與危險相關之故意判斷基準 一兼論危險故意

中央警察大学 周慶東 招聘期間(2018年1月10日~3月21日) 2018年 公益財団法人日本台湾交流協会

與危險相關之故意判斷基準 - 兼論危險故意

周慶東*

目次

膏、前言

貳、故意之基礎要素-認知要素(主知主義)與意思要素(主意主義)

參、認知要素之不可放棄性?

肆、意思要素之無用化?

伍、實害故意是否包含了危險故意

^{*} 中央警察大學法律系教授,德國杜賓根大學法學博士。 本文之完成,感謝**日本臺灣交流協會**資助本人於 2018 年赴日本進行刑法學 術研究,同時感謝日本京都大學法學院**高山佳奈子**教授與關西大學名譽教 授**山中敬一**教授於本人研究期間所做之指導與照顧。

- 陸、(實害故意與)危險故意之區別-由危險狀態觀點 出發
- 柒、與危險相關之故意界限:認知要素與意思要素之稀 薄化境域
 - 一、風險學說
 - 二、故意危險說
 - 三、結果出現之"非無蓋然性"與風險習慣說
 - 四、未受遮蔽危險說
 - 五、混合理論
 - 六、危險狀態與危險故意

捌、小結

壹、前言

我國刑法第12條第1項規定,行為非出於故意或過失者,不罰。法意義中的行為必須承載有上述條文中所規定之兩種主觀要素,始得作為可罰性判斷之基礎。以殺人罪為例,立法者僅以客觀之描述"殺人者"三個字作為刑法分則個別犯罪之描述。雖說如此,立法者並非僅以客觀之外在描述做為該犯罪之所有構成要件,尚須以內在的主觀精神要素為必要。這樣的主觀構成要件要素雖在個別不同犯罪類型中有其各自不同的內容,像是第320條竊盜罪中所規定的所有意圖,其雖為分則的素材,但仍須透過對個別犯罪之解釋來確認各該犯罪之主觀要素內容。在立法上犯罪之主觀要素是不可欠缺的,這種認識可由刑法第12條規定中得到。該條文雖未提到以何者處罰為原則,但在結合同條第2項之規定下一過失行為之處罰,以有特別規定者,為限一便可推導到犯罪以處罰故意為原則,「以過失為例外。故吾人在解讀殺人罪

¹ 此即所謂刑法中犯罪之原則型乃故意犯之意。参照高山佳奈子, "故意と違法性の意識", 1999 年初版,頁 108; 柯耀程,刑法總則,2014 年初版,頁 133、134、136。又日本刑法第 38 條前段"無犯罪意思之行為,不罰"之規定,稱為"故意犯處罰原則",参照井田 良,講義刑法學・總論,2013 年初版 6 刷,頁 152。

時,便可獲得其僅是以處罰"故意"殺害行為之推導結果。

刑法第12條的主要作用在於突顯出犯罪構成要件要素之不法類型化,所以要是沒有主觀要素之存在而僅是依靠客觀行為與致死結果是無法讓人認識到這種讓人死亡的情況究竟是(故意)殺人罪還是過失致死罪?惟有加入了主觀要素後,吾人才有辦法去判斷是故意殺人或是過失致死罪之不法類型化犯罪,而分別適用刑法第271條或第276條。故構成要件之主觀要素不僅是一般的"犯罪類型"(Deliktstypus),還是一種屬於個別犯罪之"不法類型"(Unrechtstypus)。²因此如果吾人忽視行為之主觀面時,則刑法上個別犯罪的重要不法便無法充分顯現出來。³

² 認為日本刑法學說從原本對構成要件採取事實主義見解-構成要件係單純技術的客觀的指導形象-與違法行為類型通說化的作用相結合後,主觀違法要素便進入了構成要件要素當中。而在具有將犯罪個別化機能的構成要件上,故意乃是不可欠缺的。而迄今對主觀違法要素之肯認與否的對立,現今在日本學界仍持續存在,尚未有定論。參照山中敬一,犯罪論の機能と構造,2010年,頁187-188。

³ 在此有必要對臺灣與日本刑法學說中故意的體系地位先予以釐清。台灣目前在本問題上主要的通說採故意過失雙重理論,即認為故意與過失一方面是行為形態,一方面是罪責形態,僅參考張麗卿,刑法總則理論與運用,2016年6版,頁167。但也有主張行為之意思決定與意識活動是罪責的非難對象,而不是罪責的本身,罪責的內涵應該是對於行為人主觀的意識層面所做的一種規範可責性與非難性之判斷。若採取如此之規範責任論觀點,則故意便非罪責形態。參考柯耀程,刑法總則,2014年初版,頁

再者,在主觀要素中,故意與過失更能夠說明一個被升高的不法,因為故意代表著,行為人係有意識且蓄意地去攻擊刑法規範所保護之利益,這是比因為失誤、不小心而招致構成要件結果發生的情況來得更為嚴重,也就是刑法的制裁規範被更加粗糙地破壞了。在此,對法益破壞之個人決定在"人的不法論"(diepersonale Unrechtslehre)的觀點中,將會是重要的不法構成要件之判斷基礎。然而從以往至今雖然認識到區分故意與過失之實際效益,但是如何翔實地就其內在實質作出區分卻一直有著理論上的論爭,尤其是新近學者所提出的專以主知要素為故意內容之主張,或脫離個體的主體個別性所為之故意規範化視角等變革,更是掀起了刑法學界之矚目與持續的議論。本文試圖將基礎的主觀要素做一簡單的說明,並且由其中所涉及到對歷來主張故意與過失的重要實質內容中以危險為基準的主觀要素做探討。

^{192-194。}日本則由於採取客觀違法論以及規範責任論之不同,對於故意之體系地位則有不同見解。採取客觀違法論者支持犯罪主觀面對應責任;採取規範責任論者則認為故意並非是責任一環;再者採目的行為論者支持故意為目的行為意思與客觀要素共同形成行為之內容,而定位在構成要件階段。現行日本學界多數說乃故意雙重地位說,且故意作為主觀構成要件要素便賦予作為行為非價之不法以基礎。僅參照高山佳奈子,"故意と違法性の意識",1999年初版,頁139;山中敬一,刑法總則,2015年3版,頁313;井田 良,講義刑法學:總論,2013年初版6刷,頁153-154。

貳、故意之基礎要素—認知要素(主知主義))與意思要素(主意主義)

在我國刑法中對於故意之規定係依照同法第13條: "行為人 對於構成犯罪之事實,明知並有意使其發生者,為故意。行為人 對於構成犯罪之事實,預見其發生而其發生並不違背其本意者, 以故意論"而為認定。故意之存在與否攸關可罰性之判斷及其不 法之高低,因此有必要去認識故意的內容為何。現行刑法教釋學 中涌常將故意區分出三種類型:意圖(或稱意圖故意;一級直接 故意 die Absicht; dolus directus ersten Grades)、直接故意(der direkte Vorsatz;dolus directus zweiten Grades;二級直接故意)以 及未必故意(或稱間接故意 der bedingte Vorsatz; dolus eventualis)。就實定法而言,做這樣的區分是有必要的,畢竟在 個別犯罪中條文除了以故意犯行為原則所規定的"殺人者"(第 271 條第 1 項) 或 "傷害人之身體或健康者" (第 277 條第 1 項) 等規範內容外,仍會出現像是"明知為無罪之人(排除未必故 意),而使其受追訴或處罰"(第125條第1項第3款)或"明 知為不實之事項" (第 213、214、215 條)等用語,也會使用像 是"意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物者"(第333條第1 項)、"擄人後意圖勒贖者"(第348條之1第1項)等僅以意圖 故意為必要者,或直接規定"犯故意傷害罪"(第 116 條;未必 故意即為已足) 等各種故意的條文形式。其中以明知的文義規定 者是明白地排除掉未必故意之發生情形;⁴意圖施強暴脅迫、意圖 勒贖等則是明白規定意圖故意類型;⁵甚至直接限定"犯故意傷害 者"以未必故意即為已足等種種文字,在錯綜複雜且交互作用的 條文文義下呈現出這三種類型的故意。而這三種類型的故意依通 說認為皆有一種共通的特質,即接受兩種要素所支配,一為屬於 主知主義之認知要素;一為屬於主意主義之意思要素。易言之, 即是對犯罪構成要件一切情狀之認識與意思。⁶

⁴ 其他直接故意之規定,例如第 124 條之枉法裁判罪、第 128 條越權受理訴訟罪、第 213 條公務員登載不實罪以及第 214 條使公務員登載不實罪。其中也有不明文規定"明知"但卻屬直接故意者。參考柯耀程,刑法總則,2014 年初版,頁 137、138。

⁵ 至於我國刑法典中個別犯罪的其他的大多數"意圖"文字之規範則是屬於所謂意圖犯/目的犯的範疇,例如第 103、104、112、118…等等,以及典型財產犯罪中的不法所有"意圖"等諸意圖文字皆非指典型的意圖故意,屬於故意之外的特別主觀要素。或稱之以"目的"為妥。

⁶ 参考林東茂,刑法綜覽,2016年修訂版8版,頁1-98;張麗卿,刑法總則理論與運用,2016年6版,頁167;柯耀程,刑法總則,2014年初版,頁135。對於意思與意欲之用語,山中敬一教授是以"認識面"與"意思面"來分論"知的要素"與"意欲要素",此代表了意思概念乃意欲等主觀要素之範疇。由於在通說中著重主意要素之故意類型分別有"意圖"與"直接故意",考量到前者乃相對於主知要素而更強烈著意在主意要素上;後者則是相對地著意在此要素上。另方面在討論主觀要素方面,尚考量到此外的erwünschen, erzielen等表達方式,因此採取"意欲"一語可能無法妥適涵蓋上述的二級直接故意,而以"意思"一語則可以涵蓋在主意

在上述第13條規定中有關故意主要的幾個重要成份分別為構成犯罪之事實、明知、有意、預見發生以及其發生並不違反本意。另一方面,在刑法教釋學中與故意本質的探討有著深遠關係的問題則是排除故意之構成要件錯誤(Der Tatbestandsirrtum)⁷。所謂構成要件錯誤係行為人對屬於法定構成要件之情狀存在產生錯誤,此種錯誤之法律效果為排除故意。這種判斷亦可直接由我國刑法第13條的文義中得到。⁸由以上的刑法規範及相反的具排除故意法效果的構成要件錯誤理論來觀察,與實務上經常所用之知與意的公式頗相契合。此處之構成要件實現,詳細來說,指的是對所有客觀構成要件要素之實現。然而進一步來看行為人所欲實現者通常就僅只能是他本身的行為與因此行為所造成將來而現實上尚未到來的構成要件結果此兩者(單純舉動犯則為例外)。所以吾人如果說行為人充足所有的構成要件要素時,其實就行為

要素上強烈程度不等之各概念,故本文採之。參照山中敬一,刑法總則, 2015年3版,頁312。

⁷ 其他特殊類型之構成要件錯誤尚有涵攝錯誤(Subsumtionsirrtum)、規範構成要件要素錯誤(Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale)、因果歷程錯誤(Irrtum über den Kausalverlauf)、人物之混同錯誤(Error in persona vel objecto)以及打擊錯誤(Aberratio ictus)等,但其法律效果皆非排除故意。此外有關構成要件錯誤僅參考林鈺雄,新刑法總則,2018 年 6 版,頁 207 以下。

⁸ 由於德國刑法對於故意概念無明文規定,因此構成要件錯誤對確認故意的 推理便顯重要。

人在行為當下的角度而言,邏輯上就只能是指上述的構成要件行 為及經由此行為所帶來的將來的構成要件結果罷了。⁹

當吾人說到對結果出現之預見或想像,通常也只是指稱以"預測性質的方式"去對未來之事件做聯想而形成所謂的"認知一關係"(Wissens-Beziehung)。尤其是對結果而言,行為人不只希望能夠對之實現之外,或多或少也須能夠確定去預見到結果是自己行為的"未來後果"。吾人可以說這是一種"認識到結果"(um den Erfolg wissen)的過程,故可以將故意理解為"就一犯罪構成要件之所有客觀犯行情狀認識情況下,對其實現之意思"(Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände)。¹⁰刑法第 13 條中所明示的"明知···"與"預見其發生而···"此兩要項的涵蓋範圍原則上來說是須及於不法構成要件的所有外在情狀,具體來說是架構出具

⁹ Kühl, Strafrecht AT, 8, Aufl., 2017, § 5. Rn. 6. 認為對一切客觀構成要件可以認知到,但並不一定都能有所意思,例如一些情狀,像是可能行為人將 AIDS 感染給他人(並非一性交就都會感染,就算行為人想要感染給他人也不一定都能發生),或酒駕者對其不能安全駕駛性通常就只是認識而沒有意思(按理說,即使是酒醉者也不會自己想要發生交通意外)等,在意義上,行為人對這些情狀通常就只能是"認識到"而無法"意思"。同理,在與未成年人性交中,對性犯罪被害人之"未成年"狀態也只是能夠認識到而不能夠想要得到。

¹⁰ BGHSt 19, 298.

體構成要件之不法者,在個案中建構起各個犯罪構成要件的事實 情狀。

參、認知要素之不可放棄性?

由上述我國刑法的觀察中,無論是第 13 條第 1、2 項中的明知或預見其發生等要項,似乎立法者總是堅持著至少對犯罪事實或構成要件之認知須為故意之主要構成要素,即對故意之理解上,認知要素似是無可欠缺者。由上述的排除故意之構成要件錯誤來看,或許更能看到此種關聯性。所謂排除故意之構成要件錯誤乃係行為人對屬於犯罪構成要件情狀在認識上產生了錯誤,若行為人有著排除故意之構成要件錯誤時,則吾人對其行為便排除故意之存在。所以由此反面推論,故意行為以對構成要件之認識為必要。亦即在對故意之成立判斷上須以著重於對不法構成要件之外在情狀之認識為首要。因此好像難以存在"無認知而僅有意思"之故意。有的話,似乎就只能從"不能未遂"¹¹之學理中去

¹¹ 當行為人的犯行決意之實行,出於事實或法上理由,反於行為人之想像而無法導致客觀不法構成要件之完全充足時,則存在不能未遂。Vgl, Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 45. Aufl., 2015, Rn. 306; 林鈺雄,新刑法總則,2018年6版,頁373。依此,行為人之想像或認識實際上與犯罪構成要件之充足是錯位的,無法說成是對犯罪構成要件有完全之認識,

探尋。

除了"明確認識"(sicheres Wissen)可得形成認知性(Wissentlichkeit)而成為直接故意外,認知要素亦得涵蓋對構成要件實現之各種可能性判斷,由相當確定的概率到(高度)"蓋然性判斷"甚至是擴張到"單純的可能性想像"。然而只有如此的論述還不足以回答認知要素所必須的進一步詳細的研析。例如在認識強度方面是否所謂的"即物附隨意識"(einsachgedankliches Mitbewusstsein)¹²便已能夠符合故意認識強度之要求?例如竊賊闖空門行竊時攜帶起子等尖銳金屬工具進入被害人屋內,此時其對攜帶工具等可作為凶器之潛在認識情況即屬即物附隨意識。或是潛在認識最低程度是否可以滿足故意認識要素上最低程度之要求?特別是在罪責層面,吾人可以說潛在的不法意識可以創設罪責之基礎,然而依照刑罰中所定之明知與預見其

形成了對構成要件之實現有意思卻無(完全)認識(in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände)之狀態。也可說是形成了對實際的犯罪構成要件 "有意思卻無認識"的情況。

¹² vgl. Von Heintschel-Heinegg, StGB Kommentar, 2. Aufl., 2015, § 15 Rn. 15.1 描述其為"即時意識門檻下之常備物"(Parathaben unterhalb der aktuellen Bewusstseinsschwelle)之附隨認識;德國學說中通常認為,"思慮及此"(Daran-Denken)意義中的認識對故意而言,並非必要。vgl. Bay ObLG NJW 1977, 1974.

發生如此之文義規定本身便排除了所謂的故意潛在意識。¹³此外,在故意性質上,行為人對構成要件情狀之意義認識是否必要且充足的?在具體化方面,對犯行客體個別化須要達到何種具體的程度?這些問題都是要以對法上構成要件的一切客觀犯行情狀之"即時認識"(die aktuelle Kenntnis)¹⁴為前提要件,並且對行為人之即時意識要設定什麼樣的要求等問題都充滿著高度的爭議性。

肆、意思要素之無用化?

在第13條當中另有敘述,該條第1項"有意使其發生"以及第2項"其發生並不違背其本意"等說明另一種故意的要素-意思要素。在此可以認為構成要件實現意思與迴避意思兩者係互斥者,只要認定行為人具有後者,即否定了實現意思而欠缺意思要素,不成立故意。或者是行為人在掌握並瞭解了法益侵害之危險後,反而在此情況上並未停止活動,甚至將之作為後續行為之基礎事實而為之並造成後果,吾人便可說行為人對結果有所意思或

¹³ Kühl, Strafrecht AT, 8, Aufl., 2017, § 5. Rn. 9.

¹⁴ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 63. 這種即時意識並不一定是要用力思考始可得者。

意向。15

意思要素存在有階層化或濃淡漸層化現象。具言之,對構成要件結果之出現從強烈積極的想望可視為是"意圖、意欲",經由了"容認"到"漠然",甚至是"非希望性"(Unerwünschtheit)的層面,在這樣的幅度範圍中都可以視為是有意思要素存在之餘地。對於構成要件結果之出現極盡追求之能事,可劃歸為"強烈使其發生之意思"而成立"意圖"或"意欲";綜觀第13條並未明文規定有意圖這樣的故意類型,甚至有認為意圖才是真的直接故意,而第13條第1項中除意圖外的"(二級)直接故意"與該條第2項的未必故意共同構成間接故意。"如此分類與一般的見解頗有差異。對意圖而言,只要在認知面上去肯認一個即使概率相當低的結果發生之惹發存在亦可滿足。例如某人想殺害乙,而在非常遠的地方,甚至是一般人都認為打不中的地方舉槍瞄準射擊,此時只要擊中了乙而令其死亡的話,則某人的行為還是會成立(意圖)故意殺人罪,因為某人對

¹⁵ Hassemer, GS-A. Kaufmann, 1989, S. 294 ff..

¹⁶ 在 Lesch 的文章中將直接故意描述成是在對事件發生之現實作用可能性意識下,對構成要件實現之(目的性)意志;相對的,間接故意則是對於構成要件依存於所想望的(目的性)行為實施方面所形成的意識,或者至少是對這種情況之依事實所確證的可能性想像。Vgl. Lesch, JA 1997, S. 807 f..

於結果之熱烈積極追求將會使得其意思獲得強烈密集之凸顯之故。與此相較下,(二級)直接故意則是更較側重於認知面,例如當捷運炸彈客為炸死乙,而將炸彈放置於乙所搭乘的捷運車廂中而引爆,儘管他知道也會為在乙身邊同搭該車廂的乘客帶來殺身之禍,但仍舊按照計畫引爆時,對這些乘客的死亡即使不是炸彈客所希望想要出現的結果,但仍是對這些乘客的死亡存在著意思。以上兩例相比較的話,後者的意思要素顯然較意圖方面的來得更加不明顯。但兩者都還是成立了故意。¹⁷

另一方面,儘管在我國刑法對於故意有明文定義,但近代刑法學說對此故意概念的爭論在於,主意主義之意思要素是否對於故意之認定有著決定性的地位?如此的問題可由認知要素與意思要素兩者在作用關係上雖相互糾纏,但內容上卻又分別發展其獨特的內容這樣的情況中嗅出一二。在學理方面,意思要素屢遭到存廢之質疑批判。部分學者認為在認定故意方面無須去考量意思要素或僅需模糊考量就夠了,而只須有認知要素即可判斷故意之存在。對此,將意思要素認為是一種"於意圖之外而存在的故意領域中構成要件結果意志之幻影"(Schimäre eines tatbestandlichen Erfolgswillens in dem jenseits der Absicht liegenden

¹⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 4.

Vorsatzbereich)。¹⁸這種情形可由以下的思考得到理解,即意圖、直接故意或未必故意是各自分別對意思要素與認知要素有不同之側重,而因為如此之側重而彌補強調了各自的另一種相對之要素。¹⁹故按單這樣的想法而塑造出以下的形式:²⁰

故意形式	認識要素	意思要素
一級直接故意	在定義上無意義	著重於目的之追求
二級直接故意	認為確定	定義上無意義
	認為確定與一種目的結合	
未必故意	認為具有可能性	(有爭議)

故意之意思而是對構成要件實現之無條件意志(實現意志),

¹⁸ Lesch, JA 1997, S. 808.

¹⁹ 因之有些學者根本不提稱"意圖",而讓意圖與直接故意共同形成直接故意,稱前者為一級直接故意,後者則稱為二級直接故意,通常就以直接故意來適用故意犯罪,只有在特別的"過剩之內在傾向"犯罪時(例如強盜罪之利得意圖、竊盜罪之領得意圖等)才專門提稱出意圖一語。Vgl. Samson, JA 1989, 452. 這種作法確實可以讓在刑法之實證規定獲得妥當之適用,因為如此一來將會使得故意的領域中劃分出直接故意(含一級、二級)與未必故意,而這在不論是用法例或解釋將可罰性限定在直接故意的犯罪獲得更為妥當之適用,因為含有意圖之直接故意會讓未必故意自刑罰制裁中脫鉤。Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 A Fn. 5.

²⁰ 出自 Samson, JA 1989, 450. 但原文是將意思要素排列在先,認識要素排列 在後。

而作為實現意志,故意乃是將"行為人賦予自己對事件發生之作用可能性"作為前提要件。²¹但是在未必故意方面,其認知要素與意思要素雖同時相互影響作用,但若與前兩種故意形態相比較的話,其二要素之程度卻都分別低於意圖與直接故意。具體言之,未必故意之異於意圖,乃在於前者並未如後者一般那麼強烈地追求結果之實現,所以其結果惹發之意思要素程度上也就較低於意圖;另方面,未必故意之所以異於直接故意者,主要在於其就結果惹發之認知在程度上較後者輕微。所以未必故意同時在認知與意思要素上皆劣於上述兩故意類型,而造就出故意實質上之短縮(Schrumpfung der Vorsatzsubstanz),這讓未必故意與(有意識)過失之間甚至有著間不容髮之靠近,兩者接近到幾乎難以區分的地步。²²

相較於過失分別以輕率或注意(義務)違反性—對此我國刑 法典則訂之為應注意、能注意而未注意²³--來做具體化的進展

²¹ Otto, Jura 1996, 470.

²² Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 4.

²³ 我國刑法第 14 條第 1 項在適用上是多義性的,除了注意的合理基礎何在 之問題外,"能注意"同時能存在於不法層之規範化的主觀要素內,同時 也可以存在於主觀歸責一特別是強調個別主體性的體系中。甚為困難的 是,前者在注意違反性中是內化有不法本質的;後者則除反應前者外,亦 須考量違法性意識自個別主體中排斥出的現象,以及規範化是否適用於後 者、如何適用等模糊程度不一之困難問題。

外,各項故意形態之整合除了以知與意的形式稱號來呼應外,迄 今在內容上幾乎沒有進一步的具體作法。以致於在教釋學上或實 務判決上總是寥寥數語便認為足以對應行為人之主觀要素。甚至 連故意之本質是否具有行為不法等根本問題都尚未完整提及討 論。例如殺意之有無,係以受傷之多寡及是否為致命部位為斷; ²⁴殺人故意係以在下手時有無死亡之預見為斷,至受傷處所是否 致命部位,及傷痕之多寡,輕重如何,僅足供認定有無殺意之參 考,原不能為區別殺人與傷害致人於死之絕對標準;²⁵殺人故意 雖說不以凶器及傷痕之多少為絕對標準,但就傷害情況以觀,可 知行為人下手之重。刀能殺人不能調無預見,且下手之重更難調 無殺人之決心;²⁶乘其不備以木棍猛擊頭部使其倒地,頭部為致 命之所,故已不能調無死亡之預見,於其倒地後恨猶未消,仍持 木棍毆打不止,如非蓄有殺意何以兇悍若此²⁷云云。由早期實務 意見認為殺人故意所審酌之事項皆非絕對,其各項判斷事項皆為 基礎始點,仍須有其他因素合併判斷,此為我國實務見解所採之

²⁴ 有時雖可藉此認定有無殺意之心證,但究不能據為絕對標準。參考 18 上字第 1309 號判決。

^{25 19} 年上字第 718 號判決。此判決將認知要素作為判斷殺人故意之判斷基準,似有違舊刑法第 26 條之規定。20 年非字第 104 號判決認為,行為人之下手情形如何不失為重要參考資料。

^{26 44} 年台上字第 373 號判決。

^{27 51} 年台上字第 1291 號判決,明顯就意圖為敘述。

"綜合觀察法"。28

故意之本質是否屬於行為不法之核心部分,這依不同國家的 刑法體系及學說狀況而有所差異。29在故意本質方面,若僅單單 將其限制在犯行情狀認識之文字意義上的消極解讀,對不法之掌 握似乎是稍嫌薄弱。若承認行為人只能對一種按照已身之看法, 在其控制可能性中所存在者有所意向(daß der Täter nur das wollen seiner Auffassung innerhalb kann. nach seiner was Steuerungsmöglichkeit liegt)的話,30則行為人之所以能被視為故 意,除須要以他所認識到的犯行情狀為根據外,至少還要能夠去 預見到構成要件結果會作為其行為之可能性歸結後果,最後敢於 作出決定來實現之。在這之中可以產生出一種積極、能動的因素 - "敢行決定" (die Entscheidung für die Handlung),此因素係 在對犯行情狀之認識及對行為歸結後果之預見下,對行為並其後

²⁸ 認為最高法院對於主觀要件之基本立場係事實審法院以綜合調查為必要,並以自由心證予以認定。這是將主觀要件與客觀要件等同視之,兩者皆須綜合所調查之證據資料後予以判定,然特別給予主觀要件之審查以"綜合觀察法"之名稱罷了,此種作法與德國之整體審查模式有相近之處。參考徐育安,故意認定之理論與實務-以殺人與傷害故意之區分難題為核心,中研院法學期刊,第10期,2012年3月,頁123-124。

²⁹ 參照前注3。

³⁰ Otto, Jura 1996, 470.

果敢於為之之行為決定³¹,亦即在經過考量後而對抵觸法益之犯行作出決定為之這樣的因素。甚至故意就幾乎代表著"決定",是針對法益攻擊之決定或是違犯不法之決定。如此始能在規範邏輯上合理說明故意之處罰之所以較重於過失者,行為之實現意思須針對被法所評價為負面者,這樣的意思在法上被理解為是針對法益所為之攻擊決定,³²其不法參與之程度較為重大。敢行決定之認定既不偏頗於認知與意思要素各一方,亦可解決主意主義中對各種意思要素用語之不確定使用,或解決與非法律用語之空泛轉用。³³因此故意對外在的行為而言是一種內心世界的自由處分,既是內心的自由處分便難由他人所窺見,其存在需藉由外在指標加以確認,進而肯定故意始為正的。³⁴

³¹ 藉由知與意而形成犯罪行為事實之決意,或決意實現法律所規定構成要件之情況,參照張麗卿,刑法總則理論與運用,2016年6版,頁168;柯耀程,刑法總則,2014年初版,頁135;認為故意之本質乃實現意思,參考山中敬一,刑法總則,2015年3版,頁331-333;井田良,講義刑法學。總論,2013年初版6刷,頁163。Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 11.

³² Schulz, FS-Bemmann, 1997, S. 245, 257.

³³ Hassemer, GS-A. Kaufmann, 1989, S. 295f., 309; 徐育安,故意認定之理論與實務-以殺人與傷害故意之區分難題為核心,中研院法學期刊,第 10期,2012年3月,頁98。

³⁴ 参考徐育安,故意認定之理論與實務-以殺人與傷害故意之區分難題為核心,中研院法學期刊,第10期,2012年3月,頁99。

這種敢行決定因素不同於消極、被動的要素,然其尚未達到 規範化故意之境,可說是尚具備可被個別主體性所涵蓋性質之因 素。單憑行為人造成法益破壞後果此一事實,尚無法據以判斷其 為故意抑或過失。但如果進一步獲得行為人作成一種不法構成要 件上所敘述之法益破壞之行為決定,如此之事實加上行為決定能 否馬上判斷所行為故意抑或過失?仍舊是有問題的。畢竟單憑客 觀上行為人對法益之破壞行為決定,如果沒有進一步探討對行為 之主觀因素做評價,是難以判定的。亦即有需要去訂定出一種基 於自己個人之外在情況判斷,針對不法構成要件所保護之法益作 成一種可以歸責於個人之瑕疵行為決定。

經由上述的敢行決定要素,將故意行為人提升為比過失行為人更為強烈之法益破壞者地位,從而可據此以為刑罰加重之依據。相對的,(有意識)過失行為人就只是在雖有意識到其行為有可能實現不法構成要件情形下,但卻信賴其行為將會有好下場而為之,故可說過失行為人在主觀上並未作成針對可能被害人之法益破壞攻擊之敢行決定。故意行為人雖說是被其所認知到的事物啟發而作出行為決定,但這樣的行為決定也表露出了在現實情況中將會變成有效果、效力的內在立場與思考態度。具言之,行為人想透過其行為以實現其主觀內在所以為或多或少是"確定的"如此程度上的法益抵觸。在此所呈現出的不法在於他既然知曉、體悟了構成要件之實現可能性,卻仍希冀能夠經由其行為來實現不法構成要件上所抽象描述者。這種屬於個人內在的敢行決

定因素,甚或是"實現意志"(der Verwirklichungswille)不僅形成了故意之本質特性,同時更說明出在刑法教釋學中經常所提的意思要素存在之必要性。³⁵但如此見解或許受到質疑處在於,當適用本觀點時,便無法有容許風險概念存在之餘地,因為依此決定理論,行為人有意識地作出行為之決定,而如此之行為一如同對行為人而言,也同樣必須是有意識的一若一律視為故意行為,則無法與刑法上的容許風險相契合。³⁶

然而承認故意概念中之意思要素存在之必要性,並不必然就表示意思要素-實際上只是一種情感上之思考,同樣的"希望存在性"(Erwünschtsein)或容認等亦同--也會同時連帶性地決定了故意概念。

伍、實害故意是否包含了危險故意

乍看之下,故意依據對象為實害或危險可分為實害故意與危 險故意。通常吾人可得想像凡是想要惹發構成要件實害結果者在

³⁵ 但僅管承認如此的必要性,卻還不足以說明實際上被指稱為情感態度之意思要素,其之所以能附帶共同決定故意概念之理由。參照 Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 12.

³⁶ SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, /Momsen, §§ 15, 16 Rn. 53.

邏輯上必然的都無可避免具有危險故意。因為在達到實害前總是會經過危險事實階段。一切的實害惹發或出現都以一場危險化(或危殆化;Gefährdung)的歷程或事實為前提事實,在行為之後總是要經過這樣的危險化經歷才有可能達到實害的結果。另一方面,如果在實害之前沒有法益陷入實害危險中的話,原則上是難以想像有刑法意義上的實害。如果一事實能符合"法益破壞之原因"此概念,通常亦可稱為是對法益破壞之"危險",³⁷依此,實害一旦出現便足以說明被害客體在這之前就已陷入了危險,所以沒有一先行的危險情況就沒有之後的實害可言。

對於危險故意與實害故意的區別問題通常可以透過以下的問題來思考,一個想要為法益帶來危害者,他是否同時也會著眼於法益之破壞,這個問題的回答適合作為思考下述問題的契機。即僅管有實害故意在邏輯上可說經常先前已伴隨有危險故意。但是如果反過來提問的話,實害故意與危險故意兩者似乎不一定會有著緊密的關連性。亦即危險故意是否也同樣可以說明最終一定會帶有實害故意?是否想要給法益帶來危險者就一定經常也是著眼於法益破壞之追求?

儘管危險故意可說是一種"可能性想像",這種想像或是針 對引致法益破壞之危險可能性(危險犯角度)的,或是針對實害

³⁷ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 51.

出現之可能性(實害犯角度)。然而後者過於接近於未遂的故意 想像,往往會招致與未遂犯區分不清之窘境。不管怎麽說,這樣 的想像在本質上屬於認知要素。如果行為人認為實害出現是一般 可能性的話,那麼便足以同時形成攸關危險出現以及實害出現之 認知前提要件。如果以蓋然性的說法來敘述,行為人具有實害蓋 然性之意識或是具有"較低蓋然性"而得區別出前者為實害故 意;後者為危險故意。若以現今的可能性學說之說法,只要行為 人對實害結果有一般可能性之想像便足以充足實害故意的(認知) 要件。因此以實害結果之高低蓋然性來作區分的說法便難以引為 依據。

吾人通常可以認為危險故意是在認知層面上,對法益破壞之 危險出現之可能性想像。然而這樣的"法益破壞之危險出現之可 能性想像"就會等同於"法益破壞出現之可能性想像"嗎?後者 足以同時權充關係到危險出現與關係到實害出現在認知上的前提 要件。易言之,假設行為人認識到實害之出現是可能的話,那這 樣的想像既可以當作危險出現之故意認知前提要件,也可以當作 是實害出現之故意的認知前提要件。然而法益破壞之危險出現之 可能性想像經常認為凡是有危險者,對實害而言並不必然就是故 意行為者。一旦結果出現的話,在這方面就只能去確認是否為過 失。

如果行為人可以有"確信"受害人會迴避掉行為所將帶來的

危害,則對實害便是欠缺了預見可能性。³⁸依此見解便可能排除 掉故意。在此需分別兩種情形討論之,一是行為人現實上如果確 信被害人會自行挑避而不受危害,則他便不會認為實害出現是有 可能性的—排除實害故意;一是如果行為人認識到一種能讓人客 觀上對實害出現顯示出是有可能性的情形,且行為人依照素人觀 點而是認此種情況時,則他便難以同時具有實害不出現之確信 (排除過失),亦即客觀上已有危險化情況而足成立危險故意, 但同時尚不足以達到實害故意。這樣的說法其實是採取了不同說 明的危險概念。蓋其認為"按照生活經驗法則,當假設被害人無 法诱過他們的迴避措施以迴避掉結果的話,則會出現一種會讓人 擔心實害有接近可能性的情況"。因此如果被害人一開始(客觀 上)就被認為會採取迴避措施,且在行為時便毫不猶豫會獲得解 救時,例如在警察攔檢時,嫌疑人相信警察訓練有素,在他闖過 臨檢點時,警察有足夠的訓練與能力躲開車輛之衝撞,此時則不 存在危險—排除實害出現可能性。如果行為人是設想這種情況的 話,他便同時也形成被害人會迴避掉實害這樣的確信,而同時不 成立危險故意與實害故意。

若說行為人對危險有所"意思",但對實害結果卻無有意

³⁸ BGHSt 22, 75.

³⁹ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 205 Fn. 16; Reinhard v. Hippel, ZStW 75, 443 ff., 447 f..

思,其所著重的是行為人對被害人的迴避措施是否形成確定的認 識,如果有確定的認識,則既無危險故意也無實害故意。但是如 果對實害出現尚未達到確定而有所懷疑時,則雖有危險故意但卻 不必然就一定是有實害故意。因此區分危險故意與實害故意可以 向有意識實害過失與實害故意之區分的認定方式取經,亦即在認 識到實害可能性情形下的行為也能是一種攸關實害的"有意識的 注意違反性行為"。那麼危險故意就有可能是與有意識實害過失 在結構上重合為一而異於實害故意。至此危險故意是可能與實害 故意相區分的,質言之,兩者既能有所區分,便可能推論出具有 危險故意但卻不具實害故意之情況出現。⁴⁰再者,如果危險故意 與實害故意在此分道揚鏢,具體的區分領域可能會是在意思要素 方面,畢竟在認知要素方面如上所述是主觀要素中所共有者,無 論故意或過失的構造中認知要素是共通的領域。例如以意思論思 想群中的同意說(Einwilligungstheorie)認為區分(未必)故意與 (有意識)過失的根據主要存在於對行為人的意思所做的判斷 上,而不是取決於行為人所想像的類型、性質或範圍上。藉由消 極觀點與積極觀點來將危險故意與實害故意做區別。所謂"消極

⁴⁰ 有關危險故意之獨立性論據,可參閱 Chun-Wei Chen (陳俊偉), Gefährdungsvorsatz im modernen Strafrecht - Zugleich unzeitgemäße Überlegungen über die Wiederbelebung des Gefährdungsstrafrechts in der Sicherheitsgesellschaft, 2016, S. 225 ff., 263 ff..

觀點"乃是行為人雖然主觀認為實害出現是有可能性的,但其出現並未受其意思所涵蓋進來。而"積極觀點"則是認為有一種合理可靠的機會能夠迴避掉危險落實成真或實害之實現。這樣的論述說明了行為人可以對危險有所意思,但卻對實害無有意思。⁴¹

陸、(實害故意與)危險故意之區別—由危 險狀態觀點出發

在犯罪中,特別是具體危險犯,其實質總要求行為人須在個案中對該關構成要件所保護之客體造成一種實際的危險。具體危險犯之所以被認定為是屬於"結果犯"範疇中的一種類型,所代表的意義乃是其須與結果犯適用相同的歸責基準,只不過是將實害結果以"危險結果"(Gefährdungserfolg)取代罷了。結果犯的概念通常對比於(純正)作為犯,當禁命行為在時空上,或時間一因果性上去突顯出特定構成要件該當狀態(結果),而該等狀態與因果鍊相關的行為相結合時,便是結果犯。在此(構成要件)"結果"可定義為"一切由構成要件所掌握的禁命行為之作用,而該作用超越行為執行本身"(jede vom Tatbestand erfaßte Wirkung der verbotenen Handlung, die über deren Vollzug als solchen

⁴¹ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 206.

hinausgeht)。⁴²不同看法則認為結果係存在於構成要件之充足當中,若依此推論則一切的犯罪就都會有"結果"。⁴³不管怎麼說,結果犯是種經由因果性而將行為與結果串聯起來的犯罪型態。

具體言之,具體危險犯的歸責判斷如同在實害犯的判斷中一般,首先實害結果犯必須先創設出一個相當的、非容許實害風險,在如此意義下,於具體危險犯方面則是創設出一種具體的"結果危險"(Erfolgsgefahr)——種對危險結果出現之危險。亦即具體危險犯中的結果危險便取代了實害犯中的構成要件的實害結果之危險。如同在實害犯的客觀歸責理論下的判斷一般,這種結果危險惟有透過"客觀嗣後預測"(objektiv-nachträgliche Prognose)始得判斷。

這是一種以相當性理論為基礎,依照這種理論可以先設定依 "條件對結果是相當的"為認定出發點。所謂"相當的"即當條 件以"非不明顯的方式"(in nicht unerheblicher Weise)來提高 結果出現之可能性,或者行為人很有可能地將構成要件結果吸附

⁴² Stratenwerth, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2004 Rn. 13.

⁴³ 那這樣結果概念存在的意義何在,便會受到這樣的質疑。Vgl. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 8.

到他行為本身當中時,則該條件對結果來說便屬相當。44問題 是,到底這樣的相當性判斷是要採取事前或事後觀點?是要採用 行為人或第三人的觀點?要用什麼樣的認識基礎來做為判斷等等 問題,向來都是激烈討論的重點。對此,約可簡略分為時間上與 性質上的立足點。**時間上是事後或嗣後的時點(裁判時);判斷** 性質則是採取事前的客觀第三者之性質,即這第三人具有相關社 會交流領域中洞察力或良好判斷力的認識,以及須額外考量其具 **有對事件之特別認識**。原本這樣的相當性判斷最初認為是用來判 斷何時會成立因果關係的,然而其後被修正為認為應該是把它拿 來作為判斷歸責關係較為妥切。亦即該判斷在於追求探詢什麼樣 的因果性情狀在法上是具有意義的,並且可以將之歸責予行為 人。45 這種判斷因果性情狀之判斷在非相當性因果歷程中,並非 主要在於討論是否要去排除因果性或者排除歸責效果,因為不動 用相當因果性的判斷有可能影響到以下兩種相互建構的思考步 驟,一是法上條件關係之確定;一是檢驗如此的關係是不是具有 構成要件重要性者。由此來看,相當性之判斷並非是等價理論的 對案思想,反而是其補充。故可優先考慮將相當性設定為因果性 之外的特別要素。

⁴⁴ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 40.

⁴⁵ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 41.

對具體結果危險採取相當性觀點是較為適切的,在此可得推 論的是,如果結果危險不存在,那麼即使出現有事實的危險化 (危險結果),也不得將行為歸責給危險行為人。相反的,如果 結果危險出現,則代表了危險性已經凝結在"結果"當中,且該 結果表現為一種具體的危險結果,故對此具體的危險結果便須以 嗣後觀點將一切相關認識到的各項情狀考慮進來。

一般而言,刑法上對具體危險概念並非有著詳盡的描述,因為具體危險主要是一種事實上而非法上性質的概念。⁴⁶同時也不是一般有效性的概念,而是必須按照個案之特別關係來界定。⁴⁷儘管如此,但至少有幾點是有共識的,首先須要有犯行客體存在;其次行為須創設出對實害之危險(結果危險);之後該客體需進入該危險之危害的作用領域當中(危險化或危殆化;危險結果)。⁴⁸故行為人雖因魯莽或過失而作出客觀外在的危險行為,但只要沒有行為客體的話,也就不會有"具體的危險化/危殆化"可言。而對第二點的實害危險的說明經常是以"損害之出現比不出現更具有蓋然性"這樣的說法來呈現。但是此處的蓋然性判斷並不是真的說每種損害之事實出現或不出現有著科學數據上的確實根據,充其量這種表達方式只是想要傳達出危險並非遠在天邊,

⁴⁶ BGHSt 18, 272.

⁴⁷ BGHSt 22, 432.

⁴⁸ Wolter, JuS 1978, S. 748ff..

反倒依個案關係來看,甚至是近在咫尺的。⁴⁹

尤有甚者,是將危險概念認定為取決於"偶然因素"下的產物。易言之,在深刻嚴重情況中出現的危險如此強烈地影響了特定人、物之安全狀態,以致於若沒有偶然因素介入的話,損害之造成是可想而知,甚至是顯而易見的。這可說是一種對法益而言千鈞一髮的危險、高程度的存在破綻、或燃眉之急的意外。讓局外人有著難以想像事件竟能平安度過,但最後卻又僥倖死裡逃生之感。50如此的形容或表述其實有其弱點,在判斷進逼中的危險或實害發生蓋然性方面,只有容許動用判斷人或是裁判該個案之法官個人的生活經驗,很難不說是欠缺了客觀基準。51

不管怎麼說,依現代的見解,具體危險的判準通常是以具體 危險存在於"實害結果正因為偶然因素而不發生"這樣的描述下 來作為前提,因此偶然因素確成為具體危險犯的重要構成分的一 環。這偶然因素在性質上若要由行為人於行為時能夠見著的話, 通常是難以想像的,作為故意對象而言,似無法將這樣的偶然因 素涵蓋其內。另方面,偶然因素本質上屬因果關係的重要內容, 但又難以成為預見之客體,因此可以認為行為人對實害影響的因

⁴⁹ BGHSt 18, 272f.; 19, 268 f.; 22, 344 ff.; 26, 179.

⁵⁰ 近似的概念參見 BGH NStZ 1996, 83 f..

⁵¹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 149 f..

果關係之想像是無能為力的,故可將其排除在危險故意之內容外。異於自然科學危險結果論⁵²,規範性危險結果論⁵³認為具體危險出現在實害結果僅因偶然而未發生處,該理論並不將"偶然"認定為一種自然科學所無法解釋者,而是一種人所不相信會出現的事實情況。由於讓實害之不發生懸繫於一種異於常情的命運之上,或是受到無可支配的幸運環環相扣的變化之上,依此可以來肯定具體危險犯的責任。所以同樣一陣強風,於超車駕駛人魯莽過失的山邊彎道超車時,將對向車道的來車吹向一側,以致於該超車駕駛人僥倖地沒有撞上對向車道的車輛。自然科學危險結果論者認為這種強風並非自然科學上不可解釋者,故否定具體危險之存在;相反的,按照規範性危險結果論者則因為認定強風係為人所不可信賴者,故上述的超車行為便產生出具體的危險而可成立具體危險犯。

⁵² Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 161. Wolter 將 Horn 所說明的觀念稱為"自然科學危險結果論"(naturwissenschaftliche Gefahrerfolgstheorie),參見同作者 Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 217; vgl. auch Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn.150.

Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 217; Schünemann, Morderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrläßigkeits - und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 793ff.; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 151.

在延續規範性危險結果論的觀點下,將一切能夠達到救助機會的情況都考慮成具有排除具體危險之作用,因此像是駕駛人本身擁有高超的駕駛技術,即使在行為人所造成危險的急迫情況下,也能夠依照自身的技能而躲避即將發生之事故。依此所謂的"修正規範性危險結果論"⁵⁴這種被害人本身所具有的救助原因,只要能夠開啟救助機會的話,都可以用來否定行為人成立具體危險。然而這樣的修正卻忽略了原本規範性危險結果論中所重視的"不能信賴"(Nicht-Vertrauen-Dürfen)此一特性,用以上的例子來看,畢竟被害人之異常能力並無法都說是在行為人知覺所及範圍內,它跟其他一般僥倖的情況一樣,都是不可預見的,故何來"不能信賴"呢?為何被害人潛在的高超能力可以去排除掉行為人之具體危險之成立呢?這似乎是難以想像的。再者,亦有與修正規範性危險結果論同向地認為,當不再有可能性去有目的性地對事件進行干涉而迴避危害時,⁵⁵或當行為對損害造成之重要性不再能夠有目的性地被防護或遮蔽時,⁵⁶易言之,行為對損

Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 227.

⁵⁵ Kinhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, 202, 210.

⁵⁶ Kinhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, 212 Fn. 26. 與此看法相類似者參考 Ostendorf, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikte, JuS 1982, S. 430. 中以"危險化歷程之非支配可能性" (Unbeherrschbarkeit des Gefährdungsverlaufs)為準照之論據; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, §

害之造成已無有他法可得回復時,便可成立具體危險。對此種見解已可認為極端的、不可預見的被害人之高超迴避損害結果能力可以排除掉危險化的基礎。⁵⁷總之,在沒有突然的意外轉變之下一包括當事人突然的直覺預感或危險感知--危險所預告的是一種直接面臨的事故發生。⁵⁸此處的危險內涵與上述規範性危險結果論有著異曲同工之妙。

柒、與危險相關之故意界限:認知要素與意思要素之稀薄化境域

由於"意圖"受意思要素之強調著重,可說行為人所為者皆旨在對結果之追求,⁵⁹故在認知要素方面,"單純的可能性想像"便為已足。另方面,"直接故意"由於清楚地是受--甚至達到確定認識程度的--認知要素所限定,毋須再多提說意思要素便多已能肯定故意之存在,亦即意圖強調其意思上對結果之追求,故在認知上只需有單純的可能性以上之想像,其對故意之成立便

¹¹ Rn. 152.

⁵⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 152.

⁵⁸ BGHSt 18, 273; 22, 344 f..

⁵⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 2 \ 4.

已足夠;直接故意強調其認知上,對結果之發生甚至達到具有確 定之預見,故在意思上自無需對結果之追求有像意圖故意般如此 強烈之意思亦得成立故意。然而在認知與意思同時皆薄弱之情況 下,對判斷故意成立與否便顯有困難。主要困難點在於是否、以 及如何與(有意識)過失相區分?這樣的問題上。

對於一個已然下定決心要去實行不法構成要件行為者而言, 在未必故意情形時,對於其行為後果是否就能夠達到讓構成要件 結果出現的地步,嚴格來講,行為人對此並沒有十足的把握,充 其量只是認為有這樣的可能性而已。稀薄化的認知或意思在意圖 與直接故意方面,並不會妨礙故意之判斷,因為前者可以透過較 濃烈的意思要素,或是透過對其所追求之目的與結果之強烈連 結;後者則是透過甚至於達到確定認識程度之主觀認知,而作為 平衡補償對故意存在之判斷。但是在未必故意上卻是欠缺了這種 像意圖與直接故意用以形成故意之平衡補償作用。所以如何去判 斷未必故意確是具有故意性質,便還須要有進一步之確認。

如何去對未必故意做進一步的確認?或許可由底下的敘述得到些許啟發,亦即"即便有危險之預見,但在欠缺合理可靠的信賴下,行為人仍敢於決定去為抵觸構成要件所保護法益之行為",也因為如此而將像是"容認"(billigend in Kauf nehmen)或"甘忍結果"(sich mit den Erfolg abfinden)等要項包括在內。此時意思要素與個人的行為決定結合在一塊,形成帶有個人決定

性質之意思要素,同時使得認知要素被濃縮強化,進而讓意思要素能夠與認知要素相互嵌合成一整體。尤其是當認知概念帶有束縛性的個人觀點角度之次元特質時尤為如是。如同 Frisch 所言"由危險為向自性之出發"(Für-sich-Ausgehen von Gefahr)。至此,學說之走向已呈現出略有別於在來學說所作的區分-表象論與意思論⁶⁰-的趨勢。在主知主義中,除了經常被討論的表象論、可能性說與蓋然性說外,在學說當中形成了所謂的"新認知理論"。⁶¹這種新認知理論並非只包含上述的單一理論,舉其榮榮大者例如,風險論、故意危險或未受遮蔽之危險等學說,其中的"規範化"⁶²作用則為其特質。

⁶⁰ 在"主意主義"中的意思論主要經常被討論的有認容說 (Billigungstheorie)、漠然性說(Gleichgültigkeitstheorie)、迴避說 (Vermeidungstheorie)與真摯理論(Ernstnahmetheorie)。

⁶¹ Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 61.

⁶² 所謂規範化係代表著,依主觀觀念論,世界唯由吾人之表象出發而存在:整個客體世界轉變為一種單純表象的世界,以致於主體可經由其表象而讓世上的一切客體創生出。現實相當於一種不定型的形質,只有透過觀察才能讓本身獲得形體與形象。在刑法上刑法體系架構並不是只能連結到本體上的"前所與性"(Vorgegebenheiten),諸如行為、因果性或事物邏輯,而是專門只能由刑法上之目的設定所導出。須對刑法之任務作考察,而非在刑法教釋學中之客體本質或架構上去做考察,如此始能夠形成一種概念之(再)規範化。易言之,刑法是自由地依照各個受認定的刑法設定而來形成其概念,且獨立出各個受規制的事實的構造與內容而為之者。Vgl.

一、風險學說

Frisch 除提出上述的"由危險為向自性之出發",並嘗試著說明行為人的"意思"其實並無法涵蓋過構成要件結果,這是因為結果本身在行為時點根本就還沒有出現,對於尚未在現實上出現的結果,行為人是沒有辦法去認識到的。因而在行為當下,行為人所能認識到的就只是他的行為以及對其後果之(程度不一的)預測,嚴格來說,此行為是帶有不受容許風險之行為。所以對未必故意行為人而言,只要他認識到風險或即為已足,至於任何類型的意思要素都是無有太大意義的,有或沒有都不致影響(未必)故意之存在,故凡在構成要件風險之特定條件認識下,行為者之所行便為故意。⁶³如果一個人能夠認識到一種能將一般(中性)行為升格成不受容許的、且該當構成要件行為的風險者,這就會比沒有意識到這種風險的人更加容易去理解"勿設定出相關危險"這樣的誡命,所以也就應該受到更嚴厲的故意處罰。⁶⁴在行為人本身也能夠如此看待風險下,仍作出行為之決定,便是作成一種攻擊法益的決定。相對的,這理論在行為人認定其所為者是無危

Karl-Heinz Gössel, Probleme einer rein normativen Begriffs - und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre, FS-Willfried Küper, 2007, S. 83f..

⁶³ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 109.

⁶⁴ Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 97f..

險的行為時,並不會排斥掉行為人對結果不發生之確信見解⁶⁵, 而成立過失,此係脫規範化作用之影響。

Roxin 認為 Frisch 的風險理論與 Roxin 自己所支持的"計畫實現"(die Planverwirklichung)⁶⁶的見解有底下幾點的相似:(一)兩者都是在刑事政策上去說明解決未必故意與有意識過失之區分一以不同的要罰性來說明之(二)皆主張強調對法益攻擊之決定(三)在調查上述(二)的決定方面,使用真摯認定與信賴等基準。⁶⁷但對這樣的風險說的批判在於,若行為人只是將具有規範重要性之風險作為其故意客體而忽略其他犯行情狀之認識的話,那這些其他犯行情狀之認識自然會被攝入到風險認識之概念中,如此一來,事實上就都完全與在來學說無有二致了,鑑於結果的認識方面,所關係到的是一種與將來結果相關的預測性認識,這部分雖是對的,但卻由於認識的對象包含了對未來結果之預測而無法讓(未來)結果再析出作為個別主觀意思或達成目的之對象,因此也就無法再進一步對意圖與直接故意做說明,亦即在風險說

⁶⁵ Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 97, 482, 484.

⁶⁶ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 6.

⁶⁷ 由於風險理論將行為人的意思要素(如果有的話)吸納到風險認識的概念中,這點近似於可能性理論的作法,這只不過是一種較為人工化的改述方式,兩者實際上可說是沒有二致的,參照 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 60.

中無法形成根本基礎去做意圖與直接故意說明之認定。68

二、故意危險說

有主張提出介於規範主義(Normativismus)與自然主義 (Naturalismus)的命題,依照一般理性基準,對行為人的行為做 **詮釋**,以這樣的方式來說明故意內涵的理論。並嘗試著在這論就 下去建構出一種"沒有意思要素之故意"構案。這會讓人聯想到 是一種"目的性方法"(die teleologische Methode) 具體化的另種 變異說明。這種目的性方法的思考將關係到故意與過失兩者間的 體系定位轉變。具言之,在此種思考下,故意與過失形成的是 (加減)(minus-plus)關係而非"異形"(aliud)關係。此種關 係形成係將故意與過失加以 "同仆" (Assimilierung) 而得。然而 在這同化背後尚有值得討論之處。首先在討論故意與過失同化之 前,有必要就曾經在刑法教釋學所提出的"故意性" (Vorsätzlichkeit)議題闡述之。故意性的概念係在目的行為論觀 點下,同時去考察故意與過失,而以故意性來取代"故意"的概 念。此觀點認為同時在故意行為與過失行為中都乘載著一種"非 容許性",且行為人對犯行情狀之認識與否皆足以影響故意與過 失兩概念之決定。其中"危險化/危殆化"與"義務破壞"思想是

⁶⁸ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 61.

其主要的指導意像,其所指涉者乃是"不法咸為客觀義務違反行 為" (Unrecht st ... immer die objektiv pflichtwidrige Handlung), 不管在"故意性"犯罪或過失犯罪中都一樣。對此故意性或過失 犯行的主觀構成要件便都聚焦在行為人是否有認識到他的犯行的 義務違反性上,或至少假設他要能夠認識到。在此種概念中不法 犯行之意識與該意識之欠缺兩者是作為重要且唯一充分的概念內 容,所以在故意性概念中便不再需要以含有意思要素為必要。意 思要素被由故意性概念中排出, 並不一定就是代表著當然也由犯 行中排出,亦即並非是犯行不含有意思要素,而是在與過失相比 較下,所成立具備故意性之行為才不具有意思要素。但這會讓人 懷疑,是否唯有當吾人對意思之欠缺一對獲取必要法意識之意志 一做出非難下,才能夠對不法意識欠缺做非難,而非再度同溯到 認識中來對認識欠缺做非難?再者,如果一行為人能夠支配不法 犯行意識, 並不代表他就能夠知道什麼是他透過這不法犯行意識 在一開始所應該知道者。這說明了,在沒有意思要素下,對行為 人所做的歸責是不均衡的,且有悖於事實的。⁶⁹將意思要素與構 成要件實現脫離,只強調行為人所意欲者為"特定的行為",而 非構成要件之實現,此不啻承認意思作用之存在,只不過是將之 調降到犯罪構成要件之下,而以對特定目的(行為)之意思作為

⁶⁹ Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 173ff..

其所認定之對象罷了。70

上述這樣的故意與過失之間的同化作用決定性地影響了兩者的相互關係及體系定位變化,在此亦關係到兩者所形成之加減一或異形關係。質言之,如果是加減關係的話,則創設不法的行為特質以及犯行、結果間的關係一亦即行為之注意違反性與注意牴觸對結果之因果性一也都同樣會在故意犯中出現。然而若將過失涵蓋在故意當中,將使得故意的結構性原則一例如故意犯中主客觀構成要件之區隔--被忽視掉。若說故意行為人在某種意義上破壞了注意,因此而對之作出非難的話,那這樣的處理方式是否有意義?畢竟光只是承認過失涵蓋於故意當中,並不必然就可完全描述出故意之本質。相對於故意行為之非難而言,注意破壞正是過失不法之核心而依此創設說明出獨特的過失非難,71而在故意

⁷⁰ Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 1738 f..

⁷¹ 相對於故意,過失將注意抵觸作為其不法核心本質而取得獨立非難之性質,從而在過失概念發展上,其由單單只是罪責要素進而轉變出(人的)不法的主要構成部分,此時已不再適於將故意與過失作平等化之看待。又,將過失與"容許風險"看待成是加減關係基礎之相等命題也不再適當,因為在維持受容許的風險下,不只是過失犯之構成要件不該當,連帶的故意犯之構成要件也失去構成要件該當性。但如果逆推回去的話,容許風險之逾越本身並不能說明出過失之非難,這也是因為容許風險單單只是按照客觀基準來決定的,而相對的對過失而言,與行為人具有密切關聯性的(個別化)所與性則是重要的,這在特別知能方面是比較容易看得出來。Vgl. MK-Duttge, 2003, § 15 Rn. 102.

行為上,則須有他種不同於過失非難之固有獨特非難性存在才 對。

於邏輯階層關係來說,內在構成要件難以取代外在構成要 件,依客觀考察所得之故意犯行為配分,其雖近似於過失犯行, 但這對故意之法上歸責來說並不具有決定重要性。72若是基於上 述故意過失的加減關係,在故意犯中行為與結果間的關係就顯得 要比過失犯中來得緊密。由於故意與過失具有共同的基礎關係, 所以提出故意乃是另種"欠缺意思之認識"的表現這樣的看法便 不顯得意外。這也說明如此必要的緊密性質是可能源於危險想像 所呈現出來的性質,這性質足以說明出故意之得以成立之行為人 主觀上的想像。但是在如此思想的脈絡中卻出現值得啟人疑竇的 情況,那就是"危險並非是認識客體"(Die Gefahr ist kein Erkenntnisgegenstand)。若說危險是事後的價值判斷,那當行為人 在行為當下危險是還無法認識到的,就如同結果般,他只能夠去 預測行為之後果,而對行為後果之預測並無法直接就說是一種 "危險",它無法即刻與危險畫上等號。這點可由不能犯中略窺 一二。故吾人會好奇於如何在訴諸主觀想像下去進行危險想像之 分化?Puppe 對此提出具體的方法是,同時由"實際的因果歷 程"與"行為人對此因果歷程的想像"兩者去作調查,去找出兩

⁷² Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 185.

者的一致性要素,以判別出這些要素是否能夠去說明出故意危 險、過失危險或僅是單純的容許風險。吾人可以直接將結果實現 策略之基準設置在有關構成要件結果方面的因果歷程上,並且因 而維持住一種單階,目統一的故意概念。也可以維持像誦說的雙 階性,而將基準首先設置在目的之實現上行為人朝向這方向而來 操控其行為,在目的實現不同於構成要件實現時,則再次將基準 設置到該目的達成與構成要件結果兩者間的因果連結上。而這兩 種設定基準之程序實際上在意圖故意與直接故意方面是一致的。 如果行為人對目的之達成確定會與構成要件實現結合在一塊的 話,那麼依照一般性基準而有效引發行為人目的達成之方法便也 會是一種對惹發構成要件結果有效之方法。73Puppe 在此對故意危 險之認識上設置了規範基準,其主張只要行為人認識到由其本身 所惹發出來的要素,且這些要素呈現為是具有意義的結果惹發之 "策略"者,故意危險便存在其中矣。並不以行為人在個案中真 的去追求該結果來作為故意危險存在之前提要件。假設在結合行 為人之認識下,依照一般性基準,行為人之行為表現出一種構成 要件實現策略之應用時,則這樣的行為就能夠被詮釋為一種理性 的、具備計畫性本質之行為,同時亦表現出"該結果此時此地應 該會出現"如此意義。故意行為的一般性特徵乃是針對法益破

⁷³ Vgl. Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 63ff..

壞,而偏向於對構成要件實現所做成行為決定之表現。⁷⁴這難以 算是一種與行為人精神上相關的考察判斷,而較屬於依照理性的 一般理性基準而對行為人之行為所做之詮釋。倘若吾人將一些故 意的標準,特別是例如容認或容忍結果之出現,理解為是為了調 香出作為行為人的行為基準的詮釋手段的話,那麼這些標準就都 會關係到故意的特徵化的問題。這與通說以現實上行為人實際精 神狀況相關的描述為主要要求是有差異的。75在這種想法之後浮 現出的是藉由一種說明行為之理性工具的規範性意義來對行為人 之行止做詮釋; 相對的, 通說則是在這種說明中分別動用兩種與 人的精神相關的概念-認識與意思--來做判斷根據。另方面, Puppe 也認為須將故意準校到動用理性構成要件實現方法的基準 之上。這並非是沒有意義的,將理性的行為做詮釋的方法亦可由 對 "所行之清算" (Kalkulation, was zu tun ist) 的方式來得出。⁷⁶ 藉由這樣的"所行之清算",吾人可以去了解行為人為何要這麼 做,也可以將它拿來做調查"知意複合體"特殊性的指導方針。 舉例來說,某人以間接故意殺害被害人,我們可以說這某人比起 "對殺害行為之計劃實現保持距離而不去為之"這件事,更願意 接受被害人死亡結果之出現。在許多故意的情況中多是具有這種

⁷⁴ Vgl. Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 39 ff..

⁷⁵ Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 40.

⁷⁶ Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 191.

"比 A 更愛 B"(Liber-wollen-als)的思考方式出現。這種的思考方式適合於為行為之意思層面賦予特性。 77

承上所述,Puppe 主張主知性故意理論必須嚴格限定在危險之性格上,而該危險須是行為人在認知上所設定者(若是未遂,則是行為人所誤以為者),故意與過失乃是按照所意識設定的風險之品質而來做區別的,且風險想像的重要性並非由行為人本身來決定。如此之危險即是所謂的"故意危險"(die Vorsatzgefahr)。⁷⁸亦即故意危險可說是結果出現之加重危險,而如果行為人設定出這樣的加重危險,所行即為(未必)故意。⁷⁹一個冷靜的行為人在客觀上計算實害應該會出現,或至少能夠出現的情況下去冒這種險,將行為當作是惹發結果的有效策略或方法。

在此理論中排斥掉真摯基準與確信基準,此二基準原本是本 體論之範疇概念,這代表了本體論上的概念不適用到此理論中, 而是轉向規範化的範疇去尋求解決方法,亦即對(未必)故意之 關鍵性判斷置於規範性基準之上,不再去尋求個別行為人可能適

⁷⁷ Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 191.

⁷⁸ Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 9 Rn. 11; dies. NK 4. Aufl., 2013, § 15 Rn. 64.

⁷⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 47.

用之主觀上的心理態度。為形成這種規範性基準而將一切的事實 情況納入評價當中,只由客觀評價中的一種事件發生之因素當作 判斷基準,具言之,即以"危險性之節圍程度"為基準-行為人 所認識到而受理性判斷者評價之危險性範圍程度。80但這種危險 範圍程度並非在蓋然性的份量中獲得數字般的確定,因為行為人 無法發展,也沒有發展出如此數字般的想像。反倒是危險所帶給 人的具象鮮明程度可供作判斷。⁸¹Puppe 承認故意的指標也可以 是危險的直接性或像 Herzberg 的提的"非遮蔽性" (Unabgeschirmheit),但行為人的行為所生之結果出現如果取決 於他人進一步的行為,或者誘過他人的注意也能夠迴避掉結果的 話,行為人便有理性基礎去確信他人不會一起造成結果,或者也 可以一起迴避掉結果之出現。但這並無法固定來作為判斷基準, 因為對作為判斷基準而言,這仍是不夠充足的。尤其是當上述的 遮蔽性不夠充分,或者剩餘危險如此的高,以致讓行為人對結果 不發生的信賴顯得不理性,或因為這樣的不理性而使得對故意之 成立而言,在判斷上不具重要性時尤是。相較於(通說)同意說 將"真摯認定目非模糊的結果發生之確信"等非理性的信賴也看

⁸⁰ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 48.

⁸¹ 例如將刀子插入胸腔或脖子部位;以重物痛毆頭部;死死地勒住對方直到 昏倒亦不放手等,按照一般的直觀認為典型的致死行為,並且是引發結果 之有效方法,參照 Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 9 Rn. 11.

成是可以排除故意成立的看法,Puppe 認為主知性故意理論無法認同通說這種見解,因為同意說無法適當說明當行為人在高度的結果危險情況下,去與容忍結果出現的情形相比較而對行為人作出寬鬆處理的理由。⁸²

儘管 Puppe 認為主知性故意理論僅承認少數相當清楚可得適切表現特性之故意指標。但她所使用為人所注目的概念:當行為人(認識上或誤認上)對法益創設出一種危險,且該危險帶有如此的質與量時,以致於讓一"理性人"(Vernünftiger)在以下意念下一實害故意應該會出現,或至少可以出現--冒此險者,⁸³為(未必)故意。在此故意危險中去適用"理性人"這一概念,Roxin 認為這是太過不確定的。畢竟當一個行為本身含有一種客觀上可得歸責的結果風險時,理性的作法應該就是跟這樣的行為保持距離,而不要去碰它。再者,可能性理論的主要觀點也同樣是當行為人對結果之出現有單純可能性想像時,這想像便會阻止甚至禁止行為人再去做更進一步的動作,並且對結果不發生之信賴本身就是含有對此可能性之否定。⁸⁴所以 Puppe 的看法就跟傳統表象論中的可能性理論⁸⁵的說法沒有二致了。⁸⁶既然如此,那

⁸² Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 9 Rn. 11.

⁸³ Puppe, ZStW 103 (1991), 41.

⁸⁴ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 42.

⁸⁵ Schmidhäuser, JuS 1980, S. 241 ff; ders., JuS 1987, 373 ff..

麼為何不直接採用可能性理論就好了呢?還有,儘管故意危險中不去明白採用蓋然性的預設基準,但卻仍採用"相對高"蓋然性這樣的基準作為理性的判斷程度。這裡的問題是,為何認為蓋然性不符理性,而相對高的蓋然性卻是符合理性的呢?危險故意的標準如何與蓋然性理論相區別呢?而危險結果如何一方面是高的,另一方面卻又只是相對高的?這些問題在故意危險論中都還是未臻明確的。⁸⁷

如果只使用故意危險這唯一基準是否適合去對故意與過失之 罪責區分作出正當評價?畢竟惟有故意與過失之罪責區分才能對 不同的犯罪可罰性做合理的說明。且惟有在對一切事實情狀有所 顧及下,始得妥善劃分罪責。惟有如此考量進一切的事實情狀會 比單單適用犯行所創設出來的危險做判斷來得更為妥適。若將故 意危險作為唯一判斷基準,而逐漸摒退其他的事實情狀,這將會 使得故意受到擴張而導致不切合於事實的情況。⁸⁸另一方面,故

⁸⁶ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 49.

⁸⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 49.

⁸⁸ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 49. 例如行為人與他人共同 毆打被害人致死一案。若吾人承認 Puppe 的故意危險,因為被告與他人共 同毆打被害人逾越了特定的危險範圍,形成故意危險且甘冒之,則必然要 作成故意殺人之判斷。然而現實上卻是行為人處於受高度刺激的狀況、犯 行並非像是被告這種人下得了手的、被告在暴力犯行後有呼叫警察與叫救 護車、被告得知被害人死亡的消息時有明顯的震驚表現。當吾人考慮這些

意危險說過度限制了故意之處罰。由於 Puppe 在輕微或中等的結果危險方面,乾脆就排除掉故意犯行之可能性,這會導致以下的後果,舉例言之,如果甲在不利或僅中等有利的射擊地點以殺人的意圖對乙為射擊並致死。若依故意危險說的見解,因為甲未達結果危險之範圍一在不利或僅中等有利的地點射擊--故不成立故意,僅有成立過失犯罪之餘地(當然需另外檢驗)。這樣的結論是無法讓人支持的。因為甲很明顯的是針對乙的生命法益作出不法攻擊,儘管甲所處的不利地點讓他沒有較好的結果預見,不知是否能準確射擊到乙,亦即此時甲所冒者並非一個適合去造成乙死亡結果的危險一非故意危險--,但他的犯罪計畫卻是全面受到實現的。因此應可肯定其故意,而非過失。⁸⁹

三、結果出現之"非無蓋然性"與風險習慣說

異於上述故意危險論對於蓋然性做較高門檻的要求,風險習 慣說則是降低蓋然性說的要求門檻以判斷故意。之所以會說是採

情狀可能會推論出行為人並沒有要殺害被害人,或者只是未必決定要殺害被害人,且信賴被害人會甦醒過來而已。

⁸⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Fn. 51 f. 再者,以德國刑法第 224 條第 1 項第 5 款規定藉由危害生命之處理方式而傷害來看。分析本條項規定,行為人儘管違犯有一種危害生命的行為,但還只能是成立傷害故意,而不會是形成殺人罪意義中的故意危險。

取較低門檻的判斷在於本學說主張,當行為人在行為時點認為作為其行為後果之構成要件實現係非無蓋然性者,成立未必故意。 而蓋然性之下限則取決於所認識風險之決定顯著性(die Entscheidungserheblichkeit des erkannten Risikos)。 由於這是對蓋然性的限定性質,故亦可歸為"限定的蓋然性說"(eine eingeschränkte Möglichkeitstheorie) 。此外由於本說同時關連到蓋然性及風險概念,故分別也有將之直接歸為蓋然性說; 。或相反的認為是風險說之一種。 94

然而行為人在認為結果之出現是非無蓋然性時,此時所採取 的基準僅是呈現出一種普遍存在的基本構造成分而已,具體言 之,行為人就是在排除掉一般可能性的情況下作出行為決定,這 是一種成立(未必)故意普遍的情狀,要決定是否成立故意,仍

⁹⁰ Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/23.

⁹¹ Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/30.

⁹² Küpper 認為 Jakobs 想要確認蓋然性之下限門檻,且該界限門檻是依照誠 摯的判斷而存在。他想要藉由已被認識到的風險的決定顯著性來確定下這下限門檻。而這決定顯著性復又取決於相關利益之重要性及風險濃厚程度,對此有必要採取一種客觀的考察方式。依此在這種故意構想方面也關係著限定的可能性理論,本理論著力於不去讓一切有關肯認未必故意的可能性想像都能夠充足過關。Vgl. Küpper, ZStW 100 (1988), S. 762f..

⁹³ Schumann, JZ 1989, S. 431.

⁹⁴ Hillenkamp, 1. AT-Problem, 10. Aufl., 2001, S. 4.1.

須有其他進一步的情狀,否則會開車的人都知道凡是開車都是有風險的一非無蓋然性--,只是在這樣的認知狀態下,結果一旦出現,應該還無法判斷有否故意或是過失,因此還須要有其他的判斷依據或預設基準。這也是"折衷說與結合說"(die Vereinigungs - und Kombinationstheorien)所主張的內容之一。"若僅是將結果看做是非蓋然性的結論,或是行為的一種遠端結論,這對故意行為人而言,還不能算是具有充分的認識。"但本學說雖著重於適用認知要素,但卻也承認對結果不發生之輕率的信賴即相當於認為結果之發生為非蓋然性者。"本說值得注意之點在於形成風險慣習之思想,並利用蓋然性作為區分故意與過失的界限,當行為人對結果出現之想像在行為人之動機上僅僅是一種"微不足道的程度"(als quantité negligeable),而不致有所影響時,便未逾越蓋然性之最低限度。也可以說是對風險之習慣,已經習慣了這樣的風險—風險慣習(Risikogewöhnung)。

⁹⁵ 認為是結合蓋然性說與真摯說,參照 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 62.

⁹⁶ 參照 Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 68.

⁹⁷ 参照 Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 62.

⁹⁸ 對本說支持者 Jokobs 而言,有一種非容許風險存在,雖然在統計上是存在的,但對個人的生活經驗來講,卻是從未體驗發生結果過的,例如有一個人雖喝了酒但卻能夠平穩地駕駛汽車,此時他設定的風險在統計上是可以想定得到的,但對他個人而言,只要以前也有過這種經驗且也有些習慣

另外,本說的行為決定明顯性取決於相關利益之重要性與風險的濃厚程度。但是在對於特別重大的法益危害下去判斷成立未必故意,經常會比在較輕法益方面的判斷要來得容易。這就會形成一種弔詭,即是在結果發生的蓋然性上有著相同程度的行為事實,但在判斷是否成立故意上,卻取決於它所面臨的法益重大性而異其結論。例如對於一般傷害與殺人罪,當兩行為都具有同樣的結果惹發蓋然性時,本說會認為因為殺人罪的法益重大性高於一般傷害罪,因此其最低限度高於後者,而同樣的蓋然性的行為事實在傷害罪方面已高於傷害之最低限度成立故意,但在殺人罪方面卻尚未達到其最低限度而僅成立過失。然而這樣的結論卻讓人難以理解,⁹⁹因為在這種情況時,不該是因為傷害罪的法益重大性低於殺人罪的,所以在傷害罪方面,同樣的結果出現蓋然性的行為事實會導致過失;相反的,在殺人罪方面卻是故意才對

了酒駕,那麼在結果關連上…這是一種無意義的風險。同樣的超速或未保持安全間距也都是同樣的道理。這些都未逾越蓋然性最低限度。相反的當行為人在山壁狹路超車或不管三七二十一地闖紅燈等情況卻是有實害故意。只要這些情況經常是讓人感覺怪怪的,行為人就應該去真摯看待其危險。參考 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn.63; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/30.

⁹⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 64. 認為這樣的結論會違背 Jakobs 的初衷,也會導致潛在的錯誤。因為殺人罪的門檻限度是特別大的,因此危險想像就比較容易被排除掉,而較容易成立過失;另一方面,在較低法益重大性的犯罪方面,則剛好相反,較容易成立故意。

嗎?總的來說,這學說無法讓人形成既定且穩定的判斷標準,甚至或有欠缺步驟檢驗的清晰性之虞。¹⁰⁰

四、未受遮蔽危險說

以上所做的考察皆環繞在危險判斷上,以作為故意判斷主知 要素之基礎。未受遮蔽危險說認為,若要成立故意,首要是行為 人須認識到一種受嚴肅看待、不受遮蔽的危險。但是並非所有一 切不受容許的風險皆可以成為這裡的特殊風險,而是只有具備某 種實際上重要性的風險才具適格性,對於程度上非常低的蓋然性 風險則要加以排除(如以下所述母親購物時忽然想起家中小孩可 能吃放在桌上藥物,或夜間自樓上窗戶丟棄重物的案例)。簡言 之,只要是簡單動用些資源就可達到高度防護效果的風險便是所 調的"不受遮蔽的危險"。例如行為人與不知行為人已感染愛滋 病的人為性交行為,只要行為人戴上保險套即可達到有效降低或 不被感染的防護效果,此時不帶保險套性交即為實行不受遮蔽之

¹⁰⁰ Herzberg, JuS 1986, 257 f. 舉例言之,為何酒駕的情況就沒有逾越蓋然性最低限度而不成立實害故意,但盲目闖紅燈卻有。這兩種行為不都同樣是禁忌且應嚴格禁止的嗎?再者,吾人對情況感覺怪怪的程度要多大,才能說得上要去真摯看待危險?凡此種種皆取決於個案之所與性。參照 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 64.

危險,¹⁰¹若因此讓對方感染愛滋病,行為人便是冒了不受遮蔽之 危險而成立故意。¹⁰²

受遮蔽之危險則是當行為人本身、被害人或第三人透過小心注意就有可能防阻結果之發生,具有如此特性的危險謂之。例如工人在充滿包裝素材且嚴格禁止抽煙之處點火抽煙;或在雖設有水深危險、禁止下水等標誌的水濱,老師允許學生下去玩水。¹⁰³ 當因點菸而引發火災,或學生入水後隨遭溺斃,按本學說觀點,由於這結果獨立出自工人或老師主觀上的預估,故僅僅成立過失,而非故意。這是因為假設工人或學生透過他們的小心注意便能夠迴避結果之發生,所以這是一種受遮蔽的風險,行為人冒此危險而出現結果時則成立過失。同理,在山區彎路超車以及闖紅燈的案例,也當適用如此說明。但是如果是玩俄羅斯轉輪(Russisches Roulette)的情況、或性交對象可能小於14歲、或用汽車逼壓被害人、或為強搶被害人財物而將之勒昏的情況,這些都是冒一種不受遮蔽之危險,此時即使行為人相信結果不會發生,但只要一旦發生,便成立(未必)故意。¹⁰⁴

¹⁰¹ Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 66.

¹⁰² Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn.66.

¹⁰³ Herzberg, JZ 1988, S. 635.

¹⁰⁴ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 65.

另方面,當在行為人行為時或行為後,僅因完全(或主要) 靠幸運之神的眷顧或偶然的幸運之干涉而讓結果不發生,因而造 成構成要件不該當時,則亦屬"不受遮蔽的"危險情況。依此學 說,故意乃是一種對構成要件充足之非容許與不受遮護危險之認 識(或也包含誤認之想像)。¹⁰⁵這是將故意與過失的區分問題完 全置放到客觀構成要件當中去做解決的作法,具言之,係在特定 基準存在下,去排除掉結果對行為人之客觀歸責。¹⁰⁶

然而在本說中,對不受遮蔽危險仍須區分出遠端與近端不同的危險,依本學說遠端的危險仍是要排除在未必故意之外的。因此像是有人想要丟棄不要的重物,利用夜間將該重物由樓上窗戶往下丟棄,行為人雖意識到可能會砸到經過的行人,甚至令其致死;或是有位母親在買東西時突然想起,她的小孩可能會去吃放在廚房桌上的藥物而中毒,儘管如此她仍繼續購物。¹⁰⁷這些情況下的危險是遠端的,故儘管是不受遮蔽的危險,仍可以排除故意之成立。但是像是在上述愛滋病感染例子中,本說雖然肯定了行為人之實害(未必)故意,但是對於接下來的殺人未遂卻是無法

¹⁰⁵ Herzberg, JZ 1988, S. 639.

¹⁰⁶ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 65.

¹⁰⁷ 對這樣的案例 Roxin 認為 Herzberg 似乎想要(不當地!)將這些例子當成是一種容許風險,Roxin 認為這對他而言,已經完全弄不清楚了。參照 Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 66 Fn. 129.

避免的推論。出於符合情感的理由,本說之提倡者 Herzberg 認為在一場合意的性交中,儘管會有著感染的風險,但這卻是社會相當性之剩餘產物,他希望利用殘留在犯行中的"社會相當性之剩餘"(Rest von Sozialadäquanz)而將之排除在客觀構成要件之歸責外。¹⁰⁸亦即在遠端的不受遮蔽的危險下所為的行為,即使造成了構成要件結果,對行為人則不成立客觀歸責可能性。

Roxin 認為本學說到底沒有真的抵觸"真摯說"(Ernstnahmetheorie),而是嘗試著在去除真摯說的主意要素下,將該說具體化,並且主要地將判斷基準還原到遮蔽基準上。¹⁰⁹但 Herzberg 認為他不是要去對真摯說做刪減,而是將它做推移,他希望將真摯說推移到客觀構成要件中。¹¹⁰對故意而言,行為人是否真摯地採認了一個已被認識到的危險,這並不重要,重要的是他已經認識到了一個要被認真、嚴肅看待的危險。故本說也被稱為"客觀化的真摯說"(objektivierte Ernstnahmetheorie)。¹¹¹然而雖說可能的結果出現就像是所有一切內在的要素一般,是要由客觀所與性當中推導出來的,同時,不存在的遮蔽性對此只是一

¹⁰⁸ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 66; Herzberg, JuS 1987, S. 782f.; ders., JZ 1989, S. 479f..

¹⁰⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 67.

¹¹⁰ Herzberg, NJW 1987, S. 1464;相近說法 vgl. ders., JuS 1986, S. 262.

¹¹¹ Herzberg, JuS 1986, S. 262.

種根據。但是將這樣的觀點加以絕對化可能是無法令人信服的。本學說並不否認,在行為人清楚還存在有一容許風險情況下,受遮蔽的危險決無法說明其行為為未必故意,但是在相同程度的不受遮蔽風險下,卻總是能夠導致成立未必故意之判斷。Herzberg亦曾說明遮蔽程度應該是高效能且堅實的,¹¹²這意味著遮蔽如果不夠高效且堅實到能夠讓一種非常輕微的危險想像排除掉故意時,便要再去回復到援引蓋然性理論來排除故意,這就讓遮蔽基準成為多餘了。¹¹³

再者,如果被害人或第三人也必須參與遮蔽的判斷,須要去注意到遮蔽時,則吾人就再也無法釐清行為人對於這時的遮蔽還能怎麼做,以及他應該會想要做到什麼樣的範圍程度,以致於在這些問題上便都完全沒了界限。被害人或第三人如果也必須去做到遮蔽的話,是否行為人就再也沒有必要去形成遮蔽判斷了?行為人對一種有效的遮蔽想像是否得以成立,總是取決於行為人本身、被害人或第三人在主觀上認為他們的小心謹慎應能夠迴避結果發生,這樣的不理性確性上。假設行為人並沒有形成這樣的確

¹¹² 另一方面這樣的遮蔽危險應該也是一種具體危險犯意義中的危險,參照 Herzberg, JuS 1986, S. 262; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 68.

¹¹³ Herzberg 本身曾認為,若將他的學說看成是一種修正的蓋然性理論的話, 則是完全錯誤的。參照 Herzberg, JuS 1986, S. 256 Fn. 27.

信,那麼吾人也就不能夠相信他會有有效的遮蔽形成,也就無法再去弄清楚,當危險被遮蔽時,再強烈的意圖也都不會成為故意了。¹¹⁴畢竟意圖是最強烈形式的意思類型,但是行為人雖有著最強烈的意圖,但卻有可能被被害人或第三人的遮蔽所摒退於後,單憑被害人與第三人之遮蔽,就算行為人有再強的意圖都有可能成為過失。Herzberg 的學說要求要有創設一不受容許的、非受遮護的危險。此一理論本身是為了區分出 "風險領域"(Risikosphären)而繼續發展出來的基準,然而結構上卻仍還是屬於客觀歸責領域,甚至這學說被定位在將故意延伸到具體因果歷程上的範圍中。¹¹⁵在與有意識過失區分的領域方面,此理論趨勢上則是導引出對未必故意行為領域之擴張。

對此 Herzberg 承認他的遮蔽基準相當程度上是須要評價的,並且在灰色過渡領域中,無法去擔保提供出一種毫無疑義的判斷。¹¹⁶對此吾人可以說,原本我們想要致力於尋找出一種清楚的客觀界限來限制、取代或修正"因為行為人對結果不發生之非理

¹¹⁴ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 69.

¹¹⁵ Vgl. Momsen, Die Zumutbarkeit als Grenze strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 272. 這樣的批判適用到 Puppe 所倡的故意危險說上亦無不適。Vgl. SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, /Momsen, § 15, 16 Rn. 48.

¹¹⁶ Herzberg, JuS 1986, S. 255.

性確信而排除故意"這種不合理的情況恐怕是達不到了。117

五、混合理論

為了提升對類型化案件判斷之一致性,有學者提出了結合不同理論的混合理論。例如當行為人認為構成要件實現具有一般可能性且對之容認,或是認為其具有蓋然性,甚至是漠然地面對結果之發生,此時行為人所為係(未必)故意。凡是儘管認為結果出現是可能的,但在實行行為時,其支配行為的(tatmächtig)意志卻是朝向著結果之迴避上者,則所行單單就只是有意識過失。亦即要去設置一種實質的相反因子。在結果關係方面,本學說被歸類到認知理論當中,然而對結果之消極情感上的關連至少間接是有意義的,所以本見解至少也可說是一種的"中間族群"。¹¹⁸ 透過 這樣 的組合 理論是可以成功地解決像是容認理論

¹¹⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn. 68.

¹¹⁸ SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, /Momsen, §§ 15, 16 Rn. 49.在此係指認知理論群中的折衷理論,亦有以"迴避意志活動理論"(die Theorie von der Betätigung eines Vermeidewillens)稱之;對此,雖然本折衷理論出現有概念上對意志基準之趨近,但須與意思理論群中的折衷理論—"綜合理論"(Vereinigungstheorie)--相區別。綜合理論本身受歡迎之處在於這理論嘗試著去將個案中為了特定目的所編裁的最低要求描述成在規範性上是具有等價性的要求。這兩種折衷論(一是主要指涉認識要素;一是主要指涉意思要素)不可混為一談。

(Billigungstheorie)所無法解決的漏洞。譬如,行為人並未正面積極容認其所認為具有蓋然性之結果出現,但卻在沒有經由能夠發揮平衡彌補作用的努力下去削弱其行為所帶來之危險,反而放膽敢於從事該行為。又或者行為人對結果之發生顯現出完全無所謂的漠然與冷漠的態度,或者對危險沒有嚴肅看待,或對危險之接近程度完全不放在心上。容認理論對於這樣的行為人認為是過失,但依照相反見解,該行為人卻是故意。與上述情況須要做區別的是,如果行為人出於無所謂的心態而完全沒有去認識到事件發生的各種情狀,並不是只對結果之出現漠然而已,例如對於性交對象之年齡,行為人腦中只有想著性行為,而根本不去關心對方的年齡是否已達成年,即為適例。

在區分故意與過失的各種理論中也都有面臨質疑之處,如果 爭議只是針對混合理論中的其中一種理論的話,那麼只要當混合 理論在問題處理上以該受爭議理論為必要時,這樣的混合便會受 到該理論爭議之同樣質疑。而混合理論有時候並不只是如此混合 一種有問題的理論,而是同時將好幾種飽受爭議的各種理論混合 在一起,這時便無法脫離所有的這些爭議的紛擾與批判。

六、危險狀態與危險故意

在討論過以危險為判斷故意成立之各項見解後,其中是否延續這些新認知理論觀點而來判斷危險—與實害故意之關係,則是

有意義的。區分危險故意與實害故意之理由或可存在於其所針對之對象與意思當中。當行為人只是對一種危險狀態之出現有所意思,但卻對實害無有追求,或沒有使之出現的意思時,可說是僅有危險故意,而沒有實害故意。舉例言之,當一個交通駕駛人以一種具有威脅性、危險性的駕駛方式來操控交通工具,他只是想嚇嚇被害人,或是要在"膽小鬼遊戲"¹¹⁹中要對方作出讓步或退出的動作,並沒有真的想要與對方衝撞而造成實害,在這種情況中行為人其實對實害並未有意思,儘管他對結果之發生只是有所預測或預見罷了。誠如上述,意思範圍所涵蓋之範圍自單純的漠然到積極力圖目的實現之意圖。故當行為人不以實害為其所追求之目的時,卻是可以對危險有所意思。而對危險本身或危險化有所意思時,卻是可以對危險有所意思。而對危險本身或危險化有所意思時,通常亦可成立故意。所以當行為人對危險有所意思,不必就是對實害出現也有意思,而欠缺實害故意。

而在對危險故意與實害故意做區分後,另一個的問題在於, 行為人在對實害沒有追求達成之目的下,如何成就危險故意之意 思?如果行為人將可能的實害結果想像成是一種獨立出自其意 思,或行為人對之無有所圖者,那麼吾人可說行為人對該結果就 只是有所認識而欠缺意向或意思;進一步如果他又在結果出現方

¹¹⁹ 兩名車手在同一車道上對向衝撞,誰先轉彎讓出車道的一方為「膽小鬼」 的恐怖遊戲。

面認為是具有蓋然性的話,那麼吾人便可說他對這結果"有所算計"(mit der Möglichkeit des Eintritts rechnen)。¹²⁰也就是當行為人對結果之出現只有認識但卻無有意思,復在認識方面認為結果出現具有蓋然性,那麼吾人便可說行為人對結果是有所算計的。這時可以分成以下兩種情形分別考慮。

- (一)行為人其所以為具有蓋然性的實害結果之出現或不出 現係"獨立出自其意思":此種情況屬行為人客觀上對結果之出 現無迴避能力。
- (二)行為人主觀上自認對於其所製造出的無害狀態--但由客 觀第三人角度卻是危險化--雖無有意思,但卻能夠對之有影響並 有能力導致實害之出現:此種情況屬行為人客觀上對結果之出現 具有迴避能力。

在第一種情形中,行為人對實害結果不管有沒有干涉、促成 或使之不發生的主觀意向,實際上對實害之出現一點影響力都沒 有。卻仍舊決定為行為,此代表他對實害出現是不負責任的心 態,採取危險行為而放任實害之出現,此時危險故意會與實害故 意重疊一致,自可評價為故意一無論是危險故意或實害故意皆無 分軒輊,兩者無有區別。此時只要行為人客觀上無迴避能力,則

¹²⁰ Mezger, Strafrecht: ein Lehrbuch, 1949, S. 346.

主觀上不管是否有想要努力去迴避實害都已無所謂或於事無補 了,都將會成立危險故意,且此時之危險故意由於直接與客觀上 結果之想像產生直接關連,其意義上亦無妨與實害故意相當,可 將兩者為相當的評價。

第二種情形則是行為人涉入了有意識過失領域的一部分,尚無法直接判別行為人是具有危險故意、實害故意或有意識過失,必須區分不同的狀況討論。如果行為人認為他確實掌握了危險情況,以致於自信其在最後一刻都能夠主導實害之發生與否。具言之,要不是認為自己能夠掌控危險之因果歷程,或者便是能積極控制整個事件往迴避實害之方向發展。¹²¹在這當中,行為人其實都可肯定其有餘裕去惹發一種"具體危險"。因此可能要將目光由故意危險的實害犯轉變到故意的危險犯上(在此可以德國刑法中故意的危險傷害實害犯為例)。故意的危險犯之犯罪構成要件可以分為兩種類型:要不是欠缺實害故意的故意危險犯,便是帶有實害故意的故意危險犯。後者近似於危險的實害犯之未遂犯,但兩者的區別在於後者(指帶有實害故意的故意危險犯)係以一種客觀的危險化(並非只是按照行為人計畫的主觀危險化)為前提要件。易言之,後者儘管帶有一種實害之危險的未遂,但卻不

¹²¹ 通常以下的確信--即能夠成功去迴避危險以及後來的實害--會與 "危險化之故意" 相結合。Vgl., Reinhard v. Hippel, ZStW 75, 449.

必有一種危險的實害之未遂(Sie enthält zwar den gefährlichen Versuch einer ... verletzung, nicht aber den Versuch einer gefährlichen ... verletzung)。 ¹²²對此行為人本身所具有"迴避實 害能力"與"預備程度"對危險的判斷是有影響力的。123因此, 假設行為人在客觀上其實是有能力迥避實害,但是主觀上卻不想 要去洄避的話,可說他實現了一種實害危險,此即典型的故意構 **造與實害故意。如上所述,一日進入了實害故意領域,則同時也** 成立危險故意,此時亦強入了未遂領域。另種情形則是,儘管假 設他主觀上雖有迴避意志,實際上亦有迴避能力,但是卻被以為 他在客觀上是沒有能力去迴避,這也可成立一"實害危險",例 如刻意假裝危及他人之行為,實際上卻只是想要嚇唬對方。但嚴 格來講,也只有此時可說實害出現是"可能的",而此時的危險 依規範性觀點係(第三人角度)客觀上存在的,此時為危險犯領 域,具體而言,是規範意義下之危險(犯)。總合上述兩種說明, 在行為人實際上有迴避能力時,分別為一方面行為人客觀上雖有 洄避能力,但主觀上卻沒有迴避意志時成立實害危險,此時屬未 遂領域之犯罪;另一方面,行為人雖有迴避意志,但客觀上被認 為沒有能力迴避(按實際上是有的)時,也可成立(規範性)實 害危險-畢竟危險非唯一取決於行為人之主觀看法,否則是沒有

¹²² Lampe, ZStW 83, 184 f.

¹²³ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 169 ff..

意義的。

綜上,在不法層面,只要客觀上沒有能力迴避的話,不管主觀上有沒有迴避實害的意志,皆會成立實害危險,亦形成危險故意。因此行為人主觀上有沒有迴避意志對危險之成立一點關係都沒有,危險之成立係獨立出自行為人主觀之迴避意志/此即可看成為一種意思或意向一這不啻宣示實害危險獨立出自行為人之意思。依此,加上故意乃是行為人對客觀構成要件要素之(或含素人的)認識或理解,那麼只要行為人自己認為實害有可能會出現,不管他是不是有想要做些什麼措施來挽救或阻止,都不會妨礙其危險故意之成立。

若由實害角度考察須再詳加分析,如果行為人認為他還能夠去防阻危險所生之實害出現,並且也真的往這方向去努力,就像上述的膽小鬼遊戲的例子一樣,此時他對實害是沒有意思的。此時對實害只要主觀上認識到自己可以阻止,且也盡了努力,便可排除實害故意。但還仍無法說是否有著危險故意。而是不管他對實害有無迴避意思,只要他認為由其行為有可能出現**危險狀態**的話,始可成立危險故意。¹²⁴然而這時的危險狀態仍與是否有規範性"危險"之出現並沒有多大的關連,因為這時行為人所認識的危險是他自以為他人會誤以為危險的情況,亦即他就是要在第三

¹²⁴ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 208.

人沒有認識到他的迴避意志下所認為的危險情況出現。此時形成 主觀上並不危險,但客觀上危險之情狀,所以他所認定的危險離 **危險犯的客觀性質之危險是有差距的,他眼中的危險尚無法就說** 是危險犯的危險。但這種主觀非危險與客觀上規範性危險之差距 仍不妨礙其危險故意之成立。畢竟他也認識到了客觀上所被誤以 為之危險--這種客觀上造成之危險誤認正是其所欲追求者--故對此 種危險是有所意向的。這種行為人對他所謂危險概念的理解,依 客觀規範價值而言是有錯誤瑕疵的,這種錯誤起因於主客觀上之 不一致的情形,簡言之,他就是因為客觀第三人所誤以為行為人 對實害的迴避能力或準備程度在客觀上被認為有所欠缺的情況才 得以成立不法(構成要件)層面之故意,但是這情況卻屬對危險 概念之正確平行評價而形成對結果發生之非合理之確信,否則他 就會因為客觀上直的有能力與充份的準備程度—客觀合理結果迥 避確信,目努力去迴避實害出現,而成立具有合理基礎的、對結 果不發生之信賴,如此來排除故意之成立,而僅成立有意識之過 失,並不成立危險故意。換言之,行為人有危險出現之想像/危 害預見,但只要他會為避免實害之出現做好充足準備/合理確信 125 結果將不發生(因為知道自己有能力迴避),此時他就連對危

¹²⁵ 此處的 "合理確信" 通常指行為人誠摯地且不光只是蒼白漠然地信賴法 律構成要件不充足 (wenn der Täter ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, dass die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbesatndes ausbleibt.)。僅

險狀態之故意也可排除掉,畢竟他欠缺了對規範性危險概念之正確平行評價¹²⁶,更遑論有成立危險故意之餘地。再者,除危害預見外,對實害確信不發生時,例如行為人相信實害根本不會發生,或就算可能發生,他也能夠成功地去迴避掉的話,就像是前述的膽小鬼遊戲,那麼他就會因為認為實害是沒有可能會出現而阻卻實害故意,同時也會因為相同的說明而阻卻危險故意之成立,充其量僅可能成立過失。但針對這樣的說法,可能忽略了行為人在好面子的行為下所隱藏的"即使發生了意外也不在乎"的想法,畢竟這樣的想法是可以支持有未必故意之存在的。¹²⁷

參考 Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2013, § 4 Rn. 89.

¹²⁶ 相同意旨參照 Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 209.

¹²⁷ 這裡的討論須要詳細說明的是,在不法層面若行為人須採用規範觀點而來 肯定其危險故意,但在罪責層面或由本體論觀點考察,行為人則須以主觀 歸責為主以進行主觀歸責,此時的不法層面所認定的(危險)故意並不馬 上就可適用進罪責中的故意,雖說如此,但在這當中需分別討論的是,故 意此主觀要素在此二層面之作用意義與刑罰之對應關係。亦即當行為人客 觀上有迴避能力,且行為人主觀上亦有意願迴避之情形下,一方面依照規 範性觀點可能成立危險故意,因為此時危險犯之(具體)危險成立,可成 為客觀構成要件要素之情狀而受故意涵蓋。同時另一方面,主觀上雖有實 害之預見(實害危險),但卻在某些情況下具有合理確信其不發生者,可 得依過失檢驗成立有意識過失。故行為人在不法層面可能成立危險故意, 但罪責層面上亦有可能排除掉不法層面故意之成立。如此則形成不法層面 之主觀歸責與罪責層面之主觀歸責相扞格之局面。這樣的矛盾情況並非唯 一,至少吾人在容許構成要件錯誤之情形時亦會遇到。

故當行為人客觀上無有迴避能力時,其危險之成立係獨立出 自主觀意思,無論其主觀上願不願意迴避皆成立危險故意且該危 險故意於評價上與實害故意重疊;相對的,當行為人客觀上有迴 避能力時,則分別情況而可得成立實害故意(尤其是未遂領域犯 罪)、(不法層面)危險故意與有意識過失(尤其是罪責領域之 過失犯罪)。¹²⁸可簡單圖示如下

¹²⁸ 現行教釋學上之過失檢驗,在不法層面雖不區分主客觀構成要件要素等架構形態,然實際上卻是以對一切犯行情狀之想像為主。因為主觀構成要件之概念主要是以故意為適用者,但在有意識過失方面也並非斷然拒絕或不承認主觀要素,只是過失犯的實現意志並未達於構成要件故意罷了,若要考慮與(未必)故意犯之對當性,則這樣的主觀要素主要存在於對一切犯行情狀之想像中,例如對不受容許風險之認識以及對構成要件實現不發生之信賴等。無可否認的是,凡過失行為人所認識到的對過失之說明皆具重要性,以致於運用到客觀歸責上時亦連結有內在精神上的要素,只不過吾人難以得出這要素,因為這些情狀難以抽象到可以提出,並且行為人對創設危險或風險要素之認識隨時在過失犯中都可以用對其他危險之認識或經由單純的(規範性)認識必要性來取代交換之。Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 4, Aufl., 2006, § 24 Rn. 73 ff..

認識結果出現之可能性

有迴避意思

無迴避意思

有客觀迴避能力且 努力迴避之:形成 合理確信--有意識過 失

無客觀迴避能力

無客觀迴避能力

以為自己無有能力 迴避結果,但事實 上有而未努力迴避 之:欠缺合理確信 血形成實害危險

形成非合理確信--此 時危險故意與實害 故意於評價上重疊

形成非合理確信--此時危險故意與 實害故意於評價上重豐

獨立出有無迴避意思之主觀意思-形成實案危險

由以上的分析考察中,可以用以理解(具體)危險犯的構成 要件與有意識過失可以是相互重疊的,而唯一的區別主要在於客 觀的視角上的說法。再者,如果行為人對於危險概念有著錯誤判 斷一在此係指行為人對主客觀認識之不一致性,而非對錯之判斷 --的話,那麼說他希望(危險犯方面的)危險出現,或對危險有所 意向的話,這是沒有意義的。因而,不會存在有行為人(專門) 致力於追求(規範性危險,或危險犯意義下之)危險本身這件事, 就像是膽小鬼遊戲之行為人一般,充其量僅會因欠缺對危險概念 之正確平行評價而排除掉危險故意。也由於如此,有意識過失在 這種意義上是有合理之信賴實害結果不發生之基礎,而危險故意 則無,故危險故意也就不會跟有意識(實害)注意違反性相重合。 ¹²⁹須特別研析的是,危險犯之所以存在且提前處罰之主要論據在 於,危險犯經由危險所造成之實害通常是超乎行為人主觀上所認 定的重大,可說行為人對危險犯所指涉的實害出現其實是無有客 觀控制能力的,按照上述的分析,行為人對實害之發生所形成的 是非合理確信,此時危險獨立出有無迴避意思之主觀意思而形成 危險故意,然這危險故意與實害故意於評價上重疊,兩者無分軒 輊。

總的來說,當行為人有實害故意時,經常也會有危險故意, 所以有實害故意存在才會有危險故意。相反的,若行為人無有造 成實害之想法時,才有能力不去想要造成危險化。若說他想要造 成危險化,此時也就意味著有能力想要造成實害。依照這樣的分 析,吾人若將故意連結到實害或危險兩方之任何一方都會呈現出 無意義的現象,¹³⁰故區分危險故意與實害故意在此便無有明顯的

¹²⁹ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 209.

¹³⁰ 由於區分實害故意與危險故意在教釋學上顯得無有太大意義,故實害行為與危險行為、實害禁命與危險禁命、實害不法與危險不法,以及實害罪責與危險罪責也就無有區別。簡單來說,實害犯與危險犯是不大有所區分的。這兩類型的犯罪唯一有區別之處在於,實害與實害危險之區別,亦即Delikt(與故意.過失犯行或不法有所相干)與(狹義)Verbrechen(偶然的、義務破壞有所相干)之區別。參照 Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 209 f..

意義。這尤其是以行為人客觀上有無迴避能力為主軸所做的討論中可以推論看到,當客觀上無能力時,無有危險故意存在之必要,因其係由實害故意之存在而可逆向反推得出者。在行為人有客觀迴避能力時,兼以主觀上不願迴避時成立(未遂)實害故意,亦同上說明無危險故意存在之必要。此外,在前述主觀上有迴避意願時,則又可分為規範性觀點與本體論觀點,在前者觀點下可成立規範性危險而對之具有危險故意,但在後者則是可能成立有意識過失。在刑法可罰性檢驗體系下,前者在邏輯思考下仍受後者所制約,就如同吾人需先檢驗不法後始檢驗罪責,危險故意在此種體系制約下亦復失去其對犯罪之決定性地位。況危險犯之處罰論據中係設定對實害結果出現之不可控制性為主要前設,這反應為前述無客觀迴避能力之情形,危險係獨立自行為人之主觀想像,不管行為人有沒有想要迴避都無妨危險之存在,從而危險故意附焉之,此時之危險故意同時也被評價為與實害故意相當,稱以實害故意亦無齟齬。

綜論之,區分危險故意似僅有分類學上之意義而欠缺明顯實質意義,既無法依此種分類來說明故意在教釋學上據以刑罰加重之實質理由,亦無法創設新的危險不法之概念及定位。以實害故意以及有意識過失做適用即為已足,危險故意僅是前者之逆推想像之物,以及後者之所吸納解融者,其理論意義大於實質意義。

捌、小結

依刑法規定,故意係不法構成要件中所不可或缺之主觀要素。然因其本體論上心理層面之主觀性質,向來難以由外在觀察推論得出行為人對故意真實的想法。加上在刑法學理之推移嬗遞下,古典理論、因果行為論與目的行為論的影響下,故意由罪責層面逐漸轉移分居到不法與罪責領域中。故意之內容撲朔迷離難以確認其內容,學說與實務在不斷探索下發展出認知—與意思要素來將其具體化。

學理上也由於規範化學說之興起,使得故意之判斷標準受到影響。在現實上使得不易成形之故意形質,透過外在的觀察而獲得形體。尤其在區分未必故意與有意識過失方面更為凸顯。在此演變下,出現了主知主義與主意主義互別崢嶸之爭議,究其實主要爭議存在於對故意之確認係同時以認知要素與意思要素為必要,抑或只要單獨有認知要素便足以決定故意之存在等問題上。對此本文首先討論故意的兩大要素之說明,並分別對表象論以及意思論整理學說見解內容。相關地也對於實害故意與危險故意進行探討。由於兩種立場主要所要解決的問題聚焦在認知要素與意思要素皆稀薄化的未必故意上。尤其是本文著重在針對表象論中受議論的"新認知理論",並分就其內容:風險學說、故意危險說、非無蓋然性/風險慣習說以及未受遮蔽風險說做深入個別說明及評析。又,依構成要件錯誤的考察視角,主觀認識與客觀情

狀之存在兩者間若有落差,似難以規範化視角來弭平狺差距,何 以在故意上能專以脫本體化或規範化視角為主要之說明依據呢? 這會造成在新認知理論中無有構成要件錯誤之適用餘地,從而衝 擊到支持認知理論中以認識為必要之主要論據。而規範化故意亦 無法完全契合我國現行刑法第13條規定中的"明知"、"…不違 背本意"之内容。危險故意無法利用新認知理論來得出其論據基 礎,儘管該理論多有探討危險之處,但其重要性及所劃分者係 (間接) 故意與(有意識) 過失之界限,而非對危險故意做論據 說明。況且在認定故意上放棄掉意思要素的認知理論(可能性理 論、蓋然性理論或新認知理論等)都會面臨到過度擴張故意適用 領域之質疑,例如特別是在輕率方面,當行為之危險性被認為是 針對構成要件實現時,則依認識理論便會將行為判斷為故意。131 但這是否妥當是令人存疑的。最後基於實害故意之想像係獨立出 自行為人意志為主軸之看法,提出以危險為對象之主、客觀綜整 之故意判斷意見,並分別各種可能情況提出實害故意、危險故意 與有意識過失相互之關連,提出危險故意於架構上等方面雖有存 在之理由,但卻欠缺實質意義。亦即區分危險故意似僅有分類學 上之意義而欠缺明顯實質意義,因為既無法依此種區分而來說明 故意據以刑罰加重之實質理由,亦無法創設新的危險不法之概念

¹³¹ Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2013, § 4 Rn. 87.

及定位。以教釋學中既有之實害故意以及有意識過失做適用即為已足,危險故意充其量是前者之逆推想像之物,或者僅為後者之所吸納融合者,可說其存在之理論意義大於實質上的意義。

74 警大法學論集第三十五期 (107 年 10 月)