

第七章

作為犯和不作為犯的義務、過失和能力

第一節 作為犯的不作為義務、過失型態和能力種類

第一款 作為犯的作為義務和能力種類

在作為犯，行為人自身的行為對法益製造了風險。在這種情況下，善意的行為人有兩個合法的選擇（不作為義務）：一是預見風險，並放棄行為。一是預見風險，並作出控險行為。此時行為人必須先預見到行為風險，在對行為風險有認識的情況下作出控險行為，將風險控制在可容許的限度內，而在安全的情況下作出行為。此時涉及到兩種能力：預見風險的能力，和控制風險的能力。也就是說，在行為人的行為會對法益製造風險的情況下，行為人只要發揮預見能力並放棄行為，或是同時發揮預見能力和控險能力，而在安全的情況下作出行為，就不會成立作為犯。

第二款 作為犯的過失型態和能力種類

過失作為犯的成立是由於，行為人未發揮認識風險的能力，其情況可大略分成兩種（詳盡的分類請見後文）：

第一種情況是，行為人沒有發揮認識行為風險的能力，行為人自始就對行為風險沒有認識，而在沒有認識風險的情況下，作出行為。在這種情況下，行為人未發揮的認識能力是：認識行為風險的能力。此時行為人完全未發揮控險能力，這是因為行為人既然沒有認識到風險，也就不會想到要去控制風險，不會想到要去做任何的控險行為。換句話說，控險能力完全未發揮是認識能力未發揮的結果。

第二種情況之一是，行為人有發揮認識能力而認識到行為風險，行為人一開始就對行為風險形成認識，並作出一些控險行為，但是，行為人所做的控險行為是不足的。也就是說，行為人沒有完全發揮控險能力，沒有努力將風險控制在可容許限度內，風險仍然超過容許風險的界限，而行為人對於這種情況下的風險沒有發揮認識能力。也就是說，行為人沒有發揮認識能力去認識到，風險尚未被控制住，風險仍然超出可容許的範圍，相反的，行為人卻誤以為，風險已經控制住，風險已經降低至可容許的範圍內，而在不安全的情況下未再進一步控制風險而逕自作出行為。在這種情況下，行為人未發揮的認識能力是：認識行為風險未被控制住的能力。此時行為人未完全發揮控險能力，這是因為行為人沒有認識到風險尚未被控制住，行為人誤以為風險已經被控制住，所以不會想到要進一步控制風險，要進一步作出更多的控險行為，換句話說，控險能力未充分發揮，是認識能力未發揮的結果。

第二種情況之二是，行為人有發揮認識能力而認識到行為風險，行為人一開始就對行為風險形成認識，並作出控險行為，但是，行為人所做的控險行為是不正確的。也就是說，行為人沒有完全發揮控險能力，沒有用正確的控險手段將風險控制在可容許限度內，風險仍然超過容許風險的界限，而行為人對於這種情況下的風險沒有發揮認識能力。也就是說，行為人沒有發揮認識能力去認識到，風險沒有被不正確的控險行為控制住，風險仍然超出可容許的範圍，相反的，行為人卻誤以為，風險已經被控制住，風險已經降低至可容許的範圍內，而在不安全

的情況下作出行爲。在這種情況下，行爲人未發揮的認識能力是：認識行爲風險未被控制住的能力。此時行爲人未完全發揮控險能力，這是因爲行爲人沒有認識到風險沒有被控制住，行爲人誤以爲風險已經被控制住，所以不會想到要更正控險行爲的方式，不會想到要作出正確的控險行爲以控制風險，換句話說，控險能力未充分發揮，是認識能力未發揮的結果。

第二節 不作為犯的作為義務、過失型態和能力種類

第一款 不作為犯的作為義務和能力種類

在不作為犯，對法益的風險，不是來自行爲人的行爲，而是來自外界，如設備、環境、大自然、第三人或是被害人本身。在這種情況下，善意的行爲人只有一個合法的選擇（作為義務）：預見外在風險，並防止風險。行爲人必須先預見到外界風險，在對外界風險有認識的情況下，作出防險行爲去防止結果的發生，將外界風險降低至安全限度內或甚至完全消滅。此時涉及到兩種能力：預見外在風險的能力，和防止風險的能力。也就是說，在外界有風險發生而行爲人有作為義務的情況下，行爲人必須同時發揮預見能力和防險能力，才能避免結果的發生，才能不成立不作為犯。

第二款 不作為犯的過失型態和能力種類

過失不作為犯的成立是由於，行爲人未發揮認識風險的能力，其情況可大略分成兩種（詳盡的分類請見後文）。

（一）第一類型過失不作為犯的能力種類

第一種情況是，行為人沒有發揮預見外在風險的能力，行為人自始就沒有認識到外界風險，而在對外界風險沒有認識的情況下，完全未作出防險行為。在這種情況下，行為人未發揮的認識能力是：認識外在風險的能力。此時行為人完全未發揮防險能力，這是因為行為人根本沒有想到外界風險，也就不會想到要去防止風險，不會想到要去做任何的防險行為，換句話說，防險能力完全未發揮是認識能力未發揮的結果。這是第一類型過失不作為犯。

（二）第二類型過失不作為犯的能力種類

第二種情況之一是：行為人發揮預見能力而認識到外界風險，行為人一開始就對外界風險具有認識，並作出一些防險行為，但是所做出的防險行為是不足的。也就是說，行為人並沒有充分發揮防險能力，沒有努力將外界風險防止住，外界風險仍然超過可容許的範圍，而行為人對於這種情況下的外在風險沒有發揮認識能力。也就是說，行為人沒有發揮認識能力去認識到，外界風險尚未被防止住，外在風險仍然超過可容許的界限，相反的，行為人卻誤認，外界風險已經被防止住，外界風險已經降低到安全限度內，而在不安全的情況下未再進一步作出防險行為。在這種情況下，行為人未發揮的認識能力是：認識外界風險尚未被防止住的能力。此時行為人未充分發揮防險能力，這是因為行為人沒有認識到外界風險未被防止住，行為人誤以為外界風險已經被防止住，而不用再進一步防止風險，不用再進一步作出更多的防險行為，換句話說，防險能力未充分發揮是認識能力未發揮的結果。

第二種情況之二是：行為人發揮預見能力而認識到外界風險，行為人一開始就對外界風險具有認識，並作出防險行為，但是所做出的防險行為是不正確的。也就是說，行為人並沒有充分發揮防險能力，沒有用正確的防險行為將外界風險防止住，外界風險仍然超過可容許的範圍，而行為人對於這種情況下的外在風險沒有發揮認識能力。也就是說，行為人沒有發揮認識能力去認識到，外界風險沒有被不正確的防險行為防止住，外在風險仍然超過可容許的界限，相反的，行為人卻誤認，外界風險已經被防止住，外界風險已經降低到安全限度內，而在不安全的情況下未作出正確的防險行為。在這種情況下，行為人未發揮的認識能力是：認識外界風險尚未被防止住的能力。此時行為人未充分發揮防險能力，這是因為行為人沒有認識到外界風險未被防止住，行為人誤以為外界風險已經被防止住，而不用更正防止風險的方式，不用作出正確的防險行為，換句話說，防險能力未充分發揮是認識能力未發揮的結果。這是第二類型過失不作為犯¹。

第三節 不作為義務和作為義務的區別

有學者指出，以「違反注意義務」來定義過失犯（這是過失犯的傳統定義），會引起過失犯是一種不作為犯的誤解²。但事實上，無論是第一項不作為義務：預見風險，並放棄行為，還是第二項不作為義務：預見風險，並作出控險行為，義務的內容都是一種作為，而不是單純、消極的不作為。以第一項不作為義務的內容而言：預見風險，並放棄行為，這其中預見風險是一種主動積極的心理活動，是一種認知行為，行為人必須要努力想到未來可能的事態發展。即使是放棄行

¹ 作者按：第一類型過失不作為犯和第二類型過失不作為犯的名稱，是作者自己想出來的，用來指稱不同情況的過失不作為犯。

² Roxin, *Strafrecht AT I*, 3. Aufl., 1997, § 24 A II, Rn. 12; Roxin, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, 及其中譯：客觀歸責理論，均收錄在政大法學評論五十期，1994，頁 230 和 19。

爲，也不是一項消極的不作爲，而同樣是一種積極的心理活動，是深思熟慮後基於風險的考量而放棄行爲的心理決定。以第二項不作爲義務而言，預見風險，並作出控險行爲，這其中控制風險更明顯是一項包含內在心理活動和外在身體行動的作爲。行爲人必須思索何種行爲是適格的控險行爲，何種行爲足以降低風險至安全限度內，並基於此種認知去做出控險行爲。換句話說，不作爲義務的內容其實是一種作爲，不作爲義務之所以是不作爲義務，不是因爲它的義務內容是一種不作爲，而是因爲這項義務的目的在於：不要做出風險行爲（放棄行爲），消除自己行爲的風險（控制風險），使自己不要製造對法益的風險³，不要去加害法益。這種「對法益不加侵害」的行爲，對法益來說，是一種合乎期待的不作爲，對規範來說，是一種合乎要求的不作爲。

與此相對，不作爲犯的義務內容則是：認識風險，並作出防險行爲。這項義務內容當中，認識風險是一種主動積極的心理活動，是一種認知行爲，行爲人必須要努力想到未來可能的事態發展。而防止風險更明顯是一項包含內在心理活動和外在身體行動的作爲，行爲人必須思索何種行爲是適格的防險行爲，何種行爲足以降低風險至安全限度內，並基於此種認知去做出防險行爲。換句話說，不作爲犯義務的內容，和作爲犯的「認識風險，並作出控險行爲」義務的內容，同樣都是作爲。不作爲犯的義務之所以是一種作爲義務，之所以和作爲犯的不作爲義務有別，不在於它的義務內容，而在於它的義務目的：要除去法益原有的風險，使法益比原有的狀況更好，要幫助法益。這種「對法益予以助益」的行爲，對法益來說，是一種合乎期待的作爲，對規範來說，是一種合乎要求的作爲。

³ 相似但不完全相同的見解，見Roxin，*Die Lehre von der objektiven Zurechnung*，及其中譯：客觀歸責理論，均收錄在政大法學評論五十期，1994，頁 230 和 19。

第四節 作為犯和不作為犯的區別

雖然過失作為犯和過失不作為犯，都是違反作為的義務內容，但是這並不代表：過失作為犯和過失不作為犯的本質其實都是不作為。除了在無認識過失中，行為人從頭到尾都沒有想到行為風險或是外界風險的存在，行為人的心理是真的處於一種消極不活動的狀態之外，在對行為風險或外界風險的有認識過失中，行為人先是想到了行為風險或外界風險的可能發生，接著又否定了這種可能性。行為人的心理事實上是處於一種不斷積極活動的狀態。此外，在第二種類型的過失犯中，行為人先是想到了行為風險或外界風險的可能發生，接著卻作出不正確或不足夠的控險行為或防險行為，誤認在不正確或不足夠的控險行為或防險行為的情況下，行為風險或外界風險已經被控制或被防止住，此時行為人的心理和身體都是處在積極活動的狀態：行為人的心理認識到行為風險或外界風險的存在，並誤認行為風險或外界風險已經被控制或被防止住，行為人的身體作出了不正確或不足夠的控險行為或防險行為。事實上，不作為義務和作為義務，兩者的作為義務內容，是正確的作為狀態，而違反作為義務內容的過失犯，則是不作為狀態或是不正確的作為狀態。過失犯是：以不作為的方式，去違反正確作為的義務內容，或是是：以不正確作為的方式，去違反正確作為的義務內容。

因此，作為犯之所以是作為犯，並不是因為行為人違反了不作為的義務內容，而是因為行為人違反了不作為的義務目的：行為人對法益製造了風險，行為人侵害了法益。這種「對法益加以侵害」的行為，對法益來說，是一種違反期待的作為，對規範來說，是一種違背要求的作為。與此相對，不作為犯之所以是不作為犯，之所以有異於作為犯，不是因為行為人違反了作為的義務內容，而是因為行為人違反了作為的義務目的：行為人沒有除去對法益的風險，行為人沒有幫助法益。這種「對法益不加助益」的行為，對法益來說，是一種違反期待的不作

爲，對規範來說，是一種違背要求的不作爲。