

禁止錯誤之法律效果

——為故意理論辯護*

薛 智 仁**

要 目

壹、問題背景	五、小 結
貳、思考路徑	肆、再探故意理論
參、檢視罪責理論	一、基本立場
一、基本立場：區分構成要件錯誤與禁止錯誤	二、造成難以忍受的可罰性漏洞？
二、事實與法律誤認之可責性差異？	(一)故意與不法意識之認知種類不同
(一)認知事實與法律的可能性不同	(二)誤認違法性之抗辯難以被推翻
(二)否決事實與法律效力的可能性不同	三、不當優待法敵對與法盲目之人？
三、構成要件故意之訴求機能？	四、行為人處分法秩序的存續？
四、信念倫理與責任倫理之分？	五、新增法律過失之獨立構成要件？
	六、小 結
	伍、對於故意概念與錯誤理論的影響

DOI : 10.3966/102398202015090142003

* 本文初稿曾發表於2013年9月7日由中國山西大學法學院、中國人民大學刑事法學研究中心主辦之「海峽兩岸暨第九屆內地中青年刑法學者高級論壇」。作者特別感謝高雄大學陳子平教授的主持、北京清華大學周光權教授的評論、在場多位先進的提問，以及兩位匿名審查人提供的改進意見，減少本文的錯漏。

** 臺灣大學法律學院助理教授，德國杜賓根大學法學博士。

投稿日期：一〇三年二月十二日；接受刊登日期：一〇三年五月十五日

責任校對：林嘉瑛

一、故意的內涵與定位

(一)故意的內涵

(二)故意的定位

二、相鄰錯誤類型之處置方式

三、附論：宜採二階層理論

陸、結論及展望

一、禁止錯誤阻卻不法故意

二、相關規定之修法方向



元照出版提供

請勿公開散布。

摘 要

在二〇〇五年的刑法總則修正中，立法者依據罪責理論的原理，將不可避免禁止錯誤的法律效果修改為阻卻罪責。不過，本文將指出，罪責理論並非貫徹罪責原則的最佳方案，其將不法意識視為故意以外的獨立罪責要素，使禁止錯誤的行為人受到比構成要件錯誤的行為人更不利的待遇，是迄今仍找不出合理根據的作法。相對之下，故意理論將不法意識視為故意的組成部分，平等對待構成要件錯誤與禁止錯誤的行為人，才是合理的出發點，至於罪責理論批評其造成難以忍受的可罰性漏洞，以及不當地優惠習慣犯與確信犯，都是言過其實的指摘。依此立場，故意固然仍是主觀不法要素，其內涵卻產生大幅的變化，難以和現行法相符合，有待立法者修法採納。

元照出版提供 請勿公開散布

關鍵詞：禁止錯誤、故意理論、罪責理論、罪責原則、不法意識、構成要件錯誤

壹、問題背景

禁止錯誤，又稱為違法性錯誤，係指行為人對於其行為違法性的誤認¹。行為人可能將法所禁止的行為誤認為合法，例如誤以為通姦（刑法第二三九條）合法而與有配偶之人性交，也可能將法所容許的行為誤認為違法，例如誤以為婚前性行為違法卻與情侶性交。行為人將法所禁止的行為誤認為合法，在個案中可能出自不同原因。例如，行為人誤以為通姦合法，可能是以為法律自始不禁止通姦，或以為通姦罪已經失效，或正確認知刑法禁止通姦，但誤以為行為符合例外的容許事由。行為人將法所容許的行為誤認為違法，也存在類似的原因。例如，行為人誤以為婚前性行為違法卻與情侶性交，可能是以為法律自始禁止婚前性行為，或以為法律原則上容許婚前性行為，但是自己的行為恰好是例外禁止的情況。

問題是，上述禁止錯誤對於行為人的刑事責任有何影響？可以確定的是，不論行為人是誤解一般禁止規範的效力或射程（直接禁止錯誤），或是正確認識一般禁止規範，卻誤解例外容許規範的效力或射程（間接禁止錯誤）²，行為人都是將違法行為誤認為合法，誤認的種類不會影響刑事責任的認定。同樣沒有疑義的是，在行為人誤認行為違法時（反面禁止錯誤），既然行為客觀上並未違法實現犯罪構成要件，基於罪刑法定原則，這個行為就是不成立犯罪，行為人誤認行為違法純屬不罰的幻覺犯或誤想犯（*Wahndelikt*）³。最具爭議性的問題是，行為人將法所禁止的行為

¹ 林山田，刑法通論（上），頁429，2008年1月，10版。

² 禁止錯誤的分類，參考同前註，頁430-433；黃常仁，刑法總論，頁105-109，2009年1月，2版；蘇俊雄，刑法總論II，頁327，1997年7月。

³ 參考林山田，同註1，頁507；*Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2011, § 17 Rn. 36.

誤認為合法時，針對所實現的構成要件欠缺不法意識（*Unrechtsbewusstsein*）或違法性認識（*Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*），行為人仍然成立犯罪嗎？

早期所謂「不知法律不免責」的說法，認為不法意識並非犯罪的必要條件⁴，所以禁止錯誤不阻卻犯罪之成立。不過，目前的刑法學說及立法均基於罪責原則，認為不法意識係犯罪的必要條件，只是就其欠缺的法律效果為何，在刑法釋義學上向來有故意理論（*Vorsatztheorie*）與罪責理論（*Schuldtheorie*）之爭。依據故意理論，不法意識屬於故意的組成要素之一，禁止錯誤會發生阻卻故意的效果，僅在行為人違背義務地未注意行為違法時成立過失犯。由於刑法僅在少數犯罪處罰過失行為，故意理論在許多情況下將使禁止錯誤的行為人不受處罰，或者僅受到與罪責不相當的處罰，因此被通說認為會造成無法忍受的處罰漏洞⁵。相對於此，罪責理論主張不法意識並非構成要件故意的組成要素，而是一個獨立的罪責要素，行為人若是誤認行為合法，並不影響構成要件故意的成立，只會影響其罪責程度，在行為人不可能認識其行為違法時，自始阻卻罪責而不成立犯罪，但是在行為人可能認識其行為違法時，則依情節減輕其刑。此種在故意犯罪的範疇裡由法院彈性裁量刑罰的作法，避免了上述處罰漏洞過大的刑事政策疑慮⁶。

對照之下，臺灣刑法的規定自始就接近於罪責理論。一方面，

⁴ 德國帝國法院的立場RGSt 2, 268, 269.

⁵ *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., 2006, § 15 Rn. 39; *Heinrich*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2, 2. Aufl., 2010, Rn. 550; *Kaufmann*, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1985, S. 71f.

⁶ 明白指出德國立法者採取罪責理論在本質上是一個刑事政策決定者：*Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., 2011, § 17 Rn. 1.

依據刑法第十三條規定，只要行為人認識「構成犯罪之事實」，其發生亦不違背本意，即可認定有故意，行為人對於違法性的認識或認識可能性，並不是故意的構成要素，所以禁止錯誤不會影響故意的判斷，立法者顯然不採取故意理論的立場⁷。另一方面，在二〇〇五年刑法修正以前，刑法第十六條規定：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」依此，行為人誤認行為合法，有正當理由時得免除其刑，無正當理由時得減輕其刑。配合前述「故意」的立法定義可以推知，此處的減輕或免除其刑，並不是基於阻卻故意而來的法律效果，而是在承認行為人具備構成要件故意的前提下，基於減輕或免除罪責而來的法律效果，因而與罪責理論的主張相近。只稱為相近而不是相同，是因為此一規定與罪責理論存在一個重大的差別：當行為人的禁止錯誤乃無可避免時，罪責理論係阻卻行為人的罪責，而不是裁量免除其刑。因此，當時學者即已批評此一規定明顯牴觸罪責原則⁸。在二〇〇五年刑法修正時，立法者便採納此一批評，認為在行為人不可能認識行為的違法性時「應阻卻其罪責，依原規定卻至多僅能免除其刑，且限於行為人積極誤信自己行為為法律所許之情形，而不包含消極不知道自己行為為法律所不許之情形，過於嚴苛。」因而將刑法第十六條修正為「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」由法條文字反面推論，不可避免之禁止錯誤係阻卻犯罪之成立，可避免之禁止錯誤則是得減輕其刑。質言之，修

⁷ 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，頁55，2000年9月。

⁸ 僅參考蘇俊雄，同註2，頁335；韓忠謨，刑法原理，頁251，1997年12月，再版。

法的結果更切合罪責理論的主張，並符合罪責原則的精神⁹。

或許是修法結果更切合罪責理論的主張，也幾近與德國刑法第十七條「行為人於行為時欠缺不法之認識，如錯誤之發生無可避免，無罪責。如行為人之錯誤得以避免，依第四十九條第一項，減輕處罰。¹⁰」相同¹¹，除了法條的「不知法律」用語不精確、「有正當理由而無法避免」的敘述累贅，而遭到部分學說的批評之外，關於不可避免之禁止錯誤有阻卻罪責的效力，則是廣泛受到學術界贊同¹²，有學者進而建議行政罰法第八條規定應配合修正¹³。少數對此有所著墨的文獻，則是著重在立法者保留給學說與實務發展的法律適用問題上¹⁴，例如禁止錯誤與構成要件錯誤之區分標準¹⁵、不

⁹ 參考張麗卿，刑事責任，載：二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁98，2005年4月；陳子平，刑法總論，頁341-342，2008年9月，增修版；林鈺雄，新刑法總則，頁344，2011年9月，3版；黃榮堅，基礎刑法學（下），頁659-660，2012年3月，4版；余振華，違法性認識與違法性錯誤，載：刑法違法性理論，頁376-381，2010年9月，2版。基本上，實務見解亦同（參考最高法院100年度臺上字第156號判決），但亦有少數判決維持故意理論的立場（例如最高法院97年度臺上字第4566號判決），後者顯然是出於對現行法的誤會。

¹⁰ 條文翻譯引用：林東茂，刑法修正重點評釋，載：刑法總則修正重點之理論與實務，頁77，2005年9月。

¹¹ 這也是多數外國立法例的立場，詳見Vogel, aaO. (Fn. 5), Vor § 15 Rn. 76ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 41 V.

¹² 參考許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」、「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，67期，頁104，2005年2月；林山田，同註1，頁437；黃常仁，同註2，頁109；柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上），頁185，2005年10月。

¹³ 洪家殷，論行政罰之禁止錯誤——以行政罰法第8條之評析為中心，東吳法律學報，20卷4期，頁45，2009年4月。

¹⁴ 詳見黃惠婷，錯誤：第二講 禁止錯誤，月旦法學教室，74期，頁50-63，

法意識之可分性¹⁶、禁止錯誤之可避免性判準¹⁷、禁止錯誤對於成立間接正犯的影響¹⁸等。超越上述現行法的適用爭議之上，禁止錯誤的法律效果應否依據罪責理論來認定，似乎已經成為無庸置疑的問題，鮮少受到探究¹⁹。

儘管禁止錯誤仍是一個頗具爭議性的刑法基礎理論問題，修法理由及結果卻只是表達出，立法者有意告別「不知法律不負責」轉而採納罪責理論，但是看不出立法者捨故意理論而就罪責理論，是

2008年12月。

¹⁵ 詳見王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤——最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，103期，頁165-178，2008年2月；蔡聖偉，非法持有管制空氣槍的犯罪故意——評高雄地方法院九十九年度訴字第一七四六號刑事判決，月旦裁判時報，14期，頁66-77，2012年4月。

¹⁶ 李聖傑，危險的親密關係——不法意識的可分性，月旦法學教室，40期，頁18-19，2006年2月。

¹⁷ 整體性理論說明：張麗卿，無法避免的禁止錯誤，台灣本土法學雜誌，73期，頁137-142，2005年8月；針對著作權犯罪：蔡蕙芳，著作權法第九十一條擅自重製罪之刑法架構分析，台灣本土法學雜誌，100期，頁76-79，2007年11月；蔡蕙芳，數位時代個人使用之刑罰問題——兼評台北地方法院九十二年訴字第二一四六號判決，政大法學評論，98期，頁255-258，2007年8月；古承宗，重新檢視擅自重製罪之解釋與適用，東吳法律學報，23卷3期，頁114-116，2012年1月。針對原住民犯罪：王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究——兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，載：刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁125-146，2009年4月；許恒達，國家規範、部落傳統與文化衝突——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族研究季刊，6卷2期，頁55-58，2013年6月。

¹⁸ 詳見古承宗，第三人之禁止錯誤與資訊風險，成大法學，19期，頁1-44，2010年6月；蔡聖偉，「大意滅親」（下）——誘發他人錯誤以促成犯意的利用行為，月旦法學教室，86期，頁109-110，2009年12月；陳志輝，間接正犯與被利用人之禁止錯誤，月旦法學教室，35期，頁18-19，2005年9月。

¹⁹ 例外請見：許玉秀，同註7，頁69-71；古承宗，不法意識之於犯罪結構的功能意義，台灣法學雜誌，236期，頁31-44，2013年11月15日。

一個深思熟慮的立場抉擇。這或許是我國立法實務的常態，卻不是一個負責任的立法者應有的作法。因為，故意理論與罪責理論之爭，對於可避免之禁止錯誤的法律效果有重大影響，直接決定國家刑罰權的射程，立法者有義務說明其不選擇故意理論的理由。此外，對照德國刑法禁止錯誤的理論爭議史可知，在德國立法者於刑法第十七條明白採納罪責理論²⁰以前，儘管罪責理論獲得多數學說支持，仍有許多刑法學說採取故意理論，修法之後亦有不少學者主張，在附屬刑法及行政罰法等領域，宜依故意理論來認定禁止錯誤的法律效果²¹，而在核心刑法的領域，故意理論的思考也間接影響構成要件錯誤與禁止錯誤的界定²²。這個現象初步顯示，故意理論不受立法者青睞未必是基於理論的瑕疵，而罪責理論獲得德國立法者認同，也不等於其理論毫無不足之處，兩種理論的取捨有待進行深入的利益衡量。基此，對於二〇〇五年新刑法第十六條的檢視，不應僅停留在法條文字如何依據罪責理論來修飾或詮釋的層次，而是應該更根本地探討，相較於立法者所不曾採納的故意理論，其透過修法所進一步貫徹的罪責理論，在禁止錯誤的法律效果認定上，是否為刑法理論或刑事政策上更優越的解決方法。

綜上所述，禁止錯誤的法律效果，究竟是阻卻故意或是阻卻或減輕罪責，是一個有必要重新省思的刑法理論問題，這個刑法學的

²⁰ Vogel, aaO. (Fn. 5), § 15 Rn. 38; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomoskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, § 17 Rn. 1; Joecks, aaO. (Fn. 3), § 17 Rn. 1.

²¹ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 21 Rn. 41; Klaus Tiedemann著，林東茂譯，附屬刑法中的構成要件錯誤與禁止錯誤，政大法學評論，50期，頁69-91，1994年5月。傾向此立場國內文獻：林東茂，刑法綜覽，頁1-147，2012年8月，7版；古承宗，同註19，頁44。

²² Vgl. Vogel, aaO. (Fn. 5), § 15 Rn. 39.

基本工作，並不因為立法者已經作出抉擇而被解除。因為，立法者要選擇哪一個理論決定禁止錯誤的法律效果，固然有其形成自由²³，但是立法者沒有辦法為理論爭議作出一個終局的解決，其所做的選擇無法證明一個理論的正確與錯誤²⁴，理論爭議的解決最終仍然倚賴刑法學界的研究，藉此提供立法者反思的契機。在此意義底下，本文將先檢視廣泛受到採納的罪責理論，尤其探究其理論的基本假設是否正確（貳），再重新檢視僅少數學說支持的故意理論，探究其普遍受到批評的理論弱點是否真的存在（參）。在確定支持故意理論的立場之後，將初步說明其對於故意概念及錯誤理論的影響（肆），最後總結研究成果，並提出初步的修法建議（伍）。其他與不法意識有關的難題，則不在本文討論之列。

貳、思考路徑

在正式進入討論之前，本文必須說明對此議題的思考路徑。基本上，禁止錯誤的法律效果與故意的內涵及定位有密切的關係，而故意的內涵及定位又會隨著不同的犯罪體系而變動。因此，一個可能的思考路徑是從犯罪體系的選擇出發，推論出禁止錯誤的法律效果應該是什麼。如果採取古典或新古典犯罪體系，將故意與過失視為兩種罪責型態，故意的對象及於行為的事實及其違法性，不法意識即屬於故意的組成要素，禁止錯誤就發生阻卻故意的效果；相對之下，如果採取目的理性犯罪體系，故意被提升為主觀不法構成要件要素，其對象僅限於構成要件事實，不法意識則是故意以外的獨

²³ Vogel, aaO. (Fn. 5), Vor § 15 Rn. 47, 55, § 17 Rn. 7.

²⁴ Naucke, Staatstheorie und Verbotsirrtum, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 505; Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, § 4 Rn. 76.

立罪責要素，禁止錯誤僅發生阻卻或減輕罪責的效果。

刑法教科書通常以犯罪體系取向的論述方式，介紹禁止錯誤的法律效果²⁵，不過這樣的論述方式有掩蓋實質問題的危險。我們固然不否認，犯罪體系的功能不僅在提出一個檢驗犯罪的流程，背後也有理解犯罪的特定世界觀及價值觀，所以根據特定犯罪體系推論禁止錯誤的法律效果，並不完全是一種形式概念的操作，而是一種價值決定的結果。這樣的論述取徑假定，犯罪體系的實質理念已經完美地被轉換成形式的結構，只要將個案涵攝在此一犯罪結構，涵攝結果自然會反應出，該實質理念會如何回答具體的犯罪評價問題。但是，我們從許多錯誤問題的討論可以清楚知道，迄今為止並不存在這樣的犯罪體系，每個犯罪體系多少都存在自我修正的必要性，以避免針對某些具體問題做成不當的評價²⁶。以容許構成要件錯誤為例，在目的理性犯罪理論的三階層體系底下，嚴格罪責理論固然是貫徹體系推論的結果，卻面臨論以故意犯不符合其行為不法內涵的疑慮，而限制罪責理論及限制法律效果的罪責理論，都是為了獲致過失犯的法律效果而面臨犯罪體系上難以自圓其說之處，前者係自我推翻隨著肯定構成要件故意而存在之故意不法²⁷，後者係承認一個內涵不明的故意罪責概念²⁸。正是因為夾雜三階層犯罪體系的邏輯一貫性問題，容許構成要件錯誤至多令行為人負過失責任的結論，儘管是多數學說的共識，在理論上迄今卻尚未獲致終局的解決方案。因此，透過選擇特定的犯罪體系推論禁止錯誤法律

²⁵ 例如：林山田，同註1，頁433-434；林鈺雄，同註9，頁341-343。

²⁶ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., 2006, § 7 Rn. 43 ff. 即已正確指出，犯罪體系思考可能造成忽視個案正義、限制問題解決可能性、體系推論結果欠缺刑事政策正當性及使用過於抽象的概念等缺點。

²⁷ 僅參考Roxin, aaO., § 14 Rn. 64.

²⁸ Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 11), § 41 IV 1 d).

效果，一方面容易使問題的討論上溯至極其抽象的哲學論爭，忽略針對個別問題而言更為具體相關的利益權衡問題，另一方面容易受制於犯罪體系的形式結構，使具體的利益權衡受到無益的形式概念干擾。整體而言，有掩蓋實質問題的危險。

基於上述考量，本文選擇恰好相反的論述取徑，亦即暫時撇開犯罪體系的爭論，直接對於禁止錯誤的法律效果本身進行檢討，在確定其應有的法律效果之後，才回頭推論其對於故意內涵及定位的影響。在技術層次上，此一取徑的主要用意在於，先暫且排除犯罪體系的哲學論爭及形式結構的干擾，而在刑法承認故意犯與過失犯的區別，並且各自賦予差距不小的法律效果的基礎之上，權衡禁止錯誤應否阻卻故意犯罪的成立，才擇定一個最能充分實現禁止錯誤應有法律效果的犯罪結構²⁹。而在價值層次上，此一論述取徑並不是認為，犯罪體系結構只是一個單純的犯罪檢驗工具，而是在犯罪體系結構應有其一貫價值理念的前提下，承認支配犯罪體系結構的價值理念，對個別的犯罪評價問題未必具備絕對的指導作用，也無法取代在個別問題上必要的利益權衡工作。因此，一個犯罪體系的形式結構，如果能在越多的個別犯罪評價問題中，容許實現其應有的犯罪評價結果，就是一個越值得採納的體系。以禁止錯誤的問題來說，犯罪體系的選擇（具體而言即是故意內涵及定位的選擇），重點不在於堅持哪個刑法哲學立場，而是在於如何才能最佳地實現罪責原則，後者作為具有憲法效力的刑法基本原則，才是立法者及法官應該念茲在茲的根本價值。據此，下文將基於此一實用導向的立場，對於罪責理論及故意理論展開分析檢討。

²⁹ 實質相同的看法：黃榮堅，刑法解題——關於不法意識及犯罪結構，載：刑法問題與利益思考，頁188，1995年6月。強調如何定位不法意識，要看不同定位方式在現實的法律體系背景下可造成的好處與壞處來作決定。

參、檢視罪責理論

一、基本立場：區分構成要件錯誤與禁止錯誤

如前所述，罪責理論主張故意與不法意識係各自獨立的犯罪成立要素，故意僅以行為人對於構成要件之事實有認識及意欲為必要，禁止錯誤不影響構成要件故意，而是依其可否避免分別阻卻或減輕罪責。前述誤認通姦合法之人，只要認識其性交對象係有配偶之人就具有通姦故意，其誤認行為合法，如果是透過諮詢專家或自行查閱法典就可以排除的誤會，行為人仍然具有罪責，僅存在裁量減輕刑罰的可能性。換言之，在罪責理論的理解裡，罪責非難的基礎並不在於行為人的實在不法意識（*aktuelles Unrechtsbewusstsein*），而是在於行為人具有形成實在不法意識的可能性，也就是潛在的不法意識（*potentielles Unrechtsbewusstsein*），唯有行為人不可能形成實在的不法意識時，才會完全阻卻罪責。

從適用結果來看，此一立場導致具有潛在不法意識的行為人與有實在不法意識的行為人可能受到相同的處罰：認識他方為有配偶之人而性交的行為人，如果明知法律禁止通姦，則具備實在的不法意識，應承擔完全的故意責任；行為人如果不知道法律禁止通姦，只是有機會知道法律禁止通姦，僅具備潛在的不法意識，仍然可能承擔完全的故意責任。問題是，就行為人對於禁止規範的內心態度而言，前者有意地違反禁止規範的要求，後者無意地違反禁止規範的要求，只是違反探知法律的義務而已，二者的可責性並不相同。從罪責原則來說，行為人的刑罰程度必須與罪責相當，如果對有意違反禁止規範與無意違反禁止規範之人科予相同的故意責任，豈不

是牴觸罪責原則的要求？³⁰為了解決這個疑慮，部分罪責理論的支持者主張，關於可避免禁止錯誤的法律效果，應從現行的裁量減輕刑罰，立法修正為強制減輕刑罰，而在修法之前，法官原則上應減輕行為人的刑罰，如果例外不予減輕，則負有加重的說理義務³¹。儘管如此，我們要進一步追問的是：既然承認具備實在不法意識與潛在不法意識的行為人可責性有別，其刑罰程度也應該不同，為何這個差異只反應在減輕故意責任的刑罰，而不是分別給予故意與過失的刑罰呢？後者不是更符合罪責原則的要求嗎³²？

上述提問讓我們注意到罪責理論的一個基本區分：在犯罪結構上分離構成要件故意與不法意識之後，**導致構成要件錯誤³³與禁止錯誤的法律效果不同**。與有配偶之人通姦的人，正確認識他方為有配偶之人，僅不知此性交受法律所禁止，此一禁止錯誤不阻卻通姦故意，僅得減輕行為人的罪責。相對於此，如果不知他方為有配偶之人，此一構成要件錯誤一律阻卻通姦故意，行為人因此無罪。但是在這兩種錯誤之間，其不法或罪責程度果真存在如此重大的差異？事實上，在不知他方為有配偶之人時，行為人既未認識通姦事

³⁰ 批評亦見：*Langer*, Die Sonderstrafat. Eine gesamtssystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen, 2. Aufl., 2007, S. 122-124.

³¹ *Warda*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 (1959), S. 252ff.; *Roxin*, aaO. (Fn. 26), § 21 Rn. 71; *Roxin*, Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, in: Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1986, S. 82f.

³² *Baumann/Weber/Mitsch*, aaO. (Fn. 21), § 21 Rn. 40; *Schmidhäuser*, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, S. 367; *Kaufmann*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 187.

³³ 必須說明的是，基於本文的討論目的，此處所指稱的構成要件錯誤，僅限於使行為人針對系爭構成要件阻卻故意的情形（如本文所舉各個案例），不包括行為人仍然具備構成要件故意的情形（例如等價客體錯誤）。

實，也就不知其性交受法律所禁止，與認識通姦事實僅不知通姦受法律禁止的人一樣，都是無意識地違反法律禁止通姦的命令，差別僅在於，前者係基於誤認構成要件事實而來，後者係基於誤認禁止規範本身而來。既然二者只是造成行為人誤認行為合法的原因不同，為何構成要件錯誤能夠一律發生阻卻故意的效果，禁止錯誤只能阻卻或減輕罪責呢？

本文認為，這是一個檢驗罪責理論正確性的關鍵問題³⁴。因為，罪責理論與故意理論的最大差異，就在於後者將不法意識視為故意的組成要素之一，以致於在行為人誤認行為合法的時候，不論原因是對構成要件事實的誤認，或是單純對法律的誤認，均發生阻卻故意的效果（可稱為廣義的禁止錯誤）。所以，如果我們能夠說明，同樣是行為人誤認行為合法，其原因來自單純誤認法律，比起原因來自誤認構成要件事實，更值得被非難，罪責理論將是更適合作為決定禁止錯誤法律效果的根據。相反地，如果罪責理論無法說明此種差別對待的理由，那麼此種區別對待所衍生的各種釋義學難題，例如規範性構成要件要素錯誤、容許構成要件錯誤、空白刑法錯誤等問題，可能都是多餘的表象問題。因此，以下嘗試檢討此種區別對待的可能理由。

³⁴ Vgl. Langer, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung – Zur Kompetenzabgrenzung von Strafgesetzgebung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Strafwissenschaft, GA 1976, S. 211. 值得注意的是，徐育安，亞里斯多德於刑法主觀歸責之影響與啟發，東吳法律學報，21卷2期，頁55，2009年10月，亦正確地指出，通說對於此一區別對待的實質理由欠缺清楚的說理。相對於此，余振華，論違法性認識及其體系定位，載：刑事法學之理想與探索（第一卷）——甘添貴教授六秩祝壽論文集，頁260，2002年4月，認為罪責理論主張對事實之認識與認識可能性係「質的差異」，對違法性之認識與認識可能性則是「量的差異」，並未進一步說明此主張的具體理由為何。

二、事實與法律誤認之可責性差異？

區分構成要件錯誤與禁止錯誤的第一個可能理由是，行為人誤認事實的可責性通常比誤認法律的可責性更低。所以，當行為人對於構成要件的事實本身有所誤認時，應該予以阻卻故意，而當行為人對於構成要件事實的法律評價有所誤解時，則沒有阻卻故意的餘地。然而，所謂對事實或法律的錯誤，只是描述出行為人認知與外在世界不相符合的狀態，要去探究行為人發生此種誤認的可責性高低，就必須進一步思考，此種誤認的成因在多大程度上可歸咎於行為人。

(一) 認知事實與法律的可能性不同

對此，一個可能的觀點是：認知事實與法律的可能性不同，以致於行為人避免誤認的可能性也不同³⁵。亦即，人類作為認知與記憶能力不完美的生物，對於事實的認知比我們所預想的更容易出錯，尤其外在事實變動不居，難以期待行為人在特定瞬間正確認知事件的所有細節，對事實的誤認經常比較值得原諒。相對於此，法規範是否禁止特定行為，是一個從法律制訂就固定下來的評價結果；這個固定的評價結果，立法者已經透過明確的構成要件予以具體化，讓個人能夠預見哪些行為受到禁止，如果行為人從事特定行為之前不確定行為合法性，仍有機會透過請教專家或查閱法典等方式排除疑問。因此，誤認法律對行為合法性的評價比較不值得原諒。

德國帝國法院時期的事實與法律錯誤（Tatsachen- und Rechtsirrtum）的區分，似乎是此種想法的極致表現。德國帝國法院認

³⁵ 參考Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 351, 471; Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 404f.

為，行為人發生事實錯誤者阻卻故意，但是行為人發生法律錯誤者，如果是針對刑法的誤認，對刑事責任的認定不生影響，如果是針對刑法以外的法律有所誤認，則視同事實錯誤³⁶。德國帝國法院並未說明，如此區分對待刑法與刑法以外的法律錯誤係基於何種實質理由，而且經常有配合個案結果而恣意歸類的問題³⁷。我們只能推測，此一見解或許是假設事實與法律的認知可能性不同，亦即：刑法的禁止規範，不論是禁止殺人、傷害、竊盜等，通常是每個人自幼就學習而知的內容，任何被告在訴訟上抗辯其不知殺人、傷害、竊盜等行為被刑法禁止，如果不是單純卸責的藉口，就是不值得原諒的錯誤。相對地，刑法以外的行政或民事法律內容龐雜，正如同多變的外在事實，不太可能期待每個人都能夠掌握其內容，行為人對刑法以外的法律發生誤解，經常不是卸責的藉口，也通常是值得原諒的錯誤，所以等同事實錯誤來處理。

對此，我們固然可以接受，認知的客體越是固定、認知的時間越是充分，避免誤認的可能性就會越大，一旦發生誤認就越難被寬恕。不過，我們無法就此推論，個人對事實的認知可能性較低，對法律的認知可能性較高，所以誤認的可責性永遠是後者高於前者。因為，儘管世界的運行存在複雜多樣的事實，在自然科學的進展之下，人類還是可以從中觀察歸納出許多運行的規則，作為將來行動決策的參考；而儘管法律經常有其一貫的評價標準，立法者也以儘量明確的文字描述其禁止內容，也無法在千變萬化的事件裡永遠獲致明確的評價結果。尤其在現代化及工業化的社會裡，已經幾乎找

³⁶ 詳細整理：Kaufmann, aaO. (Fn. 5), S. 46ff.

³⁷ Zabel, Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB, GA 2008, S. 35; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 19/4. 指帝國法院係依「法感」來決定，感覺應予減刑的錯誤屬於刑法以外的法律錯誤，不應予減刑的錯誤屬於刑法的法律錯誤。

不到任何一個生活領域沒有法律介入，刑法的規範領域之廣，遠超出一般人熟知的倫理非難範疇，就連法律專家都未必能窺知其梗概³⁸。所以，對個別行為人而言，是正確認知事實比較容易，還是正確認知法律比較容易，最終只能取決於個人的內、外在條件，不太可能有普遍有效的準則。例如，一個人在燈光昏暗的情況下將一張千元紙鈔放進碎紙機，可能是將該紙鈔誤認為沒有用途的筆記紙，也可能是明知為一千元紙鈔，卻不知毀損國幣構成犯罪（妨害國幣懲治條例第五條）。在這兩個情形裡，客觀上都是毀損國幣的行為，前者是對事實的誤認，後者是對於附屬刑法的誤認（**附屬刑法之禁止錯誤**），然而，我們無法概括地認定前者的可責性低於後者。因為，可能絕大多數處於行為人相同狀況的其他人，稍微停頓即可察覺其紙張觸感不同於一般筆記紙，但是對於撕毀自己擁有的紙鈔不會構成犯罪，可能是許多與行為人有相同條件之人共通的錯誤想法，要特別去請教專家才能排除誤解。此時，正確認知事實的可能性反而大於正確認知法律的可能性，將前者評價為過失毀損國幣而無罪，後者評價為故意毀損國幣而保有刑罰的可能性，是一個不符其可責性的評價。換言之，事實與法律的認知可能性之間不存在絕對的差異，其誤認亦無可責性上的絕對差距。

(二) 否決事實與法律效力的可能性不同

既然認知事實與法律的可能性因個案而異，無法據此概括斷定二者誤認的可責性高低，剩下的區分理由可能是：相較於正確認知事實，國家自始就特別期待個人正確認知法律。罪責理論的支持者正是認為，法規範的效力自制訂起就存在，其效力不應該因為個人

³⁸ Vgl. Tiedemann, Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht, in: Kriminalistik und Strafrecht: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 97.

的認可或否定而被影響，每個人對於法與不法的觀念，必須與法律的觀念取得一致³⁹。如果個人任意以自己的價值觀取代法律的價值觀，將法律評價為違法的行為認定為合法，就能免除故意責任，將會使得法規範的效力受到難以容忍的動搖⁴⁰。

此一思考背後的原因可能是，否決事實與法律效力的可能性不同，所以對於法秩序而言，個人表現出否定法規範效力的行為，比起表現出否定事實的行為更難令其忍受。構成犯罪的事實本身存在與否，基本上是依據自然法則來決定，而不是依據個人意志來決定，所以任何反於自然法則所做的事實宣稱，不論有多少人誤信，都不會動搖自然法則的效力。然而，對於一個自然事實的善惡評斷，基本上取決於評斷者所持有的價值標準，不同評斷者所持的價值標準可能相異，彼此之間會相互競爭而成為法律對特定事實的評價基礎，並且可能隨時被其他價值標準所取代，導致法律對該事實的評價有所改變。以此為基礎，誤認他人為野鹿而開槍射殺（不等價客體錯誤）的人，不論在行為時如何宣稱他不是殺殺人，法秩序只要訴諸具有絕對效力的自然法則，就可以否決行為人的事實宣稱的真實性，法秩序沒有必要以刑罰強力反應以維持自然法則的效力，僅論以過失致死罪即可。然而，行為人已經認識開槍射殺他人，卻誤認其殺人係合法，等於是在宣稱一個不同於法秩序價值標準的態度，直接傳達容許殺人的立場，由於此種反對立場擁有取代既有法律價值標準的潛能，為了避免其取而代之成為主導法律的價值標準，法秩序有必要以刑罰強力反應，故論以故意殺人罪。

然而，此種思考可能忽略了，當行為人誤認構成犯罪事實時，

³⁹ 參考 *Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, ZStW 70 (1958), S. 577f.

⁴⁰ 類似看法： *Naucke, aaO. (Fn. 24), S. 506, 509.*

並不是單純作出一個反於自然法則的宣稱，而是同時使自己自外於法秩序的價值訴求。具體而言，在行為人誤認他人為野鹿而槍殺時，透過行為傳達的訊息，並不只是宣稱被害人是一頭野鹿，而是他疏於關心槍殺對象是一個人，阻止法律禁止侵害他人利益的價值訴求在他身上獲得實現。此時，法秩序對於這樣的行為有所反應（論以過失致死罪），理由並不在維持自然法則的效力，亦即宣示被害對象是一個人而不是一頭野鹿。因為，自然法則的效力來自其對於世界運行的解釋能力，而不是來自於法秩序的強力承認，對於任何反於自然法則的事實宣稱，法秩序的任何反應並無法使自然法則的效力更強，法秩序的不為反應也不會使自然法則的效力減弱。法秩序對於這樣的行為有所反應，根本的理由在於，行為人透過否定自然法則的事實宣稱，連帶地使自己處於不知行為抵觸法秩序要求的狀態之下，法秩序的價值要求對於行為人的具體行為喪失任何引導作用。亦即，法秩序處罰誤認他人為野鹿而予以槍殺的行為，最終是因為行為人透過對於「槍殺對象是人」的漠不關心或疏失，使得法律要求他尊重他人生命的期望落空。既然如此，法秩序對於誤認事實之行為人的反應程度，就不是取決於維持自然法則效力的必要性，而是取決於維持其自身價值標準效力的必要性。在這裡，我們再度看到誤認構成要件事實之人與誤認違法性之人的共通之處，亦即都是無意識地在違反法秩序的訴求。在對事實與法律之認知可能性無絕對差異的情況下，對於誤認構成要件事實之人，法秩序認為只要論以過失致死罪即足以維繫其價值標準，那麼似乎也沒有理由堅持，當行為人是在單純誤認法律的情況下，法秩序非得論以故意殺人罪不可，而是也可以如同對待構成要件錯誤之行為人一般，僅論以過失致死罪。

這種同等對待事實與法律錯誤的觀點，其實也早就反應在通說對於所謂規範性構成要件要素錯誤的處理上。通說認為，行為人對

於構成要件事實之認識，不僅是對於自然事實之感官知覺，還包括對其社會意義之精神性理解，若是對於法律之正確認識是理解該自然事實之社會意義的前提，對構成要件所援引之法律的誤認，就可以被歸納為構成要件錯誤⁴¹。其中最無爭議性者，當屬竊盜罪或侵占罪之「他人」要素。舉例而言，（情形一）行為人誤將母親寄放的手鐲誤認為自己的手鐲，而將其變賣出售，在客觀上係侵占自己持有他人之物，但是主觀上混淆自己與母親所有之手鐲，故對於客體係他人之物欠缺認識，阻卻侵占故意。然而，（情形二）倘若行為人於母親死亡後，以為未曾盡扶養義務的弟弟對於母親的手鐲沒有繼承權，而擅自予以變賣，則是誤解民法繼承規定而以為自己是手鐲的單獨所有權人，對於客體係他人之物欠缺認識而阻卻侵占故意。在這裡，我們可以發現，儘管行為人在情形一係單純的事實誤認，在情形二是單純的法律誤認，但是罪責理論的支持者並未因此認為，行為人在情形二直接否決民法決定之財產權分配秩序，因而必須給予比起情形一更為嚴厲的制裁，而是透過行為人皆是對於他人之物的社會意義產生誤解，不知行為牴觸法秩序之要求，一概否定其侵占故意。通說在此範圍內已表達出，行為人否定法秩序之價值標準，不論是來自事實或法律之誤認，可以同樣產生阻卻故意的效果。

除此之外，在所謂空白刑法錯誤中，區分法律與事實誤認的立場也逐漸受到質疑。通說認為，在空白刑法構成要件中，行為人的故意只需要及於補充規範的前提事實，但不及於補充規範本身，故行為人不知行為違反補充規範，並不會阻卻構成要件故意，至多是

⁴¹ Vgl. Vogel, aaO. (Fn. 5), § 16 Rn. 26; Roxin, aaO. (Fn. 26), § 12 Rn. 101, 103; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 11 Rn. 33ff.

禁止錯誤⁴²。例如，行為人未經許可而輸入大麻種子（懲治走私條例第二條），但是不知道大麻種子屬於行政院公布之管制物品，屬於不影響故意的禁止錯誤。通說的思考過程是，為了確定空白刑法構成要件的禁止內容，必須透過「連讀」的方式，以所援引的刑法以外的補充規範內容來取代空白刑法的要素，行為人的故意僅以空白刑法及補充規範的前提事實為對象⁴³。然而，透過此種「連讀」的程序，會使原先空白刑法裡的規範性概念被以描述性概念所取代，使其規範性意義喪失。以私運管制物品罪為例，原本行為人必須認識其所運送之物品係行政院公布之管制物品，但是在以行政院公布之具體管制物品品項來取代「管制物品」概念之後，本罪之構成要件內容成為私運「大麻種子」等物品。很清楚的，對於行為人而言，如果他根本不知道大麻種子是管制物品，就無法知悉其行為的社會意義（或法益侵害的意義），此種認知狀態跟行為人不知道輸入大麻種子沒有不同。因此，有越來越多學說認為，空白刑法所援引之補充規範本身，其實也是故意的對象，對於補充規範之誤認產生阻卻故意的效果⁴⁴。此處再度顯示，縱使是基於誤認法律而否定法秩序之價值標準，也可以與誤認事實而否定法秩序之價值標準一樣，產生阻卻故意的效果。

綜上所述，事實與法律的正確認識可能性並無絕對的差異，不論行為人係誤認事實或誤認法律，最終都是在否定法秩序所設立的價值標準，二者僅是途徑不同，而不是程度的差異，所以法秩序的反應程度也不應存在絕對的差異。究竟對事實或法律的誤認何者比

⁴² Vgl. *Frister*, aaO., § 11 Rn. 38.

⁴³ Vgl. *Vogel*, aaO. (Fn. 5), § 16 Rn. 37.

⁴⁴ 王效文，同註15，頁173；Ingeborg Puppe著，陳志輝譯，評價事實的構成要件要素與空白要素錯誤，政大法學評論，55期，頁225-227，1996年6月；*Vogel*, aaO. (Fn. 5), § 16 Rn. 40.

較值得被原諒，何者對於法秩序價值標準的弱化程度較高，是一個只能委由個案認定的問題⁴⁵。

三、構成要件故意之訴求機能？

倘若在上述規範構成要件要素錯誤與空白刑法錯誤裡，罪責理論也承認某些對於法律的誤認，會與事實誤認一樣發生阻卻故意的效果，那麼為何仍然在其他法律錯誤的情形，仍然堅持其不發生阻卻故意的效果呢？

對此，罪責理論所提出的一個根本理由是：構成要件錯誤的行為人，是在不知道自己作什麼的情況下違法實現構成要件，而禁止錯誤的行為人，是在知道自己作什麼的情況下有意識地違法實現構成要件，二者之間存在根本的差異⁴⁶。換言之，故意行為的處罰基礎，並不在於其不服從法律，而是其令人無法容忍地藐視別人或公眾的利益。故意與過失的評價差異，不在於具備或不具備不法意識，而是在於行為人的行為係遵守在客觀觀察上符合法律的準則，如同在構成要件錯誤與容許構成要件錯誤的情形，或者是遵守一個偏離法律的準則。後面的情形即是禁止錯誤，應該在個案裡判斷，行為人是具有完全的罪責，或是減輕的罪責，抑或根本沒有罪責可言⁴⁷。依此，前述不知民法繼承規定與不知管制物品規定之人，正是根本不知道自己是在侵害法益，才使其發生阻卻故意的效果。至於其他法律錯誤的行為人，仍然知道自己是在侵害法益，故不阻卻故意。

⁴⁵ 德國聯邦最高法院（BGHSt. 3, 105, 107）就曾經正確地指出：「在個案中，兩種錯誤可能同樣是可避免的，同樣多少是出於過失，也多少都有可非難性。」

⁴⁶ *Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2005, § 13 Rn. 37.

⁴⁷ *Roxin*, aaO. (Fn. 26), § 21 Rn. 8.

這些論述的共通點是強調構成要件故意的訴求機能⁴⁸。亦即，行為人不認識構成要件事實時，就沒有認知到行為侵害他人法益而為法律所禁止，其著手實行並非有意地違反法律的行為準則。不同於此，如果行為人已經正確認識構成要件事實，原則上就會知道其行為侵害他人法益而為法律所禁止，其著手實行係有意違反法律的行為準則。Hans Welzel即認為，當法秩序宣示社會無法忍受特定的故意行為（墮胎、強制、剝奪行動自由等）時，代表法秩序也同時假定，法共同體的成員基本上（透過探詢良知、思慮、向他人查詢）也能形成相同的想法。如果行為人認為存在合法化的例外情狀（例如緊急避難），仍然要採取故意的行為，就應該先確認此一例外情狀存在。例如，一個基於醫學理由而實施墮胎的醫生知道他在殺害一名胎兒，一個士兵知道他在殺人，兩人都理應意識到殺害胎兒或殺人都是為他人帶來痛苦的事件，只有存在特別的正當化事由時才能為之。因此，只有當他對於違法性的錯誤無可歸咎時，才能阻卻其故意實現構成要件的罪責⁴⁹。

此種構成要件故意有訴求機能的假定，在學說上早就被批評是不完全符合現實的說法。因為，從構成要件事實就能形成法益侵害的認知，前提是犯罪構成要件的描述至少足以讓行為人形成傷害他人的感覺，這在殺人、傷害、放火、竊盜、強盜等犯罪類型固然通常比較沒有問題，但是在一些附屬刑法或核心刑法的冷門條款裡，

⁴⁸ Gaede, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 2013, § 17 Rn. 2; *Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2010, § 31 Rn. 1. 亦有文獻建議，在構成要件錯誤與禁止錯誤的邊際案件，以訴求機能為基準，若行為人發生法律或評價錯誤，仍然有理由去反思其行為係受法所禁止，則屬於禁止錯誤，否則屬於構成要件錯誤，參考 *Vogel*, aaO. (Fn. 5), § 16 Rn. 31.

⁴⁹ *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 163; *Engisch*, aaO. (Fn. 39), S. 576.

構成要件描述的內容經常難以呈現倫理非難的性質，要說行為人從認知構成要件事實通常就能形成放棄行為的反對動機，可能是昧於現實。舉例來說，一個演員為了扮演警察而穿著正式的警察服飾登臺表演，雖然認知到公然冒用公務員服飾（刑法第一五九條）的事實，但是除了知道穿著這件衣服使表演更為逼真以外，大概很難預料到，一個舞臺上的逼真演出會使觀眾形成冒充警察行使公權力的印象。同樣地，一對情侶為了宣示堅貞的愛情，將一百元紙鈔撕成兩半彼此留念，雖然也是清楚認知到毀損幣券（妨害國幣懲治條例第五條）的事實，不過除了知道自己的財產有所損失之外，大概也很難知道，這究竟是傷害了什麼樣的國家利益。這兩個例子顯示，在構成要件表徵的利益侵害不明或不為大眾熟悉時，行為人縱使正確認知構成要件事實，也通常不會意識到行為違法，因而形成捨棄行為的反對動機⁵⁰，此時行為人的認知，反而比較雷同於自始不知其係穿著正式警察制服，或是自始不知係撕毀一百元紙鈔的構成要件錯誤行為人。因此，構成要件故意之訴求機能，至少不是一個具有普遍適用性的假定。

比較棘手的問題出在那些通常能夠表徵法益侵害的犯罪構成要件，行為人在認知構成要件事實之後，通常就會形成其行為侵害法益的認知，同時也比較可能形成行為違法的認知。舉例而言，先生在上班途中返家，發現妻子與好友赤裸躺在床上，憤而毆傷兩人，以為這是為了保護「夫權」所實施之正當防衛，故法律容許其傷害行為。罪責理論認為，行為人已經知道在傷害他人，同時也知道法律一般禁止傷害他人，其著手實行就是一個偏離法律準則（禁止傷

⁵⁰ Vgl. Tiedemann, aaO. (Fn. 38), S. 101ff.; Kaufmann, aaO. (Fn. 32), S. 189; Jakobs, Dolus malus, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 111.

害)的行為，就算誤解自己的行為符合正當防衛而阻卻違法，只能影響其罪責程度，不阻卻故意行為的成立。問題是，這樣的評價正確嗎？

此一評價的核心思考是，刑法絕對禁止侵害法益，只要行為人已經認識行為侵害法益，就知道這是通常被法律禁止的行為模式，不論是否也認為該具體行為落入被法律禁止的範疇，他都應該捨棄其行為，否則一概論以故意犯。此一思考乍看之下完全符合刑法保護法益的中心思想，但是忽略了一件事情，亦即刑法並不絕對禁止侵害法益，在保全重大的相對利益時，它容許侵害法益的行為，甚至沒有保全相對利益或相對利益不重大時，刑法也未必禁止已經過度侵害法益的行為。因此，並不是任何在侵害法益的認知下而著手實行的行為，都是刑法所否定的行為，而是只有當行為人同時認知這是法所禁止之侵害法益的行為時，才是刑法所否定的行為。刑法期待於行為人者，並非絕對不侵害法益，而是不實施法所禁止之侵害法益。事實上，這也是刑法在對於法益侵害的認識之外，還加上不法意識作為犯罪成立要件的理由，刑法正是藉此宣示，刑法作為保護法益的最後手段，只有法所禁止之法益侵害才受到刑法否定⁵¹，如果行為人不知其行為受到法律所禁止，對於法益侵害的認知本身只是一個中性的心理事實，而不是一個被給予負面評價的心理事實。換言之，正如同一個客觀上侵害法益的行為，不會因為其侵害法益的事實就立刻成為不法行為，行為人對於侵害法益的認知本身，也不會立刻成為犯罪故意，而是必須同時認知該侵害法益被法律所禁止時，才足以成為犯罪故意。在此意義底下，不知大麻種子為管制物品的人，固然欠缺法益侵害的認知而不應論以故意犯，上述毆打妻子與好友的先生誤認其傷害行為係正當防衛，同樣也不

⁵¹ 相似思考已見：黃榮堅，同註29，頁174。

應論以故意犯，因為二者皆是遵守不實施法律所禁止的行為的準則，後者擁有侵害身體法益的認知本身，以及其認知到傷害通常是一個違法的行為本身，不足以成為其擁有更強烈之法敵對意志的根據。

依此，罪責理論所主張的構成要件故意訴求機能，無法證明認知法益侵害卻誤認行為合法之人，是一個與認識行為違法之人具有相同強烈之法敵對意志之人，故必須與其同樣論以故意犯。此一訴求機能的功​​能毋寧是在強調，比起未認識法益侵害事實的行為人誤認行為合法，認識侵害法益事實的行為人誤認行為合法，係在已經知道該行為通常被禁止的情形下，輕率地承認自己的行為例外被容許，因而具有更高的可責性，應該視同故意犯來處置，僅依個案減輕其故意責任⁵²。不過很清楚的，行為人將行為界定為例外合法的可責性，未必高於將行為界定為未侵害法益的可責性。例如，一個人將受著作權保護的音樂檔案放在網站上供人無償下載，卻未經著作權人同意，固然知道這會侵害他人的著作權，卻誤以為只要是無償提供即屬合理使用。由於合理使用的法律界限並不為大眾所熟悉，因此將非營利使用誤認為概屬合法的合理使用，可能是為數不少之網路使用者的相同誤解。相對於此，若是行為人以為歌手正式發行專輯的音樂檔案不是著作權法保護的著作，而將其放在網路上供人無償下載，固然自始不知道這是侵害他人著作權，但是以目前社會人通常能接觸的智慧財產權資訊而言，此種誤認可能是與行為人有相同條件之人不太會發生的。由此可知，我們不能說，已經認知侵害著作權的人，其誤認行為例外合法的可責性較高，故一概要承擔故意犯罪的責任，而一個不知侵害著作權的人，儘管其誤認事

⁵² 參考Hardwig, Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 78 (1966), S. 7, 16f.

實的可責性較高，卻一概免除其故意犯罪的責任。因此，構成要件故意之訴求機能，並沒有如同罪責理論的支持者所以為的，具有表徵行為人之誤認可責性較高的功能。

觀察容許構成要件錯誤的理論發展也可以發現，絕大多數罪責理論的支持者，可能只是在口頭上承認所謂構成要件故意的訴求機能，行動上早就以各種方式實質捨棄此一概念。例如，行為人誤以為面前的陌生人將手伸入口袋，是要取槍對其射擊，立刻出手將其制伏在地，令其動彈不得。依據罪責理論，行為人儘管誤認面臨不法槍擊，但是其正確認知強制行為的實施，故仍具有強制故意，至於如何處理其對防衛情狀的誤認，就在構成要件錯誤與禁止錯誤之間搖擺不定。嚴格罪責理論（*strenge Schuldtheorie*）將其視為一種禁止錯誤，僅阻卻或減輕罪責，可說是邏輯一貫地堅持構成要件故意訴求機能的說法。不過，絕大多數罪責理論的支持者，已經透過不同說理方式曲折地捨棄了這個說法。限制罪責理論（*eingeschränkte Schuldtheorie*）認為，容許構成要件錯誤之行為人其實是誤認事實，與構成要件錯誤行為人一樣，應該產生阻卻故意的效果。姑且不論，此種說理已經自我毀棄原本的構成要件故意概念，最重要的是，此說無異是在承認，所謂的構成要件故意之訴求機能有時仍會失效，就算行為人已經正確認識到他會侵害法益，其疏於審視是否存在合法化事由的可責性，仍然可能跟自始未正確認識侵害法益之行為人一樣，而不是理所當然地承擔較重的故意刑罰。至於援引法律效果的罪責理論（*rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*），則是在維持構成要件故意的概念之下，索性為容許構成要件錯誤量身定作出故意罪責的概念，產生適用過失犯法律效果的結果。這個在釋義學上有別於前者的解決途徑，看似是維持對行為人故意不法的非難，但是從其最終援引過失犯之法律效果追究行為人可知，其依舊是認為，認識法益侵害的行為人錯估合法化事由存在的可責性未必

較高。此說堅持宣告行為人實施故意不法行為，背後的主要目的毋寧是希望規避過失犯及惡意共犯的處罰漏洞⁵³，而不是真的認為行為人係有意識地在牴觸法秩序的要求。

結論是，所謂構成要件故意之訴求機能，在無法表彰法益侵害的構成要件裡自始就不存在，在能夠表彰法益侵害的構成要件裡，亦無法證明禁止錯誤之行為人具有高於構成要件錯誤行為人的法敵對意志，更無法成為表徵其誤認法律之可責性較高的根據，因此不足以說明禁止錯誤之人必須被論以故意犯罪。

四、信念倫理與責任倫理之分？

對於禁止錯誤與構成要件錯誤的區分對待，Hans Welzel援引Max Weber所使用的責任倫理（Verantwortungsethik）與信念倫理（Gesinnungsethik）這組概念，並反覆強調罪責理論彰顯了責任倫理的理念。亦即，一個人在任何時候都被要求作出負責任的決定，作為一個法共同體的成員必須行為合法、迴避不法，所以不但不應該從事其清楚認知是不法的行為，而且在準備做任何行為之前，都必須先弄清楚其行為是否與法律的應然要求相符，不得僅因為自認行為合法，就可以免除其不法行為的責任。他認為，這正是完全符合責任倫理意義的罪責概念，而罪責理論的採納可謂責任倫理原則在刑法上的實現⁵⁴。相對之下，故意理論則是信念倫理在刑法上的代表。

姑且不論，Hans Welzel對於信念倫理與責任倫理的理解與Max

⁵³ Kaufmann, aaO. (Fn. 32), S. 194.

⁵⁴ Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953, S. 17.

Weber有所出入⁵⁵，其所理解的責任倫理與信念倫理概念，可否用來說明禁止錯誤與構成要件錯誤的差別待遇，其實有待商榷⁵⁶。責任倫理的觀念固然可以說明，禁止錯誤的行為人，不能只是信賴或訴諸於其自以為好的信念，而是應該要審查其對於合法與不法的觀念是否正確，必要時依據法秩序的客觀標準加以修正，否則要為其疏於審查行為違法性而負責。但是，此一觀念其實也同樣適用於對構成要件錯誤的評價。因為，所有人都公認，行為人不得訴諸其良善的信念，只因為誤認行為不會實現構成要件就免責，而是應該要審查其對於事實的認知是否正確，必要時應該校正其對事實的認知，否則就要為其疏於注意行為實現構成要件而負責。換言之，不論是對構成要件錯誤的評價或是對禁止錯誤的評價，其實都是責任倫理的體現，而不是信念倫理的體現。如果Welzel的意思是，在行為人誤認行為違法性時，僅令其在過失犯的範圍內負責，不符合責任倫理的要求，只有令其依故意犯來負責，才符合責任倫理的要求，那麼他就必須先證明，責任倫理的主張果真只容許適用故意犯的法律效果，而不容許適用過失犯的法律效果。然而，這種證明注定無法實現，因為責任倫理的觀念只是在強調，行為人不能僅因為誤認行為合法就完全不必為行為後果負責，但是並未進一步主張或規定，其疏於審查行為違法性應該負故意犯或過失犯的責任，更沒有規定誤認行為違法性與誤認構成要件事實二者的法律效果應該有

⁵⁵ 詳細分析：*Engisch*, aaO. (Fn. 39), S. 579f.; *Schmidhäuser*, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, in: *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, S. 87 (Fn. 19).

⁵⁶ *Engisch*, aaO. (Fn. 39), S. 579ff.; *Schmidhäuser*, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, in: *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1966*, S. 335f.; *Langer*, aaO. (Fn. 34), S. 211; *Jescheck/Weigend*, aaO. (Fn. 11), § 41 II 2 (Fn. 20).

所不同。因此，這組信念倫理與責任倫理的概念對比，無助於證明禁止錯誤與構成要件錯誤的差別待遇。

五、小 結

整體而言，禁止錯誤與構成要件錯誤，是使行為人誤認其行為合法的兩種途徑，罪責理論並無法充分解釋，為何前者應該比後者受到更嚴格的刑法處置。首先，事實與法律的認知可能性及其誤認對法秩序效力的動搖程度均無顯著差異，故二者的可責性只能依個案確定。其次，禁止錯誤的行為人雖然正確認知構成要件事實，但是未必通常使其認知此行為違法，縱使形成此種違法行為模式的認知，對於具體行為決定也未發生阻止的效力，其與構成要件錯誤之人一樣，都是在主觀上遵守不為違法行為的行為準則。最後，責任倫理的觀念，一體適用於禁止錯誤與構成要件錯誤的處置上，但是無法進一步解釋二者的法律效果為何不同。因此，罪責理論對於禁止錯誤作不同於構成要件錯誤的處置，似乎沒有合理的根據。我們甚至可以觀察到，罪責理論的支持者在具體的錯誤類型處理上，也透過直接擴大構成要件錯誤，或間接適用構成要件錯誤之法律效果，來達成阻卻故意的效果，縮小罪責理論的適用範圍⁵⁷。這個結論同時顯示，故意理論對於禁止錯誤與構成要件錯誤都科予阻卻故意的法律效果，可能才是一個相對合理的出發點。我們應該進一步探究，故意理論的基本主張是什麼，以及罪責理論對其所提出的質疑有無說服力。

⁵⁷ 亦參考Langer, aaO. (Fn. 30), S. 124.

肆、再探故意理論

一、基本立場

故意理論的核心主張是，不法意識是故意的重要組成部分，如果行為人沒認識到行為的違法性，就沒有故意可言。依據Karl Binding的看法，故意必須包括不法意識在內的理由有二。第一個理由是，唯有在行為人認識到創設義務的法律時，才有順從法律的可能性，同時也會在個人身上產生服從義務。如果行為人沒有認識到法律，縱使其行為偶然地符合法律的要求，我們不會說他是在「遵守」法律，而縱使其行為偶然地不符合法律的要求，我們也沒辦法說他是在「違反」法律，因為在這兩種情形下，法律的命令都不構成行為人的行為動機⁵⁸。第二個理由是，如果故意不以不法意識為前提，就無法在行為人的意識層面反應行為的容許或禁止性質。不論是殺死仇敵的謀殺者，或是殺死強盜的正當防衛之人，都是有意識地在殺人，儘管前者違法而後者合法，卻只能被當成內涵完全相同的故意殺人行為，這是對於罪責概念的徹底摧毀⁵⁹。

依據此種觀點，故意的核心意義是行為人有意識地違背法律的命令⁶⁰。行為人為了認知其行為違背法律的命令，必須正確認知到法律評價為違法的事實，同時認知此一事實被法律評價為違法，而且對於事實的正確認知本身，係行為人正確認知行為違法的必要媒

⁵⁸ Binding, Die Normen und ihre Übertretung II 1, 2. Aufl., 1914, S. 145.

⁵⁹ Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung II 2, 2. Aufl., 1916, S. 949.

⁶⁰ Schmidhäuser, aaO. (Fn. 56), S. 338; Schmidhäuser, aaO. (Fn. 32), S. 367; Langer, aaO. (Fn. 34), S. 211; Herzberg, Vorsatzausschließender Rechtsirrtum, JuS 2008, S. 390; Fakhouri Gómez, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie. Zum Umgang mit der Irrtumsproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen, GA 2010, S. 270f.

介或手段，而不是一個具有獨立刑法意義的認知⁶¹。舉例來說，通姦故意係指行為人認知其行為屬於法律禁止的通姦行為，行為人如果自始誤認他方沒有配偶，就不可能知道性交行為係違法的通姦，因而阻卻通姦故意；縱使知道他方有配偶，卻不知道此一性交行為係法律所禁止的通姦，同樣是阻卻通姦故意，正確認知與有配偶之人性交的事實本身，在刑法評價上沒有任何意義。據此，故意與過失行為的關鍵區別，在於前者係具有實在的不法意識，後者係欠缺實在的不法意識⁶²，刑法上唯一重要的錯誤類型就是禁止錯誤，至於事實錯誤與法律錯誤，或是構成要件錯誤與禁止錯誤之區分，只是廣義禁止錯誤的不同來源或類型⁶³。

二、造成難以忍受的可罰性漏洞？

故意理論所造成的主要後果，就是使得誤認行為為合法的人阻卻故意，導致行為人不是無罪就是只能依過失犯處罰。多數文獻因此擔心，一旦行為人提出不知行為違法的抗辯，法院將因為難以反駁其抗辯而被迫宣告無罪，或只能適用與罪責內涵不相當的過失犯來處罰⁶⁴，對此行為之參與亦無法適用教唆犯或幫助犯處罰⁶⁵，這可能形成刑事政策上難以忍受的處罰漏洞。相對於此，罪責理論依欠缺不法意識的可避免性裁量減輕或阻卻罪責，可以大幅緩和行為人

⁶¹ 參考Schröder, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), S. 194f.; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, 10/64.

⁶² Schmidhäuser, aaO. (Fn. 32), S. 367.

⁶³ 是否必須賦予相同的法律效果，詳見下述「肆、五」的討論。

⁶⁴ Otto, Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 599; vgl. auch Zabel, aaO. (Fn. 37), S. 36.

⁶⁵ 黃榮堅，同註29，頁189。

抗辯不知行為違法的後果。

在判斷故意理論是否造成難以忍受的可罰性漏洞之前，我們必須先確定，要以什麼標準來確定可罰性漏洞已經到達難以忍受的程度。對此，儘管所有質疑者並未具體指出其評斷標準，不過至少可以發現，在構成要件錯誤會阻卻故意的公認立場底下，對於行為人只能宣告無罪或依過失犯處罰的結果，並沒有人概括地認為這是一個難以忍受的可罰性漏洞，至多個別地發展規避適用構成要件錯誤法則的策略，例如將某些犯罪成立要件定性為客觀處罰條件⁶⁶，或是建議增訂過失構成要件⁶⁷。如果只有少數犯罪處罰過失犯的現行法規定，對於構成要件錯誤不算是難以忍受的可罰性漏洞，對於禁止錯誤卻成為難以忍受的可罰性漏洞，表示禁止錯誤有其不同於構成要件錯誤的特殊之處，因而不能與構成要件錯誤適用相同的法則。剩下的問題是，導致過失犯的現行法規定不足以規範禁止錯誤的特殊之處是什麼？

(一)故意與不法意識之認知種類不同

第一個可能的觀點是，故意與不法意識所要求的認識程度自始

⁶⁶ 以肇事逃逸罪（刑法第185條之4）為例，肇事者經常抗辯其於逃逸時不知被害人死亡或受傷，部分文獻因此建議將本罪的「致人死傷」要素定性為客觀處罰條件，以規避構成要件錯誤的適用。相關討論詳見：薛智仁，論肇事逃逸罪之致人死傷要素——評台灣高等法院台南分院九十一年度交上訴字第九五四號判決，台灣本土法學雜誌，52期，頁216-232，2003年11月。

⁶⁷ 以我國的醉態駕駛罪（刑法第185條之3）為例，本罪的故意包含行為人對於不能安全駕駛之事實的認知，不過在行為人酒醉的情況底下，其自我判斷及審查能力顯著降低，行為人誤認自己能安全駕駛的可能性不低，為了更有效地預防醉態駕駛的公共危險，宜對本罪增訂過失犯。另外，在德國法上亦有學者主張，針對行為人誤認取得被害人同意的情形，增訂過失之強制性交罪，參考Hörnle, Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung, ZStW 112 (2000), S. 378f.

不同。Hans Welzel正是強調：「在心理學上，故意與不法意識是兩種不同的意識方式，故意必定是要求行為時存有實在的想像或感知，不法意識則是以非實在的認知為已足⁶⁸。」依此，所謂「行為人知道正在開槍射殺一個人」而有殺人故意，是指行為人透過感官經驗所取得的實在認識，如果行為人把他人誤看為野鹿，就會欠缺殺人的實在認識而阻卻故意，過失犯的處罰符合其不法與罪責內涵。相對於此，所謂「行為人知道法律禁止殺人」而有不法意識，則是指行為人雖未實際想到「法律禁止殺人」一事，但是保有「法律禁止殺人」的知識，處於隨時可以啟動此知識的狀態。所以，縱使行為人實際上將其殺人行為誤為合法，因而欠缺實在的不法意識，但具有隨時可以啟動的「法律禁止殺人」的知識，這就滿足潛在不法意識的要求，因而具備故意罪責，過失犯的處罰不足以掌握其不法與罪責的程度。

不過，為何對於故意犯罪而言，一定要對構成要件事實有實在的認知，對於行為違法性只要有潛在的認知即可，這本身就是一個有待釐清的問題，Hans Welzel對於這個關鍵問題本身，其實並沒有提供進一步的解答。正如同前面所說，縱使行為人認知正在開槍射殺一個人，只要他基於任何理由（例如：誤以為是正當防衛、誤以為遵守合法的上級命令）而認為行為合法，其所具有的「法律禁止殺人」的知識，並未實際成為阻止其著手殺人的因素，就跟他把開槍射殺的人誤認為野鹿一樣，都是在認知遵守法律行為準則之下而行動，而不是有意識地違反禁止殺人的命令。在這兩種情況下，我們對於行為人的非難，是建立在他有能力啟動，卻未啟動「殺人被法律禁止」的知識來阻止自己著手殺人，而不是建立在他有意識地違反禁止殺人的命令上。從罪責原則來說，唯有當行為人也對行

⁶⁸ Welzel, aaO. (Fn. 49), S. 160.

為違法性有實在認識的時候，才可能將著手殺人理解為有意識地違反禁止殺人的命令，因而值得以故意犯加以處罰，行為人光是擁有隨時可以被啟動的「法律禁止殺人」的知識，不足以創設故意責任。因此，故意犯罪之成立，係以對於構成要件事實的實在認知為前提，不法意識亦係以對行為違法性的實在認知為前提。

撇開其說理的瑕疵不談，Hans Welzel強調不法意識不以實在認知為前提，實際上可能是擔心，一旦要求行為人對於行為違法性有實在的認知，恐怕會導致大多數的行為無法成立故意犯罪⁶⁹。乍看之下這個擔心有其道理。因為法律人或許會想，在判斷一個行為違法與否時，必須先精確地認定事實的所有細節，找出可能牽涉的犯罪構成要件及阻卻違法事由，再依據這些犯罪成立要件的法學定義，將事實涵攝在這些規定裡，最後得出行為違法與否的結論。要正確地進行這樣的涵攝過程，現實上需要對法學概念的精確掌握及充分的時間。但是，實際從事犯罪行為的人，大多數都缺乏對法學概念的掌握能力，縱使有充分的時間思慮行為的違法性，充其量只能依其素樸的感覺作出行為違法或合法的判斷。更何況，如果行為人是在衝動之下瞬間決定作出一個違法行為，根本就不會想到行為違法或合法這件事。因此，如果要求行為人必須有實在的不法意識才會成立故意犯罪，將造成過大的處罰漏洞。

不過，這樣的擔心早已透過放寬不法意識之對象而被某程度上化解。儘管學說對於不法意識的對象尚無一致見解，但是沒有爭議的，行為人不必精確地認知實現哪個具體的構成要件，而是概括地認知其行為違反法秩序，或者進一步認知其行為可能受到正式的制裁即可⁷⁰。因為，我們要求法院判決精確指出行為人違法地實現了

⁶⁹ Welzel, aaO. (Fn. 49), S. 160.

⁷⁰ Vgl. nur Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Aufl., 2012, Rn. 427;

哪個犯罪構成要件，目的在於確保罪刑法定原則的實現，如果有罪判決只是含糊地認定行為人違法，等於放任法院不受刑法規定的嚴格拘束，恣意地擴大國家刑罰權。然而，我們要求犯罪之成立以不法意識為前提，是為了確定行為人的行動並非單純不同於法秩序的要求，而是有意識地違反法秩序的行為準則，只要行為人知道其行為受法秩序禁止，著手實行就是對法秩序效力的挑戰，至於此行為具體係實現哪個犯罪構成要件，或者法秩序將發動哪種制裁手段來回應，都是相對次要的問題。因此，不法意識的對象，自始就限於行為與法秩序要求牴觸的狀態，行為人無庸進行複雜而精密的法律涵攝，欠缺法學知識通常不是肯定其不法意識時的障礙。

犯罪是否以實在的不法意識為前提，真正的關鍵是衝動犯罪之人有無不法意識的問題。儘管實在的不法意識並不要求行為人進行精密的法律涵攝，不過行為人在行為時必須認知其行為與法秩序要求相牴觸，仍然是以超出單純感官經驗的精神性理解活動為前提。在行為人計畫性地逐步完成特定犯罪時，此種精神性理解活動的進行通常存在。例如，一個人為了報復仇敵埋伏在其家門口，等待其現身就加以毆打。行為人在計畫此犯罪時，通常會反覆地考量應該用什麼手段來毆打被害人，才會讓他得到應有的教訓，又不會導致過於嚴重的後果，此外也會意識到此種行為會被法律禁止，自己可能承擔何種責任。相對於此，如果行為人係在衝動之下完成特定犯罪，除了在感官上經驗當時的行為情狀、自己所做的行為及其可能帶來的後果之外，可能已經沒有額外的心理能力去理解行為與法秩序要求的關係。例如，兩個朋友在酒酣耳熱之際，一方認為對方的言語調侃是在諷刺自己無能，急怒攻心而直接給了對方一巴掌，打

Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 12 Rn. 28; *Joecks*, aaO. (Fn. 3), § 17 Rn. 12; *Vogel*, aaO. (Fn. 5), § 17 Rn. 15f.

人的那一瞬間可能不僅壓根沒想過，這個行為會導致對方疼痛，甚至也沒想過這個行為是否被法律禁止。我們應該說，行為人欠缺實在的不法意識，所以這樣的行為不構成故意傷害罪嗎？

對此，如果上例的行為人是誠實地表達自己的心理狀態的話，那麼我們必須釐清其所指的「沒想過會導致對方疼痛」及「沒想過行為是否會被法律禁止」的精確意思是什麼。就此，語言心理學提出事物思考（*Sachdenken*）與語言思考（*Sprachdenken*）兩種人類思考事物的方式，可以作為參考⁷¹。所謂事物思考，大致上係指人類以圖像式的記憶為基礎，不以語言為媒介地直接思索事物的過程。相對於此，所謂語言思考，大致上是指人類透過語言來思索事物的過程，可能是與他人對話或自我對話，也可能是有聲或靜默地說話。舉例來說，當我們進入一個人家裡看到客廳有一大面書牆時，會立刻喚起儲存在記憶裡的某些圖像（例如：圖書館的書庫、教授的研究室、二手書店），完全不用透過語言來描述，就產生主人嗜書如命或這是書香世家的感覺，這就是所謂的事物思考。然而，如果要向他人形容主人的讀書偏好，就無法停留在圖像記憶的層次，而是必須走近書牆瀏覽每本書的主題，透過與主人對話（您喜歡讀哪個類型的小說？）或自我對話（這些書都是教人如何才能心靈成長），才能對事物獲致一定程度的理解，透過語言傳達給他人知悉，這就是所謂的語言思考。因此，事物思考比起語言思考的速度通常更快，經常不需要任何時間就完成思考的過程，如果思考者在事後要向他人描述此一思考過程，未必能夠以適當的語言來重現，至多只能描述其所看到的外在情狀、某種特定的心情或感覺，使其他人能夠依其個人經驗來想像，思考者在那個沒有語言媒介的

⁷¹ 參考 *Schmidhäuser*, aaO. (Fn. 56), S. 326.

領域裡，究竟經歷了什麼⁷²。

依此，上例的行為人說自己「沒想過會導致對方疼痛」，或是「沒想過這個行為是否被法律禁止」，其所表達的意思應該是，在那行為的一瞬間，他根本不曾透過自我對話的語言思考方式來掌握這兩件事，但是並不能排除，其透過存取既有的圖像記憶，以事物思考的方式而預見行為的後果及違法性，只是找不到合適的語言來精確描述此一思考過程。在上例中，行為人曾對其傷害行為的後果及違法性進行事物思考，是一個符合經驗法則的判斷。因為在通常情況下，每個人從小開始就累積大量關於傷害行為後果及其可非難性的圖像記憶。我們或許曾經親身經驗或旁觀過，打架時往他人臉上揮拳，會使他人流血或慘叫一聲，打架的人會受到他人的譴責或制裁；我們或許曾從新聞報導得知，某人透過在食物中下毒導致他人昏迷，因而被法院判決有罪。以這些關於傷害行為的圖像記憶為基礎，行為人在激動之下向他人揮拳時，也會從對於揮拳動作的情狀，圖像式地思考到此動作會產生使他人疼痛、流血的傷害後果，以及此種行為會受到他人的非難或國家的正式制裁。換言之，透過事物思考的途徑，行為人仍對於傷害後果及其行為的違法性形成實在的認知。儘管此種認知過程本身，難以使用語言的媒介而精確地重現，但是法院仍然可以透過行為人對於外在事實的報告，嘗試以自己的經驗去想像，行為人立於當時的狀態之下經歷了何種事物思考的過程，而不是逕自認定，行為人對於傷害後果及其行為違法性欠缺任何形式的認知。

關於行為人對於構成要件事實的實在認識，學說上也普遍認為，並不以行為人注意力集中的事實範圍為限，而是包括其事物思

⁷² Schmidhäuser, aaO. (Fn. 56), S. 326f.

考上的伴隨意識（*Sachgedankliches Mitbewusstsein*）所及的事實⁷³。換言之，對於組成構成要件的所有事實細節，行為人在心理上不必持續地進行反思，而是伴隨著其注意力集中之處而必然會被同時認知即可，就算清晰度較低亦無妨⁷⁴。在上述案例中，縱使行為人係誠實地描述自己的心理狀態，法院仍應基於行為人擁有關於傷害後果的圖像記憶，而認定其已經預見傷害後果，因而具備傷害故意。如此的觀念，可以援用來理解所謂實在不法意識的內涵。亦即，實在的不法意識並不限於行為人透過語言思考而掌握行為抵觸法秩序的狀態，而是包括了行為人透過事物思考方式所形成的不法認知⁷⁵。因為，當行為人已經認知到其行為之不法，不論此一認知的形成是透過語言或事物思考的途徑，程度是清晰或模糊，其著手實行都是有意識地抵觸法律。不過在實際適用上必須注意，行為人在行為的瞬間是否必然喚起其對系爭行為不法的思考，取決於個人在

⁷³ *Wessels/Beulke*, aaO. (Fn. 70), Rn. 240; *Kühl*, aaO. (Fn. 70), § 5 Rn. 99; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 15 Rn. 51ff.

⁷⁴ 不容否認地，如果要避免這個概念被濫用成為推定行為人故意的工具，法官就必須在個案仔細審查，行為人至少會對哪些事實伴隨地形成圖像式的想像，這必須依據知覺心理學對於知覺過程的研究，對法官必定會造成不小的挑戰。根本來說，究竟此種心理學的概念能不能解決刑法學的問題，仍然有待將來的研究。不過，*Frisch*, *Vorsatz und Mitbewusstsein – Strukturen des Vorsatzes. Zur normativen Relevanz psychologischer Befunde im Strafrecht*, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 326ff. 基於對此概念的質疑，反而主張故意自始不包括某些組成構成要件的事實在內，似乎是忽略，每個構成要件要素對不法內涵都具有同等的決定意義，若是只對於部分構成要件事實有所認識，就不足以建構其主觀不法。正確的批評參考 *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), aaO. (Fn. 20), § 16 Rn. 167; *Sternberg-Lieben*, aaO., § 15 Rn. 51 a.

⁷⁵ *Schmidhäuser*, aaO. (Fn. 56), S. 331; *Langer*, aaO. (Fn. 30), S. 117; *Vogel*, aaO. (Fn. 5), § 17 Rn. 26; *Zabel*, aaO. (Fn. 37), S. 46.

行為前所累積的相關記憶是否已經足夠鮮明。基本上，越是屬於共同生活裡的基本禁止或誡命規範，就越能夠確定行為人會對該行為形成事物思考上的不法意識，如果越是純屬基於行政目的而設立的禁止或誡命規範，以事物思考的方式形成不法認知的機會就會越低，因而必須透過語言思考的方式，才有形成實在不法認知的可能性。

至此可以確定，基於罪責原則之要求，潛在不法意識無法創設故意罪責，實在的不法意識與構成要件故意的認識程度一樣，均包括行為人基於事物思考途徑所得到的認知在內。依此標準，絕大多數衝動犯罪之人亦具有實在的不法意識⁷⁶。因此，禁止錯誤與構成要件錯誤的認定標準，均是指（至少）未透過事物思考而知悉構成要件事實及行為違法性的行為，啟動事物思考而正確認知構成要件事實或行為違法性的可能性，僅是創設過失責任的必要前提，而不是創設故意責任的充分條件。

(二) 誤認違法性之抗辯難以被推翻

在確認故意與不法意識的認識程度標準一致之後，另一個使罪責理論認為現行過失犯規定不足以掌握禁止錯誤行為的可能理由是，法院比較沒有能力抵擋行為人誤認行為合法的抗辯，以致於訴訟上被認定為禁止錯誤的所有行為裡，潛藏諸多行為人具有實在不法意識的情形，這些行為理應構成故意犯罪，不能適用過失犯來處罰。換言之，有鑑於難以證明行為人具有實在不法意識，宜改採潛在不法意識作為罪責前提，使法院透過裁量減輕刑罰的方式來彈性處理⁷⁷。

⁷⁶ Vgl. Schmidhäuser, aaO. (Fn. 56), S. 332; Schröder, aaO. (Fn. 61), S. 198; Walter, aaO. (Fn. 35), S. 414f.

⁷⁷ 參考Walter, aaO. (Fn. 35), S. 405 ff.; Vest, Vorsatznachweis und materielles Stra-

改採潛在不法意識作為罪責的前提，能夠大幅地改善法院證明被告有罪的難度。因為，如此一來法院不必再去確定被告的抗辯是否僅是託詞，而是只要去確定，被告是否能夠避免此一錯誤即可。就算認定被告發生禁止錯誤而欠缺實在的不法意識，只要他在行為時產生良知上的緊張，通常就會被視為可避免之禁止錯誤，同樣可以科予完整的故意責任。在刑事訴訟上，被告如果要辯護自己無罪，就必須理由充分地向法院陳述，自己不僅欠缺不法意識，而且沒有能力去迴避此一認知錯誤。唯有當被告成功地讓法院懷疑其無法迴避此一認知錯誤時，法院才有必要進一步審查被告有無潛在不法意識，否則被告的抗辯都會被拒絕採信。

不過，擔心難以推翻行為人誤認行為合法的抗辯，就概括地捨棄實在不法意識作為故意犯罪的前提，並不是一個法治國刑法裡可以被接受的論證。首先，如果行為人正確認知事實，其誤認行為合法的抗辯固然通常比較不可信，但是這至多只是告訴法官，在訴訟上應該謹慎地區辨行為人的抗辯是真實或虛偽，並不當然就要降低故意責任的入罪標準。其次，儘管在設定入罪標準時，可以也應該進行刑事政策的考量，但是這種考量不能破壞刑法基本原則所設定的框架。就此，擔心難以推翻行為人的抗辯造成處罰漏洞，就放棄以實在不法意識作為故意責任的前提，其實際的結果是，那些真正誤認自己行為合法之人，也與明知行為違法的虛詞狡辯之人一樣，都在法官擬制具有潛在不法意識之下，也必須負起故意責任。事實上，此種主張讓被懷疑有實在不法意識的人負起故意責任，形同對其科予牴觸罪責原則的嫌疑刑罰⁷⁸，距離「不知法律不免責」的法

frecht, 1986, S. 134ff.; Lüderssen, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973), S. 304 (Fn. 49).

⁷⁸ 類似批評亦見：Freund, aaO. (Fn. 24), § 4 Rn. 84; Langer, aaO. (Fn. 30), S. 125.

則僅有一步之遙。換言之，是以刑事政策的考量來要求罪責原則的退讓，而罪責原則作為一個支配刑法的基本原則，有其不容輕易被捨棄的效力。

此外，訴訟上是否存在誤認行為合法的抗辯更難被推翻的事實，可能是一個難以由訴訟經驗加以證實的問題。不論行為人提出誤認事實或誤認行為合法的抗辯，法官都不可能對其抗辯的說詞照單全收，而是必須先對其抗辯內容進行可信度的評估。行為人對於事實或對行為違法性的認知，都屬於任何第三人無法直接感知的內在事實，所以此種評估只能透過對外在事實的推論才能達成。尤其如前所述，行為人對於構成要件事實及行為違法性的認知，如果是透過事物思考的管道所形成的，此種思考過程自始就不容易透過語言重述，法官必須藉助外在事實作為間接證據，推論一個與行為人擁有相同條件的人在相同情況之下，是否會如同行為人所說的，對於構成要件事實或行為違法性產生誤認，然後再透過語言來描述行為人的故意及不法意識。因此，在難以直接窺知內在事實，語言又難以重建行為人思考過程之下，法官對於故意與不法意識的認定，必然比起外在事實的認定更不易形成穩定的心證，容易被行為人的抗辯所動搖。儘管如此，這是在證明故意與不法意識時同樣面臨的難題，如果要說二者在推翻被告抗辯的難易度上有絕對的高低之分，恐怕是一個尚待更多證據才能支持的論點⁷⁹。

最後，從罪責理論的立場來說，如果是擔心誤認行為合法的抗辯比較難以推翻，而認為過失犯的現行法規定會造成處罰漏洞，可能是一個自相矛盾的擔心。如前所述，其主張禁止錯誤的行為比起構成要件錯誤的行為更具有可非難性，理由之一就是對於事實的誤認比較難以避免，而對於法律的誤認比較容易避免，因為在行為前

⁷⁹ Vgl. Sauer, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957), S. 12f.

就存在各種資訊管道讓行為人認知行為違反法秩序的要求。如果此種假設屬實，其對於法官證明實在不法意識存在一事的影響就是：行為人誤認行為合法的抗辯，通常比起其誤認事實的抗辯更為不可信，以致於更容易被推翻。如果一方面在證立罪責理論對禁止錯誤的特殊處置時，強調禁止錯誤的發生可能性甚低，另一方面在指責故意理論對禁止錯誤的平等處置時，反而擔心特別難以推翻行為人的抗辯，這似乎是自我立場上的反覆。

綜上所述，故意與不法意識的認知程度以及其證明可能性相當，禁止錯誤並無比起構成要件錯誤更為特殊之處，對於故意理論造成處罰漏洞的質疑其實過於誇大。如果真的認為過失犯的規定不足，應該交由立法者增訂或提高過失犯刑度來填補此漏洞⁸⁰，而不是轉而概括地以故意犯來處罰禁止錯誤的行為人。

三、不當優待法敵對與法盲目之人？

罪責理論反對故意理論的另一個理由是，完全不在乎法秩序要求的習慣犯（*abgestumpfte Gewohnheitsverbrecher*），以及基於個人確信或信仰而拒絕遵守現行法秩序的確信犯（*Überzeugungstäter*），都會因為不認識自己的行為與法秩序相牴觸而欠缺實在的不法意識，因而無法被以故意犯處罰。然而，這些人正是自始對於法秩序抱持完全不在乎或敵視態度的人，比起原則上遵守法秩序但不認識特定規範之人更具可非難性。為了避免無法處罰這些法敵對或法盲目之人，部分故意理論的主張者就必須為其創設一個例外的規則，承認這些人具有實在的不法意識⁸¹。許多文獻因此批評，故意理論

⁸⁰ *Langer*, aaO. (Fn. 34), S. 211; *Fakhouri Gómez*, aaO. (Fn. 60), S. 272.

⁸¹ 被稱為限制故意理論，參考 *Mezger*, *Strafrecht I: Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 1960, S. 183f. 韓忠謨，同註8，頁250亦採限制故意理論，在依健全之是非善

必須擬制習慣犯及確信犯具有實在的不法意識，始能論以故意犯罪，這是理論的矛盾⁸²。問題是，習慣犯及確信犯果真欠缺實在的不法意識？

首先，如果一個習慣犯係完全無法受到倫理訴求所影響，沒有能力得知其行為的違法性，很可能根本就是一個無責任能力之人，對於這樣的習慣犯，自始就沒有論以故意犯罪的餘地。如果不是如此極端的情況，那麼表示該習慣犯仍然會知道，並不是任何他所做的行為都是合法的，他會知道有些行為不能口無遮攔地向他人炫耀，甚至必須注意有些行為不能被別人察覺。換句話說，他是有意識地對特定禁止規範不在乎。例如，一個長年的慣竊固然把偷東西當成一件無所謂的事情，但是這種無所謂的心態，可能是來自於其不害怕承擔坐牢的後果，或者來自於其認同此種掠奪財產的生存方式，但是他仍然知道，這樣的行為受到法律所禁止，而且帶有違反的制裁效果，此種掠奪財產的行為也不受到社會上其他人的認同。這些情狀都顯示，習慣犯在行為時至少透過事物思考的途徑，知道其行為與法秩序的要求相牴觸。換言之，只要習慣犯尚有責任能力，通常自始就是具有實在的不法意識，無庸透過擬制才能論以故意犯罪⁸³。

比較複雜的問題是，確信犯是否具有實在的不法意識？舉例來

惡觀念不應有之欠缺違法性認識時，仍承認故意責任之成立。

82 *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6. Aufl., 2011, § 10 Rn. 78; *Wessels/Beulke*, aaO. (Fn. 70), Rn. 464; *Gropp*, aaO. (Fn. 46), § 13 Rn. 35. 類似於此，國內有文獻（余振華，同註34，頁250）主張，若依故意理論，常業犯對於行為違法性缺乏自覺，其責任非難應該減低，顯然無法說明刑法對常業犯加重處罰的立場。不過，這個看法在刑法廢除常業犯之後，已經喪失其形式根據。

83 Vgl. *Schröder*, aaO. (Fn. 61), S. 198; *Schmidhäuser*, aaO. (Fn. 56), S. 333f.; *Walter*, aaO. (Fn. 35), S. 413f.

說，一個是耶和華見證人的父親，基於其宗教信仰拒絕醫師對需要手術的子女進行輸血，導致該子女延誤手術而死亡。事實上，這個父親並不是不知道，他依法有義務同意醫師對其未成年子女進行必要的手術，他與其他行為人的最大差別在於，此一法秩序的要求與其宗教信仰的誡命相互牴觸。對於拒絕同意輸血的行為，他知道這牴觸法律的要求，但是仍然選擇服從信仰的誡命，不認同現行法的要求。因此，此處的問題在於，所謂的具有不法意識，係指行為人內心也認同法律的要求，並認知其行為違反法律，抑或不管行為人內心是否認同法律的規定，只要認知其違反法律即可？

對此，如果我們認為，罪責的理念在於尊重行為人的人格，刑法的責難應該是建立在行為人內心也認同法秩序要求的前提下，對於自始不承認法律正當性的行為人，如果國家對其施加刑罰，等於是透過強制力去否定個人依其信念而行為的決定，此種刑罰顯然是在摧毀行為人的人格核心。不過，現實的問題在於，對於任何一個法秩序而言，絕對尊重個人人格的結果，就是其所豎立的行為規範永遠必須對個人的信念退讓，使其因此自我取消其效力。因此，罪責概念自始不可能完全貫徹其理念，而是只能在尊重個人人格與貫徹法秩序效力的衝突裡，尋求二者的和諧實現。在這個現實意義的罪責概念底下，不法意識之判斷標準，只能忽略行為人內心對於法律的不認同，凡是知悉其行為係法律所不容許者，即是具有不法意識。依此，確信犯仍舊是有實在不法意識之人，無庸透過擬制才能論以故意犯罪⁸⁴。至於刑法是否基於尊重其信仰或良知，而否定確

⁸⁴ 通說結論相同：Schröder, aaO. (Fn. 61), S. 198; Schmidhäuser, aaO. (Fn. 56), S. 334; Koriath, Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1996, S. 121; Joecks, aaO. (Fn. 3), § 17 Rn. 21; 黃榮堅，同註9，頁653；許恆達，同註17，頁56-57；不同見解：Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), S. 40f.

信犯成立犯罪的可能性，是一個與不法意識概念無關的問題。

基此，縱使採取故意理論，在絕大多數情況之下，習慣犯及確信犯仍是具有實在不法意識之人，故意理論並不需要藉由擬制的途徑，才能對這些人論以故意犯罪。認為故意理論優惠法敵對或法盲目之人或無法貫徹自己立場的說法，是一個誤解。

四、行為人處分法秩序的存續？

罪責理論對於故意理論的另一個常見的質疑是，在欠缺不法意識會阻卻故意的立場下，行為人為了確定不會被刑罰，只要不去認識某個構成要件（法律）即可⁸⁵，其結果是：真正被處罰的行為，不再是立法者規定應加以處罰的行為，而是那些被個人認為受到禁止的行為；這等於是大幅地將法秩序的存續交給行為人處分，與法作為一個客觀秩序的功能不符⁸⁶。然而，這個論證似乎過於誇大故意理論對於法秩序实效性之影響力。

首先，所謂「行為人為了確定不會被刑罰，只要不去認識某個構成要件即可」，其實是在指涉一個現實上不存在的狀況。根本上來說，如果有人為了規避刑罰而刻意選擇不去認識特定法律，這表示他也已經多少知道，其所欲過濾的資訊內含有特定法律，而其行為有可能抵觸此一法律，否則根本就沒有過濾的可能性及必要性。既然如此，這樣的人已經是一個認知行為違法的人，而不是處於禁止錯誤⁸⁷。縱使不考慮這點，一個人生活在資訊流通的社會裡，如果不是自己主動地去收集資訊而瞭解社會的基本規範，在大多數時候也會被動接收他人所傳達的社會基本規範資訊，不只是透過父母

⁸⁵ Neumann, Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), JuS 1993, S. 797.

⁸⁶ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 21 Rn. 9.

⁸⁷ Vgl. Koriath, aaO. (Fn. 84), S. 122; Walter, aaO. (Fn. 35), S. 415f.

的家庭教育、學校的法治教育，平時與他人的談話或電視網路媒體的傳播，都可能意外地或被迫地接收相關的法律規定。因此，如果有人為了迴避刑罰而刻意選擇不去認識特定法律，若非成功機率很低，就是必須付出極大的代價。舉例而言，一個人為了營利而在網路上大量下載音樂著作，又不想知道此種行為係違法侵害著作權，他必須放棄上網、出門、看電視、聽廣播，甚至放棄跟任何人聊天，因為關於不得侵害著作權的資訊，已經鋪天蓋地的散布在這些日常媒體及活動裡，無意中接收此一資訊的機率幾乎是百分之百。我們難以想像，現實上存在此種與外界資訊完全隔絕的可能性。

其次，故意理論並不會導致「真正被處罰的行為，不再是立法者規定應加以處罰的行為，而是那些被個人認為被禁止的行為」。這個論證的字面意思就有誇大之嫌，因為故意理論並未主張，凡是個人認為被法律禁止的行為都馬上會成為犯罪，這是一個明顯違反罪刑法定原則的結果。如果撇開其文字可能造成的誤解不談，此一論證應該只是在強調，故意理論導致刑罰的範圍受制於行為人實在不法意識的有無，無法將立法者規定應加以處罰的行為都處罰進來。不過在這個意義底下，這個論證也已經沒有任何實質內涵。因為，立法者的原意，自始就不是處罰所有客觀上與法秩序牴觸的行為，而是基於罪責原則，認為在行為具備構成要件故意及不法意識時，才依故意犯罪加以處罰。事實上，這樣的基本立場也是罪責理論所堅持的，故意理論只是比起罪責理論進一步要求不法意識必須有實在性，以致於故意犯罪的成立範圍比較狹窄。換言之，故意犯罪的成立範圍比較狹窄，是堅持罪責原則的必然結果。除非我們認為，罪責原則是一個可以被任意捨棄或限制的刑法原則，否則沒有理由認為，限縮故意犯罪的成立範圍是一種難以被接受的結果。

最後，指摘故意理論係「大幅地將法秩序的存續交給行為人處分」，也有過於誇大之嫌。一個法秩序的實效性存在與否，取決於

其法規範是否實際上被遵守，以及違反法規範的行為是否也被制裁。如前所述，不論是遵守或違反法規範的要求，前提是行為人必須認知法規範的要求，然而我們難以想像，現實上有人可以堅決地拒絕認知法規範的要求，藉此解除法秩序的實效性。再者，如果有人不知道法規範的要求，以致於其客觀上違反法秩序要求的行為無法被科予故意刑罰，這也不能說是賦予行為人任意處分法規範實效性的權力。因為一方面，既然行為人不知道法規範的要求，其客觀上不符合法秩序要求的行為並非對法效力的挑戰，對此種行為不予處罰，並未損及法秩序的效力，甚至可說是貫徹罪責原則的結果，而罪責原則作為法秩序所承認的刑法基本原則，其貫徹反而有助於人民對於法秩序的接受度⁸⁸。另一方面，對於不知法規範要求下所實施的行為，法秩序也不是完全放任，而是在其有能力知悉法規範要求的情況下，處罰其未能知悉並遵守法規範的行為，只不過故意理論主張依過失犯處罰，而罪責理論主張應依故意犯處罰。因此，不論依據故意理論或罪責理論，對於未遵守法秩序的行為，法秩序仍然透過一定程度的制裁來強制實現其要求，並未任由行為人決定其效力實現與否⁸⁹。如果指責故意理論僅以過失犯來處罰欠缺實在不法意識的行為，就是大幅地將法秩序的存續交由行為人處分，基本上也只是重複禁止錯誤應該受到構成要件錯誤更嚴重處罰的說詞而已，不是有實質意義的論證⁹⁰。

⁸⁸ Koriath, aaO. (Fn. 84), S. 122.

⁸⁹ 類似看法，Walter, aaO. (Fn. 35), S. 415.

⁹⁰ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 21 Rn. 9 (Fn. 10). 反駁，不只在行為人確定欠缺不法意識的情形，甚至在行為人有無不法意識存疑的案件，法官也必須假定行為人欠缺不法意識，故其對於故意理論交給行為人處分法秩序之存續的擔心並非誇張。依照本文的看法，這個反駁並無說服力，因為在構成要件錯誤的案件，若是法官不確定行為人有無故意，一樣要假定行為人阻卻故意，包括

五、新增法律過失之獨立構成要件？

最後一個問題是，如果禁止錯誤之行為人亦應該依過失犯來處罰，其處罰範圍是否應該比起構成要件錯誤更廣泛？如前所述，故意理論在刑事政策上受到的最大挑戰，即是禁止錯誤適用過失犯造成處罰漏洞。Günther Jakobs即批評說，刑法典的過失犯規定，自始就不是針對禁止錯誤的情形所制訂的，每個人都知道殺人跟傷害被禁止，過失致死罪與過失致傷罪主要是保留給構成要件錯誤，反而在那些比較容易出現禁止錯誤的犯罪，像是強制罪或恐嚇取財罪等，卻不處罰過失犯⁹¹。因此，許多故意理論的支持者指出，對於構成要件錯誤的行為人，固然僅在各罪存在過失犯條款時才加以處罰，但是禁止錯誤的行為人已經正確認識到行為的社會損害性，就應該進一步探究該行為是否也被法律禁止，不管在哪個犯罪裡違反此一探究法律的義務都應該依過失犯處罰⁹²。若是如此，刑法典就有必要增設一個法律過失（*Rechtsfahrlässigkeit*）的獨立構成要件，來概括處罰過失地發生禁止錯誤的情形。

這種觀點可說是折衷故意理論與罪責理論的觀點，一方面認為禁止錯誤與構成要件錯誤一樣能發生阻卻故意的效果，另一方面又認為發生禁止錯誤的過失比起發生構成要件錯誤的過失更值得非難。倘若增設法律過失的獨立構成要件，一方面對於已有過失犯的規定而言，可以為法律過失設定比事實過失更高的法律效果，另一方面對於沒有過失犯的規定而言，也可以單獨處罰法律過失。不

Roxin在內，並沒有人因此擔心這等於讓行為人來處分法秩序的存續。

⁹¹ Jakobs, aaO. (Fn. 37), 19/14; Ebenso Stratenwerth/Kuhlen, aaO. (Fn. 82), § 10 Rn. 78; Hardwig, aaO. (Fn. 52), S. 19.

⁹² 提出此一可能性：Schröder, aaO. (Fn. 61), S. 209; Schmidhäuser, aaO. (Fn. 61), 10/59.

過，此種建議無可避免的問題是：為何法律過失的處罰應該普及所有犯罪類型，而事實過失的處罰仍然應該限於少數的犯罪類型呢？唯一可能的理由仍舊是承認構成要件故意的訴求機能。一如前文分析的結果，法秩序要求行為人正確地認識構成要件事實，跟要求行為人正確地認識其行為的違法性，目的都是在確定行為人是否有意識地違反法秩序的命令，因而應該論以故意犯罪。行為人誤認構成要件事實與誤認行為合法一樣，其被責難的理由，都是因為此種誤認導致行為人沒有避免侵害法益的不法行為。行為人在正確認知構成要件事實之後，有無比較高的可能性認知其行為受法律所禁止，其實是個案判斷的問題，我們無法概括地認定法律過失的可責性較高，因而必須比起事實過失受到更全面與更嚴重的處罰。至於刑法典的過失犯係針對構成要件錯誤的情形所制訂，從立法沿革來說或許是實情，但是我們無法由此推論出，現行過失犯規定只能適用於構成要件錯誤，不能適用於禁止錯誤的情形。因為，既然兩種錯誤的行為人皆是無意識地違反法秩序的命令，卻可責地基於此誤認而實施侵害法益的行為，將過失犯適用於禁止錯誤的情形，並不會牴觸立法者的價值權衡結果。綜上所述，沒有理由單獨增訂法律過失之不法構成要件。

六、小 結

故意理論將實在的不法意識視為故意的重要內涵，對於構成要件錯誤與禁止錯誤的行為人，一律依過失犯加以處罰，將故意犯與過失犯的區別建立在行為人是否有意識地違反法秩序上，而不是建立在行為人是否正確認識構成要件事實上，是貫徹罪責原則的最佳作法。這個看法未被立法者及多數學說支持，根本上是擔心其導致刑事政策上難以容忍的處罰漏洞。不過，姑且不論此種刑事政策考量並無限制罪責原則的絕對效力，上述檢討顯示，學說對於故意理

論造成可罰性漏洞的擔心，一方面是不當預設禁止錯誤的可責性高於構成要件錯誤，另一方面是過於狹隘地理解實在不法意識的內涵所致。如果能夠認清，禁止錯誤與構成要件錯誤並無可責性上的絕對差異，而實在不法意識之認知程度及證明可能性與構成要件故意相當，那麼禁止錯誤適用過失犯規定，並未比起構成要件錯誤適用過失犯規定造成更大、更不能被忍受的可罰性漏洞。因此，禁止錯誤的法律效果宜採故意理論。

依據故意理論來決定禁止錯誤的法律效果，不僅適用於核心刑法，當然也適用在附屬刑法。相對於此，有不少文獻主張，在核心刑法應適用罪責理論，在附屬刑法才改採故意理論⁹³。從本文的立場來看，此一觀點固然比起全面適用罪責理論更為優越，但是所採取的區分標準可能過於僵化。因為，行為人誤認行為合法的可責性多高，整體上取決於，依其個人知識、經歷等條件有多大可能性正確認識行為的違法性，無法概括地以所違犯者係核心刑法或附屬刑法的規定來區分。畢竟在現代社會裡，行為人對於核心刑法的禁止規範認識程度未必更高，至少在當今臺灣應該無人否認，證券交易法關於禁止內線交易或操縱市場的規定，相較於刑法典禁止污辱孫中山遺像的規定，更為大眾耳熟能詳。除此之外，每個人認知附屬刑法之禁止規範的能力也高低有別，一個沒有股票交易經驗的人，固然有可能不瞭解，其聽信內線消息買賣股票是違法的行為，但是對於一位證券營業員而言，幾乎不可能不知道，知悉（利用）內線消息而買賣股票是違法的行為。基此，認為核心刑法之禁止錯誤不能阻卻故意，附屬刑法之禁止錯誤一律阻卻故意，可能忽略個案可責性的差異。比較正確而且理論一貫的看法，應是全面適用故意理

⁹³ 詳見註21所引文獻。

論決定禁止錯誤的法律效果，就個案情節認定過失責任的高低⁹⁴。

伍、對於故意概念與錯誤理論的影響

一、故意的內涵與定位

(一)故意的內涵

在確定不法意識是故意的組成部分之後，意味著行為人必須在行為時⁹⁵認知到該行為的違法性才具有故意，我們姑且稱其為不法故意（Unrechtsvorsatz），實質上就是可以回溯至羅馬法的「惡意」（*dolus malus*; *böser Vorsatz*）⁹⁶。此一不法故意概念，比起通說的故意概念，更能彰顯行為人的法敵對態度，作為其比起過失犯獲得更嚴厲處罰的根據⁹⁷。相較於通說主張故意的對象僅限於法定構成要件的事實，此處所稱不法故意的對象，包括整體不法事實（法定構成要件事實之存在及阻卻違法事實之不存在），以及此一整體不法事實在法律評價上係違反法秩序。並且，行為人對於行為違法性的認知，必須建立在對於整體不法事實的認知的基礎上⁹⁸。因為，我們要求行為人要正確認知整體不法事實，其本身不是目的，而是要求其正確認知行為違法性的手段，據此才能進一步確認，行為人係有意識地作出違反法秩序的行為，因而值得科予故意刑責。如果脫離了對於整體不法事實的認知，行為人對於某種行為

⁹⁴ 相同結論：Freund, aaO. (Fn. 24), § 7 Rn. 91.

⁹⁵ Schmidhäuser, aaO. (Fn. 61), 10/66.

⁹⁶ Vgl. Hruschka, Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie“ „eingeschränkt“?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 441-442.

⁹⁷ 相同見解：Herzberg, aaO. (Fn. 60), S. 390; Hardwig, aaO. (Fn. 52), S. 6; Schröder, aaO. (Fn. 61), S. 195.

⁹⁸ Langer, aaO. (Fn. 30), S. 117.

模式的違法性有所認知，也只不過是單純擁有某種法律知識而已（殺人是犯法的，竊盜是犯法的），不足以建構起任何刑事責任。據此，不法意識之有無，應依據行為人所認識之不法構成要件事實來認定（不法意識可分性）；至於幻覺犯的行為人，始終欠缺對於整體不法事實的認知，單純誤認自己的行為違法不足以建構不法故意，亦即無法成立未遂犯。

值得進一步討論的是，所謂對於行為違法性的認知，是指行為人認知到行為可能違法（行為人懷疑行為違法）即可，抑或必須明知行為違法？對此，通說比照未必故意的概念，認為行為人懷疑其行為違法即具有不法意識（所謂間接不法意識），因為此時行為人的著手實行已可視為有意忽視法律的訴求，接受其行為之違法性⁹⁹。此一基本立場導致，任何懷疑行為違法的行為人，都有義務先行停止其行為，確認行為合法性之後始能行動。許多文獻指出，在行為之合法性客觀上無法釐清，以及情況急迫沒有餘裕進行確認時，此一結果將會過度限制行為人的行動自由，而且等於把國家法律未設立明確合法性標準的不利益交由人民承擔。為了解決這個兩難，有學說主張，在行為人懷疑行為違法性時，若是無法期待行為人捨棄其行為，或是其行為欠缺可非難性時，則減免刑罰¹⁰⁰，亦有學說主張類推適用禁止錯誤的規定，在此種懷疑無法被排除時，阻卻或減輕罪責¹⁰¹。近來則有部分文獻認為，在罪責理論的基礎底下，與其採取上述一面肯定其有不法意識，一面又繞道規避刑罰

⁹⁹ Sternberg-Lieben, aaO. (Fn. 73), § 17 Rn. 5; Schmidhäuser, aaO. (Fn. 61), 10/70; Langer, aaO. (Fn. 30), S. 117; 黃榮堅，同註29，頁175（稱為或然不法意識）。

¹⁰⁰ Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 511.

¹⁰¹ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 21 Rn. 31.

的作法，不如自始將不法意識的認知程度限制在明確知悉違法，懷疑不法之行為人係禁止錯誤，依個案情節決定其可否避免，尤其是否履行法規查詢義務而定¹⁰²。

上述爭議的背後其實存在共識，亦即在法律全面涉入生活各個層面，又經常無法及時回應迅速的生活變動之下，我們不可能極端要求，行為人凡是懷疑行為違法時都禁止行動，也不可能極端放任，行為人只要不明知行為違法即可輕舉妄動，而是在一定程度上要求行為人，在行動之前應該盡其探詢義務以釐清行為之合法性。不論是從期待可能性、可非難性或是禁止錯誤之可避免性的觀點，儘管所使用的概念不完全相同，最終無非都是在強調，如果行為人已盡其探詢義務或處於不可能踐行探詢義務的狀況，我們必須容許其抱著不法懷疑而行動，刑法不應介入處罰。剩下的問題是，在刑法釋義學上如何落實這層考量。就此，如果採取罪責理論，上述少數說將不法意識的認知程度標準拉高，將懷疑不法之行為人歸類為禁止錯誤，使法官得藉由可避免性的審查，來彈性決定行為人踐行探詢義務的空間有多大，在個案中決定是否減輕或阻卻罪責，而不用藉助法無明文的期待可能性或可非難性概念，是一個較為簡潔而邏輯一貫的作法。不過，就本文所主張的故意理論而言，若是比照此種作法，將導致懷疑不法的行為人不論違反探詢義務的程度多麼重大，至多只能依過失犯處罰，有鑑於行為人係有意地接受牴觸法秩序的主觀意思，此一結果可能失之過寬。因此，應是接受通說的立場，懷疑不法的行為人既然已經預見行為違法的可能性，即肯定

¹⁰² *Leite*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, S. 696ff.; *Puppe*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 236; *Safferling*, Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, 2008, S. 221.

不法故意的存在。若是考量行為人所認知的行動條件，包括懷疑不法的程度、採取行動的急迫性及必要性、行為對法益造成的影響程度、其探詢及釐清行為合法性的可能性等等，無法期待行為人在終局確定行為合法之後才行動時，則透過無期待可能性的概念來減免罪責¹⁰³。

此外，既然行為違法性是不法故意的對象，如果主張故意的組成要素包括認知與意欲，行為人也要對於行為違法性有認知及意欲¹⁰⁴。然而有學說認為，意欲的對象僅限於受到行為人支配的情狀，不受行為人支配的情狀，只能成為認知或想像的對象，但無法成為意欲的對象，因此，違法性既是行為時已由法律確定的行為特徵，不可能成為行為人意欲的對象，只可能是認知的對象¹⁰⁵。此一見解容有商榷餘地。按，刑法的不法概念具有不可分性，必須是具備所有不法要素的事實整體才構成一個不法事實，任何單一不法要素的事實本身，在脫離了其他不法要素的事實之後都會喪失其不法意義。基此，刑法所禁止的不法行為，係指行為人實現整體不法事實的行為，至於行為人哪些組成不法的事實在著手時已經存在，

¹⁰³ 承認無期待可能性之概念在故意犯作為超法規之寬恕罪責事由，參考黃榮堅，同註9，頁625-627。

¹⁰⁴ 相對地，如果認為故意的組成要素只有認知，行為人對於行為違法性也只要有認知即可，無庸有意欲。不過，必須注意的是，行為人對於行為違法性是否必須有意欲，與不法意識的定位並無必然的關聯性，是一個獨立於本文主題的爭議，故在此不擬進一步討論，以下的論述僅以通說的意欲理論為基礎，檢討行為違法性是否可能成為意欲的對象。另外，許玉秀，同註7，頁71儘管也將不法意識視為故意之認知對象，但是將意欲理解為獨立的罪責要素，至於意欲的對象是否包括行為違法性本身，似乎無法從行文脈絡推知明確的立場。

¹⁰⁵ *Leite*, aaO. (Fn. 102), S. 690; *Puppe*, aaO. (Fn. 102), S. 235; *Neumann*, aaO. (Fn. 20), § 17 Rn. 33.

哪些組成不法的事實是著手之後才出現，其實無關緊要。此一觀念不只適用於客觀不法的判斷，也適用於主觀不法的判斷。亦即，行為人的認知與意欲的對象，永遠是行為人於著手時想像即將完全實現的不法事實整體¹⁰⁶，若是行為人只針對其中部分的組成不法事實有認知或意欲，都欠缺主觀不法的意義。舉例而言，當行為人與十三歲幼童性交時，他固然無法支配相對人是十三歲幼童這個既存事實，只能支配性交行為是否發生，但是我們不能說，他只要對於性交行為有意欲，就足以創設犯罪的故意。因為，刑法所禁止的不法事實是與未滿十四歲之人性交，而不是禁止性交本身，若是行為人僅對於性交行為本身有意欲，此種主觀態度就跟行為人與配偶合意性交的意欲一樣，沒有任何刑法上的意義。行為人要具備與未成年人性交的故意，必須是在著手性交的那一瞬間認知到「對十三歲幼童性交」的整體不法事實將會完全實現，而且只要也容任這個整體不法事實的實現，就是對於「對十三歲幼童性交」的意欲。換言之，意欲的對象是整體不法事實的實現本身。基於相同的道理，行為人只要預見其著手將完全實現不法事實的整體，並且預見此一整體事實係違反法律，對此違法狀態之發生有所容任就符合意欲的要求，也唯有如此的意欲才足以表彰行為人接受行為抵觸法秩序的態度。因此，認為行為違法性屬於既存狀態而無法成為意欲的對象，並不是正確的看法。

結論是，整體不法事實及其違法性作為故意的對象，一體適用相同的認知與意欲要求。附帶一提的是，在不法故意的概念下，行為人誤認整體不法事實或其法律評價上違反法秩序，因而誤認行為合法時，若是對於行為違法性有預見可能性，且履行探知或查詢義務即可避免誤認時，其行為即為不法過失（Unrechtsfahrlässig-

¹⁰⁶ 就此之正確見解：林鈺雄，同註9，頁206。

keit)，僅在刑法有處罰過失犯之明文時，始具有可罰性。由於過失之判斷也是以行為時為基準，行為人是否有能力履行探詢義務，也必須以行為時作為認定時點。若是行為人在行為時欠缺履行探詢義務的能力，卻在行為前疏於履行探詢義務，是否仍然能夠建構其過失責任，則是一個在此無法詳述的獨立問題。

(二)故意的定位

另一個問題是不法故意的定位。在古典犯罪體系的概念裡，不法階層係指犯罪的外在行為，不法故意係犯罪的內在事實，故應屬於罪責階層。然而，在目的行為理論提出之後，構成要件故意被視為主觀不法要素，不法意識則是獨立的罪責要素，不法故意概念似乎無法融入受目的行為理論影響的犯罪體系。因此，此處的問題是：不法故意有無被視為主觀不法要素的可能性，抑或必須回歸到古典犯罪體系，將其視為一種罪責型態呢？

Hans Welzel主張故意與不法意識分屬於不法及罪責階層，因為「故意是罪責非難的對象，屬於行為與構成要件的一部分，但不法意識僅是罪責非難的組成部分，不是行為人被非難的對象，而是使行為人必須為其違法的故意而被非難的理由¹⁰⁷。」此一主張的思路是：不法是評價的客體（Objekt der Wertung），罪責是對客體的評價（Wertung des Objekts），而不法意識既然與對於客體的評價有關係，所以屬於罪責階層，如果行為人對於行為的不法有誤認，至多影響罪責非難的程度¹⁰⁸。然而，姑且不論評價的客體與客體的評價這組概念可能過於片面地理解不法與罪責階層的特質¹⁰⁹，縱使我們暫且接受這樣的區分，也不足以排除將不法意識

¹⁰⁷ Welzel, aaO. (Fn. 49), S. 161.

¹⁰⁸ Koriath, aaO. (Fn. 84), S. 121.

¹⁰⁹ 正確批評：許玉秀，同註7，頁61；Schröder, aaO. (Fn. 61), S. 185.

一併視為主觀不法要素的可能。因為，所謂罪責是對客體的評價，所指的意思並不是行為人自己對於其行為的評價，而是指法秩序對於行為人做成不法行為的非難評價，認為不法意識只能屬於罪責階層，可能混淆了罪責階層的評價主體。相對地，不法意識既是指行為人對於其行為違法性的認知，作為一個行為人與行為的法律特質之間的心理關聯，屬於一種心理事實，正如同行為人對於事實的認知及意欲，當然也可以成為評價的客體，因而成為主觀不法的一部分¹¹⁰。

不法故意是否被定位為主觀不法要素，應該取決於不法階層的功能。如果我們在立場上接受，不法階層的功能在於確立理性行為的標準¹¹¹，那麼在罪責理論意義底下，構成要件故意作為主觀不法要素，不法意識作為獨立之罪責要素，其所宣示之理性行為標準是「不採取主觀上可預見侵害法益的行為」，行為人已預見侵害法益而著手實行，即是偏離理性行為標準更重大的故意不法行為。相對於此，如果將不法故意視為主觀不法要素，所宣示的理性行為標準，將降低為「不採取主觀上可預見法律禁止的行為」，行為人不僅要預見侵害法益，還要預見牴觸法律規定而著手實行，才是偏離理性行為標準更重大的故意不法行為。如此調降理性行為標準，可能會令人質疑，刑法是在保護法益的立場上做了過多的讓步，甚至對大眾傳達出允許侵害法益的訊息¹¹²。對此，值得思考的是，不侵害他人利益固然是社會人的義務，不過這個行為規範並不是只有靠刑罰才能獲得實現，也可以倚賴其他民事或行政責任或是日常生

¹¹⁰ Koriath, aaO. (Fn. 84), S. 121f.; Spendel, Das Unrechtsbewusstsein in der Verbrechenssystematik, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 99. 結論相同：許玉秀，同註7，頁70。

¹¹¹ 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁192-194，2012年3月，4版。

¹¹² 黃榮堅，同註9，頁658。認為這不符合一般社會教育的行為標準。

活裡的非正式制裁來實現，刑罰作為擔保此一行為規範實現的最後手段，其所欲掌握的非理性行為，並不是單純認知到侵害法益而著手實行的行為，而是同時認知這是法秩序所禁止之侵害法益的行為，如此始能標示其作為最重大的不法行為，不能僅適用其他低度的制裁手段來回應。因此，刑法無庸採取高標的「不傷害他人」的行為標準，而是採取相對低標的「不為法律禁止之行為」的行為標準即可。當行為人已經認知法益侵害而著手實行，卻誤以為此一法益侵害不受法律所禁止時，在其他低度制裁手段的範疇裡，這固然是一個非理性行為，但是對於刑法而言，這絕對不是一個最重大的非理性行為。基此，不法意識應是主觀不法的要素之一¹¹³。

二、相鄰錯誤類型之處置方式

如前所述，行為人必須以整體不法事實為基礎而對行為違法性有所認識，始具備不法故意，若是對行為違法性欠缺認識，不論是源自整體不法事實之誤認，或是源自對行為的法律評價本身之誤認，一律都是阻卻故意的錯誤。因此，我們在概念上不必去區分構成要件錯誤與禁止錯誤（所謂垂直之錯誤分類），也不必去區分法律錯誤與事實錯誤（所謂水平之錯誤分類）¹¹⁴，重點僅在於，行為人是否因此誤認行為合法。我們以下藉助幾個爭議較高的錯誤類型，說明本文的看法。

¹¹³ 依此立場，罪責階層僅審查責任能力、法定免除罪責事由及期待可能性。這個結果只是改變可非難性的審查內容，不會動搖規範罪責理論所理解的罪責本質。

¹¹⁴ 此種分類的介紹及評論，參考王玉全，對應原理與錯誤理論——解析因果流程錯誤，頁98-119，2002年5月；許玉秀、王玉全，從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分，載：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，頁177-185，2001年6月。

首先，在所謂規範性構成要件要素錯誤及空白刑法錯誤，行為人若是對於被援引之法律規範發生誤認，通常也會連帶地使其未能認識行為違法性，因而阻卻不法故意。在前述出售自己保管母親手鐲的案例，行為人不論是混淆母親的手鐲與自己的手鐲，或是誤解民法之繼承規定以為自己是遺產之單獨繼承人，主觀上都認為是在出售自己的所有物，故對於行為違法性欠缺認識，阻卻侵占故意。同樣地，在前述違法輸入大麻種子的案例，行為人不論是根本不知輸入者為大麻種子，或是不知大麻種子屬於管制物品，若是使其不知行為違法性，也會阻卻走私故意。當然，若是行為人對於被援引之法律規範的誤認，只是導致他對於該行為在法律上的歸類發生錯誤，其仍然保有該行為牴觸法秩序的認知者，則不發生阻卻不法故意的效果，僅屬於不重要的包攝錯誤。

其次，對於所謂一般違法性要素之錯誤，也是會發生阻卻不法故意的結果。在某些構成要件裡，會出現標示整個犯罪之違法性的要素，例如在我國刑法分則裡經常可見的「無故」概念。依據本文立場，不論一個無故要素是屬於構成要件或違法性要素，也不問是針對違法性的判斷本身或構成違法性判斷的基礎事實發生誤認，行為人的誤認均會產生阻卻不法故意的效果¹¹⁵。例如，懷疑先生外遇的妻子，為了取得通姦的證據而侵入外遇對象的住宅裝設針孔攝影機，自認其侵入住宅有正當理由（刑法第三〇六條第一項）。不論妻子自認有正當理由，係基於誤會先生有外遇的事實，抑或誤以為法律賦予配偶此種取證權利，只要妻子因此未認識此行為之違法性，即可阻卻侵入住宅故意。不過必須重申的是，對於行為人自認行為有正當理由的抗辯，法官所判斷的，不是行為人自己對此行為

¹¹⁵ 不同於此，通說依據該要素之體系定位及誤認之對象為法律或事實而區分處理，參考Vogel, aaO. (Fn. 5), § 16 Rn. 47f.

的倫理評價，而是他是否正確認識法律對此行為的違法評價，只要他行為時認識到違法的可能性（懷疑不法），就具有不法故意。

再者，在行為人對於保證人義務之存否發生錯誤時，不論是基於對保證人地位之前提事實的誤認，抑或是對於保證人義務本身之存在的誤認，同樣是產生阻卻不法故意的結果¹¹⁶。例如，父親帶著就讀國小的兒子到海水浴場戲水，兒子溺水求救，卻因父親未為救助而死亡。此時，倘若父親未為救助，係誤以為求救者有其他戲水的孩童所致，則對於構成保證人地位之親屬關係欠缺認識，固然阻卻不作為殺人故意；若是父親正確認知係兒子在求救，卻誤以為對兒子沒有救助義務，認為其不作為欠缺違法性，同樣也是阻卻不作為殺人故意¹¹⁷。

最後，在所謂容許構成要件錯誤的案件，行為人誤認阻卻違法事由之前提事實存在也是發生阻卻不法故意的效果。因為阻卻違法事由之前提事實的不存在，是整體不法事實存在的前提要件，唯有行為人也沒有認識到任何阻卻違法事由存在時，才可能形成行為違法性的認識。如果行為人誤認存在阻卻違法事由之前提事實，就會間接導致欠缺行為違法性的認識，因而阻卻不法故意。在前述誤認他人持槍攻擊而出手制伏的例子，行為人誤以為存在正當防衛的情狀，以致於誤認其強制行為合法，故欠缺不法故意。

三、附論：宜採二階層理論

最後附帶處理的是，什麼樣的犯罪體系才能夠充分實現不法故

¹¹⁶ 罪責理論則是將後者視為禁止錯誤，不能阻卻故意，僅參考Rengier, aaO. (Fn. 48), § 49 Rn. 37; 林鈺雄，同註9，頁553；林山田，刑法通論（下），頁270-271，2008年1月，10版。

¹¹⁷ 基於保證人地位係有責性要素，而對於保證人地位錯誤與保證人義務錯誤皆賦予阻卻有責性之效果者：黃榮堅，同註9，頁735。

意概念所欲傳達的價值觀念，亦即有意識地違反法秩序的行為人才值得被科予故意刑罰。此處主張的不法故意概念既然是主觀不法要素，又以整體不法事實及其違法性為認知對象，那麼最能夠與此一不法故意概念相契合的犯罪結構，即是所謂二階層理論。眾所周知，二階層理論認為，不法判斷必須進行不法構成要件該當性及欠缺阻卻不法事由的兩個步驟，但是這個審查步驟的區分，僅是立法者一方面將各罪構成要件規定於刑法分則，另一方面將所有犯罪共通的阻卻不法事由規定於刑法總則的結果，二者純屬立法技術上的差異。從實質的價值判斷來說，一個自始構成要件不該當的行為（打死蚊子），與一個具備阻卻不法事由的構成要件該當行為（正當防衛殺人），皆是阻卻不法的行為。在此種整體不法構成要件的理解底下，行為人所認知的事實，必須是實現特定犯罪構成要件且欠缺任何阻卻不法事由，才是具有故意¹¹⁸。本文的不法故意概念，則是將故意理論的觀念融入二階層理論，進一步強調不法意識不是一個獨立的罪責要素，而是行為人在認知整體不法構成要件事實之外，對於此事實之違法性衍生形成的認知，屬於主觀不法的組成要素之一。

相對於此，三階層理論強調構成要件該當性作為一個暫時性的不法判斷結果，具有獨立於違法性階層的意義，故意的對象僅限於構成要件事實。此一立場在刑法文獻上獲得壓倒性的支持，依照德國學者Claus Roxin的見解，構成要件與違法性階層之嚴格區分仍有其必要性，理由如下¹¹⁹。第一、構成要件係描述通常被禁止的行為模式，它有如為所有人設立的禁止看板，能夠影響大眾的法意

¹¹⁸ 國內文獻早已如此主張者：黃榮堅，同註29，頁194-205。

¹¹⁹ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 10 Rn. 19ff. 實質相同之見解：林鈺雄，同註9，頁135-136。

識，偶而甚至會產生威嚇作用，所以具有一般預防功能，應適用罪刑法定原則；相對地，阻卻違法事由係適用於所有犯罪的規定，這些規定不是在描述特定犯罪的生活片段，而是在設立社會的秩序原則（*Ordnungsprinzipien*）（例如：利益衡量原則、自我保護原則等），所以不適用罪刑法定原則，法官對於阻卻違法事由之解釋，是在將這些秩序原則具體化，不必受到法條文義的拘束¹²⁰。第二、不法評價永遠是對於個案的行為人舉止的負面評價，係以單一事件的具體社會損害性為對象，一個相衝突利益的權衡結果，相對於此，犯罪構成要件係以描述犯罪類型為主，二者的結構不同。第三、阻卻違法的行為必定是法秩序所容許，相對人有忍受義務；但是構成要件不該當的行為未必為法秩序所容許，而是落入法外空間或甚至可能是違法行為，成為正當防衛的對象。例如，一個基於使用意圖而擅自取走他人之物的行為，固然不該當於竊盜罪的構成要件，卻是違法侵害他人所有權的行為。

不過，上述看法不足以支持構成要件與違法性階層之區分必要性。首先，從立法者有權決定國家刑罰權的射程而言，法定阻卻違法事由與構成要件都是國家刑罰權射程的決定因素，二者的重要性不相上下，若是法官適用法定阻卻違法事由不受文義拘束，得為其附加文義所沒有的限制，其結果等於承認法官得不受立法者拘束地擴大國家刑罰權範圍。基此，法定阻卻違法事由與各罪構成要件一樣應該適用罪刑法定原則，沒有為此在犯罪階層上加以區分的實益¹²¹。其次，強調不法評價與犯罪構成要件的結構不同，似乎是

¹²⁰ 另外參考Roxin, aaO. (Fn. 26), § 5 Rn. 42.

¹²¹ Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), aaO. (Fn. 48), Vor §§ 32 Rn. 10; Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), aaO. (Fn. 3), § 32 Rn. 179 ff.; Rönnau/Hohn, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), aaO. (Fn. 5), § 32 Rn. 228.

在指出，前者比較是個案性的利益權衡結果，後者比較是在建立超越個案的禁止或誡命規範。不過，依照目前刑法學的公認觀點，構成要件該當性的判斷並非單純在確定違法性判斷客體的事實存在，幾乎各個構成要件要素的內涵及射程，都有賴於權衡該罪保護法益及相對利益之大小來決定，與違法性判斷已經所差無幾，此一結構性的差異並非如此顯著¹²²。更重要的是，就不法概念作為理性行為標準而言，此種個案與超個案導向的結構差異也沒有實際意義。因為，對於行為規範對象的所有公民而言，其行為準則向來就是個案的利益權衡，刑法所設立的「原則禁止、例外容許」，或許有助於公民在進行利益權衡時受到指引，但是真正影響其行為決定的因素，仍然是其所做的行為在現實的條件底下（遭遇蚊子叮咬或遭遇強盜搶劫），是否符合刑法利益權衡的結果，因而是被禁止的行為（不法）或被容許的行為（合法）。據此，對於行為人的最終行為決定而言，此一行為是自始不在超越個案的禁止或誡命規範之內，抑或該禁止或誡命規範之效力係基於保護衝突利益才例外被解除，相對於行為人所面臨的現實情況的危險性，恐怕幾乎沒有影響力¹²³。最後，阻卻犯罪構成要件的行為可能是行政或民事不法行為，這固然是正確的事實，不過對於刑法審查行為不法的最終目的而言，只要確定系爭行為不構成刑事不法，因而不可能承擔刑事責任就可以了，至於該行為在其他脈絡底下（例如：正當防衛）是否為不法行為，那是其他脈絡底下所要處理的問題。所以，特別強調一個阻卻構成要件的行為在其他脈絡底下仍然可能是不法行為，而阻卻違法的行為在其他脈絡下絕對不是不法行為，犯罪階層理論因而必須反應此一差別，可能是以不相干的問題來干擾思考，或是對

¹²² 相同批評：許玉秀，同註7，頁65。

¹²³ 批評已見：黃榮堅，同註29，頁199-200。

犯罪階層理論的功能賦予過多的期待。

事實上，已經有許多三階層理論的支持者，也為了避免在容許構成要件錯誤的問題上產生說理的困難，而削弱構成要件與違法性階層的區分意義。例如，前述德國學者Roxin強調，前述三階層理論意義下的體系構成要件概念（Systemtatbestand），對於錯誤理論沒有意義，而是將客觀構成要件事實及欠缺阻卻違法事由之事實二者合為所謂「錯誤構成要件」（Irrtumstatbestand），當行為人未認識客觀構成要件事實，或是誤以為存在阻卻違法事由之事實時，均發生阻卻故意的效果¹²⁴。又例如，德國學者Urs Kindhäuser也主張，雖然可以維持三階層理論，但是不必然要一併承認，構成要件階層與違法性階層之間存在實質的評價差異，當行為人認知構成要件該當事實時，只不過是對於構成要件該當之事實有故意而已，必須行為人同時未認知任何阻卻違法事由之事實時，才是終局地具有故意¹²⁵。仔細觀察可知，不論是在三階層理論內部承認錯誤構成要件的概念，或是僅維持構成要件與違法性階層之形式區分，在實質上都是接受二階層理論的基本主張：對於一個認識到構成要件事實，卻誤以為具有阻卻不法事由的行為人而言，原本三階層理論預設認識到實現構成要件會具有的警示作用，已經因為其誤認存在阻卻違法事由而被瓦解，從刑法評價的角度來說，他與一個未認知到構成要件實現的行為人一樣，都是在以為行為完全符合法規範的認知下而行動，其彼此的差別，只是疏於審查決定不法的事實有所不同而已。我們或許可以說，三階層理論自我弱化構成要件與違法性階層區分實益的發展，已經不是單純對自我主張的局部修正，而是

¹²⁴ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 10 Rn. 5, § 14 Rn. 70.

¹²⁵ Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 6 Rn. 12, § 29 Rn. 26. 類似說明，但使用主觀不法用語者：許玉秀，同註7，頁66。

自我立場的全面否定，倒不如徹底捨棄構成要件與違法性的實質區分，承認二者僅是整體不法構成要件的組成部分，亦即改採二階層理論¹²⁶。

陸、結論及展望

一、禁止錯誤阻卻不法故意

關於禁止錯誤的法律效果，向來有故意理論與罪責理論之爭。臺灣在二〇〇五年修正刑法第十六條之後，立法者採納罪責理論，被視為更為貫徹罪責原則的精神。不過，故意理論以實在不法意識作為故意責任的前提，相較於罪責理論認為存在潛在不法意識即承擔故意責任，其實才是貫徹罪責原則的最佳作法。罪責理論並未能提出有說服力的理由，支持其對於禁止錯誤更不利於構成要件錯誤的處置方式（本文參），其對於故意理論造成過大的處罰漏洞的批評，有一部分是建立在對於實在不法意識概念的不當理解之上，有一部分則是建立在預設禁止錯誤的可責性較高的錯誤前提上（本文肆）。通說及立法者支持罪責理論，係以不當的刑事政策考量來限制罪責原則的實現。因此，本文傾向依故意理論決定禁止錯誤的法律效果。依此看法，行為人必須對整體不法的事實及其違法性有所

¹²⁶ Hruschka, aaO. (Fn. 96), S. 454. 儘管也認為構成要件與違法性階層並無價值判斷上的差異，但是仍然認為，構成要件作為禁止或誡命規範，阻卻違法事由作為禁止或誡命規範的例外，不宜將阻卻不法事由描述為構成要件的負面要素。不過，這並不是一個有效的質疑。因為，是否應該在犯罪結構裡呈現出兩個規範之間的原則例外關係，仍然是一個目的性的選擇問題，既然在價值判斷上，自始阻卻構成要件與例外符合阻卻違法事由的行為完全相同，那麼呈現二者的原則例外關係，不僅沒有實益，反而還造成Hruschka自己也批評的普遍誤解，以為這兩種被容許的行為仍有程度上的差異。

認識，始具有不法故意，若是可避免地未正確認識整體不法的事實或其違法性，則具有不法過失。換言之，禁止錯誤是刑法上唯一重要的錯誤類型，行為人對於事實或法律的誤認，僅是形成禁止錯誤的不同途徑而已，未來不必再糾結於以罪責理論為基礎而衍生的諸多錯誤類型爭議（本文伍）。

二、相關規定之修法方向

不過，這個觀點仍有待修法實現。如前言所述，現行刑法第十三條及第十四條之故意過失立法定義，均已明白指示以「構成犯罪之事實」作為認知之對象，此一立法文字或許仍可將整體不法之事實包括在內，但是似乎不包括行為的違法性評價本身在內，因而與故意理論不相容。或許有人認為，構成犯罪之事實並非價值中立，而是同時含有不法評價在內，故違法性評價也可以被當成「構成犯罪之事實」的一部分，使不法故意概念與立法定義相契合。但是如此一來，也會導致刑法第十六條成為具文。因為，若是不法意識之欠缺係無可避免，自始就不符合不法過失之概念而阻卻犯罪成立，無待第十六條本文規定；若是不法意識之欠缺係可避免，該行為亦將成立過失犯，法官原本就可以在法定刑範圍內將不知法律當成減輕刑罰的因素，亦無待第十六條但書規定。因此，依據故意理論詮釋現行法的空間不存在，本文所主張的故意理論有賴於修法才能實現。如果未來繼續保留對故意與過失概念的立法定義，應將行為違法性納為認知之對象，並且刪除刑法第十六條之規定。

此外，故意理論緊縮故意犯之成立可能性，造成禁止錯誤行為僅成立過失犯，以及參與者未能成立教唆犯或幫助犯，將促成立法者重新思考在刑事政策上有無必要填補處罰漏洞。不過，我們不應該如同罪責理論的支持者，概括地認定這個處罰漏洞的罪魁禍首就是故意理論，而是應該正視，故意理論所形成的後果，根源其實是

立法者在過失犯與共犯規定的立法決定¹²⁷。面對過失犯的處罰不足的問題，立法者應該思索，目前既有的過失犯的法定刑是否普遍過輕，在某些犯罪是否漏未制訂過失犯。而對於無法掌握惡意共犯的問題，立法者也應該回頭思索，教唆與幫助行為所從屬之正犯行為，是否仍以故意不法行為為限，抑或也能納入過失不法行為¹²⁸。如此，我們將能夠在不犧牲罪責原則的前提下，更為細緻地去思考，究竟在什麼範圍裡的處罰漏洞，在刑事政策上有填補的必要性以及用什麼方法去填補。

最後，本文的研究成果也可以提供行政罰法第八條未來修法的方向。此規定在立法之初係仿照二〇〇五年修法前的刑法第十六條，對於不可避免之禁止錯誤僅賦予得免除處罰的法律效果，故有學者建議應依據修法後的刑法第十六條修正，亦即以貫徹罪責理論的方式排除現行法違反罪責原則的疑慮¹²⁹。不過，依照本文上述分析，修法的方向應該是朝向故意理論，而不是罪責理論。尤其，基於行政罰法與刑法的下述差異，在行政罰法更沒有堅持罪責理論的必要。一方面，行政罰構成要件比起刑罰構成要件更偏向行政管制目的，對於構成要件事實之認識更不易使行為人意識到違法性，罪責理論所預設的構成要件故意訴求機能不適用於行政罰構成要件¹³⁰。另一方面，我國行政罰的構成要件通常是不區分故意與過失行為，二者適用的處罰效果相同，適用故意理論不至於產生處罰

¹²⁷ Kaufmann, aaO. (Fn. 32), S. 196f. 針對容許構成要件錯誤採取限制罪責理論的後果，亦採取相同的思考。

¹²⁸ 對此問題的詳細討論，參考許澤天，主行為故意對共犯從屬的意義，成大法學，24期，頁111-153，2012年12月，其於結論上反對納入過失不法行為。

¹²⁹ 洪家殷，同註13，頁45-46。

¹³⁰ 亦參考Kaufmann, aaO. (Fn. 32), S. 190; Mitsch, Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts (Teil 1), JA 2008, S. 244f.

的漏洞¹³¹。因此，本文對罪責理論之質疑更是適用於行政罰法，行政罰法第八條關於禁止錯誤的法律效果應該朝向故意理論的方向修正。



元照出版提供 請勿公開散布。

¹³¹ *Hardwig*, aaO. (Fn. 52), S. 20f.

參考文獻

一、中 文

1. Ingeborg Puppe著，陳志輝譯，評價事實的構成要件要素與空白要素錯誤，政大法學評論，55期，頁219-227，1996年6月。
2. Klaus Tiedemann著，林東茂譯，附屬刑法中的構成要件錯誤與禁止錯誤，政大法學評論，50期，頁69-91，1994年5月。
3. 王玉全，對應原理與錯誤理論——解析因果流程錯誤，2002年5月。
4. 王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究——兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，載：刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁125-146，2009年4月。
5. 王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤——最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，103期，頁165-178，2008年2月。
6. 古承宗，第三人之禁止錯誤與資訊風險，成大法學，19期，頁1-44，2010年6月。
7. 古承宗，重新檢視擅自重製罪之解釋與適用，東吳法律學報，23卷3期，頁79-123，2012年1月。
8. 古承宗，不法意識之於犯罪結構的功能意義，台灣法學雜誌，236期，頁31-44，2013年11月。
9. 余振華，論違法性認識及其體系定位，載：刑事法學之理想與探索（第一卷）——甘添貴教授六秩祝壽論文集，頁225-262，2002年4月。
10. 余振華，違法性認識與違法性錯誤，載：刑法違法性理論，頁363-407，2版，2010年9月。
11. 李聖傑，危險的親密關係——不法意識的可分性，月旦法學教室，40期，頁18-19，2006年2月。
12. 林山田，刑法通論（上），10版，2008年1月。
13. 林山田，刑法通論（下），10版，2008年1月。
14. 林東茂，刑法綜覽，7版，2012年8月。
15. 林東茂，刑法修正重點評釋，載：刑法總則修正重點之理論與實務，頁69-

- 93, 2005年9月。
16. 林鈺雄, 新刑法總則, 3版, 2011年9月。
17. 柯耀程, 刑法總論釋義——修正法篇(上), 2005年10月。
18. 洪家殷, 論行政罰之禁止錯誤——以行政罰法第8條之評析為中心, 東吳法律學報, 20卷4期, 頁1-51, 2009年4月。
19. 徐育安, 亞里斯多德於刑法主觀歸責之影響與啟發, 東吳法律學報, 21卷2期, 頁31-65, 2009年10月。
20. 張麗卿, 刑事責任, 載: 二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析, 頁93-115, 2005年4月。
21. 張麗卿, 無法避免的禁止錯誤, 台灣本土法學雜誌, 73期, 頁137-142, 2005年8月。
22. 許玉秀, 犯罪階層體系及其方法論, 2000年9月。
23. 許玉秀、王玉全, 從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分, 載: 刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一), 頁151-192, 2001年6月。
24. 許恒達, 國家規範、部落傳統與文化衝突——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題, 台灣原住民族研究季刊, 6卷2期, 頁33-82, 2013年6月。
25. 許澤天, 主行為故意對共犯從屬的意義, 成大法學, 24期, 頁111-153, 2012年12月。
26. 許澤天, 對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」、「正犯與共犯」章修改之評釋, 台灣本土法學雜誌, 67期, 頁103-119, 2005年2月。
27. 陳子平, 刑法總論, 增修版, 2008年9月。
28. 陳志輝, 間接正犯與被利用人之禁止錯誤, 月旦法學教室, 35期, 頁18-19, 2005年9月。
29. 黃常仁, 刑法總論, 2版, 2009年1月。
30. 黃惠婷, 錯誤: 第二講 禁止錯誤, 月旦法學教室, 74期, 頁50-63, 2008年12月。
31. 黃榮堅, 刑法解題——關於不法意識及犯罪結構, 載: 刑法問題與利益思考, 頁161-213, 1995年6月。
32. 黃榮堅, 基礎刑法學(上), 4版, 2012年3月。

33. 黃榮堅，基礎刑法學（下），4版，2012年3月。
34. 蔡聖偉，「大意滅親」（下）——誘發他人錯誤以促成犯意的利用行為，月旦法學教室，86期，頁104-112，2009年12月。
35. 蔡聖偉，非法持有管制空氣槍的犯罪故意——評高雄地方法院九十九年度訴字第一七四六號刑事判決，月旦裁判時報，14期，頁66-77，2012年4月。
36. 蔡蕙芳，數位時代個人使用之刑罰問題——兼評台北地方法院九十二年訴字第二一四六號判決，政大法學評論，98期，頁231-305，2007年8月。
37. 蔡蕙芳，著作權法第九十一條擅自重製罪之刑法架構分析，台灣本土法學雜誌，100期，頁58-81，2007年11月。
38. 薛智仁，論肇事逃逸罪之致人死傷要素——評台灣高等法院台南分院九十一年度交上訴字第九五四號判決，台灣本土法學雜誌，52期，頁216-232，2003年11月。
39. 韓忠謨，刑法原理，再版，1997年12月。
40. 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1997年7月。

二、外 文

1. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
2. Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung II 1, 2. Aufl., 1914.
3. Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung II 2, 2. Aufl., 1916.
4. Engisch, Karl, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), S. 566ff.
5. Fakhouri Gómez, Yamila, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie. Zum Umgang mit der Irrtumsproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen, GA 2010, S. 259ff.
6. Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009.
7. Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Mitbewusstsein – Strukturen des Vorsatzes. Zur normativen Relevanz psychologischer Befunde im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 311ff.

8. *Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011.
9. *Gropp, Walter*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005.
10. *Hardwig, Werner*, Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 78 (1966), S. 1 ff.
11. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 2. Aufl., 2010.
12. *Herzberg, Rolf/Dietrich*, Vorsatzausschließender Rechtsirrtum, JuS 2008, S. 385ff.
13. *Hörnle, Tatjana*, Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung, ZStW 112 (2000), S. 356ff.
14. *Hruschka, Joachim*, Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie“ „eingeschränkt“?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 441ff.
15. *Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
16. *Jakobs, Günther*, Dolus malus, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 107ff.
17. *Jescheck, Hans-Heiner/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
18. *Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2011.
19. *Kaufmann, Armin*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), S. 34ff.
20. *Kaufmann, Arthur*, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985.
21. *Kaufmann, Arthur*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 185ff.
22. *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich* (Hrsg.), Nomoskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013.
23. *Kindhäuser, Urs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011.
24. *Koriath, Heinz*, Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumlehre, Jura 1996, S. 113ff.
25. *Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012.
26. *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011.

27. *Langer, Winrich*, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung – Zur Kompetenzabgrenzung von Strafgesetzgebung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Strafwissenschaft, GA 1976, S. 193ff.
28. *Langer, Winrich*, Die Sonderstrafat. Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen, 2. Aufl., 2007.
29. *Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006.
30. *Leite, Almor*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, S. 688ff.
31. *Lüderssen, Klaus*, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973), S. 288ff.
32. *Matt, Holger/Renzikowski, Joachim* (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 2013.
33. *Mezger, Edmund*, Strafrecht I: Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1960.
34. *Mitsch, Wolfgang*, Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts (Teil 1), JA 2008, S. 241ff.
35. *Naucke, Wolfgang*, Staatstheorie und Verbotsirrtum, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 503ff.
36. *Neumann, Ulfrid*, Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), JuS 1993, S. 793ff.
37. *Otto, Harro*, Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 583ff.
38. *Puppe, Ingeborg*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 231 ff.
39. *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2010.
40. *Rinck, Klaus*, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000.
41. *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006.
42. *Roxin, Claus*, Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, in: Deutsch-Spanisches Strafrechtsskologium 1986, 1986, S. 82ff.
43. *Safferling, Christoph*, Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, 2008.
44. *Sauer, Wihlehm*, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957), S. 1ff.
45. *Schmidhäuser, Eberhard*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusst-

- seins, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1966, S. 317ff.
46. *Schmidhäuser, Eberhard*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 81ff.
47. *Schmidhäuser, Eberhard*, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 2. Aufl., 1975.
48. *Schmidhäuser, Eberhard*, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, S. 361ff.
49. *Schönke, Aldof/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010.
50. *Schröder, Hors*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), S. 178ff.
51. *Spandel, Günter*, Das Unrechtsbewusstsein in der Verbrechenssystematik, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 89ff.
52. *Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., 2011.
53. *Tiedemann, Klaus*, Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht, in: Kriminalistik und Strafrecht: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 95ff.
54. *Vest, Hans*, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986.
55. *Walter, Tonio*, Der Kern des Strafrechts, 2006.
56. *Warda, Günter*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 (1959), S. 252ff.
57. *Warda, Günter*, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 499ff.
58. *Welzel, Hans*, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953.
59. *Welzel, Hans*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.
60. *Wessels, Johannes/Beulke, Werner*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Aufl., 2012.
61. *Zabel, Benno*, Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB, GA 2008, S. 33ff.

The Legal Effect of Prohibition Mistake: Vindication of Intention Theory

Chih-Jen Hsueh^{*}

Abstract

In the 2005 amendment of the General Provisions of the Criminal Code, legislators modified the legal effect of the inevitable prohibition mistake to negate guilt. This amendment is considered to be the fulfillment of the guilt principle, and is to be universally endorsed. However, this study points out that the theory is not the best solution to implement the guilt principle. It regards “illegality cognition” as an element independent of subjective intent, which exposes the perpetrators of prohibition mistake to more unfavorable treatment compared to those perpetrating mistakes of essential factors. This practice has yet to form a reasonable basis. In contrast, the intention theory, which was not adopted by legislators, regards “illegality cognition” as an element of subjective intent, and gives the above-mentioned perpetrators equal treatment. That is the proper starting point. As supporters of the theory of guilt criticize it, it has caused excruciating vulnerability of punishment, and improperly given concessions to both habitual criminals and crimes of

^{*} Assistant Professor, School of Law, National Taiwan University; Dr. jur. Eberhard Karls University Tübingen, Germany.

Received: February 12, 2014; accepted: May 15, 2014

conscience. In fact, the accusations are exaggerated. Therefore, this study supports intention theory. Whether it is based on mistakes of fact or law, prohibition mistake both negates the effectiveness of intention, and the act is considered to have been committed negligently. By this position, although intention is still an element of subjective iniquity, the connotation has changed so substantially that it is hard to be consistent with the current law. It still awaits amendment by legislators.

Keywords: Prohibition Mistake, Intention Theory, Guilt Theory, Guilt Principle, Illegality Cognition, Mistakes of Essential Factors



元照出版提供 請勿公開散布