

「實害」與「危險」

鄭逸哲*

一、「事實實害」與「事實危險」

我們常說：「刑法具有最後手段性」，或說：「刑法具有謙抑性格」。但這對實定刑法立法和實定刑法的認識，究竟有什麼指標性的意義？

我們也常說，立法者不得恣意創設構成要件，但我們以如何的標準來限制立法者的刑法立法權限？我們也說，對被告有利時，並無「法定主義」的適用，而改採「法理主義」；但這裡的「法理主義」又是奠基在什麼東西之上？

如果我們放棄呼口號式的複誦，而更具體一點來想，這些問題恐怕都得先回到「行為」和「法益」之間的關係之上——更精確講，回到「行為」對「法益」所形成的「變動關係」之上，而開始觀察。

回顧歷史，刑法從來沒有對對抗犯罪或抑制犯罪完成其「固有任務」，反倒是一直扮演著當權者或統治階級有效的鎮壓工具。所以，「法治國刑法」的立論邏輯，毋寧是優先思考如何使刑法成為「市民自由的大憲章」，然後才在此範圍內，討論刑法對抗犯罪或抑制犯罪的任務。質言之，刑法的「規範機能」是不得凌駕於其「保障機能」之上的。

然而，台灣長期以來，司法一直成為政治的附庸，法學教育亦在相當程度上受到「學閥」的壟斷；刑事司法工作者對「刑法」的認識，整體來說，膚淺又幼稚，幾乎將「法條背誦」即作為「認識」，其於實際操作時，又往往因政治意識型態取代應有的專業判斷。在如此的大環境下，刑法的「解釋論」和「適用論」幾乎並未真正成為一門學問，即使印刷業和出版業看似蓬勃，但深切的探討和邏輯嚴謹的架構，並未形成；至於其「批判論」，更是一團混亂，「翻譯」外國立法或文獻幾乎就當成其內容，罕見具有嚴肅省思的見解。

即使，只要在大一唸過「刑法總則」課程的人都知道：「沒有法益，就沒有刑法」，但如果追問：「如何在此基礎上，架構刑法？」，大概也沒幾個人感興趣，因為絕大部分的刑法學習者認為「這不重要，考試不會考」。

事實上，「法治國刑法」之所以要主張「沒有法益，就沒有刑法」，就是因為不得有所謂「思想刑法」，必須貫徹「科學證據主義」，方有可能使刑法成為「市民自由的大憲章」；否則「魔鬼犯罪」和「異端法庭」均將復辟。

當法治國不容「思想刑法」，宣示思想自由為絕對自由的同時，其刑法必須是部「行為刑法」的概念，相伴而生。而「行為刑法」的「行為」，很少人注意到，它不是一種「實定刑法」的概念，而是一種「前實定刑法」的概念。這裡的「行為」，並不涉及行為人的「故意」或「過失」，是種絕對客觀的事實概念。它僅是客觀可以觀察的身體肢體動作變化——或簡稱為「舉止」。換句話說，「行為刑法」的理論架構，就是從人的「舉止」展開的。

*鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士、台北大學司法學系教授。

然而，人的「舉止」，每日何只千萬，但不可能也不必要均為刑法所關心，鑒於「沒有突衝，就沒有法律」，「行為刑法」充其量是「法治國刑法」的必要概念，但絕非充分概念。而法律所可能或所應介入的「衝突」，必然是人際間的「衝突」，而此「衝突」，若要維持「行為刑法」的客觀可觀察性，這項「衝突」就體現在「舉止」對「法益」「攻擊」之上。所以，「法益刑法」也與「行為刑法」併列，成為「法治國刑法」的必要概念。

當然，這個「法益」乃指他人的「法益」——更精確講，非行為人所單獨持有之「法益」，因為——例如——甲想要將其與乙共有的宋盜古董砸碎，在概念上仍屬具有「攻擊」他人持有之「法益」的「舉止」。

但是攻擊是一回事，攻擊是否成功又是另一回事。從法制史的角度來觀察，刑法本是由民法的「侵權行為法」獨立出來的「衍生規定」，起初所謂「攻擊」，當指成功的「攻擊」，但經過長期的發展，刑法所致力的，完全不同於民法對被害人的「損害賠償」，而是對行為人的「舉止」本身加以規範，因而，對不生「實害」，僅生「危險」的「舉止」，刑法有時即行介入，因此，在刑法上的「衝突」，也不再限於發生「實害」的「衝突」，僅形成「危險」，即已認為發生「衝突」。

即使僅發生「危險」，就已不再只是「攻擊」那個「舉止」的概念所能涵蓋，而是一種「舉止」和「法益」間的「關係」概念——更精確說，是種客觀的「因果關係」概念。因為「舉止」形成「法益」發生「實害」或陷入「危險」。由是，可以了解，為什麼「法治國刑法」也必須是一部「因果關係刑法」。

綜合上述，「行為刑法」、「法益刑法」和「因果關係刑法」構成「法治國刑法」的「三位一體」。

因此，「法治國刑法」的構成要件創設，必須受限於此「三位一體」，而此「行為刑法」、「法益刑法」和「因果關係刑法」三個概念既然作為立法者創設構成要件的限制，自然不是「構成要件」的概念，而是「前構成要件」的概念。於此，就算「行為」、「法益」和「因果關係」三個概念仍屬「法學」的，或「法學所接受」的概念，但絕不是「實定刑法」的，因為在「罪刑法定主義」下，構成要件必然是「實定刑法」的概念，而該三者卻是「前構成要件」的。

在此理解下，我們可以澄清一些因為用語，而一直未被詳細省思的基本理解：

- 「行為刑法」中的「行為」，就是指人類肢體變化所形成的「舉止」，它是純客觀的事實，並不涉及任何主觀的內容。
- 「法益刑法」中的「法益」，就是指自然人所持有的「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」所組成的「集合」。「將來」如何規定構成要件，並不可能產生新的「法益」；所有構成要件的设计，只是保護「法益」的方法，即使出現危害「法益」的新工具或新手段——例如，利用電腦的新技術——，也不是有新的「法益」，而是新而必要的保護方法。目前，許多人從構成要件的實定規定，「逆向」導出所謂「法益」，就犯了根本的錯誤。如果「法益」是從構成要件的實定規定中導出，那麼，「法益」不就變成「構成要件」的概念，而非「前構成要件」的，這是荒謬的。

- 「因果關係刑法」中的「因果關係」，指的是種「關係」概念，是種「法學」由自然科學借用的「事實」概念，指因為「舉止」形成「法益」發生「實害」或陷入「危險」的事實「因果關係」。

就是因為這些「前構成要件」的組合，才使這樣的「三位一體」具體化為「刑法上有意義的行為」。我們回想一下，我們在大一時是不是記誦過以下的「刑法上有意義的行為」的定義，其謂：「受人類意思支配而使他人相當程度法益形成實害或使之陷入危險的舉止」。這是不是就是一個由「舉止」、發生「實害」或陷入「危險」的「法益」及其間的「因果關係」所組合而成的定義？

眼尖的讀者，應該已經發現，在上述的定義中，「受意思支配」和「相當程度」並不能為「行為刑法」、「法益刑法」和「因果關係刑法」三概念所涵蓋。沒錯！的確是這樣，但「舉止」必須限於「受意思支配」者，並不僅刑法如此，其他法律亦然，若屬「不受意思支配」的「舉止」，僅為機械式肢體反應，根本自始欠缺規範可能，如果不將「舉止」限於「受意思支配」者，則刑法將成為「事變責任刑法」。至於，「相當程度」的問題，則就是刻劃出刑法相對於其他法律所應具有的「最後手段性」，而用以限縮「法益刑法」的概念，使刑法的「謙遜性格」得以顯現。

總之，未有「法益」發生「實害」或陷入「危險」，刑法就不可能介入；亦即「法益」發生「實害」或陷入「危險」乃刑法介入的前提，因而其判斷是「前構成要件」的，是「事實」的。所以，這裡的「實害」和「危險」是指「事實實害」和「事實危險」，其判斷和實定法律如何規定，並無關係。

更要注意的是，行為人的同一個「舉止」，有可能同時形成「事實實害」和「事實危險」。舉例來說，甲「開車」撞上乙，乙身受重傷，「開車」動作是甲的「舉止」——在這裡根本不可能，也不得討論「故意」或「過失」，也不得討論甲為什麼要撞乙的「動機」，事實上也可能根本無「動機」——，乙身受重傷，固然屬其重大「身體法益」發生「事實實害」；但若衝撞力過大，甲的同一個「開車」舉止也同時對乙的「生命法益」構成「事實危險」，否則，我們常聽到的「好險！撿回一命」是什麼意思？

所以，「事實實害」也好，「事實危險」也罷，是針對一個一個「法益」，個別而為觀察，不是一個「舉止」當然就只能形成一個「事實實害」或一個「事實危險」。如果我們暫時扯遠一點，若一個「舉止」當然就只能形成一個「事實實害」或一個「事實危險」，後來怎會出現「想像競合」的概念？舉例來說，甲故意開車衝撞相擁而行的乙和丙，乙機警彈跳至一旁，但丙命喪黃泉。如果我們將此一事實，推回「刑法上有意義的行為」階段，是不是只考慮「甲開車衝撞乙和丙，乙未傷，但丙死亡」就好？在此時，我們不管甲是否有所「故意」，只問其「開車」動作是否屬「受意思支配」的「舉止」。而此一「舉止」，不僅對乙的「生命法益」和「身體法益」構成二個「事實危險」，也同時對丙的「生命法益」和「身體法益」構成二個「事實實害」。

其實，從這個例子中，我們也可以看出，「事實危險」是種「第二次概念」。

所謂「危險」是指「發生實害的危險」，因而，不先有「實害」的概念，無由認識何謂「危險」。所以說，「事實危險」是種「第二次概念」，是以確定何謂「事實危險」是以認識「事實實害」為前提的。

總之，依「刑法上有意義的行為」理論，「受意思支配」且對「相當程度」「法益」構成「事實實害」或使之陷入「危險」的人之「事實舉止」，方屬「刑法上有意義的行為」；而其之所以對刑法有所意義，其實就是方有必要進一步討論該「事實舉止」是否「實現」構成要件。所以，在此，當我們要判斷，行為人的「事實舉止」是否對法益構成「實害」或「危險」，這樣的「實害」或「危險」，當然不可能依構成要件，因為「刑法上有意義的行為」是「前構成要件」的概念，也因而這裡所謂對法益構成「實害」或「危險」，當然是指「事實實害」或「事實危險」。

但要特別注意，雖然「刑法上有意義的行為」是「前構成要件」的概念，但也不是「實定刑法外」的。因為刑法第一條前段「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」中的「行為」，指的就是「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」，否則不可能在「行為時」欠缺明文規定的構成要件。

除此之外，刑法第五十五條「一行為而觸犯…」的「行為」，指的也是「刑法上有意義的行為」，若不是，怎會判斷其是否「實現」數個構成要件？

事實上，很少人注意到，「刑法上有意義的行為」是以「事實實害」和「事實危險」的「質」和「量」，雙重「攔截」刑法的介入，使刑法的「謙遜性格」，因而顯現；使其作為「市民自由的大憲章」，不致流為空談。然而，即使是刑法學界，對於「刑法上有意義的行為」的雙重「攔截」機能，亦未予以足夠的重視。否則，就不會出現所謂的「可罰違法性」理論。其實，該理論是以「侵害性」過小為由，而否定犯罪之成立，雖然其亦著眼於刑法的「謙遜性格」，但顯然犯了邏輯上的謬誤，如果要討論違法性是否具有，則必以具有構成要件該當性為前提，撇開實務上是否會啟動無謂的偵查不說，違法性「非有即無」，是種純粹「質」的概念，怎會出現以「量」來衡量違法性有無的問題。

如前所述，「刑法上有意義的行為」之所以對刑法有所意義，其實就是方有必要進一步討論該「事實舉止」是否「實現」構成要件；如果「侵害性」過小，以「相當程度」加以限縮，就使不必要的刑法介入被封殺，否則，即使「刑法肥大症」被杜絕，仍借屍還魂於「刑事司法氾濫」。

二、「實害構成要件」和「危險構成要件」

構成要件是一種抽象的概念，在「罪刑法定主義」下，它尤其是種實定刑法的抽象規定概念。換言之，對其認識，全然不涉及任何具體事實，是種對構成要件結構形式分析的概念。

雖然，「實害構成要件」和「危險構成要件」用語中，出現「實害」和「危險」，但既然構成要件是一種抽象的概念，於此，「實害」和「危險」不可能指「事實實害」和「事實危險」，而必然是種抽象的構成要件結構形式分析結果。也就是說，「實害構成要件」和「危險構成要件」，乃針對構成要件本身的抽象結構而言。

那什麼是「實害構成要件」？什麼又是「危險構成要件」？簡單說，具有「構成要件實害結果要素」的構成要件，就是「實害構成要件」，不具有者，就是「危險構成要件」。

舉例來說，殺人構成要件具有「構成要件死亡實害結果要素」，所以是「實害構成要件」；刑法第十一章「公共危險罪」中以「致生公共危險」加以規定的各項構成要件，因為不具有「構成要件實害結果要素」，均為「危險構成要件」。即使非不能想像，該構成要件可能可以另規定以「構成要件實害結果要素」，但其結構形式，就是以「公共危險」作為「構成要件結果要素」，就是不具有「構成要件實害結果要素」，也就就是「危險構成要件」。

但為什麼不說「具有『構成要件危險結果要素』的構成要件，就是『危險構成要件』」呢？因為，雖然「具體危險構成要件」的結構仍具有「構成要件危險結果要素」，但「抽象危險構成要件」，根本就分析不出來任何「構成要件危險結果要素」，因而「不具有『構成要件實害結果要素』的構成要件為『危險構成要件』」，才是「危險構成要件」的正確定義。

可見，所謂「實害構成要件」、「具體危險構成要件」和「抽象危險構成要件」均屬針對特定實定刑法所規定的抽象構成要件進行結構形式分析的概念：

- 一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析，若得到其具有「構成要件實害結果要素」的結論，則該構成要件就是「實害構成要件」。
- 一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析，若得到其不具有「構成要件結果要素」的結論，則該構成要件就是「抽象危險構成要件」。
- 一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析，若得到其具有「構成要件結果要素」，但非「構成要件實害結果要素」的結論，則該構成要件就是「具體危險構成要件」。

總而言之，言而總之，要特別注意：「實害構成要件」、「具體危險構成要件」和「抽象危險構成要件」，均和構成要件的「適用」或「實現」無關，屬不涉及任何事實的僅針對一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析。

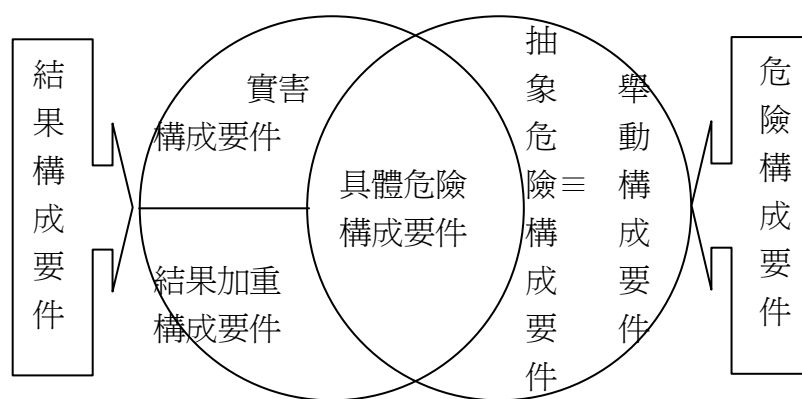
在此理解下，我們也一併將「結果構成要件」、「結果加重構成要件」和「舉動構成要件」的概念加以說明：

- 「結果構成要件」亦屬僅針對一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析的概念，若具有「構成要件結果要素」的構成要件，就是「結果構成要件」；因而，「實害構成要件」和「具體危險構成要件」均具有「構成要件結果要素」，故二者均屬「結果構成要件」。
- 但「實害構成要件」和「具體危險構成要件」二者的聯集，並不就是「結果

構成要件」，因為刑法上另有「結果加重構成要件」。此類構成要件的「構成要件加重結果要素」雖必然是「構成要件實害結果要素」，似可納入「實害構成要件」的範圍，然而，學理上，「實害構成要件」僅限於指「第一次構成要件」，而不及於屬「第二次構成要件」者，故我們習慣上將「結果加重構成要件」別立於「實害構成要件」之外，以免發生概念上的混淆。

- 事實上，由於「抽象危險構成要件」乃指不具有「構成要件結果要素」的構成要件，因其不具有「構成要件結果要素」，自不具有「構成要件因果關係要素」，其客觀構成要件所具者，除「構成要件行為」別無其他，故是為「舉動構成要件」。

現在我們可以將「結果構成要件」、「危險構成要件」、「實害構成要件」、「具體危險構成要件」、「抽象危險構成要件」、「結果加重構成要件」和「舉動構成要件」的關係，以以下圖示加以表示——注意：左圓表示「結果構成要件」的集合，右圓表示「危險構成要件」：



由此圖，我們可以理解到：

- 與「危險構成要件」作為構成要件分類配對概念的，並非「實害構成要件」，而是「結果構成要件」。
- 「結果構成要件」集合乃「實害構成要件」集合、「具體危險構成要件」集合和「結果加重構成要件」集合的聯集。
- 「危險構成要件」集合乃「具體危險構成要件」集合和「抽象危險構成要件」集合的聯集。
- 「結果構成要件」集合和「危險構成要件」集合的交集為「具體危險構成要件」；亦即，「具體危險構成要件」既是「結果構成要件」，又是「危險構成要件」。
- 「抽象危險構成要件」和「舉動構成要件」屬同一概念。

三、「實害構成要件」和「危險構成要件」的「實現」與「構成要件立法正當性」

「實害構成要件」和「危險構成要件」的「實現」，就不是純粹事實的問題，也不是純粹形式的問題，而是一個特定的具體事實和一個特定的抽象構成要件間的關係問題。

為方便說明起見，我們先來看一個例子：「甲故意開車衝撞乙，想致其於死地，但乙機警閃躲，而撿回一命，不過還是身受重傷」。從「事實實害」和「事實危險」的角度來看，甲的「開車」「舉止」，對乙的「生命法益」構成「事實危險」，也以同一個「開車」「舉止」，對乙的重大「身體法益」構成「事實實害」；而且，不論是從該「事實危險」來看，或從該「事實實害」來說，均已達「相當程度」。所以，甲具有「刑法上有意義的行為」。因為甲具有「刑法上有意義的行為」，所以我們有必要進一步討論該「事實舉止」是否「實現」構成要件。

如前所述，「實害構成要件」和「危險構成要件」的「實現」，是一個特定的具體事實和一個特定的抽象構成要件間的關係問題。現在，具體事實就是「甲故意開車衝撞乙，想致其於死地，但乙機警閃躲，而撿回一命，不過還是身受重傷」，但此一特定事實和一個特定的抽象構成要件間的關係，就要看是「哪一個」特定的抽象構成要件：

- 如果我們選定重傷害構成要件，因為我們不能想像不經「重傷害」事實階段而達到「死亡」事實階段，所以即使我們通常說「甲基於殺人故意」，但其也必然具有「重傷害故意」，全理，也必然具有「重傷害行為」，且其使乙「身受重傷」而使其重大「身體法益」發生「事實實害」，而使重傷害構成要件的「構成要件重傷害結果要素」被滿足，故甲所具有的「刑法上有意義的行為」「實現」重傷害構成要件。
- 如果我們選定殺人構成要件，由於甲雖具有「殺人故意」，亦具有開車衝撞的「殺人行為」，但因為乙僅就其重大「身體法益」發生「事實實害」，即使其「生命法益」陷入「事實危險」，但仍未發生「事實實害」，故殺人構成要件的「構成要件死亡結果要素」並未被滿足，因而甲所具有的「刑法上有意義的行為」並未「實現」殺人構成要件。
- 如果我們選定殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型，由於甲具有「殺人故意」，且已開車衝撞乙而使其「生命法益」陷入「事實危險」而已「著手」於殺人構成要件之實行，乙雖就其重大「身體法益」發生「事實實害」，但並未就其「生命法益」發生「事實實害」，「構成要件死亡結果要素」未被滿足而「不遂」，故甲所具有的「刑法上有意義的行為」「實現」殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型。
- 如果我們選定殺人未遂構成要件的發生「重大因果歷程錯誤」「罕見」類型，由於基於「殺人故意」的甲，雖然已開車衝撞乙而使其「生命法益」陷入「事實危險」而已「著手」於殺人構成要件之實行，但僅使乙就其重大「身體法益」發生「事實實害」，但並未就其「生命法益」發生「事實實害」，「構成

要件死亡結果要素」未被滿足而「不遂」，並非使乙的「生命法益」發生「事實實害」，只不過因「構成要件因果關係要素」之被滿足，「重大偏離」其預先想像而「不遂」，故甲所具有的「刑法上有意義的行為」並未「實現」殺人未遂構成要件的發生「重大因果歷程錯誤」「罕見」類型。

- 其實，我們還可以選定傷害構成要件，因為我們不能想像不經「傷害」事實階段而達到「重傷害」事實階段，所以即使我們通常說「甲基於殺人故意」，但其也必然具有「重傷害故意」和「傷害故意」，全理，也必然具有「重傷害行為」和「傷害行為」，且其使乙「身受重傷」而使其重大「身體法益」發生「事實實害」，也必然使其非重大「身體法益」發生「事實實害」，而使傷害構成要件的「構成要件傷害結果要素」被滿足，故甲所具有的「刑法上有意義的行為」「實現」傷害構成要件。
- 同樣的，如果我們選定的是重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型，由於不能想像不經「未遂」事實階段而達到「既遂」事實階段，所以甲所具有的「刑法上有意義的行為」「實現」重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型。但如果我們選定的是重傷害未遂構成要件的發生「重大因果歷程錯誤」「罕見」類型，由於甲雖使「構成要件重傷害結果要素」被滿足，但並未發生「重大因果歷程偏離」，因而其所具有的「刑法上有意義的行為」並未「實現」重傷害未遂構成要件的發生「重大因果歷程錯誤」「罕見」類型。
- 甚至，如果我們選定的是傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型，也同樣由於不能想像不經「未遂」事實階段而達到「既遂」事實階段，所以甲所具有的「刑法上有意義的行為」「實現」傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型。但如果我們選定的是傷害未遂構成要件的發生「重大因果歷程錯誤」「罕見」類型，由於甲雖使「構成要件傷害結果要素」被滿足，但並未發生「重大因果歷程偏離」，因而其所具有的「刑法上有意義的行為」並未「實現」傷害未遂構成要件的發生「重大因果歷程錯誤」「罕見」類型。於此，要特別注意，雖然傷害未遂構成要件屬「不可罰的構成要件」，但其是否「實現」，與其屬「可罰的構成要件」，或屬「不可罰的構成要件」，是一點關係也沒有。

綜上所述，甲以同一個「刑法上有意義的行為」，同時使殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型、重傷害構成要件、重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型、傷害構成要件和傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型均被「實現」。當重傷害構成要件和傷害構成要件分別具有「構成要件重傷害實害結果要素」和「構成要件傷害實害結果要素」，而均為「實害構成要件」時；殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型、重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型和傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型均不具有「構成要件

實害結果要素」，而均為「危險構成要件」。可見，同一個「刑法上有意義的行為」是有可能既「實現」「實害構成要件」，又實現「危險構成要件」，甚至是多數的「實害構成要件」和多數的「危險構成要件」同時被同一個「刑法上有意義的行為」所「實現」。

不僅如此，我們由此例，亦可以看出，即使具體的「事實實害」就某一個特定構成要件使其「構成要件實害結果」被滿足，但對另一個特定構成要件，並非如此。在本例中，發生於乙重大「身體法益」的「事實實害」，雖使作為「實害構成要件」的重傷害構成要件和傷害構成要件被「實現」；但這樣的「事實實害」，對於作為「危險構成要件」的殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型來說，卻充其量只是種「構成要件危險要素」被滿足的問題。

可見，「事實實害」、「事實危險」、「實害構成要件」、「危險構成要件」、「構成要件實害要素」、「構成要件危險要素」乃不同概念，非但不可混為一談，有必要徹底弄清楚，其間的錯綜複雜關係，更是要花相當的功夫，才能加以掌握。

此外，還有一個重要的問題，必須在此一併探討：「構成要件的立法正當性」。如前所述，對構成要件的認識，全然不涉及任何具體事實，是種對構成要件結構形式分析的概念。只要實定刑法上有所構成要件的規定，我們就可以拿來做結構分析，但這是「實然」的問題。但存在這樣的構成要件是否合理，是否正當，就不是我們對構成要件進行結構分析所能解答的，因為此屬「應然」的問題。

如果有一種攻擊「法益」的「事實舉止」類型，我們依經驗的歸納，其對「相當程度」的「法益」反覆形成「事實危險」，而有「提前」禁止的必要，則立法者規定「具體危險構成要件」方有正當性；若基於經驗的歸納，這樣的「事實危險」幾乎或極高極高的比例進而形成「事實實害」，而必須更「提前」禁止這類型的攻擊「法益」的「事實舉止」，則立法者規定「抽象危險構成要件」，亦屬正當。

但無論如何，我們判斷「實害構成要件」、「具體危險構成要件」或「抽象危險構成要件」的「立法正當性」，並不可能訴諸於實定刑法，而必須於其外才能找到答案。這種答案是歷史的，是經驗的，是歸納的。即使外國有此立法例，也不足以作為「構成要件的立法正當性」基礎，因為外國立法例亦只是種「實然」。除非其所依據的歷史的、經驗的和歸納的論證基礎是我們所可移植的。

由於歸納的結論並不具有邏輯上普遍的正確性，因而即使我們不否認構成要件的「立法正當性」，但仍有必要將之與對「事實舉止」進行構成要件「實現」判斷的「正當性」加以區別。

舉例來說，刑法第一百八十五條之三的醉態駕車構成要件，如果我們對之加以分析：其構成要件身分為「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物而欠缺安全駕駛動力交通工具能力者」，其構成要件行為為「駕駛」；因而，本構成要件分析不出來具有「構成要件結果要素」，所以醉態駕車構成要件屬「抽象危險構成要件」。

由於在經驗上，——尤其市區道路——，醉態駕車「往往」釀成其他道路使

用人死傷，立法者認為必須更「提前」禁止這類型的攻擊「法益」的「事實舉止」，當然無可厚非。然而，「往往」並不等於「必然」，不要說「必然」對「生命法益」和「身體法益」形成「事實實害」，甚至「事實危險」都未必。舉例來說，即使台灣面積不大，但——假設——獨居的甲有座小農場，他喝得爛醉，但仍啟動汽車，準備上街再買酒喝，但還沒出農場，就撞上自己家中的牛，牛死車毀。在這種情況下，他對「他人」的「生命法益」和「身體法益」根本連「事實危險」也未構成——就算他對「自己」的「財產法益」已構成「事實實害」。刑法有什麼理由要介入？不是說欠缺「刑法上有意義的行為」，刑法就不該介入嗎？甲並不具有「刑法上有意義的行為」啊！根本就不該討論其是否「實現」醉態駕車構成要件吧！

可見，在其僅具「或然正確性」的「危險構成要件」大舉進駐實定刑法的今日，「刑法上有意義的行為」扮演著法治國刑法保障機能的關鍵性角色。「事實實害」和「事實危險」的概念，不僅可以作為「構成要件立法正當性」的批判基礎，亦同時擔負篩選「立法正當的構成要件」之「實現」是否有必要進行的任務。

四、「實害犯」和「危險犯」

其實，很少有人真能把「『實害構成要件』和『危險構成要件』」與「『實害犯』和『危險犯』」間的關係徹底搞清楚，因為幾乎所有人均欠缺「構成要件實現性」和「構成要件該當性」區別的概念。

我們現在先回到上面那個「甲故意開車衝撞乙，想致其於死地，但乙機警閃躲，而撿回一命，不過還是身受重傷」的例子。如前所述，甲以同一個「刑法上有意義的行為」，同時使殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型、重傷害構成要件、重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型、傷害構成要件和傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型均被「實現」——「實現」重傷害構成要件和傷害構成要件二個「實害構成要件」，以及殺人未遂構成要件的「構成要件死亡結果要素」未被滿足「常見」類型、重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型和傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型三個「危險構成要件」。

像這樣的問題，大概很少有人答不出來：「甲犯『殺人未遂罪』」。但如果問：「甲是『實害犯』或『危險犯』？」，恐怕就未必人人正確。

甲是「危險犯」，因為甲所「適用」的是「殺人未遂構成要件」中的「已著手於殺人（既遂）構成要件之實行，而未實現被害人死亡構成要件實害結果要素」類型。亦即，甲「適用」的是欠缺「構成要件實害結果要素」的構成要件，所以是「危險犯」。

為什麼甲不「適用」或不同時「適用」其他的重傷害構成要件、重傷害未遂構成要件的「構成要件重傷害結果要素」未被滿足「常見」類型、傷害構成要件和傷害未遂構成要件的「構成要件傷害結果要素」未被滿足「常見」類型呢？此時，我們就要先了解「構成要件實現性」和「構成要件該當性」二個概念。

在「罪刑法定主義」之下，立法者對「法益」的保護，是以構成要件來構築保護網的，但在此同時，刑法亦不得違背「一事不得二罰」的憲法原則。其實這也就是為什麼刑法會發展出來「法條競合」及其相關理論的原因。

如果，我們說甲同時具有「殺人未遂構成要件該當性」、「重傷害構成要件該當性」、「重傷害未遂構成要件該當性」、「傷害構成要件該當性」和「傷害未遂構成要件該當性」，除了傷害未遂構成要件屬「不可罰的構成要件」而自始不予考慮外，我們可以說甲犯了「殺人未遂罪」、「重傷害罪」、「重傷害未遂罪」和「傷害罪」四個罪嗎？前面，我們已提到，幾乎每個人都會說：「甲（只）犯『殺人未遂罪』」，但為什麼？

回想一下，在前面，我們是不是說，不能想像不經「傷害」事實階段而到達「重傷害」事實階段，也不能想像不經「重傷害」事實階段而到達「死亡」事實階段；我們是不是也說，「殺人故意」中必然包括「重傷害故意」，以及「重傷害故意」中必然包括「傷害故意」。因此，如果我們拿殺人構成要件來分析，是不是一定可以在其中找到重傷害構成要件作為其一部分而存在，而成為其「子集構成要件」；在重傷害構成要件中一定可以找到傷害構成要件作為其一部分而存在，而成為其「子集構成要件」；同樣的道理，傷害構成要件也必然為殺人構成要件的「子集構成要件」。當一個人「實現」殺人構成要件時，是不是不能想像不同時「實現」重傷害構成要件和傷害構成要件。不過，如果在殺人罪外，另論其犯重傷害罪和傷害罪，那是不是將就「傷害」事實的部分處罰三次，就「重傷害」事實的部分處罰二次，這樣是不是嚴重違背「一事不得二罰」原則，因為這可不只是「二罰」，而是「數罰」了！

這個行為人「實現」殺人構成要件、重傷害構成要件和傷害構成要件三個構成要件，而具有「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」——其實，還有「殺人未遂構成要件實現性」、「重傷害未遂構成要件實現性」和「傷害未遂構成要件實現性」——，這都是我們所不能否認的，但為了防止「一事數罰」，所以我們要找一個對這個事實為「最大容納」的構成要件而為「適用」，而使其具有「構成要件該當性」，而不再「適用」其他構成要件。毋庸置疑，當然「母集構成要件」的「容納」絕對大於任何「子集構成要件」，所以應「適用」殺人構成要件而具有「殺人構成要件該當性」，而僅犯「殺人罪」一罪。

再舉一例，我們都知道強盜構成要件為竊盜構成要件和強制構成要件的「結合構成要件」，那是不是說，竊盜構成要件和強制構成要件均為強盜構成要件的「子集構成要件」，如果一個行為人「實現」強盜構成要件，也必然會「實現」竊盜構成要件和強制構成要件；即使其同時具有「強盜構成要件實現性」、「竊盜構成

要件實現性」和「強制構成要件實現性」，但還是只能「適用」強盜構成要件而具有「強盜構成要件該當性」，而僅犯「強盜罪」一罪，不得另行「適用」竊盜構成要件和強制構成要件，否則就「竊盜」事實和「強制」事實，均將發生重覆處罰。

綜合上述，我們可知，所謂「構成要件實現性」是指一個「事實舉止」是否「實現」一個特定構成要件的問題，至於同一個「事實舉止」是否使另一個特定構成要件被「實現」，並不影響這一個特定構成要件的「構成要件實現性」判斷。至於所謂「構成要件該當性」，是指一個「事實舉止」同時具有數個「構成要件實現性」，但為避免「一事二罰」，僅「適用」對之為「最大容納」的「構成要件」而具有者，不再「適用」其他產生「構成要件實現性」的構成要件。

可能有人要問，為什麼我們在前面使用「最大容納」，而不使用「完全容納」，此乃因為在「罪刑法定主義」下，適用刑法的法院並無創設構成要件的權限，必然存在著「法律漏洞」，若謂「完全容納」，將致無從為「構成要件適用」。舉例來說，甲既強盜又強姦乙，繼而將之殺害，甲雖具有「強盜殺人構成要件實現性」和「強盜強制性交構成要件實現性」，但刑法上根本不存在強盜強制性交又殺人構成要件，簡單講，不存在「完全容納」構成要件，復以「構成要件不得切割適用」，我們僅能就這二個雖具有「交集」卻不具有「法條競合」的強盜殺人構成要件和強盜強制性交構成要件「從重擇一」而僅「適用」強盜殺人構成要件，而僅具有「強盜殺人構成要件該當性」，而僅犯「強盜殺人罪」一罪。

總之，如果僅具有一個「構成要件實現性」，這個構成要件當然「適用」而具有「構成要件該當性」；若具有數個「構成要件實現性」，可以依「法條競合」或「從重擇一關係」原理，僅「適用」其中一個構成要件而具有「構成要件該當性」者，就僅犯一罪；假設，出現數個「構成要件該當性」，那不是「想像競合」的問題，就是「實質競合」數罪併罰的問題了！

由此可知，行為人屬「實害犯」或「危險犯」，乃依行為人所「適用」的構成要件為準，即使其同一「事實舉止」既「實現」「危險構成要件」，又「實現」「實害構成要件」。但也要注意，行為人有可能同時是「實害犯」和「危險犯」，例如，甲開車衝撞身懷六甲的乙，乙雖撿回一命，但胎死腹中，甲以同一「刑法上有意義的行為」同時具有「殺人未遂構成要件該當性」和「墮胎構成要件該當性」，前者屬「危險構成要件」的「適用」，後者屬「實害構成要件」的「適用」，甲不僅是「想像競合犯」，也同時是「實害犯」和「危險犯」。

五、結論

我們整理一下本文的重點，作為結論：

- 「行為刑法」、「法益刑法」和「因果關係刑法」構成「法治國刑法」的「三位一體」。

- 「行為刑法」中的「行為」，就是指人類肢體變化所形成的「舉止」，它是純客觀的事實，並不涉及任何主觀的內容。
- 「法益刑法」中的「法益」，就是指自然人所持有的「生命法益」、「身體法益」、「自由法益」、「名譽法益」和「財產法益」所組成的「集合」。「將來」如何規定構成要件，並不可能產生新的「法益」；所有構成要件的設計，只是保護「法益」的方法，即使發生危害「法益」的新工具或新手段——例如，利用電腦的新技術——，也不是有新的「法益」，而是新而必要的保護方法。目前，許多人從構成要件的實定規定，「逆向」導出所謂「法益」，就犯了根本的錯誤。如果「法益」是從構成要件的實定規定中導出，那麼，「法益」不就變成「構成要件」的概念，而非「前構成要件」的，這是荒謬的。
- 「因果關係刑法」中的「因果關係」，指的是種「關係」概念，是種「法學」由自然科學借用的「事實」概念，指因為「舉止」形成「法益」發生「實害」或陷入「危險」的事實「因果關係」。
- 沒有「刑法上有意義的行為」，就沒有必要討論是否有構成要件被「實現」。
- 必須行為人的「事實舉止」對他人相當程度「法益」構成「事實實害」或「事實危險」，才具有所謂「刑法上有意義的行為」。
- 「刑法上有意義的行為」以「事實實害」或「事實危險」的「質」和「量」雙重「攔截」刑法的介入，使刑法的「謙遜性格」，因而顯現。
- 依實定刑法的構成要件規定來判斷「刑法上有意義的行為」是否「實現」構成要件；而且，有可能同一「刑法上有意義的（事實）行為」同時「實現」「實害構成要件」和「危險構成要件」。
- 一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析，若得到其具有「構成要件實害結果要素」的結論，則該構成要件就是「實害構成要件」。
- 一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析，若得到其不具有「構成要件結果要素」的結論，則該構成要件就是「抽象危險構成要件」。
- 一項抽象規定的特定構成要件，就其結構形式進行分析，若得到其具有「構成要件結果要素」，但非「構成要件實害結果要素」的結論，則該構成要件就是「具體危險構成要件」。與「危險構成要件」作為構成要件分類配對概念的，並非「實害構成要件」，而是「結果構成要件」。
- 「不具有『構成要件實害結果要素』的構成要件為『危險構成要件』」，才是「危險構成要件」的正確定義。
- 「結果構成要件」集合乃「實害構成要件」集合、「具體危險構成要件」集合和「結果加重構成要件」集合的聯集。
- 「危險構成要件」集合乃「具體危險構成要件」集合和「抽象危險構成要件」集合的聯集。
- 「結果構成要件」集合和「危險構成要件」集合的交集為「具體危險構成要件」；亦即，「具體危險構成要件」既是「結果構成要件」，又是「危險構成要件」。

- 「抽象危險構成要件」和「舉動構成要件」屬同一概念。
- 就僅具「或然正確性」的「危險構成要件」，「刑法上有意義的行為」扮演著法治國刑法保障機能的關鍵性角色。「事實實害」和「事實危險」的概念，不僅可以作為「構成要件立法正當性」的批判基礎，亦同時擔負篩選「立法正當的構成要件」之「實現」是否有必要進行的任務。
- 並非「實現」「實害構成要件」就是「實害犯」，也不是「實現」「危險構成要件」就是「危險犯」，而是依行為人所「適用」的是「實害構成要件」，或是「危險構成要件」為準。
- 所謂「構成要件實現性」是指一個「事實舉止」是否「實現」一個特定構成要件的問題，至於同一個「事實舉止」是否使另一個特定構成要件被「實現」，並不影響這一個特定構成要件的「構成要件實現性」判斷。至於所謂「構成要件該當性」，是指一個「事實舉止」同時具有數個「構成要件實現性」，但為避免「一事二罰」，僅「適用」對之為「最大容納」的「構成要件」而具有者，不再「適用」其他產生「構成要件實現性」的構成要件。
- 如果僅具有一個「構成要件實現性」，這個構成要件當然「適用」而具有「構成要件該當性」；若具有數個「構成要件實現性」，可以依「法條競合」或「從重擇一關係」原理，僅「適用」其中一個構成要件而具有「構成要件該當性」者，就僅犯一罪；假設，出現數個「構成要件該當性」，那不是「想像競合」的問題，就是「實質競合」數罪併罰的問題了！
- 在「想像競合」和「數罪併罰」的情況下，行為人也有可能同時是「實害犯」和「危險犯」。
- 總之，「事實實害」與「事實危險」屬「前構成要件」的概念；「實害構成要件」和「危險構成要件」屬對構成要件抽象結構進行形式分析的概念；而「實害犯」和「危險犯」屬「適用」構成要件的概念。