

刑法「法律競合」(註一)問題思辯

—法學方法的思考—(上)

柯耀程*

目 次

引 言	四、「法律競合」基本性質分析
一、「法律競合」基本概念	(一)評價客體與客體評價
二、規範形成關係	(二)法律競合的結構
(一)存在與當為	(三)規範適用問題
(二)行為與構成要件關係	五、形成「法律競合」關係之質疑
三、刑法構成要件相互關係	(一)特別關係
(一)異質關係	(二)補充關係
(二)交集關係	(三)吸收關係
(三)內含關係	四擇一關係
四小結	五與罰行為?
	六、「法律競合」重新思維—代結語

引 言

刑法競合論問題，雖經過歷史的演進，以及學理不斷的努力，迄今仍舊存在著

* 國立中正大學法律學系暨研究所副教授。

(註一)「法律競合(Gesetzeskonkurrenz)」的名稱，在學界的認定上頗不一致，有認為應稱為「法條競合」，如黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，台大法學論叢第23卷第1期，157頁以下；有認為應稱為「假性法律競合(scheinbare Gesetzeskonkurrenz)」，如Geerds, Zur Lehre von Konkurrenz 1961, S. 146ff.；而目前德國學理上漸漸使用「法規單一(Gesetzeseinheit)」稱之。Statt allem vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S.732, insbesondere Fn.2。我國目前仍沿用舊稱「法律競合」，本文並不爭議名稱的正確與否，仍以「法律競合」稱之，首要者並不在名稱界定，而在「法律競合」概念的重新釐清。

相當渾沌的形象。蓋其所涉及者，不特在定位上有所爭議，究竟應將其定位在犯罪行為論？抑或是法律效果論？還是刑法裁量論？迄今仍眾說紛紜，莫衷一是（註二）。除此之外，各種競合型態的成立前提，仍舊在實務上及學理上意見紛歧，整體而言，競合論本身，在刑法的領域中，尚且存在著相當令人迷惑的面貌。猶有進者，原本複雜的競合論中，更因「真實競合」與「假象競合」的問題，顯得更加錯綜複雜。在德國甚至有學者企圖將「真實競合」中的想像競合與「假象競合」的法律適用問題，擬議以同樣處理方式看待之（註三）。導致刑法競合論中，「真假不分」的情況，而使得原本複雜的競合論體系，更加雪上加霜。事實上，真實競合與假象競合間，除成立前提迥異外，連定位也不同，將假象競合置於競合論中探討，其對照功能要勝於學理釐清作用。

我國向來均將競合論定位在罪數問題上，如此一來，卻使得「真假競合」的問題，更難區分。一方面使得真、假競合間的界線變得模糊不清，另一方面，更產生對於假象競合，即所稱「法律競合」，或更明確稱為「法規單一」，在概念上的形成誤用，以及導致適用上的偏差。雖然，對於此一問題探討的論述，不在少數（註四），然而，大多是從「罪數（Verbrechenszahl）」觀點所為之闡述。此種以罪數認定為出發點的詮釋方式，可能已經混淆了認定的基準點，即對於法律競合問題，究竟為評價對象之行為的問題，或是作為評價標準的法律規範本身問題的界定不清，而使得由此所發展出的法理，著實有著相當令人質疑的地方。若從整個競合論的探討，作一全面性的思考，德國學者 Puppe（註五）在思考競合問題時，即提出

（註二）我國向來均視其為決定「罪數」的問題，傾向定位在「犯罪論」。而德國的見解則頗為分歧，有認為競合論既係以行為單複數作為判斷標準，自應歸屬在犯罪行為論中，如 Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 722；Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Recht, in: ZStW 75, S.43ff., 44；亦有認為行為單複數僅係競合論的前提，競合的本體，乃在決定行為單複數的法律效果，故應屬於法律效果論的一環，so Geerds, Zur Lehre von Konkurrenz, S. 239ff., auch Schönke/Schröder/Stree, Rn. 1 vor §52；Samson-SK, Rn. 3 vor §52；而通說則採取折衷，認為競合論同時具備犯罪行為論及法律效果論的雙重地位，statt allem Blei, Strafrecht AT, S. 303。而反觀奧地利刑法，因對於競合問題採取「單一刑系統」，競合論問題，乃成為刑罰裁量論的問題，so Wegscheider, Echte und scheinbare Konkurrenz 1980, S. 17ff.。

（註三）如 Jakobs 即傾向將想像競合與法律競合做同樣處理。Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, S.881-883。

（註四）參照周治平，罪數論，收錄於：（蔡墩銘主編）刑法總則論文選輯（下），677 頁以下；趙琛，想像數罪牽連犯及連續犯，錄於：中國法學論著選輯（刁榮華主編），332 頁以下；陳樸生，刑法專題研究，493 頁以下；陳珊，犯罪競合與法律競合，刊於：軍法專刊第 11 卷第 7、8、9 期；蔡墩銘，罪數的決定標準，刊於：軍法專刊第 8 卷第 5 期。

（註五）So Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen 1979, S.16。

競合論研究切入點的質疑，其認為學理對於競合論的切入方向，可能是從錯誤的前提出發，因此陷入迷失叢林之中，掙脫不出來。Pupper 這樣的質疑，並非毫無道理，如果對於「法律競合」置於競合論中，而以競合論的法理，加以詮釋，勢必陷入無解的困境之中（註六）。蓋法律競合的前提要件，與真實競合的想像競合或實質競合的前提要件，有相當程度上的差異，對此，德國學者 Geerds 相當貼切地指出，真實競合的前提，乃建構在行為單複數的認定上，而法律競合問題，並非競合論的問題，而是犯罪單數的問題（註七）。更精確地說，法律競合事實上乃犯罪行為論的根本問題，亦即對於法規範評價客體可罰性確認的規範選擇適用問題。

「法律競合」被置於競合論中探討，漸漸使其基本的性質，產生與真實競合間的混淆，在具體適用上，乃產生偏差，就連其基本形成的型態，也漸漸被擴張，甚至產生概化的適用，例如對於構成要件規定事項所衍生的行為，亦被視為法律競合適用之，最典型的錯誤，乃出現在以強暴、脅迫所為之犯罪行為，衍生出傷害結果；或對於偽造與行使的適用問題。其與真實競合的混淆關係，可能出現在與想像競合間之認定；亦可能出現在與實質競合的認定（註八）。當然，此種真假競合之間，如不能在前提上，加以界分，則將使得認定趨於恣意，也將喪失區分競合的意義。學理上對於真假競合間的區隔，雖試圖從行為單複數概念上，加以釐清，而認為假象競合並非行為單數的認定所致，而僅係規範適用問題，但此種說法，也只能說明真實競合的前提，對於假象競合似乎仍未解決。事實上，真假競合的關係，乃存在法規範評價客體的認定，如評價客體為複數時，則應無法律競合問題產生（此與通說見解有所差異，容後述之），如評價客體為單數時，則需進一步界分法律競合與想像競合，此乃牽扯到規範對於行為的規範結構。因此，為釐清法律競合的概念與其法律上作用，乃需透過法學方法關於規範形成的認知，以及規範與規範客體間的相關性，方能確立真假競合的區隔，進一步分析出法律競合的法律適用問題。

（註 六）「法律競合」在德國學理上雖名稱不同，有稱為“scheinbare Konkurrenz”，so Jakobs, a.a.O., S. 861ff.; Geerds, a.a.O., S.146ff. etc.；有稱為“unechte Konkurrenz”，so Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S.732; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 102 vor §52 etc.，其所指者，皆含有非競合本質的意義。

（註 七）Dazu Geerds, a.a.O., S.146ff., 151。

（註 八）通常對於法律競合與真實競合較易生混淆情形，應在於法律競合與想像競合的認定，例如 Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 68, S.399ff., 403, 404，乃認為法律競合實係「假象想像競合」問題。惟大部份學者，則認為在想像競合或實質競合，均可能發生，對於後者，最典型者，乃在「與罰行為」。So Jakobs, a.a.O., S.866; Baumann/Weber, Strafrecht AT, S.691; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT., 314ff., 325ff.。

一、「法律競合」基本概念

刑法學上稱「法律競合」者，乃指對於一行為在法律上，有多數個規定，疑似被該當，但最終僅有一個法律規定被適用，其他疑似該當的規定，則完全被排斥，而無具體之適用。由於從評價標準的構成要件觀察，有多數個規定，疑似被該當，即在形式上，似有競合情形發生，但實際上，如同犯罪行為論中所處理的一行為可罰性認定一般，僅有一構成要件被適用，惟何以會發生可能有競合存在，卻無具體適用的情況？簡單地說，法律競合產生的基本原因，乃在其評價的對象並無單複數判斷問題，而是僅有唯一一個客觀存在的行為（且僅能為一行為），而在規範評價關係上，疑似有數個規範被完全實現，然因規範設計的關係，僅有一個規範被適用，也就是該適用規範已能對存在之一行為，完全評價，是故，所生競合疑慮者，僅發生在規範內部，也就是選擇適用規定的問題而已。

由於法律競合的基本屬性關係，刑法學界乃對其名稱多以「法規單一」稱之。也由於其本身並無真正規範競合的情形，故其所生之競合疑慮，被視為僅是一種「假象」（註九）而已，並無真正之競合存在。基於此一概念的設定，可以確立四個前提：1、法律競合者，係以事實上已經存在的一個（且已經確定僅有一個）評價客體，作為適用前提，亦即評價客體必須先行確立，否則將無由評斷是否存在法律競合（註一〇）；2、對於該客體的評價，在規範內部有若干疑似該當的條款，足以適用，但僅有一個規範完全該當，亦即「法律競合」乃法規內部問題（註一

（註九）就如同 Geerds 所言，法律競合雖在外形上，疑似有多數個規範可能被適用，但終究僅有一個，且為單一個規定被該當，而其他被排斥的規定，根本上即無該當，亦即該排斥的法規範自始即無被侵害。Vgl. Geerds, a.a.O., S.162。

（註一〇）黃榮堅教授從「雙重評價禁止原則（Grundsatz des Doppelbewertungsverbots）」的思考，探述法律競合問題，係值得肯定的思維。見氏著，雙重評價禁止與法條競合，刊於：台大法學論叢第 23 卷第 1 期，157 頁以下，172 頁以下，203 頁。蓋唯有在確認刑法的評價客體為單數時，始有受「雙重評價禁止原則」規範之可能，如評價客體究竟為單數或是複數，仍待確認，則尚無該原則之適用。就法律競合關係而言，如果不能確定是否僅為一個評價客體（即行為），則根本不生法律競合問題。必須確認評價客體果真為單一時，方有可能產生法律競合問題。法律競合問題基本上僅發生在規範內部的適用選擇關係。亦即對於一個評價客體，在規範中，如何選取一個最適當的規定適用，所產生的關係。

（註一一）對於規範何以發生具有對同一評價客體，疑似適用的情形，其情況係自立法階段，即已存在，從「規範形成（Entstehung der Normen）」的觀察，可以發現，規範無異是將事實情狀，透過層析為單元要素，再賦與單元要素法律概念化（gesetzliche Begrifflichkeit）後，加以組合而成。因組合關係，可能發生在不同規定中，均含有同

一)；3、法規間如有彼此相互排斥關係者，必不能產生「法律競合」關係，蓋其彼此間即在立法之初，已然設定相互排除的適用範圍(註一二)；4、並存的行為方式(多為行為客觀情狀)，在構成要件中，對於同一犯罪類型，規定不同行為的客觀形式，則斯種行為如同時存在時，亦無法律競合問題產生，例如加重竊盜罪(§321)中，所規定的各種行為之客觀情狀是。

· 從「法律競合」的基本概念理解可知，其完全是法規內部的問題，亦即對於具體的評價對象所產生之規範適用關係，係屬規範與規範彼此間，關係確認的問題，根本上與評價客體並無關連(註一三)，蓋評價客體必須先於規範間關係分析前，即應確認。至於為何在學理上及實務上會產生評價客體與客體評價混淆的情形？可以想像應該是對於規範與其適用對象間的認知，出現錯誤。要澄清此種結構性的混淆關係，勢必先從根本的規範形成問題，加以分析。

二、規範形成關係

法律競合問題既然為規範內部的問題，則必須先釐清何以法律規範中，對於同一評價客體的行為，會產生疑似數規定皆可能該當之情形？對於此一問題，必須先從規範形成的關係，加以觀察，方能找出問題的端倪。事實上，法律規範(註一

類要素。再就解釋學觀點觀察，要確認規範適用，必須對於評價客體以及其行為的攻擊動向、所侵害的法律利益等，加以詮釋，方能確立行為的規範適用關係。由於觀察的方向不同，乃產生不同的法律競合關係，如特別關係、補充關係、吸收關係等。然而，其終究僅是規範內部關係而已。關於不同法律競合關係的詮釋，參見黃榮堅，前揭文，203、204 頁。

(註一二) 關於此種前提，在學界部份主張「擇一關係(Alternativität)」，事實上並不恰當，蓋規範彼此間若有相互排斥的屬性，即無由形成「法律競合」所稱之競合。

(註一三) 參見黃榮堅，前揭文，203、204 頁。從黃榮堅教授的分析中，可以看出，法律競合的問題，必然僅在評價客體為單數時，方有可能產生，並受「雙重評價禁止原則」的拘束，如評價客體非為單數，則不但非受該原則之規範，更無由產生法律競合問題。

(註一四) 法律規範從其基本特性的分析，可以區隔為二種規範的類型，其一為「宣示性規定」，即此種規定僅為宣示功能，本身並不能引為具體適用的依據，其規範之實現，端賴其他法律之規定；其次為「規範性規定」，此種法規具有具體的適用對象與範圍，足以具體適用。在法秩序中，理念性的法律規定，多為宣示性規定，而實現性的法律規定必為規範性法律規定。而宣示性法律規定例如憲法基本權利之規定是。宣示性法律規定往往具有較高法律位階。反之，對於具體的對象與範圍，則必然需以規範性法律規定定之，所謂具體適用者，則又以技術性法律規定為然，故所有程序法應皆為規範性法律規定，而刑法具有一定的適用對象，故亦為規範性法規。如將應以規範性規定制訂者，以宣示性規定為之，則將產生嚴重立法上之錯誤。

四)的形成，係以客觀事實（此可能是模擬的事實情狀，亦可能是真實情狀）為觀察之基礎，首先，先將具體事實確認成為法律事實，再次從法律事實的內容中，分析該事實的組成要素，而將各該要素分離成各個法概念單元，最後再將法律單元概念，因典化（Kodifikation）的考量，分別加以組合，而形成各種同類或不同類的法律規定。在法律形成過程中，必須先確立法規的適用對象，並在個別規定中，加入該評價客體的法概念要素，如欠缺此種要素，則所形成的規定，將非屬於法規內部類型性的規定。例如刑法的規範對象為行為，在個別規範中，必須將法概念的行為要素，置於規範之中，否則將非刑法類型性的構成要件，如刑法 § 311 則非屬不法類型的構成要件，亦非刑法類型化的構成要件規定。再次，事實情狀萬端，往往不能以有限的規定，毫無遺漏地完全將個別事實情狀，以個別之規定涵納之，勢必透過規範間的相互適用來補足。而對於單一型態的評價對象，則因其所可能產生不同的外在變動，故而對於此種評價客體，仍須進一步對於其個別型態與階段，加以區分，而從法律單元概念的行為要素的升層區分，並加入行為客體與保護客體，規定出不同階段的行為規範類型；最後在基本型態中加入各種考量的行為情境（即客觀要件要素），則完整的規範，便已形成（註一五）。通常所形成規範，均有其最根本的基本型態，也就是基本規範（Grundnorm）。在基本規範中，通常均為單型（Eintypus）的型態，其內容都以評價客體的最單純型態，作為規範之對象，例如剝奪他人生命法益之行為，即以單純之「殺害」，作為基本規範。因此，各種不同的犯罪類型，均有其根本的基礎規範存在。

惟事實情狀萬端，僅以基本規範欲加以涵蓋，顯有不足之處，例如侵入住宅與為侵入住宅的情狀，即有不同。因此，在規範中，為因應事實之需要，往往需在基本規範中，加入其他法律單元概念，而形成所謂變體型態（abgewandte Typen）。以刑法為例，在構成要件中，針對行為的基本態樣加以規定，即為「基本構成要件（Grundtatbestand）」，例如殺人、傷害、竊取等基本型態；而在基本構成要件中，加入其他法律概念要素，則使得構成要件產生變化，此種變化，會因加入要素的差異，而產生獨立或非獨立的變體要件（註一六）。如對於規範對象不變的變體規定，即行為要素不變，而僅對基本規範中的其他要件加以修正，而形成新的規

（註一五）關於「規範形成」問題，請參閱 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft², S.138ff., 166ff.。

（註一六）關於變體構成要件者，參見林山田，刑法通論（上），117 頁；auch Roxin, Strafrecht AT², S.276ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT⁵, S.268ff.; Baumann/Weber, Strafrecht AT⁹, S.136ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht AT Teilbd. I⁸, S.289ff.; Jakobs, Strafrecht AT², S.277ff.。

定，此一規定乃所稱「非獨立之變體構成要件（*unselbständig abgegewandter Tatbestand*）」，例如 § 321 與 § 320 間行為要素並無改變，僅加入其他客觀要件要素而已。「非獨立變體構成要件」與基本構成要件之間，必然存在內涵的關係，蓋變體要件除含有基本規範之要件外，尚含有其他情狀要件。此一關係乃形成法律競合的充分且必要之條件。惟如對於基本構成要件中的基本要素，即作為評價客體的行為要素本身，加以改變，則必使得規範所涉及之客體，產生本質的改變，由此所產生者，即所稱「獨立變體構成要件（*selbständig abgegewandter Tatbestand*）」，此種要件與基本要件間，乃屬本質不同的個別獨立構成要件，二者絕無法律競合問題存在，例如 § 320 之竊取行為與 § 325 之搶奪行為，後者雖係由前者「取走行為（*Wegnahme*）」加以修正而得，但二者各自獨立。又如在竊取行為中，加入強制要素，則使竊盜行為變化為強盜行為，強盜行為雖由竊盜行為的行為要素加以變化，但二者的行為本質已然不同，且所規範之客體，也非同一行為類型，對其規範的法律規定，自亦各自獨立。

由規範形成的觀察中，可以發現，對於具體適用的對象，在法律規定中，主要係從最基本評價對象的行為要素與其他客觀要素相互間的作用，而形成一個完整的法律規定。而法律規定在具體適用上，有的僅以一個規定即能將事實情狀，完全涵蓋；有的事實情狀則需透過規範間的相互調和，方能完全評價。如對於一個客觀上存在的事實情狀，在規範上，因規範內部形成所生的類似性，而有疑似數個規定可資適用，卻僅有一個完全該當，則在規範的選擇過程，所產生規範適用選擇的檢視關係，即發生所稱「法律競合」問題，也就是對於受評價的客體，已可確立僅有一個，同時，僅有唯一的一個構成要件被該當，而卻因規範內部的相似性，致使得疑似有多個要件可資適用，但僅需在相似規範中尋找出最適當者，加以適用而已。反之，如對於一個事實情狀，無法以一個規定完全涵蓋，或是數個情狀，需以數個規定適用時，則需透過規範彼此間相互適用，方足以達成完整評價之目的時，則為真實之競合問題。故而，真實競合（或稱純正競合）關係的存在，乃是建立在以多數規範相互適用基礎，所產生的法律規範評價機制。但對於一個評價客體。何時僅以一個規定，即能完全涵蓋？何時則需數個？乃需進一步從存在與當為的基本思維中，尋求解答。

(一)存在與當為

刑法的評價客體，為客觀存在的外在人類行為，屬於存在面（*Seit des*

Seins)。存在面的現象，應屬於客觀、無評價色彩，僅為被觀察的外界活動或靜止，「存在」並無所謂合法或不法。本身亦無禁止或許可，亦即並無任何本身的評價色彩存在其中。「存在」之所以有合法或不法的色彩，乃受到「當為（Sollen）」的作用，也就是受評價之結果。從而，「存在」並不能無中生有，亦不能由有變無，其有無之評價變化，應為「當為」作用之結果。由此在刑法中，存在的行為，並不能以任何一種形式被吸收，而變成自始不存在，亦不能任意地被含納在任何一个他行為之中。如果「當為」與「存在」是建立在「客體評價」與「評價客體」的關係上，則對於存在之規範適用的選擇問題，必然僅發生在「當為」層面，亦即被評價者必須已經存在，使有評價適用問題發生，而如何評價、如何適用，則僅為當為的內部問題，對於一個受評價的客體，僅在規範中方有適用有無的問題。因此存在面僅有存或不存的問題，並無無中生有，或由有變無的情況，一個竊盜犯變賣贓物行為的存在，並不能任意認為其不存在，而認為並無「賣」的行為發生；而當為則因評價關係，則會發生評不評價的問題，以及評價取捨問題，唯有在當為規範中，方有評價標準用或不用的情況，如竊盜犯變賣贓物行為，因在竊盜罪中，已完整評價，故而對於竊盜犯本身變賣贓物的行為，不再加以評價。此種「存在」與「當為」間的關係，反應在刑法中，正是行為與構成要件的關係。

(二)行為與構成要件關係

刑法規範因其規範對象的不同，其屬性也有差異，其所建構的體系，也就不同。概略地區分，可以將刑法在概念上區隔成「行為刑法（Tatstrafrecht）」與「行為人刑法（Täterstrafrecht）」二種型態。而規範對象差異的情況，主要係反應在評價對象的認定標準上，也就是所謂構成要件。在「行為人刑法」中，規範評價的對象，係以行為人的人格或素行作為基礎，至於其行為如何，則非所問，重在其人格的危險性關係，而構成要件的形成，則針對行為人的特質作為設定的根據，例如「……行為顯示行為人具有侵害他人生命之危險性格或傾向者，處……」之規定；而在「行為刑法」的要求下，評價關係的認定基準，則在於行為人表現於外的行為，對於行為人內在的思維或人格傾向，則非評價認定的根據。此種構成要件的形式，均需將行為作為認定的核心，由此設定評價的標準，如「殺人者，處……」是。

行為作為法規範的評價對象，係屬於一個相對性的概念（註一七），也就是相對於行為侵犯對象的危害程度而言，單純的行為本身並不包含任何「自身評價（Selbstbewertung）」的色彩，行為本身並不能自認為是合法或是違法行為。行為的合法或違法係法規範的評價結果，為規範的價值判斷問題。至於規範作為客體評價的標準，其內涵必須包含對於客體情狀的認定，其中包括對於評價對象的整體性描述與判斷。從刑法構成要件的結構而言，因其受到法定原則（Grundsatz der Gesetzmäßigkeit）的規制，必須對於評價對象的行為，在構成要件中加以明確規範，否則即不得對之論罪科刑，而構成要件必須對評價客體的整體情況，作標準式地規定，包括行為之主、客觀內容，以及行為的客觀情狀，更對於特定型態之法定類型，規定其行為主體的特定關係要求。然而，構成要件係以類型標準化（Standardisierung der Typen）的方式所形成，也就是構成要件基本上，係對於所欲規範的對象，作基本類型的規定。但是，外觀世界的行為形狀萬端，有完全符合構成要件之基本型態者、有屬於昇層的行為形式者、亦有超出基本型態形式者、也有集合數個行為樣態，組合成一新型態者，構成要件以有限之條款，欲對變化無窮之行為型態，完全個別加以規範，顯然不可能，因此在構成要件之間的相互作用，就成為刑法具體適用時的重要依據。

構成要件一方面要作為各種犯罪類型的反應，而構成要件中所規定的犯罪型態，又為行為樣態的法定化形式，故而，構成要件必須對於該犯罪類型的行為型態作標準化之規範；另一方面，構成要件在法定原則的要求下，又必須具備作為類型化行為的規範評價標準，其中包含有對於人類行為的禁命（Verbot）或誡命（Gebot），而人類行為也只有進入此禁誡規範的評價範圍中，方有被評價為犯罪行為之可能，如行為並無涉及此種刑法的禁誡規範，則難謂為刑法規範所加以評價的客體（註一八），例如不具有不法益圖之「不告而取」，尚難謂之為「偷（Diebstahl）」，而成立竊盜罪（註一九）。由於法定原則下之構成要件體系，係

（註一七） 參照林山田，前揭書，81頁。

（註一八） 誠如 Jakobs 所言“行為係構成要件的共同必要內容（Handlung als gemeinsamer Mindestinhalt der Tatbestände）”。So Jakobs, a.a.O., S.163。

（註一九） 所謂不具有取得意圖之「不告而取」者，即所稱之「使用竊盜（furtum usus od. Gebrauchdiebstahl）」，因其與刑法規範之類型化標準有所出入，殊難以竊盜罪構成要件規範之。當然對於此種行為類型稱之為「使用竊盜」，不論其型態的形成具有歷史的沿革，在文義概念上，並不妥當，蓋構成要件所規範者，使用與竊盜必須加以區別，稱使用者即非竊盜，而竊盜者，也不能對於行為規範為單純使用。然而，在立法的趨勢上，對於行為型態與評價標準具有相近的情況，每每需有所斟酌，特別是對於新興的客體，其具有特別保護之必要，或是在法感上，具有規範必要者，乃在原評價

對於評價對象的類型化規範，其在要件的設定上，自然必須以評價對象作為基礎，再加上行為攻擊對象（即所稱行為客體），以及法律所欲加以保護之對象（即所稱保護客體或法益），乃形成所謂犯罪類型的「基本構成要件（Grundtatbestand）」，而在立法上對於基本類型加以演化，乃形成各種同質或異質的構成要件類型（註二〇）。立法者針對行為之情狀，對於基本行為的規範，除基本要件之外，並對於行為的客觀情狀加以斟酌，而制訂出基本構成要件以外之修正規定，其可以為加重之規定，此時稱其修正要素為「加重條件（qualifizierte Brdingungen）」；也可以是對於基本構成要件之減輕，稱此要件為「減輕條件（privilegierte Bedingungen）」，此種維持基本行為規範，而僅加入加重或減輕條件之規定，學理上稱為「非獨立變體構成要件」。另外，立法者亦可能對於行為性質相近的犯罪類型，以一典型的行為型態加以修正，而產生出另一獨立的行為型態，此類構成要件雖係由基本典型行為類型所演變，但其行為性質已然異於基本行

標準之外，另定規範加以禁誡，例如對於具有機動性的交通工具，在竊盜罪型態之外，另設「無權使用（unbefugter Gebrauch）」專款加以規定，如德國刑法 § 248b、我國刑法修正草案第三二二條之一是。關於「使用竊盜」問題參見林山田，刑法各罪論，659、660 頁；韓忠謨，刑法各論，404 頁；蔡墩銘，刑法各論，142 頁。

（註二〇）此種由基本構成要件演化而成的類型，在學理上稱之為「變體構成要件（abgewandelte Tatbestände）」。從基本構成要件演化的內容差異，又可將變體構成要件區分為「獨立變體構成要件（selbständig abgewandelte tatbestände）」與「非獨立變體構成要件（unselbständig abgewandelte tatbestände）」。而區分何種變體構成要件為獨立？何種為非獨立？在學理上大多未詳加闡述，也造成判斷上相當的困擾，例如竊盜罪係所有以不法取得意圖為基礎的取走他人財物行為，其為斯類犯罪的基礎類型，然搶奪罪之於竊盜罪，究竟係獨立變體或是非獨立變體？乃產生疑問。雖然對於搶奪罪均視為係獨立於竊盜罪之外的獨立類型，但從何判斷？則仍舊不明。在學說上對於變體關係，較明確者為加重和減輕構成要件（qualifizierte u. privilegierte Tatbestände），其之於基本構成要件，為非獨立之變體構成要件。參照林山田，刑法通論（上），第 117 頁；Roxin, Strafrecht AT, S.276ff.; Jakobs, a.a.O., S.177ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S.268。

當然學理對於變體構成要件判斷的論述，似乎仍有待發展，特別是對於如何觀察獨立與非獨立構成要件的標準為何？必須進一步提供一個判斷的依據。從構成要件的內部結構關係加以觀察，可以發現對於基本構成要件的修正，如其所修正者為行為的客觀要件要素，不論為加重或減輕要素，其所產生的變體關係，必然為非獨立的構成要件變體（unselbständige tatbestandliche Abwandlung），例如加重竊盜罪（刑 321）之於普通竊盜罪（刑 320），或激於義憤殺人（刑 273）之於普通殺人罪（刑 271）是。反之，如修正者為構成要件之核心要素，即行為要素，則所產生的變體關係，則為獨立構成要件變體（selbständige tatbestandliche Abwandlung），例如竊盜與搶奪、竊盜與強盜的關係。此種確認，不但有助於對於構成要件的認知，也使得適用上得以更加明確。畢竟獨立與非獨立變體構成要件與基本構成要件產生競合時，在判斷上及處理上，必然產生差異。獨立變體構成要件與基本構成要件競合時，其形成的關係，可能需以想像競合或實質競合處理，其並無法律競合問題存在，但如非獨立變體構成要件與基本構成要件競合時，則可能發生法律競合的情況。

為，其所形成之規範，則為「獨立之變體構成要件」，例如不法取得意圖的財產犯罪中，基本典型的行為型態為「取走（Wegnahme）」，由基本行為所構成的普通竊盜罪，則為此類財產犯罪的基本犯罪類型，惟如對於「取走行為」加以修正，如加入暴力及危及被害人的行為方式，則變成「搶奪」的行為形式，另成一獨立之構成要件。當然，獨立變體構成要件與基本構成要件所規範的行為，在內容上雖有相似之處，但其行為性質則有所不同。

再者，在犯罪類型化的構成要件中，除可從基本構成要件修正而產生變體構成要件，加以觀察和理解之外，尚有三種規範類型，值得加以說明：其一為對於評價客體的行為，作階段性昇層的規定，其可在詳細分析為對於行為實現階段的觀察，以及法益受侵害程度的觀察。若從行為實現的階段而言，其主要為行為對於侵害對象（法益）危害程度作層昇性的規定，例如對於一定之行為作危險犯類型之規定，從危險（Gefährdung）到產生實害（Verletzung），更具體地說，一行為從實行到對法益具有抽象危險（abstrakte Gefährdung）昇層到具體危險（konkrete Gefährdung），更提高到實害的階段性規定，譬如遺棄行為致重傷或致死；如從法益產生危害而言，是以法益侵害的昇層關係作為規範之考量，例如普通傷害→重傷害→殺人，其對法益侵害的程度，係由對人的健康昇層到對生命的剝奪。行為昇層關係的刑法規範，最典型者應為危險犯（Gefährdungsdelikte）及加重結果犯（erfolgsqualifizierte Delikte）型態，此二種型態要不就是對行為作階段性之規範，或是對於結果作加重規定。其二為對於不同特定行為的核心內涵，加以組合，而產生複合式行為型態，即所謂之「結合構成要件（zusammengesetzte Tatbestände）」（註二一）。此種結合構成要件的結構，從外觀上觀察，似乎包含二個行為在其中，然而，須進一步釐清結合構成要件的結合關係，其並非任意將二行為類型的規定，單純地組合在一起，而係對於該二行為的特定要素加以整合，而形成一個獨立

（註二一）我國由於法律規定的關係，乃導致學理上對於結合構成要件的認知，採取二分形式，即形式結合罪與實質結合罪，前者係指單純將二基本構成要件結合成一新要件之謂，如刑 223、249、332、334、348 條及懲治盜匪條例 2 條是；後者則係對於特定行為的核心要素，加以整合，形成一新的獨立構成要件，例如強盜罪係組合取走行為與強制行為要素，所形成之強盜行為。關於學說之見解及論述，請參照陳樸生，論結合犯之結合關係，錄於：（蔡墩銘主編）刑法總則論文選輯（上），351 頁以下；林山田，前揭書，117 頁；蔡墩銘，刑法總則，114 頁；高仰止，刑法總論，158、159 頁；甘添貴，刑法總論講義，68 頁。然而，此種區分結合構成要件的說法，以及對於結合構成要件的認知，非全無問題。批判見解參見黃榮堅，犯罪的結合與競合，刊於：台大法學論叢第 23 卷第 2 期，151 頁以下；柯耀程，刑法結合罪之研究，刊於：警政學報第 25 期，1 頁以下；柯耀程，刑法「結合構成要件」之概念，刊於：刑事法雜誌第 38 卷第 4 期，1 頁以下。

的行為型態。例如強盜罪並非單純地將竊盜行為與強制行為組合再一起，而係對於竊盜行為中的取走行為與強制行為中對人的強制行為，透過規範化作用，整合在一新構成要件之中，其性質根本不同於二者（註二二）。此種新形成之結合構成要件所規範之對象，其性質亦不同於單純基本行為之規定。其三為在構成要件規定中，對於若干行為形式，加入特定之行為手段要件（註二三），此種行為手段既非原行為類型的本然形式，也非行為型態的結合關係，僅係作為實現該犯罪類型的輔助手段，對於該犯罪類型的實現，其既非必要條件，也不是充分條件，只是判斷構成要件該當時，行為之附加手段而已。構成要件體系中，對於此類附加行為手段的規定，不在少數，例如妨害自由行為規定中，常附加強暴、脅迫之手段或是妨害公務規定中，以強暴、脅迫等手段犯之等是，此種附加之行為手段，在實現類型行為要件時，可能僅侵害該規定所保護之法益；亦可能衍生出他法益的侵害，例如剝奪他人行動自由，可能僅使得他人陷於不自由之狀態，亦可能因手段因素，而額外使他人成傷，如行為衍生出非類型規定所保護法益以外之法益，亦受侵害時，在判斷上，恐需特別謹慎，其判斷的基礎必須先瞭解該行為手段是否為類型行為的內涵要素；再次需考量者，在於此附加之行為手段屬性及其所針對可能侵害法益與類型規定是否同質。如有差異，即不能視為「必然結果」，而濫用法律競合的吸收關係加以處理（註二四）。蓋在構成要件的結構中，每一個構成要件均具有特定之規範範圍，包括對於行為的類型，以及法益侵害程度，如行為及其所造成法益之危害超出

（註二二） 結合構成要件的學理上概念，乃在其雖係透過二行為內容的整合，但卻形成一新而獨立的行為類型，具有獨立性性質。關於結合構成要件的特性，參見黃榮堅，前揭文，208 頁以下；柯耀程，刑法「結合構成要件」之概念，18 頁以下；柯耀程，刑法結合罪之研究，14 頁以下。

（註二三） 此種加入特定行為手段作為構成要件成立的形式，在構成要件體系中，並不陌生，然而其尚可細分為附加同類型行為手段，以及附加不同類型之行為手段二種類行，前者如對於一身專屬性法益侵害之行為，如妨害自由罪；後者，則多為非一身專屬性法益侵害之行為，而賦加以特定之行為手段，如妨害公務罪。當然，因附加行為手段而導致其他法益受侵害時，在判斷上，是否得僅因其係類型行為的行為手段，而不加以處理？在學理上及實務運作上，仍有爭議。特別是實務常將此種衍生侵害結果，視為類型行為的「必然結果」，以法律競合的吸收關係加以處理，而不另論他罪。斯種作法，卻有值得檢討之處。關於實務視為「必然結果」者，參照最高法院六十八年台上第一九八號（針對強姦罪與妨害自由罪）、七十年台上第一〇二二號（針對強姦及妨害自由罪）、七十年台上第三九七五號（針對強姦及妨害自由罪）、七十年台上第四〇四〇號（針對強姦與強制罪）等判例。反之，在最高法院七十二年台上第五四一四號判例中，又認定妨害自由係涵蓋於強姦與猥褻罪之中，而不另論罪。

（註二四） 在吸收關係（Konsumtion）的濫用情況中，「必然結果」問題，亦是濫用原兇之一。關於吸收關係濫用問題，參見林山田，論法律競合與不罰之前後行為，刊於：台大法學論叢第 22 卷第 2 期，129 頁以下，157 頁以下。

構成要件規範的範圍，則勢必不能僅以該構成要件中有行為手段的規定，遽認為可包攝行為手段所生之結果，而僅視為該構成要件該當而已，例如以強制手段剝奪他人行動自由，而致他人成傷，雖然強暴手段係該妨害自由類型的行為手段，但該構成要件的範圍未必涵蓋使人成傷的結果，否則將造成成傷與不成傷，在法定處理上，毫無差別，不但有使得刑法法益保護目的喪失作用之虞，也使得該構成要件的內涵變得混淆不清，其究竟係對於自由之保護、或是自由法益包含身體完整性及健康法益在其中？同時，此等結果如不另加處置，必然使得被害人在被剝奪行動自由之時，即成為行為人之俎上肉，也造成被害人更受傷害的危機，顯然背離刑法構成要件的禁誡作用。因此，在理解構成要件的規範時，對其內容及範圍，尤應加以詳實界定，如有行為手段之規定，非必然即可視為包含衍生之法益侵害結果。事實上，此等衍生結果的發生，已然超出該構成要件的規範範圍，應以想像競合處理，根本無法律競合適用的餘地。

構成要件與其評價客體的行為間，尚有一重要問題，必須加以釐清，即對於一個行為的實現，如何以構成要件之法定規定加以規範的問題。在判斷行為是否為法律所禁止，而必需加以處罰，其判斷的基礎乃在法定構成要件的規範。構成要件對於行為的評價關係，係一種「包攝過程（Vorgang der Subsumtion）」（註二五），如一構成要件之規定，得完全涵蓋其評價之客體，則該行為之評價，即完全包攝於此一構成要件之中，惟如行為無法由一構成要件完全涵蓋時，則需藉由數個構成要件相互作用，方得完全加以涵蓋。然而，不論是一個或數個構成要件的包攝，必須對於所評價之行為，無增損減補地完全含納，不能有任何將行為削足適履的適用情況，否則，即出現法律適用上之疑慮。同樣地，構成要件對於行為的包攝，也不能產生尚游刃有餘的空間，簡單地說，構成要件對行為的包攝，必須是完全飽足，不能大也不能小，否則即不得謂行為具有構成要件該當性（Tatbestandsmäßigkeit）。由於構成要件體系內部的結構關係，對於評價客體的規範，除基本要件外，尚有因應情狀差異的變體規定，而形成適用上的取捨問題，例如甫生產後的母親，隨即殺害所生產之新生兒，其行為雖亦是殺人行為，但在構成要件中，以修正基本構成要件，而產生減輕構成要件，在適用時，除行為考量外，尚需顧及行為客觀情狀的規範，而選擇適用變體構成要件。蓋此時殺人罪的基本構成要件，對於行為的規範，欠缺情狀要素之規定，而顯得範圍太小，雖然，行為亦是剝奪他人生命，但難為基本構成要件該當，必須選擇規範範圍適足的成要件適

（註二五）參照林山田，刑法總論（上），175頁。

用。至於構成要件間的適用關係，究竟應如何判斷，特別是一行為疑似有多數個構成要件相符時，究竟應以一構成要件加以包攝？或是同時有數個構成要件的適用？除卻檢視構成要件的規範範圍及內容要素外，為能更精確掌握規範評價的問題，更需進一步瞭解適用判斷的前提，也就是構成要件相互間的關係，其為釐清法律競合與真實競合間適用判斷最根本的前提。

三、刑法構成要件相互關係

法律競合問題，主要係發生在規範內部對於其評價客體的規定，因立法技術的因素（如上述二、(二)所說明之構成要件型態），所產生規範選擇適用的問題。其所涉及者，乃在於對於同一行為似乎同時有數個構成要件被該當，但最終僅有一個構成要件被完整適用。惟何以數個疑似被該當的構成要件，有被除斥的情況，最後僅一個構成要件被適用？欲瞭解此一問題，其核心所在，除對於評價客體的行為作構成要件該當性的觀察外，基礎的前提，則需先從構成要件彼此間關係加以理解。在具體適用的判斷上，何時對於一行為必須完全適用其所該當的構成要件？何時僅需以一個構成要件，即可完全加以包攝？其重點並不在評價客體的行為，而是在對客體評價的構成要件。在構成要件的規定中，有屬於同類犯罪類型之規定，亦有屬於不同類型的規定，而評價客體的行為樣態，則成為區分犯罪類型的根本要素，或許可稱為「構成要件的核心要件（Kernbestandsteil des Tatbestands）」，亦即構成要件所規定的行為要件。從核心要件的判斷，可以區分出構成要件的性質差異性（註二六）。例如妨害自由行為的構成要件規定中，剝奪他人行動自由與略誘行為，係

（註二六）此種差異性判斷，對於刑法具有相當重要的意義，一方面可以確立著手的意義，從而作為對於正犯與共犯判別的依據；另一方面，亦有助於判斷連續關係的問題，也就是我國所稱，「同一罪名」與否的判斷。而在德國刑法上，此種差異性判斷，則為釐清「行為單一（Handlungseinheit）」的基準。關於「同一罪名」的判斷，我國實務的見解相當含混籠統，其雖以「罪質」作為思考的出發點，但卻未確認「罪質」究竟如何認定，乃至於見解相當分歧。對於「罪質」的認定，有謂「構成要件相同之罪名」，如大法官會議釋字第一五二號解釋；六十八年台上三〇五六號、六十九年台上五八八號、七十二年台上一三一七號、七十四年台上六四五〇號判例是；亦有謂需「法益同一」者，如七十四年台上一〇五六號七十七年上五一六四號判例是。此外，另見蔡墩銘，刑法總論，270、271 頁；洪福增，刑法之理論與實踐，397 頁以下；陳樸生，刑法專題研究，515 頁以下；楊大器，論「同一罪名」之認定與連續犯之適用，收錄於：（蔡墩銘主編）刑法總則論文選輯（下），735 頁以下。

屬同類行為，其構成要件的屬性，則屬於相同性質者；反之，妨害自由行為與竊盜行為，屬於完全差異的行為型態，所形成之構成要件必然不同性質。在同質的構成要件中，又因法規範對於行為的客觀情狀、行為的實行形式，以及侵害客體的程度，而有不同程度的規定，例如加重竊盜罪之於普通竊盜罪，係屬同質構成要件之犯罪類型，但在普通竊盜罪的規範中，加入特定要素，而形成另一加重構成要件。此外，構成要件的犯罪類型屬性雖可透過行為要件的觀察，為初步性質的區分，然而，在構成要件形成過程中，往往對於行為要件，更細微地析分出其要件要素，而透過要件要素的整合，乃使得不同屬性之構成要件中，彼此的行為要件要素出現重疊情況，例如竊盜行為與搶奪行為在構成要件中，係屬不同性質之類型，但其行為要件中的「取走」要素，卻是重疊。對於此種僅因行為要素部份重疊的構成要件，在適用的判斷上，仍須嚴加認定，否則將產生如強制行為必然包含於剝奪他人行動自由行為之中的謬誤。而釐清構成要件彼此間之關係，一方面可更清楚地確定出個別構成要件之適用範圍，另一方面也成為判斷競合問題的基礎工作。

為詮釋法律競合概念，德國學者 Klug 分析可能產生法律競合的各種情況之後，發現闡述法律競合問題，根本上應從構成要件對於評價客體的規範關係著手，唯有分析出構成要件間彼此的關係，方能對法律競合概念詳加釐清（註二七）。因此，Klug 從評價對象落入構成要件規範中的關係，分析構成要件內部規範的概念，而進一步將構成要件間區分成三種關係：即 1、異質性關係（Heterogenität），此種構成要件關係又可稱為互斥關係（Exklusivität），蓋同一行為不能同時該當此種構成要件，如竊盜與侵佔，即此種異質性的構成要件（heterogene Tatbestände），不可能同時適用同一之評價對象，二者絕無並存關係；2、重疊性關係（Interferenz），即所謂具有交集性之構成要件（interferierende Tatbestände），一個構成要件中所具有對於評價客體的要素，在另一個構成要件中，亦可發現，但其他要素，則各有不同，構成要件彼此間，具有同樣的行為要素，即有所交集（Überschneidung od. Kreuzung），例如詐欺與偽證，其對於規範對象的行為，在詐騙要素上，係屬重疊，但個別所規範之整個行為，卻有所不同；3、附屬關係（Subordination），也就是一構成要件所規範的對象，其內涵完全涵蓋於另一個構成要件之中，例如傷害罪與殺人罪的關係（註二八）。Klug 試圖從構成要件內部概念彼此關係的分析中，找出真正屬於法律競合適

（註二七） So Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 68(1956), S.399ff., 403。

（註二八） Aus Klug, a.a.O., 403ff..

用的可能性，其認為從概念邏輯的結構（begriffslogische Struktur）思考，構成要件中個別概念具有重疊關係或是附屬關係者，均可能形成法律競合，只是形成法律競合的適用關係，有所差異而已（註二九）。雖然 Klug 的分析提供了一個判斷法律競合成立與否的思維可能性，然而，卻又產生規範內部概念與規範對象間的混淆，仍舊使得法律競合問題陷入循環辯證的窠臼之中，未能完全揭露法律競合問題的神秘面紗。

Klug 以概念邏輯的方法，對於構成要件關係的思考，而將構成要件彼此的關係區分成三種關係，大體上而言，應屬貼切的分析，所出入者，僅在於其分析切入點發生齟齬，蓋其仍舊以受評價的情狀，作為分析的核心，而將構成要件作為對照的參考。惟 Klug 認為構成要件本是若干法律單元概念（rechtliche einheitliche Begriffe）的組合，對於構成要件的分析，本應從單元概念觀察，誠屬適切，只是對於此等構成要件的内容概念的分析，其重點為何，Klug 並未進一步說明，其僅籠統地以事實情狀落入構成要件中，在概念的吻合與否，作該當性的判斷而已。如吾人對於構成要件更進一步分析，區隔構成要件關係的重點，一反 Klug 的見解，而單純從構成要件内容觀察，可以發現，在構成要件中，決定彼此差異的基礎，乃在於其對於評價客體的規範，簡單地說，構成要件反映出不同的犯罪類型，犯罪類型之所以不同，乃在於對行為及其典型法益侵害差異性的規定，至於行為所伴隨之客觀情狀或條件，則非彼此差異的決定者。因此，對於構成要件間關係的分析，或可從核心要件（行為要件）的差異著手，本文嘗試從構成要件的行為要件內涵著手分析，對於行為要件再進一步解離成個別的單元概念，例如將竊盜行為解離成「平和」、「取走」及「不法所有之取得」等行為內質概念（註三〇），而將構成要件關係區隔成異質關係、交集關係及內含關係（註三一），並從此種區分來判斷競合問題的存在可能情形。

（註二九） Klug 認為「特別關係(Spezialität)」的概念邏輯結構應為「附屬關係」；而「補充關係(Subsidiarität)」與「吸收關係(Konsumtion)」，則應屬於「重疊關係」，而學說上爭議的「擇一關係(Alternativität)」，則歸屬於「附屬關係」。Dazu vgl. Klug, a.a.O., S.405ff. Klug 原本希望從構成要件關係的分析中，找出釐清法律競合問題的方法與途徑，卻在所得出之結論，使其努力功虧一簣，殊為可惜！

（註三〇） 此種解離構成要件的行為規定，並不見外於學理的分析，如將竊盜行為之成立分解成：1、破壞他人對動產的支配關係及 2、建立新的支配關係。參見林山田，刑法各罪論，645 頁。

（註三一） 本文所分析之構成要件關係，雖亦引用 Klug 的區分形式，但著眼基礎，則有所不同，依照 Klug 的區分基準，係置於客觀情狀落入構成要件規範關係所為之區分，本文則係從構成要件本身所規定的評價客體要件，為區分基準。

構成要件既成為行為的評價標準，對於不同行為，規範必然有所不同，而反應在構成要件內容中的行為要件，則成為區分不同犯罪類型的基礎。由於構成要件的内容係由個別之法律單元概念所組成（註三二），也由於組成的法律概念的差異，乃形成各個不同的構成要件型態，就刑法而言，區隔差異者，則在評價客體的規範內容，也就是行為規定的差異，因此，區隔構成要件關係，宜以行為類型規範作為認定之基準。

（一）異質關係

構成要件的内容，有對於同一評價對象作差別性規定者；亦有對於不同評價對象作規定者。如果構成要件彼此所規定的核心要件（行為要件）有所不同，且行為要件中的單元要素完全互異，則所產生之構成要件關係，必然為異質關係，簡單地說，構成要件中，作為評價客體的行為要素完全不同者，其彼此間必然屬於異質關係。例如殺人與竊盜，偽造文書與強姦，其中殺人行為與竊盜行為、偽造行為與強姦行為的内容，完全不同，所形成之構成要件，在本質上，全然互異。由於異質關係下的構成要件，彼此間所規範的對象具有本質性的差異存在，其差異包括行為的形式、行為主、客觀要件，因此，殊難同時存在於規範同一行為的情況，亦即同一行為並不可能同時該當具有異質關係的數構成要件。從而，如有數異質關係之構成要件被該當時，則必定具有數個行為存在，其所產生之競合關係，應為「實質競合（Realkonkurrenz）」（註三三）。在此種關係下的構成要件，同一行為根本不可能

（註三二）在方法學（Methodenlehre）中，規範形成唯一相當重要的課題，其主要係對於客觀之事實情狀加以分析，再將個別情狀解離成單元要素，透過概念化過程（Vorgang der Begriffsbildung）賦予法律意義，經過整合，乃形成個別之構成要件。Dazu vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S.12ff.;Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.138ff.;Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, S.82ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.177ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S.16ff.。

（註三三）部份學說認為，數個異質關係的構成要件，亦可能由一個行為所該當，而形成「想像競合（Idealkonkurrenz）」。Dazu Seier, Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolge, in: Jura 1983, S.225ff.; Puppe, Exklusivität von Tatbeständen, in: JR 1984, S.229ff.。此種見解對於異質構成要件可能成立牽連關係，較無質疑，但如係一行為觸犯數罪名的想像競合，則有所疑慮。蓋在想像競合的條件上，要求一行為，而異質構成要件是否得同時規範一行為，殊有問題，且將不同內質的行為，視為一行為，是否得當，確有疑慮。如對於行為單數（Handlungseinheit）的判斷，無法先行解決異質行為得整合在一起的難題，則異質關係下的構成要件，似乎不得由一行為來完足，而成立想像競合關係。例如如何能以一行為同時實現竊盜與殺人？的確是令人難以想像之事。

既該當一構成要件，同時也該當他構成要件。因此，此種關係下的構成要件，完全排除法律競合的問題，也就是在構成要件完全相異的情況下，根本不生法律競合問題。此與 Klug 所稱構成要件異質關係，在適用上，具有互相排斥的特性（註三四），具有同樣的意義，再構成要件異質關係中，均無法律競合問題的存在。

（二）交集關係

在不同的構成要件類型中，一個構成要件所含的行為要件的內涵，亦可以在其他構成要件行為內涵中，發現共同的行為要素，雖然行為型態有所差異，然而行為要素的單元概念卻具有重疊的情況，此時構成要件彼此間，乃形成交集關係。例如搶奪行為的法定要件包含「取走」、「使用身體力」、「危及被害人生命或身體的行為手段」等內涵概念，此等概念在竊盜行為的法定要件中，亦可發見，故二者的關係，為交集的構成要件關係，所交集者，則為共同的行為要素概念。在構成要件的體系中，多數的構成要件關係，屬於此種交集關係。諸如傷害與強盜行為或剝奪他人行動自由行為，甚而與毀損行為，在「暴力的使用（Gewaltsanwendung）」概念下，亦屬交集關係，特別是針對犯罪類型中，附帶有行為手段規定的構成要件，如有強暴、脅迫…等方式的規定者，該行為手段則成為二構成要件交集的部份，如強盜與強姦或剝奪他人行動自由是。

此外，在構成要件中，亦有評價客體的規定相同，但行為的客觀情狀不同者，其所形成的關係，仍舊應為交集關係，其所重疊部份乃在於行為要件的規定上，此種情況主要發生在對於基本構成要件所衍生之非獨立變體構成要件的相互關係上，例如激於義憤殺人（刑 § 273）與生母殺嬰（刑 § 274）間之關係，其重疊部份為基本的殺人行為，所不同者，則在行為情狀的差異。此種交集關係，勢必無由以一行為同時該當，故亦無從成立法律競合問題，所判斷者，僅在該當那一個構成要件問題而已（註三五）。

（註三四） So Klug, a.a.O., S.403ff.; auch Seier, a.a.O., S.226; Puppe, a.a.O., S.229; Burgstaller, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, in: (Österreich) Jbl 1978, S.393ff., 459ff.。

（註三五） 在我國構成要件規定中，因立法上失慮，導致在適用上出現困擾情況，例如激於義憤而殺害直系血親尊親屬，究竟應如何適用？因二者構成要件係屬於交集關係，但卻無法依想像競合處理，該其中一為加重條件，一為減輕條件，在構成要件體系中，出現此種情況，屬於相當特殊，吾人殊難想像一行為所該當的構成要件既為加重條件，又為減輕條件。通常行為人具有加重與減輕條件必存時，必定一為加重（或減輕）構成要件，另一為刑法總則之加重減輕規定，例如殺害直系血親尊親屬未遂是。在構成要件中，有此種特殊情況，恐怕立法上，必須再審慎考慮！

在刑法規範具體適用時，最常引起誤用及發生問題者，當屬此類交集關係。由於構成要件彼此間有交集的部份存在，遂引起適用上的疑慮，例如一行為該當交集部份時，究竟應適用那一個構成要件？事實上，此種疑慮不但是多餘，且在構成要件中，根本不可能發生，任何一個行為不可能僅該當二構成要件之交集部份，如有交集部份，為另一構成要件所規定之類型者，則所形成之關係也非交集關係，因此對於行為該當交集部份的疑慮，僅是假想出的情況，在現實情況與具體規範中，並不存在。例如強暴、脅迫為強姦與傷害行為規定的交集部份，如行為僅該當交集部份的要件，除非刑法另有規定單純之強暴、脅迫之構成要件，否則不得謂行為已有構成要件該當，即使構成要件有此規定（或許如單純恐嚇行為：刑 305）則恐嚇行為與強姦行為或傷害行為的構成要件規定，已非屬於交集關係。同時一行為對於構成要件，僅有該當與不該當二種情況，並無部份該當的問題。蓋構成要件對於行為必須是完全的評價，不能任意取捨其部份。

構成要件間具有交集關係者，如一評價客體的行為中，實現了交集部份的要素，此時尚須再進一步分析個別情形，判斷該行為究竟僅為其中一構成要件之該當，抑或是同時該當二構成要件，如僅包攝於一構成要件中，則根本上並無任何競合問題發生，當然也不生法律競合的情況；惟若二構成要件均有適用，則必定產生「真實競合（echte od. wirkliche Konkurrenz）」之問題，亦無法律競合存在。從而在判斷真實競合問題時，對於具有交集關係的構成要件，雖然必須進一步檢視交集要素外的其他要素，以判斷構成要件的適用，但可以確定的是，如行為同時該當交集關係的構成要件，則所形成者，必定為想像競合（包括牽連關係在內），如係數行為，則為實質競合，根本不發生法律競合問題。

（三）內含關係

一個構成要件所規定的內容，必然成為另一個構成要件內容的一部份，亦即一構成要件係包含在另一個構成要件之中，而形成所謂「內含關係」（註三六）。在

（註三六）雖然有部份學者在詮釋「內含關係」時，從「不法內涵（Unrechtsgehalt）」觀點出發，而認為一個構成要件所揭示的不法內涵，其範圍如涵蓋他構成要件所揭示之不法內涵時，即具有所謂「內含關係」。Dazu alledem Wessels, *Strafrecht AT*, S.34；Jescheck, *Strafrecht AT*, S.221；Bockelmann/Volk, *Strafrecht AT*, S.257；Vogler, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, in: Bockelmann-FS 1979, S.715ff., 727；auch BGHSt 25, 373；31, 380。此種觀點如立於同質構成要件的基礎上，或可成立，但如立於不同質構成要件時，則反成問題，蓋一方面「不法內涵」的內容及範圍究竟如何？

構成要件中，因立法上的考量，此種具有內含關係的形成，在構成要件體系中，係為尋常的現象，畢竟對於同一客體的不同情況，而有基本構成要件及修正構成要件之規定，乃規範內部正常的現象（註三七），但必須先確認一個判斷的前提，也就是其所規範的評價客體之基本型態是一致的，只有在此種條件之下，內含關係才有意義，更明確地說，只有在評價客體一致的情況下，方有內含關係產生的可能，蓋評價客體不同，構成要件必然無從產生內含關係。更進一步地說，內含關係的存在，在同一評價客體的前提下，必定僅發生在以下三種情況：1、構成要件對於評價客體作昇層的規定，例如傷害→重傷害→殺人的規定，此種昇層構成要件具有行為及法益侵害的昇層關係，低階的構成要件內容必然包含於高階構成要件之中，否則將產生高階構成要件「未遂（Versuch）」認定的難題。2、加重結果規定之於基本構成要件，在加重結果的規定中，當然包含基本構成要件在其中，蓋基本構成要件係加重結果規定的前提要件，之所以有加重結果，必定係實現基本構成要件，而衍生出的重結果發生。故加重結果的規定之於基本構成要件，必然為內含關係。此種型態最典型者，當屬階段性實害行為致生更重之結果，或是危險犯產生加重之實害結果，前者如傷害罪之於傷害致死的加重結果；後者如遺棄之於遺棄致死之加重結果規定。3、非獨立變體構成要件與基本構成要件之關係，非獨立變體構成要件僅對於基本構成要件，作加重或減輕情狀要件之修正，並未觸及核心要件的行為。由於變體構成要件的內容，除完全包含基本構成要件內容外，尚有額外的情狀要件，如客觀之加重、減輕要件，或是法益侵害程度的昇層要件，因此，基本構成要件必然包含於修正之非獨立變體構成要件之中，而形成典型的內含關係，例如加重竊盜罪中，除包含普通竊盜行為規定外，尚有其他加重條件，故而普通竊盜罪之規定，必然包含於加重規定之中；同樣地，激於義憤殺人之構成要件中，除含有普通殺人罪之全部要件之外，尚多出減輕之要件，故殺人罪的基本規定，必然包含在義

雖有所謂「行為非價（Handlungsunwert）」與「結果非價（Erfolgsunwert）」作為判斷基準，然而，「不法內涵」僅能從比較中得出孰高孰低，卻不能確認「不法內涵」量與質的多少，因此，就同質構成要件可從「不法內涵」比較中，確認內含關係，然而並非由於確認不法內涵的結果，而是由於同質構成要件，具有同樣的評價對象之故；反之，對於不同質構成要件或許在不法內涵的判斷上，仍可得出何者為高，但如據此遽認具有內含關係，則失之大矣！在確認構成要件的關係時，應從構成要件所規範之評價對象，加以思考，而不能從不法內涵的比較，加以觀察。

（註三七）惟應注意的是，在同一規範內部，不可能出現二個完全一樣的構成要件，誠如 Klug 所言，構成要件的「同一關係（Identität）」，不會發生在同一部法典之中。So Klug, a.a.O., S.404。故而，構成要件間必然有質與量之差異存在，如為質的差異，則其相互間關係，必然為異質關係，或是交集關係；如為量的差異，方有可能產生內含關係。

憤殺人規定之中。由於構成要件彼此間的內含關係，乃產生行為疑似該當一構成要件，卻又不適用該構成要件的情況，因此，法律競合問題應僅發生於構成要件間的關係，係內含關係的情況（註三八）。蓋僅在內含關係中，方可能發生一個行為該當一構成要件，同時亦有他構成要件被完全該當的情形出現，只是內含之構成要件，因其內容上不足以完全涵蓋評價客體，而在最後適用時，終遭除斥。例如略誘行為除該當略誘罪之構成要件外，同時亦完全涵蓋剝奪他人行動自由之規定，但剝奪他人行動自由的規定，對於略誘行為卻無法完全涵蓋，故而遭到除斥，該行為最終僅適用略誘罪之規定。

（四）小 結

構成要件既然是揭示犯罪類型的法定化規定，而成為規範性法律規定（註三九），則其必然須有規範的對象存在，否則即不能成為評價之標準。而欲瞭解構成要件彼此間究竟有何差異性存在，自然須從評價對象的法律規定，加以觀察。此所謂評價對象之法律規定，並非指客觀存在的行為，而係在構成要件中，如何透過法律概念，對於該行為做規範性的規定。透過對於構成要件的分析比較，可以將構成要件彼此間關係，區分為評價對象完全迥異的「異質關係」，構成要件彼此間有要件要素重疊的「交集關係」，以及一構成要件所規範的內容，完全包含於另一構成要件中的「內含關係」。由於構成要件彼此關係上的差異，在規範具體適用時，亦因構成要件關係的不同，而必然產生不同的判定結果。構成要件彼此間如立於「異質關係」或「交集關係」時，必然不生「法律競合」問題，而僅能依情況適用「實

（註三八） 此種見解在學說上並無爭議，亦即內含關係係法律競合問題最典型的型態。Dazu vgl. Klug, a.a.O., S.404ff.; Seier, a.a.O., S.228; Burgstaller, a.a.O., S.396, 397.

（註三九） 此處所稱「規範性法律規定」係相對於「宣示性法律規定」而言。法律是否得直接實現，或是須仰賴其下位階法律方能具體適用，可以在概念上區分成「宣示性法律規定」與「規範性法律規定」，前者所揭示者常為法律具體適用的指導原則，其本身並不能做直接適用之主張，此種法律規定，常需依賴其他法律規定加以落實，例如憲法關於基本權利（Grundrecht）的規定，係一種宣示性規定，蓋其須藉由其他法律，方能落實人權保障的指導原則；反之，規範性規定，乃指規定本身具有具體的適用對象及適用範圍，得以直接適用。在一國之中，大部份的法律規定，多為「規範性法律規定」，蓋所欲規範之事項，常為具體存在之事實。如對於具有具體規範對象的事實情狀，做宣示性之規範，或將宣示性事項，作成直接適用的規範性規定，均係立法上之謬誤。例如生存權的保障，係一種法律的指導原則，如將其規定為直接得以主張之規定，則任何一個國家均承擔不起此種負擔。基本上其為揭示法律的指導原則，如何保障生存、工作、權利等，因情狀萬段，諸如保險、疾病醫療、勞動、福利…等，均為具體實現之情狀，指導原則必須仰賴規範性規定，方足以直接適用。

質競合」或「想像競合」；反之，如構成要件彼此間，係立於「內含關係」，則方有「法律競合」的可能性存在。欲瞭解構成要件對於現實世界所發生事實的適用關係，其先決條件必須先釐清構成要件內容的關係，否則在個別適用時，不但無法正確確認範圍，同時更容易造成競合問題的混淆，其中最嚴重者，莫過於「法律競合」認定的偏失（註四〇）。故有必要對於「法律競合」的基本特性，加以深入分析。

（未完待續）

（註四〇）我國刑法學理及刑事實務，太過於浮濫使用「法律競合」的關係，造成無所不能適用的情況，甚至將法律適用的基本原則，如特別法優於普通法、後法優於前法等冠上法律競合之名的紛擾現象。參見，陳珊，犯罪競合與法律競合，刊於：軍法專刊二十年來刑事實用文選（民 63 年），471 頁以下。此係法律概念認知的錯誤，宜對於法律競合問題重新思考。批判見解參見林山田，論法律競合與不罰之前後行為，刊於：台大法學論叢第 22 卷第 2 期，129 頁以下，135 頁。