

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

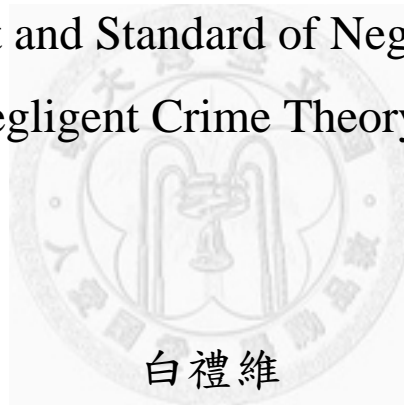
College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

從過失犯理論發展論過失概念及其標準

The Concept and Standard of Negligent Crime:
A Study of Negligent Crime Theory Development



Lee-Wei Pai

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 101 年 7 月

July 2012

謝辭

這是一本陰謀兩年、預備一年、實行行為半年、著手三個月，如今終於即將既遂的碩士論文。敲下謝辭字句的時刻與順序，也遠比想像中晚了許多。在此謹以這篇短短的謝辭，對於一路上提供各種物理上與精神上幫助的諸位師長友朋，聊表謝意。

感謝我的指導教授李茂生老師。早在 2004 年的夏天，於新生座談會聽見時任法律學院副院長職務的李茂生老師，在台上以其充滿隱喻又極具克里斯馬的方式發表談話，大抵即種下後續一連串因果流程的最早期條件。雖然大學時期並未與老師有太多的互動，僥倖考上研究所之後，還是在開學第一週即興沖沖地找老師簽下指導同意書，並在刑罰學的課堂上、擔任 R98 科法所刑法總則課輔期間、刑事法中心助理任內乃至論文寫作的過程，反覆接受老師的醍醐灌頂。老師給予的幫助與啟發自然不僅止於此，打從大學時期接觸老師的一系列套餐課程開始，接受了一連串知識上的震撼教育之後，就已激起了內心出於聽不太懂、所以更要挑戰看看的念頭。儘管不太認真的我，始終無法像許多學長姐一般，能夠將自己提升到得與老師充分對話的層次，這些學習思考、思考學習的過程，還是讓我的視野迥異於以往，幾乎也底定了我的價值觀。除此之外，老師在私領域所給予的關懷、照料、開導、包容，絲毫不遜於在專業領域所給予的種種啟發，也是最終能夠完成本篇論文的重要動力來源。

感謝百忙之中撥冗擔任口試委員的李聖傑老師與許恒達老師。李聖傑老師在我焦頭爛額於寫作之際，一口答應為素未謀面的我抽空進行口試，並且在口試的過程之中提供許多寶貴的意見，在此必須致上萬分謝意。李老師對於我引用文獻上的形式技巧以及實質不足，均有直接具體的指導與建議，也令本篇不成熟的論文得以更加符合學術寫作的嚴格要求。此外，李老師在口試過程中以犯罪的定義、刑罰的目的來引導我思考過失犯的立法論問題，不僅婉轉點出本篇論文的所未能處理重要問題，更提供了思考上的不同視野，凡此均讓我口試過程中收穫頗豐。必須致上最深刻謝意的，還有同樣慷慨允諾擔任口試委員的許恒達老師。在撰寫論文的預備以及實行期間，曾旁聽許老師開設的德國刑法史課程，也閱讀許老師發表於各種期刊上的大作，甚至親自登門叨擾討教，可以說在口試之前即已受到許老師的各種協助。許老師一方面以自己對於過失犯的研究專業，提供我在撰寫論文時的方向與取捨，並在口試的過程中，提醒採取新舊過失犯理論來整理德國學說的作法，可能有失偏頗之處；另一方面又基於李門學長的身分，提供學弟在人生道路選擇上的經驗與指南，讓我能夠順利度過論文寫作的最後階段。我知道僅以這些文字，實在不足以表達感謝情緒之萬一，還是不慚簡陋在此扼要地謝謝兩位口試委員。

這段漫長的求學求知之路，也有賴眾多師長提供良好榜樣，儘管我可能終究未能學得萬一，仍舊慶幸自己擁有這麼多模仿學習的優秀模範。黃榮堅老師對於刑法問題的深入思考以及嚴謹的學術態度，在準備研究所考試期間就已經充分地感受到。而在研究所就學期間有幸能夠在 97 學年度下學期擔任黃老師刑法分則課輔助理、以及選修可刑罰性專題研究課程時親炙老師風采，這些近距離的接觸，也給了我許多正面的影響。在擔任刑事法中心助理期間，王兆鵬老師不僅包容我在事務處理上的諸多不熟練之處，更教導了我許多待人處事的道理。王老師對於公共事務的關心，還有精益求精的學術思維，也同樣是我的終身學習對象。大學乃至研究所時期，陸續選修了不少王皇玉老師以及林鈺雄老師所開設的課程，也閱讀了許多兩位老師的大作，謝謝兩位老師所給予的知識饗宴，讓我得以在刑法以外的領域一開眼界。感謝王泰升老師、王能君老師、曾宛如老師、黃銘傑老師、蔡英欣老師以及所有曾經教導我的每一位老師，在我大學乃至研究所的這一大段日子裡，所不吝給予的關懷、指點與照顧。

沒有人可以在社會之中以孤島的形式存在，也多虧各位朋友們的一路陪伴，我才能在撐過每個獨自孤軍奮戰於字裡行間的夜晚，順利地走到這一步。首先，感謝嘴砲桌遊團的經常性成員亨哥、豬腦、賈彬、譚大，我們一路從直走咖啡、新生南麥當勞、台南謝宅黑名單戰到現在的喬治愛瑪麗，這些輕鬆、愉快的歡樂時光，配上炒泡麵、大薯、牛肉湯、羊肉湯、意麵、粽子、披薩、碳烤…等各類澱粉與垃圾食物，是我在研究所的這四年中，至為寶貴的回憶。感謝范耕維學長發起的讀書會所有成員龜大、小郭、阮大、阿凱、駱老師、允中大大、萬承壞壞、徒弟賽麒麟，我們一同悠遊在炫技王 Agamben、Foucault、Harvey 以及各類最新時事、八卦、聞人之間的每一個禮拜五晚上，是我身心靈獲得最大成長的精神時光屋。而在日常生活當中，不斷麻煩各位並且受到各位的許多照顧，請容我在此收起平日的大放厥詞、誠摯地向各位致謝。尤其感謝范耕維學長從大學以來的照顧，撰寫論文期間也是由於學長深夜時段在 facebook 與 ptt 2 不間斷的關心與鼓勵，我才能夠堅持到底完成這篇碩士論文。也特別感謝小郭在這半年來的鼎力相助，跟小郭是在研究所期間才逐漸熟識，除了在學業上受到諸多幫忙，小郭的正直、善良、好學、熱心，都令我自嘆弗如，也是我砥礪自己的好榜樣。感謝同班七年認識已逾十年的龍哥、從口琴哥變身國中生會長的叮噹貓、比利時碩士愛情少尉回數票阿亮、地球最強辯士金ㄉㄉ、古德耶的共同創辦人王資元、美食達人百大名醫裴學長、法國人妻地瓜姊姊、系辦最發曹助教、建築達人毛毛、優秀的學妹益先、可愛的舒涵美眉，回想起這些我們一起認真做事、努力讀書求上進、當然還有到處吃喝玩樂的時光，總是令我覺得至為充實而不虛此行。最後，同樣必須感謝李茂生老師門下的所有師兄姐弟妹、R97 刑法組與 B93 各組的好同學、1811 研究室的每一位室友、R98 科法所的好朋友、建中 304 的好兄弟（農曆七月快到了）、歡樂籃球團的灌籃高手們、財法我們這一家的學長姐與學弟妹、一帆補習

班以及法律扶助基金會士分北分總會的同仁，謝謝各位在我許多不知所措的時刻，包容我於團體之內，讓我得以安心、放心，並且享有十足的歸屬感。

最重要的是，必須感謝我的家人，親愛的媽媽、爸爸、弟弟。如果我能多少有些微不足道的成就，一切都必須歸功於媽媽與爸爸從小到大所給予無微不至的照顧以及充分的精神支持、還有弟弟既是玩伴也是夥伴的相互扶持。我總是覺得自己萬分幸運，能夠擁有明理又溫暖的家人，讓家庭生活能夠成為我最強的後盾，足以面對種種難料的世事與挑戰。

這篇謝辭與本文相同，是在有時間壓力的狀態下寫成，必然無法窮盡所有在客觀上對我來說所必須感謝的人，尤其隨著年紀逐漸增長，以往許多事情顯意識也益發難以順利提取。然而，就算我無法親手在此寫下你的大名，曾經與我相遇的你，終究已經在我腦袋裡的皺摺，留下了無法抹滅的痕跡。所以，謝謝你我的曾經相遇，在蝴蝶效應的複雜因果作用下，造就了現在的我。這本論文就是對於此時此刻的我，至為忠實的反映與寫照，而這篇謝辭與論文的句點，也不過只是人生另外一段旅程的中繼點。



2012 年 7 月 30 日
於家中

從過失犯理論發展論過失概念及其標準

摘要

過失犯理論發展至今，各種學說併陳，彼此對於過失的階層定位、概念內涵以及判斷標準，也各自有其不同之主張。本文為了釐清過失的概念內涵及其判斷標準，以決定最後如何在不同的理論之間做出採擇，首先乃嘗試爬梳刑法上過失概念在德國刑法史上的蹤跡，整理現代過失犯理論的一般性發展，再將研究重心置於台灣的過失犯理論發展之回顧。過失犯理論在德國刑法史上的發展有其自己的脈絡與發展動力，台灣的過失犯理論卻囿限於繼受法國家的現實，長期以來均係以引介外國理論的方式建構過失犯理論，企圖藉此充實刑法學知識的基礎建設。直到第三代學者活躍期之後，歷經數個世代的學術能量累積，終於逐漸出現出於自主反省的過失犯理論主張。在學說史的充分回顧之後，本文試圖從刑法的人權保障功能與法益保護功能之衝突與平衡，以及罪刑法定主義對於定型化的要求，由此等視角出發進行反省，進而提出理論採擇所憑恃的依據，最後據以提出本文對於過失概念及其標準的主張。

關鍵詞

過失；過失犯理論；法律史；注意義務；預見可能性；刑法功能；罪刑法定主義

negligence, negligent crime theory, legal history, duty of care, foreseeability, criminal law functions, nulla poena sine lege

論文簡目

論文簡目	I
論文詳目	III
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與研究範圍	1
第二節 論文架構與研究方法	3
第二章 過失犯理論之歷史考察	5
第一節 過失犯理論前史	5
第一項 日耳曼法與羅馬法中的蹤跡	6
第二項 中世紀的發展	19
第三項 近代德意志法（1495-18 世紀末）	25
第四項 1794 年《普魯士一般邦法典》：過失犯的誕生	33
第二節 過失犯理論的一般性發展	34
第一項 現代刑法理論的提出	34
第二項 19 世紀的過失犯理論	35
第三項 20 世紀以降的發展	43
第三章 過失犯理論在台灣之發展	53
第一節 概說	53
第二節 戰前的發展概貌（1945 以前）	55
第一項 日治台灣之理論發展與運作狀況	55
第二項 戰前中國之立法沿革與理論發展	58
第三節 戰後的理論發展（1945 以後）	63
第一項 大中國時代與中華民國政府遷台初期（1945-1960 年代初期）	63
第二項 第二代學者留學歸國後（1960 年代後期至 1980 年代後期）	70
第三項 第三代學者活躍期（1980 年代後期迄今）	84
第四章 以理論史為出發點之反省與選擇	115
第一節 理論史之啟示	115
第一項 對於一般性發展的觀察	115
第二項 台灣理論發展的特殊性與普遍性	118
第三項 問題之所在	121
第二節 刑法功能衝突視角之反省	123
第三節 罪刑法定視角之反省	126
第四節 理論之選擇	129
第一項 初步篩選	129
第二項 分析、選擇與建構	131
第五章 結論與展望	135
參考文獻	137

中文文獻	137
日文文獻	140
網路資源	140



論文詳目

論文簡目	I
論文詳目	III
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與研究範圍	1
第二節 論文架構與研究方法	3
第二章 過失犯理論之歷史考察	5
第一節 過失犯理論前史	5
第一項 日耳曼法與羅馬法中的蹤跡	6
第一款 古日耳曼法（X-476）	6
第二款 羅馬法（西元前 753-西元 565）	11
第一目 古代法時期	12
第二目 古典法時期	13
第三目 衰退期	14
第三款 日耳曼部族法（476-887）	16
第二項 中世紀的發展	19
第一款 中世紀德意志法（887-1495）	19
第二款 中世紀義大利法（565-1453）	20
第一目 註釋法學派	21
第二目 疏證法學派	22
第三項 近代德意志法（1495-18 世紀末）	25
第一目 《申訴寶鑑》	26
第二目 1532 年《卡洛林那法典》	27
第三目 共通法學說	30
第四項 1794 年《普魯士一般邦法典》：過失犯的誕生	33
第二節 過失犯理論的一般性發展	34
第一項 現代刑法理論的提出	34
第二項 19 世紀的過失犯理論	35
第一款 19 世紀初的學說理論發展	35
第一目 普魯士實務見解	35
第二目 學說理論概況	36
第二款 1871 年《德國刑法典》制定後的發展	38
第一目 立法概要及其背景	38
第二目 德國帝國法院實務見解	40
第三目 學說理論與後續實務見解概況	42
第三項 20 世紀以降的發展	43
第一款 舊過失犯理論	44

第二款 新過失犯理論	46
第一目 Engisch 的理論影響	46
第二目 Welzel 的理論影響	47
第三目 小結	49
第三款 新舊過失犯理論的整理比較	50
第三章 過失犯理論在台灣之發展	53
第一節 概說	53
第二節 戰前的發展概貌（1945 以前）	55
第一項 日治台灣之理論發展與運作狀況	55
第二項 戰前中國之立法沿革與理論發展	58
第一款 立法沿革	58
第二款 王觀的過失犯理論	59
第三節 戰後的理論發展（1945 以後）	63
第一項 大中國時代與中華民國政府遷台初期（1945-1960 年代初期）	63
第一款 大中國時代（1945-1949）	63
第二款 中國民國政府遷台初期（1949-1960 年代初期）	64
第一目 主流見解發展概況	64
第二目 周治平的過失犯理論	65
第三目 小結	70
第二項 第二代學者留學歸國後（1960 年代後期至 1980 年代後期）	70
第一款 第一類見解	71
第一目 主流見解發展概況	71
第二目 蔡墩銘的過失犯理論	72
第二款 第二類見解	74
第一目 林山田的過失犯理論	75
第二目 其他論著	80
第三款 小結	83
第三項 第三代學者活躍期（1980 年代後期迄今）	84
第一款 第一類見解	84
第二款 第二類見解	85
第三款 第三類見解：客觀歸責理論	89
第四款 第四類見解：個別化理論	96
第一目 黃榮堅的過失犯理論	96
第二目 許玉秀的過失犯理論	99
第五款 其他見解舉隅	103
第一目 甘添貴、謝庭晃合著的《捷徑刑法總論》	103
第二目 余振華的《刑法總論》	104
第三目 靳宗立的《刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論》	106

第四目 李茂生的《刑法總則講義綱要》	110
第六款 小結	114
第四章 以理論史為出發點之反省與選擇	115
第一節 理論史之啟示	115
第一項 對於一般性發展的觀察	115
第二項 台灣理論發展的特殊性與普遍性	118
第三項 問題之所在	121
第二節 刑法功能衝突視角之反省	123
第三節 罪刑法定視角之反省	126
第四節 理論之選擇	129
第一項 初步篩選	129
第二項 分析、選擇與建構	131
第五章 結論與展望	135
參考文獻	137
中文文獻	137
日文文獻	140
網路資源	140



第一章 緒論

……只是理論始終還意謂著，藉著一個被較好地控制著的產生觀念的方法，我們可以提高有用的結果的機率，以及尤其是：可以減少產生無助益的激動的機率。

——Niklas Luhmann¹

第一節 研究動機與研究範圍

依據犯罪行為人主觀犯意之不同，可以將刑法上犯罪區分為「故意犯罪」與「過失犯罪」兩種類型。²然而，在目前的台灣學說之中，存在一種頗為常見的論述模式，即不將「過失」看作是與「故意」地位相等的主觀要素，而將「過失犯」看作是一種獨立於「故意犯」以外的不同犯罪類型，並就「過失犯」成立與否採取不同於「故意犯」之犯罪檢驗架構。尤有甚者，更有主張在採取客觀歸責理論之後，「過失犯」已無須實質檢驗作為主觀構成要件要素之過失的具備與否：³

由於採納客觀歸責論的結果，一來不法構成要件審查重心已經轉移至客觀不法構成要件，二來通過客觀歸責審查者，必定至少具有「過失」（具過失不法構成要件之該當性），因此，尤其在過失犯，過失主觀不法要素的審查，雖然形式上存在，但猶如失血幽靈，已無實質內容可言。

¹ 引自 Niklas Luhmann 著，湯志傑、魯貴顯譯（2001），《生態溝通：現代社會能應付生態危害嗎？》，〈前言〉頁 3，台北：桂冠。

² 參照林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 83，台北：元照。

³ 參照林鈺雄，前揭註 2，頁 493。

於此同時，學說上仍有見解認為，過失犯並非本質上異於故意犯的特殊犯罪類型，因此兩者應採相同結構的犯罪階層理論體系予以檢驗，兩者之區別在於其主觀要素內涵之不同，亦即故意犯之主觀要素為「故意」、過失犯之主觀要素為「過失」。也正因為學說上對於如何檢驗「過失犯」之成立與否，存在以上兩種大方向上看來全然迥異的不同見解，遂引發筆者以過失犯理論歷史發展為出發點，進而探究過失概念及其標準之動機。本文企圖在透過充分的歷史發展回顧之後，藉由觀察所得來的反省，有所本地對於過失的概念及其標準，在眾多截然不同的學說見解之中做出選擇。

若僅以研究動機來看，可能會有太多包山包海的内容都是本文潛在的待處理議題，故在此尚須對於本文的研究範圍進行進一步的限定。首先，由於本文的核心關懷在於刑法上過失的「概念」內涵，以及判斷過失成立與否的「標準」為何，是以在對於過失犯理論進行歷史回顧的過程中，亦將聚焦於此。換言之，諸如現代過失犯理論中具有重要地位的容許風險與信賴原則等問題，以及犯罪階層體系理論的演變，也僅在涉及過失概念及其標準的情形，始在其必要範圍之內，進行簡要討論。廣泛且詳盡地處理所有與過失犯有關的問題，既非本文之本意，更非筆者能力所及，於此合先敘明，以免造成錯誤期待。

其次，關於過失犯理論發展的回顧，本文係以「台灣」的過失犯理論作為核心，惟在論及台灣的過失犯理論前，由於現行刑法係以德國刑法作為架構與實質內容的參酌對象，加上台灣學說理論難免直接或間接受到德國學說理論的影響，因此回顧「德國」刑法史上關於過失概念與理論的歷史發展，即有其必要。是以，本文將以相當的篇幅，從德國刑法史的角度，對於現代刑法過失概念追本溯源，以期理解目前台灣刑法學界普遍認知的過失概念之由來為何，在此基礎之上再予梳理台灣過失犯理論的發展。

再者，本文既然係以過失犯的「理論」發展作為出發點，在整理與分析上，自然係以學說理論對於過失概念及其標準所表示的意見與主張，作為主要的對象。也就是說，對於實務見解的整理、分析以及評論，這些均不在處理範圍之列，本文僅在處理學說理論的整理與分析所必要之限度內，才會附帶地就相關實務見解予以說明。最一開始的引文所揭示者，也正是本文之所以聚焦於理論發展的原因，蓋理論如果能處理好，確實是能夠解決許多現實上的問題。反之，如果不能妥善處理理論性的問題，縱使回顧再多的實務見解，仍難免於製造出更多的「無助益的激動」。

第二節 論文架構與研究方法

在過失犯歷史發展的回顧上，本文雖係以台灣的過失犯理論發展為核心關懷所在，惟亦處理作為台灣理論發展背景的德國過失犯理論歷史發展。第二章關於過失犯理論的一般性發展，即在回顧德國過失犯理論發展的歷史。首先必須處理的是，在現代過失犯理論出現以前，德國刑法史上是否已經發展出過失的概念，本文乃溯源至古日耳曼法與羅馬法的相關規範，依序檢視中世紀以及近代的發展，以至現代的過失犯概念確切地出現在成文法典為止。在現代的過失概念出現之後，配合現代刑法理論的出現，兩者相結合之後才出現所謂的現代過失犯理論，本文乃依序整理德國於 19 世紀以及 20 世紀以降的現代過失犯理論發展，以釐清台灣理論發展之背景脈絡。第三章是本文的核心關懷，即詳予檢驗過失犯理論在台灣不同世代的刑法學者活躍期，呈現出如何的面貌。在進入到戰後理論發展的討論之前，本文並就戰前的發展概貌予以簡介，以期得以更加清楚掌握戰後理論發展的脈絡背景。在處理完過失犯理論的歷史回顧之後，即為後續的反省與選擇。第四章即先闡明第二章與第三章理論史回顧所帶來的啟發，再以刑法功能衝突視

角與罪刑法定視角進行反省，最後再綜合以上回顧與反省之所得，作出本文的理論選擇。第五章則為結論以及對於後續研究的展望。

本文的研究方法，據此可以分為兩個層次。(一) 針對歷史回顧的部份，乃採取文獻分析法作為主要的研究方法。第二章關於德國過失犯理論的歷史回顧，由於受限於筆者的語文能力，主要係針對各種中文以及日文文獻，作為文獻分析的素材。第三章關於台灣過失犯理論的歷史回顧，所分析的素材則廣泛及於論者的各種著作，除以較能呈現論者體系之刑法學教科書作為主要研究素材以外，並輔以專書、期刊論文以及授課講義等資料，期能藉此呈現出台灣過失犯理論發展的完整面貌。(二) 第四章以理論史為出發點之反省與選擇，基本上係以刑法的基本原理原則，作為本文論述上的主要依據。



第二章 過失犯理論之歷史考察

第一節 過失犯理論前史

以台灣作為主體，由於現行刑法規定係以德國刑法作為參考藍本，刑法過失概念也係藉由日本學者引進德國刑法上的過失概念，是以檢驗德國刑法史上過失概念的蹤跡及其歷史，也等同於對台灣刑法過失概念追本溯源。對此，蘇俊雄（1935-2012）在其教科書中，對於過失犯的說明，係以下列文字作為開頭：⁴

大陸法系刑法自羅馬法時代以來，已有「故意」(dolus)與「過失」(culpa)概念之分；續經 15、16 世紀義大利刑法學思想的孕育，已蔚成近代刑法犯罪論中主觀構成要素的概念體系。…德國刑法則於中古時期「承襲」(Rezeption)羅馬法運動之後，始有大致的引用；公元 1532 年的加洛利娜法典中，第 134 條、第 146 條及第 180 條等，始設明確將過失與故意分離之規定。至 1794 年普魯士刑法典公布以後，以德國法為中心的大陸法系，已確立過失犯之理論體系地位。

從法律史的角度而言，是否早在羅馬法時代，就已經能夠清楚區分故意以及過失之概念？日耳曼民族與德意志地區，是否必須等到中世紀乃至近代，藉由對羅馬法的繼受，方始出現類似於故意與過失之區分概念？這些問題，必須透過對於各該時期的法規範、法文化與法實踐進行考察，始能加以回答。本文以下乃從古代日耳曼法以及羅馬法的法律史出發，依次討論中世紀乃至近代的發展，以求釐清現代過失犯理論，究竟是在怎麼樣的歷史背景之背景下，逐漸孕育而出。

⁴ 參照蘇俊雄（1997），《刑法總論 II：犯罪總論》，頁 463，台北：自刊。

在此須先予說明者，關於德國刑法史的相關中文文獻為數不多，論及過失犯的資料數量更是有限。本文受限於筆者的語言能力，無法親自回顧較接近第一手資訊的相關德文文獻，關於以下法律史的討論，僅能對數量有限的日文文獻進行再整理，並以中文文獻補充其他相關的背景資訊。

第一項 日耳曼法與羅馬法中的蹤跡

第一款 古日耳曼法（X-476）

日耳曼人早期的歷史較缺乏文獻記載。率先使用「日耳曼族」（Germanen）此一名詞者，較為著名的例如凱撒（Gajus Julius Caesar, B.C. 100-44）所著的《高盧戰記》（Commentarii de Bello Gallico）、以及塔西陀斯（Cornelius Tacitus, A.D. 53-120）所著的《日耳曼誌》（Germania）。日耳曼部族原居於斯堪地那維亞半島南部及其鄰近地區，嗣後因北歐地區氣候轉壞，而於西元前 1000 年左右開始向南遷徙。儘管日耳曼部族係以其語言、血統、生活習慣、文化以及信仰等作為族群指標，惟其在向南遷徙後，分別散居於歐洲各處，故其部族與部族之間仍存在相當大的個別差異。⁵ 而又由於欠缺大一統的政府組織，是以一般所使用的「日耳曼法」一詞，毋寧是一種由各該日耳曼部族的習慣所歸納、整理而成之集合體，內部存在諸多歧異，自然在所難免，即使具有部份共同的特徵，終究並非全然一致。學者亦僅能以各種史料與文獻為本，來分析日耳曼部族的生活習慣，是以對於同樣的現象，發展出截然不同的學說見解，亦屬難免。

⁵ 參照周惠民（2009），《德國史—中歐強權的起伏》，增訂 2 版，頁 5，台北：三民。

至於本文所稱古日耳曼法，定位上係指迄至西元 476 年西羅馬帝國滅亡以前，存在於日耳曼部族內部的法律規範。⁶由於此一時期日耳曼的部族社會，係以親緣關係為基礎的血緣共同體、氏族制社會，並不存在現代意義下的民族國家，因此亦無現代意義下作為國家發動刑罰權之根源的刑法，當然也就不存在嚴格意義下的犯罪與刑罰。⁷然而，倘若我們不過度著重現代形式意義下的實證法，而係以法規範的實質意義出發，縱使並無現代意義的國家與立法者存在，仍可能存在共同體以外在強制力作為後盾所形成的社會生活規範，亦即廣義的法律。⁸故即使是較為原始的日耳曼部族社會，從前述的觀點視之，仍舊可能存在一定的法律規範。基於此一時期日耳曼部族社會的家族（Familie）—氏族（Sippe）—部族（Stamm）重疊結構，而欠缺大一統政府組織，即使各部族散居於歐洲各處，學者仍舊從中歸納出一定的共同特質，諸如係屬不成文法、團體義務法以及不區分公法與私法。⁹欲從古日耳曼法之中找尋過失犯罪概念之蹤跡，即可自此等特色出發。

在古日耳曼法的特色當中，與前述家庭—氏族—部族重疊結構最為相關者，莫過於團體義務法的性質。此乃因為單一個人無法自己獨立生存，必須依附部族、氏族或家族等團體始得生存，個人因此並非獨立之權利主體、亦非為自己而存在，而是為團體秩序而存在，並且必須忠於團體的榮譽，團體的生存與利益因此先於個人的生存與利益。¹⁰據此，對於個人反於規範行為的相應處理，即必須依據行為人與家族、氏族與部族之間的關係，始得確定其效果為何。對此，大略可以分為三種類型：第一種類型，乃對於部族全體利益所為的侵害行為，包括宗教意義的侵害行為（例如破壞聖物、聖所）、戰時的侵害行為（例如敵前背叛、逃亡）以及

⁶ 參照田中周友（1972），《世界法史概說》，頁 199，京都：有信堂。

⁷ 參照真鍋毅（1983），《現代刑事責任論序說》，頁 16，京都：法律文化社。

⁸ 定義參考韓忠謨（2002），《法學緒論》，2 版，頁 11-21，台北：自刊。在中文法學界的用語上，似有以「法」指涉廣義的、實質意義的法規範，而以「法律」指涉狹義的、形式意義的法規範，惟兩者之區分在中文的法學著作中並不明顯。

⁹ 參照戴東雄（1999），《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，2 版，頁 17-18，台北：元照。

¹⁰ 參照戴東雄，前揭註 9，頁 22。

寡廉鮮恥的行為（例如夜間竊盜、夜間放火、強制性交）。行為人會被部族全體認定為「和平喪失」（Friedlosigkeit）而被排除在部族全體之外、放逐法外，一旦行為人被發現，在現行犯的情形會被當場捕殺；就算沒被捕殺，也會透過氏族團體之全體集會，而將之剝奪一切由部族所賦予的保障。第二種類型，一族氏族成員侵害他族氏族成員之生命、身體、名譽、財產等利益之行為，此種情形將使兩個氏族之間產生敵對關係，其處理的方式則為「復讎」（Fehde），又可區分兩種態樣：對於現行犯，直接由被害人方的氏族其他成員進行復讎；對於非現行犯，則由被害人氏族透過氏族團體全體集會決定進行組織性的復讎，其他氏族成員因此也具有共同援助的義務，而形成兩氏族間的武力衝突。第三種類型，家族、氏族內部的其他反於規範之行為，則由各該家長或族長，基於其權威而為處置。¹¹

前開各種反於規範的行為類型及其相對應之效果，係以客觀可見的結果作為著眼點，進而追究所有惹起結果之行為，故文獻上一般認為古日耳曼法原則上係屬「結果責任主義」。¹²值得注意的是，在前述第二種類型的反於規範行為之中，已經出現了一種稱之為「Ungefährwerk」的概念，亦即就部份惹起結果之行為，倘能證明行為人欠缺從事反於規範行為之意思，即得免於來自被害人方面的復讎，行為人因此僅須支付一定的贖罪金（Buße）即可回復秩序之平和。典型案例，如伐木不慎傾倒而壓死被害人、被害人誤觸捕獸陷阱而死亡、醫療行為失敗而致被害人死亡等。相對地，若已認識到結果卻又執意從事反於規範之行為，則屬「Willenswerk」之典型情形。¹³

¹¹ 綜合整理自真鍋毅，前揭註 7，頁 17-18；戴東雄，前揭註 9，頁 22-23；Munroe Smith 著，姚梅鎮譯（2006），《歐陸法律發達史》，臺 2 版，頁 32-34、39，台北：臺灣商務。

¹² 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 18；內田文昭（1972），〈過失犯論の史的展開について（一）〉，《上智法学論集》，16 卷 1 期，頁 5；Hinrich Rüping 著，川端博等譯（1984），《ドイツ刑法史綱要》，頁 3-4，東京：成文堂。

¹³ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 18-19；Hinrich Rüping 著，川端博等譯，前揭註 12，頁 4。

事實上，由於生產力提高而發展出剩餘生產物的商品交換，加上復讎制度本身的過度實施可能導致部族戰鬥力的喪失，使得日耳曼人已經懂得運用衡量的觀念來規制社會矛盾，並鼓勵透過賠償制度以解決紛爭，故在古日耳曼法已經廣泛使用贖罪金契約來取代復讎之實施。¹⁴不僅輕微的侵害可以締結贖罪金契約以取代復讎，就算是殺人行為亦可以支付殺人贖罪金（*Wergeld*，或譯為人命金）的方式來作為回復和平的手段。¹⁵於此姑且不論贖罪金性質上係屬公私之爭議¹⁶，就前述第二種類型之反於規範行為，仍以實施復讎為原則、惟賦予被害人方選擇締結贖罪金契約之自由一點而言，對於 *Ungefährwerk* 一律以支付贖罪金之方式回復和平、而得免於氏族間的相互復讎，誠屬例外。

有論者因此即認定，在古日耳曼法時期，實已具特別規定過失犯處罰之雛形。¹⁷本文認為，此種推論實為速斷。首先，從前述的典型案列可以得知，此一時期既然尚未發展出精緻的因果關係與結果歸責理論，即無從區分「偶然」與「過失」。套用現代刑法理論的術語來說，古日耳曼法欠缺相當因果關係或是客觀歸責理論等工具，以排除反常因果歷程之結果歸責，則在 *Ungefährwerk* 中實無法區分偶然與過失。再者，由於欠缺對於行為人主觀要素的深入理解，此一時期對於「過失」以及無故意過失之「不可抗力」，在 *Ungefährwerk* 中亦無從區分。此外，作為 *Ungefährwerk* 之法律效果的贖罪金，既然其係向被害者方支付，在其性質的定位上，顯然較偏向於私人領域的紛爭解決功能，而與著眼於公領域機能的刑罰有所

¹⁴ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 18；Munroe Smith，姚梅鎮譯，前揭註 11，頁 40。是否選擇締結贖罪金契約以取代復讎之實施，基本上係屬被害人方的自由，加害人方並無拒絕締結贖罪金契約而選擇照常實行復讎之權利。

¹⁵ 參照 Hinrich Rüping，川端博等譯，前揭註 12，頁 7。

¹⁶ 參照內田文昭，前揭註 12，頁 8，前揭註 11。由於此一時期必然沒有公法與私法的區分，要將之以現代的公法與私法概念予以定義，自然會有歧見產生。文獻上一般認為，贖罪金（*Buße*）與殺人贖罪金（*Wergeld*）較重視私人之間紛爭解決之功能，至於後述日耳曼部族法時期繳交給國王法院的和平金（*fredus*）則較具有公權力介入的意味。

¹⁷ 參照廖正豪（1993），《過失犯論》，頁 12，台北：三民。

區別。凡此均足以顯示，僅以 *Ungefährwerk* 概念之存在，即欲認定在此一時期初具對於「過失」「犯罪」進行處斷之特別規定雛形，顯然與事實不符。¹⁸

較為妥適之詮釋方向，包括對於結果具有認識的 *Willenswerk* 概念、以及欠缺從事反於規範行為之意思的 *Ungefährwerk*，都應該僅被看作是一種對法律現象所進行的描述。以 *Ungefährwerk* 所描述的法律現象而言，其意味著儘管受限於原始的證明方法並欠缺理論上的分析工具，在古日耳曼的部族社會其實已經「意識到」，倘若行為人主觀上並非刻意要從事違背規範的行為，則縱使客觀上發生了與典型反於規範行為所導致的相同結果，此際和平破壞之情節即相對輕微，應予相應的例外從輕處理，即僅以支付贖罪金為已足，而不實施復讐。也就是說，此處應該被重視的正是古代日耳曼社會對於此種特殊情形的「意識」，但其意義同樣也僅止於這種「意識」。任何欲將此種「意識」與現代刑法理論下的名詞予以連結之嘗試，均難免於過度推論之謬。本文以為，這種「意識」確實使得古日耳曼法已非純粹的「結果刑法」或「結果責任主義」，但是這樣的發現仍舊無法推論此一時期已經開始出現類似於現代過失犯罪的概念。

另外須附帶一提的是，古代日耳曼部族社會亦有區分不同的階級地位。其中，最上位的階級為自由人（*Freie*），包括具有戰鬥能力的農民與工匠；次者為半自由人（*Halbfreie*），乃依附者或被解放的奴隸；最下位的奴隸（*Sklaven*），其來源則為戰爭中的俘虜以及奴隸所生之子女。¹⁹前開古日耳曼法之討論，基本上僅限於自由人之間始有適用。

¹⁸ 在文獻中有將「*Ungefährwerk*」譯為「無故意之行為」，例如真鍋毅，前揭註 7，頁 18、廖正豪，前揭註 17，頁 12；亦有譯為「無意思之行為」者，例如內田文昭，前揭註 12，頁 10。由於本文認為，*Ungefährwerk* 概念兼含客觀上出於偶然而欠缺結果歸責之情形、客觀上雖非偶然但主觀上出於過失而欠缺故意罪責之情形以及主觀上欠缺故意過失而屬不可抗力之情形，欲套用前述任何一種在現代刑法理論可能具有特定意義的翻譯，難免會有誤導之虞，故筆者在行文上暫且不強將 *Ungefährwerk* 譯為中文。

¹⁹ 參照周惠民，前揭註 5，頁 7。

第二款 羅馬法（西元前 753-西元 565）

法律史學者將羅馬法分為四個時期。第一時期為古代法時期（西元前 753 年至西元前 202 年），此一時期的羅馬人在臺伯河下游建立羅馬城，而發展出以城市為中心的農業社會。第二時期為古典法時期（西元前 202 年至西元 284 年），亦即羅馬人在逐漸瓦解迦太基人的勢力之後，於環地中海地區建立大商業國家，政治制度亦由共和制轉向元首制的帝國。第三時期為衰退期（西元 284 年至西元 565 年），又稱中間期，屋大維（Gaius Octavius Thurinus, B.C. 63 -A.D. 14）在羅馬和平時期（Pax Romana）所規劃的憲政於此時已被專制君王取代，帝國內外動亂不斷、經濟失調、社會問題叢生，致西羅馬帝國於 476 年滅亡。第四期為拜占庭法時期（西元 565 年至西元 1453 年），乃從編纂《市民法大全》（Corpus Iuris Civilis，又稱羅馬法大全、國法大全、民法大全、查士丁尼法典）之查士丁尼一世（Justinianus I, A.D. 483-565）逝世後、迄至東羅馬帝國滅亡為止。²⁰

就羅馬法的相關概念進行探討，其必要性約略展現於以下兩個層面。首先，較為直接的影響，係對於日耳曼人大舉入侵羅馬帝國版圖後，羅馬法對於後述日耳曼部族法提供了外在的能量來源。其次，較為間接的影響，則是此一時期的法律概念，不僅在後述的中世紀義大利法，獲得了進一步的發展，其成果亦為近代德意志法所承繼。又由於羅馬法第四時期的法律發展有其特殊性存在²¹，故本文在以下主要處理者，乃以第一到第三時期為綱，依序探討個別時期之中，可能有關刑法上過失之法律概念。

²⁰ 參照田中周友，前揭註 6，頁 112-113。

²¹ 詳見下述中世紀義大利法之討論。

第一目 古代法時期

首先，在古代法時期，得以《十二銅表法》(Lex XII Tabularum)²²為其代表。其立法乃源於貴族與平民之間的利益衝突，平民不滿貴族官吏恣意解釋適用習慣法，遂在護民官的協助之下，平民與貴族相互讓步，而於西元前 451 年至西元前 450 年左右，制定《十二銅表法》並公布實施。²³由於目前並無完整的原文可資參照，現在僅能間接透過當時拉丁文作家的著作，在模糊殘缺的片段條文之中，拼湊出其全貌。綜覽《十二銅表法》，首先是有關於法院訴訟程序及執行的相關規定（第一表至第三表）；其次是相當於現代身分法之規定（第四表與第五表）；再其次是相當於現代物權法之規定（第六表與第七表）；接著則為私益犯罪（第八表）、公益犯罪（第九表）與宗教犯罪（第十表）；最後則為補充規定，例如貴族與平民通姦之處罰（第十一表與第十二表）。其中，可能與刑法上過失概念有所相關者，主要規定在第八表涉及私益犯罪的規範之中，惟於第八表的總共二十餘條條文中，基本上也僅止於對於客觀要件的記述。²⁴

²² 此處乃依我國一般習慣譯為《十二銅表法》，「銅表說」乃源於李維 (Titus Livius, B.C. 59-A.D. 17) 之歷史巨著《羅馬史》，惟本來「表」(tabula) 所指的是古羅馬當時書寫或銘刻所用的木板、金屬板和象牙板，根據後期《學說彙纂》之記載其載體為象牙板，故有認為應譯為《十二表法》較為妥當。參照張生 (2000)，〈《十二銅表法》評介〉，頁 1-2，載於世界著名法典漢譯叢書編委會編 (2000)，《十二銅表法》，北京：法律出版社。

²³ 參照戴東雄，前揭註 9，頁 30-31。

²⁴ 其中，前揭《十二銅表法》的簡體中文譯本將第八表第二條翻譯如下：「如果故意傷人肢體，而又未與〔受害者〕和解者，則他本身亦應遭受同樣的傷害。」參照世界著名法典漢譯叢書編委會編，前揭註 22，頁 35。相對於此，英譯本的內容如下：「If a person has maimed another's limb, let there be retaliation in kind unless he makes agreement for composition with him。」參照：THE LATIN LIBRARY 網站，<http://thelatinlibrary.com/law/12tables.html>（最後瀏覽日：2012/5/3）。兩相比較之下，可以發現簡體中文譯本譯出了英譯版所無的主觀「故意」，應屬有誤。

第二目 古典法時期

在進入到古典法時代之後，前述法律僅止於客觀要件的記述、未就主觀要件予以明定之情況，開始有所變化。羅馬人在第二次布匿克戰爭（B.C. 218-201）擊敗由漢尼拔（Hannibal Barca, B.C. 247-183）率領的迦太基軍隊後，其國力與版圖逐漸攀上巔峰，隨之而來的則是國內階級鬥爭的激化、上下身份關係的重新組成以及市民裁判機關民會的空洞化。為了政治的統一並確立國家的統治，法律適用的一致性於是更顯得有所必要，遂使得羅馬法學於此一時期亦達到發展之巔峰，其發展約略與權力集中至元首、皇帝之過程相應。而透過一連串由皇帝所頒布的敕諭，此一階段出現了各種新型態的犯罪，特別值得注意的是對於國家所為之犯罪，蓋其中備受重視的不敬罪，其處罰僅以具備對於皇帝、官員以及相關國家作用之「敵對意志」為已足，而對於「意志要素」的重視，在思想上之源流則可以追溯至亞里斯多德（Aristotle, B.C. 384-322）的《尼各馬可倫理學》。據此，以「反於法規範之意志」作為其核心概念內涵的「dolus 原則」²⁵，正式在羅馬法上確立。

26

然而，此一「dolus 原則」面臨到兩個面向的問題。一方面，對於 dolus 行為的處斷係以死刑為原則，因此失之過嚴；另一方面，隨著社會的複雜程度提昇，被認為屬於犯罪之現象亦逐趨多元，僅處罰具有法敵對意志的故意行為，反而顯得失之過寬。²⁷儘管 dolus 原則仍有進一步調整的必要，至少透過此一對於主觀要

²⁵ 在中文翻譯上，譯者認為 dolus 一詞可以譯為「故意」、「詐欺」或「惡意」。亦即，dolus 在羅馬法上除了表示一種明確意識和意願的心理狀態之外，尚可以用來表示欺騙行為。參照黃風編（2002），《羅馬法詞典》，頁 92，北京：法律出版社。本文於此同樣為了避免誤解，同樣不強將概念內涵尚不具現代「故意」概念意義的 dolus 翻譯為中文。

²⁶ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 23-24；戴東雄，前揭註 9，頁 36-37。

²⁷ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 24。

件之認知，應可認為此時已經逐漸開始產生與結果責任主義脫勾之發展，蓋此際已非一有客觀上之結果發生即須加以處罰。

第三目 衰退期

好景不常，國力鼎盛的羅馬帝國，亦面臨自承平走向動亂的命運，因而進入了經濟失調、通貨膨脹、社會問題叢生的衰退期。至三世紀末，原來元首政治之下的「第一公民」(princeps)，進而成為擁兵自重的「聖主」(dominus et eusr)，而享有絕對專制的大權。²⁸以此等政治、經濟與社會情勢為其背景，擴張處罰範圍之需求因而更加被強化，而出現了「私訴」(Privatkalage, actio)、「通常程序」(crimina legitima od. ordinaria)與「特別程序」(crimina extra ordinaria)並列的制度。儘管在「私訴」與「通常程序」之中亦有要件記述不夠明確以致必須採行類推適用之情形，「特別程序」則是直接委由法官進行自由裁量。在此複合的制度之下，主要係將私訴之中情節特別重大者以及教會法的犯罪，納入特別程序的適用範圍。在特別程序之中，通常程序之下所必須援用的 *dolus* 原則，即可例外地不被援用。²⁹

本文在此欲加以討論者，則是於此一時期出現的「*culpa*」概念，學說上一般均直接 *culpa* 譯為「過失」³⁰。實則 *culpa* 一詞在羅馬法上仍存在相當之歧義性，本文在此既然以考究刑法上「過失」概念之蹤跡作為目標，在未予細緻考究前，不宜逕以「過失」一詞稱之，故本文以下基本上並不強將 *culpa* 譯為中文。要探究羅馬法上的 *culpa* 概念，其主要的參考資料則為散見於《市民法大全》中的《學說彙纂》(Digesta)，其各卷對於 *culpa* 的使用，例如第 9 卷第 2 章的「*Aquila* 法」(*lex Aquilia*)以及第 48 卷第 8 章的「*Cornelia* 法」(*lege Cornelia*)。

²⁸ 參照林立樹(2008)，《義大利史》，頁 20，台北：三民。

²⁹ 參照真鍋毅，前揭註 3，頁 24。

³⁰ 例如黃風編，前揭註 25，頁 77；Hinrich Rüping，川端博等譯，前揭註 12，頁 40。

在 Aquilia 法之中的 culpa 包括不注意 (neglegentia)³¹、技術不純熟 (imperitia)³²、懈怠 (dereliquerit curationem)³³ 以及在程度上表現為最輕微 culpa 的「culpa levissima」概念³⁴等情形。透過此等文字之明確描述，相較於在古日耳曼法下的 Ungefährwerk 概念而言，羅馬法的 culpa 概念與現代刑法上的過失概念，顯然又更近了一步。然而，culpa 的歧義性在 Aquilia 法中亦有所展現。除了前述意義之外，culpa 尚可以用來指涉欠缺法規範或權利基礎的殺害行為³⁵，而具有較為廣泛之意義。是以，對於 culpa 得否與現代刑法上之過失等同視之，仍應持較為保留之態度。而在 Cornelia 法之中，culpa 的歧義性更加被凸顯。首先是關於「culpa lata」概念³⁶，一般認為係指程度上最嚴重的 culpa。《學說彙纂》第 48 卷第 8 章第 7 段中表示，culpa lata 與故意應予區別³⁷；另根據第 50 卷第 16 章第 213 段第 2 節³⁸以及第 223 段前言³⁹的解釋，culpa lata 被定義為「極為高度的不知」，亦即「不知悉所有人均知悉的事情」。然而，在第 50 卷第 16 章第 226 段⁴⁰處卻又表示，「高度的不注意是 culpa、而高度 culpa 則為 dolus」，遂使得 culpa lata 在羅馬法上的性質究竟應該認為是接近於重大過失、抑或根本係屬故意，留有爭論空間。換言之，過失與故意之界線，尚未發展出相對明確的區分。與此相反，第 48 卷第 19 章第 11 段第 2 節⁴¹則表示，「於狩獵時誤殺他人，此際應屬 casus」，卻又將部份可能會被認為係屬過失之情形納入，遂使得 culpa 概念與 casus 概念之間的關係為何，成了有待進一步釐清的問題。⁴²

³¹ D. 9. 2. 7. §2; D. 9. 2. 11. pr.; D. 9. 2. 30. §3.

³² D. 9. 2. 7. §8; D. 9. 2. 30. §3.

³³ D. 9. 2. 8. pr.

³⁴ D. 9. 2. 44. pr. 將 culpa 譯為「過失」的譯者，乃將 culpa levissima 譯為「極輕過失」。參照黃風編，前揭註 25，頁 78。

³⁵ D. 9. 2. 5. §1.

³⁶ 將 culpa 譯為「過失」的譯者，乃將 culpa lata 譯為「重過失」。參照黃風編，前揭註 25，頁 78。

³⁷ D. 48. 8. 7.

³⁸ D. 50. 16. 213. §2.

³⁹ D. 50. 16. 223. pr.

⁴⁰ D. 50. 16. 226.

⁴¹ D. 48. 19. 11. §2.

⁴² 參照內田文昭，前揭註 12，頁 14-15。該文乃直接將 casus 譯為「偶然」，惟本文秉持一貫見解，

綜上所述，從古代法時代的《十二銅表法》、古典法時代的故意原則到衰退期《學說彙纂》之中的 culpa 概念，可以發現羅馬法隨著政治、經濟、社會、哲學的發展，其對於犯罪要件的認識，亦由純粹的客觀要件記述，開始發展主觀要件的各種概念。無可否認，羅馬法所發展出的 culpa 概念，確實已經與現代過失犯概念有相當大的重疊之處，但是 culpa 概念本身的歧義性、加上與故意以及偶然之間的區別界線未明，在在使得我們難以斷然將羅馬法的 culpa 概念與現代的過失概念，直接劃上等號。然而，相較於同樣難以與偶然情事區分的古日耳曼法 Ungefährwerk 概念，羅馬法一來主要以具備反於法規範之意志來建構 dolus 概念，二來 culpa 概念已經開始使用不注意、技術不純熟以及懈怠等法律術語之描述，仍可認為已邁出了與偶然、不可抗力相區別的步伐。凡此，均使羅馬法上的 culpa 概念，離現代的過失犯概念更近了一步。

第三款 日耳曼部族法（476-887）

西元 375 年，匈奴人（Hunnen）因為其牛群與羊群在西伯利亞南部缺乏水草，為求生存於是轉向西進，首先猛攻黑海北岸的日耳曼人，嗣後又將多瑙河與萊茵河北岸的日耳曼人往南驅趕，各支日耳曼人為了躲避匈奴人的鐵蹄，開始了一般史家習稱的「蠻族入侵（羅馬帝國）」（The Barbarian Invasions）、亦即日耳曼人所稱之「民族大遷徙」（Völkerwanderung），進而導致西羅馬帝國於西元 476 年滅亡，各支日耳曼部族亦陸續於羅馬帝國版圖內乃至歐洲各地，建立部族國家。⁴³伴隨著與羅馬法文化以及基督教文化之接觸，各個部族國家亦開始將其固有的習慣法，嘗試制定為成文之部族法（Volksrecht），開啟了為期約 400 年直到東西法蘭克分裂

認為 casus 本身同樣具有相當的歧義性，概念並不穩定，故同樣不將之譯為中文。

⁴³ 參照賴麗琇（2003），《德國史（上）》，頁 112-113，台北：五南。

為止的部族法時代，大約相當於日耳曼史上的法蘭克時代（*Fränkische Zeit*），以及一般史上的中世紀初期。⁴⁴

在古日耳曼的部族社會之中，由於仍係以血緣作為社會連帶的聯繫點，儘管存在自由人、半自由人與奴隸等階層，支配與被支配的關係並不那麼強烈。隨著部族國家的成立之後，支配階級為了要貫徹其自身之倫理與價值體系，作為強制手段的刑法即在此時誕生，並且將刑罰賦予客觀化的地位。於此背景之下，即有必要限制氏族之間的復讎（*Fehde*），並且以國家的利益為優先考量，於是發展出由國家機關主導的審判程序。此外，受到羅馬法與基督教教義的影響，加上在古日耳曼法時期已存在的 *Willenswerk* 概念，逐漸確立了以意思要素作為核心內涵的故意概念。⁴⁵惟必須再次強調者，由於概念內涵與概念之間的區分均未臻明確，尚不能謂此時已發展出現代的故意概念。

詳言之，正因為此一時代的審判程序，已自古日耳曼法的集會審判，轉向由國王主持的國王法院加以審判，進而使得在古日耳曼法之下，本來係支付給被害者方氏族、主要在私領域發揮功能的贖罪金（*Buße*），其中一部份因為部族國家的形成，而在此一時期轉為支付給國王法院的和平金（*Fredus*）、轉而在公領域發揮其功能，故實已具有類似於刑罰之性質，可謂係罰金刑之雛形。⁴⁶藉由此一支付和平金之制度，本來僅須支付贖罪金之 *Ungefährwerk*，現在尚須支付和平金，故可認定為其逐漸成為一種公領域的概念。另一方面，由於羅馬法與基督教教義對於意思要素之強調，使得 *Willenswerk* 之概念，亦以具有使結果發生之意思為其內涵，而成為部族國家刑法之原則性要件。不僅如此，羅馬法在犯罪主觀要件上之成就，

⁴⁴ 參照田中周友，前揭註 6，頁 199-200。

⁴⁵ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 19-20。

⁴⁶ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 28。值得注意的是，Gustav Radbruch 教授認為，在中世紀的德國，刑法仍具有私法的性質，犯罪被認為是對於被害人的損害，故刑罰是從被害人的觀點出發，而非從國家的觀點出發，如果被害人沒有挺身而出，加害人就不會受到處罰。參照陳惠馨（2007），《德國法制史——從日耳曼到近代》，頁 180，台北：元照。

更使得部族國家刑法之中，已經出現了介於 *Willenswerk* 與 *Ungefährwerk* 兩者之間的中間概念——在 *Ungefährwerk* 中，對於某些非屬單純事故之情形，科處較嚴重的刑罰；在某些 *Willenswerk* 之情形，儘管具有使結果發生之意思，仍科處較輕微的刑罰。⁴⁷

其中，較為顯著的例子是制定於西元 654 年左右的西哥德法（*Lex Visigothorum*）。第一，該法已經規定了一連串類似於的致死致傷罪，包括暴行致死⁴⁸、鬥毆致死⁴⁹、傷害致死⁵⁰等。第二，不論是否有所注意，只要所飼養的動物多少具有危險性，飼養者對於其動物所導致之死傷結果，仍應受到處罰⁵¹。不過，僅以此等情形，仍舊不能認定此一時期之日耳曼人已經清楚掌握了過失犯、加重結果犯乃至不作為犯等概念。除此之外，相關犯罪行為之要件也並不明確。所以這些規定所顯現的意義在於，日耳曼人對於前開列舉的犯罪類型，已經認為應該與殺人罪有所區隔，而非科予原則上所應科予之死刑。另一方面，不論是出於興奮的行為、未經深思熟慮的行為或是欠缺意欲的行為，此等情形作為減輕刑罰之事由，則與根本欠缺可罰性的偶然情事有所區別，儘管界線同樣並不明確。而之所以日耳曼部族法相對於古日耳曼法而言，會有前述的發展出現，基本上就是來自於羅馬法的外在影響。⁵²

簡言之，日耳曼部族法時期，在羅馬法文化以及基督教文化的雙重影響之下，本來即存在於古日耳曼法的 *Willeswerk* 與 *Ungefährwerk* 之區別，不僅其本身獲得更進一步的發展，並且也發展出諸多的中間概念。縱使此一時期之發展與現代的過失犯罪概念尚有一段相當的距離，此等發展成果仍舊不容忽視。

⁴⁷ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 29。

⁴⁸ *Lex Visig.*, VI 5, 2.

⁴⁹ *Lex Visig.*, VI 5, 5 u. VII 5, 3.

⁵⁰ *Lex Visig.*, VI 5, 6 u. 7.

⁵¹ *Lex Visig.*, VII 14, 16 u. 17.

⁵² 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 29。

第二項 中世紀的發展

第一款 中世紀德意志法（887-1495）

東西法蘭克帝國的徹底分裂，使得法國與德國疆界大致確立。萊茵河左岸的西法蘭克帝國，成為日後法國的基礎；位於萊茵河右岸，以東法蘭克帝國為基礎，嗣後成為神聖羅馬帝國版圖的區域，則逐漸發展成日後的德國，故史家乃稱之為「德意志史的開端」。⁵³自此，在一般史上即進入了中世紀中期，即所謂的「封建時代」(Feudalzeit)。在德國法制史上則因眾多「法律書籍」(Rechtsbuch)的出現，爰將此一時期稱之為「法律書籍時代」。⁵⁴

在中世紀出現的這些法律書籍，並非由國家統治機關或權威機關經過立法程序完成的成文法典，反而是由民間的私人作者基於自主動機，而將特定地區具有法規範效力的習慣、規則以及俗諺，以拉丁文或德文的口語化文字整理而成。⁵⁵其中，較為完整而具代表性者，莫過於完成於西元 1230 年前後的《薩克森寶鑑》(Sachsenspiegel)。作者 Eike von Repgow 在本書前言說明，《薩克森寶鑑》並非其個人作品，其僅試圖將這些薩克森的法律予以保存，使之不致失傳，並且讓大家能夠知道這些法律的內容，就像鏡子讓婦女能夠知道自己的樣貌。⁵⁶儘管法律書籍的法律效力，不似今日由國家所公布施行的法律般具有強制力，但在 14、15 世紀的法律實務中，仍有為數眾多的鑑定書與仲裁書直接引用《薩克森寶鑑》的內容，審判者也會在適用法律時透過解釋或將之當成習慣法而加以引用，甚至到了 1932

⁵³ 參照周惠民，前揭註 5，頁 4、19。

⁵⁴ 參照田中周友，前揭註 6，頁 200-201。

⁵⁵ 參照陳惠馨，前揭註 46，頁 195-196，台北：元照。

⁵⁶ 參照陳惠馨，前揭註 46，頁 198-199。

年都還有德國帝國法院的判決引用《薩克森寶鑑》當中的法律規則，故其實質之影響力甚為可觀，足資為法律書籍時代之代表。⁵⁷

在《薩克森寶鑑》中，與本文焦點的過失犯罪有所相關者，大略可以分為兩點予以說明。第一，《薩克森寶鑑》對於行為人主觀面向的省察，相較以往乃更進一步。在該寶鑑中，已經可以看到其開始使用 *Schuld* 一詞，以說明行為人與行為之間的心理關聯，不過此處對於 *Schuld* 的使用，自然尚不能與現代的責任、罪責概念劃上等號。第二，以往將 *Willenswerk* 作為處罰之原則、而以 *Ungefährwerk* 為例外之區分，亦有進一步的發展。在《薩克森寶鑑》之中，出現了諸多與意圖相關的用語，其中特別值得討論的是「*warlose*」。此一概念尚非一般性的責任概念，只有在失火、決水以及誤射的情形有其適用，其概念內涵略為：縱使是欠缺意圖的行為，若結果乃稍加注意即可避免，卻因不注意之行為而發生，並且兩者具有因果關係，則應支付殺人贖罪金。反之，如果是因為完全的偶然而導致結果發生，則以「*ungeschicht*」一詞表示，而無須支付殺人贖罪金。⁵⁸雖然此處的重點，主要在於客觀上因果關係的問題，無法因此即推論該寶鑑已經明確區分故意與過失，惟在客觀上得與偶然情事區分，相較於古日耳曼法時期、甚至日耳曼部族法時期 *Ungefährwerk* 無從與偶然相區分之情形，實為朝向現代過失概念的一大進展。

第二款 中世紀義大利法（565-1453）

如前所述，法律史學者將查士丁尼一世逝世後，直到東羅馬帝國滅亡前，均劃歸為羅馬法的第四期。在分類上之所以會置於羅馬法之下進行討論，乃因在本時期的義大利，主要係以環繞著《市民法大全》所從事的法學研究為其重心，此

⁵⁷ 參照陳惠馨，前揭註 46，頁 200-201。

⁵⁸ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 34。

即 12 世紀初出現在波隆那（Bologna）大學的「註釋法學派」（Glossatoren），乃至活躍於 13 世紀中葉到 16 世紀初期的「疏證法學派」（Kommentatoren，又稱後期註釋法學派）。⁵⁹然而，在討論本時期義大利法所應觸及者，並非僅止於此，蓋基督教會在實質意義上已於 11、12 世紀左右成為了一個世界國家，其影響力及於立法以及司法領域，自然無法不觸及「教會法」（Kanonistik）上的規範內容。⁶⁰

第一目 註釋法學派

註釋法學派係由法學家 Irnerius（約 1055-1130）在波隆那大學所開創，於 12 世紀初即以「經院哲學」（Scholastik）的方法論，從事《市民法大全》的註釋工作，一直到 13 世紀中葉時，法學家 Accursius（1182-1260）完成該學派的集大成著作、被奉為是羅馬法「標準註釋」（Glossa ordinaria）的《羅馬法典研究講義》為止。由於註釋法學派係以純粹概念性地、形式性地對個別的法源內容進行註釋為主，針對個別法律概念的實質發展較少。然而，應特別強調的是，也正由於此一時期著重在概念性地、形式性地註釋與分析，註釋法學派因而在法學研究方法上獲得了極大的進展與突破，而為後世法學得以理論化，奠定了相當的基礎。《市民法大全》也因為經過註釋法學派的註釋，始能成為疏證法學派、甚至日後德國法院在實務上加以運用之素材。⁶¹不過，在此背景之下，註釋法學派的 culpa 概念，並未發展出大幅超越羅馬法時期的內涵。⁶²

⁵⁹ 參照陳惠馨，前揭註 46，頁 231-235。

⁶⁰ 參照 Munroe Smith，姚梅鎮譯，前揭註 11，頁 205。

⁶¹ 參照戴東雄，前揭註 9，頁 61-78。註釋法學派的方法論係以經院哲學為基礎，運用神學理論所發展出來的「是與否的方法」（即一種辯證方法），解決《市民法大全》之中的各種矛盾對立之處。其具體的辯證性註釋方法可分為兩大類。第一類，對法典體系的總註釋。第二類，對法源個別內容的註釋。前者係對法典的各個體系進行內容摘要，後者則重視個別法源的含義本身以及法源之間的關聯與區分，期以劃定法律定義的範圍、抽繹出一般法律原則。

⁶² 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 41。

第二目 疏證法學派

疏證法學派與註釋法學派的區分，如前所述係以 *Accursius* 的標準註釋作為其關鍵分野，蓋於該註釋出版之後，儘管疏證法學派仍舊有在從事註釋工作，但是其對羅馬法源的註釋（*Exegese*）必須採取 *Accursius* 的方法，並且所為之註釋並非僅止於原典的理論註釋，毋寧更加注重配合實務之需求。也正因为疏證法學派之專長在於鑑定各種法律問題或法院的實例，其對法院的實際裁判工作，亦產生相當之影響力，故疏證法學派之法學家又有「法鑑定家」（*Konsiliatoren*）之稱號。雖然其見解並無實務上的絕對拘束力，但也已經形成一種「公共意見」（*Communis opinio*）而受法院尊重。⁶³

不過，疏證法學派重視處理實務問題的傾向，不惜脫離法典或法源本身提出各種見解，只為遷就訴訟實務的解決。⁶⁴因此，為了配合法律實務的需求，疏證法學派跳脫羅馬法時代乃至註釋法學派所奉行的 *dolus* 原則，試圖尋求各種擴張處罰範圍的法理依據。⁶⁵疏證法學派上對於 *dolus* 概念的擴張，即在此種背景下產生。本文以下乃先整理文獻上較為重要的幾種擴張情形，再以此為基礎，探討這些擴張與刑法上的過失犯罪概念，是否與如何產生什麼樣的影響。

第一，疏證法學派引進教會法上的「自陷禁區原則」（*versari in re illicita*），以建構「概括 *dolus*」（*dolus generalis*）概念。所謂自陷禁區原則，其意義係指「從事不正行為之人，對於因此所生的一切結果，均須負責」（*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*）。在教會法的使用上，此一原則僅以教會的聖職人員作為適用對象，亦即假使聖職人員從事了任何不被允許的不正行

⁶³ 參照戴東雄，前揭註 9，頁 78-81。

⁶⁴ 參照戴東雄，前揭註 9，頁 84。

⁶⁵ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 42。

為，對於因此引起的惡果（尤其是人的死亡），將會烙印為其作為聖職人員的不適格性(*irregularitas*)。⁶⁶疏證法學派就是透過將 *versari in re illicita* 與 *dolus* 等同視之，形成所謂的「概括 *dolus*」(*dolus in genere*)，而將此一教會法之原則引入世俗法。第二，受到自陷禁區原則之影響，也形成了所謂的「間接 *dolus*」(*dolus indirectus*) 概念。也就是說，就算不是對於死亡結果具有直接的意思，只要對於作為死亡結果之原因的行為具有其意思，行為人此種「間接且意外」(*indirecte per accidens*) 的主觀狀態，仍可對其科予減輕的殺人罪刑罰(*poena extraordinaria*)。第三，由於「純粹 *dolus*」(*dolus verus*) 在證明上頗為困難，於是出現了「推定 *dolus*」(*dolus praesumptus*) 的概念來補救其弊。換言之，就算無法充分證明行為人之故意，只要行為人係出於不注意、欠缺思慮或怠慢等狀態而為，假使沒有其他的反證，即可將之與出於 *dolus* 而為之情形等同視之。⁶⁷

回到本文探索過失概念蹤跡的主題，疏證法學派擴張 *dolus* 概念的適用範圍，對於本來即存在於羅馬法及註釋法學派的 *culpa* 概念，究竟造成了如何之影響？在文獻上可以看到不同見解之間的爭論。居於通說地位的第一種見解認為，*culpa* 實為責任的總稱，依序為下列五種具有高低序列的類型：*culpa latissima*、*culpa latior*、*culpa lata*、*culpa levis*、*culpa levissima*。最高階的 *culpa latissima* 即前述「純粹 *dolus*」，次者 *culpa latior* 即「推定 *dolus*」，至少須為 *culpa lata* 始可認為是「*dolus*」而加以處罰，至於最低階的兩種類型則在處罰的範疇之外。在此類見解之中，另有將 *culpa lata* 的概念內涵再進一步區分如下者：其一，出於惡意，卻以不注意、欠缺思慮作為其表面的 *culpa lata versutiae*；其二，出於不注意以及可罰之錯誤的 *culpa lata ignaviae*。其中，僅有前者之情形方可認為是「*dolus*」。屬於少數說的第二種見解，則採取以下區分：認識到結果發生蓋然性並且具有結果發生之意欲者，為「*dolus*」；

⁶⁶ 參照林怡秋（2008），《加重結果犯中基本行為與加重結果間關係之研究》，頁 4，成功大學法律研究所碩士論文。

⁶⁷ 以上三點綜合整理自真鍋毅，前揭註 7，頁 42-43；內田文昭，前揭註 12，頁 45-48。

認識到結果發生蓋然性但欠缺結果發生之意欲者，為 *culpa latior*；根本未認識到結果發生之蓋然性者，為 *culpa*。此說對於 *culpa lata*，則解為高度欠缺深思熟慮的狀態，可認為是較高度的 *culpa*。⁶⁸

由以上各種令人眼花撩亂的類型，不難察覺疏證法學派站在擴張 *dolus* 概念的基礎之上，其對於 *culpa* 概念的發展，亦已超越羅馬法時代以及註釋法學派的成就。不僅如此，甚至有疏證法學派的法學者，對於 *casus* 與 *culpa* 之間的區分，更進一步地求諸對於結果發生之預見可能性，亦即 *culpa* 乃有注意即得預見的情形、*casus* 則為有注意仍無法預見的情形。不過，此種區分仍有其他的不同見解存在，例如另有學者乃將前者之情形定義為 *casus improvisus*、而將後者之情形定義為 *casus fortuitus*，即均將兩者歸類在 *casus* 的概念之下。⁶⁹

或許是因為疏證法學派主要著眼在實務問題的處理，對於 *dolus*、*culpa* 等概念均未能形成統一的定義，其體系也略顯繁雜。不過，也就在這樣諸說紛陳的狀況之中，現代刑法上的過失概念已經呼之欲出。尤其值得注意的是，疏證法學派已有見解採取「預見可能性」作為 *culpa* 與 *casus* 之區分所在，此點等於是脫離了以往透過 *dolus* 概念所強調的意志責任，轉而著眼於是否為必要之注意一事。據此，可以認為疏證法學派已經開始將過失的責任非難予以理論化，故文獻上甚至有將疏證法學派稱作是過失學說理論的創始者。⁷⁰

⁶⁸ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 43-44。

⁶⁹ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 44。

⁷⁰ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 44-45。

第三項 近代德意志法（1495-18 世紀末）

1495 年，經由帝國法院（Reichskammergericht）的組織法規定：「法院的裁判必須依據帝國法或羅馬法。」⁷¹法律史學者認為德國對於羅馬法的繼受（Rezeption）於此已經獲得明示之成就，故乃以此作為開啟了近三百年的「羅馬法繼受時代」。⁷²惟由於在一般史上，1500 年到 1800 年即相當於所謂的「近代」（Neuzeit）時期，並且德意志地區的法律規範，已在繼受羅馬法之外有了進一步的發展，故本文認為以「近代德意志法」稱之，較為允當。

德文用 Neuzeit⁷³ 依其字面意思直接翻譯為中文，可以譯為「新的時代」，此乃由於西元 1500 年前後出現了許多新的現象，可謂係開啟了另一個歷史階段，這些新的現象例如：1492 年哥倫布（Cristoforo Colombo, 1451-1506）發現美洲新大陸；1517 年馬丁路德（Martin Luther, 1483-1546）發表《95 信條》（95 Thesen）開啟了宗教改革，進而改變了基督宗教之下，人與神之間的關係；1532 年馬基維利（Niccolò Machiavelli, 1469-1527）出版了政治哲學名著《君主論》（Il Principe），其首為「國家」（stato）一詞奠定了廣為人所接受的定義，因而成為了現代國家概念的先驅者⁷⁴。

而從近代以來，德國法制史才明顯出現了公法、民法、刑法的區分發展，在刑法領域最值得重視者，莫過於 1532 年經由神聖羅馬帝國的帝國議會通過的《卡洛林那法典》（拉丁文為 Constitutio Criminalis Carolina，簡稱 CCC；又稱《查理五世刑事法院條例》，係由德文法典名稱 Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V 翻

⁷¹ 參照戴東雄，前揭註 9，頁 207。

⁷² 參照田中周友，前揭註 6，頁 201。

⁷³ 在英語世界中，並未如德文一般以單一字彙表示「近代」，而是使用「early modern age」的片語形式，來指涉西元 1500 年（亦有從 1400 年起算者）至 1800 年的歷史發展。從德語與英語的使用字彙來看，可以知道兩者著眼的面向有所不同：德語 Neuzeit 強調的是此一時期的「嶄新」發展，英語 early modern age 則展露出以「現代」（modern age）作為關注主軸的思考模式。

⁷⁴ 參照翟本瑞（1989），〈現代國家形成的社會學反省意義〉，《思與言》，27 期，頁 303-318。

譯而來)。⁷⁵本文以下的討論，即以《卡洛林那法典》為論述的中心，並觸及在其之前出版的《申訴寶鑑》(Klagspiegel)，以及《卡洛林那法典》實施之後的進一步學說發展狀況。

第一目 《申訴寶鑑》

在談論到《卡洛林那法典》的實質內容之前，可以先把眼光放在 1425 年在德意志地區出版的《申訴寶鑑》，因為該寶鑑不僅作為繼受羅馬法時代的成果，其以德語進行詳細的撰寫，業已對於羅馬法上 *dolus*、*culpa* 以及 *casus* 等概念，進行了相對應的處理。該寶鑑藉由中世紀疏證法學派的法學成果，將《薩克森寶鑑》中的 *warlose* 概念，發展成為一個獨立的 *Verschulden*，亦即對於無意圖行為所導致的結果，也開始有了一般性的規定。其中，欠缺可罰性的情形有二：其一，行為人的精神異常；其二，行為人雖精神正常，但是欠缺結果發生可能性的表徵時，亦屬不可罰。然而，在後者之中，又將部份屬於 *Geilheit* 或 *Unfleiss* 的情形抽出，而認為此等情形係屬可罰。換言之，縱使欠缺對於結果的認識，仍須再區分可罰與不可罰的類型。其中，之所以可罰的理由，學者認為不外乎因為結果之發生，係屬可以避免者。此種因 *Geilheit* 或 *Unfleiss* 造成損害進而具備的可罰性，不僅展現可罰與不可罰之界線具有強烈的政策性格，也逐漸顯露出對過失加以處罰的本質內涵。⁷⁶

⁷⁵ 參照陳惠馨，前揭註 46，頁 255-258。

⁷⁶ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 48-49。

第二目 1532 年《卡洛林那法典》

在中世紀的德意志地區，相當於今日刑法的各種規範，一般認為仍僅具私法之性質，即將各種侵害行為看作是地區和平被破壞、或是私人糾紛的問題，只要加害人能透過前述贖罪金等相關制度賠償被害人或其家屬，統治高權並不會主動介入處理。但在中世紀末期，德意志地區由於人口增加、農民戰爭以及宗教戰爭等因素，其本身除了造成社會的不安以外，部份流離失所的人民逐漸形成營利的犯罪集團，更形成進一步的社會問題。此外，當時神聖羅馬帝國皇帝與地方領主之間的權力關係也逐漸產生變化，加上許多德意志地區的人民逐漸至義大利北部學習羅馬法，新的法律觀也漸次形成，《卡洛林那法典》遂在這樣的背景之下誕生。⁷⁷值得注意的是，由於神聖羅馬帝國的領主們擔心該法典的通過，會使得各地區的習慣法或地方法的影響力減弱，故帝國議會在該法典前言之中還加上了一段「*Salvatorische Klausel*」決議，將該法典定位為補充性質，該法典才能夠順利通過。換言之，只有在某地區沒有習慣法或地方法的情形，該法典才能夠加以適用。⁷⁸

在《卡洛林那法典》的 219 個條文之中，包含了相當於現代刑法與刑事訴訟法的實體法、程序法等規定，另有部份相當於法院組織法以及行刑法的規定，其各該規定並無結構上的總則與分則之區分，同樣也沒有章節的區分。⁷⁹其中，相當於實體刑法的規定，除了量刑的一般原則規定在第 104 條、第 105 條之外，其餘

⁷⁷ 參照陳惠馨（2011），〈從 1520 年《卡洛林那法典》看德國近代刑法史〉，載於《法文化研究——繼受與後繼受時代的基礎法學》，頁 127-129，台北：元照。《卡洛林那法典》的正確頒布年份係在 1532 年，此點在該文內部均正確記載，標題應屬誤植。

⁷⁸ 參照陳惠馨，前揭註 77，頁 131。

⁷⁹ 參照陳惠馨，前揭註 77，頁 137。

均以個別犯罪成立要件的形式規定在第 106 條至第 180 條。⁸⁰以下則針對與過失概念相關的法條進行整理與解說。

首先是第 146 條：「基於 *geylheit* 或 *unfürsichtigkeit*，而因 *ungeverlich* 且反於行為人意志所生」之死亡結果，具有可罰性。一般認為此條係屬關於單純過失的規定，論者更進一步認為，此處的 *geylheit* 與 *unfürsichtigkeit*，乃分別與故意以及偶然之情形大致區別開來。詳言之，該法典基本上仍是從 *Willenswerk* 與 *Ungefährwerk* 的對應概念出發，將前者定義為 *geverlich* 行為、後者則定義為 *ungeverlich* 行為，並在後者之中再予區分出可罰與不可罰的部份。論者據此主張，該法典的 *ungeverlich* 概念，已經開始在一方面與偶然區別開來、另一方面又與故意同屬應負刑事責任之情形，幾乎可謂已展現了現代責任原則的內涵，儘管此時對於責任、故意以及過失等概念，均仍未形成一般性的定義。⁸¹換言之，本條規定雖然被認為係屬單純過失之規定，其終究僅具過失致死個別規定之性質，而非對過失概念所為之一般性定義。

根據起草者 *Schwarzenberg* 的說明，係指儘管因 *ungeverlich* 而產生同樣的死亡結果，若在目的上係被允許的行為，並在適當的場所而為，則可以免責之情形。與《申訴寶鑑》相同之處在於，兩者均已對於無意圖行為所導致的結果，再區分出可罰與不可罰的情形；相異之處，乃《申訴寶鑑》之中，將「欠缺結果表徵」明定為要件，而《卡洛林那法典》則無此明文要件之規定。因此，《卡洛林那法典》的重點即擺在「危險的態樣」本身。換言之，只要依其時間與空間的環境背景，進而從事足以致人於死之行為，縱使並非出於故意、甚至欠缺結果發生可能性的表徵，仍舊得以加以處罰。*Schwarzenberg* 認為其處罰理由乃「因為大概可以預見」。此處，一方面採用義大利學派所發展出來的「預見可能性」(*praevideri possi*) 概念，

⁸⁰ 參照藤本幸二(2006)，《ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria》，頁 30，東京：國際書院。

⁸¹ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 49。

另一方面亦可看見教會法「自陷禁區原則」(versari in re illicita)在此處作為歸責理論所產生的影響。⁸²由此以觀,《卡洛林那法典》的「ungeverlich」概念,相較於以往,已經與傳統理論上的過失概念更加接近。

因此,學說上甚至有認為,在該法典中已經明白表示責任的基礎乃是建立在作為罪責要素的故意與過失等概念之上。⁸³對此,另有論者在實際檢視該法典條文的古德文版本後,認為該法典總共 219 個條文,並未看到如此清楚的規定,但是確實有部份概念已具雛形,例如:第 179 條規定,對於因為年輕或其他身體精神的衰弱,無法對於自己所進行的侵害行為有所認知者,應該依其情形,經過諮詢後,決定如何處罰;第 164 條規定,對於 14 歲以下的竊盜者,不應該處以死刑,僅處以身體刑。根據這些規定,確實可以看到現代刑法責任能力概念的影子。⁸⁴就此以觀,《卡洛林那法典》在罪責概念的發展上,在繼受羅馬法的成果之後,確實已較中世紀以前更進一步。然而,要說過失係作為責任基礎一事,終究只能依據前述規定以及起草者的說明,間接予以推論,本文認為,確實難謂在《卡洛林那法典》之中已有清楚、明白的表示。

另外,《卡洛林那法典》尚有三條與過失概念相關的個別規定:(一)第 134 條,醫師欠缺能力(unkenntnis)或怠於遵守義務(unfleiss)而施行醫術,致因unfürsichtlich惹起患者之死亡結果者,應予處罰。此處儘管並非具有意思(williglich)之情形,仍應處罰。(二)第 136 條,不論是否曾受政府機關之警告,若飼主充分知悉其所豢養之猛獸可能對他人造成危害,卻未為應有之處置,而致人於死者,即屬可罰。此處雖然對於結果之發生應無故意、但是仍對其危險性有所意識,可謂類似於有認識過失或未必故意的情形。(三)第 180 條涉及監所人員縱放刑事人犯之規定,其前段乃關於故意縱放人犯,後段則規定因怠於遵守義務(unfleiss)

⁸² 參照真鍋毅,前揭註 7,頁 49-50。

⁸³ 參照 Hinrich Rüping 著,川端博等譯,前揭註 12,頁 65。

⁸⁴ 參照陳惠馨,前揭註 77,頁 162-163。

而人犯脫逃者，亦應處罰。在規範體例上，即與現今過失犯規定緊接在故意犯之後的立法形式，極為相似。⁸⁵

第三目 共通法學說

由於法官未必經過專業的法學訓練⁸⁶，故《卡洛林那法典》第 219 條規定，在訴訟實務上遇到難以處理的問題時，可以向上級的審判機關或大學的法學院請求提供意見。這個制度，在德意志地區直到 16、17 世紀仍繼續存在，藉由這個透過大學法學院提出鑑定書的制度，使得德國的法學者對於審判實務具有相當的影響力，也拉近了理論與實務之間的距離。⁸⁷以上與過失概念相關的處罰規定，基本上係屬裁量刑（*arbiträre Strafe*），並且這些條文在適用條件上亦未必極為明確，因此經常必須諮詢（*Ratsuchen*）法學者的意見。⁸⁸因此，在《卡洛林那法典》頒布之後，直到各封土之邦法（*Landrechte*）出現之前，這一段立法上的空缺與不備，即有賴法學者透過前開諮詢制度，予以補足。換言之，法學家不僅在教學與著作領域上活躍，並且尚有可能同時從事各種工作，包括：法院的審判長、陪席法官、王室法律家以及鑑定意見作成人。⁸⁹

論者認為，儘管法律家並不追求建立責任、故意以及過失的一般性概念，但在其關注構成各種責任類型的行為之同時，為了超越《卡洛林那法典》的四條個別規定以擴張其適用範圍，實質上卻也等同於把《卡洛林那法典》之中作為個別

⁸⁵ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 51。

⁸⁶ 以前述帝國法院組織法的規定為例，該法院的法官（*assessores*）的半數必須受過羅馬法的訓練並經評定，必須有能力做出有條理的法律報告，惟其餘半數乃來自騎士階級。這種在法學專業人士與貴族之間平均分配的作法，則係力求新興專業階層與古老領導階層之間的社會上平衡。參照 Franz Wieacker 著，陳愛娥、黃建輝譯（2004），《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，頁 153-154，台北：五南。

⁸⁷ 參照陳惠馨，前揭註 77，頁 161。

⁸⁸ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 51-52。

⁸⁹ 參照 Franz Wieacker 著，陳愛娥、黃建輝譯，前揭註 86，頁 199。

成立要件的過失，進一步在理論上發展成作為一般成立要件的過失。⁹⁰因此，欲討論近代德意志法的過失概念蹤跡，除了 16 世紀中葉《卡洛林那法典》在立法上的成就以外，尚必須觸及法律家接續而為的理論貢獻。

在進入到實質討論之前，必須再次提醒如下：首先，縱使認為此一時期已可在實質上認為責任類型乃區分為故意犯以及過失犯，在刑法的領域上，仍舊是以故意犯作為真正的犯罪；但於此同時，由於間接故意理論使得故意犯的範圍顯著擴張，自然會在實質上侵蝕到可能屬於過失犯的領域。再者，前述作為歸責理論的自陷禁區原則仍繼續受到活用，使得責任與因果關係的區別並不明確，也限制了過失理論的發展空間。⁹¹在此基礎之上，以下分別從兩個面向來整理共通法學說對於過失概念的理論發展。

第一個問題是關於責任的一般性概念。由於構成犯罪的核心概念仍在於「惡意」，其源流即羅馬法上的 *dolus malus* 與日耳曼法的 *Willenswerk*，因此 *culpa* 概念如何與「惡意」的概念接軌，即為課題所在。學說上大略有以下幾種處理方式：（一）「間接意志」理論。亦即對於原因行為的意志是直接意志，對於結果之發生則具間接的意欲。（二）認為仍舊只有具備惡意的 *dolus* 方為犯罪、而不認為 *culpa* 具有意志責任，現實上對於 *culpa* 的處罰，則視為一種例外。此種見解可以追溯自羅馬法上將 *dolus* 定義為 *verum delikti*（真正犯罪）、而將 *culpa* 定義為 *quasi delikti*（準犯罪）的傳統。此為通說。（三）放棄意志責任的說法，而將 *dolus* 解讀為是意志的欠缺、*culpa* 則為悟性的欠缺，但基本上這種見解已經屬於啟蒙時期的想法、而非共通法時期的想法。關於責任的一般性概念，大抵其發展僅止於此。⁹²

⁹⁰ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 54。

⁹¹ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 54-55。

⁹² 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 55。

第二個問題則關於 *culpa* 概念本身，學說見解整理如下：（一）Harprecht 認為，*culpa* 所致的殺人行為係指以下兩種情形：第一，本來即為不法行為，而此種不法行為通常會伴隨殺人的結果，但行為人在從事其行為時，對於該結果並無意欲；第二，本來係屬適法行為，但行為人在從事其行為時，未盡到被賦予義務的注意。這樣的想法，尤其是在第一種情形，可以認為是受到了自陷禁區原則的影響。（二）Carpzov 的見解，雖然同樣將原因行為區分為不法行為與適法行為，但其獨到之處在於：對於不法行為所通常伴隨的結果，其認為若屬直接且必然伴隨者，即為 *dolus*、而非 *culpa*；僅在結果係屬偶然伴隨發生之情形，始為 *culpa*。這樣的想法，基本上可以將之歸類為間接故意的理論，進而使得刑事責任的範圍在質量上都有所提昇。然而，由現在的眼光視之，這樣的見解仍未能區分因果關係與責任論，甚至是混淆了實體法責任論與訴訟法舉證責任的問題。（三）受到 Carpzov 強烈影響的 Böhmer，則將以下情形認定為無意圖的殺人：第一，一開始從事不法行為的時候，所使用的武器並不足以致命，但卻造成反於行為人預期的死亡結果；第二，行為本身係屬適法，但其地點、時間或態樣屬於不法，進而導致的死亡結果。在 18 世紀的最後 10 年，Böhmer 的見解成為通說，尤其第二種情形的無惡意致死，較前開其他論者更為深入。論者認為，這樣的想法基本上即意謂著，必須從行為的狀況出發，以確認是否未為必要的注意。由此可見，普通刑法理論下的過失，受限於責任的一般性概念之發展，僅止於由間接意志（僅具對於行為的意志、不具對於結果的意思）所構成的準犯罪。其概念內涵則受到自陷禁區原則的影響，被認為是疏於為必要之注意或注意義務之違反。⁹³

綜上，在共通法學說的努力之下，可以認為在理論上其大致已經開始把過失概念獨立出來，將之理解為與故意並列的一種責任型態，惟應注意的是，共通法學說之下的故意犯與過失犯，仍處於真正犯罪與準犯罪的關係。儘管仍舊受到自

⁹³ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 55-56。

陷禁區原則、間接故意理論等影響，在責任論與因果關係以及程序法上的舉證責任問題也仍未能明確予以區分，然而，無可否認的是，此一時期的理論對於過失本質之理解，可以認為實質上已理解到預見可能性與注意義務違反等問題。這樣的理論發展，也使得過失概念逐漸從犯罪的個別成立要件中，找到了發展成一般成立要件的出發點。現代的過失犯理論發展，正是接續此一時期的成就，進一步將過失發展成一般成立要件。⁹⁴

第四項 1794 年《普魯士一般邦法典》：過失犯的誕生

由於德意志地區的主政者逐漸受到啟蒙思想的影響，開明專制的地方領主對於刑事法的改革，使得各個邦國的立法活動顯露出現代刑事法的曙光。⁹⁵此外，再加上共通法學者為了解決實務問題，前述以《卡洛林那法典》為基礎而對於過失概念所為的理論貢獻，使得預見可能性與注意義務違反等現代過失概念的本質，已呼之欲出。於是，德國刑法史上，第一條關於過失（Fahrlässigkeit）的一般規定，乃誕生於 1794 年《普魯士一般邦法典》（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, ALR）第 2 部份第 20 章第 28 條：「逾越刑法者，縱使沒有真的已預見行為的違法結果，但假若透過應有的注意與思慮可以預見，仍會成立過失責任的犯罪。」

（Wer bey Uebertretung des Strafgesetzes zwar die gesetzwidrige Folge seiner Handlung nicht wirklich vorausgesehen hat; doch aber bey gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung hätte voraussehen können; der hat sich eines Verbrechens aus Fahrlässigkeit schuldig gemacht.）⁹⁶

⁹⁴ 參照真鍋毅，前揭註 7，頁 57-58。

⁹⁵ 參照藤本幸二，前揭註 80，頁 60-61。

⁹⁶ 以筆者僅修過一個學期德文的能力，只勉強能夠在網路上找到此一條文的原文，實在無法自行將此一條文進行翻譯，遂只好求助於身邊的諸位親朋好友。感謝郭釗偉同學在忙碌的律訓人生之中，願意抽出時間為損友如我兩肋插刀，與這一段難以理解的古德文奮鬥，於此再次致上謝忱。

相對於《卡洛林那法典》之中，與過失有所相關的規定，係規定在與殺人罪相關的個別規定之中，而與其他犯罪類型全然無關，《普魯士一般邦法典》的規定，則顯現出過失乃適用於全體犯罪類型的一般概念，而以結果預見可能性為其核心的概念內涵。並且，作為前提要件，必須不存在主觀的故意，始為過失之檢驗，則揭示了故意與過失係屬兩種不同的責任型態。⁹⁷這樣的定義性條文，也足以顯現過失概念已經可謂具有相對穩定的通說見解存在，可謂總結前述共通法學說對於過失概念的實質上成就，現代的過失犯終於誕生於明文的立法之中。爾後現代的過失犯理論，也孕育在此基礎之上。

第二節 過失犯理論的一般性發展

第一項 現代刑法理論的提出

現代的刑法理論，大約是在 18 世紀後半到 19 世紀初所形成，大約相當於現代市民社會、資本主義社會的成立期，其源流可以追溯至啟蒙主義的刑法思想。在啟蒙時代以前，刑法制度的基礎建立在與君權神授相結合的贖罪思想以及展現君權絕對權威的一般威嚇思想上，其特徵不外乎法律與宗教及道德的不可分、依據身分階級不同而易其處罰的不平等、罪刑專斷主義以及嚴刑峻罰。與此相對，啟蒙時代的刑法思想則認為國家發動刑罰權的根據在於社會契約，把刑法制度從宗教以及君權之領域中解放出來，而以訴諸人類的理性為其基礎。由這樣的觀點出發，遂逐漸發展出法律與宗教及道德的區分、處罰平等原則、罪刑法定主義、廢止嚴苛刑罰等主張。此種具有原初啟蒙思想的刑法理論，在理論史上即被稱之為「古典學派」（舊派）的刑法理論，其代表人物為 Beccaria 以及 Feuerbach。並且此一時期的刑法思想強調的面向為個人自由的保障，進而認為國家的任務應僅止

⁹⁷ 參照藤本幸二，前揭註 80，頁 62。

於維護個人自由所必須的最小限度干預，而以刑法的人權保障功能作為國家權力干預的界限，與 19 世紀中葉以後，從國家主義的角度強調意志自由與應報理論之德意志型古典理論，存在微妙的不同。因此，論者乃將古典學派再予細分，把 18 世紀末到 19 世紀初的刑法思想稱之為「前期古典」、19 世紀中葉以後在德意志所流行的理論則稱為「後期古典」，藉此提醒注意兩者之間的相異之處。⁹⁸現代過失犯理論，就是以現代刑法理論為基礎背景，才能夠獲得更進一步的發展。

第二項 19 世紀的過失犯理論

第一款 19 世紀初的學說理論發展

第一目 普魯士實務見解

18 世紀末到 19 世紀初的普魯士實務，對於過失的處罰範圍，主要仍圍繞在對於結果的預見可能性之程度以及具體性，以定其界線。⁹⁹這樣的現象，自然與其 1794 年《普魯士一般邦法典》對於過失的定義規定有關。然而，在部份案例之中，究竟是採取結果預見可能性為標準、抑或係依自陷禁區原則來決定是否處罰，仍有待討論。例如 1799 年 5 月 6 日，於 Neumark 的 Regierung 所為之鑑定（Gutachten）認為，行為人槍枝於室內走火，子彈命中當時身處室內的被害人致其死亡，被害人在槍枝走火當時身處室內係屬偶然，僅在行為本身係屬受到容許之情形，始可對於有害結果免責；然而，對於生命以及健康可能造成危險的行為，只要可能性是得以被預見的情形，基本上即屬不受容許之行為。故在本案例中，槍枝要是在室內走火的話，子彈自然非常有可能命中身處室內的其他人，因此仍舊不能免責。

⁹⁸ 參照內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 526-529，東京：有斐閣。

⁹⁹ 參照松宮孝明（2004），《刑事過失論の研究》，補正版，頁 3，東京：成文堂。

¹⁰⁰本案例的鑑定係以行為本身是否受到容許作為出發點，似乎與自陷禁區原則的想法相近，惟行為本身是否受到容許的標準，卻又建立在危險行為引發實害的可能性能否被預見一事，故應認為其實質上的重點仍在於預見可能性。

由此所衍生的進一步問題是，預見可能性要件的內容，究竟是以輕度或高度的精神緊張，作為其成立刑事過失的標準。當時的學說，原則上均認為，倘若僅具 *culpa levissima*¹⁰¹，基本上乃排除在刑事過失的範疇之外。然而，此處存在兩種重大的例外情形：其一，車伕以及駕駛獸力車之人，由於其業務本身之危險性，實務上乃要求較為高度的注意；其二，一般人從事具有特別危險性的行為之情形，實務亦要求相對高度的注意，例如女傭在打掃時將槍枝取出，進而失火導致他人死亡之情形，儘管僅具輕度的過失，仍應負刑事責任。由此可見，儘管學說原則上係排除輕度過失的刑事責任，但是透過前述例外，尤其是後者針對一般人從事具有特別危險性的行為亦要求高度的注意，使得例外的情形極為廣泛，並且隨著具有特別危險性的行為態樣逐漸增加，亦蘊含了進一步擴張處罰範圍的可能性。¹⁰²

第二目 學說理論概況

而在當時的學說上，對於過失為何得以科予刑事責任，紛紛試圖提出理論上的依據。此乃由於以往對於犯罪的刑事處罰，基本上係以「意思責任」作為責任根據，亦即必須具有從事違法行為的意思、惡意，才會藉由各種刑罰加以處罰。¹⁰³此點無論是羅馬法上的 *dolus*、抑或日耳曼傳統的 *Willenswerk*，均無不同。在這樣的背景下，如何說明過失、尤其是無認識過失的可刑罰性，即為問題所在。

¹⁰⁰ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 4。

¹⁰¹ 一般譯為「極輕過失」，參考前揭羅馬法的相關討論。

¹⁰² 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 4-5。

¹⁰³ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 5。

首先是 Feuerbach 的見解。其對於可罰性的前提，乃建立在所謂的「心理強制說」之下，亦即必須行為人必須意識到其行為乃違反刑罰法規者，方屬可罰，蓋此際國家方有發動刑罰威嚇震懾、以消除行為人內心違法動機之必要。據此，其認為過失行為人也必須意識到其已違反刑罰法規。是以過失原則上必須具備下述三個要件，始可成立：（一）行為是有意而為。（二）行為人必須意識到，為了不讓違法結果發生，所應具有的一般性的注意義務。（三）行為人必須意識到，自己的行為已違反法規。此種情形屬於「直接過失」，但是嚴格的要件使得其適用範圍太過狹隘，於是 Feuerbach 試圖以「間接過失」的概念予以擴張，其建構如下：首先，行為人具有知悉法規之義務、知悉自己行為乃違反法規行為之義務以及知悉行為與違法結果之間的關係之義務。接著，只要行為人違反前述義務，即屬間接過失。不過，Feuerbach 關於間接過失的主張，也被認為是違背其心理強制說的主張，蓋此際等於是行為人並未明確具有違法意識，卻仍得由國家發動刑罰。¹⁰⁴

由於 Feuerbach 在過失理論上有難以自圓其說之處，於是此一時期的其他學者，有採取不同見解者。（一）Stübel 將過失區分為兩種：一種是具有刑事責任的過失，其內涵大致可認為是危殆化的故意；另一種則是屬於無認識過失的情形，其認為從「詞語的固有意義」而言，即非屬刑罰的領域，而屬一種具有保安、教育性質的特殊「刑」。（二）Almendingen 則認為，過失係屬一種「悟性責任」（Verstandesschuld），乃因其欠缺悟性、欠缺知覺能力，而須科予具有教育性質的刑罰，故其本質與故意乃有所不同。以上見解，若以現今的眼光看來，可能有混淆刑罰與保安處分的問題。¹⁰⁵

總上所述，值得注意的毋寧是以下兩點：基本上，對於過失犯的處罰，學說上並無異議，均認為必須加以處罰，並且係以預見可能性作為一般性的概念內涵。

¹⁰⁴ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 5-6。

¹⁰⁵ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 6。

然而，尤其是無認識過失的情形，如何論述過失犯的可罰性基礎，則尚無定論。此外，作為過失概念核心與成立要件的預見可能性，其範圍與內容之界定，亦無統一的標準。

第二款 1871 年《德國刑法典》制定後的發展

第一目 立法概要及其背景

經過拿破崙戰爭之後，德意志民族開始思考建立一個中央集權政府，以走向現代民族國家的形式，以普魯士為首的政治集團，首先在 1848 年 5 月於法蘭克福召開的「國民大會」(Nationalversammlung) 中，以排除奧地利勢力的「小德意志」為號召，整合一部分邦國，自行成立一個中央集權的國家。普魯士並在 1866 年的德意志戰爭（又稱普奧戰爭）中擊敗了奧地利，而於 1867 年將「德意志關稅同盟」整合為「北德同盟」，藉以強化各邦國之間的政治、經濟與社會領域之聯繫。嗣後在 1870 年的德法戰爭（又稱普法戰爭）之中，德意志聯軍先敗後勝，結果是法國必須依照 1871 年 5 月 10 日所簽訂的〈法蘭克福條約〉割地賠款。1871 年 1 月 18 日，由普魯士國王兼任的皇帝於巴黎凡爾賽宮的鏡廳接受加冕，具有邦聯形式的「德意志帝國」乃正式宣告成立。¹⁰⁶

在前述德國邁向統一的發展背景之下，為了維護統一後的社會秩序，並兼顧資產階級以及貴族階級的利益維護，遂在 1871 年 5 月 15 日頒布了《德意志帝國刑法典》(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)，此即刑法史上著名的 1871 年《德國刑法典》。¹⁰⁷但在該法典中，卻未如 1794 年《普魯士一般邦法典》一般在總則

¹⁰⁶ 參照周惠民，前揭註 5，頁 122-140。

¹⁰⁷ 參照何勤華等（2004），《德國法律發達史》，頁 358，台北：韋伯文化。

對過失進行定義性的一般規定，僅有分散在分則中的諸多過失犯個別規定，例如在第 222 條即為過失致死與業務過失致死的規定。¹⁰⁸

1871 年《德國刑法典》立法背景的思想基礎，係以自由意志作為理論基礎，進而主張絕對應報理論的 Kant 以及 Hegel 的觀念論哲學。尤其 Hegel 的哲學思想，具有濃厚的形上學與超個人主義色彩，在其辯證價值體系上，係以國家作為人倫理念的實體、客觀精神的最高層級，法則為人倫與國家道義的客觀化型態。所謂的犯罪即對於法的侵害、否定，國家必須藉由刑罰對犯罪的否定，進行道義上的應報，始能回復受到犯罪所侵害、否定之法。此種思想基礎在刑法理論上的落實，即為 19 世紀中葉以後，在德意志地區流行的「古典學派」刑法理論，文獻上為與啟蒙時期的刑法理論思想區別，乃稱之為「後期古典學派」，其代表學者為 Binding、Birkmeyer 以及 Beling 等人。¹⁰⁹

若配合德意志地區走向統一的歷史發展，不難理解此種強調國家至上的思想，為何會在 19 世紀中葉的德意志地區流行，蓋此種見解最能提供德國統一背後的理論證成，並強化位居國家統治地位者的實質權限。就此而言，這些「國家主義、權威主義」的面向，確實與強調國家最小限度干預以及刑法人權保障功能的前期古典學派，有所差異。另一方面，一來後期古典學派認為，刑罰必須要在相應於道義責任的限度內才能發動，其仍舊要求罪刑均衡，二來後期古典學派重視自由意思於外部現實上的實現，亦即重視犯罪行為及其結果，而採取客觀主義的

¹⁰⁸ 「因過失致人於死者，處三年以下有期徒刑。具有官職、職業或業務上之義務，因怠於注意而致人於死時，得加重其刑為五年以下有期徒刑。」（Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft. Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängniß erhöht werden.）譯文參考法律教材編輯部編（1980），《外國法制史資料選編》，頁 668，北京：北京大學出版社。

¹⁰⁹ 參照內藤謙，前揭註 98，頁 530-531。

犯罪理論。這些具有「自由主義」色彩的面向，即仍舊將之歸類於「古典學派」之列的原因。¹¹⁰

然而，19 世紀後半的歐洲，由於資本主義的高度發展，導致社會的劇烈變動，使得各類犯罪現象不斷增加，尤其是累犯以及少年犯罪的領域。後期古典學派所主張的應報理論，在當時已受到批評，被認為無法解決前開犯罪激增之問題。另有一派學者受到當時自然科學發展之影響，主張應該採取如同自然科學的實證主義方法來研究犯罪現象與犯罪行為人，進而形成了與古典學派相互對抗的「近代學派」(新派)。其先驅者為義大利學派的 Lombroso 與 Ferri，集大成者則為 Liszt。¹¹¹在此脈絡之下，以後期古典學派刑法理論為其立法根本的 1871 年《德國刑法典》，即因此被批評為「一頒布即已過時」。¹¹²

第二目 德國帝國法院實務見解

儘管 1871 年《德國刑法典》，並未如 1794 年《普魯士一般邦法典》對於過失進行一般性的定義，但在實務上仍借重預見可能性之概念，以劃定過失犯的處罰範圍。例如帝國法院於 1880 年 12 月 2 日的判決 (RGSt 3, 208)，即對於被告違反警察命令，未對打穀機的傳動軸加蓋，致其女兒被攪入機器內死亡的案件，認為直接由違反警察命令據以認定過失致死罪的過失，係屬有誤，而認為過失致死之犯罪成立要件，不僅是行為人在行為時欠缺通常的注意或用心，進而惹起被害人的死亡結果，更重要的是必須行為人若具備通常的注意或用心，則得預見結果之

¹¹⁰ 參照內藤謙，前揭註 98，頁 532。

¹¹¹ 參照內藤謙，前揭註 98，頁 535-536。

¹¹² 參照何勤華等，前揭註 107，頁 354。

可能發生。就此判決而言，即透過預見可能性的概念，使得刑法上的過失得以與違反警察命令或警察規定的情形區別開來，進而充分發揮限定過失成立之效果。¹¹³

然而，由於工業化的程度逐漸提高，伴隨而來的事務也逐漸增多，對於違反規則與行政法令的危險行為之處罰需求亦隨之提高，實務上也因此轉而採取較為嚴格的態度。例如帝國法院於 1883 年 12 月 5 日的判決（RGSt 10, 6），即對於製材廠的安全設備有所欠缺，伐木工因此喪命於圓鋸下的案件，認為製材廠負責人的過失致死刑責，其理由略為以下四點：（一）未遵守《德國營利事業法》（Gewerbeordnung）第 120 條設置適當安全設備的規定，此一違規本身並非刑法上的過失。（二）然而，若被告加以通常之注意，則得以預見，安全設備的欠缺將可能導致死亡結果的發生。（三）至於被告抗辯安全設備的設置有害於其收益，則從尊重人的生命之角度，予以否定。（四）縱使所有權人禁止安全設備的設置，由於被告對於營業相關事項具有概括的權限，在營業上仍有義務採取不會危害他人生命的方法，因此負有設置安全設備或是向所有權人建議的義務。換言之，儘管法院在字面上認為應該將刑法上的過失與營利事業法的違反加以區別，但在實際上其卻從行為人未設置相關安全設備，直接推論行為人具有預見可能性，等同是以違反行政法令直接推論具有刑法上過失。因此，儘管法院在文字上採納預見可能性之概念，卻已悄悄地在實質上放寬要件的認定，並且在因果關係採取條件說，加上過失不作為犯的注意義務亦廣泛認定，這些因素均使得這些要件的限定處罰功能受到了侵犯。¹¹⁴

¹¹³ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 7-8。

¹¹⁴ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 8-10。

第三目 學說理論與後續實務見解概況

相對於前述實務見解為了因應時局，而逐漸放寬過失犯的認定標準，學者 Bar 早在 1871 年即率先從成本效益分析的角度，主張企業假使基於成本問題而無法為預防措施之情形，即非過失。據此，Bar 在因果關係上亦採取相異於實務的原因說、個別化說，蓋實務的條件說對於企業的獲利將造成負面影響。¹¹⁵

此種衡量行為有用性與危險性的想法，在 1891 年《德國營利事業法》修正第 120 條 a 也延續下來，其規定經營者對於勞動者的安全照料義務，必須「以其經營性質上允許為限」。而此等修正，自然也影響了實務見解，例如帝國法院於 1900 年 7 月 5 日的判決（RGSt 33, 346），就是基於營業性質的考量，藉由衡量下水道建設的利益與勞動者的生命身體危險性之後，否定了負責人停止施工之義務，並且又在交通利益與勞動者的生命身體危險性之間進行衡量之後，再次否認負責人採取其他安全措施之義務，進而否定負責人之過失傷害刑責。此外，再加上帝國法院於 1897 年 3 月 23 日對「瘋馬案」（Leinefängerfall）以欠缺「期待可能性」為由作成無罪判決，如此實務見解之發展，等於是從前面基於事故增加導致嚴格認定過失責任的傾向，又轉向為緩和過失責任之成立。¹¹⁶

在此背景之下，學者也開始嘗試將此種對於行為之有用性與危險性的衡量，予以進一步的理論化，例如 Binding 於 1919 年即在其「規範論」之主張中，提出「適度風險」（maßvolles Risiko）的理論，並明確地將之定位為阻卻違法事由，而對之後「容許風險」（erlaubtes Risiko）理論的發展，產生決定性的影響。惟應注意者，藉由此種具有濃厚政策性格的「衡量」以否定過失犯的成立，自然與最原

¹¹⁵ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 10-11。

¹¹⁶ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 11-14。

初藉由「預見可能性要件的嚴格化」以限定過失責任成立，屬全然不同的方向。由此可知，除了與《德國營利事業法》之違反有所相關的過失犯罪案件，得重新藉由有效性與危險性的衡量緩和過失犯罪之成立，其他領域的危險行為，仍適用前述經過放寬的預見可能性標準，其結果就是以預見可能性限定過失成立的作用不斷惡化。¹¹⁷

第三項 20 世紀以降的發展

刑法理論經由 19 世紀 Feuerbach、Mittermaier 以及 Merkel 等學者的開創之後，刑法學術領域的討論亦蓬勃發展，在 19 世紀末到 20 世紀初的這一段期間，由於「古典學派」與「近代學派」在其立場主張出現了相互對抗的狀況，此即為著名的刑法理論「學派論爭」。然而，過失犯罪的相關討論，大抵並非「學派論爭」的關注焦點所在，必須等到 20 世紀中葉以後，逐漸有學者在過失犯罪領域採取異於傳統刑法理論之見解，才開啟了日本與台灣刑法學界所習稱的「新舊過失犯論爭」，以及德國、日本各自在其學術環境脈絡下出現的各種學說見解主張。以下首先即依「新舊過失論爭」之分類，依序介紹「舊過失犯理論」以及「新過失犯理論」，以期簡要地掌握過失犯理論發展迄今的全貌。

惟在此必須特別加以說明者，此種新舊過失犯理論的分類與分析架構，係由日本學說所提出、而為我國學說所普遍接受，惟於德國刑法學界並未使用如此之分類與架構。本文受限於所參考之文獻係以中日文文獻為主，故仍援用此一分類與架構來進行回顧。儘管如此分類架構可能過度重視注意義務內涵之轉變，本文仍舊試圖盡量全面地呈現出導致過失犯理論演變的因素，並在最後針對過失的階層定位、概念內涵以及判斷標準，進行新舊理論之間的比較。

¹¹⁷ 參照松宮孝明，前揭註 99，頁 14-17。

第一款 舊過失犯理論

舊過失犯理論承繼 19 世紀的理論成果，在 20 世紀中葉以前，於德國、日本等歐陸法系國家之中均為主流見解，又稱為「傳統過失犯理論」。配合犯罪階層體系的理論發展以觀，舊過失犯理論與古典三階層體系乃同一時期之產物。首先，Liszt 於 1881 年第 1 版教科書區別違法性（*Rechtswidrigkeit*）與罪責（*Schuld*）的概念，其後，Beling 於 1906 年出版的《犯罪論》（*Die Lehre vom Verbrechen*）一書再結合 Feuerbach 的構成要件（*Tatbestand*）理論，進而發展出完整的古典三階層體系，故學說上又稱之為貝林·李斯特體系（*Beling-Lisztsches System*）。¹¹⁸

由於構成要件乃對於具體犯罪事實的抽象描述，構成要件該當性（*Tatbestandsmäßigkeit*）的具備與否，即屬中性而無價值色彩的客觀判斷。同樣的，第二階段的違法性判斷，也是從客觀的角度判斷是否有排除行為違法性的情形存在。僅在第三個階段的罪責判斷，才會針對行為人的主觀犯罪成立要件進行檢驗，其檢驗的內容包括作為罪責型態的故意、過失，以及作為罪責條件的責任能力。¹¹⁹就此而論，古典三階層體系的罪責，其內涵基本上未超出 19 世紀刑法理論的範疇，毋寧是將以往成果進行體系化，先將犯罪的要件區分為客觀要件與主觀要件，再把客觀要件的檢驗進一步區分為構成要件與違法兩個階層，而將主觀要件置於罪責階層。其以行為人的主觀心理狀態為核心，據以建構罪責階層的內涵，此即罪責理論中的「心理罪責論」（*psychologische Schuldaufassung*）。

¹¹⁸ 參照許玉秀（2000），《犯罪階層體系及其方法論》，頁 9，台北：自刊；歐錦雄（2011），〈德國犯罪三階層論的政治悲情〉，《雲南大學學報法學版》，24 卷 4 期，頁 55-56。

¹¹⁹ 參照許玉秀，前揭註 118，頁 10-12。

心理罪責論將罪責建立在行為人與其行為之間的主觀、心理關係，而將罪責視為一種反映於認識與不知、願意與不願意的心理事實。¹²⁰因此，相對於故意乃行為人對於構成犯罪事實的認識或預見之心理狀態，過失則係行為人對於構成犯罪事實的不認識或不預見的心理狀態。¹²¹詳言之，過失的本質被認為是一種因為「欠缺意思之緊張」以致不注意的心理狀態。¹²²至於過失的成立標準、亦即如何方屬應予處罰的不注意，基本上仍延續 19 世紀後期德國實務與學說的見解，著眼於行為人在行為時對於結果之發生有無預見可能性而定。¹²³

綜上，舊過失犯理論的想法，基本上係承繼 19 世紀的理論發展成果，最大的不同僅在古典三階層體系的提出之後，過失被明確認為是與故意並列的責任型態、責任條件，而均置於作為犯罪主觀成立要件的罪責層次予以檢驗，其成立要件則為預見可能性，標準多採以行為人能力為準之「主觀說」、或是以行為人能力為下限的「折衷說」。縱使嗣後經由 Hegler、M. E. Mayer 以及 Frank 等學者，對於犯罪階層體系的各階層內容進行實質改良，而形成所謂的「新古典三階層體系」，對於過失的體系定位、概念建構以及判斷標準，並未因此而有變動。此種將過失定位為罪責要素的舊過失犯理論，在德國大約流行到 1950 年代¹²⁴，日本學說則是迄今仍有不少學者採取舊過失犯理論之見解¹²⁵。

¹²⁰ 參照蘇俊雄，前揭註 4，頁 269。

¹²¹ 參照余振華（2011），《刑法總論》，頁 173，台北：三民。

¹²² 參照山中敬一，陳運財譯（1996），〈日本過失犯理論之發展及其現代之課題——大規模事故及刑事責任〉，《東海法學研究》，10 期，頁 7。

¹²³ 參照余振華，前揭註 121，頁 173。

¹²⁴ 參照許玉秀（1997），《主觀與客觀之間》，頁 189，台北：自刊。

¹²⁵ 參照余振華，前揭註 121，頁 173。

第二款 新過失犯理論

第一目 Engisch 的理論影響

早在 20 世紀初期，將過失定位為罪責要素、並且以「主觀預見可能性」為其標準的主流舊過失犯理論，即受到 Radbruch、Exner 以及 Binding 等人的批評，其認為應將「客觀注意義務」定位為違法性要素。¹²⁶然而，從理論史的角度而言，具有更重大意義的，毋寧是 Engisch 於 1930 年《刑法上故意與過失之研究》一書中所提出的見解。針對過失概念在犯罪階層體系上的定位，Engisch 即認為，由於故意犯與過失犯在實現構成要件的方式上即已有所不同，故將過失定位為構成要件要素，其理由建構大略如下。

首先，對於過失犯的理解，應從「能避免構成要件的不法」(vermeidbares tatbestandsmäßiges Unrecht) 這個故意與過失的共通概念出發。據此，其認為過失的概念是「欠缺注意」(mangelnde Sorgfalt)，但其「注意」之內涵並非如以往僅解讀為「欠缺意思之緊張」，而是將「注意」區分為結果預見義務的「內在注意」(innere Sorgfalt) 與結果迴避義務的「外在注意」(äußere Sorgfalt)。¹²⁷ 換言之，「注意義務」的內容，已經從舊過失犯理論的「主觀預見結果義務」，轉變為以結果迴避義務為核心的「客觀注意義務」。

其次，違反「客觀注意義務」，之所以應定位為構成要件不法要素、而非罪責要素，Engisch 則援用 Binding 的「規範論」(Normentheorie) 來加以說明。其先從刑法作為「決定規範」(Bestimmungsnorm) 的性質出發，認為刑法規範要求行為

¹²⁶ 參照余振華，前揭註 121，頁 174；許玉秀，前揭註 124，頁 192。

¹²⁷ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 193。

人避免構成要件之實現，在過失犯的情形即要求行為人必須「注意」，若行為人忽略了此種「注意」的要求，規範即受到侵害，又規範受到侵害乃透過構成要件來表現，「違反客觀注意義務」因此係屬構成要件要素。¹²⁸此外，該書的另一個重要成就，係就故意理論的領域，以「漠不在乎」（*Gleichgültigkeit*）說明間接故意行為人的心態，此一見解即開啟了目前通說對於間接故意與有認識過失之區分問題所採取的「容認說」。¹²⁹

前述 *Engisch* 的過失犯理論，其內容大抵已具目前德國主流學說對於過失概念建構之雛形，包括以「違反客觀注意義務」建構純粹客觀的過失犯構成要件，以及「注意義務」的內容係以「結果迴避義務」為核心。其見解也影響了 *Mezger*，使其在過失責任的建構上，必須分別評價過失犯之「客觀義務的違反」與「主觀義務的違反」。¹³⁰然而，*Engisch* 與 *Mezger* 等人的見解在當時尚未能形成通說，須等到 *Welzel* 目的行為理論的提出，影響通說見解將故意與過失概念之檢驗擴張到不法層次，新過失犯理論才算是完全成型。

第二目 *Welzel* 的理論影響

在 1931 年，*Welzel* 即從對於新康德哲學的批判出發，進而採取存在論（*Ontologie*）的立場，以提出目的行為概念的基本構想。當時在刑法學上流行的新康德哲學，認為人的理性功能乃賦予現象因果性，亦即因果律的有效性乃建立在人的理性本質之上。然而，*Welzel* 則認為，因果律和主觀的運作毫無關係，而是屬於客體的領域。既然刑法對於因果流程評價必須與評價客體互相結合，即應該找出與刑法法秩序目的論評價結構相符合的存在論基礎。換言之，僅以因果行

¹²⁸ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 193-194。

¹²⁹ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 192。

¹³⁰ 參照蘇俊雄，前揭註 4，頁 465。

為作為構成要件的評價客體顯然不夠充分，是以 **Welzel** 利用當時認知心理學的理論成果，作為建構目的行為之基礎。依據認知心理學，感覺、認識、思考以及意欲等心理經驗，都是針對他們所投射的對象，兩者之間具有「目的性」（*Intentionalität*）關係。**Welzel** 據此認為，目的性決定了意志行動的方向，才會因此有後續實現結果的過程，是以這樣的過程即非單純的因果流程、而是一個具有目的意義的關係。**Welzel** 所得出的結論是：作為刑法評價對象的存在客體，並非因果關係，而是建立在目的性之上、存在於主體和結果之間的目的關聯，因此主觀構成要件與客觀構成要件是無法被完全拆開的。¹³¹

Welzel 的結論，也使得 **v. Weber** 在 1935 年出版的刑總教科書，將故意定義為主觀構成要件，此即目前位居德國通說地位的「新古典暨目的論綜合階層體系」之先驅。¹³²然而，**Welzel** 的目的行為理論，在故意作為犯的情形，固然不難接受其主張，但在過失犯的領域，即面臨理論上的難題，蓋過失犯對於結果之發生，並不具有明確的意志取向。**Welzel** 的處理，起初仍認為故意犯與過失犯之行為，均具有目的性之本質，不同之處僅在於故意犯之目的性乃「顯在性」的、而過失犯之目的性則為「潛在性」的，但是其他學說見解顯然無法接受「潛在性目的意志」的說法。因此，**Welzel** 只好改變見解，將行為結構分為「一般目的性」與「特定結果之目標意志」兩個層次，而認為故意犯與過失犯均具有「一般目的性」的要素，但在「特定結果之目標意志」上，兩者則有不同。例如護士為病人注射嗎啡，卻因過量而致病人死亡，無論是基於故意或過失，兩者均對「注射嗎啡」一

¹³¹ 參照許玉秀，前揭註 118，頁 20-22。

¹³² 參照許玉秀，前揭註 118，頁 23。該文主張，雖然德國學說上有將之稱為「目的論（主義）的犯罪階層體系」，但是一來目的行為論只是對於新古典三階層體系進行局部改造，二來學理上另有 **Schmidhäuser** 所提出的「目的論犯罪（行為）論」，故乃依照 **Roxin** 之見解將德國通說體系命名為「新古典暨目的論綜合體系」，本文從之。

事具有「一般目的性」，但就「死亡結果」一事，則僅有故意犯具有「目標意志」、過失犯則無。據此，故意犯與過失犯遂形成了不同的「行為類型」。¹³³

儘管 Welzel 提出的目的行為論始終未能成為通說，但其從主觀面來建構行為概念，對於部份的社會行為論者亦造成影響，例如 Jescheck 的「行為」概念定義為「人類的意志所支配之社會重要之態度」，即偏向強調主觀目的設定的面向。¹³⁴另一方面，Welzel 將其目的行為論的想法應用至刑事不法的概念建構上，反對當時主流理論基於因果行為論之立場所採取的客觀不法論，認為應以目的性意志作為法益侵害實現認定基礎，即藉由以「人」之目的行為作為前提來建構不法，此即所謂的「人的不法論」(der personale Unrechtsbegriff)。這樣的想法，使得 Welzel 更進一步提出了「行為非價」(Handlungsunwert)與「結果非價」(Erfolgswert)的概念，前者係指目的行為所表現出的反於法秩序倫理性，後者則為目的行為實施後所實現的法益侵害，此二者共同組成了不法概念的實質內涵。¹³⁵

第三目 小結

在 Welzel 提出「人的不法論」之後，不法應兼具客觀與主觀兩種面向的想法，也因此更被學說所接受。因此，故意犯與過失犯在體系上的不同，亦跳脫出罪責階層、而擴及共同構成不法的構成要件階層與違法階層。結合前述 Mezger 將過失內涵建構為「客觀義務的違反」與「主觀義務的違反」，遂發展成目前主流學說所採取之「二階段評價」理論，即在不法層次判斷「客觀義務的違反」，「主觀義務的違反」則在罪責層次判斷。

¹³³ 參照蘇俊雄，前揭註 4，頁 30-31。

¹³⁴ 參照蘇俊雄，前揭註 4，頁 34。

¹³⁵ 參照許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 227-233。

至此，包括犯罪階層體系的定位、過失的概念本身以及過失的成立標準等問題，均已與傳統過失犯理論的見解相異，故稱之為新過失犯理論。惟本文在此必須再次提醒的是，一般所謂的「新」過失犯理論，僅在表現其與傳統的舊過失犯理論於諸多問題上的相對性，此並不意味著存在一個具有統一內涵的過失犯理論。事實上，新過失犯理論發展至今，無論是德國、日本或我國的學說上，都存在在諸多不同的理論主張，幾乎到了難以辨識何種學說方為通說的地步。是以面對新舊過失犯理論的論爭，毋寧僅能就兩者之間的部份重要論點進行對比。

另外，前述 Binding 所提出的「適度風險」(maßvolles Risiko) 理論，其影響力持續擴大，遂使得「容許風險」(erlaubtes Risiko) 與「信賴原則」(Vertrauensgrundsatz) 等基於規範容許性、社會相當性，藉此限定過失成立的阻卻犯罪成立事由，也伴隨著過失犯罪在現代社會生活逐漸增加的過程之中而被主張，並且也獲得實務之採用。不過，此等阻卻事由在犯罪階層體系上的定位，一如過失的體系定位，在新過失犯理論內部仍有異見存在。

第三款 新舊過失犯理論的整理比較

本文於此試圖從過失的階層定位、概念內涵以及判斷標準等問題，對於新舊過失犯理論的內容進行簡單的對照比較。

首先，在過失的階層定位，舊過失犯理論主要採取古典或新古典三階層理論，將過失定位為與故意相對應的責任型態或責任條件，兩者均為責任要素。新過失犯理論，由於受到 Welzel 目的行為論的影響，使通說在新古典三階層理論的基礎上，修改成為新古典暨目的論三階層體系，認為過失亦應定位為不法要素。然而，

究竟應將過失認為是構成要件要素、抑或違法要素，則仍有不同見解存在。目前主流見解，則認為過失同時具有不法與罪責之雙重性質、雙重定位。

其次，就過失的概念本質內涵而言，舊過失犯理論對「注意義務」的解讀，乃從「結果預見義務」出發，亦即重點仍在於「預見可能性」。新過失犯理論則在Engisch等論者的影響之下，逐漸將「注意義務」的重心轉移到「結果迴避義務」。原來在舊過失犯理論位居要津的「結果預見義務」，則退居次位，甚至不予檢驗。

最後，對於成立過失的判斷標準，在舊過失犯理論的內部，因其立場係古典學派或近代學派，而有所不同。較為主流的古典學派見解，乃從刑法不強人所難的立場出發，認為應採取行為人標準的「主觀說」、或至少以行為人標準為下限的「折衷說」方為妥當；近代學派的論者則認為，過失標準應採取一般人、平均人標準的「客觀說」，始能達到社會防衛的效果，惟此說自始即屬少數，目前已幾乎消失。新過失犯理論則因將過失解讀為是不法要素，對於過失標準原則上係採取「客觀說」的立場，而將「注意義務」明確建構為「客觀注意義務」；然而，目前採取新過失犯理論的主流見解認為過失具有不法與罪責之雙重性質，除了在構成要件階層檢驗以一般人為標準的「客觀注意義務（違反性）」與「客觀預見可能性」以外，在罪責階層仍應檢驗以行為人能力為下限的「過失罪責」，亦即檢驗「主觀注意義務（違反性）」以及「主觀預見可能性」，可謂類似於「折衷說」的想法。然而，由於實際操作上，僅在例外情形始檢驗行為人能力是否確實低於一般人而無法履行客觀注意義務或缺客觀預見可能性，也就是原則上僅以客觀上是否具客觀注意義務違反性與客觀預見可能性為判斷內容，因此反而更加接近於所謂的「客觀說」。

以前述 20 世紀以降的理論發展為背景，作為法學後進國家的中華民國與台灣，如何在過失犯議題上開展理論性的論述？在各個不同時期之下，具體的理論內容又有何不同？本文將在以下章節詳予檢討。



第三章 過失犯理論在台灣之發展

第一節 概說

在進入到實質的討論前，本文須先就台灣理論發展的歷史分期及其理由予以說明。首先，本文以 1945 年作為論述核心的分期點，在此時點之前概稱「戰前」、之後則稱「戰後」，並以「戰前」為論述之背景、而以「戰後」為論述之核心。惟 1945 年迄今已逾六十年，勢必得就此一期間進行更進一步的歷史分期，然而就「過失犯」此一論題而言，究竟應該如何就這六十幾年的歷史進行分期，即必須做出一定的理由說明。蓋刑法中關於「過失犯」的法律條文，自 1935 年現行之中華民國刑法公布、施行以來，儘管歷經大大小小共二十餘次的修法，總則編的相關規定仍舊屹立不搖，未曾有過一字一句的變動，本文因此無法僅以法律制度本身之變動時點，作為歷史分期的基準。

由於本文主軸在於探討過失犯理論發展之學說史，而學說理論之發展乃端賴學者之引介與論述，既然人的因素對學說史之探討具有重大意義，自應在決定歷史分期時，將人的因素納入考量。基此，本文擬採取「第二代學者留學歸國」以及「第三代學者開始活躍」之時點，作為歷史分期之基準，而將戰後至今的整個期間區分為「大中國時代與中華民國政府遷台初期」、「第二代學者留學歸國後」以及「第三代學者活躍期」等三個時期。

在「大中國時代與中華民國政府遷台初期」，台灣法學之教學者與研究者，其組成份子乃少部份的台籍本土學者、以及大部分於 1949 前後因逃難而隨中華民國

政府自中國大陸來台的學者，此二者可合稱為戰後的「第一代學者」¹³⁶。所謂「第二代學者」，即於戰後在台灣接受法學教育受教於第一代學者，經出國留學取得外國學位後，返台擔任教職的學者。¹³⁷至於「第三代學者」，則係指於第二代學者回國任教後，始在台灣接受法學教育，嗣後或赴海外深造、或繼續接受第二代學者之指導並取得博士學位，而後在台從事學術研究或任教職之學者。¹³⁸須進一步說明者，由於在台受教於第一代學者的第二代學者，原則上均在留學異鄉取得高等教育學歷之後，始回國從事學術與教育工作，是以區分時點，可以第二代「留學歸國」作為其基準點；然而，回國之後的第二代學者已有足夠之學術能量，能夠直接在國內指導、培育未來繼續從事學術研究與教學之博士，故受教於第二代學者的第三代學者即未必均有留學海外之經驗，本文爰以第三代學者之「開始活躍」於教學與研究領域，作為第二個歷史分期之基準時點。¹³⁹

以「第二代學者」留學歸國以及「第三代學者」開始活躍之時點，作為本文歷史分期之區分時點，用意在於凸顯「人的因素」之於法學理論的重要性。由於法學理論主要有賴學者之論述與宣揚，而學者所論述宣揚之內容，又必然因其所受教育內容之不同，而產生不同的理論主張。「第一代學者」多數係於中國接受法學教育，「第二代學者」於接受第一代學者之中國風味教育外、尚接受留學國之知識薰陶，「第三代學者」則站在第二代學者之知識基礎之上、更進一步吸收本國與外國之最新學術成果，每代學者因其所受教育內容之不同，自然會有不同的理論主張，進而影響同一時代的學者及文本作者。據此，本文對於不同時期之素材，即置於前述歷史分期之架構之下，個別予以討論。

¹³⁶ 代表人物例如：林彬、曾紹勳、林紀東、趙琛、陳樸生、韓忠謨、俞叔平、周治平等。

¹³⁷ 代表人物例如：蔡墩銘、蘇俊雄、甘添貴、林山田等。

¹³⁸ 代表人物例如：陳志龍、黃榮堅、李茂生、許玉秀、張麗卿、柯耀程、黃常仁、林東茂等。

¹³⁹ 關於戰後台灣法律學者的世代分類及其一般性介紹，詳見王泰升（2011），〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1391 以下。

第二節 戰前的發展概貌（1945 以前）

第一項 日治台灣之理論發展與運作狀況

台灣在日本統治的五十年間（1895-1945），與西方式的現代法律系統，有了第一次的接觸。台灣人民首次接受現代刑法典的規範，源於台灣總督府於 1896 年 8 月 14 日，以「律令」之形式實施的日本 1880 年舊刑法。¹⁴⁰其後於 1908 年 8 月，台灣總督府同樣以「律令」之形式公布「台灣刑事令」，規定自 1908 年 10 月 1 日起，與日本內地同步施行日本 1907 年新刑法。¹⁴¹因此，欲探討日治時期台灣過失犯之理論發展，大抵可參照日本於同一時期之刑法論著，以及少部份於台灣出版之刑法論著。

在戰前日本昭和時期的刑法學界，比較具有代表性的學者，例如採取主觀主義立場的「新派」代表學者牧野英一、宮本英脩、木村龜二，採取客觀主義立場的「舊派」代表學者大場茂馬、小野清一郎、瀧川幸辰，以及立場較為折衷的泉二新熊等人。¹⁴²儘管基本立場有所不同，各家學者對於過失的見解並無太大差異，

¹⁴⁰ 參照王泰升（2009），《台灣法律史概論》，3 版，頁 241-242，台北：元照。台灣總督府 1896 年 8 月 14 日律令第 4 號規定：「在台灣之犯罪依帝國刑法處斷之，但其條項中對於台灣住民難以適用者，依據特別之規定」。其後 1898 年 7 月 14 日律令第 8 號，基本上亦延續前述 1896 年 8 月 14 日律令第 4 號之規定，刑事事項原則上依 1880 年刑法，但台灣人及清國人之刑事事項依現行之例。

¹⁴¹ 參照王泰升，前揭註 140，頁 242。關於日本刑法典的立法與修正沿革，參照山中永之佑著，堯嘉寧等譯（2008），《新日本近代法論》，頁 188-200，台北：五南。

¹⁴² 參照牧野英一（1941），《刑法總論》，3 版，頁 86-92、94，東京：有斐閣；內藤謙，前揭註 98，頁 565-577。日本的刑法理論學派論爭，係指自日本 1907 年新刑法施行的明治末期開始、歷經大正時期而迄至昭和戰前時期的這段期間，由本文所述的各該學者各自依其價值理念而展開的學術論爭。簡要言之，「新派」（近代學派）乃立基於刑罰目的理論，以社會防衛論、教育刑論以及主觀主義犯罪論作為其基本主張；「舊派」（古典學派）則立基於應報理論，而以客觀主義犯罪論為其基本主張。毋庸置疑，日本的刑法學派論爭（學派の争い），自然是受到歐洲、尤其是德國刑法學派論爭（Schulenstreit）的影響，進而使得日本由 1880 年仿效 1810 法國刑法典、具新古典學派與折衷主義刑法理論色彩的舊刑法典，於 1907 年仿效 1871 德國刑法典、修正改採具有近代學派、主觀主義刑法理論以及社會防衛論色彩的新刑法典，亦即日本現行的刑法典。然而，由於日本是在明治維新之後才開始大量吸收啟蒙以降的現代西方思想，所以反而是「新派」理論先於「舊派」理論而被主張；並且在其邁向現代國家之改革中，係由天皇自其上位所推動，而與西方之由市民階級自下位

就犯罪階層體系而言，其均將過失置於罪責階層予以討論，並定位為與故意並列的責任條件或責任型態。然而，由於古典犯罪階層理論成型於 20 世紀初，在德國猶屬較新穎的學說理論，遑論日本學界，故學說上也有未採取犯罪階層體系者。在概念意義上多以「對於犯罪事實之發生應認識並得認識，卻因行為人之不注意而未認識」¹⁴³為其定義。學說見解因其基本立場不同以致有所爭論者，僅在下列兩處：其一，所謂「不注意」究竟應採取一般人標準之「客觀說」¹⁴⁴或行為人標準之「主觀說」¹⁴⁵；其二，關於「故意與過失之區別」究竟應採「認識主義」¹⁴⁶或「希望主義」¹⁴⁷。特別值得注意的是，牧野英一在其著作中已經以「注意義務」一詞來解讀概念定義上之「應注意」，然而在其用法上，「注意義務」僅止於「應注意」的抽換詞面，其核心關懷仍在於注意之後的「預見可能性」，故無法直接與現今學說上所稱之「客觀注意義務」、「主觀注意義務」等概念進行連結。

在台灣出版的刑法論著，可以石橋省吾於 1930 年出版的《刑法總論》為例，書中對於過失之犯罪階層體系定位以及概念定義，均與日本內地刑法學界之見解相同，惟其關於過失之論述僅佔不到兩頁之篇幅，內容深度顯然有所不及。¹⁴⁸可能的原因，或許是因為該文係作為「警察實務全書」的第一卷而出版，其出版緣起即因一般的法律書籍難免讓人感到枯燥乏味，遂企圖以平易的文字、並著眼於實務之需要，刊行符合在台警察官之實務需求的實務全書。¹⁴⁹之所以須針對台灣警察實務之需要，另行撰寫出版專門用書，乃因日治時期所採取的「犯罪即決制」，

建立近代市民國家有所不同，「舊派」理論出現之背景即與歐洲的情形相異，乃是作為對「新派」理論之反抗而被提出，而且還具濃厚的國家主義、威權主義色彩，自由主義的面向因此顯得相對薄弱。

¹⁴³ 參照牧野英一，前揭註 142，頁 283；小野清一郎（1937），《刑法講義》，9 版，頁 162，東京：有斐閣；宮本英脩（1930），《刑法學粹（第二分冊）》，7 版，頁 309-310，京都：弘文堂書房。

¹⁴⁴ 例如：牧野英一，前揭註 142，頁 285。

¹⁴⁵ 例如：小野清一郎，前揭註 143，頁 166-167。

¹⁴⁶ 例如：牧野英一，前揭註 142，頁 285-286。

¹⁴⁷ 例如：小野清一郎，前揭註 143，頁 164。此即「意欲主義」。

¹⁴⁸ 參照石橋省吾（1930），《刑法總論》，頁 77-79，台北：晁文館。

¹⁴⁹ 參照石井保（1930），〈序〉，載於石橋省吾，前揭註 148。

賦予警察官僅依據簡單之證據調查，僅可針對特定之輕微犯罪予以宣判之權力。¹⁵⁰其目的既然在於供作警察官從事實務工作時之參考，對於學說之介紹與檢討，即無須如日本內地的著作一般詳盡，是以討論篇幅因此相對減少。

至於過失犯罪之審判、處斷的實務運作狀況，筆者在「日治法院檔案資料庫」所搜尋到最早的一則實務判決，乃 1896 年 2 月 13 日宣判的明治 29 年刑字第 19 號判決。由此可見，儘管普遍程度未明，至少台灣人民從日治初期開始即有機會因涉犯現代意義下的過失犯罪，進而經歷現代西式法院的審理與判決。換言之，早自日治初期開始，過失犯罪即已隨著西方法律制度之施行，逐漸成為台灣人民之法經驗與法社會之一環。而從「臺灣日治時期統計資料庫」所收錄的 1942 年犯罪統計資料觀之，該年刑法犯之中，有 67 人因涉犯失火罪而經以略式命令處斷，至於涉犯過失傷害罪者則有 98 人以略式命令、3 人以單獨部判決、8 人以合議部判決處斷。儘管以現在的眼光看來為數不多，但是西方法律制度定義下的過失犯罪，可謂對於台灣人民而言，已經是具有一定程度普遍性的法經驗事實。

¹⁵⁰ 參照王泰升（2010），《台灣日治時期的法律改革》，2 版，頁 213-219、260-269。早在日本領台的第二年，台灣總督府即以 1896 年 10 月 1 日律令第 7 號，將施行於日本內地的「違警罪即決例」移植至台灣，規定凡該當 10 日以下之拘留或 1 元 95 錢以下科料之刑之罪，得由警察署長及分署長或其代理官吏，以及憲兵隊長及下士在其轄區內，於聽取被告人陳述並調查證據後即為宣判，被告人若不服得向地方法院請求為正式的裁判。其後，台灣總督府為了減少刑事法院的案件負荷並推廣罰金刑與答刑的使用，又於 1904 年 3 月 12 日律令第 4 號發布「犯罪即決例」，擴大犯罪即決制的適用範圍如下：第一類，「拘留或科料之刑」之罪；第二類，應科處「主刑 3 個月以下重禁錮」之「賭博罪」；第三類，應科處「主刑 3 個月以下重禁錮或百元以下罰金」之「違反各種行政規則之罪」。此外，關於行使犯罪即決權限者之層級，亦有所調整。嗣後則為一些微幅調整：1909 年，配合日本刑法典由參酌 1810 法國刑法典之舊刑法修正為參酌 1871 德國刑法典之新刑法，而將「重禁錮」之刑名改為「懲役」，並增列應科處「拘留或科料之刑」之「暴行未至傷害罪」為可即決之罪；1920 年與 1927 年，分別再次針對行使犯罪即決權限者之層級，進行調整。惟與本文主題相關的過失犯罪，諸如失火罪（日本刑法§116）、過失傷害罪（日本刑法§209）以及過失致死罪（日本刑法§210）等，並不在可予即決之罪名列，其審判之權仍專屬於法院。

第二項 戰前中國之立法沿革與理論發展

第一款 立法沿革

就過失犯罪在戰前中國的立法軌跡而言，在中國第一部現代西方法律制度之下的刑法典——1912 年《中華民國暫行新刑律》——之中，尚未能在總則編見其蹤跡，惟於分則編已規定有各該具體的過失犯罪類型及其構成要件。現今通稱為舊刑法的 1928 年《中華民國刑法》，則將當時德國學說理論對於過失之定位與定義，明定於總則編刑事責任及刑之減免章的第 25 條以及第 27 條¹⁵¹。嗣後施行至今的 1935 年《中華民國刑法》，則將前述舊刑法之條文移置總則編刑事責任章的第 12 條第 2 項以及第 14 條¹⁵²。¹⁵³

因過失犯罪之總則條文，自 1935 年於中國制定該二條文之後，儘管歷經了國家主權所及範圍之實質改變、社會經濟環境之劇烈遷異乃至法典本身之多次修正，仍原封不動地保留至今，是以考察戰前中國之理論發展狀況，某種意義上亦可看作是對於現行規範之一種可能解釋方式的考察。並且由於立法深受當時學說之影響，考察存在於立法當時的學說理論，約略等同考察立法者之主張，是以若欲套用此種對於現行規範的可能解釋方式，即相當於法學上的「歷史解釋」方法。此外，學說史之研究目標，除了「鑑往」更在「知來」，就此點而言，考察戰前中

¹⁵¹ 舊刑法第 25 條：「過失應處罰者，以有特別規定者為限。」第 27 條：「犯人雖非故意，但按其情節，應注意並能注意而不注意者，為過失。（第 1 項）犯人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。（第 2 項）」

¹⁵² 現行刑法第 12 條第 2 項：「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」第 14 條：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。（第 1 項）行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。（第 2 項）」對比新舊刑法之規定可知，實質上兩者幾乎並無差異，除了現行刑法已經明白使用「行為」一詞以外，其餘修正僅止於標點符號之調整。

¹⁵³ 有關中華民國刑法自清末 1908 年新刑律草案、1912 年中華民國暫行新刑律、1928 年中華民國刑法（舊刑法）以至 1935 年中華民國刑法（新刑法、現行刑法）之立法沿革與修法流變，可參照林山田（1994），〈第四章 刑法〉，《中華民國史法律志（初稿）》，頁 481-501。

國學者對於過失犯罪的論述內容，對未來「應該」如何具主體性地選擇、發展合乎台灣本身之法社會脈絡的過失犯理論，仍有其重要性。

第二款 王觀的過失犯理論

關於戰前中國之過失犯理論發展狀況，其較具代表性者，可以曾任教於朝陽學院之學者王觀¹⁵⁴，其著作《中華刑法論》之中的論述為例。該著作乃以總厚度達 23 公分的三巨冊所構成，其篇幅以及完整性，均為民國時代中國刑法著作之所罕見，亦為其後出版之刑法著作所不可忽視的重要參考文獻¹⁵⁵；且王觀曾任教之朝陽學院乃民國時代中國之法學重鎮¹⁵⁶，於該校職掌刑法課程講授之王觀，其刑法思想必然會藉由其教學而對法律專業社群產生一定之影響¹⁵⁷。

¹⁵⁴ 王觀（1890-1980），字漱蘋，湖南瀏陽人。1914 年於上海中國公學畢業。後留學日本明治大學學習法律。師從主觀主義和目的刑論的大師牧野英一博士。1919 年學成回國後，長期從事法學研究與教育工作。歷任清華大學、北京大學、河北大學教授、系主任、教務長及朝陽學院代院長，民國大學教務長，廣西大學法商學院院長、護校委員兼防護組長。中華人民共和國成立後，任廣西文史研究館館員。是政協廣西區第一至四屆委員。參照法史網，http://fashi.ecupl.edu.cn/Article_Show.asp?ArticleID=218（最後瀏覽日：2012/04/10）。此為《中國刑法論》一書於 2005 年由中國華東政法學院重新校勘出版之前言，欲一窺王觀著作之堂奧，不必再如筆者前往圖書館冒著毀損 80 年前的古物的風險翻閱、影印，僅須透過簡體書店代購、或至拍賣網站搜尋本書書名，即可輕鬆進入王觀的刑法學思想世界。

¹⁵⁵ 將王觀之《中華刑法論》列於參考書目者，於戰前中國之著作例如：張雋青（1936），《新刑法總則大綱》，上海：中華書局；於台灣戰後初期之著作例如：趙琛（1953），《刑法總論》，台北：自刊；周治平（1963），《刑法總論》，台北：自刊；於第二代學者留學歸國以後之著作例如：陳弘毅（1981），《刑法總論》，台北：漢林；第三代活躍期之著作例如：陳子平（2008），《刑法總論》，2 版，台北：元照。

¹⁵⁶ 參照王泰升（2011），〈中華民國百年法學發展史〉，《中華民國發展史·學術發展（上）》，頁 291，台北：政大、聯經。在民國初年，中國在地的法學教育已有相當之發展，其中以朝陽大學與東吳大學為其佼佼者，而有所謂「北朝陽、南東吳」之稱。創立於 1912 年的朝陽大學，以創設專門法科大學、養成法律專門人才為其宗旨，該校學生考取司法官的比例甚高，為民初重要的司法人才來源。其教學上則採歐陸的法學教育方式，注重法典的學習與理論研究，除王觀這類的中國本地教師以外，尚曾直接聘請諸多日本教授前往任教。其所出版的《朝陽大學法律科講義》為司法考試的重要參考資料，於 1923 年創辦的《法學評論》雜誌則為北洋政府時期的法學權威刊物。

¹⁵⁷ 例如曾任司法院第四屆大法官的梁恆昌，於回憶其於朝陽學院就讀經過時，即對講授刑法的王觀最為印象深刻，因為「他的口才好、授課非常生動，很受學生們的歡迎與愛戴」。參照司法院編（2006），〈梁恆昌先生訪談紀錄〉，《台灣法界耆宿口述歷史（第二輯）》，頁 69，台北：司法院。梁恆昌大法官之所以會撰寫諸多刑法的專著與論文，或許亦與學生時代受到王觀之啟發，有所相關。

參看《中華刑法論》第二冊之目錄，可以發現王觀已將犯罪之要件區分為「主觀的要件」以及「客觀的要件」，至於「過失」之定位，則是置於「犯罪之主觀的要件」的「任責條件」之下，以 20 頁左右之篇幅予以討論。¹⁵⁸由王觀對犯罪要件的分類可知，其並未援用犯罪階層理論作為其論述架構，惟其對於過失既然認定為責任條件之下位概念，則約略等同於 Beling、Liszt 之古典三階層體系與 Hegler、M. E. Mayer、Merzger 等人之新古典三階層體系之下，對於過失所為之體系定位¹⁵⁹。至王觀對於過失概念之定義與要件，乃形諸以下文字：¹⁶⁰

過失 (Culpa, Fahrlässigkeit, faute) 云者，應注意並能注意而不注意，缺乏認識，致發生犯罪事實之謂也。(刑法第 27 條。) 過失固以不知犯罪事實為本質，然非對於一切事實，毫不認識之謂，謂其知犯罪事實之一部，而於其他部份，可以知之而未能認識者也。是則過失成立，以主觀的對於犯罪事實缺可能認識之認識，客觀的缺乏防止結果發生之手段為要件。過失為犯罪事實之可得知之而不認識者也，是故從違反注意義務之行為，致生一定之結果，其結果不可得預見者，不得謂之過失。

綜合其定義與要件而言，王觀在定義上乃直接援用法條之明文規定，可謂已認知到「過失」應具備「注意義務」以及「預見可能性」。但就如前文所述，無論是王觀或是其師牧野英一，其之所以使用「注意義務」一詞，僅在表述「應注意」。縱使其所謂「不注意」可以表述為「注意義務違反」，惟其實質意義仍在於一種疏忽的主觀心理狀態，自與現今學說賦予「客觀注意義務」與「主觀注意義務」之內涵迥異，不可不辨。

¹⁵⁸ 參照王觀 (1930)，〈目錄〉，《中華刑法論 (第二冊)》，6 版，頁 2-4，北平：居無廬。

¹⁵⁹ 儘管在體系定位上，以過失為責任條件此點而言，古典犯罪階層體系與新古典犯罪階層體系，兩者並無不同，然而前者係以「心理責任論」建構其責任理論、後者則已開始納入「規範責任論」之影響，此亦反映在兩者責任階層判斷內容上之不同，即後者已將「期待可能性」的判斷納入。此外，於違法性階層，古典犯罪階層體系僅承認法定阻卻違法事由、新古典犯罪階層體系則開始承認有超法規阻卻違法事由之存在，亦賦予下述「容許風險」、「信賴原則」漸次發展之空間。

¹⁶⁰ 參照王觀，前揭註 158，頁 271。

其後，王觀針對何種程度係屬「不注意」之問題，亦即行為人之「注意能力」應達何種程度，則在介紹完日本學說上的「主觀說」、「客觀說」以及「折衷說」之後¹⁶¹，基於社會防衛的立場，而採取「客觀說」之見解：¹⁶²

余以為欲確保社會之存立，必使人人有切實注意之義務，刑法之所以論過失者，係以注意義務為責任之基礎，不問行為人之有無注意能力也，不問行為人之有無注意能力，猶之民法不問債務人之有無履行債務能力，負債而有償還之義務者相同。若是，則因不注意而負刑事上之責任，舍用抽象的標準外，無他途。

至於「故意與過失之區別」，亦即「有認識過失」與「未必故意」應該如何區分，王觀先是介紹通說見解「以對於犯罪事實認諾（Billigung Einwilligung）之有無，為區別之標準」，即所謂「希望主義」。惟其所採取之見解乃「認識主義」之主張，而認為故意與過失之區別「不在認諾，而在認識之有無」，進而認為「『有認識過失』一語，措詞亦欠妥善」。但囿於舊刑法在第 27 條第 2 項已經明文規定：「犯人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，為過失」，故一方面其認為「通說既不可採」、另方面「解釋刑法，又不能否認此項規定」，遂只好另闢解釋之蹊徑，而將第 27 條第 2 項解釋為：「行為者當為此行為時，認識該行為在通常情形，可能存在或發生，竟以己身具體的關係，而消極的決定之者，乃所謂有認識之過失」，而與「對於犯罪事實之存在或發生，加以積極的判斷，并信己身之技能亦與人同，懷『未必發生』之思想而為之」之「未必故意」，得以有所區別。¹⁶³

¹⁶¹ 參照王觀，前揭註 158，頁 274-281。

¹⁶² 參照王觀，前揭註 158，頁 282。

¹⁶³ 參照王觀，前揭註 158，頁 272-273、283-285。

透過以上的介紹，不難發現王觀的論述內容與前述戰前日本學說之內容大抵相符，甚至連用字遣詞都是直接套用日文漢字名詞。之所以王觀的學說內容會與戰前日本學說的見解有如此大的近似性，乃與王觀本身所受教育之背景有關，蓋王觀乃留學日本明治大學、師從前文所述日本新派大師牧野英一。就理論內容而言，此一事實適足解釋，何以王觀之刑法思想之中，會有諸多新派社會防衛思想之軌跡存在，此點亦反映在王觀對於不同見解的最終採擇。

此一援用日本學說的現象，在戰前中國實為普遍現象，亦有其時代背景。自清末開始的法制改革，中國即透過日本引進現代西方法律制度，因為清末修法大臣認為日本與中國之風土民情相近且同文同種，較易學取，乃藉由改換日文漢字讀音並予以解說之方式，間接將日本化的西方法律概念引進中國。¹⁶⁴由於以日本為主要的師法對象，戰前中國留外習法者，自以日本為大宗，並且在市面上亦出現諸多介紹、討論甚至直接翻譯日本民法、刑法、商法、訴訟法之書籍，因為此等書籍乃準備中國司法官考試之必須參考書籍。¹⁶⁵在此大時代的背景下，王觀的作法不僅無可厚非，甚至可以認為是不得不然，畢竟中國法學發展仍在百廢待舉的階段，眾家學者均在摸索、吸收與消化這一套與以往截然不同的規範制度，故引介繼受法母國的學說作為主要的論述內容，以求迅速打好法學基礎建設，自然有其必要。

儘管王觀的刑法思想受限於大環境的時代背景，而無法跳脫其留學國的外在思想框架，至少其已能在法條的說文解字之外，以其所知所學對問題進行相當之說理分析。縱使此一現象未必稱得上是普遍狀況，至少仍足以顯現，在民國時代中國之刑法學發展，其實已經逐漸開始具有超乎單純條文釋義的成就。

¹⁶⁴ 參照王泰升，前揭註 156，頁 288。

¹⁶⁵ 參照王泰升，前揭註 156，頁 289-291。

第三節 戰後的理論發展（1945 以後）

第一項 大中國時代與中華民國政府遷台初期（1945-1960 年代 初期）

第一款 大中國時代（1945-1949）

就大中國時代而言，一來由於現行之中華民國刑法（新刑法）早在 1935 年即已公布施行，實定法制度上並無重大變革，二來由於戰爭之故，所能參考之文獻多半亦以戰況尚未明朗化之前的著作為主，故此一時期所出版之刑法著作，其所持見解大抵與戰前並無太大的差異。例如張雋青（1894-1966）於 1947 年出版的第 4 版《新刑法總則大綱》，即將「過失」置於「責任條件」之下講述，對於「過失」之定義為「行為人雖非故意，於應認識且可認識之事實，因不注意而不認識」，並就「過失之構成」則分別介紹「客觀說」、「主觀說」與「折衷說」，惟並未就「故意與過失之區別」予以討論。¹⁶⁶至其書末所列舉之參考書目，中文文獻部份皆為 1930 年代之刑法學論著，包括前述王觀之著作亦在其列。¹⁶⁷由此可見，包含實定法規範、實務運作以及學說見解在內的廣義法律系統，倘若缺乏來自外界的不同刺激，實無法產生繼續演進、發展之動力，自然不會有異於以往的樣貌。

¹⁶⁶ 參照張雋青（1947），《新刑法總則大綱》，4 版，頁 54-57，上海：中華書局。

¹⁶⁷ 參照張雋青，前揭註 166，頁 209。

第二款 中國民國政府遷台初期（1949-1960 年代初期）

第一目 主流見解發展概況

於中華民國政府遷台初期，關於過失犯之論述內容，與前述並無顯著不同，諸如周治平（1910-1972）於 1953 年出版的《中國刑法新論》、韓忠謨（1905-1993）於 1955 年出版的第一版《刑法原理》、梁恆昌（1912-2007）於 1958 年出版的《刑法總論》以及趙琛（1899-1969）於 1963 年出版的《刑法總論》改訂八版，對於過失之體系定位、定義、標準以及故意與過失之區別等問題，除結論上或有不同以外，實質討論之內容仍大同小異，至其篇幅則多在 2、3 頁之譜。茲以曾任 1933 年立法院刑法委員會之刑法委員、而參與現行刑法修訂的趙琛為例，其對於過失之體系定位，乃認為係作為「犯罪之主觀要素」、而與故意並列為「責任意思」之一種。¹⁶⁸姑且不論趙琛將故意與過失並列為責任「意思」之妥適與否¹⁶⁹，其所為之此一體系編排，縱使形式上迥異於古典或新古典三階層體系之結構，實質上卻並無分別，蓋均係將過失看作為與故意並列的責任要素之一，僅在上位概念係使用「責任意思」或「責任條件」來界定，用語略有不同。至其對於過失之實質討論，概念定義上乃直接援引法條文字，而無進一步說明；對於注意之程度要求，亦在介紹「客觀說」、「主觀說」之後，採取其認為較為合理之「折衷說」；關於過

¹⁶⁸ 參照趙琛（1963），《刑法總論》，改訂 8 版，頁 86-88，台北：自刊。

¹⁶⁹ 趙琛認為：「責任意思者，係行為人之意思決定，與惡性之表徵，而為形式責任之具體的要件也」、「有謂過失犯為無意思之犯罪應稱為『無意犯』者，實非確論，蓋過失者欠缺注意力而已，仍有消極的意思存在也。」然而，關於有認識過失與未必故意之區別，其又認為：「懈怠過失（按：即有認識過失），自信其手藝之可恃，而確信其結果之不發生，故無使其發生之意念。在未必的故意，其結果之發生與否，雖未可必，而無不發生之確信，且其發生，並不背行為人之本意，即不能謂無使發生結果之一語，此即兩者之不同之處也。」綜合兩者以觀，至少會產生以下的問題：何謂過失之「消極的意思」？此一「消極的意思」與消極容認的「本意」關係為何？均有待進一步說明，卻未見釐清。筆者認為，可能的癥結或許在於趙琛將「意思」與「心理狀態」等同視之，而「意思」在其部份使用上卻又等同於現在通稱的「意欲」，遂造成概念上的混淆難解。

失之類型，則分別介紹「疏忽過失與懈怠過失」¹⁷⁰、「普通過失與業務過失」以及「積極過失與消極過失」¹⁷¹。¹⁷²凡此，顯與前述大中國時代、乃至戰前中國之學說見解，無實質上的差異。

探究現象的可能原因，最重要的，莫過於當時欠缺足供參考的刑法學文獻。儘管當時台灣的刑法學者與民國時代中國之學者並無太大的不同、並且尚於戰後陸續招聘了一些本省籍之教師¹⁷³，然而中國於 1930 年代和 1940 年代出版的大量法律著作，絕大多數都並未被攜至台灣，使得教師於 1950 年代初期，根本沒有中文的法學教科書可供教學、研究之用¹⁷⁴，縱使學者質量未必遜於戰前，少了足供參考的基礎文獻資料，學者亦難以產出足夠水準的法學論著。並且，就算當時學者能勉強蒐集到一些參考文獻，這些刑法專門參考文獻，也仍舊係以民國時代中國之刑法著作、以及在民國時代中國接受法學教育者所撰寫之刑法著作為主。既然沒有外部的其他刺激進入，也就難以期待法學論述內容會出現什麼樣的不同主張。除非學者本身亦通曉日文，始得藉由參考臺大圖書館內的舊藏日文法律書籍，以汲取法學研究所需之知識養分。¹⁷⁵

第二目 周治平的過失犯理論

值得注意的是，周治平於 1963 年出版之《刑法總論》，則有顯現出打破前述刑法論述僵局之勢。純從形式上的篇幅來看，該文關於「過失」之討論，已經自前述 2、3 頁之譜，成長至 12 頁之多。而在體系定位上，其已明確採取「構成要

¹⁷⁰ 即無認識過失與有認識過失。

¹⁷¹ 即作為過失與不作為過失。

¹⁷² 參照趙琛，前揭註 168，頁 92-95。

¹⁷³ 參照王泰升（2002），《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000）》，頁 64，台北：國立臺灣大學法律學院。

¹⁷⁴ 參照王泰升，前揭註 139，頁 1397。

¹⁷⁵ 參照王泰升，前揭註 173，頁 40。

件合致性、違法性以及有責性」之三階層體系，並以之為犯罪論之主要寫作架構，而將「過失」置於「有責性」底下之「責任條件」中論述。

仔細檢驗其實質論述內容，首先是過失的概念定義，其認為：¹⁷⁶

過失（Fahrlässigkeit，faute，culpa）謂行為者對於發生之犯罪事實應認識且能認識，而因不注意致欠缺認識之心理狀態。申言之，行為者對於一定之犯罪事實應有認識，而怠於認識，即屬違反注意義務，此為過失之規範要素。行為者如能盡其注意之能事，原可認識一定犯罪事實之存在；乃因欠缺意識之緊張，致未能認識，此不認識之怠慢態度為過失之心理要素。故此二要素合一而為過失之責任要素。是以過失犯責任條件之過失核心乃怠於注意之精神態度，即欠缺意識之緊張，如盡相當之注意，即得認識構成要件合致之事實，然因欠缺意識之緊張而不認識，致不能為迴避構成要件結果之決意，故對於其違背注意義務規範之心理狀態，得加非難之評價，乃為過失之責任本質。

自前述的定義與要件即可知悉，周治平對於過失犯的論述，在實質內容上已經與過往的論述大異其趣。以往的論述基本上認為，過失的核心本質在於「疏忽」的主觀心理態度，此點周治平似乎也在定義處大致同意，而稱「過失核心乃怠於注意之精神態度，即欠缺意識之緊張」。不過，再詳細檢驗其論述內容，即可察覺其重點在於後段的文字，即認為「不能為迴避構成要件結果之決意，故對於其違背注意義務規範之心理狀態，得加非難之評價，乃為過失之責任本質」。就此以觀，包括對於「迴避構成要件結果」的強調，已有與「結果迴避義務」接軌之趨勢，加上使用「非難」二字所表彰的「規範責任論」立場，均可看出其已開始與既往的過失理論脫勾。

¹⁷⁶ 參照周治平，前揭註 155，頁 286。

再看到過失之成立要件，其直接將條文之「應注意」解為「須有注意之義務」、「能注意」解為「須有注意能力」以及「不注意」解為「怠於注意」。僅僅瀏覽其標題，實難以察覺與既往論述之差異何在，故本文於此乃進一步呈現其論述之內容。

首先是「須有注意之義務」：¹⁷⁷

法文謂「應注意」者，即謂行為者有預見並防止發生構成要件結果之義務也。申言之，注意義務之內容為行為者預見構成要件結果之發生，而避免為該結果發生之行為之義務。此種注意義務為法律規範之要求，違背此注意之規範義務，乃過失之違法要素。此項要素非法令之規定所能盡，凡有悖於公共秩序或善良風俗之要求者，皆有避免行為之義務，因而習慣或條理亦得為注意義務之法源。

其次是「須有注意能力」，其認為：「法文謂『能注意』者，即謂行為者須具有實踐其注意義務規範之能力也。」而於後述介紹「客觀說」、「主觀說」與「折衷說」，並認為「折衷說」乃「足以調和社會利益與個人利益」，故而採之。¹⁷⁸就此要件而言，與前述其他第一代學者以及戰前之學說見解內容，並無差別。

最後是「怠於注意」：¹⁷⁹

法文謂「不注意」者，即謂行為者怠於實踐其注意義務，而違背法規範之要求也。夫刑事責任本質之非難，乃以「義務違反性」(Pflichtwidrigkeit)為根據。此種義務源於意思決定規範之法規範的要求。行為人如予以通常之注意，即得認識一定之構成犯罪事實，從而為防止結果發生之積極或消極行

¹⁷⁷ 參照周治平，前揭註 155，頁 287。

¹⁷⁸ 參照周治平，前揭註 155，頁 287-289。

¹⁷⁹ 參照周治平，前揭註 155，頁 289-290。

為之決心；乃因怠於注意，致無認識，而未能避免結果之發生，故怠於注意即具有義務違反性，為過失責任所特有之要素，所應注意者也。惟是，行為者雖已盡其注意義務之最大能事，而仍不能避免結果之發生時，則屬於不可抗力所導致之結果，自不能再課行為者以過失之責任。故不可抗力與過失有別，乃阻卻責任之要素也。

以上關於過失之成立要件，周治平總結如下：¹⁸⁰

綜上所述，刑法處罰之過失，以違反注意義務為其本質，以其具有反規範性也。所謂注意義務，不外三種：第一為認識（或預見）犯罪構成事實之義務，第二為基於已認識（或預見）之犯罪構成事實而為必要之內在的（如集中注意力）、外在的行為之義務。例如汽車駕駛人欲開車時，應檢查汽車有無故障；或在汽車疾駛中，應確定前方是否有行人等。第三為實踐避免發生結果之義務，例如汽車在行進中，駕駛人發現前方有行人時，應鳴笛予以警告，減緩速度，並採取隨時停車之準備等。此三種義務之間，有密不可分之關係，如無認識義務，則無其他二種義務。因而無注意義務，亦無所謂違反義務，過失行為之違法性即被阻卻，所不待言。然雖有注意義務，仍須有預見之可能，始得進而論究其責任。

根據上述要件的內容建構，更能確定周治平的論述已經大幅超越既往論述的內容。就「注意義務」內涵而言，其不再只是「不得疏忽」或「意識之緊張」的主觀心理態度，而僅在責任層次予以檢驗。周治平甚至明言「違背注意義務」係屬「過失之違法要素」，是以如果「無注意義務，亦無所謂違反義務，過失行為之違法性即被阻卻」，即已認為過失不再是專屬於責任階層的概念，構成責任本質的注意義務，在違法階層即佔有一席之地。而其所解析的三種注意義務，大致亦包

¹⁸⁰ 參照周治平，前揭註 155，頁 290。

含了「結果預見之內在注意義務」以及「結果迴避之外在注意義務」。換言之，由其論述內容可知，是否成立過失犯之判斷重心，已經漸漸地從過往的「結果預見義務」轉移到「結果迴避義務」上，此點可謂與一般性理論發展中的「新過失犯理論」之見解相近。不過，周治平既然仍將過失置於責任階層之責任條件項目下予以論述，此處卻又稱注意義務及其違反乃屬於違法性之要素，即出現了犯罪階層體系上的紊亂。並且，為何注意義務會從原來的責任要素、搖身一變成了違法性要素，亦未見實質的理由說明。凡此均難驟認周治平之見解已經可以歸類在「新過失犯理論」的陣營，諸多「舊過失犯理論」的元素仍存留在其字裡行間，是以頂多僅屬新舊理論之間的過渡。

另外，在其過失論述的最末處，出現了下列這段論述：¹⁸¹

科學發達，文明進步，促進人類福祉，日益向上，固為不容否定之事實。而由於各種技術之迅速發達，使各種行動之危險，為之增大，為人類生活增加若干新的威脅與災害，亦為不爭之事實。例如交通機器、工場產業（利用電子或原子能為生產方法之危險工業）、健康之醫術等之行為，多半含有必然之危險性。然如前面禁止有此等危險之行為，則吾人之社會生活，恐將限於麻痺。是以醫學上有所謂「已受容許的危險」(erlaubtes Risiko)之新觀念；交通事故中亦有所謂「信賴原則」(Vertrauensgrundsatz)之適用，皆所以說明危險與行動效果之關係，即對於從事一定附有危險性之行為者，加強其注意義務。

據此，「容許風險」與「信賴原則」等課題，亦透過周治平之筆，首次引介至台灣的學術領域。有鑑於此時容許風險與信賴原則均屬發展中之概念，周治平對於此二概念之掌握，亦與現今之理解有所差異。但綜合前述其對於過失定義、過

¹⁸¹ 參照周治平，前揭註 155，頁 298。

失要件之論述，乃至此處容許風險、信賴原則等課題之提出，許多現今學說所熟悉的過失犯主要論題，於該書中均有所呈現。

第三目 小結

何以周治平會有以上論述之提出？其理由當然不僅是單純有感於伴隨科技進步而來之各種危險，進而提出原創之獨獲見解，毋寧是因為所參照之文獻，已有異於既往之見解出現。當然，此處出現嶄新見解的，自然不會是受限於大環境因素而難以產生不同元素的既有中文文獻，而是持續不斷進行更新其內容的日文文獻。參閱《刑法總論》一書的參考文獻，我們發現不僅日文參考書籍多於中文參考書籍，及其所參考之日文書籍多有 1950 年代甚至是 1960 年代之著作，大抵不難推想周治平之論述源頭為何。¹⁸²

就此現象而言，我們或許無法否認，學者在引進最新的外國學說見解時，其本意仍是希望能夠處理本國所面臨之法律問題；然而就其思路歷程而言，恐怕是先接觸到外國之理論，才反過來思考本國是否存在類似問題，進而再將各種代表「最新潮流」的「先進理論」，以其著作引介至國內。無論如何，以刑法理論的總體歷史發展來看，周治平借助最新日文參考文獻所介紹、主張的論述內容，確實係將台灣的刑法學研究，帶領到下一個新的階段。就過失犯理論的論述，套用學說上的一般說法，即逐漸由以往的舊過失犯理論、開始過渡到新過失犯理論，此一成果大幅超越了其他第一代學者的論述內容。

第二項 第二代學者留學歸國後(1960 年代後期至 1980 年代後

¹⁸² 參照周治平，前揭註 155，頁 664-666。關於過失犯領域的討論，該文較為重要的參考文獻例如：井上正治於 1958 年出版的《過失犯の構造》；Hans Welzel 原著、福田平與大塚仁翻譯，而於 1963 年出版的《目的的行為論序說：刑法體系の新様相》。

期)

1960 年代後期，在戰後台灣接受法學教育後出國留學之第二代法學者，已陸續返國任教並為著述，亦為刑法上之過失犯理論注入新的刺激。第二代學者歸國以後，除了既有的第一代學者靠著既有文獻或自行更新外國理論之外，第二代學者或直接將其於留學國之所學帶回台灣、或憑其對於各該留學國之理解不斷同步更新並引介外國理論，關於過失犯之論述因此逐漸有多元化之趨勢。尤其，留學德國歸國的刑法學者，在蔡墩銘（1932-）的帶領之下，打破了以往悉以日本學說為參考對象的狀況，而將德國學理的元素引入至台灣刑法學界。本文認為，此一時期台灣的過失犯理論，在前述背景之下，已經開始分為兩種主要類型。

第一款 第一類見解

第一目 主流見解發展概況

第一種類型之論述模式，即延續既往對於刑法上過失之探討，基本上仍係將過失定位為與故意並列之責任要素，在此架構之下論述過失之定義、要件、標準以及故意與過失之區別何在。惟在此一類型當中，部份文獻已經意識到前述容許風險以及信賴原則等新課題，而以相當之篇幅加以論述，並試圖置於既有的理論架構之下予以處理¹⁸³。至於其他文獻對過失犯的討論，針對容許風險以及信賴原則等問題，則未置一辭，其論述之內容大抵即與 1960 年代以前、甚至是大中國時代之見解相當¹⁸⁴。此一類型之論述模式，於此時期仍是學說上之主流。在此一時

¹⁸³ 例如：蔡墩銘（1976），《刑法要義》，頁 129-137，台北：自刊；陳弘毅，前揭註 155，頁 159-166。

¹⁸⁴ 例如：蔡墩銘（1969），《刑法總論》，頁 173-177，台北：三民；何任清（1971），《刑法概論》，2 版，頁 70-73，台北：自刊；陳和慧（1973），〈過失責任論〉，《軍法專刊》，19 卷 6 期，頁 18-26；

期的文獻之中，業已有將是否成立過失犯之判斷標準，自「結果預見義務」逐漸移轉至「結果迴避義務」者，惟其態勢仍舊不明顯，與周治平對於過失犯的討論大致相當，頂多僅具新舊理論之間的過渡地位。

第二目 蔡墩銘的過失犯理論

在眾多的第一類見解之中，足茲代表者，乃台灣戰後第一位自德國取得法學博士學位並返台任教的法律學者蔡墩銘，其於《刑法總論》與《刑法要義》書中關於過失犯的論述，蓋此二本同一作者之不同時期著作，對於過失犯理論的建構迭有差異，適足表現此一時期主流見解的變遷。¹⁸⁵

首先，在 1969 年出版的《刑法總論》一書，蔡墩銘乃明確採用古典的三階層體系，將過失與故意並列為責任要素之一。就篇幅而言，關於過失之意義、分類、要件及其有責性之討論，總計不過 4 頁之論述。但在其言簡意賅的論述內容之中，仍可發現與周治平以前之學說見解的不同之處。例如，在論及過失之意義時，緊接在刑法第 14 條的文字引用之後，蔡墩銘做出了以下的解讀：¹⁸⁶

依此，過失之成立係由於一定不注意之行為而惹起構成要件上所規定之法益侵害，以是不注意、行為及結果之發生，均對於過失之成立具有重大之意義。

如此，只注重事實性而予之過失之定義，自規範責任論被提出以後，已被認

高仰止（1974），《刑法總論》，頁 257-264，台北：自刊；梁恆昌（1976），〈論過失犯〉，《刑事法雜誌》，20 卷 1 期，頁 1-12；褚劍鴻（1979），《刑法總則論》，3 版，頁 175-180，台北：自刊；鄭健才（1981），《刑法總則》，頁 108-119，台北：自刊；楊建華（1982），《刑法總則之比較與檢討》，頁 82-85，台北：自刊；謝瑞智（1983），《刑法總則精義（表解）》，頁 103-106，台北：自刊。

¹⁸⁵ 在此須稍加說明者，由於該二本著作迄今仍有不斷改版，此處為了凸顯此一時期主流見解變遷的一般樣貌，故僅援用該二本著作的最早期版本。至於該作者在後續的改版中，有何見解上的轉變，則非此處之關注焦點所在。然而，以筆者初步比對各該文籍的新舊版本，發現新版內容與舊版除了涉及修法與實務判例決議變更的部份以外，其餘幾無差異。

¹⁸⁶ 參照蔡墩銘，前揭註 184，頁 174。

為尚有不足。故主規範責任論者，遂認為過失係對違法性之不認識有其過失，此與故意之所以成為故意，在於違法性之有認識，殊途同歸。過失之本質亦在非難可能性，亦即對行為人之不注意及無違法之意識，應予非難而成立者。

其既認為過失乃因「不注意之行為而惹起構成要件上所規定之法益侵害」而得成立，等於肯認過失犯之構成要件異於故意犯之構成要件，此點在論及過失犯之有責性時亦獲得蔡墩銘之明文肯認：「過失構成要件該當行為之構造本異於故意構成要件該當行為之構造，是以受故意犯有責性之否定者，倘非同時具備過失構成要件該當行為之性格，實不至於再受過失犯有責性之認定」，進而認為過失犯與故意犯之間並不必然具備補充關係。¹⁸⁷至其在責任論的基本立場亦揚棄過去通說的心理責任論，改採規範責任論為其根本。

其後，蔡墩銘列出了過失之要件，包括「須有構成要件所規定法益侵害之發生」、「須違反主觀注意義務」、「須無違法性之認識」以及「須有期待可能性」。¹⁸⁸但在此等要件之中，讀者無從知悉，過失犯與故意犯在構成要件構造上的差異究竟何在。詳言之，第一個要件「須有構成要件所規定法益侵害之發生」與故意犯並無不同，後兩個要件「須無違法性之認識」、「須有期待可能性」則屬責任論之範疇，而最有可能展現故意犯與過失犯之不同的「須違反主觀注意義務」要件，蔡墩銘的論述內容卻似又回歸傳統過失犯理論，在臚列了「客觀說」、「主觀說」與「折衷說」之後，認為：「過失之成立，須行為人對構成要件結果有預見可能，倘無此項預見可能之存在，實欠缺歸責之前提，是以使行為人對其行為負責，須行為人違反其主觀注意義務，故應依主觀說為妥」¹⁸⁹。而查閱該書關於行為論、構成要件該當性以及違法性的討論，亦未以適當之篇幅明確說明，究竟過失犯與故意犯構成要件構造上的差異何在。是以蔡墩銘此時的過失犯理論主張，縱使已

¹⁸⁷ 參照蔡墩銘，前揭註 184，頁 177。

¹⁸⁸ 參照蔡墩銘，前揭註 184，頁 175-176。

¹⁸⁹ 參照蔡墩銘，前揭註 184，頁 176。

對過失犯的變革有其意識，惟就其論述之實質而言，相較於 1960 年代以前的學說，並未有太大的差異與進展。

嗣於 1976 年出版的《刑法要義》一書，情況有所轉變。儘管該書定位上係屬兼含刑法總則與刑法分則的刑法概要書，但是過失責任的論述篇幅卻反向成長至 9 頁，並且「容許風險」¹⁹⁰與「信賴原則」等議題亦已成為論述的重點。就此論述的橫向內容廣度而言，可謂已經追上周治平、乃至當時的德日學說，惟檢驗其論述深度，則未能較《刑法總論》更進一步地釐清過失犯在構成要件該當性與違法性有何根本上的不同。至於「容許風險」與「信賴原則」如何融入其所採之犯罪階層體系，該文亦僅簡單地呈現否定過失責任的結論，也就是將兩者定位為罪責階層的阻卻過失罪責事由，卻未說明為何兩者並非阻卻構成要件或阻卻違法事由，此亦為其說明上的不足之處。¹⁹¹

由上述討論可知，蔡墩銘的過失犯理論，似有朝向「故意犯與過失犯屬相異結構之犯罪類型」的方向發展，惟其未能在行為論、構成要件該當性以及違法性等階層對此多加著墨以論證其正當性，使得其理論內涵最終仍係以罪責階層之不同，作為故意犯與過失犯的主要區別。就此而論，蔡墩銘之見解，一方面已漸有與外國最新理論發展接軌之勢，另一方面卻又未能在實質論理上有所突破，遂使其過失犯理論仍應被歸類在第一種類型的見解之中。

第二款 第二類見解

第二種類型之論述模式，則是認為過失犯與故意犯無論在不法內涵抑或責任內涵上，皆存在不同之處。部份學說甚至直言過失犯係獨立在故意犯之外的獨立

¹⁹⁰ 該文稱之為「被容許之危險」。

¹⁹¹ 參照蔡墩銘，前揭註 183，頁 134-136。

犯罪類型。而判斷學說是否認為過失犯應與故意犯採取不同的檢驗架構，本文所採取之主要基準在於：是否認為過失犯亦須判斷作為「主觀構成要件要素」。析言之，縱使其論述內容並未明白表示過失犯與故意犯係屬不同犯罪類型，只要其在建構過失犯構成要件該當性之檢驗要素時，並未如故意犯採取「客觀構成要件要素」與「主觀構成要件要素」之架構者，實質上即屬認為兩者係採不同架構之見解。

第一目 林山田的過失犯理論

在台灣刑法學界堪稱一代宗師的林山田（1937-2007），於 1983 年所出版經典教科書——《刑法通論》，適足為此類型之例。該文針對「過失之作為犯」，即另闢獨立於「故意之作為犯」之專章，逐一討論過失之概念、要素、型態、程度，以及過失犯之不法構成要件、違法性與有責性等問題。以往學說上關於注意義務、注意能力以及容許風險、信賴原則，在該文的體系架構之下，經過一定的概念轉化後，內化為過失犯各個犯罪階層的檢驗內容。¹⁹²

事實上，不待其教科書之出版，林山田早已在〈論過失犯罪〉一文中，採取此一架構進行過失犯罪之論述：「本文乃採上述新犯罪理論之通說，對於過失犯罪之研究，不再局限於罪責領域中探討過失之法律概念，而將過失犯罪行為當作與故意犯罪行為平行之一種犯罪類型，加以研究。」¹⁹³此處所謂之「新犯罪理論之通說」，自然不可能是台灣學界的前述主流見解，而是德語刑法學界之通說見解。

¹⁹² 參照林山田（1983），《刑法通論》，頁 241-284，台北：自刊。

¹⁹³ 參照林山田（1981），〈論過失犯罪〉，《政大法學評論》，24 期，頁 5 以下。

進一步檢驗林山田的理論主張，首先可以發現以下論述，試圖證成過失犯在不法與罪責層次均與故意犯有異的理由基礎：¹⁹⁴

過失犯罪之行為人，只因違背在日常社會活動中客觀必要之注意義務，而在不情願之心態下，造成法益之破壞或危險。簡言之，故意犯罪乃行為人在「知」與「欲」之心態下，實現構成要件。反之，過失犯罪乃行為人在「不知」與「不欲」之心態下，實現構成要件。易言之，即過失犯對於法規範之禁止或誡命，並非有意違犯，只是因為疏忽不注意而違犯刑法。此兩種截然不同之心態，而構成之犯罪，無論在不法內涵（Unrechtsgehalt）與罪責內涵（Schuldgehalt），抑在刑法論理（Strafrechtsdogmatik）上之犯罪結構，均有相當之差異。

但在以上文字敘述之中，除了故意犯罪與過失犯罪在「知」、「欲」要素的差別以外，實際上並沒有更加深入的理由論述，以瞭解過失犯罪之所以必須與故意犯罪採取相異犯罪階層體系的原因。乍看之下，這段文字既流暢又言之成理，但僅由此段論述，讀者仍舊摸不著頭緒，到底這些論述內容為何適用於以往的過失犯理論？而在該文的後續論述之中，讀者仍舊只看到作者不斷重述「故意犯罪與過失犯罪係屬不同犯罪類型」的「結論」。其後僅見的說理，乃以下這段文字：¹⁹⁵

隨著目的行為論（Die finale Handlungslehre）與社會行為論（Die soziale Handlungslehre）以及規範罪責論（Die normative Schuldlehre）之提出，而導致刑法理論中犯罪理論之更張。依此新犯罪理論，過失犯罪乃「一種可罰行為之特別類型」（ein besonderer Typus der strafbaren Handlung），且在不法（Unrecht）與罪責（Schuld）領域中，均具有其獨立之結構。過之

¹⁹⁴ 參照林山田，前揭註 193，頁 1-2。

¹⁹⁵ 參照林山田，前揭註 193，頁 4-5。

之法律概念亦與故意者同，兼具「行為型態」(Verhaltensform)與「罪責型態」之雙重性格。過失不但為一罪責要素，同時亦為違法性(Rechtswidrigkeit)之一要素。

相較於前述所引用的內容，本段文字算是具有較進一步的實質說理，但問題仍舊沒有解決。詳言之，究竟為什麼在「目的行為論」、「社會行為論」以及「規範罪責論」等主張的提出之後，故意犯與過失犯的犯罪階層體系結構會截然不同於以往，仍舊欠缺具體清晰的理由說明。是以，若欲探問台灣的過失犯理論為何「必須」有此一百八十度的大轉變，除了此為德語學界的最新潮流以外，似乎再無其他實質的理由。這樣的理由，顯然並不充分。

緊接在前述的理由說明之後，林山田直接開始說明過失概念的定義：¹⁹⁶

過失(Fahrlässigkeit, Negligence)乃一法律概念(Rechtsbegriff)，係指行為人怠於依客觀情狀及其個人情況所應為，且係其能力所及之注意，因而對於構成要件之實現無所認識。易言之，行為人依客觀存在之具體情狀以及個人之情況，雖負有注意義務，且有能力加以注意，但竟未注意或未為足夠之注意，致未預見構成要件之實現。申言之，即行為人因輕浮、草率、魯莽、恣縱、懈怠、疏忽，而根本未注意或僅為不足夠之注意，由於此等不注意或注意不足，而未認識應該能夠認識之行為實現構成要件之危險性；或雖認識行為實現構成要件之危險性，但未捨棄此行為，以避免構成要件之實現；或雖仍為此行為，但未保持必要之注意，並為妥善之安全措施，以避免構成要件之實現，此即為過失。

¹⁹⁶ 參照林山田，前揭註 193，頁 5-6。

據此，林山田認為依照以上敘述，可以得知過失有以下成立要素，即「行為之客觀注意違反性」(Objektive Sorgfaltswidrigkeit der Handlung)、「行為之主觀注意違反性」(Subjektive Sorgfaltswidrigkeit der Handlung)、「結果之客觀可預見性」(Objektive Voraussehbarkeit des Erfolgs)、以及「結果之主觀可預見性」(Subjektive Voraussehbarkeit des Erfolgs)。「行為之客觀注意違反性」與「結果之客觀可預見性」，係以「具有良知與理智而小心謹慎之人」，處在與行為人同一之情狀下，所應保持之注意、並可預見結果之發生，作為客觀上的一般標準，此亦為原則上所須判斷者。僅在依個案的具體情狀，可以合理懷疑行為人個人之情況，在主觀上無法滿足注意義務的要求或是欠缺可預見性，始例外檢驗「行為之主觀注意違反性」與「結果之主觀可預見性」。¹⁹⁷就過失之判斷標準而言，此種原則採「客觀說」、例外採「主觀說」的見解，看似相當於以往的「折衷說」之見解，但正如前述於新舊過失犯理論的討論所示，此種類似於折衷說的見解，由於原則上僅檢驗客觀的注意義務違反性與客觀的結果可預見性，故其實質上反而更接近於「客觀說」。另應注意，傳統的「客觀說」、「主觀說」與「折衷說」的重點悉在「預見可能性」，林山田在此則已明確地將「注意義務違反性」與「預見可能性」並列，自其論述的篇幅亦可知其重心乃在「行為之客觀注意違反性」，凡此均異於傳統學說。此外，綜觀該文，此等要素究竟在犯罪階層體系中的定位如何，並未見林山田有所明言，故此點尚有待自其後續的論述內容推論。

第一，該文以「行為不法」(Handlungsunrecht)與「結果不法」(Erfolgsunrecht)來建構純粹客觀的「過失犯之不法構成要件」。在「行為不法」之中，又區分為「內在之注意」(innere Sorgfalt)與「外在之注意」(äussere Sorgfalt)。前者的注意義務內涵乃「應認識並正確地預估其行為對於法益之危險方式與危險程度」，後者則以

¹⁹⁷ 參照林山田，前揭註 193，頁 6-9。其中，關於「行為之客觀注意義務違反性」之討論佔了將近 2 頁的篇幅，而其他「行為之主觀注意義務違反性」、「結果之客觀可預見性」以及「結果之主觀可預見性」的討論加總起來，也不過佔據 1.5 頁的篇幅。

「行為人基於對其行為之危險方式與危險程度之認識與預估，進而為達避免發生構成要件該當結果之目的，所應保持之注意」為其注意義務之內涵，兩者均採取客觀標準。在「結果不法」之中，須判斷者為「行為必須為結果之原因」、「結果必須具有可避免性」、「結果與因果歷程必須為客觀可預見」。詳言之，首先須以「條件理論」(Bedingungstheorie)判斷行為與結果之間的因果關係；其次再判斷行為人若履行注意義務，結果是否幾近確定仍會發生；最後再針對結果之發生及其因果歷程，判斷是否「通常一個有良知與理性而謹慎之人，處在行為人同一情狀下，均可預見，或未超出一般生活經驗認識範圍」。¹⁹⁸

第二，論及「過失犯罪行為之違法性」，較值得一書者，乃該文雖論及通說將「容許風險」列為阻卻違法事由，但卻並未明確表示是否贊同通說之立場；至於「信賴原則」，在該文中雖未明確予以討論，但是該文認為「交通正確行為」(Das verkehrsrichtige Verhalten)既然符合注意誡命而未違背注意義務，應解為欠缺行為不法，似可推論其係將「信賴原則」之問題置於構成要件層次處理，而非看作是阻卻違法事由。¹⁹⁹

第三，關於「過失犯罪行為之罪責」，須檢驗的要素則有「責任能力」、「不法意識」、「客觀注意義務之認識能力與履行能力」、「結果與因果歷程之主觀可預見性」以及「符合注意誡命行為之可期待性」。²⁰⁰

經由上述整理，在該文中所羅列的四種過失要素，究竟分屬犯罪階層體系的哪個階層，即可得出大略的對應：「行為之客觀注意違反性」，所對應者即過失犯之不法構成要件中的「行為不法」，即率皆採取客觀標準的「內在之注意」與「外在之注意」；「行為之主觀注意違反性」，則為罪責要素中的「客觀注意義務之認識

¹⁹⁸ 參照林山田，前揭註 193，頁 15-22。

¹⁹⁹ 參照林山田，前揭註 193，頁 22-23。

²⁰⁰ 參照林山田，前揭註 193，頁 23-25。

能力與履行能力」；「結果之客觀可預見性」，被定位為過失犯之不法構成要件中的「結果不法」要素；「結果之主觀可預見性」，則為罪責要素。自此以觀，過失犯的成立要素分別得以對應至不法構成要件要素或罪責要素，並且將不法構成要件建構為純粹客觀之內涵，具有自成一格的井然體系，而與故意犯的犯罪階層體系截然不同。

然而，問題即在於過失犯採取一套與故意犯截然不同的體系，其實質的理由何在？何以在構成要件階層，故意犯之「故意」乃作為「主觀」構成要件要素，而過失犯之「過失」卻透過「行為不法」與「結果不法」而建構為「純粹客觀」構成要件要素，而毋須檢驗「主觀」構成要件要素？過失的部份要素屬於構成要件要素、部份要素屬於罪責要素，將之置於不同階層的考量為何？該文的各段文字，分別以觀似乎都言之成理，然而由於此等根本的、實質的理由說明，在該文之中徹底缺席，遂使林山田欲將台灣刑法學與外國最新理論發展接軌的努力，乃因此有所折扣。

第二目 其他論著

除了林山田的期刊論文與教科書以外，此一時期尚有其他論者亦認為過失犯在不法內涵與責任內涵均有差異，然而這些論著未必均如林山田的過失犯理論，對過失犯採取異於故意犯的犯罪階層體系。與林山田採取相同見解，明確主張過失犯與故意犯具有相異犯罪結構者，例如韓忠謨的〈過失犯之構成的問題〉一文。

²⁰¹該文認為：²⁰²

²⁰¹ 參照韓忠謨（1988），〈過失犯之構成的問題〉，《刑事法雜誌》，32卷1期，頁1-23。

²⁰² 參照韓忠謨，前揭註201，頁6。

過失犯原係一種可罰行為的特別類型，其違法性及有責性雖不若故意犯之嚴重，但顯示其固有性格，自成體系，堪認為具體而微者。本文即以此為出發點，特別注重過失犯之「行為的不法」、「結果的不法」、「責任」，及其有關問題。

對此，該文的理論依據乃是德國刑法理論「關於『行為』及『犯罪論結構』的發展」。²⁰³就「行為」概念之變遷，大略論及過往理論認為「違法性」係屬客觀要素而「有責性」係屬主觀要素之區別，係由「因果行為論」演繹而來，但自「目的行為論」與「社會行為論」漸次興起之後，此等界線則漸趨模糊，蓋責任階層的「期待可能性」係屬重要的客觀要素，違法性的「行為非價」亦被認為是主觀違法要素。該文並認為，「行為非價」在德國學說上又被稱為「行為的不法」，遂據此將「由於注意之疏忽致欠缺犯罪認識」的過失本質，應歸納為過失犯之主觀違法要素——「行為的不法」之重要部分。²⁰⁴

儘管韓忠謨試圖提出一定的理論依據，以證成其之所以將過失犯看作是與故意犯相異的特殊可罰類型、而採取相異的犯罪階層體系，惟其理由說明本身過於簡略，論點銜接亦有問題。例如，作為行為理論的目的行為論與社會行為論，如何「演繹出」行為非價以及主觀違法要素等概念？又行為不法是否得與主觀違法要素等同視之？倘若仔細檢驗其論述內容，不僅難謂充分證成，反而疑點重重，更令人看得一頭霧水。事實上，韓忠謨之所以認為過失犯應與故意犯採取相異的犯罪階層體系，恐怕並非經過充分深思熟慮之後的主張，毋寧仍是對於德國最新理論的直接引用，此點由其文章註解亦可見得端倪：「本文分析過失犯之內容，大體係以葉謝客氏之理論架構為根據，間或引用西德法院實例，亦係引自氏之著述。」

²⁰⁵其文章後續的論述內容，則與前述林山田的見解大同小異，蓋兩人文章均係以

²⁰³ 參照韓忠謨，前揭註 201，頁 3-4。

²⁰⁴ 參照韓忠謨，前揭註 201，頁 4-5。

²⁰⁵ 參照韓忠謨，前揭註 201，頁 19，註 7。

德國學者 Jescheck 的《刑法教科書》(Lehrbuch des Strafrechts) 作為其主要的參考資料，既然系出同源，會有相近內容，自然不令人意外。

明確主張過失犯與故意犯應採取相異犯罪階層體系的見解，在此一時期終究為數不多。然而，在其他認為過失犯在不法與有責內涵均與故意犯有異的見解中，雖然仍係採取三階層的犯罪體系²⁰⁶作為其共通的論述與檢驗架構，惟部份見解在過失犯的構成要件階層，並未實質檢驗「主觀構成要件要素」，故其實質上亦等同是認為過失犯與故意犯的檢驗架構有所不同。²⁰⁷

茲以洪福增（1914-2002）在《刑事責任之理論》一書中關於過失犯罪的專論為例，其將過失的成立要件歸納如下：其一，須不認識犯罪事實之發生；其二，須有注意之義務（客觀的注意義務）；其三，須有遵守注意義務之可能性（主觀的注意義務）；其四，須有怠於注意。²⁰⁸其論述重心，自然是擺在第二個要件，並且同樣係以「結果預見義務」與「結果迴避義務」建構此一以「平均人」為標準的客觀注意義務，並且將「容許風險」與「信賴原則」等議題均置於其中而予討論。²⁰⁹然而，在前述關於過失要件的論述之中，儘管洪福增臚列了許多的日本學說與實務見解，卻未能清楚表明其認為各該要件在體系上的定位應為如何。讀者必須綜合洪福增散落於該文各處的個人見解，才能推知其認為「違反客觀的注意義務」應於構成要件檢驗，「違反主觀的注意義務」則於責任階層檢驗，而「容許風險」係作為阻卻違法事由而於違法性階層檢驗，「信賴原則」則屬阻卻構成要件該當事

²⁰⁶ 大抵即為「新古典暨目的論綜合階層體系」。

²⁰⁷ 例如：陳樸生（1979），〈過失理論之發展及其趨向（下）〉，《軍法專刊》，25 卷 5 期，頁 2-16；洪福增（1982），《刑事責任之理論》，頁 257-351，台北：自刊；郭君勳（1988），《案例刑法總論》，修訂版，頁 318-335，台北：自刊。其中，郭君勳雖然認為過失犯罪在構成要件該當性與違法性上均與故意犯有所不同，惟其論述仍舊係將所有的過失相關問題置於「有責性」予以討論，顯係受到此一時期主流見解之影響。除了前開論著以外，此一時期關於刑法上過失的學位論文，大抵亦可歸類於此，例如：景玉鳳（1983），《新舊過失理論之比較》，國立中興大學法律研究所碩士論文；韓金秀（1984），《過失理論之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文；林淑玲（1986），《故意與過失在犯罪論體系上地位與內涵之變動》，輔仁大學法律學研究所碩士論文。

²⁰⁸ 參照洪福增，前揭註 207，頁 268-311。

²⁰⁹ 參照洪福增，前揭註 207，頁 270-294。

由。²¹⁰無論如何，在該文之中，過失犯在構成要件階層，顯然並未如故意犯一般須檢驗「主觀」的構成要件要素。

就該文總計高達將近百頁的篇幅來看，實際上有相當份量的論述內容係用以整理日本文獻關於學說與實務的介紹，至於「過失」為何會從「向來被認為與『故意』同為犯罪之心理的、主觀的要素，而在責任論上佔有重要之地位」²¹¹，演變為「不僅如往昔限於責任論上，則在構成要件論及違法性論上亦成為重要之問題」²¹²，該文終究未能處理此一問題。換言之，該文對於過失犯的此種劇烈演變，除了泛泛而論其乃源於晚近過失犯罪激增以及目的行為論之影響以外，再無其他關於「因果關係」之解釋與說明。在這些令人眼花撩亂的文字背後，或許難以否認論者引介外國學說理論最新發展的用心，卻也看到了一種未經充分反省就將這些學說理論照單全收的態度。

第三款 小結

經由論者持續引介德國與日本的最新理論發展，台灣關於過失犯理論的討論因此更顯多元，使學術場域之中存在更多不同的聲音，得以互相激盪討論，對於法學之持續演化進步亦有相當之助益。然而，縱使如林山田在其論文中以 30 餘頁的篇幅詳論其過失犯理論之見解，讀者仍舊無從得知，之所以必須拋棄以往對於過失犯罪之檢驗模式，而採取此一來自理論母國德國的最新見解，其必要性究竟何在。同樣的，洪福增在專論中以將近 100 頁的篇幅詳述過失犯罪的各種議題，卻也未能在整理日本文獻上的各種學說與實務見解之餘，實際說明過失犯的演變緣由。

²¹⁰ 參照洪福增，前揭註 207，頁 281-283，384-386，308，309，311-320

²¹¹ 參照洪福增，前揭註 207，頁 257。

²¹² 參照洪福增，前揭註 207，頁 258。

於學說理論逐漸多元化之同時，法律學者依其不同之價值判斷，欲提出各種應然主張之前，宜更加重視其背後正當性之建構。就此而言，此一時期之論者，雖然為台灣刑法學理論帶來了許多的刺激，但僅止於此顯然還是有所不足。惟在此一時期所逐漸累積的學術能量，遂使得第三代學者活躍期，各家學者開始嘗試打破此種悉以德日學說為是、卻又欠缺實質說理的論述模式，進而在過失犯理論的領域，開創出一番有別以往的新局面。

第三項 第三代學者活躍期（1980 年代後期迄今）

1980 年後期以來，第三代學者、第四代學者陸續留學歸國或在台灣取得博士學位，嗣後進入各學術機構擔任教職、從事教學與研究之工作，並為文著書立作。在各代學者的共同努力之下，目前台灣之過失犯理論，可謂百家爭鳴，本文從中大致歸納出以下的論述模式。

惟在此須特別說明者，此處雖以第三代學者活躍期為標題，但所整理之見解並非僅以第三代學者的論著為限，只要是在此一時期所發表、出版的各種教科書、專論、期刊論文、學位論文，無論其作者的身份為何，均為本文所處理的對象。簡言之，「第三代學者開始活躍」僅係本文用以分期之基準，並不表示本文以下僅在處理「第三代學者之論著」。

第一款 第一類見解

第一種類型之論述模式，即前述將過失定位為責任條件之見解，於此時期已失去其主流見解之地位，主要僅在部份第一代、第二代學者還在持續出版、改版

之著作中，勉強得見其蹤跡。²¹³值得注意的是，前述韓忠諤於〈過失犯之構成的問題〉一文所採取的過失犯理論見解，並未呈現在《刑法原理》一書的最新修訂版之中。詳言之，該書論及過失之意義、標準以及型態等問題時，其內容竟然仍停留在 1960 年代以前的水準，而未更新周治平以降出現的各種理論主張。究其原因，或許後續出現的各種理論見解，包括其自己在〈過失犯之構成的問題〉一文的主張，與《刑法原理》一書的既有體系與論述內容相差太多，重新援引與整合並非易事，遂使該文之理論見解仍維持較為早期的樣貌。類似情形亦發生在蔡墩銘的《刑法總論》一書，儘管該文亦歷經多次修訂，關於過失犯的論述卻是紋風不動，也完全未參考台灣學界陸續出現的各種理論以修改其內容，甚至更未配合其《刑法要義》、《中國刑法精義》等其他著作之見解而為修正。由此以觀，未能與時俱進並配合新近學理思考反省的第一類見解，至此大抵可謂已逐漸消逝在歷史的洪流之中。

第二款 第二類見解

第二種類型之論述模式，即前述認為過失犯與故意犯在不法內涵與有責內涵均有所差異的主張，並認為過失犯與故意犯須採取相異犯罪階層體系，乃目前之主流見解。如前所述，判斷學說是否認為過失犯與故意犯乃採取相異結構，本文乃採取實質標準，而以過失犯是否必須判斷「主觀構成要件要素」，作為核心基準。此類見解經林山田於前一時期參考德文文獻引進國內之後，現已廣為人知，並有不少論者採取類似見解建構其過失犯理論。²¹⁴

²¹³ 例如：韓忠諤（1992），《刑法原理》，最新修訂版，頁 227-233，台北：自刊；高仰止（1999），《刑法總則精義》，頁 93-95，台北：五南；蔡墩銘（2007），《刑法總論》，修訂 7 版，頁 203-208，台北：三民。

²¹⁴ 例如：陳志龍（1992），《人性尊嚴與刑法體系入門》，頁 217-219，台北：自刊；蘇俊雄，前揭註 4，頁 463 以下；張麗卿（2007），《刑法總則理論與運用》，3 版，頁 377 以下；台北：五南；林

在此之中，或有泛泛而論：「按照今日通說的觀點，過失犯無論在不法領域或罪責領域均有其獨立的結構」²¹⁵，即援用此一體系建構以建構其論述內容者。相對於此，亦有論者從行為理論以及過失要素的演變，較為實質地說明其理由。²¹⁶然而，此類論者均未處理的問題是，為何過失犯與故意犯在不法與有責內涵上有所差異，即不能使用相同的犯罪階層體系結構，作為其共通的檢驗工具？易言之，林山田在前一時期專論的未竟之功，與其採取相類似見解的論者，迄今同樣未能妥善處理，遂使得此類論述看來係以引介外國通說理論為其核心關懷，而錯失站在巨人的肩膀上，以其自主思考做出學說理論採擇的機會，十分可惜。

就實質內容而言，此類論者的過失犯理論，大抵未脫前揭林山田於專論之中即已呈現的樣貌，這點可由論者所採取的體系結構見其端倪。例如蘇俊雄的過失犯體系結構，在構成要件該當性須判斷「行為之不法因素（客觀注意義務之違反）」以及「結果之不法因素（結果之發生、肇因與預見可能性）」，前者係以「危險認識義務的違反」以及「結果避免注意義務之違反」為其內容，後者則包括「必須以行為之不法（客觀義務之違反），為發生不法結果之原因」、「過失行為與結果必須具備可歸責性」、「結果與因果歷程必須具備『客觀可預見性』」等內容。²¹⁷換言

山田（2008），《刑法通論》（下冊），10版，頁157以下，台北：自刊；陳子平（2008），《刑法總論》，2版，頁199-219，334-335，台北：元照；許澤天（2009），《刑總要論》，增修2版，頁275以下，台北：元照；黃常仁（2009），《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，2版，頁117以下，台北：新學林；鄭逸哲（2009），《法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）：刑法初探》，4版，頁196以下，台北：瑞興；林書楷（2010），《刑法總則》，頁365以下，台北：五南。採取此類見解的學位論文，例如：廖正豪，前揭註17，頁79以下；吳世敏（1999），《過失犯中注意義務違反性之研究》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文；黃榮德（2005），《論刑法上注意義務之違反與業務過失》，國立臺北大學法學系碩士班碩士論文。

其中，論者林書楷試圖將「客觀歸責理論」整合至此類見解之中，主張「違反客觀注意義務之行為」係屬「行為不法」，乃過失犯檢驗之核心，至於包括「條件理論」與「客觀歸責理論」之檢驗在內的「行為與構成要件結果間之因果歸責」則屬「結果不法」。惟此種作法的弔詭之處在於，客觀歸責理論的第一個下位子規則「製造法所不容許的風險」，即足以包含「違反客觀注意義務之行為」之檢驗，該文卻未說明兩者之間的關係，使得客觀歸責理論在其書中的運用，斷裂成故意犯的客觀歸責與過失犯的客觀歸責，顯然有違客觀歸責理論之本旨。

²¹⁵ 參照許澤天，前揭註214，頁275。

²¹⁶ 參照蘇俊雄，前揭註4，頁463-467。

²¹⁷ 參照蘇俊雄，前揭註4，頁478-486。

之，在構成要件，係以「一般人」標準的客觀注意義務為其核心²¹⁸，「信賴原則」則為阻卻構成要件之事由²¹⁹。在違法性階層，除了正當防衛、緊急避難以及被害人承諾等事由以外，至於「容許風險」²²⁰，該文認為應屬客觀注意義務之界限，進而否認其作為超法規阻卻違法事由之地位。²²¹在責任階層，其檢驗要素除了與故意犯共通之責任能力、違法意識以外，尚須檢驗「客觀注意義務之預見能力與履行能力」以及「結果及因果歷程之主觀預見性」。²²²換言之，係以「行為人」標準的主觀能力為檢驗之核心。儘管細部的論述內容略有不同，但從以上整理可知，其確實與林山田的見解大致相同。

另有部份學者在其著作中，雖將故意與過失並列為主觀的構成要件要素，但在綜觀其論述內容後，作為構成要件的過失，仍舊是以違反「客觀的」注意義務與「客觀的」預見可能性為其內涵，而無任何「主觀的」要素內涵之可言，故仍應將之歸納於此種類型。茲以鄭逸哲在《法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）：刑法初探》的論述為例，其首先在「一般主觀要件要素——故意和過失」的標題下，主張構成要件過失亦為心理事實，亦屬主觀構成要件要素。²²³然而，在「過失犯」的專章中，卻又如同前述林山田等人的見解，將「客觀的注意義務違反性」與「客觀的結果可預見性」定位為構成要件要素，而將「主觀的注意義務違反性」與「主觀的結果可預見性」定位為罪責要素，並且認為：「除非事實上行為人的履行法律注意義務能力低於一般人，且其已運用其所具有的較低履行法律注意義務能力，否則，因前述的客觀的注意義務違反性所推定的主觀的注意義務違反性無法被推翻。」²²⁴換言之，就過失認定的實質標準，正如同林山田等人

²¹⁸ 參照蘇俊雄，前揭註4，頁488-490。

²¹⁹ 參照蘇俊雄，前揭註4，頁495-496。

²²⁰ 該文稱之為「可容許之冒險」。

²²¹ 參照蘇俊雄，前揭註4，頁506-507。

²²² 參照蘇俊雄，前揭註4，頁509-516。

²²³ 參照鄭逸哲，前揭註214，頁60、64。

²²⁴ 參照鄭逸哲，前揭註214，頁202-203。同樣將過失定位為與故意相對應的主觀構成要件要素，卻又將過失犯的構成要件建構為純粹客觀的見解，參照張麗卿，前揭註214，頁146，155-160，

的見解，鄭逸哲亦認為過失兼具不法與罪責的雙重機能，並且同樣採取了類似於「折衷說」的標準來認定過失之有無。

採取如此弔詭見解的鄭逸哲，一方面認為過失乃主觀構成要件要素、另一方面卻建構了純粹客觀的構成要件過失，終究未能妥善說明，為何以「一般人能力」為其標準的「客觀的」注意義務違反性與預見可能性，會是一種「主觀的」構成要件要素。是以，在這樣的論述之中，自然不存在一個與作為主觀構成要件要素的「構成要件故意」相互對應的「構成要件過失」。或許該文在寫作定位上，乃著眼於將刑法的基本知識介紹給初學者，以致必須適度捨棄部份可能令初學者難以吸收的純粹學理論述，在此觀點之下，確實難以苛求這樣的入門書詳細說明過失犯的演變。但從不同角度視之，鄭逸哲將此種見解看作是初學者必備基礎知識而在書中宣揚，顯然此種見解縱非「我國」「通說」²²⁵、至少亦在我國刑法學界具有一定程度的「流行」，可是在幕後援引德國學理而推動這波流行的諸多論者，事實上均未能以充分的說理，徹底釐清過失犯在演變的各種基本問題，以及必須採取這些德國學理的必要性何在，遂使得後續其他論者在從事此類基礎知識傳播工作時，附帶地也在態度上與內容上承繼了前輩論者的缺點，而遺留给莘莘學子諸多難以自行釐清的疑點。

值得注意的是，除了前開具有留德背景的論者以外，部份援引日本學說作為其論述基礎的論者，也同樣可以被歸類在此種類型之下。以陳子平的《刑法總論》為例，該書並未如援引德國文獻的其他論著，將「過失犯」或「過失的作為犯」

379-389。事實上，該文在過失犯的專章中，有以「主觀之構成要件」為題的論述，惟其內容除了論及「有認識過失」與「無認識過失」之外，並未說明何謂過失犯的「主觀之構成要件要素」。

²²⁵ 如前所述，有部份學者泛泛而稱此類見解為「通說」，似以此作為其採取此類見解而開展其論述的正當性基礎。問題是，就如本文所呈現，台灣的過失犯理論在進入到第三代學者活躍期之後，已有相當多元的理論主張，併陳於我國的學術領域與各種著作之中，在此情況之下，是否還能將此類見解看作是台灣刑法學界的「通說」？端出「通說」之名，卻未援引足夠的證據佐證此類見解確實為台灣的通說見解，亦未提出其他輔助說明的實質正當性基礎，這樣的論述模式幾乎要成為台灣的「通說」論述模式。何以會有此種現象之出現，頗值玩味。

另闢專章予以討論，而是將「構成要件過失」與「構成要件故意」並列置於「構成要件論」，「責任的過失」則與「責任的故意」、「違法性意識或意識可能性（不法意識或意識可能性）」以及「期待可能性」並列為「責任條件」而置於「責任論」予以論述。²²⁶儘管其明白表示構成要件過失係屬「構成要件主觀要素」²²⁷，惟自其主張之構成要件過失的兩個要素「行為人欠缺構成要件之故意」與「行為人違反客觀的注意義務」以觀，其仍與前述林山田等人的見解相同，即過失在構成要件階層的核心內涵，仍在以「一般人」為標準的「客觀的」注意義務之違反。²²⁸依據本文前述所提出的區分標準，既然其過失犯理論中，並無實質檢驗「主觀的」構成要件要素，則仍應將其見解歸類於此。對照前述鄭逸哲所採取的見解，陳子平的過失犯理論顯然亦有類似的問題，蓋兩人在其各自的著作當中，同樣無法說明，為何具有純粹客觀內涵的構成要件過失，會是「主觀的」構成要件要素。前述所為評論，僅須將「德國」二字抽換為「日本」，大抵同樣適用。

第三款 第三類見解：客觀歸責理論

在具有留德背景的論者中，有採取客觀歸責理論以處理結果歸責之問題者，認為透過客觀歸責理論的建構，過失犯與故意犯在構成要件階層即可享有相同的結構，遂使過失犯與故意犯在不法內涵的建構上幾無差異，其僅存區別乃存在於罪責階層。在目前已出版的著作中，明確依據客觀歸責理論之本旨以建構其過失犯理論的教科書，首推林鈺雄的《新刑法總則》與林東茂的《刑法綜覽》。²²⁹

²²⁶ 參照陳子平，前揭註 214，頁 199-219，334-335。

²²⁷ 參照陳子平，前揭註 214，頁 206。

²²⁸ 參照陳子平，前揭註 214，頁 206-207。其中，「客觀預見可能性」被認為是「行為人違反客觀注意義務」的下位概念，此點與前開學說略有出入。

²²⁹ 參照林鈺雄，前揭註 2，頁 469 以下；林東茂（2009），《刑法綜覽》，6 版，頁 1-205 以下，台北：一品。在《刑法綜覽》中譯為「客觀歸咎理論」，蓋林東茂為免讓人誤解此係罪責歸屬之問題，乃將德文 *Zurechnung* 譯為「歸咎」。

純以教科書的編排而論，兩本教科書均就過失犯另以專章說明，而在犯罪論的一般說明之中從簡。《刑法綜覽》在「構成要件」章論及「主觀構成要件」時，僅略提及「依通說，主觀要件包括故意與過失」，關於過失的詳細說明均置於後續專章，該節僅扼要說明故意。²³⁰至於《新刑法總則》一書，則乾脆直接將標題定為「主觀不法構成要件—構成要件之故意與錯誤」，僅在說明故意之體系定位時，略為提及：「自從目的行為論興起之後，現今刑法界已經普遍接受故意亦作為主觀構成要件要素之結論，但在有責性層次仍將故意、過失保留為罪責型態。」²³¹

論者之所以採取客觀歸責理論作為故意犯與過失犯在構成要件階層的共通檢驗工具，而非採取前述第二種類型的見解，將兩者認定為是不同的犯罪類型，而採取不同的結構，兩本教科書對此均略有著墨。《新刑法總論》首先認為依據主觀犯意之不同，可以將犯罪區分為具有「意欲」的故意犯與欠缺「意欲」的過失犯，過失犯的定義，即為「行為人因為違反了生活往來中必要的注意義務，而實現其『不欲』發生之構成要件」而成立之犯罪。其後，在論及過失犯的體系時則主張「在不法構成要件層次，重點在系爭行為是否違反了客觀必要的注意義務而構成過失行為」，「在罪責層次，檢驗的是根據系爭行為人的個人能力為準，判斷在個案中他有無符合客觀注意義務的個人能力」，據此認為過失與故意同樣具有「雙重定位」或「雙重本質」，即其內容同時存在於構成要件階層與罪責階層。²³²若僅以

另外，尚有部份第二類論者，係以客觀歸責理論處理結果歸責之問題，卻在過失犯仍採用行為不法／結果不法作為其構成要件之架構者，例如：林山田（2008），《刑法通論》（上冊），10版，頁224以下。對此，林山田雖然認同客觀歸責理論的論旨，可以融入在過失犯的行為不法與結果不法的判斷之中，惟綜觀其教科書中的討論，僅止於論述客觀歸責理論的第一段基本規則「製造法所不容許的風險」與「違反客觀注意義務」係屬一體兩面，除此之外則並無其他進一步的整合，參照林山田，前揭註214，頁178-179。故本書並不將此種見解歸類在採取客觀歸責理論以處理過失犯問題的第三類見解之下，而仍將之歸類在第二類的主流見解之下。

²³⁰ 參照林東茂，前揭註229，頁1-109-1-110。

²³¹ 參照林鈺雄，前揭註2，頁174。

²³² 參照林鈺雄，前揭註2，頁473-474。

此觀之，似乎與主流的第二類見解相去不遠，故於實質論述過失犯構成要件的內容之前，該文交待其採取客觀歸責理論的立場如下：²³³

由於採納客觀歸責論的結果，傳統過失論的判斷體系已經被重構。由於客觀歸責的主輔規則，已經吸納了傳統過失論的判斷基準，並且，一旦依照客觀歸責的檢驗結果，只要在客觀構成要件上可歸責者，至少必定成立過失，因此，傳統過失論所謂的注意義務違反、可預見性、認識可能性及結果可避免性等要件判斷，皆為重複且多餘（更何況在傳統過失論中，這些要件彼此間的體系定位也是含混不明）。事實上，客觀歸責論迄今為止最大的貢獻，正是在於過失犯領域及其要件體系化的重構。是以，以下揚棄傳統過失論的判斷方式，直接以客觀歸責論來鋪陳，不過，為免與前文重複，僅特別敘明和過失犯特別相關的幾個規則。

從這樣的文字敘述，讀者自然能夠清楚知悉，該文欲以客觀歸責理論來取代傳統過失論的「結論」。然而，除了結論的敘述之外，究竟客觀歸責理論，如何能取代傳統的過失理論，則未見實質的說明。縱使該文在論及客觀歸責理論對於過失犯的影響時，略有觸及此點²³⁴，但從有限的篇幅與過於抽象的問題例示，仍舊難以清楚說明，第二類見解用以建構過失犯構成要件的「行為不法」與「結果不法」，即引文所稱「傳統過失論的判斷基準」，係如何更妥善地被整合、納入至客觀歸責理論的檢驗架構之中。同樣的問題當然也出現在《刑法綜覽》上，該文雖在結論上認為「違反注意義務」、「可預見性」、「可避免性」等判準，都被包含在客觀歸責理論之中，但也僅止於舉例說明客觀歸責理論足以處理各該判準的典型案例，而非從理論建構的角度進行詳細說明。²³⁵因此，欲瞭解客觀歸責理論如何

²³³ 參照林鈺雄，前揭註2，頁480-481。

²³⁴ 參照林鈺雄，前揭註2，頁164-165。

²³⁵ 參照林東茂，前揭註229，頁1-208-1-210。

將其他的過失犯理論主張予以整合，僅能透過實際檢視論者書中的實質內容，才有辦法略知一二。

在進入過失犯的討論之前，須先就論者對於客觀歸責理論的一般性理論建構予以說明。首先，就其體系定位，客觀歸責理論係在肯定條件因果關係的前提下，用以篩選出刑法上可茲歸責的原因。²³⁶其次，客觀歸責理論的建構，大抵係以三個主要的基本檢驗規則：「製造法所不容許的風險」、「實現不法風險」以及「構成要件效力範圍／他人及自我負責領域」，加上諸多用以輔助各該主要檢驗規則的下位規則，所共同構成的。這些下位的輔助原則包括：若其行為係屬「降低風險」、「容許風險」以及符合「信賴原則」之情形，即非製造法所不容許的風險；若係「重大偏異之因果關係」、欠缺「結果之可避免性」或是結果並未發生在「規範保護目的範圍」之內，不法風險即屬並未實現；若結果落在「他人（第三人）專屬負責領域」或是屬於「自我（被害人）負責原則」適用之情形，則該結果即非實現於構成要件效力範圍之內。²³⁷換言之，諸多下位規則均係排除客觀歸責事由，惟其各自須與特定的上位基本原則相搭配，始具有排除客觀歸責、進而阻卻構成要件該當性之作用。然而，客觀歸責理論的各個基本規則，是否具有自己獨特的、抽象的內涵與標準，例如「製造法所不容許的風險」，就其正面意義而言，到底判斷「容許」與否的「抽象標準」為何？幾無實質說明。若在不具任何其他刑法學知識的情況下，縱使反覆閱讀介紹客觀歸責理論的相關段落，也絕無可能因此確實掌握各該基本規則的「正面內涵」。同樣地，哪些以往過失犯理論的元素被如何地融入進客觀歸責理論，相關說明於此仍舊付之闕如。

²³⁶ 參照林鈺雄，前揭註 2，頁 151。

²³⁷ 參照林鈺雄，前揭註 2，頁 151-160；林東茂，前揭註 229，頁 1-97-1-107。須附帶說明的是，儘管兩位論者在諸多用語的選擇上有所分歧，然而包括基本規則與下位的輔助規則在內，其實際的內容與標準大同小異，本文此處為行文方便起見，主要採用林鈺雄的見解進行說明。

至於過失犯的專章，基本上仍係依據構成要件、違法性以及罪責的三階層架構作為主要的論述架構。關於客觀歸責理論在檢驗過失犯罪時的運用，自然係在構成要件的結果歸責層次直接套用客觀歸責理論予以處理，惟為免重複，論者僅主要著眼處理與過失犯特別相關的規則。²³⁸

首先，在檢驗第一段基本規則：是否「製造法所不容許的風險」時，論者特別強調：「行為具有不法性，亦即以客觀上『違反法義務規範』的行為方式，製造了『法所不容』的風險，才有可能歸責給行為人」²³⁹，相較於在一般性理論建構時的簡略說明內容：「行為人的行為必須對行為客體製造了不被容許的風險。反之，行為與結果縱有因果關係，但該行為仍在法所容許的界限時，行為人即未製造出法律上具有重要性之風險，即便結果發生亦不能歸責於行為人」²⁴⁰，可以看出論者於此欲加以強調的是「違反法義務規範」一事。但是為何要在過失犯的專章對於「違反法義務規範」特別加以強調，論者未予以特別說明，即直接進入以「交通案件之信賴原則」與「容許風險的『法』源／客觀注意義務之來源」為子標題的討論。²⁴¹但是，這些關於「信賴原則」以及「客觀注意義務之來源」的討論，基本上仍未超越前述第二類論者的論述內容。

值得注意的是，論者認為所謂的「注意義務」，乃僅止於「具有刑法品質」的注意義務，其他各種法律、契約、專業倫理或管理規範等，均只能用以「輔助」刑法的注意義務。至於何謂「具有刑法品質的注意義務」，論者舉例表示，須結合刑法上的一般規範，判斷個案系爭的各種規範，是否與避免法益侵害有關。²⁴²對

²³⁸ 參照林鈺雄，前揭註2，頁479-497；林東茂，前揭註229，頁1-211-1-216。以下說明，仍舊以林鈺雄的見解說明，蓋其論述的體系性與完整性較佳。至於《刑法綜覽》一書在過失犯的客觀歸責之討論，僅著眼第一段基本規則「製造法所不容許的風險」，針對行為是否製造不受容許風險的評價標準而予探討，這些標準包括：法規範、工作與活動規範、信賴原則、分殊的評價標準、探知義務與不作為義務、利益與風險的衡量。

²³⁹ 參照林鈺雄，前揭註2，頁481。

²⁴⁰ 參照林鈺雄，前揭註2，頁152。

²⁴¹ 參照林鈺雄，前揭註2，頁481-485。

²⁴² 參照林鈺雄，前揭註2，頁484-485。

此，本文肯認論者區分「刑法義務」與「其他輔助規範」的論點，然而論者未能釐清的是，就其抽象意義而言，「刑法義務」的內涵為何？是否只要各種法律、命令、契約、專業倫理或管理規範等，或多或少具有避免法益侵害的內涵，即應被認為是「刑法義務」、而非僅止於「輔助規範」？換言之，刑法本身是否具有其自己獨特的規範義務內容？凡此，均留下了待解的疑問。

其次，關於第二段基本規則「實現法所不容許的風險」，論者主張「此段客觀歸責中的所有下位規則，其實可能都和過失犯的判斷有關」，並以「注意規範的保護目的」、「結果之可避免性／義務違反之關聯性」以及「風險升高理論」為子標題開展其論述。其中，「注意規範的保護目的」與「結果之可避免性／義務違反之關聯性」，係作為排除客觀歸責之事由，至於「風險升高理論」，則是在無法確定是否具有「結果之可避免性」時，用以處理是否在部份情形排除罪疑唯輕原則之適用，進而肯定風險實現的輔助理論。²⁴³惟論者仍舊未予實質說明，為何本來僅適用於過失犯領域的「結果之可避免性／義務違反之關聯性」，會成為通用於故意犯與過失犯的輔助規則。

最後，關於第三段基本規則「構成要件效力範圍／他人或自我負責原則」，則僅為補充說明，與前揭一般性理論的論述內容，並無太大差異。

以上大略整理論者如何將客觀歸責理論運用在過失犯及其相關特殊問題的處理上，後續關於違法性以及罪責的論述，大抵與第二類的主流見解相去不遠。由論者在罪責層次的論述：「過失罪責型態的可非難性重點在於，依照行為人個人（主觀）能力，是有可能去認知客觀上法注意義務的存在並且據此為符合該注意義務的行止」²⁴⁴，配合其於客觀歸責理論的討論，可以得知客觀歸責論者對於過失標

²⁴³ 參照林鈺雄，前揭註2，頁486-190。

²⁴⁴ 參照林鈺雄，前揭註2，頁486-190。

準的態度，亦與第二類主流見解相同，即在構成要件階層為「客觀」標準、而在罪責階層為「主觀」標準，而類似於所謂的「折衷說」。對此，《刑法綜覽》特別針對「過失判斷的一般化或具體化」另開標題予以討論，認為採取類似於「折衷說」的德國通說見解以及採取類似於「主觀說」的少數見解，兩者均認為「行為人的可罰性不能大於行為人的能力」，所不同者僅在能力特強者的處理，亦即當行為人能力倘高於一般人能力時，德國通說見解認為仍依照一般人能力為其標準上限，而未格外要求行為人，少數見解則認為應依照較高的行為人能力為其標準，因此以少數說較為嚴格。²⁴⁵

透過這樣一套「製造不法風險，導致風險實現於結果之中，並且結果發生在構成要件效力範圍之內」的基本規則，並在此一基礎之上廣納各種用以排除客觀歸責的輔助規則，客觀歸責理論確實已經交出了整合以往過失犯理論以及歸責理論的初步成果。然而，除了泛泛而論「客觀歸責的主輔規則，已經吸納了傳統過失論的判斷基準」之外，我國採取客觀歸責理論的論者，顯然未能提供足夠的理由，以說明為何要捨棄其所謂的「傳統過失論」，而改採取這套「新理論」。而「容許風險」、「信賴原則」與「結果可避免性」等議題，如何從傳統的過失犯領域，被抽象出來成為所有犯罪類型均通用的阻卻客觀歸責事由，甚至用以建構最為核心的上位基本規則「製造法所不容許的風險」，均未見論者提出相關理論演變的脈絡說明。

或許過失犯的問題，正如《刑法綜覽》一書在註腳所描述的：「過失的定義及其理解，遠比許多人所想像的要難。我認為，過失的意義近乎『道』，道可道，非常道。過失的定義與理解，實在超乎語言與文字，我們都只是勉強去說它而已。不能期許會有一個天衣無縫的說法或理論」²⁴⁶，但是，在各種理論之間做出選擇，

²⁴⁵ 參照林東茂，前揭註 229，頁 1-216-1-217。

²⁴⁶ 參照林東茂，前揭註 229，頁 1-211，註 6。

絕對是可以透過文字來清楚說明其理由何在。我國客觀歸責理論的支持者，對此種實質理由說明所下的工夫還是太少，遂使其論述內容，難免又淪為德國學理的介紹，結果就是如同前述第二類的主流論者一般，錯失在理論抉擇的過程中進行自主反省的契機。

第四款 第四類見解：個別化理論

第四種類型之論述模式，認為過失在犯罪階層體系的定位上，係作為與故意相對之主觀不法構成要件要素，並且認為過失標準應以行為人的個人能力為標準，即相當於「主觀說」。故意犯與過失犯之區別僅存在於主觀不法構成要件的層次上，兩者在罪責階層的判斷內容則屬相同。由於所採取的過失標準，係依個別行為人的主觀能力為其基準，故又稱之為「個別化理論」。採取此說之學者，無論在德國或台灣均屬少數。目前台灣明確採取此說的論者，以黃榮堅與許玉秀為代表，兩人各自以其對於第二類主流見解的反思，作為論述上的出發點，本文分別整理其要點如下。

第一目 黃榮堅的過失犯理論

關於黃榮堅的過失犯理論，透過其教科書《基礎刑法學》的內容，可以有體系地一窺其全貌。²⁴⁷

首先，關於過失的體系定位，該文在對於前述認為故意與過失具有不法與罪責雙重作用的主流見解加以詰難後²⁴⁸，進而主張故意與過失應定位為不法概念的

²⁴⁷ 其實，黃榮堅對於過失犯理論的反思，早在其回國後的第一篇期刊論文中，即已展現。參照黃榮堅（1989），〈刑法解題：關於故意及過失〉，《輔仁法學》，8期，頁161-194。

一部分，其理由為以下兩點：第一，刑法要禁止的不法行為，並非禁止純粹的外在肉體動靜，而是禁止一個意志的躍動，因為如此一來才適於達成預防目的，故刑法所禁止的絕非抽離故意與過失之後的純粹客觀動作，不法概念因此也無法抽離故意與過失。²⁴⁹第二，該文認為不法概念是在確定行為規範的尺度，責任概念則是在不法之後進一步確定刑罰的尺度。若將故意與過失定位為不法概念、而非責任概念，所表示的是，如果行為人已經盡其應有的小心之後，縱使發生利益損害，也應該求其放心，蓋其並未逾越行為規範之尺度；反之，若將故意與過失定位為責任概念、而非不法概念，則表示縱使行為人已經盡其應有的小心，倘若利益損害還是發生，則仍應認為其已逾越行為規範之尺度。²⁵⁰據此，該文在結論上認為：²⁵¹

對於人的行為的價值判斷，必須建立在人的主觀的現實基礎上。對於超越個人預見可能性的利益侵害，任何人都只能接受。此一刑法體系上的基本價值觀，同時也是國家對於人民（特別是小孩子）在教育體系之教材中所確認理想的人的生活形象。因此，在刑法的犯罪結構上，欠缺預見可能性（過失及故意）的利益侵害行為，在行為的基本價值判斷上，並不算錯，亦即，並非不法。故意過失也因此是不法要件，而不是責任要件。

其後，在主觀不法專章論及過失時，該文先就我國與德國的學說理論與實務見解進行簡單的整理，再以相當的篇幅論述過失的概念內涵以及檢驗標準。

第一，過失的概念內涵，該文以「預見可能性」作為過失的唯一概念內涵，而屏棄以「注意義務」作為核心內涵的主流見解。該文認為預見可能性的兩個決定性因素為行為人的知識與用心，在行為人具備足夠的知識的情況下，並且處於

²⁴⁸ 參照黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3版，頁206-210，台北：元照。

²⁴⁹ 參照黃榮堅，前揭註248，頁210-211。

²⁵⁰ 參照黃榮堅，前揭註248，頁211-212。

²⁵¹ 參照黃榮堅，前揭註248，頁213。

法律所設想的用心狀態，可以認定其具有預見可能性。若行為人欠缺足夠的知識，在行為人行為時，此一欠缺已經無法改變，就刑罰預防利益侵害的目的而言，即使加以處罰仍舊無法達到目的，則刑法必須放棄這種沒有意義的刑罰。反之，若行為人具備足夠的知識，卻未保持法律所設想的用心狀態，刑法可以透過刑罰的威嚇使行為人在行為時提高用心，則可以達到預防利益侵害的目的。因此，刑法處罰一個人的不用心，乃因用心即可避免利益侵害，這樣的不用心即刑法第 14 條所稱之「不注意」，而其標準就是「預見可能性」。²⁵²該文並認為，主流見解對於注意義務的建構機制，是從因果關係的考量而來，亦即在因果關係上可以防果的有效作法，在客觀上就會形成一個所謂的注意義務。以注意義務之違反作為構成要件的見解，先從因果關係直接導出注意義務，再從注意義務導出過失責任，其結果就是只要具有因果關係的行為都可以構成過失犯罪，遂使得過失責任的認定流於浮濫，也使得過失概念的過濾作用完全喪失。據此，該文主張刑法本身就是注意義務的依據，其他注意義務之違反頂多作為預見可能性的參考資訊，主流見解認為注意義務之違反係屬過失犯構成要件的想法，遂遭否定。²⁵³

第二，過失的檢驗標準，該文採取「主觀標準」，故被歸類在個別化理論之下。其主要理由係認為，行為人的知識能力之所以沒有與一般人達到相同的水準，其原因可能是領悟力的欠缺或長期性的不用功，若行為人因為較低的預見能力以致遭受刑罰，則刑罰等同於是在處罰行為人較低的領悟力或其長期性的不用功，但刑罰顯然無法因此改善行為人的領悟力或長期性的用功程度，故行為是否構成過失而應課予刑罰，應該以行為人個人現實具備的能力條件為標準。²⁵⁴對於行為人是否具備主觀預見可能性，只能依據其他事實來推論行為人對於自然律的知識，即假設具有相同條件的人會具有相同的自然律知識，這些條件包括人的年齡、教

²⁵² 參照黃榮堅，前揭註 248，頁 396-399。

²⁵³ 參照黃榮堅，前揭註 248，頁 408-414。

²⁵⁴ 參照黃榮堅，前揭註 248，頁 399-400。

育、專業、生活經驗等。然而，具有相同條件的人，必須有多少百分比的自然律認知，才能推論行為人對於事實的發生具有主觀預見可能性，該文認為此為價值取捨、而非純粹技術的問題，最終必須考量法益保護以及生活活動之間的平衡。²⁵⁵至於各種注意規則，其之所以產生乃基於生活經驗的累積所形成，即大致反映了自然律的存在，因此也大致反映了預見可能性的存在，但也僅止於此，而非保證預見可能性的存在。²⁵⁶換言之，在黃榮堅的過失犯理論中，過失的概念內涵以及檢驗標準均為主觀預見可能性，第二類與第三類見解認為是注意義務來源的各種注意規則，僅用以輔助判斷主觀預見可能性之有無。

由以上的整理，可以看到黃榮堅在提出其過失犯理論主張時，並非直接援用既有的德國學說理論，而是藉由相當的反省與理由說明，並對主流見解提出諸多批評，以證成其主張背後所必須的正當性基礎。相對於此，縱使黃榮堅的過失犯理論已經透過教科書的出版而為台灣刑法學界所熟知，筆者在文獻回顧的過程之中，卻未見到任何與黃榮堅進行對話的文獻。

第二目 許玉秀的過失犯理論

許玉秀在 1997 年所出版的論文集《主觀與客觀之間》，其中所收錄的〈探索過失犯的構造—行為人能力的定位〉一文，即在概觀過失犯階層構造的演變、並進一步分析各種學說對於過失要素在罪責階層和構成要件階層之間推移的理論依據後，點出主流學說的理論上問題，而在此反思之後，採取「個別化理論」作為其過失犯理論的核心。²⁵⁷

²⁵⁵ 參照黃榮堅，前揭註 248，頁 400-403。

²⁵⁶ 參照黃榮堅，前揭註 248，頁 403-404。

²⁵⁷ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 179-218。其所指導的學位論文之中，即有採取個別化理論作為過失犯理論研究架構者，例如：張紹省（1997），《過失犯中個別化理論之研究：以不法理論為基礎》，

關於過失在犯罪階層體系上的定位，尚可參照該論文集所收錄的另一篇論文〈走出主觀與客觀的迷思——一個（不（太）不）謙虛的嘗試〉，其結尾認為過失犯也應有主觀不法內涵，而將過失定位為與故意相對的主觀構成要件要素，其論述如下：²⁵⁸

對法益而言，故意和過失都做了一個有害法益的決定，故意的決定是一個認識危險、明確危害法益的決定，過失的決定則是一個對危險認識不清、忘記法益的決定，法益不希望被用惡意記住，也不希望被忘記，忘記不是「無」，是一種對被忘記客體而言，有瑕疵的心理狀態，而這是法益和法規範所不能容忍的人的態度。所以過失也有主觀不法。

換句話說，故意的內涵在於其對法益的惡意敵對態度，過失的內涵則是其對法益的懈怠疏忽態度，兩者均屬法益與規範所不能容忍的心理狀態，因此過失乃過失犯的主觀構成要件要素，進而否認主流見解與客觀歸責理論建構之純粹客觀的過失犯構成要件。

回到〈探索過失犯的構造——行為人能力的定位〉，該文對於主流學說的批評，圍繞在「違反客觀義務」的意義上。該文基本上亦不否認刑法規定所賦予的避免結果發生之義務，但認為無法透過此一義務說明過失犯特有的不法特質，蓋此一義務乃故意與過失共通的義務。既然各家學說與實務均不否認避免結果發生的刑法義務，該文認為應該被檢討的，乃是否僅根據由各種專門技術領域所產生的安全規則，即可推論獨立於刑法之外的「客觀注意義務」之存在？該文認為，這些安全規則具有風險指標的作用，能夠用以判斷行為對於法益是否具有危險可能性、是否可能實現構成要件，就此而言係屬一般的、客觀的標準。然而，這些安

國立政治大學法律研究所碩士論文；簡竹君（2004），《過失犯個別化理論和過失犯實務案例的研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文。簡竹君的論文更在許玉秀的立論基礎上，提出進一步的檢討與修正。

²⁵⁸ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 44。

全規則終究不是獨立的注意義務，頂多只是行為人為了要遵守刑法上避免構成要件實現的義務，所必須採取的一種行為方式。換言之，若以刑法上的防果義務為所謂的客觀義務，則任何人都不會否認過失犯與故意犯的成立均須具有此一「客觀義務違反性」；然而，若如主流見解所主張，將生活規則看作是一個獨立於刑法防果義務之外的客觀注意義務，則該文即否認此種「客觀注意義務違反性」作為過失犯不法的構成要素。²⁵⁹

由於主流見解認為係屬過失犯構成要件要素的「客觀注意義務違反性」已被否認，該文認同個別化論者的見解，認為取而代之的是「行為人的能力」，惟該文出發點並非羅馬法諺：「逾越能力即無義務」，而是著眼於不法與罪責階層之間的分合論辯。該文主張，不法與罪責都是刑法規範對行為和行為人的評價，兩者彼此相互對應，行為表現出多高的不法程度，賦予行為人的罪責即應具有相同的高度。該文認為，在新古典階層理論與目的行為論打破主、客觀分立於不法與罪責階層的窠臼之後，也就打破行為與行為人一分為二的傳統，蓋行為人及其行為已經無法分開，不法與罪責因此也並非完全分立，因為行為的主觀面和客觀面，亦即行為人和行為，已經同時進駐不法和罪責階層。據此，行為人的個別能力，因此並沒有只能留在罪責階層的道理，該文並以由 Welzel 所提出的人的不法理論(*die personale Unrechtslehre*) 作為佐證，認為不法既然與行為人有關，並且故意犯的知欲要素已經成為主觀構成要件要素，則過失犯亦應具有其主觀不法構成要件。²⁶⁰

而過失作為主觀構成要件的内容，則是以行為人的主觀態度與規範的期待不一致為出發點。儘管過失並非對於法益與規範的惡意敵對，但其對於法益與規範的懈怠疏忽，仍舊是一種錯誤、偏差的行為意思，而其錯誤、偏差之處就在於行為人有能力避免對於法益與規範的懈怠疏忽，進而顯示這樣的行為意思乃規範所

²⁵⁹ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 199-201。

²⁶⁰ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 203-207。

不容許的行為意思。²⁶¹據此，該文乃得以證成其採取「個別化理論」、以行為人的能力建構過失犯主觀不法構成要件內涵之結論：²⁶²

如果行為人並沒有避免危險的能力，換言之，在任何情況下，他都不可能支配他的行為符合安全規則，對規範而言，行為人並沒有忘記規範的告誡，或高估自己讓規範滿意的能力，行為人的行為意思不具有和規範牴觸的不法特質，由這種行為意思所支配的行為也不會具有行為不法。所以：行為人的個別能力是架構行為的不法要素。

「個別化理論」一概將行為人的能力建構為不法要素，以此為基礎的進一步推論，會得出「無責任能力人的行為並無不法」的結論。然而，如果應依現行法而對無責任能力之行為人施以保安處分，即意謂著行為雖無不法、卻仍應被責備。該文承認，此種不法與罪責顯然無法對應的情形，乃個別化理論所無法妥善處理的質疑。惟藉此機會，該文也再次反問作為質疑者的主流見解：「一者，傳統通行的客觀義務違反說始終無法說明，為什麼過失犯欠缺主觀不法，仍然不法；二者，既然欠缺責任能力人的行為仍屬不法，為何有些行為人即不必相對應地負責，也同樣難以回答。」²⁶³可以看得出，該文如此論述頗有兩害相權取其輕的意味，而未能提供進一步的辯護與解套。

以上許玉秀的論述內容，儘管多有援引德國學說見解者，惟其基本態度並非悉以其所支持之德國學說見解為是，而是採取實質說理的作法，並且承認其理論的可能缺失，藉由詳細的說明以證成其採取「個別化理論」的正當性。許玉秀與黃榮堅的共通點，不僅在於同樣採取可被歸類為「個別化理論」的少數見解，兩

²⁶¹ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 208-209。

²⁶² 參照許玉秀，前揭註 124，頁 209。

²⁶³ 參照許玉秀，前揭註 124，頁 212-214。

者均以相當篇幅來證成其理論主張的作法，相較於眾多未充分說理即採取特定立場的學說而言，也同樣是台灣刑法學界的少數說。

第五款 其他見解舉隅

以上四種類型，幾乎可以涵蓋目前可見的絕大多數學說見解，惟在筆者進行文獻回顧的過程中，仍發現有部份見解難以被歸類在上述的任何一種類型之中。以下乃擇其要者予以整理，並說明其之所以無法被歸類於前述的理由。

第一目 甘添貴、謝庭晃合著的《捷徑刑法總論》

該書係以構成要件、違法性以及有責性的三階層體系作為其論述的主架構，關於過失的討論，則以「構成要件過失」為標題，與「構成要件故意」同樣置於構成要件階層底下討論，此種編排模式大抵係受到日本學說的影響。²⁶⁴就此而言，該書所採取之犯罪階層體系，似乎與所謂的新古典暨目的論綜合體系相同。然而，新古典暨目的論綜合體系對於過失犯的建構，在構成要件階層係以違反客觀注意義務為核心，並在罪責階層檢驗行為人的個人能力。相對於此，該書雖然在構成要件階層討論「構成要件過失」，同樣係以違反客觀注意義務為核心，卻未明確地表示應在有責性階層檢驗行為人的個人能力，即與新古典暨目的論綜合體系以及前述第二類主流見解的論述有所出入，故本文並未將之歸類在第二類見解之下。²⁶⁵至於該書論及過失犯之有責性時，其論述內容如下：²⁶⁶

²⁶⁴ 參照甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，頁 105 以下。

²⁶⁵ 參照甘添貴、謝庭晃，前揭註 264，頁 108-109。

²⁶⁶ 參照甘添貴、謝庭晃，前揭註 264，頁 109。

在有責性上，則依學說的不同而差異。在不認為過失為責任要素的學說，過失並非有責性所要討論的對象。但是在認為過失的本質仍屬於責任要素的學說，則將過失分為構成要件過失與責任過失。前者，是行為人違反客觀注意的義務，後者則是行為人違反主觀的注意義務。

此段論述顯然存在誤解，以致可能誤導作為該書目標讀者的初學者。蓋縱使新過失犯理論將過失要素主要移至構成要件階層的結果迴避義務，前述主流見解所採取的新古典暨目的論綜合體系，仍舊認為必須在罪責階層檢驗行為人的個人能力，而將此種過失同時存在於構成要件階層與罪責階層的狀況，稱之為「雙重定位」或「雙重本質」，並未放棄過失在罪責階層的意義。至於以結果預見可能性為其核心的舊過失犯理論，則謹守過失係屬罪責要素的見解，根本不認為過失係屬構成要件要素。故該書對於過失犯有責性的論述，本文認為係誤將採取新古典暨目的論綜合體系的主流見解，解讀為「認為過失的本質仍屬於責任要素的學說」，才會出現上述的討論內容。而該書最終亦未以扼要的理由明確表示其在各種不同理論之間的採擇為何，也同樣造成理解上的困擾，初學者讀來想必無所適從，遂使該書在過失犯的論述，難謂具有作為入門書的資格。

第二目 余振華的《刑法總論》

該書同樣援引日本學說作為其論述基礎，故其犯罪論同樣採取構成要件、違法性以及有責性的三階層體系作為其論述的主架構，關於過失的討論也同樣係以「構成要件過失」為題而置於構成要件階層之下予以討論。²⁶⁷該書首先藉由以下論述主張過失係屬主觀的構成要件要素：²⁶⁸

²⁶⁷ 參照余振華，前揭註 121，頁 170 以下。

²⁶⁸ 參照余振華，前揭註 121，頁 170。

現在的犯罪理論，不僅將過失視為責任的條件，亦認為在構成要件上具有主觀的要素。基於此種立場，在犯罪成立判斷上，若否定主觀構成要件的過失，則無法檢視構成要件的該當性，故過失應與故意並列為主觀構成要件要素，此即構成要件過失。

此段論述的問題在於，既然現在的犯罪理論除了將過失視為責任的條件之外，尚認為其在構成要件上具有主觀要素，則基於此種犯罪理論的主張，何以過失在其理論體系之下，卻「僅」係與故意並列之主觀構成要件要素？該書在過失犯理論的討論伊始，即顯現出如此明顯的瑕疵，似乎也預示了後續論述的問題。

關於過失的實質內涵為何，該書係以舊過失犯理論與新過失犯理論的介紹與比較作為其論述核心，依其歸納的結果是：在舊過失犯理論，過失為責任要素，而在責任階層檢驗，通常係視為主觀的過失，違反注意義務乃意味著「違反主觀的預見可能性」；在新過失犯理論，過失屬於構成要件要素或違法要素，而在構成要件階層檢驗，通常係視為客觀的過失，違反注意義務乃意味著「違反客觀的結果迴避義務」。²⁶⁹對此，該書的結論如下：²⁷⁰

因此，在學說上，有主張過失係屬構成要件要素者，或有主張過失係屬責任要素者，亦有主張過失不僅屬於構成要件要素、亦屬於責任要素者（亦即具有雙重機能）。本書認為，過失係屬構成要件要素，而應在構成要件階層來討論。

該書突然地給出其結論，絲毫未見得以支持其結論的任何理由闡述。此外，縱使其結論認為過失屬於構成要件要素，該書卻並未論述，此一作為構成要件要素的過失之內涵究竟為何。假使依照其籠統的歸納，或許可以推論，該書乃認同

²⁶⁹ 參照余振華，前揭註 121，頁 175-176。

²⁷⁰ 參照余振華，前揭註 121，頁 176。

新過失犯理論的主張，則其作為構成要件要素的過失，則以「違反客觀的結果迴避義務」為主要內涵。如此一來，矛盾再次顯現，蓋該書在前述認為過失係與故意並列的「主觀」構成要件要素，現在卻又認同構成要件過失的內涵係違反「客觀的」結果迴避義務，進而陷入了將純粹客觀的過失概念認為是主觀構成要件要素的窠臼之中，與前述鄭逸哲、陳子平等第二類論者具有相同的問題。

總結該書關於過失犯的討論，除了隱含矛盾、並且欠缺理由說明的體系定位結論以外，其餘內容則為純粹的學理介紹，而未能針對過失概念的實質內涵提出該書的確切見解。如此語焉不詳的內容，本文實無法逕自推測其本意，而妄自將其歸類於前述類型之中，故僅於此附帶說明。

第三目 靳宗立的《刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論》

以犯罪階層體系作為其碩士論文²⁷¹及博士論文²⁷²研究主題的靳宗立，亦在2010年出版的《刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論》一書中，對於主流見解認為過失犯與故意犯應採取相異犯罪階層結構的見解有所詰難，並附具理由說明該書看法，進而主張無論故意犯、過失犯、作為犯、不作為犯的排列組合如何，均應採取相同的犯罪階層體系作為共通的成立要件。²⁷³

該書的基本出發點，係認為犯罪階層理論乃檢驗犯罪是否成立的共通流程，除非能以堅強的法理依據，說明故意犯與過失犯應採取不同的體系結構，否則即應致力於將過失犯成立要件的體系，與故意犯求其同調。又由於犯罪階層體系的发展，係以故意作為犯為典範進行建構，若過失犯成立要件能以故意作為犯之體

²⁷¹ 靳宗立（1996），《犯罪論體系之構成原理》，國立中興大學法律學系碩士論文。

²⁷² 靳宗立（2002），《犯罪成立之判斷與犯罪階層體系之建構》，輔仁大學法律研究所博士論文。

²⁷³ 參照靳宗立（2010），《刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論》，頁465-493，台北：自刊。

系予以檢驗，則過失犯成立要件之體系僅須微調即可。²⁷⁴該書對於犯罪階層體系的認知，乃認為構成要件係指「立法者所禁止或命令而具有法益侵害性之行為事實類型」，因此「構成要件該當性係屬事實之判斷」，至於違法與責任則係「以符合一定法益侵害行為事實為對象，進一步評價是否有違行為規範之指令」，而認為構成要件該當性係屬「評價對象」，違法性與有責性則屬「對象之評價」，其性質截然有別。²⁷⁵

以前開對於犯罪階層體系的認知，該書據此展開其過失犯體系的論述。首先，關於過失犯之構成要件的討論，該書認為既然「構成要件故意」係屬「故意犯之主觀構成要件要素」，而故意犯與過失犯並無採取相異犯罪階層體系結構之正當化法理依據，所以「構成要件過失」即應屬「過失犯之主觀構成要件要素」。該書並認為，基於體系之一貫性，故意犯與過失犯在客觀構成要件上，均屬相同。至於過失犯之主觀構成要件的內涵，則係「行為人實施一定法益侵害行為事實之主觀心理情事」，並認為這樣的心理情事，在「無認識過失」的情形，即對於構成犯罪之事實的「無知（無預見）、無欲」，在「有認識過失」的情形則是對於構成犯罪之事實的「有知（有預見）、無欲」。²⁷⁶該書乃據此對於刑法第 14 條解讀如下：²⁷⁷

刑法第 14 條第 1 項有關過失犯「應注意、能注意而不注意」之成立要件規定，僅有「不注意」方屬構成要件之規定，才係「無認識過失」之構成要件依據，而「應注意」則屬過失犯之違法要素，「能注意」則屬過失犯之責任要素；至第 14 條第 2 項「預見其能發生而確信其不發生」，係屬行為人實施一定法益侵害行為之主觀心理情事，應屬構成要件之規定。

²⁷⁴ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 469。

²⁷⁵ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 486。

²⁷⁶ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 488-489。

²⁷⁷ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 489。

此段論述的問題有二。其一，就該書前述的論述內容而言，實無法直接推論出此處對於刑法第 14 條第 1 項、第 2 項條文內容的體系定位，該書此處的見解，顯然尚須補充理由說明。其二，該書雖然將「不注意」、「無知無欲」、「有知無欲」納入過失犯的主觀構成要件要素之疇，卻未能清楚說明，是否過失犯的行為人對實施一定法益侵害行為之主觀心理事實，僅等同於上述內容？是否尚有其他應該納入的內容？而在實際案例之中，又應如何具體判斷過失犯之主觀構成要件要素之具備與否？均有待進一步的釐清。

接著，在論及過失犯之違法性的判斷內容之前，該書先交待了其對於違法之本質及阻卻違法原理之立場。就違法之本質，該書採取「二元行為反價值論」，即以行為反價值為主、結果反價值為輔。至於阻卻違法原理，該書採取「法律義務違反說」，蓋其認為行為反價值之標準，係自法規範之立場而以一般國民之能力為基準，故違法性之判斷，係就具備構成要件該當性之具體行為事實，判斷能否期待一般國民在行為當時，避免構成要件該當行為之實施、而改採其他合法行為。²⁷⁸過失犯的阻卻違法事由，該書認為適用於故意犯的所有法定與超法定阻卻違法事由，均一體適用於過失犯，但是容許風險、信賴原則等超法定阻卻違法事由，則因其性質而應限縮適用在過失犯。關於「客觀注意義務之違反」，即法條文字所謂「應注意」，該書認為「重點在檢驗一般人對於犯罪結果是否有迴避之可能，因其性質係屬法秩序或法價值之判斷，體系位置應置於違法階層予以檢驗」。²⁷⁹

最後，就過失犯之有責性，該書採取「規範責任論」以為責任之本質，主張責任能力、違法性認識以及期待可能性均屬故意犯與過失犯共通的責任要素。關於「主觀注意義務之違反」，即法條文字所謂「能注意」，該書批評向來論者均未詳究其與「期待可能性」之間的關係，進而主張「主觀注意義務之違反」，既然係

²⁷⁸ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 489。

²⁷⁹ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 490。

以行為人對犯罪結果之迴避可能為核心，其性質即與作為責任要素之「期待可能性」相同。²⁸⁰

以上關於過失犯之違法性與有責性之討論，或許該書的重心主要擺在其犯罪階層理論的建構，以致於實質內容的解說甚少，例如：「容許風險」、「信賴原則」等專屬於過失犯的超法定阻卻違法事由，其內涵與判斷標準為何？所謂「客觀注意義務」與「主觀注意義務」的內涵為何？或者是更根本的問題，即「注意義務」的內涵為何？凡此均為該書有所欠缺之處。

總結以上整理，該書在過失犯的犯罪階層體系建構上，乃試圖打破主流見解認為應與故意犯採取相異結構的想法，並將「不注意」、「無知無欲」、「有知無欲」解為主觀構成要件要素，「應注意」解為違法要素，「能注意」解為等同於「期待可能性」之責任要素，此種將過失要素分散在各個階層的見解，自與本文前述整理的各種類型均有差異。而該書從犯罪階層體系應屬各種犯罪類型之共通成立要件的角度出發，嘗試以一定的理由說明，提出相異於其他學說見解的主張，其既非直接援引德國或日本之學說作為其論述內容，而秉持自主反省思考的態度，誠可謂跳脫主流見解的窠臼，而為台灣的過失犯理論論述注入另一股活水。無可否認的是，該書的實質內容以及理由說明仍有不足之處，而有待更進一步的修正與釐清，略顯美中不足。然而，其出於自主反省的嘗試，如同黃榮堅與許玉秀的過失犯理論，適足展現第三代學者活躍期相異於以往的特色：已開始超越單純的外國學理引進，而以實質論述展開學說之間的對話。

²⁸⁰ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 491-492。

第四目 李茂生的《刑法總則講義綱要》

李茂生在《刑法總則講義綱要》中，以客觀主義、結果反價值的基本立場建構刑法總則的體系，在刑法學派的選擇上係採取「修正的古典學派」，而認為構成要件該當性與違法性的判斷對象均為客觀事實，包含故意與過失在內的所有主觀要素則為有責性的判斷對象，此點也反映在其對於過失犯的態度，而採取「修正的舊過失犯理論」。²⁸¹

該講義在進入其過失犯理論的論述之前，乃先從歷史發展的角度出發，對於新過失犯理論以及新新過失犯理論的見解加以反省、批評。由於舊過失犯理論在結果預見可能性，若採「抽象判斷」，將導致過失犯很容易就成立，故新過失犯理論乃轉而重視結果迴避義務，使得過失犯的本質與行為反價值理論相結合，其違法之本質則轉變為「不為適切迴避行為的無社會相當性的行為」。新過失犯理論並且主張制定各種作為判斷基準的行政規則，以彌補空泛的「社會相當性」。之後，再輔以「容許風險」與「信賴原則」的運作，使得行為人只要盡到行政法上所特定的義務，就不會被課予刑事責任，進而得以限縮過失犯的成立。該講義對新過失犯理論與新新過失犯理論的批評如下：其一，由於過失的判斷著眼於結果迴避義務，並且此一結果迴避義務又被視為是違法要素、甚至是構成要件要素，遂使得過失犯的責任判斷空洞化；其二，制定行政規則以為基準，看似彌補了「社會相當性」的空泛，得以在表面上符合罪刑法定主義的要求，卻也隱含了將行政不法當成刑事不法的危險；其三，過度限縮過失犯的成立可能，其代價就是結果的發生無人負責。其進一步的後果，就是導致新新過失犯理論的出現，而對結果迴避義務採取嚴格的解釋。至於新新過失犯理論採取「嚴格結果迴避義務」的見解，

²⁸¹ 參照李茂生（2007），《刑法總則講義綱要》，2007 修訂版，頁 316-341，載於國立臺灣大學法律學院網站，<http://www.law.ntu.edu.tw/chinese/2011/06/刑法總則講義.pdf>（最後瀏覽日：2012/06/29）。

其行為反價值的傾向更加明顯，將導致刑法的「過失責任原則」實質上被「結果責任原則」所取代。²⁸²

面對以上新過失犯理論與新新過失犯理論的諸多問題，採取舊過失犯理論的論者也重新展開其對應與修正，其重點有三：其一，係結果反價值的再確認；其二，係信賴原則的重新定位；其三，乃相對於作為責任要素的主觀預見可能性，另於客觀要素之中加入以一般人為標準的客觀預見可能性。對此，該講義則秉持其一貫立場，肯認對於結果反價值的再度確認，也認為應將信賴原則定位為主觀預見可能性的輔助認定基準，但卻否定客觀預見可能性的引入，蓋其認為客觀預見可能性的內容，不外是事前所訂定的行政規則，而具有行為反價值的色彩，並且可能由客觀預見可能性的具備，進而推定主觀預見可能性的具備，使得主觀預見可能性的判斷遭到架空，凡此均與該講義之基本立場不符。據此，該講義認為重新建構過失責任判斷的重點，即在於如何建構罪責階層「具體判斷」結果預見可能性的結構。²⁸³由此亦可知悉，該講義對於舊過失犯理論的修正之處，主要即在於結果預見可能性的判斷，如何由「抽象判斷」走向「具體判斷」，以及「具體判斷」的內容及其標準。

詳言之，以往舊過失犯理論遭受批評之處，即在於「預見可能性」判斷上的曖昧性，該講義遂試圖以「高度的、具體的預見可能性」作為值得藉由刑罰追究過失責任的要件，藉此修正以往舊過失犯理論之弊，其內容乃對於預見可能性之對象，採取「具體法定符合說」。然而，由於過失在事實上乃欠缺預見，所以無法比較事實上的結果與認識中的結果，兩者是否係屬具體法定符合。因此，所謂的具體法定符合，不僅包含對於「特定的那個行為客體」之預見可能性，尚包括對

²⁸² 參照李茂生，前揭註 281，頁 320-322。

²⁸³ 參照李茂生，前揭註 281，頁 322-324。

於相應於具體結果的其他構成要件要素事實具有預見可能性的狀態，亦屬具有「高度的、具體的預見可能性」。²⁸⁴

而關於過失標準，該講義對於「客觀說」、「主觀說」以及「折衷說」均有所批評，所以採取國內論者僅見的「能力區分說」。首先，對於「客觀說」的批評，該講義認為此乃基於社會防衛理論所為的主張，其要求每個國民都應該具有平均人的能力，縱使能力不足仍應為結果負起過失刑事責任，根本有違責任原則。其次，「主觀說」雖然係以行為人的個人能力作為標準，但保護了能力低的行為人，是否卻因此有害於法益保護？又對於能力高的行為人科予較高的要求，是否有失公平？至於「折衷說」主張行為人能力高於一般人時，僅以一般人之能力要求行為人，行為人能力低於一般人時，則以行為人之能力為標準，該講義認為此說乃集合了「客觀說」與「主觀說」的各種問題，使得能力高的行為人幾乎一律會被肯定具有預見可能性、能力低的行為人經常會被認為欠缺預見可能性，失去個案判斷的意義。²⁸⁵

該講義所採取的「能力區分說」，則為以下兩種判斷內容的結合：其一，採取客觀標準判斷行為人是否已為「注意」之心態，即行為人在從事某事務時，是否處於一般人在從事該事務時，規範上所要求具備的意思緊張狀態；其二，採取主觀標準判斷行為人的「預見」能力。²⁸⁶該講義的操作如下：²⁸⁷

若有一無能力認識事態的人發生事故，只要其有一般人都會有的意思的緊張，則縱或能力上未及於一般人的標準進而無法預見，其仍舊是無預見可能而無過失責任；不過只要未為一般人都會有的緊張，則只要其未盡自己應有的認識能力，即可以成立過失犯。反之，於能力上高於一般人的行為人的情

²⁸⁴ 參照李茂生，前揭註 281，頁 330-332。

²⁸⁵ 參照李茂生，前揭註 281，頁 332-333。

²⁸⁶ 參照李茂生，前揭註 281，頁 333。

²⁸⁷ 參照李茂生，前揭註 281，頁 333。

形，如果沒有表現出一般人應有的緊張，則為有過失（能力無從發揮），反之若發揮了一般人應有的緊張，且事實上有能力預見，卻沒有預見時，也會成立過失責任。

然而，或許受限於授課講義的形式，該講義無法妥善說明，何以在過失標準採取「能力區分說」，即可免於前述「客觀說」、「主觀說」以及「折衷說」的各種問題？而在能力區分說的實際操作上，僅以此段論述內容，也難以清楚表明具體操作的細節，亦即對於所有「注意之有無」以及「能力之高低」的排列組合中，採取此說的結論會是如何？再者，在所謂「超越承擔過失」（Übernahmefahrlässigkeit）的情形，即行為人的能力有所欠缺，卻貿然從事超越自己能力的事務時，其是否應負過失刑責？這些問題都需要進一步的補充說明，才能強化該講義的說服力，並使其見解具有實務上的可操作性。

經由以上回顧可知，該講義雖然與第一類見解同樣將過失定位為責任要素，惟該講義所採見解，乃建立在對於新過失犯理論與新新過失犯理論的批評與回應之上，自與第一類見解有所不同，蓋第一類見解基本上係以新過失犯理論與新新過失犯理論出現以前的見解為其論述內容，遑論有所批評與回應。是以本文認為該講義的見解乃自成一格，無法被歸類在前述的任何類型之中。此外，該講義對於新過失犯理論與新新過失犯理論的批評與回應，都是有所本並且負起實質理由說明的論證責任，此種態度也與台灣的多數文獻以及主流見解迥異。儘管該講義並非正式的出版品，卻能以實質論述的態度與其他學說對話並建構其過失犯理論，相對於其他直接援引外國學說的論著，實在顯得格外諷刺。

第六款 小結

雖然台灣的過失犯理論，迄今仍以欠缺相當理由即承繼理論宗主國之論述者，為目前之大宗，無論其宗主國究竟是德國或日本皆然。然而，經過戰後至今已逾半世紀的學術能量累積，終於能在過失犯理論的領域，從許玉秀、黃榮堅、靳宗立以及李茂生等論者所建構的過失犯理論之中，逐漸看到紮紮實實出於自主反省的理論論述。另外，目前各家見解仍舊處於眾說紛紜的狀態，雖然存在較為流行的見解，卻終究未能定其一尊。此種現象則適足證明，目前的台灣刑法學界，在過失犯領域的討論方興未艾，尚在持續發展當中。本文認為，正是此種眾說紛紜、卻又能夠逐漸自主反省的學術現況，使得真正屬於台灣的「過失犯論爭」，現在才正式揭開序幕。



第四章 以理論史為出發點之反省與選擇

第一節 理論史之啟示

第一項 對於一般性發展的觀察

在現代的過失犯概念誕生於 1794 年《普魯士一般邦法典》之前，從古日耳曼法與古羅馬法一路走來，至少耗費了兩千多年才能走到這一步。在這一段漫長的過程之中，現在我們認為理所當然的成對概念：故意與過失，並不是自始就那麼理所當然地存在於各個時期的規範當中。在古日耳曼法與古羅馬法，一開始甚至對於主觀要素的認知也不是那麼清楚，儘管古日耳曼法發展出了 *Willenswerk* 與 *Ungefährwerk* 的概念，羅馬法也在古典期與衰退期逐漸發展出 *dolus* 原則與 *culpa* 概念，這些概念仍舊沒有極為具體明確的內涵，與現代的法律概念迥然不同。之後，歷經了中世紀的發展，尤其是疏證法學派對於 *dolus* 概念的擴張適用，*culpa* 概念也獲得更進一步的精緻化，使得大致可以在疏證法學派的學說之中看到現代過失概念的身影，儘管這樣的身影仍舊是藏身在眾多不同的主張之中。

嗣後，德意志地區藉由對於羅馬法的繼受，將中世紀義大利關於 *dolus*、*culpa* 概念的發展成果也一併吸納，並藉由共通法學者對於《卡洛林那法典》的補充與持續發展，終於在 1794 年《普魯士一般邦法典》得以集其大成，制定出德國刑法史上第一條關於過失概念的一般性定義規定。如此以結果預見可能性與注意義務違反為核心所建構的過失責任概念，雖然受到新過失犯理論藉由結果迴避義務為核心建構過失的挑戰，其影響力仍舊持續至今。

從歷史的角度看來，毋寧應認為過失概念的逐漸成型，係屬偶然、而非必然。或許只要將前述的所有因素集結，源於古日耳曼法的 *Ungefährwerk* 與羅馬法的 *culpa*，在我們以事後的角度重新回溯，就會在一連串的因果關係之中，推導出以預見可能性為核心的現代過失（*Fahrläßigkeit*）概念。然而，若我們進一步思考，這些在歷史上既已存在的影響因素，諸如羅馬法文化與基督教文明的存在、疏證法學派對於 *dolus* 的擴張、德意志地區的繼受羅馬法、共通法學說對於故意概念的擴張等等，是否每一個因素的存在都是這麼必然？在回顧歷史的過程之中，確實必須在呈現各種經驗資料之後，對於各種作為結果的現象，解釋其之所以產生的因果關係為何，否則即無法稱得上是理論性的思考。²⁸⁸不過，假使歷史可以如同自然科學透過不斷的實驗進行否證，是否只要我們能夠提供相同的條件，就一定可以得到相同的結果？很顯然地，我們無法肯定，只要令前述各種既存於歷史的因素再次齊聚一堂，現代的過失概念就一定會在 18 世紀末期出現具有基本共識的一般性定義。就此觀點而言，現代的過失犯理論發展，與古日耳曼法、羅馬法以來的歷史發展，即非如一般論者所認知那般無縫接軌，毋寧存在於兩者之間的乃是斷裂，也就是在偶然的狀況下，開啟了現代過失犯以預見可能性與注意義務違反作為其核心的後續發展。

但即使承認現代過失概念的出現，在歷史發展上的偶然成份居多，在其中仍可以找到一些較為重要的影響因素，只是這樣的影響因素，並非必然直接地促成現代過失犯概念的成型。例如，在歷史的轉捩點上，現代過失犯的一般性概念之所以會在 18 世紀末出現、並透過立法形諸明文，資本主義的發展即屬重要的影響因素。如同法國年鑑學派歷史學者 Fernand Braudel（1902-1985）之所言：「資本主義之成功端在它與國家互為一體，它本身即成為國家。」²⁸⁹自 14 世紀以來，作

²⁸⁸ 參照 Ian Craib 著，廖立文譯（1986），《當代社會理論》，頁 6-14、17，台北：桂冠。

²⁸⁹ 參照 Fernand Braudel, *Capitalism and Material Life: 1400-1800*, 326 (Miriam Kochan trans., Harpercollins 1973). 轉引自黃仁宇（1991），《資本主義與廿一世紀》，頁 13，台北：聯經。

為經濟體系的資本主義，與政治之間即存在無可劃分的關係，蓋資本主義仰賴國家制定各種法律制度以保障私人財產權及其實現，公私利害因此合而為一，也就是個人在爭取其私利時，也強化了國家社會的組織與結構。²⁹⁰此種對於法律制度保障個人利益的需求，不僅彰顯在各種民商法的制定，也同樣影響了刑事法的制定。包括 1794 年《普魯士一般邦法典》在內的這些自然法法典的立法，就是在此背景之下，試圖以龐大的法典體系建構，窮盡安排所有已被認知的法律素材，進而達成廣泛的社會規劃，並且基於理性法的確信，制定明確的規範內容以及穩定的法律概念。²⁹¹故在《普魯士一般邦法典》，我們看到了第一條關於現代刑法過失概念的一般定義。

本文在此並非主張資本主義的發展是最為重要的影響因素，套用刑法的術語，可以說本文並無意主張資本主義的發展對於現代過失概念的定義規定出現，係屬具有相當性的條件。本文僅係希望以上述的討論為例，凸顯出一個很容易被忽略的觀點，即外在於法律的政治、經濟以及社會等背景環境，係如何地對於法律的演變產生影響。借用 Niklas Luhmann (1927-1998) 的系統理論來說明，此即法律系統為了形成其綱要，以作為標示法或不法的準則，必須仰賴來自政治、經濟等其他功能系統的激擾，才有辦法進行。更進一步言之，在其分析之中，法律、政治與經濟等諸多功能系統，彼此之間乃互相依賴、互相作為彼此持續演化與自我再製的環境，並在彼此密集的相互激擾之中，也力求維持彼此之間充分的相容性。²⁹²

在現代的過失犯理論出現以後，此種法律、政治與經濟之間互相影響的關係，可以說是更加的明朗化。以 1871 年《德國刑法典》頒布之後的發展為例，無論是

²⁹⁰ 參照黃仁宇，前揭註 289，頁 451。

²⁹¹ 參照 Franz Wieacker 著，陳愛娥、黃建輝譯，前揭註 86，頁 309。

²⁹² 參照 Niklas Luhmann 著，李君韜譯（2009），《社會中的法》，頁 532，台北：五南。此種功能系統之間彼此互為環境並互相依賴的現象，其稱之為「結構耦合」（strukturelle Kopplung）。

帝國法院實務擺盪在預見可能性標準與自陷禁區原則之間，或是學者與 1891 年的《德國營利事業法》修正所考量的成本效益分析，對於過失犯處罰的寬嚴變化，主要的影響因素絕非來自法律系統內部的要求，毋寧是為了回應各種社會生活型態與經濟發展的需求，法律系統才會因應諸如此類的外界激擾，出現相對應的自我再製。後續於 20 世紀出現的容許風險、信賴原則等阻卻犯罪成立事由的出現，以及過失要素由結果預見義務轉變為以結果迴避義務為核心，大抵也是法律系統對於來自其他功能系統之激擾的回應，而非法律系統自行演繹之成果。

綜上，本文認為在面對過失概念及其標準的演變問題時，即使無法充分說明政治、經濟等其他領域對於過失演變的因果關係，至少仍應把握住法律、政治與經濟係彼此互相依賴、互為環境而互相影響，並在這樣的認知之上，進一步論述關於過失概念及其標準的主張。若忽略了背景環境的影響，而為去脈絡化的分析，難免流於象牙塔裡的自囑，所提出的理論主張也難以期待得以妥適地解決社會所面臨的問題。

第二項 台灣理論發展的特殊性與普遍性

觀察台灣刑法過失犯理論之發展，無以忽略的是，作為現代西方法脈絡下的法學後進國家，除了現行刑法典係經由日本學者起草而繼受德國刑法之外，學說理論普遍也具有繼受德日刑法學說的特性。如此現象，在繼受外國法以邁入現代法治國家之初期，自然無可厚非，蓋學者如果不是透過援引德日刑法學說的既有見解，則其幾乎不可能有任何的論述可以產生。王觀在《中華刑法論》中，廣泛援用其師牧野英一的見解，包括在過失標準基於新派社會防衛之立場而採取現在幾乎無人採取的客觀說，就是在這樣的背景之下產生。正因為台灣係屬法學後進國家，必須從零開始建設，故可以說是不得不對德日刑法知識加以引介與援用，

以求儘速追上先進國家的建設水平之後，才能在此基礎之上，發展具有自己脈絡的刑法學知識。這麼一來，縱使戰後第一代與第二代學者的活躍期，刑法學領域對於過失犯的討論仍以外國學理的引介為主，而幾乎沒有出於自主反省的討論，似乎也顯得合情合理。問題是：究竟直到何時，我們才算是追上先進國家的法學水平，進而得以發展具有自己脈絡的刑法學知識？

面對這樣的大哉問，確實難以驟然劃定出明確的界線。也正因為沒有明確的界線存在，迄今尚有為數眾多的專業參與者，似乎認為刑法學的基礎建設仍有所不足，還是持續地從事德日刑法學知識的引介，以為職志。事實上，經過好幾代學者的努力，應該可以認為，我們的刑法學知識已經達到足以發展自己脈絡見解的水平，蓋對於各種刑法基礎知識的掌握，包括罪刑法定主義、刑法的人權保障與法益保護機能、刑罰的預防與應報機能以及犯罪階層理論的運用等，應該已經在法學專業社群之中，達到普遍具有相當理解的程度。既然法學專業社群已經能夠充分地掌握並運用這些基礎的刑法學知識，縱使我們的法學水平未必能與作為先進國家的德國或日本等量齊觀，也堪稱具備足夠的資源與能量來進行自主思考反省、以建構自己脈絡的刑法學知識。在此條件之下，部份學者仍舊未能擺脫繼受式法學的思維，純然引進外國刑法學知識，未能提供經過自主思考反省之後的結論，誠如學者徐偉群於〈台灣刑法學的思索：四十年來台灣刑法學發展的回顧〉一文所言，係「經常過早地放棄提問」，進而喪失了透過發問、批判以實現其思考主體性的機會。²⁹³

於是，在 1980 年代後期迄今的第三代學者活躍期，學者如何建構其過失犯的論述，可以區分為兩種迥然不同的態度。第一種論述的態度，即悉以德國或日本的學說理論為依歸，未加質疑即予援用。這樣的現象尤其存在於認為過失犯應與

²⁹³ 參照徐偉群(2011)·〈台灣刑法學的思索：四十年來台灣刑法學發展的回顧〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1429-1430。

故意犯採取相異犯罪檢驗結構的主流見解之中，採取客觀歸責理論的論者也有相類似的問題，蓋兩者均係採取異於傳統見解的主張，本來都應該詳細說明之所以必須放棄以往見解的實質理由何在，才能充分證成其理論主張的正當性。然而，經由本文第三章的整理回顧可以發現，論者或是直接訴諸採取外國的最新理論為正當性來源、或是根本無視於其他理論的存在即逕以其所採取的理論予以論述，幾乎看不到與其他理論的對話與辯詰。有鑑於並非所有論者都對於過失犯理論的發展均有充分瞭解，或許也不該加以苛責。相對於此，另外一種論述態度，就是基於論者本身的自主反省，對於不同的見解有其反思之後，始作成最後的過失犯理論主張。這樣的態度，不僅見於具有德國少數說學術脈絡的個別化理論之論者許玉秀與黃榮堅，以日本文獻作為重要參考資料的靳宗立與李茂生，也同樣是在對於其他相異學說見解（尤其是主流見解）的批評之後，再來論述其所採取的過失犯理論主張。

本文認為，正是這樣掙扎在「繼受式法學論述」與「自己脈絡刑法學知識」之間，構成了台灣過失犯理論發展、甚至是台灣刑法學發展的特殊性。我們必須正面面對這樣的特殊性，認知到台灣即使作為繼受法國家、即使作為法學後進國家，在歷經戰後 60 餘年的學術能量累積之後，已經能夠脫離仰賴引介外國學理以充實刑法學知識基礎建設的階段。唯有具備如此認知，並且是法學專業社群普遍具備如此認知，我們才能夠期待台灣過失犯論爭的進行式，逐漸發展成學說之間的實質對話，進而發展出台灣自己的脈絡，以自主思考的理論主張來解決過失犯所面臨的各種理論與實務問題。

當然，在全球化浪潮的席捲之下，無論是科技發展抑或是生活型態，台灣與德國、日本等其他法學先進國家既然具有許多相同的條件，所面臨的各種過失犯相關問題自然也有其共通之處，諸如交通事故的激增、酒駕肇事致人死傷的刑責、醫療業務過失的處罰與否、公害案件與監督過失等，幾乎是所有國家都會面臨到

的這些問題。就此而言，本文認為在發展背景上與其他國家所享有的相同之處，使得台灣過失犯理論具有一定的普遍性。但即便如此，也不應僅以各個國家之間具有普遍相同的背景為由，就把外國的學說理論，在未經充分反省的狀況下直接予以援用。換言之，即使是各個國家之間均同樣面臨的問題，我們也必須以自己的觀察作為基礎，仔細地對問題進行梳理，並對各種學說的優劣詳予釐清，最後才做出選擇。本文以下的討論，即依循這樣的步驟，先釐清隱藏在主流見解背後的種種問題，再藉由刑法的基本原理原則予以剖析，最後才是對於過失的概念與標準做出本文的理論選擇。

第三項 問題之所在

依據主流見解的理論，過失犯的犯罪檢驗架構與故意犯有所出入，不採客觀不法構成要件與主觀不法構成要件的架構，而是在構成要件階層建構純粹客觀的構成要件，而將主觀能力要素留待罪責階層、並且係在例外情形始予檢驗。採取如此見解的我國論者，是否忽略了隱藏在此種見解的理論矛盾？適用如此見解於實際的案件上，又可能導致什麼樣的後續問題？在目前台灣的過失犯論述當中，許多論者並未深刻對以上問題加以反省，即由德國與日本將如此見解予以引進，遂使其在不知不覺之間成為了目前的主流見解。盲目地輸入德日主流見解以作為台灣主流見解，對於刑法學知識的合理性追求，絕對是弊大於利。因此，重新對相關問題的進行反省與揭示，乃在進行理論選擇之前，所不得不為的首要任務。

首先，在理論建構上的最大問題在於，為何過失犯的檢驗架構並非與故意犯使用相同的犯罪階層體系，論者幾乎沒有實質提出之所以「必須」如此的理由。即使是在相對詳盡的教科書中，例如林山田的《刑法通論》第 10 版，呈現在我們眼前的理由，不外乎行為理論與罪責理論的變遷，由因果行為論與心理罪責論，

受到目的行為論、社會行為論與規範罪責論的影響之後，故而認為過失犯係屬「一種可罰行為的特別型態，無論在不法領域或在罪責領域之中，均具有其獨立的結構」。²⁹⁴蘇俊雄的《刑法總論 II：犯罪總論》雖屬相對詳細，但是除了前開行為理論與罪責理論的討論之外，也只是加上了 Mezger 將「客觀義務的違反」置於違法階段、「主觀義務的違反」置於責任階段評價的說明，其餘的篇幅均在針對其結論進行說明，而非說明其結論所依據的理由。²⁹⁵採取客觀歸責理論之論者，大抵也具有相同的問題，業已於前述章節充分展現。

就如批評的論者所言，犯罪階層體系既然是檢驗犯罪是否成立的共通流程，除非有極為堅實的法理依據作為基礎，否則即不應該貿然在過失犯的檢驗上，放棄這樣的結構。²⁹⁶然而，另有論者認為，當犯罪係以具備刑法不法並且有責的行為而被理解時，只要我們能夠探究過失犯的不法與罪責要件之意涵，即可以放開發展於故意犯領域的相關理論拘束，重新配合刑法之功能與目的，架構檢驗過失犯的要件。²⁹⁷誠然，若得以架構一套足以妥適處理過失犯的結構，並且兼顧刑法之功能與目的，自然沒有必要堅持過失犯必須與故意犯採取相同的結構。但是，在台灣目前的主流見解與客觀歸責理論的主張之下，終究無法釐清為何在過失犯無須實質檢驗行為人的主觀心理狀態？放棄主觀心理事實之檢驗，採取與故意犯相異的結構，是否確實能夠同時兼顧刑法之功能與目的？均不無疑問。因此本文認為，既然主流見解與客觀歸責理論所建構的過失犯檢驗架構，並沒有足夠堅實的理由作為支撐，即放棄在過失犯領域對於行為人主觀心理事實之檢驗，而採取與故意犯相異的結構，在理論的選擇上，即應優先選擇維持過失犯與故意犯同樣必須實質檢驗主觀心理事實之結構，亦即採取相同犯罪檢驗階層架構之理論。

²⁹⁴ 參照林山田，前揭註 214，頁 165-166。

²⁹⁵ 參照蘇俊雄，前揭註 4，頁 465-466。

²⁹⁶ 參照靳宗立，前揭註 273，頁 469。

²⁹⁷ 參照李聖傑（2005），〈過失犯罪行為的檢驗：評台灣板橋地方法院九十二年矚訴字第一號刑事判決〉，載於《民主·人權·正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 115-116，台北：元照。

其次，主流見解對於過失的實質判斷內容，也有其值得非議之處。其問題即存在於，在構成要件階層以客觀的結果迴避義務為核心，建構純粹客觀的構成要件檢驗內容，僅在例外情形始於罪責層次檢驗行為人個人能力一事。本文乃試圖從刑法的基本概念出發，藉由刑法功能衝突視角與罪刑法定視角，嘗試在以下兩節分別對於主流見解在實質理論內容上的問題，進行拆解與剖析。

第二節 刑法功能衝突視角之反省

刑法規範的制定，依據其目標對象的不同，乃具有「人權保障」以及「法益保護」兩個不同面向的功能。刑法的人權保障功能，係以每一個潛在的被告為其目標對象，也是現代刑法在歷史上之所以被制定的重要影響因素之一。將刑法規範以明文制定，國家欲發動刑罰權，必須以行為人實施犯罪行為為前提，犯罪與刑罰的範圍與內容也藉由立法而被確定下來，使得個人的基本人權都能夠免於國家的恣意侵害，故此一功能與罪刑法定主義可謂互為表裡。²⁹⁸相對於保障潛在的被告，刑法透過立法明文宣示，對於特定的犯罪行為將施以刑罰之惡害，故得以一般性地防治特定的犯罪行為實施，進而得以保護各種法益，免於受到來自其他私人的侵害，係以潛在的被害人為目標對象，此即刑法的法益保護功能。²⁹⁹社會往往基於被害的恐懼，過度強調刑法的法益保護功能，此際人權保障功能即發揮其限制的作用，遂使得兩者之間係處於互相衝突的關係。

但在現代社會中，由於高度的工業化與都市化，使得公害案件、交通事故、少年偏差行為等問題頻傳，然而其他傳統、習俗與倫理等非法律規範卻逐漸喪失其社會規制的功能，遂使眾人更加仰賴刑法來彌補其他非法律規範的空白。在這

²⁹⁸ 參照內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 56-57，東京：有斐閣。

²⁹⁹ 參照內藤謙，前揭註 298，頁 45。

樣的背景之下，法益保護功能的重要性因而被不斷地放大，人權保障機能則隨之被壓縮，使得本來應該互相制衡的兩種不同面向功能，逐趨於失衡。³⁰⁰ 主流見解在其過失犯理論，以客觀的結果迴避義務為核心，建構純粹的客觀構成要件，正是現代社會過度仰賴刑法來滿足規制社會的需求。也正是這樣的見解，使得天平更加倒向法益保護功能的一方，個人受到人權保障功能庇護的自由也隨之壓縮。

詳言之，在主流見解的理論建構之中，如前一章所整理的，大抵係以「一個具有良知而謹慎的一般人、平均人，處在與行為人相同的情狀時，得以保持注意進而避免構成要件結果之發生」，來作為客觀結果迴避義務之抽象內容。但是，這樣的抽象內容顯然並不容易操作，所以主流見解勢必得參酌各種刑法以外的注意規則或是安全規則，也就是藉由行為人是否遵守這些刑法以外的注意規則、安全規則，以推論其是否違反刑法上的客觀結果迴避義務。由於這些規則的來源十分廣泛，包括各種成文與不成文的規範，其實際適用上的結果，就是一旦行為人在這些恆河沙數的規則之中違反了其中之一，即屬具備刑法上的過失，並準備在前科紀錄表給計上一筆。³⁰¹ 尤其是對於「信賴原則」的適用條件，如果認為必須行為人本身並無違規，始得藉由信賴原則的主張來阻卻犯罪之成立³⁰²，更是助長此

³⁰⁰ 參照內藤謙，前揭註 298，頁 58-59。

³⁰¹ 我國實務判例有採取類似見解者，參照 93 年台非第 94 號判例：「『屋外供電線路裝置規則』係經濟部依電業法第三十四條訂定發布，其有關架空電線與地面垂直間隔之規定，已有安全上之專業考量，在一般正常情況下，符合該規則設置之電線，應足確保安全無虞。本件架空屋外高壓供電導線之高度，符合該規則所定之基本垂直間隔，為原判決確認之事實，則設置機關或負有安全監督責任之被告，於不違反其客觀上防止危險結果發生之注意義務下，在通常情形一般人俱應予以容認，而作適切之相應行為，不致高舉導電物品行經電線下方，期能共維安全，自有正當之信賴；故被害人垂直持魚竿行經上開高壓供電導線下方，要屬其自身之危險行為，不能令被告負過失責任。」近期最高法院採取類似見解的判決，例如 101 年台上字第 2384 號判決：「伊當時車子並未熄火，係臨時停車，且該車右側前後輪胎距離路面邊緣顯然少於五十五公分，業已遵守相關交通法令規定，已盡注意義務。伊之臨時停車既係合法，縱前面仍有更寬之停車處，亦不因之變為非法。鑑定人吳宗修證稱伊係臨時停車，與事實不符。原審認伊停車前面尚有更寬之停車處，逕認伊停車不合法而有過失，自有判決不適用法令之違法。又原審對吳宗修證稱伊並無過失，未說明不予採信之理由，亦有判決理由不備之違誤。」以上判例與判決之結論上雖係否定被告之過失刑責，但其悉以刑法以外之注意規則、安全規則之遵守與否，來決定是否已盡注意義務、進而決定是否成立過失刑責，其受到主流學說見解之影響也顯露無遺。

³⁰² 我國實務判例即採此立場，參照 84 年台上第 5360 號判例：「汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交

種「只要有違規，就成立過失犯罪」的趨勢。如此趨勢，使得人民在開展自己的生活時，必須無所關漏地遵守各種非刑法的規則，否則即得面臨刑罰的惡害。或許這樣的作法，確實有助於達成法益保護的目的，但是，透過如此嚴苛的要求以達到一般預防的目的，已經明顯侵蝕了刑法的人權保障功能，使得人民幾乎是在極度不確定的狀態下，受到國家刑罰權的威脅。

以交通領域的情形為例，當一個汽車駕駛人在一般情形下行駛於市區道路時，其必須遵守的交通規則例如：上路前必須詳細檢查方向盤、煞車、輪胎、燈光、雨刮、照後鏡等設備是否確實有效³⁰³；起駛前必須顯示方向燈，注意前後左右有無障礙或車輛行人，並應讓行進中之車輛行人優先通行³⁰⁴；行駛時必須遵守道路交通標誌、標線、號誌並服從交通警察的指揮³⁰⁵；行駛時遇到轉彎、減速、讓車、倒車、變換車道時，必須顯示符合規定之燈光或手勢³⁰⁶；行經設有彎道、坡路、狹路、狹橋、隧道、學校、醫院標誌之路段、泥濘或積水道路、無號誌之交叉路口及其他人車擁擠處所，或因雨霧致視線不清或道路發生臨時障礙，均應減速慢行，作隨時停車之準備³⁰⁷；在同一車道行駛時，除擬超越前車外，後車與前車之間應保持隨時可以煞停之距離³⁰⁸；行近未設行車管制號誌之行人穿越道前，應減速慢行³⁰⁹。這些規則如果是分別出現在駕照筆試的電腦螢幕中，在經過充分準備且具有足夠思考時間的狀態之下，要選出正確的選項應非難事。但是，當一個駕駛人實際行駛於道路時，在每一個瞬間，是否有可能同時掌握住這麼多的規則，並且念茲在茲地提醒自己必須遵守？

通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。」

³⁰³ 參照道路交通安全規則第 89 條第 1 項第 1 款。

³⁰⁴ 參照道路交通安全規則第 89 條第 1 項第 7 款。

³⁰⁵ 參照道路交通安全規則第 90 條。

³⁰⁶ 參照道路交通安全規則第 91 條。

³⁰⁷ 參照道路交通安全規則第 92 條第 1 項第 2 款。

³⁰⁸ 參照道路交通安全規則第 94 條第 1 項。

³⁰⁹ 參照道路交通安全規則第 103 條第 1 項。

採取主流見解的過失犯理論，即意謂著駕駛人在每一個當下，都必須將所有的安全規則謹記在心，否則一旦在違反任一規則的情況下發生了致人死傷之事故，行為人即有相當高的機率必須面臨過失刑責。事實上，我們也知道一心多用容易出錯，所以安全規則並不允許駕駛人在動力交通工具行駛時，還一邊手持話筒講手機、操作 GPS 定位導航系統或者智慧型手機。³¹⁰同樣的道理，若刑法以刑罰的惡害為後盾，要求人民在駕駛汽機車時，必須將有限的專注力用於有意識地謹記並實踐所有的安全規則，實際上可謂等同於要求人民必須一心多用。其結果就是，一方面只要在眾多注意規則與安全規則之間，違背了其中之一，行為人即必須面臨過失刑責；另一方面，為了遵守這些眾多的注意規則與安全規則，行為人被迫一心多用，卻反而提高出錯的機率，結果也是必須面臨過失刑責。如此陷行為人於兩難的狀態，正是主流見解以客觀的結果迴避義務建構過失犯的純粹客觀構成要件，推導下來所可能產生的苛刻結論。

本文認為，以客觀的危險迴避義務為過失核心內涵的主流見解，就是在以上的過程之中，過度重視刑法的法益保護功能，背離刑法在歷史上保障人權的初衷，其後果就是動輒使人民背負刑事責任之前科，以滿足我們對於法益保護之需求。為了避免此種惡果，在各種過失犯理論進行選擇與建構之際，必須追求人權保障功能與法益保護功能之間的平衡，其關鍵即在於如何定位刑法以外的注意規則、安全規則。

第三節 罪刑法定視角之反省

罪刑法定主義的核心在於罪刑明確性原則，也就是犯罪與刑罰的要件、內容、範圍以及效果，均必須在刑法上有具體明確的規定。事實上，法律明確性原則也

³¹⁰ 參照道路交通安全規則第 90 條第 1 款、第 2 款以及道路交通管理處罰條例第 31 條之 1。

可以從憲法上的法治國原則導出，以作為所有法律規範的方針準則，此點亦迭經多號大法官解釋予以確認。³¹¹然而，罪刑明確性原則在刑法上的意義，更有調節前述刑法功能衝突的作用。蓋縱使為滿足法益保護功能的實現，所制定的刑法規範在其要件上仍必須符合明確性的要求，而具有足夠的定型化，亦即刑法規範的內容必須是一般人所得理解，人民才能理解刑法的指示以從事各種行為，進而得免於國家刑罰權的恣意發動。³¹²罪刑明確性原則的作用，遂得與人權保障功能相輔相成，進而限制法益保護功能的過度擴張，維持功能衝突之間的平衡。

承上所述，主流見解過份仰賴刑法以外的注意規則與安全規則，幾乎是只要行為人未遵守注意規則或安全規則，即成立過失犯罪，這樣的見解悉以行政法等其他法律或非法律的規範作為注意義務的規範來源，等於是在刑法領域完全放棄將注意義務予以定型化，顯然是違背了罪刑明確性原則的要求。蓋縱使如空白刑法條款這樣的立法技術上之例外情形，也須在各該條文構成要件上顯現一定的定型化，以告知刑法上的規範義務何在，始透過具體明確的授權交由其他法令予以補充。但在現今主流學說的見解之下，客觀的結果迴避義務雖然有其抽象的定義，但此一定義幾乎沒有操作可能性可言，實際適用上必須高度倚賴刑法以外的其他規範，於是無論刑法本身是否有過失犯的定義性規定，都將使得過失犯領域欠缺自身獨特的刑法義務，也就是說，人民從刑法規定得知的訊息，將僅剩下「必須遵守注意規則與安全規則」，刑法因此失去了自己的注意義務實質內涵，遂也將作為行為規範以導引人民開展生活的地位，拱手讓給了以行政法規為主的各種注意規則與安全規則。欲以罪刑明確性原則劃定國家刑罰權界線的理想，在主流見解的宣揚之下，悄然無息地受到了重創。

³¹¹ 參照吳庚（2004），《憲法的解釋與適用》，3版，頁169-173，台北：自刊。相關的大法官解釋例如司法院釋字第432號解釋、釋字第545號解釋以及釋字第617號解釋。大法官對於符合明確性原則的要件，一般認為有三：（一）須意義非難以理解；（二）須受規範者所得預見，即在個案中可以經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷；（三）須可經由司法審查加以確認。

³¹² 參照李茂生，前揭註281，頁50-51。

不僅如此，由於主流見解所高度倚賴的規則，係以行政法作為大宗，遂使得本來在行政罰領域比照刑法標準的公式遭到了逆轉，而其逆轉也加深了罪刑法定主義的創口。本來，在行政罰上係比照刑法採取「有責主義」(Schuldgrundsatz)，遂在行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」行政法學者一般認為，行政罰上的故意、過失之判斷可以參考刑法故意、過失的規定與要件，不同之處僅在於行政罰並無類似刑法第 12 條第 2 項之規定：「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」蓋行政罰係著眼於維持行政秩序，並且各種行政法規之罰則也無故意與過失之區分，所以無須比照刑法採取如此嚴格的規定。³¹³然而，若採取主流見解的過失犯理論，刑法上的過失係以客觀的結果迴避義務為核心，而客觀的結果迴避義務必須高度仰賴行政法規之違反與否，惟是否違反行政法規，又必須比照刑法上的過失來判斷，其結果就是極其明顯的循環論證：只要違反行政法規，就是具有刑法上的過失，而具備刑法上的過失，才能推論具備行政罰上的過失，而屬違反行政法規的行為。在主流見解的過失犯理論以及行政法學說的共同努力之下，刑法上的過失內涵不僅徹底被架空，也在上述過程之中呈現了難以解消的弔詭。本文認為，最大的問題點在於，主流見解的過失犯理論，藉由純粹客觀的過失犯構成要件，將過失的實質判斷內容與行為人的主觀心理狀態抽離。

是以，為了達到罪刑法定主義之罪刑明確性原則的要求，本文認為必須採取異於主流見解的過失概念建構，重新釐清刑法上注意義務的內涵，以具體明確的刑法規範內容告知全體國民，才能發揮刑法作為行為規範的功用，使人民在從事各種具有風險之行為時，能夠有一個清楚的依歸。根據以上的分析，本文認為，關鍵在於如何定位行為人的主觀心理狀態與主觀能力，以建構刑法自己的定型化義務內容。

³¹³ 參照吳庚（2005），《行政法之理論與實用》，增訂 9 版，頁 487，台北：自刊。

第四節 理論之選擇

綜合以上的觀察與反省，欲在各種理論之中做出選擇，本文認為必須考量的因素包括：（一）除非具有極為堅實的法理依據，否則必須對過失犯與故意犯採取相同的犯罪階層結構。（二）必須兼顧刑法的人權保障功能以及法益保護功能，維持兩者之間的平衡，而對於刑法以外的注意規則與安全規則妥適定位。（三）必須符合罪刑法定主義的要求，即理論所建構的過失概念必須具有實質的內涵，而且內涵必須具體明確，並妥善在過失標準處理行為人能力的問題。據此，本文欲藉由對以上考量因素之檢驗，在目前眾說紛紜的各種過失犯理論之間，做出本文的理論選擇。



第一項 初步篩選

首先必須被排除的，乃目前主流見解的第二類見解，以及採取客觀歸責理論的第三類見解。儘管這兩類見解，均係在面臨遽增的交通事故與醫療糾紛，以及公害、衛生事故的出現，為了因應此等社會發展與變遷而被提出，一定程度上可認為係對於環境的激擾有所回應。然而，無論是第二類見解或第三類見解，都是以客觀的結果迴避義務為核心，建構出純粹客觀的過失犯構成要件。在體系上，這些見解在欠缺足夠的法理依據的情況下，即驟然放棄與故意犯共同的犯罪階層體系結構，已不足取。在理論的操作上，就如本文前述所為之反省，客觀的結果迴避義務高度依賴刑法以外的注意規則與安全規則，使得行為人客觀上若未遵守這些規則，基本上即成立刑法上的過失，可能使得過失認定流於浮濫，過度傾向法益保護功能的實現。再者，刑法上的過失必須高度仰賴刑法以外的各種規則，也使得刑法過失概念的內涵遭到架空，既然欠缺具體明確的過失概念，當然不符

罪刑法定主義的要求。縱使論者通常會主張，在行為人能力低於一般人時，必須例外地在罪責層次檢驗行為人的主觀能力，在過失標準似乎接近於「折衷說」，惟其過度重視構成要件層次客觀化過失的檢驗，使得罪責層次的例外檢驗幾乎只是聊備一格。是以，本文認為主流的第二類見解以及採取客觀歸責理論的第三類見解，由於其未能妥善處理的形式與實質問題太多，乃先予排除在外。

其次，部份未予歸類的見解，其基礎的理論建構並不完全，或是具有明顯的矛盾與缺失，也欠缺實際適用之可能，故亦應排除在外。例如：甘添貴、謝庭晃合著的《捷徑刑法總論》僅整理了各種理論，卻未說明其認為應採取何種理論，遂無從得知其主張為何。余振華的《刑法總論》認為過失係屬主觀構成要件要素，惟其並未說明過失的內涵為何，自然也無適用之可能。靳宗立的《刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論》，在經過自主反省之後，認為過失犯與故意犯應具有共同的犯罪階層結構，並分別過失犯的各個階層應予檢驗的內容為何，似無重大問題。惟進一步檢驗其對於各該階層的檢驗內容，問題則逐一浮現。例如，在構成要件階層，作為主觀構成要件要素的過失之內涵為何，未見詳細的說明。在違法階層檢驗的客觀注意義務以及罪責階層檢驗的主觀注意義務，兩者的內容為何也同樣欠缺說明，遂使得該書的理論仍舊無法在實務上操作適用。

據此，可能的選項將會落在第一類見解、採取個別化理論的第四類見解或是李茂生在《刑法總則講義綱要》所採取之見解。這些見解均認為過失犯應與故意犯採取相同的犯罪階層結構，在過失的概念內涵上則未過度仰賴刑法以外的注意規則與安全規則，而是著眼於行為人的主觀心理事實與能力。本文以下將在進一步的分析之後，做出最終的理論選擇。

第二項 分析、選擇與建構

首先，必須重新釐清過失的概念內涵，以確立刑法本身的規範要求。對此，本文認為作為主觀要素的過失，係一種對於法益侵害有所疏忽、不小心的主觀心理事實狀態。詳言之，即一種對於構成要件之實現雖非故意，但對於正在從事的一定事項欠缺意思緊張的意識集中，並且對於構成要件之實現具有預見可能性的主觀心理事實狀態。儘管細節論述可能有所差異，本文認為第一類見解、個別化理論的第四類見解以及李茂生的《刑法總則講義綱要》，對於過失的概念本質內涵均係訴諸此種對於法益侵害有所「疏忽」、「不小心」的心理事實狀態。也就是說，刑法對人民所下達的行為規範，乃要求人民在從事其行為時必須「小心以避免造成法益侵害」，此即刑法上的「注意義務」。相較於主流見解要求人民必須「遵守各種的注意規則與安全規則」，要求人民必須「小心以避免造成法益侵害」，一來具有主觀心理事實作為其概念內涵，不會有過失概念遭到架空的問題，二來其內容相對單純而容易理解掌握，人民比較容易措其手足，而得免於患得患失的疑慮。據此，所有刑法以外的各種注意規則與安全規則，雖然仍可用以輔助判斷行為人是否具有不小心的心理狀態，卻也僅止於輔助的地位，不可喧賓奪主。

在過失概念確立之後，本文以下的分析，乃聚焦於過失之標準。第一類見解多半採取「折衷說」，也就是原則上係以一般人的能力為上限，亦即縱使行為人能力高於一般人時，並不要求行為人要負較高的注意義務；但在行為人能力低於一般人時，基於法律不強人所難之立場，認為應例外地以行為人的能力為標準。第四類見解的個別化理論，則悉以行為人的個人能力為標準，未區分行為人的能力究竟是高於、等於或是低於一般人，蓋其認為行為人的能力到哪，其注意義務的要求就該到哪，故被歸類為「主觀說」。比較「折衷說」與「主觀說」，可以發現兩者在行為人的能力等於或低於一般人的情形並無差異；不同之處僅在行為人的

能力高於一般人時，「折衷說」認為行為人無須負擔超過一般人的注意義務，「主觀說」則認為行為人的注意義務應隨其能力變化，而具有高過一般人的注意義務。兩相比較的結果，可以發現「折衷說」顯然無法妥善說明，為何行為人能力高於一般人時，其注意義務無須相對應的提高，以避免法益侵害結果之發生。因此，採取「主觀說」乃較為符合等者等之、不等者不等之的實質平等原則。申言之，如果我們允許能力較高者無須盡其能力注意避免法益侵害，相對於能力較低者，其等於是多享有一段「縱使不是盡其能力注意，也能夠免於刑法之處罰」的免責空間，而能力較低者則無法享有此種免責空間，自然在實質上有其不平等之處。因此，「折衷說」特別優惠能力較高者，使能力較高者另外享有免責空間，相較於「主觀說」依其能力決定其應履行的注意義務程度，並無此種差別待遇，實質上自然是以「主觀說」較為符合平等原則之要求。

然而，無論是「折衷說」或「主觀說」，兩者在處理「超越承擔過失」的問題時都會面臨困難，因為能力低於一般人的輕率行為人，若直接依據「折衷說」或「主觀說」的標準操作，其結論就是行為人並無過失，顯然背於法益保護的追求。德國通說在面臨此一困境時，係採取「犯行前置說」(Lehre von der Vorverlagerung des Handlungszeitpunkts)，即創設構成要件行為時點認定上的例外，使之提前到一個行為人能夠透過「放棄危險行為的施行」以迴避法益侵害的時點，此時的行為人能力既然足以認知到自己欠缺施行危險行為所必要的能力，故可認定此一時點的行為具有過失。³¹⁴但是，這種例外的處理方式，也被批評為是不當擴張構成要件行為，又未必能夠適用到所有的超越承擔過失案例，並非令人滿意的解決方案。

315

³¹⁴ 參照許恒達(2008)，〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20卷2期，頁104-106。

³¹⁵ 參照許恒達，前揭註314，頁112-117。

「能力區分說」的提出，就是意識到「折衷說」與「主觀說」在處理「超越承擔過失」時所面臨的難題，進而提出的不同解決方案。「能力區分說」的策略是，將過失概念拆解為不同的部份，其中一部分係採取「客觀」標準，另外一部分則採取「主觀」標準，欲藉由「客觀」標準的部份解決「超越承擔過失」之問題，卻又能夠藉由採取「主觀」標準的部份享有前述「主觀說」的合理性。如李茂生在《刑法總則講義綱要》中所示，所謂的「注意」，亦即藉由意思緊張而對於一定事項所達到的意識集中狀態，係採「客觀」標準，惟此處的「客觀」乃無關行為人能力，而是一種純粹客觀的「要求」；至於注意之後是否能夠「預見」，則採取「主觀」標準，即以行為人的個人能力為標準，等同於「主觀說」。換言之，如果行為人並未藉由意思緊張而對於一定事項所達到的意識集中狀態，也就是其未達到客觀上的「注意」要求，則無須檢驗其「主觀能力」為何，一律成立過失；如果行為人已經達到客觀上的「注意」要求，才會進一步檢驗，行為人是否具備預見構成要件實現所具備的「主觀能力」。「超越承擔過失」的情形，在前階段即認定輕率的行為人並未符合客觀上的「注意」要求，因此無須進入後階段的檢驗，即可肯定其成立過失。³¹⁶

在「能力區分說」之下，過失概念可以更加妥適地被整合進過失標準之中，並且無庸創設例外即可處理「超越承擔過失」之問題。不僅如此，由於「能力區分說」在檢驗行為人主觀心理事實是否成立過失時，係兼顧「客觀注意要求」以及「主觀注意能力」，在「客觀注意要求」的層面上，各種注意規則、安全規則在此可以發揮輔助判斷之作用，透過這些規則的媒介，使得法律系統在此得以回應來自政治、經濟、社會等其他系統的需求，但也因為這些規則終究只是輔助之用，最終仍維持了刑法自身的規範義務：藉由意思緊張所達到的意識集中狀態，亦即「注意」。藉由「能力區分說」的建構，既保留了回應其他政治、經濟、社會等背

³¹⁶ 李茂生的《刑法總則講義綱要》，實際上並未處理「超越承擔過失」的問題，本文乃係參考日本文獻加以補充。參照內藤謙（1991），《刑法講義總論（下）I》，頁 1124-1125，東京：有斐閣。

景環境需求之空間，其將規則定位為輔助判斷之用，更能夠兼顧刑法功能衝突之平衡，不會過度偏重人權保障或法益保護的任何一方。此外透過刑法自身規範義務之建構，使得刑法過失概念具有最起碼的定型化，自然較符合罪刑法定之要求。綜上所述，「能力區分說」應屬相對較佳的選項，本文採之。



第五章 結論與展望

過失犯概念在德國刑法史的發展蹤跡，並非自始即有極為清晰的掌握，毋寧是在漫長的發展過程之中，一邊摸索於各種法律現象、一邊又為了滿足各種社會與實務需求，最後才在眾多因素的交織作用下，偶然地形成了現代的過失犯概念，並開啟了後續的理論發展。相對於此，台灣過失犯理論受限於繼受法國家的現實，長久以來皆係悉以理論宗主國的德日學說理論為是，而欠缺自主反省之後的理論發展。如此現象在戰後經過了六十餘年，仍有不少台灣的過失犯論述係在未經質疑、未經反省、未經批判的情況下，直接援用德日學說作為其論述內容。所幸，經過了戰後數個世代的學術能量累積，目前在檯面上，已經可以看到經過相當自主反省之後才提出的過失犯理論主張。

本文除了肯認如此自主反省的學術態度以外，並且亦嘗試在刑法功能衝突與罪刑法定等視角的反省之後，提供理論選擇上的主張。就過失概念而言，本文認為過失係屬一種對於法益侵害有所疏忽、不小心的主觀心理事實狀態，據以形成刑法上的規範義務，告以人民必須小心以避免造成法益侵害。在過失之判斷標準，本文採取「能力區分說」的見解，即前階段係客觀上的「注意」要求，後階段才是判斷行為人是否具備預見構成要件實現所必須具備的「主觀能力」。「超越承擔過失」的情形，在適用「能力區分說」的情形，由於輕率行為人並未符合「注意」的要求，故無須檢驗是否具有主觀上的預見能力，即可認定成立過失。採取此說可以援用其他規則作為輔助判斷「注意」與否的標準，得以回應其他政治、經濟、社會系統的需求；其他規則僅具輔助地位，得以維持刑法人權保障與法益保護之平衡；並且此說以意思緊張所達到的意識集中狀態實質建構「注意」的內涵，使過失概念具有最起碼的定型化，得以符合罪刑法定之要求。

然而，本文雖然試圖釐清過失犯理論的歷史發展，並嘗試在自主反省之後，做出理論選擇之主張，仍舊留有許多未竟之功，有待未來的研究繼續發展。歷史回顧的部份，儘管本文已經注意到政治、經濟等環境影響的重要性，並盡量將其背景因素呈現，但為何現代的過失犯概念係藉由「預見可能性」與「注意義務」而在現代形成共識？又政治、經濟與社會等其他環境因素，究竟是如何與過失犯理論發展產生因果關係？凡此均有待更加細緻的探討。就反省與理論選擇的部份，本文主要聚焦在過失概念及其標準上，未能處理的問題，包括：過失在犯罪階層體系上的定位，究竟係屬不法層次還是罪責層次？故意與過失的區別標準為何？容許風險、信賴原則、監督過失、結果可避免性等問題，如何整合至架構之內？又由於本文係聚焦於「理論」，實務見解的適用狀況，在受到主流見解的影響之下，是否因此使得過失認定趨於浮濫？這些進一步的討論，均屬本文力有未逮之處。

此外，本文未能處理的問題，還有立法論上過失犯罪存廢的問題。誠如論者所言，過失犯行為人既然是在沒有破壞法規範的意願下，對法益造成了侵害，若從刑罰的預防目的出發，以刑罰來處罰欠缺破壞法規範意願之行為人，究竟如何能夠達到預防法益侵害的目的，其效用頗令人質疑。假使無法提供充分的理由、證據以說明處罰過失犯對於法益保護的實效，則使用刑罰來處罰過失犯罪之行為人，難免淪於單純以刑罰作為應報工具。³¹⁷關於過失犯罪存廢的討論，勢必涉及經驗資料之統計、研究，以釐清施用刑罰於過失犯罪領域對於法益保護究竟具有多大的實效。此等對於過失處罰基礎的進一步探討，也是未來研究可以著力之處。

³¹⁷ 參照李聖傑（2007），〈過失行為的刑法處遇〉，《月旦法學教室》，57期，頁86。

參考文獻

中文文獻

- Franz Wieacker 著，陳愛娥、黃建輝譯（2004），《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，台北：五南。
- Ian Craib 著，廖立文譯（1986），《當代社會理論》，台北：桂冠。
- Munroe Smith 著，姚梅鎮譯（2006），《歐陸法律發達史》，臺 2 版，台北：臺灣商務。
- Niklas Luhmann 著，李君韜譯（2009），《社會中的法》，台北：五南
- Niklas Luhmann 著，湯志傑、魯貴顯譯（2001），《生態溝通：現代社會能應付生態危害嗎？》，台北：桂冠。
- 山中永之佑著，堯嘉寧等譯（2008），《新日本近代法論》，台北：五南。
- 山中敬一，陳運財譯（1996），〈日本過失犯理論之發展及其現代之課題一大規模事故及刑事責任〉，《東海法學研究》，10 期。
- 王汎森等（2011），《中華民國發展史·學術發展（上）》，台北：政大、聯經。
- 王泰升（2002），《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000）》，台北：國立臺灣大學法律學院。
- 王泰升（2009），《台灣法律史概論》，3 版，台北：元照。
- 王泰升（2010），《台灣日治時期的法律改革》，2 版，台北：聯經。
- 王泰升（2011），〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊。
- 王觀（1930），《中華刑法論（第二冊）》，6 版，北平：居無廬。
- 世界著名法典漢譯叢書編委會編（2000），《十二銅表法》，北京：法律出版社。
- 司法院編（2006），《台灣法界耆宿口述歷史（第二輯）》，台北：司法院。
- 甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，台北：自刊。
- 何任清（1971），《刑法概論》，2 版，台北：自刊。
- 何勤華等（2004），《德國法律發達史》，台北：韋伯文化。
- 余振華（2011），《刑法總論》，頁 173，台北：三民。
- 吳世敏（1999），《過失犯中注意義務違反性之研究》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文。
- 吳庚（2004），《憲法的解釋與適用》，3 版，台北：自刊。
- 吳庚（2005），《行政法之理論與實用》，增訂 9 版，台北：自刊。
- 李茂生（2007），《刑法總則講義綱要》，2007 修訂版，載於國立臺灣大學法律學院網站，<http://www.law.ntu.edu.tw/chinese/2011/06/刑法總則講義.pdf>。

- 李聖傑（2005），〈過失犯罪行為的檢驗：評台灣板橋地方法院九十二年囑訴字第一號刑事判決〉，載於《民主·人權·正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照。
- 李聖傑（2007），〈過失行為的刑法處遇〉，《月旦法學教室》，57期。
- 周治平（1963），《刑法總論》，台北：自刊。
- 周惠民（2009），《德國史—中歐強權的起伏》，增訂2版，台北：三民。
- 林山田（1981），〈論過失犯罪〉，《政大法學評論》，24期。
- 林山田（1983），《刑法通論》，台北：自刊。
- 林山田（2008），《刑法通論》（上冊），10版，台北：自刊。
- 林山田（2008），《刑法通論》（下冊），10版，台北：自刊。
- 林立樹（2008），《義大利史》，台北：三民。
- 林怡秋（2008），《加重結果犯中基本行為與加重結果間關係之研究》，成功大學法律研究所碩士論文。
- 林東茂（2009），《刑法綜覽》，6版，台北：一品。
- 林書楷（2010），《刑法總則》，台北：五南。
- 林淑玲（1986），《故意與過失在犯罪論體系上地位與內涵之變動》，輔仁大學法律學研究所碩士論文。
- 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，台北：元照。
- 法律教材編輯部編（1980），《外國法制史資料選編》，北京：北京大學出版社。
- 洪福增（1982），《刑事責任之理論》，台北：自刊。
- 徐偉群（2011），〈台灣刑法學的思索：四十年來台灣刑法學發展的回顧〉，《臺大法學論叢》，40卷特刊。
- 高仰止（1974），《刑法總論》，台北：自刊。
- 高仰止（1999），《刑法總則精義》，台北：五南。
- 國史館中華民國史法律志編纂委員會編（1994），《中華民國史法律志（初稿）》，台北：國史館。
- 張紹省（1997），《過失犯中個別化理論之研究：以不法理論為基礎》，國立政治大學法律研究所碩士論文。
- 張雋青（1947），《新刑法總則大綱》，4版，上海：中華書局。
- 張麗卿（2007），《刑法總則理論與運用》，3版，台北：五南。
- 梁恆昌（1976），〈論過失犯〉，《刑事法雜誌》，20卷1期。
- 許玉秀（1997），《主觀與客觀之間》，台北：自刊。
- 許玉秀（2000），《犯罪階層體系及其方法論》，台北：自刊。
- 許恒達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20卷2期。
- 許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期。
- 許澤天（2009），《刑總要論》，增修2版，台北：元照。
- 郭君勳（1988），《案例刑法總論》，修訂版，台北：自刊。

- 陳子平（2008），《刑法總論》，2版，台北：元照。
- 陳子平（2008），《刑法總論》，2版，台北：元照。
- 陳弘毅（1981），《刑法總論》，台北：漢林。
- 陳志龍（1992），《人性尊嚴與刑法體系入門》，台北：自刊。
- 陳和慧（1973），〈過失責任論〉，《軍法專刊》，19卷6期。
- 陳惠馨（2007），《德國法制史——從日耳曼到近代》，台北：元照。
- 陳惠馨（2011），〈從1520年《卡洛林那法典》看德國近代刑法史〉，載於《法文化研究——繼受與後繼受時代的基礎法學》，台北：元照。
- 陳樸生（1979），〈過失理論之發展及其趨向（下）〉，《軍法專刊》，25卷5期。
- 景玉鳳（1983），《新舊過失理論之比較》，國立中興大學法律研究所碩士論文。
- 黃仁宇（1991），《資本主義與廿一世紀》，台北：聯經。
- 黃風編（2002），《羅馬法詞典》，頁92，北京：法律出版社。
- 黃常仁（2009），《刑法總論——邏輯分析與體系論證》，2版，台北：新學林。
- 黃榮堅（1989），〈刑法解題：關於故意及過失〉，《輔仁法學》，8期。
- 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3版，台北：元照。
- 黃榮德（2005），《論刑法上注意義務之違反與業務過失》，國立臺北大學法學系碩士班碩士論文。
- 楊建華（1982），《刑法總則之比較與檢討》，台北：自刊。
- 靳宗立（2010），《刑法總論 I——刑法基礎理論暨犯罪論》，台北：自刊。
- 廖正豪（1993），《過失犯論》，台北：三民。
- 翟本瑞（1989），〈現代國家形成的社會學反省意義〉，《思與言》，27期。
- 褚劍鴻（1979），《刑法總則論》，3版，台北：自刊。
- 趙琛（1953），《刑法總論》，台北：自刊。
- 趙琛（1963），《刑法總論》，改訂8版，台北：自刊。
- 歐錦雄（2011），〈德國犯罪三階層論的政治悲情〉，《雲南大學學報法學版》，24卷4期。
- 蔡墩銘（1969），《刑法總論》，台北：三民。
- 蔡墩銘（1976），《刑法要義》，台北：自刊。
- 蔡墩銘（2007），《刑法總論》，修訂7版，台北：三民。
- 鄭健才（1981），《刑法總則》，台北：自刊。
- 鄭逸哲（2009），《法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）：刑法初探》，4版，台北：瑞興。
- 賴麗琇（2003），《德國史（上）》，台北：五南。
- 戴東雄（1999），《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，2版，台北：元照。
- 謝瑞智（1983），《刑法總則精義（表解）》，台北：自刊。
- 韓忠謨（1988），〈過失犯之構成的問題〉，《刑事法雜誌》，32卷1期。
- 韓忠謨（1992），《刑法原理》，最新修訂版，台北：自刊。
- 韓忠謨（2002），《法學緒論》，2版，台北：自刊。

韓金秀（1984），《過失理論之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。
簡竹君（2004），《過失犯個別化理論和過失犯實務案例的研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文。
蘇俊雄（1997），《刑法總論 II：犯罪總論》，台北：自刊。

日文文獻

Hinrich Rüping 著，川端博等譯（1984），《ドイツ刑法史綱要》，東京：成文堂。
小野清一郎（1937），《刑法講義》，9 版，東京：有斐閣。
內田文昭（1972），〈過失犯論の史的展開について（一）〉，《上智法学論集》，16 卷 1 期。
內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，東京：有斐閣。
內藤謙（1991），《刑法講義總論（下）I》，東京：有斐閣。
內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，東京：有斐閣。
田中周友（1972），《世界法史概説》，京都：有信堂。
石橋省吾（1930），《刑法總論》，台北：晁文館。
松宮孝明（2004），《刑事過失論の研究》，補正版，東京：成文堂。
牧野英一（1941），《刑法總論》，3 版，東京：有斐閣。
宮本英脩（1930），《刑法學粹（第二分冊）》，7 版，京都：弘文堂書房。
真鍋毅（1983），《現代刑事責任論序説》，京都：法律文化社。
藤本幸二（2006），《ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria》，東京：國際書院。

網路資源

THE LATIN LIBRARY
<http://thelatinlibrary.com/law/12tables.html>

WIKISOURCE
<http://de.wikisource.org/wiki/Hauptseite>

日治法院檔案資料庫
<http://dbi.lib.ntu.edu.tw/libraryList2/>

司法院法學資料檢索系統
<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

法史網

<http://fashi.ecupl.edu.cn/>

臺灣日治時期統計資料庫

<http://tcsd.lib.ntu.edu.tw/>

