

「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」

鄭逸哲*

在「法治國刑法」中，「法益」扮演著吃重的角色，從初學者到資深研究者，幾乎時時把「法益」掛在嘴邊。然而在此同時，穿梭在刑法各層次問題的「法益」，卻也似乎被呼之即來，揮之即去，並未被妥善定位其所應扮演的角色。

若以「法益」作為觀察核心，而全面對刑法進行討論，恐怕是數十本博士論文也無法完成。因而本文很務實地，將討論的範圍限縮在「法益」與「構成要件」，以及「構成要件適用」的相關問題，進行梗概的論述。目的只在提出若干思考的基本盲點和糾正錯誤的切入點。質言之，本文充其量只是作為全面研究的最初步準備，並不可能深入問題的核心，也無從獲至根本的解決，先行加以說明。

一、「立法者創設構成要件」和「法益」

刑法初學者都可朗朗上口的「沒有『法益』，沒有刑法」，其精確的說法應該是：「欠缺所要保護的『法益』，立法者不得恣意創設『構成要件』」。因而，立法者企圖創設『構成要件』時，必須明確說明其欲藉「構成要件」加以保護的「法益」為何。

當「法益」作為一種立法限制的概念，自不得由立法者恣意認定，否則限制取決於受限制者，不啻毫無限制可言。也就是說，就創設「構成要件」而言，「法益」並不屬於立法的概念，而是種限制立法的概念。質言之，其屬「前立法」的概念。

當「法治國」的憲政體系展開於尊重「人權」和「基本權」的保障，則「法益」概念不可能自外於是，別成一格。在此理解下，作為適格的「法益」，可以想見的，不外「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」。

或謂除前述的「個人法益」外，尚有所謂「超個人法益」，甚至認為別有所謂「社會法益」和「國家法益」，這種論調，值得商榷。其實，即使是憲法對於國家制度和社會制度加以「制度保障」，其目的亦不在承認「國家」或「社會」具有固有的價值，毋寧保護「國家」或「社會」只是作為一種「方法」——作為一種保障「基本權」的「方法」，保障「基本權」才是「目的」。甚至，我們更應理解到：「基本權」的限制也

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，臺北大學法律系教授。

只是一種「方法」，重點或「目的」不在限制，而在於促使「基本權」的最大實現。換言之，是為了保障「基本權」，才得以限制「基本權」，而非純然「基本權」的保障和「基本權」的限制互為敵體。

因而，「保護『法益』」作為「目的」和「保護『法益』」的「方法」，不可以混為一談。即使我們不排斥所謂「超個人法益」、「社會法益」和「國家法益」的概念，然而這些概念，終究不屬於「保護『法益』」的「目的」概念，而僅屬於「保護『法益』」的「方法」概念。

詳言之，立法者在創設直接保護「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」的「構成要件」外，猶仍得創設保護所謂「超個人法益」、「社會法益」和「國家法益」的「構成要件」。但後者，並不，也不可能賦予所謂「公共利益」、「社會」或「國家」任何根本的價值，而是藉由對之的保護，而加深加廣對「個人法益」的保護。

事實上，「社會」和「國家」之所以有價值，乃因其作為保護「個人法益」的「工具」而有價值，一旦這些「工具」脫離其應有的保護「個人法益」功能，而成為執政者或當局的鎮壓「工具」時，人民自當有權加以摧毀。在「法治國」，我們之所以「愛國」或「愛社會」，是因為我們「愛己」。反「法治國」分子才會鼓吹「國家至上」、「社會至上」，因為他們在玩弄「工具」優先「目的」的詭計。

綜合上述，立法者創設「構成要件」，必然要基於保護「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」的「目的」，即使是創設保護所謂「超個人法益」、「社會法益」和「國家法益」的「構成要件」，我們也僅能將之理解為擴大加深「個人法益」的「構成要件」——或者，不同於針對特定人的「個人法益」加以保護的「構成要件」，而作為對不特定多數人的「個人法益」加以保護的「構成要件」。亦即，只在「構成要件」作為保護「方法」的分類下，才有所謂「個人法益」和「超個人法益」。

但要注意，「保護『法益』」作為「目的」並不足以作為創設「構成要件」的「充分條件」，而僅屬「必要條件」。不僅刑法，任何法律所以創設的「目的」均在「保護『法益』」；刑法之所以有別於其他法律者，乃在於其相對於其他所具有的「謙抑性格」——即一般所謂的「最後手段性」。因而，立法者創設「構成要件」，不僅必須受到「保護『法益』」作為「目的」限制，也必須受到「最後手段性」的限制。

總之，「法益刑法」中的「法益」，就是自然人所持有的「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」所組成的「集合」。

「未來」如何規定「構成要件」，並不可能產生新的「法益」；所有「構成要件」的設計，都只是保護「法益」的「方法」，即使出現危害「法

益」的新工具或新方法——例如，利用電腦的新技術——，也不是有新的「法益」出現，而是需要新而必要的保護「方法」。目前，許多人從「構成要件」的實定規定，「逆向」導出所謂「法益」，就犯了根本的錯誤。如果，「法益」是從「構成要件」的實定規定中導出，那麼，「法益」不就變成「構成要件」的概念，而非「前構成要件」的概念，這是荒謬的。

二、「刑法的最後手段性」和「法益」

立法者一旦創設「構成要件」後，其內容即成為「實定刑法」的一部分。但由於當前——令人感到奇怪的——雖然刑法的「最後手段性」深植人心，但這種立場卻未能在各國刑法實定立法加以具體顯現。

雖然，現行刑法鑒於其「保障機能」，於第一條明定，行為之處罰，以行為時法律規定有「構成要件」者為限。然而，「構成要件」所適用的對象，若未進行「前構成要件」的篩選，猶仍開放國家權力恣意的隘口。例如，檢警一旦濫用偵查權，即使被告最後被諭知無罪判決，在刑事訴訟法的「強制處分」的掩護下，其「自由法益」亦已遭實質的侵害。我們必須建立起一種認識：刑事訴訟程序的開啟，即對市民造成嚴重的負擔；參與實施該程序的公務員，務必審慎為之，不得輕啟程序。

經過長期的理論形成，「刑法上有意義的行為」已普遍被承認，依之，並非任何「事實行為」均具有作為「構成要件適用」對象的適格，必須屬「受人的意思支配，而對他人相當程度的『法益』構成危害的舉止」方具有此適格。因而，刑法第一條中所謂之「行為」，並不只是種「事實舉止」，而是在客觀上對於他人相當程度的「法益」構成危害的「舉止」。

在如此的限制下，任何國家權力若嘗試以刑法為名而介入市民自由，必須先行審查是否存在「刑法上有意義的行為」，否則即屬違法濫權。換言之，「刑法上有意義的行為」前置於「構成要件」而為把關，防堵國家權力濫用刑法——乃至於防堵國家權力濫用刑事訴訟法。

從另外一個角度來說，「刑法上有意義的行為」亦具有事先防堵「違法」的「構成要件」被適用的功能。事實上，「實定刑法」中，存在著諸多不知所保護「法益」為何的「構成要件」。若參與實施刑事訴訟程序的公務員，能切實遵循「刑法上有意義的行為」所加諸的限制，則根本就未開啟刑事訴訟程序，自然就排除了「違法」的「構成要件」被適用的可能。

就由於「刑法上有意義的行為」是否存在，一以客觀的「『法益』是否陷入危險或實害」為準，全然不考慮行為人的主觀面，也因而有效防堵

「思想刑法」的滲透，使單純處罰犯意的「違法」「構成要件」自始被封殺適用的可能。

此外應注意：使「『法益』陷入危險或實害」固然屬「刑法上有意義的行為」的「必要條件」，但仍非「充分條件」。即使使「法益」發生實害，但未達相當程度，行為人仍不具有「刑法上有意義的行為」，而否定了「實定刑法」介入的可能性。基於刑法的「最後手段性」，若侵害過小，刑法即必須因其「謙抑性格」，而放棄介入。因而，所謂「可罰的違法性」理論，就刑法理論的架構來說，實非正確。既然，其亦基於刑法的「謙抑性格」，而以侵害過小為由否定行為人的可罰性，但一旦判斷「違法性」，實則已經「構成要件該當性」判斷，刑法已未遵守其「最後手段性」的限制，而「不法」介入。更何況，「違法性」非有即無，屬「質」的概念，何來「大小」的「量」。所謂「違法性」過「小」，實屬悖理的論調。

事實上，日本所以發展出來所謂「可罰的違法性」理論，實乃於實務上檢方違背刑法的「最後手段性」而「違法」起訴，法院自當以違反刑法第一條，——若在我國——因「行為不罰」而適用刑事訴訟法第三百零一條第一項規定，而諭知無罪，而非訴諸所謂「超法規」的「可罰的違法性」理論。

總之，「刑法上有意義的行為」之所以對刑法有意義，其實就是方有必要進一步該「事實舉止」是否「實現」「構成要件」；如果「侵害性」過小，以「相當程度」加以限縮，就使不必要的刑法介入被封殺，否則，即使「刑法肥大症」被杜絕，仍借屍還魂於「刑事司法氾濫」。

任何法律人應體認到：並非待等刑事判決的出現，而在任何刑事訴訟程序的開啟，均屬「隱性」的憲法問題，若堅守刑法的「最後手段性」，則刑事訴訟程序的開啟，在在刻劃著——尤其是檢警所認為的——「基本權核心不可侵犯部分」的範疇，相對之下，刑事判決充其量只是對「基本權核心不可侵犯部分」的界限加以司法認定與宣示。

執政者常以「法律」為名，卻又根本蔑視法律的「目的理性」，一旦「工具理性」成為「法律適用」唯一標準，法律將不再是化解人際衝突的依歸，反成為製造或擴大人際衝突的根源。一旦執政者不斷以「形式合法」來鎮壓「實質合法」，社會終將走向不斷的動盪，乃至於邁向流血革命！

三、「消極構成要件」和「法益」

固然立法者創設「構成要件」，必須受到「保護『法益』」的「目的」限制；但這不表示「法益」必須作為「構成要件要素」，甚至「法益」根本不可能作為「構成要件要素」，而是「『法益』持有人的處分權」作為

「消極構成要件」的「認識要素」。

對於構成要件的「行為客體」和「保護客體」，許多人搞不太清楚。所謂「保客體」，指的是「法益」；而「行為客體」指的是，若以構成要件「行為要素」作為「動詞」，其物理性的「受詞」。例如，刑法第二百七十一條第一項所規定的「殺人構成要件」，其構成要件「行為要素」為「殺」，若以之作為「動詞」，則其「受詞」為「(被害)人」，因而「殺人構成要件」的「行為客體」乃「(被害)人」；至於立法者之所以得創設「殺人構成要件」，乃因為其「目的」在於保護「生命法益」，所以「生命法益」為「殺人構成要件」的「保護客體」。

但由於立法技術的限制，事實上，諸多「實定刑法」上的「構成要件」，均未呈現其全貌。舉例來說，刑法第三百五十四條所規定的「毀損構成要件」，其「行為客體」為他人之「物」，立法者之所以得創設「毀損構成要件」，乃因為其「目的」在於保護「財產法益」，所以「財產法益」為「毀損構成要件」的「保護客體」。

然而，被害人對自己持有的「財產法益」、「名譽法益」和「自由法益」具有「處分權」，一旦被害人對於前述「法益」予以行為人侵害的允諾而為「處分」，刑法自然欠缺介入的正當性，否則「『法益』持有人的處分權」不就被架空？

當不利被告的「構成要件」受到「刑罪法定主義」的制約，一以「實定刑法」為準，有利被告的「消極構成要件」則改採「法理主義」——亦即「消極構成要件」可以是「不成文」的。

若具有「處分權」的被害人對自己持有的「財產法益」、「名譽法益」和「自由法益」加以「處分」，則在其「處分」範圍內，即使行為人使實定的「積極構成要件」實現，猶仍不具有「構成要件該當性」。換言之，被害人對於自己持有的「財產法益」、「名譽法益」和「自由法益」加以「處分」，該「處分」發生「阻卻構成要件該當」的效力，在學說上，這樣的「處分」被稱為「阻卻構成要件同意」。

在此理解下，「毀損構成要件」的內容並非僅限於第三百五十四條成文規定的「毀棄、損壞他人物，或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人」，尚且包括「但其毀損行為得到被害人的同意者，不在此限」的「不成文」但書規定。

由此可見，「法益」雖無從作為「構成要件要素」，然而「『法益』持有人的處分權」乃作為「消極構成要件」的「認識要素」。若欠缺對「法益」和「『法益』處分權」的認識，實難想像對構成要件的「全貌」加以完整的認識。

尚應注意的是，由於一旦被害人行使其「『法益』處分權」，刑法介入的

必要性和正當性即無所附麗，因而，即使行為人對此「同意」無所認識，亦仍不具有「構成要件該當性」。

四、「構成要件立法正當性的檢驗」和「法益」

許多刑法初學者，甚至資深法律工作者，都犯了一個根本錯誤的毛病，在「解釋」特定「構成要件」時，從所謂其所以保護的「法益」著手。如前所述，「法益」根本不可能作為「構成要件要素」，至少不可能是實定「積極構成要件」的「構成要件要素」。當「解釋」是指「解開而釋放出來」的意思，根本不存在於「構成要件」之內，並非其「構成要件要素」的「法益」，和「構成要件」的「解釋」，有何相干？

我們「解釋」「構成要件」，乃對「實然」的「構成要件」規定加以認識，在弄清楚立法者規定了什麼。我們只是在處理「是」什麼的問題，即使我們說它「是」什麼，也不等於我們認同其所以這樣規定。

如前所述，構成要件「應」作為「保護『法益』」的「方法」，如果立法者所創設的構成要件，違反「保護『法益』」的「目的」，這個「構成要件」還是存在，不會自動消失，因而發生「不得適用」的問題。

如果我們「解釋」特定的「構成要件」，非要從所謂其所以保護的「法益」著手，若碰上違反「保護『法益』」的「目的」，立法者「違法」創設構成要件時，難道就沒有「解釋」問題嗎？如果不搞清「是」規定了什麼，又如何譴責這樣的「實然」違反「應然」呢？

舉例來說，刑法第一百八十五條之三所規定的構成要件，我們全然不必藉助任何「法益」概念，就可將之「還原」為：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物致欠缺安全駕駛能力者，駕駛動力交通工具」。至此，我們就能確定其構成要件「身分要素」為「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物致欠缺安全駕駛能力」，其「行為要素」為「駕駛」，以及其「行為客體要素」為「動力交通工具」。只當我們進一步追問，這項「構成要件」的創設，究竟要保護何種「法益」時，我們方才開始檢驗立法者創設這項「構成要件」的「正當性」。

或謂，立法者創設這項「構成要件」的「目的」在保護「其他道路使用人的生命法益身和身體法益」，若果真如此，則第一百八十五條之三的構成要件規定，顯然至少漏未規定「構成要件結果要素」「不特定人之生命法益或身體法益陷入危險」。

當第一百八十五條之三的「構成要件」規定形式屬「舉動犯構成要件」，但所訴諸的立法「正當性」卻指向「具體危險犯構成要件」時，則此構成要件如此規定顯然有問題。

事實上，若出現未使「不特定人之生命法益或身體法益陷入危險」的醉

態駕車「行為」，而檢方恪遵「刑法上有意義的行為」的限制，則根本不可能發生是否適用此項「構成要件」的問題。如果醉態駕車「行為」使得「不特定人之生命法益或身體法益陷入危險」，則純粹適用實定形式屬「舉動犯構成要件」的第一百八十五條之三所規定的「構成要件」，亦難謂正當。鑒於有利被告時，「構成要件」「全貌」的認識改採「法理主義」，因而所應適用者應為同時訴諸實定規定和法理的「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物致欠缺安全駕駛能力者，駕駛動力交通工具，致使不特定人之生命法益或身體法益陷入危險」方符合立法理由。然而，即使將「不成文」的「消極構成要件」「未使不特定人之生命法益或身體法益陷入危險」納入「構成要件」，仍難使該「構成要件」獲致正當性。雖說如此使其不再違反「保護『法益』」的「目的」，然而，判斷構成要件的立法「正當性」，並不僅限於是否符合「保護『法益』」的「目的」，——例如——是否違反「平等原則」亦屬之。之所以使「不特定人之生命法益或身體法益陷入危險」者，乃因行為人「欠缺安全駕駛能力」，何以獨苛於因「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物致欠缺安全駕駛能力」者，令人費解。

台灣的刑法學，普遍具有「買辦法學」的毛病，就第一百八十五條之三的「構成要件」，其立法正當性的問題，時見有意或無意以「美國、德國也有這樣的規定」加以論述。令人難以理解的是：外國的「實然」如何論證我國的「實然」？難道，外國沒有「台灣」，「台灣」的存在就是錯的？

再例如，刑法第一八五條之四所規定的「肇事逃逸構成要件」，我們亦全然不必藉助任何「法益」概念，就可將之「還原」為：「駕駛動力交通工具而肇人死傷事者，逃逸」。至此，我們就能確定其「構成要件」的「身分要素」為「駕駛動力交通工具肇人死傷事」，其「行為要素」為「逃」，以及其「結果要素」為「逸」。只當我們進一步追問，這項「構成要件」的創設，究竟要保護何種「法益」時，我們方才開始檢驗立法者創設這項「構成要件」的「正當性」。

或謂，立法者創設這項「構成要件」的「目的」在促使肇事者履行「救助義務」，若果真如此，則第一百八十五條之四的構成要件應規定為：「駕駛動力交通工具而肇人死傷事者，未履行救助義務」，方屬正確。但即使如此，也顯得荒唐：若肇人死亡之事，如何履行「救助義務」？若肇人受伤事，何以獨科以「駕駛動力交通工具而肇事」者以「救助義務」，置「平等原則」於何地？且將之規定於「公共危險罪」章，亦屬不倫不類。

即使我們主要在討論「法益」於刑法中所扮演的角色，但不得見樹而忘

林，畢竟「法益」問題固然是刑法問題重要的一環，但並非唯一的重點。

四、「一個」構成要件不見得只保護「單一」的「法益」

雖說立法者創設「構成要件」，必須受到「保護『法益』」的「目的」限制；但這不表示「一個」構成要件僅保護「單一」的「法益」。換言之，「一個」構成要件，有時亦具有保護「多數」「法益」的目的。

所謂「結合犯構成要件」，——例如——，第三百三十二條第一項所規定的「強盜殺人構成要件」，以及全條第二項所規定的「強盜放火構成要件」、「強盜強制性交構成要件」、「強盜擄人勒贖構成要件」和「強盜使人受重傷構成要件」，很顯然並非單純保護「財產法益」，而是分別擴及「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」或「財產法益」。即使是由「竊盜構成要件」和「強制構成要件」組合而成的「強盜構成要件」，亦屬實質的「結合犯構成要件」，其所要保護的「法益」，絕非單一，而是「財產法益」和「自由法益」。

甚至，由於不能想像未經客觀的「傷害事實階段」和「重傷害事實階段」，即到達「死亡事實階段」，因而「殺人構成要件」亦絕非單純保護「生命法益」，勢必必須同時保護「身體法益」。

至於以保護所謂「公共利益」、「社會法益」和「國家法益」形式出現的「構成要件」，其所要保護的「法益」，由於涉及不特定多數人所持有者，因而更非單一。尤其其時以「致生公共危險」，或「足以生損害於公眾或他人」的規定形式出現，更足見其涉及「多數」的「法益」。

關於非僅以「個人法益」保護為「目的」而創設的「構成要件」，最要澄清的是：「侵害法益的能力」和「法益」，絕不能混為一談。例如，關於「偽造、變造」類型的「構成要件」，其「行為客體」因欠缺「真實性」，而可能具有「侵害法益的能力」，並非該「真實性」作為「法益」。

五、「構成要件競合」和「法益」

如前所述，「法益」並不可能作為「構成要件要素」，而所謂「構成要件競合」（即一般所謂「法條競合」）乃指一種「構成要件」和「構成要件」間的純粹形式關係，一旦「一個」「構成要件」作為「另一個」「構成要件」的「部分」，即後者之於「前者」構成「全——偏關係」，則此二「構成要件」間，即具有「構成要件競合」關係。

至於，之所以創設該二「構成要件」所要保護的「法益」，則屬「構成要件立法正當性」的問題，並非「構成要件」間的形式關係問題；即使創設「偏構成要件」所要保護的「法益」，必然為創設「全構成要件」所要保護的「法益」，但畢竟屬於「構成要件立法正當性」，而非屬

於「構成要件」間的形關係問題。

六、「吸收關係」和「法益」

至上一節，我們基本上侷限於「法益」於「刑法理論」——更精確講，於「刑法理論」的「構成要件論」——部分中所扮演的角色，加以討論。但於「刑法適用」——尤其是「構成要件適用」——中，其所扮演的角色，到目前為止，似乎罕見以之為主題，而加以論述。接下來，我們就將就此方面若干基本問題，加以梗概的討論：

如前所述，必須先行具有「刑法上有意義的行為」，刑法方得以介入。然而，「刑法上有意義的行為」，如何確定其「適用構成要件的不可分割事實單位」，則又是另一回事——這幾乎全然未曾被獨立當成課題也以討論過。

具體所發生的「事實」，例如，甲強拉乙進入屋內，乙掙扎而被甲扭傷手臂，此時，若未先經某種「處理」，即對此「事實」逕行「構成要件適用」，勢必發生錯誤。甲以一個「拉」的「事實行為」，對乙的「自由法益」和「身體法益」造成相當程度的實害，所以既「實現」第三百零四條第一項的「強制構成要件」，又「實現」第二百七十七條第一項的「傷害構成要件」，因而具有「強制構成要件該當性」和「傷害構成要件該當性」，而犯「強制罪」和「傷害罪」二罪。但這樣的「構成要件適用」是錯誤的。

事實上，在我們進行「構成要件適用」之前，基於「適度介入」的考慮——畢竟從「訴訟實益」角度來說，過度「切割事實」而「適用構成要件」，將就立法者所預設不必單獨「適用」構成要件的部分，亦額外進行「適用構成要件」；如此不僅有違「罪刑法定主義」的「保障精神」，亦使一般人認為對事實「過度評價」，而違反人民的「法感情」——因而，必須先行確定「刑法上有意義的行為」內的「適用構成要件的不可分割事實單位」。

如果一個「法益」受到危害，一般人認為屬攻擊另一個「法益」的「當然附隨現象」，則前者的「『法益』危害」，於一般人認為予以「單獨評價」實無必要，因而僅就後者的「『法益』危害」事實部分予以「構成要件適用」，即足以「評價」全部事實時，則就前者的「『法益』危害」，應予以「評價捨棄」，否則反而造成就「全部事實」予以「過度評價」。

換言之，作為「評價保留」的「『法益』危害」「事實部分」之於「評價捨棄」的「『法益』危害」「事實部分」構成「吸收關係」，僅就「評價保留」的「『法益』危害」「事實部分」予以「構成要件適用」，不得

另行對「評價捨棄」的「『法益』危害」「事實部分」予以「構成要件適用」。

回到上例，甲固然扭傷乙的手臂，而造成其「身體法益」發生事實「實害」，但一般人認為，此乃「強拉」「事實部分」的「當然附隨現象」，因而前者的「『身體法益』危害」，於一般人認為予以「單獨評價」實無必要，因而僅就後者的「『自由法益』危害」「事實部分」予以「構成要件適用」，即足以「評價」「全部事實」。因而，「『自由法益』危害」的「事實部分」和「『身體法益』危害」的「事實部分」，構成「適用構成要件的不可分割事實單位」，前者「事實部分」之於後者「事實部分」構成「吸收關係」。所以，我們僅就「甲強拉乙進入屋內」「事實部分」，予以「構成要件適用」，甲僅具有「強制構成要件該當性」，而僅犯「強制罪」。

如前所述，刑法的介入要慎重，但介入後更要慎重。任何的「法律適用」，其實就意謂著國權力的行使，若其行使的方式得不到人民的認同，即使「形式合法」，仍屬「實質違法」！「法治」並非一種口號，也非一種形式，而是一種行使國家權力的「態度」！「司法獨立」是獨立於政治之外，但非用以傲慢人民！今天的問題，根本不在整天叫囂「信任司法」，而是有司者應檢討：何以司法得不到信任？

七、「構成要件該當性」和「法益」

「一個」「刑法上有意義的行為」，當然是一個構成「『法益』危害」的「事實舉止」，但不表示其僅對一個「法益」構成危害。因而，一個「刑法上有意義的行為」，有可能同時使數個「構成要件」被「實現」。

例如，如前所述，我們不能想像未經「身體法益」的客觀實害階段，即到達「生命法益」的客觀實害階段。因此，一個因對「生命法益」構成實害而產生的「刑法上有意義的行為」，必然也是個對「身體法益」構成實害的「刑法上有意義的行為」。是以，若該「刑法上有意義的行為」「實現」「殺人構成要件」，則必然也「實現」「重傷害構成要件」和「傷害構成要件」，而同時具有「殺人構成要件實現性」、「重傷害構成要件實現性」，以及「傷害構成要件實現性」。但由於「殺人構成要件」之於「重傷害構成要件」和「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」之於「傷害構成要件」，均構成「構成要件競合」的「全——偏關係」，若使「殺人構成要件實現性」、「重傷害構成要件實現性」，以及「傷害構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將使「傷害」「事實部分」發生三度「重覆評價」，並而「重傷害」「事實部分」發生二度「重覆評價」，如此將導致嚴重的「一事數罰」。因而，僅以「殺人構成要件實現性」作

為「構成要件該當性」，而僅犯「殺人罪」。

再例如，由於「強盜構成要件」之於「強制構成要件」、「竊盜構成要件」，乃至於「搶奪構成要件」，均構成「構成要件競合」的「全——偏關係」，因而一個「刑法上有意義的行為」若使「強盜構成要件」被「實現」，也必然同時「實現」「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「搶奪構成要件」，而同時具有「強盜構成要件實現性」、「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」，以及「搶奪構成要件實現性」，若使這四個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將對「實現」「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「搶奪構成要件」的各「事實部分」，均發生「重覆評價」，如此將導致嚴重的「一事數罰」。因而，僅以「強盜構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而僅犯「強盜罪」。

但如此不同於因「吸收關係」者，並未就「『法益』危害」的「事實」發生「評價捨棄」，而是「全構成要件」的「法律適用」，即已就「偏構成要件」所要「評價」的「事實部分」加以「評價」。

總之，當「偏構成要件」所要保護的「法益」，必然亦為「全構成要件」所要保護的「法益」之一，若使「偏構成要件」的「構成要件實現性」亦作為「構成要件該當性」，必然發生「重覆評價」，而違反「一事二罰」；即使僅以「全構成要件」的「構成要件實現性」亦作為「構成要件該當性」，因「實現」「偏構成要件」的「事實部分」，亦必然作為「實現」「全構成要件」的「事實部分」，在此情況下，僅「適用」「全構成要件」也足以「充分評價」「事實全部」。

八、「擇一關係」和「法益」

於基於「擇一關係」而「適用構成要件」的情況下，基本上，均是為了避免「重覆評價」，而放棄「充分評價」。但還是可以區分為二種類型：一種是對於「危害『法益』」的「部分事實」，全然「捨棄評價」；另一種則並非對「危害『法益』」的「部分事實」予以「評價捨棄」，而是對於「侵害的方式」或「侵害的情境」的「事實部分」予以「評價捨棄」。舉例來說，甲強行制服乙後，先取其財物，再加以姦淫，並將之殺害。甲不僅「實現」第三百三十二條第一項所規定的「強盜而故意殺人構成要件」，也同時「實現」全條第二項第二款的「強盜強制性交構成要件」，以及第二百二十六條第一項前段的「強制性交而故意被害人構成要件」。但無論以「強盜而故意殺人構成要件實現性」、「強盜強制性交構成要件實現性」或「強制性交而故意被害人構成要件實現性」，均不均以對「全部事實」予以「充分評價」；復以「構成要件不得分割適用」，否則「構成要件適用」將流於恣意，在此情況下，只好捨棄「充分評價」，

改採「從重擇一」，以「強盜而故意殺人構成要件實現性」或「強制性交而故意被害人構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「強盜而故意殺人罪」或「強制性交而故意被害人」一罪。因而，不是「姦淫」的侵害「自由法益」的「事實部分」，就是「強取財物」的侵害「財產法益」的「事實部分」，被「捨棄評價」。

但不同於前述「危害『法益』」的「部分事實」予以「評價捨棄」，基於「擇一關係」而「適用構成要件」，有時是對於「侵害的方式」或「侵害的情境」的「事實部分」予以「評價捨棄」。例如，甲持刀於夜間闖空門，進入乙宅翻箱倒櫃。其不僅「實現」第三百二十一條第一項的「夜間侵入竊盜構成要件」，也同時「實現」全條全項第三款的「攜帶兇器竊盜構成要件」；但不得將「夜間侵入竊盜構成要件實現性」和「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，否則將就「翻箱倒櫃」的「事實部分」，予以「重覆評價」；但刑法上卻又不存在得以「充分評價」的「攜帶兇器夜間侵入竊盜構成要件」，不得不僅以「夜間侵入竊盜構成要件實現性」或「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而僅犯「夜間侵入竊盜罪」或「攜帶兇器竊盜罪」一罪。

若以「夜間侵入竊盜構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，就「翻箱倒櫃」的「事實部分」有所「評價」，所「捨棄評價」者，乃作為「加重構成要件要素」「攜帶兇器」的「侵害情境」——若以「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，情況較為複雜，就「翻箱倒櫃」的「事實部分」雖有所「評價」，但「捨棄評價」者，乃作為「加重構成要件要素」「夜間侵入」：就「闖空門」的「事實部分」，甚至「危害『法益』」的「部分事實」，全然「捨棄評價」。

總之，基於「擇一關係」而「適用構成要件」時，雖未必就「危害『法益』」的「事實部分」予以「評價捨棄」，但必然未對「事實全部」進行「充分評價」。

九、「吸收」和「法益」

「吸收」者，其實就是「不罰的前行為」和「不罰的後行為」的「聯集」。「不罰的前行為」之所以發生，乃肇因於「實定刑法」就「同一法益」被「危害」的程度，漸次以效果加重的「構成要件」加以保護。舉例來說；甲購刀，當夜持該刀殺害乙。甲不僅就「購刀」「實現」第二百七十一條第三項的「預備殺人構成要件」，亦就「持刀殺害乙」「實現」第二百七十一條第一項的「殺人構成要件」，即使「預備殺人構成要件實現性」和「殺人構成要件實現性」，即使二者均作為「構成要件該當性」，

在形式上似不至於發生「重覆評價」，因為若「持刀殺害乙」屬「過去式事實」，則「購刀」即屬「過去完成式事實」；實則不然。

無論甲以「預備殺人構成要件該當行為」，或以「殺人構成要件該當行為」所攻擊的「生命法益」，均為乙的「生命法益」。而且，「預備殺人構成要件」和「殺人構成要件」，乃就同一「生命法益」被「危害」的程度，漸次以效果加重加以保護。若甲既犯「預備殺人罪」，又犯「殺人罪」，不啻對於「持刀」的「事實部分」，予以「重覆評價」，而造成「一事二罰」。在此情況下，不得不使其「殺人構成要件該當性」「吸收」「預備殺人構成要件該當性」，而僅犯「殺人罪」一罪，至於其「預備殺人構成要件該當行為」，也因而成為「不罰的前行為」。

和「不罰的前行為」一樣，「不罰的後行為」之所以發生，乃肇因於「實定刑法」就「同一法益」以多數「構成要件」保護，但所不同者：行為人雖然對「同一法益」加以攻擊，卻並未加深加鉅對該「法益」的「危害」程度。舉例來說，甲偷了乙的狗，豢養數月後，宰殺作為香肉。若「宰殺作為香肉」屬「過去式事實」，則「偷了乙的狗」即屬「過去完成式事實」，甲先後實現「竊盜構成要件」和「毀損構成要件」，而具有「竊盜構成要件該當性」和「毀損構成要件該當性」。

猛看之下，在形式上似不至於發生「重覆評價」，但由於其所具有的「竊盜構成要件該當性」，已就「乙喪失對狗的『財產法益』喪失持有」予以「評價」，即使甲再具有「毀損構成要件該當性」，仍然維持「乙喪失對狗的『財產法益』喪失持有」的狀態，並未加深加鉅對該「財產法益」的「危害」程度。若甲再因其所具有的「毀損構成要件該當性」而另犯「毀損罪」，不啻對於「乙喪失對狗的『財產法益』喪失持有」的「事實部分」，予以「重覆評價」，而造成「一事二罰」。在此情況下，不得不使其「竊盜構成要件該當性」「吸收」「毀損構成要件該當性」，而僅犯「竊盜罪」一罪，至於其「毀損構成要件該當行為」，也因而成為「不罰的後行為」。

十、「想像競合犯」和「法益」

嚴格說來，「想像競合犯」和「想像競合犯以一罪論」並非同一概念——即使二者均屬「構成要件適用」，而非「構成要件」的概念。

常有人以所謂「法益數」來決定是否為「想像競合犯」，這是錯誤的，因為想像競合犯是確定行為人犯「數罪」之後才要進行判斷的事。即使因為必須犯「數罪」，才有成立「想像競合犯」的可能，但畢竟「數罪」確定在先。

之所以有這樣的誤解，乃多數人誤以為「想像競合犯」——更精確說，

「想像競合犯以一罪論」——屬「犯罪論」的問題。其實，「犯罪數」一以「構成要件該當性數」為準——若考慮到「不罰的前行為」和「不罰的後行為」——更精確說，以所「保留」的「構成要件該當性數」為準。

若「同一」行為人犯「數罪」，則其是否屬「想像競合犯」，根本不可能從其侵害「數個」「法益」來判斷。例如，犯「夜間侵入住宅竊盜罪」者，就同時侵害被害人的「自由法益」和「財產法益」，但其僅具有「夜間侵入住宅竊盜構成要件該當性」一個「構成要件該當性」，因而就只犯「一罪」，根本不可能是「想像競合犯」。再例如，具有「強盜而故意殺人構成要件該當性」、「強盜強制性交構成要件該當性」，以及「強制性交而故意被害人構成要件該當性」，而犯「強盜而故意殺人罪」、「強盜強制性交罪」和「強制性交而故意被害人罪」者，均屬僅犯「一罪」，而侵害「數法益」。

其實，是否屬「想像競合犯」，簡單講，就是「同一」行為人所具有的「數個」「構成要件該當行為」的「法律動詞」，是否由「同一個」「日常動詞」「翻譯」而來。亦即，所謂「想像競合犯」，實乃就「一個」「刑法有意義的行為」，必須使其具有「二個」或「二個以上」的「構成要件該當性」，方足以就「全部事實」予以「充分評價」。既然，以「構成要件該當性」為準，而「構成要件該當性」又取決於「實定刑法」的「構成要件」規定形式，自不可能依「法益數」而判斷。

由於「想像競合犯」仍具有「二個」或「二個以上」的「構成要件該當性」，因而仍屬就「全部事實」予以「充分評價」。但由於第五十五條規定，犯「數罪」的「想像競合犯」，「以（犯）一罪論」，從重只成立「一個罪名」。因而，最嚴格講，對「想像競合犯」來說，並不發生「評價捨棄」問題，而是於「罪名」層次，對「評價結果」予以「捨棄」，而形成「有罪無名」——也因此形成「有罪無罰」的現象。

十一、限制和保護行為人的「自由法益」同時作為刑法的「目的」——代結論

其實，就刑法在討論「法益」時，我們幾乎全然只討論被行為人攻擊的「法益」，但真正貫穿整部刑法，從不缺席的，反倒是行為人的「自由法益」。

由其作為「行為規範」的角度來觀察，刑法乃以諸多「構成要件」的規定來限制行為人的「自由法益」，或者說，刻劃行為人就其「自由法益」所得行使的界限。在有「權」——不論是指「權利」，或是指「權力」——，必有「限」的情況下，刑法在宣示行為人的「自由法益」，

並不受到絕對的保護，而是在一定範圍內才受到保護。在此同時，一旦行為人在所得行使界限內的「自由法益」，國家權力即不得恣意介入。也就是從這個角度來看，刑法得以被稱為「市民自由的大憲章」。

然而，國家權力是否對這部「大憲章」足夠尊重，是否對此「大憲章」的精神具有充分的體認，卻是令人懷疑的！

從行為人行使其「自由法益」而攻擊被害人的「法益」切入而為觀察，「犯罪」的判斷問題，不啻發生衝突的行為人「自由法益」和被害人的「法益」間，孰優先保護的問題。在所謂「阻卻構成要件（該當）事由」、「阻卻違法事由」和「阻卻責任事由」同時作為刑法重要課題時，我們不難體認，刑法雖未以討論「法益」的形式來討論行為人「自由法益」的保護，但其討論的內容卻實質如此進行。

換言之，刑法理論並不僅僅討論如何成立「犯罪」，至少從一般教科書所占的篇幅比例來看，也有大半在處理行為人為何「不犯罪」的問題。甚至，刑法第一條規定的位置，就在宣示對於行為人「不犯罪」的判斷，才應作為刑法判斷的根本立場。與之呼應，刑事訴訟法亦於第二條科以參與刑事訴訟程序實施的公務員「對被告有利情形的注意義務」。

因而，刑法絕非僅在於限制行為人的「自由法益」，也並非僅屬行為人的「行為規範」，毋寧其更優先考慮如何保護行為人的「自由法益」。在此理解之下，刑法對於參與刑事訴訟程序實施的公務員也是一部「行為規範」，而其規範的軸線乃：在刑法的「保障機能」的限制範圍內，方得依刑事訴訟法的相關程序規定貫徹其「規範機能」。

如果由此角度來看，固然刑法的問題因行為人的「自由法益」和被害人的「法益」間發生衝突而開始，但最終卻指向國家權力如何限制的問題。

對於住在隔壁的犯罪人，我們還可以尋求國家權力的庇護；但若國家就是「犯罪人」，我們就死路一條！