

## 過失犯的預見可能性與迴避可能性\*

### —— 建構過失歸責的理論嘗試

許恒達\*\*

#### 摘要

本文討論過失犯刑事責任的歸責基礎，依本文之見，過失犯以損害的迴避可能性作為歸責前提，但迴避可能性有多重面向，不同面向的迴避可能性，具有不同意義與規範理由；多重面向的迴避可能性概念，共同形塑過失犯的不法與罪責非難內涵；而在判斷迴避可能性時，預見可能性提供了得否迴避的輔助觀察標準，具有預見可能性的結果才有辦法迴避，也才能促使行為人執行迴避損害措施，應對不同面向的迴避可能性，預見可能性也有多重表現方式。過失犯刑事責任正是以發生可得預見、從而可得迴避的損害為前提，其具體非難即在結果的迴避/預見可能性，而因這組概念有多重表現方式，這些態樣會展現在過失犯的不同審查要件，構成過失犯分置於不法、罪責階層的各類審查要素。

關鍵詞：過失犯、迴避可能性、預見可能性、注意義務、相當因果關係。

\* 投稿日：2019年12月14日；接受刊登日：2020年5月29日。〔責任校對：黃品瑜〕。

本文初稿曾發表於2019年11月由西北政法大學刑事法學院主辦之「第十屆海峽兩岸刑法論壇」，當日與會先進與兩位匿名審查人對本文提出的指教與建議，筆者由衷致謝，惟文責當由筆者自負。

\*\* 國立臺灣大學法律學院教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/13017002.pdf>。



## 目次

壹、導論	三、小結：評釋《案例1》
貳、過失犯歸責結構：從預見可能性走向迴避可能性	肆、預見可能性/迴避可能性在結果歸責的機能
一、以預見可能性為中心的古典過失概念	一、檢討學說及實務見解
二、現代過失概念與迴避可能性的出現	二、現實流程與事後預見可能性的應用
三、預見可能性與迴避可能性的規範意義	三、假設流程與事後的迴避可能性
四、小結	伍、預見可能性/迴避可能性在罪責非難的機能
參、預見可能性/迴避可能性在行為不法的機能	一、個人迴避可能性：評釋《案例2》
一、確認注意義務的實質內涵	二、個人預見可能性
二、多重避險措施的選擇難題	陸、結論

## 壹、導論

刑事責任用以制裁違抗法律秩序、釀成重大法益侵害的犯罪行為人，但要構成犯罪，行為人仍然必須符合主觀歸責要素，長期以來主觀歸責的核心重點在於行為人的故意，絕大多數的犯罪都以故意作為主觀歸責內容，相對於此，當行為人主觀上欠缺故意時，是否要另外予以處罰，即不無疑問。嚴格來說，欠缺積極侵害意思的行為人，並未刻意違抗法律秩序，沒有非常強烈的可譴責性，如果要予以處罰，在現代法治視角下，通常僅限於侵害重要利益的情況<sup>1</sup>，相對於核心主觀歸責的故意，例外、次位階的主觀歸責即為過失。

<sup>1</sup> Johannes Kaspar, Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS 2012, S. 16 (17).

問題在於什麼是過失概念內涵？透過哪些要件可以確認次位階的過失主觀歸責？甚而，過失的主觀歸責要件如何與過失犯審查體系相互整合？這些問題都必須深入釐清。值得注意的是，我國學說或實務提及過失犯的時候，往往都一併論及「預見可能性」與「迴避可能性」這一組概念，例如最高法院曾經有見解指出：「刑法上過失責任之成立，除客觀上注意義務之違反外，尚須以行為人對於犯罪之結果有預見可能性及迴避結果可能性，且結果之發生與行為人之過失間，有相當因果之關聯性，方足當之」<sup>2</sup>，這段引文中提及預見可能性與迴避可能性，似乎可以被理解為注意義務違反的過失行為本身，但又可以指涉過失行為與結果的歸責關係，這不禁令人好奇，究竟預見可能性與迴避可能性在過失犯的定位為何？

事實上，學說迄今對於預見可能性/迴避可能性在過失犯中的定位，也有相當程度差異，例如林山田教授即認為：「履行必要的注意義務，用以避免客觀可預見的死亡結果的發生。行為的結果是否是客觀可預見，倘若就社會一般人的生活經驗，可以預計行為會發生結果者，則該結果即是客觀可預見」<sup>3</sup>，依其見解，注意義務即迴避損害的義務，而迴避方法，即不實行客觀上具有結果預見可能性的行為手法；不過，林教授接下來在同一章的結果歸責部分，又再一次強調「過失犯就其本質而言，係以結果的可避免性為其成立要件，違背義務的行為所造成的結果，必須具有可避免性者，始有結果不法可言」<sup>4</sup>；接續討論過失罪責時，林教授則又針對「結果與因果歷程的主觀可預見性」指出：「在過失的結果犯之中，構成要件該當結果以及發生結果的因果歷程，必須是行為人依其個人的能力、知識與經驗係可預見者，始具過失罪責」<sup>5</sup>；相對於此，

---

2 最高法院107年度台上字第1283號刑事判決。

3 林山田，刑法通論（上冊），增訂10版，頁177（2008年）。（粗楷體為筆者所強調）

4 林山田（註3），頁191。

5 林山田（註3），頁201。

黃榮堅教授則認為：「過失概念設定以行為人對於不法事實實現的預見可能性為要件……迴避可能性只是過失之要件，亦即『預見可能性』的同義詞……並沒有必要在既有的要件之外，另外重複以迴避可能性作為要件」<sup>6</sup>。

從以上引文中，可以發現學說對這組概念定性看法分歧，除了兩位重要學者相迥異的觀點外，也有學說將客觀預見可能性理解為認定過失犯注意義務內容的實質要素<sup>7</sup>；另有把客觀預見可能性連結到結果歸責的見解，亦即損害結果必須源自客觀可得預見的流程，否則即是非典型損害，應該排除結果歸責<sup>8</sup>；而就結果的客觀迴避可能性，學說也有認為涉及過失犯的行為不法，亦即注意義務即用以迴避以一般人標準所能避免的損害後果<sup>9</sup>；而現行相對主流

6 黃榮堅，基礎刑法學（上冊），4版，頁391（2012年）。（粗楷體為筆者所強調）

7 例如王皇玉教授直接將結果的預見可能性，提升至整體過失犯行為不法的核心角色：「違反客觀必要注意義務此一要件之認定，必須以行為人對於危險結果的發生具有客觀預見可能性為前提」，參見：王皇玉，刑法總則，5版，頁502（2019年）（不過王教授在結果歸責部分，就較少提及結果必須屬於預見可能之後果）；另見：林書楷，刑法總則，修訂4版，頁422（2018年）；auch vgl. *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 17 Rn. 19; *Kaspar* (Fn. 1), S. 19; *Nina Nestler*, Gilt für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ein »strengerer Maßstab« als für die Tatfahrlässigkeit?, Jura 2015, S. 562 (563); *Frauke Rostalski*, Vernunft und Unvernunft in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung zum Fahrlässigkeitskriterium der Vorhersehbarkeit, JZ 2017, S. 560 (562).

8 *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 586 f.; *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, § 12 Rn. 47-49; *Bernd Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2016, Rn. 1013; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl., 2017, § 18 Rn. 940; *Walter Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 12 Rn. 20; *Susanne Beck*, Achtung: Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1, JA 2009, S. 111 (115). 值得注意的是，採取此一見解的論者，在注意義務違反處，似乎就不太強調必須考慮客觀可預見性。而從實質內容來看，上述林山田教授與其他相近學者的見解中，雖然不必然使用「個人/主觀迴避可能性」，但大致上都承認行為人必須有實踐注意義務的個人能力，具體內容大致上相同於個人的迴避可能性。就此點另可參考：林山田（註3），頁200-201。

9 *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 33 Rn. 16; *Harro Otto*,

的學說見解則認為，結果迴避可能性屬於過失犯的結果歸責要素之一<sup>10</sup>；還有部分學說見解提到過失罪責時，採用個人的預見可能性（individuelle Vorhersehbarkeit）與個人的迴避可能性（individuelle Vermeidbarkeit）來指稱過失犯的實質罪責非難內容<sup>11</sup>，前者指行為人依其個人能力，有能力認知違反注意義務的行為危險性與損害結果的出現可能性<sup>12</sup>，後者則指行為人依其個人能力，有能力迴避實行違反注意義務的行為而迴避損害結果<sup>13</sup>。

從以上分析可以發現，雖然現今學說對過失犯成罪內涵已有若干共識，但對於整體過失非難結構中，實質上極具有關鍵地位的預見可能性/迴避可能性概念，其使用語境、概念定位及學說論理功能，仍然有待更精確的分析。

本文寫作宗旨，即透過理論層次析辨，探究預見可能性/迴避可能性的雙生概念，究竟在過失犯的刑法實質非難中扮演什麼機能，這些相關聯機能所指引或直接構築的過失犯要件，又以何種態樣形塑過失犯刑法非難的實質內涵。筆者基本論點如下：過失犯以損害的迴避可能性作為歸責前提，但迴避可能性有多重面向，不同面向的迴避可能性，具有不同意義與規範理由；多重面向的迴避可能性概念，共同形塑過失犯的不法與罪責非難內涵；而在判斷迴避可能性時，預見可能性提供了得否迴避的輔助觀察標準，具有預見可能性的結果才有辦法迴避，也才能促使行為人執行迴避損害措

---

Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 77 (91).

<sup>10</sup> 就此較無異見，僅參考：Heinrich (Fn. 8), Rn. 1045; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 8), § 12 Rn. 43; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 8), § 18 Rn. 956.

<sup>11</sup> Z.B. Gropp (Fn. 8), § 12 Rn. 181.

<sup>12</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 8), § 18 Rn. 975. 近期具有代表性的著作，參見洪兆承，預見可能性的對象與資訊蒐集義務——從監督過失的案例談起，中原財經法學，43期，頁205-210（2019年）。

<sup>13</sup> Heinrich (Fn. 8), Rn. 1023-1024.

施，伴隨不同面向的迴避可能性，預見可能性也有多重表現方式。過失犯刑事責任正是以發生可得預見、從而可得迴避的損害為前提，其具體非難即在結果的迴避/預見可能性，而因這組概念有多重表現方式，這些態樣會展現在過失犯的不同審查要件，構成過失犯分置於不法、罪責階層的各類審查要素。

接續討論，將先說明現代刑法學如何形塑過失犯歸責基礎，接著分析預見可能性及迴避可能性可能的不同態樣，以及這些態樣在整體過失犯中的功能，然後再分就預見可能性及迴避可能性的具體態樣，討論其在過失犯中的角色與定位。

## 貳、過失犯歸責結構：從預見可能性走向迴避可能性

### 一、以預見可能性為中心的古典過失概念

從過失犯罪發展歷史來看，在早期歐洲12世紀以降，大致上採取近似於故意的觀點作為過失概念思考中心，學說設法從故意的類似性角度，開展出次位階的過失主觀歸責，藉以整全地保護法律秩序。例如在註釋學派原始觀點下，過失是一種近似於故意（*culpa dolo proxima*）的主觀犯意<sup>14</sup>，而後註釋學派則轉向強調，過失不必等同於故意的意志罪責（*Willensschuld*），而是有其獨立內涵<sup>15</sup>。一直到18及19世紀的研究中，大致糾結在過失與意志罪責的關係<sup>16</sup>。

---

<sup>14</sup> Ellen Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit. Aspekte zu einem Strafrecht in Europa, 1996, S. 34.

<sup>15</sup> Julius Beschlitz, Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre. Teil. 1, Vom primitiven Strafrecht bis zur peinlichen Gerichtsordnung Karls V., 1907, S. 105 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit: Eine strafrechtliche Untersuchung, 1910, S. 13 ff.; Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre — Eine lehrbuchmässige

不過，隨著近代工業革命與科學文明的發展，非出於故意而造成損害的事件日益增加，如果再堅持接近故意的過失作為論述中心，許多對於損害後果沒有太多想法，就直接引發損害後果的行為人，勢必不受到刑法制裁，也就在這樣的氛圍下，過失次位階主觀歸責逐漸不再比照故意，而是發展獨立的主觀歸責理論，這使得無關故意、純粹僅屬過失犯自身理論發展的無認識過失日益重要，更在19世紀以降，成為過失主觀歸責核心所在<sup>17</sup>。

雖然曾經有學說批評，無認識過失行為人對於法益損害並不知情，純以行為人「能力」建構過失，恐怕不符合罪責原則<sup>18</sup>，但這種批評並未獲得全面肯認，大多數見解仍然認同將過失刑責的核心，置於無認識過失的基礎架構上。既然過失逐步發展出具有強烈獨立內涵的主觀歸責元素，那麼就需要更整全性地填充其內容。

從德國現代刑法學的發展理路來看，早期學說認為，故意歸責的基礎，在於行為人對於損害後果有主觀層面的現實認知與現實意欲（或者現實上的不在乎心態），但過失行為人通常對法益損害後果，欠缺現實性的心理認知，認定過失的核心重點，也就僅能從對於法益損害的預見義務及預見可能性（*Voraussehbarkeit*; *Vorhersehbarkeit*；或謂認知可能性*Erkennbarkeit*）來論斷，過失相對於故意，也就構成另一種具有主觀可歸責事由的心理狀態，並與故意共同構成刑法上兩種不同形態的罪責<sup>19</sup>。

例如對於現代三階層犯罪理論具有承先啟後意義的Ernst Beling，其認為罪責概念指具有可譴責性的積極犯罪意志（*tadelhafter Inhalt des Willens*），或者可得譴責而欠缺特定意志內容

---

Darstellung, 3. Aufl., 1955, S. 182.

<sup>17</sup> Exner (Fn. 16), S. 122 ff. 進一步討論，參見：廖正豪，過失犯論，頁68-83（1993年）。

<sup>18</sup> Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 229 ff.

<sup>19</sup> Dazu vgl. Sauer (Fn. 16), S. 187 f.; Jescheck/Weigend (Fn. 8), S. 566 f.

(das tadelhafte Fehlen eines bestimmten Willensinhalts)<sup>20</sup>，前者是故意，而後者指過失，過失的具體意義，即行為人未事實上認知，但對於其行為可能實現特定類型化構成要件，不僅有認知義務，也有認知可能性的狀態(wenn er [der Täter] das Bewußtsein der typischen Tatbestandlichkeit seiner Handlung hätte haben können und sollen)，這種個人意志面向上、對於法益損害事實的預見義務與預見可能性，也就證成了過失罪責的實質內涵。

相近觀點也可見於德國現代刑法學宗師Franz von Liszt的見解，在von Liszt親自撰述的最後一版德國刑法學教科書中(第21/22版)就非常明確地指出：過失指形式上行為人採取意志行為時，未預見可得預見的結果(Fahrlässigkeit ist formell Nichtvoraussicht des voraussehbaren Erfolges bei Vornahme der Willensbetätigung)<sup>21</sup>，而針對其所謂過失的解釋，von Liszt強調了三個要點：(1)行為人實行意志行為時，未能注意，而不符合法律期待；(2)所謂未能注意，係指行為人欠缺對損害後果的預見，但對於「身體動作的外在後果」與「存在其他相關之構成要件要素」等情事，行為人具有預見可能性的狀態；(3)過失屬於一種罪責形態(Schuldart)，而其內涵指行為人對於其行為可得預見的反社會意義，出於漠視而違反共同生活期待未予預見<sup>22</sup>。換言之，過失屬於罪責形態，其內容即行為人應預見行為造成的後果，卻疏忽而未預見行為將實現構成要件，但行為人具有預見可能性，整體罪責非難顯然立基於損害後果的預見可能性，在此意義下，過失犯在構成要件或違法性上的操作，大致上等同於故意犯，只有罪責非難上有心理意義的差異性<sup>23</sup>。

<sup>20</sup> Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 46.

<sup>21</sup> Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. völlig durchgearb. Aufl., 1919, S. 178.

<sup>22</sup> von Liszt (Fn. 21), S. 178 f.

<sup>23</sup> 此一觀點在日本學說稱為舊過失犯理論，參見：山中敬一著，陳運財譯，日本

## 二、現代過失概念與迴避可能性的出現

然而隨著社會生活形態一再改變，將過失等同於損害預見可能性、同時作為純粹罪責要素的見解，在20世紀的30年代以降，逐漸面臨挑戰。主要問題在於，當社會發展日益複雜，生活周邊風險日益增加，尤其新技術與新科技的使用，都一再讓生活風險日益增加，也日益普遍，生活的周邊風險一般而言都屬於可得預見，如果維持原來定義，利用過失犯訴追處罰對於損害具有預見可能性的行為人，不僅因為風險增加而擴張過失刑責可能處罰的風險失控範圍，人們更可能為了迴避過失責任，恐怕被迫放棄接納具有生活便利性、卻同時帶來新風險的新形態活動<sup>24</sup>。

最具代表性事例即自用小客車發展，一般駕駛人在道路上駕駛具有動力機制的汽車時，本來就有發生事故造成傷亡的危險性，這是駕駛汽車之人應預見、且有能力預見的後果，倘若個案發生死傷損害，如依上述過失概念判斷駕駛人責任，幾乎必然成立過失致死或過失致傷罪，此一推論也就帶來極大困擾，因為利用汽車可大幅提高生活便利性，也能讓生活更加有效率與舒適，但根基於汽車利用屬於風險行為，連結風險可能帶來損害的預見義務及預見可能性，刑法反而會要求行為人放棄風險行為，這不免造成社會新技術的發展阻礙，也就在社會變遷下，過失概念開始另一波調整<sup>25</sup>。

---

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，東海大學法學研究，10期，頁397（1996年）；井田良著，黃士軒譯，關於日本過失犯論之現狀，月旦法學雜誌，235期，頁284（2014年）；洪兆承（註12），頁164-172。

24 Bernd Schünemann, Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft — Eine Bestandsaufnahme, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 37 (39 ff.); 日本情況的介紹，vgl. Keiichi Yamanaka, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, in: ders., Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, S. 214 (214 ff.).

25 Yamanaka (Fn. 24), S. 218 ff. 此論點在日本又稱為新過失犯理論，參見：井田良著，黃士軒譯，（註23），頁284-286；山中敬一著，陳運財譯（註23），頁397-398。

這波修正重點即在於構成過失犯核心的注意義務內容，過失行為人違反的注意義務不再以純粹預見義務為限，因為過失犯著重結果不法的制裁，發動過失犯非難的重心繫於行為人引起損害結果，雖然避免損害結果發生是過失犯企圖實現的規範功能，但控管損害並非僅期待行為人預見損害發生，從而「放棄實行」可能損害法益的行為，毋寧期待行為人能採取迴避損害發生的適當措施，讓損害不會出現，在此意義下，過失歸責重點不再是原來的預見義務與預見可能性，也不再要求行為人稍有顧慮就要放棄實行風險行為，而是期待行為人實行風險行為時，儘可能採取有效避險措施，過失犯也因此逐漸產生行為不法屬性（未採取避險措施就實行風險行為），迴避義務與迴避可能性也就走上過失犯的舞臺，基此，縱或實施風險行為的行為人可得預期損害有發生可能性，但只要行為人在高風險行為的執行過程中採取適宜避險措施，壓制風險在容許界限內，即便最終結果仍然發生，仍不要求行為人對此無法迴避的損害擔負過失刑責<sup>26</sup>。

在此脈絡下，過失概念也就有了全新變化，我們可以從四個面向來分析：第一，刑法要求行為人必須採取適當避險措施，才能實行有益社會的風險行為，避險措施通常是對於風險活動的具體控管規則，例如駕駛人駕駛汽車時，雖然不能完全排除發生事故而傷及用路人生命身體的可能性，但只要駕駛人遵守交通規則，不超速、不闖越紅燈，即可有效迴避事故與傷亡的發生；而醫師執行醫療活動時，也有可能加重病患損害，但醫師只要能遵守醫療常規，就可以有效迴避損害發生。在新的過失犯概念下，原則上行為人同時負擔預見義務與迴避義務，但重點在於連結避險措施的迴避義務<sup>27</sup>，

26 *Manfred Burgstaller*, *Der Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, 1974, S. 19 ff. 有關此一發展歷程，vgl. *Bernd Schünemann*, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, S. 435 (436 ff.).

27 *Otto* (Fn. 9), S. 91.

只要行為人已經符合避險規則而控管風險，原則上可以認為行為人已符合法秩序的風險控管期待，原則上不再構成過失犯。

第二，雖然控管風險的迴避義務成為重點，但這不代表每個行為人都能履行迴避義務而避免損害，如果法律秩序要求行為人履行迴避義務才能實行風險行為，那麼法律所期待採取的避險措施，不僅必須是有效避險的方式，還必須是行為人能夠實行的手法<sup>28</sup>。倘若個案中難以期待行為人實行迴避義務，或是即使已經履行迴避措施，結果仍然無法迴避<sup>29</sup>，在上述情況發生時，就應該積極地排除過失犯的刑事責任。也因此逐漸出現若干因為欠缺迴避可能性（Vermeidbarkeit）而排除刑責的案例，比方行為人在駕車途中突發癲癇（之前未有類似病史而臨時發作），因而無法踩踏煞車，致撞上前車造成車內乘客死亡，該行為人顯然無法控制癲癇症狀的出現，雖然規範上負「踩踏煞車以避免事故」的迴避義務，但顯然行為人不可能實踐此項義務，因此必須本於行為人欠缺相應能力，而否認迴避可能性，排除過失刑責。

另一種情況則與迴避義務的有效性有關，雖然行為人未實行避險措施就實行風險活動，但假若行為人符合法律期待而施行避險措施，卻因在損害流程中存在替代性損害因子（Reserveursache）之故，使得法益損害同樣發生，這就使得原本法秩序期待行為人善盡的避險措施喪失功能。透過假設行為人遵守迴避風險義務，從而在虛擬因果流程中，觀察損害得否避免的關係，進而確認避險措施的有效性，這個判斷過程稱為「義務違反關聯性」（Pflichtwidrigkeits-

---

<sup>28</sup> 例如要求在高速公路而速限90公里處以80公里開車的駕駛人，要避免撞上毫無事前徵兆，突然推起地上人口蓋而出現在車前1公尺處的工作人員，實無可能，對於駕駛人而言，此種「避免撞上該工作人員」的避免義務顯然不可能做得到，因此在個案中必須透過迴避可能性的要件來調節注意義務內容，否則勢必極端化風險控管需求，反而不利建構正當合理的過失刑責。

<sup>29</sup> Susanne Beck, Achtung: Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 2, JA 2009, S. 286 (270).

zusammenhang)，不論實務或學說都會在此時認為，只要足以認定損害在假設行為人遵守迴避義務的虛擬流程中同樣會發生，就表示迴避義務效果有限，即可本於結果欠缺迴避可能性而排除過失刑責<sup>30</sup>。

換言之，因為過失犯的刑責重點從預見義務/預見可能性，轉向迴避義務/迴避可能性，在判斷過失犯成罪要素的審查上，也就逐漸發展出新的審查項目，這些審查項目的出現更進一步改寫了過失犯罪的結構。

第三，向來認為過失是獨立於故意的主觀罪責類型，具體內涵即行為人對於損害流程與損害發生的預見義務及預見可能性，嚴格來說，預見義務取決於行為人的預見可能性，因為必須行為人具有預見損害發生的個人能力，才能課予其相應義務，整體來看是以預見可能性作為判定核心的架構，當行為人欠缺損害的預見可能性，就會否定過失罪責<sup>31</sup>；但隨著過失納入新元素，迴避義務與迴避可能性不再純粹著重行為人內在認知，而是強調行為人必須採取適切「外在行動」保護法益，過失概念不再只固守於探究個人內在意思或規範遵守能力的罪責階層，迴避義務與迴避可能性出現在過失概念中，也就自此開始拉近過失概念滲透到不法階層，亦即，既然論斷過失的重點不再只是損害的預見可能，而是處罰未採取避險措施的行為人，避險措施連結不法階層的損害結果歸責問題，過失概念中的迴避義務、迴避可能性等審查要項，也就於不法階層討論。固然還有一些涉及行為人個人能力或內在想法的項目，並不適合全面轉出罪責階層，不過至少過失概念的各項要素，會同時出現在不法/罪

---

30 Hiroyuki Yamamoto, Der Wandel der Fahrlässigkeitslehre in Japan, in: Duttge/Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, 2017, S. 41 (45-46).

31 Keiichi Yamanaka, Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte, in: ders., Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, 2012, S. 169 (169-170).

責進行審查，反而成為現代學理相對定調的複合式過失概念<sup>32</sup>。

第四，雖然過失刑責核心轉向迴避義務，但這不代表傳統觀點的預見義務與預見可能性就此失去舞台，相反地，預見義務與預見可能性反而逐步整合至過失犯通盤體系中，成為現今過失犯成罪的審查要項<sup>33</sup>；析言之，行為人要實行法所期待的避險規則前，必須可能了解到他面對的周邊風險關係，如果沒有具體危險認知的理解能力，行為人根本不可能採取合宜避險措施，這使得「預見」成為「迴避」的先行前提，當行為人欠缺預見風險的能力時，自然不可能採取有效的迴避手段<sup>34</sup>。能否有效預見損害是否及如何發生，也就成為迴避損害的基本條件，在此脈絡下，預見義務、預見可能性也就一併整合到現代的過失犯概念中。

論述及此可以認為，現代刑法中的「過失」概念，是由行為人「違反注意義務」與「具有履行注意義務之個人能力」所構成，上述概念的法定依據是刑法第14條第1項的無認識過失，亦即「應注意、能注意而不注意」，原則上立法者採取無認識過失作為過失犯的核心概念，行為人必須有注意義務，卻未實現注意義務要求的避險措施，而且還必須有實踐注意義務的能力，才可以構成過失<sup>35</sup>。

進一步來看，上述兩個形塑過失概念的要素，在現行犯罪體系下分處兩個不同階層處理，違反注意義務涉及如何避險以保護法

32 Burgstaller (Fn. 26), S. 21 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 8), § 12 Rn. 19-20.

33 Ralf Kaminski, Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts. Struktur und Inhalt, 1992, S. 38 ff., 55 f.

34 Rostalski (Fn. 7), S. 561 f. 日本學說亦有類似傾向，參考洪兆承（註12），頁173-183。

35 對於此一見解，學說上有更進一步的反對意見，認為過失應該純粹以行為人個人能力作為判定標準，就此觀點，參考：許玉秀，探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收於：主觀與客觀之間，頁195-212（1997年）。值得特別說明的是，在本文視角下，過失概念並非嚴格意義的「主觀歸責」概念，而是透過經驗邏輯為中介從而建構起來的規範評價，其中有極強烈的評價色彩，但以主體意志為中心的主觀歸責色彩則明顯較低。

益，屬於過失犯的行為不法問題，當行為人實行風險行為卻未踐行避險措施，逾越容許界限的風險行為也就構成過失行為；至於履行注意義務的個人能力，則位於罪責階層處理。換言之，「過失」由違反注意義務與相應個人能力共同組成，在過失犯的結構下，分別於過失犯的行為不法及過失罪責處審查，不過過失犯還有其他必須判斷的要素，包括過失犯的結果歸責與阻卻違法事由等審查要件。

綜上，現代過失犯體系顯然與早期過失犯的結構迥異，而基於因應非難重點調整至避免法益損害，而迴避法益損害又必須以了解損害可能發生為前提，這使得現代過失犯的實質操作過程中，必然大幅應用預見可能性/迴避可能性這組概念，不過，因為具體要件所連結的規範功能並不相同（行為不法/結果不法/罪責非難），預見可能性/迴避可能性應該如何應用到這些相關要件，即須有更精確的討論，就此應該更細緻區別預見可能性/迴避可能性的各種態樣。接下來的討論，便以上述思考脈絡為經緯，分析預見可能性/迴避可能性這組雙生概念，在判定過失責任的不同階層與要件，究竟扮演了何種功能。

### 三、預見可能性與迴避可能性的規範意義

#### （一）迴避可能性與責任歸屬的三階段流程

已如前述，現代過失責任重點在於避免損害，通常討論個案即是，現實上已經發生損害，我們立於裁判時立場，決定行為人要不要為損害負責任，就必須考慮已經發生的損害，究竟有沒有辦法透過其他的方式予以改變，使得損害不致發生，如果個案存在這種修正或調整損害流程的可能性，那麼我們就可以肯認行為人有辦法不讓損害出現，卻任令法益受損，就可以肯定行為人必須為損害負責，此即所謂的「歸責」（Zurechnung）作用<sup>36</sup>。這種「足以讓法益

---

<sup>36</sup> 有關「歸責」的規範定義，vgl. *Werner Hardwig, Die Zurechnung*. Ein

損害不發生的可能性」，即為迴避可能性的概念源頭<sup>37</sup>，換言之，現代過失犯的整體歸責理由源自結果迴避可能性，必須從行為人「有充分動機與能力實行避險手段，而該手段確實可以有效避險，且實質有效地能夠迴避損害結果」，才能認定行為人必須為結果負責，從而肯定歸責作用<sup>38</sup>。

問題在於，迴避損害的方法很多，無法迴避損害發生的事由也不同，以「卡車駕駛行為人超速撞上同樣酒醉的機車騎士被害人，導致被害人死亡」的經典情狀為例，卡車駕駛人可以選擇不開車，也可以選擇不超速，這些都是可以迴避損害發生的方式；個案中若行為人突然發生未曾有過癲癇症狀而無法控制車速，或是被害人同樣喝酒陷於酩酊，並在行為人超速接近時倒地而被撞，被害人的情狀致令損害必然發生。以上這些情況都與迴避可能性有關，故可本於存在/欠缺迴避可能性而構成或排除過失刑責，但顯然不同情況的迴避可能性指涉迥異內涵，例如卡車駕駛人的迴避可能選擇涉及保護法益的不同方式；癲癇駕駛人案例則與個人遵守交通規則的能力有關；而在被害人喝酒的情況，則又涉及被害人本身存在的瑕疵狀態，使得行為人難以迴避造成被害人死亡。正因迴避可能性有概念與內涵差異，應該如何定性這些不同層次、不同內涵的迴避可能

---

Zentralproblem des Strafrechts, 1957, S. 7 f.

<sup>37</sup> Dazu vgl. *Günther Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 39 ff.; *Harro Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: *Maurach/Schroeder/Zipf* (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 91 (92 ff.), *Hans-Joachim Behrendt*, Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 303 (303 ff.).

<sup>38</sup> 必須說明，不同學者對於「迴避可能性」的定義並不相同，例如Günther Jakobs認為的迴避可能性指行為人具有充分的迴避動機（Vermeidemotiv），而Harro Otto強調的迴避可能性則主要處理損害結果與客觀行為之間的關係，當客觀行為能夠實質上操控（steuern）流程，結果與損害流程既然可以透過行為掌控，即屬具有迴避可能性。本文主張的迴避可能性，則採取較為概括性的定義，同時包括Jakobs所提及的內在動機與Otto主張的外在操控，只不過這些因素要如何安排、如何充實，涉及後續概念內容的續造。

性，自然相當棘手。

在筆者看來，要回答迴避可能性的規範定位，必須要思考侵害法益的整體流程關係，由於過失犯幾乎以結果犯的態樣出現，其刑責自然以發生外在損害事件為前提，歸責主體的行為人若要與外在事件連結，歸責主體必須能影響或操控外在世界的因果歷程，而這種影響或操控的方式，即實行侵害法益的身體動作，行為人實行了侵害行為，才有辦法創造新的損害因果歷程，損害才可能出現；在此意義下，行為人所實行的特定行動本身就構成了個人與損害的中間介面<sup>39</sup>，透過「主體→行動→損害」之間串連，才有辦法引發損害。我們可以把這個關係透過下列圖示表達：

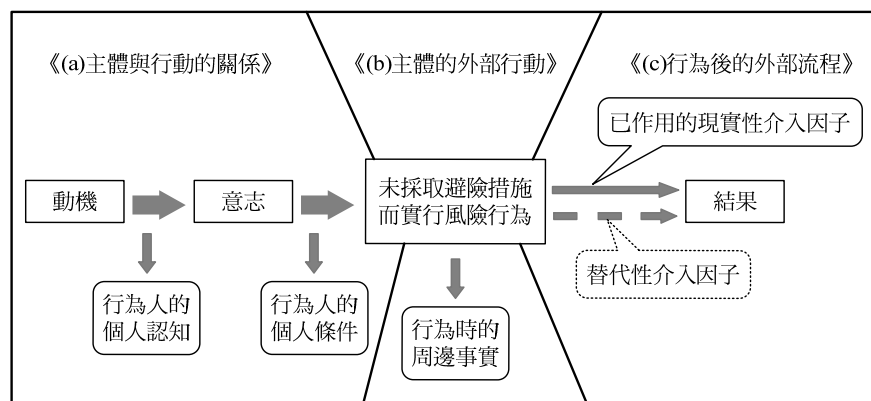


圖1 過失犯實質非難要素圖

資料來源：作者自製。

這個圖示可以分為前、中、後三個段落觀察，前段指行為人如何形塑個人內在動機，形成意志，並發動外部身體動作，作成特定

<sup>39</sup> Hardwig (Fn. 36), S. 7. 必須特別說明，對於過失不作為型的犯罪，原則上不必然能適用本文提出的論理架構，然限於篇幅，本文不續行處理。

外部行為；中段則指行為人所實行、且已經外部化的客觀行動；後段則指行為人完成外部化的侵害行為之後，侵害行為實現於客觀世界中的因果進程。

依上述圖示，若要行為人必須為損害負責，建構起歸責關係，行為人必須經歷三個主要流程：(a) 透過動機、意志而實行特定行為、(b) 行為人履行特定行為並足以侵害法益，以及 (c) 該特定行為事實上引發了損害後果。在不同階段的損害進程中，必須肯認不同規範理由及差別內涵的迴避可能性關係，才能滿足該階段的迴避可能性，就可以認定該階段存在歸責關係，當三個階段的迴避可能性均存在，三個階段的歸責也就連鎖滿足，此時就可以認定過失行為人必須為損害負責；相反地，任何一個流程無法肯認相應的迴避可能性，就會產生歸責效果的中斷，法效上就會否定行為人成立過失犯罪<sup>40</sup>。

## (二) 行為歸責關係：過失侵害行為的迴避可能性與預見可能性

先就 (a) 部分來談，既然法益損害源自行為人實行的外部行為，那麼只要行為人可以迴避實行外部行為，損害自然不會發生，這種足以抗拒實行外部損害行為的個人能力，可以被理解為「行為人標準的迴避損害行為實行能力」，當行為人存在這種可得迴避損害的個人能力時，也就符合 (a) 部分的歸責要求。

至於如何判斷行為人是否有相應能力，必須考量行為人的個人條件，包括外部身體狀況與內在動機，前者指不實行特定行為的身體能力，例如行為人是否會游泳救人？行為人能否合速限地駕駛動

---

<sup>40</sup> 認為迴避可能性及預見可能性僅為成立違反注意義務的最底限前提，屬於建構注意義務的非獨立性要素，vgl. *Georg Freund*, Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit — Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung, in: *Hettinger/Hillenkamp* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 63 (75).

力交通工具？而後者指行為人是否知悉特定行為連結的外部效果，例如行為人是否了解未依複雜的工程施作規範時會發生損害？行為人是否知悉被害人位於周邊等。這些行為人本身的身體或知能條件，都會影響（a）部分的迴避可能性。

再來看（b）部分，因為法益損害要藉由行為人的外部行動才有辦法引起，但不是任何外部行動都與法益損害有關，僅當特定行為搭配相應的外部事實條件，才有可能造成損害發生，例如行為人要超速撞上他人致死，必須「駕駛車輛而超過速限」，還要「被害人位於該車周圍」，當外在事實符合這些條件，才有可能發生損害，若要阻止損害發生，就必須考慮有無行為人可得採取的行動選項，這些行動選項即為過失犯的避險措施。換言之，本於個案事實，必須考量行為人「當下」存在的相關聯外部情狀，判斷是否具備有效避險措施，如果有可得迴避損害的行動選項，而行為人卻不實行，才能認為行為人必須為該不避險的行動選擇負責，從而肯認行為意義的歸責關係；相反地，若外在條件本來就極易發生損害，使得任何行動選項都無法改變結果可能出現的推測，此時應該認為個案中欠缺有效保護法益的避險措施，行為人既無可得迴避損害的行動選項，發生損害顯然難以透過行為當下的任何避險措施予以排除，此時即應否認歸責關係。這種立基行為當下，觀察同一時點的外部情狀，進而判斷「有無避險措施行動選項」，即為損害行為本身的迴避可能性。

論述及此可以進一步指出，因為（a）階段涉及行為人本身能力與行為實行的關係，而（b）階段則關聯避免法益損害的諸多行動選項問題，這兩個階段的歸責標準，都指向「施行特定行動以迴避結果的可能性」，這是一種與「人的能力」有關的判斷階層，只不過（a）階段著重於個人採取避險措施的能力，而（b）階段強調有無對一般人均得妥適避險的行動選項，但無論如何，作為行為人與外在行動的連結介面，任何損害要由行為人負責，都必須符合存

在「足以迴避損害後果的避險措施實行可能性」<sup>41</sup>，才能滿足歸責的基本要求。

以上簡要說明構成行為歸責的兩個前提，就此可再補充幾個重點：

第一，法秩序期待行為人實行風險行為，必須採取避險措施，不過特別避險外部行動的要求，其實以存在激發行為人採取避險措施的內心動機為前提，欠缺相應的內在動機，行為人根本不可能意識到避險措施的重要性，也無法順應法秩序的期待而採取避險措施，質言之，透過迴避可能性聯結行為人與損害時，必須先行滿足一個基本前提，此即行為人有採取避險措施可得迴避損害的內在意識，這種內在意識也就構成「遵守法律期待而採取避險措施可以有效地阻止損害出現」的心理動機<sup>42</sup>，當行為人「現實認知」或「可得知悉」避險措施的重要性時，才有相應的內在動機促令行為人採取避險措施，欠缺上述認知能力，不可能意識到避險措施的重要性，行為人也不會積極採取避險措施，換言之，對於「避險措施效果與不採取時可能帶來損害」的預見可能性，正是構成迴避可能性的內在前提，此種預見可能性是行為人得以避險的心理關鍵，僅當行為人具有此種預見可能性時，才能促令行為人採取避險措施，才有可能迴避損害<sup>43</sup>。

---

41 Vgl. *Günther Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 307 (310 ff.).

42 Dazu vgl. *Jakobs* (Fn. 41), S. 308 ff.

43 Vgl. *Freund* (Fn. 40), S. 76; *Thomas Weigend*, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 129 (134 ff.); *Rudolf Alexander Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S. 63 f. 在此一論點下，甚至會傾向在過失犯理論中放棄注意義務，筆者並不贊同此見解，但此一問題需要更多討論，留待未來再為文討論之。

第二，對於「行為層次」的非難，包括兩個不同的迴避可能性判讀方向，其一是「個案中有適當的避險措施，卻不實施該避險措施」，另一個則是「行為人有能力實行上述避險措施，卻不實行該避險措施」。就前者以觀，重點是有效保護法益的手段選擇，而法益保護對任何人均生效，不論任何人都應適用相同標準貫徹此誠命，即使行為人的能力不同於一般人，但本於法益保護需求，仍不應任意調整避險措施的施行標準；基此，選擇適切避險措施時，應優先考慮可適用於平均一般人的手法，而不是從特定行為人個別能力觀察，通說發展出所謂「理性、謹慎、小心之個別生活領域平均人」立場決定法律期待的避險措施標準<sup>44</sup>，亦即考量行為人所處生活圈與風險行為情況，設定控管風險行為的一般人標準，再判定應採取的避險措施以及預見可能性，就此而言即具說服力；相對於此，如果涉及行為人實現避險措施的能力與認知程度，則必然純粹以個人認知與能力作為指標<sup>45</sup>。

不過，對於通說見解，學理也有不同意見<sup>46</sup>，其中較具爭議的問題在於，對於保護法益的避險措施內容，是否應該純粹依據具體、個別行為人標準予以判定，而不必關切一般人標準？

依本文之見，判定避險措施的實質內容時，應該優先從一般人視角加計特別的生活領域角色，例如駕駛人的避險措施應該考量「具有通過駕照考試資格」的一般性駕駛能力，又如對醫師執行醫療活動的醫療常規，應該考量「具有專科資格的一般醫師能力」，從而決定其避險措施的具體內容。

---

44 Vgl. Kühl (Fn. 7), § 17 Rn. 25; Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl., 2017, § 15 Rn. 48.

45 Kühl (Fn. 7), § 17 Rn. 91-92.

46 我國學說，參見：黃榮堅（註6），頁372-376；德國學說近期見解，vgl. Weigend (Fn. 43), S. 138 ff.; Freund (Fn. 40), S. 69 ff.; Frauke Rostalski, Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, GA 2016, S. 73 (75 ff.).

採取上述見解主要理由有兩點：第一，由於避險措施會構成保護法益滅命，應對所有人都一律有效適用，如果因為行為人能力較低，從而降低注意義務的要求，使得較低能力的行為人「不用那麼注意法益」，這顯然對於法益持有人保護明顯不足。

第二，如果進一步考慮個人能力，許可法律義務內容依個人能力明顯調整，個案操作時就會面臨標準極不明確的困擾，尤其行為人能力高低往往判斷歧異，將避險措施依據能力區別內容，恐怕會讓面臨控管風險的行為人無從決定其應為的避險措施內容，更陷於難以抉擇如何有效保護法益的處境<sup>47</sup>。此外，個案情況的行為人標準有時不易拿捏，例如自學西洋醫學的密醫的執業標準，或是施行傳統經絡治療進行醫療行為的國術館老師，在這兩個例子中，的確沒有像上述駕照或醫師執照可以找得到明確基準，但這並不妨害以其事務特性具體地決定執業活動應該有的注意義務內涵。以西洋密醫為例，該密醫如果執行侵入性醫療活動，基於事務的危險性與執行者的控制風險能力，其注意義務應該提高到類同於執刀專科醫師的程度；至於專治跌打損傷的國術館老師，其事務危險性相對較低，也沒有相應專業人員可供比對，對其注意義務的要求大致以執行事務所需要一般常規處理，例如整治經脈不能採取錘打太陽穴的方式，其具體內容只能本於事務危險性而有相應要求。事實上，同樣標準也會適用於照護新生兒的母親，母親對於新生兒的照護，難以認定有絕對標準，不過我們仍然會以母親對新生兒所進行的活動，例如餵奶、洗澡等，而認定相應行為的控管風險手法（餵奶後必須拍背使其打嗝/洗澡要扶住新生兒頸部等）。

對於以上看法，論者或許會反駁認為：「以行為人自己能力高低，進而決定保護法益所要投入的能量是最明確的標準」，然而對

---

<sup>47</sup> Bernd Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, in: Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 159 (162 ff.).

於上述觀點，筆者則有不同意見：第一，在行為人明顯能力偏低時，如僅依個人標準決定義務內容，則義務內容必然偏向要求行為人全面放棄行為，這對個人自由不無過度干預之嫌；第二，正因為個人面對不同風險時的能力值或高或低，難以有絕對基準，固然一般人標準有其認定上的難度，但若因為認為必須在個案中評估行為人能力而異其注意義務基礎，實際上才會造成更多認定困擾，相對於此，只要透過風險行為與可得認識的周邊環境，開展出一般人基準，操作上遠比行為人基準更加明確。基此，如果行為人個人能力等於或低於一般人，仍應以一般人標準的注意義務判斷該行為人應盡的避險手法。就能力較低之人的過失刑責而言，即使其違反一般人標準的注意義務，行為人最終仍可基於欠缺遵守注意的個人能力而排除過失罪責<sup>48</sup>。

比較麻煩的情況是，倘若行為人迴避損害的能力明顯高於一般人，例如具有特殊認知（*Sonderwissen*）<sup>49</sup>或特殊能力（*Sonderfähigkeit*）<sup>50</sup>的行為人，若個案中有充分證據證明行為人具備格外顯著的強化能力，本於法益保護的有效性，具有上述特殊認知或特殊能力的行為人，運用相應認知或能力才能更有效應對風

---

48 此即在不法階段，仍認為行為人未能採取一般人標準的避險措施，屬於違反注意義務的過失行為，但在罪責階段，則因行為人欠缺相應的個人能力，所以可以排除其過失罪責。不過就此要考慮超越承擔過失的問題，就此請見下文的討論。

49 特殊認知指的是，個案中存在非由行為人製造的特別外在風險，而行為人知道該風險的存在，不過一般人並不知情，如果不考慮行為人的特殊認知，則該行為必然合法。Vgl. Uwe Murmann, Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 123 (125-126); Luis Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), S. 519 (531 f.).

50 特殊能力指的是，行為人面對風險活動時，其個人具有明顯高於一般人的控管風險能力，而法秩序通常不會要求一般人擁有這種程度的控管風險能力。Bernd Schünemann, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, S. 207 (216-217); Murmann (Fn. 49), S. 126 f.

險，並沒有對該行為人造成更多負擔，也同時可以帶來被害法益更全面的保護效果<sup>51</sup>，此外，法律並未要求行為人有義務取得特殊認知或能力，但當行為人非出於義務而取得這些能力，因而拓展了自己的生活領域範圍，面對該擴展的生活領域之中，因為突發性情況而可運用特別能力或認知予以控管風險時，行為人既然獲得擴展生活領域的機會，應該要對擴展生活領域中自己本可控管的風險，多承擔控管的法律義務，這對行為人而言並非不合理<sup>52</sup>，質言之，對於處理特定風險活動具備較高能力的行為人而言，是否會面臨特別需要處理風險的情境，通常無法事前拿捏，而該行為人一旦面臨系爭風險，因為個人能力已經明顯提升，只要運用常態性的風險控管行動，就可達成遠較一般人更有效的控管風險效果，舉例來說，法學教授閱讀學生論文vs.一般學生閱讀其他學生論文，前者其實不必動用任何特別的心思，就可以舉出論文應修正之處，若謂法學教授動用了特別的努力才有辦法抓到錯誤，不免言過其實。基於上述理由，在行為人具有特殊認知或特殊能力的場合，筆者認為可以合理地提高避險措施控管程度的規範要求。

第三，至於上述構成過失行為歸責關係的預見可能性與迴避可能性要素，在過失犯審查系統中如何定位？以上討論所有要件的認定時點，都是從行為當下來認定，屬於預見可能性/迴避可能性的事中（*ex ante*）標準，強調從行為人實行侵害行為當下，判定是否能夠預期損害及得否迴避損害，具體操作時，事中標準考量的內容以侵害行為當下存在事實為基準，此時行為人僅實行欠缺避險措施的風險行為，損害法益的因果流程尚未真正啟動，還不確定因果流

---

51 *Murmann* (Fn. 49), S. 133 f.; *Greco* (Fn. 49), S. 550 f. 有認為加計行為人的特殊能力或認知後，會使得行為不法的危險判斷近同於事後客觀危險的觀點，然此論點恐有誤會。因為即使加計行為人的特別情事，也不代表加計後的行為人能了解全部危險因素，「加計行為人特別情事」與「事後客觀危險性」仍屬兩個不同程度的控管風險能力標準。

52 *Greco* (Fn. 49), S. 543.

程如何發展，也無法確定是否發生法益損害，只能基於當時存在的特定事實，參考因果與經驗法則，「推測」特定避險行為能否迴避損害（事中標準的迴避可能性），以及特定行為未來是否可能發生損害（事中標準的預見可能性）<sup>53</sup>。

第四，承上，涉及過失犯行為歸責有關的事中預見可能性/迴避可能性概念，又進一步基於何種視角，可得區別為行為人標準/一般人標準，前者以行為人個人素質及能力論斷迴避可能性及預見可能性，而後者改從一般人視角，將行為人代換為理性、謹慎、小心的一般社會成員，加計其特定社會角色（例如醫師、專業人士等）應擁有的一般能力，分析該理想社會成員得否採取特定避險行為的作用，以及得否預期法益損害出現。基此，我們可以把這種事中觀點，又本於行為人標準/一般人標準進一步區別為：「行為人標準的事中預見可能性」、「行為人標準的事中迴避可能性」、「一般人標準的事中預見可能性」、「一般人標準的事中迴避可能性」。

就「行為人標準的事中預見可能性」而言，其指行為人依其個人能力，有無能力預期自己行為將帶來法益損害後果，此要素強調行為人對於損害發生有無能力先行預期，只要發生損害並非不可能，而行為人本身依其能力與掌握周邊環境的了解狀況，可以判斷未來損害可能出現，就可以肯定此一要素<sup>54</sup>；而就「行為人標準的事中迴避可能性」，則指依行為人個人能力，是否有可能履行注意義務期待的避險措施，如果行為人因為欠缺相應能力而無法履行注意義務的避險措施，原則上就排除此項個人事中迴避可能性<sup>55</sup>。由於這兩項要素都著重於行為人的個人能力，強調僅當行為人具有實質的預見能力與迴避能力時，才能滿足過失犯的個人非難效果，一

---

<sup>53</sup> Dazu vgl. *Schünemann* (Fn. 50), S. 216 ff.; *Burgstaller* (Fn. 26), S. 38.

<sup>54</sup> *Nestler* (Fn. 7), S. 565.

<sup>55</sup> *Nestler* (Fn. 7), S. 565.

般咸認置於罪責階層處理，並共同構成過失犯罪責非難的雙重因子<sup>56</sup>。

相對於前述行為人標準，「一般人標準的事中預見可能性」指的是從一般人標準來觀察，判斷系爭過失侵害行為是否引起損害，如果該行為可能引發損害，原則上行為人就會擔負放棄實行或者更有效控管該行為的義務<sup>57</sup>；而「一般人標準的事中迴避可能性」，則強調注意義務內容所要求的避險措施，原則上必須有充分迴避損害的可能效果，倘若該避險措施從一般社會成員的角度看來，無法有效地規避法益損害，那麼法律不應該強求行為人實行系爭避險措施，行為人未盡該避險措施的風險行為，也不會構成為違背注意義務的過失犯行為不法<sup>58</sup>。從上述分析可以發現，一般人標準所認定的事中預見可能性與迴避可能性，都指向法益損害的有效保護方法，預見可能性要求行為人「放棄實行或有效控制可能損害的行為方式」，而迴避可能性則著重「行為人必須實行足以迴避損害的避險行為」，一般將這兩項要素理解為判定過失犯注意義務內涵的考量因子，亦即共同構成過失犯的行為不法內涵。

綜上，過失犯的行為歸責可分為一般人/行為人標準兩類，構成具體指標是「一般人標準的迴避可能性/預見可能性」、「行為人標準的迴避可能性/預見可能性」，前者連結保護法益所必要的避險措施，以及不履行避險措施時可能發生損害的預見可能性，並構成過失犯行為不法的實質非難，而後者則連結行為人實行及預見避險措施的個人能力，而在過失犯罪責部分審查。

---

<sup>56</sup> Rolf Dietrich Herzberg, Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984, S. 402 (402-403).

<sup>57</sup> Vgl. Burgstaller (Fn. 26), S. 41, 46.

<sup>58</sup> Yamanaka (Fn. 31), S. 180 f.

### (三) 結果歸責關係：損害流程的迴避可能性與預見可能性

以上討論涉及「過失行為」的實質非難，而要滿足過失犯歸責，還必須考量過失行為實行後的因果歷程發展，此即前文提及的(c)流程，在這個過程中，必須能透過履行避險措施迴避損害，才能肯定歸責關係。

由於(c)流程中，過失行為人違反注意義務而引起損害效果，認定有無迴避可能性，僅須純粹討論特定外部化的身體行動、流程發展與損害出現等客觀事實，基此，核心重點毋寧在於已經外部化的過失行為與結果的關聯性。至於如何認定過失行為可以操控損害流程？依筆者之見，要考慮正/反兩個層面，以下即分述之。

所謂損害流程正面的迴避可能性，指的是行為人對於已經發生損害流程的現實流程能否迴避，其判斷主要以已經現實化的外部事實為中心<sup>59</sup>。行為人要能迴避這種現實化損害流程的前提在於，行為人有辦法控制、支配損害流程，包括損害是否發生、損害如何發生，都必須由過失行為內蘊的損害因子決定，當過失行為能夠操控損害流程，表示損害發生與否繫於過失行為<sup>60</sup>，不實行過失行為，也就能夠阻止損害發生，從而可以推論：當損害流程受違法風險行為所支配，不實行該行為即能排除其危害法益因素而避免損害，肯定了過失行為對損害流程的支配關係，即可認定系爭損害流程符合正面/現實意義的結果迴避可能性<sup>61</sup>。

<sup>59</sup> 在此一層次的判斷上，不考慮任何假設性的狀態，也不操作假設性的因果流程作為判斷方法，純粹以已經現實化的各項損害作用力作為認定重點。

<sup>60</sup> Harro Otto, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht — OLG Hamm NJW 1973, JuS 1974, S. 702 (706).

<sup>61</sup> Vor allem vgl. Otto (Fn. 37), S. 92 ff.; Otto (Fn. 9), S. 90 ff. 對此觀點之批評，vgl. Claus Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 177 (181-182).

而認定有無支配關係，筆者認為：要引發損害，必須應用特定因果與經驗法則，才能創造出特定外在後果，但要使特定因果/經驗法則被應用，必須行為人施行能開啟上述法則的損害因子，才有辦法惹起並讓因果流程順著該法則發展，這種「過失行為→開啟特定法則→流程依循特定法則發展→損害出現」的關係<sup>62</sup>，即所謂可得預期的損害發展流程；說得更清楚些，行為人只能透過行為控制與影響整體損害流程，實行完成後，行為人不再介入，既然行為人只透過最初的干預手段決定損害流程，該過失行為當然只能透過最初預期並啟動的特定因果/經驗法則，進而損害法益，如果事實發展符合這些法則，事實上進展的流程就屬於可得預期的損害路徑；在此意義下，具現實意義「迴避可能性」的損害流程，必是具「支配關係」的損害流程，而支配關係又以損害流程發展屬過失行為「可得預期」的結果為前提，這種可得預期的屬性，即是損害的「預見可能性」。換言之，可得迴避的損害流程，必須至少是可得預期的損害流程，在行為實行後外在世界發生的結果（與流程）迴避可能性，也就以結果（與流程）預見可能性為前提<sup>63</sup>。

不過，伴隨著因果歷程的延伸與發展，可能發生事前無法預期的異常情狀，也有可能出現可得預期、但應由該因子創造者獨立負責的情狀<sup>64</sup>，這些過失行為實行後另外出現的現實性作用因子，都會使得原本可得預期的損害，在發展過程中不再依循原來預期路徑，或者仍然維持原路徑，但實際情況中出現更具重要性或關鍵性的介入因子，而因事後出現的介入因子影響，導致行為人無法控管、支配流程，而不再能真正支配損害，此時行為人也就無法再真

---

62 舉例來說，要「超速駕車而致令前車駕駛人死亡」，行為人必須先實行「超速駕車」，只有這種活動能夠啟動交通工具前進的動能，而使得動態車輛施力於駕駛人，若駕駛人確實死於該動態車輛的動能，這種符合已啟動因果法則的事態發展，即屬可得預見的損害流程。

63 *Otto* (Fn. 60), S. 708 f.

64 *Otto* (Fn. 37), S. 92 ff.

正迴避結果。

論述及此，已經說明「違反注意義務之行為」所創造的不容許風險與結果間的關係，一言以蔽之，行為人必須能夠事實上迴避已經現實化的損害，才能夠肯定歸責，具體標準則為已經發生之結果與損害流程，可以透過過失行為「操控」，這種可操控性的關係又以結果及損害流程的預見可能性為前提。無論如何，外在結果的現實發展有無迴避可能性，必須先行確認結果與流程的預見可能性，也必須一併考慮事實上已經發生效果的介入因子干擾程度，才能決定結果的迴避可能性，從而確認有無事實面向上的迴避可能性。

除了正面/事實意義上的迴避可能性，還要進一步觀察負面要素，此一概念指涉的問題在於：由於現代法秩序並不完全期待行為人「放棄風險」，而是希望行為人「控管風險」，倘若個案行為人已違反風險控管規則，但卻因流程中存在未真正發生作用的替代性損害因子（*Reserveursache*），使得行為人即使「依規定控管風險」，損害仍然會發生，由於存在替代性損害因子，導致行為人可能無法採取避險措施而迴避損害，既然法律期待採取的避險措施可能無效，此時不應過度苛責未履行避險措施的行為人，應該考慮本於損害無從迴避而排除結果歸責。

在此意義下，在過失行為的外在影響上，還應該特別審查是否遵守法所期待的合義務行為時損害仍會發生，有別於前述著重於「不容許風險→損害」間的正面/現實流程關係，負面關係則強調，必須調整原屬違反注意義務的不容許風險行為，將行為人的動作修正成已採取避險措施的合注意義務之容許風險行為，透過修正行為的參數設定，擬制出一個假設流程，接著判斷在假設流程中，損害結果是否同樣發生，進而確認避險措施的有效性。換言之，這涉及

討論假設流程中的結果迴避可能性問題<sup>65</sup>。

論述及此可以確認，在全然外部化的損害流程與結果發生階段，重點是損害得否歸責予過失行為，其重點包括兩個部分：（1）在損害及因果歷程已經外部化的「現實流程」中，外部化行為必須操控損害流程，並支配損害結果，才可以推論結果可以透過不實行過失行為而可得迴避，判斷這部分迴避可能性時，必須觀察損害進程是否在行為人可得預期的範圍內發展，基本上「結果預見可能性」足以決定結果有無「迴避可能性」，倘若現實上已經作用的介入因子截斷過失行為的損害效能，即須否定過失行為對現實流程的可操控性，從而否認其現實層面的迴避可能性；（2）進一步還必須確認假設流程的迴避可能性，具體操作即修正過失行為的參數，在假設行為人「遵守注意義務」的「假設流程」中，判斷避險措施的有效性，此即假設行為人採取注意義務期待的避險措施，若能確認損害可以不發生，表示避險措施是有效的防果方法，才能夠肯認假設意義上的結果可避免性。

綜合來說，不論現實或虛擬流程中所判斷的預見可能性與迴避可能性，都涉及行為實行後的因果發展，認定兩項要件時通常採取事後（*ex post*）標準，此指的是從法官審判時所能掌握的全部事實為基準，判定損害發生是否能夠預見與避免，亦即，事後標準是在損害已經出現後，回溯性地思考該損害與行為的關聯性，關鍵重點通常在於損害流程發展過程中，實際上作用、或未發生作用但可能潛在干擾的介入因子，是否使得損害過程與過失行為無關，此時重點已經不是推測問題，而是觀察真正發生的損害流程，能否回溯性地認為是行為人在可得預期的前提下所實現，或是行為人可以透過

---

65 相關討論參考：許恒達，合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用，臺大法學論叢，40卷2期，頁744-751（2011年）。

避險措施予以迴避的損害事件<sup>66</sup>。

整體而言，討論事後標準的現實迴避可能性時，其關鍵取決於事後標準的預見可能性，判斷核心即是該結果是否屬於行為時可得預期的損害範圍，如果侵害行為當時可得預期發生該損害流程，進而引起系爭損害，該因果歷程所連結的損害後果，自然屬於常態事件，反之則否<sup>67</sup>。在此意義下，現實流程的迴避可能性，即確認「現實上已經發生的因果流程」是否具有相當性或常態性風險實現關係，此一概念即連結過失犯所要求的相當因果關係或風險實現問題。至於假設意義的結果事後迴避可能性，其重點在於行為人能否透過遵守避險規則而排除損害的發生，具體操作指標，即將行為人原本違反注意義務的不容許風險行為，假設性地調整為「合乎注意義務」的容許風險行為，接著判斷若行為人採取避險措施，只實現容許風險（遵守注意義務）情況下，是否同樣發生損害，在此意義下，事後假設的結果迴避可能性，同樣應該定位在過失犯的風險實現階層，這兩個要素都涉及過失犯的結果不法。

#### 四、小結

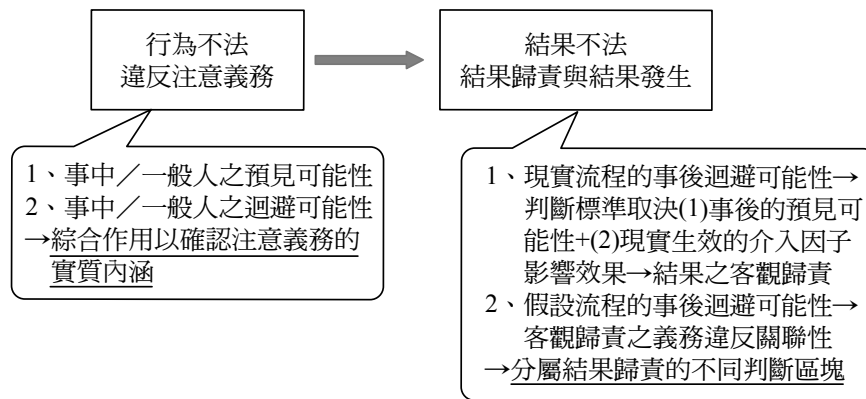
綜合上述討論，在現代刑法過失犯的判斷系統中，預見可能性與迴避可能性兩個概念，會因為有不同的定位與內涵，而在檢討過失犯是否成立時，擔負不同的規範功能，我們可以簡要地以圖示整理如下：

---

<sup>66</sup> Yamanaka (Fn. 31), S. 180 f.; Schünemann (Fn. 50), S. 218.

<sup>67</sup> Yamanaka (Fn. 31), S. 180 f.

## (一) 過失犯構成要件該當性



## (二) 違法性

## (三) 罪責

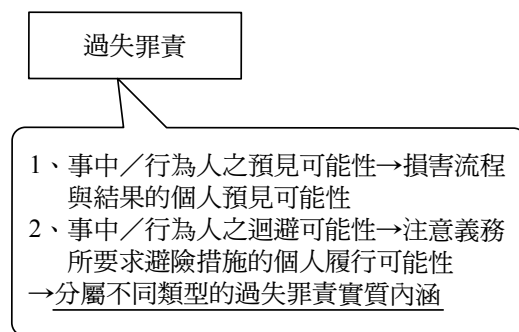


圖2 迴避/預見可能性與過失犯結構之關係圖

資料來源：作者自製。

我們已經釐清在現代過失犯結構下，預見可能性/迴避可能性這組概念的規範定性，平心而論，現代過失犯是否成立，仍然極度仰賴預見可能性與迴避可能性，不同視角及內涵的預見可能性與迴避可能性，也分別在行為不法、結果歸責與過失罪責等要素中，發

揮重要的審查機能或輔助效果。接下來就分別針對各類不同概念進行分析與檢討，討論重心將圍繞著這組概念在過失犯實質歸責的判斷上，究竟提供了什麼樣的實質貢獻。

## 參、預見可能性/迴避可能性在行為不法的機能

### 一、確認注意義務的實質內涵

首先討論預見可能性/迴避可能性在過失犯行為不法中的機能，不論實務或學說主流見解，均認為違反注意義務構成過失犯實質的行為不法，問題在於注意義務的內容為何？前文提過，古典過失犯理論中曾經著重於對行為可能後果的預見義務，但在現代過失犯理論中，則認為注意義務應以採取適切的避險措施為核心，注意義務在此意義下，可以理解為適切的損害結果迴避義務，至於如何確認該注意義務的實質內涵，則可考慮幾個觀察方向。

第一，既然關鍵在於適切迴避損害，能夠要求行為人實行的避險措施，必須從事中觀察是否特定措施足以迴避損害的發生，亦即立於行為時的視角，以平均一般人為標準，只要採取該避險措施，就足以有效阻止損害發生，因此「事中/一般人標準之迴避可能性」的概念，也就成為判定避險措施能否作為注意義務的關鍵指標，換言之，具有迴避可能性的控管風險舉措，就會成為行為人執行風險行為時，應該同時採取的避險手法<sup>68</sup>，當行為人未採取避險措施就實行風險行為，該行為即構成違反注意義務的過失犯行為不法<sup>69</sup>。舉例來說，控制車速於法定速限內，就一般駕駛人的視角來

---

<sup>68</sup> Burkhard Jähne, Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 99 (105-106).

<sup>69</sup> Otto (Fn. 37), S. 91.

看，可以大幅下降發生人命傷亡事故的機率，「遵守速限開車」即具有行為意義的迴避可能性，而成為注意義務所要求的內容，行為人開車時應遵守當地速限，未予履行原則上可能構成行為不法。

第二，在個案若有成文的避險規則可供參考時（例如交通規則），可透過違反成文規則認定違反注意義務<sup>70</sup>，若個案欠缺可供直接參考的明文規則時，往往不易判定什麼措施才能避險，此時只能回歸一般性法則，亦即透過「事中/一般人標準之預見可能性」進行判斷，究竟某項避險措施能否成為注意義務內容，就此而言，損害發生的預見可能性的強弱，即可輔助判斷避險措施得否作為注意義務，具體操作即比較兩種情狀：（1）行為人若未做好該避險措施即實施風險行為，從該行為實行當下角度來看的發生損害可能性，以及（2）倘若行為人踐履該避險措施才實行風險行為時的損害發生可能性，若（1）明顯大於（2），這表示避險措施可以明顯壓制損害結果，此時可認為該避險措施能有效降低損害發生機率，行為人在從事風險活動時原則上應履行該避險措施<sup>71</sup>。

第三，避險措施要求行為人依一般人標準控管行為風險，本身限制了個人的自由領域，必須要其控管所能帶來的利益高於行為人受干擾的自由利益，控管行為人意志活動自由的避險要求才有正當性，基此，德國學者曾本於風險行為對社會的有用性進行利益衡量，提出非常值得參考的觀點，此即針對風險行為區別四類態樣：豪華行為（Luxushandlung）、社會一般行為（sozialübliche Handlung）、社會有益行為（sozialnützliche Handlung）、社會必要行為（sozial-notwendige Handlung），豪華行為指僅只對實行者有益、

70 避險成文規則除了對注意義務的違反具有表徵/推定效果（Indizfunktion），還具體充實了注意義務的實質內涵，vgl. Hans Kudlich, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 373 (376 ff.).

71 不同見解，參考：黃榮堅（註6），頁391-392。

但無益他人的行為，例如飼養猛獸自娛，該行為僅當完全履行風險控管時才排除行為不法；社會一般行為則指常見的社會活動，例如飼養一般體型寵物，只要實行一般人均可達成的避險措施，即可排除行為不法；社會有益行為則指若干有危險、且無法透過避險措施全面排除損害發生可能性的行為，例如駕駛動力交通工具，即使危險無法完全排除，但考量其社會生活的需求，只要已施行必要避險措施，即可認定欠缺行為不法；至於社會必要行為則指向高度社會重要活動，雖然個別情況下已經盡了必要注意，但潛在危險性極高，但為了整體社會的需求仍必須予以接受，此種活動例如火車的駕駛<sup>72</sup>。換言之，即使措施足以迴避損害，還必須考慮個案中的利益關係，才能個案地決定是否可以干預行為人自由以成就整體社會利益<sup>73</sup>。

必須強調，利益衡量連結的是，在一般人視角下，究竟應該採取何種「內容」的避險措施，這與一般人視角著重於避險措施的「程度」，概念上並不相同，固然可能有認為，因為程度不同所以內容不同，但筆者認為：程度不同的情況下，內容確有不同，但提高或維持一定程度時，究竟內容該怎麼拿捏，這個問題無法純粹從一般人角度回應，還必須考量周邊利益態樣綜合評價。

更進一步來說，如果個案中避險措施雖然有效，但其效能僅達到相對有限程度時，是否仍應要求行為人履行，即有疑問。這種情況通常出現在避險措施本身效能並不顯著，但又無法全面性地排除效能的情況，就此筆者認為只能從幾個面向進行考量：（1）首先要考量避險措施本身迴避結果的效能，如果避險措施本身迴避損害的效能有限，原則上不應該要求行為人積極履行避險措施；（2）其次

---

<sup>72</sup> 以上見解參考Schünemann (Fn. 26), S. 575-577. 對此觀點的批評，另可參考Kaminski (Fn. 33), S. 24.

<sup>73</sup> 反對進行利益衡量的看法，vgl. nur Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 479 ff.

要考慮風險行為所具有的社會功能，當風險行為帶來社會大多數人的利益時，原則上不必執行太多控管能力有限的避險措施；相對而言，如果風險行為純粹只是為了滿足個人舒適，而欠缺與多數社會成員相關的利益關聯性，此時會要求行為人履行較多的控管責任，因此會傾向肯認較低效能避險措施的採取必要性。

綜合以上三點，筆者認為：(a) 迴避可能性是用以判斷避險措施是否可成為過失犯注意義務的核心標準；(b) 個案不易判斷時，必須取道預見可能性判斷避險措施的效能；(c) 最後則需要考量利益衡量關係，尤其較低效能的避險措施，僅用於無關公益而純粹涉及私人利益的風險行為。

## 二、多重避險措施的選擇難題

### (一) 階段性的避險措施

接下來討論更不易處理的難題，此即過失行為人面對多重避險措施時，究竟法秩序應該要求行為人履行何種避險措施？我們可以舉實務案例說明<sup>74</sup>：

《案例1》被告甲是計程車司機，某日駕駛營業用小客車，沿臺北市士林區劍潭路第2車道由東往西方向行駛，行至該路段與後港街交岔口時（該十字路口並無紅綠燈號誌），甲駕駛計程車前方另有一輛計程車正要右轉，甲因前方右轉之計程車而減速慢行，在前方計程車快要完成右轉時，被害人乙所騎乘的機車正好從南向道路衝出來，此時甲駕駛的小客車速度有些微加速，隨即撞上乙的機車，乙因而人車倒地，並受有開放性骨折傷害。

---

74 最高法院108年度台上字第70號刑事判決。

本案被告甲以過失致傷罪名定讞，但關鍵問題是：甲究竟有無違反注意義務而構成過失犯的行為不法？甲路經事發地點時，雖然加快速度，但並未逾越當地40公里速限，反而是在速限範圍內以約22公里車速開車，此外，依車禍鑑定委員會的鑑定意見，甲所駕駛的東西向通路有較多車道，相對於乙車的南北向通路，應該有優先權，所以判決中引用的鑑定意見即指出，A車（乙機車）少線道車不讓多線道車為肇事主因，復參酌上述錄影翻拍畫面顯示，B車（甲計程車）駛入肇事路口時欲加速通過，倘其提高警覺並於行經無號誌路口減速慢行，應可避免事故發生，故B車「行經無號誌路口未減速慢行（依影像）」為肇事次因。法院最終只能透過其他的義務態樣來決定行為人的刑責。

本案一審法院基於三個理由而認定甲無罪：（1）乙本應暫停讓多線道車即被告所駕駛之計程車先行通過路口，惟乙卻疏未讓被告所駕駛之計程車先行即率予通過肇事地點，以致肇事，乙之違規乃為肇致本件車禍之原因，難認被告就本件車禍有何肇事責任存在。（2）被告駕駛本案計程車行經案發地點之無號誌之交岔路口，速度不快，並無超速之情事，……實難認被告通過案發地點之無號誌之交岔路口，有何超速或未減速慢行作隨時停車準備之情事；（3）被告在無法預期乙機車出現之情況下，於發覺其車頭與乙機車發生碰撞時，已立即煞停，是被告是否有公訴意旨所指未注意車前狀況而有過失，亦顯有疑義<sup>75</sup>。

本案上訴到二審法院後，二審法院則採取完全不同見解，二審法院卻未詳盡地討論各類型義務態樣，而只是簡單地表示：「駕駛人應注意車前狀況，並謹慎減速慢行，作隨時停車之準備，而依當時情形，並無不能注意之情事，亦疏未注意及此」<sup>76</sup>，就認定被告

75 臺灣士林地方法院106年度交易字第45號刑事判決。

76 臺灣高等法院107年度交上易字第165號刑事判決。

違反注意義務而構成過失犯。

本案最後上訴至最高法院，最高法院雖然維持有罪結論，但對於注意義務的實質內容，則似乎採取不同於二審法院的判定標準：「汽車行經無號誌之交岔路口，應減速慢行，作隨時停車之準備，道路交通安全規則第93條第1項第2款定有明文。此所謂『減速慢行』究應減至如何之車速，始符規定，固無一定之標準，惟駕駛車輛接近該岔路口前，其車速應減慢至可隨時停車之程度，則屬當然，此觀之同款並規定駕駛人應『作隨時停車之準備』即可明瞭。原判決綜合卷內證據資料，說明憑以認定上訴人駕駛車輛行經無號誌之交岔路口，未減速慢行，作隨時停車之準備，因而肇事之依據及其理由」<sup>77</sup>，換言之，最高法院將注意義務緊扣著被告應負的「減速慢行義務」而作為成立過失刑責的依據。

論述至此可以發現，本案三個審級對於被告究竟應該採取何種避險措施以面對交通關鍵情狀（in der kritischen Verkehrssituation）<sup>78</sup>，似乎見解不盡相同。一審判決論述最為詳細，先確認被告當下並未超速，接下來討論「減速義務」，但法院直接認為被告已經減速，最後則處理「車前注意義務」，由於被害人突然衝出，法院在此認為被告不可能盡車前注意義務；由於三項義務的違反都無法成立，所以一審判決才認定被告無罪。

相反於一審的嚴謹判決，二審判決除了確認被告遵守速限義務之外，反而一併討論減速義務及車前注意義務，認為被告同時違反這兩項義務，所以具有過失。然而最高法院的判決則又改弦易轍，最高法院明顯地注意到鑑定意見中的損害次因，認為關鍵注意義務

<sup>77</sup> 最高法院108年度台上字第70號刑事判決。

<sup>78</sup> 「交通關鍵情狀」指的是，當行為人駕駛至接近被害人處所，而在極接近的情況下違反義務而造成損害的前後時間。Vgl. Ingeborg Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vorb. § 13 Rn. 212.

應該是通過無號誌十字路口時的減速義務。

筆者認為，本案爭議涉及存在多重避險措施時應如何選擇。行為人駕車通過無號誌十字路口時，必須盡可能遵守交通法規所設定的十字路口速限，也必須於接近時減速，行為人還必須額外注意車前動態。以上三種義務都對小客車駕駛同時生效，不過，如果從迴避法益損害的實質有效性來觀察，這三種義務其實有時空距離與避險效果的差異性。從時空距離來看，最接近十字路口損害的義務，其實是通過路口當場的速限，接著才是接近十字路口前應該減速義務，因為要在接近前減速，在路口當場才有辦法不撞上被害人，至於車前動態的關注義務，僅要求行為人更有效了解四周動態，還必須搭配後續行動才能有效避險，其時空距離更遠，正因為幾個義務的時空距離有明顯差異，相對應的效能也有所不同，在十字路口當場的速限應該是最有效迴避損害的方式，而接近前的減速還要搭配後續迴避手段才能阻止事故發生，其避險效能顯然比當場維持速限低，相對效果最低的應該是掌握車前動態，因為即使行為人有效地掌握車前動態，還須投入更多有效行動才能避免損害。

論述及此可以認為，透過迴避可能性的效能觀點，我們可以把行為人多重避險措施表列如下：「當場速限→接近前減速→注意車前狀況」<sup>79</sup>，若再以抽象概念來看，當場速限指「關鍵情狀的外在避險措施」，接近前減速則連結「關鍵情狀發生前的外在避險措施」，車前狀況的注意則意謂「蒐集資訊措施」<sup>80</sup>。而如前所述，這三種避險措施有效能差別，課予行為人選擇避險手段時，應該區別其優先順序，原則上應優先實行「關鍵情狀的外在避險措施」，如果已經實行，損害仍然發生，則再觀察行為人是否應負「關鍵情

79 近期學說亦有重視此項階段性的避險措施問題，vgl. *Mohamad El-Ghazi*, Die rechtmäßige Alternative zur Trunkenheitsfahrt, ZJS 2014, S. 23 (25).

80 學說上亦有區別各類義務態樣，vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), S. 580 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 9), § 33 Rn. 18. 專門性的討論，參見洪兆承（註12），頁169-183。

狀前的外在避險措施」，如果行為人仍然履行，最後才可以確認個案中有無「蒐集資訊措施」，在此意義下，由於「關鍵情狀前的外在避險措施」與「蒐集資訊措施」都無法產生立即且強效的避險作用，應該理解為補充型的避險手段。

換言之，判斷過失行為人是否有行為不法時，應該先觀察優先順位的有效避險措施，如果行為人在交通關鍵情狀中，已充分實行有效避險措施（例如通過無號誌交岔路口時已遵守速限），損害卻仍發生，可以進一步考慮前置認定違反注意義務時點，考慮行為人是否違反補充性的前置避險措施（例如進入無號誌交岔路口前有无減速），不過筆者必須強調，雖然過失犯性質與故意犯不同，有時不易判斷過失犯真正的行為時點，從其犯罪結構而言，也傾向接受過失犯不會有過度嚴格認定的構成要件行為，但這種寬泛認定過失行為的見解，會使得過失犯行為不法的定性功能完全喪失，甚至架空構成要件為連結的同時性原則。因此筆者認為，不應一律許可前置過失犯的構成要件行為，解釋上毋寧盡可能地觀察行為人整體活動過程，以關鍵交通狀況為中心，依序判定最接近損害的違反注意義務舉措。

舉例來說，行為人喝酒或無駕駛執照而駕駛，這些行為都未履行避險措施，但因為距離損害發生的時、空距離甚遠，一般不會單以喝酒開車或無照駕駛直接判定行為人已經滿足過失犯的行為不法，相反地，重點反而會置於後階段，特別是在「交通關鍵情狀」有無具體的違規超速、違規超車等行為，除非在關鍵情狀中，以一般人標準來看，行為人已履行一切必要避險措施，卻仍然致生損害，此時才能考慮前置注意義務判定行為不法，至於在什麼條件下可以前置行為不法，筆者認為有兩點可供參考：

第一，損害發生必須要求諸客觀行動，判定上應優先考量具有

外部性、且未實行避險措施的行為態樣<sup>81</sup>，基此，若關鍵時點並未違反注意義務，接下來要考慮前置到「關鍵情狀前的外在避險措施」，若仍無法認定行為不法，才能再前置考量「蒐集資訊措施」。不過任何前置的過失行為時點，都必須從迴避可能性/預見可能性的基準，本於行為時的標準認定避險措施的有效性，如果前置避險措施無從預期可以迴避損害，當然不應該要求行為人執行。

第二，當法秩序要求行為人擔負關鍵時點以外的注意義務，必須有充分正當性，否則只要關鍵時點找不到值得非難的過失行為，就要一律前置而尋找可非難的行為態樣，對於行為人不免過度嚴苛，至於個案中如何把握其界限，實際上並不容易處理。舉例來說，行為人深夜在高速公路開車，其車速維持該路段的法定速限以下，該路段也沒有任何必須先行減速的必要需求，若被害人自己想闖越高速公路，而突然出現衝出於行為人車前，理論上可以要求行為人必須善盡「注意車前狀態」的避險措施，倘若該注意車前狀態還有機會不撞到被害人，似乎可得認定其行為不法，然而，此項前置犯行到車前狀態的注意，對於高速公路上的駕駛人而言，恐怕過度嚴苛，從整體利益衡量角度來看並不適切。基此筆者認為，對於夜間高速公路的駕駛人，並不適合將掌握周遭環境的注意程度提高至這種程度，個案中構成過失犯行為不法的避險措施要提前至何階段認定，必須考量整體利益需求，包括該風險行為本身的危險性強弱、該風險行為的社會有益性大小，以及是否在個案中有具體事實，提醒行為人必須特別為防免損害發生，給予較高度的注意能量。無論如何，這些情況都必須取決於利益衡量的個案認定。

## （二）不作為的避險措施？

前文大致提及三階段的避險措施關係，但更進一步的問題是：

---

81 相同觀點，vgl. Burgstaller (Fn. 26), S. 20 f.

是否在個案中要考慮更加前置的避險措施，此即要求行為人「放棄實行風險行為」的不作為義務？一般而言，法秩序不會要求有相應能力者放棄風險行為，所以這類義務通常涉及欠缺控管風險能力的行為人，由於欠缺相應個人能力，當行為人實行高風險行為的時候，風險極易失控而造成損害，若能在一開始就放棄實行風險行為，顯然可以達到最理想的控管風險效果，那麼是否要接納這種最前置類型的避險措施<sup>82</sup>？我們可以談近期實務的過失犯判決<sup>83</sup>。

《案例2》被告甲患有敗血症，而有血壓過低無法控制身體動作的症狀，某日上午甲駕駛自用小客車，沿基隆市中正區新豐街由南往北行駛，於同日上午7時51分許，行經該新豐街209號前時，因患敗血症血壓過低而導致身體不適致難以控制車輛之情形下，未注意在遵行車道內行駛，而駛出車道邊線，自後撞及正好經過該路段的被害人乙身體左後方，致乙倒地，因而受有頭部外傷併頭皮擦傷、右手擦傷、下背部挫傷、疑似第四腰椎骨折等傷害。

本案爭點在於甲有無過失，法院先將相關交通法規交代一次：「按刑法上之過失，係指對於構成犯罪之事實，按其情節，應注意並能注意而不注意之意。按汽車駕駛人患病影響安全駕駛，不得駕車；又汽車在設有慢車道之雙向二車道行駛時，應在遵行車道內行駛，除準備停車或臨時停車外，不得駛出路面邊線；另汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況，並隨時採取必要之安全措施，道路交通安全規則第94條第3項、97條第1項第1款、第4款、第2項及第114條第4款分別定有明文」，接著推論：「被告係汽車駕駛人，對於上開規定，應注意並能注意，竟疏未注意，於身體不適時，貿然開車行駛而致肇事，其有過失無疑」。

82 相關議題的研究，參考：許恒達，「超越承擔過失」的刑法歸責，東吳法律學報，20卷2期，頁104-112（2008年）。

83 參見臺灣基隆地方法院107年度交訴字第19號刑事判決。

就法院見解有兩點值得注意，本案法院在引用法規時，似乎把所有前後不同階段的注意義務，一併納入觀察；此外，對於被告構成過失最關鍵的注意義務，似乎是「身體不適仍駕車上路」，法院似乎僅以被告未實行「放棄風險行為」的避險措施，就大膽地推論被告對於傷害結果有過失。

針對上述問題，筆者認為：現代過失犯已經不再是要求社會成員完全放棄風險行為，而是有效控管風險行為，並將行為的風險控制在容許界限內，如果要求行為人全然放棄風險行為，毋寧強制將一切風險排除於社會生活，這在習慣與風險共存的現代風險社會中，根本是不可能也做不到的事情<sup>84</sup>，具體適例如高齡90歲卻仍有駕照之人，雖然想像上該高齡者駕車風險極高，但只要交通監理機關仍給予駕車許可，規範上並無禁止駕車的合理性。

必須強調，之所以要前置犯行到採取風險行為時點，是因為該能力較低的行為人，只要開始執行風險行為而發生損害，其後階段違反注意義務行為的過失罪責評價，會因為欠缺個人履行注意義務的能力而欠缺，該行為人唯一能迴避損害的方式，就是放棄實行風險行為，在前置的時點則明顯有「放棄風險行為實行能力」而有相應罪責。然而透過前置犯行的解釋，無異承認只要行為人在遠端開啟風險行為，接下來只要執行風險活動中衍生損害，違反不作為義務的開啟風險行為就必須為損害承擔責任，此種解釋幾乎等同於早期結果加重犯的自陷禁區理論（*versari in re illicita*），只要行為人踏入了禁區（開啟風險行為），就須為接續發生的所有損害負責（都屬於未放棄風險的過失行為所引起），從現代刑法學著重的行為責任與結果歸責角度來看，實非合理之舉<sup>85</sup>；質言之，固然欠缺風

---

<sup>84</sup> 相關批評，參見：許恒達（註82），頁112-119。

<sup>85</sup> Dazu Georg Steinberg, Die Erfolgsqualifikation im juristischen Gutachten, JuS 2017, S. 970.

險活動操控能力的行為人，不應該大膽實行自己無法合理控制的風險行為，但是並不適合毫無限制地動用刑法，採取類似自陷禁區理論的方式懲罰行為人。

我們也可以更深入地說，愈接近關鍵情狀受到禁止的違反注意義務行為，其內容愈顯具體、特定（例：不得在雙黃線處近距離超車），而愈遠離關鍵情狀的違反注意義務行為，其內容愈顯抽象、概括（酒後不得駕車），愈是抽象的行為禁止誠命會帶來愈廣泛、愈全面的自由干擾效果，為了避免干擾程度過大，判斷刑法誠命的注意義務內容時，必先從自由干擾度較低的近端行為觀察，極其遠端的「不得施行風險行為」極度抽象，影響行為人自由權極重，依本文見解，除非有非常強烈的規範理由，否則不宜直接予以禁止。

對於上述見解，可能有反駁認為，在此不是要求所有人採取不作為的方式控管風險，而是只要求欠缺相應能力的人放棄實行風險行為。這種說法固非無見，然而，採取此說已經全面性地考慮行為人的個人能力而調整注意義務內容，這種說法與本文主張應從一般人角度決定避險措施內容的見解並不相容。

必須強調，絕大多數的案例中，即使行為人欠缺相應能力，實務見解也不會直接前置犯行到啟動風險行為時點。例如行為人沒有駕駛執照就開車上路，臺灣實務從來沒有因為行為人無照駕車（無官方認證的駕駛能力就開車上路）就認定對於後續損害負擔過失責任，會不會構成過失犯，還要觀察關鍵行為時點有無採取適切的避險措施<sup>86</sup>。這就明顯表示：即使行為人能力較差而實行風險行為，尚不足以認定違反注意義務，還必須觀察後階段行為人「如何應對/控管風險行為」。

---

<sup>86</sup> 例如最高法院89年度台上字第7796號刑事判決、最高法院101年度台上字第1490號刑事判決。

至於應該如何處理這類案例，釋義學一般稱為超越承擔過失（Übernahmefahrlässigkeit），通說見解主張應該前置注意義務，要求欠缺控管能力的行為人負「放棄風險行為」的不作為義務，將過失行為提早至開啟實行風險行為時點<sup>87</sup>，但筆者並不贊同上述看法：並非只要行為人欠缺控管能力，就要課以不作為義務，特別是透過不作為義務認定過失犯行為不法，恐怕會忽略行為人是否在交通關鍵情狀時，未真正遵守應採取的保護法益措施，在超越承擔過失的案例中，仍應以上述三種避險措施（關鍵時點的外在控管、時點前的外在控管、資訊蒐集）的未實行，作為過失犯行為不法的中心，僅當行為人違反了一般人標準所設定的上述義務時，才可認定該當行為不法，但同時點行為人並無相應履行避險措施的個人能力，此時應該考慮行為人對於該時點的能力欠缺，是否於開啟行為時可以預見，若可以預見則應該不予考量此項自行招致的欠缺過失罪責事由，亦即仍肯認行為人成立過失罪責<sup>88</sup>。

不過必須注意，倘若行為人實行的風險行為，本身即屬違法，而且沒有任何控管規則時，這時應該考慮的就是直接放棄實行風險行為，例如行為人在市區企圖開槍射殺A，卻不小心誤擊B，在市區開槍殺人本身是絕對違法的風險行為，實際上也沒有任何適切的控管規則，這時行為人應盡的避險措施應該是「放棄開槍」。換言之，放棄風險行為的避險手法，僅能適用於風險行為本身屬於違法行為的態樣<sup>89</sup>，但不會應用到行為人實行社會一般活動，僅因個人

---

87 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 8), § 12 Rn. 68; Heinrich (Fn. 8), Rn. 1056; Duttge (Fn. 73), S. 447 ff.

88 Vgl. Ulfried Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 203 ff. 此一解釋模式的確類似原因自由行為的例外說，但或許有批評認為，在欠缺能力的行為人開始駕車時點，行為人仍然沒有能力，故不能採取原因自由行為的解讀方式，然依本文之見，重點不是前行為有沒有能力，而是前行為在可得非難的前提下，創造了遵守注意義務能力欠缺的歸責障礙，因此行為人不得再享受相應的好處。

89 舉例來說，甲違法開槍試圖殺乙，卻誤擊丙，因為甲實行的開槍行為本身違

欠缺適足能力而無法有效管控風險的案例<sup>90</sup>。

### 三、小結：評釋《案例1》

分析至此，我們可以重新檢討前文提及的《案例1》，本案被告甲進入十字路口時（交通關鍵情狀），車速並未逾越法定速限，在該時點也無任何其他未依循風險控管的情狀，必須考慮是否前置過失不法的認定時點，考慮以接近十字路口「再降速」作為注意義務內容，就此而言，應該考慮「再降速是否可能迴避突然發生的事故」，以及「規範與整體價值判斷上，是否可以再課予行為人進一步降速的規範義務」。就迴避可能性的問題而言，本案的車禍鑑定意見似乎持較為肯定意見，所以把甲未再進一步降速列為發生事故的次因，某程度上意謂著只要行為人能夠再度降速，從行為時點的角度來看，可認有極高機會可以避免事故，因此該避險措施具備事中/一般人的迴避可能性。

換言之，本案真正重點是得否賦予減速義務的價值判斷，亦即從整體規範與利益衡量的視角，可否要求已經盡法定速限控制責任的行為人，在接近無號誌十字路口時必須「再降速」，依筆者之見，雖然十字路口的速限是40公里，但考量該十字路口並無號誌控管雙方來車，而臺灣現有交通狀況中，「路權」概念雖然是駕駛執照的考試內容，但實際上國民觀念尚不普及，這些狀況使得行為人必須特別降速，否則不易應付不在乎路權的交通參與者突然行為，然而「降速」並非調降至絕對低速，而是在合理範圍內降速，此項降速後所要求的行駛速度，應透過車禍鑑定予以確認，舉例來說，若鑑定後認為，大約降至30公里已足應對可能突發的狀況，故甲此

---

法，所以甲應負「不開槍」的不作為義務；相對來說，A原住民經合法授權開槍獵山豬，子彈卻誤擊山豬不遠處的獵人B，由於A的行為屬於合法行為，故A的注意義務應該是「開槍時小心控管子彈」的關鍵時點控管風險義務。甲與A因行為不法/合法的不同屬性，而有不同的義務內容。

90 至於《案例2》的解釋，同樣參考後部分有關罪責的說明。

應考慮降速至30公里。依法院所認定的事實，甲已經降速至22公里了，就此可認為已經達到降速的避險措施，故無法依補充性的外在避險措施而認定行為不法。

既然行為人未違反減速義務，必須再進一步考量是否違反取得資訊類型的車前狀況注意義務，當行為人已先行降速至22公里，才接著駛入十字路口的南北向通路，某程度而言，再另外附加車前狀況注意義務，或許可以迴避更突發的損害，不過從利益衡量角度來看，此時如果還要期待行為人特別注意南北向通路突然出現的交通參與者，筆者認為這是對交通參與者過當的要求，實在不宜再要求行為人擔負這種進一步的風險控管責任。故應考慮在行為不法處排除甲的過失責任。

至於本案各審級見解，筆者認為：一審判決詳細分析了各階段的注意義務，可惜未能直接否定過度前置的「資訊蒐集措施」義務；而二審判決幾乎把多重義務混為一談，可說是其中較不理想的論述方法；至於最高法院見解，似乎將第二階段的降速義務無限上綱，並未講明降速至何種程度才算履行降速義務，此外，也沒有進一步審酌該義務不履行時的結果歸責關係，這部分討論的欠缺是較可惜之處，不過最高法院倒是很清楚地認知到，已經透過降速義務而確認行為不法後，無須再進一步觀察車前注意義務，這一點倒是值得稱許。

## 肆、預見可能性/迴避可能性在結果歸責的機能

### 一、檢討學說及實務見解

論述及此，已經分析迴避可能性/預見可能性對於過失犯行為不法的實質建構，接下來則分析這組概念與結果歸責的關係。

究應如何判斷過失犯的結果歸責，我國司法實務與學說見解所使用的概念相當不同。現行主流學說參考德國學理見解鋪陳結果歸責的實質內涵，具體審查內容包括因果關係與客觀歸責兩個條目，因果關係依據條件關係（*Bedingungstheorie*）處理，條件關係除非涉及較特別的個案，否則一般較無爭議<sup>91</sup>；客觀歸責主要討論領域，大致匯集在風險實現關係，一般學說見解雖然用語有若干分歧，但大致上包括「規範保護目的」、「義務違反關聯性」與「被害人/第三人責任範圍」等討論次領域<sup>92</sup>，這些次領域的討論重點，大致不脫違反注意義務的風險與具體損害的關聯性，「規範保護目的」著重損害必須位於行為人違反規範所設定保護的核心範圍，如果損害發生路徑不在規範預設的保護範圍，應該排除結果歸責；而義務違反關聯性則強調注意義務必須有助迴避損害，判斷時採取假設性的觀點，確認損害是否可能透過遵守避險規則的合法替代行為（*Rechtmäßiges Alternativverhalten*）而迴避；被害人與第三人責任範圍，則強調若個案中被害人或第三人介入流程，本其決定可以實質地影響損害是否實現時，應該由被害人或第三人為結果負責，此時應排除行為人的過失刑責。某程度而言，這些見解大致脫胎自德國學理的主流觀點<sup>93</sup>。

相對於學說見解區別因果關係與客觀歸責，又在客觀歸責下仔細區別不同審查要素，現行實務主流見解仍只接受相當因果關係，並以之作為過失犯結果歸責的審查標準，具體操作上，最高法院很早就對於過失犯的相當因果關係提出具體適用方法：「刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所

91 參見：王皇玉（註7），頁508；林鈺雄，新刑法總則，7版，頁506（2019年）。

92 王皇玉（註7），頁509-511；林鈺雄（註91），頁511-519。值得一提，王皇玉教授僅強調被害人自陷風險時應排除過失犯的結果歸責，但未在審查要素中納入第三人責任範圍的特別要項。

93 有關德國學說，僅參考Heinrich (Fn. 8), Rn. 1039-1055; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 8), § 12 Rn. 42-51.

謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係<sup>94</sup>」(以下論述簡稱本意見為「判例」)，從這段話來看，似乎指從客觀一切事實的角度，判斷事後損害發生路徑，是否屬於事前可得預期的範圍。

不過，我國實務操作相當因果關係時，具體應用領域，則遠超過上述判例所能處理的範圍。舉例來說，實務上曾發生一件極具爭議的交通過失案件，相關事實如下：

《案例3》被告甲駕駛營業大貨車沿高雄縣岡山鎮某道路東往西方向行駛，於同日18時途經高雄縣岡山鎮同道路前洲高幹五十九號電桿附近時，竟未注意遵守大型車之速限不得超過40公里之速度，貿然以時速約60公里之速度行進，且違規行駛在內側車道，適有乙駕駛自用小客車，亦未注意遵守速限及車道限制之安全規則，沿同路段西往東方向，以60公里以上之時速，超越前方由第三人丙所駕駛的自用小貨車，乙並侵入甲所駕駛之東往西方向車道，甲見狀煞閃不及，致其所駕駛營業大貨車與乙所駕駛之自用小客車發生撞擊，乙當場因顱骨挫裂引發之腦挫傷死亡。

本案涉及甲是否成立過失致死罪，看似單純案情卻歷經數次審級判決，甚至上訴至最高法院三次，訟累近10年才告確定<sup>95</sup>，值得

---

<sup>94</sup> 最高法院76年台上字第192號刑事判例。

<sup>95</sup> 本案原來的第一審判決是臺灣高雄地方法院90年度交訴字第138號刑事判決，而最後一審級的判決則是最高法院98年度台上字第2819號刑事判決。

注意的是，三次最高法院判決表面上都在討論相當因果關係，但具體內容卻有極大差別。本案第一次上訴至最高法院，最高法院在判決中同樣先引用了上述判例，接著指出：「原判決固認上訴人違規超速（此部分詳後述）及行駛於內車道，有違反行車安全規則之事實……但……台灣省高屏澎區行車事故鑑定委員會及台灣省車輛行車事故鑑定委員會鑑定結果，均認『乙駕駛小客車，超車失控，侵入來車道，為肇事原因』，後者並認『甲無肇事因素』，僅其『駕駛營業大貨車超速行駛，與行駛內側車道』有違規定而已……似謂上訴人之違規與乙之車禍死亡間，不具有相當因果關係。原判決不採該二鑑定意見，逕認上訴人之行為與乙之死亡間具有相當因果關係，卻未說明此部分認定之理由，難認無判決理由未備之違失」<sup>96</sup>。最高法院認為，因為乙超速與違規超車，所以被害人乙違規駕車對於損害所引發的事實上影響力，明顯高於甲，此種情況似乎不應該直接肯定相當因果關係。

不過到了第二次上訴至最高法院時，最高法院針對乙死亡結果是否與甲違反注意義務的行為有關的結果歸責問題，又把重點導向了另一個方向：「原判決理由說明『本件發生車禍之地點，高雄縣岡山鎮○○路前洲高幹五十九號電桿處路段大型車之速限為時速四十公里，而撞擊發生前被告之車速達六十點九至六一點六公里』等情……倘被告車輛行車速度在速限時速四十公里以下，車禍發生前亦採取緊急踩煞車之防護措施，則本件車禍是否仍屬無可避免？被害人是否仍會被彈出車外而受傷死亡？換言之，被告行車速度若依規定在時速四十公里以下，其車輛行駛動能將較其前開超速之動能為低，是否可避免造成被害人死亡之結果？又被害人侵入內側車道行為，是否為獨立導致本件車禍發生及被害人死亡之原因，而與被告之超速及前揭行駛內側車道行為無關（即被害人如係與有路權且

---

96 最高法院94年度台上字第6554號刑事判決。

依速限行駛之車輛發生車禍，其死亡之結果仍無可避免）？被告是否確無過失？以上各情，均非全無疑義，因攸關被告犯罪之成立與否，即有詳加調查，釐清究明之必要」。在第二次最高法院判決中，結果歸責核心反而變成「假設行為人遵守速限→是否損害仍可避免」的假設流程問題<sup>97</sup>。

到了最後一次的最高法院判決，最高法院對於相關問題著墨有限，僅簡單交代：「上訴人既違反行車安全規則，駕駛營業大貨車超速行駛內側車道，又疏未注意車前狀況，尚難僅因被害人駕車未遵守速限及超車不當進入對向車道之歸責因素，即解免其過失之責」<sup>98</sup>，但從確定判決的整體文脈以觀，應可認為最高法院肯認本案更二審判決意見，而更二審判決則指出：「系爭路段雙向路線中間並未有安全島分隔，雙向內側車道車輛若一旦車行狀況發生異樣，客觀上無法完全避免某一方向車輛可能會有侵入對向車道之機會，故不准大型車輛持續占用內側車道規定亦含有避免類似狀況肇事之意涵，且如又超速對突發狀況之反應能力及不幸碰撞時可能致生傷害程度均有使情況不利加遽之結果，是被告於案發之際果真未有上開過失違規之責，本件車禍自非不得避免至少亦可減輕傷害程度，故被害人死亡結果應與被告上開過失責任之原因間，兩者應具有相當因果關係。從而，本案事證已臻明確，被告犯行洵堪認定」<sup>99</sup>。更二審法院見解即最後確定的法律效果，就相當因果關係的判斷，更二審法院接續了第二次最高法院判決，認為如果行為人「未有過失違規」，那麼被害人死亡結果「自非不得避免」，因此損害可以透過採取適切的避險措施予以迴避，所以肯定了「相當因果關係」。

---

97 最高法院97年度台上字第5948號刑事判決。

98 最高法院98年度台上字第2819號刑事判決。

99 臺灣高等法院高雄分院97年度交上更（二）字第7號刑事判決。

從這系列的判決意見中可以發現，判例定義的相當因果關係，其實是現實上已經發生的損害流程，具體判斷指標是：以行為當下「所有客觀事實」為基準，判斷該現實流程屬於偶發性或者可得預期的損害路徑，如果有特別介入因子的作用，使得損害流程發展超出原來的預期範圍，那麼就應該否認現實流程的相當因果關係；然而，就《案例3》的相當因果關係問題，第一次最高法院判決仍以上述現實流程為討論重點，但從第二次最高法院判決開始，相當因果關係就不再只侷限於現實化的損害流程，最高法院反倒一再強調應該觀察「假設行為人實行合法行為，損害是否同樣會發生」的虛擬流程，這個問題竟又定位在相當因果關係的概念內，在此意義下，實務採用的相當因果關係概念，實已包涵學說所稱的義務違反關聯性。

值得注意的是，近期又有一則涉及相當因果關係的實務案例：

《案例4》被告甲是導遊，帶領大一學生28人至恆春鎮墾丁南灣沙灘遊玩，當時海象不佳，浪高在1公尺以上，不宜下水，沙灘上已經廣插紅旗禁止遊客戲水、游泳。甲卻未勸阻學生而任由學生戲水、游泳。於同日16時許，學生數人於戲水、游泳時，均遭大浪捲入海中而溺水，其中有二位同學死亡。

本案一審判決認為被告甲無罪，判決中引用相當因果關係的判例文字，法院指出：「本件係該系同學決議變更行程至南灣戲水，並非被告個人所決定，縱被告當時未否決該變更行程，惟依一般人客觀的生活經驗，尚難認被告未否決該系同學變更行程與死者溺水死亡，具有相當性因果關係」<sup>100</sup>，二審判決則未於文字中提及相當因果關係，但似乎傾向認為，導遊帶團而許可隨團觀光同學實行危

---

100 臺灣屏東地方法院104年度訴字第156號刑事判決。

險行為，亦屬於相當因果關係範圍：「惟本院審酌，被告對○○大學光電學系一年級甲班28名學生之旅遊安全，全程均負有注意義務，業如前述，並不因變更行程與否，或變更行程是否經學生表決同意，而有不同；且被告於學生提議投票表決變更行程時、抵達墾丁南灣沙灘時，均未能注意收集墾丁南灣海象資訊是否適宜戲水、亦未確實注意現場環境是否已有不安全之警示，未盡其注意義務，致有本件溺水事故之發生，自不得解免其過失之責」<sup>101</sup>。

本案上訴至最高法院，最高法院106年度台上字第2878號刑事判決再次把爭議重點拉回相當因果關係，雖然未直接表態本案有無相當因果關係，但最高法院對原二審判決的指摘，都指向相當因果關係：「被害人即學生A、B均係年滿19歲接近成年之大學生，通常具有識別所在場所及行為舉止安危之能力。A、B是否由上述現場實際情況已經得知南灣沙灘海域禁止戲水而依然違反規定擅自下水嬉戲？於通常情形，縱使上訴人有告知或勸誡學生依規定不得下水，A、B是否即因此不會貿然下水而遭海浪捲入海中致發生溺水窒息死亡之結果？亦即原判決所認定上訴人未注意告知學生依規定不得下水之過失行為，與A、B之死亡結果間究竟有無相當因果關係？仍饒有進一步研求之餘地。而稽之卷內資料，上訴人於第一審及原審迭以其縱使有未告知學生不得下水之過失行為，仍與A、B之死亡結果間不具相當因果關係置辯。原判決雖認定上訴人之過失行為與發生本件被害人之死亡結果間具有相當因果關係……但並未進一步闡述及說明其所憑之證據及論斷之理由」。

發回後的更審判決，則依循最高法院指示，將論述重心鎖定於相當因果關係，最後認定欠缺相當因果關係而無罪——臺灣高等法院高雄分院107年度上更一字第24號刑事判決認為：「死者等人均已19歲要升大二的學生，既不聽現場巡邏員的勸阻，縱被告在現

---

101 臺灣高等法院高雄分院105年度上訴字第273號刑事判決。

場，其既無強制力可禁止學生下水玩浪，其如何能有防止學生戲水以避免結果的發生？再者，死者等學生已將升大二，其等應知戲水玩浪潛藏被海浪捲入溺水的危險性……大浪來襲時的瞬間，死者二人即被大浪捲走，連一起戲水的學生都來不及反應，縱被告在現場附近，豈有能力防止結果的發生？此外，被告僅為隨車服務人員，而死者等學生均已是要升大二的學生，墾丁國家公園管理處之巡邏員及被告均無強制權力可禁止學生戲水玩浪，因此，無論其有無在沙灘現場，有無注意到現場已插有紅旗，均無法預知、防止瞬間大浪來襲吞噬該2條人命。因此，被告之行為與死者等2人瞬間被大浪捲走溺水死亡的結果，依一般人客觀的生活經驗上看來，非但難認為有相當的因果關係，且被告亦無法防止該死亡結果的發生」。從上述論點來看，更審法院似乎有意本於被害人自願性承擔危險，從而排除相當因果關係，雖然又突然轉換議題，討論大浪突然來襲可否避免，不過最後仍然否認相當因果關係。

論述及此可以發現，不論實務或學說見解採取什麼見解，判斷過失犯結果歸責時，大致上不脫離兩個核心問題：

第一，在現實已經發生的流程中，觀察該流程發展與過失行為關係時，此時如果有現實作用的介入因子干擾流程，是否損害仍然可以由行為人負責，這個實際已作用的介入因子，通常是被害人或第三人的參與行為，例如《案例3》中被害人的違規超速及超車，以及《案例4》中被害人自願前往海灘戲水的決定，這些問題可能連結的類型，包括規範目的關係與被害人/第三人責任領域兩類。

第二，如果個案中行為人應履行的避險措施，可能無法有效保護法益，這時能否肯定結果歸責亦有疑問。這類案例必須透過假設流程決定結果歸責，例如《案例3》中，在審判歷程後半段成為主要爭點的議題：如果行為人合法駕駛大貨車，是否可能迴避損害？

那麼從本文問題意識來看，現實流程/假設流程的議題上，究竟與預見可能性/迴避可能性概念有何關聯，即須進一步討論。

## 二、現實流程與事後預見可能性的應用

### (一) 相當因果關係的標準與事後預見可能性的操作

先談現實流程，雖然實務、學說對於這類問題，鮮少在迴避可能性的概念框架下處理，大多直接套入相當因果關係、規範目的關係或他人責任範圍的論述脈絡決定結果歸責，然而這些議題在筆者看來，其實都應該從迴避可能性的整體角度觀察。析言之，要能夠肯認結果可歸責於行為人的過失行為，必須行為人可以迴避損害，亦即結果具有迴避可能性時，才能肯定結果歸責；而當損害流程已經實際發生，且個案中存在若干介入因子時，判斷是否可得歸責的第一個標準，即是行為人可以實際上操控整體的損害流程，此即過失行為帶有的危害法益因子，足以決定結果是否以及如何發生，此時才能認為損害受行為人所操控，此即行為人透過客觀行動可以影響並決定損害進展，既然可以操控損害，當然也可以迴避損害<sup>102</sup>。

至於如何認定損害流程的可操控性，首要重點在於結果的預見可能性，亦即，只有可得預期的損害發展方式，才能認為屬於過失行為能夠操控的損害進程<sup>103</sup>，如果損害發展不在預期範圍內，例如有極度異常且關鍵的因子介入，那麼行為人顯然無法操控被重要介入因子所影響的流程，也就應該排除結果歸責。基此，要肯定現實損害流程的結果歸責，現實的損害發展進程，必須在行為實行時可得預見的路徑內，這個問題即學說所說的「常態關聯性」，概念上也與判例所提的「相當因果關係」一致，都是用以確定「損害現實

---

<sup>102</sup> 就此參考 *Otto* (Fn. 37), S. 92 ff.

<sup>103</sup> *Otto* (Fn. 37), S. 96 ff.

流程」與「行為時預期流程」的一致性<sup>104</sup>，如果前者沒有偏離後者太嚴重，大致上可以肯定結果屬於可預期範圍，行為人也可得操控該結果，故可迴避該損害的出現。

至於具體操作，筆者認為在此涉及回溯性地比對預期流程與現實流程，判斷方法是先回溯到行為時點，決定可能的預期流程，此即：該過失行為於實行時，本於預測究竟會產生哪些可能的「預期路徑」(der zu erwartende Kausalverlauf)，預期路徑屬於由審判時點回溯(nachträglich)行為實行當時(ex ante)，本於當時特定事實基礎而作成的預測(Prognose)，既然這是預測，通常會有較多可能性，接著再比對事實上損害發生歷經的「現實路徑」(der tatsächlich eingetretene Kausalverlauf)，要肯認損害路徑的常態性或相當性，現實路徑必須位於預期路徑之內，才可認定事後發展的損害發展流程屬於事前可得預期的範圍，從而肯認相當因果關係<sup>105</sup>。

不過，如何拿捏事前預期路徑的寬窄，通常最為關鍵，判例見解是以「經驗法則」為標準，同時以「行為一切客觀事實」作為判斷對象，從而作成預測路徑<sup>106</sup>，這種見解一般在學理上稱之為「客觀相當因果關係說」。不過就此筆者容有不同意見，客觀相當因果關係說的最重要論點是，判定預期路徑時，參考事實基準是行為當時存在的全部事實，不論這些事實是否可能讓理性一般人知悉，即便是行為時存在的異常且一般人無從理解的事實，也可以納入考量基準，這種論調固然可以作成最完整的預期路徑，但實際上因為已經把所有存在行為當時的事實都納入判斷對象，作出來的預期路

<sup>104</sup> Kindhäuser (Fn. 44), § 15 Rn. 54.

<sup>105</sup> 比對關係的論點，參考Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, Bd. 2, 1930, S. 147 f. 相近看法，vgl. Schünemann (Fn. 50), S. 226 f.

<sup>106</sup> 早期德國文獻稱之為「行為當時全知者所認知的一切事實」(das Wissen eines Idealmenschen)，vgl. Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 43.

徑，會涵括所有可能存在的發展路徑，也因此建立在純粹客觀相當因果關係論述上的預見可能性判斷，幾乎必然認為絕大多數情況的事實損害流程均屬可得預期，某程度上反而架空預見可能性對於過失犯結果歸責的功能。

甚而，如果本於行為時的一切客觀情狀判斷預期路徑，當行為時存在一般人與行為人都無從知悉的罕見因素，對行為人而言，當然不可能操控這些罕見因素而實行犯罪，但依客觀相當因果關係說，反而都可以認定後來發生的現實流程屬於可得預期，這種論點不無誤會之嫌。舉例來說，甲醫師依乙病患的C症狀，認為應該使用A藥物，但A藥物不適於具有「罕見B體質之病患」，而乙恰好具有B體質，因而引發過敏反應致死。在判斷本案甲醫師開立A藥物與乙死亡之間的現實關聯性時，倘以判例所謂一切事實進行設定預期路徑時，就必須以「對C病狀且有B體質的病患使用A藥物」的事實作為認定基準，在此基準之下，乙病患發生過敏反應而死亡當然是可得預期之事，而現實上乙也因此死亡，故可認為損害是可得預期，並得由甲所操控並迴避的結果。上述論點，對於面對罕見體質的甲醫師來說顯不合理<sup>107</sup>。

依本文之見，比較合理的操作基準，應該是折衷的相當因果關係<sup>108</sup>，依該說見解，應該以一般人能力基礎，先加計其特別社會分工角色（醫師、技師的專業身分），再加計行為人的特別認知與特別能力，作為認定過失行為可得預期後續發展路徑的基準，再與現實損害路徑相互比對<sup>109</sup>；筆者採本說的理由是：保護法益的誠命是

107 必須強調，就甲醫師的刑責而言，其實從開藥時的狀態來說，甲醫師並未違反任何義務，因此只能考慮「甲醫師是否有義務特別調查乙的體質？」，如果乙的體質屬於極度罕見，也無法事前預期，此時應直接否認甲醫師的過失行為不法，此時根本不必考慮結果歸責問題。正文就此的討論，只是特別分析涉及結果歸責的疑義而已，不代表一定要在論罪上考慮相當因果關係。

108 相同見解，vgl. *Engisch* (Fn. 106), S. 57 f.; *von Hippel* (Fn. 105), S. 148.

109 這一點基本上相同於過失犯行為不法的判斷，亦即，在行為不法以折衷說認

以一般人標準作為中心，但於行為人有特別能力時可予以加計要求，所以在行為不法的判定時，採取一般人加計特殊能力或特殊認知的作法，既然行為不法如此設定，要責難行為人的損害後果，當然也應該比照相同法理，折衷說觀點自須應用到判斷結果歸責。

而在折衷說之下，刑法判定過失犯行為不法的基準，僅限於一般人可得認知、從而可得利用於犯罪過程的外在因素，但加計行為人能夠特別運用的特定外在事實，以及行為人的個人特別能力，綜合這些可得期待一般人的常態因素之後，才足以決定合理的預期路徑，並足以正確地比對現實損害路徑。換言之，筆者認為判例見解中採取判定事後預見可能性的客觀相當因果關係說，其論述內容實非妥適，應考慮變更判例，並調整為折衷相當因果關係說<sup>110</sup>。

## （二）規範保護目的關係與預見可能性的應用

論述及此，筆者認為判斷過失犯結果歸責時，事後預見可能性仍然占有一席之地，這個問題尤其出現在個案中出現無法事前預期的介入原因時。不過，上述觀點必然受到進一步挑戰，尤其現代過失犯的結果歸責理論，逐漸重視所謂「規範保護目的關係」，在相關案例中，論者往往強調注意義務違反的規範，本身已經限定保護範圍，判斷結果歸責時，必須從注意義務的規範目的保護範圍進行個案觀察，僅限於注意義務所要保護的特定損害流程，才可以肯認結果歸責，若損害不在保護範圍內，即排除歸責<sup>111</sup>。

---

定有無損害發生的可能性（有無發生損害的預期路徑），再於結果歸責處，判斷現實損害與預期路徑是否一致，如果相互一致，則可認定損害屬於可得預期，原則上亦可得操控（除非有被害人或第三人的規範上應負責事由），行為人可以迴避該損害路徑，並得肯定現實流程的結果歸責。

<sup>110</sup> 對相當因果關係的批評，僅參考：黃榮堅，論相當因果關係理論——評最高法院八十九年度台上字第七八二三號及台灣高等法院八十九年度重上更（三）字第一四三號判決，月旦法學雜誌，96期，頁314-321（2003年）。

<sup>111</sup> Vgl. nur Heinrich (Fn. 8), Rn. 1046.

不可否認，注意義務源自於生活領域的控管風險規則，但論者進一步認為，這些生活規範本來就有「預設保護範圍」，但究竟作為注意義務的個別規範，該如何劃定其保護範圍，這點在力主規範保護目的關係的學說支持者中，始終沒有交代清楚<sup>112</sup>。

我們或可談常見兩類規範保護目的之案例：「甲、乙兩人在夜間騎車，均未依交通法規開啟大燈，前方甲騎士因欠缺後方乙騎士的照明，導致撞上前方迎面而來的丙，若乙騎車時有開大燈，則甲可以借由乙的燈光看見丙，損害即可避免」<sup>113</sup>；「丁於高速公路10公里處超速，並於同路段20公里處撞上戊，若丁於10公里處不超速，會比較晚抵達20公里處，就可能不撞上戊」<sup>114</sup>。規範目的保護關係的支持者認為，騎士的夜間照明義務，並不保護其他騎士可能發生的損害；10公里處的速限規範，也不保護20公里處的交通參與者安全，損害均不在注意義務的保護範圍內，故須排除這兩個案例中的結果歸責<sup>115</sup>。

上述見解固非無見，但問題是：論者強調必須確認注意義務的規範目的，不過究竟如何能夠確定注意義務的保護範圍，恐怕並非易事，事實上，我們以現有規定，根本找不到具體指標決定保護範圍，騎車照明義務或10公里處的速限規定等規範中，也沒有任何法律文字規定其保護範圍何在，這些相應解釋，根本就是解釋者審酌個案時，針對過失行為人違反的規範，本於某些觀點提出的後見之明，其支持者自應負說明其界定保護範圍的理由，但迄今為止，究

---

112 Vgl. Ingeborg Puppe, Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 227 (232).

113 林鈺雄（註91），頁512。

114 Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 8), Rn. 951.

115 對此論點的支持見解，參見：林鈺雄，第三人行為介入之因果關係及客觀歸責（下）——從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，台灣本土法學雜誌，80期，頁28-33（2006年）。

竟如何確認規範保護目的的研究成果，似乎相對有限<sup>116</sup>。

依筆者之見，正因為規範保護範圍根本無從明確限定，實際操作恐怕仍然是預見可能性判準（或謂相當因果關係）的實際應用，誠如德國學者Puppe所提出的批評，設定規範目的時須應用相當因果關係，並以之排除某些不足以迴避損害的違反義務行為，亦即，當遵守注意義務時，一般情況下可得迴避損害，但若個案中的損害，不論行為人遵守或不遵守系爭義務，都有預期會出現時，那麼該損害就不在保護範圍<sup>117</sup>。在此無論如何都必須透過「預見可能性」角度決定注意義務所提供保護法益效能的一般性趨勢<sup>118</sup>，當損害符合一般性趨勢的發展方向，即屬於規範保護目的企圖避免的損害，即可肯定結果歸責。

以此觀點來看上述案例，當行為人夜間騎車時，「一般情況」下開大燈可以防止自己撞到其他用路人，但開大燈難以有效保護他人撞上他人的行為，「他人撞他人」的損害事件，實質上難以認為屬於「沒開大燈騎車」的預期路徑；同樣道理，在10公里處超速，無法預期可以在20公里後產生損害效果，所以該10公里處的超速規範，無助於保護20公里後的被害人，20公里處的損害事件並非10公里禁止超速開車的可得預期損害路徑。換言之，界定規範保護目的仍然不脫應用預見可能性指標，只不過預見可能性的操作視角，在規範保護目的關係的事例中，並不全以經驗可得預期的角度表達，

---

<sup>116</sup> Kühl (Fn. 7), § 17 Rn. 76; Friedrich Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 194; Christoph Sowada, Die Zurechenbarkeit von Schockschäden im Strafrecht, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 283 (287-288).

<sup>117</sup> Puppe (Fn. 112), S. 244 f.

<sup>118</sup> Puppe (Fn. 112), S. 229 ff. 應補充的是，Puppe在此發展的看法，是一種反面的排除法，Puppe認為只能透過相當因果關係的操作，「排除」無論如何都不會受到避險措施影響的損害流程，但此點在筆者看來，僅只在用語上朝負面立論，但仍然使用預見可能性的基準認定個案的規範目的。

而是以規範保護目的的價值判斷角度，然而無論如何，欠缺經驗可預期性，就不可能決定規範保護範圍，即使對規範進行價值判斷，仍然必須考究經驗層面的損害發生慣常性；預見可能性（或謂相當因果關係）的標準，同樣在此發揮重要的指導機能，僅當經驗可得預見，從而可以認為是過失行為的預期路徑，在現實流程中進一步實現，才能符合注意義務保護範圍，從而肯認結果歸責。規範保護目的關係的說法只是預見可能性的具體應用，本身恐怕無法提供進一步的實質標準<sup>119</sup>。

### （三）他人責任範圍與預見可能性的局限

另一個在學說上對於過失犯結果歸責具有關鍵指標的論點，即「被害人/第三人責任範圍」的輔助性判斷標準，這些個案中，通常有實質介入損害發生的被害人或第三人，該被害人或第三人通常以特定自由決定或特定客觀行為的方式介入損害流程，例如過失行為人參與被害人的自我危害，或者個案中有可得預期的第三人介入，由於被害人或第三人的自願性決定至關重大，從而使得損害已經超出了過失犯構成要件的保護範圍以外<sup>120</sup>，故應予排除結果歸責。

對於這類案例，筆者認為部分事例仍然是預見可能性的應用，但筆者也必須坦誠，另有部分事例已經超出預見可能性所能解決的問題<sup>121</sup>，為了合理地判斷結果歸責，勢必引入他人責任領域的概念藉以決定結果歸責；在此意義下，欠缺迴避可能性而應否認結果歸責的事例中，其中部分事例無法透過預見可能性終局確認法律效

---

119 反對規範目的保護關係，但出於不同理由，參考：黃榮堅，論風險實現，收於：《刑罰的極限》，頁161-164（2000年）。

120 必須強調，此類案例的重點在於，當事後有被害人或第三人的實質介入時，其損害已經外於「過失犯構成要件」的保護範圍，這一點不同於前述的「注意義務」的保護範圍。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, S. 392 Fn. 184.

121 相近意見，vgl. Schünemann (Fn. 50), S. 213 ff.

果，必須引用其他理由，才足以認定欠缺可操控性並否認結果歸責<sup>122</sup>。

舉例來說，行為人甲過失肇事撞傷被害人乙，乙送至醫院後，該醫師的主治醫師丙是乙的仇人，丙在治療過程中「故意」使用無效的治療方法，最後使得乙死亡。這個案例雖然貌似他人責任範圍，但其實只要操作預見可能性基準就能解決，亦即，丙醫師故意錯誤治療的介入屬於異常性事件，對甲的過失行為而言，無從預期造成被害人因丙介入而死亡，可以直接排除結果歸責，不必動用他人責任範圍<sup>123</sup>。

真正涉及他人責任範圍的問題，應該聚焦於可得預期的被害人或第三人介入行為，此即被害人可得預期且出於自主意願的危險承擔，或第三人可得預期的自主性介入行為，過失行為人在此只是對於整體損害投入部分影響因子（或謂：具有促成效果而有條件關係），流程後階段因被害人或第三人自主性的介入，利用過失行為人提供的影響因子再實現損害<sup>124</sup>，損害自然與過失行為人無關。

例如行為人甲違法販賣海洛因給長期成癮者乙吸食，依據乙購買的份量，足可預期乙可能吸食過量死亡，甲卻仍販售乙，乙購買後因施用過度劑量而死亡。這個案例中，應可認為甲對被害人之死亡並無故意，但是否構成過失致死罪，主要問題是施用過量而死亡並非不能預見，但甲販售行為僅促成乙可能自願吸食，這種透過違法行為參與被害人自負風險流程，是否仍可肯認結果歸責？就此學說與實務有非常大的爭議，德國實務曾經有判決<sup>125</sup>，認為這是乙自我負責的領域，故甲參與乙「個人負責的自我危害」

---

<sup>122</sup> *Otto* (Fn. 9), S. 92 ff.

<sup>123</sup> 相同見解，vgl. *Kaspar* (Fn. 1), S. 113; *Kindhäuser* (Fn. 44), § 15 Rn. 55.

<sup>124</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 964.

<sup>125</sup> 德國實務見解的整理，vgl. *Rebecca von Atens*, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, 2019, S. 29 ff.

(*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*) 應排除結果歸責<sup>126</sup>，我國實務則因相關問題有藥事法第83條第2項的結果加重犯規定，向來傾向肯定見解<sup>127</sup>；至於學說則有爭議<sup>128</sup>，部分見解認同排除過失犯結果歸責的結論<sup>129</sup>，不過仍然有部分見解認為，過失犯結果歸責的認定標準較為寬鬆，當行為人執行法律禁止的違法行為時，仍然應該肯定結果歸責<sup>130</sup>。整體而言，主流見解似乎較傾向本於被害人自我負責而排除歸責，但有力說則強調應該區別各類不同情狀而設定不同法律效果<sup>131</sup>。

另一類事例是第三人責任範圍<sup>132</sup>，例如警察甲下班後去常發生黑道鬥毆區域的提款機領錢，卻忘記收好配帶槍枝，把該槍枝放在明顯可見的警用機車上，路過的黑道乙取走該配槍後，不久即持同一把槍故意殺害丙。在這個案例中，甲明顯違反警用槍枝使用與保

126 BGHSt 32, 262 (263 f.).

127 我國實務近期判決，可參考最高法院108年度台上字第2026號刑事判決，最高法院認為：「甲（被害人）持續施用達到足以致命份量之PMA，係其自主之任意行為，顯非被告3人之轉讓禁藥或偽藥所誘發，且依社會日常生活經驗，甲此一自主任意施用PMA之舉，對被告3人轉讓上開禁藥或偽藥之行為而言，不能認係其等轉讓上開禁藥或偽藥行為之通常事態發展過程，應屬異常，彼此間無合理之關聯性，甲之施用PMA過量行為，乃屬其個人自主介入之獨立行為，其該獨立行為之作用顯非被告3人轉讓上開禁藥或偽藥行為之固有的內在危險，是郭○○之死亡與被告3人轉讓禁藥或偽藥之行為，無相當因果關係」。

128 德國學說上進一步區別「被害人自我危害」與「同意他人危害」(*einverständliche Fremdgefährdung*)，就此區別並非本文重點，故不再繼續詳論，vgl. *Maximilian Lason, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung*, ZJS 2009, S. 359 (359 ff.).

129 *Roxin* (Fn. 120), § 11 Rn. 110-113; *Lason* (Fn. 128), S. 367. 我國學說討論，參見：周漾沂，風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由，中研院法學期刊，14期，頁198-208（2014年）。

130 *Z.B. Bernhard Hardtung, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Heroin*, NStZ 2001, S. 205 (207 ff.); *Johannes Kaspar, „Eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ bei missbräuchlichem Konsum ärztlich verschriebener Substanzen*, HRRS 2014, S. 436 (439-441).

131 另有否認此概念，主張應否認過失行為的可譴責性（*Missbilligung*）之見解，vgl. *Wolfgang Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht*, NStZ 1992, S. 1 (4 ff.).

132 *Dazu vor allem Roxin* (Fn. 120), § 11 Rn. 137 ff.

管規則，而槍枝又置於明顯治安欠佳區域，不排除第三人可能持槍攻擊他人，這是可得預期的第三人介入行為。就此而言，似乎應基於可得預期的第三人介入而肯認結果歸責<sup>133</sup>，不過，若再進一步考慮第三人責任範圍，可認為這種案例真正應為損害負責者，是利用甲所創設危險因子而實質侵害法益的乙，故可考慮排除甲的結果歸責<sup>134</sup>。

綜合以上兩部分討論，雖然應用結果事後預見可能性的概念，足以解決大部分連結現實流程的過失犯結果歸責疑義，但在可得預期的被害人或第三人介入情事發生時，仍然無法妥適解決，就此部分必須借助被害人或第三人責任領域等概念，才能解決過失行為人的結果歸責疑義。

#### （四）小結：評釋《案例4》

最後討論前文提過的《案例4》，行為人擔任導遊，本來就不得於海象不佳時放任遊客戲水，就此可以認為，行為人陪同遊客前往南灣，已獲知不可在海灘戲水的通知，卻未實質阻止戲水活動、放任團內遊客玩水的行為，構成過失犯的行為不法，而該行為可得預期遊客因大浪來襲而生命、身體受損，實際進行的損害流程也符合行為時的預期路徑，故可認為損害符合事後的預見可能性。

然而，除了事後預見可能性的判斷外，過失犯結果歸責還要考慮他人責任範圍，本案行為人其實已經告誡被害人相關風險，而被

133 學說上亦有肯定雙重歸責（乙構成故意殺人，甲構成過失致死罪）的見解，參見：林鈺雄（註115），頁24-26。vgl. *Frank Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 2017, Rn. 443.

134 相近觀點，參考：許玉秀，客觀歸責與因果關係，收於：刑法的問題與對策，頁145-148（1999年）。更深入的討論，vgl. *Roxin* (Fn. 61), S. 190 ff. 至於本文是否因為預見可能性有其極限，從而反對相當因果關係說，甚或支持客觀歸責理論，筆者認為這個問題已經超出本文可能處理的範圍，而議題重心也不是究竟那個理論名詞，而是具體判斷結果歸屬性時的判斷依據，就此必須留待未來再行處理。

害人仍自願承擔相類後果的危險性，應可認已屬被害人自主承擔危險後果的範圍，結論上應排除結果歸責。基此，本案即無法單純依據預見/迴避可能性標準決定過失責任有無之適例。

### 三、假設流程與事後的迴避可能性

#### (一) 事後迴避可能性的規範意義與判定基準

接下來討論過失犯結果歸責的另一個面向，此即實務與學說應用甚廣的義務違反關聯性<sup>135</sup>。相關案例通常特點在於，行為人實行風險行為時未採取適切避險措施，但事後發現，即使行為人採取適切的避險措施，損害仍然可能發生<sup>136</sup>，此時因為損害可能無從避免，因此主流見解採取迴避可能性理論（Vermeidbarkeitstheorie）來排除結果歸責<sup>137</sup>。

具體操作則是：先將行為人違反注意義務的行為，調整為合義務且採取適切避險措施，調整後保持其他既有狀態不變，然後在這個假設因果歷程中，觀察相同損害是否發生，若能足認「幾乎確定之可能」（an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit）損害同樣會發生，那麼表示避險措施功能有限，無從有效迴避損害，對違反注意義務的行為人要求履行避險措施，顯屬過苛之事，故應該排除結果歸責；不過，如果個案中無法達到幾近確定可能的機率而認定損害依然發生，只能認定「在假設流程中，不無發生損害之可能」，這種一半機率、卻又無法確認的損害發生可能，依主流學說見解必須引用罪疑唯輕原則（*in dubio pro reo*），基於事實不明確而採取對行

<sup>135</sup> 另有參考日本學說，將此一問題定位在「規範的條件關係」，參考：謝煜偉，條件理論與因果判斷，月旦法學雜誌，146期，頁79-92（2007年）。

<sup>136</sup> 問題意識的成形與出現，vgl. Claus Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 147 ff. 中文文獻，參見：黃榮堅（註110），頁312-327；林鈺雄，客觀歸責理論之判決評釋——從台灣北濱車禍案之判決談起，收於：許玉秀編，刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁203-248（2003年）。

<sup>137</sup> Vgl. nur Heinrich (Fn. 8), Rn. 1042-1045.

為人較有利認定，亦即認定結果在此時應該不會發生，從而否認結果的迴避可能性<sup>138</sup>。無論如何，事後視角的結果迴避可能性討論損害能否透過遵守注意義務的行為而避免，如果無法避免時，即應認定排除結果歸責<sup>139</sup>。

雖然學說上曾經提出風險升高理論（*Risikoerhöhungstheorie*），認為在上述情況中，如在未真正出現的假設流程中損害無法避免，就可以排除現實上致生損害的過失責任，否則會讓注意義務所具有的積極一般預防功能喪失，為了能夠讓有效保護法益的注意義務產生實質作用，必須積極地處罰違反「有效注意義務」的行為人。具體操作即是：倘若在假設流程中，無法幾近確定可能地判定損害是否同樣會出現，此時不應該採取迴避可能性理論，直接援用罪疑唯輕而排除結果歸責，毋寧應在個案中權衡「遵守注意義務的風險行為」與「違反注意義務的風險行為」，哪一個會帶來比較高的風險，如果違反義務所帶來的損害機率，明顯高於遵守義務時的損害機率，此時仍應肯定結果歸責<sup>140</sup>。

對於上述爭議，筆者認為應該考慮三個側面：第一，過失行為的非難重點，在於行為人未履行適切的避險措施以迴避損害，除了必須有效界定，行為人在行為時是否有適切的避險措施（事中迴避可能性的控管手段）之外，還必須討論事後來看，原來可得預期有效的避險措施，是否真能有效避險，在此意義下，義務違反關聯性即確認，避險措施在事後視角的避險效能，自然在過失犯中有其考慮的必要性。

---

138 Vg. *Heinrich* (Fn. 8), Rn. 1045; *Dorothea Magnus*, *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Strafrecht*, JuS 2015, S. 402 (405).

139 近期學說又有把迴避可能性分為嚴格、適中、極度等不同程度的次說，vgl. *Enrique Gimbernat*, *Das rechtmäßige Alternativverhalten* (Teil I), GA 2018, S. 65 (66-68).

140 *Roxin* (Fn. 136), S. 168 ff.

第二，至於如何判斷義務違反關聯性，筆者認為傳統通說見解的迴避可能性，應屬相對可採的看法<sup>141</sup>，假設流程是一個未曾真正實現的因果歷程，個案中難以百分之百確認其具體發展方向，倘若無法具體地判斷時，此時無從確認避險措施的事後效能，對於未實行避險措施的行為人，應本於罪疑唯輕而排除刑責，並不適合論以過失犯刑責<sup>142</sup>。風險升高理論雖有一定程度說服力，但僅在避險措施「較有助迴避損害」，卻無法充分確認避險措施「有極高可能性能迴避損害」就積極肯認結果歸責，該見解恐有扭轉過失實害犯成過失危險犯的疑慮，筆者並不贊同<sup>143</sup>。

第三，實務見解迄今為止，雖然屢屢應用迴避可能性理論審查這類的假設情狀，進而排除過失犯結果歸責，但臺灣實務未曾正視迴避可能性理論中的兩個重點：首先，迴避可能性理論必須具體地確認，究竟在假設流程中損害發生的機率高低，倘若無法精確地判斷，還必須引用罪疑唯輕原則，才能宣告結果不可歸責；可惜的是，臺灣迄今實務不僅未曾精確地判定發生機率，也沒有論及罪疑唯輕原則，就直接認定在「結果有可能出現」即排除結果歸責（實務用語為：排除相當因果關係），這種操作方法殊值檢討。

除了以上三點問題外，另一個更不易解決的疑義，則涉及建構假設流程時如何認定什麼是個案中的「合法替代行為」，此一要素必須能夠精確地判定，否則無從判斷接下來損害是否同樣會發生，就此點我國實務論述極度模糊，筆者認為必須特別說明此點，詳細討論在下一段進行。

---

141 筆者本人支持「假設容許風險實現理論」，其基礎論點大致同於通說，只不過在判斷時，還要觀察「遵守注意義務的容許風險行為」與損害結果之間的關聯性，就此參考：許恒達（註65），頁761-771。

142 近期學說亦有認為：迴避可能性理論未能說明為何過失行為人已經引致損害了，沒有理由本於結果欠缺虛擬情狀的迴避可能性而不罰，vgl. vor allem Gimbernat (Fn. 139), S. 74.

143 詳細討論，參考：許恒達（註65），頁738-743。

## （二）合法替代行為的擬定

要判斷合法替代行為，只要先確認行為人未實行哪種避險措施，再把避險措施添加至風險活動中，就可以確認什麼是個案中的合法替代行為。例如行為人超速開車而撞上前方騎士，只要把行為人「超速開車」調整為「依速限開車」，就可以認定合法替代行為。

上述觀點固然合理，但若個案行為人不只違反單一義務，而是同時違反多數注意義務時，應該如何設定即生爭議<sup>144</sup>。依本文之見，由於避險措施有其適用的順位關係（外在控管風險措施→外在補充性控管措施→蒐集必要資訊→例外情況的不作為），判斷多重義務違反時的合法替代行為，自然也會因為不同位階的重疊屬性而產生不同操作，筆者認為可以區別為四種主要的情況。

第一種情況比較簡單：在法益侵害的關鍵時點，行為人同時未履行兩個以上的外部避險措施。舉例來說，行為人同時超速又違法超車，撞上對向車道的迎面來車，因為在關鍵時點同時違反速限與不得超車的雙重規範，調整為合法替代行為時，當然應該把這兩個避險措施添加至行為人的開車活動中，從而改寫為「行為人遵守速限，同時維持車輛行進於己方車道而未超車」。

第二種情況則涉及行為人不僅違反關鍵時點的外在避險義務，且行為人又未實行補充性的避險措施或資訊蒐集措施，例如行為人接近無號誌的十字路口前，考量此時不排除有突發性狀況，理應「減速慢行」，並「遵守路口速限」而通過，未料行為人不僅未減速，通過路口時更超速開車；在這種情況發生時，「超速」發生於交通關鍵情狀，屬於主要非難內容，「減速慢行」則是有效控管附帶情狀的擴張性作法，一旦行為人未履行主要避險措施，附帶、從

---

<sup>144</sup> Puppe (Fn. 78), Vorb. § 13 Rn. 212.

屬性避險措施的相應不容許風險，也就一併在違反主要措施施行義務的行為中一併實現，因此筆者認為在這種情況，不用再考慮附帶、前行避險措施的問題，亦即，行為不法只須架構在「未遵守速限的開車」，其合法替代行為僅以「遵守速限的開車」作為判定基準即可。附帶一提，倘若損害在假設流程中（行為人合速限開車時）仍然發生，因為前行的「未減速」的行為風險，已經被後階段的超速吸納，不得重新操作一次「接近無號誌路口未減速」以決定結果歸責。

第三類則較有爭議，此類案例涉及行為人同時違反不作為義務與關鍵時刻的外部措施義務<sup>145</sup>，這種情況通常發生於行為人在無相應控管風險行為能力時，就貿然實行風險行為，並在後階段未採取應實行的外在避險措施。舉例來說，行為人酒後開車，開車15分鐘後不勝酒力而超速開車，因而撞上前方小客車，行為人此時同時違反「酒後不得開車」與「不得超速開車」的義務。從不作為義務的類型來看，理論上其合法行為是完全放棄風險行為，但把已經開車超速行為代換為「不開車」，在解釋上毫無意義，畢竟行為人已經在流程後階段實行更具危險性的超速行為，該超速開車當然也成為行為不法的主要判定依據，因此合法替代行為的判定也應該扣緊超速開車的行為。問題是：當行為人同時違反酒後開車與超速兩種不同屬性的義務時，「在酒後不適駕車狀態下超速開車」的合法替代行為是什麼？

對於上述關鍵問題有兩種不同觀點，第一說主張修正為「在酒後不適駕車狀態下遵守速限開車」，此種見解源自德國聯邦最高法院<sup>146</sup>，該說認為，因為真正的過失行為不是酒後開車，而是超速開

---

<sup>145</sup> 若行為人未於關鍵情狀違反外在注意義務，但違反補充性的外在注意或資訊蒐集義務時，而同時又因欠缺充分能力而違反不作為義務時，同樣可以適用以下論述之見解。

<sup>146</sup> BGHSt 24, 31 (35).

車，受酒精影響的駕駛情狀，至多只是超速開車的附帶情狀，不直接連結行為不法，既然不計入行為不法內涵，那麼只要調整關鍵的超速行為至遵守速限即可<sup>147</sup>。

第二說則認為，雖然酒後狀態不屬核心行為不法，但本身仍然違反交通法規，該不適駕車狀態持續作用至關鍵的後階段超速，從而共同構成行為不法的實質內涵，既然非難重點是行為人酒後不適駕車狀態下超速開車，認定合法替代行為時，應該把整體行為全部調整為合法，亦即「在未飲酒狀態下依速限開車」<sup>148</sup>。

對於以上兩說，筆者認為以第二說較值採納，具體理由有兩點：首先，過失不法內涵是一般人標準，因此調整為合法行為應該採取常態狀況下的一般人合法行為內容，不應再另外考量行為人情狀，上述案例中，一般人標準下的合法行為選項，顯然是未受酒精影響的合速限開車，考慮行為人的酒醉狀態，無異混淆不法與罪責區別的能力問題。

其次，合法替代行為應該把過失不法的全部內容，一併調整為合法行為態樣，僅因酒後狀態不算是主要非難所在，就忽視該酒後狀態對整體開車的潛在影響效果，這會使得調整出來的合法替代行為仍保有部分違法因素<sup>149</sup>，最後判斷出來的結果，也會傾向損害較不易迴避，而出現過度有利行為人的認定結果<sup>150</sup>。

---

147 進一步說明，vgl. *El-Ghazi* (Fn. 79), S. 25 ff.

148 Z.B. *Christian Jäger*, Wer betrunken fährt, sollte dies wenigstens langsam tun, JA 2013, S. 393 (394 f.).

149 *Jäger* (Fn. 148), S. 395.

150 判斷結果迴避可能性時，採用「清醒且不超速」比對「酒醉且不超速」的合法替代行為時，其結論可能不同。採前者作為參數判斷結果的迴避可能性，顯然結果較易迴避，容易構成結果歸責，而後者則結果顯然較不容易迴避，較容易成立結果歸責。

固然有反對說認為，酒醉狀態並不直接連結過失的行為不法，酒醉駕車對於過失歸責而言，根本是無關的合法行為，判定合法替代行為時，當然不能把合法狀態調整為不法狀態，所以應採第一說<sup>151</sup>。此項論點乍看言之成理，但卻忽略酒醉狀態的延續作用，酒醉後開車固然無法構成行為不法，但酒醉下的超速就與行為不法有關，把現實已經發生的酒醉狀態與超速行為切割觀察，並認為只需要調整超速行為，顯然忽視行為不法所評價的關鍵時點整體非難內涵。

第四種情況則涉及極端例外情況中，行為人違反不作為義務。通常這種情況發生時，都屬於行為人執行故意不法行為過程中，附帶而不小心發生的損害後果，例如因打擊錯誤而誤擊周邊客體（故意開槍殺A而誤中旁邊的B），就該客體的攻擊而言，應認為行為人負有主行為的不作為義務（不得開槍），其合法替代行為，當然也應該理解為「不開槍」。

綜上，如果行為人同時違反多重或不作為注意義務，認定合法替代行為時，應該考慮這些同時違反的注意義務位階與注意義務屬性，再個案性地決定應採用何種合法替代行為。

### （三）小結：評釋《案例3》

最後審視前文提過的《案例3》，本案一審判決重點不同於後續高等法院與最高法院判決，原一審判決認為重點在現實流程，被害人本身的違法行為對於損害發生占有較關鍵性比重，但後續判決均著重假設流程的討論，並基於結果難以迴避而排除行為人過失刑責。就本案歷審意見，本文有兩點看法。

---

<sup>151</sup> Vgl. *El-Ghazi* (Fn. 79), S. 25 ff.

第一，行為人因同時超速與行駛內線車道而構成過失犯行為不法，這兩個避險措施都屬於關鍵狀態下的外在迴避損害行為，判斷結果迴避可能性時，應該把同位階的多重注意義務違反，全部調整為合法行為，此即「合速限地行駛於外線車道」，綜觀法院對於合法替代行為的拿捏可以發現，第二次最高法院判決對這個問題回應不清，但最終更二審判決則操作相對正確，不過可惜的地方是，更二審判決未個別地認定假設流程中的損害發生機率，就直接認定損害可以避免而認定具有義務違反關聯性，此項問題誠屬臺灣刑事司法長年誤會，未來應予調整。

第二，雖然法院肯定義務違反關聯性，但依本文之見，現實流程中被害人已經有違法行為，且實際介入損害發生流程，亦即，已現實發生的「被害人入侵對向車道」，此一被害人介入於損害流程而最終被行為人所撞，是否屬於「超速且違法行駛於內線車道」的預期損害路徑，從而肯定或否定現實流程的可操控性及結果歸責，就此爭點在後階段程序中並無後續討論，但在筆者看來，這一點可能才是結果歸責的真正關鍵所在<sup>152</sup>。換言之，筆者認為本案首應著重於現實流程中的結果歸責，判斷損害發生是否可得預期而具有相當因果關係，而非跳過現實關係，甚而直接透過假設流程的迴避可能性解釋結果歸責有無。

## 伍、預見可能性/迴避可能性在罪責非難的機能

論述及此，已經討論預見可能性/迴避可能性在過失犯不法階層的機能，接下來分析涉及罪責階層的問題。

---

<sup>152</sup> 類似案例採取近似見解者，vgl. *El-Ghazi* (Fn. 79), S. 27 ff. 應用El-Ghazi見解至本案，或可認為本案欠缺規範保護目的關係（依本文看法則屬相當因果關係欠缺），因為超速與正確車道開車的規範目的，不在保護違法衝入對向車道的小客車駕駛人。

### 一、個人迴避可能性：評釋《案例2》

首先是行為人標準的迴避可能性，現代過失犯的心理理念在於，採取避險措施以控管風險，避險措施原則上依一般人加計特別社會角色進行判斷，行為人要迴避損害就必須履行避險措施，在此意義下，個人迴避可能性當然指行為人履行一般人標準避險措施的個人能力。

不過如前所述，一般人標準的避險措施著重關鍵時點與法益侵害直接有關的外在行為，最多只能提前至間接有關的外在行為及資訊蒐集行為，原則上不會擴張到放棄風險行為的不作為義務，倘若個人避險能力較低，卻仍實行高風險行為，因而在關鍵時點失控而發生損害，此時仍應以「關鍵時點的失控」認定過失犯的行為不法，但同一時點，因為行為人明顯能力較差，此時明顯欠缺履行注意義務的個人能力，則論罪上即出現困擾。

前文提及的《案例2》即為此類問題，甲因為敗血症因素無法妥善控制車輛，因而駛出車道撞到乙，「駛出車道」是關鍵時點違反注意義務的過失行為，但在駛出車道同時，甲已欠缺控制車輛的個人能力，無法符合過失罪責要求的個人迴避能力，所以通說才會發展出超越承擔過失的法理，認為此時行為人應負不開車上路的避險措施。但如前述，筆者認為課予行為人不作為義務，實屬過度限制個人自由的嚴重負擔，故不得從不作為義務認定行為不法。

依本文見解，此處操作應採取類似原因自由行為的例外說，當行為人先前明知或可得而知，自己將於能力明顯缺陷狀態下實行風險行為，接下來實行風險行為過程中，又未能採取適切的外部避險措施或未能取得相應資訊，從而構成過失犯的行為不法，即使同時點欠缺個人迴避能力，考量這是行為人自陷於迴避能力欠缺情狀，

行為人不得享受減免刑責利益<sup>153</sup>；以《案例2》來說，行為人駛出車道時雖然欠缺個人迴避能力，但行為人在事前本即知情或至少可知悉接下來恐怕無法妥適駕車，極可能造成突發性的失控駕車行為，既然行為人知悉卻仍引發該過失罪責的障礙情狀，行為人當然不得享受此項利益，仍應認定駛出車道時點，行為人有相應過失罪責，故成立過失致傷罪。換言之，超越承擔過失的法律效果，不應該是前置注意義務到不作為，而是排除適用關鍵時點的罪責減免事由。

## 二、個人預見可能性

最後問題是損害流程的個人預見可能性，雖然過失歸責重點是行為人不採取適宜的避險措施，但行為人要能知悉避險措施對保護法益的重要性，在動機上才能促使行為人採取避險措施，換言之，行為人具備「避險措施足供迴避法益損害」或者「不採取避險措施可能發生法益損害」的預見可能性，是個人能夠迴避損害的基本前提<sup>154</sup>。至於判斷預見可能性，應該從行為實行當下，本於行為人的能力所具有的潛在認知情況予以認定，但不用考慮行為人萬一極度粗心而於個案中完全不知悉的特殊情事<sup>155</sup>，目前依主流見解看法，這是構成過失罪責的第二個要項，此說應可贊同。

另外要特別說明，若行為人在個案中應盡的避險措施是蒐集周邊資訊，那麼行為人預見可能性應該加計履行蒐集資訊義務後的情狀，否則在結論上必然導向行為人欠缺個人預見可能性，既然注意義務在於蒐集資訊，認定行為人能否了解損害進程，也就要考慮「若行為人已盡蒐集資料義務後，可得預見的範圍為何」，方屬合理<sup>156</sup>。

---

<sup>153</sup> 參見：許恒達（註82），頁128-133。

<sup>154</sup> Vgl. Rostalski (Fn. 7), S. 561 f.

<sup>155</sup> Burgstaller (Fn. 26), S. 190.

<sup>156</sup> 近期學說亦有相近觀點，參考洪兆承（註12），頁170-171、205-208。

例如A醫師收治B病人時，B病人存在特別症狀，依醫學常規，只要出現此類症狀病人不排除有重病可能，必須讓病人進行更仔細的檢查，但A醫師卻未安排後續檢查，B因為未即時發現重症，延誤治療而死亡。本案A醫師未安排檢查，不完全知悉B的病情，理論上無從知道B病情的嚴重性，對於損害結果可能無預見可能性，但筆者認為該結論並不合理，在此類案例，A的預見可能性應該要加計如果履行蒐集資料義務後的情況，亦即，A是否能預見損害結果可能發生，應該考慮如果A盡了應實行的資料蒐集義務（安排詳細檢查）之後，A所能了解到的情事，如果正常情況下，B的病情可以透過檢查而知悉，那麼應該認為A若能履行資訊蒐集義務時就會了解B病情，因此未蒐集必要資訊以避免損害的A，仍然有損害發生的預見可能性<sup>157</sup>。

## 陸、結論

刑法釋義學討論過失犯時，常常使用預見可能性與迴避可能性等概念具體描述相關的審查要項，然而，究竟這兩個關鍵概念如何形塑過失犯的歸責內涵，似乎仍有更精緻的討論空間。本文論述重點，正是設法闡明如何以迴避可能性為中心，搭配預見可能性的輔助標準，具體地建構出過失犯之注意義務、結果歸責與過失罪責等要項的實質審查內容，若能接受本文論點，自能更有效掌握過失犯的處罰界限，面對實務多元複雜的過失案例時，可以更精確地觀察出判斷重點，並在損害無法迴避或難以預見時，以具有說服力的說理排除行為人過失責任。

---

<sup>157</sup> 日本學說就此問題進一步發展出具體預見可能性/危懼感說的論爭，並要求行為人對於本案損害流程的「因果關係之基本部分」有具體預見可能性；相對於日本學說極富啟發性的研究成果，德國與我國學說的討論明顯較少，本文限於篇幅無法再為深入討論，未來將再另文討論之。相關研究參考井田良著，黃士軒譯（註23），頁290-293；洪兆承（註12），頁184-209。

至於筆者個別看法，可分為四點總結：

- 一、過失犯實質歸責基礎在於，行為人雖可迴避法益損害，卻仍實行客觀行動而實現該損害。損害的迴避可能性即過失歸責核心，此概念在不同審查要項有不同內涵與功能；在此脈絡下，損害的預見可能性是迴避可能性之前提，同樣也在不同區段有不同表現方式。
- 二、過失犯行為不法的構成理由，在於行為人未實行「事中/一般人」標準足以迴避損害的避險措施，就率爾實行具有風險的行為，事中/一般人標準的預見可能性，提供了如何選擇避險措施的指標。避險措施原則上包括關鍵時點的外在措施、該時點前的補充外在措施，以及資訊蒐集措施，上述三種手法有其優位與補充關係，此外，僅於全然違法的風險活動，才可以要求行為人放棄風險行為。
- 三、過失犯結果歸責包括現實流程與假設流程；現實流程的歸責理由在於行為人操控流程，而流程的操控即實現具備預見可能性的損害途徑，判斷預見可能性應採取折衷相當因果關係說，此項操作同樣適用於保護規範目的關係的判斷，不過，無法單以事後的預見可能性決定在現實流程中，結果得否歸責過失行為，就此還必須另外考量被害人或第三人介入的責任範圍問題；至於在假設流程中，重點則在合法替代行為得否迴避法益損害，此處至少應採迴避可能性理論判斷損害得否避免，至於合法替代行為的設定，應考慮不同位階的注意義務關係。
- 四、過失罪責則涉及行為人標準的預見可能性與迴避可能性，而迴避可能性在認定時，如果有超越承擔過失的情況發生，不應該直接前置犯行至違反不作為義務，毋寧應考慮罪責減免事由的排除適用。

以上分析僅闡明了過失犯的核心歸責理由，在此脈絡下，可以透過本文觀點，更進一步地分析過失犯的具體問題，例如信賴原則與過失犯的關係、規範保護目的與第三人責任範圍的考量方法，這些後續研究議題，也將是筆者接下來的研究主軸。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 山中敬一著，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，東海大學法學研究，10期，頁391-409。〔作者按：依所參考文獻載，此篇原文為山中敬一教授於1995年11月7日蒞東海大學演講之原稿譯稿。〕
- 井田良著，黃士軒譯（2014），關於日本過失犯論之現狀，月旦法學雜誌，235期，頁283-295。〔井田良（2014），日本の過失犯論の現狀について，井田良教授訪台系列研討會，政治大學法學院刑事法中心、臺灣大學法律學院、臺北大學法律學院主辦，2014年5月1日-2014年5月5日。〕
- 王皇玉（2019），刑法總則，5版，臺北：新學林。
- 周漾沂（2014），風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由，中研院法學期刊，14期，頁169-243。
- 林山田（2008），刑法通論（上冊），增訂10版，臺北：元照。
- 林書楷（2018），刑法總則，修訂4版，臺北：五南。
- 林鈺雄（2003），客觀歸責理論之判決評釋——從台灣北濱車禍案之判決談起，收於：許玉秀編，刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁203-248，臺北：學林文化。
- （2006），第三人行為介入之因果關係及客觀歸責（下）——從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，台灣本土法學雜誌，80期，頁21-40。
- （2019），新刑法總則，7版，臺北：元照。
- 洪兆承（2019），預見可能性的對象與資訊蒐集義務——從監督過失的案例談起，中原財經法學，43期，頁155-218。
- 許玉秀（1997），探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收

於：主觀與客觀之間，頁179-218，臺北：自版。

—— (1999)，客觀歸責與因果關係，收於：刑法的問題與對策，頁121-148，臺北：春風煦日論壇。

許恒達 (2000)，論風險實現，收於：刑罰的極限，頁141-168，臺北：元照。

—— (2003)，論相當因果關係理論——評最高法院八十九年度台上字第七八二三號及台灣高等法院八十九年度重上更(三)字第一四三號判決，月旦法學雜誌，96期，頁312-327。

—— (2008)，「超越承擔過失」的刑法歸責，東吳法律學報，20卷2期，頁97-138。

—— (2011)，合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用，臺大法學論叢，40卷2期，頁707-787。

黃榮堅 (2012)，基礎刑法學(上冊)，4版，臺北：元照。

廖正豪 (1993)，過失犯論，臺北：三民。

謝煜偉 (2007)，條件理論與因果判斷，月旦法學雜誌，146期，頁73-95。

## 2. 外文部分

von Atens, Rebecca (2019), Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, Baden-Baden: Nomos.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg (2016), Strafrecht Allgemeiner Teil (1964), 12. Aufl., Bielefeld: Gieseking.

Beck, Susanne (2009), Achtung: Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1, JA, S. 111-115.

—— (2009), Achtung: Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 2, JA, S. 286-271.

Behrendt, Hans-Joachim (1985), Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich

- Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 303-311.
- Beling, Ernst (1906), Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Beschütz, Julius (1907), Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre. Teil. 1, Vom primitiven Strafrecht bis zur peinlichen Gerichtsordnung Karls V., Breslau: Schletter.
- Burgstaller, Manfred (1974), Der Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, Wien: Manz.
- Duttge, Gunnar (2001), Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen: Mohr Siebeck.
- El-Ghazi, Mohamad (2014), Die rechtmäßige Alternative zur Trunkenheitsfahrt, ZJS, S. 23-29.
- Engisch, Karl (1931), Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Exner, Franz (1910), Das Wesen der Fahrlässigkeit: Eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig: Deuticke.
- Freund, Georg (2007), Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit — Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung, in: Hettinger/Hillenkamp (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 63-82.
- Frisch, Wolfgang (1992), Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ, S. 1-7.
- Gimbernat, Enrique (2018), Das rechtmäßige Alternativverhalten (Teil I), GA, S. 65-76.
- Greco, Luís (2005), Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117, S. 519-554.
- Gropp, Walter (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil (1998), 4. Aufl.,

- Berlin/Heidelberg: Springer.
- Hardtung, Bernhard (2001), Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Heroin, NStZ, S. 205-208.
- Hardwig, Werner (1957), Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Berlin: de Gruyter.
- Heinrich, Bernd (2016), Strafrecht Allgemeiner Teil (2005), 5. Aufl., Stuttgart: W. Kohlhammer.
- Herzberg, Rolf Dietrich (1984), Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura, S. 402-414.
- von Hippel, Robert (1930), Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, Bd. 2, Berlin: Springer.
- Jäger, Christian (2013), Wer betrunken fährt, sollte dies wenigstens langsam tun, JA, S. 393-395.
- Jähnke, Burkhard (2002), Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln: Carl Heymanns, S. 99-106.
- Jakobs, Günther (1972), Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin: de Gruyter.
- (1974), Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin: de Gruyter, S. 307-326.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil (1969), 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaminski, Ralf (1992), Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts. Struktur und Inhalt, Berlin: Duncker & Humblot.

- Kaspar, Johannes (2012), Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS, S. 16-21, 112-117.
- (2014), „Eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ bei missbräuchlichem Konsum ärztlich verschriebener Substanzen, HRRS, S. 436-441.
- Kaufmann, Arthur (1976), Das Schuldprinzip (1961), 2. Aufl., Heidelberg: Winter.
- Kindhäuser, Urs (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil (2005), 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- (2017), Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar (2002), 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kudlich, Hans (2007), Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln: Carl Heymanns, S. 373-388.
- Kühl, Kristian (2017), Strafrecht Allgemeiner Teil (1994), 8. Aufl., München: Vahlen.
- Lasson, Maximilian (2009), Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, ZJS, S. 359-368.
- von Liszt, Franz (1919), Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (1881), 21 u. 22. völlig durchgearb. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Magnus, Dorothea (2015), Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Strafrecht, JuS, S. 402-406.
- Mikus, Rudolf Alexander (2002), Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, Berlin: Duncker & Humblot.
- Murmann, Uwe (2008), Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.),

- Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 123-140.
- Nestler, Nina (2015), Gilt für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ein »strengerer Maßstab« als für die Tatfahrlässigkeit?, Jura, S. 562-573.
- Neumann, Ulfrid (1985), Zurechnung und „Vorverschulden“, Berlin: Duncker & Humblot.
- Otto, Harro (1972), Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Maurach/Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe: C. F. Müller, S. 91-105.
- (1974), Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht — OLG Hamm NJW 1973, JuS, S. 702-710.
- (2002), Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln: Carl Heymanns, S. 77-97.
- Puppe, Ingeborg (1997), Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, Baden-Baden: Nomos, S. 227-245.
- (2017), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB (2005), Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Vorb. § 13.
- Rostalski, Frauke (2016), Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, GA, S. 73-89.
- (2017), Vernunft und Unvernunft in der (höchstrichterlichen)

Rechtsprechung zum Fahrlässigkeitskriterium der Vorhersehbarkeit, JZ, S. 560-566.

Roxin, Claus (1973), Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin: de Gruyter.

——— (1989), Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin: de Gruyter, S. 177-200.

——— (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1 (1992), 4. Aufl., München: C. H. Beck.

Sauer, Wilhelm (1955), Allgemeine Strafrechtslehre — Eine lehrbuchmässige Darstellung (1949), 3. Aufl., Berlin: de Gruyter.

Schlüchter, Ellen (1996), Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit. Aspekte zu einem Strafrecht in Europa, Thüngersheim: EuWi-Verl.

Schünemann, Bernd (1975), Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, S. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.

——— (1975), Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechensaufbau, in: Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen: Schwartz, S. 159-176.

——— (1999), Über die objektive Zurechnung, GA, S. 207-229.

——— (2002), Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft — Eine Bestandsaufnahme, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin: de Gruyter, S. 37-63.

Steinberg, Georg (2017), Die Erfolgsqualifikation im juristischen Gutachten, JuS, S. 970-974, 1061-1067.

Sowada, Christoph (2015), Die Zurechenbarkeit von Schockschäden im

- Strafrecht, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 283-298.
- Toepel, Friedrich (1992), Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin: Duncker & Humblot.
- Weigend, Thomas (2002), Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 129-144.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut (2017), Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau (1998), 47. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Yamamoto, Hiroyuki (2017), Der Wandel der Fahrlässigkeitslehre in Japan, in: Duttge/Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 41-58.
- Yamanaka, Keiichi (2008), Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, in: ders., Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, Baden-Baden: Nomos, S. 214-236.
- (2012), Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte, in: ders., Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, Berlin: de Gruyter, S. 169-186.
- Zieschang, Frank (2017), Strafrecht Allgemeiner Teil (2005), 5. Aufl., Stuttgart: Boorberg.

## Foreseeability and Avoidability Regarding Criminal Negligence:

### A Theoretical Attempt to Establish the Culpable Essence of Negligent Liability

*Heng-Da Hsu\**

#### **Abstract**

This article aims to discuss the theoretical justification of penal sanctions on negligent offenders. From the author's view, a negligent criminal is to be punished due to illegally causing "avoidable" damage. However, the term "avoidability of damage" may be interpreted in different ways. In addition, the "foreseeability of damage" shall be regarded as a subordinate criterion to determine whether the damage is avoidable. The multiple meanings of "avoidance possibility" and "foreseeability" jointly build up the culpable nature of criminal negligence.

**KEYWORDS:** criminal negligence, avoidability of damage, foreseeability of damage, duty of care, adequate causality.

---

\* Professor, College of Law, National Taiwan University.