

（法學講座）

「構成要件適用」的操作流程（二）

鄭逸哲^{*}

三、「構成要件競合理論」乃「構成要件適用理論」的「先遣理論」

即使我們已理解到：「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」，也還無從開始進行「構成要件適用」；必須先行澄清內容錯誤百出的「法條競合理論」：

1. 「法條競合」應先正名為「構成要件競合」

在「罪刑法定主義」之下，所有的「構成要件」均屬「法律保留」；因而，所有「構成要件」均屬「法條規定」。當「法條規定」均以抽象的法條形式出現，則「構成要件」乃屬全然不涉及任何「事實」的抽象規定。

現今一般均以「法條競合」來指稱「構成要件競合」，事實上，未免「言過其實」；因為刑法法條所規定者，並不僅限於「構成要件」，尚有「阻卻違法事由」、「阻卻責任事由」，乃至於「刑罰」的相關規定。然而，所謂「法條競合」其實只是指「（這個）構成要件」和「（那個）構成要件」以某種「關係」形式「同時併存」而已。因此，使用「構成要件競合」來指稱「法條競合」之所指，毋寧更貼切。

職是之故，我們先將「法條競合」正名為「構成要件競合」。

2. 「構成要件競合」乃「構成要件」和「構成要件」「同時併存」的「形式關係」

既然「構成要件」均屬「抽象」的形式規定——亦即不涉及任何「具體」的「事實」——，則「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「形式關係」。也就因此，探討「構成要件競合」的概念，全然不必也不可以涉及任何的「事實」，否則將導致許多理解上的錯誤。

由於不涉及任何「事實」，因此我們只要翻閱刑法典，看看其所規定的「構

^{*} 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，國立臺北大學法律系教授。

成要件」，就可以判斷「（這個）構成要件」和「（那個）構成要件」間是否存在具有「構成要件競合」的「關係」。

但要注意，這裡所謂「刑法所規定的『構成要件』」，並不等於「刑法所『直接』加以規定的『構成要件』」，而是指「刑法所『直接』加以規定的『構成要件』」，以及刑法直接規定其『認識源』而必須藉由法律適用者自行推演方得以呈現的『構成要件』」。後者其實就是一般所稱的「修正構成要件」。

舉例來說，刑法並沒有「直接」規定「未遂構成要件」，而只是規定著第二十五條第一項的「修正公式」；法律適用者，必須自行先行在刑法分則上找到一個「既遂構成要件」，再將依第二十五條第一項的「修正公式」，將之「修正」為「未遂構成要件」。同理，刑法上也沒有「直接」規定「共同正犯構成要件」、「教唆犯構成要件」、「幫助犯構成要件」，亦是由法律適用者，自行先行在刑法分則上找到一個「單獨正犯構成要件」，再分別將依第二十八條、第二十九條第一項和第三十條第一項的「修正公式」，將之「修正」為「共同正犯構成要件」、「教唆犯構成要件」和「幫助犯構成要件」。另外，第十五條第一項和第二項亦均屬將「作為犯構成要件」修正為「不純正不作犯構成要件」的「修正公式」。可見，在「罪刑法定主義」下，所謂「構成要件」必須由法律「明文」規定，其最精確的理解應是：「構成要件」的「認識源」必須是「實定」的。

其實刑法也不只具有「修正構成要件」，還有「修正構成要件」的「修正構成要件」，例如「共同殺人未遂構成要件」，因此若不能嫻熟於個別「構成要件」的認識，也很難進一步探討「構成要件競合」的概念。

3. 「構成要件競合」乃「構成要件」和「構成要件」間的「全——偏關係」

即使「構成要件」應由法律所「明定」，但由於「修正構成要件」和「修正構成要件」的「修正構成要件」，乃至於「修正構成要件」的「修正構成要件」的「修正構成要件」的存在，至少在理論上，刑法上究竟存在多少個構成要件，難以數計。

在此情況下，「構成要件競合」絕非得顧名思義僅止於指稱「構成要件」和「構成要件」同時併存於「刑法典」而已，否則只是說「所有」「構成要件」同時併存於「刑法典」，似乎沒有任何討論的價值。

要探討所謂「構成要件競合」，首先我們必須先選定二個「構成要件」，進而判斷「這個」「構成要件」和「那個」「構成要件」間，是否具有「某種」「特定」的「形式關係」。而這種「特定」的「形式關係」，完全未為「構成要件競合」這樣的用語所表達。

所謂「構成要件競合」，最精確的定義是：「這個」「構成要件」和「那個」

「構成要件」間，「這個」「構成要件」不僅自己就是一個刑法所「明定」的「構成要件」，同時，也在形式上，作為「那個」亦為刑法所「明定」的「構成要件」的「部分」；在此情況下，則「那個」「構成要件」之於「這個」「構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「這個」「構成要件」之於「那個」「構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。

舉例來說，我們先選定刑法第二百七十一條第一項所規定的「殺人構成要件」，以及第三百三十二條第一項的「強盜殺人構成要件」，就這二個「特定」「構成要件」來說，「殺人構成要件」不僅自己就是一個刑法所「明定」的「構成要件」，同時，也在形式上，作為「那個」亦為刑法所「明定」的「強盜殺人構成要件」的「部分」，在此情況下，則「強盜殺人構成要件」之於「殺人構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「殺人構成要件」之於「強盜殺人構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。

如果我們選定的是到刑法第三百二十八條第一項所規定的「強盜構成要件」，以及「強盜殺人構成要件」，就這二個「特定」「構成要件」來說，「強盜構成要件」不僅自己就是一個刑法所「明定」的「構成要件」，同時，也在形式上，作為「那個」亦為刑法所「明定」的「強盜殺人構成要件」的「部分」，在此情況下，則「強盜殺人構成要件」之於「強盜構成要件」，也一樣具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「強盜構成要件」之於「強盜殺人構成要件」，也一樣具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。

雖然，「殺人構成要件」和「強盜構成要件」之於「強盜殺人構成要件」，均構成「構成要件競合」的「偏——全關係」，但如果我們選定的是「殺人構成要件」和「強盜構成要件」，則這二個「構成要件」雖然均自己就是一個刑法所「明定」的「構成要件」，但在形式上，彼此之間並無「全——偏關係」或「偏——全關係」的存在，因而二者間並不構成「構成要件競合」。

可見，「這個」「構成要件」和「那個」「構成要件」間，不是構成「構成要件競合」，就是不構成，別無第三種可能。而且，「這個」「構成要件」和「那個」「構成要件」間構成「構成要件競合」，「這個」「構成要件」也同時和「第三個」「構成要件」間構成「構成要件競合」，也未必就等於「這個」「構成要件」和「第三個」「構成要件」間就構成「構成要件競合」。

但要注意，二個「特定」的「構成要件」間，是否「構成要件競合」，通常並不是一目了然，除必須就個別「構成要件」的結構有所先行掌握外，時或必須運用某些「改寫技術」，方能一窺究竟。例如，「關係代名詞改寫法」。

舉例來說，「殺人構成要件」和刑法第二百七十二條第一項所規定的「殺直系血親尊親屬構成要件」間，是否構成「構成要件競合」，似乎很難憑裸眼的觀察而加以確定；但如果我們將「殺直系血親尊親屬構成要件」，依「關係代名詞改寫法」改寫成：「（行為人）殺人，who 是其直系血親尊親屬」，就不難看出，「殺人構成要件」不僅自己就是一個刑法所「明定」的「構成要件」，同時，也在形式上，作為「那個」亦為刑法所「明定」的「殺直系血親尊親屬構成要件」。

的「部分」，在此情況下，則「殺直系血親尊親屬構成要件」之於「殺人構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「殺人構成要件」之於「殺直系血親尊親屬構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。

全理，若我們將刑法第二百七十四條第一項所規定的「產婦殺嬰構成要件」依「關係代名詞改寫法」改寫成：「具有被害人之母身分的行為人殺人，who 是其生產中或甫出生的子女」，也一樣不難看出，「殺人構成要件」不僅自己就是一個刑法所「明定」的「構成要件」，同時，也在形式上，作為「那個」亦為刑法所「明定」的「產婦殺嬰構成要件」的「部分」，在此情況下，則「產婦殺嬰構成要件」之於「殺人構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「殺人構成要件」之於「產婦殺嬰構成要件」即具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。

從上述二個例子來看，我們發現一個很有趣的現象，其實「構成要件競合」和「基本構成要件」、「加重構成要件」、「減輕構成要件」，乃至於「加重構成要件要素」和「減輕構成要件要素」，均屬「同義字」！！！！

一旦，「這個」「構成要件」和「那個」「構成要件」間，構成「構成要件競合」，則「這個」「構成要件」不是「那個」「構成要件」的「基本構成要件」，就是「那個構成要件」的「加重構成要件」或「減輕構成要件」；雖然僅就「構成要件」的規定形式，我們無從確定「這個」「構成要件」是「那個」「構成要件」的「基本構成要件」、「加重構成要件」或「減輕構成要件」，而必須將視線延伸至其「法律效果」，合併加以觀察。然而，從「加重」和「減輕」均屬「相對」的「關係」概念來看，則「基本構成要件——加重構成要件」關係和「減輕構成要件——基本構成要件」關係，僅屬對「同一」關係的觀察角度問題，並非不同的判斷結論。復以，「加重構成要件」和「減輕構成要件」，均以「基本構成要件」與「加重構成要件要素」或「減輕構成要件要素」相結合而構成，則「基本構成要件」、「加重構成要件」、「減輕構成要件」、「加重構成要件要素」和「減輕構成要件要素」均屬「同一」關係的「衍生」概念；從這個角度來看，此六者又屬「同一」概念，因為其互為界定，互為說明。所以我們說：「構成要件競合」和「基本構成要件」、「加重構成要件」、「減輕構成要件」，乃至於「加重構成要件要素」和「減輕構成要件要素」，均屬「同義字」！！！！

至於，究竟有多少種「改寫方法」，相信沒有人能回答，畢竟「方法」取決於「目的」，我們只能說，除了「關係代名詞改寫法」，「因果關係階段改寫法」是較常見且有效的方法。

舉例來說，如果我們選定「強盜構成要件」、第三百二十五條第一項所規定的「搶奪構成要件」、第三百二十條第一項所規定的「竊盜構成要件」，以及第三百零四條第一項所規定的「強制構成要件」，而將之分別改寫為「竊→強→制→取」、「竊→強→取」、「竊→取」，以及「竊→強→制」，則很容易觀察出，「搶奪構成要件」、「竊盜構成要件」和「強制構成要件」，均不僅自己就是一個刑法所「明

定」的「構成要件」，同時，也在形式上，作為「那個」亦為刑法所「明定」的「強盜構成要件」的「部分」，在此情況下，則「強盜構成要件」之於「搶奪構成要件」、「竊盜構成要件」和「強制構成要件」，均具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「搶奪構成要件」、「竊盜構成要件」和「強制構成要件」之於「強盜構成要件」，也均具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。

再進一步來看，「搶奪構成要件」之於「竊盜構成要件」，亦具有「構成要件競合」這樣的「全——偏關係」，或說：「竊盜構成要件」之於「搶奪構成要件」，也具有「構成要件競合」這樣的「偏——全關係」。因而，「強盜構成要件」、「搶奪構成要件」和「竊盜構成要件」間具有三個「構成要件競合」的關係：「強盜構成要件」和「搶奪構成要件」一個、「強盜構成要件」和「竊盜構成要件」間又一個，而「搶奪構成要件」和「竊盜構成要件」間又有著第三個。

由此可以看出：「構成要件競合」是二個「特定」構成要件」間的關係。若三個或三個以上「特定」構成要件」間的關係，並不可能是「構成要件競合」，充其量是『構成要件競合』和『構成要件競合』的『競合』，乃至於『構成要件競合』、『構成要件競合』和『構成要件競合』的『競合』。

但是，就「同一」構成要件」均構成「偏——全關係」的二個「特定」構成要件」，該二者間未必構成「構成要件競合」，例如，之於「強盜構成要件」均構成「偏——全關係」的「強制構成要件」和「竊盜構成要件」間，即不具有「構成要件競合」的關係；就「同一」構成要件」均構成「全——偏關係」的二個「特定」構成要件」，該二者間也未必構成「構成要件競合」，例如，之於「強盜構成要件」均構成「全——偏關係」的「強盜殺人構成要件」和「強盜致死構成要件」間，即不具有「構成要件競合」的關係。

另外，萬勿將「因果關係階段改寫法」誤解為「行為階段改寫法」，因為當前所謂的「行為階段」，尚包括全然未啟動「因果進程」的「預備階段」。舉例來說，「殺人既遂構成要件」之於「殺人未遂構成要件」構成「構成要件競合」的「全——偏關係」，因為所有「既遂構成要件」均可改寫為「已著手於構成要件之實行而啟動因果進程——經未遂之階段——而到達既遂階段」的形式，而所有「未遂構成要件」均可改寫為「已著手於構成要件之實行而啟動因果進程——雖經未遂之階段——但未到達既遂階段」的形式。如此，乃依「因果關係階段改寫法」。但「預備殺人構成要件」和「殺人既遂構成要件」或「殺人未遂構成要件」均不構成「構成要件競合」——即使「預備殺人」屬「殺人」的「行為階段」概念；因為，所有「預備構成要件」均可改寫為「尚未著手於構成要件之實行而啟動因果進程前而預備之」的形式。總之，當「殺人既遂構成要件」和「殺人未遂構成要件」必然構成「構成要件競合」的關係時；「預備殺人構成要件」和「殺人既遂構成要件」或「殺人未遂構成要件」必然均不構成「構成要件競合」的關係。

除了前述之外，有種「質同量異理解法」，就「構成要件競合」的判斷，也值得一提：

從刑法第十條第五項對「重傷害」的「立法定義」，可以很容易看出，「傷害」和「重傷害」間的關係，是種「量變」的概念。也就是說，「傷害」和「重傷害」間的關係，是種「同質異量」的概念。

因而，「重傷害構成要件」和「傷害構成要件」間，其「構成要件競合」的「全——偏關係」，較諸其他「構成要件競合」的「全——偏關係」更顯而易見。但在此同時，其間細節的表述，卻更麻煩。

舉例來說，「強盜構成要件」乃均作為其「偏構成要件」的「竊盜構成要件」和「強制構成要件」的「結合構成要件」。由於「竊盜構成要件」以保護「財產法益」為目的，而「強制構成要件」以保護「自由法益」為目的，因而就「強盜構成要件」的結合形式，不僅屬客觀構成要件的「強盜構成要件行為」，是由「異質」的「竊盜構成要件行為」和「強制構成要件行為」相結合而成，即使是屬主觀構成要件的「強盜構成要件故意」，亦是由「異質」的「竊盜構成要件故意」和「強制構成要件故意」相結合而成；且其二二間並無也不可能出現「量變關係」。

然而，「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」卻屬「同質構成要件」，二者均以保護「身體法益」為目的。因而屬「重傷害構成要件」的客觀構成要件的「重傷害構成要件行為」，之於作為其「偏構成要件」的「傷害構成要件」的客觀構成要件的「傷害構成要件行為」，是以「相對關係」加以表述。這種「相對關係」不僅是種「比較關係」，而且是種「必要的發展關係」，也就是說，「重傷害構成要件行為」是指「必先經傷害而『量變』成為重傷害的構成要件行為」。換言之，「傷害構成要件行為」乃「重傷害構成要件行為」的「必要量性條件」。

全理，「重傷害構成要件故意」是指「必先經傷害而『量變』成為重傷害的構成要件故意」。也因而，「傷害構成要件故意」乃「重傷害構成要件故意」的「必要量性條件」。

當所謂「死亡」乃「生理機能」的全然喪失，若不對「生理機能」發動攻擊，是無以造成「死亡」的。對於「生理機能」發動攻擊，實亦即對「身體法益」發動攻擊。因此，對「生命法益」的攻擊，必須也不可能想像不經由對「身體法益」的攻擊。所以，所謂對「生命法益」發動攻擊，其實就是對「身體法益」發動攻擊，漸次加深加鉅其發生「實害」的程度，而最終止於「生理機能」的全然喪失，而「質變」為「生命法益」發生「實害」。

由是觀之，「生命法益」發生「實害」的過程，乃對「身體法益」發生「實害」的加深加鉅「量變」，最終演變成「生命法益」發生「實害」的「質變」。質言之，未經「身體法益」的「實害」發生，不可能出現「生命法益」的「實害」發生。

事實上，這樣的理解，也是「法定的」。現行刑法第二百七十七條第二項前段和第二百七十八條第二項，分別規定有「傷害而過失致人於死構成要件」和「重傷害而過失致人於死構成要件」。此二構成要件規定中均使用的「致」字，不啻宣示，「身體法益」的「實害」若加深加鉅，這樣的「量變」有可能導「致」「生命法益」發生「實害」的「質變」。

既然攻擊「生命法益」必經攻擊「身體法益」，也就因此，不經「身體法益」發生「實害」的階段，根本不可能使「生命法益」發生「實害」。且由於在「身體法益」發生「實害」的階段中，必須「量變」加深加鉅其「實害」的程度，方得「質變」為「生命法益」發生「實害」。因而，不能想像「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」不作為「殺人構成要件」的「偏構成要件」。「殺人構成要件」之於「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」，均構成「構成要件競合」關係。

且由於「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」間亦構成「構成要件競合」關係，因而「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」和「殺人構成要件」間，形成「構成要件競合」、「構成要件競合」和「構成要件競合」的「競合」。

質言之，相對於「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」，「殺人構成要件」乃作為二者的「全構成要件」；亦即，前二者均作為最後者的「偏構成要件」。

綜上所述，我們不難理解到，如果就「個別」「構成要件」不能掌握理解能力，即使熟記「構成要件競合」的定義，亦欠缺「適格」的判斷對象，而難為功。

但無論如何，就二個「特定構成要件」，其間不是具有「構成要件競合」的關係，就是不具有，並無第三種可能。而且，且最重要的是，這種「全——偏關係」是純粹抽象的形式關係，全然不涉及任何「具體」事實。在上述的說明中，我們完全未，也不可以藉助於任何「具體」事實，即使藉助於「事實」概念，仍屬抽象的概念，毫無具體的成分。

總之，「構成要件競合」的「全——偏關係」判斷，是種形式關係判斷，這是最要把握的。

4. 「全構成要件」的適用範圍必然小於「偏構成要件」的適用範圍

如前所述，其實「構成要件競合」、「基本構成要件」、「加重構成要件」、「減輕構成要件」，乃至於「加重構成要件要素」和「減輕構成要件要素」，均屬「同義字」；因而，「全構成要件」不僅具有「偏構成要件」所具有所有「構成要件要素」，尚且另行具有「加重構成要件要素」或「減輕構成要件要素」。

一旦就一個「具體」事實進行「構成要件適用」，由於「全構成要件」所具有的「構成要件要素」較多，且其包含「偏構成要件」所具有的所有「構成要件要素」，因此，一旦這個「具體」事實「實現」「全構成要件」，則該「同一」「具體」事實也必然「實現」「偏構成要件」；反之，一個「具體」事實「實現」「偏構成要件」，該「同一」「具體」事實卻未必「實現」「全構成要件」。所以，「全構成要件」的適用範圍必然小於「偏構成要件」的適用範圍。

換言之，相對上，「偏構成要件」較「全構成要件」具有更大的機會被實現。

請注意：這樣的結論，我們仍然純粹基於形式的推理，並未訴諸任何「具體」的事實；即使我們提到「『具體』事實」，也只不過運用「『具體』事實」的概念，而非運用任何「具體」事實。

5. 小結：「構成要件競合理論」乃「構成要件適用理論」的「先遣理論」

我們費了好大的功夫來說明何謂「構成要件競合」，以及如何判斷二個「特定」「構成要件」間是否具有「全——偏關係」；這當然不只是純粹爲了興趣，或只是當成一種思考遊戲。

立法者規定「構成要件」，即使在形式上是「中性」的，但其均隱藏著「價值判斷」的標準——至少也隱藏著「價值判斷」的推定標準。因而，判斷一個「真實」事實是否「實現」一個「特定」「構成要件」，不只是一種「事實」和「規定」的「合致」關係判斷，實乃一種「評價」行動。換句話說，「構成要件適用」絕非不涉及「價值」的判斷，而是一種「評價」程序。

當一個「具體」事實「實現」「全構成要件」，該「同一」「具體」事實也必然「實現」「偏構成要件」時；不啻就「同一」「具體」事實，分別以二個「構成要件」進行「評價」，在此情況下，「實現」「偏構成要件」的「事實部分」，不僅爲「全構成要件」所「評價」，亦爲「偏構成要件」所評價——亦即被「重覆評價」。

「構成要件適用」目的，絕非僅止於「評價」，而是指向「法律效果」——刑罰！若前述「事實部分」被「重覆評價」，則行爲人將有可能因「同一事實（部分）」，而被「重覆處罰」。「禁止一事二罰」乃法治國所不能容忍的，所以，如何化解「重覆評價」而導致的「一事二罰」危機，成爲如何決定「構成要件該當性」的最高指導原則。

「構成要件競合理論」雖足以用以說明「重覆評價」而導致的「一事二罰」危機何以發生，但並不能提供解的方案，這端賴「構成要件適用理論」去尋求解套的方法。因而，「構成要件競合理論」乃「構成要件適用理論」的「先遣理論」，並非其內容的一部分！

（待續）