

法學講座

「擇一關係」與「想像競合」

鄭逸哲*

一、「構成要件」和「構成要件適用」

「構成要件」是種抽象的規定，在「罪刑法定主義」之下，「構成要件」概由實定刑法抽象加以規定的「行為類型」。「構成要件」既然是抽象的，就不含有任何具體的東西——即事實。就算立法者在制定「構成要件」時，對「歷史的事實」或「預想的事實」有所想像，那也只是制定「構成要件」的立法「動機」，並不屬於「構成要件」的一部分。

簡單講，「構成要件」就是立法者以文字加以描述的抽象「行為類型」，並不存在於可觀察的自然世界中，僅由認識者經由抽象的思惟方能掌握的概念。

至於「構成要件適用」是「將抽象的『構成要件』妥適套用到『事實』上去」的簡稱。不存在「事實」——更精確講，不存在已發生的具體「歷史事實」，就不發生「構成要件適用」。所以，「構成要件適用」是種抽象的「構成要件」和具體的「事實」間的「關係」概念。但前者之於後者，如何形成「套用關係」？這種「套用關係」的「妥適性」如何判斷，迄今似未見詳加研究。

二、「構成要件實現性」和「構成要件該當性」

舉例來說，如果發生了「甲施以擒拿術，將乙制服，而強將乙的鑽表取走」的事。就此「同一事實」，如果「套用」刑法第三百零四條第一項的「強制構成要件」，則該「構成要件」被實現；如果「套

*鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，臺北大學法律系教授。

用」刑法第三百二十條第一項的「竊盜構成要件」，該「構成要件」亦被實現；若「套用」刑法第三百二十八條第一項的「強盜構成要件」，該「構成要件」同樣也被實現。

可見，「構成要件實現性」乃指一個特定具體「事實」是否「實現」一個特定抽象「構成要件」，至於所出現的「構成要件實現性」是否充分「涵蓋」該特定「事實」，則又是另外一回事。

但是，甲並不能同時具有「強制構成要件該當性」、「竊盜構成要件該當性」和「強盜構成要件該當性」；因為，犯罪乃「構成要件該當」、「違法且有責的行為，若甲同時具有這三個「構成要件該當性」，則犯「強制罪」、「竊盜罪」和「強盜罪」三罪，但如此一來，則產生三個「刑罰」，將對其「甲施以擒拿術，將乙制服」的「強制事實」部分，以及「將乙的鑽表取走」的「竊盜事實部分」，均發生「一事二罰」，斯屬悖理。

當僅以其「強盜構成要件實現性」作為其「構成要件該當性」，不僅對該特定「事實」予以「充分評價」，且避免了「一事二罰」。

在此理解下，所謂「構成要件該當性」乃謂：就特定「事實」，行為人所具有的「充分評價」該「事實」且基於避免「一事二罰」的考慮而「排斥」其也「構成要件實現性」單獨作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」。

因而，「構成要件適用」乃指就一個特定具體「事實」所具的「構成要件實現性」加以判斷，並依「充分評價」和「禁止一事二罰」而確定其「構成要件該當性」的判斷過程。

也由此看出，「充分評價」和「禁止一事二罰」乃「構成要件適用」的「妥適性」的判斷標準。

三、「法條競合」乃「構成要件適用」的「先遣理論」

如前所述，「構成要件適用」的結論，必須為符合「充分評價」和「禁止一事二罰」二項要求的行為人所具有的「構成要件該當性」。

由於刑法企圖以各式各樣的「構成要件」規定來構建一個「完整」的「法益保護網」，因而規定不同「行為類型」的各個「構成要件」間，在內容上多所重疊，甚至形成「全——偏關係」。

所謂「構成要件」和「構成要件」間的「全——偏關係」，乃指一個「構成要件」作為另一個「構成要件」的「部分」而存在。例如，前面提到的「強盜構成要件」，如果我們以之作為「母構成要件」，或稱之為「全構成要件」，則「強制構成要件」和「竊盜構成要件」，均成為其「構成要件」的部分，而成為其「子構成要件」，或稱之為「偏構成要件」。

既然「構成要件」是種抽象的規定，因而抽象的「構成要件」和抽象的「構成要件」間所具有的「全——偏關係」也屬抽象的概念。因此，「構成要件」間是否具有「全——偏關係」，不必也不可涉及任何「事實」，純粹就其規定形式，進行抽象的關係判斷。

時下，通常將這樣的「構成要件」間所具有的「全——偏關係」，稱之為「法條競合」，實有待商榷。因為，刑法「法條」所規定的內容，並不限於「構成要件」，將之稱為「法條競合」並不妥切。毋寧將之稱為「構成要件競合」，較名符其實。

至於，將「法條競合」又區分為「特別關係」和「補充關係」就是徹底的謬誤了！本文一開始，之所以從「構成要件」和「構成要件適用」二個概念切入，就是要澄清長期的錯誤見解。

既然「法條競合」是種抽象的「構成要件」和抽象的「構成要件」間所具有的抽象「全——偏關係」，那麼，頂多就只能確定這個「構成要件」是那個「構成件」的「子構成要件」，或說後者為前者的「母構成要件」；亦即這個「構成要件」之於那個「構成件」屬「偏」，後

者之於前者乃「全」。整個就只有一個「全——偏關係」，曰「全」曰「偏」，只是觀察角度的不同，並不會因此變成二個不同的關係。既然從頭尾只有一個「關係」，怎會搞出「特別關係」和「補充關係」二種類型，實在匪夷所思。

事實上，即使對特定「事實」進行「構成要件適用」，也不會出現「特別關係」和「補充關係」；而且，即使出現，也該是「特別——補充關係」一個「關係」，絕非二個「關係」。

如前所述，若行為人就「同一事實」同時具有數個「構成要件實現性」，而

該數個「構成要件實現性」若均作為「構成要件該當性」，將發生「一事二罰」，因而僅以對該特定「事實」「充分評價」的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而僅犯一罪。

若行為人就「同一事實」同時所具有數個「構成要件實現性」的「構成要件」間，具有「全——偏關係」，則基於「以偏不能概全，以全必然概偏」的邏輯原理，若行為人實現「全構成要件」（即「母構成要件」），則其亦必然實現「偏構成要件」（即「子構成要件」），也就因此，若以「偏構成要件」的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，則雖不違背「禁止一事二罰」，但卻未滿足「充分評價」的要求。所以，「全構成要件」的「構成要件實現性」應「優先」於「偏構成要件」的「構成要件實現性」而作為「構成要件該當性」。我們將此「全構成要件」的「構成要件實現性」之於「偏構成要件」的「構成要件實現性」「優先」作為「構成要件該當性」的「關係」稱為「優先關係」。

從這裡，我們可以很清楚看出，「優先關係」根本不是抽象的「構成要件」和抽象的「構成要件」間的抽象「全——偏關係」，而是「全構成要件」的「構成要件實現性」和「偏構成要件」的「構成要件實

現性」間的「關係」。

「構成要件適用」是將抽象的「構成要件」套用到「事實」上去；不存在「事實」，就不發生「構成要件適用」。因而，「優先關係」是抽象的「構成要件」、抽象的「構成要件」和具體的「事實」三者間的「關係」。質言之，「優先關係」其屬「構成要件適用」層次的概念，而非「構成要件」層次的概念。

由上所述，「同一事實」具有多數「構成要件實現性」而發生「構成要件實現性競合」是一回事，但在發生「構成要件實現性競合」後，如何決定「構成要件該當性」又是另一回事。如果只是問「同一事實」具有多少個「構成要件實現性」，就只是單純問「同一事實」和數個「構成要件」間，是否個別具有「使其實現」的關係；只當我們進一步追問就「同一事實」所具有的數個「構成要件實現性」是否均得作為「構成要件該當性」，且一併將若其均作為「構成要件該當性」將導致「一事二罰」，乃至於「一事數罰」的結果納入考慮，才會發生抉擇那一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。

所以，「構成要件」、「構成要件競合」、「構成要件實現性」、「構成要件實現性競合」和「構成要件該當性」是應加以層次詳加區分的概念。我們之所以要研究「構成要件競合」，其實是為了避免因為對「同一事實部分」進行「重覆評價」而生「一事二罰」之問題而為「準備」。若「同一事實」同時「實現」具有「全——偏關係」的二個構成要件，將具有二個形成「構成要件實現性競合」的「構成要件實現性」，但此二個「構成要件實現性」必然對「同一事實部分」進行「重覆評價」，因而不得皆成立「構成要件該當性」，否則將發生「一事二罰」。

從這個角度來看，我們可以將「構成要件競合理論」定位為「構成要件該當性理論」的「先遣理論」——亦即「構成要件適用」的「先

遣理論」。

事實上，至今普遍未能將「構成要件競合」和「構成要件實現性競合」加以區別，也未能體認到「構成要件競合理論」乃作為「構成要件適用」的「先遣理論」，而並非將「法條競合」用來指其所應指的「構成要件競合」，反而用來誤指「構成要件實現性競合」——將二個「構成要件」間必然的——全然不涉及事實的——邏輯形式關係和二個「構成要件」適用於「同一事實」所產生的結果間所形成的關係混為一談。

四、「特別關係」和「補充關係」不屬於「構成要件適用」的概念

今天，一般將所謂「特別關係」和「補充關係」作為「構成要件競合」的二種類型，這種見解完全錯誤。如前所述，「構成要件競合」所呈現的，是二個「構成要件」的「全——偏關係」，若其一為另一之「全」，則後者即為前者之「偏」。這是「同一關係」的二種觀察角度，但到頭來還是只有一個「關係」，如何作為二種類型？這是悖理的！

即使對對特定「事實」進行「構成要件適用」，也只有抽象的「構成要件」、抽象的「構成要件」和具體的「事實」三者間的「優先關係」問題。就只有一種「關係」，再怎樣也不可能出現「特別關係」和「補充關係」二種類型。

如果不是對「同一基於起訴事實的事實」的「構成要件該當性」有所不同的認定，根本就不會產生「特別關係」和「補充關係」的問題。舉例來說，起訴檢察官就「甲硬將乙拉進小房間」的事實，認為其「實現」「強制構成要件」而以「強制構成要件實現性」作為「強制構成要件該當性」，依刑法第三百零四條第一項的規定，以「強制」罪名起訴，但法院審理後，認為「甲硬將乙拉入小房間」雖然「實現」

「強制構成要件」而具有「強制構成要件實現性」，但「強制構成要件實現性」並不得作為「構成要件該當性」，因為法院認為，「構成要件該當性」的適用法律的事實範圍，並非僅止於起訴檢察官所認為的「甲硬將乙拉進小房間」事實部分，而應是「甲硬將乙拉進小房間，並強行撫摸其胸部」的「全部事實」，但「強行撫摸其胸部」的「事實部分」，並不屬於「起訴事實」——因為起訴檢察官並未就該「事實部分」加以起訴——，於是法院訴諸刑事訴訟法第二百六十七條的規定，將事實上並未起訴的「強行撫摸其胸部」事實部分，「視為」已起訴，與事實上已起訴的「甲硬將乙拉入小房間」事實部分加以合併，而以「甲硬將乙拉進小房間，並強行撫摸其胸部」作為「全部事實」而作為「構成要件適用」的事實對象，於是甲不僅具有「強制構成要件實現性」，亦具有「強制猥褻構成要件實現性」，而發生「構成要件實現性競合」，但「強制構成要件實現性」和「強制猥褻構成要件實現性」不得均作為「構成要件該當性」，否則將就「甲硬將乙拉入小房間」的「事實部分」，發生「一事二罰」，且為符合「充分評價」，自當以「強制猥褻構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，於是法院依刑事訴訟法第三百條的規定，變更起訴法條，改依刑法第二百二十四條的規定，對甲以「強制猥褻罪」相繩。

若起訴檢察官就「甲硬將乙拉進小房間，且觸摸到乙胸部」的事實，以「強制猥褻」罪名起訴，但法院審理後認為，「甲硬將乙拉進小房間，且觸摸到乙胸部」固然是事實，但「只是為表達愛意，卻不小心觸摸到乙胸部，而欠缺猥褻故意」，則其並不認為甲具有「強制猥褻構成要件實現性」，而僅具有「強制構成要件實現性」；在此情況下，法院當然認為，起訴檢察官以「強制猥褻構成要件實現性」作為「構成要件該當性」乃屬「過度評價」，則以「強制構成要件實現性」作為「構成要件該當性」——即法院因而依刑事訴訟法第二百零一條

第一項的規定，僅就其認定的「事實部分」適用構成要件，也因而不再適用起訴檢察官所主張的「全構成要件」「強制猥褻構成要件」，而改適用「偏構成要件」「強制構成要件」——，而依刑事訴訟法第三百條的規定，變更起訴法條，改依刑法第三百零四條第一項，以「強制罪」相繩。

就刑法理論來說（——或更精確講，就架構刑法理論來說——），我們是自居於「法官」的身分，對「上帝事實」¹進行「構成要件適用」，並不發生考慮「他人」就「同一基於起訴事實的事實」進行「構成要件適用」是否產生不同的適用結論，也不發生「事實證明」的問題，我們在只考慮「禁止一事二罰」和「充分評價」的情況下，即得對「上帝事實」進行「構成要件適用」，而決定「構成要件該當性」；根本不發生於此是「這個」「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而於彼是「那個」「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」。質言之，根本不會發生「這個人」認為的作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」，與「另一個人」認為的作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」不同的問題，自也不會有「這個人」所主張的

¹ 這裡的「上帝事實」是指，當我們在討論刑法理論的問題時，我們是自居於「無所不知」的「上帝事實」的觀點來討論，這個「行為人」的「行為」——這個「事實」——，是否構成「犯罪」，而這樣的事實是確定而無疑的。例如，當我們說「甲殺乙」，就刑法理論而言，我們不會去問乙到底死了沒。也就是說，在討論刑法問題時，我們並不考慮事實得否證明的問題。再例如，甲乙互看對方不順眼，而互相砍殺對方，結果甲乙皆命喪黃泉。就刑法理論而言，我們根本不考慮犯罪行為人於「行為後」，是否有可能受刑事追訴而受處罰。我們只考慮行為人於「行為時」是否觸犯刑法的規定而犯罪。至於，犯罪行為人於行為後已死亡而不能依刑事訴訟法之規定追訴處罰之，則是刑事訴訟法上的問題，其並非刑法理論所要關心的問題。詳言之，有沒有犯罪發生是事實問題；發生了的犯罪有沒有被發現是對事實的認識問題；有犯罪發生卻沒有人認識是對事實不認識的問題。又言之，就刑法理論而言，所謂的「事實」是「必然無誤的」事實，但刑事訴訟法理論上的「事實」，充其量只是法院所「確信無誤的」事實——甚至還可能是「認識不正確」的事實。總而言之，刑法理論的「事實」其實只是一種「假設性」的「上帝無所不知」的「事實」，亦即，刑法理論所要討論的是，我們要先確定如果真有這樣的事實發生，我們應當要如何處理；相對於刑法理論的「上帝無所不知」的「事實」，刑事訴訟法上的「事實」，則是由「人」依據科學方法去「證明」的事實，也因為科學再怎麼發達也有其侷限性，人必有所不知，因此，對這樣的事實，我們不能保證其絕對無誤——這也說明了，刑事訴訟法上的「人（所證明）的事實」與刑法上的「上帝（無所不知的）事實」並非絕對相同，否則根本不會有再審制度的設計。關於「上帝事實」的詳細說明，可參見：鄭逸哲，構成要件理論與構成要件適用，2004年9月初版，作者自版，1-4頁。

「這個」「構成要件實現性」，取代「另一個人」所主張的「那個」「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。

只在刑事訴訟法上，因為涉及「不告不理」和「犯罪事實證明」的問題，才會出現「這個人」認為的作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」，與「另一個人」認為的作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」不同的問題，也才會發生「這個人」所主張的「這個」「構成要件實現性」，取代「另一個人」所主張的「那個」「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。

前述第一種狀況，是起訴檢察官認為應以「強制構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，但法院「認為」應以「強制猥褻構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，在法院方具有「犯罪認定權」的情況下，法院所支持的「強制猥褻構成要件實現性」「排斥」「強制構成要件實現性」而作為「構成要件該當性」。但在第二種情況，雖然也是涉及「強制猥褻構成要件實現性」和「強制構成要件實現性」二個「構成要件實現性」，然而就「同一事實」，作為「全」的「強制猥褻構成要件」的「構成要件實現性」，雖為起訴檢察官所支持，但也不可能作為「構成要件該當性」，因而作為其「偏」的「強制構成要件」的「構成要件實現性」為具有「犯罪認定權」的法院所支持，被「遞補」而作為「構成要件該當性」。

甚至我們可以這樣說，就「同一基於起訴事實的事實」，就其具有「實現」「全——偏關係」的二個「構成要件」的「構成要件實現性」，若起訴檢察官和法院並無不同看法，則作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，其實和我們就刑法理論，僅考慮「禁止一事二罰」和「充分評價」而進行「構成要件適用」的情況，並無任何差異。只當法院自行將審判事實範圍，依刑事訴訟法第二百六十七條的規定，自行擴張至事實上並未起訴的

「事實部分」，而以擴張後的事實範圍，作為「構成要件適用」的對象時，才會出現作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」「排斥」作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」而作為「構成要件該當性」的情形，亦即就「構成要件該當性」的「構成要件適用」，為法院所支持的作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」之於為起訴檢察官作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」構成「特別關係」。質言之，「特別關係」乃因法院審理後，認為起訴檢察官「評價不足」而發生。

若就「起訴事實」，就其可能「實現」而具有「全——偏關係」的二個「構成要件」的「構成要件實現性」，若起訴檢察官和法院有著不同的認定，起訴檢察官認為二個「構成要件」的「構成要件實現性」均存在，但法院認為作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」存在，但作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」並不存在或不能確定其存在，則法院就將作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」「遞補」起訴檢察官所支持的作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」而作為「構成要件該當性」，此時，由法院所支持的作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」之於由起訴檢察官所支持的作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」構成「補充關係」。質言之，「補充關係」乃因法院審理後，認為起訴檢察官「評價過度」而發生。

質言之，所謂「特別關係」也好，「補充關係」也罷，雖然都是涉及具有「全——偏關係」的二個「構成要件」的「構成要件實現性」，然而，也僅在起訴檢察官或法院一方認為如此，另一方認為不如此時，才會出現的問題。尤其要注意，若不將「構成要件適用者」一併納入考慮，根本無由討論什麼「特別關係」，或者「補充關係」。甚至，迄今似無人指出的是，「特別關係」和「補充關係」，其實是由法院的

角度而為觀察：「我」具有「犯罪決定權」的法院認為，就「同一基於起訴事實的事實」，是否要將「我」所支持的「構成要件實現性」「排斥」或「遞補」「你」起訴檢察官所支持的「構成要件實現性」而作為「構成要件該當性」——並且，「我」法院和「你」起訴檢察官分別所支持作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」的「構成要件」間構成「全——偏關係」。

綜上所述，單純在刑法領域或刑法理論範圍內來討論「特別關係」和「補充關係」是錯誤的，因為「特別關係」和「補充關係」並非或說並非單純刑法的概念，而是刑事訴訟法的，或更精確說，是橫跨刑法和刑事訴訟法的概念。在此理解下，我們可以對「特別關係」和「補充關係」提出一個較具體的定義：

1. 「特別關係」乃指：就起訴檢察官起訴的事實，法院審理後，訴諸刑事訴訟法第二百六十七條的規定，將適用構成要件的事實範圍，擴張至事實上未起訴的事實部分，將之與「起訴事實」合併，作為適用構成要件的事實範圍，並以之於起訴檢察官起訴時所認為的作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」的「構成要件」構成「全——偏關係」的「構成要件」的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，依刑事訴訟法第三百條的規定，變更起訴法條，以具有該「構成要件該當性」而犯罪；則從法院的觀點來說，法院支持的作為「構成要件該當性」的作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」「排斥」起訴檢察官支持的作為「構成要件該當性」的作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」，前者「構成要件實現性」之於後者「構成要件實現性」構成「特別關係」。質言之，「特別關係」乃因法院審理後，認為起訴檢察官「評價不足」而發生。
2. 「補充關係」乃謂：就起訴檢察官認為具有「構成要件實現性競

合」的起訴事實，法院審理後，認為起訴檢察官所起訴的事實範圍，並不能全然加以證明，而必須限縮適用構成要件的事實範圍至可證明的起訴檢察官所主張的具有作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」的事實範圍內，而以該限縮後的事實範圍作為適用構成要件的事實範圍，並以之於起訴檢察官起訴時所認為的作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」的「構成要件」構成「偏——全關係」的「構成要件」的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，依刑事訴訟法第三百條的規定，變更起訴法條，以具有該「構成要件該當性」而犯罪；則從法院的觀點來說，法院支持的作為「構成要件該當性」的作為「偏」的「構成要件」的「構成要件實現性」「遞補」起訴檢察官支持的作為「構成要件該當性」的作為「全」的「構成要件」的「構成要件實現性」，前者「構成要件實現性」之於後者「構成要件實現性」構成「補充關係」。質言之，「補充關係」乃因法院審後，認為起訴檢察官「評價過度」而發生。

如此，我們可以很清楚看出，「特別關係」和「補充關係」絕非「構成要件競合」的類型，因為「構成要件競合」的類型應是抽象規定的「構成要件」和抽象規定的「構成要件」間的必然邏輯關係類型，更何況我們在前面就已說過，其實「構成要件競合」就只有一種「全——偏關係」類型。二者也不是「構成要件適用」的概念，因為「構成要件適用」理論架構，基乃純粹自居於「法官」的地位，而對「上帝事實」進行法律適用。

要討論「特別關係」和「補充關係」，雖然以「構成要件競合」的概念為前提，但不僅必須涉及事實，而且只在起訴檢察官和法院就「起訴事實」和「判決事實」的範圍有所落差的情況下，由於雙方就作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」的認定看法不同，而

這二個「構成要件實現性」的「構成要件」又具有「全——偏關係」，所以才發生由法院的角度來看，發生「這個」「構成要件實現性」「優先」於或「遞補」「那個」「構成要件實現性」的問題，也才有所謂「這個」「構成要件實現性」之於「那個」「構成要件實現性」構成「特別關係」或「補充關係」。

總之，「特別關係」和「補充關係」絕非「構成要件競合」的類型，而是刑事訴訟法上起訴檢察官和法院就「同一基於起訴事實的事實」的「構成要件該當性」認定不同而發生的「構成要件實現性」間的關係類型²。

五、「擇一關係」也不是「構成要件競合」的類型，而是「構成要件適用」類型

如前所述，「構成要件競合」就是二個「構成要件」間具有「全——偏關係」，因此，二個「構成要件」間不是具有「構成要件競合」關係，就是不具有；而且「構成要件競合」就只有「全——偏關係」一種類型，「擇一關係」怎麼可能是「構成要件競合」的一種類型呢？

如果不針對特定事實進行「構成要件適用」，是根本不會討論到「擇一關係」的。那為什麼會出現「擇一關係理論」呢？問題就在於，在「罪刑法定主義」下，「適用構成要件者」並無創設「構成要件」的權限，也禁止「類推適用」。

舉個例來說，刑法第三百二十一條第一項第一款、第二款、第三款、第五款和第六款所規定的「夜間侵入竊盜構成要件」、「毀越竊盜構成要件」、「攜帶兇器竊盜構成要件」、「乘災害之際竊盜構成要件」和「車站埠頭竊盜構成要件」，之於第三百二十條第一項的「竊盜構

² 其實，從以上的論述，我們不難發現，「特別關係」是法院訴諸刑事訴訟法第二百六十七條之規定，「擴張」適用構成要件的事實範圍而生，而「補充關係」是法院訴諸刑事訴訟法第三百零一條第一項之規定，「限縮」適用構成要件的事實範圍而生，從這個角度來看，刑事訴訟法第二百六十七條的規定與刑事訴訟法第三百零一條第一項之規定，事實上，就是「相反詞」的概念。

成要件」，均構成「全——偏關係」，即「竊盜構成要件」之於前五者均作為「子構成要件」。然而，前五者間，雖有「交集」「竊盜構成要件」，但每兩兩間，均不具有「全——偏關係」。從「構成要件競合」來看，就只能談到「夜間侵入竊盜構成要件」、「毀越竊盜構成要件」、「攜帶兇器竊盜構成要件」、「乘災害之際竊盜構成要件」和「車站埠頭竊盜構成要件」五者間不具有「全——偏關係」，就結束了。

但是，如果發生這樣一件事：「甲於納莉風災之夜，帶刀破壞門窗侵入位於捷運車站的值班室翻箱倒櫃」。則甲以此「同一事實」，不僅「實現」「竊盜構成要件」而具有「竊盜構成要件實現性」，也同時「實現」「夜間侵入竊盜構成要件」、「毀越竊盜構成要件」、「攜帶兇器竊盜構成要件」、「乘災害之際竊盜構成要件」和「車站埠頭竊盜構成要件」，而具有「夜間侵入住宅竊盜構成要件實現性」、「毀越竊盜構成要件實現性」、「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」、「乘災害之際竊盜構成要件實現性」和「車站竊盜構成要件實現性」。在此情況下，卻很顯然六個「構成要件實現性」不得同時作為「構成要件該當性」，否則將就產生這六個「構成要件實現性」所依據的作為其「交集」的「翻箱倒櫃」事實部分，發生「一事六罰」，但無論以任何一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，均未對此一事實進行「充分評價」，但「構成要件適用者」，又僅能適用「既有」的「構成要件」而確定甲的「構成要件該當性」。因而，為維護具有憲法位階的「罪刑法定主義」，必須捨棄「充分評價」，而改採「儘量充分評價」。在此情況下，由於「竊盜構成要件」之於「夜間侵入竊盜構成要件」、「毀越竊盜構成要件」、「攜帶兇器竊盜構成要件」、「乘災害之際竊盜構成要件」和「車站竊盜構成要件」均作為「子構成要件」，而使「竊盜構成要件實現性」不列入考慮外，「夜間侵入竊盜罪」、「毀越竊盜罪」、「攜帶兇器竊盜罪」、「乘災害之際竊盜罪」和「車站竊盜罪」的處罰

法律效果一樣重，「構成要件適用者」僅能「任擇其一」，以「夜間侵入住宅竊盜構成要件實現性」、「毀越竊盜構成要件實現性」、「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」、「乘災害之際竊盜構成要件實現性」或「車站竊盜構成要件實現性」作為甲的「構成要件該當性」，而以「夜間侵入竊盜罪」、「毀越竊盜罪」、「攜帶兇器竊盜罪」、「乘災害之際竊盜罪」或「車站竊盜罪」相繩。

然而，「擇一關係」並非當然就是「任擇其一關係」。例如，甲既強盜乙，又強姦乙，繼而將之殺害，則甲不僅具有「強制構成要件實現性」和「殺人構成要件實現性」，也具有「強盜強制性交構成要件實現性」、「強盜殺人構成要件實現性」和「強制性交殺人構成要件實現性」（事實上還另有「竊盜構成要件實現性」和「強制性交構成要件實現性」），由於「強制構成要件」之於「強盜強制性交構成要件」、「強盜殺人構成要件」和「強制性交殺人構成要件」均具有「構成要件競合」的「偏——全關係」，而「殺人構成要件」之於「強盜殺人構成要件」和「強制性交殺人構成要件」亦然，因而「強制構成要件實現性」和「殺人構成要件實現性」自始就被排除作為「構成要件該當性」的可能性。至於「強盜強制性交構成要件實現性」、「強盜殺人構成要件實現性」和「強制性交殺人構成要件實現性」卻很顯然不得同時作為「構成要件該當性」，否則不是就產生二個「強盜強制性交構成要件實現性」和「強盜殺人構成要件實現性」所依據的作為其「交集」的「強盜」事實部分，發生「一事二罰」，就是就產生「強盜殺人構成要件實現性」和「強制性交殺人構成要件實現性」所依據的作為其「交集」的「強制」和「殺人」二個事實部分，均發生「一事二罰」；同樣的，就產生「強盜強制性交構成要件實現性」和「強制性交殺人構成要件實現性」若均作為「構成要件該當性」，也將對「強制性交」事實部分，發生「一事二罰」。但無論以「強盜強制性交構

成要件實現性」、「強盜殺人構成要件實現性」或「強制性交殺人構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，均未對此一事實進行「充分評價」，但在「罪刑法定主義」下，「構成要件適用者」，又僅能適用「既有」的「構成要件」而確定甲的「構成要件該當性」。因而，捨棄「充分評價」，而改採「儘量充分評價」。但不得以「強盜強制性交構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，因為其處罰法律效果較低而被排除。現在只剩「強盜殺人構成要件實現性」和「強制性交殺人構成要件實現性」二者有可能有資格作為「構成要件該當性」，但二者的處罰法律效果一樣重，「構成要件適用者」僅能「任擇其一」，以「強盜殺人構成要件實現性」或「強制性交殺人構成要件實現性」作為甲的「構成要件該當性」，而以「強盜殺人罪」或「強制性交殺人罪」相繩。

由此例可以得知，所謂「擇一關係」，乃是指：「同一事實」具有多數「構成要件實現性」，但以其中任何一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，均不足以「充分評價」，但在「罪刑法定義」的限制下，「構成要件適用者」並無創設「構成要件」的權限，僅能適用「既有」的「構成要件」，因而必須改採「儘量充分評價」；若處罰法律效果輕重不一，則以處罰較重之「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，若處罰法律效果輕重相等，則就多數「構成要件實現性」任擇其一作為「構成要件該當性」而論罪。質言之，「擇一關係」實乃「從重擇一關係」。

事實上，要討論「(從重)擇一關係」，必然是因為就具體事實所應作為其「構成要件該當性」的「構成要件實現性」的「構成要件」與同時具有的卻不得作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」的「構成要件」間，不發生「全——偏關係」的「構成要件競合」為前提。既然以不發生「全——偏關係」為討論前提，卻將「(從重)

擇一關係」列入「構成要件競合」的類型，實在是一件非常荒唐的事！總之，「(從重)擇一關係」絕非「構成要件競合」的類型，而是就「同一事實」雖具有多數的「構成要件實現性」，但因「罪刑法定主義」的限制，於無從「充分評價」的情況下，「構成要件該當性」的判斷標準。也因此，其屬於「構成要件適用」類型——如果，我們將「構成要件適用」區分為「得以充分評價」和「無以充分評價」二種類型。

六、「想像競合」乃指一個「事實行為」產生數個「構成要件該當性」

現行刑法第五十五條本文規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷」。嚴格說來，這並非「想像競合犯」的規定，而是如何決定「想像競合犯」的「罪名」而加以處罰的規定。但要徹底理解，就必須先從何謂「想像競合」談起。

其所謂「一行為」的「行為」，和刑法第一條前段「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」中的「行為」指的都是「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」。因而完全不，也不應該涉及任何「構成要件」。也就是說，「刑法上有意義的行為」是用判斷「構成要件適用」的「事實對象」。

舉例來說，甲開車撞向乙，致其死亡。因為依「對他人相當程度的法益構成危害的受意思支配舉止」這樣的判斷標準，甲的「開車」動作是受意思支配的舉止，且造成他人乙重大生命法益發生實害，故其具有「刑法上有意義的行為」，而這個「刑法上有意義的行為」即我們要進行「構成要件適用」的對象。如果甲具有殺人故意，也因而具有「殺人行為」而具有「殺人構成要件該當性」的「罪實」，而犯「殺人罪」；若違反其所能履行毋致人於死注意義務而有過失，即因而具有「致人於死行為」而具有「過失致人於死構成要件該當性」的「罪實」，而犯「過失致人於死罪」；但如既無故意，亦無過失，即無

「構成要件該當性」，既無「罪實」，自無罪可言。

但並非在任何情況下，一個「刑法上有意義的行為」的「動詞」都能僅以一個「構成要件該當性」的「動詞」加以對應，而如上例。例如，甲推巨石滑下坡，致使乙死亡以及丙停在路邊的名貴轎車全毀。甲因「推」這個受意思支配的舉止，而造成他人乙重大生命法益和丙財產法益發生實害，故其具有「刑法上有意義的行為」。然而，於進行「構成要件適用」時，這個「刑法上有意義的行為」的「動詞」「推」，並無法以單一「構成要件該當性」的「動詞」加以對應，而是必須就乙的生命法益被攻擊的事實部分「翻譯」成一個「殺人構成要件該當性」的「動詞」「殺人」，此外並就丙的財產法益被攻擊的事實部分「翻譯」成另一個「毀損構成要件該當性」的「動詞」「毀損」。之所以如此，乃因為行為人其實只有一個「事實行為」「推」，一個「事實因果關係」，而以同一「事實」實現了「殺人構成要件」和「毀損構成要件」二個「構成要件」，而具有「殺人構成要件該當性」和「毀損構成要件該當性」二個「構成要件該當性」。

但應注意，此二「構成要件該當性」所基於的「事實」雖有「交集」，但並不發生「重覆評價」的問題。刑法上所禁止的「重覆評價」，是指禁止以具有「法條競合關係」或「交集關係」的數個「構成要件」對同一「事實」重覆加以評價；但於此，我們是以既不具有「法條競合關係」，亦不具有「交集關係」的「殺人構成要件」和「毀損構成要件」對同一「推石事實」加以評價。由於以具有「法條競合關係」或「交集關係」的數個「構成要件」對同一「事實」進行評價，乃屬同一「構成要件實現性」的反覆；但若以不具有「法條競合關係」，亦不具有「交集關係」的數個「構成要件」對同一「事實」進行評價，不僅不致發生同一「構成要件實現性」的反覆，反而方能對「事實」進行必要的「充分評價」。

綜合上述，所謂「想像競合」，就是指一個「刑法上有意義的行為」的「動詞」必須「翻譯」為數個「構成要件該當性」的「動詞」，方能就同一「事實」進行「充分評價」的現象。其最大特徵乃在於該數個「構成要件該當性」的「構成要件」間不具有「法條競合關係」或「交集關係」；而該數個「構成要件該當性」乃基於同一「事實行為」和共用一個「事實因果關係」。

質言之，「想像競合」乃指一個「事實行為」產生數個「構成要件該當性」。

七、「想像競合犯」從一重「罪實」成立「罪名」

嚴格說來，「想像競合」和「想像競合犯」並非一概念：前者是指一個「事實行為」產生數個「構成要件該當性」；後者是指以一個「事實行為」產生數個「構成要件該當性」的行為人。

除非具有阻卻違法事由或阻卻罪責事由，否則「想像競合」即產生數罪，則「想像競合犯」就是以一個「事實行為」產生數個「構成要件該當性」而犯數罪的行為人。

在上述理解下，我們再回頭看一次現行刑法第五十五條本文的規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷」。如此規定，實在有問題。

當「想像競合犯」是以一個「事實行為」產生數個「構成要件該當性」而犯數罪的行為人，則第五十五條的規定，究竟屬「犯罪論」的問題，抑或屬「刑罰論」的問題呢？

有些教科書把第五十五條的規定放在「犯罪論」的部分討論，有些則將之置於「刑罰論」的部分討論，但這都不對，因為第五十五條的內容雖涉及「想像競合」和「想像競合犯」及其處罰的規定，但整體來說，乃屬「如何決定『想像競合犯』的『罪名』而加以處罰」的規定。從其規定有「想像競合」和「想像競合犯」來看，本條涉及「犯

罪論」，從其規定有「刑罰」來看，又不得不說其亦涉及「刑罰論」。僅就此來看，無論將第五十五條的規定放在「犯罪論」的部分討論，或將之置於「刑罰論」的部分討論，均失之偏頗。

很顯然，第五十五條是要將犯數罪的「想像競合犯」僅科以一個「刑罰」——即「數罪一刑」。然而，刑法的基本規定形式是「一罪一刑」，例如，第二百七十一條第一項規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」。也就因此，若不將和「一罪一刑」相牴觸的「數罪一刑」得到合理的安置，勢必動搖「犯罪論」和「刑罰論」間的穩定連繫關係。因而，除非能使「一罪一刑」和「數罪一刑」統一於同一的形式下，否則「犯罪論」和「刑罰論」間就欠缺必然關係，而只成為或然的偶遇。既然問題出在於「罪數」與「刑罰數」不相對應，則這個問題絕非「犯罪論」和「刑罰論」所能解決，亦難以置喙。

在任何情況下，「是」一個「罪實」，就「是」一個「罪實」，就不會「是」數個「罪實」；「是」數個「罪實」，就「是」數個「罪實」，就不會「是」一個「罪實」。「是」就是「是」，「不是」就是「不是」，說一個「罪實」「是」數個「罪實」，或說數個「罪實」「是」一個「罪實」，均屬悖理。

既然我們在「是」上，無能為力，就只能在「叫」上動手腳。事實上，第五十五條乃涉及「以一罪論」的規定，就是把數個「罪實」「叫」成一個「罪實」。但「把數個『罪實』『叫』成一個『罪實』」和「把一個『罪實』『叫』成一個『罪實』」還是不一樣啊！

更精確來說，第五十五條還不只是涉及「以一罪論」的規定，而是涉及以「以一罪論」作為「方法」的規定。方法是相對於「目的」而言，那第五十五條的「目的」，何在？就是把數個「罪實」「叫」成一個「罪實」，達成其僅具有一個「罪名」的「目的」。當數個「罪實」可以共用一個「罪名」，而一個「罪實」當然只有一個「罪名」時，「一

罪名」的形式可以消弭數個「罪實」和一個「罪實」間不可跨越的實質鴻溝。

所以，第五十五條的規定，既非「犯罪論」，亦非「刑罰論」的片面問題，而是在「罪名論」介入的情況下，將「犯罪論」和「刑罰論」都沒有能力解決的「一罪一刑」和「數罪一刑」衝突，統一在「一罪名」形式之下，而得以化解。也就因此，傳統上「刑隨罪轉」的說法，要加以更精確的表述：「刑隨罪名轉」。

在長期被忽視的「罪名論」浮現後，我們現在可以很精確指出：刑法第五十五條規定乃橫跨「犯罪論」、「罪名論」和「刑罰論」的規定。

綜合上述，我們現在可以將第五十五條本文規定，精確「還原」為：「以一個事實行為而具有數個構成要件該當性，而犯數罪者，以一罪論，從一重成立罪名，依該罪名處罰之。但不得科以較輕之罪所定最輕本刑以下之刑」。

質言之，「想像競合犯」乃從一重「罪實」成立「罪名」，依「刑隨罪名轉」的原理，依該「罪名」，於限縮至較輕之罪所定最輕本刑以上的範圍內量刑之。

其實，這樣的「還原」，最大的意義，乃在於澄清立法者、實務界和學界長期以來對「罪實」和「罪名」的混淆，希冀進而確立「罪名論」的應有地位。

八、「法益同一性」作為「擇一關係」的判斷標準

在前面，我們就「擇一關係」和「想像競合」分別加以說明，似乎澄清了不少困惑，但如果碰上具體的問題，卻未必有解。

在「擇一關係」乃確定一個「構成要件該當性」的同時，「想像競合」乃以至少具有二個「構成要件該當性」為前提。但二者均涉及

「(部分)事實」「共用」的問題。時或令人一時錯愕。

舉例來說，甲委請乙將十萬元貨款交付丙，但遭乙侵吞。乙不僅實現「侵占構成要件」而具有「侵占構成要件實現性」，也實現「背信構成要件」而具有「背信構成要件實現性」。但「侵占構成要件」和「背信構成要件」間，並不具有「構成要件競合關係」，但二者間，是否具有「交集關係」呢？

應特別注意，所謂「交集關係」乃以「構成要件」的抽象規定形式為準，即使就具體實例加以想像，不難想像出具體的例子，——一如此例——又具有「侵占構成要件實現性」，又具有「背信構成要件實現性」，但這已涉及「事實」，已非純粹抽象形式的分析，因而「侵占構成要件」和「背信構成要件」間，亦不具有「交集關係」，所以我們可以確定「侵占構成要件實現性」和「背信構成要件實現性」均應作為「構成要件該當性」，而屬「想像競合犯」了嗎？似又未必！

其實，於進行「構成要件適用」時，單獨以「侵占構成要件」或「背信構成要件」，均足以對就同一「事實」進行「充分評價」的現象，而非不足以「充分評價」；因而，若將「侵占構成要件實現性」和「背信構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，勢必違反「重覆評價」，因而僅能「擇一」將「事實行為」「侵吞」「翻譯」為「侵占」或「背信」而具有「侵占構成要件該當性」或「背信構成要件該當性」。此毋寧屬適用「擇一關係」的特殊類型，不可不查。

換言之，一個「刑法上有意義的行為」的「動詞」，可以「翻譯」為這個「構成要件該當性」的「動詞」，或那個「構成要件該當性」的「動詞」，這個「構成要件該當性」和那個「構成要件該當性」的「構成要件」間，既不具有「法條競合關係」，亦不具有「交集關係」，也非屬「想像競合」。

由是觀之，進行「構成要件適用」時，若因「同一事實行為」，

行為人具有二個既不具有「法條競合關係」，亦不具有「交集關係」的「構成要件」的「構成要件實現性」，也不可驟然斷言其具有二個「構成要件該當性」，而為「想像競合犯」，必須就其所攻擊的「法益」是否具有「同一性」再加以判斷。若具有「同一性」，仍屬「擇一關係」範疇；若否，方進入「想像競合」領域。