

法學講座

「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

鄭逸哲*

一、「構成要件競合」是「構成要件」和「構成要件」之間的「全——偏關係」

一般被稱為「法條競合」的東西，其實應正名為「構成要件競合」。它是指一個「構成要件」完整存在於一個相對大型的「構成要件」中，而作為其「部分」。

舉例來說，我們就刑法第三百二十八條第一項抽象所規定的「強盜構成要件」加以分析，就可以發現，不僅是第三百二十條第一項所規定的「竊盜構成要件」，而且另有第三百零四條第一項所規定的「強制構成要件」，均作為其「部分」而存在其間。亦即，若將「強盜構成要件」稱為「全構成要件」，則我們可將「竊盜構成要件」和「強制構成要件」稱為其「偏構成要件」。

在此理解下，所謂「構成要件競合」，是在全然不必涉及任何事實的情況下，就一個抽象規定的「構成要件」和另一個抽象規定的「構成要件」，進行純粹抽象的關係判斷。只要一個「構成要件」作為另一個「全構成要件」的「偏構成要件」，亦即二者間構成抽象的「全——偏關係」，則這二個「構成要件」間，即具有「構成要件競合」關係。

所以，「構成要件競合」是二個「構成要件」間的必然邏輯形式關係，既然是種形式的關係，我們根本無從由之知道任何涉及事實的資訊。如果，我們就一個抽象規定的「構成要件」和另一個抽象規定的「構成要件」，進行純粹抽象的關係判斷，未能發現其間存在「構成要件競合」關係，那我們也就只是知道，二個「構成要件」間的關係是「『非』構成要件競合」關係。

例如，「竊盜構成要件」和「強制構成要件」之於「強盜構成要件」均作為其「偏構成要件」，所以前二者與最後者間均個別具有「構成要件競合」關係。然而在此同時，「竊盜構成要件」和「強制構成要件」二者間，並不存在「全——偏關係」，故其間的關係是「『非』構成要件競合」的。

但在「強盜構成要件」中，我們其實還可以分析出來，規定在第

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，臺北大學法律系教授。

三百二十五條第一項的「搶奪構成要件」，亦作為其「偏構成要件」而存在其中，是以「強盜構成要件」和「搶奪構成要件」間形成「全——偏關係」，而具有「構成要件競合」關係。若我們進一步再就「搶奪構成要件」進行抽象的形式分析，又可發現，「竊盜構成要件」亦作為其「偏構成要件」而存在其中，是以「搶奪構成要件」和「竊盜構成要件」間亦形成「全——偏關係」，而亦具有「構成要件競合」關係。因而，「強盜構成要件」、「搶奪構成要件」和「竊盜構成要件」間，共存在三個「構成要件競合」關係；也由於「構成要件競合」是種必然的邏輯形式關係，所以這三個「構成要件競合」所構成的「構成要件競合」、「構成要件競合」和「構成要件競合」的「競合」關係，也是必然的。

二、「構成要件競合」關係下的「構成要件適用」

長期以來，我們似乎並未對構成「構成要件競合」關係的「構成要件」的「構成要件該當性」問題，予以足夠的重視；所以如此，或許是一直並沒有搞清，「構成要件競合」理論只不過是「構成要件適用」理論的「先遣理論」。

如前所述，「構成要件競合」雖然是種必然的邏輯形式關係，但既然是種形式關係，我們就無以從中得知任何相關於事實的資訊。然而，若「全構成要件」被實現，我們藉由「構成要件競合」作為中介，亦知其「偏構成要件」亦必然被實現。但要弄清楚，前者是「全構成要件」和「偏構成要件」二者間的形式關係，而後者是「全構成要件實現性」和「偏構成要件實現性」二者間的實質關係。

只當對「事實」進行「構成要件適用」時，因「構成要件競合」而「衍生」的「構成要件實現性」和「構成要件該當性」的概念區別，才會浮現。

舉例來說，「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「搶奪構成要件」均作為「強盜構成要件」的「偏構成要件」，個別與之構成「構成要件競合」關係。如果純就抽象規定的這些「構成要件」進行分析，我們就只知道這麼多，不會更多，也不會更少，但絕對不會知道任何涉及事實的資訊。不過，如果甲實現「強盜構成要件」，由於「以偏不得概全，以全當然概偏」，所以我們亦確定，作為其「偏構成要件」的「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「搶奪構成要件」亦均被實現。甲雖然以「同一事實」而同時具有「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「搶奪構成要件實現性」和「強盜構成要件實現性」，然而其「構成要件該當性」為何？

鑒於禁止「一事二罰」，若以甲所具有的「強制構成要件實現性」、

「竊盜構成要件實現性」、「搶奪構成要件實現性」和「強盜構成要件實現性」四個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將導致就「竊盜事實」的部分「一事三罰」，就「強盜事實」部分也將如此。所以只能以「強盜構成要件實現性」作為其「構成要件該當性」，而犯「強盜罪」一個罪。如此，不但不會導致「一事二罰」，而且亦實現衍生於刑法「規範機能」的「充分評價」要求。

因而，若行為人以「同一事實」具有數個「構成要件實現性」，而能「充分評價」該事實的「構成要件實現性」的「構成要件」，必然「優先」於與之構成「全——偏關係」的其他「構成要件」而作為「構成要件該當性」的「構成要件」而為適用，以避免「一事二罰」的出現。

這種於就具體事實進行「構成要件適用」時，實現「充分評價」任務的「構成要件實現性」的「全構成要件」，「優先」於其其他的「偏構成要件」而為適用的現象，即一般所稱的「特別關係」。可見，將「特別關係」列為「法條競合」或「構成要件競合」的類型，是件極其荒謬的事！因為沒有對「事實」進行「構成要件適用」，充其量就只有二個「構成要件」間是否構成「構成要件競合」的問題，怎麼會討論到適用哪一個「構成要件」而決定「構成要件該當性」，而發生哪一個「構成要件」應「優先」適用的問題？換言之，如果要說，「特別關係」也該是構成「構成要件競合」關係的「構成要件適用」的類型，怎會是「構成要件競合」的類型呢？

所以，較精確的理解是：「構成要件競合」理論屬「刑法理論」；而「特別關係」理論，嚴格說來，並非「刑法理論」的一部分，而是「刑法適用理論」的一部分。

至於一般亦被列為「法條競合」類型的「補充關係」，甚至連「刑法適用理論」問題都不是，而是「刑事訴訟法的刑法適用理論」問題的一部分。無論是「刑法理論」，或是「刑法適用理論」，都是架構在假設的「上帝事實」之上，也就是依「確定無疑」的「假設事實」而展開理論。例如，我們說「甲用力推乙，使之重跌，不能抗拒，而將之配戴的珠寶項鍊取走」，我們並不會去質疑「事實是這樣嗎？」或是追問「事實如何證明」，就是直接以之為「事實」而進行「構成要件適用」，而確定甲雖然同時具有「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「搶奪構成要件實現性」和「強盜構成要件實現性」，但在兼顧不違反「一事二罰」和「充分評價」的情況下，以「強盜構成要件實現性」作為其「構成要件該當性」，而犯「強盜罪」一個罪。在這樣的「構成要件適用」下，怎麼樣也只有「特別關係」的問題，並不會浮現所謂「補充關係」的問題。

但就刑事訴訟法或「刑事訴訟法理論」，我們必須去質疑「事實

是這樣嗎？」或是追問「事實如何證明？」。同樣的「甲用力推乙，使之重跌，不能抗拒，而將之配戴的珠寶項鍊取走」這樣的事實，在刑事訴訟法或「刑事訴訟法理論」上，已不再是「上帝事實」，不是有人主張的「主張事實」，就是「待證事實」，或是有人懷疑的「嫌疑事實」，或有人確信的「確信事實」。例如，檢察官懷疑「甲用力推乙，使之重跌，不能抗拒，而將之配戴的珠寶項鍊取走」而進行偵查，或檢察官以之作為「起訴事實」，但就「不能抗拒」的部分，無論甲在主觀上是否有此計劃，或是客觀上是否實現，均無法以證據加以證實，則起訴檢察官或法院，雖均能確定「搶奪構成要件實現性」的存在，卻也均無從確定「強盜構成要件實現性」的存在——即使其均不排除「搶奪構成要件實現性」存在的可能——，因而必須捨「強盜構成要件實現性」，而以「搶奪構成要件」「遞補」「強盜構成要件」而加以適用，而以「搶奪構成要件實現性」作為甲的「構成要件該當性」，而犯「搶奪罪」一個罪。也只在諸如此類的情況下，這樣的「遞補關係」才會浮現。而這樣的以「偏構成要件」「遞補」「全盜構成要件」，而作為「構成要件該當性」的「構成要件」的現象，一般將「遞補」的「偏構成要件」之於「被遞補」的「全構成要件」的「遞補關係」，稱之為「補充關係」。

這樣我們可以非常清楚看出，只有就刑事訴訟法或「刑事訴訟法理論」的討論，才可能討論到「補充關係」，就「刑法理論」和「刑法適用理論」，去扯什麼「補充關係」，是件不可思議的事。將「補充關係」和「特別關係」均列為「法條競合」或「構成要件競合」的類型，不僅是錯誤的，而且是件錯上加錯的事！

三、「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」間的「構成要件競合」關係

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，「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」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」。

這和一般構成「構成要件競合」的「構成要件」間，其「偏構成要件」之於「全構成要件」作為其「必要質性條件」有所不同，「傷害構成要件」之於「重傷害構成要件」雖然亦構成「構成要件競合」關係，但前者並非後者的「必要質性條件」，而是屬「必要量性條件」。

四、尚未確定「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」的全貌，即可確定其間具有「構成要件競合」的「全——偏」關係

若「事實」具有「全構成要件」的「構成要件實現性」，一般說來就確定了行為人所具有的「構成要件該當性」。而「事實」是否具有「全構成要件」的「構成要件實現性」，一般就只要將刑法分則所規定的特定「構成要件」與之加以比對，就足以確定。然而，刑法分則所規定的「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」，卻只提供了確定其「質」的判斷標準，卻未提供確定其「量」的判斷標準。

我們僅僅觀察刑法分則所規定的「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」，雖然就可以確定其間的「全——偏關係」，然而就「具體事實」，究竟應適用「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」而具有「構成要件該當性」，僅依此已確定具有「構成要件競合」關係的二個「構成要件」規定，卻是無解。

如前所述，「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」屬「同質構成要件」，且由「重」字即可確定此二構成要件間的必然「構成要件競合」的「全——偏關係」。然而，舉例來說，就「甲下毒，致乙失明」的事實，我們僅依刑法分則上規定「傷害構成要件」和「重傷害

構成要件」二項規定，充其量只能確定甲具有「傷害構成要件實現性」，卻不能確定甲是否具有「重傷害構成要件實現性」，也因而不能確定甲所具有的「構成要件該當性」。因為，「傷害」和「重傷害」在「量」上的判斷標準，並不規定在此二規定之中，而是別立於刑法總則第十條第四項。

換言之，其實是在根本未完全清楚「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」的全貌時，就已有能力確定二者的必然「構成要件競合」的「全——偏關係」。

但二者的全貌，卻必須加入規定於刑法總則第十條第四項的另一「實定法源」，方能正確認識。精確來說，「重傷害構成要件」並非規定於第二百七十八條第一項，而是由該項和第十條第四項所共同決定，因而，「重傷害構成要件」的全貌應為：「使人受傷害到達使一目視能、一耳聽能、語能、味能、嗅能、一肢機能、生殖機能嚴重減損程度或於其他身體或健康難治程度以上」。也因而，「傷害構成要件」的全貌應為：「使人受傷害未達使一目視能、一耳聽能、語能、味能、嗅能、一肢機能、生殖機能嚴重減損程度或於其他身體或健康難治程度」。

由是看來，第十條第四項的「重傷害」立法定義，對於「重傷害構成要件」屬「積極要件」，但對「傷害構成要件」來說，卻屬「消極要件」。

在我們弄清楚「重傷害構成要件」的全貌後，我們現在可以確定就「甲下毒，致乙失明」的事實，甲不僅具有「傷害構成要件實現性」，亦具有「重傷害構成要件實現性」，由於「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」間具有「構成要件競合」關係，若「傷害構成要件實現性」和「重傷害構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，將導致「未達一目視能嚴重減損程度範圍內的傷害事實」部分，發生「一事二罰」，因而僅以「重傷害構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「重傷害罪」一個罪。在此情況下，也達到「充分評價」的要求。

因而，我們是在動用第二百七十七條第一項、第二百七十八條第一項和第十條第四項三項條文的情況下，才有能力確定「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」的全貌，然後才能對此二者加以適用，也方才確定甲所具有的「構成要件該當性」為「重傷害構成要件該當性」；但我們僅訴諸第二百七十七條第一項和第二百七十八條第一項二項條文，即已有能力確定「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」間具有「構成要件競合」的「全——偏」關係。

由這樣的例子，更可以看出，「構成要件競合」是一回事，如何適用具有「構成要件競合」關係的「構成要件」又是另一回事。將「特

別關係」列為「構成要件競合」的類型，是非常可笑的事。

五、「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」和「重傷害不能未遂構成要件」的「構成要件適用」

二〇〇五年大幅翻修刑法總則時，最莫明其妙的，莫過於將第二十六條規定為：「行為不能發生犯罪結果，又無危險者，不罰」。這樣的規定，非但無助於「構成要件適用」的清明，反而製造無謂的困擾。

事實上，在修法後，諸多法律人根本就將「對具有『不能未遂構成要件實現性』之人，不得以此為由，而加以處罰」誤解為「對具有『不能未遂構成要件實現性』之人，不得加以處罰」。

舉例來說，風吹葉動，甲誤以為乙之到來，舉槍射擊，但只聽到子彈劃過空氣的聲音，隨即一片寂靜。甲自信著手於「殺人構成要件」之實行，但因為刑法創設「殺人構成要件」所要保護的「生命法益」，由於乙根本不在行為現場，乙的「生命法益」自始未陷入任何的客觀危險，因而發生「客體不能」，甲具有「殺人不能未遂構成要件實現性」。

但「不能未遂構成要件實現性」是種非常詭異的概念，因為我們要判斷行為人所具有的「構成要件實現性」，是為了要確定其所具有的「構成要件該當性」；確定其所具有的「構成要件該當性」，是為了要確定其所犯何罪；確定其所犯何罪，是為了要確定如何加以處罰。但在現行刑法第二十六條如此規定的情況下，所有「不能未遂構成要件」均屬「不可罰的構成要件」，即使行為人具有「不能未遂構成要件實現性」，這樣的「構成要件實現性」自也不具備作為「構成要件該當性」的「候選」資格。我們有必要耗費精力去判斷行為人具有某種「不能未遂構成要件實現性」，然後再說「因為所有『不能未遂構成要件』均屬『不可罰的構成要件』，所以我們不可能以其具有『不能未遂構成要件實現性』為由，而加以處罰」嗎？

事實上，上例中具有「殺人不能未遂構成要件實現性」的甲，的確不能以之為由加以處罰；但不能因不得以其具有「殺人不能未遂構成要件實現性」為由加以處罰，就跳躍式遽下結論說「甲不犯罪」，而惟恐「甲不犯罪」，就胡亂硬拗第二十六的規定。即使我們不能對具有「殺人不能未遂構成要件實現性」的甲，以之為由加以處罰，並不等於我們不得以其他的理由加以處罰。

一般法律初學者最常犯的錯誤之一，就是在進行「構成要件適用」時，忘記刑法是「一部」，而不是「一條」。如果我們將第二十六條的規定，不要孤零零的觀察，而是擺到整部刑法內加以觀察，我們會發現，第二十六條的「全文」應該是：「所有『不能未遂構成要件』均

屬『不可罰的構成要件』，不得以行為人具有『不能未遂構成要件實現性』為由，而加以處罰，但該具有『不能未遂構成要件實現性』的行為人，若以『同一事實』實現其他『可罰的構成要件』而具有『構成要件該當性』，仍犯該罪」。所以「對具有『不能未遂構成要件實現性』之人，不得以此為由，而加以處罰」，絕對不等於「對具有『不能未遂構成要件實現性』之人，不得加以處罰」。

在此理解下，對具有「殺人不能未遂構成要件實現性」的甲，不得以之為由加以處罰；但甲以「同一事實」卻也同時實現可罰的「預備殺人構成要件」而具有「預備殺人構成要件該當性」，而犯「預備殺人罪」一個罪。在此情況下，甲還是「不能未遂行為人」，但這個「不能未遂行為人」還是有罪，只是並非基於其所具有的「殺人不能未遂構成要件實現性」而犯罪。

在徹底搞清楚第二十六條的「全文」後，我們可以進一步來探討「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」和「重傷害不能未遂構成要件」的「構成要件適用」問題。

先看個實例：「甲下毒，想使乙終身抬癱瘓，但他不知其所下的毒量，根本只夠使乙拉肚子，乙也因此肚子不舒服了好幾天」。

甲自信著手於「重傷害構成要件」的實行，但因為刑法創設「重傷害構成要件」所要保護的重大程度以上的「身體法益」，由於甲下毒的毒量根本不足，乙的重大程度以上的「身體法益」自始未陷入任何的客觀危險，因而發生「方法不能」，甲具有「重傷害不能未遂構成要件實現性」。

但所有「不能未遂構成要件」均屬「不可罰的構成要件」，因而甲雖具有「重傷害不能未遂構成要件實現性」，也不得以其具有「重傷害構成要件實現性」為由，而加以處罰。然而，甲以「同一事實」還是實現「傷害構成要件」而具有「傷害構成要件該當性」，還是犯「傷害罪」。

由此例中，我們可以看出，對「具體事實」進行「構成要件適用」時，使行為人具有「不能未遂構成要件實現性」而自信所著手的「構成要件」，若其「偏構成要件」以「同一事實」被實現，則行為人仍然犯罪。換言之，「不能未遂行為人」所自信著手實行的「構成要件」，若具有與之構成「構成要件競合」的「偏構成要件」，則務必進一判斷，該「偏構成要件」是否被實現；不得遽下該「不能未遂行為人」不犯罪的結論。

要特別注意，若「不能未遂行為人」，因其實現其所自信著手實行的「構成要件」的「偏構成要件」而犯罪，也全然無關所謂「補充關係」。因為，「不能未遂行為人」只是自信著手實行「全構成要件」，但根本未具有「全構成要件」的「構成要件實現性」；既然這樣的「構

成要件實現性」未曾出現過，則適用「偏構成要件」作為「構成要件該當性」的「構成要件」，根本無所謂「遞補」可言。

反之，若行為人以「同一事實」既實現「全構成要件」的「不能未遂構成要件」，又實現「偏構成要件」，則於「構成要件適用」上，後者「優先」於前者適用而作為「構成要件該當性」的構成要件；亦即後者之於前者必然構成「特別關係」。所以如此，原因很簡單，因為所有「不能未遂構成要件」均屬「不可罰的構成要件」，「不能未遂構成要件實現性」自始即不具備作為「構成要件該當性」的「候選」資格。

六、「生命法益」發生「實害」的過程，乃「量變到質變」

立法者不得恣意創設「構成要件」，除非行為人以「刑法上有意義的行為」使他人的「法益」陷入事實的危險。而「危險」非屬「第一次的概念」，若不先知何謂「實害」，根本無從道危險。所以「危險」是「發生實害的危險」的「簡稱」，是種「第二次的概念」。

但一個「刑法上有意義的行為」在使某種「法益」發生事實「實害」的同時，是否有可能亦使另一種「法益」陷入事實「危險」呢？當然有可能！舉例來說，甲放火燒的房子，乙怕被燒死，從三樓一躍而下，造成大腿骨折，不過也撿回一命。就此案例，甲以一個放火的「事實行為」，使乙的「財產法益」和「身體法益」發生事實「實害」，也同時使其「生命法益」陷入事實「危險」。可見，無論是「實害」，或是「危險」，都是針對特定「法益」而言的。

就刑法所要保護的五種「法益」——即「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」——來說，均有陷入發生「實害」的「危險」的可能——亦即因「危險量遞增」而由「量變」到「質變」，但這種「量變」到「質變」，乃指對同一「法益」的「危險」到「實害」。但如果問：一旦該法益發生「實害」，其後是否有所「量變」的可能——即在「實害」的「質」不變的情況下，同一「法益」侵害的程度加深加鉅，則對「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」四者來說，是有可能的；但對「生命法益」而言，卻是難以想像的。一旦被害人斷氣了！其「生命法益」就在瞬間全然消失，對於不再存在的東西，如何對之擴大侵害的程度？

但——如前所述——，「生命法益」有陷入發生「實害」的「危險」的可能——亦即因「危險量遞增」而由「危險」的「量變」演變成發生「實害」的「質變」。但這種「危險」的「量變」到底是什麼？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」。

七、「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

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」。

八、「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」和「殺人構成要件」的「構成要件適用」

由於「殺人構成要件」同時作為「傷害構成要件」和「重傷害構

成要件」二者的「全構成要件」，若甲殺害乙而實現「殺人構成要件」，則甲亦必然實現「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」，而同時具有「殺人構成要件實現性」、「重傷害構成要件實現性」和「傷害構成要件實現性」。但不得將這三個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，否則「未達重傷害程度範圍內的傷害事實」部分將發生「一事三罰」，「到達重傷害程度範圍內的傷害事實」部分將發生「一事二罰」，因而僅以「殺人構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「殺人罪」一個罪。在此情況下，也達到「充分評價」的要求。

這樣的思惟模式，看起來似乎對於法律人不尋常，但如果不建立如此理解，勢必就現行刑法，無從掌握正確的「構成要件適用」，例如，對以下的實例將束手無策：

九、「傷害構成要件」、「重傷害構成要件」、「殺人構成要件」和「殺人不能未遂構成要件」的「構成要件適用」

二〇〇四年公務人員司法人員特種考試四等考試各類科的刑法概要中有道題目是：「甲想要毒死乙，於是暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下。不料因為該毒藥並沒有到達致死的份量，所以乙並沒有被毒死。雖然乙沒被毒死，但是仍舊是痛苦難當，在地上翻轉哀嚎。甲看到乙的慘狀，心生不忍，於是開車將乙送醫。不過於醫治的途中因醫師丙處置不當，結果乙仍舊死亡。試問甲是否成立犯罪？」

如前所述，對「具體事實」進行「構成要件適用」時，使行為人具有「不能未遂構成要件實現性」而自信所著手的「構成要件」，若其「偏構成要件」以「同一事實」被實現，則行為人仍然犯罪。換言之，「不能未遂行為人」所自信著手的「構成要件」，若具有與之構成「構成要件競合」的「偏構成要件」，則務必進一判斷，該「偏構成要件」是否被實現；不得遽下該「不能未遂行為人」不犯罪的結論。

甲之所以下毒，乃自信手於「殺人構成要件」之實行，但因為刑法創設「殺人構成要件」所要保護的是「生命法益」，由於毒藥份量份不足以致死，被害人乙的「生命法益」自始未陷入任何客觀危險，因而發生「方法不能」，甲具有「殺人不能未遂構成要件實現性」。

但所有「不能未遂構成要件」均屬「不可罰的構成要件」，因而甲雖然具有「殺人不能未遂構成要件實現性」，也不得以其具有「殺人不能未遂構成要件實現性」為由，而加以處罰。

到此為止，我們處理這個問題，還算順利。我們要進一步處理，與「殺人不能未遂行為人」甲所自信著手實行的「構成要件」構成「構成要件競合」的「偏構成要件」是否被實現？甲所自信著手實行的是「殺人構成要件」，而「傷害構成要件」和「重傷害構成要件」均作

為其「偏構成要件」；然而，案例事實只告訴我們「毒藥並沒有到達致死的份量」和「(乙)痛苦難當，在地上翻轉哀嚎」，根據這樣的資訊，我們僅能確定甲以「同一事實」還是實現「傷害構成要件」而具有「傷害構成要件實現性」；但所謂「(乙)痛苦難當，在地上翻轉哀嚎」是否到達「使一目視能、一耳聽能、語能、味能、嗅能、一肢機能、生殖機能嚴重減損程度或於其他身體或健康難治程度」，我們一無所悉，也就是說我們根本無從確定甲是否亦實現「重傷害構成要件」而具有「重傷害構成要件實現性」。如此一來，我們就沒有辦法確定甲的「構成要件該當性」，也就沒有辦法確定甲是犯「傷害罪」或「重傷害罪」。

如果在實務，這當然要查清楚，但這是「考題」啊！我們只好以「若」來處理：若甲亦實現「重傷害構成要件」而具有「重傷害構成要件實現性」，則因「重傷害構成要件」之於「傷害構成要件」作為「全構成要件」，為避免「一事二罰」和符合「充分評價」要求，以其所具有的「重傷害構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「重傷害罪」；若甲未實現「重傷害構成要件」而具有「重傷害構成要件實現性」，則當然以其所具有的「傷害構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「傷害罪」。

至於醫師丙處置不當，造成乙死亡，顯然具有「業務過失致人於死構成要件實現性」。和本文有關的有趣問題：丙還實現了哪些構成要件呢？

基於確認「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」關係的相同原理，「業務過失致人受傷害構成要件」、「業務過失致人受重傷構成要件」之於「業務過失致人於死構成要件」，均作為其「偏構成要件」；復以，「普通構成要件」之於其「加重／減輕構成要件」必作為「偏構成要件」的原理，「業務過失致人於死構成要件」之於「過失致人於死構成要件」、「過失致人受重傷構成要件」、「過失致人受傷害構成要件」均作為「全構成要件」。因此，丙除了具有「業務過失致人於死構成要件實現性」，尚具有「業務過失致人受傷害構成要件實現性」、「業務過失致人受重傷構成要件實現性」、「過失致人於死構成要件實現性」、「過失致人受重傷構成要件實現性」，以及「過失致人受傷害構成要件實現性」。但為避免「一事二罰」和符合「充分評價」要求，以其所具有的「業務過失致人於死構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，而犯「業務過失致人於死罪」。

但本題的答案是什麼呢？「參考答案」如下：

1 交有毒飲料給乙喝的部分：

•

甲交有毒之飲料給乙喝，雖然其自信已著手於殺人構成要件之實行，但該毒藥並沒有到達致死的份量，乙的生命法益自始無危險，因而甲屬殺人的方法不能犯，依刑法第二十六的規定，對甲不得以殺人不能未遂為由而加以處罰。即使如此，甲已使乙痛苦難當，在地上翻轉哀嚎，此仍為其故意所及，應依實際傷害輕重程度，以傷害罪或重傷害罪相繩。

2 醫師丙處置不當致乙死亡的部分：

•

在客觀上，乙之死亡，乃甲之下毒和醫師丙處置不當合力而生，難謂甲之下毒和乙之死亡間在客觀上不具有事實因果關係，但不死之痛變成要命之症，乃因醫師丙之業務過失，此種因果歷程非一般人所可預見，難謂甲就此部分有所故意或過失，依刑法第十二條第一項的規定，甲自不必對此部分負責。

尤其是初學法律的讀者，從這個「參考答案」，得到怎樣的啟示呢？一個考生並不是將整個「思考歷程」一鼓腦兒全然丟到試卷上，而是要以「最精簡」的文字「完整」論證——但論證的「基礎理論」往往不會見諸試卷。再者，要看清題目再作答，而不是針對「自己想像中的題目」作答。這個「參考答案」完全沒有提到丙犯「業務過失致人於死罪」，為什麼？因為題目是問：「甲是否成立犯罪？」

十、「構成要件競合」別立於「構成要件該當性」概念外另行論述是錯誤的——代結論

綜上所述，我們之所以要提出「構成要件實現性」的概念，就是為了要確定「構成要件該當性」。而之所以必須區別「構成要件實現性」和「構成要件該當性」概念，就是因為刑法所規定的「構成要件」，有些之間具有「構成要件競合」的「全——偏關係」。

因而，要說明「構成要件該當性」，不得不求助於「構成要件實現性」的概念，而「構成要件實現性」的概念，又肇因於「構成要件競合」。

由此看來，一般刑法教科書將「構成要件競合」，非但切割於「構成要件該當性」章節外加以論述，而且往往置於書末才提及，即使其論述是正確的，也好像先蓋房子，再打地基，而違背建築成規。