

# 我國刑法第185條之3 醉態駕駛罪危險概念的流變\*

游明得\*\*

## 要 目

- |                              |                            |
|------------------------------|----------------------------|
| 壹、全民發聲的譴責模式——<br>層出不窮的「酒醉駕車」 | 二、理論選擇                     |
| 貳、問題的聚焦                      | 伍、醉態駕駛罪的危險犯定性              |
| 參、先決問題——「危險」<br>概念的掌握        | 一、同中有異的不同說法——<br>2013年修法前  |
| 一、客觀危險抑或主觀危險？                | 二、治絲益棼的2013年修法             |
| 二、以法益侵害的危險為名                 | 陸、分道揚鑣的「不能安全駕<br>駛」與「危險判斷」 |
| 肆、危險犯的類型化論述                  | 柒、結論——對本罪規定的反省             |
| 一、傳統的兩分類型與補強                 |                            |

關鍵字：抽象危險犯、具體危險犯、醉態駕駛、不能安全駕駛、血液酒精濃度

投稿日期：107年01月27日；接受刊登日期：107年06月11日

\* 本文部分內容係104年科技部「人文社會科學研究中心補助青年學者學術輔導與諮詢專案」之研究成果（計畫編號：MOST 104-2420-H-002-016-MY3-Y10407）。感謝薪傳學者的指導，不過文責仍由作者自負。也感謝審稿人給予的指正，糾正了本文許多錯誤。

\*\* 開南大學法律學系專任助理教授，輔仁大學法學博士。

## 壹、全民發聲的譴責模式 ——層出不窮的「酒醉駕車」

刑法第185條之3醉態駕駛罪（下稱本罪）是近年（1999年制訂）新興的條文，也是少數自行政不法進入刑事不法層次的犯罪型態。酒醉駕車本為傳統台灣社會的常態，而該行為亦為道路交通管理處罰條例等處分的規制對象，但在科技發達的今日，由於本罪在實際上發生頻率極高<sup>1</sup>，再加上傳播媒體對駕車肇事行為中因酒導致者的大肆報導與強調<sup>2</sup>，本罪的制訂儼然成為刑事條文中受到高度肯定的犯罪處罰之一<sup>3</sup>，更因此歷經了兩次<sup>4</sup>的刑罰加重洗禮<sup>5</sup>。然而，詳觀國內許多文獻對於本罪所抱持之懷疑態度：不

<sup>1</sup> 據法務部自2006至2012年的統計資料，檢察官起訴公共危險罪章的人數並未見減少，即使再參考警政署2013年的資料，道路交通事故受傷人數的件數亦是逐年成長。

<sup>2</sup> 如有名的葉少爺案及洪其德案，相關內容可參考：史上最重 葉少爺判6年——酒駕害3命 8歲童淪孤女，蘋果日報，2012年11月10日，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20121110/34632719/>；酒駕撞死人 洪其德：願接受制裁，華視新聞網，2008年2月12日，<http://news.cts.com.tw/cts/society/200802/200802120239865.html>（2017/07/26，造訪），以及最高法院102年度台上字第4783號刑事判決等。

<sup>3</sup> 不只是中央政府立法修正一頭熱，在地方政府也儼然將酒駕視為首惡，欲除之而後快，參看日前台中市政府大張旗鼓地將「台中市酒醉駕車防制自治條例草案」送交台中市議府審查可見一斑，參見張菁雅，〈中部〉酒駕防制自治條例 台中議員促重新提案，自由時報，2015年5月24日，<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/882995>（2017/07/26，造訪）。

<sup>4</sup> 相關修法過程的介紹可以參照王皇玉，2013年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決，臺大法學論叢，第43卷特刊，頁1229-1232（2014）。

<sup>5</sup> 除了刑罰加重之外，在2011年本罪第二次修正時，更加上了第2項的「因而致人於死者」。依立法理由所示，再參考其他刑法條文如

論自保護法益、該罪的法律性質，甚而在實證上對該罪的適用是否具備遏阻犯罪的實效等，質疑聲浪不斷<sup>6</sup>。觀察實務上對本罪的討論多圍繞在酒精濃度與本罪構成要件要求之「致不能安全駕駛」兩者的關聯上<sup>7</sup>，而這些要件的產生，不外乎都是在形塑是否

第277條第2項、第279條但書的理解，一般多認為本項為結果加重犯的立法規定。這樣會引發二個問題：一則為何以只因本罪規定「因而致人於死」，即可認定為結果加重犯？只有單以立法理由為據即可？接下來第二個問題則是進一步產生競合適用的難題：本罪與其他結果加重犯規範構造不同在於，本罪為繼續犯，其他則多為狀態犯。而結果加重犯模式原始多是故意的狀態犯行為加上因過失致生加重結果，但本罪卻為繼續行為的不同前提下，若要全盤照用，實有問題，也將因此衍生出本罪與過失犯罪之間係想像競合或是數罪併罰的爭議，這部分可以參照許恆達，不能安全駕駛罪與過失實害犯的罪責及競合難題——兼評最高法院100年度臺非字第373號刑事判決，台灣法學雜誌，第212期，頁98（2012）以下的討論；以及最高法院100年度台非字第373號刑事判決、最高法院102年度台上字第4783號刑事判決。對此，在承認立法正當性（雖然至多只存在加重刑罰處罰之目的）的前提下，本文試圖重新加以詮釋本項規定：首先，可排除結果加重犯的先入為主想法，然後再將本項解釋為立法者因醉態駕駛而再有致人於死或重傷情形的加重刑罰規定。如此依刑法第12條，既然立法者未宣示為過失犯，本罪主觀構成要件即應以故意違犯者方得加重，也因此本罪應為故意犯，而這也不會與主張為結果加重犯論者所依據的刑法第17條文字有所牴觸。至於本項規定與其他相關條文如刑法第271、278條的競合，是依行為單數中繼續犯的特質，為一行為而最後論以刑法第55條想像競合來加以處理。盧映潔，刑法分則新論，頁238，新學林出版股份有限公司，修訂第12版（2017）與本文結論相同，但其「立法者基於平衡與責任的規範目的」的構成理由則與本文容有不同。對此適用上的疑難則可參閱許澤天，論酒精影響下的不能安全駕駛罪，興大法學，第15期，頁171-172（2014）。

<sup>6</sup> 如陳友鋒、黃鵬達，刑事不法與行政不法臨界之檢討——以刑法第185條之3為論述中心，華岡法粹，第57期，頁90（2014）以下的分析。

<sup>7</sup> 例如最高法院102年度台上字第5000號刑事判決、102年度台上字第

構成法益侵害的「危險」。而上述問題都與本罪的定性是否為抽象危險犯或具體危險犯，及因此衍生出的危險判斷方式，實有深度關聯。

## 貳、問題的聚焦

醉態駕駛罪在我國學理與實務咸認是法益前置保護的危險犯性質（參考本文伍、一以下），因為可以從本罪的制定理由<sup>8</sup>與處罰目的之中<sup>9</sup>得出，也就是在處罰產生法益可能受到侵害的「高度可能性」。本文旨在從傳統抽象危險犯與具體危險犯的分類出發，再參考學理上如抽象具體危險犯，乃至行為犯的理解等諸般看法，重新評析本罪的性質並加以定性，並藉此提出合適於本土化法條的解釋。

在討論本罪的危險犯性質前，應討論的先決問題是，危險的概念及其判斷標準如何，危險究竟是存在於人類對未來無法掌控的主觀上？或是純客觀法益可能受侵害的高風險？抑或是有其他的理解方式？以下將先予探討。

有鑑於危險犯的相關文獻在台灣與德國均已累積相當數量。因此，本文除了整理台灣現行刑法學界對於危險犯的諸般說法，以及套用到本罪時學理上所衍生的不同理解外；由於德國刑法第

---

2909號刑事判決與102年度台非字第57號刑事判決等。

<sup>8</sup> 1999年制定理由為「為維護交通安全，增設服用酒類或其他相類之物過量致意識模糊駕駛交通工具之處罰規定，以防止交通事故之發生。」

<sup>9</sup> 參閱張麗卿，酒測○·九一毫克竟也無罪——評台灣高等法院九十年度交上易字第246號刑事判決，收錄於新刑法探索，頁501以下，元照出版有限公司，5版（2014）。

316條與本罪有類似的文字規定<sup>10</sup>，因此也將參考德國學理與實務的看法，藉由他山之石，可以更清楚印證我國現行或是未來發展醉態駕駛罪時，該有如何的走向。

### 參、先決問題——「危險」概念的掌握

在討論本罪是何種危險犯的性質前，應當先探討刑法上的危險概念意涵為何？以下即歸納諸般說法而為探討。在此要先說明的是，此處的危險判斷是一種進入刑法立法前的先驗討論；換言之，這是討論危險的本質應如何判斷。至於立法者是否將其認定的法益危險結論置入刑法規定而成為法典的一環，是在考量本文危險標準之後所作出的價值判斷，這是另一個問題。

#### 一、客觀危險抑或主觀危險？

危險究竟是一種「判斷」，抑或是一種「狀態」？是一個素有爭論的先決問題，這分別從危險的主觀面與客觀面切入觀察所得。「判斷論」的說法認為危險只是人所為的主觀判斷，「狀態論」者則認為危險是一種發生侵害的客觀可能性<sup>11</sup>。按，刑法中

<sup>10</sup> 德國刑法第315至316條交通安全犯罪規定中，以第316條的文字規定與我國在1999年制定本罪時的原貌最為類似，其規定：「I由於服用酒類飲料或其他麻醉藥品，致不能安全駕駛，而仍駕駛交通工具行駛於道路上者，處一年以下有期徒刑或罰金。II因過失致犯前項之罪者，亦同。」德國法第315條以下的基本脈絡介紹可以參考Fischer, StGB: Kommentar, 60. Aufl., 2013, § 315c Rn. 2; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 37. Aufl., 2014, § 22 Rn. 977; 彭美英，刑法第一八五條之三不能安全駕駛罪之再檢討——兼論德國刑法第三二三條a「自陷完全麻醉罪」，月旦法學雜誌，第144期，頁7-11（2007）。

<sup>11</sup> 基本論述可以參考蔡蕙芳，從危險理論論不能安全駕駛罪，頁18-23，國立臺灣大學法律學研究所博士論文（2000）。

的危險概念本身就是一種人類對現狀不可預知的映射。亦即，危險是一種對於未來的預測，只是以自身認知能力所知的事物為基礎<sup>12</sup>。因此，危險應是一種主觀上的判斷，而非純客觀上的狀態<sup>13</sup>；不管這樣的狀態是否能合理化危險犯為「預設法益可能被侵害的前置處罰」，至少能先確立危險不會是純客觀面的觀察所得出的結論。至於要落實到以有危險為前提之刑法典中的「危險犯」規定，則是另一個問題<sup>14</sup>。

進一步論之，從觀察角度而論，危險通常只存在於主觀上，「純客觀」危險這樣的概念事實上可能並不存在。就以持槍殺人來說，在扣板機的時候，所有客觀上的要素如空氣流動的速度、彈道等都是已經確定的，結果只有兩種：殺了人跟沒有殺了人。唯一不確定的是人的主觀想法，因為人沒辦法完全掌控這些客觀因素，所有客觀條件在行為時都已然註定，只是因人類沒有辦法完全加以認知，所以才會有危險的概念存在，這是出自於人類對未知的恐懼。所以像危險此種專指發生結果的高度可能性之概念也只存在於人的主觀上<sup>15</sup>。純客觀上的因果歷程因為都是在行為

<sup>12</sup> 參閱薛智仁，參與群毆行為之處罰基礎與立法，頁68-69，學林文化事業有限公司（2002）。

<sup>13</sup> 因此，在王榮聖，刑法上危險概念之研究——以「構成要件理論為中心」，頁89，輔仁大學法律學研究所博士論文（2007）主張「危險是一種被判斷的狀態，危險性則是一種判斷」，不論對於危險或危險性的名詞使用如何有所不同，至少聚焦在行為人主觀上此點與本文則屬一致。

<sup>14</sup> 學理上即有指出，即使認為是抽象危險犯，行為人的行為也至少須具有一定程度的危險存在，而這裡的危險即同於以下討論的危險觀察角度：行為時基於一般人的認知。如Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB: Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 316 Rn. 5; Eisele, in: Jörg, Strafrecht BT 1, 2008, § 45 Rn. 809.

<sup>15</sup> 徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，中原財經法學，第19

之時就已經確定，根本沒有危險可言<sup>16</sup>。

上述說法，是以「主觀—純客觀」的相對應關係所作出的論述。然則主觀與客觀的對應其實可以有另一種方式的理解，即客觀是一種「多數人意見的綜合」<sup>17</sup>，由此衍生出一般具普遍性的「客觀」性。學理上即有對此提出所謂的「客觀化危險」觀點，就是從絕大多數人的認知裡去找出危險是否存在<sup>18</sup>，也就是因為無法找到一個單一的標準來解釋危險之存在，最終只能取得多數人的共識；故所謂危險判斷的客觀化，就只是危險判斷的多數人共識。根本的理由在於「爲了能繼續生活，當越來越多人所看到的世界模樣相同，只好設爲（假設），世界就是按照人類所看到的樣子存在著，這就是客觀<sup>19</sup>。」

在文字的射程範圍上，「客觀」本來就可能存在著多重的意義。純粹的客觀只是其中的一種選項，而且是極端立場下的選擇而已。事實上，從法律是多數人的行爲規範，是透過間接民意所形成的角度觀之，就以下所要討論的刑法危險概念，既然是立於多數人同意被拘束的法規範中論述，危險的客觀化自然也是多數人所同意，這樣的客觀也可說就是一般人觀點的意思。從而，如果多數人的共同意志成爲刑法的規範，是一個大家認可具共識的命題，那麼刑法規範的客觀性自然也應建立在多數人的同意之上。其次，危險概念，乃至下述的危險犯概念，最後都要與刑法

---

期，頁154（2007）。

<sup>16</sup> 游明得，論刑法上著手實行的判斷——判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌，第7卷第1期，頁160-161（2005）。

<sup>17</sup> 薛智仁，前揭註12，頁83。

<sup>18</sup> 僅參閱Momsen, in: von Heintschel-Heinegg, Beck OK-StGB: Kommentar, 2. Aufl., 2014, § 35 Rn. 9.

<sup>19</sup> 薛智仁，前揭註12，頁84。

法益的保護目的連結。而法律利益的本身是否該被保護，也是基於多數意志同意選擇下的結果，所以基於法益保護的一致性，對於法益可能產生的「危險」，也應在此框架下理解<sup>20</sup>。綜上，不難理解下述脈絡理解的危險概念，已不是純主觀，而是綜合多數人主觀下的一般性客觀危險概念。

至於學理上所討論自然意義的危險說法，是以事實的自然科學角度，也就是根據所有已知的因果自然法則來加以判斷是否有危險；而規範意義的規範，從規範的形成過程觀之，也就是從一般人的角度，來觀察損害的發生是否有異於一般的生活經驗，或是一般人無法信賴不會發生<sup>21</sup>。上述說法的提出，都是為了強化危險的判斷標準，避免單純只論述有無危險，最終將只淪於字面遊戲表述的弊病。雖然上述分類無法完全避免不過是一種文字上的迷障，只是用另一種不清楚的文字去解釋模糊的危險概念，是一種循環論證的批評，但是仍值得進一步加以觀察。按，自然意義的危險概念，用的是較為反面論述的方式來說明偶然性（Zufall），亦即法益侵害若最後只是取決於偶然因素才未發生者就是有危險；而舉出的例子如山頂案：有一輛行駛於山上道路

<sup>20</sup> 所以有認為危險爭論主觀危險與客觀危險並無實益，因為即使將危險理解為純粹行為人主觀判斷行為，但最後此判斷行為仍必須與某個客觀事態相聯繫，參閱蔡蕙芳，前揭註11，頁55。由於討論危險的本質與判斷危險的方法，概念上並不相同，故上述所謂的客觀事態如果是指採取一般人的標準來認定，那麼爭執是否主觀或客觀，也不過就是人數上量的差異而已，的確可以認為實益不大。

<sup>21</sup> 詳細的介紹可以參考Momsen, a.a.O. (Fn. 18), § 34 Rn. 4; 中文文獻部分可以參考林東茂，危險犯的法律性質，收錄於危險犯與經濟刑法，頁25-26，五南圖書出版股份有限公司（1996）；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，第22卷第2期，頁30-33（2010）；黃榮堅，基礎刑法學（下），頁582-585，元照出版有限公司，4版（2012）。

的車子要超車，但結果卻與來車相撞，只是因為吹來一陣強風，到底是如何的自然科學概念說法來加以否定危險的存在，其實並無法有令人信服的說明，且實害不發生必須從自然科學概念無法解釋，這樣的反面論證方式會使得具體危險概念太過限縮<sup>22</sup>。至於同樣不太精確的規範意義說法，即使後續出現了許多的修正論點<sup>23</sup>，但是卻呈現出一個共同的大方向：即規範性是植基於一般人的判斷標準。而這與本文前述判斷危險是否存在大致相符。兩相印證之下，本文前述看法與學理上的發展趨勢也並不相違。

## 二、以法益侵害的危險為名

文獻中在介紹危險犯時，一般多是從危險犯與實害犯的區分出發，並此一區分有益為基底建構危險犯存在的正當性<sup>24</sup>。亦即，實害犯指的是對法益產生實際損害者，危險犯則是指對於保護法益僅生危險者。由此觀之，危險犯的成立仍植基於法益保護之上，這也符合刑法的目的。只是，一般認為危險犯不同於實害犯之處在於法益保護的前置化<sup>25</sup>，是在未生法益的實際侵害之前，即由立法者依其立法裁量權限選擇了一些行為態樣來加以限制<sup>26</sup>。

<sup>22</sup> Roxin, Strafrecht AT 1, 4. Aufl., 2006, § 11B Rn. 149 ff.

<sup>23</sup> Heine, in: Schönke/Schröder, StGB: Kommentar, 29. Aufl., 2014, vor § 306 ff Rn. 3a ff.

<sup>24</sup> 如 Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2013, § 10 Rn. 8; 柯耀程，刑法釋論 I，頁 287，一品文化事業有限公司（2014）。

<sup>25</sup> 如林書楷，刑法總則，頁 70，五南圖書出版股份有限公司，3版（2017）。

<sup>26</sup> 所以黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 446，元照出版有限公司，4版（2012），不僅說明危險故意是一般人認知取代行為人認知外，也說明了這些危險具有存在基礎是因為立法者肯認於一般人觀點下有難以預料的風險。

在刑法典中，如果認為只有既遂犯才是完整的法益侵害之實害犯，那麼相對於此以法益提前保護之名而為處罰原因的類型其實為數也不少，例如舉動犯、未遂犯，乃至更提早處罰的陰謀犯與預備犯都是。故法益的前置保護不會專屬於危險犯，而是端視立法者的立法裁量所創設的類型而定。檢驗該前置保護的界線應置於何處，除了應就個別犯罪類型規範必要性的討論之外，最主要的先決問題自然是上述的危險是否存在，只有危險存在才有處罰的正當性。因此，以上述的危險概念為約制的共同標準是一個可行的上位標準。不過因為其以欠缺完整的實害行為為前提時，應更強調其行為規範與警示的功能：即立法者藉此讓民眾對其行為是否受到刑法制裁有預見的可能性，而不可以為尚未具備實害的行為就可以輕易嘗試。

無獨有偶，刑法上以危險為名的相關概念雖所在多有，但是否所有的危險概念都要一體適用相同內涵，而達放諸四海而皆準，也不盡然。以刑法第25條第1項的著手實行為例，技術上固然是以行為人對其犯行的想像為判斷背景，但重點還是在於判斷標準的選擇（構成要件行為、中間行為、直接危險等），例如通說的主客觀混合理論，最後的判準之一即為對「法益的直接危險」<sup>27</sup>。但是，在刑法第26條不能未遂的「無危險」，如果是建立在出於重大無知的判斷上，則是要看行為人的計畫是否建立在一種完全偏離的因果認知上<sup>28</sup>，若是，就表示法秩序不需要對這

<sup>27</sup> 參閱蕭宏宜，未遂犯的處罰依據及其影響，東海大學法學研究，第45期，頁50以下（2015）；蕭宏宜，未遂與犯罪參與，頁34-38，三民書局股份有限公司（2015）；游明得，前揭註16，頁158以下（2005）。

<sup>28</sup> 除此之外，不能未遂中常提到的例子如使用菊花茶使人墮胎或白糖毒殺死人，若說是完全符合法條文字要求的「無危險」，似乎也不

種行為進行反應，可以放棄刑罰<sup>29</sup>，而這與單純的法益危險並無直接關聯。所以，即使不同地方都用了「危險」一詞，或是因為將兩部分的判斷都過度簡化，但實際上容易受到邏輯上「概念錯換」的侵蝕，因為共通概念的意涵容有不同<sup>30</sup>。

## 肆、危險犯的類型化論述

### 一、傳統的兩分類型與補強

#### （一）基本論述——抽象與具體危險犯的兩分

傳統將危險犯分為抽象危險犯與具體危險犯二種<sup>31</sup>。理解上

---

盡然。事實上醫學中菊花茶性寒，讓孕婦服用不見得全無危險，而讓糖尿病患者服用大量白糖是否也沒有危險？在在都存著疑問。

<sup>29</sup> Kasper, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2017, § 8 Rn. 67.

<sup>30</sup> 參閱蔡聖偉，法律繼受過程中的概念錯換——以「不能未遂」一詞為例，月旦法學雜誌，第214期，頁215-216（2013）。

<sup>31</sup> 學說上另有提出許多介於抽象危險犯與具體危險犯的中間類型者，如本文下述所提之Schröder教授早期的「抽象具體危險犯」（abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte），參閱Schröder, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), S. 19, 亦有稱為「潛在危險犯」（potenziellen Gefährungsdelikte），如Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 45. Aufl., 2015, § III Rn. 44; 中文文獻部分較早提出的應是張麗卿教授提出此一概念，其在交通刑法中的抽象危險犯——以德國刑法第三百十六條為例，收錄於罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集，頁235，五南圖書出版股份有限公司（1998）；其他較為完整的中文介紹可以參見蔡蕙芳，前揭註11，頁137-141。另一種也是介於抽象危險犯與具體危險犯的中間類型則是Hoyer教授所提出的「適格犯」（Eignungsdelikte）（或稱適性犯），參見Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 16, 134 ff; 這部分的中文文獻可以參考蔡聖偉，從刑總法理檢視分別的立法，收錄於刑法問題研究（一），頁434以下，元照出版有限公司（2008）；羅婉婷，論適性犯，頁9以下，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2012）。上述二組概念，都是因抽

可以用「危險結果的要求」、「危險是否須經司法者再判斷」，「故意是否須認識危險」等三點<sup>32</sup>，當作區別實益來加以論述。

先就具體危險犯而論，此類型是指構成要件本身除了規定一定的行為方式外，並以「危險狀態之產生」（如法規用語之「致生公共危險」）作為構成要件要素。從而，具體危險犯是指危險作為構成要件要素而規定於刑法條文之中，故法官必須就具體的案情，逐一審酌判斷；而認定構成要件所保護行為客體果真有具體危險時，始能成立犯罪的危險犯<sup>33</sup>。但此時不必要求達到實害程度，必須自行為人的行為可以產生之危險具體化<sup>34</sup>。而一般認為具體危險犯的判別標準在於法條文字中是否有「致生公共危險」<sup>35</sup>。至於在故意認知的要求上，由於危險已然成為客觀構成

---

象危險犯與具體危險犯定性在互斥關係的認知下，所產生的中間類型。學理上將三個名詞一併同視混用介紹者不在少數（如Heinrich, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2014, § 8 Rn. 165），起因多是因這部分概念自身的定性及彼此間的界分並不清楚，由於此非屬本文主要的討論重點，因此在此不作深入探討。

<sup>32</sup> 基本定義可以參考柯耀程，前揭註24，頁288以下。

<sup>33</sup> 參閱林山田，*刑法通論（上）*，頁253，自版，增訂10版（2008）；王皇玉，*論危險犯*，*月旦法學雜誌*，第159期，頁236（2008）。

<sup>34</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn. 31), § 8 Rn. 163.

<sup>35</sup> 然而這也不是全無例外，如學說上即有認為我國刑法第293條與第294條遺棄罪，即便法條中未設此限制，但也都是具體危險犯，參閱林山田，*刑法各罪論（上）*，頁103，自版，增訂5版（2005）；陳子平，*刑法各論（上）*，頁70，元照出版有限公司，3版（2017）；盧映潔，前揭註5，頁543；許澤天，*刑總要論*，頁81，自版，2版（2009）；柯耀程，前揭註24，頁291。主張是抽象危險犯的不同說法者如甘添貴，*刑法各論（上）*，頁90，三民書局股份有限公司，修訂4版（2016）；黃榮堅，前揭註21，頁586註230等。在比較法上，由於德國刑法第221條遺棄罪立法與我國不盡相同，其經歷了1998年的大幅修正，多數學者認為既然立法者在明確

要件要素之一，因此在行為人對於是否有公共危險的產生，也須具有認識方得成立。

抽象危險犯則是由立法者依其生活經驗的大量觀察，認為某一類型的行為具備典型之危險，即行為只要符合不法構成要件所描述的事實，即可認定具有抽象之危險<sup>36</sup>。從而，可謂傳統認為抽象危險犯的危險狀態是立法者的「擬制」，不但不用特別檢驗，根本就不是構成要件應另外檢驗的要素，無待法官就具體情形而為判斷，只要有符合構成要件規範的行為即可認為有危險產生，這不但是學界的通說，也為我國實務所採<sup>37</sup>。也由於危險認為是立法者所擬制出，並不是構成要件的組成成分，因此，故意認知自然不須加以含括。

## （二）補強說法

### 1. 整體法益的未遂處罰——行為犯

學理上有試圖將未遂犯與危險犯二者原本獨立看待為法益前置保護態樣，合而為一建構出共同上位原則的「行為犯」概念。其出發點為追究未遂責任有時具有障礙，尤其是對於所有在行為時不確定其法益侵害受害人範圍的行為，從整體法益的切入保護

---

規範了危險結果為構成要件，故傾向遺棄罪是屬於具體危險犯，這部分的介紹可以參考Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB: Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 221 Rn. 3; Rengier, Strafrecht BT 2, 19. Aufl., 2018, § 10 Rn. 13; Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 9 Rn. 222.

<sup>36</sup> Steininger, Strafrecht AT 1, 2008, S. 108; Fister, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, S. 38 f; 林山田，前揭註33，頁254；林東茂，前揭註21，頁14。

<sup>37</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn. 31), § 8 Rn. 164; Fister, a.a.O., S. 38 f; 陳子平，刑法總論，頁97，元照出版有限公司，4版（2017）；林書楷，前揭註25，頁70；我國實務見解部分可以參考最高法院105年第18次刑事庭會議決議。

為基準（配合整體法益就不特定人的保護理解），並以不法意志的完全評價為理由（以實害故意將未遂與危險串連在一起），因此建構出不同於通說的「行為犯」新解<sup>38</sup>。而從此一詮釋內容看來，傳統論述的危險犯即屬於行為犯中的一環。甚至可謂是放棄了危險犯此一用語與型態。

此一說法雖然最後仍承認二者在現行刑法實證法規定下容有些許不同<sup>39</sup>，不過相較於多數只抽象且空泛討論刑法前置保護的必要性者，這裡的說法更進一步提出了堅實的具體想法與建構藍圖。

## 2. 主觀面的補強——容許風險判斷下的危險故意

學理上有提出自主觀面切入，重新理解危險犯的故意，藉此強化危險故意。其見解對於危險犯的成立（尤其是抽象危險犯）具有重要的限縮意義<sup>40</sup>。蓋刑法上規範典型風險（所謂危險犯）的法規本身，基於法規範的目的，在行為人依據個人判斷行事的權限上採取了統一認定的容許標準，亦即構成要件所描述之行為模式的本身已經同時宣示了容許風險的界限。而所謂容許風險的理解，是一種以一般性的判斷取代行為人個人認知的例外情形。論者強調這仍屬於實害故意的類型，只是行為人因為在自知的陌

<sup>38</sup> 黃榮堅，論行為犯，收錄於刑罰的極限，頁223-227，元照出版有限公司（1999）。

<sup>39</sup> 黃榮堅，前揭註21，頁587：「在概念上，刑法上的危險犯立法限於行為犯模式，亦即不以所謂客觀上危險結果的實現為要件。如此，危險犯概念上必然是行為犯，而不可能是結果犯。不過實證法的規定有異於此。在此一立法下，結果犯不一定是實害犯，也可能是危險犯。反之言之，危險犯不一定是行為犯，也可能是一種結果犯。」

<sup>40</sup> 黃榮堅，前揭註38，頁233。

生領域裡，被容許自行判斷的權限縮小了。基於行為人一般情形下產生的危險判斷就已是構成故意的基礎，在法律價值觀上是不受允許的，這是已超過容許風險的認知。故基於容許風險要素的具體運用，危險故意的本質仍是實害故意<sup>41</sup>。

至於此一容許風險的標準，在一般人的觀念當中，是一個低度的容許風險標準。基本上，只要行為人認識到其行為在一般社會溝通中所認知的危險意義，則無待乎行為人對於事實環境達到精確計算，就已經是超越容許的危險意識，也是此一犯罪的犯罪故意。而要推翻此一犯罪故意的認定，只限於極端之例外情形，否則法規範之目的即為落空<sup>42</sup>。至於極端例外與否，雖然是容許風險概念的判斷，但這樣的極端例外，現實中不多見。比較可能想像其存在的情形是，行為人本身就是此一類型之風險控制專家。尤其其中是否有社會制度性的職業管制或資格，不是唯一的判準，而即使是具備形式資格的專家，在個案中仍須經過一定的審校方可通過這裡的檢驗<sup>43</sup>。基於上述，所謂危險故意，概念上依然屬於實害故意，只不過是在其實害故意的認定標準上，法規範本身統一性係採取低度容許風險標準而已。並且事實上，放棄「危險故意」的名詞，對於危險犯罪類型在法律適用的解釋上，結果也沒有兩樣<sup>44</sup>。

### 3. 概念上的補強——危險判斷都應存在

學說上亦有以危險概念應予統一的立場出發，認為通說將抽

<sup>41</sup> 黃榮堅，前揭註26，頁448。

<sup>42</sup> 黃榮堅，論危險故意——評最高法院九十三年度臺上字第一一五五號及九十一年度臺上字第六三六八號判決，月旦法學雜誌，第118期，頁239（2005）。

<sup>43</sup> 黃榮堅，前揭註26，頁450-451。

<sup>44</sup> 黃榮堅，前揭註26，頁239。

象危險犯的危險當成犯罪成立的要件，將具體危險犯的危險認為是構成要件的要素，是一種不當割裂刑法危險判斷的作法。正確理解應是將抽象危險犯與具體危險犯中的危險概念都認為是構成要件要素，只是不同在於抽象危險犯是由立法者所為的「先判」，具體危險犯則是授權裁判者所為的「後判」而已<sup>45</sup>。

類似方向，也有學說同樣認為抽象危險犯與具體危險犯二者並無本質上的不同，二者的區別僅在於發生法益侵害可能性之高低。亦即，具體危險犯處罰的具體危險是指發生法益侵害之危險性或可能性較高；而抽象危險犯則是可能性較低<sup>46</sup>。

#### 4. 自證據法則切入——不具有具體危險的反證

有從證據法則的角度切入，來推論危險的存在與否。這樣的看法明顯是針對傳統看法而來。傳統將抽象危險犯的危險，採取只要有符合構成要件的行為與認知，即「擬制」有危險。本說則主張在抽象危險犯，若是行為人的行為已符合構成要件的要求時，只是「推定」有危險的存在，這時若是能有無危險的反證來加以推翻，則可以阻卻抽象危險犯的成立<sup>47</sup>。反證理由的考量如避免對於行為人課予過度責任的「罪責原則」等，若是能有對於保護法益危險可以排除的情形時，即可排除抽象危險的可罰性<sup>48</sup>。

<sup>45</sup> 柯耀程，刑法構成要件解析，頁134-135，三民書局股份有限公司（2010）；柯耀程，前揭註24，頁292-293。

<sup>46</sup> 陳子平，前揭註37，頁94。

<sup>47</sup> 參閱Schröder, a.a.O. (Fn. 31), S. 17.

<sup>48</sup> 此處的罪責原則殆屬廣義，只要會影響對行為人的歸責者均屬之，蓋「無罪責則無刑罰」；指的是公權力不當地施加人民成立犯罪的責任，使人民承擔的責任與刑罰不符，而不是單純在討論阻卻罪責要素，參見Kindhäuser, StGB AT, 8. Aufl., 2017, S. 185 ff. 其他理由

至於具體危險犯，由於危險之有無本應由在個案中具體加以證立，因此並無反證推翻之可言。

上述的說法，結論已經普遍為德國刑法學界所接受，不過採此說法者，支撐的理由卻不盡相同，如有認為這是藉著添加某種限制性的準則來限縮抽象危險構成要件的適用範圍，故屬「目的性限縮<sup>49</sup>」。也有認為，危險犯的立法類型可以避免實害上證明故意、過失和因果關係的困難，而抽象危險犯只是構成要件行為已表現其危險性，證明了行為的存在即可成罪，無庸再證明因果關係，而不是連行為的危險性都不必證明；重點在於兩種分類的危險程度一樣是「逾越應容許程度的危險」，只是立法者有沒有表面上再另外附加檢驗一個危險條件，而直接檢驗行為的危險性而已。亦即，二者的區別應只是立法者針對個別行為所為裁量形式要件的不同而已，實際上都還是不可避免地要檢驗危險的存在與否<sup>50</sup>。

##### 5. 客觀及主觀注意義務的補充

德國學說上，有援引過失犯中的客觀注意義務要件，來補強抽象危險犯的認定。亦即，如果在具體個案中所違犯的抽象危險犯條文，沒有在構成要件中可透過解釋得出，違反了如何的注意義務，則抽象危險犯的成立將被排除<sup>51</sup>。也有在部分案例中（如

---

的論述可參閱Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 264; Heine, a.a.O. (Fn. 23), vor §306 ff Rn. 4.

<sup>49</sup> 如Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, StGB: Kommentar, 2013, § 306a Rn. 3; 林東茂，前揭註21，頁51。

<sup>50</sup> 許玉秀，無用的抽象具體危險犯，台灣本土法學雜誌，第8期，頁86以下（2000）；徐偉群，前揭註15，頁152。

<sup>51</sup> 參閱Heine, a.a.O. (Fn. 23), vor § 306 ff Rn. 4; Roxin, a.a.O. (Fn. 22), § 11 B Rn. 155 f.

放火罪），提出光符合客觀注意義務並不足以歸責，行為人必須依其能力採取必要排除損害可能的措施，如果行為人已盡該義務，該危險即可被加以排除<sup>52</sup>。

#### 6. 須達「足生」危險的補充

有認為避免抽象危險犯在個案中適用可能違反「罪責原則」之疑慮，因此採取在個案中不必證明行為導致對法益具體危險狀態，但在最低程度上該行為至少仍應具備「足生危險於保護法益的本質」，如此的「不成文構成要件要素」。而藉由目的性限縮的方式，讓抽象危險犯在實質上轉化成類似「適性犯」的理解，使其更具正當性<sup>53</sup>。

## 二、理論選擇

### （一）實害故意說法欠缺客觀面的對應

首先要釐清的是，下述要表達的不是反對危險故意與實害故意區分的可能性。因為不論對於兩者的定義為何，只要在可予分離的大前提下，給予個別主張適合的要件，那麼除非是對於要件附加的原始本身有所質疑，否則存在區別自然也有其正當性。對此，學說上質疑二者應予區分的說法實則並不多見<sup>54</sup>。另外，即

<sup>52</sup> 這是德國學者Schünemann所極力主張者，參閱Heine, a.a.O. (Fn. 23), vor § 306 ff Rn. 4的說明與整理。

<sup>53</sup> 林書楷，前揭註25，頁73；古承宗，刑法作為保障食品安全之手段——兼評彰化地方法院100年度矚易字第1號判決、臺灣高等法院臺中分院101年度矚上易字第295號判決，收錄於刑法的象徵化與規制理性，頁175，元照出版有限公司（2017）。

<sup>54</sup> 也因此德國學理上危險故意，多數認為是有別於實害故意，參見Heinrich, a.a.O. (Fn. 31), § 8 Rn. 163；詳細的討論可以參考Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 290 ff. 不同見解可以參考如Wolters, in: Rudolphi/Horn/Samson, SK-StGB, 8. Aufl., 2012, vor § 306 Rn. 14, 即

便是承認特殊行爲犯定義的學說，基於行爲犯亦屬未遂犯的本質，本應認爲既遂犯與未遂犯在故意的要求上是相同的<sup>55</sup>，但也作出了危險故意的修正說法<sup>56</sup>，即使其宣稱在此危險故意也是實害故意的一種<sup>57</sup>。由此可知，實害故意與危險故意在實質面上多認爲應予區分，實不應加以反對<sup>58</sup>。

---

認爲實害故意不必與危險故意相區別。

<sup>55</sup> 僅參閱蔡聖偉，刑法案例解析方法論，頁154，元照出版有限公司，2版（2017），清楚說明未遂犯的主觀要件與既遂犯的主觀要件完全相同。

<sup>56</sup> 黃榮堅，前揭註42，頁230-231。

<sup>57</sup> 以下可以參考該文獻中所舉出一個例子：如果一個委員會的五位生物科技學家當中有三位科學家對於某一食品基因改造的風險持疑慮的態度，那麼另二位不願反對地投入基因改造食品的生產，也已經是超越容許風險，即使形式上專業的身分也無濟於事，黃榮堅，前揭註21，頁450。不過對於為何這是基於容許風險的判斷下應有的結論，似乎並不能從其文字解說中得知全貌。

<sup>58</sup> 不過在此即便認爲兩者可以區分，也不全然是質上不同的互斥關係，德國學說上即認爲實害故意可以包含危險故意，而危險故意是信賴不會發生實害的結果，換言之，是在欲的要素上有所區隔，如Lackner/Kühl, StGB: mit Erläuterungen, 25. Aufl., 2004, § 15 Rn. 28. 及許澤天，前揭註21，頁39。徐偉群，前揭註15，頁39以下詳細分析了德國文獻上對兩者區分的諸般看法，十分具有參考價值。至於我國學說與實務看法上並不一致，以殺人故意與遺棄故意而論，學說上認爲區分殺害故意與遺棄故意，如果已有實害犯的故意，即不再適用本罪，優先適用殺人罪。參見陳志輝，無義務遺棄罪的法律性質，月旦法學教室，第43期，頁22（2006）。這是基於互斥關係下質的區分結論，即認爲兩罪的差別在於殺人故意與遺棄故意是兩分的。所謂的「遺棄故意」，是指行爲人雖然容認危及被害人生命的緊急狀況出現，但是相信被害人並不會因此死亡。因此，出於殺害故意的行爲人不可能一方面認爲被害人有可能死亡，但同時又相信被害人不會死亡。這部分的互斥關係介紹可以參考蔡聖偉，論排他互斥的犯罪構成要件，收錄於刑法問題研究（二），頁37-38，元照出版有限公司（2013）。然而，故意的成立是以行爲人腦中的

接下來所要討論的重點是在實害故意（此處自然也包括危險故意），須有實害結果認知之上。論者主張刑法規定不法構成要件，並不是為規定而規定，而是基於一定法益保護的目的而論，因此故意犯罪的故意，永遠包括對於法益實害結果的認識<sup>59</sup>。然而，對於個別犯罪的處罰，固然有保護法益的探討與依循此而建立的構成要件。不過保護法益是上位的指導原則，若已進入構成要件該當性的層次，真正要檢驗的是行為人的行為是否與能夠涵攝到構成要件之中。因此，客觀構成要件要檢討的是行為人的客觀行為是否合乎個別犯罪的構成要件，主觀的故意則是以行為人的認知與構成要件是否相符為判斷方法<sup>60</sup>。因此，要求行為人要對於保護法益，也就是實害利益有所認知的說法，是一種逸脫於具體要件的要求。也就是，既然保護法益或利益已經具體化呈現在法條之上，則行為人對事實的認知，只要認知到這些具體要件即可，實不必再回頭要求對上位的抽象實害利益有所認知。

這樣的想法不只是在構成要件該當性，也同樣深化在罪責的檢討上。在現今的「規範罪責論」下，罪責的實質內涵在於，行為人被期待為一個與法規範相一致的行為，卻不為之，因此必須被論以罪責。反之，如果為合於法律規範的行為屬於不可期待，亦即欠缺期待可能性時，即使行為仍然被評價為不法，但刑法規範卻不應加以責難行為人<sup>61</sup>。在此架構下，也不會再將上位的期

---

犯罪事實想像藍圖來加以判斷是否符合殺人或是遺棄故意，因此自然不可能在行為人的腦中出現殺人故意或遺棄故意的名詞判別。從而，通說認為兩者可以在危險與實害中作截然劃分，在實際上恐怕有所困難，因此應有的結論是各別成罪後的競合，至多是量上的區分。至於成立何種競合關係則是另一問題。

<sup>59</sup> 黃榮堅，前揭註26，頁423。

<sup>60</sup> 蔡聖偉，前揭註55，頁92-94。

<sup>61</sup> 王皇玉，原住民犯罪不法意識之研究——評新竹縣尖石鄉風倒木竊

待可能性當作具體討論阻卻罪責要素的討論項目之一<sup>62</sup>。

綜上，對於實害故意或危險故意，主張要再附加實害利益的認知其實並不必要。至於醉態駕駛罪的危險故意要如何判斷，是另一個值得深入討論的議題<sup>63</sup>。

## （二）類型區分不應是危險高低的論述

學說上論述抽象危險犯與具體危險犯二者並無本質上的不同，這當然是指須有危險存在的本質未有不同。不過進一步值得討論的是，這二種類型是否有危險性高低層次之別。如前所述，學理上有認為具體危險犯處罰的具體危險是指發生法益侵害之危險性或可能性較高；而抽象危險犯則是可能性較低<sup>64</sup>。

對此，危險犯的規定是立法者依其立法裁量所選擇的犯罪型態；不可否認的是，立法者挑選的必然是在日常生活中，容易產生法益實害的行為類型，即必然是立法者認可有法益侵害之危險可能者。儘管動機不一，如「侵害結果難以認定」、「行為人責任難以包括」，甚至是「無法處罰過失未遂」等<sup>65</sup>。接下來才是立法者應如何決定將其納入抽象危險犯與具體危險犯不同的框

---

取案件，收錄於刑與思：林山田教授紀念論文集，頁134-135，元照出版有限公司（2008）。

<sup>62</sup> Fahl/Winkler, Meinungsstreite Strafrecht AT und BT 1, 3. Aufl., 2010, S. 2.

<sup>63</sup> 德國刑法第316條第2項另外設有處罰過失的規定，參閱Heine, a.a.O. (Fn. 23), vor § 316 Rn. 24, 這是我國法上所無，是未來值得加以填補的漏洞。

<sup>64</sup> 陳子平，前揭註37，頁94。

<sup>65</sup> 相關立法理由的可能歸納，可以參考Jescheck, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, 1987, S. 22-31.

架中。

上述的學說看法是否以發生法益侵害可能性的高低為基準，有再檢討的必要。首先，一般大概也不會反對，如果針對某個犯罪型態對法益侵害可能性較高時，立法者給予的構成要件限制應較少，因為其犯罪行為的反價值本身特質已足；反之，如果行為本身的法益侵害可能性較低時，構成要件的限制應相對較多，甚至是將其排除於處罰之列。從而，上述的說法從立法技術上來看，已經是值得被加以懷疑的了。因為論者的抽象危險犯成為危險性低但限制反而少，而具體危險犯危險性高卻反而限制多。

其次，危險犯區分類型的劃分標準也不應單純置重在危險性是否高低之上<sup>66</sup>。從前述抽象危險犯的定義可知，多數認為立法者歸為抽象危險犯者，是認為有一般性或典型的危險<sup>67</sup>，因此，立法者只要規範出此類行為，即可「表徵」出該行為的危險性。反面論之，具體危險犯既然要加入具體並先行確認危險存在與否，則必然是其在犯罪行為的危險呈現上，並不至於在經驗上讓多數人肯認危險的存在。以放火罪為例，現供人居住之住宅或建築物一旦被火殃及，想當然爾在水火無情的經驗法則下，相當典型且直接可能導致人的生命受到危害<sup>68</sup>，故將其規範為抽象危險

<sup>66</sup> 也有主張就與實害之接近程度而言，抽象危險在程度上比具體危險更提前，如曾淑瑜，刑法分則實例研習：國家、社會法益之保護，頁167，三民書局股份有限公司，修訂2版（2013）。此與多數人之理解恐怕有所差距。

<sup>67</sup> 如Roxin, a.a.O. (Fn. 22), § 11B Rn. 153; 林山田，前揭註33，頁254；林鈺雄，新刑法總則，頁101，元照出版有限公司，5版（2016）。

<sup>68</sup> 這裡已然排除學說與實務上討論熱烈之「人」，要不要包括行為人自身的問題。這部分可以參考最高法院93年度台上字第4458號刑事判決、101年度台上字第2866號刑事判決等；評釋可以參考蔡聖

犯；至於現非供人使用的住宅<sup>69</sup>，則當然要具體考量到是否致生他人的生命危險，才會構成應予處罰的具體危險犯。換言之，這是於保護階段的技術性選擇，而非危險高低的階段評價<sup>70</sup>。至於以目的性限縮為本之適性犯限制抽象危險犯的解釋，方向上仍是以抽象與具體危險犯兩分為前提，試圖拉近彼此的距離，努力不容忽略；只是適性犯本身的定位其實也是由危險犯而衍生，而在認定上如何算是具備資格的「足以」，恐怕也是爭議產生之處。

### （三）危險犯的類型化應只是證明要求程度不同

但是，上述對於抽象危險犯與具體危險犯的界分不代表這樣的分類就具有正當性。是以，仍有必要檢視此分類是否有區分實益存在。

認為二者不應加以硬性區分的說法，其實一直未曾少過<sup>71</sup>。

---

偉，廟不可災——論失火罪客體的屬性認定，月旦法學教室，第85期，頁30以下（2009）；徐育安，燃燒的青春（1）——法律解釋與放火罪，台灣法學講座創刊號（法學講座續第33期），頁112（2010）。

<sup>69</sup> 這裡同樣也避開了，刑法第174條第1項與第2項區分為他人與自己之物，就法規範而言是否為必要的分類，並導致不同程度的刑罰。  
<sup>70</sup> 古承宗，前揭註53，頁175。

<sup>71</sup> 如Puppe教授早在其所著刑總教書的初版就曾提出，所謂具體危險因為根本沒有結果，也未有改變事物，充其量只是一種預測（Prognose）而已，故通說定義下的具體危險犯若只是著眼於所謂的具體危險結果成就與否之上，這樣的概念也根本不應存在。具體危險應當存在於有事實基礎的預測之上，故有意義的類型理解應是由抽象危險引發的具體危險才是，而結果加重犯中基本犯罪與加重結果間的關聯性就是一個好的例證。易言之，具體危險犯的具體危險必須是植基於抽象危險的基礎上才是。參閱Puppe, *Strafrecht AT-in Spiegel der Rechtsprechung*, 2002, S. 250 ff. 除此之外，抽象與具體二分的看法同樣也出現在我國刑法第309條公然侮辱與第310條誹謗罪的區分上：我國實務界如司法院30年院字第2179號解釋向來認

而捍衛應區分類型主張者的理由也多半是自實證法已為分類<sup>72</sup>，不區分會讓法制規定成為具文等為由加以主張。然而，從實證規定的劃分來作為質疑者的論據，其實是一種套套邏輯，根本沒有說明理由。因為要討論的就是立法上的區分有無必要此一爭點上，而用現實上已有規定來加以肯定，顯然是一種以問答問，而未碰觸到問題的核心。

即使採取極端作法，在不更動現行法下透過詮釋學也可以將原本抽象危險犯的法條解釋成，須以有危險的產生為其「不成文構成要件」，將其轉變成具體危險犯。而將所有危險犯的法條都解釋成具體危險犯，並不必然造成危險犯概念的崩解，甚至可能是更具有正當性，因為危險結果的要求更加具體且明確，而這正符合學說上千方百計要補強抽象危險犯可能產生的流弊。極端作法崩解者，也只是兩分類型化的高牆而已，並非全然否定危險犯。

---

為「誹謗與侮辱的區分在於，前者係指出具體的事實，而後者則為就抽象事實的意見或價值判斷，因此兩者是二分的，故成立誹謗就不會成立侮辱」。對此，本文也贊同Puppe教授的邏輯，認為抽象與具體不是單純質的區分，而是一種量化的結果，因為大概沒有人可以很明確地告訴我們，抽象與具體這條區分的線要劃在何處；此外，抽象與具體也是一種思考進程的必然結果，亦即總是先抽象而後具體，這是一個必然的過程，再怎麼具體的意念或事物，但也有模糊而抽象的動機，因此也不能說一旦具體之後就抽離掉之前曾有的抽象過程，而完全將其抹煞。故實在是看不出來誹謗與侮辱在解釋論上有何先予區分的必要。因此，具體指摘的事實亦已使人感受難堪或不快者，除成立誹謗外應仍得成立公然侮辱，最後再留待競合論處理。相類處理方式，可以參考甘添貴，言論自由與妨害名譽，台灣本土法學雜誌，第14期，頁119（2000）。

<sup>72</sup> 僅參閱張麗卿，刑法總則理論與運用，頁131，五南圖書出版股份有限公司，6版（2016）；王皇玉，刑法總則，頁163-168，新學林出版股份有限公司，3版（2017）的介紹。

因此，危險犯區分為抽象與具體類型化是否需要，根本的關鍵在於維持立法者的立法裁量是否有其意義。單以立法者建立的刑法體系以觀，我國刑法典中配合此種兩分類型出現的立法也是不勝枚舉；除了所舉的刑法第173、174條之外，甚至是刑法第185條系列：第185條是具體危險犯，第185條之1與第185條之2則是抽象危險犯<sup>73</sup>。再再都呈現出，整個刑法典的確依照這樣的分類在設計與規劃。若然，在解釋上，也應就現行規定使用存在有益為解釋的前提，而當盡力為合理詮釋而不可得時，才有進一步加以拆解的必要。這自法規範的解釋，向來有維持規範穩定的傾向，故在刑法解釋論上有合憲解釋等說法的出現後更為明顯<sup>74</sup>。因此，對規範原則上先採取有益化解釋的方向，仍是詮釋論首要的遵循方向。也因此，本文傾向有益化解釋危險犯兩分類型的要求，在為司法適用解釋時先為尊重立法者形成，就俾利三權分立的權力分立要求上，有其意義存在。

最後，可以從規範給人帶來的利益出發，也就是利益或功利的角度來對上述問題作最後的省視。而決定的契機即在於此一分類規範是否給人帶來利益，而不是純然的痛苦。因為如果規範的分類給人們帶來的是痛苦的增加<sup>75</sup>，那麼基於利益衡量之下，保留此種分類並無意義；反之，若帶來的是利益，則此分類有其續

<sup>73</sup> 甘添貴，刑法各論（下），頁61，三民書局股份有限公司，4版（2016），與陳子平，刑法各論（下），頁89，元照出版有限公司，增修版（2016）認為是抽象危險犯。但盧映潔，前揭註5，頁229，則認為第185條之2第1項規定了危險結果，應是傾向具體危險犯的規制方式。

<sup>74</sup> 如林山田，前揭註33，頁153。

<sup>75</sup> 這裡指的自然不會是行為人的痛苦，因為受到規範制裁的行為人（或受刑人？）很少會感覺到快樂，這裡指的是其他法秩序下所謂的一般人感受。

存的意義<sup>76</sup>。本文傾向此區分是有其意義，因為在實際上有些犯罪型態的確在經驗值上較具有一般或典型的法益侵害危險，因此歸類為抽象危險犯，並在犯罪的成立上，可以給予技術上較少的限制。而具體危險犯則是在立法者的經驗上，不至於讓多數人肯認危險的存在，因此加上了要具體審酌危險是否成立的限制。據此，這樣的抽象危險犯概念就不至於給人民帶來過多的痛苦，因為雖然其增加了處罰上經濟性，但就法益保護的本質而言，仍保有可以推翻危險存在的可能，仍是兼顧了對他人法益保護的完整性。參考目前學說上不約而同幾乎都對下列之例採取否定成罪的態度<sup>77</sup>：如行為人對荒島中的房屋放火，而四周已架滿滅火水龍隨時準備救火；此時放火行為，幾乎可認為不會成立刑法第173條第1項的放火罪。因為不具危險的反證已經足以推翻放火罪抽象危險犯的成立。對此，如果抽象危險犯已經可以推翻原來的危險擬制，那麼依照在上述所樹立的最後利益衡量標準觀之，這樣的類型區分不僅相當尊重立法者的裁量權，也同時不會給人民帶來不可逆轉的痛苦。原因在於有反證的空間，不會硬性且無空間就讓人民遭受到刑罰。故其類型區分自然有其實證上的存在意義。

不過，要進一步說明的是，對於上述結論的形成理由，應支持以「推定」的證據法則來加以說明，而非如其他目的性限縮等

<sup>76</sup> 也就是「這樣的法律上利益分配道理不在贏，而是今天的我，明天的你，今天的你，明天的我，所期待的是不管誰掉到相同的位置都會有相對合理的待遇」，黃榮堅，靈魂不歸法律管——給現代公民的第一堂法律思辨課，頁230，商周文化事業股份有限公司（2017）。

<sup>77</sup> Dietmeier, a.a.O. (Fn. 49), § 306a Rn. 3. 此並受到立法者的支持而在第306條a中增訂第3項的案件輕微條款，與第326條第6項的免除刑罰規定。

說法（參見本文肆、一、（二））。至於舉證是應由行為人為之或法官依職權考量？本文則傾向於後者。除了因為賦予行為人舉證負擔可能有違反無罪推定或罪疑唯輕原則外<sup>78</sup>，刑事法的證據審酌在目前的現行操作下，仍非完全的當事人進行原則，而係改良式當事人進行原則。對於事實的發現，基於檢察官的客觀性義務與法院的澄清義務，是由廣義的法院共同負擔。因此由法官對此一行為人可能有利的因素加以考量，不僅不違權力分立原則，也不會跟現行刑事訴訟法採取的改良式當事人進行原則有所扞格。

或許，上述看法也有以「造成訴訟上的過當負擔」來否定在抽象危險犯中要再考量危險是否存在<sup>79</sup>。本文要接續回應的是，主張允許抽象危險犯在證據法則上以反面推翻的看法，正適足以在犯罪的處罰與現實的訴訟進行，兩者間找到平衡點，而非單純一分為二地劃下是否過度的界限。這樣的回應理由並不是出自於所謂的折衷或是中庸的動機，而是經過理性思考提出的結論。而如果對於抽象危險犯的危險採取擬制的看法，等於是否定了可舉反證加以推翻的空間。學理上早有提出，這是嚴重違反了「罪責原則」<sup>80</sup>。

綜上所述，抽象危險犯與具體危險犯，兩者應都是超越容許風險的危險概念，因為都要檢驗危險的存在與否。而兩者並不是危險量上的差別，兩者所差者只是證明危險方法之不同而已。本

<sup>78</sup> 這部分的質疑可以參考林書楷，前揭註25，頁73。

<sup>79</sup> 如林鈺雄，前揭註67，頁102註24。

<sup>80</sup> Kaufmann, Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2. Aufl., 1983, S. 250 f. 至於具體說明判斷情形，可參考蔡蕙芳，前揭註11，頁118-120；林書楷，前揭註25，頁72-73。

文就抽象危險犯尚保留可以反轉的例外情形，也呼應了前述以低度容許風險來詮釋危險故意的看法（參見本文上述肆、一、（二）、2）。

## 伍、醉態駕駛罪的危險犯定性

### 一、同中有異的不同說法——2013年修法前

#### （一）抽象危險犯說

我國學說基於傳統對具體危險犯的歸類是以有無「致生公共危險」的法定用語者為主要判準，如果沒有該要件則不會是具體危險犯，因此多數學者即認本罪就是抽象危險犯<sup>81</sup>。論者更補充，本罪若為抽象危險犯，可以避免實害犯舉證上的困難，符合刑法的一般預防功能要求<sup>82</sup>。亦有自比較法上與我國本罪類似的德國刑法第316條係抽象危險犯規定為本，主張本罪正是仿效其

<sup>81</sup> 參閱甘添貴，前揭註73，頁65；黃常仁，「困頓新法」——論刑法第一百八十五條之三，軍法專刊，第46卷第4期，頁1（2000）；蔡聖偉，刑法第185條之3第1項的危險犯屬性分析，收錄於法學與風範——陳子平教授榮退論文集，頁272，元照出版有限公司（2018）；林書楷，前揭註25，頁73；許澤天，酒駕、肇事與棄逃的刑法三部曲，月旦法學雜誌，第193期，頁21（2011）；王乃彥、張瑋玲，不能安全駕駛罪之考察，真理財經法學，第8期，頁10（2012）。

<sup>82</sup> 參閱張麗卿，論刑法公共危險罪章的新增訂，月旦法學雜誌，第51期，頁57（1999）；張麗卿，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險——評台北地方法院八十八年度北簡字第一四八四號等判決，收錄於新刑法探索，頁519，元照出版有限公司，5版（2014）；張麗卿，交通刑法中之抽象危險犯——以德國刑法第三百十六條為例，收錄於交通刑法，頁67，學林文化事業有限公司（2002）；張麗卿，前揭註9，頁502-503。

立法而來，因此：也應認是抽象危險犯的性質<sup>83</sup>。

至於我國實務界，在2013年修法前多認為本罪是抽象危險犯<sup>84</sup>，縱有部分判決有不同見解，也多半不是未予說明立場，就是如同本文下述陸、中所述的「酒精濃度測試方法與危險犯之判斷無涉」<sup>85</sup>。

## （二）具體危險犯說

有脫離前述的文字形式判斷，而從是否產生保護法益之危險的實質觀察角度，認為既然具體危險犯的定義是立法者在立法裁量時，給予危險狀態產生須具體檢視之限制要件，而本罪規定之「不能安全駕駛」正符合此一定義，因為其表彰出對於不特定人的生命危險。而即使其文字與立法者常用的「致生公共危險」不同，也不影響。故此一危險條件，正可視為立法者將本罪視為具

<sup>83</sup> 參閱林山田，前揭註35，頁311；林山田於「酒後駕車相關問題座談會議題討論」之發言，張麗卿等，「酒後駕車相關問題座談會議題討論」，台灣本土法學雜誌，第8期，頁101（2000）；林東茂，刑法綜覽，頁2-248，一品文化事業有限公司，增訂8版（2016）；許澤天，前揭註5，頁149。德國法上多數看法也將第316條定性為抽象危險犯，如 Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rn. 809; Wessels/Hettinger, a.a.O. (Fn. 10), § 22 Rn. 977; Wolters, a.a.O. (Fn. 54), § 316 Rn. 2; Pegel, in: Hefendehl/Hohmann, MK-StGB: Kommentar, 2. Aufl., 2014, § 316 Rn. 2; Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 316 Rn. 2, 3; Kindhäuser, LPK-StGB: Kommentar, 7. Aufl., 2017, § 316 Rn. 1. 觀察其原因也是從傳統危險犯的兩分類型出發，認為本罪未如德國刑法第315條b或第316條c規定了「危險結果」的相關用語，如 Rengier, a.a.O. (Fn. 35), § 43 Rn. 1; Zieschang, a.a.O. (Fn. 14), § 316 Rn. 1.

<sup>84</sup> 如最高法院101年度台上字第6211號刑事判決、100年度台非字第260號刑事判決，或是台灣高等法院102年度交上易字第576號刑事判決、台灣高等法院100年度交上易字第59號刑事判決、92年度交上易字第194號刑事判決、93年度交上訴字第49號刑事判決等。

<sup>85</sup> 如台灣高等法院99年度交上易字第246號刑事判決。

體危險犯的表徵<sup>86</sup>。

「不能安全駕駛」的認定，我國學說與實務參考比較法上由德國實務界發展出來<sup>87</sup>，以血液中酒精濃度（我國則另擴張及於呼氣部分）的高低<sup>88</sup>，而區分為絕對不能與相對不能的標準<sup>89</sup>。

<sup>86</sup> 這也是部分實務判決的見解，如台北地方法院88年度北簡字第1484號刑事判決、台灣高等法院97年度交上易字第158號刑事判決。至於蔡蕙芳，新修正刑法第一八五條之三不能安全駕駛罪之證明問題，月旦法學雜誌，第236期，頁118（2015）中所謂不能安全駕駛的「具體危險犯性犯」性質；或是黃榮堅教授不論是在其書中或相關文獻，均可得知其採取行為犯的概念而對危險犯的概念並非全然採納，而從其「酒後駕車相關問題座談會議題討論」，張麗卿等，前揭註83，頁96，發言所記錄的文字更可見一斑；因此黃榮堅教授雖贊同可以酒精濃度作為判斷不能安全駕駛的方法，這是在證據政策上的取捨與平衡問題。上述兩人說法並不是以具體危險犯為其基底，併予敘明。或有引述許玉秀，前揭註50，頁87，認為許玉秀教授是持具體危險犯的主張。不過仔細參酌該文，許玉秀教授主張不是抽象危險犯就完全排除危險存在與否的檢驗，故本罪不論稱為抽象危險犯或具體危險犯均可。

<sup>87</sup> 有關德國標準部分可以參考Rengier, a.a.O. (Fn. 35), § 43 Rn. 6 ff; Wessels/Hettinger, a.a.O. (Fn. 10), § 22 Rn. 987 ff; 或是許恆達，從德日台三方觀點論不能安全駕駛罪之本質——從德國法之角度，台灣法學雜誌，第210期，頁117-120（2012）。

<sup>88</sup> 由於德國刑法第316條未如我國刑法第185條之3將車輛限縮為「動力交通工具」，因此德國實務界依照不同車種的使用，也規劃出有不同標準，如騎自行車者標準提高至血液中酒精濃度超過千分之1.6或1.7，可參Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rn. 822; Wessels/Hettinger, a.a.O. (Fn. 10), § 22 Rn. 988; Wolters, a.a.O. (Fn. 54), § 316 Rn. 26; Zieschang, a.a.O. (Fn. 14), § 316 Rn. 28; Fischer, a.a.O. (Fn. 10.), § 316 Rn. 26.

<sup>89</sup> 德國實務界採行標準如絕對不能從以前的血液中酒精濃度超過千分之1.1，再加誤差安全值千分之0.2，到後來千分之1，再加誤差安全值千分之0.1。相對不能則是以血液中酒精濃度超過千分之0.3再加上其他間接證據為判準。以上標準可以參考Eisele, a.a.O. (Fn. 14),

不過兩者只是在判斷證據法則上的差別，尚非有危險高低或處罰階級之別<sup>90</sup>。按，修法前，原本「道路交通管理處罰條例」第35條第1項有與本罪相類似的行政罰鍰規定，而依照「道路交通安全規則」第114條規定，其酒精濃度標準是以超過每公升0.25毫克為標準。但是在2013年修法前本罪的標準則與道路交通安全規則不太相同，而是採取由法務部（1999年5月18日法檢字（88）第1669號函）定出，參考德國標準：以呼氣所含酒精成分已達每公升0.55毫克，或血液中酒精濃度達百分之0.11為準。理由在於此時依照統計，肇事率為一般人的十倍，故強制認定為不能安全駕駛，即「絕對無駕駛能力」或「絕對不能安全駕駛」<sup>91</sup>。至於介於0.26毫克至0.54間者，則採取綜合判斷方式認定之，此即「相對無駕駛能力」或「相對不能安全駕駛」<sup>92</sup>。而所謂絕對無駕駛能力，實際上的作用是行為人不能用反證來加以推翻<sup>93</sup>，但相對

---

§ 45 Rn. 822 ff; Wolters, a.a.O. (Fn. 54), § 316 Rn. 19 ff; Rengier, a.a.O. (Fn. 35), § 43 Rn. 7 ff; Zieschang, a.a.O. (Fn. 14), § 316 Rn. 23. 至於其他在行政法規中個案發展出且相互援用的標準可以參考 Pegel, a.a.O. (Fn. 83), § 316 Rn. 15 ff; Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 316 Rn. 18.

<sup>90</sup> 這是德國學說與實務相當的一致說法，可參考如 König, in: Jähne/Laufhütte/Odersky, StGB: Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl., 2001, § 315b Rn. 6 ff; Wolters, a.a.O. (Fn. 54), § 316 Rn. 17; Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 316 Rn. 13.

<sup>91</sup> 對此，我國實務上則有不贊同此一絕對不能標準者，如台灣高等法院台南分院94年度交上易字第545號刑事判決。

<sup>92</sup> 參考林山田，前揭註35，頁313；彭美英，前揭註10，頁8。

<sup>93</sup> 對此，可參考Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rn. 823; Wessels/Hettinger, a.a.O. (Fn. 10), § 22 Rn. 987 ff; Rengier, a.a.O. (Fn. 35), § 43 Rn. 7 f; 張麗卿，前揭註82，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險——評台北地方法院八十八年度北簡字第一四八四號等判決，頁519；黃榮堅，不能駕駛與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，第7期，頁148註4（2000）。黃榮堅教授更明白闡釋其贊成的理由：「如果在法律上

無駕駛能力的部分則須在個案中除酒精濃度外，再參酌其他間接證據判斷的方式<sup>94</sup>。

然而，德國標準是否與我國相同，是一個文字說法上的問題。從大方向的分類而言，都是區分成絕對不能安全駕駛，與相對不能安全駕駛，而二者的區別在證據法則上：前者是有一般性的經驗法則，超過此一標準，一律認定為絕對不能安全駕駛；至於後者則是另加上由法官依照相關證據論證後加以認定。就此而言，我國與德國現行操作分類上沒什麼不同。但是就細部認定而論則有些差異。首先，德國是以行為人血液中的酒精呼氣濃度，而非呼氣值，原因在於呼氣值的採樣可能導致取證時有牴觸憲法

---

不能直接用酒精含量0.55毫克作為絕對不能安全駕駛的無可推翻標準，勢必無法負荷龐大的證據資源上的需求，也勢必將癱瘓此一條文的適用，因在司法沿革具有一定實證意義之資料的佐證下，0.55毫克作為絕對不能安全駕駛無可推翻的標準，在法律上是有其正當性的，這也充分表徵罪疑無罪原則的適用必須受到利益衡平的節制」參閱黃榮堅，前揭註21，頁158；薛智仁，前揭註12，序。

94

至於這裡要判斷的範圍有多大？是否要考慮酒精濃度遞減的問題？是要判斷被告個人的血液及生理反應，或是進一步要考量被害人與行為人所處的交通工具間的空間、地域等乃至時間關係？實有再討論的必要，對此可以參見許恆達，前揭註5，頁96對此一問題的提出，與謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，第210期，頁126-127（2012）；Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rn. 825 ff; 或是許澤天，前揭註5，頁96有更清楚的說明「尚須依據其他事實來判斷駕駛人已屬相對不能安全駕駛，例如蛇行、彎道直行或偏離車道等異常駕駛行為；但在通常駕駛狀態中駕駛人所常犯的違規駕駛行為，如超速、侵犯先行路權等，尚不足以確認駕駛人已陷入不能安全駕駛狀態。毋寧在考量一般生活經驗下，該檢驗被告是否在未飲酒時是否會有其他的駕駛反應，而不會作出違規行為。亦即，越是在未飲酒狀況中所出現的罕見特定違規情形，而此卻越是在飲酒後出現，更能合理地推斷被告陷入不能安全駕駛的狀態。」

疑慮<sup>95</sup>；或是在於呼氣測試的酒精值，其容易受到空氣潮濕度、吐氣技術的影響，不適合作為血液中酒精濃度判斷的依據<sup>96</sup>。其次，相對不能安全駕駛的認定，德國法上有更細緻的類型（如含無酒精值測試數據或施用麻醉藥品、毒品者<sup>97</sup>），與判斷參考準測（如與清醒的駕駛相較是不會做出的行為）等，與我國的判準（至少是實務上）也不盡相同<sup>98</sup>。

### （三）抽象具體危險犯說<sup>99</sup>

有主張本罪特殊之處在於立法者無法自己決定危險的要件，因而委諸法官判斷。詳言之，法官對於這類的犯罪雖然必須就具體的案例，做某種程度的個別認定，來判斷危險狀態有無出現，但法官不必就具體個案的所有要素全部加以斟酌，只需考慮特定的要素即可<sup>100</sup>。而「不能安全駕駛」即為此一特定要素。

<sup>95</sup> 例如在刑事程序中，執法任務之警察常在臨檢時令受測者呼氣的行為，即使符合了刑事訴訟法第205條之2的規定，而具備了法律保留的合法性，但仍無法避免受到法治國中「不自證己罪」的質疑，對此可以參考游明得，論刑事訴訟法中酒駕強制呼氣檢查規定之妥適性，法令月刊，第66卷第11期，頁48（2015）以下；而德國學說上則認為呼氣濃度只能適用在行政罰層次，參考Wolters, a.a.O. (Fn. 54), § 316 Rn. 16.

<sup>96</sup> 許澤天，前揭註5，頁153。

<sup>97</sup> 酒精濃度的標準是無法適用到其他如麻醉藥品上，僅參閱Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 316 Rn. 10.

<sup>98</sup> 這部分的詳細說明可以參考王皇玉，前揭註4，頁1235；及許澤天，前揭註5，頁150以下。

<sup>99</sup> 張麗卿，前揭註31，頁235註47；張麗卿，前揭註82，交通刑法中之抽象危險犯——以德國刑法第三百十六條為例，頁87註87。張麗卿教授二文的題目雖然相同，均為交通刑法中之抽象危險犯——以德國刑法第三百十六條為例，但內容卻經過與時俱進的增補，兩註的內容並不相同。

<sup>100</sup> 參閱Schröder, Die Gefährdungsdelikte, ZStw Beiheft, 1982, S. 4, 引

上述認為是抽象具體危險犯的主要理由在於：實務依據酒精濃度區分出「絕對不能安全駕駛」與「相對不能安全駕駛」，後者法官可以斟酌其他情況，前者則不行。而超過絕對不能安全駕駛標準者，就是單純的抽象危險犯，不用再具體判斷危險。從而，抽象具體危險犯真正的影響在於絕對無駕駛能力部分的認定，這是將抽象危險行為的可罰性與特定的具體危險要素相連結<sup>101</sup>。簡言之，就是本罪整體傾向認為是抽象危險犯<sup>102</sup>，但是其中的部分要素要透過具體情狀（如酒精濃度等）來加以判斷的犯罪規定類型，而如此就是在判斷危險的有無，只是在此是單一要素的考量即可，而不必如具體危險犯般考量所有情形，以決定危險之有無<sup>103</sup>。而這與傳統的抽象危險犯或是具體危險犯都有一定的差距。

上述定義可稱為「抽象具體危險犯」，因其介於抽象危險犯與具體危險犯之間的混合類型。抽象具體危險犯則是似乎只考量「特定要素」來檢視有無危險的表徵即可，不是全有也不是全無的思維。

## 二、治絲益棼的2013年修法

### （一）面臨單一類型定性上的困難

2013年6月修正生效的現行條文將酒醉與其他麻醉藥物情形分開認定。立法者區分為二款加以規定：第1款拋棄了不能安全

---

自張麗卿，酒醉駕車應屬有罪，台灣本土法學雜誌，第8期，頁79註21（2000）。

<sup>101</sup> 張麗卿，前揭註，頁79-80。

<sup>102</sup> 可參考台灣高等法院99年度交上易字第246號判決中的說明。

<sup>103</sup> 參閱張麗卿於「酒後駕車相關問題座談會議題討論」之發言，張麗卿等，前揭註83，頁106。

駕駛的限制，而改以直接規定酒精濃度的方式，標準則將行政不法層次的0.25毫克，利用通說之抽象危險犯（？）的概念<sup>104</sup>，一舉提升到刑法的絕對處罰層次<sup>105</sup>，也等於是將原先只是在證據法則層次的標準，定位為不法構成要件<sup>106</sup>，且成為構成要件該當性的充足條件。其餘的酒醉情況與麻醉藥品使用等，則仍回歸到修法前「不能安全駕駛」規範方式。如此的立法雖然顧及了法感的需求，也就是由於媒體鼓動而產生一般民眾對於酒醉駕車嚴懲的期待；但卻使得本罪的危險犯定性就同一情形卻可能要加以切割，而更加困難。如學說上已有明白表示依新法的修正，該條犯罪的危險犯類型應依各款作不同認定：第1款由於酒精濃度之數字已然被特定在法條文字中，而無法依具體情狀考量，則依傳統學說見解應為抽象危險犯，因為沒有具體判斷危險成立與否的空間。而第2款因為有不能安全駕駛要件的規範，而可能是具體危險犯<sup>107</sup>。

就第1款而言相對於其他公共危險罪章而言，少了制式的「致生公共危險」這個標準的判斷，而若自通說的標準加以檢驗，此處沒有制式的「致生公共危險」規定，毋寧傾向於抽象危險犯的立場<sup>108</sup>。

<sup>104</sup> 盧映潔，前揭註5，頁232。至於為何標準要降到如此之低的質疑可以參考許澤天，前揭註5，頁160-161，與王皇玉，前揭註4，頁1241。

<sup>105</sup> 如蔡蕙芳，前揭註86，頁116即認為如此規定酒精濃度既然為立法定義，即成為不得舉反證推翻的傳統抽象危險犯。

<sup>106</sup> 王皇玉，前揭註4，頁1237。

<sup>107</sup> 曾淑瑜，前揭註66，頁179；蔡蕙芳，前揭註86，頁116。至於明白主張本條各款在修法後全部都是抽象危險犯者，如蔡聖偉，前揭註81，頁272。

<sup>108</sup> 至於要以證據難度或是一般預防的角度來加以支持，力道是否充足

至於修法後的第2款可謂是第1款的補充條款，因其限於「飲用酒類或其他相類之物，而有第一款以外的情形」。不過立法者於此卻不同於純飲用酒類以酒精濃度的數值為規範方式，而是回復舊法時期的規定文字，再重新採用「不能安全駕駛」為客觀不法構成要件。正因如此，新修法的第2款產生了二個難解的問題：一是實例上較難出現，有人的吐氣或血液中的酒精濃度數值低於第1款，還能發生不能安全駕駛的狀態<sup>109</sup>，比較可能的適用情形是在根本沒有經過酒精測試者<sup>110</sup>。另一則是，如果認為「不能安全駕駛」是危險結果的規定，則本罪等於在規範因飲酒而醉態駕駛的原因上，同時出現了第1款的抽象危險犯，與第2款的具體危險犯規定。兩者相差僅在於酒精濃度數字上是否明確規範而已，如此更增解釋上的困難。

不僅如此，本罪雖然有酒類、麻醉藥品等例示規定，然而在可檢驗的科學標準上，卻多是集中在酒類的討論上<sup>111</sup>。因此可以說只有酒類較具有可判定的科學標準，來判斷如何為「不能安全駕駛」。至於其他麻醉藥品等則有賴裁判上整體的判斷，甚而是透過專業鑑定方可加以決定，而這部分的判斷（如既飲用酒類，

---

亦有斟酌餘地，因為就危險性之舉證而言，抽象危險犯只是無須另外證明因果關係，而不是連行為危險性都不必證明；而一般預防是任何犯罪的處罰都能達到的基本功能選項，也不是抽象危險犯所獨有，參閱許玉秀，前揭註50，頁88。顯然都不足以完全說明通說抽象危險犯的立場。

<sup>109</sup> 盧映潔，前揭註5，頁232。而蔡蕙芳，前揭註86，頁117則只簡單說明「如未達第一款的酒精濃度數值，但由於行為人已經肇事，若加上其他情況證據，則足以為推論被告之不能安全駕駛。」

<sup>110</sup> 王皇玉，前揭註4，頁1238。

<sup>111</sup> 劉芳伶，從「危險犯」理論試析刑法新增第185-3條之「不能安全駕駛」構成要件要素，刑事法雜誌，第45卷第2期，頁120（2001）也指出相同的問題。

也吸食麻醉品者，不能安全駕駛的絕對值如何變動）恐怕可能才會是以後的難題<sup>112</sup>。然則，更根本的問題在於，只因追求司法訴追上的證據認定便利，即將酒類與其他相類之物作如此不同程度的區隔，甚至是完整引入行政不法層次的標準以為刑事不法處罰無可閃避的唯一基礎，如此在平等原則上，是否已依事物本質來區分是否應加上「不能安全駕駛要件」之綜合考量要件，實應打上問號。

除此之外，如此修法將引起另一個可能的難題：即第1款的故意認定上。既然立法者改採數字的直接定義，行為人的故意自然也必須就此有所認知。但是故意是對於不法事實的潛在認識，涵攝是否符合構成要件的要求是法官審判的職責。對於多數的客觀構成要件而言，行為人只要是就一般人的標準，對有關的不法事實之意義具有認知，即可符合故意「知」的要求<sup>113</sup>，就修法前的不能安全駕駛即為如此。因此只要行為人認知到他不是安全地在駕駛，並不需要去認知到自己在行為時的酒精濃度或是法定的極限數值<sup>114</sup>。換句話說，酒精含量的數值認識與故意過失無關，因為這並非構成要件要素，而只是證據要素<sup>115</sup>。然而，2013年修

<sup>112</sup> 黃常仁，前揭註81，頁2。

<sup>113</sup> Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB: Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 316 Rn. 23.

<sup>114</sup> 對此可以參考Krüger, zur Frage des Vorsatzes bei Trunkenheitsdelikten, DAR 53 (1984), S. 47 ff及Gaede, auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz, ZStW 121 (2009), S. 239 ff; Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 316 Rn. 44.

<sup>115</sup> 學說上進一步認為，縱使新修法將酒精濃度規定到法條文字中，也不會改變故意的內涵。良以酒精值只是法院發現真實的證據方法，故行為人自己行為時的體內血液濃度不在故意認知之列，參閱許澤天，前揭註5，頁164。值得注意的是，實務上如「高等法院暨所屬法院105年法律座談會刑事類提案第21號」曾就酒精數值部分提出

正時直接將濃度數字規定於法文中，則行為人的故意是需要認知到此一數字，或是認知到行為人對外的行為情狀？是否可以行為人其應可認知到其酒精濃度「有可能超標」的事實而仍決定酒駕，解釋上應可認為其對酒駕有容忍而具「未必故意」？而這與刑法第227條的法定年齡認識的認定也不盡相同，因年齡是否符合尚可依一般人共同的生活經驗或透過身分證明可以得知，但是血液中酒精的濃度是否達到一定數字，並非人人都有可能相同的認知，於此未來勢必產生執法上的困難<sup>116</sup>。

客觀可罰性條件的見解：「行為人透過飲酒或其他飲食之攝取，認識其體內已有酒精成分殘留而足以影響其駕駛行為，對於公眾往來安全存在潛在威脅，卻仍執意駕駛動力交通工具，並欲行駛於可供不特定多數人通行之道路或場所，行為人對於上開客觀情狀之認知與意欲，即已滿足該罪之主觀構成要件。至於體內酒精濃度之多寡，非經攔檢或就醫時之儀器檢測，一般人當無從知悉其數值高低，顯非行為人犯罪當時主觀認知所及之範圍，而應認僅係無關故意或過失之『客觀處罰條件』。」學理上也有贊同者，主張「酒精濃度」此一訴訟證明規則，為實體法上的客觀可罰性條件者，如許澤天，前揭註5，頁162。此與本文是就不能安全駕駛要件討論指涉標的不同。另外，與此相關者，部分學說也就「不能安全駕駛」此一要件以實際上當事人多所推諉而認為是「客觀可罰性條件」，如甘添貴，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，第30期，頁109（2002）。或是因為行為會對其他道路使用構成具體的事實危險，而未規定於該構成要件的文成部分，因之構成危險，行為人不必認識，是就此部分才是客觀處罰條件，如鄭逸哲，「事實具體危險」乃醉態駕車構成要件的客觀處罰條件，月旦法學教室，第31期，頁21（2005）。

<sup>116</sup> 參考德國學界有認為以血液中酒精濃度為證據資料恐有行為人評價錯誤情形，或有就故意認知採取較高如血液中酒精濃度超過千分之2.0的標準，如Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rn. 828; Rengier, a.a.O. (Fn. 35), § 43 Rn. 15.

## （二）定性——就是危險犯

傳統抽象與具體危險的兩分法，修法後若要用單一類型簡化完整包含本罪，的確面臨挑戰。

首先，修法前的規定若要用受測者如果呼氣酒精成分已達每公升0.55毫克時即為絕對不能安全駕駛，而且不得舉反證推翻，來支撐本罪為抽象危險犯，那明顯是忽略了其中的「相對不能安全駕駛」態樣，其實也可能參酌了具體危險犯的判斷，因為呼氣酒測濃度值在此範圍內者，就要考量其他的情狀，才能綜合判斷決定是否有危險。因此，上述標準綜合觀之，已包含了單一與個別的標準，兩者兼括之下要說是「完全的抽象危險犯」或「完全的具體危險犯」其實都有困難，也無怪乎會有看似折衷式的「抽象具體危險犯」說法的出現。不過「抽象具體危險犯」說法自身在概念意涵的明確性上也有待加強，因為既抽象又具體的特徵到底是出現在本罪整體是抽象危險犯，但其中不能安全駕駛要件要參考特定危險要素的「不能安全駕駛」；抑或是抽象是指絕對不能安全駕駛的絕對效力，與具體是指相對不能安全駕駛的個案考量。就是一個需要被釐清的先決問題。

更深層的問題在於，我國學說與實務不約而同都贊同以酒測濃度的數值來決定酒醉駕駛的危險認定標準，是因為科學結論客觀確實而值得信賴，而這實與抽象危險犯或具體危險犯的歸類無涉；因為不論本罪是抽象危險犯或具體危險犯，都不會影響證明不能安全駕駛的必要性與證據品質<sup>117</sup>，危險不管如何都必須要加以證明<sup>118</sup>。而抽象危險犯與具體危險犯在因果關係證明部分：前

<sup>117</sup> 參閱許玉秀，前揭註50，頁86及89。

<sup>118</sup> 至於陳子平，前揭註73，頁93則是為此處的抽象危險犯挹注了「現實的危險可能性」要件，雖然與上述以證據法則來推論的方法不

者如同本文是採取推定的看法，而後者則須個案判斷後方能認定。從而，上述酒精濃度證明方式的簡便決定於構成要件被描述的具體程度，而這與危險的高低並無關係，因為不論法條中有無規定危險，危險的判斷都是必要且不能被忽略，只是在證據法則上有所區隔而已。因此，爭執本罪是完全的抽象危險犯或是完全的具體危險犯，像就是在爭論危險要不要判斷？其實無此必要<sup>119</sup>。不管如何，上述討論的盲點，根本的問題是在於以證據方法來主導本罪的危險犯性質，且是以證據方法為主來加以解釋，其實是一種倒果為因的誤差<sup>120</sup>。

至於修法後，由於將酒類分為二款作不同規定，而在立法理由中明白說明以酒精濃度明確規範的第1款性質上是抽象危險犯，也因此影響成為實務的主流見解<sup>121</sup>。而對於其他二款未再解說，則似乎自反面解釋即可肯認是屬於具體危險犯的性質。因此，學理上原本危險犯定性上的難題，在本罪因為立法者刻意區分酒類自身，以及與麻醉藥品分別做不同型態，而各賦予不同判斷的規定，再加上在證據法則的影響下，很難是單純的抽象危險犯或是具體危險犯，似乎是綜合二者的複合式型態<sup>122</sup>。自此要單

---

同，但認為若無危險則不成立本罪之結論則無差異。

<sup>119</sup> 學說上也有認為：「空泛地討論某種犯罪類型（如抽象危險犯）的正當性其實已無太大實益，不如更具體地根據不同犯罪類型、不同的構成要件去一一檢討發動刑事處罰的界限」，因此專注在「不能安全駕駛」，可能產生的關連上，不去陷入一開始討論抽象與具體犯的漩渦中，如謝煜偉，前揭註94，頁130。

<sup>120</sup> 劉芳伶，前揭註111，頁119-120有類似批評。黃榮堅，前揭註83，頁96以下也指出立法形式與證據政策的取捨是二個不同層次的問題。

<sup>121</sup> 如最高法院103年度台上字第4589號刑事判決、104年度台上字第210號刑事判決、104年度台上字第3378號刑事判決等。

<sup>122</sup> 至於陳友鋒、黃鵬達，前揭註6，頁86所稱新法有朝「具體抽象危

一定性醉態駕駛罪為抽象危險犯或是具體危險犯，已有困難；甚或是在方法論上受到混淆證據方法與危險犯性質之質疑的「抽象具體危險犯」說法，在現行新法下顯然更不可行<sup>123</sup>。

從而，若回到本文所依循之標準：抽象危險犯與具體危險犯的劃分，兩者所差只是證明危險方法之不同而已。要強加區分二者在判斷上截然不同的特性，顯然沒有必要。因為，都是危險犯，最終也都要判斷危險的存在，因此本罪要單一定性為何種危險犯，就本文立場而言意義並不大。不過這也突顯出，在通說下若要重新且單一定性2013年醉態駕駛罪，實為作繭自縛。也或是，我們也可以再更複雜化地思考，是否新型態的獨立危險犯類型，或是其他的迥然不同的犯罪類型，已經於此誕生了。

### 陸、分道揚鑣的「不能安全駕駛」 與「危險判斷」

在修法前，本罪究竟要說是抽象危險犯或具體危險犯，「不能安全駕駛」此一要件占了舉足輕重的地位。從形式觀察而論，相對於其他公共危險罪章，本罪少了制式的「致生公共危險」這個絕對的判準，結論上自然不是具體危險犯，所以會是另一且擇一選項的抽象危險犯。然而，若是自實質的觀察切入，即使沒有制式的「致生公共危險」文字規定，若是找到立法者訂定在條文中的其他文字須判斷危險的立法指導，或是透過解釋以不成文構

---

險犯」方向推進的結論，如果是前述所稱的單純複合型態，實不用再以特殊名稱稱之。而如果是德國學說所稱的抽象具體危險犯說法，這是以酒精濃度的數值為判斷的證據方法，新修法對此也未加揚棄，似乎並無推進之可言。

<sup>123</sup> 參考黃榮堅，前揭註83，頁96。

成要件的方式來加上須有危險的考量<sup>124</sup>，也未嘗不能得出本罪為具體危險犯的結論。這時，相對明確的可能方式似乎即寄託在本罪的「不能安全駕駛」規範文字上。

究竟不能安全駕駛之要件與危險結果的判斷，二者是如何的關係？不能安全駕駛是否就是危險犯判斷的表徵？以下立場是，雖然不能安全駕駛是一個不能閃躲的構成要件要素判斷<sup>125</sup>，但這跟抽象危險犯或具體危險犯的立法類型是不同的兩個問題。至於勉強要說「不能安全駕駛」是具體危險的要件，也就是立法者認定須有「危險狀態的產生」的要件而論就是問題。須先釐清在文義上所謂的不能安全駕駛，到底是指對於駕駛人自己或路上的不特定人<sup>126</sup>。因為不能安全駕駛指的是行為人自身並不符合一般駕駛人行車上路的基本要求，即不能透過迅速、適宜與有目的之意識行來滿足交通要求<sup>127</sup>；而這與危險結果要與法益概念結合而推導出是對他人的法益侵害，理解上是有差距。即使將不能安全駕

<sup>124</sup> 這在刑法上的例子不少，如殺人罪即使條文沒有規定，學說與實務都肯認要有「死亡結果」的不成文構成要件，僅參閱韓忠謨，刑法各論，頁332，自版（1982）。又如上述提及之遺棄罪（尤其是第293條）更是如此。

<sup>125</sup> 如前揭註115所述，部分學說將不能安全駕駛看待成「客觀可罰性條件」，這當然前提是認為客觀可罰性條件不是本罪的不法與罪責內涵指涉的對象。不過本文與多數見解相同，都認為不能安全駕駛是構成要件要素，且事涉本罪的不法與罪責內涵，進而當事人對其應有知跟意，參閱黃常仁，前揭註81，頁3；盧映潔，前揭註5，頁235。而上述的極端反對主觀認識的看法其實正好為本罪應降為行政罰作了很好的註腳，因為大概只有行政罰才有大肆地討論不須主觀故意認知的說法；在刑法上，基於罪責主義的要求，這應都是少數的例外，且盡量減少才是。

<sup>126</sup> 其他的質疑，可以參考劉芳伶，前揭註111，頁112-114。

<sup>127</sup> 許澤天，前揭註5，頁148。

駛當作是廣義的上路不安全，包含可能對他人的財產等造成危險，甚至是造成自己的危險，之後針對可能造成不特定人之生命身體危險法益來判斷危險結果，充其量也只是一種同情的憐憫，是一種對現行法的要件作合理分配的試擬。而這正突顯出，本罪的不能安全駕駛，難以脫離行政不法的特性，與刑法在擔負對他人法益侵害行為之處罰格格不入<sup>128</sup>。因此「不能安全駕駛」要件就是在確認是否具有立法者所規制的危險行為，而非危險結果<sup>129</sup>。亦即，「不能安全駕駛」與危險犯的「危險結果」認定，是分別的兩個不同問題<sup>130</sup>。

實際上，我國學說與實務在爭執本罪的成立，多半環繞在以酒精濃度客觀標準的妥當與否，也就是大家討論本罪是否成立，都只是在討論要不要一個如此的客觀科學標準，或是數字如何的選擇。而不論是主張抽象危險犯或具體危險犯立場者，都將判斷集中在此。從此更可看出，危險犯的性質定位與不能安全駕駛在學說間，原來也根本就當成是兩件個別的事在加以討論。因為不

<sup>128</sup> 刑法與利益，乃至於法益的內在關連可以參考高金桂，利益與刑事立法，收錄於利益衡量與刑法之犯罪判斷，頁69以下，元照出版有限公司（2003）。

<sup>129</sup> 許澤天，前揭註5，頁149。

<sup>130</sup> 相同思考方向者，如陳子平，前揭註35，頁90；劉芳伶，前揭註111，頁107；王乃彥、張瑋玲，前揭註81，頁12-13；許澤天，前揭註5，頁161：「若如修正理由所引之本罪係抽象危險犯觀點，亦恐對抽象危險犯只是不要求具體危險的本質有所誤解。亦即，抽象危險犯在適用上仍需以出現立法者所預設的不法行為為前提，而酒精數值的高低與否，皆不會影響到本罪的性質。亦即，重點仍在是否有不能安全駕駛而駕駛（具抽象危險性）的行為」。部分實務見解也已點出此點，如最高法院98年度台非字第15號刑事判決、台灣高等法院98年度交上易字第98號刑事判決、台灣高等法院90年度交上易字第12號刑事判決等。

論主張本罪是哪一種危險犯的性質，都是在判斷酒精濃度，是否導致不能安全駕駛。

上述的觀點在比較法上也可以得到印證，如前所述，德國法上與我國類似規定的刑法第316條，其學說與實務一致性地將該罪的危險犯（Gefährdungsdelikt）法律性質與不能安全駕駛（Fahrunsicherheit），分開討論，各有討論的主軸與範疇而不加混淆<sup>131</sup>。進一步觀察在危險犯的性質定性上，也是自抽象與具體危險犯的兩分法出發，至於不能安全駕駛則是自其實務發展出來的標準，區分為絕對不能與相對不能兩種證據法則的方式來加以判斷（參考本文伍、一、（二））。兩者分別有其討論核心<sup>132</sup>。

從本文前述採取的基本觀點「不論何種危險犯型態都要檢驗危險性之有無」可知，不論本罪為抽象危險犯或具體危險犯，也都不影響到不能安全駕駛到底要不要判斷，或是如何判斷的問題，因為反正不能安全駕駛與危險結果兩者都必須分開加以判斷，而且兩者都要判斷才是。更何況，危險犯是屬於立法論層次選擇的問題，討論犯罪傾向抽象危險犯或具體危險犯，是基於法益與構成要件的綜合判斷所得，是該犯罪的法律性質定性；而不能安全駕駛至多只是上述綜合判斷的其中一個個別單純構成要件要素的解釋，而非全部。至於危險的認定是否就是在確認不能安全駕駛之不法構成要件行為？我們認為危險的有無，與不能安全

<sup>131</sup> 如Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck OK-StGB: Kommentar, 2. Aufl., 2014, § 316 Rn. 1, 4; Zieschang, a.a.O. (Fn. 14), 2013, § 316 Rn. 2, 20 ff.

<sup>132</sup> Ernemann, in: Sztzger/Schmitt/Widmaier, StGB: Kommentar, 2009, § 316 Rn. 1, 8 ff; Eisele, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rn. 809, 822 ff; Wolters, a.a.O. (Fn. 54), § 316 Rn. 2, 16 ff; Rengier, a.a.O. (Fn. 35), § 43 Rn. 1, 5 ff.

駕駛是否構成，與本罪的其他相關概念作用方向一致，都是藉由涵攝的成立與否來一起確認本罪的保護法益是否受到侵害。尚非可因此相同的確認保護法益過程而即可推論出概念上的重複。

因此，正本清源之道在於將兩者分開判斷。不能安全駕駛與危險根本認定上，應該為不同的兩個獨立客觀構成要件要素，而有不同的各自判斷範疇。例如有一人天賦異稟如喬（蕭）峰般千杯不醉，愈喝酒車開得愈穩時，其受臨檢檢測時其呼氣酒測值超過0.25毫克的標準，此時符合了不能安全駕駛的要件，但是否要進一步檢驗是否有造成不特定人的生命等危險存在？這時就是要進一步考量危險要件的時刻。因此本例最後可能是沒有危險，只不過採取抽象危險犯立場者是可舉反證推翻，而採取具體危險犯立場者則是直接否定。而且不論將本罪全部或一部，歸類為抽象危險犯或具體危險犯，也都要判斷危險結果是否存在，因此本罪的危險犯類型歸類，並不重要。而且上述結論不論是2013年本罪修法前後均無不同。

至於我國現行第185條之3第1項第1款立法定義的呼氣酒精濃度0.25毫克的硬式標準，也可因上述見解而獲得一些舒緩。因為此一為人詬病之容易入人於罪的過低標準，雖然可能因為行為人一旦測出呼氣的酒精濃度超過標準時，即構成部分客觀構成要件，但最終如果真無造成不特定人生命等危險的情形時，犯罪可因不具備危險而不具備構成要件該當性。最後應予補充說明的是，超過立法定義的酒精濃度0.25毫克，或是修法前「絕對不能安全駕駛」的酒精濃度0.55毫克<sup>133</sup>，是否能突破或限制危險的判斷，亦即只要超過0.25或0.55毫克就一律封鎖不准反證推翻，應

<sup>133</sup> 德國的現行區分絕對標準與相對標準其本質其實也是一種行為教育的方式，這跟危險犯的道理是一致的。

認為這是證據法則，也就是證據政策問題，只要透過一定的說理並取得共識，也未必不能在此產生封鎖之作用而不用再判斷是否有「無危險」的情形。

## 柒、結論——對本罪規定的反省

最後我們可以重新再反思的是，單純從事本罪的刑法解釋，而不談及本罪存在正當性，並不表示存在即屬正當。事實上醉態駕駛罪自1999年方始進入刑事不法體系，但隨後修正的次數之多卻極為罕見<sup>134</sup>，無疑地這是因應實際上的需求，但是需求的其實是司法的一方，因此迷信重刑文化下，加重刑罰似乎是難以避免的宿命。而自實務常大動作地為此解釋，也可看出本罪的爭議性也實在不少。

雖然醉態駕駛罪在比較法上德國與日本<sup>135</sup>早有先例，且發展已久，但外來的東西並非要全盤繼受，一味地放棄自我，求取圓融，不一定能得到真正合於我國法制發展，或是維護人民權利的法律制度。因此，有必要重新思考本罪的立法必要性。

針對此一實務上十分倚重的條文，應該重新省視的是，本罪定位是否應堅持行政不法與刑事不法繼續地糾葛。學說上早有提出基於「秩序罰已可達其目的」、「全面執法上的困難」、「國內飲酒文化的法感」，認為應採漸進式的依據秩序罰程序執法，

<sup>134</sup> 學理上也有直接評批2013年的修法過程欠缺說服力，呈現出只是為了威嚇而嚴罰的無理立法而已，參考盧映潔，刑法分則新論，頁240，新學林出版股份有限公司，修訂第11版（2016）。

<sup>135</sup> 日本一樣採取修正逐步重刑化的方式，但效果卻是微乎其微，對此可以參考謝煜偉，前揭註94，頁111的介紹。

養成人民守法習慣或酒後不開車觀念之後再予犯罪化的聲浪<sup>136</sup>。而再回到問題的基本面思考，刑事不法與民事不法，或是行政不法，其實都只是不法層昇的問題；以刑法的「最後手段性」而言，其相較於民事不法與行政不法而言，顯然是制高點最高，也是應儘量少碰觸到。所以對於醉態駕車是否要加入刑法中，應認為醉態駕車縱然有對他人生命與身體產生傷害的高危險性，然而對於飲酒的行為始終是一個生活方式的問題，多加限制人民的生活方式有時並不是好事，而可能正是適得其反，因為如此可能干預了極大多數人所習慣的生活方式。再者，若酒醉行為有進一步可能會侵害到他人的利益，用犯罪論中原有的原因自由行為理論，或甚至是個人法益不定式犯罪的開放構成要件（如殺人與傷害不限於用何種方式均可成立），已經可以解決大部分的實害處罰情形，是否要再提升到危險犯的層次還有待斟酌，因為這可能過度干擾人民自由。這樣的行為教育意義留待行政法規中規定似為已足<sup>137</sup>。從而，以高侵害率的統計數據，產生就要入刑化的當然結論，顯然從利益侵害或危險的保護角度而言，有再待進一步思考。本文毋寧傾向由現行行政法規中已有的部分來加以處斷即可，刑事不法的立法正當性仍待補強，至少目前明顯不足。

<sup>136</sup> 參閱林山田，前揭註35，頁317-318。

<sup>137</sup> 類似看法可以參考甘添貴，前揭註73，頁64。陳友鋒、黃鵬達更列舉了「有違反刑罰謙抑之虞」、「有違反罪刑相當原則之虞」、「違反平等原則並使其規範目的落空」來加以反對本罪的立法。見陳友鋒、黃鵬達，前揭註6，頁88-89。而即使大力支持本罪的一般功能的張麗卿教授也指出，其實交通刑法的專家都有提及，刑罰的制裁功能有時不是最有效的，其他手段的運用有時會更 useful，參考其於「酒後駕車相關問題座談會議題討論」之發言，張麗卿等，前揭註83，頁106。

## 參考文獻

### 書 籍

- 王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，3版（2017）。
- 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（2007）。
- 甘添貴，刑法各論（上），三民書局股份有限公司，修訂4版（2016）。
- 甘添貴，刑法各論（下），三民書局股份有限公司，4版（2016）。
- 林山田，刑法各罪論（上），自版，增訂5版（2005）。
- 林山田，刑法通論（上），自版，增訂10版（2008）。
- 林書楷，刑法總則，五南圖書出版股份有限公司，3版（2017）。
- 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，5版（2016）。
- 林東茂，刑法綜覽，一品文化事業有限公司，增訂8版（2016）。
- 柯耀程，刑法構成要件解析，三民書局股份有限公司（2010）。
- 柯耀程，刑法釋論 I，一品文化事業有限公司（2014）。
- 許澤天，刑總要論，自版，2版（2009）。
- 陳子平，刑法各論（下），元照出版有限公司，增修版（2016）。
- 陳子平，刑法各論（上），元照出版有限公司，3版（2017）。
- 陳子平，刑法總論，元照出版有限公司，4版（2017）。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書出版股份有限公司，6版（2016）。
- 曾淑瑜，刑法分則實例研習：國家、社會法益之保護，三民書局股份有限公司，修訂2版（2013）。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，4版（2012）。
- 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照出版有限公司，4版（2012）。
- 黃榮堅，靈魂不歸法律管——給現代公民的第一堂法律思辨課，商周

文化事業股份有限公司（2017）。

- 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，元照出版有限公司，2版（2017）。
- 蔡蕙芳，從危險理論論不能安全駕駛罪，國立臺灣大學法律學研究所博士論文（2000）。
- 盧映潔，刑法分則新論，新學林出版股份有限公司，修訂第11版（2016）。
- 盧映潔，刑法分則新論，新學林出版股份有限公司，修訂第12版（2017）。
- 薛智仁，參與群毆行為之處罰基礎與立法，學林文化事業有限公司（2002）。
- 韓忠謨，刑法各論，自版（1982）。
- 羅婉婷，論適性犯，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2012）。
- 蕭宏宜，未遂與犯罪參與，三民書局股份有限公司（2015）。
- Eisele, Jörg: Strafrecht Besonder Teil 1, 2008.
- Fahl, Christian / Winkler, Klaus: Meinungsstreite Strafrecht Allgemeiner Teil und Besonder Teil 1, 3. Aufl., 2010.
- Fischer, Thomas: StGB: Kommentar, 60. Aufl., 2013.
- Fister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013.
- Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko, 1983.
- Hefendehl, Roland / Hohmann, Bernhard: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2014.
- Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014.
- Hoyer, Andreas: Die Eignungsdelikte, 1987.
- Jähnke, Burkhard / Laufhütte, H. Wilhelm / Odersky, Walter (hrsg.): StGB, Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl., 2001.
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- Jescheck, Hans-Heinrich: Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch

- Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, 1987.
- Kasper, Johannes: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2017.
  - Kaufmann, Arthur: Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2. Aufl., 1983.
  - Kindhäuser, Urs: StGB Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017.
  - Kindhäuser, Urs: StGB, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl., 2017.
  - Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Ullrich (hrsg.): Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013.
  - Lackner, Christian / Kühl, Karl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl., 2004.
  - Matt, Holger / Renzikowski, Joachim (hrsg.): Strafgesetzbuch, Kommentar, München, 2013.
  - Puppe, Ingeborg: Strafrecht Allgemeiner Teil - in Spiegel der Rechtsprechung, 2002.
  - Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2013.
  - Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil 2, 19. Aufl., 2018.
  - Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006.
  - Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2012.
  - Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014.
  - Steininger, Einhard: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 2008.
  - von Heintschel-Heinegg, Bernd (hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar StGB, 2. Aufl., 2014.
  - Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015.
  - Wessels, Johannes / Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil Band I, 37. Aufl., 2014.

## 期刊論文

- 王乃彥、張瑋玲，不能安全駕駛罪之考察，真理財經法學，第8期，頁1-20（2012）。
- 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，第159期，頁235-244（2008）。
- 王皇玉，2013年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決，臺大法學論叢，第43卷特刊，頁1227-1264（2014）。
- 甘添貴，言論自由與妨害名譽，台灣本土法學雜誌，第14期，頁112-119（2000）。
- 甘添貴，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，第30期，頁108-115（2002）。
- 徐育安，燃燒的青春（1）——法律解釋與放火罪，台灣法學講座創刊號（法學講座續第33期），頁110-118（2010）。
- 徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，中原財經法學，第19期，頁119-198（2007）。
- 張麗卿，論刑法公共危險罪章的新增訂，月旦法學雜誌，第51期，頁55-70（1999）。
- 張麗卿，酒醉駕車應屬有罪，台灣本土法學雜誌，第8期，頁76-84（2000）。
- 張麗卿、林山田、許玉秀、林鈺雄、黃榮堅、魏大曉、呂碧宗，酒後駕車相關問題座談會議題討論，台灣本土法學雜誌，第8期，頁90-115（2000）。
- 許玉秀，無用的抽象具體危險犯，台灣本土法學雜誌，第8期，頁85-89（2000）。
- 許恒達，不能安全駕駛罪與過失實害犯的罪責及競合難題——兼評最高法院100年度臺非字第373號刑事判決，台灣法學雜誌，第212期，頁95-108（2012）。
- 許恒達，從德日台三方觀點論不能安全駕駛罪之本質——從德國法之角度，台灣法學雜誌，第210期，頁116-121（2012）。

- 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，第22卷第2期，頁1-45（2010）。
- 許澤天，酒駕、肇事與棄逃的刑法三部曲，月旦法學雜誌，第193期，頁20-39（2011）。
- 許澤天，論酒精影響下的不能安全駕駛罪，興大法學，第15期，頁141-178（2014）。
- 陳友鋒、黃鵬達，刑事不法與行政不法臨界之檢討——以刑法第185條之3為論述中心，華岡法粹，第57期，頁67-99（2014）。
- 陳志輝，無義務遺棄罪的法律性質，月旦法學教室，第43期，頁22-23（2006）。
- 彭美英，刑法第一八五條之三不能安全駕駛罪之再檢討——兼論德國刑法第三二三條a「自陷完全麻醉罪」，月旦法學雜誌，第144期，頁6-19（2007）。
- 游明得，論刑法上著手實行的判斷——判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌，第7卷第1期，頁154-167（2005）。
- 游明得，論刑事訴訟法中酒駕強制呼氣檢查規定之妥適性，法令月刊，第66卷第11期，頁41-58（2015）。
- 黃常仁，「困頓新法」——論刑法第一百八十五條之三，軍法專刊，第46卷第4期，頁1-6（2000）。
- 黃榮堅，不能駕駛與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，第7期，頁147-153（2000）。
- 黃榮堅，論危險故意——評最高法院九十三年度臺上字第一一五五號及九十一年度臺上字第六三六八號判決，月旦法學雜誌，第118期，頁225-239（2005）。
- 劉芳伶，從「危險犯」理論試析刑法新增第185-3條之「不能安全駕駛」構成要件要素，刑事法雜誌，第45卷第2期，頁96-128（2001）。
- 蔡聖偉，廟不可炎——論失火罪客體的屬性認定，月旦法學教室，第

85期，頁30-31（2009）。

- 蔡聖偉，法律繼受過程中的概念錯換——以「不能未遂」一詞為例，月旦法學雜誌，第214期，頁214-224（2013）。
- 蔡蕙芳，新修正刑法第一八五條之三不能安全駕駛罪之證明問題，月旦法學雜誌，第236期，頁106-118（2015）。
- 鄭逸哲，「事實具體危險」乃醉態駕車構成要件的客觀處罰條件，月旦法學教室，第31期，頁20-21（2005）。
- 蕭宏宜，未遂犯的處罰依據及其影響，東海大學法學研究，第45期，頁37-98（2015）。
- 謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，第210期，頁107-130（2012）。
- Gaede, Karsten: auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?-- Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses, ZStW 121 (2009), S. 239-280.
- Krüger, Jochen: zur Frage des Vorsatzes bei Trunkenheitsdelikten, DAR 53 (1984), S. 47-53.
- Schröder, Horst: Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), S. 7-18.

### 專書論文

- 王皇玉，原住民犯罪不法意識之研究——評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，收錄於刑與思：林山田教授紀念論文集，頁125-146，元照出版有限公司（2008）。
- 古承宗，刑法作為保障食品安全之手段——兼評彰化地方法院100年度矚易字第1號判決、臺灣高等法院臺中分院101年度矚上易字第295號判決，收錄於刑法的象徵化與規制理性，頁153-176，元照出版有限公司（2017）。
- 林東茂，危險犯的法律性質，收錄於危險犯與經濟刑法，頁1-60，五南圖書出版股份有限公司（1996）。

- 高金桂，利益與刑事立法，收錄於利益衡量與刑法之犯罪判斷，頁69-88，元照出版有限公司（2003）。
- 張麗卿，交通刑法中的抽象危險犯——以德國刑法第三百十六條為例，收錄於罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集，頁224-243，五南圖書出版股份有限公司（1998）。
- 張麗卿，交通刑法中之抽象危險犯——以德國刑法第三百十六條為例，收錄於交通刑法，頁65-112，學林文化事業有限公司（2002）。
- 張麗卿，酒測○·九一毫克竟也無罪——評台灣高等法院九十九年度交上易字第二四六號刑事判決，收錄於新刑法探索，頁499-516，元照出版有限公司，5版（2014）。
- 張麗卿，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險——評台北地方法院八十八年度北簡字第一四八四號等判決，收錄於新刑法探索，頁517-530，元照出版有限公司，5版（2014）。
- 黃榮堅，論行為犯，收錄於刑罰的極限，頁211-242，元照出版有限公司（1999）。
- 蔡聖偉，從刑總法理檢視分則的立法，收錄於刑法問題研究（一），頁413-454，元照出版有限公司（2008）。
- 蔡聖偉，論排他互斥的犯罪構成要件，收錄於刑法問題研究（二），頁29-68，元照出版有限公司（2013）。
- 蔡聖偉，刑法第185條之3第1項的危險犯屬性分析，收錄於法學與風範——陳子平教授榮退論文集，頁263-279，元照出版有限公司（2018）。

## 摘 要

我國刑法第185條之3醉態駕駛罪是1999年方始進入刑法典規範的新興條文，而本罪在我國學理與實務均認為是危險犯；只是究竟是抽象危險犯或具體危險犯卻是爭論不休，而這在2013年的修法之後更加難有定論。對此，本文認為本罪的「不能安全駕駛」與「危險結果」係屬二個不同的構成要件，前者是以酒精濃度為主要的判準，而危險結果則是綜合各種情形，就本罪保護法益是否有可能受到侵害的「高度可能性」為綜合判斷。至於本罪的危險犯類型，由於不論是抽象危險犯或具體危險也都應判斷危險結果是否存在，只是前者是推定而可舉反證推翻，後者則須正面具體判斷。因此本罪的危險犯類型歸類，本文認為並不重要，因為反正危險結果不論是何種危險犯類型都要判斷。而且上述結論，本罪於2013年修法前後並無不同。

中原財經法學

## Concept of “*Gefährdungsdelikt*” in Article 185-3 Drunk Driving Offenses of the Criminal Code

Ming-De Yu

### Abstract

In 1999, Article 185-3 regarding drunk driving offenses was passed into the new provisions of Taiwan’s Criminal Code. This crime is considered perilous based on research and experiences. Arguments have defined it as either an “abstract” or “concrete” *Gefährdungsdelikt* (perilous crime); however, no clear definition was reached when the law was amended in 2013. This article contends that the crimes of being “incapable of driving safely” and threatening “dangerous impacts” should be categorized as two distinct constituent elements. Capability of driving safely is determined based on blood alcohol concentration, whereas dangerous impacts are determined based on context. In either scenario, categorizing this crime as an abstract or concrete *Gefährdungsdelikt*, dangerous impacts shall be judged accordingly. The difference is that abstract *Gefährdungsdelikt* are presumed, whereas concrete *Gefährdungsdelikt* can be examined by evidence. Because dangerous impacts are judged ad hoc, classifying the type of crime is unnecessary. This article holds the same position regardless of the change in the 2013 amendment to Article 185-3.

Keywords: *Gefährdungsdelikt*, abstract perilous crime, concrete perilous crime, drunk driving, unsafe driving, blood alcohol test