

「未遂犯」之「罪」與「罰」

鄭 逸 哲*

壹、「未遂犯」未必犯「未遂之罪」

暫時撇開具有「阻卻違法事由」或「阻卻罪責事由」的例外狀況不說，「既遂犯」必犯「既遂之罪」，但在此同時，「未遂犯」卻未必犯「未遂之罪」。

刑法第 25 條第 1 項規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」，而其第 2 項前段又規定：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限」，因此，行為人即使屬前者規定的「未遂犯」，但若刑法未「特別」有所加以處罰的規定，其雖仍為「未遂犯」，但屬「不可罰的未遂犯」，而不犯「未遂之罪」。

因此，我們可以清楚看出：「未遂犯」並非指「未遂犯罪人」，亦即非指犯「未遂之罪」的行為人；而只是單純指「未遂行為人」——更精確講，具有「未遂構成要件該當性」的行為人。至於這樣的「未遂行為人」是否犯「未遂之罪」，尚待進一步考查刑法是否就之有所「特別」加以處罰的規定，才能確定其屬「可罰的未遂犯」或「不可罰的未遂犯」。

所以我們說：「未遂犯」未必犯「未遂之罪」。

貳、刑法並未直接規定「未遂構成要件」，而僅於總則規定一般的「修正公式」

如前所述，「未遂犯」（即「未遂行為人」），乃指具有「未遂構成要件該當性」的行為人。要判斷其具有「未遂構成要件該當性」，必然已適用「未遂構成要件」。在「罪刑法定主義」下，所適用的「未遂構成要件」必然要由刑法成文加以規定。

例如，甲為「殺人未遂犯」，其屬具有「殺人未遂構成要件該當性」的行為人。但「殺人未遂構成要件」規定在刑法哪裡呢？

許多人認為刑法第 271 條第 2 項為「殺人未遂構成要件」的規定，但這是自始錯誤的！該項其實只規定：「前項之未遂犯罰之」，也只是說「殺人未遂犯可罰」，

責任編輯：黃右瑜

* 德國慕尼黑大學法學博士，國立台北大學法律學系教授。

內容根本未涉及「殺人未遂構成要件」的規定；也就是說，其僅屬「殺人未遂構成要件該當行為」的「可罰性」規定，並非作為其「可罰性」判斷前提的「殺人未遂構成要件該當行為」判斷的「殺人未遂構成要件」規定。

如此，究竟「殺人未遂構成要件」規定在刑法哪裡？如果找不到這樣的規定，不啻意謂著長久以來處罰「殺人未遂犯」，乃違背法治國所不得偏離的「罪刑法定主義」，而違法嗎？

很少人理解到，其實刑法並沒有「直接」就各個「未遂構成要件」加以規定，而只是於總則規定以一個一般「修正公式」，由刑法認識者或刑法適用者，依該「修正公式」，自行就特定「既遂構成要件」加以修正，而「發現」。換言之，若無刑法認識者或刑法適用者的介入，「未遂構成要件」並不會呈現於世人眼前。

我們常說：「未遂構成要件」屬「修正構成要件」，更精確講，其屬「既遂構成要件」的「修正構成要件」；就是這個意思！

這個將「既遂構成要件」「修正」為「未遂構成要件」的「修正公式」規定，其實就是前述刑法定義「未遂犯」的刑法第 25 條第 1 項規定。

我們將之全文「還原」為：「（基於 X 既遂故意），已著手於（X 既遂）犯罪行為（構成要件）之實行而不遂者，為（具有 X 未遂構成要件該當性的）未遂犯」。

可見，刑法並非將一個「X 未遂構成要件」「直接」規定於分則，而是在分則「直接」有所規定「X 既遂構成要件」，再由刑法認識者或刑法適用者自行依第 25 條第 1 項所規定的「修正公式」，將之「修正」為「X 未遂構成要件」。

由是，我們也可以看出，第 25 條第 1 項所規定的「修正公式」就是種「函數」的概念：若將「變項」X 以「殺人」代入，就得到「殺人未遂構成要件」；以「傷害」代入，就得到「傷害未遂構成要件」，同理類推。

由是，我們也得到這樣的啟示：所謂「罪刑法定主義」，並不是要求刑法就所有構成要件成文加以「直接」規定，而是應就其認識前提成文加以「充分」規定。

也就因此，即使刑法未就「未遂構成要件」成文加以「直接」規定，但就其認識前提成文以「既遂構成要件」和「修正公式」加以「充分」規定，仍屬符合「罪刑法定主義」的要求。

參、「不修主觀，只修客觀」乃「未遂構成要件」的「修正原理」

精確講，所謂「未遂」，乃認識於「主觀」和「客觀」的對比之中；更精確講，乃於行為人的「主觀故意」和「客觀實現」的對比之中。

「主觀故意」屬「計劃面」，而「客觀實現」屬「執行面」；因此，「未遂」屬「考核面」的問題。當「客觀實現」的「執行」無法全然實現「主觀故意」的「計