

第五章 國內學者的個別化理論

第一節 許玉秀老師的個別化理論

許玉秀老師的不法個別化思想是在三篇文章中陸續發展形成的。

第一款 過失犯的主觀不法

通說認為過失犯沒有主觀不法，因為過失犯對法益侵害事實欠缺認識¹。但是單純的以行為人的認知空白，就認定行為人沒有不法意念，並不具說服力。因為過失行為人雖然是欠缺認識而不具故意，但是過失行為人的不認識，並非沒有認識能力而自然不認識，而是可以認識到風險卻居然不認識。這是由於對法益有一種不在意的輕忽心態。

在「走出主觀與客觀的迷思」一文中，許玉秀老師指出，過失犯的這種輕忽心態正是一種主觀不法。許玉秀老師指出，故意是一種對法益的惡意，過失是一種對法益的輕忽。對於惡意和輕忽這兩種不當態度，規範基於保護法益的觀點，同樣不能容忍²。因此按照許玉秀老師的看法，對這兩種態度，評價體系在其定位上，應當一視同仁。既然故意犯的惡意心態被定位成是故意犯的主觀不法，那麼過失犯的輕忽心態就應該被定位成是過失犯的主觀不法。許玉秀老師並引用人

¹ 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185以下。

² 許玉秀，「走出主觀與客觀的迷思」，收錄在『主觀與客觀之間』，春風煦日論壇－刑事法叢書系列0，1997，肆、二、(四)，過失也有主觀不法，頁43。

之不法理論作為依據，認為過失如果沒有主觀不法，就無法把它當成是人的作品，就無法對它進一步予以歸責³。

這是我對許老師文章的解讀。我的詮釋內容和許老師的原文，在文字表達上差異甚大。我之所以將原文大幅修改的原因，是怕讀者不理解老師的特殊表達方式。有興趣者請自行參閱原文。

第二款 預見能力和過失犯的行為不法

在「走出主觀與客觀的迷思」和「探索過失犯的構造－行為人能力的定位」這兩篇文章中，許玉秀老師指出：規範和法益不能容忍行為人的惡意背叛（這是故意犯），也不能容忍行為人的粗心忽略。在過失犯，行為人對構成要件的實現沒有認識，從存在構造上看，似乎是欠缺行為的主觀面，但從規範和法益的立場來看，則表現出和所期待的行為人主觀態度不一致的狀況。行為人的行為意思，從規範和法益來看，是一種錯誤、偏差的行為意思，而錯誤、偏差之處，就在於行為人有能力避免偏差和錯誤。這種能力的具備，顯示行為人的行為意思是規範和法益所不容許的行為意思⁴。

這段話的意思是說，行為人雖然對風險沒有認識，但是經由行為人個人的認

³ 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207。

⁴ 許老師的這段見解，是我將兩篇文章予以合併、整理而成。見許玉秀，「走出主觀與客觀的迷思」，收錄在『主觀與客觀之間』，春風煦日論壇－刑事法叢書系列0，1997，肆、二、(四)，過失也有主觀不法，頁43；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208和209。

識能力，我們能夠確定行為人的不認識，是一種因輕忽而造成的能認識而不認識，行為人具有主觀不法的心態，而不像在沒有認識能力的情況下，行為人的不認識，是一種當然不認識，是一種價值中性的不認識，行為人的心態沒有任何不法可言。

如果行為人沒有認識風險的能力，在任何情況下，行為人都不可能支配他的行為以符合安全規則。對規範而言，行為人並沒有忘記規範的告誡，行為人的行為意思不具有和規範抵觸的不法特質。所以，行為人的個別能力是架構行為不法的要素⁵。

按照許玉秀老師的看法，過失行為人對法益和規範的輕忽心態，以個人有預見能力為前提。由於輕忽心態是一種主觀不法，應當列在不法層次中的構成要件階層，所以預見能力也應當列在構成要件階層。

第三款 認識能力和故意犯的主觀不法

最後，在「當代刑法理論之發展」一文中，許玉秀老師指出，行為人的認識能力（許文中用行為能力稱之），在故意犯的不法構造上，是一項必備的要素。如果欠缺認識能力，就連過失都沒有，當然也就沒有故意。因此認識能力，是故意犯和過失犯共同的主觀不法要素，在定位上應該脫離罪責階層，而劃歸不法階層⁶。

⁵ 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209。

⁶ 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和39。

許玉秀老師並指出，避免可能性是不法和罪責的共同判斷標準⁷。因為當行為人不認識構成要件事實是不可避免時，行為人就不具有過失不法，也就是完全不具有不法。

第二節 三種個別化理論的比較： 作者的理論、Jakobs 的理論和許老師的理論

第一款

對許老師理論的一些澄清

許玉秀老師認為：「如果行為人沒有認識風險的能力，在任何情況下，行為人都不可能支配他的行為以符合安全規則。對規範而言，行為人並沒有忘記規範的告誡，行為人的行為意思不具有和規範牴觸的不法特質⁸」。

許玉秀老師的這段推論是有問題的。即使行為人沒有認識風險的能力，行為人仍然可以出於保護法益以外的動機，去支配行為以符合安全規則。例如行為人不知罐頭已腐壞而不應招待客人，但是行為人因顧及罐頭食品不甚美味而棄用之。當然，在這種情況下，由於行為人沒有內在注意可言，因此外在注意的實踐只是一項偶然事件（見前文第三章第一節第二款，第四章第三節第二款（四）），

⁷ 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 51。

⁸ 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 209。

沒有價值判斷上的對或不對可言。精確的說，如果行爲人沒有預見能力，行爲人並不是如許老師所說：「在任何情況下，行爲人都不可能支配他的行爲以符合安全規則」，而是：在任何情況下，行爲人都無法形成對風險的認識。因此這段推論應修改如下：當行爲人沒有預見能力時，行爲人無從形成對風險的認識，因此行爲人在不認識的情況下如果侵害了法益，並非出於對法益的疏忽，行爲人的心態沒有任何不法可言。

第二款 作者理論、Jakobs 理論和許老師理論的比較

(一) Jakobs 的理論

Jakobs 在「過失結果犯的研究 (Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt)」一書中，以避免可能性爲出發點，去架構不法：個別化的避免可能性是規範建立的基礎，因此也是不法成立的基礎。所以，個別化的避免可能性也就是預見能力應定位在不法層次中的構成要件階層。這項論點相當於本文的這項論點：從行爲人和規範的角度，來看能力、規範和不法的關係(見前文第三章第二節第一款)。Jakobs 在「刑法上的行爲概念 (Der strafrechtliche Handlungsbegriff)」一書中，以避免可能性爲出發點，去架構刑法上的不法行爲(故意行爲和過失行爲)：在不可避免的結果，行爲人並沒有意念表現(故意或過失)。在可避免的結果，行爲人可避免而未避免的引起結果，也就是說，行爲人故意或過失的引起結果，此即是行爲人的意念表現。換句話說，行爲人的不法行爲(意念表現)(故意或過失)(可避免而未避免)以行爲人個人有避免可能性爲前提。因此，行爲人個人的避免能力應該在構成要件階層中落戶。這項論點相當於本文的這項論點：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。

（二）許老師的理論

在許老師不法個別化思想的發展的前期階段，許老師認為：在過失犯，行為人對構成要件的實現沒有認識，從存在構造上看，似乎是欠缺行為的主觀面，但從規範和法益的立場來看，行為人的行為意思，是一種錯誤、偏差的行為意思，而錯誤、偏差之處，就在於行為人有能力避免偏差和錯誤。這種能力的具備，顯示行為人的行為意思是規範和法益所不容許的行為意思。如果行為人沒有認識風險的能力，對規範而言，行為人的行為意思不具有和規範抵觸的不法特質。所以，行為人的個別能力是架構行為不法的要素⁹。

由「行為人對構成要件的實現沒有認識（表示行為人已作出行為導致構成要件實現）」、「行為人的行為意思（表示行為人已作出行為，所以才有行為意思可言）」這些語句，以及「行為人的行為意思，從規範和法益來看，是一種錯誤、偏差的行為意思（從行為人和規範角度及行為人和法益角度去立論不法）」、「行為人的行為意思是規範和法益所不容許的行為意思（從行為人和規範角度及行為人和法益角度去立論不法）」、「行為人的行為意思不具有和規範抵觸的不法特質（從行為人和規範角度去否定不法）」這些語句，可以看出許玉秀老師是採取事後觀點，並兼及行為人和法益角度以及行為人和規範角度，在行為結果已經發生的情況下，從行為人和法益角度及行為人和規範角度，說明行為人的個別能力是如何地架構行為不法。

雖然切入角度相同，但是由於許老師反對「能為是當為的前提」（也就是避

⁹ 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 208 和 209。

免可能性是行爲規範成立的前提)這項法哲學立場,因而沒有從行爲人和規範的角度,得出和Jakobs相同的結論¹⁰。同時也並未從行爲人和規範角度或行爲人和法益角度,得出「預見能力是故意不法和過失不法的共同基礎(見本文)」這項結論,而僅指出「預見能力是過失不法的基礎」這項觀點。

直到在「當代刑法理論之發展」一文中,許玉秀老師才指出,行爲人的認識能力(許文中用行爲能力稱之),在故意犯的不法構造上,是一項必備的要素。因此認識能力,是故意犯和過失犯共同的主觀不法要素,在定位上應該脫離罪責階層,而劃歸不法階層¹¹。

許老師並指出,避免可能性是不法和罪責的共同判斷標準¹²,因為當行爲人不認識構成要件事實是不可避免時,行爲人就不具有過失不法,也就是完全不具有不法(因為連過失都沒有,自然也就沒有故意¹³)。

許老師的這項看法,和作者的這項看法:由事後觀點,從行爲人和法益的角度,來看能力和實質違法性的關係(見前文第三章第二節第二款),及Jakobs的這項看法:刑法上的不法行爲概念(見前文第四章第五節),彼此結論相同(避免可能性是不法的判斷標準),但推論過程不同。許老師並未指出,故意和過失的實質不法性在於:能避免而未避免,而能避免而未避免狀態以避免可能性為前提,因此避免可能性是實質主觀不法(故意或過失)(能避免而未避免)的基礎,應定位在不法層次中的構成要件階層。

¹⁰ 許玉秀,「探索過失犯的構造—行爲人能力的定位」,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203以下。

¹¹ 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和39。

¹² 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51。

¹³ 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。

（三）許老師對德國個別化理論的批評

許老師在「探索過失犯的構造－行為人能力的定位¹⁴」一文中曾批評，德國的個別化理論學者，並未說出「個人的個別能力是如何的架構不法」¹⁵，並接著提出自己對「能力是如何的架構不法」的看法。

但事實上，Jakobs 的確已從行為人和規範的角度，說明能力是如何架構行為的規範違反性（也就是不法性），和從行為人和法益角度的事後觀點，說明能力是如何架構行為人的不法行為。

（四）作者理論的特色：

故意犯和過失犯的比較、事前觀點及行為人和法益角度

在這三個理論中，只有作者從故意犯的不法結構出發，指出過失犯應有的不法結構（見前文第二章和第三章），及現行犯罪構造理論上，故意不法結構和過失不法結構彼此的矛盾和不一致。此外，在這三個理論中，只有作者採取行為人和法益角度的事前觀點，在結果還沒有發生之前，從行為人的角度去看能力和不法的關係。我猜這是因為刑事偵查和司法實務上，都是在結果發生之後，才去追緝元兇和定罪量刑，因此事後觀點是刑法界的盛行觀點。Roxin即指出，刑法法

¹⁴ 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。

¹⁵ 許老師的這項批評雖然是針對個別化理論學者Stratenwerth而發，但細查許老師的前後文，她應該是認為所有的德國學者都沒有說明此事。

理的任務就在於：對侵害法益的結果予以歸責¹⁶。相較之下，在結果還沒有發生之前，在行為作出與否還沒有確定之前，在行為人內心狀態還沒有確定之前，去思考行為人的內在狀態，去思考行為人和法益之間的關係，這種觀點比較少見（作者按：這只是我的猜想）。

第三款 從事前觀點解析因果流程錯誤

作者懷疑這就是下面這件事的原因：對於因果流程錯誤應如何處理，雖有許多判斷標準的提出¹⁷，用來決定偏離原先想像、可預見的因果流程，在何種情況下仍屬於原先故意的範圍，而成立故意既遂，在何種情況下已逸出原有故意的範圍，而只成立過失既遂（對於偏離原先想像、不可預見的因果流程，行為人不負既遂之責）。但是我至今不曾在文獻上看見下述觀點：當故意行為人在策劃犯罪行為時，在整體的犯罪流程中，有一些環節是行為人必須親身參與，才能促發犯罪結果的發生，有一些環節則不必行為人親身參與，也會因自然的因果流程而自動導致犯罪結果的實現。而故意行為人，由於想要犯罪結果實現（在此僅處理意圖故意的情況），必然對他必須親身參與的部分，抱持高度的關注，會妥善計畫其中的每一步驟，以免差池，而對他不必親身參與、只需靜心等候的部分，則不會加以深思細想。

¹⁶ Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Honig-FS, S.125。

¹⁷ 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；Roxin, Die Lehre von der objektiven Zurechnung, 及其中譯：駱克信，關於客觀歸責，許玉秀譯，均收錄在政大法學評論第五十期，1994。Puppe, Die Unterscheidung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, 及其中譯：故意與有認識過失的區別，鄭昆山、許玉秀合譯，均收錄在政大法學評論第五十五期，1996，頁 259 以下和頁 39 以下。

以文獻上常舉的，行爲人自橋上將人推落致死爲例：行爲人爲了確保死亡結果的發生，會在案發前，沙盤推演每一步親自動手的細節，包括：設想如何以言詞誘騙被害人至橋上、到現場勘查橋下的水深，以決定從哪一座橋上推落、要親自推落還是請孔武有力的壯漢代爲推落、要以何種方式推落（是要趁被害人背對自己時，推背使其跌落，還是在被害人面對自己時，當胸將其推落，或是將被害人攔腰抱起，再摔落橋下）等等。而對於自己不需親手動手的部分，只需靜心等候因果流程自然發展的部分，則只是隨便想想，包括：被害人的死亡時間（三天、五天或當場死亡）、被害人的致命原因（是出血過多，還是頸椎骨折¹⁸，還是受傷後感染不治）、被害人的致命因素（是被水淹死，還是撞到底石塊致死，還是撞到底墩致死）等等。由於行爲人對這部分多半只是隨意想想，對這部分的情況不會加以深思，因此「實際上所發生的事和自己的想法有所差異」這種情形出現的機會很大（例如對於死亡時間，行爲人料想被害人會當場死亡，但被害人延遲數日後才斷氣。如果當初行爲人發揮理性的話，就會明白到被害人當場死亡，或數日後甚至數月後死去，都有可能。也就是說，如果行爲人當初有就這部分的情況加以細想，就會想到所有可能發生的事情，就不會有因果流程錯誤的發生。但通常行爲人不會想這麼多）。

對於行爲人必須親身參與的犯罪細節，如果由於思慮不周或執行失誤，造成所發生的事實和行爲人的原先設想有所出入，此時和「事實和行爲人原先設想一致」、「事實按照行爲人所計畫而實現」的情況相比，顯示出行爲人對於最終發生的犯罪結果沒有這麼強的支配性。因爲行爲人所做的事和他所想的不一樣，行爲人對其所做的事顯然控制力衰退，因此行爲人可能只需負故意未遂責任（對案例進行詳細區隔，說明何種情況下成立未遂，何種情況下仍成立既遂，不是這裡可以處理的）。例如妻子計畫在酒中下毒謀殺丈夫，但因誤判致命藥量而導致所加

¹⁸ 頸椎骨折有可能致死或癱瘓，請自行查閱相關網頁。

入的藥量不足，或心慌下失手而未加入足夠藥量，丈夫喝下一般而言不會致死的毒酒後，因異常過敏體質而一命嗚呼。此時和確實加入致命藥量的情況（也就是沒有因果流程錯誤的情況）相比，行為人對最終死亡結果的控制度顯然降低，因此只需負故意未遂責任。

對於行為人不必親身參與的犯罪細節，如果實情和行為人原先的設定有所出入，不影響行為人對於最終發生結果的支配性。因為行為人對該部分沒有參與而無實際影響力可言，行為人對該部分只是單純料想而已，並未去做。行為人沒做而自然發生的事不管和行為人所料想的一不一致，行為人對該部分都無控制力可言，對於犯罪結果的支配性不因此而受影響。由於在這種事情上的出入不能減輕行為人的對結果的控制程度，因此行為人仍應負故意既遂罪責（除非實際上所發生的事，中斷了行為人對因果流程原有的影響力。例如行為人殺傷被害人後，被害人在送醫途中遭遇車禍而死，或送醫後在醫院中遇上火災而死，或被害人不堪傷口疼痛自縊而死）。例如行為人將被害人從橋上推落後，不論被害人是撞擊橋墩而死或是落水後淹死，是失血過多而死或內臟破裂而死或傷口感染致死，是當場死亡或數日後死去，都不影響行為人對最終死亡結果的操縱性大小，行為人均應負起故意既遂責任¹⁹。

上述看法來自於行為人對犯罪歷程支配的事實結構²⁰。作者猜想這種看法之

¹⁹ 這是我之所以對一本論文的結論並不十分贊同的理由。在該本論文中，作者對於因果流程錯誤此一問題的處理，太過簡化，將故意既遂的判斷標準，單純、完全取決於行為人的認識與否，因此造成不合理的結果：行為人的預見，即使只是在無關緊要的因果流程上有所錯失，也會因與實際情況不符，而僅負故意未遂的責任。如此一來大量排除故意既遂責任成立的機會，實在有違法律感情。見王玉全，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 155 以下。

²⁰ 參見Schünemann，Über die objektive Zurechnung，GA 1999，S.228，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 101。但在該文中並未提出本文的這項

所以作者至今未見，是因為這項觀點必須回溯至行為人的故意形成的初始，去察看犯罪流程中各個環節的故意形成狀態。這種做法迥異於一般對於因果流程錯誤的處理態度：在行為人的故意範圍確定之後，在結果發生確定之後，去決定故意既遂的範圍，去決定實際上所發生的因果流程是否屬於當初故意的範圍。

第三節 黃榮堅老師的個別化理論

國內學者黃榮堅老師，也採行個別化理論的觀點。黃老師認為，如果採行一般化理論，根據一般人的能力，來制定規範內容，來制定行事標準。那麼當行為人具有高能力時，也只須遵循一般能力者的行事標準，而不是對於高能力的行為人，依據其本身的能力狀況，制定較高的行事標準。如此一來，由於高能力者和一般能力者相比，只須盡較少的力，就可達到和一般能力者相同的行事標準，因此，對於高能力者是一種縱容。合理的刑法規範應是：要求一般能力者和高能力者，都盡相同程度的力量去維護法益。因此對於高能力者，依據其本身的能力狀況，制定較高的行事標準。例如對於醫生，不能以要求一般人的標準，去要求醫生²¹。

黃老師並指出：將過失概念和故意概念相對照，既然沒有客觀的故意，為什麼在過失犯的判斷上，會跑出一個客觀的過失？一般人有沒有預見能力，和行為人有沒有過失的問題，毫不相干²²。

看法：對於犯罪環節支配性的區分和對因果流程錯誤的處理，而是以「對犯罪事件支配的事實結構」來處理客觀歸責的問題。

²¹ 見黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 303，304。相同見解見Stratenwerth，Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes，in：Jescheck-FS，1985，S. 285，296。

²² 見黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 304。相同見解見第二章第四節第二款。