

從法律「動物」到法律人系列

刑事法學及其方法（七）

法條競合・想像競合・實質競合

構成要件適用方法導論

2013 年元月初版

鄭逸哲・劉柏江



Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.

從法律「動物」到法律人系列
刑事法學及其方法（七）

法條競合・想像競合・實質競合 構成要件適用方法導論

作者 / 鄭逸哲・劉柏江

經銷處 / 瑞興圖書股份有限公司・台北大學民生校區圖書部

地址 / 台北市民生東路二段 147 巷 6 弄 25 號

電話 / 02-2504-1866 02-2505-6542 傳真 / 02-2501-2049

承印 / 金樽企業股份有限公司 電話 / 02-2305-2121

定價 / 新台幣 390 元

2013 年元月初版

自序

「法律」是種抽象規定，而「法律適用」是把作為抽象規定的「法律」「適用」到具體「事實」上去。因此，「法律理論」和「法律適用理論」並不是同樣的東西。前者，著重於對法律抽象構造的分析與認識；而後者，著重將抽象規定的法律適用於具體事實之上。

大學法學院的刑法課程，幾乎僅著重於講授刑法抽象構造的分析與認識，雖不能說全然漠視刑法適用的訓練，但也說不上予以足夠的重視，幾乎都只用以舉例而為「陪襯」。在此情況下，個別「構成要件」的研究和分析或許得到必要的關注，但如此並不足以應付「構成要件適用」之所需！

任何特定的「構成要件」都不是孤絕單獨存在，而是在「刑法」中和其他「構成要件」併列存在！「構成要件適用」並不是就單一「構成要件」進行適用的問題，而是何以在整部刑法中選擇「這個」或「這些」「構成要件」進行適用的問題。

但是，「構成要件適用理論」，現在幾乎都莫名被所謂的「競合論」所取代，原應著重於在「罪刑法定主義」下如何具體操作的「構成要件適用」問題，不斷被轉化為玄虛的清談；尤其作為「構成要件適用」指導原則的『充分評價』暨『禁止一事二罰』不斷不斷被邊緣化，幾乎被人遺忘！

本書的目的，就在於將「競合論」「還原」為其應有的「構成要件適用理論」的原貌。

鄭逸哲 · 劉柏江

二〇一三年元月

目 錄

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例	1
02. 構成要件該當性	21
03. 以一罪論	27
04. 「一個事實行為」和「一個構成要件該當行為」	33
05. 犯罪數一以法律適用為準	39
06. 「法條競合」和「擇一關係」	46
07. 「擇一關係」和「吸收」的構成要件適用	54
08. 「擇一關係」和「想像競合」	60
09. 「構成要件競合」和「構成要件該當性的判斷流程」 ..	86
10. 「想像競合犯以一罪論」並不會變動「罪數」，而是變動「罪名數」	115
11. 「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」	139
12. 「構成要件適用」的操作流程	165
13. 「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」和「殺人構成要件」間的「構成要件競合」關係及其「構成要件適用」問題	246
14. 欠缺「意圖」而不犯這個罪，並不等於不犯罪	269

15. 以藥劑實行強制猥褻之未遂行為人仍犯罪	277
16. 「接續犯」和「集合犯」的「前構成要件性」／最高法院九八台上三〇九三	284
17. 「擴張犯意」和「法條競合」	292
18. 「犯意提昇」與「構成要件競合」——簡評最高法院九十八年度台上字第二一九號刑事判決	298
19. 「犯意擴張」與「犯意限縮」	303
20. 以「這個被告，這個被訴事實，這個訴訟客體」來取代「一個被告，一個犯罪事實，一個案件」	323

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

01. 「競合論」與「刑法適用」—— 以「擄人勒贖」事實和 「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

鄭逸哲

一、本文目的：由「刑法適用」來掌握「競合論」

一般參加律師司法官國家考試的考生，或許受到坊間教科書的影響，習慣在具體作答時，以標題為「競合」的段落作為結束。然而，這所謂「競合」和一般所謂的「競合論」間，究竟存在如何的關係？難道，所有涉及「競合論」的問題，都是在這個以「競合」作為標題的段落中處理嗎？恐怕，作答者都未曾思索過這個問題！

一般，幾乎無人質疑者：「法條競合」、「想像競合」和「實質競合（數罪併罰）」均屬「競合論」的問題，——至於其他例如「吸收關係」和「吸收原理」是否屬「競合論」的問題，暫且不討論——，但作答者是否全然將三者都置於以「競合」作為標題的段落中處理呢？抑或，有些已前置先行處理了呢？甚至，答題即使不存在以「競合」作為標題的段落，難道全然不

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

涉及「競合論」的問題嗎？

截至目前，我們對「競合論」的認識或理解，是否充斥著盲點與誤解呢？如果我們根本沒搞清楚，到底「競合論」的內容是什麼，我們又是怎樣在操作「競合論」的運用呢？

在一連串問號中，本文嘗試從「刑法適用」中，逆向來探索「競合論」是否如同我們所認為的那樣，抑或和我們所想像的有著巨大的差異。亦即，希冀由「刑法適用」來掌握「競合論」，乃本文的目的。

爲了行文方便，本文先行就「擄人勒贖」事實和「擄人勒斃」的「事實」應如何進行「刑法適用」，提出題解參考（擬答），並主要以之爲例，進行隨後的一連串說明。

首先，所謂「擄人勒贖」的「事實」，一開始就只是「事實」，它和任何「構成要件」或「刑法規定」全然無關，就是「事實」，一旦我們認識了此「事實」，它才成爲「刑法適用」的「對象」，我們才對之加以「構成要件」或「刑法規定」的「適用」，而其題解參考爲：

1. 行爲人所犯之罪：

① 「擄人」事實部分：

- a. 依刑法第三百四十七條第一項的規定，意圖勒贖，基於擄人故意，而有擄人行爲，置被害人於自己實力支配之下者，犯意圖勒贖而擄人罪。

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

- b. 本案中，意圖勒贖，行為人基於擄人故意，而有擄人行爲，置被害人於自己實力支配之下。
- c. 故，行為人犯意圖勒贖而擄人罪。

② 「勒贖」事實部分：

- a. 依刑法第三百四十六條第一項的規定，意圖為自己或第三人不法之所有，基於恐嚇取財故意，而有恐嚇行爲，使人將本人或第三人之物交付者，犯恐嚇取財罪。
- b. 本案中，意圖為自己不法之所有，行為人基於恐嚇取財故意，而有恐嚇行爲，使人將本人之物交付。
- c. 故，行為人犯恐嚇取財罪。

2. 行為人之罪名與處罰：

- ① 依刑法第五十五條的規定，以一個事實行爲，犯數罪者，爲想像競合犯，以一罪論，從重成立一個罪名，依該罪名處罰之。
- ② 本案，行為人以一個「擄人勒贖」事實行爲，既犯意圖勒贖而擄人罪，又犯恐嚇取財罪，屬想像競合犯，以一罪論。
- ③ 故，行為人從重成立一個意圖勒贖而擄人罪名，依該罪名處罰之。

至於所謂「擄人勒斃」的「事實」，一開始也一樣就只是「事

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

實」，它和任何「構成要件」或「刑法規定」亦全然無關，就是「事實」，一旦我們認識了此「事實」，它才成為「刑法適用」的「對象」，我們才對之加以「構成要件」或「刑法規定」的「適用」，而其題解參考為：

1. 行為人所具有的構成要件該當性：

① 「擄人」事實部分：

- a. 行為人「擄人」，非法剝奪他人行動自由，實現非法剝奪他人行動自由構成要件，而具有非法剝奪他人行動自由構成要件實現性。
- b. 行為人以同一「擄人」事實行為，進行殺人之預備，亦實現預備殺人構成要件，而具有預備殺人構成要件實現性。
- c. 行為人以一個「擄人」事實行為，既具有非法剝奪他人行動自由構成要件實現性，亦具有預備殺人構成要件實現性，依從重擇一關係，僅以非法剝奪他人行動自由構成要件實現性作為構成要件該當性，而具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性。

② 「勒斃」事實部分：

行為人「勒斃」被害人而殺人，實現殺人構成要件，而具有殺人構成要件該當性。

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

2. 甲所犯之罪：

- ① 行為人若具有預備殺人構成要件該當性，又具有殺人構成要件該當性，依吸收原理，視為僅具有一個殺人構成要件該當性，而僅犯殺人一罪。前者成為不罰的前行為。
- ② 因此，行為人的擄人事實部分，所具有者雖為非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，但依吸收原理，由於該部分事實亦實現「預備殺人構成要件」，與實現「殺人構成要件」的「勒斃」事實部分，應僅以具有一個「殺人構成要件該當性」論，因而僅犯一個「殺人罪」，其「非法剝奪他人行動自由構成要件該當行為」成為「不罰的前行為」。

上述二個題解參考，一為對「擄人勒贖」事實的「刑法適用」，另一為對「擄人勒斃」事實的「刑法適用」；雖然「擄人勒贖」事實和「擄人勒斃」事實只有一字之差，但其「刑法適用」卻顯示巨大的差異。何以如此？

再者，此二則題解參考，顯然二者均涉及「競合論」的適用，但卻均未出現以「競合」作為標題，又何以如此？

凡此，若進行交叉思考，又會衍生出諸多更複雜的問題。這都有待接下來，一一探究。

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

二、一個「事實行為」具有數個「構成要件實現性」，卻僅具有一個「構成要件該當性」

就「擄人勒斃」事實的「擄人」「事實」部分，行為人只具有一個「事實行為」「綁架（即：擄）」，但這部分的「事實」，既實現「非法剝奪他人行動自由構成要件」，又同時實現「預備殺人構成要件」，因而同時具有「非法剝奪他人行動自由構成要件實現性」和「預備殺人構成要件實現性」。但這卻不是「想像競合犯」！

「想像競合犯」，雖然也是一個「事實行為」具有數個「構成要件實現性」，然而，這數個「構成要件實現性」卻不是基於同樣的「事實範圍」。舉例來說，甲推巨石，撞向手持乙名貴古瓷的丙，瓷碎丙亡；甲只具有一個「事實行為」「推」，也具有二個「構成要件實現性」：「毀損構成要件實現性」和「殺人構成要件實現性」；但前者是基於「『推』而致『瓷碎』」的事實，而後者是基於「『推』而致『丙亡』」的事實，此二「事實範圍」並非同一。

但「擄人勒斃」事實的「擄人」「事實」部分，其所具有的「非法剝奪他人行動自由構成要件實現性」和「預備殺人構成要件實現性」，均基於同樣的「擄人」「事實」，亦即基於同樣的「事實範圍」。所以不同於「想像競合犯」，亦非「想像競合犯」！

如果我們讓「非法剝奪他人行動自由構成要件實現性」和「預備殺人構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，則同一「事實範圍」，就被以「非法剝奪他人行動自由構成要件」和

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和

「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

「預備殺人構成要件」重覆評價，這樣就違反了刑法「重覆評價禁止原則」。

在此同時，若僅以「非法剝奪他人行動自由構成要件」或「預備殺人構成要件」加以評價，則均對「擄人」「事實」有所「充分評價」，因而就「非法剝奪他人行動自由構成要件實現性」或「預備殺人構成要件實現性」擇一作為「構成要件該當性」，即足以「充分評價」。

然而，刑法就「非法剝奪他人行動自由構成要件該當行為」和「預備殺人構成要件該當行為」的處罰有所輕重，似宜類推「想像競合犯」的「從重」原理，而「從重擇一」，以「非法剝奪他人行動自由構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而僅犯「非法剝奪他人行動自由罪」一罪，方符刑法意旨。

綜合上述，若一個「事實行為」，基於同樣的「事實範圍」，而具有數個「構成要件實現性」時，應依「從重擇一關係」，而決定其「構成要件該當性」。

三、「構成要件實現性」是「構成要件該當性」的必要條件

截至目前，普遍欠缺「構成要件實現性」和「構成要件該當性」的區別意識。而未能對「構成要件該當性」有所正確認

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

識。

在「罪刑法定主義」下，任何「刑法適用」者，並無創設「構成要件」的權限，絕對受到實定「構成要件」的拘束。此外，「刑法適用」者原則上又具有對「事實」對象，以「構成要件」進行「充分評價」的義務。因而，「構成要件實現性」和「構成要件該當性」在概念上即有詳加區別的必要。

並非一個「事實」已實現這個「構成要件」，行為人所具有的「構成要件該當性」，即必然是這個「構成要件」的「構成要件該當性」。舉例來說，就同一個「強盜事實」，其不僅實現「強盜構成要件」，也必然實現「強制構成要件」和「竊盜構成要件」，否則我們不會說「強盜構成要件」是「強制構成要件」和「竊盜構成要件」的「結合（犯）構成要件」。

但我們不會因為「強盜事實」已實現「強制構成要件」或「竊盜構成要件」，就說行為人所具有的「構成要件該當性」是「強制構成要件該當性」或「竊盜構成要件該當性」吧？但為什麼我們會說「強盜構成要件該當性」才是其「構成要件該當性」呢？因為，只有「強盜構成要件」才能對「強盜事實」進行「充分評價」！

由此例中，我們可以清楚看出：就同一個「強盜事實」，行為人必然同時具有「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」和「強盜構成要件實現性」，但僅具有一個「強盜構成要件該當性」。

可見，「構成要件實現性」和「構成要件該當性」並非同一概念，固然「構成要件實現性」是「構成要件該當性」的必要條件，但非充分條件；反之，「構成要件該當性」是「構成要件

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

實現性」的充分條件，而非必要條件。

四、隱性的「構成要件實現性」

其實，任何「構成要件該當性」的出現，幾乎均屬就數個「構成要件實現性」的「從重擇一」。只不過，未作為「構成要件該當性」的其他「構成要件實現性」不太為我們所感知，而成為隱性的。

以前述的就「擄人勒斃」「事實」的「勒斃」「事實」部分來說，我們大概不難判斷行為人所具有的「構成要件該當性」為「殺人構成要件該當性」。但就這個「事實」，行為人只具有一個「殺人構成要件實現性」嗎？其實，行為人至少還具有「殺人未遂構成要件實現性」、「重傷害構成要件實現性」和「傷害構成要件實現性」。

「既遂」是「未遂」從量變到質變的結果，我們不能想像未經「未遂」階段，即到達「既遂」階段。換言之，若行為人未先實現「未遂構成要件」，難以想像其何以實現「既遂構成要件」？因此，具有「殺人（既遂）構成要件實現性」的行為人，亦必然具有「殺人未遂構成要件實現性」。

如果，我們將「死亡」定義為生理機能的全部喪失，則全部喪失不可能未經部分喪失，而部分喪失又有程度高低之別；

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

而生理機能的部分喪失不就是「傷害」嗎？因而，具有「殺人構成要件實現性」的行為人，亦必然具有「傷害構成要件實現性」和「重傷害構成要件實現性」。

於行為人具有「殺人（既遂）構成要件實現性」時，其同時亦必然具有的這些「殺人未遂構成要件實現性」、「重傷害構成要件實現性」和「傷害構成要件實現性」，即使我們對其存在往往欠缺感知，其猶仍存在，因而我們將之稱為隱性的「構成要件實現性」。

五、「充分評價」暨「禁止重覆評價」作為「構成要件該當性」的判斷原理

當任何「構成要件該當性」的出現，幾乎均屬就數個「構成要件實現性」的「從重擇一」時，則作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」，其「適格」乃基於其對「事實」具有「充分評價」的能力。相對於這樣的「構成要件實現性」，其他「構成要件實現性」，就欠缺「充分評價」的能力，而僅具有對「事實」「部分評價」的能力。

然而，僅因欠缺「充分評價」的能力，尚不足以作為排斥該「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的理由，而是因為其若與作為「構成要件該當性」的「構成要件實現性」同

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

時作為「構成要件該當性」，將就僅具有「部分評價」能力的「構成要件實現性」所基於的「事實範圍」，先後由具有「部分評價」能力的「構成要件」和具有「充分評價」能力的「構成要件」重覆加以評價，而違反了刑法「重覆評價禁止原則」。

所以，我們說：「充分評價」暨「禁止重覆評價」作為「構成要件該當性」的判斷原理。

六、「法條競合」理論乃作為「構成要件該當性」 理論的先行理論

其實，到目前為止，我們都只談到：一個「事實行為」具有數個「構成要件實現性」，卻僅具有一個「構成要件該當性」。簡單講，我們只談到「構成要件實現性競合」——一個對絕大多數人，純然陌生的概念。而「構成要件實現性競合」和一般為人所熟知的「法條競合」又有什麼關係呢？

一句話：「構成要件實現性競合」是「法條競合」的適用結果。

「構成要件」是純然抽象的規定，所以「構成要件」和「構成要件」間的「關係」也必然是純抽象的，全然不涉及任何事實的。而所謂「法條競合」，其實有點言過其實，其應稱為「構成要件競合」，因為其乃指一個「構成要件」整個作為另一個「構

01. 「競合論」與「刑法適用」——以「擄人勒贖」事實和
「擄人勒斃」事實之「刑法適用」為例

成要件」的「部分」的「關係」。

由於其屬抽象的「關係」，所以僅就二個特定「構成要件」的抽象結構加以分析，我們即可得確定，二者間是否具有「法條競合」的「關係」。舉例來說，若我們將「殺直系血親尊親屬構成要件」依「關係代名詞」的格式加以改寫，可以將之改寫為「行為人殺被害人，who 是行為人的直系血親尊親屬」。而其主句「行為人殺被害人」不正就是「殺人構成要件」，而其子句「被害人是行為人的直系血親尊親屬」不正就是「加重構成要件要素」；「殺人構成要件」不正就是整個作為「殺直系血親尊親屬構成要件」的「部分」。所以，「殺人構成要件」和「殺直系血親尊親屬構成要件」間具有「法條競合」的「關係」。

至於一般將「法條競合」的「關係」，又區分為「特別關係」和「補充關係」等等，自始就是將「法條競合」和「『法條競合』的適用」混為一談。

無論如何，「法條競合」就僅止於一個「構成要件」整個作為另一個「構成要件」的「部分」的「關係」。至此，並無所謂「特別關係」或「補充關係」的可能。而必須於其「適用」於「具體事實」時，「特別關係」或「補充關係」才會浮現。

舉例來說，「甲殺其父乙」，基於「殺人構成要件」整個作為「殺直系血親尊親屬構成要件」的「部分」的「偏——全關係」，甲具有「殺直系血親尊親屬構成要件實現性」時，亦必然具有「殺人構成要件實現性」，但不得二者均作為甲的「構成要件該當性」，否則將就「殺人事實」部分予以「重覆評價」，故依「充分評價」暨「禁止重覆評價」，僅以其「殺直系血親尊親屬構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「殺直系血親尊親屬罪」。至此，「殺直系血親尊親屬構成要件實現性」之