

「既預備經未遂而既遂」之構成要件適用

鄭 逸 哲*

壹、「預備犯」未必犯「預備之罪」

所謂「預備犯」，並非指「『犯』預備罪之人」，而只是指就「既遂（犯）構成要件之『著手』實行」，具有「預備行為」之人。因為，刑法上不只存在「可罰的」「預備犯」，亦存在「不可罰的」「預備犯」。

也就如此，是不是「預備犯」是一回事；即使是「預備犯」，其是否具有「可罰性」又是另一回事——亦即，「預備犯」未必犯「預備之罪」。

貳、「預備犯」的判斷標準是以「學理」來補充「法律」的

就「故意犯」，理論上都可以加以「預備」，也就是說，只要是「故意犯」，行為人都可以有「預備行為」，而成為「預備犯」。然而判斷「預備犯」的標準卻是「非法律的」——而是「學理的」。

由於刑法「例外」才「處罰」「預備犯」，因而於「刑法總則」並未就「預備犯」有所「一般性」規定；然而就「故意犯」，其具有「預備犯」並非「例外」，所以「預備犯」屬「一般性」概念。

換言之，「刑法總則」之所以欠缺「預備犯」的「一般性」規定，理由在「預備犯」的「可罰性」——更精確講，在「預備犯」的「可罰性」的「例外性」，而不在「預備犯」本身。因此，純就「預備犯」——不考慮其「可罰性」——，其屬「一般性」概念。

因而，「預備犯」雖然非屬「刑法總則」以法律所「明定」的概念，但終究屬「刑法總則『適用』」所不可或缺的「一般性」概念。

無論屬「可罰的」或「不可罰的」「預備犯」，都是「預備犯」；既然都是「預備犯」，無論其屬「可罰的」或「不可罰的」，都應依「同一」標準而為判斷，但「刑法總則」並未以法律「明定」此判斷標準，就只能求助於「學理」。

甚至，即使於「刑法分則」規定有極少數的「可罰的」「預備（犯）構成要

* 國立臺北大學法律學系教授，德國慕尼黑大學法學博士。

件」，但終究也僅止於規定「預備」，而根本未對「預備」有所「定義」，因而，還是得訴諸「學理」而為理解。

總之，「預備犯」的判斷標準是「學理的」，而非「法律的」——更精確講，是以「學理」來補充「法律」的。繼續以下說明：

參、「不可罰的」「預備（犯）構成要件」屬「隱性的構成要件」

雖然，「刑法分則」僅規定極少數的「可罰的」「預備（犯）構成要件」，但由於「預備犯」具有「一般性」，因而不會因「可罰性」之有無，而謂「不可罰的」「預備犯」即不具有「預備（犯）構成要件」——更精確講，即不具有「預備（犯）構成要件該當性」。否則，「刑法『例外』才『處罰』『預備犯』」——亦即「刑法『原則』上『不處罰』『預備犯』」，不管「處罰」或「不處罰」，總是得先判斷出「預備犯」再說，不是嗎？而判斷「預備犯」就得有所「預備（犯）構成要件」加以遵循。

即使「預備犯」的「可罰性」，刑法僅「例外」加以規定，但這些「可罰的」「預備犯」還是具有「共通」的「構成要件」結構，而此結構不僅就「可罰的」「預備犯」如是，就「不可罰的」「預備犯」亦如是。

所以，刑法上不僅存在「可罰的」「預備（犯）構成要件」，亦存在——相對更多的——「不可罰的」「預備（犯）構成要件」。

萬毋將「『預備犯』的『不可罰性』」和「『預備（犯）構成要件』的『不存在』」混為一談！「不可罰的」「預備犯」，不是欠缺「預備（犯）構成要件」，不是欠缺「預備（犯）構成要件該當性」，而是欠缺「預備（犯）構成要件該當行為」的「可罰性」規定！

換言之，因欠缺「可罰性」規定，使「不可罰的」「預備（犯）構成要件」，雖存在於刑法，但成為「隱性的構成要件」。

肆、「預備（犯）構成要件」是「修正構成要件」的「修正構成要件」

「預備犯」的判斷標準是以「學理」來補充「法律」的，因為我們得從刑法有所「明定」的「未遂犯」判斷標準開始。

刑法於第25條第1項「明文」規定：基於既遂故意，已「著手」於既遂（犯）構成要件之實行而不遂者，為「未遂犯」。

依之，行為人一旦已「著手」，即已進入「未遂階段」，故「預備階段」必然在「著手『前』」，是以一般「刑法總則教科書」幾乎毫無例外以「著手『點』」作為「未遂階段」和「預備階段」的「分界點」。