

# 第三章 作者的個別化理論之二： 能力和不法的關係

## 第一節 認識能力和避免可能性

當法益侵害風險或結果發生時，行為人和客觀不法事實間的心理關係可以分成三種：一是行為人對侵害風險並無預見能力，此時行為人是因不能認識所以才不認識，因此並無主觀不法可言。一是行為人有能力預見風險但未預見，此時行為人呈現過失的主觀不法心態。一是行為人有能力預見風險且已預見，此時行為人呈現故意的主觀不法心態。

當行為人不具預見能力時，既無法預見風險，也就無法因預見風險而放棄行為，或是在預見風險後作出行為。此時無論行為人的最終決定是要放棄行為還是做出行為，都不會是基於風險的考量，都不會呈現出對法益的善意、疏忽或惡意，行為人的行為是價值中性的。一個不知罐頭已因品管不良而腐壞的媽媽，不會因顧慮食品衛生而棄用罐頭，不會因疏忽食品安全而取用罐頭，不會在明知危險的情況下用來招待客人，但可能因認為食物美味而當成孩子的晚餐，也可能因覺得食物不可口而不拿給孩子吃。

只有當有預見能力時，在預見風險後放棄行為才是可能的。只有在有預見能力的情況下，行為人才可能出於對法益的善意，而有意識的基於對風險的考量，而放棄行為。換句話說，只有在有預見能力的情況下，才可能有意識的出於善意去避免結果（沒有預見能力的行為人，即使放棄行為，也不是為了要避免結果），才可能有結果避免可能性。因此，避免可能性以有預見能力為前提，不法層次的

避免可能性相當於預見能力（罪責層次的避免可能性則是他行為能力）。行為人的預見能力是一種避免結果的能力。

黃榮堅老師也指出，對結果的預見可能性就是對結果的避免可能性<sup>1</sup>。

## **第二節 能力和不法的關係**

### **第一款 認識能力和不法的關係： 從行為人和規範的角度觀察**

#### **（一）一個重要問題的提出：能力和犯罪的關係**

和對法益的侵害、惡意、輕忽等犯罪要素不同，能力本身並不是一件負面的事實，而是一項中性的事實。有能力並不是一件壞事。那為什麼能力會成爲一項犯罪的要素？能力和不法及罪責的關係何在？這是在研究個別化理論時，一直縈繞我心頭的疑問。

我們可以從兩個不同的角度來觀察能力和不法的關係：行為人和規範的角度，以及行為人和法益的角度。

---

<sup>1</sup> 見黃榮堅，「故意的定義與定位」，收錄在『刑罰的極限』，1999，頁 393。

## (二) 能力、規範和違法性：支持個別化理論的第三項理由

### (1) 形式的違法性

先從行為人和規範的角度，來看能力和不法的關係。從規範的角度來看，違法性或不法指的是，一種和法秩序相牴觸的狀態（形式的違法性）（formelle Rechtswidrigkeit）<sup>2 3</sup>。從行為人和規範的角度來看，不法的意義是：行為人的內心狀態和外在行為和規範相牴觸。

### (2) 預見能力（避免可能性）是形式違法性的前提

當行為人不具有預見能力也就是避免可能性時，法秩序不會對其作出要求，行為人做什麼都不會和法秩序相牴觸。只有當行為人有避免可能性也就是預見能力時，法秩序才會要求其避免結果，也就是在預見風險後放棄行為。因此當具有預見能力時，只有預見風險後放棄行為才是合法的狀態，沒有預見風險或是預見後未放棄行為都是非法的狀態。行為人的不法性就在於自己狀態和合法狀態之間的落差：行為人處在一種不應有的狀態（正如同民法上的物之瑕疵指的是：物品不是處在它應有的狀態（＝法秩序所要求的品質）<sup>4</sup>）。

---

<sup>2</sup> Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in: Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 343; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87, 1975, S. 562; Liszt / Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, §31, S. 176, 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 201。在Liszt時代，雖然已有形式違法性的看法，不過在當時，不法階層仍然處在完全客觀而不含主觀要素的狀態。

<sup>3</sup> 雖然德文文獻上，有形式違法性的看法，不過以下的申論，全是作者自己想出來的。

<sup>4</sup> 見Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975（本版為全文版），S. 271，及其中譯：法學方法論，陳愛娥譯，五南出版（本版譯自節略的學生版），1996，頁 189。

當行為人不具有預見能力時，規範不會提出要求，因此不會有一個應有的合法狀態存在，因此行為人的真實狀態沒有牴觸合法狀態之虞。當行為人具有預見能力時，規範會對其規定一個應有的標準狀態，此時行為人的狀態才有可能和標準狀態有所出入而產生不法。因此違法性的產生，以有合法狀態可能為前提，以有避免可能性為前提。這點在罪責層次可以看的很清楚，罪責的產生以有避免可能性也就是他行為能力為前提，行為人有他行為能力時才可能處在知道對錯並控制行為的合法狀態（這是責任能力的定義，但他行為能力事實上就是責任能力，詳見下文第十一章第一節第三款），才會因竟作出不法行為而負起責任。

必須有一個標準狀態存在以作對照，行為人才可能產生與之相牴觸的非法狀態，違法性和罪責才可能發生，這是為什麼在檢驗犯罪要件時，預見能力和責任能力會入列的原因。和對法益的侵害、惡意、輕忽等主客觀不法事實不同，能力本身並不是一件評價負面的事實，而是一種中性要素。有能力並不是一件壞事。能力這件事的作用在於，它提供了一個可能性，一個善用能力而保全法益的可能性，這是一個應有的合法狀態，而對照出行為人未盡力或使能力無用或濫用能力而破壞法益的不當。

因此精確來說，能力本身是不法的前提要素，能力的未發揮狀態或無用或濫用狀態這種負面事實才是不法型態（故意或過失）的要素。只是在檢驗過失犯時，技術層面上分成兩個階段：當確定行為人不認識風險時，必須再確定行為人有預見能力，行為人處於能預見而未預見的未盡力狀態，而不是處於不能預見的無能力狀態。所以看起來好像預見能力是一個獨立的不法型態要素，其實預見能力的未盡力狀態才是一個完整的不法型態要素。在檢查故意犯時，檢驗認知要素其實就相當於檢驗能預見而預見的狀態，也就是能力的濫用或無用狀態，所以不需另外再行檢驗預見能力。也就是說，在故意犯，不法型態要素的檢驗只需要一項檢

驗程序，這是由於認知的形成以有認知能力為前提，一旦確認了認知要素的存在同時也就確認了認知能力的存在（見前文第二章第一節第二款，第二章第四節第二款）。

### **（3）支持個別化理論的第三項理由**

從行為人和規範的角度來看能力和不法的關係：避免可能性是形式違法性和罪責的前提，因此不法層次的避免可能性也就是預見能力應當列入構成要件階層，正如同罪責層次的避免可能性也就是他行為能力應當列入罪責階層。

即使不考慮能力和不法的關係，而單純由能力和犯罪的關係來看，結論也是相同的：避免可能性（預見能力）是規範要求的前提，是應有合法狀態的前提。這是預見能力之所以會成為犯罪要素的原因，也是預見能力對犯罪的意義。預見能力對故意犯罪的意義，和預見能力對過失犯罪的意義，是一致的。由於故意犯的預見能力定位在構成要件階層，因此過失犯的預見能力也應定位在構成要件階層。

以上兩點是支持個別化理論的第三項理由。

### **（三）能力和規範內容的關係：**

#### **避免可能性的有無是決定規範內容的存在基礎**

當行為人不具有避免能力時，行為人對結果無法得知，因此規範不會提出避免結果的要求，規範的內容是：行為人避不避免結果都可以（此時即使行為人無

意中避免了結果，也不是出於對法益的善意，例如不知自己已染上愛滋病的少女，因身體虛弱而不願捐血)。當行為人個人具有避免能力時，行為人可以得知結果，因此規範會提出避免結果的要求，規範的內容是：行為人必須善用避免能力去避免結果。因此，避免可能性的有無是規範內容的依據，是決定規範內容的存在面基礎。

#### (四) 事前規範和事後規範的區分

法學家 Binding 從兩個面向解釋刑法規範<sup>5</sup>。一方面是評價規範 (Bewertungsnorm)：將規範不認可的情形評價為違法。一方面是決定規範 (Bestimmungsnorm) 或行為規範 (Verhaltensnorm)：決定一個適當的行為準則，指導行為人為合法行為。許玉秀老師指出，決定規範和評價規範其實是一體的兩面 (一個規範的兩個面向)<sup>6</sup>。

本文將 Binding 的看法加以延伸如下：對於規範的設立可以有兩種觀察角度。一是在結果發生之前，事先立下一個規範，希望行為人加以遵守。此時的規範是一種事前規範，具有引導行為人為合法行為的作用。一是在結果已經發生的情況下，尋找一個適當的規範，作為行為正確與否以及是否發動制裁的判斷標準：當行為人的行為合乎規範時，行為即是正當而不發動制裁，當行為人的行為和規範有所出入時，行為即是不當而應發動制裁。此時所定下的標準是一種事後規範，其功用在於決定行為人行為的對錯和應否受到制裁<sup>7</sup>。事後規範是司法裁

---

<sup>5</sup> Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 1872, S. 4 ff., 152 ff.。

<sup>6</sup> 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210。

<sup>7</sup> 相同見解見 Bockelm / Volk, Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1987, S. 34 ff.。

判努力創作的目標，用以決定被告是否應負民事或刑事責任，藉此實現個案中的正義。

事前規範和事後規範只是設立時點不同，但其內容同一。也就是說，事前規範和事後規範只是觀察角度不同，但其意義相同，是同一規範的兩種性格。因為引導行為的規範標準和決定對錯的規範標準，這兩項標準其實互為表裡：行為人應遵循的行為，就是對的行為，與此相反的行為，就是錯的行為。因此事前規範＝事後規範，兩者均以行為人避免能力的有無為依據：當行為人有預見能力時，才要求行為人避免結果，當行為人沒有預見能力時，即不要求行為人避免結果。事實上，司法裁判在個案中所建立的事後規範，對日後處於相同個案情況的行為人來說，就是應遵循的事前規範，對於審理相似個案的其他法院來說，則是應追隨的判決先例。

目前通說亦認為，用來判斷不法的規範，具有雙重特性：它是事後的評價規範，也是事前的決定規範<sup>8</sup>。

---

<sup>8</sup> Bockelmann / Volk, Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1987, S. 34 ff.。

## 第二款 認識能力和不法的關係： 由事後觀點，從行為人和法益的角度觀察

### (一) 預見能力是行為人實質主觀不法的基礎：事後觀點

從行為人和法益的角度來看能力和不法的關係，也可以分成事後的觀點和事前的觀點兩種。

先由事後觀點，從行為人和法益的角度來看能力和不法的關係。

#### (1) 實質的不法

由事後觀點，從行為人和法益的角度來看，不法指的是：行為人侵害了法益（實質的違法性）（*materielle Rechtswidrigkeit*）<sup>9 10</sup>，行為人的內在心態和外在行為侵害了法益，行為人對法益具有內在侵害心態（故意或過失）和外在侵害行為。此時行為人和法益侵害之間，具有內在關聯和外在關聯。從結果歸責的角度來看，對於法益侵害這項非預期的外界變動<sup>11</sup>，可以經由外在侵害行為和內在侵害

---

<sup>9</sup> 見Maurach / Zipf, *Strafrecht*, AT I, 7. Aufl., 1987, S. 329; Liszt / Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, §31, S. 176, 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 201。在Liszt時代，雖然已有實質違法性的看法，不過在當時，不法階層仍然處在完全客觀而不含主觀要素的狀態。

<sup>10</sup> 雖然德文文獻上，有實質違法性的看法，不過以下的申論，全是作者自己想出來的。

<sup>11</sup> Schünemann指出，法益侵害是一種預料之外的現象。我猜想，這句話所要表達的意思是：由於法益侵害是一項出人意料之外的損害，因此人們會想找出應負責的始作俑者，也就是找出結果應歸責的對象。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，



心態，將法益侵害事實和行為人相連結，將結果歸責給行為人（此時只完成了不法歸責，還有罪責歸責尚未完成）。

## （2）故意和過失：能避免而未避免

構成實質不法的兩項要件：行為人的外在侵害法益行為和內在侵害法益心態。這其中沒有爭議的是，外在侵害法益行為是指破壞法益的行為。但是令人疑問的是，內在侵害法益心態為何是指故意和過失這兩種心理狀態？這兩種心理狀態有何特性而侵犯到法益？

行為人的故意和過失心態，之所以對法益來說是一種有害的內在心態，是因為在故意（能認識而認識）和過失（能認識而未認識）的情況下，行為人都有預見能力（能認識），而預見能力代表的就是：避免結果發生的可能性。換句話說，故意和過失心態的意義是：行為人有預見能力，行為人當初可以出於善意避免結果的發生，而行為人竟由於惡意或疏忽造成結果的發生，竟在能避免的情況下未避免結果的發生。這種惡意或疏忽的心態，這種能避免而未避免的狀態，對法益來說是覺得反感而無法容忍的。

我們從如下的日常生活對話中就可以得到上述的啓示。以故意犯為例，和丈夫爭吵的妻子爲了洩憤，丟掉丈夫心愛的珍藏郵票。丈夫發現後質問其妻：「你把它丟掉了？你知道那是我收藏的郵票嗎？」「我當然知道。」「你知道你還丟！」。這種「明知道後果還做這種事」的譴責聲音，是我們每個人都曾有過的遭遇（不管是罵人或被罵或旁觀），這句話的言下之意就是在責備對方：「你既然知道後果就不應該去做」。也就是說，我們之所以會譴責故意犯的原因，是因為

故意犯既然都已經想到結果了，就應該有良知不要做出行為使結果發生，但故意犯卻居然出於惡意作出行為使結果發生，居然在能避免結果的情況下未避免結果的發生。我們譴責故意犯的原因正是因為：故意犯對法益具有一種惡意的心態，故意犯是能避免結果應避免結果而未避免結果。

以過失犯為例，和妻子因細故爭執的丈夫向母親訴苦，一向不明事理、偏心兒子的婆婆，對媳婦大為不滿，只要媳婦上門就不給好臉色看，甚至惡言相向。妻子由小姑處得知原委，怒氣沖沖的質問丈夫：「你幹嘛在你媽面前說那些話？你知不知道這樣我很難做人？」「我不知道她的反應會這麼誇張啊。」「你怎麼會不知道！」「我沒有想到嘛。」「你怎麼會沒想到！」。這種「怎麼會沒想到這樣做的結果」的譴責聲音<sup>12</sup>，是我們每個人都曾有過的遭遇（不管是罵人或被罵或旁觀），這句話的言下之意就是在責備對方：「你早就該想到會有這種結果了（而不是等結果發生之後再來辯解自己當初沒有想到結果會這樣）」。也就是說，我們之所以會譴責過失犯的原因，是因為過失犯當初是可以想到結果的，就應該用心想到結果，而放棄行為以避免結果，但過失犯卻居然由於疏忽沒想到結果，而作出行為使結果發生，居然在能避免結果的情況下未避免結果的發生。我們譴責過失犯的原因正是因為：過失犯對法益具有一種疏忽的心態，過失犯是能避免結果應避免結果而未避免結果。

Schünemann亦指出：刑法的目的在於保護法益，所以行為人依目的活動去避免結果的能力（作者按：此時行為人以避免結果為行為目的），是刑法的基礎<sup>13</sup>。刑法為了發揮一般預防目的，透過制定禁止規範和命令規範，去影響行為人

---

<sup>12</sup> Hart, *Punishment and Responsibility*, OXFORD, 1968, P.152。

<sup>13</sup> Schünemann的這些看法是根據Welzel的看法而來。見Schünemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in : *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S.35, 及其中譯：許迺曼，*刑法體系思想導論*（十二），許玉秀譯，*法務通訊*第一五七四期，1992。

的動機<sup>14</sup>。過失犯的不法即在於：行為人沒有利用可能的（保護法益的）目的性<sup>15</sup>，行為人的行為欠缺應有的目的支配<sup>16</sup>。而過失犯的真正目的，對刑法來說，是不重要的（作者按：在過失犯，法益侵害結果只是一項附隨結果，並非行為人真正的行為目的，行為人的行為另有其目的）<sup>17</sup>。

### （3）預見能力、實質主觀不法和結果歸責

在行為已經作出、結果已經發生的情況下，如果行為和結果之間沒有因果關係，行為人的行為並未侵害法益，行為人和法益侵害事實之間就毫不相干。假如行為和結果之間具有因果關係，行為人的行為侵害了法益，行為人和法益侵害事實之間就有外在的關聯。在這種情況下，當行為人對結果沒有預見能力時，行為人既無法形成對結果的認識，行為人的內心狀態是：不能認識而不認識，行為人即無故意（對結果的認識）或過失（能認識而不認識）的內在侵害心態可言。此

---

<sup>14</sup> 見Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S.39, 及其中譯：許迺曼, 刑法體系思想導論（十三）, 許玉秀譯, 法務通訊第一五七五期, 1992。

<sup>15</sup> 見Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S.36, 及其中譯：許迺曼, 刑法體系思想導論（十二）, 許玉秀譯, 法務通訊第一五七四期, 1992。

<sup>16</sup> 見Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S.39, 及其中譯：許迺曼, 刑法體系思想導論（十三）, 許玉秀譯, 法務通訊第一五七五期, 1992。

<sup>17</sup> 在過失犯，行為的真正目的，在刑法上似乎不是不重要的。合法行為中所包含的過失（例如嬰兒和大人同睡一床，結果大人於熟睡中翻身無意間壓到嬰兒，造成嬰兒窒息死亡），比起非法行為中所包含的過失（例如綁匪為免肉票呼救，將肉票注射安眠藥後塞入麻袋中，結果被害人不幸窒息死亡），其可非難性似乎比較輕。Schünemann之後也修正了這項看法，認為行為目的的適法與否會影響故意或過失的認定，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、許玉秀譯, 均收錄在政大法學評論五十期, 1994, 頁 272 和 49。

時行爲人和法益侵害事實之間的關係單純停留在外在（客觀不法）：行爲人的行爲侵害了法益。從結果歸責的角度來看，此一外在事實不足以作為刑法上的歸責依據<sup>18</sup>，否則即成為單純的結果責任。

在行爲人的行爲侵害了法益的情況下，當行爲人對結果有預見能力時，行爲人即具有故意或過失的內在侵害心態（因為當行爲人有預見能力時，行爲人對結果不是有認識（故意）就是未認識（過失）），行爲人對法益即具有惡意或疏忽的心態，行爲人即是能避免而未避免結果（因為當行爲人有預見能力時，如果行爲人沒有故意或過失而是具有善意，就不會作出行爲造成結果發生了），行爲人即應為其故意或過失所造成的結果負責，行爲人即應為其能避免而未避免的結果負責（此時只完成不法歸責，還有罪責歸責尚未檢驗）。此時行爲人和法益侵害事實之間的關係包含了內在和外在（主觀不法和客觀不法）：行爲人的心態和行爲侵害了法益（行爲人的侵害心態引起了侵害行爲和侵害結果）（行爲人的內在心態和外在行爲和法益侵害之間具有因果關聯）。從結果歸責的角度來看，此種外在關聯和內在關聯足以作為刑法上的不法歸責基礎。

## （二）支持個別化理論的第四項理由：

### 預見能力是行爲人實質主觀不法的基礎

由事後觀點，從行爲人和法益的角度來看能力和不法的關係：在行爲和結果間的因果關係已經確定的情況下，當行爲人沒有預見能力時，行爲人沒有內在侵害心態可言。當行爲人有預見能力時，行爲人才有內在侵害心態可言，預見能力

---

<sup>18</sup> 不法並不僅僅是：法益侵害結果，而是：與行爲人有關的人格不法。見Welzel，*Das Deutsche Strafrecht*，11. Aufl.，S. 62，1969。

(能認識)(能避免)，是故意(能認識而認識)或過失(能認識而不認識)這種內在侵害心態形成的前提，也就是能避免而未避免這種狀態形成的前提，因此預見能力是行為人實質主觀不法的基礎，是實質違法性的要素。從結果歸責的角度來看，在外在因果關係已經發生的情況下，預見能力是行為人不法歸責(內在歸責)的基礎。因此，預見能力應該定位在不法層次中的構成要件階層。

即使不考慮能力和不法的關係，而單純由能力和犯罪的關係來看，結論也是相同的：「預見能力是內在犯罪心態(故意或過失)(能避免而未避免)的基礎」  
「預見能力是行為人內在歸責的基礎」，這是預見能力這項中性要素之所以會成為犯罪要素的原因，也是預見能力對犯罪成立的意義。預見能力對故意犯罪成立的意義，和預見能力對過失犯罪成立的意義，是一致的。由於故意犯的預見能力定位在構成要件階層，過失犯的預見能力也應定位在構成要件階層。

以上兩點是支持個別化理論的第四項理由。

### **第三款 認識能力和不法的關係：**

#### **由事前觀點，從行為人和法益的角度觀察**

##### **(一) 預見能力和行為人動機及行為人所面臨的選擇**

接著，由事前觀點，從行為人和法益的角度來看能力和不法的關係。

在結果還沒有發生的時候，也就是侵害行為的作出與否還沒有確定以前，如果行為人對法益侵害結果沒有預見可能性，行為人即無從形成對侵害的認識，此

時行為人會單純出於法益以外的其他動機，去選擇要放棄行為還是做出行為：不知罐頭食品於製造過程中遭到污染的主婦，可能因覺得調理方便而拿來招待客人，也可能因覺得不夠體面而不肯用來宴客。不知自己已染上愛滋病的少女，可能因深愛男友而與其共度良宵，也可能因觀念保守而堅守貞操。不管行為人最終的選擇是什麼，在規範上都會被接受。換句話說，此時行為人所面臨的不同選擇沒有好壞可言。

在結果還沒有發生的時候，也就是侵害行為的作出與否還沒有確定之前，一旦行為人對結果有預見能力，行為人即可以發揮能力而預見風險，此時行為人即面臨以下的選擇：

當行為人的行為非以侵害法益為目的，而是另有目的，對法益的侵害只是附隨結果，而不是行為人真正想要的結果時，行為人的內心即必須在下面三條路中作出選擇：一是出於對法益的輕忽，未發揮能力而未預見附隨風險，並為達成法益侵害以外的目的，而逕自作出行為（有認識過失或無認識過失）。一是雖發揮能力而預見到附隨風險，但為達成法益侵害以外的目的，而依然執意作出行為，此時由最終的行為決定，可以確定行為人對法益具有惡意（直接故意或間接故意）。一是出於善意，發揮能力而預見風險，並放棄行為。這三種情形中，第一種和第二種是不對的，第三種是正確的。

當行為人的行為是以侵害法益為目的，對法益的侵害正是行為人想要的結果時，由於行為人自始就出於對法益的惡意，發揮能力去尋找可侵害法益的行為，自始就預見到行為結果，此時行為人的內心即必須在下面兩條路中作出選擇：一是在發揮能力而預見風險的情況下，為達成法益侵害的目的，也就是出於對法益的惡意，而作出行為（意圖故意）。一是在發揮能力而預見風險的情況下，出於對法益的善意，而最終決定放棄行為。這兩種情形中，第一種是不對的，第二種

是正確的。

## （二）預見能力對行為人動機的影響：

### 預見能力開啟了行為人和法益間的互動

當行為人對結果沒有避免可能性（也就是沒有預見能力）時，即使行為人的外在行為可能侵害法益，但行為人的內心根本無法形成對侵害的認知，對法益的顧慮無從進入行為人的思考歷程，此時無論行為人最終決定是要做出行為或是放棄行為，都不會是出於對法益的輕忽、惡意或善意，而是單純出於法益以外的其他考量。換句話說，當行為可能侵害法益時，如果行為人對結果沒有預見能力，那麼行為人和法益侵害可能之間無從產生任何內心關聯。

但是，在結果還沒有發生的情況下，也就是在行為的作出與否還沒有確定時，如果行為人對結果具有預見能力，當行為非以侵害法益為目的時，行為人即必須在善意、惡意或輕忽中，選擇他對法益的態度，在對結果的認識或不認識中，選擇他的認知狀態，在作出行為或不作出行為中，作出他的行為決定。在這種情況下，行為人最終的認知外在現實與否和作出行為與否，都是源自於行為人對法益態度（善意、惡意或輕忽）的選擇。換句話說，對結果的預見可能性，開啟了行為人內心和法益之間的互動，產生了行為人和法益侵害可能之間的內在關聯。這是因為預見能力本身，使行為人的內在心理可以察覺到外在的變動，使行為人的主觀認知和客觀事實得以接軌（見本文第二章第一節第二款），因此開啟了行為人主觀和客觀之間的互動。

在結果還沒有發生的情況下，也就是在行為的作出與否還沒有確定時，如果

行爲人對結果具有預見能力，當行爲以侵害法益爲目的時，由於行爲人自始具有對結果的認識，行爲人即必須在善意和惡意中，選擇他對法益的態度，在作出行爲或不作出行爲中，作出他的行爲決定。在這種情況下，行爲人最終的作出行爲與否，是源自於行爲人對法益態度（善意或惡意）的選擇。換句話說，在這種情況下，對結果的預見可能性，使行爲人的內心預見到法益侵害的可能，開啓了行爲人內心和法益間的互動。對結果的預見可能性，使行爲人的內心察覺到外在的變動，並進而操縱這項變動的發生與否，使行爲人的主觀認知和客觀事實接軌（見本文第二章第一節第二款），開啓了行爲人主觀和客觀之間的互動。

### （三）預見能力和行爲人所面臨的選擇：

#### 預見能力賦予行爲人善惡選擇的問題

對結果的預見可能性，使得行爲人的內心面臨有好壞之分的選擇，而不像在沒有預見能力的情況下，行爲人所面臨的路徑選擇沒有好壞相對性可言。預見能力使得行爲人陷入一種處境：預見能力將道德問題呈現在他的面前，將答案有好壞之分的選擇問題呈現在他的面前，使行爲人必須就道德問題作出抉擇。此時行爲人置身於選擇的十字路口，而他所作出的選擇取決於他內心的良窳。這是爲什麼預見能力這項中性要素會成爲犯罪前提的原因。因爲預見能力賦予行爲人一項道德任務，而只有當面臨道德問題時，行爲人所作出的回答才會有好壞之分，行爲人才會有犯罪的可能。

當人類對自己行爲的後果沒有預見能力時，人類處在混沌無知的狀態中，既不知善，也不知惡。當人類有了預見能力時，預見能力爲人類原本混沌迷濛的心智打開了一條通路，使人類的內心得以和外界現實相連接，能夠預知現實，能夠



操縱現實，能夠選擇是要為善還是為惡。上帝對人類賜予理性這項贈禮時，也將善惡的問題丟給了人類，要人類作出回答。這個問題是我們每個人必須親自去回答的問題。預見能力既是為善的前提，也是為惡的前提，既是合法的前提，也是非法的前提。

#### **（四）預見能力和不法的前提：事前觀點**

由事前觀點，從行為人和法益的角度，來看能力和不法的關係。由於此時心態尚未確定、行為尚未作出、結果尚未發生，因此其實主觀不法和客觀不法尚未產生，真正發生的是不法形成的前提：行為人和法益間開始互動，行為人面臨有好壞相對性的選擇。在這種前提下才有可能產生不法：行為人和法益間的互動有問題，行為人選擇了一條錯誤的路。

#### **（五）選擇能力、選擇自由和選擇責任**

行為人的預見能力，讓行為人面臨好壞的選擇，也讓行為人有選擇的能力：行為人可以選擇要去預見風險，還是不要去預見風險。行為人可以在預見風險的情況下，選擇要去做出行為，還是不要去做出行為。只有當行為人有選擇的能力，也就是有選擇的自由時，行為人才必須為自己自由選擇下的結果負責。

「能力開啓了好壞選擇的可能性」，這種現象也出現在罪責階層中<sup>19</sup>。形成

---

<sup>19</sup> 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 276

罪責基礎的他行為能力，也就是行為人為合法行為的能力，正是行為人可以在好壞行為中，選擇明辨是非、選擇棄惡從善的能力（這是責任能力的定義，但其實他行為能力就是責任能力）。行為人有選擇的能力，意味著行為人有選擇的自由，行為人即必須對自己所選擇的行為負責。責任奠基於自由之上，自由帶來了責任，因此責任能力成為犯罪的要素。

## （六）支持個別化理論的第五項理由

由事前觀點，從行為人和法益的角度來看能力和不法的關係：在結果還沒有發生的時候，在行為的作出與否還沒有確定之前，在行為人的內心狀態還沒有確定之前，預見能力開啓了行為人和法益之間的互動，預見能力使行為人面臨道德問題的選擇，預見能力是不法形成的前提。因此，預見能力應當定位在不法層次中的構成要件階層。

即使不考慮能力和不法的關係，而單純由能力和犯罪的關係來看，結論也是相同的：「預見能力開啓了行為人和法益之間的互動」，「預見能力使行為人面臨道德問題的選擇」，這是預見能力之所以是犯罪行為前提的原因，也是預見能力對犯罪行為的意義。預見能力對故意犯罪行為的意義，和預見能力對過失犯罪行為的意義，是一致的。由於故意犯的預見能力定位在構成要件階層，過失犯的預見能力也應定位在構成要件階層。

以上兩點是支持個別化理論的第五項理由。