

# 第一章 緒論

## 第一節 本文的研究主題

刑法法理的任務在於：對侵害法益的結果予以歸責。無論是民法上的侵權行為還是刑法中的犯罪行為，一個外在環境的變動：法益被侵害的事實，之所以可以歸責給特定行為人，令其負起損害賠償責任或是刑事責任，原因不僅在於法益侵害事實是他的行為所引起，法益侵害結果可以追溯至行為人，還在於行為人和法益侵害事實之間有某種心理關聯存在，也就是故意或過失<sup>1</sup>。此外，法益侵害事實和行為之間的關係，除了因果性之外，還必須有可歸責性（也就是相當性）。行為人的故意過失和行為的可歸責性，這兩個犯罪要件之所以會存在，是為了避免過度廣泛的歸責。如果說，只要侵害結果是其行為所造成，行為人就必須負起責任，即使是在不可預見的情況下，或是在行為和結果之間顯不相當的情況下，也不例外，那麼這樣的規範是一種苛刻的規範。以不可預見的情況為例：某甲為了勒索，在商店出售的飲料中下毒，並通知飲料公司若不付錢就繼續下毒，消費者喝下飲料後中毒暴斃，由於商店老闆出售飲料造成消費者死亡，因此不知情的商店老闆必須負責。以相當性為例：高速公路上發生連環車禍，設計公路的工程師和建造公路的承包商都必須負責。這樣的結論顯不合理，因此歸責過程必須包含上述兩道篩選機制。

---

<sup>1</sup> Larenz, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, in: Juristische Schulung, 1965, S. 373; Schönemann, Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht, 及其中譯：許迺曼，刑法上故意與罪責之客觀化，鄭昆山、許玉秀合譯，均收錄在政大法學評論五十期，1994，頁 259 和 39。

行爲的可歸責性這個問題領域，在現今的德國學界中被置放在「客觀歸責」此一理論標題之下，爲了確定可歸責性，學說上已發展出各式各樣的規則<sup>2</sup>。可歸責性並不是本文想要論述的對象，本文的重心在於內在心態和外在行爲之間的關係。

犯罪階層理論是刑法的中心理論。犯罪階層理論的形成目的在於，追求定罪科刑的公平正義<sup>3</sup>。犯罪階層理論將所有在犯罪評價上具有重要性的事實都納入考量，爲犯罪的成立和刑罰權的動用設下標準。

犯罪行爲的結構被劃分成三個不同的階層，依序是構成要件、違法性和罪責。檢驗犯罪時，首先於構成要件階層確認，行爲是否包含所有的法定構成要件要素，這是源於罪刑法定原則的要求<sup>4</sup>。其次於違法性階層進行篩選，觀察是否有合法化事由存在而排除構成要件行爲的違法性。這是因爲一般構成要件行爲是在典型狀況下做出，例如不甘女友求去而毀其容貌、企求營利而販賣色情光碟，由於法律不會肯定仇恨、貪婪等動機，因此具備違法性。但如果構成要件行爲是在例外狀況下作出，例如出於自衛而刺殺行兇的盜匪，則法律破例肯定其對正當

---

<sup>2</sup> 客觀歸責理論的相關文獻：Roxin, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*，及其中譯：駱克信，客觀歸責理論，許玉秀譯，均收錄在政大法學評論，五十期，1994，頁 219 以下和 11 以下；Schünemann, *Über die objektive Zurechnung*，GA 1999，S.207 ff.，及其中譯：許迺曼，關於客觀歸責，陳智輝譯，刑事法雜誌，42 卷 6 期，1998，頁 81 以下；許玉秀，「最高法院七十八年台上字第三九三號判決的再檢討－前行爲的保證人地位與客觀歸責理論初探」，許玉秀，「檢驗客觀歸責理論的基礎－客觀歸責理論是什麼？」，許玉秀，「走出主觀與客觀的迷思」，均收錄在『主觀與客觀之間』，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 0，1997，頁 281、219 和 1 以下；黃榮堅，「衛爾康事件的基本刑法問題」，黃榮堅，「論風險實現」，均收錄在『刑罰的極限』，1998，頁 58 和 140 以下；張麗卿，廢弛職務致釀災害的客觀歸責，東海大學法學研究，1995 年 9 月，頁 253 以下；鄭銘仁，危險升高理論之研究，政大法學院碩士論文，1995。

<sup>3</sup> 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 6，2000，頁 3 以下。

<sup>4</sup> Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*，AT，5. Aufl.，1996，§ 21 II 1。

利益的保護，而否定行為的違法性。構成要件合致性所表彰的違法性，事實上是一種典型狀況下的違法性（*deliktstypische Rechtswidrigkeit*）<sup>5</sup>。最後於罪責階層中決定，行為人是否應對不法行為負起責任。檢視行為人的人格或環境中是否存在異常事態（*außergewöhnliche Umstände*）<sup>6</sup>，足以阻卻或減輕可非難性。

在犯罪理論的發展史上，雖然上述三大階層的區分始終未被顛覆－即使是主張構成要件階層應和違法性階層合併的二階理論<sup>7</sup>，對於犯罪違法性的判斷還是必須經過兩個步驟：先確定有無構成要件該當性，再觀察有無阻卻違法事由<sup>8</sup>。但各項犯罪要素究竟屬於何種階層卻是迭生爭議。例如故意應定位在構成要件階層還是罪責階層，不法意識應劃分至構成要件階層還是罪責層次。我在這篇論文中打算探討過失犯注意能力的定位問題。

本論文的題目之一是：過失犯注意能力的定位問題。在解決問題之前，必須先交待清楚這項問題的爭議由來。注意能力的定位爭議和階層理論發展史有所牽連，因此下述將簡介犯罪階層構造的變遷歷程。

早期的古典階層體系中，犯罪行為的由內到外被一分為二，外在的侵害行為被認為是屬於構成要件階層，內在的故意和過失被理解成是兩種不同的罪責型態（*Schuldformen*）（*Schuldart*）<sup>9</sup>。因此，構成要件階層是客觀的，專司行為的外

---

<sup>5</sup> Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, 2. Kapitel, 1. Abschnitt, 。

<sup>6</sup> Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 37 I 2。

<sup>7</sup> 國內學者中主張二階理論的有黃榮堅老師，見黃榮堅，「刑法解題－關於不法意識及犯罪結構」，『刑法問題與利益思考』，1998，頁 194 以下。

<sup>8</sup> 見許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 6，2000，頁 66。

<sup>9</sup> Liszt / Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, § 41, S. 272 ff., 及其中譯：李斯特、施密特合著，德國刑法教科書，徐久生譯，北京：法律出版社，1999，頁 283。犯罪階層體系理論的詳細發展經過，見Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken，

在表現，罪責階層是主觀的，專注於行為人的內心狀態。到了新古典犯罪理論時期，隨著目的行為論的提出，人的行為被當作是犯罪理論的基礎。人的行為有別於自然界中機械性的因果現象（Kausalvorgang），它是一種以目的為導向的行動（Zwecktätigkeit）<sup>10</sup>，人類擁合理性，能夠認識到原因和結果之間的關聯，因此人類想要達成目的時，可以利用對於因果關係的知識，控制行為去實現自己的目的。由於構成要件該當行為的目的性等同於行為人的故意，因此故意應當被列入構成要件階層中。原本只涉及行為客觀面的構成要件階層，至此開始包含主觀因素。

和故意一樣，過失也由罪責層次移向構成要件階層<sup>11</sup>，如此一來，故意犯和過失犯，在構成要件階段就完成區分，而不像古典理論，等到罪責層次才進行區分。

按照通說的一般化理論，在過失犯的構成要件階層必須檢驗這項犯罪要素：對結果的客觀預見可能性。也就是說，一般人可以預見結果的發生，一般人對結果具有預見能力。對於能力有無的判斷是採取客觀標準，以一個認真而謹慎的行為人的認識能力、知識和經驗為依據。在過失犯的罪責階層必須檢驗這項犯罪要素：對結果的主觀預見可能性。也就是說，行為人個人可以預見結果的發生，行為人個人對結果具有預見能力<sup>12</sup>。對於能力有無的判斷是採取主觀標準，以行為

---

in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 60, 及其中譯：許迺曼，刑法體系思想導論，許玉秀譯，法務通訊第一五六〇至一五八二期。許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，頁 9 以下。

<sup>10</sup> Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 7 ff. 。

<sup>11</sup> 關於過失犯罪構造在理論發展史上的詳細演變和爭議，詳見許玉秀，「探索過失犯的構造－行為人能力的定位」，收錄在『主觀與客觀之間』，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 0，1997，頁 184 以下。

<sup>12</sup> 林山田，刑法通論，下冊，增訂八版，2003，頁 179 和 192；蘇俊雄，刑法總論II，1997，頁

人個人的認識能力、知識和經驗為依據。按照通說，過失犯在能力有無的判斷上是採用雙階標準（doppelter Maßstab）<sup>13</sup>。

與通說的一般化理論相對，個別化理論主張：行為人個人對結果的預見能力，應當定位在不法層次中的構成要件階層，而一般人對結果的預見能力（一般人又稱作標準人或理性人），在犯罪判斷上是不必要的。換句話說，在構成要件階層，就應該直接依據行為人個人預見能力的有無，去決定過失不法是否成立<sup>14</sup>。

一般化理論和個別化理論之間的歧異：行為人個人的注意能力（預見能力），究竟應當定位在何種階層，一般人的注意能力（預見能力），在犯罪判斷上是否必須，是本文的研究主題。

## 第二節 本文的出發點

古典的法律哲學，從兩方面去尋找法律的基礎：道德價值和自然現實<sup>15</sup>。從現實的角度出發，人是法律形成的中心<sup>16</sup>，人類行為的特定面向是各個法律領域

---

485、486 和 515；黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，增訂一版，2000，頁 115 和 118；Jescheck / Weigend，Lehrbuch des Strafrechts，AT，5. Aufl.，1996，§ 55 II 3，§ 57 III 1。

<sup>13</sup> Blei，Strafrecht I，AT，18. Aufl.，1983，§ 82 II；Bockelm / Volk，Strafrecht，AT，4. Aufl.，1987，§ 20 B I；Otto，Grundkurs Strafrecht，AT，5. Aufl.，1996，S. 176。

<sup>14</sup> 參見張紹省，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 133；黃榮堅，基礎刑法學（下），2003，頁 292。

<sup>15</sup> Coing，Grundzüge der Rechtsphilosophie，5. Aufl.，1993，S. 181。另參見許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 6，2000，頁 73 以下。

<sup>16</sup> Coing，Grundzüge der Rechtsphilosophie，5. Aufl.，1993，S. 182。這種存在論的思考觀點強調「事物的本質（Natur der Sache）」，認為法律的基礎在於對人類行為的正確理解。另參見博登海默（Bodenheimer），法理學，鄧正來譯，漢興書局，1999，頁 547；Larenz，Methodenlehre der

的主題：財產法的規整對象是人的經濟活動，親屬法涉及人的家庭組織，行政法處理國家和人民的關係，刑法的研究領域則是人的犯罪行爲。在所有的法律規範中，人的身心狀態和社會生活都扮演著決定性的角色<sup>17</sup>。如果人沒有榮譽心，就不會有名譽保護這回事。如果人無法從事精神上的創作，就不會有著作權法<sup>18</sup>。在沒有文字的社會當中，文書的安全性不會成爲法益<sup>19</sup>。法律應有的秩序建築在人類生存的本質之上。以刑法的領域爲例：對刑法而言，罪責、故意和過失，都是自然界中已經預定的事實（vorgegebene Sachverhalte）<sup>20</sup>。

正確的規範來自於人類對存在的正確理解，這是本論文的一項出發點。以下我將解析故意和過失的結構，注意能力的結構，和責任能力的結構，再以此爲基礎去解決過失犯注意能力的定位問題。

### 第三節 本論文的編排和內容

本論文有兩大主題：一是要處理注意能力的定位問題，一是要研究過失犯的實務案例。就注意能力的定位問題而言，本論文的立場是採取個別化理論，認爲過失犯的個人注意能力應當定位在構成要件階層中。

---

Rechtswissenschaft, 1975 (本版爲全文版), S. 406 ff., 及其中譯：法學方法論，陳愛娥譯，五南出版（本版爲節略的學生版），1996，頁 324。

<sup>17</sup> Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993, S. 182 ff.

<sup>18</sup> Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993, S. 182 ff.

<sup>19</sup> Schünemann, Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil, 及其中譯：刑事不法之體系：以法益概念和被害者學作爲總則體系和分則體系間的橋樑，王玉全、鍾豪峰、張姿倩合譯，均收錄於：刑事法之基礎與界限，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 9-1，2003，頁 133。

<sup>20</sup> Welzel, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, S. 368 ff., 371。

本論文一共分成三個部分。

## （一）第一部分

第一部分的主旨有兩個。第一個主旨是：從故意犯和過失犯的不法結構，來探討過失犯注意能力的定位。第二個主旨是：從能力和不法的關係，來探討過失犯注意能力的定位。第一部分的内容依序是：作者的個別化理論之一、作者的個別化理論之二、德國學者 **Jakobs** 的個別化理論、國內學者的個別化理論。

作者之所以把自己個別化理論的第一部分和第二部分，放在 **Jakobs** 的理論之前，是因為作者的理論和 **Jakobs** 的理論，有許多相似之處，而 **Jakobs** 理論的深度，以及由德文轉譯成中文的隔閡，會讓讀者有難以索解之感。作者相信如果先介紹作者的個別化理論，讓讀者明白問題所在以及可能的解決方向，在這種情況下，讀者再去看 **Jakobs** 的理論，會比較容易進入狀況。

對於德國學者的個別化理論，作者只有詳細譯介 **Jakobs** 一人的理論，其他人的理論只有在相關部分有所提及。這是因為作者反對在論文中蜻蜓點水式地納入大量文獻，這對問題的解決沒有太多的幫助<sup>21</sup>。此外，**Jakobs** 是當代最優秀的刑法學者之一，他的個別化理論是相當有價值的文獻，裡面有許多發人深省之處，對刑法中的許多疑難問題指出了真理的道路所在。而這些問題，是許多學者沒有

---

<sup>21</sup> 個別化理論的相關文獻，見 **Jakobs**，*Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*，1972，S. 34 ff.；**Jakobs**，*Strafrecht*，AT，2. Aufl.，1991，S. 320 ff.；**Jakobs**，*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*，1992，S. 20 ff.；**Otto**，*Grundkurs Strafrecht*，AT，5. Aufl.，1996，10I-3；**Samson**，SK，12. Aufl.，Anh. zu 16/13；**Stratenwerth**，*Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes*，in：Jescheck-FS，1985，S. 285 ff.；**Stratenwerth**，AT，3. Aufl.，1981，S. 1096 ff.。

辦法解決的問題，甚至根本還沒有意識到的問題。作者認為與其看許多品質不一的文章，不如好好看一篇品質精良的文章。

而國內學者的理論之所以被我擺在 Jakobs 的理論之後，是因為許玉秀老師的個別化理論和作者的理論以及 Jakobs 的理論有相近之處。

## （二）第二部分

第二部分的主旨是：過失犯的實務案例研究。這個部分是作者在三個月內看完五百篇過失判決所得到的心得（這個數字並不驚人，因為大部分判決都只有三四頁，而且許多同類型判決（如車禍判決、火災判決、食物中毒判決等等）彼此的內容有許多相類之處，而同一案件的第一、二、三審判決彼此的內容也會有重複之處）。作者將先對過失犯的實務案例進行分類，細數社會新聞中隨時隨地都在發生的過失案件。再由實務案例出發，對作為犯的不作為義務種類，和不作為犯的作為義務種類，進行整理，釐清各種不同的義務內容。最後再由各種不作為義務的內容，和各種作為義務的內容，去推導出各種不同的過失犯型態，去改寫過失犯太過簡化的原始定義：對風險的不認識。

作者當初之所以會決定要閱讀大量實務判決，是因為希望能夠真正的深入刑法規整的對象：人類的犯罪行為。實務判決全文中，法院所提出的見解不一定很有價值，但是個案所呈現出來的犯罪事實，是相當寶貴的法律素材，它訴說著人類犯行的故事。真實本身就有一定的紋理脈絡，真理就蘊藏在其中，等候人類的發掘（這句話當然是存在論的觀點）。



### **(三) 第三部分**

第三部分的主旨是：過失犯實務案例和個別化理論的研究。作者將以論文第二部分的實務研究成果為基礎，去解析過失犯的能力結構，並以此為出發點，去探討過失犯注意能力的定位問題。此外，作者也會以論文第二部分的實務研究成果為基礎，去解決超越承擔過失的問題。在論文的最後，作者會解析責任能力的結構，並說明責任能力和注意能力的關係，以解決個別化理論在保安處分制度上的爭議。