

# 不真正義務概念 在刑法歸責理論中的建構\*

廖宜寧\*\*

<摘要>

本文旨在將借自民事法領域的不真正義務概念正式導入刑法，將其整合為歸責理論中的一般性概念，並藉由對不真正義務內涵的探討，一併檢討將法益保護視為最高目的的刑法學說，重新建構以行為義務違反為核心的實質犯罪理論。透過辨析不真正義務與真正義務之間的關係，本文進一步申論刑法內行為規範與歸責規範共同具備的規範性特質，據此證立以下見解：刑法上的歸責基礎，在於一個受規範承認的自由行為，違反了該行為主體賴以實現其自由的法秩序對其提出的遵守義務要求。由於法秩序內存在著不同強度、不同目的之行為規範，違反這些規範的行為，亦會在法領域裡觸發不同效果。所謂不真正義務，乃是刑法以外、法秩序要求其公民遵守的廣義行為規範，它和刑法裡直接規定的行為規範各自獨立又相輔相成。違反不真正義務的行為，由刑法角度來看，依然是符合社會相當性的行為，故其本身並不直接觸發刑事效果；不過，一旦行為人在其後實現了形式上的構成要件行為，且後者與前者間具備主觀與客觀上的連續性，先前的不真正義務即轉化為一種歸責規範，使後階段行為重新成為可被刑法歸責的對象。

\* 本文為作者國科會補助專題研究計畫成果(計畫編號：NSTC 110-2410-H-007-092-)，在此一併感謝兩位匿名審查委員惠賜之寶貴意見，惟文責仍由作者自負。

\*\* 國立政治大學法律系助理教授，德國弗萊堡大學博士。

E-mail: inliao@nccu.edu.tw

• 投稿日：02/06/2023；接受刊登日：06/21/2023。

• 責任校對：陳怡君、江昱麟、龔與正。

• DOI:10.6199/NTULJ.202409\_53(3).0004

關鍵詞：不真正義務、自由、義務違反、歸責規範、過失、原因自由行為

### ◆目次◆

#### 壹、前言

#### 貳、不真正義務的概念發展

- 一、來自私法上的不真正義務概念
- 二、德國刑法學說對於不真正義務之演繹
- 三、國內文獻的零星探討

#### 參、不真正義務概念與刑法理論的系統性整合

- 一、隱藏在不真正義務概念背後的問題：對刑法歸責理論的理解
- 二、以規範義務違反作為中心的實質犯罪概念

#### 肆、由義務理論出發證立不真正義務概念

- 一、真正義務與不真正義務間的關係
- 二、不真正義務對於規範理論的深化
- 三、結論

## 壹、前言

「不真正義務」(Obliegenheit)概念最初見於保險法領域，並持續發展至民事法案例當中。近數十年來，這個概念陸續在德國刑法學界引發討論，也在我國處理特定問題的時候被提及。不過，相較於德國，這個在德國刑法學上已經開展、同時也爭議了超過四十年的概念，對於我國刑法領域而言，依然相當陌生。從而，正式深入探討並向國內引介此一概念，是本文第一個目的。只是，針對不真正義務概念的研究，一開始即不免面臨以下質疑：我國何以有需要在此時引介不真正義務這個概念？既然即便在德國，不真正義務在刑法的定位也還不明朗，又何必將其導入臺灣，徒增紛擾？

筆者認為，不真正義務概念在我國刑法領域實具有相當討論價值，原因有三：其一，藉由對不真正義務應用領域的研究，可以揭示出現有刑法歸責

理論的不足之處。何以在特定案件裡，不真正義務概念可以令原已排除歸責的行為人重新受到歸責？倘若未能將不真正義務概念成功整合入原有的歸責理論，那麼單以外於刑法的不真正義務概念來解決個別歸責問題，勢必會在歸責結果上衍生刑罰正當性的質疑；而若要將此一概念與現行歸責體系進行整合，就意味著傳統歸責理論的結構已然產生鬆動，並隨之出現修正需求。其二，就更上位的刑法理論而言，不真正義務概念可順利地被接納為規範理論，亦即義務違反理論中的一環，進而重構刑法上的實質犯罪內涵。其三，在刑法釋義學的重要議題上，包括過失犯罪中的注意義務與原因自由行為，不真正義務概念均可望提供不一樣的解釋觀點。

以下本文即分別申論不真正義務在刑法上的發展與爭議，不真正義務對於以規範論為基礎的刑法理論的意義，以及不真正義務在釋義學領域的適用潛力。

## 貳、不真正義務的概念發展

### 一、來自私法上的不真正義務概念

#### （一）從保險法上的告知義務到民法上的與有過失

所謂的不真正義務（*Obliegenheit*）概念，原本是保險法學說用以界定要保人對保險人的告知義務性質，其內容主要是影響保險人進行風險評估的重要事項<sup>1</sup>。若要保人違反此一告知義務，非屬嚴格意義上的違反契約，故亦不直接產生契約上義務，他方當事人不得據此請求債務不履行之損害賠償；要言之，要保人此時所違反者，僅為依照一般契約法理而來的義務，此即不真正義務，其法律上效果是當事人（要保人）所得行使之權利受到減損<sup>2</sup>。在

<sup>1</sup> 相同的告知義務亦見於我國保險法第64條第1項及第2項。

<sup>2</sup> 國內相關文獻參汪信君（2007），〈保險法告知義務之義務性質與不真正義務〉，《臺大法學論叢》，36卷1期，頁27-30。

我國保險法上，如違反此一告知義務，將令保險人因而取得契約解除權<sup>3</sup>，且已收取之保險費用無須返還予被保險人<sup>4</sup>。

早在 1950 年代，德國法學界就已經由 Reimer Schmidt 將此一概念引入一般私法領域<sup>5</sup>，用於處理民法中被害人與有過失的案件<sup>6</sup>。依照 Schmidt 的看法，不真正義務乃是一種「強制程度較低的（廣義）義務」<sup>7</sup>，它屬於一種目的性強制構成要件（teleologische Nötigungstatbestände）<sup>8</sup>，違反此種義務者，不直接產生相對人的損害賠償請求權，而僅令該違反義務者間接遭受到法律上不利益的結果，例如讓相對人在法律上取得或強化對抗他的被動權利、令違反者自身的全部或部分權利難以成立，或是令違反者已產生之權利範圍全部或一部喪失等<sup>9</sup>。

從不真正義務在民事法上的適用情形，可以觀察到一個特徵：民法上援引不真正義務概念要處理的往往是一種涉己利益（eigenes Interesse des Obliegenheitsbelasteten），而被課予不真正義務之人，通常是原契約關係中的權利人，其違反不真正義務的結果因而往往涉及到該權利人原先得以行使的權利內容；是以，在民事法尤其是保險法的脈絡中，不真正義務的違反往往被轉譯為「對己責任」（Verschulden gegen sich selbst）<sup>10</sup>。

<sup>3</sup> 參保險法第64條第2項及第3項。

<sup>4</sup> 參保險法第25條。

<sup>5</sup> Vgl. Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953, passim.

<sup>6</sup> Vgl. §254 BGB. 對此詳盡討論，參Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 473-483.

<sup>7</sup> Schmidt, (Fn. 5), S. 315.

<sup>8</sup> Schmidt認為法秩序內有著強度不一的義務類型，依照其不同的強制程度（unterschiedliche Zwangsintensität）區分為法律義務（Rechtspflicht或Verbindlichkeit）、形式上較輕微的目的性強制（teleologischer Zwang），以及純粹的構成要件要素（即「功能性強制」（funktioneller Zwang）），其選用純屬依立法目的自由形成之範圍，見Schmidt, (Fn. 5), S. 58.法律義務可透過訴訟強制執行；違反目的性強制構成要件僅會令違反者承擔某程度上的法律上不利益；而若只是未滿足單純的構成要件要素則不會產生任何負面法效，它僅是欠缺制裁機制的空洞誡命（das sanktionslose leere Gebot）（Schmidt, (Fn. 5), S. 312）。

<sup>9</sup> Schmidt, (Fn. 5), S. 315-316.

<sup>10</sup> Larenz/Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., 2020, § 19

## （二）由民事法到刑事法的概念過渡

在不真正義務被吸納為刑法學上的概念時，對此概念的定義，主要承繼自多數學者主張的前提要件說<sup>11</sup>，將遵守不真正義務視為行為人獲得「尋求阻卻刑法上歸責事由之機會」的前提要件<sup>12</sup>。

在民事法領域，被課予不真正義務之人，是原本民事法權（主要／真正義務）關係中的權利人。在不真正義務概念被引入刑法時，此一特徵某程度上也一併被承繼過來，從而令涉及被害人自我保護的行為，成為不真正義務概念在刑法應用上相當重要的一個子題<sup>13</sup>。而不真正義務在民事法上作為對己義務的結構，似乎可以直接對應到刑法上關於被害人的特定作為／不作為要求（被害人的自我保護義務或不得自我危害義務），也就是涉及自我負責原則（Selbstverantwortlichkeitsprinzip）下被害人自我危害的案件類型<sup>14</sup>，此類案型也是不真正義務概念在刑法領域爭議較少的部分<sup>15</sup>。

---

Rn. 38; Schmidt, (Fn. 5), S. 104. 另予補充，民法學說上對於不真正義務的定義並不只有Schmidt所提出的「低度強制構成要件」一說，該說也未成為民法學說中的主流。Schmidt對於不真正義務的定位被稱為中介說（vermittelnde Theorie）；此外還有將之視為「真正義務下位類型」的責任說（Verbindlichkeitstheorie）；至於多數說則是將遵守不真正義務視為一種用以維持主觀權利或法律上利益之客觀前提，稱為前提要件說（Voraussetzungstheorie），違反不真正義務將導致權利相對人（如保險人）的給付豁免權（Vgl. Hähnchen, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2010, S. 166ff. 亦參Montiel, Obliegenheiten im Strafrecht?, ZStW 2014, 592, 599 Fn. 45）。

<sup>11</sup> Montiel在介紹不真正義務時，對於Hähnchen將前提要件說定為主流學說其實抱持著懷疑的態度，認為該學說在20世紀前半葉其實從來未曾佔據主流地位，但卻因為Hähnchen的錯誤歸結而成為主流學說，參Montiel, (Fn. 10), S. 599 Fn. 46.

<sup>12</sup> Montiel, (Fn. 10), S. 599.

<sup>13</sup> 這類案件也是不真正義務在刑法應用上較不易惹起爭議的領域，蓋在此類案件，針對不真正義務概念的解釋與適用，更貼近其原本在民事法當中的舊有內涵。

<sup>14</sup> Vgl. Biewald, Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit, 2003, S. 106; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 67.

<sup>15</sup> Vgl. Montiel, (Fn. 10), S. 612. 礙於篇幅，下文不擬深入探討此一類型的不真正義務，而將討論重點放在以行為人為中心的義務違反。

然而，不真正義務所觸及的絕非單純涉己事項，或是純粹道德意義上的對己義務，而是一個始終包含了涉他關係的法權上義務<sup>16</sup>；民事法上違反不真正義務的法律效果，除了權利人自身原先享有的請求權可能因而被限縮或剝奪，相對人即原債務人也往往因而獲得在履行債務時的減免、甚至對契約本身的解除權或其他抗辯；換言之，「涉己義務」只是一種表面的說法，事實上，違反不真正義務與違反真正義務一樣，最終都將導致法律上責任歸屬或責任範圍的移轉。

在刑法上，此種法律效果對應到的正是行為人對於特定結果的可歸責性。據此，不真正義務概念在刑法領域內的功能，旨在解決現有釋義學領域無法處理的行為欠缺犯罪構成要件要素時，行為人的責任（Verantwortlichkeit des Täter für das Fehlen eines Verbrechensmerkmals）問題<sup>17</sup>，也就是當時空上最接近結果的行為欠缺結果歸責時，藉由判斷行為人前階段的行為是否違反不真正義務，以該義務的存在與違反效果為基礎，進一步導出最後針對行為人的歸責可能性。

## 二、德國刑法學說對於不真正義務之演繹

德國刑法學說自 1970 年代始，即開始出現對不真正義務概念的討論，並累積了一定成果。以下即就學說上幾個較具代表性的不真正義務概念內涵闡釋分別介紹。

### （一）Hruschka 的觀點

將不真正義務的討論帶入刑法領域的關鍵學者應首推 Joachim Hruschka<sup>18</sup>。若要探討這個概念的內涵，以及它在整個刑法體系，特別是歸

<sup>16</sup> Biewald, (Fn. 14), S. 36 Fn. 15. 明確將討論不真正義務概念脈絡中的對己義務與 Kant 道德哲學上的對己義務區別開來。

<sup>17</sup> Vgl. Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389, 389; Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S. 274-386.

<sup>18</sup> 雖然在 Hruschka 之前也有學者如 Horn 提到 Obligatio 這個概念，但 Horn 在結論上否認了它與 Pflicht 的區別（vgl. Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 61），

責理論中的定位，也絕不能忽視 Hruschka 的見解。早在 1976 年，Hruschka 就提出將不真正義務適用於刑法領域的主張<sup>19</sup>，並逐步建立此一概念在釋義學中的適用原則。

### 1. 從 Pufendorf 的歸責理論出發：意志自由行為作為刑法歸責的統一基礎

值得注意的是，Hruschka 在最初引入不真正義務時，不只侷限於討論不真正義務這個單一概念本身、以及它對於刑法釋義學的功能性作用，而是由一個更上位的系統性觀點切入，也就是刑法上的歸責（Zurechnung）概念。他所討論的歸責，不僅止於今天刑法上的特定審查要素或階層，如客觀歸責或責任能力；Hruschka 想要處理的問題涉及整體刑罰正當性，也就是作為對於個人行為的歸責體系，應如何理解並正當化整部刑法及背後刑法理論的問題。此外，要進一步指出的是，Hruschka 所採的進路並非其恣意選擇的結果，而是緊扣著廣義歸責概念發展的歷史脈絡而來。

近代的歸責概念源於由 Pufendorf 所發展的 *der imputatio*，此概念繼而在 Thomasius 學派、Christian Wolff 學派，直至 Kant 的自然法理論當中扮演重要角色<sup>20</sup>。Pufendorf 對於歸責的基本理解為：「只有當某件事的發生或不發生，既非就其本身而言（*in se, an sich bestrachtet*）、亦非就其原因而言（*in sua causa, in seiner Ursache*）可被歸入一個人的實力之下（*in ihrer Macht gestanden*）時，其人方不可歸責。<sup>21</sup>」所謂「歸於其實力之下」，事實上指的是出於自由的行動（*jede actio, die frei gewesen ist*）<sup>22</sup>。由是可知，Pufendorf

---

因此，在刑法上首先將 *Obliegenheit* 實質獨立為一種義務類型的論者，仍為 Hruschka。參 Montiel, (Fn.10), S. 595 Fn. 15.

<sup>19</sup> Vgl. Hruschka, *Struktur der Zurechnung*, 1976, S. 48-58.

<sup>20</sup> Hruschka, (Fn. 19), S. 2; Hruschka, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, ZStW 1984, 661, 661 und passim; Hruschka, *Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts*, in: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, S. 17, 18 f.

<sup>21</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 665.

<sup>22</sup> 關於這個詞語之所以可以譯為「自由的行動」的理由參 Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 665.

已經掌握了近代責任原則的基本意義：「若且唯若」出於自由意志的人類行為，才有可能是可被歸責的行為。

基於這個根本性的理解，上述基本定義中已經隱含了兩種並行不悖的歸責觀點：其一是針對就其本身而言屬於自由的行為（*actio libera in se*）進行歸責，其二則是針對就其原因而言屬於自由的行為（*actio libera in sua causa*）進行歸責<sup>23</sup>；從後者的文字結構已可推知，Pufendorf 理論中的第二種歸責類型，正是當代原因自由行為概念的理論基礎，也就是在結果看似與人之意志無關的情形下，仍可連結一個行為人意志所支配的自由肇因行為，產生刑法歸責上的意義<sup>24</sup>。這種歸責類型，一開始就是被 Pufendorf 置於一般歸責原則的討論脈絡下處理，亦即，它自始就是和 *actio libera in se* 並列的一組互補概念（Komplementärbegriff）<sup>25</sup>，必須將二者合在一起思考，方才構成 Pufendorf 完整的歸責理論。

據此，當 Hruschka 透過爬梳 Pufendorf 及其後論者歸責理論中關於 *actio libera in sua causa* 的論點<sup>26</sup>，連結到他的不真正義務概念，並以之建立對於非常規歸責的論述時，同樣也試圖以由此開展出來、並立且互補的常規歸責／非常規（*ordentlich/außerordentlich*）歸責概念，來支持一個完整的刑法歸責體系。Hruschka 指出，由 Pufendorf 的理論軌跡，恰恰顯示今日將原因自由行為的運用侷限於或僅僅強調醉態案例（*Trunkheitsfälle*），其實是錯誤的<sup>27</sup>。詳言之，Hruschka 認為，上述 Pufendorf 關於歸責的兩種形態：*actio libera in se* 和 *actio libera in sua causa*，對應的正是刑法上關於（直接）違反義務行為的歸責，以及（間接）透過違反不真正義務所證立的歸責態樣。

<sup>23</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 666.

<sup>24</sup> Vgl. Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 666; Hruschka, Probleme der *actio libera in causa* heute, JZ 1989, 310, 310-312.

<sup>25</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 667.

<sup>26</sup> Vgl. Hruschka (1989), (Fn. 錯誤! 尚未定義書籤。), S. 312; Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 692 ff.

<sup>27</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 668.

依照 Pufendorf 對於個人責任的理解，每個人都負有遵守來自法理性誠命的義務，要求他負起對於共同體的一般性責任，藉此令個人不致對共同體造成負擔，包括照顧自身、還有不令自身成為他人（包括第三人或自身）的犯罪工具等；簡言之，就是要盡可能避免一切由事前角度（ex ante）看來可能導向犯罪行為的機會，這類的義務就是不真正義務。違反此類誠命者，雖然無法直接透過常規性方式對其歸責，但卻可以構成藉由非常規方式對行為人後續所引起之侵害加以歸責的論據<sup>28</sup>。

## 2. Hruschka 的雙階段歸責理論

在繼續介紹 Hruschka 的不真正義務概念之前，要先對 Hruschka 對於刑法歸責層次的論述作一個概要式說明。首先，如上文所述，Hruschka 對歸責的闡釋，主要來自以 Pufendorf 為奠基者的自然法論點。據此，他引用 Daries 的見解，將刑法上的規範區分為行為規範（Verhaltensregeln）與歸責規範（Zurechnungsregeln）<sup>29</sup>。前者是指示受規範者應如何作為或不作為的行為誠命／禁令，或是准許個人為特定行為的容許規範；這樣的規範對個人行為具有雙重功能：一是由前瞻性（prospektiv）角度，作為導引個人行為的形塑功能（Gestaltungsfunktion），二是由回顧性（retrospektiv）角度，在事後針對特定行為從事評價時，發揮判斷該行為是否違法的尺度功能（Maßstabfunktion）<sup>30</sup>。與此種行為規範相對的則是所謂歸責規範，它僅僅具有回顧性功能，也就是決定在何種條件下，可將特定行為結果歸責給實施該行為的個人<sup>31</sup>。Hruschka 認為，歸責規範與行為規範分屬兩個不同的法系統，彼此不相統屬。而歸責規範又分作兩個階段：第一個階段處理的是「事實上歸責」（imputatio facti）<sup>32</sup>，它和行為規範的尺度功能密切相關，乃是用以評價哪些物理世界的變動可以歸屬給特定個人，亦即哪些人類的舉止可

<sup>28</sup> Hruschka, (Fn.17), S. 291-304; Hruschka (1984), (Fn.20), S. 686.

<sup>29</sup> Vgl. Hruschka, Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, RT 1991, 449, 449-451.

<sup>30</sup> Hruschka, (Fn. 29), S. 450.

<sup>31</sup> Hruschka, (Fn. 29), S. 451 f.

<sup>32</sup> 此乃相應於Pufendorf的actio libera in se概念。

以在法律上被稱作「作為」與「不作為」；第二個階段則是「法律上歸責」(imputatio iuris)<sup>33</sup>，乃是用以評價行為人之於一個違法的行為是否有責(Schuld)<sup>34</sup>。

如上所述，在 Pufendorf 的歸責核心觀念裡，乃是將歸責的對象限定於「出於自由」的行為，只有這樣的行為才具備歸責的意義。無論是第一階段還是第二階段的歸責，重點均置於確認系爭行為是否可歸屬於一個自由的行為人<sup>35</sup>。只不過，Hruschka 認為，在歸責的第一階段與第二階段，所討論的乃是不同的自由概念：在第一階段談到的「自由」，指的是行為人在行為當時是否具備其他行為可能性；而第二階段的歸責則是要判斷，行為人在認知到自身行為違法的前提下，是否擁有放棄規範禁止之行為或實施規範要求行為的動機(Motiv)，且同時不存在一個由規範角度可理解的反動機(Gegenmotiv)<sup>36</sup>。

之所以要區分這兩種自由詮釋，為的是處理兩個歸責階段各自考慮的免責事由，並據以排除對行為人的常規歸責(ordentliche Zurechnung)。刑法中的常規歸責案例，係指在系爭時點，行為人同時具備避免侵害事件發生、或採取有效防果行為的客觀暨主觀能力，也就是從上述兩個歸責階段來看，行為人均屬自由<sup>37</sup>；反之，若是行為人的行為欠缺犯罪概念中某一構成性要素(konstitutives Merkmal)<sup>38</sup>，從而行為人在系爭時點欠缺對侵害事件發生的防免可能性、或是沒有能力採取相關防果行為，則系爭行為在常規歸責體系下即無法歸責，從而不具可罰性。

---

<sup>33</sup> 此乃相應於 Pufendorf 的 *actio libera (sua) causa* 概念。

<sup>34</sup> 據此，在第一階段歸責與第二階段歸責中間，其實還有一個關鍵步驟，那就是判斷違法性(Rechtswidrigkeit)本身。Hruschka 認為這幾個階段均有獨立意義，不容混雜。Vgl. Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 683-684.

<sup>35</sup> Vgl. Hübner, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004, S. 31.

<sup>36</sup> Hruschka, (Fn. 29), S. 455, 458.

<sup>37</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 664.

<sup>38</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 274; vgl. auch Maurach, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 441.

Hruschka 依照他對歸責的兩階段理解，區分兩種不同類型的免責事由：在歸責的第一階段，只要行為人在行為時不具有其他選擇可能性——此類情形包括行為人在物理上不可能實施被要求的行為、系爭結果屬於物理上的必然（和第一情形實為一體兩面），以及行為人在行為時主觀上不知道有其他替代行為選項<sup>39</sup>——的時候，即可排除歸責；與此相對，倘若行為人在行為時具備其他可替代的合法行為選項，便通過歸責檢驗。不過，此時行為人的可罰性尚未終局確定，因為還有後續違法性本身的判斷，以及第二階段的歸責審查：若行為人在行為時客觀存在其他行為可能性，且行為人主觀上也知悉此一替代性行為選項，但他卻欠缺實施合法替代行為的動機，那麼針對他的常規歸責就會在歸責第二階段被排除。最典型的即是禁止錯誤（§17 StGB），即行為人由於誤判了自身行為的違法性，導致他在行為時有意識地放棄了合法行為的選項<sup>40</sup>。

### 3. 不真正義務的概念性質：由第一重行為義務中導出的假言令式

不過，Hruschka 進一步認為，無法成立常規歸責的行為，仍有可能透過引入不真正義務概念，來成立非常規歸責（*außerordentliche Zurechnung*）。之所以稱非常規歸責，意謂著依照刑法上一般的歸責法則，行為人的行為原本將是不可歸責的。然而，若是行為人自身必須為此一構成性要素之欠缺負責（*verantwortlich sein*），則可例外地成立非常規歸責<sup>41</sup>。這裡所謂「行為人必須為此負責」，要求的並不只是行為人在客觀（純粹的條件因果關係）上製造了一個後階段無責任能力狀態的原因（*Verursache*），還必須是行為人在導致後階段狀態發生的同時，違反了他被課予的不真正義務。換言之，不真正義務的違反是非常規歸責的必要條件，也是論證非常規歸責的核心理由。

---

<sup>39</sup> Hruschka, (Fn. 29), S. 454.

<sup>40</sup> Hruschka, (Fn. 29), S. 454-458.

<sup>41</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 664.

至於不真正義務的內容，根據 Hruschka 的見解，通常是關於確保上述後階段義務不被違反的次級行為誡命（Gebot，要求特定作為）或禁令（Verbot，要求特定不作為）<sup>42</sup>，例如，若行為人是一個有義務對落水者進行救援的救生員，必須設法令自身擁有足以遂行救援工作的游泳技術，若否，則不應擔負這類救援工作；一個鋼筋搬運工應具備搬運鋼筋的能力，要是他自付沒有體力長時間扛著過重的鋼筋移動，則不應搬起鋼筋走鷹架；若行為人是專職 A 領域的醫師，在受託進行 B 領域的手術時，必須考慮自己是否有足夠的知識，來處理 B 領域手術中可能碰到的突發狀況，若否，則應盡力補足此知識，或根本不應接受委託<sup>43</sup>。未達成上述要求的行為人，也就是違反了關於使（後階段）履行義務成為可能的不真正義務。

不過，僅僅違反不真正義務，並不會直接令行為人被課予最終的刑事責任——蓋不真正義務之所以稱之為不真正義務，正是因為違反這種義務並不會（直接地）產生和違反真正義務相同的法律效果。行為人的刑事責任，乃是透過其在之後的行為時點，表現出一個違反真正義務的舉止所確定的。而所謂真正義務，即是刑法構成要件所規定的義務，通常是以負面要件的方式呈現，例如「不准殺害／傷害他人」、「不准危害公眾交通往來之安全」等。只有違反此類規定，才會面臨刑罰威脅。與此相對，違反不真正義務的行為，只是間接地排除了行為人援引免責事由來主張自身行為不可歸責的可能性，換句話說，此時行為人的行為應被視為「如同其未主張免責事由」，亦即在法律上，行為人在行為時點的行為應「如同其具備履行義務之知識或能力」般地被看待及評價<sup>44</sup>。透過引入不真正義務概念，使得對此類行為的刑法歸責成為可能；蓋違反不真正義務的行為本身雖然不可罰，但卻是令其後違反真正義務行為之可罰性成為可能的條件<sup>45</sup>。

---

<sup>42</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 287, 294 f., 416.

<sup>43</sup> 相關具體案例的揭示與介紹參許恆達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20卷2期，頁107-112。

<sup>44</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 314.

<sup>45</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 417.

Hruschka 認為，不真正義務對於行為人而言，並非絕對必須遵守的義務，而是「假若行為人想要在後階段主張欠缺履行義務能力或知識的免責事由，則(才)應該履行的義務」，換言之，不真正義務是一種有條件的(bedingt)、為了達到特定目的(透過主張免責事由來排除刑事責任)所需要先行滿足的義務。據此，Hruschka 援用 Kant 在道德學說中的術語，將不真正義務定義為一項假言令式(hypothetischer Imperativ)，以之相對於無條件應予遵循、作為定言令式(kategorischer Imperativ)的真正義務<sup>46</sup>。

當 Hruschka 使用「Imperativ」一詞的時候，採用的是一種較為廣泛的定義<sup>47</sup>，將之理解為一種請求或要求(Aufforderung)。就定言令式而言，這個要求不能由受要求者自行衡量，而是無條件必須被遵循的；與此相對，假言令式則是在一定條件下才需要被遵循的要求，即受要求者可以自行衡量，是否要遵循這個要求，以便讓一定的目的或願望得以達成<sup>48</sup>。Hruschka 舉「不得殺人」的誡命為例，說明定言令式與假言令式的差異：此一誡命若以定言令式來敘述，可表現為「你不准殺人！」(Du *sollst* nicht töten!)；反之，假言令式則會表述為「要是你不想被處以刑罰的話，那你最好不要殺人！」(Wenn du nicht bestraft werden willst, *solltest* du nicht töten!)<sup>49</sup>。此外，「(真正)義務」這個詞在今日一般代表著特定誡命或禁令對於義務人的拘束力(Gebundenheit)，藉由此一拘束力，履行特定誡命或禁令即具有法律或道德上的必要性；與此相對，不真正義務雖然也表示特定誡命或禁令對義務人

---

<sup>46</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 413, 415-416. 不過，Hruschka的學生Biewald，卻提出了另一種不真正義務概念的定義，將其理解為一種定言令式。Vgl. Biewald, (Fn. 14), S. 37.

<sup>47</sup> 惟Hruschka與Kant對令言令式與假言令式的定義不全然相同，參Hruschka, (Fn. 17), S. 413.

<sup>48</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 413.

<sup>49</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 413. 「sollst」在德文中是表示必須(即英文must)、命令、義務之意，而「solltest」則是連接一種單純的請求、或是禮貌性的建議。

的拘束力，但履行此種義務僅有一定程度（gewisse）上的必要性<sup>50</sup>。據此，真正義務與不真正義務之間其實只有程度上的區別<sup>51</sup>。

#### 4. 小結

一如 Pufendorf 的歸責理論架構，由不真正義務所證立起來的非常規歸責，並非只是一種恣意的、在常規歸責外獨立被創造出來的免責例外，而是互為表裏、共同組成一套統一的刑法歸責體系。由系統性思維觀點<sup>52</sup>來看，Hruschka 的出發點無疑是一個正確的方向。不過，根據 Hruschka 的見解，常規歸責與非常規歸責之間乃是呈現一種不可混淆的互斥關係：只有在依照常規歸責原則無法對行為人成立刑法上歸責的時候，才有透過援引不真正義務概念來成立非常規歸責的空間<sup>53</sup>。與此相應，對 Hruschka 而言，真正義務與不真正義務之間也分屬不同的規範系統，兩者範疇互異，不相統屬<sup>54</sup>。問題是，從上文內容來看，Hruschka 卻又認為真正義務與不真正義務誠命只有程度上的量差，這導致其見解後續遭受來自不同學說的強烈批判。

此外，Hruschka 也並未從今日通說所採取的法益保護理論出發，來探討不真正義務概念，而是由他自身所支持的義務違反理論出發，亦即以義務違反來理解實質犯罪概念<sup>55</sup>。這樣的思考進路，與本文所要採取的刑法理論取徑相應，這部分將在下文詳細予以探討。

---

<sup>50</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 416.

<sup>51</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 416.

<sup>52</sup> 這裡所謂系統性思維，指致力將刑法內各原理原則以統一而一貫的理路，由內在相互聯繫起來的思考方式，據此，刑法釋義學不僅是彼此無關的諸原理原則各自適用的結果，也不僅是實定法的文義解釋，而是應該呼應一個共同的理念立場或目的，此一理念或目的與刑法系統本身的正當性與解釋方向息息相關。參 Liao, Die Grundlage der Einwilligung im Strafrecht, 2020, S. 15-18.

<sup>53</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 685.

<sup>54</sup> Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 672-674.

<sup>55</sup> Vgl. Hruschka, Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, JZ 2004, 1085, 1085 ff.

## (二) Neumann 的觀點

### 1. 對 Hruschka 概念的部分接納與批判

Neumann 在他 1985 年所發表的教授資格論文《歸責與「先行責任」(Zurechnung und „Vorverschulden“ )》及同年發表的期刊論文〈規範理論與刑法歸責〉(Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung) 當中，部分採納了 Hruschka 對於不真正義務的見解及其釋義學功能<sup>56</sup>。

在《先行責任》一書中，Neumann 處理了所謂超越承擔過失／超越承擔罪責 (Übernahmefahrlässigkeit/Übernahmeverschulden) 的問題<sup>57</sup>。所謂超越承擔過失或超越承擔罪責，係指行為人由於個人欠缺特定的知識或能力，在構成要件實現時點無法履行法律所課予他的客觀注意義務<sup>58</sup>，從而亦不具備行為時點的過失罪責；然而，若此一知識或能力的欠缺，乃是行為人在前行為時點已知或可得而知，卻仍決意實施後行為，則針對後行為所導致的侵害結果不得主張免責。上述結構，顯然與前面 Hruschka 所處理的問題相對應。

Neumann 同意 Hruschka 對不真正義務功能的理解，亦即：不真正義務的違反並不是一個該當構成要件的行為，但得以讓針對（後階段）該當於構成要件、原本依照刑法釋義學規則免責之行為的歸責成為可能<sup>59</sup>。換言之，和 Hruschka 一樣，Neumann 也認為構建不真正義務的假言令式並非一種指向特定目的或義務內容的行為規範，而是一種歸責規範<sup>60</sup>。不過，關於不真

<sup>56</sup> 鑒於不真正義務概念實未正式被刑法學界所接受，Neumann 在他的專論中並沒有如 Hruschka 一般頻繁使用此一術語，但他仍在第 261 頁表明他接受此一概念 (Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 261)。而 Neumann 後續在文章中集中討論不真正義務概念，雖然其中對 Hruschka 多有批評，但就結論言仍贊成 Hruschka 所採用的模式 (Neumann, (Fn. 17), S. 399)。

<sup>57</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 186-206. 詳細探討超越承擔過失的中文文獻參許恒達，前揭註 43，頁 97-138。

<sup>58</sup> Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 9 Rn. 14; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 12 Rn. 67. 林山田 (2008)，《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 176、201，元照。

<sup>59</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 263.

<sup>60</sup> Vgl. Neumann, (Fn. 56), S. 269 ff.; Neumann, (Fn. 17), S. 400 f. 但其實 Hruschka 也認

正義務應如何導出，Neumann 認為他與 Hruschka 的理解有著本質上差異：對於 Hruschka 將不真正義務詮釋為「由建構真正義務之初級行為規範所衍生之次級行為指引（Verhaltensanweisungen）」的見解<sup>61</sup>，Neumann 提出嚴厲批評<sup>62</sup>。Neumann 指出，Hruschka 筆下的假言令式仍然表現為（在一定條件下）應作為或不應作為的誡命或禁令（Gebot und Verbot）<sup>63</sup>，但這樣的誡命／禁令形式，恰恰也是定言令式的特徵；如此一來，便無法說明，何以同樣的誡命／禁令內容是導出一個假言令式，而非直接導出定言令式<sup>64</sup>。例如，就算可以由刑法上「不許殺人」的（定言）禁令導出延伸性的禁止自醉禁令，也無法說明這樣的禁令何以會是導出一個與真正義務有著本質不同的不真正義務——為什麼違反禁止喝醉酒的禁令效果會（只）是無法援引其醉態作為免責辯護<sup>65</sup>？換句話說，Neumann 認為，若依 Hruschka 對於不真正義務的解釋，將無法區辨由行為規範導出的真正義務（定言令式）與由初級行為指引導出的不真正義務（假言令式）<sup>66</sup>，因為兩者之間並不存在規範內容上的邏輯從屬關係。

Neumann 進一步指出，Hruschka 試圖由行為規範或行為指引（二者皆為誡命或禁令）內容推導出分屬兩個範疇的真正義務與不真正義務，會遭遇邏輯不連貫問題，且無法透過改由規範目的證立不真正義務來填補。蓋規範目的並不等於規範內容<sup>67</sup>，單純由規範目的也不能推導出特定的規範內容；因為，規範目的至多只能確定應該實現「什麼目標」，而不能確定應該「如何實現」這個目標。所以，規範目的本身無法給予不真正義務更明確的範圍。當 Hruschka 主張不真正義務所代表的次級規範應盡量切合於特定規範目的

---

為不真正義務屬於歸責規範的一環，Hruschka, (Fn. 29), S. 451.

<sup>61</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 426.

<sup>62</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 263.

<sup>63</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 416, 427.

<sup>64</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 263-264.

<sup>65</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 396.

<sup>66</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 267.

<sup>67</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 264.

時<sup>68</sup>，事實上只會導致大量次級規範與相對應的不真正義務出現。這些無處不在的「行為指引」，無法透過憲法上模糊的一般行動自由權利來限縮<sup>69</sup>，如此最終將造成不真正義務不當擴張。

## 2. 將不真正義務理解為由法益保護需求產生之對己責任

承上，Neumann 主張，行為人若在前行為階段違反不真正義務，不應該被理解為違反了某種和後階段義務具有道義邏輯（deontisch）關聯性的誡命或禁令，而僅僅是違反了一種——如前述民事法上所理解的——對己責任<sup>70</sup>，而這樣的對己責任，事實上並不具備刑法上的歸責意義，換言之，不真正義務違反與否，由規範的角度看來是無差別的（*normativ indifferent*）<sup>71</sup>；這樣的義務不過是反映了一種——與行動者願望有關的——功能性行動方針（*Richtlinien für...funktionales Verhalten*）<sup>72</sup>。當一道假言令式指稱，行為人基於特定前提條件應確保其後續履行義務的行為能力時，表達的充其量是一種特定的責任關聯性（*Haftungszusammenhang*），只在後續進行歸責時會被加以考慮。擁有此種性質的規則，是一種源於刑法上責任辯證結構（*dialogische Struktur*）<sup>73</sup>的釋義學次級規範，用以決定在何種條件下，允許或不允許行為人援引初級規範來為自身辯護<sup>74</sup>。這些規則的內涵結構並非如 Hruschka 所稱，呈現為「行為人應當或不應當達致特定情況 X」，而應表示為：「（惡意、故意、輕率、可非難……等）導致特定情況 X 者，不得（毫無限制地）訴諸此一情況為其自身（欠缺違法性或有責性）進行抗辯。<sup>75</sup>」

<sup>68</sup> Hruschka, (Fn. 17), S. 427.

<sup>69</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 265.

<sup>70</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 396; Neumann, (Fn.56), S. 266.

<sup>71</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 266.

<sup>72</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 266.

<sup>73</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 400.

<sup>74</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 269 ff.; Neumann, (Fn. 17), S. 400.

<sup>75</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 268.

據此，Neumann 認為，根據他所提出的先行責任模型，違反不真正義務應解釋為行為人抗辯可能性的喪失<sup>76</sup>。由於此一阻斷免責抗辯的次級規則是與作為初級行為規範的整體相對，其本身即具有一種後設的<sup>77</sup>或是外於初級規範系統（*extrasystematischer Charakter*）<sup>78</sup>的性格。因此，這樣的次級規則也不會被限定適用於初級規範系統中的某個階層（即被限定在構成要件、違法性或有責性層次），而是得以一體適用於犯罪審查各階段的免責抗辯<sup>79</sup>。

此外，Neumann 還基於其法益保護的觀點，否定了 Hruschka 出於規範論的個人——規範關係理解。根據 Neumann 的看法，Hruschka 將不真正義務連繫到與行為規範有著內在道義邏輯關聯性的特定行為指引，但由此一行為指引所導出、僅僅作為一道假言令式的不真正義務，卻又能依照當事人的意思來決定是否要予以遵循，這樣的見解毋寧改變了個人與法益保護間的關係，因為它讓個別被害人對於自身法益的處分權限，轉而變成個人對於具有拘束力之國家規範的處分權限<sup>80</sup>。這樣的關係在 Neumann 看來並不正確，因為刑法上賦予被害人的法益處分權限原本就是由規範決定的，規範本身不能成為處分對象。由此可以觀察到，相較於 Hruschka 試圖由行為義務角度來演繹不真正義務，Neumann 的不真正義務概念毋寧是直接由法益保護思維下的一般預防需求當中導出<sup>81</sup>，也就是在審查「行為人是否要為其侵害了法益的行為負責」時，將行為人試圖阻卻自身歸責的主張給解消掉，重新讓「行為人（可歸責地）造成了法益侵害」的評價生效。

---

<sup>76</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 268.

<sup>77</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 400.

<sup>78</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 399; vgl. auch Hruschka, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in: *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, 1977, S. 189, 208.

<sup>79</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 400. 不過，Neumann 也強調，這並不代表此種阻卻免責抗辯的模式，針對每種具體情狀所設下的條件與處理方式均相同。相反的，由於個別免責情境涉及到的要素與情境千差萬別，究竟行為人在哪種前提下必須因為先行行為導致後階段免責抗辯可能性的喪失，尚須個案判斷。

<sup>80</sup> Neumann, (Fn. 17), S. 398.

<sup>81</sup> Vgl. Neumann, (Fn. 17), S. 395 ff., 397; Neumann, (Fn. 56), S. 269 ff.; Neumann, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., 2017, § 17, Rn. 54.

### 3. 比較

總結來說，Neumann 和 Hruschka 的見解相類點為：1. 兩人都肯定不真正義務並非一種規範上的真正義務<sup>82</sup>，對於行為人而言，「應獲得特定能力」的要求僅僅具有假言（hypothetisch）性質，而非定言（kategorisch）性質<sup>83</sup>；2. 二人均同意，作為一種歸責規範，透過不真正義務的概念，能夠為犯罪審查引入一道例外規則，依據此一規則，允許在特定案例當中，經由懸置在刑法釋義學中被承認的（免責）規則，來對某一行為進行歸責<sup>84</sup>；3. 最後，是二人均認為，違反不真正義務的行為並非構成要件該當的行為<sup>85</sup>——換言之，它並不會令刑法上認定的行為時提前，而只是讓後階段的構成要件該當行為成為可被歸責的，這一點在原因自由行為的行為時討論裡自然有其獨立意義<sup>86</sup>。

至於 Neumann 對於 Hruschka 的批判，主要在於 Hruschka 對不真正義務的推導過程，以及對於個人與規範之間關係的理解；Neumann 反對將此一脈絡下的假言令式解釋為在內容上和定言令式並無本質上區別、而僅僅只有程度之差的誡命或禁令，而是將不真正義務解為一種更中性化、不具有規範性質的責任關聯性要素<sup>87</sup>。

---

<sup>82</sup> 用中文來敘述「不真正義務並非一種真正義務」，似屬贅言，或許回到德文原文使用的字詞較好理解：導致行為人欠缺行為能力的錯誤先行行為並非義務違反（Verstoß gegen...Pflicht），而僅僅是一種對不真正義務的侵害（Obliegenheitsverletzung）。

<sup>83</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 261, 263. 據此，Neumann和Hruschka都反對由Berte和Roxin主張的「透過犯行遂行的不作為」（Unterlassung durch Begehung）模式（Neumann, (Fn. 56), S. 260），

<sup>84</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 262-263.

<sup>85</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 263.

<sup>86</sup> 關於原因自由行為的討論見下文肆、二、（三）、2。° Vgl. auch Hruschka, (Fn. 17), S. 288.

<sup>87</sup> Neumann, (Fn. 56), S. 188, 266.

### （三）Jakobs 的觀點

#### 1. 不真正義務作為特定個體人格展現形式的要求

在 Jakobs 關於歸責系統的論述中，也曾多次提及不真正義務概念。他在針對行為非價與結果非價進行討論時，不真正義務被用以指涉一個針對「不具有法律上色彩」（rechtlich „farblos“），亦即仍在社會相當性範圍內的意思形成行為之要求<sup>88</sup>。

詳言之，Jakobs 主張，一個單純違背了法信賴、但欠缺外部效果的內在意思，即所謂「意志罪責」（Willensschuld），例如純粹的侵害意思決定，或是此種意思的外顯行為，例如出於攻擊意思、但尚未造成任何侵害結果、並且也尚未達著手的舉止（例如欲持刀傷人者在還沒有真正將刀刺出前，就因為抽筋使刀脫手墜地），又或者是參與了和構成要件無關的共犯前階段行為，均不足以獨立構成對社會的擾動，換句話說，這些行為尚未真正在現實上客觀化，從而社會對於這個尚未實際產生（何種擾動）的行為，無法作出合法與否的判斷<sup>89</sup>，頂多只屬一個違反不真正義務的行為，而非不法行為。

然而，當行為人違反這個「做出合於法信賴之意思決定或願望」的不真正義務，則一旦發生了後續符合社會擾動性的行為外觀或侵害結果，那麼行為人就不能以他無法控制結果發生、或是未親自實施構成要件為由，與後續發展開來的不法行為劃清界線<sup>90</sup>。亦即，若行為人透過意思決定，導致他必須為令自身陷入一個滋擾社會的後續進展負責，那麼就有理由將後續的結果罪責歸到他身上<sup>91</sup>。個人違反不真正義務的責任，將推出他對（可能由第三人遂行之）不法及有責性的責任<sup>92</sup>。

Jakobs 進一步指出，之所以能夠做出這樣的罪責歸屬，原因在於，個人透過他的意思決定行為、或是透過共謀方式在犯罪前階段的貢獻，在由此開

---

<sup>88</sup> Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 69.

<sup>89</sup> Jakobs, (Fn. 88), S. 69.

<sup>90</sup> Jakobs, (Fn. 88), S. 69, 79.

<sup>91</sup> Jakobs, (Fn. 88), S. 70.

<sup>92</sup> Jakobs, (Fn. 88), S. 79.

啟的犯罪實施中展現了他自己一部分的人格特徵(charakteristische Gestalt)；這種由前階段參與到後續與犯罪實施相連繫的行為意義轉移，乃是自然界因果律的社會性對應(das gesellschaftliche Gegenstück)<sup>93</sup>。據此，不真正義務的違反也可以解釋為「一個開啟(犯罪)實施流程者對於完成它的行為所應負的責任」<sup>94</sup>。

## 2. 由不真正義務建立對個體行為的穩定期待

承上，Jakobs 也援用不真正義務的概念，來證立某些在規範上強度低於刑罰的措施。在這個層面，Jakobs 將不真正義務理解為一種「以不具威脅性之方式展現自我(zu einer nicht bedrohlichen Selbstdarstellung)的義務」<sup>95</sup>，而違反這樣的義務雖不能構成國家動用刑罰的理由，但可能在一定程度上正當化國家所採取的某些輕度干預措施，例如安全管束監禁(Sicherungsverwahrung, § 66 StGB)<sup>96</sup>。這樣的理解，係對應於 Jakobs 對於個人、個人之間以及個人與規範間關係的詮釋。

Jakobs 認為，所有的規範體制，若是要真正的——而非僅僅是作為一種假定或公設——發揮行為導引功能，都必須具備一定的認知性基礎(kognitive Untermauerung)<sup>97</sup>，也就是規範性行為導引的現實上條件，由這樣的基礎來支持體制參與者對於規範效力的期待；詳言之，一套體制要成功運作，不能僅僅仰賴抽象的應然，也必須考慮到實踐上有無貫徹可能性的實然：一座法院只有在普遍認知下果真能依法裁判、而非總是屈從於政治決定時，方才存在對它依法運作的期待；一個神智清明而非爛醉如泥的警察，人們才會對他抱有依法規執行公務的期待<sup>98</sup>。同理，依據 Jakobs 的看法，法權個人(Person)本身也是一種規範性體制，從而他的人格(Personalität)也

<sup>93</sup> Jakobs, (Fn. 88), S. 79.

<sup>94</sup> Jakobs, (Fn. 88), S. 79, Fn. 179.

<sup>95</sup> Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 41-42.

<sup>96</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 248.

<sup>97</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 245. Kognitiv這個詞在德文中含有「合於感知、思維及認識」的意思。

<sup>98</sup> Vgl. Jakobs, (Fn. 95), S. 245.

只有在源於現實性的認知基礎下才能真正地產生行為指引的作用<sup>99</sup>。例如，沒有人會讓一個惡名昭彰的騙子當會計，也不會有人想請一個戀童癖照顧小孩；人們不會單純因為侵入他人住宅在抽象規範上是不被允許的，就夜不閉戶，也不會僅僅因為偷竊是被禁止的行為，就不把腳踏車上鎖<sup>100</sup>。換言之，在人際互動中，人們不可能倚賴純粹抽象的、與具體現實欠缺連繫的法權人格，而是依照他們對實然的認知來調整自身的反應<sup>101</sup>。

要能做出基於此種認知而來的正確反應，前提是人們必須對他人潛在的犯罪傾向有所認識。然而，身處一個非屬對人民全面監控的自由社會，每個個人的行動，至少在尚未造成具體侵害或尚未違反具體的法律義務之前，表面上都必須被推定為合法。但如此一來，要如何讓其他個人或社會獲得人際反應或相關措施所必要的認知基礎呢？Jakobs 主張，任何人若想作為法權上的個人、作為公民參與法權活動，都負有一種將自身表現為在認知層次上可信賴（kognitiv verlässlich）的不真正義務，個人只有在履行了此種不真正義務的時候，社會對他的合法行為推定方才成立<sup>102</sup>。亦即，不真正義務所要求的乃是「個人不得破壞趨向合法性態度（zur Legalität neigenden Haltung）的既有推定」；反之，倘若個人違反了此種不真正義務，即推翻了對其未來合法行為的推定，並且將因而導致一個尚未達刑罰必要、然則已足以啟動對其實施輕度干預措施的人格上缺陷<sup>103</sup>。換句話說，Jakobs 主張，當個人違反不真正義務的時候，就是將自己表現為一種當下的社會性失能（gesellschaftsunfähig），而經由干預處分對於此一失能形成的去人格化（Depersonalisierung）效果，則是以上述自我表現為始的自我去人格化的延續<sup>104</sup>。

---

<sup>99</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 245-246.

<sup>100</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 246.

<sup>101</sup> Vgl. Jakobs, (Fn. 95), S. 246.

<sup>102</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 247.

<sup>103</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 247-248.

<sup>104</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 248. 據此，Jakobs認為安全管束監禁並非純粹基於工具性的目的而發動，而是最初由個人的負責性所觸發的。

### 3. 比較

質言之，根據 Jakobs 的觀點，由於法權人格性並非由純粹的善意（gutes Meinen）所產生，而是有其現實上的條件與侷限，因此，法權人格的地位並非當然固有，而是必須不斷地透過一種適當的生活方式（adäquate Lebensführung）來加以支持<sup>105</sup>，此一將自身表現為確實實踐著這種合宜生活方式的義務，就是不真正義務的內涵。由是可知，Jakobs 所主張的不真正義務概念，與法權人格的現實性特徵有著密切關聯。

順帶一提，在前述 Hruschka 所建立之不真正義務概念的常見適用場域，即原因自由行為的討論上，Jakobs 反而並未援用不真正義務進行論述，蓋依照 Jakobs 所採的犯行前置說<sup>106</sup>，行為人在前階段的原因行為本身已然屬於一個違反（真正）義務的不法且有責之行為，因此前階段行為已足以觸發刑事制裁的後果，而非僅為一個在刑法規範上不具重要性的自我人格展現行為。承此理解，Jakobs 進一步主張，所謂的非常規歸責，在刑法釋義學上其實根本就是一個不必要的概念<sup>107</sup>；因為倘若行為人在後階段已然陷入欠缺責任能力的狀態，那麼在此狀態下根本不可能製造出具有犯罪意義的行為結果，其身體舉止不過是依照自然法則運作的、單純的工具，行為人令自身陷入工具狀態的自醉行為方才是一個獨立犯罪行為<sup>108</sup>。由此亦可發現，即使同為在論述中援用不真正義務概念的學說，對於不真正義務的範疇仍有可能出現不同理解。

#### （四）Kindhäuser 的觀點

##### 1. 不真正義務作為確保合法行為得以實現的輔助性關照義務

---

<sup>105</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 248.

<sup>106</sup> Jakobs, Die sogenannte actio libera in causa, in: Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 105, 119.

<sup>107</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 67-68.

<sup>108</sup> Jakobs, (Fn. 95), S. 68.

Kindhäuser 對不真正義務在刑法中的適用可能性也抱持肯定態度。針對不真正義務的成立，Kindhäuser 更強調行為人在義務違反上的個人能力要件。Kindhäuser 指出，要對一個人提出遵守行為規範的應然性要求，反過來說也就是要論斷一個義務違反行為的可歸責性，前提是其人在違反行為義務當下具備遵守規範的能力<sup>109</sup>。這個能力包括了兩個面向<sup>110</sup>：其一是生理上（*physisch*）及智識上（*intellektuell*）對應然要求的實現可能性；其二則是行為人能夠辨識系爭應然規範的有效性，並且有能力將此一辨識結果轉化為對己的行為動機，進而令行為符合應然要求。Kindhäuser 將前者稱作行為能力（*Handlungsfähigkeit*），屬於義務違反（不法）層次的能力，而將後者稱作動機能力（*Motivationsfähigkeit*），屬於罪責層次的能力<sup>111</sup>。當行為人自始未具備上開生理或智識能力，或是根本未意識到自己即將違反規範時，其呈現在行為當下的事實，即屬欠缺規範遵守能力。

而倘若要將一個事實上無能力遵守規範之行為視作義務違反，就必須用一個規範性的歸責事由，來取代原本根基於當下行為意識的事實性歸責事由<sup>112</sup>。所謂的規範性歸責事由，依照 Kindhäuser 的觀點，意指行為人此一「無能力實現合於規範的主觀意向」，必須是其「對規範之承認有所欠缺」的表現，只有如此，那些作為後階段無能力遵守規範之行為肇因的前階段行為，方才具有刑法歸責上的重要性<sup>113</sup>。

Kindhäuser 進一步以一種工具與目的的關係，來說明此種實踐義務能力之確保與規範承認關係之間的連結。他指出，依照一種實踐目的論的邏輯，要達致或是避免特定的目的行為實現，中間往往需要好幾個步驟的前行為。對於作為後續目的的主要行為來說，前階段的輔助行為有如工具，實施這些輔助行為係用以確保目的行為得以實施。若行為人已決意實施特定的主要行

---

<sup>109</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 62; Kindhäuser, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, JRE 1994, 339, 340-342.

<sup>110</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 341.

<sup>111</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 341.

<sup>112</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 63.

<sup>113</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 63.

為，而該行為需要透過另一個特定的行為輔助才可能實現，則此種輔助行為即稱之為預備行為；假如主要行為的履行尚取決於行為人未知之狀況、或尚未處於行為人控制範圍之內，但可確定的是，要實現主行為，必然需要特定其他行為之輔助，則此種輔助行為屬於一項前關照行為（Vorsorgehandlung），它將在其他條件或環境產生之時，輔助主行為得以順利履行<sup>114</sup>。

據此，不真正義務所要求的對象，即是那些對於一個合於法信賴的個人而言，能確保或有助於他被規範期待在特定人際互動條件下實施合法行為所必要之能力的前關照行為，此種前關照行為的基礎，並非直接來自行為規範（因為規範本身只能要求行為人實施特定作為或不作為，但不能要求行為人必須有能力實施此一作為或不作為，也不能要求行為人必須實施哪一項特定的前關照行為來獲取這種能力），而是取決於制裁目的的一種歸責標準<sup>115</sup>。由此可見，Kindhäuser 也認為，不真正義務的本質乃是一種歸責規範。相對於要求個人遵守規範的真正義務，不真正義務是針對「遵守規範能力」的次級要求<sup>116</sup>，它並不直接作為事前的行為規範存在，而是只有在事後進行歸責時，才會經由違反它的效果發揮作用：不真正義務的違反，建構了一個由於欠缺支配意識，故無法被看作義務違反並予以歸責之偏差行為的規範上歸責事由，指的是在假設行為人擁有法信賴之動機的前提下，被期待履行作為輔助行為的前關照行為，卻未予履行<sup>117</sup>。

然則，要以不真正義務建構的規範性歸責標準來取代現時支配意識所建立的事實上歸責標準，須以行為人於違反不真正義務之時點，有可能滿足規範對他履行義務行為能力之期待為限<sup>118</sup>，從而限定了歸責的正當性範圍。正如同在判斷結果不法時，只有當行為——結果間的因果關係成立，也就是假設行為人若採取其他的替代行為選項，便不會導致侵害結果時，方能將系爭侵害視為一個由行為人所創造的行為結果一樣，反映在違反不真正義務的情

---

<sup>114</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 64-65.

<sup>115</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 65.

<sup>116</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 65.

<sup>117</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 65-66.

<sup>118</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 66.

形上，也存在著行為結果與假設行動者在被給定之框架條件下所擁有之主觀能力間的對應結構。亦即，一個違反規範的行為，只有在假設行為人擁有規範所期待之義務履行能力條件下，有可能採取其他替代行為選項卻未採取時，才能被視為是由於違反不真正義務所導致之無能力遵守規範的結果<sup>119</sup>。

據此，違反不真正義務在概念上的作用，是將對於行為人履行義務能力的期待以及行為人在具體現實上未滿足此一期待之間的落差，表達為道義邏輯上的規則違反，以便在對系爭行為進行歸責時，可以透過類推義務違反的方式，讓針對（真正）義務違反行為的一般性歸責法則得以再度適用<sup>120</sup>。在這方面，Kindhäuser 和 Neumann 持相同見解，將不真正義務視為一種對己責任，因為它阻斷了行為人就自身無能力或無意識遵守規範的抗辯，從而使得針對一個作為義務侵害之違背規範行為的歸責成為可能<sup>121</sup>。

## 2. 以違反不真正義務取代過失犯罪中的注意義務違反

Kindhäuser 針對不真正義務概念最重要的應用，在於他明確而直接地將違反不真正義務視為與違反注意義務相同的概念<sup>122</sup>，換言之，他將傳統過失犯罪檢驗裡的注意義務代換成了不真正義務，從而令不真正義務在針對過失犯罪進行審查時扮演了決定性的角色。

對於 Kindhäuser 而言，這樣的代換並不僅有措辭上的意義，而是審查過失犯不法性及對其進行歸責的正當性前提<sup>123</sup>。詳言之，建構過失犯罪不法性的關鍵問題在於，行為人於行為當下根本不具備一個可受歸責的法益侵害意識，也就是所謂的犯行意識（Tatbewusstsein）<sup>124</sup>，從而也就沒有理由形成防

<sup>119</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 66.

<sup>120</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 67.

<sup>121</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 67, 73.

<sup>122</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 76; Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 345. 在闡明注意義務內容時，Kindhäuser更細緻地提出了四種義務類型，包括檢證義務、控制——監督義務、探詢義務與規範關照義務，參Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, 9. Aufl., 2022, § 15 Rn. 50.

<sup>123</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 77.

<sup>124</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 63.

免結果發生的行為動機，最後才導致侵害的發生。Kindhäuser 認為，由人際交往慣習、職業上特殊要求、以及日常生活期待發展而來的注意義務，亦即不真正義務，目的正在於避免行為人因欠缺上述個人能力而無法遵守規範的風險<sup>125</sup>。

不過，Kindhäuser 和 Neumann 一樣，將作為歸責規範的不真正義務與真正義務對應到的構成要件內涵嚴格區分開來<sup>126</sup>。他指出，當人們在談及一個因違反注意義務導致欠缺犯行意識的過失犯罪時，並非將注意義務當作與規範義務內容相關的構成要件要素，換句話說，透過注意義務導出的犯行意識本身並不屬於規範的內容，而毋寧是令行為人可能遵守規範的條件<sup>127</sup>。他的理由是，「違反注意義務」通常不會被當作副詞來形容一個構成要件該當的義務違反行為，因為從文字結構而言，違反注意義務的反面用語是克盡注意義務，但若反過來以「克盡注意義務」作為副詞形容同一個行為，並不會排除一個構成要件該當行為的義務違反性。

例如，若有人說「某 P 以違反注意義務的方式殺死 A」，似乎意味著某 P 應該採取「以更加克盡注意義務的方式來殺死 A」，而這樣的敘述方式顯然沒有正確理解注意義務在構建過失犯不法層次的意義。蓋 P 導致 A 死亡的行為，之所以被視為違反義務予以歸責，並不是由於他對於侵害結果的支配意識，因為事實上，P 在構成要件實現的時點，根本就沒有意識到他的行為將導致 A 的死亡，因此也沒有理由採取替代性的防果行為。針對 P 的歸責可能性，要問的問題毋寧是：P 是否要為其基於違反注意義務（不真正義務），導致錯誤地無能力在主觀上採取防果行為負責<sup>128</sup>。Kindhäuser 由此推斷，對行為的支配意識不屬於規範內容本身，同理，作為行為意識欠缺之規範性替代事由的不真正義務違反，也不被涵括於行為規範意義之中<sup>129</sup>。

---

<sup>125</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 345.

<sup>126</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 341.

<sup>127</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 77.

<sup>128</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 76-77.

<sup>129</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 80.

在此意義下的注意義務違反，因而是代替事實上欠缺的犯罪行為意識，令後續構成要件該當之行為得以被視為義務違反予以歸責的規範性事由<sup>130</sup>。在這樣的理解下，只有當犯行意識此一事實上歸責事由的欠缺，能透過行為人違反注意義務（不真正義務）此一規範上的歸責事由加以取代時，方能針對因過失行為類型造成的侵害結果進行歸責。如此一來，不真正義務概念所要處理的範圍即不再限於超越承擔過失案件，而是作為整個過失犯的歸責基礎予以適用。

### 3. 比較

據此，Kindhäuser 也指出他與 Hruschka 的見解不同之處：他認為 Hruschka 雖然正確地將不真正義務違反視作行為支配意識欠缺的規範性替代品，但 Hruschka 卻直接將支配意識本身也視為一種規範性構成要件要素；與此相對，在 Kindhäuser 看來，透過支配意識所履行的注意義務（不真正義務）與作為行為規範的構成要件無關，其本質乃是一種歸責規範。倘若將此種支配意識本身也納入構成要件要素的一環，將模糊行為規範與歸責規範的界線，並將諸如「不得殺人」的行為規範內容轉化為「不得有意識地殺人」，如此即與原本的行為規範內容不相符，蓋規範僅會禁止或要求特定行為，但不會明文寫出受規範者應具備對行為與結果的特定認知<sup>131</sup>。

之所以會如此主張，是由於 Kindhäuser 與 Neumann 對於刑事不法以及實質犯罪概念的理解係立基於法益保護思想之上，也就是認為刑法規範旨在保護法益，而犯罪則是對法益的侵害結果。據此，作為個人指引的行為規範，只能是被直接描述為禁止侵害法益的規範，而適用於歸責階段、決定刑法制裁是否發動的制裁規範，目的則是在回復前述行為規範的效力<sup>132</sup>。當個案中存在免責事由時，一般可認為，雖然特定法益侵害結果已發生，但規範效力——既然行為人並非有意識令結果發生、或依其能力不可能防果——並未受

---

<sup>130</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 77.

<sup>131</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 80.

<sup>132</sup> Vgl. Kindhäuser, Analytische Strafrechtswissenschaft, Bd. 1, 2021, S. 109 ff.; Kindhäuser, Analytische Strafrechtswissenschaft, Bd. 2, 2021, S. 929 ff.

到動搖，從而不具處罰必要性；與此相對，若行為人在前時點有意識地違反了不真正義務，則原本在此階段發揮作用的免責事由就不再可靠，表示保護法益的行為規範仍有被動搖的危險，故須重新令制裁規範發動，以確保行為規範效力持續地被法共同體成員所確信。

### （五）Pawlik 的觀點

#### 1. 不真正義務作為一種對公民的審慎檢證（prüfende Besonnenheit）要求

Michael Pawlik 對於不真正義務概念的主張，和 Pufendorf 以及 Hruschka 一樣，都是從一個統一的系統性觀點出發，並與他的整個刑法歸責理論相結合。與 Hruschka 相同，Pawlik 也是義務理論的支持者，也就是將刑法理解為確保特定規範得以被履行的系統。規範建立起個人應該遵守的行為義務，這些義務一方面構成個人行為決定的框架，另一方面成為個人之間任意活動的界線，而刑法上的不法行為，即是違反上述義務的行為。簡言之，這個論點是以義務違反取代現行通說下的法益侵害，圍繞前者來定義不法的內涵。關於 Pawlik 的不法概念及歸責理論，將於下文作更深入的闡述，這裡只扼要說明其不真正義務的相關論點。

與刑法規範上的強制義務相對，Pawlik 將不真正義務解釋為一種——和 Kindhäuser 見解相似——公民令自身有能力遵守其行為義務的義務。並且，Pawlik 認為，此種能力不僅包含行為人正確認識事實、避免風險的能力，而是也包括行為人正確認識規範、進而形成遵法動機（即主觀上令自己能夠受合法行為理據拘束）的能力，此即所謂的不法意識。據此，Pawlik 就不真正義務概念在刑法釋義學中的應用，不僅可見於過失責任中關於注意義務違反的論述，也清楚地表現在處理刑法禁止錯誤的法律效果上。

在談及欠缺不法意識也就是禁止錯誤的案例時，Pawlik 援引 Binding 的用語，將這裡的不真正義務理解為一種法律要求公民審慎檢證的義務，也就是在行動之前辨明事實情勢、查證規範內容的義務。此一審慎性乃是公民在自由法秩序內履行忠誠行動之必要前提，也因而是一切規範與法秩序真正拘

束力的真實定在條件<sup>133</sup>。概略言之，一個有意履行其行為義務、避免規範衝突的公民，應在合理範圍內，令自身能夠具備一定的認識能力與應對能力，使其得據以充分可靠地作出合於規範的行為。只有在符合這樣一種補充性期待的社會建構下，真正的自由狀態方能從一紙空談過渡到其最終實現階段<sup>134</sup>。

不過，由於刑法上的行為義務，乃是源自公民與其他公民共同生活的自由領域行動，並因此和其他人的自由互為限制的法權現實，這樣的義務只會在行為關涉到其他公民時產生；而當公民拒絕履行其審慎檢證義務的時候，直接影響的僅是自身遵守規範的能力，此種單純的能力欠缺，並不會課予行為人任何刑法上的責任。公民怠於審慎檢證的法律上意義，須待其後續採取了一個客觀上侵入了他人領域的舉止之後才表現出來：他不再能主張自身因欠缺履行義務的知識或相關能力而不可歸責。簡言之，當一個公民因違反了不真正義務，導致不知道身為公民被期待知悉的特定事實或特定規範內容，或不具備其所承擔的公民角色理應具備之特定能力者，即有義務忍受將客觀上違反義務之舉止歸責於他的結果<sup>135</sup>。

據此，不真正義務並非獨立的行為誠命，但它卻表現為一切透過規範證成之個別行為義務的固有部分：它一方面呈現為審慎性檢證要求，提供個別行為情境中法律框架條件與事實框架條件的媒介，也就是在事實上確認公民有辦法遵守規範設下的行為義務；另一方面，不真正義務亦在此基礎上，提供公民自身依規範而行為的動機，從而表現為一種自我動機形成（Selbstmotivierung）的義務<sup>136</sup>。關於此一義務定性，下文會有詳細說明。

## 2. 比較

Pawlik 對於不真正義務的定位，顯示出其觀點與前述學說的異同：雖然和 Hruschka 同樣從規範理論出發，並採用相似的歸責基礎，但 Pawlik 並不

---

<sup>133</sup> Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 307.

<sup>134</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 310.

<sup>135</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 311.

<sup>136</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 346.

認為不真正義務是與真正義務分屬完全相異範疇的假言令式，也不認為它是和行為規範完全不相干的歸責規範，而是自始即包含在行為規範的廣義內容中；只是，由於針對違反不真正義務的行為，並不存在直接的強制效果，從而在發動審查機制時，必須從屬於一個外觀上違反真正義務的行為，改以歸責要素的形式，令原先行為人可以主張的免責事由失卻效力，間接影響最後的管轄分配結果。由於公民實際上承擔的義務範圍，取決於行為規範與（盡力遵守規範之）不真正義務的共同作用，對於行為歸責的管轄權限論證，也一併形塑了不真正義務的範圍<sup>137</sup>。

此外，Pawlik 與 Neumann、Jakobs、Kindhäuser 的最大立論相異點，來自其並不主張以預防作為目的的刑法學說，而是採取以應報為核心的絕對刑法理論。換言之，確認歸責並發動制裁，並非旨在回復被動搖的、以保護額外對象（法益）為目的的行為規範<sup>138</sup>，而是一個已然受到確認的、正在實踐著的法秩序，對一個否認此一秩序有效的自由公民，回應以再一次的否認。課予公民不真正義務的理由，不是為了更周全或更及時地維繫某個法益，而是個別公民基於其在法秩序內自願承擔的角色，或是與其他公民間的連帶性，在法共同體內實現其任意自由所應付出的最低限度成本。

## （六）小結

綜觀不真正義務概念在德國學說中的發展歷程，可以發現，此一概念起初是為了處理民法上涉及權利人行為的法律效果而出現，不過，在刑法上，不真正義務概念進一步發展出較其原先在民事法內更為廣泛、也更為重要的適用領域，特別是在原因自由行為、禁止錯誤，以及對過失犯罪類型中注意義務的解釋，此外亦被援引作為特定保安處分的證立基礎。在這些案型裡，不真正義務的負擔人，不再是平行於民法權利人的被害人或所謂被侵害法益

---

<sup>137</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 354.

<sup>138</sup> 此一規範效力的回復，只會是刑罰本身效力的反射效果。參周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性：重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147期，頁317。Vgl. Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 54 ff.

持有人，而是行為人本身。換言之，真正義務與不真正義務的義務人具有同一性。

為了區分真正義務與不真正義務的法律效果，學說在闡釋不真正義務概念時，至少在形式上，大都明確地將真正義務與不真正義務區別為兩種互不歸屬、作用相異的範疇：透過真正義務，體現的是作為個人行動導引的行為規範；而不真正義務，則是在分配刑事責任時，方才被援用作為判斷標準的歸責規範。學說也強調，行為人違反了不真正義務的效果，須與違反真正義務相區隔：若違反刑法上的真正義務，等於否定了具有強制效力的行為規範，將直接面臨刑罰制裁結果；反之，未履行不真正義務，僅對行為人產生間接影響，即若其後他果真構成進一步的（真正）義務侵害時，不得再援引對自身有利的免責條款來排除歸責。

此外，除了少數學者，大部分接受不真正義務概念的學說，都將此一概念的應用侷限在特定個案、或是個別歸責問題上，也就是將不真正義務概念視為一種例外歸責原則，其功能有如正常歸責系統的「外掛」，當一般性歸責理論不敷使用時，透過援引不真正義務概念，使得某些依照現有歸責原則無法被歸責，但在法感上似乎又應該予以歸責的行為對象，再次成為刑事處罰的標的。此一概念定位，自然使不真正義務在刑法學說中無法獲得重視，因為一旦接受它在歸責系統中的作用，顯然會讓歸責理論產生整體上的不一致，從而遭致刑罰恣意性的批判。

### 三、國內文獻的零星探討

我國刑法學說，大部分是在探討其他問題時，兼及對不真正義務概念的論述。如許恒達教授在討論超越承擔過失此一犯罪類型的刑法歸責時，援引 Neumann 關於先行責任的不真正義務概念，輔助支持其在超越承擔過失議題上的解決方案，也就是將行為時維持在侵害發生之時點（違反真正義務之時），惟行為人原本得於該時點主張之免責事由，將因其於前階段行為違反了不真正義務（自行導致自身欠缺法益侵害之迴避能力）而失效<sup>139</sup>。許教授

---

<sup>139</sup> 許恒達，前揭註43，頁128-133。

同樣以 Neumann 的觀點處理原因自由行為，且亦承繼其對 Hruschka 的批判，指出後者係直接用原因行為時點的責任能力取代行為時的責任能力，直接衝撞同時性原則，不若前者透過否定免責抗辯事由，建構起規範性的罪責要素，而令同時性原則得以維持<sup>140</sup>。

與此相對，薛智仁教授在論及原因自由行為之處罰基礎的時候，則是由其反對罪責前置的立場出發，批判了將不真正義務概念運用於論證原因自由行為歸責理據的觀點，其認為，行為人維持自身責任能力義務之根本目的，在保護他人的法益，違反該義務的法律效果即是承受刑罰，本質上已然是刑法上的真正義務<sup>141</sup>。不過，薛教授在其文章中亦指出，他僅是反對將此一概念運用於原因自由行為，特別是維持責任能力及行為時的討論，但並非完全否認不真正義務在其他問題上仍存在實質意義的可能，亦非預設刑法上應否採納此一概念的立場<sup>142</sup>。

古承宗教授在討論原因自由行為的可罰基礎時，明確採用了 Hruschka 及其學生 Joerden 的見解，用兩階段歸責的方式建構原因自由行為的可罰性，主張行為人基於自由決定的自醉行為，乃是作為一種「隱性結果要素<sup>143</sup>」存在，也就是透過原因階段的自由行為，開啟了一個通向最後實害結果的因果鏈，且該因果鏈並未被後續無責任能力下的構成要件行為終局地中斷，因為自醉行為違反了「任何人不得放任自己陷入障礙狀態」的不真正義務，故即使最終侵害結果發生時，行為人的責任障礙中斷了與第一階段歸責的連繫，但仍不能對第二階段歸責產生中斷（回溯禁止）效果，而應維持結果歸責<sup>144</sup>。藉由不真正義務概念，古教授重新詮釋了同時性原則的規範性意義，而有別

---

<sup>140</sup> 許恒達（2010），〈「原因自由行為」的刑事責任〉，《臺大法學論叢》，39卷2期，頁393-394。

<sup>141</sup> 薛智仁（2017），〈論原因自由行為之處罰基礎〉，《中研院法學期刊》，21期，頁21。

<sup>142</sup> 薛智仁，前揭註141，頁21。

<sup>143</sup> 古承宗（2022），〈重新檢視原因自由行為的可罰基礎〉，《月旦法學雜誌》，328期，頁35。Vgl. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 35 ff.

<sup>144</sup> 古承宗，前揭註143，頁45。

於學說上處理原因自由行為的例外模式。另外，古教授亦曾在其〈同時性的雙重義務違反與客觀歸責〉一文中，詳盡介紹 Pufendorf 在歸責基礎上的觀點及其對現代刑法歸責理論的貢獻，並切中關鍵地談及結果歸責的規範性格<sup>145</sup>，不過其僅將論述對象侷限在客觀歸責理論，而未擴及其他犯罪審查層次的歸責問題。

整體而論，我國刑法釋義學上對於不真正義務的相關討論，仍相當有限，不僅尚未正式承認不真正義務概念作為獨立的歸責基礎，相關的理論論述與釋義學應用也仍未大幅開展，更遑論將此一義務全面性統整進現有的歸責理論當中。

## 參、不真正義務概念與刑法理論的系統性整合

### 一、隱藏在不真正義務概念背後的問題：對刑法歸責理論的理解

#### （一）填補「歸責漏洞」的不真正義務

德國刑法學說之所以要從民事法領域引進不真正義務概念，一個關鍵原因是依照既有的歸責理論結構，會在處理特定案件類型時產生「歸責漏洞」，也就是依照（某種模糊的）法感，似乎應該將特定侵害結果歸責予行為人，但套用既有歸責原則卻無法歸責的情形。此時，若仍堅持刑法應當對行為人進行課責，就必須為歸責予行為人的法律效果給出一個理論上的基礎，而不真正義務概念恰好可以填補此一論據上的缺陷。

但是，此處隨即產生下一個疑問：若依照現有歸責原則無法對特定行為進行歸責，那麼為何不是放棄歸責？例如行為人在侵害發生當下，客觀上欠缺對侵害結果防免可能性者，依循「無可能性即無義務」（*impossibilium nulla*

---

<sup>145</sup> 古承宗（2012），〈同時性的雙重義務違反與客觀歸責：評析台灣高等法院90年度交上易字第295號判決〉，《台灣法學雜誌》，193期，頁25-27。

est obligatio) 的原則，理應得出行為人無罪的結論；然而，無論是在超越承擔過失還是在原因自由行為案件的討論中，學說都致力於找尋能夠肯定歸責的理由。

按照上開 Neumann、Kindhäuser 的論點，這個例外擴張歸責範圍的論證過程，其目的在鞏固行為規範的效力，藉以更完善地保護法益<sup>146</sup>，而我國國內學說在引介不真正義務概念時，亦多贊同此一意見<sup>147</sup>。這個答案乍聽之下相當合理，但只要結合整個刑法歸責理論的運作來看，便頗有疑問。詳言之，整個刑法的歸責系統——從因果關係、客觀歸責、違法性判斷到有責性判斷——其實是一個不斷限縮法益侵害處罰範圍的過程<sup>148</sup>：與侵害結果欠缺條件因果關係的行為無法成為歸責對象；不具備客觀歸責的法益侵害，原則上不受刑法禁止；符合阻卻違法事由的侵害行為是法所允許的；當行為人對於形成遵法動機的能力有瑕疵，其責任的成立或範圍將受到影響。上述刑法總則內的基本概念，在在昭示「法益侵害」並非實質犯罪的充分條件<sup>149</sup>，相較於檢驗法益侵害存在與否，歸責理論毋寧才是決定刑事犯罪應不應該成立的關鍵。須留意的是，這裡所說的歸責理論，並不單獨指涉犯罪檢驗中的客觀歸責階層，而是刑法上整個據以判斷最後刑事責任歸屬的行為審查結構，也就是歸責系統 (Zurechnungssystem)，乃是規範系統對於一個行為是否應負擔刑事責任所做出的價值判斷。簡言之，針對不真正義務概念應如何在刑法上被證立的問題，本質上其實是歸責理論應如何建構的問題。

歸責理論的內涵乃是由諸多歸責規範所組成。然而，這些歸責規範本身並不是獨立存在，而是始終連結到觸發歸責流程的行為規範；只有在行為規範被違反的時候，歸責規範才會開始發揮它的功能。反過來說，組成一個法秩序系統的行為規範，也始終內含有一套歸責規範，它們構成了行為規範現

---

<sup>146</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 341; Kindhäuser, (Fn. 14), S. 80.

<sup>147</sup> 古承宗，前揭註145，頁27。

<sup>148</sup> 此處主要以實害犯作為討論對象，至於危險犯的歸責，則涉及欠缺實害結果的行為規範是否還能被證立為（刑法上的）行為規範問題，有待另行撰文討論。

<sup>149</sup> 而危險犯的存在與其被廣泛接受的正當性，則顯示出法益侵害也不是成立犯罪的必要條件。

實適用時的內在界限，從一開始就限制了行為規範對於受規範者的要求內容。亦即，歸責規範也是用以劃定行為義務範圍的框架，唯若行為可受歸責，才是規範上所稱的義務違反行為，也才是具備刑罰正當性與必要性的行為。從而，不真正義務概念在歸責系統中的證立，背後實涉及個人行為義務在規範上的正當化基礎<sup>150</sup>。

## （二）現代刑法的目的：自由還是安全？

對於上述正當化基礎的論證，顯然涉及刑法（以及刑罰）存在的根本目的。這也說明，上述 Kindhäuser 等學者何以會主張，承認不真正義務概念的實益，在於更有效地保障法益，因為這正是其對於刑法上行為規範目的的理解，也就是以一般預防為導向的法益保護<sup>151</sup>。然而，這就回到上面提到的矛盾，即歸責規範本身的原始作用，正是在限制自法益侵害結果（或侵害風險）出發、向前對特定人究責的範圍。假使要全面性、無界限地保護法益，那麼最乾脆的方式，應該是完全廢除歸責理論，將刑法徹底轉換為風險管控的工具，並且也不再需要罪刑法定原則與罪責相當原則，應改以刑事政策底下的社會秩序考量全面取代古典刑法對個人歸責的前提。

然而，這樣全面擴張刑罰的主張，顯然與目前通說所能接受的想法不符。從釋義學現況觀察，可以確定的是，目前以罪責原則為核心的歸責理論，依然在犯罪審查結構中佔據重要地位，亦即，單純的法益侵害仍無法決定犯罪成立與否；但學說一方面用歸責理論限縮法益保護範圍，僅將違反不真正義務得出的歸責視為例外，另一方面卻又允許這樣的例外存在，而針對何以允許有此例外的提問，又再回頭訴諸法益保護目的需求。如此一來，「法益完

<sup>150</sup> Vgl. Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 339.

<sup>151</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 341. 之所以指明一般預防導向，是因為法益理論／規範理論間的關係，乃是獨立於應報理論／預防理論的一組區分，換言之，採取應報理論的學說，可能是規範理論論者，也可能是法益理論論者，支持預防理論者亦同。本文檢討的對象，僅限於以預防為刑罰目的的法益論者，而不涉及應報——法益理論主張間的辯證。

整保護」與「堅守罪責原則」始終處於矛盾關係，且究竟哪個目的應優先考慮，似乎取決於特定個案上的恣意。

就刑法目的角度言，無論是採取何種刑法目的理論，基本上所有學說均會同意，在貫徹罪刑法定原則的直接目的外，刑法的最終任務，乃是在確保（且最大化）每一個人在與他者共存之生活秩序體內的人格自由，以此為基礎，方能延伸至確保「對個人自由發展、基本權利實現以及基於此一目的之國家體系運作而言所必要的一切條件」<sup>152</sup>。一如 Roxin 的說法，法益概念必須服務於「個人的自由發展」<sup>153</sup>。

惟上述對於法益的一般性定義，已經清楚地揭示出法益概念的侷限：法益是作為自由實現條件的對象，但並不是活絡於自由法秩序內的法權關係本身，更相異於在法權關係中行動的主體<sup>154</sup>。法益是主體行使自由時關涉到的客體，原本不應脫離主體而獲致規範上的價值；但當法益被提升為刑法直接保護的對象，它與主體自由實現之間原本的主從關係就產生了質變。法益不再依存於自我決定或人際互動的整體環境，而是成為與主體自我決定無甚相關的獨立存在，刑法上關於被害人承諾效力的相關限制即為明證<sup>155</sup>。一旦將刑法歸責的規範性意義優先連結到刑事政策上以預防功能為導向的法益保護目的，即失卻了 Pufendorf 歸責理論中以行為之自由性為主軸的重要意義，也切斷了「可歸責性」（imputabilitas）與「歸責」（imputatio actualis）之間原該緊密連結的內部關係。

---

<sup>152</sup> Roxin/Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, § 2 Rn. 7; Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 573, 578, 587.

<sup>153</sup> Roxin/Greco, (Fn. 152), § 13 Rn. 12; vgl. auch Rönnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, S. 85 ff.

<sup>154</sup> 嘗試以法主體性重構法益概念的作法，參周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，頁1016-1042。

<sup>155</sup> 對此批判參Liao, (Fn. 52), S. 49 ff.

### （三）從自由理念出發的刑法規範

現代刑法的預設，是來自一個能確保其中個體自由的秩序，也就是民主自由的憲政法治國。如前所述，即使是將刑法任務定位為法益保護的通說，也始終強調以自由主體或是以憲法上基本權為中心<sup>156</sup>的法益概念。只有從基本權導出的法益才會是刑法所要保護的法益<sup>157</sup>。「安全」或者「生命的持存」，或可解釋為實現自由、有利於個人人格開展的重要現實上條件，但它們仍然是為了自由實現的可能性才被賦予價值；以百分之百的安全，取代自由實現的可能性，以此設定刑法最高目的，至少在當代世界裡，已然與自由國家的憲法價值相抵觸。而洞悉並穩定地堅守此一自由理念的立場，正是國家作為現實化之自由理念的任務<sup>158</sup>，也是國家目的異於「多數個體主觀利益最大化」之處。無論有多少個體欲求著絕對的安全與活存，但有資格成為規範保護標的者，永遠只有他們能夠選擇此一欲求的可能性（也就是選擇要或不要欲求特定對象的自由），而非被欲求的具體內容<sup>159</sup>。

從而，依本文見解，刑法規範，以及貫徹規範時發揮劃定規範作用邊界的歸責理論，並非一套以法益整全保護為目的的理論，而是一套劃定自由行為框架、並以之反過來讓自由的實現成為可能的理論。要回答「何以歸責規範理當如此設定、又為何在某些時候應該要透過特定機制（如不真正義務）予以擴張或縮減」這樣的問題，也因此必須連結到關於「如何理解一個基於自由理念開展出來的歸責原則」這個問題的解答。上述認為法益保護政策仍應受歸責理論節制，惟某些情況下應開啟免除歸責例外的「模糊法感」，以及為此致力找尋歸責基礎的動機，事實上是來自於判定何種舉止屬於自由行為，以及據此應令行為者負責的價值判斷。對這個判斷過程以及對其所採標準的論證嘗試，其內在關切乃是對於人類「應如何行為」的探問，或者應該

<sup>156</sup> Roxin, (Fn. 152), S. 577.

<sup>157</sup> Roxin/Greco, (Fn. 152), § 2 Rn. 8.

<sup>158</sup> Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1986, S. 398; Vieweg, Das Denken der Freiheit, 2012, S. 345-349.

<sup>159</sup> Vgl. Zaczyk, Selbstsein und Recht, 2013, S. 51.

說是「被承認為自由決定主體的人」應如何行為的問題。此一探問始自實踐哲學，並擴展至整個人類行為規範中的歸責系統，同時成為道德哲學與倫理學一貫關心的結構性問題<sup>160</sup>。

不過，與道德或倫理規範系統不同，法規範系統的獨特之處，在於其規範相對具有文字上的形式確定性，以及實踐意義上的重要性<sup>161</sup>，而後者當然和法律的強制性本質脫不了關係，刑法則是其中最具有強制性格者。要處理刑法上的義務與歸責，就必須以刑法規範的角度來解釋自由概念以及定義自由的行為，將上述問題轉化為：「（刑法）規範上被認定為自由的人，應如何行為？」與「在何種情形下，人應被承認為一個規範上自由的人，並為其行為負起刑事責任？」。刑法目的在於確認法秩序內個人自由的邊界，反映個人自由負責的範圍<sup>162</sup>，對於不真正義務概念的實踐上需求，乃是一種對於個人負責範圍的規範上判斷，也就是一種「認為在此種狀態下，行為人仍應被評價為自由且要為行為結果負責」的判斷。

#### 附論：對法益保護思想的檢討<sup>163</sup>

##### （一）法益保護思想的固有缺陷：以客體功能取代主體間的法權關係

今日被視為通說的系統批判性法益概念（systemkritischer Rechtsgutsbegriff），或稱實質法益概念，乃是在第二次世界大戰後才發展起來的<sup>164</sup>。然而，即使導入現代憲政自由的理念，法益理論的基本結構，與其概念誕生之初相比<sup>165</sup>，並沒有出現多大改變：犯罪被理解為法益侵害，而刑

<sup>160</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 339.

<sup>161</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 339.

<sup>162</sup> 此種思維屬於一種絕對刑罰理論。從特定哲學視角對此種理論的深入研析，參周濂沂，前揭註138，頁287-297。

<sup>163</sup> 本節論述主要參考Liao, (Fn. 52), S. 62 ff., 67 ff.

<sup>164</sup> Vgl. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 273 ff.; Roxin, (Fn. 152), S. 573 ff.

<sup>165</sup> 關於法益理論的歷史發展，參許恒達（2011），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，

法的任務是法益保護。此外，自法益概念產生以來，其固有的問題也始終不曾解決：此概念自始是空洞的，它只能標誌出一種「規範目的的實體化」(eine Hypostasierung des legislativen Ziels)<sup>166</sup>。法益的具體內涵取決於實定法與釋義學上的決定，而欠缺一個統一的、普遍化的概念定義<sup>167</sup>。法益概念可以容納任何立法機關的可能決定，而「一個有著任意內涵的概念，即不再是概念。<sup>168</sup>」Jakobs 即中肯地指出：「法益保護學說的成功，不是基於它堅定的方向，而是基於它有如變色龍般的可變性。<sup>169</sup>」

法益理論存有論上的缺陷，對於整個刑法理論，尤其是針對刑罰正當性的證立過程，產生了嚴重的負面影響：關於刑法規範正當性以及歸責理論的複雜問題，被簡化為刑法構成要件是否出自一個值得保護的「基質」(Substrat)<sup>170</sup>。行為人與被害人雙方作為自由法權主體的互動關係，因而被轉化為其與特定法益之間的連繫。本應作為刑法歸責真正核心的法權關係，被法益保護思想所掩蓋，而個人在法權關係當中的地位，對於刑法而言也退居二線。對於法益此一概念的先驗預設，將使得法益概念很難為主體之間的自由界線問題提供令人滿意的論證，蓋此一概念本就不是由主體出發，而是從客體切入。將經驗性的對象直接概念化，由此決定主體與客體間的關係，那麼這個主客關係就只會是一個偶然性的事實。如此一來，個人在法秩序裡的自由領域分配與衡平，也就無法真正成為判斷不法構成要件的標準。因為法律所要保護的對象，即法益，永遠都是與法益擁有者分離、被獨立考慮的「物」。

---

《月旦法學雜誌》，197期，頁140-148。

<sup>166</sup> Stuckenberg, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 2017, 349, 357.

<sup>167</sup> Vgl. Stratenwerth, zum Begriff des „Rechtsguts“, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, S. 377, 377 ff.

<sup>168</sup> Stuckenberg, (Fn. 166), S. 357 Fn. 54.

<sup>169</sup> Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 16.

<sup>170</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 137.

## (二) 以社會契約論證成的自由理念體系支持法益概念？

如上所述，法益概念的固有特徵，在於法益內涵的高度彈性化與空洞化。這表示，當人們試圖在實質上劃定法益的內容，永遠必須借助法益概念之外的價值體系；亦即，法益無法從概念上證成其自身。因此，戰後主張個人法益概念或是批判性自由法益概念的支持者，即致力嘗試由各種角度來確立所謂的實質法益概念。除了從憲法上的基本權出發外，論者往往也會進一步訴諸更上位的自由主義價值立場。那麼，是否有可能借助其他理論體系，特別是啟蒙以來的政治哲學思想，讓法益理論「由下開始實體化」<sup>171</sup>，取得自由理念的內涵，進而提高個人自我決定在法益保護刑法思維中的地位？

當然，在法哲學或政治哲學觀點內，對自由理念的闡釋遠不止一種派別。法益理論者援以支持其學說主張者，大都提及 Mill 與 Feinberg 所發展出來的自由思想，更確切地說，就是傷害原則（harm principle）<sup>172</sup>。傷害原則所對應的，乃是一種抽象、形式的自由理念；此種自由理念，又可以區分為兩種思考途徑：先驗性的與經驗性的。而與法益保護相結合的自由理念，基本上屬於後者，其背後則是一套以經驗主義傳統為基礎、與 John Locke 的社會契約理論密切相關的世界觀<sup>173</sup>。

<sup>171</sup> Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2004, S. 18 f.; vgl. auch Hefendehl, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 2002, 21, 22 ff.

<sup>172</sup> Vgl. v. Hirsch, Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 13, 13 ff.; Seher, Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, in: Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 39, 45 ff.; vgl. auch Roxin, (Fn. 152), S. 574 ff.

<sup>173</sup> Vgl. Schönemann, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS 2016, 654, 662, 657, 659 ff.; Schönemann, Das deutsche Strafrecht und seine Wissenschaft vier Menschenalter nach Franz von Liszts Gießener Lehrbuch, GA 2016, 506, 511; Schönemann, Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, in: Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 223, 232 f.; 早期見解參 Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 7; Amelung, (Fn. 164), S. 38, 310; Hassemer, Grundlinien einer personalen

本文以為，即使是訴諸法益理論之外的理念體系——特別是訴諸 Locke 式的社會契約理論<sup>174</sup>，也無法修正法益理論的固有缺陷。Locke 的法權理論乃是根植於一種直接指向外在對象的財產概念，將人的權利固化為生命、自由、財產的三元組合<sup>175</sup>。這個三元組合的核心乃是財產，甚至可以說生命與自由都可以被視為財產的下位概念，是專屬於個人的所有物。他並未在理論中提出對先驗主體的進一步探問，也不曾考慮國家與公民之間的倫理性統一。雖然在 Locke 的設想中，對於特定對象的權利，自始即歸屬於個人，亦即個人自始即「擁有」（besitzt）他的權利，看似已然將客體與主體之間分離的問題，透過這種歸屬關係解決了；但事實上，正是由於此種固化了的個人權利關係，使得個人與個人之間不再具有一種法權上的共存必要性。社會契約論下的國家僅僅是「彼此欠缺聯結之自然狀態居民的法權繼承者」<sup>176</sup>。正如 Locke 所言：「人們之所以集合起來創建國家，並將自身置於政府統治之下，最大也最主要的目標，就是確保他們的財產。<sup>177</sup>」換言之，所謂的共

---

Rechtsgutslehre, in: *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S. 91; Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP 1992, 378, 379; Hassemer, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in: *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 57, 57 ff.; Rudolphi, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, 1970, S. 151, 154; Kuhlen, *Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW 1993, 697, 702; Roxin, (Fn. 152), S. 577. 雖然 Schünemann 在文中屢次提及 Kant (vgl. auch Amelung, (Fn. 164), S. 31 f.)，但其對自由的描述方式卻顯然貼近 Locke。

<sup>174</sup> 至於另外一種可能的解決方案，即 Kant 所提出的社會契約論與法權關係，是否能與法益概念內涵相容？此處僅扼要說明：由於 Kant 的法權關係以形式性與抽象性為特徵，其概念自身並不排斥任何實質內容的進入，因此確實可能接受法益思維作為填充法權內容的對象（以此為出發點的深入見解，參周漾沂，前揭註 154，頁 1016-1042）；不過，由是發展而來的實質犯罪概念，若非完全空洞化，而事實上落入與從 Locke 思維出發相同的結果與批判，要不就會與 Kant 自身的認識論，即現象——物自體的二分結構產生矛盾。對 Kant 整個法權理論的檢討，本文暫不處理。

<sup>175</sup> Zaczyk, (Fn. 159), S. 52.

<sup>176</sup> Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 2005, S. 132.

<sup>177</sup> Locke/Euchner (Hrsg.), *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 1977, S. 278.

同體或國家，只是基於特定的需求，經過效益計算之後偶然達致的目標，可以隨時由個人意志解消<sup>178</sup>。

此種對人類與國家圖像的設定，可能導致兩種結果。第一種是走向極端的個人主義，將國家的權力與義務都最小化。而另一種結果，也就是與法益理論進路相近的途徑，則是用多數意志巧妙地取代個人意志，以達致個人主義表象下的集體決策。多數決原則乃是在個別意志的鬆散組合之上，創造出表彰多數人（或者在制度上代表多數意志的立法機關）意志的特定利益，而國家則有權透過法律干預個人的特定行動領域，以保護這些利益。然而，多數人意志所決定的利益，始終都獨立於單一個人、在特定時點、根據自身喜好所選擇的主觀利益；既然多數決下的利益無法被視為一種客觀上普遍的利益，而僅僅是社會上其他個體主觀偏好的集合，那麼必然在多數個體與其利益被犧牲之特定個體間產生利益衝突。這樣的作法，並未真正賦予個體以實質的社會性條件，因為它並非考慮個人在社會脈絡下的自由，而是創造了另外一種單屬於社會的利益，將之與個體的自由選擇相對立，從而引發兩者間的矛盾。這樣的進路，最後實無法被描述為「個人自由主義」。

在法益保護的正當性命題上，同樣遭遇到 Locke 的法權與國家論證所面臨的問題。雖則諸如 Marx 這類個人法益理論的擁護者一再強調個人「並非一個孤立的自我，而是作為一個社會性當中的自我（ein Selbst in der Sozialität），是『社會的個體』（soziales Individuum），……只有在社會當中，並藉由社會的幫助，才能發展（這個自我）」<sup>179</sup>，從而社會在本質上並非與個人相左，而是應該將之理解為「其他個人的總和」<sup>180</sup>。然而，正如上文對於 Locke 式社會契約理論的闡述，對於一個打從一開始就擁有完整的自主、並享有充分法權的個人而言，任何基於其他外部利益——即使這是「其他個人總和」的利益——的國家干預，都欠缺正當性；以外於特定個人的社

<sup>178</sup> Vgl. Locke/Euchner (Hrsg.), (Fn. 177), S. 260; Zaczyk, (Fn. 159), S. 52.

<sup>179</sup> Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972, S. 53. Marx在其後的論述中，認為他的理論根基是Kant。但事實上，他所描述的人類圖像，比起Kant，應當更接近Locke。

<sup>180</sup> Marx, (Fn. 179), S. 54.

會利益，來正當化國家對其動用強制力的保護，最後都將指向唯「物種利益」是從的集體主義思維。一旦以物種作為最大利益來考量，那麼終極目標就不可能是個人的自由開展，而是——和 Hobbes 一樣——生物性的自我開展與自我持存（Selbsterhaltung）<sup>181</sup>。

在使用法益理論的相關表述當中，自由、自我持存、自我發展與自我實現諸般概念間的關係，總是相當模糊。在大多數情形，這些用語會一併出現，如個人法益概念創立者之一的 Marx，將自由理解為「個人……功能性的，作為自我發展的前提條件。<sup>182</sup>」在其針對被害人承諾概念所為的討論裡，Roxin 認為，如果「一個行為是源自法益持有人的處分，即該行為並非對其自由發展的妨礙，而相反地是自由發展的體現」，該行為即非屬法益侵害<sup>183</sup>。換句話說，自由概念應被理解為個人自我發展的條件。照理說，此種對自我發展的描述，理應進一步連結到一種積極意義上的自由概念。不過，在大部分德國論著中，不是對此欠缺更清楚的解釋，就是再次訴諸於憲法上的基本人格權，也就是認為自我發展屬於一般人格權的一環。然而，憲法上的一般人格權概念，原本就指涉一般性的行動自由領域，也就是抽象的行為選擇可能性。如果自由的自我發展指的就是這種行動可能性，那麼自我發展概念的定義就等同於外在自由——可是自由又要如何作為自由本身的條件呢？由此可見，必須給予自我發展一個有別於一般外在自由的定義。

德國學說中詳盡處理這個問題的論者 Marx，即認為自我發展不是自由的下位概念，而是自我持存的延伸<sup>184</sup>。他引用了 Mehofer 的觀點，認為作為自我發展前提條件的自由，與作為自我持存前提條件的安全，兩者乃是密不可分的<sup>185</sup>。自由、安全與自我發展三個概念因而呈現如下關係：安全被理解

<sup>181</sup> Vgl. Kersting, Thomas Hobbes zur Einführung, 5. Aufl., 2016, S. 170; Hobbes/Hanowell (übersetzt)/Klein (Hrsg.), Leviathan, 2013, S. 453.

<sup>182</sup> Marx, (Fn. 179), S. 58.

<sup>183</sup> Roxin/Greco, (Fn. 152), § 13 Rn. 12.

<sup>184</sup> Marx, (Fn. 179), S. 59.

<sup>185</sup> Marx, (Fn. 179), S. 58 f., Fn. 205. Maihofer 在其著作中已經指出了此種關係設定的關鍵立場：「……對國家的服從在人類的自我持存上具有其本體論——人類學的基礎，這樣的基礎使得人類在他……倫理性的自我持存上……與動物相區隔。」

為實現（外在）自由的手段，而自由則是自我發展的前提<sup>186</sup>，至於自我發展的概念則已然包含了自我持存。個人的自我決定不是目的，而至多是為了達致——多數人——最大福祉的手段，此一福祉則指向隱含了自我持存的（人類）自我發展概念。自由的實現因而退居次要地位，自我持存成為最高目的。並且，由於這裡的自我持存乃是種族意義上的概念，也就是並非指涉特定個人的自我持存，而是作為同一物種的人類生命延續，使得對安全與平穩的追求，到最後總是難免被簡化為集體利益的總和。

只要堅持刑法作為一部法益保護法，那麼理應作為權利主體的法益擁有者，在此種意義下，便將被簡化為法益的載體（Träger）。實質法益概念的主張，毋寧是更加固化了這種主體與物二元分化的關係，令主體與自由弱化為追求整體最大效益時的量化因素。在解釋不真正義務概念的時候，以法益保護需求為依據，進而相對化歸責原則的論證方式，即已顯示，儘管在歸責階段採用了各種「自由主義式思維」來限縮、合理化針對個人的歸責結果，但整個歸責系統卻仍服務於法益保護目的，隨時可能為了更完整、更周延地保護法益而讓步。

### （三）法益概念的積極意義：作為現實自由領域的標記

在本節最後，筆者嘗試扼要回答以下提問：暫且不論法益理論究竟是否與特定哲學觀點有所關聯，若單純從現代國家的憲法基本權出發，致力將主體自由奉為最上位的理念，為何法益概念無法保障個人自由？更進一步說，規範理論與法益思維是否果真沒有整合的可能性<sup>187</sup>？

本文以為，法益概念確實有其積極意義，那就是初步標記出現實自由領域的具體內容。亦即，法權關係要脫離純粹形式的抽象性，在現實中成為活生生的主體之間的交往關係，必然要納入外在世界的對象，將個別法權領域

---

Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 108.

<sup>186</sup> Marx, (Fn. 179), S. 59, 119 f.

<sup>187</sup> 此為審查人之提問，深值思考，宥於能力及版面，此處僅能大致表達筆者看法，惟仍感謝審查人指教，當為日後深入研究的課題。

界劃出來，適用不同的行為規範準則。例如，同樣是個人之間基於任意而產生的互動，根據所涉及的對象是財產、身體、性或是生命，即出現刑法規範對任意性要求的門檻高低差異，也因此轉化了個別行為規範的要求方式。事實上，以義務違反行為作為不法評價對象的規範理論，並非試圖將一切行為結果排除在評價之外；被個別條文納入構成要件的法益侵害，屬於規範行為歷程的一部，自始就是歸責審查的對象<sup>188</sup>。可以肯認，法益概念作為對具體法權關係的描述，在一定程度上提供了自由領域的脈絡化背景。

不過，從根本上來說，筆者依然不會將法益保護思維看作獨立的實質犯罪理論。法益概念的功能，僅僅在於標誌針對不同對象而設的行為規範，但行為規範的目的，並不是為了要「保護」這些抽象的法益，而是在平衡個別公民之間的任意自由範圍。辨識出特定的法益對象，或許有助於澄清不同行為規範間的體系性關係，又或是可以由此引入經驗世界的角度，說明涉及特定對象的法權關係可能具有何種特徵，據此判斷逾越規範的界線大概落在何處。只是，法益概念能夠提供的具體內容，對正確理解並適用行為規範而言，其實遠不足夠。人際自由領域的界線，要在歸責系統內才被真正劃定。毋寧說，貫徹自由歸責原則才是刑法規範的目的，法益（侵害結果）只是被涵括在內的其中一個歸責判定因子。雖然其概念本身並不與歸責原則相斥（基於法益概念的空洞性，其實也很難真正與何種原則相斥），然而，若是把它直接提升至用以定義刑法目的的地位，亦即將刑法解釋為一部「法益保護法」，那麼原本應該居於討論中心的歸責原則，不免淪為次要，且隨時受到舉著「完整保護法益」大纛的目的威脅。前文中提到 Neumann 反對讓個別法益主體擁有先於實定法的法益處分權限，以及 Kindhäuser 將歸責規範排除於單以保護法益為目的的構成要件要素之外，在在顯示法益思維對自由法權關係、與對其中之行為規範內涵的過度簡化理解。

從整體法秩序觀之，法權關係以及劃定其範圍的行為準則，永遠是先於法益概念而存在的。所謂法益，乃是立法者在透過實定法的強制效力來貫徹個別行為準則時，將該準則所涉人際關係裡的對象提取出來，轉譯為規範目

---

<sup>188</sup> 參下文註247。

的的一部分。事實上，也不曾有一個先於規範而存在的法益，向法秩序要求對它加以保護，蓋「法益」的意涵本身——法所肯認的益，已表明它是後於實定法的概念。當代法益理論的支持者之所以能提出與個人自由或基本權相容的法益內涵，是由於今日的憲政秩序本身即體現了一套基於自由理念而來的法權互動結構，法益內涵的改變不過是反射出衡量法權關係尺度的改變。簡言之，具有批判力量的是自由理念，而非「自由理念的法益」<sup>189</sup>。換言之，始終是對人際關係的理解方式，在決定法益的內容。至於論者主張，自由法益概念能夠對實定法產生批判性，也是同樣的道理：是法律解釋者先站定了主體自由的價值立場，對於人與人、人與國家間的關係，採取了依照自由理念而來的衡量尺度，然後用這個尺度創造法益、審查實定法內容。並且，當論者自詡這個尺度乃是對實定法具有批判性的時候，已經表示，選定此一尺度的理據，其實並不只是根據憲法上的基本權而來（否則整個批判過程不過是一種憲法釋義學的應用），而是形上學與道德層次的要求。

質言之，依本文見解，法益概念或許可以被吸收進規範理論當中，作為輔助闡明規範內容的要素，但它並不具備成為獨立而富批判力量的理論基礎，從而亦不適宜單獨以它來定義實質犯罪概念、甚至刑法的目的。

## 二、以規範義務違反作為中心的實質犯罪概念

### （一）從法益保護到規範義務違反的思維轉換

從上文中針對將法益保護視為刑法目的之觀點的檢討，已透露出本文在解釋犯罪概念時，乃是傾向採取一種規範理論的論證途徑，也就是將犯罪理

<sup>189</sup> 以刑法上關於性犯罪的規範變遷為例：並不是有一個叫「性自主」的東西被發現、然後被保護起來，而是涉及性互動的人際界線、及由此而來的行為規範產生了轉變的需求。性犯罪的規範適用問題，並沒有因為性自主這個法益被肯認而消失，即為明證：性自主的具體範圍何在？什麼樣的行為應該被認為是對性自主的侵害？對性自主法益侵害的判斷爭議，其實是反映了法秩序內關於性互動界線的模糊與擺盪。參廖宜寧（2020），〈由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎〉，《臺大法學論叢》，49卷2期，頁692。

解為規範義務的違反，而非法益侵害。不過，由於學說上存在不只單一一種規範理論的內涵，在此有必要加以釐清。

事實上，主張以規範違反來解釋犯罪行為的學者，大都不站在法益概念的對立面，而是與 Kindhäuser 相同，想要透過規範理論進一步強化對法益的保護，也就是達到刑事政策上的預防效果<sup>190</sup>。一般較為熟悉的論證方式，是如上文介紹，將行為規範與制裁規範作嚴格區分，前者附屬於法益保護目的，後者則是為了確保行為規範本身的效力而存在。據此，行為規範的內容，即單純取決於特定行為與法益侵害間的因果關係，並由此定義出不法概念的內涵；至於行為人最後是否應在刑法上受歸責，則取決於在具體情狀中，該不法行為是否果真削弱了以保障法益為目的的行為規範效力<sup>191</sup>。

惟上文已說明，一旦將刑法的目的理解為法益保護需求下的一般預防，也就是讓規範從屬於個別、孤立的法益客體，最終必然會使規範與確認自由行為界線的理念脫節，朝向安全以及隨之延伸而來的風險控制傾斜。刑法對於個人自由的介入底線，不再來自於刑法理論自身，而只能訴諸於憲法上一般性的比例原則以及刑法謙抑性原則<sup>192</sup>。然而，憲法層次的比例原則僅是一個與量相關的相對性原則，基於三權分立的基本預設，對於立法目的大致不加置喙。它的本質是利益衡量下的等價性，將刑罰強制力視為利益交換的手段，受其干預下的個人自由被視為交換的代價，而所欲保護的法益則是交換來的利益。在衡量過程中，個人自由乃至作為主體的價值，均被弱化為眾多主觀利益的其中一種內容，成為抽象個人自由與一切受到社會關切之利益的競爭。

---

<sup>190</sup> 如 Frisch 即是此種見解的典型，參 Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988, S. 516 ff.

<sup>191</sup> Vgl. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 60 ff. Frisch 用制裁規範與行為規範作為對照，而前者事實上即是在決定歸責問題。

<sup>192</sup> 蔡聖偉（2006），〈評二〇〇五年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91期，頁356、393-394。

由於憲法固有的綱要性、基礎性等特徵，其例示之基本權概念均過於抽象，本就難以限縮法益解釋範圍<sup>193</sup>；對風險的恐懼，以及對安全、穩定的集體主觀需求，都可以披上「緊急危難」、「社會秩序」或「公共利益」的外衣，成為限制基本權的理由。而若認為「自由」不過是本質上和「安全」並無差別、兩不統屬的利益，那麼二者間孰輕孰重自然也見仁見智，可以為了一者將另一者完全捨棄。據此，若不再實質論辯刑法或國家制度最終想要追求的價值或目標，單憑比例原則，其實無法作為限縮刑罰適用的充分依據。

至於刑法謙抑性原則，顯然涉及到一個更根本的提問：刑法為什麼需要謙抑？換言之，為什麼刑法要對強制干預個人任意決定的權力設下底線？確實，刑法乃是國家暴力最激烈赤裸的展現，自近代以來均被指為應是解決問題的最後手段，一如戰爭，乃不得已而用之，這似乎可以與比例原則中的侵害最小手段性與衡平性作相同解釋，也就是看作利益衡量的結果。若是這樣，那麼刑法謙抑性不過是抽換詞面後的比例原則或衡平原則。問題是，如上所述，利益衡量是一種相對性的、屢受主觀影響的標準，永遠會朝向法律適用者或是多數個體意見最為關切的利益傾斜；如此一來，就無法解釋刑法的「謙抑」因何而生。一旦將絕對的安全或是種屬（Gattung）的活存設為最高關切對象，則一切刑罰、甚至預防性的強制干預措施都會是最小且必要的（對「絕對風險管控」的時點永遠不嫌早）；既然安全至上，那麼「社會整體的長治久安」自是顯然大於「少數人的暫時性人身拘束」。

從而，現代刑法中的謙抑性原則，除了衡平上的意義外，理應更進一步在近代政治哲學上尋求其基礎，也就是要追溯到政治典範移轉的起點：透過對於個人主體地位的承認，打破集體與個體在古典時期被視為整體與一部、所以個體理所當然附屬於集體的關係，轉而要求國家必須提供其存續與強制力行使的正當性來源。經過數百年的理論發展，對主體性的闡釋，已累積難以盡窺的龐大知識成果，對主體及自由概念的內涵觀點雖各有不同，但不變

---

<sup>193</sup> 事實上，作為綱要性規範的憲法原就只揭示最抽象的權利形式，這些權利要能貫徹在現實當中，全賴下位法律系統的實踐。換言之，刑法透過犯罪概念體現的規範內容（也就是所謂法益），恰才是具體化基本權的規範。

的是對主體性及其自由的肯定。此種對主體與主體自由的承認，並非來自某種實證研究結果，而是基於對自由意志、自我目的性以及理性自我決定的哲學上預設。這樣的預設，不僅是近代政治哲學理論的共通前提，也正是當代憲法核心之人性尊嚴<sup>194</sup>，乃至刑法中自我負責原則與罪責原則的證立理據<sup>195</sup>。刑法究竟應該多「謙抑」，和個人在法秩序內究應享有多大的任意決定空間相關，也和個人在多大程度上被認為有能力合理協調彼此間之衝突、決定彼此間之法權關係，因而認定國家不應過度介入有關。換言之，即使是在現代世俗法治國家，依然無法完全放棄對於形上學領域之自由與正義的假設與追求<sup>196</sup>。

據此，本文乃將刑法的基礎理解為一個以個人自由為前提的規範理論，歸責理論的正當性亦來自於此。刑法目的在於確定合於個人能力與權限的負責範圍，也就是貫徹自我決定對應自我負責的罪責相當原則。簡言之，刑罰的施加應被理解為對特定行為的應報。只是，這裡的「應報」不是僅針對特定行為結果的反作用力，而是對應於整個行為過程在人際互動關係中呈現的全貌，由法秩序就此一行為彰顯出來的特定意志傾向，作出一個規範上的不法評價。

## （二）規範意義下的意志與行為自由

在上文介紹的所有德國學說中，盡力嘗試將不真正義務概念與以劃定人際自由框架為目的之刑法歸責理論完全統一者，只有 Pawlik。故在下文中，筆者也嘗試由 Pawlik 的觀點出發，開展不真正義務在整體刑事歸責理論上的整合工作。

---

<sup>194</sup> 雖則當代憲法論者多半認為人性尊嚴或人權已由哲學概念轉化為憲法上的實證概念，但在解釋此概念時，顯然仍以哲學作為出發點，參李震山（2003），〈人性尊嚴〉，《法學講座》，17期，頁8-9。

<sup>195</sup> Vgl. Roxin/Greco, (Fn. 152), § 2 Rn. 7 f., 8a.

<sup>196</sup> 相反觀點，參蔡聖偉，前揭註192，頁359-360。

Pawlik 在一定程度上贊同古典歸責理論的看法，認為學說對於刑法歸責的闡述，事實上就是在開展一個自由行為概念的意涵<sup>197</sup>。亦即，可歸責的行為必然對應到一個自由意義下的行為。在古典歸責學說的理解下，個人並非只是出於動物本能而行動，具體的行為決定也不僅機械性地取決於各種外在條件或自然因果律，而是出自行為者自身的內在理由或是理據 (Gründe)<sup>198</sup>。所謂理據，就是「本質上可以基於對——錯觀點予以質疑、強化或確認的東西」<sup>199</sup>。亦即，個人有能力去洞察「為什麼要做／不要做特定行為」背後的原因，以及該原因對其而言是否具有說服力(也就是在思考後認為「合理」)，並讓其據此發動行為決定<sup>200</sup>。

這種洞察能力，也就是反思能力，不僅形成個人選擇實現特定行為意志的動機<sup>201</sup>，也是個人之所以能承擔特定行為責任的緣由：當你運用思考能力接受了你自身的行為理據<sup>202</sup>，並由是採取一個行為，那也就表示，既非上帝也非大自然，而恰是你自己，將成為自己所作成之決定後果的負責人。我們在道德以及法權層面論及意志自由的時候，指的就是個人在其行動中透過行為理據自我拘束 (Selbstbindung) 的能力，此種能力本身就是道德與法的含義<sup>203</sup>。簡言之，當人類被承認為道德主體或是法權主體的時候，事實上是被承認擁有「依照本能以外之理據行動」的能力。

---

<sup>197</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 297.

<sup>198</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 219.

<sup>199</sup> Wingert, Grenzen der naturalistischen Selbstobjektivierung, in: Philosophie und Neurowissenschaften, 2006, S. 244.

<sup>200</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 282.

<sup>201</sup> Vgl. Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 23 ff.

<sup>202</sup> 這並不是說，必須是經過深思熟慮後所下的決定，才是決定者應該要為此負責的決定。一個人在開展生命的過程中，必然會逐漸形成某種生活習慣或行事風格，在個別決定作成時，往往是「不假思索」的。但是，與純然聽從本能的動物相比，人始終有這樣的一種能力，即可以隨時停下來，想一想是不是果真要這樣做。所謂不假思索而為，其實只是行為人在行為當下沒有重新確認自己過往累積而成的價值判斷，而下意識地選擇了過往無數次選擇過的行為理據，作為發動行為的動機。

<sup>203</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 282.

在刑法上談及個人歸責時，必須在前提意義上先承認個人行動理據的自主性。只有當一個人形成行為決定的那個過程一併被納入考慮，且行為決定所依循的那個理據被判定為係由行為人自己給定的時候，才能肯定何以一個源於這個決定而產生的行為，應受規範系統的評價與限制。與此同時，在一個既存的法秩序內，若要談及自由的實現，必然涉及至少雙方的自由開展範圍。被稱作「自由」的個人，永遠是在一個與他人共同生活的法秩序裡實現他的現實性自由。所謂行動理據或由是而來的自我拘束，也永遠與價值或規範相關，換言之屬於社會性的範疇<sup>204</sup>。對個人行動理據的自主性承認，立基於社會參與者的相互承認關係，即承認彼此均能自由地承擔責任、並安排自身生活<sup>205</sup>。

因此，意志自由的概念，並不是指可被自然科學證實或推翻的生物性事實，而是一種體現於社會體制、由規範擬制而來的概念，且自始即內含了與自由相對應的責任要素：只有被視為能為自己行為負責的人，其自由行為的空間才受到社會體制的保障<sup>206</sup>。被稱為法權主體的個人，與其身處的法秩序之間，始終處於並存且相互證成的關係，任何一者缺少了另一者，均無法證成其自身。本文因而主張一種規範上擬制或承認的意志自由，它雖源於哲學上對自由意志的關切，但並不堅持一種本體論的、決定論與非決定論層次上的自由意志觀點，而是基於現代自由法秩序早已肯定的體制性事實，其內涵即是個人在社會生活中，依自己意思獨立形成行為理據，並由是有資格被賦予基本權利、同時亦承擔相應義務的能力。

此種相互證成、相互承認的關係，反過來也證成法秩序當中的行為規範本身之於受規範者的可理解性與拘束性：行為者的自由權利與任意行為場域，既然必定已經預設了其他行為者、以及整個行為環境的存在（因為他的權利就是來自他者的承認），那麼行為者在形成自身行為理據的時候，自然也應將以上前提納入考量，並且必須與其他行為者的行為理據相互協調。而

---

<sup>204</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 282.

<sup>205</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 297.

<sup>206</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 282.

當複數個別行為人的行為理據間欠缺最低度的相容性時，行為人要不設法——主要經由溝通——讓對方接受自己的行為理據，要不就必須經由作為一個整體的法秩序，依照不同行為者的諸般條件，劃定個別行為人的自由開展領域，為其得以實現任意決定的範圍拉出界限。

### （三）自由法秩序當中的行為規範與公民應負擔的行為義務

基於上述個人自由與其所處法秩序之間必然相互依存的前提，可以繼續推導出個人在法秩序當中所應負擔的行為義務。此種義務，用 Pawlik 的用語來說，乃是自始內在於一個現代公民的協力義務（Mitwirkungspflicht），即每個生活在特定法秩序內的公民，均應協力維持個體自由與其主體人格所憑生的整體自由秩序狀態<sup>207</sup>。在此意義下，所謂不法行為，指的就是個人違反了基於其公民角色應遵守的特定規範上義務。

以自由法治為本的憲政國家，作為一套穩定被實踐著的社會暨法秩序的代表者與維持者，有義務提供個別行為人，也就是它的公民，在此一秩序內自主選擇其行為理據並予以實現的空間；但同時，它也有權力協調個別公民之間的行為，將每個人能任意展開的法權領域框限在一定程度內。藉由調整個人的自由實現方式與範圍，使得每一個個體——無論其天生稟賦或是起始物質條件多麼地懸殊——最後都能擁有最基本的自由實現可能性。從這個意義上來說，個別公民的法權領域就不是絕對不可侵犯（因為並不存在這樣的固有領域），而是在某種程度上可被相對化的。

上述說法乍聽之下頗有集體主義的氛圍，似乎有令集體秩序凌駕於個人自由之上的趨勢。不過，若是這樣直接將集體——個體理解為對立的兩個實體，即是未了解上文所述個別主體與法秩序存續之間相互證成的關係。質言之，並不是某種集體的價值在權衡之後勝出，從而壓縮或減少了個人的自由空間，而是個人的自由原本就以他人自由為界，也自始就以他在所處共同體中經過法規範協調之後的自由框架為限。同時，這個容納了複數個人的自由

<sup>207</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 105; Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 39.

秩序狀態，從來不是靜止而抽象的，而是始終處於動態的平衡當中，這也反映在自由作為民主憲政制度的特徵上<sup>208</sup>。隨著整體文化脈絡與個別公民之間的互動關係不斷變遷，公民所享有的自由領域，會受到他自身主客觀能力及體制賦予他的權限影響；反過來看，他所負擔的具體行為義務內容，也受到個別公民在法秩序裡所承擔的角色左右。

此種主觀權利與自由領域的相對性，在刑法歸責上，表現為規範對於行為人的管轄權限分配（Zuständigkeitsverteilung）結果<sup>209</sup>。這裡所稱的「管轄權限」（Zuständigkeit）概念，可以將其理解為：複數公民於社會諸體制下所形成，高度分工、彼此協調、相互依賴的人際關係。個人在這樣的關係中，當然自始擁有、或投入並取得特定的身分或角色。「公民」是最基礎的角色，它並不絕對與國籍相連繫，而是主要取決於個人在特定法秩序中存在、並依其意志而活動的事實，也就是對特定法秩序的實際參與狀態。依據不同的參與內容與所處關係，還可以標記出各式各樣的角色：父母與子女、醫師與病患、資方與勞方、生產者、銷售者與消費者、經理人與投資人、公務員……當然，這些區分都還能再根據其專業領域與負責的事務內容更進一步細緻化。依照不同類型的社會角色，自然產生出各式各樣的行為義務內容。

然而，此處必須強調，上述公民角色與義務分配，雖然在義務種類的多樣性與分配結果上，係取決於社會體制的高度分化與複雜程度，但它的正當性來源，並不是遵循「功能最適」或是「效益最大」的原則，而是上文針對個人與法秩序體在自由理念下相互承認彼此主體地位的闡述：個人的主體性，來自與共同體的相互承認，而主體自由的實現，只會發生在法秩序透過諸體制為個人確立下來的生活空間裡；反過來說，個人之所以能被課予義務，是源於其受到法秩序承認、並保障其自由的公民身分，以及其憑此身分藉由體制實現自由的權利。由於違反義務而受到法律制裁的公民，並不因此喪失他的公民身分，蓋此一身分恰是法秩序有權對其執行制裁的前提。因此，當

---

<sup>208</sup> Vgl. Di Fabio, *Die Kultur der Freiheit*, 2005, S. 45 f., 75-79.

<sup>209</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 160 ff.

一個人違反了身為公民應履行的行為義務時，毋寧只是轉換了他應負擔的義務內容，從遵守行為規範的義務，轉為忍受制裁之不利益的義務<sup>210</sup>。

若能接受一種不是由法益侵害出發，而是以自由行為決定、以及由此而生之義務違反作為歸責基礎的規範刑法理論，即能證立不真正義務概念在歸責體系當中的固有位置。

## 肆、由義務理論出發證立不真正義務概念

### 一、真正義務與不真正義務間的關係

#### （一）行為規範與歸責規範的同質性

在上文所介紹多數關於不真正義務概念的學說中，都區分行為規範與歸責規範兩種互不統屬的規範類型，將真正義務歸入前者，而將不真正義務歸入後者的範疇。對此，本文持部分同意見解，即肯定不真正義務屬於歸責規範，而與真正義務應予區分；但是，筆者以為，行為規範與歸責規範雖然看似相異，但究其內容，並無本質上的差別，亦即，歸責規範事實上也屬於行為規範的一部。雖然刑法分則的個別構成要件中，似乎只顯示出特定行為規範，但如果只用分則中的要件來理解規範，以及由此定義的不法概念，無疑忽略了預設在總則條文裡的諸般歸責原則，也必須在認定不法乃至犯罪成立與否的時候一併考慮。

詳言之，刑法上所謂的「不可殺人」誡命，其實始終指的都是「一個**認知**到殺人是侵犯他人法權領域、且**能夠**選擇不殺人的人，在一個不被容許殺

---

<sup>210</sup> Pawlik, (Fn. 207), S. 56. 但要特別強調的是，正因為公民忍受刑罰的前提，是由於他的公民身分，所以反過來說，國家要課予其公民刑罰，前提也正是不斷地承認他的公民身分。因此，終局排除其公民適格的刑罰，如死刑，其正當性即成問題。並且，由於國家對其公民持續負有關照義務，刑罰執行時自然也應考慮到受刑人的社會復歸。質言之，採取協力義務的刑法理論，不僅是在證成對公民的刑罰施加，也同樣是在劃出刑罰的限制，不令公民因受刑罰處遇而被法秩序終局地排除。

人的**具體情境**裡，不可殺人」<sup>211</sup>。之所以個別構成要件未明文列出上述條件，是因為這些條件已經載明於總則，當然一體適用於分則的所有條文。這樣的觀念，其實早就已經出現於負面不法構成要件理論的闡述中<sup>212</sup>。只不過，本文更進一步，將此種一體性擴及於有責階段。蓋正如前文中 Kindhäuser 所指，不法性的應然要求，原本就以行為人具備相應能力與可能為合法行為之動機為前提。一個欠缺為合法行為能力或動機之人，規範對其終局評價即應為無不法<sup>213</sup>。將行為與行為人切割開來，單獨給予其行為一個不法評價，除了教學上的便利性外，既無本體論上依據，亦欠缺理論邏輯上的正當性<sup>214</sup>。

換言之，不同於多數學說，本文對於行為規範的界定，一開始就已經包含了歸責規範。歸責規範不僅是確保行為規範效力的次級手段，而是一切行為規範的固有部分；欠缺可歸責性的行為，即不屬於行為人管轄範圍（以通說用語來講：未動搖行為規範效力）的行為，一個自由公民自始就不負有放棄的義務。據此，不真正義務雖然屬於歸責規範，但事實上歸責規範原本就作為行為規範內涵的一部、被包含在行為規範當中，這代表不真正義務也是自始就被包含在真正義務裡，兩者共同構成公民在其法秩序內應遵循的義務整體。若能理解到不真正義務在本質上即為真正義務的一部，那麼就表示，前文中 Hruschka 所主張常規歸責與非常規歸責之間的差異其實並不存在，事實歸責與法律歸責亦不應區分，而是作為一個統一的歸責系統，對個人在行為當中體現的意思決定作出規範上評價。

---

<sup>211</sup> 參蔡聖偉，前揭註192，頁356。

<sup>212</sup> Vgl. Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 15 ff.; Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 1913, S. 219 ff.; von Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 183-192; 另參黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁180-187，元照。

<sup>213</sup> Kindhäuser, (Fn. 14), S. 62; vgl. auch Pawlik, (Fn. 133), S. 302 ff.

<sup>214</sup> 關於此點繼續開展下去，即涉及不法與罪責層次相區分的全面性檢討，須另為文申論。

## （二）不同領域行為規範間的目的差異

上開解釋當然會引發疑問：既然如此，為何還要區分真正義務與不真正義務？甚而更往前追問：為何又要區分行為規範與歸責規範？

筆者以為，要理解上述義務與規範之間的關聯性，必須先釐清此處所謂行為規範與行為義務的內涵。刑法上所稱的行為規範與行為義務，一般均指刑法上的行為規範，尤其侷限在明文呈現於分則內的規範，以及與其相對應的行為義務，可姑且將這類規範理解為狹義的行為規範。不過，在法秩序系統內，除了刑法外，必然還有更多作為個人互動指引的行為準則，可將之理解為廣義的行為規範。這些不屬於刑法明文規定的廣義行為規範，小至人際相處間的應對禮儀（諸如吃飯時應閉口咀嚼、在大眾運輸上讓座等），大至其他法律領域內明文訂定的構成要件（像是不可將家用垃圾投入公用垃圾桶、向他人借貸應如期清償），於形式外觀上，均與刑法義務無關，其違反更不直接觸發刑事法律效果。

就整個法律系統來看，每個法律領域所承載的任務並不相同，規範對象各有差異，背後亦可能依循不同於自由歸責原則的法則。例如，傳統民事法<sup>215</sup>主要係處理兩個個別主體之間的財產利益關係，國家司法僅擔任從中仲裁的角色；憲法與行政法原係為規範國家權力行使而設，其中涉及對外關係之事務，在前者屬最抽象之基本權綱領，目的是宣示性地確認個人的權利主體地位，在後者則多屬現代日常生活中的細節性、技術性事項，目的在增進共同生活的便利。民事法與行政法均得以非自然人的法人或機關為規範主體，且其對雙方責任的判定，可能是依照管理成本最適、財產利益衡平，或是威嚇效果最顯著等原則進行。

與以上領域相較，在公民諸多義務類型中，刑法義務乃是最直接反映公民與共同體關係的義務，因為它規範的是國家暴力得直接施加於個別公民的具體正當性條件。貫徹刑法的效果是刑罰執行，而刑罰乃是國家除了對外戰

---

<sup>215</sup> 之所以說傳統民事法，是因為現代民事法領域已然滲入濃厚的社會國公益色彩，在一定程度上擔負起體制性分配風險的角色。

爭之外，對內最強烈的暴力展現，是施加痛苦惡害在已然被法秩序承認其主體地位的公民身上，且施加的惡害類型除了財產剝奪外，更直接觸碰到主體人格的核心，即自由（甚至生命），從而，此一痛苦的施予必須提出特別有力的正當性基礎。

本文以為，動用刑罰的理由，實包含在上文中對刑法目的與規範上意志自由的闡述裡，也就是來自對個人自我決定的規範上承認。規範承認個人的行為是來自他的意志，個人可以自由表達他對於這個法秩序、這個世界的立場（*Stellungnahme*）；而當個人透過行為表現出來的立場，乃是對他者與整個法秩序的不尊重時，規範系統亦得對其意志支配下的行為報以相應回覆。由於刑罰涉及國家權力的有形具象化，是一種態度明確的「高強度儀式性象徵語言」<sup>216</sup>，它所回應的對象，也必須要是一種來自個人的高強度權力表現。當個人對法秩序提出了一個「權力問題」<sup>217</sup>，質疑並否定自身與他者間在目前法秩序下的權利領域底線時，刑罰的施予，即是明白地再否定此一否定<sup>218</sup>，向行為人表明，其私自重劃的權利領域已偏離自由法秩序的正當界限，必須動用國家暴力語言否認個人越界的暴力語言。此一個別法領域間的客觀界限框架，會因建構不同法秩序的文化、歷史背景差異有所不同，因此不同法秩序內，對於何種行為應處以刑罰，亦可能有不同選擇。但不變的是，刑法在整個法規範系統中，始終具有最嚴厲的特質，所以它也始終只能用以回應公民對法秩序所代表的客觀核心價值最嚴厲的挑戰行為，亦即，只有當行為外觀已嚴重令行為人與他者／法秩序間的權力失衡時，刑法才有發動理由。

一個以自由為中心理念，傾向盡量給予個體較大任意決定空間的法秩序，不會將一切行為準則都設為刑法上的行為規範，並在其被違反時課予刑罰。要構築起一個讓複數主體兼容共存、但又保持其多元化、異質化發展機會的自由法秩序共同體，勢必要在維持人際互動底線的行為規範，及由此衍生的行為義務當中，作出強制程度不同的區隔，令違反規範的法律效果能有

---

<sup>216</sup> Pawlik, (Fn. 207), S. 55.

<sup>217</sup> Pawlik, (Fn. 207), S. 55.

<sup>218</sup> 對此部分相同見解，參周漾沂，前揭註138，頁302-312。

輕重之別。從自由法秩序的角度出發，理應盡力追求所有規範在正當性基礎上的一致性，亦即無論行為規範強制力有無與程度高低，均應具備道德理論上的依據<sup>219</sup>；不過，考慮到法秩序當中個別成員間的分殊性，僅以外部行為作為關注對象的法規範，並不要求個別成員必須完全具備道德上的遵法動機<sup>220</sup>，甚至應該有限度地容許個體作成違反道德誡命的行為選擇。如此一來，對於一個服膺於道德理性、極力擺脫本能驅動因子的個人而言，自然能接受一套高標準的合理行為準則，在完全尊重其他個體的前提下行動；而對於聽從自身的欲望與需求、追尋個人最大愉悅感、並以趨利避害的計算作為行為標準的個人來說，也能夠在一定程度上保有以較小成本「違反規範」的可能性。

簡言之，鑒於現代世界中的人際共存結構日趨複雜，維繫自由法秩序、導引個人生活的行為規範不可勝數，這些規範的履行雖有助於社會生活運行順暢，但並非全都能上升至刑法層級，區分義務輕重類型、在規範上賦予其不同意義與不同法律效果，確實有其必要性。

### （三）刑法上真正義務的界線：容許風險與社會相當性

承上，在其他法權領域內的行為規範，即使個別構成要件的內容和刑法重疊，例如民法上的一般侵權行為，但由於規範目的互異，其法律效果即與刑法有所不同，且可能更彈性地調整行為人與被害人間的責任分配比例<sup>221</sup>。其他法領域的規範違反行為，在刑法上亦可能完全不具有重要性，也就是說從刑法的角度觀之，這些行為——如亂丟垃圾、半夜擾人或暫時性的違規臨停——均非刑法上的不法行為。關於區分這些非關刑法的行為義務與刑法上

---

<sup>219</sup> 據此，前文中所提及，Jakobs將不真正義務作為特定法律上輕度干預措施理據的觀點，必須特別謹慎看待。只有在該干預措施本身係以恢復或支持行為人朝向自由法人格趨向為目的（而非以否認其法人格、控管社會危險源為目的），並仍合理對應到行為人違反之不真正義務範圍的前提下，此類干預方屬正當。

<sup>220</sup> 惟須注意，法秩序的穩定實踐其實仍一定程度信賴個人的內在遵法動機，否則勢必走向警察國家。對此深入論述參Pawlik, *Kants Volk von Teufeln und sein Staat*, JRE 2006, 269, 269-293.

<sup>221</sup> 與有過失即為其例。

行為義務的界線何在這個問題，涉及刑法歸責理論中的一組重要概念，即容許風險與社會相當性。

學者有認為，這兩個概念事實上意義相當<sup>222</sup>，都是在對行為結果進行利害衡量後，認為行為帶來的正面效用大於負面效用，故容許其合法實施<sup>223</sup>。這樣的看法乃是以容許風險概念為中心，並以法益保護作為最高目的<sup>224</sup>。筆者以為，若從法益保護的思考出發，並將主要歸責原因放在特定行為結果上，那麼上述觀點是邏輯一貫的，因為法益學說就是出於外在對象本身的高效用（利益）而肯認其享有刑罰維護的價值，對行為人的非難是來自其在結果上減損了這些對象的效用，故當系爭行為實際上產出更高的正面效應，對其非難也就失去理由。此一論證方式，不但適用於容許風險，也一樣可以套用在其他審查階段，如對阻卻違法事由的理論解釋<sup>225</sup>。

不過，如果想將歸責重點放在行為而非結果上，即前文所主張，刑法目的在於確認個人須為自我決定下嚴厲否定法秩序的行為負起相應責任，那麼對於行為人的非難基礎，就必須來自（個人之自由據以實現之）法秩序針對特定行為傳達之社會意涵所作出的價值判斷，換言之，行為是否不法，判斷重心將轉向行為本身的社會相當性。所謂社會相當性，涉及到特定人本於其特定社會角色下的特定行為，是否能被這個法秩序所接受。這裡所說的「接受」，不單是一種對行為外在表現或是其客觀上結果效益的評價，而是也包含了對其行為理據、以及形成理據過程之任意性的整體性評價，因為只有如此，才能確定行為人究竟是否是在意思自由狀態下選擇從事特定行為。

雖然前文中已有說明，規範意義上的自由乃是一種獨立於本體論爭議的擬制概念，但它依然呼應實踐哲學還有倫理學上的自由意涵，並且恰是這種與實踐哲學、政治哲學間的承繼關係，讓整個法權領域——上自憲法基本權、權力分立，下至罪刑法定、罪責相當等諸原則——獲得正當性基礎。也就是

---

<sup>222</sup> 黃榮堅（2003），《刑法問題與利益思考》，頁233，元照。

<sup>223</sup> 黃榮堅，前揭註222，頁234-235、239-242。

<sup>224</sup> 黃榮堅，前揭註222，頁237。

<sup>225</sup> 參黃榮堅，前揭註222，頁245-246。

說，若秉持現代自由法治國家的核心理念——對自由的承認與確信（在民主國家中，此一理念多半已經透過憲法確定下來），那麼規範上對個人行為的評價過程，就不會僅僅是行為效益大小的評比<sup>226</sup>，而是已經關係到一種以自由主體、還有其社會脈絡依存性為前提的行為正當性評價。換言之，乃是參考道德語境下「是與非」甚至「善與惡」這組標準後，判斷一個被預設為自由的人，依照他所處社會情境，究竟是否在規範肯認其仍屬自由的狀態下，做了「錯的事」<sup>227</sup>。而刑法作為最具嚴厲性、且與是非善惡這組評價標準最緊密相連的規範，只能用以介入法秩序內「最嚴重之惡」或「最大程度之非」的行為。與容許風險概念之於利益衡量結果的理論涵括性相似，上開論證社會相當性的方式，也能一貫地解釋所有阻卻不法成立的要素，包括構成要件該當性與違法性要素，甚至有責性要素。一個不具備違法性的行為，必然是在價值判斷上被社會接受的行為，即「所有阻卻違法的構成要件該當行為，都是社會相當的。」<sup>228</sup>

據此，一個社會相當的行為，就是對於特定時點、特定社會而言，在價值判斷上尚不過分、也就是尚不被認為與刑法相稱之「大惡」的行為。這類行為若非自始除外於刑事事實定法，就是會被刑法上的歸責系統在審查犯罪過程中排除。至於形成此一價值判斷的原因，雖然仍可能與某種生活上的好

<sup>226</sup> 若果真要談到效益，也必須進一步定義，所謂追求效益，究竟是要追求「什麼」效益？而那個「什麼」，必定涉及一個客觀價值標準。即使主張該標準來自多數人的主觀選擇，也必須先證立「多數人主觀選擇作為最高標準」這個客觀標準的優先性。

<sup>227</sup> Vgl. Hruschka (1984), (Fn. 20), S. 696. 與此相對，純粹工具理性計算的結果，個人僅可能做出「不聰明的事情」，而非「為惡」。刑法與道德的基礎同源性質，參 Pawlik, (Fn. 133), S. 269 ff. 由此亦表明本文立場，即認為刑法正當性係源自於其道德上的正當性，兩者在價值上實不可分。不過，這裡指的道德，並不同於「風俗教化」，也不等同於「社會主觀的道德感」，而是實踐哲學裡作為主體自由根源的道德理性。此種道德理性不僅是法強制力的正當性基礎，也是憲法基本權的基礎。據此，即使是號稱要「與道德脫鉤」、保障基本權的憲法法益學說，事實上也已經預設了「自由」這個道德價值，其所欲拒斥者，只是作為「道德感」的風俗（至於法益學說是否果真成功地與風俗道德脫鉤，則是另外一個層次的問題）。

<sup>228</sup> v. Weber, (Fn. 212), S. 188.

處或利弊大小相關，但並非以此作為唯一判準，而是必然受到一個社會對於「一個人（在刑法下）應享有多大的任意行為空間」以及「他人在何種程度上應忍受行為人的任意行為」這組問題的觀點所影響。一個社會相當的行為，必然是一個（尚）未違反真正義務的行為，而行為人違反不真正義務的情形正是如此<sup>229</sup>，故學者如 Jakobs 即明確指出，違反不真正義務的行為仍在社會相當性範圍內，是以（從特定刑法構成要件的角度來看）不具法律色彩。

## 二、不真正義務對於規範理論的深化

### （一）自由法秩序內的層級化公民義務與義務間的連動性

據上所述，本文認為，刑法學說上區分行為規範與歸責規範以及真正義務與不真正義務，這兩組彼此對應的規範與義務，在本質上並無絕對性差異，因為歸責規範也內含於行為規範當中，且其本身尚可能獨立作為行為準則適用；但是，在刑法論證功能上區分這兩組規範與義務類型，正是讓規範理論成為一個整全的法理論的核心觀點。藉由將不真正義務正確地定位為一種歸責規範，使刑法系統與其他行為規範系統之間，得以維持彼此相關、但目的與功能各自獨立的封閉性。

從法秩序作為一個統一體的角度來看，刑法並非唯一的規範系統，是以並非所有法秩序內對個人要求的義務，均屬於刑法上的義務；然則，由於個人的生活經驗乃是一個連續性整體，透過與外界的持續互動，個人也將意志化為外在的人格（*Personalität*），體現在其身處的世界當中<sup>230</sup>。當意志不斷作出行為決定，並且化為外在行為表現，那麼透過時間的接續性，同一主體不斷形成的行為決定與外在事件間，可能產生因果上的連鎖效應，換言之，形式上多個決定之間，會形成一種連動關係，行為人最後履行或不履行一個

<sup>229</sup> 從而，在特定時空下的不真正義務規範也可能在其他脈絡下成為真正義務。Vgl. Hruschka, (Fn. 17), S. 418.

<sup>230</sup> 古承宗教授曾提及「人格主體的反身性特徵」（古承宗，前揭註143，頁45），筆者此處觀點即與之近似。

形式上屬於刑法的義務（真正義務／狹義行為義務），可能受到前面一連串行為決定、還有行為與外在對象之間交互作用的影響。

在這些影響刑法上狹義義務履行可能的因素之中，或有某些因素，與其他規範系統中的廣義行為義務緊密相連，甚至後者的履行與否，將成為前者是否能被履行的關鍵。若原屬社會相當的不真正義務違反行為，與後續被實現的行為意志共同作用，使得最終行為逾越社會相當性的界線，形成刑法規範上具有意義的歸責對象，將形式上屬於刑法的行為義務與屬於其他法權關係當中的行為義務連繫起來，由這些刑法以外規範所生的義務，也就有可能經由行為者意志的延續，以及社會體制對個人管轄權限的劃分，間接對行為人的刑事責任成立與否產生決定性作用。而這些形式上來自於其他規範領域（可能是法律領域、也可能是不成文的社會規則）、但在刑法歸責過程中，仍負有輔助價值判斷功能，從而被吸收為刑法歸責規範之一的義務，就是刑法上所稱的不真正義務。

在決定前後行為與義務違反之間連動機率的關鍵因子中，最常見者即是現代社會經過專業組織與分化後，在實踐當中持續累積下來的諸般功能性體制。除了公共領域中常見之各種產品與服務的大規模供應鏈與貿易網絡、交通系統、醫療制度、公務業務組織，也包括私人之間自行約定或協調而來的諸項合作與分工，如親職行使、娛樂團體活動等。藉由這些體制，個別公民拓展了自身得以實現其任意的範圍，擴大了行動自由的空間，也加深了與他人間（原本即已不可切割）的連結，使得自身的行為效應可能擴及到其他人的法權領域；與此相對，體制要能順暢運行，亦取決於利用體制發揮專業、賺取營生、實現人格，並因而願意承擔體制性任務的個人。基於個人自由與體制運作之間相互證成與依賴的關係，一個在體制當中獲致承認並實現主體人格的個人，自有在相應限度內回應體制要求的義務。若特定體制由於其固有組織結構，要求個人必須滿足特定前階段條件（廣義行為義務），才能圓滿達成體制任務的時候，個人即應在考慮接下任務或利用體制前，先考慮選擇充實該特定條件，令自身有能力去承擔體制任務。

當行為人出於自身的意思決定，選擇不履行廣義行為義務時，與之具備連動性的狹義行為義務就會陷入高度機率的違反可能性中。這個時候，倘若行為人在後續作出的另外一個行為決定，足以消弭狹義行為義務的違反風險，例如放棄後續行為，或是停止該廣義義務違反效果的持續作用，像是向他人尋求合作或幫助，最後使行為人免於違反狹義行為義務，則行為人即無須負擔何種刑事責任；反之，若行為人後面的行為決定，是放任前行為的影響持續，致使其最後無法履行狹義行為義務，那麼這一連串的行為連鎖關係，應在刑法進行歸責時一併被考慮，成為肯定歸責的原因，而這也就是前文所介紹 Pawlik 將不真正義務理解為公民的審慎性與自我動機形成義務的確切內涵，也即是 Jakobs 所稱，透過不真正義務將個人自身人格表現為在認知層次上可信賴、從而建立起他人對其行為穩定期待的意思。

與真正義務相較，不真正義務是一種刑法領域內的軟性義務。從一個以自由為導引理念的法秩序觀點來看，這種有別於強制行為義務的軟性義務的存在，讓法秩序體避免直接透過高權控制與刑事制裁，來維持其規範實踐的穩定性<sup>231</sup>。反之，強制性規範的貫徹，很大部分是倚賴公民能經由自主性的自我節制，彌補外部監控力量想要達到的目標<sup>232</sup>。不過，基於個人多樣化的欲求與需要，期待個人完全自主地將一切維繫共同體生活的誠命視為自身行為準則，顯然不切實際。在此情況下，不真正義務所代表的軟性義務內涵，正是由純粹道德或倫理誠命過渡至高強度刑事誠命光譜間的重要節點。

詳言之，建構硬性行為義務的刑法，並不廣泛性地規定個人應該採取或放棄特定行為，將可能影響他人法權領域、或法秩序體制的所有行為選項一概禁止；反之，它透過事後歸責階段的管轄權限分配（Zuständigkeitsverteilung），提醒一個成熟的、已有能力自我負責的公民，在作成行為決定前，應考慮到其行為結果可能形成對他者、還有法秩序施加額外負擔的事態，從而自我節制任意的行使範圍。雖則上開事態可能由於各種偶然、或參與其中的其他複數行為決定，最後不一定會實現，但一旦特定

---

<sup>231</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 345.

<sup>232</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 346.

結果事態成為現實，個人就因此應忍受結果歸責於他的不利益，此一忍受義務乃是由固有的公民協力義務轉換而來<sup>233</sup>。

這種自我節制的來源與限度，與個人在刑法上受歸責的基礎相同，都要回到前述個別主體與他者及其所處法秩序之間的共存定在：因為個人的現實自由空間，事實上是從共存者的現實自由界劃出來，每個人的自由都形成他人自由領域的界限，反之亦然。在此理解下，個人對其他公民始終存有潛在的依賴性，從中產生了個別公民間的連帶（Solidarität）關係<sup>234</sup>，並且同時證立了公民應負擔的真正義務與不真正義務的正當性。此一間接要求行為人履行特定事項，並在未履行時喪失特定權限（主張侵害發生時行為不可歸責）的外在特徵，事實上仍是連結到外在人際關係，屬於與他者互動時的行為義務，是從與己身自由不可分割的他人自由衍生的涉他義務。

總結來說，本文認為，不真正義務的內涵可定義為：（自刑法角度觀之）內含於刑法構成要件、作為構成要件適用時實質判斷門檻的歸責規範，但同時（自更廣泛的法秩序角度觀之）也是一種行為規範，係從穩定且具備特定體制功能的社會實踐當中、或已進一步經由其他法領域的明文化所產生。一個法秩序裡的公民，根據他生活中參與或涉入的諸多體制，一方面藉體制運作實現其自由，另一方面也承擔相應的行為義務。透過履行不真正義務，使得個別公民得以具備履行真正義務的能力或動機；反之，當其行為外觀上違反了真正義務時，若其未能履行義務的原因，乃是由於先前未履行不真正義務，導致其履行真正義務的能力或動機有所欠缺，則該真正義務之違反行為，即會被認定是可歸責的。

---

<sup>233</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 116. 從而，刑事歸責結果的肯否在一定程度上具有偶然性，乃是現實上的必然。相同見解，參馮聖晏（2022），〈不法意識的認定與欠缺不法意識的評價：以最高法院新近判決為核心〉，《世新法學》，15卷2號，頁418。

<sup>234</sup> Pawlik, (Fn. 133), S. 190-192, 249 Fn. 567.

## （二）不真正義務的範圍與分類

### 1. 行為義務的擴張？

在此處，本文要回應一個將不真正義務導入刑法歸責系統後可能引發的質疑，亦即：將不真正義務與真正義務並列，並整合進規範理論當中，是否額外增加了公民應負的行為義務？畢竟從形式上看，行為人直到確定違反真正義務之前，外觀上貌似根本不負有任何義務<sup>235</sup>；如果個人原本不負有義務，那麼即使是所謂的軟性義務，他也沒有無端承受的理由。對此，有必要予以澄清。

基本上，學說在區分真正義務與不真正義務時，均否認無盡擴張的不真正義務，而將不真正義務的範圍限定為後續狹義行為規範的可避免性前提，也就是透過履行不真正義務，得以令行為人不致喪失遵守刑法上行為規範之能力<sup>236</sup>，換言之，即不致令行為人自身喪失或減低避免侵害他人法益的能力<sup>237</sup>。本文則進一步認為，引入不真正義務概念，並未增加何種額外的公民義務，只是將原本就已經存在真正義務當中的固有部分，以更清楚的方式顯示出來而已。

當刑法解釋者認為，某些行為人在表面上免除歸責的情況，若未予歸責，即屬歸責漏洞，應在理論上設法填補，且該情況又未擴及一切自始不可歸責的案例（可見法益保護並非決定性指標），即已暗示，行為人在系爭情況下，必然具備其他可受歸責的原因，使他被認定與自始可歸責者有著同等可非難性。由於依筆者論點，在刑法上，只有源於自己意思，亦即自由決定下的行為，才可能被歸責，從而在上述最後義務違反之時出現「歸責漏洞」的行為人，截至客觀表現出形式義務被違反的時點前，定然曾動用意志判斷作出一個行為，該行為與形式義務違反的外觀並不相符，但卻造成形式義務得以被履行的先決條件有所欠缺，且此一行為連鎖效應的因果鏈關係，乃是行為人

<sup>235</sup> 在說明過失犯罪基礎時，持此觀點而完全否認注意義務概念者，如Jakobs。Vgl. Jakobs, (Fn. 58), § 9 Rn. 5 ff.

<sup>236</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 344.

<sup>237</sup> 古承宗，前揭註143，頁49。

基於其體制性身分有所認識、也應當要預先避免或補救的。所以，針對這兩個以上的連續意思決定與意思實現，在刑法上不應全無評價，而應將前階段行為與後續的構成要件義務違反併合觀察，共同導出最後歸責於行為人的價值判斷結果。

承上，對不真正義務的具體界劃，可以嘗試歸納為以下兩個特徵：其一，依照當前社會實踐，可以觀察到一種穩定且持續的管轄權限分配狀態，此一狀態以特定體制身分、或是參與特定體制內活動為媒介，由行為人所承接；實踐狀況越是穩定，越能確定管轄的具體範圍，也越能期待行為人對於自身參與或擔任的特定社會角色或任務有所認知。其二，基於上述客觀穩定實踐狀態，可以從經驗法則推測，前階段的不真正義務與後階段的真正義務履行間，同時具備行為意志連續性與行為效力連續性之雙重連繫關係，亦即，形成後面一個行為決定之主觀（動機）與客觀（能力）條件，均取決於前面行為決定的內容。只有當前行為和後續的真正義務違反具備上述雙重連繫性，且這個連繫性已經在社會體制脈絡中被行為人所認知的前提下，規範才可能在前一個決定時點，期待行為人作出另一個行為決定，並在後設的歸責檢驗過程中，將前面那個行為決定評價為不真正義務的違反<sup>238</sup>。

要特別注意，上面這組判斷特徵，是一種對於刑法上既有規範義務的歸納式描述，而非針對個人一切行為決定的演繹式適用。也就是說，並不是所有在客觀因果鏈上有所關聯的前後行為，都可以令某種針對前行為的廣義行為準則成為不真正義務，而是必須切合不同法秩序體的文化現實，在脈絡化觀察中，盡可能地辨識出個別體制運作系統是否存在，且已經足以構建穩定而有必要性的體制義務分配。因此，此處所謂的因果鏈，並不是指客觀條件因果關係上的連繫，而是根據社會上不同體制的運作方式，結合客觀經驗法則與規範上的應然判斷，對個別管轄權限領域進行分配。

---

<sup>238</sup> 此即類似古承宗教授所說的「橋接思考」（古承宗，前揭註143，頁46），不過，古教授乃是將橋接前後義務的媒介連繫於法益保護目的之上，而非基於理性內在動機對義務的正確認識。

由於筆者並不主張作為真正義務來源的行為規範乃是以保護法益為目的，而是旨在劃定自由公民間的管轄權限範圍，且不真正義務本身就屬於這個界線的一環，因此，並不會如前文中 Neumann 所稱，一旦將不真正義務之本質理解為與真正義務相同的行為規範，即會無止盡地擴張不真正義務——這至多只會是（錯誤地）過度強調法益周全保護必要性、導致「真正義務」不當擴張的反射性結果。與此相對，本文主張，不真正義務與真正義務的範圍與分界，是來自前面所說的社會體制穩定運作關係，也就是公民與其他公民之間、以及公民與整個法共同體之間，以合理協調、最大化彼此自由空間為目的的互動準則。

對於一個認識到自己身處於與他人並存的法秩序內、與他人共同生活，且願意與他人相互尊重彼此主體身分的公民而言，從他形成願意履行義務的意志，直到他實際上履行嚴格意義的刑法行為義務過程中，其實早就已經一併履行了一連串的軟性義務。正是這些義務的內容，讓行為人具備足夠的能力與動機，使得強制性行為義務的履行獲得確保。反過來說，由於不真正義務的履行結果，乃是讓行為人有能力或動機去履行真正義務的前提，因此，假如沒有預設作為必要條件的不真正義務已被履行，那麼規範就不可能期待行為人有足夠的能力或動機，去履行形式上的真正義務。

只有當一個人有理由地被預期具備能力與動機去履行義務，則他未履行義務的行為，以及未能正確形成履行義務能力與動機的行為，才能被稱作是（確實）違反了刑法義務<sup>239</sup>。這裡所說的理由，就是「那個被拿來要求行為人遵守的刑法義務內在結構當中，自始即已包含了另一個軟性義務」，該軟性義務要求行為人應該盡力形成履行真正義務的能力與動機。而此一對前階段軟性義務的認識能力與遵循能力，與對後階段真正義務的履行能力要求並無二致<sup>240</sup>。從而，不真正義務的範圍，自始就內含於真正義務對應的構成要

---

<sup>239</sup> 從這一點看來，單純在外觀上該當於特定構成要件的行為，根本就還稱不上是違反了刑法上的義務。

<sup>240</sup> Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 346.

件之內，或者反過來說，最後被認定為違反真正義務的行為，也必然已經違反了不真正義務。

至於不真正義務的體系定位，筆者部分贊同前文中 Neumann 的意見，即不真正義務不僅僅隸屬於犯罪審查中的某個階層，而是在整個歸責過程中一體適用的機制。只是，本文並未採取 Neumann 將初級規則系統與次級規則系統截然二分的看法，而是將不真正義務理解為整體行為規範中的內在組成。由此觀之，支持刑法上既存之真正義務的正當性基礎，同樣也會是作為其固有部分的不真正義務之正當性基礎<sup>241</sup>。總而言之，如果能夠一貫地從義務違反的角度省視刑法上的歸責規範，就能明白不真正義務並非歸責理論的「外掛程式」，而是從自由行為的歸責原則出發來思考犯罪概念的當然結果。所謂不真正義務的違反，只是進一步說明了「源於個人自由決定的行為，應受到充分評價」這個規範上觀點。

## 2. 不真正義務的類型化

為使不真正義務概念的內涵更加清晰，可以依照前文所述意旨，將刑法上的不真正義務進一步進行歸類。若以不真正義務來源、也就是義務的產生方式作區分，大致上可以分為以下三類：1) 源於公民身分的一般義務。由於公民必然生活在與他者並存的法秩序內，也必然與其他成員共享一套最低限度的行為規範，故也負有相對應的最低限度義務。此類義務原則上範圍最廣，但履行義務的門檻也最低，是每個公民都被期待履行的義務，例如令自身具備對法規範基本的「門外漢認知」（知法義務）、或是一個原本具備履行真正義務能力之人，不積極導致自身喪失該遵法能力（責任能力）或動機的義務。2) 源於參與社會活動的特定義務，也就是體制參與者的義務。此種義務類型最為常見與多樣，它源於公民在日常生活中參與的諸般類型化互動，其內容源自這些互動的常態運作條件。由於針對這些互動關係，社會已經在長期實踐中累積起穩固的慣行，故可期待活動的參與者均認知並協力滿足這些條件，例如在交通行為中，應在特定情境下保持清醒或關照其他用路

---

<sup>241</sup> Vgl. Kindhäuser (1994), (Fn. 109), S. 346.

人；參加體育活動者，在競技過程中亦應留意其行為的潛在攻擊性，是否可能逾越社會相當性的界線<sup>242</sup>。3) 源於社會功能性分工的專業義務，也就是體制運行者的義務。除了單純參與體制、利用體制者外，有些社會體制的運作還需要倚賴專業者方能運行，從而也衍生出針對這些體制運行者的相關行為規範。此類義務的要求較第 2 類更高，原因是實施這類行為之人原本就具備或被期待具備更高的專業能力，例如警消或醫療人員，應負有令自身在值勤時能夠盡其職責的義務。

上述分類只是一種事實觀察式的歸納，便於讀者對此一概念的輪廓形成初步了解，但分類方式並不影響違反義務的效果（蓋在個別刑法構成要件真正被實現之前，違反上開義務均不直接產生刑法上的歸責結果）。此外，要特別留意的是，由於上開義務要求的前提是自由歸責原則，故特定義務的形成，必然以義務人對於其身分、從事之活動或職業，已經具備社會脈絡性的認知為限，也就是義務人必須理解到當自己活在（與他人共存的）世界上、依自己的意思完成各種事情的時候，應具備哪些門檻<sup>243</sup>。

而若進一步探討這些「門檻」內容為何，即可從不同角度，推導出針對不真正義務的另外一種類型化方式，那就是按照違反不真正義務導致的結果，將其區分為：1) 致使行為人欠缺履行真正義務之客觀能力的不真正義務違反。這類行為人雖然認知到自己即將違反規範，卻因先前錯誤的行為判斷（不真正義務違反），致使其在實現構成要件的行為當下，沒有能力履行

<sup>242</sup> 應特別留意，此處涉及的不真正義務，並不一定等同於運動規則。蓋運動規則與交通規則相較，除了安全與流暢性外，還會額外考量運動本身的競技性、娛樂性或可觀賞性，在符合特定前提下，會容許運動員利用技術性犯規追求勝利（例如籃球有進攻犯規的規定，意謂規則也允許參與者一定程度的身體碰撞和因此產生的輕度傷害），因此，若個案行為人因違反規則致對手受傷，則判斷其是否違反不真正義務，必須考慮的是行為人有無正確認識到規則允許的傷害範圍，和他在系爭個案中所為的違規行為是否已經逾越該範圍，也就是需要更細緻的個案論證。

<sup>243</sup> 據此，或可解釋刑法上關於責任能力年齡規定的歸責上意義，那就是生命經驗尚淺的未成年人，對於自身行為的社會意義、以及自身因此要擔負的行為責任，仍欠缺足夠程度的理解。

真正義務。實務上的超越承擔過失、原因自由行為所致行為人喪失依其辨識而行為之能力，當屬此類。2) 致使行為人欠缺履行真正義務之主觀能力(即動機)的不真正義務違反。蓋無論是履行或違反義務，都源於個人意志的決定；意志要形成具體決定，則必須先衡量各項理據，來產生決定的動機；而這些用以判斷、產生行為動機的理據，均來自行為人的認知。換言之，認知與意欲的產生是不可分離的<sup>244</sup>。若行為人因違反不真正義務，致使其在構成要件實現的行為時欠缺對特定事實或特定規範的認識，行為人也就無法正確形成遵法動機，導致後續真正義務的違反。一般過失犯罪的行為人、禁止錯誤下的行為人，還有因自招危難置自身於緊急避難情狀的行為人<sup>245</sup>，均屬此類。

### (三) 不真正義務概念對既有歸責系統的意義

至此，本文已證立了不真正義務概念在歸責體系內的理論上基礎。接下來，即不免碰到下一個重要問題，也就是此一概念之於現有歸責系統的實益何在。

依本文見解，將不真正義務概念引入刑法，最重要的意義有二：其一，是以整全的義務違反觀點定義犯罪。犯罪是規範義務的違反，針對刑法上所有犯罪類型的可罰性基礎，均應從義務角度切入思考；關於刑法正當性的問題，事實上是關於行為人是否、以及何以就特定作為或不作為負有義務的問題。其二，要回答上述問題，重點不在是否可以找到某個富含價值的對象，故應限制個人自由予以保護，而是在於確認現實中的個別自由固有領域，也就是貫徹義務背後的自由歸責原則。或者反過來說，正因為要貫徹自由歸責的原則，才有必要從義務違反的觀點來解釋歸責，並導入不真正義務概念來解釋貌似欠缺自由歸責基礎的案件。據此，刑法上所有歸責的判斷，都必須對應以下要求：1) 行為人的意志(包含意志決定本身、還有形成決定動機的認知)要素，應該貫通整個歸責判斷。犯罪是行為人意志決定下的規範義

---

<sup>244</sup> Vgl. Pawlik, (Fn. 133), S. 303 f.

<sup>245</sup> Vgl. Pawlik, (Fn. 133), S. 355 f.

務違反行為，只有以行為人的意志為中介，才能產生規範上被認定為自由決定的行為，也才能鎖定一個因此具備歸責適格的義務違反行為，從而啟動刑法歸責。<sup>2)</sup>承上，既然行為人的意志要素必須在全部歸責判斷流程起作用，也就表示，整個犯罪審查——行為、不法性與有責性，事實上是一體的，無論何者，都應該採用主觀與客觀合一的標準。換言之，並不存在單獨以客觀標準或主觀標準審查的階層。所有用以處理歸責的機制，都必須同時評價行為人的主觀意志與外在行為，並且採用一致的判斷尺度。

承上，本文進一步主張，不僅行為階層與不法階層應該予以統一，不法階層與有責性階層也應該進行實質性整合。換言之，筆者實欲藉由本文所打下的理論基礎，針對既有歸責體系內的各個審查機制，分別開展獨立論證，並重新定義刑法上不法概念的意涵。不過，此一研究目標顯非本文階段所能處理，此處僅能概略闡述，不真正義務如何在釋義學不同階層一體適用。下文即舉出幾個不真正義務概念最常見的應用案型，說明此一概念在釋義學上可能的應用情形。

### 1. 不真正義務概念作為過失犯當中的注意義務內涵

由不真正義務概念出發來論證過失犯罪的一般不法要件，已在前文介紹 Kindhäuser 的見解時詳盡說明。就歸責基礎的建構而言，本文大致上同意 Kindhäuser 的看法，也就是將不真正義務視為與注意義務本質上相當的歸責檢驗機制，更確切來說，應是將注意義務理解為不真正義務的一種下位類型——所謂注意義務，其實就是促成行為人在行為當下（原本）能夠避免違反真正義務（形式構成要件）的廣義行為義務。

依照 Kindhäuser 的主張，過失犯罪中行為人之所以無法在行為時履行規範義務，可能肇因於兩方面的能力欠缺，即客觀上履行義務的身體與智識能力或主觀上辨識規範與形成動機的能力，兩者均係違反特定不真正義務的結果，因而也擁有相通的歸責理據，這恰對應於一般過失（未認識規範而未形成動機）與超越承擔過失（欠缺履行義務的身體或知識力量）<sup>246</sup>兩種過失

---

<sup>246</sup> 就此部分相同觀點，Neumann, (Fn. 17), S. 391 f.; Neumann, (Fn. 56), 260 ff.

型態下的歸責標的。將這兩種過失型態都視為一般性過失理論可以處理的對象，顯示藉由不真正義務概念，已經完成過失犯罪類型的理論上整合。不過，基於絕對刑罰理論與對法益學說的批判立場，本文對於行為規範的目的與 Kindhäuser 有不同理解，已如前述。

此外，依上文闡明的論點，筆者以為不真正義務對應的廣義行為規範，乃是構成要件規範的內在邊界，其指涉對象本身亦具備規範性格，也就是說，筆者並不認為，過失犯罪的犯行意識（或 Kindhäuser 所稱對於法益的支配意識）是一個單純的事實性要素，而是和不真正義務中要求行為人令自身具備特定能力一樣，自始即為規範性要素，只是二者分別以消極和積極方式要求行為人而已。將注意義務視為規範內容的意思，並非如 Kindhäuser 所說，是指行為人應該「以克盡注意義務之方式」違反規範，而是像本文前面描述客觀歸責與容許構成要件一樣，將「克盡注意義務」理解為建構不法的負面要素。據此，每個過失犯罪不法性的成立要件，自始就都包含了「未盡注意義務（不真正義務）」這個內容<sup>247</sup>。

---

<sup>247</sup> 審查人在此提出一個重要問題，即在不真正義務的架構下，要如何確定過失犯的構成要件行為？對此，宜先澄清一個不法認定層次的問題。依本文所採觀點，犯罪是未履行規範義務的行為。這樣的論點容易招致一個誤解，那就是認為，此種不法定義將會排除侵害結果在犯罪構成上的意義。實則，本文所主張的行為義務違反，始終都未自本質上排除結果要素：正如其他犯罪要素具備規範性一般，刑法上所謂行為或結果，亦非自然意義下的現象，而同樣是一種規範性要素，是規範詮釋下的評價對象。據此，作為歸責審查標的的「行為」，就不是單純的身體舉止，也不必然是只與自然意識連結的手段目的關係，而是一段基於特定價值判斷目的而被擷取出來的意思實現過程，這個過程，自然也可能依具體規範需求而包含特定結果。簡言之，在本文的解釋中，規範意義下的「行為」概念，原本就可能隨著特定犯罪類型結構，包含（如實害犯）或不包含（如行為犯）某個一般被理解為「侵害結果」的現象外觀。

過失犯罪的一般性特徵，是行為人因未履行一個（作為後續義務履行能力前提條件的）不真正義務，導致後續真正義務的違反，但重點仍在「真正義務被違反」。由於自結構上看，過失犯罪係屬於結果犯與實害犯，從而，特定侵害結果必然要包含於被認定已然違反真正義務的事實當中。也就是說，在過失犯的情形裡，只有當特定結果發生之時，行為人才可能被判斷為違反構成要件當中的行為義務。質言之，過失犯的構成要件行為，就是最後直接實現構成要件結果的行為，也就是會落在後面那個真正義務違反的時間點。

將過失犯罪的不法核心放在注意義務／不真正義務的違反上，還具有一個重要意義，那就是透過社會體制分化下的管轄權限分配，決定個別行為人應履行何種注意義務內容，並限定行為人應預見及應迴避的結果範圍，乃是必須、且應重點討論的事項。詳言之，就是以源自不真正義務法理的注意義務，來對過失犯罪的另一個要素——預見可能性——進行範圍上的限定<sup>248</sup>。一個不具有結果迴避可能性及由此衍生之預見可能性者，本就不產生相應的注意義務<sup>249</sup>；但反過來說，並非所有具備迴避可能性跟預見可能性的情形，都會對應到一個必須迴避的注意義務，換言之，在某些情形，即使行為人對結果發生具備預見可能性與迴避可能性，但若依照管轄權限分配的結果，行為人並不負有一個「應該要預見」的義務，那麼他的「無預見」便不會是注意義務的違反，也就不能對其課予過失犯罪的結果歸責<sup>250</sup>。因為，對於個別

<sup>248</sup> 對過失犯罪進行全面性檢討，已超出本文範圍，在此僅簡要提出筆者見解。關於過失犯罪的不法判斷重心，究應置於注意義務或預見可能性與迴避可能性的問題，筆者以為，這兩大要素，事實上是從不同面向對一個整體而言在規範上會被判定為過失犯罪的行為進行描述，兩個要素實乃同一標準，彼此相互對應。注意義務（不真正義務）與預見可能性，都是法規範之所以能對行為人後續義務違反結果予以課責的條件。針對特定侵害結果的預見可能性或是迴避可能性，一方面作為注意義務存在的原因（能夠避免特定結果的行為，才會產生相應之注意義務），另一方面乃是履行注意義務之後反映出來的合理狀態（履行注意義務後，會對侵害結果有所預見並迴避）。與此相對，將不法判斷重心置於預見可能性，以及結合對結果的迴避可能性來論述過失犯罪不法性質者，參許恒達（2020），〈過失犯的預見可能性與迴避可能性：建構過失歸責的理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，27期，頁60-86。

<sup>249</sup> 參許恒達，前揭註248，頁81-82、86。

<sup>250</sup> 在此，必須與故意犯罪的特殊認知作出區隔：在故意犯罪的情形，行為人並非先違反了某個令自身產生欠缺歸責狀態的義務，而是自始至終都透過意志支配的行為證成其可歸責性。故在前例，若該行為人明知盤上有毒蘑菇，卻仍將其拿給食客，那麼他「已認知、但仍使結果實現」的行為，已足以肯定故意犯的結果歸責。這個故意與過失歸責間的差異，是從行為人意志內容的差異導出，也是本文所主張，行為人之意志應貫串整個歸責過程的涵義。由這一點出發，亦可看出目前客觀歸責理論的缺失：義務的建構與排除，必須扣緊在行為人本身，考量的是特定行為人的身分角色與認知狀態，而非試圖建立一個針對抽象客觀第三人的一般性義務。

公民而言，他被課予的諸般義務來源，毋寧直接來自於他在法秩序中的特定角色，以及依照社會經驗與體制運作機能，該角色被期待履行的特定行為（如車輛駕駛應留意車前狀況、看診或執刀醫師應以合於醫療常規方式提供協助）、或被期待要滿足的特定能力（如駕駛的控車能力、專科醫師的專業技能）。

基於這個原因，行為人並不會有被課予過大注意義務範圍的疑慮。例如，行為人是專攻生物學的大學生，有能力辨識出罕見的毒蘑菇，但當他下課後到餐廳打工時，未特別留意到端上桌的食物中有羶雜這種蘑菇，而後客人因服食該蘑菇而中毒。就這個案件來看，雖然行為人有特殊能力優勢，使他具備辨識出危險的預見可能性與迴避可能性，但他在本案中所從事的職業（餐廳服務生）並不要求他在端菜上桌前另外負起一個檢查食物（至多是概略看一下食物外觀，而非辨識罕見蕈類生物）的額外義務，從而，即便他未能運用自身的特殊能力察覺食物有異，亦不因此負擔過失犯的結果歸責。

據此，筆者並不認為，注意義務的範圍係直接取決於對某種利益對象的保全可能性（雖然在大多數情形，由專責管轄者控管風險亦為效益最高），亦不認為其程度與特定行為的社會正面或負面效益直接相連<sup>251</sup>。蓋某些行為雖然屬於具重大社會效益的正面行為，如醫療行為，但事涉專業壟斷性與資訊不平等性，故仍有要求承擔體制任務的行為人依其專業與職務內容課盡（可能是高度）注意義務的必要性及正當性，而此處的必要性與正當性，又應視公民義務的個別化及類型化進行調整<sup>252</sup>。個別注意義務分配的主要依據，乃是社會實踐中已經形成的管轄權限分配：該實踐情況越是穩定、專業分工權限越是分明，課予個別行為人注意義務的正當性越高；個別行為的社會有益性或風險程度，只是個案中的輔助標準，一旦體制已針對特定風險提

---

<sup>251</sup> 以此種標準分配義務者，參Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, 575, 575-577.

<sup>252</sup> 即實務見解稱：「……原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師。」（最高法院95年度台上字第3884號刑事判決）參王皇玉（2022），《刑法總則》，修訂八版，頁520，元照。

供體制上的穩定對策及相應管轄權限分配，行為人即不當然要承擔全部的風險實現防免義務。

總之，注意義務的內容與程度，係反映出社會上已經形成的廣義行為規範實踐狀態，而非抽象地取決於行為人對風險的淨支配力。

## 2. 不真正義務作為原因自由行為中的不自陷責任能力欠缺狀態之義務

原因自由行為的可罰性基礎，乃是不真正義務在釋義學上應用的另一個典型。在以不真正義務法理為出發點的不法概念裡，原因自由行為的可罰性即不再成為問題，因為從 Hruschka 承繼自 Pufendorf 之一貫觀點，就其原因而言屬於自由的行為（*actio libera in sua causa*）與就其本身而言屬於自由的行為（*actio libera in se*）相同，在規範上的評價並無差異，兩者均屬於行為人表現在外的意志決定，也自始均為可受歸責之對象。

由不真正義務來思考原因自由行為最重要的意義，一如古承宗教授所指出，即在於藉由此一概念，以實質的罪責歸責角度處理原因自由行為的可罰性，以解決過往學說拆解不法與罪責對應關係的問題<sup>253</sup>，使得原因自由行為不再是行為概念或是同時性原則的化外之地。換言之，所謂「例外」與「非常規」的歸責型態，不再是理論上的瑕疵，而應被理解為原有歸責體系的一部分。

對照原先解釋原因自由行為的學說，可知在本文所採刑法理論下，不真正義務的解釋結構不會是一種構成要件前置模式，蓋本文認為不法乃是違反義務的行為，其評價對象乃是行為整體（而非只有行為所支配的法益侵害），評價標準則是在特定人際交往中，外在行為表現應該遵守的框架，因此，只有在進入具備規範重要性的人際互動體制（如交通系統）時，具體應遵守的真正義務才會出現。之所以不真正義務仍「只是」不真正義務，決定關鍵即在特定行為外觀、與其違反的行為規範，是否已具備刑法上的評價意義，而非僅取決於該行為是否與某個侵害結果具備條件因果關係。由此觀之，若在

---

<sup>253</sup> 古承宗，前揭註143，頁35。

特定法秩序如我國法中，表現在外的行為本身尚不具備逾越社會相當性的外觀，例如單純的自醉行為，是否能逕行認定其為違反真正義務，即有疑義<sup>254</sup>。

另一方面，本文所採取的進路，也並不完全屬於傳統的例外模式，蓋如上述，在不真正義務概念的整體適用下，原因自由行為並不是一種例外，也不是透過結合不同時點的客觀構成要件行為跟主觀罪責能力來論證其不法<sup>255</sup>；反之，本文是將前階段行為理解為內含於後階段行為的一部，對後階段構成要件行為的內在歸責基礎，已然包含了來自前一個行為時點、作為後行為動機構成要素的行為決定<sup>256</sup>。由於本文主張，對個人意志的規範性評價，不僅是以其當下心理意識狀態為對象，而是尚包括形成意志的動機，並且對不法性的判斷，也已經包含對罪責要素的考量；因此，在判斷後行為的主觀不法性時，必須一併判斷，行為人對自身當下（欠缺或減免罪責之）意識狀態的形成是否可歸責，而原因行為即是肯定該判斷的歸責要素。且依筆者見解，此種歸責結構，並非原因自由行為所獨有，而是可見於不同的刑事犯罪結構內。因此，原因自由行為無非是自由歸責原則運作下的合理結果。

### 3. 從禁止錯誤中的知法義務到義務模式下的刑事不法思考

禁止錯誤的歸責，也是與上開結構相呼應的一例<sup>257</sup>，並且也是說明不真正義務何以是整合不同歸責階層的重要案型。當行為人雖然未能正確認知規範，但刑法卻依然認定其可歸責的時候——也就是刑法第 16 條所指「可避免」的禁止錯誤，那麼就表示，法規範體系已經預設，每個公民都負有令自身認識刑事法律禁止事項的義務。這個知法義務，正是不折不扣的不真正義務。

<sup>254</sup> 參薛智仁，前揭註141，頁59-63。

<sup>255</sup> 反對採用Hruschka的釋義學路徑，但認為Neumann的不真正義務概念並不牴觸同時性原則而用以處理原因自由行為問題者，參許恒達，前揭註140，頁390-398。

<sup>256</sup> 審查意見有提出疑問，何以這樣的理解並非一種構成要件前置模式？原因在於，依本文所採觀點，不法評價的對象仍是後階段違反真正義務的構成要件行為，而非前階段違反不真正義務的原因行為，後者僅作為前者之歸責要素被考慮。因此，單純的自醉行為，因缺少後階段真正實現結果的行為，尚難被評價為逾越社會相當性。至於德國的自醉行為可罰性應作何解釋，或可參照下文對危險犯的理解，即德國刑法針對自醉行為的義務性質作了轉化，將其提升為一種真正義務。

<sup>257</sup> Vgl. Neumann, (Fn. 81), Rn. 56.

務：單純未主動探知規範，並不直接構成刑法上的義務違反；但一旦行為人由於其未能正確認知規範內容，導致未能形成一個遵守規範的動機，從而違反刑法義務的時候，即無法再以其不知法律為由免除刑事責任。

以不真正義務概念解釋禁止錯誤，有兩個重點值得留意：第一，從主觀角度觀察，可以發現，此類案件中的行為人，基本上與過失犯罪中的行為人相同，兩者都是由於行為動機的欠缺，導致最後未選擇履行規範義務。既然過失犯被認定為與故意並列的不法類型，那麼禁止錯誤的法律效果，也應該在同一個階層進行討論。換言之，本文主張，禁止錯誤的行為人，事實上並非僅是欠缺罪責，而是欠缺故意<sup>258</sup>。第二，關於禁止錯誤的免責門檻審查，向來認為應採嚴格標準，只有在極端例外的情形下（即「有正當理由而無可避免」），方能免除其刑；對此，本文採否定見解，蓋若過失與禁止錯誤實屬同一歸責結構，即代表對事實與對法律規範的誤認，應給予同等評價，並且用同樣的尺度來衡量行為人是否應予歸責<sup>259</sup>。同理，本文以為，上述對原因自由行為的責任認定，也應該是一個不法性判斷，而非僅僅只是針對有責性的判斷<sup>260</sup>。據此，不法性的內涵必須被重新定義——不法並非是「扣除行為人個人因素，單純對一個自然意志行為的評價」，而是始終都包含「考慮了行為人個人因素之後，對這個行為人的這個行為的評價」。惟對此議題之深入闡述，限於篇幅，只能待日後另外為文處理。

總而言之，筆者認為，不真正義務概念對刑法理論的可能貢獻，絕不僅止於協助解決個別釋義學問題，而是導入一種層級化義務違反的思維方式，這種思維方式應當被運用在所有歸責機制的詮釋當中。不純正不作為犯當中的保證人地位，即是一個顯示層級化義務內容的例子：若非行為人已經對於自身在社會體制內的角色與義務、又或是前一個行為可能產生的連鎖效應有

---

<sup>258</sup> 關於此問題相關討論，參廖宜寧（2022），〈銀行法第29條之1準收受存款罪中的「顯不相當」要件與違法性錯誤：評最高法院110年度台上字第4524號判決〉，《台灣法律人》，14期，頁117-120。

<sup>259</sup> Vgl. Pawlik, (Fn. 133), S. 303 ff.

<sup>260</sup> 由此出發，即可更清楚地認識到，過失原因自由行為的結構，其實等同於超越承擔過失，其本質乃是過失犯的下位類型。

所認知，並基於此一認知自願參與社會生活，那麼在後續被當成歸責對象的不作為時點，規範亦無理由課予行為人積極作為之義務，並要求行為人必須發起一個履行作為義務的動機。換言之，保證人地位的開啟乃是一道輕度的公民義務承接，其開啟必須基於行為人的自由決定，該決定雖然不直接與刑法義務相對應，但間接形成了後續刑法上作為義務的理據。與此相類，根據特定體制內人員對其職務上行為所應負擔的高度遵法義務，刑法規範得以建構起不純正身分犯的責任加重事由，該身分的承擔即類似於保證人地位的取得；至於純正身分犯，則可比擬為針對所有特定體制參與者發出的要求——只要是利用該體制運作本身獲得生活上利益者，均應負擔不破壞體制運作公平性與順暢性的義務。

在過失犯罪與原因自由行為的歸責論據中，行為人的前階段行為（不真正義務違反），並不直接具備刑法上重要性，僅由此證立行為人後階段因未預見、從而實現侵害結果的行為可歸責性連結；與此相對，由於特定行為——結果效應在現實上的高度穩定發生率，可在規範上合理地將前階段行為直接提升為刑法上真正義務者，可以見於危險犯類型立法。就此而言，此數種看似完全不同的犯罪立法模式，在思考結構上實有相互印證的可能性<sup>261</sup>。換言之，危險犯其實是一種「不真正義務的真正義務化」。

質言之，由不真正義務概念開展出來的整體歸責體系，使這些分散於諸審查階層內的原則與爭點，融會貫通於上文建構的行為規範——行為義務對應系統內，在刑法上的不同子領域持續深化，以增加刑法適用上的穩定性與說服力。對於後續各類子題的延伸研究，將是筆者未來努力的方向。

### 三、結論

源自民事法的不真正義務概念，確實可以成功整合進一個以應報作為基礎、且以義務違反作為不法核心思想的刑法理論結構裡。

藉由與真正義務相區隔的不真正義務概念，得以表明法秩序不同規範領域各有其特殊性質，且指引公民行為的外部規範，並非全部都會直接導出刑

---

<sup>261</sup> 對此理解相同，參古承宗，前揭註143，頁46。

法上義務。法秩序內殊異的行為規範，必須經過理論轉化，使其切合刑法自身目的，與一個刑法上真正義務產生實質連結，才有辦法在犯罪審查階層中發揮效用。如若不然，該行為規範就僅是與刑法欠缺直接關聯的廣義行為準則，而不真正義務即反映了此種準則的存在。對於一個系統性的法理論而言，接受不真正義務概念最大的意義，在於讓刑法一方面堅持其自由歸責的原則，另一方面將此一具有自我目的的刑法系統，與可能同時追求其他目的或功能的行為規範系統，以符合刑法歸責原則的方式整合起來，成為既獨立又相互影響的關係。

現代國家為了調和其中的個別主體自由，並維持彼此共存的秩序狀態，可能為公民設定各形各色的義務。基於實現自由這個目的論上的前提，若且唯若一個人作出了在規範上被認定為自由的行為決定，才能受到歸責。其中，刑法擁有獨立判斷社會相當性的標準，必須越過此一標準的高門檻（造成特定的實害結果，又或許是符合特定的定式行為或抽象危險外觀），系爭行為才可能成為歸責對象。並且，只有當該行為在溝通意義上，已經表露出對法秩序強烈的敵對姿態、呈現為對自由法秩序最嚴厲的否定行為時，刑事歸責程序才有理由啟動。也就是說，必須是形式上該當刑法個別構成要件的行為，方能被設為刑法上的義務違反。

基於上述刑法唯對自由行為歸責、且有意地擴大個人任意自由空間的屬性，只要行為人在特定時點仍存在其他行為選擇的可能，或是構成要件所要求的特定結果尚未瀕臨實現，刑法即不應過早介入。據此，一個不願意審慎節制、甚少事先顧慮到他者的個人，當其行為最後偶然性地未違反真正義務時，仍保有不受制裁的機會，也就是「賭一把」的自由空間。

相對地，考慮到個人現實自由的社會脈絡依存性與生活經驗連貫性，遵守某些廣義行為規範，在該規範本身的目的之外，還同時作為貫徹特定刑法規範的內部前提。若依照行為人身份角色與社會體制的運作常態，已經可預見前面的不真正義務乃是後續真正義務的履行必要條件，則當行為人在前面一個行為決定（違反不真正義務）的基礎上，接著從事下一個行為，並確實令該決定的結果以合於構成要件的方式（違反真正義務）實現時，上一個行

為對下一個行為產生的實質影響，即應由行為人自己承擔，後行為之結果因而必須劃入行為人的管轄權限範圍之內，成為刑法歸責標的。

據此，不真正義務概念乃是完善自由歸責原則的重要機制。透過一貫的思考模式，刑法上諸多犯罪類型，包括過失、原因自由行為、危險犯、身分犯，乃至錯誤問題等，其歸責基礎當可獲得論理方式上的統一。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 王皇玉（2022），《刑法總則》，修訂八版，元照。
- 古承宗（2012），〈同時性的雙重義務違反與客觀歸責：評析台灣高等法院 90 年度交上易字第 295 號判決〉，《台灣法學雜誌》，193 期，頁 18-28。
- （2022），〈重新檢視原因自由行為的可罰基礎〉，《月旦法學雜誌》，328 期，頁 26-50。<https://doi.org/10.53106/1025593132802>
- 李震山（2003），〈人性尊嚴〉，《法學講座》，17 期，頁 1-17。
- 汪信君（2007），〈保險法告知義務之義務性質與不真正義務〉，《臺大法學論叢》，36 卷 1 期，頁 1-54。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2007.36.01.01>
- 周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981-1053。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.03.04>
- （2016），〈刑罰的自我目的性：重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 279-346。  
<https://doi.org/10.3966/102398202016120147005>
- 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，元照。
- 許恆達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 97-138。  
<https://doi.org/10.6416/SLR.200810.0097>
- （2010），〈「原因自由行為」的刑事責任〉，《臺大法學論叢》，39 卷 2 期，頁 351-431。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2010.39.02.13>

- (2011), 〈刑法法益概念的茁生與流變〉, 《月旦法學雜誌》, 197 期, 頁 134-151。
- (2020), 〈過失犯的預見可能性與迴避可能性：建構過失歸責的理論嘗試〉, 《中研院法學期刊》, 27 期, 頁 55-139。
- 馮聖晏 (2022), 〈不法意識的認定與欠缺不法意識的評價：以最高法院新近判決為核心〉, 《世新法學》, 15 卷 2 號, 頁 385-435。
- 黃榮堅 (2003), 《刑法問題與利益思考》, 元照。
- (2012), 《基礎刑法學(上)》, 四版, 元照。
- 廖宜寧 (2020), 〈由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎〉, 《臺大法學論叢》, 49 卷 2 期, 頁 635-710。  
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.202006\\_49\(2\).0004](https://doi.org/10.6199/NTULJ.202006_49(2).0004)
- (2022), 〈銀行法第 29 條之 1 準收受存款罪中的「顯不相當」要件與違法性錯誤：評最高法院 110 年度台上字第 4524 號判決〉, 《台灣法律人》, 14 期, 頁 103-120。
- 蔡聖偉 (2006), 〈評二〇〇五年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉, 《政大法學評論》, 91 期, 頁 339-410。
- 薛智仁 (2017), 〈論原因自由行為之處罰基礎〉, 《中研院法學期刊》, 21 期, 頁 1-80。

## 二、德文部分

- Amelung, K. (1972). *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum.
- Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W./Eisele, J. (2021). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (13. Aufl.). Giesecking.
- Baumgarten, A. (1913). *Der Aufbau der Verbrechenslehre: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*. J. C. B. Mohr.
- Biewald, G. (2003). *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit: Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*. Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-51126-6>

- Di Fabio, U. (2005). *Die Kultur der Freiheit*. C. H. Beck.
- Frank, R. (1907). *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Walter de Gruyter.
- Frisch, W. (1988). *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*. C. F. Müller.
- (1983). *Vorsatz und Risiko*. Heymann.
- Hassemer, W. (1989). Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In L. Philipps/H. Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag* (S. 85-94). Decker & Müller.
- (2003). Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?. In R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (S. 57-64). Nomos.
- (1992). Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 378-383.
- Hähnchen, S. (2010). *Obliegenheiten und Nebenpflichten*. Mohr Siebeck.  
<https://doi.org/10.1628/978-3-16-151223-0>
- Hefendehl, R. (2002). Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 21-28.
- Hegel, G. W. F. (1986). *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Suhrkamp.
- Hobbes, T. (2013). Hanowell, H. (übersetzt), Klein, J. (Hrsg.). *Leviathan*. Reclam.
- Horn, E. (1969). *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit: Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*. Duncker & Humblot.  
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-41961-6>
- Hörnle, T. (2004). *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Vittorio Klostermann.

- Hruschka, J. (1977). Extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In H.-H. Jescheck/H. Lüttger (Hrsg.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag* (S. 189-210). Walter de Gruyter.
- (2004). Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts. *JuristenZeitung*, 1085-1092.
- (1984). Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 661-702.  
<https://doi.org/10.1515/zstw.1984.96.3.661>
- (1989). Probleme der actio libera in causa heute. *JuristenZeitung*, 310-316.
- (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* (2. Aufl.). Walter de Gruyter.  
<https://doi.org/10.1515/9783110921564>
- (1976). *Struktur der Zurechnung*. Walter de Gruyter.  
<https://doi.org/10.1515/9783110902945>
- (1991). Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln. *Rechtstheorie*, 449-460.
- (2004). Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts. In M. Kaufmann/J. Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung* (S. 17-27). Peter Lang.
- Hübner, C. (2004). *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*. Duncker & Humblot.  
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-51238-6>
- Jäger, H. (1957). *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Enke.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl.). Walter de Gruyter.  
<https://doi.org/10.1515/9783110906424>
- (1998). Die sogenannte actio libera in causa. In A. Eser (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag* (S. 105-121). Nomos.

- (2008). *Rechtswang und Personalität*. Ferdinand Schöningh.  
<https://doi.org/10.30965/9783657767557>
- (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Vittorio Klostermann.  
<https://doi.org/10.5771/9783465141464>
- (2012). *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*. Ferdinand Schöningh.  
<https://doi.org/10.30965/9783657777174>
- Joerden, J. C. (1988). *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*. Duncker & Humblot.  
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-46537-8>
- Kersting, W. (2005). *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags* (Sonderausgabe), wbg Academic.
- (2016). *Thomas Hobbes zur Einführung* (5. Aufl.). Junius.
- Kindhäuser, U. (2021). *Analytische Strafrechtswissenschaft* (Bd. 1). Nomos.  
<https://doi.org/10.5771/9783748910893-1>
- (2021). *Analytische Strafrechtswissenschaft* (Bd. 2). Nomos.  
<https://doi.org/10.5771/9783748910893-677>
- (1989). *Gefährdung als Straftat*. Vittorio Klostermann.  
<https://doi.org/10.3196/9783465018629>
- (1994). Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 339-352.
- Kindhäuser, U./Hilgendorf, E. (2022). *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar* (9. Aufl.). Nomos.
- Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U. (Hrsg.) (2017). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (5. Aufl.). Nomos.
- Kuhlen, L. (1993). Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 697-726.  
<https://doi.org/10.1515/zstw.1993.105.4.697>

- Larenz, K./Wolf, M./Neuner, J. (2020). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (12. Aufl.). C. H. Beck.  
<https://doi.org/10.17104/9783406757709>
- Liao, I.-N. (2020). *Die Grundlage der Einwilligung im Strafrecht*. Duncker & Humblot.  
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-55959-6>
- Locke, J. (1977). Euchner, W. (Hrsg.), *Zwei Abhandlungen über die Regierung*. Suhrkamp.
- Looschelders, D. (1999). *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Mohr Siebeck. Rechtsstaat und menschliche Würde
- Maihofer, W. (1968). *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Vittorio Klostermann.
- Marx, M. (1972). *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“: Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*. Heymann.
- Maurach, R. (1971). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl.) C. F. Müller
- Montiel, J. P. (2014). Obliegenheiten im Strafrecht?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 592-614.  
<https://doi.org/10.1515/zstw-2014-0025>
- Neumann, U. (1985). Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 389-401.
- (1985). *Zurechnung und „Vorverschulden“: Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*. Duncker & Humblot.  
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-45764-9>
- Pawlik, M. (2012). *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Mohr Siebeck.
- (2006). Kants Volk von Teufeln und sein Staat. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 269-293.
- (2004). *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*. Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-51542-4>

- (2017). *Normbestätigung und Identitätsbalance: Über die Legitimation staatlichen Strafens*. Nomos.  
<https://doi.org/10.5771/9783845287638>
- Rönnau, T. (2001). *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*. Mohr Siebeck.
- Roxin, C. (2010). Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte. In U. Neumann/F. Herzog (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer* (S. 573-598). C. F. Müller.
- Roxin, C./Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Bd. 1). C. H. Beck. <https://doi.org/10.17104/9783406758010>
- Rudolphi, H.-J. (1970). Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. In E. Barth (Mitwirkende), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag* (S.151-167). Schwartz.
- Schmidt, R. (1953). *Die Obliegenheiten*. Mohr Siebeck.
- Schünemann, B. (1975). Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. *Juristische Arbeitsblätter*, S. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.
- (2016). Das deutsche Strafrecht und seine Wissenschaft vier Menschenalter nach Franz von Liszts Gießener Lehrbuch, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 506-518.
- (2016). Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 654-671.
- (2015). Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, In E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft* (S. 223-242). Mohr Siebeck.

- Seher, G. (2003). Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff. In R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (S. 39-56). Nomos.
- Stratenwerth, G. (1998). zum Begriff des „Rechtsguts“. In A. Eser (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (S. 377-392). C. H. Beck.
- Stuckenberg, C.-F. (2017). Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 349-362.  
<https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0014>
- Velten, P. (2002). *Normkenntnis und Normverständnis*. Nomos.
- Vieweg, K. (2012). *Das Denken der Freiheit: Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Wilhelm Fink.  
<https://doi.org/10.30965/9783846753040>
- von Hirsch, A. (2003). Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“. In R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (S. 13-25). Nomos.
- von Weber, H. (1954). Negative Tatbestandsmerkmale. In K. Engisch/R. Maurach (Hrsg.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag* (S. 183-192). C. H. Beck.
- Wingert, L. (2006). Grenzen der naturalistischen Selbstobjektivierung. In D. Sturma (Hrsg.), *Philosophie und Neurowissenschaften* (S. 240-260). Suhrkamp.
- Zaczyk, R. (2013). *Selbstsein und Recht*. Vittorio Klostermann.

## Constitution of The Concept of Obligation in The Criminal Attribution System

*I-Ning Liao\**

### Abstract

The purpose of this paper is to formally introduce the concept of obligation originally from the field of civil law into criminal law and integrate it into a general concept in criminal law liability theory. By discussing the connotation of obligation, this article reviews the criminal law theory that regards the protection of legal interests as the highest purpose and reconstructs the substantive crime theory with the violation of behavioral obligations as the core. Through the analysis of the relationship between obligation and criminal duty, this paper further discusses the normative characteristics shared by the code of conduct and the code of imputation in criminal law. Based on this, the following opinion is justified: the basis of imputation in criminal law is that a free act recognized by norms violates the requirements of the legal order on which the subject of the act depends to realize his freedom.

In the legal community, there are behavior norms with different strengths and different purposes. Violations of these norms will trigger different effects in the legal field. The concept of obligation refers to a broad code of conduct outside the criminal law that the legal community requires its citizens to abide by, and the code of conduct directly stipulated in the criminal law is independent but complementary. Obligation can indeed be integrated into existing criminal law attribution systems. Violation of obligation, from the perspective of criminal law, is still a socially appropriate behavior, so it does not directly trigger criminal effects. However, once the perpetrator subsequently realizes the behavior of the

---

\* Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University; Ph.D. in Law, University of Freiburg,  
E-mail: inliao@nccu.edu.tw

formal constituent elements, and there is a subjective and objective continuity between the latter and the former, the previous obligation is transformed into a norm of imputation, making the behavior of the later stage become an imputable object of criminal law again.

**Keywords: obligation, freedom, violation of duty, norm of imputation, fault, actio libera in causa**

