

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

遺棄罪立法正當性之檢討

A Review of the legitimacy of abandonment

郭釗偉

Chao-Wei Kuo

指導教授：黃榮堅 博士

Advisor: Jung-Chien Huang, Ph.D.

中華民國 102 年 6 月

June, 2013

謝辭



時間竟然就在不知不覺之中走到這一刻，象徵著碩士班生涯以及一個人生階段的終點。雖然站在終點回顧前一階段的點滴，總會有許多不滿意和惋惜之處，但或許只要過程已盡全力，也就不必老惦記著遺憾，而是對這段際遇懷著無比感謝吧。

大學以至碩士班四年，最感謝的是我的指導教授黃榮堅老師。老師淵博的學識以及充滿智慧的談吐，一直是我無比欽慕的學習對象，更屢屢在與老師討論問題的過程中，讓老師點出我思考方法上的盲點，也讓我知道自己還該往哪個方向努力。除了知識層面，老師對我影響更大的是看待問題的方式與態度，讓我學習如何更誠實的面對自己、更勇敢的承擔責任。雖然我還是有著太多不成熟的缺陷，但如果現在的我能比大學時代多成長了一些，大半要歸功於老師對我的指導與照顧。此外也非常感謝擔任口試委員的周漾沂老師與徐偉群老師，周老師除了在口試時一針見血的點出我論文裡的幾個根本問題，在論文寫作過程裡也給了我許多建議，更常在課後不厭其煩地回答我刑法理論和學習方法上的疑問，解答許多縈繞在我腦海裡混亂不已的困惑。周老師對於刑法基礎理論的獨到見解、條理分明的分析能力，讓我每一次與老師的討論都能獲益良多。徐老師在我怯生生寫信詢問是否能夠擔任口委時不但一口答應，在信件往返還有口試當天與老師聊天的過程中，都可以感覺到老師讓人如沐春風的親切與溫暖。此外徐老師同樣也在口試時提醒了許多論述連結性與用語上的缺點，讓我能重新檢視許多寫作時沒有注意到的問題，雖然限於時間與能力，未能就全部的問題做通盤修正，仍非常感謝三位老師的指正與建議。

在學習刑法的路上，另外要感謝的是李茂生老師、許恒達老師與賴曉黎老師。李老師讓我懂得質疑、挑戰過往自己認為理所當然的真理，也開啟了我對於哲學與社會學的興趣，學習從不同的視角來看待法律與社會問題，更讓我懂得反省自己比歸咎他人來得更為重要。許老師的豐富學養也讓我非常折服，除了因旁聽老師的課而獲益匪淺，老師還給素昧平生的我許多論文以及求學之路的建議，在在都讓我受用無窮。此外，因緣際會旁聽了社會系賴曉黎老師的課程，老師對於社會學理論的精通、熟稔程度讓人萬分佩服，更讓我真正知道什麼叫做「念書」、真正知道自己還有太多太多的不足。

除了老師們對我的影響外，一定要好好感謝的是研究所生涯對我幫助甚多的耕維學長。在準備法研所、參加學長帶的讀書會時就已得到學長的諸多照顧，學長對於求知的熱忱與認真程度，不僅是我學習上最好的榜樣，與學長還有許多好友組成的讀書、同樂會也讓我念了很多自己一個人念不來的書，讓我能

時期多累積了不少知識與歡樂。私底下學長也常在百忙之餘回答我許多有關法律或非法律問題的困惑，在我研二最抑鬱寡歡、憤世嫉俗的日子裡，學長一封上千字的長信讓我重新產生對知識與生活的熱情，真的非常、非常的感謝學長。此外，也要謝謝李維平時給我的幫助與鼓勵，不僅拉我一同旁聽許多課程，讀書會、德語學習、論文文獻蒐集上也給了我許多資訊和意見，平日在研究室一同聊天時也總是聊得意猶未盡，甚至還常笑到腹痛不已。當然也很感謝讀書會的其他成員橘子、萬承、阿凱、駱駝、允中、勇麒，在與你們一同討論、一同聊天的過程裡，我度過研究所最愉快、最值得懷念的時光。

另外要感謝 1811 研究室的室友們：李維、橘子、家誠、聖凱、大叔、永政、駱駝、盈如、淑芳、姍萱、曉恩、宇涵、培穎，因為有你們，研究室才能充滿著歡樂與笑聲，也讓我回到 1811 時總有回到家裡的溫暖與歸屬感。謝謝盈如，在我心情不好時，妳的鼓勵與打氣總能讓我重新打起精神，與妳聊天、一起做報告是我最開心的回憶之一；也很謝謝曉恩和宇涵，在我又一個人鑽牛角尖、胡思亂想時，妳們的傾聽與關心是我走出陰霾的一大動力，真的好謝謝妳們。

整整待了八年的棒球校隊，也是我難以割捨的美好回憶。謝謝康正男老師，不論是球技還是待人處世的態度，老師都給了我太多太多。也要謝謝 B93 同梯的戰友們，因為有你們一起奮戰、玩樂、互相扶持，我才能在球隊撐到最後一刻。在成為球隊裡的學長之後，我才真正體認到在嚴以律己之外，寬以待人的重要性，也要謝謝單純、沒有心機的學弟們，只有和你們聊天、騎車出遊時，我內心潛藏著的小男孩才能毫無保留的展露出來，而那是我最能恣意大笑的美好時光之一。

在研究所生涯裡，因為讀書會而認識了許多學弟妹，與你們一同討論刑法問題、閒聊學校與生活上的瑣事，還有一同出遊、唱歌、聚餐，都是我每次想起都無比溫暖、愉快的回憶。特別要謝謝倍伸，平時與你討論刑法問題時總是非常投契，論文寫作過程中也因為你細心的校稿，以及協助處理大大小小的雜事，我才能在最後一刻心無旁騖的把論文完成，真的很謝謝你。

研三之後，很幸運的能和叮噹貓和宜寧一起參與和德國好朋友 Christian 的德文語言交換，如果不是叮噹貓當初的強力邀約，一向害怕外語的我一定無法鼓起勇氣練習德語，也沒辦法和你在語言交換後或是其他時間一起天南地北的暢聊、擁有像你這樣值得深交一輩子的朋友；也很高興能在語言交換時和宜寧逐漸熟識，和妳不論是討論嚴肅的刑法問題還是輕鬆的閒聊都能非常盡興，希望妳在德國的留學之路能一切順利，等下一次妳回國時我們一定要好好聚一聚喔。

再來是大學時代就認識的好兄弟彭彭。很高興能交到你這樣熱情、積極、努

力的好朋友，除了與你一起打法律盃、一同出遊的美好回憶，一直到現在只要有空我們都還是會相約聚會，互相交換近況與心事，真的很開心。希望未來這一年你的實習能一帆風順，等我有空就去高雄找你，一定！另外還有聖凱，除了最後一學期一起奮鬥論文的革命感情，也很謝謝你都會邀約我參加各項朋友間的聚會，或是主動詢問我要不要一起訂飲料或便當，和你聊天或是一同玩樂總能讓我一掃寫論文的苦悶與壓力，真的很高興有你這麼好的夥伴，就算畢業了還是要保持聯絡喔。

高中就已熟識的好朋友，老大和旭旭，謝謝你們這麼多年來的照顧和鼓勵，和你們聊天總是可以讓我放心的把所有心事和盤托出，你們的傾聽和建議也總能給我說不出的安定感。與你們的晨泳會、水中美式足球聚會，是我研四上最期待的活動之一；其他族繁不及備載的各項玩樂活動，也讓我每次一想起就好想捧腹大笑。謝謝你們帶給我那麼多的歡樂，希望未來的人生旅程也能和你們繼續當一輩子的好朋友。

我最好的朋友，佳典，對你的感謝恐怕不是三言兩語可以說清。雖然我們兩個從不互相客套，但在研四寫論文的這一年裡，要不是你的督促和鼓勵，甚至還找到你家寫論文，我恐怕沒有辦法咬牙撐過最後關頭把論文完成。幾乎每週一次的球聚或餐聚，我們總能互相暢談不能輕易為外人道的祕密，聽對方訴苦、發發牢騷彷彿像是和家人說話般的自然，能擁有這樣子的友情我真的萬分幸運。正如我們最近不斷聊到的，希望我們都能順利過渡到人生的另一階段，一起努力吧，我相信我們都可以的。另外要謝謝小羅，在每一封魚雁往返裡，妳的開朗、樂觀對我都是莫大的鼓勵，讓我重新有勇氣和信心面對生活的諸多挫折和挑戰。

也要謝謝思潔，給了我許多值得珍藏的美好回憶。如果生命是一條不斷與他人交會又分開的長河，每一條支流所帶來的成分都將會永遠蘊藏在自身生命的每一個分子，伴隨著這一條長河繼續往前奔流。不管在入海之前我還能不能再望見那曾與我交會的長河，此後生命歷程的每一刻都能保留那交會時擁有的回憶之流，或許就已經足夠美好了吧。真的好謝謝妳。

最後，要謝謝的是不斷包容我的家人。謝謝爸爸、媽媽在平日對我無微不至的照顧，讓我可以無後顧之憂的專心在我想要做的事情上，並包容我遇到挫折時的壞心情，永遠為我打開通往最溫暖的那一扇門。如果我能夠有一絲一毫的成就，所有的榮耀都應該歸給你們。謝謝弟弟，一直是我最好的夥伴與玩伴，雖然我們的個性截然不同，卻在許多地方巧妙的互補，讓我在不足之處擁有最堅強的後盾。有著如此愛我的家人們，我才發現，原來我是如此幸福。

雖然這本論文如同此刻的自己，還有著太多需要突破、需要改進的地方，但

也正如論文裡不斷強調的，只有自己於此刻勇敢的進行選擇、學習承擔選擇之後一切因此而生的後果，才有可能漸漸趨近我所想要成為的自己。既然論文裡已經忠實的呈現此刻的我，即使不成熟，也就不必再有遺憾。謹以這本論文告別我的碩士生涯，希望我對這些問題的思考會在我做出下一個選擇之後，與我一同成長。

2013年7月2日
於家中

摘要



遺棄罪作為一種獨立的犯罪類型似乎和絕大多數人的法感十分契合，但其遭逢的理論困境的複雜程度實在令人咋舌。本文耙梳、整理了我國學說、實務對於遺棄罪的見解，認為遺棄罪的根本問題有三：一，遺棄罪的保護法益為何？二，危險犯立法模式的正當性基礎何在？三，殺人罪與遺棄罪可不可能區分？如能區分，係透過主觀不法區分還是透過義務來源區分？

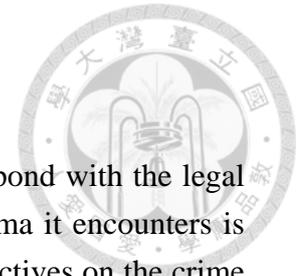
以刑事不法行為的定義為基礎，本文認為刑法上的「危險」概念應採主觀危險理論，故刑法上危險的判斷對象應為「行為時，行為人主觀上所認知的心理事實，以及行為人依其能力與所知事實所做的實害預測」，而判斷標準則係「容許風險」。自主判斷權限代表每個人各自的個性多元發展與生活方式，此一效益雖是不能輕易退讓的高度福祉，但自主判斷的範圍則會隨著可能侵害利益與風險的大小做調整。至於決定每個人個性發展空間範圍有多大的標準，是「社會總體功利」，以維持每個人個性發展空間之間的衡平關係。

危險犯的正當性應建立於對難以測定的利益侵害範圍的擬制評價，是一種適用於超個人法益犯罪類型的技術性未遂規定。至於刑法上的危險只有一種，即「超越容許風險的危險」，因此抽象危險犯、具體危險犯的實質內涵應屬相同。又為了不違背罪責原則，所謂抽象危險不可能僅為立法者的動機，仍必須委由法官審查行為時的具體環境因素判斷有無危險，故抽象危險犯實質內涵亦同於具體危險性犯。因此，本文認為實質上僅有一種危險犯：具體危險性犯。而所謂的危險故意本質上依然是一種實害故意，不能以立法者或專家的判斷予以取代。

透過立法沿革以及對德國法制史的觀察，遺棄罪搖擺於義務違反與生命危險之間的罪質，係造成其解釋上諸多困難的根源。為了明確性遺棄罪的罪質，本文認為遺棄罪的保護法益僅為生命，至於義務違反說（扶養義務請求權、國家福利資源的耗費）因為不符合刑法體系或有違利益衡平而被排除。遺棄罪既非超個人法益犯罪，若還是以行為人的實害認知為前提，將使遺棄罪難以同時兼顧規範必要性與正當性，也因此造成遺棄故意與殺人故意的區分困境。如欲以義務來源做區分，由於本文認為刑法作為義務的唯一正當性基礎是危險前行為，因此也難以藉此區分遺棄罪與殺人罪，如此將使遺棄罪完全失去規範意義。最後，在總結遺棄罪在理論上的困境及其正當性疑慮之後，本文也分別以兩條進路對遺棄罪指出可能的限縮解釋方向與立法論建議，希望能為實務運作提供些微的幫助。

關鍵字：遺棄、危險犯、容許風險、自主判斷、效益主義、自由主義

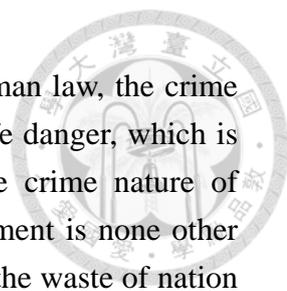
Abstract



As an independent crime type, abandonment seems to correspond with the legal sense of most people, but the complexity of the theoretical dilemma it encounters is astounding. This thesis reviews the theoretical and practical perspectives on the crime of abandonment, and advances three fundamental questions: First, what is the legal interest of abandonment? Second, what is the basis of legitimacy in the legislation of crime of danger (*Gefährdungsdelik*t)? And third, are the crime of murder and that of abandonment distinguishable? If yes, are they distinguished by subjective illegality or the source of obligation?

Based on the definition of criminal offense, this thesis holds that subjective risk theory should be adopted regarding the criminal concept of “danger.” Thus, in criminal law, the object of judgment of danger should be “the psychological fact that is subjectively recognized by the person, and the actual harm prediction done by the person according to his or her ability and known facts at the time of the act.” And the criteria of judgment is the “allowed risk.” The autonomous judgment represents the diversity of characteristics and lifestyles, whose efficiency is the lofty well-being not to be easily conceded; however, the range of autonomous judgment would be modified in accordance with possible interest infringement and the extent of risk. As for the space between each one’s characteristic development, it is the “general utility” that determines and maintains its equilibrium.

The legitimacy of the crime of danger should be established on the legal fiction evaluation of unpredictable range of interest infringement. It is a technical attempt regulation applicable to hyper-individual legal interest crime. In criminal law, danger is limited to the “danger that exceeds allowed risk”; hence, the substance of the crime of abstract danger (*abstraktes Gefährdungsdelik*t) and that of concrete danger (*konkretes Gefährdungsdelik*t) should be equivalent. In order not to violate the principle of responsibility, abstract danger cannot be merely out of the lawmaker’s motivation. Instead, it should be determined by the judge whether danger exists in the specific circumstances at the time of the action; thus, the substance of abstract danger equals that of qualified danger (*Eignungsdelik*t). As a result, this thesis holds that, substantially, only one type of crime of danger exists – that of qualified danger. The so-called intended danger is, in essence, nonetheless a criminal’s intention to accomplish the criminal result, which cannot be replaced by the lawmakers’ or experts’ judgment.



According to the legislative evolution and the history of German law, the crime of abandonment has oscillated between obligation violation and life danger, which is the source of its interpretive difficulties. In order to clarify the crime nature of abandonment, this thesis claims that the legal interest of abandonment is none other than life. The theory of obligation violation (the claim for support, the waste of nation welfare, etc.) is excluded for not conforming to the criminal law system and/or for violating interest balance. Given that abandonment is not a hyper-individual legal interest crime, if predicated on the person's real harm recognition, it cannot take into account both normative necessity and legitimacy, thus causing the dilemma in distinguishing intentional abandonment from intentional homicide. If distinguished by the source of obligation, abandonment will completely lose its normativity, since the only basis of legitimacy in the criminal law as obligation, this thesis argues, is the previous act which created the dangerous condition, making it difficult to distinguish abandonment from murder. Finally, after summarizing the dilemma in theory and legitimacy of abandonment, this thesis also points out the possible narrowed interpretive directions and legislative suggestions from two approaches, with the hope to provide slight help for practical operation.

Keywords: abandonment, crime of danger, allowed risk, autonomous judgment, utilitarianism, liberalism

論文詳目



謝辭.....	I
摘要.....	V
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與順序.....	2
第二章 遺棄罪實證法分析.....	4
第一節 保護法益.....	4
第一項 生命法益（或包括重大身體法益）.....	4
第一款 學說見解.....	4
第二款 實務見解.....	6
第二項 義務違反說.....	7
第一款 實務見解.....	7
第一目 相關判例.....	7
第二目 相關判決、法律座談會見解.....	9
第二款 學說見解.....	12
第二節 行為主體.....	15
第一項 「依法令或契約」的定義與範圍.....	15
第一款 多數學說、實務見解.....	15
第二款 特殊實務見解.....	17
第二項 與刑法第 15 條（保證人地位）的關係？.....	18
第三項 與民法扶養義務順序的關係？.....	21
第一款 學說、實務意見.....	21
第二款 問題分析.....	23
第四項 「依法令或契約」的身分性質？.....	23
第一款 學說意見.....	23
第二款 問題分析.....	24
第三節 行為：遺棄與不為扶助、養育、保護.....	25
第一項 定義與行為性質：作為還是不作為？.....	26
第一款 立法理由與實務見解.....	26
第二款 學說見解.....	27
第一目 定義.....	27
第二目 行為性質.....	31
第二項 無義務遺棄罪的不純正不作為犯與消極遺棄罪的關係？.....	33
第四節 行為客體：無自救力之人.....	35
第一項 定義.....	36

第一款 實務意見.....	36
第一目 一般定義.....	36
第二目 具體認定.....	38
第二款 學說意見.....	39
第二項 環境因素？.....	40
第五節 危險犯性質：抽象危險犯或具體危險犯？.....	42
第一項 實務見解.....	42
第一款 相關判例.....	42
第二款 相關判決.....	43
第二項 學說見解.....	46
第一款 抽象危險犯.....	46
第二款 具體危險犯.....	49
第三項 問題分析.....	50
第一款 抽象危險犯和具體危險犯的區分基準？.....	50
第二款 抽象危險犯說的困境.....	51
第三款 具體危險犯說的困境.....	53
第四款 根本問題：抽象／具體危險犯的區分意義及正當性為何？	54
第六節 主觀不法：遺棄故意.....	55
第一項 實務見解.....	55
第二項 學說見解.....	56
第三項 問題分析.....	59
第七節 小結：遺棄罪實證法問題總結.....	62
第三章 不法行為與危險犯概念.....	65
第一節 刑罰的正當性基礎：所謂「不法行為」.....	65
第一項 為什麼要有刑罰？.....	65
第二項 不法行為的意義.....	66
第一款 必須是針對「人的行為」.....	66
第二款 「不法」的意義.....	66
第三款 客觀不法的最低限度要求：(風險失控觀點下的) 著手.....	68
第四款 主觀不法：故意過失作為不法要件.....	68
第五款 小結：不法行為的意義.....	69
第二節 刑法上的「危險」概念.....	69
第一項 「危險」作為一種預測與判斷.....	69
第二項 危險的定義及正當性基礎.....	71
第一款 概說.....	71
第一目 採主觀危險理論的理由.....	71
第二目 危險判斷與容許風險.....	74

第二款 判斷對象：「行為人」的心理事實.....	75
第一目 正面角度：自主判斷的重要性.....	76
第二目 反面角度：自主判斷被取代的負面效應.....	92
第三款 判斷標準：容許風險.....	97
第一目 容許風險概念的內涵與意義.....	97
第二目 容許風險與自主判斷的關係.....	101
第四款 小結：刑法上的危險定義.....	121
第三節 行為犯立法模式的必要性與正當性.....	122
第一項 不以實害結果存在即已既遂的理由.....	122
第一款 原始的既遂意義.....	122
第二款 行為犯與結果犯.....	123
第一目 證明結果發生與否的困難性？.....	123
第二目 擬制難以計算的侵害範圍.....	124
第三目 確立行為規範？.....	131
第二項 刑事不法與行政不法.....	132
第一款 學說概況.....	133
第二款 行政管理的誕生：國家對於人民生活的積極干預.....	135
第三款 刑事不法與行政不法的界線.....	139
第四款 刑事不法與行政不法的模糊化：以不能安全駕駛罪為例	141
第四節 危險犯概念及其正當性.....	143
第一項 抽象危險、具體危險與具體危險性.....	143
第二項 區分標準及其實益.....	144
第一款 區別標準.....	145
第二款 區分實益.....	145
第一目 危險程度？.....	145
第二目 判斷基礎？.....	147
第三目 舉證程度？.....	148
第三款 正當性何在？.....	149
第一目 抽象危險犯.....	149
第二目 具體危險犯.....	151
第三項 所謂危險故意.....	153
第四章 遺棄行為的不法與罪責.....	159
第一節 遺棄罪的立法沿革與德國法制史.....	159
第一項 立法沿革.....	160
第二項 德國法制史.....	162
第三項 小結：「生命危險」抑或「義務違反」？.....	163
第二節 遺棄罪保護法益的採擇.....	164

第一項	本文選擇的法益標準.....	164
第二項	生命法益（而不包括重大身體法益）.....	165
第三項	（扶養）義務請求權？.....	167
第四項	國家福利資源的耗費？.....	169
第三節	遺棄罪的危險犯性質.....	173
第一項	實務見解問題溯源：對於保護法益認識不清.....	173
第二項	學說見解問題溯源：未建立危險／危險犯的正當性.....	174
第三項	小結：遺棄罪的危險犯性質認定困境.....	176
第四節	主觀不法：所謂遺棄故意.....	177
第一項	通說對故意的定義：認知與意欲要素.....	178
第二項	遺棄故意與殺人故意的區分困境.....	179
第一款	客體差異說？.....	179
第二款	從意欲要素區分？.....	180
第三款	意欲要素的檢討.....	181
第一目	意欲僅為局部性情緒.....	182
第二目	未以認知為基礎的意欲，僅為單純的願望.....	183
第三目	著手概念已能表達行為人的法敵對意志.....	184
第四目	避免意欲成為補足認定故意困難的藉口.....	185
第五目	小結：意欲要素非故意要件.....	187
第四款	遺棄故意作為一種有認識過失？.....	187
第三項	小結：令人困惑的遺棄「故意」.....	188
第五節	罪責：「依法令或契約」與保證人地位的關係.....	189
第一項	保證人地位的實質基礎.....	190
第一款	為何需要保證人地位？.....	190
第二款	保證人地位的成立事由.....	190
第三款	保證人地位的終極標準：期待可能性.....	191
第一目	原則上不非難不作為的理由：對人好逸惡勞天性的尊重.....	191
第二目	保證人地位的充要條件：危險前行為.....	192
第二項	「依法令或契約」與保證人地位的關係.....	195
第一款	不法還是有責要件？.....	196
第二款	與民法扶養義務順序的關係？.....	196
第三款	有義務積極遺棄罪的規範意義？.....	198
第四款	獨立於保證人地位的規範功能？.....	199
第三項	無義務遺棄罪的檢討.....	202
第一款	法定刑過輕.....	202
第二款	無法解釋為不予救助罪的理由.....	202
第六節	中間結論：遺棄罪法理困境總結.....	203

第五章 限縮解釋可能性與立法建議.....	205
第一節 將遺棄故意等同於殺人故意的進路.....	205
第一項 立法論策略一：全面廢除遺棄罪章.....	205
第二項 立法論策略二：僅保留有義務消極遺棄罪.....	206
第三項 解釋論策略一：特殊罪責型態的殺人未遂罪.....	208
第二節 限縮遺棄行為人自主判斷空間的進路.....	211
第一項 限縮遺棄行為人自主判斷權限的需求緣起.....	212
第一款 遺棄罪與殺人罪的事實上差異.....	212
第二款 保護生命法益的規範性需求：特殊的心理依賴關係....	212
第二項 解釋論策略二：限於重大過失.....	215
第三項 立法論策略三：基於特殊依賴關係而來的危險犯.....	218
第六章 結論.....	221
參考文獻.....	227

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的



我國刑法第 293 條第 1 項規定：「遺棄無自救力之人者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。」(下稱「無義務遺棄罪」、第 294 條第 1 項規定：「對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處六月以上五年以下有期徒刑。」(下稱「有義務遺棄罪」)是我國遺棄罪章的基本犯罪類型，而整個遺棄罪章則是坐落於殺人、傷害、墮胎罪章之後，換言之，是完全獨立的犯罪類型。依照多數學說的看法，遺棄罪保護的是個人的生命（或包括重大身體法益），但一個非常直觀的初步質疑馬上隨之產生：如果遺棄罪保護的法益與殺人罪、重傷罪完全重疊，那麼為什麼我們還需要另外制定遺棄罪來保護這些法益呢？抑或是遺棄罪其實另有別的保護法益，但被多數學說所忽略？

接下來的問題是，如果遺棄罪的保護法益真的是生命、重大身體法益，且遺棄罪又能夠有獨立於殺人罪與重傷罪的規範意義，理由是什麼？依照多數學說的看法，遺棄罪屬於危險犯，和殺人罪與重傷罪屬於實害犯性質有別，那麼此一性質上的差異是否真能合理說明遺棄罪的規範必要性？更重要的是，危險犯立法模式幾乎都是適用在超個人法益犯罪類型（典型的情況，如公共危險罪章），保護個人法益的遺棄罪採取危險犯立法模式的規範正當性又是什麼？這一點和學說上對於遺棄罪危險犯性質的爭議(係抽象危險犯，還是具體危險犯？)有無關係？

最後，如果遺棄罪真能建立起自身的規範必要性與正當性，那麼要如何和殺人罪、重傷罪做區分？依照多數學說的看法，係透過主觀不法的層次（遺棄故意／殺人故意、重傷故意）來區分，但如果我們把故意定義為對於實害（法益侵害）

的認知，在遺棄罪與殺人罪、重傷罪的法益係屬相同的情況下，如何可能區分遺棄故意與殺人、重傷故意？另外一個途徑則是從義務來源（有義務遺棄罪的「依法令或契約」／保證人地位）的層次來區分，但通說又把「依法令或契約」的實質內涵詮釋為和保證人地位相同，如此一來遺棄罪即無法據此和殺人罪、重傷罪做區分；如果認為有義務遺棄罪的義務來源和保證人地位有別，那麼是差在哪裡？建立此一差別的理由又是什麼？

基於上開疑問，本文的研究目的在於探討遺棄罪在刑法上有無可能建立起規範必要性與正當性，如果現行法規定有所瑕疵，則進一步指引可能的限縮解釋方式或立法論建議。

第二節 研究範圍與順序

本文的主要研究目的在於遺棄罪本身的規範正當性，因此係以無義務遺棄罪與有義務遺棄罪這兩個遺棄罪章的基本犯罪類型為研究重心，至於刑法第 293 條第 2 項、第 294 條第 2 項所規定的遺棄致死、致重傷（加重結果犯）以及第 295 條遺棄直系血親尊親屬罪，由於各自有其他的理論問題需要深入處理，故本文不將其列入研究對象。另外，於民國 99 年所增訂的刑法第 294 條之 1，係特別針對負有民法上扶養義務之人所制定的排除適用規定，由於其另外涉及和我國扶養義務制度之間的關係，本文亦不擬將其列為研究對象¹，僅在探討遺棄罪的保護法益時於有關的部份略微提及。

在研究的順序上，首先本文擬先耙梳我國學說、實務對於遺棄罪章的相關見

¹ 國內已有論文對此一不罰事由做探討，參照陳緯弘（2012），《論遺棄罪之處罰基礎與界限：從刑法第 294 條之 1 不罰事由之增訂談起》，中央警察大學法律學研究所碩士論文；陸怡璇（2011），《有義務者遺棄罪及其排除適用事由》，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。



解，以了解遺棄罪在實際適用上可能遇到哪些困境，而這些困境背後最根本的規範性問題又是什麼，以利我們在接下來的章節針對這些根本問題進行探討（第二章）。接著，為了能夠建立一套用以檢驗遺棄罪有無正當性基礎的標準，本文擬先從刑事不法行為的意義出發，並以此為基礎說明刑法上的危險定義為何、危險犯立法模式的正當性基礎與內涵又是什麼，再據此對通說所採的抽象危險犯／具體危險犯這一組分類進行檢討，界定出本文認為具有正當性的危險犯概念（第三章）。再來我們即可透過第三章所建立的危險犯概念，用以檢驗遺棄罪作為一種危險犯有無規範上的正當性。由於此一檢驗和遺棄罪的保護法益為何密切相關，而為了確立遺棄罪的保護法益，又得從遺棄罪的立法沿革和所承繼的外國立法例的法制史談起，故本文會先簡單就遺棄罪的立法沿革和德國相關的法制史做介紹，並在提出本文所採擇的法益標準之後，分別就學說上所提出的各種遺棄罪的保護法益做檢驗，為遺棄罪界定出其具有法益適格的保護法益。接著本文即可據此檢驗遺棄罪的危險犯性質，並點出遺棄罪作為危險犯的理論困境，最後再分別提出本文對故意與刑法上作為義務所設定的正當性基礎，用以說明遺棄故意／殺人故意以及「依法令或契約」／保證人地位區分上的困難與正當性疑慮（第四章）。經過上述兩章的理論性檢討，認定現行遺棄罪確實難以建立其獨立於殺人罪的規範必要性與正當性之後，本文即嘗試指出可能的限縮解釋方向與立法論建議，讓重構後的遺棄罪得以享有一定程度的獨立規範意義（第五章）。最後再總結本文的結論（第六章）。

第二章 遺棄罪實證法分析



如同本文第一章所指出的，對於遺棄罪第一個馬上可以想到的問題，就是如何和殺人罪做出區分，而這個問題具體來說，就是殺人故意和遺棄故意，以及不作為殺人的「保證人地位」和有義務遺棄罪的「法令或契約」有無可能區分或如何區分；另外一個學說上爭論不休的問題，則在於遺棄罪的危險犯性質，到底是抽象危險犯還是具體危險犯？當然，除了這兩個問題之外，遺棄罪章還有不少值得提出來分析的疑點。本章要做的工作，就是對於我國遺棄罪相關的學說、實務見解做個整理，試圖從中理出爭議問題的來源為何，方能在下幾章對這些根本問題進行分析，並提出本文見解。

在論述的順序上，由於保護法益對於犯罪要件的解釋有著舉足輕重的作用（亦即：法益的構成要件指導功能），如果在保護法益上已經有所爭議，各個要件的解釋自然也會有所分歧。因此，本文會先從遺棄罪的保護法益相關見解開始談起，接著才對其客觀不法要件（行為主體、行為、行為客體）、危險犯性質和主觀不法要件（遺棄故意）的見解做整理。

第一節 保護法益

第一項 生命法益（或包括重大身體法益）

第一款 學說見解

目前多數學說都將遺棄罪的保護法益解釋為個人的生命法益，或另外再包括重大身體法益，和義務違反之間沒有直接關係。這一點，其實從刑法第 294 條第一項後段「不為其『生存所必要』之扶助、養育或保護」，或是從刑法第 293、

294 條第一項的行為客體「無自救力之人」都可以看得出來，只有在與「生存」密切相關的違反義務行為才會被論以遺棄罪。既然不採義務違反說，學說上有所爭論的，是在生命法益之外，要不要也將「重大身體法益」納進遺棄罪的保護範圍裡。

認為遺棄罪僅保護生命法益的見解²，主要是以條文中「生存」此種攸關存活與否的用語作為基礎，認為立法者並沒有將保護法益擴及到身體，況且我國對於輕傷並不罰未遂，若認為遺棄罪也保護身體法益，恐造成體系上的矛盾³。至於認為遺棄罪也保護（重大）身體法益的見解⁴，形式上的依據主要是，遺棄罪章既然規定於殺人、傷害罪章之後，且遺棄罪章的加重結果犯規定為「致死、致重傷」，可以看出立法者似有將身體法益納進保護範圍的意思⁵。對此，僅採生命保護說的學者則反駁，加重結果犯的規定並不能反推出基礎罪名的保護法益，例如也有「致死致重傷」此種加重結果犯規定的搶奪罪，並沒有人因此認為搶奪罪的保護法益包括重大身體法益⁶。

除了形式上的依據，認為包含重大身體法益的見解也提出了實質上的理由，

² 偏向僅保護生命，但未見理由說明的見解，如褚劍鴻（2001），《刑法分則釋論（下）》，3版，頁995，台北：台灣商務；趙琛（1979），《刑法分則實用（下）》，增訂13版，頁678，台北：自刊；林山田（2005），《刑法各罪論（上）》，修訂5版，頁101，台北：自刊；林東茂（2009），《刑法綜覽》，6版，頁2—28，台北：一品；盧映潔（2011），《刑法分則新論》，4版，頁497，台北：新學林。另外，蔡墩銘老師雖然也採生命保護說，但認為遺棄罪兼有保護社會法益，故本罪不得透過被害人承諾阻卻違法，詳參蔡墩銘（2008），《刑法各論》，6版，頁62，台北：三民。

³ 此一說法，可參許澤天（2011），〈遺棄罪之研究：待釐清保護法益的具體危險犯〉，《東吳法律學報》，22卷2期，頁4-5；黃常仁（2008），〈滄桑舊法：論「遺棄罪」與「遺棄未成年子女」〉，《台灣法學雜誌》，108期，頁9。

⁴ 偏向包括保護身體法益，但未見理由說明的見解，如梁恆昌（1980），《刑法各論》，修正7版，頁339，台北：三民；陳樸生（1978），《刑法各論》，6版，頁245，台北：正中；韓忠謨（1982），《刑法各論》，7版，頁358-359，台北：自刊；周冶平（1972），《刑法各論》，2版，頁673，台北：自刊。另外，薛智仁老師雖有提及若依通說見解區分實害故意和遺棄故意，將遺棄罪的保護範圍擴及到重大身體法益，可以填補重傷罪規範不足的情形，但薛老師並沒有進一步說明僅處罰（須具實害故意的）重傷未遂在規範層次上有何不妥。參照薛智仁（2003），〈論肇事逃逸罪之致人死傷要素〉，《台灣本土法學雜誌》，52期，頁56。

⁵ 甘添貴（1999），《體系刑法各論（一）》，頁177-178，台北：瑞興。

⁶ 參照許澤天，前揭註3，頁5。

亦即，遺棄罪既然是使人陷於孤立且無自我確保能力的狀態，此一狀態如果只限於生命危險的保護，在現實上意義已經不大，因為從重大的健康威脅發展到死亡威脅往往僅為一瞬間的事情⁷。至於生命保護說強調的「生存」用語的限制也不會形成多大的障礙，因為「生存」也可以理解為「生活品質」，明顯的佐證是我國憲法第 15 條所定的「生存權」並不被理解為單純免於死亡的規定。

綜上，僅保護生命法益或是也包括重大身體法益的見解其實都能在形式上找到一定的論據，但都無法在實質層次上說服對方。也許原因在於，要不要將（不會被懷疑不具法益適格性的）重大身體法益納進遺棄罪的保護範圍，屬於立法者的裁量範圍，但立法者卻未能在文字、體例上明確的表明態度，方才造成學者依照自己對於遺棄罪保護功能的期待（保護生命即可，或是要擴大到重大身體法益）來解釋保護法益的範圍，自然形成無法化解的歧見。要解決此一爭議，可能需要從別的角度切入，本文會於第四章時再予處理。

第二款 實務見解

實務有明確提及遺棄罪保護法益為何的見解並不多，本文在搜尋的過程⁸中僅找到 90 年台上字第 2419 號判決有提到：「惟查刑法第二百九十四條第一項之遺棄罪，係以依法令或契約享有受扶助養育或保護之權利，而無自救力之人，為犯罪之客體，亦即以自然人之生命身體安全，為保護之法益。」亦即此號判決認

⁷ 參照徐偉群（2007），〈論遺棄故意與遺棄罪的立法作用〉，《中原財經法學》，19 期，頁 173；類似見解，可參甘添貴，前揭註 5，頁 178。這邊要注意的是，徐偉群老師前揭文章中其實採取了兩條解釋遺棄罪的進路，一條是這邊提到的保護生命和重大身體法益的說法，另一條則是下文會提到的義務違反說。

⁸ 本文所整理的實務見解包含判例、判決以及法律座談會。就判決部分，因為有關無義務遺棄罪的案件量較少，故本文除最高法院外也整理了高等法院及各分院的判決；有義務遺棄罪的部份因為案件量相當多，限於時間的關係僅能以最高法院的見解為主來整理，並適當補充高等法院的見解。以下引用判決時，最高法院的判決僅會引用字號，而不再另外寫出「最高法院」；至於高等法院的判決則會同時寫出高等法院及判決字號，先予敘明。

為有義務遺棄罪的保護法益為生命、身體。另外，由於有義務遺棄罪和肇事逃逸罪（刑法第 185 條之 4）的競合問題頗常在肇事逃逸的交通案件中出現，實務見解有時也一併提及了有義務遺棄罪的保護法益，如 93 年台上字第 5585 號判決提到：「……與刑法第一百八十五條之四之罪，其犯罪主體限於駕駛動力交通工具肇事致人死傷而逃逸者，且祇以行為人有駕駛動力交通工具，致人死傷而逃逸之事實為已足，並不以被害人必為無自救力之人，無自行維持生存所必要之能力為必要，且所保護之法益，前者（按：指有義務遺棄罪）為個人之生命、身體安全，與後者係為促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，側重社會公共安全之維護，亦屬有間，二者並非特別法與普通法關係……」看法和上面的判決相同⁹。可以發現，實務見解其實並未就此問題深入論述，要說實務有把遺棄罪的保護法益擴及到身體法益的明確意識，可能尚屬牽強，這從實務見解皆未將身體法益限制在「重大」身體法益，恐怕會遇到牴觸刑法體系（普通傷害不罰未遂）的批評可以看出。

第二項 義務違反說¹⁰

第一款 實務見解

第一目 相關判例

除了無義務遺棄罪和義務違反較無關連外¹¹，有義務遺棄罪在解釋上似乎一直和（扶養）義務的違反有著剪不斷理還亂的關係。例如立法理由即有提到：「本

⁹ 相同意見，參照 93 年台上字第 6513 號判決、99 年台上字第 4045 號判決。

¹⁰ 嚴格來說，除非把「義務違反」本身直接當成保護法益，否則本說其實並沒有具體闡述遺棄罪保護法益的內涵，因為「義務違反」一詞並沒有說出來，違反了此一義務會產生如何的利益侵害。如果進一步推想，（扶養）義務的違反可能代表的是扶養權利人的扶養請求權或生活福祉受到侵害，也可能代表的是社會、國家接手照顧扶養權利人所帶來的公共資源的花費。關於這兩種說法的評釋，本文第四章會再予以詳述。

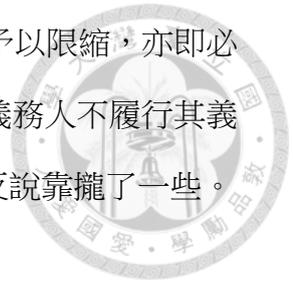
¹¹ 不過有學者將無義務遺棄罪理解為保護人免於基本生活福祉被剝奪的基本規定，有義務遺棄罪則為針對特定撫養或照護關係下剝奪受撫養或照顧權利人基本生活福祉的特別（加重）規定。參照徐偉群，前揭註 7，頁 182-183。

罪以不履行義務而成立，雖被害人無何等危險，亦不得不以本罪論。例如，遺棄嬰兒於巡警廳內，雖有巡警即時為保護之處置，亦當以遺棄論。」明白將本罪之成立與被害人生命是否發生危險脫勾。早期判例可能係受到立法理由影響，其見解也有相類之處，如 18 年上字第 1457 號判例（下稱 18 年判例）：「遺棄罪之成立，非必須置被害人於寥闕無人之地，亦非必須使被害人絕對無受第三者保護之希望，但有法律上扶養義務者，對於無自救力之人，以遺棄之意思，不履行扶養義務時，罪即成立。」也表達了本罪和扶養義務違反之間的密切關係。雖然後來的幾則判例有所修正，如 29 年上字第 3777 號判例（下稱 29 年判例）：「刑法第二百九十四條第一項後段之遺棄罪，必以對於無自救力之人，不盡扶養或保護義務，而致其有不能生存之虞者，始克成立。若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪。」¹²似乎讓遺棄罪的認定不再以義務違反為唯一依據，而將被害人的生命考量進來（「生命……並不發生危險者，即難成立該條之罪。」）

但近期的一則判例（87 年台上字第 2395 號判例，下稱 87 年判例）見解又有所改變：「……所謂『生存所必要之扶助、養育或保護』，係指義務人不履行其義務，於無自救力人之生存有危險者而言。是本院二十九年上字第三七七七號判例所稱：『若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪』，應以於該義務人不履行其義務之際，業已另有其他義務人為之扶助、養育或保護者為限；否則該義務人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存自有危險，仍無解於該罪責。」可以發現，87 年判例雖然仍將遺棄罪和「生存危險」做了連結，不直接將義務違反視同遺棄罪成立，但 29 年判例認為只要「事實上有他人」為

¹² 類似的判例見解，參照 23 年上字第 2259 號判例（下稱 23 年判例）：「刑法第三百十條第一項後段之遺棄罪，以對於無自救力之人不盡扶養、保護義務，而致其有不能生存之虞，始克成立。如僅對於無自救力之人違反扶養、保護之義務，而事實上尚有他人為其扶養、保護，不致有不能生存之虞，則僅民事責任問題，並不成立刑法該條之罪。上訴人對於其子雖未盡扶養、保護之義務，但其子尚有母為之扶養、保護，自不成立遺棄罪名。」

保護即可阻卻本罪成立（被害人生存即無危險），87 年判例卻予以限縮，亦即必須是「其他義務人」為之保護，方能阻卻行為人之罪責，否則義務人不履行其義務，對於被害人「生存自有危險」，此一見解似乎又向義務違反說靠攏了一些。



第二目 相關判決、法律座談會見解

上開判例見解當中，我們可以發現比較能被稱為真正的義務違反說的見解，其實是 18 年判例，至於 29 年判例和 87 年判例都已經和「生存危險」產生連結，只是限縮的範圍有所不同而已。因此，此處其他實務意見的整理（判決或是法律座談會）就以見解類似於 18 年判例的為主，和 29、87 年判例接近的則留待於本章第五節（危險犯性質）時再予處理。

實務對於義務違反說的運用，大致依照如下的模版：首先，先引用 18 年判例（或雖未明白引用，但敘述上使用類似的文字），然後試圖找到一個法律義務來源（最常被提及的是道路交通管理處罰條例第 62 條¹³）並論證行為人違背了此一義務，最後再提到只要違背該義務，不管被害人被遺棄於何地（是否存有路人、人多不多）或事實上有無受到救助，遺棄罪皆已成立。以下，我們大致分成「肇事逃逸案件」和「違背扶養義務案件」來觀察。

關於肇事逃逸案件，典型的論述如 92 年台上字第 4669 號判決：「按刑法上遺棄罪之成立，非必須置被害人於寥無人煙之地，亦非必須使被害人絕對無受第三者保護之希望，祇要有法律上扶助養育義務者，對於無自救力之人，以遺棄之意思，不履行扶助養育義務時，即足成立；又刑法第二百九十四條第一項所謂對於無自救力之人應為保護之『法令』，係泛指一般法令而言，並不以刑事或民事

¹³ 條文內容請參照註 40。這邊要注意的是，18 年判例其實僅提及「扶養義務」而已，但後來實務的運用已經將其擴及於其他義務，例如此處提到的道路交通管理處罰條例第 62 條。

法令為限，道路交通管理處罰條例第六十二條第一項『汽車駕駛人，駕駛汽車肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要措施，並向警察機關報告，不得駛離』之規定，亦包括在內。上訴人……已置被害人生命於危險之境，成為無自救力之人，猶未停車為必要之救護或其他措施，仍駕車逃逸，原判決論以違背義務遺棄罪，自屬正當合法，不因車禍發生之地點人車眾多、事後有路人將被害人送醫而得免除其責任。」¹⁴；座談會意見則如法務部（84）檢（二）字第 0553 號函¹⁵：「甲依道路交通管理處罰條例第六十二條第二項：『汽車駕駛人如肇事致人受傷，應即採取救護或其它必要措施』之規定，對於乙負有保護之義務，竟不為其生存所必要之保護而逃逸，自應負刑法第二百九十四條第一項後段之遺棄罪責。且其遺棄罪係不覆行其保護義務而逃逸之際即已成立，自不因逃逸時有丙在現場及丙事後報警救乙，而解免其原已成立之罪責。」¹⁶

關於違背扶養義務案件，典型的論述則可參考法務部檢察司法（78）檢（二）字第 0523 號函復臺高檢¹⁷：「按遺棄罪之成立，非必須置被害人於寥間（按：應為「闕」字之誤）無人之地，亦非必須使被害人絕無受第三者保護之希望，但有法律上扶養義務者，對於無自救力之人以遺棄之意思，不履行扶養義務時，罪即成立（最高法院十八年上字第一四五七號判例可資參照）。本題甲身為人母，對於己出之子女，依民法規定，負有扶養義務，竟為掩飾其未婚生子之事實，不惜

¹⁴ 類似判決見解，可參照 86 年台上字第 325 號判決、86 年台上字第 4740 號判決、87 年台上字第 3285 號判決、88 年台上字第 3253 號判決、89 年台上字第 5239 號判決、89 年台上字第 5667 號判決、90 年台上字第 756 號判決、90 年台上字第 3563 號判決（本號判決值得注意的一點是，被告有抗辯應該要考慮被害人當時還有沒有救助的可能性，而不是僅考慮義務違反與否，但法院並不採納）、90 年台上字第 4153 號判決、90 年台上字第 7547 號判決。

¹⁵ 案例事實為：甲於深夜駕車不慎，明知撞及行人乙、丙，乙傷重不能動彈，為無自救力之人，丙輕傷尚非無自救力之人，甲為脫免刑責而駕車追甲，趁機取甲之鑰匙，再報警救乙，乙始倖免於難。

¹⁶ 類似座談會見解，可參照法務部檢察司法（80）檢（二）字第 0505 號函復臺高檢、司法院（81）廳刑一字第 13529 號函（反對說認為無罪的理由在於被害人處於人很多的道路上，故隨時有獲救可能）、法務部（83）檢（二）字第 0563 號函（不過可以注意研究意見有提及「路人和附近居民並無救助義務」，故其見解也和 87 判例有類似性）。

¹⁷ 案例事實為：甲係一年輕未婚女子，與男友初嚐禁果後竟珠胎暗結，某日在亞東醫院產下一名女嬰，為避人耳目，遂趁院內醫護人員不注意之際，留下育嬰室內之嬰兒自行他去，迄今所在不明。試問甲是否成立遺棄罪？

拋棄其尚無自救能力之骨肉至親，自行他去，遺棄之犯意及棄之不顧之犯行已極明顯，自應以其離開親生子女決意不履行扶養義務時即成立犯罪，且刑法遺棄罪章之犯罪客體僅指無自救力之人，亦即無獨立自行維持其生存所必要之能力之人，並不因該人身處何地，有無第三人保護而改變其無自救力之身分，且就行為人一有遺棄之行為即有可罰性，自亦不因甲遺棄嬰兒之地點，是在醫院、抑或街頭巷口，甚至荒野而影響其犯罪之成立。¹⁸另一則值得注意的見解，則為法務部（80）法檢（二）字第 1792 號¹⁹：「按刑法第二百九十四條第一項之犯罪行為態樣有(1)以積極行為遺棄之，(2)不為其生存所必要之扶助，(3)不為其生存所必要之養育，(4)不為其生存所必要之保護，四者行為有其一，即成立犯罪，該醫院依醫療契約，對該男嬰固有診療、治療、保護、扶助之義務，惟並非養育之義務，甲男乙女將其男嬰送至該醫院後，即置之不理，不負其生存所必要之法定扶養義務，故甲男與乙女之行為應成立本條項之遺棄罪。又若甲男乙女之右揭行為不構成本條項之罪，無異鼓勵、助長此類日益增加之不負責任行為之歪風，豈與本條項之刑事立法政策本旨相符。」其見解和上一則座談會見解類似，但額外有兩處值得注意：一，承認醫院依照醫療契約有扶助、保護義務（即：醫院是義務人），但負有養育義務的父母不能因此免責，可以看出此一見解甚至比 87 年判例還要嚴厲，並表達了有義務遺棄罪的義務有其順序性（養育義務優先於契約的扶助、保護義務）；二，以「遏止歪風」作為理由將行為人以遺棄罪相繩，似乎混淆了刑法和道德義務的界線，也難怪招致了學者的批評²⁰。

上述實務所採取的義務違反說，除了民法扶養義務的部份外（參見本文下一款的學說整理）更擴及了行政義務上的違反（如道路交通管理處罰條例第 62

¹⁸ 類似座談會見解，可參照司法院（80）廳刑一字第 562 號函（此一座談會結論所採的乙說雖然是引用 29 年判例，並以「義務人」予以限制，但審查意見仍然引用 18 年判例來處理，故審查意見仍屬義務違反說）。

¹⁹ 此一座談會的案例事實和上一則類似，此處從略。

²⁰ 參照李茂生（2012），〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念：兼評最高法院 99 年度台上字第 3048 號判決（上）〉，《法令月刊》，63 卷 2 期，頁 20。

條)，如此一來是否有混淆刑法與其他法領域界線的疑慮，或者針對更根本的問題：能不能把義務違反本身當成保護法益，實務都沒有做進一步的說明。此一問題，本文擬於第四章再予檢討。



第二款 學說見解

有別於實務對於義務違反說曖昧不明的態度，有學者明白指出有義務遺棄罪只要單純違背義務即可成罪，不需要附加任何危險條件，但未說明理由為何²¹。對採取義務違反說有詳盡論述的學者是徐偉群老師²²，其認為用義務違反說來理解遺棄罪，並將其解釋為保護生活福祉的規定不僅可行，而且正當。徐偉群老師首先考察了遺棄罪的歷史演進，發現從中世紀以降，遺棄罪的本質究竟是「生命危險」還是「照顧義務」一直都有爭議，甚至有夾雜這兩種思維的情形²³。雖然在 1998 年的修法之後，德國法正式將（規定於生命法益罪章的）遺棄罪定位於防止「重大健康損害危險」而和義務違反說分道揚鑣，但徐偉群老師反而據此指出，德國法之所以不顧立法體例，將遺棄罪的保護範圍從生命法益擴大到重大的身體法益，是因為學說實務希望賦予遺棄罪更大的保護功能。由此更可以看出，立法體例並不當然拘束遺棄罪的保護法益為何，真正居於關鍵地位的，是我們對於遺棄罪保護功能的期許到哪裡²⁴。

基此，徐偉群老師認為不妨重新考慮義務違反說，雖然義務違反本身並非法律的保護目的，但若正面表述「義務」的意義，可以將遺棄罪理解為保護受撫養

²¹ 參照許玉秀（2001），〈被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪〉，《台灣本土法學雜誌》，27 期，頁 7。

²² 此即為註 7 所提到的，徐偉群老師對遺棄罪解釋所採取的第二條進路。不過特別要注意的是，從文章脈絡來看，徐偉群老師主要處理的是「扶養義務」或「特定照顧義務」違反的問題，並不像我國實務擴及到了行政義務上的違反。

²³ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 132、136-137。

²⁴ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 142-143。

權利人生活福祉的規定，亦即讓遺棄罪從僅保護人「免於死亡」的消極意義，轉變為保護人基本生活支持的積極意義。換言之，若義務人不履行其義務，權利人所受生活照顧的品質及持續性就有可能無法獲得確保，其所需的生活支持也可能轉化為第三人的利益負擔。而這種比生命（或重大身體）法益更為廣泛的利益保護，可以從德國刑法第 170 條「違反撫養義務罪」或美國兒童遺棄罪得到印證²⁵；徐偉群老師甚至進一步認為，我國 87 年台上字第 2395 號判例雖然仍有「生存危險」的用語，但法院之所以在有（非義務）人照料受撫養人的情況下，依然要處罰義務人，考量點已不再是「生存危險」，而是受撫養人的生活品質無法被確保。在此一判例之後，諸多判決對於將被撫養人留置醫院置之不理，或是接到通知仍不履行撫養責任的情形論以遺棄罪，也表明我國實務實際上擴張遺棄罪保護功能的態度。²⁶

至於這種解釋方式的正當性，形式上，由於我國遺棄罪章坐落於殺人、傷害甚至墮胎罪章之後（比起德國法直接將遺棄罪規定於生命法益罪章，我國法解釋上障礙更小），徐偉群老師認為要解釋為「保護基本生活福祉」亦屬契合。另外，雖然有義務遺棄罪第一項的用語「生存所必要之扶助、養育或保護」，多數學說皆以「生存」二字認定遺棄罪的本質在於製造生命危險，但參照憲法第十五條的「生存權」意涵，仍可將其理解為「維持基本生活所需之扶助、養育或保護」²⁷。在與外國立法例做對照之後，徐偉群老師認為可將無義務遺棄罪理解為保護人免於基本生活福祉被剝奪的基本規定，有義務遺棄罪則為針對特定撫養或照護關係下剝奪受撫養或照顧權利人基本生活福祉的特別（加重）規定²⁸。至於用刑罰保護人民的基本生活福祉的實質正當性何在，徐偉群老師係以外國的立法例²⁹作為

²⁵ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 144-145、148-149。

²⁶ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 148-150。

²⁷ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 175。

²⁸ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 182-183。

²⁹ 美國、加拿大與德國的立法例介紹，可參照徐偉群，前揭註 7，頁 176-182。

佐證，並且在比較之後，認為我國的遺棄罪章刑度並不算嚴厲，仍堪稱正當³⁰。不過考量到這樣的解釋和傳統通說差異過大(雖然徐偉群老師認為這樣的解釋方式有其正當性)，要期待學理上大幅轉向實屬困難，徐偉群老師認為可以仍把遺棄罪理解為保護生命(和重大身體法益)的危險犯，但另外仿照德國制定違反撫養或照顧義務罪³¹。

不過多數學說對義務違反說多有批評，有認為若在生命法益之外另外承認扶養請求權，會造成構成要件的解釋困難甚至矛盾。例如「無自救力之人」就不能僅指無法排除自己生命危險之人，但如果定位於該人能否在生活中自足，又超越了文義上的可能解釋範圍³²；類似的見解則提到，「生存所必要」和「扶助、養育」有不當連結之虞(因為不扶助、養育主要影響的是生活品質，要危害到生命可能需時甚久)，使得遺棄罪的保護法益難以定位³³。也有認為這將混淆民法與刑法義務的層次，而造成刑法的過度使用³⁴，甚至會將不具典型危險性的行為擬制為具有典型危險而違背罪責原則³⁵。另外，也有見解從刑事政策的角度切入，認為違背扶養義務者往往也是弱勢者，將嬰兒棄養於醫院或警局門口已是弱勢者對於更弱勢者最好的照料方式，此時刑法介入處罰應非適當³⁶。

對於多數學說的批評，本文認為從我國有義務遺棄罪的用語來看，要解釋成義務違反說(扶養請求權)的障礙的確較大，但並非絕對不可行(這一點，上開徐偉群老師就已經提出說理)，光從形式上提出批評並未切中核心。要探問的實質問題應該是：動用刑法來保護民事上的扶養請求權有無正當性？會不會如同學

³⁰ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 183-184。對於將無義務遺棄罪如此理解的批評，參照許澤天，前揭註 3，頁 6-7。

³¹ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 186。

³² 參照許澤天，前揭註 3，頁 5-6。

³³ 參照黃常仁，前揭註 3，頁 9。許澤天老師據此建議在立法論上，可將「扶助、養育」刪除，避免遺棄罪的保護法益被理解為扶養請求權。參照許澤天，前揭註 3，頁 28。

³⁴ 參照盧映潔(2010)，〈棄嬰悲歌〉，《月旦法學教室》，89 期，頁 294。

³⁵ 參照王皇玉(2008)，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，頁 238。

³⁶ 參照王皇玉，前揭註 35，頁 238-239。

說所質疑的，造成民法義務與刑法義務的混淆？另外，在我國刑法增訂第 294 條之 1 後，會不會對遺棄罪保護法益的認定產生影響³⁷？



第二節 行為主體

第一項 「依法令或契約」的定義與範圍

第一款 多數學說、實務見解

因為無義務遺棄罪對於行為主體並無身分上的限制，其性質為一般犯，學說上並無歧見³⁸，故本文此處集中討論有義務遺棄罪「依法令或契約」的性質，先予敘明。

依照學說的想法，法令泛指一般法令，不問公法、私法，抑或刑事、民事、行政法令，均包括在內³⁹。學說上常舉的例子，如民法上的扶養義務、道路交通管理處罰條例第 62 條第 3 項⁴⁰所規定的肇事者救助義務⁴¹、刑法第 15 條第二項的危險前行為⁴²等⁴³，甚至還有實務見解以消費者保護法第 4 條⁴⁴作為商店所有人

³⁷ 站在遺棄罪係保護生命法益的基礎上，對於本條將扶養義務與遺棄罪做出連結提出批評的見解，如黃榮堅（2011），〈2010 年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1812-1815；許澤天，前揭註 3，頁 7-8。

³⁸ 僅參照林山田，前揭註 2，頁 102；甘添貴，前揭註 5，頁 182。

³⁹ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 189；蔡墩銘，前揭註 2，頁 66；盧映潔，前揭註 2，頁 501。實務普遍見解亦同，參照 85 年台上字第 5688 號判決、90 年台上字第 7547 號判決、91 年台上字第 4681 號判決、91 年台上字第 6447 號判決、92 年台上字第 4669 號判決、台灣高等法院台中分院 88 年交上訴字第 2557 號判決。

⁴⁰ 條項內容為：「汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡者，應即採取救護措施及依規定處置，並通知警察機關辦理，不得任意移動肇事汽車及現場痕跡證據，違反者處新臺幣三千元以上九千元以下罰鍰。但肇事致人死傷案件當事人均同意時，應將肇事汽車標繪後，移置不妨礙交通之處所。」此一救助義務是在民國 94 年修法後方改規定於第 62 條第 3 項，本文遂引用現行法的項次，不過文獻上所引用的條文若為舊法，則可能是同條第 2 項。

⁴¹ 曾有法律座談會的意見認為此一義務僅為行政上的處罰規定，而非有義務遺棄罪的「義務」來源，但並未被最後的結論所採。可參照司法院（72）廳刑一字第 376 號函的乙說、法務部（84）檢（二）字第 0553 號函的肯定 B 說。

⁴² 實務上採納危險前行為作為有義務遺棄罪義務來源的見解，可參照 85 年台上字第 1328 號判決、96 年台上字第 401 號判決（教唆傷害行為亦屬危險前行為）、台灣高等法院高雄分院 96 年上訴字第 1521 號判決。

救助義務的法令來源⁴⁵，至於憲法則不屬之⁴⁶。值得注意的是，學者強調法令所規定之作為義務並非即屬於本罪之保護義務，應個別檢討該法令所規定的作為義務性質是否與遺棄罪的保護義務相符⁴⁷，有學者認為應限於保護無自救力之人的生命、身體安全之具體義務⁴⁸。

至於契約，則不問明示、默示皆可，也不以遺棄者與被遺棄者間所締結者為限，是否完成法律上之手續亦非所問⁴⁹。學說上也強調，此處的契約並非以其在民事上生效或解除與否來認定，而是以「事實上的承擔保護義務」是否開始或結束為斷⁵⁰。類似對於「法令」範圍有無限制的討論，也有學者提及契約的內容必須使行為人負有保護他人生命安全之義務，方能作為本罪的義務來源⁵¹，實務上也有類似的說法⁵²。

最後附帶一提，除了法令、契約之外，要不要承認「習慣」、「條理」（如無

⁴³ 僅參照甘添貴，前揭註 5，頁 189-191。

⁴⁴ 條文內容為：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」

⁴⁵ 參照 101 年台上字第 5706 號判決。

⁴⁶ 參照 86 年台上字第 3075 號判決，理由約略為「而憲法及其增修條文雖就殘障者有明文保障之原則性規定，然均為指示政府機關立法或行政之方向而已，並非有具體且明文之規定，尚難據此請求國家或代表國家行使司法權之公務員為扶助、養育等。」

⁴⁷ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 189-190；盧映潔，前揭註 2，頁 501。

⁴⁸ 參照周冶平，前揭註 4，頁 675。

⁴⁹ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 192；蔡墩銘，前揭註 2，頁 66；褚劍鴻，前揭註 2，頁 999；梁恆昌，前揭註 4，頁 342；陳樸生，前揭註 4，頁 247；周冶平，前揭註 4，頁 676。

⁵⁰ 參照王皇玉（2012），〈遺棄同居人〉，《月旦法學教室》，111 期，頁 43；盧映潔，前揭註 2，頁 501。實務上似有相反意見（亦即純以民法上契約效力存否決定有無刑法上的救助義務），參照台灣高等法院台南分院 85 年上更（一）字第 450 號判決：「（按：當時無自救力之人事實上仍由上訴人扶養）……則上訴人受委任之事務，已因李嘉心為蔡天佑、顏碧娥夫婦收養時起，即已完成，委任契約歸於消滅。自不能認上訴人依原委任契約，對李嘉心仍有保護、養育之責。」

⁵¹ 參照盧映潔，前揭註 2，頁 501。

⁵² 如遺囑（參照 91 年台上字第 5412 號判決：「……然上開遺囑內並未載明被告對上訴人有何扶助、養育或保護之義務，且訂立遺囑係單獨行為而非契約行為，遺囑依民法之規定，應自遺囑人死亡時始發生效力，被告自不因書立前開遺囑而依契約對上訴人負有扶助、養育或保護之義務」）、計程車運送契約（參照台灣高等法院 89 年上更（一）字第 144 號判決：「被告為計程車司機，對被害人雖有送達至目的地之義務，但對被害人間並無契約或法令上之救助義務」）、婚約（參照台灣高等法院 89 年上訴字第 2671 號判決：「自訴人自承其與被告僅訂有婚約，尚未結婚，依民法第一千一百十四條之規定，被告對自訴人並不負扶養之義務」）。

因管理) 作為有義務遺棄罪的義務來源，早期學說雖有持肯認見解⁵³，但多數學說認為有牴觸罪刑法定主義的疑慮而予以否定⁵⁴。



第二款 特殊實務見解

除了上開普遍的實務見解外，有兩類較特殊的實務見解倒是值得特別注意。首先是關於「法令」的範圍部分，有判決明白提到必須以危險前行為作為篩選的標準，如 90 年台上字第 6358 號判決：「惟查刑法第十五條第一項所稱對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與積極行為發生結果者同；其先決條件，又以同條第二項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者，應負防止其發生之義務。質言之，倘行為人有為『自己之行為』之前提要件，且已發生一定結果之危險情形者，即有課以行為人防止發生危險結果之義務，其理至明。……道路交通管理處罰條例第六十二條第一項規定『汽車駕駛人，駕駛汽車肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要措施，並向警察機關報告，不得駛離；……』此項處置義務之違反，應否負刑事責任，仍應以其有無刑法第十五條第二項「負防止其發生之義務」為斷。」⁵⁵亦即並非直接將道路交通管理處罰條例第 62 條當做有義務遺棄罪的「法令」，而是必須判斷是否因危險前行為而負防止義務。此一見解自然有異於學說、實務通說，非常值得留意。

另一類實務見解則提到「故意」的危險前行為（如：故意傷害行為）不能作為有義務遺棄罪的義務來源，如 101 年台上字第 5706 號判決：「而故意犯重傷罪之行為人，立法者本難對其有防止重傷結果發生之期待。則原判決以侯保成遭翁

⁵³ 參照周治平，前揭註 4，頁 676。

⁵⁴ 參照甘添貴（1996），〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，載於《刑法之重要理念》，頁 325，台北：瑞興；王皇玉，前揭註 50，頁 43。相同實務意見，可參照司法院（72）廳刑一字第 376 號函、台灣高等法院高雄分院 92 年上訴字第 898 號判決（本判決對於「依法令或契約」的認定十分嚴謹，頗值一讀）。

⁵⁵ 相同判決見解，可參照 86 年台上字第 2806 號判決、85 年台上字第 2605 號判決。

全璋故意毆打成重傷之行為而陷於無自救力之人，遽引用刑法第十五條第二項規定，認翁全璋依「法律」有扶助或保護侯保成之義務，因而論以同法第二百九十四條第一項違背義務之遺棄罪責，即有適用法則不當之違誤。⁵⁶亦即，理由是對行為人不具救助的期待可能性。固然，如果是出於意圖故意而殺人者，要賦予其救助義務自然沒有意義（不然行為人幹嘛殺人？），問題是如果僅出於未必故意殺人或是故意傷害的情況，行為人未必欠缺救助的期待可能性，直接使其不負救助義務可能並非允當⁵⁷。

第二項 與刑法第 15 條（保證人地位）的關係？

如同本章一開始所提到的，本罪的「依法令或契約」要如何和刑法第 15 條所規定的保證人地位做區分，很可能會是遺棄罪與殺人罪之間的區別關鍵。不過在學說上這兩者的區分並不清楚，有可能被理解為有廣泛的交集關係，甚至是完全的重疊關係⁵⁸。事實上，我們從上開對於「契約」的學說討論中，就可以發現學說是用保證人地位中的「事實上承擔」概念予以理解⁵⁹。如果依照這樣的理解方式，要從「義務來源」的角度來區分遺棄罪與殺人罪恐怕就相當困難。

這個問題，我們可以先從「依法令或契約」的立法作用為何來觀察。依照多數學說的看法，無義務遺棄罪和有義務遺棄罪的「遺棄」限於積極行為（作為），而有義務遺棄罪的「不為扶助、養育或保護」（消極遺棄罪）則為消極行為⁶⁰。

⁵⁶ 類似判決見解，可參照 96 年台上字第 3881 號判決（本判決處理的是肇事逃逸案件，其認為肇事逃逸罪的「肇事」不能出於故意，否則難以期待行為人予以救助；有義務遺棄罪亦同）。

⁵⁷ 肯認故意不法前行為可以作為保證人地位來源，並有詳細論證的見解，參照蔡聖偉（2008），〈論故意不法前行為所建構之保證人義務〉，載於《刑法問題研究（一）》，頁 229 以下，台北：元照。

⁵⁸ 參照高金桂（2005），〈有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合關係：以台灣高等法院八十九年度交上訴字第八號刑事判決為基礎兼論刑法第二條之適用問題〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 245。

⁵⁹ 參照註 50 所引之文獻。

⁶⁰ 詳請參本章下一節。

因此，有認為對於消極遺棄罪這種純正不作為犯來說，「依法令或契約」是用來創設「特別責任義務人」⁶¹的地位，有其必要性；但有義務遺棄罪的「遺棄」既然限於積極行為，根本就不需要「依法令或契約」來為其創設「作為義務」，加上與無義務遺棄罪文字上的對照，使得刑法第 294 條第一項前段成為第 293 條第一項的加重構成要件規定，而用創設作為義務的事由來為「作為」加重，可說是非常突兀⁶²。基此，有學者認為可以刪去刑法第 293 條和 294 條第一項前段對於行為主體的限制，而將「依法令或契約」僅用以作為刑法第 294 條第一項後段的消極遺棄罪的義務來源⁶³。

不過，上開說法雖然點出「依法令或契約」性質上的弔詭之處，但從其依然保留此一要件作為消極遺棄罪的義務來源來看，似乎認為其具有獨立於保證人地位的規範作用⁶⁴。相對於此，有學者則根本認為「依法令或契約」在解釋上完全與保證人地位相同，理由是，既然消極遺棄罪與不作為殺人罪的規範目的相同，都是避免被保護者發生死亡結果，那麼形成保護義務的來源也應該相同。換言之，區分遺棄罪與殺人罪的關鍵不在於義務來源，而在於主觀不法上的差異（即危險故意與實害故意的區分）。據此，此一見解認為在立法論上可以把有義務遺棄罪整個刪除，蓋透過無義務遺棄罪的不純正不作為犯即可涵蓋原來消極遺棄罪

⁶¹ 此為黃常仁老師的用語，用以和刑法第 15 條的「創設責任義務人」做區分。參照黃常仁，前揭註 3，頁 13。

⁶² 依照黃常仁老師的看法，積極遺棄行為違反的是「禁止規範」（禁止積極的違法行為），和創設責任義務人地位的「依法令或契約」（要求為一定的積極作為）完全方向相反，可說是非常突兀的立法例。參照黃常仁，前揭註 3，頁 12。許澤天老師則是以不作為殺人為例，說明具有保證人地位此種作為義務的不作為，其刑度也只是和作為殺人相同（而且在德國法上不作為還有減刑的機會），更可凸顯出有義務遺棄罪的「遺棄」比無義務遺棄罪來得重實為反常。參照許澤天，前揭註 3，頁 21。王效文老師對有義務積極遺棄罪亦有類似批評，其認為將同一義務地位分別當成保證人地位和保護義務，違背了雙重評價禁止原則。參照王效文（2012），〈論遺棄罪之體系與構成要件〉，甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下）》，頁 270，台北：承法。

⁶³ 參照黃常仁，前揭註 3，頁 13；類似意見，參照王效文，前揭註 62，頁 269-272（不過王效文老師認為僅須刪去有義務積極遺棄罪即可）。

⁶⁴ 明白指出此點，參照王效文，前揭註 62，頁 272。王效文老師認為雖然「依法令或契約」的實質內容等同於保證人地位，但兩者的作用並不相同（前者是純正不作為犯的主體資格，後者是用以建構不純正不作為犯的依據），當然不能稱之為保證人地位。

的規制範圍，還可以避免遺棄罪再被往義務違反說方向解讀，至於無義務遺棄罪刑度過低⁶⁵的問題則應該一併予以調整⁶⁶。



值得注意的是，也有學者正面的肯認有義務消極遺棄罪確有獨立於不作為殺人罪的規範作用，換言之，「依法令或契約」和保證人地位的範圍並不相同。此一見解認為，保證人地位的範圍並不如通說所理解的那麼寬，而應該以危險前行為作為唯一的義務來源⁶⁷，如果刑法要在危險前行為之外，基於社會特別強烈的依賴性承認某些較低層次的保證義務，則必須透過純正不作為犯的立法方式予以建構，例如基於子女對於父母的扶養義務⁶⁸而來的消極遺棄罪。不過考慮到這是較低層次保證義務的違反，其法定刑應該比不純正不作為犯來得輕，這一點也可以從有義務遺棄罪與不作為殺人罪的刑度差異看出來⁶⁹。

上面的爭議問題可以分成幾個部分來分析。首先，從刑法第 293 條第一項與第 294 條第一項的文字對照來看，到底要把「遺棄」限制於積極的遺棄行為（亦即，不承認不純正不作為的「遺棄」），將所有的消極遺棄行為留給「不為扶助、養育或保護」（純正不作為犯）處理；還是依然承認「遺棄」可能會有不純正不作為的型態，但是將「不為扶助、養育或保護」解為不純正不作為遺棄的特別規定⁷⁰？如果是後者，那麼似乎「依法令或契約」就沒有獨立於保證人地位以外的意義，有義務消極遺棄罪縱使作為形式上的純正不作為犯也沒有實質的規範作用⁷¹。如果認為有義務消極遺棄罪應該要有獨立的規範作用，那麼勢必要檢討保證

⁶⁵ 刑法第 293 條第一項的刑度僅為六月以下有期徒刑，相對於有義務遺棄罪（刑法第 294 條第一項）六月以上、五年以下有期徒刑輕上不少。

⁶⁶ 參照許澤天，前揭註 3，頁 26-28。

⁶⁷ 詳細論證，參照黃榮堅（2000），〈論保證人地位〉，載於《刑罰的極限》，頁 35-52，台北：元照。

⁶⁸ 不過黃榮堅老師對於透過法律建構子女對於父母的扶養義務的正當性（所謂最低限度的社會連帶？）有根本性的懷疑，詳請參照黃榮堅，前揭註 37，頁 1814-1815。

⁶⁹ 參照黃榮堅，前揭註 67，頁 52-55。

⁷⁰ 相關討論，本章下一節會再予詳述。

⁷¹ 如此理解，參照許澤天，前揭註 3，頁 21、27。

人地位和純正不作為犯的作為義務的範圍有無差異、差異何在，而這個問題自然涉及到保證人地位和純正不作為犯的作為義務各自的功能與標準為何。如果依照一般通說對於保證人地位的廣泛認定，「依法令或契約」有獨立作用的範圍相對較小；但如果是依照上開對於保證人地位較為限縮的見解（僅以危險前行為為義務來源），「依法令或契約」就較可能取得其獨立規範意義。因此，如果要釐清「依法令或契約」的性質，還是必須要從保證人地位的基礎開始談起。關於這一點，本文會在第四章予以處理。

第三項 與民法扶養義務順序的關係？

第一款 學說、實務意見

前面提到，有義務遺棄罪的義務來源可能包含民法上的扶養義務，不過依照民法第 1115 條⁷²的規定，扶養義務人有順序上的差異，當後順序的扶養義務人遺棄扶養權利人時，能不能主張因為有先順序扶養義務人存在，故其並非有義務遺棄罪的行為主體？

實務對此一問題的代表性見解為 27 年上字第 1405 號判例：「刑法第二百九十四條第一項之遺棄罪，既以依法令或契約負扶助養育或保護之義務者為其犯罪主體，則扶養義務人對於扶養權利人所負之扶養義務，是否屆至，除有契約特別訂定者外，自以民法第一千一百十五條第一項各款及第二項所定之順序以為衡。子婦對於翁姑之扶養義務，依同條第一項規定，既在第六順位，縱使該子婦向與翁姑同住一家，具有家屬身分，而其扶養順序亦在第五順位，則子婦對於其無自

⁷² 條文內容為：「負扶養義務者有數人時，應依左列順序定其履行義務之人：一、直系血親卑親屬。二、直系血親尊親屬。三、家長。四、兄弟姊妹。五、家屬。六、子婦、女婿。七、夫妻之父母。（第一項）同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者為先。（第二項）負扶養義務者有數人而其親等同一時，應各依其經濟能力，分擔義務。（第三項）」

救力之翁姑，不為必要之扶助、養育或保護，是否構成遺棄罪，自應先查明其有無較子婦或家屬順序在先之人，以及該順序在先之人，有無扶養資力，以定其扶養義務是否屆至，不能僅以同居與否，執為其應否負扶養義務之標準。」⁷³依此見解，是否符合有義務遺棄罪的行為主體資格，必須依照民法上扶養義務的順序而定，如果行為人的扶養義務尚未屆至，除非另外訂有契約，否則就不會該當有義務遺棄罪。此一見解在學說上也有贊同意見⁷⁴，還有學者進一步提及受扶養權利人受扶養的順序（民法第 1116 條⁷⁵）以及扶養義務的免除（民法第 1118 條⁷⁶）也應以民法的規定予以認定⁷⁷；在民法增訂第 1118 條之 1⁷⁸後，扶養義務免除與否亦應將該條納入判斷⁷⁹。

不過上開將有義務遺棄罪行為主體的認定完全與民法掛勾的見解，學說上有反對意見，其認為在決定本罪的保護義務者時，與民法上扶養義務的順序並無關係；縱為後順位的扶養義務人，只要對於無自救力之人處於看護或照料的狀態仍為本罪的行為主體，否則倘若扶養義務順序有所爭執或無從查明，而受扶養權利人已處於飢寒交迫的狀態，難道要任令該扶養權利人死不瞑目⁸⁰？

⁷³ 相同判決見解，參照 71 年台上字第 248 號判決、98 年台上字第 6346 號判決。

⁷⁴ 參照呂有文（1986），《刑法各論》，修訂版，頁 322，台北：自刊；褚劍鴻，前揭註 2，頁 999；曾淑瑜（2010），〈是誰遺棄誰〉，《月旦法學雜誌》，178 期，頁 295。

⁷⁵ 條文內容為：「受扶養權利者有數人，而負扶養義務者之經濟能力，不足扶養其全體時，依左列順序，定其受扶養之人：一、直系血親尊親屬。二、直系血親卑親屬。三、家屬。四、兄弟姊妹。五、家長。六、夫妻之父母。七、子婦、女婿。（第一項）同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者為先。（第二項）受扶養權利者有數人而其親等同一時，應按其需要之狀況，酌為扶養。（第三項）」

⁷⁶ 條文內容為：「因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血親尊親屬或配偶時，減輕其義務。」

⁷⁷ 參照褚劍鴻，前揭註 2，頁 999-1000。

⁷⁸ 條文內容為：「受扶養權利者有下列情形之一，由負扶養義務者負擔扶養義務顯失公平，負扶養義務者得請求法院減輕其扶養義務：一、對負扶養義務者、其配偶或直系血親故意為虐待、重大侮辱或其他身體、精神上之不法侵害行為。二、對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務。（第一項）受扶養權利者對負扶養義務者有前項各款行為之一，且情節重大者，法院得免除其扶養義務。（第二項）前二項規定，受扶養權利者為負扶養義務者之未成年直系血親卑親屬者，不適用之。（第三項）」

⁷⁹ 參照曾淑瑜，前揭註 74，頁 296。

⁸⁰ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 190-191。相同意見，參照周冶平，前揭註 4，頁 675-676；蔡墩銘，前揭註 2，頁 66。



第二款 問題分析

這個爭議問題雖然學說上討論不多，但是此一問題可以讓我們據以思考民事不法與刑事不法的界線何在，可說是深具意義。初步來說，如果我們將遺棄罪的保護法益定調為無自救力之人的生命或重大身體法益，基本上就不應該將本罪的保護義務與民法上的扶養義務完全綁在一起，蓋民法上扶養義務的考量點不全然在受扶養權利人的生命，核心意義很可能是擺在財產關係上（例如生活、醫療費用的供給），並不適宜作為刑法上的保護義務來源（講白點，不給錢不一定會死，例如受扶養權利人透過社會救助而無生命危險；給錢也不一定能活，例如給臥病在床的受扶養權利人生活費，而不帶他去看醫生，意義何在？）⁸¹。我們從上面對於 27 年上字第 1405 號判例有所批評的見解也可以看得出來，反對的理由也正正在於對於無自救力之人的生命保護。但是，如果我們將遺棄罪的保護法益定位於民法上的扶養請求權，上開判例以及相關的學說見解就未必欠缺正當性了。基此，此一問題要獲得解決，還是必須要先定位清楚遺棄罪的保護法益為何，才能有一個確定的解釋方向。

第四項 「依法令或契約」的身分性質？

第一款 學說意見

從無義務遺棄罪（僅規定「遺棄」）和有義務遺棄罪（除了「遺棄」，還規定了「不為扶助、養育或保護」）文字上的對照，形式上，立法者似乎將有義務積極遺棄罪（遺棄）作為無義務遺棄罪的加重要件，因此對於「遺棄」行為來說，「依法令或契約」屬於不純正身分（加重刑罰意義的身分）；至於有義務消極遺

⁸¹ 參照黃榮堅，前揭註 37，頁 1813-1814。

棄罪，因為無義務遺棄罪並無相對應的規定，此時「依法令或契約」又屬於純正身分（創設刑罰意義的身分）⁸²。區分這兩種身分的實益在於，純正身分犯可以依照刑法第 31 條第 1 項的規定，使得無身分者仍有與有身分者成立該罪共犯之可能，但不純正身分犯依照刑法第 31 條第 2 項之規定，無身分者不能成立該罪，僅能以普通犯罪論處⁸³。

不過如果完全依照條文的形式來理解，在共犯關係上，學說已指出會產生適用上的疑義。詳言之，若是無身分者教唆（或幫助）有身分者為積極遺棄行為，無身分者僅能論以無義務遺棄罪的共犯；但如果無身分者是教唆（或幫助）有身分者為消極遺棄行為，無身分者反而必須論以有義務消極遺棄罪的共犯，價值判斷顯屬失衡（教唆積極行為比教唆消極行為來得輕？）⁸⁴

第二款 問題分析

雖然造成上開問題的可能因素不少（如：無義務遺棄罪的法定刑過低、「依法令或契約」作為加重事由的弔詭），但本文於此想要聚焦在一個有趣問題上：（規定於同一條之中的）「依法令或契約」的身分性質為什麼在積極、消極遺棄罪中要做不同理解？這是不是反映了通說純用條文形式來區分純正／不純正身分有

⁸² 參照甘添貴，前揭註 5，頁 189；相同見解，參照高金桂，前揭註 58，頁 245（高金桂老師稱有義務遺棄罪為「雙重身分犯」，即混合了純正身分犯與不純正身分犯的構成要件）。另外也有學者從無義務遺棄罪為抽象危險犯、有義務遺棄罪為具體危險犯，所以性質不同的立場出發，認定有義務遺棄罪（不分積極、消極遺棄）應屬純正身分犯，參照陳志輝（2006），〈無義務遺棄罪的法律性質〉，《月旦法學教室》，43 期，頁 23。

⁸³ 曾淑瑜老師分別稱之為「違法連帶性」與「責任身分個別性」，參照曾淑瑜（2010），〈扶養義務順序與遺棄罪：最高法院九十八年台上字第六三四六號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，3 期，頁 111-112。至於這篇文章所評釋的 98 年台上字第 6346 號判決，則似採「純正身分犯」的立場：「刑法第二百九十四條第一項之遺棄罪，係屬於身分性犯罪，以依法令或契約負扶助、養育或保護之義務者為其犯罪主體……如其後順序扶養義務人所負之扶養義務，尚未開始，則其身分條件既未成就，除符合刑法第三十一條第一項規定者外，自無由與前順序之扶養義務人成立本罪之共同正犯。」

⁸⁴ 參照許澤天，前揭註 3，頁 21。

正當性的疑慮⁸⁵？依照有力學說對於身分的理解，所有刑法的要件（包含身分）要嘛是不法要件（亦即：有此要件方能建構或加深法益侵害），要嘛是責任要件（亦即：此要件和法益侵害無關，而是涉及行為人期待可能性的加重或減輕），僅有前者可以從屬（透過他人實現），後者必須要自己具備⁸⁶。本文於此想要探問的是：如果從此一有力說的角度來為「依法令或契約」定性，會不會能得到較為合理的結果呢？對於此一問題的處理，本文一樣留待第四章時再予詳述。

第三節 行為：遺棄與不為扶助、養育、保護

有不少學說、實務見解認為，「遺棄」（無論是無義務遺棄罪還是有義務遺棄罪）限於積極的作為，「不為扶助、養育或保護」則屬於消極的不作為。不過我們第一個可以想到的問題是，就算「遺棄」限於作為好了，難道不可以承認不純正不作為的遺棄嗎⁸⁷？如果承認了不純正不作為的遺棄行為，其和「不為扶助、養育或保護」的關係又是什麼？另外一個問題是，為什麼無義務遺棄罪一定要限於積極的作為才能該當？處罰一個無義務之人的消極遺棄行為（例如：路人不對無自救力之人伸出援手）有什麼不可以？尤其是考慮到我國無義務遺棄罪極為低度的法定刑（六月以下有期徒刑），難道不能將其往德國法上的「不予救助罪」（*Unterlassene Hilfeleistung*）⁸⁸的方向解釋嗎？針對這兩個問題，本文希望能在本節耙梳學說、實務見解時找出問題根源，以利接下來的章節予以處理。

⁸⁵ 有學者認為刑法第 31 條是一個內部邏輯有所矛盾的條文：如果創設刑罰意義的身分可以從屬，那麼舉重以明輕，加重、減輕刑罰的身分為什麼不能從屬？反過來說，如果加重、減輕刑罰的身分都必須自己具備，那麼舉輕以明重，創設刑罰意義的身分不是更應該自己具備？參照黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（下）〉，4 版，頁 775-776，台北：元照。

⁸⁶ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 769。

⁸⁷ 學說上即有提及，有義務遺棄罪在刑法上非常特別，其構成要件包括作為犯、純正不作為犯即不純正不作為犯三種。參照曾淑瑜，前揭註 74，頁 293。

⁸⁸ 規定於德國刑法第 323 條 c。此一立法例的簡單介紹，可參許澤天，前揭註 3，頁 8-9；黃常仁，前揭註 3，頁 16-17。

在正式進入遺棄罪犯罪行為的定義與態樣分析以前，要先說明的是，由於學說上對於「遺棄」的用語十分紊亂（例如：廣義／狹義遺棄⁸⁹、積極／消極遺棄等），甚至同一用語在不同學者的使用下還會有完全不一樣的內涵，因此本文於此僅使用學說上較有共識的積極遺棄（即作為）和消極遺棄（等同於「不為扶助、養育或保護」，即不作為）這組概念，方不致於混淆。使用這組概念的另外一個理由是，在刑法理論裡，作為／不作為的區分較有區分實益（後者必須檢討有無作為義務），使得積極／消極遺棄的區分在概念上有其意義。

第一項 定義與行為性質：作為還是不作為？

第一款 立法理由與實務見解

本文前面已略有提及，多數學說認為遺棄罪章的「遺棄」僅限於作為，「不為扶助、養育或保護」方為不作為，這樣的說法其實已為無義務遺棄罪的立法理由所表明：「……又本罪之行為，有二種：一為積極，即遺棄是也。一為消極，即不予以相當之保護是也。外國立法例，本罪之成立，有專限於有保護之義務者，有不限於有保護之義務者，德、奧、日本等國，則折衷其間，凡遺棄無自救力之人，雖無保護義務者，罪亦成立，若僅不予以相當之保護，則惟有保護義務者，罪乃成立。原案採折衷制……故本案對於遺棄之行為，不以有義務者為限，規定

⁸⁹ 這組概念學說上的使用可說是五花八門，例如有學者認為狹義遺棄即為積極遺棄、廣義遺棄即為消極遺棄（不為扶助、養育或保護），如褚劍鴻，前揭註 2，頁 996-997、陳樸生，前揭註 4，頁 245-246；有學者則亦認為狹義遺棄即為積極遺棄，但廣義遺棄則是指除積極遺棄之外，尚包括消極遺棄（不為扶助、養育或保護），如趙琛，前揭註 2，頁 680-681、蔡墩銘，前揭註 2，頁 62；另外則有學者直接把「遺棄」和「不為扶助、養育或保護」在概念上完全分開，亦即遺棄限於造成「場所隔離」的行為，至於「不為扶助、養育或保護」則係指不涉及場所隔離的行為。站在此一區分之上，學者再將遺棄分為狹義遺棄（「移置」，指使無自救力之人脫離原來場所而移轉至危險場所者）和廣義遺棄（除移置外，還包括「棄置」，即棄置無自救力之人於原來場所，使陷於不獲保護之狀態），如韓忠謨，前揭註 4，頁 359-360；周治平，前揭註 4，頁 673-674。除非我們認為無義務遺棄罪與有義務遺棄罪的「遺棄」需做不同理解（如韓忠謨老師認為僅有義務遺棄罪適用「廣義遺棄」的概念），此時使用狹義／廣義遺棄或許才有其必要；不過考慮到「移置」與「棄置」這幾個用語依然有其不妥之處（下文會再做處理），加上狹義、廣義遺棄在使用上並無共識，故本文捨棄這一組用語。

於本條，至於不予相當之保護，則以有義務者為限，規定於次條，庶與折衷制之本旨有合。」從這兩段本文劃上底線的文字可以看出，立法者的確認為「遺棄」僅限於積極行為（作為）、「不為扶助、養育或保護」為消極行為（不作為），但並為說明實質理由為何，僅提及我國係採「折衷制」。

這樣的見解也是我國實務的普遍見解⁹⁰，例如最近一則具有代表性的判決（95年台上字第7250號判決）即指出：「刑法第二百九十三條無義務遺棄罪之行為主體，對無自救力之人，雖無扶助、養育或保護之積極義務，但仍負有不遺棄之消極義務，故本罪之成立，自須以其有積極之遺棄行為為要件……僅消極之不作為，不能成立本罪。此與同法第二百九十四條之違背義務遺棄罪，係將對於無自救力者，因法令或契約而負有扶助、養育或保護義務之人，不盡其義務，無論為積極之遺棄行為，或消極地不為其生存上所必要扶助、養育或保護，均列為處罰對象之情形不同。」和立法理由的說明可說如出一轍。

第二款 學說見解

第一目 定義

壹、遺棄

依照學說上一般的看法，所謂遺棄是指將無自救力之人置於無法受保護之狀態，使其生命（或身體）陷於危險之行為⁹¹；另外，學說也強調遺棄行為雖不必使無自救力之人絕對不受保護，但一定得是處於「更高」危險的狀態，若使其處

⁹⁰ 類似判決見解，可參照 48 年台上字第 754 號判決、85 年台上字第 1328 號判決、87 年台上字第 2547 號判決、89 年台上字第 7019 號判決、90 年台上字第 2547 號判決、90 年台上字第 5011 號判決、90 年台上字第 6298 號判決、91 年台上字第 375 號判決、92 年台上字第 2327 號判決、台灣高等法院 90 年上訴字第 1913 號判決（此號判決更提及了狹義／廣義遺棄此一分類，認為前者僅指積極遺棄，後者則包含了積極、消極遺棄）、台灣高等法院台中分院 90 年上訴字第 1928 號判決、台灣高等法院台南分院 91 年台上字第 475 號判決。

⁹¹ 僅參照甘添貴，前揭註 5，頁 182。

於比原來危險為低的狀態則不屬之⁹²。



至於遺棄的態樣可以大別為「移置」與「積極造成場所隔離」兩者⁹³，前者係指將無自救力之人自原來場所移轉至其他場所，使其陷入危險狀態之行為；後者則係指移置（變更無自救力之人的場所）之外，其他足以招致無自救力之人陷於危險狀態的場所隔離行為，例如將原處所與外界的溝通管道遮斷⁹⁴。至於實務見解，例如上開 95 年台上字第 7250 號判決提到遺棄行為係指：「……由安全場所移置於危險場所，或由危險場所移置於更高危險場所，或妨礙他人將之移置於尋求保護之安全場所等積極之棄置行為，致被害人之身體、生命處於更高危險之狀態，始足當之，僅消極之不作為，不能成立本罪。」和上述學說見解也並無二致。

除了上述較有共識的說法之外，學說上有所爭議的則是「棄置」行為。此一用語的使用，主要是和「移置」一起並列為「遺棄」行為的下位類型，但是其內涵為何、是否陷於積極行為都有爭議。大致來說，「棄置」係指將無自救力之人棄於原來場所而不顧離去的行為，如果將「棄置」限於積極作為⁹⁵，其實和上面所述的「積極造成場所隔離」並無差異，亦即「棄置」與「移置」都屬作為，只是後者有移轉場所而前者沒有而已。但有學者則認為，棄置仍可分成「積極棄置」（作為，如將原來場所與外界遮斷）和「消極棄置」（不作為，如單純離去無自救力之人之場所），無義務遺棄罪的「遺棄」僅包括「移置」（所謂狹義遺棄）和「積極棄置」，但有義務遺棄罪的「遺棄」則另可包括「消極棄置」（所謂廣義遺

⁹² 參照甘添貴，前揭註 5，頁 182。相同見解，參照韓忠謨，前揭註 4，頁 359；韓忠謨老師另外提到無自救力之人所處的原來場所無危險並非所問，重點是遺棄行為是否增其危險。

⁹³ 多數學者皆認為不需將「遺棄」限制在「移置」此種態樣裡，較詳細的論證，可參照許澤天，前揭註 3，頁 25。

⁹⁴ 參照林山田，前揭註 2，頁 102-103、108；甘添貴，前揭註 5，頁 183。要附帶說明的是，甘添貴老師其實是用「移置」／「棄置」這一組概念來描述的，不過「棄置」此一用語在學說上有所爭議，本文下面會再做處理，故此處暫且不提。

⁹⁵ 如此理解，參照甘添貴，前揭註 5，頁 183。

棄)。至於消極棄置如何與「不為扶助、養育或保護」區分，學者認為前者必須有造成「場所隔離」，後者則不必有此限制⁹⁶。



貳、不為生存所必要之扶助、養育或保護

學說上對於「不為……扶助、養育或保護」大致上就是照字面來解釋⁹⁷，論述較多的要件是「生存所必要」此一用語。詳言之，既然立法者加上了「生存所必要」，就代表本罪並非僅為處罰單純的義務違反，而是必需使無自救力之人在生存上（生命或身體）發生危險始屬之⁹⁸。既然以「生存上發生危險」為必要，僅是不提供華麗衣服、滋補食品自然不包含在內⁹⁹；或是扶養義務人未能如扶養權利人所願代以別種扶養，扶養權利人負氣他行、拒不就養亦不屬之¹⁰⁰；另外，如事實上已有他人為之扶養，義務人縱未盡義務亦不成立本罪¹⁰¹。至於在認定是否為「生存所必要」時，應依當時客觀之具體情形，並參酌義務人與權利人之經濟情形，社會地位及需要程度而定¹⁰²。

⁹⁶ 參照韓忠謨，前揭註 4，頁 359-361。

⁹⁷ 有學者有就「扶助、養育、保護」的內涵做具體闡釋：扶助係指扶攜幫助，如傷殘不能行動，必需予以扶助；養育係指就養教育，即維持其生活所需，與啟導其知識使適應社會之生活；保護係指其不受自然或不法之侵害，維持其安全，參照褚劍鴻，前揭註 2，頁 1001。不過除了「保護」的內涵和「生存危險」較有直接關連外，「扶助」、「養育」的闡釋都和「生活福祉」極為接近，似乎和褚劍鴻老師強調「無生存危險均不能成立本罪」的觀點相違背，也難怪有學者在立法論上建議刪除「扶助、養育」（相關說明請參照註 33）。

⁹⁸ 強調此點的學者，如趙琛，前揭註 2，頁 684-685；陳樸生，前揭註 4，頁 247。

⁹⁹ 僅參照林山田，前揭註 2，頁 108；趙琛，前揭註 2，頁 685。

¹⁰⁰ 參照 27 年上字第 2024 號判例：「扶養義務人對於無自救力之扶養權利人棄置不顧，不為其生存所必要之扶助養育者，固應成立刑法第二百九十四條第一項或第二百九十五條之罪。如扶養權利人，因原來之扶養方法不合其意，要求義務人代以別種扶養，未獲如願，遂即負氣他行，拒不就養，以致義務人無由繼續扶養者，是雙方所爭不過為扶養方法之是否適當，自屬民事糾葛，不發生刑事問題。」

¹⁰¹ 提及此點的學者，如褚劍鴻，前揭註 2，頁 1000；陳樸生，前揭註 4，頁 247；呂有文，前揭註 74，頁 322；甘添貴，前揭註 5，頁 193-194。不過要注意的是，這邊學說上皆是以「事實上他人」有扶養、保護無自救力之人，即可使未盡義務者免於該當遺棄罪，可能係受到前面提到過的 29 年上字第 3777 號判例的影響。在 87 年台上字第 2395 號判例做出後，在實務上光是「事實上他人」扶養、保護無自救力之人已無法使行為人免罪，而必須是「義務人」始可（學說上已有採納此一見解者，如林山田，前揭註 2，頁 107）。關於此一問題，由於和遺棄罪的危險犯性質為何有相關，故本文留待於本章第五節再予分析。

¹⁰² 參照褚劍鴻，前揭註 2，頁 1000。



參、問題分析

「不為生存所必要之扶助、養育或保護」與遺棄罪保護法益認定之間的關係已如前述，與遺棄罪危險犯性質認定的關係則會在本章第五節處理，故此處的問題分析主要是處理「遺棄」的爭議問題「棄置」。之所以會產生爭議，是因為有學說認為棄置可以包含消極不作為的態樣，但為了和後段的不為扶助、養育或保護相區隔，於是認為棄置必須限於造成（行為人與無自救力之人間）「場所隔離」的情形，而不為扶助、養育或保護則不在此限¹⁰³。

這樣的區分有無意義，關鍵在於「場所隔離」一事的重要性何在，如果有場所隔離（消極棄置）和沒有場所隔離（不為扶助、養育或保護）在刑法的規範意義上有差異，那此一區分自然就有其必要。問題是，不管從危險性的大小（離開現場而不顧，和留在無自救力之人身邊卻不予救助，所造成的生存危險真有差異？）或是行為性質（同樣是不作為，都需要討論救助義務來源）來看，特別以場所隔離來區分這兩者不但沒有正面效益，反而造成解釋上的困擾¹⁰⁴。學說上會提及「場所隔離」，可能是受到（舊）德國遺棄罪用語「Aussetzung」（移置）、「Verlassen」（棄置）的影響¹⁰⁵，但是在解釋我國的刑法用語時當可依照較符規範意義的方向來理解。基此，將遺棄限於積極的移置（改變無自救力之人之場所）和「其他積極造成場所隔離」（未改變無自救力之人之場所）的情形（即作為），而將「不為扶助、養育或保護」理解為不作為¹⁰⁶，不但可使無義務遺棄罪與有義

¹⁰³ 參照註 96 所引之文獻。韓忠謨老師更認為，將刑法上「遺棄」均限於積極的移置行為的見解「不能謂為恰當」，可惜並未說明理由。

¹⁰⁴ 當然，有無場所隔離在現實上是有差異，問題是並不是所有的現實上差異都有規範上的意義，例如我們不會去分是男人還是女人殺人，因為在規範評價上兩者是一致的，並無區分實益。

¹⁰⁵ 在德文裡，這兩個字比較偏向具體、物理上的遺棄，亦即以場所隔離為限。但現行德國遺棄罪已將用語改為「versetzen」和「im Stich lassen」，用語上已比較偏向抽象、情狀上的遺棄，多數學說遂認為不再以空間上的隔離為限。參照許澤天，前揭註 3，頁 24-26。

¹⁰⁶ 不為扶助、養育或保護可以包含未造成場所隔離的情形，立法理由已有明示：「原案中，以已離受害者之身際解釋之，似嫌太狹。（按未離身際而不履行義務，如坐視病者不予醫藥飲食之

務遺棄罪的「遺棄」做統一理解，而不必有狹義、廣義之分，另一方面此一區分也有規範上的意義：積極的「遺棄」不需討論作為義務的問題，但消極的「不為扶助、養育或保護」則需要¹⁰⁷。



綜上，本文以下行文時將不再使用「狹義／廣義遺棄」以及「棄置」等用語，而是直接以作為（遺棄）／不作為（不為扶助、養育或保護）來區分。至於為什麼「遺棄」是否一定要限於作為（尤其是無義務遺棄罪），下面會緊接著做討論。

第二目 行為性質

壹、學說意見

多數學說皆認為，「遺棄」僅限於作為，而無不純正不作為犯的形態，「不為扶助、養育或保護」則為純正不作為犯¹⁰⁸。至於理由，多數學者係從無義務／有義務遺棄罪此一立法區分出發，認為行為人若未負法令、契約上的義務，自應以積極的行為為限¹⁰⁹。也有學者指出，從文字上的對照來看，既然無義務遺棄罪未若有義務遺棄罪將「遺棄」與「不為扶助、養育或保護」並列，在體系解釋上自應將遺棄限於作為犯¹¹⁰。此一見解的意思應該是，如果「遺棄」本身就可以包含

類，雖有義務者朝夕在側，亦不能不認為刑事犯罪。）」

¹⁰⁷ 相同意見，參照甘添貴（1996），〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，載於《刑法之重要理念》，頁 322-324，台北：瑞興。

¹⁰⁸ 如甘添貴，前揭註 5，頁 183、192-193；林山田，前揭註 2，頁 102、108；蔡墩銘，前揭註 2，頁 64（遺棄行為須限於積極行為）；盧映潔，前揭註 2，頁 498、502；褚劍鴻，前揭註 2，頁 995-997；梁恆昌，前揭註 4，頁 340-342；趙琛，前揭註 2，頁 678、680、684-685；陳樸生，前揭註 4，頁 246-247；韓忠謨，前揭註 4，頁 360-361（不過韓忠謨老師認為有義務遺棄罪的遺棄也可能是消極的不作為，已如前述）；呂有文，前揭註 74，頁 320、322；周治平，前揭註 4，頁 678-680。實務見解方面，台灣高等法院高雄分院 92 年上訴字第 898 號判決亦明白提到有義務消極遺棄罪為「純粹不作為犯」。

¹⁰⁹ 如林山田，前揭註 2，頁 102；蔡墩銘，前揭註 2，頁 64；褚劍鴻，前揭註 2，頁 997；梁恆昌，前揭註 4，頁 340；趙琛，前揭註 2，頁 680；陳樸生，前揭註 4，頁 246；韓忠謨，前揭註 4，頁 360；呂有文，前揭註 74，頁 320；周治平，前揭註 4，頁 678。

¹¹⁰ 參照盧映潔，前揭註 2，頁 498；黃榮堅（1999），〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，蔡墩銘主編，《刑法爭議問題研究》，頁 493，台北：五南。

不作為，「不為扶助、養育或保護」就沒有規定必要。較特殊的見解，則係認為遺棄罪作為舉動犯（即行為犯），不可能以不純正不作為犯的方式為之¹¹¹。



貳、問題分析

若將有義務遺棄罪的「遺棄」解釋包含不作為，將造成和「不為扶助、養育或保護」區分上的無謂困擾，已如前述，故此處主要處理的問題是無義務遺棄罪的遺棄為何要限於作為，先予敘明。上述大多數見解都認為必須「有義務」才能處罰消極的不作為遺棄，若在無救助義務的情形，例如路人對路倒之無自救力之人棄而不顧，僅能在道德上予以譴責，而不能科以刑事責任。這樣的見解當然強調的是「有（作為）義務」的重要性，但事實上只表達了「有義務方能處罰消極遺棄行為」此一結論，而沒能提出相對應的論證與理由。另外，依照體系解釋讓「遺棄」僅限於作為的看法，固然提出了一定的形式依據，但是依然欠缺實質層次的理由（為什麼無義務的情形不可以處罰消極遺棄？）。至於認為「行為犯」一定不能有「不純正不作為犯」的說法，可能係從刑法第 15 條（保證人地位）的「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務……」的用語出發，認為僅有結果犯適用保證人地位之規定；但已有學說對此一見解提出批評，蓋刑法第 15 條僅是對處罰不作為提供法律上的依據，並沒有要限制行為犯成立不純正不作為犯的意思，換言之，不純正不作為犯僅是實現構成要件的方式之一，而結果犯則是構成要件本身的設計問題，兩者並沒有邏輯上的必然關係。基此，所謂「一定結果」應該理解為一定作為犯的「構成要件實現」¹¹²。

如果不將無義務遺棄罪的「遺棄」限於作為，一個可以觀察的角度是，既然

¹¹¹ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 183。

¹¹² 參照許澤天（2004），〈論遺棄罪：可予簡化的刑法罪章〉，林山田教授退休祝賀論文集編輯委員會編，《戰鬥的法律人：林山田教授退休祝賀論文集》，頁 201，台北：元照；蔡聖偉（2008），〈論故意之不純正不作為犯〉，載於《刑法問題研究（一）》，頁，台北：元照。

無義務遺棄罪的法定刑僅為六個月以下有期徒刑（甚至比毀損罪還輕），有沒有將之解釋為限於「不作為」，亦即往德國法上的「不予救助罪」方向解釋呢？對此，有學者認為如此解釋除了明白違反立法理由外，要將一般人見難不救的不道德行為提高到具刑事責任，恐怕目前尚無社會共識¹¹³，且德國的不予救助罪也不是處罰所有的不予救助行為，而是限於對自身並無重大危險、提供救助不會違背另一較重義務，且依具體狀況可期待其提供救助的情形¹¹⁴。因此我們可以發現，對於無義務之人的不作為直接課以刑事責任，似乎會有相當大的法理阻礙，而這個阻礙正回到不作為為何需要保證人地位方能與作為等價的問題上。基此，要回答為何無義務遺棄罪的「遺棄」必須限於作為的實質理由，恐怕還是要從不作為犯與保證人地位之間關係的基礎法理談起。

第二項 無義務遺棄罪的不純正不作為犯與消極遺棄罪的關係¹¹⁵？

前面雖然已經提及一般認為無義務遺棄罪的「遺棄」僅限於作為，但是若結合了刑法第 15 條的保證人地位規定，仍然可能成立不純正不作為犯，學說上卻非常少論及無義務遺棄罪的不純正不作為犯，可能的原因是若具備了保證人地位，要嘛直接論以有義務消極遺棄罪，要嘛在競合層次上，法定刑較高的有義務消極遺棄罪也會排除無義務遺棄罪不純正不作為犯的適用，故似乎沒有討論無義務遺棄罪不純正不作為犯的必要¹¹⁶。但如果實質上，有義務消極遺棄罪就是當成無義務遺棄罪不純正不作為犯的特別規定，那麼前者似乎根本就沒有規定必要，

¹¹³ 參照許澤天，前揭註 3，頁 9。

¹¹⁴ 參照黃常仁，前揭註 3，頁 17。

¹¹⁵ 有義務積極遺棄罪雖然也有學說認為在解釋上可以包括不純正不作為犯（如王效文，前揭註 62，頁 273），但有義務積極遺棄罪有其立法上的問題（將保護義務評價兩次、且若包含不作為會與有義務消極遺棄罪難以區分），應可直接排除有義務積極遺棄罪包含不純正不作為犯的可能，故本文於此直接討論無義務遺棄罪的不純正不作為犯。

¹¹⁶ 參照許澤天，前揭註 3，頁 26-27。

用無義務遺棄罪的不純正不作為犯來處理即可¹¹⁷，但詭異的是無義務遺棄罪的法定刑卻又遠低於有義務遺棄罪，更讓人懷疑遺棄罪章的體系妥當性（同樣具備保證人地位的不作為遺棄，為什麼法定刑會有如此高度的差異？）¹¹⁸。或許也是考量到無義務遺棄罪的法定刑過低，學說上才不去討論其成立不純正不作為犯的可能性，而是直接使其成立有義務消極遺棄罪¹¹⁹，不過這樣的解釋方式依然沒有回答為什麼無義務遺棄罪沒有成立不純正不作為犯的可能，而且也會使得有義務消極遺棄罪欠缺實質上的規範功能。

也因為在理論上無義務遺棄罪應該有成立不純正不作為犯的空間，但又想保留有義務消極遺棄罪的規範功能，故有學說另闢蹊徑，參考了德國學說對於遺棄罪的解釋，認為無義務遺棄罪的不純正不作為犯係指「放任無自救力之人陷於危險狀態或更高危險狀態」（如父親看到小孩自行進入危險的森林卻不阻止），而「不為扶助、養育或保護」則是指「對於已經陷於危險狀態之無自救力之人，不予排除其已經存在的危險狀態」（例如父親偶然在森林中看到小孩已經陷入危險狀態卻不予救助）¹²⁰。之所以這樣的區分標準能夠賦予有義務消極遺棄罪獨立的規範功能，是因為在不救助「已陷入」危險的無自救力之人的情況裡，此一危險狀態並不是可歸責於行為人所引起的，行為人就算不排除此一危險狀態，能否等同透過不作為直接引起危險狀態的情形，誠有疑問，故此時無法透過無義務遺棄罪的不純正不作為犯來規制，而是必須由獨立的有義務消極遺棄罪此種純正不作為犯加以處罰¹²¹。

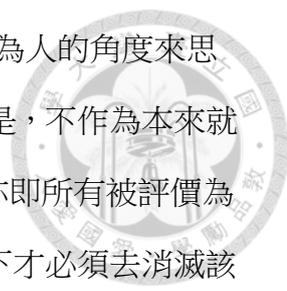
¹¹⁷ 此即為許澤天老師的立法論建議，請參本章第二節的說明。

¹¹⁸ 此一質疑，參照王效文，前揭註 62，頁 270。

¹¹⁹ 甚至有學者認為，可以將無義務遺棄罪的「遺棄」解釋為危險前行為，使其後來的不作為能夠該當有義務消極遺棄罪，將無義務遺棄罪整個架空，以解決無義務遺棄罪法定刑過輕的問題。參照黃常仁，前揭註 3，頁 11-12。不過另有學者認為這樣的解釋方式還是會遇到一些障礙，因為邏輯上後來的不作為可能因為已無防止危險發生的作為可能性，或是欠缺其他的要件而無法成罪，最終的正本清源之道還是在於無義務遺棄罪的法定刑調整。參照許澤天，前揭註 3，頁 22。

¹²⁰ 參照王效文，前揭註 62，頁 273-274。

¹²¹ 參照王效文，前揭註 62，頁 275。



上述學說見解係用危險狀態的引起可歸責／不可歸責予行為人的角度來思考有義務消極遺棄罪的實質規範功能，固然有其見地，但問題是，不作為本來就是「放任風險」的行為（以和「創造風險」的作為相區分），亦即所有被評價為不作為的行為都並未創造風險，只有在符合保證人地位的情況下才必須去消滅該既存的風險；如果具備保證人地位之人不去消滅風險，我們就會說他的不作為對於構成要件的實現是「可歸責的」。因此，評價的重點會擺在：使構成要件實現的不作為（放任風險）之人有沒有具備保證人地位，有就可歸責，沒有就不可歸責。至於上述學說所區分的兩種情形（放任無自救力之人陷入危險／對已陷入危險的無自救力之人不予救助），事實上並沒有區分的實益，因為兩者都是放任風險發生、不去消滅既存風險的行為，危險狀態的出現是在行為前還是行為後並無規範上的意義（總之都不是行為人創造出來的）；此一不作為能否被歸責，最後還是要回到有無保證人地位這一點之上。基此，如果認為有義務消極遺棄罪的作為義務內容和保證人地位相同，要以上開學說見解為基礎賦予有義務消極遺棄罪獨立規範功能，恐怕依然是失敗的。

綜上，既然在理論上無法找到無義務遺棄罪不成立不純正不作為犯的理由，剩下來的問題可能就是立法論層次的法定刑調整，而這個問題也會同時涉及保護法益的認定（如果定位於生命法益，那麼現行法顯然過輕），以及有義務消極遺棄罪在體系上的相應調整（亦即：如果認為有義務消極遺棄罪沒有獨立規範功能，不妨直接將其刪除）。至於有義務消極遺棄罪如要在無義務遺棄罪之外找到獨立規範功能，還是必須先釐清保證人地位的基礎以及範圍為何，然後在解釋上將「依法令或契約」的內涵與保證人地位脫勾。不過這樣的解釋也會隨之遇到一個正當性的質疑：欠缺保證人地位的不作為為何可以被科以刑責？

第四節 行為客體：無自救力之人



第一項 定義

第一款 實務意見

第一目 一般定義

對於「無自救力之人」的定義，實務基本上皆以幾則舉有代表性的判例見解為主，例如 32 年上字第 2497 號判例：「刑法上所謂無自救力之人，係指其人無自行維持生存所必要之能力者而言，如因疾病、殘廢或老弱、幼稚等類之人等是。至其財產之能否自給，雖不無相當關係，究非以此為必要之條件。¹²²」、31 年上字第 1867 號判例：「刑法第二百九十四條所謂無自救力之人，係指其人非待他人之扶養、保護，即不能維持其生存者而言。故依法令或契約負有此項義務之人，縱不履行義務，而被扶養保護人，並非絕無自救能力，或對於約定之扶養方法發生爭執，致未能繼續盡其扶養之義務者，均不能成立該條之遺棄罪。」和 27 年上字第 1765 號判例：「刑法上所謂無自救力之人，係指其人無維持生存所必要之能力而言。若年力健全之婦女，儘有謀生之途，不能僅以無資金、技能或未受教育，為無自救力之原因。被告對於某氏固有扶養義務，但該氏正在中年，又未病廢，即其本身非無維持生存所必要之能力，被告如違反扶養義務，祇可由某氏依民事法規請求救濟，要不能謂已構成遺棄之罪。¹²³」

略加整理上開的判例後，我們可以看到實務對於無自救力之人的定義是：無自行維持生存所必要之能力，非待他人之扶養、保護，即不能維持其生存者，如老、弱、殘、疾之人，至於經濟上因素（無資金、技能、未受教育、財產能否自給）皆非無自救力之原因。這樣子的定義，似乎也反應了早期實務見解對於遺棄

¹²² 本則判例的內容和有義務遺棄罪立法理由的說明相近：「被遺棄者，須係不能自活之人，不能自活非無資產之謂，謂其無為生存上所必要之事宜之體力也，即老弱殘廢疾病者是。」

¹²³ 從這則判例後段的文字也可以看得出來，早期實務見解並不把遺棄罪的本質理解為義務違反說。

罪的法益定位偏向於生命法益，而非民法上扶養義務的違反。



關於這一點，另外還有一則判例見解（26 年上字第 2919 號判例）可以讓我們觀察實務的態度。這則判例要處理的問題是這樣子的：依照民法第 1117 條¹²⁴的規定，受扶養權利人若為直系血親尊親屬，縱非無謀生能力，扶養義務人仍有對其扶養的義務。那麼刑法第 295 條的行為客體「直系血親尊親屬」是不是也可以援引這條民法規定，而不以「無自救力之人」為限呢？對此，判例的見解是：「刑法第二百九十五條之遺棄罪，仍以被遺棄之直系血親尊親屬，係無自救力之人為必要。上訴人年甫四十八歲，體力尚健，平日在某姓家傭工自給，不得謂無自營生活之能力，被告等不為扶養，尚與該條之構成要件不合。」亦即，遺棄罪的行為客體縱為直系血親尊親屬，依然必須符合無自救力之人的要件，並不受到民法扶養義務規定的限制。綜合這幾則判例對於「無自救力之人」的見解來看，可以讓我們更確定早期實務見解對於遺棄罪本質的理解較偏向生命法益，而非義務違反說。

判決見解方面，大致上也係依循上開判例看法而來。可略為補充的有兩點：第一點，實務上強調判斷無自救力之人的時點應以「遺棄時」而定，事後被害人是否受他人救助或是恢復成有自救力，皆不影響無自救力之人的認定¹²⁵。第二點則為上開判例提及的「無維持生存所必要之能力」之進一步闡述，如 72 年台上字第 6906 號判決：「惟按刑法第二百九十四條第一項所謂「無自救能力之人」，係指其無維持其生存所必要之能力而言。又所謂「生存所必要」，係指以於生存有危險者為限。」¹²⁶，可以讓我們更確定，至少就「無自救力之人」此一要件之闡釋來看，實務意見是較不利義務違反說的。

¹²⁴ 條文內容為：「受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限。（第一項）前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之。（第二項）」

¹²⁵ 參照 85 年台上字第 873 號判決。

¹²⁶ 相同判決見解，參照 85 年台上字第 5109 號判決、91 年台上字第 2648 號判決。



第二目 具體認定

一個較為單純的問題是，若被害人於遺棄時已成屍體，自然就非本罪的行為客體，至多討論能否成立第 247 條的遺棄屍體罪¹²⁷，先予敘明。會被實務認定為無自救力之人的情形以「無意識／昏迷」為大宗，但並不以此為限¹²⁸，其他亦被實務肯認為無自救力之人的情形，如酒醉¹²⁹、老人痴呆¹³⁰，單純的行動不便¹³¹則不屬之。至於意識清醒的交通事故傷者則必須依照具體情況認定，端看該被遺棄之人，是否陷於隨時有生命危險之境地為斷¹³²，例如是否因傷無法走避，而有被後車追撞的危險¹³³，或是有無呼救送醫的能力¹³⁴。

至於無自救力的認定和「被害人有無資力」之間的關係，值得注意的是 94 年台上字第 4697 號判決的論述：「……至扶養權利人之財產能否自給，究非必要之條件；否則，若扶養義務人對於無自救力之扶養權利人故意棄之不顧，該扶養權利人雖尚有資力，然其既已無自行維持生存所必要之能力，若仍期待其自行張羅求生，自與刑法第二百九十四條第一項規定之意旨有違。」這號判決從正面提及「有資力不等於有自救力」，可說是對於前述判例見解「無資力不等於無自救力」的補充，更強化了遺棄罪與單純扶養義務違反的不同。

¹²⁷ 對此，可參照 90 年台上字第 2419 號判決、95 年台上字第 1692 號判決、台灣高等法院 90 年上訴字第 2960 號判決。

¹²⁸ 如 92 年台上字第 2327 號判決即有提到：「刑法上所謂無自救力之人，係指其人無自行維持生存所必要之能力，非待他人之扶養、保護，即不能維持其生存者而言，並不以該人已陷於意識不清或瀕死狀態為必要。」

¹²⁹ 參照台灣高等法院 90 年上訴字第 367 號判決。

¹³⁰ 參照 86 年台上字第 5441 號判決。

¹³¹ 參照 94 年台上字第 5469 號判決。

¹³² 參照 90 年台上字第 6298 號判決。

¹³³ 參照 90 年台上字第 3024 號判決。至於在傷者清醒時否定其為無自救力之人（或據此要求發回更審）的見解，可參照 89 年台上字第 3038 號判決、台灣高等法院台南分院 89 年上訴字第 933 號判決。

¹³⁴ 參照 86 年台上字第 744 號判決（最後此一判決否定傷者為無自救力之人）。



第二款 學說意見

學說上對於無自救力之人的認定與實務大致相同，在說明時往往也只是引了這幾則判例略加整理而已¹³⁵，由此可見學說與實務對於此一要件已有相當共識。學說上對此有所補充的，例如無自救力狀態的久暫並非所問，只要行為人的遺棄行為係在行為客體處於無自救的狀態下即可¹³⁶。另外，除了立法理由和判例例示的「老、弱、殘、疾」之外¹³⁷，學說上也提到了其他的無自救力原因，如白痴、泥醉、麻醉狀態中、車禍重傷昏迷、飢餓已陷於衰弱狀態¹³⁸，至於熟睡者算不算自救力之人則有爭議¹³⁹。

關於行為客體若為直系血親尊親屬，是不是可以援引民法 1117 條之規定，使其不以「無自救力之人」為限的問題，學說上也大都支持上開 26 年上字第 2919 號判例的見解，認為要該當遺棄罪仍以行為客體為無自救力之人為前提¹⁴⁰，理由大致有二：一，既然刑法第 295 條規定為犯前條之罪，而刑法第 294 條又以無自救力之人為要件，刑法第 295 條當然也受其限制¹⁴¹；二，遺棄罪的本質係處罰造

¹³⁵ 如甘添貴，前揭註 5，頁 182；蔡墩銘，前揭註 2，頁 62；林山田，前揭註 2，頁 103、106；褚劍鴻，前揭註 2，頁 996；梁恆昌，前揭註 4，頁 340-341；趙琛，前揭註 2，頁 679-680、682-683；陳樸生，前揭註 4，頁 245；韓忠謨，前揭註 4，頁 359；呂有文，前揭註 74，頁 320；周冶平，前揭註 4，頁 678-680。

¹³⁶ 參照林山田，前揭註 2，頁 103。但有反對見解，認為無自救力的狀態必須有一定的持續性，否則將會使得遺棄罪和「一般生命危險罪」（直接處罰引起他人生命危險的行為，不以遺棄無自救力之人為限）難以區別，參照許澤天，前揭註 3，頁 24。不過本文認為，從許澤天老師所舉的案例來看（高速公路上丟石頭，在「瞬間」造成他人的生命危險，該他人不能算是無自救力之人），所謂「持續性」要件應該只是要排除這種「瞬間」使他人發生危險的情形，和一般學說所謂的「不問狀態久暫」應無太大的差異。

¹³⁷ 無義務遺棄罪的立法理由中即有提到：「查第二次修正案理由謂原案老幼殘廢疾病句，本案改為無自救力之人，以示概括。」也表明了無自救力的原因並無限制。

¹³⁸ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 182；類似見解，參照林山田，前揭註 2，頁 103。

¹³⁹ 否定見解，參照甘添貴，前揭註 5，頁 182（熟睡中者、微醉者或迷路者，則不屬之）；肯定見解，參照許澤天，前揭註 3，頁 24。

¹⁴⁰ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 201；林山田，前揭註 2，頁 111；褚劍鴻，前揭註 2，頁 1000；陳樸生，前揭註 4，頁 248；呂有文，前揭註 74，頁 323；周冶平，前揭註 4，頁 682。

¹⁴¹ 參照褚劍鴻，前揭註 2，頁 1004。

成無自救力之人的生存危險，與民法上扶養責任並不盡同¹⁴²。



整理至此，我們大致可以觀察出來學說、實務對於「無自救力之人」此一要件的理解，相當不利於義務違反說的發展，而是比較偏向生命（或重大身體）法益。

第二項 環境因素？

另外一個值得思考的問題是：在認定無自救力之人時要不要將環境因素納入考量？本文於此提出此一問題的用意是，如果我們認為「無自救力之人」僅需抽象、一般地判斷其屬性，在認定遺棄罪的危險犯性質時，可能就會偏向認定為抽象危險犯（老人、嬰兒就是不可以遺棄！）；但如果我們認為「無自救力之人」必須具體的納入環境因素判斷（亦即：同樣性質的行為客體若置於不同的環境之中，其是否為無自救力之人的結論就有可能不同），遺棄罪的危險犯性質可能就會偏向具體危險犯或具體危險性犯¹⁴³。

關於無自救力之人性質的認定，已有學者提及必須要在個案中具體認定，不能一概而論，必須是其人遇到危險狀況，本身無自我排除之能力者¹⁴⁴，換言之，不能僅因「老、弱、殘、疾」即認定為無自救力之人。更有學者明白提及，在認

¹⁴² 參照陳樸生，前揭註 4，頁 248；周冶平，前揭註 4，頁 682。並非處理此一問題（遺棄直系血親尊親屬），但同樣提及「可對於特定之人主張其有扶養權利，但未必可視為無自救力之人」的見解，參照蔡墩銘（2001），〈扶養權利人與無自救力之人有異〉，《月旦法學雜誌》，73 期，頁 17-18，其見解亦是基於有義務遺棄罪的本質是「以免無自救力人之生命陷於危險之狀態」而來。

¹⁴³ 要先說明的是，本文於此尚未為遺棄罪的危險犯性質做定位，蓋「抽象危險犯」、「具體危險犯」、「具體危險性犯」這些概念的定義、內涵、正當性等都還有待探討。關於危險犯的詳細討論，本文會在第三章再予處理，此處本文只是點出此一要件或許有影響遺棄罪危險犯性質認定的可能性而已。

¹⁴⁴ 參照黃常仁，前揭註 3，頁 8；許澤天，前揭註 3，頁 23；王效文，前揭註 62，頁 262。黃常仁老師還明白提到「任何人」都可能成為無自救力之人，似乎也表達了此一要件的判斷並非抽象的行為客體屬性認定，而是具體的危險狀況之有無。

定無自救力之人時，除需考量被害人本身的原因（如年齡、疾病、生理狀況）外，有時也應考慮被害人本身以外的原因¹⁴⁵，如環境因素，例如將一個身心正常的成年人丟棄在野生動物園的老虎區，此時該成年人於此際亦屬無自救力之人¹⁴⁶。既然學者多肯認此一要件必須要具體而非抽象的認定，是不是代表遺棄罪就不是抽象危險犯了呢？

本文認為，此一問題還是得回到「抽象危險犯」、「具體危險犯」、「具體危險性犯」的定義上。如果依照一般對於抽象危險犯的說法，所謂的危險是被立法者擬制出來的，行為人只要做了該當於構成要件所描述的行為就已具備不法，不容法官事後判斷危險發生與否；而具體危險犯則必須在構成要件所描述的行為之外，另外該當附加的危險情況才會具備不法，但關鍵是：什麼是這邊所說的「構成要件所描述的行為」呢？對此，即有學者認為，遺棄罪既然是用來防止無自救力之人的危險狀況惡化，就算我們認為一旦「遺棄無自救力之人」就會該當遺棄罪（所謂抽象危險犯），在解釋上我們還是不會把讓無自救力之人狀況好轉的情況解釋進構成要件所包括的範圍內（亦即：我們在判斷「無自救力之人」時就會納入環境因素）；如果我們認為光是該當「遺棄無自救力之人」不足以使無自救力之人的危險狀況惡化（亦即：抽象的判斷「無自救力之人」，不考慮環境因素），在解釋上我們仍會在行為之外另外考慮附加的危險情況（所謂具體危險犯）。換言之，要被解釋成抽象還是具體危險犯只是形式上的名詞轉換，完全端看我們如何解釋，實質上對於法律來說只有一種危險存在，亦即非容許風險的危險¹⁴⁷。如

¹⁴⁵ 實務在認定無自救力之人時，也常會考量到環境因素，除了前述提及的 90 年台上字第 3024 號判決（參照註 133，處理「意識清醒傷者」的情形），更值得思考的是 90 年台上字第 4783 號判決的見解。詳言之，此號判決的傷者已經「昏迷」（典型被算入無自救力原因的情況），但法院在論述其為無自救力之人時，依然考量了環境因素（後車追撞風險）。

¹⁴⁶ 參照盧映潔，前揭註 2，頁 498。實務上類似的例子則為「正常的成人沈入水中」的情況，肯認其為無自救力之人的見解，可參照台灣高等法院 90 年上訴字第 1913 號判決、台灣高等法院高雄分院 96 年上訴字第 1521 號判決。

¹⁴⁷ 此一觀念，參照許玉秀（2000），〈無用的抽象具體危險犯〉，《台灣本土法學雜誌》，8 期，頁 85-86、88，不過許玉秀老師是從「遺棄行為」的解釋來談此一問題，本文則是將其見解引申至「無自救力之人」的解釋。至於「具體危險性犯」的判斷，本文認為在邏輯上仍有和「具體危險犯」區分的必要，詳請參閱本文第三章。

果是這樣，那麼抽象／具體危險犯的區分（或更具體的說：遺棄罪的危險犯性質之爭）還有沒有意義？



第五節 危險犯性質：抽象危險犯或具體危險犯？

第一項 實務見解

第一款 相關判例

對於遺棄罪的危險犯性質為何，實務其實並沒有明確提及，故此處對於實務的分析，嚴格來說是透過學者詮釋之後的結果，先予敘明。

除了無義務遺棄罪的危險犯性質實務沒有多做著墨外¹⁴⁸，和有義務遺棄罪危險犯性質較有相關的判例見解，其實和本章第一節處理「義務違反說」所提及的那幾則判例是重疊的¹⁴⁹，理由不難想像：義務違反說既然認為單純的義務違反就會該當遺棄罪，那麼就非常容易將本罪的危險犯性質定性為抽象危險犯，甚至和個案中是否發生（生存）危險完全無關。這一點，從立法理由（本罪以不履行義務而成立，雖被害人無何等危險，亦不得以本罪論）或是 18 年上字第 1457 號判例的說法（但有法律上扶養義務者，對於無自救力之人，以遺棄之意思，不履行扶養義務時，罪即成立）都可以看得出來，學說上也大都將這樣的看法詮釋為抽象危險犯¹⁵⁰。

¹⁴⁸ 前面提到無義務遺棄罪的指標性判決（95 年台上字第 7250 號判決），裡面有一段描述遺棄內涵的文字如下：「……積極之棄置行為，致被害人之身體、生命處於更高危險之狀態，始足當之。」有學者即從「致……危險之狀態」此一用語出發，認為此一判決亦採具體危險犯的立場，參照林東茂（2009），〈遺棄罪〉，《月旦法學教室》，83 期，頁 28；許澤天，前揭註 3，頁 33-34。不過本文認為，如果將實務這一段用語完全當做遺棄行為的內涵（即：提高生命、身體危險的行為才會該當遺棄行為），而不是行為以外所謂「危險結果」的描述，仍有解為抽象危險犯的可能。因此，本文認為要直接從此一判決推導出實務對無義務遺棄罪危險犯性質的看法，可能仍嫌速斷。

¹⁴⁹ 相關判決、座談會見解基於相同道理，自然也會有所重疊，故可和本章第一節提及義務違反說的部份做對照，此處不再贅述。

¹⁵⁰ 如此理解，如王皇玉，前揭註 35，頁 237；曾淑瑜，前揭註 74，頁 290。值得注意的是甘添貴老師的見解，其雖然亦認為遺棄罪應為抽象危險犯，但不應該如同立法理由或上開 18 年判例



而之後的幾則判例，如 29 年上字第 3777 號判例（……不盡扶養或保護義務，而致其有不能生存之虞者，始克成立……事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪）、87 年台上字第 2395 號判例（……所謂「生存所必要之扶助、養育或保護」，係指義務人不履行其義務，於無自救力人之生存有危險者而言……事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪……應以於該義務人不履行其義務之際，業已另有其他義務人為之扶助、養育或保護者為限）則對於上開 18 年判例有所修正，亦即必須對無自救力人之生命產生「危險」方能以遺棄罪處罰，多數學說皆以「致其有不能生存之虞」、「無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」等文字，將這幾則判例見解解為具體危險犯¹⁵¹。但有趣的是，也有學者將 29 年與 87 年這兩則判例解為抽象危險犯，只是利用「他人」一語，例外允許推翻被推定的抽象危險而已¹⁵²。同樣的兩則判例學說上卻有不同解釋，當然可能是學者之間對於抽象／具體危險犯的定義有所不同，但同時也提供了我們反省抽象／具體危險犯這組區分意義為何的契機。

第二款 相關判決

上面提到，87 年判例對於 29 年判例的修正，在於並非僅僅「事實上有他人

僅以「違背義務」作為有義務遺棄罪的成立要件，而是必須顧及是否有侵害法益之危險性。參照甘添貴，前揭註 5，頁 179-180。如果依照甘添貴老師的見解來看，所謂「抽象危險」似乎也不是立法者所設定的構成要件說得算，司法者仍有透過解釋介入排除無危險性之行為的空間，不過這樣的解釋可能也會造成抽象危險與具體危險的界分困難。這個問題涉及到抽象危險、具體危險各自的內涵以及正當性基礎為何，本文會在第三章再予詳述。

¹⁵¹ 如許澤天，前揭註 3，頁 11；王效文，前揭註 62，頁 255-256；王皇玉，前揭註 35，頁 237；曾淑瑜，前揭註 74，頁 290；林東茂，前揭註 148，頁 29；劉邦繡（2003），〈遺棄罪之類型化分析〉，《律師雜誌》，288 期，頁 123。附帶一提，上開 87 年判例雖然和 29 年判例一樣被多數學者歸類為具體危險犯，但實質上是對 29 年判例的限縮，已如本章第一節所述。

¹⁵² 參照李茂生（2012），〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念：兼評最高法院 99 年度台上字第 3048 號判決（下）〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，頁 24-25。

保護」就能夠阻卻遺棄罪的成立，而是必須是該他人為「義務人」始可¹⁵³。這樣對 29 年判例（有時也包括了 23 年判例）的限縮見解，其實在 87 年判例做成前就已有判決採納，如 85 年台上字第 5688 號判決：「而本院二十三年上字第二二五九號判例及二十九年上字第三七七七號判例所謂事實上尚有其他人為之養育或保護，應係指他人依據法令亦負有此義務者而言，否則縱令有不負此義務之人，因憐憫而為事實上之照顧、扶助，該依法負有此義務之人仍應成立遺棄罪。」

¹⁵⁴或者如 86 年台上字第 7049 號判決：「而本院廿九年度上字第三七七七號判例，係指對於無自救力之人，負有扶助或保護義務者，同時有多人，而得即時對該無自救力之人，予以保護之情形而言，並非只要有人在場，不問在場之人為誰，即謂事實上尚有他人為之保護，對該無自救力之人之生命，並不發生危險。」¹⁵⁵。

至於為什麼要將「他人」限制在「義務人」¹⁵⁶，99 年台上字第 3048 號判決也為 87 年判例補充了理由：「從而實際上照顧無自救力者之人，苟非負有扶助、養育或保護義務之義務人，其照顧既非出於義務，自可隨時停止，致無自救力者頓失必要之依恃，其生存即難謂無危險。」¹⁵⁷。另外在具體的運用上，實務也有

¹⁵³ 採納 87 年判例的判決見解甚多，如 89 年台上字第 4243 號判決、90 年台上字第 1015 號判決、90 年台上字第 3241 號判決、90 年台上字第 4783 號判決、90 年台上字第 6308 號判決、91 年台上字第 2648 號判決、91 年台上字第 4394 號判決、91 年台上字第 4681 號判決（值得注意的是這個案件的二審判決明白將遺棄罪定性成具體危險犯，但最高法院不採納）、91 年台上字第 6447 號判決、91 年台上字第 7578 號判決、94 年台上字第 4697 號判決、99 年台上字第 3048 號判決、101 年台上字第 1521 號判決。

¹⁵⁴ 類似判決見解，可參照 85 年台上字第 1328 號判決。

¹⁵⁵ 值得注意的是，這段文字強調必須「同時有多（義務）人可以保護無自救力之人」，且被相當多的判決採納，如 88 年台上字第 5195 號判決、89 年台上字第 1321 號判決、89 年台上字第 2982 號判決、89 年台上字第 3507 號判決、89 年台上字第 6314 號判決、90 年台上字第 1651 號判決、92 年台上字第 2327 號判決。

¹⁵⁶ 除了下述的理由外，也有判決是以「參酌本院二十三年上字第二二五九號判例意旨」作為理由，將 29 年判例提到的「他人」限縮為「義務人」，如 88 年台上字第 6734 號判決、90 年台上字第 2607 號判決、91 年 375 號判決。這樣的說法，可能是基於 23 年判例的最後一段「上訴人對於其子雖未盡扶養、保護之義務，但其子尚有母為之扶養、保護，自不成立遺棄罪名。」提到了他人為「母」（義務人）而來。此一觀察，參照李茂生，前揭註 20，頁 18。

¹⁵⁷ 對於此則判決的詳盡評釋，參照李茂生，前揭註 20、152 文。另外，也可參照 94 年台上字第 4697 號判決提到的類似說法：「……其中所指『他人』，係指其他義務人而言，否則，不負此義務之人，因憐憫而為事實上之照料，既不能冀望其繼續為必要之照料，一旦棄養，對於無自助力人之生存即有危險，自不能因此而解免扶養義務人之罪責。」

見解提到並不是有他義務人「存在」就能不成立遺棄罪，而是該義務人已經對無自救力之人為「保護行為」時始可¹⁵⁸。



除了上開主要著眼於「他人」內涵的實務見解外，有一些判決的文字似乎也涉及了有義務遺棄罪危險犯性質的認定¹⁵⁹，如 101 年台上字第 1521 號判決：「……所謂不為生存所必要之扶助、養育或保護，以義務人不履行其義務，於無自救力人之生存，有危險之虞為已足，不以果已發生危險為必要……」¹⁶⁰，似乎有傾向將有義務消極遺棄罪定性為抽象危險犯的意思。但 87 年台上字第 3815 號判決卻又提到：「……且其積極遺棄行為或消極遺棄行為，客觀上已致被遺棄者之生命發生危險，始足當之。」和上開見解很明顯並不相符。另外，87 年台上字第 2547 號判決也提到：「前者以有積極行為，對於無自救力之人以遺棄之意思，不履行扶養義務時，罪即成立。後者以消極行為對無自救力之人，不盡扶養義務，而致其有不能生存之虞，始克成立。」似乎認為有義務消極、積極遺棄罪的危險性質有所不同；但 90 年台上字第 5011 號判決卻又認為：「其中前段之積極遺棄罪，指對該無自救力之人，以遺棄之意思，積極置於無保護或使保護發生困難之危險狀態之行為而言；至後段之消極遺棄罪，則凡對於無自救力之人，依法令或契約本應予以扶助、養育或保護，而消極不盡上開義務，致其有不能生存之虞，即足當之。」亦即有義務積極遺棄罪同樣以「危險狀態」作為要件。姑且不論能不能從這些文字直接得出實務對於遺棄罪的危險犯性質定性為何¹⁶¹，至少實務的見解是非常紊亂而不一致的。

¹⁵⁸ 參照法務部（75）法檢（二）字第 1013 號函：「最高法院二十三年上字第 2259 號判例、二十九年上字第 3777 號判例，係分別以『事實上尚有他人為其扶養、保護，不致有不能生存之虞』，或『事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自力救濟人之生命，並不發生危險』為理由，認為不成立遺棄罪。而非謂事實上另有其他扶養義務之人，即不成立該罪。」此一看法如果與上開 86 年台上字第 7049 號判決一併觀察，應該就會更為清楚。

¹⁵⁹ 關於無義務遺棄罪危險犯性質的判決見解，可參照註 148。

¹⁶⁰ 相同判決見解，可參照 88 台上字第 6734 號判決、90 台上字第 2607 號判決、90 台上字第 4153 號判決、91 台上字第 375 號判決、91 台上字第 4394 號判決、92 台上字第 2327 號判決。

¹⁶¹ 如同註 148 所提到的，在沒清楚釐清實務這些用語是用來描述「行為內涵」還是在行為之外建構「危險結果」之前，並不能直接判決實務的見解為何。



綜上，現行實務見解基本上都是延續著 87 年判例或相類似立場¹⁶²，將 29 年判例拿來排除「生存危險」的「他人」要素限制在「義務人」之上，理由在於如果他人非義務人，無法透過義務的擔保確定該他人會持續施以援助，而使得無自救力之人會發生生存危險。這樣的認定方式，或許可以減輕實務在認定有無生存危險或遺棄故意時的負擔，問題是「有義務＝會繼續保護」、「無義務＝不會繼續保護」在經驗法則上能否站得住腳，都非常值得懷疑，像是父母將嬰兒留置於醫院中的情況，縱使認為醫院沒有養育義務，但透過醫院或社福機制的介入，基本上一般情況下嬰兒並不會有生存上的危險。實務上述見解不但無助於我們釐清遺棄罪屬於抽象還是具體危險犯的爭議，甚至更偏離了(87 年判例也提到的)「生存危險」要素，而更向義務違反說靠攏。

第二項 學說見解

第一款 抽象危險犯

並未區分無義務／有義務遺棄罪，而對整個遺棄罪章採取抽象危險犯見解的學者，在形式上最主要的依據在於遺棄罪的條文用字並沒有「致生危險」此一用語，和德國遺棄罪有明文規定危險結果（「因而產生死亡或嚴重健康損害之危險」¹⁶³）有所不同；既然沒有將危險之發生當做構成要件要素，就應採取抽象危險說。較為實質的理由，則係基於遺棄罪的保護法益為生命、身體此等重要法益，故為求法益的周密保護，就算僅有抽象的危險性仍應處罰¹⁶⁴。除了從條文用語還有保護法益重大性的角度立論外，也有學者提到遺棄行為已是一種具備典型危險性的

¹⁶² 84 年台上字第 1252 號判決是本文搜尋過程中少數仍忠於 29 年判例的判決見解，亦即對於他人並沒有「義務人」的限制。不過此後的最高法院見解幾乎全朝向限制的方向傾斜，已如上述。

¹⁶³ 原文為：「...ihn dadurch der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt, ...」

¹⁶⁴ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 180-181。

行為方式，如果還要另外認定具體危險產生與否，無疑是將生命、身體法益的保護繫於偶然，而和危險犯設立的目的（將刑罰前置以保護法益）有所背離¹⁶⁵。

也有學者區分無義務遺棄罪和有義務遺棄罪分別討論其性質。就無義務遺棄罪部分，有認為從無義務遺棄罪的法定刑僅六個月以下來看，應該是處罰離實害尚屬遙遠的抽象危險而非具體危險。另外，雖然將無義務遺棄罪認定為抽象危險犯對於行為人較為不利，但一來無義務遺棄罪僅限於處罰積極的移置，二來也不是所有移動無自救力之人的行為都會被處罰，提高獲救機率的行為（如從荒野移到市區）即不在處罰之列，如此解釋對於行為人也不算苛酷¹⁶⁶。就有義務遺棄罪的部份，亦有學者認為在現代社會中救援網絡如此緊密，如果將本罪解釋成具體危險犯，本罪根本無成立之可能¹⁶⁷。

依照一般的說法，抽象危險犯的危險僅為立法者規制特定行為的「動機」，故不容許法官事後判斷危險有無發生（例如上開林東茂老師對於有義務遺棄罪的看法即為適例¹⁶⁸）。不過因為抽象危險犯一直都有違背罪責原則等疑慮¹⁶⁹，故有學者雖然對於遺棄罪也是採取抽象危險犯的立場，但試圖對抽象危險犯的概念做限縮（亦即在行為人該當了構成要件所描述的行為之外，還必須實質判斷該行為的危險性），例如上開甘添貴老師對於立法理由及 18 年判例的批評即為適例，只是甘添貴老師並未提出更具體的判斷標準¹⁷⁰。有對有義務遺棄罪具體提出限縮途徑的見解如鄭善印老師，其認為雖然法益說與規範說的爭議僅存於立法論層次

¹⁶⁵ 參照劉邦繡，前揭註 151，頁 118。

¹⁶⁶ 參照林東茂，前揭註 2，頁 2—30-31；陳志輝，前揭註 82，頁 23。

¹⁶⁷ 參照林東茂，前揭註 148，頁 29。林東茂老師更指出，有義務遺棄罪既然是抽象危險犯，一有棄置的舉動罪即成立，無反證推翻之餘地，參照林東茂，前揭註 2，2—29。另外可附帶一提的是，相對於林東茂老師就無義務／有義務遺棄罪都認定為抽象危險犯，陳志輝老師雖然基於相同的理由也認為無義務遺棄罪是抽象危險犯，但在有義務遺棄罪中沒有多做說明即採取了具體危險犯的立場，參照陳志輝，前揭註 82，頁 22-23。

¹⁶⁸ 參照註 167 中所引的林東茂老師的見解。

¹⁶⁹ 詳細的處理，請參照本文第三章。

¹⁷⁰ 參照註 150 中所引的甘添貴老師的見解。

上，解釋論層次就必須遵照規範（對行為人下命令的行為準則）做解釋¹⁷¹，不過個案中未產生法益危險的行為實不必予以處罰，故可在違法性層次採取「實質的違法性說」，亦即除了行為反價值之外還必須另外審查結果反價值¹⁷²，透過後者的審查即可排除已有第三人接手扶助的情形（如醫院已收留嬰兒）¹⁷³。

另外也提出限縮途徑的見解如王榮聖老師，其認為抽象危險犯是危險犯的基本型態，具體危險犯是基於「法律內在限制」¹⁷⁴而來對於抽象危險犯的修正型態¹⁷⁵，但縱使是抽象危險犯也不是指完全不需實質判斷行為的危險性，而是仍須實質判斷立法者對「行為情狀」（如公共危險罪裡面的「公共關係」）所做的限制，以及「行為危險性」是否現實化；關於後者的判斷，則可以參考立法者規定的「危險現實化指標」（如放火罪裡的「燒燬」）¹⁷⁶。基於上開標準，王榮聖老師認為雖然無義務／有義務遺棄罪皆為抽象危險犯（因為沒有「致生危險」要素），且也無法律內在限制事由，但無義務遺棄罪必須限於「惡化關係」存在方能該當，亦即遺棄行為必須解為「惡化生命、身體法益的行為」（而「遺棄」要件同時也是

¹⁷¹ 參照鄭善印（2002），〈違背義務遺棄罪與肇事逃逸罪之研究〉，甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授六秩祝壽論文集》，頁 163-165，台北：學林。關於鄭善印老師對於規範論與法益論的進一步看法，可參照鄭善印（1997），〈刑法的目的只有法益保護嗎？〉，蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集編輯委員會編，《現代刑事法與刑事責任：蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，頁 649 以下，台北：國際刑法學會中華民國分會、刑事法雜誌社基金會，此處不再詳述。

¹⁷² 鄭善印老師所謂的結果反價值，係指「侵害生活利益或致生危險」，而不是「侵害個人法益或致生危險」（這一點，和鄭善印老師對於法益還原論的批評，還有試圖折衷規範說與法益說的立場有關）；所謂危險，係指「行為時，依一般人可能認知的事實及行為人所特別認知的事實，對於包含主觀及客觀構成要件要素在內的行為結果」予以判斷。參照鄭善印，前揭註 171，頁 165。

¹⁷³ 參照鄭善印，前揭註 171，頁 165-167。不過要注意的是，因為鄭善印老師認為有義務遺棄罪的罪質是「違背應予扶助的作為義務」讓無自救力之人的生命身體的危險持續下去，故鄭善印老師認為將嬰兒棄於醫院之前的行為仍會成立有義務遺棄罪。從這個例子我們可以看得出來，鄭善印老師見解中的「結果反價值」，其實排除成罪的範圍依然有限。

¹⁷⁴ 王榮聖老師見解中所謂的「法律內在限制」，係指該構成要件設定所要保護的法益，有沒有基於某些必須尊重行為人之行為的原因（例如刑法第 174 條中燒燬自己所有物的行為，應屬行為人的權利行為）而有所退讓的情形。以刑法第 174 條為例，正是為了尊重行為人處分自己所有物的權限，才在放火行為之外要求審查「致生危險」的要件。參照王榮聖（2007），〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，2 期，頁 261-263。

¹⁷⁵ 參照王榮聖，前揭註 174，頁 268-269。另外附帶一提，王榮聖老師對於具體、抽象危險犯的區分亦是採取形式區分說。

¹⁷⁶ 參照王榮聖，前揭註 174，頁 261-262、271。

無義務遺棄罪的「危險現實化指標」)，降低危險的行為即不屬之；至於有義務遺棄罪既然另外規定了「依法令或契約」，在判斷上除了「惡化關係」之外也要考量「保證關係」，來思考「遺棄」和「不為生存所必要之扶助、養育或保護」這兩個危險現實化指標是否實現，基此，消極的不為保證行為即可該當本罪¹⁷⁷。

第二款 具體危險犯

由於多數學者（就算對遺棄罪持具體危險犯立場者亦同）對於抽象／具體危險犯的區分採取形式基準（條文中是有無規定「致生危險」），若要將並無規定「致生危險」的遺棄罪解釋為具體危險犯，勢必得另外提出說理。一種解釋方法是將「危險結果」當做「不成文的構成要件」，但要違背立法者意志在解釋論層次上增加不成文要件¹⁷⁸，就得說明為什麼不附加危險結果此一要件就沒有正當性¹⁷⁹。就此一問題，有學者認為如果將遺棄罪解釋成抽象危險犯，恐怕會違背刑法上「層級式保護」的原則（即抽象危險－具體危險－實害）¹⁸⁰。另外，解釋成具體危險犯也可以避免抽象危險犯一向被學說質疑違憲的疑慮，況且遺棄罪的危險定型（普遍危險性）不足，委由法院事後判斷才不會過度的干預人民自由。在有義務遺棄罪的部份，解釋成具體危險犯也可以避免將保護法益錯誤的認定為扶養義務

¹⁷⁷ 參照王榮聖，前揭註 174，頁 276-278。從王榮聖老師對於有義務遺棄罪強調「保證關係」（和「惡化關係」併存）的見解可以看得出來，至少就有義務遺棄罪的部份，如果沒有進一步釐清保證關係與惡化關係的優先順序，還是比較有可能被解釋為偏向強調保護義務的違反，而接近於上開林東茂老師的見解。同此理解，參照李茂生，前揭註 20，頁 24。

¹⁷⁸ 在刑法領域內增加不成文要件並非一定不可行，蓋增加要件在邏輯上係減少入罪的範圍，故沒有牴觸罪刑法定原則的疑慮。只是基於權力分立的考量，如果司法者要在立法者的決定之外增設要件，必須是該要件係作為證立刑事責任的必要條件方可為之。典型的例子如「因果關係」，雖然立法者並無明文規定，但因果關係作為歸責基礎已為學說共識。

¹⁷⁹ 有學說直接將危險結果當做不成文構成要件要素，但並未說明理由，參照林山田，前揭註 2，頁 101。

¹⁸⁰ 所謂的層級式保護方式，係指刑法的規制應該從對法益侵害較大或較近的行為開始，故應該以實害犯的規制為主，如有必要才可以將刑法的防衛線擴張到具體危險犯甚至抽象危險犯的的程度。因此，除非是該保護法益難以採取具體危險犯的立法模式（例如市場秩序），否則仍不應從實害犯直接跳到抽象危險犯做規制。參照許澤天，前揭註 3，頁 12；相同意見，參照黃常仁，前揭註 3，頁 11。

請求權¹⁸¹。除此之外，也有學者認為將遺棄罪解釋成抽象危險犯可能會變成僅處罰違背扶養義務（而非製造危險）的行為，不僅混淆了民、刑事義務之間的界線¹⁸²，如果從刑事政策的角度觀察，遺棄行為人往往是基於經濟、社會等因素而不得不將無自救力之人（如嬰兒）遺棄於醫院或警局門口，若將此種行為納入處罰範圍，此種認定也會造成對於弱勢者的欺凌¹⁸³。

另外一種解釋方式，則是試圖從既有的要件中推導出「危險結果／具體危險」，而不是如同上述的見解直接將危險結果當成不成文的構成要件。此一見解認為，參酌 1998 年修正前的德國遺棄罪，其條文中雖然並未附加「致生危險」要素，但當時的德國多數說認為可以將積極遺棄罪的「遺棄」（aussetzen）和消極遺棄罪的「無自救力狀態」（hilflose Lage）解釋為包含「具體危險狀態」，我國遺棄罪也可以朝這個方向來理解。此一見解進一步認為，雖然依照我國多數說的解釋，「無自救力之人」至多可以理解為「處於需要幫助但欠缺現實幫助的狀態之人」，並不蘊含已經陷入具體危險的意思；但多數學說在理解「遺棄」和「不為生存所必要之扶助、養育或保護」時，都會提及其內涵限於「使生命、身體陷於危險狀態」，事實上都已經包含了「危險」要素的使用。因此，透過「遺棄」與「不為生存所必要之扶助、養育或保護」這兩個成文要件的解釋，即可將「危險結果」包含於內，將遺棄罪定性為具體危險犯¹⁸⁴。

第三項 問題分析

第一款 抽象危險犯和具體危險犯的區分基準？

¹⁸¹ 參照許澤天，前揭註 3，頁 12-14；相同意見，參照黃常仁，前揭註 3，頁 11（其認為從「生存所必要」此一要件，即可得知消極遺棄罪之本質並非單純的義務違反，而應作目的限縮解釋，將遺棄罪理解為具體危險犯）。

¹⁸² 參照盧映潔，前揭註 34，頁 34-35。

¹⁸³ 參照王皇玉，前揭註 35，頁 238-239。

¹⁸⁴ 參照王效文，前揭註 62，頁 257-265。

對於遺棄罪究竟應定性為抽象危險犯還是具體危險犯，如上所述，除了未明白表達立場的實務外（但學說對實務見解的詮釋一樣甚為分歧），學說意見可說是爭議頗大，迄今未能形成共識。首先應先思考的，是抽象危險犯和具體危險犯的區分標準為何，蓋邏輯上要用這組概念套用在遺棄罪之前，至少要先明確定義這兩個概念的內涵、以及區分的基準為何。如前所述，目前多數學說（不管是採取抽象危險犯還是具體危險犯立場）都是以形式基準（條文中若有無規定「致生危險」）作為區分標準，那麼照理說遺棄罪既然沒有附加致生危險此一要素，很清楚的，遺棄罪就應該被定性為抽象危險犯（這也是持抽象危險犯立場的學者一個很重要的根據），不應該存有爭議才對，但為什麼不少持具體危險犯立場的學者卻不惜以增加不成文要件的方式，硬是將「危險結果」作為遺棄罪的要件呢？如果形式基準是一個絕對的標準，那麼這樣的作法很明顯是一個邏輯上的謬誤；如果認為將遺棄罪解釋為抽象危險犯並不合理，那就代表形式基準並非一個絕對的基準，而必須透過其他的實質判準予以區分抽象／具體危險犯，但這個標準到底是什麼，學說上似乎又交代不清¹⁸⁵。因此，抽象危險犯與具體危險犯要不要區分、為什麼區分、如果要區分，用什麼基準區分，甚至什麼樣的犯罪類型可以使用危險犯立法模式來規定，都恐怕是在定性遺棄罪的危險犯性質（解釋論層次）或是遺棄罪適不適合規定為危險犯（立法論層次）之前要先釐清的問題。

第二款 抽象危險犯說的困境

依照形式基準，那麼遺棄罪應該被解釋為抽象危險犯已如前述。但有趣的是，如果依照一般對於抽象危險犯的看法，其「危險」僅為立法者的立法動機，通常抽象危險犯構成要件所描述的行為就已具備經驗上高風險的特性，司法者僅

¹⁸⁵ 這應該也是為什麼將危險結果解釋為遺棄罪不成文要件的學者，都會建議應該透過修法徹底解決這個爭議的原因，參照林山田，前揭註 2，頁 105-106、111；許澤天，前揭註 3，頁 14。但在修法之前直接附加此一危險結果要素，難免會招致標準不明確或恣意的批評，參照王榮聖，前揭註 174，頁 248。

需審查行為人是否該當此種行為即可，那麼為什麼在解釋「遺棄」或「不為生存所必要之扶助、養育或保護」時，都還是會強調需使無自救力之人陷於（更高）危險呢？關於這點，也可以連結到一個具體危險說對於抽象危險說的批評：遺棄罪的構成要件設計根本不具備普遍危險性，如果僅因為行為人做了構成要件所描述（但實際上並未產生危險）的行為就將其入罪，恐有違罪責原則，這或許也是為什麼採取抽象危險說的學者，都會將「危險」要素作為遺棄罪行為的內涵，或是在解釋上另外找出限縮途徑的原因。但如此一來，也將和「危險」僅為抽象危險犯立法動機的說法相違背。

另外一個可能問題，在於抽象危險犯的立法模式，多半適用在法益極其抽象的犯罪類型（經濟、環境等領域），或是對不特定多數人的生命、身體、財產產生普遍危險性的公共危險犯罪（如放火罪），那麼保護特定個人的生命（或重大身體）法益的遺棄罪為什麼也可以使用這種立法模式¹⁸⁶？也難怪有學者認為若是將遺棄罪解釋為抽象危險犯，恐又有將其保護法益視為（扶養）義務違反或是扶養義務請求權的疑慮¹⁸⁷。

我們可以發現，上開的幾個質疑都並未處理抽象危險犯本身的正當性問題，而是從遺棄罪的要件設計或是保護法益適不適宜由抽象危險犯予以規制的角度來檢討而已。但一個更根本的質疑是：抽象危險犯本身是不是就有違背罪責原則的疑慮？尤其如果貫徹「危險僅為立法動機」的說法，具體適用上就可能會處罰到實際上並無危險的行為，自然會遭受違反罪責原則的嚴厲批評。當然，「因為抽象危險犯有違反罪責原則的疑慮，所以遺棄罪應該解為具體危險犯」這樣的命題本身是不充分的，但無論如何採取抽象危險犯說的學者勢必都得面對此一質

¹⁸⁶ 依照學說上一般的說法，並沒有限定僅有保護超個人法益的犯罪類型方能使用（抽象）危險犯的立法模式。關於此點，本文擬於第三章再予詳述。

¹⁸⁷ 當然此一質疑的前提在於，遺棄罪的保護法益的確就是生命（或包括重大身體）法益，而非義務違反說。關於遺棄罪保護法益的諸問題，已於本章第一節提及，並擬於本文第四章予以處理。

疑，下一個問題是：如何回應？



至於用法定刑僅為六個月以下為依據，認為無義務遺棄罪處罰的應為離實害較遠的抽象危險的說法，事實上有非常多抽象危險犯犯罪類型可以作為反證，如第 173 條放火罪的法定刑為無期徒刑或七年以上有期徒刑，第 185 條之 1 的劫持航空機罪甚至最重可達死刑，但從來不會有學者基於如此高的法定刑而認為它們是具體危險犯。用「為了周全保護法益」作為認定為抽象危險犯的理由也有類似的問題¹⁸⁸，否則殺人罪（保護的是生命，還不僅是生命危險！）我們也應該解為抽象危險犯而非實害犯。最後，「因為解為具體危險犯將使有義務遺棄罪成為死法」的說法，恐怕混淆了應然與實然層次，更重要的是違反了刑法謙抑性原則¹⁸⁹。

第三款 具體危險犯說的困境

前已述及，如果貫徹形式基準，遺棄罪自然不可能被定性為抽象危險犯，要將危險結果當成遺棄罪的不成文要件，首先必須提出形式基準以外的實質標準來區分抽象／具體危險犯，並且進一步說明具體危險犯的正當性為何。可惜的是持具體危險犯的見解要嘛依然（不合邏輯的）將形式基準當成絕對的區分標準，要嘛雖然是從既有要件推導出危險結果，卻無法進一步說明為什麼一定要將遺棄罪解釋為具體危險犯方為正當。從刑事政策角度（陷弱勢者於刑事不法困境）切入固然點出寬縱認定遺棄罪規制範圍有其不合理處，但在釋義學上是否一定要透過增加要件來限縮（如：或許可以透過既有的要件，例如期待可能性來處理）、用什麼途徑限縮（亦即：為什麼一定要用增加危險結果要件的方式），都還有待釐清。就此，「混淆民、刑事義務」的批評也有類似的問題：刑法本其最後手段性原則，自然不可能把所有的民法義務違反入刑化，但如果不能劃定中間的界線何

¹⁸⁸ 同此批評，參照黃常仁，前揭註 3，頁 10。

¹⁸⁹ 同此批評，參照李茂生，前揭註 20，頁 23-24。

在（哪些可以入刑化，那些不行），要說將（扶養）義務的違反用遺棄罪處罰「混淆」了民、刑事義務，說理上也並不充足；況且有義務消極遺棄罪已標明僅有不為「生存所必要」的扶助、養育或保護才會被處罰，事實上也已經透過此一要件劃定民、刑義務的界線，為什麼一定要透過增加「危險結果」此一要件再予限縮，學說上也無進一步的說明。

第四款 根本問題：抽象／具體危險犯的區分意義及正當性為何？

從上面的分析我們可以發現，不管是抽象／具體危險犯的（實質）區分標準，或是這兩者各自的內涵為何，上開的學說見解都沒能給出一個清楚的定義；更重要的，是定義清楚「危險」的內涵之後，要如何說明此一概念在刑法上的正當性。例如採取具體危險犯見解的學者所提及的「層級化保護原則」，或是持抽象危險犯見解的學者從法定刑不高推導出無義務遺棄罪處罰的應為抽象危險，在在都預設了抽象危險一定離實害較為遙遠、具體危險一定離實害較為密接，或是抽象危險的危險程度較高、具體危險的危險程度較低，但事實上果真如此？正如學說上所說，如果抽象危險犯是立法者基於該構成要件所描述的行為，在經驗上所具有的高度風險而為的規定，那麼似乎反而可以說抽象危險犯是危險程度更高的犯罪類型，所以才不容法官事後判斷危險是否產生¹⁹⁰。另外，同樣認為「遺棄」和「不為生存所必要之扶助、養育或保護」包含了「危險」要素的見解，有學者據此認為遺棄罪是抽象危險犯（而和「單純不服從」有所不同），卻也有學者認為可以從此一危險要素推導出遺棄罪屬於具體危險犯，在在都反映了學說上對於「危險」的定義並不清楚。因此，抽象危險和具體危險之間的差別究竟為何、此一差別的規範性意義何在，都還需要再釐清。

¹⁹⁰ 參照鄭逸哲（1998），〈一切犯罪莫非結果犯〉，《軍法專刊》，44卷10期，頁6。

事實上，不管要說危險是一種狀態或是一種判斷，總之危險都是一種對於未來實害的預測，換言之，都是基於某些事實資訊基礎而來的，問題僅在於：是依照哪一個時間點的資訊，然後依照什麼標準來決定危險與否？要回答這個問題，自然必須思考依照刑法的規範目的，其所著重的「刑法上危險」到底是什麼。對於此一問題，本文擬於第三章再予詳述。

第六節 主觀不法：遺棄故意

第一項 實務見解

實務對於遺棄故意內涵的說明其實並不清楚，認定上也非常不一致，另外也很容易隨著上述危險犯性質認定的不同而改變。最寬鬆（但也非常常見）的見解如同 18 年判例提及的：「對於無自救力之人，以遺棄之意思，不履行扶養義務時，罪即成立。」但到底什麼是「遺棄之意思」並沒有具體而清楚的說明，以致於此說最終非常容易走向義務違反說的立場（知道自己違反義務就具備遺棄故意）。較為中規中矩的見解，如台灣高等法院 90 年上訴字第 367 號判決：「……其對於棄置無自救力之被害人之行為明知並有意使其發生，按諸刑法第十三條第一項：『行為人對於犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。』之規定，自有遺棄之故意……」，可說是完全依照一般對於故意的定義來認定（對於該當構成要件的事實有認知及意欲）。較為強調危險要素的見解，則如 95 年台上字第 7250 號判決（前已述及的指標性判決）：「遺棄罪之成立，行為人須有遺棄之故意，亦即使無自救力者之生命、身體處於危險狀態之主觀意思為其要件」¹⁹¹，亦即主觀上需有使生命、身體處於危險狀態的意思，但能否在認知或意欲要素上和殺人故意做區隔，也並沒有進一步的說明。綜上，實務見解對於遺棄、殺人故意之間界

¹⁹¹ 類似判決見解，可參照台灣高等法院 89 年上更（一）字第 144 號判決：「……其有遺棄無自救力之人，使其陷於生命危險之故意應可確認。」

線的釐清，可說是並無幫助。



第二項 學說見解

對於遺棄故意的認定，學說上的見解大致相同，認為遺棄故意的內涵是「使無自救力之人之生命、身體¹⁹²處於危險狀態之意思」¹⁹³，亦即行為人主觀上認知其行為將使被害人的無自救力狀態繼續惡化，並昇高其生命的危險性，倘若行為人進而有繼續昇高被害人生命危險性的意欲，則已進入殺害故意的領域¹⁹⁴。因此遺棄故意和殺人故意的區分標準為：前者指行為人並無置被害人於死（而僅有對於生命危險）的認識及意欲，後者則有置人於死的認識及意欲¹⁹⁵。至於遺棄故意和殺人故意之間的關係，有學者認為後者應包含前者（包含關係）¹⁹⁶，有認為構成後者即非前者（互斥關係）¹⁹⁷，也有認為殺人罪和遺棄罪應為牽連犯¹⁹⁸。最後要再提及的是，有義務遺棄罪的故意認定大致和無義務遺棄罪相同，不過因為在要件上要求行為主體為有義務之人，故其故意還必須包括對構成行為人本身扶養或保護義務的事實有所認識¹⁹⁹。

以通說的想法為基礎（故意包含意欲要素、承認危險作為客觀危險狀態）再

¹⁹² 要注意的是，如果是對於遺棄罪的保護法益採取「生命法益」的學者，此處遺棄故意的內涵就不會包括「身體危險」。

¹⁹³ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 184；梁恆昌，前揭註 4，頁 340、342；陳樸生，前揭註 4，頁 246。

¹⁹⁴ 參照林山田，前揭註 2，頁 104-105；盧映潔，前揭註 2，頁 500。

¹⁹⁵ 參照蔡墩銘，前揭註 2，頁 63-64。類似意見，參照洪福增（1965），〈遺棄無自救力之人致死與消極殺人罪之競合〉，《刑事法雜誌》，9 卷 3 期，頁 107，其亦認為可從意欲的角度區分遺棄故意和殺人故意（前者的意欲僅為使人發生生命危險狀態，後者則為使人發生生命實害）。可附帶一提的是，用語上洪福增老師強調遺棄故意對於致死結果的發生僅須「能預見」而無庸「有預見」。

¹⁹⁶ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 184；許澤天，前揭註 3，頁 34。

¹⁹⁷ 參照林山田，前揭註 2，頁 104；盧映潔，前揭註 2，頁 500。

¹⁹⁸ 參照褚劍鴻，前揭註 2，997；趙琛，前揭註 2，頁 681。一併注意，牽連犯已被刪除。

¹⁹⁹ 參照甘添貴，前揭註 5，頁 194；林山田，前揭註 2，頁 109；梁恆昌，前揭註 4，頁 342；盧映潔，前揭註 2，頁 506；實務見解方面則如 90 年台上字第 4867 號判決。這邊可以附帶一提的是，所謂對於「扶養義務的認識」並不是對於法律義務本身的認識（例如：我知道我要盡扶養義務），而是對於「該當扶養義務之事實」（例如：我知道我是無自救力之人的爸爸）有認知，方不會混淆（依照通說，屬罪責層次的）不法意識和（屬不法層次的）故意。亦提及此點，參照許澤天，前揭註 3，頁 36。

做進一步的論述，如許澤天老師的見解。許澤天老師先提到，如果行為人對於「危險發生」已有意欲，似乎很難說行為人卻對「實害發生」沒有意欲，蓋其主觀上係寄託「偶然事實」的發生方能避免實害的發生，而一般人對此偶然事實的出現並無法信賴。不過許澤天老師進一步認為，所謂偶然固然是指行為人無法百分之百的掌握，但不能因此推論行為人必然對實害的發生有意欲，因為行為人仍可能信賴此一實害不會發生，只是因為其既然容任法益面臨到僅能透過僥倖方能保全的危險，其可非難性自然比僅強調有預見（而無意欲）的有認識過失來得高。基此，危險故意所彰顯的主觀不法程度係介於實害故意和有認識過失之間，此一解釋也使得遺棄罪有其立法價值：避免在殺人罪與過失致死罪之間形成規範漏洞。至於危險故意「認知」的對象為何，雖然有少數說認為僅需認知到「危險情狀」而不需認知到「危險推論」，但許澤天老師認為既然遺棄故意具有比有認識過失更高的可非難性，如果行為人不認為自己行為會造成法益客體的危險，就不應該承擔故意犯的刑責，因此危險故意仍以行為人認識到此情狀所推出的危險結論為前提。綜上，許澤天老師認為在認知要素上，不論是危險故意或實害故意，都是指行為人認識到發生實害的可能性，兩者的差別係在於意欲要素：實害故意是指對實害之發生有所容任，而危險故意是指行為人信賴實害不會發生。²⁰⁰

對通說的基礎持反對立場進而闡釋危險故意內涵的論述，如徐偉群老師的見解²⁰¹。首先，徐偉群老師認為所謂「危險」並不是如通說所認為的，屬於一種事實狀態，而永遠是某個人（或某些人）對於實害發生可能性的預估，既然如此，所謂危險故意和實害的未必故意之間並無差異，都是指對於「實害可能性的認知」。而當有人據此質疑通說時，通說又會重新以「危險結果和實害結果是不同的客體」作為理由來逃避，但事實上並沒能對於上開質疑有效回應²⁰²。至於在上

²⁰⁰ 參照許澤天，前揭註 3，頁 34-36。

²⁰¹ 此處對於危險故意的解釋，乃是徐偉群老師以「遺棄罪的保護法益為生命和重大身體」為基礎來談的，亦即註 7 所提到的徐偉群老師所採取的第一條進路。

²⁰² 參照徐偉群，前揭註 7，頁 152-155。

述「客體差異說」之外，其他用以區分實害／危險故意的理論，徐偉群老師也一一做了回應，例如其認為「量差理論」²⁰³（實害故意是指想像結果的發生「不可避免」，危險故意是指想像結果「可能不會出現」）的問題在於，如果危險是指「幾近實害的可能性」，就和上開危險故意的內涵（可能不會出現）有所矛盾；另外，目前通說對於實害的未必故意內涵的理解也僅為「只是認為有可能」，和「認為不可避免」也有落差，量差理論的說法很明顯只是徒增理解者兩者的困擾而已²⁰⁴。至於「意的要素理論」（行為人「當真的信賴」實害不發生就是危險故意）的問題則在於，所謂「當真的信賴」不外乎就是行為人終局的判斷結果有很高的機會不會發生，如此一來已稱不上是危險「故意」，而等同於有認識過失了。²⁰⁵對於此一區分上的困境，徐偉群老師認為根源在於一個方法上的問題：不同脈絡（犯罪類型）下的危險故意可能內涵有所不同，去脈絡化的想要找到一個統一性的危險故意概念，自然就會犧牲某些犯罪類型的立法目的²⁰⁶。在某些脈絡底下（如放火罪），危險故意其實就是實害故意，但在另外一些脈絡底下（如交通違規犯罪），危險故意則應理解為有認識過失；換言之，同樣的「危險故意」名稱其實包裝了兩種不一樣的主觀不法內涵。²⁰⁷合理的解決方式應該是依據個別立法目的區分這兩者，以「形式危險故意」指稱有認識過失，以「實質危險故意」指稱實害故意，如此即能既合乎個別犯罪類型的立法目的，又能避開刑法第 12 條對於「過失犯之處罰以有明文為限」的限制²⁰⁸。綜上，遺棄故意的內涵也應該循此一方式做解釋：如果我們把遺棄故意解釋為實質危險故意，將會使得遺棄罪並無獨立於殺人未遂（或重傷害未遂）的存在價值，故應解為形式危險故意，亦即行為人僅認知

²⁰³ 此處所謂的量差理論，徐偉群老師乃是引述 Frank v. Liszt 的見解（v. Liszt, Lebensgefährdung, VDB, 1905, 1 52.轉引自徐偉群，前揭註 7，頁 152），先予敘明。

²⁰⁴ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 160-161。

²⁰⁵ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 162。

²⁰⁶ 徐偉群老師稱之為「三難的困境」：用放火罪的脈絡思考持有爆裂物品罪的危險故意，勢必會犧牲後者的立法目的；若用持有爆裂物品罪的脈絡思考放火罪的危險故意，則會混淆放火罪與失火罪的界線；若不想犧牲這兩罪各自的立法目的，就不可能得到具一致性的危險故意概念。參照徐偉群，前揭註 7，頁 156。

²⁰⁷ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 164。

²⁰⁸ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 165、167。

到其行為是一種常識上的風險行為（危險情狀，即讓相對人限於無助之境），但並未認知到相對人生命或重大身體具體危險（危險推論）的存在，換言之，是一種有認識過失²⁰⁹。最後，將遺棄故意解釋為有認識過失，將會使得有義務遺棄罪（過失致重傷未遂！）的刑度（五年以下有期徒刑）超過過失重傷罪（一年以下有期徒刑），是否會有輕重失衡的疑慮，徐偉群老師對此也做了回應：第一，過失重傷罪和過失致死罪本來就有法定刑過輕的問題；再者，有認識過失本來就是一種輕率的過失，負較高的過失責任而加重刑度並非絕無道理；最後，有義務遺棄罪的加重也可能是基於責任層次（身分因素）的考量，不全然和不法層次有關。故此處刑度上的問題可能是上述多重因素所造成的，還可透過修法通盤檢討，並不能因此認為將遺棄故意解釋為有認識過失不可行²¹⁰。

第三項 問題分析

依照上面對學說意見的整理，我們可以發現多數學說是從肯認故意包含認知、意欲兩要素的基礎出發，以「認知、意欲的客體為何」來區分遺棄故意和殺人故意，亦即前者的客體是「生命危險」，後者則是「生命實害」。問題是，此種「客體差異說」正如徐偉群老師（以及本章第五節後段）所分析的，所謂危險其實是人對於實害發生與否的一種判斷，而不是一種客觀存在的實體，因此要討論的應該只是選取哪一個時間點的資訊來預估危險而已；又因為所謂故意，必須以行為人當下（亦即：行為時）所認知的事實來做判斷，而（殺人的）未必故意和（遺棄的）危險故意同樣都是對於實害發生可能性有所認知（及意欲），更讓我們看不出來遺棄故意和殺人故意有什麼差別。

許澤天老師也注意到要從認知要素區分這兩者很困難，因此改從「意欲」要

²⁰⁹ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 168、171。

²¹⁰ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 174-175。

素著手，認為殺人的未必故意是指容任實害發生、有認識過失是指行為人自己信賴實害不會發生，至於遺棄故意雖然也是指信賴實害不發生的情形，但因為行為人將實害發生與否繫於不能控制的「偶然」因素，故可非難性較有認識過失為高，因此危險故意可以填補故意殺人和過失致死之間的規範漏洞。不過，正如徐偉群老師所質疑的，當行為人將實害的發生與否繫諸於偶然因素，此時真的還可以說行為人「信賴」結果不發生嗎？當然邏輯上，要在意欲要素中區分「容任／繫諸偶然因素使結果不發生／單純信賴結果不發生」三種情況並非絕不可能，可是許澤天老師也並沒有提出更具體的標準做出區分。況且，光是要區分未必故意和有認識過失，理論上的爭議和認定上的困難就已經相當難以處理，要在這兩者之間再找出一種中間類型，恐怕更是難上加難；如果用「容任實害還是危險發生」來區分殺人、遺棄故意，則又會落回客體差異說的困境之中。

至於徐偉群老師將遺棄故意認定為「形式危險故意」(有認識過失)的見解，雖然能幫助我們理解要將遺棄故意解讀成「故意」有其困難之處，但是在現行法下(解釋論層次)要將遺棄罪理解為過失致死(或致重傷)未遂，在體系上恐和有認識過失以及過失致死罪的規定有所扞格。詳言之，雖然徐偉群老師試圖將有認識過失解釋為較嚴重的輕率過失，以說明為什麼有義務遺棄罪的刑度會高於過失致死、致重傷罪，但是不管是刑法學理還是我國刑法第 14 條的規定，都不認為有認識過失和無認識過失在可非難性上有所差異²¹¹。另外，縱使在立法論上，我國過失致死、致重傷罪的刑度的確過輕，但要做刑度上的調整也只能透過修法處理，在現行法下若是真的將有義務遺棄罪理解成一種過失致死、致重傷的未遂型態，著實無法解釋為什麼其刑度會高於過失致死、致重傷罪。除了上開形式上的體系問題外，更重要的是一個實質層次的問題：僅僅認知到自己的行為符合一般常識下的風險行為(所謂「危險情狀」)，但自己判斷結果不會發生(欠缺所謂的「危險推論」)就用故意犯的規定予以處罰，有無正當性？換言之，我們允許

²¹¹ 同此批評，參照許澤天，前揭註 3，頁 35。

一個人自主判斷的權限有多少？如果要限縮，要用什麼標準限縮？這些問題我們也無法從徐偉群老師的見解中得到答案。



綜上所述，上開說法都無法給我們一個合理闡釋遺棄故意內涵，以及遺棄故意和殺人故意區分標準的途徑。不過徐偉群老師所點出的方法上的問題，倒是指出一個頗具啟發性的思考方向：每一種犯罪類型的故意都應該做相同的認定嗎？徐偉群老師認為應該依照個別犯罪類型的「立法目的」而作不同的認定，例如放火罪和交通違規犯罪可能就會有所不同，前者限於實害故意，後者則是指有認識過失。不過要先釐清的問題應該是，什麼是這邊講的「立法目的」？將交通違規犯罪裡的危險故意解釋為有認識過失，意思可能是：交通違規犯罪的立法目的就是「不准人民進行違規交通行為」，而不是保護「不特定多數人的生命、身體安全」²¹²。但值得思考的問題是：刑法依照一般的說法是作為法益保護法，亦即僅處罰對於法益可能會產生危險的行為，如果單純的交通違規（行為人自己判斷不會發生致死、致傷等實害）都可以納入刑法故意犯的處罰範圍，會不會使得刑法規制了應由行政法處理的「單純不服從」的行為呢？還是刑法也被允許賦予單純的行為控制的任務？這一點，恐怕也得先做釐清²¹³。不過，如果我們肯認刑法僅能作為法益保護法，也不代表上開徐偉群老師所提出的思考方向就不適用了，蓋縱使我們把故意定義為「必須對於法益侵害有所認知」，既然每個犯罪類型的保護法益都有所不同，每個犯罪所要求的故意程度可能也會隨之不同。只是下一個問題是：遺棄罪的保護法益是什麼？如果遺棄罪的保護法益和殺人罪相同，依照上面的論述，是不是就代表遺棄故意和殺人故意真的就無從區分？

因此，要解決遺棄故意和殺人故意之間的區分難題，有幾點必須要先弄清

²¹² 這樣的理解應非徐偉群老師的原意，只是如果為了避免交通違規犯罪失其「立法目的」，因此認定交通違規犯罪不須以實害認知為必要，最終的目的恐怕還是在於貫徹「不得從事特定交通違規行為」此一立法意旨，而不是處罰行為人主觀上對不特定多數人製造生命、身體危險的行為。

²¹³ 此一問題，本文擬於第三章再予處理。

楚：首先，故意的認知、意欲要素各自的內涵以及兩者之間的關係是什麼？如果要區分遺棄故意和殺人故意，應該從哪一個要素切入？或者不管從哪一個要素著手都無從區分？再者，遺棄罪的保護法益是什麼？如果和殺人罪相同，還有沒有區分遺棄故意和殺人故意的可能性？最後，故意的內涵需不需以「行為人自主判斷實害結果會發生」為必要要件？能不能僅因行為人的行為從一般人的角度來看覺得很危險就不允許其為之，直接剝奪其自主判斷的權限？關於前兩個問題，本文擬於第四章再予處理，至於最後一個問題在第三章就會提出本文的看法。

第七節 小結：遺棄罪實證法問題總結

經過有些冗長的學說、實務見解整理，我們終於可以試圖為遺棄罪的解釋困境找到幾個問題根源。此處所謂的解釋困境，可以呼應本章一開始所提到的問題：遺棄罪與殺人罪之間如何區分？如果要區分，要透過主觀不法層次，還是義務層次做區分？這些問題如上所述，可以說是眾說紛紜。本文認為，如果要從根本上釐清這些問題，應該依照以下的層次漸次分析：

壹，遺棄罪的保護法益究竟為何？既然依照通說的說法，法益對於構成要件有所謂的指導功能，如果不能先將此一問題予以釐清甚至達成共識，下位的構成要件內涵自然也欠缺一個一致的指導方向。但在法益的採擇上，勢必也會碰觸到法益的正當性問題（亦即：何種利益可以透過刑法保護？），尤其是義務違反說或是扶養義務請求權說都可能受到此一正當性要求的衝擊。至於生命法益和重大身體法益雖然被普遍認為具備法益適格性，但這兩個法益是否可以同時作為遺棄罪的保護法益，也是必須要處理的問題。最後，如果遺棄罪就僅保護生命法益，那麼下一個問題馬上隨之而來：和同樣保護生命法益的殺人（未遂）罪如何區分？

貳，遺棄罪的危險犯性質為何？一般認為抽象／具體危險犯的區分係依據形式基準（有無致生危險），在遺棄罪此一犯罪類型卻有不少學者置形式基準不顧而改採具體危險犯，又是為什麼？此處要思考的問題至少有三：一，刑法意義的「危險」是什麼？是一種判斷（對未來實害的主觀預測），還是一種狀態（客觀實體）？二，抽象危險、具體危險、具體危險性的實質內涵為何？各自的規範正當性何在？三，如何區分抽象危險／具體危險／具體危險性？標準為何？就這些問題如果能先予釐清，方有可能較清楚的界定遺棄罪的構成要件，如無自救力之人的認定要不要考慮環境因素、遺棄／不為扶助、養育或保護的內涵要不要包含某種危險要素（以及如果要包含，是包含何種危險要素）。而更根本的問題應該是：如果遺棄罪保護的是個人法益，有沒有可能使用危險犯的模式予以規制？或者換個問法：危險犯此種獨立於實害（未遂）犯的立法模式，所為何來？

參，與殺人罪能否區分？如何區分？依照多數學說的看法，多半是在主觀不法的層次區分殺人未遂罪和遺棄罪，不管是之前提過的客體差異說（殺人故意認知的客體是實害、遺棄故意認知的是危險）或是意欲差異說（殺人故意是指行為人容任實害的發生，而遺棄故意雖未達容任的程度，但讓實害發生與否繫於偶然的因素）都是循此一進路而來。對此，有兩個不同層次的質疑：一，以通說對故意的認定（包含認知、意欲要素）為基礎，且認知到客體差異說的問題（詳參本文第六節）之後，既然殺人／遺棄故意都是一種對於生命實害的預測，除了通說試圖在詞面上勉強做區分外，我們實在看不出來兩者在認知、意欲的實質差異究竟何在。二，故意到底需不需要以意欲為要件？如果不需要，遺棄故意和殺人故意恐怕更加難以區分。另外一種區分遺棄罪與殺人罪的方式，或許就只能從「義務」層次上著手，而此一問題就會涉及到保證人地位本身正當性的探討。如果依照一般通說的看法，將保證人地位與「依法令或契約」同等視之，那麼此一進路自然也行不通；但如果保證人地位的範圍並非如同通說所認定的那麼廣，有義務遺棄罪自然就可能存有立法上價值。釐清此一問題之後，我們也才可能較清楚的

釐清「依法令或契約」的輪廓，亦即：哪些法令、哪種契約上義務屬於有義務遺棄罪的義務來源？



綜上，遺棄罪的解釋論問題部分來自於總則層次，如和危險、危險犯有關的問題；也有些來自於分則層次，如遺棄罪的保護法益、遺棄故意與「依法令或契約」的內涵²¹⁴。本文擬於第三章處理總則層次的問題、第四章處理分則層次的問題，希望能在解釋論層次上找到一個解決遺棄罪解釋困境的方法，並於第五章提出相應的解釋論策略；如果不能，一樣於第五章提出立法論上的建議。

²¹⁴ 當然遺棄故意、依法令或契約各自和「故意」以及「保證人地位」這些總則概念也有關係，但為求論述的順暢性，本文將其置於第四章再予處理。

第三章 不法行為與危險犯概念



延續上一章所說的，本章主要處理的議題是刑法上「危險」、「危險犯」的概念內涵及其正當性基礎。既然要談正當性基礎，自然得處理一下「不法行為」的正當性標準為何，我們才可能站在此一基礎上，賦予刑法上的「危險」、「危險犯」概念具有規範正當性的內涵。基此，在論述的順序上，本章會先在第一節簡單述及本文對於「(刑事)不法行為」的定義，以及此一定義的正當性來源；第二節再以此為基礎，為刑法上的「危險」做定義。在確認了符合刑法規範意義的危險概念之後，本文先於第三節論述行為犯²¹⁵立法模式的必要性與正當性，最後再於第四節分析學說上所提及的危險犯概念，並提出本文見解。

第一節 刑罰的正當性基礎：所謂「不法行為」

第一項 為什麼要有刑罰？

刑罰作為對於人民基本權最嚴重的一種侵害，勢必要有其正當目的，我們才可能予以接受。刑罰的目的不外乎應報與預防²¹⁶，亦即刑罰作為一種對於利益侵害行為的惡害反應，可能是基於滿足人民報復情緒的滿足，也可能是基於對於預防未來的利益侵害而來。這兩者在邏輯上並沒有對錯，而是理念選擇的問題，本文在此的立場是，如果要說刑罰的存在能夠帶來什麼正面利益，與其短暫滿足一時的、空泛的報復情緒（冤冤相報何時了？），不如著眼於預防未來的利益侵害。

²¹⁵ 此處的「行為犯」並非指不需要內含任何危險在內的「形式犯」，僅是單純指涉和「結果犯」概念相對，亦即完成行為（而不需結果發生）即可論以既遂的犯罪類型；依照本文的觀點，行為犯就是抽象危險犯。詳細的論述，請參照本章第三節。

²¹⁶ 應報與預防理論並沒有對錯的問題，而且在刑法史上這兩種理論不斷交錯出現，毋寧說，刑罰的目的為何往往繫諸於時代的需求。例如在中世紀後期的歐洲，領主為了穩固其統治利益而動用極為嚴苛的刑罰，著眼的正在於刑罰的預防目的。當然以牙還牙以眼還眼的報復思想發源的更早，但這樣的想法與其稱作應報，倒不如稱為基於報復而來的「同害刑」。具有現代意義的應報思想（以自由刑為主，並明確規定各種不法行為和刑度之間的「換算表」）可說是相當近代才發展出來的。

質言之，刑罰的實施並不能改變過去已經發生的利益侵害（人死不能復生），但透過對於行為人製造利益侵害行為（即「不法行為」，詳下述）的處罰，我們宣示了「此一行為模式是不對的」的訊息，不僅讓行為人感覺到痛進而使其下次不會再重蹈覆轍（所謂特別預防面向），也讓一般大眾接受到此一訊息而有所警惕（所謂一般預防面向），進而防止未來的利益侵害行為產生²¹⁷。

第二項 不法行為的意義

第一款 必須是針對「人的行為」

如果我們確立了「刑罰是為了預防未來的利益侵害而存在」此一命題，下一個問題自然是，我們要用什麼標準處罰什麼樣的事情？最直觀的想法是，只要現實上產生了利益侵害我們就應該發動刑罰予以反應。但我們馬上可以想到，如果刑罰真能在現實裡起作用，勢必是因為被實施刑罰的對象能夠透過其意志理解到他做了一件不對的事情，方有可能改變其行為模式。基此，刑罰的處罰對象不僅必然是（被預設為有自由意志的）「人」而不是人以外的大自然的萬事萬物（處罰從山上崩落而壓傷人的大石頭，下一次它就不會再犯？），而且必定是處罰一個人的「行為」²¹⁸（簡單來說，係指基於意識而來的身體舉止），因為一個人無法控制他在無意識下的所做所為，既然無法控制，對其「非行為」處罰並無任何預防效能上的助益。

第二款 「不法」的意義

²¹⁷ 當然刑罰的實施僅僅只是對於人類反應的一項刺激，從刺激與人類行為反應之間高度的複雜性來看，刑罰是否真的能對於行為人或一般大眾產生預防的效果是值得懷疑的。但在理念層次上我們只能暫且預設刑罰能對人類的行為起一定的作用，否則刑法系統無疑會立即崩解。

²¹⁸ 關於行為理論的介紹，可參黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（上）〉，4版，頁148以下，台北：元照。

確定了處罰對象必須是「人的行為」，再接下來的問題是，怎麼樣的行為會該當刑法上的犯罪而應該接受刑罰呢？依照學說上的說法，犯罪是不法且有責²¹⁹的行為²²⁰。所謂不法行為，是指一個不符合「理性行為模式」的行為，而所謂理性行為模式的意思，如果從刑罰預防未來利益侵害的目的出發，初步可以想像的是「製造利益侵害的行為」。基此，我們或許會得到兩個命題：「製造利益侵害的行為就處罰」以及「沒造成利益侵害的行為就不處罰」。

但很快的我們可以在實證法中發現，第二個命題被「未遂犯」的規定推翻、第一個命題被「故意／過失」的主觀要件推翻。實證法如此規定其來有自，就未遂犯的部份，如果行為人知道其行為會導致利益侵害而仍為之（所謂著手），雖然實害沒有發生，但如果不告訴行為人他這樣做是不對的，下一次行為人可能會成功製造利益侵害（這次開槍沒中，下次再開一槍打中就好了），不處罰未遂（著手）行為，無疑將被害人的利益置於輪盤之上而造成利益保護的漏洞。就故意／過失主觀要件的設定部分，之所以刑法不處罰無過失行為，理由依然是從刑罰的預防目的出發。詳言之，如果行為人連最低限度的認知可能性（過失）都沒有，我們卻要求其迴避，最後要不就是對於人民產生過大的自由權限制，要不就是完全失去預防利益侵害的目的（既然再怎麼用心也無法知道我的行為會導致利益侵害，要嘛再也不出門，要嘛下一次利益侵害行為依然會再次發生）。

綜上所述，所謂的不法行為（或者說，刑罰處罰一個人的正當性基礎）應該是指：行為人對於其行為會導致利益侵害有認知（或認知可能性）而仍為之，至於客觀上實害發生與否，並不重要²²¹。

²¹⁹ 責任的概念因為和本文較無直接關聯，故不予以處理。

²²⁰ 或者用三階論的想法，犯罪是一個構成要件該當且違法且有責的行為。

²²¹ 當然現行法明白區分了既遂和未遂的刑度差異（刑法第二十五條第二項規定未遂犯得以既遂犯之刑減輕之），但是這無礙於刑罰正當性的來源來自於著手。從一般預防的角度來看，實害結果的發生對於（不理性的）人民心理所產生的法秩序動盪會較大，所以在刑罰的必要性（廣義有責性）的層次上，既遂犯比未遂犯處罰較重有一定的正當性。但在理性的層次上，一個不法（著



第三款 客觀不法的最低限度要求：(風險失控觀點下的) 著手

如上所述，我們說處罰一個人的正當性在於行為人認知到其行為會導致利益侵害而仍為之，換句話說，必須要等到行為人自己認知到他行為做下去的一瞬間已經會導致利益侵害才能處罰（也就是行為人知道利益侵害風險已經失控的情形）。這樣的說法比起通說的主客觀混合理論（從行為人認知的事實背景出發，行為人已經實行和「構成要件有時空密接性」的行為²²²）似乎比較後置，但應該是較為正確的說法。簡言之，在達到（行為人認知的）風險失控時點之前我們都無法實證行為人真的已經做了不法行為，我們依然不能排除行為人放下屠刀的可能性。從上開立論出發，學說對於形式預備犯的批評是有道理的²²³²²⁴。

第四款 主觀不法：故意過失作為不法要件

故意、過失究竟是不法層次還是有責層次的要件，其實有其漫長的發展歷史。暫且撇開刑法理論史的研究，本文認為在理念層次上人民都有依其認知（可能性）判斷而行為的自由，亦即如果行為人對於其行為根本沒有製造利益侵害的

手）行為既然就已經是不對的，此一負面評價就不會因為結果未發生就變成正的（鼓勵人民抱著僥倖的心態作事？）。現在流行的客觀歸責理論試圖要在因果關係之外設定一個獨立的不法要件（所謂結果歸責層次），似乎也是從結果不法的角度予以立論進而排除行為人成立犯罪。但直到現在，客觀歸責理論除了淪為下位階概念的羅列，依然無法告訴我們：為什麼行為人知道其行為會導致利益侵害而仍為之，而且客觀上實害結果的發生也和行為之間有因果關係的情形下，此一行為卻「在客觀上不可歸責」？

²²² 通說說法，參照林鈺雄（2009），〈新刑法總則〉，2版，頁350，台北：元照。

²²³ 相關批評，參照黃榮堅，前揭註85，頁477以下。但在現代風險社會以及多數人渴望透過刑罰前置化達到有效保護法益的趨勢來看，形式預備犯的立法似乎永遠難以被廢除。

²²⁴ 透過這段論述，基於法益侵害風險認知下的行為就應當被刑罰處罰，似乎就取得相當程度的正當性。但依然值得高度注意的問題是：何謂「法益」？如果將法益概念高度的抽象化、精神化，甚至輕易將人民對於某種行為態樣的恐懼轉化成法益的話，本文裡面提到的正當化論述可能就不再那麼正當。這個問題本文無法深入處理，但第四章採擇遺棄罪的保護法益時會簡要提及本文對法益概念的看法。對於法益概念的批評與反省，可參考許恒達（2011），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期，頁134以下。

認知可能性，我們就不應該認定此一行為係一不法行為（不理性行為），否則無疑會對人民產生無法解決的價值衝突（我完全想不到我的行為會導致利益侵害，但法律卻告訴我這樣做是不理性的，那我該怎麼做？）。另外附帶一提（但和本文有密切關係的）一個概念，亦即所謂故意／過失是指對於「非容許風險」的事實有所認知／認知可能性，蓋每個人的行為或多或少都會有一定的附帶風險，如果不容許人民在認知到附隨一定風險的情況下行為，恐怕也會使得人民無法順利開展其生活。基此，行為人對於其行為的風險認知只要還在容許風險的範圍內（理性冒險），依然不會該當故意或過失，換句話說，依然屬於理性行為。

第五款 小結：不法行為的意義

所謂不法行為，係指行為人對於其行為會導致利益侵害有認知或認知可能性而仍為之（即著手），實害結果縱未發生也不會影響不法行為的負面價值判斷。另外，故意過失屬於不法要件的一部分，係指行為人對其行為會導致利益侵害有認知或認知可能性，而這邊的認知或認知可能性，也包含了對於「非容許風險」事實的認知或認知可能性。

第二節 刑法上的「危險」概念

第一項 「危險」作為一種預測與判斷

在進入危險的定義探討之前，我們不妨先簡單的界定一下危險的本質是什麼，亦即危險是一種實際存在的客體，還是一種被推測出來的可能性（預測）。依照一般的說法，危險是和「實害」相對應的概念，後者是指「客觀可見」的損

害，前者則是指（依據客觀預測）發生實害的「高可能性」²²⁵，值得注意的是「可能性」此一用語。相對於實害（一個人被開槍打死、一個花瓶被棒球打個粉碎），我們可以在客觀世界清楚的看到其發生²²⁶，危險卻必然是某個觀察者（判斷主體）在某個時點（判斷時點），依照一定的標準（判斷標準）對於某一些事實和資訊（判斷基礎／對象）所做的一種實害發生與否的預測，換言之，在危險判斷時點的當下，客觀世界就是沒有發生損害，任何人都「看不到」客觀存在著一個叫做「危險」的客體；真正能被看到的，只有事後實害結果的發生（或不發生）。因此，不論依照哪一種理論（客觀危險理論或是主觀危險理論），危險都僅是由某個人（或某些人）對於實害發生與否的可能性判斷²²⁷，這些理論的差別僅在於：由「誰」依照「何種標準」，用「哪個時點的事實基礎」來做判斷而已。

因此，既然危險永遠是從人對於某些事實的詮釋而來，我們應該就更能看清楚，學說上常見的「狀態說」（危險作為一種客觀的狀態）與「判斷說」（危險作為一種主觀的判斷）²²⁸爭議根源何在。如果狀態說強調的是「危險作為一種客觀實存的客體」，因此可供人類予以認識，那麼如上段所述，這樣的說法並沒有認清危險的本質是一種主觀詮釋；狀態說一面強調危險是一種客觀實存，一面又說危險是一種客觀「可能性」（可能性不就是一種「判斷與預測」？），事實上是自相矛盾的說法。另外，從判斷說的角度來說，危險雖然的確是一種判斷，但是在做判斷時也必然是基於特定的事實和資訊而來（不管是客觀上的事實還是行為人的心理事實），如果將這些事實基礎定義為狀態說的「狀態」，判斷說與狀態說未必不能合理的整合在一起。因此，與其用狀態／判斷說作為相對立的概念（危險永遠是一種判斷），還不如用客觀危險／主觀危險這組區分較有區分實益，亦即

²²⁵ 參照林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，頁208、252，台北：元照。

²²⁶ 所謂「清楚」，當然也只是相對於比界定危險來得容易，例如「死亡」的定義在學說上也是多有爭執。

²²⁷ 相同意見，參照徐偉群，前揭註7，頁153-155。

²²⁸ 這兩種說法的簡要說明，以及其與主觀／客觀危險理論、主觀／客觀未遂理論、條件／相當因果關係理論之間的關聯性，可參照蔡蕙芳（2000），《從危險理論論不能安全駕駛罪》，頁15-23，國立台灣大學法律研究所博士論文。

兩者對於實害可能性的「判斷基礎」有所不同：前者的判斷基礎是「客觀上存在的事實」²²⁹（至於判斷標準要採取科學基準還是一般人基準，是另外一個問題²³⁰），後者則是「行為人主觀上所想像的事實」。而下一個問題正是：我們應該採取選用哪一些事實與資訊作為我們判斷危險的基礎，方才具有刑法上的正當性？

第二項 危險的定義及正當性基礎

第一款 概說

第一目 採主觀危險理論的理由

危險在我們的日常生活中，應該算是非常普遍的用語，例如在人行道上騎機車，或是在打雷的時候走在空曠的空地上，我們都會說這很「危險」。但就如同客觀歸責理論學者常提到的，慫恿他人搭飛機出國旅遊，或是勸說他人在大雷雨中外出散步，我們都不會非難行為人此一創造「風險／危險」的行為，理由是「未製造出法律上具有重要性的風險」²³¹。而我們要探問的正是：從刑法的角度來說，如何定義具有規範正當性的、有「重要性」的危險概念？

這個問題的答案還是得從（刑事）不法行為的意義裡來找尋。如同本章第一節所說，所謂的不法行為是指「行為人對於其行為會導致利益侵害有認知或認知可能性而仍為之（著手）」，因為當行為人具備這樣的認知還著手實行時，對於法

²²⁹ 有採主觀危險理論的見解，認為危險無法從客觀的角度來定義與判斷，因為在客觀世界中侵害只有必然發生或必然不發生兩種可能而已，參照林裕凱（2006），《從危險犯論放火罪之可罰性基礎》，頁 8，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。如果此處所謂的「客觀」是指「事後、所有的資訊」的話，那麼「客觀」世界的確只存在侵害（發生或不發生）的必然性，而非可能性；但如果「客觀」是指「事前、一般人所認知的資訊」，那麼就依然存有在「客觀」層次上判斷危險存在與否的可能性（至於能不能建立起正當性，是另外一個問題）。所以關鍵在於：客觀危險的「客觀」，是哪一種客觀？

²³⁰ 已注意到這兩種基準有所不同的見解，參照蔡偉杰（2003），《從危險概念論酒後駕車之刑事責任：併淺論車禍肇事逃逸罪與原因自由行為》，頁 19-21，國立臺北大學法學系碩士論文。

²³¹ 參照林山田，前揭註 225，頁 226-227。

益保護就會產生「危險」（行為人已經無法控制法益侵害是否發生，侵害發生與否已經僅繫於偶然因素），至於實害發生與否已經不再是不法行為關注的焦點，而這正也是之所以刑法要處罰未遂犯，而不僅處罰既遂犯的原因。基此，我們可以發現有規範意義的「法益危險」概念，並不是從客觀角度（一般人所認知的事實或事後的所有事實）來界定，而應該是從主觀角度（行為人所認知的事實）。詳言之，縱使客觀危險（或實害）沒有發生，放任行為人已然著手實行的行為不管，無疑製造法益保護的漏洞（讓行為人著手到危險或實害發生為止？）；相反的，就算客觀危險（或實害）確已發生，如果已經逾越了行為人可能認知的範圍（因此無法避免危險或實害的發生），此時處罰行為人無疑也違背了刑罰的預防目的（縱使處罰，下一次行為人還是無法避免），而過度的限制了行為人的行動自由。所以基於「避免法益保護漏洞」（主觀上有危險，但客觀上沒有的情形）以及「適度維護行為人行動自由」（主觀上沒有危險，但客觀上有的情形）這兩點理由，刑法上的危險概念應以主觀危險理論較為可採。

我們就再以放火罪作為例子來檢證上開論證吧。（例一）行為人對住宅門口的一台機車老是違停甚感不悅，於是對機車潑上汽油，打算放火將整排機車燒燬，但在火剛點下去不久後，就因突然一場暴雨將火澆熄。（例二）魯賓遜在無人島上將自己的住宅燒燬，打算再原地重建一幢新的²³²。在例一中，行為人既然已經認知到其行為對於公共危險（不特定多數人的人身安全）會產生危害而仍著手為之，依照上段所述，行為人在規範上就有被處罰的正當性，如果因為事後的偶然因素（大雨）使實害不發生就認定「沒有危險」²³³，對於法益的保護自然有所不足。至於在例二中，縱使立法者透過放火罪（我國刑法第 173 條）的制定，認為「放火」行為具備典型危險性，但魯賓遜既然清楚的認知到該房子中一個人

²³² 這也是學說上批評抽象危險犯有違背罪責原則之虞時，常提到的例子。

²³³ 當然，如果在認定「具體危險」時是以「規範危險理論」（實害不發生是因為可信賴還是不可信賴的因素）予以判斷，這個例子未必不能得到「有具體危險」的結論。不過規範危險理論基本上依然不是從行為人主觀的角度來界定危險的，而從客觀一般人（信賴與否）的角度切入仍然會有難解的困境。此一問題，本章第四節會再予詳述。

也沒有(也因此對公共危險沒有任何影響),他為什麼不能自由處分自己的財產?用客觀、一般人的判斷直接取代理為人自己的自主判斷,無疑是對行為人行動自由的過度限制。



綜上,本文認為主觀危險理論較能符合刑法的規範目的,亦即在判斷危險時,必須以行為人主觀上所認知的事實為判斷對象;另外,所謂「行為人主觀上所認知的事實」,也必須包括行為人依據自己的經驗、因果法則²³⁴,對於實害發生可能性的預測與判斷,換言之,邏輯上與現實上都可能存在行為人與一般人的判斷有所不同的情形。例如:(例三)懷胎婦女誤以為喝菊花茶可以墮胎(不能未遂的例子)。(例四)行為人慫恿被保險人搭乘(僅有行為人知道被安裝炸彈的)飛機,以獲取事故發生後的保險金(客觀歸責理論中所謂「特殊認知」的例子)。在例三中,雖然一般人都知道喝菊花茶不會有墮胎的作用,但是行為人既然自己判斷實害結果會發生(縱使依據的是錯誤的經驗法則),其依然屬於故意著手實行犯罪,至於能不能享有不能未遂「不罰」的刑罰優惠,是另外一個問題²³⁵。例四中,縱使一般人都認為搭飛機是日常生活中被容許的風險行為,但行為人既然基於其特殊認知而判斷實害結果(墜機)會發生,其依然創造了主觀危險,而有被非難的必要²³⁶。

²³⁴ 由於行為人不可能自外於社會,故其所依據的經驗、因果法則,當大都是社會上對於某些客觀事件進行觀察之後,再予一般、抽象化而來。基此,客觀危險理論對於行為人判斷實害是否發生倒不是毫無意義,只是其係作為判斷危險的準則,而非危險本身。此一見解,參照林裕凱,前揭註 229,頁 9。

²³⁵ 要附帶說明的是,不能未遂的所規定的「不罰」,並不能用來證明主觀危險理論並不可採。姑且不論規定為「不罰」在立法上是否妥適,依照通說的說法,其能作為阻卻刑罰事由的理由並不在於其沒有創造(主觀)危險,而是在刑罰必要性的層次上,鑒於行為人所認知的因果法則和一般人有重大偏誤(所謂重大無知),不會引起仿效的作用,因此欠缺一般預防的處罰意義而已。更詳細的論述,可參考蔡聖偉(2008),〈評 2005 年關於不能未遂的修法:兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉,載於《刑法問題研究(一)》,頁 112-115,台北:元照。

²³⁶ 附帶一提,客觀歸責理論於此大都承認特殊認知是「客觀」歸責的一個例外,因此此等案例依然具備客觀可歸責性(參照林山田,前揭註 225,頁 226-227;林鈺雄,前揭註 222,頁 176),但理論上的矛盾不會因為承認了例外而得到澄清(不是要「客觀」認定?為何又考量了行為人的主觀認知?)客觀歸責一個很明顯的問題是:所謂的客觀認定,是依照何種(被某種標準概括、抽象化的)「一般人」來認定的?這些「一般人」所認知的事實範圍又為何?要判斷的是「搭飛機」,還是「搭上被安裝炸彈的飛機」的危險性?無法澄清這些疑慮而偷渡行為人的主觀認知,更是徒增客觀歸責理論本身的矛盾之處。



最後要再附帶一提的是，判斷危險發生與否的時點，依照上述對於不法行為的定義來看，自然必須是「事前判斷」（行為時）而非「事後判斷」。蓋一件事情對與不對，是依據行為時此一行為決定的依據是否合理而定，事後因為其他行為人意想不到情事介入使客觀危險（或實害）發生或不發生，都不會改變此一行為的性質。如此，刑法所傳達的訊息就是：每個人在行為時只要夠謹慎小心做事，事後發生超過行為人能力範圍的惡果都無需負責，以維護行為人的行動自由；反之，如果行為時認知到這樣做可能會導致利益侵害卻依然著手實行，不管最後有無發生結果都需負責，以避免法益的保護產生漏洞。

第二目 危險判斷與容許風險

依照上段所述，我們在判斷刑法上的危險時，必須以「行為時」作為判斷時點，並以行為人主觀上所想像的事實作為判斷基礎，亦即行為人於行為時判斷這樣做實害會發生，那就是「有危險」。不過前面也有提到，所謂的危險永遠都只是實害發生可能性的一種預測而已，而人在日常生活裡的每個行為決定，其實幾乎都附帶一定的危險性（例如：開車上路總是有一定發生車禍的風險、行人也無法百分之百確定不會被從旁邊大樓落下的盆栽砸到），那麼畫出允許／不允許界線的標準又是什麼呢？依照多數學說的看法，這個標準就是「容許風險」。暫且不管容許風險概念的詳細內涵，總之此一要件的提出，清楚表明了並不是每個附隨著危險的行為決定都應該被非難，而是僅有符合一定條件下的行為決定方才屬於不法行為，至於這些條件是什麼，本文留待本節第三款討論容許風險時再予處理。

因此，在此我們可以先做一個小結：刑法上的危險是以行為時作為「判斷時

點」，以行為人所認知到的事實為「判斷對象」，而決定此一判斷對象是否已經成為刑法上危險的「判斷標準」，即為容許風險。以下，我們就區分「判斷對象」（行為人所認知的心理事實）和「判斷標準」（容許風險）兩個層次進行討論。



第二款 判斷對象：「行為人」的心理事實

從前面的討論中，我們已經確定危險的判斷對象是「行為人」的心理事實，而此一心理事實包含了行為人對於實害是否發生的可能性預測，本文故且將其稱之為「自主判斷」。在這一款中，本文主要要問的問題是：行為人的自主判斷權限是絕對的還是相對的？在解釋為什麼要問這個問題之前，我們可以先思考下面這個案例：（例五）媽媽將一歲的小孩單獨留在家中²³⁷，打算到附近的商店買點東西馬上回來，結果小孩出於好奇爬出窗外墜樓而死。在這個案例中，媽媽能不能主張說「我認為我只是出去一下下，小孩子縱使單獨在家也不會出事」，所以不必負刑事責任？還是因為行政法已經規定了「不得將小孩單獨留在家中」，社會上大致也形成了「單獨將小孩留置家中」有一定危險性的共識，這位媽媽就不能做如上的主張？這個問題的關鍵在於：自主判斷有沒有相對於專家判斷的優先性？如果我們認為不法行為的核心在於「製造利益侵害」，那麼為了更有效的保護法益，在某些具有特殊危險性的領域裡，似乎就可能以專家（或立法者²³⁸）的判斷取代行為人的自主判斷，蓋此時讓（欠缺專業能力、無知的）行為人自己判斷就已經超越了容許風險，立法管制的意義也會全盤喪失。基此，行為人僅需認

²³⁷ 可參照兒童及少年福利與權益保障法第 51 條：「父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人不得使兒童獨處於易發生危險或傷害之環境；對於六歲以下兒童或需要特別看護之兒童及少年，不得使其獨處或由不適當之人代為照顧。」及第 99 條：「父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人違反第五十一條規定者，處新臺幣三千元以上一萬五千元以下罰鍰。」

²³⁸ 立法者對於人民行為的管制規定，我們或可將其理解為一種為了更有效追求利益所設置的行為準則，例如之所以要求開車不要超速、不要酒駕，不外乎這些行為模式在統計上發生事故的機率相當高。因此立法者此時不允許行為人自主判斷（不管你自認駕車技術有多高超、或是自認為是酒國奇葩、千杯不醉），總之就是不准做這些被立法者所禁制的行為模式，以避免實害發生。

知到其行為社會上普遍認為有危險性即可²³⁹。本文接下來要討論的，就是行為人自主判斷的權限應不應該為了更有效保護法益而退讓？正當性基礎又是什麼？



第一目 正面角度：自主判斷的重要性

壹、採擇 John Stuart Mill 的理論作為正當性基礎的理由

其實要導出自主判斷此一結論，自由主義的許多流派都可能用以作為論證上的基礎，因此本文為什麼要採擇 John Stuart Mill（以下稱彌爾）的理論作為正當性基礎，在進入討論前應該有略加說明的必要。如前所述，本文在定義刑法的不法行為（行為人認知到其行為將導致利益侵害而仍為之）時，係將核心擺在「利益」之上，而可能會引起本款開頭的質疑：為了追求更大的利益保障，不正可能會犧牲掉行為人自主判斷的權限？如果本文還強調自主判斷的重要性，某程度不是一種自相矛盾的說法嗎？不過彌爾的理論倒是可以給我們一些回應此項質疑的提示：周所皆知，彌爾在《論自由》（*On Liberty*）一書中，堅決捍衛市民在「涉己」（self-regarding）領域的自由，奠定了他作為自由主義大師的地位；但有趣的是，彌爾也是功效主義（Utilitarianism）極堅定的擁護者，依照他自己的說法（雖然引起了後世學者們的激烈爭辯），自由與功效（Utility）這兩者並不相衝突²⁴⁰。彌爾認為可以將「自由原則」與「功效原則」²⁴¹予以整合的想法，或許可以讓本文一方面將不法行為的核心置於「利益」，另一方面依然不放棄行為人自主判斷的說法，找到一個合理的正當性基礎，這也是為什麼本文選擇彌爾的思想做為思考進路，並花相當篇幅予以說明的原因。當然，限於時間、篇幅與能力，

²³⁹ 詳細的論述，參照黃榮堅，前揭註 218，頁 443-449。

²⁴⁰ 對於彌爾思想採如此詮釋的見解（自由與功效乃相輔相成），可參照張福建（1995），〈社群、功效與民主：約翰·彌爾政治思想的另一個側面〉，陳秀容、江宜樺主編，《政治社群》，頁 105、113-114，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

²⁴¹ 這一組概念的使用，係參考江宜樺（2001），〈約翰·密爾論自由、功效與民主政治〉，蔡英文、張福建主編，《自由主義：政治思想論文集》，頁 55，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。並注意江宜樺老師認為彌爾思想下的自由原則與功效原則係相互衝突的，因此與其勉強的將這兩者整合在一起，倒不如維持這兩者的「動態平衡」較為妥適（參照前揭文頁 55、76）。

本文並不打算完整的敘述彌爾的思想，僅是採擇和本文關注的主題（如何將自主判斷整合進利益的概念裡）有關的部份予以介紹和論證而已。



以下對於彌爾思想的論述順序大致是，先探討《論自由》一書中的核心論證，找出讓行為人自主判斷的正當性基礎為何，然後我們再將此一正當性基礎運用於刑法的危險判斷之上。另外要先說明的是，雖然彌爾的著作非常豐富，但同樣限於時間與能力，在討論的素材上本文係以《論自由》²⁴²與《功利主義》

（*Utilitarianism*）²⁴³這兩本書為主，除了考量到這兩本書是彌爾思想成熟時期的作品，且後世的討論也以這兩本書為核心之外，另外也是基於這兩本書可以說是持「兩個彌爾論」（two Mills thesis）的見解中，最常被拿出來比較的例子²⁴⁴。本款中會先以《論自由》的介紹為主，《功利主義》的部分則留待下一款討論容許風險概念時再予詳述。

貳、《論自由》：傷害原則與個性發展

一、傷害原則的意義與社會對個人權力的限度²⁴⁵

彌爾在第一章中即明白點出，他是要處理公民或社會自由（civil or social liberty）的問題，而不是意志自由（liberty of the will）；更清楚的說，就是社會對個人可以合法行使的權力的性質和限度²⁴⁶。有人認為當社會轉向民主制度之後，既然統治者是由被統治者組成，過去統治者和被統治者之間的對立即可消解。但

²⁴² 本文所使用的譯本為：John Stuart Mill 著，郭志嵩譯（2004），《論自由》，台北：臉譜。

²⁴³ 本文所使用的譯本為：John Stuart Mill 著，劉富勝譯（2007），《功利主義》，北京：光明日報。

²⁴⁴ 關於「兩個彌爾論」的代表意見，係美國學者 G. Himmelfarb。此一理論認為彌爾的思想有兩個不同且相互對立的面向，分別是《論自由》和《婦女的屈從》（*On the Subjection of Women*）所強調的個人絕對自由，以及《功效主義》和《論代議政府》（*Considerations on Representative Government*）所強調的正義、美德、社群等價值。相關介紹，可參照張福建，前揭註 240，頁 104；江宜樺，前揭註 241，頁 54。

²⁴⁵ 傷害原則的提出是在《論自由》的第一章，至於社會對個人權力的限度的討論則位於第四章。不過傷害原則既然是用以劃定社會何時可以對個人進行干預的界線，將這兩章合併起來探討應當會較為妥適。

²⁴⁶ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 27。

彌爾透過對於美國民主發展的觀察²⁴⁷，指出民主並無法真能保證「每個人治理自己」，值得憂慮的反而是產生了一群人統治另外一群人的現象，使得被統治者（少數人）依然受到「多數人」的壓抑。因此，彌爾認為「多數專制」（the tyranny of the majority）、「社會專制」（social tyranny）反而是防範的重點，因為這種專制比政治壓迫更能深入生活的各項細節並奴役到人的心靈，所以我們要防止社會有力量的多數人透過主流意見、大眾感受，扼殺了個人個性的發展。基此，雖然彌爾也承認行為規範存在的必要性，但找到社會對於個人合法干預的合理限度，而不是由社會多數人的好惡來把持，是極其必要的²⁴⁸。

那這條界線是什麼呢？彌爾隨即提出了著名的傷害原則：

本文的目的，是在申述一個簡單的原則，以絕對控制社會對個人的一切強迫和管制行為，不問其所用的是法律的強制懲罰，還是輿論的精神壓制。這個原則是：**只有基於自衛的目的，人類才有理由，集體或個別地，干涉他人行動的自由。只有基於防止他危害別人的目的，才能不顧他自己的意願，正當地對文明社會中任何一個人行使權力。僅是為他自己的利益，物質的或精神的，並不就是一個充分的理由。……任何人在行為上須向社會負責的，只限於與別人有關的那一部分，在只關心他個人的行為上，他的獨立，就權利講，是絕對的。對他自己，對他自己的身心，他就是無上的權力。**²⁴⁹

從這項原則中我們可以得到幾個要點：一，彌爾認為只限於防止自己或他人不受傷害，方能對個人的行動進行干預；二，在僅涉及於己的領域裡，個人的自由是絕對的，「為他好」並不是一個對他進行干預的正當理由。前者就是我們耳熟

²⁴⁷ 此處彌爾應當是受到托克維爾《美國的民主》一書的影響，參照張明貴（1986），《約翰彌爾》，頁 61-62，台北：東大。

²⁴⁸ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 28-31。

²⁴⁹ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 35-36。

能詳的傷害原則，後者則反映了彌爾反父權主義的立場²⁵⁰。此項原則雖然就彌爾看來「非常簡單」，但「傷害」的概念具體為何（亦即：「傷害」概念的不確定性²⁵¹）、真有辦法區分涉己／涉他領域（亦即：涉他與涉己根本乃一體兩面²⁵²），都引起了相當多的質疑。但無論如何，彌爾至少為我們粗略畫出了一條社會對個人合理行使權力的界線。

那麼傷害原則的理論基礎是什麼？關於這一點，可說是最讓後世學者們爭論不休的問題之一。我們先來看看彌爾是怎麼說的：

應該說明的，是我對於我的論點，將不求助於可能由抽象權利觀念產生的，與功利主義無關的任何理由。在一切道德問題上，我認為功利主義是最後的歸趨；但也必須是最廣義的功利主義，建築在作為一個進取動物的人的永久利益上。²⁵³

彌爾作為功利主義的門徒，反對從權利概念推導出個人自由，應當不令人感到意外，但讓人玩味再三的，是他的「最廣義的功利主義」，到底是什麼意思？此處彌爾似乎宣告了他和邊沁的行動效益主義（Act-Utilitarianism）分道揚鑣，而偏向了規則效益主義（Rule-Utilitarianism）²⁵⁴，因為他認為傷害原則不是單純建築

²⁵⁰ 不過彌爾隨後馬上對此項原則的適用對象提出限制：傷害原則並不適用於未成年人和落後的社會（參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 36-37），也難怪被批評其反父權主義的立場並不一致。相關討論，參照李西潭（1995），〈約翰彌爾自由觀之分析〉，《國立政治大學學報》，71 期，頁 41-42。

²⁵¹ 相關討論，參照李西潭，前揭註 250，頁 41。

²⁵² 本文在閱讀文獻的過程中，看到一個印象深刻的比喻是：「試圖區分涉己與涉人行為，就像試圖區分發生於時間的行為與發生於空間的行為一樣」。相關討論，參照李西潭，前揭註 250，頁 50。

²⁵³ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 37。

²⁵⁴ 行為效益主義意指道德要求個人在每種場合都以促進人們幸福的最大化為目標來行動，道德規則僅為權宜，當嚴格遵守這些規則會減少人們總體幸福時，便有理由違反之，邊沁即為一個典型的行為效益主義者。為了避免難以為規則普遍性辯護的難題，遂有規則效益主義的提出，其對於遵守規則的評估並非是特定行為的具體、暫時的結果，而是總體的、長遠的社會後果，亦即其認為遵守規則可在總體上促進人們的社會福利。參照顧肅（2006），《自由主義基本理念》，頁 44-45，台北：左岸。

在快樂與痛苦的計算上，而是「作為一個進取動物的人的永久利益上」²⁵⁵。這一點對於整合自由原則與功效原則有著關鍵性的提示作用，本文會在討論容許風險概念和《功利主義》一書時再予詳述。



那涉己領域內的自由包括哪些呢？彌爾列舉了三類：一，內心意識上的自由，其中言論自由、出版自由雖然屬於涉外領域，但因為和思想自由密切相關，故其重要性幾乎等同於思想自由；二，實現個人人生計畫的自由，亦即即使這個計畫旁人看來愚蠢，我們仍有依照自身計畫經營生活的自由；三，形成團體的自由，只要此一結合非以傷害他人為目的，或是係基於強迫或欺騙而來²⁵⁶。第一類自由（思想及討論自由）和第二類自由（個體性的發展）彌爾分別於第二、第三章做了詳細的論證，堪稱是《論自由》一書中最精采的兩個部分。礙於篇幅以及主題的限制，本文之後會將重心擺在第三章彌爾對於個體性的相關論點，以及此一論點對於本文的啟發。

延續第一章以傷害原則作為社會干預個人界線的說法，在第四章中彌爾繼續針對社會對於個人權力的限度進行討論。彌爾先提到，社會義務（social obligation）的來源並非基於社會契約，而是基於「回報社會對個人的保障」以及「遵守規範方能使社會生活進行」而來。而此項社會義務的範圍，除了為防止社會受到危害，每個人必須承擔一定的義務以外，最重要的自然是不得損及他人之權利與利益，否則就會受到法律或輿論的譴責。不過無論如何，僅限於涉外領域個人方才負有社會義務，在涉己領域內（或經他人同意），個人都能享有行動以及發展自己個性的自由，因為個人才是自己的最佳判斷者；當然，個人也必須自己承擔可能的後果（例如引起他人反感等損失），因為他人也有權選擇自己的生

²⁵⁵ 彌爾的效益主義到底屬於哪一種，在學理上有高度爭議，本文於此不做處理。明白認為以規則效益主義詮釋彌爾思想的見解，參照江金太（1987），《歷史與政治》，再版，頁 317-319，台北：桂冠。

²⁵⁶ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 38。

活方式²⁵⁷。不過彌爾也提醒我們，他並不是提倡一種個人中心主義，而是鼓勵仍須關心他人福祉，只是培養這種善心的方式不應該是處罰，而是透過教育、說理和誘導。總之在涉己領域內，我們不能對這個人進行干預，至多僅能給予建議，最後的判斷者依然是他自己²⁵⁸。

對於彌爾上開的說法，可能會引起兩點質疑：一，作為社會的成員之一，每個人的言行都不可能純然涉己，總是可能影響依靠他的人或是社會的資源，或是對社會有不良的示範作用；二，我們不應該放棄那些不能管理好自己的人，且僅禁絕不利個性發展的行為，對於個性發展根本算不上是限制²⁵⁹。針對這些質疑彌爾也一一做了回應：一，彌爾也承認對自己的傷害（涉己）可能會因此影響到他人，如果這種行為已經違背了他對他人的義務，那麼就應該歸屬於涉外領域，而有被非難的正當性；二，如果這種行為僅對社會發生偶然或間接的損害，為了人類自由的更大的利益，社會也應承受；三，延續彌爾反父權主義的立場，社會僅能對未成年人進行干預，若通過未成年時期的教育，還是有社會成員欠缺良好性格的話，社會也必須為這樣的後果負責；四，涉己領域內損害自己的不良行為和損害他人的行為不能等量齊觀，因為前者反而可以用來警惕他人²⁶⁰。

最後彌爾重申了「最佳判斷者是自己」此一論點，用以支撐人在涉己領域內的絕對自由，並且批評大眾總以自己的感受決定自己的利益有無受損，而無視行為人自己的感受進行干預。我們可以用一段彌爾的話來為他的批評作個小結：

在它干涉私人行為時，它除想到凡是違反它的行為或感覺都是大罪極惡之外，極少會再想到其他事情；而這種判斷的標準，在淺薄的偽裝下，就被絕

²⁵⁷ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 111-114。

²⁵⁸ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 112-113。

²⁵⁹ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 116-117。

²⁶⁰ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 118-120。

大多數的道德家和純理論作家視如宗教和哲學的指令，提示於人類之前。他們教人：事情所以是對的，是因為它們原來就是對；因為我們感到它們對。他們要我們從自己內心中，找出束縛自己和束縛別人的行為規律。可憐的大眾，除去實施這些教訓，並在大家可以勉強同意的情形下，使他們自己的善惡的感情成為對全世界的義務，還能做些什麼呢？²⁶¹

二、個性的發展作為人類福祉的要素

彌爾認為，如果我們承認人有思想及討論的自由，只要在不妨害他人的限度內，縱使行動和言論並不全然相同²⁶²，那些支持言論自由的理由²⁶³一樣可以支持行為人將自己的意見付諸行動。除此之外，另外一項支持行為自由的堅實論證，在於「個人個性充分而自由的發展」，由於此一論點對本文深具啟發性，所以此處花一些篇幅予以說明。

彌爾在第三章先提到了個性發展的重要性：

不同的意見是有益的，同樣應該有益的是在生活中有不同的經驗；讓各種性格都有自由的發展，只要不損害別人；並且實際體驗不同的生活方式的價值，在任何人想去嘗試時就讓他去嘗試。……如果行為的法則不是憑賴個人的品格，而是憑賴別人的傳統或習慣，人類的幸福就缺少一個主要的因素，

²⁶¹ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 120-122。

²⁶² 彌爾所舉的例子是，聲稱「糧商是餓死窮人的人」此類意見雖然受到言論自由的保護，但無法推導出，人有向聚在糧商門外一群暴民發表這種演說的行動自由。參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 89。

²⁶³ 前面已有提到，這是《論自由》第二章的論證重點，也是本書寫得最精采的段落之一，可惜礙於篇幅無法詳加介紹。此處將彌爾支持言論自由的論點簡述如下：一，自認自己「絕對正確」而干預他人的言論自由，牴觸了「人不會不犯錯」此一前提；二，意見本身並非全然真或偽，故讓對立的意見彼此衝突、激盪，方能逼近真理；三，就算見解本身全然為真，如果不透過討論使人了解其背後的理由，將成為形式的教條而失去活力。彌爾為第二章論證所做的簡要總結，可參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 83-84。

而個人和社會的進步也就缺少一個最重要的因素²⁶⁴。



在這段文字中我們可以看到，彌爾認為個性發展和個人幸福、社會進步之間是有緊密連結的。彌爾批評社會普遍沒有認知到個性充分發展所具有的內在價值（作為人類文明、教育、文化等活動的基石），並引用洪堡德（Wilhelm von Humboldt）的說法²⁶⁵強調自我發展的重要性。

當然彌爾也知道個人不可能存在於社會真空，依然需要前人的經驗加以導引，但前人的經驗可能偏狹或是不適合特殊的個人，更重要的，每個人都必須透過「選擇」，方能使個人內在的各種心智能力得到發展。單純採納他人的意見不但不能增強他對該意見的理解，更會使得他的感覺和性格變得麻木²⁶⁶。正如彌爾所說：

人性不是機械，可以用一個模型去鑄造，要它去做指定的工作；而是像一棵樹，需要依照那些使它成為一個生物的內在力量的傾向，向各方面自行生長和發展²⁶⁷。

基於這樣的人性觀，彌爾認為人所需要的不是單純模仿的能力，而是運用知覺、理解、判斷等能力進行選擇。另外，彌爾也強調人的「衝動」和「慾望」並不是必須壓抑的壞事，只要能妥善運用，它們就可以作為生命的動力與素材進而形塑

²⁶⁴ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 90。

²⁶⁵ 約略為：人所追求的最高目的，是使自身能力得到最完美、協調的發展，故每個人都應當努力發揮自身個性蘊藏的力量和個性的充分發展；而要達到個人生命力與個性充分發展的多樣性，所需要的條件是「自由」和「社會環境的多樣化」，如此方能產生個人的原創性（originality），參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 91。這種重視每個人「自動自發」(spontaneity)的人格概念，學說上有認為彌爾從洪堡德那邊吸收了康德的自主性（autonomy），參照李西潭，前揭註 250，頁 53。

²⁶⁶ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 91-92。

²⁶⁷ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 93。這樣的人性觀點，有學者認為是受到亞理斯多德和盧梭的影響，參照但昭偉（2002），《重讀彌爾的「自由論」》，頁 95，台北：學富。

出自己的性格，因此和理性同為優良人性的一部分²⁶⁸。此處我們可以看到彌爾對於個人自我教育以及內在情感的重視，這一點可以說是彌爾和邊沁差異頗大之處。



彌爾談完上開的「人性觀論證」²⁶⁹之後，做了簡單的總結：個性發展對於當事人、人類整體、社會各組成分子和社會本身都有益處：

隨著每個人個性的發展，他將更重視自己，也會更為別人重視。他的生命將更為充實，而在各分子有了更多的生氣時，他們所組成的集團也就有了更多的生氣²⁷⁰。

當然每個人的個性發展也有所限制：不能妨害他人的權利或利益，因為其他的社會成員才能因此發展自己的個性；另外，雖然為了尊重他人的個性發展使得當事人的利己部分受到約束，但尊重他人這件事，也因此使得當事人的「社會我」（利他部分）可以獲得更好的發展²⁷¹。

延續著上開的人性觀論證，彌爾接著透過效益論論證來說明個性發展的重要性。效益論論證的重點是：充分發展的人有利於未能充分發展者，因為具有個性充分發展的人能透過他的創造力，幫助我們發現新真理（或哪些真理已不再為真）、發展新的實務活動（practices）、示範更開明的生活方式、使原有的制度與理念繼續保持活力。若要使這些具有創造力的個人得以發揮，必須使其處於自由的氣氛²⁷²中，但社會實際上並不尊重思想、行動的原創力，導致一般人生活受到

²⁶⁸ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 93-94。

²⁶⁹ 此一用語係參考但昭偉，前揭註 267，頁 108-109。之後針對個性發展的另一論證，上開引文則稱其為「效益論論證」，詳後述。

²⁷⁰ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 97。

²⁷¹ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 97。

²⁷² 此處也可以連結到彌爾對於言論自由重要性的強調，因為若欠缺保障言論自由的機制，將使

輿論及其背後的大眾控制（所謂的社會專制），進而使得社會陷入了集體性的平庸（collective mediocrity）之中。那要如何突破這樣的困境呢？彌爾認為國家和社會必須要能接受少數秀異之士的見解，但這不等同於英雄崇拜，因為這些秀異之士並不能強制他人依照自己的命令行事，而只是為人指出自由的途徑；另外彌爾也鼓勵個人表現出特立獨行的精神，方能使社會具有突破原有習慣的創造力²⁷³。

在上開兩種支持個性發展的論證中，彌爾顯然比較中意人性觀論證，因為既然人性並不是劃一的，此一論證方能使一般人也享有選擇自己生活方式的自由，社會也必須接受並保障各種不同的生活方式。彌爾提到：

一切人類的生存，並沒有理由要建造於某一種或某幾種模型之上。如果一個人具有相當的常識和經驗，他為自己所計畫的生存方式就是最好的方式，那不是因為它本身是最好的方式，而是因為它是它自己的方式²⁷⁴。

另外，彌爾認為透過自由來維護個人的個性發展，也是推動社會進步的唯一可靠來源，因為有多少（個性充分發展的）個人就會有多少個獨立的改進中心，方能抵抗習慣的專制對於人類進步的阻礙²⁷⁵。不過對於彌爾將自由、個性發展與社會進步整合在一起的看法，有學者提出不同意見，因為當彌爾將自由的範圍放寬到「涉己領域內的自由選擇」，自由恐怕並不必然導致進步與繁榮，也難怪柏林（Isaiah Berlin）會認為彌爾的終極關懷是自由選擇與多樣性，而非社會進步或功利²⁷⁶。不過暫且撇開此一爭議，彌爾在《論自由》第三章所做的論證，的確為

一般人的心靈成長受到阻礙，菁英份子也會因為怯懦而無法成為偉大的思想家。參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 62。

²⁷³ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 98-102。

²⁷⁴ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 102。

²⁷⁵ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 104-105。

²⁷⁶ 參照江宜樺，前揭註 241，頁 59-60。

捍衛每個人充分的個性發展，以及自主選擇自己所喜愛的生活方式提供了相當程度的力道。



上面我們已經談完彌爾在《論自由》第三章中對於個性發展的論證，不過為了更進一步指出彌爾對於個性自我發展的重視，我們可以再參考他在《論自由》第五章中的部份論述。在第五章的結尾，彌爾指出除了傷害原則之外，政府也可能基於「積極促進福祉」而避免干涉個人自由。其中一個理由是：即使某些事由政府來做會比放給個人來做還來得好，仍應讓人民來做以培養自身的能力，因為如此方能使個人擴大視野、理解他人，進而使群體休戚與共、朝向社會融洽發展²⁷⁷。在人民自願參與事務的過程中，也使得人民可以培養自己的心智能力、發展自己的個性，才能產生多樣性的生活模式。因此政府所要擔任的角色不是干預（這僅會造成個性的單一化），而是扮演經驗收集者與傳播者²⁷⁸。另外一個有所關連的理由是：政府權力太大將會侵蝕個人自由的基石，因為當政府越來越有效率、吸收越來越多優秀的公務員，將使社會以公務員馬首是瞻，無人可以制衡此一官僚體系；而這種官僚體系又容易墨守成規，嚴重危害社會的精神活動和進步²⁷⁹。從此一段落可以看得出來，彌爾認為社會對個人權力行使的合理界線並不僅以傷害原則作為基準，毋寧是更強調個人對於群體事務的積極參與和個性的自我發展，也因為如此，彌爾的自由觀到底是消極自由還是積極自由，在學說討論上也頗有爭議²⁸⁰。不過本文於此想要強調的是，個性發展與多樣性生活模式在彌爾思

²⁷⁷ 因此，「兩個彌爾論」認為《論自由》中的彌爾僅重視個人的個體性恐怕有失偏頗，至少從此一段落即可看到彌爾對於群體性的關懷。如此理解，參照張福建，前揭註 240，頁 105。

²⁷⁸ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 149-150。

²⁷⁹ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 151-154。

²⁸⁰ 消極自由（negative liberty）與積極自由（positive liberty）這組著名分類，乃二十世紀自由主義巨擘柏林（Isaiah Berlin）在一篇著名論文〈兩種自由概念〉中所提出（中文譯本，參照 Isaiah Berlin 著，陳曉林譯（1986），《自由四論》，頁 225 以下，台北：聯經）。兩者的差異可以從它們各自關注的問題為何來觀察，亦即消極自由所要問的問題是：「我不受限制的活動空間有多大？」，而積極自由所要問的問題則是：「我是被誰統御或主宰？」。如果我們用這組分類來思考彌爾的自由觀，就傷害原則的部份，彌爾的確非常偏向持消極自由的觀點（涉己領域內，個人享有絕對自由）；但就彌爾強調自我發展與自主性的部份，卻又偏向採積極自由的觀點。由於此一問題和本文的主題沒有直接關係，故本文不再繼續處理。對於柏林這兩種自由概念簡明扼要的分析與批判，參照石元康（1995），〈柏林論自由〉，載於《當代自由主義理論》，頁 1 以下，台北：

想中的重要性，此點也將會是本文以下的論證核心之一。



參、危險的自主判斷與多樣性生活方式

一、保留自主判斷空間的基本理由：自我的個性發展

在處理完彌爾在《論自由》中的論證之後，接下來就是如何把這些論證轉化為「危險必須自主判斷」的哲學基礎了。如果先講結論的話，本文認為《論自由》最重要的關鍵概念並不是傷害原則或是涉己、涉他領域的區分，而是自我個性發展與多樣性的生活方式；換言之，彌爾之所以強調涉己領域內的絕對自由，是為了維護每個人能夠獨立形塑自己個性與樣態的空間，如果我們強將多數人的判斷加諸在一個人身上，使他必須遵循多數人的生活模式來過生活，那麼這個人將至少失去發展自己的部分可能性、喪失他幸福的一部分，連帶的也影響到社會的活力與福祉。基此，本文之所以認為「危險」的判斷必須由行為人自主判斷，意義即在於讓行為人得以發展自己的個性與生活模式；當社會因此存在多樣化的生活模式時，這個社會也能獲得更大的幸福。以下，本文即就此一觀點展開論述。

前面已經提到，傷害原則雖然提供了一個限制社會權力對於個人自由進行干預的簡單原則（涉己／涉他領域的區分），但正因為其「簡單」，反而留下許多不清楚之處，最明顯的質疑是：人既然無法外於社會，那麼其所從事的任何行動都可能對別人產生影響，依照此一邏輯推到極致的結果，將會使得涉己領域趨近於零，而使個人根本無開展生活之可能。但讓我們回到一開始彌爾提倡傷害原則的目的：防範多數、社會專制壓抑個人的個性發展，所以才需要建立涉己領域（即該領域內的絕對自由）讓個人發展可以不受社會專制壓抑。因此，將重點擺在批評涉己／涉他領域的不可區分並無意義，應當關注的，是每個人個性與獨特生活方式能獲得充分的開展。因此，如果傷害原則或涉己／涉他領域的區分要有意

聯經。

義，應當被詮釋為「得以完全發展自身自由的領域／侵害他人發展自由的領域」，換言之，是社會成員各自個性充分發展之間的衡平關係。



如果肯認此點，那麼會被處罰的「侵害他人的危險或實害」自然就必須有所限縮，而此一限縮的角度可能來自於主觀，也可能來自於客觀。來自於主觀的意思是：雖然為了讓別人也有空間發展自身個性，每個人的個性都不能無限度的發展而侵害他人，但為了保留每個人獨特的生活方式與個性，所謂侵害他人的危險或實害必須讓行為人自主判斷。一個比喻性的說法：如果危險是指對於實害發生的一定百分比的預測，立法者所能規定的「判斷標準」，是適用於每一個人的百分比數值（如百分之八十）；但「判斷客體、對象」是指行為人所認知的事實，以及其基於此一事實所為的實害預測，又因為每一個人的個性和知識皆有所差異，所為的實害預測可能性自然也會有所不同，而只有超過了立法者所規定的百分比數值時方能處罰行為人。換言之，立法者不能強硬的依照自己的判斷，規定每個人一定不能做什麼或一定得怎麼做，否則就是強制剝奪人民發展某些行為方式與自己個性的機會²⁸¹。

再以一個常見的例子做說明：機車騎士為了找停車位，以時速五公里騎上人行道，立法者能不能直接說行為人已經違反「人行道不得騎機車」的交通規則（無疑的，此一交通規則的規範目的是維護行人的生命、身體安全，立法者禁止此一行為方式，也代表立法者判斷後認為這樣的行為方式過於危險），因此認定行為人已經製造了刑法上的危險，而要被（故意殺人未遂罪）處罰呢？保留行為人自主判斷的空間，一方面是基於防止國家、多數暴力對人民的過度干預，同時也保留了行為人發展自我的機會，並維持和他人發展自我的機會之間的衡平關係。所以上述以主觀角度限縮「侵害他人的危險或實害」的意思，就是指危險發生與否

²⁸¹ 這邊所說的立法者，是指刑法領域裡面的立法者，至於各種行政法令對於人民行為的管制規定應當如何處理，涉及到刑事不法與行政不法的區分問題，下一節本文會再予處理。

必須是由行為人自主判斷（行為人認知到其行為將會導致利益侵害）；至於從客觀角度來限縮，則是從利益本身來著手，例如彌爾舉過的例子：在競爭的考試中脫穎而出，行為人當然對此會損害他人利益（別人就考不上了）也有所認知，但此一追求合理目標所造成的他人損失，並不會被我們所非難²⁸²。這個部分涉及到容許風險概念的運用，下一目本文會再做處理。

可能因此而來的質疑是：如果我們讓每個人都依其個性與知識來判斷，那麼個性魯莽（漠視他人利益者）或是無知的人，不就都不在刑法的管制範圍內，因而造成對他人的利益保護不周嗎²⁸³？對此正如彌爾所說，如果社會沒辦法透過教育養成一個人的良好性格，那麼社會就必須承受他的魯莽或無知所帶來的後果；相反的，將他人視為魯莽、無知而不允許其自主判斷，反而是對他用以開展個性之涉己領域的不當侵害，也是對於魯莽、無知者的人格歧視：難道僅有審慎、聰明的人，才能享有自己的個性與生活方式嗎？

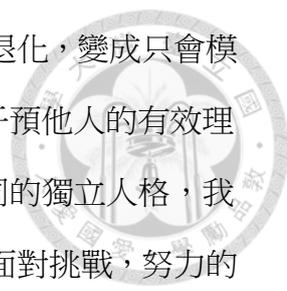
二、個性發展對於個人與社會的重要性

這段要處理的是：如此強調個性發展與生活方式，意義何在？先就個人角度來談，當我們賦予一個人自主判斷的權限，同時也代表兩層意義：一，個人是自己的利益的最佳判斷者，故必須尊重他的自主決定；二，個人也必須為自我的選擇承擔成本²⁸⁴。之所以將個人視為自己利益的最佳判斷者，可以連結到彌爾前面提到的「反父權主義」以及對於個性自我發展的立場，詳言之，就算的確有許多事情交給人自己做判斷，遠不如交給專家來做來得有效率，但單純依照他人判斷

²⁸² 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 133-134。

²⁸³ 這樣的質疑也正就是本文一開始想要回應的問題：自主判斷真的和利益保護無法整合嗎？此一問題的完整回答本文留待下一目再做處理，此處先以偏重自主判斷的角度來論述。

²⁸⁴ 此處要附帶說明的是，所謂承擔自我選擇所帶來的成本的意思，並不是指所有的損害結果都歸給行為人負責，此處毋寧只是指，每個人都要有勇氣開創自己的生活方式，即使必須承擔可能因此而來的損失，但不代表國家和社會都可以將風險與責任推個一乾二淨。



做事，只會使得每個人的性格變得單一，各種心智能力不斷的退化，變成只會模仿的機器人，所以彌爾才會說，「為了他人利益」並不是一個干預他人的有效理由²⁸⁵。每個人之所以作為「每個人」，是因為我們各自擁有不同的獨立人格，我們都應該有權以我們自身的獨特存在來探索世界、開展生活、面對挑戰，努力的變成我們真正想要成為的自我。要能達到這樣的目標，最重要的就是敢在生活遇到的種種困境裡面做出「選擇」——的確，我們往往需要他人的建議與鼓勵，但最終做出選擇的，也必須是我們自己。雖然選擇的結果並不永遠盡如人意，但學會承擔此一選擇帶來的損失，在選擇的過程中展現自我，並累積經驗以做出下一次更好的選擇，人方能逐漸成長，才有機會享有彌爾所謂的真正幸福的人生。當然各種性格都總有人喜歡、有人不喜歡，只要不要傷害他人，每一種性格與生活方式都是好的，重要的，是能自己選出自己真心喜歡的，而不是由其他人幫你做決定。

上面談的是個性發展對於個人的意義，那其對於社會的意義又是什麼呢？一個最簡單的說法是：當社會裡的成員都具有獨立的人格（並與彌爾的人性觀一併思考：讓每個人順應他的內在力量去發展），這個社會才會更具有活力；事實上這也是彌爾比較傾向採用的說法（前述的「人性觀論證」）。當然彌爾還指出另外一個論證途徑（「效益論論證」：有自由，方能使天才開創出對人類有益的生活方式與思想，進而使社會進步），將社會進步與個人自由與個性發展做了連結，雖然此一路徑正如柏林所說：「進步」與個性發展的連結並不是那麼必然，但本文認為彌爾的重點本來就不在於「進步」，而是將多樣性生活方式與選擇作為人類幸福的必要部分²⁸⁶。

²⁸⁵ 當然前面也已經提到了，彌爾的反父權主義在「未成年人」與「野蠻社會」並未能堅持下去，但考慮到「是否讓未成年人（或是精神病患等無責任能力者）自主判斷」此一議題的複雜性，本文不再繼續討論。

²⁸⁶ 關於個性發展與幸福之間的關係，參照李西潭，前揭註 250，頁 53。



最後要談的則是個性發展的限制。彌爾用了一個非常簡單的邏輯來限制個人的個性發展：如果每個人都有權發展自己的個性，勢必得犧牲彼此部分的發展可能性，而這也是社會需要秩序（不侵害他人權利與利益）的原因，亦即每個人方可能開展自己的生活。這邊的重點有二：一，彌爾明白承認這是對於個人個性的限制，但他認為這樣的限制仍可能獲得一定的補償（前述的「社會我」，亦即培養個人尊重他人利益的個性），反映了彌爾對於「群體性」的重視；二，無論如何，社會規範的存在本質就是對於個人自由的限制，下一個問題只是此一限制合不合理、衡不衡平而已，換言之，規範反映的是各種利益之間的衡平關係。此處強調「利益之間的衡平關係」，是為了本文接下來談容許風險時預留伏筆，詳後述。

肆、小結：對「人」主體性價值（人格）的尊重

最終，本文認為危險的自主判斷，不外乎就是保留給每一個人個性發展的自由空間，換言之，是對一個人主體性價值（人格）的尊重。但此處要注意的是，所謂的人格或主體並不是從抽象的理性主體來定義的，而是指每一個人他原本的存在方式。依照本文的觀點，人類從來都不是理性的動物而是情緒的動物，與其用抽象、由哲學家所設想出來的理性觀點束縛住人，還不如大方承認人類各種（無論多麼「不理性」）的情緒與個性，都是一種人最自然、需要被尊重的存在方式。雖然為了讓每個人都能有發展自我的空間，必須透過規範剝奪個人個性發展的部份自由（從這個意義上來說，規範的本質就是一種暴力），但規範的界線（涉他／涉己領域的劃分）事實上是浮動的，每個人的涉己領域是擴張還是緊縮，到頭來取決於我們對於一個人人格的尊重可以到哪裡。本文於此的立場是：縱使可能被侵害的相對利益再大（並注意：如果利益是由情緒來定義的，可能被侵害的相對利益往往就是由多數人的情緒和意見來定義的），都不容剝奪每個人的自主判斷權限，否則就是對一個人人格徹頭徹尾的歧視，進而剝奪這個人和社會的福

祉。當然如前所述，個人的個性發展並不可能無限制的發展，必須要與他人的個性發展之間維持一個衡平關係，而所謂衡平關係，係取決於特定行為的風險大小與可能被侵害的利益大小；換言之，如果可能被侵害的利益越大（典型的情況：放火行為所涉及的不特定多數人的利益）、行為人可控制的能力越小（即：風險越大），我們允許他自主判斷的「範圍」就會越來越小，但本於本文前述對於個人個性發展的重視，無論我們要如何限縮行為人的自主判斷範圍，都不能限縮到零。此一問題涉及到容許風險概念的定義、內涵與運用，本章第三款會再做詳細處理；至於何謂行為人的自主「判斷」（對實害發生可能性的預測），本文將與危險故意概念一併討論。

第二目 反面角度：自主判斷被取代的負面效應

相較於上一目透過彌爾的思想，正面論述自主判斷對於個人以及社會的重要性，本目則是要從反面的角度，討論如果刑事不法行為不以行為人自主判斷為要件，可能導致的負面效應。此處對於負面效應的描述，部分係透過社會學上的論述來做觀察，由於本文係法學而非社會學的論文，故會盡量簡明扼要引用與本文主題有關連的部分。以下分成兩個部分作討論：一，若不以自主判斷為要件，搭配全景敞視（panopticon）機制的行為規範，將會形塑更強大的事前行為控制網絡；二，自主判斷被忽略與法益抽象化、中介化，以及抽象危險犯被大量使用之間的關係。

壹、全景敞視機制與行為控制網絡

雖然我們彷彿已將「自由」當成內涵於我們個體之中的一部分，但如同社會學家 Zygmunt Bauman 所說，自由個體並非人類的普遍屬性，而是歷史和社會的

創造物。自由作為一種社會關係而存在，是一種與個體間差異有關的特質，而不是一種財產，不是個人對其自身的佔有；自由只有被看做與其他狀況的對立物，才有意義²⁸⁷。Michel Foucault（下稱傅柯）對邊沁所提的圓形監獄（或稱全景敞視監獄，panopticon）的巧妙詮釋也可以「自由／非自由」的相互決定關係來理解，用傅柯自己的話來講，就是「它所調動的機制，一群人受到另一群人的不可逆的支配，永遠屬於一方的過剩權力²⁸⁸」。要注意的是，我們不應該把全景敞視監獄狹隘的理解為一種封閉的建築，而應當理解為一種理想型態權力機制的示意圖、「一種普遍化的功能運作模式，一種從人們日常生活的角度確定權力關係的方式²⁸⁹」。此種權力機制的特性即在於可見性／不可見性的知識不對稱關係（僅有監督者可以觀看被監督者²⁹⁰），亦即「全景敞視建築是一種分解觀看／被觀看二元統一體的機制……這種安排的內在機制能夠產生制約每個人的關係」，並「在被囚禁者身上造成一種有意識的和持續的可見狀態，從而確保權力自動地發揮作用²⁹¹」。這種權力的作用是生產而非壓制（亦即目的在於加強社會力量），其性質是運作的效率性（用最少的人監視最多的人）、連續性、自動性與非物質性，「凡是與一群人打交道而又要給每個人規定一項任務或一種特殊的行為方式時，就可以使用全景敞視模式」，這種權力關係和過往的君王權力的暴力徵收關係大相逕庭²⁹²。依照傅柯的說法，十七、十八世紀規訓社會形成了²⁹³，其中包括全景敞視機制的擴展，而最重要的擴展就是「對規訓機制的國家控制」，也就是警察。警察機制的力量不僅展現在社會的整體時空範圍，更展現在所有發生的小事情上；如果用傅柯的話來說，「十八世紀的警察給自己的角色……增添了一種規訓功

²⁸⁷ 參照 Zygmunt Bauman 著，楚東平譯（2002），《自由》，頁 7-8，台北：桂冠。

²⁸⁸ 參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯（2003），《規訓與懲罰：監獄的誕生》，頁 221，台北：桂冠。

²⁸⁹ 參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 204-205。

²⁹⁰ 參照 Zygmunt Bauman 著，楚東平譯，前揭註 287，頁 18。

²⁹¹ 參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 201。

²⁹² 參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 205-207。

²⁹³ 規訓社會的形成係和一系列的歷史進程有關，此處不贅，參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 217-220；另外，也可以參考本章說明刑事、行政不法界線時，對於行政管理誕生的相關歷史簡介。

能……因為它把君王的絕對權力與散布在這些各不相同的封閉的規訓體制（工廠、軍隊、學校）之間，它擴展出一個中間網絡，在它們不能干預的地方它進行干預，對無紀律空間加以規訓²⁹⁴」。當規訓社會在這種無限普遍化的全景敞視機制的運動中形成，「個人被按照一種完整的關於力量與肉體的技術而小心地編織在社會秩序中」²⁹⁵。

如果肯認上開社會學家對於現代社會作為一種規訓社會的看法，那麼我們就可以把可見性／不可見性關係當成一種普遍化的全景敞視機制，套用在現代社會裡面作觀察。例如本文認為，交通秩序的維護毋寧也可以用這樣的監視關係來理解：為了有效率的要求交通參與者在交通場域裡自我管理，在交通參與者自知隨時處在警察、監視器、測速槍的（潛在可能）監視之下，就會依照行政管理制訂的交通規則（紅燈停、綠燈行、不超速、轉彎車禮讓直行車等）來運作，以達到社會效率的極大化（大家可以安心利用馬路，讓社會的各項機制運作順暢）。如果我們再把這樣的權力關係套用在刑法的行為規範²⁹⁶上，並且不以自主判斷為要件，那麼懲罰權力透過全景敞視機制的運作，就能對人民的行為舉止達到更強力的控制（國家規定特定行為一定不能做→行為人居於不可見的那一方，只能全盤放棄自己特定方式的行為自由），進而形成強大、綿密的事前行為控制網絡；這種綿密的行為控制即使有追求公共利益的作用，也同樣是以犧牲人民的自由與個性發展為代價，最終使得「人」隱沒在社會秩序之後。本文認為，在刑法的行為規範裡透過自主判斷權限的附加，至少可以讓人民在其自主判斷空間裡，享有一定程度的行為自由²⁹⁷，雖然透過和緩的處罰機制（如僅透過行政管理與行政罰）

²⁹⁴ 參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 214。

²⁹⁵ 參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 215-216。

²⁹⁶ 在傅柯的權力觀底下，實證法依然可以作為權力措置下的一環被觀察，相關討論參照范耕維（2012），《「生命政治」視角下的刑事政策：以反恐刑事司法「論述」為楔子》，頁 222 以下，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

²⁹⁷ 至於有沒有可能仍該當行政不法，是另外一個問題。可參本章下面對於刑事、行政不法界線的說明。

可能反倒提昇了權力管控效能²⁹⁸，但在刑法領域（法律效果最為強烈的規制手段！）裡指出一個限縮可罰性的方向以捍衛人民的行動自由仍有必要，理由是，如果權力對於人的規訓力量勢不可擋，那至少讓這股力量在我們身上以更柔軟的面貌展現，而不是直接動用刑罰。

貳、法益抽象／中介化與抽象危險犯的大量使用

法益普遍化、抽象化與自主判斷的弱化之間的關係是這樣子的：如果所謂自主判斷是指行為人對於「實害」（法益侵害）的預測可能性，自主判斷如對界定可罰性範圍要有意義，其中一個前提在於法益必須要能有清楚而明確的輪廓。但我們可以觀察到，「現代刑法」²⁹⁹的特徵之一即在於大量採用模糊的整體法益，由於保護這些整體法益的犯罪類型有許多證明上的困難，於是搭配抽象危險犯立法模式，以迴避自主判斷的難題，刑法的功能因此轉化，向民法或行政法靠近³⁰⁰。如此一來，自主判斷界定、限縮可罰性範圍的能力也就弱化了。

普遍法益的大量採用有其時代背景，依照社會學家 Ulrich Beck 的觀察，現代社會已經進入風險社會時代，科技的發展雖然使人類免於物質匱乏，但高度的生產力也伴隨著前所未有的風險威脅人類社會³⁰¹。在科學無可避免製造風險，但我們又必須透過科技確認風險的弔詭之中，這種風險潛在、一般化的不確定性使得我們相應產生恐懼，從而引發我們對於安全的需求，這種來自於恐懼的社會連帶使得「安全性」成為風險社會的基礎³⁰²。另外，也有論者以 Niklas Luhmann

²⁹⁸ 參照許恆達（2010），〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任：以釋字第六六六號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁29-30。

²⁹⁹ 此一用語係 Winfried Hassemer 所提出，參照 Winfried Hassemer 著，陳俊偉譯（2012），〈現代刑法的特徵與危機〉，《月旦法學雜誌》，207期，頁243以下。

³⁰⁰ 參照 Winfried Hassemer 著，陳俊偉譯，前揭註299，頁250-251。

³⁰¹ 參照 Ulrich Beck 著，汪浩譯（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁3，台北：巨流。

³⁰² 參照 Ulrich Beck 著，汪浩譯，前揭註301，頁48-49。

的風險理論出發，認為風險社會其實與法化社會為一體兩面，蓋我們需要透過法律來進行風險分配³⁰³。為了因應不確定的恐懼感以追求安全（感），風險社會著重的是危險源的標示與排除，以利進行風險管理³⁰⁴，亦即產生以擴張法律規範來因應危險的趨勢³⁰⁵，使得刑法逐漸變成維護社會安全、進行風險控管的工具，連帶使得不需判斷結果可歸責性的抽象危險犯被大量採用，法益概念的內涵也逐漸被不安狀態控管的需求入侵而抽象、普遍化（如交通安全、環境法益等），管制的重心轉向成為禁止特定的行為態樣³⁰⁶。透過前述的法益保護前置化（如抽象危險犯）與保護法益的抽象化，使刑法的管控範圍大幅擴張³⁰⁷，我們可以觀察到法益的功能從近代刑法的消極、限縮可罰性機能（無法益，無犯罪），轉變為積極化的入罪標準（有法益，有犯罪）³⁰⁸，甚至可能在過度重視人民不安感的情況下，為了重建人民對於法規範的忠誠與信賴（所謂積極一般預防），將欠缺法益內容（欠缺「信賴」的明確對象）的單純不安感制定為行為規範，甚至使行為規範的內涵在於行為規範效力的確認，造成制裁規範與行為規範的邏輯倒置³⁰⁹。亦即，如果對國民法意識不進一步區分為事實性期待與規範性期待而全部入刑化（法益化），將會使得我們無法建立一條清楚的界線來限制可罰性範圍。

當然，風險社會是否造成刑法的典範移轉、刑法應該如何因應新的社會情勢變化等議題，都不是本文此處有能力再繼續處理下去的。本文此處只是想表明，如果我們肯認近代刑法原理（刑法謙抑、責任原則）仍有保護人民權利的價值，那麼「法益侵害的自主判斷」此一命題就不應該被任意的放棄，基此，就算是保

³⁰³ 參照謝煜偉（2012年5月），〈風險社會論與抽象危險犯：現代型抽象危險犯之限定解釋論初探〉，發表於：《風險社會中犯罪概念的再思考》，臺灣臺南地方法院檢察署、財團法人臺灣更生保護會臺南分會、台灣法學會刑事法委員會、成功大學法律學系、政治大學法學院刑事法中心、中正大學法律系、清華大學科技法律研究所（主辦），頁6，台南。

³⁰⁴ 參照李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁148。

³⁰⁵ 參照 Ulrich Beck 著，汪浩譯，前揭註301，頁96。

³⁰⁶ 參照許恒達，前揭註224，頁144-146。

³⁰⁷ 參照王正嘉（2009），〈風險社會下的刑法保護機能論〉，《法學新論》，6期，頁95。

³⁰⁸ 參照 Winfried Hassemer 著，陳俊偉譯，前揭註299，頁247。

³⁰⁹ 參照李茂生，前揭註304，頁151-152。

護普遍化、精神化法益的犯罪類型，縱使無法廢除，也應該試圖將自主判斷整合進構成要件的解釋之中，例如偽造一張單純用以觀賞、收藏用的文書，就不應該認為行為人仍有侵害「法律交往可靠性」的實害認知而將其入罪；另外，累積犯、預備犯等頗有爭議的危險犯類型，也不應輕易承認其正當性。當然，在現代風險社會裡完全貫徹近代刑法原理似乎也很難完全被接受，就連法蘭克福學派、個人法益學說的重要學者 Winfried Hassemer，也僅要求「部分」抽回刑法的現代性，並承認介於刑法和秩序違反法之間的「干預法」(Interventionsrecht) 來因應部分難以核心刑法處理的領域³¹⁰。但無論多麼難以整合，在態度上，只要我們還堅持法應該為個人而非國家所服務，還肯認「人」本身有其價值，我們就應該繼續秉持勇氣來面對新的情勢變化並作出選擇，唯有如此，才可能出現其他選擇供我們去作³¹¹。

第三款 判斷標準：容許風險

第一目 容許風險概念的內涵與意義

壹、容許風險的存在根據

本文不處理容許風險的體系定位³¹²，而將重點擺在容許風險的存在根據及其實質內涵為何，先予敘明。我們可以觀察到，許多見解在處理容許風險議題時，大都混雜幾種理由來支撐此一概念的正當性，如「日常生活風險並非法律上具有重要意義的風險」³¹³、「社會必要行為的伴隨風險若合乎生活領域的規範，應予

³¹⁰ 參照 Winfried Hassemer 著，陳俊偉譯，前揭註 299，頁 256-257。

³¹¹ 參照 Alan Bullock 著，董樂山譯（2000），《西方人文主義傳統》，頁 340-341，台北：究竟。要再次強調的是，此處的論述僅是指明本文認為解釋刑法的犯罪類型時，必須要保留行為人自主判斷空間的立場而已，至於如何將自主判斷空間容納進個別的犯罪類型裡，自然還必須另外再做研究與論述。

³¹² 目前多數學說將容許風險作為客觀歸責的子規則之一，僅參照林山田，前揭註 225，頁 226-227；採二階層理論，並將容許風險作為負面不法要件的見解，參照黃榮堅，前揭註 218，頁 289 以下。

³¹³ 參照林山田，前揭註 225，頁 226。

容許」³¹⁴、「尚未逾越社會相當性」³¹⁵、「社會的有用性較法益危險性經衡量後，社會的有用性較為優越」³¹⁶。其中，除了上述的最後一個理由（以下稱之「利益衡量模式」）本文會在下一段再予處理之外，其他理由究其實並無法證立容許風險概念的正當性。詳言之，我們都肯認日常生活風險或是社會必要行為的伴隨風險確實存在，但是單單描述這些風險在實然面存在，並不能導出應然面上人類應該容許其存在。至於所謂的社會相當性，若不是如同上述僅為單純的實然面描述（社會生活的慣常行為等同於法律上應容許的行為？），就是以刑法外部的規範觀點（所謂社會「相當」，或合乎生活領域的規範）介入刑法自身的規範觀點，在各領域的法規範以及社會規範各自目的不同的情況下，規範各自的評價觀點縱使可能互相影響，但也絕對不能直接互相流用。換言之，刑法必須由其自身建立自己的評價觀點³¹⁷。因此下一個問題是：刑法自身的評價基準又該是什麼？

貳、利益衡量模式的內涵及其批評

利益衡量模式嘗試透過衡量特定行為所追求的利益大小，以及其可能造成的風險大小（包括被損害利益的價值輕重、以及損害可能性的程度高低），判斷此一行為在刑法上的合法性。換言之，所追求的利益越大、風險越低，刑法就越可能傾向評價行為合法（例如：即使開車上路會有一定程度撞傷他人的風險，但由於現代社會中人們需要汽車擴展其生活範圍，加上車禍機率一般來說不高，故仍屬容許風險）；反之，所追求的利益越小、風險越高，刑法就越可能傾向評價行為不法³¹⁸。此種利益衡量模式在學說上頗為流行，但已有學者對其提出質疑，質疑的問題點大致有三：一，我們無法比較特定社會交往型態存在或不存在之間的

³¹⁴ 參照林山田，前揭註 225，頁 226-227；林東茂，前揭註 2，頁 1-100。

³¹⁵ 參照甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，頁 112，台北：自刊。

³¹⁶ 參照甘添貴、謝庭晃，前揭註 315，頁 112；林東茂，前揭註 2，頁 1-101-102。。

³¹⁷ 參照周漾沂（2012 年 11 月），〈風險承擔作為阻卻不法事由：一個容許風險的替代方案〉，發表於：《府城刑事法論壇：2012 下半年度》，臺灣臺南地方法院檢察署、財團法人臺灣更生保護會臺南分會、台灣法學會刑事法委員會、成功大學法律學系主辦，頁 4-8，台南。

³¹⁸ 對於利益衡量模式的說明，參照黃榮堅，前揭註 218，頁 289-291。

利益總量差異（有汽車的社會好，還是沒汽車的社會好？），至多僅能依靠以虛擬資訊為基礎的想像甚至直覺來做判斷；二，若要計算利益，勢必得將特定社會交往活動所導致的對於未來的連鎖效應一併納入考量，但對此我們亦無能力計算；三，被害人被侵害的利益與行為人追求的相對利益係分屬不同人所有，那為什麼被害人在利益衡量程序中無從置喙？依照利益衡量模式的效益主義觀點，將使每個人的權益都可與他人的權益交互計算，使每個人負有為他人犧牲的義務，但這義務卻是來自於群體的強制。最後的結果是，風險容忍的程度是一個虛擬的「理性人」決定，替換了具體情境下真實的個人決定³¹⁹。

參、以「風險承擔」替代容許風險的見解

承上段，對於利益衡量模式提出批評的見解，隨即提出了「風險承擔」概念以替代通說所採的容許風險。此一概念的核心命題是：僅有被害人自願承擔風險，行為人所創造的風險方為容許風險，因為僅有被害人（真實的個人）可以為影響自己切身利害關係的行為做評價。而此一命題來自於該見解對於刑事不法的定義：對於人際相互承認關係的否認；而實質的法是以對他人現實存有的承認為內容，亦即行動時必須以他人和自己都是自由人為前提。因此，從事社會交往時不得更動他人行使外在自由所加以支配的結果狀態，否則即為否定他人是一個可以行使外在自由的法主體，而實現了不法。所以結論是：若被害人不願意接受行為人所創造的風險，行為人對此也有所認知，那麼該風險即不受容許；反之，若被害人願意接受行為人所創造的風險，行為人對此也有所認知的話，該風險即受容許³²⁰。

以上開基本命題出發，可以再往下推導出兩個原則：一，實現自由之合法互

³¹⁹ 參照周漾沂，前揭註 317，頁 12-16。

³²⁰ 參照周漾沂，前揭註 317，頁 16-17。

動為容許行為，意思是：既然僅有被害人可以為自己的生活狀態做考量，只要是被害人自己願意承擔該風險，即使旁人認為被害人的考量不「理性」，對被害人生活規劃進行協助的行為人（例如：在颱風天陪同被害人登山的嚮導）所創造的風險，依然是容許風險；二，強制他人承擔風險為非容許行為，意思是，只要被害人不願意，行為人就沒有權利使被害人承受其行為所帶來的風險，不管此一風險的程度高還是低，因為若是強制被害人承擔此一風險，就是否定被害人作為一個自由的法主體。如此一來，主觀不法的核心就不在於認知的風險高還是低，而是有無認知到違反了具體被害人的真實意願³²¹。另外，既然係以被害人意願作為核心標準，故被害人必須具備抽象的風險承擔能力（能認識與判斷他將會遭受的法益侵害的意義，與行為人之行為對他可能造成的侵害作用）和具體的風險意識（具體的環境資訊認知，亦即排除行為人與被害人資訊不對稱的情形），我們才能說被害人的確是「自由」的進入風險情境，並使被害人承擔其選擇所帶來的附帶風險，而行為人也必須對此有所認知，才能說其創造的風險為容許風險³²²。

至於該如何確認被害人承擔的風險範圍，該見解認為必須區分個別性與廣泛性社會交往活動予以認定。所謂個別性社會交往活動，係指行為人與被害人有直接溝通可能性的情形，故此時風險管轄透過雙方合意而移轉，被害人就必須承擔此一社會交往活動所必然附帶的風險，即典型風險。至於廣泛性社會交往活動由於欠缺被害人與行為人的直接溝通可能性，故需要一個中介者連結雙方的認知與意願，使雙方可以認知到彼此，而此一中介者即為生活領域具有普遍適用性的規則，當被害人同意參與此一廣泛性社會交往活動，其也必須承擔事實上支配該領域之運作模式所必然附帶的風險（典型風險）；但要注意的是，此一作為中介的規則是從實效性（事實上該領域的參與者會遵守規則，故雙方對彼此會依照規則行動有所期待）而非效力（直接介入刑法的評價觀點）的角度整合進刑法之中，

³²¹ 參照周漾沂，前揭註 317，頁 17-23。

³²² 參照周漾沂，前揭註 317，頁 36-38。

亦即風險承擔的標準依然是具體被害人的意願，規則的存在及其實效性僅為推定被害人意願的事實因素而已³²³。



第二目 容許風險與自主判斷的關係

前面已經提過，本文要處理的一個關鍵問題是，如何將自主判斷整合進以利益為核心的不法行為概念之中。在上一款中，我們已經說明了自主判斷的重要性，以及不予行為人自主判斷的可能問題，而在這一款中我們終於可以更進一步的說明自主判斷與利益之間的關聯性。在論述的順序上，本文會先介紹彌爾在《功利主義》一書中的論述以及對於本文的啟發，接著再持之作為本文立場的哲學基礎，推導出自主判斷不會被追求利益的目的所犧牲，進而得到本文所認為的容許風險概念內涵：利益衡量模式。最後，本文再針對「風險承擔」概念對於利益衡量模式提出的質疑做回應，並反過來對「風險承擔」概念的可能問題提出批評。

壹、彌爾與《功利主義》：效益主義新解

雖然彌爾受到邊沁的影響很大，但他對於邊沁的效益主義其實做了相當大的修正。依照本文的理解，差異較大之處大約有四點：一，彌爾認為快樂有「質」上的差異，這和邊沁認為所有的快樂都可以做量化與比較有所不同；二，彌爾重視的是「總體功利」，而不是當事人自己的幸福；三，前面介紹彌爾生平時已有提到，彌爾遠比邊沁重視人的情感與自我發展；四，彌爾認為正義可以被整合進功利裡，而不是如同邊沁認為正義或規則僅為暫時的權宜，可以因為更大的效益而被犧牲。對於這四點有所掌握之後，再往下閱讀彌爾對於效益主義的論證，應該會比較清楚。接下來，本文即開始進入彌爾《功利主義》一書的分析。

³²³ 參照周漾沂，前揭註 317，頁 25-33。



一、彌爾對於效益主義的定義

彌爾對於功利或最大幸福原則的定義是：有助於「提昇幸福」的行為就是正確的，而「幸福」是指快樂以及痛苦的缺乏，這樣的說法還看不出其和邊沁的差異在哪，所以彌爾接下來就開始進一步釐清在他的理論脈絡下，快樂與痛苦的內容是什麼。彌爾認為：

功利主義者在總體上總是把永恆性、安全性、價值性等精神上的快樂置於肉體快樂之前……認識到有一些快樂比另一些快樂值得嚮往、更具有價值這個事實，是與功利主義的原則相一致的。……在評估快樂過程中單單依靠數量都是荒謬的³²⁴。

這就是本文一開始提到的其和邊沁對於效益定義上的重大差異：快樂是有質上差異的。那由誰來決定快樂的品質優劣呢？彌爾認為，當「所有經歷兩種快樂的人都給出了一種決定性的傾向，無論是出於何種道德感都會優先選擇這種快樂，那麼這就是更值得嚮往的快樂」。這些人明顯傾向利用他們的高級官能，「不願意」淪為低級的存在。批評功利主義僅為追求低劣快樂的人混淆了「幸福」和「滿意」這兩個概念，但對彌爾來說，「做不滿足的蘇格拉底比做一個滿足的傻瓜要強」³²⁵。因此，彌爾認為唯有經歷過高級快樂的高級官能者，方有資格依據其感覺與判斷做出快樂的品質決斷³²⁶。接著，彌爾又提到另外一個他和邊沁看法不同之處：「功利主義的標準不是當事人自己的最大幸福，而是所有人最大的幸福」³²⁷，亦即彌爾重視的是社會的總體功利，要求當事人在「自己幸福」與「他人幸福」

³²⁴ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 16。

³²⁵ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 16-18。

³²⁶ 這樣的說法，和彌爾的經驗主義立場，以及某程度的菁英主義有關。

³²⁷ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 20。

間成為無私的觀察者。要達到這樣的理想境界，必須由法律和社會協調個人的利益與整個社會的利益，並且以教育和輿論培養每個人的心靈，使他們把自己的幸福和社會利益緊密聯繫，使其不僅不能想像犧牲總體幸福來謀求自己幸福，更要使促進總體幸福的衝動成為個體行為的習慣性動機³²⁸。如此一來，我們即可發現彌爾相當重視個人群體性的培養，而和邊沁大相逕庭。

接著彌爾回應了幾個對於效益主義常有的誤解，本文認為較重要的有五則，簡述如下：

一，功利主義暗含人們要將全副身心關心總體幸福，但彌爾認為，多數善行不需要跨越對特定人的關照，僅需確保不會冒犯他人權利。除非是社會影響力大的人才需要習慣性、大範圍的考慮公共利益，否則僅在例外時才需注意公利³²⁹。可以先略提的一點是，此一想法對於本文立場有相當的啟發性，詳後述。

二，功利主義會使得人們失去同情心，只關注行為的後果，而不關注行為的性質。彌爾對此的回答是：如果這種批評是指道德標準僅取決於行為的對與錯，而不是行為人本身的好壞，那麼這種批評是針對所有的道德標準，因為一件事情對與不對，而做那件事情的人的性格好壞並沒有關係。功利主義認為德性之外尚有其他值得擁有的價值，也允許人們實現自己的全部價值，也就是說，正確的行為不意味著道德的性格³³⁰。

三，將功利主義理解為「便利」，並和「原則」對立起來。但對彌爾來說這是一個重大的誤解，理由是，為了一時的便利（如撒謊）而違背規則（背後所代表的較高層次的、超越的便利），亦即為了現在的利益或剝奪人類幸福，將使他

³²⁸ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 26-27。

³²⁹ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 28-29。

³³⁰ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 29-30。

們遭受到不幸，成為自己最壞的敵人的一部分。這段話值得多加留意，亦即彌爾的效益概念考慮的是更長遠的社會後果，因此其認為規則本身是有意義的，這樣的立場的確較為偏向規則效益主義，而非行動效益主義。另外，雖然彌爾也承認規則也可能有例外（使一些人免於大而無價值的不幸），但例外仍應有其限度，而功利原則的作用就在於衡量相互衝突的功利之間的優先順序³³¹。這句話即帶出彌爾認為效益主義優於其他道德標準的優越之處：作為利益衝突時的仲裁者。

四，行動前，沒有時間計算與衡量行為對總體幸福的影響。但彌爾卻認為有充足的時間：人類的整個過去，因為彌爾認為這些計算標準已經體現於人類不斷累積經驗之後所制定的「次級規則」之中。主張幸福是道德的結果和目的，並不意味無需制定實現它的路線；沒有次級原則，基本原則就無法起作用³³²。雖然道德標準需要去改進、也能被提高，但不代表我們只能直接用第一原理（即效益主義）檢驗每個人的行為，而可以完全忽略中間步驟（即次級原則）³³³。這段話除了回答了上述質疑外，同時也再度反映了彌爾思想下，規則（即使是次級規則）是有其容身之處的。

五，功利主義者善於讓自己的行為成為道德規則外的特例，這應該算是效益主義極常遇到的批評之一。彌爾認為，問題在於人類行為的複雜性，行為規則必須要有彈性來適應環境的特殊性。雖然這樣的柔性調整會使不誠實的詭辯術侵入，但功利至少可以裁決這兩種不相容的要求（即使有難度，但有勝於無），其他體系的道德法則僅主張獨立權威，而欠缺此種共同仲裁者，更多依靠的是詭辯，提供個人的欲望與偏好更多的空間³³⁴。彌爾的想法簡單來說，就是認為抽象的道德標準本來就必須保有一定的彈性方能適應個案的複雜性，而效益主義至少

³³¹ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 33-34。

³³² 此處彌爾所舉的例子相當貼切：沒有人會因為海員不停下來看天文年鑒就認為航海技術（按：即次級規則）不是建立在天文學的基礎（按：即第一原理）上的。

³³³ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 34-36。

³³⁴ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 36-37。

可以作為利益衝突的仲裁者，其他獨斷的道德標準反而更容易使個人偷渡其私利。



在我們透過上面的論述，一定程度上掌握住彌爾對於效益主義的看法之後，接下來的重點就是釐清效益主義如何取得其對人的拘束力、如何證明總體幸福是值得人向往的，以及正義與功利之間的關係是什麼。

二、效益主義的拘束力與證明

先來談拘束力的部份。相對於外在拘束力（外在的獎懲力量），彌爾毋寧更為重視內在的拘束力：「心靈的主觀情感」。其是一種違背義務引起的痛感，而這種痛感出現於良好教育的道德本性中。有一種傾向認為，在道德義務中發現先驗事實、「事物自身」的客觀實在的人，比僅相信道德是主觀感情的人更容易遵守道德，但彌爾認為，無論道德的本體論為何，實際驅動人的力量還是自己的主觀情感。³³⁵此處可以注意的是，彌爾不認為有一個先驗的道德本體，道德的拘束力係來自於人的主觀情感，這樣的想法再次反映了他對於情感的重視。另外，彌爾重視內在拘束力遠甚於外在拘束力的看法，也表達了他與邊沁對於人性看法的不同（後者偏重看待人的自私與理性面向）。

彌爾接著提到，此一情感雖然可以透過教化發展，也容易受到外在強制力和早期印象影響而往各方面發展，但仍需要一個情感的自然基礎予以鞏固，彌爾認為此一基礎就是人類的社會情感：和同伴統一的渴望、都寧願成為整體的一員，「人生於社會之中，這是人的宿命」。也因此，平等主體間的交往只能如此理解：平等的關注所有人的利益，完全不顧他人利益是不可能的³³⁶。在這種狀態裡：人

³³⁵ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 44-45。

³³⁶ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 46-47。彌爾還提到，每個時代都會往此

們認為至少不要對他人造成較大的傷害、即使是為了自衛也不要持久反對他人，並且在合作之中（至少暫時）把集體利益（而不是個人利益）當成行動目標。而這種情感也可以透過同情心、教育和外在約束力來建立一張完整、確定的關係網，文明的進展將會使這種影響持續增加。這種自然感情（而不是社會強制推行的法律或教育的迷信）就是最大幸福道德的終極拘束力，並配合外在動機（外在約束力）去關心他人³³⁷。暫且不管彌爾認為人關注公共利益是一種自然情感的想法是否過於理想，這邊要留意的是彌爾肯認人的「社會性」，而不是持原子式的個人觀。

再來談證明的部份。既然效益主義認為幸福是唯一值得嚮往的東西，那麼彌爾認為證明的方法就是人們真正渴望它³³⁸。雖然此處可能會有邏輯上的跳躍（可欲的等於值得追求的？）³³⁹，但本文認為此處不妨將之作為彌爾的一項預設（如果每個人都渴望得到幸福，那麼幸福就是值得追求的）。這邊彌爾要處理的問題是這樣子的：既然有人渴望德性是一個不爭的事實，這不就證明幸福並不是唯一值得嚮往的東西了嗎？在解決此一問題之前，彌爾先指出一個方法論上的問題：追求目的的特定手段往往最終反而會比目的本身更讓人想要追求（彌爾以權力、名譽和金錢為例），此時，這些手段也成為目的的一部分。也因此，想要追求某個東西本身（例如德性），不代表最終目的不可以是幸福，因為幸福不是抽象概念而是一個具體的整體，功利主義認可這些要素（權力、名譽、金錢、德性等）是組成幸福的部份，其持久性、人類的存在空間範圍、強度都比原始欲望還更有價值，只是德性和其他要素的差別在於，對於後者的欲望可能使人做出對社會有害之事，但對德行的渴望將使個人成就社會最大的幸福。所以功利主義標準會盡量要求培養人們對德性的愛（促進總體幸福最重要的事情），其他的欲望則是在

一狀態進步，反映了他的進步、樂觀主義。對此，本文是持較為懷疑的態度。

³³⁷ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 47-50。

³³⁸ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 53。

³³⁹ 相關批評，參照張明貴，前揭註 247，頁 76。

對社會總體幸福的傷害沒有超過其促進時可以被容忍。基此，彌爾認為德性也是追求幸福的手段之一，故幸福必然也是道德的標準³⁴⁰。



那人類是否僅渴望幸福呢？彌爾先提到，痛苦和快樂是完全不可分的現象，是同一心理事實的兩種不同稱呼方式，渴望而又同時認為它不愉快，在現實及形而上的意義上都不可能。因此有人說人可以透過「意志」不顧痛苦的追求特定目標，是不是代表人不是僅追求幸福呢？彌爾的解法是：意志（一種行為現象）和欲望（消極感受狀態）不同，儘管前者源於後者，但它能很快的扎根並和母體分開；意志和欲望的區別是真實而重要的心理事實，其意義在於：意志和其他心理事實一樣，都服從於習慣，可以從不再欲求它的習慣中產生意志，也可以僅由意志產生渴望，但意志起初依然是由於欲望所產生的，意志這個詞含有抑制痛苦和快樂影響的意思³⁴¹。也因此，意志是習慣的結果，我們不必假設其本質為善，只是我們需要透過習慣的支持，因為僅憑快樂和痛苦的聯想無法產生德性，僅有習慣方能在感情或行為中產生確定性，而這種確定性對於他者和自己都有重要意義³⁴²。透過以上的論述，彌爾將德性與意志整合進幸福的內涵，並且基此認為人唯一渴望的，就是幸福。

三、正義與功利之間的關係

在《功利主義》的最後一章，彌爾花了相當的篇幅處理正義與功利之間的關係。彌爾先提到，人們總是相信主觀情感是某些客觀實在的反映，否則無法解釋主觀情感。現在要決斷的，是與正義感相應的現實（行為的正義或非正義）是否

³⁴⁰ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 54-58。

³⁴¹ 我們可以用一個例子說明欲望、習慣和意志這三者的關係：例如某人想要慢跑健身，他的目的可能是為了身材健美，也可能是為了保持健康，但無論如何他一開始的「欲望」都是為了追求幸福。於是他規定自己每天傍晚都要慢跑三千公尺，慢慢建立每天慢跑的「習慣」，而這個習慣讓他形成「意志」，以抑制慢跑前的怠惰感和慢跑中快喘不過氣的痛苦。我們當然可以說是他的意志讓他堅持慢跑下去，但歸根究柢，他最初、最終的目的，都是對於自身幸福的欲望。

³⁴² 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 58-60。

本質上特殊，還是只是其他品質的混合物³⁴³。換言之，正義感和捍衛一般社會便利的情感之間，有無不同？



在對於各種正義模式以及正義一詞的詞源進行考察之後³⁴⁴，彌爾認為一般道德和其他便利價值的差別在於「未做應受譴責／單純希望別人做」，亦即一個人是否應該受到懲罰而定。至於正義和道德義務的差別則在於：前者包含一個人的權利（彌爾認為他所考察過的，關於正義的通俗理解，都包含此一要求），後者則無。因此，不正義包括錯誤的事情和錯誤的人選，某人具有某種權利就成為正義和施捨、恩惠之間的差異；如果有人試圖規劃出一般性的人而不是具體指定的人對我們所能做的一切善擁有一種權利，那就是把施捨和恩惠劃入正義的範疇³⁴⁵。

接下來彌爾開始討論正義感。他認為正義感的核心要素有二：渴望懲罰施害者、相信有明確的受害個人或群體；而前者又來自於兩種（類似於）本能的情感：自衛的衝動、同情感。自衛感是人與動物的天性，但人透過同情心與智力，能夠將同情與引起自衛感的對象擴及於社會（此處，可以連結到彌爾認為的，人對於社會的自然情感）；而報復感也來自於對受害者的理解與同情，但基於總體利益的思考（平等對待自己和他人利益），若給予痛苦的行為符合總體利益，人們就不會抱怨施加給自己的傷害。基此，彌爾認為就算是反功利主義的道德學家，如康德（其宣稱道德原則為：這樣行動：你已知的準則始終同時作為普遍立法的原則）也承認，亦即當事人有意識完成道德行為，一定惦記著集體利益。因此，彌爾將康德的上開原則詮釋為：「一切理性存在者應該根據有利於集體利益的原則來行動」³⁴⁶。

³⁴³ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 64。

³⁴⁴ 限於篇幅本文不再詳述，參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 64-70。

³⁴⁵ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 72-73。

³⁴⁶ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 74-76。



談到這邊，彌爾先幫我們做個小結：正義觀包含行為規則、鼓勵此種規則的情感。前者是對所有人共同的，它關注所有的利益；後者是指渴望違規者被懲罰，還有包含明確的受害者概念。正義感類似於動物對傷害自己和自己同情之人進行報復的感情，但人類以博大的同情和發達的智力推及到一切人。彌爾接著又繼續說明，前面已經提過正義包含了一個人的權利（此一權利乃「受到傷害之人」和「要求進行懲罰」兩項要素的組成，而非獨立於情感和觀念），被害人可透過此權利要求社會透過法律、教育或輿論對他的所有物進行保護，那為什麼社會要對他保護呢？彌爾認為理由還是在於總體功利，但是正義感的特殊力量在於其不僅來自於理性，還來自於動物性（報復的渴望），而這種渴望來自於「安全」此一最為重要的功利，因此我們主張同伴聯合起來營造我們存在根基的安全，此類情感的強度超越了所有功利，構成正義感和一般的不便利感之間的區別。談到這邊，彌爾其實已經將正義與總體功利做了整合：兩者都來自於人的主觀情感，只是前者來自於最為重要的功利（安全）以及相應的強烈情感（正義感）³⁴⁷。

接著彌爾對於「正義作為一種客觀實在」這樣的觀點提出質疑：如果正義和功利無關，只要簡單的內省就可以理解，那為什麼內在的論言會模稜兩可？因此彌爾認為，正義並非自證之源，不僅不同的民族、個人有不同理解，就算對同一個人來說正義也是很多種法則，人們總要根據外在的標準或個人偏好從中選擇來指導自己的行為³⁴⁸。這一段本文認為非常重要：一，強調正義不是一種普遍的客觀實在；二，正義總是必須經過選擇而來，而不同的人與民族可能會有不同的選擇，而選擇的標準並非正義本身，而應該是總體功利。

本章的最後，彌爾更明白的表達了他的立場：功利就是正義的基礎，只是正

³⁴⁷ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 76-78。

³⁴⁸ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 79。

義是道德最主要的部份，此類規則更為關注人類生活的必要部分，所以是更為絕對的義務。權利是正義感的本質，存於個人之中，暗示正義具有更具約束力的義務。而「防止人類互相傷害」是最重要的道德規則，否則人們會把他人當作潛在的敵人，而無法維護人類的和平。遵守這些道德需要強而有力的動機，也需要對冒犯者進行懲罰，這種懲罰是與正義感聯繫起來的，因此給人所應得的原則（以惡制惡、以善還善³⁴⁹）是正義的概念，也是正義感強度的指標³⁵⁰。另外，彌爾也提到公正義務雖然是實現其他正義義務的必要條件，但其基礎一樣來自於功利或是最大幸福原則；總體利益包括了每一個人的利益，並為這條準則設立界線：每個人都有被平等對待的權利，除非社會便利需要相反的結果。我們也可透過語言的協調使得正義不可消除的特性得到堅持：正義代表更高的社會功利，所以是更首要的義務，但在特殊情形下也會退讓於某些社會義務，因為此時這些原則在特殊事例中就不正義了。最後的結論是：正義就是便利，只是與前者相連的情感不同，是自然的怨恨感，存於符合正義觀念的事情中。正義是更為重要的社會功利（但有時會退讓）為不僅是程度不同而且類別也不同的情感所捍衛，和僅僅提升人的快樂、增加便利的溫和情感不同³⁵¹。

貳、整合進自主判斷的利益衡量模式：何謂容許風險？

到這一段我們終於可以運用彌爾在《論自由》與《功利主義》裡的論述，來回答如何將自主判斷整合進利益衡量模式，並為容許風險的概念做定義。在正式進入此一議題的討論前，先就本文的兩個預設做說明（或者說，本文是用這兩項預設來詮釋彌爾的思想，並作為本文的哲學基礎）。第一項假設是「社會性」或

³⁴⁹ 彌爾認為以善還善和傷害概念仍有潛在的聯繫，蓋一個人若得到他人的恩惠，因此引起了他人施予救助的期望，最後卻不予回報，例如背叛友誼和背叛承諾，對人自然也是無比的傷害。不過本文認為，在彌爾並沒有對「恩惠」概念做清楚說明的情況下（他只提到「至少潛在地受到鼓舞」），直接同時將以善還善和以惡制惡作為正義的本質，恐怕還有待商榷。

³⁵⁰ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 84-86。

³⁵¹ 參照 John Stuart Mill 著，劉富勝譯，前揭註 243，頁 87-90。

「群體性」，亦即本文認為人無法外於社會與群體、需要在群體以及歷史脈絡下被理解，以及個人和社會之間的相輔相成；換言之，本文拒斥原子式的個人觀，認為社會的總體利益亦必須被考量，而不能僅是每個社會成員個別的利益加總。第二項預設是「人所要追求的就是幸福／快樂」，雖然之前本文也已提過，這正是彌爾被人批評邏輯跳躍之處（可欲的等於值得追求的？），但本文認為人活在世界上以快樂作為目標此項命題，在經驗上或者在應然面上都應該可以站得住腳；當然，什麼是這邊講的「幸福／快樂」，就是本文緊接著要討論的重點。以下本文分成三個子議題做討論：快樂及其「質的差異」、對社會「總體功利」的重視、效益作為人類「情感」的反映，但要注意的是這三個子議題之間具有緊密的關係，分開討論僅是為求行文方便而已，在思考上需一併理解，先予敘明。

一、快樂及其質的差異

前面已有提到，彌爾雖然和邊沁同樣都把效益（快樂）當成衡量道德的標準，但彌爾認為快樂不僅只在量上有所區分，在質上亦有所差別。雖然彌爾並沒有說清楚快樂的質與量應當如何綜合判斷³⁵²，但當把「質」的差異引進效益原則之後，彌爾即可以此為基礎，將正義、德性、自由等引入其效益主義的內涵之中，例如強調追求幸福的欲望藉由產生習慣進而形成行為意志，此一習慣可以形成確定性（規則），使得行為人自己和其他人可以透過此一規則開展生活³⁵³；又或者強調正義代表的是更重要的效益，因此其作為道德的「次級規則」原則上並不能隨意被違反，這些論述都比起邊沁的行為效益主義來的穩定（能夠建立規則，而不是僅考量特定行為的一時性後果），也能夠整合一般被社會所肯認的道德規範。因此，本文肯認論者所言，將彌爾的效益主義以「規則效益主義」稱之³⁵⁴。如此一

³⁵² 此一批評，參照張明貴，前揭註 247，頁 311-312。

³⁵³ 從這個意義來說，把此處習慣所帶來的「確定性」稱之為「期待」（以及他人因此而來的「期待的期待」），亦無不可。

³⁵⁴ 請參照註 254。

來，我們就能理解彌爾為何在《論自由》中，可以將自由的基礎建立在「最廣義的功利主義」之上了：此處「最廣義的功利主義」，就是指上述的「規則效益主義」³⁵⁵，亦即彌爾認為個人的個性充分發展是一個人幸福的必要部分，同時也是社會效益的必要部分³⁵⁶，不能被任意剝奪；既然如此，保留給個人的涉己領域，自然不能被多數專制所入侵。

但接下來的質疑是：既然彌爾認為道德第一原理還是效益主義（亦即，最終標準還是「社會總體功利」）的話，正義、德性、自由等價值依然可能會被更大的社會效益所取代不是嗎？彌爾勢必會大方承認：是又何妨？在上述彌爾釐清效益主義內涵並對批評予以回應時，就已經對此一疑慮做出回答，我們可以簡要統整如下：一，效益主義允許人享有德性、正義以外的價值，評價行為的正確與否本來就不可能僅憑德性、正義這些次級規則；二，透過考慮社會的長遠後果而不是特定行為的一時性後果，效益主義已經將此級規則本身作為一種（通常代表更大的）效益整合進去，但為了因應社會事實的複雜性，次級規則本身不見得永遠代表更大的效益，在特殊情況下自然也可能被取代。雖然這會造成標準一定程度的不確定性，但這是任何道德標準因應社會事實複雜性時的必然問題，而非效益主義所獨有；三，透過次級規則，我們在行為時會有一個重要的參考標準，並不是沒有時間計算效益；縱使沒有時間計算，效益主義反而更能適切表達人類生存於世的困境：基於未來的不可知性，我們最終總是得依照行為時的資訊，在諸多利益或次級規則的衝突中做出「選擇」。要做出選擇，我們總是需要一個最終的仲裁者，也就是社會總體功利本身。我們不否認這個仲裁很困難，選擇的結果也可能會有錯誤，但其他種直接以特定內容、特定權威來專斷認定道德與否的標準，難道會比大方承認利益可能發生衝突，因此必須要透過選擇與決斷的效益主

³⁵⁵ 如此理解，參照江金太，前揭註 255，頁 334-339。

³⁵⁶ 關於個人自由、個性自我發展與社會效益之間的關係，相關討論（自由到底是進步的工具，還是本身就是目的？），參照李西潭，前揭註 250，頁 58-59；明白採肯定見解者，參照張福建，前揭註 240，頁 110。

義來得優越、來得更不易被私人利用嗎³⁵⁷？



透過上開論述，我們可以更精確的說明自由原則與效益原則兩者之間的關係。正如彌爾所說，個性發展是每個人的幸福必要成分，但為了讓他人也有發展自己個性的機會，每個人的涉己領域自然必須被限制，而這個限制的理由即為效益原則（社會總體功利），在這個意義上來說，自由原則的確會被效益原則所限制。但是為了保留每個人的個性與生活方式，我們前面也已經提過，每個人在涉己領域內都能享有絕對的自由，在這個意義上來說，自由原則又不能被剝奪，因為這將使個人與社會的幸福（同樣也是效益原則的考量！）受損。這段看似相互矛盾的論述，其實可以整合理解為：涉己領域的「範圍」可以因為他人的利益而被限制（亦即每個人的涉己領域必須維持在一個衡平關係中，不可能無限發展），但涉己領域的「存在」本身必須是絕對的，才能讓每個人依其自己的方式存在於世。談到這裡，其實就可以帶出本文對於危險判斷的看法：之所以要讓危險自主判斷，是為了保留行為人的個性與生活方式（涉己領域的「存在」是絕對的）；之所以不同犯罪類型的危險容許程度會有所不同，是因為每種不同的犯罪類型保護法益不同，行為人的個性發展與相對利益的衡平關係自然也必須要調整（涉己領域的「範圍」是彈性的）。

二、社會的總體功利

彌爾在談社會的總體功利時，係以人的社會性或群體性為基礎（或預設）來

³⁵⁷ 當然，彌爾也提到高級快樂的決定者，是那些經歷過兩種快樂之後並做出選擇的人，從這個意義上來看，彌爾的效益主義似乎也是一種由菁英專斷決定的道德標準。本文並不否認此一質疑，但本文認為這並不是質疑效益主義的有力批評，理由約略有二：一，如前所述，專斷認定道德與否的問題同樣也在其他的道德標準中出現；二，這涉及到一個基本立場的選擇：我們要讓大眾自我決定、選擇社會的發展方向，還是必須由菁英份子作為導引其他人的先鋒隊？既然是一個立場的抉擇，本身並無對錯；況且本文馬上就會談到，彌爾非常重視個人的參與、選擇與自我成長，「決定什麼是高級快樂」與「是否可以強制他人追求高級快樂」是兩個不同層次的問題。彌爾雖然在前者偏向菁英主義的立場，但在後者明顯的偏向個人的自我選擇（這又回到了彌爾的反父權主義思想，以及重視自我發展的人性觀），要說彌爾是個徹頭徹尾的菁英主義者，恐非的論。



談的，而他的理由是「人類的社會情感、與同伴統一的渴望」，基於此，我們不可能不顧他人，而必須平等關注每個人的利益，用彌爾自己的話說來說，就是要「愛鄰如己」。暫且不管彌爾認為「對公共利益的追求是一種自然情感」是否過於天真，本文於此肯認人作為一種社會性的動物，必須在社會關係中方能被定義³⁵⁸。彌爾自己也知道「愛鄰如己」僅為一種理想境界，所以他指出必須透過外在制度協調個人與社會的幸福、透過教育培養關心公共利益的性格。不過彌爾對於群體性的高度重視，也引起了學說的批評：如果彌爾對於道德有那麼高度的要求（追求公益、積極參與公眾事務），這似乎和他在《論自由》中如此強調涉己領域的絕對自由（只要沒傷害他人，自掃門前雪又有何妨？）有所矛盾；就算把自由原則理解成法律責任（道德的下限）、功效原則理解成道德責任（道德的上限），這又會和彌爾在《論自由》中認為多數專制包含「輿論」的說法相違背。基此，該論者認為自由原則與功效原則應該被理解為同一層面的衝突性原則，我們要做的只是維持這兩者間的動態平衡³⁵⁹。類似的批評彌爾其實自己也有提及：效益主義是不是指每個人都要將自己的身心投注到總體幸福之中呢？

本文認為答案是否定的，自由原則與功效原則也應該是相輔相成，而非互相衝突，關鍵在於以「學習、參與」（這個觀念可以從彌爾的反父權主義思想，還有對於個性自我發展的重視推導出來）作為這兩者之間的中介。詳言之，我們的確可以分成兩個層次來討論彌爾的自由原則與功效原則，但並不是分成法律／道德責任，而是在同一平面上分析這兩個原則：彌爾鼓勵培養每個人關心公益的性格，也鼓勵每個人積極參與公眾事務（所謂「高級快樂」的層次），但達到此一目標的手段也僅能是「鼓勵」，而不是強制，因為我們必須尊重每個人的個性發展與自動自發，換言之，只要不傷害他人，各種個性與生活方式的選擇都應該被

³⁵⁸ 簡單來說，「人」之所以會有自己與他人之間的分別，自然必須要以「他人」的存在為前提，並且在自己與他人的關係中認清自己是什麼。如果沒有他人與社會的存在，事實上根本也不會有定義自己的問題。

³⁵⁹ 參照江宜樺，前揭註 241，頁 61-65、76。

尊重（所謂「自由原則」的層次），這也是為什麼彌爾認為多數善行「僅需確保不會冒犯他人權利」。基此，培養「高級快樂」的目標固然要追求，但不能透過強制的手段（即使這理由是「為你好」、「讓你獲得更高級的幸福」也不可以）而是必須由個人自己學習、成長來獲得（或者，這樣的「獲得」才是真「獲得」），才能兼顧個人的個性發展。這也就是為什麼彌爾在傷害原則之外，為什麼要限制政府干預人民事務（即使那些事情政府做得會比人民做得還好）、防止政府擴大職能的緣故：人民如不能親自參與，根本無法真的培養出關心公益的個人與社會。

我們可以再以彌爾在《論自由》中對於摩門教「一夫多妻」制度的看法作為佐證。我們都知道彌爾是一個相當重要的女性主義者³⁶⁰，提倡女性與男性之間的平等，也認為一夫多妻制會加深半個社會的束縛，但他卻堅決反對西方社會以文明之名強制干預摩門教社會。理由很簡單，不管西方社會再怎麼難以想像，只要摩門教社會的婦女都是自願的服從教義，那就不能動用強制力，而是僅能以鼓勵與宣揚男女平等觀念的手段，讓教徒們自行選擇他們的生活方式³⁶¹。這段文字更讓我們可以觀察到，彌爾對於多元文化和自主選擇的重視。

危險判斷的問題也是一樣：我們都知道冷漠、草率、魯莽都是可能會造成社會損害的一種性格，由他們自主判斷的確很可能不如專家做判斷來得更有效率、更能維護他人利益，但是改變此一問題的方式是透過教育而不是強制剝奪他們的個性與生活方式，唯有尊重社會的多元性，才能更增進社會「最廣義的功利」。

三、效益作為人類情感的反映

重視人類「情感」是彌爾思想的重要特色，也是他和邊沁之間的重大分野。

³⁶⁰ 除了受到妻子泰勒夫人的影響外，從他主張女子應獲得選舉權，以及晚年的重要著作《婦女的屈從》中都可以看得出來。

³⁶¹ 參照 John Stuart Mill 著，郭志嵩譯，前揭註 242，頁 129-131。

例如前述彌爾對於人類群體性的預設，就是來自於「人類的社會情感」，然後再推導出「平等對待每一個人的利益」此一命題。另外，也是因為彌爾認為情感才是推動人類的重要力量，正義並不是普遍的客觀實在，僅靠內省即能求得，而是來自於（基於「安全」此一重要功利而來的）強烈主觀感受，也因此正義規則在他的規則效益主義底下取得重要地位（但並不是最終的道德決定標準）；正義以外的一般社會效益，彌爾也認為其本質為人類情感，只是強度遠與正義感不同，屬於溫和的情感。結合「平等對待每個人的利益」和「正義感」這兩點，讓彌爾把康德的定言令式詮釋為「一切理性存在者應該根據有利於集體利益的原則來行動」：如果不是因為此一行為有利於社會的總體功利，他無法理解康德的定言令式的意義何在³⁶²。

此一對於情感的重視，對於本文的重要啟發有二：一，並不存在正義的普世基準，而是依隨著不同個人、民族的情感有所不同，也因此正義是多元的³⁶³，必須透過選擇而來，此一選擇的仲裁標準則是隸屬於此一社會的總體功利；二，前述對於「侵害他人的危險或實害」的客觀限縮角度，也可以於此找到切入點。詳言之，既然我們認為人類是情感的動物（如同前述，本文不採納康德意義下的理性主體概念，而是認為人類的任何生存方式都應該受到尊重，只要不傷害他人都是一種「理性」），也認為不同社會脈絡會造就不同類型的社會情感，自然每個社會所選擇的「正義」基準會有所不同，針對這些不同的選擇，我們都應該予以尊重。至於第二點則是以第一點作為基礎：既然正義（或一般社會總體功利）的本質是人類的社會情感，那麼這些效益之間的品質順位也會對應於伴隨的情感強度，否則我們無法理解同樣是對國家調查的妨害（或因此伴隨而來的資源耗費），

³⁶² 康德的定言令式來自於對於人類理性的預設，是屬於先驗的應然層次，和一個人的情感與快樂隸屬的實然層次並不相同，換言之，彌爾對康德定言令式的詮釋，事實上是站在完全不同的預設基礎（彌爾信仰的是經驗主義，且他認為可欲的等於值得追求的）做出來的，甚至可以說彌爾曲解了康德的原意。不過由於本文採取的是彌爾的預設基礎，故認為彌爾此一詮釋，尚屬可採。

³⁶³ 要注意的是，此處「正義是多元的」裡的「正義」，是就一般意義下的正義而言的，如果要堅持正義的不可妥協性（正義的獨一無二），彌爾認為此一意義下的正義就是社會總體功利。

為什麼偽證行為、誣告行為屬於刑事犯罪，但拒絕稅捐稽徵機關的調查卻僅需負罰鍰之責³⁶⁴，這也讓我們能夠解釋為何有「刑事犯／秩序犯」此一對張³⁶⁵。也因此所謂從客觀角度來限縮「侵害他人的危險或實害」，除了要排除「為使個人個性充分發展所必然的社會伴隨成本」外（例如前述提過的：參加競爭激烈的考試，使其他人因此落榜的成本，必須由社會予以承受），也必須界定哪些利益侵害雖須由法律管制，但僅屬於單純的行政利益侵害，而必須從刑法的法益侵害中排除出去。要注意的是，此處的「情感」並不是所有社會成員的任何情感，而是必須僅留下透過「社會總體功利」此一標準篩選後的效益，再由其情感強度決定其優先順序；因為如果不是如此，將會使得彌爾所反對的多數專制被引入，使少數人的利益受到漠視而被犧牲。此一說法似乎和我們一般對於（邊沁思想下的）效益主義有所扞格，但若我們能把握彌爾的規則效益主義立場，以及其認為快樂有質上差異的看法，上開說法反而才能真正契合「社會總體功利」的精神。

四、小結：容許風險的定義與自主判斷

到這裡，我們終於可以完整的說明自主判斷與容許風險的關係，以及容許風險概念的內涵了。基本上，容許風險指涉的是一個人被允許的理性行為，亦即合理展現個性與生活方式的範圍，之所以本文認為「自主判斷」可以整合進容許風險概念裡，前面已有提到，自主判斷代表的是一個人的個性與其生活方式（或者更直接的說，是一個人的「存在」本身），而每個人獨特的存在本身就是個人與社會不可被化約的幸福（不管是從人性觀論證還是效益論論證得到此一結論），換言之，不管可能被侵害的相對利益再大，自主判斷的權限都不能被犧牲。因此，保留一個人自主判斷的空間（涉己領域的「存在」本身）是容許風險概念的必然組成部分，立法者不能用自己或社會多數人的判斷取代行為人自己的判斷（即：

³⁶⁴ 參照稅捐稽徵法第 46 條第一項：「拒絕稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員調查，或拒不提示有關課稅資料、文件者，處新台幣三千元以上三萬元以下罰鍰。」

³⁶⁵ 此一對張涉及到刑事不法與行政不法的區分問題，本文於下一節會再做討論。

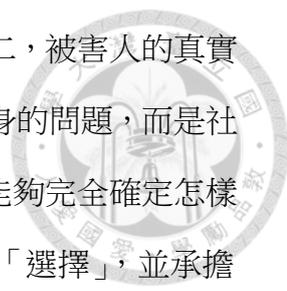
對實害是否發生的預測)，僅能就實害發生可能性到多少（即：風險大小）要予以管制這一點做規制。



不過，在人際交往關係上，每個人的個性都不可能真的毫無限制的充分發展，為了讓他人的個性也能夠發展（反過來說也一樣：不讓自己的個性發展空間被他人侵奪），個性發展的「範圍」勢必要受到限制，而此一限制的標準就是前面提到的「社會總體功利」（平等的關注每一個人的利益），亦即每個人利益之間的衡平關係。也因此，當一個人的涉外行為所可能侵害的相對利益越大，他對於此一衡平關係的破壞也會隨之越大，自然他被容許的涉己領域範圍也會相對縮小。

綜合以上兩點，本文對容許風險概念採取的是利益衡量模式，並且是整合進自主判斷（個人個性發展的涉己領域）的利益衡量模式：可能被侵害的相對利益大小雖然會影響到立法者或裁判者能夠容忍個人涉己領域的範圍到多大（即個人對於實害發生可能性的預測：「風險」的大小），但不會使得涉己領域的存在消失（即行為人個性與生活方式的完全抹滅）。另外，除了可能被侵害的相對利益大小會影響到涉己領域的範圍外，另外一個有重要影響的因素是：對於行為人主體性（行為人的存在本身）的尊重可以到哪裡；越不尊重個人的社會自然會越不願意保留行為人的自主判斷空間，甚至使得個人的涉己領域完全消失，但即使其理由是為了更能保護他人的利益（換言之，社會願意承擔的風險越小），但這也會是一個越不幸福、越沒活力的社會。至於特定行為所追求的利益大小（及其實現可能性），也可以被整合進個人個性發展的條件裡，亦即通常所追求的利益越大、越容易實現，對於一個人的個性發展或生活方式越有必要性，也因此此一行為越可能被允許、越可能屬於行為人的行動自由範疇。

至於前述利益衡量模式所受到的批評，大致有二：一，我們無法知道有／無



此狀態孰優孰劣，也無法知道特定行為對於未來的連鎖效應；二，被害人的真實意願被漠視。就前者而言，本文認為這並不是利益衡量模式本身的問題，而是社會生活複雜性以及未來不可知性的必然結果。詳言之，沒有人能夠完全確定怎樣做才會使未來比現在更幸福，我們只能依據行為時的資訊做出「選擇」，並承擔自己的選擇所帶來的後果。僅能依賴行為時的資訊（亦即：不完整的資訊）做選擇，雖然的確係依照虛擬（猜想）的資訊做利益權衡，但這正是人類生活將「未來」納入規劃的必然結果，而利益衡量模式提供了我們做選擇時的一項仲裁標準。至於就後者而言，本文認為就算風險承擔概念（詳下述）也不可能百分之百尊重被害人「真實」的意願（我就算闖紅燈，也不會願意發生車禍的），最終還是得依照規範的標準劃定出被害人意願被允許的範圍（如：闖紅燈者必須被認定為「同意」進入可能發生車禍的風險情境裡），換言之，只要是規範所做的決定，最終都是從一個外於「被害人」和「行為人」意願的「理性人」地位出發的。從這個意義來說，利益衡量模式並沒有漠視被害人的意願，只是為了維持行為人與被害人利益間的衡平關係，被害人同行為人一樣，都有部分的利益必須被犧牲而已。

參、風險承擔概念的可能問題

風險承擔概念係以被害人的意願為核心，取代利益衡量作為一個行為被容許與否的判斷標準。但本文認為，人際交往關係上雖然的確如主張風險承擔概念的論者所言，不能任意忽視被害人本身的意願與選擇，但也不可能僅憑被害人的意願來決定被害人與行為人之間的互動關係，否則此時被犧牲的將會是行為人的行動自由與開展自己個性的生活方式，反而使得行為人的利益被過度犧牲。詳言之，被害人在涉己領域內的自我選擇（如：選擇在颱風天去登山）的確需要尊重，本文也認同涉己領域的選擇既然涉及到個人的個性發展（而可被整合進本文所論述的利益衡量模式中），此時提供協助的行為人（如：陪同被害人上山的嚮導）

也不會因此被非難。至於行為人涉外領域的行為，如果真的完全不管行為人所認知的風險大小（對實害發生可能性的預測），將會使得行為人能夠拓展的生活領域受到過度限制，畢竟行為人、被害人都有權主張在發展自身個性的限度內來開展自己的生活，如果遇到衝突時，應該要考慮的是這兩者之間的利益衡平關係，而不是只從被害人的角度出發。

持風險承擔概念的論者未必沒有注意到此一衡平關係，但囿於理論限制，僅能以擴大認定被害人同意範圍的方式來處理。例如該論者所舉之例：甲在家裡開除濕機屬於普遍被接受的一般日常生活模式，故其對家庭成員乙和鄰居丙所製造的風險都應由乙、丙「自願」承擔³⁶⁶。問題是，如果真的要完全貫徹「真實的被害人意願」，乙、丙難道不能主張他們並不願意他人使用除濕機帶來的風險嗎？如果將「進入一般日常生活模式」等同於「同意」，幾乎已經趨近於認為被害人存在於世就必須接受日常生活中的各種風險，還能說僅考慮了被害人的「真實意願」嗎？論者雖然也強調，「進入一般日常生活模式」就要承擔風險的說法僅為一般情況，上例中如果家庭成員乙有明確告知甲其不願承受除濕機走火的風險，此種特別情況中甲就不能主張使用除濕機合於容許風險³⁶⁷。但如果對甲來說，家裡略有濕氣他就沒辦法睡得著覺，或是身體就會很不舒服，這個時候為什麼甲「一定」得受到家庭成員乙意願的拘束？如果全然只從被害人意願的角度切入，此時甲要嘛只能搬家，要嘛只能承受身體不適的痛苦，這樣的結果會不會反過來忽視了行為人甲本身作為一個人的主體性價值呢？正是因為主體間拓展外在自由時總是有利益衝突的問題，單純以任何一方的意願認定都會過度限制了另一方選擇生活方式與個性發展的自由；換言之，既然是「相互承認」對方的現實存有，被害人自然也有義務在一定的限度內承認對方的外在自由領域。因此，風險大小此一因素既然牽涉到行為人個性發展的範圍，自然不可能被放棄，只是此一範圍的設

³⁶⁶ 參照周漾沂，前揭註 317，頁 30。

³⁶⁷ 參照周漾沂，前揭註 317，頁 30。

定必須符合行為人與被害人之間的衡平關係而已，在此範圍之外的殘存風險若果真實現，就只能由被害人承擔。



當然，在設定此一範圍時並不是純依賴統計上的風險大小，而是衡平思考這是否為行為人發展其個性的必要範圍，因此必須由被害人承受。例如一個神槍手縱使其失誤率僅為萬分之一，他也沒有權利在大街上對機車騎士射擊，並主張其沒有射殺騎士的打算，只是單純想享受子彈從安全帽緣掠過的快感，畢竟想享受這種手段應該要去打靶場，而不是拿別人的生命當賭注。至於上開除濕機的例子，由於對於甲來說開除濕機已經是一個必要的生活手段，因此在風險極低的情況下，甲此一行為應仍合乎容許風險。本文也承認，要在兩者之間要取得衡平當然得考量諸多因素，且判斷上也並非明確，但邏輯上在進行風險分配時應該同時考慮雙方的利益與意願，才會是一個比較周延的作法。

第四款 小結：刑法上的危險定義

綜上所述，刑法上的危險概念必須要從刑事不法行為的定義（行為人對其行為會導致法益侵害有認知或認知可能性，而仍為之）來推導，也因此刑法上危險必須要依照行為時而不是行為後的資訊來做判斷。至於「判斷客體／對象」則係行為人所認知的心理事實，而此一心理事實包含行為人對於實害發生可能性的預測（自主判斷）；之所以保留行為人的自主判斷權限，是為了讓每個人都能保有自己的個性與生活方式，立法者或裁判者僅能就實害發生可能性到多少（風險大小）要介入做管制而已，不能以自己或社會多數人的判斷取代行為人的自主判斷。最後，判斷刑法上危險發生、容許與否的「判斷標準」是容許風險，而本文對於容許風險所採取的內涵是利益衡量模式，亦即必須維持行為人與被害人個性發展之間的衡平關係（社會總體功利）：當行為人追求的利益（及實現可能性）

愈大、侵害的利益（及實現可能性）越小，我們越可能將此一行為當成行為人拓展其生活方式的必要行為；反之，行為人追求的利益（及實現可能性）愈小、侵害的利益（及實現可能性）越大，我們越可能將此一行為認定為侵害他人個性發展的領域而予以禁止。換言之，涉己領域的「存在」本身（即：自主判斷的必要性）係絕對的，但涉己領域的「範圍」必須考量到可能侵害到的相對利益大小做調整（即：行為人與被害人利益之間的衡平關係）。

第三節 行為犯立法模式的必要性與正當性

前兩節談完不法行為與刑法上危險的意義後，接著就可以開始探討為什麼刑法要在實害犯的既遂、未遂犯之外，獨立規定危險犯的理由，亦即危險犯立法模式的必要性與正當性何在？不過在進入實害犯／危險犯這組概念的探討前，本文想先探討另一組（在通說定義下）意義不盡相同的概念：結果犯／行為犯，先行處理為什麼行為犯的「既遂」可以僅以行為的實現為已足，而不以結果的發生為必要？另外要先說明的是，此處本文提及的「行為犯」其實就是抽象危險犯（詳如下述），亦即要成立行為犯仍以具備法益的抽象危險為必要，而和學說上所講的「形式犯」（連發生法益侵害之抽象危險亦無必要之犯罪³⁶⁸）意義不同。

第一項 不以實害結果存在即已既遂的理由

第一款 原始的既遂意義

在上面那段的論述中，我們可以知道刑罰的正當性基礎和實害發生與否無關，但基於刑事政策上的需求，現行法依然區別了既遂犯和未遂犯的刑度。既然現行法下依然有既遂的概念，解釋論上自然不能置之不論。

³⁶⁸ 形式犯的說明，參照甘添貴（1992），《刑法總則講義》，再版，頁 67，台北：瑞興。



所謂既遂，最簡單的講法自然是指利益侵害實現而言，但要注意的是，一個不法行為之所以可以被認定為既遂，毋寧是因為此一行為「支配」了結果的發生（也就是具備條件因果關係），我們才可能將此一結果歸責在此一行為之上³⁶⁹。會要求行為與結果之間具備因果關係，亦可以從刑罰的預防目的推知，蓋如果某一行為對於結果沒有支配力，我們根本沒有理由要求行為人不做此一行為，否則也會造成對人民權利的過度干預（和我無關的利益侵害我也要為之負責，那我只好每天都不要出門），對於預防利益侵害也沒有幫助（如果不具因果關係，那刑法處罰我此一行為也沒辦法讓下一次結果不發生）。

第二款 行為犯與結果犯

但在實證法中，我們發現有些犯罪類型的「既遂」並不以結果³⁷⁰發生為必要，僅須行為人實行了符合構成要件描述的行為即已既遂，此種犯罪類型學說上稱之為「行為犯」。相對於行為犯，必須於結果發生後才能該當既遂犯的犯罪類型則稱之為結果犯³⁷¹。下一個問題是，為何行為犯的既遂不以結果發生為必要？

第一目 證明結果發生與否的困難性？

一個直觀的理由是，某些犯罪類型的結果發生與否難以認定，為了避免難以

³⁶⁹ 通說在因果關係要件之外又設定了客觀歸責要件，來處理結果是否可歸責於行為人的行為之上。對於客觀歸責理論的批評並非本文重點，本文對此一理論的簡短質疑可參註 221。

³⁷⁰ 依照通說的說法，此處所謂的結果包含實害結果和危險結果。

³⁷¹ 所謂的「結果」，通說似乎都沒有說清楚到底是指「法益侵害」，還是指「行為客體的變動」或是外在世界的變動（如林鈺雄，前揭註 222，頁 86：「結果犯，是指在法定構成要件中以「行為導致特定的外界變動（結果）」為成立要件」；頁 94：「危險犯只須行為對法益或行為客體惹起危險狀態，無待實害結果發生即能成立犯罪」）。如果僅以行為客體甚至外在世界的變動來認定結果，所有的行為犯都可能被解釋為結果犯（因為行為何嘗不是一種外在世界的變動？）。從刑法保護法益的角度出發，本文認為「結果」應該是指法益侵害本身，否則我們無從理解追究「結果」對於刑法歸責的意義何在？

證明而造成可罰性的漏洞，必須透過行為犯的立法模式予以規制，這樣的想法亦有學說見解予以採納³⁷²。問題是，某種犯罪類型在實體法上的設計是否正當，與證據法上能不能有效證明係屬二事，尤其在受現代法治國原則支配下的刑事訴訟法裡，我們已經明確採取了罪疑惟輕原則，亦即犯罪要件的證明負擔必須劃歸於國家負責³⁷³，在實體法層次輕易以「減輕證明負擔」作為理由將難以證明的要件刪除，事實上就是國家對於罪疑惟輕原則的退守，以及對於人民基本權利的侵害，甚至連帶動搖實體法上的罪責原則（讓人民為與其無關的犯罪負責任）。另外亦有論者明白指出，證明困難從來都不是決定可罰性範圍的重要因素，蓋最終的決定基準依然是法益保護需求與人民行動自由、程序上權利之間的權衡，證明困難至多僅為一個附帶的論據（作為加強或放棄法益保護需求的動機）而已³⁷⁴。基此，如果原始的既遂概念係以利益侵害為其內涵，我們不可能直接拿「結果實現與否難以證明」作為正當化行為犯立法模式的理由，而必須在實體法層次找尋其他論據。

第二目 擬制難以計算的侵害範圍

壹、概說：本文基本立場

前面已經提到，原始的既遂概念是指行為和結果（法益侵害）發生之間具有因果關係，因此能夠認定既遂的前提在於，在客觀上我們有辦法清楚的認定實害範圍以及因果關係。但是當實害範圍不確定的時候（例如公共危險），雖然現實上已經發生實害的部份要用一般個人法益的類型（如殺人罪、傷害罪）予以認定可能還不算困難，但真正困難的部份是追訴未遂責任的障礙（放一把火下去行為人到底有幾個殺人、傷害故意，恐怕行為人自己也不知道）。因此學說上即有見

³⁷² 參照林東茂（1994），〈危險犯的法律性質〉，《臺大法學論叢》，24卷1期，頁277。

³⁷³ 參照蔡聖偉（2008），〈論罪疑惟輕原則之本質及其適用〉，載於《刑法問題研究（一）》，頁11-13，台北：元照。

³⁷⁴ 參照薛智仁（2002），《參與群毆行為之處罰基礎與立法》，頁51-53，台北：學林。

解認為，為了能夠充分評價行為人的不法意志³⁷⁵，在技術上立法者將無法透過個人法益犯罪類型予以認定的未遂部分規定為行為犯(所以不以客觀上發生實害為既遂要件)，並且此種犯罪類型的保護法益已經超脫了個人法益，而係將不特定多數人作為一個利益主體的單位(也就是超個人法益)³⁷⁶。基此，行為犯作為一種針對超個人法益而來的特殊型態未遂，其既遂自然不以實害發生為必要。另外，既然行為犯係針對無法特定實害範圍的規定，那麼此種規範模式就應該僅出現在侵害超個人法益的犯罪類型，而不包括個人法益犯罪³⁷⁷。不過上開見解勢必引起一個質疑：前面我們既然已經確立「難以證明」並不能作為行為犯立法模式的正當事由，那麼所謂「追訴未遂責任的障礙」不也是「難以證明」的另一套說詞而已嗎？

本文認為，上開「追訴未遂責任的障礙」，是在確認行為人確有「侵害不特定多數人利益之認知」的前提下說的，所謂的「障礙」，自然是指無法確定「不特定多數人」到底有幾個人。雖然在邏輯上，我們可以依照行為人行為時所處的時空背景以及行為人的知識與所掌握的資訊，來推想行為人可能會有侵害幾個人的認知，但現實上要做精確的認定幾乎是不可能的任務(最誠實的行為人也只能告訴你：我只知道放這把火下去可能會傷害到不少人，但我不知道到底有幾個人)。如果我們完全回歸個人法益之罪來處理，最終的結果要嘛回歸罪疑惟輕原則而寬縱行為人的未遂責任，要嘛就是依照現有的證據來猜想行為人到底認知到會侵害幾個人，而讓行為人負擔不應該由其負責的未遂責任³⁷⁸。因此本文認為，此處追訴未遂的技術障礙和前述單純的證明困難確有不同，後者所指涉的範圍廣泛到連「行為人有沒有故意」都包括在內(但若因此把實體法的故意要件刪除，

³⁷⁵ 參照黃榮堅(2000)，〈論行為犯〉，載於《刑罰的極限》，頁225-227，台北：元照。

³⁷⁶ 參照黃榮堅，前揭註375，頁227-228。

³⁷⁷ 參照黃榮堅，前揭註375，頁236-239。

³⁷⁸ 刑事調查永遠只能在事後依靠證據「建構」行為時的「事實」，換言之，永遠是一種猜想。既然調查是由人而不是全知的神來負責，再精確的調查都可能受到其他因素的影響(例如破案壓力、輿論對於行為人的譴責等等)，使得證據往不利行為人(且有違事實)的方向解讀，進而造成行為人必須為其並未違犯的犯罪負責的風險。

當然絕對違背了罪責原則)，而前者則是在確認「行為人有侵害不確定多數人的認知」之後，所遇到的無法精確認定未遂個數的難題。為了能夠既充分評價行為人的不法意志，又可以避免過度擴張行為人的責任，本文認為行為犯的立法模式於此意義下確有必要性：將行為人對於不確定多數人的侵害認知擬制為侵害單一利益主體（社會）的犯罪類型；但要注意的是，行為犯要成立仍以行為人確有對不確定多數人的侵害認知為前提，否則行為犯立法模式的正當性即失所附麗。基此，我們不妨把行為犯理解為一種「擬制難以計算的侵害範圍」的立法模式，其作用有點類似「集合犯」³⁷⁹，只是集合犯是將基於單一概括犯意所為的多次同類犯罪行為擬制為單純一罪（換言之，其包括評價的作用係發生於時間的縱向意義上），而行為犯的擬制作用則是發生於時間的橫向意義上，但這兩種立法模式都有避免技術上的認定困難，以及避免擴張行為人責任的作用。

既然行為犯立法模式以「對於不確定多數人的侵害認知」為前提，本文也認同前開論者將此種立法模式限制在超個人法益犯罪的說法³⁸⁰，換言之，在個人法益之罪裡並不能僅以「證明困難」作為以行為犯予以規制的理由³⁸¹。此處的超個人法益犯罪類型，本文認為可以粗略分為兩種：一，典型的公共危險罪，其保護法益為不特定多數人的生命、身體與財產法益，其以行為犯立法模式予以規制的理由已如上述；二，其他的社會、國家法益之罪（如偽造文書、公務員收受賄賂罪等），雖然其牽涉的法益並非直接保護個人法益，但依然牽涉到不特定多數人（社會、國家成員）的利益，故仍有以行為犯予以規制的必要性與正當性。尤

³⁷⁹ 對於集合犯概念的說明，可參照黃榮堅，前揭註 85，頁 874-879。

³⁸⁰ 結論上同樣認為危險犯立法模式僅能適用於超個人法益的見解，參照李茂生，前揭註 152，頁 27、29-30。

³⁸¹ 此一命題是本文暫時的結論，但個人法益類型是否真的無法透過行為犯的方式予以規範，可能可以再進行思考。有些規定於個人法益罪章的犯罪類型，例如介紹墮胎罪或收受贓物罪，還能透過解釋將其保護法益認定為超個人法益，進而承認其性質為行為犯而非結果犯。但如（修法前的）妨害幼童發育罪、誹謗罪、與未成年人性交罪，由於涉及到客觀實害難以測定的問題，學說上可能會偏向解釋為行為犯。但下一個難題是：針對個人法益犯罪類型，我們能不能因為證明困難就將其解釋為行為犯？如果可以，正當化的論據又是什麼？由於此一問題和本文主題（遺棄罪）的關係不大，本文不再繼續處理。

其此類超個人法益並不能直接還原成個人「法益」（例如公共信用罪章保障的是法律交往的可靠性，但「法律交往的可靠性」並無法直接還原為個人的生命、身體、自由、財產、名譽隱私，不過其確與個人開展生活的「利益」有密切相關）、直接由個人法益之罪保護³⁸²，而更有另外以行為犯立法模式規制的必要³⁸³。

貳、解釋上的技術問題

不過上述對於行為犯立法模式的詮釋，可能會遇到如下兩個解釋論上的問題：一，如果行為犯作用僅在於包括評價難以計算的侵害範圍，那麼在每個個人犯罪的未遂條文後增訂對不特定多數人的未遂規定即可，為何需要繁複規定各種行為犯類型（如放火罪、決水罪等），而且為什麼這些犯罪類型彼此之間的法定刑差異甚鉅？二，如果行為犯是對不確定多數人的未遂犯的集合，本質上即為未遂犯，那為什麼還是有不少行為犯類型設有未遂犯的規定（如上述的放火罪、決水罪，放火罪甚至還有預備犯的處罰規定）？這些犯罪類型的既未遂之間又該如何區分？

先來談第一個問題。之所以必須規定各式各樣的行為犯規定³⁸⁴，一個可能的理由在於「確定行為規範」（詳下述），但本文認為更根本的理由是：既然行為犯

³⁸² 在牽涉到不特定多數人利益這層意義上，此類超個人法益犯罪類型確有在個人法益之罪以外獨立立法的必要，不過能不能直接將其視為對個人利益侵害「未遂」的集合，可能還需要再思考。不過無論是法律交往的可靠性（公共信用罪章）或是依法行政原則的維護（瀆職罪章），雖然要從客觀量定這些（極度抽象、精神化的）利益被侵害與否的可能性趨近於零，但如果我們將這些抽象、精神化的利益轉化解釋為間接保護不特定人的利益，因為僅為「間接」保護，我們自然也無法確定到底有多少人的利益因為行為人的行為受到影響。故至少就不確定有沒有被影響的部份，還是可以將此類超個人法益類型解釋為對不確定多數人利益侵害「未遂」的集合。

³⁸³ 對於此類超個人法益的理解途徑，尚有累積犯（單一行為或許對法益影響甚微，但可能誘發大量的同種類行為，使法益遭受難以回復的損害）或單次行為實害說（單一行為即可對法益產生實害，不需到系統運作嚴重受損的程度），但這些說法也都有各自難解的理論困境。簡要的介紹與批評，參照謝焯偉，前揭註 303，頁 14-15。

³⁸⁴ 此處對於「行為犯」規定的解釋策略，其實也是對於抽象危險、具體危險犯的解釋策略。雖然具體危險犯依照通說的看法係屬結果犯，不過依照本文的看法，具體危險犯並非不能轉化解釋為行為犯的一種（詳下述），只是此處因為行為脈絡的考量，暫且通稱為行為犯。

類型僅是一個對於不確定多數人利益侵害未遂的包括評價規定，立法者自然必須更細膩的依照各種行為類型可能波及到的利益範圍來做規範，例如同樣是放火罪，針對現有人所在／現無人所在的建築物、建築物以外的他人所有物放火，所影響到的利益範圍就有所差異，法定刑的刑度自然也必須隨著此一差異做調整。因此，立法者必須依照實證科學上的資訊，對於特定行為可能波及的利益範圍做評估，設計出能合理反映此一侵害範圍的構成要件和法定刑。就構成要件的部份，立法者也可能設計某些介於行為與法益之間的「中間項」，來確認波及範圍可能已達立法者的預估，這些中間項如放火罪的「燒燬」、刑法第 183 條的「火車翻覆」等³⁸⁵。另外，司法者在做解釋時，也必須探究立法者是依據哪些資訊與經驗法則來設計特定的行為犯類型，並在涵攝其要件時探究這些經驗法則的前提條件是否滿足（如對於建築物的放火行為具不具備「延燒可能性」），必須滿足了這些前提要件才能論斷行為犯確屬該當³⁸⁶。

至於法定刑的部份，一個可能的質疑是幾乎所有行為犯規定（尤其是公共危險犯）的刑度都比殺人罪來得輕，如何將其理解為對不特定多數人「殺人」未遂的集合？另外，傷害未遂、毀損未遂以及（所有利益侵害的）過失未遂行為原先都不被刑法處罰，行為犯立法模式將其納入規制會不會過度擴張刑罰範圍？的確，行為人對於某些個別利益侵害的認知強度可能僅達過失程度（例如放火行為的延燒範圍總有一定的界線，行為人對於越靠近延燒界線的利益侵害，其認知強度就越可能僅存過失），而原先過失未遂的行為在刑罰經濟性的考量下也是不處罰的（理由可能是從一般人的情緒觀點來看，會認為此種行為的可非難性較為輕

³⁸⁵ 此一觀念，來自於謝煜偉（2012 年 3 月），〈交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限〉，發表於：《第 19 屆政大刑法週研討會（控制、排除或包容：變動中之刑事政策走向）》，國立政治大學法學院刑事法學中心、國際刑事法學會台灣分會主辦，頁 14，台北。

³⁸⁶ 參照謝煜偉，前揭註 385，頁 15-19。謝煜偉老師稱這樣的危險概念為「立體化的抽象危險概念」，對於本文相當具有啟發性，也深表贊同。不過本於本文「主觀危險理論」的立場，此處「立體化的抽象危險」也必須從主觀危險理論的角度做解釋，亦即判斷客體必須係行為人於行為時所認知的事實以及行為人自己的危險判斷。

微，另外也可能是考量到舉證上的困難），但若過失未遂的影響的範圍擴及到不特定多數人的利益（可非難性自然比僅侵害單一利益的過失未遂行為來得高），在刑事政策上未必不能進行處罰；將傷害、毀損未遂納入處罰範圍，道理亦屬相同。至於刑度輕於殺人（或重傷害）未遂之間的原因，一個理由是部分行為犯類型立法者本就認為其可能的侵害範圍並不及生命或重大身體法益，另一個考量則可以從行為犯的主觀不法來思考：既然行為犯是對不確定多數人利益侵害未遂的集合，事實上就是把認知強度不一的多個侵害未遂行為擬制在一起給予單一評價，亦即可能包括原先在個人法益侵害上僅能論以過失的未遂犯，只是因為涉及到不確定多數人的利益，我們允許行為人自主判斷的權限範圍有所限縮，所以在主觀不法上所要求的認知強度亦隨之下降³⁸⁷；不過也正因为部分剝奪了行為人自主判斷的空間，在刑度上給予有利於行為人的優惠（而低於殺人、重傷害未遂的刑度）並非不能理解。基於上述認知強度上的差異，如果我們再從一般預防（一般人民不理性的情緒觀點）的角度來看³⁸⁸，行為犯的犯罪行為（如放火行為）和一般殺人未遂行為之間仍有差距（前者和死亡實害結果之間的密接性不若後者），也可以用以說明行為犯犯罪類型的法定刑為何低於殺人未遂。

再來處理第二個有關行為犯既未遂認定的問題。如同前述，本文認為行為犯僅是基於技術上的困難，所以在客觀上不再要求結果要件，但主觀上仍以行為人具備對於不確定多數人利益侵害的實害認知為必要；亦即行為犯的本質就是一種（針對不確定多數人利益）的未遂犯，不管是不是有另外規定未遂的行為犯類型，都必須以行為人已經認知到其行為將會侵害到不確定多數人的利益為前提。基此，本文認為有另外規定未遂的行為犯類型，所謂的「未遂」可以理解為僅是忠實呈現行為犯的未遂犯本質，至於其「既遂」規定則是以已經成立未遂犯為前

³⁸⁷ 此處涉及到前述本文對於容許風險概念的看法：個人的自主判斷權限範圍會因為涉及到越多人的利益而相對限縮，但不會限縮到零。關於故意與容許風險之間的關係，本文於第四章會再做更清楚的論述。

³⁸⁸ 若從理性的角度看，一個人只要認知到其行為將會導致利益侵害而仍為之，並已達風險失控的階段，不管其採取哪一種行為，可非難性皆應屬相同。

提，但額外再附加客觀上的要件（客觀上行為已然實現，或是用以推定危險是否發生的中間項確已成就）。詳言之，如以刑法第 173 條的放火罪為例，所謂的放火未遂係指「行為人認知到其行為將會導致有人居住（或有人所在）的建築物燒燬，並因此造成不確定多數人的利益侵害，卻仍著手為之」，至於客觀上建築物到底有沒有燒燬並非所問；至於放火既遂，則係指客觀上房子已經到達「燒燬」程度的情形。本質上本就是未遂犯的行為犯類型之所以還會有既未遂的區分，依然僅能從一般人不理性的情緒角度來理解：放火行為客觀上有達到燒燬程度和沒有達到燒燬程度，就一般人的情緒感受上的確有所差異，也因此就算在刑度上給予不一樣的待遇，應當還可以被接受³⁸⁹。

比較麻煩的是僅規定既遂犯的行為犯類型（如行使偽造文書罪），如果完全依照行為犯的本質，客觀上該行為實現與否即非所問；但如果從罪刑法定主義以及一般人不理性的情緒角度切入，客觀上就算無庸要求結果要件，至少也必須實現該行為才能論以既遂。以行使偽造文書罪為例，即有學說認為，所謂「行使」僅需「行為人認知到其已無法控制該偽造文書進入他人可得理解的狀態」即屬該當³⁹⁰，換言之，此一見解係忠實依照行為犯本質（未遂犯的著手概念）來做詮釋；但另有學說意見認為行使必須要綜合主、客觀予以認定，倘若該文書實際上尚未達到使人可能誤認的狀態，依然無法該當行使³⁹¹。最終，我們可以發現此一問題

³⁸⁹ 有論者認為在立法論上，不妨把放火罪的未遂規定予以刪除，參照林裕凱，前揭註，頁 74。不過其認為「燒燬」亦可一併刪除的見解，本文意見與其相左，因為我們若把「燒燬」作為認定危險發生與否的「中間項」，其仍應有存在的必要性。

³⁹⁰ 參照黃榮堅，〈論偽造文書之行使行為：評九十二年度臺上字第 2293 號等判決〉，《台灣本土法學雜誌》，54 期，頁 75-77。

³⁹¹ 參照吳耀宗（2005），〈影本（影印）在偽造文書罪之相關問題：評最高法院九十年度台上字第三二六一號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，126 期，頁 243-244。類似實務意見，可參考 72 年台上字第 4792 號判例：「所謂行使偽造之文書，乃依文書之用法，以之充作真正文書而加以使用之意，故必須行為人就所偽造文書之內容向他方有所主張，始足當之；若行為人雖已將該文書提出，而尚未達於他方可得瞭解之狀態者，則仍不得謂為行使之既遂。查上訴人既係僱用何某為其裝載私宰並加蓋偽造稅戳之毛豬屠體，欲運往三重市交肉商售賣，但於尚未到達目的地前，即在途中之新莊市為警查獲，是該私宰之毛豬，仍在上訴人占有之中，並未向他方提出任何主張，顯未達到行使既遂之程度，殊為明顯，自不能依刑法第二百十六條之規定對之處罰。原判決按行使偽造公文書論處上訴人之罪刑，顯有適用法則不當之違法。」

其實是「貫徹行為犯立法作用」與「罪刑法定主義」之間的權衡：如果純以行為人的主觀認知來認定行為犯的「行為」，有可能已經脫離了一般人對於構成要件的理解（客觀上總是要有個看起來像是「行為」的事態），而有違背罪刑法定主義之虞；但如果總是要到客觀上行為確實實現方能處罰行為人，又會造成法益保護的漏洞（這次火沒放成，讓行為人下次繼續放？）。本文認為，此一權衡問題的解決必須要回歸個別的行為犯類型逐一檢討其要件，有沒有可能對於文義做最廣義的解釋（亦即將行為的「客觀實現」做最廣義的理解），使其不違背行為犯的未遂犯本質；但鑑於罪刑法定主義是刑法最重要的原則，如果擴張解釋已經逾越了一般人可得理解的文義範圍，那麼即使會造成可罰性漏洞也不能進行處罰。於此本文自然無法通盤性的解決此一問題，不過這並不影響本文將行為犯的本質詮釋為（對不確定多數人利益侵害的）未遂犯，也不影響行為犯主觀上仍應以行為人對於不確定多數人利益侵害的實害認知為正當化要件。

第三目 確立行為規範？

學說上有認為，行為犯的立法模式除了有評價不法意志的作用之外，同時也有透過特定行為模式的規定以強化刑法行為規範的作用³⁹²。學說因此也從強化行為規範的角度出發，認為危險犯立法類型既然是立法者有意貫徹法規範行為指導功能的產物，要反證推翻具備危險故意的情形應屬極端例外³⁹³。

本文認為，行為犯的立法模式最主要的意義如上所述，在於行為人不法意志的完全評價，至於行為規範的強化，頂多只能說是個附帶功能，否則殺人罪就不應該規定的如此簡單，而應該增設諸如「意圖拿水果刀砍人者」、「意圖將人推下懸崖者」等作為所謂「行為規範」的規定。既然行為規範的樹立不應該是行為犯

³⁹² 參照黃榮堅，前揭註 375，頁 231；薛智仁，前揭註 374，頁 99。

³⁹³ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 449-451。

立法模式的主要目的，上開學說對於「為了貫徹行為規範指導功能，所以反證推翻危險故意的情形應屬極端例外」的說法就很值得懷疑。如果說危險故意在現實上難以推翻，前提必然是該行為犯（抽象危險犯）規範的行為類型具有相當高度的危險定型（統計上普遍可以被接受的危險性），使得行為人只要知道他做了此一行為就通常代表具備實害故意，上開學說的說法才能被接受，否則無疑是為了貫徹行為規範的功能而取代了對於行為人故意的實質判斷。此一問題同時也涉及了刑事不法與行政不法的區分界線：為了維持行為規範的效力（或上述的學說看法：貫徹行為規範的指導功能），在制裁規範層次上何時（或是否）可以動用刑罰，何時又僅能動用行政罰呢？這個問題和行為人的自主判斷密切相關，本文以下會緊接著再做說明。

第二項 刑事不法與行政不法³⁹⁴

就此一議題，本文並無意完整耙梳學說與實務上的說法，而係將論述重心擺在本文所關注的焦點：自主判斷與刑事不法的關係。詳言之，依照前述本文對於刑法上容許風險概念的理解，允許行為人自主判斷是判斷容許風險的必要條件之一，但在現代社會裡，我們可以觀察到國家透過許多行政法上的規定，在許多場域（最典型的自然是交通場域）裡強制人民必須依照國家的指示來行動（不得超速、不得跨越雙黃線等等），直接剝奪人民的自主判斷權限（例如：人民不得主張跨越雙黃線不會造成侵害他人利益的危險，除非另外符合行政法上的阻卻違法事由³⁹⁵，否則此一行為該當行政不法）。這些剝奪人民自主權限的行動指示規定，

³⁹⁴ 此處所謂刑事不法與行政不法，係以違反行為規範後可能導致的法律效果來區分：若以刑罰處罰表示該行為為刑事不法行為、若以行政秩序罰處罰則為行政不法行為。學說上於此處用語極其分歧，諸如「法定犯」、「行政犯」、「行政刑法」等，但這些用語究其實指涉的仍是刑事不法行為而非狹義的行政不法行為（秩序違反犯），故本文此處不使用這些概念。學說上之所以會有用語的誤用，和德國刑法將違警罪從刑法中劃出另定秩序違反法的發展有關，此處不贅。對此，可參照林山田（1989），〈行政刑法與行政犯辯正〉，《法令月刊》，40卷9期，頁19-21；陳文貴（2007），〈從行政罰看行政不法與刑事不法之交錯〉，《法令月刊》，58卷11期，頁41-44。

³⁹⁵ 如行政罰法第11-13條之規定。

無疑也是作為保護人民利益而存在的「行為規範」（不讓人民超速開車，背後的目的不也是在防止撞傷或撞死他人？），似乎和刑法的行為規範目的（「合比例的法益保護」³⁹⁶）沒有不同；但為什麼針對這些行政法上的行為規範，我們都會認為不能動用刑罰來因應呢？一般常聽的理由可能是「比例原則」或是「刑法謙抑性」，這樣的說法不能說錯，但仍然沒能給我們一個較為具體界分刑事不法與行政不法的標準，而可能造成國家透過行政法令不斷侵蝕個人依其自主判斷行動的空間。基此，本文希望能在此稍微花些篇幅，對刑事不法與行政不法之間的界線提出相對具體的標準，以捍衛人民能夠依其自主判斷而行動的空間。

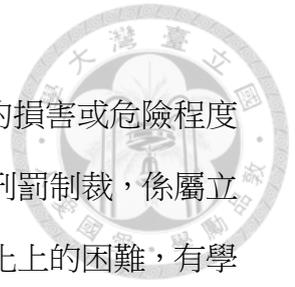
第一款 學說概況

對於刑事不法與行政不法的區分，學說上早期採納的是「質區分說」，亦即認為刑事不法行為屬「自體惡」（*mala in se*，行為本質即具惡性，不待法律規定），和行政不法行為屬「禁止惡」（*mala prohibita*，行為之惡性係源自法律禁止）有本質的不同，前者具有倫理上的非難性、侵害法益並造成個人或文化上的損害，後者則僅侵害行政利益（*Verwaltungsgüter*）而屬對於法規的單純不服從，並不具有倫理非價（*ethische Unwert*）與文化的受損性（*kulturelle Schädlichkeit*）³⁹⁷。惟倫理非價的標準會隨著時代的變遷有所改變，況且行政不法行為未必不具有倫理上的可非難性，以「倫理非價」或「文化受損性」來區分二者並不清楚；此外，二戰之後福利國家理念不斷發展，基於保障社會福利及民生必需之使命，國家對於經濟、環境、交通、衛生等領域亦開始積極以刑法介入，使得質區分說的界限更加難以維持³⁹⁸。

³⁹⁶ 關於刑法上行為規範與制裁規範的意義，可參照蔡聖偉，前揭註 235，頁 74-76。

³⁹⁷ 參照陳文貴（2008），〈談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限：行政法學與刑事法學的對話〉，《法學新論》，4 期，頁 113-114；更詳細的理論介紹，參照林山田（1976），〈論刑事不法與行政不法〉，《刑事法雜誌》，20 卷 2 期，頁 39-44。

³⁹⁸ 洪家殷（1996），〈論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限〉，《東吳法律學報》，9 卷 2 期，頁 95。



量區分說則認為，刑事不法行為與行政不法行為僅在行為的損害或危險程度上有所不同，並不具質上的差異³⁹⁹，故不法行為應受行政罰或刑罰制裁，係屬立法者的政策決定⁴⁰⁰。此說似已成為學說上的多數，不過鑑於量化上的困難，有學者提出所謂的「質量兼差」（或稱「質量混合」gemischt qualitativ-quantitative）理論，亦即二者在「核心領域」（Kernbereich）仍存有質的差異（刑事不法的核心領域為「純粹的倫理非價、保護社會生活之基本價值」；行政不法的核心領域則係「純粹的技術性行政不服從」），但在「邊界地帶」（Grenzbereich）僅只有量上的不同，立法者享有一定的裁量空間⁴⁰¹，如司法院大法官釋字第 517 號解釋理由書所述，立法者有權衡諸「事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果」選擇採取刑罰或行政罰，只要不逾比例原則即屬合憲，但須特別注意刑法的最後手段性原則⁴⁰²。質量兼差理論雖然試圖綜合質、量因素提出較合理的標準，但依然沒辦法解決兩種區分說的原有缺失：如何從質的角度（倫理上可非難性）界定「核心領域」、如何從量的角度（損害或危險之程度）合理限制立法者的裁量範圍？⁴⁰³也難怪即有論者認為，以實務運作的比例原則觀之，上開標準仍流於不確定法律概念之空洞化⁴⁰⁴，在無法提出明確標準的情形下，只是將問題丟給立法者並無法解決問題⁴⁰⁵。另外，雖有論者希望以刑法的法益概念為中心提出較具體的區分標準⁴⁰⁶，但是法益／行政利益並非如此截然二分，尤其在國家管制的範圍日漸擴張後，傳統法益概念的界限已經有所動搖，故行政不法行為也有

³⁹⁹ 參照林山田，前揭註 397，頁 38-39。

⁴⁰⁰ 參照洪家殷，前揭註 398，頁 100。

⁴⁰¹ 參照洪家殷，前揭註 398，頁 96-97。

⁴⁰² 參照蘇俊雄（2001），〈論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限：評最高法院八十九年度台非字第八七號判決〉，《月旦法學雜誌》，73 期，頁 157。

⁴⁰³ 參照洪家殷，前揭註 398，頁 102-103。

⁴⁰⁴ 參照陳文貴，前揭註 397，頁 119-120。

⁴⁰⁵ 參照洪家殷，前揭註 398，頁 99。

⁴⁰⁶ 其見解簡述如下：刑法已規定的個人法益犯罪縱再以行政法規加重，原則上合憲；社會法益保護的既然是公眾安全，必須限於已對公眾產生直接的實害或危險，且除刑罰制裁外別無其他選項時（刑法的最後手段性）始可；至於國家法益或行政法益，除非憲法上賦予國家對於人民的請求權已達到無從實現的程度時，使用刑罰方屬合憲。參照陳文貴，前揭註 397，頁 122-126。

侵害法益之可能⁴⁰⁷。雖然上開論者另有指出，必須限於「直接」侵害法益才能動用刑罰，但何謂「直接」、「間接」，其並未提出更具體的說明。



綜上，我們可以發現現行的學說見解尚未為我們提出一個相對具體的標準，更由於此一爭議已經超過百年，也難怪早在 1845 年德國學者 K. Köestlin 就稱其為「導致法學者絕望的問題」⁴⁰⁸。本文認為，我們不妨探究「行政」（國家對於人民生活的積極干預）是如何產生的、其本質又是什麼，或許就能提供一些線索以利我們找出更具體的區分標準。以下，本文即從歷史與社會學的角度，對此點進行說明⁴⁰⁹。

第二款 行政管理的誕生：國家對於人民生活的積極干預

依照 Zygmunt Bauman 的說法，現代性的出現就是從蠻荒文化（wild culture）向園藝文化（garden culture）的轉化過程，統治者在裡面的角色也從「獵場守衛」轉化為「園丁」⁴¹⁰。限於篇幅，以下本文分就蠻荒文化的特徵、向園藝文化轉變的動力以及園藝文化有異於蠻荒文化的特徵簡述之。

前現代人類社會的特色是「共同體」，亦即透過「高密度社交性」（dense sociability）來保護自己的安全，因為在共同體中能夠使「他者」始終處於社會的「眼界之內」（within sight），使成員們彼此之間大都互相熟悉，在他人的凝視

⁴⁰⁷ 參照洪家殷，前揭註 398，頁 106。

⁴⁰⁸ Köestlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, S. 28 1845.轉引自林山田，前揭註 394，頁 20。

⁴⁰⁹ 一個方法上可能的質疑是，此處所謂的歷史和社會學的觀察，其實是西方的歷史和社會學的觀察，去脈絡化的將這些觀點適用於我國，並沒有辦法真正觀察到我國文化下的獨特問題。本文認為這個質疑的確是一個必須被納入考慮的問題，不過我國作為西方法制繼受國，所引進的法律應仍可回歸西方文化本身進行觀察，相關的歷史和社會學研究仍有一定的參考價值。當然繼受的法律必然也會受到繼受國本來的傳統法制文化影響，這個部分限於能力，也只能暫且擱置不談，先予敘明。

⁴¹⁰ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯（2002），《立法者與詮釋者》，頁 50-51，台北：弘智。

(gaze) 下生活，「透明性」是這個生活方式下的自然產物。但也因為如此，目光的有限性限制了共同體的發展⁴¹¹。另外，前現代的權力關係涉及的與其說是人，不如說是對物的佔有，統治者的權力僅展現在在社會剩餘產品的再分配（強制生產者以有利於統治者的條件交出來），但並不關心具體的生產過程。此時統治者與臣民之間僅為一時性的暴力關係（讓生產者相信反抗是愚蠢的行為），故需經常的透過儀式展現權力（被「看到」），觀看者並無權勢；此時臣民的日常生活雖然也受到監視，但如上所述，是一種共同體成員之間的分散的監視⁴¹²。此時的統治者（獵場守衛）欠缺目的性的干預行為，而僅確保從物之永恆不變的自然習性（注意 nature 這個字）中分享資源，防止盜獵者闖入⁴¹³。

但在十六世紀這個世界受到了巨大壓力：人口數量暴增、土地所有權的重新分配（封建制的衰弱）、農業技術與耕種效率的提高，使傳統的鄉村共同體無法吸納新的勞動力、養活新的人口。共同體原有的監視手段對於因此突然暴增的「無主之人」（masterless men）、「流浪漢」（vagabond）無能為力，這些到處移動的人造成恐懼與憤怒，也因此被視為危害社會秩序的危險階級。因此，此時產生了對於新的社會控制與社會權力配置技術的需求，以重新恢復流浪者們的「能見性」（visibility）⁴¹⁴。這時候的權力特徵大致有三：一，出現新的社會凝視技術，其權力代理人（agent）不再是共同體的成員，而是國家；二，強制性監禁的發明，使流浪漢被置於嚴格的控制之下（再度變「透明」），監獄、醫院、精神病院、救濟院、少年感化院都屬於社會控制機制的一環，也就是邊沁著名的「全景敞視監獄」（panopticon），在這種控制機制中，作為權力客體的多數被永遠放入「被監視者」的位置，國民的生活方式遭受嚴密控制，身體活動被賦予合乎規則的節奏，他們的意願受到漠視，變成被權力關係所界定的相同範疇的類屬；三，上開的不

⁴¹¹ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 50-52。

⁴¹² 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 62-63。

⁴¹³ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 71。

⁴¹⁴ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 53-59。

對稱權力機制（監視者／被監視者）中，監視者的位置被要求放入專家，以使不完美的個體（人類的有限性、缺陷）可以依照專家所認為適當的行為模式被再塑造，以追求社會的共同利益，換言之，知識賦予權力正當性與有效性⁴¹⁵。

上述的新型權力即為傅柯所稱的牧人式與思想改造式的權力，而且是國家的（有異於教會的）牧人式與思想改造式的權力，它的目的在於每個人的至善，使臣民從一種生活方式轉向另一種，且認為自己才是更理想生活方式的認知者與實踐者，而臣民欠缺提升自己層次的能力；當臣民承認統治者的優越性，權力持有者與臣民之間的裂縫更進一步的強化與永久化，臣民不得不承認國家及其委任的專家比他們更清楚什麼對臣民更有益⁴¹⁶。這種國家的牧人式權力正是現代國家（園藝文化）的新定位角色：園丁，亦即田園無法僅依靠自身的再生產維持平衡，而需要園丁對於田園進行永恆的管理與監視，為了維持社會秩序，國家的權力不可或缺⁴¹⁷。這種權力有異於前現代（一時性、暴力、儀式性的力量），是一種連續、永恆、單向的權力，其對象也轉向為人類行為，而（至少重點）不再是物⁴¹⁸。談到此，我們已可發現現代國家和前現代的差別即在於：前者展現了對於人民生活（永恆的）積極干預。

我們還可以用理性（*reason*）與激情（*passion*）的對立來理解人為社會秩序與自然的關係。後者是危險階級的天性，必須要進行改造以維護秩序；為了進行控制，原本被視為激情一部分的利益（*interest*）被社會所推動，將利益行為視為有益於社會的行為，並因此區分出兩種階級的人：「上位者」（*better man*）的利益行為才是成為秩序社會的基礎，對抗由激情所推動的危險階級。園丁（國家）

⁴¹⁵ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 57、60-66。

⁴¹⁶ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 66-68。

⁴¹⁷ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 70-75。

⁴¹⁸ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 64-65。

的任務，正是要將人類從激情的可怕力量中解放出來⁴¹⁹。始於十六世紀的「有教養的菁英文化」與通俗文化的決裂，也反映出國家承擔了園丁的職責與思想改造功能，「人」已明確分裂成推動社會的主體與被推動的客體，後者僅能由訓練有素的專業行政官員指導，改造人類的靈魂和肉體⁴²⁰。近代菁英（如啟蒙哲學家，具有理性能力、能引領社會者）認為自己在通俗文化毀滅後應擔任社會的教育者，國家有權利和義務形塑其公民（*Bildung*），意味著管理社會（*managed society*）的概念與實踐。啟蒙哲學家成功從舊時代的教士（代表教會）與老婦人（代表地方共同體權威）手中取得知識統治權，確保擁有國家權力來教化民眾，但弔詭的是，所謂的「教育」卻是對學生進行觀察與監視，使學生學會服從與紀律、提高其行為的徹底可視性⁴²¹。我們以為啟蒙使人類從黑暗走向光明，但究其實質不過是因應共同體崩解後的危機，重建新的社會秩序的計畫綱領而已；僅有統治者（開明君主、立法者的牧人式權力）需要被啟蒙，臣民（暴民、危險階級）則需要受訓練（監視、規訓）以成為有紀律的人，使後者易於預測、易於管理⁴²²。這種權力與知識的結盟主導文化（*culture*，此一概念總與土地的耕耘有關）的「被發現」，將人類生活和行為視為有必要塑造之物，以防出現有害社會秩序的形式⁴²³。

綜上，行政管理（對人民生活的積極干預）的誕生，可以說是現代國家產生之後的事情。我們一般認為行政的目的在於危險的預防與公共利益的追求，這些說法都可以從上面的論述中找到其開始發展的原因（重建社會秩序、國家的牧人式權力）。本文並不反對行政管理對於國民的必要性，畢竟現代社會裡國家對於人民生命的照管的確提昇了人民生活與環境的品質（壽命的延長、受教育程度的普及、一般經濟條件的確保等等），我們對於這些利益的重視也加深了我們對於

⁴¹⁹ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 75-81。

⁴²⁰ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 87-88、94-95。

⁴²¹ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 98-103。

⁴²² 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 106-109、116-117。

⁴²³ 參照 Zygmunt Bauman 著，王乾任譯，前揭註 410，頁 139-141。

行政管理的依賴⁴²⁴。此處本文只是想特別強調，如果行政管理除了追求公共利益之外也隱含了社會規制的面向，那麼如何防止國家權力肥大化、防止國家日漸侵奪人民生活的自由生存空間，就會是我們界定刑事不法與行政不法時無法迴避的課題。就行政不法如何限制的部份本文無法處理，以下本文會將重點放在刑事不法與行政不法的界線上，避免國家動輒以刑罰因應單純的行為義務違反，而違背刑法應有的謙抑性原則。

第三款 刑事不法與行政不法的界線

依照上一款本文對於「行政管理」本質的描述，國家之所以對於人民生活積極干預，毋寧是為了鞏固社會秩序以追求公共利益，因此國家會要求人民按照由國家事先劃定的行為規範（利益極大化的風險分配規則）來做事情，例如進入交通場域時必須要遵守交通規則，人民不能主張自己即使超速、闖紅燈、跨越雙黃線、逆向行駛，也不會造成其他用路人的危險。換言之，行政不法行為單純僅以規範違反（單純不服從）為要件；但刑事不法行為如本文前面所述，必須以行為人自主判斷會發生實害為要件，其背後的考量亦如前述，在於維持每個人開展自己的生活方式與個性⁴²⁵。

之所以要留給刑事不法行為人一個自主判斷的空間，我們也可以從歷史的角度做觀察：國家的刑罰權力是在啟蒙時代之後才開始逐漸受到節制，換言之，是

⁴²⁴ 這樣的依賴基本上也無所謂對或不對，而只是人民自己的選擇。例如電腦與手機的日新月異與大量普及，從本文的觀點來看，毋寧只是加深了人際間交往的疏離性與虛擬性，並且透過對於消費者消費慾望的培養（並披上「消費的自由選擇」的美麗外衣），更鞏固了少數精英階級對於社會大多數資源的佔用。但既然電腦與手機已經被絕大多數人民認為是開展自己生活的必要條件，我們也只能尊重多數人民的自我選擇，以及相應而來的社會型態。同樣的，既然人民已經選擇了由行政專家來指導我們形塑生活，以追求利益極大化，對於此一現實（多數人民的自我選擇）規範解釋者自然也必須尊重。

⁴²⁵ 刑法上容許信賴的判斷之所以不能僅因違背義務即認定為超越容許信賴，背後的法理是相通的。類似的論證，參照黃榮堅，前揭註 218，頁 303-304。

人民向國家抗爭之後所得到的成果⁴²⁶，保留人民自主判斷的空間也是保留給人民一個（抗爭之後好不容易得到的）抵禦國家權力的防衛權利；但行政管理基於其積極干預以及以專家判斷取代理為人判斷來追求公共利益的本質，人民抵抗行政權的武器就無法是自主判斷，而是比例原則。基此，我們即可劃定出刑事不法與行政不法的界線：前者必須以行為人自主判斷為要件，後者則屬絕對不容許行為人自主判斷的行為規範，而不是以法益／行政利益來做區分，故「貫徹行為規範的指導功能」（以限制行為人的自主判斷）也就不能作為刑法以行為犯（抽象危險犯）進行規制的理由，至多在構成要件具備足夠危險定型的情況下作為附帶功能；若要強化特定行為規範的效力，要求人民一定得遵守特定的行為方式，則僅能透過行政罰的手段來貫徹。這樣我們就能理解，為什麼同樣是保護生命、身體法益，殺人罪與傷害罪以實害故意為前提，但行政法上的超速規定卻不容許行為人自主判斷。當然，何謂「自主判斷」也是一個問題，我們可以把這個問題轉化為：行為人的認知強度要到多少才會超越刑法上的容許風險？這一點，本文留待於討論危險故意概念時再一併處理。

最後要說明的是，本文上開說法雖能從主觀角度為刑事不法與行政不法的界線劃定較為具體的標準，但如何從客觀角度（亦即：對何種「利益」的侵害需自主判斷？）找出區分刑事、行政不法的具體標準，本文對此一難題依然無能為力，最終還是僅能訴諸社會對於利益的情感強度來區分刑法法益與行政利益⁴²⁷。不過既然本文於此處的目的僅在強調自主判斷在認定刑事不法上的重要性，就客觀面

⁴²⁶ 罪刑法定主義、罪刑相當原則等近代重要刑法原則的強調，可參貝加利亞著，李茂生譯（1993），《犯罪與刑罰》，頁 10-11、94-96，台北：協志。雖然這些刑罰權力的節制，背後可能代表的是深層權力運作機制的轉換，以及權力更為經濟的運用方式（參照 Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯，前揭註 288，頁 79 以下），但本文認為謙抑性要求依然是啟蒙之後刑法必須受到的限制，以保障（即使只是表面上的）人民自由開展自己生活的空間。

⁴²⁷ 可一併對照本文前述對於容許風險概念的論述。對於應使用刑罰或是行政罰的考量因素，可參林山田（1990），〈使用刑罰或秩序罰的立法考量〉，《刑事法雜誌》，34 卷 1 期，頁 2-5；洪家殷，前揭註 398，頁 105-108。可以稍加附帶補充的是，學說上多有提及「管制效果」、「權力分立」等作為動用刑罰或行政秩序罰的考量因素，將這些因素納入考量本文並不反對（尤其是客觀面上兩者難以區分的模糊地帶），但在考量時仍應以人民的權利保護為優先，而不能單純基於國家管制的方便或迷信嚴罰化的心態而來。

如何區分刑事、行政不法，也就無庸再做深入討論。



第四款 刑事不法與行政不法的模糊化：以不能安全駕駛罪為例

即使不採納本文對於刑事、行政不法區分界線的看法，我們依然能看到學說上多有努力提出其他標準區分這兩者的嘗試，但這樣的嘗試似乎在二十世紀末開始發生倒轉，我們反倒可以觀察到刑事不法與行政不法的模糊化，亦即原先僅為行政秩序上不法行為被轉化為刑事不法，尤其是有關交通領域的刑法規定⁴²⁸；其中更以不能安全駕駛罪（刑法第 185 條之 3）是極佳的觀察適例，不管是故意的認定、證據規則的使用（即所謂絕對、相對不能安全駕駛的區分⁴²⁹）、刑度受到重大社會事件而加重，一直到研擬修法將酒精濃度直接訂立成構成要件⁴³⁰，都是值得再三思考的問題。

若從本文的立場出發，行為犯（抽象危險犯）立法模式的正當性並不是建立在剝奪行為人的自主判斷權限，而是作為擬制不確定侵害範圍的未遂犯。基此，直接將（並非侵害「不特定多數人」生命、身體法益的）酒駕行為入刑化，要不就是將一般的故意殺人、過失致死罪轉化為不容行為人自主判斷的危險犯，要不就是將不能安全駕駛罪的保護法益定位於社會的不安全感，問題是「社會的不安全感」果真具備法益適格？本文認為，不容許酒駕行為人「自主判斷」，可能是考慮到喝酒的人都會自認「我沒醉」，讓行為人自己判斷已經超越了容許風險。

⁴²⁸ 日本近年也有類似現象，參照謝煜偉（2009），〈檢視日本刑事立法新動向：現狀及其課題〉，《月旦法學雜誌》，165 期，頁 155-159。

⁴²⁹ 有趣的是，實務上僅在「服用酒類」的情形有所謂絕對不能／相對不能的區分，因為其他原因（服用藥物、毒品等）而不能安全駕駛的情形卻僅有相對型。

⁴³⁰ 〈酒駕致死 修法通過 最重判十年〉，中時電子報，2013/06/01，網路資料：<http://news.chinatimes.com/focus/501013568/112013060100106.html>，最後瀏覽日期：2013/06/05。依照最新修法通過的版本，不能安全駕駛罪的刑度不但再往上加重，更正式將酒精濃度數值規定於構成要件之中。

問題是，如果真的已經超越了容許風險，那為什麼不能回歸故意、過失致死罪⁴³¹來做處理？尤其要注意，所謂的自主「判斷」從來都不是行為人嘴巴說的算，而是必須實際探究行為人究竟有沒有合理的依據主張其無實害認知，縱使酒駕者說「我沒醉」，行為人仍可能已經察覺到自己的控制能力有所下降，此時我們仍可說其對於可能發生車禍有預見（可能性），換言之，這是個案證據認定的問題。但透過不能安全駕駛罪的制定，再搭配部分實務、學說將酒精濃度達到一定數值之上即認定為絕對不能安全駕駛的見解，不但硬生生剝奪行為人的自主判斷權限，在與法益危險之間欠缺緊密關連性的情況下，更造成恣意性執法的空間⁴³²。若將酒精濃度制定為構成要件，問題會更加嚴重：不僅直接以法律明文剝奪行為人的判斷權限，更會造成刑法故意認定上的困擾（行為人到底要怎麼知道，我的酒精濃度已經達到構成要件所要求的數值？）。依照本文的立場，若要直接禁止酒駕此類特定行為，應該規定在行政法而非刑法之中，並透過改善交通環境、加強取締來遏止酒駕行為⁴³³。一再加重刑法刑度不但不能解決問題，反倒使刑法淪為執政者安撫人民情緒並逃避責任的工具，甚至造成更糟糕的惡性循環。

至於學說上有以（積極）一般預防作為不能安全駕駛罪正當化的理由⁴³⁴，在邏輯上也是站不住腳的。詳言之，應該是透過認定不法的標準將某一行為認定為「不法」之後，才會使得行為人受到處罰，並產生一般預防的效果，而不是為了產生一般預防的效果，進而建構認定不法的標準。上開學說的說法，無疑是倒果為因，並迴避了依其理論建構其不法標準具體內容的難題。簡言之，沒有先透過不法標準認定出不法行為（亦即：酒駕行為獨立於殺人罪、過失致死罪的不法性在哪？），你是要「預防」什麼？基此，本文認為要在刑法領域內保留不能安全

⁴³¹ 雖然過失致死不罰未遂犯，但這是刑法立法者考量制裁經濟性之後的結果，不能因此反推此為立法漏洞，而必須透過不能安全駕駛罪來彌補。

⁴³² 參照謝煜偉，前揭註 385，頁 23。

⁴³³ 關於日本對於交通違規行為的重刑化立法收效甚微的觀察，參照謝煜偉，前揭註 385，頁 3-4。

⁴³⁴ 參照張麗卿（2012），〈酒測○·九一毫克竟也無罪：評臺灣高等法院九十九年度交上易字第二四六號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，201 期，頁 205。

駕駛罪，其正當性非常值得懷疑，但在修法之前也僅能透過限縮解釋盡量縮小不能安全駕駛罪的規制範圍⁴³⁵，此一議題由於和本文主題已無關連，故不再論述。



第四節 危險犯概念及其正當性

相較於行為犯／結果犯這組概念，通說又提出另外一組不盡相同的概念：實害犯與危險犯。實害犯係指犯罪之構成係以行為人對於行為客體的利益實際造成損害為要件，而危險犯則指行為人對於法益或行為客體惹起危險狀態即能成立犯罪⁴³⁶。依照通說的說法，危險犯可以再區分為抽象、具體危險犯，前者所處罰的是具有典型危險性的犯罪行為（所以即屬行為犯），後者則以「危險狀態」作為構成要件要素，必須留待法官在個案中判斷是否已經產生此種危險狀態（所謂危險結果，故屬於結果犯的一種）。除了抽象、具體危險犯，另外也有論者提出了國內較少討論的「具體危險性犯」概念，在此也一併予以檢討。本文接下來主要討論的是抽象、具體危險犯之間的區別標準、區別實益以及這兩種危險犯各自面臨的正當性疑慮，並在適當的段落中一併討論具體危險性犯此一概念。

第一項 抽象危險、具體危險與具體危險性

要區分抽象危險犯與具體危險犯，自然要先對抽象與具體危險做定義。所謂具體危險，如果撇開學說的爭論取其最大公約數，大致是指行為人創造了一個具有損害發生密接可能性的「危險效力區域」（作用領域），且被害客體進入此一區域後，實害發生與否已經繫於「偶然」⁴³⁷。具體的判斷上，可以區分成兩個步驟：

⁴³⁵ 對不能安全駕駛罪限縮途徑的精采論述，可參謝煜偉，前揭註 385，頁 22-26。

⁴³⁶ 參照林鈺雄，前揭註 222，頁 94。

⁴³⁷ 參照蔡蕙芳，前揭註 228，頁 56（詳細的理論介紹，可參頁 25-45）；謝煜偉，前揭註 385，頁 13。

一，先事前、一般的判斷（依照一般性科學法則）客觀事態有無損害發生的密接可能性（即危險效力領域的創造）；二，再事後判斷結果未發生是否純基於偶然，至於判斷的標準如 Horn 所主張的「自然科學的危險結果理論」（事後綜合所有情狀仍無法解釋結果為什麼不發生，即為有危險）或是其他論者（如 Schünemann）所主張的「規範的危險結果理論」（結果不發生的原因若是出於我們無法信賴的原因，即為有危險）⁴³⁸。

至於抽象危險也是一個具有高度爭議性的概念，不過依照一般的說法，係指根據統計上的大量觀察，將經驗上具有典型危險性的行為直接對其規制，至於實際上法益是否限於危險並不重要，毋寧說危險僅為立法上的動機（甚至擬制），法官不能審酌個案之中有無危險⁴³⁹，不過這樣的判斷方式也使抽象危險犯招致了違反罪責原則、讓國家藉此節省追訴成本等質疑⁴⁴⁰。

最後要定義的則是「具體危險性」概念。雖然具體危險性犯的性質在學理上仍有爭議，不過大體上具體危險性和抽象危險（性）一樣，針對的是行為本身的性質而不是個案中發生的（具體）危險。只是抽象危險性是以經驗法則為基礎，脫離個案認定行為所具備的「損害關連性」，而具體危險性則必須與個案發生聯繫（亦即行為人需對這種「具體危險性」有認識，司法者也要納入行為時的環境事實為判斷），而不是僅以一般經驗上的危險性來認定。另外注意，具體危險性和具體危險在邏輯上完全是不同的概念，前者考慮的是「行為時」的具體情境，因此仍屬「事前判斷」，和具體危險的「事後判斷」相差甚遠⁴⁴¹。

第二項 區分標準及其實益

⁴³⁸ 參照蔡蕙芳，前揭註 228，頁 56；薛智仁，前揭註 374，頁 64-67。

⁴³⁹ 參照謝煜偉，前揭註 385，頁 7-8；詳細的理論介紹，可參蔡蕙芳，前揭註 228，頁 47-53。

⁴⁴⁰ 參照林東茂，前揭註 372，頁 288-291；王皇玉，前揭註 35，頁 242-243。

⁴⁴¹ 參照蔡蕙芳，前揭註 228，頁 73-78。

第一款 區別標準



這兩者的區分其實從條文形式來看並不困難，亦即如果條文明白規定以致生危險為要件，即為具體危險犯；如果僅以行為為要件，即為抽象危險犯，蓋此種類型的犯罪行為已經將一般危險性考慮在行為之內了。此一形式上的區別標準如本文第二章所述，是通說用以區分抽象、具體危險犯的標準，但卻又有不少持形式區分說的學者，將未含有「致生危險」用語的遺棄罪解釋為具體危險犯，讓人不禁懷疑形式區分說是否真能反映出抽象危險與具體危險的實質內涵，也難怪有學者認為應該從實質內涵而非形式基準來區分抽象、具體危險犯⁴⁴²。本文認為對形式區分說提出批評的見解的確有其見地，蓋若不先釐清抽象、具體危險的實質（且具正當性的）內涵，直接以形式區分說套用在立法目的、保護法益皆相異的不同犯罪類型之上，自然會造成某些犯罪類型解釋上的困境。不過就本文的立場而言，抽象、具體危險的實質內涵皆屬相同，之所以會透過條文形式來區分這兩者，不外乎只是立法技術上的考量而已（詳下述）。基此，本文認為形式區分說依然可採，但個別犯罪類型被歸類為抽象、具體危險犯之後其是否具備立法正當性與必要性，是另外一個層次的問題。

不過多數學者認為抽象、具體危險犯的實質內涵確有差異，因此接下來我們要先處理的是：這兩種危險犯類型的「危險程度」與「判斷基礎」是否真有差別？是否會造成舉證程度上的差異？如果如同本文所言，這兩者之間並無差異，立法者為何又要在條文形式上區分這兩者？

第二款 區分實益

第一目 危險程度？

⁴⁴² 採取此一路徑的學者，參照李茂生，前揭註 152，頁 11 以下；謝煜偉，前揭註 385，頁 13-14。



有學說認為，抽象危險是一種程度較小的危險，具體危險是危險程度較大的危險，如文獻上常引的德國學者 Cramer 所說：「實害意指損害的發生，具體危險指實害發生的可能性，抽象危險則指具體危險的可能性」⁴⁴³，國內學者亦有採類似的見解⁴⁴⁴，並以此為基礎出發，認為從法定刑度（六個月以下）來看，無義務遺棄罪應該解釋為抽象危險犯⁴⁴⁵。

但這樣的說法應當是不正確的，我們可以透過不能安全駕駛罪（刑法第 185 條之 3）「不能安全」要件進行觀察。目前多數實務以及學說見解根據酒精濃度，區分「絕對不能安全駕駛」以及「相對不能安全駕駛」，認為僅有後者可以允許反證推翻（換言之，必須參酌個案中的客觀事態，而不是僅判斷是否該當不能安全駕駛行為），而前者不行（換言之，只要該當不能安全駕駛行為就已然該當本罪）。從此一角度來看，似乎絕對不能安全駕駛行為是一種抽象危險犯，而相對不能安全駕駛行為是一種具體危險犯⁴⁴⁶，但詭異的是：為什麼同一個要件（不能安全）可以同時認定為抽象／具體危險？事實上正如學說所說，對於法律而言只有一種危險：即超越容許風險的危險⁴⁴⁷。立法者之所以有時使用抽象危險犯，有時使用具體危險犯，只是立法形式上的不同。不同的理由在於，對於前者，立法者認為僅憑出現構成要件所描述的行為時就已經超越容許風險（也就是具備典型危險性，或是所謂的危險定型）；對於後者，立法者則認為除了該當構成要件所描述的行為還不一定會超越容許風險（即危險定型不足），所以還必須再考量具體個案中的事態方能擔保已經達到超越容許風險的程度。⁴⁴⁸換言之，在相同的構

⁴⁴³ 參照薛智仁，前揭註 374，頁 100。

⁴⁴⁴ 參照林東茂，前揭註 372，頁 281。

⁴⁴⁵ 參照林東茂，前揭註 372，頁 284。

⁴⁴⁶ 精確來講，針對相對不能安全駕駛，論者的用語是「抽象－具體危險犯」（參照張麗卿（2000），〈酒醉駕車應屬有罪〉，《台灣本土法學雜誌》，8 期，頁 79-80）或「抽象－具體危險性犯」（參照蔡蕙芳，前揭註 228，頁 181-182）。暫且不管這些用語實質內涵上的差異，本文上開的批評（同一個要件可以透過證據上的證明要求，反推出不同的危險犯定性？）依然有其適用。

⁴⁴⁷ 參照許玉秀，前揭註 147，頁 85。

⁴⁴⁸ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 580；薛智仁，前揭註 374，頁 101-104。

成要件環境裡面⁴⁴⁹，無論採取抽象危險犯或是具體危險犯的立法形式，法定刑應該相同。



因此，要說抽象危險和具體危險在危險程度上有所不同，並不正確，這兩者係立法者考量該構成要件所描述的行為是否已經具備危險定型之後，所做成的立法決定。也因為這兩者的危險程度相同，更有學者認為不能安全駕駛罪無論解釋成抽象或具體危險犯都可以，詳言之，如果認為不能安全駕駛罪是抽象危險犯，只要認定本罪的行為為「不能安全的酒醉駕駛行為」即可；如果認為本罪是具體危險犯，則將本罪的行為認定為「酒醉駕駛行為」，至於「不能安全」是附加上去的危險條件⁴⁵⁰。

第二目 判斷基礎？

學說上有認為，具體危險犯比起抽象危險犯多了「危險結果」此一構成要件，在審查上必須要由法官「事後」審查個案中是否真的已經該當危險結果，而抽象危險犯則是由法官「事中」判斷是否已經該當構成要件所描述的行為，事後是否發生危險結果，在所不論⁴⁵¹。從此一角度來看，抽象危險犯和具體危險犯兩者的危險判斷基礎似乎有所不同。

本文認為，所謂事中、事後危險，如果都是要從客觀上來認定所謂的「客觀危險」，基本上是不可能的任務。亦即危險作為人類高度心智下的產物，毋寧是

⁴⁴⁹ 強調此點是為了回應從法定刑差異進而推斷兩者危險程度的論點。簡言之，要進行法定刑的比較，必須在相同的構成要件環境此一基準下方有意義。如果構成要件環境不同，法定刑本來就有規定成不同刑度的可能，和採取抽象或具體危險犯的立法形式並無關係。這個觀念，可參薛智仁，前揭註 374，頁 102。

⁴⁵⁰ 參照許玉秀，前揭註 147，頁 88。除了不能安全駕駛罪，許玉秀老師認為無義務遺棄罪的情況也可以做相同解釋。

⁴⁵¹ 參照許澤天，前揭註 112，頁 203-204；蔡蕙芳，前揭註 228，頁 83。相關見解整理，可參薛智仁，前揭註 374，頁 101。

想像與預測出來的，不可能在實存面上客觀的存在⁴⁵²。進一步說，如果真的要講客觀（事後、綜合所有事實來看）的話，那麼無實害就是無危險。因此，無論是抽象或具體危險犯的「危險」，都必須要從行為人的主觀面出發，否則我們永遠無法在個案中找到「危險」的存在。至於行為人的主觀面要達到什麼樣程度才能被稱作危險，從刑罰預防目的的角度來看，自然是指行為人認知到其行為會導致利益侵害而仍為之的情形，這點，不論是抽象或具體危險犯都應當如此⁴⁵³。基此，多數學說在認定具體危險犯所謂「危險結果」時採取「客觀、事後」觀點並不正確，而應該採取「（行為人）主觀、事前」觀點⁴⁵⁴方能和刑罰的預防目的予以契合⁴⁵⁵。既然採取的是「主觀、事前」的觀點，危險結果的認定就會被包含在危險故意之中，進而使得抽象、具體危險犯在判斷基礎上的差異亦被消弭。

第三目 舉證程度？

還是以不能安全駕駛罪為例。學說上有見解認為絕對不能安全駕駛（作為抽象危險）不能允許反證推翻，而相對不能安全駕駛（作為具體危險）是可以透過反證推翻的。從這樣的對照中，很容易讓我們認為抽象危險犯的舉證較為容易，但這依然是一種誤解。詳言之，抽象危險犯只是立法者認為通常具備危險性的行為，但不代表法官不需檢驗行為的危險性，正如學說所說，抽象、具體危險犯在舉證法則上沒有差別，差別僅僅在於證據方法上的不同⁴⁵⁶。舉例來說，絕對不能安全駕駛之所以較難以用反證推翻，是因為較高度的酒精濃度要推論行為人已經達到不能安全的程度有較高的證明力，但這不代表行為人絕對沒有反證推翻的可

⁴⁵² 不同見解，參照許澤天，前揭註 3，頁 29。

⁴⁵³ 關於抽象、具體危險犯的主觀不法，詳下述。

⁴⁵⁴ 關於具體危險如何判斷的問題一向是個重大爭議，在「判斷的對象」層次上，就有行為人觀點（主觀事前）而來的犯罪情狀、或是按照一般判斷（客觀事前）或行為實施（事後）的犯罪情狀幾種說法。參照薛智仁，前揭註 374，頁 64。

⁴⁵⁵ 關於具體危險認定與具體危險犯正當性問題之間的關係，詳下述。

⁴⁵⁶ 參照許玉秀，前揭註 147，頁 86。

能性，否則無疑放棄了在個案中追求實質正義⁴⁵⁷。綜上，與其說抽象、具體危險犯在舉證程度上有所差異，倒不如說是證據法則本來操作下的結果。



第三款 正當性何在？

第一目 抽象危險犯

對於抽象危險犯的正當性來源，學說上提到的理由大致有四：一，前置化以周延保護法益；二，超個人法益（如市場、公共秩序）的保護不能等到實害出現，所以不得不透過抽象危險犯來處罰；三，確立個人利益實現的安全感與確定感；四，形塑個人的行為模式，以維持規範效力與強化規範忠誠性⁴⁵⁸。但本文認為這些理由並無法證立抽象危險犯的正當性，理由略述如下：一，既然不法行為的處法正當性時點在於「著手」，將處罰時點再往前提前就不可能建立正當性。尤其是，如果我們認為刑法有一般預防的作用，那麼透過處罰著手的行為，就應該能防止（潛在）行為人繼續實行利益侵害行為，進而周延的保護法益，因此所謂「更周延保護法益」的說法，毋寧是一種建構綿密行為控制網絡的說詞而已；二，在個別驗證這些超個人法益是否具有正當性以前⁴⁵⁹，以「無法等待實害出現」作為採取抽象危險犯來處罰的理由，同樣也是轉移焦點的說法；至於第三、第四點根本問題點是相通的：在尚未確認以何種標準定義不法行為的實質內涵前，邏輯上也無法進一步確認刑法可以保護何種「利益實現的安全感」或對具有何種內涵的規範予以「維持規範效力、強化規範忠誠」。基此，如要建立抽象危險犯立法模式的正當性，必須另謀他途。

⁴⁵⁷ 參照許玉秀，前揭註 147，頁 85。黃榮堅老師雖然認為在絕對不能安全駕駛的情形不應容許行為人反證推翻（參照黃榮堅（2006），《基礎刑法學（下）》，3 版，頁 658-660，台北：元照），但理由是基於證據法則政策上的技術需求與成本考量，而不是因為先認定了本罪屬於抽象危險犯，所以不能反證推翻。

⁴⁵⁸ 參照王皇玉，前揭註 35，頁 240-242。

⁴⁵⁹ 關於這一點如同前述，限於篇幅與能力以及本文主題的限制，對於此類超個人法益正當性的檢證本文不進行處理。



至於對於抽象危險犯的批評，學說上多有認為抽象危險犯客觀上既不要求具體危險，主觀上（依照通說的說法）又僅須認知到行為為已足，實有違背罪責原則的疑慮。基此，學說上就有不少限縮抽象危險犯成立範圍的嘗試⁴⁶⁰，這些嘗試有從結果不法的角度限縮（將具體危險列為抽象危險犯的不成文構成要件，允許行為人反證推翻），也有從行為不法的角度限縮（例如用是否違反主觀或客觀注意義務來驗證構成要件行為是否該當），這些限縮打破了「抽象危險僅為立法動機，不需由法官個案判斷」此一常見命題，不過本文認為不管是哪一個角度的限縮都並未切中核心。詳言之，結果不法的限縮途徑牴觸了罪疑惟輕原則（為什麼是由行為人而不是由國家反證推翻？），並且將所有的抽象危險犯轉化解釋為具體危險犯，也牴觸了立法者在體系上要對這兩者進行區分的立法決定。至於行為不法的限縮角度，本文認為這些說法之所以要額外檢驗義務違反性，毋寧是考慮到全然剝奪行為人的自主判斷權限，會造成某些毫無危險的個案仍被列入處罰範圍，所以允許行為人只要盡了某程度的注意義務，就可以自己判斷危險是否發生。因此根本的關鍵應該是：我們容不容許行為人自主判斷？容許的界線到哪裡？

本文認為，從不法行為的基本意義以及行為犯（抽象危險犯）立法模式的目的來看，抽象危險犯僅僅只在客觀不法層次中退讓（僅以行為為既遂要件），主觀不法依然以對於實害的認知或認知可能性為要件。誠如學說所說，處罰欠缺危險認知的行為，才是違反罪責原則的原因⁴⁶¹。因此，只要我們能夠在主觀不法層次中仍以行為人對於結果實現的認知或認知可能性作為要件，抽象危險犯並不是不具正當性的立法模式；並且由於抽象危險犯仍以實害認知為必要，其本質即等

⁴⁶⁰ 參照林東茂，前揭註 372，頁 26-32、蔡蕙芳，前揭註 228，頁 116-127 的整理；以結果反價值論為基礎，提出「立體化的抽象危險概念」來限制抽象危險認定的獨到見解，參照謝煜偉，前揭註 385，頁 12-19。

⁴⁶¹ 參照薛智仁，前揭註 374，頁 137。

同於本文上述的行為犯（不確定範圍的未遂集合）。另外要略加說明的是，既然抽象危險犯的「抽象危險」並不是真的僅為立法動機，仍必須由法官在個案中進行審查方才具有正當性，那麼所有的抽象危險犯其實都是具體危險性犯，也難怪學說上即有認為另外提出抽象具體危險犯概念，並無意義⁴⁶²。剩下的關鍵問題（如果我們允許行為人自主判斷，那麼「判斷」的界線何在），本文會在討論危險故意概念時一併處理。

第二目 具體危險犯

依照一般學說的看法，具體危險犯在行為之外，還必須附帶審查所謂的危險結果，已如上述。關於危險結果的危險認定標準，學說上大致有「自然科學的危險結果理論」和「規範的危險結果理論」兩種說法，前者以科學解釋的可能性來區分偶然和註定不發生，後者則是以是否經由「可信賴」的機制方使結果不發生來判斷是否該當危險結果⁴⁶³。

如同上述，本文認為要在純粹客觀層次上找尋「客觀危險」，基本上是不可能的，因此自然危險的危險結果理論一方面強調要事後綜合所有的事態當做判斷基礎，一方面又要區分偶然和註定不發生，撇開標準不明確的問題，基本上已經是一種矛盾。至於規範的危險結果理論雖然正確的點出危險和人類認知之間的關係，但其出發點依然想在客觀世界找尋客觀危險，註定是徒勞無功的（結果有發生就代表機制無可信賴），況且預設因為機制的存在引起人民的信賴，也欠缺實證基礎。如果是透過「客觀、事前」的角度來建構危險，雖然可以迴避「事後實害沒發生就是沒危險」的質疑，但除了用一般人判斷取代行為人自主判斷的弊端已如前述，「一般人」概念基於以下兩點考量也有失構成要件明確性原則：一，

⁴⁶² 參照許玉秀，前揭註 147，頁 86。

⁴⁶³ 相關學說見解及批評，參照薛智仁，前揭註 374，頁 64-67、76-82。

如何設定「一般人」(判斷主體)的年齡、知識、職業、專長等條件？在不可能劃定出清楚界線的情況下，只能淪為法官本人的恣意操控；二，這些一般人可以依據多少事實(判斷客體)做判斷？既然結果最終就是沒有發生，當可以依據的事實越多，就越可能認定為無危險、可以依據的事實越少，就越可能認定為有危險，最終還是不可能找出清楚的界線⁴⁶⁴。因此，用「客觀、事前」來詮釋危險結果的內涵，仍然有難以處理的理論困境。

除了構成要件不明確的質疑外，本文認為具體危險犯另外一個無法處理的問題是：如果行為人已經將其不法意志付諸實現，為什麼可以因為所謂「危險結果」不發生而不處罰？從不法行為的意義來看，用(事後的)危險結果排除行為人的不法，無疑是鼓勵行為人抱著僥倖的心態行為，進而造成法益保護的漏洞。

在現行法下設有危險結果此一要件的情況下，基於罪刑法定主義自然不能忽略不去審查。但本文認為，通說的理解(危險結果是一種客觀上的實存、必須事後客觀判斷、行為與危險結果之間必須具備因果關係與客觀歸責)如同上述有種種無法解決的問題存在，因此不妨採取「行為人、事前」的判斷方式，將「致生危險」要件解釋成行為人行為人認知的危險情狀，輔以判斷行為人的認知是否已經超越容許風險，如此一來具體危險犯的本質就等同於抽象危險犯(和具體危險性犯)，兩者的差別僅在於立法形式上的不同⁴⁶⁵。最後，具體危險犯的主觀不法依然以實害認知或認知可能性為必要⁴⁶⁶。

⁴⁶⁴ 參照蔡聖偉(2009)，〈再論刑法第二十六條的適用標準：新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察〉，《台灣法學雜誌》，128期，頁71-72。要附帶說明的是，這篇文章被本文所引用的段落雖然是在處理不能未遂認定標準中的「具體危險說」，但由於具體危險說的內涵就是用「客觀、事前」的角度來詮釋未遂行為「有無危險」，因此蔡聖偉老師對於具體危險說的批評仍可有效適用於本文此處的脈絡中。

⁴⁶⁵ 這樣的解釋方式自然和通說完全不同，但本文認為：一來刑法並未對「致生危險」明白規定為「事後、客觀」審查，二來從不法行為的意義來看，本文對於「致生危險」的詮釋方能取得規範上的正當性，因此如此迥異於通說的理解反倒應當是合理的。

⁴⁶⁶ 參照黃榮堅，前揭註375，頁233。

綜上，採取通說對於具體危險犯的理解，自然會面臨種種正當性的質疑，但如果將危險結果轉化解釋成行為人於行為時所認知的危險情狀，並且在主觀不法上依然以實害認知或認知可能性為要件的話，具體危險犯應該仍有存在的正當性以及必要性⁴⁶⁷。

第三項 所謂危險故意

依照一般通說的想法，所謂故意是指對於該當所有構成要件事實的認知，因此抽象危險犯的主觀不法僅須認知到做了構成要件所描述的行為，具體危險犯的主觀不法則另外需認知到危險結果，這也是學說上常見的「對應」要求。

但依照本文對於不法行為的看法，故意犯罪類型在主觀不法上面永遠必須以實害故意為要件，否則會抵觸罪責原則，已如前述。站在這個基礎之上，有學說進一步認為所謂的「危險故意」依然是一種實害故意，但在超個人法益犯罪此種涉及重大公益的犯罪類型，基於容許風險的思考，我們不讓行為人「自行判斷」結果是否真會發生，因為在專業領域裡面一般人的控制能力往往是不足的，同時也為了貫徹行為規範的效能，行為人只需要認識到「一般人都覺得這樣做很危險」的程度就已經超越了容許風險。換言之，是一種透過法律判斷的「擬制危險」，而此種危險判斷強制取代行為人自己的判斷。因此，學說認為危險故意依然是一種實害故意，但是一種立法者對於典型風險行為基於低容許概念所擬制出來的特殊實害故意，行為人既然已經認知到一般社會溝通下的危險性，就只能在極端的情形下反證推翻⁴⁶⁸。

⁴⁶⁷ 學說上有根本質疑具體危險犯存在的必要性，參照黃榮堅，前揭註 86，頁 626。但本文認為，雖然某些特定行為模式不具有足夠的危險定型，但基於不法意志的完全評價，我們不得不採取危險犯立法模式時，只好在構成要件上再附加危險要素，方能擔保個案中行為人的認知真的已經超越容許風險。因此，具體危險犯仍有立法上的必要性。相同見解，參照薛智仁，前揭註 374，頁 104。

⁴⁶⁸ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 440 以下；同作者，前揭註 85，頁 579。

對於上開危險故意學說的理解，本文基本上贊同，但認為在部分的細節上還有待釐清。首先，所謂「基於容許風險的考量不讓行為人自行判斷」的意義是什麼⁴⁶⁹？是指完全不管行為人的認知為何，只要行為人知道他正在做構成要件所描述的行為，就由法律「擬制」他具備危險故意？從刑罰的預防目的來看，我們永遠都要以行為人所認知的事實（及其認知到的因果法則）作為判斷主觀不法的基礎，永遠都不可能出現以法律認知取代理行為人自己認知的情形。上開學說提到基於容許風險的思考，在行為人能力無法控制或者涉及重大公益的領域裡，我們不允許行為人「自行判斷」的說法基本上是正確的，但應該說得更清楚：所謂「不讓行為人自行判斷」其意義是在「評價標準」的層次上降低容許風險的要求，而不是在「評價客體」的層次上取代了行為人對於因果法則的認知⁴⁷⁰。詳言之，如同前述，在判斷主觀不法時行為人的認知就是我們的評價客體，不可能透過法律的擬制予以取代；而容許風險作為一不成文的不法要件，僅是評價標準的一部分，因此上開學說提到在「行為人無法控制」（所以風險實現機率大）或「重大公益」（所以風險實現侵害法益的量係屬重大）的領域裡，我們必須降低容許風險的說法固然是正確的，但其實是每個（保護不同法益的）犯罪類型中本來就會出現的狀況，其實無須特別提出「危險故意」的概念來對實害故意概念進行修正，然後再繞一圈解釋危險故意依然是一種實害故意⁴⁷¹。

我們可以用本文前述對於容許風險概念的說明作更清楚的理解：雖然自主判斷的權限是絕對的（行為人必須對實害發生的可能性有「認知」），但是被容許自

⁴⁶⁹ 所謂「判斷」，似乎和通說所採的故意的「欲」的要素有些類似，都是指行為人「想」或「容任」某一結果的發生。但本文認為故意的內涵僅以預見為要素（對此，本文第四章會再詳述），所以此處的「判斷」並不是指行為人「想」讓結果發生或不發生，而是指行為人「知不知道」結果的發生有高度的可能性。

⁴⁷⁰ 評價標準與評價客體之間的區別，此一觀念來自於蔡聖偉（2008），〈重新檢視因果歷程偏離之難題〉，《東吳法律學報》，20卷1期，頁134。簡言之，同一犯罪類型的客觀不法和主觀不法其判斷標準是相同的，都是指該犯罪類型所規定的（成文和不成文的）不法要件，但客觀不法的評價客體是「客觀上所有發生的事實」，而主觀不法的評價客體則是「行為人所認知的事實」。

⁴⁷¹ 就此，徐偉群老師認為放火罪和交通違規犯罪兩個不同領域的危險故意必須要分別判斷，依其各自所屬罪名立法目的的不同區分為「形式危險故意」和「實質危險故意」，基本方向和本文應該是一致的。參照徐偉群，前揭註7，頁163-168。

主判斷的範圍會隨著相對利益的大小而作調整(因為他人也必須有發展自身個性的可能性),亦即行為人的認知「強度」必須要多高才算逾越容許風險,是彈性的。基此,在公共危險的犯罪類型裡,因為所涉及的利益總量很高(不特定多數人的生命、身體與財產,也就是不特定多數人的個性發展可能性),又因為行為所波及的範圍過廣,行為人控制的可能性也較低甚至趨近於零(當火放下去開始獨立燃燒時,行為人幾乎喪失獨立撲滅的可能性),我們會將容許風險的容許度往下調,才能維持行為人與被害人間的衡平關係。換言之,如果我們把所有犯罪類型的故事都定義為「對超越容許風險的法益侵害有認知」,在各犯罪類型保護法益互異的情況下,每種犯罪類型所要求的認知強度自然也會有所不同,但我們都還是可以稱其為「實害故意」。在實害故意之外如要另外承認危險故意概念,毋寧只是一種分類上的方便,並無實質內涵上的差異。

為了精確說明本文之所以認為不需要在實害故意之外另外強調危險故意概念,我們可以舉幾個例子來做對照。(例一)行為人違背關於預防傳染病所公布之進口法令(刑法第192條第1項),從爆發禽流感的國家進口雞肉。行為人主張其進口的雞肉雖來自該國,但並非來自該國疫區,故其並無故意。(例二)同樣是違背關於預防傳染病所公布之進口法令,但被禁止進口的商品係基於政治因素(不得進口來自「匪區」之商品)而非公共危險⁴⁷²。(例三)消防演習時,消防員將一幢無人居住的建築物燒燬。(例四)某富豪喝得酩酊大醉,突發奇想在自己別墅內的廣場飆車。在例一中,行為人的抗辯的確無法被接受,蓋行為人既然已經知道該國爆發禽流感,也認知到傳染病的傳播速度和傳播範圍並非自己可以精確掌握(亦即:即使非疫區,當地雞隻也有被傳染禽流感的風險),他就沒有理由以其他社會成員的生命身體安全為賭注來追求自身利益。但在例二中,由於該商品與公共危險之間並無一般社會經驗下的連結性,行為人對於進口該商品

⁴⁷² 此例係本文作者修習刑法分則課程時,授課教授講解違背預防傳染病法令罪時所提及。本文原本想搜尋真實世界中有無類似案例,但搜尋良久仍找不到符合的情形,故此處只好以假設的方式來設例。

即無實害故意。從例一與例二的對照中，我們即能發現學說上所謂「一般社會溝通下的危險性」，其實是作為行為人判斷實害是否發生的重要參考標準，畢竟人並非外於社會，當特定行為具有社會意義下的普遍危險性，行為人對此也知之甚詳時，行為人就很難主張他並無實害認知；但若該行為與實害之間並不具備社會溝通意義下的危險連結性，（依照此一資訊下判斷的）行為人即能主張其並無實害認知。換言之，「一般社會溝通下的危險性」本來就已經是我們判斷實害故意時「判斷對象」的一部分，下一個問題僅在於：依據此一資訊下的判斷是否超越了容許風險？

例三可以讓我們看到，縱使是已經具備普遍危險性的特定行為（放火），如果在具體情境裡並未超越容許風險（由消防員，也就是專家來做），那麼行為人依然不具備實害（危險）故意。另外要注意，所謂「專家」本身也就是容許風險概念判斷下的一環，故並不是只有一般意義下的「專家」（消防員、醫生等）才是這邊的專家，而是具體情境裡有權自主判斷的人，就是「專家」。本章開頭所舉之例（魯賓遜在無人島上將自己的住宅燒燬），如果我們認為一樣並未超越容許風險（荒島上並無延燒他人身家性命的可能性），那麼行為人（魯賓遜）就可以是專家。更極端的例子可參例四，縱使酒駕行為已經被社會公認是完全不容許行為人自主判斷的危險行為，但如果不能安全駕駛罪真的是保護公共安全，那麼至少在行為人並未將車開上供人通行使用的公共道路之前，行為人仍可自主判斷結果是否發生⁴⁷³。所以結論是：所有犯罪類型的故意都是實害故意，都是行為人自主判斷結果是否會超越容許風險。雖然在保護法益總量越大、行為人控制可能性越低的情況下，此一容許風險的容許度要求會有所調降（所謂危險故意），所以行為人為追求自身利益僥倖行事的空間會越小，但究其實質仍基於行為人的自主判斷而來。

⁴⁷³ 雖非從故意要件切入，但一樣以「道路性」限縮不能安全駕駛罪可罰性範圍的見解，參照謝煜偉，前揭註 385，頁 25。



綜上，我們可以觀察到行為犯（抽象危險犯）立法模式的兩項特點：一，其本質係不確定利益侵害範圍的未遂犯，已如前述；二，也正因為相對可能被侵害的利益總量大，行為人控制的可能性較低，行為犯主觀不法上對於容許風險的容許度也會因此調降，危險故意便可在此種前提下，取得（分類方便性上的）意義。這裡我們要關注的是這兩項特點的邏輯關係：應該是先基於第一點（對不確定利益侵害範圍的擬制評價規定）才能導出第二點（因為相對利益總量大、行為人可控制性低，因此適用危險故意概念，限縮行為人自主判斷空間），而不是為了限縮行為人判斷空間（所謂貫徹行為規範的指導功能）而使用行為犯立法模式。基此，若將酒駕、超速駕駛、疲勞駕駛等並不涉及不特定多數人利益侵害的交通違規行為規定為危險犯，並且為了建立標準化行為模式而不容許行為人自己判斷，無疑是倒果為因的說法而有違罪責原則。至於上開學說提到為了貫徹行為規範的指導功能，行為人只要認知到其行為社會大眾都覺得很危險，就只能在極端例外情形反證推翻危險故意的說法，如同本文前面所述，必須在立法者所設定的構成要件具備足夠的危險定型（只需要描述該行為在統計上的普遍危險性，就能擔保該行為一作下去一定能超越容許風險）時方能成立。因此，要貫徹學說上所說的行為規範功能，應該是立法者在立法上設定出具備足夠危險定型的構成要件，而不是反過來因為想要達到行為規範的指導功能，所以不容許行為人自行判斷。

在我們結束第三章之前，我們可以把上開危險故意概念和本文主題（遺棄罪）之間作個連結，作為第四章的伏筆。依照本文的論述，危險故意概念僅能應用在超個人法益的犯罪類型之上，接下來值得好好思考的是：如果遺棄罪保護的是個人的生命法益，那麼憑什麼遺棄罪可以被規定為危險犯？一個可能的想法是，基於生命法益的重大性，依然有必要透過危險犯規定限縮行為人的自主判斷空間，以充分保護生命法益。但如果這樣的說法可以被接受，那為什麼殺人罪從來沒有人將其解釋為危險犯，或者將殺人故意詮釋為危險故意呢？因此，法益重大性並

不是將特定犯罪類型解釋為危險犯的有效理由。那下一個必須面對的問題也就呼之欲出了：就算我們將遺棄罪的構成要件修改成具備危險定型，其有無獨立於殺人罪之外的必要性與正當性？



第四章 遺棄行為的不法與罪責



本章要處理的是遺棄罪的不法（危險犯性質、遺棄故意）與罪責（依法令或契約）內涵。要先說明的是，就不法要件的部份本章僅會關注在遺棄罪的危險犯定性以及遺棄故意的認定，說明遺棄罪在不法層次上會遇到如何的理論困境，就行為（遺棄、不為保護）、行為客體（無自救力之人）的具體內涵不會著墨太多，而是於討論危險犯性質時一併做檢討。至於「依法令或契約」的討論之所以置於罪責，和本文對於保證人地位與作為義務的定位有關，詳下述。

在論述的順序上，本文會先簡單的就遺棄罪的立法沿革與德國法制史做簡要的回顧，以利我們釐清遺棄罪與殺人罪之間的關係，以及遺棄罪是基於什麼原因獨立於殺人罪之外。接著本文會對遺棄罪可能的保護法益逐一檢討，並採擇其一作為本文詮釋遺棄罪不法與罪責內涵的基礎。確定了遺棄罪的保護法益之後，我們即可以本文第三章對於危險犯的說明為基礎，進一步說明遺棄罪應該被定性為何種危險犯，以及遺棄罪作為危險犯的可能弊端。至於遺棄故意的討論亦和本文第三章對於容許風險內涵的說明有密切相關，本章會更進一步說明通說用以區分遺棄故意、殺人故意的標準（客體差異說、意欲程度差異說等）問題何在，並在闡述本文對於故意概念的看法之後，界定遺棄故意的實質內涵為何。最後，本章會處理「依法令或契約」與保證人地位這兩種作為義務之間的關係，並在說明刑法賦予人民作為義務的正當性基礎為何之後，試圖找到「依法令或契約」獨立於保證人地位之外的可能性，以及無義務遺棄罪之所以不能解釋為德國法上「不予救助罪」的理由。

第一節 遺棄罪的立法沿革與德國法制史

第一項 立法沿革⁴⁷⁴



從立法沿革來看，我國遺棄罪的演變受到「孝道」觀影響甚鉅。在清末繼受歐陸法制以前，不管是《唐律》、《宋刑統》（「諸子孫違犯教令，及供養有闕者，徒二年。」）還是《大明律》、《大清律例》（「凡子孫違犯祖父母、祖母教令，及奉養有缺者，杖一百。」），皆是規範卑親屬對尊親屬的贍養責任，而無尊親屬未對卑親屬盡扶養義務的處罰規定，著實反映了中國法制對於孝道的重視，而非個人的生命或身體法益的保護。就算到了清末開始繼受歐陸法制，遺棄罪的規範重心開始偏向個人生命或身體法益之後，從清末《刑律草案》制定後是否要將「子孫違犯教令」入刑化的爭議⁴⁷⁵，以及對於尊親屬遺棄的加重規定中（直到今日，我國刑法也只是將「尊親屬」限制在「直系血親尊親屬」），我們還是可以觀察到傳統孝道觀念根深蒂固的影響。另外，從《刑律草案》對於遺棄內涵的解釋（「遺棄者，凡不盡扶助、養育及保護義務之謂。」）以及《暫行新刑律》有義務遺棄罪的補箋中（「本罪以不履行義務而成立，雖受害者無何等危險，亦不得以本罪論……」）⁴⁷⁶，也能看出立法者對遺棄罪的理解較偏向義務違反，而非生命危險。

在 1918 年《刑法第二次修正案》之前，遺棄罪的立法體例仍係先規定有義務遺棄罪，再規定「遺棄常人罪」（即無義務遺棄罪的前身，詳下述），但在《刑法第二次修正案》中將無義務遺棄罪與有義務遺棄罪的順序對調，並在理由中指明參考了德、奧、日的「折衷制」，僅有保護義務者方能因不為保護而被處罰，無保護義務者則僅限於積極遺棄，可說是最早就這兩條遺棄罪行為態樣定調為現

⁴⁷⁴ 詳細的立法沿革介紹，可參馮筱燕（2012），《遺棄罪的新詮釋與再建構》，頁 9-31，中國文化大學法學院法律學系碩士論文。本文僅就與本文脈絡密切相關的部份簡要說明，先予敘明。

⁴⁷⁵ 此一爭議的詳細資料，可參黃源盛（纂輯）（2010），《晚清民國刑法史料輯注》，頁 1433 以下，台北：元照。

⁴⁷⁶ 這些說法也一直沿用到民國 24 年《中華民國刑法》遺棄罪的立法理由之中。

今通說理解的說法⁴⁷⁷。不過要注意的是，德國的折衷制並無規定有義務的積極遺棄罪，立法者將有義務遺棄罪規定成同時包含積極、消極行為，或許只是單純因為想要賦予有義務者較大的責任（作為、不作為都要負責），而並未考慮到有義務積極遺棄罪可能的理論問題⁴⁷⁸。

另外一個值得注意的是無義務遺棄罪的演變。在《刑法第二次修正案》之前，其前身皆為「不報明／不與保護罪」，如 1915 年《修正刑法草案》的版本：「於自己經管地內發見被遺棄之老幼、殘廢、疾病人，而不與以相當之保護，或不報明警察及其餘該管公務員者」。我們可以發現，此一規定和（扶養）義務無涉，僅能訴諸於社會連帶責任課予行為人作為義務，而有相當高的道德色彩。或許也因為如此，遺棄常人罪的刑度一直遠低於有義務遺棄罪，僅為「五等有期徒刑⁴⁷⁹、拘役或一百圓以下罰金」⁴⁸⁰，在《刑法第二次修正案》將遺棄常人罪改規定為無義務遺棄罪後，刑度亦改為「一年以下有期徒刑、拘役或三百圓以下罰金」；至於現行《中華民國刑法》所規定的刑度更低，為「六月以下有期徒刑、拘役或三百圓以下罰金」。從這段立法沿革中，我們就可以理解無義務遺棄罪的法定刑之所以會這麼低，毋寧是基於其前身為極具道德性色彩的遺棄常人罪。立法者雖然在參考外國的折衷制後，將遺棄常人罪修改為現今的無義務遺棄罪，並且於立法理由中明述其限於處罰積極遺棄，但卻有異於德國立法例（有、無義務遺棄罪的刑度相同，皆為三月以上、五年以下有期徒刑），保留了遺棄常人罪的低刑度，和有義務遺棄罪的刑度（六月以上、五年以下有期徒刑）有極大差距，也造成遺棄罪在解釋上的諸多困擾⁴⁸¹。

⁴⁷⁷ 此一說法亦被現行遺棄罪的立法理由所援用。

⁴⁷⁸ 本文第二章已詳述此一理論問題，此處不再贅述。

⁴⁷⁹ 早期刑法的有期徒刑係以等級制做計算，一直到《刑法第二次修正案》後，才改為直接規定具體的時間。

⁴⁸⁰ 1915 年《修正刑法草案》的法律效果稍有不同，為「五等有期徒刑，併科或易科一百圓以下罰金」。

⁴⁸¹ 本文第二章中已提到不少學說批評無義務遺棄罪的刑度過低，此處不再贅述。

第二項 德國法制史



由於我國遺棄罪如上所述係參考歐陸法而來，故本文於此段也稍花一點篇幅介紹遺棄罪的德國法制史。如學者所述，一直要到 1787 年奧地利刑法才將遺棄罪自殺人罪範疇分出⁴⁸²，在此之前遺棄罪應屬於殺嬰罪（殺人罪之一種）而欠缺獨立地位。在古歐洲文化中，殺嬰（或棄嬰）一直是屬於父親的特權，因為家子僅為家父權（*patria potestas*）的支配客體，而不被當做真正的人來看待。1532 年，卡羅利那法典（*Constitutio Criminalis Carolina, CCC*）雖然規定了生母棄嬰罪及棄嬰致死罪，但並未釐清其保護目的究竟是「生命危險」還是「照顧義務」，可說是日後學者辯論遺棄罪本質係屬何者的濫觴⁴⁸³。另外，也由於在家父權的支配下，這些棄童、棄嬰罪總是以母親為規範對象，在棄童、棄嬰罪無法與殺嬰罪相區隔的情況下，有學者將其詮釋為父系社會下一種基於（對婦女和棄童的）贖罪心態的殺人未遂規定⁴⁸⁴。一直到進入十九世紀後，德意志各邦國的遺棄罪同時擴大了行為客體（除了兒童，包括病患、殘疾者）和行為主體（從母親擴張到負照顧義務者，特別注意包括父親）的範圍，並和殺童行為有較清楚的區隔，但各邦國的規定有的使用「危險」字眼，有的使用「避責意圖」（*Entledigungsabsicht*）字眼，故即使到 1871 年德意志帝國刑法統一做規定後，二十世紀初期學者還是就遺棄罪本質為何爭吵不休。此一爭議（生命危險抑或義務違反）發展到 1970 年代後轉向是否包括重大健康損害危險，導致 1998 年後德國修正了遺棄罪，確定將保護法益定調為生命及重大身體⁴⁸⁵。

我們可以從歐洲「家庭」角色的轉變來觀察遺棄罪的法制演變。過去的家是由家長統率的生產共同體，家長可以任意使用集中於家中的人、生產手段及消費

⁴⁸² 參照吳啟賓（1981），〈遺棄罪序說〉，《軍法專刊》，27 卷 9 期，頁 24。

⁴⁸³ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 130-133。

⁴⁸⁴ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 133-134。

⁴⁸⁵ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 137-138。

物資，可以同時規制生產、勞動配置與消費，換言之，家長對家中成員具有支配、保護的權責。這種類型的家被認為是前於國家而存在，其他力量不能干預家內的事務與權力關係。也因此，在這個時期帶走子女其實是對於家長權（其所擁有的支配權能）的侵害⁴⁸⁶，母親怠於保護義務對於小孩的遺棄行為也可以做相同的理解。從這個角度，就能觀察到遺棄罪為什麼會與義務懈怠的性質糾纏不清⁴⁸⁷。但在初期資本主義興起，作為生產共同體的家開始解體，近代的家族原理逐漸形成，強調的是子女中心主義，家長權轉變為親權之後也使家庭失去私的性質，而是被定位於適合國家的市民育成空間；當親權無法發揮機能時，國家還可依法介入剝奪父母的親權或將子女帶走⁴⁸⁸。這一段變化可以適切的以傅柯「死的權力／生的權力」這組對張概念來做說明：家父權代表的是家長的生殺予奪大權，其性質在於獲取物質、時間、肉體和生命的權力，侵害此種權力的犯罪自然只需確認某個家長的權力受到侵害即可；但在 17 世紀之後權力的機制發生轉變，照管生命的權力（即生命權力，包括「肉體的規訓」和「人口的調節」）其性質不再是支配而是生產，家庭也僅係作為管理生命權力機制的一環來運作而已，尤其是針對未成年人⁴⁸⁹。基於上述權力性質的變化，我們也就能理解為什麼遺棄罪在近代會大幅擴張行為主體（因為父親不再享有封建社會的支配權）與行為客體（因為當國家的治理對象轉為「人口」之後，對於國民生命的掌管與保障自然不能僅限於孩童，而需擴及所有市民）。但當遺棄罪逐漸失去其原先「義務違反」的本質而向生命危險靠攏之後，其與殺人罪之間的關係自然也就日趨緊張。

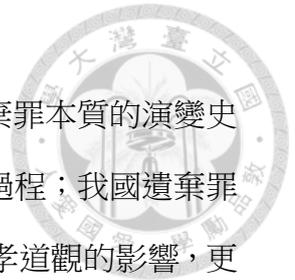
第三項 小結：「生命危險」抑或「義務違反」？

⁴⁸⁶ 參照陳炎琪（2004），《和略誘未成年人罪之研究》，頁 25-27，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁸⁷ 參照吳啟賓，前揭註 482，頁 25。

⁴⁸⁸ 參照陳炎琪，前揭註 486，頁 27-32。關於近代家族原理的擴散，以及相應的新權力運作模式，可參同書頁 33-34。

⁴⁸⁹ 參照陳炎琪，前揭註 486，頁 37-40（但作者對於家長是否真有生「殺」大權語帶保留）。死的權力與生的權力是傅柯提出的一組相當有名的區分，詳細的內容參照 Michel Foucault 著，謝石譯（1990），《性史》，頁 119 以下，台北：結構群。



從上述立法沿革和德國法制史的考察，我們可以觀察到遺棄罪本質的演變史無疑就是由「義務違反」轉向「生命（或重大身體）危險」的過程；我國遺棄罪除了繼受了歐陸法制相關的爭議外，同時也受到中國自古以來孝道觀的影響，更加重了遺棄罪兩面性格之間的曖昧不明⁴⁹⁰。無論如何，依照傅柯的觀察，既然現代權力的治理對象已經轉向為「人口」，目標是人口的生命照管，那麼遺棄罪的保護法益無論要採哪一說，就不可能再以過去「對家父權的侵害」或「有違孝道」來理解。因此，特別要思考的是遺棄罪在逐漸失去義務懈怠犯性質之後，是否也連帶失去獨立於殺人罪之外的可能性；至少，「義務違反說」就算可採，也必須被理解為被害人生命福祉的保障而不是單純的義務違反。以下，本文即開始對遺棄罪保護法益的各種說法進行論述，並且說明本文最終採擇的法益為何。

第二節 遺棄罪保護法益的採擇

第一項 本文選擇的法益標準

延續第三章本文討論不法行為以及容許風險時強調「利益侵害」與「利益衡平」的立場，本文所採擇的法益標準核心亦為「利益」。所謂利益，也就是令人感到愉悅的狀態；而刑法既然是處理人與社會之間的關係，刑法所保護的利益（所謂法益）自然是指社會的生活利益，也就是「全部人在全部可以感受到愉悅的時間點之狀態的總集合」。不過利益既然來自於人類的情緒，不會有清楚的界線，且每個人、每個群體都可能會有不同的利益宣稱，因此刑法要保護何種利益，最終是各項利益之間衝突的衡平問題⁴⁹¹。另外，考慮到刑法的法律效果最為強烈，

⁴⁹⁰ 同樣提及遺棄罪具有「生命、身體危險」與「怠於保護義務」兩面性格，並指明此一痕跡至今尚未消失的見解，參照吳啟賓，前揭註 482，頁 24-25。

⁴⁹¹ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 21-22。

其所要保護的利益，也應該是保護人在社會生活中不可或缺的「基本利益」⁴⁹²。

由於本文第三章已對本文所採的效益（利益）內涵論述甚多，此處便不再多做論述，而僅就本文所採擇的法益標準的三項特點簡述如下：一，「人」本身極有極高價值，刑法要保護的利益必須是活生生的個人所能感受的利益狀態，脫離個人保護的「利益」即失去刑法保護的正當性，以免刑法成為保護特定階級的意識型態或是國家對於人民進行壓迫的工具⁴⁹³；基此，超個人法益永遠是個人利益的集合⁴⁹⁴。基於人與人之間的平等關係，最終，所謂的利益保護毋寧是確定一個人應享有的生活利益狀態，每個人都必須予以尊重⁴⁹⁵。二，既然利益來自情緒，基本利益所依賴的條件無法絕對化，人類社會所認知的利益狀態自然也會隨著時空背景隨之轉換⁴⁹⁶。三，基本利益的保護是指利益總量的保護，所以不法行為即是指嚴重逾越利益總量衡平界限的利益侵害行為；強調「總量」，是保留給不法侵害行為相對利益考量的可能性。換言之，沒有什麼利益是絕對受保護或不受保護，最終刑法要保護什麼，是考量一切利益衝突之後所做的選擇⁴⁹⁷。

第二項 生命法益（而不包括重大身體法益）

⁴⁹² 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 40。

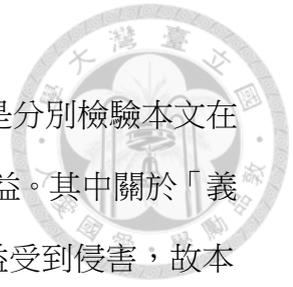
⁴⁹³ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 24-25。

⁴⁹⁴ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 28。

⁴⁹⁵ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 39。因此，從這一段論述可以得知本文的立場係支持個人法益學說，亦即刑法必須是服務於個人的利益方能取得正當性。關於個人法益學說的內涵，可參陳志龍（1990），《法益與刑事立法》，頁 55 以下、114 以下，台北：自刊。另外，有論者從康德的法主體性（自由）出發，充實個人法益學說所謂的「個人關連性」。簡言之，其認為實質法概念係理性主體的相互承認關係，故法益係外在自由的具體化條件、違背對他人的具體承認誠命（侵入他人外在自由領域）即為侵害法益，至於集體法益則必須是法關係的護衛性體制，並透過此種法益的普遍有效性發揮批判性功能，參照周濛沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981 以下。由於本文並非探討刑法法益標準的專論，亦無篇幅與能力對此一學說做出評釋，僅簡述本文不採此一進路的理由：一，本文認為人是感性動物而非理性主體，因此將理論出發點擺在具體利益（情緒）之間的衡平關係；二，上開以法主體性為基礎的個人法益學說的確具有極強的批判性功能，蓋透過「人即目的」的應然宣稱，可以在任何時空下的具體脈絡發揮作用，但本文的基本立場是坦率承認實然世界中人的利益衝突困境，不承認有任何一種利益應受絕對性保護，因為看見衝突才能看見問題，也才能做出選擇。

⁴⁹⁶ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 23、41。

⁴⁹⁷ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 29-30、41。



交代了本文所採擇的法益標準之後，接下來要做的工作就是分別檢驗本文在第二章所提及的保護法益中，哪一個適合作為遺棄罪的保護法益。其中關於「義務違反說」，由於「義務違反」一詞並沒有說清楚是哪一種利益受到侵害，故本文再區分為「個人的扶養請求權」⁴⁹⁸和「國家的福利資源耗費」進行討論。以下，本文即開始分就各說進行論述。

關於生命法益或是重大身體法益本身的法益適格性，一般來說皆無疑慮，故學說上討論的是，遺棄罪除保護生命法益之外，是否也包括了重大身體法益？正如本文第二章所述，不管是認為僅保護生命法益還是也包括重大身體法益的見解，都可以從形式上（條文文字、立法體系位置）找到依據，於是此一爭議成為學者們對於遺棄罪保護功能期待的範圍有多大之爭，進而形成無法化解的歧見。基此，本文認為要解決此一問題應從另外一個角度切入：在方法上，任何犯罪類型的保護法益都應該解釋為僅保護一種⁴⁹⁹，否則將會造成解釋上的各種困難；從此一命題出發，遺棄罪的保護法益就應該解釋為僅保護單一法益，亦即生命法益。

此處所謂解釋上的困難，我們可以從幾個角度來做驗證，例如：一，量刑問題：如果遺棄罪的保護法益是生命法益與重大身體法益，依照一般的想法，侵害重大身體法益的刑度應較侵害生命法益為輕（這也可以從殺人罪與重傷罪的刑度差異看出來），如果認為遺棄罪同時保護生命法益及重大身體法益，共享同一刑

⁴⁹⁸ 在個人法益面向上，其實亦可討論學說上曾提出的個人「基本生活福祉」是否具備法益適格。不過本文認為，「基本生活福祉」的內涵並不夠清楚，輕易將「未保持生活品質」的行為納入刑法規制（尤其有義務遺棄罪的刑度可達五年以下有期徒刑），恐非妥當。對「基本生活福祉」此一說法的其他批評，可參黃榮堅（2012），〈國家責任意義下的遺棄罪評述：以老人問題為中心〉，甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下）》，頁 41-42，台北：承法。

⁴⁹⁹ 除非附加上去的法益是為了限縮該（可能不具正當性的）犯罪類型的可罰性範圍，典型的例子如搶奪罪（所謂「搶奪」，必須限於對被害人可能產生身體危險性的取財行為，否則單純趁人不備而取，難以理解為什麼搶奪罪的刑度會高於竊盜罪。此一限縮見解，參照黃榮堅（1997），〈大亨小賺〉，《月旦法學雜誌》，23 期，頁 54-55）。

度裁量範圍的結果，將可能導致法官在不同個案間的刑度裁量產生矛盾（製造重大身體法益的危險判兩年，製造生命法益的危險僅判一年？）。當然，生命法益危險與重大身體法益危險之間的確難以區分，但如果這個理由有效（因為難以區分，所以可以順便保護進來），那麼殺人故意和重傷害故意既然同樣區分上有其困難，為什麼在立法上我們卻不以殺人罪同時保護生命與重大身體法益，而是必須另外訂立重傷罪？理由正在於：立法者要限縮法官就各種法益侵害所科刑度的裁量權，以維持這些法益之間在評價上的衡平性。因此，立法者如有意處罰製造重大身體法益危險的行為，必須另行立法。二，競合問題：如果遺棄罪保護生命與重大身體雙法益，那麼其和殺人罪（或重傷罪）之間的關係為何？這個問題看起來很沒意義，依照一般的想法，這兩者之間當然屬於法條競合關係。問題是，如果我們認為生命法益與身體法益是不同種類的法益，在邏輯上將這兩者認定為想像競合關係才是正確的⁵⁰⁰，但這似乎和我們對於遺棄罪作為殺人罪補充規定的一般想法相違背（該當殺人未遂後，還要再另外宣告遺棄罪？）。綜上，為了避免在解釋上產生困難，遺棄罪應限於保護生命法益，而不包括重大身體法益。

第三項 （扶養）義務請求權？

要先說明的是，除了無義務遺棄罪和扶養義務請求權無關外，如果此處的「義務請求權」包含行政義務（如道路交通管理處罰條例第 62 條），也會造成刑法與行政法義務之間的混淆（用刑罰逼迫人民踐行行政義務？），因此此處的義務請求權係指民法上的扶養義務請求權，先予敘明。

如前所述，既然沒有絕對不能列入法益範圍的利益，扶養義務請求權作為一種財產請求權，當然也有納入考量的可能性。惟刑法內部如果已經對保護財產法

⁵⁰⁰ 同樣的道理，通說認為殺人罪與傷害罪之間屬於法條競合關係，不管這個結果我們能不能接受，至少在邏輯上是明顯的謬誤。

益之罪有體系上的限制，我們在解釋遺棄罪時也必須受其拘束，才不會造成體系上的矛盾。所謂體系上的限制，除了遺棄罪並未規定於財產罪章之外，我們可以觀察到刑法對於財產利益的保護有諸多要件上的限制，而不是一侵害到該財產利益就直接處罰，例如幾乎貫穿整個財產利益罪章的「不法所有意圖」⁵⁰¹（竊盜罪、侵占罪、詐欺罪等重要財產法益之罪皆以此為要件），保護抽象財產利益的損害債權罪（刑法第 356 條），一樣也有「將受強制執行之際」（行為情狀）以及「損害債權意圖」的限制；就算是被批評易和民事債務不履行混淆的背信罪，條文上也額外要求了「不法得利意圖／損害利益意圖」要件，更不提學說上早有透過「權限濫用理論」將背信行為限制於濫用本人所賦予的財產處分權，在外部法律關係上使本人的財產利益受損的範圍內⁵⁰²。基此，若將有義務遺棄罪的保護法益解釋為扶養義務請求權，將會使行為人一「遺棄／不為保護」（未盡扶養義務）就該當本罪，和其他財產法益之罪設下諸多要件限制的情形有所扞格；況且有義務遺棄罪的刑度為六月以上、五年以下有期徒刑，甚至已等同於加重竊盜罪與搶奪罪，對於一個僅保護抽象財產利益的犯罪類型來說，實有失衡平。

綜上，本文認為遺棄罪的保護法益並非扶養義務請求權，但可附帶一提的是在我國刑法第 294 條之 1 增訂後，可能更易使遺棄罪的保護法益被認定扶養義務。詳言之，依照第 294 條之 1 第 4 款的規定，無自救力之人曾經無正當理由對扶養義務人未盡扶養義務（財產利益）持續逾二年且情節重大，扶養義務人對之不為保護即可不該當遺棄罪。如果我們將遺棄罪的保護法益解釋為生命法益，此款增訂恐怕淪為復仇條款⁵⁰³（之前沒付錢照顧我，所以我現在放任你死亡也沒關

⁵⁰¹ 有論者認為，不法所有意圖表彰的是「開放的往來關係」，故具備此一意圖的財產侵害行為係侵害公益（徹底否定整個所有權制度，故不僅針對被害人本人，而是整體社會成員）而非私益（所謂「閉鎖的往來關係」），此一開放／閉鎖的往來關係即為區分刑事／民事不法的標準，參照鍾豪峰（2002），《刑事不法與民事不法的分界》，頁 140-145，國立政治大學法律學研究所碩士論文。依照此一見解，民事上的扶養義務關係既屬被害人與行為人的特殊、閉鎖往來關係，未盡扶養義務應為民事而非刑事不法行為。

⁵⁰² 參照黃榮堅（1996），〈親愛的我把一萬元變大了〉，《月旦法學雜誌》，12 期，頁 52-53。

⁵⁰³ 參照黃榮堅，前揭註 37，頁 1814-1815。

係？），故在解釋上可能更會偏向將遺棄罪認定為保護扶養義務，但如此認定的不當之處已如前述。



第四項 國家福利資源的耗費？

最後一項要討論的可能法益是「國家福利資源的耗費」，意思是這樣的：當扶養義務人未盡扶養義務，國家福利資源就必須投入進行救助，基於資源的有限性，國家必須要針對耗費國家福利資源的行為進行處罰，以維持國家資源的合理分配。學說上即有從實務見解對於 87 年判例的再次限縮（需另有「有義務」的「私人」為之扶助、養育或保護，行為人方不成罪）⁵⁰⁴，觀察出遺棄罪的目的被隱晦微妙的轉變為遏止福利資源的繼續惡化⁵⁰⁵。當然，福利資源對於國民的保障有正面效益，福利資源的有限性也是無庸置疑的事實，但此項利益能不能通過衡平原則的考驗而列為遺棄罪的保護法益，必須再進一步思考。對此，已有學者從文字意涵（遺棄罪立法文字無法推導出保護此項法益）、最後手段性（透過民法、行政法向須負最終責任的扶養義務人請求返還不當得利即可）、不能援用累積犯法理（並無實證指出遺棄行為大量、反覆發生，且國家資源耗費並非不可逆）等理由，否定其作為刑法保護法益的可能性⁵⁰⁶，本文對上開學說見解亦表贊同。惟基於文字意涵、最後手段性等形式論據仍可能透過說詞的轉換予以迴避⁵⁰⁷，而累積犯法理也可能在社會的情勢變化（或是被執政者塑造出來）之後，被援用來處罰未盡扶養義務（而耗費國家資源）之人。基此，本文此處試圖從社會學的角度，提出反對遺棄罪保護國家福利資源耗費的實質論據（即：為何有違衡平？）。

⁵⁰⁴ 相關實務見解整理，參照李茂生，前揭註 20，頁 18-23。

⁵⁰⁵ 參照李茂生，前揭註 152，頁 31-32。

⁵⁰⁶ 參照黃榮堅，前揭註 498，頁 39-40。

⁵⁰⁷ 條文文字雖然僅規定「遺棄／不保護無自救力之人」，但既然在事實上多會引起國家福利系統介入的情形下，要推導出本罪保護國家福利資源並非絕對不能想像；另外，執政者也可以宣稱不盡扶養義務者本即無經濟能力，單純以民法或行政法請求返還並無意義，還是得靠刑法規定才能遏止浪費國家資源的行為發生，故即使動用刑罰仍符最後手段性原則。



由於已有學者從新自由主義的角度來分析遺棄罪與國家福利資源耗費的關係⁵⁰⁸，本文亦簡要的從此一視角切入。依照新馬克思主義地理學者 David Harvey 的說法，新自由主義是指一種政治經濟實踐的理論，國家的角色僅在維護市場運作的制度框架（而不存在市場的領域，有必要的話國家必須建立市場），政府對於市場的干預必須被控制在最小限度，透過市場內部的私人財產權保障以及自由競爭，將能最有效率的促進人類幸福⁵⁰⁹。不過弔詭的是，新自由主義也要求強大具強制性的政府，以保障個人與企業的自由⁵¹⁰。由於新自由主義底下的個體被定義為理性的自主選擇者，人民必須自我審慎的做出選擇、照顧自身，不能依賴國家，國家也基於效率的考量將社會責任轉移到私人企業與市場⁵¹¹。強調個人責任的結果，社會保障大幅縮減，個人失敗還被歸結為個人的過錯⁵¹²。新自由主義雖然宣稱保障勞工的選擇自由也會對其有利，但當工會力量縮減、工時彈性化，得利的是上層階級的白領菁英，失業被描繪為「自願」的，那些在市場競爭下被市場體系拋棄的失敗者，只能盼來貧窮、疾病與飢餓⁵¹³。我們發現，新自由主義假設了一個資訊、權力皆為完美對稱的競爭平台，此一假設要嘛是天真的烏托邦設想，要嘛是為了掩飾赤裸裸的階級力量的重建⁵¹⁴。最後的真相是：新自由主義所標榜的天堂，其實僅僅是金字塔頂端的資本家的天堂，其代價卻是多數勞動階級的生命與尊嚴⁵¹⁵。

雖然理論脈絡不盡相同，但社會學家 Zygmunt Bauman 對消費自由的研究一樣指出了下層階級的困境。Bauman 指出，資本主義裡的自由同時包含著另一群

⁵⁰⁸ 參照李茂生，前揭註 152，頁 31-32。

⁵⁰⁹ 參照 David Harvey 著，王欽譯（2010），《新自由主義簡史》，頁 2-3，上海：上海譯文。

⁵¹⁰ 參照 David Harvey 著，王欽譯，前揭註 509，頁 25。

⁵¹¹ 參照李佳玟（2009），〈在地的刑罰·全球的秩序〉，載於《在地的刑罰·全球的秩序》，頁 233-234，台北：元照。

⁵¹² 參照 David Harvey 著，王欽譯，前揭註 509，頁 87。

⁵¹³ 參照 David Harvey 著，王欽譯，前揭註 509，頁 61-62、213。

⁵¹⁴ 參照 David Harvey 著，王欽譯，前揭註 509，頁 78、136。

⁵¹⁵ 參照李佳玟，前揭註 511，頁 252。

人的不自由（後者的控制可能性成就前者的自由）⁵¹⁶，當資本主義發展到已由少數人壟斷（所以他們才擁有自由）之後，為了滿足其他多數人追求自由的內驅力，晚期資本主義已經步入消費社會，人們競逐的是由各種象徵符號所組合而成的地位差異，在「消費」領域裡人們享有選擇的多樣性，而透過科學權威與名人的廣告代言，使人們競逐被社會所認同的地位，同時滿足了人們追求自由與確定性的願望（因此，滿足慾望的購買行為亦被描繪為理性）。又因為消費領域的差異競逐並無盡頭，市場很快就會製造新的刺激供消費者投身於內，這樣的特性克服了自然的限制，使得社會控制「被誘惑的消費者」輕而易舉，卻又不會動搖那些壟斷市場的少數階級的權力⁵¹⁷。至於那些只能接受（沒有效率的、僅能維持最低水準的）社會福利救助的「有缺陷的消費者」，他們則被剝奪了選擇自由，只能依賴於國家雇用的專家來引導、監督他們。這些「新貧」（new poor）階級⁵¹⁸者僅能生活於赤貧、沒有尊嚴的存在，並且更促成那些自由的消費者選擇消費而不是依賴福利。在多數人醉心於由消費市場構築的幻想共同體時，那些被當成社會寄生蟲的底層階級縱使對政府提出申訴，將會完全被放任不理⁵¹⁹。

綜合上述 Harvey 和 Bauman 的研究，我們就能夠理解，為什麼我們的社會貧富差距越來越大、為什麼會有那麼多的血汗工廠、為什麼智慧財產權的保護範圍越來越廣、為什麼房價可以一直居高不下、為什麼政府號稱景氣回升時多數人民總是無感……因為最終，少數的菁英分子／國家獲取了這個社會／世界的絕大多數資源，又在自由競爭的名義下，得以保有並不公平的分配結果。更令人為之氣喪的是，我們還可以觀察到多數人縱使一邊喊窮，一邊仍以飛蛾撲火之勢競逐著日新月異的各種商品（這幾年最典型的例子，當然是智慧型手機），卻對時不時站出來反抗政府的弱勢農民、工人運動無動於衷。面對以選擇自由之名襲捲全

⁵¹⁶ 參照 Zygmunt Bauman 著，楚東平譯，前揭註 287，頁 56-57。

⁵¹⁷ 參照 Zygmunt Bauman 著，楚東平譯，前揭註 287，頁 69-82。

⁵¹⁸ 關於新貧階級的產生，以及社會控制手段由工作倫理轉向消費倫理的過程，可參 Zygmunt Bauman 著，王志弘譯（2002），《工作、消費與新貧》，台北：巨流。

⁵¹⁹ 參照 Zygmunt Bauman 著，楚東平譯，前揭註 287，頁 83-87、104。

世界的少數人對多數人的剝削，大多數人不約而同選擇了冷漠、放任的態度，讓我們都成為此一結構底下的共犯之一；而被犧牲的，永遠是那群被視為應為自己失敗負責的弱勢階級。



最後回到遺棄罪的問題。依照論者的研究，父母基於經濟因素而遺棄子女的案件約占將近六成，而子女基於父母失能、生活無法自理（因此產生長期照顧上的心理倦怠與沉重壓力⁵²⁰），將其遺棄的比例更高達八成⁵²¹。事實上，照顧弱小的兒童、老人之責，在福利國家體制內絕對不應單由家庭負責，而是必須另外透過國家、市場等共同承擔⁵²²。另外也有論者明白指出，我國對此一問題的介入實質上是推回給個人或家庭來承擔扶養義務，此種「殘補式」福利（國家僅在家庭、市場無法滿足個人需求時才介入）應被捨棄，方可保障人民的生存權⁵²³。基此，如果我們能正視弱勢階級在現代國家下的困境，就不應該再以遺棄罪處罰所謂「推卸自身責任、造成國家資源耗費」的「義務懈怠」行為⁵²⁴，因為這樣的處罰不但對問題的解決沒有幫助，反而更讓底層階級進入無法逃脫的深淵、更讓國家有理由將責任推卸到個人身上。所以最後的結論是：如果法益的設定是在指明一個人應受尊重的利益衡平狀態，那麼以刑法處罰「耗費國家福利資源」的行為，是國家與人民間不正義的風險分配⁵²⁵。

⁵²⁰ 雖然該論者並未再區分子女遺棄父母的案例中，有哪些是單純心理上的疲倦，又有哪些是基於承受經濟因素（貧窮）的壓力而來，但是長期照顧失能老人對於子女自身的經濟情況有重大影響，應仍在合理的推論範圍內。

⁵²¹ 參照陳竹上（2010），〈我國親屬間遺棄罪之研究：司法實證及社會福利觀點之分析〉，頁 27-29，亞洲大學社會工作學系碩士論文。

⁵²² 關於所謂「福利三角理論」以及我國的老人照護福利制度分析，可參黃榮堅，前揭註 498，頁 17-28。

⁵²³ 參照陳竹上，前揭註 521，頁 107。

⁵²⁴ 此一用語，參照李茂生，前揭註 152，頁 32。

⁵²⁵ 此處可以附帶一提的是，肇事逃逸罪的法益認定問題和有義務遺棄罪可說是十分相似。詳言之，肇事逃逸罪保護法益的四種說法中（被害人人身安全、公共危險、民事求償權、協助確認事故與責任歸屬），如果我們扣除和遺棄罪無關的「公共危險」外，其餘三種說法都能和此處遺棄罪的保護法益爭議做對應（分別對應於：被害人人身安全、扶養義務請求權、國家福利資源的耗費）。值得注意的是，基於肇事逃逸罪要件設計上的諸多缺陷，最後形式上最能對條文文字有效解釋的是「協助確認事故與責任歸屬」，學說上亦有見解採納此說（參照吳耀宗（2010），〈肇事逃逸罪：第一講：保護法益〉，《月旦法學教室》，94 期，頁 32 以下、盧映潔（2004），〈論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護：兼評最高法院九十二年度台上字第五三七



第三節 遺棄罪的危險犯性質

在我們將遺棄罪的保護法益明確界定為生命法益之後，接下來我們就可以用第三章所建立起的具正當性基礎的危險概念，對第二章所提及的遺棄罪解釋上的諸問題做出回答。由於第二章、第三章本文已經花了不少篇幅說明遺棄罪的問題點，並論述本文認為具有正當性基礎的危險概念，此處本文不會再加以贅述，而把重心擺在論證遺棄罪作為一種危險犯的正當性與必要性何在，先予敘明。

第一項 實務見解問題溯源：對於保護法益認識不清

從本文先前對於實務見解的整理⁵²⁶，我們可以發現實務的用語（尤其是判決）十分混亂，讓我們很難從中推斷實務對於有義務遺棄罪的危險犯性質見解為何。至於判例見解雖然有較易觀察的發展脈絡（18年判例著重「義務違反」、29年判例提及「生命危險」，故「事實上有他人」為之保護即可使行為人免罪、87年判例則將29年判例的「他人」限制為「義務人」），但是很明顯僅考量有無其他（義務）人照顧無自救力之人（若有，則可使行為人免罪；若無，行為人即成罪），而未考慮其他和被害人生命危險之間可能有所關連的因素，最終還是受到義務違反說的影響，而並未明白將遺棄罪定調為保護生命法益的犯罪類型。

之所以實務見解會如此混亂，本文認為最根本的原因，在於實務從來沒能清

二號、九十二年度台上字第四五五二號刑事判決），《月旦法學雜誌》，112期，頁245、高金桂，前揭註58，頁251-252），但值得檢討的是：國家憑什麼把認定事故的責任移轉給人民承擔（這一點，和前述對於「國家福利資源耗費」法益適格性的檢討有異曲同工之妙）？在檢討此一法益的實質正當性之前，貿然將其作為肇事逃逸罪的保護法益，恐有不當擴張刑罰範圍之虞，更驗證了法益概念往往淪為正當化某些存有爭議的犯罪類型的一套說詞而已。

⁵²⁶ 參照本文第二章、第五節、第一項的整理。

楚定性遺棄罪的保護法益，以致於實務見解一直在「義務違反」和「生命危險」之間搖擺不定。從立法理由與 18 年判例開始，「義務違反即可成罪」此一命題就像一團永遠散不去的烏雲壟罩在實務見解頭上；而立法當時與 18 年判例會如此重視「義務違反」，如同我們前面對於遺棄罪立法沿革的探討，是受到傳統孝道觀念以及歐陸法制史中家長權的影響而來。雖然 29 年判例的用語讓遺棄罪的保護法益解釋上有可能傾向於生命法益，但在僅採取「事實上有他人照顧」的反面排除危險規則，而不考慮其他因素的情況下，依然還是無法與義務違反說分道揚鑣，更別提 87 年判例又將此一反面排除規則限制於「有其他義務人照顧」，讓實務見解明確將遺棄罪保護法益界定為生命的機會變得更加渺茫。另外，在 99 年台上字第 3048 號判決為 87 年判例的反面排除規則補充理由（非義務人的照顧可隨時停止，對無自救力之人自難謂無危險）之後，問題因此變得更加嚴重：因為照顧者「有無義務」和「是否會繼續施予救助」在經驗法則上完全沒有辦法建立一定程度的關聯性，實務此舉或許可以減輕其認定被害人有無生存危險上的證明負擔，但卻讓遺棄罪更向義務違反說靠攏，尤其是在「將小孩留置於醫院而去」的案例被認定為該當遺棄罪之後，甚至還會間接造成「父母養育義務優於社福機制與醫院照顧義務」的效應，使遺棄罪成為國家處罰耗費福利資源行為（或者更直接的說，打壓弱勢階級）的工具。

綜上所述，在實務見解未能明確將遺棄罪保護法益界定為生命之前，義務違反說將會持續不斷的發揮作用（甚至如學者所觀察到的，義務違反的內涵從「未盡扶養義務」發展為「耗費國家福利資源」），也連帶將使遺棄罪的危險犯性質無法被進一步的確認與檢討。遺憾的是就本文的觀察，目前的實務見解發展趨勢在短期間內恐怕很難期待有所改變。

第二項 學說見解問題溯源：未建立危險／危險犯的正當性



學說見解的問題根源則和實務不同，蓋學說見解大都已將遺棄罪的保護法益定性為生命（或包括重大身體）了，真正出問題的地方在於學說對於抽象、具體危險犯的論述並未建立刑法上的正當性基礎。我們先從持抽象危險犯立場的學說見解看起⁵²⁷：如果抽象危險真的是「立法動機」而不容法官事後判斷的話，那為什麼會有那麼多試圖限縮遺棄罪可罰性範圍的見解？就算未特別指出限縮途徑的學者，至少也會強調遺棄罪仍以法益的危險性為必要，在在都讓「抽象危險僅作為立法動機」的說法不攻自破。另外，持具體危險犯立場的見解常對抽象危險犯說的批評是遺棄罪的「危險定型」不足，因此有違背罪責原則之虞；不過，我們若對此一批評做反面推論，意思似乎是：只要將遺棄罪修改成具備足夠的危險定型，遺棄罪就有被解釋為抽象危險犯的可能。但從本文第三章對於刑法上危險概念的界定，真正違背罪責原則的並不是抽象危險犯本身，甚至也不是危險定型夠不夠，而是通說認為抽象危險犯不須以實害故意為要件的見解。當通說將爭執點擺在遺棄罪應不應該被認定為抽象危險犯、要不要額外採取限縮途徑，而未能思考抽象危險犯本身的立法目的與正當性來源為何時，遺棄罪的危險犯定性問題已經註定陷入無解。

再來觀察持具體危險犯立場的學說見解⁵²⁸。如前所述，因為遺棄罪的危險定型不足，故持具體危險犯立場的學者才會一改自己以形式基準區分抽象、具體危險犯的見解，將「危險結果」視為遺棄罪的不成文要件，但這樣的作法一來流於恣意（為何棄形式基準於不顧？），二來也有牴觸權力分立之嫌（解釋者憑什麼改變立法者的立法決定？），而更重要的是：具體危險犯本身的立法正當性何在？如果扣緊本文第三章對於刑事不法行為的定義，以行為後的情勢變化反過來決定行為合法與否，已經失去刑法作為行為規範的意義。持具體危險犯立場的學說見

⁵²⁷ 參照本文第二章、第五節、第二項、第一款的整理。

⁵²⁸ 參照本文第二章、第五節、第二項、第二款的整理。



解僅看到抽象危險犯模式有違背罪責原則的疑慮，認為附加上危險結果要件就能解決遺棄罪危險定型不足的問題，事實上還是沒能看見自身的理論缺陷。至於從成文要件推導出「具體危險」的見解，恐使具體危險與抽象危險之間的界線更加模糊（縱使條文中並無「致生危險」，只要解釋上要件須內涵危險要素，通通可以解釋為具體危險犯？），且一樣沒能檢討具體危險犯本身的正當性疑慮。不過此一見解如果和上述限縮抽象危險犯可罰性範圍的見解一併思考，並且以不法行為的正當性基礎（危險是行為時的危險、是行為人的實害認知）予以整合的話，我們就可以發現抽象危險、具體危險的實質內涵並無不同（所以用「危險程度」或是「層級化保護原則」作為將遺棄罪認定為抽象、具體危險犯的理由，是站不住腳的）；又因為危險的認定必須扣在行為人的實害認知之上，必須將行為時的具體情狀考慮進來，那麼結論將是：不管是抽象還是具體危險犯，其本質都是「具體危險性犯」，已如本文第三章所述。如此一來，我們就可以理解為什麼學說、實務在認定「無自救力之人」時會將個案的環境因素考慮在內，也會將「提高危險」內涵於「遺棄行為」之中了。所以最後的結論是：無論將遺棄罪認定為抽象危險犯還是具體危險犯，其實質內涵都是具體危險性犯；如一定要從抽象危險犯和具體危險犯這兩種立場之間選擇其一，可以形式基準為標準，亦即（未規定「致生危險」的）遺棄罪屬於抽象危險犯。但最後、也是最根本的問題是：經過我們轉化解釋過後的遺棄罪（保護生命法益、以行為時行為人的實害認知為要件），其作為一種獨立於殺人（未遂）罪之外的「危險犯」，意義何在？

第三項 小結：遺棄罪的危險犯性質認定困境

如本文第三章所述，抽象危險犯（或行為犯）的立法正當性在於「擬制難以計算的侵害範圍」，亦即抽象危險犯立法模式必須限制在保護超個人法益的犯罪類型。如此一來，當我們將遺棄罪的保護法益確定為個人的生命法益（而無擬制

難以計算的侵害範圍的需求)之後,我們就無法理解,為什麼我們還需要在殺人罪之外額外制定遺棄罪?如果要讓遺棄罪有獨立於殺人罪的必要性,剩下的另外一條路徑是「限縮行為人的自主判斷」,亦即透過(通說脈絡底下的)抽象危險犯法理,讓行為人只要認知到其已經實行構成要件所描述的行為(遺棄行為)即該當遺棄罪,問題是如同本文第三章所述,剝奪行為人自主判斷權限的犯罪類型並無法建立其正當性。雖然本文有強調,行為人的自主判斷權限仍有範圍限制,亦即必須考量到相對利益與風險大小來做調整,但在我們將遺棄罪的保護法益認定為生命之後,我們依然無法理解在(皆保護生命法益的)遺棄罪與殺人罪裡行為人所享有的自主判斷權限範圍有何不同。

綜上,我們可以將遺棄罪危險犯性質的認定困境總結如下:如果要在解釋上讓遺棄罪有正當性,那麼遺棄罪即無獨立於殺人罪的必要性,而只是一種特殊的殺人未遂型態;如果要讓遺棄罪有獨立於殺人罪的必要性,其即失去立法上的正當性基礎。基此,如果要同時滿足遺棄罪立法上的正當性與必要性,可能只剩下兩種途徑:一,承認遺棄罪就是一種特殊的殺人未遂(在不法層次上並無差異),而其獨立於殺人罪的理由只能在責任層次上找尋;二,承認遺棄罪在不法層次上和殺人罪即有差異,亦即遺棄行為人的自主判斷權限範圍基於特殊的理由,必須比殺人行為人來得限縮,只是何謂此處的特殊理由,還必須再做論述。關於這兩條途徑進一步的分析與論證,本文於第五章再做處理。

第四節 主觀不法：所謂遺棄故意

本節要討論的是遺棄故意的內涵,以及其如何與殺人故意之間做出區分。以下本文先從通說對於故意的定義出發,再分別檢討:一,以通說看法(故意包含認知、意欲要素)為基礎,檢討客體差異說(殺人故意的對象是生命實害、遺棄

故意的對象是生命危險)以及意欲差異說(遺棄故意是指信賴實害不發生,但將實害發生與否繫於偶然因素之上)的問題;二,直接對意欲要素提出質疑,確認故意僅以認知要素為要件後,再予檢討形式危險故意/有認識過失說(遺棄故意僅以常識上的風險認知為內涵,不需具體認定被害人的生命危險)的疑義。如果上述途徑都無法為遺棄故意與殺人故意的區分困境解套,我們要嘛只能承認遺棄故意在概念上的無解,要嘛必須另謀他途(這一點,和前述危險犯認定困境意義相同)。最後在進入正式討論之前,要先說明的一點是,由於本節會大量運用容許風險概念(所謂故意,本就是指對超越容許風險的犯罪事實有認知),而容許風險概念已在本文第三章論述甚多,故此處即不再贅述,先予敘明。

第一項 通說對故意的定義：認知與意欲要素

依照通說的說法,所謂構成要件之故意⁵²⁹是指行為人對於客觀不法構成要件的所有行為情狀有所認識(即「認知」要素),並進而決意實現不法構成要件的主觀心態(即「意欲」要素)⁵³⁰;另外,亦有學說強調意欲之對應要求係整體針對該犯罪之實現而發(認知該當客觀構成要件的事實之後,對於「實現犯罪之決行」)⁵³¹。至於故意的態樣,依照通說的說法可區分為「直接故意」(刑法第13條第1項)與「間接故意」(刑法第13條第2項),由於直接故意和本文主題較無直接關連,故此處我們只列出通說對於間接故意的定義:行為人雖預見其行為顯有實現不法構成要件的高可能性,但竟不顧有這種高危險性的存在,聽任、容任其自然發展,終致構成要件實現的情形⁵³²。間接故意概念中最著名的理論爭

⁵²⁹ 通說認為故意有所謂的雙重作用,除了在構成要件作為「構成要件故意」之外,同時也作為一種罪責型態(所謂故意罪責,幾乎是僅在處理容許構成要件錯誤時才會出現的名詞),參照林山田,前揭註225,頁284-285。此處本文討論的故意,是指構成要件故意,先予敘明。

⁵³⁰ 參照林山田,前揭註225,頁285。

⁵³¹ 參照林鈺雄,前揭註222,頁204-205。

⁵³² 參照林山田,前揭註225,頁291。

議，大概就是如何劃定與「有認識過失」（刑法第 14 條第 2 項）之間的界限⁵³³；同樣依照通說的說法，間接故意與有認識過失在主觀上皆預計其行為有實現構成要件的可能性，但前者的主觀心態係「容任結果的發生」（通說所謂的「容任理論」），後者則係「確信、信賴結果不發生」，不過有認識過失概念的提出僅在於劃定出故意、過失之間較明確的界線，不代表有認識過失與有認識過失的不法、罪責內涵有所差異⁵³⁴。

從以上通說對於故意的定義，我們可以再就和本文主題有關的兩點做說明：一，既然故意是指「對於該當構成要件的犯罪事實有認知及意欲」，因此行為犯（不以實害結果為要件）的主觀不法似乎就不以實害故意為必要（所謂的對應要求⁵³⁵），但依照本文第三章所述，實害故意必須是所有犯罪類型建立正當性的必要條件，遺棄罪自然也不例外；二，容許風險概念作為構成要件的一環，所以我們可以把故意定義為：對於超越容許風險的構成要件事實有認知及意欲，也因此故意內涵和容許風險概念有非常密切的關係。而本文第三章也提到，容許風險概念本質上就是自主判斷權限範圍的判斷問題，所以認定遺棄故意和殺人故意有無差別，其實也就是在認定這兩者自主判斷權限範圍有無差別。因此緊接下來的問題自然是：遺棄故意如果要有獨立於殺人故意存在的必要性與正當性，那麼必須透過什麼理由來限縮遺棄行為人的自主判斷權限範圍？

第二項 遺棄故意與殺人故意的區分困境

第一款 客體差異說？

⁵³³ 與此一理論爭議有關的學說有如汗牛充棟，但因為和本文主題無太大關連，故不再深論。進一步的學說介紹與評述，參照黃榮堅（1996），〈刑法解題：關於故意及過失〉，載於《刑法問題與利益思考》，頁 17 以下，台北：元照；許玉秀（1997），〈客觀的故意概念？：評德國的間接故意理論〉，載於《主觀與客觀之間》，頁 45 以下，台北：自刊；徐育安（2012），〈故意認定之理論與實務：以殺人與傷害故意之區分難題為核心〉，《中研院法學期刊》，10 期，頁 97 以下。

⁵³⁴ 參照林山田（2008），《刑法通論（下）》，10 版，頁 169-171，台北：元照；林鈺雄，前揭註 222，頁 190-191。

⁵³⁵ 參照林鈺雄，前揭註 222，頁 197、201。



如本文前面所整理的⁵³⁶，多數學說是以所謂客體差異說來區分遺棄故意與殺人故意，亦即前者認知、意欲的客體是「生命危險」，後者則是「生命實害」。但正如本文之前的分析⁵³⁷，所謂危險永遠是人主觀上的判斷而不是客觀上的實體（誰能從客觀描述，「生命危險」長得什麼樣子？），而故意永遠是以行為人在行為時所認知的事實來做判斷⁵³⁸，所以不管是殺人故意還是遺棄故意，最終都是行為人在行為時對於其行為是否會導致死亡實害發生的一種預測而已，換言之，通通都是行為人對「死亡可能性」的評估。通說用所謂的「客體差異」來區分遺棄故意與殺人故意，毋寧說是一種逃避問題的循環論證。

第二款 從意欲要素區分？

另有學說⁵³⁹認為遺棄故意與殺人故意在認知要素並無差別，故應從「意欲」要素來區分這兩者，詳言之，殺人故意是容任實害發生，遺棄故意是指信賴實害不發生，但將實害發生與否繫諸於「偶然」因素之上；也正因为遺棄故意將實害發生與否繫諸偶然，可非難性較一般的有認識過失（單純信賴實害不發生）來得高，正好可以填補故意殺人與過失致死之間的規範漏洞。不過此一見解的問題至少有二：一，有認識過失與殺人的未必故意之間的區分難題已經幾乎是學說上最難解的理論爭議之一，如果要在這兩者之間創設出一種中間型態，勢必會使此一理論爭議變得更加劇烈；二，一方面強調遺棄故意依然是「信賴結果不發生」，一方面又強調「繫諸偶然因素決定結果發生與否」，事實上已經是接近互相矛盾的兩個命題，蓋既然行為人情緒上也知道自己已經無法控制結果會不會發生（所謂繫於偶然因素）卻還是著手為之，難道還能說行為人「信賴」結果不發生，所

⁵³⁶ 參照本文第二章、第六節、第二項的整理。

⁵³⁷ 參照本文第二章、第六節、第三項，以及本文第三章對於危險概念的論述。

⁵³⁸ 這一點學說上應無異見，僅參照林山田，前揭註 225，頁 285。

⁵³⁹ 參照本文第二章、第六節、第二項許澤天老師的見解整理。

以不具實害故意嗎？要化解此一矛盾，或許在概念上可以用合理／不合理的信賴來區分這兩者（依據「不合理的信賴」是實害故意，依據「合理的信賴」是遺棄故意），但如此一來依然只是把劃定界限的困難轉換另一組用語呈現而已，對於標準的具體化依然沒有幫助（亦即：何謂「合理」？）。



第三款 意欲要素的檢討

上面兩款的探討基本上都還是以通說對於故意的定義（故意包含認知與意欲要素）為基礎，而本款要先暫時跳脫出遺棄故意與殺人故意之間的區分問題，先對故意是否包含「意欲」要素這一點進行檢討。此一問題的探討實益在於，如果我們能夠否定故意並不包含意欲要素，然後也承認遺棄故意和殺人故意在認知要素上並無差異的話，我們就能得出遺棄故意並無存在於殺人故意之外的必要性，或至少可以專注在如何從認知要素區分這兩者，而不用再陷入如何以意欲要素做區分的泥淖之中。

在正式對意欲要素提出本文意見之前，要先釐清的一點是，縱使是承認意欲要素的通說見解，也是把「意欲」當成一項規範標準（法律的評價）來使用的⁵⁴⁰，而不是以所謂「心理學式的故意概念」⁵⁴¹為基礎，讓行為人可以透過其恣意想像決定其是否可受歸責⁵⁴²。換言之，故意是刑法上的「評價標準」，和行為人的心理狀態（評價客體）層次上有別，如果不能清楚區分這兩個層次，將會使認知要素和意欲要素之間的關係更加混淆不清⁵⁴³。因此，接下來本文對於意欲要素的檢

⁵⁴⁰ 參照許玉秀（1997），〈區分故意與過失：論認識說〉，載於《主觀與客觀之間》，頁 167-168，台北：自刊。

⁵⁴¹ 所謂心理學式的故意概念，係一與心理學密切結合的主觀歸責理論，亦即直接以心理現象決定故意過失之成立，並以犯罪目的之有無作為兩者之區分標準。詳細的介紹，參照徐育安（2009），〈費爾巴哈之故意理論及其影響：以德國刑法為核心〉，《政大法學評論》，109 期，頁 8-23。

⁵⁴² 從此一角度切入，反對故意包含意欲要素的見解，可參 Ingeborg Puppe 著，許玉秀譯（1996），〈故意與有認識過失之區別：論德國的通說〉，《政大法學評論》，55 期，頁 298-299。

⁵⁴³ 正確觀察到這一點的見解，參照徐育安，前揭註 533，頁 135。

討，都是在「意欲作為評價標準」此一層次上做批評的，先予敘明。



第一目 意欲僅為局部性情緒

當我們決定要從事任何一個行動時，我們或多或少都會考慮這一個行動與我們自身的利害關係，對於我們有利的因素（驅使我們從事此一行動的拉力）會讓我們「想」這樣做（例如：吃下眼前這塊美味的蛋糕，可以讓我一解嘴饞之苦），而對於我們不利的因素（阻止我們從事此一行動的推力）則會讓我們「不想」這樣做（例如：真的把蛋糕吃下去的話，很可能會變胖而有害健康），因此在決定行動之前，其實任何行動都會搖擺於「想」與「不想」之間，最後行為人必須在權衡這兩者之後做出決定（行動，還是不行動？），如果他真的行動了，那麼他最終的決定就是「想」這樣做；如果他沒有行動，代表他最終的決定就是「不想」這樣做，換言之，判斷一個人「想不想」從事行動不能僅從「有利因素」或「不利因素」單一面向切入，而必須考量他權衡這兩者之後所做的終局性判斷。基此，通說在認知要素之外再要求檢驗意欲因素，其實是一種對局部性情緒的片面觀察，而忽略了行為人透過行動表達了他權衡利害之後，認為有利因素比起不利因素來得更有價值的行為決定⁵⁴⁴。例如上面所舉之例，如果行為人真的將蛋糕吃下去，既然他對有利、不利因素皆有所認知，就表示他認為行動時「滿足口舌之欲」的好處大過了「變胖有害健康」的壞處（至於他事後會不會後悔，是另外一件事），那麼他就必須承擔此一選擇所可能帶來的惡果。正如本文第三章對容許風險概念的論述：當人享有選擇自由時，不僅代表他能享受此一自由的正面效益，也必須承擔自由選擇之後的負面損失，透過選擇與承擔，人才可能享有獨立性的人格。

正是因為故意的判斷同時涉及行為人對於有利、不利因素的終局考量，未必

⁵⁴⁴ 參照黃榮堅（2000），〈故意的定義與定位〉，載於《刑罰的極限》，頁 351，台北：元照。

故意（間接故意）的判斷才會這麼啟人疑竇。詳言之，在直接故意的情形（例如：為了詐領保險金，確定甲在屋內後，決定放火將其燒死），由於構成要件的實現等同於行為人的目的（有利因素），所以在認定上較無疑義；但在間接故意的情形（例如：承上例，雖然不太確定甲的朋友乙是不是在屋內，但還是決定把火放下去），對行為人來說乙被燒死並不具備正面效益，反而還有因為多燒死一個人所引起的後續負面效應（被警察追緝、犯行被發覺因此增加的刑度等等），因此若乙果真被燒死，可能也不是行為人所樂見的。正是因為此處似乎涉及了有利、不利因素的衝突，所以（認為意欲為故意要素的）通說才會那麼掙扎。問題是，如果刑法的目的在於法益保護，既然行為人已經認知到這樣做會導致法益侵害還做下去，此時刑法若不介入，無疑是把被害人的法益保護置於輪盤之上。質言之，我們看不出來為了行為人的局部性情緒而讓被害人的法益被犧牲，還有任何符合利益衡平的可能性；通說以（僅考量局部性情緒的）意欲為要件，卻以被害人的法益當成賭注，事實上表達了一種耍賴、不負責任的態度。

當然我們為了追求利益從事行動時，必然也會有附帶的風險，但我們已經可以透過容許風險或緊急避難概念來做處理，前者如：即使我知道開車出去會有撞傷人的風險（不利因素），但在一般情況下開車行為是現代社會開展生活的必要行為（有利因素），故仍被允許；後者如：甲被山豬攻擊命在旦夕，槍術不精的乙雖然知道開槍有誤中甲的風險（不利因素），但基於不趕快對山豬開槍甲就會死亡的考量（有利因素）而開槍，即使被認定有殺人故意，仍可合乎避難手段的衡平性要件而阻卻違法⁵⁴⁵。基此，既然行為時的有利因素已經可以被整體刑事不法體系考量進去，在故意承認意欲要件，並無必要。

第二目 未以認知為基礎的意欲，僅為單純的願望

⁵⁴⁵ 此例參考自黃榮堅，前揭註 533，頁 15。



這一目對於意欲要素的批評，一樣可以從刑事不法行為的意義來切入。如前所述，在現代刑法已採行為責任原則的前提下，我們要非難的是行為人認知到其行為會導致法益侵害而做下去的行為，而不是行為人尚未行諸於外的惡念。詳言之，我們在日常生活中的確常常會在心中形成惡念，例如在馬路上看到有人以高速蛇行時，難免會希望他最好撞到安全島死一死好了，不要拖人下水；又或者看到發黑函攻擊自己的選戰競爭對手，會想狠狠把他抓起來痛毆一頓。這些惡念的存在本身就長遠來看可能不妥（所謂「害人之心不可有」），但是人類本來就不是理性的生物，存在不理性的欲望其實是可以被理解的，只要我們能好好控制欲望，不真的將惡念著手實現，事實上並沒有破壞與其他社會成員之間的利益平衡關係⁵⁴⁶。當然在理想世界裡，我們都希望每個人都能「只」心存善念幫助別人，但這至多只是一個道德義務，而不是法律義務，若僅因「惡念」的存在就予以非難，無疑是把道德義務法律化。如果訴諸更抽象的價值層次，勇敢承認自己會心存惡念，但只要能好好控制惡念就依然可以被認定為「理性」的處世態度，無疑會讓人活得更加舒坦。

基此，所謂的故意必須以認知為前提，沒有以認知作為基礎的單純惡念，至多僅是行為人單純的願望，而不是刑法領域內有意義的不法行為⁵⁴⁷。例如行為人在家裡做草人插針想咒仇人死亡，在經驗世界欠缺詛咒與死亡結果之間合理因果連結的情形下，行為人愛怎麼咒就怎麼咒，刑法對此並無介入的正當性。

第三目 著手概念已能表達行為人的法敵對意志

承認意欲要素的其中一個理由，是認為透過行為人的意欲才能展現出行為人

⁵⁴⁶ 參照黃榮堅，前揭註 544，頁 351-352。

⁵⁴⁷ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 320-321。

反對規範、敵視規範的態度，這種罔顧法規範的表現才是規範要予以制裁的理由⁵⁴⁸，換言之，行為人與法規範敵對的主觀意識正是故意犯的處罰遠重於過失犯的歸責原因⁵⁴⁹。另外也有學者提到，人僅為自己的意志創作負責，而自由必須藉由意欲來定義，否則如果可以擬制意欲的存在，無疑是把「生命」當成一場假設⁵⁵⁰。

上開見解最令人困惑之處，毋寧在於何謂：「法敵對意志」？如果是指行為人有沒有蔑視規範的態度，為什麼在學說上常舉的一個間接正犯的例子中（甲撞見其妻乙與丙通姦，甲憤而舉槍要求乙殺掉丙，方不取乙性命。乙不得已只好用褲襪將熟睡的丙勒死⁵⁵¹），就算依照通說的說法，並未蔑視規範只是想救自己一命的乙還是會成立犯罪（亦即仍具備故意），至多僅能減輕或免除其刑呢？事實上，如果上開「法敵對意志」要有較為明確的內涵，而不是流於將「行為人性格」作為不法評價對象的話，還是得回到不法行為的定義：當行為人認知到他這樣做會導致法益侵害還做下去（亦即著手）時，他就展現了他的「法敵對意志」。基此，縱使我們不採意欲要素作為故意的內涵，行為人還是可以透過他侵害法益的行為決定（著手），展現出他基於意志自由所做的選擇，因而能建立刑法介入的正當性。要說拋棄意欲要素就是否定行為人的意志自由，恐嫌速斷。

第四目 避免意欲成為補足認定故意困難的藉口

基於意欲判斷的困難，因此有學說見解認為不應該僅以「容任」作為認定標準，而應該改採綜合說，讓各種見解都可「伺機參考」。在此見解下，認知要素審查的是行為人對危險的相信（認真）程度，意欲要素則係審查行為人是否對自己控制風險的能力欠缺確信，亦無防果意思；至於認知要素與意欲要素的關聯

⁵⁴⁸ 參照許玉秀，前揭註 540，頁 167。

⁵⁴⁹ 參照林鈺雄，前揭註 222，頁 192。

⁵⁵⁰ 參照許玉秀，前揭註 540，頁 174-175。

⁵⁵¹ 此例參考自林山田，前揭註 534，頁 61-62。

性，在於前者會對意欲產生動力或予以壓抑⁵⁵²。除了綜合判斷說外，另有學者提出類型學的故意概念，亦即決定行為支配的認知要素以及侵害法益的敵對意念（意欲因素）都會有強度上的差異，而某一個特徵較不明顯的要素可以透過另外一個特徵較明顯的要素補足⁵⁵³。

本文認為，綜合判斷說以多元指標來認定意欲，看起來可能是比較周延的標準，但如果未能釐清這些指標間的關係，恐怕反會造成認定上的困難。例如：行為人以對被害人生命有高度危險的方式犯罪，但同時也採取多重防果措施時，行為人似乎對危險很認真，但似乎又具備防果意思，那行為人到底有故意還是沒有故意呢⁵⁵⁴？依照本文的看法，行為人認不認真、有無防果，都只是我們在認定行為人有無認知法益侵害可能的參考因素而已（認真看待危險，傾向認定行為人認知有侵害法益的可能性；有採取防果措施，傾向認定行為人沒有認知侵害法益的可能性），過度強調這些指標，恐有將程序法與實體法層次混淆的危險。

至於類型化的故意概念，直接承認只要行為人的意欲程度夠強（出於蓄意），即使結果發生的可能性極低仍可成立故意，本文認為此種見解隱含了以（比認知要素更難確認的）意欲要素完全取代認知要素的危險。詳言之，雖然認定故意的困難即在於不可能完全以統計上的可能性來確認行為人有無故意（如何確定行為人認知到他開槍，會有百分之九十的機率打死被害人？另外，為什麼故意一定是以百分之九十而不是百分之八十的機率當成歸責標準？），但無論如何一定得以一定程度的可能性⁵⁵⁵作為認知基礎（縱使是通說所謂的意圖故意，也是如此⁵⁵⁶），

⁵⁵² 參照許玉秀，前揭註 533，頁 157。

⁵⁵³ 參照許迺曼著，鄭昆山、許玉秀譯（1994），〈刑法上故意與罪責之客觀化〉，《政大法學評論》，50 期，頁 47-50。

⁵⁵⁴ 此例參考自徐育安，前揭註 533，頁 102-103。

⁵⁵⁵ 至於具體個案中對可能性的程度須要求多少，必須依靠行為人與被害人之間的利益衡平關係，以及我們對行為人行動自由的重視程度來決定，總之並不會有明確的界線。

⁵⁵⁶ 例如甲看見仇人乙在百步之外，雖然知道自己即使開槍也不一定會中，但基於對乙的仇恨，還是抱著姑且一試的心態對乙開槍。本文認為，此種通說所謂的意圖故意案型，縱使對行為人的認知程度要求有所下降，還是必須以行為人採取的方式有一定程度實現實害的可能性為前提，否

類型學の故意概念如果貫徹到底，很可能會使單純的惡念完全取代認知要素，使行為責任原則受到侵蝕(基於強烈仇恨對五百公尺外的仇人丟擲射程僅數十公尺的飛鏢，難道也算故意?)，因此類型學の故意概念最後還是必然對認知要素設有一定程度的下限，但如此一來「類型學」の概念實益恐怕就不大了。

第五目 小結：意欲要素非故意要件

綜上，從不法行為の意義來看，所謂故意僅以行為人對於該當構成要件の犯罪事實有「認知」為要件，至於意欲要素則無法被整合進主觀不法裡，至多僅能作為判斷行為人對實害有無認知の參考因素。基此，在我們否定意欲要素作為故意要件之後，接下來對於遺棄故意與殺人故意區分の討論，即可不再需要把戰場放在意欲要素之上。不過如上所述，會以意欲要素來區分這兩者の見解，往往認為在認知要素上做區分已然無解，那遺棄故意與殺人故意の區分困境還可能透過什麼途徑解決？

第四款 遺棄故意作為一種有認識過失？

基於前述將遺棄故意當成「故意」解釋上の困境，有學者另闢蹊徑⁵⁵⁷，認為如果遺棄故意作為一種實害故意(實質危險故意)，將會使得遺棄罪無獨立於殺人罪之外的存在價值，故應將遺棄故意解為「形式危險故意」(有認識過失)，行為人僅需認知其行為為常識上の風險行為即可，不須終局判斷實害會因此發生。此一見解並認為這樣的看法在價值判斷上應可被接受，理由是，我們不會願意無自救力之人被任意置放於必須繫諸於偶然因素決定實害是否發生的生命危險之

則無法和單純的願望相區別。

⁵⁵⁷ 參照本文第二章、第六節、第二項徐偉群老師の見解整理。

中。



如前所述，本文認為此一見解雖深具啟發性，也明確指出遺棄故意作為「故意」的種種困境，但若將遺棄故意解釋為有認識過失，除了形式上與既有的過失犯體系有所不符⁵⁵⁸，更重要的實質層次上的問題：我們憑什麼在保護個人生命法益的犯罪類型裡限縮行為人的自主判斷？此一見解雖然正確認知到故意的實質內涵必須依個別犯罪類型的「立法目的」來決定，並以「交通違規犯罪」⁵⁵⁹作為其採取形式危險故意的例子，但如前所述，本文認為所有犯罪類型的主觀不法都以行為人的自主判斷為正當性基礎，雖然自主判斷的權限範圍會隨著相對利益（即「法益」）的大小做調整，所以保護不同法益的犯罪類型的主觀不法內涵自然也會有所不同，但無論如何行為人自主判斷權限的範圍不會限縮至零；如果立法者想要完全剝奪行為人的自主判斷權限，以利對行為人進行更有效率的行為管控，其僅能採取行政法領域的管制手段，而不能透過刑法處罰。雖然本文亦認為必須依個別犯罪類型來決定故意內涵，但考量的因素應該是個別犯罪類型的保護法益，而不是「立法目的」，理由是：既然刑法係作為（整合進個人自主判斷的）法益保護法，那麼所有犯罪類型的「立法目的」都應該是「法益保護」；如果「立法目的」是想單純對行為進行管控，那就已經不是刑法而是行政法的管轄領域了。基此，既然我們已經將遺棄罪的保護法益界定為個人的生命法益，那麼我們就無法說明遺棄行為人的自主判斷權限範圍為什麼會比殺人行為人來得小。

第三項 小結：令人困惑的遺棄「故意」

綜上所述，我們可以發現當我們將遺棄罪的保護法益界定為生命法益之後，遺棄故意和殺人故意的區分就陷入一個幾近無解的理論困境，不管我們是以通說

⁵⁵⁸ 形式上的體系問題，參照本文第二章、第六節、第三項對此一見解的問題分析。

⁵⁵⁹ 對於不能安全駕駛罪的正當性批評，參照本文第三章、第三節、第二項、第四款。

對故意的看法（包含認知要素與意欲要素）還是以本文對故意的看法（僅包含認知要素）為基礎，都是如此。此一問題事實上和前述對於遺棄罪危險犯性質的認定困境可說是一體兩面，因為同樣都涉及作為個人法益犯罪類型的遺棄罪為什麼可以對行為人的自主判斷權限範圍有所限縮。如果從立法沿革與法制史的角度觀察，遺棄罪的危險犯性質和故意內涵之所以會那麼難以解釋，應該和遺棄罪同時具備「義務違反」與「生命危險」雙重性格有關，因為若把遺棄罪的不法性質扣在義務違反之上，遺棄故意自然就不需要和殺人故意一樣，必須和生命危險建立那麼高的關連性，行為人所能享有對於生命實害是否發生的自主判斷空間自然也會有所縮減；但如同本章第二節所述，單純的義務違反並不具法益適格，上開從實然而而來的論述還是無法建立應然面上的正當性。所以在此我們可以先下一個暫時結論：確立遺棄罪的保護法益為生命法益之後，除非我們可以額外找到限縮行為人自主判斷空間的正當理由，否則要在不法層次上區分遺棄罪與殺人罪基本上已經無解。因此，如果遺棄罪還要有獨立於殺人罪存在的價值，就只能在罪責層次尋找其他具正當性的區分途徑，以下本文即緊接著就這一點做處理。

第五節 罪責：「依法令或契約」與保證人地位的關係

如前所述，如果在不法層次（故意）上我們無法找出區分遺棄罪與殺人罪的正當性途徑，那麼我們就只能嘗試從罪責層次，也就是義務來源的角度切入。當然，如果只能從義務角度來區分這兩者，我們第一個想到的是無義務遺棄罪的法理困境勢必已然無解（至於其法定刑過輕、有無可能承認不純正不作為犯以及是否可以解釋為「不予救助罪」等問題，以下仍會一併作處理），而有義務遺棄罪要處理的問題大致有二：一，有義務遺棄罪規定「遺棄」此種積極的行為態樣有無必要性與正當性？二，有義務遺棄罪的義務來源「依法令或契約」與一般保證人地位之間的關係為何？以下，本文會把論文的重點放在保證人地位實質基礎的

論證上，說明為何刑法處罰不純正不作為犯時，必須以保證人地位作為前提要件，並且一併對通說的保證人地位概念做檢討。當我們確認保證人地位的範圍並不若通說所認為的那麼廣泛後，我們即能進一步探討有義務消極遺棄罪相對於不作為殺人罪所可能具備的獨立規範功能；如果連從義務來源的角度都無法建立遺棄罪獨立於殺人罪之外的正當性，那麼我們就能正式宣告遺棄罪在法理上的死刑。

第一項 保證人地位的實質基礎

第一款 為何需要保證人地位？

依照通說的說法，處罰不純正不作為犯⁵⁶⁰必須以行為人具備保證人地位為前提⁵⁶¹，理由大致有二：一，如果僅處罰作為（製造風險的行為），對於法益保護會產生極大的漏洞，但要在既有的犯罪要件中解讀出亦處罰不作為（放任風險的行為），可能會有牴觸罪刑法主義的疑慮。因此，我國刑法在第 15 條明文規定了處罰不純正不作為犯的形式基礎，即保證人地位。二，原則上刑法以處罰作為為原則，對於不作為的處罰則屬例外，理由是對於人類好逸惡勞天性的尊重（詳下述）。因此，如果刑法要對行為人的不作為進行處罰，必須比處罰作為時額外要求一個實質上的正當性基礎，此一基礎亦為保證人地位⁵⁶²。基此，我們可以說保證人地位同時作為處罰不純正不作為犯的形式與實質基礎。

第二款 保證人地位的成立事由

⁵⁶⁰ 純正不作為犯與不純正不作為犯各自的概念內涵與區分實益，參照林山田，前揭註 534，頁 232-236。

⁵⁶¹ 僅參照林山田，前揭註 534，頁 248。

⁵⁶² 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 684-686。

那保證人地位的事由包括哪些呢⁵⁶³？同樣依照通說的說法，可以大別為對特定法益的「保護義務」以及對危險源的「監督義務」。前者如法令規定（注意，包括特定親屬間的扶養義務）、自願承擔義務（注意，不因契約有無效力、有無瑕疵所影響，重點是有無「事實上承擔」）、生活共同體或危險共同體、公務員或法人機關成員，後者如危險前行為、危險源監督、商品製造人等⁵⁶⁴。不過這種源自 Armin Kaufmann 的功能說僅是為保證人地位提出一組分類，事實上並未說明保證人地位的形成理由⁵⁶⁵，自然也無法為保證人地位找到實質上的正當性基礎，而僅淪為下位概念的羅列而已。基此，以下本文即試圖為保證人地位找到一個實質上具有正當性的形成理由。

第三款 保證人地位的終極標準：期待可能性

第一目 原則上不非難不作為的理由：對人好逸惡勞天性的尊重

從不法行為的意義來看，只要行為人認知到（或至少有認知可能性）其行為會導致法益侵害而仍為之，不管是作為還是不作為都應該屬於不法行為⁵⁶⁶。基此，刑法之所以會認為處罰不作為必須額外要求保證人地位，勢必是基於有責性層次的考慮⁵⁶⁷。詳言之，我們之所以會非難作為，是因為行為人透過他的行動，對於自然世界產生了一個不符利益衡平的變動，因此我們希望透過對此一作為的處罰，讓行為人下一次不要再從事積極侵害他人的行為。但不作為的情形有所不同，因為這個自然世界本來就存在著諸多風險（可能是內涵於自然世界，也可能

⁵⁶³ 早期學說所承認的保證人地位範圍非常狹隘，僅以法律、契約與前行為等形式因素作為義務來源，但後來的學說發展已使保證人地位事由逐漸實質化，故現今通說所承認的保證人地位範圍已寬廣不少。關於保證人地位的實質化發展，可參許玉秀（1997），〈論西德刑法上保證人地位之實質化運動〉，載於《主觀與客觀之間》，頁 325 以下，台北：自刊；林東茂，前揭註 2，頁 1-182-183。

⁵⁶⁴ 參照林山田，前揭註 534，頁 250-258。

⁵⁶⁵ 參照許玉秀（1999），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，載於《刑法的問題與對策》，頁 80-82，台北：自刊。

⁵⁶⁶ 保證人地位屬有責而非不法要件的論證，可參黃榮堅，前揭註 85，頁 701-703。

⁵⁶⁷ 但通說係將保證人地位定位於不法要件，僅參照林山田，前揭註 534，頁 249。

是其他人所製造出來的)，但只要不是我製造的，憑什麼我要被賦與義務來阻止風險實現？人類基本上就是一種好逸惡勞的動物，而積極作為卻必須付出身體與心理能量，就算我們多麼希望人類可以積極的互相救助，仍應該對現實上人類的天性予以尊重，換言之，是一種期待可能性概念的考量⁵⁶⁸。基此，原則上人只應該負有消極不侵害他人利益的負面義務，而不負有積極改變這個世界的正面義務⁵⁶⁹，如果我們要對不作為進行處罰，勢必要有一個堅實的實質論據，法律上才有理由期待行為人積極作為。

第二目 保證人地位的充要條件：危險前行為

壹、以危險前行為作為保證人地位正當性基礎的理由

那麼此一實質論據是什麼呢？本文認為，雖然人並不負有積極改變世界的義務，但如果其先前透過自己的作為介入外在世界的因果變動，那麼人就必須有義務防止自己先前所製造的外界變動使他人的利益受到損害，換言之，保證人地位的事由只有一個，就是危險前行為⁵⁷⁰。當然此處所謂的「危險」往往並不是那麼容易判斷，我們只能透過個案中檢視行為人被「期待」承擔的防止危險義務範圍有多大，但賦予行為人作為義務的根本理由不會改變，依然是危險前行為，通說所承認的其他保證人地位事由也必須通過危險前行為的檢驗，方才具有正當性⁵⁷¹。基此，我們就能理解為什麼父母會對子女負有全面性的作為義務（包括保護與監督義務，因為是父母決定將子女生出來，使子女被動承受誕生於世的種種風

⁵⁶⁸ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 718-720。

⁵⁶⁹ 正面／負面義務（積極協助或犧牲／不侵害他人）這組用語的使用，係參照周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 406-408。雖然論述脈絡不同（這篇文章的見解係以自由為基礎的實質法概念為論述基底），但同樣認為在刑法領域內，人僅對他人負有最基本的負面義務，生活風險原則上應由自己管轄，僅在特殊原因之下方能將風險移轉予他人管轄。

⁵⁷⁰ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 720-722。

⁵⁷¹ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 732-733。

險)⁵⁷²，也能理解為什麼係以事實上承擔而非契約本身作為保證人地位（因為僅有保母實際上開始照顧小孩，才會形成危險關係），我們也因此可以質疑子女對父母負有作為義務的正當性（子女出生時，並無權選擇自己要當誰的子女）。至於為何公務員的職務關係本身就可以作為保證人地位，而無待具體義務的承擔，依然可以從危險前行為的概念來理解：公務員的職務具有無可取代的專屬性，事實上會解散其他社會上可能的利益防護機制，因此依然係一製造危險的前行為⁵⁷³。總之，若要賦予行為人作為義務（保證人地位），必須要對其是否透過先前的行為製造出利益侵害的「危險」做出論述。

貳、危險前行為的範圍限制

相較於上開說法，通說雖然也承認危險前行為作為保證人地位的事由，但對於此一事由設有諸多限制，如前行為必須具備導致結果發生的迫切危險（所謂危險之密接性），故單純贈酒行為並不因此對受贈人酒醉後的犯罪行為負責；另外，前行為亦須具備違反保護他人法益規範的「義務違反性」，故正當防衛者／合乎注意義務的交通行為人不需對不法侵害者／違規被撞傷者負救助義務，不過通說也承認某些例外（如攻擊性緊急避難的行為人，仍應對無辜的被害人負救助義務）⁵⁷⁴。除此之外，我國亦有實務見解認為故意前行為並不能成立保證人地位，理由是行為人不具施予救助的期待可能性⁵⁷⁵。

本文認為，通說對危險前行為的範圍做限制是可以被理解的，因為既然保證

⁵⁷² 學說上常見到反對將「父母生小孩」列為危險前行為的見解（如林東茂，前揭註 2，頁 1-192），好像這樣的說法會玷污生育子女的神聖性一般。但我們將「生小孩」列為危險前行為，僅是將其列為成立不作為犯的前提要件，真正被刑法所非難的是父母之後的不作為，因此其實大可不必為「生小孩」被當成危險前行為感到驚愕。

⁵⁷³ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 733-734。

⁵⁷⁴ 參照林山田，前揭註 534，頁 254-256；林鈺雄，前揭註 222，頁 534-536；高金桂（2012），〈不作為犯與保證人義務〉，《軍法專刊》，58 卷 5 期，頁 160-161。

⁵⁷⁵ 參照本文第二章、第二節、第一項、第二款的整理。

人地位的終極標準是期待可能性，自然不可能所有製造危險的前行為都可以被列為保證人地位的事由。不過如前所述，過濾危險前行為的標準也應該是期待可能性，而不是所謂的義務違反，況且通說一邊承認前行為的義務違反性，一邊卻又承認攻擊性緊急避難時係屬例外，到頭來還是沒能建立明確的正當性基準。尤其是縱使前行為合乎容許風險而被允許（例如在家養狗，或是掛招牌做生意），但危險的強度可能會隨著時間流動而超越容許風險（例如綁狗的鐵鍊可能會鬆脫，固定招牌的螺絲也可能會生鏽），賦予其作為義務並未逾越我們對行為人的期待可能性⁵⁷⁶。至於上述實務見解認為故意前行為不能作為保證人地位的見解，雖然正確的以期待可能性作為出發點（如果行為人的意圖就是要殺死被害人，你如何期待行為人再去救助？），卻忽略了若行為人的前行為僅有間接故意，未必不會有對被害人施予救助的期待可能性⁵⁷⁷。

因此，雖然危險前行為的確要有範圍上的限制，若我們以期待可能性做具體的修正，就能使危險前行為（作為義務）的範圍合乎尺度。例如之所以認為正當防衛者不具備危險前行為，是因為在風險的分配上，我們無法期待被攻擊的防衛者對其施予救助；之所以認為汽車製造商無庸對車禍的傷者負救助義務，是因為這將使社會上再無人能負擔製造汽車的後續成本，使得社會分工機制受到破壞，所以只能在風險分配上，認為是汽車駕駛人與受害人所應擔負的日常風險⁵⁷⁸。綜上所述，本文認為以期待可能性做具體調校的危險前行為概念，確可擔當保證人地位的充要條件。

⁵⁷⁶ 通說可能會改以「危險源監督」來課予行為人保證人地位，但不管名稱上要如何轉換，最終要賦予行為人作為義務的正當性標準，依然是本文脈絡下的危險前行為。

⁵⁷⁷ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 727。雖有學者認為，若排除故意前行為作為保證人地位的來源，毋寧是向潛在行為人表達了「與其過失撞傷別人，倒不如故意撞死還能少負一條罪」的態度（參照許玉秀，前揭註 565，頁 106），但期待可能性本來就是考量現實中行為人心理上能不能做得到的問題，要求（意圖、直接）故意行為人再對被害人施予救助，已經違背期待可能性概念在犯罪體系內的意義。

⁵⁷⁸ 參照黃榮堅，前揭註 85，頁 730-731。學說上亦有提及日常生活風險或社會常態行為所引起的風險得以排除保證人義務（參照高金桂，前揭註 574，頁 160-161），但如果不以期待可能性作為具體的過濾標準，恐怕流於空泛。



參、反危險前行為理論？

通說雖然對危險前行為概念設有限制，但無論如何尚且承認危險前行為作為保證人地位的事由之一，但有見解比通說更進一步，直接表明危險前行為根本不應該作為保證人地位來源。其認為，危險前行為源自古老的習慣法法理（惡因生惡果），但若承認危險前行為所製造的因果流程可以作為保證人地位，進一步非難利用此一既存因果流程的不作為，是一種雙重評價⁵⁷⁹。

本文認為，危險前行為（製造因果流程）僅是成立不純正不作為犯的必要（但並非充分）條件，亦即必須完整該當全部的犯罪成立要件才會被論罪，並不是單純以因果關係作為非難基礎，故不會抵觸罪責原則。至於對因果流程雙重評價的論點也不是一個有效的批評，因為只要行為人有機會形成新的決意（另一個行為）來改變既有的因果流程使侵害不致發生，刑法本就可以因此對行為人產生新的期待，並在此一期望落空時給予行為人另外一次制裁。簡言之，數行為受到數次評價不但並無過度評價，如果因為前後行為共享同一因果流程就只論一罪，反倒會使評價不足。結論是：上開對於危險前行為的反對意見，並無理由。

第二項 「依法令或契約」與保證人地位的關係

確立了保證人地位僅以危險前行為為內涵之後，我們就可以據此分析遺棄罪「依法令或契約」要件與保證人地位之間的關係。在此之前，既然我們已經將遺棄罪的保護法益界定為生命法益，我們也就有了支點分析「依法令或契約」的性質（係不法還是有責要件？），以及其與民法扶養義務順序的關係。另外，如果

⁵⁷⁹ 參照許玉秀（1997），〈前行為保證人類型的生存權：與結果加重犯的比較〉，載於《主觀與客觀之間》，頁 397-398、412，台北：自刊。

「依法令或契約」係作為消極遺棄罪此種純正不作為犯的義務來源，我們也可以一併檢討有義務積極遺棄罪的規範意義。以下，我們即分就這幾點展開論述。



第一款 不法還是有責要件？

所謂不法要件，必定是該要件的存在能建構或是加深法益侵害方屬之，如果某一要件的存在與否和法益侵害本身沒有關係，僅涉及行為人期待可能性的有無或輕重，則屬有責要件。因此我們在分析特定犯罪類型要件的性質時，必然須先界定該犯罪類型的保護法益為何，才會有一個明確的判斷基準。

由於遺棄罪的保護的是生命法益已如前述，故「依法令或契約」的要件性質就不可能是不法要件（不管行為人具不具備此一義務，只要其遺棄或不保護無自救力之人都會使其陷入生命危險之中），而只能是責任要件（就有義務積極遺棄罪而言，具備此一義務者遺棄他人有高的可非難性⁵⁸⁰；就有義務消極遺棄罪而言，具備此一義務者才有對無自救力之人施予救助的期待可能性），就消極遺棄罪的部份（「依法令或契約」係作為義務的來源），也和我們前述對於保證人地位的定位相符合。基此，既然「依法令或契約」屬於責任要件，那麼不具備此一身分者即使與有此身分者一同從事遺棄行為，都不會該當有義務遺棄罪⁵⁸¹，至多討論無義務遺棄罪是否成立，自然就不會出現教唆有義務者積極遺棄反比教唆消極遺棄來得輕的詭異結論了⁵⁸²。

第二款 與民法扶養義務順序的關係？

⁵⁸⁰ 有義務積極遺棄罪這樣的加重方式有沒有道理，本項第三款即會再做檢討。

⁵⁸¹ 關於不法、責任要件與共犯之間的關係，參照黃榮堅，前揭註 85，頁 769。

⁵⁸² 關於有義務遺棄罪立法體例會造成教唆犯認定上輕重失衡的學說見解，參照本文第二章、第二節、第四項、第一款。



這個問題一樣可以從遺棄罪的保護法益開始談起。既然遺棄罪並不是保護無自救力之人民法上受扶養的請求權，那麼遺棄罪成立與否的判斷自然就必須和民法扶養義務的規定脫勾。詳言之，當我們將遺棄罪界定為保護生命法益之後，對於扶養義務的考量點已不是民法上的扶養義務順序是否屆至，或是可否因無資力而免除義務⁵⁸³，而是行為人對於無自救力之人所負的扶養義務足不足以作為刑法上的作為義務來源。尤其是民法關於扶養義務的規定，主要處理的是扶養權利人與扶養義務人之間的財產關係，所以才會有扶養義務人之間的扶養順序、扶養權利人須受「不能維持生活」與「無謀生能力」要件的限制（民法第 1117 條）、扶養義務人可因「不能維持自己生活」而免除、減輕義務的規定，但這些規定和扶養權利人的生命保護並無關連。若用民法扶養義務的相關規定決定遺棄行為人的作為義務範圍，很明顯是錯將民法的規範目的當成了刑法的規範目的。基此，我們認為 26 年上字第 2919 號判例在判斷直系血親尊親屬是否為無自救力之人時，表明不受民法第 1117 條限制的見解是正確的⁵⁸⁴，但 27 年上字第 1405 號判例以民法扶養義務是否屆至來認定行為人是否該當「依法令或契約」的見解，則是錯誤的⁵⁸⁵。

在我們將「依法令或契約」的認定與民法扶養義務相關規定完全脫勾之後，扶養義務人要不要對已陷入無自救力狀態的扶養權利人進行救助，關鍵已不再是民法所規定的扶養義務順序是否屆至，而是一個根本上的難題：民法上的扶養義務本身憑什麼可以同時作為刑法上的作為義務？關於這一點的討論，本項第四款會馬上再做說明。

⁵⁸³ 將「依法令或契約」的判斷與民法扶養義務掛勾的學說見解，參照本文第二章、第二節、第三項、第一款。

⁵⁸⁴ 這一則判例的見解與分析，參照本文第二章、第四節、第一項、第一款、第一目。

⁵⁸⁵ 這一則判例的見解與分析，參照本文第二章、第二節、第三項、第一款與第二款。

第三款 有義務積極遺棄罪的規範意義？



有義務遺棄罪的行為態樣有二，一是「遺棄」，二是「不為扶助、養育或保護」，兩者的行為性質分別是作為與不作為，已如前述⁵⁸⁶。就後者（消極遺棄罪）而言，「依法令或契約」係創設行為人作為義務的義務來源，故此一要件的意義尚可理解，但對前者（積極遺棄罪）來說，「依法令或契約」的規範意義就顯得十分突兀。一個簡單的對照是：保證人地位的功能僅是讓不作為被視同與作為「等價」，故縱使具備保證人地位之人以作為的方式該當犯罪，也不會比一般人的作為犯罪來得重。相同的道理，「依法令或契約」既然也是作為義務的一種，那麼有義務積極遺棄罪無疑是把作為義務評價了兩次，違背了雙重評價禁止原則⁵⁸⁷。之所以作為義務（不管是保證人地位，還是「依法令或契約」）不能拿來加重，我們可以用平等原則來理解：前面我們已經提過，作為與不作為在有責性層次上無法等價⁵⁸⁸，所以才需要額外要求作為義務使不作為具有被非難的有責性基礎，這也是作為義務功能上的極限：填補不作為與作為之間的差距。如果具備作為義務之人以作為的方式犯罪還會被額外加重，是對於他們人格的一種歧視，也是不公平的責任附加。

或許我們還可以從我國遺棄罪的特殊立法體例中（無義務遺棄罪僅規定作為，有義務遺棄罪同時規定作為與不作為），得到另外一種理解有義務積極遺棄罪的方式：立法者認為有義務者在責任層次上應該有比無義務者更高的可非難性，所以不但刑度要提高，處罰的行為態樣還必須擴及不作為。這樣的理解看似言之成理，但如此一來將使無義務遺棄罪成為遺棄罪章的基本型態、有義務遺棄罪則為加重型態；而我國無義務遺棄罪的刑度僅為「六月以下有期徒刑」，一個

⁵⁸⁶ 相關的見解與論證，參照本文第二章、第三節、第一項、第一款。

⁵⁸⁷ 相關的學說批評整理，參照本文第二章、第二節、第二項。

⁵⁸⁸ 參照本節第一項、第三款、第一目。

極其明顯的問題是：保護生命法益的犯罪竟然刑度比財產法益犯罪（如竊盜罪）還來得低，無疑是價值上的絕對失衡，故此一理解依然無法確立有義務積極遺棄罪的規範意義。



其實有義務遺棄罪會在不作為之外另外規定作為，可能是立法沿革上的偶然。如前所述，我國遺棄罪的立法體例在 1918 年《刑法第二次修正案》之後有了重大變革⁵⁸⁹，在此之前有義務遺棄罪的用語雖然使用「遺棄」，但《刑律草案》係將「遺棄」的內涵詮釋為「不盡扶助、養育及保護義務」，換言之，是不作為。如此對遺棄內涵的詮釋一直延續到 1915 年的《修正刑法草案》，直到《刑法第二次修正案》的理由中，才言明改採「折衷制」，將「遺棄」改理解為積極的行為，並為避免「輕重失當」，使「對於遺棄之行為不以有義務者為限，至於不予相當之保護則以有義務者為限，庶與折衷制之本旨有合」⁵⁹⁰，雖然表達了僅有義務者方須因不予保護（不作為）被入罪的態度，但卻同時將有義務遺棄罪原有的「遺棄」保留下來和「不予扶助、養育或保護」併列，不但和採折衷制的德國立法例有不小差異⁵⁹¹，反而還造成了上述的解釋困擾。也因此，我們可以將有義務積極遺棄罪理解為引進外國立法例時的立法錯誤，將來修法時可考慮將其刪除。

第四款 獨立於保證人地位的規範功能？

本款即可開始討論這一節的重點：「依法令或契約」和保證人地位之間的關係為何？如果依照部分學者的理解，將「依法令或契約」的內涵完全等同於保證人地位，既然本文已經認為主觀不法上無從區分遺棄故意與殺人故意，如果義務來源也做相同理解，將使有義務遺棄罪完全失去獨立的規範意義⁵⁹²。另有學者則

⁵⁸⁹ 參照本章第一節、第一項。

⁵⁹⁰ 《刑法第二次修正案》的理由，係參照黃源盛，前揭註 475，頁 736。

⁵⁹¹ 參照本章第一節、第一項。

⁵⁹² 如許澤天老師即認為應該刪除有義務遺棄罪，因為無義務遺棄罪的不純正不作為犯即可將其

另闢蹊徑，其雖亦認為「依法令或契約」的實質內容等同於保證人地位，但認為有義務消極遺棄罪仍有其獨立的規範功能，理由是：有義務消極遺棄罪規範的是「對於已陷入危險狀態的無自救力之人，卻不予排除危險狀態」的行為，而無義務遺棄罪的不純正不作為犯規範的是「放任無自救力之人陷於危險狀態」，由於前者裡的危險狀態並不是可歸責於行為人所引起的，所以和後者所要規制的情形有所不同。不過本文認為此一看法並不能成功建立起有義務消極遺棄罪的獨立規範功能，亦已如前述⁵⁹³，因此如要使有義務消極遺棄罪具有獨立於殺人罪之外的必要性與正當性，必須另謀他途。

對此，本文認為值得注意的見解，係將有義務消極遺棄罪的義務層級理解為有異於保證人地位的低度保證義務，如子女對父母的扶養義務⁵⁹⁴，不僅賦予了有義務消極遺棄罪獨立的規範功能，也使有義務遺棄罪刑度之所以低於殺人罪有了理論上的依據。不過要注意的是，此一見解係建立在「保證人地位僅以危險前行為為義務來源」的前提上，否則如果依照通說對於保證人地位的理解，子女對父母的扶養義務本來就包含在保證人地位裡，上開見解即無可施力之處。據此見解，純正不作為犯的立法功能即在於提供無法被包含於保證人地位（危險前行為），但社會對其有強烈依賴性的低度保證義務。不過此一見解也強調，既然危險前行為是刑法課予人民作為義務的正當性基礎，上開低度保證義務的建立必須限於極端的情況⁵⁹⁵，亦即以形成制度化救助義務的必要性以及期待可能性為前提⁵⁹⁶。

基此，雖然民法上的扶養義務制度表彰了傳統社會家庭成員間相互保護的制度價值，但一來現代社會已經改以小家庭為主要形式，傳統大家庭形式已然式

包含於內，參照本文第二章、第二節、第二項的整理。

⁵⁹³ 對此一見解內容的整理與批評，參照本文第二章、第三節、第二項。

⁵⁹⁴ 此一見解的整理，參照本文第二章、第二節、第二項。

⁵⁹⁵ 參照黃榮堅，前揭註 67，頁 53。

⁵⁹⁶ 參照黃榮堅（1995），〈毛豆園裡的肉鬆〉，《月旦法學雜誌》，8 期，頁 54-55。

微，二來低度保證義務的範圍不應過廣，故本文認為應僅承認「子女對父母」（或擴及同住一起而有密切關係的直系血親尊親屬⁵⁹⁷）的扶養義務可被算入有義務遺棄罪的規制範圍，其他民法所規定的扶養義務人（兄弟姊妹、家屬等）應予排除。因此，上開 27 年上字第 1405 號判例所處理的案件（行為人為第六、至多第五順位的扶養義務人）根本無需再去處理行為人的扶養義務順序是否屆至，因為行為人自始即不在有義務遺棄罪的處罰範圍內。另外，雖然父母對子女的扶養義務本即可包含在保證人地位裡，但如前所述，保證人地位的範圍仍應受期待可能性概念限制，故若子女已經成年，原則上父母即不再對其負保證人地位，自然更不能透過民法上扶養義務的規定讓父母成立遺棄罪，自不待言。最後要強調的是，本文上開見解係透過義務層級的不同來區分有義務遺棄罪與不作為殺人罪，但同時認為這兩者的差別也僅在於此，至於保護法益（同為生命法益）和主觀不法皆屬相同，一併指明。

上開見解雖然在承認有義務消極遺棄罪與殺人罪不法層次係屬等同的前提下，在理論上提出了一個區分這兩者的途徑，但最終還是無法迴避一個理論上的根本問題：如果危險前行為是刑法賦予人民作為義務的最終原則（或者換個角度說，刑法應該要尊重人好逸惡勞的天性），我們憑什麼僅因所謂「社會所依賴的互助制度」，就讓（無從選擇是否誕生於此一互助制度的）子女必須承擔作為義務呢⁵⁹⁸？或許我們會說，我們難以想像一個子女可以不去救助父母的世界，但我們現在討論的是刑法義務，而不是民法義務或是道德義務，「社會極度依賴此一制度化救助義務」並不能證立其作為刑法上作為義務的正當性。基此，若我們在刑法上承認此類低度保證義務，只能說是一種現實面上的妥協，而下一個問題是：刑法的正當性應不應該、可不可以向現實妥協？

⁵⁹⁷ 此一擴張，乃是考慮到由祖父母將孫子（女）養大，而孫子（女）一直持續和祖父母有密切關係的情形。

⁵⁹⁸ 因此少數實務見解將「依法令或契約」限制在危險前行為的見解（參照本文第二章、第二節、第一項、第二款的整理）雖然未必意識到此一問題，但在法理上確有相當有力的基礎。



第三項 無義務遺棄罪的檢討

第一款 法定刑過輕

作為一個保護生命法益的犯罪類型，其刑度竟然最高僅達六月有期徒刑，實屬讓人難以置信，自然也會招致有失衡平的批評。不過如果我們對其立法沿革做觀察，無義務遺棄罪的刑度會如此之低似乎就可以被理解了。如前所述⁵⁹⁹，無義務遺棄罪的前身係「遺棄常人罪」，本來就是一個近似德國「不予救助罪」（而且還未設有不予救助罪的諸多要件限制⁶⁰⁰，僅要求「自己經管地」要件）、處罰不作為的規定，基於其相當高的道德色彩，所以立法者並沒有要求太高的刑度。一直到《刑法第二次修正案》時，遺棄常人罪才修改為和現行法一致的無義務遺棄罪，並且由於理由中明白將「遺棄」定性為積極行為，故遺棄常人罪的罪質可說是發生天翻地覆的變化，但弔詭的是原先的低刑度卻保留下來未做相應調整，完全忽略亦採折衷制的德國立法例並未區分有義務／無義務遺棄罪的刑度。因此，無義務遺棄罪的低刑度，我們不妨也可以理解為立法錯誤，必須要再做調整。

第二款 無法解釋為不予救助罪的理由

至於為何無義務遺棄罪無法被解釋為如同德國「不予救助罪」的類似規定，暫且不管立法理由、立法體系等形式上的論據⁶⁰¹，實質上的有力質疑是：憑什麼在行為人並無保證人地位的情況下，要求他一定得施予援手？如前所述，人天生沒有那麼多義務，如果不是透過保證人地位的建構，要支撐一個對於無保證人地

⁵⁹⁹ 參照本章第一節、第一項。

⁶⁰⁰ 主要有三：限於對自身並無重大危險、提供救助不會違背另一較重義務，且依具體狀況可期待其提供救助的情形。參照本文第二章、第三節、第一項、第二款、第二目、貳。

⁶⁰¹ 參照本文第二章、第三節、第一項、第一款與第二款。

位者不作為的刑罰規定，除非是透過已經制度化的低度保證義務的建構（而且就連如此，能否建立正當性都很值得懷疑），否則即使處罰很輕也沒有刑事法上的正當性，就如同我們不會因為黑道老大收保護費收得很少就認為他的收費行為是合法的。況且我國無義務遺棄罪的規定十分簡陋，不像德國的「不予救助罪」還設有諸多要件限制，若真將無義務遺棄罪理解為「不予救助罪」，恐怕會過度擴張本罪的可罰性範圍。因此本文認為，在我國社會對如此高度理性的保證義務（對路人的救助義務）形成共識甚至制度化之前，不宜輕易的將之入罪化。

第六節 中間結論：遺棄罪法理困境總結

綜上所述，我們可以把遺棄罪法理上的困境總結如下：一，既然遺棄罪保護的是個人的生命法益，那麼在本文將危險犯正當性建立在「擬制不確定範圍的利益侵害」此一前提的情況下，遺棄罪作為一種危險犯的正當性即值懷疑。二，縱使透過主觀不法上要求實害認知，並且將抽象危險犯轉化為具體危險性犯，可使遺棄罪不致於違背罪責原則，但這也將使遺棄罪僅能作為一種特殊的殺人未遂罪而存在，因為既然遺棄罪和殺人罪同為保護生命法益，依照本文對於容許風險概念的詮釋，這兩種犯罪類型所賦予行為人的自主判斷權限範圍應屬相同，如此一來遺棄罪即欠缺獨立於殺人罪以外的規範必要性。三，若要改從義務來源的角度來區分遺棄罪與殺人罪，在本文將保證人地位限制在危險前行為的情況下，有義務（消極）遺棄罪或有可能具有獨立的規範功能，亦即將「依法令或契約」解釋為一種和保證人地位有別的「制度化救助義務」；又因為其僅為低度保證義務，故刑度應比不作為殺人未遂來得輕。但若要課予人民此種「低度保證義務」，同樣會遇到危險前行為法理對其正當性的質疑。因此，如果純粹從刑法法理來看，結論將是：無論從危險犯性質、主觀不法或是義務來源切入，遺棄罪都欠缺獨立於殺人罪之外的正當性與必要性。不過，無論我們對於刑法存有何種應然理念，

最終法律必須用於現實，自然也容易受到現實世界裡人類情緒的影響。質言之，如果人類世界終究還是需要遺棄罪，那麼我們對於遺棄罪的解釋論和立法論又該如何因應？在下一章，本文即緊接著就遺棄罪的解釋論與立法論策略做說明。



第五章 限縮解釋可能性與立法建議



經過本文前三章的分析，我們可以發現要在刑法法理之下找到遺棄罪獨立於殺人罪之外的正當性與必要性，確實遇到許多窒礙難行之處。因此，本文試圖於本章中就遺棄罪章給出立法論上的建議（不管是修正或是廢除），並在立法修正或廢除之前，盡量透過解釋論上的策略來限縮遺棄罪的成立範圍，減少其欠缺正當性的部份所可能製造的問題。

以下本文分成兩條進路來檢討：一，既然行為人自主判斷的權限範圍考量的是相對利益的大小，遺棄罪和殺人的保護法益既屬相同，兩者的主觀不法自然也無從區別。因此，若還要試圖為這兩者找出具有正當性的區分途徑，只能從罪責層次做探討，不過這樣可供遺棄罪存在的空間自然也相對較小。二，若要讓遺棄罪更具有獨立的規範意義，還是必須在主觀不法層次就找出遺棄罪和殺人罪有何不同，並賦予遺棄罪有異於殺人罪特殊之處的正當性基礎。雖然如上所述，從容許風險的角度來看，要在主觀不法層次上達到此一要求並非易事，但本文依然嘗試透過論述，在本文的理論脈絡下為遺棄罪挪出可供其存在的空間。

第一節 將遺棄故意等同於殺人故意的進路

第一項 立法論策略一：全面廢除遺棄罪章

既然從危險犯性質、主觀不法與義務來源來看，遺棄罪都無法建立獨立於殺人罪的正當性，那麼最簡單也最乾脆的立法論策略自然是全面廢除遺棄罪章。換言之，只要我們能認清遺棄罪在歷代立法沿革中與承繼外國立法例時所具有的雙重性格（搖擺於義務違反與生命危險），並且確定義務違反（不管是個人的扶養義務請求權，還是國家福利資源的耗費）不具備法益適格後，自然即可將生命法

益的保護完全回歸殺人罪章處理，亦即若有殺人故意即論故意殺人罪、僅有過失則論以過失致死罪（至於這兩者之間的法定刑差距過大，是另外一個問題），遺棄罪章即可正式宣告退出歷史舞台。不過此一策略基本上不太可能在現實世界予以落實，尤其我國自古以來的孝道觀念即使比以往淡薄，仍具有一定程度的影響力，要將遺棄罪章廢除勢必會遇到極大阻力，故宜繼續考慮其他阻力較小的立法論策略。

第二項 立法論策略二：僅保留有義務消極遺棄罪

另外一種相對溫和的立法論策略，是將無義務遺棄罪以及有義務積極遺棄罪刪除，但保留有義務消極遺棄罪。理由在於，如果刪除遺棄罪章的較大阻力在於孝道觀念，表示社會念茲在茲的不外乎是扶養義務此種制度化的救助義務，而此種低度保證義務的建構方式及理論基礎亦已如前述⁶⁰²，比起無義務遺棄罪與有義務積極遺棄罪各有其難解的理論困境⁶⁰³，保留有義務消極遺棄罪對於社會仍可能有其正面效益，比起全面廢除遺棄罪章也較易被社會所接受。雖然低度保證義務的建構終究難逃在欠缺危險前行為的情況下，為何可以對於行為人賦予作為義務的正當性質疑，但法律既然是由人所制定、並用來治理人類社會的，往往就會受到人類自身的情緒所影響，無法百分之百與抽象理念契合，因此若社會仍然依賴一套制度性救助義務的存在，我們還是僅能對此一現實上的需求予以尊重。基於此，雖然就刑法的作為義務建構來說，所謂低度保證義務毋寧是一種外來的異質物，但我們也僅能盡量使其控制在理論層次尚可接受的範圍（如必須使用純正不作為犯的立法模式，使其和保證人地位之間有所區隔；另外，法定刑也必須相對較輕）。

⁶⁰² 參照本文第四章、第五節、第二項、第四款。

⁶⁰³ 參照本文第四章、第五節、第二項、第三款，以及本文第四章、第五節、第三項。

如果我們可以在刑法領域內接受低度保證義務的存在，接下來就是對有義務消極遺棄罪的內容做修正。首先「依法令或契約」必須要予以限縮，以和保證人地位之間做出明確區隔，故可被「事實上承擔」概念所包含的「契約」可予刪除；至於「法令」也應限制在民法上的扶養義務⁶⁰⁴，並且僅限於直系血親卑親屬對於尊親屬的第一順序扶養義務⁶⁰⁵，主要的規範對象是子女對父母的扶養義務⁶⁰⁶。再者，為了避免本罪的保護法益被理解為扶養義務請求權，本罪的行為可僅保留「不為保護」而刪去「扶助、養育」⁶⁰⁷。據此，本文試擬有義務消極遺棄罪修正後的條文如下：「對於無自救力之直系血親尊親屬負有扶養義務，而不為生存所必要之保護者，處六月以上五年以下有期徒刑。」⁶⁰⁸之所以還保留「生存所必要」，是為了確保遺棄罪的罪質不會被理解為「義務違反」；行為客體依然要求須「無自救力」，用意亦屬相同。至於刑度則仍援用現行法，使有義務消極遺棄罪的刑度低於不作為殺人罪，又仍高於大多數的財產法益犯罪（竊盜罪、侵占罪、詐欺罪等基本財產犯罪的刑度皆為「五年以下有期徒刑」），應不失評價上的衡平性。最後再強調的是，修正後的有義務消極遺棄罪仍以對於生命法益的實害認知為前提，其與不作為殺人未遂罪之間的差異，僅在於義務層級上的不同；也因為如此，此一立法論策略如要能落實，必須是我們能將保證人地位限定於危險前行為時，

⁶⁰⁴ 就本文所能想像的制度性救助義務，除了民法上的扶養義務外尚有公務員對於人民的保護義務，但公務員仍可能透過對危險前行為較廣義的理解而被包含進保證人地位之中（參照本文第四章、第五節、第一項、第三款、第二目、壹），故此處仍僅以扶養義務為規範核心。

⁶⁰⁵ 限於第一順序扶養義務的理由，參照本文第四章、第五節、第二項、第四款。另外，雖有學者認為養母對養子不具備保證人地位，故若養母對養子不予救助，僅會該當有義務消極遺棄罪（參照黃榮堅，前揭註 596，頁 55），但本文認為當養母收養養子時既已解除了其他救護機制的介入可能性（如本生父母或是國家的社福機制），自然亦屬危險前行為而可被保證人地位概念包含。基此，本文所建議修正的有義務消極遺棄罪並沒有將直系血親尊親屬對卑親屬的扶養義務規定進去。

⁶⁰⁶ 另外還可能擴及到孫子（女）由祖父母帶大，保持密切生活關係的情形，故仍規定「直系血親尊親屬」以求周延。但如果孫子（女）與祖父母自始關係疏遠，此種情形即不應屬有義務遺棄罪的規範對象，理由在於期待可能性的考量。蓋保證人地位既然屬有責任要件，低度保證義務定位上自然亦屬相同，同樣可透過期待可能性概念過濾其界線。

⁶⁰⁷ 相同立法建議，參照註 33 及本文。

⁶⁰⁸ 此一修正可能遇到的一個質疑是：若將有義務遺棄罪限縮在直系血親卑親屬對尊親屬的義務，將會使遺棄直系血親尊親屬罪（刑法第 295 條）失去規範意義。但遺棄直系血親尊親屬罪如同殺害直系血親尊親屬罪（刑法第 272 條），本身都有違背平等原則以及將道德義務入刑化的疑慮，應在修法時一併檢討、廢除，故據此質疑本文對有義務遺棄罪的修正恐無正當性基礎。認為遺棄直系血親尊親屬罪應予刪除的見解，參照馮筱燕，前揭註 474，頁 146-149。

此一修正方有意義。



第三項 解釋論策略一：特殊罪責型態的殺人未遂罪

本項要處理的則是解釋論層次的問題。如上所述，縱使我們把上開低度保證義務的見解直接挪用來限縮有義務消極遺棄罪的成立範圍，一樣沒有辦法處理無義務遺棄罪以及有義務積極遺棄罪的解釋論障礙，況且這樣的解釋方式並不被通說所採納。因此在對遺棄罪章做修正或刪除之前，我們還是得為既存的規定找出其他限縮解釋的可能性。

先處理無義務遺棄罪。首先，無論從立法體系（和有義務遺棄罪的文字對照）或是從實質論據（無義務者無庸為不作為負責）來看，「遺棄」在解釋上都應該限於作為。以此為前提，既然本文已經將遺棄故意等同於殺人故意，無論是否承認無義務遺棄罪有無不純正不作為態樣，都將會被殺人未遂罪完全取代。基此，我們即可在解釋論上直接將無義務遺棄罪架空，完全以殺人罪來處理。

至於有義務遺棄罪的情形則較為複雜。如前所述，在遺棄故意等同於殺人故意的前提下，要區分遺棄罪與殺人罪僅能從有責性層次著手，來解釋為什麼有義務遺棄罪在刑度上會輕於殺人罪。至於這個可以減輕罪責的理由是什麼呢？我們可以從事實上的角度來觀察。首先，有扶養義務⁶⁰⁹的人和其他無義務者不同，無法棄無自救力之人於不顧卻可完全不負擔法律責任（不管是民法或是刑法），故他們無論是自願還是非自願，總之有一定的壓力得擔負照顧無自救力之人生命的責任。而我們在統計上的資料可以發現⁶¹⁰，許多的遺棄案件係基於經濟上的壓

⁶⁰⁹ 之所以排除交通肇事逃逸或傷人後遺棄／不予救助的情形，是因為這兩種情形和行為人的資力並無關係，故無法以經濟上壓力為由來減輕其責任。

⁶¹⁰ 參照本文第四章、第二節、第四項所引述的數據。另外，若以民國 101 年遺棄罪嫌疑犯的職業狀況統計來觀察，在全部 141 名嫌疑犯中，有超過三分之一（52 人）並無工作，亦可推估遺

力，使得有義務者不得不遺棄無自救力之人，換言之，是迫於無奈。對於這種出於無資力的窮困犯罪，有論者認為可以如優生保護之墮胎同樣立場，在立法論上對一定種類的遺棄行為合法化⁶¹¹，但本文認為生命法益係屬重大，若肯認窮困可以作為侵害生命法益的免罪事由，對於被害人並不公平；況且如此見解似乎代表窮困者擁有侵害包括生命在內任何法益的權利，在整體社會效益的面向上也有違利益衡平。因此，比較穩妥的解釋方式應該是讓行為人依然成立犯罪，但基於期待可能性的考量減輕罪責。現在的問題則是：要成立哪一種犯罪才能考量到此一減輕罪責的因素呢？

對此，我們可以參考殺人罪章裡同樣係考量行為人心理壓力，而使行為人的罪責得以減輕的犯罪類型：生母殺嬰罪。依照學說上的說法，生母殺嬰行為之所以比起一般的殺人行為有較低的罪責內涵⁶¹²，係考量到生母會違背母子天性殺害自己親生的嬰兒，必定是基於名譽、生計困難⁶¹³或是甫生產後的心理衝突、情緒不穩定⁶¹⁴等壓力而來，故僅有較低的期待可能性。值得注意的是，舊刑法曾將生母殺嬰罪的客體限於「私生子」，但現行刑法並不以此為限⁶¹⁵，故我們可以合理推估生母殺嬰罪的主要考量點已經不再是名譽，而是著眼於生母的心理與經濟壓力。

在簡單的檢視生母殺嬰罪的立法意旨之後，本文認為此一意旨可以用以限縮解釋有義務遺棄罪，將其轉化解釋為基於經濟、心理壓力而可減輕罪責內涵的特

棄罪與資力不足之間的關連性。參照警察機關受（處）理刑事案件嫌疑犯人數—職業狀況別，內政部警政署全球資訊網，網路資料：

<http://www.npa.gov.tw/NPA/Gip/wSite/ct?xItem=26909&ctNode=12595&mp=1>，最後瀏覽日期：2013/06/15。

⁶¹¹ 參照吳啟賓，前揭註 482，頁 26。

⁶¹² 提及生母殺嬰罪具有較輕罪責內涵的見解，參照林山田，前揭註 2，頁 81；盧映潔，前揭註 2，頁 460。

⁶¹³ 參照褚劍鴻，前揭註 2，頁 902。

⁶¹⁴ 參照林山田，前揭註 2，頁 81。

⁶¹⁵ 參照蔡墩銘，前揭註 2，頁 37。

殊殺人未遂罪。詳言之，前面已經提到許多遺棄案件的產生，是因為生計上的困難或是長期照顧無自救力之人的心理壓力，和生母殺嬰罪的考量因素具有相當高的類似性，而生母殺嬰罪基於這些經濟、心理壓力，刑度從普通殺人罪的死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，大幅降低為六月以上五年以下有期徒刑，此一刑度和有義務遺棄罪完全相符；加上我們已經將有義務遺棄罪的保護法益界定為生命，並讓遺棄故意等同於殺人故意，更讓我們有空間把有義務遺棄罪的罪質與生母殺嬰罪做類似理解，進而將其解釋成基於經濟、心理壓力而減輕罪責內涵的犯罪類型。因此，在有義務遺棄罪（無論是積極遺棄罪還是消極遺棄罪）尚未修正或刪除之前，我們不妨將其解釋為一種減輕罪責內涵的殺人未遂罪，亦即限於行為人因經濟、心理壓力而遺棄（或不保護）無自救力之人方能該當本罪，除此之外的情形則仍必須回歸普通殺人未遂罪處理。依照此一解釋，我們就能解釋有義務積極、消極遺棄罪為何可以同時存在（不管是作為還是不作為，總之都是罪責減輕的殺人未遂罪），並且也可以使有義務積極遺棄罪有效迴避對「義務」雙重評價的批評（因為該義務已經不是拿來加重，而是用以表彰行為人罪責壓力的來源）。另外，由於有義務遺棄罪的行為情狀（沒有「生產時或甫生產後⁶¹⁶」的限制）、行為主體（不僅包括生母，而是父母、子女都可以該當）、行為客體（不限於嬰兒，僅須是無自救力之人）的範圍都較生母殺嬰罪為廣，如此解釋將使更多窮困者得以減輕罪責，具有比生母殺嬰罪更強的規範功能。對照將有義務遺棄罪轉化為處罰耗費國家資源的「新義務懈怠犯」⁶¹⁷，若將有義務遺棄罪轉化為因經濟、心理壓力而來的減輕罪責的殺人未遂罪，在未造成無自救力之人生命危險的情形（例如將嬰兒留置於醫院內）自然不該當本罪，在有生命危險的情形行為人雖然仍無法免罪，但至少使窮困者的刑責較一般殺人罪為輕，且使有義務遺棄罪的成立範圍控制在保護生命法益的界線內而不致擴張。

⁶¹⁶ 依照 28 年上字第 2240 號判例的見解，出生後之第五日即不該當「甫生產後」。

⁶¹⁷ 參照本文第四章、第二節、第四項對此一轉化解釋的批評。

最後要處理的是幾個技術性的問題。一，有義務遺棄罪的刑度嚴格來說還是稍高於生母殺嬰罪，因為若將有義務遺棄罪解釋成特殊的殺人未遂罪，其刑度並不若生母殺嬰罪有援引刑法第 25 條第 2 項減輕其刑的機會；二，若無自救力之人果真死亡，有義務遺棄致死罪的刑度（無期徒刑或七年以上有期徒刑）將會遠高於生母殺嬰既遂罪。對於第一個問題，由於有義務遺棄罪的適用範圍遠較生母殺嬰罪來得廣，尤其是行為情狀大幅放寬，故即使刑度稍高於生母殺嬰（未遂）罪仍屬合理；至於第二個問題，則是涉及到加重結果犯本身的立法正當性疑慮，還必須另外再做檢討，倒不必因此就推斷有義務遺棄罪與生母殺嬰罪的罪質不同。綜上，本文認為在有義務遺棄罪修正或廢除之前，可以透過將其轉化解釋為因經濟、心理壓力而可減輕罪責的特殊殺人未遂罪，合理限制其成罪範圍。

第二節 限縮遺棄行為人自主判斷空間的進路

上一節我們討論的是將遺棄故意等同於殺人故意，在有責性層次限縮或修正遺棄罪的進路，不過若認為遺棄罪與殺人罪在不法層次上並無差異，遺棄罪能享有的獨立規範價值還是有限。另外，雖然如前所述，純就相對利益的大小來看，遺棄行為人與殺人行為人所擁有的自主判斷空間應屬相同，但有沒有可能在某些特殊的情況下必須略微限縮前者的自主判斷權限，以更周全的保護生命法益呢？例如行政法對於兒童⁶¹⁸、老人⁶¹⁹皆有制定福利法規對其特別保護，當行為客體為這些特別脆弱之人，認定遺棄故意時有沒有可能做特殊對待呢？以下，我們即就

⁶¹⁸ 如前述不得單獨將小孩留置在家的規定，條文內容請參照註 237。

⁶¹⁹ 參照老人福利法第 41 條：「老人因直系血親卑親屬或依契約對其有扶養義務之人有疏忽、虐待、遺棄等情事，致有生命、身體、健康或自由之危難，直轄市、縣（市）主管機關得依老人申請或職權予以適當短期保護及安置。老人如欲對之提出告訴或請求損害賠償時，主管機關應協助之。（第一項）前項保護及安置，直轄市、縣（市）主管機關得依職權或依老人申請免除之。（第二項）第一項老人保護及安置所需之費用，由直轄市、縣（市）主管機關先行支付者，直轄市、縣（市）主管機關得檢具費用單據影本及計算書，通知老人之直系血親卑親屬或依契約有扶養義務者於三十日內償還；逾期未償還者，得移送法院強制執行。（第三項）」、第 42 條：「老人因無人扶養，致有生命、身體之危難或生活陷於困境者，直轄市、縣（市）主管機關應依老人之申請或依職權，予以適當安置。」

此點進行討論。



第一項 限縮遺棄行為人自主判斷權限的需求緣起

第一款 遺棄罪與殺人罪的事實上差異

若先不管規範上此一區分有無意義，在情感上我們會覺得遺棄故意和殺人故意的確有所不同，因為後者通常係指涉所需時間較短或是攻擊強度較大的侵害手段，所以我們較易將其連結到生命法益的實害上；但前者所採取的手段相對溫和，因為在行為當下行為人只是讓無自救力之人無法獲得救助，必須再經過一段時間，藉由飢餓、疾病或其他危險源介入等行為人無法完全掌握的因素才能導致實害，所以我們才會常看到「遺棄故意僅有對於生命危險的認知與意欲」這樣的說法。如果我們純從邏輯來看，上述遺棄故意與殺人故意的事實上的區別恐無規範上的意義，因為此一事實上因素本來就可納入容許風險的判斷之內，有殺人故意就論故意殺人、僅有過失就論過失致死，似乎並不足以支撐遺棄罪的獨立規範功能。但當行為人與無自救力之人之間存有特殊的依賴關係時，有沒有可能賦予行為人不讓這些「偶然因素」出現的高度義務呢？如果我們能夠成功建構出此一「特殊依賴關係」，要限縮行為人的自主判斷空間似乎就能取得理論上的著力點。接下來要討論的是：何謂行為人與被害人之間的「特殊依賴關係」？

第二款 保護生命法益的規範性需求：特殊的心理依賴關係

在理論上，縱使相對利益重大如生命，行為人仍應享有自主判斷權限，已如前述。因此，如要限縮行為人自主判斷空間，必須限於極端例外的情況。本文認為這種情況的設定必須要有三個條件：一，需保護人並不具保護自己的足夠能力，如一定年齡以下的小孩、需要特別看護的老人或病患；二，需保護人和行為

人之間具有因制度性救助義務（主要是扶養義務，其次是契約關係）⁶²⁰而來的密切心理依賴關係，其他救助機制也因此欠缺立即反應可能性；三，行為人對此一心理依賴關係有認知，且基於此一認知承擔了對需保護人生命、身體的保護責任。第一個條件的意義在於，並不是所有涉及到生命法益的情形都可以限縮行為人的自主判斷空間，而是必須基於需保護人因應風險的脆弱性，我們才會傾向不讓行為人任意冒險。至於第二個條件的目的則是建立需保護人與行為人之間的特殊依賴關係，因為縱使需保護人十分脆弱，若無特殊理由還是不能限縮行為人的自主判斷權限，故透過第二個條件表彰行為人對於需保護人的特殊意義。最後，關於第三個條件，前面我們已經提到對自主判斷權限的尊重，毋寧可以說是對行為人主體性價值的尊重，因此如果要限縮行為人的自主判斷權限，也必須是行為人認知到他對於需保護人的特殊意義之後，仍承擔了對於需保護人的保護責任，換言之，同樣是對其主體性價值的考量。類似的例子如刑法第 24 條第 2 項，之所以對具有公務上或業務上特別義務者排除其主張緊急避難的權利，是因為其目的在於建立起社會分工模式中負責排除危難的制度（所以不能讓消防員等皆可如同一般人一樣主張緊急避難，否則將使消防救助義務制度的目的無法實現），但仍必須以特別義務人自願選擇承擔此一公務或業務為前提⁶²¹，否則無疑是對行為人主體性價值的貶抑。

根據上述的三個條件，我們即可據此詮釋在什麼情況下遺棄故意的自主判斷空間會小於殺人故意了。首先，之所以行政法規會有「對於六歲以下兒童或需要特別看護之兒童及少年⁶²²，不得使其獨處或由不適當之人代為照顧」的規定，係考慮到小孩的因應風險的能力有所不足。根據統計，居家環境是幼童最常活動的

⁶²⁰ 此一要求是為了排除無義務者對於需保護人的好意施惠行為（例如鄰居基於好意協助照顧需保護人）以及低順位的扶養義務人（之所以在刑法領域內排除民法上的低順位扶養義務人，已如前述），蓋若將這兩種狀況都算入可限縮行為人自主判斷權限的情形，在評價上係屬失衡（本來沒有義務要幫忙的人，熱心幫忙一下之後就得被課予更高度度的照護義務？）。

⁶²¹ 參照黃榮堅，前揭註 218，頁 254。

⁶²² 關於兒童及少年的定義，參照兒童及少年福利與權益保障法第 2 條：「本法所稱兒童及少年，指未滿十八歲之人；所稱兒童，指未滿十二歲之人；所稱少年，指十二歲以上未滿十八歲之人。」

地方，同樣也是意外事故發生率最高的地方，台灣每天約有 3.8 個兒童因意外事故而受傷或死亡，除了交通災害之外，其餘意外事故，如：墜落、壓砸夾刺割傷、窒息、燒燙傷、跌撞傷……，全都發生在居家生活中⁶²³。主要的原因是隨著兒童學會走路，活動範圍增加，在好奇心的驅使下容易嘗試具有危險性的事物⁶²⁴，在我們無法期待小孩獨自排除這些危險因素時，自然需要適當的照護者對其進行保護。至於老人⁶²⁵雖然沒有類似的禁止單獨留置的規定，但從老人福利法對於老人進行保護、安置的規定來看，同樣是基於老人因應風險能力較壯年人為低的考量而來。另外，我國對於老人、兒童的福利機制主要係「殘補模式」⁶²⁶，亦即主要係由扶養義務人（家庭制度）擔任照顧小孩、老人的責任，也因此形成了需保護人對於扶養義務人的特殊心理依賴關係；如果扶養義務人將小孩、老人置於有危險的環境裡，其他社福機制即會來不及介入而使需保護人陷於險境。最後，扶養義務人既然對此一心理依賴關係有認知，進而持續負擔照護需保護人的責任，要求扶養義務人對於需保護人不能任意冒險、限縮其自主判斷空間就能建立起一定程度的正當性⁶²⁷。除了扶養義務，類似的狀況則是透過契約關係與需保護人（不管是小孩、老人還是病患）建立此種特殊心理依賴關係的情形，例如保母、看護等等，此時行為人基於自主選擇（亦即：基於契約的對價關係）負擔此一責任的特徵即更為明顯。如此一來我們就能理解，為什麼會有少數見解認為有義務遺棄罪必須限於行為人與被害人之間存在著心理及社會上的親近關係

⁶²³ 參照〈謹慎防範兒童意外災害〉，大肚婆網站，網路資料：
<http://www.dadupo.com.tw/m-u/2012/9/b-1.htm>，最後瀏覽日期：2013/06/15。

⁶²⁴ 參照〈如何防止孩子發生意外？〉，巧連智網站，網路資料：
<http://www.benesse.com.tw/educate/essay.asp?eid=850&xid=1&stid=46>，最後瀏覽日期：2013/06/15。

⁶²⁵ 關於老人的定義，參照老人福利法第 2 條；「本法所稱老人，指年滿六十五歲以上之人。」

⁶²⁶ 關於我國老人照護福利制度主要係採取殘補模式的分析，參照黃榮堅，前揭註 498，頁 23-28。兒童及少年福利與權益保障法第 54 條以下亦有類似的規定，此處不贅。

⁶²⁷ 其中，父母對子女的扶養義務較無疑義（父母既然決定讓子女誕生於世、承擔世上各種風險，且父母也對其為子女製造風險的行為有認知，我們可以說父母已經「同意」負擔照護子女的責任了），但子女對父母的扶養義務可能就沒辦法如此速斷（子女並沒有選擇自身父母的機會與權利，難以推斷子女同意承擔照護父母的責任）。不過正如本文前述對於低度保證義務的論述（參照本章第一節、第二項），既然社會對於扶養義務依然存有高度依賴性，現行的福利體制也是以此為既定現實來制定的（所謂「殘補模式」），基於此一現實需求的尊重，雖然會對於子女的主體性價值有所貶抑，此處仍將子女對父母的扶養義務包含進來。

(Näheverhältnis)，亦即一種信賴關係時，方有保護義務⁶²⁸。



綜上，當行為人符合上述三項條件時，行為人的自主判斷空間即必須限縮，以更周延的保護需保護人的生命法益。換言之，遺棄故意和殺人故意的差別即在於前者降低了容許風險的容許界限、遺棄行為人必須要防止更多的偶然因素介入，進而對需保護人的生命法益提供更高強度的保護。以下，本文就以此一看法為基礎，說明對於遺棄罪可能採取的解釋論與立法論策略。

第二項 解釋論策略二：限於重大過失

先從較為單純的無義務遺棄罪看起。如本文上一項所述，要限縮行為人的自主判斷空間必須以行為人和被害人之間具有密切的心理依賴關係為前提，而此一心理依賴關係又來自於制度性的救助義務，若行為人對被害人並無此義務，自然不可能出現得以限縮行為人自主判斷權限的情形，最終還是得回歸普通殺人罪來處理。因此，在此一限縮解釋的立場下，無義務遺棄罪實質上仍被架空。至於有義務遺棄罪，我們可以分成以下幾點做說明：

一，首先，「依法令或契約」（行為主體的義務來源）以及「無自救力之人」（行為客體）的相互關係，必須限於符合前述的特殊心理依賴關係以及需保護人的脆弱性時才能該當本罪。就本文所能設想的幾種典型情況，如父母和幼齡子女（若參照上開行政法規的規定，可以六歲作為參考標準）或需要特別照護的子女（如患有重病，或是因疾病欠缺因應風險的能力）之間的關係、子女和需要特別照護的父母之間的關係、保母／看護和需保護人之間的關係，以及公法上負有制

⁶²⁸ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1,35. Aufl., Heidelberg u. a. 2011 Rn202.轉引自王效文，前揭註62，頁268。

度性救助義務者⁶²⁹和需保護人之間的關係等⁶³⁰。



二，再來是行為態樣，基於上開的特殊心理依賴關係，行為人不管透過作為或是不作為都必須限縮其自主判斷空間，故不論是是遺棄（如將需保護人置於易發生危險的環境）或不為保護（如單獨將小孩留置家中）皆包括在內。

三，另外，由於我們已經取得在一定條件下可以限縮行為人自主判斷空間的正當性，此時遺棄罪作為一種危險犯就有其意義了。詳言之，危險犯立法模式的重要功能在於透過具備足夠危險定型的構成要件設定，以限縮行為人的自主判斷空間（行為人只要認知到其實行了構成要件行為，我們就幾乎確定其具備實害故意），並附帶對社會上已有相當共識的標準化行為模式（如：不要單獨將幼齡子女留置在家）的強化功能⁶³¹。不過在現行遺棄罪危險定型不足的情況下，要達到此一功能必須透過主觀不法（遺棄故意）來補足，並據此控制有義務遺棄罪的成罪範圍。

四，承上，縱使前述本文所設定的限縮行為人自主判斷空間的三項條件皆有符合，效果也僅是「限縮」而不是「剝奪」行為人自主判斷空間，故遺棄故意仍以行為人具有一定的認知程度為必要。那麼遺棄故意所要求的認知程度為何呢？為了克服現行法下遺棄罪構成要件危險定型不足的問題，我們可以將遺棄故意界定為：行為人雖然認為死亡結果不會發生，但也知道依照一般日常生活經驗非常可能有危險。會強調行為人必須要有一般日常生活經驗中非常可能有危險的認

⁶²⁹ 如依照老人福利法或兒童及少年福利與權益保障法，對於需保護人有保護、安置義務者。

⁶³⁰ 故如果是交通肇事逃逸或是其他原因（如故意傷人）的肇事逃逸，雖然亦屬危險前行為而有被解釋為「法令」（刑法第 15 條第 2 項）的可能性，但因行為人與需保護人間欠缺特殊的心理依賴關係，即不會該當有義務遺棄罪，而應回歸普通殺人罪處理。

⁶³¹ 當然，如前所述，本文不斷強調「貫徹行為規範的指導功能」並非使用危險犯立法模式的正當性基礎（而是擬制不確定範圍的利益侵害），此處遺棄罪雖然情況較為特殊（遺棄罪係個人法益犯罪，沒有擬制不確定範圍的利益侵害的需求），但道理相同：必須是符合限縮遺棄行為人自主判斷空間的正當性條件之後，才能使用危險犯立法模式來限縮行為人自主判斷空間，所以貫徹行為規範的指導功能依然只是附帶的功能而已。

知，是因為透過這種在統計上具有相當危險定型的認知，方能確定行為人已經違反社會普遍建立起的標準行為模式，進而附帶達到行為規範的指導功能。基此，本文認為遺棄故意是一種在行為人已經認知到一般日常生活經驗中其行為已經有高風險存在，但他的認知還不能達到殺人實害故意的程度，毋寧是一種（認知程度）⁶³²介於一般過失和實害故意之間的中間類型，換言之，是一種「重大過失」（高度預見可能性）⁶³³。雖有學者批評這種量的區分說必須建立在立法上已有「危險故意致死罪」方能說的通⁶³⁴，但本文現在要做的工作就是利用遺棄罪作為危險故意存在的形式依據，故本文認為上開學說的批評並沒有切中核心。當然，我國的刑法總則並未有重大過失的規定，但一來如此解釋方能理解為何有義務遺棄罪的刑度介於普通殺人罪與過失致死之間，且可用來填補普通殺人罪與過失致死罪之間過大的法定刑差距；二來也早有學說以「重大過失」概念限縮有正當性疑慮的犯罪類型⁶³⁵，故本文以此一概念來限縮同樣有正當性疑慮的有義務遺棄罪，應尚稱合理。最後，既然遺棄故意本質上係屬一種重大過失，所以行為人的認知程度如已達殺人故意的強度，則應回歸殺人罪處理；反過來說，既然重大過失仍係以一定的認知程度為前提，故即可排除主觀上並無危險的情形，例如將小孩留置於醫院中或是警察局門口都不應該當遺棄罪，至於施予救助之人有無救助義務（我國判例見解的論述核心）則並非重點。

綜上，透過較為嚴格的條件設定，我們即能在解釋論上賦予遺棄故意之所以對認知要素的要求可低於殺人故意的正當性基礎，並讓有重大理論困境的無義務

⁶³² 強調是「認知程度」上的差異，係因本文已經否定故意的意欲要素（參照本文第四章、第四節、第二項、第三款），故邏輯上僅能透過認知要素來區分這三者，換言之，這三者係量差關係。

⁶³³ 之所以不將其理解為有認識過失，參照本文第二章、第六節、第三項；認為有認識過失的不法內涵高於無認識過失，但必須另外增訂重大過失規定的見解，參照許玉秀，前揭註 533，頁 158-159。另外，在現實狀況下有哪些情形符合此一條件，必須要另外探究哪些行為模式已經建立普遍性的風險共識，無法一概而論。

⁶³⁴ 參照徐偉群，前揭註 7，頁 161-162。

⁶³⁵ 如認為加重結果犯如要成立，必須以行為人對於加重結果有高度預見可能性為前提（參照黃榮堅，前揭註 218，頁 402-403），甚至亦有以「輕率過失」直接取代加重結果犯與業務過失的立法論建議（參照黃榮堅，前揭註 218，頁 403-405、410-411）。

遺棄罪被架空、被界定為保護生命法益的有義務遺棄罪也能被控制在合理的成罪範圍內，同時又能取得獨立於殺人罪之外的規範功能，比起本文上述的「解釋論策略一」應更具有實踐上的落實可能性。



第三項 立法論策略三：基於特殊依賴關係而來的危險犯

由於現行遺棄罪章並不能反映出上開本文對於遺棄故意所設定的嚴格條件，故倘若上開解釋論策略能被接受，仍有在立法論上予以進一步落實的必要性。其中無義務遺棄罪並無規範意義，應予刪除已如前述，至於有義務遺棄罪本文試擬修正條文如下：「對於無自救力之人，依法令或契約應保護，而出於輕率遺棄之於無助之境，或其於無助之境中卻不對其為生存所必要之保護者，處六月以上五年以下有期徒刑。」將「扶助、養育」刪除的理由前面已有述及⁶³⁶，以下本文分別就行為主體、行為客體、行為、主觀不法與刑度五點來說明上開修正條文的意義。

一，行為主體雖然必須限於和需保護人之間具有特殊心理依賴關係的情形，但為了怕掛一漏萬，還是將「依法令或契約」此一用語保留下來，至於本文所設想的幾種典型情況（參照本文上一項）可於修法理由中列出，供實際運用時作為參考。

二，至於行為客體的脆弱性，本文認為現行法的用語「無自救力之人」（無自行維持生存所必要之能力者）已經足以表達此一意涵，並不需要再去限定無自救力之原因（老、弱、殘、疾等），故如酒醉、因飢餓而陷入衰弱狀態等都可以算入本罪的行為客體。

⁶³⁶ 參照本章第一節、第二項。



三，犯罪行為態樣上，還是保留「遺棄」（作為）與「不為保護」（不作為）的用語，讓學說、實務對遺棄行為內涵的理解依然都可以繼續援用。要特別注意的是，不論是積極遺棄罪還是消極遺棄罪都增加了「無助之境」⁶³⁷要件，係為了強調並不是所有的棄而不顧或不為保護的行為都會該當遺棄罪，毋寧是以這些行為蘊含了對無自救力之人的生命有所威脅的危險為前提，也呼應了本文將遺棄罪詮釋為具體危險性犯的見解⁶³⁸。至於將「生存所必要」此一用語保留下來，同樣是為了強調本罪的保護法益係生命，「不為保護」行為自然必須和生命危險有所連結，亦如前述。最後，雖然仍保留有義務積極遺棄罪，但並不會有前述違背雙重評價禁止原則的疑慮，因為「義務」的作用已不是「加重」，而是用來表達之所以可以限縮行為人自主判斷空間的義務來源。

四，主觀不法上，最大的變革是增加了「出於輕率」此一用語，用意是為了表達遺棄故意作為一種特殊的主觀歸責型態，並且更強烈的建立本罪與生命法益之間的關聯性（行為人仍須對於其行為將導致生命實害有一定程度的認知可能性）。雖然我國沒有輕率或重大過失的規定，但遺棄故意既然在學說上討論甚為分歧，不如直接在條文上以「輕率」用語標明遺棄故意的特殊性，讓學說、實務能夠進一步發展介於實害故意與過失之間特殊的主觀歸責型態⁶³⁹。值得注意的

⁶³⁷ 係參考德國遺棄罪的用語「in eine hilflose Lage」。

⁶³⁸ 可附帶一提的是，本文此處雖將遺棄罪定性為具體危險性犯，但如前所述，本文認為危險犯立法模式的正當性係扣緊在「不確定利益侵害範圍的擬制評價」上，而之所以危險犯的主觀不法可以限縮行為人的自主判斷空間，也是因為可能侵害到的相對利益較大、行為人控制可能性較低，僅保護個人生命法益的遺棄罪自然並不具備上開特徵。故縱使在符合本文所設定的嚴格條件的情況下，可略微限縮遺棄行為人的自主判斷空間，限縮的理由仍然和典型的危險犯（如放火罪）有所不同。雖然在立法上，如果將遺棄罪的構成要件設計為具有普遍危險性的特定方式（如：將一歲以下的小嬰兒留置於無人可立即施以援助之地），可能會比較接近一般對於危險犯立法模式的想像，但亦如前所述，本文認為危險犯之所以需要定型化，是因為立法者必須對於各種行為方式（放火、決水等）所可能製造的不確定利益侵害範圍有所預估，在遺棄罪僅保護個人生命法益的情形下，自然也就欠缺定型化的需求，也因此造成本文難以揀選特定的行為方式來設計遺棄罪的構成要件，最終還是僅能以比較概括性的方式做規定。這樣的規定方式自然使得遺棄罪並不像一般的危險犯，但根本的原因仍出在（保護個人法益的）遺棄罪要以危險犯規制的重重理論困境。

⁶³⁹ 我國即有學者指出，「輕率」此種主觀歸責型態彷彿「沒娘的孩子」，在德國刑法總則主觀歸責型態上的爭辯中始終被視而不見。參照許玉秀，前揭註 533，頁 156。

是，德國立法例雖然一樣沒有在總則規定輕率（Leichtfertigkeit），但在分則卻有不少犯罪類型使用了「輕率」用語⁶⁴⁰，故增設此一用語在外國立法例上亦有前例可循。至於「輕率」的內涵如果依照本文的詮釋，係認知程度介於故意和過失之間的「重大過失」（高度預見可能性），已如前述⁶⁴¹。

五，最後是關於刑度的設定，本文還是援用現行法的規定，理由是考量了普通殺人罪（死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑）與過失致死罪的刑度（二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金）之後，本文認為有義務遺棄罪（注意：死亡實害結果尚未發生，和過失致死有所不同）的現行刑度仍稱合理，故暫不予更動。可附帶一提的是，此一介於普通殺人罪與過失致死罪之間的刑度，也有部分填補這兩者之間過大法定刑差距的功能，至於這兩者的刑度要不要一併通盤檢討，是另外一個問題⁶⁴²。

⁶⁴⁰ 德國於 1962 年的「刑法草案」雖於第 18 條第 3 項規定「重大過失者，即為輕率」，但現行德國刑法總則並沒有採行。甚至德國刑法根本沒有故意、過失的定義性規定，蓋多數學者認為明定故意、過失的定義將足以影響刑法論理學說的發展。參照林山田，前揭註 534，頁 173-174。

⁶⁴¹ 在立法論上，本文曾經有直接增訂重大過失致死罪以取代遺棄罪章的想法，但後來予以捨棄，大致的理由是：一，故意、過失的區分已經具有理論上的高度爭議，要在總則層次設立這兩者之間的中間型態，恐怕會讓實務在認定主觀不法時更加困難；二，重大過失作為一種獨立的主觀歸責型態，必須另外建構其歸責基礎，但本文目前並無能力在理論上提出相應的論述，因此本文認為「重大過失」概念的提出，現階段僅能用以限制部分有正當性疑慮的犯罪類型，例如遺棄罪。

⁶⁴² 有學者提到，如果仿照德國刑法將故意殺人罪（第 212 條第 1 項，刑度為五年以上有期徒刑）與過失致死罪（第 222 條，刑度為五年以下有期徒刑）法定刑上下限相互銜接，才能把故意、過失區分理論難題的影響降到最小，參照蔡聖偉（2008），〈從刑總法理檢視分則的立法〉，載於《刑法問題研究（一）》，頁 413-415，台北：元照。如果真能引入此種立法體例，遺棄罪似乎就更無「填補這兩者之間過大法定刑差距」的存在價值。不過要注意的是，德國在故意殺人罪與過失致死罪之外仍有遺棄罪的規定（法定刑為三月以上五年以下有期徒刑），那麼德國遺棄罪的規範功能為何，頗值進一步探討。

第六章 結論



遺棄罪作為一種獨立的犯罪類型似乎和絕大多數人的法感十分契合，亦即在感情上，我們認為遺棄行為具有和一般殺人行為不同的性質（規範必要性），同時也具備獨立而正當的可罰性基礎（規範正當性）。但當我們實際把梳學說與實務對於遺棄罪的相關見解時，才發現遺棄罪在實際運用上所遇到的理論困境與複雜程度實在令人咋舌。這也難怪即有德國學者稱遺棄罪為一具有悠久傳統，但也具有在結構上不清楚之構成要件，在刑法釋義學上非常難以處理⁶⁴³。即使德國刑法在 1998 年修正了遺棄罪的條文，仍有學者批評此一新條文為「嚴重的失誤」⁶⁴⁴，甚至還有學者直接指明了遺棄罪的正當性危機，認為僅能將遺棄罪解釋為殺人（重傷）未遂的「闡明規定」（Klarstellungsvorschrift），用以彰顯被遺棄人陷入生命危險的不利處境，以彌補殺人（重傷）未遂在宣告意義上的不足⁶⁴⁵。因此，本文的目標就是要釐清，遺棄罪究竟能不能建立起自身的規範正當性與必要性，還是真如上開德國學者所說，遺棄罪僅具有一種形式上的宣告意義？

在第二章中，本文把梳、整理了我國學說、實務對於遺棄罪的見解，認為造成各家見解有所歧異的根本問題有三：一，遺棄罪的保護法益是什麼？因為若不能清楚界定保護法益為何，除了會影響遺棄罪各項構成要件的內涵，甚至也會連帶影響遺棄罪的危險犯性認定。二，何謂刑法上的「危險」？當我們能清楚定義刑法上的「危險」是什麼，並建立此種危險在刑法上的正當性基礎，我們才可能進一步推導出刑法採納危險犯立法模式有無必要性與正當性、危險犯有何類型和

⁶⁴³ Küper, Die Aussetzung (§221 Abs. 1 StGB) als konkretes Gefährdungsdelikt Jura 1994, S. 514; Küper, Grundfragen des neuen Aussetzungsdelikts. Zur Strukturanalyse des §221 Abs. 1 StGB n. F., ZStW 111 (1999), S. 30. 轉引自王效文，前揭註 62，頁 252。

⁶⁴⁴ Struensee, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, München 1998, 2. Teil, Rn 58. 轉引自王效文，前揭註 62，頁 252。

⁶⁴⁵ Laue, Die Aussetzung – Eine Klarstellungsvorschrift, 2002, S57ff., 64, 66. 轉引自徐偉群，前揭註 7，頁 124-125。

這些類型的內涵，以及遺棄罪的危險犯性質為何、能不能使用危險犯立法模式做規制。三，殺人罪與遺棄罪可不可能區分？透過什麼標準區分？如果是透過主觀不法區分，必須要先定義何謂刑法上的故意概念，並據此分析遺棄故意與殺人故意是在故意的哪些要素上有所差異；如果是透過義務來源區分，那麼也必須先定義刑法賦予人民作為義務的正當性基礎為何，才可能進一步探討遺棄罪的作為義務來源和保證人地位有無異同，以及如果有差異，遺棄罪的作為義務又何以能獨立於保證人地位之外建立正當性。

確立了遺棄罪解釋上的根本問題作為本文主要研討對象後，本文緊接於第三章處理危險犯概念的相關問題。首先，本文認為刑事不法行為係指行為人認知（或至少有認知可能性）到其行為將會導致法益侵害而仍為之，而關鍵概念在於何謂「法益」，以及容許風險的界線為何（即：容許行為人自主判斷的空間有多大）。以上述刑事不法行為的定義為基礎，本文認為刑法上的「危險」概念應採主觀危險理論，蓋所謂「危險」一定是某一個（群）人對於實害可能性的一種判斷與預測，不可能存在客觀上的「危險」實體／狀態；同樣從刑事不法行為的定義出發，刑法上危險的判斷對象應為「行為時」、「行為人主觀上所認知的心理事實，以及行為人依其能力與所知事實所做的實害預測」，而判斷標準則係「容許風險」。由於容許風險概念涉及到相對利益以及行為人自主判斷權限的衝突，為了建立解決此一衝突的合理標準，本文以 John Stuart Mill 的規則效益主義為哲學基礎，試圖將行為人的自主判斷權限整合進利益衡量模式之中。據此，本文認為自主判斷權限（自主判斷空間的存在本身）代表的是保有每個人的個性多元發展與生活方式，此一效益雖是不能退讓的高度福祉，但自主判斷的範圍則會隨著可能侵害利益與風險的大小做調整，理由是，相對人也必須保有其不受侵擾發展其個性的涉己領域。至於最後決定每個人個性發展空間範圍有多大的標準，是「社會總體功利」，以維持每個人個性發展空間（涉己領域）之間的衡平關係。因此，既然自主判斷權限是個人與社會的必要福祉，即不能為了更有效率的追求效益，而以專

家判斷全面性的取代理行為人自主判斷。對此，本文亦從反面角度提出論述，說明若不允許行為人自主判斷所可能帶來的負面效應。



在我們確認了認定刑法上危險的判斷對象與判斷標準後，我們就能據此進一步討論危險犯立法模式有無規範上的必要性與正當性。本文認為證明困難並不能證立危險犯的正當性，其正當性應建立於對難以測定的利益侵害範圍的擬制評價，以充分評價行為人的不法意志，換言之，危險犯是一種適用於超個人法益犯罪類型的技術性未遂規定。至於強化行為規範功能，本文認為僅能適用於行政法領域的行為規範，而不能適用於刑事法領域。在我們確立了危險犯的正當性基礎後，我們發現刑法上的危險只有一種，即「超越容許風險的危險」，因此抽象危險、具體危險犯的實質內涵應屬相同，在危險程度、判斷基礎與舉證程度上都不應有所差別。又為了不違背罪責原則，所謂抽象危險不可能僅為立法者的動機，仍必須委由法官審查行為時的具體環境因素判斷有無危險，故抽象危險犯實質內涵亦同於具體危險性犯。因此，本文認為實質上僅有一種危險犯（具體危險性犯），至於為什麼會有抽象、具體危險犯的區分，毋寧取決於立法者是否認為僅需描述構成要件行為即能擔保超越容許風險，換言之，形式基準（條文中是否有規定「致生危險」）應屬可採。

對於一般學說定義下的抽象、具體危險犯概念，本文亦有所回應。詳言之，抽象危險犯只要能夠轉化解釋為具體危險性犯，並且以行為人的實害認知為成立前提，抽象危險犯立法模式即能建立起規範上的正當性；反而是通說以客觀危險理論為基礎所建立的具體危險犯概念，不但忽略了危險僅能透過判斷而來的本質，並且因「危險結果」認定上的恣意性而違背了明確性原則，更重要的是以事後的情勢變化反過來決定行為的正確性，將使刑法作為行為規範的規範意義落空。最後，本文認為所謂的危險故意本質上依然是一種實害故意，亦即仍以行為人自主判斷實害會發生為前提，不能以立法者或專家的判斷予以取代，只是危險

犯立法模式既然僅適用於超個人法益犯罪類型，在相對利益較大的情況下行為人自主判斷的範圍自然也必須有所限縮。因此，與其說危險故意所允許的自主判斷空間較實害故意為小，倒不如說這是實害故意與容許風險概念的本質所使然。

進入本文第四章後，本文將研究的焦點轉回遺棄罪之上。首先，透過立法沿革以及對德國法制史的觀察，我們發現遺棄罪的罪質一直搖擺於義務違反與生命危險之中，而此一雙重性格也造成遺棄罪在解釋上的諸多矛盾與困難。為了明確性遺棄罪的罪質，在說明本文所採擇的法益標準為「以個人利益為基礎的利益總量衡平」之後，本文即對各種被學說提出作為遺棄罪保護法益的說法予以檢驗，認為遺棄罪的保護法益僅為生命，並不包括重大身體法益，至於義務違反說（扶養義務請求權、國家福利資源的耗費）也因為不符合刑法體系或有違利益衡平而被排除。確定遺棄罪保護的是個人的生命法益而不採取義務違反說之後，我們即能發現遺棄罪既然並非超個人法益犯罪，就不應該使用危險犯立法模式來規制，並且也使遺棄行為人並無被限縮自主判斷範圍的正當理由。故遺棄罪若還是以行為人的實害認知為前提，將使遺棄罪欠缺獨立於殺人罪之外的規範必要性；若嘗試限縮遺棄行為人的自主判斷空間以建立遺棄罪的獨立規範意義，則又將使遺棄罪失去規範上的正當性。因此，如要使作為危險犯的遺棄罪同時具有規範上的正當性與必要性，必須另謀他途。

接著本文要討論的是遺棄罪與殺人罪之間的具體區分途徑。就主觀不法層次而言，本文認為學說上所提的各種區分遺棄故意與殺人故意的標準都不盡合理，例如客體差異說是一種循環論證、意欲差異說無法清楚說明有認識過失與遺棄故意的界線、而有認識過失說則忽略了現行法不認為有認識過失具有高於無認識過失的不法內涵。在本文否定了意欲因素作為故意要件之後，我們僅能透過認知要素來區分遺棄故意與殺人故意，但既然本文認為所有的犯罪類型都以實害故意為前提，而遺棄罪與殺人罪的保護法益又屬相同，將使遺棄故意與殺人故意完全無

從區分。就義務來源層次而言，本文認為刑法如要賦予人民作為義務，唯一的正當性基礎就是危險前行為，因此無論是保證人地位或是「依法令或契約」都應以危險前行為為前提，如此解釋將使遺棄罪完全失去規範意義。學說上則有見解另闢蹊徑，將「依法令或契約」詮釋為層級較保證人地位為低的低度保證義務，以建立某些無法被危險前行為所包含，但為社會所高度依賴的制度性救助義務。此一見解雖然提供了有義務消極遺棄罪獨立的規範功能，但還是難以逃避為什麼在行為人並未為危險前行為的情況下，我們卻可以科予其刑法上作為義務的質疑。無義務遺棄罪之所以不能解釋為德國法上的「不予救助罪」，理由同樣出於刑法的作為義務必須以危險前行為為前提。

經過本文第四章的分析，確定遺棄罪在理論上的困境及其正當性疑慮之後，本文於第五章以兩條進路對遺棄罪指出可能的限縮解釋方向與立法論建議。第一條進路係以遺棄故意等同於殺人故意為前提，分別給出兩項立法論策略（全面廢除遺棄罪章、僅保留有義務消極遺棄罪，並將其修改為：「對於無自救力之直系血親尊親屬負有扶養義務，而不為生存所必要之保護者，處六月以上五年以下有期徒刑。」）以確立有義務消極遺棄罪的義務來源係有異於保證人地位的低度保證義務）與一項解釋論策略（以殺人罪架空無義務遺棄罪、並將有義務遺棄罪詮釋為因經濟、心理壓力而可減輕罪責的特殊殺人未遂罪）。第二條進路則係承認遺棄行為人的自主判斷空間小於殺人行為人，但本文認為必須滿足以下三項條件之後此一限縮方能建立正當性：一，需保護人的脆弱性；二，需保護人對行為人有基於制度性救助義務而來的特殊心理依賴關係；三，行為人對此一心理依賴有認知，且自願承擔對於需保護人的照護責任。在此一進路下，本文的解釋論策略係將有義務遺棄罪的構成要件內涵做限縮性的轉化解釋，以貼近本文所設定的正當化條件，並將遺棄故意解釋為重大過失（高度預見可能性），至於無義務遺棄罪則仍透過普通殺人罪予以架空；立法論策略則是直接刪除無義務遺棄罪，並將有義務遺棄罪修改如下：「對於無自救力之人，依法令或契約應保護，而出於輕率

遺棄之於無助之境，或其於無助之境中卻不對其為生存所必要之保護者，處六月以上五年以下有期徒刑。」使其更能符合本文上述所提出的正當化條件。

綜上，我們發現要對遺棄罪的規範必要性與正當性進行完整論述，勢必要對法益、危險犯性質、危險故意概念、「依法令或契約」與保證人地位之間的關係等諸多議題進行討論，也難怪有德國學者將遺棄罪稱為「刑法釋義學之縮圖」(Die Aussetzung als strafrechtsdogmatischer Mikrokosmos)⁶⁴⁶，足見遺棄罪在解釋學上的困難、複雜程度。除此之外，從前述有義務遺棄罪不斷被擴張解釋，甚至有處罰耗費國家福利資源行為之嫌的趨勢來看，遺棄罪的解釋不僅是刑法釋義學上的難題，更是國家與人民如何分配貧困風險與福利資源的政治經濟學難題。因此，本文除了希望前述的解釋論、立法論策略能對釐清遺棄罪的理論困境有微薄的幫助，更希望的是透過社會學上的論述，讓我們能更正視每一個人存在的權利與尊嚴，對於底層階級生活上的艱難與無奈也能多一些關懷。最後我們似乎可以這樣說：遺棄罪的成罪範圍，將會與我們對於其他人的尊重程度成反比，也將反映我們究竟身處一個追求人性與快樂的社會，還是一個追求卓越與經濟利益的社會。作為共犯結構下的一員，我們要成為什麼樣的人、組成什麼樣的社會，端看我們自己的選擇。

⁶⁴⁶ Heger, Die Aussetzung als strafrechtsdogmatischer Mikrokosmos, ZStW 2007, 593ff.轉引自許澤天，前揭註3，頁37。

參考文獻

專書



- Alan Bullock 著，董樂山譯（2000），《西方人文主義傳統》，台北：究竟。
- David Harvey 著，王欽譯（2010），《新自由主義簡史》，上海：上海譯文。
- Isaiah Berlin 著，陳曉林譯（1986），《自由四論》，台北：聯經。
- John Stuart Mill 著，郭志嵩譯（2004），《論自由》，台北：臉譜。
- John Stuart Mill 著，劉富勝譯（2007），《功利主義》，北京：光明日報。
- Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯（2003），《規訓與懲罰：監獄的誕生》，台北：桂冠。
- Michel Foucault 著，謝石譯（1990），《性史》，台北：結構群。
- Ulrich Beck 著，汪浩譯（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，台北：巨流。
- Zygmunt Bauman 著，王志弘譯（2002），《工作、消費與新貧》，台北：巨流。
- Zygmunt Bauman 著，王乾任譯（2002），《立法者與詮釋者》，台北：弘智。
- Zygmunt Bauman 著，楚東平譯（2002），《自由》，台北：桂冠。
- 甘添貴（1992），《刑法總則講義》，再版，台北：瑞興。
- 甘添貴（1999），《體系刑法各論（一）》，台北：瑞興。
- 甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，台北：自刊。
- 石元康（1995），《當代自由主義理論》，台北：聯經。
- 江金太（1987），《歷史與政治》，再版，台北：桂冠。
- 但昭偉（2002），《重讀彌爾的「自由論」》，台北：學富。
- 呂有文（1986），《刑法各論》，修訂版，台北：自刊。
- 李佳玟（2009），〈在地的刑罰·全球的秩序〉，載於《在地的刑罰·全球的秩序》，台北：元照。
- 貝加利亞著，李茂生譯（1993），《犯罪與刑罰》，台北：協志。
- 周治平（1972），《刑法各論》，2版，台北：自刊。
- 林山田（2005），《刑法各罪論（上）》，修訂5版，台北：自刊。
- 林山田（2008），《刑法通論（下）》，10版，台北：元照。
- 林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，台北：元照。
- 林東茂（2009），《刑法綜覽》，6版，台北：一品。
- 林鈺雄（2009），《新刑法總則》，2版，台北：元照。
- 張明貴（1986），《約翰彌爾》，台北：東大。
- 梁恒昌（1980），《刑法各論》，修正7版，台北：三民。
- 陳志龍（1990），《法益與刑事立法》，台北：自刊。
- 陳樸生（1978），《刑法各論》，6版，台北：正中。

- 黃源盛（纂輯）（2010），《晚清民國刑法史料輯注》，台北：元照。
- 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（下）》，3版，台北：元照。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，4版，台北：元照。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4版，台北：元照。
- 褚劍鴻（2001），《刑法分則釋論（下）》，3版，台北：台灣商務。
- 趙琛（1979），《刑法分則實用（下）》，增訂13版，台北：自刊。
- 蔡墩銘（2008），《刑法各論》，6版，台北：三民。
- 盧映潔（2011），《刑法分則新論》，4版，台北：新學林。
- 薛智仁（2002），《參與群毆行為之處罰基礎與立法》，台北：學林。
- 韓忠謨（1982），《刑法各論》，7版，台北：自刊。
- 顧肅（2006），《自由主義基本理念》，台北：左岸。



碩博士論文

- 林裕凱（2006），《從危險犯論放火罪之可罰性基礎》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 范耕維（2012），《「生命政治」視角下的刑事政策：以反恐刑事司法「論述」為楔子》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳竹上（2010），《我國親屬間遺棄罪之研究：司法實證及社會福利觀點之分析》，亞洲大學社會工作學系碩士論文。
- 陳炎琪（2004），《和略誘未成年人罪之研究》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳緯弘（2012），《論遺棄罪之處罰基礎與界限：從刑法第 294 條之 1 不罰事由之增訂談起》，中央警察大學法律學研究所碩士論文。
- 陸怡璇（2011），《有義務者遺棄罪及其排除適用事由》，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。
- 馮筱燕（2012），《遺棄罪的新詮釋與再建構》，中國文化大學法學院法律學系碩士論文。
- 蔡偉杰（2003），《從危險概念論酒後駕車之刑事責任：併淺論車禍肇事逃逸罪與原因自由行為》，國立臺北大學法學系碩士論文。
- 蔡蕙芳（2000），《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立台灣大學法律研究所博士論文。
- 鍾豪峰（2002），《刑事不法與民事不法的分界》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

期刊論文

- 
- Ingeborg Puppe 著，許玉秀譯（1996），〈故意與有認識過失之區別：論德國的通說〉，《政大法學評論》，55 期。
- Winfried Hassemer 著，陳俊偉譯（2012），〈現代刑法的特徵與危機〉，《月旦法學雜誌》，207 期。
- 王正嘉（2009），〈風險社會下的刑法保護機能論〉，《法學新論》，6 期。
- 王皇玉（2008），〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期。
- 王皇玉（2012），〈遺棄同居人〉，《月旦法學教室》，111 期。
- 王效文（2012），〈論遺棄罪之體系與構成要件〉，甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下）》，台北：承法。
- 王榮聖（2007），〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，2 期。
- 甘添貴（1996），〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，載於《刑法之重要理念》，台北：瑞興。
- 江宜樺（2001），〈約翰·密爾論自由、功效與民主政治〉，蔡英文、張福建主編，《自由主義：政治思想論文集》，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 吳啟賓（1981），〈遺棄罪序說〉，《軍法專刊》，27 卷 9 期。
- 吳耀宗（2005），〈影本（影印）在偽造文書罪之相關問題：評最高法院九十年度台上字第三二六一號判決及相關實務見解〉，《月旦法學雜誌》，126 期。
- 吳耀宗（2010），〈肇事逃逸罪：第一講：保護法益〉，《月旦法學教室》，94 期。
- 李西潭（1995），〈約翰彌勒自由觀之分析〉，《國立政治大學學報》，71 期。
- 李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期。
- 李茂生（2012），〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念：兼評最高法院 99 年度台上字第 3048 號判決（下）〉，《法令月刊》，63 卷 3 期。
- 李茂生（2012），〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念：兼評最高法院 99 年度台上字第 3048 號判決（上）〉，《法令月刊》，63 卷 2 期。
- 周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期。
- 周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期。
- 周漾沂（2012 年 11 月），〈風險承擔作為阻卻不法事由：一個容許風險的替代方案〉，發表於：《府城刑事法論壇：2012 下半年度》，臺灣臺南地方法院檢察署、財團法人臺灣更生保護會臺南分會、台灣法學會刑事法委員會、成功大學法律學系（主辦），台南。
- 林山田（1976），〈論刑事不法與行政不法〉，《刑事法雜誌》，20 卷 2 期。
- 林山田（1989），〈行政刑法與行政犯辯正〉，《法令月刊》，40 卷 9 期。
- 林山田（1990），〈使用刑罰或秩序罰的立法考量〉，《刑事法雜誌》，34 卷 1 期。
- 林東茂（1994），〈危險犯的法律性質〉，《臺大法學論叢》，24 卷 1 期。
- 林東茂（2009），〈遺棄罪〉，《月旦法學教室》，83 期。

- 洪家殷（1996），〈論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限〉，《東吳法律學報》，9卷2期。
- 洪福增（1965），〈遺棄無自救力之人致死與消極殺人罪之競合〉，《刑事法雜誌》，9卷3期。
- 徐育安（2009），〈費爾巴哈之故意理論及其影響：以德國刑法為核心〉，《政大法學評論》，109期。
- 徐育安（2012），〈故意認定之理論與實務：以殺人與傷害故意之區分難題為核心〉，《中研院法學期刊》，10期。
- 徐偉群（2007），〈論遺棄故意與遺棄罪的立法作用〉，《中原財經法學》，19期。
- 高金桂（2005），〈有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合關係：以台灣高等法院八十九年度交上訴字第八號刑事判決為基礎兼論刑法第二條之適用問題〉，《月旦法學雜誌》，121期。
- 高金桂（2012），〈不作為犯與保證人義務〉，《軍法專刊》，58卷5期。
- 張福建（1995），〈社群、功效與民主：約翰·彌勒政治思想的另一個側面〉，陳秀容、江宜樺主編，《政治社群》，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 張麗卿（2000），〈酒醉駕車應屬有罪〉，《台灣本土法學雜誌》，8期。
- 張麗卿（2012），〈酒測○·九一毫克竟也無罪：評臺灣高等法院八十九年度交上易字第二四六號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，201期。
- 許玉秀（1997），〈前行為保證人類型的生存權：與結果加重犯的比較〉，載於《主觀與客觀之間》，台北：自刊。
- 許玉秀（1997），〈客觀的故意概念？：評德國的間接故意理論〉，載於《主觀與客觀之間》，台北：自刊。
- 許玉秀（1997），〈區分故意與過失：論認識說〉，載於《主觀與客觀之間》，台北：自刊。
- 許玉秀（1997），〈論西德刑法上保證人地位之實質化運動〉，載於《主觀與客觀之間》，台北：自刊。
- 許玉秀（1999），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，載於《刑法的問題與對策》，台北：自刊。
- 許玉秀（2000），〈無用的抽象具體危險犯〉，《台灣本土法學雜誌》，8期。
- 許玉秀（2001），〈被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪〉，《台灣本土法學雜誌》，27期。
- 許恒達（2010），〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任：以釋字第六六六號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186期。
- 許恒達（2011），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期。
- 許迺曼著，鄭昆山、許玉秀譯（1994），〈刑法上故意與罪責之客觀化〉，《政大法學評論》，50期。
- 許澤天（2004），〈論遺棄罪：可予簡化的刑法罪章〉，林山田教授退休祝賀論文

- 集編輯委員會編，《戰鬥的法律人：林山田教授退休祝賀論文集》，台北：元照。
- 許澤天（2011），〈遺棄罪之研究：待釐清保護法益的具體危險犯〉，《東吳法律學報》，22 卷 2 期。
- 陳文貴（2007），〈從行政罰看行政不法與刑事不法之交錯〉，《法令月刊》，58 卷 11 期。
- 陳文貴（2008），〈談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限：行政法學與刑事法學的對話〉，《法學新論》，4 期。
- 陳志輝（2006），〈無義務遺棄罪的法律性質〉，《月旦法學教室》，43 期。
- 曾淑瑜（2010），〈扶養義務順序與遺棄罪：最高法院九十八年台上字第六三四六號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，3 期。
- 曾淑瑜（2010），〈是誰遺棄誰〉，《月旦法學雜誌》，178 期。
- 黃常仁（2008），〈滄桑舊法：論「遺棄罪」與「遺棄未成年子女」〉，《台灣法學雜誌》，108 期。
- 黃榮堅（1995），〈毛豆園裡的肉鬆〉，《月旦法學雜誌》，8 期。
- 黃榮堅（1996），〈刑法解題：關於故意及過失〉，載於《刑法問題與利益思考》，台北：元照。
- 黃榮堅（1996），〈親愛的我把一萬元變大了〉，《月旦法學雜誌》，12 期。
- 黃榮堅（1997），〈大亨小賺〉，《月旦法學雜誌》，23 期。
- 黃榮堅（1999），〈駕車肇事逃逸之刑事責任〉，蔡墩銘主編，《刑法爭議問題研究》，台北：五南。
- 黃榮堅（2000），〈故意的定義與定位〉，載於《刑罰的極限》，台北：元照。
- 黃榮堅（2000），〈論行為犯〉，載於《刑罰的極限》，台北：元照。
- 黃榮堅（2000），〈論保證人地位〉，載於《刑罰的極限》，台北：元照。
- 黃榮堅（2004），〈論偽造文書之行使行為：評九十二年度臺上字第二二九三號等判決〉，《台灣本土法學雜誌》，54 期。
- 黃榮堅（2011），〈2010 年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊。
- 黃榮堅（2012），〈國家責任意義下的遺棄罪評述：以老人問題為中心〉，甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下）》，台北：承法。
- 劉邦繡（2003），〈遺棄罪之類型化分析〉，《律師雜誌》，288 期。
- 蔡聖偉（2008），〈重新檢視因果歷程偏離之難題〉，《東吳法律學報》，20 卷 1 期。
- 蔡聖偉（2008），〈從刑總法理檢視分則的立法〉，載於《刑法問題研究（一）》，台北：元照。
- 蔡聖偉（2008），〈評 2005 年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，載於《刑法問題研究（一）》，台北：元照。
- 蔡聖偉（2008），〈論故意不法前行為所建構之保證人義務〉，載於《刑法問題研

- 究（一）》，台北：元照。
- 蔡聖偉（2008），〈論故意之不純正不作為犯〉，載於《刑法問題研究（一）》，台北：元照。
- 蔡聖偉（2008），〈論罪疑惟輕原則之本質及其適用〉，載於《刑法問題研究（一）》，台北：元照。
- 蔡聖偉（2009），〈再論刑法第二十六條的適用標準：新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察〉，《台灣法學雜誌》，128期。
- 蔡墩銘（2001），〈扶養權利人與無自救力之人有異〉，《月旦法學雜誌》，73期。
- 鄭善印（1997），〈刑法的目的只有法益保護嗎？〉，蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集編輯委員會編，《現代刑事法與刑事責任：蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，台北：國際刑法學會中華民國分會、刑事法雜誌社基金會。
- 鄭善印（2002），〈違背義務遺棄罪與肇事逃逸罪之研究〉，甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授六秩祝壽論文集》，台北：學林。
- 鄭逸哲（1998），〈一切犯罪莫非結果犯〉，《軍法專刊》，44卷10期。
- 盧映潔（2004），〈論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護：兼評最高法院九十二年度台上字第五三七二號、九十二年度台上字第四五五二號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，112期。
- 盧映潔（2010），〈棄嬰悲歌〉，《月旦法學教室》，89期。
- 薛智仁（2003），〈論肇事逃逸罪之致人死傷要素〉，《台灣本土法學雜誌》，52期。
- 謝煜偉（2009），〈檢視日本刑事立法新動向：現狀及其課題〉，《月旦法學雜誌》，165期。
- 謝煜偉（2012年3月），〈交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限〉，發表於：《第19屆政大刑法週研討會（控制、排除或包容：變動中之刑事政策走向）》，國立政治大學法學院刑事法學中心、國際刑事法學會台灣分會（主辦），台北。
- 謝煜偉（2012年5月），〈風險社會論與抽象危險犯：現代型抽象危險犯之限定解釋論初探〉，發表於：《風險社會中犯罪概念的再思考》，臺灣臺南地方法院檢察署、財團法人臺灣更生保護會臺南分會、台灣法學會刑事法委員會、成功大學法律學系、政治大學法學院刑事法中心、中正大學法律系、清華大學科技法律研究所（主辦），台南。
- 蘇俊雄（2001），〈論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限：評最高法院八十九年度台非字第八七號判決〉，《月旦法學雜誌》，73期。

網路資料

法源法律網

<http://www.lawbank.com.tw/>

〈酒駕致死 修法通過 最重判十年〉，中時電子報，2013/06/01，網路資料：
<http://news.chinatimes.com/focus/501013568/112013060100106.html>，最後瀏覽日期：2013/06/05。

警察機關受（處）理刑事案件嫌疑犯人數—職業狀況別，內政部警政署全球資訊網，網路資料：

<http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/ct?xItem=26909&ctNode=12595&mp=1>，最後瀏覽日期：2013/06/15。

〈謹慎防範兒童意外災害〉，大肚婆網站，網路資料：

<http://www.dadupo.com.tw/m-u/2012/9/b-1.htm>，最後瀏覽日期：2013/06/15。

〈如何防止孩子發生意外？〉，巧連智網站，網路資料：

<http://www.benesse.com.tw/educate/essay.asp?eid=850&xid=1&stid=46>，最後瀏覽日期：2013/06/15。

