

過失犯成立要件之檢討與省思

靳 宗 立*

目 次

- 壹、問題提出
 - 一、過失犯之構成要件
 - 二、過失犯之違法
 - 三、過失犯之責任
- 貳、本文目的
- 參、我國刑法關於過失犯成立要件之立法沿革
 - 一、元年暫行新刑律時期
 - 二、17 年舊刑法時期
 - 三、24 年現行刑法時期
 - 四、小結
- 肆、過失犯成立要件與過失理論
 - 一、舊過失犯理論
 - 二、新過失犯理論
- 伍、過失犯成立要件與犯罪階層體系理論
 - 一、古典犯罪論體系與過失犯
 - 二、新古典犯罪論體系與過失犯
 - 三、目的主義犯罪論體系過失犯
- 陸、本文對於過失犯成立要件之看法
 - 一、過失犯之成立要件與犯罪評價體系
 - 二、過失犯之構成要件
 - 三、過失犯之違法
 - 四、過失犯之責任
- 柒、結論

關鍵字：過失、過失犯、有認識過失、無認識過失、普通過失、業務過失、預見可能性、注意義務

Keywords：negligence, negligent crime, foreknowable negligence, unforeseen negligence, general negligence, professional negligence, foreseeability, duty of care

* 靳宗立，輔仁大學法學博士，輔仁大學法律學系專任助理教授。

摘 要

刑法上所規定過失犯之類型，包含「無認識過失」、「有認識過失」，「過失作為犯」、「過失不作為犯」以及「普通過失」、「業務過失」等。

然而，對於過失犯成立要件及其類型，目前學說與實務見解，尚未有深入與完整之分析，使得過失犯成立要件應如何解釋，過失犯之類型應如何界定，論者人言言殊，令人莫衷一是。

為解決前述之爭議，本文特就過失犯概念之內涵與結構予以分析，據此解釋過失犯之成立要件與其類型，並針對具體個案上之適用爭議，提出處理之意見。

A Study on Elements of Negligent Crimes

Jin, Tzung-Li

Abstract

The types of negligent crimes under Criminal Code, contain unforeseen negligence, foreknowable negligence, negligent offence by commission, negligent offence by omission, general negligence and professional negligence.

However, the current views from theories and judicial practice have not comprehensively and completely analyzed the elements and types of negligent crimes. Different opinions about the elements and types of negligent crimes, have not orientated a definite conclusion, therefore, disputes have been happened time to time, while in interpreting the characteristics and elements of criminal types about negligent crimes.

In order to resolve the disputes aforementioned the proposal of this study plans to analyze the constitution and comprehension about concept of negligent crimes, to interpret and define the elements and types of negligent crimes. This study will also suggest resolutions against application disputes on concrete cases.

壹、問題之提出

關於過失犯之成立要件，大陸法系國家之刑事立法，有於刑法中予以明定者，如我國；亦有未於刑法典中明定，而委諸實務及學說予以補充者，例如德國、日本。由於過失之成立要件，極為抽象、概括，縱有明文規定者，在解釋時，亦須透過實務及學理予以補充。

關於過失犯過失之成立要件，我刑法第 14 條第 1 項：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」、第 2 項：「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」多數見解，對於過失犯成立要件之解釋，有三項基本共識：(1)過失犯係以違反「注意義務」為其成罪之重心。(2)過失犯之類型，包含第 14 條第 1 項之「無認識過失」及第 2 項之「有認識過失」。(3)過失犯，係以不成立「故意犯」為前提之犯罪類型。

然而，在通說對於犯罪成立要件之檢驗流程，係採用三階層體系下，關於過失犯成立要件，目前多數見解呈現與故意犯之犯罪階層體系有歧異甚至衝突之狀況，茲就相關問題，說明如次：

一、過失犯之構成要件

(一)將「客觀注意義務」置於構成要件之疑義

在過失犯之構成要件方面，多數見解以「違反客觀注意義務」為中心，進而主張過失犯在構成要件上，僅有

客觀構成要件，至多「有認識過失」略帶有主觀構成要件之色彩而已¹。惟如此見解，造成故意犯與過失犯之體系出現衝突：

1. 首先，在故意犯，「構成要件故意」係屬主觀構成要件要素，而在過失犯，「構成要件過失」卻屬客觀構成要件要素。

2. 再者，在故意犯，「構成要件故意」係作事實判斷，而在過失犯，「構成要件過失」則為價值判斷。在刑法論理上，犯罪階層體系乃檢驗犯罪是否成立之共通結構，目前多數見解對於過失犯構成要件之解釋，造成與故意犯之構成要件有嚴重之衝突，論者既知有嚴重衝突，何以仍持斯種解釋？本文將嘗試求得其理由何在。

(二)因果關係與過失犯構成要件判斷問題

本文此處所謂「因果關係」，係指物理上之因果關係，亦即學理上所探討之「條件關係」。關於過失犯成立要件（當然也包含故意犯）之判斷，目前多數見解，係將「因果關係」置於構成要件階層予以判斷。就論理而言，如持存在論之立場以探討過失犯成立要件之體系，則「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」，均係附屬於「行為」之屬性，在此立場下，所謂「刑法上之行為」，與「構成要件行為」，即無分別檢驗之必要，因此，「因果關係」

¹ 林東茂，刑法綜覽，128-137 頁，學林出版，2002 年 10 月 1 版；張麗卿，刑法總則理論與運用，147-151，2001 年 8 月 2 版；鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，139 頁，2003 年 9 月增修 2 版。

置於構成要件階層予以判斷，事屬當然。

惟如立於認識論之立場予以考察，在犯罪成立判斷之結構上，「刑法上之行為」係屬「判斷對象」問題，而「構成要件行為」、甚至整體構成要件，則屬「判斷標準」問題；「對象」在未經「標準」檢驗前，尚無犯罪評價之色彩。因此，如何認識屬於「判斷對象」之行為事實，以及如何認識屬於「判斷標準」之犯罪階層體系，更進一步，行為事實是否符合犯罪階層體系之評價，均屬不同層次之議題。在此立場下，「因果關係」之判斷，應置於行為論，而非構成要件論。

(三)在構成要件判斷上採用「相當性」或「客觀歸責性」是否可行

在過失犯構成要件該當性之判斷上，「相當性理論」之採用，向來即有不少支持者，我實務見解至今仍未予採用；而「客觀歸責理論」，亦有不少學者予以支持。

然而，「相當性」之判斷，與過失犯「注意義務」之內涵發生重複現象；而「客觀歸責性」之判斷，亦與超法規阻卻違法事由發生重複現象，因此，是否有必要加予以採用，即已有疑義。更進一步，「相當性理論」與「客觀歸責理論」在論理依據上，是否有堅強之理由？倘無堅強之理論依據，且亦有其他檢驗標準代為處理，則應將二者摒棄。

(四)過失犯之構成要件是否屬「開放性構成要件」

多數見解，認為過失犯之構成要

件，性質上係屬「開放性構成要件」或「待補充之構成要件」，此種看法，實與將「違反客觀注意義務」解為係過失犯之構成要件之立場連動，蓋客觀注意義務之內涵、要件，以及有無違反客觀注意義務等，均有賴相關法律規定或法理予以補充。換言之，如「違反客觀注意義務」並非過失犯之構成要件問題，而屬過失犯之違法問題，則過失犯之構成要件，即不當然屬「開放性構成要件」或「待補充之構成要件」。

二、過失犯之違法

(一)過失犯之阻卻違法事由範圍問題

在過失犯違法性之判斷上，有關阻卻違法事由之範圍，歷來即屬焦點問題；除了「可容許風險」、「信賴原則」等過失犯之超法規阻卻違法事由外，爭議點主要在於一般適用於故意犯之法定阻卻違法事由，如「法令行為」、「業務上正當行為」、「正當防衛」及「緊急避難」等，是否亦適用於過失犯？多數見解認為，適用於故意犯之各種法定阻卻違法事由，如正當防衛、緊急避難等，在過失犯亦有其適用，然而問題之關鍵，係在於違法之本質與過失犯之特性上。

(二)「阻卻違法事由」與「違反客觀注意義務」之次序問題

在過失犯之違法方面，滋生疑義者，主要並非前述之阻卻違法事由，能否適用於過失犯之問題，更甚者，多數見解既認過失犯之構成要件，應先檢驗是否違反客觀注意義務，倘未違反客觀注意義務，即不具過失犯之

構成要件該當性，亦無須再行判斷其違法性是否具備；倘違反客觀注意義務，始有進入違法性，檢驗是否有相關阻卻違法事由之該當，而能否阻卻違法。惟具備構成要件該當之行為事實，在違法性之判斷上，倘有阻卻違法事由之成立，則該行為事實在法秩序上即屬合法、正當之行為，換言之，該行為事實即無違反法秩序、法價值可言，亦即無違反法律義務。在論理上，「法律義務之有無」與「法律義務之違反」，具有先後位之關係，「法律義務之有無」係屬先決前提，倘無法律義務之存在，即無所謂違反法律義務之問題；倘有法律義務之存在，始有再行判斷有無違反法律義務之問題。因此，「阻卻違法事由有無」之判斷，論理上應先於「客觀注意義務違反」之判斷。多數見解對於過失犯成立要件之檢驗體系，將客觀注意義務之違反，置於構成要件先行判斷，具備構成要件該當之行為，即已違反客觀注意義務，則在違法性判斷上，阻卻違法事由成立時，又無違反法律義務，如此之檢驗步驟，實有邏輯之衝突。邏輯上，阻卻違法事由之判斷，應先於違反客觀注意義務之判斷，多數見解既存有邏輯上之明顯衝突，何以仍持斯種解釋？本文亦將嘗試探求得其理由所在。

三、過失犯之責任

- (一)「主觀注意義務」有無違反之判斷，是否係過失犯獨立之責任要素

在過失犯之責任方面，多數見解認為，適用於故意犯之三種責任要

素，包括「責任能力」、「違法性認識」及「期待可能性」，亦適用於過失犯；並且，過失犯之責任，尚須檢驗「主觀注意義務」之違反。存有疑義者，「主觀注意義務」有無違反之判斷，是否係獨立於前述三種責任要素？抑或僅係前述三種責任要素之另類表現型式，而非獨立之責任要素？

- (二)過失責任與「不可抗力」之區別問題

行為倘非出於故意或過失者，不得予以處罰，此乃近代以降主觀責任原則之要求，我刑法第 12 條第 1 項亦定有明文。傳統見解，故意、過失係屬責任之條件或類型，因此，客觀之行為如具備構成要件該當性，且具違法性，至責任之判斷上應先檢驗是否負起故意責任；如非出於故意，則再判斷是否負起過失責任；至亦非出於過失者，則屬「不可抗力」案件，自不得追究其刑事責任。因此，在傳統見解之立場下，「故意」應與「過失」作區別，「過失」則應予「不可抗力」作區別；惟時至今日，關於過失犯成立要件之體系，已與傳統見解有別，所謂「『過失』應予『不可抗力』作區別」之命題，勢必重新予以解讀，否則即可能發生體系上之矛盾。

貳、本文目的

綜上所述，關於過失犯成立要件之體系，以犯罪三階層體系而論，目前尚未形成如故意犯之明確要件；並且，相關見解造成過失犯成立要件論理上之缺失，本文已作初步分析。本文認為，犯罪階層體系，乃檢驗犯罪是否成立之共通流程，除非有堅強之法理依

據，能說明故意犯與過失犯應採兩種不同體系之理由，且有必要採取兩種不同體系，則故意犯與過失犯異其犯罪評價體系，自無可厚非；倘無前開理由，並且在法理上，故意犯與過失犯可在同一體系下予以檢驗，則應致力於將過失犯成立要件之體系，與故意犯求取同調。

由於犯罪階層體系之發展，係以故意作為犯為典範進行建構，因此，在檢討過失犯成立要件之體系結構上，應先探討能否採故意作為犯之體系予以檢驗，倘如能此，則過失犯成立要件之體系，僅須作微幅調整即可；倘過失犯成立要件之體系，無法依故意作為犯之體系予以配合調整，則將有必要回歸檢討整體犯罪階層體系之建構原理，當然，在處理難度上，將大幅提高。

本文之目的，欲透過前述之檢討，將過失犯成立要件之體系結構予以確認，對於刑法第 14 條所定「應注意」、「能注意」、「不注意」及「預見其能發生而確信其不發生」，配合犯罪階層體系，一方面釐清四者之體系位置，再方面，對前述法律概念之內涵，詳予解釋，祈望能提出檢驗過失犯之確實可行之標準，酌供參考。

為達成釐清過失犯成立要件體系結構，進而完整解釋刑法第 14 條之規定，首先，本文將就我國刑法關於過失犯成立要件之立法沿革，詳予探討。蓋現行刑法第 14 條既已對過失犯成立要件予以規定，基於罪刑法定原則及依法審判原則，司法者必須解釋刑法第 14 條之要件，據以判斷過失犯之成立。我國刑法自民國元年暫行新刑律、經 17 年舊刑法，迄至 24 年之現行刑法，關於過失犯之成立要件有何變革？本文亦將一併探討。

再者，在刑法理論上，探討過失犯成立要件之內涵，主要有「過失理論」，「過失

理論」之依據不同，則過失犯成要件之內涵，亦發生變動。過失犯成立要件之內涵，向來重點在於如何解釋「注意義務」及其違反問題，因此，本文將自「過失理論」之發展沿革，介紹過失犯成立要件內涵之變遷。

另一方面，在刑法理論上，探討過失犯成立要件之體系結構，主要受「犯罪階層理論」之影響，歷經古典犯罪階層體系、新古典犯罪階層體系、目的主義犯罪階層體系等之變革後，過失犯成立要件之體系結構，均產生或大或小之重組；並配合「過失理論」之變動，過失犯相關成立要件亦發生變化。因此，本文將自犯罪階層理論之發展沿革，瞭解過失犯成立要件之體系變動，最重要者，係在現今多數論者所採之犯罪階層理論下，過失犯成立要件之體系究係呈現何種樣貌？因此，本文將就目前多數見解，對於過失犯成立要件之看法，詳予整理，將其可採之處以及缺失之處進行檢討。

進一步，本文將自犯罪階層理論之立場，重新檢討過失犯成立要件之體系架構，詳細探討過失犯之構成要件應檢驗哪些要素；過失犯之違法，應判斷哪些要件，並且應如何判斷；過失犯之責任，應檢驗哪些責任要素，在本文確立過失犯成立要件之體系及內涵後，將套用於刑法第 14 條之解釋。最後，本文將引實例，分別依多數見解及本文見解，判斷過失犯之成立，用以檢驗多數見解之缺失及本文見解之可行性。

參、我國刑法關於過失犯成立要件之立法沿革

一、元年暫行新刑律時期

暫行新刑律當時之立法，並未就故意及過失之定義予以明定，僅於第 13 條第 1 項規

定：「非故意之行為，不為罪。但應論過失者，不在此限。」依暫行新刑律「原案理由」，本條係確立「無犯意即非犯罪」之原則，並規定例外者，得以過失處罰。凡非由於故意，不得謂為其人之行為，即不得為其人犯有罪惡，此乃本條第 1 項所以設前段之規定；雖非出於故意，惟因其人不知注意，致社會大受損害，如死傷、火災、水災等類，不可置之不問，此乃本條第 1 項之所以設後段規定。

另依暫行新刑律「補箋」，故意者，謂知犯罪事實，而又有犯罪行為之決意，二者不備，不得為故意。例如，入山獵獸，以人為獸而誤擊殺之，此雖有犯罪行為之決意，而究不知犯罪事實，若此者不得為故意。又如獵者知前道有人，本持鎗不發，孰知誤觸其機而發之，遂犯殺人罪，若此者雖知犯罪事實，究無犯罪行為之決意，仍不得為故意，依分則明文所列，以過失犯論²。

至過失論罪之規定，則於分則分別予以規定，例如第 119 條之過失危害外國元首罪、第 190 條之失火罪、第 195 條之過失決水罪、第 214 條之過失致生往來交通危險罪、第 224 條之過失致死傷罪、第 225 條之過失致尊親屬死傷罪、第 226 條之業務致死傷罪等。

由於暫行新刑律時期，並未明文規定故意、過失之要件；復以當時法制繼受未深，

實務見解尚待累積，因此，有關過失之實務見解，主要在於區別故意與過失之界限，有關過失之其他成立要件、過失之類型等議題，尚未見表態。而當時實務見解對於故意與過失之區別，傾向採取「認識主義」而非「意欲主義」；易言之，只要行為人對於犯罪事實有所預見，即應論以故意³。

例如，「過失云者，無犯意，而因不注意，致成犯罪事實；故是否過失，應以有無其行為結果之認識為標準。若明知有此結果，悍然為之，自不能謂為係過失。」（大理院 3 年上字第 78 號判例）；「查過失犯罪，必因不注意而不能認識犯罪之事實，始能成立；若對於犯罪結果之認識不能確定，而其行為已具有相當之認識者，是謂不確定之故意，不得以過失罪論。」（大理院 6 年非字第 1 號判例）

二、17 年舊刑法時期

與暫行新刑律有別者，17 年舊刑法特於第 26 條、第 27 條明定故意與過失之要件。關於故意之要件，第 26 條第 1 項、第 2 項規定：「犯人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」、「犯人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，以故意論。」⁴

至於過失之要件，第 27 條第 1 項、第 2

² 黃榮昌編，「大理院法令判解分類彙要（刑律之部）」，中華圖書館印行，1923 年 1 月 4 版，30-31 頁。

³ 大理院時期之其他見解，大致上亦同。例如，「明知醉飽之人跌地必致受傷，而仍決意推跌者，仍照傷害人致死律處斷；若無傷害人預見及決意，僅因臨時拖扯，應注意而不注意者，當依過失致人死律及違警罰法第五十條第一款從一重科處。」（大理院統字第 1307 號解釋）；「預製毒餅謀斃一人，結果致他一人分食毒發俱斃，如果並無確定及不確定之預見，自難論以故意殺人罪；至應否論其過失致人死罪，應就其所置毒餅之大小及謀斃之人有無分食之慣行，而為本人所預知，分別其是否能注意而不注意以為斷。」（大理院統字第 1176 號解釋）；「意圖殺人而中傷他人者，須以有無豫見為斷，若有豫見，應依被害人數各論以殺人未遂罪；若無豫見，則分別有無過失，而斷定其應否論過失殺傷。」（大理院統字第 431 號解釋）

⁴ 依舊刑法本條之增訂理由謂：「原案於故意及過失之範圍未嘗確定，解釋上一伸一縮即易出入人罪，

項則規定：「犯人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，為過失。」、「犯人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。」⁵

由於舊刑法已就故意、過失之成立要件予以規定；復以法制繼受已較暫行新刑律時期稍久，有關過失成立要件相關議程之探討，已較暫行新刑律時為多，大致上可歸理如下：

(一)故意與過失之區別，改採意欲主義

由於舊刑法關於故意與過失之區別，藉由立法方式採用意欲主義，因此，實務見解即配合變更。例如，「查刑法上過失犯之成立，應以不注意於可以預知之事實為要件，若對於構成犯罪之事實，已預見其能發生，又無確信其不能發生之情形，係故意而非過失。」⁶

(二)過失犯之成立要件，包含因果關係

如前所述，在暫行新刑律時期，有關過失犯成立要件之議題，實務見解著墨不多；舊刑法時期，實務見解

已認為因果關係亦係過失犯成立要件之一。例如，「刑法上之過失犯，必須危害之發生，與行為人之欠缺注意，具有因果聯絡關係，始能成立。至行為人之過失，與被害人自己之過失，併合而為危害發生之原因時，雖不能阻卻其犯罪責任，但僅被害人之過失為發生危害之獨立原因者，則行為人縱有過失，與該項危害發生之因果關係，已失其聯絡，自難令負刑法上過失之責。」⁷

(三)關於業務過失之要件

關於業務過失之要件，舊刑法時期，實務開始予以闡述，而認為所謂業務，乃指其行為人本人直接所選擇生活上之地位而言⁸；刑法上有關業務過失犯罪，雖不以行為人有特別技能而從事之事務為限，但必以專從事於某種業務之人，因是項業務上過失行為致生犯罪結果為其成立要件，否則只能以普通過失犯罪⁹。

其關係非淺；且故意與過失，法家學說各有不同，若不確定其範圍，匪獨律文之解釋不能劃一，而犯人之處罰尤患失平。近年立法例，如意大利、俄國、暹羅等國刑法典及瑞士前後各草案、德國刑法準備草案與委員會刑法草案，皆於條文規定故意及過失之定義，故本案擬從之。

關於故意之解釋，學說不一，其最要者有二派：一為意欲主義，一為認識主義。此二主義互相辯論，而以意欲主義為最多學者所主張及外國立法例所採用，故本案從之，於本條第一項規定直接之故意，第二項規定間接之故意，此外皆不得以故意論。」參見「刑法第二次修正案」，15-16 頁，收錄於法律草案彙編(二)，成文出版社，1973 年 6 月台 1 版。

⁵ 依舊刑法本條之立法理由，本條第一項之規定，即學說上所謂不認識之過失；第二項之規定，即學說上所謂認識之過失。參見「刑法第二次修正案」，16 頁。

⁶ 最高法院 20 年非字第 40 號判例要旨。

⁷ 最高法院 23 年上字第 5223 號判例要旨。

⁸ 例如，「查刑法第三百零一條第三項之罪，以怠於業務上必要之注意為成立要件。所謂業務者，乃指其本人直接所選擇生活上之地位而言。如僅因他人怠於業務上必要之注意，其間接管理該事務之人，並非能注意而不注意，自不能令負業務上過失之罪責。本案被告雖為電影公司經理兼導演員，領同上訴人等上臺排演，旋因木檯傾塌，上訴人等踝骨受傷，但直接從事是項木檯之架設，為該公司木工，而非被告，該木檯之傾塌，係因其中之一橫木附有節疤被梯遮沒不見，實非被告所能注意，均經原審分別訊明，自難令負罪責。」（最高法院 20 年上字第 789 號判例）

三、24 年現行刑法時期

24 年現行刑法，大體上沿襲 17 年舊刑法之規定，仍於第 13 條、第 14 條規定故意與過失之要件，僅將原先「犯人」之用語修正為「行為人」。雖然現行刑法有關過失之規定大體與舊刑法同，惟實務見解歷經 70 多年之累積，有關過失犯成立要件相關議題之看法，已遠較過去豐富，茲整理如次：

(一)故意與過失之區別，續採意欲主義

現行刑法時期，實務見解對於故意與過失之區別，在法有明文之前提下，基本上仍續採意欲主義⁹；不過，仍可見到少數判例見解，似有採用「認識主義」之傾向¹¹。

(二)過失之類型區分為懈怠過失、疏虞過失 實務見解，將刑法第 14 條第 1

項、第 2 項所規定之「無認識過失」、「有認識過失」，稱之為「懈怠過失」與「疏虞過失」，認為前者係應注意能注意而不注意，對於犯罪事實之發生並無預見；後者則為預見其發生，而確信其不發生，對於犯罪事實之發生本有預見，由於自信不致發生疏於防虞，終於發生¹²。不過，實務對於「懈怠過失」用語，另有使用於過失不純正不作為犯之情形¹³，如此一來，實茲生混淆。

(三)因果關係之判斷，採用相當性理論

如前所述，在舊刑法時期，實務見解已闡釋因果關係乃過失犯成立要件之一，惟因果關係之性質、內容或要件為何，則未有說明；至現行刑法時期，實務則漸進補充闡釋。

9 例如，「刑法上所謂業務，雖不以有特別技能而從事之事務為限，但因業務上過失致人死之罪，必以專從事於某種業務之人，因是項業務上過失致人於死為其成立之要件，否則只能以通常過失致人死論罪。本案甲某係民團團丁，其職務在於充當團丁，並非專以放槍為業務，則其偶因不慎，致所持槍機觸發，彈傷某乙身死，雖不能謂非過失，要不得謂為業務上過失，依照前開說明，只能以通常過失致人死論罪。」（最高法院 18 年非字第 68 號判例）

10 例如，「刑法第十三條第二項之故意，與第十四條第二項之過失，均以行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生為要件，惟一則發生並不違背其本意，一則確信其不發生，二者均以有構成犯罪事實之發生為前提，然後方能本此事實以判斷行為人究為故意抑或過失。本件被害人並未發生死亡之事實，原判決即謂上訴人有致人於死之預見，又未說明其所預見之結果係不違背其本意，抑係確信其不發生，遽以殺人未遂論擬，殊屬違法。」（最高法院 45 年台上字第 852 號判例）

11 例如，「刑法上所謂過失，指無犯罪故意因欠缺注意致生犯罪事實者而言。故是否過失，應以對於其行為之結果有無認識為標準，若明知有此結果而悍然為之，自不得謂係過失。」（最高法院 50 年台上字第 1690 號判例）

12 最高法院 56 年台上字第 1574 號判例要旨參照。

13 例如，「上訴人既以經營電氣及包裝電線為業，乃於命工裝置電線當時及事後並未前往督察，迨被害人被該電線刮碰跌斃，始悉裝置不合規定，自難辭其於防止危險發生之義務有所懈怠，而應負業務上過失致人於死之罪責。」（最高法院 52 年台上字第 521 號判例）；「因自己行為致有發生一定結果之危險者，應負防止其發生之義務，刑法第十五條第二項定有明文。設置電網既足使人發生觸電之危險，不能謂非與該項法條所載之情形相當。上訴人為綜理某廠事務之人，就該廠設置之電網，本應隨時注意防止其危險之發生，乃於其電門之損壞，漫不注意修理，以致發生觸電致死情形，顯係於防止危險之義務有所懈怠，自難辭過失致人於死之罪責。」（最高法院 30 年上字第 1148 號判例）

實務見解先係說明以「相當因果關係」作為判斷過失犯成立要件之標準，認為過失責任之有無，應以行為人之懈怠或疏虞與結果之發生，有無相當因果關係為斷，所謂相當因果關係，即以所生之結果觀察，認為確因某項因素而惹起，又從因素觀察，認為足以發生此項結果，始克當之¹⁴。

而後，實務更進一步闡釋採用「客觀相當因果關係」理論，作為判斷過失犯成立要件之標準，認為刑法上之過失，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¹⁵。

雖然，前述實務見解對於「客觀相當因果關係理論」之判斷結構，仍有解釋未清之情形，然而更嚴重的是，其他實務見解仍常見到將「違反注意義務」即等同於有「相當因果關係」之不當連結，使得應屬兩個不同的過失犯成立要件，產生混淆之狀況¹⁶。

(四)關於業務過失之要件

-
- ¹⁴ 最高法院 58 年台上字第 404 號判例要旨參照。在此之前，實務即有相類之見解提出，例如，「傷害人致死罪之成立，以死亡與傷害具有因果關係者為限。若被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，係因加害者以外之他人行為（包括被害人或第三人）而致死亡，則與加害者之行為，並無相當因果關係，自難令負傷害人致死之罪責。」（最高法院 29 年非字第 52 號判例）
- ¹⁵ 最高法院 76 年台上字第 192 號判例要旨參照。實際上，實務先前已採類似見解，例如，「原審認定上訴人以毒梔給予某甲服食，某甲回家毒發，肚痛難忍，自縊身死，是上訴人雖用毒謀殺某甲，而某甲之身死，究係由於自縊所致。其毒殺行為既介入偶然之獨立原因而發生死亡結果，即不能謂有相當因果關係之聯絡，祇能成立殺人未遂之罪。」（最高法院 29 年上字第 2705 號判例）
- ¹⁶ 例如，「上訴人從事指揮手業務，於指揮船載貨物起卸時，對艙底工人之安全，自應注意，乃應注意並能注意而不注意，致起吊之廢紙，撞及橫樑而掉落，將被害人壓傷身死，其過失與死亡之間，既有相當之因果關係，應即令負刑責。」（最高法院 62 年台上字第 4 號判例）；「夜間在照明不清之道路，將車輛停放於路邊，應顯示停車燈光，或其他標識，為道路交通安全規則第一百十二條第一項為十二款所明定，上訴人執業司機，對此不能諉稱不知，且按諸當時情形，又非不能注意，乃竟怠於注意，遽將大貨車停於右側慢車道上，既不顯示停車燈光，亦未作其他之標識，即在車內睡覺，以致被害人駕駛機車，途經該處，不能及時發現大貨車之存在，而自後撞上，不治死亡，則其過失行為與被害人之死亡，顯有相當之因果關係。」（最高法院 65 年台上字第 3696 號判例）；「上訴人為從事汽車駕駛業務之人，既見對面有來車交會，而仍超車，於超車時，又未保持半公尺以上之安全間隔，竟緊靠右側路邊駛車，迫使其右邊之林女駕駛之機車，無路行駛，一時慌急，操作不穩，緊急煞車，機車右前方裝置之後視鏡，碰到路邊之電桿而傾倒，致使機車後座林女之母摔倒地上，因傷斃命。是上訴人之違規行車，與林母之死亡，顯有相當因果關係，應負業務過失致人於死之罪責。」（最高法院 69 年台上字第 3119 號判例）

如前所述，在舊刑法時期，實務對於「業務過失」之解釋成果，主要是確立「業務」不僅係「主體」要素，亦屬「行為」要素¹⁷。至現行刑法時期，實務見解對於「業務過失」之解釋，已較舊刑法時期更為深入，約可歸納下列數項重點：

1. 「反覆繼續性」為業務特性之一

實務見解認為，刑法上所謂「業務」，係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言；因此，一人不以一種業務為限，如一人同時兼有二種或二種以上之業務，亦足當之¹⁸。

2. 業務之認定，採事實業務說，不以合格執業者為限

實務認為，刑法上所謂業務，係以事實上執行業務者為標準，即指以反覆同種類之行為為目的之社會的活動而言；執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，但仍無礙於業務之性質。因此，無醫師資格者，如其以從事醫療行為為業，仍屬刑法上之「業務」¹⁹。

3. 業務之範圍，包含有直接關係之附隨業務

實務認為，業務之範圍，不以主業務為限，具有直接關係之附隨業務，亦包含在內。例如，計程車駕駛，雖以計程車載運乘客為主業務，如以計程車載運家人，亦屬有直接關係之附隨業務；貨車駕駛，雖以該貨車載運貨物為主業務，如以該貨車載人，仍屬有直接關係之附隨業務²⁰。

(五)關於過失犯之不純正不作為犯

在舊刑法時期以前，實務見解鮮就過失犯與不純正不作為犯之關係予以闡述，一般僅就過失犯與作為犯之關係予以說明。現行刑法時期，實務即闡明過失犯之類型，除作為犯之外，尚有不純正不作為犯。犯罪結果之發生，縱非自己積極行為所致，雖不成立過失作為犯；惟法律上自己有防止犯罪結果發生之義務，如疏於防範，任令犯罪結果發生者，仍得成立過失不純正不作為犯²¹。

(六)承認信賴原則，得阻卻過失犯之成立

¹⁷ 目前實務仍採此項見解，例如，「刑法第二百七十六條第二項業務上過失致人於死罪，以行為人之過失，係基於業務上行為而發生者為限。上訴人既係司機助手，並未擔任司機業務，則其偶因司機生病，代為駕駛，以致誤斃人命，自屬普通過失致人於死，不負業務上過失責任。」（最高法院 46 年台上字第 13 號判例）

¹⁸ 最高法院 69 年台上字第 4047 號判例要旨參照。

¹⁹ 最高法院 43 年台上字第 826 號判例要旨參照。

²⁰ 實務見解，例如，「上訴人係以駕車為業，其所駕駛復為其公司之大貨車，縱此次非載貨而載人，但因與其駕車業務有直接關係，仍屬業務上之行為，自應負特別注意義務，由於其過失行為，發生致人於死之結果，原審本此確定之事實，適用刑法第二百七十六條第二項論以罪責，自無適用法則不當之違法。」（最高法院 71 年台上字第 7098 號判例）

²¹ 例如，「原審判決以被告前往某甲家擬邀其外出同看電影，某甲見被告衣袋內帶有土造小手槍，取出弄看，失機槍斃命，認某甲之死，非由被告之行為所致，諭知被告無罪，惟被告所帶手槍，如果裝有子彈，則取而弄看，不免失機誤傷人命之危險，按之刑法第十五條第二項規定，被告即有阻止某甲

關於「信賴原則」或「容許風險」作為過失犯之阻卻違法事由，學理上雖早已提出，德、日司法實務亦早已承認，惟我國實務則於晚近始予採用，初期係於交通事故中運用「信賴原則」作為過失犯阻卻成立事由²²；之後，再擴及其他非交通事故之案件²³。

然而，實務一則未於相關判解中，交待「信賴原則」或「容許風險」究係屬過失犯之何種阻卻犯罪成立事由，致使其犯罪論體系地位不清；再則人民遵從相關法令所從事之活動，即有主張依刑法第21條第1項「法令行為」不罰之可能，則過失犯之判斷，既有可能採用「法定阻卻違法事由」，則何以捨此不用，而求諸「超法阻卻違法事由」呢？

四、小 結

綜上所述，關於過失犯之成立要件，在立法上，從無明文規定，到明定故意、過失之區別；而實務見解之發展，從繼受草創，至後來之不斷累積，雖已有相當之成果，然而，不能不承認的是，實務所累積之成果尚

屬不足，關於過失犯完整之成立要件，仍未形成明確的體系。

肆、過失犯成立要件與過失理論

過失犯之成立要件，與過失理論之發展有密切之關係。在理論發展史上，過失理論大體上有新、舊學說之區別，茲簡述如次。

一、舊過失理論

舊過失理論源於古典犯罪階層理論，認為行為人於行為時欠缺意識集中之心理狀態，由於此種心理狀態，以致未預見結果，遂致犯罪結果發生，基於心理責任論之要求，應負過失責任。換言之，過失犯之成立，以行為、結果之發生，欠缺意識集中（不注意）之心理狀態，及因果關係之聯絡為其要件。

由於舊過失理論將「過失」之體系地位，置於責任，而認「過失」係責任條件或責任類型，並認故意犯與過失犯在構成要件與違法之判斷上，並無不同。在判斷過失責任時，側重於行為人對於犯罪結果之預見可能，如行為人不能預見犯罪結果之發生時，則不負過失責任；反之，如行為人能預見結果之發生，縱其已盡力防止，而仍不免於犯罪結果

弄看，或囑其注意之義務，倘當時情形，被告僅有阻止或囑其注意之時間，因不注意而不為之，以致某甲因失機彈發斃命，依同條第一項規定，即不得不負過失致人於死之責。」（最高法院29年上字第2975號判例）

²² 例如，「汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。」（最高法院84年台上字第5360號判例）

²³ 例如，「『屋外供電線路裝置規則』係經濟部依電業法第三十四條訂定發布，其有關架空電線與地面垂直間隔之規定，已有安全上之專業考量，在一般正常情況下，符合該規則設置之電線，應足確保安全無虞。本件架空屋外高壓供電導線之高度，符合該規則所定之基本垂直間隔，為原判決確認之事實，則設置機關或負有安全監督責任之被告，於不違反其客觀上防止危險結果發生之注意義務下，在通常情形一般人俱應予以容認，而作適切之相應行為，不致高舉導電物品行經電線下方，期能共維安全，自有正當之信賴；故被害人垂直持魚竿行經上開高壓供電導線下方，要屬其自身之危險行為，不能令被告負過失責任。」（最高法院93年台非字第94號判例）

之發生時，亦應負起過失責任²⁴。

因此，以器官移植手術為例，醫師於手術前，即已預見器官移植存有致死之一定風險，縱其盡力預防，病患如仍因身體排斥現象，造成器官衰竭不免身亡，則依舊過失理論，醫師仍應負業務過失致死之刑責。惟如此之結論，實與社會文明進化所需不符，因而有新過失理論之提出。

二、新過失理論

由於舊過失理論，將過失之判斷置於責任，且側重行為人對於結果發生之預見可能，造成過失犯之判斷屢有不當之情形，因此，即有論者主張過失犯之判斷，不應僅係行為人行為時心理狀態之判斷而已，在違法性之判斷上，如已合於阻卻違法原理之情形，應即於違法性之判斷上予以阻卻犯罪之成立，而不待乎責任之判斷，「容許風險」及「信賴原則」等超法規阻卻違法事由之提出，可謂係對於舊過失理論之反省。

而後，**Welzel** 提出目的主義犯罪階層體系理論，主張故意、過失並非全屬責任要素，而有屬構成要件故意、過失者；關於違法之本質，則主張行為反價值，應較結果反價值重要。在 **Welzel** 的影響之下，新過失理論之發展，獲得重要助力，新過失理論之核心，將原先舊過失理論側重之行為人對結果發生之「預見可能」，轉移到行為人對結果發生之「迴避可能」上²⁵。

伍、過失犯成立要件與犯罪階層體系理論

雖然，新、舊過失理論，對各自於過失犯之成立要件，提出側重之方向，惟過失犯

成立要件之完整體系，仍必須配合犯罪階層體系予以理解，始克有功。實際上，舊過失理論之演繹背景，係配合古典犯罪階層體系理論予以述敘；新過失理論之場景，更跨越新古典與目的主義犯罪階層體系。因此，本文嘗試自不同犯罪階層體系之立法及其方法論，來探討過失犯之成立要件。

一、古典犯罪論體系

古典犯罪階層體系，以 **Beling**、**Liszt** 等學者為代表，從自然科學方法論出發，最先建構出犯罪成立要件之理論體系。本體系對於犯罪定義為具備構成要件該當性、違法性及有責性之行為；其主張特色，在行為理論方面，採用「因果行為論」；在構成要件，則強調構成要件僅有客觀、中性無價值色彩之要素；在違法性，只承認法定阻卻違法事由之判斷，不承諾超法規阻卻違法事由之存在；至於責任之本質，則採用「心理責任論」。換言之，犯罪各階層之要件，均不脫自然科學方法論之立場。

在古典犯罪階層體系之立場下，故意與過失，均屬責任條件或類型，故意犯與過失犯在構成要件與違法性等客觀犯罪要件上，並無差異；而因責任之本質係採「心理責任論」，是故當時過失責任之判斷，側重於行為人於行為時對於犯罪結果發生之預見可能上，此即為舊過失理論之演繹背景。

二、新古典犯罪論體系

新古典犯罪階層體系，以 **M.E.Mayer**、**Mezger** 等學者為代表，反對古典犯罪階層體系所採用之自然科學方法論，主張應以新康

²⁴ 廖正豪，過失犯論，69-70 頁，三民書局，1993 年 8 月初版。

²⁵ 廖正豪，前揭書，71-72 頁。

德主義方法二元論，作為建構犯罪階層體系之方法。本體系之主張特色，在行為理論方面，有「社會行為論」相呼應；在構成要件方面，主張有規範性要素之存在；在違法性方面，則承認有超法規阻卻違法事由之存在；至於責任之本質，則有「規範責任論」及「人格責任論」之提出，規範責任並發展為現今之通說。

雖然新古典犯罪階層體系，仍將故意、過失置於責任，仍將其視為責任條件或類型，這點與古典犯罪階層體系相同。不過，在違法本質與阻卻違法之原理部分，新古典犯罪階層體系已承認超法規阻卻違法事由，在利益衡量下，「容許風險」與「信賴原則」等過失犯之超法規阻卻違法事由漸次被法界廣為接受，而有新過失理論發展之契機；並且，責任之本質，已捨棄原先「心理責任論」之立場，而改採「規範責任論」，因此，新古典犯罪階層體系對於有責性之判斷，也已與古典犯罪階層體系不同，「期待可能性」之判斷，也成為過失責任檢驗要件之一。

三、目的主義犯罪論體系

目的主義犯罪階層體系，以 Welzel 為代表學者，Welzel 在現象學與實存哲學的本體論影響下，主張人類精神面的目的性存在，在此種方法論下，Welzel 批評自然科學主義下的因果行為論、以及新康德主義方法二元論的社會行為論，其自存在論立場建構「本體論」犯罪論體系，提倡「目的行為論」，主張故意、過失並非全屬責任要素，而有屬構成要件故意、過失者；關於違法之本質，則主張行為反價值，應較結果反價值重要，而提出「社會相當性」理論。

如前所述，在 Welzel 的影響之下，新過失理論之發展，獲得重要助力，新過失理論

之核心，將原先舊過失理論側重之行為人對結果發生之「預見可能」，轉移到行為人對結果發生之「迴避可能」上，有關過失犯成立要件之核心，即「注意義務有無違反」之判斷上，犯罪結果之迴避可能成為通說。

不過，由於 Welzel 所建構的犯罪論體系，係以「目的行為論」為基礎，而「目的行為論」僅能說明故意犯之體系，而無法為過失犯體系提供合理之說明，因而造成過失犯與故意犯之體系分裂之結果，以致於新過失理論發展至今，有關過失犯成立要件雖普遍承認應判斷有無違反「客觀注意義務」與「主觀注意義務」，惟「客觀注意義務」之體系地位究應置於構成要件？抑或置於違法性？不免爭議；更重要者，以現今之刑法理論而言，過失犯之犯罪階層體系，其各階之要件為何？與故意犯之異同何在？實無共識可言。

陸、本文對於過失犯成立要件之看法

一、過失犯之成立要件與犯罪評價體系

(一) 本文所採犯罪階層體系

本文認為，犯罪階層體系應係全體犯罪之共通成立要件，不論是故意犯、過失犯，作為犯或不作為犯，均應有共同之成立要件。因此，如過失犯之犯罪階層構造與故意犯不同，除非能提出合理差別對待之理合，否則此種狀況顯有悖於體系正義之要求。職是本文先就犯罪共通成立要件之體系，予以理論上之說明，而後再就本文所採之犯罪階層體系立場，提出過失犯之成立要件。

首先，本文認為行為事實之事態發生邏輯與犯罪評價之檢驗邏輯，二

者概念有所不同，應先予辯明。以行為事實之事態邏輯而言，係依循「因」、「果」之順序發生；惟在犯罪評價之檢驗邏輯上，則係從「果」逆推回「因」。舉例言之，當 A 遇見 B 正遭 C 強取財物時，見義勇為，毆傷 C 而維 B 之財物，則就事態邏輯而言，「正當防衛」是「因」，「傷害人之身體」是「果」；惟在檢驗邏輯上，我們須先檢驗法律所關心之「果」—「傷害人之身體」是否發生，如發生，方進一步檢驗有無正當理由之「原因」，以進一步評價犯罪是否成立。由於犯罪階層體系，係檢驗犯罪是否成立之體系，因此在建構犯罪階層體系時，應基於檢驗邏輯之立場，而非事態邏輯之立場。

再者，本文認為，「犯罪乃違反行為規範之行為」之命題，係犯罪之最基礎形式意義，因此，要更進一步分析犯罪之共同成立要件之形式架構，即應從此一命題之結構著手。行為規範之內容，主要有「禁止規範」、「命令規範」，以及例外之「容許規範」。自行為規範之結構以觀，係由三個部分所組成：(1)規範對象、(2)指令(3)規範事項。換言之，行為規範，乃向「受命人」「指示」「為一定之類型性行為事實」。

犯罪之成立，須行為人有實施行為規範所指示之一定類型性行為事實，始得謂之。倘行為人根本未實施行為規範所指示之一定類型性行為事實，自始不生違反行為規範之問題，而無犯罪成立可言。就此部分之犯罪成立要件，乃向來構成要件之議題，

其性質，乃事實之判斷。

其次，行為人雖有實施行為規範所指示之一定類型性行為事實，惟應否成立犯罪，尚須進行價值判斷。蓋行為人所為違反行為規範所指示之一定類型性行為事實，究竟有無違反行為規範之「指令」，尚須進一步進行價值判斷。蓋就行為規範之指令類型而言，除命令及禁止外，尚有容許指令，而前開指令之性質，係屬價值概念，因此，倘未進一步評價行為人所為違反行為規範所指示之一定類型性行為事實，究竟有無違反行為規範之「指令」，尚無法判斷犯罪是否成立。

而在評價行為人所為違反行為規範所指示之一定類型性行為事實，究竟有無違反行為規範之「指令」之議題上，由於行為規範之受命人包含「一般國民」以及「行為人」，因此，在判斷標準上，應分別依一般國民之能力與行為人之能力予以檢驗。本文認為，此即違法與責任兩階層之依據。

本文認為，構成要件之實質根據，雖與罪刑法定原則及刑法之保障機能相關，惟其尚與法益保全原則及刑法之保護機能相關。蓋立法者在訂定犯罪之構成要件時，須該行為類型對於法益具有侵害性，或屬實害或屬危險，始得予以入罪化；換言之，立法者所規定之犯罪類型，性質上至少須係抽象危險犯，倘該構成要件行為類型對法益不具何侵害性，則此種立法，顯已違反憲法目的性原則，應屬無效。因此，所謂構成要件，係指立

法者所禁止或命令而具有法益侵害性之行為事實類型，構成要件該當性係屬事實之判斷。至於違法與責任，則係以符合一定法益侵害行為事實為對象，進一步評價是否有違行為規範之指令，前者屬評價對象，後者屬對象之評價，性質截然不同。

(二)因果關係之定位

在進行犯罪成立判斷時，首先須確定評價對象之具體行為事實之範圍，尤其是行為所造成之結果，須藉由因果關係之檢驗予以確定是否係行為所造成；倘與行為間無因果關係，則該結果即非附隨於行為之事實。換言之，在針對作為犯罪成立判斷對象之具體行為事實予以確定時，根本即不得將該種與行為無因果關係之結果予以排除，則在犯罪成立之評價過程中，在運用犯罪階層體系檢驗犯罪是否成立之過程中，亦不發生檢驗因果關係之問題。

惟對具體行為事實予以確定時，倘已檢驗行為與結果間具有因果關係，則該結果即屬附隨於行為之事實，在判斷犯罪之成立時，應一併為刑法所評價；而在運用犯罪階層體系檢驗犯罪是否成立之過程中，由於行為與結果間因果關係之有無，已於確定具體行為事實時檢驗過，亦不發生檢驗因果關係之問題。因此，本文對於因果關係之體系性質，認為非屬客觀構成要件該當性之判斷，而係具體行為事實範圍之確定，簡言之，因果關係並非犯罪評價標準之問題，而係犯罪評價對象之問題。

(三)相當性理論及客觀歸責理論應不可採

本文認為，因果關係之判斷，僅須檢驗條件關係，且屬犯罪評價對象之確認（行為論），而與犯罪評價體系本身無涉。而不論相當性理論或客觀歸責理論，均在已具備條件關係之前題下，另行檢驗「相當性」或「客觀可歸責性」之犯罪評價要件，這部分係屬犯罪評價體系標準之問題。

重點是，如果「相當性」或「客觀可歸責性」之判斷內容，與犯罪評價體系中其他要件不生重疊，性質上屬獨立存在之要件，則予以採用尚有空間；惟如與其他犯罪評價要件發生重複，則其即無採用之必要。

實則，「相當性」之判斷，與過失犯注意義務違反之判斷，內容完全重複；「客觀可歸責性」之判斷，目前亦不過將「容許風險」、「信賴原則」、「被害人同意」等超法規阻卻違法事由，稱為「阻卻客觀歸責事由」。因此，本文認為相當性理論及客觀歸責理論應不可採。

二、過失犯之構成要件

(一)構成要件之性質與要素

「構成要件過失」一詞，其意涵及範圍，究係為何？解釋上，(1)可能係指過失犯之「整體構成要件」；(2)亦可能僅係指過失犯之「主觀構成要件」，亦即係指「主觀構成要件要素」。

本文認為，不論故意犯或過失犯，均應有共同之犯罪階層體系；而構成要件，係立法者於分則所定具有法益侵害性之抽象行為事實類型²⁶。在故意犯，稱「構成要件故意」既係指

「故意犯之主觀構成要件要素」，而非指「故意犯之構成要件」，則在過失犯，基於體系之一貫性，「構成要件過失」應非用以指涉「過失犯之構成要件」，而應專指「過失犯之主觀構成要件要素」為是。

因此，依本文之見解，過失犯之構成要件，性質上即非屬「開放性構成要件」，因為「開放性」的要件主角—「客觀注意義務之違反」，體系地位不在構成要件，而係在違法。

(二)過失犯之客觀構成要件

本文認為，基於體系之一貫性，故意犯與過失犯，在客觀構成要件上，均屬相同。並且，依刑法第 13 條、第 14 條有關故意、過失之定義，其所附麗之對象，均係「構成犯罪之事實」，更足證故意犯與過失犯之客觀構成要件之同質性。

(三)過失犯之主觀構成要件

由於構成要件故意，係行為人實施一定法益侵害行為事實之主觀心理情事，性質上係構成要件存在論結構之一環，而為違法與責任之評價對象，因此，構成要件過失，亦係行為人實施一定法益侵害行為事實之主觀心理情事。

關於構成要件故意、過失之區別，目前多數見解採「意欲主義」，前者要求對於構成犯罪之事實須「有知、有欲」；而對於後者，則側重「無欲」，而可分為「無知（無預見）、無欲」之「無認識過失」及「有知（有預見）、無欲」之「有認識過

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

三、過失犯之違法

(一)違法之本質與阻卻違法原理

所謂「違法」，乃指具備構成要件該當之行為，與法秩序牴觸，或與法律價值相違背之情形。在刑法理論體系上，具備構成要件該當之行為，應具有法益侵害性，不論係為實害抑或為危險，一般情形下，為法律所不容許；惟在特例情形下，行為人具有正當理由，此種正當理由係合於法秩序或法律價值，此時，行為人所為之行為，即為合法之行為，而無成立犯罪之理。因此，一般認為構成要件該當性，係通案、事實判斷；而違法性則係個案、價值判斷。

關於違法本質為何之議題，主要有「結果反價值論」與「行為反價值論」之爭。由於違法之本質所持見解之不同，在阻卻違法原理的立場上，亦將有所差異。持結果反價值論者，關於阻卻違法原理，傾向「法益衡量說」之立場；持行為反價值論者，如

Welzel，因以社會倫理規範作為依據，關於阻卻違法原理，則採「社會相當性」理論。

本文對於違法之本質，採用「二元行為反價值論」，以行為反價值為主、結果反價值為輔，且行為反價值之標準，如前所述，係自法規範之立場，以一般國民之能力為基準，而就具備構成要件該當性之具體行為事實，能否期待一般國民在行為當時，避免構成要件該當行為之實施，而改採其他合法行為之可能。因此，本文所持阻卻違法之原理，可謂係「法律義務違反說」²⁷。

(二)過失犯與阻卻違法事由

不論故意犯或過失犯，關於違法之本質與阻卻違法原理均屬相同，因此，落實到阻卻違法事由之運用上，除非本質上無法運用於故意犯或過失犯者，否則均應一體適用。

目前法定阻卻違法事由中，刑法第 21 條之法令行為、第 22 條之業務上正當行為、第 23 條之正當防衛、第 24 條之緊急避難等，其適用於故意犯固無疑義，惟其能否適用於過失犯，則不免爭議；惟衡諸法理，不論是法令行為、業務上正當行為，或正當防衛、緊急避難，性質上並無當然排斥於過失犯之情形，且此等阻卻違法事由，既為法律所明定，倘無堅強之法理得以說明不適用於過失犯，即應一體適用。

至於超法規定阻卻違法事由中，被害人同意（被害人承諾）、推定承

諾、義務衝突等，性質上應限縮適用在故意犯；而容許風險、信賴原則等，性質上應限縮適用在過失犯。

(三)客觀注意義務與過失犯之違法

關於客觀注意義務之違反與否，重點在檢驗一般人對於犯罪結果是否有迴避之可能，因其性質係屬法秩序或法價值之判斷，體系位置應置於違法階層予以檢驗。

其次，在過失犯違法性之判斷順序上，「阻卻違法事由」之判斷，應先於「客觀注意義務違反」，雖然不違反客觀注意義務之行為，在法律上係屬行為有價值，而得阻卻違法，惟如行為人之行為已合於各種「阻卻違法事由」，在法律既屬正當行為，即無違反客觀注意義務可言。

同樣以器官移植手術為例，A 醫師為洗腎患者進行換腎手術，對於手術有造成器官排斥而導致死亡之風險，專科醫師均有專業知識，而要避免病患發生死亡結果，則不為病患進行腎臟移植手術，即可避免，如此似乎在容許風險下發生病患死亡之結果，一般專科醫師均有迴避之可能，如此 A 醫師似已違反客觀注意義務。

惟如本文所述，A 醫師之進行換腎手術，倘均符人體器官移植條例所定之要件，即得主張「法令行為」阻卻違法，其行為在法律上既屬正當行為，即無接續判斷是否有違反客觀注意義務之問題。

四、過失犯之責任

²⁷ 新宗立，刑法之傳承與變革，390-395 頁，五南圖書，2007 年 10 月初版。

(一)責任之本質與要素

刑法學上責任之概念具有多義性，依規範責任論之見解，所謂責任，乃指行為者當實行某一行為之際，雖其可以採取合法行為而為意思決定，且亦應依此一方向決定其意思，惟行為人竟不採取此一行動，而敢趨向於違法方向作意思決定而為違法行為。在此一情況之下，其行為之方法係屬不當，因而對行為者非難其行為之無價值也，是故責任係以對於犯罪者意思形成之非難為其本體²⁸。

而在規範責任論之立場下，多數見解認為責任之要素有三：「責任能力」、「違法性認識」與「期待可能性（客觀附隨情事之正當性）」。²⁹茲就過失犯之責任要素與三者之關係，析述如次。

(二)過失犯與責任能力

現行刑法第 18 條有關責任年齡之規定，不論故意犯、過失犯，均一體適用；而第 19 條有關精神狀態之責任能力規定，以及第 20 條瘡啞人之限制責任能力規定，亦同。因此，「責任能力」此一責任要素，確屬全體犯罪之共通要素。

(三)過失犯與違法性認識

刑法理論史上，違法性認識，原先在古典及新古典犯罪階層體系中，稱為「法律認識」，係屬故意責任要素之一，僅適用於故意犯，與過失犯無涉。惟自目的主義犯罪階層體系提出以後，改稱為違法性認識，並成為責任要素之一，至此，違法性認識亦

適用於過失犯，而真正成為全體犯罪之共通要素。

(四)過失犯與期待可能性

「期待可能性」，於規範責任論初始階段，尚未具有獨立之地位，而係作為「責任能力」、「故意與過失責任條件」之屬性予以判斷；後經 Welzel 之主張，始漸次取得獨立之地位而告確定；惟為將此一責任要素，與規範責任論中作為阻卻責任基礎之期待可能法理予以區隔，論者有以「客觀附隨情事之正常性」予以代稱。

而在過失犯之判斷上，「主觀注意義務」之違反，向為論者所提及，惟其與「期待可能性」之關係為何，則未見詳究。實則，「主觀注意義務」之違反，既係以行為人對於犯罪結果之迴避可能為核心，其性質即與作為責任要素之「期待可能性」相同。至此，本文認為過失犯與故意犯之犯罪階層體系並無不同。

柒、結 語

經本文之探討，發現多數論者之所以將「客觀注意義務之違反」置於構成要件，而造成刑法理論上諸多衝突與缺失，關鍵在於舊過失犯理論，不論在犯罪階層體系係採古典或新古典體系，在構成要件方面，原則上僅承認「客觀要素」，而將所有主觀要素，包含故意、過失均置於責任予以判斷，而認故意、過失係屬責任之條件或類型，因此，就過失犯之成立判斷而言，注意義務之違反，不論是刑法第 14 條第 1 項或第 2 項所規定之

²⁸ 洪福增，「責任之理論序說」，收錄於刑事責任之理論，刑事法雜誌社，1988 年 12 月修正再版，1 頁。

過失犯成立要件，均於有責性一體判斷。換言之，依當時之犯罪階層體系，具體行為事實是否成立犯罪，應先就行為之客觀面，檢驗是否符合犯罪之構成要件（原則上僅有客觀要素），具備構成要件該當性後，再檢驗有無違法性，倘符合後，再至責任，先檢驗有無責任能力，而後再檢驗責任類型。在責任類型之檢驗上，應先檢驗是否為故意責任；倘非屬故意責任，始再檢驗是否為過失責任；如亦不符過失責任之要件，則該案件將屬「不可抗力」，行為人無庸負起責任。因此，在當時之體系下，「故意與過失」之區別、「過失與不可抗力」之區別議題，自有其必要；並且，當一個行為事實，經評價結果，認應負故意責任或過失責任，均有法律上非難之色彩。

惟依目前之犯罪階層體系，故意與過失已非僅係責任之要素問題，在故意犯部分，原屬責任要素之「故意」，當時之內涵包括「事實認識」及「法律認識」，如今經重構後，分別解放至三個階層：在構成要件，有「構成要件故意」，在違法則有「主觀正當化事由」，在責任則有「違法性認識」，因此，一個行為事實僅具備「構成要件故意」，尚未經違法性及有責性之評價，此時既未經確認成立犯罪，尚無法律非難之性質。

反觀過失犯，多數見解認為「構成要件過失」之所以要以「客觀注意義務」之違反為其內涵，係為了與「不可抗力」作區別；惟多數見解既支持將原屬責任要素之「過失」

予以解放，則所謂「構成要件過失」，僅屬過失犯成立要件之第一階，從前「過失與不可抗力」之區別，係在有責性予以檢驗；如今在「構成要件過失」階段，即欲與「不可抗力」作區別，已有違刑法論理。蓋所謂「不可抗力」，並非法律上之評價標準，而係經法律評價後之結果，而過失犯之成立，除須具備構成要件該當性外，尚須經違法性及有責性之判斷，如具違法性及有責性，則成立過失犯；如不具違法性或有責性，則非屬過失犯，則可能屬「不可抗力」。

依現今之犯罪階層體系，過失犯之構成要件，在法理上既不應且無須與「不可抗力作區別」，本文認為，過失犯與故意犯在構成要件上即應作相同之處理：「構成要件故意」係屬事實判斷，「構成要件過失」亦應屬事實判斷；「構成要件故意」既屬主觀要素，「構成要件過失」亦應屬主觀要素。至有無違反「客觀注意義務」，性質上係屬整體法秩序之評價，自應移置違法性予以判斷。

因此，本文對於刑法第14條之解釋，所謂「應注意」，乃過失犯違法性評價問題；所謂「能注意」，乃過失犯有責性評價問題；至「不注意」（無認識過失）與「預見其能發生而確信其不發生」（有認識過失），則屬過失犯之主觀構成要件判斷問題。

至於過失犯主觀注意義務之違反判斷，依本文之探討，即等同於「期待可能性（客觀附隨情事之正當性）」。