

行為質轉與刑法第一八五條 第一項之解釋

古承宗*

要 目	
壹、問題意識	參、德國法之解釋與論證問題
貳、我國實務見解之分析與 檢討	一、保護法益
一、損壞與壅塞作為危險 創成基礎	二、損害故意作為「行為質 轉」的條件
二、「他法」作為擴張解 釋的依據	肆、重新確立行為質轉的標準
三、妨害交通安全意圖與 行為質轉	一、主觀惡意為損害故意的 原始設定
四、危險故意	二、質轉基礎之多樣性
	三、行為規範的具體化要求 與法益侵害危險
	伍、結 論

DOI : 10.6460/CPCP.202204_(31).04

* 國立成功大學法律系教授，德國波茲坦大學法學博士。

摘 要

近年來最高法院援引德國多數見解，藉由所謂的交通敵對意圖評價日常交通行為是否構成刑法第185條規定的他法。本文認為，此種行為質轉條件本質上為倫理性的主觀惡意，再加上不當發展成所謂的損害故意，導致外部型侵害（非交通行為）仍以危險故意為主觀歸責之基礎，內部型侵害（交通行為）卻是要求至損害故意的程度，而有牴觸罪刑相當原則之疑慮。

關鍵詞：危險故意、壅塞、交通行為、交通安全、具體危險

Perversion and Features Interpretation of Section 185 of the Criminal Code

Chen-Chung Ku*

Abstract

In recent years, the Supreme Court has cited the majority opinion of Germany, using the so-called hostile intent to evaluate whether daily traffic behavior constitutes another law under Article 185 of the Criminal Code. This article believes that this kind of behavioral qualitative conversion conditions are actually ethical subjective maliciousness, coupled with the development of improper intentions into damage intentions, The external type of infringement (non-traffic behavior) is still based on the subjective imputation of dangerous intention, but the internal type of infringement (traffic behavior) is required to the extent of intentional damage. There are doubts about violating the principle of equivalence of crimes and penalties.

Keywords: Endangered Intent, Congestion, Traffic Behavior, Traffic Safety, Concrete Risk

* Professor, Department of Law, National Cheng Kung University; Doctor of Law, Potsdam University, Germany.

壹、問題意識

一般而言，刑法第185條之3不能安全駕駛罪與第185條之4肇事逃逸罪均是常見的交通犯罪，不只受到社會輿論的高度注目，而且歷經了多次修法，立法者試著不斷提高刑度，冀圖強化刑罰的威嚇效果；相較之下，不論在司法實務或學說討論的範疇，同樣屬於交通犯罪的第185條妨害公眾往來安全罪即顯得較為低調。儘管如此，就在最高法院判決肯認「道路競駛」（俗稱飆車）應論成立該罪之後，重新引起了不少的討論熱度，其中主要的爭點莫過於我們該如何解釋「壅塞」及「其他方法」等客觀不法構成要件，以及故意之程度與對應內容等¹。舉例來說，部分的學說見解繼受德國多數見解就德國刑法第315b條所採取的解釋方法，認為車輛於行進中突然煞停應論為壅塞，以及行為時的主觀構成要件故意須是所謂的損害故意（Schädigungsvorsatz）²。相對地，另有學說見解則是認為³，在我國刑法第185條規定的語意脈絡下，恐怕難以將突然煞停直接理解為壅塞，較合理的適用依據應是作為補充性要件的他法。至於在道路競駛的部分，我國學說之間似乎沒有明顯的歧異看法，即使

¹ 例如最高法院105年度台上字第1266號判決；實務見解之分析，另可參考黃惠婷，刑法案例研習(三)，2版，2018年3月，頁212-214。

² 許澤天，刑法分則（下），3版，2021年7月，頁384-385。

³ 許恆達，國道急煞堵車的刑事責任，月旦法學教室，220期，2021年2月，頁15-17。

多車共同競駛往往伴隨著超速追逐、車流夾縫中高速穿梭、變換車道、切進他人車道阻止對方前行以求領先等現象，只要沒有產生類似阻礙的效果，便難以論為壅塞或他法⁴。

初步看來，關於刑法第185條的解釋與適用存在著不少爭議，始終尚未形成一套相對穩定的說理。背後的原因不排除在於，現有的壅塞要件在解釋上不如德國法所規定的「設置障礙」（Hindernisbereiten）來得有彈性，因此限制了潛在的解釋可能性，而無法讓法規積極回應當前日益多變的交通問題。然而，若是全盤接受德國多數見解的觀點，似乎又忽略了我國法與德國法之間的規定差異，以及德國法自身於解釋上所面臨的困境。

不可否認，比較法的觀點終究為本罪之解釋與適用開闢了一條新的思考路徑，提供學術上持續辯證的契機。延續這樣的發展基礎，筆者試著先行檢視我國實務見解的說理，緊接著分析德國多數見解的形塑脈絡，以及所面臨的理論挑戰。最後提出我國刑法第185條應有的解釋方法及修法建議。

貳、我國實務見解之分析與檢討

一、損壞與壅塞作為危險創成基礎

較無爭議的是，因為本罪的不法構成要件定有「致

⁴ 見黃惠婷，同前註1，頁213-214。

生往來之危險」，所以作為一種「具體危險犯」，又這裡的具體危險基本上是指造成公眾往來的危險狀態，例如依最高法院101年度台上字第2375號判決，「復按刑法第一百八十五條第一項妨害公眾往來安全罪，係採具體危險說，祇須損壞、壅塞之行為，造成公眾往來危險之狀態為已足，不以全部損壞、壅塞或發生實害為必要。又所謂『致生往來之危險』，乃指損壞、壅塞陸路等公眾往來之設備，或以他法所為結果，致使人、車不能或難予往來通行，如必欲通行，將使人、車可能發生危險，亦即在客觀上祇須此等行為，有發生公眾往來危險狀態之存在，自屬妨害交通之安全，即成立本罪。」就此而言，類似於刑法第173條放火罪之「燒燬」要件的解釋，只要損壞及壅塞道路的干預程度對外顯露出一定的法益侵害危險時，客觀不法構成要件即屬已實現。雖然在結論上沒有太大的爭議，不過值得注意的是，最高法院一方面先是指出損壞及壅塞行為之於公眾往來危險具有一定的內在關聯（或稱之為危險創成關係），也就是損壞、壅塞等行為製造了法所不容許的法益侵害風險；另一方面又認為道路無需達到全部損壞或壅塞。如此一來，是否表示行為人只要著手損壞或壅塞等行為即屬成立本罪，而具體危險的結果要素形同遭到架空。

換句話說，具體危險犯通常被劃歸在結果犯的範疇，但是在規範上卻不以發生確切的實害結果為成罪要件，頂多要求行為人所製造的危險持續發展到失控的狀

態，至於最終實害的發生與否僅僅取決於偶然的狀況或意外⁵。不論是在抽象危險犯或具體危險犯的情形，考量到不法行為與實害結果分踞犯罪歷程的兩端，這兩者中間仍有必要存在特定的結果狀態（或稱中間結果），始能對外彰顯出行為製造了法益侵害的抽象危險⁶，否則單以「不法構成要件行為」論作唯一的客觀不法要件，恐怕將迫使任何一種符合構成要件描述的個人行動輕易地具有刑事不法，形同不再強調行為人於個案中的特定行為是否確實對法益製造了危險。據此，最高法院的說理應當重新理解為「損壞、壅塞等行為不以導致道路全部損壞、壅塞為必要，只要使人、車不能或難予往來通行，即為已足」，又在此種中間結果的危險創成條件下，因為危險的持續發展，而使不特定人之生命、身體、健康或財產面臨高度或然的侵害可能⁷。

二、「他法」作為擴張解釋的依據

延續前述的實務見解，最高法院顯然肯認刑法第185條所欲非難之行為限於破壞道路完整性，或是遮斷交通往來等，又所謂的其他方法則是作為一項補充性要件，藉此填補前兩項不法構成要件未能適用到的範疇。就此

⁵ 參閱陳俊偉，從危險故意理論省思放火故意之實質內涵，與大法學，26期，2019年11月，頁199-200。

⁶ 典型的立法模式為刑法第190條之1污染環境媒介罪的「污染」要件。

⁷ 關於具體危險的說明，可參考林書楷，刑法總則，5版，2021年9月，頁51。

來看，損壞與壅塞傾向於理解成「外部型侵害」⁸，也就是透過「非交通行為」影響道路本身既有的狀態，例如鑿挖坑洞、傾倒廢土⁹。相較之下，「以他法所為結果」乃是以抽象概念為設定基礎的敘述句，至於解釋上是否仍以外部型侵害為重點，最高法院沒有對此提出明確的說明。如此一來，本罪反而保留了不少的解釋彈性，不排除將內部型侵害導入他法的概念範疇。嚴格來說，縱然個案中涉及到內部型侵害，早期的實務見解還是採取較為保守的解釋方法，一方面先從損壞或壅塞等不法構成要件切入，不輕易動用到具有補充性質的「他法」要件，另一方面，依循嚴格的評價標準確認特定行為是否構成損壞或壅塞，例如依司法院(78)廳刑一字第254號法律問題研議的結論，「視具體情況定之，如飆車競駛達於壅塞陸路之程度，構成壅塞陸路致生往來危險罪，如尚未達於壅塞陸路之程度，構成飆車競駛或飆車蛇行致生往

⁸ 相較之下，刑法第185條之3不能安全駕駛罪乃是「內部型侵害」，因為行為人駕駛車輛為典型的交通行為，而正是此種行為形成其他用路人之生命、身體、健康、財產的侵害危險。

⁹ 最高法院95年度台上字第3085號刑事判決：「……須有損壞、壅塞陸路之行為為必要。原判決事實僅記載被告基於概括犯意，平日即連續多次將○○公司所有之紙管原料及廢料，長期堆置於○○公司前之道路兩側，並允許載貨至○○公司之司機，在公司門口或對面之路旁逆向停放貨車並卸貨，惟未生人車往來之危險等情。然究竟在何日、有多少次在○○公司前之道路兩側堆置紙管原料、廢料，每次所堆置之物料約佔道路之面積若干，及是否均致生往來之危險等與犯罪成立要件之有關事項，並未詳加認定明確記載，已不足為適用法律之依據。」（黑體為筆者所加）

來危險罪。」

儘管如此，觀察當前司法判決的趨勢，「以他法所為結果」明顯轉為擴張本罪適用範圍的法定依據，而且似乎不要求行為必須導致特定的結果狀態，藉此對外彰顯出法益侵害的危險性，例如依最高法院94年度台上字第2863號判決，「依按行車速度依速限標誌或標線之規定，無標誌或標線者，在市區道路，時速不得超過五十公里，道路交通安全規則第九十三條第一項第一款前段定有明文。如疾駛於同一路段超越限速而以一前一後或相互併排方式為之，足生往來交通危險，為眾所共知之事理，此自係屬刑法第一百八十五條第一項之『以他法致生往來危險』。」所以，只要行為人參與道路競駛而違反交通規則，那麼這裡的注意義務違反同時證立了參與行為具有法益侵害的危險性，以及致生公眾往來危險的具體危險結果。也就是說，原本作為確認不法行為品質的「製造法所不容許之風險」，以及作為結果歸責的「風險在危險結果中實現」等不同層次的歸責命題，卻是不當地全數劃歸到注意義務違反的風險製造範疇。

除此之外，雖然他法作為本罪的補充性要件，但考慮到損壞與壅塞等行為實為他法的具體類型，所以任何與此項要件有關的解釋必須充分體現出損壞與壅塞的行為特徵或類似的危險性。應注意的是，超速的危險性在於駕駛遇到突發狀況，無法即時煞停；競速的部分則是側重於參與者之間形成「心理性的相互激化效果」，也

就是為了競爭而採取多重且極端的違規駕駛，對於所有的交通參與者形成所謂的複合性風險¹⁰。從危險類似性的觀點切入，若是對應到損壞與壅塞的危險特徵，他法要件所預設的法益侵害危險應當是以行為本身的阻礙效果為基礎，而此顯然不同於超速及競速在規範上所強調的危險。所以，實務見解將超速與競速等違規行為直接論為他法，說理即顯得過於跳躍。

三、妨害交通安全意圖與行為質轉

值得注意的是，近期已有最高法院判決立於比較法的觀點，原則上強調他法要件仍應限制在「外部型的干預模式」。然而，若是要把日常的交通行為導入本罪的規制範疇，則有必要同時滿足兩項主、客觀條件，亦即：(一)透過所謂的「妨害交通安全意圖」質轉成「非典型的交通行為」；(二)行為在客觀上形成一定程度的影響效果。進一步地說，依最高法院110年台上字第3556號判決，「斟酌本罪之立法目的在於保護公共交通安全，而非交通路面，以防止公眾因損壞或壅塞路面，遭受生命、身體或財產上之損失。並參照德國文獻及實務，認為駕駛人有意識地將交通工具作另類使用，以之作為阻礙交通之手段，而影響公眾往來之安全，始足評價為壅塞等情以觀，足見本罪在具體適用上，必須行為

¹⁰ 參閱古承宗，道路競駛與客觀結果歸責，月旦法學教室，228期，2021年10月，頁12-16。

人主觀上出於妨害交通安全之意圖，客觀上嚴重影響交通安全，始足當之。是此所謂『他法』，當係指無關交通活動之侵害行為，或駕駛人非常態之交通活動，而造成與損壞、壅塞相類似，足以妨害公眾往來安全之行為，以避免過於空泛，而違反罪刑明確性原則。例如故意在路旁燒垃圾，引發濃煙，製造視覺障礙，汽、機車駕駛人故意在道路中長時作『之』字蛇形行進，或糾合多眾併排競駛或高速飆車等，該汽、機車作為妨害交通之工具，達到相當於壅塞、截斷、癱瘓道路，致他人無法安全往來之程度者，始克當之，而非泛指所有致生公眾往來危險之行為。原判決於理由欄雖載敘上訴人以時速160公里之速度，在限速50公里（原判決誤載為60公里）之道路上行駛，該當刑法第185條第1項所稱之『他法』，惟未說明該超速行為何以已達於相當壅塞或損壞道路之程度，自有判決理由不備之違法。」相較於前述的實務見解，最高法院顯然提出一套更為嚴謹且富有理論基礎的評價準據。一方面，綜合妨害交通安全意圖及行為的影響效果評價交通行為可否論為他法，只不過其中並未提及該行為以違反交通規則為前提，不排除最高法院亦肯認外觀合法的交通行為同樣有構成他法之可能；另一方面，確認他法作為補充性要件的性格，而任何構成他法的行為態樣均以具有壅塞或截斷之類似性為前提。

即便如此，仍有疑問的是，當駕駛人有意識地將交通工具作為另類使用，除了有妨害交通安全的意圖之

外，是否同時證立主觀構成要件故意。若是採取肯定的見解，恐怕將會衍生出額外的解釋衝突。舉例來說，甲為了殺乙，勸說其在雷電交加時至公園散步，乙果然在公園受雷擊而死亡。甲的殺人意圖將使勸說散步被定性為殺人行為。相較之下，當代支持客觀歸責理論的論者均是無異議地認為，考量到人類未能支配自然雷擊的風險，甲之唆使行為形同沒有製造法所不容許的風險。除此之外，如果行為人的法益侵害意圖得以證立故意的話，那麼構成要件該當性階層的评价邏輯勢必轉變成「先以故意（或意圖）確定某個行為是否為客觀構成要件行為，緊接著在主觀構成要件階層重新檢驗一次行為時的故意。」

四、危險故意

關於本罪所要求的故意程度，有實務見解採取「危險故意」的觀點，例如行為人駕車蛇行以阻止警察追捕，「目的在於逃走，無使公眾往來發生危險之故意，且確信其騎術精練，不致使公眾往來發生危險，否則自無冒自己生命危險蛇行，除違反交通規則外，該條項既非處罰過失犯，尚不能認有該條犯罪。」¹¹單就結論來說，筆者推測這裡的說理方法應是立於具體危險犯的犯罪結構而來，結論上實無太多的爭執空間。不過，容待辨明的是，雖然行為人駕車蛇行之目的在於避免追捕，蛇行

¹¹ 見司法院(71)廳刑一字第1206號。

與否卻不必然直接推導出行為人有無故意的結論，充其量僅能說明能否該當本罪所欲非難的不法行為。所以，判斷故意的關鍵理應還是在於，儘管行為人自己身為交通參與者，並且實施違反交通規則（即違反注意義務）之駕駛行為，只不過為了保護自身安全，通常還是會謹慎地操控車輛，由此反射性地擔保其他用路人不至於受到侵害。也就是說，行為人現實上既非目的性地為其他用路人製造一個具體的法益侵害情境，而且也沒有容任死傷結果的實現。

此外，值得注意的是，國內有部分的論者則是主張直接援用德國的多數見解，將本罪之構成要件故意確定為損害故意¹²。不可否認，原本要求的危險故意被提升至實害故意的程度乃是德國目前較為通行的看法，只不過直接繼受結論的處理方式亦有可能忽略了其中的解釋脈絡，以及隱含的理論爭議。針對此等德國刑法中固有的解釋問題，筆者緊接著在下文提出完整分析¹³。

參、德國法之解釋與論證問題

一、保護法益

類似於我國刑法第185條之規定，德國刑法第315b條¹⁴

¹² 見許澤天，同前註2，頁385。

¹³ 見本文「參、二、三」處的說明。

¹⁴ 德國刑法第315b條第1項：「行為人因下列行為之一妨害道路交通安全，因而致生他人身體、生命或貴重物品之危險者，處五年以下有期

為典型的「具體危險犯」，而且同樣屬於結果犯（Erfolgsdelikt）之犯罪類型，尤其是指「具體危險的實現」¹⁵。關於保護法益的內容，德國學說與實務見解有著相當不同的觀點。德國聯邦最高法院認為，此罪採取雙階段性的法益保護設計，也就是帶有集合性特徵的「交通安全」（Sicherheit des Straßenverkehrs）作為所謂的先位法益，個人之生命、身體、健康、（具顯著價值的）財產只不過是反射性地受到保護而已¹⁶；相對地，部分的論者則是主張，本罪首要保護的法益應是前述的個人法益，交通安全反而是額外地受到保護¹⁷。除此之外，另有見解明確指出本罪是以典型的雙重法益作為不法構成要件的設計基礎，所以不論超個人法益或個人法益都不屬於附隨意義下的反射性保護¹⁸。

嚴格來說，這些見解其實沒有顯著的差異，重點同樣是把保護對象鎖定在「個人法益」與「超個人法益」，唯一的差別僅僅在於受規範保護的先位與備位關係而已。但有待進一步釐清的是，如果我們執意將分則

徒刑或罰金：1.毀壞，損害或移除交通設施或運輸，2.設置障礙，3.實行類似而同樣危險之侵害行為。」（條文中譯參考王士帆、王玉全等人合譯，德國刑法典，2017年6月，頁397）

¹⁵ 僅參閱Pegel, in: Roland Hefendehl/Olaf Hohmann (Hrsg.), MK-StGB, Band 6, 3. Aufl., 2019, § 315b Rn. 1; Zieschang, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann (Hrsg.), NK-StGB, Band 3, 5. Aufl., 2017, § 315b Rn. 2.

¹⁶ BGH NJW 2015, 500 (501); BGH 2003, 836 (838).

¹⁷ Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 1.

¹⁸ Kudlich, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK-StGB, 50. Aufl., 2021, § 315b Rn. 1; Zieschang, aaO. (Fn. 15).

各罪的保護對象區分為先位法益與備位法益，不必然就等於該罪的行為不法是以侵害雙重法益作為形塑基礎。理由在於，(一)部分見解將「交通安全」此種超個人法益定調為先位法益，作為備位法益的個人法益則是在規範作用下受到反射性的保護。純粹從法條的形式結構來看，確實不排除將德國刑法第315b條的規範目導向於保護超個人法益與個人法益的理解。只不過技術性地將不同法益區分成所謂的先位與備位關係，恐怕是一項假議題，作為先位法益的交通安全才是唯一適格的保護法益。或可想像的是，任何一種與保護超個人法益有關的刑罰權作用，經驗上多少會產生一定程度的外延效果，例如偽造文書罪的不法構成要件在於確保「文書證明法律關係的信賴性」，只要具體個案中買賣契約的真實性獲得擔保，那麼契約相對人的財產利益即可連動地受到保護。即便如此，我們不會因此就把偽造文書罪直接理解為侵害財產法益之罪，或是財產法益作為備位法益。財產法益一旦被納入偽造文書的保護範疇，多重法益的規範預設勢必讓不法與罪責的對應關係變得不確定。所以，不論從解釋論或立法論的視野切入，作為刑罰外延效果的反射性保護始終未能說明，侵害備位法益之於形塑行為不法的正當性。(二)就本質來說，所謂的「交通安全」帶有系統超驗（systemtranszend）的特徵¹⁹，並且

¹⁹ Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 106.

難以具體描述其應有的內容與界限。儘管如此，我們或可試著定義何謂交通安全，劃定出此項概念的界限，而只要超脫此一定義範圍者，便可直接劃歸到不安全的範疇。也就是說，所謂的安全在概念上無非是強調一種不受威脅的狀態²⁰，尤其是社會成員得以不受干擾地從事社會活動。另外，交通領域的安全性乃是透過交通規則所共同建構而成，所以任何交通參與者的行為一旦違反了交通注意義務，形同破壞了交通領域原本預設的安全狀態。此處應強調的是，倘若交通安全作為一項獨立的保護法益，而且又以不受威脅的狀態為實質內容，那麼行為人所實施的不法行為便應理解為侵害法益，而非只是純粹地製造危險。簡單地說，干擾交通系統的運作實際上等同於侵害系統本身。既然交通安全法益是指由交通規則所建構的框架秩序，那麼刑法的任務勢必變異為純粹地擔保此種（交通行政）法律規定的實效。

最後，交通安全法益為高度抽象的概念，而且明顯帶有「去實質化」（Entmaterialisierung）的特徵。雖然如此，即使改採較為嚴格的人格法益理論，仍不影響我們把交通安全實質理解為社會成員參與交通運作的利益狀態。更具體地說，分則各罪的保護法益泛指對外直接或間接彰顯人格主體之法權關係的個人組成特徵、物，或是制度，例如生命、身體、自由、財產、司法制度等。又或者將法益理解為一種「關係概念」（Beziehungsbegriff），

²⁰ Krüger, aaO., S. 110.

特別是攸關某種事物或狀態在法主體身上所形成之積極且富有價值的關聯結構。若是以社會成員理解任何人都保有人格發展所必需之自由領域作為論證前提，那麼刑法保護法益的功能與目的無非就會是為了擔保個人自我維持與自我實現所需要的基礎條件。當然，與人格具有密切連結的利益組成（即生命、身體、健康、財產等）無疑是刑法首要保護的重點，但是不排除現實上還有其他直接或間接有助於自我維持與自我實現的制度性條件。也就是說，任何經由法律所肯認的共同生活形式，同樣也是以確保個人自由為發展基礎，所以，當所有的法主體參與此種共同生活形式的運作時，便是與其中所「中介的」（*vermittelt*）關係條件產生連結，促使個人的自由持續保有實踐的可能性，又此種作為法律概念的關係正是以實現法主體的外部自由為組成要素。據此，分則各罪的不法構成要件設定即有必要直接或間接反映出此等面向的法權要素²¹。

總而言之，本文認為交通犯罪僅僅保護單一法益，不存在超個人法益與個人法益之間的先位與備位關係²²，又此種定位同樣適用在德國刑法第315b條及我國

²¹ 典型者為刑法第320條竊盜罪所規定的「動產」，透過犯罪客體的文義表現，反映出他人的「所有權地位」。

²² 或有論者可能提出反駁，德國刑法第315b條的不法構成要件明確訂有「侵害交通安全」。但應注意的是，立法技術上將保護法益直接規定成不法構成要件，非屬常態，而且此項要件應是作為一種情狀要素，無非只是為了凸顯損壞或阻礙必須是在交通運作的過程所發生。

刑法第185條。所以，當我們將保護法益確定在交通安全時，其實正是指向不特定人之生命、身體、健康、財產等，而此等法益內容共同形塑出法主體參與交通運作的利益狀態。

二、損害故意作為「行為質轉」的條件

德國刑法第315b條與我國刑法第185條有相當近似的不法構成要件設計，前者之行為態樣為毀損、設置障礙、其他危險性干預，後者則是損壞、壅塞、以他法。德國刑法中多有爭議者為設置障礙與其他危險性干預等要件，筆者擬以兩則附有爭議的實例，分析當前德國法的解釋與發展脈絡，同時指出其中所隱含的方法論問題，進而由此反思我國法應有的解釋。

（一）設置障礙

【閃黃燈煞停案】甲連續行經號誌路口時，皆在閃黃燈時快速通過。甲注意到後車的乙每一次都是緊跟著通過。甲基於詐領保險金之意圖，於行經某路口閃黃燈期間依法煞車，導致乙追撞。乙當下沒有預料到甲會踩煞車，而且旁邊有多台汽車同樣在黃燈時快速通過路口。

本例的爭點為，甲基於詐領保險金的意圖，藉由合法煞停引起後車追撞是否構成德國刑法第315b條的「設置障礙」²³。此項要件是指任何一種足以阻礙道路交通

²³ 就本例而言，德國實務見解並未適用同條規定的「類似的危險干預」此一補充性要件，又正是因為從「阻礙」要件切入，始得這個原本屬

之流暢性或使其變慢的行為，又其中有關阻礙效果的評價側重於設置障礙之結果，而非設置障礙之行為本身。一般而言，基於道路交通的風險分配原則²⁴，車輛駕駛通常僅需負責控制好自己的車輛，同時注意其他用路人之駕駛行為是否對其產生阻礙效果，例如常見的紅燈煞停、超車等。相較之下，若是其他用路人突然靠近、擋住視線，或是違法駕駛於專用道路，導致駕駛人難以預見而無法採取即時的避險措施時，便有可能構成本罪所欲非難的設置障礙。此外，行人不僅得以作為設置障礙的攻擊對象，同時也不排除個人身體被論為一種危害交通安全的設置障礙之工具，例如突然跳向行進間的車輛²⁵。應強調的是，設置障礙作為一項客觀不法構成要件，原本所欲非難的行為類型是以「外部型侵害」為主²⁶，也就是非由駕駛行為本身所引發的法益侵害危險，典型者如向行進車輛投擲石塊、在路面潑撒油劑等。

除了外部型侵害之外，德國實務見解試著透過解釋將「非交通常態的內部型侵害」（verkehrs-fremder Inneneingriff）導入設置障礙要件的射程範圍，尤其是指車輛駕駛人基於危害交通安全之意圖，利用自身車輛作

於外部型侵害的行為模式，反而必須迂迴地辯證，一般的交通行為應如何定性為阻礙。

²⁴ Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 30.

²⁵ 僅參閱Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 29.

²⁶ Zieschang, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 9.

為阻礙其他用路人行進的工具，亦即影響交通安全的設置障礙正是駕駛人的行為目的，而非只是錯誤之交通行為所招致的結果²⁷。又此種違反車輛使用的情形往往出現在一個流暢且不受干擾的交通歷程，行為人有意透過駕駛車輛對其他用路人形成一定的阻礙效果，進而導致損害性的碰撞（schädigende Kollision）²⁸。其中有關主觀意圖的認定乃是取決於駕駛者在個案中所採取的行為模式，例如行為人欠缺交通上的正當理由而突然煞車或左偏行駛，藉此阻止後車超車。就此而言，阻礙交通始終不是錯誤駕駛本身所產生的結果²⁹，反而是此種結果原本就是以阻礙他人前進為主要目的。

更進一步地說，以這裡所提出的【閃黃燈煞停案】為例，德國聯邦最高法院認為³⁰，於路口號誌閃黃燈階段，行為人唯有用力踩踏煞車始能停車的話，那麼就應當續行通過路口，否則會對後車形成危險。相反地，若是行為人主觀上存有使後車追撞的惡意，客觀上亦是違反交通規則地急煞（Vollbremsung），進而導致後車追撞，即應論為設置障礙。概念上，此種主觀惡意被理解

²⁷ 例如BGHSt 7, 307 (310-311); BGH, NZV 2016, S. 533.

²⁸ Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 33.

²⁹ 例如違法煞停的結果為後方車輛必須跟著煞停。當然，日常的交通行為不免會阻礙後方車輛前進。即便如此，並不是任何一種具有阻礙效果的交通行為均屬於阻礙，而須是該行為以阻礙其他用路人為唯一目的。

³⁰ 「非以交通目的」為前提之急煞行為構成阻礙者，例如BGH, NSTZ 1992, 182 (183); BGH, NJW 1999, 3132 (3133).

為所謂的「交通敵對意圖」（verkehrsfeindlich），並且作為一項非成文的構成要件要素³¹。評價功能在於讓原屬日常交通行為的煞車舉動轉變為刑法上所欲非難的行為。但有問題的是，如果換成行為人於路口閃黃燈階段，以符合交通規則的方式煞車，即使出於挑起後車追撞的意圖，是否仍有可能構成設置障礙？對此，德國聯邦最高法院向來所採取的見解為，行為人透過急煞而製造事故係屬典型的設置障礙，應無疑問。不過，現實上也不排除透過其他煞車方式導致事故。換句話說，設置障礙在概念上包括了「急煞」與「非急煞」等行為。以本案例來說，德國聯邦最高法院援用挑唆防衛之解釋，認為甲的煞停乃是挑唆交通事故，也就是後車追撞為現時不法侵害，前車得以針對追撞行為實施防衛。其具體的說理如下³²：1.當車輛駕駛遇路口號誌綠燈轉黃燈時，原則上負有停等義務。若是接近路口時，適度煞車還是無法有效在停止線前煞停，亦即「適度踩踏煞車，車子仍會衝進路口」，那麼即可例外地續行通過路口。雖然駕駛於閃黃燈階段進入路口不必然喪失路權，仍然負有一定的注意義務³³。於此，駕駛往往必須在相當短的時

³¹ Hegmanns, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, § 14 Rn. 554.

³² 整理自BGH, Urteil vom 12.12.1992, 4 StR 488/91.

³³ 交通部82.10.05.交路(82)字第033484號函：「依據道路交通標誌標線號誌設置規則第二百零六條第四款規定：圓形黃燈用以警告車輛駕駛人及行人，表示紅色燈號即將顯示，『屆時』將失去通行路權……。」另外，針對閃黃燈階段通過路口的犯罪評價，可參考許恆

間內，對於是否續行通過或在停止線前停車作出決定，特別是大城市的號誌運作，當綠燈轉成黃燈時，駕駛約有四至五秒的時間通過路口，若是適度踩踏煞車，通常可以在停止線前順利停車。儘管如此，交通現實卻是大部分的駕駛選擇加速通過路口，以避免後車於閃黃燈階段因為期待前車續行而陷入追撞的危險。換句話說，後車對於前車加速通過路口具有一定的容許信賴。2.基本上，駕駛人適度踩踏煞車為合乎規定之行為；相反地，若是利用後車基於路口號誌所形成的信賴基礎，亦即「前車在交通順暢的條件下將會續行通過路口」，進而導致後者追撞前車時，便是具有交通敵對意圖。簡單地說，此處的評價重點在於，行為人有意識地以違反使用目的之方式利用車輛，至於煞車行為在客觀上是否符合交通規則，則非所問。依此，甲的煞車行為顯然是有意讓後車於加速前進的狀態下追撞，據此主張自己為合法的煞車（防衛行為），另一方面，凸顯出乙之追撞乃是出於違反注意義務而來（不法情狀）。

初步看來，德國聯邦最高法院採取了擴張的評價標準，將原本僅處罰外部型侵害的行為模式，技巧性地透過主觀的交通敵對意圖衍伸至內部型侵害。不論是急煞或非急煞，或者外觀上為合法或非合法的煞車，只要行為人主觀上具有此種意圖，皆可劃入德國刑法第315b條

達，搶黃燈與注意義務的認定基準，裁判時報，93期，2020年3月，頁49以下。

的規制範疇。或許，這樣的解釋策略是為了對抗日益增加的汽車保險詐騙，以及填補德國刑法第315c條³⁴僅處罰特定違法交通行為而產生的處罰漏洞，不過從預防詐欺的刑事政策觀點任意突破交通犯罪領域的行為義務框架，解釋上的正當性實有商榷之必要。

其次，為了正確解釋德國刑法第315b條，我們不能只看此罪的不法構成要件，還需要考量到其與第315c條之間的規範關係³⁵。形式上，後者規定一方面採取了封閉且列舉性的立法技術，德國立法者在交通領域選出數種具有典型危險的駕駛行為，亦即「由車輛駕駛人所為之內部型侵害」（*Inneneingriffe durch den Fahrzeugführer*），使其從行政不法提升至刑事不法，又此等行為以違反交通規則為主要特徵；另一方面，規範任務在於確保流暢且不受干擾的交通運作，交通參與者的法益因而能夠從

³⁴ 德國刑法第315c條第1項：「行為人於道路交通中，具下列情形之一，並因而致生他人之身體、生命或貴重物品之危險者，處五年以下有期徒刑或罰金：因下列原因而不能安全駕駛交通工具而仍駕駛者：a)因服用酒類飲料或其他麻醉藥品，或b)因精神上或生理上之缺陷，2.嚴重違反交通規則且魯莽地為下列行為之一：a)未遵守先行權規則，b)不當超車或於超車道不當行駛，c)於人行穿越道不當行駛，d)於視線有盲點處、交叉路口，道路合併處或平交道行駛過速，e)於視線有盲點處未靠右側車道停車，f)在高速公路或快速道路迴轉、逆行行駛或著手前揭二行為，或g)對違規停止或故障不能行駛之車輛，位於確保交通安全所必要之足夠距離處予以警示者。」（條文中譯參考王士帆、王玉全等人合譯，同前註14，頁398）

³⁵ Dreher, JuS 2003, S. 1159.

中獲得擔保³⁶。相較之下，前者規定所欲非難的行為雖然同樣是以影響交通運作為主，只不過法益危險並非出自於駕駛行為本身，而是以外部型的交通干預手段為主，例如損壞、阻塞道路設備，其中又可進一步細分為外部干預與內部干預³⁷。所謂的外部干預是指交通安全受有影響並非源自於行為人自己所操控的駕駛歷程，而是透過「非交通行為」，例如從陸橋向行進車輛丟擲石塊，至於內部干預則是偏離交通常態（verkehrs fremd）的駕駛行為，不論在設置障礙或其他交通安全受有侵害的情形，已經不再是純粹的駕駛結果，而是駕駛本身帶有目的地濫用自己所操控的車輛，將其視為一種侵害工具³⁸。簡單地說，德國刑法第315c條的規制對象明確限制在「違法的交通行為」，至於第315b條原本不包括違法的交通行為，但是額外透過所謂行為質轉³⁹（pervertieren）的解釋方法將「非交通行為」擴張至一般交通行為⁴⁰。除此之外，德國刑法第315c條所規定的不法行為必須滿足「嚴重違反交通規則且疏忽」（grob verkehrswidrig und rücksichtslos）此項要件，不過第315b條卻是沒有類似的

³⁶ Dreher, aaO.

³⁷ Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 13; Zeischang, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 10.

³⁸ Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 14.

³⁹ 關於質轉要件的發展脈絡與衍生的問題，詳見下文「參、二、(二)」及「肆、一」的說明。

⁴⁰ Maatz, NZV 2006, S. 346; Eisele, JA 2007, S. 170.

行為定性要求，所以在解釋第315b條之時，不可任意加入違反交通及疏忽之條件，否則將會架空第315c條的適用機會⁴¹。

總而言之，考慮到兩罪的結構關係及法律適用的協調要求，德國刑法第315b條有必要採取限縮解釋⁴²，而目前所通行的方法乃是透過質轉程序將日常的駕駛行為定性為「非常態的交通行為」。換句話說，外觀上原本屬於內部型的駕駛行為進一步質轉為刑事不法性的「非典型之交通行為」，又其中的質轉條件為：行為人基於交通敵對態度，有意識地以違反使用目的之方式使用車輛⁴³。綜此說明，德國聯邦最高法院認為，行為人基於惡意而採取煞停的手段，應當構成德國刑法第315b條第1項第2款的「設置障礙」。

不可否認，交通領域的設置障礙行為不免帶有挑起事故的風險，或是設置障礙本身即屬挑起事故的關鍵，例如駕駛毫無緣由地煞停、高速行駛下突然急踩煞車等。現實上，或許不排除有駕駛人行經數個十字路口，

⁴¹ 相對於德國刑法第315b條，德國刑法第315c條具有所謂的「截堵功能」，將交通領域中具有法益侵害危險的行為限定在數種具有典型危險的駕駛模式。

⁴² 應強調的是，德國實務見解藉由交通敵對意圖將德國刑法第315b條原本所規制對象，亦即非交通行為，「擴張」至非常態的交通行為。不過，也正是因為此種意圖要素而巧妙地迴避了「違反交通及疏忽」的評價條件，所以這裡才會稱之為「限縮」解釋。

⁴³ 若是從「人格的行為規範理論」檢視，這樣的見解是否正確，恐有再商榷的空間，見下文的說明。

剛好都在閃黃燈階段加速通過，卻突然在某個路口綠燈轉黃燈時以符合規定的方式煞停。只是不考慮該駕駛者的主觀意圖，或者已經明確預見後車之追撞可能性等條件的話，那麼這裡的煞停似乎就沒有值得非難之處。所以，我們可以由此約略地推知德國聯邦最高法院為何會將行為人的主觀態度視為犯罪評價的關鍵，至於煞停在外觀上看起來是否合法，則不再是重點。即便如此，德國當前多數的實務見解認為，行為人的交通敵對意圖不完全是形塑行為不法的唯一標準，如果該行為於客觀上明顯欠缺一定的影響效果，依舊無法構成設置障礙，例如前車只是短暫地煞車。

值得注意的是，除了主觀意圖的問題，即便德國聯邦最高法院認為煞車之合法與否不影響犯罪評價，還是額外地加入一項客觀化的評價要素，也就是連續在閃黃燈階段通過路口，對後車已經形成一定的信賴基礎，卻是突然在某個路口煞停，因為此種行為內含一個「違反自身事實的說明值」（*venire contra factum pirum*）⁴⁴，所以，前車不可主張容許信賴；相反地，後者得以信賴前車將會續行通過。

但有問題的是，或許實際上真的有一個路段，駕駛者行經每個路口必然會在閃黃燈時續行通過，只是後車應如何在短時間內判斷前車會加速通過或煞車停止，恐怕

⁴⁴ 亦即在「連續通過路口」的行為表現中內含一個「未連續通過」的事實。

在生理及心理面向的反應都會是個難題⁴⁵。一般來說，後車多少會期待前車採取一致的續行舉動，因為在道路行進中，只要前車煞停就有可能造成後車的追撞危險。儘管如此，本文認為，僅憑後車駕駛的主觀期待並無法形成前、後車之間的信賴基礎，其中的理由在於，1.經驗上有待確認的是，前車必須連續經過多少個路口，而且都在閃黃燈階段通過，才能夠讓後車形成確信：「前車在下個路口同樣會續行通過」？前車有可能在某個路口因為擔心周遭路況而不敢貿然續行，或是在前方無車的狀態下，突然思慮到乘客安危而決定煞車，甚至不排除是為了確認導航系統提供的路徑，所以突然在路口煞停。換句話說，每個路口都有相異的情境條件，縱使從事後的角度來看，駕駛行經每個路口時確實都是在閃黃燈階段加速通過，但是這並不表示行進當下必然會在所有路口選擇相同的駕駛模式⁴⁶。因此，所謂的信賴不外乎只是後車駕駛對於前車行徑的單純臆測而已。2.除了前車於停止線前合法煞車之外，違反停等義務的搶黃燈行為基本上仍屬違反注意義務。依多數見解⁴⁷，容許信賴是指行為人得以信賴他人同樣會實施合法行為；相反地，這裡的情形乃是後車相信前車持續實施違反注意義務之行為，理應沒有容許信賴的適用空間。同樣地，如

⁴⁵ 問題意識已見，Seier, NZV 1992, S. 157.

⁴⁶ 同此理解，Seier, aaO., S. 157.

⁴⁷ Scheffler, NZV 1993, S. 464.

果換成前車駕駛可以主張容許信賴，例如信賴緊跟在後的車輛會保持行車間距、依限速行駛等，勢必迫使路口號誌的規範功能完全導向於保護該駕駛自己，而不再是其他用路人的安全。3.雖然容許信賴強調行為人得以信賴他人將會遵守法律規定，不過仍有一定的適用限制，尤其是在行為人已經可以預見他人的違法行為，以及在特定的條件下，容許的行為將轉變為法所不容許⁴⁸。舉例來說，在駕駛人認識到後車未保持安全距離的情形，我們之所以要求前車駕駛人於道路行進間採取和緩煞車，無非是著眼於此種煞車方式可以讓後車及時警覺前方車況。即使採取和緩煞車，駕駛者透過後照鏡確認後車仍舊沒有反應，便有採取其他警告措施的必要性，例如後車燈的閃光警示。當和緩煞車及後車燈閃光警示均無法發揮警告作用時，駕駛人基於當下的情境條件已無其他的作為選項，那麼規範上即無要求採取其他警示措施的可能。於此，前車駕駛人始有主張容許信賴的空間。4.本質上，容許信賴作為一種規範性的概念，強調法規引導個人行動的功能，以及劃定社會生活應有的秩序框架。又規範溝通的重點其實不是個別社會成員是否或如何相信別人會採取何種行動，而是法律本身即帶有絕對的命令性格，任何人負有義務遵守法律所預設的禁命或誠命要求。唯有在法義務獲得充分實踐的條件下，社會秩序始能對外呈現出穩定的運作邏輯，進而形

⁴⁸ Freund, JuS 2000, S. 758.

成一種制度性的信賴結構，由此擔保所有社會參與者的自由領域。簡單地說，容許信賴側重於行為規範之於所有個別社會成員的行動意義，而非特定之人對於他人依法行事的主觀認知或期待。5.德國聯邦最高法院援用挑唆防衛的見解，迫使「設置障礙」要件的解釋以「個案中存在一個具體的交通參與者」為必要。因為挑唆防衛的前提為不法情狀及相對人（即防衛者），若是個案中沒有相對人（即交通參與者），那麼挑唆防衛的解釋方法便無應用之可能。另一方面，先不論具體危險的評價問題，考慮到抽象危險犯與具體危險犯的差異在於危險發展階段，不論是何種犯罪類型，不法構成行為同樣保有法益侵害的危險性，只不過這裡的危險判斷勢必變相地取決於「現實存在一個具體的被害人」⁴⁹。如此一來，作為具體危險犯的德國刑法第315b條於規範形式上將會隨之質變成一種「截斷的實害犯」，而且趨近於未遂型態的定性。

附帶一提，挑唆防衛之類型略分為兩種，「意圖挑唆他人實現不法」與「過失或非意圖引起防衛情狀」⁵⁰。這兩者的防衛情狀均是由防衛者自己透過一個

⁴⁹ 就此，以我國刑法的放火罪為例，刑法174條第1項為抽象危險犯，第2項則是具體危險犯。行為人在某建築物縱火得以論為「放火行為」的前提變成「現實上存在一個具體的被害人」，也就是建築物內的特定之人正面臨火勢。或是在刑法第185條之3不能安全駕駛罪的情形則是行為人將撞擊道路上某個具體的用路人。

⁵⁰ 僅參閱王皇玉，刑法總則，7版，2021年7月，頁290-291。

有責的前行為所引起，至於防衛權是否因而受有限制，學說見解仍有爭執⁵¹。其中較無爭議的是，若防衛者之前行為是合法的，也就是對於惹起防衛情狀並無可歸責事由，便無挑唆防衛之適用空間，防衛者因此無須採取優先迴避之防衛手段⁵²。德國聯邦最高法院之所以援用挑唆防衛的解釋，推測是為了說明前者之煞停行為應受到限制，同時藉此論為成立設置障礙。然而，這裡仍有以下疑問尚待釐清：1.交通犯罪套用挑唆防衛所預設前提為「煞停（防衛者之前行為）無論如何是不被允許的」。即便是（挑唆）防衛者意圖引起防衛情狀，仍有可能因為該防衛情狀帶有重大的法益侵害性，例如危及防衛者之生命，例外地允許防衛者採取防衛手段。換句話說，（挑唆）防衛者的防衛手段頂多受有限制，但是不必然遭到全數否定。2.如果行為人於行經路口綠燈轉黃燈階段，採取適度煞停的方式，交通敵對意圖便顯得不甚重要；相反地，若是換成行為人依法負有義務快速通過路口，卻急踩煞車導致後車追撞，交通敵對意圖反而變成犯罪評價上的關鍵⁵³。也就是說，當交通敵對意圖作為行為質轉的必要條件時，經由挑唆防衛說明挑唆引起事故的行為不法反而淪為一項假議題，因為就算沒有援引挑唆防衛之解釋方法，針對煞停是否構成設置障

51 進一步說明，可參閱林書楷，同前註7，頁142以下。

52 參閱林書楷，同前註7，頁143。

53 Scheffler, aaO. (Fn. 47), S. 463.

礙的問題，無論如何都會回歸到交通敵對意圖的評價準據。

暫且擱置挑唆防衛的應用爭議，Seier認為本案例之甲的煞車行為套用挑唆防衛的前提必須是「挑唆行為」為法所不容許。因為甲未能持續注意當下的道路情境，並且造成他人受有損害或危險，所以應是違反了德國交通規則第1條之規定。既然煞車行為係屬違反注意義務，便是逾越了法所容許的範圍。更具體地說，雖然交通規則允許駕駛者行經號誌路口時，因應特殊的交通情境而採取特定措施，例如綠燈轉黃燈時加速前行，但不可忽略的是，其他搶快的來車及行穿線上的行人同時也會讓個案的交通情境變得無法預測，尤其是緊跟在後的車輛往往有輕率駕駛的現象。所以，只要前車駕駛認識到後車已有違反注意義務之行為，而且也預見煞車將會導致追撞結果，那麼基於追撞的特殊認知，前車駕駛便負有義務注意且擔保其他用路人的安全⁵⁴。整體而言，Seier的見解似乎有意透過所謂的特殊認知取代交通敵對意圖，改從製造法所不容許的風險建構設置障礙行為的定性標準。延續這樣的歸責限制，前車的煞停行為必須確定是違法的，始有可能論為設置障礙。

相較之下，Scheffler則是認為，後車駕駛應當排除在德國交通規則第1條的保護範圍之外，特別是其已經準

⁵⁴ Seier, aaO. (Fn. 45), S. 158.

備好承擔行經十字路口所生的危險⁵⁵。也就是說，現實上不可能為了絕對擔保前車的先行權，毫無限制地要求後車隨時準備煞停，只不過這樣的理解忽略了後車駕駛既是自願承擔危險，而且亦負有義務避免侵害其他用路人的權利。簡單地說，依據Scheffler的觀點，甲之煞停仍然是合法的交通行為，僅憑行為人的主觀惡意，亦即交通敵對意圖，終究未能有效說明煞停如何實現客觀不法構成要件⁵⁶。

綜觀前述對立的學說見解，爭點始終環繞在「違法的駕駛行為」是否為構成設置障礙的必要條件，例如Seier嘗試在交通法規中尋得甲之煞停係屬違法的依據，不過Scheffler卻是認為後車駕駛乃是自願承擔風險，所以甲之行為合法。本文認為，車輛駕駛違反交通法規形同對外表徵出一定程度的行為危險性，而在過失犯的領域，解釋上通常會輔以違反其他領域的法律規定來說明行為人是否違反注意義務，以及間接證明法益侵害的危險性。換句話說，違反交通規則的說法無非是為了具體說明行為人如何牴觸過失犯所預設的行為規範：「不應過失地招致他人損害」。然而，德國刑法第315b條的行為規範卻是「不應以侵害交通安全的方式設置障礙影響

⁵⁵ 依此，Scheffler應是肯認「被害人之風險承擔」作為容許風險的證成基礎，亦即在尊重個人自決的前提下，促使他人決定實施自我危險行為應論為「容許風險」，直接在構成要件該當性階層阻卻過失犯的客觀不法，見Frister, AT, 9. Aufl., 2020, 10. Kap. Rn. 15.

⁵⁶ Scheffler, aaO. (Fn. 47), S. 465.

其他用路人行進。」對應這樣的行為禁止要求，凡是具有危害其他用路人法益的阻礙行為，理應論為牴觸本罪之行為規範。如此一來，設置障礙要件是否還有必要限制在違反交通規則的方式，恐有疑問。

無論如何，針對前車透過合法煞車引起後車追撞的問題，或可試著將這裡的敘述語拆解成「主觀的追撞意圖」與「客觀的合法煞車」等組成要素，又其中有關挑起他人追撞的意圖可否說明煞停行為構成設置障礙，仍需探究挑起事故的意圖（或惡意）在犯罪評價上的意義為何，以及客觀的合法煞車是否仍有可能牴觸德國刑法第315b條的行為規範。筆者將於下文就此等議題提出完整說明⁵⁷。

（二）其他的危險性干預

【脫免逮捕案】甲行駛於市區道路上。員警乙發現甲之後，駕駛警車欲追捕。乙試圖左偏加速超越甲。當甲、乙車接近平行時，甲隨即將車身左偏，藉此迫使乙煞車。甲知道乙若要避免碰撞的話，必須用力踩踏煞車，同時甲亦相信此為有效的方法。

不同於前述案例，另有德國判決改從「其他危險性干預」此項客觀不法要件出發，判斷甲之左偏行為是否成立德國刑法第315b條。首先，早期的德國實務見解認

⁵⁷ 見本文「肆」的說明。

為⁵⁸，只要甲認知到左偏行駛可能產生顯著的碰撞危險，或者是（容任）其他交通參與者受有侵害，也就不再屬於交通常態的駕駛行為，又這裡的認知僅需達到危險故意的程度，即已足夠，至於是否有意導致他人發生實害結果，或者容任其發生，則非所問。所以，即使本案例中的甲自認在即將撞上其他車輛之前仍可閃開，或是仍有機會即時煞停的話，仍舊成立德國刑法第315b條之罪⁵⁹。相對地，依據部分的德國實務見解，如果行為人於駕車逃脫時欠缺強制意圖，則是無法論其具有交通敵對意圖，例如以時速70公里的速度從警車與道路邊緣之間的空隙穿越，行為人駕駛車輛之目的顯然聚焦在「往前行進」，所以難以論為所謂的危險性干預。當然，在此種評價條件下，便無繼續判斷該行為是否導致具體危險或實害的必要⁶⁰。就這點來說，原則上會構成其他危險干預的情形為，行為人駕駛車輛具有目的性地侵害他人之生命、身體、健康、財產法益，或是基於一定的強制意圖，駕駛車輛衝向他人或交通工具、切入其他車道、阻擋他人超車、突然煞車等⁶¹。

明顯地，上述見解試圖透過所謂的強制意圖說明何種行為應論為非屬交通常態的駕駛。即便強制意圖有助

⁵⁸ BGH 09.07.1970 – 4 StR 164/70; BGH NStZ 1985, S. 267.

⁵⁹ BGHSt 28, 87 (91).

⁶⁰ BGH VRS 93, 307 (308).

⁶¹ 整理自König, NStZ 2004, S. 176.

於我們判斷日常的駕駛行為如何質轉成德國刑法第315b條的不法構成行為，不過個案中卻有相當浮動的解釋空間。舉例來說，強制意圖與強制故意應當如何區分，又強制意圖所指涉的危險是否指向他人的生命、身體、健康；另一方面，假設法益侵害的危險已經明確存在，那麼這時候到底是論為故意或意圖⁶²。若是行為人因為具有間接的強制故意而必須論為成立德國刑法第315b條之罪，那麼結論似乎又跟早期德國實務所採取的「駕駛行為製造顯著的危險，或是容任他人受有損害」沒有不同。整體來說，暫且不論主觀意圖於具體個案的評價問題，至少可觀察到德國實務見解始終側重於從行為人的心理認知狀態判斷交通行為是否構成危險性干預⁶³。

2003年左右，德國聯邦最高法院變更過往的見解，轉而強調日常交通行為不免伴隨一定的強制效果，例如前車之煞停、轉彎、變換車道等行為通常會迫使後者採取相應的措施。如果僅憑駕駛方式所製造的強制效果，恐怕還不足以說明變換車道成立德國刑法第315b條之罪⁶⁴。理由在於，一般人駕駛車輛的目的無非是為了在道路上行進，只是此種行為本身所內含的強制要素尚不足使妨礙其他用路人變成德國刑法第315b條所欲非難的

⁶² König, aaO.

⁶³ 在「設置障礙」要件的部分，我們同樣可以觀察到相當類似的解釋邏輯。見本文「貳、二、(-)」的分析。

⁶⁴ 例如BGHSt 48, 233; BGH NZV 2016, S. 345.

危險性干預。又進一步考慮到日常的交通行為多少會伴隨著一定的強制特徵而有法益侵害的危險，例如有意識地侵害他人的道路先行權，若是沒有透過行為質轉程序將日常交通行為理解成危險性干預，即難以將其視為具有刑事不法⁶⁵。簡單地說，評價重點有必要重新聚焦在：1.行為本身在客觀上具有一定的影響性，以及2.駕駛人的交通敵對態度（verkehrsfeindliche Einstellung），尤其是以違反車輛之使用方式而利用為侵害工具⁶⁶。原屬日常的交通行為因而質轉為「交通往來之侵害」，並且藉此影響了交通安全。值得注意的是，德國聯邦最高法院就後者命題提出一套更為具體的評價準據，也就是針對行為人基於交通敵對意圖而違反車輛使用目的，仍應附帶地從（至少是間接的）損害故意確認其是否將車輛濫用為武器或損害工具⁶⁷。依此，違反交通規則的駕駛行為不再強調內在的危險關聯⁶⁸，反而是朝向一種以目的導向為基準的行為手段或強制措施。唯有透過此種意圖要素始能將日常的交通歷程進一步質轉為道路交通的干預手段。

除此之外，德國刑法第315c條的行為不法側重於交通違規行為的典型危險，第315b條則是聚焦在違規行為

⁶⁵ 見BGHSt 48, 233.

⁶⁶ BGH 20.2.2003 – 4 StR 228/02; BGH NJW 2003, S. 1614; 或稱之為「侵害安全之意圖」，見Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 18.

⁶⁷ BGH 20.2.2003 – 4 StR 228/02.

⁶⁸ 亦即「違反交通規則」形同對外表徵出一定程度的法益危險。

被質轉成某種干預手段（例如強制）之後所產生的危險。如果後車只是單純地趨前靠上（*auffahren*），或是緊跟著（*hinterherfahren*）前車，後車駕駛往往會因為難以證明具有侵害故意，而無法成立德國刑法第315b條之罪⁶⁹。然而，誠如König的批評，倘若貫徹德國聯邦最高法院的評價標準，當行為人意圖脫免逮捕而有意識地從事危險駕駛，已經足以論為典型的「偏離交通常態」⁷⁰，理應不再是單純地利用為交通工具，反而是作為一種強制工具或武器，始為合理。

最後，德國聯邦最高法院接著在往後的判決中，針對內部型侵害提出更加細緻的質轉條件，也就是「有意識地將車輛利用為侵害工具的交通敵對態度」與「（間接的）侵害故意」，又後者功能在於輔助判斷行為人是否確實保有所謂的「質轉意圖」（*Pervertierungsabsicht*）。由此，與內部型干預有關的解釋明顯趨於限縮⁷¹，單純伴隨強制效果的故意違反交通規則，以及僅僅具有危險故意等情形，皆被排除在外。嚴格來說，這裡的侵害故意其實不是真正的主觀不法構成要件，只不過是在本罪所要求的危險故意之外，額外透過此種認知要素將日常的交通行為質轉成不法構成要件行為，也就是「侵害故

⁶⁹ Maatz, aaO. (Fn. 40), S. 337.

⁷⁰ König, aaO. (Fn. 61), S. 175.

⁷¹ Dreher, aaO. (Fn. 35), S. 1159; König, aaO. (Fn. 61), S. 175.

意作為質轉意圖予以具體化的基礎」⁷²。只不過隨著時間推移，德國當前的實務與學說見解幾乎是全面地以侵害故意取代危險故意⁷³：一方面作為主觀不法構成要件，另一方面卻又在客觀上繼續充作行為質轉的依據，以此避免刑罰權的過度擴張。總而言之，這裡的犯罪評價邏輯乃是先從侵害故意確認駕駛行為是否構成其他危險干預；倘若答案為肯定者，則是接續在主觀構成要件階層檢驗行為人是否具有侵害故意。

肆、重新確立行為質轉的標準

一、主觀惡意為損害故意的原始設定

基本上，德國刑法第315c條與第315b條共同建構起一套交通領域的行為規範體系，德國立法者試圖透過此等規定更有效率地擔保交通安全。當特定交通行為無法成立第315c條之時，則有可能被劃入第315b條的射程範圍，進而改論為設置障礙或其他的危險性干預。如此一來，原本旨在規制外部型侵害的不法構成要件擴張至內部型侵害時，任何的駕駛行為都有可能論處刑法第315b條。所以，為了避免混淆行政不法與刑事不法的界線，以及日常的交通行為被過度評價為具有刑事不法性，不論是與「設置障礙」或「其他的危險性干預」有關的評

⁷² 參閱BGHSt 48, 233; 同此理解，Dreher, aaO. (Fn. 35), S. 1159; Maatz, aaO. (Fn. 40), S. 346.

⁷³ BGH NStZ 2003, 486.

價，凡是涉及具有內部干預特徵的行為模式⁷⁴，均有必要透過質轉程序將日常行為轉成具有刑事制裁意義的不法行為，又其中的質轉標準為行為人駕駛車輛作為侵害工具的交通敵對態度，以及所謂的損害故意。嚴格來說，這兩項標準的本質其實沒有太大的差異，甚至是互為同義詞⁷⁵。若是真的要指出其中的差異，損害故意的功能無非只是為了強化行為質轉的判斷而已。不可否認，德國實務見解確實影響了當代方法論的發展，並且形成一套穩定的解釋基準，尤其是損害故意取代原本所要求的危險故意。只是此種解釋方法的轉變實際上不在原先的預期範圍，而是德國法院為了克服危險故意的認定問題，逐步地讓交通敵對意圖轉變成損害故意。更具體地說，從舉證需求的面向來看，執著於強調具體危險犯所要求的危險故意，勢必難以確認行為人是否同時具有交通敵對意圖；相反地，若是行為人具有損害故意，既是無需進一步處理危險故意的問題，同時也可以有效說明交通敵對意圖。所以，經由行為人容任駕駛行為伴隨侵害效果的主觀意思，便可推導出該行為本身內含一

⁷⁴ 如前所述（見本文註14，15），外部干預通常為「非屬交通歷程的行為」，例如向行進車輛丟擲石塊，內部干預則是指偏離交通常態的行為，所以學理上認為有必要進一步透過質轉程序將此等行為視為具有刑事不法。

⁷⁵ 相較之下，Dreher認為交通敵對與侵害故意處於擇一關係，只要個案中的行為人滿足其中一項，即是構成內部干預。見Dreher, aaO. (Fn. 35), S. 1160.

定的目的。看起來此種評價方法確實巧妙地迴避個案中危險故意與損害故意兩者的區分難題⁷⁶，而且亦可透過行為人的交通敵對意圖將侵害故意予以具體化⁷⁷。

但有問題的是，若是堅持交通敵對意圖作為行為質轉的依據，那麼損害故意不見得就是唯一的判斷基準，因為兩者內涵不只是欠缺同一性，而且也不存在相互證立的關係。進一步地說，德國現行法的解釋困境始終在於日常的交通行為如何過渡到刑事不法的範疇。而就本質來說，作為行為質轉依據的交通敵對意圖原本屬於一種自然及心理意義下的認知狀態，一旦就此種狀態加入了倫理面向的價值特徵，隨即讓損害故意實質轉變成具有規範及道德非難特徵的主觀惡意。所以，直接把此種個人意念視為建構行為不法的基礎，不免會產生「刑法道德化」的疑慮⁷⁸。除此之外，針對交通敵對意圖作為行為質轉的基礎，不論從既有的不法構成要件設定或罪刑相當的要求來看，勢必都會引起規範體系上的混淆，例如有論者便是肯認此種意圖屬於一項非成文的主觀不法構成要件⁷⁹，尤其是限制適用於內部型侵害的行為定

⁷⁶ Dreher, aaO. (Fn. 35), S. 1159.

⁷⁷ Dreher, aaO. (Fn. 35), S. 1160.

⁷⁸ 此種說理邏輯其實早已存在分則各罪的解釋，尤其是「醫療行為是否論為傷害」的爭議，例如醫師只要出於醫療目的而實施手術，便不可論為傷害行為，或是欠缺傷害故意。這裡的醫療目的與倫理性的善念不只是難以界分，甚至只是一體兩面的表述而已。

⁷⁹ Eisele, aaO. (Fn. 40), S. 170.

性⁸⁰。然而，主觀意圖的一項規範意義在於提升罪責非難的程度，又在原本未有規定意圖要件的條件下，恐怕無法有效說明行為人基於交通敵對意圖所實現的危險性干預如何形成更高的可非難性；相對地，若是不改變既有的法定刑範圍，同樣未能合理解釋行為人即使在故意之外具有額外的主觀意圖，為何仍舊無需承擔更高的罪責非難。儘管如此，就算接受了德國聯邦最高法院的見解，也就是實質上以損害故意說明交通敵對意圖，進而取代原本所要求的危險故意，還是難以迴避下述質疑：「一方面，以交通敵對意圖為內涵的侵害故意作為行為質轉的依據，日常交通行為因此得以論為設置障礙或其他的危險性干預。另一方面，從危險故意過渡到損害故意，罪責內涵既是隨之升高，而且在量刑範疇被加以斟酌。因此弔詭的是，侵害故意原本只是不法行為的質轉依據，實質上卻又升高了罪責非難的程度。」⁸¹

二、質轉基礎之多樣性

或許，德國當前的多數見解藉由侵害故意說明交通敵對意圖的初衷，推測是為了避免淪於道德化的評價結果，同時亦可確立日常交通行為的社會損害性，不過從侵害故意推得出行為人具有交通敵對意圖，顯然還是欠

⁸⁰ 例如Pegel, aaO. (Fn. 15), § 315b Rn. 56指出，「外部型侵害」的主觀構成要件故意仍以「危險故意」為主，「內部型侵害」則是要求行為人具備「以交通敵對意圖為形塑基礎的損害故意」。

⁸¹ 類似批評，例如König, aaO. (Fn. 61), S. 177.

缺理論依據。理由在於，(一)在間接故意的範疇，不論是危險故意或損害故意都含有「欲」的要素，也就是行為人預想到結果有可能發生，而其中較為顯著的差異在於損害故意對應到「侵害某個被害客體」，危險故意則是「對於受有危害之客體創造出具體的關鍵情境，內含的危險具有逐漸發展成具體且導致實害的潛能。」所以，當行為人為了教訓被害人，便朝其所在方向開車而去，顯然容任了一個具體的關鍵情境。如此一來，即便行為人只有間接的危險故意，仍舊無法否認其中存在著交通敵對意圖。簡單地說，危險故意同樣可以是行為質轉的依據，始為合理。縱然如此，現實上還是難以想像一般的駕駛者真的會期待發生事故，例如參與道路競駛者預期將會發生事故，形同自己也願意成為該事故的受害人。(二)雖然我們不排除部分的駕駛人乃是為了侵害他人而採取特定的駕駛行為，例如在閃綠燈時通過路口，有意突然煞車而讓未保持安全距離的後車追撞。不過嚴格來說，一般違法的超速切入其他車道、超車、突然驟停、紅燈右轉等，往往不會是以侵害他人法益為首要的行為目的，充其量只能論為「有認識過失」。如果絕大部分違法的交通行為是從有認識過失的面向進行評價，那麼個案中如何從此種過失型態提升至損害故意，進而改論為行為人具有交通敵對意圖，實有疑問；相對地，多數見解似乎執意忽略這其中的層升問題，而是否表示有認識過失其實亦有可能作為行為質轉的標準。總

而言之，多數見解嘗試透過損害故意說明交通敵對意圖，並且以此確立行為質轉的評價基礎，恐怕是過於直觀且欠缺理論依據的解釋方法。

三、行為規範的具體化要求與法益侵害危險

暫且擱置何種主觀要件得作為交通敵對意圖的形塑基礎，本文認為犯罪評價的關鍵根本不在於「行為人基於何種心理條件容任結果或危險發生」，而應當是其所實施之駕駛行為如何定性為抵觸分則各罪所預設之行為規範，尤其是刑法第185條之避免危害他人之生命、身體、健康、財產法益的義務。基本上，考慮到不同的社會系統存在著相異的運作邏輯，特定領域的社會活動有必要經由一定的詮釋程序始能過渡到刑事法的規制範疇，例如棒球投手朝打擊者擲球的動作可被描述成一種「運動」，但是不排除在特定的情境條件下被定性為所謂的「傷害」。也就是說，一個純粹物理性的投擲舉動從原本的運動意義被理解成傷害，正是涉及到不同社會系統之間的詮釋結構轉換，又其中所必要的轉換媒介則是取決於合法與不法的二元界分。基本上，刑法的本質作為一種「制裁規範」，授權國家基於特定的條件而得以就特定人採取干預自由的措施。若進一步考慮到規範授權的特徵，那麼分則各罪中與「處以刑罰」有關的規定，也就不會只是片面地從行為人違反法律的角度理解成「應受處罰」（soll bestraft werden），而是必須兼及國家與行為人之間相互關係下的「得受處罰」（darf

bestraft werden) ⁸²。以這點來說，只要國家試著透過刑法進行社會控制，並且介入個人的自由領域時，無論如何都無法迴避憲法第23條規定的比例原則要求⁸³。

然而，儘管刑法自始作為一套制裁規範，卻不會隨之否定我們經由此種規範型態推導出特定的行為規範。也就是說，制裁規範乃是國家藉著有罪宣告與刑罰選定而就特定行為作出回應，又這裡所指稱的行為其實不是意指行為人牴觸刑法規定，而是其經由該行為實現了犯罪的成立條件，或者更精確地說，實施各罪所描述的行為乃是依循行為人自認具有拘束性的行為準則，進而觸發國家發動刑罰權的契機。以殺人罪為例，甲持槍射殺乙，甲扣下扳機的行為並非違反刑法第271條第1項之規定，反而正是符合了該罪所描述的行為模式，以及殺人乃是基於甲肯認唯一對己有效的行為準則而來。所以，只要甲之槍擊符合殺人罪的不法構成要件描述，進而得以受到刑事制裁，也就是表示該不法構成要件設定隱含了一項禁止殺人的命令，也唯有在行為人違反此項禁命的條件下，其行為始有可能轉變成可罰的狀態。應強調的是，分則各罪所預設的制裁規範終究是抽象地劃定出一定的刑罰範圍。如果法官嘗試就個案的犯罪行為確定

⁸² Schild, Zurechnung zum Verhaltensnorm, in: Michal Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), FS für Günther Jakobs, 2007, S. 601.

⁸³ 憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

出具體的刑事制裁內容，亦即「制裁規範的具體化過程」，那麼與此相關的適用前提即以存在一個「具體的且保有規範相對人特殊性的」行為規範為必要⁸⁴。同樣以殺人罪為例，基於刑法第271條的不法構成要件設定，我們得以推導出該罪對應保護生命法益之目的而預設的行為規範為：「你不應該殺人」⁸⁵。而單就犯罪評價的邏輯來說，必須先檢驗行為人所實施之行為是否符合客觀不法構成要件的描述。答案若為肯定者，緊接著評價行為人於行為時的故意是否具體對應到客觀的不法構成要件事實；相較之下，關於德國刑法第315b條的犯罪評價，多數見解先是驗證行為人是否具有主觀的損害故意，藉此確立駕駛行為係屬「設置障礙」或「類似的危險性干預」。又在確定客觀不法構成要件事實均屬實現之後，緊接著再度檢驗行為人於主觀上是否有損害故意。總而言之，犯罪評價體系之所以要求嚴格遵循一定的檢驗順序，無非是為了獲得一項合乎制裁理性的評價結果，多數見解不僅僅任意跨越了客觀與主觀不法構成要件的界分，同時也混淆了此等要件本身所指涉的內容⁸⁶。

另外，考慮到損害故意原本作為行為質轉的基礎，質轉條件又以交通敵對意圖為主要內容，損害故意與交通敵對意圖終究是一組同義詞，實質上均是指向帶有高

⁸⁴ Freund/Rostalski, GA 2018, S. 266-267.

⁸⁵ 換句話說，法益保護乃是行為規範的正當性基礎，見Freund, AT, 2. Aufl., 2009, § 2 Rn. 10-11.

⁸⁶ Freund, aaO. (Fn. 48), S. 754.

度倫理性的主觀惡意。由此衍生的問題便是，帶有惡意之人是否會因為自身的主觀意念而使原本被法所容許的駕駛行為變成法所不容許。一般來說，純粹倫理範疇的惡意或善意在刑法上所引發的解釋問題其實存在已久，例如有學說見解認為，醫師出於救助病患的意念而實施手術，醫療行為即不可論為傷害，這正是典型的出於善意而否認手術作為傷害罪之不法構成要件行為。如此一來，原本隸屬客觀範疇的損害可能性之評價被錯誤地理解成主觀化的議題，尤其是「不法構成要件所不允許的行為」質變為「主觀化的容許行為」；或者如甲唆使乙在颱風天到公園跑步，乙跑步時受雷擊而死亡。從客觀歸責理論的視野來看，因為大自然的雷擊現象不在人類的支配範疇，所以甲唆使乙跑步無法論為製造法所不容許的死亡風險；相反地，如果接受多數見解於交通領域所主張的主觀惡意（即損害故意或交通敵對意圖）作為行為質轉的基礎，那麼雷擊案例的結論便有必要調整為，甲之行為等同於製造法所不容許的死亡風險，刑罰的意義隨之質變為以行為人的惡意作為非難重點。

從上述的分析得以確定，不論是行為人主觀上的善意或惡意，都不應作為不法行為的形塑標準。又考慮到各罪的不法構成要件共同建構出一套行為規範體系，其中所預設的禁止要求乃是指向「避免侵害法益義務」，一個具有刑事制裁意義的行為即以行為人違反此種避免義務為前提，同時製造了一個與法益相關且非法所容許

的損害可能性。換句話說，客觀不法的評價重心側重於行為人實施了一個法所不容許的行為，而不是其具有惡性的意念。無論如何，個人純粹主觀的意念設定不可能形塑出行為本身的非容許性。另一方面，所謂「法所不容許的行為」乃是對應行為規範意義的客觀性評價。這裡之所以稱為客觀，實際上不是意指第三人視野下的犯罪評價，而是與情境事實相關的不法構成要件實現。更具體地說，任何一種犯罪的實現均可理解為行為人違反行為規範的禁命或誡命要求，這種規範違反的現象帶有人格專屬的特徵，也就是個人於採取特定行動之前，綜合考量（或是能夠考量到）行動當下的各項客觀情境條件，進而形成特定的行為決意。舉例來說，公車司機認識到（或是應認識）公車的煞車系統失靈，那麼就不應該執行載客業務。相對地，若是車輛的保養與維修均已經符合規定，載客期間還是發生煞車失靈的問題，既然公車司機無需預見車輛故障的問題，那麼原屬合法的車輛使用行為也就不會隨之轉變成法所不容許。整體而言，從行為規範角度理解法所不容許的行為，無論如何只有涉及到與事實情境相關的評價，尤其是以行為主體的觀點為基礎。所以，縱然個案中犯罪成立所需的故意條件已經獲得滿足，任何與不法行為有關的評價依舊不會取決於行為人的主觀意念，始終只有指涉到一個依附

於特定行為主體的評價對象⁸⁷。

據此，就刑法第185條的客觀構成要件評價，不論是急煞、車道競速、或是切入他方車道等交通行為，具體個案中得以論為損壞、壅塞，或是他法的標準始終在於「特定行為人」針對事實情境的認識或可得認識狀態（特殊資訊），例如駕駛方式、道路之標示標線、道路狀態、其他用路人的交通行為等。較無爭議的是，只要行為人已認識到與駕駛行為有關的情境條件，那麼此等條件正是對外表現出該駕駛行為係屬一項符合構成要件描述的侵害行為⁸⁸。換句話說，從規範的角度來看，行為人原本能夠避免的法益侵害歷程確實已經發生，而這樣的歷程在其從事一個帶有侵害可能性的行為時早已預想到，便足以說明該行為係屬不法構成要件行為⁸⁹。所以，當行為人認識到其他用路人未保持安全距離，而在沒有突發狀況的條件下急踩煞車，或是突然切入他方車道迫使其他用路人煞停，即可論為刑法第185條所規定之

⁸⁷ 理論依據，詳見Freund, aaO. (Fn. 48), S. 756.

⁸⁸ 應強調的是，如同本段落的說明，與法所不容許之評價有關的對象（事實情境）乃是透過實施行為的主體所形塑而成（舉例來說，行為人於市區道路以時速80公里的速度前進，或是另一名行為人行經路段時看到速限標示50公里，仍以時速80公里的速度前進。前者所認識的事實情境為時速80公里前進，後者則是限速50公里加上時速80公里前進。兩者均屬法所不容許的行為，差別僅在於「可得認識行為之危險」與「已認識到行為之危險」）即使行為人已認識到作為侵害行為之定性基礎的事實情境，但是不排除其並未嚴肅看待該行為的效果，因此仍應論為欠缺故意。

⁸⁹ Freund, aaO. (Fn. 48), S. 758.

具有類似壅塞或損壞效果的「他法」，從而開啟了他人法益的侵害可能性。同理，司法判決中常有爭議的道路競速不必然就是本罪所欲非難的他法，仍有必要個案審酌駕駛人是否或如何以類似於壅塞或損壞的方式而對他人法益形成侵害危險。最高法院近年來改採個案實質認定的解釋：「競速行為須達到相當於壅塞、截斷、癱瘓道路之效果，始能論為他法」，單就結論而言，誠屬正確的發展。

除了客觀構成要件的評價問題，如前所述，德國多數見解認為德國刑法第315b條的主觀構成要件故意為損害故意，而非傳統具體危險犯所要求的危險故意。同樣地，我國亦有論者直接援引此項結論，主張刑法第185條所要求的故意應達損害故意之程度⁹⁰。不過，本文認為損害故意實為一項假議題，因為無論從故意的對應關係或法規範的具體適用來看，行為人於個案中的損害故意其實都不妨礙以危險故意作為基礎的主觀歸責。具體地說，故意的組成要素區分為「認知」與「意欲」，後者要素主要對應至外部世界的有害性變更⁹¹，尤其是指涉（實害或危險）結果事實的部分。由此可知，意欲要素在相當程度上具有區分危險故意與實害故意的功能⁹²。就危險故意來說，行為人利用車輛作為行為工具以阻礙

⁹⁰ 許澤天，同前註2，頁385。

⁹¹ Gropp/Sinn, AT, 5. Aufl., 2020, § 4 Rn. 157.

⁹² König, aaO. (Fn. 61), S. 178.

其他用路人行進，藉此形成一個具體的危險狀態，並且其中所內含的危險（侵害可能性）持續發展成他人之生命、身體、健康、財產法益的危險結果，亦即「法益受具體危害的實存狀態」⁹³。行為人的危險故意因而有必要對應到行為本身所製造的抽象危險，以及接續產生的具體法益危害⁹⁴。總而言之，當行為人得以支配某個帶有損害意義的交通歷程，亦即「避免法益侵害結果的行為實力」，加上主觀上容任他人受有損害，那麼此種損害故意已經足以說明原本所要求的危險故意。

附帶一提，德國多數見解之所以要求行為人實施內部型侵害時具有損害故意，筆者推測背後的原因在於，從目前所累積的案例類型來看，大多是以行為人針對特定用路人採取法益干預手段，例如切入他方車道、左偏行駛、急煞等。既然現實上存在一個具體的被害客體，便能充分說明行為人對於結果發生已有預見。即便如此，就算後車未保持安全距離，前車駕駛在沒有突發狀況的條件下左偏行駛或急踩煞車，導致後車及時煞停而險些追撞（危險結果），甚至是未能及時煞停而發生碰撞（實害結果），仍屬具有危險故意。簡單地說，損害故意頂多間接證明行為人於行為時具有危險故意，但不等於刑法第185條所要求的故意就是損害故意。

⁹³ 見陳俊偉，同前註5，頁204。

⁹⁴ Kudlich, aaO. (Fn. 18), § 315b Rn. 27.

伍、結 論

以下僅列舉本文之重要結論：

一、最高法院援引德國多數見解的觀點，從所謂的交通敵對意圖說明日常交通行為亦可構成刑法第185條的他法。然而，此種行為質轉的條件恐怕只是一種帶有倫理意義的主觀惡意，而且解釋上不當發展成損害故意，導致外部型侵害（非交通行為）仍以危險故意為成罪條件，內部型侵害（交通行為）卻是要求至損害故意的程度。兩者法益侵害行為同屬客觀歸責的對象，卻存在著不同的主觀歸責標準，恐有牴觸罪刑相當之嫌。

二、通常只要行為人認識到與駕駛有關之事實情境，此等情境條件即確立該駕駛行為乃是符合構成要件描述的法益侵害行為。也就是說，行為人原本能夠避免的法益侵害歷程，而在實施一個帶有侵害可能性的行為時早已預想到這樣的發展，該行為即屬構成要件行為。所以，行為人認識到在沒有突發狀況的條件下急煞或切入他方車道，影響他人行進且開啟一定的侵害可能性，即可論為刑法第185條所規定之具有類似壅塞或損壞效果的「他法」。

三、成立刑法第185條之罪所要求之故意仍以危險故意為基礎。多數見解針對內部型侵害所要求的損害故意，充其量只能間接證明行為人於行為時具有危險故意，但是不等於成立本罪之故意就是損害故意。

參考文獻

一、中文文獻

- 王士帆、王玉全等合譯（2017）。*德國刑法典*。元照。
- 王皇玉（2021）。*刑法總則*（七版）。新學林。
- 古承宗（2021）。道路競駛與客觀結果歸責。*月旦法學教室*，228，12-16。<http://di.org/10.53106/1684739322803>
- 林書楷（2021）。*刑法總則*（五版）。五南。
- 許恒達（2020）。搶黃燈與注意義務的認定基準。*裁判時報*，93，49-60。<http://di.org/10.3966/207798362020030093006>
- 許恒達（2021）。國道急煞堵車的刑事責任。*月旦法學教室*，220，14-17。<http://di.org/10.3966/1684739322003>
- 許澤天（2021）。*刑法分則（下）*（三版）。新學林。
- 黃惠婷（2018）。*刑法案例研習(三)*（二版）。新學林。
- 陳俊偉（2019）。從危險故意理論省思放火故意之實質內涵。*興大法學*，26，153-266。

二、外文文獻

- Dreher, Sonja (2003). Eingriff in den Straßenverkehr durch bewusste Zweckentfremdung. *JuS*, S. 1159-1162.
- Eisele, Jörg (2007). Der Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehr. *JA*, S. 168-173.
- Freund, Georg (2000). Äußerlich verkehrsrechtes Verhalten als Straftat?. *JuS*, S. 754-759.
- Freund, Georg (2009). *Strafrechts Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer.
- Freund, Georg/Rostalski, Frauke (2018). Normkonkretisierung und Normbefolgung. *GA*, S. 264-273.

- Frister, Helmut (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., C.H.Beck.
- Gropp, Walter/Sinn, Arndt (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Springer.
- Heghmanns, Michael (2009). *Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil*. Springer.
- König, Peter (2004). Verkehrsfeindlicher Inneneingriff und Gefährdungsvorsatz. *NStZ*, S. 175-179.
- Krüger, Matthias (2000). *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Duncker & Humblot.
- Kudlich, Hans (2021). § 315b. In Bernd von Heitntschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck Online Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 50. Aufl., C.H.Beck. (Zit.: BeckOK-StGB).
- Maatz, Rüdiger (2006). Nötigung im Straßenverkehr. *NZV*, S. 337-347.
- Pegel, Cristian (2019). § 315b. In Roland Hefendehl/Olaf Hohmann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6*, 3. Aufl., C.H.Beck. (Zit.: MK-StGB).
- Scheffler, Uwe (1993). Strafbare Verkehrsunfallprovokation durch rechtmäßiges Verhalten. *NZV*, S. 463-465.
- Schild, Wolfgang (2007). Zurechnung zum Verhaltensnorm. In Michal Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag* (S. 601-613). Heymanns.
- Seier, Jürgen (1992). Gefährlicher Verkehrseingriff bei Provokation eines Auffahrunfalls. *NZV*, S. 157-159.
- Zieschang, Frank (2017). §315b. In Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3*, 5. Aufl., Baden Baden. (Zit.: NK-StGB).