

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：李聖傑 博士



研究生：羅婉婷

中華民國一〇一年七月

謝辭

終於到了寫謝辭的時候，心中百感交集，過往的辛勞都化為甜美的果實，謝謝在這段期間內所有幫助過我的人，我都滿懷感激；碩士畢業可以說是我學習旅程的一個中繼站，這段時間以來，將自己毫無保留的投入學術研究之中，這本論文的完成除了是我二年來的思考結晶，更是對自己學生生涯的告別與交代，祈能不愧恩師的教導與家人長久的支持。

這本論文的完成，最應該感謝的莫過於我的指導教授**李聖傑老師**，從大三開始旁聽李老師的刑法分則課程，大四的實例演習，以及碩士期間的修課，還有擔任老師課輔時的跟課旁聽等，在老師身邊一點一滴的學習，奠定了我刑法的基礎。老師總是在百忙之中抽出時間和我討論問題，並提供我許多珍貴的參考資料，對於我論文的完成有相當大的幫助。老師對研究的高度熱忱和嚴謹治學的態度，幽默風趣的處事風格，以及容許不同思考的雅量，開放性的刺激並鼓勵我更深入的思考，都令我收穫良多。而除了學術的指導外，老師在生活上的關心更是不遺餘力，總是給予我最真誠溫暖的鼓勵和肯定，並曉諭我許多待人處事的道理；對我而言，老師既是嚴師也是慈父，從老師身上得到的實在太多，能夠當老師的學生，我真的覺得非常幸運，心裡滿滿的都是感謝。在未來的人生路上，我將繼續以老師作為榜樣，不忘快樂思考，嚴謹立學。

另外要感謝慷慨答應擔任我的口試委員的**許恒達老師**以及**王皇玉老師**，謝謝兩位老師在百忙之中抽空審閱我的論文，又在口試時不吝提出許多寶貴的建議，讓我的論文有改進並成長的空間；兩位老師給予我許多鼓勵，同時接受學生非主流的思考，更是激發我繼續學習的動力，蒙兩位老師費辭指教，心中無限感激。

回顧研究所四年學習旅程，最感謝的還是教導我的老師們：師母**蔡晶瑩老師**在我剛考上研究所之際，就鼓勵我學習德文，並從字母發音開始一一教起，是我德文的啟蒙老師，蔡老師在生活上的溫暖關懷，也總是使獨自在外求學的我倍感溫馨。我的大學長**陳志輝老師**，在生活上對我諸多照顧，學術上也總是不忘提攜，上老師的課總能有豐富而紮實的收穫，老師給予我的許多寶貴意見和參考資料，都讓我受用無窮，在此致上最誠摯的謝意。其次，也要感謝學長姐的幫助：**聖晏**

學長如同神一般的存在總是令人安心，每次遇到問題第一個求助的對象都是聖晏，即使遠在德國也依然繼續被我打擾，謝謝學長一直以來不厭其煩的幫助和鼓勵，等你學成歸國我們再一起吵鬧！**小強**在我剛入學時對我的諸多照顧，以及準備考試時提供的許多建議，對我都有不小的幫助，謝謝強強。

此外要感謝和我一路努力過來的好夥伴們：**Emma** 老師在我剛開始學習德文時給了我很多的幫助，一起擔任中心助理的期間更是相依為命、甘苦與共；**Take** 大人和我一路攜手征服了大大小小的研討會、一起上過無數的總複習課程、一起被講義追殺、一起上課輔、一起筆路藍縷的開關研究室，太多的回憶裡都有你的影子；相約早起、進行骨瘦如材計劃的好夥伴**力力**，謝謝妳總是為我苦悶的寫作生活增添樂趣，以及在我最低潮的時候點醒我並鼓勵我，我們一定要一起被滿滿的幸福所包圍；和我同門的**小佑**是一起躲老師、一起學習德文、一起討論問題和報告，還有一起吵鬧、抱怨以及合購不可或缺的好戰友，我由衷佩服你旺盛的生命力；**慧君**大人總是扮演著智者的角色，每每在我開口求助前就先伸出援手，解決我所有的格式和程序事項的疑惑，偉哉慧君；**臭臭**雖然為人懶散，但會在天冷的時候送來電暖器，在我感冒發燒的時候冒雨送來退燒藥，可謂患難見真情；還有**中漢、安婷、怡蕙、老爸和小哈**，和你們一起共度的時光總是開心，不論是辦研討會、聚餐聊天還是出去玩，謝謝你們豐富了我研究所的求學生涯，也希望畢業後大家都能在自己的天空中展翅高飛。

另外，親愛的學弟妹們也是我求學生涯不可或缺的重要角色：認識多年的**穎穎**，總是犧牲自己帶給大家樂趣，和你相處總是輕鬆愉快，比外表成熟懂事的你也一直是我談心的好對象，總是能讓我抒發心中的鬱悶；個性單純的**愷蓉**和我一拍即合，謝謝你口試前不斷安撫我緊張的情緒，當天更是一肩扛起所有雜事，安定軍心，一起經歷了很多的第一次，以後我們也要繼續冒險唷！謝謝**孟釗**大人在百忙之中，一口答應幫我校稿、潤飾和排版，如此困難又重要的工程，也只有交給凡事細心謹慎的妳，我才放心，論文的成功出產妳絕對功不可沒。此外，還要感謝我的老朋友們：**小松、小文、彩摸、琇霏、泰勞、楊瑪莉、無腦、五五萱**等人，雖然不能常常見面，但你們的關心一直都在，一直都是我最溫暖的力量，總是帶給我無限歡樂，要繼續當一輩子的好朋友喔！

最後也是最重要的感謝，獻給我的家人們，親愛的爸爸**羅會幸**，媽媽**趙艾雲**，

和姐姐**筱嬋**，謝謝你們總是無怨無悔的支持我每一個任性的決定，你們完全的信任和體諒，是我堅持每一步的力量。在求學、考試和論文寫作期間，一直很忙碌的我回家時間總是很少，雖然不在身邊，但你們的關心和疼愛卻如影隨行長伴左右，生病的時候、沮喪的時候，你們總是最即時的打氣筒，總是給我很多的鼓勵和肯定，幫助我成長，你們一直都是我身後最大的靠山，也是催促我前進的原動力，對你們的感謝難以言盡，只能銘記於心，你們不求回報的愛，就是我一生最大的幸福。衷心希望這本論文的完成，能夠讓你們為我而驕傲。還有親愛的**維峻**，謝謝你在這段日子以來一直包容我的焦慮和壞脾氣，並和我一起努力，生命的旅程因為有你而深刻豐富，未來的路我們繼續攜手並進。

最後的最後，感謝我自己，你的努力和堅持，讓我深深為你感到驕傲。



羅婉婷

2012.07.10 於嘉義

摘要

在我國現行刑法以及附屬刑法中，存在有以「足生損害」此一要素作為犯罪構成要件之一環的犯罪型態，學說上稱之為「適性犯」。對於此一犯罪類型之定位，究應將其歸屬於抽象危險犯或是具體危險犯的範疇，或者存在有將其視為獨立之第三種型態危險犯的可能，遂產生爭議。再者，對於此一「適合性條款」應如何判斷，實務上操作的具體指標為何，也是有待釐清的問題。

對此，本文將透過德國學說見解之介紹，整理並分析出適合性概念的類型特質，結論上將適性犯定位為獨立於抽象與具體危險犯之外，第三種型態之危險犯，本質上以其行為不法為非難重點，具有行為犯的特徵。最後回歸我國刑法體系，從各罪章的保護法益出發，對現有的法規範進行檢驗，思考在現行法體系下引入適性犯此一犯罪類型的可能。

關鍵字：危險犯、抽象危險、具體危險、抽象具體危險犯、適足犯、適性犯、偽適性犯、足生損害、足以、適合性條款、偽造文書、電腦犯罪、毀損罪、誹謗罪。

目錄

縮語表.....	X
第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 我國研究概況與研究必要性.....	3
第三節 研究方法與範圍.....	5
第四節 研究架構.....	7
第二章 適性犯之定義與犯罪類型歸屬	9
第一節 適性犯之概念緣起.....	9
第一項 從二則案例談起.....	9
第一款 【買手機錯了嗎案】.....	9
第二款 【二十四歲才能當大明星案】.....	11
第三款 「誰受損害」與「受什麼損害」.....	12
第二項 「足生損害」與「致生損害」.....	13
第二節 適性犯之定義.....	15
第一項 適性犯形式上的定義.....	15
第一款 形式意義的適性犯.....	15
第二款 形式意義的適性犯例示.....	16
第二項 適性犯實質上的意義.....	17
第三項 形式適性犯與實質適性犯.....	19
第三節 適性犯在傳統犯罪類型中的歸屬.....	20
第一項 危險犯的概念.....	20
第一款 危險犯的定義與開展.....	21
第二款 「危險犯」等於「未遂犯」？.....	22
第三款 「危險犯」等於「行為犯」？.....	23
第四款 從法益侵害角度再思考.....	25
第二項 危險犯的分類.....	26
第一款 抽象危險犯與具體危險犯之區別.....	27
第二款 抽象危險犯.....	29
第三款 具體危險犯.....	30
第四款 新進學說類型介紹.....	33
第一目 <i>Hirsch</i> 的危險犯與危險性犯.....	33
第二目 山口厚的四分法.....	34
第三項 適性犯屬抽象危險犯？.....	36
第四項 適性犯屬具體危險犯？.....	37

第五項 小結.....	38
第四節 適性犯作為一種獨立的犯罪類型.....	38
第一項 獨立的第三種危險犯.....	38
第一款 跳躍性思考的謬誤.....	38
第二款 具體危險狀態的不必要.....	39
第三款 典型危險性的欠缺.....	41
第四款 對於未來的危險.....	43
第二項 重視行為特質的行為犯.....	45
第三章 適性犯的類型特質	48
第一節 適合性的概念形成.....	48
第二節 <i>Schröder</i> 的觀點.....	49
第一項 <i>Schröder</i> 觀點的闡述.....	49
第二項 本文意見.....	54
第一款 界線標準仍具可發展性.....	54
第二款 個案正義的論證.....	55
第三節 <i>Gallas</i> 的觀點.....	57
第一項 <i>Gallas</i> 觀點的闡述.....	57
第二項 本文意見.....	60
第一款 歸入具體或者抽象危險犯的標準模糊不清.....	60
第二款 危險性事後認定的矛盾.....	61
第三款 適性概念發展模糊不清.....	61
第四節 <i>Wolter</i> 的觀點.....	62
第一項 <i>Wolter</i> 觀點的闡述.....	62
第二項 本文意見.....	64
第五節 <i>Martin</i> 的觀點.....	65
第一項 <i>Martin</i> 觀點的闡述.....	65
第二項 本文意見.....	68
第六節 <i>Kleine-Cosack</i> 的觀點.....	69
第一項 <i>Kleine-Cosack</i> 觀點的闡述.....	69
第二項 本文意見.....	70
第七節 <i>Hoyer</i> 的觀點.....	71
第一項 <i>Hoyer</i> 觀點的闡述.....	71
第一款 符合過失的要件為前提.....	73
第二款 危險根源的創造.....	74
第三款 否定因素的不存在.....	77
第二項 本文意見.....	78
第八節 歸納與反思.....	81
第九節 小結.....	84

第四章 我國刑法中的適性犯85

第一節 偽變造文書罪章.....	86
第一項 保護法益.....	87
第一款 公共信賴之保障.....	87
第二款 法律交往之安全性與可靠性.....	89
第三款 保障文書之機能.....	90
第四款 對於真實之權利.....	91
第五款 本文意見.....	91
第二項 「足以生損害於公眾或他人」之要素.....	95
第一款 此一要素的定位.....	95
第一目 構成要件結果.....	96
第二目 行為客體的限縮要件.....	96
第二款 此一要素的意涵.....	97
第一目 損害發生的可能性.....	97
第二目 文書內容的真實與否.....	98
第三目 文書的法律重要性.....	99
第四目 動態利用關係.....	100
第三款 本文見解.....	101
第一目 適合性條款.....	101
第二目 具體意涵.....	103
第三項 以適性犯的概念理解偽造文書罪章.....	104
第一款 犯罪類型之定位.....	104
第一目 具體危險犯說.....	104
第二目 抽象危險犯說.....	104
第三目 本文見解.....	105
第二款 偽變造文書罪章的重新詮釋.....	106
第二節 妨害電腦使用罪章.....	107
第一項 保護法益.....	108
第一款 實務意見.....	109
第二款 我國學說見解.....	112
第一目 不存在單獨的「電腦使用」法益.....	112
第二目 保障電腦使用的安全.....	113
第三目 個人使用空間安心領域的期待.....	114
第四目 社會上對於網路安全的信賴感.....	116
第五目 保障溝通程序的安全.....	116
第三款 比較法上的觀察.....	117
第四款 本文意見.....	119
第二項 入侵他人電腦罪之罪質.....	121

第一款	本條的基本結構.....	121
第二款	犯罪類型之定性.....	122
第三款	本文意見.....	123
第三項	以適性犯的概念理解妨害電腦使用罪章.....	125
第五章	我國刑法中的「偽適性犯」	128
第一節	毀損罪章.....	128
第一項	保護法益.....	128
第二項	毀損行為概述.....	129
第三項	「足以生損害於公眾或他人」之要素.....	130
第一款	學說意見.....	130
第二款	實務見解.....	133
第三款	本文意見.....	133
第四項	小結.....	136
第二節	誹謗罪.....	136
第一項	保護法益.....	137
第一款	社會名譽.....	137
第二款	規範的名譽概念.....	138
第三款	資訊環境的健全.....	139
第四款	本文意見.....	140
第一目	「名譽」概念的死胡同.....	140
第二目	「隱私」概念的重新出發.....	141
第二項	指摘或傳述足以毀損他人名譽之事.....	143
第三項	本罪之規範類型.....	145
第一款	危險犯說.....	145
第二款	實害犯說.....	146
第三款	本文意見.....	147
第三節	「足以毀損他人名譽」之再解釋.....	149
第四節	小結.....	150
第六章	結論	151
	參考文獻.....	157

圖表目錄

【圖表 一 加入適性犯概念後犯罪類型區分圖】	47
【圖表 二 刑罰發動基準前置圖】	84



縮語表

縮 寫	全 稱	意 義
§ / §§	Paragraph / Paragraphen	條 (章) / 數條 (數章)
a.a.O.	am angegebenen Ort	前揭 (註、書、文)
Abs.	Absatz	指條文中的項
a. F.	alte Fassung	舊條文
AT	Allgemeiner Teil	總則
Aufl.	Auflage	版次
Bd.	Band	冊
BT	Besonderer Teil	分則
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen	德國聯邦最高法院刑事判決彙編
f.	Folgende	本數與下一頁 (條)
ff.	Folgenden	本數與以下數頁 (條)
Fn.	Fußnote	註腳
FS	Festschrift	祝壽論文集
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht	期刊：Goldammer刑法文庫
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht	期刊：最高法院刑法實務
Hrsg.	Herausgeber	編者
JuS	Juristische Schulung	期刊：法學教育
JZ	Juristenzeitung	期刊：法學雜誌
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht	期刊：新刑法雜誌
No.	Number	卷號
Nr.	Nummer	指條文中的款
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	德國帝國法院刑事判決彙編
Rn.	Randnummer	邊碼、段碼
S.	Seite / Seiten	頁/數頁

StGB	deutsches Strafgesetzbuch	德國刑法典
u. a.	und andere	以及其他
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik	期刊：國際刑法釋義學雜誌
ZRP	Zeitschrift für RechtspolitiK	期刊：法律政策雜誌
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	期刊：刑事法學雜誌



第一章 緒論

第一節 研究動機

傳統刑法釋義學上對於危險犯的介紹，通常僅以抽象危險犯與具體危險犯的二分法為出發點，然而如此清楚之界線劃分，在德國學者 *Horst Schröder* 於 1967 年發表了關於危險犯的文章，首倡「抽象具體危險犯（*Abstrakt – konkrete Gefährungsdelikte*）」以來，就產生了劇烈的動盪。在我國刑法學界看似當然之理的抽象危險與具體危險二分法，在德國刑法學界已經面臨相當程度的挑戰，有鑒於傳統的具體危險犯和抽象危險犯的分類並不符合實際需要，學者紛紛提出新的區分標準，希望能重新架構危險犯。早期由 *Schröder* 提出的「抽象—具體危險犯」概念，係認為在具體危險犯與抽象危險犯之間應區別出一中間類型¹，文獻亦有將之稱為「潛在的危險犯（*die potentiellen Gefährungsdelikte*）」²，其後又以 *Andreas Hoyer* 於其博士論文中所提出的「適性犯（*Eignungsdelikte*）」概念內涵最為完整，其亦認為在具體危險犯與抽象危險犯之外應存在第三種分類可能³。究竟，危險犯的分類是不是只能存在抽象危險犯與具體危險犯二種，或是有可能在現行的刑法典中尋找出第三種類型的危險犯存在，即成為一個有待釐清的問題。

在我國刑法增訂第三十六章妨害電腦使用罪章後，上述的問題變得更加重要，刑法第 358 條入侵他人電腦罪，在判斷構成要件的該當性上僅要求行為人透過「特定的方式」⁴進行一個無故入侵他人之電腦或其相關設備的行為，並未要求任何實際侵害的結果產生，也沒有「致生損害」的要求，由條文形式觀之，本應

¹ *Schröder*, *Abstrakt – konkrete Gefährungsdelikte*, JZ 1967, S. 522ff.

² *Wessels/Beulke*, AT, 39 Aufl., 2008, Rn. 30；此外，我國學者亦有將此一概念譯為「潛在性的危險性犯」，參見盧映潔，〈論危險前行為的成立要件〉，《月旦法學雜誌》，78 期，2001 年 11 月，頁 123，註 29。

³ *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 16.

⁴ 亦即條文中所列舉的「輸入他人帳號密碼」、「破解使用電腦之保護措施」、「利用電腦系統之漏洞」等三種方式。

屬抽象危險犯的一種，然而學說上對此一犯罪性質的定性卻產生了意見分歧⁵。本文以為，將德國學說所主張的「適性犯」此一概念引入，正好可以解決此一問題。緣此，本文將聚焦於適性犯的研究上，探討在我國刑法中，這種在條文結構上以「足以（geeignet）」的語言符號描述的犯罪⁶，究屬具體危險犯、抽象危險犯，或是可以將其歸入第三種型態的危險犯罪？同時，本文將回歸以法益保護為核心架構刑事立法之本旨，更深入去思考犯罪類型作為刑法謙抑性與法益保護完整性之間的折衝：一個沒有造成現實「法益危險」的適性行為，到底我們應不應該發動刑法對抗之⁷？總而言之，本文嘗試透過德國學界對於「適合性條款」梳理的介紹，為「足生損害」此一要素尋求一般性的定義，並將其所表徵的犯罪類型予以定性。

此外，回到適性犯結構面上的剖析，是否經由一個具體的「適性」構成要件特徵，可以歸納出一個概括、抽象的思考方式；亦即「足以」的事實情況是否必須對實際的法益客體產生一種劇烈的危險？如果此一答案是肯定的，這樣的「危險」又須達到何種程度？最後，在刑法典中全部個案的應用上，「足以」的語言符號是否可以被賦予一個一致性的解釋？綜合這些問題意識，架構了筆者碩士論文的雛形。在本論文的後半部，立基於對適性犯及其適合性要件有相當程度的理解前提之下，並藉由個別犯罪行為保護法益的釐清，重新反思我國現行刑法規定中，以「足以」要件作為構成要件要素的具體條文規範本身，是否可以沒有例外的被歸類在適性犯的框架之下；相對於此，是否條文規範上沒有使用到「足以」的語言符號所描述的犯罪類型，就一定不能被歸類在適性犯的範疇中，也是一個值得進一步思考的問題。藉由對我國刑法條文的檢驗，到底在我國的刑法體系中有無引入適性犯的空間與必要性，也可以得出明確的答案，並以之作為本論文的初步結論。

⁵ 結論上認為本罪應屬實害犯者，參見：林冠宏，〈刑法妨害電腦使用罪章之研究〉，《刑事法雜誌》，50卷6期，2006年11月，頁99；第14屆政大刑法週會議記錄，李聖傑教授之發言，2007年3月，頁32。此外，認為本罪屬危險犯者，參見蔡榮耕，〈Matrix駭客任務：刑法第358條入侵電腦罪〉，《科技法學評論》，5卷1期，2008年4月，頁126；李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《台灣法學雜誌》，55期，2004年2月，頁250。

⁶ 例如刑法偽造文書印文罪章（第210條至218條）、誹謗罪（第310條）、毀損罪章（第352條及第354條）等。

⁷ 法規定的存在僅能論證出法秩序對於行為的特定要求，然而實際上是否有發動刑罰的必要，仍應透過保護法益與刑法補充性的思考，去做更進一步的檢驗，相關論述可參見李聖傑，〈洗錢罪在刑法上的思考〉，《月旦法學雜誌》，115期，2004年12月，頁49-50。

第二節 我國研究概況與研究必要性

在我國刑法學界，對於抽象危險犯和具體危險犯的討論，不管是從類型的本質出發去做闡釋，或是藉由我國刑法分則的條文具體的去應用危險犯的概念，討論的數量和質量都蔚為可觀；然而相對於此，本文的研究對象—「適性犯」，文獻上的著墨則不多，僅散見於王榮聖教授⁸、盧映潔教授⁹等幾篇單篇文章中，以及蔡蕙芳教授¹⁰的博士論文及何靜宜女士¹¹的碩士論文中曾提及，基礎的刑法教科書更是從未提及此一概念，惟上述論文中針對適性犯的概念皆僅為附帶論述，且多半都是概念性的描述而已，對其實質內容以及延伸的相關爭議問題，討論深度及廣度均不夠完整而全面。

其中，對適性犯有較為深入介紹者，當屬蔡聖偉教授與李茂生教授。蔡聖偉教授從刑法上「所有的」犯罪類型都應該是足以生損害於公眾或他人的觀點出發，而認為此一要素並不具有存在的價值¹²；而李茂生教授則認為適性犯本質上屬抽象危險犯的限縮類型，其存在本身是一種對於抽象危險內化於行為類型限制的指標¹³。

我國學界與實務對於「足以生損害於公眾或他人」此一要素的解釋，向來沒有一致性的統一見解；教科書上的論述以及觀察我國實務見解，對於適合性條款「足以生損害於公眾或他人」的處理，多半僅略謂「並不以實際上已經發生損害為必要，而僅須於公眾或他人有發生損害之虞，即為已足」¹⁴，但對其實質判斷內涵以及構成要件所彰顯的意義，都欠缺進一步更細緻的說理，甚至對於「他人」的認定都有不同的見解。此外，由於學界欠缺對適性犯的理解和適用的能力，因此對於此類在構成要件中附加有適合性條款的犯罪，究竟應如何決定其在犯罪類型上的分類與歸屬，就產生了爭議，這些都是有待被解決的問題。

⁸ 王榮聖，〈論以「足以生...」為規範形式之犯罪內涵〉，《玄奘法律學報》，14期，2010年12月，頁26；本文僅於摘要中可見「適性犯」之用語。

⁹ 盧映潔，〈論危險前行為的成立要件〉，《月旦法學雜誌》，78期，2001年11月，頁123，註29。

¹⁰ 蔡蕙芳，〈從危險理論論不能安全駕駛罪〉，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年，頁145-146。

¹¹ 何靜宜，〈瑕疵產品製造人之刑事責任〉，國立政治大學法律學系碩士論文，2001年，頁55-58。

¹² 蔡聖偉，〈從刑總法檢視分則的立法〉，《月旦法學雜誌》，157期，2008年6月，頁282。

¹³ 李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）—兼評最高法院99年度台上字3048號判決〉，《法令月刊》，63卷3期，2012年3月，頁13。

¹⁴ 最高法院49年台非字第18號判例，89年台上字第2278號判決同旨。

有鑑於我國僅有零星文獻概略提及適性犯的概念，但對於其類型特質及體系定位，甚至是個別條文的解釋運用上，仍然缺乏全面性的深入分析，此一對適性犯概念討論不夠完備的現象，正是引發本文研究的動機，故本文欲針對適性犯的類型概念，輔以德國學者的見解加以詳細的闡述。

此外，雖然我國實務與學界對於適性犯的概念尚欠缺完整的體系性認識，然而我國刑法現行條文中，卻結結實實存在有使用「足以 (geeignet)」此一適性條款為其構成要件特徵的條文規範，例如第 310 條誹謗罪、第 210 條以降的偽造、變造文書罪章、第 354 條普通毀損罪等；同時在附屬刑法中亦可見適性犯之蹤影，諸如公職人員選舉罷免法第 104 條¹⁵、個人資料保護法第 42 條¹⁶、道路交通管理處罰條例第 34 條¹⁷等，甚至於近期法務部研擬修正刑法第 286 條妨害幼童自然發育罪，部分立委所提出的草案版本即欲將條文要件修正為「足以妨害其身心健全或發育」；以及學者亦提出可以考慮在水污染防治法等環境刑法中，加入「足以生重大危害之虞」等要件¹⁸，都可以認為是適性犯的現實運用。

因此，「適性犯」並不是一個單純僅具有學術討論價值的命題，而是與我國刑事法制發展有密切相關，富有實務指標導向性的議題。因此，為了讓國內學界及實務界能對適性犯的概念有更進一步的瞭解，本文將對「適性犯」概念的起源與發展作詳盡介紹，進一步分析其體系定位，再透過我國法制上的回應，檢驗適性犯的操作可能。

¹⁵ 公職人員選舉罷免法第 104 條規定：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」

¹⁶ 個人資料保護法第 42 條規定：「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而對於個人資料檔案為非法變更、刪除或以其他非法方法，致妨害個人資料檔案之正確而足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

¹⁷ 道路交通管理處罰條例第 34 條規定：「汽車駕駛人，連續駕車超過八小時經查屬實，或患病足以影響安全駕駛者，處新臺幣一千二百元以上二千四百元以下罰鍰，並禁止其駕駛；如應歸責於汽車所有人者，得吊扣其汽車牌照三個月。」

¹⁸ 許玉秀，〈水污染防治法的制裁構造－環境犯罪構成要件的評析〉，收錄於《主觀與客觀之間》，初版，1997 年，頁 510。

第三節 研究方法與範圍

有鑒於我國文獻中對適性犯此一議題，相關論述雖非付之闕如，但是並不完整，也無法妥善解決上開問題意識。因此，除了就國內對於危險犯相關文獻作討論外，本文也將參考德國就此議題的制度設計及相關資料，希望借鏡德國文獻中對適性犯的概念介紹作為理論建構的基礎，並參考我國實務對「足以生損害於公眾或他人」此一要素的討論，針對含有此一要素的相關條文作進一步的分析及批判。

此外，法律規範及法學概念無可避免具有一定程度的抽象性，而本文探討主題所涉及的危險犯領域中，又充斥著相對來說比較難以明確加以定義的概念性用語；諸如抽象危險、具體危險、足生損害、致生損害等概念，本身都是非常抽象的用語，而若對於這樣的概念，再使用本身涵義就不確定的詞藻堆砌出一個制式的定義，例如具體危險犯的「密接可能」、抽象危險犯的「典型危險」，或是本文所介紹的適性犯所強調的「危險根源」等，其實無可避免的都是用另外一個「抽象概念」來說明原本這個「抽象概念」，也只能幫助我們「接近」這個概念，卻無法確實定義之。正如同學者 *Arthur Kaufmann* 所言：「語言上的極端精確，其只能以內容及意義上的極端空洞為代價」¹⁹，這是概念過度抽象化所不可避免的後果，而這也正是 *Arthur Kaufmann* 從事物本質出發，指示我們應該將關注重點放在「類型」思考形式之上的原因。事實上，當一般抽象的概念及其邏輯體系不足以掌握某事實現象或概念意義脈絡的多樣表現形態時，我們首先會想到的輔助思考形式就是「類型」²⁰。

所謂「類型」，係指從反覆出現之相似事物中，捨棄不同但不重要的特徵，而保留共同且重要的特徵，使其成為一特徵綜合體（*Merkmalkomplex*），是一種思維形式（*Denkform*）。在 *Kaufmann* 的概念之下，「類型」是一個開放性的思考模組，不能被定義，只能加以說明；它具有一定的核心，卻沒有固定的界線²¹。換言之，類型不具有可定義性（*Definierbarkeit*），只能藉由一連串具有不同歸

¹⁹ *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，初版，2000年，頁19。

²⁰ *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，同前註，頁377。

²¹ *Arthur Kaufmann* 著，吳從周譯，《類推與「事物本質」—兼論類型理論》，一版，1999年，頁111。

類強度之個別特徵來加以限定（*umschreiben*），亦即僅具有單純的可描述性（*Beschreibbarkeit*）²²；類型先於立法者和法律形成之前存在，立法者的任務便是去描述各種類型，而立法以及法律發現的成功或失敗，端賴能否正確地掌握類型。準此，應認抽象概念在法律建構上具有極大的重要性，因為它能給予這項建構所需的外形，並藉此擔保其法律安定性。

在法秩序的層面上，類型是一種「法理念與生活事實間的中介，它是規範正義與事物正義之間的中介」²³。申言之，類型概念的運用必須同時考量事物本質，因為就一個待檢驗的客體本身，在認事用法的過程中，由於「概念」定義本身的抽象性，其富有價值內涵、亟待具體化與補充，我們無法精確的將特定的事實，精準的對應到法律概念或規範之中；我們能做的，只是找出法律概念的類型本質，透過歸類的方式將概念的內涵具象化到現實生活之中。簡言之，在類型的思考邏輯之下，透過規範與事實之間目光往返來回的不斷交互作用的過程，雖然我們無法將具體案例事實及行為特質如同「涵攝」於概念之下一般地涵攝於類型之下，仍然能以一種較高或較少的程度，將具體事實「歸類」於類型之下並「使產生對應」²⁴。

因此，有鑑於適性犯本身是一個需要被具體事實所補充的抽象群組，本文首先會透過學說上的介紹，整理適性犯的類型特質，並嘗試為適性的概念尋求一個概略的定義，然而再藉由類型特質的分析比較，試圖將我國法條文中含有「足以」此一要素的適合性條款的犯罪型態，歸類到適性犯的概念之下。然而，若經本文分析，認為透過保護法益所延伸的犯罪行為本質並不符合適性犯的類型特性時，就應重新思考該等規範的正當性，並進而提出立法論的建議。

關於本論文的研究範圍，考量到危險犯涉及範圍廣闊，本文一方面受限於篇幅，一方面考量「危險概念」在刑事領域中經過學者探討已有相當的成就，文獻數量累積已甚為可觀，故本文將集中討論上述所論及關於適性犯體系定位與概念核心的問題；至於危險犯本身的爭議，例如刑罰權擴張引起的批評、抽象危險犯正當化的理由、乃至於「危險」概念的判斷基礎等，皆不屬於本文研究範圍。

²² 吳從周，《類型思維與法學方法》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1993年，頁26。

²³ *Arthur Kaufmann* 著，吳從周譯，《類推與「事物本質」—兼論類型理論》，一版，1999年，頁113。

²⁴ *Arthur Kaufmann* 著，吳從周譯，同前註，頁113。

其次，本文並不擬對我國實務上涉及適性犯概念的案例一一作分析及檢討，而將重心置於適性犯概念的起源，發展與類型特質的分析；理由在於，如果要深入的檢討適性犯在我國刑法規定中適用的可能性，並作全面且精確的評估，就必須地毯式的一一檢驗刑法分則中所有的條文，逐一的界定其保護法益再進行構成要件行為本質的分析，這樣的研究量實已超出本篇論文能夠負擔的範圍，因此，本文僅能先以部分條文作為適性犯檢驗的試例，而無法全面性檢討刑法分則中所有可能的適性犯類型。

第四節 研究架構

本論文共分六章，第一章是緒論，將簡介本文的研究動機，並概略闡述本文所欲探討的題目核心、鑑於危險犯的抽象性所使用之類型思考研究方法，及本文研究範圍，並說明本論文各章處理的焦點，以凝聚本論文處理的問題意識。

而因適性犯在我國刑法中屬於較陌生的法學概念，本文將在第二章將先以實務案例點出本論文研究問題的核心思想，並尋求適性犯的形式面與實質面的定義。接著就現行法體系中危險犯區分為抽象危險與具體危險的架構下，討論適性犯在此傳統分類下應如何取得其歸屬，介紹學說見解，並同時釐清危險犯的定義、抽象與具體危險區分的依據及性質上的爭議。最後並提出本文見解，將適性犯定位成一種獨立的犯罪類型，本質上以其行為不法為非難重點，具有行為犯的特徵；且透過適性犯成罪要件上具體危險狀態的不必要以及典型危險性的欠缺，說明適性犯無法被歸類到抽象危險犯或具體危險犯的下位型態，而應該將之視為第三種獨立的危險犯。

第三章將就適性犯的核心概念，亦即「適合性（*geeignetheit*）」的意義內涵做全面的理解分析，藉由德國法制上現有文獻的整理，包含 *Schröder*、*Gallas*、*Wolter*、*Martin*、*Kleine-Cosack* 以及 *Hoyer* 對於適性犯所提出的見解，介紹德國法學界對「足以」要件的結構建制，並對學者的表述提出本文自己的看法，最後以 *Hoyer* 教授的想法為基準，加入本文自己的意見略為修正後，賦予「足以」的語言符號一致性的體系內容，以建立適性犯概念具體明確的操作可能性。

在對適性犯的概念和其類型特質有充分理解後，第四章與第五章將回歸我國刑法體系，對現有的法規範進行檢驗，思考在現行法體系下引入適性犯此一犯罪類型的可能。第四章將介紹本文認為實質概念上應該歸屬於適性犯的犯罪類型，包含偽變造文書罪章以及妨害電腦使用罪章。基於「法益」的概念居於整部刑法典核心典範的地位，並對於構成要件的解釋和適用產生直接的影響。因此本文將從法益的決定出發，先整理並介紹學說實務對於各罪章保護法益的意見，並提出本文見解之後，再以法益作為思考核心脈絡，將構成要件實質上該當適性犯的犯罪行為，定性為一種適性犯，並透過適性犯此一犯罪類型所表徵的行為特性，提出法規範相對應的調整修正建議。

第五章本文則將介紹「偽適性犯」，即現行刑法規範中，條文用語包含「足以」此一要素，形式上看起來符合適性犯規定的條文，然而實際上不具有適性犯類型特質的犯罪類型，如毀損罪章及誹謗罪。透過系爭條文規範保護法益界定和行為態樣的檢驗，本文以為此二者實際上應該被歸屬於實害犯的範疇，而不是被歸類在適性犯的犯罪類型框架下；而其條文結構上「足以生損害於公眾或他人」的用語，也應該重新思考存在的必要性，並提出相對應的條文修正。

最後，本文將在第六章簡要歸納本論文的見解，並指出有待解決的問題，作為本論文的結論。

第二章 適性犯之定義與犯罪類型歸屬

由於我國現有文獻上對於適性犯此一犯罪類型的概念介紹並不完整，因此本文擬先藉由德國文獻上的介紹，針對適性犯此一特有的犯罪類型，從形式面以及實體面分別予以定義，以便釐清並劃定本文討論的範疇。

此外，在對於適性犯的概念有所認識後，下一步要做的就是，在既有犯罪類型區分下，為此一犯罪類型尋求適當的體系定位，並與相關聯的其他犯罪類型做出區隔和比較。故本文在此章節的論述，將著重於適性犯作為一種危險犯以及行為犯所具備的特徵，以及其與具體危險犯和抽象危險犯之間的差異，並藉此凸顯出適性犯所特有實質內涵。

第一節 適性犯之概念緣起

第一項 從二則案例談起

適性犯此一概念存在的必要，或者所謂「適合性條款」，在刑法釋義學上之所以有其研究的價值，即在於現行學說和實務見解針對條文中「足以生...」這樣的用語，還不存在一個細緻且有體系可茲遵循的判斷標準，而適性犯概念將有助於重新架構此一判準，並解決此類條文規範適用上的疑義。緣此，以下本文將舉出兩個實際案例，開宗明義的點明此一問題。

第一款 【買手機錯了嗎案】

民國 88 年間，實務上曾經發生一真實案例²⁵：某甲於台南市重劃區，拾得某乙之身分證件及印章，之後甲因其積欠地下錢莊大量金錢，無力償還，遂基於

²⁵ 相關事實及法院意見詳見台灣台南地方法院 89 年度訴字第 366 號、台灣高等法院台南分院 93 年度上更（一）字第 89 號，以及最高法院 94 年度台上字第 1582 號判決。

為自己不法所有之概括犯意，持上開拾得之身分證件及印章，以乙之名義，前往第三人丙所經營之通訊行，購買手機並同時搭配申請遠傳電信門號，希望透過變賣手機用以抵債；同時，甲委請不知情之通訊行店員某丙，以乙之名義，在行動電話服務申請書上之同意聲明欄內，偽簽乙之署押。嗣後甲遭檢察官以刑法第 210 條偽造、變造私文書罪及第 216 條行使偽造、變造私文書罪起訴²⁶，一、二審法院皆略以「被告行使偽造之行動電話申請書，足以生損害於經營通訊行之告訴人丙及遠傳公司，核被告所為，係犯刑法第二百十六條行使第二百十條之偽造私文書罪、及第三百三十九條第一項之詐欺取財罪。被告委託不知情之丙在遠傳公司行動電話申請書上偽簽乙之署名一枚，並向遠傳公司行使以申請 0000000000 號之門號，乃行使偽造私文書行為之間接正犯……」為由，判決被告甲有罪；甲不服提起第三審上訴，上訴意旨略稱「上訴人甲固利用丙在遠傳公司行動電話申請書上偽簽乙之署名，但對丙並不生損害，且因從未積欠遠傳公司電信費用，自亦對該公司不生損害，原判決理由竟謂上訴人之行為，『足以生損害於經營通訊行之告訴人丙及遠傳公司』，顯有理由矛盾之違法。²⁷」惟最高法院以「刑法第二百一十條所稱『足以生損害』之犯罪構成要件，係以有損害之虞為已足，不以實際發生損害為必要。上訴人既利用丙偽造乙之署押，製作遠傳公司行動電話申請書，並進而持以行使，向該公司申請，自有使遠傳公司對於客戶資料管理之正確性受有損害之虞，並有使該不知內情之丙受刑事訴追之虞，原判決雖未就此詳加說明，仍於判決主旨不生影響。」為由而維持原判決見解並將上訴駁回，全案遂告終審定讞。

上述【買手機錯了嗎案】中，被告甲並不否認其利用不知情之丙作為犯罪工具，使其偽簽乙之署押於遠傳行動電話申請書上，是以間接正犯的方式遂行其偽造私文書以及行使偽造私文書之行為；惟其主張上開行為雖符合偽造行為之定義，但並未對乙本人以及遠傳公司造成任何損害，亦即其行為並不符合法條所要求的「足以生損害於公眾或他人」，而認為並不成立犯罪。惟最高法院則認為甲之行為將使遠傳公司對於客戶資料管理之正確性受有損害之虞，並使丙有受刑事訴追之虞，符合「足以生損害於公眾或他人」之定義。

²⁶ 起訴案號：台灣台南地方法院檢察署 88 年度偵緝字第 1126、1166 號。

²⁷ 本案上訴人於上訴理由中尚有就文書之真實性提出抗辯，惟與本文討論主軸無關，故略之。

第二款 【二十四歲才能當大明星案】

2007 年初，台灣史上規模最大的電視歌唱選秀節目，如風暴般席捲全台。第一屆總決賽瞬間最高收視率高達 8.77%，不僅使該節目登上排行榜寶座，由比賽前十名參賽者所組成的偶像團體，也在短期內迅速竄紅，獲選為 Yahoo 奇摩 2007 年度十大受歡迎歌手的第一名²⁸，紅極一時。而其中最具話題性的人物，莫過於在進入前六強之際，因爆發偽造身分證隱瞞真實年齡的爭議，引起軒然大波，因而決定主動退出比賽以示負責的參賽者 Y。

此次退賽事件除了引起社會大眾的關注外，更因報章媒體大肆報導刊登 Y 因偽造身分證隱瞞真實年齡而退賽的情事，故台灣台北地方法院檢察署以事涉偽造文書為由，主動分案辦理，偵查後檢察官以被告 Y 犯後態度良好，頗具悔意，犯罪情節輕微，復審酌刑法第 57 條所列事項及公共利益之維護，而決定予以緩起訴處分，要求 Y 寫下 500 字以上之悔過書，並提供 60 小時之義務勞務，在政府相關反賄選及反菸毒活動上獻唱。

查我國刑事訴訟法第 253 條之 1 所稱緩起訴處分制度，實施之對象乃為「犯罪嫌疑人」，而在此所謂之「犯罪嫌疑」，雖然在刑事訴訟法條文中並未明文要求，但基於犯罪事實明確性原則，並非僅指簡單之開始嫌疑，而是應須具備「有罪判決之高度可能性」，始屬適格²⁹。因此雖然台灣台北地方法院檢察署僅依職權科予 Y 緩起訴處分，而未逕對其起訴，仍可認為承辦檢察官肯認 Y 上開行為具有刑法第 212 條變造特種文書罪之罪嫌。而對於這樣變相的「有罪宣判」，社會上一般民眾反應呈現戲劇性的現象：

不公平！

有人把鈔票拿去影印後，拿來給你看，你會認為他犯罪嗎？

……Y 根本沒罪，也不必跟任何人道歉，只不過拿張影印身分證謊報年齡，礙著

²⁸ 參見 Yahoo 奇摩 2007 年之最，資料來源：http://tw.promo.yahoo.com/2007/10_music.html（最後瀏覽日期 2011.09.25）。

²⁹ 此為我國刑事訴訟法學界之通說，相關論述可參見黃翰義，〈簡析緩起訴制度〉，《全國律師》，11 卷 6 期，2007 年 6 月，頁 103；張麗卿，〈評析新增訂之緩起訴制度〉，《月旦法學雜誌》，89 期，2002 年 10 月，頁 117。

誰囉?這樣就有罪,難道是犯了全天下男人都會犯的錯?³⁰

Y 謊報年齡造成比賽不公,應該道歉,然後退出比賽,之後這件事就可以結束了,大家繼續在比賽之外,聆聽 Y 的天籟美聲。.....Y 只有道德上的問題,沒有法律上的問題.....³¹

上開二則網路上民眾的回應,即便主觀上難免因其「天籟美聲」而有所偏頗,在某種程度上仍然反映出社會大眾對於法律適用理解上與專業法律人的落差。依照刑法第 212 條偽變造特種文書罪之規定,行為人之行為要該當本罪,除須有偽造或變造特種文書之行為本身外,尚須「足以生損害於公眾或他人」,正如同上述回應中強調「礙著誰囉?」,對於此一要件的認定標準,其實正是 Y 有罪與否的關鍵。而對於此一要件的認定,承辦本案的台灣台北地方法院檢察署,也只以「將其變造完成之身分證影本傳真至金星公司位在光復南路之辦公室而行使之,足生損害於戶政機關對身分證管理之正確性及公信力³²」為由,據認定符合「足生損害」的要求。

第三款 「誰受損害」與「受什麼損害」

依照我國刑法第 210 條之規定,偽造、變造私文書罪之成立,除了偽、變造行為本身之外,尚須其行為「足以生損害於公眾或他人」,而從上述二則案例中觀察可知,是否「足生損害」往往是成罪與否的關鍵。然而就此一要素的認定,先不說未受過專業法學訓練的一般社會大眾與專業法律人的認知之間存在不小的差異,學說和實務對於如何判斷是否「足以生損害於公眾或他人」,迄今也沒有一致的見解。所謂「足生損害」,到底「受損害的是誰」以及「受有甚麼損害」,基本上是一個從來沒有被好好說清楚的問題。

針對此一要素究應如何認定,我國實務通常皆以「有生損害之危險為已足」,

³⁰ 網友(登入名稱:Min)對於 Y 獲判緩起訴相關新聞報導的回應(2007.06.16),資料來源:<http://www.wretch.cc/blog/liebeschwen/14079622> (最後瀏覽日期 2011.09.29)。

³¹ 網友(登入名稱:朱瑣瑣)對於 Y 獲判緩起訴相關新聞報導的回應(2007.06.17),資料來源同上註。

³² 參見台灣台北地方法院檢察署〈有關本署偵辦「Y 變造身分證疑涉偽造文書」乙案新聞稿〉(2007.06.23),資料來源:<http://www.tpc.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=90675&ctNode=5309&mp=009> (最後瀏覽日期 2011.09.29)。

並不以實際上生損害為必要」一筆帶過³³，學說上則有謂「須就文書信用所可能發生之損害，具體的認定之³⁴」或是「是否足以生損害於公眾或他人，應就案件的具體情狀而為判斷³⁵」，部分意見指出應以文書內容之真偽為斷者，亦有認為應以文書之內容是否為法律上或社會上生活之重要事項者為斷³⁶。

針對上述的判斷標準，本文以為，實務見解只是說明了「足生損害」與「致生損害」的差異，更確切的說，只是標明了危險到實害之間尚存有一段「距離」而已，但是其實並沒有說明到底要怎麼判斷「足生損害」，甚至可以說，實務上根本不討論其在構成要件要素上的意義與屬性問題³⁷；而學說雖提出了部份的判斷基礎，但其實都是在考量偽造、變造私文書罪章中，從法益保護出發思考，就文書之內容性質所作的限制，而不是針對「足生損害」此一要素所做出的一致性解釋，因此也沒有直接回答「足生損害」此一要素究應如何認定的問題。

第二項 「足生損害」與「致生損害」

依據不法構成要件的行為結果，犯罪類型可以區分為實害犯與危險犯，前者係指行為必須對於不法構成要件所要保護的客體造成實害的結果，始能既遂的犯罪；而後者則指行為只須對於不法構成要件所要保護的客體造成危險結果，即可成立的犯罪，亦即行為只要對於保護客體已構成危險，而無待實害的發生，即能成立的犯罪³⁸。又學說上認為危險犯就其危險的不同，尚可區分為具體危險犯與抽象危險犯兩種，而所謂具體危險犯係指將行為對於保護客體形成的具體危險狀態做為構成要件要素，規定於刑法條款之中，法官必須就具體的個案，逐一審酌判斷，而認定構成要件所欲保護的行為客體果真存有具體危險時，始能成立犯罪

³³ 最高法院 47 年台上字第 358 號判例、51 年台上字第 1111 號判例、99 年度台上字第 6820 號裁判、99 年度台上字第 5495 號裁判、99 年度台上字第 4777 號裁判、99 年度台上字第 4434 號裁判等。

³⁴ 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，增補一版，2000 年，頁 239。

³⁵ 林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005 年，頁 434-435。

³⁶ 參見吳耀宗，〈論偽造文書罪之「足以生損害於公眾或他人」—評最高法院九十四年台上字第一五八二號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，143 期，2007 年 4 月，頁 276-277。詳細討論請見本文第四章第一節第二項。

³⁷ 參見吳耀宗，〈論偽造文書罪之「足以生損害於公眾或他人」—評最高法院九十四年台上字第一五八二號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，143 期，2007 年 4 月，頁 269。

³⁸ 參見林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008 年，頁 252。

的危險犯³⁹。

以危險狀態作為構成要件要素，正是具體危險犯最顯著的特徵之一，反映在我國刑法條文上，即是例如第 174 條第 2 項及第 3 項後段，以及第 175 條條文中所使用的語言符號：「致生公共危險」。相較於通說實務普遍承認當條文中使用了「致生損害」這樣的語言符號，即象徵著系爭條文表現出了具體危險犯的犯罪類型設計⁴⁰；當條文使用的不再是「致生損害」，而以「足生損害」取代之時，該系爭條文所體現出的犯罪類型，到底還是不是具體危險犯，以及如何定性此類犯罪的本質，就存在著不小的爭議。以刑法第 210 條偽變造私文書罪為例，學說上即有認為偽變造行為必須有足以生損害之虞，始足該當本罪，若僅具偽變造之形式，而實質上並無生損害之虞者，尚難成立本罪，因此在犯罪分類上應該是屬於具體危險犯的範疇⁴¹；亦有認為現行法上所採用的「足以生損害於公眾或他人」此一要件，只是一種形式上的文字轉換，並不會影響此一犯罪類型屬抽象危險犯的本質⁴²。

本文以為，對於以「足以生損害於公眾或他人」此一要素作為構成要件的犯罪類型，無論係將其直接歸類在具體危險犯或抽象危險犯的概念之下，都存在不可避免的邏輯矛盾。首先，若將此一犯罪類型以具體危險犯的意義理解，則完全無法凸顯立法者區分「致生危險」與「足生損害」間的差異；再者，若以抽象危險犯的概念解釋此類犯罪，仍然必須面對為何在行為之外尚須另外再做一次是否足生損害的判斷之質疑。因此，我們勢必要跳脫抽象與具體危險的二分法，為此類犯罪的定性尋求新的出路。本文擬以此作為問題的出發點，嘗試透過介紹德國學界對於「適合性條款」的梳理，為「足生損害」此一要素尋求一般性的定義，並將其所表徵的犯罪類型予以定性，並思考我國法制引入適性犯此一概念的可能性。

³⁹ 參見林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008 年，頁 253。

⁴⁰ 參見王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，2008 年 8 月，頁 236；林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24 卷 1 期，1994 年 12 月，頁 275；黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，2006 年，頁 619。

⁴¹ 參見林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005 年，頁 433-435；林東茂，《刑法綜覽》，六版，2009 年，頁 2-282；甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，修訂再版，2003 年，頁 204-205。

⁴² 參見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006 年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006 年 5 月，頁 2-4。

第二節 適性犯之定義

在本節中，本文將分別從形式面和實質面出發，定義本論文所欲介紹的核心概念—「適性犯」此一犯罪類型，並透過比較法上的觀察，介紹德國刑法體系中，被學者歸類為適性犯的犯罪行為型態，藉此去理解適性犯此一概念的具體內涵與其區分實益。

第一項 適性犯形式上的定義

第一款 形式意義的適性犯

適性犯（Die Eignungsdelikte）⁴³此一犯罪類型概念，係由 *Andreas Hoyer* 教授於 1987 年，在他的教授升等論文中所提出⁴⁴，其認為當時的刑法學界對於危險犯的分類，僅僅存在有抽象危險犯和具體危險犯如此簡潔的二分法，實在過於粗糙，而不足以完整含括當時德國刑法典中的各種犯罪態樣；這種對於抽象危險犯和具體危險犯清楚的界線劃分提出質疑的觀點，其實可溯源自 *Horst Schröder* 於 1967 年所發表的關於危險犯的文章⁴⁵，自此對於危險犯的分類模式就產生了熱烈的爭論，甚至於是否現行刑法中的所有構成要件所標明的犯罪，皆必須以法益被侵害為其客觀構成要件的前提⁴⁶，也成為各家學說爭鳴之所在。

所謂「適性犯」，係指在構成要件的設計上，以「足以（geeignet）」的語言符號為特徵，作為其行為侵害特性之描述，並藉由從個案觀察中所累積大量的、符合特定構成要件所描繪的事實情況，所單獨的過濾出對構成要件具有重要性的特性，使適合性的概念明確的被凸顯出來，並用以藉此限縮概括條款的涵蓋範圍⁴⁷。亦即所謂「適性犯」，係指條文的構成要件要素包含「足以」此一要件，並

⁴³ 不同翻譯：「適格犯」，參見 *Schünemann* 著，陳志輝譯，〈交通刑法之憲法界限與刑事政策問題（一）〉，《司法周刊》，1006 期，2000 年 11 月，2 版；「虞犯」，參見何靜宜，《瑕疵產品製造人之刑事責任》，國立政治大學法律研究所碩士論文，2001 年，頁 56，註 117；以及許玉秀大法官在釋字第 623 號解釋部分不同意見書中註 3 處。

⁴⁴ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987.

⁴⁵ *Schröder*, Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte, JZ 1967, S. 522ff.

⁴⁶ *Hoyer*, a.a.O., S. 15.

⁴⁷ *Hoyer*, a.a.O., S. 16.

因此需要一個適合性的檢驗 (Tauglichkeitsprüfung)，亦即對於保護法益產生損害的可能性⁴⁸。簡單來說，要從條文的構造上判斷出某一犯罪行為是否屬於適性犯，不是一件太困難的事，正如同我們看到條文用語中含有「致生公共危險」、「致生危險於他人之身體健康」等語言符號時，會很自然的把該犯罪行為歸類成具體危險犯一樣；當條文的邏輯結構除了構成要件行為本身的敘述以外，同時還包含有行為必須「足以生損害於公眾或他人」這樣的附加條件時，基本上就已經符合適性犯形式上的定義了。

由於就現存於法條規範中這樣的一個適性概念，在目前所見的文獻中，相關的描述都還是相對模糊而不清楚的，因此，在進入適性犯的實質內容探討前，我們必須藉由已經被定義的，形式上的意義去理解適性犯：所謂「適性犯」係指，透過條文中構成要件要素的描繪，顯示出一個構成要件該當的行為，必須具備特定的適合性特徵，亦即顯現出了「足以」的特性，更進一步的，透過在個案中不斷的累積，一個具備了適合性特徵的行為，根據個案所可能涉及的構成要件要素判斷，可以更進一步的得出，具體的事實行為情狀可能可以招致 (hervorrufen) 結果的發生，此即為本文於下段論述中所欲處理的「適合性」定義的問題。

第二款 形式意義的適性犯例示

形式意義的適性犯，亦即在條文的語言結構中含有「足生損害」此一語言符號的犯罪類型，例如我國刑法第 310 條誹謗罪，即透過「足以毀損他人名譽之事」的要素設計，去限縮誹謗罪中指摘或傳述的內容範疇，以避免行為人的言論自由遭受過度的限制。又例如刑法第 210 條以降的偽造、變造私文書罪章，為避免處罰範圍過大，遂於條文中設有須偽造、變造之行為「足以生損害於公眾或他人」，始成立犯罪的限制，因此，如果行為人盜用公印，卻只是拿來蓋在自己私人的名章收藏簿中，即不符合成罪的要件，因此，本罪章亦屬形式意義的適性犯。

此一立法模式在德國法上亦屬常見，尤其常常被運用在環境刑法的領域，例如德國刑法第 325 條第 1 項污染空氣罪 (Luftverunreinigung)，即透過適合性條款將處罰範圍限縮在行為人違反行政法義務而操作設備，導致了空氣的有害變化，

⁴⁸ *Graul, Abstrakte Gefährdungdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S. 116.*

並「足以損害他人之健康、動植物或其他有價值之物品」的範圍內；又第 311 條第 1 項釋放核子輻射罪（Freisetzen ionisierender Strahlen），則將處罰範圍限縮在行為人違反行政法義務而釋放核輻射，或招致核分裂過程，並「足以損害他人之健康、動植物或其他有價值之物品」的範圍內；以及第 326 條第 1 項第 4 款危害環境廢棄物處理罪（Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen），則將處罰範圍限縮在未經許可投放廢料，其「質量或數量足以持續污染水、空氣或土壤或造成有害的變化，或是危害到動植物的生存」⁴⁹等。

第二項 適性犯實質上的意義

相較於刑法中其他的犯罪類型，適性犯固然有其獨特的形式構造以茲區別。然而，當我們在思考抽象條文規範所規制的犯罪類型，是否應歸類在適性犯的範疇下時，如果只是單純以條文上有無「足以」的語言符號為判斷基準，而沒有透過案例事實的積累，去尋求其適合性特徵，藉以得出為什麼該犯罪被歸類為適性犯的實質理由，那麼我們以這種類似於文字遊戲的詭辯，所定義出來的適性犯，其實可以單純被歸類為一種一致性的基本結構而已，所描繪出的也不過是一個釋義學上獨立的或封閉的犯罪類型，並無法彰顯此一犯罪類型特殊的實質內涵，並進而用以判斷此一犯罪類型所預定用以解決的爭議問題。此外，如果我們把成罪的基礎完全建立在形式的文字直覺之上，而未能實際的去反思文字背後所代表的意義，同時也將脫離了刑罰權發動最原始的法益保護目的考量，而流於恣意入罪的文字牢籠。

緣此，當我們在為適性犯尋求定義時，除了考量其形式上的構造特徵外，進一步應該思考的，是該犯罪類型的實質意涵，這是我們在定義適性犯時不容忽略的重要課題。關於適性犯的實質意義，亦即所謂「適性」的概念，說穿了也只是我們透過生活上的經驗法則，積累觀察而成的一種主觀臆測。學者 *Hoyer* 即點出了這個問題，其認為只有在該犯罪被**現時的實現**的時候，才可能對適性的特徵作一個一致性的補充解釋。亦即只有透過此一犯罪類型不斷實現的過程中，藉由累積對具體案例事實情況的分析，我們才能將「適性」此一持續被使用的語言

⁴⁹ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 18,32,179,188.

符號，歸納出一個相當一致的概念⁵⁰。

如同在具體危險犯中，犯罪成立的判斷著重於客觀上現實具體危險的存在；在適性犯的範疇裡，影響犯罪成立與否的關鍵因素，則是適合性條款的成就與否；簡單來說，在這類型的犯罪中，必須確實的具有那些在法律條文中，並沒有被詳細表明的危險性特徵⁵¹，才能該當系爭犯罪。申言之，並不是所有「危險的行為」都是刑罰所要處罰的對象，只有符合某些特定條件，亦即該當適合性要件的危險行為，才會落入適性犯的範疇中。立法者在犯罪的構成要件設計上發展出了「足以」的語言符號，借助於「適合性」的構成要件特徵進一步標記了特定的密切關聯，成罪的要件正是透過適合性條款所表現出行為符合過失成立要素的可能（*Fahrlässigkeitsvermittlungsfähigkeit*），亦即行為藉由製造法所不容許的風險，表徵出了注意義務的違反性，同時經由行為本身創造了侵害法益的**危險根源**（*Gefahrenquelle*），而此一根源有可能在未來的某一時點發展成實際的侵害；然而與此相反的，現時的行為強度是否已足以擔保會對侵害客體產生實際的衝擊則在所不論⁵²。

因此，只要不存在有**否定因素**（*Negationsfaktoren*）可以有效的阻礙侵害的發生，而當具體情況正朝著危險根源與遭受危險的客體互相重疊的方向而去，同時缺乏一個最後兩者不會發生碰撞的有效保障，就可以得出行為適合性，而予以責難⁵³。簡言之，只要行為招致了一個危險源的產生，而沒有任何絕對有效的措施可以阻止此一危險源最後演變成實害，那麼我們就可以說這個行為已經是一個適性犯了，至於最後到底有沒有真的造成實際的損害，則不在評價的考量範圍之內。綜上，我們可以做出如下的理解，相較於具體危險犯的評價核心著重在由具體危險行為所產生的一個具體危險「狀態」，適性犯的評價重點則在於具體危險的「行為」本身⁵⁴，亦即適性犯透過在法條中包含「足以」的條款要件，用以強

⁵⁰ Hoyer, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 16; 相似的見解可參考 Schröder, *Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*, JZ 1967, S. 522, 其認為只有在具體個案被實現的時候，才能同時揭示出這些案例中共同的構造原則；以及 Berz 的說法：「如果危險沒有藉由損害來表示時，要去證明所謂的具體危險是很困難的，因此，具體危險犯常常是在實害已經發生後，才會被適用。」參見 Berz, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz Eine Untersuchung zu Gefährdung und Unternehmensdelikten*, 1986, S. 61. 轉引自張天一，〈偽造文書罪之本質與定位—對「足以生損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6期，2006年12月，頁225。

⁵¹ Roxin, *AT*, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §11, Rn. 162.

⁵² Vgl. Hoyer, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 107; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 174.

⁵³ Hoyer, a.a.O., S. 98 f.

⁵⁴ Zieschang, a.a.O., S. 177.

調行為的性質或是特性，並要求法律適用者必須依據某行為的性質或特性來判斷該行為是否「適足以」或「傾向於」產生一定的結果。

第三項 形式適性犯與實質適性犯

承續著上面的敘述，只要在法條的構成要件中明白表示出「足以」的要件，基本上就該當適性犯形式上的意義，有學者遂將此種適性犯稱之為「形式適性犯」，包含偽造、變造文書罪、毀損文書罪、毀損器物罪、誹謗罪；與此相對應的是，有些犯罪行為，單純觀察法條的語言結構，其實從條文用語上是找不出「足以」要件的，然而透過實務判例的解釋，而在犯罪的判斷上加入「足以」要件作為判斷是否具有構成要件該當性的依據，使得該犯罪類型在實質上變成是一種隱性的適性犯，學者遂將此種類型的適性犯稱之為「實質適性犯」⁵⁵。我國實務針對刑法第 168 條偽證罪以及第 169 條誣告罪的解釋，向來都會加入「足以」的要件，使得此二罪在實質上也成為適性犯的一種。

刑法第 168 條偽證罪規定：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」雖然單純觀察條文的用語，並不以因行為人虛偽陳述行為而導致法院產生錯誤的判決為其要件，然而我國實務見解對「於案情有重要關係之事項」的解釋，一向以「係指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言」⁵⁶，即是藉由「足以」的要件來解釋本罪，屬於學說上所稱的實質適性犯。同理，第 169 條第 1 項誣告罪規定：「意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告者，處七年以下有期徒刑。」法條上雖未使用「足以」的要件，但實務見解一向認為，要成立本罪必須行為所虛構的事實「足使被誣告人有受刑事或懲戒處分之危險」⁵⁷，在性質上亦屬實質適性犯。

⁵⁵ 參見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006 年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006 年 5 月，頁 1。

⁵⁶ 最高法院 29 年上字第 2341 號判例、最高法院 86 年度台上字第 5133 號裁判。

⁵⁷ 最高法院 20 年上字第 1700 號判例、最高法院 30 年上字第 2003 號判例。

第三節 適性犯在傳統犯罪類型中的歸屬

在對適性犯的概念與定義有相當程度的理解之後，接下來要處理的問題是，如何在現行刑法既有的犯罪類型區分體系中，為適性犯尋求其應有的定位。又適性犯此一在條文結構上以「足以」的語言符號描述的犯罪，既然表達的概念是「足以生損害」，而不是要求行為人的具體行為一定要產生某種現時的侵害結果，就其結果並未現時發生而言，或者更確切的說，就其不以法益遭受實際侵害的結果為其成罪的要件而言，在犯罪類型的歸屬上，適性犯無論如何都不會落入實害犯的範疇，而應屬於危險犯的一種⁵⁸。

因此，本節將聚焦於適性犯的犯罪類型歸屬研究之上，探討在我國刑法，以及部份附屬刑法中⁵⁹，這種以「足以生損害」的適性要件為其成罪關鍵的犯罪類型，究屬危險犯中下位的具體危險犯還是抽象危險犯，又或者說，存在於在具體危險和抽象危險之外，而可以被歸入為第三種型態的危險犯罪。

第一項 危險犯的概念

既然我們可以確定，無論如何，適性犯都是危險犯的下位類型，那麼，在為適性犯尋求其在刑法體系內應有的定位之前，我們有必要先透過既有文獻的整理，先描繪出危險犯大致的輪廓，並且進一步釐清危險犯本身的一些問題。只有在澄清了危險犯本身的性質特性之後，才能更進一步去探究，危險犯的下位概念—適性犯的相關爭議問題。而適性犯是否可以歸入具體的危險犯，或是抽象的危險犯類型，抑或是根本應該被認定為第三種型態的危險犯，單純從「足以」的語言符號解釋以觀，仍處於一個不清楚且懸而未定的狀態。因此，澄清這個問題，不僅是釋義學上的關注重點，同時也具有實證法學研究的意義。

⁵⁸ Vgl. Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 15. 氏指出相對於立法者於其他條文中所設計的實害犯罪，在這些被歸類為適性犯的構成要件中，最終一個法益侵害的結果是未明顯被預見的，就這點而言無論如何都涉及到單純的危險犯。

⁵⁹ 例如刑法偽造文書印文罪章（第 210 條至 218 條）、誹謗罪（第 310 條）、毀損罪章（第 352 條及第 354 條）；以及證券交易法第 155 條之違約交割罪、公職人員選舉罷免法第 104 條、個人資料保護法第 41 條及第 42 條、水污染防治法第 30 條等。

第一款 危險犯的定義與開展

刑罰係最嚴厲的國家制裁手段，因此，基本上只有現實上造成侵害的不法行為，才會受到刑罰的制裁，故我國刑法典的制定，係以實害犯的犯罪結構為原則⁶⁰。所謂實害犯（Verletzungsdelikte），係指行為人對於不法構成要件所設定要保護的行為客體，必須予以實際的損害，始能成立既遂的犯罪；易言之，即以現實上的法益侵害為其犯罪成立要件之一的犯罪。危險犯（Gefährungsdelikte）係與實害犯相對立的概念，在犯罪構成要件的設計上，並不以實害結果的現實發生為其成罪的要件之一，換言之，所謂危險犯係指行為只要對於不法構成要件所要保護的客體惹起危險狀態，無待實害結果發生即可成立的犯罪⁶¹。相較於實害犯已經現實上造成了法益侵害，危險犯則只停留在對於刑法的保護客體單純惹起了危險狀態，還沒有發生實際上的侵害結果；因此，從犯罪的進程角度觀之，危險犯可以說是先於實害犯，必然經過的前階犯罪型態。

有鑑於刑罰是最嚴厲的國家制裁手段，帶有不可回復性和痛苦性，因此在刑罰的施用上設有最後手段性的限制。在我國刑法以實害犯為原則的犯罪結構支配下，基本上只有現實造成侵害的不法行為，才會被刑罰制裁⁶²。然而，近十年來，傳統刑法中個人化的、物質性的、靜態的法益範疇⁶³，實無法涵蓋新興的利益類型，而後代子孫的生活利益和環境法益逐漸獲得重視；與之相呼應的風險影響效果的延展性和風險途徑的不確定性，以及危害範圍和程度的難以預測性，傳統刑法所強調對於法益的實質侵害越發難以證明，這同時也意味著傳統歸責原則的運轉失靈。考量單純處罰實害犯的未遂，在刑法保護上有所不足，以及在許多犯罪型態中，侵害的結果或行為人的責任難以具體認定。透過危險犯的立法擬制和推定，以及犯罪成立標準的前置，遂成為面對現代風險社會，刑法所不得不採取的利器。因此，近十年來的刑法立法趨勢，危險犯的運用有增無減，而關於危險犯的研究也逐漸成為刑法上的顯學。

⁶⁰ 參見林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24卷1期，1994年12月，頁2。

⁶¹ 參見林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁252；陳子平，《刑法總論（上）》，初版，2005年，頁92；蘇俊雄，《刑法總論（I）》，修訂再版，1998年，頁132。

⁶² 參見林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24卷1期，1994年12月，頁268。

⁶³ Stratenwerth, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, 1993, S. 17. 轉引自勞東燕，〈公共政策與風險社會的刑法〉，《中國社會科學》，2007年3期，註9。

第二款 「危險犯」等於「未遂犯」？

當我們把危險的概念界定成是「根據現有的具體情況，產生損害被視為極有可能，產生此等損害的可能性近在咫尺。⁶⁴」或是「指發生實害的高可能性，在如此的具體情狀下，依據客觀之推測，很有可能不久即將發生損害或實害。⁶⁵」根據上述學說的定義，我們可以說「危險」本身就代表著一個「很接近的實害」⁶⁶，或者是所謂「密切接近損害發生之狀態」，因此，危險如果不受外力阻斷，持續發展下去，很有可能就會緊接著招致實害的發生。而從這樣觀點而言，危險其實可以被看成是實害的先前階段；因此，有學者指出，危險犯的立法性質本來就是一種實質未遂犯的特殊型態⁶⁷。如同我們在檢驗未遂犯的成立的時候，前提要件一定是犯罪未既遂，如果把危險犯當成是一種本質上的未遂犯，那麼在危險犯的領域，就完全沒有討論犯罪既遂的空間。然而，本文以為，危險犯是否就一定是一種「未遂犯」，是可以被挑戰的，決定性的思考關鍵點應該在於如何認定所謂「犯罪既遂」，或者說，如何劃定既遂與未遂間的分隔線。

就犯罪「既遂」的認定，通說多以在整個犯罪行為過程中，就構成要件該當性的判斷而言，只要行為人的行為與其所生的結果，形式上符合不法構成要件所描屬的內容者，則行為即屬既遂（*Vollendung*），而成立既遂犯⁶⁸；申言之，犯罪既遂與犯罪未遂的區別，在於行為人是否完全實現客觀不法構成要件⁶⁹。學說上更有進一步的論述指出，最原始的既遂概念，雖然是指不法侵害結果的實現，然而在危險犯以及行為犯的犯罪類型中，以實害結果作為既遂的要件，是沒有意義的，因為在此類犯罪類型中，本來就沒有把實害結果作為犯罪既遂的要件之一；因此，由此得出轉化的既遂概念，只要不法構成要件完全實現，即屬犯罪既遂⁷⁰。從這樣的觀點出發，沒有實際造成現時法益侵害「結果」的危險犯，仍然存在有論

⁶⁴ Jescheck, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 1988, S. 237f.

⁶⁵ 林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁252。

⁶⁶ 針對「危險」此一概念就應如何定義，學說上見解歧異，從 *Lammasch* 以及 *v. Buri* 所採的主觀說，到以 *v. Kries* 和 *Henckel* 為主的客觀危險說，到近期的綜合危險說等，可謂百家爭鳴，甚至對於具體危險犯和抽象危險犯二者，也有不同的危險認定，更細緻的討論可參見王榮聖，《刑法上危險概念之研究》，輔仁大學法律學系博士論文，2006年，頁54以降。惟此一爭議並非本文論述重點，故僅節錄部份學者見解作為假設命題。

⁶⁷ 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，2006年，頁619；同作者，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，1999年，頁233。

⁶⁸ 林山田，同前註，頁454。

⁶⁹ 林山田，同前註，頁456。

⁷⁰ 參見黃榮堅，同前註，頁613以下。

以既遂的可能：只要行為確實實現了不法構成要件所描述的所有要素，就是一個既遂的犯罪了。

此外，從我國刑法上的法條規定形式觀察，也可以得出相同的結論。因為只有當我們把危險犯理解成是一種既遂的犯罪類型，理論上，危險犯才有處罰未遂的可能⁷¹，而我國刑法第 173 條及第 174 條放火罪，皆就危險犯的犯罪型態設有未遂的處罰規定，據此，亦可茲證立危險犯不一定是未遂犯的結論。

第三款 「危險犯」等於「行為犯」？

關於犯罪的構成，依據不法構成要件有無規定構成要件該當的結果，犯罪類型可以區分為行為犯（schlichte Tätigkeitsdelikte）和結果犯（Erfolgsdelikte）二種⁷²，所謂結果犯係指行為必須發生不法構成要件所預定的結果，始能既遂的犯罪，易言之，行為人除實行構成要件該當的行為之外，尚須發生構成要件該當的結果，始能既遂的犯罪。行為犯則係相對於結果犯而存在，乃指行為人只要單純的實現不法構成要件所描述的行為，而無待任何結果的發生，即足以成立的犯罪⁷³。

在討論危險犯是否等於行為犯此一命題時，須特別留意的是，犯罪類型的區分，因其區分基準點的不同，本來就存在多組平行的區隔模式，把不同組的區分相互做比較與歸類，其實是沒有意義的。如同當我們把人類的概念以「年齡」此一變素做為區隔標準，可以簡單的區隔出「年輕人」與「老年人」；而當我們把區分的基準換成「性別」時，又可以得出「男人」與「女人」兩類群組；然而，顯然易見的，甚至是無庸解釋的，我們不會說男人都是老人，而女人都是年輕人，因為把不同區分標準所得出的兩種類型，相互做比較，本來就是沒有意義而且也無從比較的。相同的道理運用在刑法犯罪類型的區分模式上，從故意犯與過失犯的區分，作為犯與不作為犯的區分，到危險犯與實害犯的區分，以及行為犯與結果犯的區分，每一組分類都是獨立的。所以，認為所有的危險犯都應該是行為犯，

⁷¹ 否則我們將難以解釋，什麼是未遂犯的未遂犯。

⁷² 學說上亦有將「行為犯」譯為「舉動犯」者，參見林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24 卷 1 期，1994 年 12 月，頁 273。

⁷³ 林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008 年，頁 456；黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《行罰的極限》，初版，2000 年，頁 213。

正如同認為所有的女人都是老人一樣，都是一種單純邏輯上的謬誤⁷⁴。

針對這個問題，學說上的意見指出，當我們在使用「結果犯」這樣的術語的時候，一般只取其形式上的意義，也就是說，是用來指稱具有「構成要件結果」規定的犯罪，而非指所有發生「某種刑法上重要結果」的犯罪。簡言之，就是以法律是否有構成要件結果的規定，從形式面來界定結果犯範圍。也就因此，實害犯因為在犯罪既遂的判斷上，必須以產生構成要件所規定的一定實害結果為要件，被視為結果犯的次類型；而具體危險犯也因為法律將一定的危險結果規定為構成要件結果，而成為結果犯的另一種次類型。基於同樣的道理，所以抽象危險犯「不是」結果犯⁷⁵，這樣的看法和多數學說的意見基本上是相符合的。學說上多有指出抽象危險犯，因其條文文字規定並未以致生危險為要件，僅以一定之行為為要件，故屬行為犯⁷⁶，申言之，其認為在抽象危險犯犯罪檢驗模式中，只需直接判斷系爭構成要件行為是否存在即可，該行為一旦出現即代表危險存在，這樣的判斷方式將抽象危險犯轉為一種行為犯的規範模式，以其特定行為的規制，直接控制危險的不發生，並將控制行為等同於控制危險。

與通說見解不同的是，論者有從危險應係主觀的危險，而不是客觀上的危險出發，亦即其認為在一個人的行為到達主觀上足以造成損害的地步之前，行為是否會發生實害，都還在行為人的掌控之中，行為人都還可以決定是不是要讓事情發展下去，而我們其實無權假設行為人最後一定會做一個負面的抉擇；因此，所謂危險，指的是行為到達主觀上足以造成損害的地步，繼而反對具體危險犯的立法設計，而認為其實危險犯就是行為犯，行為犯就是危險犯；一言以蔽之，行為犯在犯罪的構成上就是行為人主觀上無法控制實害範圍的一種危險行為⁷⁷。

⁷⁴ 學說上亦有指出，行為犯與結果犯的區分，以及危險犯與實害犯的區分，兩種分類方式並非居於上位概念與下位概念之關係，應視其為對應關較為妥當，參見高金桂，〈論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限〉，收錄於《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授祝壽論文集》，初版，2002年，頁181。

⁷⁵ 鄭逸哲，〈一切犯罪莫非結果犯〉，《軍法專刊》，44卷10期，1998年10月，頁5。

⁷⁶ 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，2006年，頁619。

⁷⁷ 黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，2000年，頁229、232、236、240。氏認為行為犯與結果犯的區分並不能單純從法條的形式面做考量，而應考量行為犯是因應實害範圍無法控制而造成未遂責任的追究障礙，以及從預防觀點出發必須對不法意志完全評價，而做出一種防漏性的彌補，亦即不以實害的既遂為要件所做的一種刑罰前置化；因此事實上，行為犯和結果犯的區別，從一開始立法的時候，就是必須經過事理上的判斷後才能做出的區隔決定。從這樣觀點理解行為犯，進而得出危險犯就是行為犯的結論，實不令人意外。

本文以為，並不能強將危險犯的概念全部歸入行為犯或結果犯的範疇之中，而應就抽象危險犯、具體危險犯，以及本文的討論重點適性犯，各自的犯罪類型特質考量，而做出更細緻的區分；就具體危險犯強調客觀上危險行為產生對保護法益侵害的具體危險而言，應屬結果犯的一種，而抽象危險犯既然強調行為本身帶有的典型危險性，則應屬行為犯的範疇，同理，適性犯強調行為本身所製造的危險根源所展現出對未來法益侵害的可能，亦應被歸類為行為犯的一種下位類型。

第四款 從法益侵害角度再思考

一個刑事犯罪的成立，以行為人不法且有責的行為為其要件，然而探究刑事不法的實質內涵，實以法益侵害為其核心；蓋刑法的首要目的，通說認為仍在於法益的健全保護⁷⁸，亦即犯罪係指對於特定法益的加害行為，包含侵害法益的行為或是產生法益侵害危險的行為，如果一個特定刑罰的規範，其所欲處罰的對象並不是一個法益侵害行為，或者其所保護的利益不具有刑法上的正當性，又或者根本找不出保護法益的存在，這樣的規範都不具有刑罰的正當性⁷⁹。法益概念的凸顯，不僅表達了將單純屬於道德上非難的行為，排除於刑法適用範圍之外的刑事政策，也彰顯出不涉及利益侵害的秩序違反行為與犯罪行為二者間的界線，並藉以落實刑罰最後手段性的要求⁸⁰。學者甚有指出「法益」的概念實為整部刑法典的「典範」，應以其為貫穿刑法的共識規範與研究基礎⁸¹。因此，無論是對於構成要件要素的闡釋，或者是進行犯罪類型的區分，都不能不考量保護法益的思考⁸²。

⁷⁸ 就刑法的目的，學說上素有所謂「規範論」與「法益論」的爭議，然而多數學說仍以法益保護為刑法的核心目的，並以此出發進行構成要件的解釋。就規範論與法益論的相關介紹，可參考李聖傑，〈「家族相似性」探尋刑法典範之應用—以法益為核心〉，收錄於《刑事法學的新視野》，初版，2011年5月，頁144-145。

⁷⁹ 此即為學說上所稱的「法益保護機能」與其連結法益概念所衍伸出的體系批判功能；詳參許恆達，〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期，2011年10月，頁135。

⁸⁰ Vgl. Roxin., AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §2, Rn. 3f.

⁸¹ 參見李聖傑，同前註，頁144。所謂「典範」係指特定時期，某一研究社群所接受之共識觀點或研究基礎，典範的出現，讓特定研究社群在研究對話中，經由相互接受以及可以檢證的論述，逐步解決問題，具有研究標的核心性的指導地位；以法益概念作為刑法的典範，可以簡單明瞭的表現出刑法以保護法益為其目的性思考的本質。

⁸² 有文獻甚指出，即使是對法益理論抱持反對意見的學者，也不能否認法益概念在犯罪判斷的檢驗時所具備的解釋功能，參見 Schünemann 著，何賴傑譯，〈法益保護原則—刑法構成要件及

針對刑法上所規制的各類不同犯罪，考量其所保護法益的本質差異，對於「犯罪完成」的解釋其實存有歧異的思考空間；例如刑法第 271 條殺人罪所保護的係個人的生命法益，因此只有在具體個人的生命法益受到現實的侵害，換言之，只有當行為人的攻擊對象死亡的時候，我們才會說行為人的殺人行為已經「完成」了；同樣的概念，第 320 條竊盜罪保護的是個人的財產法益，因此當行為人將被害人的財物據為己有時，被害人的財產法益就已經遭受現時的侵害了，因此這個竊盜行為也已經宣告「完成」了，並不需要等到行為人真的變賣了贓物並因此獲得利益。這樣的概念也可以運用在危險犯的解釋裡，例如第 173 條放火罪所保護者乃是公共社會的安全⁸³，因此，當行為人對建築物縱火，考量火勢延燒的迅速性和不可控制性，其實就已經對公共安全這個較為抽象的利益造成了現實的侵害了，因此這一個放火的犯罪行為本身，不需要等到造成任何人身傷害或財物損失，也已經「完成」了。從這樣的法益受到損害的觀點出發做犯罪完成的考量，其實危險犯也可以被當成是一種既遂犯。

同樣的道理，如果把危險犯所引起的「危險」，不管是具體危險犯的具體危險結果，或是抽象危險犯的一般危險性，以及適性犯的危險根源的創造，其實某種程度上，都是行為所引致的一種「後果」，如果承認這些刑法上有意義的動態變動都是一種「結果」，那麼某程度上來說，危險犯也可以是一種結果犯，學說上即有指出，實質上刑法中一切的犯罪都是結果犯⁸⁴。

第二項 危險犯的分類

在我們對危險犯的上位概念有了一定的認識之後，接下來要先介紹的是，傳統學說上對於危險犯的分類，藉以對危險犯有更細緻的理解；本段中，首先將處理通說對於抽象危險犯和具體危險犯的形式二分法，接著再介紹國內外學者所提出的新型態危險犯，以充實我們對於危險犯的背景知識理解。

其解釋之憲法界線之匯集點》，收錄於許玉秀、陳志輝合編，《不移不惑獻身法與正義－許迺曼教授刑事法論文選輯》，初版，2006 年，頁 228。

⁸³ 學說有認放火罪、失火罪及決水罪為典型之侵害公共安全犯罪，參見甘添貴，《刑法各論(下)》，初版，2010 年，頁 5。

⁸⁴ 鄭逸哲，〈一切犯罪莫非結果犯〉，《軍法專刊》，44 卷 10 期，1998 年 10 月，頁 9。

第一款 抽象危險犯與具體危險犯之區別

傳統刑法釋義學上對於危險犯的介紹，通常僅以抽象危險犯（*abstrakte Gefährungsdelikte*）與具體危險犯（*konkrete Gefährungsdelikte*）的二分法為出發點，認為立法者透過其生活經驗中大量的觀察，針對某些對於特定法益帶有一般典型危險性的行為類型，預將該等具有高度危險之行為，在符合不法構成要件所描述之事實時，即推定其具有抽象危險，無待法官就具體個案，逐一加以審查認定者，屬抽象危險犯；另外，立法者將「危險狀態」作為構成要件要素，加以規定在刑法條款中，而需由法官就具體案情，逐一加以審查認定，是否存有「具體危險」者，即屬具體危險犯⁸⁵。

形式面觀之，具體危險犯係指在法條的文字結構上，將行為對於保護客體形成的具體危險狀態，作為一種構成要件要素，而直接規定於刑法條款之中；相對於此，抽象危險犯在法條的文字建構上並沒有如同上述的狀態要素存在，而僅以一定的行為本身作為其成罪之要件。在我國與日本學界，大多以條文上是否有「致生...危險」之用語而為區分之基準。如法律條文明確規定「致生...危險」之情形，即為具體危險犯，反之，如法條上並無「致生...危險」之明文規定者，即為抽象危險犯⁸⁶。簡言之，形式上區分抽象危險犯與具體危險犯的基準在於，對法益造成的危險結果，是不是刑法條文中所明定的構成要件要素而定。

實質面觀之，抽象危險犯與具體危險犯最大的差別點就在於，兩者所具有的「危險」屬於不同性質，具體危險犯之危險，是指在個案上已經引起刑法所欲保護的客體的危險，屬於現實發生的狀態；而抽象危險犯之危險，則指某特定類型之行為對於被保護的法益的一般危險性，屬於某種行為所具有的性質⁸⁷；亦即具體危險犯乃屬「結果屬性之危險」，而抽象危險犯則為「行為屬性之危險」⁸⁸。

⁸⁵ Schröder, *Abstrakt – konkrete Gefährungsdelikte*, JZ 1967, S. 522.

⁸⁶ 然而這樣的形式的區分基準，實際上並不能解決所有的分類的問題，是否法條上沒有標明「致生...危險」這樣的語言符號的犯罪，就不能被解釋為一種具體危險犯，其實是被學者所質疑的，例如我國學說對於遺棄罪的犯罪類型定性上即存在不小的爭論，雖就其形式觀之應屬抽象危險犯之規定，但學說不乏認為其本質上應屬具體危險犯者，而謂之「假裝之具體危險犯」，參見蔡墩銘，〈刑法上危險之研究（二）〉，《法學叢刊》，58期，1970年4月，頁35；更進一步的論述請參閱許澤天，〈遺棄罪之研究—待釐清保護法益的具體危險犯〉，《東吳法律學報》，22卷2期，2010年6月，頁11以降。

⁸⁷ 參見陳孟黎，《從危險概念看我國環境刑法的現況與未來》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2003年，頁42。

⁸⁸ 王榮聖，〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，2期，2007年11月，頁279。

從此一面向觀之，抽象危險與具體危險實具有本質上之差異。採用兩種不同的性質的危險概念作為我國法危險犯領域的骨幹，實係基於立法技術使然；抽象危險犯因其行為人帶有危險性之行為類型獨特而明確，故立法者得以將具有該危險性質之行為，直接作為規範禁止的對象，是以抽象危險犯所具有的危險，乃係直接附隨在行為性質之上。與此相反的，某些必須加以保護的重大法益，因為非屬定式犯罪，可能的侵害行為類型多元，而難以明確列舉欲防止法益遭受侵害，所應禁止的特徵性行為；因此，立法者只能以具體危險犯的立法方式，將個案中對法益造成侵害的密接可能性的現實狀態，認定為危險，藉以達到健全保護法益的目的⁸⁹。

雖有學者指出，如果將抽象危險理解為「某種低度的、輕微的具體危險」，亦即所謂具體危險犯係指須達高度的危險犯罪類型，而抽象危險犯僅需達到某程度的具體危險即為已足，因此，具體危險與抽象危險僅僅是程度的差異，基於這樣的「量差異」理論，具體危險犯與抽象危險犯二者間的區別，單純僅展現在事實抽象化的高低程度差異而已⁹⁰。或謂抽象危險犯的行為是造成法益侵害之高度危險的行為，而具體危險犯的行為則是危險度較低的行為，其區分之標準在於行為造成實害發生可能性的高低程度⁹¹。學者亦有直接指出，抽象危險犯是具體危險犯與實害犯的前階段⁹²。然本文以為，抽象危險犯與具體危險犯之間並非僅僅是危險性，或是學說所稱的「事實抽象化」高低程度的差異而已，並不是說危險程度比較高的就是具體危險犯，比較低的就抽象危險犯，這樣的區分不但無法彰顯出犯罪類型的區隔意義，也混淆了行為非價和結果非價的非難重點。因此，我們不能說抽象危險犯是具體危險犯的前階段，兩者間也沒有連續性的變動關聯

⁸⁹ 參見陳孟黎，《從危險概念看我國環境刑法的現況與未來》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2003年，頁42。相同見解可參見黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，2006年，頁620；氏認為具體危險犯的規定之所以在條文中附加一個導致危險的客觀要件，理由往往是因為某些行為本身，尚不足以被認定為對所要保護的客體或法益具有「典型危險性」，所以必須附加上「致生危險」作為要件。

⁹⁰ 參見謝煜偉，〈交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限〉，收錄於《第十九屆政大刑法週：控制、排除或包容－變動中之刑事政策走向》，國立政治大學刑事法學研究中心編印，2012年3月，頁33-34；陳子平，《刑法總論（上）》，初版，2005年，頁93。我國實務亦不乏採此一見解者，而認具體危險程度係介於實害結果與抽象危險之間，相關實務見解可參考最高法院89年度台上字第5933號、86年度台上字第732號裁判。

⁹¹ 參見張麗卿，〈論危險前行為的成立要件－以德德國聯邦最高法院判決見解為說明〉，《月旦法學雜誌》，78期，2001年11月，頁120。

⁹² Schünemann 著，陳志輝譯，〈從下層階級刑法到層階級刑法在道德要求中一種具示範作用的轉變〉，收錄於許乃曼、齋藤誠二、許玉秀、林鈺雄合著，《法治國之刑事立法與司法－洪福增律師八秩晉五壽辰祝賀論文集》，初版，1999年，頁16。

或階層體系間的關係，申言之，抽象危險與具體危險兩者間並不具有邏輯上的從屬關係，就其二者的區別標準，仍應著重在抽象危險犯與具體危險犯的概念實質內涵，而將之認定為具有本質差益的二種犯罪類型。

第二款 抽象危險犯

所謂抽象危險犯（*abstrakte Gefährdungdelikte*），係指以實行行為符合構成要件中所預定之抽象危險，即該當系爭犯罪的一種危險犯類型；在此等危險犯中，立法者依其生活經驗之大量觀察，認為此一類型的行為對於特定的保護客體帶有一般的危險性，故預定該類型的行為具有高度危險性，並將之描述成具體的構成要件行為要素，而行為人之行為只要符合此一不法構成要件的描述，就直接認定行為具有此等抽象危險，無待法官就具體案情認定是否真的出現危險結果。亦即，抽象危險犯並未以構成要件中，未明文規定的「危險發生」為其成罪根據，其係將危險之認定，委諸於立法過程中之立法者的判斷，而在法適用時，對危險之存否，乃依立法者所指示之要件，抽象予以論定即為已足。

就抽象危險犯的危險判斷，學說上向有「一般危險性（*generelle Gefährlichkeit*）說」與「危險性推定（*Gefährlichkeits Präsumtion*）說」的爭議；前者認為所謂「抽象危險犯，係指一定犯罪構成要件之成立，僅須犯罪行為事實該當於抽象構成要件行為，即為已足，而該抽象構成要件行為本身，在社會通念上，對於該特定犯罪之主要保護法益，具有一般的危險性，亦即認為抽象危險犯所注重的並非客觀上行為所產生的危險結果，而是在於「抽象構成要件行為本身」；所謂的危險性是依據一般的經驗知識（*allg. Erfahrungswissen*）下的大量觀察，以行為群組之類型性質所表現出來的一種危險性，亦即來自於多數同類事例的觀察，「通例的」（*regelmäßig*）會造成侵害⁹³。學說更有指出，危險性並不是存在於經過個別拆解後的具體行為屬性之中，而是基於行為群組的類型性質所表現出來的危險性；因此，與其說個別的行為都具有這樣的一般危險，毋寧認為是行為屬於危險性群組的本質，就表徵了這樣的一般危險⁹⁴。後者認為對於危險的存在，要屢次加以證明是有困難的，因此立法者依一定的、通常的危險行為所經常具備的危險，而

⁹³ *Jakobs*, AT 6/86, S.145.此說在現今德國學界具有支配性的地位。

⁹⁴ 參見王榮聖，《刑法上危險概念之研究》，輔仁大學法律學系博士論文，2006年，頁259；林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24卷1期，1994年12月，頁20。

對該態樣的危險性賦予其不許反證之法律上推定的地位⁹⁵。此說係出於證據因素所作的思考，其認為在大多數案件中，法官很難去具體論證所謂的危險性真實存在，所以立法者直接透過立法做了危險性的擬制⁹⁶。惟本文以為，就上述二說的區分實益不大，就抽象危險犯的定義與內涵說明，在相關文獻上也常見混用上述二觀點的情形，實無強加以區分之必要⁹⁷。

而關於抽象危險犯的處罰根據，從形式面的立場而言，立論基礎在於積極的法益保護原則之上，認為必須要將刑罰權的發動界線提前至抽象危險的階段，才能有效的預防法益不受侵害，並且避免因為事後發現行為根本未造成法益之侵害，而免卻對行為人的處罰，以避免人行為人存有僥倖之心態。亦即抽象危險犯的核心概念，在於其行為的背後所潛在的抽象危險性，就一般社會活動各式各樣的行為當中，透過一般生活歷程的不斷累積，並配合經驗法則的運作，我們可以觀察出某些定型行為，通常都含有相當高程度的抽象危險性，因此，為了完整建立法益保護的早期防線，立法者將該些具有高度危險性的行為，直接規定為犯罪行為的實行；不需要等到實害結果客觀上現時的發生，行為的存在本身就已經滿足了刑罰發動的必要性。

此外，較之於單純的竊盜、殺人等侵害個人法益的犯罪態樣，抽象危險犯多數是涉及社會法益的犯罪，直接造成了影響層面甚廣的，可能波及不確定多數人的公共危險，諸如我國刑法第 173 條放火罪、第 190 條投放毒物罪，以及水污染防治法第 36 條無照排放廢水罪等。此類公共危險，由於行為時不確定法益侵害的範圍，對於實際受害者的數目以及影響範圍的深遠都是未定之數，其損害性即具有不確定性的特徵；這樣的風險行為，由於現實上無法控制實害範圍，在追究個人行為的刑事責任即有困難⁹⁸，然而卻又對於公共秩序及其利益將造成相當大之影響，具有處罰之必要，因此，抽象危險犯的立法模式遂成為不得不的必然。

第三款 具體危險犯

⁹⁵ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl., 1922, S. 380.

⁹⁶ 「一般危險性說」與「危險性推定說」的相關論述之比較整理，可以參考 *Graul, Abstrakte Gefährdungdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991, S. 144ff.

⁹⁷ Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Teil. 2, 8 Aufl.*, 1999, §50 Rn. 36.

⁹⁸ 參見黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，1999年，頁224-225，氏認為個人責任的認定困難尤其反映在未遂責任的面向。

具體危險犯（konkrete Gefährungsdelikte）係相對於抽象危險犯的另一子類型，其犯罪型態要求行為客體或所要保護的法益事實上存在著客觀危險，才可能成立的犯罪類型；換言之，犯罪的成立必須是行為客體有受實害的危險或處於危險狀態，因此「危險」本身必然是犯罪構成要件要素之一，蓋具體危險犯係以某個特定「行為」所惹起「具體危險」的「結果」此一型態所構成之犯罪；據此，通說均認為具體危險犯乃是屬於結果犯的一種⁹⁹。在具體危險犯的客觀構成要件中，構成要件要素除了「危險行為」（Gefährungshandlung）外，還必須有在具體個案中現時存在的危險，亦即「危險結果」（Gefährungserfolg），以及「危險結果」與「危險行為」之間的因果關係，此即行為與危險結果間的「危險惹起」（Gefahrverursachung）¹⁰⁰。從而，在具體危險犯中，行為是否具備構成要件之該當性，必須就具體個案的情狀逐一審查判斷，視行為客體是否因行為人的危險行為，實際上陷於危險狀態而定¹⁰¹，亦即要求法官於審理時，就每個個案的具體情況，進行危險發生與否之「個案判斷」。

具體危險犯與實害犯二者間的差異，並非在於歸責標準的不同，而是在於行為人的行為雖然沒有製造一個實害的結果，但卻對所要保護的法益客體製造了一個有可能導致實害發生的危險結果。因此，「具體危險」的審查，基本上是在實害結果發生或到來之前，根據某些條件或情況，客觀地預測這樣的行為很有可能會形成實害風險；或是認為此等行為通常會導致結果的發生，如果結果未發生，乃是出於偶然，因此仍值得加以非難與歸責¹⁰²。

就具體危險犯的危險判斷，我國實務向認為所謂「具體危險」之有無認定，應就個案具體狀況，依社會之一般通念，客觀予以判定¹⁰³；或謂危險是一種客觀上處於隨時可能發生危險之狀態¹⁰⁴；本文以為，實務的見解等於是用「危險」來

⁹⁹ 參見林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24 卷 1 期，1994 年 12 月，頁 281；蔡墩銘，〈刑法上危險之研究（一）〉，《法學叢刊》，57 期，1970 年 3 月，頁 71；王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，2008 年 8 月，頁 236。

¹⁰⁰ Wessels/Hettinger, BT, Bd. 1, 30 Aufl., S. 251. 強調具體危險犯也必須進行因果關係的判斷，詳見王榮聖，〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，2 期，2007 年 11 月，頁 255、257。

¹⁰¹ 參見王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，2008 年 8 月，頁 235。

¹⁰² 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，2006 年，頁 622 以降。

¹⁰³ 最高法院 70 年度台上字第 3958 號、86 年度台上字第 1345 號、87 年度台上字第 1516 號裁判要旨參照。

¹⁰⁴ 最高法院 86 年度台上字第 3469 號、85 年度台上字第 3776 號、90 年度台上字第 6237 號裁判要旨參照。

說明「危險」，實際上並沒有給予我們一個清楚的認定標準。德國實務早期見解則認為，危險係指「損害發生的優勢可能性」(überwiegende Wahrscheinlichkeit)，亦即當損害發生的可能性大於不發生的可能性 (der Eintritt eines Schadens müsse wahrscheinlicher sein als sein Ausbleiben)，危險即存在；申言之，當損害發生可能性為百分之五十一以上時，就肯認具體危險的存在。這是一種以實際上發生過事件的經驗統計，所建立的邏輯性量化分析，將危險轉化成一種單純的自然科學上的，數理上「歸納的、統計上的可能性概率」(induktiv-statistische)¹⁰⁵。本文以為，這樣的見解看似簡單明瞭，實際上並不具備操作可能性，因為誰也不能提供一個一致性且具有拘束力的計算標準¹⁰⁶。有鑑於此，德國實務後來亦修正其見解，認為不應該使用一種根本無法實踐的百分比模式來計算危險，相反的，只要是「不是距離太遠的危險」(nicht schon die entfernte, weit abliegende Gefahr)就足夠了¹⁰⁷；或是所謂「引致一種危急的情況，強烈的損害了確定個人的安全，以至於系爭法益是否受到損害都只能取決於偶然」¹⁰⁸，就符合具體危險的要求。

在放棄單純的量化分析之下，學說認為，固然在檢驗具體危險是否存在時，是以違反常規的狀態做為判斷的對象，檢驗此狀態是否可能發生實害，亦即危險是建立在發生實害的「可能性」之上，然而，這樣的可能性必須限縮在「密接可能性」(nahekliegende Möglichkeit)¹⁰⁹。所謂「密接可能性」要求的是個案內的行為確實已經製造出法益陷於險境、情況危急的情況，亦即「並不是單純思考上的可能性，而是基於確定之實際情事為根據，於有侵害事故發生之蓋然性存在，密切接近於損害之發生時，危險就被認定為存在」¹¹⁰。簡單來說，此說係以一定程度的事後觀察角度用以增強危險判斷的正確性。經過我們對此狀態的判斷並加以客觀的預測，認為極有產生法益受侵害的「可能性」者，可認定為具有具體危險。

此外，學說上有從主觀危險理論出發，認為「危險」只是人所從事的「主觀

¹⁰⁵ Ströker, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 1977, S. 29.; Hempel, Philosophy of Natural Science, N.J. 1966, p. 59.; 轉引自蔡蕙芳，《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年，頁64；Roxin, AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §11, Rn. 148.

¹⁰⁶ 相關批評可參考 Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, S. 8., Roxin, a.a.O., §11, Rn. 148.

¹⁰⁷ BGHSt., Bd. 18, S. 272f.; Bd. 19, S. 268f.

¹⁰⁸ Vgl. Roxin, a.a.O., §11, Rn. 149.

¹⁰⁹ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 143ff.

¹¹⁰ BGHSt., Bd. 18, S. 272.

判斷」(subjektives Urteil)，只要一個人的行為到達主觀上足以造成損害的地步，就存在有主觀危險，就已經滿足了刑罰可罰性的要求；此說並不承認「危險」是客觀存在的，亦即，它不是發生在外在世界的客觀狀態 (objektiver Zustand)，所謂實害發生的可能性只是「我們無知的產物」(Kind unserer Unwissenheit)¹¹¹，現實世界僅存在「侵害必然性」(Verletzungsgewissheit)，而沒有「侵害可能性」(Verletzungsmöglichkeit)，既而指出刑罰的前置化本來就不以客觀上的危險性為其要件，因此具體危險犯的立法完全沒有存在的必要¹¹²。惟本文以為，社會大眾的多數「主觀」感受，結合起來其實就是一種「客觀」的真實，而經由當代的科學知識背景與邏輯經驗論證加以判斷檢驗，實害發生的高度可能性是可以被確定的，因此，客觀的危險狀態確實存在，具體危險犯仍有其存在之實益。

第四款 新進學說類型介紹

晚近有學者在抽象危險犯與具體危險犯的二分法之外，提出更為細緻的區分標準，例如德國學者 *Hirsch* 提出的「危險犯」與「危險性犯」的區分模式，以及日本學者山口厚所提出的四分模式。如能對較上述介紹更為細緻的危險犯區分進行理解，不僅有助於釐清危險犯的本質，也可透過類型特質的分析比較，讓本文所欲討論之適性犯的體系地位更為清晰。緣此，以下將簡單介紹學說上的新進危險犯分類。

第一目 *Hirsch* 的危險犯與危險性犯

Hirsch 認為傳統學說上，將危險犯二分為具體危險犯及抽象危險犯的方式並不妥當，故提倡以「危險犯」(Gefährdungsdelikte) 與「危險性犯」(Gefährlichkeitsdelikte) 或「風險性犯」(Risikodelikte) 的區分模式取代之。氏認為「危險」(Gefahr) 一詞，所指稱的是出現了法益陷在險境中的一種「狀態」(Zustand)，亦即行為人的行為產生的一種危險狀態，但實際上並沒有造成現實上的損害，從這點出發，「危險」僅僅只能說明了一種事實狀態，而不能用來指示行為本身的危險性；因此，*Hirsch* 認為，嚴格說起來，只有通說所稱的

¹¹¹ A. Finger, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Festgabe für Frank, Bd. 1, 1930, S. 237f. 轉引自蔡蕙芳，〈從危險理論論不能安全駕駛罪〉，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年，頁26。

¹¹² 黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，1999年，頁229、232。

具體危險犯才稱得上是「危險犯」，抽象危險犯則非危險犯¹¹³。

「危險」與「危險性」的區分，可以借由下述二種差異性更明確的被標示出來；其一，「危險」是「對象觀點」下用來描述事實狀態的概念，而「危險性」是用來抽象的論述行為方式、物或設施等。其二，「危險」的概念本身具有對向性，「危險性」則否。申言之，「危險」是指某客體處在行為人行為所施予影響的危險區域內，強調必須要有實際上陷於此情況的人或物，而「危險性」並不求有受此行為影響的實際客體存在¹¹⁴。

與「危險犯」相對的，則是所謂的「危險性犯」，*Hirsch* 更進一步的將其分為「抽象危險性犯」（*abstrakt Gefährlichkeitsdelikt*）與「具體危險性犯」（*konkret Gefährlichkeitsdelikt*）；前者在犯罪的判斷上並不要求具體的危險結果出現，而是著重在行為的危險性內涵，也就是所謂的「一般的或典型的危險性」（*generelle od. typische Gefährlichkeit*），由是觀之，*Hirsch* 所稱「抽象危險性犯」，其實就等同於傳統學說上所指的抽象危險犯；而後者「具體的」內涵在於某類行為活動發生損害的「可能性」，係針對個案中的情形，特定的就行為方式而論，換言之，即依據個案情況具體判斷，行為人的行為必須是一個十分接近危險發生的危險性行為。其與抽象危險性的區別在於，抽象危險性是以經驗常則為基礎的「危險性」，但具體危險性卻必須是以個案為基礎，個案中確實存在十分接近「危險」發生的危險性行為¹¹⁵。

第二目 山口厚的四分法

日本學者山口厚，以抽象危險與具體危險的「量差異」區分說為發展前提，提出危險犯「四分說」的見解，亦即將危險犯進一步區分為「具體危險犯」、「準具體危險犯」、「抽象危險犯」及「準抽象危險犯」。其認為，現行學說將所有在條文結構上要求「危險」的發生者，皆認定為具體危險犯的區分方式，並不妥適，實有加以檢討之必要。

氏認為，所謂「狹義的具體危險」，指的是對於現實所存在客體之迫切危險，

¹¹³ *Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit, Arthur Kaufmann-FS, 1993, S. 550, 558.*

¹¹⁴ 參見蔡蕙芳，《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年，頁20-21。

¹¹⁵ 參見蔡蕙芳，同前註，頁83。

其他在此之前的階段危險，則稱之為「準具體危險」，在保護對象為特定個人生命法益之情形，前者的危險，在已具體存在之階段固然有以刑法加以規制之必要，但在保護的對象乃為多數或不特定法益的情形，在具體危險發生之前的前階段仍有刑法加以介入之必要性與合理性。於此意義下，同樣都是作為要求「危險」發生之具體危險犯處罰根據的具體危險內容，即有因其保護對象之性質而有不同解釋之餘地¹¹⁶。簡單來說，準具體危險犯是指在條文中規制有「危險」之字句，但其所謂的「危險」並不是針對保護法益現實上密接的「具體危險」，而是伴隨著保護對象的一般化，在具體危險階段之前所認定的危險狀態。例如日本刑法第125條往來危險罪，僅要求某個不特定客體，例如一般動力車輛，在道路上行駛有發生事故的可能性，並不要求達到如「某特定客體正朝向障礙物前進」這個具體危險殆的狀態¹¹⁷。

而就抽象危險與具體危險的差異，其認為乃在危險判斷之際所容許「抽象化」程度之差別，比具體危險較遠離侵害階段所承認的危險，即為抽象危險。換句話說，抽象危險考量的範圍較具體危險更為寬廣，故抽象危險對法益侵害可能性之危險程度也較低¹¹⁸。此外，其將抽象危險犯作為一個概括性的犯罪而存在，亦即，在條文上並未要求「危險」之發生，只要行為人被認為已實施作為處罰對象之構成要件該當行為，而與某些危險事態有關，則某種程度具體的、實質的危險發生乃為必要。這種危險，在前述意義下，相較於一般抽象危險犯之處罰根據的抽象危險，其乃較為「具體的」，即有必要。如此，將較某種程度為具體的抽象危險與通常的抽象危險（狹義的抽象危險）而為區別，於此稱之為「準抽象危險」。像這樣，以在條文上所規定之行為本身，所具有某種程度具體危險之發生為必要之犯罪，而以「準抽象危險」為其處罰之根據者，即稱為「準抽象危險犯」¹¹⁹。簡單來說，準抽象危險犯係指法條所規定的行為本身並未帶有一般的危險性，犯罪之成立應以實質判斷行為所包含的危險性為必要，例如日本刑法第95條妨害公務罪之強暴脅迫，必須實質認定該強暴脅迫行為本身足以生公務執行之妨害始能

¹¹⁶ 山口厚，《危險犯の研究》，東京大學出版會，初版，1982年，頁173；轉引自王榮聖，《刑法上危險概念之研究》，輔仁大學法律學系博士論文，2006年，頁253。

¹¹⁷ 謝煜偉，〈交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限〉，收錄於《第十九屆政大刑法週：控制、排除或包容－變動中之刑事政策走向》，國立政治大學刑事法學研究中心編印，2012年3月，頁34。

¹¹⁸ 山口厚，同前註，頁225；轉引自王榮聖，同前註，頁254。

¹¹⁹ 山口厚，同前註，頁251-252；轉引自王榮聖，同前註，頁254。

成罪¹²⁰。

第三項 適性犯屬抽象危險犯？

在對於傳統以及新進學說上，關於危險的類型區分以及內涵有了完整的理解之後，本文進一步整理學說上立基於傳統分類之上，對於適性犯此一犯罪類型的歸屬，並從其論證過程中，為下述本文證立適性犯乃獨立的犯罪型態尋求根據。

對於構成要件設計上，含有「足以生損害於公眾或他人」此一適合性條款要素的犯罪類型，學說有認「足以」要件是對抽象危險犯所附加的具體判斷，但這不會影響此種類型犯罪本身之抽象危險犯性質，故仍逕而將之理解為抽象危險犯者¹²¹。氏指出，具體危險犯要求的具體危險本質上是一種危險的「事實狀態」，亦即行為後必須產生一個客觀上現實存在的具體危險；然而「足以生損害於公眾或他人」要件並不要求出現這樣的一個具體危險，相反的，此一要件是用來對所應處罰的構成要件行為設限，亦即強調行為的「危險性」，概念上應屬抽象危險犯概念下的次類型。亦即當我們在進行所謂的適合性檢驗時，並不是考量所有具體適合相關的要素，而是一般的，放棄個案狀況的抽象判斷¹²²。學者並進一步指出，在此類犯罪類型中，必須考慮個案之具體情況，亦即雖然不必發生具體危險，但在加入個案事實的判斷後，構成要件行為至少必須是足以產生法益危險或實害者。簡言之，此一犯罪類型的特徵即在於，除了立法者所擬制的行為之一般危險性外，尚必須加入個案之判斷，目的係為進一步限縮抽象危險犯的適用範圍，使得危險性的推論更為可靠¹²³。類似見解指出，適性犯係將未被規定在構成要件中的抽象危險與構成要件中的行為類型合而為一，亦即該當系爭危險犯罪的構成要件行為，必須是具有引發抽象危險的適格性；申言之，立法者事前預設了一個在具體的狀況下擁有侵害一定法益適格性的行為，因此適性犯本質上屬於一種限縮

¹²⁰ 謝煜偉，〈交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限〉，收錄於《第十九屆政大刑法週：控制、排除或包容－變動中之刑事政策走向》，國立政治大學刑事法學研究中心編印，2012年3月，頁34。

¹²¹ 參見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006年5月，頁3-4。

¹²² *Graul, Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991, S. 116.*

¹²³ 蔡蕙芳，同前註，頁10-11。

的抽象危險犯概念¹²⁴。

再者，亦有學者從「致生...」與「足以生...」的區別出發，認為「致生...」乃是以結果之發生，為其犯罪成立之前提，也就是對該結果是否發生所為之「確認」；而所謂「足以生...」乃以結果尚未發生為前提，而對其結果之發生所為之「預測」，就這點而言適性犯並不等於具體危險犯，而因將之歸類在抽象危險犯的範疇¹²⁵。

將適性犯當成是一種抽象危險犯的下位類型的見解，在德國學界也可以獲得為數不少的支持¹²⁶，學者多認為即便構成要件上存有適合性條款，然而具體的危險結果仍然不需要出現，從這一點出發，適性犯本質上應然是抽象危險犯，但與此同時，學說也承認適合性條款的存在對於抽象危險犯實行行為構成方面的限制，具有十分重大的意義¹²⁷。

第四項 適性犯屬具體危險犯？

相較於多數學者將適性犯理解為一種抽象危險犯的見解，學者 *Schünemann* 則認為，鑑於我們在檢驗適合性時始終必須考慮所有的具體情況，所以無論如何適性犯都不是純粹的抽象危險犯，而是包含已經接近具體危險犯，因此也被稱之為抽象的具體危險犯（*Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*），似認為適性犯應歸屬在具體危險犯的下位類型¹²⁸。申言之，氏認為既然在適性犯的犯罪檢驗之中，必須考量到個案中的具體情況，而不是由立法者擬制一個單純符合構成要件的描述就存在的典型危險，所以適性犯無論如何都不應該是一個純粹的抽象危險犯，而應該是一種「接近」於具體危險犯，或是「類似」的具體危險犯。

¹²⁴ 參見李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）—兼評最高法院 99 年度台上字 3048 號判決〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，2012 年 3 月，頁 12。

¹²⁵ 王榮聖，〈論以「足以生...」為規範形式之犯罪內涵〉，《玄奘法律學報》，14 期，2010 年 12 月，頁 47。

¹²⁶ Vgl. *Roxin*, AT, Bd.1, 4 Aufl., 2006, §11, Rn. 162.; *Gallas*, Heinitz-FS, 1972, 171ff. 進一步的論述可參閱本文第三章，關於適性犯類型特質的論述。

¹²⁷ *Roxin*, a.a.O., §11, Rn. 162.

¹²⁸ 參見 *Schünemann* 著，陳志輝譯，〈交通刑法之憲法界限與刑事政策問題（一）〉，《司法周刊》，1006 期，2000 年 11 月，2 版。

第五項 小結

就適性犯在傳統危險犯二分法之下的類型歸屬，學說上較多數的意見認為應將之歸類為抽象危險犯的下位類型，惟亦有學者認為其概念類似於具體危險，應屬具體危險犯之一種，就此一問題學界尚未有一致的見解。此外，即便多數學說認為適性犯應屬抽象危險的一種，然亦未否認適性犯與傳統、典型的抽象危險犯並不完全相同，其間的差異性至少顯現在適性犯針對其行為侵害特性做了某種程度的限縮。

第四節 適性犯作為一種獨立的犯罪類型

承接上述，本文以為，適性犯和抽象危險犯之間「某種程度的限縮」，以及學說認為其僅係一種「接近」的具體危險犯，其實都暗示了一個不容忽視，但總是習慣上被迴避的問題意識：是否出於本質使然，使得適性犯這個獨特的犯罪類型根本不能，也不適合直接被歸類為抽象危險犯或具體危險犯的任何一種；反之，應該承認適性犯具有其特殊的類型特質，而將其視為一種獨立的犯罪類型。本文從這樣的觀點出發，首先藉由上述學說見解整理的反思，指出部分論述邏輯上的缺失；再者，藉由標明適性犯並不具備抽象危險犯與具體危險犯的類型特質，論證將適性犯歸類在此二者下位概念的不適切，並以適性犯應為一種獨立型態的危險犯作結。最後，在解決適性犯的危險概念歸屬之後，以適性犯特別重視其行為侵害本質的特徵，將其定位成一種典型的行為犯，為適性犯的犯罪類型定位作出總結。

第一項 獨立的第三種危險犯

第一款 跳躍性思考的謬誤

參考上述，多數學說的意見是將適性犯當成是抽象危險犯的一種下位類型，然而仔細觀察學者的論述過程，大多只是說明適性犯與傳統具體危險犯有所不同，

並以此作為論證基礎，進而認為既然不能被當成是具體危險犯的一種，那麼適性犯就應該被視為一種抽象危險犯。然而本文以為這樣的論證是存有瑕疵的，申言之，在這樣的論述過程中其實存在一個學者沒有明白說破，然而實際上應該被挑戰的前提：「危險犯只能單純的被區分成抽象危險犯與具體危險犯二種」。然而，為什麼危險犯只能單純的被二分，亦即「為什麼不是具體危險犯，就一定是抽象危險犯」，這樣看似不可動搖的前提思考究竟從何而來，卻沒有學者提出細部的說明。對此，本文以為，如果我們在對適性犯的犯罪本質進行討論之前，就已經先就危險犯的區分設下了種類的限制，亦即把論述的高度侷限在既有的邏輯框架之下，那麼我們唯一能做的其實只剩下單純的「歸類」，而不是真正針對犯罪本質概念去做「闡釋」。因此，本文以為，上述學說的說法犯了邏輯上跳躍思考的錯誤，蓋無論是要將適性犯歸類在抽象危險犯或是具體危險犯的下位類型，都必須先清楚說明適性犯與該類型間所存有的重要類似性，亦即適性行為具有抽象危險或是具體危險所必備的類型特徵，並因而符合類型的整體圖像，始能為歸類取得正當性的基礎，並具有體系一貫的說服力。

據此，本文將於下文中進行適性犯與抽象危險犯和具體危險犯之間，分別的概念比較，並從適性犯不具備此二者的類型特徵，進一步得出適性犯不能被歸類在傳統抽象危險犯或具體危險犯的概念之下，而應將其獨立視為一種犯罪型態的結論。

第二款 具體危險狀態的不必要

綜合學說上的論述，本文以為，具體危險犯的類型特徵表現在，個案中構成要件行為必須已經製造出一個使條文欲保護的法益客體，陷入其效力範圍內的真實危險（*wirkliche Gefahr*）¹²⁹；亦即這個危險不是抽象的、一般性的危險，而是現實上已經存在的危險¹³⁰。這項特徵其實在我們把具體危險犯當成是結果犯的一種時，就已經表露無遺了。申言之，具體危險犯和實害犯具有一定程度的類似性，此二者基本上不是透過不同歸責標準加以區別，而是在構成要件的設計上，透過以危險結果替代實害性結果的位置加以區別之；因此，具體危險犯認定基準應與

¹²⁹ *Roxin, AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §11, Rn. 147.*

¹³⁰ 參見李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）—兼評最高法院 99 年度台上字 3048 號判決〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，2012 年 3 月，頁 14。

實害犯相同：一個不被許可的，以實害風險（*Verletzungsrisikos*）的意義所被呈現的具體「結果性危險（*Erfolgsgefahr*）」必須被滿足¹³¹。

然而，在本文定義之下的適性犯，其類型特質在於其行為本身所展現出的危險源製造的意義，以及此一危險源對於未來法益的侵害可能；至於此一危險源最後到底有沒有演變成實害，或是有沒有引起一個具體危險的狀態，都不在我們判斷構成要件是否成就的考量範圍之內。申言之，被歸類在適性犯此一類型之下的危險犯罪，當其實行行為完成之後，僅僅製造了一個對於保護法益侵害可能的危險根源。縱使謂「根源（*Quell*）」¹³²仍然是一個不夠明確的概念性用語，然而透過這樣的語言符號我們至少可以感受到，在行為完成之後，距離真實的損害結果仍然存在著一定的距離，至少絕對不會等於具體危險犯中所強調的「密接危險性」，因為僅僅只是存在著一個「根源」而已，而不是存在一個現實的危險「情狀」。也正是基於適性犯這種根源性危險創造的特性，才需要在危險根源發展的因果歷程中，加入一個「否定要素」不存在的假設命題，因為從「根源」延展成「真實危險」，需要存在一定的時空距離¹³³，我們必須確保在發展的過程中一直都存在有對法益造成具體侵害的實際可能性，才能夠滿足適合性條款所要求的「足以生損害」此一要件；從這點而言，也可以作為適性行為不具有如同具體危險犯一般，已經使保護法益客體陷於一個與實害發生有密接可能性的危險狀態中的佐證。換句話說，適性行為所製造出來的危險根源，不是「現時的」、不是「緊急的」、不是「密接的」，甚至不一定是「容易發生的」；然而這些抽象的形容詞語，卻都是我們在描繪具體危險的概念時所不可或缺的。如此以觀，適性犯無論如何都不應該被當成是一種具體危險犯來理解。

簡言之，從適性犯的犯罪檢驗要件中，根本不存在具體的危險狀態此一要素，亦即其不需要一個事實性的危險存在，適性犯不應該被歸類在具體危險犯的範疇之中，其間的差異點應該被有效的區隔開來。

¹³¹ Vgl. *Roxin, AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §11, Rn. 147.*

¹³² 「*Quell*」此一單字的可譯為來源、起源、起點、根本等意；本文以為其表達出來的概念就是製造了一個根源，從這個根源有可能衍伸出之後的實際侵害。

¹³³ 詳細的論述可以參考本文第三章第四節第二款及第三款。

第三款 典型危險性的欠缺

在確定適性犯不是一種具體危險犯之後，進一步要判斷的是，適性犯與抽象危險犯是否能夠被確實的切割開來，抑或是只能被當成是一種抽象危險犯附庸的類型。要回答此一問題，依然必須從抽象危險犯與適性犯的類型特質出發作思考。學說有認在抽象危險犯的犯罪判斷之中，「危險」並不是一個構成要件要素，因此也無須在個案中加以認定系爭行為是否真的對法益造成危險。毋寧說，抽象危險犯中的犯罪構成要件行為，是立法者把某些普遍認為是對法益具有典型危險性之行為，描述勾勒出來。只要符合犯罪構成要件所描述的行為，就被假設具有危險性¹³⁴。惟本文以為，認為抽象危險犯不以「危險」為其成罪要件之一，實係出於對抽象危險犯的誤解。實際上，不論是抽象危險或是具體危險，都是一種逾越法律容許界線的危險，所謂的抽象危險，並不是指「造成危險之虞」而是指「有造成實害之虞」¹³⁵。因此，不論是抽象危險犯或是具體危險犯，都是一種對於保護法益具有侵害危險的犯罪。是故抽象危險犯仍然是以「危險」，亦即行為中典型隱藏的潛在風險為其成罪要件之一，行為人行為的危險正是抽象危險犯刑罰規定存在的理由¹³⁶。對此，學者即有主張雖然在構成要件中並沒有抽象危險這個結果要素的存在要求，但是基於作為構成要件要素的行為類型與抽象危險間仍舊要有一定的關聯性，所以必須在構成要件該當的判斷後，在違法審查的階段實質審查違法性，於例外的情形可以否定抽象危險的存在而認定阻卻違法¹³⁷。或者亦有學者主張超越文義範圍，透過目的性的限縮解釋，承認抽象危險的存在本身是不成文的構成要件要素，因此，在判斷完行為的構成要件該當性後，於構成要件的審查階段另應審查是否有抽象危險，這個沒有規定在構成要件中的結果要素的發生可能性，於例外的情形，得阻卻構成要件的該當性¹³⁸。

緣此，抽象危險犯仍然是一個對於法益有侵害危險的行為，甚至我們可以認為抽象危險犯的類型特徵正是在於，其透過特定的危險行為對法律保護的利益形

¹³⁴ 參見王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159期，2008年8月，頁239。

¹³⁵ 許玉秀，〈無用的抽象具體危險犯〉，《台灣法學雜誌》，8期，2000年3月，頁85。

¹³⁶ *Martin, Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht*, 1992, S. 19f. 相同見解可參考李聖傑，〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8期，2006年6月，頁7-8。

¹³⁷ 鄭善印，〈違背義務遺棄罪與肇事逃逸罪之研究〉，收錄於《刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集（第二卷）》，初版，2002年，頁152以下。

¹³⁸ 參見李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）—兼評最高法院99年度台上字3048號判決〉，《法令月刊》，63卷3期，2012年3月，頁12。

成**典型的危險性**，亦即抽象危險犯的立法正是因為考量其特定行為方式所帶有的「高度危險性」，因而加以入罪化¹³⁹。申言之，所謂的「抽象危險」是指根據統計學上的大量事例觀察，就特定的行為類型，視其手段的力道、效果所及範圍、效果的持續性或蔓延性，以及可控制性等，在得認定如果放置不管，下一步就會產生不特定人或特定多數人的法益侵害時，這個行為即是擁有抽象危險意涵的行為。反映在實際上，抽象危險犯通常都是一些很難令人忽視的可能引發危險的個人行為，例如縱火、持有槍械、販賣毒品、重大交通犯罪行為等，這些行為本質對於保護法益而言，幾乎不可避免的都存在著**現實的恐懼**且有**發生侵害的極高蓋然性**。以最常被提及的放火罪為例，正是因為火的蔓延性將會造成不特定多數人極大的損傷，且基於放火行為在法益侵害的擴散性以及無法操控性¹⁴⁰，我們在法政策的選擇上，才會對之採取抽象危險犯的規制模式，考量的重點就在於透過放火行為的本質所反應出來的高度典型危險。

然而，適性犯與抽象危險犯最大的差異點，即在於這樣的一個典型危險性的欠缺。例如以偽變造文書罪為例，並不是只要一旦有偽變造文書的行為出現，社會大眾就會感受到現實的恐懼，甚至於就會有侵害法益的極高蓋然率存在。舉例來說，行為人偽造了一份假的文書之後，如果只是放在家裡供自己觀賞用，並沒有實際持以行使或本於文書之內容而更有所主張，那麼一般社會大眾根本不知道有這份文書的存在，更遑論是對法益侵害的恐懼。更直白的說，當我們今天聽到有人隨意縱火，跟有人隨意偽造文書，主觀面上我們所感受到的不安，對社會秩序有效維持的懷疑和遭受危害的恐懼，都是不一樣；同時在客觀面上，偽造文書行為完成到實際上侵害到公眾對於交往工具保證機能的信賴，還有一段不確定長短的距離，如果行為人遲遲不行使這份虛偽的文書，那麼距離實際上造成法益的侵害可能還有很大的一段路要走。此外，如果社會上就只有行為人一個人做了偽造文書的行為，在我們的想法裡可能會僅僅認為這是一個偶發性的個案，並不會因此真正動搖到我們對於交往工具保證機能的信賴。換句話說，偽造行為完成後就僅僅只是存在著一個侵害法益的危險根源，至於這個根源何時開始發展，開始

¹³⁹ 參見張麗卿，〈論危險前行為的成立要件—以德國聯邦最高法院判決見解為說明〉，《月旦法學雜誌》，78期，2001年11月，頁119；德國學說上多數亦支持抽象危險犯的處罰基礎在於其行為所表徵的一般危險性，詳見 Arthur Kaufmann, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, JZ 1963, S.425f.; Jescheck, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 1988, S. 237f.

¹⁴⁰ 參見李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）—兼評最高法院99年度台上字3048號判決〉，《法令月刊》，63卷3期，2012年3月，頁15。

延伸，都是充滿著不確定性的；就這點而言與放火行為相比，只要一經點火，火勢蔓延的迅速與廣泛所導致實際上有極高的法益侵害可能性，甚至於危急到我們可以直接推定行為與危險之間的因果關係存在，以及我們從火的延燒性和不可控制中性所推導出來法益的高度現實危險，在偽變造文書的例子中都是不存在的。

綜上所述，考量抽象危險犯原始的存在價值在於透過刑罰權的提前發動，可以對法益做提前且更周延的保護，一開始制度設計的目的所預定的對象，就是被認定為具有典型危險性，以及風險與危害範圍難以被控制的公共危險行為，例如放火、決水、醉態駕駛或販賣毒化飲食物品等，以達到刑法事前預防的作用¹⁴¹。因此，當系爭行為不具有這樣的典型危險性時，就不應該以抽象危險犯的模式進行立法規制與司法的解釋操作，就這點而言，也提供我們區分抽象危險犯與適性犯的準則。

第四款 對於未來的危險

在我們區別出具體危險犯以及抽象危險犯，與適性犯的概念本質差異之後，進一步要對適性犯的類型特質作出描述。本文以為，適性犯此一犯罪類型的特質在於強調**危險根源的創造**，亦即要求在具體情況下可茲預測的未來發展中，從根源中衍伸出的「危險」將一步步朝著法益客體所在方向前進。然而，行為本身的攻擊強度是否已經能夠擔保會對作用客體產生實際的衝擊，則在所不論。這樣的概念就很像推球遊戲，當我們朝著一定的方向，推出一個球，順著平面球會向著前方不斷運行，但是球能一路滾到哪裡，能不能到達我們所預期的「目的地」，卻是不確定的，因為這會受到平面磨擦阻力和推動力道大小的影響，但至少我們可以確定，只要沒有外力中途介入阻止球的運行，球會向著「固定的方向」一路前進，然後在某一個時點停下來，或是直接到達終點。這樣的概念就是適性犯所要求的「足生損害」的適性概念；只要沒有確定的「否定因素」存在，這個危險的源頭就是有發展成實際侵害的可能性，然而考量從行為開始到產生結果的中間存在的不確定性和實體侵害的難以證明，因此我們把刑法的評價重心從最後的侵害結果，前置到行為本身，直接處罰一個製造危險根源的行為。因為不論這中間球體運行的過程存在多少的不確定因素，至少有一件事是我們可以毫無疑問的肯

¹⁴¹ 參見王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159期，2008年8月，頁240。

定的：只要我們不推動球，那麼球永遠不會滾到目的地。把適性犯的概念套進去解釋，就變成了：只要我們沒有透過行為創造一個危險的根源，那麼對於保護法益侵害的結果就絕對不會發生。

因此，考量透過行為的本質特性以及符合特定結果的後續延展性，我們處罰該當適性條款的犯罪行為，是為了周全的保護「未來」的法益不被侵害。這和抽象危險犯或者具體危險犯著重的都是「現時」的法益保護的觀點是不一樣的。正如同學說所說明的，一旦行為人的行為對保護法益造成了「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，更確切的說，是種客觀的「因果關係」的概念¹⁴²。換句話說，只要行為人的具體行為該當了具體危險犯或是抽象危險犯所界定的要件，就造成了保護法益的「危險」，這樣的危險是「現時」的，例如縱火行為，一旦火勢迅速燃燒蔓延開來，就對於公共危險以及不確定多數的人的生命身體安全、財產利益等，存在著現實而且無法控制的威脅。然而適性犯的危險卻具有未來性，並不是行為完成當下就會立刻實際侵擾到保護法益，從這點也彰顯出傳統的危險犯與適性犯概念本質上的差異。

緣此，基於對制度性利益的保障的需求，部分伴隨著精神化的中間法益的犯罪類型，在過去的法制習慣上被以抽象危險犯的方式型態表達，例如操縱證券交易市場的違約不交割行為¹⁴³、破壞文書制度作為溝通工具保證機能的偽變造文書行為等，其實都不具有抽象危險犯所表徵的「典型危險性」此一類型特徵，不應該被歸類在抽象危險犯的範疇。與此相反的，考量此行為其實所保護者往往是制度運作的利益，對於破壞制度性利益的行為，常無法以實害犯的方式出現，甚至不可能有實害出現，例如以操縱市場行為為例，若是要等到實害出現，指涉的往往是這一套資本主義市場經濟制度的消滅¹⁴⁴。在考量此類行為雖未能即刻伴隨實害的產生，但行為本身其實已經製造對保護法益有可能在未來某一時點產生侵害

¹⁴² 參見鄭逸哲，〈「實害」與「危險」〉，《軍法專刊》，53卷5期，2007年10月，頁12。

¹⁴³ 證券交易法第155條第1項第1款規定禁止「在集中交易市場委託買賣或申報買賣，業經成交而不履行交割，足以影響市場秩序」之行為，學說上稱為違約不交割的行為，就本罪構成要件之認定學說上尚有爭議，由其就如何認定「足以影響市場秩序」此一要素，學說與實務見解多有分歧，詳細論述可參考林國彬，〈一般投資人違約不交割與證交法第一五五條第一項第一款要件之分析—最高法院九四年台上字第二二七號刑事判決簡評〉，《台灣法學雜誌》，99期，2007年10月，頁257以下。

¹⁴⁴ 參見王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159期，2008年8月，頁241。

的源頭，似可以考慮提前處罰這個製造危險根源的行為，而將此類犯罪型態改以適性的概念規制與解釋。

此外，在近世代愈發獲得學者重視的環境刑法（Umweltstrafrecht）領域，由於環境危害行為通常是經由多數微量行為，經過長時間的重複累積以及多數行為的加乘效果，而漸進式的造成環境破壞¹⁴⁵。因此，考量環境破壞所特有的長期累積性，亦即環境所受的損害，通常都必須透過行為延續一段時間，亦即其所造成的損害是緩慢且不明顯的，此與公共危險行為具有瞬間產生高度危險之性質顯有不同；因此，考量損害的實際發生通常與行為完成尚存有一定的時空距離，本文以為環境犯罪並不具有抽象危險犯的典型危險性特徵。再者，同時考量環境污染具有長期累積性及多數性，即生物體或環境媒體受到污染後，需經過較長的時間才會為我們所發現，且被發現時通常都已經受有一定程度的損害，再者環境法益本身又具有難以回復性，因此若等到污染行為已經「致生具體危險」，刑法始加以介入，對法益保護又顯得不夠周全。有鑑於此，考量環境破壞行為所產生的未來危險，本文以為在環境刑法領域，也可以透過適性犯的概念加以規制，以符合環境破壞行為的特性並周全保護環境法益。

第二項 重視行為特質的行為犯

在確立了適性犯應該是一種獨立型態的危險犯之後，下一步要解決的問題，就是在行為犯與結果犯的分類體系之中，適性犯應該屬於何者。關於此一問題，有學者在對刑法第 286 條妨害幼童自然發育罪進行立法論檢討時，建議將現行條文中「致妨害其身體之自然發育」這個要素，修正為「足以妨害其身體之自然發育」，並指出這樣的修正是把構成要件從原先的結果犯改成舉動犯的模式，亦即將原來的構成要件結果轉變為**行為的侵害特性**¹⁴⁶；這樣的說法其實明白的點出了適性條款所著重者乃是「行為」本身的特性，氏更進一步的主張，適性犯的行為危險並須具有特定的傾向。亦有學者認為「足以生損害」這樣的構成要件，是一種「類似結果」的規定，其性質係作為行為侵害方式的確認性佐證，而非結果要

¹⁴⁵ 參見葉俊榮，〈環境問題的制度因應－刑罰與其它因應措施的比較與選擇〉，收錄於《環境刑法國際學術研討會論文集》，國際刑法學會中華民國分會編印，1992 年，頁 128。

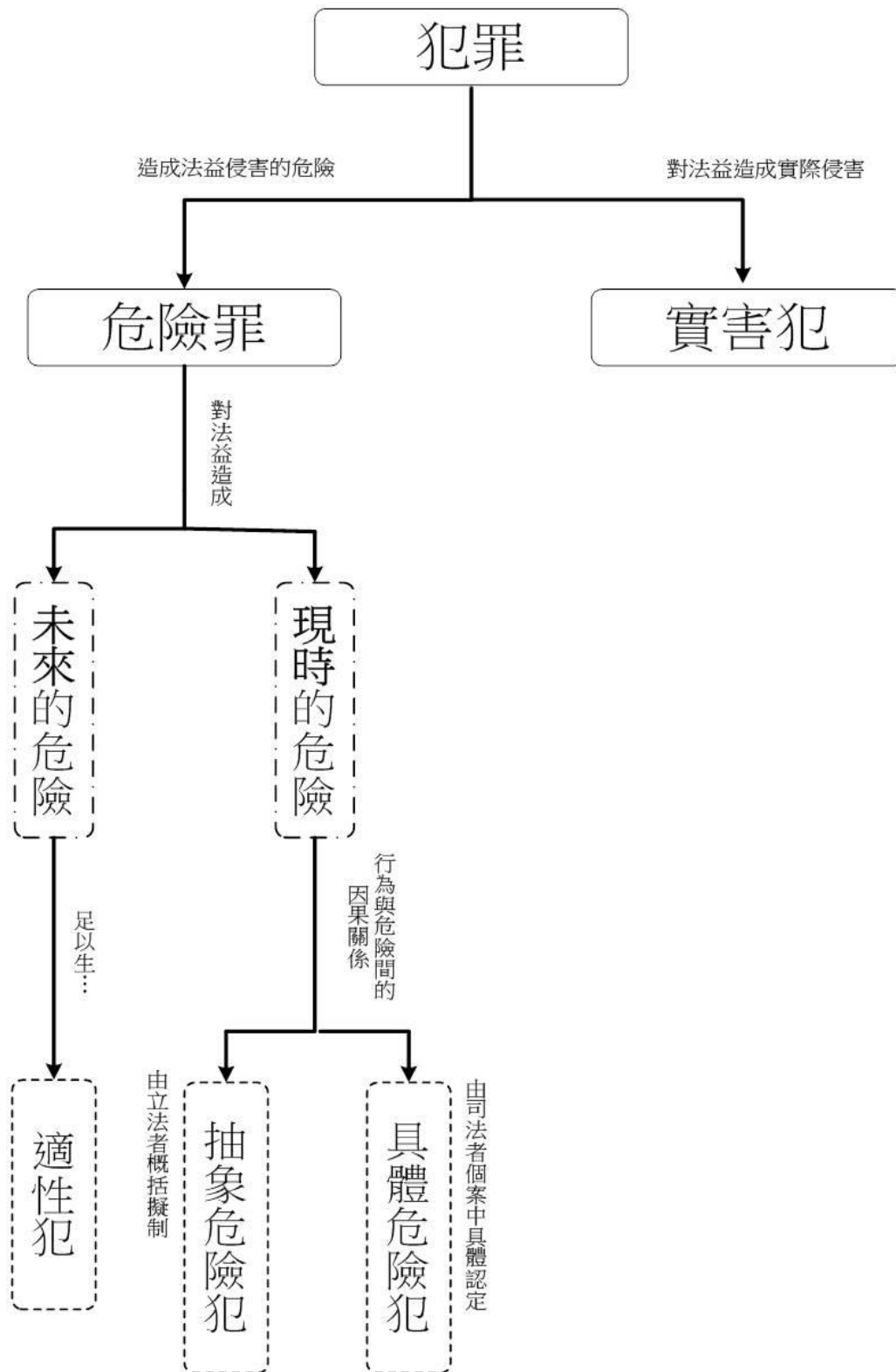
¹⁴⁶ 蔡聖偉，〈從刑總法理檢視分則的立法〉，《月旦法學雜誌》，157 期，2008 年 6 月，頁 279。

件，基本上也是採取相同的見解¹⁴⁷。承前述，與抽象危險犯和具體危險犯不同，適性行為完成之後，對於客觀外界其實並沒有造成什麼具體的變動，只是對於法益造成了一個未來的危險，而從實害的難以認定與不易證明考量出發，將此一犯罪類型設計成行為人之行為並不需要對於法益造成實害的結果，就已經該當犯罪之完全構成要件而言，本文認為適性犯本質上應屬行為犯。是故，適性犯成罪的判斷重點與其類型特徵，皆在於「行為」本身所表彰的危害可能性，而與是否實際造成保護法益的侵害「結果」並無關係。

再者，考量適性犯的類型特質，實際上展現在一個該當適合性條款的行為，同時表徵出了注意義務的違反以及法所不容許風險的製造，而對保護的法益製造了一個，在未來的因果歷程中，放任行為所製造的危險繼續發展下去，有可能對於保護法益在某個時刻產生具體實害結果的危險性根源；亦即我們判斷適性行為是否該當的重心，皆在於「行為」本身的意義之上，而與最後到底有沒有造成一個法益侵害或是具體危殆狀態的「結果」沒有關係，就這一點而言，適性犯是一種行為犯的結論是無庸置疑的。

綜合以上的論述，我們可以重新架構犯罪類型的區分標準：首先，以行為是否須造成保護法益受到實際的損害，或是僅需造成保護法益受有侵害的危險即可該當犯罪的成立要件，將刑法上的犯罪類型區分成實害犯和危險犯。再者，在危險犯的領域中，以行為所造成的危險是現實存在的，抑或是一種對未來的危險，區分成兩大類型；在造成現實存在的危險範疇內，將其中強調透過過去實際經驗累積，可以推斷行為本身就具有一定的高度典型危險性，進而可以直接透過立法者，以立法的方式擬制由行為產生危險之間的因果關係，此一類型的犯罪型態，稱之為抽象危險犯。而需要在個別的個案中，委諸司法者具體認定行為和危險之間的因果關係的犯罪型態，稱之為具體危險犯。最後，如果行為造成的危險是針對未來的，此一犯罪類型就是本文中所稱的適性犯。這樣的判斷流程可以簡化成圖表如下：

¹⁴⁷ 柯耀程，〈刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論〉，《月旦法學教室》，11期，2003年9月，頁128。



【圖表一 加入適性犯概念後犯罪類型區分圖】

第三章 適性犯的類型特質

第一節 適合性的概念形成

如同具體危險犯的類型特質在於其具體危險狀態的要求，在適性犯的犯罪判斷要素之中，決定性核心概念即為「適合性（*Geeignetheit*）」的要求，亦即我國刑法條文用語中的「足以」概念；有鑑於此，在理解適性犯的基本特質之後，接下來要討論的問題就是，如何更進一步的去闡釋適性犯的核心類型特質；換言之，在適性犯此一犯罪類型中，應該如何進行危險的認定，正是本章所欲釐清的首要課題。

本文以為，一個法學概念要具有操作的可能，首先我們必須尋找概念上的體系一貫性（*Folgerichtigkeit*）與理解可能性（*Einsehbarkeit*）¹⁴⁸，亦即只有在所有的現象都內蘊了某種規律，我們才能去期待一個有效的預測可能；而這樣的前提要件在適性犯的討論上尤其重要。

所謂的「適合性」，指的是遵循一個概念形成目的指向的作法，亦即經濟原則的指導準則，經由概念形成的過程，與未經整理的、未定型的部分隔絕，由此得出一個可理解的、可重新辨認的特定的真實現象。同時，適合性也使可理解的事實情況、特定的現實部分和一些特定的語言符號，在保持其個別特色的前提下相互連結。此一連結，一方面可經由語言上的特徵指明標示的事實情況，另一方面可以為對事實情況作出的標記命名。申言之，法條中所蘊含的抽象用語「足以」，必須找出一個使用這個名稱可以被理解的具象，也就是唯有「適合性」此一構成要件特徵可以透過一個客觀上相同的方式被操作時，我們才能發展出一套有邏輯體系可循、有組織的且概念上一致的適性犯。所以在這裡必須先解決一個前提問題：我們應該如何為所謂的「適合性」概念下定義？緣此，本章節將透過德國學說上的討論整理，歸納出「適合性」的一致意義。

¹⁴⁸ *Canaris, Systemdenken und Systembegriff im der Jurisprudenz*, 1982.; 轉引至秦季芳，〈法律規範競合關係的再思考〉，《玄奘法律學報》，3期，2005年6月，頁70。

簡言之，本文所要提出的問題為：是否經由一個具體的「適合性」構成要件特徵，可以歸納出一個概括、抽象的思考方式，指出「足以」的事實情況是否必須對實際的法益客體事實上產生一種劇烈的危險？如果答案是肯定的，這樣的「危險」又須達到何種程度？最後，在刑法典中全部個案的應用上，「足以」的語言符號是否可以被賦予一個一致性的內容¹⁴⁹？上述問題都是我們在進行適性犯的釋義學研究時，所不得不面對的課題。是故。本文將於此一章節中，透過德國學界對於「適合性」概念的梳理，具象化適性犯的類型特質，並歸納出一致的危險判斷標準。

第二節 *Schröder* 的觀點

Horst Schröder 於 1967 年在 *Juristische Zeitung* 發表了“*Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*”一文，提出在抽象危險犯與具體危險犯之外，存在第三種型態的危險犯：「**抽象具體危險犯**」（*Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*），揭開了適合性條款犯罪型態研究的序幕，其以一個較為深入且詳細的方式，嘗試去對適合性概念的做一致性的理解，並以教條式的方式去編排所謂的適性犯，雖然最後仍未發展出一致性的適性概念，但其研究對於適性犯的定性仍有所助益。

第一項 *Schröder* 觀點的闡述

對於那些法條中顯露出適合性特徵的犯罪，*Schröder* 認為，原則上應以**具體危險犯**的意義被理解；例外才承認所謂的**抽象具體危險犯**（*Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*），也就是一種介於抽象危險犯與具體危險犯之間的混合類型，實際的結合抽象與具體的要素，而屬混合類型的危險犯¹⁵⁰。

根據 *Schröder* 的看法，我們所稱的「適性犯」，亦即在構成要件的設計上表徵了適合性特徵的犯罪類型，原則上只是在構成要件的用詞中表達了一個「適性」的特徵，而實際上，適性犯的概念經常需要與相對應的具體危險犯概念作比較；

¹⁴⁹ *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 15f.

¹⁵⁰ *Schröder*, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, ZStW 81, S. 21.

二者之間區分的關鍵點在於，法官在判決時對於行為危險性的認定，是否必須考量到個案中全部的情況，或者被允許僅僅考慮那些被稱為危險的情況，而根據一般的經驗判斷，是否顯現行為足以招致一個有害的結果¹⁵¹。

對於這個問題，*Schröder* 的理解是，所謂的「具體危險犯」，係指在一個具體危險狀況之下，根據個案中所有具體的情況，以一個盡可能客觀的判斷者態度，並且運用所有個案中的細節，從事後的角度出發，去認定損害的發生¹⁵²。因此，至少我們可以得出一個結論，在具體危險犯中的危險認定，必須全面考量個案中的所有事實情況與環境因素¹⁵³，而這樣的一個特徵，將有助於我們去劃分具體危險犯和適性犯。簡言之，具體危險犯的危險認定，需要考量個案中所有的細節要素，相對於此，所謂的「抽象具體危險犯」，則僅需考量某些被特定指明的要素，而不須就個別情況具體的作全面性的判斷。

對於使用具體危險犯的意義去解釋適性犯，*Schröder* 指出，有兩個原則上的期待：首先，一個從規則上而言，非明顯可辨的但可任意發展的客觀標準必須被明確的界定，以具體區分個案行為人依其辨識能力所可能考慮到的因素，以及行為人出於疏忽未能慮及而導致的事實狀態。再者，在單純解釋具體危險犯的意義與最大限度的個案正義原則的指導之下¹⁵⁴，由於在某些特別的情況，具體案例中的情況可能確定不會招致一個事實上的侵害，因此，反常的事件發生不應列入考慮¹⁵⁵。申言之，如果在特定個案的情況中，由於疏失可能導致一個錯誤的具體危險假設，那麼即使在具體個案中危險的伴隨現象確實未發生，法官仍有可能根據這個錯誤的假設而得到一個肯定的危險性證明。而這樣的一種論斷對於危險的認定來說是致命的，因為通常所涉及的錯誤假設都只是個案情況中的一小部分，但這一小部分的錯誤，對於判決中行為危險性的認定，卻可能具有決定性的影響

¹⁵¹ *Schröder*, *Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*? JZ 1967, S. 522. 對於此一問題，*Schünemann* 則認為在檢驗適性犯時始終必須考慮所有的具體情況，也因此認為適性犯已經不是純粹的抽象危險犯，參見 *Schünemann* 著，陳志輝譯，〈交通刑法之憲法界限與刑事政策問題（一）〉，《司法周刊》，1006 期，2000 年 11 月，第 2 版。

¹⁵² *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 19.

¹⁵³ 國內學者對於此一問題，亦抱持有相同的看法，參見黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，2006 年，頁 624。

¹⁵⁴ 所謂「個案正義原則」，即指法官在判決時應考量未成文化的價值原則，且應受法律之外的傳統規則所拘束，亦即法官透過個案判決，每次的法律適用就已經是一種解釋，一種法規範的發現，每次的解釋都是一種成文法律與未成文法原則的結合，藉此創造出一種「繼續作用中的法」，更深入的概念介紹可參見 *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，初版，2010 年，頁 20-21。

¹⁵⁵ *Schröder*, a.a.O., S. 522.

力¹⁵⁶。是故，在適性犯的概念中，*Schröder* 基本上容許危險性的反證推翻。

不過 *Schröder* 同時承認，在適性犯的構成要件內部，仍然採用以特定的方式歸納的觀點，此觀點認為犯罪的既遂，並不需要等到上述所定義的具體危險現時發生。換句話說，涉及到適性犯這個特殊犯罪類型，參考立法者經由法條用語所表示的意涵，行為僅須招致一個通常的危險情況，即已足夠該當犯罪既遂¹⁵⁷。

Schröder 透過上述的歸納，提出了一個相當具有啟發性的見解，其認為立法者針對適性犯所預設的意圖，可以用下列兩種不同的方式表達：

1. 在某些類型的適性犯中，由於立法者不可能窮盡的舉出構成危險的前提要件，因此透過「真正有效的抽象與具體要素的結合（eine echte od. wirkliche Kombination von abstrakten und konkreten Gefährenelementen）」，立法者選擇放棄在條文中具體去規範危險性審查的要素，而僅在法條中規定事物或行為的一般特性，作為構成要件要素，這種情況尤其可見於在行為人所攻擊的目標是特定的個人法益客體時¹⁵⁸。簡單來說，在此種類型的適性犯中，立法者選擇藉由法官的判斷，在個案中實際的去補充原本屬於立法者的工作，也就是去判定一個具體危險是否有實現可能¹⁵⁹。

在這類型的適性犯中，*Schröder* 以德國食品法 Lebensmittelgesetz §3 為例¹⁶⁰，指出該條文禁止散布「食用後足以損害健康」的食品，而什麼樣的食品可以被歸類為「食用後足以損害健康」，該條條文中只提供了一個「一般性的標準（generelle Maßstäbe）」，很明顯的需要透過法官在判決去做個案認定。這是因為食品商在製造食品時，並無法確定該食品將來具體被食用的方式，也無法預見所製造的食品會被誰、在怎樣的情形下被食用，所以立法者只能訂定如此抽象的規範，而委由法官在具體個案中依照一般性的標準去判斷。換句話說，成罪與否必須考量的

¹⁵⁶ Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 19.

¹⁵⁷ Hoyer, a.a.O., S. 19；相同意見可參考 Roxin, AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §11, Rn. 162.

¹⁵⁸ Hoyer, a.a.O., S. 20.

¹⁵⁹ *Schröder*, Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, S. 525. 在中文文獻有略為提及此一概念者，可參閱林建宏，《刑法危險概念的思考研究》，中原大學財經法律學系碩士論文，2004年。

¹⁶⁰ 2005年9月，德國新食品和飲食用品法（LFGB）取代了食品和日用品法（LMBG）。它又稱《食品、煙草製品化妝品和其它日用品管理法》，是德國食品衛生管理方面最重要的基本法律，是其它專項食品衛生法律、法規制定的準則和核心。

是個案中的某種食品，依據它的製造方法觀察，一般而言是否足以損害他人的健康，而不需要去考量該食品在特定對象身上所產生的效果¹⁶¹。仔細審核 *Lebensmittelgesetz* §3 的條文規範，可以發現「行為危險性」此一必要條件並沒有在法條中以文字表述，而是經由法官在個案中具體論證之；就這點而言，該規定似應涉及到具體危險犯；然而法官對於危險性論證，由於缺乏個案具體情況的參考，只能透過一般性原則的輔助，就這點而言則又涉及到抽象危險犯；據此，我們可以觀察出此一犯罪類型實質上結合了抽象和具體雙方面的要素存在。

2. 在其他類型的適性犯中，則是透過「**不完全的抽象與具體要素的結合**（*eine gewisse Kombination von abstrakten und konkreten Gefährenelementen*）」為認定，雖然我們客觀判斷個案中的行為情況，認為無論如何都可能存在一個具體危險，然而立法者在此種犯罪類型中，在犯罪構成要件的設計上，清楚且明白的限定了法官在個案「應該」以及「能夠」判斷的元素。換句話說，立法者透過條文規範，單獨且堅決的表達出特定危險性的類型，而法官的判斷餘地必須受限於立法的文字拘束，不得任意逾越之¹⁶²。

在這類型的適性犯中，我們可以以 *StGB* §306 *Brandstiftung* 縱火罪為例；依據本條的規定，對於他人或自己所有之非供人居住的建築物、船舶、礦坑、倉庫或農產品等縱火，依縱火標的物的特性與位置，火勢必須有延燒可能性，才會構成本罪。*Schröder* 透過條文中明白要求的「**依標的物的特性與位置足以使火勢延燒到...**」此一用語，而認定在法官在個案中，不但必須，同時也「只能」去考量放火標的物的特性與位置，投射在個案中所顯現的意義¹⁶³。申言之，鑑於條文明白的要求了**傳播的危險性**（*Übertragungsfahr*）的特徵，考慮到具體個案的情況，透過明確的因素（縱火客體的位置、情況）作了清楚的限制，因此迫使法官在作成危險的認定時不能去考慮其他的情況（例如風向和天氣）。

Schröder 肯認上述兩種情況下的適性犯，都應該被歸屬於具體危險犯以外的獨立的犯罪類型，並將其命名為「**抽象具體危險犯**（*Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*）」，其特殊之處在於，立法者把評價危險性的責任保留給法

¹⁶¹ 參見蔡蕙芳，《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年6月，頁144。

¹⁶² *Schröder*, *Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*? JZ 1967, S. 524f.

¹⁶³ *Schröder*, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, ZStW 81, S. 19.

官，亦即危險的前提要件（具體危險要素）被特別鎖定而委託給法官裁決，然而與此同時，經由構成要件用語觀察之，具有決定性的要素不是具體情況，而是一般的標準（抽象危險要素）¹⁶⁴；換言之，法官對於危險犯的特性只能用一般的標準衡量，區分典型的情況為危險的或不危險的，而並非在各個方面去具體的衡量個案情況¹⁶⁵。

然而除上述特定犯罪以外其他的評價危險性之犯罪型態，一方面從提到的實際可能性的考量（對於個案情況實際可能的發展，行為人主觀上係有所認識或出於無認識之間的區別界線，並不存在一個具體標準），另一方面則出於個案正義的考量，仍應以具體危險犯的形式來理解¹⁶⁶。例如在 StGB §314 Vergiftung 足生公眾危險的毒害罪的規定中¹⁶⁷，「毒物」這個概念是否屬抽象的構成要件，而不必考慮個案的情況，逕為一般性的認定；以及關於「其他物品」是否「足以損及健康」的問題，究竟是必須依據行為的具體情狀為判斷，還是依據一般性意義下從事一般性判斷，都存在著爭議。對此，*Schröder* 援引相關德國實務見解指出，根據條文的規定，誰下了毒或其他危險物質，哪些人的健康是足以被破壞的，都必須具體的被檢驗。而毒物的概念在這裡不應該被描述成一個獨立於個別事實的抽象的構成要件特徵，而應從一般的毒品損害來闡明其危險性。同樣的，在本罪規範的其他麻醉品中，也依然必須根據具體行為情況事後判斷。

因此，§314無論如何不會是一個抽象可能的危險，而是必須在個案中具體情況下所判定，如下毒的質量、使用的方式、被犧牲者身體的健康狀況，以及危險對於該受侵害的身體狀況而言是否經受得住的等因素，都應該在判決中被考慮。這樣的標準不但應用於「其他危險物質」，同樣的也可以用在對「毒物」的解釋之上，因此儘管「毒物」這個概念似乎暗示著抽象性，然而要滿足這個構成要件，仍必須確定個案中的具體情形。因此，即使是高危險性的毒藥，也必須具體說明，行為人在個案中所使用的量對於本案被害人而言，具有本條所要求的足以損害健康的性質，該侵害行為並讓必須的具體危險性確證顯露出來，這正是§314要求對於犧牲者所享有的身體健康的破壞的適合性。因此，§314在這裡被認為是

¹⁶⁴ Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 170.

¹⁶⁵ Schröder, Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, S. 522.

¹⁶⁶ Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 20.

¹⁶⁷ Schröder 原文係引用 1998 年修法前之§229 條 Vergiftung，即所稱的「毒害罪」；惟修法後已移置 §314，改稱為 Gemeingefährliche Vergiftung，即「足生公眾危險的毒害罪」。

具體危險犯，法官必須就個案中全部的狀況考慮其危險性是否存在¹⁶⁸。

第二項 本文意見

針對 *Schröder* 將適性犯分成傳統具體危險犯與抽象具體危險犯兩種類型的見解，學說上多所質疑，本文以下將整理相關學說批判意見。然而，在進行批判性思考的同時，不可否認的是，*Schröder* 從理論上探討此一問題，對於我們架構適性犯的類型特質仍有所助益。

第一款 界線標準仍具可發展性

Schröder 見解首先面對的問題是，如何確立一個物質上的標準以區分適性犯與具體危險犯？不同於未設限制而必須考量全部個別情況的具體危險犯，在適性犯的體系中，行為人製造的何種危險以及到達何種危險程度，是不考慮個案的情況。承上述，*Schröder* 認為不可能在全部情形中的全部的個案情況，都具有清楚的、一致的和可歸納的標準，可分別歸入「有考慮到的情況」和「未加考慮的情況」兩極。最後必須承認，我們必須迫不得已的，在缺乏選擇的情況下，回復到考量個案中全部狀況的具體思考方式，因此僅能將適性犯歸類於具體危險犯的範疇之下。然而如此的不可可能性（*Unmöglichkeit*）是否實際的存在，在這裡還不可能被斷定；蓋尋找相應的標準正是之後論述的主要任務。不管怎樣，承認界線存在的困難並不能直接導出匆忙而毫無顧慮的根本放棄每一個界線，甚或放棄每一個尋求界線的努力。進一步的思考，若當 *Schröder* 在 *Lebensmittelgesetz* §3 這樣的犯罪類型中使用抽象具體的思考方式是適當的，那麼根據這樣的區分，抽象—具體的觀點即非明顯不可能。當 *Schröder* 根據在 §§149、219b、219c、311d、319、325 的範圍內，可以實際應用並實行的區分標準，去解釋在有考慮到和未考慮到的情況之間的差異，至少原則上對於如此區分的可行性，並不存在有阻礙¹⁶⁹。因此，是否可以只因為「區分不可能」這樣的理由，就將部分適性犯全部當成是具體危險犯看待，仍然有進一步思考的空間。

¹⁶⁸ *Schröder*, *Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte*? JZ 1967, S. 523.

¹⁶⁹ *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 20.

第二款 個案正義的論證

原則上，*Schröder* 係將適性犯定位在他的具體危險犯概念的範疇裡。根據 *Schröder* 的見解，具體危險犯是最理想的方式是用以符合個案正義原則；相較於此，每一個具體事實狀態下的抽象概念，由於並未具體考量個案中的種種因素，都意味著一種往較不符合個案正義原則方向的退步（*Rückschritt*），而且引致了在具體個案中，實際上的情形不符合我們對於風險判斷的預測，而被認定是一種「不公正」（*Ungerechtigkeit*）¹⁷⁰。然而 *Schröder* 的這種說法是否正確，仍有審酌的空間。

案情事實中適合性的判斷，取決於是否有具體風險存在，亦即一個「結果」（*Erfolg*）；或者確定此一屬性是否實際產生作用，而具有「效果」（*ausgewirkt*）；這樣的觀點同時說明了，在判斷中匯入了個案的元素，仍然是至關重要的¹⁷¹。每一個結果在最終判斷上其實都是條件的總和¹⁷²，換句話說：「結果」就是案例事實和其他組件間碰撞和反應而生交互作用的結果。而迄今我們仍不清楚的是，為什麼案例事實中產生了一個額外的品質（*Qualität*），亦即適合性（*Geeignetheit*），就可以直接被認定成產生了「結果」；換句話說，*Schröder* 並沒有說明從「行為」到「結果」之間的變動原因。而這樣的做法將導致案例事實中行為的品質，或者其他必要的生效條件存在與否的判斷，取決於行為人所處的環境¹⁷³。

這個變化的過程，是否如同 *Schröder* 所聲稱的，僅僅只是為了個案正義，是值得懷疑的。若 *Schröder* 採取這種個案論證，認為只有以個案中具體的，亦即個別情況關係（*Einzelfallbezogene*）的觀點去審酌，才可能是全盤符合「正義的」（*gerecht*），那麼這樣的說法必須提出根據，因為這樣的說法與下述的論點產生了矛盾：只有以「單獨」的評價系爭客體（案例情況）為基礎，個案事實的認定才是公平的，而結果也不能出於偶然性（*Zufälligkeiten*）。然而 *Schröder* 所採取的正義論證，卻是只有以「全面」個案關係的觀點去檢視個別的行為人以及他所實施的不法行為，才是「正義的」，所以這是一個必須被檢驗的觀點。簡單來說，如果出於「正義」的要求，而必須徹底的、全盤的將個案中所有的要素納入

¹⁷⁰ *Schröder*, Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte ? JZ 1967, S. 523.

¹⁷¹ *Krauss*, Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, ZStW 76, S. 38ff.

¹⁷² *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 21.

¹⁷³ *Hoyer*, a.a.O., S. 22.

考量，那麼一些出乎意料的偶然或意外，就會去影響到行為人的可罰性。然而 *Schröder* 卻在強調「全面」檢驗的同時，主張排除反常的偶然與意外，其論點明顯的自相矛盾。

歸根究柢，在案例事實的判斷中必須考量的因素，事實上不僅僅只有涉及上述的論證，同時還涉及到其背後真實的原因，亦即在具體案例事實的考量之下，我們傾向於為行為人得出無罪的結論。關於案例事實中適合性的判斷，往往正也是關於案例事實中行為人的自由餘地（*Freiheitsspielraum*）的判斷，亦即針對行為人行為可罰性的辯證。當我們在案例事實中，以人工方式隔離當時的環境因素，使其符合適合性的檢驗，案例事實中的適合性將因此在抽象化的條件下實現，並因此封鎖了行為人的抗辯，而無法達成我們傾向使行為人被無罪釋放的目的。因此，為了避免讓行為人在具體情況處於應受懲罰的狀態，我們必須極其用心的去關注所有事件的不危險性（*Ungefährlichkeit*）。

然而，從這些事實並不能直接得出適性犯是具體危險犯的解釋；蓋藉由在適性構成要件中插入「具體危險」的特徵，不僅容忍行為人任意抽離行為情狀規劃中的危險性，而且將使得事件客觀的評價聽任於偶然，也就是說：藉由上述分離觀點，案例事實中現存在的危險性被選擇性忽略，行為人因而得到免刑的寬待，這樣的觀點並不符合我們對法官認事用法應該具有中立態度的要求。易言之，這樣的說理無法清楚解釋的問題是，為什麼當行為人透過其行為製造了危險的複雜事實情況，並使其不受控制的被放置於無法實際掌控的環境中，讓具體個案危險任意流動發展，客觀上確實因為行為人的行為而產生了一個無法預期也無法防堵的危險，但在上述論證下，我們處罰這個行為人卻會遭到個案正義要求的反對¹⁷⁴。

根據這些論述，適性犯不應該武斷被區分成二種類型，並將其中一部分逕自以具體危險犯的意義理解。此外，如果依照 *Schröder* 的見解，而把某些適性犯分類為具體危險犯，將使得適性犯的概念被分裂成兩個不同的釋義學上的種類辯解，徒增理解與定義適性犯的困難。

¹⁷⁴ *Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 23.*

第三節 *Gallas* 的觀點

第一項 *Gallas* 觀點的闡述

Wilhelm Gallas 在“Abstrakte und konkrete Gefährdung”一文中指出，針對所謂的適性犯，沒有必要使其跳脫出傳統抽象危險犯與具體危險犯類型的區分；基本上，適合性的形式只是在個案中，立法者將行為的一般通常危險性提出作為構成要件特徵，則從這點而言，此類連結一個相對應的附加條款的刑法規定，描繪出了只是形式上與傳統分類不同的一種抽象危險犯¹⁷⁵。簡單來說，相較於 *Schröder* 認為適性犯原則上應該可以被歸類為具體危險犯，*Gallas* 則強調所謂的適性犯，原則上仍然是抽象危險犯的一種，且並不需要為此類犯罪尋找一種全新的犯罪型態歸屬。

Gallas 指出，*Schröder* 將抽象與具體危險犯的要素混合而成的真正混合類型，誠如上述所提及的 *Lebensmittelgesetz* §3，作為法官在個案中論證行為危險性的前提要件，就這點而言被看作是具體危險犯，因此在這裡 *Schröder* 運用一個其他的危險概念作為具體危險犯的一般性定義。也就是說，這裡涉及到危險情況的招致，正如同得出「開始 (*Eintritt*)」這個詞，以及得出需要一個對特定法益的危害，在這裡必須考慮到一個事實上**特定法益**的危害 (*die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts tatsächlich*)；與此相反的，這裡也涉及到行為的危險性以適合性的一般意義，招致**特定法益本質** (*die Verletzung von Rechtsgütern einer bestimmten Art*) 的危害。鑑於這樣的矛盾存在於危險概念之中，適合性條款這個還有爭議的構成要件，既必須滿足具體危險犯的一般性概念的前提要件，同時其行為的一般危險性，也不僅僅是立法者懲罰的動機，更是藉由法官在個案的論證中所型塑出的構成要件特徵；更確切的說，適性犯的每一個構成要件，在具體之外，同時也顯示出了一個抽象危險要素，就這點而言，*Schröder* 提出混合抽象與具體要素的觀點是合乎邏輯的，而這樣的一種混合樣態，同時也意謂著不可能將適性犯直接的歸入於傳統危險犯二分法之下，所得出單純的類型¹⁷⁶。

¹⁷⁵ *Gallas*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, Heinitz-FS 1972, S. 171, 174f.

¹⁷⁶ *Gallas*, a.a.O., S. 173.

據此，*Gallas* 指出，通說認為抽象危險犯通常的概念性規定，即所謂的一般危險性（*die generelle Gefährlichkeit*），僅僅只是作為立法的動機，用以懲罰一個被特定構成要件描繪的行為，這樣的說法過於狹隘。基於考慮中的生活情況的多樣性，在個案中可能不存在實質的區別，因此立法者委託法官在個案中，去評定行為人的行為是否具有一般危險性，並因此具有構成要件該當性¹⁷⁷，如此使得抽象危險犯與具體危險犯存在有共同的危險要素，也就是一個規範性構成要件特徵。然而抽象危險犯與具體危險犯的區別在於，在抽象危險犯中，一個被刑法禁止的行為只要附隨著通常危險性即足夠了，亦即行為人的行為不需要對法益造成震驚，就已經可以滿足構成要件該當性的需求。申言之，所謂的「一般危險性」，就存在於對法益侵害的特定形式之中。與此相應的，此時法官雖然必須判斷個別行為的危險性，但也必須基於一般的標準做出判斷。儘管如此，系爭行為的一般危險性，依然被認為必須以事後的觀點去審查，而這樣的判斷將以從案例事實中得出的事實和自然科學知識為根據，因此表現出一個事後可客觀驗證的構成要件特徵。在這種情況下，雖然抽象危險犯不具有真正的結果非價，我們可以稱呼這樣的關係為行為的「潛在」（*potentiellen*）危險非價¹⁷⁸。以 *Lebensmittelgesetz* §3 為例，法官僅需要在事後，以所取得較完整的知識背景作為他們判斷的基礎，證明食品所混入的物質究竟對人體健康是有害的或是無害的即可，至於其中參與的消費者是否一開始就對危害免疫，或是事實上不存有危險，對於行為人的應罰性判斷而言都是無關緊要的。

另一方面，*Gallas* 同時承認我們無法在客觀上尋求適合性概念（*Geeignetheitsbegriff*）的一致性，其舉出 *StGB* §130 煽動罪與§166 侮辱信仰、宗教、世界觀團體罪為例，上述二罪以相似性的措辭：「足以擾亂公共和平」¹⁷⁹ 為其構成要件，然而 *Gallas* 認為此二罪所可能損害的客體並不是法益本質（*Rechtsgut*），例如整體人類的健康，而是侵害行為直接可能接觸到的特定公共和平法益，換言之，這可以用「一些特定人」的健康被理解，因此此類犯罪應該屬於具體危險犯¹⁸⁰。立基於具體危險犯的出發點之上，*Gallas* 更進一步指出，所謂的「足以擾亂公共和平」，其實就意味著「危害公共和平」¹⁸¹，二者間實具

¹⁷⁷ *Gallas*, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, Heinitz-FS 1972, S. 171, 174f.

¹⁷⁸ *Gallas*, a.a.O., S. 171, 181.

¹⁷⁹ 條文原用語為“in einer Weise ... die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören”

¹⁸⁰ *Gallas*, a.a.O., S. 171, 181f.

¹⁸¹ *Galla* 原文用語為“in einer Weise..., die den öffentlichen Frieden gefährdet”

有釋義學上的同一性¹⁸²，而直接將適性犯的概念轉換成傳統意義下的具體危險犯。

綜上所述，我們可以發現在 *Gallas* 的體系中，適合性概念在內部設計上可以被區分為下列二種：其中一種被認為應屬於具體危險犯；而另一種適合性概念，則被理解成一個抽象危險犯的特別種類¹⁸³。

對於此一特別種類的抽象危險犯，其行為並不需要震驚到特定的「法益」，同時它也排除招致一個對於個別客體嚴重威脅的真實危險結果做為構成要件特徵¹⁸⁴。因此，明顯的，*Gallas* 所提到這一個適性犯群組，在 *Schröder* 的適性犯構想中，早已不可能將之歸類於一個單純的具體危險犯。換句話說，這個犯罪類型，在構成要件被實現的時點，尚不須必然存在一個對於特定的法益客體潛在的危險性¹⁸⁵；以抽象危險犯去理解行為的一般危險性，可能只存在有行為對於法益特定本質，例如生命、健康或財產侵害的擔憂而已。

與此同時，在被歸類於具體危險的特別種類的這組適性犯中，就立法者考慮到在構成要件中，透過已明確定義的、與危險關係重大的要素，去限制法律適用者的考量餘地，*Gallas* 就這點而言與 *Schröder* 的見解是相一致的，無論如何此一犯罪類型都不可能屬於一種純粹的具體危險犯¹⁸⁶。

與此相對的，根據 *Schröder* 的想法，認為在其他所謂的適性犯中，至少描述出了一個實質的具體危險犯，然而 *Gallas* 並不贊同這樣的結論。同時 *Gallas* 指出，在適性犯中，不僅一個從特定客體可以得出的「危險性結論（*Gefährlichkeitskonzentration*）」，是行為達於既遂所不可或缺的；而且在構成要件中的抽象標準是無法被辨認的，因此不必然涉及到具體危險犯。在適合性的問題上，我們必須分別的、仔細的去檢驗每一個規則，並理解具體案例事實的前提要件中，究竟危險性所涉及的對象是可確定的個人受損害的「法益」，或是「法益本質（*Rechtsgutsart*）」¹⁸⁷，若屬前者，應該被歸類在具體危險犯的範疇，若屬

¹⁸² *Gallas*, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, Heinitz-FS 1972, S. 182.

¹⁸³ *Gallas*, a.a.O., S. 175.

¹⁸⁴ *Gallas*, a.a.O., S. 180.

¹⁸⁵ *Gallas*, a.a.O., S. 180.

¹⁸⁶ *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 25.

¹⁸⁷ *Gallas*, a.a.O., S. 182.

後者，則其仍然沒有脫離抽象危險犯的概念之外。

就結論而言，形式上以適合性為構成要件特徵的犯罪類型，原則上仍應該被歸類在抽象危險犯的範疇中，傳統抽象與具體危險犯的二分法沒有必要被放棄這樣的見解在學界獲得了廣泛的支持¹⁸⁸，而成為當今具支配性地位的主流說法。

第二項 本文意見

第一款 歸入具體或者抽象危險犯的標準模糊不清

Gallas 舉出 StGB § 166 侮辱信仰、宗教、世界觀團體罪與 §130 煽惑罪作為標準的例子，其認為在這類犯罪中，適合性要素針對的對象是「法益」，亦即所謂的「公眾和平」，因此應該被歸類到具體危險犯¹⁸⁹。而§186 以下的誹謗罪，在 *Gallas* 體系的應用下，其對象也是特定的「法益」（被震驚的個人的具體名譽），而不是涉及到法益本質的整體（全部人群的名譽），因此§186 依然被評價為具體危險犯，這樣的結論則與德國學說上普遍的看法不同¹⁹⁰。然而，§314 足生公眾危險的毒害罪這樣的犯罪¹⁹¹，究竟應該被歸類於抽象或具體危險犯，仍然是完全不清楚的，*Gallas* 的標準在這裡沒有給我們答案¹⁹²。因此，*Gallas* 所提出抽象危險犯與具體危險犯的區分：前者係指「法益本質」（Rechtsgutsart）可能的危害，而後者則涉及到構成要件中緊接著可能侵害的「法益」（Rechtsgut），此一區分界線並不具說服力，因為這樣的區分標準幾乎不可能實際的去操作。

¹⁸⁸ Siehe *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 165; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 1991, S. 116 ff.; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1993, S. 29 f.

¹⁸⁹ *Gallas*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, Heinitz-FS 1972, S. 182.

¹⁹⁰ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT, Teil 1, 8 Aufl., S. 206.

¹⁹¹ *Gallas* 原文係引用 1998 年修法前之§229 Vergiftung，即「毒害罪」；惟該條項之規定修法後已移置§314 Gemeingefährliche Vergiftung，即「足生公眾危險的毒害罪」，本文遂修正之。該條文規定：「1. 準備在水源、井水、管道或蓄水池，2. 對於公共販賣或消費之客體，毒化或混入使身體健康損害之毒害物質，或混入有毒物質於第一項第二款販賣、推銷或其他出賣方式之客體者，處一年以上十年以下有期徒刑。」

¹⁹² *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 26.

第二款 危險性事後認定的矛盾

此外，*Gallas* 的觀點明顯的採取了一了個錯誤視角：其認為系爭行為的一般危險性，被看作是一種事後審查所可以達到且必須的要素，本文認為這是值得商榷的；蓋涉及到行為危險性的評斷，應該僅僅是一種立於行為人開啟行為的位置，從事前視角所做的實現可能判斷。若我們單純從罪刑法定原則出發思考，什麼樣的行為在法制上是被禁止的，必須事先讓行為人知悉，並使其清楚了解其所呈現的意義。因此，在危險性的判斷上，就不應該存在事後觀點的理解¹⁹³。當客觀的觀察者處於行為人具有可能發生的特別認知與特別能力的情境中而為評價，所做出的判斷都將是獨斷的。從這個面向出發作觀察，適合性條款的犯罪，涉及到所謂的潛在危險犯。*Gallas* 也意識到這個問題，所以明白的表示了，涉及到事後審查的進行，我們可以宣告行為「潛在的」結果或危險非價，換言之，涉及到最終個案中事實上的事後情況，而評斷一個出於行為結果的危險狀態，亦即一個特定的結果。但這一點無論如何都違背抽象危險犯的本質，因為抽象危險犯根本不須檢驗對於特定被保護的法益客體是否實現侵害結果¹⁹⁴。

事實上 *Gallas* 傾向於具體的思考方式，因此他強調具體考慮犧牲者個別的情況，實際上並不是不可行的，因此 *Gallas* 對一般生命危險性攻擊方式，會根據犧牲者是成人還是小孩，男人還是女人，衰弱的或是健康的而為區分。就這點而言，事實上其已經拋開一般抽象的審查，並為具體危險性審查的基礎鋪路，蓋考量到犧牲者的年齡、性別與體質，將使得犧牲者與個別的觀點有關聯。此外，個別情況中「一般通常的觀點」是流動的，而 *Gallas* 並不能更進一步詳細的解釋此一問題的界線，因此 *Gallas* 的論述本身即存在著一個巨大的矛盾：當他以一般危險性作為出發點，卻以事後觀察的角度去理解危險性，考慮個別情況，這前後論述無論如何都難以一貫¹⁹⁵。

第三款 適性概念發展模糊不清

以抽象危險犯的形式解釋適性犯，*Gallas* 暗示性的發展出的適性概念，如

¹⁹³ Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 167f.

¹⁹⁴ Zieschang, a.a.O., S. 167.

¹⁹⁵ Zieschang, a.a.O., S. 168.

同 *Schröder* 的見解一樣的缺乏操作可能性，當 *Gallas* 指出，將適合性視為抽象危險的概念並沒有排除「個別情況的考慮」，又強調一個一般化的觀點必須以事後觀點觀察，如此發展出的適性概念依然是令人困惑的，蓋抽象和具體之間，或者個別和總體之間的界線仍然過於含糊¹⁹⁶。

此外，適性犯實質上究竟應該被歸入具體危險犯或抽象危險犯此一問題的回答，為什麼可以根據構成要件規制的適合性條款，所侵害的是一個個別「法益」或是一個「法益本質」為出發點，也是一個沒有被解釋清楚的疑問。

綜上，我們可以總結 *Gallas* 的適性觀點如下：無論是將適性犯分成具體和抽象危險犯的必要性，或是實施區分的標準，都是不能充分論證和派生的。適性的概念，藉由這樣的方式梳理出抽象危險犯的應用，仍然是不夠清楚的¹⁹⁷。

第四節 *Wolter* 的觀點

第一項 *Wolter* 觀點的闡述

Wolter Jürgen 同樣也致力於顯露出適合性特徵的刑法規定的研究。他把這些犯罪類型稱為「潛在危險或實害犯」（*Potentielle Gefährdungs-oder Verietzungsdelikte*）¹⁹⁸。其認為，這類犯罪種類的特徵是一個風險創造的行為，與因此而生的客觀的危險不法（*Gefährlichkeitsunrecht*）。申言之，*Wolter* 認為危險犯的不法必須係與行為結合之法益侵害的現實可能性，乃相當的、為法所非難的危險，亦即超過行為不法之客觀危險性不法之惹起，出現一個所謂的**第一次的結果不法**（*primäres Erfolgsunrecht*）。*Wolter* 所謂的「第一次的結果不法」，係指一個由行為產生的獨立的結果，即是透過特定態樣的行為所表徵出的法益侵害的相當危險¹⁹⁹。亦即除了從行為中產生的特定結果，沒有其他的結果存在，同時

¹⁹⁶ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 26.

¹⁹⁷ *Hoyer*, a.a.O., S. 27.

¹⁹⁸ *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 65f ; ders., Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht, JuS 1978, S. 748.

¹⁹⁹ *Wolter*, a.a.O., S. 82.

不涉及一個行為的單純屬性。換句話說，*Wolter* 認為在此類的刑法規定中，除了涉及到一個單純的抽象或具體的危險行為外，同時涉及一個從行為中產生的，在具體化的具體危險以及實害「之前」的結果²⁰⁰。相對於此，在實害犯以及具體危險犯的情形，構成要件該當的要求則除了上述的「第一次的結果不法」以外，還要再加上事後判斷的「第二次結果不法」，亦即危險的實現本身，反映在犯罪類型上的意義，就是我們所理解的具體危險犯的具體危險結果，以及實害犯的侵害結果。

將 *Wolter* 的看法具體的運用到 StGB §306 Brandstiftung 縱火罪的構成要件檢驗上，行為人至少必須出於過失而造成第一次結果不法的「相當侵害危險」，亦即危險性的不法，或只有以「想像惹起」存在於故意及臆測上之危險時，才會該當構成要件。因此，假設行為人在放火之前，已經確信建築物中並沒有其他人存在，則不僅僅是相當的生命法益危險性，就連危險結果或侵害結果的所有行為不法，包含第一次乃至於第二次的結果不法都欠缺。換句話說，法官基於其客觀事後的判斷，從放火行為的觀點與時點，最遲在放火未遂的終了時，如已確實證明絕對沒有或不能將被害人暴露於危險之中時，因為根本欠缺創造法益侵害的可能，因此並不能該當本罪。

「潛在危險或實害犯」的內容將具體危險犯與一般潛在危險犯或實害犯劃分開來。具體危險犯的原型是實害犯和危險的未遂，其特點是，無例外的藉由事前的觀點評斷危險性，從行為的開始實行，最晚直到行為產生結果結束²⁰¹。從這樣的觀點，我們可以判斷行為人是否創造了一個實害風險（*Verletzungsrisiko*），亦即一個合適的危險風險（*Gefährdungsrisiko*）²⁰²。而關於潛在一般的實害或危險犯，例如上述我們曾討論過的德國食品法 *Lebensmittelgesetz* § 3，*Wolter* 認為，此類犯罪的概念基本上與具體危險犯是可比較的，然而其間二者的區別點在於此類犯罪的危險檢驗標準不是採取具體的判斷，而應該以一個一般化的標準（*ein generalisierender Maßstab*）去做衡量。因此我們在德國食品法 *Lebensmittelgesetz* § 3 的犯罪檢驗中，在判斷是否對於一般消費者而言，該食品的生產將大幅提升預

²⁰⁰ *Zieschang, Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S.65 Fn.53.

²⁰¹ *Wolter* 認為，在潛在危險犯與潛在實害犯之間是不存在區別的，只要立法者在條文中制定了一個危險適性的條款（*Gefährdungseignungsklausel*），基本上就表示，這樣的犯罪類型，要求一個結果作為附加的特徵，可以被想像成是具體危險結果犯（*konkrete Gefahrerfolgsdelikte*）。Vgl. *Zieschang, a.a.O.*, S. 180.

²⁰² *Zieschang, a.a.O.*, S. 180.

期的健康傷害時；即是在借用我們判斷具體潛在危險犯和實害犯時，所專有的事前觀點²⁰³。

承前所述，*Hirsch* 亦曾強調，使適性犯此類危險犯的討論脫離既有的類型區分，而非停留在與傳統的抽象與具體危險犯種類密切相連，是一個正確的出發點；*Wolter* 原則上採取相類似於 *Hirsch* 的觀點，詳細的在刑法規範中分析，區別出以一般危險行為為前提要件，以及在其中必須存在具體危險的行為。而前述被論及的抽象與具體危險犯，則與 *Wolter* 的意見相反，僅僅只重視行為本身，然而潛在危險犯的概念卻以招致一個具體危險的狀態為其前提。

第二項 本文意見

關於 *Wolter* 想要從事前觀點進行行為判斷，繼而標示出適合性概念的界線的見解，如同時考量到其所提出的「第一次的結果不法」概念，本文認為這樣的見解是令人困惑的。蓋抽象危險犯本質上就要求對於受保護的法益客體並沒有產生結果，更確切的說，在此類犯罪類型中，具有決定性的因素是行為本身的（具體或抽象）危險性。然而「第一次的結果不法」的概念，卻反對將結果不法連結到行為的要素，進而去認定行為本身的危險性的說法，相對於此，真正重要的反而是危險狀態的招致，因此 *Wolter* 的見解產生了自我矛盾。與此同時，既然 *Wolter* 強調的是「結果」的不法，那麼一樣必須面對上述對於 *Schröder* 見解的質疑，從「行為」到「結果」之間的「變體橋梁」到底何在，仍然是一個沒有被說明的問題。

此外，一個可以想像的犯罪形式是，一個具體危險行為必須產生一個具體危險狀態，但它卻又沒有已經達到具體危險的結果，甚至是所謂的實害。更確切的說，涉及一個位於實害之前的結果，對於這樣的可能性，*Wolter* 沒有提出充分的解釋。雖然在理論上，區分具體危險與損害之間的機率是有可能的，然而在截至目前為止的調查過程中幾乎可以確定，這樣的區分是不可能被成功執行的²⁰⁴。

²⁰³ *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 322f.

²⁰⁴ *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 183.

此外，對於一般危險行為的意義，在這裡 *Wolter* 也缺乏一個更詳細的說明。雖然他談到了一個「一般化」(generalisierenden) 的標準，然而確切的判斷基準點，如同我們對 *Gallas* 的批評一樣，仍然是模糊而不清楚的。特別是沒有理由說明，為什麼在德國食品法 *Lebensmittelgesetz* § 3 必須根據一般消費者去做判斷。*Wolter* 沒有解釋，什麼是「一般危險」的概念，更沒有說明如何達到與基本法 Art. 103 Abs. 2 中所要求罪刑法定的概念協調一致。同時也沒有做進一步的解釋，何時以及在何種前提下，健康侵害可能將會被大幅提升²⁰⁵。準此，本文以為 *Wolter* 的見解依然不具有實際的操作可能。

第五節 *Martin* 的觀點

Jörg Martin 在致力於研究環境刑法 (Umweltstrafrecht) 的同時，對於部分環境刑法條文構成要件中，所附加的「足生損害」此一適合性條款的認定標準，也提出了個人的見解，將有助於我們完整理解適性犯的概念，本文簡單介紹如下。

第一項 *Martin* 觀點的闡述

Martin 在研究以適合性的要件為前提所設計的刑法規定時，指出此類的犯罪實為一種典型的抽象危險犯，並將適性犯歸類為抽象危險犯的下位類型²⁰⁶。氏認為適性犯此類犯罪型態，鑑於其危險性的前提要件在個案中具體被證明，因此學者有認為是一種抽象與具體危險犯真實的結合，而將之視為抽象—具體危險犯。然而又由於在抽象危險犯與具體危險犯之間的區別要素，並不在於是否必須考慮到個案的實際狀況，而是在於在抽象危險犯中，犯罪該當性的檢驗並不取決於一個具體危險結果的存在，就這點而言，適性犯同時是抽象危險犯。因為在適性犯的犯罪檢驗中，並不需要一個事實上的保護法益具體被危害，而是滿足於一個實現的風險²⁰⁷。舉例而言，在前述提及的 *Lebensmittelgesetz* §3 的犯罪該當性檢驗中，是否因為特定消費者對於包含毒品的食品具有免疫力，而使得食品對於這些

²⁰⁵ *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 183.

²⁰⁶ *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 48ff, 98 ff.

²⁰⁷ *Martin*, a.a.O., S. 98f.

個別消費者是不具有危害的，並不具有判斷上的重要性。因為我們並不能在事前證明對於這些特定消費者是不具有危害的，同時也不能證明只有這些具有免疫力的人會消費此類食品。

申言之，*Martin* 對抽象危險犯做出如下的解釋：一個「抽象危險」，意味者「事前的評價一個法律所禁止的，對規範保護法益的侵害風險」，被看做是抽象危險的「結果」²⁰⁸，*Martin* 將之稱為「構成要件從屬的結果」（Zum Tatbestand gehörender Erfolgs）²⁰⁹。其進一步指出，雖然從條文形式上觀之，似乎僅要求危險的「可能性」，然而藉由條文構成要件中所描述行為的進行，所引起的危險繼續，其實同時以一個結果的存在為其前提要件。申言之，在 *Martin* 的抽象危險犯架構中，最後的結論其實和 *Wolter* 類似，亦即具有決定性的判斷要素在於「行為事前的具體危險性」。就這點而言與 *Wolter* 強調「結果不法」的觀點是相符合的。然而相對於 *Wolter* 採取二元論的見解，*Martin* 認為，只有「第一次的結果不法」，對於抽象危險犯而言乃是絕對必要的。依照 *Martin* 的見解，當我們在對抽象危險犯進行不法判斷時，不單單僅需要一個符合構成要件所描述的行為，同時還必須存在一個對於保護法益侵害危險的創造，始符合構成要件該當性，就這點而言「結果不法」的存在同時也是必要的。這種透過行為創造出的危險，是以行為時所存在的各個情事為判斷基底，從行為人之觀點，亦即「事前」的觀點所為客觀之判斷。

然而，如果一個侵害傾向（*Verletzungsneigung*）在抽象危險犯中是必要的，那麼所謂「適性」的意義又何在？對此 *Martin* 指出，抽象危險犯與適性犯之間的區別，存在於抽象危險犯的行為本身總是具有社會非難性的，例如縱火。然而許多在適性犯中被加以限定的行為，例如食品和藥品的交互作用以及空氣自然組成的變化，則不一定是本身就同時附帶有社會非難性的，亦即這些行為可能不是以概括的方式被禁止。因此對於這些行為，加諸一個符合實際情況的限制，對於刑罰性而言是絕對必要的。這樣的限制將使得某些行為是容許的，當該行為事前被檢驗出毫無損害可能性時。簡言之，適性犯的行為並非一般性的概括禁止，而是間接的被禁止，在其中大多數行為的危險必須經由一個適性條款的實現，而被

²⁰⁸ *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 79ff.

²⁰⁹ *Martin*, Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht, 1992, S. 19.

認定是危險的並加以懲罰²¹⁰。

就這一點已經暗示出適合性概念的法律重要意義，即在於危險性的正面證明是必要的，且對於適性行為的禁止必須以經驗法則作為基礎。例如在食品中同時存在有不危險的藥品以及對於健康不具危害性的化學藥品和添加物，僅僅只是一個添加物存在的事實，還不足以推斷出，正是這些物質可能招致一個損害。亦即必須正面的去證明這樣的情況是合乎於「潛在損害性」(die potentielle Schädlichkeit)的，藉由行為與這些物質相當合適的交往(einigermaßen vernünftigem Umgang)；否則幾乎每一個物質都具有侵害適合性，因為即便是藥物，一旦使用過量也會變成毒，「毒性」的產生往往只是劑量多寡的問題。正如同 *Paracelsus* 的名言：「是藥三分毒，劑量是關鍵」(sola dosis facit venenum)²¹¹。

與此相比，由於已經有經驗法則的存在以茲運用，例如縱火行為會導致物體燒毀，或是酒醉駕駛可能會引起車禍事故等，因此在抽象危險犯中，行為的典型危險性是非常明顯的，「足以生損害」這樣的論述就顯得多餘的。然而，當我們只是單純懷疑一個物質可能是有毒的，還不足夠假設一個具有可罰性的行為，因此，我們必須在構成要件中明確要求，具體行為配合這個物質必須實現至少是「足以侵害法益」的。這就是 *Martin* 所強調的在適性犯中，正面證明損害適合性是必須的。

此外，當事後證明，在行為的某個時點保證起作用的損害適合性，實際上是不適合於侵害的，或者根本是一個無危險性的物質時，就面臨了一個問題：究竟應以行為時主觀上對於適合性的誤認，或者以判決的時點客觀存在的正確認知，作為認定犯罪成立的出發點。然而 *Martin* 強調此一問題並非涉及到事前或事後觀點的選擇，而是適性犯所專有的，對於事前的認定是否允許事後再加以修正的問題²¹²。而針對此一問題的答覆，*Martin* 採取肯定的見解，鑒於構成要件中明白要求，正面證明通常經由這些特定的物質將會引起風險，這樣的一般性是必要的條件；而當這些物質與行為的交互作用後，並未產生我們所預期的侵害可能性時，即表示我們對經驗法則的認識出現了錯誤，這樣的差異應該被重視。因此，*Martin* 容許在適合性條款犯罪類型中，當存在有關於經驗法則新的認識時，對於最初的

²¹⁰ *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 99.

²¹¹ *Martin*, a.a.O., S. 100 Fn. 297.

²¹² *Martin*, a.a.O., S. 101.

判斷進行一個事後的修正²¹³。

第二項 本文意見

對於 *Martin* 指出在適性犯的犯罪檢驗中，實際上不需要以保護法益的具體被危害作為要素，僅僅需要一個有可能實現的風險就已經滿足犯罪類型本質的要求；以及以此為出發點得出適性犯與具體危險犯的區分，本文表示贊同。此外，就 *Martin* 強調在抽象危險犯中，行為的典型危險已經透過經驗法則被證實，而無庸再次判斷是否「足生損害」，並以此作為適性犯與抽象危險犯的區分，亦與本文前述的見解不謀而同。然而當 *Martin* 進一步指出，適合性的要素必須藉由「行為與物質相當合適的交往」，而得出合乎於「潛在損害性」的結論，其論述過程卻是極其不精確的²¹⁴。如何理解「相當合適的交往」以及什麼是 *Martin* 所強調的「潛在損害性」，都沒有足夠詳細的論述。因此，雖然 *Martin* 強調了以正面證明危險性作為限制的觀點，然而其並未能詳細闡述，如何在個案中實際的進行適合性的正面檢驗，對此 *Martin* 未能成功建立一個具有操作可能性的標準²¹⁵。

此外，*Martin* 容許事後修正適合性認定的可能，就這點而言本文以為無論如何都與適性犯的類型特質產生矛盾。首先，行為的適合性的認定，既然以行為的特性作為基礎，而不強調一個實際結果的發生，本來就應該以事前的觀點切入認定，正如同 *Martin* 自己所強調的。然而當 *Martin* 容許對於事前的認定再加以事後的修正，這樣的認定標準能否依然被稱為「事前觀點」，本文敬表懷疑。再者，事後所獲得的新知識，本身就已經是在考量結果的發生與不發生之後，被人工的加以界定的；就這點而言，將導致在行為與因此導致的結果之間，不再存在有精準的區別，而針對所謂「構成要件從屬的結果」，*Martin* 也未能清楚的說明，其所具有的特性以及其與「行為」本身，還有「構成要件結果」本身之間的差異性²¹⁶。因此，*Martin* 的論述本身仍然存在有無法解釋的矛盾與瑕疵，然而就其強調適性行為本身表徵出一個對於保護法益侵害危險的創造，此一見解則與下述 *Hoyer* 的想法存有某種程度的類似性，而可以援引作為本文論證適合性要素的佐

²¹³ *Martin*, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, S. 102.

²¹⁴ *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 184.

²¹⁵ *Zieschang*, a.a.O., S. 184.

²¹⁶ *Zieschang*, a.a.O., S. 185.

證之一。

第六節 *Kleine-Cosack* 的觀點

第一項 *Kleine-Cosack* 觀點的闡述

Kleine-Cosack 在環境犯罪的領域中，也對適合性概念做了相當的論述；其指出，損害適合性的概念描述了一個布局（Disposition），亦即意味著一個「傾向」（Neigung），以一個當然的方法和方式產生反應，也就是在特定的狀況下造成損害²¹⁷。*Kleine-Cosack* 同時指出，在構成要件中附加有適合性條款的环境犯罪，並不會被認為是一種具體危險犯。因為對於具體危險犯而言，「損害可能性」（die Schadenswahrscheinlichkeit），是必須考慮到所有個案狀況的認知下所作出的判斷，此與「損害適合性」（Schadenseignung）的概念之間存在有確定的界線，二者間毫無關係。有鑒於此，適合性條款的該當性判斷並不是取決於具體個案狀況，因此，一個被認為不符合具體危險犯所要求的「具體危險」的行為，一般而言卻可能是具備損害適合性的²¹⁸。簡言之，「損害可能性」與「損害適合性」的概念應該明確的被區分開來，各自具有其犯罪判斷上的特殊意義，而構成要件中含有適合性條款的犯罪類型並不會被歸類於具體危險犯的範疇中。

再者，*Kleine-Cosack* 提出進一步的限制：「損害適合性」的判斷，並不允許根據完全抽象一般的標準，而完全不考慮在特定的個案情況下可能實際上沒有產生環境影響，亦即在所有可能想像的情況中，都不可能導致一個損害²¹⁹。申言之，*Kleine-Cosack* 將「損害適合性」設定了一個實際的限制適用範圍，使其作為一個在實行行為之外，額外的構成要件要素²²⁰。就這點而言，在適合性的概念中應該涉及到一個一般的要素，亦即排除完全不具有損害可能的情況，以避免不符合基本法第 103 條 2 項罪刑法定的要求。有鑒於此，當我們在判斷損害適合性時，必須考慮到的要素，只有在具體個案中屬於靜止的、不變動的（unveränderliche）

²¹⁷ *Kleine-Cosack*, Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, 1988, S. 136.

²¹⁸ *Kleine-Cosack*, a.a.O., S. 150f.

²¹⁹ *Kleine-Cosack*, a.a.O., S. 156ff.

²²⁰ *Kleine-Cosack*, a.a.O., S. 157f.

環境狀況，而可變動（*veränderliche*）的個案狀況則被認為對於犯罪該當性的判斷是不重要的²²¹。以 StGB § 325a Abs. 1 噪音罪的犯罪檢驗為例，所謂靜止的、不變動的狀態要素，例如煙囪的高度或是住宅區的密度等；而變動的要素則例如風向、氣候狀況，以及沒有人行為當下處在噪音作用的範圍此一事實。

第二項 本文意見

Kleine-Cosack 對於適合性的概念的理解，係建立在與具體危險犯的比較之上，其同時指出具體危險犯的危險判斷核心在於「損害可能性」的認定。然而，這樣的論述基礎卻是被質疑的；*Zieschang* 即指出，*Kleine-Cosack* 的意見建立在對具體危險犯中錯誤的認識之上，進而導致了其論述內部的自我矛盾²²²。申言之，一個具體危險存在於，當保護法益客體已經處於行為人行為作用的範圍之內，進而可能開啟一個現實的損害，或是與實害具有密接的關聯；就這點而言，實際的法益危害情況必須是達到某種程度，可認為是劇烈化的；因此，一個單純的「損害可能性」其實根本還不滿足我們對具體危險的假設。鑒於 *Kleine-Cosack* 以一個錯誤的理解作為其具體危險概念的基礎，由此得出派生的適合性概念，同樣的也將是不正確的。因此 *Kleine-Cosack* 對於適合性的說明，藉由所謂「損害可能性」與「損害適合性」的區分，並無法成功的說服我們。

另一方面，*Kleine-Cosack* 指出，當我們以一個單純的抽象觀點去認定危險的存在，由此得出的適合性要素可能並不符合基本法 103 條 2 項罪刑法定的要求，這樣的觀察角度卻是相當正確的，而這也是抽象危險犯「危險擬制說」一直以來所遭遇最大的質疑。然而，其對此所提出的修正，亦即區分所謂「不變的」和「可變的」狀況，就此二者間劃分的界線卻是相當模糊，反而不具有說服力。同時我們不清楚的是，究竟為什麼這個標準以及這樣的區分基準是具有決定性的。就這點而言，*Zieschang* 即提出批評，這種單純講究措詞的觀點完全是恣意的²²³。此外，「不變的」和「可變的」狀況之間的區分並不存在明顯的界線，且經常是完全不具有操作可能性的。申言之，沒有什麼因素是真的「不變的」，例如 *Kleine-Cosack* 所舉出的住宅區密度，其實多少人真正住在這個特定的住宅區範

²²¹ *Kleine-Cosack*, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, 1988, S. 159ff.

²²² *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 186.

²²³ *Zieschang*, a.a.O., S. 188.

圍內，也是隨時可以變動的，因此變動性的標準並未能真正有助於解答適合性的問題，就這點而言，*Kleine-Cosack* 的理論不可能被遵循²²⁴。

第七節 *Hoyer* 的觀點

Hoyer 是迄今對於標明適合性條款犯罪，最為深入的研究者，其將在犯罪構成要件的設計上，以「足以 (*geeignet*)」的語言符號為特徵，作為其行為侵害特性之描述的相關刑法規定，所規制的犯罪類型通稱為「適性犯」，就其見解闡述如下。

第一項 *Hoyer* 觀點的闡述

Hoyer 認為含有適合性特徵的刑法規定，亦即我們所稱的「適性犯」，是一種獨立的犯罪類型，界於傳統分類中具體危險犯與抽象危險犯之間。就適合性條款的實質內涵，其並不要求對個別的作用客體具有迫切的劇烈的震驚性，亦即在危險根源與侵害客體間具有直接密接性，也不要求對個別的作用客體產生具體震驚性是不可或缺的。*Hoyer* 強調，**過失樣態的表明**是適性犯的前提要件，重點不在於招致個案中的侵害或是具體危險，而且在於已經藉由行為本身產生了危險根源。其舉出 *StGB* § 325a Abs. 1 噪音罪為例²²⁵，該條文規定「藉由運作一個設備，特別是場房或機器，違反行政法的義務，造成噪音，**足以損壞**在設備範圍附近的人類健康、動物、植物或其他重大財產價值」，於語言文字結構上表明了適合性的特徵「足以」(*geeignet*)，就其犯罪類型上的歸屬，即有落入適性犯範疇的討論空間。

Hoyer 認為，就§ 325a Abs. 1 噪音罪的犯罪類型歸屬而言，只有兩個可能的思考方向，其一為承認此類具有適合性特徵的犯罪為一種特殊的犯罪型態，並為其尋求一致性的解釋方法，並留意使其符合基本法對於罪疑惟輕及明確性原則的

²²⁴ *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 188.

²²⁵ *Hoyer* 原文係引用 1994 年修法前之§325 Abs. 1 Nr.2 *Luftverunreinigung und Lärm*，即「空氣汙染與噪音罪」；惟該條項之規定修法後已移置§325a，本文遂修正之。

要求；相對於此，另外一種可能的思考方向則是，仍然將其歸類為是抽象危險犯的概念之下，但進一步以適合性的概念進行一個再一次的限制²²⁶。為了檢驗此二種方法的可能性，*Hoyer* 提出了一個例子作為討論的基礎²²⁷：

【好險沒事案】

行為人出於故意製造出過量刺耳的噪音，依照通常標準有可能造成附近居民的健康受損，然而在噪音發射設備附近的居民，**實際上並未受有健康方面的損害**。

上述第二個解釋方法，在方法學上的觀點被認為是有問題的。首先，為什麼構成要件並沒有經由對同一個措詞廣泛的解釋應用取得正確解釋的可能，反而選擇放棄後續立法的修正；再者，為什麼對構成要件加入用語上的限制，需要透過事後人為的解釋，就這兩點都是都被認為存有違憲疑慮，合憲性解釋遂因此被提出。首先借助於適合性概念，找出一般社會大眾被認為相對不危險，然而實際上在刑法領域被強調成一個特別突出危險的行為；接著藉由第二個方法的合憲性解釋，將雖然一般認為具有危險性的，然而實際上並不危險的行為，從違法的領域中除去。適合性概念以及合憲性解釋在這個觀念的範圍內實現兩種不同的、功能互補的解釋面向，經由如此操作的結果，雙重連續反應並擇優選擇對行為人較有利的解釋，將得出在【好險沒事案】中故意製造噪音的行為人是不需要加以處罰的²²⁸。

然而，這樣的一種結果必須要忍受上述方法學上非正規方式的途徑，這是否值得追求，也是我們必須懷疑的；亦即以這樣的方式解釋規則，首先挑起對於合憲性解釋的需求，然後透過法律之外的限制，插入一個不成文的，額外的構成要件特徵：「一個具體的危險確實存在」，並強迫我們遵守這樣的解釋方向。而我們幾乎不能理解，為什麼在【好險沒事案】中的行為人可以逃脫懲罰？蓋就噪音的製造本身，以及將直接對於受噪音侵擾可能的受害者會造成傷害，行為人都存有故意，而從保障人類健康免於有害噪音的干擾的思考出發，這樣的行為仍應該成

²²⁶ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987. S. 46.

²²⁷ *Hoyer*, a.a.O., S. 32.

²²⁸ *Hoyer*, a.a.O., S. 46.

立§ 325a Abs.1 噪音罪²²⁹。

因此，*Hoyer* 指出，在§ 325a Abs.1 噪音罪存在的適合性條款，可以被理解為用以表達一個我們已經掌握的原則：只要行為人實際上有符合過失要素的侵害行為，都應該被處罰。此外，從規範的適用範圍中篩選出來實際不危險的行為方式，正是適合性的特徵的責任²³⁰。

進一步的將我們從§ 325a Abs.1 推導出適合性條款的功能，加上適性行為本身所表現出的危險根源的創造，以及對於未來法益侵害之間不存在否定因素的連結，組合成了 *Hoyer* 概念下適性犯的三大特徵，詳述如下。

第一款 符合過失的要件為前提

承前述，在§ 325a Abs.1 噪音罪的檢驗過程中我們可以得出，只要至少有符合過失的要素而與侵害有關的行為，就可以取得其處罰的正當性。申言之，所謂的「適合性」，係指當它具體的釋放在個案行為的範疇中，至少描繪出了一個關於法益完整性侵害的過失。亦即適合性的概念表徵出了案例事實的屬性，然而這是一個客觀內在的特質，而不涉及主觀的知識，認識和期望，換句話說，適合性的概念，描繪的是一個客觀的範疇，是一個客觀構成要件的特徵和觀察對象，而不是故意或過失的反射²³¹。

Hoyer 進一步指出，以在主觀的適性構成要件與過失侵害之間的一致性為出發點，受到適性的客觀構成要件要素的支配。亦即排除當滿足主觀適性構成要件的時候，沒有存在過失侵害的情形，藉此構成客觀的適性概念，一個經由實行定向的主觀構成要件總是伴隨過失侵害而來。這個問題同時澄清了適性概念和過失侵害之間必要的相互關係：適合性作為客觀構成要件的要素，創造了一個先決要件，亦即一個已經實行的主觀構成要件，毫無例外的會與過失侵害同時發生。在客觀構成要件中可以標記參考點：每一個相關的故意或過失，同時顯現出一個過失侵害，以及存在著對適性概念的故意或者過失，但卻沒有同時伴隨著過失的侵

²²⁹ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 47.

²³⁰ *Hoyer*, a.a.O., S. 47.

²³¹ *Hoyer*, a.a.O., S. 48.

害行為，在理論上是不可能發生的²³²。因此，在適合性條款該當性的檢驗中，首先必須以案例事實中的行為具有足夠合適性的侵害原因為先決條件，亦即確保行為具有**過失中介能力**（*Fahrlässigkeitsvennittlungsfähigkeit*）²³³；且依照行為特性能夠提供必要的過失侵害並非僅屬非常遙遠的、微不足道、無關緊要的範圍內的適合性，侵害原因適合性（*Verletzungsursachentauglichkeit*）的範圍必須是已經壓縮過的，至少必須是超越可容許的風險的範圍之外，一個法所不容許風險的製造。簡言之，危險原因行為以及過失中介能力的行為，至少可以就「製造一個足夠的侵害原因合適性的情況」為前提要件的範圍內重合。

綜上所述，適性犯的適合性條款判斷，其實隱藏了一個要件，亦即對於所有可罰行為的最低要求：至少是一個不被容許的過失侵害行為。因此，在適合性的構成要件要素中，只要在具體案例事實中被認為具有侵害適合的行為即表明了，在所能想像的全部實際情況中，都存在有完成不容許的過失侵害的可能²³⁴。

第二款 危險根源的創造

承前述，適性犯與具體危險犯最大的差異點即在於，適性犯所強調的對於法益侵害的適合性原因，亦即經由行為本身產生了**危險根源**（*Gefahrenquelle*）；然而與此相反的，行為的強度是否已足以擔保會對作用客體產生實際的衝擊則在所不論²³⁵。因此，適性行為不需要對個別的作用客體產生現時劇烈的震驚性，也不必是對個別的作用客體產生具體震驚性所不可或缺的要素。在具體危險犯的犯罪結構之中，一個緊密的密接關係（*Nähebeziehung*）存在於危險根源和實際被侵害的客體之間，是必須被證明的。這樣的密接關係展現在具體危險之中，要求危險根源和受到危險具體影響的客體二者之間是直接面對面的，亦即沒有可想像的否定因素抵觸兩個具體情況的重疊，這樣密接的被害（*Opfernähe*）標準得出具體危險犯必須真實的損害到關係的客體本身，並對客體本身產生明顯的影響（*eine spürbare Wirkung*）²³⁶。然而相對於此，適性行為並不需要在行為創造的事實情況範圍中，得出一個介於危險根源和危害客體間密接的關聯，就這一點也展

²³² Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 49f.

²³³ Hoyer, a.a.O., S. 95.

²³⁴ Hoyer, a.a.O., S. 98.

²³⁵ Vgl. Hoyer, a.a.O., S. 107; Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 174.

²³⁶ Hoyer, a.a.O., S. 97.

現出了具體危險犯與適性犯最大的差異所在²³⁷。申言之，在適性犯的犯罪成立要件中，具有核心性地位的「適性」概念，亦即我們所謂的「足夠的侵害原因適合性」，應該以一個危險根源的創造被理解。而所謂危險根源的創造，係指在具體事實情況中，侵害原因適合性的要素，到達一定程度的濃稠度，亦即行為人有意識的製造出這樣的根源性，而考量其行為所具有的品質，以及不存在一個無作用性的保障，將使得在個別情況中，該侵害行為可能被成功的加以實行²³⁸。

侵害行為如果沒有對被害人造成一個結果，或是連具體的危險都不存在，這樣的行為是不具有適合性的。在適性犯所設想的狀態中，行為所製造的危險根源，和受到危險具體影響的客體之間存有一定之距離，並不是處於直接面對面的狀態，而是在其中不存在有想像的狀態，可以有效的抵抗危險根源與侵害客體之間的衝突，以及因此對客體造成的侵害結果。換言之，適性行為係指行為以可歸責的方式創造了一個狀態，且在此一狀態中，危險根源和所欲侵害對象彼此向著重疊的方向而去，而在發展的歷程中不存在可靠且足夠有效的保證，可以確保他們最終的衝撞不會發生。簡單來講，侵害危險不以危險根源和合適的作用客體互相直接面對面，而是以即將到來的碰撞將不具有可靠的可逆轉性為前提要件。例如一個汽車駕駛在將車向著車禍事故直直駛去的情況下，對於受害者產生具體危險的結果才剛剛「開始」，但此時欠缺可能的改變情況（例如駕駛無理由的決定中斷繼續駕駛的行為並掉頭就走）可有效阻止受害人的被害。申言之，只要在某一時點已經沒有可靠的作用障礙（*Hindernisse*），即下述的否定因素可以阻礙危險根源（在此指車禍事故）和被危害客體（汽車駕駛人）之間的衝撞，這樣的危害行為本身就是符合適性的要求的²³⁹。

進一步要說明的是，上述危險根源和侵害客體之間單純的時空距離，並不能被視為一個可靠有效的否定因素，並據以對抗二者之間的碰撞。*Hoyer* 即指出，事實上每一個行為和結果之間所存在的因果關係，都是在空間和時間之中緩慢的進行。而危險根源的創造，藉由危險根源和合適的作用客體彼此之間，確定的相互「靠近（*Annäherung*）」，亦即只要危險根源和法益客體最後產生碰撞之前，彼

²³⁷ *Hoyer, Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 107f. 簡單來講，適性犯中行為所創造的危險並不要求如同具體危險犯中的所強調的危急的、強烈的、具密接可能性的危險。詳細論述可以參考本文第二章，第三節及第四節。

²³⁸ *Hoyer, a.a.O.*, S. 108.

²³⁹ *Hoyer, a.a.O.*, S. 98f.

此間一直保留有某種程度的接近，就至少可以描繪出對於法益完整性的侵擾存有過失。申言之，只要我們能確保，在所有可以想像的情況中，未來這樣的「靠近」不會停止，亦即在案例事實產生最後的碰撞之前，不會中斷這樣的一個原因過程，就可以認定危險根源是持續具有作用性的。

然而，在危險根源的製造發展到與侵害客體產生碰撞之前，因果歷程的發展所需要克服的，有的時候不僅僅是一定的時空距離，同時還必須經由行為人或第三者投入額外的動作，才能使得侵害可以發生。例如行為人安裝的一顆炸彈，要實際上造成被害人生命身體法益的破壞，尚且需要有人來引爆這個炸彈。在這樣的情況下，適合性僅存在於下列情況：在因果鏈開始發展之前，實際上已經經由行為創造的事實，並考量行為的性質，客觀上不會不存在製造法所不容許的過失侵害的可能性。在安置炸彈的例子中，如果出於技術欠佳，或是第三人無心的介入，導致炸彈脫離行為人的掌控自行引爆，此時由於安裝炸彈本身就是一種法所不容許的行為，故行為人仍須對引爆造成的法益侵害負過失罪責。因此，我們可以認為，行為人安置炸彈的行為本身就符合了過失侵害適合性的要求，而這樣的一個行為已經可以被視為是「足以生損害」的了。對於這種在結果發生之前，除了危險根源製造的行為本身，尚須一個額外行為介入的案例中適合性的判斷，*Hoyer* 認為，判斷的關鍵點其實已經經由危險根源的概念被考慮過了，亦即當我們在標明創造「危險根源」此一事實時，一定存有這樣的預期，即在未來的因果階段(*der späteren Kausierungsstadien*)成功的過程，已經藉由「足以(*hinreichend*)」的概念，以及行為屬性必然伴隨的過失侵害可能緊縮，而可以被賦予危險根源所應有的濃稠度²⁴⁰。

鑑於我們不能提供足夠的保證，確保一個合適的侵害行為最終會出現，因此當行為人的行為在客觀一般觀點上，或是至少在其認識水平基礎上，對於被害客體造成一個侵害的結果，並不是絕對不可能的；而其所製造的危險也不是在任何狀態下都能有效的被控制住，並藉由對於行為傳播性質的認知，這樣一個危險根源的創造即具有適合性²⁴¹。簡單歸納上述的結論，行為要滿足侵害原因適合性的要求，必須存在一個經由行為所創造的危險根源，以及一個無論從實害的觀點或是從危險引起的觀點，都不存在有行為人的行為對於作用客體的侵害適合性無作

²⁴⁰ Vgl. *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987. S. 100.

²⁴¹ Vgl. *Hoyer*, a.a.O., S. 97.

用性（Wirkungslosigkeit）的保障。

第三款 否定因素的不存在

Hoyer 接著說明，適合性的概念除了需要存在有危險概念的正面元素，亦即一個可以對保護法益創造出危險根源的適合性侵害行為以外，同時還必須確定以危險概念的負面元素被理解的否定因素（Negationsfaktor）不存在。申言之，在行為所形成的具體情況內部，必須不存在有確定導致阻礙的元素，也就是說缺少有效的侵害阻礙（zuverlässig verletzungshindernd）可以使否定因素產生作用。如果存在有這樣的阻礙，就如同對於合適的侵害原因，產生了一種具有作用性的干擾因素，而將影響到適合性侵害原因發揮作用的可能性。如果客觀上存在有這樣的情況，由於否定因素的存在（Existenz），亦即在全部可慮及的事實中具有原則上的可支配性；或是否定因素的出現（Präsenz），即在具體個案情況中具有現實的可支配性，將使得侵害原因合適性根本無法對於侵害客體產生作用，可能根本不會產生過失侵害。在此種的情況下，行為人的行為本身就不具有上述強調的過失中介能力，無法招致一個損害的發生，同時在具體情況中其行為也不具有傳播（mitzuteilen）危險的適性（Geeignetheit）²⁴²。

然而於此同時，即使在存有否定因素的個案情況中，侵害行為仍然開始進行，在想像上依舊是有可能的；畢竟否定因素的存在只是明顯的降低了預期的侵害可能性，使得行為不一定能夠具有適性所要求的過失中介能力。而從這樣的概念出發，我們可以進一步的為 *Hoyer* 如下的理論提出根據：行為是否符合適性要求的決定性因素在於，現存的否定因素，能否在侵害原因適合性的案例情況中創造一個機會，使行為從製造法所不容許的風險（unerlaubte Risiko）退回法所容許的風險範疇，而在行為人所能夠認識的所有行為情況下，製造一個使風險實現無效（neutralisierte）的情況²⁴³。如果答案是肯定的，那麼侵害行為就不再具備與之必然聯繫的過失中介能力，相對於此，行為適合性的該當同時也會就被否定的。亦即有效產生作用的否定因素，不僅其本身具有阻斷危險狀態的資格，同時它也可以消除行為具有過失中介能力的可能性。因此，並不是存在有否定因素的情況，就可以立刻排除行為的適合性，仍然要考量此一否定因素是否確實有效而得以發

²⁴² Vgl. *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 96.

²⁴³ Vgl. *Hoyer*, a.a.O., S. 96.

揮阻斷風險實現的能力。

第二項 本文意見

以符合過失的要件限縮危險犯的成立，並不是 *Hoyer* 的獨創，在德國刑法學界亦可見其蹤影。*Horn* 即贊同以「客觀注意義務」的違反作為危險犯構成要件的實質內容；*Raosiak* 亦指出刑法的共通要件即為「義務違反」，例如在客觀歸責中行為人只有實現風險尚不足以認定可以歸責，還要行為人所實現的風險本身係屬「法所不容許」的風險始該當，這樣的概念就包含了義務違反性的判斷在其中²⁴⁴。本文以為，對於法益的侵害或危險，如果行為人主觀並不存在有故意同時也不具有過失，那麼這樣的行為後果無論如何都是不能歸責予行為人的，這樣的觀念同時落實在我國刑法第 12 條第 1 項責任要件的規定上，以及學說從「罪責原則」所強調的行為人若不具備刑法上的可責難性，即不具有罪責²⁴⁵。因此，本文以為，透過 *Hoyer* 所謂「過失的中介能力」(*Fahrlässigkeitsvennittlungsfähigkeit*)，或者換句話說，透過要求行為本質上具有注意義務違背性，符合過失要素的要件，以作為適性犯可罰性的基礎，將可以為危險犯的立法前置找到刑罰正當化的基礎，同時也可以回答，為什麼一個沒有造成「現時」法益侵害的行為，卻可以是刑法所處罰對象的問題。

再者，要求危險根源的創造與否定因素的不存在，將使得適性犯犯罪的檢驗過程中，在過失中介能力的認定之外，尚須符合此二要素的限制，構成了雙重的可罰性擔保，也有助於避免浮濫認定「足生損害」的要素。這樣的雙重限制也比較符合 *Schröder* 所強調的個案正義要求，因為當具體個案中確實存在著使風險不可能現實化的阻礙因素時，行為人的危險行為將會因為否定因素的存在而阻卻其成罪可能。於此同時，*Hoyer* 承認適性犯所創造的危險是一個「遙遠」的危險，或者說是「未來」的危險，且相較於其他學說見解著重個案中現實產生的行為「結果」，其仍把判斷重心回溯於「行為」本身所代表危險概念之上，亦即判斷的重心仍然在於行為本身而非具體造成的危險狀態，成功的避免了上述 *Schröder* 強調適性行為必須足以招致一個有損法益的「結果」，而招致無法解釋何以行為具

²⁴⁴ 詳細的論述可以參考王榮聖，《刑法上危險概念之研究》，輔仁大學法律學系博士論文，2006年，頁 284-290。

²⁴⁵ 林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁 91-92。

有特定的適合性品質（Qualität）就可以直接被認定為產生結果的批評。尤有甚者，*Hoyer* 強調行為本質所附帶的危險根源，將判斷重心置於行為本身是否表彰出了注意義務的違反進而該當過失犯的要件，以及行為是否具備侵害合適性而可認定其創造了一個危險根源，這樣的判斷標準都是著重於行為人的「行為」本身，從一種「事前」的觀點認定之，而不是等待對於法益侵害的具體危險狀態或實害出現的事後認定。這種「事前」的視角，也修復了 *Gallas* 從「事後」的觀察角度所招致的批評。

然而，對於 *Hoyer* 的見解，*Zieschang* 提出批評的聲音：其指出 *Hoyer* 所建構的適性犯理論並不能完全套用到德國刑法典中每一個使用適合性條款的犯罪類型。例如 *Hoyer* 自己就把構成要件中一樣含有適合性條款的舊法 §218 b 未得懷胎婦女同意墮胎罪²⁴⁶，排除在適性犯的體系之中²⁴⁷。同時由於 *Hoyer* 的理論需要根據個別的案例事實，結合適合性的特徵逐一檢驗，在實務操作上可能得出不一致的見解；*Zieschang* 認為此時應該思考，當立法者在制定法規範時，對於相同的要素，卻可能得出不一致甚至於彼此互相矛盾的解釋，可能代表著立法者所使用適合性的概念並不特別具有說服力，甚至應進一步思考是否有立法錯誤的可能性，而不是仍然堅持為適合性概念尋求一致的標準²⁴⁸。此外，當 *Hoyer* 在進行適合性的判斷時，以有效可靠的侵害阻礙等否定要素不存在為必要條件，然而什麼是「有效的侵害阻礙」內涵實際上卻是不清楚的。其中可以清楚指出其理論不完備之處即在於，*Hoyer* 並沒有特別解釋，是否應該一定要判斷在具體事件過程中介入的解救狀況等要件。而如果我們要考量每一個「破壞因素（Störfaktor）」，那麼實際運作的結果將徹底架空適合性條款的犯罪類型，因為通常危險根源與具體的危險或是實害之間，都還有一個相當大的時空距離必須被克服²⁴⁹。最後，*Zieschang* 指出，所謂「具體情況建立在危險根源以及遭受危害的客體朝著互相重疊的方向而接近，且缺乏一個最後不會發生碰撞的有效保證。」此種說法，與具體危險現實存在而使得危險根源與危害客體之間的碰撞顯得完全不可能被推翻，這二者之間的區別應該實際上被劃分開來，然而這樣的區別卻是 *Hoyer* 未

²⁴⁶ 德國刑法舊法§218 b Abs.2, Nr. 2c 之規定構成要件中，含有「以其它適合的方式（auf andere geeignete Weise）」這樣的用語，形式上觀之亦屬於適合性條款的一種。

²⁴⁷ *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 18. Fn. 5.

²⁴⁸ *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 176.

²⁴⁹ *Zieschang*, a.a.O., S. 176.

能完成的²⁵⁰。

針對上述的質疑，本文提出以下的辯護：首先，一套理論不能完全套用在現行的刑法體系中相對應的規制客體，確實有可能是出於理論本身存有瑕疵使然，然而更多的可能性在於，立法者在進行犯罪態樣的設計時，並沒有全盤考量保護法益、行為態樣、體系架構等環節，這樣不完全的立法疏漏當然會產生理論適用上的偏差。再者，以我國刑法為例，自民國 24 年制定中華民國刑法以來，雖歷經多次修正，惟整部刑典基本架構骨幹以及大部分的條文實質內涵，都沒有太大的差異，然而考量近八十年間古往今來社會背景以及時代脈絡的改變，一層不變的法律文字原本就應該存有與時俱進的解釋與改進空間，而不是要求法學研究者墨守成規，因循舊制。此外，即便是經過多數學說認可，承諾其能有效運行並達到解決紛爭效果，具有一定程度共識基礎的理論架構，也不代表不能存在有例外解釋的空間，例如從刑法三階層論者亦承認容許構成要件錯誤的存在即為一示例。因此，即便 *Zieschang* 指出，*Hoyer* 所建構的適性犯理論不一定能完全套用到每一個適合性條款的犯罪，此一疑義也不能為否定 *Hoyer* 的理論奠定穩固的基礎。

類似的概念同時也可以用來反駁，關於 *Zieschang* 所指實務操作結果不一致的批評：理論架構和法學解釋原本就扮演著實務判決守門人的角色，負責檢驗實務認事用法的精確性，並提供實務判決的依歸以及未來修正方向；與此同時我們也藉由司法實務的實踐落實規範並使理論具體化，二者應該是動態的相輔相成，而不是相互制約²⁵¹。我們必須承認理論的解釋是一種媒介行為，藉此將有疑義文字的意義，變得可以理解，因此理論的歸納和解釋絕對不能只是停留在被動消極的地位，單純成為法條文字和判決實務拘束的客體。

再者，認為危險根源和侵害客體間存在一定的時空距離，將使得適合性條款無法操作，進而架空適性犯的使用空間的質疑，其實是出於對 *Hoyer* 所定義的「否定因素」的誤解。如同前文所述，危險根源和侵害客體之間單純的時空距離，並不能被視為一個可靠有效的否定因素。只要危險根源和合適的作用客體彼此之間，確定的相互「靠近（*Annäherung*）」，亦即只要危險根源和法益客體最後產生碰撞

²⁵⁰ *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 177.

²⁵¹ 參見 *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，初版，2000 年，頁 218 以降。

之前，不會有確定的要素可以中斷這樣的一個因果歷程的持續進行，就可以認為具有侵害原因的適合性。

最後，針對 *Zieschang* 指出，*Hoyer* 的理論並不能準確劃分出危險根源持續對侵害客體作用的因果進程，以及具體危險狀態現實產生的切割時點；本文以為，這並不是 *Hoyer* 所建構的適性犯理論不夠完備，而是在我們把非難的重心從一定結果的發生，不論是實害的結果或是具體危險結果，前移至行為本身的法所不容許性時，就應認為當行為滿足侵害原因適合性的那一刻起，行為本身就具備了所有可罰的基礎，至於嗣後是否真的隨著因果歷程的不斷運行，而演變成對保護法益的具體侵害或是存在有侵害的密接可能，都不會影響到我們於適性犯罪的認定；更確切的說，實害或者具體危險狀態的產生，在適性犯的犯罪判斷體系中毫無意義，因此，當然不能期待 *Hoyer* 對於一個於犯罪成立與否毫無影響性的命題多作討論。

綜上所述，本文認為上述的質疑並不能成功動搖 *Hoyer* 的研究成果，而考量迄今為止德國學界對於含有「足以」此一要素的犯罪型態的研究，仍然以 *Hoyer* 的理論最具有說服力，並自成一套完整的體系；其所建立「適合性」條款的判斷標準，亦即對於侵害原因適合性的認定，藉由其廣泛的檢驗德國刑法典中各個含有適合性條款的犯罪類型，所累積的知識和判準，將使得具體操作「適性」概念變得可能，而得以藉此賦予適合性犯罪全新的面貌以及一致性解釋的空間，並使得危險犯的分類更為細緻。

第八節 歸納與反思

針對上述德國學者的見解，雖然細部論述與判斷標準間皆存有差異，但就其核心思考的出發點卻大致相同，本文歸納出以下幾點：首先，學說皆肯認適合性條款的該當，亦即適性犯的成就，並不需要等到現時的實際侵害，或是具體危險的狀態產生方屬成立；且不同於具體危險犯必須全面判斷個案中的所有要素，適性犯就危險的檢驗要素作出了限縮，亦即設有「限定性的參考指標」，這樣的概念在 *Schröder* 所強調的「不完全結合」的抽象具體危險犯類型之中，以及

Kleine-Cosack 指出，在判斷適合性的時候只能考慮不變動的環境狀況，而不能考慮可變動的個案狀況此一標準中，皆嶄露無遺。本文以為，從此一面向出發，即可以有效區隔出適性犯與具體危險犯、實害犯的不同；簡言之，姑且不論界限的建立是否可能，以及我國刑法現行條文中甚少見「限定性的參考指標」的設立，單就不以「具體危險狀態」的存在為成罪之必要條件，就可以有效區隔出適性犯和具體危險犯的本質差異。

再者，學說多數認為適性犯應該屬於抽象危險犯的下位概念，或者直接將之視為典型的抽象危險犯；然而仔細觀察學說的鋪陳脈絡，多半在定義所謂的「抽象危險犯」時，就已經預先作出了某種程度的限制或是修正，甚至是定義式的調整。例如 *Gallas* 雖然認為適合性條款的犯罪原則上仍屬抽象危險犯，但同時卻強調抽象危險犯必須具備「潛在危險非價」，亦即必須在判斷時適度融合具體的要素，就這一點而言，*Gallas* 所定義的「抽象危險犯」，已經與我們傳統理解的「抽象危險犯」有所不同。正如同 *Gallas* 自己所承認的，不可能直接將適性犯直接的歸入於傳統危險犯二分法之下，修正和限縮是勢在必行的²⁵²。無獨有偶的，幾乎相同的修正模式同時出現在 *Martin* 的論述之中，其亦認為適合性條款的犯罪屬於抽象危險犯，但同時強調抽象危險犯仍然需要具備「結果」，即所謂「侵害危險的創造」，這樣的概念其實完全顛覆了傳統以行為犯的概念去理解的抽象危險犯，因此，*Martin* 所定義的「抽象危險犯」，無論如何也都不再是單純的抽象危險犯了。

從上述兩點可以得出，就適性犯的體系定位，其實不適合也不能夠被歸屬於傳統典型的抽象危險犯，當然也不應該是具體危險犯；相對於此，應該思考的是，將之視為第三種型態的獨立危險犯罪之可能。當然，就強調實行行為本身的不法非價，而不以結果的發生作為構成要件要素這樣的特性而言，適性犯的概念比較偏向抽象危險犯；然而，如同上述的學說見解，將適性條款當成是一種抽象危險犯的限縮要件，或是為了解釋適合性條款的存在而對抽象危險犯本身的定義作出修正，本文以為都非屬妥適的方法。誠如 *Martin* 所言，在抽象危險犯中，行為的典型危險性是非常明顯的，額外再加入「足以生損害」這樣的限縮條款就顯得多餘，徒增法律解釋與適用上的困難。是故，本文以為與其針對既有概念去強加

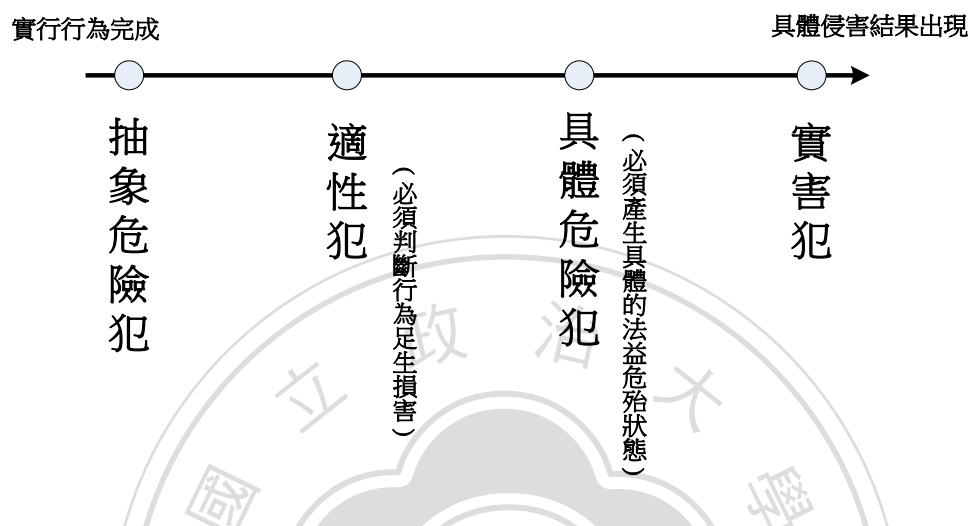
²⁵² *Gallas*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, Heinitz-FS 1972, S.173.

限縮或添附條件，而扭曲了抽象危險犯的本質，還不如適性犯是一獨立的犯罪類型，進而積極尋求其實質內涵，而非單純透過既有的概念去做調整。

再者，無論是 *Schröder*、*Gallas*、*Wolter* 或是 *Martin*，其論述重點都停留在單純的區分適性犯和傳統抽象、具體危險犯的不同，而並未進一步詳細闡述適性犯的內涵特質；這樣的做法即便發展到極致，也只是讓我們能清楚區分出不屬於抽象危險犯與具體危險犯的「適性犯」，然而對於「適性犯」的核心概念與類型特質的理解和建構而言，卻仍然是不足的。相對於上述學者說理的不完備，*Hoyer* 的思考出發點直接跳脫於傳統危險法二分之一之外，承認適性犯是一種界於具體危險犯與抽象危險犯之間「獨立的」犯罪類型，並針對適合性的概念深入的去闡述，進而發展出有體系，可資實際判斷運用的標準。因此，本文原則上傾向於支持 *Hoyer* 的見解，亦即只要不存在有否定因素可以有效的阻礙侵害的發生，而當具體情況正朝著危險根源與遭受危險的客體互相重疊的方向而去，同時缺乏一個最後兩者不會發生碰撞的有效保障，就可以得出行為的適合性。

最後本文必須提出的補充是，在 *Hoyer* 的概念中，適性犯是一種介於抽象危險犯與具體危險犯之間，獨立的犯罪類型。然而從 *Hoyer* 在區別適性犯與具體危險犯的概念時，所指出適性行為的類型特徵乃在於，一個與實害不具有密切關聯的危險根源的創造，但此一危險源在「未來的因果階段」(der späteren Kausierungsstadien) 發展進程中有可能導致對保護法益實際侵害，或是具體危殆狀態的產生。此外，*Hoyer* 亦指出行為所製造的危險根源，和受到危險具體影響的客體之間存有一定之距離，並不是處於直接面對面的狀態。本文以為，從其強調「未來的因果階段」、「存有一定之距離」，其實可以得出適性犯與傳統的抽象危險犯以及具體危險犯區分的核心標準所在：適性行為所產生的危險是「未來的」，而不是行為完成當時現實存在的。從這樣的差異性出發，其實適性犯的概念已經不再是「介於抽象危險犯與具體危險犯之間」，而應該是「獨立於抽象危險犯與具體危險犯之外」，一個對於未來法益侵害可能的危險犯罪了。也正是因為適性行為的危險是具有未來性的，從行為完成到實際的損害發生之間，通常存有一定的時空距離，因此我們才需要在適合性的認定之中，加入在未來的因果進程中不存在有否定因素這樣的假設。申言之，無論是抽象危險犯或是具體危險犯，危險都是在既有的因果歷程中持續發展；然而適性犯的危險卻必須在未來的因果歷程中，加入了特定的假設因素。例如在偽變造文書行為完成後，我們必須假設行為

人有朝一日會行使此一虛偽文書，才能適當的說明為什麼在未來會存有侵害公眾對文書作為交往工具保證基能信賴的危險。綜合以上的論述，我們可以根據刑罰權發動基礎前置的程度，將抽象危險犯、具體危險犯、適性犯以及實害犯的發動基準圖示如下：



【圖表二 刑罰發動基準前置圖】

第九節 小結

綜上所述，以 *Schröder* 提出「抽象具體危險犯」為開端，所開啟的問題意識，亦即條文中「足以」此一適合性概念的實質內容，透過德國法學界不斷的討論與辯證，最後以 *Hoyer* 所提出的適性犯集其大成。*Hoyer* 將適性犯的概念獨立於我們過往所理解的抽象危險犯與具體危險犯之外，賦予其一致性的意義，並歸納出適合性概念的類型特質，使得「足生損害」的犯罪類型不再徒具形式上的空殼，反之能以適性犯類型化的概念本質充實其實質內容，進而使適合性條款具有犯罪判斷上的特別意義，因此得出適性犯可以作為一種獨立的犯罪型態的結論。緣此，本文將以 *Hoyer* 所提出的適性犯見解，作為解釋我國刑法中條文結構上含有「足以」此一要素之犯罪類型的基準，為我國學說實務向來空泛認定的「足生損害」此一要素，尋求一致性的解釋規則，並重新檢驗此類犯罪的立法妥適性。

第四章 我國刑法中的適性犯

完整理解適性犯此一犯罪類型的定義與特質後，接下來，我們將論述重點，放在回頭省視我國刑法的各種犯罪中，是否存在有符合適性犯的類型特質，而應該被歸類在此一犯罪類型範疇之下的相關規定。當然，此部分的論述基礎將跳脫出傳統學說，甚至是我國實務見解的框架之外，而立基於立法論與學術檢討的高度，重新省視，甚至是重新架構相關規範，以嘗試為我國刑法的章節體系帶來一種不同的思考。

首先從形式面出發，既然適性犯的形式意義在於適合性條款的存在，亦即是表彰在「足生損害」這樣的語言邏輯結構之上，則觀諸我國刑法條文，形式上的文字用語內，含有「足生損害」此一語言結構的條文，包含了第 210 條以降的偽變造文書罪章、第 310 條誹謗罪，以及第 352 條、354 條的毀損罪。準此，我們第一個要面對的問題就是，是否上述三種犯罪型態都可以因為條文中設有「足生損害」這樣的要素，而直接被認為是適性犯概念的實質展現，進而將之歸類在適性犯的範疇中。針對此一問題，本文將結論上屬於適性犯的偽變造文書罪章放在第四章的架構中做討論，另一方面，將本質上非屬適性犯，僅是單純用語的混淆，甚至是條文要素的錯置，產生看起來很像適性犯，實則不然的「偽適性犯」，亦即誹謗罪和毀損罪的部分，放在第五章作說明。

解決了形式面的問題之後，本文將再從實質面出發，思考我國刑法有沒有可能存在「實質適性犯」，即法條形式結構未見有「足生損害」這樣的語言符號，然而在考量保護法益以及行為特質之後，認為該犯罪實際上應屬於適性犯的犯罪類型。學者即有透過觀察我國實務見解，習慣在其中加入「足以...」的用語，例如「所謂於案情有重要關係之事項，係指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言，蓋證人就此種事項為虛偽之陳述，則有使裁判陷於錯誤之危險，故以之為偽證罪」²⁵³、「刑法上誣告罪之成立，在主觀方面，固須申告者有使人受刑事或懲戒處分之意思，在客觀方面，尤須所虛構之事實足使被誣告人有受刑事或懲

²⁵³ 最高法院 29 年上字第 2341 號判例要旨。

戒處分之危險」²⁵⁴，進而指出刑法第 168 條偽證罪及第 169 條誣告罪亦有解釋成適性犯之空間²⁵⁵。此外，基於虐童致死的案件層出不窮，近期法務部研擬修正刑法第 286 條妨害幼童自然發育罪，部分立委所提出的草案版本即欲將原條文中「致妨害其身體之自然發育」修正為「足以妨害其身心健全或發育」，似有意將刑法第 286 條改為適性犯的立法模式，亦值得關注²⁵⁶。然而，囿於個人能力的不足，並受限於篇幅的考量，本文尚無法全面性的檢討整個刑法分則中全部的犯罪類型，僅能先從目前觀察到的部分，以妨害電腦使用罪中第 358 條無故入侵他人電腦罪為例，藉由過往學說及實務討論的匯整，聚焦於保護法益和犯罪類型本質的歸類之上，以適性犯的角度重新詮釋之，並希望藉由此一初步嘗試，對於各個罪章的理解與應用，提供不同的思考。

第一節 偽變造文書罪章

在我國刑法第十五章「偽造文書印文罪章」中，扣除掉第 219 條關於沒收之特別規定，與第 220 條準文書的定義性規定之外，其他的各種犯罪類型均以「足以生損害於公眾或他人」此一要素，作為其犯罪成立要件之一²⁵⁷。是以，偽變造文書罪章自形式上觀之，由於在構成要件的設計上明白顯露出「足以」的適合性要件特徵，應該被歸類在適性犯的範疇之下，故本文以偽變造文書罪作為第一個檢討的目標客體，就此類犯罪本質內涵詳細闡釋如下，並以此為基礎，推論出偽變造文書罪章實質上應屬於適性犯的結論。

²⁵⁴ 最高法院 20 年上字第 1700 號判例要旨。

²⁵⁵ 參見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006 年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006 年 5 月，頁 7-8。

²⁵⁶ 參見台北教育 E 週報，〈杜絕虐童－立委提案加重刑責〉（2012.02.16），資料來源：http://etweb.tp.edu.tw/epa/paper_show.aspx?EDM=EPS20120216101628W5Q，（最後瀏覽日期 2012.05.22）。

²⁵⁷ 第 216 條行使偽變造或登載不實文書罪中，法條形式上雖然並未有「足以生損害於公眾或他人」此一語言特徵，惟學說多認本罪所行使者，既以第 210 條至第 215 條之文書為其客體，而各該條規定皆以足以生損害於公眾或他人為成立要件，因此在解釋上，本罪自應以足以生損害於公眾或他人為其結果要件。最高法院 85 年度台上字第 4204 號裁判見解亦同之。

第一項 保護法益

如同我們一再強調的，「法益」的概念乃整部刑法典的「典範」，應以其為貫穿刑法的共識規範與研究基礎，而法益的存在判斷一直是刑法學者在闡述犯罪行為時，重要的思考核心所在，任何犯罪的構成要件都不能背離其保護法益之外而任意擴張解釋，因此保護法益的必須存在，更是相關犯罪類型入罪化的指標，以排除掉單純道德感情的違反或秩序違反的行為。此外，鑑於法益保護的觀點應作為犯罪判斷的先決思考，對於構成要件的解釋與闡明，自然也應該以保護法益做為指導核心，回歸刑法所處罰的行為是對保護法益造成侵害或危險的行為之觀點，只有在釐清了系爭規範的保護法益內涵後，才能真正對條文規範的構成要件做出合適的闡釋，並且正確無誤地把握不法構成要件本所欲規制之犯罪行為，甚至進一步進行立法論上的批判。畢竟當我們在討論某個犯罪構成要件，在解釋上應該朝向何種方向加以詮釋時，此時所討論對象其實就等於是規範目的，也就是法益；因此，學者才會明白的指出，法益本身就是一種目的性的設定²⁵⁸。尤其是在偽變造文書罪章中，由於條文中設有「足以生損害於公眾或他人」此一要素，唯有先確定本罪保護法益為何，才能具體的去認定所謂的「損害」。因此，在進入偽變造文書罪章構成要件要素的解釋之前，本文將先介紹學說上對於此一罪章的保護法益的探討，並提出本文意見，作為接續論述的出發點。

就偽變造文書罪章相關犯罪行為的保護法益，在學界和實務界素有不同的說法，以下就我國以及德國之主要學說見解作介紹：

第一款 公共信賴之保障

依照我國傳統學說之看法，處罰偽變造文書之行為，目的在於保護文書於社會生活中的「公共信用」，亦即強調文書在社會生活上之重要性，而認現代之健全社會生活，莫不植基於公共信用之上，在相關法律關係中，當事人之意思表示多須以文書記載之，因此文書乃具有公信力之物，對文書而有偽造、變造、虛偽記載或行使此等不實文書之行為，將破壞文書在社會生活中之公共信用，進而影

²⁵⁸ Roxin, AT, Bd. 1, 4 Aufl., 2006, § 2 Rn. 9.

響交易秩序等社會活動²⁵⁹。

學說上亦有指出，文書在現代社會生活上，負有二重大之任務，蓋除法律上之權利義務關係外，如經濟交易等社會生活上之重要事實關係等，大抵亦皆賴文書之記載而為表示或證明其存在，故社會大眾對於文書多寄予廣泛之信賴性。尤其我國法律上有要求以使用文書為必要之要式行為，例如不動產物權之取得、設定、喪失、變更，應以書面為之，民法第 758 條即定有明文。總而言之，偽造文書罪之本質，非以防止此等財產犯罪為目的，而係側重於文書在社會生活中所扮演之任務，藉以確保文書之公共信用，而維持社會生活之安全。因此，偽造文書罪之保護法益，以公共信用為其對象，要無可疑²⁶⁰。

而我國實務亦採相同之見解，謂「刑法上偽造文書罪，係著重於保護公共信用之法益」²⁶¹，「刑法處罰行使偽造私文書罪之主旨，重在保護文書公共之信用，非僅保護制作名義人之利益」²⁶²，明白表示偽變造文書罪章，著重於保護公共信用法益之保護。

此外，在德國法學界，早在 1839 年由 *Roßhirt* 將公共信賴（*das öffentliche Vertrauen*）此一用語引入刑法領域之中，其將偽造文書罪理解為「公共信賴之褻瀆」（*Entweihung der fides publica*）。其認為，公共信賴乃是社會生活之必要元素，公共信賴之褻瀆即意味著良好信用之動搖。此一見解被後人稱為「公共信賴學說」（*die Lehre von der publica fides*）²⁶³，隨後獲得不少學者之支持與進一步深入之論述，認為公共信賴是社會生活得以維持之必要要件，而偽造行為破壞了大眾所應維持的誠實信用，進而對法律交往產生妨害，故有以刑法處罰之必要性。

²⁵⁹ 參見甘添貴，〈偽造文書罪之本質與文書概念〉，收錄於《刑法之重要理念》，初版，1996 年，頁 270；其他類似見解可見：陳樸生，《實用刑法》，再版，1993 年，頁 579；蔡墩銘，《刑法精義》，二版，2005 年，頁 530；褚劍鴻，《刑法分則譯論（上）》，三版，2002 年，頁 563。

²⁶⁰ 參見李聖傑，〈侵害著作權與偽造文書印文罪之法益保護的思考〉，《月旦法學雜誌》，104 期，2004 年 1 月，頁 248；陳樸生，《實用刑法》，再版，1993 年，頁 579。

²⁶¹ 最高法院 54 年台上字第 1404 號判例；相同見解：81 年度台上字第 4176 號裁判、82 年度台上字第 4655 號裁判、100 年度台抗字第 901 號裁判。

²⁶² 最高法院 31 年台上字第 1505 號判例；相同見解：100 年度台上字第 7335 號裁判。

²⁶³ 吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128 期，2006 年 1 月，頁 124。

第二款 法律交往之安全性與可靠性

此外，我國學說上也有不少學者主張，偽變造文書罪章所保護的法益在於法律交往（或證據往來）之安全性與可靠性，亦即透過刑法對於文書的偽變造行為的處罰，建立文書的不可偽造性與不可變造性，以確保文書在法律交往中的安全性與可靠性。申言之，由於文書在證明上是可信賴的，將使得社會成員彼此間的法律交往具有安全性，更由於文書是可靠的，將足以確保參與法律交往者的可信賴性，而非在於保護法律交往本身²⁶⁴。另有學者提出相類似之看法，認為由於文書是含有法律重要內涵之表示的附著物，不僅在訴訟上有其必要，甚至在整個法律的交易上，都可以做為可信賴的證據方法，所以文書作為證據方法有其重要性。因此，偽變造文書罪章保護的法益係對於法律交易上證明的可信賴性與安全，而非為財產法益之保護²⁶⁵。

而目前德國學界及實務界的多數看法，也是以「文書在法律交往上之安全性與可靠性」(Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs oder Beweisverkehrs) 作為偽變造文書罪章保護法益之內涵²⁶⁶。帝國法院早期見解即認為基於法律上交往之安全性與信賴性之需求，必須以刑罰的方式來維護可作為證據方式之用的文書²⁶⁷，或謂偽造文書行為在其本質上，即是證據方法之濫用²⁶⁸，而使得大眾對於文書原先所具備的信賴性因而喪失²⁶⁹。更進一步的說明，以文書擔保法律交往之安全性與可靠性，尤其是證據往來，其顯示出，使用某個在物質上實體化的（stofflich verkörperte）表示作為證據方法，並且在此信任，某個特定的製作人擔保此一表示並可構成一個有效的證據方法²⁷⁰。

²⁶⁴ 參見林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005年，頁415。

²⁶⁵ 參見陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版，1998年，頁445。

²⁶⁶ Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, §267, Rn.1; Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, §267, Rn.1; Tröndle/ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl., 2009, §261, Rn.1.

²⁶⁷ RGSt 7, 52, 37, 87, 轉引自吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128期，2006年1月，頁126。

²⁶⁸ RG DJZ 1909, S. 323, 轉引自吳耀宗，同前註。

²⁶⁹ Schönke/ Schröder, a.a.O., §267, Rn.1.

²⁷⁰ Schönke/ Schröder, a.a.O., §267, Rn.1.

第三款 保障文書之機能

晚近國內則有學者從文書制度之社會機能為出發，認為偽變造文書罪章保護法益乃是文書之保證機能與證明機能，其指出，文書具有意思傳達機能以及意思表示固定化機能後，才能夠開始被社會大眾所使用，並進而擁有安定性，成為一個重要的社會制度。所以此二機能應該是刑法對於某種社會制度加以保障之前提要件，而非刑罰規制的基礎²⁷¹。而由我國立法例觀之，我國刑法中偽變造文書罪章的保護法益，應該是以「公眾對於文書的保證機能的信賴」為主，而以「公眾對文書的證明機能的信賴」為輔²⁷²。亦有類似見解基於文書所具備的「保證功能」出發作為考量，認為在偽變造文書的行為中，因為實際製作該文書之人不等於形式上的作成名義人，會使得文書的接收者無法找到真正的意思表示者，當真正的作成名義人無法被確定時，文書作為證明工具之目的將會因此而落空²⁷³；因此，偽變造文書罪章之保護法益，主要乃著眼於文書在法律交往之擔保功能（保證功能），亦即一份文書在法律交往當中，參與法律交往之當事人至少能夠根據該文書而找到應該負責擔保之人，亦即文書之真正性²⁷⁴。

德國學說上同樣有以文書機能作為保護法益內涵的看法，學者有由文書的「存續功能」為其出發點，認為文書是一種實體化的表示，在法律交往的過程中，能夠形成較佳的證據地位，蓋文書提供了一個穩固的基礎，使得意思表示可以持續穩定的被保存，並具有再現性，而這樣的存續功能，足以支撐當事人作成法律上之重要決定。然而在文書的作成過程中，由於文書的接受者經常不在文書做成之現場，因此容易發生「作成名義人之同一性欺騙」的情形。如果對於此等偽造行為不予以防制的話，將會使得文書的接受者必須一直顧慮到文書真假的問題，而文書用以證明意思表示之目的將會因而落空。如此一來，文書原先所具備的存續功能也將因此而喪失²⁷⁵。

²⁷¹ 李茂生，〈再論偽造文書罪中有關有形偽造以及保護法益的問題〉，收錄於《刑事思潮之奔騰－韓忠謨教授紀念論文集》，初版，2000年6月，頁316。

²⁷² 李茂生，同前註，頁316-317。

²⁷³ 吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128期，2006年1月，頁135-136。

²⁷⁴ 吳耀宗，同前註，頁136-137。

²⁷⁵ Samson, Grundprobleme der Urkundenfälschung, JA 1979, S.527, 轉引自張天一，〈偽造文書之本質與定位－對「足以生損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6期，2006年12月，頁212。

此外，亦有見解是由文書的「保證功能」作為考量，認為文書最重要的意義在於，文書之接受者能夠經由文書上所顯示的作成人，而得知何人應為文書中之意思表示負起法律上之責任。如果文書上所顯示的表意人，其實際上並沒有作出該意思表示，而偽造者沒有在文書上表明自己為作成者時，該表象之文書即欠缺可以歸責的法律主體，即無法產生其原本應有之法律效果²⁷⁶。

第四款 對於真實之權利

此外，亦有德國學者認偽變造文書罪章保護法益乃為「對於真實之權利」(Das Recht auf Wahrheit)，其認為「真實之扭曲」(Wahrheitsentstellung)並非僅是犯罪手段，而是它本身即為一種法益侵害的樣態，簡單來講，「對於真實之權利」應該被視為一種具有重要性的法益²⁷⁷。主張此等見解之代表性人物 *Bauer*，其認為就偽造罪與詐欺罪之區分，前者乃是「由對於真實之權利之侵害而產生有害欺騙之危險」(aus einer Verletzung des Rechts auf Wahrheit entspringenden Gefahr einer schädlichen Täuschung)，後者則是「經由實際的欺騙而導致的損害」(durchwirkliche Täuschung verursachten Beschädigung)²⁷⁸。

第五款 本文意見

對於上述保護法益內涵的爭執，本文以為，上述見解看似眾說紛紜，但學者的論述其實都有一定的邏輯可循。扣除掉以德國學者 *Bauer* 為主的見解，認為保護法益是對於真實的權利之外，餘者所謂的公共信賴，文書的保證機能，以及法律交往的安全性，其實都是立基於我們對於文書制度的信任與依賴之下，所衍伸出不同角度的觀察點而已。因此，以下本文將簡略提出對各說的理解與反省，再綜合整理出本文的見解。

首先，對於認為偽變造文書罪章之保護法益乃「對於真實之權利」此一見解，

²⁷⁶ *Puppe*, Neumann/Schild, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.2, 2.Aufl., 2003, §267, Rdn.6, 轉引自張天一，〈偽造文書之本質與定位—對「足以生損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6期，2006年12月，頁213。

²⁷⁷ *Bauer*, Lehrbuch des Strafrechtes, 1833, § 272, 轉引自吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128期，2006年1月，頁125。

²⁷⁸ 吳耀宗，同前註，頁125。

本文以為，其最大問題在於，一個「扭曲真實」的行為，或者更具體的說，一個單純說謊的行為，並不是刑法所處罰的對象。舉例來說，當今天有人謊報他的年齡、性別或是身高體重等資訊，本質上也是一個「扭曲真實」的行為，然而並不是刑罰所非難的對象，從這一點出發，*Bauer* 的說法並沒有辦法說服我們，為什麼說謊的行為不會被處罰，但把謊言寫在紙上就應該受到刑罰的制裁，換言之，所謂「對於真實之權利」，尚不足以普遍形成一個充分的刑罰依據，因為這並不是一個經由社會共識凝聚所產生，必須藉由刑法來保護的重要利益。因此，一個說謊的行為，或者一個妨害真實發現的行為，充其量只是道德上具有可非難性，在法律的層面上尚不足以將之入罪化，尤其是有最後手段性此一嚴格要求的刑法。

再者，所謂以「公共信用」或者是「公共信賴」做為偽變造文書罪章保護法益的觀點，首先面臨到的挑戰就是，到底什麼叫「公共信用」，本質上就是一個相當抽象的概念，難以具體的定義，故有違反明確性原則的疑慮；再者，「公共信用」這樣一個單純的教條式、勸世性的名詞，如同「善良風俗」一樣，是否真的能夠做為一種以刑罰規範保護的法益，向來都是學說大力抨擊的對象²⁷⁹；此外，所謂「公共信賴」，信賴的對象是什麼，也是一個沒有被說清楚的問題，如果是信賴文書本身，那麼也必須要說明，在現行法設有偽變造私文書罪的前提之下，一個一般人做出的私文書，並未如同貨幣、國家債券、土地權狀書等特定文書一樣，既沒有要求經由具有公信力的機關認證，也沒有要求必須依照一定的格式形成，那麼究竟具有怎樣的信賴基礎，值得社會大眾廣泛的「信賴」²⁸⁰。

另一方面，如果以「文書在法律交往上之安全性與可靠性」來作為偽變造文書罪章保護法益之內涵，如同以「公共信用」作為保護法益一樣，第一個面臨到的問題，還是概念內涵過於抽象空洞而有違明確性原則的批評；此外，以「文書的安全性與可靠性」作為保護法益的前提，也必須先附具理由說明，文書的「安全性」與「可靠性」建立基礎為何，更具體的說，為什麼我們信任文書，然而主

²⁷⁹ 就「善良風俗」能否做為法益，學說上的討論可見於：黃榮堅，〈論通姦罪的除罪化〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，2000年，頁7-8；陳志輝，〈論血親性交之可罰性—兼論法益理論在德國憲法法院判決之定位〉收錄於《第十六屆政大刑法週：刑法的應罰與需罰》，國立政治大學刑事法學研究中心編印，2009年3月，頁10以下。

²⁸⁰ 相同見解可見吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128期，2006年1月，頁134。

張此說的學者卻多未對信任的基礎多加以說明之。

據此，本文認為，偽變造文書罪章所保護的法益應該在於「公眾對於交往工具保證機能的信賴」。申言之，以現今的社會發展概況來看，從一般日常生活的社交行為，朋友親人間的書信往來，利害關係人間權利義務關係的釐清，到法律活動的攻防舉止等，不可否認的，我們都需要「文書」作為溝通的媒介與憑信，而當社會大眾普遍的接受以文書來作為社會生活上的交往工具時，文書自然也必然會逐漸的轉化成一定的制度，一個對我們來說不可或缺的社會制度。而任何一個制度的健全發展，基本上都是建立在人類共同生活的互信理念之上。舉例來說，社會大眾相信貨幣制度，所以願意接受以鈔票、銅板換取日常生活所需的各種物品，如果有一天我們不再相信貨幣制度，沒有人願意接受鈔票作為支付工具，堅持以物易物的原始交易模式，那麼貨幣制度的全面崩盤也是緊接著可以合理預期的；同樣的道理也反映在文書制度之上，我們相信文書與其所代表的意思表示傳達的真實性，所以文書制度可以在社會上運行無阻，然而，若有大量的不實資訊伴隨著文書進入我們的日常生活，社會生活的往來必然會受到一定程度的干擾，反而造成我們要耗費更多的成本去驗證文書真偽，將會使得社會活動窒礙難行。最重要的，此一干擾將使得我們不再信任文書制度，沒有人願意再相信文書的真實性，沒有人願意再使用文書，連帶著文書制度的瓦解也終將成真。

對此，學者即有指出，諸如社會秩序、經濟利益等制度性利益，考量這些制度的正常運轉，乃個人在社會生活中，使其人格、自由等利益的實現與開展，所不可或缺之條件。因此，社會必須擁有某些社會的、經濟的、政治的、文化的制度與秩序，以做為個人與他人互動、溝通，以及實現個人利益的平台介面。因此將社會上各種秩序與制度正常運作的利益，提昇為刑法所要保護的對象，本身即具有正當性的基礎²⁸¹。

在這裡要特別說明的是，為什麼保護法益是對於文書制度的「信賴」，尤其是「對文書保證機能的信賴」，而不是文書制度的保證機能，或是文書制度這個「機制」本身。承接著上述的邏輯，文書制度的存在與順利運行，是我們進行社會活動與法律交往所不可或缺的必要元素。然而如果我們仔細思考，文書制度之所以可以運作無阻，是因為社會大眾信賴這樣的一個制度是可靠的，如果沒有這

²⁸¹ 王皇玉，〈論販賣毒品罪〉，《政大法學評論》，84期，2005年4月，頁25-26。

樣的信賴存在，即便存在有文書制度，但是沒有人信任它，沒有人有意願去操作它，那麼這樣的制度，其實也等於不存在了。因此，社會大眾對於文書制度的信賴本身就是文書制度的存在要件前提，也只有保障這樣的信賴，才能達到保護制度的目的。簡單來講，對制度的信賴是制度的建構性元素²⁸²；對於偽變造文書罪章而言，行為可能產生的真實影響，是透過違反行為規範，動搖大眾對文書制度的信賴，進而使大眾不再使用文書此一溝通工具，而喪失文書制度的運作能力。因此真正的關鍵點在於信賴之破壞，信賴才是行為可能侵害的法益，制度運作能力的喪失乃是信賴不存在的結果，並不是直接被行為攻擊的對象。

再者，一個「制度」，本身即是一種抽象的存在，就像是我們可以將文書制度大略的描述成：「為了避免口說無憑，一般民眾習慣性的會將重要的事項，以白紙黑字的方式，清楚明白的記載下來，做為日後的憑證；此外，我們也接受文書作為意思表示的間接替代品，從日常生活的契約文件，甚至是法院活動上，也接受以文書做為法定的證據方法。」或者換句話說，我們相信任何人只要文件上簽了名，就代表該份文件是出於具名者真摯的意思表達。這樣看起來文書制度的存在似乎非常明確，然而從另一個角度切入，雖然我們可以透過情境和要素的限制，「描述」所謂的文書制度，但是要具體「指明」文書制度何在，卻又是一個不可能的任務。而一個連「存在」本身都難以說明的抽象制度，又要如何「具體」的被侵害？甚至更進一步的設想，一個抽象的制度，是否真的有被侵害的可能性？這些都是值得我們去思考的問題。然而相對於此，「信賴感」的破壞卻是相當容易想像的，也能夠輕易的被具體的證明²⁸³，是故，對於偽變造文書罪章的保護法益，本文仍然將其界定在「公眾對於交往工具保證機能的信賴」。

綜上所述，基於保護社會生活機制之目的，為了使得文書制度得以順利運行，而能讓大眾在從事社會交往上，所需要付出的成本被控制在合理範圍之內，故對於偽造文書之相關行為，以刑法來加以規制，應該是具有必要性²⁸⁴。亦即處罰偽造文書的意義並非在於其具體製造財產利益的損害，而是在於對於背後文書制度的保護。析言之，我們必須面對並且接受，人類的「信賴」其實相當的脆弱，單

²⁸² Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 124f.

²⁸³ 舉例來說，當我們今天知道某份文件其實是偽造的，而感到驚訝或恐懼，甚至開始懷疑「這份是不是也是假的？」的時候，信賴感就已經確確實實的被破壞了。

²⁸⁴ 參見張天一，〈偽造文書之本質與定位－對「足以生損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6期，2006年12月，頁218、220。

單僅是偽造文書的「存在」本身，就已經足以破壞社會人對於文書證明功能的信賴，從而動搖文書制度存在的可能性，甚至不需要到達「使用」這份偽造文書的地步。

第二項 「足以生損害於公眾或他人」之要素

在釐清了偽變造文書罪章所保護的法益，實為公眾對於文書制度保證能之信賴後，我們將進一步檢視偽變造文書罪的構成要件要素，但就行為客體文書的性質以及偽變造行為解釋上的爭議此二部分²⁸⁵，由於與本文所欲討論之「適合性要件」較無關聯，限於篇幅只能省略之。本段論述將聚焦於偽變造文書罪章中的適合性條款：「足以生損害於公眾或他人」此一要素的體系定位及實質內涵上，首先整理傳統學說與實務見解之看法，再進一步思考以適性犯重新詮釋偽變造文書罪章的可能。

第一款 此一要素的定位

在偽變造文書罪章中各罪的犯罪構成要件中，為什麼必須要加入「足以生損害於公眾或他人」此一要件，或許可以由第 210 條偽造私文書罪的最初的立法理由當中窺知一二。蓋立法者在最初起草立法時，為了對偽造、變造文書行為的成罪範圍加以限縮，曾經試圖沿襲德國的立法例，以「證明權利義務之文書」來作為限縮之要件，惟鑑於德國在判斷「證明權利義務」此一問題上，一直未能提出確切的標準，在適用上遂生困擾；因此，立法者最後改採法國之立法例，以「足以生損害於公眾或他人」的要素作為限制成罪的要件²⁸⁶。然而學說上對於此一限制要素究屬一種行為結果的規定，或是乃針對文書本身所做的限制未有定論，分述如下：

²⁸⁵ 就保護客體「文書」性質上之爭議，以及偽造行為和變造行為的認定基準，深入的論述可以參考吳耀宗，《偽造文書罪之研究－以我國法與德國法為比較》，國立台北大學法律學系博士論文，2008 年，頁 45、245 以下。

²⁸⁶ 參見張天一，〈偽造文書之本質與定位－對「足以生損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6 期，2006 年 12 月，頁 201。

第一目 構成要件結果

在我國學說上的討論，大多數意見乃將「足以生損害於公眾或他人」理解為「結果要素」，論者有直接將偽變造文書罪當成是一種結果犯，而認為必須行為人偽造或變造文書之結果，足以生損害於公眾或他人，始該當系爭犯罪之構成要件²⁸⁷。亦有學者指出「偽造或變造私文書的結果，必須足以生損害於公眾或他人者，始能構成本罪；否則，假如行為結果並不足以生損害於公眾或他人者，自不構成本罪。²⁸⁸」

第二目 行為客體的限縮要件

與多數意見相對的，另有學者認為，「足以生損害於公眾或他人」此一要素，所指涉者應該是就文書之內容性質而言，而不是就其個別具體情況中是否產生損害而言²⁸⁹。申言之，氏認為文書的內容固然都是在表示一定的用意，然而一般人透過文書所為一定的意思的表示，其內容並不一定都和法律上權利義務關係有關，例如甲男書寫一封情書給乙女表達愛慕之意，這封信的內容就與法律上權利義務關係的形成或變更無涉；有鑑於此，立法者乃透過「足以生損害於公眾或他人」的犯罪構成要件，把文書之保護目的限定在文書對一定的法律上權利義務關係的證明功能之上²⁹⁰，亦即必須是涉及權利義務關係或具體生活事實的「文書」²⁹¹。換言之，所謂「足以生損害於公眾或他人」此一要素，並非偽造文書罪構成要件之結果要素，亦與文書內容之真實與否無關，而是用以限定文書概念範疇之要素，亦即係對於文書之種類範圍所做的「間接限制」²⁹²。此外，亦有學者指出應透過目的性限縮解釋，將偽造文書罪中「足以生損害於公眾或他人」此一犯罪成立要件，定位為文書內容之限縮性的規定，而不宜僅就形式上觀察而將其定位為具體

²⁸⁷ 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，增補一版，2000年，頁239；褚劍鴻，《刑法分則釋論（上）》，四版，2004年，頁570；甘添貴，《刑法各論（下）》，初版，2010年，頁204；曾淑瑜，《圖解知識六法—刑法分則編》，一版，2007年，頁675。

²⁸⁸ 林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005年，頁433。其他相同見解可見：陳煥生、劉秉鈞，《刑法分則實用》，三版，2011年，頁216；蔡墩銘，《刑法精義》，二版，2005年，頁534；吳景芳，《刑法分則講義（上）》，初版，2005年，頁316；盧映潔，《刑法分則新論》，修訂三版，2010年，頁311。

²⁸⁹ 參見黃榮堅，〈刑法增修後的電腦犯罪問題〉，收錄於《罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，初版，1998年，頁328。

²⁹⁰ 參見黃榮堅，同前註，頁329。

²⁹¹ 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，增補一版，2000年，頁234。

²⁹² 吳耀宗，《偽造文書罪之研究—以我國法與德國法為比較》，國立台北大學法律學系博士論文，2008年，頁326。

危險犯²⁹³。

第二款 此一要素的意涵

所謂「足以生損害於公眾或他人」意義為何，以及其判斷之標準何在，學說和實務上容有不同的見解，分述如下：

第一目 損害發生的可能性

我國多數學者並未詳細探究「足以生損害於公眾或他人」此一要件之實質內容與判斷標準，僅略謂「並不以實際上已經發生損害為必要，而僅須於公眾或他人有發生損害之虞，即為已足。」換言之，只要行為人所偽造或變造之文書有發生損害的可能（危險）即可，至於公眾或他人是否因該文書之偽造變造而實受損害，則非所問²⁹⁴。簡單來講，多數學者把「足以生損害於公眾或他人」此一要件當成是一種具體危險犯的危險結果，用以強調行為有導致損害發生的可能性；然而對於此一「可能性」就應如何具體的認定或判斷，其與具體危險犯間程度的差異，以及可能發生的「損害」究係指何種利益損害，都沒有提出具體的論述²⁹⁵，所謂的「損害」幾乎沒有任何限定，可以是具體利益也可以是抽象利益，侵害的對象和方式也未加以類型化；由是觀之，此說的見解實際上僅僅是流於形式的說文解字而已。

我國實務上亦多以「刑法第二百十條所稱足生損害於公眾或他人，以有損害之虞為已足，不以實際發生損害為要件。²⁹⁶」一筆帶過，或謂「刑法上偽造文書罪之成立，以足生損害於公眾或他人為特別要件，所謂足生損害，固不以實已發生損害為必要，然亦必須有足以生損害之虞者，始足當之。²⁹⁷」而就損害的認定，

²⁹³ 參見高金桂，〈有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合問題〉，《月旦法學雜誌》，121期，2005年6月，頁246，註6。

²⁹⁴ 韓忠謨著、吳景芳增補，《刑法各論》，增補一版，2000年，頁239；陳樸生，《實用刑法》，再版，1993年，頁585；蔡墩銘，《刑法精義》，二版，2005年，頁533；林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005年，頁434；甘添貴，《刑法各論（下）》，初版，2010年，頁204；褚劍鴻，《刑法分則釋論（上）》，四版，2004年，頁571；陳煥生、劉秉鈞，《刑法分則實用》，三版，2011年，頁216；吳景芳，《刑法分則講義（上）》，初版，2005年，頁316。

²⁹⁵ 學說上多以「是否足以生損害於公眾或他人，應就案件的具體情狀而為判斷」一筆帶過，參見林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005年，頁444。

²⁹⁶ 最高法院43年台上字第387號判例，47年度台上字第193號裁判同旨。

²⁹⁷ 最高法院49年台非字第18號判例，89年度台上字第2278號裁判同旨。

實務多認並不限定於特定的利益，「所謂足生損害，係指他人有可受法律保護之利益，因此遭受損害或有受損害之虞而言」²⁹⁸、「刑法處罰偽造文書罪之主旨，所以保護文書實質的真正，雖尚以足生損害於公眾或他人為要件之一，亦只以有損害之虞為已足，有無實受損害，在所不問，且此所謂損害，亦不以經濟價值為限」²⁹⁹。

第二目 文書內容的真實與否

此外，學說上另有見解，將「是否足以生損害於公眾或他人」與「文書內容之真實與否」相結合，認為文書的公共信用性，固然重視其作成名義之真正，然而文書記載內容之真偽，亦不容忽視，考量我國刑法對於有形偽造行為注入實質主義的精神，在構成要件中增設「足以生損害於公眾或他人」的規定，因此所謂的偽造，不僅作成名義人須出於虛捏或假冒，同時文書的內容也必須出於虛偽。如果內容與真實一致，縱有假冒名義之情事，也會因為不足以生損害於公眾或他人而不予處罰³⁰⁰。

實務上在運用「足以生損害於公眾或他人」此一要件，使其發揮反面排除的作用時，亦即在討論何種情況下，始屬「不足生」損害於公眾或他人時，幾乎都是以所謂的內容真實或實質真正作為標準，多謂「按刑法處罰偽造私文書罪之主旨，所以保護私文書之實質的真正，故不僅作成之名義人須出於虛捏或假冒，即文書之內容，亦必出於虛構，始負偽造之責任。³⁰¹」、「刑法第二百十條偽造文書罪成立之主旨，在於保護私文書真實之效用，故偽造私文書者，不僅作成文書之名義人須出於虛構或假冒，即文書之內容，亦必出於虛構，則上訴人縱有冒名寄出檢舉書及陳情書情事，因其所檢舉之內容並無不實，即檢舉書之內容非出於虛構，能否謂其足生損害於他人，而令負行使偽造私文書之罪責，不無研求餘地。³⁰²」例如行為人重新製作一張內容真實的契約，法院即認不存在損害：「上訴人即自訴人價賣產業與被告，立有買契屬實，該被告請人另寫一張，持以投稅，此項另寫之契紙，其內容既與原契相同，則對於上訴人與公眾不致發生何種損害，

²⁹⁸ 最高法院 50 年台上字第 1268 號判例。

²⁹⁹ 最高法院 51 年台上字第 1111 號判例，相同見解：28 年上字第 67 號判例、85 年度台上字第 5879 號裁判。

³⁰⁰ 參見甘添貴，《刑法各論（下）》，初版，2010 年，頁 193。

³⁰¹ 最高法院 20 年上字第 1050 號判例。

³⁰² 最高法院 83 年度台上字第 4893 號裁判。

即與偽造私文書罪構成要件不合³⁰³」；在債權人自行製作借據但確有債權存在的情形，實務也認為「不足生」損害：「刑法上之偽造文書罪，須以足生損害於公眾或他人為成立要件，故行為人向某甲追索債款，所提出之債券，雖係偽造，但某甲對於行為人卻負有此項債務，即不足生損害於他人，自與上開犯罪之要件不合。³⁰⁴」又在冒用他人名義發出內容真實的檢舉信函的案例，法院亦明白指出「我國對偽造文書係採實質主義，上訴人所為偽造文書是否因而發生實害之危險，非無審究之餘地。³⁰⁵」或名義人原負有某種作成義務的情形，法院也認為並不構成損害：「若他人對行為人原負有制作某種文書之義務而不履行，由行為人代為制作，既無損於他人之合法利益，自與偽造文書罪之構成要件不合。³⁰⁶」

觀察上述這些判決先例即可得知，即使行為人實際上沒有製作權或變更權限，冒用他人名義製作或變更一份文書，只要該文書內容實際上與事實或實體法上之權利義務關係相符合者，就會被認定為「不足生」損害於公眾或他人。是故我國實務見解基本上也接受，以文書的內容之真實與否做為判斷是否足生損害的準則。

第三目 文書的法律重要性

再者，有學者承襲前述將「足以生損害於公眾或他人」此一要件，定位在行為客體的限縮要件之前提下，認為對於此一要素較為合理的解釋，應該是指文書的內容性質具有「法律上重要性」而言³⁰⁷。所謂「法律上重要性」，論者有謂係指對於公法或私法上的權利義務或者法律關係之形成、改變、移轉或消滅具有重要性而言³⁰⁸，舉凡駕駛執照、土地所有權狀、買賣契約書等均屬之。學者亦有認為「實際上，凡所偽造者，如足以生損害於公眾或他人，亦必係涉及權利義務關係或具體生活事實之文書，故雖條文指注重偽造之結果，實無異對偽造客體之範圍有所限制也。³⁰⁹」亦有學者提出相類似的見解，其認為偽變造文書罪章所保護

³⁰³ 最高法院 29 年上字第 1165 號判例。

³⁰⁴ 最高法院 30 年上字第 465 號判例。

³⁰⁵ 最高法院 70 年台上字第 406 號判例。

³⁰⁶ 最高法院 50 年台上字第 1268 號判例。

³⁰⁷ 吳耀宗，〈論偽造文書罪之「足以生損害於公眾或他人」一評最高法院九十四年台上字第一五八二號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，143 期，2007 年 4 月，頁 276-277。

³⁰⁸ Schönke/Schröder-Cramer, StGB, § 267 Rn. 12; LK-Gribbohm, StGB, § 267 Rn. 80.; 轉引自吳耀宗，同前註，頁 277。

³⁰⁹ 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，增補一版，2000 年，頁 234。

的法益乃係對外的「公共」信賴，只有當文書利害關係人的範圍及於不特定的多數人或是一定範圍以上的特定多數人，而能夠滿足「公眾性」的要件時，才是一個透過文書制度所維繫的、平穩的、值得刑法保障的法律上交易往來，進而能夠認為文書的「公共」信用有受到損害的可能性。因此必須在個案中透過足生損害於公眾或他人的要件，確保文書利害關係人達於一定範圍之認定，而已形成值得保護的文書制度與交易安全。申言之，此說學者將「足以生損害於公眾或他人」此一要件，定位在文書的對外關係上，亦即做為一種文書流通性的限制，只有當該文書的事項係由不特定或特定多數人作為證據使用時，始可能足生損害於公眾法律交往安全的信賴³¹⁰。

第四目 動態利用關係

學說上有認，既然「足以生損害於公眾或他人」乃係對構成要件行為所為之判斷，則於實際判斷時，究應對該構成要件行為為「靜態判斷」，抑或須以其動態之利用關係為判斷，就是一個必須被解決的命題。其指出若行為人已然為各該構成要件行為，卻未為行使，例如已經偽造了簽名背書，卻始終未就該票據為提示，其實並不會產生所謂「足以生損害於公眾或他人」的狀態。因此，是否「足以生損害於公眾或他人」之判斷，必然以其基於通常之利用關係影而有所主張時，始能予以判斷，否則仍無從加以判斷³¹¹。論者更進一步主張，我國實務判決中提及「判斷文書是否偽造，應就文書之整體而為觀察，不能予以割裂評價。如係虛捏或假冒他人之名義，虛構製作他人名義出具之文書，其內容亦已屬於虛構，整體而言，足以使人誤信其真實性，而有生損害信用之虞，自該當於上揭犯罪之構成要件。」其所謂「足以使人誤信其真實性，而有生損害信用之虞」，即是行為人如依該文書之用法，就該偽造之文書有所主張，縱未達行使階段，但從其動態利用關係之發展上，已足資證明「足以生損害於公眾或他人」³¹²。簡單來講，採此說之學者認為單純偽變造文書之行為，尚非違法行為，尚須加入後續對「足以生...」所為之判斷，亦即必須進一步予以「行使」，或依該文書通常所被使用之「利用關係」而為主張，始會該當刑法第 210 條偽變造私文書罪³¹³。

³¹⁰ 梁宗憲，《偽造文書罪之研究》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2006年，頁19-20。

³¹¹ 參見王榮聖，〈論以「足以生...」為規範形式之犯罪內涵〉，《玄奘法律學報》，14期，2010年12月，頁41。

³¹² 參見王榮聖，同前註，頁41-42。

³¹³ 參見王榮聖，〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，2期，2007年11月，頁267。

第三款 本文見解

第一目 適合性條款

就「足以生損害於公眾或他人」此一要件之定位而言，本文以為，將其定位在行為客體的限縮要件此一見解，實屬理解有誤。主張此說的學者認為，將「足以生損害於公眾或他人」作為結果要素，將會因為損害範圍的無從確定而使之虛無化³¹⁴，此一見解實係出於對「損害」的認定不正確而生之誤解。其指出，一份偽造的文書在進入法律交往之後，到底會對於現實生活的何種利益產生何種損害，事實上並無法一概而論。可能是造成經濟財產利益之損害，例如偽造遺囑而獲取不法的遺產分配、偽造帳冊以便侵吞公司資金；也有可能破壞社會秩序或影響社會制度，例如以偽造的身份證件與護照申請簽證、以偽造變造的契約書提出於法庭作為證據、以偽造的統一發票申報所得稅；甚或可能危及到自由、身體或生命等利益之損害，例如警察以偽造的拘票拘捕犯罪嫌疑人、不具醫師資格之人持偽造的醫師執照行醫等³¹⁵。

然而本文以為，既然我們已經將偽變造文書罪章的保護法益定位在「公眾對於文書作為交往工具保證機能的信賴」，那麼所謂的「損害」，其實說穿了就是破壞了這樣的一種公眾信賴感而已，至於偽造的文書在進入法律交往之後，究竟會造成何種經濟財產上的利益減損，或者是其他後續的法益侵害，其實都只是在行為結束之後所附帶影響到的客觀變動，並不是條文中所稱的「損害」³¹⁶。蓋刑法上個別犯罪構成要件的解釋，本來就應該以保護法益為其出發點，所有的犯罪行為都具有一個共通的要素，即侵害法益或是造成法益侵害危險的行為；而既然我們已經確定了偽變造文書罪章的保護法益，那麼怎樣的行為是一個應該被刑法處罰的行為，就應該回歸怎樣的行為是侵害保護法益的行為去思考。換句話說，在偽變造文書罪的犯罪檢驗上，我們真正重視的侵害是行為人透過其偽變造行為，造成社會大眾對於文書制度信賴感的減損與消磨，而不是偽變造的文書流通出去以後會造成怎樣的後果；因此，所謂損害的範圍無從確定，或者說損害結果浮動難以具體認定，其實都是誤解了此處「損害」的意義而庸人自擾。

³¹⁴ 吳耀宗，〈論偽造文書罪之「足以生損害於公眾或他人」—評最高法院九十四年台上字第一五八二號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，143期，2007年4月，頁271以下。

³¹⁵ 吳耀宗，同前註，頁271。

³¹⁶ 就偽變造文書罪章中「損害」的認定，詳見本文第四章第一節第三項第二款。

再者，氏以第 210 條之立法理由為依據，強調原先立法者即有意將文書限縮於「證明權利義務之文書」，並且考量文書種類繁多，並不是對於所有的文書進行偽變造行為，都會造成公共信用或是文書證明功能的破壞為出發點，而認為應該對偽變造文書罪章的行為客體做限縮，此一見解立論基礎雖誠屬正確且深富價值，惟既然是對行為客體的限縮方式，應該考量的是透過學說見解的彙整，或者實務判決的積累，針對「文書」本身作定義性的修正³¹⁷，而不是在法條加入一個「足以生損害於公眾或他人」，這種看似行為結果的條款，混淆偽變造文書罪章犯罪類型體系定位。因此，此一見解並不可採。

本文以為，有鑑於偽變造的文書在法律交往中所可能造成的利益侵害的多樣化，以及危害程度的不一致，最後會造成何種利益侵害雖然不能完全確定，然而我們可以確定的是，不管是哪一種文書，只要它是偽造的，一旦放任其進入法律交往當中，將會使得參與法律交往之當事人，無法根據該文書而找到實際上應該擔保負責之人，而造成文書制度信賴感的破壞。所以在立法技術上最為簡潔的方式，便是直接將偽造的文書的行為本身，認定成是一種**危險源製造的行為**³¹⁸，而直接針對偽變造文書的行為做出處罰規制，亦即把這類行為以行為犯的角度去做思考，刑法直接非難的對象是偽變造的「行為」本身，而不是使用後產生的不利益「結果」。

然而，考量到文書的種類過於繁雜，以及偽變造後未加以行使的行為其實不一定真的會造成公眾信賴的破壞，例如為了炫耀自己複製技術的精良，或是為了彰顯自己的愛國情操，而擅自偽造一張總統府的聘書，聘任自己為中華民國行政院院長，並裱框後懸掛於自家客廳展示，這種目的僅為自娛娛人，且顯然能辨認真偽的偽造行為，客觀上我們可以合理推論，任何人看到這張「聘書」都知道是仿冒的，而會心一笑，並不會因此影響到對文書制度的信賴，那麼這樣的行為就不應該被刑法所處罰。因此，為了避免採取行為犯的立法模式之後，處罰範圍過於廣泛，而使實際上未侵害公眾對於文書制度的信賴，不應該被刑法處罰的行為被無端入罪化的疑慮，在偽變造文書罪章中，保留「足以生損害於公眾或他人」此一要素，並將之以適性條款的概念作解釋，當成是一種對「行為」本身的限縮，

³¹⁷ 現行學說對於「文書」所做的定義性限縮，詳見：甘添貴，《刑法各論（下）》，初版，2010年，頁194-199。

³¹⁸ 類似意見可見：吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128期，2006年1月，頁139。

確實有其必要性。

綜合以上的論述，可以發現透過在偽變造文書罪章中加入「足以生損害於公眾或他人」此一要素，考量本罪保護法益以及行為的特性，再加上對於未來侵害利益種類和程度的複雜性，其實表徵出來的概念正是，我們把非難的重心前移置偽變造的「行為」本身，而不再是行使之後可能造成的實際侵害結果。進一步探討，透過法條的規範效力我們可以明確知悉，刑法禁止一般民眾任意進行偽變造行為，因此偽變造行為本身就象徵著一種義務的違反，從而該行為的存在就已經至少滿足了過失的成立要件。再者，偽變造行為一旦完成，一份虛偽的文書已經客觀存在，隨時可以被持以行使，而造成文書制度信賴的破壞，因此，我們可以將偽變造的行為本身視為一種危險根源的創造，亦即透過偽變造行為製造了一個在未來有可能確實破壞法益的可能，只要不存在有確定有效的阻礙因素存在，例如行為人一偽造完即刻銷毀，或是表框註明「仿製」加以展示等，在未來的任何一個時點，都有可能因為虛偽文書的行使或主張，而使保護法益受有實際的侵害，因此我們認為行為本身就滿足了刑事不法的內涵，而得以成為刑罰懲治的對象。從這樣的觀點，偽變造文書罪就是一種典型的適性犯，不以法益實際受到侵害為成罪之要件，而將判斷標準轉移至行為本身的危險源創造的特性之上。故本文認為，偽變造文書罪章中的「足以生損害於公眾或他人」，其實就是一種最典型的適合性條款，進而表彰出此類犯罪的適性犯本質。

第二目 具體意涵

承接本文上述論述的觀點，偽變造文書罪應該被以適性犯的概念去理解其本質，而所謂「足以生損害於公眾或他人」應該是適合性條款的規範，那麼其所表徵出的具體意涵，其實就是用以判斷偽變造的行為本身，是否已經製造了一個使保護法益有可能受到損害的危險源頭。換句話說，當行為人今天偽造了一份文書，即使現實上還沒有任何人知悉行為人偽造之情事，而我們可以確定公眾對於文書機制的信賴還沒有被「現實的」破壞；然而，只要有這一份偽造的文書的存在，我們永遠不知道什麼時候這份文書會被公開，或是會處於第三人得以見聞的狀態，且可以合理推知的，一旦行為人偽造文書的情事被揭發，公眾對於文書的信賴將會有一定程度的減損，而產生所謂的對法益侵擾的「實害」結果。因此，「足以生損害於公眾或他人」此一要件，其實際上的意義和判斷標準即在於，行為人的

偽變造行為製造了一個破壞公眾對於文書證明機能信賴的可能性，不法非難的重點即在於這個「行為」背後所表彰的法益侵害可能性，行為是「適合於」、「足夠能」在未來某一個不確定的時點具體的侵害到法益。簡言之，把「足以生損害於公眾或他人」此一要素解為適合性條款，用以限縮犯罪成立的空間，亦即行為一定要具備侵害公眾信賴的可能性，而不是一個具體的危險結果。

第三項 以適性犯的概念理解偽造文書罪章

在我們確認偽變造文書罪章中各個犯罪的型態，本質上應該被歸屬在適性犯的領域之後，接下來進一步的從適性犯的犯罪本質出發，重新回顧並檢視偽變造文書罪章的規範。

第一款 犯罪類型之定位

在刑法第 15 章「偽造文書印文罪章」中，各種犯罪類型多以「足以生損害於公眾或他人」此一要素，作為其犯罪成立要件之一，就此類犯罪的性質定性，究屬抽象危險犯或具體危險犯，在學說上即產生如下的爭議：

第一目 具體危險犯說

學說上有認，依照偽造文書罪章的法律性質，其各罪在成立上，並不以已經發生實害為必要，鑒於條文中設有「足以生損害於公眾或他人」此一要件，故只要在個案之中，行為人偽造文書等相關行為，已經導致有損害公眾或他人之危險情狀發生時，犯罪即可成立；換言之，必須有足以生損害之虞，始足該當本罪，若僅具偽造之形式，而實質上並不以生損害之虞者，尚難成立本罪，因此在犯罪分類上應該是屬於具體危險犯的範疇³¹⁹。

第二目 抽象危險犯說

論者有謂，既然偽造文書罪章是在保護文書制度所具備的功能，那麼在成罪

³¹⁹ 參見林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005年，頁433-435；林東茂，《刑法綜覽》，六版，2009年，頁2-282；甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁204-205。

與否的判斷上，就不可能脫離這個標準，故現行法上所採用的「足以生損害於公眾或他人」此一要件，只是一種形式上的文字轉換，因為偽造文書相關行為所造成之損害，就是文書制度所具備的功能遭到破壞，進而使得不確定的個人利益受有侵害的可能性，因此採用抽象危險犯的立法方式是較為妥適的作法³²⁰。亦有學者指出偽造文書罪章所保護的文書社會信用性質屬於「抽象化中介法益」，非在於直接保護個人，據此「足以」的要件僅係作為排除輕微或沒有實質影響的偽造文書行為，並不會影響此一犯罪類型屬抽象危險犯的本質³²¹。

此外，有學者比較「致生危險」與「足生損害」的用語，氏認為前者之「致生」乃是以結果之發生為前提，故對於成罪與否之判斷著重於對結果是否確實發生的確認；相較於此，後者之「足生」乃係以結果尚未發生為前提，而對於其結果之發生可能所做的一種預測，而既然屬於事前針對行為危險性所為的判斷，此一犯罪類型即應歸屬於抽象危險犯的範疇³²²。

第三目 本文見解

本文以為，對於以「足以生損害於公眾或他人」此一要素作為構成要件的犯罪類型，無論係將其直接歸類在具體危險犯或抽象危險犯的概念之下，都存在不可避免的邏輯矛盾。首先，若將此一犯罪類型以具體危險犯的意義理解，則完全無法凸顯立法者區分「致生危險」與「足生損害」間的差異；再者，若以抽象危險犯的概念解釋此類犯罪，仍然必須面對為何在行為之外，尚須另外再做一次是否足生損害的判斷之質疑。因此，我們勢必要跳脫抽象與具體危險的二分法，尋求新的出路。再者，從偽變造文書罪章的保護法益出發作思考，既然保護的是公眾對於文書保證機能的信賴，處罰的是一個危險源製造的行為，亦即刑法直接非難的對象是偽變造的「行為」本身，而不是使用後產生的不利益「結果」，那麼在性質上，其實也偏向我們所理解的適性犯。因此，以適性犯的概念理解偽變造文書罪章，既是一個在法條結構之下必須的趨勢，也正是符合實質的犯罪本質而得出的解釋結果。

³²⁰ 參見張天一，〈偽造文書之本質與定位—對「足以傷損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6期，2006年12月，頁230。

³²¹ 參見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型—「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006年5月，頁2-4。

³²² 參見王榮聖，〈論「足以生...」為規範形式之犯罪內涵〉，《玄奘法律學報》，14期，2010年12月，頁47-48。

第二款 偽變造文書罪章的重新詮釋

首先，從保護法益的觀點出發，既然我們將偽變造文書罪章的保護法益定位在「公眾對於文書作為交往工具保證機能的信賴」，則如果具體個案中行為人的行為並沒有侵害人類共同生活之往來工具的信賴利益，也不具有侵害的可能性，那麼這樣的行為就不應該被評價為偽造文書罪章中適格的犯罪行為³²³；與此相反的，偽造文書的行為本身，只要產生了足以破壞公眾信賴的危險根源，就已經完全符合本罪構成要件之規定，而無須另外討論「對誰」造成了什麼「具體損害」了。而從具體侵害法益的時點實際上繫諸於不確定的將來而論，偽造行為完成的那一刻，到底有沒有確實動搖到公眾的信賴，在判斷上並不具有意義，也不影響偽變造文書罪既未遂的認定，因為考量到本罪為適性犯的本質，一個足以影響到公眾對於文書機能的信賴的偽造行為完成的當下，犯罪就已經成功而既遂了。

一個偽造文書的行為，在法律交往過程中，因為所偽造文書種類的不同，以及使用方式的不同，所可能造成的利益侵害，本即具有多樣性，且所造成危害的程度也不相同，在危險認定的標準極為不明確的情況下，使用具體危險犯的立法模式，難以避免會造成認定結果浮動，以及無法清楚說明具體損害為何的難題。據此，把關注的重點從行為所造成的危險結果，轉移到行為本身的危險性，不僅可以避免舉證上的困難，同時更能凸顯處罰偽造文書行為的立法目的。最後回歸文首的【二十四歲才能當大明星案】，當 Y 提出經其變造的身分證影本，使金星娛樂事業股份有限公司，以及電視機前後的工作人員和熱情的觀眾們，產生了一個「Y 今年 24 歲」的印象時，考量到這個年輕的假象隨時有可能被揭穿，而勢必使我們對於身分證影本的信賴度瞬間降低，實際上此時就已經對於交往工具保證機能的信賴產生了一個難以控制的危險，而危害到本罪章所欲保護的法益，因此當然不能僅以一句「礙著誰囉？」，而逕以沒有對具體的個人產生侵害而否定其應刑罰性。

或許，會有人質疑單純造成一個信賴破壞的可能，就予以處罰是否過於苛刻，然而本文以為這樣的質疑，乃是對於處罰偽造文書行為之刑罰起點前置化（Vorverlagerung）的問題，其與偽造文書行為以刑法處罰所欲保護之法益，以

³²³ 參見李聖傑，〈侵害著作權與偽造文書印文罪之法益保護的思考〉，《月旦法學雜誌》，104 期，2004 年 1 月，頁 248。

及偽造文書犯罪本質的定性，並不存在直接關連，無論對於保護法益以及犯罪定性採取前述何等見解，都無法避免處罰偽造文書行為之刑罰起點前置化的問題。畢竟無可否認的，事實上只要文書不進入行使的階段，不管該文書是不真正的或不真實的，對於所謂公共信用、法律交往之安全性與可靠性、文書制度或潛在的個人處分自由其實都不會產生實際的影響，換句話說，都不存在任何的「實害」。然而，一份偽造的文書的存在，就如同古語所說的「芒刺在背」一樣，我們永遠不知道是不是下一刻，這份文書就會成為文書制度崩潰的導火線，而既然法益被侵害的確切時點我們無法掌控，那麼我們所能做的就只剩下杜絕這個危險根源的產生；因此，本文以為，以適性犯的本質去架構偽變造文書罪章是立法政策上不得不的必然。這樣的觀點也可以從StGB §267偽造文書罪（Urkundenfälschung）的修正，從雙行為犯（zweiaktiges Delikt）改為單行為犯（einaktiges Delikt），亦即構成要件從行為人不只要有偽造或變造之行為，同時還要有行使之行為，修正為僅須具備偽變造行為「或者」行使行為之一，即足以成立本罪中獲得佐證。

第二節 妨害電腦使用罪章

為了因應新興電腦科技發展，與緊接而來的相關侵擾社會秩序之犯罪問題，立法院自 1995 年起，前後歷經五次修法，陸續增訂第 323 條的電磁紀錄為準動產的規定³²⁴、第 220 條擬制電磁紀錄為準文書的概念、第 339-1 條至第 339-3 條電腦詐欺的條文，以及第 318-1 條和第 318-2 條電腦洩密罪等相關規範，並使得電磁紀錄得為詐欺罪、搶奪強盜及海盜罪的客體；最後，我國刑法在 2003 年 6 月增訂第三十六章「妨害電腦使用罪」，使得電腦犯罪有其獨立的罪章歸屬而暫告一段落。從短時間內如此密集的修法頻率，可以反應出隨著電腦的普遍使用與網路科技的發達，一旦我們對此一新興的科技的依存度愈高，相應而生的相關社會問題也就愈複雜，以刑法做為社會規範的制度性表現，也是一種社會接納新興生活技術時必然會出現的現象³²⁵。申言之，我們承認法律的制定，乃源自於對某

³²⁴ 惟現行法已刪除將電磁紀錄擬制為準動產的規定。

³²⁵ 參見李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145 期，2007 年 6 月，頁 71。此外，亦可從當初修正草案總說明中，所謂「惟因電腦科技快速發展，特別是近年來網際網路高度普及後，新興電腦犯罪案例層出不窮，世界先進國家如美國與歐盟，亦均重新檢討修訂電腦犯罪相關法規，故刑法實有針對新興電腦犯罪類型重新檢討修正之必要。爰參考美國與歐盟之立法例，修正現行

個時代裡某一社會現象產生了規範的高度需求，而將此一社會現象納入法律體系的規範之中，並透過國家司法權力的運作，再回饋於社會產生社會現象的另一種層面的理解。然而，如果我們只是單純以工具的普遍使用與高度依賴性，就具以認定發動刑事制裁的正當性，而沒有進一步的去思考入罪化的基礎與依憑，難免會遭受到違反刑法謙抑性的批評，同時並產生刑法規範過度制約的可能³²⁶。因此，在檢討妨害電腦使用罪章的相關條文構成要件之前，我們仍然必須先釐清本罪章的保護法益，再透過保護法益的思考，進而去判斷犯罪類型體系的意義。

在新增訂的妨害電腦使用罪章中，罪章的核心概念應在於第 358 條侵入電腦的行為，觀察該條條文規範，僅以「無故輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞，而入侵他人之電腦或其相關設備」作為構成要件，相較於第 359 條、360 條、361 條及第 362 條，都設有「致生損害於公眾或他人」的規定，本條形式上觀之並未設有危險要素；然而，本罪罪質究屬實害犯或者是危險犯，其實是一個沒有被詳細討論的問題。本文以為，要回答此一問題，仍然應該從檢討妨害電腦使用罪章的保護法益出發，才能進一步去界定犯罪行為的本質，並為其犯罪類型的區分下結論。是故，以下論述將從保護法益的釐清開始，再接著檢討犯罪行為的定性，進而得出第 358 條無故入侵他人電腦罪實際上應該被歸類為適性犯的結論。

第一項 保護法益

本罪章的保護法益究竟為何，有鑑於強烈目的取向的立法，在立法當時其實是一個沒有被說清楚的問題。考量既有的刑法罪章體系編排，以及電腦犯罪的獨特性，保護法益的思考方向有下述幾種可能性：其一，從妨害電腦使用罪的章節位置切入觀察，既然第三十六章接續在第三十五章之後，從既有的體系刑法概念分析，可能其所保障者仍為財產法益³²⁷；第二，將「使用電腦」本身看待成一種獨立的新興生活利益；第三，則是借鏡刑法舊有的保護法益類型作統合，或是從

刑法中有關電磁紀錄、詐欺及毀損文書之規定，並增訂妨害電腦使用罪章」的用語窺知一二。

³²⁶ 參見李聖傑，同前註，頁 74。

³²⁷ 我國刑法的編排，分則第一至十章保護國家法益，第十一章至二十一章保護社會法益（惟其中第十六章乃保護個人法益），第二十二章以下皆為個人法益的規範；又自第二十九章起，皆為財產法益的犯罪規範，因此，透過體系解釋，應該得出第三十六章亦為保護財產法益的結論。

舊有法益類型中尋其相似性，呈現電腦利益保護的必要性³²⁸。以下將匯整我國實務及學說就保護法益的討論，並比較日本法上的經驗，最後提出本文見解。

第一款 實務意見

2003年6月我國刑法新增訂第三十六章「妨害電腦使用罪」，當時立法理由中即有說明：「**本章所定之罪，其保護之法益兼及個人法益及社會安全法益**(如修正條文第三五九條、第三百六十條)，並非僅止於個人法益，增訂本章於刑法最後一章乃為顧及刑法原有條文即條次不宜輕易變更，並將關於妨害電腦使用之犯行歸入一章，以求刑法立法體系之統一。且目前刑法之立法體系，並不特別強調以保護法益之種類作為章節之區別，而係屬混合式之立法方式，例如在保護個人財產法益之毀損罪章(刑法第三十五章)中亦有出現保護社會法益之「足以生損害於公眾或他人」之構成要件(刑法第三五四條規定參照)，故將本章列在刑法分則最後一章。」按照立法理由的說明，妨害電腦使用罪章所保護之法益應兼及個人法益及社會安全法益，然而並沒有詳細說明保護何種個人法益與何種社會安全法益，充其量只是點明了保護法益的「上位概念」，然而對於此類犯罪行為之處罰，具體而言究竟是侵害了什麼樣的法益，立法者的陳述卻是相當曖昧不明³²⁹，僅僅強調「狹義電腦犯罪條文所規範之行為及保護之對象，與現行刑法條文均有不同」，似認為妨害電腦使用罪章所保護之法益是一種全新的法益。

而觀察相關實務判決中，或有謂「按電腦已成為現今日常生活之重要工具，民眾對電腦之依賴性與日俱增，若電腦中之重要資訊遭到取得、刪除或變更，將導致電腦使用人之重大損害，立法機關鑑於社會上發生妨害他人電腦使用案件日益頻繁，造成個人生活上之損失益趨擴大，而電腦安全使用，已成為目前刑法上應予保障之重要法益，於九十二年六月三日三讀通過刑法妨害電腦使用罪章，並經總統於同年月二十五日以華總一義字第09200116220號令公布施行，同年月二十七日發生效力，對電腦犯罪者科以相當之刑事責任，以維繫電腦合理使用之秩序。³³⁰」將「電腦使用安全」直接當成本罪的保護法益；或謂「刑

³²⁸ 參見李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145期，2007年6月，頁76。

³²⁹ 學者對於立法理由中這樣的說明，表示「非常令人訝異」，見李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議(上)〉，《台灣法學雜誌》，54期，2004年1月，頁239。

³³⁰ 台灣台中地方法院92年度訴字第2762號裁判。

法第 359 條之無故取得電磁紀錄罪所保護之法益，主要係**電磁紀錄使用之安全**，其內容兼及**個人、公司之財產、祕密及公共信用之安全**。³³¹」基本上說法都是以電腦使用的安全性來滿足保護法益的要求，本文以為採此乃受到當初修正草案說明中，強調「為保護電腦系統之安全性」的影響³³²，然後何謂電腦使用之安全，實務並沒有提出更細緻的內容，仍然停留在曖昧模糊的階段。

此外，從實務對於本罪章中第 359 條未經允許取得、刪除或變更他人電磁紀錄罪，以及 360 條干擾他人電腦罪的條文規範中，「致生損害於公眾或他人」此一要素解釋的態度，也可以看出一點端倪。蓋針對「致生損害於公眾或他人」中之「他人」的認定，亦即損害的實際對象，實務的認定，多半是以電磁紀錄被破壞或電腦機能被干擾的具體被害人該當此處的「他人」，亦即利用「他人」當成表彰個人法益的載體，以符合立法者當初所謂「保護兼及個人法益及社會安全法益」的立法意旨。因此，從「他人」的認定，其實某種程度上也就是本罪章保護法益的認定。例如在第 360 條干擾他人電腦罪，我國實務見解即以被干擾之對象為受損害之他人：「被告於 91 年 11 月 23 日起至 92 年 4 月間，架設「MUsp rite」網站 easys prite.idv.tw），提供自行撰寫之線上遊戲「奇蹟」外掛程式供網上遊戲玩家下載，該外掛程式會發送假封包，修改告訴人公司伺服器端內部資料庫，受影響之資料庫及其功能分別為，Experience（經驗值）、Life（生命值）、Inventory（身上物品）、Money（金錢）、Mana（魔力值）、MapPost X（X 座標位置）、MapPost Y（Y 座標位置），導致主程式發生誤判而允許使用系爭外掛程式之玩家可做出諸如：任意穿越一般玩家所不能穿越之障礙物、隔空自動拾取地面寶物、生命力、魔法力自動增加、連續攻擊……等原為主程式設計所禁止之動作，**嚴重干擾告訴人公司之電腦及相關設備，且致生重大損害於告訴人公司**，因認被告涉有刑法第 360 條、第 362 條之罪嫌。³³³」

此外，在第 359 條未經允許取得他人、刪除、變更他人電磁紀錄罪中，實務亦多以遭取得、變更或刪除電磁紀錄之被害人為受損害之他人認定：「原判決認定上訴人自民國九十六年九月一日起，受僱於朝能興業有限公司（下稱朝能公司，使用亦於同址辦公之關係企業即保證責任屏東縣長慶果菜運銷合作社（下稱長慶

³³¹ 台灣台北地方法院 96 年度訴字第 509 號裁判。

³³² 參見中華民國刑法第三十六章修正草案總說明，第五大點關於第 358 條修正之部分。

³³³ 台灣台南地方法院 94 年度簡字第 747 號裁判。

合作社) 配置之電腦), 於九十七年五月三十一日離職。竟基於無故刪除他人電腦電磁紀錄之犯意, 利用九十七年六月七日回辦公室辦理職務交接之機會, 於當日午休時段, 無故擅予刪除長慶合作社電腦內儲存於「我的文件」夾中「韓國首爾國際食品展」、「莫斯科農產品展示會」電磁紀錄, 及 outlook 系統中以 export@fruitseafood.com.tw 電郵地址與國外客戶往來之全數電子郵件電磁紀錄, 使接手國外農產品推銷工作之長慶合作社員工蔡雅玲, 不能立刻查考、追蹤長慶合作社之參展成效, 復無法即時與國外固有客戶聯繫, 而致生損害長慶合作社等情。然據證人蔡雅玲於第一審證稱: 我發現電腦資料遭刪除(指「我的文件」夾及 outlook 系統均顯示無任何資料)後, 曾親自打電話詢問上訴人, 為何電腦裡面的資料不見了, 他跟我說如果是刪掉可能是誤刪, 如果我有需要, 他再把相關的資料 e-mail 給我; 後來上訴人就把那些資料跟圖片 e-mail 回來或存在隨身碟請同事帶回來等語。倘若無訛, 依其情形, 自無從證明上訴人之行為, 已「致生損害」於長慶合作社之結果。³³⁴

此外, 實務上亦有見解以未侵害原權利人營業上之秘密, 而認未「致生損害」者: 「詹孟龍指稱被告寄送之「四月公證案號表」、「如何辦理夫妻財產制契約登記」、「服務項目格式空白」、「辦理委託公證所須攜帶的證件」等四項電磁紀錄檔案, 其內容為相關問題之「問與答」, 或為辦理公證程序之說明, 且於詹孟龍事務所網頁或台灣台北地方法院網站上均可查得, 顯屬公開之資訊, 於客觀上難認屬於詹孟龍營業上之秘密。再依雙方簽訂之保密協定內容, 被告雖對於「服務期間所知悉一切公證上業務內容, 有絕對保密義務」, 但僅限定被告「不得將客戶資料與公證書攜出事務所」。而前述四項電磁紀錄並不屬於協定範圍內之「客戶資料與公證書」, 縱被告有將前述電磁紀錄以電子郵件方式寄出, 亦與違反「協定」不合。前揭四項電磁紀錄既非詹孟龍營業上秘密, 被告縱有該行為, 亦與違反「協定」不合, 不能證明已致生損害於詹孟龍。³³⁵」仔細觀察這樣的判決見解, 反映出對於妨害電腦使用罪的保護法益認定, 似乎集中在對個人利益造成減損的部分, 且概念包山包海, 從秘密法益的侵害到單純經濟價值的財產減損, 都可以認為是本罪章保護的範疇。

³³⁴ 最高法院 100 年度台上字第 6468 號裁判。同樣以無故遭取得、變更或刪除電磁紀錄之被害人為受損害之他人認定的判決, 可參考最高法院 100 年度台上字第 3375 號裁判、98 年度台上字第 3015 號裁判。

³³⁵ 最高法院 100 年度台上字第 52 號裁判。惟實務上亦有判決指出, 以刑法第 359 條去保護屬於民事訴訟範圍之營業秘密的爭執, 並不妥適, 詳見台灣台北地方法院 99 年度訴字第 356 號判決。

最後值得特別予以留意的是，實務有一些零星判決，似認為妨害電腦使用罪的保護法益，乃是「對於電腦系統登入管控機制之安全信賴」，例如：「內政部消防署電腦設備之差勤系統，係內政部消防署建立用以批核、管考所屬員工差假事宜之電腦系統，該電腦系統設備所儲存、列檔之人事差勤資料，必須輸入每一員工個人所保有之帳號（身分證統一編號）及密碼（共用原始碼為小「a」，員工可自行變更），員工個人或人事差勤管理者始可知悉該具有合理隱私期待之差勤資料，則如有人無故輸入他人之帳號、密碼，而入侵該電腦之差勤系統設備，進而取得他人儲存在該電腦系統中之人事差勤電磁紀錄，自足以破壞該電腦系統之登入控制機制，並生損害於該署屬員丙○○、甲○○對於電腦差勤系統登入管控機制之安全信賴性。³³⁶」

第二款 我國學說見解

相較於修法理由中略謂「保護之法益兼及個人法益及社會安全法益」，以及實務見解以「電腦系統之安全性」一筆帶過，學說上的討論相對豐富。關於妨害電腦使用罪保護法益的論述，在刑法第三十六章立法之後，興起了學界一片的討論聲浪，無論主張回歸傳統刑法的規制或是主張新型態法益的存在，都在嘗試尋找第三十六章的保護法益內涵。

第一目 不存在單獨的「電腦使用」法益

學者有從電腦的狹義定義出發，認為所謂電腦犯罪係指「行為人濫用或破壞電腦，而違犯的具有電腦特質的犯罪行為，而所謂的電腦特質是以違犯、追訴或審判是否需要電腦的專業知識為準。」然而卻擴張系爭犯罪的保護法益到財產法益以外的與祕密、文書相關的法益，且認為視情況得擴張至「超個人的非物質法益（例如行政管理、工商營運或工業生產系統等的圓滑運行）」，據此形成其界於狹義說與廣義說之間的折衷見解³³⁷。惟其同時指出，相較於德國刑法為了填補電腦犯罪所形成的刑法漏洞，分別制訂了保護財產法益的電腦詐欺罪（StGB §263 a）、保護資料使用權的資料刺探罪（StGB §202 a）、保護法律交往安全性與可靠性的偽造資料罪（StGB §269），以及保護資料與電腦的竄改資料罪（StGB §303 a）

³³⁶ 台灣高等法院 95 年度上訴字第 765 號判決。

³³⁷ 林山田，〈電腦犯罪之研究〉，《政大法學評論》，30 期，1984 年，頁 47-48。

與電腦破壞罪（StGB §303 b），並針對各罪的性質與其保護的法益的不同，分置於詐欺罪、妨害秘密罪章、偽造文書罪章與毀損罪章之中；我國有關電腦犯罪的刑事立法，則顯然欠缺整體性規劃，先是選擇將各個犯罪分置於各別相關之罪章中，之後卻又另設專章破壞原先預設的分散立法架構，造成現行立法體例的混亂³³⁸。由這樣的批評之中，本文大膽推論，相較於尋求電腦犯罪一致性的保護法益，氏其實更支持將與電腦有關的犯罪型態，拆散回歸相關原始犯罪中討論之；換句話說，處罰電腦詐欺行為的保護法益就等同於詐欺罪的保護法益，而處罰電腦資料竄改的保護法益，其實就是偽造文書罪章的保護法益。因此，在電腦犯罪中，如同單獨特設一個罪章被認為是立法體制上的錯誤，要找出單獨的、一致性的保護法益自然也是緣木求魚，且不具實益。

此外，類似見解指出，電腦犯罪所侵害的法益，和傳統犯罪類型的對象並沒有不同，僅僅只是犯罪手段上的差異而已。換句話說，其所翻新的，不是犯罪所侵害的法益，而是「前所未有」使用「電腦」和「網路」作為犯罪的工具³³⁹。因此，令現行刑法捉襟見肘的不是電腦犯罪的問題本身，而是「**物理的刑法**」難以適用到「**數位性的**」對象之上，故氏主張在刑法所宣示之「禁止在欠缺任何法律上理由的情況下、對他人的生命法益、身體法益、自由法益、名譽法益和財產法益加以侵害或使其陷入危險」的命題下，有沒有使用電腦作為犯罪工具之行為並不具有應罰性的爭議，重點應該是在於如何將構成要件要素之行為客體的用語由以往物理世界的概念，轉化為「**物理—數位雙棲**」³⁴⁰。因此，氏認為無須另外探求「電腦法益」，僅需將刑法中「財產」法益概念擴展至「電腦數據資訊處分權」即可，而在所謂「電腦數據資訊處分權」的概念開展之下，所保護的不僅是電磁紀錄的物理性持有，同時也包含對於該電磁紀錄使用內容之處分權³⁴¹。

第二目 保障電腦使用的安全

學說上有謂，無故入侵他人電腦的行為，無異是侵害他人個人資料最後的屏

³³⁸ 參見林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005年，頁550。

³³⁹ 參見鄭逸哲，〈「實害」與「危險」〉，《軍法專刊》，53卷5期，2007年10月，頁12。

³⁴⁰ 參見鄭逸哲，〈吹口哨壯膽—評刑法第三十六章增訂〉，《月旦法學雜誌》，102期，2003年11月，頁105-106。亦有論者指出，原有刑法體系即應付的現今電腦犯罪的前提，必須是先使若干科技概念化為法律語言，在法律規範與具體生活事實間，以涵攝出符合法規範事實的法律效果，參見，徐振雄，〈網路犯罪與刑法「妨害電腦使用罪章」中的法律語詞及相關議題探討〉，《國會月刊》，38卷1期，2010年1月，頁55。

³⁴¹ 參見鄭逸哲，同前註，頁109。

障，以及透過電腦所建立的網路秩序，故有必要立法對於無故侵入行為加以節制。然而在節制電腦使用安全與秩序的要求下，似乎宜對於法律所保護的法益重新思考，不應依個人法益或社會安全法益的分類方式，作為規範保護的指標，而應對於新制定的新興犯罪類型，「思考新的保護法益概念」，否則將陷入新制度舊思維的謬誤³⁴²。就思考新的保護法益而言，至少可以肯認該學說見解並不支持上述見解，將保護法益的概念拆散觀察，分別回歸原有相關罪章的想法；然而此一「新的法益概念」究竟為何，觀諸氏著全文，僅於討論入侵電腦行為時嘗謂「從規範本旨的觀察，其所保護之法益，主要係針對**電腦使用之安全**加以保障」³⁴³，似認為妨害電腦使用罪章所表彰全新的保護法益內容應為電腦使用之安全。然而如同上述對實務見解的批評，究竟什麼是「電腦使用之安全」，概念的說明仍如雲裡霧一樣模糊不清。

此外，亦有學者明白指出，妨害電腦使用罪之保護法益，應在**保護電腦使用之安全**，且此一法益屬於競合性或重疊性法益，除在保護社會大眾資訊之安全外，並兼及個人秘密及財產之安全，並以社會大眾資訊之安全為其主要保護法益，而以個人之秘密與財產安全為其次要保護法益。具體而言，電腦之用途甚廣，且在資訊處理方面為公私團體所仰賴與使用，如以不正當方法妨害其電腦之使用，將可能使不特定或多數人之權益遭受不測之損害，譬如個人資料外洩而被假造證件、公司商業機密外洩導致財產或商譽損失等，將對於社會大眾資訊之安全法益，造成極大之破壞性與危險性。此外，妨害電腦使用行為，亦可能使他人電腦或相關設備中所儲存之資料，例如未發表之著作或具有特殊創意之設計圖樣等，有遭受窺視、外洩或非法取得之危險，因此，妨害電腦使用之行為，同時也會對個人之秘密與財產法益造成不虞之損害³⁴⁴。

第三目 個人使用空間安心領域的期待

此外，學說有認上述對於傳統固有法益的堅持，是可以被挑戰的；其指出，依照人類對於電腦不同程度的依賴來看，以使用電腦的利益思考其保護的必要，只要能夠找到該利益破壞之行為所可能存在的刑事不法內涵，即可化解對於固有

³⁴² 參見柯耀程，〈刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論〉，《月旦法學教室》，11期，2003年9月，頁129。

³⁴³ 參見柯耀程，同前註，頁123。

³⁴⁴ 參見甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁538-539；同作者，《刑法各論（上）》，二版，2010年，頁422-423。

傳統法益的堅持³⁴⁵。然而，為了避免國家動用刑罰權的恣意擴大以及犯罪類型的氾濫，放棄對固有法益的堅持，不代表就可以直接把「使用電腦」本身看待成一個新興的生活利益，而直接在刑法典中創設一個全新的法益概念。因此，論者借鏡於刑法分則現有的法益類型，利用法益相似性的論證³⁴⁶，呈現使用電腦利益保護的必要性，並將保護法益界定在個人對於使用空間安心領域的期待。

本說以圓錐體模型為其論證的架構基礎，將電腦資料處理過程以及行為樣態（如侵入系統、進行窺視、機能干擾、複製軟體）作為平面、靜態的判斷條件，而將時間因素加入，做立體、動態的分析，進而架構出一個圓錐體模型，論者並指出圓錐頂端的階段利益即為妨害電腦使用罪章之基本利益原型，而破壞此一利益的行為型態是對電腦系統的「侵入行為」；換句話說，以「侵入」電腦的行為，此一性質上是種單純空間破壞的行為，作為電腦使用利益破壞的開始³⁴⁷。接著，論者將所謂的「空間」定位在，藉由科技的發展而產生的關係概念的支配空間，此一關係空間是人類透過交往工具的使用，對於傳統空間經驗的延續，性質如同憲法所賦予個人的使用空間排他支配期待。申言之，隨著電腦科技的發達，以及人類對於電腦運用的高度依賴，電腦的使用呈現出這樣的空間特性，而我們對於電腦空間所產生的安心領域的期待，正如同我們對自身住宅空間的安穩住居領域的期待一樣，就是電腦犯罪所欲保護的法益，只有在這樣的期待被確保的前提下，資訊擁有、隱私保障及財產利益等之放射利益才有可能繼續存在³⁴⁸。因此，只要行為人侵入了電腦所彰顯的概念空間，就破壞了我們對於空間的安心領域的期待。另有學者在論述刑法第 358 條之修正時，謂電腦的內部世界乃個人及機關資料的儲存所，因此電腦在現代的生活，無異成為隱私及秘密的堡壘，是以不論以任何方式任意進入他人電腦的行為，所觸及的往往是他人之隱私與秘密之侵犯³⁴⁹，概念上亦同上述安心領域的見解。

³⁴⁵ 參見李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145 期，2007 年 6 月，頁 75。

³⁴⁶ 氏著文章中所稱之「法益相似性」，實為西方哲學家維根斯坦（Wittgenstein），在其後期著作《哲學研究（Philosophische Untersuchungen）》中，所倡導的「家族相似性」（Familienähnlichkeit）概念；關於藉由「家族相似性」探求法益存在的應用可能，詳見氏著〈「家族相似性」探尋刑法典範之應用—以法益為核心〉，收錄於《刑事法學的新視野》，初版，2011 年 5 月，頁 144-145。

³⁴⁷ 參見李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145 期，2007 年 6 月，頁 77。

³⁴⁸ 參見李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145 期，2007 年 6 月，頁 78。

³⁴⁹ 參見柯耀程，〈刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論〉，《月旦法學教室》，11 期，2003 年 9 月，頁 118。

第四目 社會上對於網路安全的信賴感

最早在妨害電腦使用罪修法的研修過程中，即有學者明白指出，就妨害電腦使用罪章的保護法益，應該「跳脫現行法的思維模式而從其損害面重新定義法益的概念」³⁵⁰。學者更進一步指出，「無權接近電腦系統，雖有可能破壞安全措施，然而，單純接近會造成使用者本身安全上的憂心，此種憂心及危害不盡然是實害，有可能是危險狀態，對於此種網路安全功能，若有人嘗試去接近甚或進一步更改，所造成的後果應予重視。³⁵¹」本文以為，這種「憂心」其實就是一種信賴感的反射，就是一種對於我們所信賴的網路安全有可能存在危險的共同主觀感受。學者更有指出，「致生損害」此一用語表徵在刑法上的意義通常在於「信賴關係」的減損，而在電腦使用關係上可能存在的信賴關係，只有「對於電腦或網路使用上的安全秩序的公眾或多數特定人的信賴」³⁵²，亦即刑法設置妨害電腦使用罪章之目的，應在於保護人民對於電腦網路溝通系統安全的信賴感，屬於社會法益的一種，氏更進一步指出，具體個人的損害僅是認定此一信賴是否受到危害的關卡而已³⁵³。申言之，網路之間的溝通系統，本質上就是一種資訊交換的系統，社會大眾對之會產生信賴感並且因為此一溝通系統的正常運作而獲得利益，甚至有些利益，例如隱私權或財產，本質上就依附在此一系統之上，當系統遭受到破壞之際，這樣的間接利益也就會同時受到破壞，亦即表明了個人利益是間接的反射利益，而社會法益才是電腦使用犯罪主要侵害的利益³⁵⁴。

第五目 保障溝通程序的安全

此外，亦有學者認為電腦所具備最重要的功能，即在於資訊的處理與儲存，而處理、儲存資訊的目的就是為了要和他人進行資訊的傳遞與交流，因此電腦成為人與人之間互動的一種溝通工具，可以同時被理解為資訊通路的起點與終點。

³⁵⁰ 參閱法務部防制電腦（網路）犯罪相關法規研究小組第二次會議記錄，刑法有關電腦（網路）犯罪研修資料彙編，2002年12月，頁25，熊愛卿教授之發言。

³⁵¹ 參閱法務部防制電腦（網路）犯罪相關法規研究小組第二次會議記錄，刑法有關電腦（網路）犯罪研修資料彙編，2002年12月，頁29，熊愛卿教授之發言。

³⁵² 參見李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《台灣法學雜誌》，54期，2004年1月，頁244。

³⁵³ 參見李茂生，同前註，頁246-247。相同見解可見許恒達，〈資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益—評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，198期，2011年11月，頁245-246；氏指出，個人損害在妨害電腦使用罪的犯罪判斷上，只是判定社會法益有無損害的憑據（Indiz）而已並非損害本身。

³⁵⁴ 參見吳文君，《妨害電腦使用犯罪刑法規制之分析—以保護法益為中心》，國立台灣大學法律學系碩士論文，2010年，頁42。

從電腦作為溝通管道的功能性思考出發，電腦犯罪所要保護的法益應該是一種「保護資訊處理程序的安全、保護溝程序的安全」的觀念。申言之，電腦作為以一種人與人之間溝通的工具，現代社會普遍且廣泛的透過電腦與網路來進行資訊的流通與傳遞，而這樣的行為其實可以類比為道路交通行為，台北人要到高雄，可以選擇開車經過國道高速公路，也可以選擇搭乘火車或高鐵，這樣的交通管道反映在資訊的流通之上就是電腦及網路的概念；而正如同我們需要設置交通規則以及處罰規範來保障道路的安全，既然資訊權本身就是一種溝通的權利，為了保障社會大眾往來溝通的順暢，我們也必須設置規範以保障網路的安全、保障資訊傳遞的空間以及確保資訊處理的安全性³⁵⁵。申言之，使用電腦主要目的係以與他人交換資訊為前提而處理、儲存資訊，電腦作為處理、傳遞資訊之工具，成為現代社會中資訊通路的起點與終點，將使用電腦一事置於溝通網絡中來理解，即可認定本章係在保障電腦作為溝通管道的功能，而資訊處理程序及溝通程序安全之保護即為本章保護法益之內涵³⁵⁶。

本說以為，我國電腦犯罪規範的發展趨勢，係自實體權保障之觀念，轉變為程序保護的思維。蓋不論是單機電腦或是連線電腦，最終都可以簡化為「資料處理」的工具，而這種資料處理的目的，可能是涉及國家法益、社會法益或是個人法益，例如以電腦資料處理程序控制國家機密的保護、大眾運輸的運轉、或是個人的隱私、財產等情形。如果能夠確保資料處理過程的安全，對於其目的所涉的各種利益來說也將會是安全的。因此，資料處理程序的安全，是一種「程序」的保障，但同時也是一種實體權利，同時得作為刑法規範目的之保護法益，並將之歸類在集體法益的範疇中³⁵⁷。

第三款 比較法上的觀察

就相關電腦犯罪的規制，比較法上的觀察或許可以參考美國法、德國法與日本法的規範，然而考量我國法制係繼受歐陸法之體系，因此美國法上單純刑事政策的展現對於我們探究保護法益並沒有太多的幫助；而德國法並未設有專章規範，

³⁵⁵ 參閱第 14 屆政大刑法週會議記錄，許玉秀大法官之發言，2007 年 3 月，頁 20-21。

³⁵⁶ 參閱第 14 屆政大刑法週會議記錄，許玉秀大法官之發言，2007 年 3 月，頁 21。

³⁵⁷ 參見陳憲政，《電腦犯罪之法律適用與立法政策－保護法益之遞嬗》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006 年，頁 57-58。

基本上仍然把電腦犯罪的問題回歸到侵害傳統法益的問題去處理，僅著重於實體權利侵害的保障；相對於此，日本法的相關法制發展與立法經緯較貼近於我國實務，先是在 1987 年增訂部分刑法條文，規範「虛偽電磁記錄的製作以及電磁記錄毀損罪」、「利用電腦或電磁記錄損壞行為等而為的業務妨害罪」，以及所謂的「電腦詐欺不法得利罪」等三個行為類型，並規定了電磁紀錄的意義³⁵⁸，注重實體權利的保障。不過這樣的方向，在 2000 年 2 月通過並開始施行「不正連線行為禁止法」³⁵⁹，以特別法的方式規範的電腦犯罪的相關問題後，已經有了明顯的轉變。

查日本不正連線行為禁止法第 1 條開宗明義即規定，本法制定之目的在於「謀求藉由電子通訊線路所進行之相關犯罪的防止」、「維持因連線控制機能所實現之電子通訊秩序」以及「期望高度資訊社會之健全發展」而予以立法，欲確保資料通訊的安全性與信賴性，而將不正連線行為禁止法的保護法益定位性質上屬於一種新的社會法益，亦即「對電腦存取控制機能的信賴」³⁶⁰。學者指出，不正連線行為禁止法的重心在於新的犯罪行為類型的設定³⁶¹。根據該法第 3 條規定，所謂的不正連線行為是指「利用網路連線將電腦置於連線控制機能所限定的特定利用狀態下的不法行為」。其行為態樣可分為二種：第一，未得同意而輸入他人的識別符號；第二，以輸入識別符號以外的方法輸入訊息或指令，進而迂迴規避連線控制機能所為特定利用的限制。基本上這種行為類型並非各種傳統電腦網路犯罪，例如竊取、竄改資料的行為，或干擾電磁紀錄處理等行為的預備行為類型，而是單獨存在處罰入侵的行為類型。又依該法第 8 條規定，犯上述三種行為之處罰，處一年以下有期徒刑，或者五十萬日元以下罰金。

除上述禁止規定與罰則之外，日本立法者認為，為了防止電腦網路入侵行為的發生，僅以法律禁止及處罰上述行為並不完備，尚必須建立整個系統安全的防

³⁵⁸ 參閱李茂生，〈資本、資訊與電腦犯罪〉，收錄於《權力、主體與刑事法》，初版，1988 年，頁 201-202。

³⁵⁹ 亦有譯為「禁止不正進入電腦使用行為法」或「不法連線行為禁止法」。

³⁶⁰ 不正アクセス対策法制研究会稿，不正アクセス行為の禁止等に関する法律，2000 年，頁 20 以下，轉引自陳憲政，《電腦犯罪之法律適用與立法政策—保護法益之遞嬗》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006 年，頁 39；李崇偉，〈美、日、德三國網路犯罪相關法制之探討〉，《警大法學論集》，9 期，2004 年，頁 159；李茂生，〈日本不法連線行為禁止法簡介〉，《資訊安全通訊》，8 卷 1 號，2001 年，頁 56。

³⁶¹ 李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《台灣法學雜誌》，54 期，2004 年 1 月，頁 242。

禦環境。因此，該法第 5 條規定，為了促進系統安全的建立，法律上應明確要求系統管理者對不正進入電腦使用行為採取安全防禦措施³⁶²。綜觀日本關於不正連線行為禁止法的立法，側重於「對電腦存取控制機能的信賴」的保護，且並未有以行為人之行為致生任何危險結果為其要件，單純僅以侵入的行為存在即具備處罰的基礎，應屬抽象危險犯的立法模式³⁶³，可謂由實體權利的保障，更往前進一步到程序保護的面向，更能發揮完善保護法益之目的。

第四款 本文意見

針對妨害電腦使用罪的保護法益，上述學者間的見解看似眾說紛紜，惟本文以為，扣除掉沒有具體言明保護法益，以及認為電腦犯罪根本不存在特殊獨立保護法益的見解外，大致可以將保護法益的討論，區分成兩個面向出發作檢討，第一個思考面向是**積極的保護向外溝通的權利**，另一個思考面向則是**消極的保護向內所具有的隱私空間利益**。

首先，電腦與網路的發達，確實造成了隱藏在更便捷的資訊生活背後，腐爛而危險的犯罪型態；而這些利用電腦與網路特質所產生的特殊犯罪型態，考量到電腦資訊的快速流通，以及網路資訊傳播空間的不受限制，電腦犯罪的型態確實有與傳統一般犯罪不同之處，傳統法學的概念或許可以一時抑制過度的犯罪化現象，但絕對沒有辦法解決資訊被操控下的無限複製、無限增值的問題。因此，一方面我們不能假裝看不見科技對既有法律概念的衝擊，必須承認妨害電腦使用罪章增訂的必要性³⁶⁴，另一方面，當我們對電腦與網路溝通與傳遞資訊功能的依賴漸深，使電腦網路已經成為一種社會活動不可或缺的機制時，正視使用電腦本身已經是一種必須透過刑法的規制來加以保護的利益，是一種時代背景下的必然³⁶⁵。申言之，當我們在思考某些行為是否應該被入罪化時，真正牽動我們判斷的標準，是對於行為所侵害的人類生活利益，是不是已經產生有保護必要性的想法。而這

³⁶² 陳憲政，《電腦犯罪之法律適用與立法政策－保護法益之遞嬗》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006年，頁40。

³⁶³ 陳憲政，同前註，頁41。

³⁶⁴ 在此姑且不論是否本罪章中每一條犯罪型態都有其創設的必要，至少就妨害電腦使用罪章的增訂所反映出，立法者終於坦然面對資訊社會下對刑法所造成的衝擊，這樣的觀點揭露無論如何都是值得鼓勵的。

³⁶⁵ 將電腦犯罪入罪化的作法，並不是我國立法者所獨創，美國、日本、德國等先進國家都設有相關的處罰規範，從這一點也可以同時論證電腦犯罪規制的存在必要性。

樣的想法本來就會隨著新興工具的社會依存度以及人民生活利益侵害種類的不同感受而改變³⁶⁶。因此，強調電腦犯罪本身不具有特殊獨立保護法益的思考，無助於問題的解決且昧於現實，故本文不採之。

另一方面，認為電腦犯罪的處罰，目的在於保護個人對於電腦空間的排他支配的概念，並認為刑法第 358 條入侵他人電腦罪與第 306 條侵入住宅罪具有概念內涵上的類似性³⁶⁷，本文以為這樣的看法出發點誠屬正確，然而如果我們認為處罰妨害電腦使用罪的目的，僅僅在於個人空間支配的被破壞，其實說穿了保護的是個人空間，未經同意不得任意進入的隱私概念，類似的價值保護其實可以在刑法第 315 條妨害書信祕密罪中找到依歸；簡單來說，我們可以把破壞控制存取機制而侵入電腦的行為，理解為就像是破壞了文書信函的封緘保護而開拆文書一樣，非難的重點都在於「破壞並入侵」這樣的行為，所彰顯出的隱私秘密受到侵犯，那麼或許可以考慮針對第 315 條作客體的修正，或是在同一章節中增訂條文處罰之³⁶⁸。然而這樣的思考方向其實沒有反應出電腦，或這更正確的說是連線電腦，對於溝通和資訊處理的媒介特質。正如同本說所遭遇的最大批評即在於，如果我們認為妨害電腦使用罪非難的重點在於隱私的被破壞，那麼相較於同樣也是規制隱私破壞的侵入住宅，刑度卻有「三年以下」與「一年以下」如此明顯的差異³⁶⁹。而客觀上來講，侵入住宅所造成的隱私感破壞，應該高於僅僅只有侵入電腦本身；因此，一定還有什麼「很重要的東西」被侵犯了，才能夠合理的說明這兩年的刑度差益³⁷⁰。而本文以為這個「很重要的東西」，就是透過電腦對外的溝通管道的安全信賴。

本文以為，電腦犯罪所欲保護的法益，應該在於人民對於電腦網路溝通系統安全的信賴感。就現今的社會而言，電腦網路是連接過去與未來重要資產，更是資訊傳遞的高速公路，我們需要一個安全可靠的「交通」往來制度，讓社會大眾在透過電腦以及網路進行資訊的處理與溝通傳遞時，可以不用擔心秘密破壞與環境安全的憂慮。申言之，我們生活在現代社會中，社會成員的日常生活免不了要

³⁶⁶ 李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145 期，2007 年 6 月，頁 71。

³⁶⁷ 學說上有認刑法第 306 條侵入住居罪，保護法益實為透過住居自由所展現出的個人安心領域的期待，參見李聖傑，同前註，頁 78。

³⁶⁸ 基本上，本文以為單純對於「單機電腦」的侵入行為，就可以考慮以這樣的思考方向為依歸。

³⁶⁹ 刑法第 358 條刑度為「三年以下有期徒刑」，而第 306 條刑度僅為「一年以下有期徒刑」。

³⁷⁰ 參見第 14 屆政大刑法週會議記錄，李茂生教授之發言，2007 年 3 月，頁 32；李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《台灣法學雜誌》，55 期，2004 年 2 月，頁 248-249。

透過電腦或網路連線的方式，進行各種不同的交易或活動。而在碩大的電腦或網路體系中，我們每個人都僅僅只參與其中一小部分而已，不可能也不必要掌握所有的網路電腦活動內容。因此，我們必須期待並信賴這個電腦或網路體系，能夠提供功能穩定、不受干擾、內容正確的運作與處理機制，同時具有私密性、可靠性與正確性，否則就會影響到具體個人的生活安定。因此，為了應付現代社會的複雜化與多元化，社會成員對電腦與網路系統已經存有高度的信賴，並以之交易或從事社會活動的基礎，這樣的信賴具有獨立意義的需保護性；這種「**社會對電腦與網路安全機制的信賴**」，就是整個電腦犯罪所欲保護的法益，應該將其直接理解為社會法益，而不再僅僅只是個人法益的範疇³⁷¹。

第二項 入侵他人電腦罪之罪質

在為新增訂的妨害電腦使用罪章，定義其所保護的法益實為「公眾對電腦網路溝通系統安全的信賴」後，我們進一步對入侵他人電腦罪的構成要件要素做反省，就「電腦」與「其相關設備」的定義，學說固有爭執，惟與本文所欲討論之行為本質較無關聯，限於篇幅暫且省略之。

第一款 本條的基本結構

刑法第 358 條規定：「無故輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞，而入侵他人之電腦或其相關設備者」，其行為構成無故入侵他人電腦罪。依照條文用語，本罪應屬定式犯罪，亦即只有以「輸入他人帳號密碼」、「破解使用電腦之保護措施」或是「利用電腦系統之漏洞」的方式，侵入他人電腦，始構成本罪，若以其他方式入侵電腦者，並不能以刑法第 358 條相繩。例如 2008 年間鬧得沸沸揚揚的偶像明星性愛照片事件³⁷²，之所以流出千張與港台女星裸露不雅之照片，係因該偶像明星於 2006 年間將筆記型電腦送修，時硬碟內所存之不雅照片原已丟入資源回收筒並清空資料，惟遭不肖業者利用其專業

³⁷¹ 參見許恒達，〈資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益－評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，198 期，2011 年 11 月，頁 242。

³⁷² 相關案例事實經過可參考維基百科：陳冠希裸照事件，資料來源：<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%99%B3%E5%86%A0%E5%B8%8C%E8%A3%B8%E7%85%A7%E4%BA%8B%E4%BB%B6>（最後瀏覽日期 2012.05.15）。

知識，使用特殊檔案復原軟體將原已刪除的資料予以回復，這樣的行為，其實已經嚴重侵犯了被害人的隱私，或者是其對電腦的安心支配，然而由於業者並非以屬上述三種方法任何一種侵入他人電腦，因此基於罪刑法定原則，該行為並不構成刑法第 358 條無故入侵他人電腦罪³⁷³。同理，若以信件中夾帶病毒的方式攻擊電腦，但是沒有破壞電腦本身的防護措施，而是經由被害人自動的點閱信件並釋放病毒時，亦不該當本罪。

此外，從本罪之立法理由觀之，既謂「鑒於對無故入侵他人電腦之行為採刑事處罰已是世界立法之趨勢，且電腦系統遭惡意入侵後，系統管理者須耗費大量之時間人力檢查，始能確保電腦系統之安全性，此種行為之危害性應已達科以刑事責任之程度，為保護電腦系統之安全性，爰增訂本條。」是以本條適用的行為型態，僅限於惡意入侵的故意作為，不包含不小心侵害他人電腦網路的過失行為，以及單純不作為的方式。又條文用語採「入侵」而非傳統侵入住宅罪之「侵入」，應可理解為立法者有意將本罪之行為與傳統世界之概念加以區別，而採用較廣義的資訊世界之定義；因此，所謂「入侵」不似傳統世界中對侵入概念之定義，亦即必須介入到一定的空間範圍之內始構成侵入；而應認為，即使僅是有可能「接觸」到一筆資訊或是對系統進行存取的工作，均符合妨害電腦犯罪中「入侵」的概念³⁷⁴。

第二款 犯罪類型之定性

針對刑法第 358 條無故入侵他人電腦罪的犯罪本質，學說普遍認為，一有侵入的行為存在即構成犯罪，屬於行為犯的一種³⁷⁵。有謂既然妨害電腦使用罪處罰之對象係以不當手段妨害他人使用電腦之犯罪，因此，本罪之既遂犯，在構成要件要素之結構上，只須有入侵他人之電腦或其相關設備之行為存在，即足成立本罪，即妨害電腦犯罪性質上屬舉動犯，且有鑑於妨害電腦使用之行為，通常只要一經行為人實施，即可完成犯罪行為，性質上屬即成犯³⁷⁶。亦有學者指出，本

³⁷³ 然而，這樣的行為有可能會該當刑法第 359 條無故取得他人電磁紀錄罪，以及第 318 條之 1 洩漏使用電腦知悉秘密罪。

³⁷⁴ 鄭逸哲，〈吹口哨壯膽—評刑法第三十六章增訂〉，《月旦法學雜誌》，102 期，2003 年 11 月，頁 112。

³⁷⁵ 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005 年，頁 553；曾淑瑜，《圖解知識六法—刑法分則編》，一版，2007 年，頁 675。

³⁷⁶ 參見甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003 年，頁 537；同作者，《刑法各論（上）》，

條規範重點置於入侵行為之處罰，僅以侵入作為行為要件，至於侵入後是否發生損毀或是更動他人電腦記錄之結果，皆非本條所問，因此本條應屬於舉動犯之類型，亦即不需檢驗侵入後是否發生任何侵害之結果³⁷⁷。

惟就第 358 條究屬實害犯或危險犯而言，學說上則有所爭議，有學者認為，就隱私權的保障而言，行為之後仍然需要產生一定之實害結果，不能僅因「電腦」之故，即速斷的以為不容許任何的破壞或挑戰³⁷⁸。此外，亦有學者立基於保護法益是個人空間支配的概念，而認為侵入的行為本身已經對保護法益造成實害，故本罪應屬實害犯³⁷⁹。然而，亦有學者認為第 358 條所規範的入侵行為僅僅只是「危害」了電腦系統的安全性³⁸⁰，或是嘗試透過行為類型與行為對象的限定，確定行為所包藏的危險性³⁸¹，似乎都暗示了本罪實屬危險犯的本質。

第三款 本文意見

就無故入侵他人電腦罪本質上應屬行為犯這一點而言，可謂是毫無爭議的。首先從條文的結構用語判斷，僅要求以一定的行為形式，入侵他人的電腦或相關設備，即得成立本罪，並未要求一個在入侵行為之後，進一步附隨的利益減損結果。申言之，既然透過條文結構所顯示出來的非難客體，僅在於入侵的行為本身，而不在於電腦遭到入侵後，所可能伴隨之其內所儲存的電磁紀錄遭到隱匿、竊取、刪除或是任意更動內容或位置的結果，也不要求對於電腦網路系統本身進行攻擊或干擾的行為進而產生功能性的障礙，從這一點而言，「入侵」行為的存在本身就滿足了不法內涵的要求。

再者，從法益被侵害的可能出發思考，「入侵」的行為本身就已經使一般民

二版，2010 年，頁 426。

³⁷⁷ 參見柯耀程，〈刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論〉，《月旦法學教室》，11 期，2003 年 9 月，頁 123；相同見解可見曾淑瑜，〈刑法分則實例研習—個人法益之保護〉，二版，2010 年，頁 489。

³⁷⁸ 參見林冠宏，〈刑法妨害電腦使用罪章之研究〉，《刑事法雜誌》，50 卷 6 期，2006 年 11 月，頁 99。

³⁷⁹ 參見第 14 屆政大刑法週會議記錄，李聖傑教授之發言，2007 年 3 月，頁 32。

³⁸⁰ 蔡榮耕，〈Matrix 駭客任務：刑法第 35 8 條入侵電腦罪〉，《科技法學評論》，5 卷 1 期，2008 年 4 月，頁 126。

³⁸¹ 參見李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《台灣法學雜誌》，55 期，2004 年 2 月，頁 250。

眾對於電腦與網路安全機制的信賴，產生了破壞的可能，而一個對保護法益有侵害可能的危險行為，就已經填滿了刑事不法內涵的圖像，而具有可刑罰性。就「入侵」行為本身就具備有侵害法益的可能這點出發，本文以為，本罪性質應屬危險犯。蓋本罪既在保護社會對電腦與網路安全機制的信賴，由於信賴是一種對特定制度將有可預期功能的社會成員共同意識，故行為人的不法行為要達到造成信賴減損的效果，必須該行為現實上使得社會成員不再認同制度提供的安全效能或便利機制，並對制度產生不信任的共同意見，進而使得既有制度的功能從而萎縮的效果³⁸²。然而，行為人單獨的一個人入侵行為要達成這樣的制度萎縮的效果並不容易，甚至可以說是殊難想像，正如同我們都知道上述的偶像明星性愛照片事件，然而我們並沒有因為對資訊外流的恐懼，而停止使用電腦網路的行為。正如同 *Hefendehl* 在論證對制度的信賴可以作為一種保護法益時，所舉的例子：

即使今天，我平常上班時搭乘的電車發生了問題，但是我並不會因此就立即放棄這種我所熟悉的交通工具，雖然也許第二天早上，來到電車站的時候我的內心是略略感到不安的，但只要我還出現在電車站，就代表了此時此刻的我依然信賴電車這個交通工具。至於我的那些不安，對於是否信賴電車本身而言並不重要，因為這些不安的思緒並未改變我的行為³⁸³。

從這樣的思考出發，當我們並未因為一點點的不安感受轉變行為模式，亦即我們對於制度信賴的不安感並未累積到崩壞的臨界值，而還沒有跨過信賴到不信任之間的區分界線，換句話說，還沒有懷疑到不敢去用的程度，那麼在此之前，單純累積過程中主觀感受變動都不具有刑法上評價的重要性，亦即在臨界值兩側的細瑣繁雜變化其實都不具有重要性，都可以直接被漠視³⁸⁴。簡言之，輕微的個人損害尚無法證實社會上一般民眾對於電腦溝通秩序的安全感會受到現時損害，由此一立論為出發點，同時可以證立在「跨過界線」之前，客觀上都不存在對保護法益的「實害」，有的只是對法益破壞的「危險」而已，因此，無故入侵他人電腦的行為本質上應該是一種危險犯，而不是實害犯。

³⁸² *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 130ff

³⁸³ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 130.

³⁸⁴ 由信賴破壞的不是一蹴可幾的特質出發，學說明白指出，對於制度信賴破壞的犯罪類型，應該是一種「累積犯 (Kumulationsdelikte)」的概念。Vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 240f.

第三項 以適性犯的概念理解妨害電腦使用罪章

在確立了無故入侵他人電腦的行為本質上應該應屬無待實害之發生，僅須對保護法益產生危險即可發動刑罰權以之抗衡的危險犯類型之後，下一步要回答的問題就是，應該屬於哪一種危險犯？亦即，無故入侵他人電腦罪，究屬抽象危險犯、具體危險犯，還是本文所討論的適性犯？為回答此一問題，本文將從入侵電腦的行為本質，以及其行為與保護法益之間的關係，證立本罪應屬適性犯的結論。

透過日本法不正連線禁止法的規定觀察，應認為該法類同於我國刑法第 358 條，處罰重點在於「侵入行為」本身，而不在於侵入之後的可能產生的「結果」，實際上本質屬於一種重視行為不法的行為犯。申言之，刑法第 358 條處罰重點其實置於入侵行為本身的「危險性」，亦即無故入侵他人電腦以及連線電腦的行為，將會造成一般人「對電腦存取控制機能的信賴」的破壞危險，因為今天犯罪行為人既然可以隨隨便便入侵別人的電腦，那麼不知道哪一天，行為人也可以輕易的入侵你的電腦，而這樣的恐懼感將會破壞我們對於電腦以及網路連線作為溝通系統安全性的信賴。

就這一點而言，無故入侵他人電腦的行為，其實就是創造了一個危險根源，如果放任此一危險繼續向後蔓延發展，很可能會造成信賴法益侵害的結果產生，就**危險根源的創造**以及**對於法益侵害的未來性**而言，其實也可以透過適性犯的概念去理解刑法第 358 條無故入侵他人電腦罪。然而這樣的想法首先碰到的質疑，就是條文中並不存在有「足以生損害於公眾或他人」這樣的適合性條款用語。然而，正如同前面所說的，並不是任何的入侵行為都有可能造成公眾信賴的減損，而刑法條文中所規制的行為類型，必須蘊含著引起法益變動的能量，否則不能被認為是一個構成要件該當的行為，因此「入侵他人電腦，並足生損害於公眾或他人」的行為才是第 358 條無故入侵他人電腦罪，所真正應該且需要處罰的行為。因此，依照立法者原意，似乎欲將第 358 條定性在抽象危險犯，然而這樣直接的一種危險推定是否有據，本文抱持著懷疑的態度。與典型的抽象危險犯如刑法第 173 放火罪作比較，入侵他人電腦的行為，其實並不具有如同放火罪一樣具有典型危險性，亦即根據統計學上的大量觀察，就其行為手段、效果所及範圍、效果的持續性或蔓延性，以及不可控制性等，得以推斷如果對火源放置不管，下一步

就會產生對不特定人或特定多數人的法益侵害，這樣的一種典型危險性；甚至於妨害電腦使用犯罪中，對於社會大眾對登入控制機制或網路的連線機能有絕對的依賴，並要求藉由嚴密的保護滿足對於溝通秩序的安全信賴，這樣的一種社會現象，都單純是立法者的擬制³⁸⁵，因此在這樣的前提背景之下，加入適當的行為限縮要件，避免過於輕率的將所有的無權使用電腦行為皆予以入罪化，是避免刑法謙抑性被架空的不二法門。

此外，學說上亦有見解認為，在將保護法益認定為「公眾對電腦網路溝通系統安全的信賴」此一前提之下，在刑法第 359 條無故取得、刪除或變更他人電磁紀錄罪中，要達到法條上所言明的「致生損害」，必須要「已經出現信賴減損」的客觀事實，亦即，必須要社會大眾已經不再信賴電腦與網路制度，才可以稱得上有「損害」出現。然而鑑於超個人法益的損害往往欠缺明確的認定基礎事實，要證明客觀上已經有實際損害存在，以及行為與損害間具有因果關係，實屬不易；且如果等到社會大眾都已經不信賴電腦網路機制的時候，刑法始介入加以處罰，實際上刑法的保護法益機能已經完全喪失³⁸⁶；簡單來講，當我們都已經不再信賴此一機制的時候，還去保護「對此一機制的信賴」，就如同人都死了之後還聲稱要保護他的生命法益一樣的無稽。因此，學者認為應該調整第 359 條中的「損害」所代表的意義，從一種「信賴全面崩損」的社會狀態，改為「信賴足以崩損」的危險效果；亦即所謂的「致生損害於公眾或他人」，並不是指「社會成員已完全不相信電腦或網路具有資訊安全機能」，而是「該行為的外在效果，足以引起資訊安全的不信賴效果」³⁸⁷。本文以為，這樣的見解某程度可以認為，是把刑法第 359 條的犯罪本質從「實害犯」調整為「危險犯」，而且從「足以」的適性概念引入，更可以大膽的認為，刑法第 359 條也有解釋為「適性犯」的空間。

更有甚者，論者尚指出在第 359 條、360 條、第 362 條文設有「致生損害於公眾或他人」的結果條件，將使得原本以無故取得或是變更、刪除或干擾結果以外，更須再檢討是否有致生損害公眾或他人之結果，無異使此種規範方式成為「雙

³⁸⁵ 李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《台灣法學雜誌》，55 期，2004 年 2 月，頁 249。

³⁸⁶ 參見許恒達，〈資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益－評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，198 期，2011 年 11 月，頁 247。

³⁸⁷ 許恒達，同前註，頁 248。類似見解可見李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《台灣法學雜誌》，55 期，2004 年 2 月，頁 255。

結果犯」，使其性質成為獨立的結果性要件，並非妥適。故建議修改為「足以生損害於公眾或他人」此種性質上屬補強行為侵害性的認定，而非獨立結果要件的規範³⁸⁸。從這一點上，也可以作為本文把妨害電腦使用罪，往適性犯的領域解釋合理性的佐證。

綜上所述，本文以為刑法第 358 條無故入侵他人電腦罪，其犯罪行為本質應屬適性犯，於立法上，建議未來立法者可以在條文的結構中，加入「足以生損害於公眾或他人」的適性條款，藉以限縮行為可罰性的範疇，因此，單純輕微的、沒有影響公眾信賴可能的無權使用電腦行為，即不能以本罪相繩。



³⁸⁸ 參見柯耀程，〈刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論〉，《月旦法學教室》，11 期，2003 年 9 月，頁 127-128。結論上贊同柯氏見解者：徐振雄，〈網路犯罪與刑法「妨害電腦使用罪章」中的法律語詞及相關議題探討〉，《國會月刊》，38 卷 1 期，2010 年 1 月，頁 63-64。

第五章 我國刑法中的「偽適性犯」

本章節所要處理的「偽適性犯」是指我國刑法分則的犯罪類型中，形式上條文結構中使用了「足以」這樣的語言符號，但內涵上又與本文所定義的適性犯有所差異。例如毀損罪章中的「足以生損害於公眾或他人」，或誹謗罪的「足以毀損他人名譽」，此類犯罪於構成要件設計上附加了適性條款的犯罪型態，形式上觀之似乎應該被歸類在適性犯的範疇；然而，進一步深究該犯罪保護法益與行為之間的關係，卻又與前述所定義的適性犯有所不同，甚至根本不應該被放在危險犯的領域之中做討論。因此，本文在此試圖澄清這些犯罪的本質，並提出相對應的修正建議。

第一節 毀損罪章

我國刑法第三十六章毀棄損壞罪章中，第 352 條毀損文書罪的處罰規定是「毀棄、損壞他人文書或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者」，以及第 354 條一般毀損罪，規制「毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者」，二者條文用語中均含有「足以生損害於公眾或他人」這樣的構成要件要素，形式上屬於適合性條款之規定，然而是否可以因此逕將毀損罪視為一種適性犯，甚至是毀損行為是否僅對保護法益產生危險，抑或是根本已經造成實際的損害，本文以為都有檢討之空間。是故，本文延續一貫的論述邏輯，首先確認毀損罪保護法益的內涵，再分析毀損行為的本質，以得出毀損罪在犯罪型態上的正確歸屬，並由此提出修法之建議。

第一項 保護法益

由於毀損罪在我國刑法文獻上討論並不熱烈，其保護法益之論述上相對也較為匱乏，就刑法第三十五章毀損罪章保護之法益，從其罪章位置體系分析，至少可以確定是針對財產法益保護的規範，然而對於保護法益的具體內涵，學說上有

認為，普通毀損罪之保護目的而言，係在保護物避免受到減損而造成對於所有權人在財產上一種利益之損失，因此普通毀損罪所保護之法益為物之所有權，亦即為了避免對於所有權之侵害而設立之構成要件³⁸⁹。相對於毀損罪之保護法益單純為所有權之看法，亦有學者採所有人之所有權與物之持有利益之綜合見解，而認為毀損罪之保護法益應為**個人財物之利用價值與效用**³⁹⁰。惟亦有學者認為這樣的定義過於抽象，其指出毀損罪的犯罪行為，係對於財物，予以毀棄、損壞或致令不堪用；而使被害人之財物產生消滅、喪失持有、形體破壞或喪失財物之效用等結果。因此，毀損罪或係侵害他人對財物完整持有之價值，或係侵害他人對財物之利用價值。換言之，毀損行為，乃侵害物之持有人、所有人或其他對該物具有本權者，對財物之持有與利用之利益，因此毀損罪之保護法益，抽象而言，雖為個人之財產利益，然而具體而論，應係指**個人對財物完整持有與利用之利益**³⁹¹。

此外，亦有學者指出，毀損罪章之刑法條款乃在於保護財物不為他人之故意毀損行為所毀損，故本罪章之各罪所保護之法益即是**物之保全利益**³⁹²。

第二項 毀損行為概述

於財產犯罪的犯罪型態中，毀損罪是唯一處罰未對財物或利益加以移轉，而單純就他人財產進行破壞性攻擊之行為³⁹³。依照條文規定，毀損行為可分為毀棄、損壞與致令不堪用。「毀棄」在概念上是「銷毀」和「廢棄」的總稱，所謂「銷毀」係指消滅物之存在，亦即使物永久喪失存在之行為；而「廢棄」則非消滅物之存在，而係使他人永久喪失對物之持有，例如將他人之物燒燬，或將他人之物拋入大海中，或將他人的動物殺死；又所謂「損害」，乃施以有形的物理力，足使物之本體或外形毀滅或破壞之行為，亦即對物發生作用，使其物的性質、外

³⁸⁹ 參見陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版，1998年，頁424-425。

³⁹⁰ 周治平，《刑法各論》，初版，1968年，頁942。

³⁹¹ 甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁478-479；氏認為「財物之利用價值」與「財物之效用」，均為財物功能性格之描述，屬涵義重複之定義。結論上相同者，可參考郭棋湧，〈論毀損棄物罪之構成要件〉，《檢察新論》，9期，2011年7月，頁90；曾淑瑜，《刑法分則實例研習—個人法益之保護》，二版，2010年，頁459。

³⁹² *Wessels/Hillenkamp*, BT-2, Rn. 11f. 轉引自林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁535。相同見解可見：李聖傑，〈飛走的金絲雀—包攝錯誤〉，《月旦法學教室》，22期，2004年8月，頁22。

³⁹³ 甘添貴，《刑法各論（上）》，二版，2010年，頁397。

型及特定目的之可用性，較原來的狀態顯有不良的改變，例如刮傷他人之車門，或將他人住宅之窗戶敲破。

相較於毀棄和損害著重於物的外在形體變動或物理存在之影響，「致令不堪用」的概念則著重於功能面，包含毀棄、損壞之外，一切足令物之價值效用減失或減損之任何其他行為，亦即致令不堪用是對於物品功能之影響，凡足以使他人之物喪失其特定目的之效用，即使物品的外形或物理存在沒有影響，仍屬致令不堪用之行為。例如將不防水的手錶浸泡在水中，或在名畫或肖像上胡亂塗鴉，或是洗掉錄有特定聲音的錄音帶，或者將他人豢養於籠中的觀賞鳥類放走等³⁹⁴。

此外，一般認為「毀棄損壞」與「致令不堪用」是兩種平行的行為方式，行為人之行為僅需符合其中任一種形式，即該當毀損罪之要件。此係因考量毀棄、損壞之行為並不必然會影響到物之功能運作正常，而致令不堪用的行為也未必影響物之外形體態，而所生之當然解釋³⁹⁵。

第三項 「足以生損害於公眾或他人」之要素

第一款 學說意見

刑法第354條一般毀損罪與第352條毀損文書罪中，規定有「足以生損害於公眾或他人」此一要件，因此，毀棄、損壞或致令不堪用之行為，除須造成他人之物有形之滅失或形體破壞，而有害效用外，尚必須行為人之行為足生損害於公眾或他人，方能成立本罪。然而，既謂之「足生損害」而非「致生損害」，行為人之毀損行為只要足生損害於公眾或他人即為已足³⁹⁶。換言之，僅需行為有損害之虞，即足以該當此一構成要件，並不以行為實際上已生損害為必要。而就足生損害本身的解釋，有認指公眾或他人有可受法律保護之利益，因其毀棄、損壞、致令不堪用等行為，致有受損害之虞而言；亦有認為係公益或私益或公私之權義關

³⁹⁴ 甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁514；盧映潔，《刑法分則新論》，三版，2010年，頁730-732；林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁540-541；郭棋湧，〈論毀損棄物罪之構成要件〉，《檢察新論》，9期，2011年7月，頁94以下。

³⁹⁵ 參見盧映潔，《刑法分則新論》，三版，2010年，頁732。

³⁹⁶ 參見蔡墩銘，《刑法精義》，二版，2005年，頁622。

係，因毀棄等行為而蒙受不利益之影響，而在客觀上有發生損害之危險者³⁹⁷。然而，學說上有將「足以生損害於公眾或他人」此一要件，直接當成是「致生損害於公眾或他人」的翻版，將其當成是一種行為結果，作完全相同的解釋者³⁹⁸，進而認為行為人的毀損行為必須已經致生損害於公眾或他人，方能成立本罪。

此外，學者並指出在第353條毀壞建築物礦坑船艦罪中，由於建築物、礦坑與船艦對於社會大眾具有相當大的利用價值，且本身行為客體價值過高，如果予以損壞，不但會侵害到個人之財產法益，同時也有害於社會經濟，妨害他人利益之情形至為顯著，因此不需要另於條文中增設「足以生損害於公眾或他人」此一構成要件藉以判斷法秩序的動盪³⁹⁹。

相較於上述對於「足生損害」要件適用上的闡述，此一要件本身存在的適當性反而引起多數學者的質疑。持否定論的學者認為，針對毀損罪這樣一個侵害個人法益的犯罪，毀損行為本身業已造成行為客體喪失或減低全部或一部之效用，在解釋上應該是一個客觀上的實害結果犯，此與偽變造文書罪章中尚須透過「足以生損害於公眾或他人」此一要件，限縮刑罰前置化之下的刑罰範圍的概念並不相同⁴⁰⁰。申言之，毀損罪在犯罪本質上應該屬於實害犯，而不是危險犯，然而現行條文卻規定為「足以生損害於公眾或他人」，形式上觀之容易使人誤會為只要有「損害之虞」，即足以成立本罪⁴⁰¹，這樣的解釋與實害犯的概念有所扞格，且與毀棄、損壞或致令不堪用之行為之涵義，亦互相矛盾，故應予以刪除⁴⁰²。

此外，亦有學者認為，基本上刑法上「所有的」犯罪類型都應該是足以生損害於公眾或他人，因為如果某個犯罪構成要件所處罰的行為一開始就不足生損害

³⁹⁷ 甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁488。

³⁹⁸ 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁536；盧映潔，《刑法分則新論》，三版，2010年，頁727。

³⁹⁹ 李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《台灣法學雜誌》，54期，2004年1月，頁241。

⁴⁰⁰ 參見黃榮堅，《刑法的極限》，初版，2000年4月，頁324。

⁴⁰¹ 參見林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁537。

⁴⁰² 參見甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁494、515；同作者，《刑法各論（上）》，二版，2010年，頁402、411；相同見解：盧映潔，《刑法分則新論》，三版，2010年，頁733。另有學者雖支持毀損犯屬實害犯的見解，但是在結論上卻建議將「足以生損害於公眾或他人」修正為「致生損害於公眾或他人」，詳見林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁537。此外，亦有學者獨排眾議，認為第352條及第354條毀損罪屬具體危險犯者，參見曾淑瑜，《圖解知識六法—刑法分則編》，一版，2007年，頁663。

於公眾或他人，那麼這個制裁規範根本就欠缺了立法的正當性。從這一點出發，既然足生損害於公眾或他人是所有犯罪均應具備的共通性質，立法者就不應該將之特別添加在部分的犯罪類型中。在這些被附加上此要件之犯罪構成要件中，倘若原本之構成要件要素便已經將法益侵害之事實充分明確地描述出來，那麼添加此一足生損害之要素即屬畫蛇添足，甚至反而會造成適用上之困擾⁴⁰³，因此在結論上亦贊同刪除「足以生損害於公眾或他人」此一要素的見解。

相對於此，學說上亦有從「民事不法」（Zivilunrecht）與「刑事不法」（Kriminalunrecht）之間的區分界線出發，而對「足以生損害於公眾或他人」此一要素的存在正當性採肯定見解者。氏將第352條毀損文書罪與偽變造文書罪章相比，認為因文書系統具有確認內容與追索責任的社會機能，所以行為人恣意地以偽變造行為創造出虛假的文書一事將會侵害到社會法益；但若行為人不是創造出一個虛假的文書，而是單純毀損一個真正的文書時，因為只是消極地減損了一個透過文書所為的具體溝通，而不只是積極地創造出虛假的溝通，所以有時候這樣的行為僅僅只會侵害到特定個人間的溝通而已，因此才需要在毀損文書罪中加入「足以生損害於公眾或他人」的要件來判斷，是否毀損文書的行為足以引起社會大眾對於文書溝通系統安全性的信賴感的動盪，而能夠滿足刑罰權發動的刑事不法性⁴⁰⁴。相同的道理也可以運用在第354條一般毀損罪中，毀損器物的行為其實大部分都可以透過民法上侵權行為的規定予以解決，因此若要使被害人擁有刑事告訴的權利，則需要該當犯罪的結果嚴重到足以使得財產的保護秩序產生動盪一事，方可作為發動國家刑罰權的合理化根據，所以才會特別在條文中規定了「足以生損害於公眾或他人」的要件⁴⁰⁵。總體觀之，毀損罪章中的「足生損害」是判斷損害結果的嚴重程度，藉以符合刑法謙抑性的思想，故仍有其存在必要。

⁴⁰³ 蔡聖偉，〈從刑總法理檢視分別的立法〉，《月旦法學雜誌》，157期，2008年6月，頁282。

⁴⁰⁴ 參見李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《台灣法學雜誌》，54期，2004年1月，頁241。

⁴⁰⁵ 參見李茂生，同前註，頁241；相同見解可見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006年5月，頁7；氏認為「足以生損害於公眾或他人」係用以排除雖有物之實害，但沒有實質影響性之輕微毀損行為，用以限制刑事毀損的成立。

第二款 實務見解

我國實務上對於本要件之見解，通常都以文書或財物之「原所有人」是否受有財產法益之損害而斷，如台灣高等法院 101 年度上易字第 321 號決中，即認行為人砸毀被害人之水果攤，使攤位上陳列之蔬果被搗爛或散落一地，無法再販賣食用，其行為該當於損壞被害人所有之蔬果，進而足生損害於被害人。又於板橋地方法院 100 年度訴字第 165 號判決中，亦認為行為人僱用不知情之工人駕駛挖土機毀壞溪美市場之建物本體，同時破壞在其內各攤商承租之攤位及所有器具等物，因此足以生損害於各攤商。此外，台灣高等法院 97 年度上易字第 1841 號判決中，亦以行為人雇請不知情之工人將被害人家中，其所有之音響、冰箱、桌椅等家具運至垃圾場丟棄，足以生損害於被害人。

比較特別的見解可參考 34 年院解字 2852 號解釋：「某甲繳納報名費。投考某機關錄事。於入場領卷後。潛行出外將試卷毀棄水中。此項試卷。既經某甲領受。即非公務員職務上所掌管。該試卷本係專供某甲考試之用。其自行毀棄。亦於公眾或他人無所損害。自不成立何種犯罪。」似認為某甲毀損自己之所有物，且不足生損害於公眾或他人。惟對此一判決，論者有謂國家考選制度，並不容許應考人私自將試卷攜出毀損，否則應考人事後反以考試機關失職遺失試卷為由，質難考選之正當性，即足以生損害於公眾⁴⁰⁶，而不贊同此一解釋之見解。

第三款 本文意見

本文以為，究竟在刑法毀損罪章中是否有必要在毀損行為以外，再加入一個「足以生損害於公眾或他人」，或是「致生損害於公眾或他人」的要素，關鍵點在於毀損行為的性質本身，究竟是否對所欲保護的法益造成了現實的損害；進一步的分析，如果毀損行為屬於未對法益造成實際損害的危險犯，那麼我們就必須考量保護法益的重大性與行為伴隨的一般危險性，在完整法益保護與刑法謙抑性之間取得調和，進而透過此等要素去限縮成罪之空間；然而，如果毀損行為本身就已經對財產法益造成了具體的損害，而認為可以歸屬到實害犯的範疇，那麼既然客觀上已經產生的法益的實際破壞結果，此時藉由被害人的損失和痛苦，以及

⁴⁰⁶ 參見甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003 年，頁 493。

結果不法所表徵出行為人對於法規範漠視與敵對的態度，已經可以完整滿足刑罰權發動的要求，就不需要再透過「足生損害」或「致生損害」的要素去箝制刑罰權的提早啟動。因此，關鍵點還是放在毀損行為本質的認定上。

延續著上述對於毀損行為的定義，只要行為人的行為符合毀棄、損害、或者致令不堪用三種行為樣態之一，不論是造成物的滅失、破損或者導致功能失靈，對於行為客體的形式本體或功能效用都已經造成了損害，就損害業已發生這點而言，不論我們將保護法益認定為物的利用價值與效用，或是物之保全利益，就損害的存在而言，已經可認為對於保護法益造成了現實的侵害，因此，毀損罪在本質上應屬於實害犯⁴⁰⁷。然而，條文的設計上卻加入了「足以生損害於公眾或他人」，這種明顯屬於危險概念的用語，遂使得本罪在解釋應用上呈現非常弔詭的現象。首先，既然客觀上已經存在確確實實的損害了，那麼我們無論如何都可以找到因此受有利益減損的客體；舉例言之，當我們把某個人的跑車烤漆刮花了，先不論對社會公益有什麼影響，至少對跑車的所有人來講，這毫無疑問的「足生損害」了。此從實務的見解也可以看出端倪，如果「足生損害於公眾或他人」此一要件中的「他人」，並未排除原財產法益受侵害的被害人，那麼這個要件的存在可謂毫無價值，因為根本無法達成任何限制刑罰權的目的。

有鑑於此，另外一個可以思考的面向是，將原財產法益的被害人排除在此處的「他人」之外，而將「足生損害於公眾或他人」此一要素，當成是侵害社會公共秩序的門檻，著重於判斷是否行為人的毀損行為，除了造成特定對象的財產利益受到侵犯以外，同時還動搖了社會大眾對於保護法益的秩序的信賴感；換句話說，透過「足生損害於公眾或他人」此一要素的存在彰顯出民事糾紛解決與刑事制裁間的界線。本文以為，如此的修正確實可以為「足生損害」此一要素的存在必要性尋求一個出路，然而，這樣的說法等於把毀損罪的保護法益，從單純的個人財產法益，解釋成在物的保全利益之外，同時還另外附加了社會秩序的信賴。先不論這樣的思考方向是否適當，單就為何只有在毀損罪章中需要同時保護到社會的公眾信賴，而在竊盜、侵占或是詐欺等其他類型的財產犯罪中則不需要做相同的考量，本說的見解就已經無法自圓其說。再者，如果認為毀損行為以民事上

⁴⁰⁷ 學說上亦有明白指出毀損罪屬實害犯者：林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁537；甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003年，頁488；曾淑瑜，《刑法分則實例研習—個人法益之保護》，二版，2010年，頁469。

侵權責任的規範就可以解決，而無須動用到國家刑罰權，那麼我們應該思考的是毀損罪章本身除罪化的可能，而不是將之規定在刑法中，再透過「足生損害於公眾或他人」的要素，試圖去區分所謂程度輕微的毀損與損害結果嚴重的毀損行為，這樣的解釋只是徒增刑罰的不確定性。更何況，即便真的存在侵害利益極其輕微的毀損行為，而認為不具有施以刑罰的必要性，在刑事政策的選擇上，我們上可以考慮透過「可罰的違法性」的概念⁴⁰⁸，或是刑事訴訟法上微罪不舉的制度排除刑罰的適用，實無須違背刑法固有的體制，硬是在實害犯中加入危險概念的認定。

更進一步的思考，在不法具有層升性（*Steigerungsbegriff*）的前提之下，一個具備有民事不法，而得以民事規定懲處的行為，如果同時具有刑事的不法內涵，也就是具有應刑罰性（*Strafwürdigkeit*）的情況下，本來就可以在民事責任之外，同時再課以其刑事的制裁。我們以最不具有可罰性爭議的故意殺人行為為例，除了該當刑法第271條殺人罪之外，其實同時也成立民法第184條之侵權行為，行為人須負擔損害賠償責任，責任範圍則依同法第192條及第194條定之⁴⁰⁹；但是我們並不會因為有民法侵權行為的責任存在，就給予行為人免刑的優待。申言之，刑事責任的目的係制裁反社會性之行為，旨在防止將來犯罪行為之發生；重視主觀情事，以處罰故意為原則，過失為例外；而侵權行為之民事責任以填補損害為主要目的，原則上不區分故意或過失，有時甚至不以故意或過失為必要。又民事責任上之損害賠償，其目的在彌補因不法行為所生之損害，以回復社會之公正，故其基礎在於客觀之實害，以過去之事實為其客體；而在刑事責任則為刑罰，其目的在解消犯罪對國民生活基本價值之腐蝕作用，以維持社會秩序，故其基礎在於主觀之惡性，兼以過去之惡行及未來之危險為其客體⁴¹⁰；兩者之目的與考量基礎本有所不同，縱認具有手段之優先順序性，但既非互斥之概念，並不一定要硬性的二擇其一。因此，實沒有必要為了強調民事不法與刑事不法的分界，而在實害的犯罪類型中應加入本質上屬危險概念的「足生損害」要素。

⁴⁰⁸ 關於「可罰違法性」概念的介紹，詳見甘添貴，〈可罰的違法性之理論（上）〉，《軍法專刊》，38卷6期，1992年6月，頁2以下。

⁴⁰⁹ 侵害生命在民法上的評價上亦屬侵害人格權的一種，詳參王澤鑑，《人格權法》，初版，2012年，頁115-116。

⁴¹⁰ 鍾豪峯，《刑事不法與民事不法的分界》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2002年，頁18。

此外，如果接納上述的修正，將會使得「足生損害於公眾或他人」此一要素，在侵害社會法益的諸罪中，性質上是行為危險性的限縮，處罰意義在於公眾機制信賴破壞的可能性；然而在毀損罪章中卻僅僅是作為判斷損害結果的嚴重程度的標準而已。而對於使用相同語言符號的要素，在不同罪章卻給予不同的解釋與定義，對於體系一貫性（Folgerichtigkeit）的建立實有所妨害，且徒增犯罪類型建構的曖昧模糊與法律適用上的困擾。

綜上所述，本文認為毀損罪章的犯罪本質仍屬實害犯，並不會因為「足以生損害於公眾或他人」此一要素的錯置而影響其犯罪類型的認定，因此，毀損罪不會是本文所採的適性犯概念，卻使用了「足生損害」這樣的用語，徒具一個「偽適性犯」的虛殼假象，實無助於體系概念的建立，故建議刪除法條中「足以生損害於公眾或他人」的用語⁴¹¹。

第四項 小結

不論毀損罪的保護法益係在於個人財物之利用價值與效用，抑或是物之保全利益，毀棄、損害或致令不堪用的行為本身都已經對保護法益構成了現實的侵害，因此毀損罪章本質上應屬實害犯，而非適性犯的概念。故在其構成要件設計上，「足以生損害於公眾或他人」此一要素並不具判斷上的意義，且有混淆視聽之嫌，建議刪除之。

第二節 誹謗罪

刑法第 310 條誹謗罪規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪」，條文用語中有所謂「足以毀損他人名譽」的設計，形式上觀之似乎也是一種適合性的規範，遂產生是否誹謗罪本質上也是適性犯的質疑，為回答此一問題，我們依然必須從保護法益的界定出發，再透過對於「指摘或傳

⁴¹¹ 相同見解可見盧映潔，《刑法分則新論》，三版，2010 年，頁 733；甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，再版，2003 年，頁 515；同作者，《刑法各論（上）》，二版，2012 年，頁 402；王榮聖，〈論以「足以生...」為規範形式之犯罪內涵〉，《玄奘法律學報》，14 期，2010 年 12 月，頁 50。

述足以毀損他人名譽之事」的解釋，為誹謗罪尋求其合適的類型歸屬。

第一項 保護法益

誹謗罪保護的法益究竟為何，一向是學說百家爭鳴之地，由刑法第二十七章章名「妨害名譽及信用罪」觀之，至少我們可以確定誹謗罪應在於保護「名譽」，然而什麼是「名譽」，「名譽」又如何能夠被侵害，都是論及名譽在刑法上保護範圍時，不得不究明的根本問題。而由於「名譽」概念的抽象不確定性，學說也發展出各種不同的見解，大抵而言，名譽乃指社會客觀上對於個人之肯定與尊崇，及個人主觀上榮譽感之複合概念⁴¹²，亦即名譽是指個人人格在社會生活中所受到的社會評價⁴¹³。申言之，名譽與人格權息息相關，名譽乃他人對於特定對象的屬性所予的評價，而建立該特定對象的所有價值於人類社會的承認之上。然而如此抽象的說明，對於「名譽」的內涵仍難以一窺，故茲就學說更進一步的論述整理如下。

第一款 社會名譽

早期受到日本學說的影響，學者常以「內在名譽」、「外在名譽」以及「感情名譽」的涵義區隔作為出發點。並認所謂「內在名譽」係指客觀存在於人的內部價值，又稱「真實名譽」，為一個人真實的人格價值，屬於絕對價值，完全不受外界褒貶的影響。換言之，此一價值乃是人生而有之者，而後因個人的稟賦際遇不同而各有差異，它指涉的是個人的品格能力，例如道德內涵、學問多寡等，是客觀上實在的價值，非外界之毀譽所能左右，也超越個人主觀名譽意識與名譽感情之影響。而「外在名譽」係指社會大眾對某人的社會評價，即一般所稱「名聲」、「風評」、「聲望」等，此種名譽即外界的褒貶，屬於相對價值，經常有所損益，不論個人本身真正的價值為何，社會大眾對其必有一定的價值判斷，是以此種來自他人的評價，與被評價者本身的真正價值未必相符。而「感情名譽」乃指某人對於社會就其人格價值所為評價的主觀感受或反應，名譽感情與外部名譽皆為評

⁴¹² 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁256。

⁴¹³ 李聖傑，〈論刑法對於虛擬人格的名譽保護—評臺灣高雄地方法院刑事簡易判決九十八年度審簡字第六一一六號〉，《月旦裁判時報》，4期，2010年8月，頁111。

價的名譽，與內部名譽的客觀性與超然性有別；不同者在於名譽感情是指個人基於社會對其人格價值之評價，而對自己所產生的喜怒好惡及自我評價。

簡言之，「內在名譽」係個人真實的人格價值，獨立於他人評價之外，屬於絕對的價值，既無從自外部加以侵害，應認非屬刑法法益所保護之範圍內；相對於此，「感情名譽」與「外在名譽」皆屬於相對價值，不論真實之人格價值為何，每因外界褒貶而有所影響，而其既得自外部加以侵害，且影響到社會生活關係，就應該被列入刑法法益保護之範圍內；因此，保護個人對於社會就其人格價值所為評價之主觀感受或影響的「感情名譽」，應為公然侮辱罪之保護法益，而從社會評價直接動搖個人品格，且會招致個人生活之重大不利益關之，社會對個人人格價值所為之評價之「外在名譽」，應為誹謗罪所保護之法益⁴¹⁴。

第二款 規範的名譽概念

德國法上有所謂規範的名譽概念（*normativer Ehrbegriff*），係指名譽法益是以人格尊嚴（*Personenwürde*）為基礎，且符合個人正當要求之尊重價值，而從個別個體的道德、倫理舉止，衍生之個人就其人格被尊重的價值，建立在這樣的基礎上之人的內在價值（*innere Wert*），或者由此推導出的每個人所應享有的尊重請求權（*der daraus folgende Anachtungsanspruch*）⁴¹⁵。此說主張，名譽是「免於人格體現價值的瑕疵」，是一種消極的名譽，是每個人基於其身為人的屬性本質而具有的人格體現價值，和自身的社會條件、成就、能力均無關。換句話說，規範的名譽概念理論是希望在刑法中建立起一個符合平等原則的名譽概念，把名譽保護視為尊嚴保護的一環。由於日常生活中的名譽評價包括成就、才能、社會地位，都不是做為人的普遍價值，因此規範概念理論把這些價值選項排除，並且選擇直接訴諸「人格體現價值（*personale Geltungswert*）」或者所謂的「人格完整性」。然而，由於「價值」是無法被觸及，也無法被侵害的；因此，規範概念理論訴諸於「由內在價值推論出來的尊重請求權」，對此我們可以簡單地做這樣的解釋，規範概念理論把「內在價值」予以權利化，主張人有一種「尊重請求權」，

⁴¹⁴ 參見甘添貴，《刑法體系各論（第一卷）》，再版，2001年，頁410-411；同作者，《刑法各論（上）》，二版，2010年，頁159-160。

⁴¹⁵ *Schöblier, Anerkennung und Beleidigung*, 1997, S. 23; *Hirsch, Ehre und Beleidigung*, 1967, S.29. 轉引自徐偉群，《論妨害名譽罪的除罪化》，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005年，頁21。

正如同人有財產權一樣，對人表達不敬的意思就是「侵犯」了「尊重請求權」，也就等於侵犯了人的「內在價值」，進而侵犯的刑法所欲保護的名譽⁴¹⁶。

第三款 資訊環境的健全

學說上有認，在今日價值多元的社會上，對人的評斷基準也有所不同，很難描繪出一定的社會評價⁴¹⁷。申言之，在價值多元的社會中，社會評價也應該是各式各樣的，一個人可能同時存在複數個不相等的社會評價，例如對老闆來說，我可能是個不認真工作而且不思上進的員工，但同一時間對於我父母來說，我可能又是一個積極進取又有遠大目標的好孩子，那麼到底哪一個才是我們要保護的社會評價呢？此外，處在於整體社會之中，人的社會評價無時無刻都有可能產生變動。因此，基於社會評價的不確定性與其本質上屬因人而異的主觀感受，保護某個特定時點某人的評價其實沒有意義。

而在現代社會中，人與人的來往互動頻繁，而我們對於彼此的看法與觀感，亦即對於特定人的人格價值認識，取決於與每個人的人格價值相關聯的資訊環境，也就是社會的資訊狀態⁴¹⁸。主張本說之學者指出，我們生活在現代都市化社會，人們對直接接觸的資訊，或媒體傳達的資訊都有相當的依存度。而此訊息化的環境，可稱之為「準環境」或「擬似環境」，這與客觀的現實環境是不同的概念。只是，人們並無法檢證兩者的差異，「擬似環境」也就成為環境的一部分。而人與人的來往訊息，對彼此之間抱持的態度為何，通常與該社會中相關資訊的存在程度有關。換言之，這種資訊狀態如果惡化，別人對自己的評價將會降低。因此，此種資訊狀態對自己而言，是一種重要生活利益⁴¹⁹。所以，將其認定為刑法的保護法益，當具有合理性，並據以論證誹謗罪所保護的法益，就是資訊環境狀態的健全。

⁴¹⁶ Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, 1967, S.29f. 轉引自徐偉群，〈論妨害名譽罪的除罪化〉，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005年，頁23。

⁴¹⁷ 町野朔，〈名譽毀損罪とプライバシー〉，《現代刑罰法大系》，初版，1982年，頁305；轉引自謝庭晃，〈妨害名譽罪之研究〉，輔仁大學法律學研究所博士論文，2005年，頁124。

⁴¹⁸ 平川宗信，〈名譽毀損罪と危険概念－危険犯說の問題点と侵害犯說の展開－現代刑事法－その理論と実務－〉，《現代刑事法》，4卷1號，2000年1月，頁29；轉引自謝庭晃，同前註，頁125。

⁴¹⁹ 平川宗信，同前註，頁29-30；轉引自謝庭晃，同前註，頁125。

第四款 本文意見

第一目 「名譽」概念的死胡同

就誹謗罪的保護法益，通說採取所謂「外在名譽」的概念⁴²⁰，其實相當類似於德國法在 19 世紀末期所盛行的「聲望說 (gute Ruf)」，本質上屬「事實的名譽概念 (faktischer Ehrbegriff)」。「聲望」並不代表人的人格，也不等於人的尊嚴；相反的，「聲望」或者「外在名譽」代表的是一種階層社會的產物，一種「身份的」名譽概念 (ständiger Ehrbegriff)，一種社會特權 (Prestige) 的象徵，甚至經常只是一種虛榮 (Ruhm)⁴²¹。此說與現代思維中強調每一個人，基於人的屬性本質，而非基於其他外在條件，都應該享有平等尊嚴的觀念不符，且一個單純的外在表象事實，並不具備刑法的保護必要性，因此本文不採之。

而針對所謂「規範的名譽概念」，先不論其理論論述基本上建構在，所謂「內在價值」、「內在名譽」或是「人格價值體現」，這些極度抽象的概念其存在本身就是一種形上學的假定了；本說面臨最大的問題點還是在於，當我們把名譽的概念內化成一種「尊嚴」，或是一種內在的「價值」，這樣的概念本身就是無法被觸及的 (unantastbar)，又要如何被侵害？如此高度抽象的理論，只會使得法學上的建構，和存在於社會關係中的真實的經驗現象之間，形成過大的落差，而喪失其理解和被操作的可能⁴²²。而從內在價值中「推論」出的「尊重請求權」基本上也會碰到相同的問題，首先這個「推論」的本身就已經令人費解，再者如果名譽利益是無法被侵害的，那麼為什麼還要禁止不敬的表示呢？而如果侵害到尊重請求權的時候，價值並不會同時被侵害，那麼又怎能說價值是請求權的基礎呢⁴²³？此外，「請求權」本身要如何被侵害，又是另一個令人費解的問題，例如債權人秉持著債之關係而生的請求權，向債務人要求給付，經債務人拒絕並喝斥「你沒有請求權！」時，或許我們感受到了拒絕，但「請求權」本身仍然毫無瑕疵的存在，又如何能說他被侵害呢？綜上所述，本文以為德國法上所謂「規範的名譽概

⁴²⁰ 結論上採外在名譽說者：蔡墩銘，《刑法精義》，二版，2005 年，頁 589；甘添貴，《刑法體系各論（第一卷）》，再版，2001 年，頁 425；同作者，《刑法各論（上）》，二版，2010 年，頁 160；黃仲夫，《刑法精義》，二十七版，2011 年，頁 687；以及林東茂，《刑法綜覽》，六版，2009 年，頁 2-88，氏認為保護法益係「社會聲望」。

⁴²¹ 徐偉群，《論妨害名譽罪的除罪化》，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005 年，頁 19。

⁴²² 更進一步的批評可見徐偉群，同前註，頁 24。

⁴²³ Wolff, Ehre und Beleidigung, ZStW 81 (1969), S. 890；轉引自徐偉群，同前註，頁 24。

念」，也不能為誹謗罪的保護法益提出堅實的立論基礎。

從「外在名譽」和「規範的名譽」觀點被推翻而言，我們可以發現一個不證自明的事實，從抽象的「價值」或者「社會評價」出發，企圖尋求誹謗罪保護法益的實質內涵，這樣的嘗試無論如何都是失敗的。然而，從我國大法官釋字第509號解釋，曾謂「為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制」，似乎認為誹謗罪所保護的利益除了名譽以外，同時包含了「隱私」的觀點在內，因此，我們或許可以考慮從「隱私權」保護的觀點出發，為誹謗罪的保護法益尋求另一條出路。

第二目 「隱私」概念的重新出發

憲法上所保障的隱私權 (right to privacy) 保障的內涵主要是「個人生活的私密」或者「私生活的自由」，且學說普遍認為隱私權不只保障個人私生活的安寧，應該還可擴及到個人尊嚴與個人自主性的層次⁴²⁴，亦即隱私權大略可以區分成兩個面向，消極面保護「免於被他人任意的觀看或探知」，積極面保護個人「有免於資料不當公開的自由」以及「對自己的資料蒐集、輸入、累積、流通、使用，有完全決定及控制的權利」，即所謂的「資訊自決權 (*Informationelle Selbstbestimmung*)」⁴²⁵，本質上屬於個人「自主決定權 (*Recht auf Selbstbestimmung*)」之一部分。學者更進一步的指出，現代隱私權的內涵可包括以下三個內容：基於憲法而生的秘密通訊自由的隱私利益、本於安適生活的需要，求為不受干擾的「隱私」利益，以及基於現代自動化資訊處理的發達與普遍，為控制自己資料的「隱私」利益。其中不受干擾的「隱私」利益，依照美國侵權行為法的大師 *William Prosser* 所主張，又可細分為對於他人生活安寧的侵犯 (*Intrusion upon the plaintiffs seclusion or solitude, or into his private affairs*)、使他人處於被公眾誤解的處境 (*Publicity which places plaintiff in a false light in the public eye*)、揭發他人私生活中不願意為人所知悉的事實 (*Public disclosure of embarrassing facts about the plaintiff*)，以及基於自己利益冒用他人的姓名或肖像 (*Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness*) 等

⁴²⁴ 針對隱私權概念一般性的說明，可以參見許志雄等合著，《現代憲法論》，二版，2000年，頁237以下；李惠宗，《憲法要義》，五版，2009年，頁334。

⁴²⁵ 參見李震山，〈論資訊自決權〉，收錄於《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，初版，1997年，頁709以下。

四大類不同的侵權行為⁴²⁶。

此外，大法官在釋字第 603 號解釋中，業已明白宣示「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」

從上述隱私權保障的實質內涵觀之，可發現無故揭露他人不願被他人所知悉的事實，或是傳達錯誤的資訊使他人產生錯誤的人格認知，這樣的行為本來就可以被認為是一種隱私權的侵犯。取鏡於上述保障「資訊環境的健全」的部分見解，應認為透過公開的資訊狀態中流動而可觸及的資訊，我們可以建構出對於某個特定對象的認識，並以這樣的「認識」為基礎，進一步產生主觀的「評價」，簡單的說，人是活在別人的意見之中的，人格的存在也依賴著別人的意見產生⁴²⁷，所謂的名譽，其實不過就是做為觀看者的一種意見匯整，進而部分或者完整的組成個人的人格圖像（*Persönlichkeitsbild*）⁴²⁸。申言之，所謂「名譽」的概念就是我們透過資訊的自主控制，顯露在外的一種共同主觀的外在圖像。而這樣一個依賴別人意見而生的人格現狀，很容易受到資訊環境中流動的資訊所影響，如果每個人都無法充分控制所組成圖像之正確性以及預測他人利用的可能，將會嚴重妨害個人人格發展的健全，並可能損及公益⁴²⁹。從這樣的觀點出發，本文以為，妨害名譽罪所要保護的法益，其實就是從社會生活領域上的資訊流通環境的健全，藉以保障個人完整自由的人格圖像塑造，所衍伸出來的個人資訊自主控制權，本質上屬一種隱私與名譽複合的概念。

⁴²⁶ William Porsser, *Handbook of the Law of Torts*, 2nd ed., 1955, p389；轉引自張國清，〈隱私權保護概念的比較探討〉，《全國律師》，5 卷 6 期，2001 年 6 月，頁 5。

⁴²⁷ Schöbler, *Anerkennung und Beleidigung*, 1997, S. 46；轉引自徐偉群，〈論妨害名譽罪的除罪化〉，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005 年，頁 29。

⁴²⁸ 參見程明修，〈資訊自決權—遺傳基因訊息〉，《法學講座》，19 期，2003 年 7 月，頁 3。

⁴²⁹ 自主決定自由是一個以人民之行為能力與參與能力，作為前提建構之自由民主共同體之核心運作條件，同時具有公益的性質，參見程明修，同前註，頁 4。

申言之，隱私在社會關係之中被認為是一個溝通的過程，隱私權的重要性展現在形成自身與他人隔絕的屏障，亦即一個空間，而可以正當拒斥外界的窺視，控制對資訊流向與揭露範圍。在這樣的理解下，隱私的意義就不止於傳統學說定位的「獨處的權利」，僅著重個人的物理空間概念，強調拒斥外界的干擾；而是藉由空間概念的重新理解，可發現隱私還有「不干你的事」的面向，亦即包含個人對其自身資訊的決定，包括資訊的流出與流入管控⁴³⁰。學者亦明白指出，透過隱私空間的辯證，可以合理地說明何以資訊的自主控制已經並且應該被包涵在隱私的概念之中。而個人人格形成的需求發展出的不受外界干擾的隱私概念，就是個人資訊自主控制的基礎⁴³¹。

這樣的見解其實也非本文所獨創，日本學說上即有將表現自由理解為，基本價值置於自我實現，而受自我統治的價值所支持，亦即透過自我統治的價值所被保護的資訊或言論的範疇，和透過自我實現的價值所被保護的資訊或言論之範疇視為是同一個領域，互為一致⁴³²。這樣的觀點其實某種程度上也是融合了個人資訊自決以及社會名譽的概念，至少此二者有一定程度上的重疊，可茲作為本文保護法益論證的基石。

第二項 指摘或傳述足以毀損他人名譽之事

依照我國刑法第310條之規定，指摘及傳述行為皆屬誹謗罪之實行行為；所謂「指摘」，乃指示摘發，即就某種事實予以揭發之行為；而「傳述」行為，則為宣傳轉述，即就已揭發之事實予以宣傳轉述的行為⁴³³。依照上述的定義可知，指摘者，是處於事實揭發的來源，而傳述者則居於傳達事實的地位；前者，如同主動報料的第一人，後者，則如報章媒體、街頭巷議等。

所謂「足以毀損他人名譽之事」，係指行為人所指摘的事實必須是足以對他

⁴³⁰ 參見葉俊榮，〈政府資訊公開與隱私權：司法對基本權利的脈絡論證與空間構築〉，收錄於司法院大法官一百年度學術研討會－憲法解釋與隱私權之保障，100年12月，頁97。

⁴³¹ 參見葉俊榮，同前註，頁97；類似見解可見劉靜怡，〈隱私權的哲學基礎、憲法保障及其相關辯論〉，《月旦法學教室》，46期，2006年8月，頁43。

⁴³² 參見大沢秀介，〈共和主義的憲法論と表現の自由〉，收錄於《芦部信喜先生古稀祝賀－「現代立憲主義の展開」》，1993年；轉引自李仁森，〈表現自由與名譽毀損－評台灣高等法院九十一年度上訴字第一〇八三號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，113期，2004年10月，頁238。

⁴³³ 甘添貴，《刑法體系各論（第一卷）》，再版，2001年，頁427。

人社會評價產生侵害或危險的效果，亦即足以使被指述人受到社會一般人負面的評價判斷。也就是說，如果他人知道該指摘的事實之後，對特定人的名譽將會有不利益的變更之意。其次，行為人只要對於足以損害他人名譽之事有所認識，且知悉就其所認識之事加以指摘或傳述，足以毀損他人的名譽，而指摘或傳述此事，即具有誹謗之故意，而符合主觀構成要件之要求⁴³⁴。

又既謂行為必須對法益產生侵害或危險，所以行為人所指摘的具體事實必須是足以對他人社會評價產生侵害或危險的效果始可，則此事實必須是與一個人的社會評價相關。因此，一個人的行為、業績、情操，或者是道德價值、社會價值等皆是考慮的因素。也就是說，包含一切可使他人社會評價降低的事實皆屬之，不限於惡事醜行，也不限於現實上可以檢驗的事項，也就是說，不只是真實的事項，虛偽的事項也可能侵害一個人的社會評價⁴³⁵。惟若以此一行為人所指摘或傳述之事實，僅行為人或被指摘傳述之人認為會減損其聲望評價，而以社會一般人之角度觀察，並無此種可能時，則誹謗罪構成要件即不該當⁴³⁶。

此外，行為人所指摘或傳述之事須為具體之事，換句話說，行為人所指摘或傳述的事項，必須具有足以損害被害人名譽的具體事件內容，始有誹謗行為可言；否則，行為人假如針對特定事項，依其個人的價值判斷而提出其主觀的意見與評論，縱其批評內容足令被批評者感到不快或影響其名譽，則仍非屬本罪的誹謗行為⁴³⁷。而到底行為人所說的話是否屬於具體事實的指摘，應該就行為人使用語言時的背景及行為人使用語言的語氣方式，來判斷其是否足以使人認為行為人所陳述者可能是一種事實；簡單來講，行為人所陳述事實的明確程度只要足以使人認為真有其事，就已經符合具體事實指摘的要求⁴³⁸。

⁴³⁴ 王怡今、錢建榮，〈不可能的任務－談檢察官對於妨害名譽罪的舉證責任〉，《月旦法學雜誌》，133期，2006年6月，頁47。

⁴³⁵ 參見甘添貴，《刑法體系各論（第一卷）》，再版，2001年，頁428。

⁴³⁶ 參見鄭逸哲，〈解剖誹謗罪之構成要件－評析台灣高等法院八十七年度上易字第六二二九號判決〉，《月旦法學雜誌》，83期，2002年4月，頁244。

⁴³⁷ 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，2005年，頁261。

⁴³⁸ 參見黃榮堅，〈最近刑事判決研究－言論自由權的行使之刑法上的界限〉，《法律學刊》，23期，1992年5月，頁201-203。

第三項 本罪之規範類型

就誹謗罪的犯罪類型歸屬，究屬危險犯或實害犯，學說素有爭議，分述如下。

第一款 危險犯說

我國學說上多數意見，皆以是否妨害被害人之社會評價，造成其名譽受損，在舉證、認定上相當困難，且為了認定侵害事實，必須再侵害名譽法益一次，而認應將誹謗罪解釋為危險犯的類型；此外，亦有認法條用語既謂「指摘或散布足以毀損他人名譽之事」為犯罪構成要件，則當然可得出本罪性質上屬危險犯的結論⁴³⁹。故只要有足以對社會名譽或主觀名譽發生危害的行為，即可成立犯罪，並不以現實上的侵害為必要。然就誹謗罪應屬抽象危險犯或具體危險犯，則多有爭議。有認妨害名譽罪的罪質應屬抽象危險犯⁴⁴⁰，僅須行為人實施足以損害被害人名譽之行為，即可成罪，不以所保護之法益發生實害為要件，亦不以發生具體危險結果為必要。另有認應屬具體危險犯者，行為人除有毀損名譽之行為外，尚必須具體判斷誹謗內容的殺傷性⁴⁴¹，更有學者進一步認為，刑法第310條其實是一個倒裝句，原文應為「意圖散布於眾，指摘或傳述事實，而足以毀損他人之名譽者，處...」，因此認為誹謗罪應屬具體危險犯，以他人名譽陷於毀損危險作為構成要件結果⁴⁴²；實務上亦有採相類似見解：「而刑法第三百十條誹謗罪之成立，除行為人主觀上意圖散布於眾外，客觀上須有指摘或傳述足以毀損他人名譽之事之行為，始足當之；而本罪係屬於危險犯，亦即只須該指摘或傳述行為，足使他人人格評價因而生貶損之危險即足當之，至於客觀上他人人格評價是否果受有現

⁴³⁹ 廖正豪，〈妨害名譽罪之研究（上）〉，《刑事法雜誌》，20卷4期，1976年8月，頁21-22；曾淑瑜，《圖解知識六法—刑法分則編》，一版，2007年，頁558。

⁴⁴⁰ 李聖傑，〈論刑法對於虛擬人格的名譽保護—評臺灣高雄地方法院刑事簡易判決九十八年度審簡字第六一一六號〉，《月旦裁判時報》，4期，2010年8月，頁113；甘添貴，《刑法各論（上）》，二版，2010年，頁159；同作者，《刑法體系各論（第一卷）》，再版，2001年，頁409；廖正豪，〈妨害名譽罪之研究（下）〉，《刑事法雜誌》，20卷5期，1976年10月，頁38；高金桂，〈論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限〉，收錄於《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授祝壽論文集》，初版，2002年，頁181。

⁴⁴¹ 林東茂，《刑法綜覽》，六版，2009年，頁2-93；柯耀程，〈檢視刑法誹謗罪之正當性—從釋字第509號解釋與新新聞案觀察〉，《月旦法學雜誌》，111期，2004年8月，頁180。

⁴⁴² 參見鄭逸哲，〈解剖誹謗罪之構成要件—評析台灣高等法院八十七年度上易字第622九號判決〉，《月旦法學雜誌》，83期，2002年4月，頁239。

實損害，則非所問」⁴⁴³。

此外，亦有學者指出誹謗罪涉及言論自由，如果僅就言論內容審查，不考慮個案中的行為是否造成實際之影響，恐將產生限制言論效果，引起寒蟬效應（Chilling Effect）或是所謂的「言論萎縮」之效果⁴⁴⁴，因此宜將本罪解釋為具體危險犯，必須要有某人的名譽陷於即將受侵害的險境，亦即法官必須考量個案中的具體情節，判斷客觀上是否已經形成被害人名譽之危險⁴⁴⁵。

第二款 實害犯說

若延續上述保障「資訊環境的健全」的見解，有學者指出，將社會名譽解釋成資訊環境或資訊狀態的話，不但其侵害的證明與認定將不再困難，甚至將名譽毀損罪解釋成一種實害犯，也不是不可行。申言之，只要是廣泛的流通散布引起他人負面作用的資訊，即可算是侵害。所以在以新聞、書籍、雜誌名譽毀損的情形，只要有相當份數的發行，或在媒體放送的情形，只要證明有播映的事實，皆可完成侵害的證明與認定。另外，在傳單散布的情形，只要有一定的張數散布即為已足。而口頭誹謗的情形，亦只要能證明多數人可直接或間接聽聞，即可認定為對名譽法益產生的現實的侵害⁴⁴⁶。

氏更進一步指出，誹謗罪既謂「毀損名譽」，而「毀損」即是侵害的意思，而非僅具危險性而已，如果要將其解釋為危險犯，已超越構成要件的範圍，而有違反罪刑法定之虞；此外，現行刑法以處罰現實上發生法益侵害結果為原則，例外始處罰未遂或危險犯，而未遂或危險犯的處罰，都限定在生命、身體等重大保護法益的情形，而名譽非屬重大法益，不宜以危險犯方式處罰，是以若將誹謗罪

⁴⁴³ 臺灣新竹地方法院 89 年度易字第 1135 號判決參照，相同見解可見臺灣高等法院 96 年度上易字第 199 號判決。

⁴⁴⁴ 參見李仁森，〈表現自由與名譽毀損－評台灣高等法院九十一年度上訴字第一〇八三號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，113 期，2004 年 10 月，頁 241。

⁴⁴⁵ 參見蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，發表於「2006 年刑法分則共同議題之探討」研討會，2006 年 5 月，頁 5。

⁴⁴⁶ 平川宗信，〈名譽毀損罪と危険概念－危険犯說の問題点と侵害犯說の展開－現代刑事法－その理論と実務－〉，《現代刑事法》，4 卷 1 號，2000 年 1 月，頁 30；轉引自謝庭晃，《妨害名譽罪之研究》，輔仁大學法律學研究所博士論文，2005 年，頁 151。

解釋為危險犯，將過度介入私生活及表現自由，不當擴大刑罰處罰之範圍⁴⁴⁷。

第三款 本文意見

將誹謗罪解釋成是一種危險犯，甚至於是一種抽象危險犯，本文以為，實係考量傳統通說將名譽概念的內涵，單純停留在抽象的外在社會評價之上，使得名譽的概念無論係表現的內容或形式上都具有高度的抽象性、多義性及浮動性，並無一固定的意義範圍；因此，考量名譽法益的多變性與抽象性，為了迴避實務上認定與證明是否侵害名譽的困難，只能借用危險犯的概念，而創造出一種「**便宜的危險犯**」，並非誹謗罪本質上就是危險犯⁴⁴⁸。即便我們採通說之見解，將保護法益認定為外在的社會名譽，名譽法益的具體侵害也不是不能被證明，更不是不存在。舉例來說，可以採用問卷調查的方式，以1至100為量化級數，抽樣進行調查，分別統計分析行為人進行誹謗行為之前後，社會大眾對於被害人的社會評價是否真的降低，當然，這樣的做法必須耗費相當大的訴訟成本與社會資源，且以問卷進行民意調查再次「提醒」大眾，行為人曾經對被害人進行過誹謗的行為，無異是以問卷調查作為一次獨立的名譽毀損行為，而再次侵害被害人的社會評價，因此不是一個真正可行的手段。是故，考量訴訟成本與集團利益的分配，才會得出妨害名譽罪並不適合以實害犯視之的結論。簡單來講，以危險犯的概念去架構誹謗罪，並不是其犯罪本質使然，相反的，單純只是考量訴訟上的便利起見，所不得已的立法選擇而已。

不可否認的，上述的方法，確實可以具體「測量」出被害人的外在名譽減損，並據以認定實害。更進一步言之，即便我們無法確實的「證明」，也不能據以推論實害不「存在」，如同學說上所承認的：「因為誹謗罪保障的為社會名譽，行為人的言論一出，即馬上於社會上對被害人的名譽造成一定的影響」，並且認為「這樣的影響結果並無法以事後舉出事實的真實性而抹除」⁴⁴⁹，此外亦有學者認

⁴⁴⁷ 平川宗信，〈名譽毀損罪と危険概念－危険犯說の問題点と侵害犯說の展開－現代刑事法－その理論と実務－〉，《現代刑事法》，4卷1號，2000年1月，頁30，轉引自謝庭晃，《妨害名譽罪之研究》，輔仁大學法律學研究所博士論文，2005年，頁153。

⁴⁴⁸ 學說上亦有採類似見解者，可見謝庭晃，同前註，頁154；高金桂，〈論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限〉，收錄於《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授祝壽論文集》，初版，2002年，頁182。

⁴⁴⁹ 張志隆，〈公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨〉，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2005年，頁78。

為「名譽侵害不是一種可以用因果關係的最終結果（Endpunkt）來理解的東西，而是一種溝通過程中的產物（Ergebnis）」⁴⁵⁰。本文以為，上述見解，其實就已經間接承認了該當刑法誹謗罪的毀損名譽行為，其實一定會造成「某種程度的影響」，那麼其實我們也可以大膽的推測，誹謗罪本質上其實應該是一種實害犯，只是為了訴訟方便性的考量，扭曲成危險犯的立法模式而已。從這一點而言，已經可以得出本文的結論，既然誹謗罪本質上是有實際的法益侵擾結果存在的，那麼這個犯罪類型，就不會是本文所定義的適性犯了。

的確我們承認在人格尊嚴概念的高度支配下，把妨害名譽罪視為危險犯是一種理所當然的結果，因為「全然抽象」的人格損害，根本無從證明。然而，如果我們根本揚棄學說上從人性尊嚴出發所界定的保護法益概念，那麼把妨害名譽罪界定為危險犯的立法或法律解釋，就值得商榷。承接上述的論點，如果我們從隱私與名譽複合保障的概念出發，認為誹謗罪的保護法益實在於個人資訊的自主控制權，那麼這樣的權利是可以明確被「感知」的，當然也是可以具體被「侵害」的，簡單來講，當我們未經他人同意，恣意揭露或散布他人不欲為人所知悉的私領域資訊，就已經侵犯到了我們對於資訊揭露的自主控制權了，同時也影響到了個人所應該擁有的健全的資訊流通環境，而產生了「實害」，因此，本文以為誹謗罪應該被歸類於實害犯的領域，而不是危險犯，也因此，誹謗罪當然也不會是本文所討論的適性犯。

最後，在現代社會中，對於表現自我的呼聲愈發高漲的年代，言論自由的保障愈發迫切，反映在刑事法制上，對於妨害名譽罪除罪化的呼聲也有水漲船高的趨勢⁴⁵¹，而當妨害名譽此一犯罪型態存在的正當性都受到質疑的狀態下，依然堅持誹謗罪是一種抽象危險犯，這種延伸刑罰權的前置處罰類型，明顯與除罪化思想相抵觸⁴⁵²，是否妥適，不無疑問，有學者即明白指出，即使認為妨害名譽罪還有存在的必要，也應該將之視為實害犯而非危險犯⁴⁵³，以符合大法官在釋字第509號解釋中，開宗明義強調應給予言論自由最大限度之保障的要求。

⁴⁵⁰ Zaczek, in: NK 1995, vor §185, Rn. 18; 轉引自徐偉群,《論妨害名譽罪的除罪化》,國立台灣大學法律學研究所博士論文,2005年,頁30。

⁴⁵¹ 關於誹謗罪除罪化的意見,可參考法治斌,〈誹謗罪除罪化勢在必行〉,《律師雜誌》,221期,1998年2月,頁2以下。

⁴⁵² 認為抽象危險犯的設置與除罪化趨勢相衝突的見解,可參考林東茂,〈危險犯的法律性質〉,《臺大法學論叢》,24卷1期,1994年12月,頁288以下。

⁴⁵³ 參見徐偉群,同前註450,頁50。

第三節 「足以毀損他人名譽」之再解釋

對於「足以毀損他人名譽之事」此一要件，如果放在通說認為誹謗罪係保護個人外在名譽的體系脈絡下討論，本文以為，應該是一種對於指謫或傳述的「內容本身」所作的實質性限縮，亦即本罪該當的前提必須是所指謫或傳述之內容必須是足以毀損他人名譽之「事」⁴⁵⁴。誹謗罪所規定的毀損名譽行為，不論是將之解釋成危險犯或實害犯，無論如何都要有造成法益受到侵擾的危險，如果指謫或傳述的內容本身，並不會減損名譽，例如到處宣傳某人有多麼孝順、上進，這樣的行為反而會對於名譽本身反而是有增無減的，就不會該當誹謗罪的毀損名譽行為。因此，這裡的「足以毀損他人名譽」，係針對傳述的內容所作的限縮，排除掉一些客觀評價上非負面的事實。

然而，如果承接上述本文見解，在名譽法益的實質內涵中引入隱私權的概念，而認為誹謗罪保護的是基於隱私權與人格健全發展而來的個人資訊自主控制權，那麼影響成罪與否的重點，應該在於言論的實質內容是否涉及個人私密領域，亦即行為人所傳述之事實是否屬於被害人隱私秘密而不欲為人知悉的部分，蓋隱私權的保護範疇應有其界線，個人之資訊自主決定權並非毫無限制地受到保障⁴⁵⁵，正如同大法官在釋字第 603 號解釋中所強調：「就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查」。同樣的見解也可以見於釋字第 689 號解釋之中：「他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而**超出可容忍之範圍**，該干擾行為亦有加以限制之必要。蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，

⁴⁵⁴ 參見盧映潔，《刑法分則新論》，三版，2010年，頁555。

⁴⁵⁵ 參見程明修，〈資訊自決權—遺傳基因訊息〉，《法學講座》，19期，2003年7月，頁4。

且該期待須依社會通念認為合理者」。綜上所述，本文以為，應以所傳述之事項是否涉及個人私密性為判斷標準，並區分公、私領域以及被害人建構與澄清自我圖像的能力高低⁴⁵⁶，而有寬嚴不同的審查基準，據以進行個案判斷；有鑑於此一問題涉及憲法上基本權利的衝突以及言論自由的界線，過於深邃而龐雜，本文在此僅能拋磚引玉的提出問題意識，更細緻的判斷準則，也只能留待憲法學者與刑法學者的共同努力。

第四節 小結

綜上所述，誹謗罪所欲保護的對象除了個人名譽之外，應該同時包含隱私的概念在內，因此，就其所保護的法益，在通說所謂的外在名譽之外，應該更進一步的思考以個人資訊自主控制權去充實法益的具體內涵。此外，誹謗罪本質上非屬危險犯，僅僅為了考量舉證上的便利性而將之以危險犯的模式立法，然而訴訟上的便利性並不能掩蓋其屬實害犯的本質，至少無論如何，誹謗罪都不會是適性犯的概念。

⁴⁵⁶ 對於公眾人物或政府官員，當然也具有被人誹謗和污名化的潛在危險，然而因為其身分地位的特殊性，有較多的機會近並利用媒體或公眾論壇，藉以澄清自己，是故對其的隱私保障會傾向寬鬆審查，參見許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，收錄於《台灣憲法之縱剖橫切》，初版，2002年12月，頁264；相同見解可見甘大空，《公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之道》，司法研究年報第25輯第17篇，頁71以下。

第六章 結論

自 1967 年起，*Horst Schröder* 首先提出「抽象具體危險犯」的概念開始，對於刑法中是否存在有抽象危險犯與具體危險犯以外，第三種型態的危險犯罪，就一直存在著爭議。而隨著風險社會下「危險刑法」的概念逐漸蔚為顯學，以及新興型態的犯罪類型不斷的增訂，危險犯也取代實害犯進而成為刑事法學上熱門的議題；而如何解決上述的爭議問題，隨即成為我們再更進一步探討危險犯罪時不得不面對的課題。

以下，爰將本文討論的成果，簡要的整理如下：

1. 「足以生...」條款難以具體歸類在既有犯罪類型之中

對於以「足以生損害於公眾或他人」此一要素作為構成要件的犯罪類型，究屬抽象危險犯或具體危險犯，學說上素有爭議。本文以為，無論係將其直接歸類在具體危險犯或抽象危險犯的概念之下，都存在不可避免的邏輯矛盾。首先，若將此一犯罪類型以具體危險犯的意義理解，則完全無法凸顯立法者區分「致生危險」與「足生損害」間的差異；再者，若以抽象危險犯的概念解釋此類犯罪，仍然必須面對為何在行為之外尚須另外再做一次是否足生損害的判斷之質疑。因此，我們必須正視在現有抽象與具體危險的二分法之下，仍然存在著無法被定義與歸類的危險犯罪型態，緣此，本文以為應該承認在危險犯的分類中尚存有第三種類型的可能，亦即本文所討論之「適性犯」⁴⁵⁷。

2. 「適性犯」之定義

形式意義的「適性犯」，係指在構成要件的設計上，以「足以 (*geeignet*)」的語言符號為特徵要素，作為其行為侵害特性之描述，並藉由從個案觀察中所累積符合特定構成要件所描繪的事實情況，所過濾出對構成要件具有重要性的特性，用以凸顯適合性的概念，並以此一要素限縮刑罰處罰的範圍。簡單

⁴⁵⁷ 參閱第二章第一節。

來說，當條文的邏輯結構除了構成要件行為本身的敘述以外，同時還包含有行為必須「足以生...」這樣的附加條件時，就是一種「適性犯」。因此，以透過實行行為本身所創造的，有可能在嗣後不受阻礙的前提下，具有發展成實際侵害的危險源，而「足以生損害於公眾或他人」者，亦即強調其行為所具有的侵害特性的類型本質，而可能在未來造成實際侵擾法益的犯罪型態，即為本文所稱之「適性犯」⁴⁵⁸。

3. 「適性犯」的類型特質

本文參考 *Hoyer* 的理論作為架構適性犯的基礎，認為適性犯的類型特質展現在透過適合性條款所表現出的過失中介能力，亦即當適合性的要素具體的釋放在個案行為的範疇中，至少描繪出了一個關於法益完整性侵害的過失。因此，以行為至少滿足了過失的注意義務違背性，且依照行為特性所具有的侵害原因適合性的範圍是已經壓縮過的，至少必須超越可容許的風險增加的範圍之外，作為適性犯的前提要件。再者，適性犯所強調的對於法益侵害的適合性，可以透過行為本身產生的危險根源而滿足。所謂危險根源的創造，係指在具體事實情況中，行為附帶著一定濃稠度的侵害原因適合性，行為人有意識的製造出這樣的危險根源性，考量其行為所具有的品質，將使得在個別情況中具體侵害法益的行為可能被成功的加以實行。又行為所製造的危險根源，和我們預期中將受到具體影響的行為客體之間，尚存有一定之時空距離，並不是處於直接面對面的狀態，只要當行為人以可歸責的方式製造了一個狀態，且在此一狀態中，危險根源和所欲侵害對象彼此向著重疊的方向相互「接近」，就已經滿足「足生損害」的要求。最後，考量到通常存在的時空距離，我們必須假設在所行為人製造的具體狀態中，不存在有效的侵害阻礙等否定因素，足使行為從「製造法所不容許的風險」退回「法所容許的風險」範疇，或者存在一個可靠的作用障礙可使得風險實現確定無效。申言之，只要行為人透過其行為創造了一個危險的根源，且考量其危險性質，在未來的因果歷程中可以預期危險根源和被危害客體二者朝著相互接近的方向而去，而不存在有任何確定有效阻礙可以擔保在未來的每一個時點，此二者間的碰撞都是不可能的，則這樣的危害行為本身就是符合適合性要求的適性行為，而具有

⁴⁵⁸ 參閱第二章第二節。

適性犯的類型特質⁴⁵⁹。

4. 「適性犯」與其他危險犯罪之區別

從上述適性犯的類型特質的出發，既然適合性概念所強調的是一個在未來有可能導致法益實際侵害產生的根源性的危險創造，亦即強調此一危險源對於未來法益的侵害可能。因此，只要確實有危險存在即可，至於此一危險源最後到底有沒有演變成實害，或是有沒有引起一個具體危險的狀態，都不在我們判斷構成要件是否成就的考量範圍之內，行為的強度是否已足以擔保會對作用客體產生實際的衝擊，亦在所不論。而既然適性行為不需要對個別的作用客體產生現時劇烈的震驚性，也不需要對保護法益具有侵害密接性的危險狀態存在，則適性犯的概念無論如何都不會等同於具體危險犯，蓋後者係要求使保護法益客體陷入其具體效力範圍內，進而產生客觀上真實危險。再者，適性犯也非抽象危險犯，因為抽象危險犯的類型特徵在其透過特定的危險行為，對法律保護的利益形成典型的危險性，透過一般的、典型的危險性，使得抽象危險行為對保護法益不可避免的存在著現實的恐懼且有發生侵害的極高蓋然性；然而適性犯並不具有這樣一個必然伴隨行為而生的典型危險，相反的，正是因為適性行為不一定會具有侵害法益的可能，所以立法者才在構成要件中加入了適合性的條款以限縮成罪的空間。此外，考量存在於危險根源和危害客體之間的時空距離，在適性行為完成的當下也不具有一個現實的侵害法益的高度蓋然性。因此，適性犯也不會是一種抽象危險犯的概念⁴⁶⁰。

5. 將偽變造文書罪視為一種「適性犯」

對於偽變造文書罪的構成要件中，所謂「足以生損害於公眾或他人」此一要素的體系定位和實質內涵應如何做解釋，實務與學說見解都存在著許多不同意見；甚至於連帶影響的偽變造文書罪的犯罪類型本質，究屬抽象危險犯或具體危險犯，實務與學說見解也都不存在共識。對此本文認為，偽變造文書罪章所保護的法益應該在於「公眾對於交往工具保證機能的信賴」，而從此一保護法益出發，偽變造文書的行為本身，只要產生了足以破壞公眾信賴的危

⁴⁵⁹ 參閱第三章第四節。

⁴⁶⁰ 參閱第二章第四節。

險根源，就已經符合「足生法益損害」的要求，而該當本罪的構成要件。再者，觀察我國刑法以及德國刑法中皆設有單獨處罰偽變造後未加以行使的行為，就可以發現偽變造文書此類犯罪行為，考量因所偽造文書種類的不同，以及使用方式的不同，所可能造成的利益侵害，本即具有多樣性；同時考量公眾信賴感的具體破壞結果難以證明，因此前置處罰基準到行為本身對於侵害法益可能性的製造，亦即一個適足於破壞法益的危險根源的製造，以及透過偽變造文書行為所表徵出的法所不容許的風險的製造，而不是在於行為人行使該份偽變造文書後，所現實產生的侵害結果。本罪從刑法非難重心在於行為本身所製造危險根源的不容許性，以及對於未來法益侵害的可能，其實都符合上述適性犯的類型特質，因此，本文認為偽變造文書罪本質上應該被理解成是一種適性犯，而不是傳統學說所爭論的具體或抽象危險犯⁴⁶¹。

6. 將無故入侵他人電腦罪視為一種「適性犯」

為因應社會對電腦此一新興的科技的高度需求，我國刑法在 2003 年 6 月增訂第三十六章「妨害電腦使用罪」，然而由於立法當時偏重行為態樣的描述，而沒有對保護法益做出具體的定義，遂使得本罪章的法益概念以及相關犯罪行為的解釋都顯得困難。本文以為，參考比較法上的觀察，妨害電腦使用罪章之保護法益，應為社會大眾對電腦與網路安全機制的信賴。而考量信賴是一種對特定制度將有可預期功能的社會成員共同意識，行為人單獨的一個人入侵電腦行為要達成破壞社會的共同意識，並造成制度萎縮的效果並不容易；因此，妨害電腦使用的行為本質上應該是一種危險犯。再者，考量我國刑法第 358 條處罰之重點在於「侵入行為」本身，而不在於侵入之後的可能產生的「結果」，亦即無故入侵他人電腦以及連線電腦的行為，將會造成一般人「對電腦存取控制機能的信賴」的破壞危險，因為今天犯罪行為人既然可以任意入侵他人的電腦，那麼不知道哪一天，行為人也可以輕易的入侵你的電腦，而這樣的恐懼感如果經過長時間的累積，將會破壞我們對於電腦以及網路連線作為溝通系統安全性的信賴。因此，無故入侵他人電腦的行為，其實就是創造了一個危險根源，雖然我們不知道這個危險根源什麼時候會變成實害，但至少我們可以肯定行為的危險性和被害的客體之間，朝著相互接近的方向

⁴⁶¹ 參閱第四章第一節。

而去，因此，無故入侵他人電腦罪也應該被理解為一種適性犯⁴⁶²。

7. 毀損罪屬實害犯，其條文中「足以生損害於公眾或他人」之要素應刪除

刑法第 354 條一般毀損罪與第 352 條毀損文書罪中，規定有「足以生損害於公眾或他人」此一要件，對於此一要素的判斷標準，學說上有直接將其類同「致生損害於公眾或他人」的解釋，亦即將其當成是一種行為結果，或是將其當成是從「民事不法」到「刑事不法」的一種不法內涵層升的明文化，用以判斷損害結果的嚴重程度。然本文以為，只要行為人的行為符合毀棄、損害、或者致令不堪用三種毀損行為樣態任一，不論是造成物的滅失、破損或者導致功能失靈，對於行為客體的形式本體或功能效用都已經造成了損害，而就損害業已發生這點而言，已經可以認為對於保護法益造成了現實的侵害，因此，毀損罪在本質上應屬於一種實害犯，而不是本文所介紹的適性犯。有鑑於此，本質上屬實害犯的毀損罪，卻在條文的設計上加入了「足以生損害於公眾或他人」這種明顯屬於危險概念的用語，顯係立法錯誤，徒增法律適用上的困擾。因此，本文建議刪除法條中「足以生損害於公眾或他人」的用語⁴⁶³。

8. 誹謗罪屬實害犯，而非適性犯的一種

刑法第 310 條誹謗罪之保護法益為何，學說上向有不同之意見，對此本文以為，無論是所謂「外在名譽」或「規範的名譽」的見解，都不能為本罪的保護法益提出堅實的論述根據。相對於此，本文以為誹謗罪的保護法益應同時兼含「名譽」與「隱私」的概念在內，而從資訊自決權的角度切入，認為每個人對與自己有關資料的蒐集、流通與使用等，應有完全決定及控制的權利，因此無故揭露他人不願被他人所知悉的事實，或是傳達錯誤的資訊使他人產生錯誤的人格認知，本質上都是一種隱私權的侵犯。再者，名譽是一種外界社會對我們人格的評價認知，而這樣的評價認知產生的基礎，在於與我們所投入的人格價值相關聯元素，在資訊環境中產生的化學作用；有鑑於此，這種資訊狀態對每個人而言，就成為一種重要的生活利益，將據以形成我們的

⁴⁶² 參閱第四章第二節。

⁴⁶³ 參閱第五章第一節。

客觀名譽。融合上述這兩個要素，誹謗罪設置的即在於保護我們自主決定資訊環境形成的權利，而這樣的一種權利是可以具體被侵害的。申言之，當行為人未經他人同意，恣意揭露或散布他人不欲為人所知悉的私領域資訊，就已經侵犯到了我們對於資訊揭露的自主控制權了，同時也影響到了個人所應該擁有的健全的資訊流通環境，進而產生了「實害」。因此，本文認為誹謗罪應該可以被以實害犯的概念理解，本質上非屬危險犯。多數實務與學說見解認為誹謗罪屬危險犯，僅僅是因考量舉證上的便利性，然而訴訟上的便利性並不能掩蓋其屬實害犯的本質，至少無論如何，誹謗罪本質上都不會是適性犯的概念⁴⁶⁴。



⁴⁶⁴ 參閱第五章第二節。

參考文獻

一、中文文獻

(一) 教科書

1. 甘添貴，《刑法各論（上）》，二版，三民出版，2010年。
2. 甘添貴，《刑法各論（下）》，初版，三民出版，2010年。
3. 甘添貴，《體系刑法各論（第一卷）》，修訂再版，瑞興出版，2004年。
4. 甘添貴，《體系刑法各論（第二卷）》，修訂再版，瑞興出版，2003年。
5. 周冶平，《刑法各論》，初版，三民出版，1968年。
6. 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版，自版，2005年。
7. 林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，自版，2005年。
8. 林山田，《刑法通論（上）》，十版，元照出版，2008年。
9. 林東茂，《刑法綜覽》，六版，一品出版，2009年。
10. 李惠宗，《憲法要義》，五版，元照出版，2009年。
11. 吳景芳，《刑法分則講義（上）》，初版，元照出版，2005年。
12. 許志雄等合著，《現代憲法論》，二版，元照出版，2000年。
13. 陳子平，《刑法總論（上）》，初版，元照出版，2005年。
14. 陳煥生、劉秉鈞，《刑法分則實用》，三版，一品出版，2011年。
15. 陳樸生，《實用刑法》，再版，三民出版，1993年。
16. 曾淑瑜，《圖解知識六法－刑法分則編》，一版，新學林出版，2007年。
17. 曾淑瑜，《刑法分則實例研習－個人法益之保護》，二版，三民出版，2010年。
18. 褚劍鴻，《刑法分則釋論（上冊）》，四版，商務出版，2000年。
19. 黃仲夫，《刑法精義》，二十七版，五南出版，2011年。
20. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，元照出版，2006年。
21. 蔡墩銘，《刑法精義》，二版，翰蘆出版，2005年。
22. 盧映潔，《刑法分則新論》，修訂三版，新學林出版，2010年。
23. 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，增補一版，三民出版，2000年。
24. 蘇俊雄，《刑法總論（I）》，修訂再版，自版，1998年。

(二) 專書與專論

1. *Arthur Kaufmann* 著，吳從周譯，《類推與「事物本質」—間論類型理論》，一版，學林出版，1999年。
2. *Bernd Schünemann* 著，何賴傑譯，〈法益保護原則—刑法構成要件及其解釋之憲法界線之匯集點〉，收錄於許玉秀、陳志輝合編，《不移不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑事法論文選輯》，春風煦日論壇刑事法叢書系列，初版，新學林出版，2006年。
3. *Bernd Schünemann* 著，陳志輝譯，〈從下層階級刑法到層階級刑法在道德要求中一種具示範作用的轉變〉，收錄於許乃曼、齋藤誠二、許玉秀、林鈺雄合著，《法治國之刑事立法與司法—洪福增律師八秩晉五壽辰祝賀論文集》，春風煦日論壇刑事法叢書系列，初版，新學林出版，1999年。
4. *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，初版，五南出版，2008年。
5. 王澤鑑，《人格權法》，初版，三民出版，2012年。
6. 李茂生，〈再論偽造文書罪中有關有形偽造以及保護法益的問題〉，收錄於《刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集》，初版，麗康文化出版，2000年。
7. 李茂生，〈資本、資訊與電腦犯罪〉，收錄於《權力、主體與刑事法》，初版，翰蘆出版，1988年。
8. 李聖傑，〈「家族相似性」探尋刑法典範之應用—以法益為核心〉，收錄於《刑事法學的新視野》，初版，元照出版，2011年。
9. 李震山，〈論資訊自決權〉，收錄於《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，初版，元照出版，1997年。
10. 高金桂，〈論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限〉，收錄於《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授祝壽論文集》，初版，學林出版，2002年。
11. 許玉秀，〈水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件的評析〉，收錄於《主觀與客觀之間》，春風煦日論壇刑事法叢書系列，初版，自版，1997年。
12. 許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，收錄於《台灣憲法之縱剖橫切》，初版，元照出版，2002年。
13. 陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版，自版，1998年。
14. 黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，元照出版，1999年。

15. 黃榮堅，〈論通姦罪的除罪化〉，收錄於《刑罰的極限》，初版，元照出版，1999年。
16. 黃榮堅，〈刑法增修後的電腦犯罪問題〉，收錄於《罪與刑－林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，初版，五南出版，1998年。
17. 鄭善印，〈違背義務遺棄罪與肇事逃逸罪之研究〉，收錄於《刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集（第二卷）》，初版，學林出版，2002年。

（三）期刊文獻

1. Bernd Schünemann 著，陳志輝譯，〈交通刑法之憲法界限與刑事政策問題（一）〉，《司法周刊》，1006期，2000年11月。
2. 王怡今、錢建榮，〈不可能的任務－談檢察官對於妨害名譽罪的舉證責任〉，《月旦法學雜誌》，133期，2006年6月。
3. 王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159期，2008年8月。
4. 王皇玉，〈論販賣毒品罪〉，《政大法學評論》，84期，2005年4月。
5. 王榮聖，〈論以「足以生...」為規範形式之犯罪內涵〉，《玄奘法律學報》，14期，2010年12月。
6. 王榮聖，〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，2期，2007年11月。
7. 甘大空，〈公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之道〉，《司法研究年報》，25輯17篇，2005年11月。
8. 甘添貴，〈可罰的違法性之理論（上）〉，《軍法專刊》，38卷6期，1992年6月。
9. 李茂生，〈日本不法連線行為禁止法簡介〉，《資訊安全通訊》，8卷1號，2001年12月。
10. 李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）〉，《台灣法學雜誌》，54期，2004年1月。
11. 李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）〉，《台灣法學雜誌》，55期，2004年2月。
12. 李茂生，〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（下）〉，《台灣法學雜誌》，56期，2004年3月。
13. 李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）－兼評最高法院 99

- 年度台上字 3048 號判決》，《法令月刊》，63 卷 3 期，2012 年 3 月。
14. 李仁淼，〈表現自由與名譽毀損－評台灣高等法院九十一年度上訴第一〇八三號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，113 期，2004 年 10 月。
 15. 李崇偉，〈美、日、德三國網路犯罪相關法制之探討〉，《警大法學論集》，9 期，2004 年 3 月。
 16. 李聖傑，〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8 期，2006 年 6 月。
 17. 李聖傑，〈洗錢罪在刑法上的思考〉，《月旦法學雜誌》，115 期，2004 年 12 月。
 18. 李聖傑，〈使用電腦的利益〉，《月旦法學雜誌》，145 期，2007 年 6 月。
 19. 李聖傑，〈侵害著作權與偽造文書印文罪之法益保護的思考〉，《月旦法學雜誌》，104 期，2004 年 1 月。
 20. 李聖傑，〈飛走的金絲雀－包攝錯誤〉，《月旦法學教室》，22 期，2004 年 8 月，頁 22。
 21. 李聖傑，〈論刑法對於虛擬人格的名譽保護－評臺灣高雄地方法院刑事簡易判決九十八年度審簡字第六一一六號〉，《月旦裁判時報》，4 期，2010 年 8 月。
 22. 法治斌，〈誹謗罪除罪化勢在必行〉，《律師雜誌》，221 期，1998 年 2 月。
 23. 林山田，〈電腦犯罪之研究〉，《政大法學評論》，30 期，1984 年 12 月。
 24. 林冠宏，〈刑法妨害電腦使用罪章之研究〉，《刑事法雜誌》，50 卷 6 期，2006 年 12 月。
 25. 林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，24 卷 1 期，1994 年 12 月。
 26. 林國彬，〈一般投資人違約不交割與證交法第一五五條第一項第一款要件之分析－最高法院九四年台上字第二二七號刑事判決簡評〉，《台灣本法學雜誌》，99 期，2007 年 10 月。
 27. 吳耀宗，〈偽造文書罪保護法益之研究〉，《月旦法學雜誌》，128 期，2006 年 1 月。
 28. 吳耀宗，〈論偽造文書罪之「足以生損害於公眾或他人」－評最高法院九十四年台上字第一五八二號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，143 期，2007 年 4 月。
 29. 柯耀程，〈檢視刑法誹謗罪之正當性－從釋字第五〇九號解釋與新新聞案觀察〉，《月旦法學雜誌》，111 期，2004 年 8 月。
 30. 柯耀程，〈刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論〉，《月旦法學教室》，11

- 期，2003年9月。
31. 高金桂，〈有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合問題〉，《月旦法學雜誌》，121期，2005年6月。
 32. 徐振雄，〈網路犯罪與刑法「妨害電腦使用罪章」中的法律語詞及相關議題探討〉，《國會月刊》，38卷1期，2010年1月。
 33. 秦季芳，〈法律規範競合關係的再思考〉，《玄奘法律學報》，3期，2005年6月。
 34. 郭棋湧，〈論毀損棄物罪之構成要件〉，《檢察新論》，9期，2011年7月。
 35. 程明修，〈資訊自決權—遺傳基因訊息〉，《法學講座》，19期，2003年7月。
 36. 張天一，〈偽造文書罪之本質與定位—對「足以生損害於公眾或他人」要件之檢討〉，《玄奘法律學報》，6期，2006年12月。
 37. 張麗卿，〈論危險前行為的成立要件—以德國聯邦最高法院判決見解為說明〉，《月旦法學雜誌》，78期，2001年11月。
 38. 張麗卿，〈評析新增訂之緩起訴制度〉，《月旦法學雜誌》，89期，2002年10月。
 39. 張國清，〈隱私權保護概念的比較探討〉，《全國律師》，5卷6期，2001年6月。
 40. 許玉秀，〈無用的抽象具體危險犯〉，《台灣法學雜誌》，8期，2000年3月。
 41. 許恒達，〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期，2011年10月。
 42. 許恒達，〈資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益—評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，198期，2011年11月。
 43. 許澤天，〈遺棄罪之研究—待釐清保護法益的具體危險犯〉，《東吳法律學報》，22卷2期，2010年6月。
 44. 黃榮堅，〈最近刑事判決研究—言論自由權的行使之刑法上的界限〉，《法律學刊》，23期，1992年5月。
 45. 黃翰義，〈簡析緩起訴制度〉，《全國律師》，11卷6期，2007年6月。
 46. 勞東燕，〈公共政策與風險社會的刑法〉，《中國社會科學》，2007年3期。
 47. 廖正豪，〈妨害名譽罪之研究（上）〉，《刑事法雜誌》，20卷4期，1976年8月。

48. 廖正豪，〈妨害名譽罪之研究（下）〉，《刑事法雜誌》，20 卷 5 期，1976 年 10 月。
49. 劉靜怡，〈隱私權的哲學基礎、憲法保障及其相關辯論〉，《月旦法學教室》，46 期，2006 年 8 月
50. 蔡榮耕，〈Matrix 駭客任務：刑法第 358 條入侵電腦罪〉，《科技法學評論》，5 卷 1 期，2008 年 4 月。
51. 蔡聖偉，〈從刑總法理檢視分則的立法〉，《月旦法學雜誌》，157 期，2008 年 6 月。
52. 蔡墩銘，〈刑法上危險之研究（一）〉，《法學叢刊》，57 期，1970 年 3 月。
53. 蔡墩銘，〈刑法上危險之研究（二）〉，《法學叢刊》，58 期，1970 年 4 月。
54. 鄭逸哲，〈一切犯罪莫非結果犯〉，《軍法專刊》，44 卷 10 期，1998 年 10 月。
55. 鄭逸哲，〈吹口哨壯膽－評刑法第三十六章增訂〉，《月旦法學雜誌》，102 期，2003 年 11 月。
56. 鄭逸哲，〈解剖誹謗罪之構成要件－評析台灣高等法院八十七年度上易字第六二二九號判決〉，《月旦法學雜誌》，83 期，2002 年 4 月
57. 鄭逸哲，〈「實害」與「危險」〉，《軍法專刊》，53 卷 5 期，2007 年 10 月。
58. 盧映潔，〈論危險前行為的成立要件〉，《月旦法學雜誌》，78 期，2001 年 11 月。

（四）研討會論文

1. 第 14 屆政大刑法週會議記錄。
2. 葉俊榮，〈政府資訊公開與隱私權：司法對基本權利的脈絡論證與空間構築〉，收錄於《司法院大法官一百年度學術研討會－憲法解釋與隱私權之保障（上冊）》，司法院編印，100 年 12 月。
3. 葉俊榮，〈環境問題的制度因應－刑罰與其它因應措施的比較與選擇〉，收錄於《環境刑法國際學術研討會論文輯》，國際刑法學會中華民國分會編印，1992 年。
4. 陳志輝，〈論血親性交之可罰性－兼論法益理論在德國憲法法院判決之定位〉收錄於《第十六屆政大刑法週：刑法的應罰與需罰》，國立政治大學刑事法學研究中心編印，2009 年 3 月。

5. 蔡蕙芳，〈危險概念與各種犯罪類型－「足以」要件危險犯之討論〉，台灣刑事法學會舉辦之「刑法分則共同議題之探討」學術研討會論文，2006年5月。
6. 謝煜偉，〈交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限〉，收錄於《第十九屆政大刑法週：控制、排除或包容－變動中之刑事政策走向》，國立政治大學刑事法學研究中心編印，2012年3月。

(五) 博士論文

1. 王榮聖，《刑法上危險概念之研究－以「構成要件理論」為中心》，輔仁大學法律學研究所博士論文，2006年。
2. 吳耀宗，《偽造文書罪之研究－以我國法與德國法為比較》，國立台北大學法律學系博士論文，2007年。
3. 徐偉群，《論妨害名譽罪的除罪化》，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005年。
4. 蔡蕙芳，《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立台灣大學法律研究所博士論文，2000年。
5. 謝庭晃，《妨害名譽罪之研究》，輔仁大學法律學研究所博士論文，2004年。

(六) 碩士論文

1. 何靜宜，《瑕疵產品製造人之刑事責任》，國立政治大學法律學系碩士論文，2001年。
2. 林建宏，《刑法危險概念的思考研究》，中原大學財經法律學系碩士論文，2004年。
3. 吳文君，《妨害電腦使用犯罪刑法規制之分析－以保護法益為中心》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2010年。
4. 吳從周，《類型思維與法學方法》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1993年。
5. 梁宗憲，《偽造文書罪之研究》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2007年。
6. 張志隆，《公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨》，國立成功大學法律學研究

所碩士論文，2005 年。

7. 陳孟黎，《從危險概念看我國環境刑法的現況與未來》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2003 年。
8. 陳憲政，《電腦犯罪之法律適用與立法政策－保護法益之遞嬗》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006 年。
9. 鍾豪峯，《刑事不法與民事不法的分界》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2002 年。

(七) 其他

1. 法務部防制電腦（網路）犯罪相關法規研究小組第二次會議記錄，刑法有關電腦（網路）犯罪研修資料彙編，2002 年 12 月。
2. Yahoo 奇摩 2007 年之最，http://tw.promo.yahoo.com/2007/10_music.html。
3. 對於 Y 獲判緩起訴相關新聞報導的回應（2007.06.16），<http://www.wretch.cc/blog/liebeschwen/14079622>。
4. 台灣台北地方法院檢察署〈有關本署偵辦「Y 變造身分證疑涉偽造文書」乙案新聞稿〉（2007.06.23），<http://www.tpc.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=90675&ctNode=5309&mp=009>。
5. 台北教育 E 週報，〈杜絕虐童－立委提案加重刑責〉（2012.02.16），http://etweb.tp.edu.tw/epa/paper_show.aspx?EDM=EPS20120216101628W5Q。

二、德文文獻

(一) 教科書

1. *Jakobs, Günther* : Strafrecht Allgemeiner Teil : die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 1991.
2. *Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas* : Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1988.
3. *Roxin, Claus* : Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006.
4. *Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred / Maurach, Reinhart* :

- Strafrecht Besonderer Teil, Teil. 1, 8 Auflage, C.F. Müller 1995.
5. *Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred / Maurach, Reinhart* : Strafrecht Besonderer Teil, Teil. 2, 8 Auflage, C.F. Müller 1999.
 6. *Wessels, Johannes/ Beulke, Werner* : Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat und ihr Aufbau, 39 Auflage, Heidelberg 2009.
 7. *Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael* : Strafrecht Besonderer Teil, Band I, 30 Auflage, C.F. Müller 2006.

(二) 專書

1. *Binding, Karl* : Die Normen und ihre Uebertretung, Band I, 4. Auflage, 1922.
2. *Englisch, Karl* : Einführung in das juristische Denken, Berlin 1964.
3. *Graul, Eva* : Abstrakte Gefährdungdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991.
4. *Hefendehl, Roland* : Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln / Berlin / Bonn / München 2002.
5. *Horn, Eckhard* : Konkrete Gefährdungdelikte, Köln 1993.
6. *Hoyer, Andreas* : Die Eignungsdelikte, Berlin 1987.
7. *Kleine-Cosack, Eva* : Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht . Die strafrechtliche Relevanz der Schwierigkeiten naturwissenschaftlicher Kausalfeststellung im Umweltbereich, Berlin 1988.
8. *Martin, Jörg* : Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht, Freiburg i. Br. 1989.
9. *Wolter, Jürgen* : Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981.
10. *Zieschang, Frank* : Die gefährdungsdelikte, Berlin 1998.

(三) 註釋書

1. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 56. Auflage, C. H. Beck, München

2009.

2. *Lackner/ Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2007.
3. *Schönke/ Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, Verlag C. H. Beck 2006.

(四) 期刊論文

1. *Gallas, Wilhelm* : Abstrakte und konkrete Gefährdung. In : Festschrift für Ernst Heintz, Berlin 1972, S. 171 ff.
2. *Hirsch, Hans Joachim* : Gefahr und Gefährlichkeit. In : Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, S. 545 ff.
3. *Kaufmann, Arthur* : Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit. In : Juristenzeitung 1963. S. 425 ff.
4. *Krauss, Detlev* : Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht. In : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76 (1964) , S. 19 ff.
5. *Martin, Jörg* : Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht. In : Zeitschrift für Rechtspolitik 1992, S.19 ff.
6. *Schröder, Horst* : Abstrakt – konkrete Gefährdungsdelikte ? In : Juristenzeitung 1967, S. 522 ff.
7. *Schröder, Horst* : Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. In : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 81 (1969) , S. 7 ff.
8. *Wolter, Jürgen* : Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht. In : Juristische Schulung 1978, S. 748 ff.