

論遺棄故意與遺棄罪的立法作用

徐偉群*

目次

壹、前言
一、問題的提出
二、研究方法
貳、遺棄罪的立法目的
一、德國法律史的觀察
二、德國學說及其檢視
三、我國的學說及實務狀況
四、小結
參、遺棄罪作為侵害生命或身體法益的「故意危險犯」
一、概說
二、「危險故意」
三、「遺棄故意」的解釋及其問題
四、「遺棄故意」作為有認識過失的解釋及其結果
五、中間結論（之一）——併考慮生命保護與重大健康保護的選擇

投稿日期：九十六年十二月四日；接受刊登日期：九十六年十二月十三日

* 臺灣大學法學博士；現任中原大學財經法律系專任助理教授。

本文曾以「論遺棄罪的立法正當性」為題，發表於96年5月28日由中興大學財經法律系所舉辦之「中興大學刑事法專題研討會」，與當時文稿相較，內容已有大幅修正。感謝黃榮堅教授、蔡蕙芳教授與王榮聖教授於會中的指正。也感謝審稿委員對本文的批評。根據審稿委員的意見，我加強了第肆章的論述並在結論中提出更具體的建議，以求稍許增添本文的應用價值。此外，亦需感謝遠在德國的同窗薛智仁先生鼎力襄助，使我能取得諸多不可或缺的資料，並且在定稿時給予重要的指正。

肆、遺棄罪作為保護基本生活福祉的規定

一、概說

二、若干立法例與相關判決

三、解釋可行性與正當性的評估

四、中間結論（之二）

伍、結論

關鍵字：遺棄罪、違反撫養義務罪、遺棄故意、危險故意、有認識過失

中原財經法學

壹、前言

一、問題的提出

(一) 德國聯邦最高法院在一九六六年二月二十四日有一則判決。判決的事實與結果大致如下¹：

原審被告是一位母親，在一九六四年十二月二十四日晚間把三個孩子反鎖在家，自己和朋友出去過聖誕夜。她的先生當時在獄中監禁。被告外出前先幫十個月大的老么準備第二天早上的牛奶，並且交待八歲大的老大如果自己第二天早上沒有回家，就要幫忙餵老么喝奶。到了第二天，被告爲了要讓當地社政單位注意到她的家庭困境，幫忙她解決生活問題，決定要製造些狀況。因此，儘管知道自己並沒有幫孩子做更多的準備，她仍然滯留在外，直到一九六四年十二月二十八日清晨才回家。當她回到家時，她的屋子因爲破敗又沒有暖氣，室內溫度已經降至攝氏零度。結果她進門後發現，她的老么已死亡，老大和四歲的老二則呈現失溫狀態。

第二審法院判決，被告構成二個遺棄罪 (§221I StGB a.F.)，一個遺棄加重結果罪 (§221 III StGB a.F.)，三者行爲競合 (犯罪單一；Tateinheit)，聯邦最高法院維持了這項判決²。

閱讀這個判決，我們可以提出的一個問題是，爲什麼這位母親在已知自己不回家孩子會缺乏維生條件的情形下仍然決定不回家，不是

¹ BGH vom 24.2.1966 = JZ 1966, S.577.

² BGH vom 24.2.1966 = JZ 1966, S.577. 當時的遺棄罪爲 1987 年修正前的條文。

構成不作為的殺人未遂？就最終么子死亡的結果不是構成殺人罪³？

類似的問題也會出現在我們閱讀一九六七年德國法官van Els一則有關遺棄罪判決文章的時候。這裡面van Els舉了一個例子來論證當時遺棄罪中的「遺棄」（Aussetzung）行為不應該被窄化為所謂「積極的空間移置」行為，而應該也包含不作為遺棄。他說：「一個母親眼睜睜地看著她的三歲女兒置身於湍流的溪水而不理，使孩子陷於無助狀態，這當然也是一種遺棄。」⁴

如果我們查閱一下刑法總則教科書，就會發現諸如不餵哺嬰兒、見孩子溺水不救，這類父母認知子女陷於致命風險而不為必要救助的行為，都是與作為等價的不作為殺人行為的典型例子⁵。所以問題是，van Els為什麼沒有提到，這個見死不救的行為已經是殺人行為？

（二）其實無論在學習過程或教學現場，我們只要對所接觸遺棄罪案例仔細思考一下，上述疑問都會一再出現。課本以及實務上對此

³ 比較一個例子。德國聯邦最高法院 1953 年 3 月 27 日有一則判決，事實是一個醫院院區負責人，讓從監所轉送過來的一群重症患者待在院區門口，不提供醫療措施，最後導致三個人死亡。法院認定該負責人不只構成遺棄罪，也構成重傷罪以及重傷致死罪。BGH vom 27.3.1953 = NJW 1953, S.1070-1071.

⁴ van Els, Zur Auslegung des §221 StGB, NJW 1967, S.966.

⁵ 在Fritjof Haft的教科書中寫到：「一個爸爸拿斧頭砍他的孩子，這是『作為』殺人；一個媽媽，任由她的孩子挨餓，這是『不作為』殺人。」Haft, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1998, S.173; 見孩子溺水不救的例子見 Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 34. Aufl., 2004, Rn.741. 中文見，黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 721、759，楊雅慧出版，三版（2006）。另外，在刑法分則謀殺罪裡，則可以看到不履行救助義務也可能構成謀殺（Mord!）的一般性論述，Horn, in: Rudolphi/Horn/Günther/Hoyer, SK-StGB, 5. bzw. 6. Aufl., 2001, §211 Rn.28, 57; Jähnke, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, 11. Aufl., 1999, §211 Rn.22; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT-1, 28. Aufl., 2004, Rn.54-55.

常見的一個提問是，遺棄罪和殺人未遂要如何區分。關於這個問題，通說所給的答案很簡單，就是：一個是（具體）危險故意，一個是實害故意。學說並且很清楚地表示，一旦遺棄行為人主觀上已經達到（對生命法益的）實害故意，就應該論以殺人未遂⁶。不過，面對這個回答，我們還是不很清楚，究竟在什麼情況下法院或學者們才會認為遺棄行為人已經具備了實害故意？

讓我們看一個例子。一九三二年一月四日德意志帝國法院做成一宗判決，案中的事實是：一名父親唆使即將為他生下孩子的未婚媽媽至偏僻的荒郊產子；小孩出生後，兩人即將它留置原地而離去，一直到孩子凍死，兩人才回來埋掉屍首。帝國法院確認這名父親構成不作為殺人罪的共同正犯⁷。在這裡，令人好奇的是，到底是什麼樣的事實差異足以讓法院（我們）認為本案的行為人已經具備了致死的實害故意，而前面不回家的母親就只是危險故意？是因為預謀？是離去時的措施？或者其他尚未看出的因素？

讓我們再看法學者Eduard Dreher在評論前述一九六六年聯邦最高法院判決時所舉的這個例子：一個正在旅行的媽媽在得知保姆突然丟下小孩以後，還繼續為了享樂而滯留在外。他提到，這個媽媽有可

⁶ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, §221 Rn.12; Jähnke, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.36.

⁷ RGSt 66, S.71-74. 這則判決雖舊，但至今仍為教科書所引用，見Horn, a.a.O.(Fn.5), §13 Rn.47. 值得一提的是，在判決理由的第二段，法院接續地使用「處於生命危險狀態」（in eine lebensgefährdenden Zustand）和「陷於無助之境」（in eine hilflose Lage）來形容初生兒的處境，這些都是遺棄罪的字眼。

能構成殺人罪⁸。Dreher在舉例的時候應該無意暗示眼前這則判決也應該以殺人罪論處，然而，正是這樣一個例子讓我們更懷疑：所有這些案例，既然行為人都已經認知到被留下的孩子有生命危險，那麼還有沒有可能真的區分出來誰算是具備實害故意，而誰不是？特別是當我們想起，實害故意是以未必故意為準的基本觀念的時候。因此，我們真正的問題是：實害故意與危險故意，特別是具體危險故意，真的有辦法區別嗎？

（三）事實上，是有學者認為實害故意與危險故意兩者並無差別⁹。如果這個說法是對的，那麼遺棄罪作為一種侵害生命（健康）法益的故意的具體危險犯，應該也就是殺人（重傷）未遂的一種。不過如此一來，遺棄罪會立刻陷入一種尷尬的處境。因為從刑度來看，遺棄罪只能被定位成一種特別減輕的殺人（重傷）未遂。問題是，這個結果顯然不符合我們對於遺棄罪作為殺人（重傷）罪補充規定的期待¹⁰，並不是我們可以接受的。然而，不接受這個結果，遺棄罪又還有什麼立足之地呢？

其實，德國刑法學界已有人認知到遺棄罪規定存在著正當性危機¹¹。目前可見的解決方案是，把它解釋為一種「闡明規定」

⁸ Dreher舉這個例子本來只是要說明，在該案判決中母親的離去行為本身並沒有置孩子於生命危險狀態，只有後來繼續滯留在外的行為才使孩子陷入危險；不過，由於滯留在外並不是一種積極（移轉空間）的遺棄行為，因此，Dreher認為本案行為人根本無從構成遺棄罪。這段論述是當時在「積極遺棄罪」與「消極遺棄罪」觀念下，有關「遺棄」概念爭論的產物。Dreher, Anmerkung an BGH vom 24.2.1966, JZ 1966, S.579.

⁹ 參考註 116 前後本文。

¹⁰ Horn, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.19.

¹¹ Carsten Laue. 見其著作：Laue, Die Aussetzung - Eine Klarstellungsvorschrift,

(Klarstellungsvorschrift)¹²。意思是，儘管此罪與殺人（重傷）未遂應該有法條競合關係，但它仍是一個必須被宣告出來的規定，以用來彰顯被遺棄人陷於生命危險的不利處境，從而補充殺人（重傷）未遂在宣告意義上的不足¹³。在此解釋下，遺棄罪的補充作用便純然是宣示意義的。不過，我們要問的是，這算是一個好的解決方案嗎？或者，是唯一的解決方案嗎？

（四）讓我們考慮下面這個情況。一名年輕媽媽帶著與前男友所生的小孩與現任男友投宿旅館，第二天，她寫字條把孩子留給男友，然後不告而別。如果我們以下面這一則德國聯邦最高法院一九五四年十二月十七日的判決為準，那麼這名年輕媽媽應該不至於構成遺棄罪。在這則判決裡（BGHSt 7, 269），一名男子把孩子留給一個天生敏感、激動，在爭吵中揚言自殺與殺孩子以報復丈夫離她而去，而且可能付諸實行的母親，離開家門。法院判決他構成的是過失致死而非遺棄致死¹⁴。事實上，一名把小孩托給男友的年輕媽媽所認知的小孩處境，其危險程度並不會高於一九五四年這則判決事實所顯示的情況。

2002.

¹² Laue, a.a.O.(Fn.11), S.57ff., 64, 66.

¹³ Laue, a.a.O.(Fn.11), S.64.

¹⁴ 詳細的情形是，被告在和太太嚴重爭吵後，不顧妻子揚言要自殺並殺死孩子的威脅，離家出走，結果太太在他走後真的用氰化物毒死孩子並自殺。法院判決這名父親的出走就孩子的死亡構成不作為的過失致死。聯邦最高法院在判決裡指出，被告對妻女長期冷漠，並且外遇，而妻子則生性敏感，容易激動而且渴望被愛，極不願意失去她的丈夫，因此，當事發當天妻子以死為威脅的時候，被告是知道她有可能真的這麼做。不過，由於當天他曾經兩次出了門又回來求和，顯示他到底還是不希望事情真的發生。因此，法院認為被告有（也只有）過失。判決本身並未提到遺棄罪。BGHSt 7, 269.

因此如果參考這個判決，眼前這位年輕媽媽也還不算具備通說所說的遺棄故意才是。不過，事實上，這一個把小孩托給男友的例子，我們的法院還是認為它構成遺棄罪¹⁵。

不僅如此，在我國實務中，法院還經常把諸如，將健康的嬰兒放置在收容機構門前¹⁶，甚至留置在醫院內的行為¹⁷，都認為構成遺棄罪；而一個把十二歲和十六歲的女兒留在家中，不告而別的行為，也會被檢察官依遺棄罪起訴¹⁸。其實這些行為，嚴格說來，要認為已經具備侵害生命（重大健康）法益的具體故意，都是很值得商榷的¹⁹。特別是，如果我們考慮到Franz v. Liszt所說，危險犯的危險乃是「幾近實現

¹⁵ 2006-03-16/聯合報/C4 版/台北綜合新聞：「北市一名郭姓女子與前男友生下一名女嬰後，把小孩丟給現任男友，還留字條說『不會回來了，小孩要怎樣也沒關係』，板橋地方法院昨天依遺棄罪判處郭女有期徒刑 7 個月。」資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。本案判決書未在司法院網站公開。類似案件，見臺中地方法院95年度訴字第 2503 號判決；嘉義地方法院 95 年度訴字第 195 號判決；基隆地方法院 96 年度基簡字第 981 號判決。

¹⁶ 「兩年寄養費用 老爸判刑」1999-09-05/聯合報/17 版/北縣新聞，「打手機通知……『後門有女嬰』 循線查到棄嬰媽」2007-11-10/聯合報/C2 版/北市要聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

¹⁷ 台中地方法院 95 年度訴字第 3395 號判決，台中地方法院 94 年度訴字第 1553 號判決。

¹⁸ 「『爸爸出去一下』 棄養兩女兒」2007-07-03/聯合報/C2 版/北縣要聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

¹⁹ 德意志第三帝國時期著名學者Karl Alfred Hall在1932年的文章裡即提到，母親把孩子放在慈善牧師的家門口而一去不返，不算是置小孩於無助之境；事先通知醫院守衛，然後把嬰兒放置於醫院的走廊上，儘管後來守衛並未出現導致嬰兒凍死，母親也不算有危險故意。Hall, Die normative Tatbestandselemente der Aussetzung, SchwZStrR 46, 1932, S.342-343.

的可能性」(Der Begriff Gefahr deckt sich mit der nahen Möglichkeit einer Verletzung)²⁰，那麼根據這個標準，包括把一個九歲小孩單獨留在家裡，任其撿拾垃圾和別人吃剩的東西裹腹²¹，或把三歲女孩棄置在國小校園內²²，或把出生十六天的嬰兒放置在有人看守的廟宇²³，留下年邁而且行動不便的老父獨居²⁴，恐怕也都很難說行為人主觀上有使生命（重大健康）法益陷於具體危險的故意²⁵。

這裡要指出的現象是，我們的法院看來並沒有嚴格遵循理論上對遺棄罪構成要件的要求，但相對的結果卻是，遺棄罪可能因此真正發揮了它對殺人罪（重傷罪）的補充作用：因為這些案件很難說可以用殺人（重傷）未遂來涵蓋。而這種補充作用，也就是把這些行為入罪的結果，從被遺棄者利益保護必要性，或行為可罰性的角度來說，可

²⁰ v. Liszt, Lebensgefährdung, VDB V, 1905, 1 51。參考現今這樣的說法：「危險乃指發生實害的高可能性」，林山田，刑法通論（上），頁 242，自版，增訂九版（2005）。亦見：Jähnke, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.9。

²¹ 「有生沒養 兒撿垃圾媽吃官司」2007-08-23/聯合報/A12 版/社會，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

²² 「校園女娃誰棄 阿嬤起疑……逮媽」2006-12-19/聯合報/C4 版/中部綜合新聞；2007-01-19/聯合報/C2 版/雲林縣新聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

²³ 「未婚生寶寶怕挨罵……棄置寺廟」2006-09-28/聯合報/C2 版/花蓮縣新聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

²⁴ 參考台中地方法院 95 年度訴字第 3162 號判決；本案中無謀生能力的獨居老人從被遺棄起過了七年，然後因病住院，之後被告才被起訴判刑。

²⁵ 值得思量的是，彰化地方法院曾在其 95 年度訴字第 757 號判決中認為，將年邁而無謀生能力，又無其他撫養義務人照顧的父母留在家中，任其三餐無繼，並不是「已發生生存危險」，而僅僅是「有發生生存危險之虞」，但是這樣也已經符合刑法第 294 條第 1 項不作為遺棄罪的要件。

能是可以接受的：因為我們不能想像，國家刑法對於任意把小孩托給第三人這種事情沒有任何反應。從這個角度來看，把遺棄罪解釋成沒有實質補充作用的所謂闡明規定可能也不是這個罪名的唯一出路。

不過，如果我們認同法院這種操作遺棄罪的結果，認為遺棄罪還是可以發揮某種有實質意義的保護功能，那麼顯然，在解釋上就有必要賦予它不同以往的內涵：我們不能一方面固守原來對於遺棄罪，特別是遺棄故意的理解，一方面又要保留這些判決結果。因此，接下來的問題便是，這個重新詮釋的方法是什麼？

（五）延續著我們一開始對遺棄罪與殺人未遂之分的質疑，也就是對於遺棄故意與殺人故意之分的質疑，關於遺棄罪可能重新詮釋的方向之一，也是從主觀要件的角度著手。我們可以想到的是，如果遺棄故意不是真正的故意，如果它只是一種相當於有認識過失的心理狀態，或者說，是一種對於行為風險有而且只有一般經驗法則認識下的冒險心理，那麼，這樣的解釋能不能為處罰把小孩任意托付第三人的行為找到一個更合理的論理基礎？

我們這裡提的是一種轉化解釋的嘗試，亦即，把向來被認為性質上是故意犯的遺棄罪解釋為過失犯，把向來認為的遺棄故意要件轉化為實質上的有認識過失。這個嘗試能否成功，不僅取決於它是否能貼合我們對實際案例所賦予的不法評價，也取決於方法論上的克服，例如，除了條文有過失字眼外，一律將危險犯規定解釋為故意犯的既成見解，以及刑法第十二條第二項的限制等。

（六）要讓遺棄罪在理論上能成為具有實質補充作用的規定，除了主觀要件的重新解釋之外，也可能有其他途徑，例如，把保護目的的解釋向下延伸。事實上，德國刑法一九九八年對遺棄罪的修正，將重大健康損害列入法條文字的做法，就可以視為一種確立實質補充作

用的努力（對殺人罪而言）。就我國而言，我們的法院目前對遺棄罪的操作，實際上也已經超越了學說所認知的保護目的，而用它來保護更廣泛的生活利益。這裡主要指的是，把遺棄罪的使用擴及把被遺棄人留置在醫院或者收容機構而不聞不問的情形，這種情形若按照德國通說絕對不會構成遺棄罪²⁶。法院這個做法，顯然比單純把遺棄故意做轉化解釋來得更進一步，為遺棄罪取得的所謂補充功能也就更大，然而卻也違反了通常在理論上的說法。因此，到最後的問題是，我國遺棄罪的立法目的究竟可以被解釋到什麼程度？應該被解釋到什麼程度？法院的做法是否可行？又是否正當？

二、研究方法

本文終其目的是在解決法律解釋問題。為了解開最初的疑惑，亦即為了弄清楚遺棄罪何以不是殺人未遂，我們不僅僅拜讀相關理論，還試著去追溯遺棄罪的法律史。這或許可說成是一種歷史解釋法的運用。不過也不盡然。因為在這項歷史追溯裡，我們所做的並不單純是法制史的鋪陳，而有更多可能該說是法律社會學的觀察：我們試圖從法律所處的時代脈絡中去捕捉法律真正的社會功能。在談到理論分析的時候，除了考慮體系或文義等解釋因素之外，本文也試著站在一個制高點上來觀察理論本身產生的脈絡因素。事實上，在本文當中，除了本身對解釋方法的使用之外，有更多工作是對於學說和判決背後方法論的考察，舉例來說，像是敘事建構方法的考察。不過不管如何，這些觀點的運用到最後仍只在協助解決法律解釋問題。本文在最後運用了若干比較法的素材，目的一樣在為某種法律解釋的方案尋找足堪

²⁶ Eser, a.a.O.(Fn.6), §221 Rn.7; Rengier, Strafrecht BT II, 2. Aufl., 1999, §10 Rn.9.

佐證的基礎，同時也在此比較觀點上提出本文對此一罪名在未來發展上的一點建議。

貳、遺棄罪的立法目的

一、德國法律史的觀察

(一) 19世紀以前

1. 根據學者的研究，德國刑法中的遺棄罪，也就是我國遺棄罪條文的承襲來源，其初始應該來自於殺嬰罪（*Kindestöten*; *infanticide*），也就是殺人罪的一種²⁷。殺嬰行為，作為殺人行為的一種，在古歐洲文明的法體系裡，一直處於特殊地位，亦即，它經常被視為一種可以豁免刑罰的殺人行為，特別是當行為人是父親的時候。棄嬰可以說是最簡單的殺嬰方法²⁸，因此，當然也在豁免範圍內²⁹。在古羅馬法中，父親被明文賦予棄嬰權，甚至在十二銅表法中，遺棄畸形兒或三歲以下的殘障兒是做父親的義務³⁰。不過，偶爾地在某些政治社會中，會相反地明文禁止棄嬰，甚至以死刑相繩，例如，底比斯人（*Thebanern*）³¹。

棄嬰開始成轉變為受罰行為，也是和殺嬰行為同步，是以一種逐

²⁷ Feloutzis, *Das Delikte der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht*, 1. Aufl., 1984, S.83ff.; 亦見：Laue, a.a.O.(Fn.11), S.5.

²⁸ K. L. Moseley, *The History of Infanticide in Western Society*, 1 ISSUES L. & MED., at 349 (1986).

²⁹ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.83; 亦可參考Moseley, *supra* note 28, at 345.

³⁰ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.84.

³¹ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.84.

步地、相當寬待地方式發展著。在這個趨勢中，從查士丁尼（Justinian）一直到進入中世紀歐洲，棄嬰與殺嬰行為儘管可罰，其處罰卻始終遠輕於普通的殺人行為，例如，罰金刑³²。父親仍然保有棄嬰特權，雖然逐步地開始有所限制，例如，限於尚未受洗、命名、受扶養的嬰兒，或限於有貧困、畸型、殘障或有非婚生之嫌的情形³³。儘管嬰幼兒的生命利益不再完全被視為無物，但是在優生學的考慮、禁忌、人口壓力、經濟、父系社會等因素的支配下³⁴，棄嬰行為的處罰，和殺嬰行為的處罰一樣，都只是在提供（正常）兒童生存最低度的保護。而到這裡，棄嬰仍然就是殺嬰行為的一種³⁵。

2. 棄嬰在歐洲開始成爲一項「獨立」的違法行為，根據德國學者的說法，大約是從一一三六年間的教會法規定（*De infantibus et languidis expositis*）開始³⁶。只不過，這個初始的「獨立規定」終究不是世俗法，也並不能算是刑罰規定，其效果只限於剝奪遺棄者（父親）對棄童的家宅權（*die patria potestas; the rights of the head of the household*）³⁷。至於以獨立形式出現在刑法當中，大約是從一五〇七年神聖羅馬帝國時期的班堡刑法典（*Constitutio Criminalis Bambergensis; CCB*）第 157 條生母棄童罪開始。由於該條第 1 項所規定的生母棄童

³² Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.85.

³³ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.85-86.

³⁴ Moseley, *supra* note 28, at 346, 349.

³⁵ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.86.

³⁶ 蒐集於 1585 年由羅馬教皇格里高利十三世下令編纂而成的「教會法大全」（*Corpus Juris Canonici, 1585*）之中。事實上，棄嬰從開始轉變爲受罰行為，本來也就是基督教思想作用的結果。見：Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.86.

³⁷ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.85; 關於家宅權，可參考：Moseley, *supra* note 28, at 346, 349.

罪，其構成並不以致死結果為要件，同時，由於條文中有「置於危險」(in veridilichkeit; in Gefährlichkeit)及「違反照顧義務」(umb sie dess abkumme; um sich der Fürsorgen zu entziehen)的用語出現，因此，學者認為，遺棄罪從此開始與殺嬰罪脫鉤³⁸。不過，應該注意的是，學者也認知到，該條文第二項規定，如果導致棄童死亡，則應依前一條，即第 156 條規定的殺嬰罪(Kindesmord)論處³⁹。從旁觀者的角度來看，認定遺棄罪在這裡開始和殺嬰罪脫鉤可能是一種過快的論斷，因為，如果遺棄致死就是一種殺嬰行為，則在未致死的情況，遺棄行為並不是不能用日後我們所說的殺人(嬰)未遂來理解⁴⁰。

一五三二年加洛琳納刑法典(Constitutio Criminalis Carolina, CCC)⁴¹採用了類似班堡刑法典第 157 條的規定，在其第 132 條中規定了生母棄嬰及棄嬰致死罪。德國學者在此處特別關注的是，第 132 條內文當中並沒有使用到班堡刑法典第 157 條所使用的「危險」一詞(但在條文標題中有)⁴²。兩條法律在這一點上的差異成為日後德國學者辯論遺棄罪保護目的到底在於「生命危險」或「照顧義務」(Fürsorgepflicht)的濫觴⁴³。在加洛琳納刑法典之後，一直到十九世紀初，德意志領域刑

³⁸ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.86; Carsten Laue亦沿用這個詮釋，見：Laue, a.a.O.(Fn.11), S.6.

³⁹ 詳見：Laue, a.a.O.(Fn.11), S.6.

⁴⁰ 參考註 51 之本文。

⁴¹ 神聖羅馬帝國 1532 年制定公布，正式名稱為「查理五世刑事審判令」(die Peinliche Gerichtsordnung)，是德國法律史中具有重要地位的一部法典，相關介紹見：何勤華，德國法律發達史，頁 22，韋伯文化國際出版有限公司(2004)。

⁴² Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.87.

⁴³ Radbruch, Aussetzung, VDB V, 1905, S.187.

法一直承襲著生母棄童罪的規定。德國學者對於這些規定的比較觀察，其重點則始終在「危險」一詞的使用與否⁴⁴。

3. 有別於德國刑法學者的興趣，我們對這中世紀過渡至近代的法律演進史的觀察重點在於，父親一直被排除在棄嬰罪的規定之外⁴⁵。這種規定不能當然解釋為，是因為通常孩子生下來就待在母親身邊的緣故。父權應該是主要的理由。但不只如此。事實上，在歐洲文明當中，長期以來和父系社會併存的一個觀念是，兒童並不被當作真正的人看待⁴⁶，它們和奴隸一樣只是父親家宅權支配客體的一部分，它們也是隨時可以因為貧窮、人口過剩、血統純正性、惡兆、隱匿敗德行爲而被犧牲的⁴⁷。而在這父權主宰和兒童權不存在的雙重結構下，婦女被迫成爲此一犧牲行爲的執行者。這也解釋了爲什麼在這段歷史中出現的棄嬰罪也好，殺嬰罪（無論是重罰或赦免）也好，都是以母親作爲規範對象⁴⁸。

既然兒童權不存在，那麼爲什麼還要爲棄嬰制訂殺嬰罪和棄童罪雙重規定呢？這恐怕很難用雙重保護來理解。倒是殺嬰史研究者對於中世紀歐洲普及四方的棄兒收容院（*foundling house*）存在意義的說明，可以給我們一些啓示。他們指出，收容院的存在根本就是爲社會容許殺嬰行爲的實況做掩護⁴⁹。也就是說，當時的人其實也知道，從遺棄者的角度來說，棄嬰也就是他們殺嬰的方法而已，而收容院則成爲

⁴⁴ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.87; Laue, a.a.O.(Fn.11), S.7-8.

⁴⁵ 關於此點，亦可參考：Moseley, *supra* note 28, at 345.

⁴⁶ *Id.* at 346.

⁴⁷ *Id.* at 349-58.

⁴⁸ *Id.* at 349-58.

⁴⁹ *Id.* at 359.

一個社會對那些遭棄而未死的生命表示贖罪的代償機構。同樣地，國家法律要在殺嬰罪之外，再訂棄童罪規定，真正的原因恐怕也是，實際上相對嚴酷的殺嬰罪因為大家不忍心苛責執行殺嬰行為的婦女，因此很少實際被動用⁵⁰，而棄童罪就成為多多少少對婦女和棄童同時表示贖罪的代償規定。

總之，我在這裡要表達的看法是，所謂獨立的遺棄罪在歐洲文明史的出現，恐怕很難真的解釋為，因為人們開始隱隱然察覺到「危險犯」和「實害犯」在刑法可罰性上的差異，因此去把「只是製造危險」的遺棄罪從「製造實害」的殺嬰（人）罪「獨立」出來，把遺棄罪和殺嬰（人）未遂區隔開來。事實上，人們真的開始用體系化的方式來重組刑法規則，真的開始理解「未遂犯」概念，一直要到了費爾巴哈（Feuerbach, 1799）以後⁵¹。在我看來，獨立的遺棄罪之所以出現，自始就不是為了要和殺嬰（人）未遂有所區別，而只是國家對這種特殊的，對國家或對父系社會而言有利有弊，甚至可能利多於弊的殺人未遂事件，基於多多少少的憐憫心所做的一種聊勝於無的贖罪規定而已。從現在眼光看，它真的就是一種減輕的殺人未遂規定。若說要從這些歷史裡，去尋找遺棄罪作為獨立於殺人未遂之外的「危險犯」概念的根，我認為，是過於美化了歷史，在方法上，則無疑是一種去脈絡的，或者過度的解釋了⁵²。

⁵⁰ Moseley, *supra* note 28, at 359.

⁵¹ Zaczyk, *Das Unrecht der Versuchten Tat*, 1989, S.17.

⁵² Feloutzis援引H. Schmidt的見解，也總結式的指出，19世紀以前CCC以及沿襲它而來的那些法律，畢竟沒有很清楚地把遺棄罪和殺嬰罪切割開來，所以總是只能算作殺嬰罪的一種。見：Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.88. 不過，這是一種形式立論的觀點。Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.89.

（二）十九世紀時期至德意志帝國刑法前

進入十九世紀之後，德意志各邦國刑法中的遺棄罪規定出現了較大的變化。這些變化主要是，把保護對象從原來的兒童，擴張到病患和殘疾者身上，把行為人從母親擴張到較廣義的負照顧義務者，包括父親在內⁵³。此外，一個重要進展是，遺棄罪和殺童行為被明顯區隔開來了。一八五一年普魯士刑法第 183 條是一個代表。這個條文在第 1 項規定了遺棄七歲以下兒童、生病者與殘障者，使陷於無助之境的罪責，第 2 項規定了遺棄致死的罪責，第 3 項則規定：「（遺棄行為）出於致死故意（Vorsatz zu töten）者，依謀殺（Mord）或謀殺兒童（Kindesmord）或該等未遂犯規定罰之。」⁵⁴

從這個的法律上的變化，我們很容易可以辨識出來兒童作為人的地位的提昇。這不僅是法律層面的提昇而已。在社會行動上，棄童行為的意義也出現了變化。過去的遺棄，就是把孩子「拋棄」，任其自生自滅（Exposition unter freien Himmel）。父母透過這個動作，終局地拋棄他的撫養權和撫養義務，當然也終局的捨棄了孩子的福祉，包括他的性命⁵⁵。但是十九世紀歐洲經常出現的遺棄行為，則是把孩子送進，或透過第三人送進能確保孩子安全的醫院或收容所。這麼做，不但是為了保全孩子的生存和未來幸福，有些情況，也是為了將來還有

⁵³ 例如，1803 年奧地利刑法（Österreich）、1813 年拜爾邦刑法（Bayern）、1851 年普魯士刑法（Preußen）、1841 年黑森邦（Hessen）刑法、1869 年漢堡刑法（Hamburg）等。Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.89.

⁵⁴ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.91.

⁵⁵ Taeger, Kindesaussetzung und Frauenpolitik – Fürsorge für Mutter und Kind im Frankreich des 19. Jahrhunderts, 1991, S.4.

可能重新接回自己的孩子⁵⁶。這也解釋了為什麼此一時期多數邦國刑法會出現把「絕對無危險」(absolut ungefährliche)的遺棄行為論以較輕之刑的規定⁵⁷。

意識到兒童權在這個時代的成長，再加上一八五一年普魯士刑法第 183 條第 3 項的規定，看起來，遺棄罪已經明明白白被轉化為現在所說的殺人罪的補充規定，看起來，遺棄罪就是要處理殺人未遂所不及的製造生命危險的(故意)行為。不過，以下這個觀察卻可能阻止我們做出這個論斷：事實上，在這個時代，「故意」還是一個與「意圖」同義的概念⁵⁸，大家還並不認為只要有我們今天所說未必故意那樣程度的認知(意欲)，就已經要算是(殺人)故意了。第 183 條第 3 項條文當中的「謀殺」(Mord)字眼正好也為我們透露了端倪。相反的，從那種被認為「絕無危險」(在今天的德國是絕不處罰)的遺棄行為照對出來的，仍然是其他遺棄行為在當時的致命性。

因此，我們從這段法律史看到的，遺棄罪確實已經在形式上以一個後人所說的「危險犯」規定，獨立在殺人未遂之外。但這個「危險」用語的出現並不足以表示遺棄罪所要規範的那種故意行為真的不是我們今天所說的殺人未遂。

⁵⁶ Taeger, a.a.O.(Fn.55), S.4.

⁵⁷ 有關「絕對無危險」規定，見：Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.91; 1851 年普魯士刑法和 1861 年修正後的拜爾邦刑法是例外。至於為什麼不是無罪？一個合理的解釋角度是，在這個時代，遺棄罪的立法目的其實是混合了保護生命和處罰義務違反兩種思維，因此即使被遺棄人無危險，行為人還是因為違背他的照顧義務而可罰。關於這兩種思維在這個時代遺棄罪裡交錯的關係，同樣見：Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.91-92.

⁵⁸ Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht: 2. Neudruck der Ausgabe 1930, 1995, S.88.

（三）德意志帝國刑法至今

一八七一年德意志帝國刑法在第 221 條規定了遺棄罪，這個條文主要內容幾乎原封不動一直沿用到一九九八年修法前的德國刑法典⁵⁹。這個條文形式上把遺棄罪和殺人罪的關聯分隔得更徹底：連「依謀殺罪或謀殺未遂」這樣的規定都沒有。這個條文帶來立法目的的爭議有多個層面。首先，它是一個統一先前各邦國遺棄罪的版本。所以在解釋上便帶入因為各版本差異所產生的問題。這個差異主要是指，有些版本使用了「危險」或「無危險」的字眼，有些版本使用了「避責意圖」（Entledigungsabsicht），亦即擺脫照顧責任的意圖的字眼⁶⁰。由於二十世紀前後，刑法學已經進入講究體系嚴謹的時代，因此這些用字差異，或者其背後所隱含的兩種思維的混淆⁶¹，便導致二十世紀初期關於遺棄罪是在保護生命法益免於危險，或在處罰違反義務行為之爭⁶²。到了一九七〇年代末間，德國學界則開始比較多地注意過去未曾細究的，在遺棄罪立法史中出現的「身體與生命（Leib und Leben）」字眼⁶³，並對於過去直覺地把遺棄罪解釋為防止「生命危險」的犯罪，以

⁵⁹ 期間只在 1976 年修法拿掉第二項中 „leiblichen“，把義務人延伸到養父母，1987 年用 „sie“ 取代 „dieselben“ 讓語句清晰。參考：Horn, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.1. 不過，從 1909 年以來其實也經歷過好幾次修法討論。詳見Laue, a.a.O.(Fn.11), S.11-17.

⁶⁰ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.90-91; 文字上「避責意圖」（顯照顧義務之違反）的有，黑森、巴登（Baden）及那騷（Nassau）等邦國刑法；突顯「危險」或「無危險」者，有普魯士刑法為代表；1861 年修正後的拜爾邦刑法則是兩者兼具。

⁶¹ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.87-92.

⁶² Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.185.

⁶³ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.86; Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.185.

及它的保護功能感到不滿⁶⁴。這導致了一九九八年的修法，將遺棄罪的立法目的正式定位為防止「重大健康損害危險」。

無論如何，這個在形式上把遺棄罪和殺人罪的關聯徹底分隔的條文，等於也宣告了遺棄罪作為保護個人生命（身體）法益的危險犯，和也是保護個人生命（身體）法益的殺人未遂是截然不同的兩個罪。然而，我們注意到的是，這樣一個形式的分隔，比較多的是對過去立法的形式繼受的結果，比較少的是對過去立法那種代價規定性質的反省。即使有普魯士刑法第 183 條第 3 項作為藍本，我們也懷疑，在「故意」概念轉變為以未必故意為準的時候，人們是否曾經認真考慮過當初繼受此一條文的正確性。總之，遺棄罪與殺人未遂之分，與其說是先有理論基礎才有立法，不如說先有立法才有所謂理論基礎。而這個理論基礎，即所謂危險故意與實害故意之分，在今天，終究還是受到了質疑。

二、德國學說及其檢視

（一）學說

關於遺棄罪的立法目的，前面說過，大約是在二十世紀前後，在德國開始進入理論上的討論。其間的論辯分為兩個階段，一是，「生命法益說」與「義務違反說」的選擇，第二則是「生命法益」與「身體法益」之爭。這些學說各有其在立法史、立法體系以及文字的依據，而爭論的產生其實也就是因為這整個實定法演進過程中，經常隱含著多重觀點混合的情形。三種立場的說法大致說明如下：

⁶⁴ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.97; Küper, Die Aussetzung (§221 Abs.1 StGB) – ein Lebensgefährdungsdelikt?, JZ 1995, S.168.

1. 「義務違反說」

這個以某些邦國或過去立法例為基礎（特別是只以母親為行為主體的法律規定）的目的觀⁶⁵，自然是主張，遺棄罪的目的在處罰有照顧義務者違反義務的行為。在這個目的觀之下，合理的推論是，被遺棄人是否陷入生存危險的狀態都不影響本罪的構成⁶⁶。不過，在構成要件的形成上則會要求行為人要有所謂「避責意圖」。

這個觀點，被認為在德意志帝國刑法及其後續的德國刑法的立法體系不容易站得住腳，因為在這兩部法典裡，遺棄罪都是放在侵害生命法益罪章當中。再者，許多人也認為，德意志帝國刑法終究是以普魯士刑法為核心承襲而來，因此在脈絡上仍不同於黑森邦等特別強調「避責意圖」的立法例⁶⁷。最後，它也不容易解釋遺棄罪條文裡的「陷於無助之境」（in hilfloser Lage）的文字⁶⁸。

2. 「生命法益說」：免於死亡

差不多也從「生命法益說」與「義務違反說」之辯開始，德國學界通說就大致接受了本罪是在保護生命法益的觀點⁶⁹。這個立場有著相對堅實的實定法依據。一者，遺棄罪安排在侵害生命罪章；二者，法

⁶⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, 8. Aufl., §4 II Rn.2; Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.187; Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.87.

⁶⁶ Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.186.

⁶⁷ Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Fn.65), §4II Rn.2; Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.91-92; Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.187.

⁶⁸ 這個說法主要是認為「陷於無助之境」已經含有「生命危險」的意思。見：Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.87。但也有看法認為，「陷於無助之境」並不當然有「生命危險」。見：Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.189.

⁶⁹ Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.190.

條中有著「陷於無助之境」；三者，本罪主要是以普魯士刑法為藍本制訂的；四者，普魯士刑法中「絕對無危險」的免罰規定，意味者「生命危險」要素的存在⁷⁰。

說是大致接受，主要是因為，二十世紀初的德國刑法學者，如 Radbruch，在回顧立法史的時候，其實也知道這個「生命危險」觀念的來源也包含那種寫著「身體與生命危險」(Gefahr für Leib und Leben)字眼的立法例⁷¹，而在帝國法院也曾經出現以「健康損害」(Gesundheitsschädigung)危險為已足的判決⁷²，只是可能是基於章節位置的緣故，或者因為焦點集中在「危險犯」與「義務」之辯，在「生命危險」與「身體與生命危險」的差異問題上就出現含混帶過，直接論以「生命法益」的現象⁷³。這含糊其詞的情形，到了七〇年代末八〇年代初開始出現明顯變化。

3. 「(重大)健康保護」說

德國學界觀點開始明顯轉向「健康保護說」以來，被提出來的論據包括幾點。一是，身體侵害的危險是立法史中經常被提到的⁷⁴；二是，從帝國法院到聯邦最高法院，一直出現承認「身體危險」為已足的判決⁷⁵；三是，帝國刑法以來的第 221 條文，始終以「重傷」和「死亡」一起列為加重結果事由，可見立法意旨不能當然解釋為只關心生命法

⁷⁰ Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.186-194.

⁷¹ Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.186.

⁷² Küper, a.a.O.(Fn.64), S.168.

⁷³ 檢視Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.186-194，可以發現Radbruch有時候把兩組詞交互使用，有時候好像又區別使用。

⁷⁴ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.99.

⁷⁵ Küper, a.a.O.(Fn.64), S.168-172.

益⁷⁶。第四個論點則是，「生命危險」和「重傷危險」實際上很難區分⁷⁷。

一九九〇年以後，健康保護說取得優勢影響力，取代了生命保護說成為學界通說⁷⁸，進而導致了一九九八年的修法。為了避免把處罰範圍擴及大家都認為不應入罪的普通傷害未遂，或者說為了避免這類批評的困擾，修正文字最後鎖定為「重大健康損害」，而「重大健康保護」也就成為目前被確定的立法目的解釋⁷⁹。

（二）檢視

1. 沒有對錯的論爭

看待這裡的德國學說，我們應該避免落入一種想法，即，將它們當作解釋論上誰比較對或不對的一場論爭。這裡根本上只是一種價值選擇的問題。事實上，早在Radbruch討論這個問題時，就已經非常清楚，他們放眼所看到的歐、美、亞十幾個國家，對於遺棄罪這個罪名所賦予的保護任務本來就各不相同。有的鎖定在生命，有的保護健康，有的在保護基本生活需求，有的甚至在保護家庭完整性⁸⁰。光看這一點就可以知道：德國刑法上的遺棄罪有什麼道理非要以保護生命或者保護身體法益來解釋呢？

⁷⁶ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.97 引用Dreher, Jähnke的看法；Küper, a.a.O.(Fn.64), S.174.

⁷⁷ Feloutzis, a.a.O.(Fn.27), S.97 引用Bockelmann的看法；Küper, a.a.O.(Fn.64), S.174-175.

⁷⁸ Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Fn.65), §4II Rn.3.

⁷⁹ Küper, Grundfragen des neuen Aussetzungsdelikts – zur Strukturanalyse des § 221 Abs.1. StGB n.F., ZStW 111, 1999, S.36-37; 此一修法結果和Küper 在修法前的意見可說完全一致。

⁸⁰ Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.195-197.

在德國，這個問題之所以成爲問題，只是因爲法學者不知道他們的立法者想法何在。當學者試圖要去找立法者的想法時，歷史脈絡、法條文字、體系位置就會被視爲他們的依據或者障礙。然而這些形式上的因素，說穿了，都是不穩定和不可靠的。德國學者對這個問題的爭辯本身就揭示了這個事實：每一個說法都多多少少有一些形式因素可循。如果我們再回顧一下上面臚列出來的那些論據，持平地去比較一下，我們真地能說「生命保護說」和「健康保護說」誰的論點「比較正確」嗎⁸¹？

事實上，德國遺棄罪最後被定位在「重大健康保護」，要說是「健康保護說」在理論上獲勝，倒不如說是希望遺棄罪提供更多保護作用的想法獲勝，是德國法院長期以來無視於本罪落在侵害生命罪章的事實，低調地用行動賦予遺棄罪更實際的保護功能的做法獲勝。Wilfried Küper 對「『生命危險』和『重傷危險』很難區分」這個說法的闡述，可以爲我們提供佐證。Küper說，「生命危險」和「重傷危險」其實在概念上是應該被區分的，在事實狀態上兩者也是可以區分的⁸²。只是，他又指出，從法院判決的事實裡可以看出來，當遺棄是把被害人置於無助之境的時候，被害人根本上是處於孤立狀態，而在孤立狀態中到底什麼時候事情會從只是重大傷害危險發展成生命危險是非常難料的。所以如果一定要鎖定在生命危險，那麼將使某些已經陷入孤立的人處於保護真空狀態（Schutzlosigkeit）⁸³。這個說法正好表露了主張「健康保護」的最底層的理由，也等於在爲德國法院的實際作爲背書。

問題關鍵在於大家對遺棄罪保護功能的期許到哪裡，這一點從

⁸¹ 至於「義務違反說」的形式論據，參見下文。

⁸² Küper, a.a.O.(Fn.64), S.194.

⁸³ Küper, a.a.O.(Fn.64), S.194-195.

Radbruch的表現也可以看出來。Radbruch在宣告德國遺棄罪保護目的是生命法益之後，立即很不安地質疑這樣的法律是否提供足夠的保護功能。他不斷提到人家的法律又是保護身體法益（雖然他根本沒有詳細討論德國遺棄罪能不能也做同樣解釋），又是保護基本生活需求，表示對於當前這個規定保護功能限制的不滿⁸⁴。到了後來Radbruch甚至提出修法草案，主張制定所謂一般性危害生命身體條款來取代或補充遺棄罪⁸⁵。也許我們可以大膽地說，如果Radbruch可以和後人一樣，在技術上找出著力點，他可能也會同意把遺棄罪就解釋為以健康法益作為保護目的的起點。

總之，既然連遺棄罪條文被安排在侵害生命罪章的事實都無法阻擋德國法院把保護範圍擴張到健康法益，也無法阻擋健康保護說晉升為德國通說，那麼學說裡那些歷史因素、體系因素或文字因素等等，到頭來都只是方便解釋者落實心中對遺棄罪保護功能的想像的論述工具而已。就像我國學者顏厥安教授在其書中說到的，像歷史、體系和比較法這些解釋要素其實並不規定我們應該如何解釋，而只是「指導我們『可以』如何解釋」，「協助我們朝向合理的解釋結果前進」⁸⁶。

2. 重新考慮「義務違反說」

既然遺棄罪立法目的的界定問題關鍵在於我們對它保護功能的期許，那麼公平地說，德國學界也沒有理由一定要把「義務違反說」排除在外。特別是，遺棄罪坐落的位置既然不能當作阻卻健康保護說成立的理由，那又為什麼可以據此排除「義務違反說」？對於這麼一個

⁸⁴ Radbruch, a.a.O.(Fn.43), S.194-195, 200.

⁸⁵ Laue, a.a.O.(Fn.11), S.14.

⁸⁶ 顏厥安，法與實踐理性，頁 162，允晨文化（1998）。

抗辯，可以想像的回答是，義務違反和生命侵害兩者相差太遠，不該混為一談。不過，即使是這樣的回答恐怕也還有商榷的餘地。

其實我們可能很少好好想過「義務違反」和「生命侵害」兩者在法律保護目的脈絡下的意思。首先，「義務違反」不可能真的是法律的「保護目的」。在這裡我們最多只能說，「照顧義務」是保護目的。可是「照顧義務」本身其實也稱不上是保護目的，除非它代表著被照顧人（或其他人）利益的增減。事實上，我們對照顧義務人的要求就是要他提供被照顧人利益。因此，在「義務違反」理解下的遺棄罪，應該就是像美國各州遺棄兒童罪（*criminal abandonment of children*; *criminal desertion of children*）的立法。關於這點，我們觀察美國各州立法的體系與文字就可以明白。例如，科羅拉多州法就把遺棄兒童（十八歲以下）的行為歸入「不為撫養罪」（*nonsupport of children*），作為其中的一種類型。而這裡所謂撫養，指的是「提供適當照顧、食物和衣物」或使其入學⁸⁷。阿拉巴馬州法，遺棄兒童（十八歲以下）罪也緊接在不為撫養罪之後，屬於侵害家庭罪章（*offenses against the family*）⁸⁸。根據阿拉巴馬州上訴法院*Crossley v. State*, 1932 判決，針對遺棄行為的有罪判決，就是要求被告必須回歸家庭並履行其提供生活支持的義務⁸⁹。因此，可以簡單地說，美國各州州法上的遺棄兒童罪實質的目的經常就是在保護兒童的生活福祉（*welfare*; *well being*; *Wohl des Fürsorgepflichtigen*）⁹⁰。

⁸⁷ C.R.S.A §14-6-101.

⁸⁸ Ala. Code 1975 §§13A-13-5; 13A-13-4.

⁸⁹ *Crossley v. State*, 25 Ala. App. 284, 145 So. 170, 171 (1932).

⁹⁰ 美國科羅拉多州最高法院在*People v. Elliot* (1974) 判決裡闡明不為撫養罪（*criminal nonsupport*；當時的C.R.S. 1963, 43-1-1）的合憲性時指出，國家對

至於「生命侵害」或「生命保護」，一貫的解釋固然就是「使人免於死亡」的意思，不過，仔細想一想，所謂法律對於生命的保護也未嘗不能有一種更積極的意義。從這個角度看，一個以「義務違反說」為解釋基準，亦即以確保受撫養權利人基本生活支持為目的的遺棄罪，其實也就是一種積極意義的生命保護規定。放在侵害生命罪章裡，也不能算是真的關係遙遠。

更進一步地來看，儘管德國通說很早就基於體系上的理由，排除了「義務違反說」作為解釋他們遺棄罪的根據，但是這種理由並不真的那麼堅強與絕對。除了在體系位置上並非不能做出合理連結之外，我們也可以說，在一九九八年修法之前，德國刑法第 221 條並沒有真的寫入「危險」字眼，「生命危險」的涵意也只是學者解釋出來的結果。再加上，遺棄罪中「無助之境」的用字在學說上也有認為，只是指「有援助需要的狀況」，並不等於就有具體危險⁹¹，那麼在這些事實基礎上，又有什麼理由認為「違反義務說」絕對受到形式因素的阻礙呢？因此，這裡的看法是，我們作為一個旁觀者，應該避免過快地跟隨那種排除「義務違反說」的結論。

總之，以「義務違反說」為解釋基準，其意義就是把遺棄罪的保護門檻設在比「免於死亡」更早的基本生活所需的保護。它不但和其他兩個學說一樣，都是立法價值的選項，而且實際上也是在當時實定法形式可以容納的選項。德國一九九八年的修法固然明確地排除了「義

不履行撫養義務施以刑事制裁的正當利益，在於確保兒童的健全生活，同時也在避免他成為公共負擔。People v. Elliot, 186 Colo. 65, 525 p. 2d 459, 460 (1974).

⁹¹ 關於「無助之境」與「危險」要素的關係，參考Horn, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.3; Eser, a.a.O.(Fn.6), §221 Rn.9.

務違反說」在德國復活的可能，但是那應該理解為德國人對於他們的遺棄罪保護功能做出了最後的選擇，對我們現行法的脈絡而言，「義務違反說」並沒有因此喪失參考價值。

3. 現行通說下仍然未決的問題

德國在一九九八年修法之後，「重大健康保護」作為遺棄罪立法目的的唯一解釋是已經確定的。這個修正最大的意義，應該是使遺棄罪對於殺人罪（生命侵害）的補充作用得到某種程度的落實。但是我們對於在此解釋下，遺棄罪存在正當性的疑慮並沒有消除。因為，只要遺棄罪仍然被解釋為一種故意的製造重大健康法益危險的犯罪，那麼它和重傷未遂的關係，就如同原先和殺人未遂的關係一樣，仍然是一個疑問。這個疑問，如果沒有適當的解決，仍有可能使得透過修法所追求的補充作用最後落空，甚至留下反噬的效果，如果我們仔細考慮德國刑法第 225 條及 226 條所定刑度的話⁹²。

⁹² 德國刑法第 225 條「對受保護權利人凌虐罪」，處六個月以上十年以下有期徒刑，未遂犯罰之。StGB §225 »Mißhandlung von Schutzbefohlenen«: „(1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die 1. seiner Fürsorge oder Obhut untersteht, 2...quält oder roh mißhandelt, oder... wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar...“ 第 226 條「重傷罪」，其中故意重傷處三年以上十年以下有期徒刑，未遂犯罰之。StGB §226 »Schwere Körperverletzung«: „(1) Hat die Körperverletzung zur Folge, daß die verletzte Person 1. das Sehvermögen auf einem Auge oder beiden Augen,...so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren. (2) Verursacht der Täter eine der in Absatz 1 bezeichneten Folgen absichtlich oder wissentlich, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.“ 故意重傷未遂雖然沒有在第 226 條中特別寫出來，但因為重傷罪在德國刑法的理解上就是刑法第 223 條傷害罪

三、我國的學說及實務狀況

我國在理論上對於遺棄罪立法目的解釋，長期以來都是以生命保護，亦即免於死亡的保護為準。其主要根據，大概就是刑法第二九三條「無自救力之人」以及第二九四條「不為其生存所必要之扶助」的字眼⁹³。

不過，在另一方面，比較沒有人注意到的是，我們的法院實際上已經透過判決把保護範圍延伸到「違反義務說」的保護程度。這其中扮演關鍵性角色的，應該是最高法院八十七年台上第二三九五號判例。最高法院在這則判例中指出，「二十九年上字第三七七七號判例所稱：『若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之

(Körperverletzung)的結果加重，而第 223 條第 2 項已有未遂犯處罰的規定，因此在解釋上通說都認為，故意重傷未遂當然要罰。見：Tröndle/ Fischer, StGB, 50. Aufl., 2001, §226 Rn.18。至於未遂犯之刑度，依德國刑法第 23 條第 2 項，是得依既遂犯之刑減輕之。見StGB §23 »Strafbarkeit des Versuchs«: „... (2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (§49 Abs.1).“

⁹³ 褚劍鴻，刑法分則釋論Ⅱ，頁 976，臺灣商務印書，二次增訂（1995）；蔡墩銘，刑法各論，頁 59，三民書局，修訂五版（2006）；林山田，刑法特論（上），頁 93，三民書局，再修訂初版（1987）；林山田，刑法各罪論（上），頁 101，自版，修訂五版（2005）；林東茂，刑法綜覽，頁 2-23，一品文化出版社，修訂四版（2006）。許澤天，論遺棄罪—可予簡化的刑法罪章，收錄於戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，頁 185，林山田教授退休祝賀文集編委會（2004）。實務見解參見 27 年上字第 1765 號判例的措詞：「所謂無自救力之人，係指其人無維持生存所必要之能力而言」。87 年台上字第 2395 號判例的措詞：「於無自救力之人之生存有危險者」另外，也有傾向把生命與身體法益併論，並不明顯區別的情形，見甘添貴，體系刑法各論（第一卷），頁 224，自版，修訂再版（2001）。

養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪』，應以於該義務人不履行其義務之際，業已另有其他義務人爲之扶助、養育或保護者爲限；否則該義務人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存自有危險，仍無解於該罪責。」在此判例之後，各地方法院紛紛做成判決，把被撫養人留置在醫院以後便置之不理，或者接到政府社政單位或安養機構通知後仍不負起被安置人的撫養責任的情形，通通以遺棄罪論處⁹⁴。

表面上，最高法院八十七年台上第二三九五號判例雖然宣稱，在沒有其他義務人履行義務的情形下，義務人不履行其義務是「對於無自救力人之生存自有危險」，但證諸那些隨之而來的判決，這個「生存自有危險」之說並不是事實。在受撫養權利人事實上已經受到照料的情況，法院之所以仍然需要爲他擔心，其理由應該不在於他有立即的生存危險，而是接下來因爲缺乏義務人的付出，權利人所受生活照顧的品質及持續性都無法獲得確保。除此之外，法院也很有可能考慮到，這些照顧責任的轉嫁可能造成事實上在實施照顧的機構成本過重，長期來看可能危及社會照顧資源的分配。也因此我們看到，一旦有法院又回歸事實的危險判斷而對這種情況做出無罪判決時，社會安

⁹⁴ 南投地方法院 91 年度訴字第 429 號判決；台中地方法院 94 年度訴字第 1553 號判決，台中地方法院 95 年度訴字第 3395 號判決，台中地方法院 96 年度訴字第 1325 號判決。相反的判決，見桃園地方法院 90 年度訴字第 258 號判決，另外，有一些判決，在結論上認定將嬰兒或父母留置在醫院或安養機構的行爲並不構成遺棄罪，不過，理由是法院認定被告事實上有照顧行爲，或者並無不聞不問之意。例如，台中地方法院 95 年度訴字第 3162 號判決；台北地方法院 94 年度訴字第 1545 號判決，台北地方法院 95 年度訴字第 3628 號判決。

養機構就會表達出極度的憂心⁹⁵。

事實上，從義務違反說的角度來看，遺棄行為的處罰固然就是要求負照顧義務之人提供被照顧人應有的生活支持；但是在另一方面，以「義務違反」（*Verletzung der Fürsorgepflicht*）或者「不為撫養」（*nonsupport*）作為用語形式，其背後隱含的用意也包含了考慮義務人不盡其義務時，被照顧人的生活支持可能轉化為第三人的利益負擔。這一點，無論從德國學者對於德國刑法第 170 條「違反撫養義務罪」意旨的解釋⁹⁶，或者從同樣屬於「義務違反說」思維的美國兒童遺棄罪相關判決都可以得到印證⁹⁷。

總之，這是一個比生命保護或者重大健康保護更廣泛的利益考量。如果不是這樣想，那麼我們的最高法院其實應該遵循過去的判例，並且像德國通說那樣，把被遺棄人實際上還受有第三人保護的情形都算做沒有具體的生命或健康危險，不構成遺棄罪⁹⁸。

最高法院八十七年台上字第二三九五號判例以及遵循它而來的近十年的實務判決以其偏離通說的法律解釋主導了遺棄罪在現實上的保護功能，這讓我們想起在德國也發生的同樣的經驗。從德國經驗來看，我們不應該過快地認為我們的法院傾向義務違反說的立場就是錯的。事實上，從我國遺棄罪章的坐落位置、文字用語等線索來看，我們只有更少而不是更多的理由來排除義務違反說。所以，真正的問題仍然是，法院的做法是否也正是我們對遺棄罪的保護功能的期待？透過以

⁹⁵ 「控告棄養敗訴 養護機構反彈」2007-09-07/聯合報/C2 版/高雄縣新聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

⁹⁶ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 170 Rn.1.

⁹⁷ 同註 90。

⁹⁸ Eser, a.a.O.(Fn.6), §221 Rn.7.

上的觀察，剛好給我們一個機會重新考慮，我們在理論上透過文字繼受而來那種固有的立法目的觀，和法院所實踐出來的法律保護功能之間，到底哪一個才是我們心之所屬。

四、小結

以上有關遺棄罪立法目的的討論，目的在顯示，遺棄罪從一個旨在為強（罪）者贖罪的法律轉化為為弱者伸張的法律，人們一路上似乎都在為這個罪名本身尋求贖罪之道。無論「生命危險」、「健康危險」或「義務違反」其實都是在為它找出那個作為殺人罪補充規定的補充功能，讓它變得不但正當而且還有用。在這些嘗試的過程中，和所有法律解釋工作一樣，大家多少要面對實定法在形式上的種種羈絆。然而，正好在德國遺棄罪舊法那種立法形式，以及承襲它而來的我國的立法形式上，我們發現，那些羈絆其實是相當鬆弛而有彈性的。因此，現在的情況是，學說上出現的「生命保護說」、「重大健康保護說」以及「義務違反說」至少對我國目前的法律狀態而言，並不能在形式問題上決出勝負。

參、遺棄罪作為侵害生命或身體法益的「故意危險犯」

一、概說

無論在立法目的上採取生命保護或者重大健康保護的立場，一般沒有爭議的看法是，遺棄罪和其他絕大多數危險犯規定一樣，是一種

故意的危險犯。多數的看法同時還主張，它是一種故意的具體危險犯⁹⁹，少數則主張它是抽象危險犯¹⁰⁰。兩種主張的差異，在於前者認為除了認定被遺棄人有陷於無助之境的事實之外，法官還必須進一步為具體危險的判斷，後者則認為有陷於無助之境的事實，就已經是陷於危險¹⁰¹。不過，由於抽象危險犯的意思便是「推定危險存在」的意思，所以不管是哪一種主張，總之要構成遺棄罪，在結果上都是必須有生命或重大健康危險存在，這一點是一致的。同樣的道理，只要肯定有危險存在，那麼作為故意犯，也就一定有危險故意存在，無論它是法官個案另為判斷或者是推定出來的結果。

就像前面提到的，通說這種解釋遭遇的問題是，遺棄罪要如何與殺人或重傷未遂區分。通說已經確定的是，遺棄罪和殺人或重傷未遂在客觀不法上並無不同。也就是，使無自救力之人陷於無助之境，或者陷於無助之境而且有生命或重傷危險的客觀狀態就是一種著手殺人的客觀狀態。差別只在於一個「只是危險故意」，另一個則是「實害故意」。因此，現在我們要處理的就是這個「危險故意」與「實害故

⁹⁹ Küper, Die Aussetzung als konkretes Gefährdungsdelikt, Jura 1994, S.513-514; Struensee, in: Dencker/Nelle/Stein/Struensee, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 2. Teil, 1998, S.29; Eser, a.a.O.(Fn.6), §221 Rn.8; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Fn.65), §4II Rn.4; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., 2001, §221 Rn.7, 10; Jähnke, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.5; Neumann, in: Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 2. Aufl., 2005, §221 Rn.31ff.; Wessels/Hettinger, a.a.O.(Fn.5), Rn.198. 國內採此說者，見林山田，刑法各罪論（上），同註 93，頁 101；許澤天，同註 93，頁 185。

¹⁰⁰ 國內採此說者，見甘添貴，前揭註 93，頁 228；林東茂，危險犯與經濟刑法，頁 29，五南圖書出版有限公司，初版（1996）。

¹⁰¹ 甘添貴，體系刑法各論（第一卷），頁 225-226，自版，修訂再版（2001）。

意」的區分是否真的可行。

二、「危險故意」

(一) 危險與實害

危險故意與實害故意的區分，是一個刑法總則上的觀念。這個區分的基礎，依照通說，首先就是「危險結果」和「實害結果」的區別¹⁰²。其中，實害結果是所有人都能理解的，例如，殺人罪的實害結果就是一個人的死亡，重傷罪則是一個人受了重傷。關鍵在於「危險結果」。那麼什麼是「危險結果」呢？從通說中我們能找到的說明最多是，危險結果就是危險狀態¹⁰³。問題是，危險狀態作為一種平行於「實害結果」概念的「危險結果」，究竟又是什麼意思？

從「危險結果」這個用詞來看，通說在運用「危險」這個概念時是把它當作平行於實害結果的一個「事實概念」來看。這也是為什麼通說會堅持，因為「危險結果」和「實害結果」是不同的故意客體，

¹⁰² 在一百年前Franz v. Liszt展開論述關於危險故意並非實害間接故意的論述時就指出，或然故意是針對「結果的實現」(Wirklichkeit des Erfolgseintrittes)，危險故意是針對「結果發生的可能性」(Möglichkeit des Erfolgseintrittes)，所以兩者不同；v. Liszt, Lebensgefährdung, a.a.O.(Fn.20), 1 52. 當今的刑法教科書，例如，Tröndle/Fischer刑法註釋書，也複製了這個說法。它說：「具體危險（的直接或間接）故意只是指涉危險狀態（Gefahrenlage）發生的故意，而非損害發生（Schadenseintritt）的故意。因此，它與間接故意要嚴加區隔」；Tröndle/Fischer, a.a.O.(Fn.99), §15 Rn.11h. 亦可見：Frisch, Vorsatz und Risiko (1983), S.290, 292.

¹⁰³ 參考林鈺雄，新刑法總則，頁 94-95，自版（2006）；林山田，刑法通論（上），頁 241-242，自版，增訂九版（2005）。

所以「危險故意」和「實害的未必故意」不可能相同¹⁰⁴。我們可以說，把「危險」看做一種事實概念，或者把「危險」看一種事實類型，是構成通說理解危險犯，特別是危險故意的最核心的基礎。

然而，問題在於「危險」並不是一個事實概念。我們知道，開槍射死一個人，我們可以在地上看到一個叫做死亡的事實，這個事實在殺人罪來說就是一個實害結果。如果開槍射擊一個人而沒有打中，我們則都會同意，這個開槍行為「是一個危險的事實」。不過，如果進一步問，我們怎麼樣看到一個叫「危險」的事實呢？我們就會發現，和死了人的情況不一樣，無論我們在整個事件裡怎麼找，在射擊者的手指或板機、彈頭，或子彈飛過的彈道上找，在彈著處找，乃至於被射擊者的身上找，我們都找不出一種叫做「危險」的事實。

在客觀世界裡，我們可以找到一個死亡結果的事實，可是卻找不出「死亡危險」的事實，這一點並不妨礙我們認為「對人開槍是一個危險的事實」，為什麼？這是因為當我們說出「對人開槍是一個危險的事實」這句話的時候，腦中會浮現開槍射死人的經驗、知識或想像，我們把這些想像投射在一個「對人開槍的事實」，然後說當下這個行為危險。所以，「危險」其實是說話者本身對事實的一種詮釋，是說話者賦予事實的意義，如此而已。危險本身並不是事實。

所以，「危險」根本只是一個人或一群人對某個事實所表示的意見，或者說只是一個人或一群人對於某個事態發展下去會不會有實害結果出現的預估¹⁰⁵。雖然有時候，我們也會在一個事實確定不發生實

¹⁰⁴ 同註 102。

¹⁰⁵ 刑法學上也經常討論「風險」（Risiko）和「危險」概念的差異。參考：Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S.55-57. 由於「風險」的意義也是對某種結果發生的預估，因此，不免讓人懷疑把「危險」也理解為某種結果發生的

害結果的時候，例如開了槍但沒射中的情形，仍然說它有危險，但是這個危險判斷並不是真的所謂事後判斷。事實上，我們是把想像回溯到原來那個開槍動作的時點來說這些話，而在語義上（semantically），則是在期待下次不要再做同一件事，因為我們預估下次那個動作「可能會發生實害」。

因此，危險犯實際上就是立法者預估有危險的不容許行為，具體危險犯則是立法者不能完全預估某種行為模式有無危險，而委託給法官在個案中去更精確地確立應該被預估為有危險的行為模式的規定。而「危險故意」的設定，則是我們要求國家必須在行為人自己預估也有危險的時候，才動用刑罰權。總之，我們可能在不同場合在意不同的人對危險的預估，但無論如何，「危險」本身就是一個人或一群人對實害發生可能性的預估。

危險就是某種不利益結果發生的可能性，亦即，某種實害結果發生的可能性，這是理解危險與實害關係的唯一角度。連通說本身也會說，危險乃實害發生的（高）可能性¹⁰⁶。重點是，這個角度不能被轉化成，危險結果是平行為實害結果的另一種結果這樣的說法，因為這種轉化帶入了危險是一種事實概念的含義，並且產生誤導。通說的問題正出在於，一方面它也說危險乃實害發生的（高）可能性，另一方面卻也相信這句話代表危險也是一種「結果」。所以，當有人質疑，危

預估是否正確。其實，如果真的要說這兩個概念的差異，其差異也是語義上的。亦即，我們使用「風險」的概念時，通常傾向於只做預估而不打算對預估結論做出好壞評價，使用「危險」概念時，則傾向在預估之外還要表示不喜歡或者希望迴避的價值態度。但不管怎麼樣，這個差異並不會改變「危險」是一種觀念而非事實概念的事實。

¹⁰⁶ 參考註 123。

險既然是實害發生的（高）可能性，那麼危險故意和實害的未必故意（實害可能性的故意）應該並無不同的時候，通說就會再度避入這個說法：因為「危險結果」和「實害結果」是不同的故意客體，所以「危險故意」和「實害的未必故意」不可能相同。

總之，「危險」只是一種觀念陳述，並不是某一種事實。危險和實害概念的關係，也只能以「危險是實害發生可能性」這個語句來理解，別無其他。

（二）危險故意與實害故意

1. 危險故意產生的脈絡

跳開關於危險相對於實害概念的理解，學說上還是有一些區別危險故意與實害故意的說法。其中有「量」的區別理論，有「意」的區別理論。另外，也有理論主張，危險故意根本不是故意，而是有認識過失。在理解與檢討這些理論之前，我們應該先注意一個可能很重要卻被忽略的脈絡問題。

我所說的脈絡問題是指，當德國刑法學在發展危險犯概念時，一開始他們就把刑法分則裡面的所有危險犯規定用一個簡單的方式來分成故意的危險犯和過失的危險犯。亦即，凡是文字上沒有出現過失字眼的，都被歸類為故意危險犯。這麼做當然也有實定法上的依據，也就是德國刑法第 15 條（我國刑法第十二條第二項）的規定。只不過，這個簡單的處理方式，因為並不是真的——審視各個犯罪規定之後得到的結果，因此它所帶來的風險，就是忽視了各罪名之間的異質性。例如，我們把放火罪（德國刑法第 306 條，我國刑法第一七三條第一項）歸類為故意危險犯，要求要有危險故意；同時，我們把持有爆裂物品罪（德國刑法第 310 條準備爆裂物品罪，集會遊行法第 27 條；我

國刑法第一八六條第一項)也歸類為故意危險犯,也要求要有危險故意。然而,立法者對這兩個罪名所設定的處罰基礎很可能並不相同。例如,在放火罪,立法者明顯地只打算處理點火時知道接下來可能出人命行為,而把點火時沒想到接下來會出人命的情形留給失火罪處理。但是在持有爆裂物品罪,即使持有者並不認為接下來就會出人命,容我們大膽地推斷,卻仍然是立法者設定要處罰的對象¹⁰⁷。

由於放火罪和持有爆裂物品罪在立法上所設定的處罰基礎有上述的差異,因此,要把兩罪要求的主觀不法,去脈絡化地用同一個概念,即「危險故意」概念來統括,就會製造一種三難的困境。亦即,如果危險故意的涵意要以放火罪的脈絡為準,就會使持有爆裂物品罪的立法目的受到折損;反之,如果是以持有爆裂物品罪的脈絡為準,則會使放火罪的處罰擴張到失火罪的範疇。最後,如果不想犧牲任何一罪的立法初衷,「危險故意」概念就不可能得到一個一致性的意義。

在本文看來,正是因為上述這個困局,或者說,正是因為一開始那個去脈絡化的思考方法,使得我們對危險故意的理解至今仍陷於理論上的紛紛擾擾。如果我們想從困局中找一條真正的出路,到最後恐怕不得不回頭從這個方法上的盲點下手。

¹⁰⁷ 德國拜爾邦最高法院(BayObLG)在1973年6月28日一則判決對準備爆裂物品罪(當時StGB §311a)的主觀不法要件做了這樣的解釋:「準備爆裂物品罪的有罪判決,並不以行為人對預期要進行的引爆爆裂物行為(in Aussicht genommene Tat),其侵害目標、攻擊方法以及使用爆裂物的時間已經有具體想像為必要。僅需行為人知道或預計,大致上(allgemein)會有一個利用他所製造、取得、保存、讓與或引進的爆裂物進行的引爆行為發生,且其準備行為可促使引爆行為發生,即為已足。亦不以有意圖為必要。」。見:BayObLG vom 28.6.1973 = NJW 1973, S.2038.

2. 危險故意與實害故意的區別理論（「客體差異」之外）

在未考慮前面所說脈絡差異的情形下，學說也在「危險故意是針對危險的故意，實害故意是針對實害的故意」這個基本論調（姑且稱為客體差異說¹⁰⁸）之外，發展出來幾種不同的論述。當然，這裡的實害故意指的是實害的未必故意／或然故意。以下是對這些說法的簡介：

（1）量差理論

這個理論認為，危險故意和實害故意的差別是或然程度的不同，亦即：把實害的或然故意界定為高度的或然故意，危險故意界定為低度的或然故意。Franz v. Liszt在一百年前的說法可視為代表。他說：或然故意是「想像結果的發生是不可避免的（unerlässlich）」，而危險故意所想像的則是結果「可能不會出現」（darf sie nicht vorliegen）¹⁰⁹。現今學者之中也有類似的說法。例如在Artz/Weber的刑分教科書裡說到：「故意的（具體）危險相較於故意的實害構成要件而言，是一個較底層（eine tiefere Stufe）的構成要件，亦即，同一法益的故意實害行為會蓋過故意危險行為，使後者成為補充構成要件」¹¹⁰。

另外，刑法學者Eberhard Struensee在討論一九九八年德國遺棄罪修正規定時也主張，危險故意只要認識「危險處境（gefahrbezügliche Umstände）」即為已足，不需要以實害的可能性（Möglichkeit）為認識內容，「否則危險故意就等同於實害故意，危險故意就是多餘的」。

¹⁰⁸ Frisch: 危險故意與實害故意的區分關鍵在故意的客體（Gegenstand des Vorsatzes）。見：Frisch, a.a.O.(Fn.102), S.292.

¹⁰⁹ v. Liszt, a.a.O.(Fn.20), 1 52.

¹¹⁰ Artz/Weber, Strafrecht BT, 2000, §36 Rn.11; 亦見：Hardtung, in: Miebach/Sander, MK-StGB, Band 3, 2003, §221 Rn.26.

他主張危險故意應該是介於實害或然故意與有認識過失中的一種中間類型¹¹¹。

(2) 意的要素理論

Ulrich Weber的說法是代表，他主張：危險故意與實害故意在知的角度並無不同，但在意的角度（voluntative Seite）則有別。他說：「實害的未必故意需要有認可（Billigung）的態度，而如果信賴（vertrauen）實害不發生，則會阻卻實害故意，僅存危險故意。」¹¹² 同樣的見解，也見Wolfgang Frisch¹¹³，Georg Küpper¹¹⁴。Küpper並強調，這裡所謂的信賴，指的是「當真的（ernsthaft）」信賴，而這個「當真的信賴」也意味著行為人並不接受結果發生¹¹⁵。

(3) 「危險故意是有認識過失」理論

主張危險故意就是有認識過失的說法，有兩種角度的立論。一是認為，危險故意是對「未來」發生結果的可能性有認識，但對於當下發生結果的可能性則無認識，而這也是認識過失的意思。這個說法可以Karl Engisch為代表¹¹⁶。另一個角度則認為，所謂危險故意，和實害故意不同，它是指雖然認知到結果有發生可能性，但基於當下的某些條件，信賴結果並不會發生，而這正也是認識過失的定義。這是

¹¹¹ Struensee, a.a.O.(Fn.99), Rn.47.

¹¹² Artz/Weber, a.a.O.(Fn.110), §35 Rn.103.

¹¹³ Frisch, a.a.O.(Fn.102), S.291.

¹¹⁴ Küpper, Das Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), S.774.

¹¹⁵ Küpper, a.a.O.(Fn.114), S.774. ◦

¹¹⁶ Engisch, a.a.O.(Fn.58), S.402.

Reinhard v. Hippel的說法¹¹⁷。

這兩種說法，一個傾向從認知要素的角度，一個傾向於意願要素的角度切入，不過，如果我們仔細比對Eberhard Schmidhäuser對於有認識過失的解釋¹¹⁸，應該可以發現，它們全都是同一個意思。總之，藉用Schmidhäuser的說法，這個理論就是主張，所謂「危險故意」是指對於實害結果的發生有一般經驗的認識，對於具體實害的發生則無認識的情形，也因此和實害故意，亦即針對具體實害發生可能性的認識（及意欲），有所不同。

（4）等同理論

這個理論主張，危險故意根本就是實害的或然故意，兩者並無差別。這個理論的看法很簡單，即「危險」就是實害發生的可能性；所謂有危險故意，就是行為人預估（prognosieren）可能發生實害¹¹⁹，就是行為人認知他的行為在現在的處境可能導致法益侵害的發生（並且有意願）¹²⁰。此說的代表人物在德國是Eckhard Horn，在我國則為黃榮堅教授¹²¹。

另外，持同一主張的Carsten Laue還指出，無論從量或意願要素的角度想要把危險故意和實害故意區分開來，到最後，危險故意一定會變成對具體實害的發生沒有預見也沒有意欲，而等同於有認識過失。

¹¹⁷ v. Hippel, Vorsatzprobleme der Straßenverkehrsgefährdung de lege ferenda, ZStW 75, 1963, S.449.

¹¹⁸ Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984, Kap.7/100; 亦見黃榮堅，同註5，頁423。

¹¹⁹ Laue, a.a.O.(Fn.11), S.56.

¹²⁰ Horn, a.a.O.(Fn.5), vor §306, Rn.13.

¹²¹ 黃榮堅，同註118，頁463-475（頁465）。

反過來說，有認識過失既是對具體實害沒有預估，當然也是對具體危險沒有預估，根本不能稱之為危險故意¹²²。

3. 理論的檢視

(1) 關於量差理論

在檢視量差理論的時候，我們首先注意到v. Liszt自己對於「危險」概念的說明。他說：「危險概念等同於幾近實害的可能性」(Der Begriff Gefahr deckt sich mit der nahen Möglichkeit einer Verletzung)¹²³。很明顯地，v. Liszt接下來對實害故意和危險故意區別，即，或然故意是想像結果的發生是不可避免的，而危險故意所想像的則是結果可能不會出現，至少在措詞上和前面的說法發生了矛盾。這讓我們非常疑惑，「幾近實害可能性」和「結果可能不會出現」到底哪一個是危險故意的真正基礎？

量差理論在抽象論述的層面，不但會引起前面的疑惑，也在另一個角度上製造理解上的困擾。當今的通說在單獨談到或然故意的時候已經指出，或然故意並不要求高度認知，或然故意的行為人對於結果的發生「既非追求，也非肯定(nicht für sicher)，而只是認為有可能(nur für möglich)」¹²⁴。顯然「只是認為有可能」和「認為不可避免」

¹²² Laue, a.a.O.(Fn.11), S.56.

¹²³ v. Liszt, Lebensgefährdung, a.a.O.(Fn.20), 1 51. 這個說法今天也還存在，見 Frisch, a.a.O.(Fn.102), S.293; Jänke, a.a.O.(Fn.5), § 221 Rn. 9; 林山田，同註 103，頁 242：「危險乃指發生實害的高可能性」；林鈺雄，同註 103，頁 95：「具體危險犯是指……實害的密接可能性」。

¹²⁴ Tröndle/Fischer, a.a.O.(Fn.99), §15 Rn.9; 另參見：Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 10. Aufl., 1995, §20 Rn.10, 48.

是有落差的，那麼，到底實害的或然故意又該以那一個為準？

同樣主張量差的Struensee顯然充分意識到這一點，所以他特別要把具體危險故意降得比「認為有可能」來得更低一點，說是對「危險處境」有認識。問題是，對危險處境有認識，到底是指行為人認知實害結果在當下處境可能實現，亦或指，行為人只是認知當下的處境一般而言有發生實害的可能性？若是前者，則還是看不出來和「認為結果可能發生」有什麼不同；若是後者，則看起來又已經等同於「有認識過失」了¹²⁵。

除了抽象意義的曖昧不明之外，這種以量區分的做法也可能遭遇可行性的問題。讓我們假設這樣一種量化標準：認識結果發生的可能性在百分之二十以上者屬於危險故意，百分之四十以上者屬於實害或然故意。再讓我們假設一種情況：一個人在認知實害風險為百分之二十的情形下，射出飛鏢，殺死了另一個人。試問，這時候我們對行為人應該如何論罪呢？是論以普通殺人罪？或是過失致死罪？抑或「危險故意致人於死罪」？如果刑法中真的另有「危險故意致人於死罪」、「危險故意傷害罪」或「危險故意強制罪」，則這種量的區分或許還說得通。問題是，現實上並沒有這種規定。因此，這種認知風險為百分之二十而致人於死的情形，最終若非歸入普通殺人罪，就是得歸入過失致死罪，所謂較低或然率的危險故意到了這裡根本就失去獨立存

¹²⁵ Struensee強調，所謂「對危險處境有認識」是指對作為危險表徵的構成要件有認識，而不包括對侵害實現可能性的推論。我們看不出來這個說法和有認識過失的意思有何不同。Struensee雖然把此一解釋下的危險故意定位成實害故意與有認識過失的中間類型，不過，他同時卻也顯得困惑。所以他最後的結論是，這個概念最後到底要算入故意或過失還是個未決問題。Struensee, a.a.O.(Fn.99), Rn.48-50. 關於有認識過失見註 118 及其本文。

在的意義。

(2) 關於意的要素理論

意的要素理論中，危險故意相對於實害故意的關鍵差異在於所謂信賴實害結果不發生，而且是信賴在當下處境實害結果不發生。不過在這裡，學者沒有把「信賴」的意義說得更清楚。從理解的角度來說，一個行為人會信賴結果不發生，應該指的是他在評估當下情境之後，認為有理由相信結果就是不會發生，或者說發生可能性只稱得上是萬一（vom Zufall abhängig¹²⁶）。就像學者們常舉的交通事件的例子，例如，近身超車，駕駛人相信憑其技術或者車子的超高性能，這麼危險的事情在他做來還是會安全脫身。事實上，所謂當真的信賴，就是行為人對於當下的結果已經做出了終局的判斷，判斷實害不會真的發生，或者說發生可能性真的很低。所以，把當真的信賴理解為不接受實害結果，這樣的理解也是對的。只不過，就像Laue所說的，既然已經終局的判斷結果實現的可能性為零或真的很低，豈還能稱得上有「危險認知」（和意欲）？或「危險故意」？到這裡，「故意」這個用詞，無論在德文或中文，都已經距離它的字義太遙遠了。

所以，就像 v. Hippel 或者 Laue 所理解的，這種訴諸無實害意願的說法，到最後也只有使「危險故意」一詞等同於「有認識過失」了。

(3) 整體檢視

到現在為止，無論我們看到的理論，或者我們所提出的評論，都明顯的是在語意（meaning）上打轉。從這些語意邏輯的分析，我們大致發現，「危險故意」這個詞大約只有兩種出路，一個是併入有認識

¹²⁶ 這個措詞見Küpper, a.a.O.(Fn.114), S.774.

過失，一個是併入實害故意。然而，令人懷疑的是，「危險故意」既然是被用來解釋危險犯規定的不法內涵，那麼它必然代表著某種評價觀點，我們有沒有可能只憑語意分析就決定這個概念的內涵？

在我們面對危險故意要走向有認識過失或者實害故意的時候，這是一個很好的時機，讓我們重新檢視一開始所說的那個「危險故意產生的脈絡」問題。首先，我們看v. Hippel。v. Hippel在一九六三年主張危險故意就是有認識過失的時候，他正在關切的其實是交通違規犯罪，特別是醉態駕駛動力交通工具行為入罪化以後的法律適用問題。這些規定，亦即德國刑法第 315a條（酒後暨嚴重違規駕駛火車船艦航空器罪），第 315c條（重大違規駕駛罪）及第 316 條（醉態駕駛罪）等規定，都是故意危險犯的形式。v. Hippel透過臚列統計數字和法院判決要旨來揭示，法院在這些條文的解釋上，對於其中「危險故意」的判斷根本就是以「有認識過失」為準¹²⁷。v. Hippel自己支持這個做法，理由很簡單：在人們因為交通違規行為致人死傷。行為¹²⁸。換言之，如果危險故意要求的是對具體實害可能性有認識，那麼那些自恃開的是保時捷所以有本事任意超車的人就算真的肇了事，法院恐怕也處罰不到，而這些交通違規犯罪的立法目的最後也就會落空¹²⁹。

以上是v. Hippel的立論脈絡。至於Horn談論他的危險故意等於實害故意，則是在放火罪。我們注意到，當他把放火罪這裡的說法沿用到第 315 條等罪的時候，對前人v. Hippel的說法並沒有什麼回應¹³⁰。

¹²⁷ v. Hippel, a.a.O.(Fn.117), S.446-447, 451-453.

¹²⁸ v. Hippel, a.a.O.(Fn.117), S.86, 449.

¹²⁹ Reihard v. Hippel擷取了一則關於開保時捷肇事被判有罪的法院判決。v. Hippel, a.a.O.(Fn.117), S.449.

¹³⁰ Horn, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.11.

我在這裡要說的是，如果把「危險故意就是有認識過失」就放在交通違規犯罪的脈絡來理解，v. Hippel的主張就顯得有其必要¹³¹。但是如果放進放火罪裡，就會覺得它會造成放火罪和失火罪的混淆。反之，把「危險故意等於實害故意」放在放火罪裡理解不會有什麼問題，放在交通違規犯罪，則恐怕立法目的真的會落空¹³²。這兩種說法都可以成立，但是都只在個別的立法目的之下成立¹³³。

因此，真正的狀況是，在一個「危險故意」盒子裡，裝的其實是兩個不同的東西，它們不能彼此否定。剩下的問題只是，我們要如何術語上把兩者區隔，避免混淆和無謂的爭執。

¹³¹ 事實上，Felix Herzog與Peter Cramer也在交通違規犯罪的脈絡下主張，「危險故意」只需對表徵危險的情境有認識，不需要對實害可能性有所推論。前面說過，這種解釋已經和有認識過失的意思沒有差別。見Herzog, in: Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O.(Fn.99), §315 Rn.27; Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB, 27.Aufl., 2006, §315c Rn. 41；並參見註 125。

¹³² Burkhard Jähnke 在反對Horn危險故意等於實害故意的見解時，所舉的判決也是關於交通違規犯罪的案件。例如BGH vom 24.7.1975，德國聯邦最高法院認為，以駕車衝撞方式迫使人讓路的行為，即使行為人在最後一刻轉向來避免後果，仍然已經構成德國刑法第 315b條第 1 項第 3 款的故意危險駕駛行為。見：Jähnke, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.36; BGH vom 24.7.1975 = NJW 1975, S.1934. 不同看法，見黃榮堅，同註 118，頁 475。

¹³³ 德國聯邦最高法院 1964 年做成一則關於德國刑法第 223a條危險手段傷害罪的判決。在判決中，法院表示刑法第 223a條罪裡故意以有侵害生命危險的手段實施傷害行為，這裡的危險故意，是只要對那個產生致命危險的情境（Umstände）有認識，例如認知到自己把人打到倒地（人倒地的時候有可能使腦部受傷從而死亡），就已經足夠，不需要有致死結果的認知。這是一個從立法目的去解釋危險故意的好例子，值得我們參考。BGH vom 23.6.1964 = NJW 1964, S.1631.

4. 本文見解—區分形式危險故意與實質危險故意

犯罪的不法內涵是以所要保護的法益為解釋依據。犯罪的主觀不法的解釋也是如此。就危險故意與實害故意的關係來講，同一法益保護目的下的危險故意與實害故意，並沒有所謂「故意客體」的差異，因為「危險」本身並不是一個客體。法益危險只是對發生法益侵害結果的預估，只是一種觀念表述。如果真的有所謂危險故意的客體，則那個客體和實害故意的客體一樣仍然是法益本身。

同樣地，回歸保護目的角度來觀察，我們發現：刑法分則當中以故意犯形式存在的危險犯規定，依其個別立法目的，有一些應該解釋為以實害故意為要件，有一些則應該解釋為以有認識過失為要件。由於我們一開始過於簡單地以「危險故意」一個詞來概括全部這些形式上的故意危險犯，導致我們把這兩種情形相互混淆，到最後甚至相互否定。要解除這種局面，技術上一個可行的方法，是把「危險故意」概念再區分為「形式危險故意」與「實質危險故意」（或者「非真正危險故意」與「真正危險故意」），以前者指稱有認識過失，後者指稱實害故意。

在這裡，我們所提出來對德國刑法學上「危險故意」理論的觀察和建議，算起來其實並不特殊。如果我們稍微一探英美法上關於故意概念（intention）的理解，就會看到和這裡幾乎一模一樣的法學問題在那裡上演。我指的是，關於「故意」概念（intention）和「輕率」（recklessness）概念的關係。

在英美法的刑法學中，「recklessness」作為一個主觀罪責要件(fault requirement; subjective guilt requirement)的邊際概念，它大致上是和

「intention」共同構成故意罪責（mens rea）的範疇¹³⁴，也就是行爲人對其行爲所生結果（consequences; harm）或產生結果的可能性（risking; probable result）有認知的責任範疇¹³⁵。在這裡，recklessness作為故意罪責的一種¹³⁶，固然指的是較低度認知的態樣¹³⁷，但仍是對於具體事件的發生結果可能性的認知¹³⁸。不過，另一方面，英美法上同時還認為，recklessness這個輕率概念也可能，或者也應該向下延伸到那種忽視明顯可見的後果而採取高風險（hazardous）行爲的情形。值得我們注意的是，當英美法學者在一九五〇年代把recklessness用來涵蓋忽視明顯後果的高風險行爲時，他們所要處理的問題是危險交通行爲，並用它作為建立危險交通行爲的刑事責任的論述基礎¹³⁹。這個論述背景，和德國學界把危險故意概念用在危險交通行爲的背景如出一轍。不同的是，英美法到了後來，因為注意到同一個輕率概念被用來同時指涉應該分屬故意與過失責任所帶來的混淆，因此，又把recklessness一詞區隔為“advertent recklessness”（有認識的輕率）和“inadvertent recklessness”（or “Caldwell recklessness”）（無認識的輕率），讓前者歸屬故意責任，後者歸屬過失責任¹⁴⁰。

¹³⁴ ASHWORTH, PRINCIPLE OF CRIMINAL LAW, CLARENDON PRESS, 83-84, 152-53 (1995).

¹³⁵ *Id.* at 175.

¹³⁶ 在這裡使用故意「罪責」的字眼，是因為從英美法現有的犯罪概念分析架構來看，它比較像過去德國法上，以客觀要件為不法，以主觀要件為罪責的觀念，因此，姑且藉用這種觀念下的措詞。

¹³⁷ ASHWORTH, *supra* note, at 154.

¹³⁸ *Id.* at 167-68.

¹³⁹ ASHWORTH, *supra* note at 154, 176.

¹⁴⁰ *Id.*

總之，本於我們對於德國「危險故意」概念背後方法論的考察，並參照英美法的平行經驗，本文在這裡主張，我們應該把當前德國法上所使用的「危險故意」，依其各自所屬罪名立法目的的不同，區別為「形式（非真正）危險故意」與「實質（真正）危險故意」，以前者指稱有認識過失，後者指稱實害故意。這個做法，直接的好處就是讓每個犯罪規定各安其所，不再相互混淆，也不再彼此否定。第二個好處則是，藉由理論的調整，使那些實質上應該以有認識過失為要件，形式上卻無過失字眼的規定，能繼續在「故意」一詞的掩護下得到合目的的解釋，從而避開刑法第十二條第二項「過失犯之處罰以有明文規定者為限」規定的限制。

三、「遺棄故意」的解釋及其問題

德國學界對於遺棄罪的一致看法是，它是一個「故意的具體危險犯」。不過，就這個具體危險犯的危險故意的理解，目前有兩派不同見解。多數見解強調，既是具體危險犯，則其故意也必須包含對具體危險的認識¹⁴¹。少數說，例如Struensee，則主張這裡的危險故意只以認知「危險處境」為已足，並不需要所謂對具體實害可能性，亦即具體危險，的認識¹⁴²。至於德國法院對於遺棄故意的理解是採取上述何

¹⁴¹ Eser, a.a.O.(Fn.6), §221 Rn.12; Horn, a.a.O.(Fn.5), § 221 Rn.11; Wessels/Hettinger, a.a.O.(Fn.5), Rn.205; Rengier, a.a.O.(Fn.26), §10 Rn.10; Hardtung, a.a.O.(Fn.110), §221 Rn.25; Gössel/Dölling, Strafrecht BT, 2. Aufl., 2004, §7 Rn.20; Neumann, a.a.O.(Fn.99), §221 Rn.34; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O.(Fn.65), §4II Rn.2; Laue, a.a.O. (Fn.11), S.57, 66.

¹⁴² Struensee, a.a.O.(Fn.99), Rn.44-47; Jähnke, a.a.O.(Fn.5), §221 Rn.36; Krey, Strafrecht BT I, 12. Aufl., 2002, Rn.133; Tröndle/Fischer, a.a.O.(Fn.99), § 221 Rn.12.

種立場，這一點目前還看不出來¹⁴³。

由於「具體危險」無論在實務或者學界，都一致認為指的是在當下事實條件下有發生結果的高度可能性¹⁴⁴，那麼，如果要依多數說在遺棄故意裡貫徹具體危險概念，其結果，就如Struensee也認為的，遺棄故意就要完全被殺人或者重傷的實害故意所涵蓋¹⁴⁵。到最後，遺棄罪不管是被定位在生命保護或重大健康保護，它都會在殺人或重傷未遂規定的面前完全喪失存在價值。

到這裡，我們已經能夠理解何以 Carsten Laue 把遺棄罪解釋為重傷未遂的「闡明規定」。因為在把遺棄故意理解為「具體危險故意」，亦即理解為實害故意的情形下，這種解釋或許是保存遺棄罪這個罪名的唯一方法。不過，我們不能忘記，德國遺棄罪規定的刑度是低於重傷未遂的（在我國也一樣）；一旦遺棄罪被解釋成一種重傷未遂，那麼它也就只能是一個重傷未遂的減輕規定。這個結果，不只使學理上宣稱遺棄罪是補充規定的說法完全喪失意義，也使遺棄罪根本喪失立法正當性；剩下來，再說它有什麼形式意義也都只是無謂之詞。

四、「遺棄故意」作為有認識過失的解釋及其結果

（一）轉化解釋的必要性

德國刑法學者Volker Krey 在他的教科書裡援用了本文開頭提到

¹⁴³ 就像註 3 提到的BGH vom 27.3.1953 這則判決。法院在這裡既說，遺棄故意是行為人認為其行為至少有可能導致生命或身體危險，又說傷害故意必須是至少有造成健康損害的或然意思（in bedingter Form der Wille）；NJW 1953, S.1071. 此外，參考Struensee, a.a.O.(Fn.99), Rn.50.

¹⁴⁴ 見註 123 及其本文。

¹⁴⁵ Struensee, a.a.O.(Fn.99), Rn.47.

的德國聯邦最高法院一九六六年的判決，作為解說遺棄罪的案例。書中敘述的案情大致上與判決書所記載的相符，不過，對於主人翁，即為遺棄行為的這位母親，另外加上了一些心理描述。它是這樣寫的：行為人在外地逗留三天的期間，「她很清楚自己的行為對於小嬰兒有危害生命的作用，但是她還是信賴他不會那麼剛好就餓死、渴死或凍死，而且也信賴另外的孩子不用她操心。」¹⁴⁶於是，在這個敘事基礎上，Krey的結論是，對最後死亡的嬰兒而言，行為人不具備殺人故意，但具備遺棄故意，所以構成遺棄致死罪¹⁴⁷。這個結論和判決是一致的。

從Krey敘述案情的技巧，我們可以大膽地說，如果不是靠著這段心理描述，恐怕作者也沒有把握可以說服別人（或自己？），行為人沒有殺人故意。在本案的判決原文裡，對於行為人的心理狀態，只說到行為人雖然明知自己並沒有為孩子做更多的準備，但是為了要製造一些混亂，引起公部門的注意，所以決定要延遲歸期¹⁴⁸。若是按照判決的敘述，特別是再考慮到判決所提到的房屋失修又沒有暖氣的事實，其實是足以讓人懷疑，行為人主觀上是不是已經構成對中間結果（死亡結果）的認識（與接受）了。我們也懷疑，Krey避開判決原文，而採用自己的敘事方法，是否正是因為他也認為，照著原文走可能會得到不一樣的結論。

我們當然也可以繼續懷疑，在德國特里爾市（Trier,該案第一審法院所在地），在也許下著雪的聖誕節後三天的時間裡，一個把十個月大的嬰兒留在沒有暖氣也沒有準備牛奶，只有五歲和八歲的兄弟姐妹陪伴的破舊屋子裡的媽媽，真的可以「信賴」這個小孩可以撐過三天，不

¹⁴⁶ Krey, a.a.O.(Fn.142), Rn. 133.

¹⁴⁷ Krey, a.a.O.(Fn.142), Rn. 139.

¹⁴⁸ 同註 1。

被餓死渴死或凍死。不過，從理解的角度來說，我們知道，Krey 教授就是要把事實設定成行為人沒有想到真的會死人的情況。這一個設定透露出來的規範面的訊息是，Krey 認為遺棄罪就是用來處理那種行為人沒有想到侵害結果最後會實現的情況，而且也只有在這種情況，遺棄罪才不會成為殺人未遂或重傷未遂的俘虜，從而能真正展現它的存在價值。

（二）轉化解釋的可行性

Krey這種運用遺棄罪的方式，實質上就是把遺棄罪當作一種有認識過失犯來看待。亦即，把它拿來規範那種輕率的冒險行為，那種因為過度自信或過度信賴運氣而沒有採取迴避措施的行為¹⁴⁹。遺棄罪因而和殺人或重傷罪所要非難的情況，亦即，已經盤算到最終侵害結果而仍不想或不願迴避的情況，確實有所不同。這個不同並不是單純的量差的不同，而是行為人對事件發展的終局判斷有所不同。

到這裡，讓我們再一次回顧 Krey 刻意改變敘事方法的做法，這個做法可能還有更多的寓意。亦即，他提醒我們，在那些遺棄人並使人

¹⁴⁹ 有一則事件敘述可以協助我們理解這裡所說因為過度信賴運氣而採取的冒險行為：「她（一名母親）用帶著可愛棒球圖案的嬰兒床單把小嬰孩裹起來。嬰孩身上則戴著一條天使項鍊並穿著氈製尿布。她小心奕奕地把他放在一個一定有人會發現他的地方，一輛停在離印地安那波里郡醫院二百呎遠的車子旁邊。天空下著雪，雪花散落在這個蠕蠕作動的嬰孩四週。沒有人聽到他的聲音，他的哭聲漸漸變得微弱。終於，有個到外頭來抽根菸的女子注意到雪地上這個小小的一束東西。不過這時候已經太遲了。」見：Frederica Mathewes-Green, *Born to Live, Left to Die - A Look at Baby Abandonment Laws* (2004), available at: <http://www.christianliferesources.com/index.php?library/view.php&articleid=433> (last visited 2007/11/10)。

陷於無助之境的事件裡，行為人面對被遺棄人的孤立處境時，並非真的都已經盤算出最終的侵害結果，有時候，行為人也真的可能是出於過度自信或過度信賴運氣而採取了遺棄行為。Krey 把案例中行為人的心態描述成「信賴結果不發生」固然是一種刻意的安排，但是我們也無法否認，它確實也是可能存在的一種情形。

現在，我們再用有認識過失的概念重新解釋一下「遺棄故意」。「遺棄故意」是一種形式的危險故意，指的是對於自己的行為導致相對人陷於無助之境有認識，但對於相對人生命或身體具體危險的存在並無認識。所謂「無助之境」，指的是一種孤立狀態，而且是對於可能發生的生存（重大傷害）風險缺乏自我確保能力的孤立狀態¹⁵⁰。行為人認知自己使相對人陷於欠缺自我確保能力的孤立狀態，但對於相對人生命或身體具體危險的存在並無認識的情形，例如，把一個初出生的嬰兒棄置在醫院門口的情形，也就是行為人認知自己的行為是一種常識上的生命或身體風險行為，但同時也只是認知自己的行為是一種常識上的風險行為¹⁵¹。

把遺棄罪解釋為一種侵害生命或身體法益的有認識過失的危險犯之後，遺棄罪在刑法分則體系上的位置，其實就是一種過失致死或過失致重傷的未遂犯規定。從這個位置來看，其刑度低於殺人或重傷未遂就是合理的。不過，比較有問題的是，無論在德國或我國刑法，遺棄罪的刑度都有高於過失致死或過失致傷害或重傷罪的現象¹⁵²，由於

¹⁵⁰ Horn, a.a.O.(Fn.5), §211 Rn.3.

¹⁵¹ 此一解釋，實際上和Struensee所代表的德國對於遺棄故意的少數見解是一致的，只不過他們並沒有認知到，這個解釋已經使遺棄故意實質上成爲一種有認識過失的概念。

¹⁵² 德國沒有過失致重傷罪，過失傷害罪（StGB §229）刑度爲三年以下有期

遺棄罪並不以發生死亡或重傷結果為要件，因此，在刑度比較上就會出現輕重失衡的結果。關於這個問題，我們留待稍後討論。

（三）轉化解釋的結果

把遺棄罪解釋為一種侵害生命或身體法益的有認識過失的危險犯，使得通說所謂「一旦遺棄行為人主觀上已經（超過危險故意）達到實害故意，就應該論以殺人未遂」的說法¹⁵³，在某一個角度上變得可以理解，也讓德國聯邦最高法院一九六六年二月二十四日的遺棄罪判決，甚至其他的德國遺棄罪判決，例如，認為把爛醉的酒客丟到酒店外的雪地導致其凍死的行為構成遺棄致死罪而非殺人罪的判決¹⁵⁴，找到可以合理解釋的基礎。不過，必須強調的是，這些判決或說法，也唯有以行為人事實上對於自己的行為只有常識上的風險認知，而並沒有想到結果真的會發生為前提，才是正確的。如果法院的認知是行為人已經具體想像到事件的後果，或者認為已經具備「具體危險故意」，那麼就應該認為行為人已經達到殺人或重傷著手的階段，而不能只論以遺棄罪了。

最後，按照這個解釋，前面提到的將初生兒放置在收容機構門前，醫院門口等行為，我們的法院都認為構成遺棄罪，在結論上應該都是正確的。此外，把三歲女孩棄置在國小校園內，或把出生十六天的嬰兒放置在香火鼎盛的廟宇等行為也都應該構成遺棄罪¹⁵⁵。至於將初生

徒刑，遺棄罪則為五年以下有期徒刑。

¹⁵³ 同註 6。

¹⁵⁴ KG vom 31.8.1972 = JR 1974, S.72ff.

¹⁵⁵ 見註 16 至 23 本文。

兒留置在荒野草叢¹⁵⁶ 或者橋下河邊¹⁵⁷，則應該已經構成殺人未遂。

五、中間結論(之一) - 一併考慮生命保護與重大健康保護的選擇

首先，在生命或身體保護的基礎上，遺棄罪應該被解釋為一種形式故意犯，實質上的有認識過失危險犯規定。只有如此，遺棄罪才能繼續在生命或身體保護的範疇中維持其立法價值。其次，讓遺棄罪透過這種轉化解釋繼續存在，在價值取舍上也是適當的，因為我們很難想像，國家可以容許一個人把三歲小孩棄置在公園，任他自己去面對說不準什麼時候會出現的生命或身體風險，只憑藉著他對運氣的信賴。再者，透過對「危險故意」的重新詮釋將遺棄罪解釋為有認識過失犯，在技術上是可行的，因為「危險故意」自始就是理論產物，其理論上的涵義本來就是一種目的解釋的結果。這個解釋方法和遺棄罪條文的文字也沒有扞格。

至於對我國而言，遺棄罪的立法目的應該在生命和身體保護之間做如何的選擇，本文的看法是，德國學者Wilfried Küper的說法是有道理的，亦即，遺棄行為既然是使人陷於孤立且無自我確保能力的狀態，那麼在這個狀態下一定要限於生命危險的保護，那種保護在現實上可能已經沒有太大的意義。因為事情要從重大的健康威脅進展到死亡威脅可能就只是一瞬間的事。誠然，我們的遺棄罪有著「不為其生存所必要之扶助、養育或保護」這樣的用字，但是這裡的文義也不必然是

¹⁵⁶ 「太保發現女棄嬰 臍帶未斷」2007-10-13/聯合報/C2 版/嘉義縣市新聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

¹⁵⁷ 「男嬰棄置野溪堤防 臍帶未斷」2007-11-26/聯合報/C2 版/桃竹苗宜花新聞，資料來源：聯合知識庫，<http://udndata.com>。

狹義的。因為「生存」並不是只能從死亡的相對意義來理解，「生存」也可以是指「生活」，「生存所必要」也可以理解為生活的基本需要或基本品質。一個明顯的佐證是，憲法第十五條所定的「生存權」就不被理解為單純的免於死亡的權利。總之，我國遺棄罪條文的用字並不構成我們援用德國「重大健康保護說」的必然障礙，遺棄罪章的體系位置更不是。本文認為，移植重大健康保護的觀念作為我國遺棄罪立法目的的解釋，是正當而且妥當的選擇¹⁵⁸。

最後，以過失重傷未遂的內涵來解釋遺棄罪，會在刑法第二九四條第一項這裡發生刑度比過失重傷罪為重，而有輕重失衡的問題。這可能是個問題，但是問題的解決卻未必是讓遺棄罪重回實質故意犯的解釋。必須注意的是，造就這個結果的因素之一，也正是我們的刑法第二八四條第一項過失致重傷罪，就和第二七六條過失致死罪一樣，原本就有法定刑過輕的問題。其次，當遺棄罪被解釋為有認識過失犯時，由於有認識過失是一種輕率的過失，是一種較重的過失責任，因此在這個角度上，其刑度的相對加重並非絕無道理。事實上，刑法中也經常可見，因為高風險行為所帶來的過失重傷結果會導致刑度大幅提昇的情況，例如，墮胎致重傷罪、強盜致重傷罪、強制性交致重傷罪等都是。另外，我們還注意到，同樣是遺棄罪，刑法第二九四條第一項的法定刑卻遠高於第二九三條的規定，那麼顯然，第二九四條第一項刑罰提昇的理由，並不盡然是不法角度的考量，相反地，更多是因為身份因素而加重對行為人的譴責，換言之，是有責任層次的考量。總之，這個問題其實是多重因素造成的結果。和重回實質故意犯解釋的做法相較，刑度問題還可以透過通盤的檢討，以修法方式解決，反

¹⁵⁸ 不同見解，見許澤天，同註 93，頁 185。

而是重回實質故意犯的解釋根本上會使遺棄罪喪失存在必要性，因此，結論是，把遺棄罪做有認識過失犯的解釋，仍然是可取的做法。

肆、遺棄罪作為保護基本生活福祉的規定

一、概說

前面已經談過，關於遺棄罪立法目的的界定，一開始就有多重選擇。雖然德國通說以及跟隨而來的我國通說都主張，德國式的遺棄罪若非以生命保護為目的，就是以健康保護為其目的，並不考慮所謂「義務違反說」；不過，我們也說過，這種堅拒「義務違反說」的立場，其理由，特別是所謂體系或文字因素的理由實際上並不充分。所謂「義務違反說」，以正面表述的方式來理解，它應該指的是「基本生活福祉」的保護。如果就我國遺棄罪的立法文字來看，刑法第二九四條第一項當中「生存所必要之扶助、養育或保護」，本來也可以理解為「維持基本生活所需之扶助、養育或保護」，就如憲法第十五條的「生存權」不當然要狹義地理解為免於死亡的權利一般。同時就體系位置來看，我國的遺棄罪章又是置於殺人罪、傷害罪甚至墮胎罪章之後，這其實也很契合於「保護基本生活福祉」的解釋。

就我國的現況來說，前面也說過，我們的遺棄罪條文其實已經在司法實踐之中，透過以最高法院八十七台上第二三九五號判例為首的一系列判決，走上了保護基本生活福祉的方向。站在國內理論界向來的立場，法院這麼做應該是錯的。不過，在這一章裡，我們要透過更多來自美國、加拿大等國的立法例和相關判決來檢視，我們法院造就遺棄罪內涵轉向的做法是否具有可行性與正當性。

二、若干立法例與相關判決

本文在第二章第二節裡已經提到幾個美國法的例子，如阿拉巴馬州、科羅拉多州的立法，用來作為我國法院合理化其作為的參考基礎。在這一節裡，我們要再引入若干美國州法立法文字與相關判決，順帶也要看一看加拿大遺棄罪與德國違反撫養義務罪的立法文字，供作參照。

(一) 美國

1. 阿拉巴馬州

阿拉巴馬州州法 §13A-13-5 遺棄罪規定：「(a)十八歲以下兒童之父母、監護人或其他負照顧或監護之責之人，基於遺棄故意棄置此等兒裡於任何場所者，構成遺棄罪。(b)遺棄罪為C級重罪。」¹⁵⁹ 州法§13A-13-4 不為撫養罪則規定：「(a)對於配偶或十九歲以下兒童在法律上負撫養義務，有能力撫養，但故意不為撫養者，構成不為撫養罪。……(d)不為撫養罪為A級輕罪。」¹⁶⁰ 在這裡，遺棄罪是不為撫養罪的特別類型¹⁶¹。

2. 科羅拉多州

科羅拉多州州法 §14-6-101 不為撫養罪規定：「任何人故意忽視或拒絕對其配偶或十八歲以下子女，包括自然血親或收養之子女……提供合理的生活支持 (reasonable support and maintenance)，或於其配偶或子女生病時故意忽視或拒絕提供適當照顧、食物、衣物……或拒

¹⁵⁹ Ala. Code 1975 § 13A-13-5.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ 見註 89 及其本文。

絕給付法院指定寄養之人應付之費用…或基於遺棄故意而離開此等子女……者……構成第五級重罪。」¹⁶² 同樣地，在這裡遺棄是不為撫養罪的一種行為類型。

關於遺棄行為和不為撫養罪在這裡的關係，還可以由科羅拉多州最高法院一九六六年 *Gallegos v. People* 判決看得出來。法院在該案判決中確認，被告離開其子女一年，在此期間有足夠收入但沒有給付子女任何金錢的行為，構成故意遺棄（willfully abandonment），同時，法院也確認事實審法院依不為撫養罪的規定處以五年有期徒刑的判決是合法判決¹⁶³。另外，最高法院在一九一五年 *Laws v. People* 判決中還指出，與被遺棄子女共同生活的媽媽有自我供養的能力並不足以免除父親的遺棄罪責¹⁶⁴。

3. 加州

加州刑法典第 271 條遺棄兒童罪（Willful Desertion of Child）規定：「十四歲以下兒童之父母或對此等兒童負有養育或教育之責之人，基於遺棄之故意（intent to abandon）將此等兒童棄置於任何場所者，令入州或郡監服一年以下有期徒刑，或科或併科一千元以下罰金。」¹⁶⁵ 本罪和第 270 條不為撫養罪（failure to provide）同屬於「遺棄暨忽視兒童罪章」（Abandonment and Neglect of Children）。不僅如此，第 270 條除了規定對未成年子女故意不提供（willfully omits to furnish）必要之衣物、食物、住居所或醫藥照顧構成這裡的不為撫養行為之外，也在同條第 2 項規定了，證明遺棄之事實（proof of desertion or

¹⁶² C.R.S.A §14-6-101.

¹⁶³ *Gallegos v. People*, 161 Colo. 158, 420 P. 2d 409, 410 (1966).

¹⁶⁴ *Laws v. People*, 59 Colo. 562, 151 P. 433 (1915).

¹⁶⁵ Cal Pen Code § 271.

abandonment) 即足以認定行為人無法律上正當理由而不為撫養行為，兩罪規定的刑度也相同¹⁶⁶。因此，遺棄罪在這裡同樣也是不為撫養罪的一種類型

4. 賓西法尼亞州

賓州州法第 4304 條危害兒童福祉罪規定：「十八歲以下兒童之父母、監護人或其他負監察其福祉之責（supervising the welfare）之人，或僱用或監督此等監察人之人，故意違背照顧、保護或撫養義務而危害此等兒童之福祉者，構成本章所定之罪。」其罪責為一級輕罪，如果是連續犯，則為三級重罪¹⁶⁷。而根據賓州法院歷來的判決，例如 *Commonwealth v. Stewart* (1892)¹⁶⁸, *Commonwealth v. Pflueger* (1901)¹⁶⁹, *Commonwealth v. Chatham* (1901)¹⁷⁰, *Commonwealth v. Pflueger*, *Commonwealth v. Young* (1957)¹⁷¹，遺棄行為也屬於本罪規定的範疇。其中 *Commonwealth v. Chatham* (1901) 一案還顯示，將一個四歲小孩留給無力照顧的祖父而自行離家遠去的父母，也構成本罪¹⁷²。另外，賓州高等法院（Superior Court of Pennsylvania）曾在 *Commonwealth v. Fewel* (1995)，以及 *Commonwealth v. Foster* (2000) 等判決中闡明，第 4304 條規定旨在廣泛地保護兒童的生活福祉¹⁷³。

¹⁶⁶ Cal Pen Code §270.

¹⁶⁷ 18. Pa.C.S.A. §4304.

¹⁶⁸ *Commonwealth v. Stewart*, 12 C.C. 151 (1892).

¹⁶⁹ *Commonwealth v. Pflueger*, 10 Dist. 717 (1901).

¹⁷⁰ *Commonwealth v. Chatham*, 26 C.C. 31 (1901).

¹⁷¹ *Commonwealth v. Young*, 37 Wash. Co. 214 (1957).

¹⁷² *Commonwealth v. Chatham*, 26 C.C. 31 (1901).

¹⁷³ *Commonwealth v. Fewel*, 654 A.2d 1109, 439 Pa.Super. 541 (1995); *Commonwealth v. Foster*, 764 A.2d 1076 (2000).

另外，有兩個判決值得注意。一者，賓州高等法院在Commonwealth v. Grassmyer (1979) 判決裡指出，第 4304 條危害兒童福祉罪並不以人身傷害為要件，人身傷害是另外一個罪名¹⁷⁴。第二，賓州最高法院在Commonwealth v. Kellam (1999) 判決，確認高等法院的第二審判決，認定被告故意支配嬰兒的母親，使她連續在二十四至四十八小時期間不給予嬰兒任何飲食，導致嬰兒死亡，不僅構成危害兒童福祉罪，也構成謀殺罪¹⁷⁵。

5. 伊利諾州

伊利諾州刑法典 §12-21.5 遺棄兒童罪規定：「(a) 十三歲以下兒童之父母、監護人 (guardian) 或其他對兒童為人身照顧或管理 (physical custody or control) 之人，枉顧兒童之心理或身體健康、安全或其生活福祉 (welfare)，在認知 (knowingly) 該兒童未受有十四歲以上有負責能力之人之監督的情形下，離開該兒童二十四小時以上者，除依親生棄兒保護法 (Abandoned Newborn Protection Act) 規定免責之情形

¹⁷⁴ Commonwealth v. Grassmyer, 402 A.2d 1052, 266 Pa.Super. 11 (1979).

¹⁷⁵ Commonwealth v. Kellam, 740 A.2d 1145, 559 Pa. 714. (1999); 719 A.2d 792 Super. (1998)。在這裡值得我們一併考慮 1992 年 5 月 27 日美國夏威夷州最高法院做成的State of Hawaii v. Sharon Anne Klafta (1992) 刑事判決。在本案中，被告 (Sharon Klafta) 在某天清晨二點鐘把當時一歲四個月大的幼女 (Heather Klafta) 棄置在住家附近的湖邊然後回家。隔一天下午，女孩被人發現時已經脫水，口中有泥土，身上多處瘀青，骯髒，並且已經有蛆開始吃她。送醫時，原來評估女孩活不過二十四個小時，不過最後意外地康復了。在這段期間，被告跟她的大女兒和前夫謊稱小女兒是被社工帶走或說她是被人綁走了。法院根據此事實判決被告構成二級謀殺未遂 (attempted second degree murder)。被告上訴至第三審，夏威夷州最高法院維持原判決。State of Hawaii v. Sharon Anne Klafta, 73 Haw. 109, 112 (1992).

外，構成兒童遺棄罪。」¹⁷⁶。這條規定坐落在刑法典中的傷害罪章（Bodily Harm）。不過，關於本罪的構成，並未以傷害或者類似傷害字眼為要件¹⁷⁷。

6. 奧瑞崗州與阿肯色州

有別於前面這些例子，美國奧瑞崗州和阿肯色州的遺棄罪立法有不同旨趣，在內涵上反而接近我們所熟悉的德國法規定。

奧瑞崗州州法 §163.535 遺棄兒童罪規定：「(1)十五歲以下兒童之父母、法定監護人或其他依法負照顧或監護之人，基於遺棄故意將其棄置於任何場所者，構成遺棄兒童罪。(2)遺棄兒童罪為C級重罪。……」¹⁷⁸ 和上述其他州法不同的是，奧瑞崗州的這項立法和州法 §163.555 不為撫養罪有比較明顯的區隔。雖然父母或監護人對十八歲以下兒童故意不提供必要的生活所需，根據 §163.555 的規定，也是C級重罪¹⁷⁹，但奧瑞崗州上訴法院在 *State v. Laemo* (1975) 判決中曾解釋，§163.535 遺棄罪的立法目的是在保護兒童免於人身危險（a hazard of personal injury），與不為撫養罪不同¹⁸⁰。

阿肯色州州法 §5-27-205 第一級危害未成年人福祉罪（Endangering welfare of minor – First degree）則規定：「(a) 未成年人之父母、監護人或其他在法律上負照顧或監護之責之人，或對未成年人負有管束之責（supervision）之人，有目的地為下列行為者，構成危害未成年人福祉罪……(2) 依情形有致死或重大身體傷害之風險，而離

¹⁷⁶ 720 ILCS 5/12-21.5.

¹⁷⁷ 2001 年新生棄兒保護法規定免責條款 325 ILCS 2/1 et seq.

¹⁷⁸ O.R.S. § 163. 535.

¹⁷⁹ O.R.S. § 163. 555.

¹⁸⁰ *State v. Laemo*, 20 Or.App. 516, 533 P.2d 370 (1975).

棄十歲以下未成年人者。(b)危害危害未成年人福祉罪為D級重罪。」¹⁸¹從法條文字看來，這項立法的意旨明顯地和德國現行遺棄罪一致，也應該被理解為所謂的重大健康保護。

(二) 加拿大

加拿大刑法典第 218 條遺棄兒童罪規定：「遺棄或拋棄 (exposes) 十歲以下兒童，致其生命遭受危害或有危害之虞，或其健康遭受重大傷害或有重大傷害之虞者，(1)其依一般起訴程序定罪者，處五年以下有期徒刑；(2)依簡易判決定罪者，處十八個月以下有期徒刑。」本罪規定屬於侵害人身與名譽罪章的違反保護生命義務罪項 (Duties Tending to Preservation of Life)¹⁸²。加拿大沒有其他類似不為撫養義務罪的刑事規定。

(三) 德國

德國刑法第 170 條第 1 項違反撫養義務罪 (Verletzung der Unterhaltungspflicht) 規定：「違反法定撫養義務，致受撫養權利人之生活所需 (Lebensbedarf) 遭受危害 (gefährdet)，或在欠缺第三人協助下遭受危害者，處三年以下有期徒刑或科罰金。」同條第 2 項規定，受撫養權利人是懷孕者，撫養義務人因違反義務致其墮胎者，處五年以下有期徒刑或科罰金。」第 171 條違反照顧暨養育義務罪 (Verletzung der Fürsorge – oder Erziehungspflicht) 規定：「對十歲以下兒童負照顧及教養義務之人，因違反義務，情節重大，致受照顧或教養者之身體或心理發展有受重大損害之危險，或有使其從事犯罪生活或從事性交易之危險者，處三年以下有期徒刑或科罰金。」這兩條規定坐落於妨

¹⁸¹ A.C.A. §5-27-205.

¹⁸² Criminal Code (Canada), R.S., 1985, c. C-46, s. 218.

害家屬關係、婚姻暨家庭罪章。很明顯地，這是遠比所謂生命或健康利益更為廣泛的生活福祉的保護，同時似乎有意藉著用語的精確化，即「撫養義務」（Unterhaltungspflicht）的用字（民法用字）來和舊法遺棄罪的條文（Obhut, Unterbringung, Aufnahme）區隔開來。

三、解釋可行性與正當性的評估

（一）可行性評估

上述立法例與相關判決的介紹顯然不是一個完整、全面的介紹。不過這本來也不是我們的目的。我們之所以要細譯這些立法文字，目的在顯示，我國刑法第二九三條及第二九四條的文字模式，除了保護主體的範圍之外，實際上也可以在那些屬於保護基本生活福祉的遺棄罪立法例當中找到。最明顯的例子，就是美國阿拉巴馬州的立法。我們可以實際比較它們的文字：「遺棄無自救力之人」（我國刑法第二九三條第一項），與「基於遺棄故意棄置十八歲以下兒童於任何場所」（美國阿拉巴馬州法 §13A-13-5）。事實上，像科羅拉多州、加州、賓州、伊利諾州這些立法，諸如「故意違背照顧、保護或撫養義務而危害此等兒童之福祉」（美國賓州州法第 4304 條）「故意忽視或拒絕提供合理的生活支持，或於其生病時故意忽視或拒絕提供適當照顧、食物、衣物……或拒絕給付法院指定寄養之人應付之費用」（美國加州刑法典第 271 條）等法條用字，也只是在措詞上比「不為生存必要之扶助、養育或保護」（我國刑法第二九四條第一項）來得繁複一些，只要我們把這裡的「生存」二字理解為「生活」而不是「免於死亡」，那麼這些用字的意思也幾乎可以說沒有差別。

在這些文字對照之下，我國刑法第二九三條第一項這個遺棄罪的基本型可以被解釋為保護人免於基本生活福祉被剝奪的基本規定，第

二九四條第一項所謂有義務者的遺棄罪則可以解釋為針對特定撫養或照顧關係下剝奪受撫養或照顧權利人基本生活福祉的特別（加重）規定。也就是說，以「保護基本生活福祉」作為立法目的的解釋可以在原來的條文文義下進行。另外，從體系上看，我國的遺棄罪章既是排在殺人罪與傷害罪章之後獨立成章，那麼將其立法目的界定成免於死亡及免於重傷之外的「基本生活福祉」保障，也是合理的。

附帶一提一個有趣的觀察。我們注意到，同樣在美國，也有的州法在同一個「危害兒童福祉」罪名之下，卻聚焦在生命或身體安全的保護，如阿肯色州。這一個反面例證，更突顯了遺棄罪這類罪名，在立法目的選擇上的彈性，並沒有非如何不可的定論。最後，如果我們一定要在立法文字和形式上細究，那麼反而會發現，美國奧瑞崗州、阿肯色州以及加拿大這些以保護生命或身體安全為目的的立法，在文字上就像現行德國刑法第 221 條那樣，標明著生命或身體傷害的字眼，而我國遺棄罪並沒有。甚至，我們也可以說，和舊德國刑法第 221 條的文字比起來，我國遺棄罪的用字還更接近於德國刑法第 170 條的用字。結論是，把我國刑法上的遺棄罪解釋為一種保護基本生活福祉的規定是可行的。

（二）正當性評估

把我國的遺棄罪解釋為保護基本生活福祉的規定，等於把此罪名的參考立法例指向美國阿拉巴馬州等州法的遺棄罪或不為撫養罪，以及德國刑法第 170 與 171 條違反撫養或照顧義務罪，而不再指向德國刑法第 221 條的規定。在這個解釋之下，便容許我們的法院把刑法第二九三及二九四條適用在那些稱不上具體生命或重傷危險，而僅僅是遺棄人對被遺棄人的困難生活不聞不問，或將應受其撫養或照顧之人

轉嫁給別人的案件上，就像最高法院八十七年台上字第二三九五號判例所做的那樣。也就是說，透過這種解釋，我們容許法院把國家刑罰權延伸到依照學理上遺棄罪的通說不應該被處罰的行為上面來。

對照來看，這是一種刑罰權的擴張，因此，不免引起疑慮。不過，既然我們這樣的解釋仍然可以在美國或德國找到對應的參考立法例，既然這些參考國家的法院也同樣把刑罰權適用在僅僅是遺棄人對被遺棄人的困難生活不聞不問，或將應受其撫養或照顧之人轉嫁給別人的案件上，那麼除非確定這些立法例本身的正當性有問題，或這些參考國家的法院判決正當性有問題，我們很難單獨把我們法院的做法視為過度擴張刑罰而認為它欠缺正當性。換言之，我們也很難單獨地主張，把我國遺棄罪解釋為保護基本生活福祉的規定是不當地擴張刑罰權。

最後，我國遺棄罪規定解釋為保護基本生活福祉的規定，其基本型的刑度為六個月以下有期徒刑，加重的情況（第二九四條第一項）是六個月以上，五年以下有期徒刑。德國刑法第 170 條及第 171 條，則是三年以下或加重的五年以下有期徒刑。在美國，阿拉巴馬州遺棄罪的C級重罪是指一年又一天以上，十年以下有期徒刑，不為撫養罪的A級輕罪是指一年以下有期徒刑¹⁸³；科羅拉多州的五級重罪，是指一至二年有期徒刑¹⁸⁴；賓州的一級輕罪，是五年以下有期徒刑，三級重罪是七年以下有期徒刑¹⁸⁵。比較起來，我們的刑度也並沒有特別嚴厲的現象。因此，即使從動用刑罰權的量來衡量，做此一解釋的結果仍堪稱正當。

四、中間結論（之二）

¹⁸³ Ala. Code 1975 §§ 13A-5-6 (a)(3), 13A-5-7 (a)(1).

¹⁸⁴ C.R.S.A. § 18-1.3-401.

¹⁸⁵ 18 Pa.C.S.A. §§1103, 1104.

現在的情況是，雖然我國的遺棄罪條文在立法史上是沿襲德奧系統而來¹⁸⁶，然而由於文字落實上以及體系安排上的差異，使這個條文有了獨自成長的空間。這個獨立的解釋空間，一向並沒有被學界發現，卻是由法院在不為理論張揚的情況下開拓了出來。在我看來，我們的法院已經將它操作得無論在形式上或實質的保護範圍上都趨近於在美國所看到的某些州法，也趨近於德國刑法第 170、171 條規定，換言之，就是把它當作保護基本生活福祉的規定來使用。我認為，如果我們不能否認美國阿拉巴馬州、科羅拉多州、加州、賓州、伊利諾州等立法的正當性，不能否認德國刑法第 170、171 條的正當性，那麼除了個別的問題，例如被保護人的範圍尚待討論之外，我們也應該承認我們法院的作為具有正當性。

總之，將我國遺棄罪的保護目的解釋為基本生活福祉的保護，就如同法院實際上的做法那樣，是在把遺棄罪解釋為侵害重大健康法益的有認識過失犯之外，另一個可行而且正當的解釋。

伍、結論

由於我國法院對於遺棄罪的適用和學理上的認知有了分歧，因此，我們面臨的是兩個基本的選擇。一是，繼續將遺棄罪解釋為以生命或身體保護為目的的規定，一是把遺棄罪理解為保護人的基本生活福祉的規定。在第一條路徑上，一個需要確認的觀念是，遺棄故意的解釋必須轉化成實質的有認識過失概念，否則會使遺棄罪根本喪失存在價值。這個轉化解釋的理論基礎在於，傳統刑法學中所談到的危險

¹⁸⁶ 許澤天，同註 93，頁 189。

故意，應該更進一步區分為「形式危險故意」，即實質的有認識過失，與「實質危險故意」，即實害故意，如此才能充分反映所謂「故意危險犯」這個集合概念背後所存在的可罰性上的個別差異。另外，在生命和身體保護兩個目的之間的選擇，基本上仍然是價值偏好的問題。本文的看法是，如果要在兩者之間選擇，那麼仿照德國通說的解釋，採取所謂重大健康保護說，是比較有實益的做法。另外，在第二條路徑上，我認為並沒有技術上的理由可以否認我們法院目前從寬解釋的做法，而且和其他立法例相較，法院的做法也具有正當性。

至於這兩條路究竟要如何選擇？在提出最終意見之前，必須再一次強調的是，這其間的選擇並沒有對錯問題，只有價值偏好的問題。這個價值偏好的問題，最後所觸及的是，我們是否認為一個人的基本生活福祉需要用刑法來保護。在此前提之下，從本文的角度來看，這裡面應該有三種方案。一是貫徹最高法院八十七年台上字第二三九五號判例的立場，在學理及實務上全面變更對於遺棄罪的解釋，把它解釋為保護基本生活福祉的規定。二是，放棄最高法院八十七年台上字第二三九五號判例，並否決跟隨它而來的後續判決，在學理及實務上全面採取遺棄罪是保護重大健康法益的有認識過失犯的解釋。三是，仍然把遺棄罪解釋為保護重大健康法益的有認識過失犯，同時也仿照德國另外制定違反撫養或照顧義務罪，以迴避學理上的劇烈變動，同時使八十七年台上字第二三九五號判例的初衷，亦即人的基本生活福祉也應受刑法保護的想法，獲得落實。

最後，本文的看法是，當社會以及法律界對於最高法院八十七年台上字第二三九五號判例所引起的實務效應愈來愈清楚的時候，此一判例所代表的那種利益保護需求不可避免地也會在法律及非法律界受到正視。不過同時，本文也認為學界對於遺棄罪內涵的認知總有某些

慣性，要期待學理上的大幅轉向，恐怕不切實際。因此，按照本文的評估，第三方案應是相對可行的方案。

中原財經法學

參考文獻

書籍

- 甘添貴，體系刑法各論（第一卷），自版，修訂再版，2001。
- 何勤華，德國法律發達史，韋伯文化國際出版有限公司，2004。
- 林山田，刑法特論（上），三民書局，再修訂初版，1987。
- 林山田，刑法各罪論（上），自版，修訂五版，2005。
- 林山田，刑法通論（上），自版，增訂九版，2005。
- 林東茂，危險犯與經濟刑法，五南圖書出版有限公司，初版，1996。
- 林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，修訂四版，2006。
- 林鈺雄，新刑法總則，自版，2006。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上）（下），元照出版有限公司，三版，2006。
- 褚劍鴻，刑法分則釋論 II，臺灣商務印書館，二次增訂，1995。
- 蔡墩銘，刑法各論，三民書局，修訂五版，2006。
- 顏厥安，法與實踐理性，允晨文化，1998。
- ASHWORTH, ANDREW, PRINCIPLE OF CRIMINAL LAW (1995).
- Artz, Gunther / Weber, Ulrich: Strafrecht Besonderer Teil, 2000.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995.
- Dencker, Friedrich / Nelles, Ursulla / Stein, Ulrich / Struensee, Eberhard: Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998.
- Engisch, Karl: Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht: 2. Neudruck der Ausgabe 1930, 1995.
- Feloutzis, Konstantin: Das Delikte der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht (§221 dStGB, Art.306 grStGB) - zugleich ein Beitrag

zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte, 1. Aufl., 1984.

Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko, 1983.

Gössel, Karl Heinz / Dölling, Dieter: Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2004.

Haft, Fritjof: Strafrecht: Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1998.

Jähnke, Burkhard / Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Odersky, Walter: Leipziger
Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1999.

Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich: Nomos Kommentar
zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005.

Krey, Volker: Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 12. Aufl., 2002.

Laue, Carsten: Die Aussetzung – Eine Klarstellungsvorschrift, 2002.

Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich – Christian / Maiwald, Manfred:
Strafrecht Besonderer Teil, 8 Aufl., 1995.

Miebach, Klaus / Sander, Günther M.: Münchener Kommentar zum
Strafgesetzbuch Band 3, 2003.

Prittitz, Cornelius: Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von
Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl., 1999.

Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Günther, Hans-Ludwig / Hoyer,
Andreas: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. bzw. 6 Aufl.,
2001.

Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006.

Taeger, Angela: Kindesaussetzung und Frauenpolitik – Fürsorge für Mutter und
Kind im Frankreich des 19. Jahrhunderts, 1991.

Tröndle, Herbert / Fischer, Tomas: Strafgesetzbuch, 50. Aufl., 2001.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner: Strafrecht: Allgemeiner Teil, 34. Aufl., 2004.

Wessels, Johannes / Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil 1, 28. Aufl., 2004.

Zaczyk, Rainer: Das Unrecht der Versuchten Tat, 1989.

期刊論文

Moseley, Kathryn L., *The History of Infanticide in Western Society*, 1 ISSUES L. & MED. 345 (1986).

Dreher, Eduard: Anmerkung an BGH 24.2.1966, JZ 1966, S.579-581.

van Els, Hans: Zur Auslegung des §221 StGB, NJW 1967, S.966-967.

Hall, Karl Alfred: Die normative Tatbestandselemente der Aussetzung, SchwZStrR 46, 1932, S.342-364.

von Hippel, Rainard: Vorsatzprobleme der Straßenverkehrsgefährdung de lege ferenda, ZStW 75, 1963, S.443-459.

Küper, Wilfried: Die Aussetzung als konkretes Gefährungsdelikt, Jura 1994, S.513-524.

Küper, Wilfried: Die Aussetzung (§221 Abs.1 StGB) – ein Lebensgefährdungsdelikt?, JZ 1995, S.168-176.

Küper, Wilfried: Grundfragen des neuen Aussetzungsdelikts – zur Strukturanalyse des §221 Abs.1. StGB n.F., ZStW 111, 1999, S.36-64.

Küpper, Georg: Das Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 100, 1988, S.758-785.

專書論文

許澤天，論遺棄罪—可予簡化的刑法罪章，收錄於戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，頁 185 以下，林山田教授退休祝賀文集編委會（2004）。

von Liszt, Franz: Lebensgefährdung, in: Birkmeyer, Karl / Carlker, Fritz (Hrsg.): Vergleichende Darstellung Deutschen und Ausländischen Strafrecht V. Bd. (VDB V), 1905, S.151ff.

Radbruch, Gustav: Aussetzung, in: Birkmeyer, Karl / Carlker, Fritz (Hrsg.): Vergleichende Darstellung Deutschen und Ausländischen Strafrecht V. Band (VDB V), 1905, S.185ff.

國內外判決

最高法院 27 年上字第 1765 號判例。

最高法院 87 年台上字第 2395 號判例。

台北地方法院 94 年度訴字第 1545 號判決。

台北地方法院 95 年度訴字第 3628 號判決。

南投地方法院 91 年訴字第 429 號判決。

桃園地方法院 90 年訴字第 258 號判決。

基隆地方法院 96 年度基簡字第 981 號判決。

嘉義地方法院 95 年度訴字第 195 號判決。

彰化地方法院 95 年訴字第 757 號判決。

台中地方法院 94 年度訴字第 1553 號判決。

台中地方法院 95 年度訴字第 2503 號判決。

台中地方法院 95 年度訴字第 3162 號判決。

台中地方法院 95 年度訴字第 3395 號判決。

台中地方法院 95 年度訴字第 3162 號判決。

台中地方法院 96 年度訴字第 1325 號判決。

Commonwealth v. Chatham, 26 C.C. 31 (1901).

Commonwealth v. Fewel, 654 A.2d 1109, 439 Pa.Super. 541 (1995).

Commonwealth v. Grassmyer, 402 A.2d 1052, 266 Pa.Super. 11 (1979).

Commonwealth v. Kellam, 719 A.2d 792 Super. (1998).

Commonwealth v. Kellam, 740 A.2d 1145, 559 Pa. 714. (1999).

Commonwealth v. Pflueger, 10 Dist. 717 (1901).

Commonwealth v. Stewart, 12 C.C. 151 (1892).

Commonwealth. v. Foster, 764 A.2d 1076 (2000).

Gallegos v. People, 161 Colo. 158, 420 P. 2d 409 (1966).

Laws v. People, 59 Colo. 562, 151 P. 433 (1915).

People v. Elliot , 186 Colo. 65, 525 p. 2d 459, 460(1974).

State of Hawaii v. Sharon Anne Klufta, 73 Haw. 109(1992).

State v. Laemoa, 20 Or.App. 516, 533 P.2d 370 (1975).

BayObLG vom 28.6.1973 = NJW 1973, S.2038.

BGH vom 24.7.1975 =NJW 1975, S.1934.

BGH vom 27.3.1953 = NJW 1953, S.1070.

BGH, Urteil vom 24.2.1966 – StR 587/65 (SchwG Trier) = JZ 1966, S.577.

BGHSt 7, 269.

RGSt 66, 71.

網路資源

聯合知識庫 <http://udndata.com>.

Frederica Mathewes-Green: *Born to Live, Left to Die-A Look at Baby Abandonment*

Laws (2004), available at: <http://www.christianliferesources.com/index.php?library/view.php&articleid=433> (last visited 2007/11/10).

中原財經法學

摘要

遺棄罪在我國一向被認為是一種殺人罪的補充規定，在當前的德國，則被解釋為重傷罪的補充規定。所謂補充規定，指的是我們把遺棄罪當作相對於各該實害犯的「故意危險犯」規定，用來處罰這些實害犯規定不能適用，但是仍然已經故意製造了生命或重大健康危險的行為。在此理解之下，遺棄罪在個案上的運用很容易引起一個疑問，即，一個被認為構成遺棄罪的故意危險行為為什麼不同時也構成殺人未遂或重傷未遂？針對這個問題，通說聲稱，遺棄罪所要求的主觀要件是「危險故意」，與殺人未遂或重傷未遂所要求的「實害故意」不同，因此兩造有所區別。然而，這裡所謂「危險故意」和「實害故意」的區別，是很值得懷疑的。因為從通說對「危險」概念的說法，即「危險是發生實害的高度可能性」來看，我們很難真的說「危險故意」和「實害故意」有什麼不同。

如果我們堅持遺棄罪是一種保護生命或身體健康的故意危險犯，如果我們所要求的遺棄故意真的是「對實害發生的高度可能性的故意」，那麼遺棄罪到最後只能被解釋為一種殺人或重傷未遂的特殊類型，而且是刑責減輕的特殊未遂類型。此一結果顯然將使遺棄罪喪失我們最初所期待的補充功能。因此，相反地，如果我們仍然認為遺棄罪應該維持某種殺人罪或重傷罪的補充功能，那麼傳統上「遺棄罪是一種保護生命或身體健康的故意危險犯」這個說法就有修正的必要。

本文認為，關於遺棄罪內涵的重新詮釋大致上有兩個途徑。第一，是把「遺棄故意」轉化解釋為「有認識過失」，亦即，把遺棄罪理解

爲一種出於過度自信或過度信賴運氣而拿別人生命或健康去冒險的行爲。這個轉化解釋有一個更深刻的基礎在於，德國刑法學界在發展「危險故意」概念的時候，自始就混雜了兩種不同的立法脈絡，其中之一原本就應該以「有認識過失」爲基準，才能呼應該等立法設定的可罰性基礎，而遺棄罪正好屬於這一類。第二條重新詮釋遺棄罪的途徑，則是把遺棄罪理解爲以「保護基本生活福祉」爲目的的規定，也就是回到德國古老的「義務違反說」下來理解。這條路是事實上我國法院正在走的。本文認爲，從我國遺棄罪條文的用字與體系位置來看，同時從比較美國的遺棄罪與不爲撫養罪或德國違反撫養義務罪等法律的用字、刑度，以及法院判決來看，這個解釋途徑也是可行並且正當的。

這個問題的處理，到最後是兩種解釋途徑，而且是兩種可行且正當的解釋途徑的選擇。這個選擇沒有對錯問題，它只取決於我們社會對於刑法保護功能的期待到達什麼程度。根據本文的估計，比較可行的方案應該是把遺棄罪仍然解釋爲保護重大健康法益的有認識過失犯，另外仿照德國的立法制定違反撫養或照顧義務罪，使我國法院判決認爲人的基本生活福祉也應受刑法保護的想法，獲得落實。

The Fault Requirement and the Pragmatic

Function of Criminal Abandonment

Wei-Chun Hsu

Abstract

The criminal abandonment in Germany law (Aussetzung; StGB § 221) has been seen as an intentional crime against person, which previously referred only to life and presently to a broader conception of physical safety or health of a person. According to the dominant opinion, both academic and practical therein, the fault or subjective guilt requirement of criminal abandonment is the “intention of concrete endangerment”. (der konkrete Gefährdungsvorsatz) That is, the defendant must know that the abandonment would bring the victim into a “concrete risk” of life or bodily safety. What constitutes a problem is that, under such interpretation, the criminal abandonment could only be deemed as a specific type of attempted homicide or attempted physical offence in serious manner. More critically, it could only be deemed as a minor type of those crimes, so that it could lose all the pragmatic functions supposed by the legislators. The same problem comes across us too, since our law is an adoptive one. Such an odd situation urges us to reconsider the dogmatic work of the fault requirement of criminal abandonment.

With this respect, I will first go through the general dogmatic theories

pertaining to the distinction between the concept “intention of endangerment” and the intention in principle, which is similar to the controversy between recklessness and intention in Anglo-American law. I will scrutinize the methodologies adopted in these established theories, and contend that there have been diversities in context when German scholars talked about the so called “intention of endangerment”. I assert that the “intention of endangerment” in German criminal law should be divided into two categories, the formal and the substantial one, which parallel to the “inadvertent recklessness” and “advertent recklessness” in Anglo-American law, and the former should be categorized as a “negligence” liability in serious grade. Upon these bases, I will further argue that it is plausible to redefine the fault requirement of the criminal abandonment as formal but not substantial “intention of endangerment”, i.e. as “inadvertent recklessness” (bewußte Fahrlässigkeit) rather than intention in principle, if we still insist that the criminal abandonment law play a pragmatic role in protecting people’s life or physical safety.

On the other hand, the subjective redefining work as mentioned above is not the only way to reserve the pragmatic function of the criminal abandonment. Actually our courts, unlike the German courts, often go beyond the established limits written in books, applying the criminal abandonment to those cases that should be considered absolutely of no danger caused by the abandonment. In other words, our courts have changed our criminal abandonment law into the criminal nonsupport law in German (Verletzung der Unterhaltungspflicht; StGB §§ 170, 171), or the criminal nonsupport or criminal abandonment law in U.S., which are

supposed to defend a persons basic living welfare. After tracing the history of the criminal abandonment law in German, and after comparing the wording as well as the location in the criminal law system with the criminal nonsupport law as mentioned, I contend that our courts have plausibly provided an alternative way of interpretation, differing from that written in books, and given our criminal abandonment law a broader pragmatic function than the German's, and what the courts have done is justifiable.

Since we have now two alternatives in interpreting our criminal abandonment law, and since ether of the two is justifiable, the remaining question of how to choose should depend on the ultimate thinking of our society about how far we would like our criminal law to go. There would not be any right or wrong answer. In my speculation, it might be relatively practical to urge to make a new law like the criminal nonsupport in German, and keep the criminal abandonment law interpreted as an inadvertent recklessness commitment to physical harm.

Key words: criminal abandonment, criminal nonsupport, intention of abandonment, intention of endangerment, inadvertent recklessness