

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

結果犯 客觀歸責理論放射範圍的極限？

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC94-2414-H-004-050-

執行期間：94年08月01日至95年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：李聖傑

計畫參與人員：涂自強、李孟哲

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 95 年 10 月 25 日

結果犯—客觀歸責理論放射範圍的極限？

計畫中文摘要

客觀歸責理論的提出，在犯罪判斷體系中分開了因果關係與風險關聯，而且明白的定位因果關係的檢驗是事實判斷，風險關連是規範判斷。在客觀歸責理論中，一個還沒有被廣為注意到的核心命題是：社會所接受的行為，不會是不容許風險的製造，也只有在這樣的先決命題下，所謂風險降低才有可能被定義為沒有製造風險。然而這樣的命題是否也能適用於行為犯，並非沒有疑義。由於沒有實害或具體危險結果的出現，單純以行為是否為社會所不容許，判斷是否可以排除犯罪的成立，其實可能涉及的是另一個更上位的問題，也就是犯罪類型是否應該成立的檢驗；是屬於應罰性與需罰性的討論。除非結果被定義為一種狀態改變，否則客觀歸責理論沒有辦法擺脫必須以因果關係存在作為前提檢驗的架構設計。在犯罪判斷體系中，每一個階層要件都有被賦予的內涵，如果以社會容許的價值思考將成立犯罪的關鍵判斷前置到行為階段，應該不是行為被定義為犯罪前提的基本設計。

關鍵字：風險關聯、因果關聯、結果歸責、應罰性、需罰性

Auszug

In den üblichen Darstellungen der Lehre von der objektiven Zurechnung sind die Kategorien der objektiven Zurechnung und der Kausalität nicht identisch. Während die objektive Zurechnung maßgeblich ein normatives Kriterium dargestellt wird, ist die Kausalität von der überwiegenden Meinung in der Literatur bloß als Urteil über die Ursächlichkeit angesehen. Aber man muss hier noch bemerken, dass eine erwünschte Handlung niemals als die unerlaubte geschaffene Gefahr angesehen werden dürfte. Diese Diskussion ist in Bezug auf ein obere Problem, d.h. die Urteilung der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit. Nach der Entwicklung der Lehre der objektiven Zurechnung enthält der objektive Tatbestand bereits eine normative Wertung. Um die Konkretisierung der objektiven Zurechnungslehre so deutlich und einfach wie möglich zu gestalten, erscheint es zweckmäßig, sich darum zu bemühen, die Urteilung des normativen Werts nicht mittels des Begriffs des Handlungsunwerts zu lösen.

Key Word: Risikozusammenhang, Kausalzusammenhang, Erfolgzurechnung, Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit.

壹、前言

刑法是一種規範，一種法律規範，如果我們將法律規範定義為經由法律的規定，改變或約束人類行為模式的社會共識。那麼如何透過行為的約束達到我們所希冀的秩序，其實是跟人類的經驗知識息息相關。由於人類本能的相信「任何結果都是有原因」的基本命題，所以每一個不同規範的出現時，往往會被連動的賦予一定的目的，而且不管規範的性質是以什麼樣的形態來出現，人們總是會以人類自己所自以為存在的因果法則，來檢視規範的應然表現。隨著科技的進步以及人類對於自然世界更多的經驗認識，人們漸漸的發現，在社會的參與中，因為我們對於認識對象的經驗不足，在抽象的思考邏輯上，無論如何我們都必須承認：在人類的世界中，所謂應為規範可以實現某些利益保護的想法，確實會因為我們對於因果法則的不完全認識，而不可避免的可能發生與絕對客觀的實際事實有不一致的現象。

儘管人類已經有知識不足的認識，但是這樣的認識並不代表人類會因此放棄或者懷疑「事出有因」的確信。假設我們在生活中遭遇到一個看起來似乎沒有原因的事件，那麼依照我們所認為正確的科學態度來應對，此時我們很可能不但不會以為這樣的事物形成沒有原因，反而會要求自己更積極的探求結果究竟是如何發生。這一種立基於人類本能和主觀經驗的法則思考，在有更多的客觀材料被正確的發現之前，不但沒有因為其所自存於論證邏輯的不完美，而動搖規範必須被遵守的期待，反而在先驗概念（任何結果總是有原因）的基礎上，人類以經驗結合時間次序的聯繫，繼續建立知識。而依隨著知識變動所被顯現出來的規範要求，事實上也都分別成為人們在不同時代中，一直在捍衛的秩序。

在這樣的論述思考中，我們發現所謂因果法則的思考事實上一直在支配著規範，即使人們不願意等到特定結果的出現，才對可能的侵害行為有所限制，而提前將刑罰權的發動置於特定行為時，也必須符合人類「若限制...行為，則...結果可以不發生」的因果認識。此時如果拋離客觀歸責理論的檢驗，必須要以結果原因的存在作為必要的前提之使用客觀歸責理論的普遍共識，無異是對於行為犯之構成要件行為進行規範檢驗。如果以行為必須製造風險才加以歸責的思考，檢驗

行為是否滿足客觀構成要件時，馬上面臨的另一個必須要解決的問題是，立法者（甚至這裡我們可以用普遍社會共識替代立法者概念）為什麼將特定行為規範為犯罪行為。而這樣的問題基本上沒有跳脫出依照人類所認識之因果法則，更確切的說，即使我們把法益侵害或造成法益危險的狀態存在，都看待為所謂的（最廣義）結果發生時，則替代為規範的行止要求，也都因此必須連結依循人類既有經驗所認識的因果關係。

應該要被注意到的事情是，規範犯罪類型時必須符合刑法謙抑性的思考，換句話說，應該要面對的問題是，如何檢驗犯罪類型是屬於適當而可以存在。在專業術語的使用上，在這裡不如回歸應罰性與需罰性的具象標準。

貳、研究目的

本研究計畫希望從客觀歸責理論所沒有被特別注意到的核心意義（社會認識所期待或容許的行為，不具有可歸責性）作為研究的出發，探詢客觀歸責理論適用在單純之行為犯的可能性。雖然犯罪的判斷對象為行為人的行為，然而在體系的犯罪要件檢驗，其實行為的檢驗內涵只是人類理性操控的存在，是對於行為人進行特定行為時具備有刑法上行為之意義的判斷。如果在行為階段可以歸納或是整理出行為不符合社會容許的具體判斷方式，那麼似乎也代表著客觀歸責理論，被直接應用在行為犯對於行為之規範檢驗的可能性。

如果客觀歸責理論可以有適用在行為犯的空間，那麼所謂客觀歸責理論以因果關係存在，作為前提適用的思考，必須修正。此時會發生的現象是：特定原則不但在結果犯可以適用，在行為犯也可以適用。這是一個有趣的現象，當犯罪被表現為是法益侵害的集合概念，其實所謂行為犯與結果犯的類型分類，應該被重視的是其分類標準所切割的兩種不同的要件特性。如果有一個原則使用在這兩個犯罪類型都會出現，那麼其實也表示這樣分類的判斷，對於該原則適用是沒有特殊意義的，或者我們也因此可以理解該原則應該被架構在一個更上位的思考，更確切的說，或許客觀歸責理論因此在檢視犯罪成立時，被置放在一個更高的檢查點，這樣的出發思考，不可諱言，是本研究計畫的最初目的。

參、研究方法與文獻探討

本研究計畫分別從體系意義與評價內涵兩個面向分析客觀歸責理論，在參考文獻的篩選過程中，主要先釐清客觀歸責理論的發展背景，並瞭解客觀歸責理論在一開始定位以結果犯作為前提適用的體系與評價意義。相關文獻對於客觀歸責理論的介紹，基本上都沒有否定，客觀歸責理論在發展的初期，確實是為了限縮因果關係過度擴大的認定。在這一個階段值得注意的是，Otto（Risikohöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417）對於應用客觀歸責理論，排除因果關係判斷的嘗試，這個嘗試後來並沒有受到學者的肯定，甚至 Otto 本人之後的相關著作中，也不再看到有相關的辯證論述。其實學者對於 Otto 冒然放棄因果關係之存在判斷的批判，大多只是認為如果沒有因果關係的檢驗，何來對於特定結果發生之條件的歸責判斷問題。一般來說，學者並沒有在這裡把重心思考放到行為容許性的檢驗，也就是說，抽離因果關係理論的因果判斷而以客觀歸責理論的風險概念替代犯罪檢驗的想法，根本就沒有在行為犯的範疇中被討論過。

除了體系檢驗之外，在這裡還要處理的問題是：即使我們論證價值判斷不需要以事實判斷的存在為前提，而把社會容許的評價直接置入構成要件行為的檢驗。至少有二個面向的討論，是我們不能迴避的。首先我們必須探討行為非價不是單純以構成要件行為在具體案例事實出現，而滿足非價判斷。換句話說，在是否成立為構成要件行為的判斷中，必須有存在要素以外的規範要素，如果客觀歸責理論可以以風險概念做為核心的價值判斷，那麼風險概念是否也能因此繼受為構成要件行為的規範要素。其次，必須思考所謂構成要件行為的規範檢驗，與行為犯本身以行為進行作為犯罪處罰之立法妥當性檢驗，有沒有區隔的空間。更確切的來說，如果我們對於行為犯的犯罪類型是否具備有刑罰必要性，已經出現有檢驗標準，那麼這一種立法是否適當的檢視以及行為是否為構成要件行為的規範判斷，會不會因此而變得同一而重複。

國內相關的文獻（許玉秀，刑法規範的違憲審查標準），已經有學者對於刑

法規範之檢視，必須有應罰性與需罰性的強調。如果要放射客觀歸責理論之核心的容許性思考於行為犯的犯罪類型，也應該研究如何讓應罰性與需罰性的檢視，與構成要件行為成為犯罪類型的規範判斷，有所區隔。

肆、結果與討論

行為是不是成為犯罪類型，而應該以刑罰來加以制裁，有幾項檢驗必須被嚴格的思考。第一：行為連刑罰作為法律效果，成為刑法規範，要符合刑罰的最後手段性，也就是說，行為所具備有的不法內涵已經到達了刑事不法的程度。為了能夠具體化刑罰最後手段的檢視，犯罪類型的設計只有在經過應罰與需罰的判斷後，才有刑罰規範的正當性。第二：如果行為的犯罪類型化不需要存在有特定結果（包含實害結果與具體危險結果）的發生，作為犯罪成立的前提要件時，也不代表特定客觀行為的出現，就合致了構成要件的規定。在行為犯中，是否可以以特定的客觀行為判斷為構成要件行為，其實透過傳統的刑法解釋，也可以找到對構成要件行為之文義理解的限縮與擴大。而經由解釋方法，確實可以利用規範目的的顯現，對於行為人的行為是否成立，又重新加以置入規範價值的判斷。

客觀歸責理論以風險的製造與實現，作為風險關連的歸責思考，理論發展的初期確實被期待有限縮因果關係過渡判斷的功能，因此在理論開始呈現時，Roxin在其刑法總則的論述中，清清楚楚的將客觀歸責理論的適用定位於結果犯，至少定位其適用於必須作因果關係存在判斷的犯罪類型。當客觀歸責理論的規範意義被認識後，其限縮因果關係的附帶功能漸漸不被重視，轉而被思考的是在構成要件中的規範價值功能，這是相對於阻卻違法之消極排除刑事不法內涵的積極要素。如果以客觀歸責理論在結果犯所表現出來的核心檢驗內容：特定結果之發生是否在價值的規範判斷上，歸咎於行為人之特定行為（看待為行為人的傑作），來思考置換應用客觀歸責理論於行為犯的可能性。則這裡可以呈現出來的問題方式是：特定行為在具體案例事實的存在，是否在介入價值判斷後，可以看待為行為人之構成要件行為，來加以歸咎。如果要更確切而口語的表現時，會出現在邏輯思考上極為不順暢的思維：具體案例事實中行為人的行為是不是成為構成要件

行為，而把事實出現的行為看待為行為人的行為。

如果行為犯的類型適當化檢視，以及犯罪判斷的該當檢視可已呈現本計畫對於行為是不是成為犯罪類型，而以刑罰來加以制裁的檢驗思考，那麼以客觀歸責理論突破結果犯的限制，而放射於行為犯似乎找不到很堅強的支持理由。

參考文獻

一、中文（書籍與期刊）

1. 林山田，刑法通論（上），增訂九版，自版，2005年。
2. 林山田，刑法通論（下），增訂九版，自版，2005年。
3. 林鈺雄，新刑法總則，初版，元照，2006年。
4. 許玉秀，刑法規範的違憲審查標準，收錄於：蘇俊雄教授七秩華旦祝壽論文集—民主·人權·正義，初版，元照，2005年。
5. 許玉秀，當代刑法思潮，中國民主法制出版社，2005年。
6. Schünemann（著），陳志輝（譯），德國不作為犯學理的現況（上），軍法專刊，第49卷第5期，2003年。
7. Schünemann（著），陳志輝（譯），德國不作為犯學理的現況（下），軍法專刊，第49卷第6期，2003年。
8. 陳志龍，法益與刑事立法，初版，自版，1990年。
9. 黃榮堅，基礎刑法學（上），三版，元照，2006年。
10. 黃榮堅，基礎刑法學（下），三版，元照，2006年。
11. 蔡墩銘，刑法精義，修正版，翰蘆，1999年。
12. 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ—犯罪總論，修正版，自版，1998年。

二、西文（書籍與期刊）

1. Dencker, Friedrich, Kausalität und Gesamttat, 1996
2. Engisch, Karl, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, in

- Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963
3. *Forst*, Stephan Philipp, Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch vermittelter haftungsbegründender Kausalität, 1999
 4. *Haas*, Volker, Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, 2002
 5. *Jescheck/ Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996
 6. *Kaufmann*, Arthur, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961
 7. *Kant*, Immanuel, Kritik der reinen Vernunft, 1990, Meiner, Hamburg
 8. *Krey*, Volker, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2003
 9. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000
 10. *Maurach/Gössel*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1989
 11. *Meixner*, Uwe, Theorie der Kausalität, 2001
 12. *Otto*, Harro, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 91
 13. *Otto*, Harro, Risikohöhenprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417
 14. *Otto*, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000
 15. *Puppe*, Ingeborg, Die Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 1980 (Bd. 92)
 16. *Quanter*, Rudolf, Die Sittlichkeitsverbrechen, 2003
 17. *Rothenfuß*, Christoph, Kausalität und Nachteil, 2003
 18. *Roxin*, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Band I, .Aufl. 4, 2006
 19. *Roxin*, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003
 20. *Ruprecht*, Thomas, Die Unbestimmtheit der Verursachung. Ein philosophischer Essay über Kausalität, 1967
 21. *Samson*, Erich, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972
 22. *Wessels/ Beulke*, Strafrecht , Allgemeiner Teil 31. Aufl., 2001

計畫成果自評

本研究計畫主要著力的部份是有關客觀歸責理論的發展基礎是不是必須限制於結果犯，如果要將理論放射於行為犯時，最好的方法是找到或設計出一個在行為犯必須思考歸責的具體範例。在思考這樣的範例時，本研究計畫發現，就行為犯行為本身是否能成為犯罪類型時，已經需要有保護利益的認識，而行為還有實際侵害法益，事實上根本是部分行為犯前置刑罰的前提思考（例如抽象危險犯）。當抽象危險犯的成立判斷，都可以依照規範目的，而經由解釋的方法應用，有效防止行為的過度處罰時，一定要在行為犯中加入價值的客觀歸責理論的應用，並沒有完全使人信服的邏輯論證。

本研究計畫在開始進行時，對於客觀歸責理論的發展過程有比較深入的著墨。在預計完成的工作上，本研究計畫將客觀歸責理論的真正核心價值，定位為行為容許性（期待性）所表現出來之法律秩序的負面價值的不存在。在比較犯罪類型存在的合憲思考以及構成要件行為的規範檢視可能後，本研究計畫任為將客觀歸責的思考放射於行為犯，並沒有辦法替代所謂行為應罰性與需罰性的判斷功能，尤其構成要件行為在沒有應用歸責理論時，已經可以經由解釋的方法，對於部分客觀事實行為進行存在判斷的排除。除非能找到或至少設計出一個在解釋上可以依照規範目的被認為構成要件行為的容許（或期待）行為，否則即使經過研究思考而能呈現具體的檢視標準，似乎也只能成為行為之應罰與需罰性的補充判斷。