

未遂犯可罰性基礎及著手實行概念： 風險輸出理論的建構與應用

周漾沂*

<摘要>

本文以法主體論述重新詮釋古典自由主義下的侵害原則，藉此建構未遂犯可罰性基礎及界定著手實行概念。未遂犯可罰性基礎在於非理性地否認他人尊嚴而侵害他人權利，而著手實行概念則為此一基礎之具體化，即個人從其法權領域「輸出風險」至他人法權領域中。對故意未遂犯之著手實行的成立而言，規範風險輸出和主觀風險輸出皆為必要；前者落在依規範觀點，以行為人主觀認知的事實為基礎而定出的侵害進程最後可逆轉時點；後者落在依行為人觀點而定出的侵害進程最後可逆轉時點。在規範化的詮釋下，兩者合致時固然成立故意未遂犯的著手實行，兩者並不合致、但歸屬於同一風險關係時亦能成立故意未遂犯的著手實行。藉由風險輸出理論的建構與應用，可解消以往主觀未遂理論、客觀未遂理論、規範未遂理論三者的獨斷與對立。

關鍵詞：未遂犯、著手實行、主觀未遂理論、印象理論、規範破壞顯現理論、客觀未遂理論、侵害原則、風險輸出理論

* 國立臺灣大學法律學院副教授，德國波昂大學法學博士。本文為科技部專題研究計畫 MOST 104-2410-H-002-076-MY2 之相關研究成果。感謝兩位審稿人精闢的評論與建議，使作者有修補本文論述的機會。

E-mail: yangyichou@ntu.edu.tw

• 責任校對：辜厚僑、顏良家、余瑋迪、許凱翔。

• DOI:10.6199/NTULJ.201803_47(1).0007

目次

壹、問題提出

貳、流行學說之核心論據評析

一、目的理性思想下未遂犯不法的主觀化

二、規範效力信賴減損作為未遂犯不法核心

三、刑法謙抑性要求下未遂犯不法的客觀化

參、建構未遂犯可罰性基礎

一、自由法理念下的侵害原則

二、由侵害原則決定可罰性起點

肆、界定著手實行概念

一、著手實行之理論定位點

二、主觀風險輸出與規範風險輸出之相互關係

伍、結論