分析。

不過，Romagnosi對Menochius理論的擴展，並不完全侷限於失敗犯罪之上。臨近的未遂與臨近未遂的極點——客觀既了未遂中間的行為階段，原是Menochius所未曾論及的領域。Romagnosi則彌補了這一論述空白。他認為，如果行為歷程在最後一個能夠完成犯罪的舉動邊緣之前結束，則成立未遂²⁸。這裡所謂的「最後……行動的邊緣」，可以看做是Menochius可罰臨界點的另一種表述方式。而Romagnosi之所以沒有再次加入「按照常理推測」的限定，是因為在此種情況下，無論採用純粹客觀判斷還是適度的客觀主義，犯罪目的都必然無法實現。為了與前文的客觀既了未遂相對照，也避免同

²⁶ *Goldschmidt*, aaO. (Fn. 12), S. 21.

²⁷ *Heinrich Albert Zachariä*, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1836, S. 235.

²⁸ *Goldschmidt*, aaO. (Fn. 12), S. 18.

現代意義的未遂相混淆，本文將此處的「未遂」改稱作客觀未了未遂。

三、法國刑法中的犯罪失敗：*délit manqué*

義大利的失敗犯罪發源於學理討論，法國的犯罪失敗則誕生自法律條文。一七八九年法國大革命爆發，在大革命期間法國頒布了多部刑事法律，其中就包括法國第一部刑法典——一七九一年《法國刑法典》。在大革命第四年頒布的法國共和曆四年（一七九六年）法律中，首次提出了障礙未遂的概念²⁹，並且該法限定僅對障礙未遂施以處罰。由於法國學者同樣對障礙未遂採用客觀判斷，所以其成立範圍遠比現今的障礙未遂狹窄許多。原因在於，按照客觀的判斷標準，如果行為人最終犯罪目的沒有達成，只可能是因為他沒有實施某一或某些必要的舉動。反過來說，也就只有在行為人的全部行為實施完畢之前，才有阻礙犯罪目的實現的意外事件存在的空間。但顯而易見的是，例如謀殺、毒殺等犯罪，由於其犯罪行為的特殊性質，行為人實施完全犯行之後、犯罪目的實現之前，可能還存在一段時間間隔。當外界因素介入此段間隔之中，就可能對犯罪既遂產生影響。共和曆四年（一七九六年）法律只處罰障礙未遂，意味著只評價犯行實施完畢之前的階段。這樣部分未達犯罪既

²⁹ 法國共和曆4年（1796年）法律未遂規定為：所有重罪的未遂，其已透過行動表現於外，並且包含實行行為的起點，當該未遂僅由於偶然或者是不受行為人意志影響的情狀所阻礙，那麼該未遂本身被視為重罪。

該條原文為：“*Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d’un commencement d’exécution, sera punie comme le crime même, si elle n’a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu.*” Siehe *Berner*, aaO. (Fn. 18), S. 104.

翻譯參考末道康之，*フランス刑法における未遂犯論*，1998年，頁46。

遂的謀殺與毒殺在該法中就會免除處罰，進而出現立法漏洞³⁰。

如果將法國學者提出的批評置入Romagnosi的理論框架中，則可被簡化為：共和曆四年（一七九六年）法律只處罰客觀未了未遂，不處罰失敗犯罪，因而存在立法漏洞。法國大革命結束後，一八一〇年《拿破崙刑法典》第二條³¹在共和曆四年（一七九六年）法律「不受行為人意志影響的情狀所阻礙」規定之後，另外增加了「沒有獲得所預期的效果」的內容。在一些法國學者看來，共和曆四年（一七九六年）法律與《拿破崙刑法典》中障礙未遂的內涵相同，後者增加的「沒有獲得所預期的效果」，便是對前者立法漏洞的彌補。法國學者Locré還另外將「沒有獲得所預期的效果」命名為未遂失敗（tentative manqué），並與障礙未遂相並列。這一做法得到了當時法國學者的普遍認可。儘管如此，僅就字面含義而論，與行為人意志相一致的犯罪目的未實現，也可以被認為是未遂行為客觀上的失敗。既然未遂失敗與障礙未遂被認定具有同等的地位，那麼就應當從名稱中凸顯出兩者的共同特徵——犯罪行為結果不受行為人

³⁰ Siehe *Goldschmidt*, aaO. (Fn. 12), S. 13 ff.

³¹ 1810年《拿破崙刑法典》第2條：所有重罪的未遂，其已透過行動表現於外，並且包含實行行為的起點，當該未遂僅由於偶然或者是不受行為人意志影響的情狀所阻礙，或沒有獲得所預期的效果，那麼該未遂本身被視為重罪。該條原文為：“Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d’un commencement d’exécution, si elle n’a été suspendue ou n’a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l’auteur, est considérée comme le crime même.” 本文所找到的德文翻譯為：“Jeder Versuch eines Verbrechens, der durch äußere handlungen an den Tag gelegt worden ist, und einen Anfang von Vollziehung erhalten hat, wird, wenn er nur durch zufällige oder von dem Willen des Täters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder seine Wirkung verfehlt hat, wie das Verbrechen selbst angesehen.“ Siehe *Werner Schubert*, *Der Code pénal des Königreichs Westphalen von 1813 mit dem Code pénal von 1810 im Original und in deutscher Übersetzung*, 2001, S. 129.

意志所影響。基於這樣的考量，經過Chauveau、Hélie、Haus、Rossi以及Ortolan等眾多法國學者的努力，未遂失敗（tentative manqué）最終演變為犯罪失敗（délit manqué），法國學者認為，更名後即在文義上排除了產生誤解的可能^{32、33}。

四、德國刑法中的客觀失敗未遂：v. Feuerbach~v. Liszt

雖然沒有足夠的證據證明，義大利的失敗犯罪與法國的犯罪失敗彼此間存在相互借鑑的關係，但德國刑法學界仍然習慣將其相提並論³⁴。但是一直以來，德國刑法理論界都沒有將這一初現眉目的概念，直接移植到德國的未遂理論當中。我們可以說，德國客觀失敗未遂概念的演進，與義大利、法國保持相互平行的狀態。它同樣以犯行終了（delictum perfectum）為起點，最後發展成與義大利、法國不盡相同的客觀失敗未遂概念及理論。有多位德國學者參與到了這一前後歷時幾十年的理論建構過程，當中貢獻最為卓著的當屬v. Feuerbach與v. Liszt教授。他們二人的觀點也恰好可以將德國客觀

³² Goldschmidt, aaO. (Fn. 12), S. 14 ff.

³³ 需要指出的是，在犯罪失敗替換了未遂失敗之後，犯罪失敗的反面——行為人在實施完畢全部舉動之後，於犯罪既遂之前，基於己意阻礙犯罪結果發生——這一原本可以歸屬於Loché所提出的未遂失敗項下的未遂失敗子類型，則被法國刑法理論界所忽略，由此產生了新的歧義。這一點在繼受法國刑法理論的學者論述中表現的更為明顯。我們在此試舉兩例。在日本刑法文獻中，有許多學者將犯罪失敗（délit manqué）與既了未遂相同，將其一併稱作「缺效犯（日文：欠効犯）」。參見植松正，同註5，頁232。轉引自潘怡宏，同註5，頁218，註5。中國大陸學者羅結珍也認為，根據délit manqué的定義，很難與「當罰之犯罪未遂」相區別，參見斯特法尼等著，羅結珍譯，法國刑法總論精義，1998年，頁229，註1。無論是我們所熟知的既了未遂，還是羅結珍教授所謂「當罰之犯罪未遂」，回到最初法國刑法理論脈絡均為未遂失敗。它之所以「很難」與犯罪失敗相區別，是因為在概念發展過程中，二者發生了混同。

³⁴ Yamanaka, aaO. (Fn. 20), S. 764.

失敗未遂的發展演進，劃分為前後兩個階段。除此之外其他德國學者的論述，也可以作為對這二位學者觀點的補充。

(-)v. Feuerbach——未遂行為的三階段劃分

Klein教授曾嘗試將犯行終了（*delictum perfectum*）概念引入德國理論界，他將犯行終了定義為：行為人在將故意發展為結果的過程中，僅考慮到了犯行而未考慮到結果³⁵。由於該定義較為晦澀，並未得到學界的普遍認可。v. Feuerbach教授在一八〇一年第一版刑法教科書中，同樣沒有採納Klein的犯行終了概念，相應的也就不可能依循義大利刑法理論行為階段的三分法（遙遠的未遂、臨近的未遂、犯行終了），而是將犯罪行為的發展簡化為兩個階段：其一，犯罪開始（*angefangenes Verbrechen*）／臨近的未遂，此時行為人已開始實施犯行，在行為終了之時必然會引發違法的後果；其二，犯罪預備（*vorbereitetes Verbrechen*）／遙遠的未遂，此時行為人已實施了一些舉動（*Akt*），透過這些行動他為之後所要實施的、可以使犯罪既遂的行為做好了準備³⁶。

可是，在一八一二年出版的第五版教科書中，v. Feuerbach卻表現出了向舊理論（Menochius的學說）的復歸。他雖然一方面明確指出，Klein的觀點從立法的角度看來是有問題的。但另一方面又將犯罪行為的實施劃分為三個主要等級（*Hauptgrade*），並按照犯罪行為可罰程度的高低，進行降序排列：第一級即Klein所提出的犯行終了，但被改稱作「既了行動」（*geendigte Unternehmung*）；第二級為臨近的未遂（犯罪開始），第三級為遙遠的未遂（犯罪預備），

³⁵ *Ernst Ferdinand Klein*, Grundsätze des gemeinen Deutschen und Preussischen peinlichen Rechts, 1796, S. 113.

³⁶ *Paul Johann Anselm v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, S. 45 f.

並且v. Feuerbach沒有改變在第一版教科書中對後兩者所做定義³⁷。之後出版的第十一版教科書³⁸與第十四版教科書³⁹中，他亦沿用了相同的論述。後來，學者Schröter對第一等級的命名略作改動，用「未遂」（Versuch）替代了「行動」⁴⁰，最終形成了既了未遂、臨近的未遂／犯罪開始與遙遠的未遂／犯罪預備的三分結構，儼然成為了Menochius見解的德國版本，也就不可避免的複製了後者見解中的固有缺陷，因而招致了部分德國學者的批評。例如Hepp就指出，不是每一種行為都具有這三個階段。而且對犯行終了施以比臨近的未遂更高的刑罰，也沒有法條依據⁴¹。Bauer也表示，在遙遠的未遂與臨近的未遂之間，不能劃出一條確定的界限，因此它對於理論與實務而言是無用的。此外，用犯行終了概念的表述並不適當，容易與既了犯罪（犯罪既遂）相混淆。因此這三個概念都應當予以揚棄⁴²。與Hepp不同的是，Bauer在批評之餘，還另外提出了建設性意見。他認為正確的做法是，在未遂行為著手之後既遂之前，僅將犯行的發

³⁷ Paul Johann Anselm v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5. Aufl., 1812, S. 44.

³⁸ Paul Johann Anselm v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832, S. 36.

³⁹ Paul Johann Anselm v. Feuerbach/Karl Joseph Anton Mittermaier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Forbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 14. Aufl., 1847, S. 78.

⁴⁰ Carl August Wilhelm Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts: nach römischen, canonischen und deutschen Reichs-Gesetzen, in ihrer heutigen Anwendung/1, 1818, § 84 Anm. 2. Zitiert nach Goldschmidt, aaO. (Fn. 12), S. 23 f.

⁴¹ Ferdinand Carl Theodor Hepp, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827, S. 344 f.

⁴² Anton Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl., 1833, S. 106 f.

展變化分為既了未遂與未既了未遂兩個階段。既了未遂的最高階段即出現某種法定的結果⁴³。

Bauer作為最早提出既了未遂一詞的德國學者之一，沒有囿於義大利理論的窠臼，而對行為階段的劃分這一議題做出了重要的理論創新，值得我們的充分肯定。但美中不足的是，他也沒有說明應當如何確定既了與未既了之間的界限。並且在極為簡短的論述篇幅中，也無法再擴展出更多的內容。可以說，Bauer提出的只是一種未完成的理論。儘管如此，該論述依然發揮著上承v. Feuerbach下啟v. Liszt的作用。v. Liszt正是在繼承了Bauer所提出的既了未遂、未既了未遂的分類之後，進一步創造出了德國的犯罪失敗／失敗未遂概念。

(二)v. Liszt的客觀失敗未遂概念

v. Liszt所定義的客觀失敗未遂，一樣不能脫離行為階段的劃分而獨立存在。不過，v. Liszt對行為階段的認識，也是一個不斷發展與演進的過程。伴隨他所撰寫的刑法教科書的版本更迭，不僅行為階段劃分的內容前後不同，而且v. Liszt所採用的劃分標準也發生了改變。根據本文對v. Liszt教科書的研究，其中有關行為階段內容與標準的部分，總計存在著三次重要的變化，分別出現於第一版、第二十一、二十二版以及第二十六版教科書之中。為了方便論述，以下我們將以版本為單位，逐一加以分析與研究。

1. 一八八一年第一版

在一八八一年第一版教科書中，v. Liszt提出了一種全新的犯罪行為階段劃分方式。他將行為歷程分為五個階段，每個階段都輔之以例子加以說明，總計五個例子又恰好構成一個完整的事件。這五

⁴³ aaO.

個階段分別為：(1)行為人身體活動已經開始，但尚未結束。例如：行為人舉起小斧子開始砍樹；(2)活動已經終了，其所引發的因果歷程正處在運行之中：搖搖欲墜的大樹在遭受最後一擊之後，緩緩地向地面倒去；(3)因果歷程已經結束，但是沒有觸及到計畫中的目標客體：大樹倒塌在地，緊挨著在草地上睡覺的B；(4)因果歷程在運行過程中觸及了目標客體，但是仍未發生所計畫的犯罪結果：大樹砸到了正在草地上睡覺的B，儘管他身受致命傷，但眼下尚未氣絕身亡；(5)所追求的犯罪目的實現，犯罪結果發生⁴⁴。

v. Liszt接下來對這五種情況分別加以命名。其一，如果旨在實現犯罪結果的行為最終未能成功，則將其稱為失敗犯罪（*fehlgeschlagenes Verbrechen*）。階段(3)即屬於失敗犯罪。而階段(2)與階段(4)也可以向失敗犯罪轉化；其二，如果結果確定發生，但當下尚未發生，則可將其稱為結果延遲（*suspendierter Erfolg*）。階段(4)就是結果延遲；其三，如果行為人的身體活動已經結束，但是他還有機會避免結果發生，則將其稱為既了未遂（*beendeter Versuch*）。階段(2)與階段(4)都可以被歸入這個範疇，但階段(1)與(5)則不屬於既了未遂；如果身體活動本身尚未結束，則屬於未既了未遂（*nichtbeendeter Versuch*），如階段(1)⁴⁵。如果按照行為的發展先後順序，對以上論述略加整理，我們可以認為，v. Liszt將犯罪行為劃分為未既了未遂、既了未遂、結果遲延、失敗犯罪，以及犯罪既遂等五個階段。

v. Liszt在Bauer既了未遂、未既了未遂概念的基礎上，首次提出了失敗犯罪的概念，德國失敗未遂論述亦濫觴於此。更值得我們注意的是，v. Liszt沒有同義大利、法國學說一樣，將失敗犯罪與既了

⁴⁴ Liszt, aaO. (Fn. 19), S. 133.

⁴⁵ aaO., S. 134.

未遂劃上等號，而是將失敗未遂當做既了未遂階段之後所可能出現的結果之一。沿著這樣的思路繼續推衍，則既了未遂並不一概排除中止未遂或一概成立中止未遂，而需分情況討論。由此也建立起中止犯與失敗犯罪之間間接關連。

v. Liszt為未遂理論的建構做出了諸多重要貢獻，也不能改變他行為階段的劃分存在的缺陷事實。這主要表現在：首先，先對行為劃分階段，再對每個階段進行命名，相類似的論述就必然重複兩次，顯然有疊床架屋的隱憂；其次，由於行為階段與階段名稱相互交叉重疊，同一名稱可以指稱多個行為階段，進而導致行為階段分類混亂、有失條理。舉例來說，階段(4)既是既了未遂，又是結果延遲，還可以是失敗犯罪。階段(2)既然可以轉化為失敗犯罪，也就當然的屬於結果延遲；最後，v. Liszt依舊未能提出既了未遂與未既了未遂的區分方法，或者說沒有說明以什麼標準判斷行為已經結束或尚未結束。本文認為，之所以會出現上述這些問題，主要基於以下兩點原因：其一，儘管犯罪行為的實施是一個變化發展的過程，但無論在運動過程中有多少的不確定，最終的結果也無外乎是既遂與未既遂兩種結局中的一種。如果將行為歷程的發展階段（既了未遂、未既了未遂、結果延遲）與最終停止形態（失敗犯罪、犯罪既遂）相並列，鑑於前者必然會向後者轉化，行為階段的劃分也就隨之解體。這其中存在著無法調和的矛盾。其二，我們可以從 v. Liszt 的論述中推測出，他也同樣採用客觀標準來劃分行為階段。鑑於每一個案的案情不同，「客觀」上行為結束與行為未結束、既了與未了的界限必定迥然相異，也就不可能提出一則普遍適用的抽象界分標準。v. Liszt因而只好對之避而不談。這與其說是v. Liszt論述中所暴露出的問題，不如說是客觀判斷標準的固有缺陷（之一）。

2. 一九一九年第二十一、二十二版

v. Liszt也並非對第一版教科書中的論述缺陷毫無認識。他於是

在第二十一版與第二十二版教科書中，對犯罪行為階段的内容進行了大幅度的修正。v. Liszt首先將行為人著手之後的犯罪行為劃分為兩個階段：其一，當實行行為尚未結束之時，成立未既了未遂（nichtbeendeter Versuch）；其二，當實行行為已經結束，但構成要件要素、尤其是犯罪結果沒有實現時，成立既了未遂（beendeter Versuch）。然後根據結果未實現的具體情況，再將既了未遂分成三種類型：第一，結果發生與否不確定，但是結果的發生不取決於行為人之後的意志活動。例如，被害人深受重傷，但還不能確定其最終是否會死亡；第二，結果確定會發生。例如，被害人受到了足以致死的傷害，但當下他還活著；第三，結果確定不會發生。例如，行為人以殺人故意實施犯行，卻只使被害人受輕傷。v. Liszt將既了未遂的第三種情況稱為失敗犯罪，至於前兩種類型則未予以命名⁴⁶。

v. Liszt在第二十一、二十二版教科書中，將研究視線集中在行為人著手之後的未遂階段，從而把遙遠的未遂一類犯罪預備相關的概念，完全排除在論述之外。同時他修正了第一版教科書中，將所有行為階段置於同一水平線的做法，而改之以在不同層面對各個行為階段加以分析。具體來說，一方面保留了第一版教科書中既了未遂與未既了未遂的二階段劃分⁴⁷，另一方面則將之前提及的結果遲延、失敗犯罪以及犯罪既遂等階段類型，一併轉化為既了未遂的子集。另外，既然只研究未遂階段，就當然不存在犯罪既遂的成立空間。曾經在第一版教科書中含義模糊、難以歸類的結果遲延，在第

⁴⁶ Franz v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 195.

⁴⁷ 需要說明的是，v. Liszt並沒有將「未既了未遂」當做一個不可更動的術語來對待，他本人有時也會用未了未遂來代替未既了未遂，siehe aaO., S. 195 Anm. 7. 因此我們也就不必在「未了」與「未既了」的詞義之間做更多的區辨，完全可以將兩者視為等同概念。

二十一、二十二版教科書中原有內容被一分為二，即結果確定發生與結果發生不確定，結果遲延也就隨之消失。唯有失敗犯罪無論是其名稱、內涵以及在未遂行為階段中的位置，均未發生變化。這與 v. Liszt 繼續使用客觀的未遂行為界定標準不無關係。也正是由於這一原因，我們要對 v. Liszt 第二十一、二十二版教科書中關於行為階段的論述，提出如下批判：

既然既了未遂是行為人客觀上已實施完畢為達既遂犯罪所必需的全部行為，那麼在客觀因果律的支配下，如果沒有人為因素的介入，犯罪行為的最終結果必然是確定的。換言之，只有結果確定發生與結果確定不發生（失敗犯罪）兩種情況。而所謂的「結果發生不確定」，只是因為觀察者沒有掌握犯罪行為的完整信息而出現的誤解。因此，在既了未遂的項下區分三種情況的做法與客觀事實不符。更為重要的是，既了未遂情況下犯罪結果確定發生，卻仍要對行為人論以「未遂」，這顯然是一種自相矛盾（*Contradictio in adjecto*）⁴⁸。

當然如前所述，這一矛盾其實並非 v. Liszt 的未遂論述所特有，而是客觀未遂判斷標準的固有缺陷，只是 v. Liszt 沒有採納如 Romagonsi 的「按照常理進行推測」等適度的客觀主義道路，才致使此矛盾表現的更為突出。文字表述上小修小補並不能徹底的解決問題，需要轉變的當屬客觀判斷標準本身。而 v. Liszt 在接下來的第二十六版教科書中則嘗試進行這樣的努力。

3. 一九三二年第二十六版

在第二十六版教科書中，v. Liszt 依舊將未遂行為階段劃分為未

⁴⁸ *Carl Ludwig v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Bd. II – Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907, S. 518.*

既了的未遂與既了未遂（或稱未了未遂與既了未遂），既了未遂項下一樣細分為結果確定發生、結果確定不發生（失敗犯罪）與結果發生不確定三種情況。該版教科書最大的變化在於，明確根據行為人的主觀認知來區分既了未遂與未了未遂。具體來說，當行為人主觀上認為他已實施完畢全部行為時，即成立既了未遂；反之，若行為人認為他尚有其他犯行需要實施，則成立未了未遂⁴⁹。在進行了這樣的更動之後，至少可以消解犯罪結果客觀必然發生，卻對行為人論以未遂處罰的矛盾。此後，在未遂犯的認定以及未遂行為階段劃分等議題上採取主觀判斷標準（簡稱主觀說），逐漸成為了德國學界的通行見解。

在未遂行為階段劃分的部分，判斷標準出現了從客觀向主觀的轉變，但並不意味著v. Liszt所有關於未遂的論述都保持著相同的轉換步調。譬如，針對既了未遂項下的三種情況，v. Liszt就繼續採取客觀的標準判斷，認為其與行為人的主觀認識無關，而是未遂行為所產生的客觀結果。但是他未說明前後判斷標準不一的理由何在，也沒有回答或者無法回答，在純粹「客觀」的判斷之下，為何還能夠出現結果「不確定」的情況。然而，這種被Gössel稱為主客觀混合的判斷方法⁵⁰，卻得到了德國學者Frank⁵¹、Mezger⁵²等人的贊同。Frank和Mezger的觀點又略有不同：Frank仍沿用失敗犯罪的命名，Mezger則將其改稱為失敗未遂（*fehlgeschlagener Versuch*），而後者便是失敗未遂一詞在德國文獻上的最早出處。在這個意義上說，Mezger可以被看作是德國失敗未遂概念的創始者。

⁴⁹ Franz v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Bd. I – Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, S. 307.

⁵⁰ Karl Heinz Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, ZStW 87 (1975), S. 13.

⁵¹ Frank, aaO. (Fn. 25), § 43 Anm. IV.

⁵² Edmund Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 1949, S. 399 f.

然而，Mezger同v. Liszt與Frank一樣，依舊沒有說出劃分既了／未遂未遂，與認定失敗犯罪／失敗未遂採用不同判斷標準的原因。這並非由於答案不言自明，只不過是找不出合理的解釋。由此我們可以斷定，這種客觀主觀「兩層皮」式的判斷模式不可能長期維持，從未遂認定客觀標準向主觀標準的轉變可謂勢所必然。尤其在失敗犯罪更名為失敗未遂之後，將已轉化的判斷未遂的方法適用於失敗未遂之上，更加具有理論上的正當性與可行性。此外，德國學者也不會滿足於僅將失敗未遂當做對犯罪結果不發生現象的描述，而是要使其與中止未遂的檢驗產生關連。事實上，在Mezger將v. Liszt的失敗犯罪更名為失敗未遂後不久，文獻上便已有學者沿著上述路徑推進失敗未遂概念的發展演變，而其始作俑者則當屬Otto教授。

參、失敗未遂從客觀向主觀過渡

一、Otto——失敗未遂與主觀認知的初步關連

(一)根據主觀認知區分未了未遂與既了未遂

一九六七年，Otto教授發表了題為《失敗未遂與中止》（*Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt*）的期刊論文。該文所重點關注的，是未了未遂與既了未遂的劃分、中止未遂的認定等議題。就未了未遂與既了未遂的劃分而言，如果行為人只實施或只能實施一個行為，採用學界所通行的主觀說，並不難將兩者加以區分；但倘若行為人前後實施或有可能實施了多個舉動，進而構成了所謂的重複實施犯行（*Wiederholung des Versuchs*），便常常會引發爭議。其中最為典型的情況莫過於，行為人意圖槍殺被害人，但第一槍未能擊中被害人。行為人於是心生悔意，他還有機會開槍但卻放棄繼續射擊。該案行為人在第一槍未擊中被害人時，屬於未了未遂還是

既了未遂，直接決定了他之後放棄射擊能否成立中止未遂並獲得解除刑罰的優惠。對此問題，過去德國聯邦法院判決均採取犯罪計畫說，但Otto認為，德國聯邦法院所採用的犯罪計畫說存在著重大缺陷。因為行為人所制定的犯罪計畫，往往基於對自己能力的評估。如果行為人不夠自信，認為自己還有許多事應當去做，於是著手之後的未遂行為就會一直處於未了未遂狀態，行為人自始自終都有放棄犯行成立中止犯的機會；相反，如果行為人自信只一下即足達成犯罪目的，那麼在一擊未成功之後，就排除了中止犯成立的可能。由此便會出現這樣不合理的情況：多次實施法益侵害舉止的犯罪行為人，卻比只實施一次法益侵害的行為人更容易獲得刑罰優惠。更不用說犯罪計畫無法得到確實的查證，行為人獲得刑法優惠，常常歸功於偶然或機智的答辯⁵³。

鑑於這些不足之處，Otto認為，不應當用犯罪計畫取代行為人的主觀認知，以界分未了未遂與既了未遂。即使行為人根據犯罪計畫已經實施完畢全部犯行，並遭遇了失敗未遂的情況，但如果他意識到他仍可以毫不遲延的以重複或繼續犯行的方式實現犯罪目的，卻仍基於己意的停止犯行的實施，也應成立中止未遂。因為此時行為人同樣是出於自願而回歸合法道路，值得予以獎賞⁵⁴。換言之，Otto的核心論點是，根據失敗未遂出現時前後行為人的主觀認知，再輔之以緊密的時空聯繫，來決定成立既了未遂還是未了未遂，進而確定行為人是否實施了成立中止犯所要求的中止行為。

(二) 失敗未遂與主觀認知的聯繫

Otto的觀點不但是對傳統未了未遂與既了未遂劃分方法的一次突破，而且也對失敗未遂概念的演變產生了重要影響。儘管Otto仍

⁵³ Harro Otto, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967, S. 144 f.

⁵⁴ aaO., S. 151 f.

然採用客觀標準來界定失敗未遂，但其不同之處在於，之前以v. Liszt/Mezger為代表的德國學者所定義的失敗未遂，是既了未遂之後所可能出現的一種結果，是未遂行為的最終結局。而Otto認為，失敗未遂也可以出現在行為歷程的中間階段，成為未遂行為的組成部分。根據這一結論我們不難推知，行為人在實施後階段的舉動時，就必然會對前階段出現的失敗未遂情況有所認識，客觀的失敗未遂便隨之與行為人的主觀認知建立起確定的聯繫。當然，僅根據行為人主觀認識到失敗未遂，還不足以構成客觀失敗未遂概念的轉變。因為即便依照v. Liszt/Mezger對失敗未遂的定義，行為人同樣也可能（而非必然）認識到既了未遂之後的犯罪目的未實現。Otto的特別貢獻在於，他更為細緻的區分了在不同主觀認知之下的心理狀態，並且將行為人的主觀內容切分成為不同的部分。他寫道：行為人清楚的知道他不再有機會實現犯罪目的，與行為人認為他還能夠實現犯罪目的但放棄追求，這兩種主觀認知下的行為人心理狀態有著顯著的區別。並且無論何時，如果行為人意識到自己不具有行為能力（實現犯罪目的之能力），他的行為決意（實施中止行為的決意）便將會受到影響⁵⁵。

可見，早在二十世紀六十年代Otto就已經意識到，檢驗中止未遂時，除了己意之外還應當考察行為人的其他主觀內容——中止行為決意。而行為人主觀上認識到其無法實現犯罪目的——或者按照Otto的論述脈絡——主觀上認識到客觀的失敗未遂，將會對該決意產生影響。然而遺憾的是，Otto並未說明究竟會產生什麼樣的具體影響，能否排除中止未遂的成立等問題。然而瑕不掩瑜的是，Otto由此正式建立起行為人主觀認知與客觀失敗未遂的關連，並透過將失敗未遂移動至未遂行為的中間階段，變相擴大了客觀失敗未遂的

⁵⁵ Otto, aaO. (Fn. 53), S. 151.

成立範圍，進而瓦解v. Liszt/Mezger的舊概念，推動失敗未遂的界定標準自客觀向主觀的過渡。接下來我們將會看到，有多位學者參與到這一轉變過程當中，而Hruschka教授則是其中第一個正式建立起主觀的失敗未遂概念的德國學者。

二、Hruschka——主觀失敗的未遂概念的建立

(一)失敗的未遂概念提出及意義

上文提到Otto認為，失敗未遂並不專屬於既了未遂，它也可出現於未了未遂的情況之下。但在此必須實事求是的指出，該結論只是本文根據Otto的論述所進行的推導，在他一九六七年所發表的期刊論文並無法找到與之完全對應的表述。而正式將此結論付諸於文字的則是德國學者Hruschka。在《未了未遂的己意中止之作用範圍問題》（Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch）（一九六九年）一文中，他首先提出了一則這樣的案例：行為人T計畫在連續三天的時間裡，侵入三個並排挨著的、主人均已外出的房屋中，意圖竊取每間屋內保險櫃中的財物。他第一天晚上侵入了第一家，當他撬開保險櫃後發現，當中空無一物。之後，他出於己意的放棄繼續實施後兩天的竊盜行為。如果根據以往學說與實務觀點來對本案中行為人的行為做以評價，那麼他第一天放棄竊盜的行為當然不能成立己意中止。至於基於己意放棄實施後兩天的侵入住居竊盜，則應當成立己意中止。但是，本案行為人基於整體故意（Gesamtvorsatz），針對相同的法益實施了一系列同種類的犯罪行為，構成連續行為而屬於法律意義上的一行為⁵⁶。那麼在一個行為之中，一部分成立己意中止，另一部分不成

⁵⁶ 連續行為是德國刑法理論與實務在19世紀初所創造的概念，德國帝國法院／聯邦法院的代表判決主要有：RGSt 70, 243; BGHSt 5, 136; 19, 323; 23, 33; 26, 4; 36, 105等等。但是由於連續行為中的「整體故意」內容與界限並

立己意中止，無論在法律上還是在邏輯上都不具有說服力。為了解決這一矛盾Hruschka表示，並非所有的未了未遂都必須在要麼成立己意中止，要麼成立非己意中止當中二選一。就本案而言，行為人放棄實施之後兩天的竊盜行為雖然可以成立己意中止，但第一天晚上的一無所獲則應當被評價為「失敗的未遂」（*mißlungener Versuch*）⁵⁷。

至此為止，Hruschka並未超出Otto原有的論述範圍，不同之處僅在於將Otto提到的在未遂行為中段出現的失敗未遂（*fehlgeschlagener Versuch*）改為了失敗的未遂（*mißlungener Versuch*）。當然，這一個單詞的改動不是在做文字遊戲，而是另有目的。我們可以將其概括為以下三個方面：

首先，Hruschka利用失敗的未遂這一全新概念，顯示出對刑罰優惠的否定。如前所述，Otto認為行為人出於己意放棄之後的犯行，是回歸合法性道路的表現，應當獲得刑罰優惠。但Hruschka指出，如果將這一觀點套用在本案之上，則行為人T就會比那些比他危險性更小的行為人——從一開始只意圖侵入一家住戶，竊取房間保險櫃內財物的人——獲得更多的刑罰優惠⁵⁸。換言之，根據犯罪計

不明確，而且採用連續行為概念還會造成既判力的濫用與法定訴訟時效的延後。因此聯邦法院於1994年BGHSt 40, 138中將連續行為認定為無意義，並在事實上廢除了連續行為的概念。參見林山田，*刑法通論（上）*，增訂十版，2008年，頁347；*Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015 Rn. 1078 ff.*

Hruschka 1969年論文中所舉案例，以今天的眼光看來，與前文Otto的案例屬於不同類型。但我們不能要求Hruschka在20世紀60年代就認識到了直至90年代才被糾正的錯誤，所以本文不另外偏離主題的去質疑他所舉例子是否恰當，而是按照當時的理論脈絡加以論述。

⁵⁷ *Joachim Hruschka, Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1969, S. 496 f.*

⁵⁸ *aaO., S. 498.*

畫說，行為人對自己的行動越沒有信心，就越容易獲得刑罰優惠；而按照Otto的理論，行為人所意圖實施舉動的數量越多，就越容易獲得刑罰優惠。後者不見得比前者更為合理。因此Hruschka認為，在未遂行為中段所出現的失敗的未遂，將排除中止犯的成立，行為人不能因為基於己意放棄實施之後的犯行，而獲得加諸於之前已實施的犯行之上的刑罰優惠。

其次，失敗的未遂的名稱也與全新的一行為認定方法密切相關。在Otto以及Hruschka所舉案例之中，行為人均實施了多個舉動。這些舉動能否被合併視做一行為，直接決定著未遂的認定，以及之後中止行為可否作用於之前實施的全部個別舉動之上。之前Otto提出的，依據個別舉動之間是否存在的緊密時空聯繫來認定一行為的方法，沒有比他本人所反對的犯罪計畫說更為精確。因為時空上的緊密聯繫由司法者確定，計畫實施多少由行為人供認，兩者都無法避免所謂「機智的答辯」的問題。Hruschka便敏銳的觀察到了這一點，他明確提出，一行為的成立並非取決於行為人所實施個別舉動之間存在緊密聯繫，而是要看是否存在著一個貫徹始終的犯意（Tatentschluss）^{59、60}。具體而言，行為人在一個犯意的支配之下所實施的多個個別舉動，共同構成了一行為。當行為人的犯意得以完整貫徹時，行為人的未遂犯行即宣告實施完畢。相反，當犯意的貫徹遭遇阻礙時而無法繼續之時，行為人的犯行在終了之前就不得不

⁵⁹ aaO.

⁶⁰ Entschluss在德語詞典中的含義為決斷，決心，決定。參見葉本度主編，朗氏德漢雙解大詞典，修訂版，2010年，頁530。但中文刑法學界已經約定俗成的將Tatentschluss翻譯為犯意，則意味著Entschluss被翻譯為「意」或「意思」。為了保證翻譯的前後一致，也為了表現出Gegenentschluss與Tatentschluss的對應關係，在翻譯Gegenentschluss時本文也不採用詞典中的翻譯。另外，不將Entschluss翻譯為決定，還可便於區分Entschluss與Entscheidung。

停止。Hruschka將行為人對這種阻礙的主觀認知命名為反犯意（Gegenentschluss）⁶¹。而失敗的未遂便是反犯意在未遂行為進程之中的客觀化表現。既然失敗的未遂的含義與之前的失敗未遂存在著重大差別，便理應在概念名稱上有所體現。

最後，失敗未遂在Otto那裡僅僅是一筆帶過，相比之下，Hruschka不但具體說明了失敗的未遂排除中止未遂成立的原因，還對其進行了類型劃分。僅就這一點來說，也有在名稱上對兩者加以區分的必要。

（二）失敗的未遂排除中止犯成立之原因

承接上面的論述，Hruschka已經將失敗的未遂的產生原因歸結為行為人的反犯意，那麼接下來只需說明反犯意為何能夠排除中止犯的成立，便可解釋失敗的未遂致使行為人不能享受解除刑罰優惠的原因。反犯意顧名思義，即犯意的反面。瞭解反犯意理應先認識犯意的內涵。首先要注意的是，犯意與故意兩個概念並不完全等同⁶²，必須加以區別。如所周知，犯罪故意又被稱為構成要件故意（Tatbestandsvorsatz），它由意欲要素（Willenselement）與認知要素（Wissenselement）所構成。所謂的認知要素是指，行為人對於客觀不法構成要件所描述的行為主體、行為客體、行為、行為時的特別情形、行為結果等，所具有的認識⁶³。而在行為人對客觀的構成犯罪事實有所認知之後，並進而具有實現客觀構成犯罪事實的意欲，即具備了故意的意欲要素，從而成立犯罪故意⁶⁴。由此可見，構成犯罪故意中的兩大要素在產生時間上存在著先後順序，也顯示

⁶¹ Hruschka, aaO. (Fn. 57), S. 497.

⁶² NK-StGB/Zaczyk, § 22 Rn. 13.

⁶³ 林山田，同註56，頁286。

⁶⁴ 同前註，頁289。

了行為人主觀內容的演進發展過程。與此相比，犯意則是處於從認知到意欲發展過程中間階段的行為人主觀要素。詳言之，行為人在對全部客觀構成犯罪事實有所認識之後，必然要對自己即將實施的犯罪行為的可行性進行評價。這當中自然包括了犯罪成本與犯罪收益的比較、犯罪風險的評估等等。行為人只有在認為有利可圖之時，才會做出實施犯罪行為的決定，並進而意圖將其實現。此處行為人在綜合判斷客觀情況之後所做出的決定，正是所謂的犯意。

不難想像，行為人對於何為「犯罪利益」有著千差萬別的認知。而且在犯罪檢驗的過程中，也無法做到詳細的分析每一個可能影響犯意的因素，進行正負累加計算以得出結論。因此，即便只是出於精簡論述的目的，也需要另外提出一個更為抽象的概念，將物質利益、情感訴求等多種可測量與不可測量的因素一併總括在內。Hruschka將此概念確定為犯罪目的（Ziel）⁶⁵。

在此概念提出之後，行為人在對犯罪的全部客觀事實有所認知之後所進行的計算，就被簡化分為犯罪目的可以實現，與犯罪目的不能實現兩種情況。前一種情況下，行為人具有犯意；後一種情況

⁶⁵ Hruschka, aaO. (Fn. 57), S. 498. 這裡的犯罪目的應與目的犯或稱意圖犯（Absichtsdelikte）中的目的相區分。目的犯中所規定的目的，是指對於行為人而言，特定構成要件結果的發生或者情況的實現十分重要，於是立法者將其規定為故意行為的前提，siehe Wessels/Beulke/Satzger, aaO. (Fn. 56), Rn. 317. 也就是說，目的犯中的目的由法律所明文規定，而Hruschka所提到的目的，則普遍存在於所有故意犯的情況下。為了避免混淆，將目的犯中的Absicht翻譯為意圖顯然更為適合。

另外，還需將Ziel與相關德文近義詞做區分，以加深對犯罪目的含義的認識。在德文中，Ziel與Zweck的含義並不完全一致。Ziel指人們經過努力所要達到的目的、目標，而Zweck指做某事、採取某種行動所要達到目的和意圖，表示比較具體的狹窄概念，僅參見莊慧麗，德語同義詞，1997年，頁341。這從側面說明犯罪目的的概念外延較為寬泛，它盡可能的將行為人所進行的各種主觀考量均包括在內。

下，行為人不具有犯意。也就是說，行為人認為犯罪目的可以實現，是犯意產生的充分必要條件。理解了犯意的內容，反犯意也就不難解釋。既然反犯意是犯意的否命題，那麼根據形式邏輯，行為人認為犯罪目的可以實現的否命題——行為人認為犯罪目的不能實現（或行為人不認為犯罪目的能夠實現），即構成反犯意的充分必要條件（若 $P \leftrightarrow Q$ ，則非 $P \leftrightarrow$ 非 Q ）。

以上我們將犯罪行為人的主觀描述為一個由認知——犯意——意欲三個相遞進環節組成的演進過程，則當行為人主觀上產生了意欲要素時，犯罪故意便最終形成。之後，行為人在犯罪故意的支配之下，於客觀上實施具體犯行。在這個前後連貫的過程中，如果在其中一個環節上出現了中斷，之後的環節也就無法產生。那麼，一旦出現了作為犯意否命題的反犯意，意欲於是便喪失了其成立的前提，犯罪故意因而無法形成，客觀犯行更是無從談起。不存在犯罪行為中止未遂也就失去了作用的對象。就未了未遂的情況而言，行為人不能實施犯行也就無法放棄犯行，或者我們也可以說，行為人放棄繼續實施犯行以仍存在著放棄的可能性為前提。否則，所有口頭上所謂的「放棄」，都會讓人立刻聯想到吃不到葡萄就說葡萄酸的狐狸。行為人未能放棄犯行，則不符合中止犯的成立要件，因而也就不能享受刑罰優惠。還需要補充的是，對立意思並非只侷限於行為人前後實施了多個活動的情況之中，自然意義上的一行為同樣可以成立失敗的未遂⁶⁶。

(三)失敗的未遂之類型

行為人可能基於不同的原因而認為其犯罪目的無法實現。從另一個角度看來，導致犯罪目的無法實現的原因，也就是失敗的未遂之類型。Hruschka認為，失敗的未遂的類型可分為兩種：其一，存

⁶⁶ Hruschka, aaO. (Fn. 57), S. 497.

在使行為人無法繼續犯行障礙，行為人因而認為犯罪目的無法實現。其二，行為人認為繼續犯行已無意義⁶⁷。第一種情況主要包括：行為人認識到他的目標不存在，或者至少是部分不存在；根據行為人的犯罪計畫，對實現目的而言十分重要的犯罪工具無法獲得；其他重要的情狀不能發生或繼續存在，而導致行為人認為犯罪目的無法實現等等⁶⁸。至於第二種情況，Hruschka則舉例予以說明：行為人舉槍意圖殺人，但在開槍之前他發現，他所瞄準的是樹而不是人。儘管此時不論在物理上或心理上行為人都還可以開槍，但繼續犯行已經沒有意義。又如，行為人意圖搶劫巨額金錢，卻發現被害人身上只有幾張小額鈔票，最終無奈乘興而來，敗興而歸⁶⁹。

此外，Hruschka並不滿足於對未了未遂中失敗未遂進行分類，而是有意將論述的範圍擴大至既了未遂之上。他提出，失敗的未了未遂（*mißlungener unbeendeter Versuch*）並不經常出現，應當將其與失敗的既了未遂（*fehlgeschlagener beendeten Versuch*）做以準確區分⁷⁰。然而遺憾的是，Hruschka的論述至此戛然而止，對失敗的既了未遂的內容與類型，沒有做更深入的闡述。

（四）理論貢獻與存在問題

我們可以將Hruschka以上論述做如下總結概括：著手實施未遂犯行的犯罪行為人，在對全部客觀犯罪構成要件有所認知之後，主觀上認為其犯罪目的無法實現，由此而產生的反犯意使得行為人的犯罪故意無法形成，從而無法實施、更不用說放棄之後的犯罪行為。鑑於行為人未放棄犯行，不符合中止犯的客觀成立條件，因而

67 aaO.

68 aaO., S. 497 f.

69 aaO.

70 aaO., S. 497.

不能將其行為認定為中止未遂，而讓行為人享有刑罰優惠。此種由行為人主觀認知而引起排除中止犯成立的情況，在未了未遂的情況下被稱為失敗的未遂或失敗的未了未遂。根據造成行為人認為犯罪目的無法實現原因的不同，將失敗的未遂分為實施犯行存在障礙與繼續犯行無意義。而失敗的未遂在既了未遂情況下的對應概念，則被稱作失敗未遂或失敗的既了未遂。

Hruschka的理論貢獻在於，他將在Otto那裡只是與行為人主觀認識相聯繫的失敗未遂，轉變成為行為人的主觀內容的一部分（也可以說，用主觀標準來界定失敗未遂），從此正式建立起了主觀的失敗的未遂概念。再藉由失敗的未遂排除中止犯成立原因的分析，以及失敗的未遂的類型劃分。Hruschka完成了主觀失敗未遂的基本理論建構，之後的學者的論述均未超出Hruschka所劃定的框架。

此外，Hruschka還繼承了Otto對中止犯主觀內容的劃分，同樣的意識到在己意與非己意之外，還存在其他對中止犯產生影響的主觀因素。儘管Hruschka也沒有對其進行正面的闡述，但他提出了排除中止犯成立的反犯意，那麼從邏輯上說，就應當存在促使中止犯成立的主觀要素。之後，以Bottke為代表的學者將己意之外的中止犯其他主觀要素概括為中止意思⁷¹。中止意思雖不是Hruschka的原創，但不能否認他為中止意思的產生所曾做出的理論奠基。

當然，我們也不應忽略Hruschka論文中所存在的問題。總體看來，Hruschka論述邏輯不夠清晰、內容前後多有重複，且行文表述過於跳躍，以至於論者如果不根據Hruschka的論述脈絡加以補充的話，則難以理解他所要表達的內容。這在客觀上必然會妨礙到Hruschka見解的傳播。在閱讀之後的文獻時我們就會發現，後世學

⁷¹ *Wilfried Bottke*, Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 24.6.1993 — 4 StR 33/93, JZ 1994, S. 73 ff.

者們往往忽視了Hruschka對失敗未遂所做出的理論貢獻，只單純把他當做一個曾經提及過失敗未遂的學者。不能說這完全是其他學者的問題，Hruschka本人也要承擔部分責任。

針對Hruschka論述的具體內容，我們可以提出兩方面的批評意見。一方面，他用兩個含義同為失敗（*mißlungen/fehlgeschlagen*）的德文近義詞，為未了未遂與既了的未遂分別設置了失敗的情況。但是，他卻對既了的失敗未遂的情況並未加以描述，尤其是沒能說明的是，在既了未遂的情況下反犯意何時產生，失敗的未遂的兩種分類是否對應的存在於既了的失敗未遂當中等等。如果連Hruschka本人都沒有能夠對失敗的未遂與失敗未遂做出完整的論述，也就無怪其未能獲得其他學者的肯定與接受。以本文所掌握的文獻來看，除了Bottke還繼續沿用失敗的未遂／失敗未遂這組對應概念之外⁷²，絕大多數學者均已將其揚棄，而一律統稱為是失敗未遂（本文也採用此做法）。然而這並不意味著，Hruschka論述中的缺失沒有對後世學者產生誤導作用。例如，許多後世學者就認為，失敗未遂只可能出現在未了未遂的情況中。相比客觀說時代將失敗未遂等同於既了未遂結果的做法，這些學者顯然又走向了另一個極端。這一錯誤，只能運用超出Hruschka見解之外的論述才能予以糾正。

另一方面，Hruschka將失敗的未遂分為障礙與無意義兩類的做法，從類型名稱看來，因存在障礙造成犯罪目的無法實現，極易與障礙未遂發生混淆；而無意義的失敗的未遂，以他所舉對象錯誤的案例而言，似乎也可以歸為障礙的項下。更不用說還有諸多複雜的情形不能被他列舉的有限案例所涵蓋。

⁷² aaO., S. 71 ff.

肆、主觀失敗未遂的最終形成

一、Schmidhäuser——失敗未遂概念的簡化

(一)內容概述

即便Hruschka之後對主觀的失敗的未遂概念進行了更完整的論述，但沒有在德國學者中引起較大反響。直到一九七〇年，Schmidhäuser在他所撰寫的第一版刑法總則教科書中，以更為簡練的語言對主觀失敗未遂進行了再一次的論述，此概念才開始在德國學界廣為流傳⁷³。以至於會有學者認為，現代意義上（主觀判斷）失敗未遂的基本理論，最早是由Schmidhäuser建立起來的⁷⁴。當然我們現已得知，這一論斷未免有失準確，但這也從側面表現出，Schmidhäuser在主觀失敗未遂理論的形成與傳播過程中，所發揮的舉足輕重的作用。

首先，Schmidhäuser對客觀的失敗未遂概念提出了批判。他認為持這種觀點的學者，將失敗未遂等同於未了未遂或既了未遂，是在延續一種過時的學術討論。實際上，當行為人認為犯罪目的無法達成時，就不能說他做出了德國刑法第二十四條第一項意義下的「放棄」行為⁷⁵。而我們在刑法釋義學中所談論的「失敗」，只能出現在目的未遂（Zielversuch）——行為人為達成一個或多個具體犯罪目的而實施犯行的未遂類型⁷⁶——的情況之中⁷⁷。基於此，

⁷³ Claus Roxin, Der fehlgeschlagene Versuch. Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung, JuS 1981, S. 1.

⁷⁴ Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 303.

⁷⁵ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, 15/77 Anm. 13.

⁷⁶ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2. Aufl.,

Schmidhäuser對失敗未遂做出了簡明扼要的定義：如果行為人在某一時刻認識到，他的行為目的已無法實現，那麼在此種情況下其未遂行為就是失敗的（*fehlgeschlagen*）⁷⁸。其中犯罪行為人的行為目的，則需要根據行為人的犯罪計畫加以判斷，或者從反面來說，就行為人的犯罪計畫而言，在綜合所有情況之後，只有行為人所意圖實現的犯罪目的才是最重要的⁷⁹。

其次，為了更好的闡釋失敗未遂概念，Schmidhäuser還舉例加以輔助說明。他認為以下情形即屬失敗未遂：偷包賊拿到了一個空包；詐騙犯認識到，他所騙的被害人身上沒帶錢；詐騙犯錯誤的相信，被害人識破了他的騙術；孕婦從她女友那裡得知，她所實施的墮胎方法完全無效；殺人犯認識到，他唯一的一發子彈沒有擊中被害人⁸⁰；殺人犯將X誤認為他意圖殺害的U，最終使得X受到傷害⁸¹等等。

再次，Schmidhäuser還提到了失敗未遂所造成的法律效果：當失敗未遂的情況發生時，標誌著行為人在主觀上無法撤退（*Rückzug*），德國舊法第四十六條／新法第二十四條的成立前提便無法得到滿足，所以也就沒有必要再對之後的未了未遂與既了未遂進行區分⁸²。

最後，針對Otto和Hruschka都曾提到的行為人意圖實施數個舉動，在未遂行為中段放棄繼續實施犯行，能否成立中止犯的問題，

1984, 11/36.

⁷⁷ aaO., 11/76.

⁷⁸ Schmidhäuser, aaO. (Fn. 75), 15/77.

⁷⁹ aaO., 15/78.

⁸⁰ Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 1970, 15/81 ff.

⁸¹ Schmidhäuser, aaO. (Fn. 75), 15/77.

⁸² Schmidhäuser, aaO. (Fn. 80), 15/81 ff.

Schmidhäuser也提出了自己的處理意見。他認為，如果行為人本能夠憑藉第一個舉動即實現犯罪目的，結果卻事與願違。那麼即使行為人之後沒有再以相同或不同的犯罪方法，另行實施一個新的舉動以實現犯罪目的，也應當被認定成立失敗未遂，而排除中止犯的成立。但是，如果前後舉動之間存在著緊密的時空聯繫，並且行為人認為他透過繼續實施新的同種類或不同種類的舉動，他仍舊可達成犯罪目的，那麼前階段所實施的舉動便是整體一行為的一部分，未遂行為中段客觀上出現的片刻停頓、行為人主觀上暫時認為犯罪目的無法實現，並不成立失敗未遂。因此，行為人中斷或完全停止繼續行為應當認為是對整體犯行的中止。如果行為人是基於己意而為此行為，則應認定成立中止犯而享受刑罰優惠⁸³。

(二) 評價：概念簡化所帶來的問題

Schmidhäuser的主觀失敗未遂界定標準，相比Hruschka來說，出現了大幅度的簡化。首先，他不再區分未了失敗未遂與既了失敗未遂的不同，曾出現在Hruschka論述中的失敗的未遂、失敗未遂等不同概念，統一改為失敗未遂。其次，Schmidhäuser除了列舉多個典型案例之外，沒有劃分失敗未遂的類型，這與不區分未了既了失敗未遂的做法有著一脈相承的關係。最後，他也沒有解釋失敗未遂排除中止犯成立的原因，只是簡單的提到了此時行為人無法放棄犯行。

從積極的方面看來，Schmidhäuser將失敗未遂的概念內容濃縮為「行為人認識到犯罪目的無法實現，因而排除中止犯成立」，無疑比Hruschka那樣迂迴反復的疊加論述，更利於理解與操作。而且，既然我們已經改採主觀判斷標準來定義失敗未遂，那麼就完全可以賦予「失敗」一詞全新的概念內涵與外延。尤其沒有必要為照

⁸³ aaO., 15/83.

顧到失敗未遂客觀說的發展史，而像Hruschka一樣限定「失敗」（*fehlschlagen*）一詞只可以與既了未遂產生關連，人為的使得問題複雜化。因此我們也就可以不難理解，為何之後的學者絕大多數都沿用了Schmidhäuser所確定的概念名稱，以至於失敗未遂最終被固定為刑法釋義學的專業術語。

但是，過於簡略的論述也同時產生了諸多問題，其中最為明顯的當屬失敗未遂的理論定位不夠清晰。Schmidhäuser含混的指出，失敗未遂使得中止犯的前提沒有得到滿足。但是他一則沒有解釋中止犯成立前提的具體含義，二則也沒有移植或改造Hruschka關於反犯意的論述。如果僅將行為人無法放棄犯行當做理由，那也不過是沒有滿足中止犯的中止行為要件，而非中止犯的成立前提。因此Schmidhäuser不能為在己意之外，另行創造出新的排除中止犯成立的主觀要件的必要性，由此受到持失敗未遂否定說觀點的學者的著力攻擊也就不足為奇。

其次，失敗未遂的分類也並非無關緊要，這一點從Schmidhäuser自己的論述中就可以得到證明。假如只是單純為了方便讀者理解記憶，他就沒有必要在第二版刑法總則教科書中額外增加一則新案例。這顯然是Schmidhäuser有意識的用各類案例來表現失敗未遂的不同情況。但採用窮舉的方法，難免有掛一漏萬的隱憂，同時我們亦無法得知Schmidhäuser是認為失敗未遂只有這幾種情況，還是由於篇幅的原因將其他情況予以省略。所以對失敗未遂類型做以抽象的概括，仍然是一個不能省略的理論建構步驟。

再次，就既了未遂情形下是否存在既了未遂，或者更完整的表述為：行為人在認為所有犯罪行為已經實施完畢之後，又轉而意識到犯罪目的無法實現時，是否會排除中止未遂的成立，Schmidhäuser沒有做出明確的表態。雖然他也提到了一旦成立失敗未遂，便不用再去區分該失敗未遂所排除的是未了中止未遂還是既

了中止未遂，但那所涉及的也不過是中止未遂的分類。如前所述，未遂分類不但誕生於中止未遂之前，而且其也並非僅在與中止犯之中才有存在價值。Schmidhäuser自己就說過，當行為人認為犯罪目的無法達成時，便不能說他做出了德國刑法第二十四條第一項意義下的「放棄」行為⁸⁴。那麼，當行為人客觀上做出了類似「防止」之類的積極身體舉動，由於其外觀上更容易與中止行為相混淆，所以更有必要（至少是不能省略）檢驗行為人此時主觀是否已認識到犯罪目的無法實現。令人遺憾的是，德國學界並未對Schmidhäuser完全省略既了失敗未遂的做法提出更多質疑，以至於該議題逐漸變得鮮有學者問津。

最後，Schmidhäuser所提出的目的未遂，如果將其定義為行為人為實現犯罪目的而實施未遂犯行，則不過是將未遂行為的定義重複一遍，看不出此概念存在的必要性。更為關鍵的問題是，Schmidhäuser藉助目的未遂概念一方面強調犯罪計畫對失敗未遂認定的重要性，另一方面又堅持採用Otto便已提出的、根據行為人前後舉動之間是否存在緊密時空關連界定一行為的方法，然而，正如前文Otto在其期刊論文中所揭示的那樣，這兩種判斷標準最終必然會得出相互對立的結論。再加之Schmidhäuser又沒有採納Hruschka用犯意來確定未遂行為結束時間點的做法，所以這一問題的解決，必須求助於Schmidhäuser既有論述之外的新的理論構建。

二、Roxin——失敗未遂論述的集大成

如果我們不能對Schmidhäuser失敗未遂論述所留下的理論空白加以完善補充，那麼失敗未遂概念便始終無法脫離「下定義、舉例子」的階段，無法在中止未遂的檢驗中發揮作用。Schmidhäuser之

⁸⁴ Schmidhäuser, aaO. (Fn. 75), 15/77, Anm. 13.

後的諸多德國學者都為此做出了努力，但可以被稱為主觀失敗未遂概念集大成的，當屬Roxin教授。他在前後歷時近三十年的時間裡，逐步建立起系統完整的主觀失敗未遂理論體系。其內容廣泛涉及失敗未遂的方方面面。如果說Schmidhäuser是主觀失敗未遂概念的確立者，那麼Roxin無疑是主觀失敗未遂概念的開拓者。

鑑於Roxin有關失敗未遂的論述分散於多種文獻之中，為了方便論述，本文對其進行統合整理，並劃分為失敗未遂的定義、排除中止犯的原因、成立範圍、具體類型、與已意的關係，以及可重複實施的犯罪行為中的失敗未遂與未了未遂的界分等幾個部分，最後逐一加以介紹。

(一)Roxin對失敗未遂的理論建構

1. 失敗未遂定義與排除中止犯成立的原因

Roxin曾開門見山的指出了失敗未遂概念在當下釋義學理論體系中的尷尬處境：「失敗未遂」從外觀上看來，依然屬於刑法總則中的一個尚不確定的法律概念，在Schmidhäuser的刑法總則教科書對之進行論述之後，儘管得到了各種教科書與注釋書的普遍肯定，但是在實務判決中卻鮮有提及。面對此種情形，我們有必要對失敗未遂概念的內涵與功能做再一次的檢驗⁸⁵。

Roxin提出，所謂的失敗未遂是指，行為人意識到或者至少認為，他的目的在其所實施的具體犯行範圍內已經無法實現⁸⁶。它並非只是一則學理概念，（德國）立法者也在刑法條文中設置了排除中止犯的失敗未遂。這一點可以從法條文義與立法目的兩個方面得以證明。一方面，既然行為人即使在客觀上實施中止行為，主觀上也具備與之相對應的行為決意，該決意仍然需要通過己意／非己意

⁸⁵ Roxin, aaO. (Fn. 73), S. 1.

⁸⁶ aaO.

的審查，最終才可以認定成立中止犯⁸⁷。那麼，刑法第二十四條第一項第一句第一部分（Alternative）所規定的「行為人因己意放棄犯罪行為之實行」，其中的「因己意」或者它的對立面非己意，都不過是放棄犯行的具體類型。而根據「放棄」的詞義，只有當人們尚能夠繼續犯行時，才可以談的上放棄犯行⁸⁸，而當行為人認識到他的犯罪目的無法實現時，他當然不可能再繼續犯行，由此無法放棄犯行，進而排除中止未遂的成立。這一系列推導無疑可以證明，立法者在第二十四條中暗含失敗未遂規定的事實。

另一方面，Roxin還表示應當對失敗未遂進行價值判斷⁸⁹。也就是說，不僅僅根據「放棄」的詞義、行為人的主觀認知等方面分析失敗未遂，還應從中止犯立法目的之角度對其加以審視。德國立法者之所以在刑法典第二十四條給予中止犯行的行為人刑罰優惠，是因為行為人選擇了一條以悔改（Umkehr）為其目的的道路。換言之，行為人選擇悔改，是判斷己意與非己意的前提條件。如果行為人並沒有悔改，只是屈從於不可改變的客觀情狀，那麼他所做出的就不是停止繼續實施犯行的決定，而是不得已而為的無奈之舉。此時刑法典不能為這樣的行為人提供刑罰優惠⁹⁰，即等同於排除中止犯成立。

2. 失敗未遂的類型

如前所述，僅有失敗未遂概念的定義和排除中止犯成立的原因，對於中止犯的檢驗而言是遠遠不夠的。Roxin也認識到了這一點，他指出，之前文獻上所提到的失敗未遂定義，只能作為解釋時

⁸⁷ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 30 Rn. 62.

⁸⁸ Roxin, aaO. (Fn. 73), S. 1.

⁸⁹ aaO., S. 3.

⁹⁰ aaO., S. 2.

的指導方針，無法做進一步的涵攝。然而在司法實踐中，最關鍵的問題恰恰在於確定，何種情況下我們可以說犯罪目的對於行為人而言是無法實現的。因此就需要對於失敗未遂定義中提到的「目的」做出更為具體的規定，並劃分出幾種典型情況。這既有助於涵攝的進行，也同時顯示出失敗未遂在學理研究與實務操作上所可能帶來的便利⁹¹。基於這樣的理念，Roxin對既有的帝國法院、聯邦法院有關判決，以及各類教學案例加以統合整理，在文獻上首次將失敗未遂分為構成要件無法實現、行為客體的身分（Identität）不符合犯罪計畫、行為客體低於行為人預期等三種類型，其詳情如下：

首先，構成要件無法實現是失敗未遂最為簡單，也最為「經典」的類型。其中所謂的「不可實現」是指，繼續採用之前的行為方式以實現犯罪目的，在行為人看來已經不再是可選擇項。而且，如果在此之後行為人能夠利用更為有利的機會來實現犯罪目的，也不必然排除失敗未遂的成立。造成構成要件無法實現的原因多種多樣：犯罪工具失靈，行為人無能力實施犯行，被害人不在現場、從現場逃脫或者在現場戰勝了行為人，以及由於純粹法律原因而引發的失敗等等⁹²。

針對其中因法律原因所導致的失敗未遂，Roxin還格外進行了單獨說明：它指的是某種犯罪構成要件要素，只有在（法條明示規定或默示規定）違反法益主體的意志，或者沒有得到法益主體認可的情況下才可能被實現。反面言之，法益主體的同意便會排除構成要件的成立（阻卻構成要件之同意），行為決意由此喪失了所作用的對象而不再存在，因而未遂行為以及之後的中止犯也就無法成立。例如，已著手實施強制性交行為的犯罪人，被害人當下表示願意與

⁹¹ aaO.

⁹² aaO., S. 2 f.

行為人發生性關係，行為人亦欣然為之。該案便屬於法律上的失敗未遂，行為人既不能既遂犯行而成立強制性交罪，也不能成立強制性交未遂的中止犯而獲得刑罰優惠⁹³。

失敗未遂的第二種類型——行為客體的身分不符合犯罪計畫——經常發生於客體錯誤的情況下。此時雖然仍存在實現犯罪構成要件的可能性，但行為人仍舊無法實現其犯罪目的。這一點可以從德國刑法第二十四條第一項的條文規定中得到驗證：行為人實施中止行為所放棄的不是構成要件，而是「犯行」（Tat）。而犯行以及為了實現犯罪目的所制定的犯罪計畫，又是由行為客體的身分所構成的。換言之，行為客體的身分直接關係到犯罪計畫、犯罪目的的成敗。如果行為人雖然認為實現犯罪構成要件是可能的，但同時意識到不再能夠接觸到特定的行為客體，那麼同構成要件無法實現的情況一樣，此時一樣成立失敗未遂，排除中止犯的成立⁹⁴。

至於第三種行為客體低於行為人預期的失敗未遂類型，則主要出現在財產犯罪的情況下。例如，行為人實際所發現的財物，遠比他原先所設想的要少的多。如果行為人分文未取的離開犯罪現場，如何評價他的行為顯然並不容易。對此Roxin認為，財物金額是行為人財產犯罪目的中不可或缺的組成部分，數額微小的錢款並非行為人的犯罪目的，因此即使行為人沒有取走小額金錢，也一樣不妨礙其成立失敗未遂。否則，假如認定行為人「放棄」犯行，就必然肯定其構成中止犯從而獲得刑罰優惠，這顯然與德國實務界以及理論界多數學者所支持的非己意中止的結論相違背。但是，Roxin也對這一結論的適用範圍進行了限縮。假如行為人並沒有明確的犯罪目的，只是抱持著一種概括的發家致富的想法，那麼當他在面對價值

⁹³ Roxin, aaO. (Fn. 87), § 30 Rn. 89.

⁹⁴ Roxin, aaO. (Fn. 73), S. 3.

較低或無價值的財物時，出於嫌棄財物放棄取走財物，則只能被稱為失望而不是失敗⁹⁵。

除了財產犯罪以外，我們還能夠很容易的聯想到，當被害人本人就是行為客體時，也可能發生低於行為人的預期的情況，其大多為行為人事先不認識他所攻擊的被害人。但Roxin認為此時並不成立失敗未遂。他的理由是，人這種「客體」不同於有價財物，他既不能在數量上劃分等級，也不會在種類與性質上產足夠大的差別，以至於偏離行為人的主觀想像而導致犯罪計畫被界定為失敗。退一步說，或許人和人之間在所謂的犯罪客體預期上確實會有高低之別，但是如果行為人不認識被害人，他就沒有關於被害人的具體想像；既然主觀想像不存在，就更不用討論偏離主觀想像的問題⁹⁶。

另外，如果行為人為實現犯罪目的，使用了在犯罪計畫中預先所未有的犯罪手段，Roxin也一樣沒有將其歸為失敗未遂。因為實行犯行的方法雖然是實現犯罪目的過程中所伴隨發生的情況，並且是犯罪計畫的組成部分，但不是犯罪目的本身。只有犯罪目的的無法實現，才奠定了失敗未遂的基礎。如果認為犯罪手段偏離犯罪計畫也屬於失敗未遂，那麼就等於否定了非己意中止的存在。因為非己意中止的產生，總是建立在如下事實之上：事態發展狀況出現了意想不到的變化，放棄犯罪計畫對行為人是合適的⁹⁷。另外，也要將犯罪手段偏離犯罪計畫與不能實現構成要件中犯罪手段失靈相區別。雖然從外觀上看來，行為人最初所使用的犯罪手段或方法都沒能夠實現犯罪目的，但是在前一種情況中，行為人認為存在繼續實施犯行的可能性，並且有能力透過另外採用新的行為手段或是延續

⁹⁵ aaO., S. 4.

⁹⁶ aaO., S. 5.

⁹⁷ aaO.

之前的犯行以實現犯罪目的。那麼如果之後他放棄犯行實施，就不應當認定其成立失敗未遂⁹⁸。

最後，犯罪動機的消失也不會成立失敗未遂。舉例來說，如果行為人意圖殺死他有錢的叔叔，以便能夠快速的繼承他的遺產，但在著手之後放棄了犯行，因為他在最後一刻獲悉，叔叔已經輸光了他的全部財產。由於犯罪動機是犯罪的誘因，但不是犯罪行為的組成部分。因此即使動機不復存在使得犯行的實施毫無意義，也絲毫不影響犯罪實施的可能性。故而案例中的行為人不屬於失敗未遂⁹⁹。

3. 對放棄可重複實施犯行問題的改造

Roxin失敗未遂論述的另一重要貢獻是，對理論界爭執不休的放棄可重複實施的犯行問題，進行了更為完整的論述。他首先明確了一則判斷總原則：當行為人正要實現犯罪目的之時，卻停止了之後本可以繼續進行的努力，則可能成立中止犯¹⁰⁰。此時行為人所表現出的悔改，顯著的降低了一般預防與個別預防處罰的必要性。相比之下，而終局的失敗則絕不配享受解除刑罰的優惠¹⁰¹。

接下來Roxin指出，放棄可重複實施犯行問題的爭點在於，行為人在第一個舉動結束之後，應當成立一個既了的失敗未遂而排除中止犯；抑或由於行為人仍可繼續有效的實施，所以應當成立未了的非失敗未遂。於是如果行為人基於己意放棄繼續實施犯行，則成立中止犯並可以獲得解除刑罰的優惠¹⁰²。簡而言之，Roxin將放棄可重

⁹⁸ Roxin, aaO. (Fn. 87), § 30 Rn. 195.

⁹⁹ aaO., § 30 Rn. 111.

¹⁰⁰ aaO., § 30 Rn. 187.

¹⁰¹ aaO., § 30 Rn. 203.

¹⁰² Roxin, aaO. (Fn. 73), S. 6.

複實施的犯行能夠成立中止的問題，轉化為在排除中止犯的失敗未遂與可能成立中止犯的未了未遂之間進行二選一。問題的關鍵僅在於判斷標準的確定。

Roxin繼續寫道，只要行為人在第一個舉動結束時，仍然認為犯罪目的能夠實現，並且他之後繼續實施的行為與之前所發生的事情之間存在著緊密的時間或空間上的關連，就不能認為此時成立失敗未遂¹⁰³。而且還需注意的是，若此時行為人沒有將犯罪行為繼續下去，是由於他覺得完成犯罪過於困難或者風險太高，也不成立失敗未遂。否則所有的討論便不再是在失敗未遂與未了未遂之間二選一，而是在非己意中止和己意中止之間二選一。事實上此時非己意中止毫無疑問是存在的¹⁰⁴。概言之，只要行為人一則在主觀上認為犯罪目的可以實現，二則在客觀上前後舉動之間存在緊密的時空關連，便不成立失敗未遂。至於行為人主觀上的其他考量，則留待之後的己意與非己意判斷中再另做討論。

4. 否定既了失敗未遂

既了未遂情況下是否存在失敗未遂，或者說在行為人實施完畢所有他認為足以實現犯罪目的的舉動之後，能夠又轉而意識到其事實上無法實現犯罪目的，是否排除中止犯成立？這種較為罕見的情況既可能出現在行為人只實施了一個舉動，也可能出現在行為人前後實施了數個舉動的情況下。Roxin專門談到了這一問題。他指出，即使行為人在最後一個舉動結束之後認為，他已實施完畢為達成犯罪目的所必需的全部犯行，但只要行為人之後發現自己的認識是錯誤的，並且在仍然具有既遂犯罪可能性的情況下，放棄繼續實施犯行，他仍舊可能成立未了未遂的中止犯。相反，行為人起初認為他

¹⁰³ aaO.

¹⁰⁴ aaO., S. 7.

的所作所為尚不能夠引起犯罪目的之實現，之後意識到實際上他所實施的犯行足以引起結果發生，也會使得未了未遂轉化為既了未遂¹⁰⁵。當然，以上所發生的未了未遂與既了未遂之間的相互轉化，都僅在前後舉動之間具有緊密時空關連時方可成立。

然而，Roxin所提到的未了未遂與既了未遂之間的相互轉化，僅限定在行為人主觀上認為犯罪目的可以實現的情況下。而在失敗未遂的情況中，即便同樣存在著行為人認識的改變，也自始至終只有未了未遂的失敗未遂這一種情況，不存在既了未遂的失敗，更談不到類型轉化的問題。詳言之，如果行為人最初認為其所實施的犯行足以實現犯罪目的，之後轉而發現不但他的認識是錯誤的，而且他也無法在緊密的時空關連之下，再透過實施犯罪計畫所預設或偏離犯罪計畫的行為手段以實現犯罪目的，則無論行為人之後如何行為，都屬於未了未遂的失敗未遂。行為人停止之後犯行的情況自然不用多做解釋，即便行為人實施了「防止」行為，Roxin也認為，如果我們還依賴之前提到的既了未遂向未了未遂轉化的思路來解釋此類案例，就會走上一條錯誤的法概念道路。正如行為人既然最後認識到他所實施的傷害行為並不致命，也就不需要再去防止死亡結果的發生。他停止繼續實施犯行時就足以成立失敗未遂，而不必再討論附加一個積極的作為應當如何歸類的問題¹⁰⁶。

(二)Roxin失敗未遂學說的影響

Roxin行文表述簡潔明了，再加之本人的學術名聲與影響力，他的觀點在德國乃至全世界大陸法系國家與地區得到了普遍的認可。而曾經對主觀失敗未遂概念傳播有重大貢獻的Schmidhäuser的有關論述，則漸漸沒有人再去提及。因此我們完全有理由說，Roxin從

¹⁰⁵ Roxin, aaO. (Fn. 87), § 30 Rn. 163 f.

¹⁰⁶ aaO., § 30 Rn. 154.

Schmidhäuser那裡接過了宣傳主觀失敗未遂的旗幟。另外，在Roxin之前，多數學者們一直強調在法律效果上所表現出的失敗未遂與中止犯的對立關係：前者不能享受解除刑罰的優惠，後者則可以。在這一對互斥關係當中，同樣無法獲得解除刑罰優惠的非己意中止，就沒有了存在的空間。以至於逐漸產生了不成立失敗未遂就成立己意中止的誤解。例如，在前後舉動具有緊密的時空聯繫情況下，若行為人認為犯罪目的可以實現卻放棄可重複實施的犯行，即直接被認定為中止犯而享有刑罰優惠。完全忽略了己意非己意判斷的關鍵步驟。相比之下，無論是在Roxin有關失敗未遂的分類，還是在失敗未遂與可重複實施的行為關係的論述中，Roxin都有意為非己意中止預留成立的空間，並且將因犯罪風險高而放棄犯行、犯罪手段偏離犯罪計畫歸為非己意中止，明確指出放棄可重複實施犯行中止犯認定應當分為兩階段進行。從而有意地平衡失敗未遂、非己意中止、己意中止之間關係，為之後建立統一的失敗未遂——己意評價體系奠定了基礎。

不過，Roxin學說的廣為流傳也有其負面影響。一方面，失敗未遂的論述與之前的學者（尤其是與Hruschka）出現了理論斷層。Hruschka等學者失敗未遂論述中有價值的部分，一旦沒有被Roxin所繼承，就會在未經學界吸收與批判的情況下被迅速遺忘。例如，Hruschka根據反犯意阻卻故意形成的機制，來解釋失敗未遂排除中止犯成立的原因，這在Roxin論述中便屬於空白區域。於是在隨後失敗未遂的傳播過程中，多數文獻只是機械的重複失敗未遂不成立中止犯的結論，而不去追究其所以然。另一方面，Roxin將失敗未遂限定於未了未遂的觀點，並非沒有商榷的餘地。但學者們往往選擇迴避此話題，使得這一理論缺陷被長期的貫徹與維持。這些問題均有待在之後的研究中加以充實完善。

伍、代結語——失敗未遂概念在臺灣的傳播

最早將失敗未遂引入臺灣刑法學界的是林山田教授。他在一九九七年發表的論文中提到，所謂「失敗未遂」乃指行為人依其主觀見解如認為行為時存在之行為可能性，顯然不可能達到行為之未遂行為。易言之，即行為人主觀上如認為其行為已無法遂行犯罪目的，或其犯罪計畫之實施已成無意義之未遂¹⁰⁷。之後林東茂教授也做出了類似的表述：失敗未遂主要是指，行為人自知，就行為當時的狀況或使用手段，已不能實現構成要件結果¹⁰⁸。黃惠婷教授也曾做專文討論過失敗未遂與已意中止的關係，在文中對失敗未遂的定義同樣是：依行為人主觀認知，認為犯罪在客觀上不再可能實現或繼續犯罪已喪失意義了，因而決定放棄繼續犯罪¹⁰⁹。林鈺雄教授的論述亦與黃惠婷教授類似¹¹⁰。黃榮堅教授則將Roxin所提及的前後舉動的緊密時空關連與失敗未遂的關係，吸收入他的失敗未遂定義之中：如果行為人於著手後主觀上的認知是，所預期的犯罪結果根本不可能實現，或是非經時間上相當的中斷，不可能實現，那麼就是所謂的失敗未遂或缺效未遂¹¹¹。在臺灣年輕世代的學者中，也有人提到了失敗未遂概念。例如許澤天教授就曾提出，失敗未遂，是當行為人已自認為無法既遂或繼續犯行毫無意義，而根本無所謂的

¹⁰⁷ 林山田，論中止未遂，收錄於：刑事法論叢(-)，再版，1997年，頁32。

¹⁰⁸ 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，三版，2007年，頁87；林東茂，刑法總論，2018年，頁251。

¹⁰⁹ 黃惠婷，論中止犯之「已意」——兼評實務上之相關判決，台灣本土法學雜誌，第72期，2005年7月，頁34。

¹¹⁰ 參見林鈺雄，新刑法總則，五版，2016年，頁390。

¹¹¹ 黃榮堅，同註4，頁541。

止問題，只能成立普通未遂¹¹²。除此之外，在臺灣文獻中尚未發現有學者對失敗未遂提出明確的反對意見，這足以說明該概念已得到了臺灣學者的普遍認可。

失敗未遂概念對臺灣實務界而言也並不陌生，至今它已出現在多則法院判決之中¹¹³。其中最具有代表性的當屬高雄地方法院九十二年度訴字第一五二九號刑事判決。該判決理由提出：行為人必須具有實行犯行之可能性或能力，而因己意，主動自發中止其犯罪行為之實施，或防止其結果發生，始有放棄犯意之中止意思及放棄犯意之中止行為，行為人若屬失敗未遂，因根本上已欠缺可以放棄之對象，所以無中止意思及中止行為。在該判決中，法院將失敗未遂中止意思、中止意思相聯繫，可以看做是對Hruschka與Roxin觀點的綜合。這充分說明臺灣實務界對失敗未遂的認識，已具備了一定的理論水平。

¹¹² 許澤天，刑總要論，二版，2009年，頁265。

¹¹³ 根據本文初步的檢索，運用失敗未遂概念的法院判決主要有：高雄地方法院92年訴字第1529號刑事判決、高等法院高雄分院98年上訴字第342號刑事判決（此判決為92年訴字第1529號刑事判決之上訴判決）、臺中地方法院105年訴字第1022號刑事判決，以及臺中地方法院105年訴字第1362號刑事判決等等。

參考文獻

一、中 文

- Claus Roxin著，王世洲等譯，德國刑法學總論·第2卷，2013年。
- 王觀，中華刑法論，2005年。
- 吳正順，障礙未遂犯立法例之比較考察，刑事法雜誌，第6卷第2期，1962年4月，頁46-58。
- 吳金瑞編，拉丁漢文辭典，1965年。
- 林山田，論中止未遂，收錄於：刑事法論叢(一)，再版，1997年。
- 林山田，刑法通論(上)，增訂十版，2008年。
- 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，三版，2007年。
- 林東茂，刑法總論，2018年。
- 林鈺雄，新刑法總則，五版，2016年。
- 金日秀、徐輔鶴著，鄭軍男譯，韓國刑法總論，十一版，2008年。
- 莊慧麗，德語同義詞，1997年。
- 許澤天，刑總要論，二版，2009年。
- 斯特法尼等著，羅結珍譯，法國刑法總論精義，1998年。
- 黃惠婷，論中止犯之「己意」——兼評實務上之相關判決，台灣本土法學雜誌，第72期，2005年7月，頁26-40。
- 黃榮堅，基礎刑法學(下)，四版，2012年。
- 葉本度主編，朗氏德漢雙解大詞典，修訂版，2010年。
- 潘怡宏，未遂犯之研究——以未遂犯之可罰性基礎與一般成立要件為核心，中興大學法律學研究所碩士論文，1996年。
- 韓忠謨，西德關於未遂犯之新立法，刑事法雜誌，第6期，1971年12月，頁1-14。
- 蘇俊雄，刑法總論II，1998年12月修正版，1998年。

二、日 文

末道康之，フランス刑法における未遂犯論，1998年。

植松正，刑法教室（I 總論），1971年。

三、德 文

Bar, Carl Ludwig v., Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Bd. II – Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907 (Nachdruck 1997).

Bauer, Anton, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl., 1833 (Nachdruck 1996).

Berner, Albert Friedrich, Wie unterscheiden sich der beendigte und der unbeendigte Versuch, und ist auch bei dem beendigten Versuch noch ein Rücktritt möglich?, GS 17 (1865), S. 81 ff.

Bottke, Wilfried, Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 24.6.1993 — 4 StR 33/93, JZ 1994, S. 71 ff.

Feuerbach, Paul Johann Anselm v., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801 (Nachdruck 1996).

Feuerbach, Paul Johann Anselm v., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5. Aufl., 1812 (Nachdruck 2010).

Feuerbach, Paul Johann Anselm v., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832 (Nachdruck 1997).

Feuerbach, Paul Johann Anselm v./Mittermaier, Karl Joseph Anton, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Forbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 14. Aufl., 1847 (Nachdruck 1986).

- Frank, Reinhard*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931.
- Georges, Karl Ernst/Georges, Heinrich*, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch. Aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten unter Berücksichtigung der besten Hilfsmittel, Bd. I - A - H., 8. Aufl., 1913 (Nachdruck 1998).
- Goldschmidt, James*, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch, 1897 (Nachdruck 1977).
- Gössel, Karl Heinz*, Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87 (1975), S. 3 ff.
- Hepp, Ferdinand Carl Theodor*, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827 (Nachdruck 1997).
- Hruschka, Joachim*, Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1969, S. 495 ff.
- Klein, Ernst Ferdinand*, Grundsätze des gemeinen Deutschen und Preussischen peinlichen Rechts, 1796 (Nachdruck 1996).
- Liszt, Franz v.*, Das Deutsche Reichsstrafrecht. Auf Grund des Reichstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1881 (Nachdruck 1997).
- Liszt, Franz v.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919 (Nachdruck 1997).
- Liszt, Franz v.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I – Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932 (Nachdruck 2012).
- Mezger, Edmund*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1949.
- Mommsen, Theodor*, Römisches Strafrecht, 2. Aufl., 1899 (Nachdruck 1990).

- Otto, Harro*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967, S. 144 ff.
- Roxin, Claus*, Der fehlgeschlagene Versuch. Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung, JuS 1981, S. 1 ff.
- Roxin, Claus*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Strafrecht. Allgemeiner Teil Lehrbuch, 1970.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Strafrecht. Allgemeiner Teil Lehrbuch, 2. Aufl., 1975.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2. Aufl., 1984.
- Schubert, Werner*, Der Code pénal des Königreichs Westphalen von 1813 mit dem Code pénal von 1810 im Original und in deutscher Übersetzung, 2001.
- Ulsenheimer, Klaus*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015.
- Wörner, Liane*, Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont, 2009.
- Yamanaka, Keiichi*, Betrachtungen zum Rücktritt vom Versuch anhand der Diskussion in Japan, ZStW 98 (1986), S. 761 ff.
- Zachariä, Heinrich Albert*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1836 (Nachdruck 1997).