



國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文
Graduate Institute of Law College of Law
National Taiwan University Master Thesis

累積危險行為於犯罪構成上的意義
The Role of Cumulatively Dangerous Action In
Crime Constitution

郭智安

Chih-An Kuo

指導教授：黃榮堅 博士

Advisor: Jung-Chien Huang, Ph. D.

中華民國 103 年 7 月

July 2014

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

累積危險行為於犯罪構成上的意義

The Role of Cumulatively Dangerous Action In Crime
Constitution

本論文係郭智安 君 (R99A21069) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 103 年 7 月 30 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

郭智安

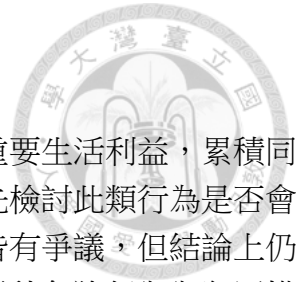
口試委員：

王皇玉

徐偉群

郭智安

摘要



累積危險行為的特色是：單一行為不會侵害值得刑法保護的重要生活利益，累積同種類的複數行為後始會侵害值得刑法保護的重要生活利益。本文首先檢討此類行為是否會構成實害犯或未遂犯，雖然在檢驗是否具備客觀不法與主觀不法時皆有爭議，但結論上仍有可能構成。惟即便如此，從風險管控的角度而言，仍有制定僅以累積危險行為為犯罪構成要件之犯罪類型的需求。而此種犯罪類型，在德國學界被稱為「累積犯」(Kumulationsdelikte)。

累積犯之概念最初由 Kuhlen 提出，被應用在保護自然環境法益上。但後來在德國學者 Hefendehl 的倡議下，亦被應用在保護人為制度法益上，其共同特色是具有累積至一定量才會產生利益侵害的「門檻值」。惟 Roxin 認為累積犯其實就只是一種點狀實害犯，故此概念並無存在實益。本文認為，實害犯與累積犯在概念上指涉不同，而從行為不法論的角度來看，一個犯罪可能同時具備實害犯與累積犯的特質，但不能以此為由認為累積犯之概念欠缺實益。然而另一方面，累積危險在概念上即是一種抽象危險，而累積犯僅是具有在抽象危險犯的分類下類似事實狀態的集合名詞，無實質上的概念實益。惟本文認為，累積犯概念的建立，從言說策略的角度而言，有助於建立更細緻化的標準與參考依據，使適用法律者能更正確、公允的評價此類事實帶來的利弊。

在檢驗累積犯之正當性時，本文採取了利益衡量作為標準，實際上透過操作比例原則來實現利益衡量。首先在確認累積犯所侵害的基本權利時，除了行動自由之外，尚應特別注意累積犯與抽象危險犯相同，皆採用「固定容許風險標準」的立法模式，亦即由國家事先判斷特定種類的行為皆是超越容許風險的，而不允許個案中行為人依其感知自行判斷風險。此種立法模式鼓勵他律、貶抑自律，相較於由個人在個案中自行判斷行為風險的「浮動容許風險標準」立法模式而言，更加侵害了人格權。在目的正當性層次中，本文認為在過去與現在，管控風險皆應該作為刑法目的之一，風險社會概念的提出只能幫助我們認清現狀事實，而不會造成刑法目的的改變。除了管控風險以外，提升安全感亦有可能作為一項正當的目的，只不過若未真正改變人民行為，在現代資訊流通的社會中，難以僅透過刑法的象徵作用來提升安全感，故無法通過適當性原則的檢驗。

在適當性層次中，首先要先檢驗累積危險行為與利益侵害間的關聯性，再檢驗制定累積犯能否有效減少特定行為。在行為與結果關聯性的部分，檢驗標準是「若國家不為累積犯之規定，則利益侵害會產生」。考量累積危險行為的特殊性，在檢驗時應特別注意現實上人們是否有為累積危險行為的傾向，亦即具備「真實的累積效應」，若無，則不具備適當性。又，檢驗時需特別注意行為與結果延遲時間中的條件變動必須納入考慮。而行為與結果關聯性亦有強弱之分，具有「促成累積效果」者，關聯性較強，而破窗效應即是一種可能的心理促成效果，但現實上是否會發生則有待個案檢驗。

在必要性層次中，應特別注意累積危險行為要累積至門檻值才會導致重要利益侵害的特性，因而，只要將行為減少至門檻值以下（而無須減少至零）就已成能達成絕大部分的利益，也才符合必要性原則。而在最後的衡平性層次中，有論者認為累積犯將使行為人為他人行為負責，而違反罪責原則。但本文認為：責任乃一規範性的概念，應該是比例原則檢驗後的結論，而非違反比例原則的理由；且其他人的行為對行為人而言，只是一個外在的因素，而行為需結合外在因素才會造成利益侵害，不會構成不應處罰該行為人的理由。在進行最終利益的衡量時，考量累積危險行為在事實上的特殊性，應特別注意以多項利益換一個利益的「多換一」關係是否衡平，以及政府是否掌握足夠充分的資訊而具有將人民視為不成熟個體的資格，而最終要如何尋求到「個人自由」與「風險控制」平衡點的核心問題，則必須由當代人民共同決定，法律人僅能提供促使人們盡可能貼近平衡點的言說策略。

關鍵字：累積危險、累積因果、累積犯、抽象危險犯、風險、破窗效應

ABSTRACT

Cumulatively dangerous action means: a single act does not cause damage, while lots of acts cause damage. If the constitutive requirements of certain crime only include the cumulatively dangerous action, it is called “cumulative crime”. This paper discusses whether the cumulatively dangerous action would constitute actual damage offense or unaccomplished offence, the location of “cumulative crime” in criminal law, and the justifiability of “cumulative crime”. At last, this paper concludes that the “cumulative crime” holds a role in the aspect of discussing tragedy, and we must pay attention to the particularity of cumulatively dangerous action while we examine the justifiability of “cumulative crime”.

KEYWORDS: cumulative risk, cumulative causation, cumulative crime, risk, broken window effect

目錄



第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍與架構.....	3
壹、研究範圍之界定.....	3
貳、研究架構與目的.....	4
第二章 累積危險行為是否構成實害犯或未遂犯.....	5
第一節 概說.....	5
第二節 客觀不法爭議：客觀上因果關係.....	6
壹、基本立場：原始的條件因果關係理論.....	6
貳、案例類型區分與檢討.....	8
第三節 主觀不法爭議：累積危險故意？.....	13
壹、基本立場：對超越容許風險之事實有預見或有預見可能性.....	13
貳、僅具「累積危險故意」之行為人是否具備故意或過失？.....	14
第四節 小結：兼論累積犯的制定需求.....	16
第三章 累積犯的體系定位與概念實益.....	18
第一節 概說.....	18
第二節 累積犯的特徵與類型.....	20
壹、原始的累積犯：以自然環境為保護法益.....	20
貳、演進後的累積犯：以人為制度作為保護法益.....	25
第三節 累積犯的定位爭議.....	33
壹、Roxin 的「點狀實害犯」見解與本文評析.....	33
貳、Hefendehl 的見解與本文評析.....	35
參、採取行為不法論下累積犯的體系定位.....	37
第四節 累積犯的概念實益.....	54
壹、概念存在的實益.....	54
貳、論累積犯概念存在的實益.....	56
第四章 累積犯的正當性.....	58
第一節 本文採取的檢驗標準：比例原則.....	58
壹、以利益衡量作為實質標準.....	58
貳、以比例原則作為促進全面利益衡量的言說策略.....	59
參、以利益衡量為實質標準、比例原則為言說策略，檢驗刑法之正當性.....	60
肆、操作比例原則檢驗刑法之正當性.....	62
第二節 累積犯侵害的基本權利.....	69
壹、行為規範部分.....	69
貳、制裁規範部分.....	77
第三節 目的正當性.....	79
壹、探究累積犯的規範目的.....	79
貳、檢驗目的正當性.....	90
第三節 適當性.....	103
壹、以「減低風險／確保安全」為目的.....	103

貳、以「減低風險感／確保安全感」為目的.....	123
第四節 必要性.....	128
壹、考量累積危險行為事實上的特殊性.....	128
貳、與其他成效類似的手段比較.....	129
第五節 衡平性.....	141
壹、違反罪責原則？.....	141
貳、量的比較：「多換一」是否值得？.....	146
參、採用固定容許風險標準的資格.....	147
肆、個人自由與風險管控的平衡點.....	148
第五章 結論.....	150
第一節 重點回顧.....	150
壹、累積危險行為可能構成實害犯或未遂犯.....	150
貳、制定累積犯的需求仍存在.....	151
參、累積犯與實害犯不互斥而可能並存.....	151
肆、累積犯之概念在言說策略上具有實益.....	152
伍、累積犯採用固定容許風險標準之立法模式.....	153
陸、依累積犯的事實特殊性將比例原則細緻化.....	154
第二節 結語.....	161
參考文獻.....	163

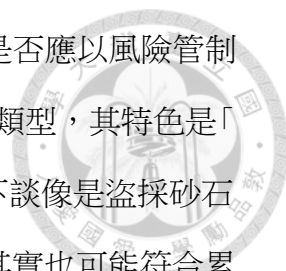
第一章 緒論



第一節 研究動機

在碩一上學期撰寫「供個人使用之複製行為之除罪與入罪」報告時，我提出了一個支持重製行為應除罪化的理由：若社會上僅有一人為重製行為，則不致導致創作誘因減損，需累積很多人為重製行為，才會減損創作誘因、造成利益侵害。從而主張處罰重製行為是使行為人為他人行為負責、違反了罪責原則。此論點引起了課堂上廣泛討論，有針對條件因果關係提出修正標準者，有質疑罪責原則的內涵者，亦有主張罪責原則並非絕對必須遵守之原則者。其中，黃榮堅老師在課堂上詢問大家，如果把案例換成盜採砂石，同樣是一個人的行為不會引發土石流，而要許多人盜採砂石才會引發土石流，差別點只在於利益侵害變得更嚴重了，而此時結論是否還會相同呢？這些問題點引發了我對於「此類行為」是否構成犯罪、以及倘若構成犯罪是否正當的興趣。

而在碩二上修習周漾沂老師的抽象危險犯專題時，經由周老師的介紹，我才得知「累積犯」(Kumulationsdelikte)的概念在德國學界已被引入，且常被定位為風險社會中的風險管制工具。在當學期，我便以累積犯為題撰寫報告，而在撰寫過程中也發現累積犯涉及的爭議相當多，包含了此概念的存在實益、在刑法體系內的定位以及檢驗正當性時各層次的爭議。遺憾的是，受限於時間與篇幅的限制，我在該次報告中討論得相當粗淺，意猶未盡，再加上發現國內文獻對「累積犯」的討論不多，便引發了我以累積犯作為碩士論文的想法。而在與黃榮堅老師討論題目時，老師提醒我以累積犯為題是先入為主地肯認了累積犯概念的存在實益，故建議我修正題目，於是最後我就以「累積危險行為於犯罪構成上的意義」作為論文題目並著手研究。



社會學家貝克提出「風險社會」的概念後，引發了現代刑法是否應以風險管制為目的之論爭。而累積危險行為是社會中風險行為的其中一個類型，其特色是「單一行為不會造成損害，累積複數行為後才會造成損害」。先不談像是盜採砂石或拷貝等行為，在日常生活中，一些我們平時不會注意到的事其實也可能符合累積危險行為的定義，像是開車上街、搭乘大眾交通運輸工具、到銀行提款、吹冷氣甚至是呼吸或生小孩，這些行為的共同特色就是：少數人做不會怎麼樣、一堆人做就會出大問題。試想，倘若我們舉著「風險管制」的大旗，將這些日常生活的行為一一入罪，這種安全無虞但卻毫無自由的生活，真的是我們所冀望的嗎？倘若我們全面揚棄風險管制作為刑法目的，那刑法的目的應該是什麼？又如果我們想要在風險管制與個人自由中找到一個平衡點，具體實踐上應該如何達成？以這些基本問題為出發點，本文正式開始。



第二節 研究範圍與架構

壹、研究範圍之界定

一、累積危險行為

本文所欲探討之「累積危險行為」，僅作為一個描述性的概念，而非一個嚴謹的學術名詞，其特徵如下：一)單一行為不會侵害值得刑法保護的重要生活利益。二)累積同種類的複數行為後始會侵害值得刑法保護的重要生活利益。而此處的重要生活利益，有可能是個人法益，亦有可能是超個人法益(亦稱為集體法益)。而為集中爭點，本文討論之「累積危險行為」，僅包含行為人間無意思聯絡者，有意思聯絡者不在本文研究範圍內。

二、犯罪構成

本文討論的「犯罪」有兩種類型：第一種是「非針對」累積危險行為而設的犯罪型態，主要是實害犯與未遂犯。由於此類犯罪並非針對累積危險行為而設，不可能在個案上因應累積危險行為而做出與體系扞格的解釋，且此類犯罪的正當性爭議與無關，故本文在此部分的討論主要將限縮於累積危險行為於「涵攝」中面臨的問題，再附帶提及有關聯的爭議，而不全面性的檢討此類犯罪之正當性，亦不深入討論犯罪構成之標準。

第二種則是「針對」累積危險行為而設的犯罪型態。立法者直接將「特定累積危險行為」制定為犯罪構成要件，並也僅以「特定累積危險行為」為犯罪構成要件，亦即學說上所稱的「累積犯」。由於此類犯罪是直接將特定累積危險行為制定為犯罪構成要件，故在特定累積危險行為是否會構成犯罪的「涵攝層次」上通常不會出

現任何爭議。然而，此種犯罪的體系定位如何，又是否具備正當性，則爭議甚多。故與第一種犯罪類型相反，本文就此部分的研究範圍主要鎖定在「體系定位」與「正當性爭議」，而不討論「涵攝」層次。



貳、研究架構與目的

本文將於第二章檢討累積危險行為在涵攝入實害犯或未遂犯時面臨的種種爭議，包括了：客觀不法上累積危險行為與實害結果間是否存在因果關係、主觀不法上「累積危險故意」是否該當故意或過失等問題。一方面凸顯出累積危險行為的特殊性，另一方面也能作為後續章節中檢討「累積犯」存在實益、體系定位與正當性的素材。

在第三章中，本文將討論「累積犯」在刑法裡的體系定位。為了避免文章內容過於龐雜，本文將先釐清刑法的目的與不法的概念、提出一套本文支持的刑法體系後，再行檢討累積犯概念的存在是否有實益，以及累積犯於刑法體系內的定位為何。

而在第四章中，本文將進一步切入最核心的正當性爭議問題，討論累積犯的制定侵害何種基本權利，而此侵害之目的是否正當，是否合於比例原則中的適當性原則、必要性原則與衡平性原則。由於採取利益衡量作為判斷正當性的標準，故本文在此章中，不會做出累積犯絕對有正當性或絕對無正當性的結論，而只會提出以「累積犯」為正當性檢驗標的時，如何更細緻的操作比例原則，或者說，在符合哪些前提下比較容易通過正當性的檢驗。

在第五章結論中，本文將整理第二章至第四章中本文對重要爭點的見解，並提出最終結論。

第二章 累積危險行為是否構成實 害犯或未遂犯



第一節 概說

實害犯與未遂犯乃「非針對」累積危險行為而設的犯罪類型，犯罪構成標準與立法正當性之爭議和本文主題關聯較遠。故在本章中，本文將聚焦討論累積危險行為在涵攝時面臨的爭議，僅附帶討論相關的法律標準爭議。本文將就客觀不分與主觀不法兩部分進行討論。其中在客觀不法上面臨的最大爭議為：檢討是否構成既遂犯時，累積危險行為與犯罪結果間是否有因果關係？而在主觀不法上面臨的最大爭議則為：若行為人的認知是行為需大量累積後才會發生實害，則是否具備故意？本文將就此二爭議集中討論後，再於章末討論理論與現實的落差。

第二節 客觀不法爭議：客觀上因果關係



壹、基本立場：原始的條件因果關係理論

在客觀部分的部分，最重要的爭議落在：檢討既遂犯之犯罪構成時，個別行為為實害結果間是否有因果關係。因果關係的認定標準，學說上分歧極大，有堅守「條件因果關係」理論者、亦有採取「相當因果關係」理論者，晚近通說則以「客觀歸責」理論代替因果關係之判斷。由於因果關係的學理爭議，並非本文之重點，故本文僅說明在結論上採取「條件因果關係」作為判斷因果關之標準，並簡述理由如下：

刑法的目的在教人趨吉避凶的行為，不過既然要求人趨吉避凶，自然必須是事情的情況還有讓人趨吉避凶的支配可能性。如果事情的本身的發展是不管人怎麼做，結果都一樣，那麼就是宿命，從而禁止或處罰其行為的選擇就沒有任何意義¹。換句話說，當我們要把利益侵害的結果歸責給某個人時，一定必須是那個人的事實上有別種替代選擇可以避免利益侵害的結果發生，亦即有「迴避可能性」；若無論如何，利益侵害的結果都會發生，那麼發動刑罰除了造成更多的利益侵害之外，也不會為社會帶來其他利益。

或有論者認為「非P即非Q」的認定標準太過廣泛，將導致許多「扯太遠」的事件也成為了結果的原因。最典型的例子就是媽媽生下了殺人犯，而殺人犯殺了一個人，那媽媽生產的行為和人死的結果間竟也有因果關係。這個問題其實不難回應，因為因果關係本來就只是眾多不法要件之一而已，有因果關係並不同於成立犯罪。

¹ 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 265-266，台北：元照。

亦有許多論者認為僅用「非 P 即非 Q」作為認定標準，將導致在一些特殊的個案中產生不合法感情的結論，於是紛紛提出許多修正公式。例如針對「虛擬因果歷程」²，以「禁止添加假定事情」作為條件公式運用上的補充說明³；針對「擇一因果關係」提出之例外公式⁴；Puppe 教授針對「擇多因果關係」⁵提出的「最小充分條件的必要部分」理論⁶等等。然而，本文認為這些修正公式都是先預設好個案上「能接受」的結論，再以此結論作為前提來設計修正公式，但卻都沒有提出法感情以外的理由正面說明：為什麼在這些情形中，適用原始的條件因果關係標準得出的結論是不能接受的。

其實，從客觀不法的內涵出發，刑法之所以要求人為一定之行為或不為一定之行為，是因為行為對於結果之發生與否具有作用關係，換句話說，不同的行為選擇會導致不同的結果。如果行為對於結果發生的作用不是如此，表示結果的發生是一種宿命，而對於宿命，行為規範，特別是刑法上的行為規範，並無正當性

² 所謂的虛擬因果歷程指的是「假設 P 不存在時，有另一單獨的原因 P' 仍會導致結果 Q 的存在，只不過 P' 並未真實發生於社會現實中。」最典型的例子是：甲在乙登機前開槍擊斃乙，後來乙原本要搭的飛機失事，無人生還。若按照原始的條件理論判斷，會得出就算甲部開槍擊斃乙，乙仍然會死，所以甲開槍和乙死亡間沒有因果關係的結論。面對此問題，黃榮堅教授認為不需要修正條件理論，也能得出有因果關係的結論，只要把檢驗的結果鎖定在「提前死亡」的結果即可。詳見：黃榮堅，前揭註 1，頁 272。

³ 對此修正公式之批評，見：黃榮堅，前揭註 1，頁 270-272，台北：元照。

⁴ 例如德國學者 Welzel 教授即提出下述經常被後人引用的修正公式，其謂：「數個條件，雖可省略其一（擇一不存在），但卻不可完全省略（累積不存在），否則，結果即無法依其具體形態發生。如是，各該條件均屬結果之原因。」我國學者林山田教授亦採納此見解，其認為：「數個具有擇一關係而非累積關係的條件，雖可想像其不存在，但結果仍會發生者，則該條件仍屬結果的原因。」見：許澤天（2003），〈擇一因果--條件理論之省略公式及因果律公式〉，《法學講座》，19 期，頁 54；林山田（2008），《刑法通論（上）》，增訂十版，頁 209，台北：元照。

⁵ 這是本文自創詞彙，意指在所有討論的原因中，需多個原因一起存在，才會成為發生結果的必要條件。

⁶ 德國 Puppe 教授提出了「最小充分條件的必要部分」理論，認為他的理論可以順利解決多重因果關係的問題，而不會落得像原始條件公式判斷出皆不具因果關係的不合理結論，修正條件公式又無法自圓其說的下場。本文認為，Puppe 主張的因果關係標準在操作上可分為三個步驟：第一步要先找出會導致結果的充分條件，因為人類行為不可能單獨造成結果，所以這個充分條件中必然會包含許多人為因素或自然的因素（充分條件的一部分）。第二步則是要剔除重疊出現的原因，確保此充分條件中不會有多餘的事實（最小充分條件）。最後一步則是檢驗行為人的行為在此最小充分條件中是不是必要的部分（最小充分條件的必要部分）。參考自：Ingeborg Puppe 著，王鵬翔譯（2006），〈反對過失共同正犯〉，《東吳法律學報》，第 17 卷第 3 期，頁 11-12。；李聖傑（2002），〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8 期，頁 23-27。

⁷。依此觀點，那些被主張修正公式的學者們認為「不能接受」的結論，從刑法的角度來看，其實是能接受且應接受的。

由於本文在客觀不法上，僅以「非 P 即非 Q」之條件因果關係作為認定標準，亦不採用任何修正公式。故以下檢討累積危險行為在客觀不法上的爭議時，將僅討論與原始條件因果關係相關之爭議，先予敘明。

貳、案例類型區分與檢討

本文將案例大致分成兩類：其一為「總累積量與（足以產生值得刑法介入的利益侵害）門檻量一致」的情形，其二則為「總累積量超過（足以產生值得刑法介入的利益侵害）門檻量」的情形。前者之情形較好處理，無論狀況如何改變，結論皆是有因果關係。而後者之情形則變化多端，是否有因果關係的結論可能會隨著「累積效果的延遲時間」、「個別累積行為是否會提前實害結果之發生」以及「累積效果是否可以回復」等因素改變。為方便理解，本文將依各變因設計不同的例子分別討論。

一、總累積量與實害門檻量一致

甲、乙兩人先後（彼此不知）於 A 之飲用水內，分別下毒 10 滴（致死量為 20 滴），A 一次喝盡含有 20 滴毒藥的飲用水後死亡。試問甲（或乙）之行為與 A 之死亡結果間是否有因果關係？（案例 1）

若甲未下毒，則 A 只會喝到含有 10 滴毒藥的飲用水，不會死亡。客觀上甲能迴避死亡結果發生（不下毒 10 滴），故有因果關係⁸。

⁷ 黃榮堅，前揭註 1，頁 281。

⁸ 相同見解，見：黃榮堅，前揭註 1，頁 273。

二、總累積量超過實害門檻量



（一）發生作用時間點一致

甲、乙、丙三人先後（彼此不知）於A的飲用水內，分別下毒10滴（致死量為20滴，服用者會在體內累積至致死量的當下立刻死亡），A一次喝盡含有30滴毒藥的飲用水後立刻死亡。試問甲（或乙、丙）之行為與A之死亡結果間是否有因果關係⁹？（案例2-1）

本案例的特色在於：個別累積行為的時間點雖不一，但作用的時間點一致（皆於A喝下水的那剎那發生作用）。以條件因果關係來檢視，若無甲的行為，則A仍會喝到含有20滴毒藥的飲用水，而於同一時間點死亡。用同樣的標準來檢驗乙和丙的行為，也會得到乙和丙下毒的行為皆無因果關係的結論¹⁰。

（二）發生作用時間點不一致、行為與作用間無延遲時間

A因不明原因昏迷。甲、乙、丙三人先後路過（彼此不知），並於A的嘴內，分別下毒10滴（致死量為20滴，服用者會在體內累積至致死量的當下立刻死亡），A在乙下毒後即立刻死亡。試問甲（或乙、丙）之行為與A之死亡結果間是否有因果關係？（案例2-2）

⁹ 此例改編自德國學者 Spendel 所舉的「三僕弑主案」，見：彭文茂(2006)，《不法集體決議的因果關係與刑事歸責》，國立臺北大學法律學系碩士論文，頁 52-53。

¹⁰ 對於此案例，德國學者 Spendel 提出「時間順序先後區別說」，把結果特定在「甲乙兩人最先投入足以致死的毒藥導致A死亡的具體結果」，從而認為下毒時間在前的兩人（甲乙）和結果間有因果關係，時間在後的丙則無。本文認為，在檢討客觀不法時，因果關係是由「事後」來判斷的，在甲和乙下毒的時間點上，丙雖然尚未下毒；然而，從事後的觀點來看，丙終究下了毒，而此事實也不應該被忽略不看，因為這同樣會影響到甲和乙在客觀上能不能迴避利益侵害結果發生的判斷。昧於現實、擷取利益侵害發生前的某個時間點當作結果，已經不是在實質判斷行為與利益侵害結果間的因果關係，而是逕把因果關係附著在結果之內，再檢視行為與「這個行為導致的結果」的因果關係，當然會得出具備因果關係的結論，只不過這整個過程是個十足的循環論證。關於 Spendel 提出的「時間順序先後區別說」，參考自：彭文茂，前揭註 9，頁 52-53。

本案例的特色在於：個別累積行為的時間點不一，作用的時間點也不一，行為和作用間無任何延遲時間。先處理丙的部分，由於丙在下毒時A其實已是一具屍體，就算丙不下毒、A還是死了，所以丙下毒的行為和A死亡無因果關係。至於甲（或乙）的部分則比較複雜：即便甲（或乙）不下毒，A也會在丙下毒時死亡，則此時甲（或乙）下毒的行為是否和A的死亡結果間無因果關係？容有爭議。

有學說認為此情形下，「不得添加假設情況」，故不能把死亡結果發生後丙下毒的事實考慮進去，所以甲（或乙）的下毒行為仍然和A死亡結果間有因果關係。然而，所謂「不得添加假設情況」的說法，其實和「非P即非Q」的思考方法完全矛盾，因為所謂的「非P」其實正是一種假設情況¹¹。

或有認為，檢討因果關係時，選取的結果不能僅為空泛的「A死亡」，而須更具體至A死亡的具體狀態，包含如死亡的時點、致死的方法等因素。然而本文認為，在操作上，此學說並無法畫出一條清楚的界限，說明選取的結果要具體特定到什麼程度。舉例來說，勸被害人出門要穿外套的行為，就和一名「有穿外套的被害人的死亡結果」間有因果關係。如果覺得這結論不合理，那勢必就要畫出一條清楚的界限把「被害人的衣著」此具體結果排除出去。

本文認為，因果關係標準的設定乃不法概念的具體體現。從構成要件的設定來看，刑法要避免的利益侵害只有「死亡」，至於被害人的致死部位、被害人在何處死、被害人是被誰殺死等因素皆與刑法所欲避免的利益侵害狀態無涉。只不過，人生來在世終將一死，就算是刑法也無法真正避免人的死亡。所以講到底，刑法要避免的其實是人生命的縮短。也就是說，只要行為會使人的生命減短，那此行為就是刑法所欲禁止的對象。於是，在檢討行為與死亡結果間是否有因果關係時，

¹¹ 黃榮堅，前揭註1，頁270-271。

所謂的「死亡」結果指的其實是「提前死亡」的結果¹²。前述在檢討因果關係時，把結果具體化的見解，在具體化至時間點的部分是可採的¹³。回到本案例中，若甲（或乙）不下毒，則A會死於丙下毒的時點，而不會死於乙下毒的時點。也就是說，若甲（或乙）不下毒，則A不會提前死亡，有因果關係。

然而，在此須特別注意，本文並非認為：只要行為導致結果「提前發生」，就具備因果關係。舉例來說，假設我們把案例2-2的事實抽換成二十滴瀉藥足以使人「拉肚子」、而非足以致死。此時，甲（或乙）的行為和「A會拉肚子」沒有因果關係，而只和「A會提前拉肚子」有因果關係。則甲（或乙）的行為是否會具備傷害罪的客觀不法呢？本文的看法是，由於生命法益具有「不可回復性」的特色，故提前侵害必然代表了侵害的利益更為龐大（就硬生生少了一段時間的壽命）；然而身體法益則未必具有此種不可回復性的特色，我們很難說今天拉肚子造成的身體侵害就一定比明天拉肚子造成的身體侵害更大（不管在哪個時間點拉肚子，可能都是拉個三天就好了），所以從保護法益的觀點來看，「在哪個時間點」拉肚子就不是檢驗因果關係時所應納入討論的事實。於是，在結論上甲（或乙）下瀉藥的行為即不具備傷害罪的客觀不法。

（三）發生作用時間點不一致、行為與作用間有延遲時間

A因不明原因昏迷。甲、乙、丙三人先後路過，並於A的嘴內，分別下毒10滴（致死量為20滴，服用者會在體內累積至致死量之後一段時間才死亡，**毒量越大、死亡的速度越快**），A於丙下毒後一段時間後才死亡。試問甲（或乙、丙）之行為與A之死亡結果間是否有因果關係？（案例2-3）

¹² 相同見解，見：黃榮堅，前揭註1，頁272。

¹³ 但其實不用那麼麻煩的繞一大圈，只要釐清刑法的保護法益到底是什麼（是保護人不要提前死、而不是保護人不要死）就可以得到一模一樣的結論了。

本案例的特色在於：個別累積行為的時間點不一，作用的時間點也不一，但行為和作用間有延遲時間，且延遲時間會隨著累積量變多而縮短。以條件因果關係來檢驗後，會發現雖然即便甲（或乙、丙）不下毒，A 最終仍會死於其他兩人所下的毒藥中，但由於甲（或乙、丙）下毒的行為皆會提前 A 的死亡，故仍應肯認有因果關係。只不過，假設我們把案例 2－3 的事實抽換成二十滴瀉藥足以使人「拉肚子」、而非足以致死，那如同在檢討案例 2－2 所述，由於傷害結果不具有不可回復性，故應否認因果關係。

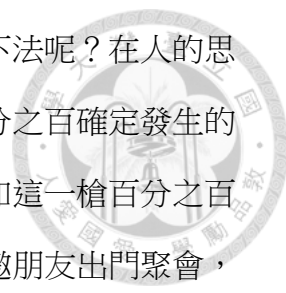
第三節 主觀不法爭議：累積危險故意？



壹、基本立場：對超越容許風險之事實有預見或有預見可能性

不法概念的作用在於設定理性的行為標準，告訴每個人他該怎麼做、不該怎麼做，來保護社會上的重要利益。其中，我們必須注意到，刑法訴求的對象是「人」，而且是各式各樣不同的人。每個人的能力都有差異，尤其，在社會上不可能存在全知全能的人，所以我們在設定行為標準時，絕不會要求每個人超越自己的極限，完成不可能的任務。我們能要求的只有：如果你能夠預見你的行為會導致利益侵害，那你就不能去做；而不能強人所難的要求：縱使你不可能預見行為會導致利益侵害，你還是不能去做。因為，假使一個人根本無法認知到自己有辦法迴避利益的侵害，處罰他的結果要嘛毫無意義、無助於刑法保護法益的目的，要嘛則將使所有人終日擔憂自己所無法掌握的事物、進而摧毀所有人開展生活的可能性，而這些都是我們不樂見的結果。於是，除了檢驗客觀不法以外，更重要的是進入行為人的內心去檢驗「主觀不法」：他對於行為可能造成利益侵害有沒有預見可能性。至於，如果一個人不只對結果的發生有預見可能性，更已預見了自己的行為會造成利益侵害，相較起只有預見可能性而尚無預見的狀況，這個人更有能力¹⁴迴避侵害結果的發生。於是，我們可以發現，過失是低度迴避可能性的情形，而故意則是高度迴避可能性的情形，兩者在不法的程度上存有量的差異。

¹⁴ 如果行為人只有預見可能性而沒有預見，那要迴避結果的發生必須得先把注意力集中在侵害客體上，再意識到迴避侵害結果的方法。但如果行為人已經預見了，要迴避結果的發生就只需要動一個瞬間的念頭即可。因此，本文才說故意的迴避可能性比過失高。



至於行為人要預見或可能預見怎樣的事實，才會具備主觀不法呢？在人的思想世界裡，所有的認知都只是一個蓋然性的認知，鮮少存在百分之百確定發生的事或百分之百絕對不可能發生的事。槍手開槍射人前，無法確知這一槍百分之百會命中對方，但刑法仍應禁止他開槍。相反的，日常生活中我們邀朋友出門聚會，可能就會預見到出門就有被車撞死的風險，但刑法也不會禁止我們邀朋友出門。因為生活中處處都有風險，但事事也都只是風險，所以刑法允許的並不只是預想中「零風險」的行為，禁止的也不只是預想中「必然」會發生實害的行為，而是在這兩個極端間，嘗試劃出一條風險的容許界線。低於這條線，做這個行為就是理性的，社會該容許大眾冒這樣的風險以實現更大的利益；反之，超過這條線，做這個行為就是非理性的，我們該用刑法去避免人民為此行為。至於這條線要畫在哪裡，則取決於社會中利益間的衡平關係，一件事利益越大、能容許的風險也越大，相反的若利益越小，則能容許的風險也越小。

貳、僅具「累積危險故意」之行為人是否具備故意或過失？

在行為人為累積危險行為的狀況中，如果行為人主觀上誤認自己的行為能單獨導致實害結果的發生，此時具備故意，並無疑問。有疑問的是：倘若行為人也明瞭自己單獨的行為尚不會導致實害，而須與複數的同種類行為結合後才可能造成實害（本文將此心理狀態暫且命名為累積危險故意），則此時行為人是否具備故意或過失？

本文認為，在每個個案中，行為人的主觀認知皆是概然性的認知，故無法給出一個個案上確切的答案。然而有許多參考指標是我們必須注意的。首先，行為人必須至少對「其他人也會做此種累積行為」有預見或預見可能性，才有可能具備故意或過失。但如此尚有不足，行為人尚須對「自己的行為和實害結果的發生（或

在某些特定法益的狀況中可代換為實害結果的提前)」有因果關係，才會具備故意或過失。舉例而言，若在行為人的認知中，百分之百只有自己會做此累積危險行為，那就必然不具備故意；而若在行為人的認知中，有千千萬萬個人也會做此累積行為，則會不會具備故意就要看行為人所認知到「有因果關係」的概率是否已「超越容許風險」而定。先擱置容許風險的標準如何劃定的爭議不談，至少我們可以確定的是，在行為人的認知中，自己的行為有因果關係的概率愈高，就愈有可能具備故意。當然，如果要檢討的是過失犯罪的話，那只是把前述行為人的認知抽換成其主觀上可能的預見狀態而已，其餘論述結構並無不同。

如果在容許風險標準不變的前提下，僅具「累積危險故意」的行為人不具備故意或過失。強調風險管控的法律解釋者可能透過設下一個偏低的固定容許風險標準的方式入行為人罪。由於容許風險的標準乃一個價值衡量的結果，且從法條上並無法得出行為人是否有風險判斷權限的結論，故設下偏低的容許風險標準的解釋方法在理論上是可行的。只不過，此強調風險管控的解釋途徑會面臨難以解決的正當性爭議。首先，如果只針對特定「累積危險行為」的個案降低容許風險標準，對其他行為則採用原先的容許風險標準，則會發生刑法體系不一貫、違反平等原則的問題。而更本質的問題則是，倘若使累積危險行為構成實害犯或未遂犯，則很可能違反比例原則。例如，一個盜採砂石的人可能必須背負數百條殺人未遂的罪名，而一個排放廢氣的人則可能必須背負數千條重傷害未遂的罪名。如此適用結果在「風險管控」與「個人自由」的價值光譜間，過度傾向了風險控管一側，恐怕是我們都無法接受的。

第四節 小結：兼論累積犯的制定需求



在客觀不法層面上，累積危險行為與實害結果間有可能具備因果關係，而可能構成既遂犯。即便因欠缺因果關係而不構成既遂犯，只要行為造成「風險失控」，論理上亦可能構成未遂犯，關鍵在於如何劃定容許風險的標準；而在主觀不法層面上，即便行為人明瞭自己單獨的行為不會導致實害，而須與複數的同種類行為結合後才有可能造成實害，在論理上行為人仍然有可能具備主觀不法而成立犯罪，關鍵也仍在於容許風險標準的劃定。綜合前述，我們似乎可以得到一個結論：如果在價值衡量上，我們選擇了「風險控制」優先於「個人自由」，那只要透過降低容許風險的標準就可達到規範累積危險行為的目的，而無需另外針對累積危險行為設計特殊規範。而如果在價值衡量上，我們認為「個人自由」優先於「風險控制」，那結論當然是無罪，且也不需要另外針對累積危險行為設計特殊規範。從而，累積犯的制定似乎毫無實益可言。

然而，前述說法陷入了一種二分法的迷思。即便我們認為「風險控制」優先於「個人自由」，但優先的「程度」也不必然與管制非累積危險行為時相同。意思是，在累積危險行為的狀況中，即便我們的價值衡量仍然是要管控，但可能不願意管控的那麼嚴密。例如以數百條殺人未遂罪來處罰盜採砂石者、以數千條重傷未遂罪來處罰排放廢氣者，就違反了比例原則。此時，雖然在理論上不見得需要制定累積犯，也能夠透過容許風險標準的調整來規範到累積危險行為，但「累積犯」的制定卻提供了一個相對折衷的管道，相較於以實害犯或未遂犯來規範，有助於兼顧「風險控制」與「個人自由」的平衡，故仍有制定之實益。然而在此處要注意，本文的意思僅是「累積犯」相較於「調降容許風險標準，以實害犯或未遂犯來規範」而言更能追求平衡，並不代表本文認為累積犯是一個適宜追求價值平衡的好手段，也不代表累積犯是合乎正當性的，先予敘明。

再者，即便降低實害犯與未遂犯的容許風險標準，也會由於法條文字上並未直接明列禁止的行為，「行為規範指引」的效果仍不如將特定累積危險行為直接明列於法條文字上的累積犯。就此而言，累積犯的制定仍有實益。

最後，在立法例上，實害犯或未遂犯通常是以個人法益作為保護法益，而鮮少出現以集體法益作為保護法益的立法。本文認為這是因為立法技術上，很難在符合法明確性原則的前提下，制定出以集體法益為保護法益的實害犯或未遂犯。於是，倘若我們控管風險的目標是為了保護集體法益，那累積犯的制定很可能就有實益。

第三章 累積犯的體系定位與概念 實益



第一節 概說

在前一章中，本文分析了在檢驗累積危險行為是否會構成傳統犯罪時面臨的諸多爭議。然而，累積危險行為在強調管控風險的現代刑法中所面臨的爭議遠不止於此。近代立法者在面對現代社會的新風險時，不斷創設新的集體法益來達成控制風險之作用。而文獻指出，有時以實害犯和危險犯為內容的構成要件，通常都不是合適的保護手段。由於集體法益通常具有不可替代性、不可再生性、或無法迅速復原，因此不管實害犯或危險犯的保護都為時已晚，用於保護集體法益的行為結構必然經常是連抽象危險的程度都不及的類型，他們稱之為累積犯

(Kumulationsdelikte)¹⁵。依德國學者 Kuhlen 之見解，所謂的累積犯，指的是「個別構成要件行為不足以對法益造成實害或危險，必須同種類行為大量累積之後才可能造成實害或危險」¹⁶，而我國學者周漾沂則認為累積犯的特徵是「一種抽象危險犯新的下位類型，並不是以禁止足以直接導致損害的風險為規範內容，而是只禁止一種微量風險創造，這種微量風險只有和與行為人無溝通可能性之他人的微量風險貢獻累加，才會成為有侵害適格的風險¹⁷」。簡單來說，就是直接將累積危險行為制定為犯罪的構成要件，並僅以累積危險行為為犯罪構成要件。

此種犯罪型態，被提出者定位為有別於實害犯和危險犯的第三種犯罪型態¹⁸，但亦有學者認為累積犯概念的提出毫無實益，不過就是一種「點狀」的實害犯¹⁹。

¹⁵ 鍾宏斌(2012)，《法益理論的憲法基礎》，初版，臺北：元照，頁 250。

¹⁶ 鍾宏斌，前揭註 15，頁 273。

¹⁷ 周漾沂(2014)，〈風險承擔作為阻卻不法事由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 177。

¹⁸ 鍾宏斌，前揭註 15，頁 251。

而也有學者認為累積犯是一種抽象危險犯中的下位類型²⁰。更深入講，有學者認為累積犯很可能成為風險社會中，揚棄傳統法益保護觀點、採取規範論觀點後的產物²¹。

由於累積犯的體系定位與概念實益將影響其正當性的論據，故本章將先處理累積犯體系定位與概念實益的問題，再於下章中探討累積犯的正當性。而在行文上，本章將先描述累積犯的特徵與類型，在此部分除了援引文獻中提及的德國立法例外，還會舉出一些我國刑法的例子。接下來，本文將介紹德國學說就累積犯體系定位發生的爭議。而本文將採取行為不法觀點，說明累積犯與實害犯是可以並存的概念，爭論累積犯與實害犯是否相同並無實益。同時，本文將說明累積犯屬於抽象危險犯的下位類型，與其他抽象危險犯的差異僅是事實上的差異，而不存有規範上的區別實益。然而從「言說策略」的角度而言，將此事實型態獨立作為一概念，有助於後續檢驗正當性實細緻化比例原則的操作，促使適用法律者尋得利益衡平之狀態，就此角度而言，累積犯的概念存有實益。最後，本文將探討在風險社會中，刑法的目的是否發生改變，而累積犯作為一新興型態的風險管制工具又扮演著什麼角色。

¹⁹ 鍾宏斌，前揭註 15，頁 273；Claus Roxin 著(2012)，許絲捷譯，〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 270。

²⁰ 周漾沂，前揭註 17，頁 177。

²¹ 李茂生(2012)，〈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 年度台上字第 3048 號判決〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，頁 361-364。

第二節 累積犯的特徵與類型



壹、原始的累積犯：以自然環境為保護法益

最早提出累積犯概念的是德國學者 Kühlen，他在 1986 年與 1993 年時分別發表了一篇文章，嘗試以累積犯的概念來解釋環境犯罪²²。由於環境破壞往往是由小型汙染累積而成，單一的污染規模相較於環境媒體的廣袤和自淨能力而言，通常小到可以忽視，因此既無實害亦無危險，然而若同類行為大量被從事，超過某程度之後便會「突然」²³爆發災情，故作為累積犯的典型是相當容易想像的²⁴。然而，環境法益雖可用累積犯的立法模式來保護，但這並不代表所有的環境犯罪都是以累積犯的型態來規制。特定環境犯罪是否屬於累積犯，須分析構成要件後始能得到結論。

一、德國立法例

（一）屬於累積犯者

德國刑法典第 324 條水汙染罪即規定：「未經許可汙染水體或使水質惡化者，處五年以下自由刑或併科罰金²⁵。」從本條的規範態樣可看出，只要行為人的行為會造成水質的不利「變化」（亦即往造成實害的方向累積），即便該變化自身尚未

²² Kühlen, Lothar: *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB)*, in: GA 1986, S. 389-408; Kühlen, Lothar: *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in: ZStW 105 (1993), S. 697-726

²³ 然而，本文認為環境法益的破壞不只是一瞬間、突然的（像盜採砂石造成土石流），若從另一角度觀察，有時是循序漸進、在累積的過程中就能夠使一般民眾感受到環境的負面變化（例如水質越來越髒、越來越臭）。文獻之所以在此要特別強調「突然」爆發，應該是為了和實害犯作區別。至於累積犯和實害犯是否為不能兩立的犯罪型態，本文將於後深入討論。

²⁴ 鍾宏斌，前揭註 15，頁 251。

²⁵ 此法條翻譯引用自：吳耀宗(2000)，〈刑法新增第一九〇條之一之研究〉，《警大法學論叢》，5 期，頁 107。

導致人體健康的實害或危險，也在本罪的射程範圍內。德國學者認為，該條所指的不利變化只要是對於水的生態機能影響「非不顯著」即可²⁶。首倡累積犯的Kuhlen 則進一步認為：如果我們把該條的保護法益認定為「水體的生態機能」，則無論是汙染或非不顯著的不利變化，通常都還不構成生態機能的實害，甚至連抽象危險的程度都不到。然而這些個別來看無危險的行為若不被禁止，即可能被大量實行，最終可能累積導致水體機能的破壞，因此本條水汙染罪其實屬於新的構成要件行為類型—累積犯²⁷。

（二）不屬於累積犯者

至於德國刑法第 324 條 a「土壤汙染罪」、第 325 條「空氣汙染罪」和第 325 條 a 的「噪音、震動與非游離性放射線引發罪」之規範態樣則與前條水汙染罪有所不同，在構成要件的設計上都加入了「危險性」²⁸要素，要求行為必須「足以損害他人之健康、有重要價值的動植物或其他之物、或水體」、「足以損害該設施所屬的場所以外之他人健康、有重要價值的動植物或其他之物」、「足以損害該設施所屬的場所以外之他人健康」。從「足以…」的規範模式來看，似乎可以得到一個結論：行為人的行為本身必須具備抽象危險，才可能構成犯罪。如果行為「本身」不具有危險性，而須與其他同種類的行為累積後才會產生危險²⁹或實害，則無法構成犯

²⁶ 鍾宏斌，前揭註 15，頁 277。

²⁷ 鍾宏斌，前揭註 15，頁 278。

²⁸ 文獻常常混用「危險」與「危險性」的概念。「危險」的判斷時點是「事後判斷」，判斷的對象是行為導致的「結果」；「危險性」的判斷時點則是「事前判斷」，判斷的對象則是「行為」本身。而「抽象危險」指的是「危險性」，亦即，行為或物、設施自身所蘊含的特性，具有純思維本質，相對於「危險」狀態的可感受性，「危險性」是屬於抽象概念上、純思維的關係。「危險」是指行為在外部世界所製造出的狀態；「危險性」則是行為本身內含的特性。引用自：蔡蕙芳(2000)，〈從危險理論論不能安全駕駛罪〉，國立臺灣大學法律學系博士論文，頁 70。

²⁹ 這裡的危險指的就是「事後判斷」的「危險結果」，而非「事前判斷」的「危險性」。然而，如果從客觀事後的角度來看，會發生的事就是百分之百會發生、不會發生的事也是百分之百不會發生，沒有任何狀態能被稱為「危險」。然而，受限於法條文義，我們還是得想辦法幫法條明定的「危險」找出一個勉強可以操作的判斷標準，於是只能由共同主觀（而非科學客觀）的角度來認定：此狀態是否會讓大眾覺得恐慌。

罪。由此以觀，則此三條環境犯罪皆非累積犯之規定。然而，或許存有另一種解釋途徑：將「足以…」的危險性要件放寬解釋，認定只要行為足以產生一定的累積效果，而該效果在其他同種類行為的持續累積下將導致實害，即該當要件。如此解釋下，這三條都會成為累積犯，雖有高度可能違反罪刑法定原則，惟在現代刑法為了控制風險、不斷擴張刑罰適用的浪潮中，並非無法想像。

二、我國立法例

（一）普通刑法

我國亦有許多環境刑法的規定，但多數訂立於特別刑法之中。訂立於普通刑法中的環境犯罪僅有刑法第 190 條之 1，其規定：「投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑。」學者認為，立法者既然將公共危險此一危險狀態明訂於條文之中，故本罪在犯罪結構上係為「具體危險犯」，須行為人之汙染行為須對不特定或多數人之生命、身體、財產產生具體的危險結果，始有成立本罪的可能。至於具體危險的判斷，則必須針對「個別案件」，考量行為當時所存在的種種客觀情狀綜合判斷之³⁰。學者認為，具體危險犯的設計一來不足以宣示對環境生態利益的重視與保護決心，因為若行為僅單純汙染環境、而未造成不特定多數人的生命、身體、財產之具體危險，則不足以成立本罪；二來在行為與危險結果間的因果關係的認定相當困難，故建議在犯罪結構上改採其他立法模式³¹。

³⁰ 吳耀宗，前揭註 25，頁 93。

³¹ 吳耀宗，前揭註 25，頁 104。至於建議改採的立法模式為何，學者於文中僅提及客觀處罰條件或抽象危險犯之運用，而未特別提及累積犯。

由以上討論可以得知，我國普通刑法雖有制定環境犯罪，但僅採取具體危險犯的立法模式，而未採取累積犯之立法模式。惟在立法論上，或有論者認為應改用累積犯之立法模式。



（二）特別刑法

1、屬於累積犯者

環境刑法在我國特別刑法中的數量相當繁多，且許多皆有被解釋為累積犯之可能。例如水污染防治法第 36 條³²、空氣污染防制法第 48 條³³，皆未設計類似「致生公共危險」等危險結果之要件，而僅須汙染行為超過主管機關訂立的標準，就可能構成犯罪。於是，如果主管機關在設立標準時，著眼於單一行為的抽象危險性，那該二條犯罪就屬於一般的抽象危險犯、而非累積犯。但若主管機關在設立標準時，考量的是「單一行為是否具有累積效果」以及「同種類行為累積後是否會破壞環境」，連結回構成要件後，該二條犯罪就成為了不折不扣的累積犯。

此外，野生動物保育法第 41 條第 1 款規定：「有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金：一、未具第十八條第一項第一款³⁴之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。」文獻指出，本條的保護法益為「生態法益」此超個人法益³⁵，可還原為「未來」不特定多數人的生活

³² 水污染防治法第 36 條規定：「i)事業無排放許可證或簡易排放許可文件，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準者，處負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。ii)前項有害健康物質之種類，由中央主管機關公告之。」

³³ 空氣污染防制法第 48 條規定：「無空氣污染防制設備而燃燒易生特殊有害健康之物質者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。前項易生特殊有害健康之物質及其空氣污染防制設備，由中央主管機關公告之。」

³⁴ 野生動物保育法第 18 條第 1 項第 1 款：「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。」

³⁵ 丁昱仁(2006)，《獵捕保育類動物之可刑罰性研究》，國立臺灣大學法律學系碩士論文，頁 121-126。

利益³⁶。由於生態系中的生物間的弱肉強食在所難免、生物數量本有波動，且小規模的生態系破壞尚得經由生物的繁衍本能自癒，故單一的獵捕行為無法破壞生態系、亦不具有破壞生態系的危險性，只有在眾多獵捕行為累積發生的情形中，生態系才有可能被破壞。由此可知，本條規定屬累積犯。

2、不屬於累積犯者

另一方面，在特別刑法中也有不以累積犯的立法模式來保護環境法益者。例如水土保持法第 32 條第 1 項規定：「在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第八條第一項第二款至第五款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。」構成要件的設計上，以「致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施」為要件，屬於具體危險犯或實害犯，而不屬於累積犯。

水利法則是以行政罰來規範累積危險行為，刑法規定則採取具體危險犯的立法模式。例如水利法第 92 條之 3 第 4 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣六十萬元以上三百萬元以下罰鍰：四、違反第六十三條之三第一項第四款³⁷規定，棄置廢土或廢棄物。」而同法第 94 條之 1 規定：「有第九十二條之二至第九十二條之五、第九十三條之二或第九十三條之三規定情形之一，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。」

³⁶ 丁昱仁，前揭註 35，頁 155-156。

³⁷ 水利法第 63 條之 3 第 4 款：「灌溉事業設施範圍由興辦人劃定報主管機關核定公告後，禁止下列行為：四、棄置廢土或廢棄物。」

貳、演進後的累積犯：以人為制度作為保護法益

德國學者 Hefendehl 自 1996 年開始倡議，將累積犯的構想應用到環境犯罪以外，初期未成風潮，但在 2002 年其專論《刑法中的集體法益》出版，對累積構成要件的正當性做了深入論證之後，許多德國學者也開始採用其見解³⁸。他即曾表示累積犯除了特別適用於環境犯罪以外，「也適用於信賴法益」³⁹。Hefendehl 強調，對制度的信賴，就只有「信賴／不信賴」的二分，說信賴多或少是沒有意義的。只要信賴了，行為的決策模式就會全權交由制度角色，並無信賴程度大小的差別。人有的時候雖然會對制度「失望」，但只要失望的程度尚未到達「閾值」

（threshold/Schwelle）或「臨界值」，亦即尚未從「信賴」跨到「不信賴」，那行為模式就仍一模一樣。這是因為生活相當多變，人們只要判斷臨界值到了沒，就能決定行為模式，至於臨界值兩側的系瑣繁雜變化都會被人們忽視⁴⁰。Hefendehl 便從信賴的此特性推論出，侵犯制度信賴的犯罪多是「累積犯」⁴¹。

本文以下依學者的分類，先將保護人為制度法益之犯罪，大致區分為「社會制度的信賴法益」與「國家制度的信賴法益」兩類後⁴²，先簡介學者提出的累積犯實例，再提出一些我國的立法例⁴³。

³⁸ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 251。

³⁹ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 278。

⁴⁰ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 264-265。

⁴¹ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 265。Hefendehl 之所以特別強調信賴具有「閾值」或「臨界值」的原因，是為了和實害犯作區分。本文在之後會對此推論提出質疑，先於此處預告說明：姑不論制度中個人的行為模式是否真有 Hefendehl 所稱的「閾值」或「臨界值」，即便有，我們現在在討論的也不是「個人是否信賴制度」層次的問題，而是「社會制度是否被信賴」層次的問題。然而，Hefendehl 並未告訴我們，社會制度的「被信賴／不被信賴」是否也有所謂的「閾值」或「臨界值」。後文將詳細檢驗此推論的問題。

⁴² 鍾宏彬，前揭註 15，頁 270。

⁴³ 「信賴」能否作為保護法益，其實是個相當值得爭論的議題。但由於這不是本文重點，故皆先「假設」信賴可作為適格的保護法益，再探討其與累積危險行為的關聯。

一、侵害社會制度信賴法益之犯罪

（一）對貨幣制度的信賴

貨幣交易之進行仰賴大眾的信賴，若大眾不信賴貨幣制度的有效性，將減損貨幣制度原先能達成的生活利益。舉例而言，在戰爭狀態中，人們會擔憂今天的貨幣可能到明天就無法流通了，當大家不再相信貨幣制度的有效性時，囤積黃金、以物易物的情形將越來越興盛，導致人們必須付出更多的資訊成本與交易成本，進而壓縮到個人自由實現的空間。Hefendehl 認為，此處強調的「信賴」，雖然通常來說和客觀面貨幣制度是否安全有關，但也不排除主觀面和客觀面出現落差的情形⁴⁴。也就是說，就算客觀面上貨幣制度「安全」無虞，但只要人民對該制度的存續沒有「安全感」，貨幣仍然不會被使用，貨幣制度原先能達成的利益也將不復存在。而偽造貨幣行為除了侵害貨幣在客觀上的安全性與功能性外，也必然侵害了人民主觀上對貨幣制度的信賴⁴⁵。在大眾不再使用貨幣交易後，此制度的運作能力也就跟著喪失了⁴⁶。

由於個別的偽造貨幣行為只會造成制度成員對貨幣制度感到「失望」，但此「失望」的程度尚未達到「信賴（會使用貨幣）／不信賴（不使用貨幣）」的閾值，故個別行為本身不具有危險性。然而，流通出去的偽幣可能會再被反覆利用⁴⁷，又或者即便不被反覆利用、也可能會和其他的偽造貨幣行為累積⁴⁸導致大眾對貨

⁴⁴ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 272。

⁴⁵ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 273。

⁴⁶ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 274。

⁴⁷ 此時，該累積危險行為不只有「累積效果」，更有「促成累積效果」。本文將於後續檢討累積犯正當性時，說明當累積危險行為不只有「累積效果」，更具有「促成累積效果」時，較可能具備立法正當性。

⁴⁸ 在此種情形中，此累積行為就僅有「個別累積效果」，而無「促成累積效果」。



幣制度「不信賴」。是故，依 Hefendehl 的看法，「對貨幣制度的信賴」此一集體法益，很可能用累積犯的方式來保護。

我國刑法第 195 條規定：「意圖供行使之用，而偽造、變造通用之貨幣、紙幣、銀行券者，處五年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金。」學者認為本條係為了維護貨幣的公共信用與交易安全⁴⁹，而所謂的公共信用和交易安全，指的都是其實就是大眾對貨幣制度的信賴。又從本條的構成要件設計上，並未以產生實害或具體危險為要件，似可認為我國的偽造貨幣罪亦為一累積犯之規定。

（二）對文書制度的信賴

現代社會共同生活中或經濟交易活動中，文書具有極重要的地位，既可充當權利的書證，也可作為締約當事人權義關係的書面依據⁵⁰。然而，若社會中從事交往活動的人們，不願意相信文書的真實性，那人們勢必得花費更高的勞力、時間、費用來建立溝通的互信基礎，倘若成本太大，人們可能會放棄此交往活動，限縮人們在社會中自我實現的可能性，經濟活動也因此萎縮。就算文書在客觀上都是真實的，但只要人們不再信賴其真實，就仍然會付出高額成本、減少交往活動。由此以觀，文書制度要能順利運作，也和貨幣制度相同，都建立在社會參與成員對文書的「信賴」之上。是故，「對文書制度的信賴」和「對貨幣制度的信賴」類似，都可能用累積犯的方式來保護。

只不過，我國刑法第 210 條規定：「偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」該條規定雖未以行為導致實害或公共危險為要件，但卻設計有「足以生損害於公眾或他人」之要件。在解釋上，若僅單一行為尚不具備達到跨越「信賴／不信賴」閾值的程度，那還有可能符合此要件嗎？此處

⁴⁹ 林山田(2005)，刑法各罪論（下冊），修訂五版，頁 359，臺北：元照。

⁵⁰ 林山田，前揭註 49，頁 415。

或許存有一種解釋途徑是：把「足以…」的危險性要件放寬解釋，認定只要行為足以產生一定的累積效果，而該效果在其他同種類行為的持續累積下將生損害於公眾或他人，即該當要件。在此可能違反罪刑法定原則的解釋下，我國偽造文書罪就會成為累積犯的規定。

（三）對證券交易市場公平性的信賴

大眾可透過在證券交易市場中出資而交由專業人士經營的方式，讓欠缺企業經營能力的人也能在不複雜的情境中經營經濟生活，同時企業也能順利募資，經濟自由得以順利開展⁵¹。德國的有價證券交易法第 14 條和第 38 條即規定，濫用內線資訊的有價證券交易行為，應受刑罰之處罰。德國學者指出，該條保護的法益可能有三：一、大眾對「企業」的信賴；二、交易對象的財產；三、對證券市場的運作能力的信賴。Hefendehl 認為，前兩者並非集體法益，僅有第三個選項可作為一項集體法益⁵²。因為參與投資的大眾皆是信賴在證券交易市場中，人人的獲利機會平等，才肯參與投資。如果大眾認為獲利資訊都掌握在特定範圍的人手上，並且這些人能利用這些資訊來牟利，那不再信賴機會平等的大眾就會選擇放棄投資，而證券交易制度能達成的經濟生活利益也將不復存在⁵³。而這種信賴是很敏感的，容易累積超過臨界值而變成不信賴，故以累積犯的立法模式避免有累積可能性的行為，有其必要⁵⁴。

我國證券交易法第 157-1 條與第 171 條亦有以特別刑法禁止內線交易之規定。我國學者參考美國實務見解，認為我國內線交易罪保護法益的解釋途徑有二：其

⁵¹ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 275。

⁵² 只不過，Hefendehl 在此處並未說明的是：若將保護法益定性為個人法益（例如對企業的信賴），是否就不存在累積犯運用的空間？本文的看法則是：邏輯上，累積犯可用來保護集體法益、也可用來保護個人法益，只不過若用累積犯來保護個人法益，現實上較無必要，且較難通過比例原則的檢視。

⁵³ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 275-276。

⁵⁴ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 276。

一為「關係論」，著重保護個別公司與內部人間的信賴關係；其二為「市場論」，主張禁止內線交易並非專為保護個別公司利益，而是為了維護投資者的信心並藉此維繫市場的流通性與資源之有效率配置⁵⁵。若採取市場論的解釋途徑，則論理將同於前述 Hefendehl 之見解。

（四）對智慧財產權制度的信賴

現代社會中，各國也紛紛設立智慧財產權制度，禁止重製行為。舉例而言，我國著作權法第 91 條第 1 項就規定了：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」此條之保護法益為何？可能的選項有：一、著作權人的財產利益；二、國家的經貿利益；三、文化產業。其中，文化產業的發展涉及了創作人對著作權制度的信賴。由於創作須投入大量成本，且在投入時無法確知這些成本在將來能否回收，若創作人在評估投入成本無法回收時，就可能會傾向放棄創作，社會中的文化產量將因而減少。是故，著作權制度就扮演著確保創作能夠拿來「賣錢」，透過提高創作者的經濟誘因來增加文化產量的角色。

若有人私行重製著作物，則可能會排擠原先願意購買「正版」的消費，導致著作權人的獲利減少。而當一個潛在的著作人，不信賴著作權制度能發揮其作用、查禁盜版、確保著作權人的經濟利潤時，他就可能選擇不創作，此時社會上的文化產量即因而減少。而以 Hefendehl 一貫的見解來看，此處的「信賴／不信賴」也存有一個臨界值。因為單一的重製行為，雖會讓潛在的著作人的經濟誘因下降，但只要可能的獲利尚未降低到低於所需付出的成本，在成本效益的考量下，他仍會選擇創作。社會中重製行為的量，必須要累積到讓著作權人判斷獲利低於成

⁵⁵ 劉連煜(2012)，《內線交易之構成要件》，二版，頁 14，臺北：元照。

本的程度，文化產量減少的實害才會發生。由此可知，若我們把私行重製罪的保護法益定位為「文化產量」，則此罪就是一個累積犯。



二、侵害國家制度信賴法益的犯罪

Hefendehl 將國家制度依照人民的接受方式分為三種類型：第一種乃對於不利負擔的積極履行，例如納稅和服兵役；第二種則是在遇到紛爭或干擾時積極使用國家提供的處理方法，例如司法和公務行政體系；第三種則是單純尊重國家的運作和制度。氏認為，在此三種類型中，只有第二種和信賴法益有關。而在其他兩種狀況中雖若有人民的信賴，制度運作起來會比較順利，但就算沒人民不信賴甚至反抗，制度也仍可透過強制執行來運行⁵⁶。

賄賂罪即為最顯著的例子。Hefendehl 指出，司法和行政體系，都是以人民積極使用、參與為基礎的制度，人民要信賴才會放心地去使用，否則就算國家做出決定，人民也不會信服而不斷異議，甚至對異議後的結果也不予信賴⁵⁷。此時，司法和行政體系原先所欲達成的利益就無法被達成，人民間的紛爭還是持續著，甚至因為不信任國家而越演越烈。而在司法和行政體系中，人民所需信賴的內容，就是公務行為的客觀中立，倘若公務行為是可以被收買的，那就變成了誰出錢就能掌握資源的分配，人民就不會信賴此等不客觀、不中立的公務體系。而賄賂行為將造成一種公務行為是可以被收買的印象，導致人民可能不再相信公務行為的客觀中立性。如果只是一次的賄賂行為，人民或許還會認為這是公務員的個人操守問題，而不至於導致不信賴整個公務體系。但當賄賂行為累積到一定程度、超越臨界值時，人民就會從信賴轉為不信賴。尤其，在賄賂罪的狀況中，倘若人民認為（也許與真相不符）收買公務員可能得到有利結果，那麼依歷史經驗，賄賂

⁵⁶ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 278-279。此見解與本文提出的「主動性」判準相同，本文認為不只可運用在檢驗信賴國家制度與制度順利運作間的關聯，尚可運用於前述社會制度的情形。

⁵⁷ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 279。

行為就會迅速增加⁵⁸，而倘若真的有幾名公務員受到賄絡的影響，那人民的感受就會變成：只有收買公務員才能得到有利的結果⁵⁹。到此程度，人民對公務體系的信賴就完全崩解了。由前述分析可知，單一的賄賂行為尚不會導致人民對公務體系信賴的崩解，但在許多賄賂行為累積後卻可能會導致信賴崩解的結果。於是，學者就把賄賂罪定位為一種累積犯。

前述賄賂行為乃來自外部的侵害，Hefendehl 也指出，有些對國家制度信賴的侵害是來自內部的。然而，內部人的行為必須要對外部人產生影響，才可能侵害大眾對公務的信賴法益。如果只停留於內部關係，例如將辦公文具納為己有，則不會影響到外部，也不可能侵害到信賴法益⁶⁰。舉例而言，枉法裁判罪、逼供罪、濫權追訴罪、違法執行刑罰罪等（在德國刑法與我國刑法中皆有），皆是為了規範侵害來自內部，但會向外影響、在累積後可能破壞人民對國家信賴的行為⁶¹。此時，人民對公務員的印象雖然不是「可收買的」，但卻是「即便沒人收買，也不值得信賴」。而此印象在多次行為的累積後，也將導致人民對公務體系的信賴崩解。Hefendehl 就進一步認為，對於信賴法益而言，這種來自國家內部的侵害會比來自國家外部的侵害很有傷害力。因為來自外部的侵害，例如賄賂，公務員還可能悍然拒絕或是假意接受來維護公務體系的公正性；但來自內部的侵害，就完全沒有這種澄清、彌補的機會了⁶²。

⁵⁸ 從這推論中我們可以發現，賄賂行為不只本身就會產生導致人民不信賴公務體系的「累積效果」，也會引發相同種類的行為（本文將之稱為「促成累積效果」）。關於累積效果與促成累積效果在概念上的區分實益，本文將於檢討累積犯正當性章中的適當性層次討論。

⁵⁹ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 280。

⁶⁰ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 280。

⁶¹ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 281。

⁶² 鍾宏彬，前揭註 15，頁 281。

三、小結

所謂的累積犯，指的是「個別構成要件行為不足以對法益造成實害或危險，必須同種類行為大量累積之後才可能對法益造成實害或危險」。在犯罪構成要件的设计上，累積犯不需檢驗「具體危險結果」與「實害結果」的結果要件。雖說在邏輯上，累積犯可能制定以「累積結果」作為構成要件，但目前在各國立法例上皆未曾出現。一般來說，累積犯的構成要件设计上，都只有「行為要件」，而無「結果要件」。其中，有些犯罪特別制定有行為的「危險性」要件，此要件與具體危險之結果要件不同，判斷時點是「事前判斷」，而判斷的對象則是「行為」本身，在我國刑法的法條文字上常以「足以…」的型態呈現。若特定犯罪中存有此種危險性要件的设计，將其解釋為累積犯可能會違反罪刑法定原則，但在現代刑法不斷擴張刑罰以管控風險的浪潮中，並非不可想像。

再者，累積犯雖於邏輯上不一定只能適用於「集體法益」的犯罪，但在現實的各國立法例中，尚未出現過以累積犯的立法模式來單純保護「個人法益」的情形。首先提出累積犯概念的德國學者 Kühlen 將累積犯運用於保護自然環境法益的情形，而推廣累積犯概念的德國學者 Hefendehl 則更進一步將累積犯的概念運用於保護對制度的信賴法益。

Hefendehl 特別強調累積犯所保護的對象皆存有發生實害的「閾值」，意思是當累積的程度尚未到達一定程度時，完全不會有任何實害發生，然而一旦達到了閾值，則實害就會爆發出來。這個概念不只適用於環境犯罪上，同樣也適用於侵害信賴法益的犯罪上。本文認為，學者特別強調閾值的概念是為了提供一個區別累積犯與實害犯的判斷標準。本文在此處見解與 Hefendehl 不同，容後再行說明。

第三節 累積犯的定位爭議



德國學者 Roxin 嚴重質疑累積犯概念的存在實益，其認為累積犯根本就只是點狀的「實害犯」⁶³，故完全不需要新創累積犯這個概念，一切回歸實害犯的論理結構就可以解決所有問題。至於累積犯的提倡者 Hefendehl 則在將集體法益類型化後，探討個別犯罪屬於「實害犯」或「累積犯」。氏認為雖然有些保護集體法益的犯罪確實應該解釋為實害犯，但仍無法否認累積犯概念的存在實益。本文則認為：唯有在「結果不法」的脈絡中，實害犯和累積犯才會是不能兩立的概念。惟本文認為不法的作用在於設定行為規範，採取「行為不法」理論，則此時累積犯和實害犯即可能併存，故許多爭議並無實益。以下詳述學者的見解、本文對學者見解之評析以及本文見解：

壹、Roxin 的「點狀實害犯」見解與本文評析

Roxin 認為「累積犯」概念面臨的最大難題在於：「行為人是由於其他人的行為而被處罰。」然而，Roxin 主張累積犯概念的存在並無實益，因為它和一般的實害犯沒有任何區別，所以在論理上也不會出現前述「為他人行為負責」的問題。他認為累積犯的概念強調的是累積成大實害的可能性，但其實單一行為本身就已經會造成比較小的實害了，這和一個極為普通的日常犯罪沒有兩樣。他引用了 Schünemann 舉的例子來說明：在財產犯罪中，也始終看到反覆出現卻沒重大影響的問題，但我們卻從不會藉此質疑刑法對財產的保護⁶⁴。

Roxin 認為，正確的理解方式應該是：「在集合法益的情況，任何構成要件該當行為（獨立於其他人所有的）就已經存在法益侵害。任何人污染水源，就是

⁶³ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 273。

⁶⁴ Claus Roxin 著，許絲捷譯，前揭註 19，頁 271-273。

破壞環境；任何人身為公務人員受賄，損害了廉正的政府行政等等。並不需要認為：是整體生態系統或國家行政（或者貨幣或稅務體系）遭受損害。」Roxin 也以個人法益的類比反擊反對意見，他指出：一個耳光就算沒有使身體完整性受損，也還是會被論以傷害罪；一個詐欺行為就算只騙到微不足道的財產，也還是成立詐欺既遂罪⁶⁵。

本文認為，Roxin 並沒有說清楚他這番猛烈的批評想達成的效果是什麼。究竟是「累積犯」根本不存在於現實、而只是學者的幻象（概念存在實益層次的質疑）？抑或是，累積犯只有在能解釋為「點狀實害犯」的情形中具備正當性呢（正當性層次的質疑）？

如果他想達成的效果是前者，那麼只用舉例類比的論證方式顯然會出現以偏概全的問題。因為即便是提倡累積犯的學者也都明瞭有些保護集體法益的犯罪可能會被解釋為實害犯，而並非認為所有種類的集體法益都須仰賴累積犯的立法模式來保護。然而，只要在想像中存在以累積犯才能達成規制效果的可能性，累積犯概念的存在就有實益（是否具備正當性則是下一個層次的問題）。所以說，如果 Roxin 想要得到的結論是累積犯的概念毫無存在實益，那他要嘛必須對「所有」（而不能只是部分）可能是累積犯的例子提出點狀實害犯的詮釋；要嘛則必須針對結構性的因素（特別是學者很強調的閾值概念）提出質疑、而不能只針對個別犯罪提出質疑。否則，他充其量只能論證到：那些犯罪不是累積犯。而無法論證到：累積犯的概念沒有存在實益。

如果他想達成的效果是後者，那先姑且不論（無法被解釋為點狀實害犯的）累積犯不具備正當性的原因，最大的問題出在：為何以「點狀實害犯」的解釋方法就比較具備正當性了？Roxin 在此主要以保護個人法益的犯罪來類比。然而，在

⁶⁵ Claus Roxin 著，許絲捷譯，前揭註 19，頁 271-273。

個人法益犯罪上，已有學說採用可罰違法性理論來排除輕微犯罪的不法性，類比例子的結論本身未必正確（耳光構成傷害罪？騙小錢構成詐欺既遂罪？其實都有疑點）；更何況如 Hefendehl 所言，集體法益的侵害可能具有一「閾值」，在達到「閾值」前的變化都微不足道，雖說客觀上確實能找到一個「結果」，但實在很難說清楚個別行為侵害了什麼利益，那此時在定義上還能把稱為「實害」嗎？最後，即便個別行為帶來了少量的利益侵害，但「利益」尚還不足以作為「法益」，要作為法益仍須經過比例原則的檢驗，而「點狀實害犯」的解釋途徑就必然比「累積犯」的解釋途徑更容易通過比例原則的檢驗嗎？Roxin 都沒有明說。

貳、Hefendehl 的見解與本文評析

身為累積犯倡議者的 Hefendehl 當然不可能同意「所有累積犯都是實害犯」的看法，於是 Hefendehl 也主動提出了一些例子說明哪些保護集體法益的犯罪是實害犯、而哪些又是累積犯，希望能透過雙邊舉例的方式讓人理解累積犯與實害犯的分野。本文已在前一節中提及他認為累積犯的犯罪，包含了以自然環境為保護法益的水污染罪以及以制度信賴為保護法益的偽造貨幣罪、內線交易罪等。這些被認為累積犯的共同特色都是：單一行為都還不足導致「實害」，就算會帶來影響，這些影響也還未達到「閾值」，而實害只有在行為反覆累積到超越閾值時才會發生。

用此標準來判斷，Hefendehl 把逃稅罪認為實害犯、而非累積犯，就不令人感到意外了。原因是：本條的目的在於保護「各個稅目完全且及時入款的國家公共利益」，而稅收就跟個人的財產法益一樣，任何一點點的減損都是實害，因為都確定會縮減國家可用於財政支配的資源。當有人逃稅時，利益的侵害就已經

造成，因為此時稅收已確定不可能完全且及時⁶⁶。同樣的道理，他也認為逃避兵役罪和逃稅罪的解釋一樣，都屬於實害犯、而非累積犯。因為規範上既然已經規定了國家該有多少人力資源，對國家來說少一個人就是一點實害。但是，Hefendehl 在此處也承認了一位兵役義務人的不履行義務，在事實上完全不會影響國防力量，似乎留了一條可將之解釋為累積犯的途徑。

從以上我們可以得知，Hefendehl 的論述途徑是：只要單一行為會造成利益侵害（實害），那就是實害犯，而不是累積犯。此說看似言之成理，但本文認為此推論的最大問題在於：為什麼是實害犯，就不能同時是累積犯？用簡單的數字來說明，假設一個行為帶來的利益侵害量是 1、兩個是 2、三個是 3、以此類推到九十九個是 99，但當行為累積到一百個時，利益侵害量就會暴增為 10000。以具體的例子來說明，一個人逃稅確實會縮減國家可支配的資源，但可能還不足以使國家政策無法推行或國家機關無法運轉；一個人逃兵可能會使軍營少了一個雜役（甚至只是少了一個冗員），但也如同 Hefendehl 自己承認的，「在事實上完全不會影響國防力量」。

於是，本文的見解是：Hefendehl 提出的「閾值」概念應被修正。所謂的閾值並不應只限於跨越「無利益侵害／有利益侵害」的情形，也應適用於「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」的情形。因為在後者的狀況，立法者也可能會考量累積後造成的「邊際利益侵害大」的情況後，因而決定將個別行為入罪化或提高個別行為的刑度，若不將累積犯的概念適用於此，恐怕會無法完整理解該犯罪的立法背景、並無法在應然面上提出準確的檢討⁶⁷。

⁶⁶ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 282。

⁶⁷ 因為累積犯會面臨的種種正當性質疑，在閾值為跨越「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」時也會出現。

然而，即便是在邏輯上存有「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」的閾值，立法者也可能未考慮到此，而僅針對所有行為都至少會造成的「小利益侵害」來決定入罪與否與設計刑度，那麼此時以 Hefendehl 提出的標準、將這些犯罪全部當成實害犯來檢討，就不會發生任何問題。於是，本文的見解並不是所有在邏輯上存有「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」之「閾值」的犯罪都必然同時是實害犯與累積犯；而只是想要特別指出：在此種情況中，即便該犯罪是實害犯，也「有可能」是累積犯。

只不過本文推測：Hefendehl 之所以認為一個犯罪若為實害犯、即不可能為累積犯，是因為在犯罪結構的基本理解上採取了結果不法論⁶⁸，所以必須要特定一個時間點的「結果」來歸責，在邏輯上當然不可能既特定於「現在」的「小」實害、又特定於可能於「未來」出現的「大」實害。然而，本文在犯罪結構的理解上則採取行為不法論的立場，才有可能做出一個犯罪既是實害犯又是累積犯的解釋，在此先予敘明。至於本文採取行為不法論的理由，以及採取行為不法論立場後累積犯的體系定位，本文將一併於下節說明。

參、採取行為不法論下累積犯的體系定位

一、採取行為不法論的理由

社會中有各式各樣不同的生活利益，然而，人的行為總是在成全某些利益的同時，傷害到其他利益。利益與利益之間要如何調和、折衝、排序，都不是每個人能夠自行認定的。處於一個共同生活的社會中，我們需要一套標準來告訴我們各種利益間的價值排序，再從中推導出哪些行為可以做、哪些行為不可以做的行為誡命，否則，當所有人都依照自己的價值排序來決定要做什麼行為，結果就會

⁶⁸ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 250。

是一個弱肉強食的野蠻社會，產生對整體社會利益將最不利的結果。刑法中不法概念的目的就在於確認行為的理性標準，使人民得以按照此理性標準而行為，進而迴避社會利益失衡結果的發生。簡單來說，所謂的不法，指的就是對於利益侵害結果的發生有迴避可能性而不迴避。

要特別注意的是，這裡講的迴避可能性指的並不是「客觀」上的迴避可能性，而是「主觀」上的迴避可能性。因為不法概念的作用在於設定理性的行為標準，告訴每個人他該怎麼做、不該怎麼做，來保護社會上的重要利益。其中，我們必須注意到，刑法訴求的對象是「人」，而且是各式各樣不同的人。每個人的能力都有差異，尤其，在社會上不可能存在全知全能的人，所以我們在設定行為標準時，絕不會要求每個人超越自己的極限，完成不可能的任務。我們能要求的只有：如果你能夠預見你的行為會導致利益侵害，那你就不能去做；而不能強人所難的要求：縱使你不可能預見行為會導致利益侵害，你還是不能去做。因為，假使一個人根本無法認知到自己有辦法迴避利益的侵害，處罰他的結果要嘛毫無意義、無助於刑法保護法益的目的，要嘛則將使所有人終日擔憂自己所無法掌握的事物、進而摧毀所有人開展生活的可能性，而這些都是我們不樂見的結果。於是，在檢視行為人的行為是否具備不法時，我們的終極目標一定是進入行為人的內心去檢驗：他對於行為可能造成利益侵害有沒有預見可能性。至於，如果一個人不只對結果的發生有預見可能性，更已預見了自己的行為會造成利益侵害，相較起只有預見可能性而尚無預見的狀況，這個人更有能力迴避侵害結果的發生。於是，我們可以發現，過失是低度迴避可能性的情形，而故意則是高度迴避可能性的情形，兩者在不法的程度上存有量的差異。

那這是不是代表，不法的概念只有在主觀層面裡有意義，在客觀層面裡就毫無意義可言呢？也不盡然。因為，即便人的思想裡有再多邪惡的念頭，只要他沒有把這些邪惡的念頭「現實化」於外部客觀世界中，利益就不可能會被侵害。所以，

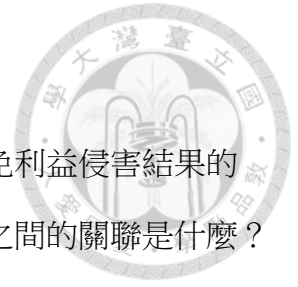
雖然我們強調不法的核心概念在於主觀上的迴避可能性，但是也必須同時考量我們要求行為人迴避的是客觀上的哪一個行為。在此就要特別注意，不法是一個整體性的概念，各個不法構成要件中只要欠缺了任何一項，那該行為就是不折不扣的合法行為。所以，我們只要確保行為人不要在客觀上做出最後一步讓不法構成要件完整實現的行為，法益保護的目的就能達成。而在最後一步之前，禁止行為人做其他行為都是多餘的。所以說，所謂的客觀不法，指的就是行為人真的在客觀世界中做出了最後一步讓不法構成要件完全實現的行為，這一個關鍵的行為，也就是「著手」，跨越了合法與不法的界線，正是判斷行為是否具備客觀不法的唯一標準。換句話說，在著手之前的一切行為都是理性的，行為人完全不需要迴避；只有讓風險失控的著手行為才是不理性的⁶⁹，也才是行為人要迴避的行為。至於，哪一步才算是最後一步？考量刑法的訴求對象是人，我們不可能要求行為人為無法認知到的風險負責，所以哪一步才算是最後一步的標準，還是得取決於行為人主觀上的預見或預見可能性。

總結以上，所謂的不法，指的就是一個不理性的、會造成利益失去衡平的行為，其目的在於設定一個理性的行為標準，告訴所有人民：如果你知道或可能知道，這一個行為一做下去，利益侵害的風險就會失控，那你就不能做這個行為。在這樣的理解下，不法概念的終極目的，是在「事前」發揮行為指導的作用，而不是在「事後」才啟動其評價機制⁷⁰。而這樣的觀點，因為評價的對象是著手時的行為、而非著手後才發生的結果，故可被簡單稱呼為「行為不法論」。

⁶⁹ 只不過由「誰」來認定風險失控了，或者說立法者認定的風險失控標準是因個案而浮動的、抑或是在通案中皆固定不變的，在各種犯罪類型中有差別，本文將於後討論到在行為不法論中詳細討論。

⁷⁰ 若在「事後」才對現實發生的「結果」啟動評價機制，則屬「結果不法論」。

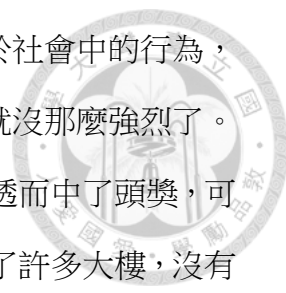
二、行為不法論中結果要件的體系定位



既然確定了不法的作用在於設立理性行為標準，在事前避免利益侵害結果的發生。那弔詭的事情是，利益侵害結果有沒有發生和行為標準之間的關聯是什麼？當一個人已經著手，對於利益侵害就已經失控。就行為人的能力而言，即使後來事實的發展是客觀上未遂，也是偶然的結果，是運氣所使然。此一運氣，無法再回頭把行為的非理性變成理性。既遂和未遂就純粹客觀世界而言，確實有所差異。但是，就規範面而言，並沒有意義。既然我們已經確定了不法的作用在建構人的行為規範，就行為規範而言，既然人自知著手以後對於結果發生與否已經失控，則行為規範必須傳遞給人的訊息是：「不管後果如何，人必須做對的事情！」因為，在事前，沒有人會知道結果到底會不會發生，所以在要求行為人做什麼行為、不做什麼行為的時候，當然不可能考慮到還根本尚未出現在客觀世界中的侵害結果。

基於此，對於客觀上的既遂另為加重刑罰的考量，或者對於未遂犯的選擇性處罰以及減輕規定並非不法概念的問題，那麼為什麼在實定法上，既遂的刑責會比未遂還重呢？既然在不法層次中找不到合理的答案，那剩下的可能性就是責任層次的考量了。有別於不法概念的目的是在確認行為的理性標準，責任的概念則是對於不法行為進一步以期待可能性或廣義刑事政策的考量，確認最後使用刑罰的必要性。也就是說，在責任層次中能考量的目的較多元，不以設定理性行為標準為限。然而，有鑑於責任層次中設定的要件也會影響到人的憲法權利，故仍應受比例原則之限制。

利益侵害結果發生與否雖然和行為的標準沒有關聯，但在現實上，人是種情緒性的動物，一旦利益侵害的結果真實發生，人民的情緒會因此動盪不安，引致要求國家發動刑罰或發動更強烈刑罰的需求。反之，如果利益侵害的結果沒有發



生，儘管該行為在不法要件的判斷下是不理性的、是不該存在於社會中的行為，但人民的情緒就比較不會被激起，要求國家發動刑罰的需求也就沒那麼強烈了。用生活化的例子來說明，就像一個小孩子偷了爸爸的錢去買樂透而中了頭獎，可能爸爸也會忘記小孩子偷錢的事情；要不是九二一大地震震垮了許多大樓，沒有一個台灣的建商可能因為蓋房子偷工減量而會被起訴。用具體的例子來說明，倘若一個人被殺了，血淋淋的屍體總是會喚來媒體與社會大眾的關注以及嚴懲兇手的聲浪；若損害結果沒有發生，反而還可能出現「息事寧人」的聲浪。然而，不論侵害的結果最終有沒有發生，偷錢、偷工減料和殺人在行為的價值上本來就該被判斷為負面、而且是同等負面的，不會受到後續行為發展態樣此偶然因素的影響。只不過，在現實上，侵害結果一旦發生，激起的情緒確實使得發動刑罰的動機變得更加強烈了，這個動機使得我們想要找出那個造成侵害的人，用更嚴厲的刑罰來處罰他，讓他付出更多的代價。然而，這個動機在本質上是不理性的一被侵害的利益並不會因為事後的刑罰更嚴厲就獲得彌補，處罰造成實害的人多一些也和預防未來的犯罪沒有關聯。面對此荒謬但實際存在的需求，法律的態度可以是高聲疾呼的試圖引領社會，力抗此不理性的情緒；也可以是被社會所引領，順從此不理性的情緒。兩種截然不同的政策態度，我們很難說哪個對、哪個不對。然而，從現行法既遂刑責比未遂刑責更高的立法事實來看，我們至少確立了我國刑法是站在順從人民情緒的立場。

綜合以上，至少我們可以從上述分析確定，區分既遂犯與未遂犯，雖然在刑事政策上有其意義，不過在犯罪結構的定位上，既然不法概念是在確定人的理性行為標準，那麼犯罪之既遂似乎只能算是技術性的不法概念，而實質上應該屬於刑罰必要性（有責性）的考量範疇⁷¹。同樣的，其他的結果要件，只要發生的時間點是在著手的時間點之後，不論是「既遂結果」、「具體危險結果」或「累積結果」，實

⁷¹ 黃榮堅，前揭註 1，頁 172-174。

質上也都和不法概念無涉。因為不管條文怎麼制定，「不法」與否都早在著手的那一刻就決定好了。



三、行為不法論中，以結果要件為分類的犯罪型態可能並存於同一犯罪上

若我們採取行為不法觀點，則犯罪行為的不法性取決於行為當下是否侵害利益衡平的判斷，亦即比較行為可能帶來的效益以及可能帶來的利益侵害兩者，若行為帶來的利益侵害明顯大於可能帶來的效益、且程度已經大到需要動用刑罰此最後手段，則該行為即具備不法性。倘若行為可能帶來的效益大於等於可能帶來的利益侵害，則此時行為所帶來的風險即為「容許風險」，而不具備不法性。在此須注意，當我們判斷風險是否在容許範圍時，行為所帶來的利益侵害與所能達成的效益，皆非「已經發生的事實」，而是「在將來可能會發生的狀態」。於是，雖然我們強調在行為不法論中，犯罪發生的結果不重要，但此處所講的結果不重要是針對事後觀點、客觀上結果不重要而言。在行為的時間點，我們依然必須去判斷「行為會產生怎樣的結果」，只不過這裡的「結果」存在於人的想像中⁷²。

存在於想像中的結果，與存在於現實上的結果的差別點在於一可以容許不同的結果、甚至矛盾的結果並存。舉例來說，我買一張樂透，在現實上這張樂透要嘛中獎、要嘛槓龜，不會有一張樂透既中獎又槓龜的道理，就算中獎也不會有既中頭獎又中二獎的可能。然而，在我買樂透的那剎那，我腦中的想法可能是它可能會中頭獎、可能會中二獎、也可能啥獎都沒中，雖然這些結果在客觀上是矛盾不可能並存的，但在我的心理狀態中並存確一點也不奇怪。最後，我選擇了買下一張樂透，可能是因為我評估了我需要付出的成本是一張樂透的錢和掏錢買樂透

⁷² 可能是行為人，也可能是立法者，本文會在後文提及此分類。但無論如何，在行為不法論中與不法性有關的「結果」，都存在於想像中，而不是客觀上真實發生的結果。

的時間，而能得到的效益則是各個獎項的金額乘上中獎機率的期望值、期待中獎的快樂感覺與做公益效果，綜合了所有的可能發生結果後，我認為效益比成本更大，於是我就買了。從這個例子我們可以發現，在判斷行為的利益衡平狀態時，我們都是把「可能發生的結果」納入綜合比較，而這些「可能發生的結果」間或許發生效果的對象不同、存在於不同的時間點、彼此相互矛盾，但這些因素都不會影響在判斷時必須把它們加總起來、再拿加總後的利益與加總後的弊害做比較。如果整體而言利益大於弊害，那理性的選擇就是該去做；反之若弊害大於利益，則理性的選擇則是不該去做。

若我們從規範的角度來看，道理也是相同。舉例來說，當我們在決定要不要禁止人在公共場所抽菸時，同樣也必須衡量個人在公共場所抽菸帶來的所有可能利益與所有可能弊害。此行為帶來的利益可能包含了自由的實現、菸帶來的精神穩定效果等等，而帶來的弊害則可能包含了周遭人感到嗆鼻的不舒服感、二手菸帶來的致癌累積量等。當我們在做政策評估、決定是否要禁止人在公共場所抽菸時，禁止的理由不一定要在各種不同的弊害間「選邊站」，而可以是因為使人感到嗆鼻的當下弊害加上累積後會使人致癌的遙遠弊害兩者相加後大於行為帶來的利益。所以說，就算禁止的理由是避免使旁人感到嗆鼻，邏輯上也不當然排斥理由也可以是避免使旁人致癌，反之亦然。

總言之，由於行為不法論是以事前的觀點評價行為本身，而行為本身就蘊含了許多可能的結果，故在評價時本來就應該把所有的可能結果一起納入評價，特別從中挑選某些可能的結果來評價反而無法精準判斷行為所帶來的利益狀態是否失衡。於是，如果一個犯罪制定了以「結果」作為要件，那雖然只能解釋為結果犯，但這並不是出於不法層次的考量，而僅是罪刑法定原則的要求。但若一個犯罪並未特別制定以特定結果作為要件，僅是「解釋上」該構成要件行為會導致此特定結果，那我們就沒必要特別排除其他種類的解釋方法。原因是：第一，如此才

能更精準的評價構成要件行為帶來的利弊以作為論者在立法論上批評的指引。第二，可避免為了將犯罪強行歸類而使理論產生牽強之處。第三，可避免忽略特定犯罪類型的正當性問題。



四、以行為不法論回頭檢視 Roxin 和 Hefendehl 的見解

此時，我們回過頭來檢視 Roxin 和 Hefendehl 的說法。這兩位學者看似對累積犯的觀點殊異，但其實有一個基本想法是一致的，那就是：如果一個犯罪是實害犯，那這個犯罪就必然不是累積犯。他們說法的差別僅在於：Roxin 認為所有「被認為是」累積犯的犯罪，其實都可被解釋為實害犯，而既然是實害犯了，那就不是累積犯（或者說就不必以累積犯的概念來解釋）；Hefendehl 則認為有些犯罪因為實害的發生有其「閾值」，故無法以實害犯的方式解釋，而只能以累積犯的方式來理解。雖然有此差異，但 Hefendehl 在邏輯上還是肯認了，如果一個犯罪能以實害犯來解釋，那他就必然不是累積犯，例如逃稅罪和逃避兵役罪即是如此。

本文認為，Hefendehl 為了把某些犯罪解釋為「累積犯」，煞費苦心的提出「全有全無」⁷³的「閾值」觀念，試圖說明有些犯罪的構成要件行為在累積超越閾值前，完全不會造成任何利益侵害。但本文認為這樣的解釋恐怕昧於現實。氏認為環境犯罪是累積到一定程度才會「突然爆發」，但若以排放廢氣、廢水為例，個別的行為有時皆已足以造成利益的侵害，僅是程度較輕微而已。更大的問題出現在 Hefendehl 在解釋侵害制度信賴法益犯罪時，提及了個人對於制度的信賴只存在「信賴／不信賴」的二分，在跨越此閾值的「失望」都還不會造成人行為模式的改變而稱不上實害。本文認為，此說法最大的問題在於：即便個人的行為模式存有「

⁷³ 在此之所以特別強調「全有全無」，是為了和本文主張採取的「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」作區別。

信賴／不信賴」且「全有全無」的閾值，但卻不能由此推論出「制度的被信賴」也存有「被信賴／不被信賴」且「全有全無」的閾值。簡單來說，個別行為可能就會導致社會中某些閾值特別低的人因此不信賴制度，雖然人數可能很少，但或許就會減損了此制度帶來的生活利益。所以說，Hefendehl 雖然提出了「全有全無」的「閾值」觀念，想要透過證明某些犯罪不是實害犯，來得到該些犯罪是累積犯的結論，但在論理上恐怕有些牽強。

相反的，Roxin 則是為了把所有可能被解釋為累積犯的犯罪全部解釋為實害犯，試圖把個別行為所帶來的影響全部說成會帶來實害。這樣的論理也有些牽強，因為在刑法上的「實害」，除了必須是利益侵害以外，此利益還必須要夠重要到值得以刑法來保護。但個別行為所帶來的影響，有時甚至難以感知，如何把所有的「影響」講成「利益侵害」、甚至還要進一步講成「法益侵害」，恐怕只能逐條深入討論才有辦法，而不能像 Roxin 這樣一竿子打翻一條船、斷言全部的累積犯都可被解釋為點狀的實害犯。

本文認為，Hefendehl 把許多犯罪說成不是實害犯、Roxin 把所有犯罪都說成實害犯，在論理上或多或少都有些昧於現實或以偏概全。但這其實是因為他們在犯罪結構的基本理解上採取（或兼採）了結果不法論⁷⁴的立場，以至於他們被迫得在很久以後、行為大量累積後才可能會出現「大實害」的和短期內、個別行為就會導致的「小實害」間「選邊站」，挑一個作為犯罪「結果」來進行客觀歸責，亦即，他們無法接受一個行為要同時為兩個結果負責。

然而，依照本文行為不法論的見解：就算個別行為會帶來實害，而有解釋為實害犯的可能，但這不影響當行為累積後會帶來更大的實害時，也應同時被解釋為累積犯。因為一個行為是否具備不法性，要綜合評斷其所有會帶來的利益與弊

⁷⁴ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 250。

害。行為作為「個別行為」會帶來的利益侵害，和行為作為「累積行為」會帶來的利益侵害，兩者的利益侵害種類雖然不同、發生的可能性不同、發生效果的時間點也不同，但在行為不法論的觀點中，這兩者可以且應該並存於不法性的判斷中。所以說，一個行為雖然會造成實害（單獨行為即能帶來的利益侵害），但當此行為與其他同種類行為共同累積後會帶來其他利益侵害時，這兩種利益侵害都同樣是我們在進行利益衡量時應考慮進來的。進一步講，就算一個犯罪因為單獨的構成要件行為即可侵害法益，而被解釋為實害犯；但這也不排除同樣的犯罪可以因為構成要件行為在累積後會侵害其他法益或更大程度的法益，而被解釋為累積犯的可能。而較具體的判斷標準，就是前文述及的：當特定犯罪的構成要件行為本身即可侵害法益時，就是實害犯。若此犯罪同時存有「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」的閾值時，就是累積犯。這兩者在概念上並不互斥，可能並存。

五、行為不法論中有意義的類型化光譜：「固定—浮動」的容許風險標準

從前文我們可以發現，倘若我們採取行為不法論的立場，則制定「實害結果」要件、「具體危險結果」要件或根本未制定結果要件的犯罪，在不法性上並無差異，在解釋上也可能並存。因為「不法」存在於行為時，而不存在於行為後，所有的結果要件均與不法內涵無涉，頂多只會影響行為人罪責的認定。由此而論，從不法的意義上來看，區分既遂犯與未遂犯、實害犯與危險犯⁷⁵、結果犯與行為犯，都是沒有意義的。那是因為在行為不法論的觀點中，所有的犯罪實質上都是不折不扣的「行為犯」。

⁷⁵ 這裡所強調的沒有區分實益，專指以「實害結果」和「危險結果」作為區分是沒有實益的。但也有學者是從主觀不法的角度區分兩者，認為「實害故意」與「危險故意」不同（有可能是本質不同、亦有可能是量差問題），此種觀點依本文見解有其意義，惟本文認為使用實害犯與危險犯之用詞易造成誤會，於後再行說明。

然而，這不代表在行為不法論的觀點中，就不存在任何有意義的犯罪類型區分方式。刑法的意義在於提供理性行為規範，告訴人們：「會造成利益狀態嚴重失衡的行為，你就不該去做。」但是，接下來的問題就浮現了：「誰」來判斷利益嚴重失衡了？或者說，由誰來劃定風險是否容許的那條界線？不可避免的，這條線一定是由立法者來劃分。立法者認定了生命法益很重要，於是制訂了殺人罪；立法者認為放火行為會侵害生命法益，於是制定了放火罪。所有的犯罪從原始意義上來講，都是由立法者來判斷什麼狀態是利益嚴重失衡、什麼風險是無法容許。所以說，前述問題的答案可以很簡單，就是立法者。

但話雖如此，立法者仍會採取不同的立法模式，以不同的途徑來劃定出容許風險的標準。像是在殺人罪中，構成要件就相當簡單，只有「殺人者」三個字。至於什麼樣的行為算是殺人、會侵害生命法益，立法者就不願多講了。那麼在發生具體個案時，要怎麼判斷一個行為是否屬於構成殺人罪的行為呢？就取決於行為人的主觀認知了。舉例來說，用手打人頭殼這個行為是否構成殺人罪，就取決於行為人是否對被害人有「蛋殼頭蓋骨」一事有所認知——如果行為人知道這一掌打下頭殼會出人命、那他就不能去做。由此我們可以發現，立法者在此雖然不會做出「不能打人頭殼」的誡命，而只會做出「你不能侵害生命法益」的誡命。但「什麼行為會侵害生命法益」，則仰賴每個具體個案中的行為人自行判斷後「填充」進去。於是，與其說立法者不判斷個案行為是否超越容許風險，不如說是立法者在個案上以行為人的判斷為其判斷。而本文認為此種立法模式，雖仍係由立法者來劃定容許風險的標準，但在具體個案的判斷上會因行為人的認知而產生差異，故將之稱為「浮動」的容許風險標準。

與「浮動的容許風險標準」相對的是「固定的容許風險標準」，意思是，立法者在立法時就已經決定了特定種類的具體行為超越了容許風險。對此，行為人相較沒有判斷餘地。舉例來說，我國刑法第 173 條規定：「放火燒燬現供人使用之住

宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」由此條的規範文字可知，立法者不只判斷了不特定多數人的生命和身體是值得刑法保護的法益，更判斷了放火燒毀現供人使用之住宅與其他地點是會侵害不特定多數人的生命身體法益的。在此種立法模式中，立法者的誡命是：「你不能侵害生命（或其他）法益，而放火（或其他）行為就會侵害生命（或其他）法益，所以你不能做放火（或其他）行為。」也就是說，立法者已經認定了這一種具體行為超越了容許風險的界線，在構成要件的設計上不留空白（什麼方式會侵害不特定多數人的生命身體法益）給行為人自行判斷後填充入內。立法者之所以會採取「固定的容許風險標準」的立法模式，是為了滿足現實上規制人民的需求。

如果我們先假設立法者具有準確判斷風險的能力，且一般人民和立法者對風險的認知完全相同，那麼採取「浮動的容許風險標準」或「固定的容許風險標準」其實在規範效果上會一模一樣，因為人民填充進去的誡命內容會和立法者設定的內容會完全一致。舉例來說，如果所有人民都認知到火延燒的蔓延快速程度、危險程度、難以撲滅的程度，那他就也同樣會認知到「放火行為對不特定人的生命法益會產生超越容許風險」一事。此時，放火罪就可完全被一條「故意侵害不特定多數人生命法益未遂者」完全取代，此罪與放火罪在個案有罪與否的判斷「結論」上將完全相同。於是，我們可以先得到的第一個結論：在一個風險溝通管道暢通的社會中，採取「浮動容許風險標準」或「固定容許風險標準」的立法模式，所能達成的風險控制效果是相同的，此外，所限制的行為自由也相同。

話雖如此，但此兩種立法模式對受規範者的想像卻是截然不同：在採取「固定容許風險標準」的立法模式下，立法者的預想是，行為人之所以不為此具體行為，是因為「法律說這個行為不能做」，自己的想法如何無關緊要；而在採取「浮動容許風險標準」的立法模式下，立法者的預想則是，行為人之所以不為此具體

行為，是因為「行為人認為這個行為侵害了法律所欲保護的利益」。由此可以看出，前者完全否定了人的自主判斷能力，而後者則保留了受規範人自主判斷的空間。然而，在現實中其實不可能存在一般人民和立法者對風險認知完全相同的情形。本文在此之所以做了這個最極端的假設，只是想要說明：即便在看似規範效果完全相同的情形中，採取「浮動的容許風險標準」和「固定的容許風險標準」的立法模式，行為人的自主判斷空間仍有差異。

然而在現實中，行為人和立法者的風險認知絕對不可能相同。就風險認知的「準確度」而言，行為人和立法者可說是各有擅場、優劣互見。行為人的優點在於他能以感官來掌握具體行為的資訊，例如行為的時間、地點、對象、手法，尤其因為他自己就是行為人，所以最能理解下一個時間點行為會進展到哪。基於這些資訊的掌握，在許多情況常常是行為人自己最能夠精準的認知到與風險相關的事實。於是，以「浮動容許風險標準」的立法模式，以行為人所認知到的行為風險，作為判斷該行為是否應被刑法禁止的基準，常常反而比立法者設定一個固定的容許風險標準更能有效的控制風險。反之，立法者在立法的時間點不可能預知到往後社會上發生的事件，在技術上也不可能窮舉一切會侵害法益的行為，在此方面的風險認知準確度明顯不如行為人自身。

另一方面，立法者雖然不具有行為人的感官，但卻擁有大量經驗歸納而成的實證資料與專業知識，在一些特定事務領域中，能比行為人更準確的認知風險。相反的，行為人則受限於自己的感官經驗，有時候這些感官所得的資訊不僅無助於準確認知風險，反而還可能有害。例如一個自恃酒量很好的人，可能就會輕忽酒精對己身意識的影響，而未能認知到喝酒開車上路對不特定用路人生命身體的高風險。德國學者 Jakobs 就認為，在我們的社會生活領域當中，必須建立一些標準化的行為模式，其中包括對於有些複雜的情況，無法依賴個人控制損害的發生，例如縱火。其次，大眾的行為決斷有賴於彼此標準化的行為模式，例如道路

交通行為。還有，個人微不足道的損害行為卻可能累積成可觀的損害後果，例如對於河川的極輕微污染⁷⁶。在這些專業的、需要標準化的事務領域中，雖然立法者的專業判斷也並非百分之百準確，但至少立法者有信心判斷的比行為人更為準確，於是立法者就選擇以「固定容許風險標準」的立法模式來規範，以達成較佳的風險控制效果。

從以上分析我們可以發現，採取「浮動容許風險標準」或「固定容許風險標準」的立法模式，在風險控制的效果上沒有必然的好壞之分，而需依事務領域而定。至於兩種立法模式在侵害行動自由的程度上，是否有必然的差別呢？本文也認為沒有。畢竟侵害的行動自由有多大，取決於構成要件包含的行為有多寬，而與容許風險的標準是固定還是浮動並無邏輯上的必然關聯。但至少我們可以確知一件事，那就是：容許風險的標準規定的越準確，行動自由的侵害就越具備正當性。

值得注意的是，這兩種立法模式並非截然二分，而是呈現一道漸變光譜的樣貌，永遠只存在「相較固定」與「相較浮動」的區別。因為「絕對浮動容許風險標準」的犯罪類型其實就是一條「為惡罪」，違反明確性原則自不待言；而「絕對固定容許風險標準」的犯罪類型則恐怕需要以能夠預測且精準描述所有犯罪行為的科技、搭配一部無限多條的刑法，才有可能制定出來，在現實上是不可能的。

一般而言，「浮動容許風險標準」立法模式的構成要件設計上，通常會制定有結果要件，這是因為立法者只判斷什麼樣的利益侵害是不被允許的，再把判斷哪種具體行為會侵害立法者所指涉利益的任務交給各個行為人。於是，在技術上往往必須制定結果要件，否則無以達成規範效果，故常常恰巧就是「實害犯」。但如前文所述，這不代表客觀上結果是否實現影響了不法性的認定。依本文見解，結果要件影響不法內涵的僅止於主觀層面，客觀上只要行為人放任風險失控、無待

⁷⁶ 黃榮堅，前揭註 1，頁 444。

實害結果出現即具備超越容許風險的不法性。也就是說，實害犯的不法內涵應該是存在於「著手犯」（較常被稱為未遂犯），而非存在於既遂犯。另一方面，「固定容許風險標準」立法模式的構成要件設計上，傾向不制定結果要件，以避免行為人自行判斷行為是否會侵害利益，於是構成要件的設計上通常都只描述行為的樣態，常常恰巧就是「抽象危險犯」。至於「具體危險犯」則位於光譜的中間，立法者不像抽象危險犯那般、這麼有信心的判斷所有符合構成要件的行為都超越容許風險，卻也不像實害犯那般、把行為是否會侵害利益的任務全部交給行為人，於是採取了一種有點固定、卻又有點浮動的容許風險標準，立法者只敢說特定行為「很有可能」超越容許風險、但是否超越容許風險卻還要看個案具體的狀況，也就是說，在某程度上還是必須仰賴行為人以其感官來判斷。

回到累積犯的主題來，累積危險行為若要產生實害，實害的發生時間點通常在許久以後，且要累積大量相同種類之行為才會發生，故行為人通常難以感知到其行為的危險性。況且，從立法例上來看，累積犯目前僅被運用於保護集體法益的情形，而集體法益的侵害又特別難被感知。是故，若我們欲採取「浮動容許風險標準」來規範累積危險行為，就算不論客觀上因果關係難以成立的問題、僅單純討論累積危險行為是否構成「未遂犯」，那最後的結果通常仍會是，行為人根本未認知到超越容許風險的事實，而不具有實害故意。於是，最後的結果可能是所有的累積危險行為都不會落於刑法的禁止範圍內，無法以刑法有效建立「不得為該特定累積危險行為」的行為規範。相反的，如果我們採取了「固定容許風險標準」的模式來規範累積危險行為，具體實踐上即是以制定「累積犯」的方式規定：只要行為人做了特定累積危險行為就要被刑罰處罰，行為人不能（或判斷權限相較較小）自行去判斷行為之危險性。相較於採取「浮動容許風險標準」的模式而言，確實能達成較強的規範效果。

然而，這並不代表本文就支持以累積犯的模式來規範累積危險行為，因為很多時候規範效果強、副作用也大，而可能因此不具備正當性基礎，還不如選擇乾脆不要設立這麼有效的規範。在判斷是否具備正當性時，需要從實證資料探討規範的需求有多強、規範的成效有多大、規範是否真有必要、規範所帶來的權利侵害與成效間的比較等，都會是判斷正當性的重要指標，能達成規範目的只是其中之一而非全部。尤其，採取固定容許風險標準的立法模式，否定了行為人自主判斷的能力，可能還存有侵害人性尊嚴的問題，正當性疑慮更大。而關於此些正當性疑慮的問題，本文將一併於下一章再行討論。

由前述可知，依本文見解，累積犯的立法模式在「固定—浮動」容許風險標準的類型化光譜中，比較偏向「固定容許風險標準」的一側。那接下來的問題就是：累積犯和抽象危險犯的關係為何？是抽象危險犯的下位概念、抑或是獨立於抽象危險犯的另一類型？學者認為，所謂的抽象危險犯正面來說，指的是「立法者將一些被認為對法益具有典型危險的行為，描述為犯罪構成要件」⁷⁷，或者用反面來描述指的是「行為對於構成要件所要保護的法益，既無實害結果，也無具體危險者，即為抽象危險犯」。⁷⁸由於正面描述的「典型危險」本為一模糊的概念，累積危險如果被評價為超越容許風險，自然也可被典型危險的文義包含。且累積犯與（非累積犯的）抽象危險犯的差別僅存在事實層面上：累積危險行為需結合其他人的行為才會產生利益侵害，而（非累積犯的）抽象危險行為則不需結合其他人的行為就會產生利益侵害。然而，（非累積犯的）抽象危險行為也需結合其他因素（例如：放火行為需結合有可燃物、風向等因素）才會產生利益侵害。就不法概念的

⁷⁷ 王皇玉(2008)，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159期，頁235。

⁷⁸ 王皇玉，前揭註77，頁239。

角度而言，其他因素是人的行為或是其他條件並無差別。故本文就採取學者見解，將累積犯看作一種抽象危險犯中的下位類型⁷⁹。



⁷⁹ 周漾沂，前揭註 17，頁 177。



第四節 累積犯的概念實益

壹、概念存在的實益

一、實質層面上的概念實益

法律概念的存在必然需要存在實益，否則只是徒然造成體系混亂、理解不易的弊病。倘若一個法律概念在內涵上已可被其他概念完全包含，亦即判斷標準與判斷的法律效果皆相同，即不存在區分此概念的實益。當一個法律概念不具有明確判斷標準，或者，法律解釋者在解釋法律時無法因為符合此一概念即推導出特定法律效果，此法律概念的存在在實質上即無實益。

舉例來說，「故意」與「過失」的概念就存在實益。因為兩者判斷為「故意」與判斷為「過失」在法律效果上截然不同，可能是罪名的差別，亦可能是有罪或無罪的差別。然而，「打擊錯誤」就不是一個具有存在實益的概念，因為一來欠缺明確可運用的標準區分打擊錯誤與其他種類的錯誤（例如：欲殺害放置某甲，遂安置炸彈於某甲車上，卻炸死與甲借車的某乙），二來即便判斷的結論符合了此法律概念，卻也無法推導出特定的法律效果（例如：開槍射甲射偏、射死一旁的某乙，此時可能成立的罪包含了一個殺人既遂、一個殺人既遂與一個殺人未遂、一個殺人既遂與一個過失致死、一個殺人未遂等）。要解決個案上的問題，其實毋庸透過創設「打擊錯誤」此一概念，只要直接適用判斷故意或過失以及犯罪競合的標準即可解決問題。由此可知，當一個概念只是某些具有相似特質的事實型態的結合，而無法從符合此概念推導出特定規範效果時，此概念在實質層面上即無存在實益。

二、言說策略上的概念實益

然而，有時一個概念雖然在實質層面上無存在實益，但在現實的言說策略上就存在實益。因為雖然在理論上，適用法律者只要能夠正確的將事實型態涵攝入既有的法律標準中，就能夠得出正確的結論，而無須把某些具有相似性質的事實型態特別挑出來創設新概念也能得到相同的結論。只不過，首先由於人的能力有限，有時需要仰賴類型化後、更具體、更細緻的下位標準，才能夠避免在涵攝時忽略重要爭點。再者，在價值衝突中人難免有自身偏好的價值，這導致了在法律標準較為抽象時，適用法律者會利用解釋空間來使法解釋的結果趨近自身的價值偏好、而偏離了最合乎利益衡平狀態的結論。於是，為了達成實踐上正確操作法律標準的目的，有時我們會為某些具有相似特質的事實型態創設一個概念，再以此概念出發，將既有的法律標準具體化、細緻化，以期待適用法律者在遇到此類事實型態時能夠正確、公允的適用法律。

舉例來說，「言論自由」只是諸多基本自由權中的其中一類，與其他自由權並無明確的分野，且在進行違憲審查時皆適用相同的比例原則，嚴格來講，只能算是某些事實型態的集合名詞，在實質層面上不存在概念實益。但在現實上，為了細緻化比例原則的操作，以促使適用法律者更正確、公允的適用法律，我們創設了「言論自由」的概念，並以此概念為出發點，發展出諸如「雙軌理論」、「雙階理論」等更細緻化的比例原則標準。由此可知，縱使特定概念欠缺明確劃分的標準，且無法由符合該概念推導出特定規範效果，因而不具備實質層面上的概念實益；但在現實上，仍可能基於言說策略的考量，而為具有相似特質的事實型態創設一個概念，來促使法律適用者在適用既有法律標準時能夠更正確、公允。

貳、論累積犯概念存在的實益



依德國學者 Kuhlén 之見解，所謂的累積犯，指的是「個別構成要件行為不足以對法益造成實害或危險，必須同種類行為大量累積之後才可能造成實害或危險」⁸⁰，而我國學者周漾沂則認為累積犯的特徵是「一種抽象危險犯新的下位類型，並不是以禁止足以直接導致損害的風險為規範內容，而是只禁止一種微量風險創造，這種微量風險只有和與行為人無溝通可能性之他人的微量風險貢獻累加，才會成為有侵害適格的風險⁸¹」。亦即，所謂的累積犯指的是僅以特定累積危險行為作為犯罪構成要件的犯罪類型，而所謂的累積危險行為，依本文定義，其特徵是有二：第一、單一行為不會侵害值得刑法保護的重要生活利益；第二、累積同種類的複數行為後始會侵害值得刑法保護的重要生活利益。

Roxin 認為累積犯即為點狀實害犯，故此概念不具存在實益。然而，如前文所述，本文認為累積犯與實害犯在概念上不同，只是可能同時並存於同一法條中。在個別的累積危險行為不會造成任何利益侵害時，累積犯就不會具備實害犯的特性。且縱使個別的累積危險行為會造成某程度上的利益侵害，為求完整評價行為所帶來的風險大小，不能忽略累積危險行為要累積至一定門檻量才會造成更高程度利益侵害的特性。由此可知，累積犯的概念並非實害犯所能取代，將累積犯概念獨立於實害犯之外，有助於正確、公允的評價犯罪制定的正當性。

比較大的問題在於：累積危險是抽象危險的一種，累積犯的構成要件和抽象危險犯相同亦僅以特定行為作為構成要件，故累積犯之概念似乎可被既有抽象危險犯之概念完全包含。況且，依本文見解，累積犯是否正當仍須取決於利益衡量，衡量之標準與其他種類的抽象危險犯相同，皆為比例原則。簡單來說，一個特定

⁸⁰ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 273。

⁸¹ 周漾沂，前揭註 17，頁 177。

犯罪不會因為被歸類到累積犯，就得出什麼確切的結論，「累積犯」充其量只是一些具有類似事實狀態的集合名詞。由此而論，累積犯的概念在實質層面上不存在獨立於抽象危險犯以外的實益。然而，在言說策略的層面上，由於累積危險行為具有累積眾多同種類行為才會產生重要利益侵害的事實特性，此特性雖不必然決定檢驗正當性時正當與否的結論，但卻是涵攝入比例原則標準時重要的事實基礎。倘若適用法律者忽略了此事實，恐將造成論理上不充分、結論上偏離利益衡平狀態的問題。是故，本文認為「累積犯」雖然在實質上不存在概念實益，但在言說策略上可透過創設「累積犯」此一「事實性集合概念」，以此為基礎發展出較具體、細緻的下位標準，提醒適用法律者在檢驗累積犯正當性時應特別注意的因素。

第四章 累積犯的正當性



第一節 本文採取的檢驗標準：比例原則

壹、以利益衡量作為實質標準

本文的基本觀點是：當一個行為帶來的利益大於弊害時，就應該去做。而這個行為準則不只適用於個人層面，同時也適用於政府制定政策時。政府在制定任何政策時，必須同時考量政策帶來的利益與弊害（也就是所侵害的利益），倘若利益大於弊害，則此政策是合於理性的，值得支持；若弊害大於利益，則此政策是不理性的，不值得支持。也就是說，政府應該要去比較有此政策的利益狀態以及無此政策的利益狀態，若前者整體而言能帶給人們更多愉悅的感受，則該政策即為理性的、值得吾人支持。至於所謂的利益，不限於可用金錢衡量或物質上的利益，所有能使「人」感受到正面情緒的狀態皆是本文所稱的利益，於是乎，人權、自由乃至人性尊嚴等概念也皆可作為一種利益。

而當利益與利益相互衝突時，如果衝突的利益「全部」歸屬於同一個利益主體（而本文僅承認個人作為利益主體，所謂的國家利益或社會利益只是一個籠統的說法，指涉的其實是國家或社會順利運作時人能獲得的利益總和）時，由於利益指的是使人愉悅的狀態，而世界上不存在其他人比利益主體自己更能體會自身情緒，故利益衡量的任務就落在利益主體身上，沒有其他人能代替那個人衡量衝突的利益間孰優孰劣。

只不過一般來說，行為所帶來的利益以及所侵害的利益通常會歸屬於不同的主體。交由任一位利益歸屬主體來做利益衡量，都是不公平的。因為經驗上來講，人總是把自己的利益看得比他人的利益更重要，且在情緒感受上，人對自身的情

緒感知是直接的、對他人的情緒感知卻是間接的，故利益衡量的結果難免偏狹。於是，我們需要一位外於利益歸屬主體的中立第三者，統合所有的利益，以其對利益的間接感知來進行利益衡量，做出對社會整體（社會中所有人的總和）利益最大化的政策決定，而這個角色就是掌有公權力與眾多資源的政府。

貳、以比例原則作為促進全面利益衡量的言說策略

我們對政府的期待是如此的高，且在現實上，我們能期待完成利益衡量任務的似乎也只有政府。但無奈的是，政府也是由一群具有立場、具有身分的人組成，他們對利益的感知也都會有所偏狹，且政府掌握的資訊有限，無法將所有牽涉的利益一併納入衡量，故最後的結果常常是政府背離人民的期待，濫用定義利益衡量結果的權力，反而推行了弊大於利的社會政策。而從歷史經驗上來看，在眾多政府推行的弊大於利的政策中，最令人難以容忍者莫過於直接侵害人民基本權利的政策。於是受政府統治的人民必須要有一套抗衡政府的手段，逼迫政府正視「基本權利」此項利益，才不致讓人民的基本權利被犧牲、卻又未換得更多的利益。而這個手段即是所謂的比例原則。

本文認為，所謂的比例原則，說穿了，其實並沒有任何特別之處，就只是一種提醒政府需要做全方位利益衡量的言語策略。透過把利益衡量的過程「說」得更加細緻，政府在進行利益衡量時就會受限於語言的框架中，無法恣意地忽略或貶低人民基本權利的價值，做出的政策決定雖不見得會使整體社會利益最大化，但起碼能盡量逼近這個目標。倘若政府依然故我，此時，比例原則的語言框架起碼能讓政府「吃相難看」、必須花費更多的論述成本來捍衛此弊大於利的政策，此時論述的破綻可能就越來越大，最終可能激起現實上政治勢力的反動，導致政策必須修正。簡單來說，比例原則促成了利益主體間於語言世界、乃至現實世界中的溝通，並且將此溝通引導入利益衡量的結果，促成整體社會利益的最大化。

參、以利益衡量為實質標準、比例原則為言說策略，

檢驗刑法之正當性

或有認為，由於刑罰制裁的效果相當嚴厲，且非難色彩相當濃厚，故不應僅以相對的利益衡量作為判斷刑法正當性的實質標準，而應建立起一套絕對的判斷標準來判斷刑法的正當性。然而，本文的看法是：利益衡量乃適用於所有事務的行為準則，而比例原則則是適用於所有侵害人民基本權利政策的語言策略，其內涵亦為利益衡量。而刑法為眾多國家侵害人民基本權利政策之一，原理相同，亦應適用比例原則來檢驗其正當性。雖說刑罰的效果特別嚴厲，侵害的基本權利特別重大，但這並不構成我們需要揚棄利益衡量的標準，重新建立其他準則的理由。比較正確的態度是在進行利益衡量時，認知評估刑法所侵害利益的嚴重程度，如此一來，運用利益衡量標準的結果就不會這麼容易過關，而仍能顧全行為人的基本權利。

而另一方面，採用利益衡量標準來檢驗刑法正當性可能會遭致的質疑是：刑法所欲達成的目的，並非為了追求「利益」。例如在刑罰目的理論中採取絕對主義者，就認為人不能作為國家預防犯罪的工具，刑罰的實施只能單純是為了正義的維護⁸²。但是，所謂的利益指的是使人感到愉悅的狀態，如果當代的人們都想要一套正義的刑法，就代表對他們而言，正義的實現能使他們感到愉悅。於是，正義也可以作為其中一個利益，該去追求、但也不該不計代價的去追求。反面來講，如果正義不是一種利益，那我們也很難說明為什麼人還應該要去追求正義。如此把「正義」視為「利益」的詮釋途徑，或許會遭致貶低正義價值的批評。然而，本文認為正義的價值有多高，本來就值得討論，如果討論的結論是正義的價值相當崇高，那充其量也只說明了，正義是一種重要性極高的利益。

⁸² 黃榮堅，前揭註 1，頁 13。

至於，以利益衡量作為決定人的基本權利能否被侵害的標準，代表著：「只要利益夠大，人民的基本權利就該被犧牲」，似乎是一種將人「工具化」的表現。但本文認為，人的主體性也是一個可被納入衡量的利益，如果真的那麼擔心「工具化」的問題，那充其量也只說明了主體性是一種重要性極高的利益，但也無法就此論證至主體性是絕對不容侵犯的。否則，所有具有強制力的外在規範或多或少都具有將人工具化的性質，何以主張不能將人工具化的學者，仍能接受部分規範、卻又否定其他規範？可見，該些學者們只是把利益衡量的過程隱藏起來，化為語言的包裝而已。

總言之，本文的觀點是：即便刑法有其不同於其他法規範的特殊性，但這仍不會更動本文以利益衡量作為檢驗刑法正當性標準的結論，而比例原則則是一種促進全方位利益衡量的言說策略，能幫助我們更全面的進行利益衡量。

然而，在現實的情況中，有時即便以比例原則作為言說策略，當權者仍可能利用語言的曖昧性而濫用權力，導致整體利益嚴重失衡。此時我們或許就該考慮換一種言說策略，改以絕對標準來約束當權者，相較比例原則而言更進一步減低語言的模糊空間。但此處要注意，這裡的絕對標準只是一種與現實妥協的言說策略，而不是實質的標準。況且，一旦我們採取了絕對標準的言說策略，就代表了我們放棄追求整體利益最大化的可能性，而只想要設下一個避免利益狀態失衡更加嚴重的停損點。於是，在以比例原則作為言說策略確定失敗之前，我們不該輕易放棄、轉而尋求次佳的解決辦法。退一步而言，即便比例原則確定失敗，要如何類型化出一套相較合理的絕對標準、設下一個相較有利的停損點，在實質上終究還是必須仰賴利益衡量標準。只是一旦走到這步，為了減少言說策略的字詞模糊性，利益衡量的過程在最後對外發表的論述中勢必會刻意被言說者省略，但這無法抹除在前階段學理的討論中，利益衡量仍舊扮演著最基礎且關鍵的角色。惟受限於篇幅，本文雖不否認在比例原則失靈的狀況中以絕對標準作為替代性言說

策略的可能，但本文的重點仍在於操作比例原則來檢驗累積犯的正當性，而不擬假設比例原則失靈並建立替代的言說策略，先予敘明。



肆、操作比例原則檢驗刑法之正當性

一般來說，比例原則的操作步驟是先確認特定法律侵害了人民的基本權利，接著檢驗目的是否正當（目的正當性）、手段是否能達成目的（適當性原則）、在各種能達成相同效果的手段中是否選擇了對人民基本權侵害最小的手段（必要性原則，或稱最小侵害原則）、以及所追求到的利益是否大於所侵害的基本權利（衡平性，或稱狹義比例原則）。

一、侵害的基本權利

首先，刑法所侵害的基本權利為何？應分別「行為規範」與「制裁規範」來探討。舉例來說，我國刑法第 271 條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」所謂的「行為規範」指的是構成犯罪的要件「殺人者」的部分，其隱含在背後的意思是：「你不能殺人」的誡命。此規範的目的在於樹立一個理性的行為準則讓人民遵循，以保護被刑法認可的重要利益。而其侵害的自由則為所有社會人的「行為自由」，就前例而言，指的就是殺人的自由⁸³。而「制裁規範」從字面上來講，指的是後半部「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」的部分，但實則制裁規範不可能脫離行為規範而單獨存在，否則我們無從得知發動制裁的時機。於是，制裁規範所侵害的基本權利有兩種：第一種侵害要連結回行為規範，透過制裁規範來確保行為規範的規範效果更加強大，但連帶的也提高了侵害「行動自由」的程

⁸³ 或有認為「殺人的自由」並不能算是利益。然而，本文對「利益」採取相當寬鬆的認定標準，認為只要是能使人更愉悅的狀態即為利益，既然有人能從殺人中獲得喜樂，那殺人的自由即屬於利益。但承認殺人自由作為一項利益，並不代表在社會政策的決定上就要允許殺人，因為殺人行為同時會侵害到其他人的生命利益。是故，是否應禁止殺人取決於殺人自由與生命利益乃至其他相關利益間的利益衡量結果而定。而一般來說，生命利益在絕大多數人的情緒反應上都是更為強烈的，故通常我們會認定生命利益比較重要，而認可「禁止殺人」此行為規範的正當性。

度，而侵害的對象和行為規範相同，是社會上所有人；第二種才是制裁規範本身，侵害的對象只有被告與受刑人，而侵害的基本權利種類則視刑罰種類而定，可能侵害的基本權利有生命權（死刑）、人身自由（無期徒刑、有期徒刑、拘役）、財產權（罰金），而無論刑罰種類為何，都會因為刑罰的污名化效果而侵害人格權與名譽權。

二、目的正當性

在確定了發動比例原則的前提「系爭法律侵害基本權利」之後，就要進行目的正當性的檢驗。而檢驗目的正當性層次前，必須先確認系爭規範的目的為何，才能進行檢驗。而在檢驗目的正當性時，本文採取相當寬鬆的立場，認為只要該刑法能保護「利益」，就具備目的正當性。對於利益的種類，本文不做任何限制，所有能帶給人正面情緒的狀態，都是本文所指稱的利益。但需要特別強調的是，只有人能作為利益的主體，故所謂的國家利益指的其實是「國家制度順利運作下，人能獲得的利益」，而社會利益指的則是「社會制度順利運作下，人能獲得的利益」或「不特定多數人的利益」，併此敘明。比例原則作為一種言說策略，「目的正當性」層次的策略效果通常不是體現在否定立法正當性上，而是體現在逼當權者把真正的立法目的講清楚，引蛇出洞，以供後續的檢驗能發揮作用、而不致無從著力⁸⁴。此功能在立法者宣稱保護法益為抽象空泛的集體法益時更顯重要。倘若刑法通過目的正當性的檢驗，代表著該刑法「存有欲保護的利益」，但想保護和真的保護了畢竟是兩碼子事，故該刑法是否能達成該利益，尚有待下一層次適當性原則的檢驗。

⁸⁴ 但在現今立法素質低落的情況下，也是有可能原本只想引蛇出洞，但卻根本引不出任何一條蛇來，那此時也就不需要往下個層次檢驗正當性了，直接在目的正當性的層次認定不正當即可。

三、適當性原則

在適當性的層次中，要檢驗的是該條刑法的制定是否能達成（通過目的正當性層次檢驗的）目的，亦即能達成其所欲追求的利益。通常來說，刑法是透過減少符合要件的行為，間接保護利益。所以要檢驗的環節通常有二：第一，特定行為會侵害利益。第二，刑法的制定會減少特定行為。其中，第一個環節仰賴大量的實證資料支持。然而，很多情形中，立法者的疏漏是發生在「殺對一人、卻錯殺一百」，對於此種情形，本文仍肯認其適當性，因為該刑法終究還是減少了某些利益的侵害。然而，「適當性」層次在此扮演的角色就和前述「目的正當性」層次類似，皆為「引蛇出洞」，至少先確認該條刑法的保護利益「只有」這麼多，在後續的層次當中，再否定其正當性。而第二個環節的推論方式約略可分為「一般消極預防理論」，亦即透過增加犯罪成本的方式使潛在的行為人傾向選擇不犯罪；或「一般積極預防理論」，亦即透過否定否定法秩序的行為重新鞏固民眾的遵法意識使民眾傾向為合法行為。關於刑法是否真能發揮預防效果，學說上甚多討論，並非本文主題，故不擬深入討論。本文僅交代基本立場為：承認刑法具備預防效果，只是效果並不如現實中大眾預期的那般理想。

然而，在適當性層次中須特別注意的是，有時候刑法不一定要透過改變行為模式的途徑也能達成目的。有時候，就算社會中所有人的行為模式和立法前一魔一樣，立法本身仍會帶來利益。當我們把利益設定為「安全感」時（當然前提是此處的安全感已通過前層次目的正當性的檢驗），更須特別注意此種推論方式。誠如前文所述，現代刑法常常採用「象徵性立法」的手段，進行一種「儀式性的安全保證」⁸⁵，光是刑法條文的存在，儀式即已完成，毋須社會參與者實際改變行為，就能使人產生安全感。本文認為，如果這個儀式真的有效，那確實能通過適當性

⁸⁵ 古承宗(2013)，〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，10卷1期，頁136。

原則的檢驗，但有時儀式的效果其實並不如同立法者所設想的那般靈驗，故仍有待更進一步檢視。



四、必要性原則

檢驗完適當性原則後，要檢驗的是必要性原則。必要性原則，就一般通說的看法，指的是「在各種能達成相同目的之手段中，不應選擇侵害較大的手段」。然而，操作必要性原則檢驗刑法時，若完全遵循此標準，由於威嚇的成效與侵害程度常常是一體兩面，侵害權利的程度越大、威嚇的效果也較強，如此一來，最後的結果常常是因為找不到效果和刑法「完全相同」的其他手段，於是在「同額競選」的情況中，系爭刑法就理直氣壯的成為了「侵害最小」的手段，輕而易舉地通過了必要性原則的檢驗，直衝最後一關、卻也是言語曖昧空間最大的衡平性原則。本文認為，必要性原則的目的在於藉由和類似手段比較，凸顯出系爭手段的利益與弊害，使人們較容易形成共識，促成利益主體間的溝通，使利益衡量更為全面。

打個比方來說，如果說有一顆容量 10GB 的隨身碟要價 500 元，我可能難以衡量付出的成本與得到的利益間孰輕孰重，而猶豫不決許久，可能今天決定買、明天決定不買，結論相當浮動，或者說我原本可能決定不買、但推銷員三言兩語就能讓我改變心意。但若我知道有另一顆容量 9.9GB 的隨身碟要價僅 100 元，我就會很篤定的知道多花 400 元、卻只多 0.1GB 的容量「不划算」，於是堅決的決定不買。因為人在做利益衡量時，往往需要有「對照組」，才能產生穩定而有助決策的情緒，而必要性原則的功能就在於此。然而，倘若我們像通說一樣，把比較對象限於「達成相同目的者」，那就會喪失和程度不同但類似的手段進行比較的機會，以前例來講，那顆 9.9GB 的隨身碟就被排除於比較對象之外了——因為效果不同，一者 10GB、一者 9.9GB。如此一來，我們就錯失了一次更全面的進行利益衡量的

機會。於是，本文將必要性原則的公式擴充為「在各種效果類似的手段間，不應選擇侵害利益與達成利益間不符合比例者」。

當檢驗對象為刑法時，通常要比較的相似手段即有行政管制措施、行政罰，以及同為刑法但所侵害之基本權利較小者（可能是因為行為規範的射程較窄、亦可能是因為制裁規範的效果較不嚴厲）。在檢驗時，要不斷比較系爭刑法相較於其他手段而言，「多」了多少成效、卻同時「多」侵害了多少基本權利，在每次的比較中，系爭刑法都必須比其他手段更合乎比例，才會通過必要性原則的檢驗。

五、衡平性原則

衡平性原則其實是所有比例原則的子原則中，在實質上最核心的標準。然而，作為一個言說策略，衡平性原則相較於其他子原則而言，顯得相當空泛、曖昧，而不易發揮制衡當權者濫權的功能。為了發揮其作為言說策略的功能，本文將於後提出一些較為具體的參考指標，說明在符合哪些參考指標的情況中，會傾向通過衡平性原則的檢驗，反之則不會通過。由於本文所檢驗的對象是「累積犯」此犯罪型態，而非個別的刑法分則條文，故只能列舉一些有意義的參考指標，而無法給出一個確切「正當」或「不正當」的答案，先予敘明。

而在刑法領域中，「罪責原則」是一個相當重要的原則，意思是一個人只應為自己所能支配的利益侵害結果負責。累積犯備受爭議的點就在於有使行為人為他人行為負責，有違反罪責原則之嫌疑。而本文認為「罪責原則」乃衡平性原則的具體化標準之一，故將於檢驗衡平性原則時認真討論罪責原則的意義，並檢討累積犯是否違反罪責原則，以及違反罪責原則是否能推論出不正當的結論。

六、檢驗的對象：累積犯

本文所欲檢驗的對象是累積犯。依德國學者 Kuhlén 之見解，所謂的累積犯，指的是「個別構成要件行為不足以對法益造成實害或危險，必須同種類行為大量累積之後才可能造成實害或危險」⁸⁶，而我國學者周漾沂則認為累積犯的特徵是「一種抽象危險犯新的下位類型，並不是以禁止足以直接導致損害的風險為規範內容，而是只禁止一種微量風險創造，這種微量風險只有和與行為人無溝通可能性之他人的微量風險貢獻累加，才會成為有侵害適格的風險⁸⁷」。亦即，所謂的累積犯指的是僅以特定累積危險行為作為犯罪構成要件的犯罪類型，而所謂的累積危險行為，依本文定義，其特徵是有二：第一、單一行為不會侵害值得刑法保護的重要生活利益；第二、累積同種類的複數行為後始會侵害值得刑法保護的重要生活利益。

七、檢驗的目標：提供更細緻的參考標準作為言說策略

由於本文使用的檢驗標準是利益衡量，而累積犯作為一種犯罪類型，並非一個單獨的犯罪，在此類型中尚包含了各式各樣不同種類的犯罪，利益狀態各有差異，故不太可能直接給出一個全部的累積犯都有正當性或都欠缺正當性的結論。本文的目標是：針對累積犯「有別於其他犯罪型態的概念」進行本質上的分析，而針對這些特殊之處，提出可能「傾向」正當或不正當的理由⁸⁸。除此之外，本文尚會從立法例上歸納累積犯通常被運用於保護何種法益、通常發揮何種功能，而以

⁸⁶ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 273。

⁸⁷ 周漾沂，前揭註 17，頁 177。

⁸⁸ 之所以特別強調「有別於其他犯罪型態的概念」，是因為累積犯在法規範中是一個下位的概念，但卻涵蓋了的自上位至下位的特質。由上位到下位排序，累積犯同時是法律、刑法、「固定容許風險標準」的立法模式、抽象危險犯，如果要針對累積犯所具備的「所有」特質進行正當性檢驗，那不只篇幅會過長、文章也會失焦，故本文會將焦點集中於累積犯「有別於其他犯罪型態的概念」，也就是說，本文會相較集中篇幅與心力於累積犯包含的下位特質進行分析。

此經驗上的歸納結果作為檢驗的對象。意思是，雖然累積犯在邏輯上不只可被適用於該些情形，但如果在經驗上通常被適用於該些情形時，本文就會花費較多的篇幅與心力來研究該些情形。而同樣的，檢驗的結果也只會提出各個影響正當性判斷的類型化變因。



第二節 累積犯侵害的基本權利

在操作比例原則檢驗累積犯之正當性前，必須要先釐清前提：累積犯侵害了什麼基本權利？如果累積犯「有」侵害基本權利，才有需要動用比例原則。而確認累積犯侵害了「什麼」基本權利後，才有可能以比例原則來判斷正當性。在探討累積犯侵害了什麼基本權利時，本文主張區分「行為規範」和「制裁規範」兩者來討論。而在界定「基本權利」的議題上，本文認為「利益」和「基本權利」並無任何區分實益，只要是讓人民感到愉悅的狀態，就都是利益、也都是基本權利。以此為基礎，本文於以下即區分行為規範和制裁規範分別探討侵害之基本權利為何：

壹、行為規範部分

在累積犯的情況中，所謂的行為規範指的就是「禁止為累積危險行為」的誡命。本文認為此行為規範會侵害人的行動自由與人格權。以下分述之：

一、行動自由

累積犯的立法模式是直接將「累積危險行為」制定為犯罪構成要件，而不以行為產生實害結果或危險結果為要件。也就是說，在行為規範的層次上，累積犯對人民做出了「禁止為累積危險行為」的誡命。其所侵害的基本權利，最直觀來看，當然包含了「為累積危險行為」的行動自由。

相較於實害犯或未遂犯而言，累積犯侵害行動自由的程度是否較大？本文認為從邏輯上來看，實害犯或未遂犯的規範對象「較廣」，包含了所有可能侵害法益的行為；而累積犯的規範對象則「較窄」，僅包含特定的累積危險行為。然而，在現實層面上，累積犯之所以會被制定，通常是因為傳統的犯罪型態（實害犯與未遂犯）無法規範到累積危險行為。無法規範的原因可能是基於實體法的原因，例

如行為與結果間通常不具備因果關係、行為人通常對於構成要件結果無預見或無預見可能性等；亦有可能是基於程序上的原因，例如因果關係或故意過失難以證明；亦有可能是基於立法技術上的原因，例如立法者難以在符合法明確性原則的前提下要求下，將抽象的集體法益以實害犯或未遂犯的立法模式來規範。總之，基於現實上規範需求的理由，累積犯相較於實害犯或未遂犯而言，雖並非在邏輯上必然存有侵害更多行動自由之處，但在現實上幾乎可以肯定的是，累積犯通常存有比實害犯或未遂犯侵害更多行動自由之處⁸⁹。

二、人格權與人性尊嚴

本文認為，除了行動自由之外，由於累積犯採用了「固定容許風險標準」的立法模式，侵害了人民的人格權，甚至有侵害人性尊嚴之虞。以下分為三層次分析之：

（一）累積犯鼓勵他律、壓抑自律

在採取「浮動容許風險標準」的立法模式中（一般來說通常是實害犯或未遂犯），法律對人民的誡命是「你不能做侵害利益的行為」，但對於什麼是侵害利益的行為，法律並未給出一個標準答案，留給人民自行判斷的空間。於是，當人民決定不去從事某行為時，他內心的念頭除了「因為法律規定我不能做侵害特定利益的行為，所以我不能做侵害特定利益的行為」之外，也同時包含了：「因為特定行為就是侵害利益的行為，所以我不能做特定行為」。前面的命題是法律告訴人

⁸⁹ 本文的意思是累積犯「存有」比實害犯或未遂犯侵害更多行動自由之處，而非累積犯侵害的行動自由比實害犯或未遂犯更多。這是因為實害犯或未遂犯在構成要件的設計上，並未特定行為類型，只要是可能侵害法益的行為都會落入射程範圍內。就此而言，實害犯或未遂犯就比累積犯「存有」更多侵害行動自由之處。所以，本文的意思其實只是累積犯相較於實害犯或未遂犯而言，所侵害的行動自由程度，只能說是「各有擅場」，無法在通案上說誰侵害的比較多。但至少在正當性的檢驗上，只要確認累積犯本身有侵害基本權利（無論程度相較於其他犯罪型態而言更多或更少），就應該要開啟比例原則的檢驗。

民的，人民依此做出的判斷乃出於他律性的動機，而後面的命題則是由人民依照自己的經驗法則來判斷的，乃出於自律性的動機。行為人最終做出的決定同時包含了此二階段，也就是說，在「浮動容許風險標準」的立法模式下，行為人最終的行為動機同時包含了「他律」與「自律」兩者。

而在採取「固定容許風險標準」的立法模式中（通常是抽象危險犯，依照本文見解也包含了累積犯⁹⁰），法律對人民的誡命是「你不能做特定行為」，至於為什麼立法者要發出這樣的誡命，人民從法律的條文中無從得知。於是，當人民決定不去從事特定行為時，需要存在於心中的念頭只有「因為法律規定我不能做特定行為，所以我不能做特定行為」此「他律」動機。而這條法律究竟想保護的利益是什麼，以及具體的行為是不是真的會侵害法律所欲保護的利益，人民都「不必」思考，甚至也「不應該」思考。因為一旦人民思考了這個問題，就有可能判斷出和立法者相反的結論，此時行為人心中的念頭會同時浮現「因為法律規定我不能做特定行為，所以我就不能做特定行為」（出於他律動機）以及「因為做特定行為不會產生利益侵害，所以我可以做特定行為」（出於自律動機）這兩個矛盾的命題，當後者的念頭強過前者，則人民就會選擇做出違法行為。於是，相較於單純服從法規範（他律）的人們，自行判斷利益狀態（自律）的人會更傾向做出違法行為。而此時，法規範會給予此種人民一個「違法」的評價，顯見法規範的立場是不鼓勵且排斥此種自行判斷利益狀態的行為人。換言之，在採取「固定容許風險標準」的立法模式中，國家鼓勵「他律」、壓抑「自律」⁹¹。

⁹⁰ 關於累積犯為何屬「固定容許風險標準」的立法模式，可參考本文於前章所述。

⁹¹ 在法解釋上，有些學說主張即便在採用「固定容許風險標準」的立法模式中（抽象危險犯），也應該保留一部分行為人的自主判斷空間，有從客觀不法層次處理者，例如保留行為人舉證推翻擬制抽象危險的可能；亦有從主觀不法層次處理者，例如當行為人有特殊專業認知時可阻卻行為人之故意。然而，依本文理解，容許風險的標準是固定或是浮動，本來就不是截然二分的，而僅是一條類型化的光譜。這樣的解釋途徑，只是把光譜上的點從「固定」往「浮動」側移過去一點，程度上確實多了點自律的空間、少侵害了一點人格權，但相較於實害犯或未遂犯這種典型的「浮動容許風險標準」的立法模式，仍然還是少了些自律空間、多侵害了一些人格權。故本文的論理仍然可以一貫，一切只是量差問題。

（二）鼓勵他律、壓抑自律，侵害了人格權

心理學家 Kohlberg 使用倫理困境⁹²的方式，發展出一套道德發展理論，將人的道德判斷發展可分為三個水準，分別為：前習俗水準（preconventional morality）、習俗水準（conventional morality）、後習俗水準（postconventional morality）。在年齡發布上，前習俗水準通常分布於七歲至十歲；習俗水準則分布於十歲至十六歲，但也會有超過十六歲者卻停滯於習俗水準而不繼續往後發展的情形；後習俗水準則需要超過十六歲才會達成。⁹³

其中，每個水準又可再分為兩個階段，故總共有六個階段：在第一階段中，人的行為動機來自於不願意承擔不利後果；在第二階段中，人的行為動機則來自於想獲得個人利益，但如果狀況允許，人也會努力以所有人都獲得利益為目標；在第三階段中，人傾向於當個「好孩子」，以取悅其他人為目標；在第四階段中，人傾向於遵守社會規範與法律，認為社會規範與法律區分了對與錯，故以社會規範與法律作為行事準則；在第五階段中，法律被視為不同利益間妥協的結果，人守法的目的並非為了守法本身，而是認知到法律背後的利益狀態，若人民的認知是法律無法帶來最大利益，則會主張法律應被修改；在第六階段中，人會以放諸四海皆準的正義標準作為行事準則，但世界上僅有極少數的人能到達此一階段。

94

由前述理論可得知，「因為法律禁止特定行為，所以我不能為特定行為」的思考途徑，是以合法或違法作為對與錯的絕對標準，在思考的過程中不牽涉法律背

⁹² 在此簡述這個著名的道德困境：Heinz 的妻子身患絕症瀕臨死亡，只有一種藥可救活她，該藥數量稀少，成本 400 元、但要價 4000 元，但 Heinz 最多只能湊出 2000 元。他已使盡各種方式哀求藥師賣他便宜一點或答應讓他延遲付款，但都被藥師拒絕了。在不存在任何合法手段的狀況下，絕望的 Heinz 考慮闖進藥局將該藥偷出以救治他的妻子。受試者須以 Heinz 的立場回答是否該偷藥，並說出理由。見 Robert J. Sternberg, *Psychology* 417 (4th ed. 2004).

⁹³ *Id.* at 416-419.

⁹⁴ *Id.* at 416-419.

後所欲保護的利益，乃是道德發展第四階段的特色。而「因為特定行為侵害特定利益，所以我不能為特定行為」的思考途徑，則已經超越了合法就是對的、違法就是錯的二元區分模式，進一步的以實質的利益狀態作為判斷的依據，乃是道德發展時期第五階段的特色。

而本文認為「固定容許風險標準」的立法模式之所以侵害了人格權，原因有二：第一，這代表立法者假定了社會中的人們僅發展至第四階段的時期，只能以他律動機來思考，欠缺以自律動機思考的能力⁹⁵。如此的假定將會發生心理學上「自我應驗預言」⁹⁶（self-fulfilling prophecy）之效果，使受規範的人們迎合了立法者的低度期待，停滯於道德發展時期的第四階段不繼續發展，甚至可能由第五階段以後衰退至第四階段。第二，在「固定容許風險標準」的立法模式中，一個發展至第五階段的人相較於一個僅發展至第四階段的人而言，更容易遭致違法評價與不利後果，這代表了法規範反倒貶抑發展較成熟的人格型態，鼓勵較不成熟的人格型態，減低了人格發展的可能性。

除了由心理學來說明外，有學者從人作為理性主體的前提出發，說明何以強調「他律」會侵害人格權，甚至有侵害人性尊嚴之虞。學者認為：「人作為理性主體並保有絕對的價值與尊嚴，因此，一個人想要從事什麼樣的行動應當先從自律的觀點進行理解，而不是一開始就考慮透過外在強制力驅使其做出行為決定。…現代的法思想基本上乃是將法規範視為『協助』個人實現自律的工具，而提供協助的理由必須是，為了滿足人類真正的需求，例如解決社會衝突。一旦國家過度

⁹⁵ 雖說 Kohlberg 認為並非所有人都能發展至「後習俗水準」，甚至不排除僅發展至「習俗水準」的總人數可能還比較多。即便如此，這也無法推論出立法者所做的假定就不侵害人格權的結論。尤其，或許正是因為過多強調他律的法規範的存在，才導致人無法發展至「後習俗水準」。

⁹⁶ 自我應驗預言（self-fulfilling prophecy），指的是人們的預期會影響一個人態度與行為的傾向，使承受印象的團體成員開始遵照刻板印象，表現出該印象的特性。見：Shelly E. Taylor & Letitia Anne Peplau & David O. Sears 著(1999)，張滿玲譯，《社會心理學》，六版，頁275，臺北：雙葉書廊。

（非合乎比例地）利用外部強制力（立法）要求個人實現內在的理性自律，則有可能產生侵害人性尊嚴的疑慮。」⁹⁷由此而論，他律比自律更可能侵害人格權或人性尊嚴。

本文贊同前述學者見解，補充說明如下：要證成侵害人格權的前提是必須先描繪出一種「理想的」人格，再檢驗系爭法律是否導致人偏離了「理想的」人格、或者鼓勵了另外一種「非理想的」人格。然而，所有人的價值觀皆不相同，若定義某種價值觀為「理想的」，就代表排斥了與之不同的價值觀，導致人會趨向同一價值觀，但這並非我們所希望看到的人的樣貌。故本文並不是以「選擇了何種價值觀」作為判斷的標準，而是以「是否具備選擇價值觀的能力」來作為判斷標準。因為，唯有當一個人能夠建立、選擇、改變自己的價值觀時，他才獨立於他人與外在事物而存在，至於最後這個人的價值觀為何，和他的人格是否完整則無關聯。也就是說，當一個人能夠自主決定自己要成為怎樣的人時，他的人格才是完整的。由此而論，當一個人的行為決定受制於外界的程度越高時，人格權的侵害就越大。

「固定容許風險標準」的立法模式，使人民的判斷權限從「所欲從事的行為是否會侵害利益」縮小至「所欲從事的行為是否為立法者規範的行為」。是否會侵害利益的判斷，尚須仰賴「這個人」的人生經驗、現場觀察、邏輯推演以及價值取捨等，與人格的獨特部分緊密相連。但倘若行為人只能判斷所從事的行為是否為立法者規範的行為，則幾乎只是語意學的問題，個人人格能涉入之處就微乎其微了。於是，本文主張累積犯是一種相較之下，侵害更多人格權的立法模式。

⁹⁷ 古承宗，前揭註 85，頁 133。

（三）塑造權威性人格，進一步形成侵害人格權的惡性循環

除了前述對於自主空間的限制外，本文認為累積犯更可能使人放棄自主、服從權威，更進一步的塑造出權威性人格，使人習慣於以訴諸權威的方式取代溝通，形成一個「服從權威—放棄自主—訴諸權威—服從權威」的惡性循環。而一個服從權威的人，不僅喪失了人格的自主可能性，更可能被權威利用來侵害其他人的權利。

社會心理學家 Milgram 設計了著名的「電擊實驗」來證明人有服從權威、放棄自主思考的傾向。Milgram 將受試者區分為學生和老師兩組（但實際上學生是由實驗參與者假扮），老師的工作是把一對對字詞唸出來讓學生記憶，每當學生犯下一個錯誤時，老師就要給予學生一次懲罰，而懲罰的方式是電擊。老師坐在一個龐大且令人印象深刻的「電擊機器」前，機器上有一串的槓桿，每隻槓桿上各自標示著它所輸送的電極輻，範圍分布自 15 伏特至 450 伏特，上面還標示著說明文字，例如「輕微」、「極度激烈的電擊」、「危險：嚴重的電擊」等。老師看不到學生，他們只能透過對講機對談。在實驗進行前，學生提到他的心臟不太好，但實驗者向他保證這個電擊不會有危險。且實驗者先給了老師一次示範電擊，讓老師體會一下被電的感覺，實際上這個電擊非常嚴重且令人相當疼痛，但實驗者告知老師這是一個「輕微的」電擊（這裡隱含了想暗示給老師的一件事：輕微的都這麼痛了，那嚴重的想必會更痛甚至造成身體或生命傷害）。在受試期間，學生頻頻犯錯，老師按照規定給予電擊，但隨著電擊量的增加，學生的反應越來越激烈，包含了：大聲乞求停止電擊、敲桌踢牆、停止作答。而實驗者則在旁慫恿老師「請繼續」、「實驗一定要繼續」、「你必須要繼續」，並且向受試者擔保責任由實驗

者承擔，受試者不必負責。實驗結果是：在四十名受試者，所有人都對學生施予至 300 伏特電擊，而有 65% 的人繼續電擊到最高程度的 450 伏特。⁹⁸

由此實驗我們可得知兩件事：第一，人在面對權威時，傾向放棄自主思考與判斷，完全依從於不附理由的權威。第二，當一個人服從權威時，他有可能在權威的指令下做出否定他人人格權的行為。本文認為，使人傾向放棄自主思考即侵害了權威對象的人格權。因為在做決定的過程中，個人屬於自我的價值觀已徹底被刪去，被權威完全取代，淪為決定的對象而非決定的主體。倘若權威的指令內容是侵害他人人權，則人格權受侵害的對象將不只是權威指令的對象、更擴及了指令內容涉及的對象，侵害更廣。

累積犯採取了「固定容許風險標準」的立法模式，在單一行為的風險量領域設定了一個不容許行為人自行判斷的領域，在此領域中，行為人必須完全服從於國家的指示，不得因「單一行為所造成的風險微乎其微」而為該行為。國家以一種權威（但不見得是專業）的姿態禁止行為人自行判斷風險，依照前述 Milgram 提出的理論，此時人會因此傾向放棄自主思考，轉而服從權威，人格的完整性因而被侵害。只不過，在電擊實驗的狀況中，權威的判斷是「安全」；然而在累積犯的狀況中，權威者的判斷是「危險」。但此差異並不影響兩者皆侵害權威對象人格權的結論。但在累積犯的情況中，權威指令的內容並非要求行為人傷害他人，故並不會像前述電擊實驗的情形，導致無辜第三者的權利受損。

更進一步講，當人習慣於服從權威時，他也會認同以訴諸權威的方式來解決問題是合理的。此時就會造成更多人傾向服從權威，或甚至濫用權威導致第三者的權利受損。心理學家 Altemeyer 指出，所謂的權威性人格的特色是順從既定而合法的權威，也同時會權威性地攻擊其他人。其根源並非來自先天人格的衝突，

⁹⁸ Shelly E. Taylo 等著，張滿玲譯，前揭註 96，頁 275。

而是來後天的社會學習或親身經驗。透過接觸非權威性人格者以及各形各色的人，有助於減少權威性人格的傾向，反過來講，常接觸權威性人格者則較易同樣成為權威性人格者⁹⁹。於是，當人們習慣於服從權威時，人們也會越來越認為用訴諸權威的方式來處理問題是理所當然的，社會上的權威性人格者就越來越多，又回過頭去影響其他人，使更多人在放棄思考、服從權威的同時，也成為了另一個使他人服從的權威。在此惡性循環下，人的自主性一點一滴地被侵蝕，人格的樣貌也越來越淡薄。

貳、制裁規範部分

在累積犯的狀況中，所謂的制裁規範指的是「為累積危險行為者，會被施予刑罰」的誡命。本文認為制裁規範會造成的權利侵害有兩種，其一是刑罰真實施加於受刑人時侵害的權利，具體權利為何，視刑罰種類而定。其二則是「強化」行為規範造成的權利侵害。以下分述之：

一、受刑人的權利

當刑罰真實施加於受刑人時，所侵害之權利為何，視刑罰之種類而定。如為死刑，則侵害者為生命權；如為自由刑，則侵害者為人身自由；如為財產刑，則侵害者為財產權。惟不論何者，刑罰皆存有標誌犯罪者的效果，使犯罪者必須承擔社會的道德非難，減損其開展生活的可能性，侵害其名譽權與人格權。相較於其他種類的法規範，刑罰所造成的不利效果最為強烈，侵害權利的程度最高。

⁹⁹ Shelly E. Taylo 等著，張滿玲譯，前揭註 96，頁 275。

二、強化行為規範造成的權利侵害

累積犯的行為規範侵害了行動自由與人格權，甚至有侵害人性尊嚴之虞，已如前文所述。然而，純粹的行為規範所造成的權利侵害程度是微小的。以制裁規範作為後盾，才能夠確保行為規範所帶來的效果，而同時，也加劇了行為規範所造成的權利侵害。人在做行為決策時，通常會衡量行為所帶來的效益與成本，制裁規範的作用即在於提升成本，實質上形成了人做特定決策（做符合構成要件的行為）的阻礙，不利效果越強，則此行動的阻礙越大，也就是侵害行動自由與人格權的程度越高。而由於刑罰所造成的不利效果在各種法規範中是最為強烈的，故其強化行為規範的作用也最強，提升的權利侵害程度自也最高。



第三節 目的正當性

壹、探究累積犯的規範目的

在德國社會學家 Beck 於 1986 年出版學術專論「風險社會」後，「風險刑法」的概念被引入刑法學界中，刑法的目的是否產生轉變，出現爭議。抽象危險犯普遍被認為是一種因應風險社會而生的新型態風險管制工具，而累積犯乃抽象危險犯的下位類型，故在檢驗目的是否正當前，本文將先釐清在當今的風險社會下，累積犯的規範目的為何。

一、風險社會的特色

德國社會學家 Beck 在 1986 年出版的學術專論「風險社會」中，分析現代工業社會面臨到生態、科技及社經等社會系統的崩壞危機。Beck 的核心命題是：「現實我們正在經歷一場根本性的時代變革，於此，工業社會正過渡到一個新的宏觀社會學性的模型，也就是風險社會。」¹⁰⁰ Beck 認為，現代風險和傳統社會的自然風險有極大的差異，而具有以下特性：第一，由於現代「技術—經濟」的每項決策所涉及的層面皆相當龐雜，在資訊不完全的情況下勢必無法準確預測後果，故先天上即隱含了某程度的風險；第二，由於科學知識與技術相當抽象且複雜，且在專業分工下常常只有極少數人能掌握，故一般人很難把不幸事故和某項科技聯想在一起。第三，現代風險事件所造成的後果，常會延遲發生，甚至危害到下一代。第四，後果相當嚴重。第五，影響的範圍擴及全球。第六，具日常性與公共性。

101

¹⁰⁰ 古承宗，前揭註 85，頁 119。

¹⁰¹ 丁昱仁，前揭註 35，頁 127-128。

現代社會除了有前述 Beck 論及的新風險外，還有另外一個特色是人們開始凝聚一種潛在的心理認知狀態，此認知狀態的特色是對風險感到恐懼、渴望安全感¹⁰²。這裡強調的是人們心理狀態的「風險感」，而不是外在事物的「風險」本身。也就是說，「風險」和「風險感」兩者不存在邏輯上的必然關係，就算「風險」並未如 Beck 所言提高，但在此社會集體心理狀態的運作下，人們還是會感知到更多「風險感」、因而產生更高程度的恐懼。

至於為何社會會產生此追求安全感的集體心理心態？學者首先援引了德國社會學家 Fromm 的社會心理分析理論作為說明基礎，認為人在脫離嬰幼兒時代後，擺脫了原始關係下的安全感保證，心理上的獨立性逐漸獲得確認，個人自由開始獲得解放，但同時卻也開始對自由感到憂慮，而感到無力感與孤獨感等負面情緒。若在適應過程中所仰賴的經濟、社會和政治狀況無法讓人克服這些潛在的無力感與孤獨感，那麼人就會陷於迷失，而產生逃避自由的傾向，求助於某種逃避機制來重新建立起安全感的保證關係，例如讓自己歸順於權威¹⁰³。

而另一方面，現代社會的傳播技術發達，社會網路的聯繫從過往的長期、鄰近的交往活動轉為短期、遠距的傳播活動。因為媒體的傳播是密集的、短暫的，無法提供訊息接收者較完整的資訊環境，同時個人相對屬於資訊弱勢的一方，本身較無能力明確掌握事件的前因後果，於是媒體傾向以操作議題、篩選資訊的方式來形成「輿論」¹⁰⁴。而犯罪事件或公害事件的報導，常能挑動大眾的情緒、帶來較高的商業利益，又「看似」具有公益性格，可說是具備了叫好又叫座的新聞價值，自然成為媒體的寵兒，屢屢登上新聞版面。於是，長期暴露於風險資訊中、卻又不明瞭前因後果的閱聽大眾們，就會覺得這個社會中到處都存在著不可預測、不

¹⁰² 古承宗，前揭註 85，頁 122。

¹⁰³ 古承宗，前揭註 85，頁 123-124。

¹⁰⁴ 古承宗，前揭註 85，頁 125-126。

可控制、後果嚴重不可回復的風險，而深深感到不安全。而當感到不安全時，如本文於前段所述，人們的心理傾向又會去歸順於權威，但殊不知這個權威(媒體)只會讓他們感到更不安全。在此循環的運作下，人們的恐懼感與不安全感越來越強烈，對控制風險的需求也越來越強。

由前述可知，風險社會的內涵有二：第一、外在世界中，風險型態的轉變。第二、感知世界中，不安全感的提升。前者強調的是「風險」，相反的概念是「安全」；後者強調的則是「風險感」，相反的概念是「安全感」。兩者概念迥然不同，不容混淆。

二、風險社會中刑法目的的轉變？

自啟蒙時代以來，刑法的目的被認為是在「保障人類共同生活的基本條件」，而這種基本條件，被學者們普遍稱為「法益」，也就是說「刑法的目的是保護法益」。又在二次大戰以後，由於納粹對人性尊嚴的踐踏，表現個人價值的法益概念更特別受到重視。從而，法益理論長久以來，都仍維持著學說通說的地位¹⁰⁵。然而，在 1970 年之後，風險社會的概念被引入刑法學界，風險的概念也逐漸成為刑事制度的運作重點，影響了抽象的刑法學理論述與具體的刑事政策安排¹⁰⁶。在此浪潮中，「刑法的目的是保護法益」的「法益論」命題出現了與傳統不同的擴張詮釋方式，甚至出現了與之相抗衡的「規範論」主張。許多新型態的風險控制工具因應而生，而累積犯即被學者認定為為其中之一。本文以下將簡扼說明風險社會的概念是否、以及如何影響刑法目的的解釋，提出本文的看法後同時釐清累積犯在現今風險社會中的規範目的。

¹⁰⁵ 許玉秀(2003)，〈刑法的任務—與效能論的小小對話〉，《刑事法雜誌》，47 卷 2 期，頁 2。

¹⁰⁶ 李佳玟(2005)，〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 31。

（一）「減低風險／確保安全」面向

或有認為，在風險社會中，刑法的機能已逐漸從法益保護「轉變」為風險管控。但本文的想法是，不論在過去或現今，「法益保護」和「風險管控」兩者其實互不衝突，前者為目的、後者為手段，皆同時並存於古今，刑法的目的從未轉變。一個已經被侵害的法益，在事實上是不可能被保護的，所以我們要談的保護法益，針對的都是未來尚未被侵害的法益。而保護未來法益的方法即是避免可能侵害到法益的行為，由於這些行為都並未真實發生、也無法肯定是否必然會造成法益的侵害。故從事前的角度來看全部都是「風險」。舉例來說，透過制定殺人罪可管控生命風險、進而保護生命法益，而制定放火罪亦是管控生命風險、進而保護生命法益，兩者並無不同。也就是說，刑法的目的自古皆然，都是透過管控風險來保護法益。惟有部分學說認為預防犯罪並非刑法之目的，刑法之目的在於應報、著重於制裁規範的事後評價機制，若採此觀點，則刑法之目的則確實可能產生了質變。但本文並不採此觀點。

依本文觀點，如果真要談轉變，那轉變的只有管制的技術。風險雖然古今皆有，但誠如 Beck 所言，現代風險的特殊性在於其特別複雜，非一般人所能感知，且風險一旦實現、危害常常非常巨大且範圍擴及全球。是故，若由行為人自行判斷其行為是否會產生實害，行為人常常會低估風險，導致社會整體風險過多、法益危殆化。於是立法者開始普遍制定抽象危險犯等犯罪型態，劃定一個固定的容許風險標準，不容（或僅給予行為人較小的判斷權限）行為人自行判斷其行為是否會產生實害。依本文的理解，此轉變發生於風險管控的技術層面上，也就是「固定容許風險標準」立法模式的大量引入。

（二）「減低風險感／確保安全感」面向

風險社會中的另一個面向是人們安全感的需求。在此面向上，法益是否真的被保護了並不是重點，重點在於人們是否「感到」社會上的風險降低了、「感到」法益已經被安全無虞的保護了。學者指出：「抽象危險犯的存在，毋寧是立法者為了避免立法個人利益的支配可能性得以實現發展的條件遭到攻擊或陷入危險，而透過法律化的方式所作的保證。這樣的保證，也是建立在個人對於利益實現的安全感與確定感的要求之上。因此，抽象危險犯的運用，也可以被理解為使人們不確定感最小化的方式之一。」¹⁰⁷學者更進一步提及，刑罰至此已不只具有防止未來危險行為發生的預防功能，還具有控制「恐懼成本」的功能¹⁰⁸。立法者透過「固定容許風險標準」模式的立法，讓人們相信所有的社會參與者不會恣意的按照自己的個人判斷來行事，而會按照這套統一的規則來行事，將不確定性減少，進而使人們覺得自己屬於這個社會，而這個社會的秩序是被安排妥當、令人安心的。

學者即指出，因應風險社會的現代刑法的特色是常存有「象徵立法」的現象。象徵立法的主要功能乃作為一份規範聲明，亦即規範目的只是國家期待在社會大眾之間形成一定之合法與不法意識，但「實質上並不企圖影響任何的個人行為取向」¹⁰⁹。在象徵立法的過程中，科學統計的實證數據常被部分人的個案經驗取代¹¹⁰，因為風險是否真的能被證明並不是立法考量的重點，大眾是否感受到有風險才是立法需求的來源。例如科學實證上尚未證實飲用受塑化劑污染的食物會導致癌症，但由於有人「恐懼」塑化劑會導致癌症，且此「恐懼」經由大眾媒體不斷散播、累加，

¹⁰⁷ 王皇玉，前揭註 77，頁 241。

¹⁰⁸ 王皇玉，前揭註 77，頁 242。

¹⁰⁹ 古承宗，前揭註 85，頁 135。

¹¹⁰ 古承宗，前揭註 85，頁 136。

最後可能就形成了添加塑化劑入罪化的強烈需求¹¹¹。由此可知，立法者透過象徵性立法所宣稱欲維護的「安全」，常常不是客觀經驗上可以掌握的外在現象，相反的，只是為了讓社會大眾與法律規範間產生某程度的聯繫進而具有「安全感」¹¹²。學者將此稱為某種「儀式性的安全保證」¹¹³，並認為此種象徵性立法在表面上常結合「積極一般預防」的立法意識，但實際上這個預防成效可能根本是立法者主觀上的預設，真正能達成的目的僅有塑造社會價值或者安撫人們的風險恐懼而已¹¹⁴。

德國學者 Jakobs 更進一步的提出了有別於法益論的「規範論」觀點，其理論不只適用在抽象危險犯等新興犯罪型態上，更適用於實害犯等傳統犯罪型態上。於是，規範論嚴格來說並不是因應風險社會概念而生的理論，稱不上是刑法目的的「轉變」，依 Jakobs 的原意，毋寧說是刑法的目的自古至今就都該如此解釋。Jakobs 的規範論博大精深，引來的討論也相當廣泛，本文不擬深入介紹，僅簡扼說明如下：氏認為刑法的任務並不在於保護法益，而在於保護規範的效用、反映社會的同一性¹¹⁵。Jakobs 一開始的理論基礎在於 Luhman 的系統理論，在社會的交互行動中，每個人都需要與其他人溝通才可能開展生活，而溝通要成為可能，就必須要使雙方的預期與對預期的預期成為可能。而法的機能就在於規範預期的安定化，提供一個行動前提，使全體社會安定化¹¹⁶。而刑罰的作用並不在於威嚇大眾，而在於使全體社會人，認知並信賴促使溝通可能順利運行的規範，進而進行溝通¹¹⁷。基於此，刑法的機能乃在於規範保護，法益保護僅是其附帶效果¹¹⁸。但自 1995 年左右起，Jakobs 開始否認其理論與 Luhman 系統論的關聯，取而代

¹¹¹ 古承宗，前揭註 85，頁 136。

¹¹² 古承宗，前揭註 85，頁 136。

¹¹³ 古承宗，前揭註 85，頁 136。

¹¹⁴ 古承宗，前揭註 85，頁 140。

¹¹⁵ 許玉秀，前揭註 105，頁 2-3。許玉秀教授將本文此處提及的規範論稱為效能論。

¹¹⁶ 王正嘉(2009)，〈風險社會下的刑法保護機能論〉，《法學新論》，6 期，頁 86-88。

¹¹⁷ 王正嘉，前揭註 116，頁 88。

¹¹⁸ 王正嘉，前揭註 116，頁 88。

之的是回頭採用 Hegel 的新唯心主義，認為犯罪不僅引起他人的具體實害，同時更是對法的侵害，刑罰必須對此行為科予反作用力，來重新確認行為規範的正當性，回復一般社會大眾對規範的信賴、尊重與承認¹¹⁹。然而，無論論述途徑為何，Jakobs 前後都認為刑法的目的在於確保人對規範的信賴，或者也可被理解為確保人對規範有效運作的「安全感」，而非法益的保護。

（三）本文見解

本文的看法是，所謂的法益，指的是值得刑法保護的生活利益。至於所謂的生活利益，不存在一個絕對客觀的判準，而需求諸於當代人民的情緒。一個狀態，是利益、是弊害、抑或只是中性的現象，全然取決於人對此狀態的情緒反應。即便是傳統的個人法益清單，例如生命、身體、自由、財產、名譽，若我們追問到底為什麼要保護這些法益，最後得到的結論也只會是因為少了這些、人會有負面情緒，或反面來講是因為有了這些、人會有正面情緒。而人生活的目標在於使情緒更好，所以會運用各種工具來達成此目的，刑法即為各種工具之一。當然，這並不代表所有會侵害利益、會引發人負面情緒的行為，都應該動用刑法來禁止，理由是動用刑法也會侵害利益、也會引發人的負面情緒，而且從經驗上來講，動用刑法所侵害的利益、所引發的負面情緒常常是更大的。總言之，當一個行為侵害了利益，也就是造成人們的負面情緒狀態時，我們就可「考慮」動用刑法。但在考慮動用刑法時，務必把刑法所造成的利益侵害納入衡量，避免刑法的介入反而造成了利益狀態的失衡。然而，如果一個狀態連利益都稱不上，那就可以終局的確定不該用刑法來保護此狀態，亦即不應用刑法來禁止侵害此狀態之行為。

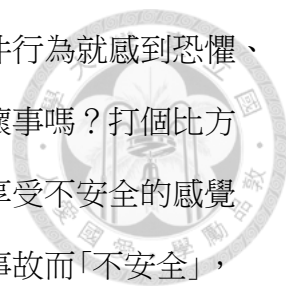
由此而論，我們可以先確定的是，規範保護絕對不可能是刑法的最終目的。因為規範本身是中性的，會不會為人帶來利益，還必須視規範的內容以及規範的

¹¹⁹ 王正嘉，前揭註 116，頁 89。

具體運作情形而定。其實本文認為，即便是 Jakobs 本人，也並不是把規範維護本身作為最終目的，在其論述當中也提到，規範之所以要被保護的理由，是為了維持人與人間無摩擦的進行溝通、進而安排未來的生活。也就是說，最後著眼的保護對象仍然不是規範，而是人的利益。更進一步言，也並非所有的規範被保護後，都能帶給人利益。首先，人的生活有些不確定感，有時反而能帶來正面的情緒。再者，當規範內容是弊大於利的，此時當人預期到規範會有效運作，只是加深了其負面情緒、而非帶來正面情緒。由此可知，即便要論證「可預期感＝利益」的命題，此命題也是難以成立的。

至於，「安全」或「安全感」能否作為刑法所欲保護的利益，本文認為無法一概而論。本文認為，該檢驗的重點在：人們的需求是否真實存在？再者，需求的強烈程度是否已大到需要動用刑法？特別要注意的是，打著風險社會的旗幟，並不能使原本稱不上利益的狀態一躍變成利益。風險社會概念的出現，只是幫我們在實然層次上更清楚的了解現代社會的變動。然而在此需特別注意，風險社會概念的提出並未使應然層次的判斷標準改變，而僅是出現了新的事實，導致我們所需面對的涵攝爭議增加或改變了。

如果有足夠的證據支持風險存在，而該風險實現又會減損人們認可的重要生活利益，那以「風險控管」作為理由使特定行為入罪化，確實並無不可。但令人害怕的是，很多時候其實實證資料根本不足以支持到達入罪程度的風險量，這時立法者就會從「安全」面向遁逃到「安全感」面向，在論述中刻意混淆兩者作為將特定行為入罪的正當化事由。雖然說，本文並不是全然否定以人民的「安全感」作為保護法益，甚至在理論上也接受純粹的「安全感」也可能作為保護法益。惟在現實上以安全感作為保護法益常常淪於空泛，論者在論述上常常疏漏許多重要環節，而僅以「安全感」、「信賴」或「免於恐懼」等字眼一語帶過，導致在檢驗正當性時常常會過度高估「安全感」的重要性，對正當性的批判性質疑將無從著力。



例如：人民的感情是否真的那麼脆弱？真的會因為構成要件行為就感到恐懼、不安全，甚至不信賴制度？再來，人民感到「不安全」真的是件壞事嗎？打個比方來說，遊樂場裡的雲霄飛車常常大排長龍，不正是因為許多人享受不安全的感覺嗎？甚至，有時當人們太有「安全感」的時候，反而會疏於防範事故而「不安全」，導致真正重要的生活利益因而減損。由此以觀，「安全感」未必是利益，「風險感」也未必是弊害，要成功建立當中的連結，恐怕還需要更充分的實證與論述。誠然，有時候特定制度的順利運作需要仰賴人們的安全感，而某些利益的維持又需要仰賴該制度，此時我們或許就可從「安全感」（人民對制度的信賴）推論到「安全」（制度的順利運作）、最後再推論出「利益」（制度順利運作下人民的正面情緒感受）。但在此種情況中，其實我們也無須深究是否可接受以安全感作為保護法益了，因為在論述上，我們也可直接以「安全」（制度的順利運作）作為保護法益；而在許多情況中安全感就只是純粹的安全感，要怎麼推論出利益，恐怕就需要更強而有力的論據了。

而接下來的層次是，即便「安全感」可作為一項「利益」或從中推導出「利益」，若要提升到「法益」的層次以刑法來保護，那就還必須探究手段與目的間是否合於比例，那麼要問的問題就會變成：刑法真的能建立人民的安全感嗎？或只是讓人民陷於更深的恐懼之中呢？又，建立安全感的方式一定得透過刑法嗎？是否有其他制度，甚至不需要懲罰作為後盾，即能回復人民的安全感呢？而滿足安全感所帶來的利益和刑法造成的利益侵害之間相較起來是否會失衡呢？

綜上所述，刑法的目的從古至今都應該是保護法益，而所謂的法益即是重要到需要以刑法來保護的利益，而所謂的利益則是會帶給人民正面情緒的狀態。風險社會雖然帶來了改變，但從刑法的角度來看，因應風險社會而改變的只有實然層面的事實、而非應然層面的標準。在事實層面上，風險社會帶給人們許多新的「風險」與更強烈的「風險感」，而管控這些新的「風險」與「風險感」在邏輯上都可能

作為「利益」。然而，我們必須小心謹慎的是，在現實上風險社會的旗幟常讓我們疏於檢驗利益是否真的存在，以及此利益是否應以刑法加以保護。但另一方面，我們也沒必要完全否定以「安全感」或「信賴」作為保護法益的可能性，畢竟所有的利益推到底其實也都只是一個情緒。於是，本文的態度是，不絕對否定安全感作為保護法益的可能性，但認為在以安全感作為保護法益時需經過嚴格的檢驗，以避免立法者濫用的可能性。

三、累積犯：用來確保「安全」還是確保「安全感」？

由前述可知，在風險社會中人們對「安全」和「安全感」的需求都同時上升了。而累積犯作為一項新興的犯罪型態，其目的究竟是為了確保「安全」、抑或是確保「安全感」，頗耐人尋味。從表面上來看，立法者必然不敢冠冕堂皇的以確保安全感作為累積犯的立法理由，一來是為了閃躲刑法學者的批評，二來則是一個技術上的考量：如果在立法理由上「明說」只是為了安撫人民，而沒有想要真正改善人民所擔憂的問題，那人民怎麼可能會被安撫？所以說，確保安全感在先天上必然只能作為一個隱藏或附帶的目的，表面上的目的必仍是控制風險、確保安全。但實質上確保安全感可能才是立法者的主要目的甚至唯一目的。

拿累積犯來確保安全在邏輯上是很容易想像的，簡單來說就是防微杜漸，避免微量的風險累積後爆發實害（精確而言是累積後造成邊際利益侵害的程度上升），來確保人民的生活利益不會受到侵害。然而在實際上，單一行為和最終結果之間的因果關係很多時候難以證明，尤其行為和最終結果間的間隔時間常常相當長，中途會出現很多的變因，諸如科技的進步、制度的改變、人行為模式的轉變等等因素，都會影響實際上「安全」的需求是否真實存在以及累積犯能否能確保安全等關鍵問題。於是，很多時候立法者只能「宣稱」以累積犯來控制風險、確保安全，卻沒辦法提出充分的實證來支持累積犯與安全間的關聯性。然而，如本文

於前節之分析，累積犯屬於「固定容許風險標準」的立法模式，是立法者以其專業來判斷此行為已超越容許風險，而不容許（或減低行為人的判斷權限）行為人自行判斷實害。這代表著，立法者在判斷風險的準確度上，很有信心能判斷的比行為人更加準確。若實證根本不足支持立法者的風險判斷，例如問題根本不存在，或沒有立法者所宣稱的那麼嚴重，那立法者所確保的安全就不是真正的安全。那麼，何以立法者還要立法否定行為人自主判斷風險的能力，恐怕就另有原因。

學者就指出，在風險社會中政府常無法根本性地解決問題。此時將特定行為所具有的累積性、波及性效果視為抽象危險的內涵，亦即訂立累積犯，因為有安撫人心或甚至麻痺社會大眾神經的作用，故常常成為無能政府的首選¹²⁰。也就是說，立法者制定累積犯的真正目的常常不是為了確保「安全」，而只是為了回應人民的恐懼感，透過立法營造一種「政府有在做事」的感覺（錯覺？），讓人民感到安心。透過累積犯的制定，人民會認為社會的控制是無孔不入的，即便連最微量的風險也在政府的管控之中，政府的形象從無能的僕人一躍成為精明幹練的導師，睿智地「由小見大」、「一葉知秋」、「見樹又見林」，總能在災害尚未釀成、甚至根本還未成形前，就將風險消除於無形。而所有的社會成員都會依照政府所建立的規則來行事，人人都在政府的教育下，成為了風險精算師，看得廣、看得遠、不短視近利。而人們就生活在這樣有序的社會中，安全感油然而生。

綜上所述，累積犯的表面目的是為了管控風險、確保安全，但其背後的隱藏目的常常只是要營造安全的氛圍，使人民有「安全感」。而誠如本文於前所述，本文認為「安全」和「安全感」都有可能作為利益，亦有可能成為刑法所保護之法益，一切都是利益衡量的選擇。然而，揭露累積犯真正的立法目的仍有其實益，因為我們必須要先釐清累積犯可能帶來的「利益」，才有辦法去檢驗這些利益是否真實

¹²⁰ 李茂生，前揭註 21，頁 364。

存在，以及去比較累積犯帶來的利益與侵害的利益間孰輕孰重。亦即，確認累積犯的規範目的是檢驗正當性的前提，而本文就即將於接下來的環節中檢驗累積犯之正當性。



貳、檢驗目的正當性

本文論及了累積犯作為風險社會下新興的風險管制工具，其目的可能有二：第一，減低風險，確保人民的安全。第二，消除恐懼（風險感），確保人民的安全感（信賴感）。後者之達成雖與減低風險常有伴隨關係，但卻不見得存有邏輯上的必然結合關係。簡言之，在邏輯上，消除恐懼不見得需要靠減低風險才能達成，反面來講，減低風險也不見得能夠消除恐懼。另外，確保安全感可能作為刑法的最終目的，亦有可能作為實現特定制度利益的間接目的。故在本節架構中，本文將先區分「減低風險／確保安全」與「減低風險感／確保安全感」兩者，再於「減低風險感／確保安全感」下區分以「減低風險感／確保安全感作為最終目的」與以「減低風險感／確保安全感作為（達成特定制度利益的）中途目的」兩者，分別分析這些目的是否正當。至於正當與否的判斷的標準，本文的見解是，只要此目的之達成可帶給人「利益」，即為一正當之目的。而所謂的利益，乃能帶給人正面情緒（愉悅）的狀態。然而，即便達成特定狀態是「利益」，也不代表它可作為一項「法益」，因為所謂的法益指的是值得刑法保護的利益，而是否「值得刑法來保護」，是必須經過後續比例原則的檢驗才能得到的結論。

一、減低風險／確保安全

制定累積犯的預設是：單一行為並不足以造成利益侵害的結果（更精確一點來講，指的是邊際利益侵害程度較低的結果），需要同種類的行為大量累積後才會造成利益侵害的結果（更精確一點來講，指的是邊際利益侵害程度較高的結果）。

而制定累積犯的目的之一，便是避免此累積後的利益侵害結果發生，以保護人的利益。亦即減低累積行為帶來之風險，以確保人民的安全。

本文以一個假設案例來說明此時應如何檢驗目的正當性。假設立法者規定：「滯留於捷運車廂者，處以刑罰。」由於我們殊難想像一個滯留於捷運車廂的人會造成什麼樣的利益侵害，相較之下，有可能發生利益侵害的狀態只會出現在非常多人同時滯留於捷運時。於是，我們或許就可考慮將本條定位為一個累積犯，再來探究本條的規範目的。此時，必須設想的狀態就不是僅有單一行為造成的狀態，而是：如果有很多人做出同種類的行為，此時的狀態為何？¹²¹而在本假設案例中，想像的狀況即為：捷運車廂內擠滿了人，其他欲搭乘捷運的人們無法進入車廂移動至其他捷運站。而下一個步驟，我們就要檢驗：這一個狀態是否會侵害人的利益？如果答案是肯定的，那麼避免這個狀態的發生就有利益，此目的就正當。於本設例中，捷運交通之順暢是否可作為利益，必須還原至人的感受才能判斷。而從經驗上來看，任何大眾運輸交通工具的順利運作皆有助於縮短路程時間，使人擁有更多可支配的時間，且方便人預先規劃生活，故應認為本設例的目的是正當的。

由前述討論可發現，目的正當性的檢驗是相當寬鬆的，只要法律有達成「利益」的「可能性」就能夠通過目的正當性的檢驗。此檢驗層次發揮的功能，與其說是篩選掉不正當的法律，不如說是讓立法者把話說清楚，揭穿立法者隱藏於語言包裝後的真實意圖，把靶子畫清楚、讓後續的檢驗得以集中火力。在累積犯的情形中，這個功能顯得特別重要。因為累積犯之所以有存在實益，就是為了減少不易被人們感知的微量風險，而這些風險即便在累積後實現也不易被人們的感官感知到。這確實是累積犯概念存在的實益所在，但也因為此特性，當立法者以冠冕

¹²¹ 在經驗上，是否會真有這麼多人做出同種類的行為，亦即是否會出現「真實的累積效果」，乃下一層次檢驗適合性時會面對的問題，詳見後述。

堂皇的說法來包裝其實並不存在的「利益」時，因為其宣稱所欲保護的利益本來就比較不容易被感官察覺，故此意圖也較不容易被揭穿。而立法例上，累積犯的保護法益也確實都是抽象的「集體法益」。累積犯的首倡者 Kuhlen 提出累積犯時，是專門拿來保護環境法益此集體法益，而推廣者 Hefendehl 在《刑法中的集體法益》一書中擴展累積犯的概念時，也是把累積犯視為一種專門保護集體法益的工具。從而，在檢驗累積犯之正當性時，由於其規範目的通常是保護集體法益，而集體法益的特性是抽象、易被當權者以語言包裝掩飾真實意圖，故目的正當性檢驗層次能發揮的功能顯得特別重要。

但其實，累積犯在理論上不只可被運用於保護集體法益的情形，也可被運用於保護個人法益的情形。舉例來說，如果有某種毒藥需大量累積於一人體內才能致其死亡，那邏輯上也可能出現制定「使他人服用某種毒藥者處以刑罰」的累積犯規定。只不過，這種規定雖然邏輯上可能存在，但在現實中因尚未出現規範需求而並未出現，且以傳統個人法益作為保護法益的爭議性較低，故本文就暫且略過不談。

延續前一章文獻的分類，本文將累積犯依照保護法益的類型區分為以自然環境作為保護法益與以人為制度作為保護法益兩者。本文以下即以此為分類，分別討論目的正當性。然而，目的正當性的檢驗牽涉的其實乃個別分則條文的保護法益問題，和累積犯的本質邏輯上並無關聯。故本文將僅於類型化後以歸納的方式整理出共通爭議，並就此些共通爭議提出簡要看法。

（一）以自然環境為保護法益

累積犯此概念首次出現時即被運用於以自然環境作為保護法益的情形。自然環境的保護和人的利益在經驗上息息相關。舉例而言，空氣汙染和水汙染會造成人健康的危害、嚴重者甚至會導致死亡；水土流失會造成土石流或提高洪水的危

害程度，侵害人民的生命、身體與財產；生態多樣性的減損會造成基因庫的減少，限制未來生物科技的發展，減少人類福祉。然而，在此以人作為利益主體的主流思潮中，以自然環境作為保護法益，在目的正當性層次上會面對的爭議問題有二：其一是，自然環境能否獨立於人的利益而存在？換言之，如果保護自然環境並不會給任何人帶來利益，則此時保護自然環境是否還算得上一個正當的目的？其二是，後代的人類福祉（尚未生存於當今社會中的人）是否可作為利益的主體？換言之，如果保護自然環境並不會給現代生存於社會中的人帶來任何利益，而僅會給後代的人帶來利益時，則此時保護自然環境是否還算得上一個正當的目的？

針對第一個問題，我國學者已多有討論。學者認為此處涉及人本與非人本法益思想之爭，「人本法益論者認為刑法所保護的法益，無論如何，最終仍是人類的利益，保護人類以外的生物和環境媒介，目的仍在於保護人類的利益；非人本法益的思想，雖然也承認人類的利益是最終被保護的利益，但認為人類的利益可以透過間接的保護客體而受到保護，例如財產，公共利益，皆可以成為獨立的保護對象，而因此水、空氣、土壤，甚至安寧都可以是和人類利益並存的獨立法益，也就是承認所謂獨立的環境法益。」¹²²由前述分析可知，即便是「非人本」法益思想，其實最終還是以人作為利益的歸屬主體¹²³。學者就指出了：「法益既然是『人的規範』意義下的概念，必然以對人有利或有害，作為定義的基準點，則非人本法益思想也必定無法突破人類利益的角度，亦即以人的利益為最後界線。」¹²⁴本文贊同此觀點，故認為在第一個爭議中，自然環境不能獨立於人的利益而存在。即便採用非人本法益思想，視水、空氣、土壤、安寧等為保護法益，但其背後的

¹²² 許玉秀(1997)，〈我國環境刑法規範的過去、現在與未來〉，收錄於《主觀與客觀之間》，春風煦日論壇，頁 453-454。

¹²³ 故嚴格來講，稱其為非人本法益思想容易導致誤解，有文獻便將人本法益思想稱為強化的人類中心主義，而把非人本法益思想稱為弱化的人類中心主義，較能精確傳達思想原意。見：丁昱仁，前揭註 35，頁 123。

¹²⁴ 許玉秀，前揭註 122，頁 454。

目的仍是不折不扣的人的利益，在法解釋的技術操作上當然可承認這是所謂「獨立的」環境法益，但實質上和所有的超個人法益一樣，均非獨立於人的利益而存在。

而針對第二個問題，學說已普遍承認人「永續發展」的利益。也就是說，不只是現在生存的人能作為利益歸屬的主體，「尚未出生」的人也能作為利益歸屬的主體。本文贊同此見解。蓋從現實上來講，行為規範在本質上就是向「未來」生效，立法的時點和行為規範發揮作用的時點必然會有一段時間點的落差，立法者在立法時斷不可能只欲保護立法時點即已存在的人；再者，人與其他生物最大的不同之處乃在於人與人間的聯繫，而這個聯繫不只橫向的存於同一時間點的不同空間中，亦存在於縱向的不同時間點間，故保護當代人的利益通常和保護下一代人的利益是無法分割開來看待的。

總言之，以減低自然環境的風險作為累積犯的規範目的時，雖然會面臨前文所述的爭議，然而，這些共通的爭議都不會直接導致目的不正當的結論。只要在檢討目的正當性時，充分說明保護特定自然環境和「人」的利益（包含現代人與未來人）間的關聯性，則保護特定自然環境即可作為一項正當目的。

（二）以人為制度為保護法益

以制度為保護法益在目的正當性層次上面臨的最大問題是：常常會陷入循環論證的窘境。由於我們已經習慣了制度的存在，在思考時不免會遺漏「制度不存在」的可能性，這導致了我們在判斷制度是否能帶來利益時，常會囿限於制度自身的框架中，導致制度的存在自我證成了制度存在的需求。意思是，我們在證明制度帶來的利益時，常常只拿「制度存在，亦無對制度的侵害行為」和「有對制度的侵害行為，但制度仍存在」的兩個狀態來比較，若前者帶給人更多的愉悅感受，則似乎就證成了該制度帶來的利益。然而，這種思考途徑其實忽略了我們還有「

制度不存在」的選項。於是，即便「制度存在，亦無對制度的侵害行為」的狀態比起「有對制度的侵害行為，但制度仍存在」的狀態帶來更多利益，也不當然能得出保護該制度是有利益的結論。我們還必須更深入地去探討「有此制度」的狀態是否比「無此制度」的狀態帶來更多利益，才能夠證明保護此制度是一個正當的目的。

用簡單的例子來說明，假定考試制度的目的在於公平選才，而作弊行為破壞了考試的公平性。當我們在檢討以考試制度為保護法益的目的正當性時，常常陷入思考盲點，只去比較「一個比較公平的考試制度」和「一個比較不公平的考試制度」，理所當然的，前者比後者帶來更多利益。然而，公平性作為利益的前提其實是考試制度的存在本身，在一個完全沒有考試制度的社會中，根本就不會存在公平性的概念。於是，以公平性來論證考試制度的利益，其實是一個循環論證。跳脫此循環論證，證明考試制度有利益的方法，應該是直接去比較一個有考試制度的社會和沒有考試制度的社會，何者能帶給人更多利益。

再以前一章中提到的智慧財產權制度為例。一般而言，人們普遍認為著作財產權的保護有利於文化產業的發展，使人們的精神生活更加豐富，對人而言無疑是個利益。然而，我們要注意的是，著作財產權的保護至多僅能增加「以經濟利潤為動機」的創作。儘管缺少著作財產權的保護，我們的社會依然會有許多各式各樣的創作。那這些「以經濟利潤為動機」的創作到底有什麼獨特性，而可能成為一項不可或缺的生活利益呢？或者說，缺少這些「以經濟利潤為動機」的創作，我們的社會將蒙受什麼重大的損害呢？又或者，我們真的有信心可以大聲說有著作權保護的今日，我們的社會比以前更加「文明」了嗎？¹²⁵本文在此提出這些疑問，並不是想要證明保護智慧財產權制度不具有正當性，而只是想要點出：當我們在

¹²⁵ 對於以刑法來保護智慧財產權的正當性分析，可參考：黃榮堅(2001)，〈個人使用下載 MP3 檔案的刑事責任問題〉，《台灣本土法學雜誌》，23 期，頁 63-72。

檢討目的是否正當時，必須突破現況制度所設下的框架、去努力想像一個該制度根本不存在的社會來進行比較。



二、減低風險感／確保安全感

在風險社會中，「風險」與「風險感」這兩者時而牽扯在一起、時而又各自獨立。社會中的風險高，在經驗上來講雖然通常會導致人的風險感高，但這卻非邏輯上的必然。由於從外在的風險轉化為內在的風險感的過程中，牽涉了人的心理感知，而影響人心理感知的因素遠不只有外在風險有多高此一項變因，尤其在現代大眾傳媒傾向使用篩選議題、誇大報導手法的今日，人們的主觀認知和客觀的真實世界常出現大幅落差，更加劇了風險與風險感的落差。又從另一方面來講，人的風險感高，有時不只體現在自己的情緒上，更會進一步導致特定制度無法順利運作，最終侵害制度所欲達成的利益。此時，「風險感」便成為了一項（人為制度的）「風險」，兩者密不可分。總言之，風險在心裡感知的運作下可能會帶來風險感，但這並非邏輯上的必然；而同時，風險感可能就是一項制度的風險，但這也不是邏輯上的必然。

然而，即便風險感不會成為一項制度的風險，風險感的存在本身也會影響到人的情緒，故即便我們無法從減低風險感進一步推論到減低制度風險，「減低風險感／確保安全感」仍可能作為一項獨立的利益。在檢驗目的正當性時，以「減低風險感／確保安全感」作為獨立利益，和把「減低風險感／確保安全感」作為減低制度風險的中途目的，二者在論述上，應注意的重點不同。是故，本文在論述上依「風險感」會進一步成為一項「風險」，抑或只是單純的影響人們的情緒，區分為以「減低風險感／確保安全感」作為中途目的與以「減低風險感／確保安全感」作為最終目的兩者。

（一）以「減低風險感／確保安全感」作為中途目的

許多制度的順利運作都需仰賴制度參與者的信賴。舉例而言，人民必須相信貨幣是真實的，才敢使用貨幣來交易，因而減低了社會上的交易成本；人民必須相信文書是真實的，在溝通往來時才不須花費查證成本、甚至減少溝通行為；人民必須相信證券市場是公平的，才肯把錢投入於證券市場中，讓公司的集資得以順利，進而使現代經濟生活得以開展；人民必須相信政府能有效打擊盜版，才肯投入資源於文化創作上，豐富人們的精神生活；人民必須相信國家事務是不容收買的，才肯配合政府的施政，使政策帶來的利益得以最大化。當然，以上其實都只是一個暫且的解釋，事實上是否如此，還有待進一步的檢驗。本文在此提出的用意，只是想要說明當制度的參與者不信賴該制度時，很可能導致制度本欲達成的利益無法被達成。此時，確保人民「相信」制度是安全的，就有助於制度達成其利益。

由前述可知，當人民的信任感是制度運作不可或缺的要素時，「減低風險感／確保安全感」就只是達成制度利益的中途目的、而非最終目的。所以，在檢驗目的正當性時，其實應該要先檢驗最終目的之達成是否能作為一項利益，接著再檢驗中途目的（減低風險感／確保安全感）和最終目的間的關聯性¹²⁶，以證成達成中途目的所能達成的（間接）利益。而本文已於前述「以人為制度為保護法益」時，論及檢驗最終目的正當性所需注意的要點。

至於中途目的與最終目的間是否有關聯？亦即，對制度的信賴是否真能推導到制度的順利運作？要回答這個問題並不容易，因為一來，社會制度通常不允許「試誤」的空間，我們很少有機會可對照一個不被信賴的制度和一個被信賴的制度，

¹²⁶ 或有認為中途目的與最終目的間的關聯性要在比例原則的適合性原則中再行檢驗。本文認為，目的正當性層次與適合性原則層次本互有消長關係，何謂手段、何謂目的，都只是看的角度不同而已。只要最終都有檢驗到，在哪一個層次檢驗並非重點。

來探知信賴與制度順利運作間的關聯（當然也存在少數例外的情形，例如在戰爭時期貨幣制度不被信賴，導致了交易成本上升就是可被驗證的）。二來，在技術上，我們難以測知一個人是否信賴該制度，罔論測知社會中有多少比例的人信賴該制度。於是，要仰賴實證來證明對信賴與制度順利運作間的關聯性是不太可能的。

既然無法由實證來證明信賴與制度順利運作所能達成利益間的關聯性，本文嘗試以推論的方式來證明。一個人為的制度要順利運作，需要許多要素的配合，例如：金錢、科技、場域、強制力、制度內部人員等，參與者對制度的信賴只是讓制度順利運作的眾多條件之一。在有些制度中，參與者的信賴扮演著舉足輕重的關鍵角色，但在其他制度中就沒那麼重要了。舉例來說，若新興傳染病盛行，而國家希望人民能普遍接種疫苗以消滅該傳染病。若國家採用的是自願接種的制度，則當人民不信任此制度時，便會選擇不去接種，此制度的利益便無法達成。而若國家採用的是強制接種的制度，縱使人民不信任此制度，在國家強制力的作用下，疫苗仍會被普遍接種，此制度的利益大致上仍會被達成（當然無法否認的是，制度所能達成的利益可能還是會有減損，只不過相較於自願接種的制度而言，信賴與制度順利運作的關聯性較不緊密）。由此例中我們可以得知，有些制度特別仰賴制度參與者的「主動行為」。參與者在預期行為能帶來效益後，自主選擇使用此制度，此時，制度的利益才會被達成。而倘若參與者不信賴此制度，就代表著其預期行為將無法帶來效益，自然不會使用該制度，導致制度所欲達成的利益無法達成。由此，我們可以建立一個簡單的判準：制度參與者的主動性越高，則其對制度的信賴與制度順利運作間的關聯性就越緊密，亦即，此時以「減低風險感／確保安全感」作為中途目的的正當性就越高（此處的前提是：最終目的必須是正當的）。

本文以此判準來檢驗前述的幾個例子。在貨幣制度的運作下，人仍然可以選擇不以貨幣來交易，或甚至選擇不交易。參與者是預期了使用貨幣能為其帶來效益（倘若是偽鈔則只會帶來困擾），才選擇使用貨幣。倘若許多人選擇了不使用貨幣，則人們在市場交易時可能就必須時常變更交易方式，貨幣制度降低交易成本的利益就無法達成。在此例子中，我們就可以看到信賴與否和制度能否順利運作有很緊密的關聯。同樣的，文書制度也仰賴參與者的主動行為，道理與貨幣制度類似。而證券交易市場制度所欲達成的利益（集資），也須仰賴市場參與者的主動行為；同樣的，著作財產權制度所欲達成的利益（文化創造量的提升），也須仰賴潛在文化創作者的主動行為。後二者雖皆有目的正當性上的疑慮，然而疑慮皆存在於最終目的的正當性上，而非存於中途目的的正當性上。

然而，在以國家制度為保護法益的情形中，要如何從對公務員的信賴推導到國家制度的順利運行，就浮現很大的疑問了。畢竟國家制度包羅萬象，在每種不同的制度中，公務員扮演的角色皆不相同，連帶的影響到人民參與制度的主動性。於是，如果要一網打盡的說保護人民對公務員的信賴是一項正當的目的，在說理上恐怕有所不足。Hefendehl 就將國家制度依照人民的接受方式分為三種類型：第一種乃對對於不利負擔的積極履行，例如納稅和服兵役；第二種則是在遇到紛爭或干擾時積極使用國家提供的處理方法，例如司法和公務行政體系；第三種則是單純尊重國家的運作和制度。他認為，在三種中，只有第二種和信賴有關，而在其他兩種狀況中雖若有人民的信賴，制度運作起來會比較順利，但就算沒人民不信賴甚至反抗，制度也仍可透過強制執行來運行¹²⁷。依此標準，則以保護人民對公務員的信賴為目的是否具有正當性，則需要更細緻的區分和探討，或者需要在解釋論上予以限縮。

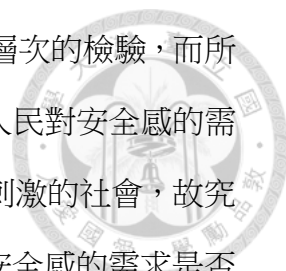
¹²⁷ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 278-279。此見解與本文提出的「主動性」判準相同，但本文不只將主動性判準運用在檢驗信賴國家制度與制度順利運作間的關聯，尚運用於前述社會制度的情形。

（二）以「減低風險感／確保安全感」作為終局目的

所有的刑法在達成「降低風險／確保安全」的目的時，或多或少也同時減低了人民的風險感、提升了人民的安全感。舉例來說，殺人罪的制定使殺人行為減少，人的生命風險因此降低。而同時，人民生活時也會感到安心，走在路上不需戒慎恐懼的提防其他人殺害自己，也因此可以放膽開展生活。只不過，在傳統刑法中，「減低風險感／確保安全感」通常都只作為一個「附帶的」效果，意思是，刑法制定的目的並非是為了減低人的恐懼，而只是恰巧減低了人的恐懼而已。安全感雖然在事實上是被刑法保護的，但在規範上學者通常都不會把安全感定位為刑法的保護法益。綜觀我國刑法，除了刑法第 305 條「以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」表明了以人民的安全感為保護法益之外，並未有其他刑法開宗明義以保護人民安全感為其目的。確保人民的安全感似乎成了一個只能做、卻不能說的目的。

而在風險社會的概念被提出後，人們開始注意到在現代社會中除了風險增加以外，人們對風險的感受也越來越強烈了。越來越多的抽象危險犯因應著新型態的風險（與風險感）而立法，雖然立法者們表面上都還是不肯直言以安全感作為保護法益，但越來越多的「現象立法」¹²⁸讓我們不禁懷疑這些「風險刑法」的最終目的其實是「減低風險感／確保安全感」。

¹²⁸ 在筆者寫作之際，就發生了一件江子翠捷運隨機殺人的慘案，在一週內便有立法委員提出要修正我國刑法，增訂第 271 之 1 條：「隨機無差別殺人者，處死刑或無期徒刑，在捷運、高鐵等大眾運輸上隨機無差別殺人者，處死刑。」何以在此時間點提議增訂比殺人罪刑責更重的法律，很明顯的，就是把該條刑法的最終目的定位在確保人民的安全感。可參考：賴映秀，〈捷運隨機殺人 蔡正元提修法：唯一死刑〉，《ETtoday 東森新聞雲》（2014/5/22），
<http://www.ettoday.net/news/20140522/360020.htm>（最後瀏覽日期：2014/7/23）



由於本文認為只要刑法能達成利益，就能通過目的正當性層次的檢驗，而所謂的利益則泛指所有能使人產生正面情緒的狀態。於是，假設人民對安全感的需求是真實的（邏輯上，人民也有可能比較想追求一個高風險、刺激的社會，故究竟人民對安全感的需求是否為真，因時因地而定，現況人民對安全感的需求是否為真，尚待研究），則以「減低風險感／確保安全感」作為一項正當的目的，並無不可。此時，爭議就會落在比例原則中的適合性原則：以刑法來確保人民的安全感是否有效果？必要性原則：純粹的安全感只是一個容易變動的心理狀態，是否可不可以用其他更小侵害的手段就能確保人的安全感呢？衡平性原則：安全感的利益是否夠大到需要限制人的行動自由甚至發動刑罰來處罰呢？

只不過，在以累積犯作為檢驗對象時，以「減低風險感／確保安全感」作為終局目的的刑法有可能在目的正當性的層次就過不了關。因為本文雖然認可安全感作為一項利益，但前提是這個安全感的需求必須是真實存在的。在現實上，人民對犯罪雖有恐懼，但通常都是因為設想自己或親友成為被害人，我們都怕被殺、怕被傷害、怕被強姦、怕被搶、怕被偷、怕被騙，也都會因為這些恐懼而影響日常生活的行為模式，這些都是真實存在的安全感需求。不同於以個人法益為保護法益的犯罪型態，累積犯在立法例上都被拿來保護抽象的「集體法益」，在人民的認知中，這種犯罪行為通常不存在被害人。而在此種無被害人的犯罪型態中，人民無法以同理心「代入」被害人的角色，故相較起保護個人法益的犯罪而言，比較不會引起恐懼感。但也有另一種狀況是，人民的認知中，社會中「所有人」都是侵害集體法益行為的被害人，故仍會陷入恐懼。例如：人可能會擔憂土石流、擔憂喝的水有毒、擔憂呼吸的空氣會致病。倘若這些擔憂都是真實的，則確保不會出現這些擔憂也確實可作為一項正當目的。總言之，以累積犯作為檢驗對象時，要特別注意累積犯在立法例上都是以「集體法益」而非「個人法益」作為保護法益的特性，再進一步深入探討人們是否會真實的產生恐懼感。

又，有時人民雖然會「在意」社會中的某些行為，但弊害主要並非體現於「在意」的情緒狀態本身，而是體現在有此情緒狀態後導致的行為模式改變，例如：因為擔心市面上偽鈔充斥，故決定用以物易物的方式來交易。行為導致的弊害主要是體現於貨幣制度的崩毀，而非人民擔心偽鈔充斥的心態上。則此時「減低風險感／確保安全感」就僅是一個中途目的，僅需檢驗其與最終目的間的關聯即可，而無須特別檢驗其本身是否能作為一項利益。

第三節 適當性：手段是否能達成目的？



檢驗完目的正當性後，接著進入比例原則適當性層次的檢驗。在此層次中，要檢驗者為：以累積犯為手段是否能達成目的？在前節中，本文檢驗目的正當性時，大致將目的分為兩個種類：「減低風險／確保安全」與「減低風險感／確保安全感」。本文在前節僅分別提出一些在檢驗目的正當性時所需注意的重點，在結論上並未完全否定任一者具備目的正當性的可能。於是，在本節檢驗適當性時，論述便會隨著我們設定的目的是「減低風險／確保安全」或是「減低風險感／確保安全感」而有不同的討論，本文遂將此二目的分開討論。

壹、以「減低風險／確保安全」為目的

倘若累積犯的目標是為了「減低風險／確保安全」是，那就必須要經過兩個環節的論證才能通過適當性原則的檢驗。此二環節的命題分別是：第一、累積危險行為可能導致利益侵害。第二、以累積犯的形式來規範，有助於減少累積危險行為。若累積危險行為根本不會導致利益侵害，則即便累積犯的制定有助於減少累積危險行為，也只是無謂的侵害人民的基本權利，卻沒有達成任何利益。另一方面，若累積危險行為可能導致利益侵害，但累積犯的制定卻無助於減少累積危險行為，則此時立法者該考慮的是採取其他有效的規範手段或乾脆不予規範、承認這是個避無可避的問題，而非堅持使用一個無用的手段。於是，倘若要通過適當性的檢驗，則需要成功證明「累積危險行為可能導致利益侵害」以及「以累積犯的立法模式來規範，有助於減少累積危險行為」此二者，缺一不可。反過來講，只要這兩個命題中有任一個不成立，就無法通過適當性的檢驗。

一、累積危險行為可能導致利益侵害

累積犯的性質是一種行為犯，在犯罪構成的檢驗上，不必真實產生利益侵害的結果也可能構成犯罪。但由於所有刑法的最終目的都在保護利益，故立法者的設想應該是也必須是累積危險行為和利益侵害結果間有關聯。只不過，這裡的利益侵害結果並不是真實存在的，而是國家機關從經驗上歸納出來的、存在於「想像中」的結果。所以說，在適當性的檢驗上，我們還是必須檢驗累積危險行為與想像中的利益侵害結果間是否有關聯，如果答案是肯定的，那我們就會說這一個行為具有「危險性」。於是，檢驗累積危險行為是否可能導致利益侵害，其實就是在檢驗累積危險行為是否具備危險性。

（一）「個別」累積危險行為與利益侵害結果間欠缺因果關係？

在社會真實的狀況中，如果沒有累積犯的規定，則行為的累積量有可能不是「剛好」達到「邊際利益侵害小／邊際利益侵害大」的「閾值」，而是超過此閾值。倘若超出閾值的累積量是大於一個累積危險行為所會帶來的量，則此時即便欠缺任一個累積危險行為，都還是會達到此閾值，亦即累積危險結果仍舊會發生。則倘若依照檢驗行為是否構成實害犯與未遂犯的因果關係標準：「非 P 則非 Q」的條件因果關係（在未遂犯的檢驗中，雖因無犯罪結果而無須檢驗客觀上是否非 P 則非 Q，但仍需檢驗行為人在主觀上是否認知到非 P 則非 Q），就會認定個別累積危險行為與利益侵害結果間欠缺因果關係。既然即便單一累積危險行為不發生、仍會出現邊際利益侵害變大的累積危險結果，那這是不是代表了累積危險行為和利益侵害結果間欠缺關聯性，而無法通過適當性原則的檢驗呢？

此時，如果要幫累積犯解套，有以下幾種可能的途徑。第一種途徑是從根本上修正條件因果關係的標準，再將此修正後的標準一體適用於所有情形（包含了

檢驗實害犯中客觀上的因果關係、未遂犯中行為人主觀上的因果關係、以及累積犯中立法者所認定的行為與結果的關聯性）。例如在第二章中，本文就介紹了Puppe 教授提出的「最小充分條件的必要部分」理論，就可修正條件因果關係的標準，得出在「擇一因果關係」或「擇多因果關係」的情況中皆具備因果關係的結論。但本文不擬採此途徑。

第二種途徑則是完全不修正條件因果關係的標準，但另闢新徑、從別的角度切入說明個別累積危險行為與「某個」利益侵害結果間具備因果關係。例如在第二章中，本文依照行為與結果間的關聯區分了「發生作用時間點一致」、「發生作用時間點不一致、行為與作用間無延遲時間」與「發生作用時間點不一致、行為與作用間有延遲時間」三種類型，在後二種類型中，個別行為雖然與「利益侵害結果會發生」沒有條件因果關係、卻與「利益侵害結果會提前發生」有條件因果關係。把這個分類套用於檢驗累積犯中的累積危險行為與想像中的利益侵害結果間是否有因果關係上，我們或許也會發現：在許多情形中，個別的累積危險行為和「利益侵害結果提前發生」具備因果關係。那麼在該些情形中，或許就能夠通過適當性層次的檢驗了。然而，本文認為此途徑有避重就輕的嫌疑，不僅無法處理「發生作用時間點一致」的情形，亦可能導致論理上的疏漏或矛盾，故不擬採取此途徑。

因為誠如本文在第三章所述，累積犯和實害犯在概念上是可能相容的，此途徑只是挖出了累積犯「同時作為實害犯」的部分來檢驗其正當性，卻忽略了專屬於累積犯本質的部分，甚至很有可能為了論述上的簡便混淆兩者，讓我們在判斷正當性時失焦。立法者的真實意圖可能是為了「避免最終結果發生」、而非為了「避免結果提前發生」才以刑法而非行政法或其他法律規範來規定，或才以較高刑度而非較低刑度來規範。雖然說個別行為確實也和結果的提前發生有關，但這只是此行為效果的其中一部分，若我們只專挑此部分來檢驗，則不僅在適當性的層次

上會忽略重大爭議，更甚者是無法精確的評估制定累積犯所能帶來的利益，而導致在接下來必要性與衡平性的層次中，要嘛會低估累積犯帶來的利益，要嘛必須把利益再從「避免結果提前發生」跳回「避免最終結果發生」而導致論理矛盾的問題。

以上兩種途徑的前提都是：累積危險行為與利益侵害結果間的關聯性之標準，應與判斷實害犯或未遂犯中因果關係之標準一致。然而，本文主張的是第三種途徑：檢驗累積危險行為與利益侵害結果間是否有關聯時，不必與實害犯或未遂犯中因果關係的標準一致。以下說明之：

所謂的犯罪行為係指不法且有責的行為，不法層次的作用在於樹立一個理性的行為準則，告訴人民做什麼行為是理性的、被容許的，而做什麼則是不理性的、應被禁止的。如果一個行為帶來的利益大於弊害，那一個人做這個行為就應該是被允許的，亦即此行為合乎容許風險。反面來講，所謂的不法行為，指的就是超越容許風險的行為。而全部的不法要件，都只是容許風險標準具體化後的結果。刑法分則中的各要件如是，而刑法總則中的各要件，包含非正當防衛、非緊急避難，乃至因果關係，亦皆是容許風險的下位概念。而因果關係的要件之所以是「若非P即非Q」，原因即是：倘若不做此行為、利益侵害的結果仍舊會發生，那此時「從這個行為人的角度來看」，利益侵害結果的發生就是宿命。此時，不做這個行為無法帶來任何利益，反之，做了這個行為至少能達成行為人行動自由的利益。那麼，在理性行為的標準下，做此行為反而才是理性的。亦即，如果行為與利益侵害的結果不符合條件因果關係，那就合乎容許風險；行為與利益侵害的結果符合條件因果關係，才有可能超越容許風險。

然而，在前段中之所以可得出以「條件因果關係」作為容許風險具體化標準之一的結論，是因為我們都是「以行為人的角度」來判斷風險。對於一個人而言，他

與社會中其他人是各自獨立的，沒有能力也沒有義務去影響其他人的行為。於是，當其他人的行為就已經會導致利益侵害結果的發生時，我們才會無奈的說：這既然是宿命，那你就放膽去做吧——因為行為人真的已不能改變什麼、也不需改變什麼。但倘若我們是「以國家的角度」來判斷風險，因為國家規範的效力及於社會上每一個人，且國家對於國民重要的基本權利亦有保護義務，故國家其實有能力、也有義務來消除這些風險。那此時，判斷風險是否合乎容許範圍的結論就會有所不同。

舉例來說，甲乙丙三人皆對A下毒，而任兩人的下毒劑量總和皆已可導致A死亡，亦即所有人的行為和A死亡的結果間皆無條件因果關係。此時，倘若我們從甲的角度來判斷風險，會把乙跟丙的行為假定為一個既存的事實來看待，於是A的死亡就也就成為了一個必然發生的結果，我們才會得出A下毒其實是合於容許風險的結論（無條件因果關係）。換言之，對甲而言，乙和丙的行為都是「控制變因」、不會改變，故A的死亡才會成為宿命。然而，若我們從國家的角度來判斷風險，由於規範的效力會一視同仁的及於社會上所有人，在判斷風險是否合乎容許範圍時，不能畫地自限的假定社會上某些人的行為已成既存事實，因為國家是有可能改變這些人的行為的。於是，不只甲，乙和丙到底會不會做這個行為能都是未知數，也都同時會成為「操縱變因」，A的死亡就不再是宿命。此時狀況會變成，若以規範禁止甲乙丙的行為則A不會死亡，若不以規範禁止甲乙丙的行為則A會死亡。倘若我們的判斷是A生命的利益大於甲乙丙下毒自由的利益，那麼對國家而言，以規範禁止甲乙丙的行為才是理性的、合於容許風險的。

由前述分析我們可以得到結論：對於一個行為人而言，其他人的行為都是既定的事實，在判斷風險是否容許時只需比較「我做此行為（其他人也做此行為）」與「我不做此行為（其他人還是做此行為）」的利益狀態。但對於國家而言，沒有人的行為是既定的事實，所有人的行為都可能受國家規範所影響，於是在判斷風

險是否容許時要比較的是「國家規範此行為」與「國家不規範此行為」的利益狀態。一言以蔽之，個人的理性不等於國家的理性。

回到累積犯的主軸上，本文於第三章時將國家管制風險的手段區分為「浮動的容許風險標準」與「固定的容許風險標準」兩類。前者是國家交由行為人自行判斷風險，容許風險的標準會依具體個案而異。而後者則是國家專斷的設下一個固定的風險界線，逕行認定某一類行為超越容許風險。由此可知，「固定的容許風險標準」是從國家角度設定出的理性行為準則，而「浮動的容許風險標準」則是在國家輔助下¹²⁹、從行為人角度設定出的理性行為準則。而累積犯之所以被制定，是因為考量到人民對風險的判斷準確度受限於感官與個人經驗，倘若交由人民自行判斷行為是否會造成利益侵害，最終的結果可能是：從個人的角度來看，明明都合乎理性的行為，累積起來的結果卻對人民弊大於利。故國家用累積犯的立法模式，設下一個固定的容許風險標準，就是為了以國家的風險判斷取代行為人的風險判斷。簡單來說，累積犯的制定就代表了：國家不相信「人民的理性」，而決定以「國家的理性」來替代「人民的理性」，要求人民以國家的理性行為標準作為其個人的行為標準。

而如前所述，由於對國家而言，所有人民的行為都不是既定事實，而是可能改變的變因。從個人角度判斷是宿命的事件，從國家角度來判斷則未必無法挽回。兩者在什麼是容許風險的最上位標準雖然相同，都是利益大於弊害，但由於判斷角度的不同導致了具體化後的下位標準會產生差異。而在行為與結果關聯性上的差異就是：個人角度的風險判斷中，比較的利益狀態是「特定人有做行為」與「特定人沒做行為」；但國家角度的風險判斷中，比較的利益狀態是「國家有規範」與「

¹²⁹ 在此之所以特別強調國家輔助下，是因為只要存有規範，就必然參雜了國家的風險判斷，而不可能純粹交由人民自己來判斷。但相較起固定容許風險標準的立法模式而言，浮動容許風險標準的立法模式起碼把行為是否會侵害利益的風險判斷權限交給了個別的行為人。

國家沒規範」。嚴格來講，「若非P則非Q」的結構亦未改變，但「P是什麼」改變了，從行為人的作為或不作為變成了國家的作為或不作為。也就是說，在個人角度的風險判斷中，標準是「若個人不為此行為（或為此行為），則結果不會發生」；在國家角度的風險判斷中，標準變成了「若國家不設立此規範（或設立此規範），則結果不會發生」。所以說，倘若我們能夠證明成功：若國家對特定行為有規範，則利益侵害結果不會發生。那麼從國家的角度來看，該特定行為與利益侵害結果就具備關聯性，又倘若該規範又確實能減少該特定行為，則該規範就能通過適當性原則的檢驗。

（二）「真實的累積效應」

文獻指出：「累積犯概念的創始者 Kuhlén 和提倡者 Hefendehl 都強調，必須是『真實的』累積效應（realistische Kumulationseffekte），不能只是理論的或猜想的；亦即必須判斷，特定行為之禁止規範若欠缺制裁效果，是否真的（wirklich 或 realistisch）會被大量實行，以致整體形成嚴重的影響。」

¹³⁰Hefendehl 舉了一個淺顯易懂的例子，說明：倘若任意想像有累積可能性、進而設立累積構成要件，將發生令人不能接受的結果。這個例子是：一個人在深夜街上吹口哨，不會造成什麼利益侵害（就算有，也是相當微量到不值得以刑法來介入的程度），但若每個人都吹起口哨來，就會變成無法忍受的噪音。而為了避免發生無法忍受的噪音，應該制定以深夜街頭吹口哨為構成要件的累積犯。¹³¹

前述例子之所以荒謬，是因為雖然「想像上」若一堆人在深夜街頭吹口哨確實會導致利益侵害，但「現實上」本來就不會有那麼多人會在深夜街頭吹口哨。此時的狀況會變成：如果有設立累積犯，那現實上沒有任何人會吹口哨；如果沒有設

¹³⁰ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 274。

¹³¹ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 274。

立累積犯，那現實上可能偶爾才會有一、兩個無聊人士吹口哨，也不會造成任何無法忍受的噪音。所以說最後的結論會是：不管有沒有累積犯的制定，我們所擔心的利益侵害結果都不會發生。也就是說，手段和目的間並不存在任何關聯。

或許有一點會使人感到困惑：為什麼在刑法的眾多立法模式中，只有在檢驗累積犯正當性時會特別去檢驗行為是否會「真實」、「大量」的在社會上出現呢？以海盜罪為例來說，我們難道會因為海盜行為在社會上已鮮少發生，就說海盜罪欠缺正當性了嗎¹³²？首先，在海盜罪的情況中，只要減少了一個可能發生的行為，就保護了潛在被害人的生命身體與財產的安全，達成了立法者所設定的利益，即便這個利益因為現實上海盜行為已不多而很小，但利益還是利益；但在累積犯的情況中，僅減少一個可能發生的行為、並不一定會帶來利益，因為要嘛可能是杯水車薪—亦即在未制定累積犯的狀況下，真實累積量已大幅超過門檻值的情形，此時即便減少一個行為也無濟於事；要嘛可能是錦上添花—亦即在未制定累積犯的狀況下，真實累積量本已確定低於門檻值的情形，此時減少一個行為並未達成任何利益、但卻紮紮實實的侵害了人民的基本權利。由前述分析可知，在非累積犯的情況中，手段是否能帶來利益，和現實上構成要件行為的數量無關；但在累積犯的情況中，手段是否能帶來利益，就和現實上有多少人真的會想去從事構成要件行為有很大的關聯了。

Hefendehl 更進一步指出，所謂的累積效應是：「設立構成要件時，由於概括而言，行為與法益之間欠缺侵害的因果關係，因此找來的實質替代品。若行為不被制裁，此類行為便會『真的可能』被大量實行時，才允許使用實質替代品。」¹³³由此可見，Hefendehl 也注意到了論證累積危險行為與利益侵害結果間因果關

¹³² 海盜罪的正當性爭議尚有許多點，本文並非肯認海盜罪的正當性，而只是以此例說明在非累積犯的立法模式中，何以無須檢驗行為會反覆大量的出現。

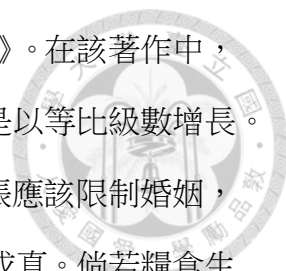
¹³³ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 278。

係的難題，而決定創立一套替代的新標準來解決因果關係的難題，而此標準即為「累積效應是否會真實的發生」。

關於解決因果關係難題的方法，本文已於前說明過，在此僅簡扼提出結論：累積犯採用的是「固定容許風險標準」的立法模式，以國家、而非行為人的角度判斷風險，而因果關係作為容許風險的下位標準也應有所調整，調整為「若國家未為此規範，則利益侵害結果會發生」。Hefendehl 所提出的「真實累積效應」標準，可被本文提出之標準吸納入內、作為一個判斷手段與目的關聯性的下位標準。因為若「累積效應是真實的」，則可能證成「若國家未為此規範，則利益侵害結果部會發生」；反之，若「累積效應不是真實的」，則「若國家未為此規範，則利益侵害結果仍會發生」，而無法證成相反的命題「若國家未為此規範，則利益侵害結果不會發生」，也就是說，若累積效應不真實，那累積犯的規範手段與目的間就欠缺關聯性，無法通過比例原則中適當性的檢驗。但其實只要掌握好「若國家未為此規範，則利益侵害結果不會發生」的標準，就自然會得出相同結論，倒也無須把「累積效應是否為真實」挑出來特別檢驗。

（三）考量行為後時間點的條件變動

通常我們在判斷行為與結果間的關聯性時，都先假定好一些不變的條件，再透過假設兩種不同的情況，藉以判斷行為與結果間是否有關。然而，累積危險行為的特色是：行為與結果間常常間隔一段時間。而在該段時間內，會有許多變因介入，導致假設的「不變條件」在現實的狀況中其實是會改變的，原本判斷正當性的結論也會因為這些條件的變動而可能改變。於是，在判斷累積犯的正當性時，必須注意有哪些條件是會隨著時間改變的，將此因素考量入內，才能夠做出準確的判斷。



舉例來說，馬爾薩斯曾經在 1798 年發表知名著作《人口論》。在該著作中，馬爾薩斯主張地球的糧食量以等差級數增長，但人口的數量卻是以等比級數增長。如果放任人口發展，最終將導致大饑荒發生。馬爾薩斯由此主張應該限制婚姻，並提倡禁慾。然而，後來事實證明馬爾薩斯預測的大饑荒並未成真。倘若糧食生產力水準仍一直維持於 1798 年的水準，且人民也都未意識到人口問題而不自行節育，那馬爾薩斯的擔心真的會成真，此時每一個生育行為都會成為最終大饑荒爆發的累積危險行為，處罰生育行為是符合適當性原則的。但第一個問題出在：生產技術的條件會隨著時間而改變，到達利益侵害的累積門檻值也會隨之提高。以初始的累積門檻值來判斷行為是否會造成利益侵害就是不準確的，因為等到行為累積到初始的累積門檻值時，累積門檻值也已經水漲船高了。第二個問題則出在：人從事行為的誘因也會隨著時間改變。像在人口爆炸的例子中，過去的人較有誘因生小孩，但隨著時間經過，人生小孩的誘因減少了。於是，本來符合「真實累積效應」標準的行為，在時間經過後，就變得不符合了。若我們還固定以初始的時間點來判斷，那就無法得到正確的結論。

（四）關聯性的強弱：以「個別累積效果」與「促成累積效果」為分類

在前文中，本文已說明何以在適當性的層次中無須檢驗「個別的」累積危險行為與利益侵害結果間的因果關係，而僅需檢驗「若國家禁止累積危險行為，則利益侵害結果不會發生」。倘若答案是肯定的，那就代表了：此累積危險行為具有「危險性」，禁止此有危險性的累積危險行為能保全某些利益，故能通過適當性原則的檢驗。雖然說，在適當性層次中，只有「有關聯」和「沒關聯」的二分結論，前者通過檢驗、後者則無法通過。然而，手段與目的間的關聯性亦有強弱之分別，關聯性強者代表問題越緊迫，故控制此風險帶來的利益較大；相對的，關聯性弱

者，代表的是行為與結果之間介入的因素很多，問題較不急迫或者相較有其他方法可以解決，故控制此風險帶來的利益較小。亦即，手段與目的的關聯性越強，則利益越大，而利益的大與小雖不影響適當性層次本身的結論，但在接下來的必要性層次和衡平性層次的檢驗中，都會影響檢驗正當性的結論。雖然說，此處尚未進入必要性與衡平性的檢驗，但由於屆時在檢驗時還是要回過頭來探討手段與目的的關聯性之強弱，考量行文之通順，本文還是在適當性層次檢驗時即先探討手段與目的的關聯性的強弱之別，以供後續檢驗時作為素材。

本文將累積危險行為所帶來的效果區分為「個別累積效果」與「促成累積效果」，所有的累積危險行為都具備「個別累積效果」，但只有部分的累積危險行為同時具備「促成累積效果」。若特定累積危險行為同時具備「個別累積效果」與「促成累積效果」，則該特定行為與利益侵害結果間的關聯性較強，以該特定累積危險行為為構成要件的累積犯所能達成的利益較大。

1、個別累積效果

所謂的個別累積效果指的是：個別的累積危險行為「本身」對累積結果貢獻了一部分的累積量。舉例來說，個別排放汙水的行為釋出了一定量的有毒物質於水體中，貢獻了達到利益侵害結果門檻值的一部分。對此效果，本文將之稱為個別累積效果。個別累積效果乃所有累積危險行為都具備的特性，這無須推論，因為在定義上本文其實就是以具備個別累積效果來界定累積危險行為的。一個行為如果不具備個別累積效果，就不叫累積危險行為；而一個行為具備了個別累積效果，才可能是累積危險行為。

即便行為皆僅具備個別累積效果，關聯性仍可能有強弱之分。本文提供幾個與關聯性強弱有關的參考指標：第一、個別行為帶來的累積量與門檻值量的比例大小，比例越大者關聯性越強。打個比方來說，在駱駝身上放置鉛塊的行為，就

比在駱駝身上放置稻草的行為，和駱駝重死的結果間關聯性更高（本文預設了真實累積效應的前提：社會上有很多人樂於在駱駝身上放置物品，也同時假設了駱駝們的耐重程度相當）。第二、累積效果發生作用的延遲時間長短，時間越短者關聯性越強。打個比方來說，下不足量急性毒藥的行為，就比下不足量慢性毒藥的行為關聯性更高。第三、累積效果被清除的可能性高低，被清除的可能性越低者、關聯性越強。舉例來說，對熊貓的獵捕行為，相較起對生殖力較強物種的獵捕行為而言，與物種滅絕的利益侵害結果間的關聯性較強。因為熊貓的生殖力低落、較難以自然繁衍的方式回復物種數量，亦即清除累積效果的速度較慢。

2、促成累積效果

有些累積危險行為除了具有「個別累積效果」以外，更會提高其他人從事累積危險行為的可能性，本文將此額外的效果稱為「促成累積效果」。而所謂的促成累積效果指的則是：個別的累積危險行為會提高其他同種類累積危險行為發生的可能性。當一個累積行為同時具備促成累積效果時，此行為與利益侵害結果間的關聯性就變得更加緊密，亦即行為的危險性大幅提高。因為，促成累積效果所帶來的累積效果不只是「累加」的，更是「累乘」的。具體來說，人本來可能就有從事累積危險行為的誘因，當社會上有人真的做了此行為、而此行為又具有促成累積效果時，社會上其他人的誘因就提高了，於是會讓其他人更傾向選擇去做。又當社會上越來越多人為此行為時，不只個別的效果會累積，連促成的效果也會累積，社會上其他人被提高的誘因量也增加了，導致又更多的人選擇去從事該行為。而又因為每一個個別行為都具有個別累積效果，故很快的（相較起不具促成累積效果的累積危險行為而言）利益侵害結果就會發生。打個比方來說，具有促成累積效果的累積危險行為就像是排成扇形的骨牌，當第一塊骨牌倒落時，會影響到其他骨牌也應聲倒落，而當越來越多骨牌倒落時，骨牌推動的力道與廣度也越來越

大，很快的全部的骨牌都會倒落。也就是說，當社會上的累積危險行為增加了，促成累積的效果也會變得更加強烈、影響更多人。

促成累積的方式相當多樣，本文大致區分為兩類。第一類是物理促成的效果，指的是累積危險行為提供了幫助累積危險行為實現的條件，減少其他潛在行為人從事累積危險行為的阻力。第二類則是心理促成的效果，指的是累積危險行為直接影響了社會上其他人的心理狀態，提高其他人從事累積危險行為的誘因。本文提出此分類的目的，僅是為了方便理解促成累積效果的樣態，和關聯性的強弱並無關聯，且此二種促成效果並非互斥、可能並存，先予敘明。

（1）物理促成效果

所謂的物理促成效果，指的是累積危險行為提供了幫助累積危險行為實現的條件，減少其他潛在行為人從事累積危險行為的阻力。舉例來說，偽造貨幣的行為通常成本高昂，不可能只印一張偽鈔就結束，每次行為都是大量印製。而這些偽鈔也不可能只是存著不用，勢必交給欲行使偽鈔者使用，進而流入市場中。收到偽鈔的被害人，為了不願意承受經濟損失，也很可能再行使用偽鈔¹³⁴。總之，偽造貨幣和行使偽造貨幣的行為不僅本身具有個別累積效果，在同種類行為反覆實施後會導致人民不再信賴貨幣制度進而使貨幣制度所欲達成的利益無法達成；更甚者，偽造貨幣和行使偽造貨幣的行為還進一步提供了接續行使偽造貨幣行為的器具，提高了後續行使偽造貨幣行為發生的可能性。

然而，與偽造貨幣行為類似的偽造文書行為即不具備此物理促成效果。偽造文書行為與偽造貨幣行為不同，所製作出來的文書通常並非大量，且都有限定於特定用途使用，文件一旦被行使後就不會再輾轉流傳於社會中。是故，偽造文書

¹³⁴ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 274。

與行使偽造文書行為均未提供接續行使偽造文書行為的有利條件，因而不具備物理促成的效果。就此而言，行為的危險性較偽造貨幣行為低。



（2）心理促成效果

所謂的心理促成效果，指的是累積危險行為直接影響了社會上其他人的心理狀態，提高其他人從事累積危險行為的誘因。舉例而言，對公務員的行賄行為有可能使人民認為（儘管可能與事實不符）收買公務員可能得到有利的結果，依歷史經驗，如果真的有幾名公務員受到賄賂的影響，很快人民的感受就會變成：只有收買公務員才能得到有利的結果¹³⁵。於是，想向公務員尋求幫忙的人民可能會覺得如果不行賄就無法獲得他想要的結果，因而更傾向行賄。而一旦行賄行為越來越多，前述人民心中「要行賄才能獲得好處」的印象就會越來越深，也就更傾向為行賄行為。又例如在證券交易市場中，參與者信賴獲利機會是平等的，因而願意出資。然而，當有人利用了公司內部的消息來交易，則會給其他的市場參與者一個「要作弊才能賺到錢」的印象（儘管可能與事實不符），進而可能選擇退出證券市場，也可能選擇也跟著違反證券市場的規則。而當市場上有越來越多比例的人從事內線交易時，這個印象就會越來越強烈，導致越來越多的人從事內線交易。

前段所舉的兩個例子有一個相似之處：都是因為累積危險行為的出現導致了一種「破壞規則才能獲取自身利益」的印象，而在自利的動機下，制度的參與者便傾向選擇違反規則。而在更多人違反規則後，又進一步使得「破壞規則才能獲取自身利益」的印象更為強烈，而更強烈的促使其他參與者違反規則。在此不斷循環下，最終利益侵害的結果很快就會發生。

¹³⁵ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 280。

除此之外，要說明行為具有心理促成效果還有另一種可能的論述途徑：「破窗理論」。破窗理論不只被運用於降低風險的面向，易被運用於降低風險感的面向。本文在此處先處理降低風險的部分，在接著論述到以降低風險感作為目的時，再詳細介紹相關實驗與論述。

在 1969 年，史丹佛大學的心理學家 Philip Zimbardo 發表了一個實驗。他設計停放一輛未懸掛車牌的車輛在比較雜亂的街區，而停放另一輛車輛在比較整齊的街區。前者在 24 小時內，車上全部有價值的物品都被搬完，且車體被大龜杙的破壞；後者則維持原貌達一週。這個實驗還有後續，實驗者後來把後者的車輛用大鐵鎚加以破壞再停放於原處後，很快地，路人便開始破壞該車，在幾小時內車輛就翻轉朝天且被徹底摧毀¹³⁶。在 1982 年，美國犯罪學研究者 Wilson 與 Kelling 指出：「有些地區之環境令人心驚膽跳，無論是臨時起意或常業累犯，搶匪或竊賊覺得在這種地區犯案，被人指認或抓到機率比較低。小偷可能覺得，如果社區內任由乞丐騷擾經過社區的路人，竊案發生後，居民不會報警處理，也不會要求警方前來辨識可能的嫌犯。這是犯罪會流行之理論。犯罪具有傳染性，從一扇破窗戶可以蔓延到整個社區。」¹³⁷

實務上，紐約市中央公園為了解決塗鴉及亂丟垃圾的問題，曾經採用破窗理論的概念邀請婦女團體與聘雇流浪者協同管理、清除園內的塗鴉及垃圾，結果確實使前述破壞行為銳減，中央公園因而煥然一新¹³⁸。同樣的，美國紐約市的 Giuliani 市長採用了 Kelling 的建議，全力打擊有關市民生活品質的「犯罪」。一些過去看來微不足道的小事，例如在公共場所酒醉、隨地便溺、強行幫人擦車

¹³⁶ 此實驗的介紹，見：江振茂(2010)，〈「破窗理論」在治安維護及交通執法上之運用—以台北縣為例〉，《中央警察大學學報》，47 期，頁 113-114。

¹³⁷ 江振茂，前揭註 136，頁 114-115。

¹³⁸ 張樑治、宋秉明(2003)，〈為什麼遊客會破壞遊憩環境？統整五套不同理論後的觀點〉，《犯罪學期刊》，11 期，頁 287。

窗索取費用、在馬路上丟擲空酒瓶等，都會被送去坐牢。Giuliani 指出，打擊犯罪採取「破窗理論」的觀念核心就是「積極處理芝麻小事」，所謂「上帝蘊含於細節之中」，領導人應視情況採取微觀管理的模式。他甚至還進一步認為倘若不管理小脫序的行為，不只會出現更多同樣等級的脫序行為，甚至還會更進一步的出現重大暴力犯罪，像是主張捷運的逃票行為很有可能和重大犯罪有關聯，因而嚴格查緝捷運的逃票行為¹³⁹。由此可見，「破窗理論」的野心相當大，不只想要說明單一脫序行為會導致其他同種類的行為產生，還更要進一步的說明單一脫序行為會導致侵害更大、不同種類的行為產生。

何以一個破壞行為會連鎖引發其他破壞行為？學者指出，一般持破窗理論之研究大多依據 Newman 所提出的防衛空間概念（defensible space）加以說明。在防衛空間觀點中，人們是否著手破壞行為主要取決於以下四點：一、領域感（territoriality），指的是某物提供潛在破壞者財產權的感覺越弱，則遭受破壞的機率越高。例如在 Zimbardo 的實驗中，一台破車容易使人認為已報廢，因而毫無顧忌的取走物品與破壞；又例如一片狼藉的中央公園會使人認為無人管理，因而隨意塗鴉。二、自然監控，即某物暴露於公眾視線的機率越低，則遭受破壞的可能性越高。例如因為車子被放在較少人注視的路旁，減低了破壞者的忌憚；又例如中央公園在變得髒亂後，遊客減少，導致公共監視力減弱。三、形象，即某物使某人作不良標籤、名譽的聯想越強，則遭受破壞的可能性越高。例如中央公園中“Fuck”塗鴉四處可見，使人產生負面印象，因而招致破壞。四、四周環境，即某物距安全區域越遠，則遭到破壞的可能性越高，反之亦然。例如受雇者及婦女團體進駐中央公園後，因管理人員巡邏增加，故破壞減少。¹⁴⁰

¹³⁹ 江振茂，前揭註 136，頁 116-117。

¹⁴⁰ 張樑治等，前揭註 138，頁 287-288。

本文認為，前述四個理由中，第二點和第四點理由其實無法說明一個破壞行為為何會連鎖引發其他破壞行為，反而只說明了前面的破壞行為和後面的破壞行為都是共同的原因所導致，因果關聯僅取決於偶然。按照學者的解釋，在第二點自然監控中，之所以會出現後面破壞行為的原因是因為暴露於公眾視線的機率減低，然而，被害客體的暴露機率並不會隨著破壞行為的增加而減低，除非是像學者所舉的中央公園的例子這般塗鴉量恰巧會影響遊客的人次，但這畢竟不是邏輯上的必然。而在第四點四周環境中，破壞減少的原因也並非先前的塗鴉被消除了，而係管理人員巡邏增加。亦即，造成破壞行為增加的原因並非先前的破壞行為，而是導致先前破壞行為的共同原因—巡邏人員不足。至於第三點理由形象則有推論不足之嫌。首先，是否所有的破壞行為都會產生負面印象，學者僅舉例說明，但卻未就通常情形說明。再者，為何一旦使人產生負面印象，就會招致更多的破壞，對行為人心理狀態的具體影響為何，學者亦未說明。

唯一能構成合邏輯且較充分理由的只有第一點：「領域感」。所謂的領域感並非客觀的條件，而是主觀的感受，之前的破壞行為之所以會引發後續破壞行為，是因為使「察覺到破壞結果的人」獲得了一個「這個場域沒有人管」的印象。就如同 Wilson 與 Kelling 所說明：「『破窗』是一種低層次犯罪、破壞行為的譬喻；其意指殘破將傳遞『此無人關心』的訊息，使潛在的破壞者認為對此破壞也不會有人追究責任而著手更多且更嚴重的犯罪與野蠻行為。」¹⁴¹雖說在客觀的事實上，這個場域是否有人管理、管理的程度是鬆是嚴，和破壞行為的出現並無任何關聯。但在其他人的主觀認知中，先前的破壞行為，使這些察覺到破壞結果的人產生了「此場域沒有人管」的印象，於是行為人評估的行為成本就下降了（因為沒有人管，所以比較不容易被懲罰），進而更傾向為破壞行為。是故，關聯性確實存在，存在於「心理上」的促成效果。

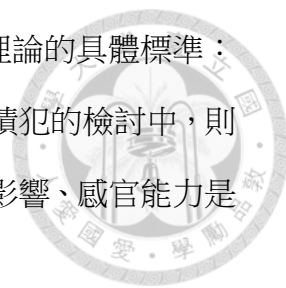
¹⁴¹ 張樑治等，前揭註 138，頁 287。

然而，雖說個別破壞行為會導致其他人的「領域感」降低、降低其評估的行為成本，進而更傾向為破壞行為。但這個推論要能夠成立，前提是個別破壞行為帶來的效果必須要容易被感官察覺。像是車子的實驗中，路人的領域感之所以會降低，是因為他目睹了一台半毀的車子，再由此感官經驗推論出「此無人關心」的念頭；而在中央公園的例子中，路人也是因為目睹了公園的髒亂，才以此感官經驗為基礎判斷此處無人管理。如果破壞的效果難以被其他人的感官察覺，就算客觀上破壞行為再多，其他人的「領域感」也不會因此有任何改變。試想，倘若車子被破壞之處是在內部引擎、但外觀卻完好無缺，路人自無從得知此資訊，也不會產生「此無人關心」的念頭。同樣的，如果公園髒亂之處在於水池底，遊客根本難以察覺，那也不會影響其行為取向。於是，回到累積犯的主題中，累積危險行為是否能藉由「破窗理論」推論出其具備促成累積的效果，還必須要視該累積危險行為本身會帶來一些能讓其他人的感官察覺到的影響而定，無法一概而論。

例如行賄行為通常都是隱密進行，除了行賄方和受賄方外，其他人難以在行為被揭發之前察覺到行賄行為的存在，不會產生「此無人關心」的想法。其他人得知行賄行為存在的時點，通常也正是行賄行為被查獲時，也就是說，當他得知這件事情時、這件事情就是有人關心的了，故即便其他人獲知了行賄行為的存在也不會產生「此無人關心」的想法。是故，行賄行為並無法適用破窗理論推導出具有促成累積效果的結論¹⁴²。至於盜採砂石的行為則會帶來景觀的改變，即便其他人未親眼目睹盜採砂石，但也可從砂石量不規則減少的外觀產生「此無人關心」的想法，而認為對此破壞不會有人追究責任，進而傾向為盜採砂石之行為。同樣的，私行重製行為或散布重製物的行為容易被感官察覺，行為的出現將使其他人產生「反正不會有人抓」的念頭，在省錢動機的驅使下，便會更傾向為私行重製行為。本文舉這些例子，並不是想要主張特定行為就一定能適用破窗理論、或特定行為

¹⁴² 但這不排除以其他途徑來證明行賄行為具備心理促成累積的效果，如同前述。

就一定不能適用破窗理論，而只是想要提供一個能否適用破窗理論的具體標準：「特定行為是否會產生容易被感官察覺的影響」。至於在個別累積犯的檢討中，則有待更進一步的實證來分析影響效果是否顯著、人是否關心該影響、感官能力是否能察覺該影響等因素，才能得到確切的結論。



二、以累積犯的立法模式來規範，有助於減少累積危險行為

（一）直接減少累積危險行為

如何透過累積犯的制定來減少累積危險行為？此問題並非累積犯特有的問題，而是所有的刑法規範都必須回答的。一般來說，刑法規範之所以能減少符合構成要件之行為的原因有二：消極一般預防與積極一般預防。消極一般預防理論，也就是刑罰的威嚇功能面向，假定了是理性算計的個體，在行為前會先評估行為帶來的效益與成本。若效益大於成本，則行為人會做；反之，若成本大於效益，則行為人不會做。而刑法的意義即在於，對特定行為附加一個制裁效果，讓社會中的人從事此行為時必須面臨被刑罰處罰的弊害。於是，在成本效益的評估下，社會中的潛在行為人相較於沒有刑法規範的狀況，較傾向不為該特定行為。在累積犯的狀況中，累積危險行為被制定為犯罪構成要件，倘若社會上出現此行為，則行為人就會面臨制裁效果。於是，潛在的行為人在成本效益的評估後，就較傾向不為累積危險行為，社會上累積危險行為的數量因而減少。

而積極一般預防理論則認為違法行為會使法秩序動盪，而刑法乃透過否定「否定法秩序」的行為，來重新鞏固社會中人民的遵法意識，使人民的行為步回正軌，避免後續違反法秩序的行為。累積犯的制定是樹立了一個新的法秩序，在此法秩序中，符合構成要件的累積危險行為就是破壞法秩序的行為，而刑法透過宣

告累積危險行為是錯的，使社會上的人們重新確認「不該為特定累積危險行為」的法秩序，進而減少累積危險行為。

然而，本文在前雖然依照消極一般預防理論，累積犯的制定會提高行為成本，從而減少累積危險行為；又依照積極一般預防理論，累積犯的制定有助於遵法意識的建立，再進一步推論出有助於減少累積危險行為。但本文認為，累積犯的制定亦有可能反而減少了行為成本，或削弱了人民的遵法意識，導致累積危險行為可能增加。在一增一減下，累積犯是否能減少累積危險行為，其實是有疑慮的。

誠如前文所述，行為人在行為時會去評估效益與成本，累積犯的制定可能會使社會上的潛在行為人因為預想社會上的其他人在刑法的作用下選擇不為累積危險行為，進而認為：只有自己與少數人的行為累加尚不足以導致利益侵害結果發生，於是反而傾向決定去做。簡言之，累積犯的制定，雖然會使行為人預想自己可能面臨刑罰而提高了行為的成本，但同時也可能會使行為人預想累積犯（對社會中其他人）會有效而導致其低估行為帶來的損害。打個比方來說，禁止人在駱駝上放稻草，可能反而會讓人覺得：既然放稻草的人變少了、那我放一根應該也沒差吧！原本一個可能擔心駱駝被壓死，而不會去放稻草的人，反而有了禁止放稻草的規範出現後，跑去放了稻草。總的來講，本文的意思並不是想要完全否定累積犯減少累積危險行為的效果，而只是想要點出成效並非這麼絕對，而須把可能反而增加累積危險行為的可能性考量入內。

（二）透過減少累積危險行為的促成累積效果，來減少累積危險行為

前文提及，部分的累積危險行為除了具備個別累積效果外，尚具備促成累積效果，提高社會其他累積危險行為發生的可能性。反面來講，倘若累積犯的制定

能有效減少此種具備促成累積效果的累積危險行為，雖然沒有辦法確保社會上其他累積危險行為必然會因此減少，但起碼可以減少社會上其他累積危險行為發生的可能性。



貳、以「減低風險感／確保安全感」為目的

累積犯除了可能以「減低風險／確保安全」作為目的外，如前文所述，亦有可能以「減低風險感／確保安全感」作為目的。雖然一般而言，刑法都是透過減少構成要件的行為來間接達成利益，因而需要論證構成要件行為與利益侵害間的關聯性，才有可能證成刑法規範與達成利益間的關聯性。然而，倘若刑法的目的是為了「減低風險感／確保安全感」，由於人心理狀態的認知和外界事實可能有落差，故即便累積危險行為與人民風險感間的關聯性甚迂迴、或甚至毫無關聯，累積犯都仍有可能達成減低風險感的目的。

一、可能的論述途徑

本文認為在論述制定累積犯與降低人民風險感的關聯性時，大致可分為以下三種途徑，以下分別討論：

（一）降低人們在正確認知風險情況下產生的風險感

第一種狀況是：累積危險行為會帶來A風險，而人民會因此對A風險的實現感到恐懼，累積犯的制定減少了該累積危險行為時，A風險減少了，連帶的A風險感也減少了。此時，人們的認知情況是正確的：A風險減少了，於是減少對A風險的恐懼。舉例來說，汙染空氣的行為會帶來人民健康的風險，人民因為擔憂健康受害而減少出門。處罰汙染空氣的累積危險行為使空氣汙染減少，人民的健康風險減少，連帶的人民也不會因為恐懼健康受害而不敢出門了。

（二）降低人們在錯誤連結風險關聯性的情況下產生的風險感

第二種狀況是：累積危險行為帶來A風險，而人民卻對B風險的實現感到恐懼（縱使B風險並未因累積危險行為的出現而增多），累積犯的制定減少了A風險，也連帶地解決了人民對B風險的恐懼感。原因是：人民不當的連結了A風險與B風險，誤認A風險是B風險的原因，於是當規範能有效減少A風險時，對於B風險的恐懼也會被減削。這種狀況比較複雜，舉例來說，在街頭塗鴉的行為破壞了市容，而充滿塗鴉的街頭會使人民聯想到暴力犯罪（即便在現實上塗鴉行為與暴力行為間並無因果關係）因而感到對暴力犯罪的恐懼。而將塗鴉行為規定為構成要件行為時，塗鴉行為因而減少了，人民看到市容變整齊後，對暴力犯罪的恐懼感也減低了。

（三）安慰劑作用—在不影響行為的情況下確保人民的安全感

最後一種狀況是：累積危險行為是否會帶來風險並非所問，甚至累積犯不能減少任何行為也無所謂，重要的只有當累積犯制定時，人民就會感到安心。原因是：人民錯誤的高估規範的成效，誤以為風險已在規範制定後被減少，因而減少了風險感。舉例來說，即便受賄罪在現實上無法減少任何受賄的行為，但卻能帶給人民一個假象：政府正在全力追求清廉，故公務員的廉潔性絕對是值得信賴的！此時，縱使公務員一如往常地受賄，但人民卻仍會因為規範的存在，而誤以為公務員都是清廉的，進而提高對公務員的信賴。此時，刑法的效果就如同一帖安慰劑，明明實際上沒有任何療效，但卻因為病患相信有療效，於是真實的產生了利益—情緒的滿足。

著名的「步巡實驗」佐證了前述的安慰劑效果。在1970年代中期，美國紐澤西州宣布「社區安全清潔計畫」，提供經費讓警察離開巡邏車改為徒步巡邏。許多

員警不認同此步巡政策，認為步巡不僅導致警察在外受風吹雨淋，也會減少機動性、降低逮捕罪犯的機會。在計畫施行五年後，位於華盛頓特區的警察基金會發表步巡相關的評估，得到了一個有趣的結論：步巡並未降低犯罪率，但有步巡的社區居民似乎比較有安全感、傾向相信犯罪已經減少、而且似乎較不會採取保護自己的措施（如在家鎖門）¹⁴³。從此實驗中，我們可以發現，即便一個制度沒有影響人民行為的效果，也還是可能確保人民的安全感。

二、檢驗適當性時面臨的爭議：人民有這麼容易愚弄嗎？

如果論證通過適當性的途徑是前文所列舉的第一種「降低人們在正確認知風險情況下產生的風險感」，那比較沒有爭議。原因是：雖然特定風險的降低在邏輯上不必然會導致特定風險感的降低，但在經驗上，除非這是個資訊嚴重不公開或惡意扭曲資訊的社會，我們通常可以肯認這兩者間的關聯性。再者，如果刑法的規範已能達到降低特定風險的效果，一般來說，我們在檢驗正當性時就會把焦點放在降低特定風險上，而毋須再往後推論到降低特定風險感。或者說，在我們說明特定風險實現會帶來什麼利益侵害時，本來就會把特定風險感的降低算在裡面了。於是，再特別檢驗降低特定風險與降低特定風險感間關聯性的實益不大。

比較有爭議的是前述的第二種情形與第三種情形。在第二種情形中，刑法雖然會減少一些行為，但這些行為卻和人民真正擔心的行為沒有關聯。而在第三種情形中，刑法甚至不會改變任何行為，但人民卻高估了刑法的效果，誤以為世界真的因為刑法而變得更加完美。我們可以發現，在此兩種情形中，刑法之所以能發揮「降低風險感／確保安全感」的前提都是：人民的認知和真實的情況不符。用比較難聽的話來說，在第二種情形與第三種情形中要達成利益的前提是：人民必

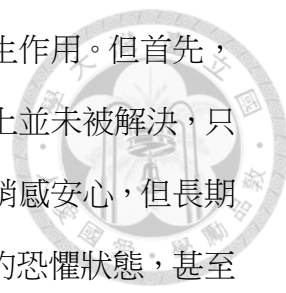
¹⁴³ 關於此實驗，參考自：江振茂，前揭註 136，頁 112-113。

須是容易被愚弄的。人民越容易被愚弄，利益越大，反之若人民不會被愚弄，則利益就無法達成。

前文提到的步巡實驗或許可以作為「人民容易被愚弄」的佐證，藉以證明利益能被達成。然而，我們要注意步巡實驗做成於 1970 年代中期，而現代的資訊流通程度與當時不可同日而語，假設在今日做相同的實驗，是否還會得到同樣的結論，容有疑問。黃榮堅教授即指出：「在一個資訊開放的社會裡，刑罰對於一個失序的社會事實上並無控制社會秩序的作用，人們有其對社會事實直接或間接的觀察管道，不可能僅僅因為刑罰的執行或宣導而建構起對於社會秩序的信心，例如竊盜罪規定的存在並沒有使人誤認為這是一個沒有竊盜的社會，相反的，家家戶戶住宅外面的鐵窗已經是台灣文化的一部分。…簡單的講，此一層次的嗎啡效用在一個資訊開放的社會裡很難存在，因此，以刑罰維護一個規範下秩序社會的想像，從而開展人類生活的可能性，並不切實際。」本文贊同前述學者說法，認為在現代資訊開放的社會中，我們能輕鬆地從大眾媒體和網路獲得資訊，故政府很難在不實際解決問題的狀況下，使人民相信問題已被解決。再者，如果一個被宣稱有效的規範並未如同預期發揮成效，可能還會激起民眾的反感，使人民更加質疑國家規範的效力，導致人民反而更加恐慌。更甚者，有時候過度嚴密的控制，反而會凸顯政府面對問題的無能為力，導致人民更加恐慌¹⁴⁴。於是，要利用人民的認知落差或積極欺瞞人民，來達成確保安全感的效果，在現代社會中恐怕無法成功，因而無法通過適當性原則的檢驗。

¹⁴⁴ 例如在筆者寫作期間爆發了江子翠捷運隨機殺人事件，事件後政府派出霹靂小組手持 MP5 步槍在捷運中巡視，卻反而引起人民反彈，「擔心警方的步槍可能走火，批評警方只是要配合政府作秀」。不僅未減少人民的恐懼感，反而引起了更多的恐懼。見〈霹靂小組持步槍巡捷運惹抨擊〉，《蘋果日報》（2014/5/27），網址：

<http://hk.apple.nextmedia.com/international/art/20140527/18733652>（最後瀏覽日期：2014/7/23）



退一步來講，即便在現代資訊社會中安慰劑的效果仍能發生作用。但首先，這個作用在現代資訊社會中頂多也只是短期的。倘若問題實質上並未被解決，只是人民誤以為問題被解決了，就算短期內人民因為有了規範而稍感安心，但長期來看，當利益侵害行為仍反覆發生時，人民還是會回復至原本的恐懼狀態，甚至還可能更加絕望。再者，這個短暫的效果可能會讓我們迷信刑法的作用，讓人像吸食毒品般，不斷加重劑量以獲取更多的安全感，卻同時阻絕了人們尋求其他治本方法的可能性。甚至在「步巡實驗」中，我們也看到了一個顯著的副作用：人們因為誤信竊盜行為減少了，就疏於鎖門防盜了。在此情況下我們可以發現，風險感的減少，有時反而會推導回風險的增加，而當原本刑法規範根本未減低任何風險時，最後的結果會是人民的生活利益反而被破壞了。是故，即便通過了適當性層次的檢驗，在必要性與衡平性層次的檢驗上也都無法通關。

第四節 必要性：在各種成效類似的手段中，累

積犯是否為最合乎比例的手段？



在檢驗必要性之前，本文先說明幾個基本前提。首先，為了發揮「必要性」原則逼使檢驗者必須比較各種手段來準確衡量利弊的言說策略效果，本文將必要性原則的判斷標準從「在各種能達成『相同』程度的手段中，選取侵害程度最小的手段」調整為「在各種能達成『相似』程度的手段中，選取侵害程度較合乎比例的手段」，此調整標準的詳細理由於本章之初有詳細說明。再者，本文認為在所有的「制裁規範」中，刑罰所侵害的基本權利最嚴重，增加的行為成本較高，故相比其他手段而言，刑法就制裁規範的部分更具有減少特定行為的效果。然而，效果多出多少，以及「多」出來的效果與「多」侵害的權利間是否合於比例，仍尚待討論。最後，累積犯與其他規範（包含行為規範與制裁規範）是可以並存的，所以在以累積犯作為必要性原則的檢驗對象時，比較的利益狀態不能只是「只有累積犯、沒有其他特定規範」和「沒有累積犯、只有其他特定規範」，還必須比較「有累積犯、有其他特定規範」和「沒有累積犯、有其他特定規範」間的利益狀態，才能確知累積犯相較起其他制度而言，究竟是否合於比例。

壹、考量累積危險行為事實上的特殊性

在一般危險行為（非累積危險行為）的情況中，每減少一個行為，就保護了一個固定程度的利益。於是手段的成效可說是「多多益善」，最好的情況當然是社會上完全不要存有此類行為。舉例而言，讓社會上的殺人行為從一百件減到九十九件，和從一件減到零件，保護的都是一個生命法益，沒有區別。

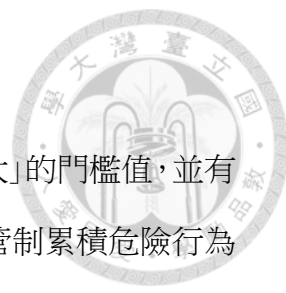
而另一方面，誠如前文所述，累積危險行為的特色是存有一個「邊際利益侵害小／大」的門檻值。若總累積量低於該門檻值，則利益侵害較小、甚至可能根本不會導致利益侵害。也就是說，從總體的角度來看，「部分」累積危險行為的存在，不見得會造成值得刑法介入的利益侵害。更何況，累積危險行為的行為時間點和最終利益侵害發生的時間點間很可能存在一長段的延遲時間。在此延遲時間中，環境很有可能產生「自癒」效果、清除原先的累積結果，更加強了「部分累積危險行為的存在，不見得會造成值得刑法介入的利益侵害」的結論。此時，如果我們還選擇了「趕盡殺絕」、將社會上的累積危險行為減少至零的手段，就很有可能違反了必要性原則。因為「減少累積危險行為」所帶來的利益，和「累積危險行為」所帶來的利益侵害恰恰相反，邊際效益只會越來越低，甚至可能減低至零。

於是，在以必要性原則檢討累積犯的正當性、比較累積犯與其他手段間何者較符合比例時，必須特別注意：其他手段是否已足以減少社會上的累積危險行為到累積量低於門檻值的程度？如果答案是肯定的，那必要性的檢驗結論會傾向於不正當。

貳、與其他成效類似的手段比較

本文將比較累積犯與類似手段的效果與成本，以判斷累積犯是否為最合比例的手段。本文檢驗正當性的標的並非特定的累積犯，而是廣泛檢驗累積犯的正當性，由於累積犯所包含的事實型態甚為多樣，而事實型態的不同必然會影響累積犯與其他手段間的相對效果與成本，故本文只能提供幾個在比較累積犯與其他手段時須注意的可能參考指標，而無法給出在眾多手段中哪一種手段才符合必要性原則的結論，先予敘明。

一、偵測措施與清除措施



倘若現實中存有可行的技術能夠預測「邊際利益侵害小／大」的門檻值，並有技術可偵測實際的「累積量」是否已達到門檻值，則用累積犯來管制累積危險行為的必要性就減弱了。因為在偵測技術的協助下，政府可以等到累積量逼近門檻值時再行介入，而不必於累積發生之初期即行介入。相對的，在欠缺偵測技術的情況下，因為無法確知何時累積量會超過門檻值，國家判斷風險時勢必趨於保守，在累積量尚微小時即認定超越容許風險，以避免風險失控。是故，在欠缺偵測技術的情況下，由國家角度劃定出的固定容許風險標準必將偏低。而反過來講，前述偵測技術的存在，能讓國家不用如此膽顫心驚的設下那麼低的風險容許標準，因而提升了風險的容許值。於是，如果現實中偵測技術是可行的，那比較合乎比例的手段應該是運用該偵測技術，在累積量尚未到達瀕臨門檻值前，運用非刑法的管制措施來規範人民的行為。如此才符合必要性原則。

又倘若現實上存有可行的「清除累積量」措施，則以刑法管制累積危險行為的必要性也會減弱。當現實上的累積量逼近門檻值時，要達成效果的方式可以是「清除累積量」的措施，亦可以是以累積犯來避免後續的累積危險行為。如果前者可行，那達成效果所付出的代價頂多只有國庫的金錢，甚至可用命行為人負擔義務或代履行後向行為人求償的方式讓行為人自行負擔成本；反之，以累積犯來避免後續累積危險行為的方式，則不可避免的會動用到刑罰此侵害權利甚鉅的最後手段。兩者相較之下，前者較合乎比例。雖說，雙管齊下（動用清除累積量措施的同時亦用累積犯來處罰累積危險行為）在理論上仍是最有效的方法，但如果清除累積量的措施已足夠使累積量降低於門檻值以下，那還動用到刑法來管制發生機率極低的風險就傾向不合乎比例了。

遺憾的是，理論上偵測措施與清除措施的存在雖會減弱累積犯制定的必要性，但在現實上偵測措施與清除措施可能是不可行的，導致累積犯制定的必要性並不會因此減弱。在自然環境的部分，雖然理論上自然環境的負載力與實際負荷可用量化的方式測定出來，但實際上技術的發展、運用可能性、普及性可能尚無法達成。同樣的，清除累積量的措施也可能受限於科技發展的侷限而不生效果，亦有可能因為運用措施的時間點過晚導致環境已被不可逆的破壞。在人為制度的部分，由於人會不會信賴一個制度牽涉到複雜的心理成因與不同的人格傾向，即便是最先進的科技措施也無法偵測出「門檻值」與「累積量」，而清除累積量的措施也難以被確認成效。是故，在現實上偵測措施與清除措施可能不可行的情況中，累積犯制定的必要性不會因此減弱。然而，這絕對不代表政府就可以本末倒置的主張：因為有累積犯的存在，故不需發展、推行偵測措施與清除措施。即便在最終因為偵測措施與清除措施的不可行而肯認了累積犯的必要性，發展偵測措施與清除措施仍是必需的。

二、行政罰

立法者亦有可能以行政罰來處罰相同的累積危險行為。在此情況中，行為規範是相同的：皆是禁止為特定的累積危險行為。有異者僅在於制裁規範，倘若制定累積犯，則行為人為累積危險行為連結到的法律效果是刑罰；倘若採行政罰之手段，則連結到的法律效果是行政罰。兩相比較之下，刑罰造成的權利侵害是更大的，也因為如此，會使的理性的潛在行為人「更」傾向不去做特定的累積危險行為。由此可知，刑罰相較於行政罰而言，侵害的權利更大，但同時嚇阻的作用也更強。然而，一個核心的問題是：我們是否需要這麼強的嚇阻力？誠如前述，累積危險行為的特殊性在於：在累積至門檻值以前，邊際利益的侵害是小的、甚至不會造成任何侵害。亦即，社會可能可容忍些許累積危險行為的存在。於是，在

比較累積犯與行政罰何者更合乎比例時，必須先評估：僅存在行政罰是否即可將累積量控制在安全範圍內？

在評估的過程中，有一項重要的考量指標是：行為人為累積危險行為的誘因有多大？試想，倘若行為的目的只是為了圖一時方便或省個幾十塊錢，那行政罰所帶來的行為成本就已足使絕大多數的行為人判斷行為帶來的成本大於效益、而不去做該行為。但倘若行為能帶來的利益相當巨大，那行政罰所帶來的行為成本或許就還不足以改變原本判斷行為效益大於成本的潛在行為人。舉例而言，在公眾場合亂丟垃圾的行為帶來的利益較小，以行政罰來處罰就已足以使絕大多數人放棄亂丟垃圾，以刑罰來處罰就違反了必要性原則。但是像行賄行為帶來的利益可能就相當龐大，以行政罰來處罰的抑制行為效果不強，此時累積犯就比較有可能通過必要性原則的檢驗。

三、其他刑法立法模式

倘若我們拿「僅以累積犯規範」的狀態和「僅以其他刑法立法模式規範」的狀態進行比較，此兩者侵害的行動自由程度雖難以比較，但由於前者採取的是較偏向「固定容許風險標準」的立法模式，故侵害人格權的程度較高。而若我們拿「以累積犯規範且同時亦以其他刑法立法模式規範」和「僅以其他刑法立法模式規範」來比較，則會發現前者侵害行動自由與人格權的程度皆較後者為高。然而，即便累積犯侵害基本權利的程度較其他刑法立法模式更高，也不一定導致累積犯無法通過必要性審查的結論，還必須進一步看累積犯相較起其他刑法立法模式而言，是否能多達成一些利益，而該相對利益與相對成本間是否合乎比例而定。



（一）以個人法益為保護法益的情形

如果是以累積犯的立法模式來保護「個人法益」，那會發生的問題是：社會上是否真實存在以累積犯的立法模式來控制風險的「需求」？具體而言，在現實情形中真的會出現「許多行為人」在不存在「意思聯絡」的情況下（倘若存在意思聯絡，可直接依共犯論處）對「同一個人」為累積危險行為的情形嗎？亦即，「真實的累積效應」會存在於侵害個人法益的情形嗎？舉例來說，現實中真的會發生德國學者所舉的「三僕弑主」的例子嗎？況且，就算現實中真實存在類似「三僕弑主」的例子，那是否可逕以實害犯或未遂犯來論處即可控制風險、保護個人法益呢？說到底，實害犯或未遂犯所無法解決的問題只有：行為人皆不具有對被害人的「實害故意」，但卻做出了累積危險行為。然而，倘若真的遇到了此種情況，那要考慮的應該是適用過失犯罪。如果此時刑法未設有過失犯的規定，或者刑法雖有過失犯的規定但因實害結果並未發生而不罰過失未遂，又或者行為人對實害結果沒有預見可能性而根本不構成過失，那這也是整個刑法體系的價值選擇。如果刑法要在此做出差別待遇，那勢必需要有一個相當強而有力的理由——為何這種侵害個人法益的方法比起其他種侵害個人法益的方法更需要被禁止？於是，如果在存有實害犯或未遂犯的情況中，多增訂累積犯的規定（例如增訂「在他人飲食中置入足以累積致死的毒藥者，處以刑罰」的刑法規定），在衡量累積犯所多帶來的利益與多侵害的行動自由和人格權後，本文認為應傾向認為累積犯的手段是不必要的。而這或許也就是在立法例上累積犯鮮少被運用在保護個人法益上的原因。

（二）以集體法益為保護法益的情形

如果是以累積犯的立法模式來保護「集體法益」，由於相較於特定的「個人法益」而言，與「集體法益」產生互動的人數較多、且較有誘因為累積危險行為，故較有可能出現「真實的累積效應」。舉例來說，可能侵害某甲生命法益者僅有甲周

遭的人，且經驗上，絕大多數甲周遭的人無法僅從對個人法益的累積危險行為中獲取利益（一個和甲有仇的人，通常會希望自己單獨的行為就造成甲死亡，而不是僅做出累積危險行為等待累積後的實害結果發生）；而相對的，可能侵害自然環境或人為制度者則涵蓋了社會中的所有人，且經驗上許多人皆可從對破壞自然環境與人為制度的累積危險行為中獲取利益。於是，在以個人法益為保護法益的情況中，現實上只要以實害犯或未遂犯的立法模式來規範就已足夠控制絕大多數的風險，但在以集體法益為保護法益的情況中則不然。

再者，如果要以實害犯或未遂犯來保護集體法益，會面臨立法技術上的難題。由於集體法益相較於個人法益而言較為抽象，我們很難以感官來確認集體法益的現實狀態，以至於人們難以建立「集體法益是否被侵害」的共識。這導致了我們很難在符合明確性原則的前提下，以實害犯或未遂犯來保護集體法益。舉例來說，由於人是否死亡有明確的共識，所以「殺人者，處以刑罰」的實害犯規定是合乎明確性原則的。然而，什麼是對公務員的信賴，又什麼樣的行為會破壞對公務員的信賴，就很難取得共識，於是倘若有一條刑法規定「破壞對公務員的信賴者，處以刑罰」，就必然會違反明確性原則。如果把文字的涵義理解得太過廣泛，則處罰會過廣，侵害人民權利過大；但若把文字的涵義理解得太過狹隘，則可能無法保護基本的利益衡平狀態。於是，在以集體法益作為保護法益的情形，相較於以個人法益為保護法益的情形而言，較有必要以「行為犯」的立法模式來立法。又當法益在現實上會因為累積危險行為而被侵害時，則較有必要以行為犯中的累積犯立法模式來規範。

面對實害犯與未遂犯在立法技術上的難題，另外一個可能的選擇是採取具體危險犯的立法模式。然而姑且不論具體危險犯本身也有不符合明確性原則的疑慮，在控制風險的成效尚，具體危險犯只能管控到「單一行為就造成巨大風險狀態」的情形，而無法管控到累積危險行為所帶來的微量累積風險。於是，倘若特定累

積危險行為存在「真實的累積效應」，那累積犯相較起具體危險犯而言就仍可達成更多不容忽視的利益。

由前述分析可知，當累積犯是以集體法益作為保護法益時，則可能會產生實害犯、未遂犯或具體危險犯皆無法替代的利益。當然，這並不是要說明以集體法益作為保護法益時累積犯就有必要性，而只是要說明「相較於」以個人法益為保護法益的情形時累積犯更可能通過必要性原則的檢驗。

四、採用侵害權利較小的累積犯

倘若在和其他效果類似的手段比較後，得出仍有必要以累積犯手段來達成目的之結論，也不代表立法者就能任意制定累積犯。在各種累積犯中，亦有侵害權利大小的區別，若侵害權利較小的累積犯較合乎比例，那採用侵害權利較大的累積犯就違反了必要性原則。

由於累積危險行為的特性是：存有一個「邊際利益侵害小／大」的門檻值。若總累積量低於該門檻值，則利益侵害較小、甚至可能根本不會導致利益侵害。在此種情況下，理論上最符合必要性的立法應該要「只對部分累積危險行為」發揮規範作用，把累積危險行為所造成的累積量控制在剛好低於門檻值的程度。用量化的方式來說明，假設累積門檻值是 41 單位，在沒有累積犯的情況下會有 100 人為相同的特定累積危險行為，而每個特定累積危險行為會造成 1 單位的累積量，那麼理論上最符合必要性原則的做法應該是只對 100 人中的 60 人發揮規範作用，將累積量控制在剛好 40，此時不會有利益侵害或利益侵害尚未大到需要動用刑法，又可顧全該 40 人的行動自由，相較於對所有 100 人發揮規範作用的刑法而言，顯然是較合乎比例的。然而，此種對部分人發揮規範作用的手段只存在於理論中，在現實上是不可行的。由於刑法的規範作用是對將來社會中的所有人發生，只要人有資訊接受的管道，就會受到規範效力所及，就算是在事後選擇性執法，

也無法在事前選擇性發揮預防作用，故在現實上不可能設計出只對部分為構成要件行為者發生規範作用的刑法。況且，即便設計得出一套僅對部分人發揮規範作用的刑法，但為相同行為者、竟有不同的法律效果，顯然違反平等原則，產生了更大的弊害。

扣除掉前述不可行的方案，還有兩種侵害權利較小的方案可供比較。第一種是限縮行為規範的範圍：在累積危險行為中再依照累積危險行為帶來的個別累積效果區分為高程度的累積危險行為與低程度的累積危險行為，而在構成要件的設計上排除後者、只把前者包含於內。第二種則是減弱制裁規範的強度，也就是採用侵害權利較小的刑罰。以下分別討論：

（一）限縮行為規範的範圍

限縮行為規範的範圍指的是依照個別累積危險行為帶來的累積效果程度高低再行區分，而只把高程度的累積危險行為制定入構成要件中。本文先以量化的方式來說明何謂限縮行為規範的範圍以及限縮行為規範的範圍為何是較合乎比例的手段。假設累積門檻值是 41 單位，在沒有累積犯的情況下會有 30 個人為 2 單位的累積危險行為、而有 40 個人為 1 單位的累積危險行為，綜合起來造成了 100 單位的累積量。本文先假設制裁規範的效果強到足以使所有符合構成要件者皆不為該特定行為（一個這麼有效的制裁規範有相當大的可能會違反必要性原則，但本文在此作此假設只是為了方便聚焦討論於限縮行為規範範圍的主題上）。此時我們會發現：倘若不區分量差來制定構成要件、只要貢獻了任何一點累積效果就落入構成要件的範圍內時，累積量是 0；倘若我們區分量差、僅將高程度的累積危險行為制定入構成要件，使足以產生 2 單位以上累積量的累積危險行為才落入構成要件的範圍，則在刑法的作用下，累積量會成為 40、低於累積門檻值 41。比較兩者的利益狀態後我們可以發現，由於 0（前者）與 40（後者）皆低於累積

門檻值，在利益狀態上沒有差別或差別可能未大到須以刑法介入的程度，而前者卻比後者多侵害了一些行動自由、同時施以更多人刑罰制裁造成了更多權利侵害，從而後者明顯比前者更合乎比例。

以水汙染行為為例，累積犯的首倡者 Kuhlen 就認為¹⁴⁵：如果將水汙染累積犯的構成要件連結至行政標準，由行政機關來劃定出一條容許的界線。此時由於行為人是對此部分範圍的結果負責，而非為其他人的行為負責，故累積犯的制定就是有正當性的。本文在論理上與 Kuhlen 不同（因本文採取行為不法論，無須尋找犯罪結果來歸責，而是否係為其他人行為負責與是否制定有行政標準無關），但在結論上部分贊成 Kuhlen 的說法，認為：如果該行政標準夠具體明確，且能有效的達成避免過度侵害人民權利的目的，那依本文前段所述，該累積犯就傾向通過必要性原則的檢驗。本文更進一步認為，人的行為模式和科技皆會隨著時間而改變，累積量與門檻值的差距也會隨著時間而不同，從而累積犯的必要性判斷亦會在不同時間點出現差異。而行政機關相較於立法機關而言，更為專業、有效率，能夠較為迅速、準確的劃定出適合當代社會的容許風險標準。因此，倘若累積犯的構成要件連結到一個劃定有最低容許值、具體明確的行政標準，那此種構成要件「細緻化」的累積犯通過必要性檢驗的可能性就比較大。當然，這一切的前提都必須是行政機關在劃定標準時不能只為了管制上的方便，而必須是在審慎考量累積危險行為的特殊性質後做成的、兼顧保障人民基本權利的決定。如果行政機關無法達成此點要求，那恐怕是適得其反，反而更無法通過必要性原則的檢驗。

我國的環境刑法就廣泛運用了前述將構成要件連結至行政標準的立法模式。例如自來水法第 96 條規定：「在水質、水量保護區域內，妨害水量之涵養、流通

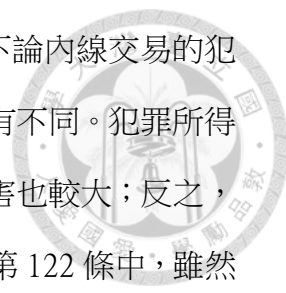
¹⁴⁵ Kuhlen, Lothar: Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, in ZStW 105 (1993), pp.717-719.

或染污水質，經制止不理者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」此外，飲用水管理條例第 16 條第 1 項第 1 款規定違反第 5 條第 1 項規定，經依第 20 條規定通知禁止為該行為而不遵行者，處以刑罰。而第 5 條第 1 項各款的認定，皆高度仰賴行政機關之認定¹⁴⁶。

又，水污染防治法第 34 條亦規定：「事業無排放許可證或簡易排放許可文件，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準者，處負責人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。」水污染防治法第 7 條則規定了：「I)事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施，排放廢（污）水於地面水體者，應符合放流水標準。II)前項放流水標準，由中央主管機關會商相關目的事業主管機關定之，其內容應包括適用範圍、管制方式、項目、濃度或總量限值、研訂基準及其他應遵行之事項。直轄市、縣（市）主管機關得視轄區內環境特殊或需特予保護之水體，就排放總量或濃度、管制項目或方式，增訂或加嚴轄內之放流水標準，報請中央主管機關會商相關目的事業主管機關後核定之。」該條的授權範圍相當明確，且從「濃度或總量現值」、「環境特殊或需特予保護」等文字可看出，立法者似乎是有意識的要求行政機關必須注意個別行為造成的累積量、累積門檻值以及累積量是否已逼近門檻值等與累積危險行為特殊性有關聯的要素。本文贊成水污染防治法第 34 條與第 7 條的規範方式，認為如此規範通過必要性原則的可能性相當高。

除了以自然環境為保護法益的類型外，以人為制度為保護法益的類型雖然較欠缺偵測累積量與門檻值的科技技術，但在規範技術上還是有可能透過構成要件的「細緻化」來兼顧人民的基本權利保障。例如我國證券交易法第 171 條第 1 項與第 2 項，就區分了犯罪所得的多寡，給予了不同的刑罰效果。先假定內線交易罪

¹⁴⁶ 許玉秀，前揭註 122，頁 449。



的保護法益為人民對證券市場公平性信賴所帶來的制度利益，不論內線交易的犯罪所得多或寡，都同樣會侵害人民對市場的信賴，惟程度上或有不同。犯罪所得較多的內線交易行為，給市場參與者的衝擊較大，對信賴的侵害也較大；反之，犯罪所得較小者侵害較小。又例如在我國普通刑法第 121 條與第 122 條中，雖然違背職務與不違背職務之行賄行為皆會造成人民對公務體系的不信賴，但前者的衝擊明顯較大，立法者於是給予了前者處以刑罰、後者不處以刑罰的差別對待。本文肯認此種細緻化的差別能使得在檢驗累積犯的必要性時，傾向通過。因為將累積危險行為的行為數量減少至零很可能不合比例，將累積犯的目標設定為將累積量控制於門檻值內，依照個別行為累積效果的量差給予法律效果的差別待遇，有助於使手段帶來的效果與成本更加吻合、更可能通過必要性原則的檢驗。有時候在立法技術上不易以量化的方式來區分程度高與程度低者，此時或許可考慮從經驗上歸納，將行為描述的更加細膩來區分兩者後給予差別待遇。

（二）減弱制裁規範的強度

另一種可能較合乎比例的方案是減弱制裁規範的強度。由於累積危險行為的特色是存有一個「邊際利益侵害小／大」的門檻值。倘若總累積量低於該門檻值，則利益侵害較小、甚至可能根本不會導致利益侵害。從而，最符合利益衡平狀態的必然不是社會上所有人都無法為此行為（累積量等於 0），而是落在門檻值以下（累積量介於 0 與門檻值之間）。

從人做行為決策的角度來分析，人在決定是否為特定行為前會先衡量行為帶來的效益與成本：如果效益大於成本時，人就會傾向去做；成本大於效益時則人就會傾向不去做。而每個人在評估同樣行為時，評估的效益與成本皆有差異，例如對於一個飢寒交迫的人來說，偷竊帶來的效益可能就來得比家財萬貫的人更多。當法律對特定行為賦予了制裁效果，就提高了行為的成本，有些原本判斷效益大



於成本而傾向去做的人因為成本提高了就可能改變了行為決定；但同樣的有些人在考量後仍覺得效益依然大於增加後的成本，並不會因為成本提高而就改變行為決定。於是，透過制裁規範的強度調整，就可以控制社會中的行為總量。在累積犯的狀況中，由於累積危險行為的特殊性，嚴刑峻罰使社會行為總量降至逼近零很可能是不必要的。相反的，施以較輕的刑罰才是比較合乎比例的。用量化的方式來說明，假設累積門檻值是 41 單位，而每個特定累積危險行為會累積 1 單位的量，在沒有累積犯的狀況中，社會上有 100 個人會為該特定累積危險行為。其中有三十個人評估的行為效益是 9，三十個人評估的行為效益是 19，四十個人評估的行為效益是 29。此時，一個帶來 20 成本的制裁規範就來得比超過 20 成本的制裁規範更符合比例，因為能將行為總量控制於剛好在門檻值以下，而不致造成更多的人權侵害。反之，過度嚴厲的刑罰雖仍使累積危險行為量遠低於門檻值，但傾向違反必要性原則。

第五節 衡平性：所侵害的基本權利與所達成的

利益間是否失衡？

倘若累積犯能通過目的正當性、適當性、必要性原則層次的檢驗，則代表著該累積犯確實能達到無可取代的利益，但同時也必然侵害了某些利益。故在衡平性層次的檢驗中，我們所要檢驗的是：制度所確實能達成的利益（在適當性層次檢驗後的結論）以及制度所侵害的利益（在侵害權利層次檢驗後的結論）間孰輕孰重。在此層次中，累積犯面臨的最大爭議是存有行為人「為他人行為負責」的正當性疑慮，持此論調者似乎欲由此推論出累積犯侵害權利過大之結論。本文於此節中將先處理此爭議問題，再提出一些針對累積犯此事實型態在進行衡平性檢驗時所需注意的特殊點。

壹、違反罪責原則？

學者指出，累積犯備受批評的點在於：「行為人是由於其他人的行為（*ex iniuria tertii*）而被處罰。從他人眾多（並且是假設和不確定的）個別行為共同作用而產生的法益侵害，當其為單一行為時，尚無法益損害。…一般人應該很難接受：一個使用歐元偽鈔的人，只有在其他很多人也這樣做時，才能依德國刑法第一四七條（使用偽造貨幣罪）論處。」¹⁴⁷換言之，當社會上僅有一個人為此行為時，因其單獨行為不會造成侵害，故立法者也不會有動機制定刑法來處罰此行為人；然而，當社會上有許多人為相同行為時，利益侵害才可能出現，此時立法者才會制定累積犯來處罰該行為人。由此以觀，似乎有可能被認為此行為人是因為社會上其他行為人的存在而被處罰，而有違我國大法官解釋第 687 號解釋理

¹⁴⁷ Claus Roxin 著，許絲捷譯，前揭註 19，頁 271。

由書「基於無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任」¹⁴⁸之罪責原則。

然而，仔細觀察前述推論可發現，論者之所以會做出累積犯是使行為人為其他人行為負責的原因是：「單一行為時，尚無法益侵害」。於是，才進一步導出行為人是為導致結果發生的其他人行為負責的結論。此推論背後的前提應該是：只有單一行為即可造成法益侵害者，處罰該單一行為才合乎罪責原則。而所謂的單一行為即可造成法益侵害，在解釋上有兩種可能：第一種是該單一行為為法益侵害的充分條件，亦即單一行為的存在必然能導致法益侵害；第二種則是該單一行為為法益侵害的必要條件，亦即欠缺單一行為即不會導致法益侵害。本文於結論上認為累積犯並未違反「行為人僅為自己行為負責」之原則；退一步言，縱有違反，此原則也非絕對不可違反之原則，而仍須視制度所達成的利益狀態而判斷其是否具備正當性。以下本文將分開「個別累積危險行為非利益侵害結果的充分條件」與「個別累積危險行為非利益侵害結果的必要條件」兩種可能論證處罰行為人是要求行為人為其他人行為負責、進而違反罪責原則的可能途徑分別討論。

一、單一累積危險行為非利益侵害結果的充分條件

為何累積犯會有「行為人是由於其他人的行為而被處罰」的疑慮？學者的解釋是因「當其為單一行為時，尚無法益損害。」從文義上來理解這句話，指的比較像是單一行為必然無法成為法益損害的充分條件，而要結合其他眾多的相同行為後才會共同成為法益損害的充分條件，故云累積犯是使行為人為其他人的行為負責。然而，本文認為所有刑法的構成要件行為中，單一行為本身皆不足以成為利益侵害結果的充分條件。舉例而言，在個案中單一的殺人行為可能就只是扣下槍

¹⁴⁸ 大法官解釋第 687 號解釋理由書。

的扳機，但即便如此，扣下槍的扳機本身也不會是死亡結果的充分條件。要導致一個人死亡，還需要風向正確、被害人出現在當場、被害人反應不及等等條件，這些條件累積起來才會共同導致人的死亡，而這些條件卻也都是行為人所不能夠控制的。相同的，在累積犯的情形中，個別行為雖無法單獨導致利益侵害結果的發生，但其道理就如同殺人罪中扣扳機的行為亦不會單獨導致利益侵害結果一樣，我們並不會因此就認為行為人是為超越自己能控制的事情負責。

原因是，刑法處罰行為人是因為其個別行為就具備了「危險性」，即便此「危險性」不會單獨導致利益侵害結果發生，但減少此危險性就有助於減低最終利益侵害結果發生的可能。於是正確來講，行為人是為了自己所創造出的風險負責，而不是為了其他因素（包含其他人的行為）負責。倘若只禁止能作為充分條件的行為，則一來現實中根本找不到單一行為就可成為充分條件的情形，二來會出現社會難以承受的龐大法益保護漏洞。

二、單一累積危險行為非利益侵害結果的必要條件

另一種可能論證行為人是為其他人行為負責的說法是：即便單一行為人為不為特定累積危險行為，利益侵害結果仍會發生；唯有多數行為人一起不為特定累積危險行為，利益侵害結果才不會發生。也就是說，單一行為和利益侵害結果間欠缺條件因果關係，沒有任何一個行為人可以支配利益侵害結果的發生或不發生。惟有將多數行為人的行為合併看待時，才能夠支配利益侵害的結果。然而，為何可以將不同行為人的行為合併看待，並以此作為利益侵害結果的必要條件？在論理上恐怕就有違反「基於無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法

且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任」¹⁴⁹罪責原則之疑慮。

姑且不論前段的論證是否合理，由於累積危險行為的事實態樣不盡相同，在有些情況中個別的累積危險行為能支配特定的利益侵害，就此部分即不需討論前述為他人行為負責之爭議。首先，個別的累積危險行為雖然無法支配利益侵害結果是否會發生，但在有些狀況中，能支配利益侵害結果在哪個時間點發生。倘若利益侵害具備不可回復性，則造成利益侵害的時間點提前就代表了更多總量的利益被侵害。就此部分「多出來的」利益侵害而言，行為人是可以支配的，故不存在「為他人行為負責」的問題（然而，行為具備不法性的原因有可能出現個別行為就支配了部分侵害，而同時行為在累積後才導致最終侵害的情形，本文在此認為不存在為他人行為負責爭議的是僅專指前部分而言）。再者，在有些情況中，累積危險行為除了具備個別累積效果以外，還具備了促成累積效果。由於促成累積效果會提高社會中其他人為同樣累積危險行為的可能性，此時行為人能支配的範圍已不再限於自己行為造成的累積量，還同時包含了其他人的行為，故亦不存在「為他人行為負責」的問題（同樣的，行為具備不法性的原因也有可能同事是因為具備個別累積效果與促成累積效果，本文在此認為不存在為他人行為負責爭議的僅專指後部分而言）。

即便在前述的事實型態中由於個別的累積危險行為在某程度上支配了利益侵害，而不會出現行為人為他人行為負責的疑慮，但仍然無法迴避所有累積危險行為共同的事實型態所會面對的問題：當個別行為完全無法支配任何利益侵害，僅有在結合其他行為才能共同支配利益侵害時，處罰個別行為之行為人是否違反了罪責原則？本文認為，所謂的「責任」是一個規範性的概念，是被人們建構出來

¹⁴⁹ 大法官解釋第 687 號解釋理由書。

的，而不是先驗存在的概念。於是，行為人應該或不應該「負責」，是取決於比較「負責」與「不負責」的利益狀態何者較高，而不是先不附理由的劃出一條行為人該負責的界線後，便指稱在此界線內有利益，而在此界線外則是弊害。換言之，行為人應該或不應該負責，該是利益衡量後的「結論」，而不是利益本身。更進一步言，所謂「人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰」的標準看似明確，但何謂「自己之…行為」？仍有待進一步解釋。單一累積危險行為雖非利益侵害結果之必要條件，但在建構行為人責任時，行為人之行為是否為利益侵害結果的必要條件本非邏輯上唯一可能的選擇。

而依本文見解，不法概念的作用在於設定一個理性行為的標準，減少社會上超越容許風險的行為進而保護利益。倘若此標準的設定是理性的，那麼在規範上我們就會建構出一個相對應的責任，而因此標準被處罰的行為人就是「為自己的行為負責」，而不違反罪責原則。退一步而言，縱使我們形式上先設好了一個罪責原則的標準，惟倘若此規範合於容許風險標準，最終的結論仍會是「雖然違反罪責原則，但構成罪責原則的例外」而仍有正當性。總之，要將此狀況命名為違反或不違反罪責原則其實無關宏旨，因為在本質上罪責原則只是判斷的結論、而不是過程，即便錯置在推論的過程，也不會影響本來有正當性或無正當性的結論。

於是，講到底，最核心的判斷點應該只存在於：「是否唯有行為是利益侵害結果的必要條件時，才超越了容許風險的標準？」而本文認為，風險判斷的標準會因判斷的主體而改變。倘若我們採取的是「浮動的容許風險標準」，由於對於一個行為人而言，其他人的行為都是既定的事實，在判斷風險是否容許時只需比較「我做此行為（其他人也做此行為）」與「我不做此行為（其他人還是做此行為）」的利益狀態。但倘若我們採取的是「固定的容許風險標準」，則由於對國家而言，沒有人的行為是既定的事實，所有人的行為都可能受國家規範所影響，於是在判

斷風險是否容許時要比較的是「國家規範此行為」與「國家不規範此行為」的利益狀態。於是，在固定的容許風險標準中，即便從行為人的角度判斷時為特定行為是合乎理性的（選擇做或不做都無法改變利益會被侵害的宿命）；但從國家的角度來判斷時，禁止該行為比不禁止該行為更能有效控制風險、實現利益，故使行為人負責（不論要將此說成為自己行為負責或為他人行為負責）就可能是具備正當性的。而至於最終是否具備正當性的判斷，則要取決於達成利益與侵害利益間的衡量，而其中，就必須把採取「固定的容許風險標準」所侵害之人格權或人性尊嚴納入衡量的侵害利益之一。

貳、量的比較：「多換一」是否值得？

累積犯乃透過禁止累積危險行為來達成保護利益的效果。而如同本文於討論侵害權利層次時所述及，累積犯在行為規範上侵害了行動自由、人格權，而在制裁規範上則加強了行動自由與人格權的侵害並依刑罰種類的不同侵害了人格權、人身自由、財產權。所侵害利益與所達成利益間是否衡平，在技術上不易尋出一個明確可操作的標準，本文僅嘗試依循累積犯的特別之處，提出幾個在進行衡量時所需注意的事項。

首先，累積犯所侵害的利益與所達成的利益屬於「多換一」的關係。相較於其他犯罪，每禁止「一次」的犯罪行為，就能達成保護「一個」利益，屬於「一換一」或「多換多」的關係；累積犯所預設的事實基礎是，要禁止「多次」的犯罪行為，才能夠達成保護「一個」利益的目標，屬於「多換一」的關係。也就是說，在其他犯罪中，刑法每一次發生事前的規範作用，都能夠達成利益；但在累積犯的情形中，刑法必須要多次發生事前的規範作用，才能夠達成利益。雖然說利益的「數量」，並非進行利益衡量時唯一須考量的事項，然而仍然可做為一項可能影響衡量結果的變因之一。在假設個別利益重要性相同的前提下，本文認為「多換一」的關係比

起「一換一」的關係更不容易通過衡平性的檢驗。亦即，累積犯倘若要通過衡平性的檢驗，相較起其他種類的犯罪而言，必須要達成重要性更大的利益。



參、採用固定容許風險標準的資格

再者，累積犯乃是一種「固定容許風險標準」的立法模式，亦即由立法者事先判斷特定種類的行為超越容許風險，不容行為人自行判斷其行為是否會造成實害或危險。與其相對的立法模式是「浮動容許風險標準」，亦即立法者並不事先判斷特定種類的行為是否超越容許風險，而交由個案中的行為人自行判斷。相較於浮動容許風險標準而言，固定容許風險標準強調「他律」、貶抑「自律」，將人們假設為無法判斷風險的不成熟個體，侵害了更大程度的人格權甚至有侵害人性尊嚴之疑慮。於是，在檢驗採用「固定容許風險標準」的規範時，就會要求此規範必須達到相較於採用浮動標準規範者能達成更大的利益。

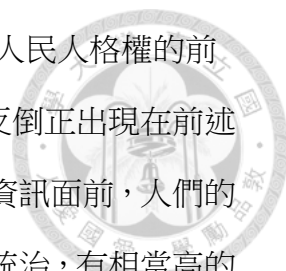
更進一步言，在採用「固定容許風險標準」的規範中，累積犯所規範的是累積危險行為，其事實特性是利益侵害結果要在累積許多行為後才會發生。於是，在經驗上行為與結果間的時間點通常間隔較為遙遠，在此段時間內，科技進步與人行為模式的改變都會影響最初的風險判斷。且由於行為作用的空間範圍廣袤，影響結果的變因增加，連帶升高了判斷行為風險的難度。基於以上理由，在判斷風險時，累積危險行為往往比其他危險行為更難準確的準確。此難以準確的問題不僅存在於受限於感官經驗的個人，亦存在於專業知識不足政府。

採用固定容許風險標準立法模式的優勢在於：在一些特定的情境中，行為人常常受限於感官經驗，而無法準確判斷行為的危險性，此時由掌握專業資訊的政府來判斷風險會更為準確，因而能更加保護社會上的重要利益。基於此資訊優勢，政府才有資格將人民視為較不成熟的個體看待（在此須注意，本文在此的意思並不是指政府應該把人民視為較不成熟的個體看待，而只是強調有資格。）然而，

倘若判斷累積危險行為風險複雜性的程度已經高到連政府也無法掌握足夠資訊的程度，政府判斷的依據只剩下恐懼、而非理性，此時政府和人民同樣都是「不成熟的」，設下固定容許風險標準來限制人民的人格權即不具備正當性。更甚者，在欠缺充足資訊下，政府立法的真正目的很可能只是為了減低人民的恐懼感，但以降低恐懼感作為立法目的在本文立場中並無法通過適當性層次的檢驗。綜合以上，在檢驗衡平性時，我們必須要仔細檢驗政府證明累積危險行為具備高度危險性的論理與實證基礎是否充分，否則人民的人格權就利益衡量下就沒有任何退讓的必要。

肆、個人自由與風險管控的平衡點

即便政府掌握了所有的資訊、精確的判斷了所有的風險，這也不代表我們就要不計代價的追求一個嚴格管控風險的社會。政府掌握充足的風險資訊，充其量只能夠證明政府在「判斷風險」的事務領域中，相較於人民而言，是更為「成熟」、更加「理性」的。然而，「降低風險」只是人生活中各種利益中的其中一個，而不是利益的全部加總。如果我們單以「風險判斷」的理性作為人「行為準則」的理性，那導致的結果反而將會是在各種多元利益中過度偏袒「降低風險」的非理性。簡單來講，一般民眾在風險判斷的領域中雖然是不成熟的，但我們能否選擇一個不那麼成熟的生活型態呢？當日常生活中處處充斥著「專家」指導我們應該做什麼、不該做什麼時，我們會不會渴望著任性一回的自由片刻呢？這些問題都涉及了最基本生活態度的選擇，不該由任何專家、乃至社會上的任何來來獨斷決定，而應該要交給全體人民來共同決定：為了管控風險，我們肯犧牲多少自由作為代價？此問題非專屬於累積犯的問題，而是所有以管控風險為目的的規範都必然得面對到的最終核心問題。



政府欠缺掌握風險資訊的能力雖會使得政府無法滿足限制人民人格權的前提，但這還不是本文最擔心的問題。本文認為，最值得憂心的反倒正出現在前述政府全面掌握所有風險資訊的情況。在龐雜且不易理解的風險資訊面前，人們的自由似乎顯得微不足道。尤其是掌控風險資訊的政府為了方便統治，有相當高的誘因選擇純粹以「風險判斷」來定義「理性」的言說策略，主張個人自由者通常被貶為自私的、不顧大局的，「主張個人自由者必定就是那些想要違反規範的人」的論述給予了主張個人自由者道德上的負面評價，大幅降低其言說力道。更甚者，在此言說策略的運作下，人們的「自由」通常會被詮釋為降低風險才能實現的利益，而不是降低風險所需付出的代價。降低風險反而被詮釋為擴張了自由、而非限縮了自由。基於前述的理由，在「個人自由」與「風險管控」的價值抗衡中，傾向「個人自由」的一方總是節節敗退—因為在傾向「風險管控」者的言說策略運作下，個人自由縱使是一項真實存在的重要利益，卻喪失了在公共領域中的言說力道，導致了在現實公共領域中的利益衡量結果偏離了真正符合全民利益的平衡點。

綜合以上，本文的見解是：「個人自由」與「風險控制」的平衡點為何，需取決於當代人民的真實需求。然而，在公共領域中，由於「風險控制」一端的言說力道因言說策略的運用而被不當放大，以至於民主機制在此失靈、最後的衡量結果將過度偏向風險控制端，而無法尋得符合人民最大利益的平衡點。於是本文主張應加重政府的說服責任作為相抗衡的言說策略，除了依照規範型態的特殊性將檢驗標準細緻化以外，更要求主張偏向「風險控制」的一端，不能夠只是舉證證明風險的存在，還需積極探求人民對個人自由的需求，乃至在個別規範的正當性檢驗中積極說明風險控制的利益何以能超越個人自由的理由。

第五章 結論



第一節 重點回顧

壹、累積危險行為可能構成實害犯或未遂犯

所謂的「累積危險行為」係指單一行為不會侵害重要生活利益、累積同種類的複數行為後始會侵害重要生活利益之行為類型。在論理上，檢討累積危險行為是否會構成實害犯（既遂犯）時，會面臨在客觀上個別的累積危險行為與利益侵害結果間是否具有因果關係的爭議。本文認為所謂的不法行為指的是對利益失衡結果有迴避可能性的行為，故在因果關係的理論選擇上採取了條件因果關係理論，亦即檢驗是否「非 P 即非 Q」認為應區分事實類型而定。而在檢驗是否具備條件因果關係時，主張應區分事實類型而定。

當個別行為無法影響「結果是否會發生」而僅會影響「結果在什麼時間點發生」時，則要進一步檢驗該利益侵害結果是否具備不可回復性，倘若具備，則代表結果的提前發生亦代表著總利益侵害量的提高，從不法的意義來講應判斷為有因果關係，反之則無。當個別行為既無法影響「結果是否會發生」、亦無法影響「結果在什麼時間點發生」時，亦即各個累積危險行為間出現「擇多關係」時應如何認定因果關係，學說有爭議。按照德國學者 Puppe 教授採行的「最小充分條件的必要部分」理論，可得出此時各個累積危險行為和利益侵害結果間皆有因果關係的結論，但本文仍堅守原始的條件理論，故認無因果關係。

在主觀層面上，為累積危險行為的行為人是否具備故意或過失，取決於行為人對超越容許風險的事實是否有預見或有預見可能性。一般而言，如果行為人的認知未發生錯誤，則通常會認為僅認知到累積危險的行為人不具備實害故意。唯

有當行為人特別認知到自己的行為極有可能就是導致累積量達到門檻值的關鍵行為時，才會具備實害故意。然而，此結論並非論理上之當然，是否會構成故意或過失的關鍵仍取決於容許風險的界線如何劃定。倘若我們把容許風險的界線調低為只容許極低程度的風險，則行為人單僅認識到行為的累積危險就很可能已經具備實害故意；且同時在客觀不法上，只要行為人做出了該行為，風險就已失控。

貳、制定累積犯的需求仍存在

雖說在論理上可透過降低容許風險標準的解釋方法，使累積危險行為構成實害犯或未遂犯，來達成管制累積危險行為、控制風險進而保護法益的目的。然而，調降容許風險標準、使累積危險行為一律構成實害犯或未遂犯將可能過度侵害個人自由，雖能控制風險但卻造成利益失衡。制定累積犯相對而言，較有可能達成個人自由與風險控制間的平衡。此外，在行為指引的效果上，實害犯與未遂犯無法如同累積犯將法律所欲禁止的特定行為直接明列於條文文字上，行為指引的效果不如累積犯。最後，在以集體法益為保護法益的情形中，受限於立法技術的限制，要制定出符合法明確性原則的實害犯或未遂犯誠有困難，此時即存在制定累積犯的需求。

參、累積犯與實害犯不互斥而可能並存

依照累積犯首倡者 Kühlen 之見解，所謂的累積犯，指的是「個別構成要件行為不足以對法益造成實害或危險，必須同種類行為大量累積之後才可能造成實害或危險」¹⁵⁰，亦即將累積危險行為制定為刑法上的構成要件行為。在類型上，參考累積犯倡議者 Hefendehl 的分類，可依照累積犯的保護法益區分為「以自然環境為保護法益」與「以人為制度為保護法益」的類型。

¹⁵⁰ 鍾宏彬，前揭註 15，頁 273。

Roxin 對累積犯概念的存在實益提出質疑，其認為累積犯其實就是一種點狀的實害犯，行為人的行為只是侵害了較小的利益，在本質上和實害犯並無不同，故無特別將累積犯概念獨立出來的必要。Hefendehl 則嘗試為累積犯和實害犯作出分類，其認為累積犯中存有一個「閾值」或稱「門檻值」，在行為的累積量到達該值之前，並無任何利益侵害，亦即該值為一個「有／無利益侵害」的門檻值。此判準不只適用於「以自然環境為保護法益」之情形，亦適用於「以人為制度為保護法益」之情形，因為 Hefendehl 主張對人為制度的「信賴／不信賴」亦為一組全有全無的概念而存有門檻值。

本文則從行為不法論的觀點出發，認為不法概念的意義在於事前設定理性行為標準以避免社會上的利益失衡，而事後利益侵害結果是否發生不影響實質不法的認定。在本文觀點中，一個行為之所以不理性可以是因為行為單獨即會產生近的實害，也同時在行為累積後產生較遠的利益侵害，兩個概念可以並存不悖，毋庸如結果不法論者必須選取一個特定時間點的結果來歸責給行為，而陷入強行區分兩者的困境。本文認為唯有將行為個別會產生的利益侵害與累積後才會產生的利益侵害加總起來綜合評價，才能夠準確評估規範帶來的利與弊，有助於檢驗累積犯正當性。更進一步言，累積危險行為所存在的利益侵害門檻值概念，也應由「有／無利益侵害」修正為「邊際利益侵害小／大」。

肆、累積犯之概念在言說策略上具有實益

累積犯僅以行為作為構成要件，且在立法上亦著眼於行為的危險性，與抽象危險犯相同。此概念之存在是否有實益，誠有爭議。從法律效果的角度來看，一個犯罪並不會因為被認定為累積犯或不被認定為累積犯，就產生不同的法律效果，就此角度而言累積犯概念的存在似無實益。再者，在檢驗正當性時，累積犯與其他抽象危險犯的差別僅在於事實上的差異，並不會影響到檢驗正當性的實質標準，

似亦無實益。然而，本文認為累積犯概念的存在實益仍存在於「言說策略」上，亦即藉由此概念的創設來提醒適用法律者，在適用累積犯時需要特別注意某些事實特徵，並進一步依此些事實特徵細緻化固有標準的操作。



伍、累積犯採用固定容許風險標準之立法模式

在行為不法論的觀點中，不法概念的作用在於設定理性的行為標準，禁止人做出超越容許風險的行為，以保護社會上基本的利益衡平狀態。然而，容許風險的標準應該如何設定，涉及了事務類型的差異。本文將容許風險的標準區分為「浮動的容許風險標準」與「固定的容許風險標準」兩類。「浮動容許風險標準」指的是：立法者將行為是否會造成利益侵害的判斷交由個別行為人來判斷；「固定容許風險標準」指的則是：立法者事前將特定的行為類型規定為超越容許風險的行為，不容行為人在具體個案中自行判斷。由於在一般情況中，行為人事中的感官知覺通常比立法者事前的資訊蒐集更能準確判斷個別行為的風險，故浮動標準判斷風險的準確度較高。但在某些特殊的事務類型中，人的感官知覺反而會導致人無法準確判斷風險的高低，此時則須仰賴政府以專業資訊作出準確的判斷，此時以固定標準來判斷風險的準確度就較高。是故，在風險不易被感官察覺的行為類型中，就出現了使用「固定容許風險標準」立法模式來管控風險的需求。

另一方面，社會學家貝克提出了「風險社會」的概念，指出現代相較於過去而言，風險更加複雜不可測，風險一旦實現作用範圍更廣且作用力道更深遠。於是，相較起過去而言管控風險的需求提升了。其他學者引申了風險社會的概念，指出了在大眾傳媒的影響下，現代社會的人們更容易感到不安全、不信任，亦即產生「風險感」或「恐懼感」。從而，學者將風險社會的概念引入刑法中，指出現代刑法逐漸成為了一部風險刑法，將刑法視為「降低風險」與「降低風險感」的工具。甚至

有學者指出現代刑法存有「象徵刑法」，其目的不在影響人民的行為模式，而欲透過刑法的宣誓作用直接使人民感到安全。

本文的見解是：「風險社會」概念的提出，並未影響刑法目的的解釋，刑法的目的一直以來都是保護社會上的重要利益，無論現代或過去皆相同。風險社會概念提出的實益僅存於幫助我們理解現實狀態的變動，但判斷什麼樣的現實狀態值得刑法保護的標準則不會改變—只要能帶給人愉悅感受的狀態都是利益，而只要通過比例原則的檢驗就值得以刑法加以保護。在此觀點中，「降低風險」與「降低風險感」皆「有可能」作為一項利益，但最終是否會通過比例原則的檢驗而能成為值得刑法加以保護的法益，則是另一層次的問題。而「固定容許風險標準」的立法模式，補足了「浮動容許風險標準」在特定事務類型中受限於感官經驗的不足，提高了風險控制的成效。又其劃定了明確的行為準則，使人容易預測社會中其他參與者的行為，進而提升了人民的安全感。從而，在降低風險與降低風險感的需求皆提升的現代風險社會中，政府越來越廣泛的利用固定容許風險標準的立法模式，是可以想見的。而累積犯即採用了「固定容許風險標準」的立法模式，立法者預先設定了特定種類的累積危險行為超越了容許風險，而應被刑法禁止，劃出了特定的事務類型，排除行為人判斷累積危險行為風險的權限。

陸、依累積犯的事實特殊性將比例原則細緻化

一、侵害權利

累積犯侵害了行動自由與人格權，是否具備正當性應視後續比例原則的檢驗而定。

探討累積犯侵害何種基本權利時，可先區分為行為規範與制裁規範。在行為規範部分，累積犯與所有刑法規範一樣皆侵害了人的行動自由。此外，累積犯採

用了固定容許風險標準的立法模式，強調他律、貶抑自律，將人視為無能力決定事務的不成熟個體。本文援引 Kohlberg 的道德發展理論說明人的道德發展可分為六階段，過度強調他律的作法會使人停滯於第四階段，不利人格發展。再者，訴諸權威的規範模式更可能使人放棄自主、服從權威，更進一步的塑造出權威性人格，使人習慣於以訴諸權威的方式取代溝通。即便撇除心理學的觀點，此種立法模式也因否定了人自主判斷的主體性，而侵害了人格權。在制裁規範部分，除了加強行為規範的效果，同時加深行為規範所侵害的權利之外，不同的刑罰也會侵害不同的權利（諸如生命權、人身自由、財產權）。至於侵害權利是否有正當性，則後續再依比例原則來檢驗。

二、目的正當性與適當性

（一）累積犯以「減低風險感／確保安全感」為目的時，目的雖可能具備正當性，但手段是否能達成目的則應視規範是否會實際影響人行為而定，若規範無法影響人的行為，則考量現代社會資訊流通的特性，應認不符合適當性原則。

累積犯作為因應風險社會的新形態管制工具，在目的上大致可區分為「減低風險／確保安全」與「減低風險感／確保安全感」，兩者間並無邏輯上必然關係。而倘若是以「減低風險感／確保安全感」為目的時，因無法排除其帶來人愉悅的感受，故可能具備目的正當性。在進入比例原則適當性的檢驗時，手段是否能達成目的則有疑問。本文大致區分為兩種情形討論，第一種情形是透過減低社會上累積危險行為的量，進而使人們感到安全；第二種情形則是不實際影響人的行為，而是透過資訊接收的落差，使人們誤以為風險減少而感到安全。本文認為第一種情形中手段與目的間確有關聯，能通過適合性原則的檢驗。但在第二種情形中，由於現代社會中資訊流通的程度已非過去所能及，人民能透過大眾傳媒感知到社

會上實際累積危險行為的數量，故再無法以欺瞞的方式確保安全感，因而無法通過適當性原則的檢驗。

（二）累積犯以「減低風險感／確保安全感」為中途目的、以「減低風險／確保安全」為最終目的時，目的是否具備正當性，應視制度的順利運行是否仰賴人的主動參與而定。若是，則有正當性，反之則無。

「減低風險感／確保安全感」有時並非累積犯所欲達成的最終目的，而僅是中途目的，乃透過使人民信任特定制度，以維護特定制度的順利運作，進而保護該制度所欲達成的利益。也就是說，減低風險感的最終目的是為了減低（該制度順利運行下可達成利益的）風險。本文認為，有些制度特別仰賴制度參與者的「主動行為」。參與者在預期行為能帶來效益後，自主選擇使用此制度，此時，制度的利益才會被達成。倘若參與者不信賴此制度，就代表著其預期行為將無法帶來效益，自然不會使用該制度，導致制度所欲達成的利益無法達成。由此，我們可以建立一個簡單的判準：制度參與者的主動性越高，其對制度的信賴與制度順利運作間的關聯性就越緊密，亦即，此時以「減低風險感／確保安全感」作為中途目的的正當性就越高。反之，若制度參與者是被動加入制度，則是否信賴制度與制度順利運作間的關聯性較弱，正當性即較低。

（三）累積犯以「減低風險／確保安全」為目的時，是否具備目的正當性應個別檢討犯罪所保護的法益類型。在檢驗手段與目的的關聯性時，只要符合「若禁止特定種類行為，則利益侵害不會發生」的標準即能通過適當性審查，惟應特別注意「真實的累積效應」是否存在以及行為後時間點的條件變動。

在立法例上，累積犯的保護法益可分為「自然環境」與「人為制度」。檢討以自然環境作為保護法益的目的是否正當時，本文主張保護自然環境的效果需使「人」得到利益，目的始具正當性，而「後代人」的利益亦可作為保護法益。檢討以人為

制度作為保護法益是否正當時，則需特別注意不能只在「制度存在」的框架下比較有構成要件行為與無構成要件行為的利益狀態，而需根本性地比較有此制度與無此制度的利益狀態，以避免陷入循環論證。

在檢驗適當性原則時，第一步要先檢驗特定行為是否會造成利益侵害，第二步再行檢驗累積犯是否會減少特定行為。以累積犯為檢驗對象、檢驗第一行為是否會造成利益侵害時，標準與刑法上條件因果關係「若無個別行為，則利益侵害結果不會發生」不同，而應採取「若禁止特定種類行為，則利益侵害不會發生」的標準。蓋因果關係乃容許風險的下位標準，而累積犯採用的是「固定容許風險標準」，以國家角度來判斷行為風險，故在因果關係條件的設定上，亦應以國家的作為或不作為為條件。在檢驗時應特別注意兩點：首先，累積危險行為必須具備「真實的累積效應」，亦即若無規範，確實存有累積危險行為量超過門檻值的傾向。再者，累積危險行為與結果間通常具備一長段的延遲時間，在此時段內，科技發展與人行為模式的改變可能會影響當初條件的設定，故在檢驗時需將此變因納入考慮。

（四）手段與目的關聯性之強弱，雖然不影響檢驗適當性原則的結論，但會影響後續必要性與衡平性原則之檢驗。所有種類的累積危險行為皆具備「個別累積效果」，而部分累積危險行為還具備「促成累積效果」因而關聯性較強。

所謂「個別累積效果」指的是：個別累積危險行為「本身」對累積結果貢獻了一部分的累積量；而「促成累積效果」指的則是：個別的累積危險行為會提高其他同種類累積危險行為發生的可能性。由於累積危險行為在定義上就是具備個別累積效果的行為，故所有累積危險行為均具備。而具備促成累積效果者，行為與結果間的關聯性更加緊密，預防的需求更高。由於適當性原則在檢驗上只有「有關聯」

與「無關聯」兩種結論，故此區分的實益是存在於後續必要性與衡平性的檢驗上，關聯性越緊密者通過後續檢驗的可能性越高。

促成累積效果包含有「物理促成效果」與「心理促成效果」。物理促成效果指的是從外在降低進行後續同種類行為的門檻。偽造貨幣行為使後續行使偽造貨幣行為的門檻降低，共同侵害了人民對貨幣制度的信賴，即具備物理促成效果。而心理促成效果則指從內在影響人的心理，使人更傾向為同種類的累積危險行為。其效果可能發生在累積危險行為「使人認為破壞制度者才能得利」或「使人認為此領域無人關心」的情形，而後者可援引「破窗效應」來解釋。

三、必要性

將行為累積量減低至門檻值以下即可達成相當高程度的風險控制效果，也才符合必要性原則。而可能較合乎比例的替代手段有：偵測或清除累積量的措施、行政罰、限縮行為規範範圍、減低制裁規範效果。

通說所採取之必要性原則指的是「在達成相同效果的手段中，選取侵害最小的手段」。本文認為「相同效果的手段」之條件太過嚴苛，恐使必要性原則被架空而喪失必要性原則作為一有力言說策略的本意，故將必要性原則修正為「在達成類似效果的手段中，選取最合乎比例之手段」。

由於累積危險行為要累積到門檻值，才會產生值得刑法介入的利益侵害。且在行為與結果的延遲時間中，環境很有可能「自癒」、清除原先的累積效果。是故，只要將累積危險行為的量盡可能的控制在門檻值之下，而不必減低至零，即可達成相當高程度的風險控制效果，也才符合必要性原則。與其他可能替代手段比較後，本文認為：若有可行的偵測或清除累積量的措施，則累積犯傾向不符合必要性原則。若為累積危險行為的誘因不高，則行政罰已足可改變大多數人的行為傾

向，此時累積犯則傾向不符合必要性原則。另外，以個人法益為保護法益因通常有偵測累積量的措施、不易出現真實累積效應、且會破壞刑法體系一貫性，故傾向不符合必要性原則。在累積犯具體的規範設計上，則也應優先採用限縮行為規範範圍的方式來避免過度限縮行動自由，在立法例上通常會連結至明確但有彈性調整空間的行政規範；且亦應減低制裁規範的效果，避免過度侵害人民權利。

四、衡平性

（一）累積犯不存在「為他人行為負責」的問題。

有學說認為由於累積犯的可罰性建立在其他人也為相同行為的前提下，故認為累積犯使行為人為他人行為負責，違反罪責原則。但本文認為，責任的範圍並非先驗的，而是在比例原則的衡量後才能得出合理的責任範圍，也就是說責任範圍是否過大應該是比例原則衡量後的結論而非理由。

再者，「為他人行為負責」的說法含混不清。論者的原意可能有二：其一是單一行為必須是利益侵害結果的充分條件，如果結合了其他人的行為才成為充分條件，即違反罪責原則。但此種說法忽略了其實不只累積犯，所有刑法的構成要件行為都不可能單獨成為結果的充分條件。其二則是單一行為必須是利益侵害結果的必要條件，如果結合了其他人的行為才成為必要條件，即違反罪責原則。本文認為一個人要負責的範圍有多廣，並非一個先驗存在的概念，正確的論理過程應該是檢驗累積犯設下一「固定容許風險標準」、使行為人負此責任是否合乎比例原則：若答案屬肯定，則此責任範圍即會被劃歸為自己的責任範圍，而不生違反罪責原則的問題；而即便答案屬否定，理由也是因為無法通過比例原則的檢驗，使用「為他人行為負責」的說法恐將造成誤解。

(二) 考量累積危險行為的特殊性，檢驗累積犯衡平性時應特別注意「多換一」的關係與政府判斷風險的準確度。

在衡量累積犯侵害的「行動自由」與達成利益間孰輕孰重時，應特別注意：相較起其他非累積犯的犯罪是每一次規範發生作用雖然都會侵害一次的行動自由，但也都能夠預防一次的利益侵害，弊害與利益間屬於「一換一」或「多患多」的關係。而累積犯的利益則須在規範發生相當多次作用後才會達成，弊害與利益間屬於「多換一」的關係。利益的數量雖非利益衡量的唯一指標，但亦為利益衡量過程中不容忽視的一點。此外，在衡量累積犯因採用固定容許風險標準侵害的「人格權」與達成利益間孰輕孰重時，由於判斷累積危險行為的風險相當複雜，可能連政府也不具有準確判斷風險的能力，故應特別注意政府是否掌握足夠優越的資訊而有資格將人民視為不成熟的個體。

(三) 核心的問題「我們願意花多少代價來控制風險？」理論上應取決於人民共識，但現實上則因容易過度偏向風險控制一端而需加重政府說服責任。

衡平性原則層次中不專屬於累積犯、但卻最核心的問題是「個人自由」與「風險控制」間要如何取得平衡？亦即：我們願意花多少代價來控制風險？理論上此價值選擇問題應交由民主程序來決定，惟在現實上掌控風險資訊的政府為了方便統治常運用言說策略，將主張個人自由者賦予道德負面評價或將風險控制作為個人自由的前提，導致民主程序無法尋得平衡點，故本文主張除了將比例原則細緻化以作為有效抗衡的言說策略之外，更應加重政府的說服責任，要求政府需積極探求人民對個人自由的需求，並在個別立法時積極說明風險控制的利益何以能超越個人自由的理由。

第二節 結語



在貝克提出風險社會概念後，刑法學界對於「刑法應否作為管控風險的工具」爭議不休。但在立法例上，各國卻幾乎毫無例外的制定各式各樣的抽象危險犯來達成管控風險的目的。對此趨勢，學界的回應相當極端，有抱持開放態度者，亦有採取嚴格批判立場者。而本文的態度是肯認刑法自始至終都「是」且「應該是」管制風險的工具，但這並不代表本文對擴張管制的立法持贊成立場。任何的社會政策都應該是為了追求利益而存在，無法達成利益的社會政策只是徒費成本。風險，意謂著喪失利益的可能性，從而，管控風險就只是一種達成利益的途徑；在許多情境中，管控風險甚至就是追求利益的同義詞。於是，我們不必害怕刑法成為管控風險的工具，要害怕的只有刑法「不計代價」的管控風險。因為社會上的利益是多元的，不計代價的追求某個方向利益，只會造成總體利益的失衡。反過來講，不計代價的禁止人們追求某個方向的利益，也同樣會造成總體利益的失衡。從而，面對社會上與日俱增的擴張刑罰需求，絕對的反對或無節制的贊成，都只會導致我們愈加偏離多元利益間的平衡點。當社會上每一個新的需求出現，我們就必須重新在利益間掙扎、在價值間擺盪。

累積危險行為產生的風險，就是當今社會所面臨的新挑戰。在過往，此風險可能尚未存在，也可能早已存在只是尚未被認知。而如今，這個風險確實存在、且也被人們認知到了。此時，我們就必須面對這個新的事實型態，重新進行一次又一次的利益衡量。利益衡量的標準雖未曾改變，但新的事實型態卻容易使我們在進行利益衡量時失準，也會使掌握言說權力者利用此機會追求其偏好的利益。於是，我們需要透過創設概念來發展有力道的言說策略，促使適用法律者在每一次的價值衝突中，都還是能夠趨近多元利益的平衡點。「累積犯」此概念起源於德國、發展於德國，在國內目前僅有少數文獻提及。雖然，純粹從理論面來看，累

積犯在概念上已可被抽象危險犯完全包含，而無獨立創設概念的必要。然而，面對此一陌生的事實型態，從言說策略的角度來看，將此事實性概念引入，分析此類事實的特殊性後，再發展出更具體、更細緻的類型化標準或參考依據，才能夠引導適用法律者、乃至全體社會，尋得多元利益間的平衡點。

參考文獻



一、中文文獻

1、專書

林山田（2008），《刑法通論（上）》，增訂十版，台北：元照。

林山田（2005），《刑法各罪論（下冊）》，修訂五版，臺北：元照。

黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，台北：元照。

劉連煜（2012），《內線交易之構成要件》，二版，頁 14，臺北：元照。

鍾宏斌（2012），《法益理論的憲法基礎》，初版，臺北：元照。

2、翻譯書籍

Shelly E. Taylo, Letitia Anne Peplau & David O. Sears（著），張滿玲譯（1999），《社會心理學》，六版，臺北：雙葉書廊。

3、期刊論文

王正嘉（2009），〈風險社會下的刑法保護機能論〉，《法學新論》，6 期。

王皇玉（2008），〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期。

古承宗（2013），〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，10 卷 1 期，頁 136。

江振茂(2010),〈「破窗理論」在治安維護及交通執法上之運用—以台北縣為例〉，《中央警察大學學報》，47 期。

李聖傑（2002），〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8 期，頁 23-27。

- 李茂生（2012），〈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 年度台上字第 3048 號判決〉，法令月刊，63 卷 3 期。
- 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期。
- 吳耀宗（2000），〈刑法新增第一九〇條之一之研究〉，《警大法學論叢》，5 期。
- 周濛沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由〉，《中研院法學期刊》，14 期。
- 許澤天（2003），〈擇一因果--條件理論之省略公式及因果律公式〉，《法學講座》，19 期。
- 許玉秀（1997），〈我國環境刑法規範的過去、現在與未來〉，收錄於《主觀與客觀之間》，春風煦日論壇。
- 許玉秀（2003），〈刑法的任務——與效能論的小小對話〉，《刑事法雜誌》，47 卷 2 期。
- 黃榮堅（2001），〈個人使用下載 MP3 檔案的刑事責任問題〉，《台灣本土法學雜誌》，23 期。
- 張樑治、宋秉明（2003），〈為什麼遊客會破壞遊憩環境？統整五套不同理論後的觀點〉，《犯罪學期刊》，11 期。

4、翻譯文章

- Claus Roxin（著），許絲捷（譯）（2012），〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期。
- Ingeborg Puppe（著），王鵬翔（譯）（2006），〈反對過失共同正犯〉，《東吳法律學報》，17 卷 3 期。

5、學位論文

丁昱仁（2006），《獵捕保育類動物之可刑罰性研究》，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

彭文茂（2006），《不法集體決議的因果關係與刑事歸責》，國立臺北大學法律學系碩士論文。

蔡蕙芳（2000），《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立臺灣大學法律學系博士論文。

6、網路新聞

賴映秀，〈捷運隨機殺人 蔡正元提修法：唯一死刑〉，《ETtoday 東森新聞雲》（2014/5/22），網址：<http://www.ettoday.net/news/20140522/360020.htm>（最後瀏覽日期：2014/7/23）

〈霹靂小組持步槍巡捷運惹抨擊〉，《蘋果日報》（2014/5/27），網址：<http://hk.apple.nextmedia.com/international/art/20140527/18733652>（最後瀏覽日期：2014/7/23）

二、英文文獻

Robert J. Sternberg, *Pshchology* (4th ed. 2004)

三、德文文獻

Kuhlen, Lothar: *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*(§324 StGB), in: GA 1986, S. 389-408.

Kuhlen, Lothar: *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in ZStW 105 (1993), S. 697-726