



第一部分

個別化理論的研究

第二章 作者的個別化理論之一： 故意犯的認知能力和過失犯的注意能力

第一節 故意犯認知能力的定位

第一款 故意認識的對象

故意包含知和欲兩個要素，故意即是對構成要件事實的認知和意欲。故意認知的對象包含所有的構成要件要素¹，構成要件要素可分成下列幾種：(1) 行為人身分，例如索賄罪必須具備公務員身分。(2) 行為方式（手段），例如竊盜的和平佔有方式和搶奪的強力取得手段。(3) 行為客體的存在和身分，例如縱火時知道有人在屋內，性交時知道對方未滿十四歲²。(4) 行為環境（特定時空），例如在夜間侵入住宅強盜或在車站行竊。以及最重要的(5) 行為結果，也就是法益侵害。

構成要件結果乃是構成要件要素的核心，無論是對行為人身分、行為方式、行為客體的存在和身分、還是行為環境的認識，最終都可以歸結到行為人因此而認識了所造成的法益侵害。以上舉諸例來說：行為人因認識到自己以公務員的身分索賄，而認識到自己損害了公權力的威信；因認識到自己以和平或是強力方式取得他人財物，而認識到自己以和平或強力手段破壞了他人的財產權；因認識到

¹ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 29 II 3。

² 許玉秀，故意論，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，1997，第五章，頁2。

縱火時屋內有人或是性交對象年齡幼小，而認識到自己將會侵害人的生命權或是少年人的性自主權；認識到自己在夜間入宅強盜或是在車站行竊，而認識到自己破壞了居家安寧或是公眾安全。對構成要件結果的認識涵蓋了對所有構成要件要素的認識。

由於結果的發生需要許多因素配合，只要行為後有外力介入干擾，或是行為本身成效不如預期，因果過程就會止於未遂。變態男子尾隨女學生進入宿舍欲加性侵，適其男友前來探望，和被害人合力制服歹徒。妻子在酒中下毒想要謀殺親夫，卻因藥量不足而使丈夫撿回一命。因此精確來說，行為人認識到的並不是法益侵害結果，而是法益侵害可能會實現的風險³。

第二款 知的要素的前提：行為人的認知能力

無論是對何種構成要件要素的認知，都以對要素的認知能力為前提。行為人必須有認知事實的能力才能夠認知到事實，才能夠捕捉到現實，才能夠在心中形成對事實的認知。人類的認知器官包括感官和大腦，它們提供了一座橋樑，使人類的內心意識得以聯通外在世界，使人可以感知到外界現實並理解到現實底下的意義，使外界現實及其意義得以成為內心意識內容的一部分。

認知能力的缺陷會造成認知現實的不完整。能力缺陷可能來自於感官障礙、經驗不足或是知識欠缺。瞎眼男子進入餐廳後脫下大衣交給侍者，於離開時不知侍者拿來的是他人的大衣，接過大衣後逕行離去。此時行為人因眼盲而沒有認識

³ 見許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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135。

能力，無法認識到行為客體的性質，無法知道那是他人之物，無從形成侵占他人之物的故意。當愛滋病毒尚未被發現之前，缺乏相關知識的醫護人員在抽血時，並不會就愛滋病毒進行篩檢，結果有病人因輸血而感染到愛滋病⁴。此時醫護人員因缺乏知識而沒有認識傷害風險的能力，無從認識到輸血感染愛滋的可能，不可能形成傷害故意或過失。

因此，故意中認知要素的形成，以有認知能力為前提。行為人要形成對結果的認識，要認識到行為的結果，就必須有認識結果的能力。換句話說，行為人要認識到行為所造成的風險，就必須有認識風險的能力。結論是，故意犯和過失犯相同，都必須有認識風險的能力才可能成立。

第三款 故意犯的認知能力定位和過失犯的認知能力定位

- 支持個別化理論的第一個理由

在目的行為論提出之後，故意就被定位在構成要件階層。由於故意中的認知要素以有認識能力為前提，認知要素存在相當於認識能力存在，因此會產生一個疑問：既然故意犯的認知要素被定位在構成要件階層，也就是說，故意犯中的認識能力是位在構成要件階層⁵，那麼為何過失犯的注意能力卻是定位在罪責階層？將故意犯和過失犯並列，這種結構的不相稱，是支持改採個別化理論的第一個理由。只要採用個別化理論，將過失犯的注意能力定位在構成要件階層，這種

⁴ 參見佛杜錫克，神經外科的黑色喜劇，吳程遠譯，天下文化，2003，頁 90；古柏曼，第二意見，陳萱芳譯，天下文化，2002，頁 226。

⁵ 這個觀點我在上許玉秀老師的課時有提出，老師剛開始聽到時是覺得正確，但有所遲疑，後來終於相信這個觀點。不過老師的理解還是和我不完全相同。見許玉秀，「當代刑法理論之發展」，收錄在『當代刑事法學之理論與發展』，2002，頁 38。

形式上的一致就可以達成。

將過失犯的認識風險能力定位在構成要件階層，除了可以和故意犯構造一致這種形式上的理由之外，更重要的，是呈現過失犯的主觀不法。無論是在故意犯還是在過失犯的主觀不法中，認識能力的狀態都是其中一項不法要素。以下我將先解析不同類型故意和過失的結構，再論述在不同類型的故意和過失中，認識能力所呈現的狀態，及其和主觀不法的關係。

第二節 故意的類型

第一款 德國學說

故意的意義是：對構成要件實現的知與欲。根據知欲要素的不同程度，故意可以分為下述三種類型^{6 7}。

（一）意圖故意（第一級直接故意）

第一種情況是，構成要件的實現本身，正是行為人所要追求的目的。行為人想要造成法益侵害，而利用自己的因果知識，尋找可以導致侵害的特定行為，然

⁶ Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 12 I; Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III。對此的介紹見黃榮堅，「刑法解題－關於故意及過失」，收錄在『刑法問題與利益思考』，1998，頁 17。不過其理解和本文不盡相同。

⁷ 德國早期教科書則只分成兩種：相信結果肯定發生的直接故意，和相信結果可能發生的間接故意。見Liszt / Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, § 39, S. 261.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，頁 292。

後作出特定行爲去導致侵害。例如妻子想要謀殺外遇的丈夫，經過思索後決定在酒中下毒，並在結婚紀念日當天動手。這種故意是最狹義的故意，叫做意圖（Absicht）⁸或第一級直接故意（dolus directus ersten Grades）⁹。在這種故意類型中，對構成要件結果的意欲（Willensfaktor）居於主導性的地位（dominiert）¹⁰，行爲人是按照他對實現目的的計畫去安排他的行爲，其構成要件故意相當於Welzel所闡釋的行爲目的性。與此相對，認知要素只居於次要地位：行爲人是否確信結果將會發生或認爲結果只是可能發生，並無關緊要（gleichgültig）¹¹。此外，犯罪事實本身是中間目的還是最終目的，也無關緊要。即使行爲人的犯罪行爲只是一種手段，侵害法益只是一項中間目的，藉以達成其真正想要的最終目的，行爲人的犯罪故意仍然是一種意圖。縱火燒燬房屋以詐取保險金，此時榨取保險金才是行爲人的最終目的，燒毀房屋只是榨取保險金的手段，是一種爲達最終目的就必須達成的中間目的，但是行爲人燒毀房屋的故意仍是意圖故意¹²。

（二）直接故意（第二級直接故意）

第二種情況是，構成要件結果並不是行爲人想要的結果，但是行爲人於行爲時知道結果確定會發生或是極可能會發生。在這種故意型態中，認知要素（Wissensfaktor）居於主導性的地位¹³，稱之爲直接故意（Direkter Vorsatz）（dolus

⁸ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III 1; Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 12 I, Rn. 7 ff.。

⁹ Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983.。

¹⁰ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III 1.。

¹¹ BGH21, 283 [284f.]。。

¹² 見Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III 1; Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 12 I, Rn. 10, 11.。

¹³ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III 2.。

directus)¹⁴或第二級直接故意(dolus directus zweiten Grades)¹⁵。恐怖份子爲了殺害國家元首，計畫炸掉其所搭乘的飛機，並明知其他乘客毫無疑問也將共赴黃泉，此時殺害元首和炸掉飛機都是意圖故意，令其他乘客致死則是直接故意¹⁶。

(三) 間接故意

第三種情況是，行爲人既不確定結果是否會發生，也不十分想要結果的發生，而是對結果抱持一種發不發生都無所謂的態度，對結果的可能發生淡然以對。例如成名心切的記者，雖然不能肯定女明星醜聞的真假，仍不顧侵害他人名譽的可能而執意報導。這叫做間接故意(bedingte Vorsatz)¹⁷(dolus eventualis)。在意圖故意和直接故意的情況，知或欲的要素獲得高度的滿足，在間接故意的情況，知欲要素的程度都顯著降低，其想要的目的並非是意圖侵害法益，其所認知的行爲風險也比直接故意要來的低，其不法內涵和罪責內涵因此減輕¹⁸。

第二款 我國學說

以上所介紹的故意種類是德國學說和實務的分類。在我國，早期的教科書

¹⁴ Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, §12 I, Rn. 18; Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III 2。

¹⁵ Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 113 ff.。

¹⁶ 參見Puppe, Die Unterscheidung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, 及其中譯：故意與有認識過失的區別，許玉秀譯，均收錄在政大法學評論第五十五期，1996，頁 306 和 299。

¹⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, §12 I, Rn. 21; Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 39 III 3。

¹⁸ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 29 III 3。

中，只有確定故意和不確定故意這兩種類型，以對犯罪事實的認知是否確定作為區分標準¹⁹。確定故意相當於德國的直接故意，行為人對犯罪事實的發生具有確信，不確定故意則包括未必故意、擇一故意和概括故意²⁰。直接故意和間接故意的用語則是用在刑法的故意規定上²¹。

當代學者的見解中，故意類型的數目、名稱和內涵，並未統一。有人遵照德國學說的見解，將故意分成意圖、直接故意和未必故意三種，並指出直接故意又稱為確定故意，未必故意又稱為間接故意或不確定故意²²。有人以是否明知結果並決意使結果發生為標準，將故意區分成直接故意和間接故意兩種²³，將刑法第十三條第一項規定「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意」定位為直接故意，將第二項規定「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論」定位為間接故意，此為我國學界和實務的通說。有人認為只要對結果有預見就是有故意²⁴，認知程度的強弱在刑法上並無意義，因此不必區分直接故意和間接故意，並指出刑法第十三條第一項規定，相當於德國的意圖故意²⁵。有人認同第十三條第一項應屬意圖故意，並認為按照

¹⁹ 韓忠謨，刑法原理，1997，第四章第三節第三款，故意之型態，頁 219 以下；蔡墩銘，刑法精義，1999，第二章第五節，六、故意之種類與構成要件錯誤，頁 148。

²⁰ 這三種情形下行為人所認知到的犯罪事實均不確定。在未必故意的情況，行為人不確定結果是否會發生。在擇一故意和概括故意的情況，行為人不確定結果會發生在哪個或哪些客體身上，前者如行為人當街射擊，不確定哪位倒楣的行人會被射中，後者如行為人在飛機上放置炸彈，不確定哪些乘客會被炸死。見韓忠謨，刑法原理，1997，頁 219 以下；蔡墩銘，刑法精義，1999，頁 148。

²¹ 蔡墩銘，刑法精義，1999，頁 252。

²² 蘇俊雄，刑法總論II，1997，頁 127。關於間接故意用語上的爭論，見許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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 49 以下。

²³ 林山田，刑法通論，上冊，增訂八版，2003，頁 244。

²⁴ 黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 341 和 360。

²⁵ 黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 360。

我國刑法分則的規範結構，不必也不能區分意圖故意和直接故意²⁶。

因為意圖故意在存在構造上的特殊性（見下文第二章第三節第二款），因此本文以下的論述將沿用德國學說的分類，以細究意圖故意（第一級直接故意）、直接故意（第二級直接故意）和間接故意這三種故意類型的不同。必須注意的是，國內對意圖故意和直接故意的內涵及分別尚屬陌生，而國內學說上的直接故意通常是指意圖故意的情形（見上段）。

第三節 各種類型故意和過失的結構

犯罪行為是人類行為當中的一環，因此要理解故意行為和過失行為的特性，就必須先理解人類行為的特性，也就是人類行為和動物行為的不同。

動物依存本能而生活，本能告知它何時該吃何時該睡，動物的飲食、作息和交配的生理週期都早已由本能所決定。和動物不同，人類的本能配備並不牢固，人的吃睡、交媾、玩樂、消費、創作、合作等種種行為動靜，受制於本能的程度很小，自由決定的空間很大。為了補償人類脆弱的本能，使人類在下決定時不會無所適從，大自然賦予人類一項禮物：人類的理性。和其他動物相較，人類擁有發達的智性，人類有觀察力和推斷力而可以理解現實，人類有想像力而能夠預測未來，人類可以按自己的心意去形塑自己的生活，去改變外在的環境²⁷。

人類具有理性，可以察覺事物的因果關聯，可以想見行為的後果。人類是按

²⁶ 許玉秀，故意論，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，1997，頁 11。

²⁷ Fromm，Man for Himself，Routledge，2003，III 1 A。

照他想要的目的，來設計適合達到目的的行爲，並做出行爲以求目的實現。這是每項行爲都有心路歷程，因此人類行爲的特性就是它有目的性（Intentionalität）²⁸。凡人類行爲必有其目的，除非在喪失理性的情況下，如催眠、夢遊或精神錯亂，人的行爲才會是無目的的、盲目的亂動。

行爲的目的性即是，人類運用理性去操縱行爲結果的發生。任何清醒狀態的人類行爲都有目的，無論它是適法行爲還是犯罪行爲。故意行爲和過失行爲可分成幾種不同的類型，在每個類型當中，行爲目的和行爲風險之間的關係，以及行爲人對行爲風險的認識與否，形塑了他們各自獨特的存在。

第一款 意圖故意、直接故意和間接故意的結構

在意圖故意也就是第一級直接故意的情況下，行爲人的意圖正是要侵害法益，行爲人的目的正是使法益受害，行爲人爲達侵害目的而策劃犯罪行爲。從保護法益的觀點來看，第一級直接故意是典型的侵害故意，行爲人對法益明顯具有惡意。

在第二級直接故意和間接故意的情況，行爲人的目的並不是要令法益受害，而是另有目的，法益受害只是行爲所引起的附隨結果（Nebenfolge）^{29 30}，不是行

²⁸ Welzel, *Kausalität und Handlung*, ZStW 51, 1931, S. 709 ff.。

²⁹ 許玉秀老師在「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」一文中，也有使用附隨結果一詞，不過其專指間接故意下所發生的侵害結果，而不包括第二級直接故意的侵害結果。見許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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136。

³⁰ Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, S. 268 ff.。

為所瞄準的真正目的。在第二級直接故意的情況，行為人確知法益侵害結果將會發生，但是為達自己的目的，仍執意作出行為，無視於確定發生的侵害³¹。在間接故意的情況，行為人知道結果可能會發生，同時對結果持有一種漠不關心的態度，為達自己的目的，不顧可能發生的侵害而作出行為。

第二款 間接故意、有認識過失和無認識過失的結構

在間接故意、有認識過失和無認識過失的情況，法益侵害結果都不是行為人想要達成的目的。行為人的行為另有其目的，法益侵害結果只是行為所引起的附隨結果。行為人為達特定目的而作出特定行為，同時產生了法益侵害。

在間接故意的情況下，行為人為達特定目的而作出特定行為，雖然對附隨侵害結果有所預見，但為達原定目的而執意進行行為，不顧侵害風險的實現可能。行為人在面臨法益安全和自己願望兩者的衝突時，寧可法益陷入危險也要實現自己的願望，不願為了確保法益的安全而捨棄原有的願望。

在有認識過失的情況，行為人為達特定目的而作出特定行為，雖然對可能產生的附帶風險有所考慮，但最終認定風險不會實現而決定放手去做。行為人一度看清行為後果，之後卻失卻理性，活在「結果不會發生」的幻想之中。當行為人想要完成願望，又思及行為可能會有的風險時，此時行為人面臨兩件事的衝突：實現自己的願望和保護他人的法益。行為人既想滿足自己的慾望而作出行為，又思及行為可能有風險而應放棄行為，行為人的慾望和理性交戰，眼前有三條路可

³¹ 許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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77。

以選擇：一是認清對法益的危害而放棄遂行己意。這條路是最理性的，既保全別人又讓自己免受牢獄之災。但是有認識過失的行為人並不選擇這一條路，因為他們想要完成心願的慾望太強，無法捨棄自己的慾望。此時行為人只剩下兩條路可以選擇。一是認清行為風險但仍堅持以行為完成願望。此時行為人的心態是間接故意，行為人雖然對法益是有惡念的，但仍是理性的，因為行為人的內心認識和外在現實相符，行為人有認識到現實世界中存在的風險。一是拒絕認清危險而在無心理負擔的情況下遂行己意。此時行為人的心態是有認識過失，行為人雖然對法益並無惡意，但是他的想法是非理性的，因為他的認知和現實不合，他以為風險一定不會實現，事實上風險有可能會實現。面臨這兩條路的選擇，有認識過失的行為人在心理上歷經一番掙扎後選擇了第三條路³²。

行為人因為慾望太強而棄絕第一條路後，之所以沒有走上第二條路，之所以沒有轉變成為故意犯，之所以會無法看清行為所存在的風險，其動機也許是不忍法益受害，但又無法放棄自己的願望，為了掙脫在法益和願望間必須犧牲其一的現實困境，因此遁入與現實相違的非理性想法以求兩全。行為人會自言自語諸如

³² 慾望強烈、執意做出行為的行為人，如果不選第三條路而選擇第二條路，就由有認識過失轉入間接故意。因此有認識過失和間接故意之間的關係是連續的，間接故意終止之處，即是有認識過失的開始。間接故意和有認識過失之間的相似度比和意圖故意的相似度要來的大。此外，行為人也可能在兩者之間擺盪，其對風險的認知會在肯定和否定之間搖擺不定。見Liszt / Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, S. 18, 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，2000，頁 304；Schünemann, *Objektivierung von Vorsatz und Schuld*, 及其中譯：刑法上故意和罪責的客觀化，鄭昆山、許玉秀合譯，均收錄在政大法學評論第五十期，1994，頁 267 和 46。間接故意和有認識過失的分界是一個刑法上的難題。有學者主張故意是一種類型（Typus）。類型的特性就是其邊界不是固定的，而是流動的，而且其要素可以互相補充。因此間接故意和有認識過失的分界不是固定的，而是流動的。知和欲的要素都必須達到一定的程度才能成立故意。在故意成立的判斷上，知和欲這兩個要素可以互相補充，當其中一個要素的程度很高時（如意念堅定或確信不疑），即使另一個要素的程度很低，也能成立故意。見Schünemann, *Objektivierung von Vorsatz und Schuld*, 中譯：刑法上故意和罪責的客觀化，鄭昆山、許玉秀合譯，均收錄在政大法學評論第五十期，1994，頁 270 以下和 48 以下。

此類的话：「不會那麼倒楣的。」「我會把事情處理好的。」「對方有辦法避開的。」行為人不是理性的判斷：厄運可能會降臨，事情可能失控，對方可能避不開，而是以運氣、自信、信賴對方等作為理由，相信風險一定不會實現。這些想法雖然是一種妄想，但是行為人可以活在「快樂實現心願並且心安理得」的幻夢中，享有不傷害法益和實現願望的兩全。直到有朝一日風險真的實現，行為人才從美夢中驚醒，並深深懊悔自己為何不早日看清現實，不早日看清行為的風險，而放棄行為。這種狀況下的有認識過失，行為人之所以會做出風險行為而拒絕看清法益受害的事實，是因為非做不可的慾望太強但又不忍法益受害。

行為人在執意完成願望的情況下，之所以拒絕看出行為對法益所帶來的風險，其原因也可能不是出於對法益的善念，而是不能接受自己居然會傷害別人的事實，不能承認自己是一個壞人。行為人全心貫注在願望的實現和自我形象的保護上，只在意自己的願望和自我形象，行為人對法益的態度是冷漠的，根本不關心法益在現實狀況中會遇到的風險。過失責任之所以會輕於故意責任，是因為行為人並不想法益受害，對法益存有善心。但是這種情況下的有認識過失行為人，

只關心自己，對法益並無善意，惡性不見得比間接故意來的低³³。

上述兩種有認識過失在日常生活中到處可見。以第一種有認識過失為例，負債累累的賭徒，每次賭博都相信幸運女神會眷顧自己。浪費成性的妻子，在家裡破產後仍照舊揮霍，每花一筆錢就安慰自己「反正家裡債務很快就會解決」。以第二種有認識過失為例，精神不濟的醫生準備開刀，助手見狀加以阻止，卻遭醫生怒斥「我的精神哪有不好」「我怎麼可能會在沒精神的情況下開刀」。

³³ Puppe也看出了在某些情況下，有認識的過失不見得比間接故意要來的值得原諒（不過她所提出的理由和本文不同）。她的解決方案是故意的客觀化，依據客觀上風險的大小，來決定行為人應負故意責任還是過失責任，來量定刑罰的高低，而不是完全按照行為人的認識與否來決定是故意還是過失，再按照故意重刑過失輕刑的刻板模式來量刑。許玉秀老師和王玉全同學曾對此提出批評。作者並不贊成Puppe的客觀化處理，因為作者認為應該要主客觀兼顧。不過作者並不同意許老師和王同學的看法。許玉秀老師指出「...如此一來，過失責任只可能存在於危險程度低的情形。...如果行為人正因為危險程度低，一般人都看不出來會實現，而成立過失犯，...行為人必須為一般人都看不出來會實現的風險負責...過失責任應該是行為人沒有認識到一般人都能認識到的危險...如此處理背離了現代的人本思想，回歸到古代的結果責任。」。王玉全同學認為「按照Puppe的說法，過失危險並不存在（作者按：在Puppe的理論中，故意危險是指客觀上很高的風險，由於一般人都會認識到此種風險，因此應當成立故意犯。過失危險是指客觀上較低的風險，由於一般人不見得會認識到此種風險，因此只成立過失犯）」。但事實上，在不法風險的範圍內（也就是在行為具有可歸責性的範圍內），雖然風險一定都超過可容許的限度，但還是有相對的高低可言。一個用鐵鎚敲被害人的頭 25 下然後說自己沒有想到被害人會死亡的行為人³³，和路上超速的行為人相比，顯然在客觀上製造了更大的風險。因此客觀說並非完全不具說服力。一個人人都會想到的高風險，行為人卻無視於它，和只是未認識到一般風險的行為人相比，其心態顯然比較不好，而應接受較嚴苛的刑罰。而這樣的處理方式，對未預見一般風險的行為人，令其成立過失責任，也並非是一種結果責任，因為一般風險雖然較低，但是一般人仍可以預見得到。見Puppe, *Die Unterscheidung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, 中譯，故意與有認識過失的區別，許玉秀譯，均收錄在政大法學評論第五十五期，1996，頁 297 和 303；許玉秀，「區分故意與過失—論認識說」，政大法學評論第五十五期，1996，頁 311 以下。（同篇文章也收錄在許玉秀，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 161 以下）；王玉全，對應原理與錯誤理論，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 7-1，2002，頁 151 以下。

無論是何種有認識過失，行為人想要完成目的的慾望都十分重要。行為人整個人沉浸在強烈的慾望當中，才會被自己的慾望所蒙蔽而喪失理性，相信自己願意相信的事實，拒絕看清令自己痛苦的現實，因為看清事實代表他必須放棄他的行為，放棄他的慾望，而這令他感到痛苦³⁴。行為人在強烈慾望的驅使下，堅持完成自己的心願，無論他的是出於何種動機才未看清風險，都顯示出對法益的輕忽，因為行為人如果對法益有足夠的重視，他就會看清風險。

有認識過失行為人這種不肯面對現實的態度，有可能持續到結果發生後，面對確定的結果卻依然否認自己侵害了法益。記憶不清的被害人指認某人為強暴犯，雖有所遲疑但仍自信沒有看錯。在DNA檢驗和真正的強暴犯認罪後，終於還被告清白，但被害人仍堅持指認無誤³⁵。

在無認識過失的情況，行為人只想到行為可以達成特定目的，對行為可能產生的附帶風險則一無所悉。行為人完全沒有考慮到對法益的風險，顯然出於對法益的忽視，而呈現出一種漫不經心的輕率態度³⁶。

在間接故意、有認識過失或無認識過失的情況，行為的真正目的可能是合法的，也可能是非法的³⁷。就非法目的來說，例如強暴犯為壓制被害人令其不能反

³⁴ 這種沉浸在慾望之中，造成理性受阻，雖有認識事實的能力但沒有發揮，是許多思想家如Spinoza所關注的人類課題。見Erich Fromm, *The Heart of Man*, Harpercollins, 1980, 6. Freedom, Determinism, Alternativism。中譯本見：佛洛姆，人的心，孟祥森譯，有志出版，1992，VI 自由論、決定論、選擇論。

³⁵ 這是真實案例，人很難承認自己的錯誤。見羅芙托斯，辯方證人，林淑貞譯，商周出版，1999，頁 293 以下。另見貝克，預知暴力，薛綯譯，商務印書館，2000，頁 121。

³⁶ 見Liszt / Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, S. 280, 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，2000，頁 310。

³⁷ 相同見解見許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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 133 和 136。

抗，用鐵鎚將被害人敲昏，心知此舉可能令被害人步入黃泉（間接故意），或是心想不可能一擊致死（有認識過失），或是倉促決定而不及細想死亡可能（無認識過失）。

就合法目的來說，行為人是在為達合法目的的正當行為中，造成了附隨風險。由於正當行為是日常生活的一部分，因此每天都在發生，且容易使行為人失去警覺性，這是過失犯在實務上層出不窮的原因。人類為達各種日常目的，會做出各式各樣的常態行為，而其中可能帶有風險。在餐飲、居家、交通、用電、照護、教育、醫療、勞動、休閒、玩樂等等個人或公共的生活領域中，所進行的行為都可能帶有風險，風險可能來自自己或是他人。食物中毒、瓦斯外洩、公路車禍、電線走火、幼兒因看護不周而燙傷、學生因體罰過度而外傷、醫生診斷錯誤或用藥錯誤、勞工因安全設備疏漏而自高處摔落、泳客因救生員疏忽而溺斃、放鞭炮取樂卻傷及路人等等，凡此種種均是耳熟能詳的案例，是天天都有的社會新聞。

第四節 故意不法和過失不法的結構

第一款 故意犯和過失犯的認識能力狀態和主觀不法

- 支持個別化理論的第二項理由之一

在第一級直接故意、第二級直接故意和間接故意的情況，行為人都有認識到行為的風險，都有發揮認識能力去認識風險，因此故意行為人的認識能力是處在發揮的狀態。在有認識過失和無認識過失的情況，行為人都沒有認識到行為的風險，都沒有將認識能力予以發揮去認識風險，因此過失行為人的認識能力是處在

未發揮的狀態。

法規範對有認識能力的行為人做出要求：在行為時，發揮認識風險的能力去認清行為風險，並捨棄為風險行為或採取安全措施。規範向行為人提出了兩個要求：認識風險，和放棄或控制之。

在有認識過失和無認識過失的情況，行為人沒有認識到行為風險，第一個要求就沒有完成。在第二級直接故意和間接故意的情況，行為人是有認識到行為風險，但卻沒有放棄風險行為，只完成第一項要求，卻沒做到第二項要求，因此和規範的要求有所出入而具有不法。

和直接故意（第二級直接故意）及間接故意相比，意圖故意（第一級直接故意）的情況具有特殊性。在直接故意和間接故意的情況，行為人為達特定目的而做出特定行為，同時發揮認識能力而認識到附隨風險，卻依然決意做出行為。行為人在明知風險的情況下卻依然決定作出行為，因此證明其對法益具有惡意。換句話說，在直接故意和間接故意的情況，是先有預定行為存在，然後發生認知要素，最後由行為決意證實惡意要素的存在³⁸。在意圖故意的情況，行為人的目的正是要侵害法益，行為人為了侵害法益，而主動運用其認識行為風險的能力，去尋找可以對法益造成風險的行為，並做出行為以實現之。行為人由於想侵害法益，主動發揮認識行為風險的能力，尋找到適格的風險行為，再做出行為以求風險實現。換句話說，在意圖直接故意的情況，是先有意欲，再催生認知要素和特定行為³⁹。

³⁸ 許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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 77。

³⁹ 許玉秀，「客觀的故意概念－評德國的間接故意概念」，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 135 和 136。許玉秀老師指出，「在直接故意的情形，意欲

意圖故意在日常生活中的事例如下：在公家機關做事的同事甲乙原是一對戀人，甲移情別戀後女同事乙憤恨不平，尋思報復途徑，憶起兩人交往時甲曾向她多次抱怨上司丙作風專制，心想丙若得知必會教甲吃苦，於是隔日藉機向丙告知此事。丙聞言大怒決心惡整甲，心想將其考績批作丙等可令其升遷不易，但因恐人物議而改成在工作上處處刁難。

規範要求行為人發揮認識能力，並在認識風險後放棄行為。但是這兩項要求只適用在過失、間接故意和第二級直接故意的狀況，因為此時行為的最初目的並不是爲了要侵害法益，對法益的風險只是附隨風險，因此行為人有可能對附隨風險欠缺認識。而在第一級直接故意的情況，行為人的行為目的就是爲了要侵害法益，行為人自始就把風險看的清清楚楚，因此不可能有不認識風險的情形。因此規範對第一級直接故意行為人的要求應是：克制自己的行為決意，也就是只作出放棄行為這項要求。

原本規範要求行為人發揮認識能力，是希望行為人善用認識能力，在認識風險後放棄行為，目的是爲了保護法益。而意圖故意行為人主動發揮認識風險的能力，去思考可以侵害法益的行為，並在認識風險後作出行為。其主動發揮認識能力的目的，是爲了侵害法益，而不在保護法益。這是一種對認識能力的濫用⁴⁰。而在第二級直接故意和間接故意的情況，行為人雖然發揮認識能力而認識到風險，但最終並沒有放棄行為，因此認識能力的使用並沒有起到保護法益的作用，

是先於認識的」只有在間接故意的情形才可能是認知先於意欲」(其所說的直接故意應相當於本文所指的第一級直接故意)，其對故意構造的說明較本文簡略。

⁴⁰ 見Schünemann, *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。

認識能力雖有發揮但處在一種無用的狀態。

Schünemann 亦指出，故意是一種對於避免能力的濫用（*der Mißbrauch qualifizierter Vermeidemacht*），其中避免能力指的就是認識能力。

因此，故意犯知欲要素的心理動力關係有兩種：一是意欲促成了認知能力的濫用，一是雖發揮認知能力但經行為決定而證實惡意的存在，使認知能力歸於無用。這正是故意犯的完整主觀不法狀態，而認知能力的濫用或無用狀態是其中一個主觀不法要素。

在過失犯，行為人因輕忽法益，所以雖具備認識風險的能力卻加以未發揮。行為人因輕忽而造成能力的未發揮狀態，這種輕忽心態和認知能力之間的心理動力關係，正是過失犯的完整主觀不法狀態，而認知能力的未發揮狀態（也就是能注意而不注意）是其中一項主觀不法要素。因此過失犯的注意能力，和故意犯的認知能力一樣，都應定位在不法層次中的構成要件階層。這是支持個別化理論的第二個理由。

第二款 故意不法和過失不法的存在基礎

- 支持個別化理論的第二項理由之二

（一）一般化理論的雙重標準

本文的上述主張是：故意犯中的認識能力發揮狀態（能認識而認識）是故意不法中的一項要素，過失犯中的認識能力未發揮狀態（能認識而不認識）是過失

不法中的一項要素，因此這兩項要素都應定位在不法層次中的構成要件階層。

如果不按照這種做法，而是按照一般化理論的做法，結果將會出現雙重標準。

犯罪的判斷＝對犯罪要素的檢驗。在犯罪的判斷上，對過失犯的認知要素（能認識而不認識），需要經過兩道檢驗手續：一是確定行為人對於結果的不認識，一是確定對於結果的認識能力。對故意犯的認知要素（對結果的認識），則只需要一道檢驗手續：確定認知要素的存在，也就是行為人對結果的認識。

按照過失犯通說也就是一般化理論的做法，在不法的判斷上，對過失犯主觀不法要素的檢驗，其檢驗標準如下：過失犯的主觀不法要素，不取決於行為人個人的能認識而不認識，相對的，卻取決於一般人的能認識和行為人個人的不認識。也就是說，將過失不法要素當中的不認識狀態，以行為人個人對結果的認識與否為依據，以行為人的狀況來作決定，將不法要素中的認識能力，以一般人認識能力的有無為根據，以一般人的狀況來作決定。這種處理方式和規範對故意犯的處理方式並不一致。

按照故意犯的通說，在故意不法的判斷上，對故意犯主觀不法要素的檢驗，其檢驗標準如下：故意犯的認知要素（能認識而認識），取決於行為人對結果的認識與否。由於行為人一旦具有認識也就一定具有認識能力（認識能力是形成認識的前提），因此等同於將故意不法要素中的認識能力和認識狀態，都取決於行為人認識能力和認識狀態，都以行為人的認識能力和認識狀態為依據。換句話說，規範將故意犯中的主觀不法要素，完全依照行為人的狀況來作決定，在故意不法的判斷上，完全採行主觀標準。這種處理方式，和規範對過失犯的處理方式並不相同。這種處理方式上的不一致是一種雙重標準。

由採行一般化理論所產生的這種處理態度上的矛盾，只有透過對過失不法和故意不法的一視同仁，在過失不法和故意不法的判斷上都採行主觀標準，也就是在過失犯採行個別化理論，才能解決。

上述不法判斷上的雙重標準，源自於不法內涵上的雙重標準。

在故意犯，規範以行爲人個人的能認識而認識，以故意行爲人個人的主觀不法狀態，以這種存在於故意行爲人個人身上的自然心理事實，來架構故意不法的內容。由此形成的故意概念，是一種完全主觀的故意概念。因此在故意不法的判斷上，必須檢驗行爲人個人的認識能力和認識狀態的有無，以此決定故意不法要素是否齊備。

但是按照一般化理論，在過失犯，規範卻揚棄了行爲人個人的能認識而不認識，揚棄了過失行爲人個人的主觀不法狀態，揚棄了這種存在於過失行爲人個人身上、自然的過失心理事實，未據此架構過失不法的內容。相對的，將不法要素中的認識能力，以一般人的認識能力加以取代，而形成「一般人能認識而行爲人不認識」的過失結構，以這種部分客觀的過失事實，作為過失不法的內容。如此描繪出來的過失概念，是一個部分客觀化的過失概念。因此在過失不法的判斷上，必須檢驗一般人的認識能力和行爲人的認識狀態，以此決定過失不法要素是否齊備。

由採行一般化理論所生的這種不法內涵上的矛盾：主觀的故意不法和部分客觀的過失不法，只有透過對過失不法和故意不法的一視同仁，在過失不法和故意不法的內涵上都採行主觀心理事實，也就是在過失犯採行個別化理論，才能解決。

（二）行為人的自然心理事實是故意不法和過失不法的存在基礎

一般化理論之所以不可行，除了它在犯罪判斷上和不法內涵上所展現的雙重標準外，還有一個原因是：一般化理論捨棄了過失不法的存在基礎。

行為人的故意心態和過失心態，也就是說，行為人的能認識而認識和行為人的能認識而不認識，這種自然心理事實，是故意不法和過失不法的存在基礎，應以此作為故意不法和過失不法的內容。在犯罪判斷上，犯罪行為的要素，應該求諸於犯罪行為人個人的某些特質。一般人的認識能力，和行為人的犯行無干，不應以此作為行為人不法的內容，在犯罪判斷上，不應檢驗一般人認識能力的有無。

（三）一般化理論和個別化理論真正的爭議所在之一：

不法的性質及不法和罪責的區分或合一

在犯罪內涵上，這種「拋卻存在基礎」、「存在基礎失落」、「過失不法客觀化」的奇特現象何以會產生，是一項發人深省的問題。這背後反映的是，對於不法這項犯罪階層的性質的看法。

如果按照故意犯的通說和過失犯的個別化理論，在不法層次就檢驗行為人個人對結果的認識能力，將不法要素的有無全依據行為人的個人狀況來做決定，以行為人的個人狀況作為不法的內容。如此呈現出來的不法狀態，是一種主觀的、個別化的不法，而這和長期以來，認為不法是客觀的、一般的觀念，相互抵觸⁴¹。

⁴¹ 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

如果認為不法是客觀的、一般化的，罪責是主觀的、個別化的，在不法階層的內容，應該以一般人的性質作為要素，在犯罪判斷上，應該要考慮的是一般人身上的特性，不應該顧及行為人個人的能力，能力的有無是罪責層次才要討論的問題⁴²，那麼就會採取一般化理論。如果認為不法和罪責的主客觀性質不同，那麼不法和罪責就必須加以區分⁴³。換句話說，如果有人在犯罪理論方法學上採取「客觀不法」的立場，會使他採取一般化理論，並堅持不法和罪責區分的看法⁴⁴。

如果認為不法和罪責都是主觀的、個別化的，不法階層和罪責階層相同，都應以行為人個人身上的性質為內容，在犯罪判斷上，都應該要取決於行為人個人的能力，那麼就會採取個別化理論（作者即是如此）⁴⁵。如果認為不法和罪責都是主觀的、個別化的，兩者性質相同，那麼不法和罪責似乎就沒有區分的必要。換句話說，如果有人在犯罪理論方法學上採取「不法個別化」的立場，會使他採取個別化理論，並可能傾向不法和罪責合一的看法。

力主個別化理論的Jakobs正是如此，他認為不法和罪責的區分是不必要的。在犯罪判斷上，不法概念只是一個暫時性的概念，不法行為的責任可能在罪責層

壇－刑事法叢書系列0，1997，頁195。

⁴² Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 24 III 6 a; Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 A V, Rn. 51。

⁴³ Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 A V, Rn. 51。Roxin是折衷論者，他認為對於低能力者應採取一般化理論，以一般人的一般能力制定義務標準，對於高能力者應採個別化理論，以行為人的高能力制定義務標準，因此可以說是一半的一般化理論者。他之所以對於低能力者堅持一般人標準，正是因為堅守不法和罪責的區分。

⁴⁴ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 22 VI 1, § 24 III 6 a, § 27 I 2。

⁴⁵ 德國個別化理論學者Stratenwerth 也是如此。見Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes, in: Jescheck-FS, 1985, S. 285 ff.。

次被推翻，這種無法終局確定犯罪與否的概念沒有存在的必要。完整的刑法上行爲概念（Der strafrechtliche Handlungsbegriff），應該包括犯罪行爲的所有內容，應該包括不法和罪責兩個層面，只有這樣的行爲概念，才能真正啓動刑罰，才能真正和刑法有關連⁴⁶。

至於作者自己，我認爲不法應當個別化，至於不法和罪責應區分或合一的問題，是另一個問題，必須深入思考，不是本論文的篇幅可以解決，在此只能點出問題的所在而已。

因此，一般化理論和個別化理論的爭議，其實具有深遠的意義。表面上看來，它是一項只侷限在過失犯構成要件階層的爭議，但在根本上，它是一項涉及犯罪基本理論的爭議，一項涉及不法和罪責各自性質以及分立與否的爭議。一般化理論學者和個別化理論學者間的爭執，也不僅是像表面上呈現出來的，雙方在爭執注意能力定位的問題，事實上，他們是在捍衛各自的犯罪方法學立場：不法應該是個別化的或是一般化的，是主觀的或是客觀的，以及不法和罪責應當合一或是應當分立⁴⁷。

（四）故意不法和過失不法雙重標準的由來

按照故意犯的通說，故意不法是完全主觀化、個別化的，按照過失犯的通說

⁴⁶ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 44 ff.。

⁴⁷ 一般化理論學者即批評，個別化理論學者泯滅了不法和罪責的區分。見 Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 22 VI 1; Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 A V, Rn. 51; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 511 ff.。

(一般化理論)，過失不法是局部客觀化的、一般化的。這種雙重標準的由來究竟是什麼？在犯罪方法學上持客觀不法論者，為什麼不在故意不法的內涵和判斷上，也局部客觀化、一般化？

在目的行為論的提出之後，故意由罪責階層移向構成要件階層，並且在犯罪判斷上，將故意不法要素中的知與欲，全都依照行為人的個人情況來決定。換句話說，在目的行為論提出並影響故意的定位之後，在故意犯，不法的個別化即已宣告完成⁴⁸。

只是在過失犯，由於行為人對結果的不認識，因此必須另外檢驗行為人是否具有認識能力，以確定是否具有過失。不像在故意犯，由於行為人對結果的認識，在檢驗認識的同時，即一併檢驗了認識能力的具備（對結果的認識以有認識能力為前提），因此不必另外獨立檢驗認識能力的有無。但是在過失犯，這一道多出來的、必須的能力檢驗程序，卻成為客觀不法理論者發揮的對象，使得過失不法的個別化遲遲無法完成（這是作者本身的推想）。

本文相信不法應當是個別化的，不法和罪責一樣，都必須考慮到行為人個人的能力。

⁴⁸ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 22 V 3 c.