



適性犯與足生損害要件

古承宗 · 成功大學法律系教授

壹 問題意識

近年來，我國司法判決與學說陸續可見適性犯（或稱適格犯）的討論¹。除了犯罪類型的定位之外，目前亦有發展出「實質適性犯」的解釋方法，藉此限縮抽象危險犯的適用範圍²。基本上，所謂的適性犯是指不法構成要件訂有「足生損害」的適性要件（以下簡稱「適性要

件」）。而就不法構成要件的實現來說，行為人不會只是單純實施不法行為而已，還需額外考量該行為足以導致法益的實害。另外，多數看法把此種帶有適性要件的犯罪劃歸在抽象危險犯的範疇³。於此，傳統的抽象危險犯被稱之為「真正的」或「純粹的」抽象危險犯，至於帶有足生損害要件的適性犯則是「抽象—具體的」或「潛在的」危險犯⁴。

DOI: 10.53106/1684739327108

關鍵詞：適性犯、足生損害、抽象危險犯、具體危險犯

- ¹ 例如最高法院110年度台上字第187號判決肯認空污法第53條係屬適性犯的典型規定；王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，臺灣大學法學論叢，47卷4期，2018年12月，2037頁；李聖傑，適性犯在我國實務運作之探討（曾昭愷，採訪整理），法務通訊，2019年11月，3頁以下；廖宜寧，由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性，興大法學，32期，2022年11月，116、125頁。
- ² 最高法院112年度台上字第2376號判決針對刑法第150條聚眾妨害秩序罪提出「實質適性犯」的限縮解釋，但是未來是否會發展成一般化的解釋標準，值得持續觀察。對此判決的評析，可參考陳俊偉，實質適性犯的解釋與適用，月旦實務選評，4卷1期，2024年1月，111頁以下；謝煜偉，抽象危險犯的合憲性檢驗與實質適性解釋，當代法律，2024年5月，115頁以下；在此判決之前已有學說見解肯認實質適性犯作為解釋抽象危險犯的基礎規則，例如林書楷，刑法總則，七版，2024年9月，59-60頁。
- ³ 學說概況的整理，可參考Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.164-165.; 值得注意的是，少數見解如Schröder, JZ 1967, S.523-524便是把適性犯稱之為「抽象——具體的危險犯」，並且歸類在「具體危險犯」，只不過此與傳統的具體危險犯還是有所不同。因為後者強調危險結果作為犯罪成立要件，而前者雖然不要求危險結果，但是考量到法官須於個案審查行為的一般危險性，所以仍屬具體危險犯。關於此種把適性犯理解為具體危險犯的作法，學理上受到不少批評，尤其是架空了具體危險犯原有的犯罪結構，而且造成不必要的概念混淆。
- ⁴ 其他用語如「特別的抽象危險犯」、「伴隨一般界限值的抽象危險犯」、「部分具體的抽象危險犯等。參閱Zieschang, Fn.3, 1998, S.162.

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。



當前新興的刑事立法多以抽象危險犯與重刑化趨勢為典型，其中不乏有法益內容過於模糊、構成要件描述不甚明確等問題。就在刑法越來越往危險防禦的思維靠攏時，我們該如何守住刑罰手段應有的規制理性，儼然已是當代刑事法學理無法迴避的挑戰。當然，適性犯似乎是一個值得考量的選項。然而，基於適性犯之構成要件設計的特殊性，如果只是純粹將其理解為限制抽象危險犯的適用，這樣的功能定位不免顯得過於直觀且片面。無論如何，針對足生損害此種適性要件的刑事政策意義、適性犯的立法結構，以及相關的解釋等議題，實有必要提出更為深入的分析。為此，在有限的篇幅內，筆者以下先介紹學理上分別多受有支持的兩派觀點，接著再說明足生損害要件的設定原理與其相應的解釋方法。

貳 適性要件之規範意義與解釋

當前的主流見解是以適性要件作為「行為危險性」的評價基礎，其中又以Gallas的「一般危險性說」與Hoyer的「危險源創造說」受到矚目。接下來我們就以這兩說為分析對象，試著釐清適性要件的規範意義，以及潛在的說理問題。

一、事後觀點的行為一般危險性

依據Gallas的見解⁵，適性犯的本質就

是抽象危險犯，根本無需在抽象危險犯與具體危險犯的區分架構下，額外承認為一種獨立的犯罪類型。透過足生損害的適性要件，立法者有意在不法構成要件中框定不法行為的「一般危險性」(Generelle Gefährlichkeit)。

首先，傳統學理上有關抽象危險犯的理解過於僵化，行為的一般危險性往往被單純理解為入罪化的立法動機。只要行為人實施的行為符合不法構成要件描述，即是構成犯罪。對此，法官沒有被授權個案判斷特定行為是否確實具有法益侵害的危險。相對於此，適性犯顯然突破了這樣的限制，特別是面對現代生活型態的多樣性，足生損害的適性要件使得各罪的解釋與適用多了點彈性。因此，法官須以個案的事物情狀為基礎，就特定行為進行危險評價。唯有法官認定行為人所實施的行為具有導致法益侵害的一般危險性，始可將該行為論為「不法構成要件行為」。

其次，跟傳統的抽象危險犯相比，適性犯其實沒有特別的不同，唯一差別僅在於法官對特定行為保有個案評價的權限。或許，正是因為法官可以進行個案行為的危險性評價，適性犯的犯罪屬性似乎是接近具體危險犯。但應注意的是，適性犯的規範重點始終在強調行為的一般危險性，尤其是危險的射程範圍不需要真正觸及到特定法益，只要該法益有受侵害的可能

⁵ Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: FS für Ernst Heintz, 1972, S.171ff.



性，即為已足。所以，適性犯與具體危險犯無論如何還是無法劃上等號。

除此之外，*Gallas*認為行為的一般危險性取決於「事後觀點」(ex post)的事實評價，適性要件因而作為一種「可經由事後核實的客觀構成要件要素」(ein ex post verifizierbares objektives Tatbestandsmerkmal)⁶。一者，法官必須盤點個案中的事物情狀，先是釐清隱含其中的危險要素究竟為何，接著經由危險的抽象化或概括化程序，回溯地確認行為本身的危險特質。如此一來，行為之於法益侵害的適性條件才能夠算是真正獲得滿足。此種有關行為危險的抽象化過程又稱之為「一般化的評價標準」(generalisierender Maßstab)。舉例來說，商品製造人於食品加入色素，而在消費者食用後，法官應確認該色素是否能夠引起身體健康的損害結果⁷。單就這項待證事實來說，行為人是否或在多大程度內藉由添加色素的行為，對特定的消費者製造出真正的危險，已非重點所在。二者，行為一般危險性的評價取決於個案中既有的事實，並且運用科學知識理解該等事實的本質與特性。因此，從事後觀點切入，法官有必要綜合食物樣品及當前的科

學知識等，證明色素添加的危險性，尤其是對人類的身體健康是否有害或無害。由此可知，一個事後可得掌握且必要的事實與知識經驗乃是評斷特定行為是否有一般危險性的關鍵⁸，至於事後能否證明消費者自始保有免疫力，或者實際上是否受到危險，皆非所問⁹。無論如何，按照*Callas*的構想，任何訂有適性要件的分則各罪終究為抽象危險犯，只不過法官負有義務於個案評價特定行為的一般危險性。

儘管上述見解嘗試將適性犯定位在抽象危險犯的下位類型，以及適性要件對應到一般危險性的概念範疇，只不過在說理上仍有疑慮，依據事後觀點所為的適性評價恐怕與行為規範的運作邏輯有所牴觸。理由在於，一方面，任何有關行為危險性的評價無非是在確認特定行為是否就是不法構成要件行為。又考量到不法構成要件行為乃是違反行為規範的外部表現形式，那麼只要涉及到此種規範違反的命題，亦即禁命或誡命等行為義務，「行為時(ex ante)」始屬正確的評價視角¹⁰。另一方面，行為時的行為危險性在本質上係屬一種純粹預測性的評價，而這樣的預測有必要再透過「特

⁶ 用語見*Gallas*, Fn.5, S.181.

⁷ *Gallas*, Fn.5, S.181.

⁸ 此處行為的一般危險性又被稱之為「潛在的危險非價」，見*Gallas*, Fn.5, S.171, 181.

⁹ *Gallas*, Fn.5, S.181.

¹⁰ 類似的觀察切入點，已見*Zieschang*, Fn.3, S.167.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, 1981, S.75 ff.則是認為適性犯特徵在於製造風險的行為，以及由此形成「客觀的危險性不法」(objektives Gefährlichkeitsunrecht)。

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。