

實質適性犯的解釋與適用

——評最高法院112年度台上字第2376號 刑事判決



陳俊偉

中興大學法律專業學院副教授

摘要

刑法第150條在公共場所施強暴脅迫罪自修正以來，迭有爭議。最高法院112年度台上字第2376號刑事判決試圖引進實質適性犯的概念，以目的解釋與合憲性解釋方式限縮該罪之可罰性範圍，實值肯定。但就適性要素的解釋，該判決只強調行為有無侵害所欲保護法益之可能性，恐尚不足夠。有關行為侵害法益的適性，尚應考慮行為人是否採取防範措施，以避免行為作用延伸到其他法益客體這一點。就此而言，本判決之理由仍可加以補充與修正。

目次

壹、事實摘要

貳、爭點

參、法院見解

肆、評析

壹、事實摘要

甲為未成年人，一日向友人乙、丙、丁、戊（未成年）告知其父A平日飲酒後對待甲之行爲，眾人因而心生不滿，一同至A飲酒之佛具店前，先由甲與A對峙，戊在A身旁，乙、丁續靠近，甲質問其父，丙打手勢後手指A，並做出拳頭對碰手勢之後突快步走向坐在板凳之A，雙手抓住A左手要將A拉起，因未抓穩，A又跌坐在地，甲見狀上前抓住A往外拖行，丙亦伸手協助抓A而未抓到，戊在旁圍住A，並與甲將A往外拖行，因速度快，戊未抓牢而改以手推地上之A，A被甲拖行跌坐在地，A欲從地上爬起，因前方遭圍而往房屋方向後退，戊從A背後猛推，A再度跌坐在地，乙、丙要將A從地上抓起，因A掙扎而未能抓穩，丙改抓A右腳拖行、丁抓住A左手、甲與乙抓住A身體，一起將A抬走，戊在旁跟隨，並往佛具店與馬路旁間之轉角處移動，戊大吼「蹲下、幹×娘，我叫你蹲下」，由丙、乙、甲及戊圍毆打A，致A受有右肩關節、右肘關節及臀部挫傷疼痛之傷害。¹

貳、爭點

甲等五人之行爲，是否構成刑法第150條第1項後段規定，「下手實施」、「在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上，施強暴脅迫」之行爲（下稱「本罪」）？

參、法院見解

被告乙、丙、丁三人（甲、戊二人為未成年人，未併案審理）經一審法院判決²，認三人之行爲係犯本罪與共同犯第277條第1項之傷害罪。經被告三人上訴後，二審法院撤銷一審判決³，認為本罪部分無罪、共同犯傷害罪部分有罪。經檢察官上訴後，最高法院做成112年度台上字第2376號刑事判決（下稱「本判決」），駁回檢察官之上訴，並詳細說明本件被告等人人數已達三人以上，聚集地點已在佛具店前路旁此一公共場所，為何仍不構成本罪。具體而言，本判決就無罪部分之理由如下：

一、本判決先行說明，危險犯向來區分為具體危險犯與抽象危險犯兩

¹ 事實摘要係整理自本件最高法院判決之二審判決事實欄（臺灣高等法院高雄分院111年度上訴字第1149號刑事判決）。

² 臺灣屏東地方法院111年度訴字第319號刑事判決參照。

³ 見同註1判決。

類，但具體危險犯有結果要素及其因果關係證明困難，抽象危險犯則會有「擬制危險」羅織過廣、造成行為完全無法益危險仍受罰之罪責原則疑慮。爲了彌補上述兩種類型的缺失，「晚近學說與立法方式因而發展出『適性犯』（或稱『適格犯』、『潛在危險犯』）之犯罪類型予以緩和」。

二、至於何謂適性犯，本判決認爲，係指「行為人所爲之危險行為是否該當『足以』發生侵害之適合性要件，在構成要件該當判斷上，係基於與行為人相當之理性第三人之標準爲斷，以評價行為人之行為強度，是否已具備法條所描述之危險特徵，或有無侵害所欲保護客體或法益之可能性」。從而，本判決定性適性犯之評價係「著重在行為屬性，縱使客觀上尙未產生具體之危險狀態，但只要行為人之行為本身具有法條中所要求的特定危險性質，即屬該當」。

三、而在適性犯如何運用這一點，本判決首先區分爲「立法明文」與「實質」適性犯兩種子類型。前者係指「在犯罪構成要件規定『足以……』者，如刑法第286條第1項妨害自然發育罪之構成要件，……，藉此限縮概括條款（他法）之涵蓋範圍」；後者則是運用在構成要件未明定爲適性犯，「但立法擬制之危險概念，將使對法益侵害極其輕微之行為，亦予以處罰，而有違反罪責原則之虞時」，即可依解釋之方法，「透過『足以生危險於保護法益』之不成文構成要件要素予以審查，亦即行為仍須發生侵害法益危險之可能性，但不須致生對保護法益具體危險之程度，藉以判斷個案犯罪成立與否，庶免悖離憲法罪責原則之誡命」。

四、基於上述意旨，本判決認爲本罪儘管並非立法明文之適性犯，但考慮到本罪保護法益爲「公眾安全」與「社會安寧秩序」，如行為人下手實施強暴脅迫行為之對象爲「特定人」，更必須「視個案情形判斷有無造成公眾之危害、恐懼不安，否則將造成不罰之毀損、傷害或恐嚇未遂之行為，仍以本罪處罰，不啻使本罪規範成爲保護個人法益之前置化規定，致生刑罰過度前置之不合理現象，有違憲法罪責原則」。基於上述意旨，本判決將本罪解釋爲實質適性犯，並區分施強暴脅迫之對象爲不特定或特定人，以決定是否仍須藉由不成文的適性要素要求，進行限縮解釋。其中，在對象爲不特定人之情形，已屬直接造成公眾或他人之危害、恐懼不安之行為，毋庸再進行限縮解釋；至於在對象爲特定人之情形，「基於本罪著重公眾安全法益之保護，依目的解釋及合憲性解釋，其所施用之強暴或脅迫行為，仍須足以引發公眾或不特定人之危害、恐嚇不安之感受，而有侵

害公眾安全之可能性，始該當本罪，俾符前述本罪修正之立法目的及所保護社會法益，且與罪責原則無違」。

五、準此，本判決認為原判決既然已經評估「其等施暴之動機及目的均屬明確且同一、對象特定」、「地點大致在佛具店前之騎樓空地及屋旁轉角處，並未漫延或跨越馬路，……往來之人、車仍能正常行駛而未有閃（迴）避」、「被告……等人亦未在現場鼓譟或持械攻擊、毀損周邊之人或物」、「告訴人……傷勢不嚴重」等事實因素，「實難認其等對告訴人實施傷害之行為態樣及強度，已達因外溢作用產生危害於公眾安寧、社會安全，而使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之程度」，進而肯定原判決認定本罪部分無罪之結論應無違誤。

肆、評 析

一、近期實務判決的抽象危險犯見解簡析

我國傳統實務見解對於危險犯的分類與定義，向來依循傳統學說的二分法⁴，區分具體危險犯與抽象危險犯。其中，具體危險犯之具體危險屬於構成要件之結果要素，需要在個案中加以證明與確認。至於抽象危險犯則屬於單一的犯罪類型，係指「行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態樣，重視行為本身之危險性」。然而，這種對法益的抽象危險或行為危險性，過去的實務見解認為不屬於構成要件要素，「乃立法者所擬制或立法上推定的危險，其危險及程度是立法者之判斷」，因此在個案中不需證明行為危險性之存在，只要一有構成要件之行為，即可成罪。儘管某些少數判決還會額外指出，個案中可再輔助「以行為本身之一般情況或一般之社會生活經驗為根據，判斷行為是否存在抽象的危險」，但上述傳統一有行為即成罪的抽象危險犯理解，基本上仍是主流⁵。而這類將抽象危險犯理解為行為犯的傳統見解，更是在最高法院105年度第18次刑事庭會議做成決議，認為行為人只要一有「攙偽或假冒」或「添加未經中央主管機關許可之添加物」之行為，即有立法者擬制之危險，法院毋庸實質判斷行為有無存在抽象危險時，達到最高峰⁶。

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，十一版，2023年9月，101-104頁；王皇玉，刑法總則，六版，2020年8月，167-171頁。

⁵ 最高法院102年度台上字第3977號刑事判決參照。

⁶ 此一決議新近仍有判決從之，並藉此駁斥被告主張之適性犯辯詞，就此見臺灣高等法院臺中分院110年度重上更一字第20號刑事判決。

不過，近年來也可以看到不少實務判決，針對構成要件文義涵蓋範圍過廣的抽象危險犯規定，陸續引進法益侵害的「適性」要素以限縮構成要件該當範圍。這一波引進適性犯趨勢，較為明顯的起點則是從2010年開始出現一系列判決，儘管沒有提到適性犯的用語，但卻明白表示食品安全衛生管理法的攙偽假冒罪此一抽象危險犯規定，應限縮解釋為以有害人體健康之虞的攙偽假冒行為始具可罰性⁷，可說是運用適性犯的觀念節制抽象危險犯處罰過廣的濫觴。隨後近10年內，在非立法明文的抽象危險犯規定適用上，引入額外的不成文適性要素這種解釋策略，逐漸被各級事實審法院之判決廣泛應用在諸如環境刑法⁸、交通刑法⁹以及本罪規定¹⁰的解釋上。

至於最高法院部分，做成本判決的刑事第三庭早在2022年，就曾為了說明修正前第190條之1（具體危險犯）與修正後空氣污染防制法第53條規定之罪（適性犯）兩者性質不同，明白指出類似於本判決的適性犯起源、形式與實質兩大分類，最終並確認，「所以將適性犯適用於刑法規定之上，乃因在處罰行為人之行為時，不僅因行為造成法益之危險，更要求達到一定危險規模時，始加以處罰，把法益侵害極其輕微者，作為在構成要件階段之除罪因素，有助於實務上對成罪判斷之實質裁量。是抽象危險犯、具體危險犯及適性犯，在構成要件定性上乃不同之犯罪類型，各有其判斷標準」¹¹。於此一基礎之上，本判決更進一步具體確立了適性犯在實務判決解釋所需的各項具體內容，包含：（一）適性犯的一般性準則：如罪責原則此一正當性基礎、介於具體危險犯與抽象危險犯之間的獨立地位、形式與實質的分類、以行為的一般危險性此一著重於行為不法的特徵作為評價標準等；（二）實質適性犯的個別性判準：譬如解釋方法為「目的解釋與合憲性解釋」，以及運用在第150條規定的各種事實考量因素。

⁷ 這類判決的整理與分析，見陳俊偉，論食品安全衛生管理法第49條重新入罪化之必要性——以最高法院105年度第18次刑事庭會議決議及近期相關判決對「攙偽或假冒」抽象危險行為之解釋爭議為出發點，月旦刑事法評論，5期，2017年6月，146-147頁。

⁸ 例如臺灣高等法院臺中分院109年度上訴字第2409號刑事判決：「另亦新增空氣污染防制法第53條規定，該立法理由亦明確指出所謂『足以生損害於他人之生命、身體健康』之要件乃學理上所稱之『適性犯』或『適格犯』（Eignungsdelikt），……由此足見，空氣污染防制法上開新增規定，即係為具體化修正後刑法第190條之1第1項公共危險罪所制定之特別規定。」

⁹ 例如臺灣新竹地方法院110年度交訴字第61號刑事判決：「刑法第185條之4……考量本罪在體系上為公共危險罪章之犯罪，所侵害的主要刑法法益應為社會法益，故均應視為『逃逸』此一行為要素（抽象危險行為）的限縮要件，亦即以學說上『適性犯』概念中的『適格性要件』加以理解。」

¹⁰ 例如臺灣新竹地方法院110年度訴字第174號刑事判決：「然而，正因現行之成罪空間已因法律修正而極度擴大，以前揭『適性犯』角度對本罪成罪空間進行適度限縮即屬必要……。」

¹¹ 最高法院110年度台上字第187號刑事判決參照。

至此為止，可說是已經相對完整地建立了適性犯的體系架構與適用方向，極為有助於未來適性犯概念在各級法院判決的具體運用。

二、適性犯的定位、本質與解釋

（一）適性犯的立法與解釋

從罪責原則可以導出，只有行為人透過其行為對相關法益造成真實的危害風險時，行為人才算是實現了刑事不法而須承擔刑事責任。然而，傳統抽象危險犯卻可能出現個案當中行為人形式上已經實現了法定構成要件，但無論是從行為人的角度或理性第三人的角度來看，行為人的行為都並未導致任何真實法益危害風險的案例。因此，處罰這類無危險案例之行為人將會違反前述罪責原則的要求，傳統抽象危險犯也就因此產生了正當性疑慮¹²。然而，傳統抽象危險犯的正當性疑慮更存在於，不管是具體危險結果或行為的一般危險性，都不是抽象危險犯的構成要件要素，這明顯造成抽象危險犯的文義範圍可能涵蓋完全不同程度與品質的法益危害風險層級；也就是說，從「行為完全沒有造成危險」一直到「行為實現具體危險結果以前」的寬廣階段，都成為傳統抽象危險犯的守備範圍。單一構成要件的文義涵蓋範圍如此廣泛，也常是它形式上無法符合明確性原則、實質上難以成為保護法益的適當手段之主因¹³。基於上述隱憂，德國刑法早已引進各種不同類型的抽象危險犯作為構成要件的立法形式或詮釋基礎，譬如適性犯、累積犯、預備犯等，抽象危險犯也就不再是單一的犯罪類型，而是一種集合類型¹⁴。而我國刑法近期也開始出現越來越多適性犯的立法體例，如第286條的「足以妨害其身心之健全或發育」、第319條之4的「足以生損害於他人」、第344條之1的「其他足以使人心生畏懼之方法」，以及第10條第8項屬於性影像定義的「客觀上足以引起性慾或羞恥」等，均屬適例。

只是，除了立法者明白採取適性犯的規定以外，裁判者得否運用「解釋方法」額外要求「適性」要素，將形式上本來不屬於適性犯的抽象危險犯可罰性範圍予以限縮，諸如本判決針對本罪所從事的解釋一般，則仍有

¹² StGB-Schönke/Schröder/Heine/Bosch, Vor. §§ 306 ff., 30. Auflage 2019, Rn. 5. 中文文獻部分，僅見王皇玉，同註4，172-173頁。

¹³ 就此詳細的說明，陳俊偉，論食品刑法保護之健康法益內涵及其構成要件：一部風險刑法的立法正當性追尋，臺灣大學法學論叢，50卷2期，2021年6月，590頁以下。

¹⁴ 陳俊偉，同註7，171-172頁。

爭議。文獻上不乏有見解認為，一旦肯認裁判者得以透過解釋限縮抽象危險犯的可罰性範圍，無疑將扼殺了這類抽象危險犯的立法初衷，並且裁判者也因此侵害了立法權而違反了權力分立原則。因為立法者當初運用這類規定的終極目的，正是為了更周全地保護法益，從而不容許行為人在個案當中，獲得針對自身行為是否適合於侵害法益的具體危險評估權限¹⁵。就此本文則是採取不同看法，主張裁判者仍得在一定限度底下，合理運用不成文的適性要素作為解釋基礎，針對個別抽象危險犯的可罰性範圍予以限縮。除了傳統抽象危險犯前述是否符合罪責原則、明確性原則與比例原則的疑慮之外，本文肯認裁判者解釋權限的理由可簡要說明如下：

1. 只要避免將抽象危險犯過度轉化解釋為具體危險犯，就不會賦予行為人具體危險評估權限。實質適性犯的解釋方法要求抽象危險行為的實行，必須同時具備足以侵害法益的特質，只是給予行為人仍然有從眾多行為形式當中，挑選不具備法益侵害特質行為的權限，因此不會抹煞前述抽象危險犯的立法初衷，反而更為合乎比例且明確地調和了一般行為自由與法益侵害之間的界限，刑罰構成要件才不至於過度限制了特定基本權（在本罪的脈絡下：集會自由或一般行為自由）。

2. 立法者所制定抽象的構成要件規定涵蓋範圍，本來就是要由裁判者在個案中予以具體化。只要裁判者的解釋結論沒有超出構成要件文義範圍，或不會明顯違反立法者明示的立法意旨，就應該不會有違反權力分立原則的問題。更何況，在考慮到遵守法治國原則的情況下，權力分立原則本來就可以相對化¹⁶，而這正是在判決中落實合憲性解釋的意義。

綜上所述，本判決從罪責原則的誠命出發，透過目的解釋與合憲性解釋，要求本罪行為針對特定人的情況下，必須要求額外的適性要素而予以限縮可罰性的意旨，原則上值得予以贊同。

（二）實質適性要素的本質與適用

就算肯認裁判者有權透過解釋的方法，針對抽象危險犯額外要求適性要素，也不是毫無標準可言。本判決雖然已經相對具體地說明，適性要素存在與否應係「基於與行為人相當之理性第三人之標準為斷，以評價行為人之行為強度，是否已具備法條所描述之危險特徵，或有無侵害所欲保護客體或法益之可能性」，此一見解固然值得認同。但依本文之見，有關實

¹⁵ Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 442, 481.

¹⁶ StGB-Schönke/Schröder/Heine/Bosch, *Vor. §§ 306 ff.*, 30. Auflage 2019, Rn. 6a.

質適性犯的解釋與適用，或仍可補充說明若干標準如下：

1.實質適性犯此一解釋方法的運用必要性，應該僅限於抽象危險犯之行為要素文義不夠明確、欠缺明示法益危險特徵的規定。因為只有在這類規定的適用上，裁判者單純依據構成要件行為的描述，仍不易確認個案行為是否已經逾越了法所不容許的風險之程度，才有進一步解釋確認可罰性範圍之必要。本判決所指出「法益侵害極其輕微」這一點，並非適性犯解釋的主要考量因素。

2.所謂的適性要素指的是，行為具備侵害法益一般危險性的特徵；也就是說，行為人透過其行為創造了法益的危險源，並且無論是從客觀第三人的觀點或行為人自己的觀點出發，行為人都沒有採取足夠措施確保或控制危險源的作用真的不會延伸到可能的法益客體之上¹⁷，其行為才具備法益侵害的適性。準此，行為是否具備足以侵害特定法益的適性，必須考慮兩個指標：(1)行為人透過其行為創造了法益危險源；(2)行為人並未採取確保危險源不會作用至可能法益客體的防範措施。本判決所確認的適性要素內涵，大致採納了上述指標(1)，但並沒有進一步考量指標(2)，就直接否定了被告等人的刑責，判斷上可能會因此有所偏誤。更具體而言，被告等人在公共場所對告訴人施強暴脅迫行為，似乎已經符合上述指標(1)的要求。而從二審判決事實看來，被告等人在施強暴脅迫時，似應再進一步調查是否有具體跡證存在，可以認定被告等人有採取任何防範措施，以確保他們的強暴脅迫行為之作用不會外溢到可能行經該場所的其他不特定人身上，才能確認他們的行為真的欠缺侵害本罪法益的適性。至於本判決所肯認的二審判決，以行為是否「已達因外溢作用產生危害於公眾安寧、社會安全，而使公眾或不特定之他人產生危害、恐懼不安之程度」作為判斷標準，其實不是如同判決自己所言的，單純從事行為不法層面的抽象危險判斷，反而已經接近於從事結果不法的具體危險判斷，有將抽象危險犯過度轉化解釋為具體危險犯、偏離本罪抽象危險犯本質之疑慮。

3.畢竟適性要素的判斷，至少必須建立在針對行為可能作用或影響的「假設或抽象的個別被害人」此一基礎之上，因此學說上有認為適性犯僅適用在侵害個人法益之犯罪或侵害堆疊個人法益而來的（假性）集體法益之犯罪，並不適用在侵害純正集體法益之犯罪¹⁸。此一見解本文並不完全

¹⁷ Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 197 f. 有關適性要素的詳細說明，陳俊偉，同註13，590-593頁。

¹⁸ Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 164, 170.

贊同，立法者針對集體法益的保護所設計的抽象危險犯規定，仍然應該將行為對於該集體法益的一般危險性納入作為構成要件要素¹⁹。因此，在立法者設計保護集體法益的抽象危險犯時，行為侵害法益的一般危險性特徵若沒有清楚描述，裁判者應該仍然有引進實質適性犯作為解釋基礎，以限縮可罰性範圍的可能性。只是畢竟集體法益的侵害本來就沒有具體的個別被害人，有無單一個人受有損害並不是判斷集體法益受侵害程度的主要因素，譬如以行使偽造貨幣行為為例，有無個人因此受騙，根本不影響行使偽造貨幣罪之成立與否。從而，本判決區分強暴脅迫行為有無針對特定人，進而限定只有行為針對特定人之案例才有引進實質適性犯的概念作為本罪解釋標準的必要，恐怕不夠精準掌握集體法益的侵害關係。本文甚至於認為，本罪的強暴脅迫行為欠缺特定實施對象時²⁰，譬如如有武術隊人員在宮廟前廣場練武的行為，形式上似乎也該當於本罪構成要件，有時反而更需要行為侵害法益適性的審查。

三、結語

本罪的真正問題在於，立法用語直接援用了本來屬於侵害個人法益犯罪的「強暴脅迫」此一行為形式，但除了額外添加人數與公共場所此一地點等要求之外，並未設計足夠的行為特徵要素，讓本罪的強暴脅迫行為從經驗法則來看，都能一律表徵出行為人已經透過其行為造成了侵害公眾安全法益的一般危險性。本判決藉由實質適性犯的肯認與解釋，試圖限縮本罪的適用範圍，避免本罪因可罰性過度浮濫而侵害到個人的集會自由或一般行為自由，值得肯定。只是有關適性犯的適性要素內涵，本文認為應包含：(1)行為人透過其行為創造了法益危險源，以及(2)行為人並未採取確保危險源不會作用至可能法益客體的防範措施。就此而言，本判決之見解應該仍可再加以補充修正。♣

🔍 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw

¹⁹ 陳俊偉，食品刑法有無保護集體法益之可能？：一個立於法益理論而來的思考，中研院法學期刊，30期，2022年3月，62頁。

²⁰ 就此筆者其實有所質疑的是，如果將強暴脅迫行為採取如同傷害罪、強制罪、恐嚇罪甚至毀損罪的方向解釋（譬如本判決引述立法理由指出如鬥毆、毀損或恐嚇行為等），強暴脅迫行為是否可能有對象為不特定人的情況？或者說，如果沒有行為實行的特定對象，還能稱之為強暴脅迫行為嗎？