

「構成要件適用」的操作流程(四)

鄭逸哲*

五、「法律有漏洞」情況下的「構成要件適用」

1. 「罪刑法定主義」和「充分評價」

截至目前為止，我們都僅就現行刑法的「構成要件」規定，能找到「充分評價」的「構成要件」而進行「構成要件適用」加以討論。但以有限之法律御無窮之事物，勢必有所不逮。但刑法受限於「罪刑法定主義」的「保障機能」，不若民法的適用，法院得以習慣法或法理加以補充，因而時生無以既有之「構成要件」對於「構成要件適用」的「適格事實對象」進行「充分評價」——甚至，完全無從以「構成要件」加以「評價」。

換言之，基於「保障機能」的「罪刑法定主義」與基於「規範機能」的「充分評價」，在進行「構成要件適用」時，往往陷於衝突。由於「罪刑法定主義」具有憲法位階，而「充分評價」則無，因此一旦二者發生衝突，自當捨「充分評價」而就「罪刑法定主義」。

但要注意！即使在如此「法律有漏洞」的情況下，所謂捨「充分評價」而就「罪刑法定主義」，並非指全然放棄以「構成要件」進行「評價」，最精確的理解是：在「罪刑法定主義」的範圍內，以「構成要件」進行「儘量充分評價」。

詳述如下：

2. 「從重擇一關係」和「構成要件該當性」

時至今日，幾乎毫無例外，一般人均誤「擇一關係」誤認為其屬「法條競合」的一種類型，其實這是天大的錯誤。如前所述，「法條競合」（或更精確稱為「構成要件競合」），乃指「構成要件」和「構成要件」間的——不涉及任何「事實」的——形式上「必然」關係，「擇一關係」卻是涉及事實，而因「偶然」的「法律有漏洞」，才會出現的問題。

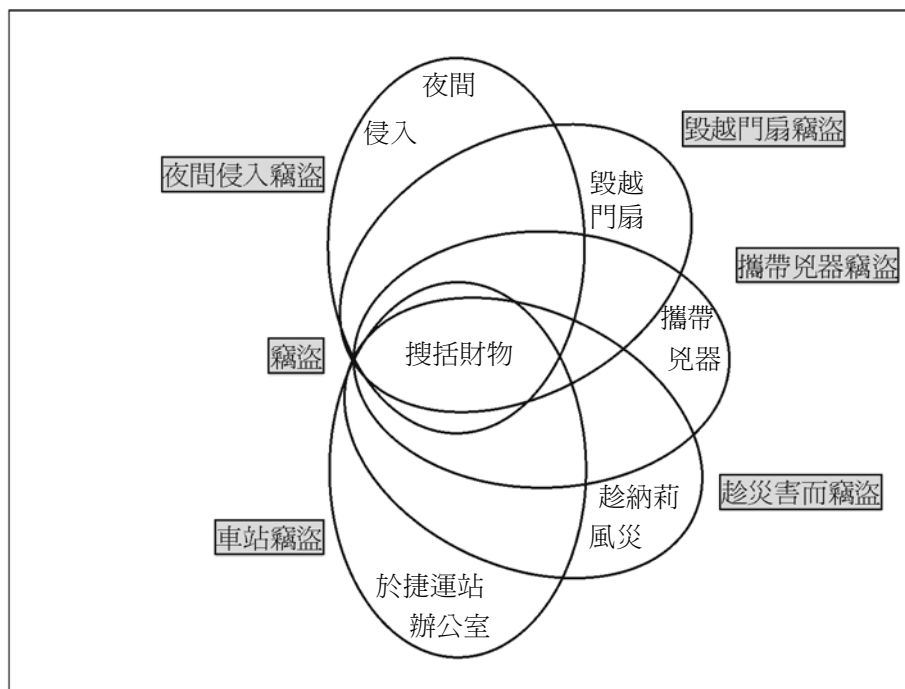
如果不存在「法律漏洞」，於進行「構成要件適用」時，因為「罪刑法定主義」和「充分評價」，並不會發生衝突，亦即二者均能被遵守，因此充其量只有數個「構成要件實現性」中，哪一個作為「構成要件該當性」的問題。

舉例來說，甲持刀偷乙的自行車，其既具有「竊盜構成要件實現性」，又具有「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」，但因為「攜帶兇器構成要件」之於「竊盜構成要件」構成「全一偏關係」，所以以「攜帶兇器竊盜構成要件實現性」作為其「構成要件該當性」，而犯「攜帶兇器竊盜罪」。這樣不僅符合「罪刑法定主義」，也做到「充分評價」。

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，國立臺北大學法律學系教授。

然而，例如：「趁納莉風災大水之際，攜帶兇器，於夜間毀越門扇而侵入台北捷運中山國中站辦公室內搜括財物」，行為人所具有的「構成要件實現性」高達十六個之多：「竊盜（既遂）構成要件實現性」、「竊盜未遂構成要件實現性」、「夜間侵入竊盜（既遂）構成要件實現性」、「夜間侵入竊盜未遂構成要件實現性」、「無故侵入住宅（既遂）構成要件實現性」、「無故侵入住宅未遂構成要件實現性」、「毀越門扇竊盜（既遂）構成要件實現性」、「毀越門扇竊盜未遂構成要件實現性」、「毀損（既遂）構成要件實現性」、「毀損未遂構成要件實現性」、「攜帶兇器竊盜（既遂）構成要件實現性」、「攜帶兇器竊盜未遂構成要件實現性」、「趁災害之際竊盜（既遂）構成要件實現性」、「趁災害之際竊盜未遂構成要件實現性」、「車站竊盜（既遂）構成要件實現性」和「車站竊盜未遂構成要件實現性」。

我們現僅就行為人所具有的「既遂構成要件實現性」圖示如下：



當「竊盜（既遂）構成要件」之於：「夜間侵入竊盜（既遂）構成要件」、「毀越門扇竊盜（既遂）構成要件」、「攜帶兇器竊盜（既遂）構成要件」、「趁災害之際竊盜（既遂）構成要件」和「車站竊盜（既遂）構成要件」均具有抽象形式上的「偏——全關係」時，後五者之間，——雖然五者具有「竊盜（既遂）構成要件」的「交集」——，但每二二間均不具有「全——偏關係」。

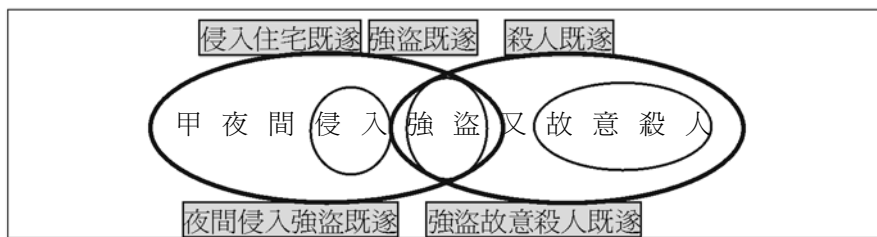
面對這樣的事實，我們根本無法遵循「充分評價原則」，因為之於「竊盜（既遂）構成要件」均構成「全——偏關係」的五個「加重構成要件」的「構成要件實現性」：「夜間侵入竊盜（既遂）構成要件實現性」、「毀越門扇竊盜（既遂）構成要件實現性」、「攜帶兇器竊盜（既遂）構成要件實現性」、「趁災害之際竊盜（既遂）構成要件實現性」和「車站竊盜（既遂）構成要件實現性」。

盜（既遂）構成要件實現性」就僵持在那。如果我們不捨棄或不修正「充分評價原則」即不可能產生「構成要件該當性」。

在「禁止一事二罰原則」下，我們只能就這五個「構成要件實現性」者「任擇其一」作為行為人所具有的「構成要件該當性」。而在此時，我們也順勢將「充分評價原則」修正為「儘量充分評價原則」¹。

從上面這些說明，我們可以想見，若「構成要件」和「構成要件」的抽象形式關係間具有「交集」，但卻不具有「全——偏關係」的話，則在具體適用時，將有可能發生找不到單一構成要件以符合「充分評價原則」的方式，去「切割」出「區塊事實」，但這是我們遵循「罪刑法定主義」，為擁護「刑法作為市民自由的大憲章」，所必然要付出的代價。所以只能將「充分評價原則」修正為「儘量充分評價原則」。

但上述卻還不是「擇一關係」完整說明，我們再看例子：「甲夜間侵入強盜又故意殺人」，我們僅就甲所具有的「既遂構成要件實現性」圖示如下：



就「既遂構成要件」，甲共具五個「構成要件實現性」：「無故侵入住宅（既遂）構成要件實現性」、「強盜（既遂）構成要件實現性」、「殺人（既遂）構成要件實現性」、「夜間侵入強盜構成要件實現性」和「強盜故意殺人構成要件實現性」；因「夜間侵入強盜構成要件」之於「無故侵入住宅（既遂）構成要件」和「強盜（既遂）構成要件」，以及「強盜故意殺人構成要件」之於「強盜（既遂）構成要件」和「殺人（既遂）構成要件」均具有形式上的必然「全——偏關係」，因而「無故侵入住宅（既遂）構成要件」、「強盜（既遂）構成要件」和「殺人（既遂）構成要件」均不能作為「構成要件該當性」的適用依據。

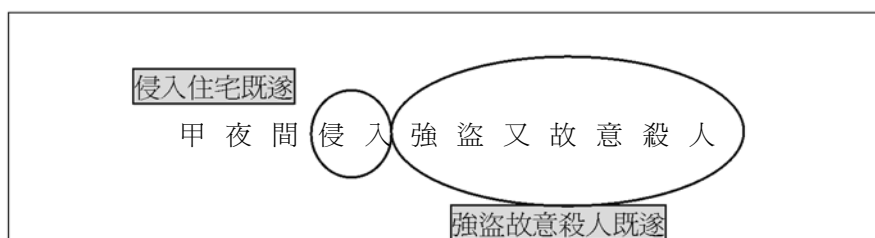
現在只剩下「夜間侵入強盜構成要件實現性」和「強盜故意殺人構成要件實現性」，但不能二者均作為「構成要件該當性」，否則就滿足「強盜構成要件」的事實部分會發生「一事二罰」，因而只能「擇一」作為其「構成要件該當性」，但並非「任擇其一」，而是「從重擇一」，否則並不能符合「儘量充分評價原則」。即甲從重以其所具的「強盜故意殺人構成要件實現性」作為「構成要件該當性」——其「構成要件該當性」為「強盜故意殺人構成要件該當性」。

由此可以看出，——比前面更精確地說——「『禁止一事二罰』暨『儘量充分評價』原

¹ 黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，收錄於氏著：刑法問題與利益思考，1996年12月，353頁：「我們不容許評價過多，也不容許評價不足」，這當指「理想」，但在「罪刑法定主義」之下，我們為了更高的目的，不得不棄守這項原則。

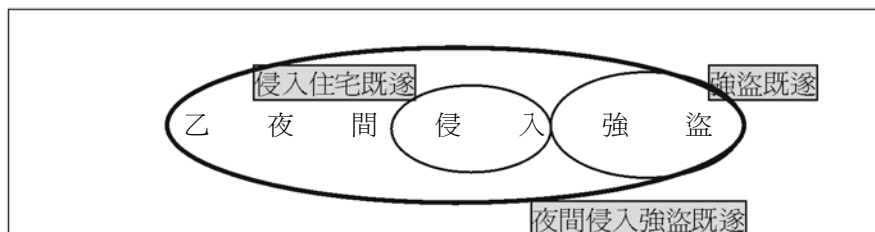
則」即「『構成要件該當性』決定原則」。詳言之：

- 只具有一個「構成要件實現性」，則該「構成要件實現性」，當然即是「構成要件該當性」。（「構成要件該當性」第一適用律）
 - 具有數個「構成要件實現性」，即使均作為「構成要件該當性」，亦不生「一事二罰」的問題，則該數個「構成要件實現性」，同時作為「構成要件該當性」。（「構成要件該當性」第二適用律）
 - 具有數個「構成要件實現性」，均作為「構成要件該當性」，將發生「一事二罰」的問題，則在具有「使被告被重覆處罰之虞關係」的「構成要件實現性」間，依其構成要件的「全——偏關係」決定「構成要件該當性」；若尚不足決定「構成要件該當性」時，則依「從重擇一關係」決定其「構成要件該當性」。（「構成要件該當性」第三適用律）
- 要特別注意，在上例中，不得在「強盜故意殺人（既遂）構成要件該當性」外又單獨成立一個「無故侵入住宅（既遂）構成要件該當性」，這是常見的錯誤，因為常有人誤以為：



因而誤以為在「強盜故意殺人（既遂）構成要件該當性」外，單獨成立一個「無故侵入住宅（既遂）構成要件該當性」，不僅不會發生「一事二罰」，而且可以「充分評價」。但這違反了「就『構成要件該當性』應『優先』適用之構成要件不得割裂適用原則」。

如果在此可以另行成立「無故侵入住宅（既遂）構成要件該當性」，那在下列情況下，可不可說乙同時具有「無故侵入住宅（既遂）構成要件該當性」和「強盜（既遂）構成要件該當性」呢？這樣不違反「一事二罰」，也可以「充分評價」呢？



「『禁止一事二罰』暨『儘量充分評價』原則」是「『構成要件該當性』決定原則」沒錯，但是以同一「區塊事實」同時作為多數「構成要件實現性」的「部分事實」為前提；若非如此，即無該原則的適用。所以才說：「只具有一個『構成要件實現性』時，則該『構成要件實現性』，當然即是『構成要件該當性』」（第一適用律），以及「具有數個『構成要件實現性』，即使均作為『構成要件該當性』，亦不生『一事二罰』的問題，則該數個『構

成要件實現性』，同時作為『構成要件該當性』」（第二適用律）。

但乙就其「夜間侵入強盜」的事實，所具有的三個「既遂構成要件實現性」：「無故侵入住宅（既遂）構成要件實現性」、「強盜（既遂）構成要件實現性」和「夜間侵入強盜（既遂）構成要件實現性」，並不能「均」作為「構成要件該當性」，否則就「侵入事實」部分和「強盜事實」部分，均將發生「一事二罰」，故此例並無適用「第二適用律」的可能。

所以應適用「第三適用律」：「具有數個『構成要件實現性』，均作為『構成要件該當性』，將發生『一事二罰』的問題，則在具有『使被告被重覆處罰之虞關係』的『構成要件實現性』間，依其構成要件的『全——偏關係』決定『構成要件該當性』；若尚不足決定『構成要件該當性』時，則依『從重擇一關係』決定其『構成要件該當性』」。

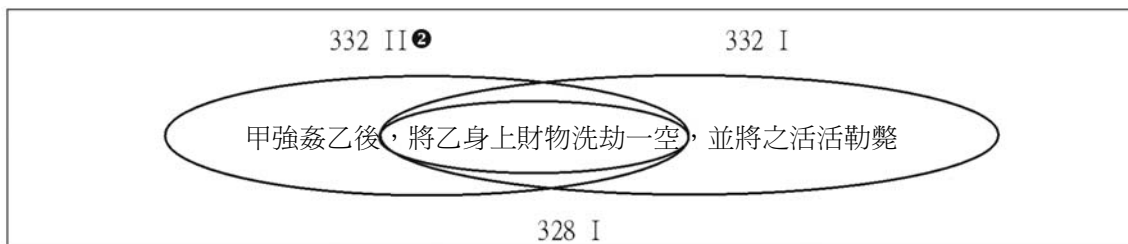
依之，僅在處理甲所具有的「無故侵入住宅（既遂）構成要件實現性」和「夜間侵入強盜構成要件實現性」部分時，即因「夜間侵入強盜構成要件」之於「無故侵入住宅（既遂）構成要件」具有「全——偏關係」而應「優先」適用；也就是說，在「構成要件該當性」尚未決定時，「無故侵入住宅（既遂）構成要件」就確定被「淘汰」，不得作為「構成要件該當性」的適用依據，怎會後來又出現一個「無故侵入住宅（既遂）構成要件該當性」？

總之，「『禁止一事二罰』暨『儘量充分評價』原則」作為「『構成要件該當性』決定原則」，是以同一「區塊事實」同時作為多數「構成要件實現性」的「部分事實」為前提；因而「就『構成要件該當性』應『優先』適用之構成要件不得割裂適用原則」成為其不可分割的「衍生原則」。

現在，我們將「就『構成要件該當性』應『優先』適用之構成要件不得割裂適用原則」簡稱為「最大構成要件適用不得分割適用原則」，然後再利用以下的例子，徹底把這個觀念搞清楚：

甲強姦乙後，將乙身上財物洗劫一空，並將之活活勒斃。問：本案如何論處？

如果我們用「圈圈法」來圈：



如此看來，甲具有以「強盜構成要件實現性」為「交集」的二個「較大」的「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」；而基於「從重擇一適用」的原理，甲應適用「強盜殺人構成要件」而成立其「構成要件該當性」，而犯「強盜殺人罪」。

本案例事實題解為：

①
②
③

1. 自其「強姦乙後，將乙身上財物洗劫一空」的事實部分而為觀察：

- ① 依刑法第三百三十二條第二項第二款的規定，同一行為人於強盜時，又強制性交者，具有「強盜強制性交構成要件實現性」。
- ② 本案中，同一行為人甲於將乙身上財物洗劫一空而強盜時，又強姦乙而強制性交。
- ③ 故甲具有「強盜強制性交構成要件實現性」。

2. 自其「將乙身上財物洗劫一空，並將之活活勒斃」的事實部分而為觀察：

- ① 依刑法第三百三十二條第一項的規定，同一行為人於強盜時，又故意殺人者，具有「強盜殺人構成要件實現性」。
- ② 本案中，同一行為人甲於將乙身上財物洗劫一空而強盜時，又將之活活勒斃而故意殺人。
- ③ 故甲具有「強盜殺人構成要件實現性」。

3. 關於其「構成要件該當性」的問題：

- ① 依學理，就同一整體事實分別加以觀察，雖個別使數個具有部分交集的構成要件被滿足，若使該數個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將發生「一事二罰」，則應從重擇一適用構成要件，而犯該構成要件之罪。
- ② 本案，就甲所為的同一整體事實分別加以觀察，雖個別使就強盜部分具有交集的「強盜強制性交」和「強盜殺人」二個構成要件被實現，若使這二個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將就其「強盜」事實部分發生「一事二罰」。
- ③ 故對甲應從重適用「強盜殺人構成要件」，而犯「強盜殺人罪」。

但實務界有些人，就是要「圈」成：

221 I

甲強姦乙後，將乙身上財物洗劫一空，並將之活活勒斃

332 I

因為他們認為：這樣可以在不發生「一事二罰」的情況下，甲同時成立「強制性交構成要件該當性」和「強盜殺人構成要件該當性」，而依刑法第五十條的規定，併罰其所犯的「強制性交罪」和「強盜殺人罪」。

這樣是不對的！因為，如果照這樣的看法，用「圈圈法」不也可以圈成：

332 II ②

甲強姦乙後，將乙身上財物洗劫一空，並將之活活勒斃

271 I

也可以圈成：



那不變成：就本案，併罰甲所犯的「強盜強制性交罪」和「殺人罪」也對，或併罰其所犯「強制性交罪」、「強盜罪」和「殺人罪」也對囉？

所以再提醒一次：構成要件的適用以其「最大」「構成要件實現性」的「構成要件」為準。只要不是「最大的」，該構成要件即無適用的餘地，否則將使法官具有任意切割「最大」構成要件適用之權，則構成要件之適用將陷入恣意。

就本案，如果我們承認法官併罰甲所犯的「強制性交罪」和「強盜殺人罪」，或併罰甲所犯的「強盜強制性交罪」和「殺人罪」，或併罰其所犯「強制性交罪」、「強盜罪」和「殺人罪」都對的話，那「A於夜間侵入B宅竊盜」究竟犯何罪？不就是論斷A犯「夜間侵入竊盜罪」也對，或A犯「無故侵入住宅罪」和「竊盜罪」，但因屬想像競合犯，依第五十五條的規定，只從重成立一個「竊盜罪名」，依該罪名處罰之也對？

如果我們認為只有論斷A犯「夜間侵入竊盜罪」才對，也就是我們不承認法官可以將「最大」構成要件切割適用，那為什麼在本案就可以？如果在本案可以，那又為什麼在處理「A於夜間侵入B宅竊盜」案時，又不可以？

因此，構成要件的適用只能在遵循「最大構成要件不得切割適用」原則下而為適用。

事實上，上述題解也不完全正確！仔細想想，甲是不是也具有第二百二十六條之一中的「強制性交而殺被害人構成要件」的「構成要件實現性」呢？因為：「甲強姦乙後…並將之活活勒斃」。

「智者千慮，必有一失」，何況是在有限的考試時間內。因而，我們在參加考試時，力求儘量思考，儘量完整已足。說白了一句話：比別人強就夠了！不要不切實際，想要鉅細靡遺，否則往往會壓縮應分配給其他題目的合理處理時間，反而得不償失！

但無論如何，我們還是把本案例事實的應有「完整題解」呈現於下，畢竟讀書不完全為了考試：

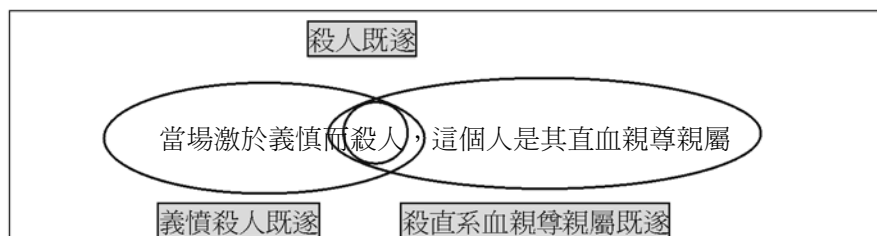
1. 自其「強姦乙後，將乙身上財物洗劫一空」的事實部分而為觀察：

- ① 依刑法第三百三十二條第二項第二款的規定，同一行為人於強盜時，又強制性交者，具有「強盜強制性交構成要件實現性」。
- ② 本案中，同一行為人甲於將乙身上財物洗劫一空而強盜時，又強姦乙而強制性交。
- ③ 故甲具有「強盜強制性交構成要件實現性」。

2. 自其「將乙身上財物洗劫一空，並將之活活勒斃」的事實部分而為觀察：

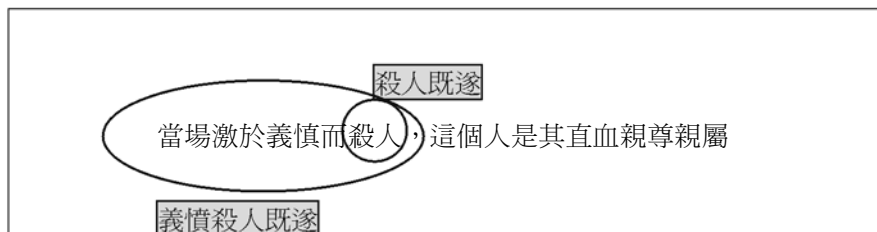
- ① 依刑法第三百三十二條第一項的規定，同一行為人於強盜時，又故意殺人者，具有「強盜殺人構成要件實現性」。
 - ② 本文中，同一行為人甲於將乙身上財物洗劫一空而強盜時，又將之活活勒斃而故意殺人。
 - ③ 故甲具有「強盜殺人構成要件實現性」。
3. 自其「強姦乙後，並將之活活勒斃」的事實部分而為觀察：
- ① 依刑法第二百二十六條之一中的規定，同一行為人於強制性交後，又故意殺被害人者，具有強制性交而殺被害人構成要件滿足性。
 - ② 本文中，同一行為人甲於強姦乙而強制性交後，又將之活活勒斃而故意殺被害人。
 - ③ 故甲具有「強制性交而殺被害人構成要件實現性」。
4. 關於其「構成要件該當性」的問題：
- ① 依學理，就同一整體事實分別加以觀察，雖個別使數個具有部分交集的構成要件被實現，若使該數個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將發生「一事二罰」，則應從重擇一適用構成要件，而犯該構成要件之罪。
 - ② 本案，就甲所為的同一整體事實分別加以觀察，雖個別使就強制性交部分、強盜部分或殺人部分具有交集的「強盜強制性交」、「強盜殺人」和「強制性交而殺被害人」三個構成要件被實現，若使這三個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，就其「強制性交」、「強盜」和「殺人」事實部分均將發生「一事二罰」。
 - ③ 故對甲應從重且擇一適用「強盜殺人構成要件」或「強制性交而殺被害人構成要件」——因為二者的構成要件該當行為之處罰一樣重——，而僅犯「強盜殺人罪」或「強制性交而殺被害人罪」一罪。

另外，同樣要注意的是：「『禁止一事二罰』暨『儘量充分評價』原則」作為「『構成要件該當性』決定原則」而適用「從重擇一原理」，是以所涉及的構成要件均屬「合法構成要件」為前提。若「加重構成要件要素」並不具有價值判斷的基礎，嚴格上說來，即屬立法者的濫權，其本身的「合法性」都有問題。換言之，「從重擇一原理」的適用，必須先行排除「不合法的構成要件」。以「當場激於義憤而殺直系血親尊親屬」為例，僅就「既遂構成要件」，行為人所具有的「構成要件實現性」圖形為：



若逕依「『禁止一事二罰』暨『儘量充分評價』原則」，則行為人所具有的「構成要件該當性」為「殺直系血親尊親屬（既遂）構成要件該當性」，但「殺直系血親尊親屬（既遂）」

構成要件」屬「違憲的」「不合法構成要件」，因此我們在適用「『禁止一事二罰』暨『儘量充分評價』原則」之前，應先將「不合法構成要件」剔除，則本例的圖形成為：



則很顯然的，其行為人所具有的「構成要件該當性」為「義憤殺人（既遂）構成要件該當性」。

綜合上述，我們可以對「構成要件該當性」提出一個完整的定義：「就『同一事實』或『同一非事實』，若具有『數個』『可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』，但其中一個『構成要件實現性』的『構成要件』足以『充分評價』，且之於其他『構成要件實現性』的『構成要件』，均構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，適用前者所產生的『構成要件實現性』，即『構成要件該當性』；若具有『數個』『可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』，但其中任何一個『構成要件實現性』的『構成要件』均不足以『充分評價』，且該數『構成要件』每二二間，雖有『交集』，但又不構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，在先行排除『不合法的構成要件』後，依『從重擇一原理』，決定其『構成要件該當性』」。

3. 小結：在「法律有漏洞」情況下，應依「儘量充分評價」暨「禁止重覆評價」原則而進行「構成要件適用」

總之，在「法律有漏洞」情況下，應依「充分評價」暨「禁止重覆評價」原則而進行「構成要件適用」！其具體內容其實就是「從重擇一原理」的適用流程：

- 先行找出所有的「構成要件實現性」；
- 繼則僅保留「全構成要件」的「構成要件實現性」，其他「偏構成要件」的「構成要件實現性」不再考慮。
- 最後於數個具有「交集」的數個「全構成要件」的「構成要件實現性」，「從重擇一」確定其「構成要件該當性」——但「不合法構成要件」的「構成要件實現性」例外並不納入考慮的範圍。

六、「吸收」和「一個罪」

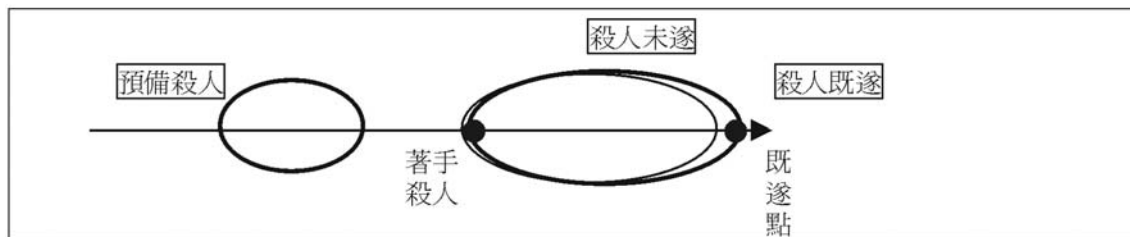
現行刑法的規定形式，是以行為人就「單純」只具有「一個」「可罰構成要件」的一個「構成要件該當性」而銜接刑罰法律效果。也就是說，如果行為人只具有「一個」「可罰構成要件」的「構成要件該當性」，就只有「一個罪」。

那我們可不可說，「一個」「可罰構成要件」的「構成要件該當性」，就是「一個罪」

呢？通常如此沒錯，但絕對堅守這樣的「原則」，有時是會出問題的。這倒不是因為「可罰構成要件」的「構成要件該當性」和「可罰構成要件」的「構成要件該當性」間出了什麼問題，而是因為「構成要件該當行為刑罰法律效果」規定和「構成要件該當行為刑罰法律效果」規定間出了問題。

以「預購開山刀，而後殺人」為例，我們對之進行「依『【全——偏關係】暨【從重擇一關係】』實現構成要件最大範圍切割」，則除了可以得到「殺人（既遂）構成要件該當性」外，還可以得到一個「預備殺人構成要件該當性」。

在這裡尤其要注意的是：「殺人（既遂）構成要件」、「殺人未遂構成要件」和「預備殺人構成要件」三者間的關係。純粹從構成要件形式上來觀察，我們可以發現「殺人（既遂）構成要件」之於「殺人未遂構成要件」間存在著必然的「全——偏關係」，所以一旦適用構成要件決定「構成要件該當性」時，二者間會發生適用此即不適用彼的問題。然而，「預備殺人構成要件」和另二者間，並不存在任何「形式上的必然關係」。因為「預備殺人構成要件」是對「著手於殺人（既遂）構成要件之實行」「前」的事進行規定，而「殺人（既遂）構成要件」和「殺人未遂構成要件」都是涉及「著手於殺人（既遂）構成要件之實行」「起」的事。也就是說，「預備殺人構成要件」和另二者間絕對不會也不可以有「交集」。圖示如下：



在此情況下，具體事實發生時，「預備殺人構成要件該當性」必然相對於「殺人（既遂）構成要件該當性」和「殺人未遂構成要件該當性」獨立存在著，絕不可能以「全——偏關係」為由而僅適用「殺人（既遂）構成要件」或「殺人未遂構成要件」。

再者，具體所發生的「預備殺特定人」事實和「殺該特定人未遂」事實或「殺該特定人既遂」事實間，也不可能依「吸收關係」而使二者構成一個「不可再分割」的「構成要件適用事實單位」，而進行「滿足構成要件最大範圍切割」。因為，「殺特定人未遂」事實發生時也好，「殺該特定人既遂」事實發生時也罷，並不「當然」，甚至往往沒有「預備殺該特定人」事實這樣的「前奏」。即使，「預備殺特定人」事實和「殺該特定人未遂」事實或「殺該特定人既遂」事實，因其「物理力的同向性」，而都在「刑法上有意義的『一件事』」中，但不要忘了，「刑法上有意義的『一件事』」是構成要件要進行切割的對象，而不是「刑法上有意義的『一件事』」必然只具有一個「構成要件該當性」，否則「刑法上有意義的『一件事』」的諸多「構成要件該當性」從何而來？

第三，「預備殺人構成要件該當性」和「殺人（既遂）構成要件該當性」或「殺人未遂構成要件該當性」間，也不可能形成適用第五十五條「想像競合犯」規定規定的關係，而「以

一罪論」。因為——如前所述——「預備殺人構成要件」是關於「著手『前』」的規定，而「殺人（既遂）構成要件」和「殺人未遂構成要件」都是涉及「著手於殺人（既遂）構成要件之實行『起』」的規定，根本不可能在其間形成「同時」關係，因而絕無適用第五十五條前段「想像競合犯」規定的可能。但「預備殺人構成要件」是否被實現，並不以「有效」的預備為實現標準，而是以其「開始預備」立即實現。也就是說，即使是「無效」的預備，「預備殺人構成要件」還是會被實現。就算在個案發生時，是因「有效」的預備而實現「預備殺人構成要件」。

如果個案發生時，是因「無效」的預備而實現「預備殺人構成要件」，則「預備殺人構成要件該當性」和「殺人（既遂）構成要件該當性」或「殺人未遂構成要件該當性」並不能適用第五十五條「想像競合犯」規定，而「以一罪論」，必須構成二個罪。那麼，是否要類推適用第五十五條「想像競合犯」規定呢？若不這樣做，「無效」的預備反較「有效」的預備有受到較嚴厲處罰的可能性，豈不悖理？如此一來，「罪刑相稱」的刑法體系豈不整個陷入動搖，犯罪時間愈短愈密集，可能愈「划算」？

那麼，所具有的「預備殺人構成要件該當性」和「殺人（既遂）構成要件該當性」，是不是就因「預備殺人構成要件」和「殺人（既遂）構成要件」均屬「可罰的構成要件」，而有二個罪定案了？還是不行，因為會發生「一事二罰」！

雖然，刑法所規定的「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」間欠缺必然的形式關係，但就「預備殺人構成要件該當行為」和「殺人未遂構成要件該當行為」或「預備殺人構成要件該當行為」和「殺人（既遂）構成要件該當行為」所規定的「刑罰法律效果」間，卻具有必然的形式關係。

刑法之所以「例外」規定有「預備構成要件」，並非對「另一個」法益加以保護，而是對「同一個」法益「提前」加以保護的考量。雖然，「預備殺人構成要件」和「殺人（既遂）構成要件」間或「預備殺人構成要件」和「殺人未遂構成要件」間不存在「偏——全關係」，但在刑罰輕重的規定上，卻是依其對「同一個」生命法益所構成的危險程度逐步加重的。也就是說，如果具體個案發生具有「預備階段」的「殺人未遂」時，則在賦予「殺人未遂構成要件該當行為」刑罰時，事實上這個「量刑」，已包括對「預備殺人構成要件該當行為」加以考量。同理，當具體個案發生具有「預備階段」的「殺人既遂」時，則在賦予「殺人（既遂）構成要件該當行為」刑罰時，事實上這個「量刑」，不僅已包括對「實現殺人未遂構成要件階段」加以考量，而且也包括對「預備殺人構成要件該當行為」加以考量。如果，我們使丙的「預備殺人構成要件該當性」和「殺人（既遂）構成要件該當性」都構成犯罪——即犯二個罪——，那就「預備階段」事實是不是會有二次「量刑」，如此一來，同一個「預備殺人」事實是不是會被「量刑」二次？是不是會造成對這一事實重覆處罰？

因而，在此為了使行為人不致因成立「預備殺人構成要件該當性」和「殺人（既遂）構成要件該當性」二個「構成要件該當性」而犯「預備殺人罪」和「殺人（既遂）罪」二個罪，進而造成「一事二罰」，我們令丙所具有的「殺人（既遂）構成要件該當性」吸收其另外具有的「預備殺人構成要件該當性」，使其所具有的「殺人（既遂）構成要件該當性」和

「預備殺人構成要件該當性」二個「構成要件該當性」「以一個『構成要件該當性』論」，而只犯一罪。

這就是一般稱為「不罰的前行為」之所由——但其實不是「不罰」，而是其罰已包括在「後行為」的「處罰」之內。但「吸收」不只適用於「不罰的前行為」，也適用於「不罰的後行為」——但注意：二者均不是「普遍」「必然」的問題，均只就個案事實「偶然」發生。

所謂「不罰的後行為」是指：「行為人具有一個構成要件該當行為後，又以另一個構成要件該當行為，就前一個構成要件該當行為所攻擊的行為客體，再次加以攻擊，但未擴大被害人法益受侵害的狀態²，基於一事不能二罰，前行為的『構成要件該當性』『吸收』後行為的『構成要件該當性』³，『以一個構成要件該當性論』，而僅犯前行為『構成要件該當性』之罪」。

簡單講，「吸收」是用來處理數個「構成要件該當性」卻只構成一個「犯罪」用的。其用語和「吸收關係」相當類似，很容易混淆，一定要特加注意：

- 「吸收」是基於「防止一事二罰」的法理；但「吸收關係」是訴諸一般人的感覺決定「一件事」內「不可再分割的適用構成要件單位」，前者是理性的，後者是感性的。
- 「吸收」是一個「構成要件該當性」「吸收」另一個「構成要件該當性」，所以是「後構成要件的」概念；但「吸收關係」是用來確定「一件事」中構成一個「不可再分割」的構成要件適用——乃至於進行「滿足構成要件最大範圍切割」——「事實單位」，所以屬「前構成要件的」概念。
- 「吸收」是確定「構成要件該當性」之後，「構成要件該當性」和「構成要件該當性」間的問題；而「吸收關係」是確定「構成要件該當性」和確定「構成要件滿足性」之前，「事實」和「事實」之間的問題。

簡單講，「吸收關係」是「構成要件該當性判斷」之前的「構成要件實現性判斷」之前的問題，而「吸收」是「構成要件該當性判斷」之後的問題。

或許是因為一般教科書，將「吸收關係」和「吸收」——就前者「延宕地」，就後者卻「提前地」——但均錯誤地列入「法條競合」之中，更加深了一般人對二者難以區別。

七、「構成要件適用」的觀念仍有待建立與強化！

在「罪刑法定主義」之下，適用法律的法院並無創設構成要件的權力，也就因此，「法律漏洞」不准填補，對於有些事實會發生「無構成要件可適用」的情形；在此同時，另有些事實，既實現「這個」構成要件，又實現「那個」構成要件，但不能二個構成要件都適用，否則將發生「一事二罰」。在「兩相夾擊」下，「構成要件適用」對於法院成為嚴峻的考驗

2 類似看法：黃榮堅，禁止雙重評價與法條競合，收錄於氏著：刑法問題與利益思考，1996 年 12 月，390 頁。

3 林山田，刑法通論（下冊），增訂 8 版，2002 年 11 月，349 和 351 頁，則極特殊地以「準用吸收關係」來處理「不罰的前行為」和「不罰的後行為」。

課題，但多年來似乎亂無章法，全依憑「直覺」與「法感」。之所以如此，刑法理論也要負起「連帶責任」，因為，刑法理論並未對「構成要件該當性」提出明確的定義，使司法在「構成要件該當性判斷」的大海中迷航。

本文嘗試對於「構成要件適用」的流程，進行初步的整理和說明，但這僅僅是開始，絕非結束。長期以來我們似乎未曾真正在這項重要課題上有所深刻的反省，充其量只是盲目「翻譯」外國理論，進而「以論代律」而「恣意適用」，這是件令人痛心且難以理解的事！

就我國刑事司法，無論學界和實務界，恐怕有必要在「構成要件該當性」和構成要件適用」的問題上，再多下功夫了！（全文完）