

「構成要件適用」的操作流程（一）

鄭逸哲*

壹、導論——以「構成要件適用理論」來取代「競合論」

長期以來，我們將「吸收關係」、「法條競合」、「（從重）擇一關係」、「吸收」、「想像競合犯以一罪論」，乃至於「數罪併罰（實質競合）」等諸多問題，全部置於所謂「競合論」的主題下加以討論，而形成「刑法理論」的一部分，甚至作為其極為重要的一部分。但嚴格來說，這些概念並非「刑法理論」的一部分，而是「構成要件適用理論」的一部分：「吸收關係」的概念乃鑒於「訴訟經濟」而產生；「法條競合」、「（從重）擇一關係」和「吸收」三個概念，乃基於「禁止一事二罰」的要求而形成；至於「想像競合犯以一罪論」和「數罪併罰」，其實是基於「刑罰政策」的考量。

換言之，若非實際進行「構成要件適用」，根本不生所謂「吸收關係」、「法條競合」、「（從重）擇一關係」、「吸收」、「想像競合犯以一罪論」或「數罪併罰（實質競合）」的問題。

舉例來說，若問行為人是否具有「殺人構成要件實現性」，我們可以抽象講，行為人所形成的「事實」，使「殺人構成要件」被「實現」，就具有「殺人構成要件實現性」。當行為人「實現」「殺人構成要件」

時，其「必然」具有「殺人構成要件實現性」時，我們卻不知道其是否亦同時具有「預備殺人構成要件實現性」，因為除非我們被告知行為人並非臨時起意殺人，而是先有預備的「具體事實」，我們才知其亦「實現」「預備殺人構成要件」，接下來我們才知道行為人同時具有「殺人構成要件該當性」和「預備殺人構成要件該當性」，但其「殺人構成要件該當性」「吸收」「預備殺人構成要件該當性」，「視為」僅具有「殺人構成要件該當性」，而僅犯「殺人罪」，其「預備殺人構成要件該當行為」成為「不罰的前行為」。

然而，若我們突然又被告知行為人殺被害人時，亦撕碎其昂貴的貂皮大衣，我們應如何對「撕碎大衣」的「事實」，進行「構成要件適用」？是行為人的「殺人構成要件實現性」之於「毀損構成要件實現性」構成「吸收關係」，而不再討論行為人就「毀損構成要件實現性」的「構成要件該當性」問題，而僅具有「殺人構成要件該當性」呢？還是行為人因其「毀損構成要件實現性」仍具有「毀損構成要件該當性」，但其「殺人構成要件該當性」「吸收」「毀損構成要件該當性」，「視為」僅具有「殺人構成要件該當性」呢？抑或是其「殺人構成要件實現性」和「毀損構成要件實現性」均成為「構成要件該當性」，而依「想像競合犯以一罪論」的規定

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，臺北大學法律系教授。

加以處理呢？現行實務和學說，似乎均採最前一種處理方式，但卻不是很清楚交待，為何如此？也未說明為何不依「吸收」原理或「想像競合犯以一罪論」的規定加以處理。

甚至，在「構成要件適用」的過程中，「吸收關係」的問題和「吸收」的問題之間，尚存在著「法條競合」和「（從重）擇一關係」的問題，也就是說，「吸收關係」、「法條競合」、「（從重）擇一關係」和「吸收」的問題，必須循序處理。理由何在？

顧名思義，「構成要件適用」是指將「構成要件」「適用」到「（具體）事實」上去，如果沒有「事實對象」，「構成要件」就是「構成要件」，充其量只能抽象分析其結構或立法妥當性。所以，要先找到「事實對象」，才談得上「構成要件適用」，不然就無的放矢了！

但我們不只要「用」「構成要件」，而且是要「適用」——「妥適應用」，但其「妥適性」的判斷標準何在？其實這就是「構成要件適用理論」的核心主題。然而，這個核心主題，長期以來卻被埋沒於錯誤的「構成要件」和「構成要件」間的「關係」問題之下。「構成要件」是抽象的規定，抽象的「構成要件」和抽象的「構成要件」間的「關係」，也必然是抽象的，根本不會也不可能涉及任何「事實」，將「構成要件適用」的問題，當成「構成要件」間的「關係」問題——充其量，當成「構成要件該當性」間的「關係」問題——，全然未能掌握問題的核心，將「構成要件競合」、「想像競合」和「實質競合」，這三個分屬於「構成要件」間的純抽象「關係」、具體數罪間的「關係」，以及具體數刑罰間的「關係」不同層次領域的問題，幼稚地以其均具有「競合」二字，而自始冠以所謂的「競合論」加以「平面化」

討論。

一如將地球當成「平的」來觀察世界，自然搞不清地球到底是怎麼回事。今天，所謂「競合論」的架構，看似龐大深奧，令人歎為觀止，但骨子裡，根本就是虛言妄語的組合，只不過是運用大量令人昏炫看似極有學問的「用語」，堆砌出來一座「自欺欺人」的「巴貝塔」！

本文的目的，就是想將現在所謂「競合論」內討論的問題，逐一「正視聽」為「構成要件適用」的問題，在此同時，並將諸概念在「構成要件適用」理論中的層次關係位置，加以妥善定位——質言之，使之於「構成要件適用」的流程中，成為能實際操作的應用概念，而不再像現在一樣，僅是被作為「靜態」的理解對象。

總之，我們應以「構成要件適用理論」來取代「競合論」！而「構成要件適用理論」必須在操作中，符合其操作「目的」而形成規範與原理，而不是「脫離事實」，自「構成要件」和「構成要件」間的「關係」問題切入——簡言之，應從「事實」處理開始。

貳、「構成要件適用」的「適格事實對象」

一、「一件事」和「刑法上有意義的『一件事』」

在「刑法理論」中，很「學理」的說，「構成要件適用」的「對象」是「刑法上有意義的行為」。但這樣在的說法，作為架構「刑法理論」的概念或許足夠，但於「構成要件適用理論」中，卻顯然不足。

舉例來說，教科書通常一開始就「設定」：甲持刀砍死乙，因為甲的「砍」這個「事實舉止」，對乙的「生命法益」造成「事

實實害」，所以甲具有「刑法上有意義的行為」，而甲以其具有的該「刑法上有意義的行為」「實現」「殺人構成要件」，而具有「殺人構成要件該當性」，而犯「殺人罪」。

然而，社會上現實所發生的「殺人案」，其情節似乎都不太像教科書上所「設定」的「事實」，那麼「乾淨俐落」。舉例來說，甲埋伏路邊，先砍殺乙一刀，乙負傷逃離躲入草叢，甲遍尋一小時不獲而放棄，驅車離開，但愈想愈不甘心，又折返，適乙以為甲已離開，從躲藏的草叢中爬出，甲又補砍了一刀，乙當場斃命。像這樣，甲所具有的「刑法上有意義的行為」是什麼呢？

其實，就「構成要件適用理論」來說，即使以「刑法上有意義的行為」作為其「構成要件適用」的「對象」，也絕非僅依所謂「受其意思支配而對他人的相當程度法益構成事實實害或危險的人類舉止」這樣的標準，即足以判斷。毋寧於適用此項標準之前，必須先行確定「一件事」的範圍。

事實上，「事實」是由發生於無限時空的所有「現象」所構成的，對於「事實」本身來說，它只有「發生」和「未發生」的問題，根本沒有「一件」、「二件」的問題。所謂「一件事」，是人對「事實」的「看法」，一種「主觀」的對「事實」的「切割」，並非「客觀」的「必然」。而如何判斷出來「一件事」，也顯然並非只有法律人所關心，毋寧任何人在日常生活中，時時刻刻都進行著這樣的判斷。但進行這樣的「一件事」判斷，卻是「直觀」的、「當然」的與「自明」的，是種純「感性」的活動，難以以「理性」加以說明，或訂定判斷標準。

二〇〇一年公務人員特種考試法務部調查人員三等考試調查人員調查工作組的刑法總則考題中，有以下一道試題：「甲抽走

公車上鄰座瞌睡婦人的皮包，見乙盯著看，將皮包放回婦人身邊。車子到站時，甲迅速抽走婦人皮包衝下車去。對甲應如何論處？」

針對這道題目，不論命題者所設想的「標準答案」為何，他必然覺得其所陳述的事實屬「一件事」，否則為何從「世界事實」中「切割」出這部分的「事實」呢？當然，判斷「一件事」，即使仍屬「感性」的活動，但也多少有其應具有的「標準」，否則如何謂之「一件事」，而這個「標準」就是以「一般人」的觀察點展開而加以確定「一件事」的範圍。毋庸贅言，「一般人」應該都會「覺得」發生了「婦人的東西被偷」的「一件事」！

或許有人要問，這不是和「刑法上有意義的行為」中的「法益受到事實實害或危險」的判斷相重疊，那怎能說判斷「刑法上有意義的行為」前，必須先行確定「一件事」的範圍呢？其實，從「構成要件適用理論」來說，「刑法上有意義的行為」理論毋寧並非根本理論，而是「一件事」具有「刑法意義」的限定理論。或者，更精確講，「刑法上有意義的行為」乃作為判斷「一件事」是否屬「刑法上有意義的『一件事』」的判斷標準。

舉例來說，甲持刀砍自己數刀，被人發現送醫，撿回一命。毋庸贅言，「一般人」應該都會「覺得」發生了「自殺」的「一件事」！但有發生「刑法上有意義的『一件事』」嗎？當然沒有！為什麼？不是因為欠缺「法益受到事實實害或危險」，而是因為欠缺「『他人的』法益受到事實實害或危險」！甚至，絕大多數的「一件事」，我們根本不會想到要判斷其是否屬「刑法上有意義的『一件事』」，例如，你和你女朋友去看電影，或者你騎自行車去環島，不都是「一件事」，但你想都不會去想是否屬「刑法上

有意義的『一件事』」吧！

如果覺得很抽象，我們這樣想好了！如果你是檢察官，依刑事訴訟法第二百二十八條第一項的規定，檢察官「知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」，那你怎麼判斷這裡的「犯罪嫌疑」？我們時時刻刻都被無數的「一件事」所包圍，如果不是就其中的若干，覺得它們不僅是「一件事」，而且是「刑法上有意義的『一件事』」，否則如何「知有犯罪嫌疑」，如何「應即開始偵查」？從這個角度來看，「刑法上有意義的行為」就刑事訴訟法的「開始偵查」具有關鍵性的意義。

「刑法理論」的架構，其實是建立在不自然的「設定事實」之上，而非展開於未加工的「原始事實」。而即使是「設定事實」，也不能想像其未經過「一件事」的「切割」程序。畢竟，「刑法理論」和「構成要件適用理論」其架構目的有別，即使互相借用「概念」，基於其目的性的差異，也未必加以相同的理解。質言之，在「構成要件適用理論」下，「刑法上有意義的行為」並全然相同於「刑法理論」，指「受其意思支配而對他人的相當程度法益構成事實實害或危險的人類舉止」，而是指「於『一件事』中，受其意思支配而對他人的相當程度法益構成事實實害或危險的人類舉止」。

質言之，就「構成要件適用論」來說，「刑法上有意義的行為」乃作為判斷作為判斷「一件事」是否屬「刑法上有意義的『一件事』」的判斷標準。

二、「一個」「刑法上有意義的行為」

如果我們仔細回顧「刑法上有意義的行為」的理論架構，是將「對相當程度法益構成事實實害或危險」作為一個判斷單位的，然而在邏輯上，不是先該判斷出「對法益構

成事實實害或危險」，而後才有這樣的「法益事實實害或危險」是否具有「相當程度性」嗎？但為何二步驟的判斷流程，卻「合併」為一個判斷單位呢？答案就在於，「刑法理論」對「刑法上有意義的行為」的說明，展開於已「隱性」經「一件事」判斷的「設定事實」。

於「一件事」中，當我們確定行為人有所「舉止」並「對他人的相當程度法益構成事實實害或危險」時，我們就確定這「一件事」「具有」「刑法上有意義的行為」，所以確定這「一件事」屬「刑法上有意義的『一件事』」。但是「刑法上有意義的『一件事』」「具有幾個」「刑法上有意義的行為」呢？

我們回到「甲抽走公車上鄰座瞌睡婦人的皮包，見乙盯著看，將皮包放回婦人身邊。車子到站時，甲迅速抽走婦人皮包衝下車去」的「婦人的東西被偷」的這「一件事」，因為甲有第一次「抽」、「放」和第二次「抽」三個「動作」，而且造成婦人喪失皮包而「對他人的相當程度法益構成事實實害」，所以這「一件事」因「具有」「刑法上有意義的行為」而確定屬於「刑法上有意義的『一件事』」。但就這「刑法上有意義的『一件事』」，「具有幾個」「刑法上有意義的行為」呢？

如果我們不先解決「具有幾個」的問題，事實上還是無法展開「構成要件適用」，因為「構成要件適用」其實是將選定的「特定」構成要件適用到「事實」上，但這個「事實」的「範圍」是什麼？

如果我們沒先搞定的「事實」的「範圍」，就進行「構成要件適用」的話，可能會變成就「抽走公車上鄰座瞌睡婦人的皮包，見乙盯著看，將皮包放回婦人身邊」的「事

實」部分，具有一個「竊盜未遂構成要件該當性」，又就「迅速抽走婦人皮包衝下車去」的「事實」部分，又具有一個「竊盜構成要件該當性」，因而犯「竊盜未遂罪」和「竊盜罪」二罪，「數罪併罰」之。

但如此「構成要件適用」，非但對「一般人」來說，匪夷所思，亦有違立法者的本意。毋寧在進行「構成要件適用」前，我們必須就甲在這「刑法上有意義的『一件事』」中的第一次「抽」、「放」和第二次「抽」三個「動作」，判斷其是否構成「一個」「舉止」。也就是說，依「一般人」如果對這「刑法上有意義的『一件事』」加以描述時，——假設——這「刑法上有意義的『一件事』」被拍成影片——，這三個「動作」，並非使用「抽」、「放」和「抽」三個「動詞」，而是「概括」地就使用「拿」或「取」一個「動詞」。

換言之，「刑法上有意義的行為」中的「舉止」，並不是指「動作」，毋寧是指「動作的集合」，也就是說其屬「集合」的概念。但如何將數個「動作」「集合」於一個「舉止」，卻又類似於「一件事」的判斷，是「直觀」的、「當然」的與「自明」的，是種純「感性」的活動，難以以「理性」加以說明，或訂定判斷標準。

在此理解下，該瞌睡婦人作為「被害人」，而發生了她東西被偷的「刑法上有意義的一件事」！在「這件事」中，雖然甲先後有「抽（走）」、「放（回）」和（第二次）「抽（走）」等三個「動作」，但對「一般人」來說，這三個「動作」卻只「集合」於「一個」「舉止」「拿」，甲因而僅具有「一個」「刑法上有意義的行為」，且因為「這一個」「刑法上有意義的行為」只實現一個「竊盜構成要件」，而具有「竊盜構成

要件該當性」，而犯「竊盜罪」。

所以，「構成要件適用」的「適格事實對象」，並非純粹的「事實動作」，而是依「一般人」的「感覺」，數個「事實動作」是否「集合」於一個「舉止」為準。詳言之，「一個」「刑法上有意義的行為」，其「一個舉止」，並非就是「一個動作」——即使「一個動作」有可能構成「一個舉止」——，而是依「一般人」的樸素感覺，若「數個」「事實動作」應「集合」於「一個」「舉止」，則這個「舉止」方作為「構成要件適用」的「適格事實對象」。

所以上述题目的「題解參考」為：

1. 甲雖具有三個「事實動作」，但僅具有一個「舉止」：

①依學理，「一個」「刑法上有意義的行為」，其「一個舉止」，並非就是「一個動作」——即使「一個動作」有可能構成「一個舉止」——，而是依「一般人」的感覺，若「數個」「事實動作」應「集合」於「一個」「舉止」，則這個「舉止」方作為「構成要件適用」的「適格事實對象」。

②本案，在此婦人東西被偷的「刑法上有意義的一件事」中，雖然甲先後有「抽（走）」、「放（回）」和（第二次）「抽（走）」等三個「事實動作」，但依「一般人」的樸素感覺，應該會「覺得」，這三個「事實動作」應「集合」於「一個」「舉止」「拿」或「取」。

③故行為人甲因其「取」或「拿」的「舉止」「集合」而具有「一個」「刑法上有意義的行為」此一「舉止」乃作為「構成要件適用」的

「適格事實對象」。

2. 甲犯竊盜罪：

- ① 依刑法第三百二十條第一項的規定，意圖為自己或第三人不法之所有，竊取他人之動產者，犯竊盜罪。
- ② 本案，甲意圖為自己不法之所有，趁鄰座婦人瞌睡「取」走其皮包而竊取他人之動產。
- ③ 故甲犯竊盜罪。

由此例，也可以看出，即使在「刑法上有意義的『一件事』」中，因果進程在事實上曾一度中斷，而再另行啟動，若對「一般人」來說，該中斷根本毫無意義，或說根本「視而不見」，於「構成要件適用」時，根本就不必討論這樣的事實因果進程中斷。

同樣的道理，前述「甲埋伏路邊，先砍殺乙一刀，乙負傷逃離躲入草叢，甲遍尋一小時不獲而放棄，驅車離開，但愈想愈不甘心，又折返，適乙以為甲已離開，從躲藏的草叢中爬出，甲又補砍了一刀，乙當場斃命」的例子，在此「刑法上有意義的『一件事』」中，因果進程在事實上曾一度因甲「放棄，驅車離開」而中斷，至其「折返」再另行啟動，但對「一般人」來說，該中斷應該毫無意義，應會認為行為人甲先後的「砍殺」和「（補）砍」二個「動作」仍應「集合」於「一個」「舉止」「殺」；所以，行為人甲因該「舉止」「殺」而具有「一個」「刑法上有意義的行為」。而該「刑法上有意義的行為」實現一個「殺人構成要件」，而具有「殺人構成要件該當性」，而犯「殺人罪」。

再例如，甲男一夜連續強姦乙女三次，也因同樣的理由，不論甲有多少個「動作」，但在這「刑法上有意義的一件事」中，均「集合」於一個「舉止」「姦」，而只具有一個

「強制性交構成要件該當性」，只犯一個「強制性交罪」。若甲打乙第一拳，乙左眼腫了，再打乙第二拳，乙右臉腫了，接著踹乙一腳，乙左腳踝腫了；走了二步離開，想一下，甲又回頭再踹乙右腿一腳，乙的右小腿也腫了，即使甲具有數個「動作」，但在這「刑法上有意義的一件事」中，均「集合」於一個「舉止」「打」或「扁」，而只具有一個「傷害構成要件該當性」，也只犯一個「傷害罪」。

三、「接續犯」和「集合犯」均屬「數個」「斷斷續續」的「動作」「集合」於「一個」「舉止」的概念

「動作」的數量及其在時間上的「連續」或「間斷」，就「一件事」——乃至於「刑法上有意義的『一件事』」的判斷——，未必扮演關鍵性的角色。舉例來說，甲女為殺害其夫乙，每天於其夫的晚餐中下毒，數日後乙毒發死亡。這乙被殺的「一件事」，甲的數個「舉止」是「斷斷續續」綿延數日的，但畢竟就只有「一件事」。且由於其造成乙的生命法益發生實害，所以這是「刑法上有意義的『一件事』」。然而，若甲於某日砍殺乙未成，不得已放棄，於次日又找上門來將乙砍死，「一般人」依其樸素的感覺，應該是「覺得」前一日是「一件事」，而後一日又是「另一件事」，所以是「二件事」，而且是「刑法上有意義的『二件事』」。

在前者，甲的在該「刑法上有意義的『一件事』」中，依「一般人」的樸素感覺，其數個「舉止」應「集合」在「一個」「舉止」「殺」中，而僅具有一個「刑法上有意義的行為」，而這個「刑法上有意義的行為」實現了「殺人構成要件」，所以甲因具有「殺人構成要件該當性」而犯「殺人罪」。對於這種「數個」「斷斷續續」的「動作」

「集合」於「一個」「舉止」的現象，一般將之稱為「接續犯」。但由此看來，「接續犯」的概念，根本不是判斷的標準，而是「一個」「舉止」的判斷結論。因為，判斷的標準是「一般人」的樸素感覺，而非「數個」「斷斷續續」的「動作」「集合」於「一個」「舉止」。

照對於後者，因為「一般人」「覺得」是前後「發生」「二件事」——「刑法上有意義的『二件事』」——，所以甲前後二個「砍」的「動作」，各自構成「一個」「刑法上有意義的行為」，而該二個「刑法上有意義的行為」分別實現「殺人未遂構成要件」和「殺人構成要件」，而分別具有「殺人未遂構成要件該當性」和「殺人構成要件該當性」，而分別犯「殺人未遂罪」和「殺人罪」。

因此，「接續犯」根本不是「構成要件」的類型概念，也不是「構成要件適用」的概念——因為我們尚處於「構成要件適用」的「適格事實對象」的尋找階段，根本還沒有開始進行「構成要件適用」——，而是「數個」「斷斷續續」的「動作」「集合」於「一個」「舉止」的概念——但卻又只是判斷的結論，卻不是判斷的標準。

類似的，舉例來說，甲日日夜夜製造毒品，或斷斷續續印製偽造的新台幣，依「一般人」的樸素感覺，「覺得」這就是發生製造毒品或偽造新台幣的「刑法上有意義的一件事」，但其多數的「動作」，依「一般人」的樸素感覺，「覺得」均應「集合」於「一個」「舉止」，而僅具有「一個」「刑法上有意義的行為」。也由此可見，一如「接續犯」的概念，「集合犯」的概念，根本不是判斷的標準，而是「一個」「舉止」的判斷結論。因為，判斷的標準是「一般人」的樸

素感覺，而非「數個」「斷斷續續」的「動作」「集合」於「一個」「舉止」。所謂「集合」只是用來指稱：雖然甲先後有數個「動作」，但對「一般人」來說，這數個「動作」就是構成「一個」「舉止」的「集合」，甲因該僅舉止「集合」而具有「一個」「刑法上有意義行為」，而該「刑法上有意義行為」，只實現一個——例如——「製造鴉片構成要件」或——若其具有供行使的意圖——「意圖供行使而偽造通用物貨幣構成要件」，而具有「製造鴉片構成要件該當性」或「意圖供行使而偽造通用物貨幣構成要件該當性」，而只犯一個「製造鴉片罪」或「意圖供行使而偽造通用物貨幣罪」。

所以，我們要正確認識到：所謂「接續犯」和「集合犯」，均非屬「構成要件」或其類型的概念，即使立法者於前立法階段已有意將「接續犯」和「集合犯」僅如此適用單一「構成要件」，也不會改變其「前構成要件」的性質。

在二〇〇五年時，草率地將刑法上的「連續犯」和「常業犯」相關規定刪除，因而有人提議以「擴大接續犯和集合犯的適用」來緩和錯誤立法所造成的「罪刑失衡」後果。但這樣的見解，雖用意良善，卻也值得商榷！毋寧，在修法之前，我們就沒有妥善運用過「接續犯」和「集合犯」的概念——更精確講，沒有妥善適用過「數個」「斷斷續續」的「動作」「集合」於「一個」「舉止」的概念！

舉例來說，甲踩著人力板車，晚上在街道上隨機找尋，只要自行車沒鍊鎖在固定物上的，就連車帶鎖搬上板車。在修法前，如果碰到這樣的案例，大概就是以竊盜的「連續犯」論處。但我們來個對照：甲趁全班去參加朝會升旗時，把全班同學留置於教室內

的現金，搜括一空，為什麼就只犯一個「竊盜罪」？

一般以所謂「管領力」數來解釋上述的區別處理，其實是「事後諸葛」！全然將「構成要件適用」和「構成要件的適用對象」混為一談！如前所述，「構成要件的適用對象」的確定，是種純「感性」的活動，難以以「理性」加以說明。分明就「一般人」來說，這二個例子都是發生偷（多數）別人東西的「一件事」，且因為有他人的財產法益受到侵害，而均為「刑法上有意義的『一件事』」。雖然甲先後有數個「動作」，但對「一般人」來說，這數個「搬」或「搜」的「動作」應「集合」為「一個」「舉止」「偷」或「拿」（好幾個人的東西），因而甲僅具有「一個」「刑法上有意義行為」，因而只實現一個「竊盜構成要件」，而具有「竊盜構成要件該當性」，而只犯一個「竊盜罪」。

如果甲分別於前後二個晚上，幹下二起「連車帶鎖搬上板車」的勾當——為什麼是「二起」呢？——沒有為什麼，因為「一般人」依其樸素的感覺，是「覺得」前一夜是「一件事」，而後一夜又是「另一件事」啊！——，則分別犯一個「竊盜罪」，於第五十六條「連續犯」規定廢除後，「數罪併罰」之。因此，嚴格說來，二〇〇五年修法後，並無所謂「擴大接續犯和集合犯的適用」的問題，毋寧只是回歸到「接續犯」和「集合犯」所應「適用」——更精確講，回歸到「數個」「斷斷續續」的「動作」「集合」於「一個」「舉止」的概念之所應「適用」。

四、「刑法上有意義的『一件事』」具有「數個」「刑法上有意義的行為」

不要將「刑法上有意義的『一件事』」

和「『一個』刑法上有意義的行為」誤解為一回事。發生了「刑法上有意義的一件事」，根本不能想像其間不存在「刑法上有意義的行為」。但這不並表示，「刑法上有意義的一件事」中，當然只具有「一個」「刑法上有意義的行為」，也有可能具有「數個」「刑法上有意義的行為」。

舉例來說，甲跑到乙家又是砸東西又是「三字經」破口大罵。「一般人」依其樸素的感覺，「覺得」發生了到別人家中鬧事的「一件事」，而且有他人的財產法益和名譽法益發生事實實害，所以具有「刑法上有意義的行為」。然而，即使砸東西和破口大罵是「同時發生」，但其「舉止」的「集合」卻是分別構成的，因而甲在此「刑法上有意義的『一件事』」中，具有「二個」「刑法上有意義的行為」。再例如，甲跑到乙家開槍掃射，乙及其家人共五人中彈斃命，一般人「覺得」發生了到別人家中滅門的「一件事」，且因有他人的生命法益發生事實實害，而為「刑法上有意義的『一件事』」，但甲的數個「動作」「集合」於「一個」「日常語言動詞」所表達的「開（槍）」，因而甲只具有一個「刑法上有意義的行為」。

所以，「刑法上有意義的『一件事』」和「『一個』刑法上有意義的行為」並不是同一回事，毋寧「『一個』刑法上有意義的行為」乃作為「刑法上有意義的『一件事』」的「充分條件」。同時要注意：我們審查「刑法上有意義的『一件事』」具有「一個」或「數個」「刑法上有意義的行為」，只是在確定「構成要件適用」的「適格事實對象」，並不表示具有「數個」「刑法上有意義的行為」的「刑法上有意義的『一件事』」當然就比僅具有「一個」「刑法上有意義的行為」的「刑法上有意義的『一件事』」嚴重。由

上述的例子，就可以看出，僅具有「一個」「刑法上有意義的行為」的「滅門」那個「刑法上有意義的『一件事』」，就比具有「二個刑法上有意義的行為」的那個「刑法上有意義的『一件事』」嚴重許多。

五、「吸收關係」乃「刑法上有意義的『一件事』」中，「事實」部分和「事實」部分間的「關係」

講了這麼多，那是不是說：我們先依「一般人」樸素的感覺，從「世界整體事實」中切割出「一件事」，然後因其具有「刑法上有意義的行為」而為「刑法上有意義的『一件事』」，且確定了有幾個「刑法上有意義的行為」，就確定了「構成要件適用」的「適格事實對象」呢？答案是否定的。我們在二者之間，尚必須介入一道「吸收關係」的處理程序。

如果，你目睹有人踹破門進入屋內，接著持刀砍殺屋主，不僅如此，還一邊砸傢俱，還一邊以極惡毒的語言高聲咒罵被砍殺的人。如果你要打電話報警，你會說「我要報案，發生無故侵入住宅案、毀損案、殺人案、第二次毀損案，還有公然侮辱案！」嗎？

對此例，依「一般人」樸素的感覺，會「覺得」這發生了「一件事」，而且因為有他人的自由法益、財產法益和生命法益發生事實實害，所以這「一件事」當然是「刑法上有意義的『一件事』」。

如果我們不經任何處理程序，就此「刑法上有意義的一件事」，直接來判斷甲具有幾個「刑法上有意義的行為」，則由於甲先後有「踹」、「入」、「砍」、「砸」和「罵」等五個「動作」，且由於這五個「動作」難以「集合」於少於「五個」「舉止」，而具有「五個」「刑法上有意義的行為」。

這樣的話，「將來」勢必形成極為複雜的「構成要件適用」。當然，純從學理來說，這也無可厚非，甲分別具有第一個「毀損構成要件該當性」、「無故侵入住宅構成要件該當性」、「殺人構成要件該當性」。第二個「毀損構成要件該當性」和「公然侮辱構成要件該當性」，而犯第一個「毀損罪」、「無故侵入住宅罪」、「殺人罪」、第二個「毀損罪」和「公然侮辱罪」五個罪，再繼依「想像競合犯」和「數罪併罰」等相關規定而為處理，亦無不可。然而，就刑事實務來說，這樣「鉅細彌遺」將造成訴訟上的極嚴重浪費。

刑事訴訟法第二百五十四條規定：「被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分」。全法第二百九十六條亦規定：「被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者，得於他罪判決確定前停止本罪之審判」（，若應受重刑之判決確定，就該於應執行之刑無重大關係之罪，檢察官自應依第二百六十九條的規定，以「以不起訴為適當」為由，撤回起訴）。

由此來看，即使純依「刑法理論」所成立之犯罪，是否有必要成為依「刑事訴訟法」的程序規定而「確認」之犯罪，至少就現行法律來說，並非同一的概念。以上述案例為例，甲所犯的「殺人罪」，至少科以十年重刑，而其另所犯的二個「毀損罪」和「無故侵入住宅罪」和「公然侮辱罪」四罪，不僅均屬「告訴乃論」之罪，且刑度甚輕，即使具有「告訴權」之人依法提出「告訴」而訴追，並使之其與「殺人罪」依「數罪併罰」規定而定執行刑，相較於僅依「殺人罪」科刑，難以想像有重大出入。

簡單來說，若就此「刑法上有意義的『一件事』」的整個事實加以「焦點化」觀察，將其「視為」僅發生行為人「持刀砍殺屋主」，而僅就其「殺人」事實部分加以「構成要件適用」，則僅具有「殺人構成要件該當性」，而僅犯「殺人罪」一個罪。如此，方可避免訴訟資源的無謂浪費。

在這樣的理解下，我們反過來想，其實也不難發現，即使「刑法理論」所賴以建立的案例事實，也從來不是「原始的事實」，而是「被加工過的事實」。也就是說，「刑法理論」也是在對事實若干「相對之下」不重要「細節」加以「刻意模糊」或就若干「情節」「蓄意忽略」下而展開架構。若不如此，逕依「原始事實」而展開理論架構，不僅窒礙難行；也令人覺得匪夷所思。

甚至我們可以這樣說，其實「焦點化的事實」才是自古以來作為法律適用和法學理論的研究對象，而非「未經加工」的「原始事實」。

應該就因為如此，即使你是警察，在這樣的「刻意模糊」和「蓄意忽略」下，只辦「殺人案」，對事實上既發生的另二個「毀損案」、「無故侵入住宅案」和「公然侮辱案」均「視而不見」，也不會被說成「吃案」！

其實，最精確來說，僅就「刑法理論」來說，根本不會也沒有出現「吸收關係」理論的必要；但就「構成要件適用理論」來說，其不僅要符合「刑法理論」的要求，亦必須同時考慮是否有必要依「刑事訴訟法」的程序規定而「確認」犯罪。質言之，「吸收關係」理論是基於「訴訟經濟」的要求而產生的，而其法律基礎，乃在於前述的刑事訴訟法第二百五十四條和第二百九十六條規定。

只有訴諸這樣的法律基礎，檢察官和法

院方得「依法」對依「刑法」或「刑法理論」應成立犯罪，「合法」放棄追訴和審判。否則，就「依法」對依「刑法」或「刑法理論」應成立犯罪，若檢察官和法院放棄追訴和審判，如何自解於刑法第一百二十五條第一項第三款後段「明知為有罪之人，無故不使其受追訴或處罰」之罪？

從這個角度來看，最有趣的，「吸收關係」理論之所以重返「刑法理論」，並非因為「構成要件適用」，而是因為作為「明知為有罪之人，無故不使其受追訴或處罰」構成要件的「構成要件要素化違法要素」「無故」，因屬「依法律之行為」而未被實現的說明。

實務和學界，似乎一直沒抓到重點，以所謂「經常伴隨而發生」來作為「吸收關係」的說明基礎，而未能精確掌握其「留『重』捨『輕』」這個關鍵。如果僅以「經常伴隨而發生」，根本無以說明為何「留『重』捨『輕』」？更何況，若並非「經常伴隨而發生」，又該如何？即使解決了「構成要件適用」的問題，又如何替因而實現「明知為有罪之人，不使其受追訴或處罰」構成要件的檢察官和法官解套？

所以，「吸收關係」應理解為：基於刑事訴訟法第二百五十四條的「被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分」和全法第二百九十六條「被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者，得於他罪判決確定前停止本罪之審判」的規定，於進行「構成要件適用」時，就具有「刑法上有意義的行為」的「一件事」——即「刑法上有意義的一件事」，若其中的「事實」部分，即使經「刑事訴訟法」的程

序規定而「確認」成立犯罪，卻顯然於應執行之刑無重大關係時，則基於「訴訟經濟」的考慮，其他「事實」部分之於「顯然於應執行之刑無重大關係」「事實」部分構成「吸收關係」，「視為」僅發生其他「事實」部分，而僅就該其他「事實」部分進行「構成要件適用」。

但要特別注意，「吸收關係」乃適用於「刑法上有意義的『一件事』」內的「事實」部分和「事實」部分之間，即使已確定該「刑法上有意義的『一件事』」具有「刑法上有意義的行為」，但其適用和「刑法上有意義的行為」的數目無關，甚至「吸收關係」判斷的結果，會影響「刑法上有意義的行為」的數目。

我們回到本文一開始舉過的例子：行為人殺被害人時，亦撕碎其昂貴的貂皮大衣。就這「一件事」，因為有他人的生命法益和財產法益發生事實害，所以具有「刑法上有意義的行為」，而為「刑法上有意義的『一件事』」。但由於「撕碎其昂貴的貂皮大衣」的「事實」部分，即使經「刑事訴訟法」的程序規定而「確認」成立犯罪——特別注意！只問成立犯「某」罪，而非犯「此」罪——，之於「殺被害人」「事實部分」所犯之罪，顯然於應執行之刑無重大關係，所以「殺被害人」的「事實」部分之於「撕碎其昂貴的貂皮大衣」「事實」部分構成「吸收關係」，「視為」僅發生「殺被害人」的「事實」部分，而僅就該「殺被害人」的「事實」部分進行「構成要件適用」。

可見，「吸收關係」是在「刑法上有意義的『一件事』」中，「事實」部分和「事實」部分間的「關係」——既不是「毀損構成要件實現性」和「殺人構成要件實現性」間的「關係」，也不是「毀損構成要件該當

性」和「殺人構成要件該當性」間的「關係」，更不是「毀損罪」和「殺人罪」間的「關係」。

當此「刑法上有意義的『一件事』」，「視為」僅發生「殺被害人」的「事實」部分，則因只有「殺」之「舉止」，故只具有「一個」「刑法上有意義的行為」。

但就前面亦舉過的「甲跑到乙家又是砸東西又是『三字經』破口大罵」例子。「一般人」依其樸素的感覺，「覺得」發生了到別人家中鬧事的「一件事」，而且有他人的財產法益和名譽法益發生事實實害，所以具有「刑法上有意義的行為」而為「刑法上有意義的『一件事』」。但「砸東西」「事實」部分和「破口大罵」「事實」部分卻難以區分出何者為「顯然於應執行之刑無重大關係」「事實」部分，何者為其他「事實」部分，亦即二者間並無「輕重懸殊」關係，因而並無「吸收關係」的適用，而仍具有二個「舉止」的「集合」，因而甲在此「刑法上有意義的一件事」中，具有二個「刑法上有意義的行為」。

於此，又再度證明，我們審查「刑法上有意義的『一件事』」具有「一個」或「數個」「刑法上有意義的行為」，只是在確定「構成要件適用」的「適格事實對象」，並不表示具有「數個」「刑法上有意義的行為」的「刑法上有意義的『一件事』」當然比僅具有「一個」「刑法上有意義的行為」的「刑法上有意義的『一件事』」嚴重。

六、小結：「刑法上有意義的一件事」中的「一個」「刑法上有意義的行為」作為「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」

綜合上述，我們可將「構成要件適用」

的「適格事實對象」判斷流程，整理為以下：

- 「一般人」依其樸素的感覺，「覺得」這就是「一件事」，則就是「一件事」，「覺得」這是「二件事」，就是「二件事」。
- 確定為「一件事」後，繼而依其「動作」是否形成對他人的法益發生實害或危險，而確定是否屬「刑法上有意義的『一件事』」。
- 就「刑法上有意義的『一件事』」，加以「吸收關係」判斷，而整理成「留『重』捨『輕』後的刑法上有意義的『一件事』」——即「顯然於應執行之刑無重大關係」「事實」部分「視為」未發生的「刑法上有意義的『一件事』」。
- 就「留『重』捨『輕』後的刑法上有意義的『一件事』」，確定其數個「動作」是否應「集合」於「一個」「舉止」，依之，若具有「一個」「舉止」，就具有「一個」「刑法上有意義的行為」；若具有二個「舉止」，就具有「二個」「刑法上有意義的行為」。

總之，「刑法上有意義的『一件事』」中的「一個」「刑法上有意義的行為」就是「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」。

如果，還是覺得抽象，我們以下例來進行操作練習：

甲女想謀殺其夫乙，先是尾隨乙，租車開車衝撞，但乙敏捷閃避，而逃過一劫。但甲仍不放棄，每天於其夫的晚餐中下毒，數日後乙毒發死亡。於乙毒發將亡之時，甲得意忘形，以極惡毒的語言高聲咒罵乙，甚至不斷掌摑乙，驚動四鄰。鄰人報警，將甲逮捕。問：本案如何論處？

首先，依「一般人」的樸素感覺，應該

「覺得」「甲女想謀殺其夫乙，先是尾隨乙，租車開車衝撞，但乙敏捷閃避，而逃過一劫」的部分是「一件事」，而其他部分又是另「一件事」，所以總共發生了「二件事」。

於前「一件事」，因為甲的「動作」對乙的生命法益造成事實危險，而於後「一件事」中，甲的「動作」對乙的生命法益、名譽法益和身體法益均造成事實實害，故這「二件事」均具有「刑法上有意義的行為」，而均屬「刑法上有意義『一件事』」。

前一「刑法上有意義的『一件事』」，情節頗為單純，並無以「吸收關係」加以判斷的必要，但就後一「刑法上有意義的『一件事』」，由於「以極惡毒的語言高聲咒罵乙」的「事實」部分和「不斷掌摑乙」的「事實」部分，即使經「刑事訴訟法」的程序規定而均「確認」成立「某」犯罪，之於其他的「事實」部分所犯之罪，顯然於應執行之刑無重大關係，所以其他「事實」部分之於「以極惡毒的語言高聲咒罵乙」的「事實」部分和「不斷掌摑乙」的「事實」部分均構成「吸收關係」，「視為」僅發生其他「事實」部分，亦即「以極惡毒的語言高聲咒罵乙」的「事實」部分和「不斷掌摑乙」的「事實」部分均「視為」未發生。質言之，其「留『重』捨『輕』後的刑法上有意義的『一件事』」為乙「每天於其夫的晚餐中下毒，數日後乙毒發死亡」。

就前一「刑法上有意義的『一件事』」，甲具有一個「舉止」，而有「一個」「刑法上有意義的行為」；就後一「留『重』捨『輕』後的刑法上有意義的『一件事』」，甲雖然連續數日「斷斷續續」有「數個」「動作」，但依「一般人」樸素的感覺，該數個「動作」應「集合」於「一個」「舉止」，因而亦僅具有「一個」「舉止」，而亦僅具

有「一個」「刑法上有意義的行為」。

所以，甲就「刑法上有意義的二件事」，分別具有「一個」「刑法上有意義的行為」，而有「二個」「構成要件適用」的「適格事實對象」。

至於，如何於「判決書」中表述，應注意，凡涉及依「一般人」的樸素感覺者，既然其屬「自明」的，故「毋庸贅言」——即不必有所陳述，但涉及「吸收關係」者，因為具有法律基礎，仍應有所交待，參考題解如下：

1. 甲開車衝撞乙的部分：

①依刑法第二百七十一條第一項、第二十五條第一項、第二十五條第二項前段和第二百七十一條第二項的規定，基於殺人故意，已著手於殺人構成要件之實行，而不遂者，犯殺人未遂罪。

②本案中，甲基於殺人故意，開車衝撞乙而已著手於殺人構成要件之實行，但因乙敏捷閃避，而逃過一劫而不遂。

③故甲犯殺人未遂罪。

2. 甲毒殺乙的部分：

①基於刑事訴訟法第二百五十四條的「被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴之處分」和全法第二百九十六條「被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者，得於他罪判決確定前止本罪之審判」的規定，於進行「構成要件適用」時，若其中的「事實」部分，即使經「刑事訴訟法」的程序

規定而「確認」成立犯罪，卻顯然於應執行之刑無重大關係時，則基於「訴訟經濟」的考慮，其他「事實」部分之於「顯然於應執行之刑無重大關係」「事實」部分構成「吸收關係」，「視為」僅發生其他「事實」部分，而僅就該其他「事實」部分進行「構成要件適用」。

②本案中，甲「以極惡毒的語言高聲咒罵乙」的「事實」部分和「不斷掌摑乙」的「事實」部分，即使經「刑事訴訟法」的程序規定而均「確認」成立「某」犯罪，之於其他的「事實」部分所犯之罪，顯然於應執行之刑無重大關係，所以其他「事實」部分之於「以極惡毒的語言高聲咒罵乙」的「事實」部分和「不斷掌摑乙」的「事實」部分均構成「吸收關係」，「視為」僅發生其他「事實」部分，亦即「以極惡毒的語言高聲咒罵乙」的「事實」部分和「不斷掌摑乙」的「事實」部分均「視為」未發生。

③故僅就甲「每天於其夫乙的晚餐中下毒，數日後乙毒發死亡」的「事實部分」，進行「構成要件適用」。甲因其「下毒」行為實現刑法第二百七十一條的「殺人構成要件」，而具有「殺人構成要件該當性」，而犯「殺人罪」。

3. 甲之處罰：

甲先後犯有「殺人未遂罪」和「殺人罪」，應依刑法第五十條的規定，併罰之。

（待續）