

第四章 德國學者 Jakobs 的個別化理論

第一節 Jakobs 的理論和作者的理論

第一款 Jakobs 的理論和作者的理論

在刑法界，不同學者對同一問題持有相同看法，洵屬常事。他們彼此的看法可能是結論相同，但是理由構成不同，也可能是結論相同，並且連理由構成也近似。

在上文中，作者為個別化理論找到了五項理由。一項是：「行為人個人的能認識而不認識」這項心理事實，是過失主觀不法的存在基礎，因此應以此作為過失不法的內容，而不是以「一般人能認識而行為人不認識」這種局部客觀的事實，作為過失主觀不法的內容。一項是：從行為人和規範的角度，來看能力、規範和不法之間的關係。預見能力就是避免可能性，只有在行為人具有避免可能性的情況下，行為人才可能出於善意去避免結果，規範才可以做出要求，才會有形式違法性存在的可能，因此預見能力應該列入構成要件階層。一項是：由事後的觀點，從行為人和法益的角度來看能力和不法的關係。在行為結果已經發生的情況下，如果行為人有預見能力，行為人才有故意或過失，行為人才是能避免而未避免結果。換句話說，在行為結果已經發生的情況下，預見能力（也就是避免可能性）是行為人的實質主觀不法基礎，因此過失中的認識能力應定位在構成要件階層。

我在作出上述推論之前，從未看過任何關於個別化理論的外文文獻。直到我為了本篇論文的寫作而接觸外文文獻，我才發現了一件有趣的事：

早在一九七二年，德國學者 Jakobs 在「過失結果犯的研究 (Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt)」一書中，就以避免可能性為出發點，去推導出個別化理論。接著在一九九二年，Jakobs 在「刑法上的行為概念 (Der strafrechtliche Handlungsbegriff)」一書中，再度以避免可能性為出發點，去架構刑法上的不法行為 (故意行為和過失行為)。他的觀點和作者的這三個觀點：「行為人個人的能認識而不認識」這項心理事實，是過失主觀不法的存在基礎，因此應以此作為過失不法的內容，而不是以「一般人能認識而行為人不認識」這種局部客觀的事實，作為過失主觀不法的內容，以及從行為人和規範的角度，來看能力、規範和不法 (形式違法性) 之間的關係，以及由事後的觀點，從行為人和法益的角度，來看能力和不法 (實質違法性) 的關係，有許多相同的地方。

第二款 本文對 Jakobs 理論的處理

以下作者將譯介他的理論。在我的德文能力範圍內，我將 Jakobs 論述中和個別化理論無關的地方予以刪除，將有關的地方儘可能逐句翻譯。Jakobs 的整體理論猶如一株樹木般開枝散葉，除了理論的中心：個別化理論之外，還涉及許多旁枝，包括：Jakobs 對故意和過失關係的思索，Jakobs 對過失犯的一些想法，Jakobs 對其他學者見解的批評等等。本文限於篇幅將這些地方全部翦除，而只保留原文的骨幹。在原文的翻譯上，為了表達上的流暢和意義上的清晰起見，在不妨礙原意的前提下，對原文的字句有所增補和刪減。

此外，由於 (1) Jakobs 的論述有時過於簡潔及隱晦，一般讀者不易明白。(2) Jakobs 文章的讀者是德國的法律專業人士，因此在許多論點上 Jakobs 都假定讀

者會明白其意而一筆帶過，但這些論點對國內讀者來說相當陌生。(3) 德文的表達方式不同於中文，而這對許多國內讀者來說，構成理解上的障礙。因此作者會適時介入加以講解，用國內讀者看得懂的話去加以解釋。

第二節 避免可能性 (Die Vermeidbarkeit)

第一款 三種結果類型和結果避免可能性

在「避免可能性 (Die Vermeidbarkeit)」一章中，Jakobs以「行為人已作出行為導致結果發生」為前提狀況，討論結果應在何種範圍內歸責給行為人以及如何歸責的問題¹。Jakobs根據行為人和結果之間的心理關係，將已發生的結果分成三種：意圖結果 (Angestrebte Folgen)，也就是意圖故意的情形，結果的發生 (Verwirklichung) 正是行為人想要追求的目的以及行為的動機，行為人蓄意操縱結果的發生²。有認識的附隨結果 (Erkannte Nebenfolgen)，也就是第二級直接故意和間接故意的情形，此時侵害結果並不是行為人真正想要的結果³，而行為人對於結果的發生具有認識。無認識的附隨結果 (Nicht erkannte Nebenfolgen)，可分成過失以及無過失兩種情形，此時行為人對於附隨結果的發生並無認識⁴。Jakobs並依序對各種結果的結果避免可能性作出討論，(以下附有原文的粗體標題均是沿用Jakobs書中的標題)。

¹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 34 ff.。

² Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 34.。

³ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 36 ff.。

⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 39 ff.。

第二款 意圖結果 (Angestrebte Folgen) 的結果避免可能性

(一) 意圖結果 (Angestrebte Folgen) 的結果避免可能性

意圖結果的前提是，行為人因為想要達到目的而作出行為導致結果的發生。Jakobs 指出，對於意圖結果，行為人具有結果避免可能性：

Die Bedenken , Steuerung von Verhaltensfolgen durch ein Subjekt dann anzunehmen , wenn ein in bestimmter Weise geändertes Subject die Folgen vermieden hätte , sind jedoch überwindbar.⁵

譯文：毫無疑問的，我們應接受下述情況中行為人對行為結果的操縱：如果一個改變心意的當事人，以一定的方式去避免結果。

這句話的意思是說，當一個對法益具有惡意的行為人，想要結果發生而作出行為去造成結果時，如果這個行為人當初在行為時能夠改變心意，對法益由惡意轉為善意，而不想要結果發生，因此放棄行為或控制行為，以一定的方式去避免結果，那麼規範會認可在這種情況中，行為人對結果不發生的善意操縱。這種情形是一種對結果的操縱，因為並不是只有惡意使結果發生才是在操縱，善意使結果不發生也是在操縱。

由於Jakobs是在「行為人已經作出行為造成意圖結果」的前提下，探討行為人對意圖結果的避免可能性，因此行為人於行為時改變心意純屬一種假設情

⁵ Jakobs , Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt , 1972 , S. 35 .

況 (unter der Hypothese eines geänderten Subjekts)⁶，因此在德文原文中以虛擬式表之⁷。

在意圖結果的情況，涉及行為人對結果發生的操縱。對此，Jakobs指出，操縱這件事本身⁸，就表明行為人有極大的自由可能性 (wahrscheinlichkeitsfreie Möglichkeit)，在下面兩件事情中作出選擇：去做出會帶來特定結果的行為，或是在足夠的避免結果動機下 (unter der Hypothese einer auf Vermeidung dieser Folgen zielenden dominanten Motivation)⁹，放棄行為。

(二) 避免動機和避免可能性

Jakobs文中「足夠的避免結果動機 (unter der Hypothese einer auf Vermeidung dieser Folgen zielenden dominanten Motivation)」是「避免可能性 (Die Vermeidbarkeit)」整個章節的立論基礎¹⁰。無論是在意圖結果的情況、還是在有認識附隨結果的情況、還是在能認識而不認識附隨結果的情況，只要行為人當初有足夠的避免動機，行為人都可以避免結果的發生，行為人都可以在預見風險後放棄行為。換句話說，只要行為人有預見能力，行為人就可以去避免結果，避免動機的作用空間相當於避免可能性的存在空間。

⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 35。

⁷ 這代表在閱讀時如果沒有弄清楚這項前提，將會看不懂作者為什麼要使用虛擬式。

⁸ 原文是「操縱這項概念本身 (Der Begriff der Steuerung)」，為顧及中文表達的流暢，改成「操縱這件事本身」。見Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 35。

⁹ 「足夠的避免動機」(unter der Hypothese einer auf Vermeidung dieser Folgen zielenden dominanten Motivation)，直譯應是「居優勢地位、起主導作用的避免動機」，意思就是說避免動機在強度上顯著超越行為動機，而在整個行為決定上居於主導地位。不過為了中文表達的流暢，我選擇意思相近的「足夠避免動機」作為用詞。見Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 35。

¹⁰ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 35 ff.。

(三) Jakobs 理論和作者理論的比較之一：

避免動機和避免能力的善用狀態

避免動機指的是：有預見能力的行為人，出於避免結果的動機，在預見風險後放棄行為。也就是說，有預見能力的行為人，出於對法益的善意而發揮預見能力，在預見風險後放棄行為。因此，Jakobs 文中「足夠的避免結果動機」，相當於本文中「行為人對法益具有善意（見章節）」「行為人善用避免能力」所指的情況，避免動機就是避免能力的善用狀態。

因此這個地方出現的是：兩個不同的人，用不同的語彙，表達相同的理念。言詞上的不同無礙於根本意思的相通。

第三款 有認識附隨結果（Erkannte Nebenfolgen） 的結果避免可能性

(一) 無關緊要的有認識附隨結果的避免可能性

在有認識附隨結果的情況，Jakobs 分成兩種情況來討論：一是附隨結果的發生對行為人來說無關緊要（gleichgültig）。此時行為人對附隨結果的認識，既不會促進（gefördert）他的行為動力也不會抑制（gehemmt）他的行為動力。但是，儘管它是無關緊要的，被認識的附隨結果仍然是可以操縱的（steuerbar），因為它和意圖結果一樣，都可以在同樣的先決要件下被避免：

只要行為人有足夠的避免動機¹¹。

（二）不受歡迎的的有認識附隨結果的避免可能性

另一則是附隨結果的發生對行為人來說是不受歡迎的（*unerwünscht*）。例如政治狂熱份子在外邦元首蒞臨親訪時，企圖用炸彈加以暗殺，明知此舉很可能傷及無辜的本國同胞¹²。此時行為人對於附隨結果會有一種想要避免的衝動（*der Antrieb zur Vermeidung der Folgen*），但是行為人最終克服了這種衝動而作出行為。因此這種附隨結果對行為人來說是可以操縱的¹³。

（三）對有認識附隨結果的操縱和意欲

Jakobs並強調，在以上兩種有認識附隨結果的情況，行為人事實上都沒有真正去操縱（*Steuerung*）結果的發生或是真正想要（*Wollen*）結果的發生，而只是對結果具有操縱可能性（*Steuerbarkeit*）¹⁴。按照Jakobs的看法，由於行為人真正想要的並不是附隨結果，因此行為人對於附隨結果並無意欲可言。因此，在直接故意和間接故意的情況，對於附隨結果的發生，故意中的意欲要素並不存在，而只剩下認知要素¹⁵。因此，故意行為人對結果的知欲情形可分成兩種：對於意圖結果的認識和意欲，以及對於附隨結果的認識¹⁶。

¹¹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 36。

¹² 此例為作者自舉。

¹³ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 37。

¹⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 36, S. 37。

¹⁵ Jakobs, AT, 2 Aufl., 1991, 8/20 ff.。

¹⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 46。

對於「故意不以意欲要素為必要」這項看法，Puppe亦加以贊成。Puppe指出，故意中的意欲要素，已因承認第二級直接故意而被放棄¹⁷。Puppe並舉間接故意為例：行為人在遊樂場中和人打賭，自己可以用遊戲槍擊中一名女孩手中的彈珠。行為人明知此舉有可能誤中女孩，而行為人顯然並不想要此項結果發生，因為他並不希望輸掉賭局¹⁸。此時毫無疑問，行為人對傷害女孩成立間接故意。許玉秀老師反對這種看法而認為，在直接故意的情況，是意欲先於認知，而在間接故意的情況，是認知先於意欲，只是意欲不明確而已。換句話說，即使在間接故意的情況下，行為人也對結果具有意欲¹⁹。而我則認為，在第二級直接故意和間接故意的情況，行為人並不想要附隨結果發生，因此行為人對於附隨結果的確沒有意欲，尤其是在附隨結果不受行為人歡迎時。但此時行為人仍對法益具有惡意，因為行為人明知行為可能導致法益受害。事實上在意圖故意、第二級直接故意和間接故意這三種狀況，行為人的共通點並不是對結果具有意欲，而是對法益具有惡意，對法益的惡意才是這三者的上位概念。因此應該用對法益的惡意，來取代故意中的意欲要素。故意中的兩個要素即是：對法益的惡意和對侵害的認識。

第四款 無認識附隨結果（Nicht erkannte Nebenfolgen）

¹⁷ 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 306 和 299。

¹⁸ 本案例見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 299 和 306。另見許玉秀，「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『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）。許老師在該篇文章中就Puppe的看法提出反對見解，但並未對本案例提出說明。

¹⁹ 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 134 以下。

的結果避免可能性

(一) 避免可能性是一項先於規範的確定事實 (Vermeidbarkeit als vorrechtlich Sachverhalt)

首先，Jakobs指出，避免可能性包含一項心理狀況以及它的結果：當行為人有足夠的避免結果動機時，結果就不會發生。避免可能性這項概念是一種先於規範的（vorrechtlich）、自然的（natürlich）事實²⁰。

接著，Jakobs指出，行為規範如果要生效的話，就必須以避免可能性作為制定規範的前提。在有避免可能性的前提下，如果行為人沒有認識到附隨結果，那麼這種自然的、先於規範的過失心態，已從根本上形成了過失²¹。

這句話的意思是說，行為規範的目的在於：避免特定結果的發生。因此行為規範想要生效，想要真正避免結果的發生，就必須以結果有避免可能性作為制定規範的前提。否則，在無避免可能性的情況下制定行為規範，將不能達成避免結果發生的目的。

按照 Jakobs 的想法，這裡的有避免可能性，是指行為人個人有避免可能性，也就是說行為人個人有預見能力。因此，Jakobs 在這句話想要傳達的意思是：行為規範的制定，必須以行為人個人的預見能力為前提。

²⁰ 見Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 39。

²¹ 見Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 41。

將 Jakobs 的想法予以延伸：當行為人個人沒有預見能力時，就不應制定避免結果的行為規範，如此一來，行為即無和規範相牴觸之虞（因為規範根本不存在），而無規範違反性（Normwidrigkeit）成立的餘地。也就是說，當行為人個人不具預見能力時，行為人的行為即無規範違反性也就是不法可言。預見能力是不法成立的前提，因此預見能力應當定位在不法層次中的構成要件階層。

（二）Jakobs 的個別化理論脈絡

由此可見，在上面這段話中，Jakobs 已流露出個別化理論的思想，不過 Jakobs 在下一章「避免可能性和規範違反性（Vermeidbarkeit und Normwidrigkeit）」中，才會清楚指明過失犯理性人標準的不當。或許是因為 Jakobs 直到「避免可能性和規範違反性」這一章中才正式抨擊過失犯的客觀標準，所以有些討論個別化理論的文獻，只有引用「避免可能性和規範違反性」這一章的內容，而不及於「避免可能性」這一章的內容²²。而我則因為自己是由避免可能性聯想到個別化理論（見本文第三章），所以一看到書中有「避免可能性」這一章，就用心去讀它，結果發現 Jakobs 的思路脈絡果然是由此出發。

此外，Jakobs 在「刑法上的行為概念（Der strafrechtliche Handlungsbegriff）」一書中，有提及個別化理論（見下文），其中 Jakobs 在註釋中所引用的自己文

²² 見 Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 22 VI 1; 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 277 和 52、53；許玉秀，「探索過失犯的構造－行為人能力的定位」，『主觀與客觀之間』，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 0，1997。

獻，有包括「避免可能性」這一章²³。可見Jakobs自己也認為在「避免可能性」這一章中，個別化理論的思想就已經出現。

（三）過失（Die Fahrlässigkeit）

（1）可認識的附隨結果的避免可能性

在此一章節中，Jakobs指出，如果一項行為結果還沒有被行為人認識的話，行為人就不會想要去避免它²⁴（作者按：因為對於自己沒有想到的東西，人不會進一步想到去避免它，只有對於自己已經想到的東西，人才會想到要去避免它）。在有避免動機的情況下，只有被預見的結果才能被避免（作者按：因為只有當行為人預見結果時，行為人才會想到要避免結果，行為人才會決定放棄行為以避免結果。當行為人未預見結果時，行為人不會想到要避免結果，行為人即使決定放棄行為也不是爲了要避免結果）²⁵。對於無認識的附隨結果，如果行為人有預見能力（以及行為有可歸責性），行為人即具有過失。此時行為人當初如果有足夠的避免結果動機，避免動機即會成爲一項動力（Antrieb），推動行為人去獲取對結果的認識，再以此項認識作爲避免結果的心理前提。也就是說，避免動機並不以對結果的認識爲前提，而是避免動機自

²³ Jakobs，Der strafrechtliche Handlungsbegriff，1992，S. 25，Fn. 24。

²⁴ Niemand kann die Folgen eines Verhaltens vermeiden wollen，die eben als Folgen dieses Verhaltens —noch— nicht erkannt sind. 譯文：沒有人能去避免一項行為結果，除非這項結果已經被當作是行為結果來認識（原文：如果這項結果正好還沒有被當成是行為結果來認識的話）。見Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 42，其中提到行為人對附隨結果的認識和行為人避免動機（Vermeidemotiv）之間的關係。

²⁵ Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 45。

身 (selbst) 成爲一項動力，去達成對結果的認識²⁶。

(2) 不可認識的附隨結果和可認識的附隨結果

在無預見可能結果之處，可以發現規範效力範圍的極限。但是在有預見可能性的範圍內，規範可以充分發揮作用去避免結果的發生²⁷。因此，在附隨結果的情況下，如果行爲人有避免動機，結果就會被行爲人所認識並且被避免，或是結果對行爲人來說根本不能認識因此也無法避免²⁸。(原文參照如下)

...Bei der Hypothese dieses Motivs werden also Nebenfolgen vom Subjekt erkannt und vermieden oder sind dem Subjekt überhaupt unerkennbar und deshalb unvermeidbar²⁹.

²⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 43.

²⁷ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 43.

²⁸ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 43, 44.

²⁹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 43, 44.

第五款 避免可能性和規範體系的建立 (Systematisierung)

(一) 避免可能性是建立規範的始點

在檢討完各種結果類型及其避免可能性之後，Jakobs 作出總結：避免可能性是建立規範的始點。

避免可能性的前提就是，行為人處於如下的特定心理狀況，也就是說，行為人具有如下的真實心理素質：行為人只要有避免動機就可以避免結果的發生³⁰。(原文參照如下)

Die Vermeidbarkeit setzt eine spezifische psychische Lage voraus : eine aktuelle psychische Disposition der Art, daß zur Vermeidung eines Erfolges nur ein Vermeidemotiv fehlt.

以避免特定結果為目的的規範，其建立起點即在於：結果的避免可能性。行為結果可以分成兩種類型：不可避免的結果和可避免的結果（作者按：這是我自己加上的說明）。可避免結果的整個範圍可以區分成兩個區域：有真正操縱的結果（意圖結果），以及單純只是可以操縱的結果³¹（可避免結果總共有三種：有操縱的結果（意圖故意）、有認識的可操縱結果（對附隨結果的直接故意和間接故意）、無認識的可操縱結果（過失）³²）。在所有有操縱或可操縱的結果中，行為主體事實上都處在如下的情況：如果行為人當初有足夠

³⁰ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 45。

³¹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 47。

³² Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 83。

的避免動機，那麼引起結果的行為就不會被做出來了³³，換句話說，結果的引起是可以被避免的³⁴。故意不法和過失不法的共同點就在於，它們都具有一項特徵：結果的避免可能性。這項特徵形成規範的起點（*Ansatz*），這項自然事實的（*natürlich*）避免可能性，為旨在避免特定結果的規範體系，建立了一道不可跨越的界限³⁵。（原文參照如下）

…Anknüpfungspunkt der auf Vermeidung bestimmter Folgen gerichteten Normen sind nicht…, sondern die Vermeidbarkeit der Folgen. Damit gliedert sich der gesamte Bereich der vermeidbaren Folgen eines Verhaltens in die aktuell gesteuerten Folgen (beabsichtigte Folgen) und die bloß steuerbaren Folgen; …die natürliche Vermeidbarkeit bildet eine unüberspringbare Grenze für ein auf Vermeidung bestimmter Folgen angelegtes rechtssystem³⁶.

Jakobs 的這項總結清楚呈現出個別化理論的思想。將 *Jakobs* 的意思加以延伸，可以得出如下的結論：由於規範的目的在於避免特定結果，因此規範的設立要以結果避免可能性為基礎，在結果不可能被避免的情況下設置規範是無意義的。結果的避免可能性：特定結果可以被個別行為人避免，也就是個別行為人的避免可能性；個別行為人可以避免特定結果，也就是個別行為人的預見能力。規範的建立不應以抽象人或標準人的避免可能性為基礎，以這種基礎所設置的規範無法在個案中達到避免結果的目的（因為這種規範表示的是：一般人可以避免結果，而不是：行為人個人可以避免特定結果）。規範的建立應該以行為人個人對

³³ *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 47.

³⁴ *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 83.

³⁵ *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 47.

³⁶ *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 47.

特定結果的避免可能性為基礎，規範的制定應該要針對個別行為人和特定結果而發。

（二）Jakobs 理論和作者理論的比較之二

（1）避免可能性和規範成立及規範內容

「避免可能性是規範建立的始點」，Jakobs 的這項結論，和我前面所提出的，「唯有在行為人有預見能力（避免能力）的情況下，規範才可以做出要求」（見前文第三章第二節第一款（二）（三）），十分相似，但並不完全相同。因為 Jakobs 認為，規範的建立應當以避免可能性為基礎，行為人沒有避免可能性時，就沒有成立規範的餘地。而我則認為，在沒有避免可能性的情況下，規範還是會成立，只是規範的內容變成是：行為人避不避免結果都可以（因為行為人沒有預見能力而無法控制自己的行為）（見前文第三章第二節第一款（二）（三）），而不像在有避免可能性的情況下，規範的內容是：行為人必須避免結果。換句話說，對 Jakobs 來說，避免可能性是規範賴以成立的基礎，對我來說，避免可能性是決定規範內容的依據。

不過作者主張和 Jakobs 主張的這項差異，似乎也只是用語上的差異，無論是說規範不成立或是說規範成立但不提出要求，指的都是同一種狀況。

(2) 避免可能性和規範違反性的關係

及能力和形式違法性的關係

對 Jakobs 來說，避免可能性是規範成立的基礎，無避免可能性時規範就不成立而無規範違反性可言，避免可能性是規範違反性也就是不法的前提。因此避免可能性也就是預見能力應當列入不法階層中的構成要件階層。

Jakobs 的這項看法相當於作者的這項看法：由行為人和規範的角度，來看能力和不法（形式違法性）的關係。只有在行為人具有預見能力的情況下，行為人才可能出於善意去避免結果，規範才可以做出要求，才會有形式違法性存在的可能。預見能力是決定規範內容的依據，預見能力是形式違法性也就是不法的前提，因此預見能力應該列入構成要件階層（見前文第三章第二節第一款）。

(3) 意圖故意、直接故意和間接故意的避免機制及不法結構

此外 Jakobs 和作者的個別化理論，雖然重點都是在處理過失犯注意能力的定位問題，但是在理論的一開始都有處理到意圖故意、直接故意和間接故意的問題。Jakobs 是一一探討這些故意類型當中的避免可能性機制，並由此推論出「避免可能性是規範建立的始點」這項結論。而作者則是詳究這些故意類型各自的不法結構，以確認認識能力是其中的一項不法要素，再由故意犯認識能力的定位出發，去對照出過失犯認識能力定位的不當。Jakobs 和作者各自以不同的方式，從故意犯當中尋找支持過失犯個別化理論的依據。

第三節 避免可能性和規範違反性

(Vermeidbarkeit und Normwidrigkeit)

第一款 問題的提出 (Problemstellung)

由上述的總結出發，Jakobs在「避免可能性和規範違反性 (Vermeidbarkeit und Normwidrigkeit)」這一章中³⁷，對刑法的過失教義學 (die Dogmatik der Fahrlässigkeit) 作出檢討：在構成要件階層中，過失判斷標準的客觀化，也就是抽象理性人標準，已經超越了個別行為人的真實避免動機。過失的客觀標準，也就是客觀上適當的互動 (Verkehr) 行為標準，因為刑法目的在於規整人際間的互動行為，並制裁不當的互動行為：侵害他人行為。

對於過失犯的客觀標準，Jakobs 區分成兩個問題領域 (zwei Problemkreise)。一個問題領域是：如何制定一項行為規範 (Verhaltensnorm) 的內容，也就是說如何決定一個行為楷模 (Leitbild) 的行為。對此，一般化理論的回答是：行為人應以抽象理性人的行為為榜樣，個別化理論所提出的答案則是：應以一個有避免動機的良好公民行為為榜樣 (對一般化理論和個別化理論的這一小段說明，是作者自行加上去的，Jakobs 僅點出問題所在而已)。

另一個問題領域是：並不是對於每一項可以避免的結果，都有必要建立規範去防堵它，在已有預見或可以預見的結果中，如何劃定一個適量的風險範圍作為行為規範的起點 (Anknüpfungspunkt)³⁸。這個問題領域是客觀歸責也就

³⁷ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 48。

³⁸ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 48。

是可容許風險（erlaubtes Risiko）的問題³⁹，當然，這個問題不是過失犯所獨有⁴⁰。這個問題不在本論文的討論範圍內。

第二款 內在注意義務和外在注意義務的區分

（一）外在注意義務的存廢：

外在注意義務是履行完整內在注意義務的結果

傳統上，過失犯的注意義務，被區分成內在注意義務⁴¹，和外在注意義務兩種⁴²，各自代表認識義務，和放棄行為或是控制風險義務⁴³。對於此種區分，Jakobs指出，當行為人的外在注意有所欠缺時，此時行為人也一定沒有履行內在的注意，行為人一定沒有對於可能發生的結果經由內省而加以自制。外在注意義務只是一種避免結果的方法，它是在行為人有避免動機時，行為人基於對結果的預見，而決定作出的行為：放棄有風險的行為。在有避免動機的情況下，外在注意義務的實踐其實單純只是：行為人履行內在注意義務後的結果（Konsequenz）⁴⁴。

³⁹ 見本文第一章第二節。

⁴⁰ Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 49。

⁴¹ Engisch，Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht，1930，S. 269 ff.。

⁴² Engisch，Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht，1930，S. 273 ff.。

⁴³ 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003，頁 291。

⁴⁴ Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 60。

（二）預見結果義務和避免結果義務

在Jakobs看來，甚至連預見結果的注意義務也是多餘的（überflüssig），因為行為人在刑法上只負有避免結果義務，而對結果的內心預見，只是履行這項義務的一項心理前提。如果行為人沒有履行避免義務，而只有達成對結果的預見義務時，此時行為人就由過失犯轉變成故意犯。規範上真正重要的是避免結果，注意義務應當作為避免結果義務而被履行，而不是單純作為預見義務而被履行⁴⁵。

這段話的意思是說，預見能力是避免結果的前提。行為人必須有預見能力才能預見風險，進而放棄行為或小心行為。有預見能力的行為人如果只有預見風險，但並未放棄行為或小心行為，此時就由過失犯轉變成故意犯⁴⁶。刑法上規定預見義務的最終目的，就是為了要避免結果，因此可以說在刑法上唯一重要的義務，就是避免結果義務。單純的預見義務是沒有意義的：如果行為人只是履行預見義務而未避免結果，也就是由過失犯變成故意犯，在規範上是不能被接受的。

（三）不作為犯的外在注意義務

Jakobs接著寫道，剩下還須要檢討的案例是：不作為犯。在不作為犯中，要避免結果發生，必須有一項外在的行為。但即使在過失不作為犯中，外在注意義務仍然只是履行完整內在注意義務的一項條件⁴⁷。不作為犯和作為犯的區分在

⁴⁵ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 60。

⁴⁶ 「故意犯是由過失犯轉變而來」這個概念在國內文獻上尚屬陌生。

⁴⁷ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 61。

於：在作為犯，要避免對法益的侵害，可以經由小心謹慎的行為，也可以經由放棄為風險行為（也就是不作為），這兩種方法是一樣好的。而在不作為犯，要避免對法益的侵害，一項小心的行為是必要的，單純的不作為不足以避免侵害⁴⁸。（原文參照如下）

…Ein fahrlässiges Unterlassungsdelikt liegt nicht schon vor, wenn die Verletzung durch die sorgfältige Ausgestaltung einer Handlung vermieden werden könnte, ebensogut aber auch durch Unterlassung der Handlung, sondern erst dann, wenn eine – sorgfältige – Handlung notwendig ist, um die Verletzung zu vermeiden.

對過失不作為犯來說，唯一重要的規範就是：防止結果的命令（Gebot）。正如同對過失作為犯來說，唯一重要的規範是：引起結果的禁止（Verbot）。注意義務自身在規範上是沒有立足之地的⁴⁹。（原文參照如下）

Bei den fahrlässigen Unterlassungsdelikten bezieht sich also das Gebot so ausschließlich auf die Erfolgsabwendung wie bei den fahrlässigen Begehungsdelikten das Verbot auf die Erfolgsherbeiführung. Die Sorgfalt hat keine eigene normative Stellung.

⁴⁸ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 61.

⁴⁹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 62.

（四）外在注意義務和內在注意義務

一項完整的內在注意行爲，必定會延伸至外在注意當中。如果沒有內在注意的話，外在注意的欠缺與否，都將只是一項意外事件（Zufall）⁵⁰。

這句話的意思是說：即使行爲人沒有認識風險的能力，行爲人仍然可以出於保護法益以外的動機，去履行外在注意的行爲，或是出於輕忽法益以外的原因，未履行外在注意的行爲。例如行爲人不知罐頭已腐壞而不應招待客人，但是行爲人因顧及罐頭食品不甚美味而棄用之，或因罐頭食品調理方便而取用之。在這種情況下，由於行爲人對風險無法認識，因此沒有內在注意可言。所謂「沒有內在注意可言」的意思是，由於行爲人無法因注意而達成認識，行爲人的不認識也就沒有不注意可言。也就是說，此時行爲人的不認識不是一種不注意狀態，而不像行爲人有預見能力時，行爲人的認識是一種注意狀態，而行爲人的不認識是一種不注意狀態。當行爲人沒有內在注意可言時，外在注意的實踐與否只是一項意外事件。所謂意外事件的意思是說，這項事件在價值判斷上是中性的，沒有正面的（也就是合法的）或負面的（也就是不法的）評價可言。

「根據個案實際情況，小心的處理風險局面（Gefahrensituationen）」這項外在注意，確切的說，始終只是完整內在注意的結果⁵¹。（原文參照如下）

…die äußere Sorgfalt ist vielmehr stets nur Konsequenz der vollständigen inneren Sorgfalt.

⁵⁰ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 62。

⁵¹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 62。

外在注意義務的功用只在於：它有助於內在注意義務的建立。外在注意涉及到的是一些常態行為方式，這些行為方式表明了行為人的注意態度以及行為人致力達成認識⁵²，而小心謹慎或努力獲取認識其實只是：行為人為避免侵害而進行足夠內在注意的結果(Auch die Rechtsbeachtung und Kenntnisverschaffung sind nur Konsequenzen einer zur Erfolgsvermeidung schon hinreichenden inneren Sorgfalt.)。一項完整的內在注意義務，最終必將對準外在注意義務⁵³：在作為犯，對行為風險的內在注意，終將導致放棄行為或小心行為。在不作為犯，對外界風險的內在注意，終將促成防險行為的作成（這是作者自己加上的說明）。

第三款 行為規範的個別化

接著Jakobs寫道，在外在注意義務被排除之後，尚未解決的問題是：為何對於內在注意義務，應當按照行為人的個別能力去予以主觀化的設計⁵⁴，而不是按照標準人的一般能力去予以客觀化的設計。

（一）避免動機、內外注意和客觀標準

對Jakobs來說，即使過失犯採取個別化標準（nach individuellem Maßstab），這種標準仍舊是客觀的（Objektivierung），而不是主觀的。因為這種標準涉及的是一種假想狀態下（unter der Hypothese）的行為⁵⁵，一種行為人

⁵² Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 63。

⁵³ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 64。

⁵⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 64。

⁵⁵ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 59。

當初如果有避免動機的行爲。這種標準和個別行爲人的主觀真實狀況無關。

足夠的避免結果動機，是所有內外在意不可變更的本質。這項動機是一項規範上的要求，就此而言它是一項客觀的要素，不受行爲主體真實情況的影響⁵⁶。

這段話的意思是說，行爲人在有足夠避免動機的情況下，自然會去預見風險和放棄行爲或小心行爲，自然會去進行內外在意活動。因此避免動機事實上形成了所有注意活動的根本。規範上要求內外在意，事實上相當於要求要有避免動機。規範的這項要求是和行爲人的真實情況相反的，因爲行爲人是在沒有避免動機的情況下而做出行爲（這是 Jakobs 的討論前提（見上文第四章第二節第一款），也是所有故意犯和過失犯的成立前提）。從這個角度來看，這項要求因此是一項和真實主體無涉、非主觀的、而客觀的要求。也就是說，避免動機是一項客觀的要素。

（二）行爲規範、避免能力和避免動機

如果具體化行爲規範的話，規範內容將如下：個別行爲人應該避免他能避免的特定結果。因此個別行爲人的避免義務，應當按照個別行爲人的避免能力也就是預見能力而制定。這項預見能力的有無和行爲人的避免動機無關，也就是說，這項預見能力不受行爲人避免動機有無的影響⁵⁷。（原文參照如下）

⁵⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 64。

⁵⁷ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 64。

Wenn die Verhaltensnorm dahin konkretisiert wird, daß der individuelle Täter bestimmte Erfolge vermeiden soll, die er vermeiden kann, so wird die Pflicht zur Vermeidung durch das Erkennen-Können des Täters – unabhängig von seinem Vermeidemotiv – konstituiert.

(三) 實然的避免可能性 (避免能力) 和應然的避免動機

對結果的認識 (故意犯) 或是認識可能性 (過失犯) 並不涉及任何規範上的事物, 像是義務或是行為規範, 而只涉及實際發生的結果。對實際發生結果的認識或認識可能性是建立規範的前提⁵⁸。

我們從 Jakobs 的上文可以理解這段話的意義脈絡 (見前文第四章第三節第三款 (一) (二))。避免可能性, 也就是對結果的認識或認識可能性, 和規範上的應有事實無關, 而純粹是一種存在上的真實事實。與此相對, 避免動機則和存在上事物無關, 而是一種規範上事物, 也就是說, 避免動機是一種行為人的應有狀態。避免可能性是一種實然, 取決於行為人的真實狀況, 取決於行為人實際避免能力的有無。避免動機是一種應然, 是行為人的應有狀態 (善用能力狀態), 是一種規範上的要求, 這項要求不受行為人真實狀態的影響。

⁵⁸ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 65。

(四) 避免可能性和行為規範

在作為犯，按照行為規範，動機能力（Motivationsfähigkeit）所瞄準的對象是：放棄特定行為，也就是對特定行為予以不作為⁵⁹。這項不作為能力並不是人人皆有，而是只有能夠認識到行為風險的個別行為人，才會去放棄風險行為。只有這樣的行為人才會有不作為能力⁶⁰。

這段話的意思如下。作為犯的行為規範是：放棄特定行為。因此作為犯的動機能力，就是對特定行為的放棄能力，也就是對特定行為的不作為能力。而這項不作為能力，只有有預見能力的特定行為人才會具有，因為只有有預見能力的行為人才會預見結果並進而放棄行為。

如果一項行為規範在制定時，未慮及對結果的操縱或操縱可能性，那麼這樣的行為規範將是無意義的。因為避免可能性是，旨在避免特定結果的規範的建立始點，避免可能性是制裁的前提⁶¹。

Jakobs 的這段話清楚呈現了個別化理論的思想。由於規範的目的在於避免特定結果的發生，因此規範的建立應以行為人個人有避免可能性為前提。如果不考慮行為人個人避免可能性的有無，而依據一般人避免可能性的有無來決定規範的建立與否，這樣的規範對行為人來說是無意義的。

⁵⁹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 65。

⁶⁰ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 66。

⁶¹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 66。

（五）理性人標準（一般化標準）的無用

（1）從行為人的角度出發：預見結果和理性人標準

Jakobs接著表示，還有一個問題須要討論：一個客觀制定的注意義務，可以作為對個別行為人的一種榜樣或是一個範例。客觀化的注意義務，是關於一個抽象理性人的小心謹慎行為，可以作為對個別行為人的示範性規定⁶²。對於這種看法，Jakobs指出，一個客觀標準的小心謹慎行為是沒有意義的，也就是說，一個客觀標準的行為規範是沒有意義的，行為規範所針對的行為結果必須是個別行為人可以認識到的。能預見結果的行為人，不須要客觀標準；不能預見結果的行為人，即使認識到客觀標準，也無法幫助他在個案中達成對風險的認識⁶³。

這段話的意思如下。對於過失犯採取個別化的標準，有一種反對見解認為，在過失犯應採取客觀化的一般標準。因為客觀化的標準，相當於提供行為人一個仿效的對象，使行為人能夠追隨典範而行。Jakobs表示，這種客觀標準對個別行為人來說是無用的。因為制定義務的關鍵在於：行為人對結果的預見能力。當行為人有一般預見能力時，此時個別化標準就相當於一般化標準：行為人應預見結果並避免結果（Jakobs沒有論及行為人有較高預見能力的情形，此時個別化標準並不相當於一般化標準，而是個別化標準高於一般化標準）。當行為人沒有一般預見能力時，即使規範訂下客觀標準希望行為人加以遵循，即使行為人知道這項客觀標準，行為人在個案中也無法預見結果而加以避免。因此在這兩種情形中，客觀標準都是無用的，規範應直接依據行為人的個別能力而作出要求，而不是先按照抽象理性人的能力立下標準，等到罪責層次再來修正。

⁶² Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 66。

⁶³ Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 67。

(2) 從法益的角度出發：法益保護和理性人標準

Jakobs指出，對法益的實際保護，並不會因為採用抽象理性人標準而有所提升⁶⁴。(原文參照如下)

Der tatsächliche Rechtsgüterschutz wird durch die Einführung des einsichtigen Menschen...nicht erhöht.

這段話的意思是說，從保護法益的角度來看，按照個別化理論，一開始在不法層次就直接採取主觀標準，而按照一般化理論，則是在不法層次先採取客觀標準，在罪責層次再採取主觀標準。由於客觀標準在罪責層次會被修訂成主觀標準，因此歸根結柢都是採取主觀標準，因此對法益的保護並沒有因為採取客觀標準而獲得提升（Jakobs 並未論及行為人能力比一般人能力更高的情況，此時若一開始採取的是客觀化標準，有高能力的行為人即使未盡全力，也可能因盡力程度已達一般能力的盡力狀態，而符合較低的客觀標準所以不具違法性（除非行為人的盡力程度連一般能力狀態都夠不上）。但若一開始就採取個別化標準，那麼有高能力的行為人就一定要盡全力才可以不違法。因此在行為人具有高能力時，採取客觀化標準反而會降低對法益的保護）。一般化理論既不能提供法益更多的保護，其存在便是無益的。

⁶⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 68.

(六) Jakobs 的法哲學立場之一：避免能力和遵守規範能力

Jakobs指出，刑法可以在避免機制的作用範圍內，建立有遵守可能性的規範⁶⁵。

如果一個行為規範所要求的行為，是行為人主觀上所不能理解的，那麼這種行為規範，就不是針對任何人而量身制定⁶⁶。

規範的效力範圍止於對遵守規範的理解力的極限。理性人標準，是作為評價上的標準人，而被違反⁶⁷。（原文參照如下）

Die Wirksamkeit des Rechts endet an den Grenzen des Intellekts der ihm Unterworfenen. ...Damit ist der Stab über den einsichtigen Menschen als urteilende Maßstabsperson gebrochen.

這段話的意思是說：(1) 避免可能性的範圍，也就是預見能力的範圍，相當於規範能產生效力的範圍。當行為人沒有預見能力時，行為人既不能預見結果，也就不會想到要避免結果，也就不會想到要遵守規範，行為人對其應遵守規範不明所以，也就是說，行為人對遵守規範欠缺理解力，行為人沒有遵守規範的能力。此際規範即處於效力範圍的極限而無法發揮效力，因此制定行為規範也是枉然。刑法應當只在有預見能力的範圍內，也就是有遵守規範能力（遵守可能性）的範圍內，建立規範命行為人遵守。正如同刑法應當只在有避免能力（避免可能性）

⁶⁵ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 46。

⁶⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 59。

⁶⁷ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 68。

的範圍內，建立規範命行為人避免結果。(2) 理性人標準之所以會被違反，是因為理性人的行為，在評價上被當成是一個標準人的行為，行為人的行為因和標準人的行為有所出入，而在評價上被認為具有違法性。

對於實際發生結果的認識可能性，雖然是避免可能性的心理前提，但它其實應該從遵守規範的觀點來定性。也就是說，行為人在有避免動機的情況下，為了避免結果的目的，將會明白到此事：應該遵守規範⁶⁸。

這段話的意思如下。Jakobs 強調，對結果的預見能力，如果從規範的觀點來定性，其實是對規範的遵守能力。因為有預見能力的行為人，在有避免動機的情況下，會因預見結果，而想要避免結果，而決定遵守規範，因此有預見能力相當於有遵守規範的能力。

除此之外，這段話還有更深遠的意義：它代表的是Jakobs的基本思想，它呈現了Jakobs的法哲學立場。身為規範論的擁躉者，Jakobs對許多刑法上的重要概念，都從規範的角度去賦予意義⁶⁹。他想方設法、處心積慮的要把許多概念都和規範搭上線⁷⁰。Jakobs法哲學立場的對錯得失，不是本篇論文的主題，但若不理解此點，就不能看懂Jakobs文章中的許多論述。

⁶⁸ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 69。

⁶⁹ 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 11 以下。

⁷⁰ 他的做法遭到某些法學家的批判，認為他偏重規範角度而罔顧犯罪的存在基礎（例如他行為能力和法益侵害）。見Schünemann, Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht, 及其其中譯：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 275 和 51；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』，頁 28 以下。不同見解見李文健，罪責概念之研究－非難的實質基礎，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 2，1998，頁 268。

(七) Jakobs 的法哲學立場之二：避免動機、遵守規範和客觀標準

Jakobs指出，避免動機顯示的是：對規範的遵守。這是規範所要求的，因此可以確定避免動機是一項客觀的標準，而不是個別化的標準。避免動機的實現代表的是：行為人完成規範所交待的任務⁷¹。(原文參照如下)

…mit der Realisierung dieses Motivs ist die Aufgabe der Verhaltensnorm freilich bereits erfüllt.

這段話再度展現Jakobs的法哲學立場。將Jakobs的前文和這段話連結起來⁷²，可以看出一個整體的意義脈絡：避免能力相當於遵守規範能力，避免動機相當於遵守規範。由於避免動機也就是遵守規範，是規範所要求的應有狀態，和行為人的真實狀態無關，因此避免動機這項標準，其實是一項規範上的客觀標準，而非依照行為人事實狀況而定的主觀標準。

(八) 個別化的避免可能性、避免動機和行為規範

由於避免可能性構築了行為規範的內容，因此當缺少認識可能性時，就應該取消行為規範，而不是將來在罪責層次才取消罪責⁷³。

⁷¹ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 76。

⁷² 見本文第四章第三節第三款(一)、(二)、(三)、(六)。

⁷³ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 69。

這句話清楚呈現出Jakobs的個別化理論想法。行爲規範的內容是：行爲人應避免他能避免的結果⁷⁴。當行爲人沒有預見能力時，行爲規範即無從建立，行爲人的行爲即無不法可言。而不應在行爲人的預見能力低於一般人時，在不法層次先依據一般人的能力建立行爲規範，而成立不法，等到罪責層次再根據行爲人的無能力而取消規範，而取消罪責。

在故意犯，故意這項心理事實本身，就代表行爲人有避免能力這項特性。因爲只要行爲人當初有足夠的避免動機，那麼已經預見的結果就可以被避免。換句話說，行爲人在沒有避免動機的情況下，就已經產生對避免結果而言必要的預見。與故意犯相對，過失犯的成立則以避免可能性爲先決要件。在有避免動機的情況下，要避免特定行爲所產生的結果，結果就必須被行爲人認識到。這項避免可能性也就是認識可能性，不能夠經由任何客觀評價而加以替換⁷⁵。

這段話的意思是：行爲人要先預見結果，才會想到要避免結果。對避免結果來說，預見結果是必要的前提。在故意犯，由於行爲人對結果已有預見，因此其避免結果的心理歷程是：在已有預見的情況下，行爲人由於避免動機，而決定放棄行爲。與此相對，在過失犯，由於行爲人對行爲結果並無預見，因此其避免結果的心理歷程是：行爲人出於避免動機，而去預見結果，並決定放棄行爲。過失犯的認識可能性也就是認識能力，必須取決於個別行爲人的主觀真實狀態（也就是個別行爲人的認識能力的有無），而不能以抽象理性人的客觀狀態（也就是理性人的認識能力的有無）來加以替換。這句話清楚表明了個別化理論的想法。

內外注意可以歸結到避免動機，避免可能性應當按照具體行爲人而個別化

⁷⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 64.

⁷⁵ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 75.

決定。由這樣的避免可能性和避免動機產生了一項行為規範，這項行為規範是完整的，它不需要來自客觀楷模的補充⁷⁶。

將Jakobs的前文和這段話連結起來⁷⁷，可以看出一項理論推導過程：避免可能性的有無，應當按照個別行為人避免能力的有無，而個別化決定。行為人有避免動機時，就會去預見結果並放棄行為，就會盡到內外注意義務，因此避免動機是內外注意義務形成的根本。避免可能性是行為規範建立的基礎，實然的避免可能性和應然的避免動機共同組成了行為規範的內容。犯罪判斷上，先按照行為人個人的真實狀況決定避免可能性（也就是避免能力）的有無，再根據避免可能性的有無去決定規範是否成立。當行為人有避免能力時，規範即宣告成立。所成立的規範以避免可能性（避免能力）和避免動機為內容：有避免能力的行為人應有避免動機去避免結果。由此產生的行為規範是完整的，它不需要來自客觀楷模的補充，也就是說，客觀楷模的存在是無益的，以客觀楷模為基礎所設立的行為規範是無意義的。這個結論清楚呈現出個別化理論的想法。

第四款 對 Jakobs 個別化理論的分析

（一）Jakobs 的法哲學立場和個別化理論：

避免可能性是不法的存在基礎

預見能力是：預見侵害結果發生的能力，避免能力是：避免侵害結果發生的

⁷⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 83。

⁷⁷ 見本文第四章第三節第三款，（一）、（二）、（三）、（四）、（六）。

能力，避免動機是：行爲人想要去避免侵害結果（對法益的善意）。以上預見能力、避免能力和避免動機的意義，是從存在論的立場出發所做的解讀。在「過失結果犯的研究（Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt）」一書中，Jakobs從規範論的法哲學立場出發，另闢蹊徑，而提出了「預見能力，如果從規範的觀點來定性，其實是對遵守規範的理解能力」，「避免動機顯示的是：對規範的遵守」，「避免能力相當於遵守規範能力，避免動機相當於遵守規範」，「避免動機是規範所要求的，因此可以確定避免動機是一項客觀的標準，而不是個別化的標準」，「避免動機的實現代表的是：行爲人完成規範所交待的任務」等等看法⁷⁸，從規範的角度，對預見能力、避免能力和避免動機做出另一番詮釋。這種做法，使預見能力、避免能力和避免動機兼具了存在面和規範面的雙重性質，豐富了預見能力、避免能力和避免動機的意涵，但基本上並沒有影響到Jakobs原有的理論中心：行爲規範的成立應以行爲人個人的避免可能性為基礎。由於避免可能性具有存在面意涵，因此，規範的成立具有存在面基礎。

按照Jakobs的看法，由於規範違反性的成立以規範成立為前提，在規範不成立也就是沒有規範的情況下，行爲人的行爲沒有和規範相牴觸之虞而不可能產生規範違反性（也就是違法性）。因此，和規範的成立相同，不法的成立也以避免可能性為存在基礎。

這裡的情形和Jakobs的罪責理論不同。在Jakobs的罪責理論中，Jakobs的法哲學立場直接構成他的理論中心⁷⁹，他行爲能力的規範面意義（對規範的反應能力）取代了他行爲能力的存在面意涵（控制自己行爲的能力），由於全由規範的

⁷⁸ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 76。

⁷⁹ Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, 及其中譯：罪責原則，許玉秀譯，刑事法雜誌第四十卷第二期，1996。

角度立論罪責，而遭到「將罪責的存在基礎掏空」的惡評⁸⁰。Schünemann即指出，Jakobs對過失犯構成要件理論和罪責理論的處理態度並不一致，而呈現出雙重標準⁸¹。

（二）Jakobs 個別化理論和作者個別化理論的比較之三

（1）規範的內容：避免動機和對法益的善意

Jakobs 所主張的「避免可能性是行為規範建立的基礎，避免可能性（避免能力）和避免動機是行為規範的內容」，其中「避免動機是行為規範的內容」，相當於我所提出的：法秩序會要求有避免能力的人去避免結果，此時規範的內容即是：出於對法益的善意去避免結果，在預見風險後放棄行為（見前文第三章第二節第一款（二）（三））。

（2）避免可能性和不法層次的行為規範及形式違法性

Jakobs認為：行為規範的成立應以行為人個人的避免可能性（認識能力）為基礎。因此當行為人缺少認識可能性時，行為規範即無從建立，行為規範即應取

⁸⁰ Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S.60, 及其中譯：許迺曼，刑法體系思想導論（十七），許玉秀譯，法務通訊第一五八二期，1992。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，許玉秀譯，均收錄在政大法學評論五十期，1994，頁 275 和 51。不同見解，見李文健，罪責概念之研究－非難的實質基礎，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 2，1998，頁 268。

⁸¹ 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，許玉秀譯，均收錄在政大法學評論五十期，1994，頁 277 和 52、53。

消，而沒有形成不法（規範違反性）的餘地。換句話說，行為人的避免可能性是不法層次的行為規範的基礎，行為人的避免可能性應當定位在不法層次。而不是當行為人的認識能力低於一般人時，在不法層次先按照一般人的認識可能性去建立行為規範，而成立不法，將來在罪責層次才依照行為人的無認識可能性去取消行為規範，而取消罪責⁸²。換句話說，並不是在不法層次先以一般人的避免可能性為行為規範的基礎，直至罪責層次才以行為人個人的避免可能性為行為規範的基礎。

Jakobs的上述看法相近於本文的這項看法：從行為人和規範的角度，來看能力、規範和不法的關係。當行為人有預見能力時，規範才會提出要求，規範內容是：必須避免結果，行為人的行為才可能和規範有所出入（能避免而未避免）而成立不法。當行為人沒有預見能力時，規範不會提出要求，規範內容是：避不避免結果都可以，因此行為人不管做什麼都不會和規範相牴觸，都不會產生形式違法性（見前文第三章第二節第一款）。換句話說，行為人預見能力的有無是決定不法層次行為規範內容的基礎，預見能力是形式違法性的前提，因此預見能力應當定位在不法層次。而不是當行為人的認識能力低於一般人時，在不法層次先按照一般人的預見能力去決定規範內容，而成立不法，將來在罪責層次才依照行為人的無預見能力去決定規範內容，而取消罪責⁸³。

（3）避免可能性和規範的成立及內容

對於避免可能性和規範之間的關係，Jakobs的看法和作者的的看法，有一個

⁸² 參見Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 69。作者爲了說理上的清晰起見，在不影響原意的前提下，對原文略有增補改動。

⁸³ 參見Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 69。作者爲了說理上的清晰起見，在不影響原意的前提下，對原文略有增補改動。

小小的出入：Jakobs 認為避免可能性是規範成立的前提，而作者則認為避免可能性的有無是決定規範內容的依據。Jakobs 認為，行為人沒有避免可能性時，就沒有成立規範的餘地。而我則認為，在沒有避免可能性的情況下，規範還是會成立，只是規範的內容變成是：行為人避不避免結果都可以（因為行為人沒有預見能力而無法控制自己的行為）（見前文第三章第二節第一款（二）（三）），而不像在有避免可能性的情況下，規範的內容是：行為人必須避免結果。

（三）Jakobs 理論的特色

雖然作者和 Jakobs 都有處理到避免能力、避免動機和形式違法性的關係，但只有 Jakobs 關照到行為人避免能力和避免動機的規範面意涵。

規範的內容可分成形式和實質兩方面。從形式層面（規範面）上來看，規範的內容是：行為人必須遵守規範，從實質層面（存在面）上來看，規範的內容是：行為人必須保護法益，避免侵害結果的發生。規範的成立以規範內容能實現、規範能發揮作用為前提，以行為人有遵守規範能力和避免能力為前提。Jakobs 將避免能力和避免動機從規範的觀點來定性：避免能力是遵守規範的能力，避免動機是遵守規範，而不像作者只由法益的觀點來定性：避免能力是避免結果發生的能力，避免動機是對法益的善意。Jakobs 的這項做法使避免能力和避免動機兼具了規範面和存在面意義，使規範內容兼具形式面向和實質面向，豐富了個別化理論的內容。

(四) 一般化理論和個別化理論真正的爭議所在之二：

行為規範的一般化或個別化

(1) 個別化理論中的行為規範(Jakobs 理論和作者理論的比較之四)

不管是Jakobs的主張：避免可能性是行為規範建立的基礎，真實的避免可能性和應有的避免動機共同組成了行為規範的內容。犯罪判斷上，先按照行為人的個人狀況決定避免可能性（也就是避免能力）的有無，再根據避免可能性的有無去決定規範是否成立。當行為人有避免能力時，規範即宣告成立。所成立的規範以避免可能性（避免能力）和避免動機為內容：有避免能力的行為人應有避免動機去避免結果。或是作者的主張：個別避免可能性的有無是決定規範內容的依據。在行為人個人沒有避免可能性的情況下，規範的內容是：行為人避不避免結果都可以（因為行為人沒有預見能力而無法控制自己的行為），在行為人個人有避免可能性的情況下，規範的內容是：行為人必須避免能避免的結果。不管是認為個別避免可能性的有無，是決定規範成立或是規範內容的依據，這都表示：行為規範，應當是根據個別行為人的能力狀況而量身制定⁸⁴。個案中的行為規範，應當是根據個案中行為人的能力狀況而制定，根據行為人的能力狀況，專門制定一個可以適用在行為人身上的行為規範，規範的適用對象只限於行為人個人。對不同能力狀況的行為人，應根據他們各自的能力狀況，制定不同的行為規範，適用不同的行為規範。換句話說，規範應當是針對行為人個人而發布，針對不同能力狀況的行為人發布不同的行為規範。

⁸⁴ 參見Jakobs，Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt，1972，S. 59。

(2) 一般化理論中的行為規範

與此相對，如果認為規範是對處在和行為人相同狀況下的所有人發布，一個行為規範不只是一要對在特定情況下的個別行為人發生效力，而是要對在特定狀況下（和行為人同一狀況）的所有人都發生效力，對所有人（不管他們的能力狀況相不相同）都發布同一內容的行為規範⁸⁵。規範應當像固定樣板一樣被刻畫出來⁸⁶，將同一個標準適用於在特定情況下的所有人身上⁸⁷，對所有人都作出同一要求⁸⁸。如果規範的內容因人而異的話，這樣的規範不成其為規範⁸⁹。規範的制定是針對在特定情況下的所有人而發，規範在制定上無須也不應慮及行為人個人的特殊能力狀況，只需考慮一般人的正常能力狀況：根據一般人的能力狀況制定一個可以適用在所有人身上的行為規範⁹⁰，來制定一個一般而言有效的客觀標準⁹¹。這種一般化、客觀的規範論立場，將傾向採取一般化理論：完全根據一般人的能力狀況來制定行為規範，來決定應有的行為，來描繪一個人人都應該照著做的標準行為⁹²。

⁸⁵ 參見Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, §24 II 2。

⁸⁶ Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Schaffstein – FS, 1975, S. 159; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 435 ff.。

⁸⁷ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 27 I 2。

⁸⁸ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 24 III 6 a。

⁸⁹ 這是德國學者Puppe的看法。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200和201。

⁹⁰ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 24 III 6 a。

⁹¹ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 24 III 6 a, § 27 I 2。

⁹² 必須注意的是，Jescheck雖然是客觀規範論的支持者，並且也贊同一般化理論，但是他在教科書中，並沒有直接由他的規範論去推導出他的一般化理論，而是由他所持的規範論立場，去捍衛不法和罪責的區分，再由對不法和罪責區分的堅持，去反對個別化理論。見Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 22 VI 1, § 24 III 6 a, § 27 I 2。

(3) 行為規範的一般化或個別化：制定基礎和適用範圍

一般化理論學者和個別化理論學者之間的歧異，根本上源自於雙方彼此所持的規範論立場不同。一般化理論者所持的一般化、客觀的規範立場認為：應當將單一標準適用於所有人身上（不管規範對象個人能力的有無，能力的有無是罪責層次才要慮及的問題⁹³），所有人都必須受到同一行為規範的約束。個別化理論者所持的個別化、主觀的規範立場認為：應當對不同的行為人適用不同的標準，單一行為規範不足以約束所有的人。換句話說，規範制定根據上的一般化或個別化，反映的是規範適用範圍上的一般化或個別化。

(4) 一般化理論者和個別化理論者心目中的規範圖像

在個別化理論者眼中，之所以應該依據行為人個人的能力狀況來制定行為規範，是因為他們心中的規範圖像（規範性格）如下：規範是一種行為規範，行為規範的功能在於：影響行為人的行為動機，引導行為人正確行為，引導行為人遵守規範，引導行為人出於善意去預見結果並放棄行為，引導行為人避免結果。當行為人對結果沒有預見能力時，行為人不可能出於善意去預見結果並放棄行為，行為人不可能去避免結果，行為人不可能去遵守規範，行為人不可能接受規範的引導也就是不具有誘導可能性，行為規範無法發揮影響行為人動機的功能。當行為人對結果沒有預見能力時，行為規範的引導功能無效，行為規範即不應成立⁹⁴

⁹³ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 5. Aufl., 1996, § 24 III 6 a.

⁹⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 1 ff., 46, 47, 68。值得注意的是，通說認為，決定不法的規範，既是行為規範，也是評價規範。但是行為規範即使當行為人無預見能力時，仍然成立。參見許玉秀，「當代刑法理論之發展」，『當代刑事法學之理論與發展』，2002，頁 41 以下。

或收回要求⁹⁵。

對一般化理論者來說，規範在制定上，之所以不應以個別行為人的能力為基礎，規範的發布對象，之所以不限定在特定行為人身上，是因為他們心中的規範圖像（規範性格）如下：規範是一種無上命令⁹⁶，所有人都必須加以遵守—不管其個人的能力狀況，能力的有無等到罪責層次再來討論⁹⁷。規範的成立不受行為人能力有無的影響，規範的存在不以行為人的認識可能性和遵守可能性為前提⁹⁸。

此外，一般化理論者堅持「不法和罪責應予區分」的立場。不法和罪責區分的意義在於：不法是不法，罪責是罪責，不法可以脫離罪責而單獨存在，而不是無罪責即無不法。認為不法和罪責合一的人則主張：無罪責就無不法，沒有無罪責的不法⁹⁹，罪責是不法成立的要素，不法即包括罪責要素，不法和罪責因而合一而無法區分。由於一般化理論者認為，不法可以脫離罪責而單獨存在，因此作為不法前提的規範，也可以在沒有罪責要素（亦即行為人的能力）的情況下存在。規範在制定上毋庸慮及行為人能力的有無（這段話是作者本身的詮釋）。

原本主張一般化理論的Schünemann，後來修正「純粹客觀規範」的規範論立場，而認為：事前的行為規範，應該在事前從行為人的觀點得出，而事後的制裁規範，應該在事後由一個理性旁觀者的觀點來確定（關於事前規範和事後規範的異同，見本文第三章第二節第一款（四））¹⁰⁰。Schünemann認為，應該以行為

⁹⁵ 見本文第四章第二節第五款，（二）（1）。

⁹⁶ 參見許玉秀，「當代刑法理論之發展」，『當代刑事法學之理論與發展』，2002，頁40以下。其中有提及無上命令這項用語，但並未提及一般化理論和個別化理論。

⁹⁷ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 22 VI 1, § 24 III 6 a。

⁹⁸ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 42, 43。

⁹⁹ 參見許玉秀，「當代刑法理論之發展」，『當代刑事法學之理論與發展』，2002，頁40。

¹⁰⁰ 見Schünemann, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, S. 217, Fn. 42, 及其中譯：許迺曼，

人的能力和所處的情況為出發點，去制定事前的行為規範，以理性人的能力為基礎所得出的行為規範，在一般預防的觀點下是無意義的。因為行為規範所要處理的，並不是任何假想的案例，而是一個真實具體案例中，個別行為人的行為，而在真實案例中個別行為人所能使用的，就只有自己的能力而已，因此應該根據個別行為人的能力去制定作為標準的行為規範。因而部份傾向個別化理論（但他並不同意個別化理論學者Stratenwerth的一些論點）¹⁰¹。

（五）一般化標準的不合理：

從指導行為人、制裁行為人和法益保護的角度來看

作者和 Jakobs 都反對行為規範的一般化，因為這種從一般人的角度、按照一般人的能力狀況所制定的行為規範，對於行為人個人來說沒有任何意義。只要行為人的能力狀況和一般人不同（低於或高於一般人），行為人即無法加以依循或造成對行為人的優待，而產生不合理的現象：

規範的作用在於：指導行為人正確行為、制裁行為人錯誤行為和法益保護。依據一般人能力狀況而制定的規範，在行為人的能力低於一般人的情況下，無法強令低能力的行為人去預見結果而避免結果的發生，無法達成指導行為和保護法益的效果，在這種情況下成立不法而發動保安處分的制裁是沒有意義的。在行為人的能力高於一般人的情況下，令高能力的行為人只須符合一般能力的盡力狀態，而不是和一般能力者盡力程度相同，而達到較高的行為標準，對法益的保護

關於客觀歸責，陳志輝譯，刑事法雜誌第四十二卷第六期，1998，頁 110（註四一）。

¹⁰¹ 見Schünemann，Über die objektive Zurechnung，GA 1999，S. 216 ff.，及其中譯：許迺曼，關於客觀歸責，陳志輝譯，刑事法雜誌第四十二卷第六期，1998，頁 91。許玉秀，「客觀歸責理論的回顧與前瞻」，收錄在「刑事思潮之奔騰」，2000，頁 86，註釋 32。

將不夠周全。以一般的行為標準作為高能力行為人的行為指導，只要行為人達到一般的行為標準即不發動制裁，對高能力的行為人來說，是一種縱容。而當行為人的能力和一般人相同時，依據一般人狀況所制定的規範，其內容正相當於依行為人狀況所制定的規範。換句話說，從指導行為人、制裁行為人和法益保護的角度來看，依一般人能力狀況所制定的客觀標準，不是無用，就是作用不夠，或是可以取代，是一個不當的標準。

（六）行為規範的性質和不法的性質

這種規範論立場也涉及到對不法性質的看法：依照一般人的能力狀況所設立的客觀規範，是一種一般的應該¹⁰²（一般而言應有的狀態）。如果認為行為規範應當是這種一般化的客觀標準，那麼按照這種一般化的客觀標準所確定的不法，就是一種一般化、客觀的不法¹⁰³。由於必須依照一般人的能力來設立客觀標準，因此在不法層次中即應檢驗一般人能力的有無。

依照行為人個人的能力狀況所設立的主觀規範，是一種個別的可能和應該（個別來說可能和應有的狀態）。如果認為規範應當是這種個別化的主觀標準，那麼違反這種個別化的主觀標準所形成的不法，就是一種個別化、主觀的不法。由於必須依照行為人的能力來設立行為規範，因此在不法層次中即應檢驗行為人

¹⁰² Schünemann在沒有傾向個別化理論之前，是一般化理論的捍衛者，他即指出：個別化理論將構成要件合致性，取決於行為人避免法益受害的能力，這種做法混淆了不法和罪責的界限，弭平了一般的應該和個別的可能之間的區別。見Schünemann，Einführung in das strafrechtliche Systemdenken，in：Grundfragen des modernen Strafrechtssystems，1984，S. 44，及其中譯：許迺曼，刑法體系思想導論（十四），法務通訊第一五六〇期至第一五八二期，1992。

¹⁰³ Jescheck / Weigend，Lehrbuch des Strafrechts，AT.，5. Aufl.，1996，§ 24 III 6 a。Jescheck認為，從人之不法理論的觀點來看，不法階層雖然包含主觀要素，但其性質仍是客觀的。不法的客觀性質並不代表，不法只能包括外在的、客觀的要素。

能力這項不法要素。

（七）規範個別化的程度及不法和罪責的合一

在規範應該一般化或個別化的問題上，如果採取規範個別化的立場，那麼接下來還有一個問題是：規範個別化的程度。

如果認為行為規範在制定上，只須顧及行為人對行為結果的預見可能性，而不須及於行為人對行為違法性的預見可能性和責任能力。當行為人有結果預見可能性時，即設下行為規範：行為人應避免結果的發生，而不考慮行為人對不法預見可能性的有無和責任能力的有無。即使行為人對不法沒有預見可能性或是沒有責任能力，行為規範仍舊成立，行為人未避免結果而抵觸行為規範，仍舊構成不法。也就是說，不法層次的避免可能性也就是避免能力，只包含了一種能力：對結果的預見能力，而不包含對不法的認識能力和責任能力。只要預見能力具備，即使對不法的認識能力或責任能力不具備，避免可能性仍會成立，行為規範仍會設立，行為仍可能和規範相抵觸而產生不法。按照這種看法，不法的成立只以預見能力為前提，不法不包含罪責要素，不法可以脫離罪責而單獨存在，不法和罪責應予區分。

在這種狀況下，行為規範的發布對象是：對結果有預見能力的所有行為人。換句話說，對結果有預見能力的所有行為人（不論對不法認識能力的有無或責任能力的有無），都必須受到行為規範的拘束¹⁰⁴。

如果認為行為規範在制定上，除了行為人對結果的預見可能性，還須及於行

¹⁰⁴ 參見Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 5. Aufl., 1996, § 24 II 23。

爲人對行爲違法性的預見可能性和責任能力。當行爲人有結果預見可能性時，尙不能設下行爲規範：行爲人應避免結果的發生，而須考慮行爲人對不法預見可能性的有無和責任能力的有無。當行爲人對不法有預見可能性及有責任能力時，避免結果的行爲規範才能成立，行爲人未避免結果而牴觸行爲規範，才會構成不法。也就是說，不法層次的避免可能性也就是避免能力，包含了三種能力：對結果的預見能力、對不法的認識能力和責任能力。必須這三種能力齊備，避免可能性才會成立，行爲規範才會設立，行爲才可能和規範相牴觸而產生不法。按照這種看法，不法的成立以這三種能力爲前提，不法包含了罪責要素，不法不能在沒有罪責的情況下單獨存在，不法和罪責是合一的。

在這種狀況下，行爲規範的發布對象是：對結果有預見能力、對不法有認識能力並且有責任能力的行爲人。換句話說，只有對結果有預見能力、對不法有認識能力並且有責任能力的行爲人，才會受到行爲規範的拘束。

行爲規範個別化程度的問題，也就是不法和罪責應區分或合一的問題，本文暫時無法處理。

第四節 過失不法和個別行爲人的能力

Jakobs 在一九九一年所著的刑法教科書中，也有提及對過失犯客觀標準的批評：

- (1) 客觀化的預見可能性是一項不必要的概念，其情形一如由此而產生的

客觀故意概念¹⁰⁵。

這句話的意思是說，客觀化的預見可能性，也就是一般人的預見可能性，在過失犯的判斷上，是不必要的。正如同在故意犯的判斷上，並沒有一項由一般人的認識能力和認識所形成的客觀故意概念¹⁰⁶，而單純是由行為人的預見能力和預見所形成的主觀故意概念（見前文第二章第一節第二款，第二章第四節第一款（一））。

（2）行為人個人的預見可能性應當歸屬於過失犯的不法階層，而不是等到罪責階層才出現¹⁰⁷。

這段話的意思是說，在不法層次，即應由行為人個人對結果的預見可能性，去構築過失不法的內容。而不是等到罪責層次，才經由行為人個人對結果和不法的預見可能性，去構築過失罪責的內容。這段話清楚呈現出個別化理論的思想。

¹⁰⁵ Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, S. 323。

¹⁰⁶ 文獻上的確有「客觀的故意」這項概念，但指的是故意不以意欲要素為必要，故意應由認知要素、行為決定或客觀風險的大小等因素來加以客觀確定。相關探討見許玉秀，「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45以下。許玉秀，「區分故意與過失」，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。Schünemann, Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht, 及其中譯：許迺曼，鄭昆山、許玉秀合譯，刑法上故意與罪責之客觀化，1994，均收錄在政大法學評論五十期，頁277和52、53。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303以下和頁297以下。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，『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）。

¹⁰⁷ Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, S. 323。

(3) 過失犯的不法必須取決於個別行為人的能力，這種標準的個別化符合刑法的功能。刑法規範並不保障如下的期待：每個人都有相同的能力，而是保障如下的期待：遵守規範的動機¹⁰⁸。(原文參照如下)

Diese Individualisierung entspricht auch der Funktion des Strafrechts, das nicht die Erwartung garantiert, alle Menschen seien gleich befähigt, sondern die Erwartung rechtstreuer Motivation.

這段話的意思是說，如果對過失犯能力有無的判斷採取客觀標準，以一般人的認識能力來作判斷，再按照一般人認識能力的有無來制定行為規範，那麼這種規範無異於在保障如下的期待：每個人都應有相同的能力，這種期待是不合理的，因此也不應獲得保障。合理的期待應是：每個有能力的人都應有遵守規範的動機（也就是避免動機），這種期待才是規範應保障的。換句話說，對過失犯能力有無的判斷應採個別化標準，完全取決於行為人個人能力的有無，再按照行為人個人認識能力的有無來制定行為規範，而行為規範的要求內容是：每個有能力的人都應有同樣的避免動機去避免結果。這段話符合 Jakobs 一向的思路，而清楚呈現出個別化理論的思想。

第五節 刑法上的不法行為：意念表現和個人避免可能性

學術思想的發展是無止盡的。這不僅在各學科的歷史中是如此，在個別學者的一生中也是如此。

¹⁰⁸ Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, S. 323.

在 1972 年完成了「過失結果犯的研究 (Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt)」一書後，Jakobs並未就此停頓他對故意和過失內涵的思索。在 1992 年Jakobs出版了「刑法上的行為概念 (Der strafrechtliche Handlungsbegriff)」一書，在書中他對因果行為論和目的行為論作出檢討，指出其各自的缺失¹⁰⁹，並發表自己的行為理論。

Jakobs的「刑法上的行為概念 (Der strafrechtliche Handlungsbegriff)」一書，一般討論個別化理論的文獻，並未將之列入參考文獻¹¹⁰。作者是因為在台大圖書館借閱德國刑法教科書時，無意間發現此書 (圖書館會將刑法類的德國文獻放在一起，以利讀者搜尋) (政大圖書館並無此藏書)，覺得它頁數不多 (原文僅四十多頁，和個別化理論可能有關的部分只有六、七頁)，就帶回家看。結果發現其中有部分內容涉及到Jakobs一貫的個別化理論思想。

第一款 刑法上的不法行為：意念表現

在該書「不法中的行為 (Handlung im Unrecht)」一章中，Jakobs指出，刑法上不法層次的行為是一種意念表現 (Sinnausdruck)，故意行為是一種意念表現，過失行為也是一種意念表現，故意犯所展現的是惡意，過失犯所顯示的是疏忽¹¹¹。

¹⁰⁹ Jakobs，Der strafrechtliche Handlungsbegriff，1992，S. 20 ff.。

¹¹⁰ Jescheck / Weigend，Lehrbuch des Strafrechts，AT.，5. Aufl.，1996，§ 22 VI；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 277 和 52、53；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 179 以下。

¹¹¹ Jakobs，Der strafrechtliche Handlungsbegriff，1992，S. 24。

必須提醒的是，這並不是Jakobs的最終結論。在這篇專論中，Jakobs的法哲學立場已轉趨激進，規範論完全凌駕於存在論之上，而最終完全從規範的角度作出行為概念的結論：刑法上的行為，不是侵害法益的意念表現，而是否定規範效力（Nichtanerkennen der Normgeltung）的意念表現¹¹²。

第二款 過失不法和個人的避免可能性

Jakobs寫道，「我理解到過失的本質在於：個人的避免可能性。也就是說，只有當一個人自己—而不是某個標準人—可以避免相關結果卻沒有加以避免時，他才是處在過失的情況中¹¹³。」（原文參照如下）

Fahrlässig verhält sich ein Mensch also nur, wenn *ihm selbst*, nicht irgendeiner Maßstabsperson die Folge um die es geht vermeidbar war.

Jakobs 洞察到了過失犯的主觀不法所在，過失犯的不法正是來自於行為人的個人避免可能性。因為在行為結果已經發生的情況下，如果行為人對結果沒有個人避免可能性，行為人即不是能避免而未避免結果，行為人的心態即無不法可言，如果行為人對結果具有個人避免可能性，行為人即是能避免而未避免結果，行為人即具有主觀不法心態。而這和一個標準人處在行為人的情況下是否具有避免可能性，毫無關係。即使一個標準人對結果具有避免可能性，只要行為人個人無法避免結果，行為人就沒有主觀不法可言。與此相對，雖然一個標準人對結果

¹¹² Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 33 ff.。想了解Jakobs的法哲學立場，請見Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 1997。

¹¹³ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 25。另參見Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 41 ff., 48 ff.。

沒有避免可能性，只要行為人本身可以避免結果，行為人就是有主觀不法狀態。因此，採用個別化理論才能顯示出過失犯的不法本質。

Jakobs寫道，「可認識的結果就是可避免的結果。只是在刑法上，重要的不是去認識結果（此時過失犯轉變成故意犯），而是去避免結果¹¹⁴。」

Jakobs 看出了認識能力就是避免可能性，他也看出了光是認識結果並不足以避免結果，行為人還必須要放棄行為或控制行為才足以避免結果。

Jakobs指出，在有避免可能性的情況下，如果行為人沒有預見結果，也就是過失犯的情形，此時行為人所表現的態度是：對於結果的發生採取漠不關心的態度¹¹⁵，因此才未正視結果的可能發生。這種案例和單純的結果責任不同。在單純的結果責任，結果的發生意味的是命定的不幸或劫數，而過失案例意味的是：行為主體的缺陷（Fehlerhaftigkeit des Subjekts）¹¹⁶。

第三款 個人避免可能性和意念表現

Jakobs指出，在不可避免的結果，行為人沒有避免動機的支配可言，因此行為人並沒有表示態度¹¹⁷。

這句話的意思是說，在不可避免的結果，由於行為人無法支配行為去避免結

¹¹⁴ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 25。

¹¹⁵ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 25。

¹¹⁶ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 26。

¹¹⁷ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 25。

果，因此行爲人即使作出行爲而使結果發生，或放棄行爲而未發生結果，行爲人都沒有表現出他對法益的態度，都沒有流露出他對法益的善意、輕忽或惡意。換句話說，不可避免性下的行爲並不是一種對法益的意念表現，它不是刑法上的不法行爲。

Jakobs指出，刑法上的不法行爲是一種意念表現。行爲人的意念表現是：行爲人個人可避免的引起結果，也就是說，行爲人故意或個別化過失的引起結果。換句話說，這種結果是可以被行爲人個人避免的，在足夠的避免動機下它是不會發生的¹¹⁸。(原文參照如下)

Handlung ist also Sinnausdruck ; Sinnausdruck ist individuell vermeidbare, also vorsätzliche oder individuell fahrlässige Folgenbewirkung ; individuell vermeidbar sind diejenigen Bewirkungen, die bei gegebenem dominanten Motiv zur Folgenvermeidung unterbleiben würden.

這段話的意思是說，故意或過失就是：能避免而未避免的引起結果。因爲當行爲人有避免能力也就是預見能力時，行爲人即能在預見風險後放棄行爲，而避免結果的發生。當行爲人有預見能力，卻未預見風險並作出行爲，而引起結果的發生時，即形成過失；當行爲人有預見能力，預見風險卻未放棄行爲，而引起結果的發生時，即形成故意。因此故意和過失即是：有避免能力的行爲人未去避免結果的發生。

在上段話和這段話中，Jakobs 用個人的避免可能性來架構刑法上的不法行爲

¹¹⁸ Jakobs , Der strafrechtliche Handlungsbegriff , 1992 , S. 26 .

概念，因此個人的避免可能性（也就是預見能力）應落戶在不法層次中的構成要件階層。

此外，Jakobs在其所著的教科書中指出，避免可能性是故意犯和過失犯的共同上位概念¹¹⁹，而黃榮堅老師亦指出，故意和過失就是有迴避可能性而未迴避¹²⁰。

第四款 Jakobs 理論和作者理論的比較之五

（一）避免可能性和意念表現

Jakobs 的上述看法可以整理如下：刑法上的不法行為是一種意念表現（Sinnausdruck），故意行為是惡意的表現，過失行為是疏忽的表現。在不可避免的結果，行為人並沒有意念表現（惡意或疏忽）。在可避免的結果，行為人可避免而未避免的引起結果，也就是說，行為人故意或過失的引起結果，行為人具有惡意或疏忽的意念表現。換句話說，行為人的不法行為（意念表現）以行為人個人有避免可能性為前提。因此，行為人個人的避免能力應該定位在不法層次中的構成要件階層。

Jakobs 的上述看法和本文的這項看法相同（只是用語不同）：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。在行為結果已經發生的情況下，如果行為人沒有預見能力（能認識），行為人即無故意（能認識而認識）或過失（能認識而不認識）可言。在行為結果已經發生的情況下，如果行為人有預見能

¹¹⁹ Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, 9/14。

¹²⁰ 見黃榮堅，「故意的定義與定位」，收錄在『刑罰的極限』，1999，頁 394。

力，行為人才有故意或過失，行為人才具有惡意或疏忽，行為人才是能避免而未避免結果。換句話說，在行為結果已經發生的情況下，預見能力是故意和過失成立的前提，是能避免而未避免狀態的前提，是行為人實質主觀不法的基礎，因此預見能力應當定位在不法層次中的構成要件階層（見前文第三章第二節第二款）。

（二）避免可能性和過失的本質及過失的存在基礎

Jakobs寫道，「我理解到過失的本質在於：個人的避免可能性。也就是說，只有當一個人自己—而不是某個標準人—可以避免相關結果卻沒有加以避免時，他才是處在過失的情況中¹²¹。」Jakobs洞察到了過失犯的主觀不法所在，過失犯的不法正是來自於行為人的個人避免可能性。在行為結果發生的情況下，只有當行為人個人對結果具有避免可能性，行為人能避免而未避免結果，行為人才具有主觀不法心態。這和一個標準人處在行為人的情況下是否具有避免可能性，毫無關係。即使一個標準人對結果具有避免可能性，只要行為人個人無法避免結果，行為人就沒有主觀不法可言。與此相對，雖然一個標準人對結果沒有避免可能性，只要行為人本身可以避免結果，行為人就是有主觀不法狀態。因此，採用個別化理論才能顯示出過失犯的不法本質。

Jakobs的這項看法，相當於本文的這項看法：「行為人個人對結果的能認識而不認識」這項心理事實，是過失主觀不法的存在基礎，因此應以此作為過失主觀不法的內容，而不是以「一般人能認識而行為人不認識」這種局部客觀的事實，作為過失主觀不法的內容（見前文第二章第四節第二款（一））。「一般人能認識

¹²¹ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 25。另參見Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 41 ff., 48 ff.。

而行爲人不認識」這種局部客觀的事實，無法顯示出過失主觀不法的本質。