

第十章

超越承擔的過失

根據實務案例的犯罪事實，超越承擔過失的作為犯，可以分成以下幾種類型：行為人沒有控制風險的能力，行為人沒有確認風險因子存在的能力，行為人沒有監督風險因子出現的能力。超越承擔過失的不作為犯，可以分成以下幾種類型：行為人沒有防止風險的能力，行為人沒有認識外界風險因子的能力，行為人沒有確認外界風險因子種類的能力，行為人沒有監督外界風險因子的能力。以下依序介紹之。

第一節 行為人沒有控制風險的能力

控制風險的能力，一如認識風險因子的能力，也是由主觀要素和客觀要素所組成。控制風險能力的成立，除了行為人主觀上，必須具有控制風險所須的知識、經驗、技術以外，還必須行為風險在客觀上，是可以被控制住的。在風險和所有行為人之間，控制能力的型態分布，可以分成以下三種情形：任何行為人都沒有控制風險的能力，特定行為人有控制風險的能力，一般行為人有控制風險的能力。以下將依序介紹，這三種控制能力的型態，以及各種能力型態和超越承擔過失之間的關係。

第一款 任何行為人都沒有控制風險的能力

(一) 任何行為人都沒有控制風險能力的義務內容

在風險和所有行為人之間，第一種控制能力的型態分布是：無論是何種行為人，都無法將風險控制住，都不會具有控制風險的能力，都不會具有控制風險所須的知識、經驗、技術。也就是說，風險無法被任何人控制住，風險對任何人來說，都沒有被控制可能性。

這種控險能力型態的起因是：一些行為所帶來的風險，依其性質，沒有人可以控制得住，沒有人會具有控制風險所須的知識、經驗、技術。

在這種情況下，對所有的行為人來說，行為人所負擔的義務都是：認識行為風險，並認識到自己沒有控險能力，而決定放棄行為。除非行為人對於風險根本沒有認識能力，此時上述義務會宣告解除。

這種義務內容的實務案例，作者在之前已經介紹過：將狂牛症牛肉開放進口所帶來的風險，在食品中加入有害物質所帶來的風險，將車況不良的車子開車上路所帶來的風險，將老舊的單殼油輪開船出海所帶來的風險，對身體狀況異常的病患加以治療所帶來的風險（見本文第八章第一節第一款）。上述所列舉的事例，都具有如下的特性：任何行為人在主觀上都不會具有控險行為所須的知識、經驗、技術，都不會具有相應的控險能力，因為控制該種行為風險所須的知識、經驗、技術，超出了目前人類能力的範圍，非目前人類能力所及。以狂牛症為例，也許有一天，人類可以發明一種真正安全無虞的屠宰方法，使牛隻在屠宰過程中，牛肉部位不會受到帶有狂牛症病原的牛腦、牛脊髓、牛骨的污染，或是發明

一種真正安全無虞的調理方式，在調理過程中，可以有效殺死狂牛症病原。如果那一天真的到來，對於食用有病牛肉所帶來的風險，人類就找到一種真正有效的控險方式，政府官員就可以安心開放狂牛症牛肉進口。但是直到那一天來臨之前，食用有病牛肉所帶來的風險，都是控制不住的，因此政府官員不可以開放狂牛症牛肉進口。

(二) 任何行為人都沒有控制風險能力的過失型態

當任何行為人都沒有控制風險的能力時，對於任何行為人來說，其所負擔的義務均是：認識行為風險，並認識到自己沒有控險能力，而決定放棄行為。這種義務內容所可能衍生的過失型態有兩種。

(1) 認識風險錯誤

第一種過失犯型態是：行為人沒有認識到行為風險，因此也就不會想到行為風險無法被控制住，而逕自作出行為。以車況不良所帶來的風險為例，駕駛在開車前疏於檢查車況，沒有發現到輪胎胎紋已經嚴重磨損，影響到煞車性能，可能會因此撞上行入或其他車輛，因此也就沒有想到：自己對於車況不良所帶來的風險，沒有控險能力，應當放棄開車行為，而逕自開車上路。

(2) 認識控險能力錯誤：第一類型的超越承擔過失作為犯

第二種過失犯型態是：行為人雖然認識到行為風險，但是誤認自己的知識、經驗、技術，可以控制得住行為風險，誤認自己具有控險能力，而作出控險行為和風險行為。以病患身體狀況異常所帶來的風險為例。病患的凝血功能不良，一

動手術，可能造成病患血流不止，發生死傷。這種手術風險，對任何醫生來說，都無法控制得住。一名醫生雖然知道病患的凝血功能不良，一動手術，可能會發生死傷，但是醫生誤認：以自己的知識、經驗、技術，可以控制得住手術風險，自己具有控制風險的能力，醫生誤以為：只要利用維生素K，就可以矯正凝血功能的缺陷¹，只要手術過程中小心謹慎，就可以避免上述風險的實現，而逕自進行控險行為和手術行為。

在這種情況下，這名醫生在現實上，沒有控制風險的能力。這名醫生明明有能力，去認識到自己沒有控制風險的能力，但是卻沒有發揮能力，去認識到自己沒有控制風險的能力，反而誤認自己具有控險風險的能力，相信自己可以將風險控制住，而作出控險行為和風險行為。在這種情況下，行為人沒有誠實看清風險的性質和自己的能力，沒有看清風險的難以控制，以及相形之下，自己能力的渺小，承認自己對於控制風險一事，是無能為力的，因而放棄風險行為。相反的，行為人錯估自己的能力和客觀的情勢，高估自己的知識、經驗、技術，低估風險的控制困難度，以為自己是有控險能力的，因而作出控險行為和風險行為。行為人明明沒有控險能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔界限，去作出根本無效的控險行為，這是第一類型的超越承擔過失作為犯。這種類型的超越承擔過失作為犯，作者不會在中外文獻上看過。

（三）對「沒有控險能力」的認識能力

¹ 案例事實來源：台北地院八十六年度自字第一〇〇二號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

和第一類型超越承擔過失作為犯的結構

在第一類型的超越承擔過失作為犯中，行為人所沒有發揮的認識能力是：認識「自己沒有控險能力」的能力。行為人有能力去認識到，對於行為風險，任何人都沒有控險能力，自己也沒有控險能力，唯一安全的途徑就是：放棄行為。但是行為人卻沒有發揮認識能力，去認識到「自己沒有控險能力」這項事實，反而誤以為自己具有控險能力，而去作出控險行為和風險行為。行為人誤以為：自己所作的控險行為將是有效的，風險可以被控制住，沒有認識到：自己所作的控險行為將是無用的，風險無法被控制住。換句話說，行為人由於沒有發揮對「自己沒有控險能力」的認識能力，作出無效的控險行為，最終導致行為人對於無法被控制住的行為風險缺乏認識（對行為風險缺乏認識，這是過失作為犯的原始定義）。

第二款 特定行為人有控制風險的能力

（一）特定行為人有控制風險能力的義務內容

在風險和所有行為人之間，第二種控險能力的型態是：只有特定行為人，才會具有控制風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，才會具有控險能力，才可以將風險控制住。一般行為人，不會具有控制風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，不會具有控險能力，無法將風險控制住。也就是說，風險只會被特定專業人士控制住，但無法被其他非專業行為人控制住。

這種控險能力型態的起因是：一些專業行為所帶來的高風險，依其性質，只有專業人士才可以控制住，一般人無法控制得住。例如醫療手術行為所帶來的傷亡風險，或是交通駕駛行為所帶來的車禍風險，這些專業行為所潛藏的風險，只有擁有專業知識、專業經驗、專業技術的專業醫生或是合格駕駛，才曉得如何去控制它，才具有作出專業行為所必備的專業本領。

在這種情況下，對於特定行為人來說，行為人所負擔的義務是：認識行為風險，並認識到自己具有控制風險的能力，而作出控險行為和風險行為。相對的，對於一般行為人來說，行為人所負擔的義務是：認識行為風險，並認識到自己沒有控險能力，而放棄作出控險行為和風險行為。

這種義務類型的實務案例如下：

(1) 一般治療行為：一些常見的治療行為，如開藥，或針灸等，具有傷亡風險。在進行這種治療行為時，只有受過醫學訓練的醫生或中醫，才會具有控制治療風險的能力，才會具有控制治療風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，例如：如何根據病患的身體狀況，選擇適當的藥物種類，或是如何根據身體的施針部位，選用適當長短的針。沒有受過醫學訓練的一般人，不會具有控制治療風險的能力，不會具有控制治療風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，例如：不懂得如何根據病患的身體狀況，選擇適當的藥物種類，或是不知道如何根據身體的施針部位，選用適當長短的針。在這種情況下，對於醫生或中醫來說，其所負擔的義務是：認識治療風險，而在進行開藥或針灸時，運用專業知識、專業經驗，認識到適格的控險手段，例如：根據病患的年齡和身體狀況，選擇適當的藥物種類和藥物劑量，或是根據身體的不同施針部位，選用不同長短粗細的針、選擇下針的力道和方向，並運用專業經驗、專業技術，去作出控險行為。對於一般人來說，其所負擔的義務是：認識治療行為所帶來的風險，並認識到：自

已沒有控制風險的能力，而放棄控險行爲和治療行爲。

(2) 特殊治療行爲：一些特別困難的特殊治療行爲，如全身麻醉、腦部手術等，具有高度的傷亡風險。在進行特殊治療行爲時，只有受過訓練的專科醫生，如麻醉科醫生、腦外科醫生，才會具有控制治療風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，才會具有控制治療風險的能力，才可以將治療風險控制住。沒有受過訓練的一般醫生，不會具有控制治療風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，不會具有控制治療風險的能力，無法將治療風險控制住。因此，對於專科醫生來說，其所負擔的義務是：認識治療風險，並認識到適格的控險手段，而作出控險行爲和治療行爲。對於一般醫生來說，其所負擔的義務是：認識治療風險，並認識到自己沒有控制風險能力，而放棄進行控險行爲和治療行爲。在這種情況下，由於醫生對於病人的疾病，具有作為義務，因此一般醫生，只單純放棄治療行爲是不行的，還必須將病人轉診給有控制風險能力的其他醫生，讓其他醫生去進行控險行爲和治療行爲，才算是盡到義務²。

(3) 交通行爲：開車駕駛行爲，會對行人或其他車輛帶來傷亡風險。只有受過駕駛訓練、視力和體力完好的正常駕駛人，才會具有控制行車風險的能力，才會具有控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，例如：知道如何進行減速或煞車、懂得如何保持安全距離等等。沒有受過訓練的一般人，不會具有控制行車風險的能力，不會具有控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，例如：不知道如何剎車或減速、不懂得如何保持安全距離等等。此外，因疲倦、老化、疾病，而智力、體力、視力衰退的駕駛人，會失去控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專

² 醫療法第五十條：醫院診所因限於設備及專長，無法確定病人病因，或提供完整治療時，應建議病人轉診。

注力、反應力，會失去控制行車風險的能力。在這種情況下，對於正常駕駛人來說，其所負擔的義務是：認識行車風險，而在行車時，運用駕駛知識、駕駛經驗，認識到適格的控險手段，如遵守速限、對前後左右來車，保持安全距離、注意四周狀況，一有突發狀況，立即轉彎或煞車等，並運用駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，去作出控險行爲。對於一般人或是老殘駕駛人來說，其所負擔的義務是：認識開車風險，並認識到：自己沒有控制風險的能力，而決定放棄開車行爲。

(4) 建築行爲：興建房屋時，如果規劃不當，如選用錯誤的建材、採用錯誤的建築方式等，可能會造成房屋完工後，結構脆弱，容易倒塌，對住戶或鄰居帶來傷亡風險。在興建房屋時，只有受過訓練的工程師，才會具有控制建屋風險所須的專業知識、專業經驗，例如：曉得如何選擇正確堅實的建材、知道如何決定穩固的建築方式等，才會具有控制建屋風險的能力，才可以控制得住建屋風險。沒有受過訓練的一般人，不會具有控制建屋風險所須的專業知識、專業經驗，例如：不曉得怎樣選擇堅實的建材、不知道如何決定牢靠的建築方式等，不會具有控制建屋風險的能力，無法控制得住建屋風險。在這種情況下，對於建築公司所雇用的工程師來說，其所負擔的義務是：認識到建屋風險，而在規劃建屋時，運用專業知識和專業經驗，認識到適格的控險手段，如選擇堅實的建材、採用牢靠的建築方式等，而作出控險行爲。對於一般人來說，其所負擔的義務是：認識到建屋風險，並認識到：自己沒有控制風險的能力，而放棄作出控險行爲和規劃建屋行爲。

（二）專業行為人的過失型態

當只有特定專業人士才有控制風險的能力時，對於特定專業人士來說，其所負擔的義務是：認識風險，並認識到正確的控險行為，而作出控險行為。這種義務內容所可能衍生的過失型態如下：一是行為人沒有認識到行為風險，因此也就不會想到要去控制行為風險，而逕自作出行為。以醫療行為為例，醫生在使用針筒對病人進行檢驗時，沒有認識到：針筒重複使用，未予更新，真的有可能會造成病人感染疾病，而重複使用未經更新的針筒。二是行為人雖然有認識到行為風險，但是沒有運用專業知識，去認識到正確的控險行為，反而誤認錯誤的控險行為是正確的控險行為，而作出錯誤的控險行為。行為人誤以為風險已經被錯誤控險行為控制住，沒有認識到風險其實未被錯誤控險行為控制住。以醫療行為為例，醫生在使用針筒對病人進行檢驗時，雖有認識到：針筒重複使用，可能會帶來病患感染疾病的風險，但是沒有秉持良心和專業知識，去認識到：應將針筒予以丟棄，每次檢驗都使用全新的針筒，才是適格的控險行為，相反的，醫生出於一己之私，為了節省醫療成本，告訴自己：將針筒予以消毒即可，即是適格的控險行為，不必將針筒予以丟棄，使用全新的針筒，這樣太浪費了。因而在進行檢驗時，僅將針筒予以消毒，未予更新³。

（三）一般行為人的過失型態

當只有特定專業人士才具有控制風險的能力時，對於非專業人士的一般行為

³ 案例事實來源：高等法院八十九年度上更(一)字第一一三五號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

人來說，其所負擔的義務是：認識行為風險，並認識到：自己沒有控制風險所須的知識、經驗、技術，自己沒有控制風險的能力，而放棄作出控險行為和風險行為。這種義務內容所可能衍生的過失型態有以下三種。

(1) 認識風險錯誤

第一種過失犯型態是：行為人沒有認識到行為風險，因此也就不會想到：自己沒有控制風險的能力，自己無法控制住行為風險，而逕自作出行為。

(2) 認識控險能力錯誤：第二類型的超越承擔過失作為犯

一是行為人雖然認識到行為風險，但是誤認：自己具有控制風險所須的知識、經驗、技術，自己具有控制風險的能力，自己可以將行為風險控制住，而作出控險行為和風險行為。在這種情況下，行為人在現實上，沒有控制風險的能力。行為人明明有能力，去認識到自己沒有控制風險的能力，但是卻沒有發揮能力，去認識到自己沒有控制風險的能力，反而誤認自己具有控險風險的能力，而作出控險行為和風險行為。在這種情況下，行為人沒有誠實看清風險的性質和自己的能力，沒有看清風險的難以控制，以及相形之下，自己能力的渺小，承認自己對於控制風險一事，是無能為力的，而放棄行為。相反的，行為人錯估自己的能力和客觀的情勢，高估自己的知識、經驗、技術，低估風險的控制困難度，以為自己是有控險能力的，而作出控險行為和風險行為。行為人明明沒有控險能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔極限，去作出自己能力所不及的專業控險行為。這是第二類型的超越承擔過失作為犯。這種類型的超越承擔過失作為犯，是一般中外文獻上最常討論的超越承擔過失類型⁴。

⁴ 見林山田，刑法通論下冊，增訂八版，2002，頁 180；Jescheck，Lehrbuch des Strafrechts，AT，

(四) 對「沒有控險能力」的認識能力

和第二類型超越承擔過失作為犯的結構

在第二類型的超越承擔過失作為犯中，行為人所沒有發揮的認識能力是：認識「自己沒有控險能力」的能力。行為人明明有能力去認識到，自己對行為風險沒有控制能力，唯一安全的途徑就是：放棄行為。但是行為人卻沒有發揮認識能力，去認識到「自己沒有控險能力」這項事實，反而誤以為自己具有控險能力，而去作出控險行為和風險行為。此時因行為人實際上並沒有控險能力，因此所作出的控險行為將是錯誤或無效的控險行為。行為人誤以為：自己有控險能力，自己所作出的控險行為是正確的或有效的，風險已經被自己所作出的正確或有效控險行為控制住，沒有認識到：自己沒有控險能力，自己所作出的控險行為是錯誤的或無效的，風險無法被自己所作出的錯誤或無效控險行為控制住。換句話說，行為人由於沒有發揮對於「自己沒有控險能力」的認識能力，作出錯誤或無效的控險行為（作出自己力所不及的控險行為），最終導致行為人對於無法被自己控制住的行為風險缺乏認識（對於行為風險缺乏認識，這是過失作為犯的原始定義）。

(五) 第二類型超越承擔過失作為犯的實務案例

第二類型的超越承擔過失作為犯，實務的案例如下：

(1) 密醫所進行的一般治療行為：一些常見的治療行為，如開藥、針灸等，

4. Aufl., 1988, § 55 I 3 a; Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 A III 5, Rn. 36。

具有傷亡風險。這種治療行為所帶來的風險，對於沒有受過醫學訓練的一般人來說，不會具有控制風險的能力，不會具有控制風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，例如：不知道如何根據病患的身體狀況，選擇適當的藥物種類和藥物劑量；不懂得如何根據身體的不同施針部位，選用不同長短粗細的針、選擇下針的方向和力道。因此對於一般人來說，其所負擔的義務是：認識治療行為所帶來的風險，並認識到：自己沒有控制風險的能力，而放棄進行治療行為。

在這種情況下，如果某個具有醫學背景，但是沒有醫學執照的行為人，雖然知道：醫療行為具有風險，可能會造成死傷。但是為求生計，在隨便看看醫書或是拜師學藝後，告訴自己：自己具有控制醫療風險所須的知識、經驗、技術，自己具有控制醫療風險的能力，自己可以將醫療風險控制住，而冒充醫生行醫，進行醫療行為。這種無照密醫，明明有能力可以認識到：自己沒有控制風險所須的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，自己沒有控制風險的能力，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而高估自己所擁有的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，低估治療風險的控制困難度，相信自己有控制治療風險的能力，而作出控險行為和治療行為。行為人明明沒有控制風險的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔極限，去作出自己力所不及的醫學專業控險行為。行為人誤認：治療行為所帶來的風險，可以被自己所作出的有效控險行為控制住，沒有認識到：治療行為所帶來的風險，並無法被自己所作出的無效控險行為控制住。實務的案例如下：

(i) 一名無醫生執照的密醫，聯合一名有醫生執照的合格醫生，在市區開立了一間診所問診。一日一名赴診所求醫的病患，出現胸部不適、心悸、頭昏的症狀，血壓量測結果，顯示血壓過低。在這種情況下，該位密醫明明有能力認識到：自己不具有合格的醫生執照，自己不具有開立藥方所必須的知識和經驗，無法根據病患的身體狀況，正確選擇適當的藥物種類，自己對於開藥行為所帶來的

風險，不具有控險能力，所以不能進行開藥行爲（放棄風險行爲）。但是該名密醫卻爲謀財路，自欺欺人，告訴自己和病患：自己具有開立藥方所須的醫學知識和醫學經驗，自己能夠根據病患的身體狀況，正確選擇適當的藥物種類，自己對於開藥行爲所帶來的風險，具有控險能力，而作出控險行爲和開藥行爲。結果在對病患開立藥物時，因醫學知識不足，對於血壓過低的病患，不但未正確給予交感神經興奮劑（升壓劑）的處方，反而開立交感神經阻斷劑（降壓劑）的處方，造成病患服下錯誤種類的藥物後，病情進一步惡化，送醫不治身亡⁵。

（ii）一名不具中醫執照的密醫，明明有能力認識到：自己不具有施行針灸所須的中醫知識和中醫經驗，自己無法選擇正確的用針尺寸，無法判斷正確的施針部位、施針力道、施針方向，自己對於針灸所帶來的風險，不具有控險能力。但是該位密醫卻爲謀財路，自欺欺人，告訴自己和病患：自己具有施行針灸所須的中醫知識和中醫經驗，自己能夠選擇正確的用針尺寸，能夠判斷正確的下針部位、下針力道、下針深度，自己對於針灸所帶來的風險，具有控險能力，而作出控險行爲和針灸行爲。結果在對病患施行針灸時，因選錯用針尺寸，和誤判下針部位及深度，以二十公分的長針插入病患的胸部，造成病患肺葉刺破貫穿，引發氣胸和休克，最後不治身亡⁶。

民眾在國術館，接受沒有中醫執照的民俗治療師針灸，因弄錯扎針部位和扎

⁵ 案例事實來源：高等法院台中分院八十八年度上訴字第一四三八號；最高法院九十一年度台上字第四三九八號；高等法院台中分院九十一年度重上更（一）字第一八八號；最高法院九十二年台上字第四四四四號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

⁶ 案例事實來源：高雄地院九十二年度訴字第二七〇號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

針深度，而發生血栓、氣胸、腹膜炎等嚴重後遺症，甚至死亡結果，是台灣地區常見的社會新聞⁷。這種案例會盛行，和迷信民俗偏方的文化有關。

此外，其他民俗療法所造成的意外，例如踩背用力過度，造成肌肉發炎，推拿不當，造成病患中風，也時有所聞。不過在實務上，由於肌肉發炎和中風的成因複雜，許多因素都可能引起肌肉發炎和中風，如姿勢不良、用力過度、過度肥胖、不常運動等，因此民俗療法和肌肉發炎或中風之間的因果關係難以斷定，最後民俗治療師往往無罪開釋^{8、9}。

(ii) 一名不具醫師執照的美容師，明明有能力認識到：自己不具有電燒除痣、除刺青所須的醫學知識和醫學經驗，自己不知道正確的電燒除痣、除刺青方式，自己對於電燒除痣、除刺青所帶來的風險，不具有控險能力。但是，該位美容師為謀財路，自欺欺人，告訴自己和顧客：自己在美容護膚中心的訓練下，已具有電燒除痣、除刺青所須的美容知識和美容經驗，自己懂得正確的電燒除痣、除刺青方式，自己對於電燒除痣、除刺青所帶來的風險，具有控險能力，而作出控險行為和電燒除痣、除刺青行為。結果一日在對一名顧客電燒除刺青時，因不諳正確的電燒方式：電燒皮膚時，應分多次淺層施作，以免過度傷及皮膚，而電燒過度，造成顧客皮膚傷害，留下大面積肥厚性疤痕¹⁰。

台灣地區每年都會發生如下的案例：許多女性因聽信美容業者的推銷廣告，

⁷ 見新聞網站「蘋果日報」，新聞標題「非醫療人員針灸可奪命」。

⁸ 台北地院九十年度自字第六六六號。

⁹ 台北地院八十八年度自字第七一九號。

¹⁰ 案例事實來源：雲林地院八十九年度易字第八三一號；高等法院台南分院九十一年度上易字第三三二號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

而接受各種美容療程，或是要求美容業者除體痣、除黑斑、除刺青，但因美容業者不具醫學專業知識，而使用錯誤的美容藥劑，或是電燒方式錯誤，造成美容不成反而毀容的悲劇¹¹。

(2) 黑牌工程師或黑牌設計師所進行的規劃建屋行爲：興建房屋時，如果規劃不當，可能會造成房屋完工後，結構脆弱，容易倒塌，對住戶或鄰居帶來傷亡風險。在規劃建屋時，沒有受過訓練的一般人，不會曉得如何選用正確的建築材料和正確的建築方式，不會具有控制建屋風險所須的專業知識、專業經驗，不會具有控制建屋風險的能力。在這種情況下，對於一般人來說，其所負擔的義務是：認識到規劃建屋風險，並認識到自己沒有控制風險能力，而放棄控險行爲和規劃建屋行爲。

在這種情況下，如果某個具有建築相關背景，但是沒有工程師或設計師執照的行爲人，雖然知道：規劃建屋具有風險，可能會造成死傷，但是卻誤認：自己具有控制風險所須的相關建築知識、建築經驗、建築技術，自己具有控制建屋風險的能力，而作出控險行爲和規劃建屋行爲。這種黑牌建築師或設計師，明明有能力可以認識到：自己沒有控制建屋風險所須的建築知識、建築經驗、建築技術，自己沒有控制風險的能力，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而高估自己所擁有的建築知識、建築經驗、建築技術，低估建屋風險的控制困難度，相信自己有控制建屋風險的能力，而作出控險行爲和治療行爲。行爲人明明沒有控制風險的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔界限，去作出自己力所不及的建築專業控險行爲。行爲人誤認：規劃建屋所帶來的風險，可以被自己所作出的有效控險行爲控制住，沒有認識到：規劃建屋所帶來的風險，並無法被自己所作出的無效控險行爲控制住。實務的案例如下：

¹¹ 詳情請自行參閱美容醫學的相關網頁。

(i) 建築事務所爲了節省人事成本，以較低的薪資，雇用不具結構技師資格的黑牌技師，從事建屋的結構設計業務。這種行徑持續多年，一直平靜無事。在這種情況下，該名黑牌技師，明明有能力認識到：自己不具有結構設計所須的工程知識和工程經驗，自己無法正確計算建物重量、材料強度，無法正確計算鋼筋的應有數量，自己對於建屋設計所帶來的風險，不具有控制能力。但是，該名黑牌技師卻爲謀財路，自欺欺人，告訴自己：自己雖然不是建築相關科系畢業，但是家中的父親、兄弟、丈夫均是建築師，在他們的指點下，自己已具有結構設計所須的工程知識和工程經驗，自己可以正確計算建物重量、材料強度，可以正確計算鋼筋的應有數量，自己對於建屋設計所帶來的風險，具有控制能力，而在職業生涯中，不斷進行錯誤的結構設計，不斷進行錯誤的建物計算，不斷作出錯誤的控險行爲和建屋設計行爲。一日該名黑牌技師又接到一件工程案件，建物名稱是「東星大樓」。在計算建物結構時，因不諳建物重量、材料強度的正確計算方式，以至於所計算出來的建物重量，少於真正的建物重量，所配置的鋼筋數量，少於應配置的鋼筋數量。之後雇用該位黑牌技師的建築事務所，將該位技師所作出的結構計算書和鋼筋配置圖，交給建商，建商於是按圖施作，一年半載後，房屋完工，建商將房屋出售給民眾。該棟東星大樓由於結構設計上的失誤，於大樓落成時，整棟大樓事實上已處於結構不穩的危險狀態。俟民國八十八年，台灣地區發生了九二一大地震。當時地震震央是在南投，南投當地及鄰近各地因此有多棟房屋倒塌，傷亡慘重，而北台灣因距震央較遠，一般房屋並無倒塌之虞。但是台北市的東星大樓，因鋼筋數量不足，樑柱結構脆弱，無法承受地震力量，整棟大樓斷裂崩塌，造成住戶共計七十三人死亡的慘劇¹²。

¹² 案例事實來源：台北地院八十八年度訴字第一六八八號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

(3) 酒醉駕駛人或老殘駕駛人所進行的駕駛行爲：開車駕駛行爲，會對行人或其他車輛帶來傷亡風險。只有受過駕駛訓練、視力和體力完好的正常駕駛人，才會具有控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，才會具有控制行車風險的能力。因疲倦、老化、疾病，而智力、體力、視力衰退的駕駛人，或是因酒醉，而記憶力、注意力、應變力衰退的駕駛人，不會具有控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，不會具有控制行車風險的能力。因此對於老殘駕駛人或是酒醉駕駛人來說，其所負擔的義務是：認識開車行爲所帶來的風險，並認識到自己沒有控制風險的能力，而決定放棄控險行爲和開車行爲。

在這種情況下，如果一位疲倦的駕駛人，或是一位酒醉的駕駛人，雖然知道開車行爲所帶來的風險，並且有能力認識到：自己因疲倦或酒醉，記憶力衰退、注意力渙散，反應度遲鈍，無法準確操控車輛進行安全交通行爲，如和鄰車保持安全距離、減速慢行、及時煞車等，沒有控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，沒有控制行車風險的能力，應該改搭計程車或他人便車。但是該位疲倦駕駛人，或是酒醉駕駛人，卻因吝惜車費或怕麻煩，不願發揮能力去認識到上述事實，反而說服自己：自己只是有點累有點醉，自己的記憶力、專注力、反應力其實還可以，自己可以準確操控車輛，自己控制得了開車風險，不必花錢搭計程車或搭他人便車，而逕自進行控險行爲和開車行爲。在這種情況下，行爲人超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔極限，去嘗試作出自己力所不及的控制風險行爲。行爲人誤以爲：開車行爲所帶來的風險將可以被自己控制住，沒有認識到：開車行爲所帶來的風險將無法被自己控制住。結果因酒醉或疲倦，造成記憶力衰退、注意力渙散，反應力降低，無法準確操控車輛進行安全交通行爲，如和鄰車保持安全距離、減速慢行、及時煞車等，無法將開車風險控制住，而肇生車禍事故。實務的案例如下：

(i) 一名酒醉駕駛人，駕駛自用小客車行經市區道路，適有一名女子騎乘腳踏車穿越該條道路。該名酒醉駕駛人見狀，雖然想要煞車，以免撞及該名女子，但因酒醉後，心神混沌，注意力渙散，竟誤認油門是煞車，而誤踩油門，致車輛加速而猛力撞擊該名女子，造成該名女子當場氣絕身亡¹³。

在本案中，行為人雖然認識到行車風險，但是誤認自己有控制行車風險所須的駕駛知識、駕駛經驗、駕駛技術、專注力、反應力，誤認自己可以正確辨識駕駛設備，可以正確操縱駕駛設備，而開車上路。結果因酒醉，記憶力衰退，注意力渙散，無法正確辨識駕駛設備，無法正確操縱駕駛設備，而肇生車禍事故。

(4) 新進醫生所進行的危險治療行為：一些特殊治療行為，如移植手術、腦部手術，具有高度的危險性，稍一失誤就可能造成病人的死傷。這種治療行為所帶來的風險，對於未受專科訓練的一般醫生來說，或是對於初出茅廬的新進專科醫生來說，不會具有控制治療風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，不會具有控制治療風險的能力。因此對於一般醫生或新進專科醫生來說，其所負擔的義務是：認識治療行為所帶來的風險，並認識到自己沒有控制風險的能力，而放棄進行控險行為和治療行為。在這種情況下，由於醫生對於病人的疾病，具有作為義務，因此一般醫生或是新進醫生，只單純放棄治療行為是不行的，還必須將病人轉診給有控制風險能力的專科資深醫生，讓專科資深醫生去進行控險行為和治療行為，才算是盡到自己的義務。

在這種情況下，如果一位一般醫生或新進專科醫生，雖然知道：特殊治療行為具有高風險，可能會造成死傷，但是卻誤認：自己具有控制治療風險所須的知

¹³ 案例事實來源：台北地院九十年交易字第一九九號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

識、經驗、技術，自己具有控制治療風險的能力，自己可以將治療風險控制住，而逕自進行控險行爲和治療行爲。此時這位一般醫生或新進專科醫生，明明有能力可以認識到：自己沒有控制風險所須的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，自己沒有控制風險的能力，自己無法將治療風險控制住，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而高估自己所擁有的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，低估治療風險的控制困難度，相信自己有控制治療風險的能力，而作出控險行爲和治療行爲。行爲人明明沒有控制風險的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔界限，去嘗試作出自己能力範圍以外的控險行爲。行爲人誤認：治療行爲所帶來的風險，將可以被自己所作出的有效控險行爲控制住，沒有認識到：治療行爲所帶來的風險，將無法被自己所作出的無效控險行爲控制住。實務的案例如下：

(i) 某位未受過腦外科訓練的一般外科醫生，雖然知道腦部手術具有高風險，可能會造成死傷。但是該名醫生誤認：以自己的外科知識、外科經驗、外科技術，可以控制得了腦部手術的風險，而貿然進行腦部手術¹⁴。

上述案例，是國內教科書所舉的事例。不過在實務上，這種案例想必很罕見。一般常見的超越承擔過失作爲犯，不會是完全沒有受過專科教育和專科訓練的一般人士，而會是具有相關專業背景，但是並沒有取得專業資格的業餘人士，或是剛取讀專業資格的新進人士，或是雖有取得專業執照，但是因某種原因，專業能力退化，變成無法勝任工作的不適任專業人士。前者例如：建築相關科系的畢業生，未取得專業技師資格，就受雇於建築師事務所，爲建物進行結構設計，扮演黑牌技師的角色；中醫世家的子弟，未取得中醫執照，只憑家傳醫學，就開始行醫問診。後者例如：因年紀老邁，而雙手發抖，記憶力欠佳的外科醫生，不肯退

¹⁴ 林山田，刑法通論下冊，增訂八版，2002，頁 180。本案例的案例事實，是來自於中文教科書，但是案例中的義務內容和過失型態，是作者自己的見解。

休，執意要繼續為病患動刀，延續自己的外科事業生涯。這種情況之所以會發生，是因為：完全沒有受過專科訓練和專科教育的一般人士，很少會狂妄大膽到，敢去作出自己能力範圍以外的專業行為，例如完全沒有受過腦外科訓練和腦外科教育的一般外科醫生，很少會狂妄大膽到，敢去作出自己能力範圍以外的開腦手術。只有具有相關專業背景的業餘人士，或是剛取讀專業資格的新進人士，才會敢去作出自己並不專精，但是有點沾上邊的專業行為。只有一度有勝任資格的不適任專業人士，才會執迷不悟，不肯面對自己能力已走下坡，自己已無法勝任工作的殘酷事實，執意繼續作出已非自己能力所及的專業行為¹⁵。

（六）對「沒有控險能力」的無認識能力

當專業人士才有控制風險的能力，非專業人士沒有控制風險的能力時，非專業人士所負擔的義務是：認識行為風險，並認識到：自己沒有控制風險的能力，而放棄控險行為和風險行為。但是，這項義務的成立，以行為人對於「行為風險」「自己沒有控制風險能力」這兩項事實，有認識能力為前提。如果行為人對行為風險沒有認識能力，或是對「自己沒有控險能力」這項事實沒有認識能力，這項義務就宣告解除。

當行為人對行為風險沒有認識能力時，行為人不會想到風險的存在，因此也不會想到自己是否有控制風險的能力，此時不管行為人作出或不作出風險行為，都不成立過失。

¹⁵ 見Gwande, *Complications*, PICADOR, 2002, p.89, 及其中譯：葛文德，一位外科醫師的修煉，廖月娟譯，天下文化，2003，頁126。此外，由水門案的知名記者執筆，揭露美國最高法院秘辛的「最高法院兄弟們」，書中亦有描述：一名原本能力優秀的大法官，因中風而變的腦袋不靈光，卻遲遲不肯辦理退休，堅持要繼續處理憲法案件。見伍華德，最高法院兄弟們，洪麗倩譯，商周出版，2001。我想這種「老病不退」的現象，是一種人性，在各行各業都很普遍。

對「自己沒有控險能力」這項事實的認識能力，同樣建立在主觀基礎和客觀基礎上。當行為人因能力的主觀基礎或是客觀基礎欠缺，對於「自己沒有控險能力」這項事實沒有認識能力時，行為人雖然認識到行為風險，但是由於缺乏認識能力，不會認識到自己沒有控險能力這項事實，反而會誤以為自己有控險能力，而作出控險行為和風險行為。此時因行為人實際上並沒有控險能力，因此所作出的控險行為將是錯誤或無效的控險行為。行為人誤以為：自己是有控險能力的，行為風險可以被自己所作出的有效或正確控險行為控制住，但是實際上：行為人並沒有控險能力，行為風險並無法被行為人所作出的錯誤或無效控險行為控制住。在這種情況下，行為人由於對於「自己沒有控險能力」這項事實沒有認識能力，作出錯誤或無效的控險行為（作出力所不及的控險行為），最終導致對於無法被自己控制住的行為風險沒有認識能力（對於行為風險沒有認識能力，這是無過失作為犯的原始定義），此時行為人不成立超越承擔過失犯¹⁶。實務的案例如下：

(i) 能力的主觀基礎欠缺：患有老年失智症的老人駕駛，因心智退化，連家裡地址和熟人面孔都弄不清楚。該名老人駕駛，雖然因失智症，喪失安全駕駛的能力，喪失控制行車風險的能力，但同時也因失智症，無法察覺「自己已不能安全駕駛」一事，對「自己沒有控制行車風險能力」一事，缺乏認知能力。在這種情況下，如果該名老人駕駛相信自己可以成功正確操縱車輛，相信自己有安全駕駛的能力，相信自己可以控制得住開車行為所帶來的風險，而開車上路。結果該名老人駕駛，因事實上並沒有控制風險的能力，無法成功正確操縱車輛，而造

¹⁶ 行為人對「自己沒有控險能力」一事，必須具有認識能力，才會成立超越承擔的過失。作者的這項觀點，德國教科書中早已提及。見Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., 1996, § 57 II 3; Roxin, *Strafrecht* AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 C II, Rn. 111, 112, 113; Stratenwerth, AT I, 3. Aufl., 1981, Rdn. 1105; Schmidhäuser, AT, 2. Aufl., 1975, S. 444。此外，英國的法理學大家Hart，也早就提出這項看法。見Hart, *Punishment and Responsibility*, OXFORD, 1968, p. 156。

成車禍事故，該名老人駕駛不成立超越承擔的過失¹⁷。

(ii) 能力的客觀基礎欠缺：一名司機因突發性疲勞，而在行車中途，喪失準確操控車輛的能力，喪失控制行車風險的能力。在這種情況下，由於突發性疲勞一事，事前缺乏可見的徵兆，非該名駕駛事前所能預見，行為人對於「自己會在開車中途失去控險能力」一事，沒有預見能力。行為人在開車前，無法預見此事，相信自己有控制行車風險的能力，而開車上路，卻因突發性疲勞，無法安全駕駛，致生嚴重交通事故，此時行為人不成立超越承擔的過失¹⁸。

第三款 一般人有控制風險的能力

在所有行為人和風險之間，第三種控險能力的型態是：一般人都具有控制風險所須的知識、經驗、技術，一般人都具有控險能力，一般人都可以將風險控制住。

這種控險能力型態的起因是：一些日常行為所帶來的風險，依其性質，既不是任何人都無法控制住，也不是專業人士才可以控制得住，而是一般人都可以控制得住。例如：用火用電行為所帶來的風險，如電線老舊、電線纏繞、電源火源用後未關等，或是食品調理行為所帶來的風險，如未冷藏冰封、未加熱沸騰、使用已過期的食品等，這些日常行為所潛藏的風險，幾乎任何擁有正常心智的成年人，都曉得如何去控制它，都具有營社會生活所必須的基本常識。

¹⁷ 參見Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 57 II 2。

¹⁸ 參見Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 57 II 2。

在這種情況下，對於一般人來說，其所負擔的義務是：認識行為風險，並認識到自己具有控制風險的能力，而作出控險行為和風險行為。

第二節 行為人沒有確認風險因子的能力

第一款 確認風險因子能力的三種型態和義務內容

前面說過：對於一些特定的行為風險，按照案例的特性，行為人應當在行為時，認識到現時可能存在的風險因子，並認識到應確認風險因子到底是否存在，而作出確認行為。一旦風險因子真的存在，行為人應認識到風險因子的存在，以及風險無論如何控制不住，而決定放棄行為。如果風險因子不存在，行為人才可以因確定沒有風險因子的存在，而放心的作出行為。實務的案例如下：

(1) 在食品安全方面：漁民所捕獲的海魚蝦貝，種類眾多，其中有些含有毒素（風險因子）。如果魚販向漁民買下這些有毒海產後，再轉賣給消費者，消費者食用後，可能會發生死傷（風險因子所造成的風險）¹⁹。魚販在向漁民進貨時，應當認識到漁民所攜來的魚種可能是有毒的（風險因子的可能存在），並認識到：應確認風險因子到底是否存在，而小心的辨識海魚種類。一旦有毒魚種出現（風險因子出現時），應認識到這是有毒魚種和有毒魚種所帶來的風險（認識到風險因子和風險的存在），以及這項風險無論如何控制不住，而放棄進這批貨（放棄風險行為）。如果不是有毒魚種（風險因子不存在），魚販才可以因認識到

¹⁹ 案例事實來源：彰化地院九十年度訴字第六五一號。（上網查詢判決時請用阿拉伯數字）雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

這是安全魚種因此風險不存在，而放心的作出進貨行爲。

(2) 在醫療安全方面：醫護人員在取用藥物時，一旦藥物的種類錯誤（風險因子），將藥物交給病患服用後，就可能造成病患的死傷（風險因子所造成的風險）²⁰。醫護人員在取用藥物時，必須認識到「藥物種類錯誤」這項可能存在的風險因子，並認識到：應仔細核對手上藥物的藥名標籤，確認是否是正確的藥物（確認風險因子是否存在），而仔細加以確認。一旦有藥物種類錯誤的情事（風險因子出現時），應認識到此事和此事所帶來的風險（認識到風險因子和風險的存在），以及這項風險無論如何控制不住，而放回錯誤的藥物種類（放棄風險行爲），改取正確的藥物種類。

在上述個案中，行爲人所負擔的義務是：認識風險因子的可能存在，並認識到：應確認風險因子是否存在，而作出確認行爲。當風險因子存在時，即應發現風險因子的存在，並放棄行爲。當風險因子不存在時，才可以因確定風險因子不存在，而放心的作出行爲。行爲人這項義務的成立，以「行爲人有確認風險因子的能力」爲前提。當行爲人因能力的客觀基礎或主觀基礎欠缺，而沒有確認風險因子的能力時，這項義務就宣告解除。舉例說明如下：

(i) 能力的客觀基礎欠缺：醫院的一名員工，因不滿人事升遷安排，而決定破壞醫院名譽，以求報復。該名員工潛入院內的藥品室，將血壓升高劑和血壓降低劑，從各自原本的藥瓶中取出，再放入對方的藥瓶之中。隔日一名高血壓的病患拿著藥單，至領藥窗口領取降壓劑。藥劑師在取用降壓劑時，由於升壓劑（錯誤的藥物種類）這項風險因子的外顯徵兆消失，藥品標籤因內裝藥品被掉包，而

²⁰ 案例事實來源：新竹地院八十九年度訴字第四號。高等法院九十年度上訴字三四六八號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

無法正確顯示內裝藥品的種類和劑量，因此造成該名護士對於「錯誤的藥物種類」這項風險因子無法辨識，誤認錯誤的藥物種類是正確的藥物種類，誤認升壓劑是降壓劑，而將升壓劑交給高血壓病患服用。

在本案中，藥名標籤遭人惡意替換，醫護人員無法經由藥名標籤，辨識出錯誤的藥物種類，無法經由外界徵兆，認識到風險因子的存在。在這種情況下，行為人對於風險因子的存在，沒有認識能力，對於風險的存在，也沒有認識能力。因此就算行為人誤取錯誤種類的藥物，也就是升壓劑，交給原本就有高血壓的病人服用，造成病患的死傷，也沒有過失可言。

(ii) 能力的主客觀基礎欠缺：水族館老闆娘僅有小學畢業，在丈夫去世後接手水族館的營業。老闆娘知道水族館不能販賣保育類動物，因此在進貨時，會確認魚類是不是保育類的魚種，然後再決定要不要進貨。一日水族館來了兩條魚，老闆娘確認不是保育類動物後，收下了這兩條魚。不料警察臨檢時，將這兩條魚予以扣押，並送往台大動物系鑑定，鑑定結果發現，這兩尾魚屬於保育類動物：紅龍，檢察官因此提起訴訟。法院調查結果發現，由於這兩條魚的顏色不是紅色，外型也不像紅龍，客觀上缺乏可見的外在徵兆，加上老闆娘從事水族館經營不到一年時間，主觀上缺乏相關專業知識經驗，因此判定老闆娘對於「這兩條魚是紅龍」一事，並沒有認識能力（作者按：生物的種類眾多，外型殊異，即使是生物學家，也無法正確辨別出所有的物種，一般人能辨別出的物種就更少了。以本案為例，一般水族館業者，多半只能辨識出常見的觀賞魚種），因此沒有販賣保育類動物的故意，而宣判無罪²¹。

²¹ 參見蔡兆誠，「辯護人直接詰問證人經驗談」，收錄在『最好與最壞的時代』，元照出版，2000，頁135。本案的個案事實來自實務，但是本案中的義務內容是作者自己的見解。

在上面兩個案例中，由於行為人對於風險因子的存在，沒有認識能力，因此對於行為風險，也沒有認識能力。護士不會知道這是錯誤的藥物種類，交給病患服用後會發生死傷，水族館老闆娘不會知道這是保育類動物，收下這兩條魚會觸法。在這種情況下，行為人雖然作出風險行為，但是沒有過失可言。

前面說過，在有些個案中，認識風險因子的能力是由主觀要素和客觀要素組合而成。在這種情況下，認識風險因子整體能力的型態，也就是主觀要素和客觀要素聚合的結果，可以分成三種：一是行為人具有認識風險因子的能力，一是行為人沒有認識風險因子的能力，一是行為人雖然沒有認識風險因子的能力，但是對於「自己沒有認識能力」一事，具有認識能力。

在上面兩個案例中，行為人對於風險因子的存在，沒有認識能力，對於自己沒有認識能力一事，也沒有認識能力，行為人單純處於一種無認識能力的狀態，對於風險因子的存在和自己的無能力狀態，都無法察覺，因此沒有任何認識義務，不負任何過失責任。

但是，在有些情況下，當行為人雖然對於風險因子的存在，沒有認識能力，但是對於自己因主觀基礎欠缺而沒有認識能力一事，可以知曉時，行為人即負有下述義務：認識風險因子的可能存在，並認識到：自己沒有確認風險因子所須的專業知識和專業經驗，自己沒有確認能力，而請具有專業知識專業經驗的專業人士，也就是具有確認能力的專業人士，代為確認。一旦專業人士確認風險因子的存在，行為人即應放棄風險行為。實務的案例如下：

(1) 醫護人員在取用藥物時，應當認識到：可能會拿錯藥物的種類（風險因子的可能存在），而仔細核對藥名標籤，確認藥物的種類是否正確（確認風險因子是否存在）。新進的醫護人員，由於缺乏臨床知識和臨床經驗，無法弄清楚

許多複雜的藥物名稱，無法經由藥名標籤看出藥物種類（作者按：這是許多新手醫生和護士的常態，因為醫護學校只會教導藥物的學名，但是在臨床實務上，藥物標籤上記載的是藥物的商品名稱，而不是學名）（例如常見的止痛藥普拿疼。普拿疼是該藥的商品名稱，乙醯胺酚才是該藥的學名），沒有確認藥物種類所須的臨床知識和臨床經驗，沒有確認風險因子是否存在的能力。在這種情況下，新進醫護人員在取藥時，對於自己專業上的無知，具有認識能力，可以認識到：自己不具有確認藥物種類所須的專業知識和專業經驗，自己沒有確認風險因子的能力。因此在取藥時，應當借助藥典，自行核對藥名標籤，或是請資深人員代看藥名標籤，請資深人員代為確認藥物種類是否正確，代為確認風險因子是否存在。如果資深人員確認藥物的種類正確，才可以將藥物交給病患服用²²。

（2）漁民將所捕獲的魚類向魚販兜售。魚販在向漁民進貨時，應當認識到：漁民所捕獲的魚種可能是有毒的（風險因子的可能存在），並認識到：應確認風險因子到底是否存在，而小心的辨識海魚種類。如果魚販從事本行的時日過短，缺乏相關的知識和經驗，無法辨識出未曾販售過的陌生魚種是否有毒魚種，在這種情況下，該名魚販應當認識到：自己缺乏辨識魚種是否安全的能力，自己沒有辦法確定魚種是不是有毒的，所以魚種可能是有毒的，因此乾脆放棄進這批貨（放棄風險行為），或是請具有相關知識和經驗的資深同行，代為確認魚種是不是有毒。一旦資深同行指出這是有毒魚種，即應放棄進這批貨（放棄風險行為）

²³。

²² 案例事實來源：板橋地院九十二年度矚訴字第一號；高等法院九十二年度矚上訴字第一號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

²³ 案例事實來源：彰化地院九十年訴字第六五一號。（上網查詢判決時請用阿拉伯數字）雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

將上述的分析整理如下：當行為人有確認風險因子存在的能力時，行為人的義務是：親自確認。當行為人沒有確認風險因子存在的能力時，行為人的確認義務宣告解除。當行為人沒有確認風險因子存在的能力，但是對自己的沒有確認能力具有認識能力時，行為人的義務是：請人代為確認。

第二款 沒有確認能力和超越承擔的過失

(一) 對「沒有確認能力」的認識能力和過失型態

當行為人對於風險因子的存在沒有確認能力，如果行為人可以認識到自己沒有確認能力，行為人的義務是：認識風險因子的可能存在，並認識到：自己沒有確認風險因子所須的專業知識和專業經驗，自己沒有確認能力，而請具有專業知識和專業經驗的專業人士，請具有確認能力的專業人士，代為確認風險因子是否存在。這種義務內容所衍生出來的過失犯型態，可以分成以下兩種。

(1) 認識風險因子錯誤

第一種過失犯型態是：行為人沒有想到風險因子的可能存在，因此也就不會想到：自己沒有確認風險因子是否存在的能力，專業人士才有確認風險因子是否存在的能力，必須請專業人士代為確認，而未做出任何請求確認行為。

(2) 認識確認能力錯誤：第三類型的超越承擔過失作為犯

第二種過失犯型態是：行為人沒有請專業人士進行確認，而是自己親自作出確認。在這種情況下，由於行為人事實上沒有確認能力，行為人沒有進行確認所須的專業知識和專業經驗，因此行為人所作出的確認，將有出錯的可能性。如果風險因子實際上不存在，而行為人確認錯誤，誤認風險因子的不存在為存在，而放棄風險行為時，這還沒有關係；但是如果風險因子實際上是存在的，而行為人確認錯誤，誤認風險因子的存在為不存在，而放心作出風險行為，就成立過失犯。在這種情況下，行為人明明有認識能力，可以認識到：自己沒有確認能力，自己沒有確認所須的專業知識和專業經驗，卻沒有發揮認識能力，去認識到上述事實，反而誤以為：自己具有確認能力，自己具有進行確認所須的專業知識和專業經驗，不必請教真正的專業人士，可以自行進行確認，而自行確認之。在這種情況下，行為人沒有看清自己能力的限制，而放棄自己力所不及的行為，反而誤信自己有確認能力，而超越自己能力的承擔極限，去從事自己力所不及的確認行為，這是第三類型的超越承擔過失作為犯。這種類型的超越承擔過失，作者不會在中外文獻上看過。實務的案例如下：

(i) 醫護人員在取用藥物時，應當認識到：可能會拿錯藥物的種類（風險因子的可能存在），而仔細核對藥名標籤，確認藥物的種類是否正確（確認風險因子是否存在）。新進的醫護人員，沒有確認藥物種類所須的臨床知識和臨床經驗，無法弄清楚許多複雜的藥物名稱，無法經由藥名標籤看出藥物種類，沒有確認風險因子是否存在的能力。在這種情況下，新進醫護人員在取藥時，應當認識到：可能會拿錯藥物的種類（風險因子的可能存在），並認識到：自己不具有確認藥物種類所須的臨床知識和臨床經驗，自己沒有確認能力，資深人員才具有確認藥物種類所須的臨床知識和臨床經驗，資深人員才有確認能力。因此在取藥時，請資深人員代看藥名標籤，請資深人員代為確認藥物種類是否正確。如果資深人員確認藥物的種類正確，才可以將藥物交給病患服用。

在這種情況下，如果一名新進的醫護人員，沒有請資深人員代為核對藥名標籤，代為確認風險因子是否存在，而是自行核對藥物標籤，自行確認風險因子是否存在，此時該名新進醫護人員，即是在從事自己力所不及的確認工作。該名新進醫護人員，沒有認清楚：自己缺乏確認所須的臨床知識和臨床經驗，自己沒有確認能力，應當請人代為確認，反而高估自己所擁有的醫學知識和醫學經驗，低估確認工作的困難度，以為自己擁有確認所須的專業知識和專業經驗，自己擁有確認的能力，而自行作出確認。行為人沒有量力而為，結果當拿錯藥物種類時，由於缺乏臨床知識和臨床經驗，誤認錯誤的藥物種類是正確的藥物種類，而將錯誤的藥物種類交給病患服用，造成病患的傷亡，此時即成立超越承擔的過失²⁴。

(2) 漁民將所捕獲的魚類向魚販兜售。魚販在向漁民進貨時，應當認識到：漁民所捕獲的魚類可能是有毒的（風險因子的可能存在），並認識到：應確認風險因子到底是否存在，而小心的辨識海魚種類。如果魚販從事本行的時日過短，缺乏相關的知識和經驗，無法辨識出陌生魚種是否有毒魚種。在這種情況下，該名魚販應當認識到：自己缺乏辨識魚種是否安全的能力，自己沒有辦法確定魚種是不是有毒的，所以魚種可能是有毒的，因此乾脆放棄進這批貨（放棄風險行為），或是請具有相關知識和經驗的資深同行，代為確認魚種是不是有毒。一旦資深同行指出這是有毒魚種，就放棄進這批貨（放棄風險行為）²⁵。

²⁴ 案例事實改編自：板橋地院九十二年度矚訴字第一號；高等法院九十二年度矚上訴字第一號。本案的個案事實改編自實務判決。實務判決的原本事實是：一名新進護士，雖然沒有自行確認，而是請人代為確認，但是確認動作不確實，沒有請人仔細核對標籤，而只是隨口詢問他人（這是「北城醫院打錯針事件」一案的詳細案情）。

²⁵ 案例事實來源：彰化地院九十年訴字第六五一號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

在這種情況下，如果一名資淺魚販，明明有能力去認識到：自己缺乏辨識魚種所須的知識和經驗，自己沒有確認風險因子是否存在的能力，但是卻沒有發揮能力，去認識到自己能力的限制，反而誤以為：自己雖然資淺，但是聰明過人，早已掌握辨識魚種所須的一切訣竅，可以正確辨識魚種的安全與否，自己具有辨識魚種所須的能力，用不著請有能力的他人確認，自己就可以進行確認，而自行確認之。結果當陌生魚種有毒時，該名資淺魚販，因缺乏相關知識和經驗，誤認有毒魚種是安全魚種，而買下魚貨再轉賣給消費者，造成消費者食用後發生食物中毒，致生傷亡。實務的案例如下：

(i) 食品加工業者，本身不具備判別食材來源安全與否的能力，竟未請專家代為鑑定食材的安全性，而是自行檢視食材，認定安全無虞，即購入食材，加工完成後，將產品販賣給消費者。一日一名魚貨商帶來一批生鮮魚肉，想要販售給該名食品加工業者，該名業者自行檢視後，認為安全無虞，於是購入這批魚肉作為原料，加工製成魚片後，出售給消費者。不料該批魚肉是有毒的河豚魚肉，該名食品加工業者由於沒有辨識能力，誤認有毒魚肉是安全魚肉，將魚肉加工製成魚片出售，造成消費者食用後發生食物中毒，共計一人死亡，四人受傷²⁶。

(ii) 一名魚販僅有小學學歷，不曾翻閱過魚類圖鑑，不具有辨別魚種所須的相關知識和經驗。該名魚販在向漁夫購入魚貨時，竟未請專家代為鑑識魚種的安全性，而是自行檢視魚貨，認定安全無虞，即購入魚貨，再販賣給一般民眾。一日一名婦人向該名魚販兜售一批魚貨，該名魚販確認魚貨新鮮後，即買下這批魚貨，再轉賣給一般民眾。不料該批魚貨是有毒的竹針魚，含有熱帶珊瑚礁魚毒，該名魚販由於沒有辨識能力，誤認有毒魚類是安全魚類，將有毒魚類買下後再出

²⁶ 案例事實來源：彰化地院九十年訴字第六五一號；高等法院台中分院九十一年度上訴字第九一六號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

售給民眾，造成民眾食用後發生食物中毒的現象²⁷。

（二）對「沒有確認能力」的認識能力

和第三類型超越承擔過失作為犯的結構

在第三類型的超越承擔過失作為犯中，行為人沒有發揮的認識能力是：認識「自己沒有確認能力」的能力。行為人明明有能力認識到：自己沒有確認風險因子是否存在的能力，應當請人代為確認風險因子是否存在，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而誤認：自己具有確認風險因子是否存在的能力，而自行確認風險因子是否存在。在這種情況下，由於行為人實際上沒有確認能力，因此行為人所作出的確認，有出錯的可能性。結果當風險因子真的存在時，因行為人缺乏確認能力，誤認風險因子不存在，而逕自作出風險行為。行為人沒有認識到：自己沒有確認風險因子的能力，自己看不出來風險因子是否存在，所以風險因子存不存在都有可能，風險因子是有可能存在的，因此應當放棄行為，或請人代為確認。反而誤以為：自己具有確認風險因子的能力，自己可以看出來風險因子是否存在，在自己的確認之下，風險因子一定不存在，因此可以放心的作出行為。換句話說，行為人由於沒有發揮對於「自己沒有確認能力」這項事實的認識能力，作出無用的確認行為，最終導致行為人對於實際上存在的風險因子和風險缺乏認識。（對於風險缺乏認識，這是過失作為犯的原始定義）

²⁷ 案例事實來源：高等法院高雄分院九十年度上易字第一九〇二號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

第三節 行為人沒有監督風險因子的能力

第一款 監督風險因子出現的義務

前面說過：對於一些特定的行為風險，按照案例的特性，行為人必須在事前（風險因子出現前），就預見到未來可能發生的風險因子，並認識到：應採取長期監督的行為。一旦風險因子出現時，應即時察覺風險因子和風險的存在，並認識到相應的控險行為，而立刻採取控險行為。實務案例如下：

（1）交通監督行為：車輛行駛中，隨時可能會有突發狀況，例如：行人不走斑馬線而穿越馬路、前車突然緊急煞車²⁸（風險因子），隨時可能會有因此撞上行人或其他車輛的風險（風險因子所帶來的風險）。車輛駕駛在車輛行駛中，應預見到這項未來可能會發生的風險因子，並認識到：應密切注意車前狀況（長期監督義務），而仔細注視車前狀況。一旦突發狀況出現時（風險因子出現時），也就是撞上路人或其他車輛的危險出現時，應立即察覺風險因子和風險的出現，並認識到立刻煞車或轉彎是相應的控險行為，而即刻採取煞車或轉彎的行動，以免撞及路人或其他車輛。

第二款 沒有監督能力和超越承擔的過失

²⁸ 案例事實來源：基隆地院九十年交訴更（一）字第一號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

（一）對「沒有監督能力」的認識能力

和第四類型的超越承擔過失作為犯

在這種情況下，如果一名駕駛因酒醉或疲倦，注意力渙散，無法集中精神注意車前狀況，喪失監督風險因子是否出現的能力，無法在風險因子出現時，即時察覺並即時反應。在這種情況下，該名疲倦駕駛或是酒醉駕駛，應當有能力認識到：自己沒有密切監控車前狀況的能力，自己無法在突發狀況發生時，立即發現這項狀況，並立即採取煞車轉彎的動作，無法在風險因子出現時，立即察覺風險因子和風險的存在，並立即採取控險行為，因而決定放棄監督行為和開車行為。此時如果一名疲倦或酒醉駕駛，明明有能力認識到上述事實，卻不想放棄開車，告訴自己：自己只是有點累或有點醉，自己的注意力還好，自己具有監控車前狀況的能力，自己可以在突發狀況出現時，即時察覺並即時反應，而作出監督行為和開車行為。結果該名駕駛，因事實上不具有監控車前狀況的能力，在突發狀況出現時，例如行人²⁹或其他車輛³⁰正在穿越車前道路時，因注意力渙散，無法及時察覺並及時採取剎車或轉彎的動作，而撞上行人或其他車輛，造成行人或其他車輛的駕駛傷亡。此時該名駕駛，明明有能力認識到自己能力的極限，而放棄作出監督行為和開車行為，卻誤認自己有監督能力，而超越自己能力承擔的極限，去作出根本無效的監督行為和開車行為。這是第四類型的超越承擔過失作為犯，這種類型的超越承擔過失，作者不會在中外文獻上看過。

²⁹ 案例事實來源：板橋地院九十三年度交易字第一一七號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

³⁰ 案例事實來源：基隆地院交簡上字第二六號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

(二) 對「沒有監督能力」的認識能力

和第四類型超越承擔過失作為犯的結構

在第四類型的超越承擔過失作為犯中，行為人沒有發揮的認識能力是：認識「自己沒有監督能力」的能力。行為人明明有能力去認識到：自己沒有監督風險因子出現的能力，無法在風險因子出現時，及時發現並及時採取控險行為，而放棄作出監督行為和風險行為，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而誤認：自己具有監督風險因子出現的能力，可以在風險因子出現時，及時發現並及時採取控險行為，而放心作出監督行為和風險行為。在這種情況下，由於行為人實際上沒有監督風險因子的能力，因此行為人所作出的監督，有出錯的可能性。結果當風險因子出現時，因行為人缺乏監督能力，未能及時察覺風險因子的存在，而未能及時作出控險行為。換句話說，行為人由於沒有發揮對於「自己沒有監督能力」這項事實的認識能力，作出無用的監督行為，最終導致行為人對於現時出現的風險因子和風險缺乏認識。（對於風險缺乏認識，這是過失作為犯的原始定義）

第四節 行為人沒有防止風險的能力

第一款 防險能力的三種型態和義務內容

不作為犯的成立，也就是作為義務的成立，以行為人有作為能力為前提，以行為人有防險能力為前提。例如：父親攜幼子到海邊觀賞落日，幼子見海水清涼，下水游泳，不料竟發生溺水現象。父親自己本身具有高超的游泳技術，卻眼睜睜的看著幼子被淹死，或是因心有旁鶩，沒有發現到幼子溺水的現象。在這種情況

下，由於行爲人對於溺水風險，具有挽救法益所須的游泳技巧和游泳經驗，行爲人對於外界風險，具有防止風險所須的經驗和技術，具有防險能力，因此行爲人負有防止風險義務，負有作爲義務，行爲人的不作爲成立故意不法或是過失不法。

當行爲人個人沒有防險能力時，在一般情況下，行爲人的作爲義務就宣告解除。例如：夫妻二人到人跡罕至的海邊觀賞落日，妻子見海水清涼，下水游泳，不料竟發生溺水現象。丈夫由於自己不會游泳，四周又無人可以求助，只好眼睜睜看著妻子溺斃身亡。在這種情況下，由於行爲人對於溺水風險，缺乏挽救法益所須的游泳技巧和游泳經驗，行爲人對於外界風險，不具有防止風險所須的經驗和技術，不具有防險能力，因此行爲人不負有防止風險義務，不負有作爲義務，行爲人的不作爲沒有不法可言。

但是，如果行爲人本身，雖然不具有防止風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，但是其他專業人士，具有防止風險所須的專業知識、專業經驗、專業技術，並且這些其他專業人士，是行爲人可以求援的對象時，行爲人即負有義務，請求這些專業人士代爲防止風險。例如：夫妻二人到海邊觀賞落日，妻子見海水清涼，下水游泳，不料竟發生溺水現象。丈夫自己雖然不會游泳，但是海岸四周有幾處住戶。在這種情況下，雖然行爲人個人，缺乏挽救溺水者所須的游泳技巧和游泳經驗，但是海邊居民中，可能有人具有挽救溺水者所須的游泳技巧和游泳經驗，因此行爲人的義務即是：對於妻子溺水風險，必須請求具有游泳技巧和游泳經驗的海邊居民，幫忙挽救，對於外界風險，必須請求具有防險技術和防險經驗的專業人士，代爲防止。

將上述的分析整理如下：當行爲人本身有防止風險的能力時，行爲人的義務是：親自防止風險。當行爲人沒有防止風險的能力時，行爲人的防險義務宣告解

除。當行為人沒有防止風險的能力，但是其他人有防險能力，並且這些其他人在行為人可求助的範圍內時，行為人的義務是：請求其他人代為防止。

第二款 特定行為人有防險能力

(一) 他人有防險能力的過失型態

當只有特定專業人士才有防止風險的能力時，對於非專業人士的一般行為人來說，其所負擔的義務是：認識外界風險，並認識到：自己沒有防止風險所須的知識、經驗、技術、儀器，自己沒有防止風險的能力，自己無法將外界風險防止住，以及認識到：他人具有防止風險所須的知識、經驗、技術、儀器，他人具有防止風險的能力，他人可以將外界風險防止住，而請求他人防止風險。這種義務內容所可能衍生的過失型態有以下幾種。

(1) 認識外界風險錯誤

第一種過失犯型態是：行為人沒有認識到外界風險，因此也就不會想到：自己沒有防止風險的能力，他人才有防止風險的能力，而不會作出任何請求他人防險行為。例如：父親攜幼子到海邊觀賞落日，幼子見海水清涼，下水游泳，不料竟發生溺水現象。父親因心有旁騖，沒有發現幼子正在水中掙扎呼喊，因此也就不會想到：自己雖然不會游泳，但是海岸四周有幾處民房，其中可能住有會游泳的民眾，可以向其求救，而未做出任何求助行為。

(2) 認識外界風險因子種類錯誤

第二種過失犯型態是：行為人雖然認識到外界風險因子的存在，但是誤認外界風險因子的種類，因此誤認自己有防險能力。這種過失犯型態，通常只出現在醫療過失的領域中。行為人明明有能力，由年齡、症狀、病史等外在徵兆，去認識到疾病的真正種類（外界風險因子的真正種類），以及相應的治療行為（相應的防險手段），並認識到：自己的診所不具有進行治療所須的醫學儀器、醫學設備，不具有防止風險能力，無法將外界風險防止住，以及認識到：大醫院才具有進行治療所須的醫學儀器、醫學設備，才具有防止風險能力，才可以將外界風險防止住，而將病患轉診至大醫院。但是由於思慮不周，未由年齡、症狀、病史、病情未好轉等外在徵兆，去認識到疾病的真正種類，以及正確的治療行為，反而誤認錯誤的疾病種類是真正的疾病種類，因此認為錯誤的治療行為是正確的治療行為，因此認為：自己的診所具有進行治療所須的醫學儀器、醫學設備，具有防止風險能力，可以將外界風險防止住，對於錯誤疾病種類所帶來的外界風險，自己的診所就可以處理，就具有治療能力，不必轉診至大型醫院，而逕自對病患加以治療，未將病患予以轉診。實務的案例如下：

(1) 病患有發燒、喉痛、咳嗽、氣促等症狀，醫生診斷為扁桃腺炎，並認識到對扁桃腺炎來說，微量抗生素是適合的治療方式，而給予微量抗生素，但二日後呼吸道症狀未改善且發燒持續。醫生未由上述症狀及病情未好轉的事實，想到：病患真正的疾病種類應是肺炎，因此也就沒有想到：必須在兒童加護病房內，才能給予肺炎病童所須的支持性療法，因此也就沒有想到：自己的診所內沒有兒童加護病房，無法將肺炎風險防止住，大型醫院才設有兒童加護病房，才能將肺炎風險防止住，而立即將病童送往大型醫院。相反的，醫生仍誤認：真正的疾病種類是扁桃腺炎，因此認為：只須給予微量抗生素，即可防止扁桃腺炎所帶來的

風險，因此認為：對於扁桃腺炎所帶來的風險，自己的診所就可以處理，就具有治療能力，而繼續給予微量抗生素，未將病患轉診至大型醫院。結果病患因肺炎未能及時發現，而未能及時轉診並及時給予適當治療，病情惡化而命喪黃泉³¹。

(2) 產婦在生產後，腹部疼痛，血紅素值大量降低。婦產科診所醫生未由上述徵兆，想到：病患可能因生產過程中，產道過度擴張，導致陰道裂傷而持續出血，必須及時進行剖腹手術，將動脈血管結紮，並及時補充足量血液，才能挽救產婦的性命，因此也就沒有想到：自己的診所內沒有手術設備和輸血設備，無法將失血風險防止住，大型醫院才會有手術設備和輸血設備，才能將失血風險防止住，而立即將孕婦送往大型醫院。相反的，醫生誤以為：產婦只是身體不適應生產過程的劇烈變化，因而出現產後不適，等身體狀況調適過來就會恢復，因此認為：對於一般的產後不適，自己的診所就可以處理，就具有治療能力，而僅給予腹部按摩，未將病患轉診至大型醫院。結果病患因陰道出血未能及時發現，而未能及時轉診並及時給予適當治療，病情惡化而一命嗚呼³²。

在這種過失犯類型中，行為人所沒有發揮的認識能力是：認識外界風險因子種類的能力。行為人明明有能力，去認識到正確的外界風險因子種類，以及正確的防險行為，並認識到：自己沒有執行正確防險行為所須的儀器或設備，自己沒有防險能力，他人才有執行正確防險行為所須的儀器或設備，他人才有防險能力，而請求他人防止風險。但是行為人卻沒有發揮能力，去認識到正確的外界風

³¹ 案例事實來源：高雄地院八十七年度訴字第二五六九號；高等法院高雄分院八十八年度上訴字第一四二一號；最高法院九十一年度台上字第一一四一號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

³² 案例事實來源：板橋地院八十九年度訴字第二四四號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

險因子種類，反而誤認錯誤的外界風險因子種類是真正的外界風險因子種類，因此誤認：對於錯誤外界風險因子種類而言適格的防險行爲，但是對於真正外界風險因子種類而言不適格的防險行爲，是適格的防險行爲。由於行爲人誤認錯誤的防險行爲是適格的防險行爲，因此誤認：自己具有執行錯誤防險行爲所須的能力，自己具有防險能力，而自行作出錯誤的防險行爲。行爲人誤認：錯誤外界風險因子種類所帶來的外界風險，可以被自己所作出的錯誤防險行爲防止住，但事實上，真正外界風險因子種類所帶來的外界風險，並無法被行爲人所作出的錯誤防險行爲防止住。換句話說，行爲人由於沒有發揮對於「正確外界風險因子種類」的認識能力，誤認自己有防險能力，作出錯誤的防險行爲，最終導致行爲人對於無法被自己防止住的外界風險缺乏認識。（對於外界風險缺乏認識，這是過失不作爲犯的原始定義）

（3）認識防險能力錯誤：第一類型的超越承擔過失不作爲犯

第三種過失犯型態是：行爲人雖然認識到外界風險的存在，但是誤認：自己具有防止風險所須的知識、經驗、技術，自己具有防止風險的能力，自己可以將外界風險防止住，而自行作出防險行爲。行爲人明明有能力，可以認識到：自己沒有防止風險的能力，其他專業人士才有防止風險的能力，而應請求其他專業人士防止風險，但是卻沒有發揮能力，去認識到上述事實，反而誤以爲：自己具有防止風險的能力，不須求助外人，而自行作出防險行爲，未請求專業人士的協助。在這種情況下，行爲人沒有誠實看清外界風險的性質和自己的能力限制，沒有看清外界風險的難以防止，以及相形之下，自己能力的渺小，承認自己對於自己對於防止風險一事，是無能爲力的，因此放棄自行防險，轉而求助他人。相反的，行爲人錯估自己的能力和客觀的情勢，高估自己的知識、經驗、技術，低估外界風險的防止困難度，以爲自己是有防險能力的，不須求助他人，而自行作出防險

行爲。行爲人明明沒有防險能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔極限，去作出自己能力所不及的專業防險行爲。這是第一類型的超越承擔過失不作為犯。這種類型的超越承擔過失不作為犯，是一般中外文獻上最常討論的超越承擔過失類型³³。

(4) 對「沒有防險能力」的認識能力

和第一類型超越承擔過失不作為犯的結構

在第一類型的超越承擔過失不作為犯中，行爲人所沒有發揮的認識能力是：認識「自己沒有防險能力」的能力。行爲人明明有能力去認識到，自己對外界風險沒有防險能力，他人才有防險能力，因此應當求助他人。但是行爲人卻沒有發揮認識能力，去認識到上述事實，反而誤以爲：自己具有防險能力，而自行作出防險行爲。此時因行爲人實際上並沒有防險能力，因此所作出的防險行爲將是錯誤或無效的防險行爲。行爲人誤以爲：自己有防險能力，自己所作出的防險行爲將是正確的或有效的，外界風險可以被自己所作出的正確或有效防險行爲防止住，沒有認識到：自己沒有防險能力，自己所作出的防險行爲將是錯誤的或無效的，外界風險將無法被自己所作出的錯誤或無效防險行爲防止住。換句話說，行爲人由於沒有發揮對於「自己沒有防險能力」的認識能力，作出錯誤或無效的防險行爲（作出自己力所不及的防險行爲），最終導致行爲人對於無法被自己防止住的外界風險缺乏認識。（對於外界風險缺乏認識，這是過失不作為犯的原始定義）

(5) 第一類型超越承擔過失不作為犯的實務案例

³³ 見林山田，刑法通論下冊，增訂八版，2002，頁 180；Jescheck，Lehrbuch des Strafrechts，AT，4. Aufl.，1988，§55 I 3 a；Roxin，Strafrecht AT I，3. Aufl.，1997，§ 24 A III 5，Rn. 36。

第一類型的超越承擔過失不作為犯，實務的案例如下：

(1) 有所顧忌的行為人所進行的挽救法益行為：行為人雖然認識到外界風險的存在，但是誤認：自己具有防止風險所須的知識、經驗、技術，自己具有防止風險的能力，而自行作出防險行為。行為人明明有能力，可以認識到：自己沒有防止風險所須的知識、經驗、技術，自己沒有防止風險的能力，其他專業人士才有防止風險的能力，而請求其他專業人士防止風險，但是卻沒有發揮能力，去認識到上述事實，反而誤以為：自己具有防止風險的能力，不須求助外人，而自行作出防險行為，未請求專業人士的協助。行為人之所以會錯估自己的能力和客觀的情勢，高估自己的知識、經驗、技術，低估外界風險的防止困難度，以為自己是有防險能力的，不須求助他人，而自行作出防險行為，有一種情況是因為：行為人不想事情曝光，而不願求助他人。也就是說，法益之所以會陷入外界風險之中，外界風險之所以會發生，是因為行為人看顧不周或是行為不當所引起，行為人對之負有責任。行為人在不想事情曝光的壓力下，影響到自己的理性判斷，導致行為人無法承認自己對於防止風險一事，是無能為力的，必須求助於他人，而寧願相信自己有防止風險的能力，不需求助他人。實務的案例如下：

(i) 看護不周的保母所進行的急救行為：一對夫婦因工作繁忙，將三個月大的女嬰托給職業保母照顧，並再三告誡保母不可讓嬰兒趴睡，以免嬰兒於睡夢中窒息身亡（作者按：趴睡是嬰兒猝死症的主要原因³⁴）。該名保母未遵照囑咐，逕自讓嬰兒趴睡。一日嬰兒於趴睡後，出現臉色蒼白、呼吸困難、心跳微弱的情形。該名保母於察覺此事後，雖然有能力認識到：嬰兒陷入危險之中，自己雖曾受過心肺復甦術的訓練，但時日過久早已忘記大半，自己沒有防止風險所須的醫

³⁴ 詳情請自行參閱嬰兒猝死症的相關網頁。

學知識和醫學經驗，必須立即將嬰兒送至醫院，交給有醫學知識和醫學經驗的醫生救治。但是由於唯恐自己看護不周，讓嬰兒趴睡，造成嬰兒陷入危險的事實，在送醫求診後曝光，嬰兒父母會追究此事，因此未能秉持良知，去認識到「自己沒有防險能力，必須求診醫生」的事實，反而告訴自己：自己曾受過心肺復甦術的訓練，自己還記得要怎麼進行心肺復甦，自己具有防止風險所須的相關知識和經驗，自己可以將外界風險防止住，用不著向醫生求診，而自行對嬰兒施作心肺復甦術。結果因裸母早已忘記心肺復甦術的正確施作方式，所作出的心肺復甦術錯誤而無效，造成嬰兒因未能及時送醫，未能及時接受正確的救治，病情惡化而一命嗚呼³⁵。

(ii) 無照診治的密醫所進行的急救行為：無中醫合格執照的密醫，為病患進行針灸，因不具針灸所必須的中醫知識、中醫經驗、中醫技術，誤判適當的用針尺寸和下針部位，且下針時施力過猛，造成病患的肺葉被二十公分的長針貫穿，引發氣胸症狀。該名密醫見病患臉色發青、四肢冰冷、全身抽搐，知道病患正陷入危險之中。在這種情況下，該名密醫明明有能力認識到：自己不具有合格的中醫執照，不具有挽救病患所須的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，自己沒有防止風險的能力，必須立刻將病患送至醫院，請具有專業知識、專業經驗、專業技術的醫生加以搶救。但是唯恐一旦送醫急救，自己非法行醫之事將會外洩，而不肯將病患送醫，告訴自己：自己具有急救病患所須的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，自己具有防止風險的能力，不必將病患送醫救治，自己就可以應付得了自己所造成的風險，而自行對病患加以搶救。結果密醫因急救知識和急救經驗不足，在病患氣胸發作後的一小時內，僅對病患施予熱敷、拍打、壓胸的步驟，錯過搶救的黃金時機，造成病患因未能及時送醫，未能及時接受正確的救治，氣胸

³⁵ 案例事實來源：台北地院九十年度訴字第一一五號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

病情延誤，最後引發呼吸性休克而身亡³⁶。

(2) 新進醫生所進行的高難度治療行爲：一些重大疾病，如腦瘤、肝癌等，須要特殊治療行爲，如腦部手術、移植手術，才能夠防止這些重大疾病所帶來的死傷風險。這些特殊治療行爲，具有高度的技術性，稍一失準就可能手術失敗，無法成功達到治療效果。這種高難度的治療行爲，對於未受專科訓練的一般醫生來說，或是對於初出茅廬的新進專科醫生來說，不會具有進行治療所須的高度專業知識、高度專業經驗、高度專業技術，不會具有防止外界風險的能力，無法將外界風險予以防止住。因此對於一般醫生或新進專科醫生來說，其所負擔的義務是：認識外界風險，並認識到：自己沒有防止風險的能力，其他資深專科醫生才有防止風險的能力，而放棄自行作出治療行爲，將病患交由其他資深專科醫生加以治療。

在這種情況下，如果一位一般醫生或新進專科醫生，雖然知道：特殊治療行爲具有高度技術性，稍一差錯就會治療失敗，但是卻誤認：自己具有進行治療所須的知識、經驗、技術，自己具有防止風險的能力，自己可以將外界風險防止住，而逕自進行治療行爲。此時這位一般醫生或新進專科醫生，明明有能力可以認識到：自己沒有進行治療所須的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，自己沒有防止風險的能力，自己無法將外界風險防止住，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而高估自己所擁有的醫學知識、醫學經驗、醫學技術，低估外界風險的防止困難度，相信自己有防止風險的能力，而作出治療行爲。行爲人明明沒有防止風險的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔界限，去嘗試作出自己能力範圍以外的防險行爲（治療行爲）。行爲人誤認：疾病所帶來的外界風險，將可

³⁶ 案例事實來源：高雄地院九十二年度訴字第二七〇號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

以被自己所作出的有效防險行為防止住，沒有認識到：疾病所帶來的外界風險，將無法被自己所作出的無效防險行為防止住。實務的案例如下：

(i) 一名遭遇車禍的病患被送入急診室。該名病患呼吸困難，呈現缺氧狀態。缺氧只要超過四分鐘，腦部功能就會受損，因此醫生必須立即進行插管（把一條管子插入氣管），以供應氧氣，如果插管困難，就必須進行氣管切開手術（在病患的頸部切一個洞，再把管子插入氣管）。該名病患因聲帶腫脹出血，呼吸道阻塞，插管插不進去，多次失敗，必須進行氣管切開手術。一名新進的外科醫生，雖然知道自己作氣管切開手術的功力尚淺：只有在幾次氣切手術中，當過助手，唯一一次親自動手操刀的經驗，是對一頭山羊作氣切的練習。該位新進醫生明明有能力認識到：自己的知識和經驗太少，無法準確有效的執行氣切，自己欠缺防止風險所必須的知識和經驗，無法防止缺氧所帶來的風險，所以不能親自進行氣切行為（放棄防險行為），必須請資深外科醫生上陣操刀。但是該名新進外科醫生，為了迅速累積臨床經驗，增進自己的外科功力，欺騙自己，告訴自己說：我做得到的，我可以成功執行氣管切開術，我可以圓滿達成任務，我可以防止缺氧所帶來的風險。這位新進醫生，相信自己具有執行氣切所須的外科知識、外科經驗、外科技術，可以運用外科知識和外科經驗，去認知到正確的下刀部位、下刀方向、下刀深度，可以運用外科經驗和外科技術，去正確的下刀，而魯莽作出氣切行為。結果因氣切知識不足，誤判正確的下刀方向是橫切，因此採行橫切而非縱切（因為血管是上下走向，縱切比較不會切到血管，是比較好的氣切方式），造成血管被切開，氣切不成功，病患陷入危機之中（缺氧時間只要延長到四分鐘以上，病患的腦部就會受損）。幸好最後資深外科醫生及時接手，由於時間已經來不及再進行氣切，因此資深醫生命令再試一次插管，結果插管奇蹟似的成功，病人宣告得救³⁷。

³⁷ Gwande, *Complications*, PICADOR, 2002, p.47, 及其中譯：葛文德，一位外科醫師的修煉，

（6）認識防險行為種類錯誤

第四種過失犯型態是：行為人雖然認識到外界風險因子的存在和種類，但是誤認錯誤的防險行為是正確的防險行為，因此誤認自己有防險能力，而自行作出錯誤的防險行為。也就是說，行為人明明有能力認識到：甲種行為是正確的防險行為，對於甲種行為，自己沒有有效執行的能力，自己沒有防止風險的能力，必須請有防險能力的專業人士代為防止風險。但是行為人卻沒有發揮能力認識到上述事實，反而誤以為：乙種行為是正確的防險行為，對於乙種行為，自己具有有效執行的能力，自己具有防止風險的能力，而自行作出乙種行為。行為人誤以為：外界風險將被乙種行為防止住，沒有認識到：外界風險將無法被乙種行為防止住。在這種情況下，行為人誤認錯誤的防險行為是正確的防險行為，因此誤認自己有防險能力，而自行作出錯誤的防險行為，行為人誤認：外界風險將可以被自己所作出的錯誤防險行為防止住，但其實外界風險並無法被自己所作出的錯誤防險行為防止住。換句話說，行為人由於沒有發揮對於「正確防險行為」的認識能力，誤認自己有防險能力，作出錯誤的防險行為，最終導致行為人對於無法被自己防止住的外界風險缺乏認識。（對於外界風險缺乏認識，這是過失不作為犯的原始定義）

實務的案例如下：

（1）病患無法自主呼吸，陷入缺氧狀態，需插管供應氧氣。但病患因會厭軟骨過長，插管困難，應改採氣管切開手術，以達到供應氧氣的目的。一名麻醉科醫生沒有認識到：病患屬於插管困難的病患，氣切才是適合的治療方式，因此

廖月娟譯，天下文化，2003，頁 73 以下。

也就沒有想到：自己沒有執行氣切手術的能力，必須請耳鼻喉科醫生代為執行。相反的，該名麻醉科醫生誤認：病患的身體狀況是可以插管的，插管是適合的治療方式，因此誤認：自己具有有效執行插管的能力，自己具有防止風險的能力，而一再自行進行插管，因病患身體不適合插管而接連失敗。直至病患因缺氧過久，已無心跳跡象，醫生才急喚耳鼻喉科醫生進行氣切，結果病患因腦部缺氧過久而成爲植物人³⁸。

第五節 沒有認識可能外界風險因子的能力

第一款 認識可能外界風險因子能力的三種型態和義務內容

前面說過：對於一些特定的外界風險，按照案例的特性，行爲人應當認識到：現時可能存在的外界風險因子，並認識到：應確認外界風險因子到底是否存在，而作出確認行爲。一旦外界風險因子真的存在，行爲人應認識到外界風險因子的存在，以及外界風險因子所帶來的外界風險，而作出相應的防險行爲。如果外界風險因子不存在，行爲人才可以因確定沒有外界風險因子的存在，而不必作出防險行爲。

行爲人這項義務的成立，以「行爲人有認識外界風險因子可能存在的能力」爲前提。當行爲人因能力的客觀基礎或主觀基礎欠缺，而對外界風險因子的可能存在，沒有認識能力時，這項義務就宣告解除。

³⁸ 案例事實來源：高等法院八十九年度上易字第四五三號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

前面說過，在有些個案中，認識可能外界風險因子的能力是由主觀要素和客觀要素組合而成。在這種情況下，認識可能外界風險因子整體能力的型態，也就是主觀要素和客觀要素聚合的結果，可以分成三種：一是行為人具有認識可能外界風險因子的能力，一是行為人沒有認識可能外界風險因子的能力，一是行為人雖然沒有認識可能風險因子的能力，但是對於「自己沒有認識能力」一事，具有認識能力。

在有些情況下，行為人對於風險因子的可能存在，沒有認識能力，對於自己沒有認識能力一事，也沒有認識能力，行為人單純處於一種無認識能力的狀態，對於風險因子的存在和自己的無能力狀態，都無法察覺，因此沒有任何認識義務，不負任何過失責任。

但是，在有些情況下，當行為人雖然對於外界風險因子的可能存在，沒有認識能力，但是對於自己因主觀基礎欠缺而沒有認識能力一事，可以知曉時，行為人即負有下述義務，認識到：自己沒有認識可能外界風險因子所須的專業知識和專業經驗，自己沒有認識可能外界風險因子的能力，必須請具有專業知識專業經驗的專業人士，也就是具有認識能力的專業人士，進行認識的工作，去確定外界風險因子是否可能存在。

將上述的分析整理如下：當行為人有認識外界風險因子可能存在的能力時，行為人的義務是：親自認識。當行為人沒有認識風險因子可能存在的能力時，行為人的認識義務宣告解除。當行為人沒有認識風險因子可能存在的能力，但是對於自己的沒有認識能力有認識能力時，行為人的義務是：請人代為認識。

第二款 其他行為人有認識能力

(一) 對「沒有認識能力」的認識能力

和第二類型的超越承擔過失不作為犯

當行為人雖然對於外界風險因子的可能存在，沒有認識能力，但是行為人可以認識到自己沒有認識能力時，行為人即負有下述義務。行為人必須認識到：自己沒有認識可能外界風險因子所須的專業知識和專業經驗，自己沒有認識可能外界風險因子的能力，自己無法確定外界風險因子是否可能存在，必須請具有專業知識專業經驗的專業人士，也就是具有認識能力的專業人士，進行認識的工作，去確定外界風險因子是否可能存在。

在這種情況下，如果行為人沒有請專業人士進行認識，而是自己親自進行認識。由於行為人事實上沒有認識能力，行為人沒有進行認識所須的專業知識和專業經驗，因此行為人所作出的認識，將有出錯的可能性。如果外界風險因子事實上不可能存在，而行為人確認錯誤，誤認外界風險因子可能存在，而作出確認行為，確認外界風險因子是否存在，這還沒有關係；但是如果外界風險因子事實上是可能存在的，而行為人認識錯誤，誤認外界風險因子不可能存在，而沒有進行確認行為，以至於沒有發現外界風險因子真的存在，而沒有作出任何防險行為，就成立過失犯。在這種情況下，行為人明明有認識能力，可以認識到：自己沒有進行認識所須的專業知識和專業經驗，自己對於外界風險因子的可能存在與否，沒有認識能力，自己沒有認識可能外界風險因子的能力，卻沒有發揮認識能力，去認識到上述事實，反而誤以為：自己具有進行認識所須的專業知識和專業經驗，自己對於外界風險因子的可能存在與否，具有認識能力，自己具有認識可能外界風險因子能力，可以自行進行認識，不必請教真正的專業人士，而自行認識

之。在這種情況下，行為人沒有看清自己能力的限制，而放棄自己力所不及的認識行為，反而誤信自己有認識能力，而超越自己能力的承擔極限，去從事自己力所不及的認識行為，這是第二類型的超越承擔過失不作為犯。這種類型的超越承擔過失，作者不曾在中外文獻上看過。實務的案例如下：

(1) 一名機車騎士行經小學旁邊的道路時，被學生丟擲過來的球擊中，機車倒地，機車騎士頭部撞擊地面，該名機車騎士被人送往醫院急救。值班的實習醫生，檢查過病患的身體狀況，認為病患僅是頭部外傷，因此未作出更進一步的治療，僅將病患留院觀察。之後病患出現頭痛，嘔吐的現象，病患家屬認為可能有嚴重的頭部傷勢存在，要求作頭部的電腦斷層掃描，以確定是否有頭部創傷。

在這種情況下，該名實習醫生，應當認識到：自己的醫學知識不足，臨床經驗尚淺，沒有認識頭部創傷可能所須的醫療知識和醫療經驗，沒有認識頭部創傷可能的能力（沒有認識可能外界風險因子的能力），無法由病患的症狀，判斷病患是否可能有頭部創傷，所以病患可能有頭部創傷，因此必須作出電腦斷層掃描檢查，以確定頭部創傷究竟是否存在（確認外界風險因子是否存在），或是請具有足夠醫療知識和豐富臨床經驗的資深醫生，對頭部創傷的可能與否進行認識。一旦資深醫生指出病患可能有頭部創傷（外界風險因子的可能存在），就必須立即作出電腦斷層掃描檢查，以確定是否真的有頭部創傷（確認外界風險因子是否存在）。一旦發現病患真的有頭部創傷，必須立即作出相應的治療。

但是，該名實習醫生，沒有請資深醫生代為認識頭部創傷的可能性，代為認識外界風險因子是否可能存在，而是自行判斷頭部創傷的可能性，自行認識外界風險因子是否可能存在。在這種情況下，該名實習醫生，是在從事自己力所不及的認識工作。該名實習醫生，明明有能力認識到：自己沒有進行認識所須的醫學知識和臨床經驗，自己對頭部創傷可能性，沒有認識能力，自己無法確定頭部創

傷是不是有可能，必須請資深醫生代為認識，卻沒有發揮能力，去認識到自己能力的限制，反而誤以為：自己雖然資淺，但是聰明過人，早已掌握認識頭部創傷可能所須的知識和經驗，可以由病患的症狀，判斷病患是不是有可能有頭部創傷，具有認識頭部創傷可能所須的能力，用不著請有能力的他人認識，自己就可以進行認識，而自行作出認識行為。結果該名實習醫生在進行認識時，由於缺乏醫學知識和臨床經驗，而未能由病患的頭痛和嘔吐症狀，認識到：病患可能有頭部創傷，必須作出電腦斷層掃描檢查，以確定是否真的有頭部創傷，以決定是否作出治療行為，反而武斷的認為：病患只是頭皮表層的外傷，無甚大礙，用不著作出掃描檢查和進一步的治療行為。結果病患因硬腦膜下出血（顱內出血），未能及時發現和及時救治，病情惡化，顱內大量出血而不治³⁹。

（二）對「沒有認識能力」的認識能力

和第二類型超越承擔過失不作為犯的結構

在第二類型的超越承擔過失不作為犯中，行為人沒有發揮的認識能力是：對「自己沒有認識能力」的認識能力。行為人明明有能力認識到：自己沒有認識外界風險因子是否可能存在的能力，應當請人代為認識外界風險因子是否可能存在，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而誤認：自己具有認識外界風險因子是否可能存在的能力，而對於外界風險因子是否可能存在進行認識。在這種情況下，由於行為人實際上沒有認識能力，因此行為人所作出的認識，有出錯的可能性。結果當外界風險因子真的可能存在時，因行為人缺乏認識能力，誤認外界風

³⁹ 案例事實來源：最高法院八十九年度台上字第六五二二號。高等法院台中分院八十九年度重上更（一）字第一三九號。最高法院九十年度台上字第七三八八號。高等法院台中分院九十年度重上更（二）字第二二六號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

險因子不可能存在，而沒有作出確認行爲，以至於沒有發現外界風險因子真的存在，而沒有作出任何防險行爲。換句話說，行爲人由於沒有發揮對於「自己沒有認識能力」這項事實的認識能力，自行作出認識，未作出確認行爲，最終導致行爲人對於實際上存在的外界風險因子和外界風險缺乏認識。（對於外界風險缺乏認識，這是過失不作為犯的原始定義）

第六節 沒有確認外界風險因子種類的能力

前面說過：在醫療過失的領域中，對於一些特定的疾病風險，按照案例的特性，醫生應當在診斷時，認識到疾病的存在，也就是外界風險因子的存在，以及認識到疾病的可能種類，也就是外界風險因子的可能種類，例如：可能是甲種疾病，並認識到：應作出相關檢驗，以確定疾病種類是否真的是甲種疾病，以確定外界風險因子的種類，以此來決定相應的防險行爲，因此作出檢驗以確認之。一旦檢驗結果顯示，疾病種類真的是甲種疾病，行爲人應認識到外界風險因子的真正種類，以及相應的防險行爲，也就是適合甲種疾病的治療方式，而作出相應的治療行爲。如果檢驗結果顯示，外界風險因子種類不是甲種疾病，行爲人才可以當成是別種疾病，而作出適合別種疾病的治療行爲。

在這種情況下，如果一間醫療院所，缺乏進行相關檢驗所須的檢驗儀器，例如：缺乏作心電圖檢查所須的心電圖器材，缺乏作超音波檢查所須的超音波設備等，該間醫療院所的醫生，應認識到：自己的醫療院所，缺乏確認疾病種類所須的檢驗儀器，缺乏確認外界風險因子種類的能力，大型的醫療院所，才會具有確認疾病種類所須的檢驗儀器，才會具有確認外界風險因子種類的能力，而將病患轉診至大型醫療院所，交由該處的醫生進行相關檢驗行爲。

在這種情況下，如果該間醫療院所的醫生，誤認自己的醫療院所，具有確認外界風險因子種類所須的檢驗儀器，具有確認外界風險因子種類的的能力，而自行作出確認行為，未將病患轉診至大型醫院，就成立超越承擔的過失。這是第三類型的超越承擔過失不作為犯。不過這種情形很難想見，因為一般的正常人不太可能搞錯儀器設備的有無，將儀器的不存在誤以為存在，頂多只會錯估知識、經驗、技術的程度，高估自己不足的知識、經驗、技術，誤認自己已經具備足夠的知識、經驗、技術（這是超越承擔過失的常態）。

比較常發生的過失型態是下面這一種：醫生由於誤認疾病的可能種類，而誤認自己具有確認外界風險因子種類的的能力。實務的案例如下：

(1) 一名病患因身體不適，赴一間醫院求診，該間醫院的設備相當簡陋。該名病患出現發高燒，關節腫痛，心跳加速的症狀，X光檢驗顯示，病患有心室肥大的症狀。醫生由上述症狀和檢驗結果，沒有想到：病患可能是心內膜炎，必須作心電圖檢查，以確定是否真的是心內膜炎，因此也就沒有想到：自己的醫院沒有作心電圖檢查所須的醫療器材，必須儘速將病患轉診至大型醫院，交由大型醫院的醫生作出心電圖檢查，反而誤以為：病患可能是血液方面的疾病，必須作抽血檢驗，以確定是否真的是相關疾病，因此認為：自己的醫院就有作抽血檢驗所必須的醫療設備，不必將病患轉診至大型醫院，而自行抽血確認之。結果病患因心內膜炎的病因，未能及時發覺，而未能及時接受適當的治療，病情惡化，引發心肺衰竭而身亡⁴⁰。

⁴⁰ 案例事實來源：最高法院九十一年度台上字第一九四八號。高等法院台南分院九十一年度重上更(三)字第二一一號。最高法院九十一年度台上字第六七二六號。高等法院台南分院九十一年度重上更(四)字第六一四號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，

第七節 沒有監督外界風險因子的能力

第一款 監督外界風險因子能力的三種型態和義務內容

前面說過：對於一些特定的外界風險，按照案例的特性，行為人應當在行為時，認識到未來可能發生的外界風險因子，並認識到應當場監督、定期監督、長期監督外界風險因子是否出現，而作出監督行為。一旦外界風險因子真的出現，行為人應認識到外界風險因子和外界風險的存在，以及相應的防險行為，而作出防險行為。實務的案例如下：

(1) 嬰兒因食道發育不全，容易因溢奶（奶水逆流）而發生窒息。父母及保母必須在溢奶發生前，預見到此種未來可能發生的風險，並認識到：應於餵食後輕拍其背直至打隔⁴¹（預防措施），再觀察一段時間⁴²（長期監督）（因為溢奶不一定會在進食後馬上發生，也可能隔一陣子才發生），而作出這項預防行為和長期監督行為。一旦出現溢奶的情形（窒息風險出現時），必須立刻察覺此項風險，並認識到相應的防險行為，而及時加以處理。

在上述個案中，行為人所負擔的義務是：認識外界風險因子的可能發生，並認識到：應監督外界風險因子是否出現，而作出監督行為。當外界風險因子出現時，即應認識到外界風險因子和外界風險的存在，以及相應的防險行為，而作出

詳情請自行參閱判決全文。

⁴¹ 台北地院九十年度訴字第五〇七號，理由，四、(二)、(三)。

⁴² 台北地院九十年度訴字第五〇七號，理由，四、(二)、(三)。

防險行爲。行爲人這項義務的成立，以「行爲人有監督外界風險因子的能力」爲前提。當行爲人因能力的客觀基礎或主觀基礎欠缺，而沒有監督外界風險因子的能力時，這項義務就宣告解除。舉例說明如下：

(1) 能力的客觀基礎欠缺：未滿一歲的嬰兒，可能會因嬰兒猝死症發作（外界風險因子），而於睡夢中突然死去（外界風險因子所帶來的外界風險），這種現象的發生機率約是千分之一。由於嬰兒猝死症都是突然發作，事前並無跡象⁴³，欠缺可供察覺的外在徵兆，因此保母在看護嬰兒時（長期監督），無法經由外在異狀，去警覺到嬰兒猝死症的存在，對「嬰兒猝死症」此一外界風險因子的出現，沒有認識能力，因此也就不會想到：必須防止外界風險，而將嬰兒送醫救治。在這種情況下，保母的未發現嬰兒有異狀，以及未將嬰兒送醫致生死亡結果，均不構成過失。

監督外界風險因子的能力，是由主觀要素和客觀要素組合而成。監督外界風險因子整體能力的型態，也就是主觀要素和客觀要素聚合的結果，可以分成三種：一是行爲人具有監督外界風險因子的能力，一是行爲人沒有監督外界風險因子的能力，一是行爲人雖然沒有監督外界風險因子的能力，但是對於「自己沒有監督能力」一事，具有認識能力。

在嬰兒猝死症的案例中，行爲人對於外界風險因子的存在，沒有認識能力（監督能力），對於自己沒有認識能力（監督能力）一事，也沒有認識能力，行爲人單純處於一種無認識能力的狀態，對於外界風險因子的存在和自己的無能力狀態，都無法察覺，因此沒有任何認識義務，不負任何過失責任。

⁴³ 請自行參閱嬰兒猝死症的相關網頁。

但是，在有些情況下，當行為人雖然對於外界風險因子的出現，沒有監督能力，但是對於自己因主觀基礎欠缺而沒有監督能力一事，可以知曉時，行為人即負有下述義務：認識外界風險因子的可能發生，並認識到：自己沒有監督風險因子所須的專業知識、專業經驗、專業器材，自己沒有監督能力，不能執行監督工作，而必須請具有專業知識、專業經驗、專業器材的專業人士，也就是具有監督能力的專業人士，負起監督之責。實務的案例如下：

(1) 醫療監督行為：病人在動手術之前，有時必須接受全身麻醉。病人在接受全身麻醉之後，身體的重要機能會宣告停擺，如心跳、呼吸、血壓等，必須靠機器維持這些生命功能，如用呼吸機代替病人的自行呼吸。在這種情況下，病人的生理狀況異於平常，各項生命機能隨時可能會出狀況，如呼吸突然中止（外界風險因子），病人可能會因此發生傷亡（外界風險因子所帶來的外界風險）。因此醫生在進行麻醉行為時，必須預見到上述未來可能發生的外界風險因子，並認識到：應裝置並開啓各項監測設備，如心電圖監視器、血氧監視器、血壓監視器等，監測麻醉病患的各項身體功能（長期監督），而使用監測設備監測之⁴⁴。一旦異常狀況出現，如病患突然呼吸困難（外界風險因子出現），也就是病患的傷亡風險出現時，應立即經由監測設備的顯示，察覺到外界風險因子和外界風險的存在，並認識到相應的防險行為，而即刻採取搶救的行動，以避免病患的傷亡。

在這種情況下，只有在大醫院的外科醫生或麻醉科醫生，才會具有監督外界風險因子所須的監測知識、監測經驗、監測設備，才會具有監督外界風險因子的能力，才可以在外界風險因子出現時，立即察覺外界風險因子的存在，並立即採取防險行為。一般小診所內的醫生，不會配備有監督外界風險因子所須的監測知

⁴⁴ 見Gwande, *Complications*, PICADOR, 2002, p.64, 及其中譯：葛文德，一位外科醫師的修煉，廖月娟譯，天下文化，2003，頁95以下。另見全身麻醉的相關網頁。

識、監測經驗、監測設備，不會具有監督外界風險因子的能力，無法在外界風險因子出現時，立即察覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行爲。因此，對於大醫院的外科醫生或麻醉科醫生來說，其所負擔的義務是：在麻醉前，認識未來可能發生的外界風險因子，並認識到：自己具有監督外界風險因子所須的監測知識、監測經驗、監測設備，自己具有監督外界風險因子的能力，而作出監督行爲、麻醉行爲和手術行爲。對於一般診所的醫生來說，其所負擔的義務是：在麻醉前，認識未來可能發生的外界風險因子，並認識到：自己不具有監督外界風險因子所須的監測知識、監測經驗、監測設備，自己不具有監督外界風險因子的能力，在大醫院的專科醫生才有監督外界風險因子所須的監測知識、監測經驗、監測設備，才有監督外界風險因子的能力，而放棄監督行爲、麻醉行爲和手術行爲，將病人轉診給有監督能力的大醫院醫生，讓大醫院醫生去進行監督行爲、麻醉行爲和手術行爲⁴⁵。

(2) 建築監工行爲：興建房屋時，如果施工不當，如偷工減料（外界風險因子），可能會造成房屋完工後，結構脆弱，容易倒塌，對住戶或鄰居帶來傷亡風險（外界風險因子所帶來的外界風險）。在興建房屋時，建商必須認識到「工人施工不當」這項未來可能發生的外界風險因子，並派遣監工人員，定期赴工地查看施工品質的良窳（定期監督外界風險因子是否出現），一旦監工人員發現有施工不良的狀況（外界風險因子出現時），必須立刻下令施工人員改正施工行爲。在這種情況下，只有受過工程教育和工程訓練的監造人員，才會具有監督施工品質的能力，才會具有監督工程所須的專業知識和專業經驗，例如：知道正確的施工材料和正確的施工方式，才可以在施工不良的情況出現時，例如：施工材料不

⁴⁵ 案例事實來源：台北地院八十八年度訴字第九九四號。最高法院八十九年度台上字第四〇七六號。高等法院台南分院八十九年度上更（一）字第三九一號。最高法院九十年度台上字第三六八八號。這種案例類型的案例事實來自實務判決，但是案例中的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

當或是施工方式不當的情況出現時，立即察覺到外界風險因子的存在，並立刻作出相應的防險行爲：下令施工人員改進。沒有受過訓練的一般人，不會具有監督外界風險因子的能力，不會具有監督工程所須的專業知識和專業經驗，例如：不會知道正確的施工材料和施工方式，無法在施工不良的狀況出現時，例如：施工材料不當或是施工方式不當的情況出現時，立即察覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行爲：下令施工人員改進。因此，對於建商所雇用的監工人員來說，其所負擔的義務是：認識到「施工不良」這項未來可能發生的外界風險因子，並認識到：自己具有監督外界風險因子所須的工程知識和工程經驗，自己具有監督外界風險因子的能力，而作出監督行爲。對於沒受過建築教育和建築訓練的一般人來說，其所負擔的義務是：認識到「施工不良」這項未來可能發生的風險因子，並認識到：自己不具有監督風險因子所須的工程知識和工程經驗，自己不具有監督外界風險因子的能力，自己不能擔任監督工程的工作，建築專業人士才具有監督外界風險因子的能力，才可以勝任監工的任務，而拒絕擔任監工之職，請建商另行聘用建築專業人士⁴⁶。

將上述的分析整理如下：當行爲人有監督外界風險因子的能力時，行爲人的義務是：自行監督。當行爲人沒有監督外界風險因子的能力時，行爲人的監督義務宣告解除。當行爲人沒有監督外界風險因子的能力，但是對自己的沒有監督能力有認識能力時，行爲人的義務是：放棄自行監督，請他人負起監督之責。

⁴⁶ 案例事實來源：高等法院八十九年度上訴字第三六七六號。這種案例類型的案例事實來自實務判決，但是案例中的義務內容是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

第二款 他人有監督能力的過失型態

當行為人沒有監督外界風險因子的能力，但是對自己的沒有監督能力有認識能力時，行為人的義務是：放棄自行監督，請他人負起監督之責。這種義務內容所衍生出來的過失型態有以下幾種。

（一）認識外界風險因子錯誤

第一種過失犯型態是：行為人根本沒有想到外界風險因子的可能發生，因此也就不會想到：自己沒有監督外界風險因子的能力，必須請他人負起監督的工作，而未作出任何請求監督行為。

（二）認識監督能力錯誤：第四類型的超越承擔過失不作為犯

第二種過失犯型態是：行為人雖然認識到外界風險因子的可能發生，但是卻誤認：自己具有監督外界風險因子所須的專業知識、專業經驗、專業設備，自己具有監督外界風險因子的能力，可以在外界風險因子出現時，立即發覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行為，不必請他人代為監督，而自行進行監督行為。此時行為人明明有能力去認識到：自己沒有監督外界風險因子所須的專業知識、專業經驗、專業設備，自己沒有監督外界風險因子的能力，自己無法在外界風險因子出現時，立即發覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行為，必須請他人負起監督之責，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而高估自己所擁有的專業知識、專業經驗、專業設備，低估外界風險因子的監督困難度，相信自己具有監督外界風險因子的能力，而自行作出監督行為，未請他人負起監督之責。在這種情況下，由於行為人事實上沒有嚴密監督的能力，因此所作出的監督，將

有疏漏的可能性。一旦當外界風險因子出現時，行為人未能及時察覺，而未能及時採取防險行為，就成立過失犯。在這種情況下，行為人明明沒有監督外界風險因子的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔極限，去作出無效的監督行為。這是第四類型的超越承擔過失不作為犯，這種類型的超越承擔過失，作者不會在中外文獻上看過。

（三）第四類型超越承擔過失不作為犯的實務案例

（1）麻醉後的監督行為：病人在動手術之前，有時必須接受全身麻醉。病人在接受全身麻醉之後，身體的重要機能會宣告停擺，如心跳、呼吸、血壓等，必須靠機器維持這些生命功能，如用呼吸機代替病人的自行呼吸。在這種情況下，病人的生理狀況異於平常，各項生命機能隨時可能會出狀況，如呼吸中止等（外界風險因子），病人可能會因此發生傷亡（外界風險子所帶來的外界風險）。因此醫生在進行麻醉行為時，必須預見到上述未來可能發生的外界風險因子，並認識到：應裝置並開啓各項監測設備，如心電圖監視器、血氧監視器、血壓監視器等，監測病患的各項身體功能（長期監督），而使用監測設備監測之⁴⁷。一旦異常狀況出現（外界風險因子出現），如病患突然呼吸困難，也就是病患傷亡的風險出現時，應立即經由監測設備的顯示，察覺到外界風險因子和外界風險的存在，並認識到相應的防險行為，而即刻採取搶救的行動，以避免病患的傷亡。

在這種情況下，一般小診所內的醫生，不會配置有監督外界風險因子所須的監測儀器，以及監看監測儀器所需的人力（作者按：在手術麻醉時，監看監測設備必須由專人為之，醫生不能一心二用，邊動手術邊看監測設備。但是一般小診

⁴⁷ 見Gwande, *Complications*, PICADOR, 2002, p.64, 及其中譯：葛文德，一位外科醫師的修煉，廖月娟譯，天下文化，2003，頁95以下。另見全身麻醉的相關網頁。

所在動手術時，常常只有醫生和醫生所雇用的護士在場，由醫生負責手術，護士負責遞刀，沒有多餘的人力去監看監測設備。因此一般小型診所，不能夠進行需要全身麻醉的大型手術，只能夠進行不須麻醉的小型手術)，不會具有監督外界風險因子的能力，無法在外界風險因子出現時，立即察覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行爲。因此，對於一般診所的醫生來說，其所負擔的義務是：在麻醉前，認識未來可能發生的外界風險因子，並認識到：自己不具有監督外界風險因子所須的監測設備、監測人力，自己不具有監督外界風險因子的能力，在大醫院的專科醫生才有監督外界風險因子所須的監測設備、監測人力，才有監督外界風險因子的能力，而放棄監督行爲、麻醉行爲和手術行爲，將病人轉診給有監督能力的大醫院醫生，讓大醫院醫生去進行監督行爲、麻醉行爲和手術行爲。

在這種情況下，如果一位沒有配備監測儀器的診所醫生，或一位欠缺監測人力的診所醫生，雖然知道：進行麻醉時，未來可能發生的風險因子，但是卻誤認：自己具有監督外界風險因子所須的監測設備、監測人力，自己具有監督外界風險因子的能力，可以在外界風險因子出現時，立即發覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行爲，而逕自進行監督行爲、麻醉行爲和手術行爲。此時這位診所醫生，明明有能力去認識到：自己沒有監督外界風險因子所須的專業儀器、專業人力，自己沒有監督外界風險因子的能力，自己無法在外界風險因子出現時，立即發覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行爲，必須請他人負起監督之責，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而卻高估自己所擁有的專業儀器、專業人力，低估外界風險因子的監督困難度，相信自己具有監督外界風險因子的能力，而作出監督行爲、麻醉行爲和手術行爲。由於行爲人事實上沒有嚴密監督的能力，因此所作出的監督，將有疏漏的可能性。一旦當外界風險因子出現時，行爲人未能及時察覺，而未能及時採取防險行爲，就成立過失犯。在這種情況下，行爲人明明沒有監督外界風險因子的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔界限，去進行會出紕漏的監督行爲。行爲人誤認：自己具有適格監督能

力，當外界風險因子出現時，自己可以及時察覺並及時採取防險行爲，沒有認識到：自己不具有適格監督能力，當外界風險因子出現時，自己無法及時察覺並及時採取防險行爲。實務的案例如下：

(i) 一名婦產科醫生，身兼兩職，同時在大型醫院內擔任主治醫生，以及在小型診所內擔任診所醫生。一日該名婦產科醫生，選擇在小型診所內，爲一名病患進行全身麻醉的陰道整型手術。該名婦產科醫生雖然認識到：病患在接受麻醉劑注射後，可能發生呼吸抑制而缺氧等副作用，因此在麻醉藥劑消退前，必須嚴密監看病患的呼吸狀況，但是未認識到：小診所內不具有監看呼吸狀況所須的血氧監測設備，必須轉至大型醫院施行手術，反而誤以爲：命護士以肉眼觀看病人的呼吸狀況即可，不必動用血氧監測設備，在小診所內就具有監督外界風險因子所須的能力，不必將手術地點改到大醫院。結果病患在接受麻醉後，出現呼吸抑制而缺氧的現象，由於護士僅由病患外表，無法立即察覺缺氧現象，而未能立即加以搶救（如果使用血氧監測設備，就可以立即發現缺氧現象，立即加以救治）。直至缺氧三分鐘後，氧氣耗盡，血液顏色變黑，醫生才警覺到缺氧情形，而加以搶救，但此時已經回天乏術⁴⁸。

(ii) 一名小型診所的醫生，在診所內爲闌尾炎病患進行闌尾切除手術。在手術開始前，醫生先對病患進行硬膜外腔麻醉。該名診所醫生雖然認識到：病患在接受麻醉藥劑注射後，可能發生藥物過敏等副作用，因此必須嚴密監看監測設備所顯示的病患狀況，但是未認識到：必須要由麻醉專業的醫護人員，負責監看監測設備，小診所內並未聘用麻醉專業的醫護人員，大型醫院才會雇用麻醉專業的醫護人員，必須將病患轉診至大型醫院，由大型醫院的醫生施行手術，反而誤

⁴⁸ 案例事實來源：台北地院八十八年度訴字第九九四號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

以爲：由醫生本身一心二用，邊動手術邊注意監測設備即可，不須聘用麻醉專業醫護人員，全心監看監測設備，自己的診所內就具有監督外界風險因子所須的人力，不須將病患轉診至大型醫院，而逕自進行監督行爲、麻醉行爲和手術行爲。結果病患在接受麻醉藥劑注射後，因藥物過敏，出現胸悶的現象，醫生由於正專注於開刀上，忙著用刀劃開皮膚和皮下組織，無暇顧及監測設備所顯示的病患異常身體狀況，造成病患因過敏現象未能及時發現，而未能及時救治，過敏現象惡化，引發過敏性休克而身亡⁴⁹。

台灣地區每年都會發生如下的案例：因麻醉設備不足或麻醉人力不足，而造成病患罔送性命。這種現象的起因是，整體醫療環境的失衡：診所林立，但麻醉醫護人員短缺，以及醫德的淪喪：診所醫生爲求平衡收支，鋌而走險，執行危險手術。病人成爲不良醫療生態和醫療倫理下的受害者⁵⁰。

(2) 建築時的監工行爲：興建房屋時，如果施工不當，如偷工減料（外界風險因子），可能會造成房屋完工後，結構脆弱，容易倒塌，對住戶或鄰居帶來傷亡風險。在興建房屋時，建商必須認識到「工人可能施工不當」這項未來可能發生的外界風險因子，並派遣監工人員，定期赴工地查看施工品質的良窳（定期監督外界風險因子是否出現），一旦監工人員發現有施工不良的狀況（外界風險因子出現時），必須立刻下令施工人員改正施工行爲。在這種情況下，沒有受過訓練的一般人，不會具有監督工程所須的專業知識和專業經驗，不會具有監督外界風險因子的能力，無法在外界風險因子出現時，立即察覺到外界風險因子的存在，並立即採取防險行爲。因此，對於沒受過建築教育和建築訓練的一般人來說，

⁴⁹ 案例事實來源：最高法院八十九年度台上字第四〇七六號。高等法院台南分院八十九年度上更(一)字第三九一號。最高法院九十年度台上字第三六八八號。本案的個案事實來自實務判決，但是本案中的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

⁵⁰ 請自行參閱全身麻醉的相關網頁。

其所負擔的義務是：認識到「施工不良」這項未來可能發生的風險因子，並認識到：自己不具有監督風險因子所須的工程知識和工程經驗，自己不具有監督外界風險因子的能力，自己不能擔任監督工程的工作，建築專業人士才有監督外界風險因子所須的建築知識和建築經驗，才具有監督外界風險因子的能力，才可以勝任監工的任務，而拒絕擔任監工之職，請建商另行聘用建築專業人士。

在這種情況下，如果某個沒有工程知識和工程經驗的行為人，雖然知道：工人可能會施工不當，必須有人監督施工品質，但是卻誤認：自己具有監督外界風險因子的能力，自己具有監督工程所須的建築知識和建築經驗，自己知道正確的施工材料和正確的施工方式，可以在施工不良的狀況出現時，例如：施工材料不當或是施工方式不當的情況出現時，立即察覺到此一狀況，並立即下令工人改進，而自行擔任監工的工作。這種黑牌監工，明明有能力可以認識到：自己沒有監督外界風險因子的能力，自己沒有監督工程所須的建築知識和建築經驗，自己不曉得正確的施工材料和正確的施工方式，無法在施工不良的狀況出現時，例如：施工材料不當或是施工方式不當的情況出現時，立即察覺到此一狀況，並立即下令工人改進，而拒絕擔任監工的工作。但是該名黑牌監工，卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而高估自己所擁有的建築知識和建築經驗，低估施工不良的監督困難度，相信自己有監督外界風險因子的能力，而作出監督行為。在這種情況下，該名黑牌監工明明沒有監督外界風險因子的能力，卻超出自己能力的範圍，超出自己能力的承擔極限，去作出自己力所不及的建築專業監督行為。由於行為人事實上沒有嚴密監督的能力，因此所作出的監督，將有疏漏的可能性。一旦當施工不良的情況出現時，因行為人未能及時察覺，而未能及時採取防險行為，就成立過失犯。實務的案例如下：

(i) 建築公司為了縮減人事成本，雇用剛剛從校門畢業，非建築相關科系的新鮮人，擔任工地監工之職。該名黑牌監工，明明有能力認識到：自己沒有監

督工程所須的建築知識和建築經驗，自己不曉得正確的施工材料和正確的施工方式，無法判別施工的材料是否正確、施工的方式是否正確，自己沒有監督外界風險因子的能力。但是該名黑牌監工，卻為求生計，告訴自己：自己雖不是建築相關科系畢業，但是有學習意願，在公司資深前輩的教導下，自己已具有監督工程所須的工程知識和工程經驗，自己曉得正確的施工材料和正確的施工方式，自己可以判別施工的材料是否正確、施工的方式是否正確，自己具有監督外界風險因子的能力，可以擔任起監工之職。該名黑牌監工就職後，接到第一起工程案件，建物名稱是「博士的家」。在監督工程品質時，因不諳正確的鋼筋網綁方式，和正確的混凝土灌漿方式，以至於當下述施工不良的情況出現時：工人網綁鋼筋時，鋼筋的間距過大（鋼筋過疏），且間距不一（鋼筋不均勻），混凝土經大量灌水而強度不足，未能發現施工不良的情況，而未能下令工人改進施工品質。一年半載後，建物完工，建商將房屋出售給民眾。該棟「博士的家」大樓，由於施工不良，於大樓落成時，整棟大樓事實上已處於樑柱結構不穩的危險狀態。俟民國八十八年，台灣地區發生了九二一大地震。當時地震震央是在南投，南投當地及鄰近各地因此有多棟房屋倒塌，傷亡慘重，而北台灣因距震央較遠，一般房屋並無倒塌之虞。但是台北縣新莊的「博士的家」，因樑柱結構脆弱，無法承受地震力量，整棟大樓斷裂崩塌，造成住戶共計四十三人死亡⁵¹。

（四）對「沒有監督能力」的認識能力

和第四類型超越承擔過失不作為犯的結構

⁵¹ 案例事實來源：高等法院八十九年度上訴字第三六七六號。雖然個案事實來自實務判決，但是個案的義務內容和過失型態是作者自己的見解。作者的這項法律見解，和判決對本案義務和過失的見解，彼此並不相同，詳情請自行參閱判決全文。

在第四類型的超越承擔過失不作為犯中，行為人沒有發揮的認識能力是：認識「自己沒有監督能力」的能力。行為人明明有能力去認識到：自己沒有監督外界風險因子的能力，無法在外界風險因子出現時，及時發覺到外界風險因子，並及時採取防險行為，必須放棄自行監督行為，請有監督能力的他人進行監督行為。但是行為人卻沒有發揮能力去認識到上述事實，反而誤認：自己具有監督外界風險因子的能力，可以在外界風險因子出現時，及時發覺到外界風險因子，並及時採取防險行為，而自行作出監督行為。在這種情況下，由於行為人實際上沒有監督外界風險因子的能力，因此行為人所作出的監督，有疏漏的可能性。結果當外界風險因子出現時，行為人因缺乏監督能力，沒有及時察覺風險因子的存在，而沒有及時作出防險行為。換句話說，行為人由於沒有發揮對於「自己沒有監督能力」這項事實的認識能力，作出無用的監督行為，最終導致行為人對於現時出現的外界風險因子和外界風險缺乏認識。（對於外界風險缺乏認識，這是過失不作為犯的原始定義）

第八節 超越承擔的過失和個別化理論

第一款 國內學界對超越承擔過失的見解

國內文獻在處理超越承擔過失的問題時，常見的說法如下：

「行為人欠缺特定行為所須的知識和能力，可是竟膽敢作出該行為者，這種超越個人能力而作出特定行為的狀況，即是超越承擔的過失。在這種狀況下，行為人不能主張欠缺履行注意義務的主觀能力，而不具罪責。行為人具有超越承擔的罪責，因為行為人雖認識其個人能力不足以從事特定行為，竟膽敢超越其個人

能力而從事特定行爲⁵²」

「行爲人雖然認識自己的能力不足以勝任某些行爲，但卻執意去做，就成立超越承擔罪責。行爲人雖然欠缺履行注意義務的能力，竟膽敢爲之，即成立超越承擔罪責⁵³」

「行爲人明知應對風險的能力不足，仍承擔風險責任者，不能主張無履行注意義務的主觀能力，仍應成立超越承擔的罪責⁵⁴」

在我看來，國內學說對超越承擔過失的問題，有兩項誤解：

第一項誤解是：超越承擔過失的行爲人，有認識到自己能力不足的事實，對「自己欠缺特定行爲所須的專業知識或專業經驗」一事，具有認識，而不只是具有認識能力。

如果一個行爲人，明知自己不具有控險或防險所須的專業知識或專業經驗，明知自己不具有控險能力或防險能力，明知自己無法將風險控制住或防止住，竟仍還做出控險行爲或防險行爲。那麼行爲人就是，在明知行爲風險不能被自己控制住的情況下，卻依然作出控險行爲和風險行爲，或是在明知外界風險不能被自

⁵² 見林山田，刑法通論下冊，增訂八版，2002，頁 192。作者爲了表達上的通順，在不影響原文文意的前提下，對原文文字有作出改動。

⁵³ 許玉秀，「刑法註釋研究第十二至第十四條」，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，1996，頁 33；張紹省，「過失犯中個別化理論之研究－以不法理論爲基礎」，政大法研所碩士論文，1998，頁 161。作者爲了表達上的通順，在不影響原文文意的前提下，對原文文字有作出改動。

⁵⁴ 見蘇俊雄，刑法總論，II，1997，頁 514。作者爲了表達上的通順，在不影響原文文意的前提下，對原文文字有作出改動。

已防止住的情況下，卻依然執意自力防險，不肯請求他人防險。在這種情況下，行為人的心態，不是過失，而是故意，因為行為人對於行為風險無法被自己控制住的事實，或是外界風險無法被自己防止住的事實，知道的一清二楚，但是依然作出風險行為，不顧法益侵害風險的可能實現，或是不肯向他人請求防險，眼睜睜的看著法益侵害風險的可能實現。超越承擔過失的行為人，不是明知自己能力不足以控險或防險，卻依然作出控險行為或防險行為，而是誤認自己有控險能力或防險能力，誤認行為風險可以被自己控制住，或是外界風險可以被自己防止住，因此才做出風險行為，或是才自行作出防險行為，而未請求他人防險。行為人對於行為風險無法被自己控制住或防止住的事實，缺乏認識，因此行為人的心態，是過失而不是故意。

以最常見的交通超越承擔過失案例來看：無論是酒醉駕駛人或是疲倦駕駛人，他們在行車時，都沒有想到真的會出車禍，都沒有想到自己會控制不住行車風險。酒醉駕駛人或是疲倦駕駛人，因肇事而被送往警局時，抱怨的是：出乎自己意料之外，這種倒楣事怎麼會發生在自己頭上，而不是抱怨：雖然心想事成，但是事情竟然被發現。如果一個酒醉駕駛人或是疲倦駕駛人，明知自己欠缺控制行車風險所須的專注力和反應力，明知自己對於行車風險沒有控險能力，明知自己無法控制住行車風險，明知自己開車可能會撞死人，還開車上路，他的心態已是故意而不是過失。

第二項誤解是：超越承擔過失的行為人，因為沒有控險能力或防險能力，所以沒有履行注意義務的主觀能力。由於按照通說的一般化理論，在不法層次，雖然是檢驗一般人的客觀能力，以一般人的客觀能力作為不法要素，但是在罪責層次，必須檢驗行為人的主觀能力，以行為人的主觀能力作為罪責要素。因此國內學說普遍認為：超越承擔過失的行為人，由於不具有控險能力或是防險能力，由於不具有履行注意義務的主觀能力，而不具有必備的罪責要素，因此是這項原則

的例外，例外成立超越承擔過失的罪責。

超越承擔過失的行為人，雖然沒有控險能力或是防險能力，但是仍然有履行注意義務的能力。因為對於沒有控險能力的超越承擔過失行為人來說，其所負擔的義務是：認識行為風險，並認識到自己沒有控險能力，而放棄風險行為。對於沒有防險能力的超越承擔過失行為人來說，其所負擔的義務是：認識外界風險，並認識到自己沒有防險能力，他人才有防險能力，而放棄自行防險，轉而請求他人防險。行為人雖然沒有控險能力，或是沒有防險能力，但是對於放棄行為的義務，或是對於向他人請求防險的義務，都具有放棄的能力，或是具有求助的能力，都具有履行義務的主觀能力，因此不存在「行為人沒有履行注意義務主觀能力」的這項問題。國內學說的這項誤解，是來自於以下這項誤解。國內學說誤以為，超越承擔過失行為人所負的義務是：控制風險的義務或是防止風險的義務。在這種情況下，由於超越承擔過失行為人，不具有控險能力或是防險能力，因此自然不會具有履行注意義務的主觀能力。但是超越承擔過失行為人所負的義務，當然不會是必須控制風險的義務，或是必須防止風險的義務，否則規範無異是在要求行為人，去作自己能力所不及之事。刑法規範不會是這個樣子，這樣的刑法規範是不合理的。

第二款 超越承擔過失和個別化理論

國內一本碩士論文曾經提出如下的質疑：

「行為人不具有履行特定義務的知識或能力，行為人明知此事，但卻執意實行行為，此時行為人具有超越承擔的罪責」「行為人成立罪責的前提是，行為人

具有不法。這點在一般化理論中並不困難，因為超越承擔過失行為人，具有客觀義務違反性，所以具有不法。但是超越承擔過失，在個別化理論中卻面對難以克服的困難，一個酒醉駕駛人，由於沒有避免能力，造成一個無法避免的結果發生時，依據個別化理論，這應該是一個合法的行為，而無法成立過失罪責⁵⁵」

上述論證的前半段，明顯是承襲國內學說的想法。上述論證的後半段，則是誤認在個別化理論下，超越承擔過失行為人所負的義務內容，才會提出這項質疑。上述論證的作者認為：按照一般化理論，超越承擔過失行為人所負的義務是：必須控制風險，或是必須防止風險。由於行為人沒有控險能力，或是沒有防險能力，因此無法控制風險，或是無法防止風險，所以具有客觀注意義務違反性。而按照個別化理論，由於行為人沒有控險能力，或是沒有防險能力，所以也就沒有避免結果的能力，所以行為人所負的義務是：不必避免結果（因為規範不能要求行為人，做出他力所不及之事，是個別化理論的一貫主張⁵⁶）。因此行為人雖然沒有成功控險而造成結果，或是沒有成功防險而造成結果，但是沒有注意義務違反性可言，而不具有不法。

但事實上，即使是按照個別化理論，依據行為人個人的能力來制定規範內容，而不是依據一般人的能力來制定規範內容，行為人依然具有注意義務違反性。因為按照個別化理論，沒有控險能力或是沒有防險能力的行為人，不是因為沒有避免能力，而不負避免結果的義務，而是具有放棄行為的能力以及向他人求助的能力，而負有放棄行為的義務或是向他人求助的義務。行為人的不放棄行為而作出行為，或是不向他人求助而自行防險，依然具有注意義務違反性。所以上述質疑並不成立。

⁵⁵ 張紹省，「過失犯中個別化理論之研究－以不法理論為基礎」，政大法研所碩士論文，1998，頁161。

⁵⁶ Stratenwerth，AT I，3. Aufl.，1981，Rn. 1097。

第三款 超越承擔過失的實務概況

由於國內學說對超越承擔這項問題的見解，有所失誤，所以國內實務上出現了如下的亂象：

(1) 大多數的實務判決，並不提及超越承擔過失這項法律名詞，而是直接譴責行為人明知自身沒有能力，卻違反了應該踐行的義務，並未正確論及「行為人對自己的無能力具有認識能力」「行為人誤認自己有能力」這兩項超越承擔過失的心理要素（依據個別化理論，這兩項要素都是主觀不法要素）。實務的案例如下：

(i) 在一件案子中，法院譴責新進護士，在取用疫苗藥物時，既然因藥瓶容量和過去藥瓶容量不一致，而懷疑取錯藥物，為何不請教資深醫生，親自核對藥瓶標籤，確認是否取錯藥物，而只是隨口詢問一旁工作的同仁為何包裝變了。結果因同仁也順口回答可能是換了包裝，而以爲自己沒有取錯藥物，逕自將藥物注射至嬰兒體內，造成嬰兒一死六傷⁵⁷。

(ii) 在一件案子中，法院譴責不具中醫執照的密醫，既未取得合法中醫資格，即不得對病人進行針灸，竟疏未注意及此，貿然將長針插入病患胸部，造成病患肺葉被貫穿而身亡⁵⁸。

⁵⁷ 板橋地院九十年度矚訴字第一號，理由，一；高等法院九十二年度矚上訴字第一號，理由，壹、二、(四)。

⁵⁸ 高雄地院九十年度訴字第二七〇號。

(iii) 在一件案子中，不具辨別魚種知識的加工業者，向進貨商買下一批有毒的河豚魚肉，加工製成魚片後出售給消費者，引發消費者食物中毒。該名加工業者在庭上大聲疾呼：自己無力辨別魚種。面對此一辯解，法院表示：該名加工業者既不具辨別魚種的專業，即應尋求具有相關知識的專業人士，代為辨別魚種，如果不能查明魚種是否有毒，即不應加以進貨，以確保消費者健康⁵⁹。

(iv) 在一件案子中，法院譴責實習醫生，明明沒有能力辨別車禍病人是否有頭部受傷的可能，為何不請教主治醫師，竟自行判斷病患並無頭部受傷的可能，而拒絕作出頭部掃描檢查。結果病患因頭部受傷未能及時發現，而未能及時救治，最後顱內大量出血而不治⁶⁰。

(v) 在一件案子中，法院譴責婦產科醫生，明明曉得診所內沒有監測全身麻醉病人所須的監測設備，為何僅命護士以肉眼觀看病人的身體狀況，而在設備不足的小診所中動刀，卻不轉至設備完善的大醫院內動刀⁶¹。

(2) 有些實務判決，則是將無能力的超越承擔過失行為人，當成有能力的一般行為人，來加以處理。實務的案例如下：

(i) 在一件案子中，不具合格醫師執照的密醫，因不具有開立藥方所須的醫學知識和醫學經驗，竟對低血壓的病患開立降壓劑，造成病患病情惡化而不

⁵⁹ 彰化地院九十年度訴字第六五一號，理由，一；高等法院台中分院九十一年度上訴字第九一六號，理由，壹、一。

⁶⁰ 高等法院台中分院八十九年度重上更（一）字第一三九號；高等法院台中分院九十年度重上更（二）字第二二六號。

⁶¹ 台北地院八十八年度訴字第九九四號。

治。對於這件案子，法院表示：該位密醫應注意當時病患血壓過低，在治療時應給予升壓劑，且依當時情形並無不能注意的情況，竟疏未注意，給予病患降壓劑，造成病患的死亡，自應負過失致死刑責⁶²。法院的上述見解，完全忽略了這項事實：密醫根本沒有開立正確藥方的能力，無法對於低血壓病患正確給予升壓劑。

(ii) 在一件案子中，行為人非建築相關科系出身，而是會計系畢業，但是卻在建築公司內，擔任建築工程的規劃設計工作，工作時間長達數年。一日行為人又接獲一件規劃建物的工作。結果因行為人不具有正確規劃建物的能力，不知道如何正確計算鋼筋的數量，造成建物因規劃不當，鋼筋數量配置過少，於完工後結構不穩，在九二一地震中倒塌。

本文中，辯護律師提出如下的有趣主張：行為人既是會計系畢業，不具規劃建物所須的建築知識和建築經驗，因此沒有完成注意義務的主觀能力（作者按：律師所說的注意義務，指的是正確規劃建物的義務，也就是規劃建物並控制風險的義務），所以不該當過失犯的成立要件⁶³。法院面對這項辯護，並未如國內一般學說主張：行為人是例外成立超越承擔過失罪責，而是認為：行為人既已從事相關業務多年，就此種業務之執行，自應具有注意能力，竟疏於注意，少算鋼筋數量，造成建物倒塌，壓死住戶。行為人對於建物倒塌和死亡結果，自應負起過失責任⁶⁴。

(3) 在作者的上網搜尋下，唯一一件有提及「超越承擔過失」這項名詞的案子，是博士的家一案。在這件案子中，非建築相關科系畢業的行為人，不具有擔任工地監工所須的建築知識和建築經驗，不知正確的鋼筋網紮方式，卻接受建

⁶² 高等法院台中分院八十八年度上訴字第一四三八號，理由，一、(二)。

⁶³ 台北地院八十八年度訴字第一六八八號，理由，二、(七)。

⁶⁴ 台北地院八十八年度訴字第一六八八號，理由，二、(七)。

設公司任用，擔任工地監工一職。結果造成建物因監工不實，沒有發現鋼筋網紮不密不勻，於落成後，結構脆弱，最後在九二一地震中倒塌。在本案中，法院譴責行為人，明知自己沒有擔任監工的能力，卻為何還受雇擔任監工一職，承擔超出自己能力的工作及責任。法院表示，此種超越個人能力而為特定監工行為的狀況，構成學理上所謂超越承擔的過失。行為人對於超越自己工作能力的過失，應負起刑事責任⁶⁵。

⁶⁵ 高等法院八十九年度上訴字第三六七六號，事實，六，理由，甲、貳、六、(三)，甲、肆、C、(一)。