

# 論過失不作為犯的「注意義務」 與「作為義務」之關係

## ——從「結果迴避義務」的理論 發展談起

洪兆承\*

### 要 目

- |                       |                         |
|-----------------------|-------------------------|
| 壹、問題的發生與我國議論的現狀       | 貳、日本過失犯理論的發展與問題的起源      |
| 一、作為義務與注意義務的交錯：過失不作為犯 | 一、早期的過失犯論：主觀面的「應注意」     |
| 二、我國的議論現狀與問題          | 二、議論重心的轉變與問題的發生         |
| 三、以日本法為比較法素材的理由       | 三、早期的解決方法及其問題：作為與不作為的區分 |
| 四、小結：問題討論的實益與比較法對象    |                         |

投稿日期：107年02月05日；接受刊登日期：107年06月11日

\*

中原大學財經法律學系助理教授，東京大學法學博士。

本文初稿發表於2017年12月16日舉行的台灣刑事法學會106年度刑事法學青年論壇（四）。感謝與談人謝庭晃副教授、劉芳伶助理教授、黃士軒助理教授，以及其他與會先進所提供的寶貴意見。惟文責由本人自負。

- |                          |                       |
|--------------------------|-----------------------|
| 四、小結：新舊過失論構造與分析的方法       | 二、過失不作為犯只適用注意義務       |
| 參、日本舊過失論下的區別說            | 三、以義務的功能區分            |
| 一、區別結果預見義務（預見可能性）與結果迴避義務 | 四、小 結                 |
| 二、以義務的功能區分               | 伍、本文的見解：統合結果迴避義務與作為義務 |
| 三、強調結果迴避義務的獨立意義          | 一、區別說的共識與問題           |
| 四、小 結                    | 二、區別失敗的原因分析           |
| 肆、日本新過失論下的區別說            | 三、本文見解：放棄在客觀上的區別      |
| 一、強調結果預見義務與作為義務的不同       | 四、小 結                 |
|                          | 陸、代結論：見解回顧與進一步發展的可能性  |

關鍵字：過失犯、不作為犯、作為義務、注意義務、結果迴避義務、預見可能性

## 壹、問題的發生與我國議論的現狀

### 一、作為義務與注意義務的交錯：過失不作為犯

「作為義務」是不作為犯論的重要概念，其法源依據主要是來自於刑法第15條第1項「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同」。通說與實務主要是以行為人是否有「保證人地位」<sup>1</sup>，來判斷其法律上有無防止犯罪結果發生的義務，進而確認是否應該把法益侵害歸責給行為人的不作為。而「注意義務」則是過失論的核心概念，其法源依據主要是來自於刑法第14條第1項「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」。通說主要是以社會共同生活領域中的各種注意規則與安全規則，來判斷行為人是否有注意不讓法益侵害發生的義務，進而決定其行為是否應該被當成過失犯處罰<sup>2</sup>。學說上有將注意義務更進一步的區分為「結果迴避義務」與「結果預見義務」的看法<sup>3</sup>，亦有想以「客觀歸責」取代注意義務<sup>4</sup>，或認為注意義務是客觀歸責基準的一部分的看法<sup>5</sup>。這兩種義務法源依據不同，處理的問題

<sup>1</sup> 實務見解可參考後述最高法院103年度台上字第4019號判決；學說方面如林山田，刑法通論（下），頁248以下，元照出版有限公司，增訂10版（2008）。

<sup>2</sup> 林山田，前揭註，頁176以下。

<sup>3</sup> 如陳子平，刑法總論，頁214以下，元照出版有限公司，4版（2017）。通說也將注意義務分為內在注意與外在注意，前者亦以一般人在現實狀況下是否能夠認識、預估危險，亦即以預見可能性為前提。如林山田，前揭註1，頁183以下；王皇玉，刑法總則，頁497以下，新學林出版股份有限公司，3版（2017）。

<sup>4</sup> 林鈺雄，新刑法總則，頁177，元照出版有限公司，5版（2016）。

<sup>5</sup> 林山田，前揭註1，頁178；許澤天，過失不作為犯之結果歸責——切除腫瘤成植物人案之評釋，月旦法學雜誌，第183期，頁27以下（2010）。

領域也不一樣，原本應該是井水不犯河水。然而在以下的案例中，這兩個問題發生了交錯：

患有精神疾病的被害人在行為人的住宅中，自行施用放在桌上的安非他命。之後被害人因為藥物中毒加上精神疾病，導致其生命陷入危險狀態時，行為人卻誤判狀況只給予被害人簡單的照護，導致被害人因延誤救治時機而死亡。

上述案例是取自於後述最高法院103年度台上字第4019號判決的事實關係。在本案之中，由於被害人自行施用毒品，故其死亡只能歸責給行為人未及時將被害者送醫的不作為。且行為人並無故意，故此案例是一種同時發生「注意義務」與「作為義務」的「過失不作為犯」。此時應該如何處理兩義務的關係？

## 二、我國的議論現狀與問題

### （一）實務的想法：以最高法院103年度台上字第4019號判決為例

關於這個問題，我國的最高法院也於103年度台上字第4019號判決中表達了意見。最高法院認為：「……不作為犯責任之成立要件，除須具備作為犯之成立要件外，尚須就該受害法益具有監督或保護之義務，此存在之監督或保護法益之義務狀態，通稱之為保證人地位（或稱責任義務人地位）。而於過失不作為犯，即為有無注意義務之判斷，此種注意義務之來源，除上揭刑法第十五條訂明之法律明文規定及危險前行為外，依一般見解，尚有基於契約或其他法律行為、習慣或法律精神、危險共同體等來源。」觀察判決文字，可以發現在面對過失不作為犯的案例時，最高法院有把作為義務直接當成注意義務的傾向，進而認為刑法第14條注意義務的來源可以直接依照第15條或一般見

解，從「法律」、「前行爲」、「契約或其他法律行爲」、「習慣」、「法律精神」、「危險共同體」等，去找尋義務的基礎。採取類似立場的實務見解，還有最高法院102年度台上字第2321號判決<sup>6</sup>。在該判決中，最高法院甚至以「保證人注意義務」這個融合了注意義務與作為義務的名詞，來稱呼過失不作為犯的義務。然而這樣的「保證人注意義務」的內涵為何？

## （二）學說的議論與其問題

### 1. 多數見解：區別作為義務與注意義務

#### （1）以義務的對象區分

相較於把注意義務與作為義務同等看待的最高法院見解，多數的學說見解在面對過失不作為犯案例時，則是把兩種義務區別對待，亦即先檢討行爲人有無保證人地位後，再檢討行爲人有無注意義務或客觀歸責<sup>7</sup>。譬如甘添貴教授強調注意義務是一種「應

<sup>6</sup> 本案的案例事實如下：對於被害人因躲避行爲人追債，且自恃水性良好，故自己跳進魚塢裡，行爲人雖有下水施救，但被害人仍然淹死。對於這個案例，最高法院認為：「刑法上之過失犯，係指行爲人依客觀情狀負有義務，而依其個人情況有能力且可期待其注意，竟疏於注意，以致實現犯罪構成要件之行為。又對於犯罪構成要件該當結果之發生負有防止義務之人，不為其應為之防止行為，致發生與以作為之行為方式實現法定構成要件情況相當之不作為犯，亦屬過失犯。」最高法院更進一步表示：「原審認被告等追逐被害人，致其跳水死亡，乃其自招，被告等無防免之責等語（見原判決第二十四頁），惟縱被害人有所過失，然被告等能否因而解免其危險前行爲之保證人注意義務？」故將高院判決撤銷後發回更審。

<sup>7</sup> 關於先檢討作為義務、再檢討注意義務這樣的檢討方式，除了後述提到的見解以外，也可以參考黃惠婷，過失不純正不作為犯，收錄於2011年月旦法學教室別冊——刑事法學篇，頁11以下，元照出版有限公司（2011）；高金桂，不作為之過失犯——臺中地方法院九十九年度易字第三六一二號刑事判決，月旦裁判時報，第10期，頁69以下（2011）；謝開平，過失之不純正不作為犯——簡評臺灣高

為一定內部態度的義務」，故與應採取一定結果迴避措施的作為義務有異<sup>8</sup>；這樣的看法主要是認為注意義務是一種以行為人的心理為對象的義務，藉此和要求客觀的結果迴避措施的作為義務相區別。

## （2）以義務的內容和具體程度區分

亦有學說主張保證人地位僅是行為人作為義務之理由，與行為人視情節是否違背注意義務不可一概而論；如許澤天教授以母親對未成年子女的保證人義務為例，認為母親雖對未成年子女有保護義務，但不代表發生在未成年子女身上的所有意外，都要母親負責；因為客觀上可能無法預期未成年子女會產生意外，故認為必須區別保證人義務與注意義務<sup>9</sup>。從上述見解來看，許教授的見解應是認為由於注意義務還要討論預見可能性，所以和作為義務不同。

鄭逸哲教授則認為過失犯是以具體於「事中」所未履行的「特定作為義務」作為適用對象，但保證人的作為義務是屬於「事前」的「不特定義務」，故認為過失犯的注意義務與作為義務兩者不同<sup>10</sup>。觀察上述見解，鄭教授應該是認為過失不作為犯

---

等法院一〇二年度醫上訴字第十一號刑事判決，月旦法學雜誌，第243期，頁249（2015）；邱慧洳，論護理師之作為義務與注意義務——評臺灣高等法院九十四年度上更（一）字第一二二號刑事判決，國立中正大學法學集刊，第51期，頁103以下（2016）；劉景嘉，醫療刑法上「過失的不純正不作為犯」討論——兼評臺灣高等法院97年度醫上更（一）字第3號刑事判決，萬國法律，第214期，頁37以下（2017）。

<sup>8</sup> 甘添貴，刑法總論講義，頁96，中興大學圖書部發行（1988）。

<sup>9</sup> 許澤天，前揭註5，頁28以下。

<sup>10</sup> 可參考鄭逸哲，剖析「不純正不作為業務過失犯構成要件」——評臺中地院八十九年度易字第二八三一號判決和臺中高分院九十年

的作為義務的判斷只關係到義務的根據，故以此所構成的義務只是一種抽象的、事前的義務，和事發當時，行為人在實際上應該負擔的注意義務不可一概而論。

## 2. 問題的發生：兩義務交錯的可能性

### (1) 兩義務交錯的可能性

姑且不論上述這些區別方法是否有實益，但若承認在具體的案件中，注意義務與作為義務的目的都是要防止法益侵害結果的發生<sup>11</sup>，則縱然以抽象或具體的義務、或是以內在的注意義務或外在的作為義務來區別兩者，但因為兩個義務目的相同，要防止的法益侵害結果也相同，所以在過失不作為犯中，實際上可能還是會有部分交錯的可能<sup>12</sup>。以上述母親和未成年子女的情形為例，縱然如同上述區別說所言，不能說發生在未成年子女身上的所有意外都要母親負責；但至少母親原則上必須要在未成年子女發生意外時，負起救助的責任，這一點不管是從作為義務的角度，或是注意義務的角度來看都是如此。

### (2) 實際上交錯使用的見解

在學說上也可以發現到實際上交錯使用注意義務與作為義務基準的見解；譬如在判斷客觀歸責中的「注意規範保護目的」時，林鈺雄教授提出「用保證人的機制創設注意義務的基礎，據

---

上易字第五四八號判決，月旦法學雜誌，第158期，頁288（2008）；其他類似意見者，可參考陳宏毅，論過失不作為犯，頁318，元照出版有限公司（2014）。

<sup>11</sup> 主張應區別的學者也承認這點。可參考許澤天，前揭註5，頁24以下、頁27以下；鄭逸哲，前揭註，頁283、頁288以下。

<sup>12</sup> 提出兩者可能有重疊的看法，如蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，頁579以下，自版，修正版（1998）。

此彌補注意規範密度不足的立法現象」<sup>13</sup>，亦即以保證人地位的基準來補強注意義務根據的不足。或是在管理過失<sup>14</sup>的案例中，余振華教授認為「在管理過失的情形，針對管理者的疏忽管理，主要係未善盡迴避結果發生的管理義務（不作為）。換言之，管理責任者應負安全確認義務，而此義務與不純正不作為犯的保證義務相同，故基於不作為犯的觀點，亦可處理管理過失問題」<sup>15</sup>。觀察林教授與余教授的見解，似乎兩位教授亦認為在注意義務或是客觀歸責的判斷中，有時候必須也得借重作為義務的標準，亦即保證人地位等。但若兩者真的有交錯的可能，則應該允許其交錯到什麼程度？這個問題尚有進一步釐清的必要。

### 三、以日本法為比較法素材的理由

日本實務近年來也發生許多過失不作為犯的案例<sup>16</sup>，在這些事件中，對於作為義務與注意義務的關係，日本的學說與實務也

<sup>13</sup> 可參考林鈺雄，第三人行為介入之因果關係及客觀歸責——從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，收錄於刑法與刑訴之交錯適用，頁52以下，元照出版有限公司（2008）。

<sup>14</sup> 管理過失就是因為對於物或場所的管理有懈怠，因而導致法益侵害發生的過失犯類型。譬如火災自動預警系統因管理人疏於管理，致釀成火災造成多人死傷時，行為人疏於管理的過失就是一種管理過失。可參考余振華，刑法總論，頁195以下，三民書局股份有限公司，修訂3版（2017）。

<sup>15</sup> 前揭註，頁196以下。

<sup>16</sup> 近年的重要裁判，譬如日本最高法院平成20年（2008年）3月3日裁定（藥害愛滋病事件），收錄於刑集第62卷4号，頁567以下；日本最高法院平成22年（2010年）5月31日裁定（明石市陸橋煙火大會踩踏事件），收錄於刑集第64卷4号，頁447以下；日本最高法院平成24年（2012年）2月8日裁定（三菱汽車車輪脫落事件），收錄於刑集第66卷4号，頁200以下；日本最高法院平成26年（2014年）7月22日裁定（明石市人工海灘墮陷事件），收錄於刑集第68卷6号，頁755以下。

已累積了相當程度的討論。他山之石，可以攻錯，如果能夠了解面對這個問題的日本實務與學說的想法，應該也可以對於我國的議論狀況提供一些助益。故以下即以日本法為比較法，希望藉由整理分析日本學說實務對這個問題的想法，以形成自己的意見，並提供我國在面對同樣問題的時候，一個比較法上的素材。

#### 四、小結：問題討論的實益與比較法對象

以上是關於問題的緣起，與我國學說的狀況。從上述的分析可以發現，在過失不作為犯的犯罪類型中，注意義務與作為義務可能發生交錯。而觀察我國學說，雖然較多數的見解是傾向要區分注意義務與作為義務，但由於這兩種義務的目的均為避免法益侵害結果的發生，所以也可能會發生重疊。亦有學說在討論注意義務（或是客觀歸責）時，利用了保證人地位的基準。則在過失不作為犯中，注意義務與作為義務的關係究竟為何，這個問題，仍需要進一步的釐清。

### 貳、日本過失犯理論的發展與問題的起源

在實際進入探討注意義務與作為義務關係問題的學說見解之前，由於對過失犯的構造，以及注意義務內涵的理解若有不同，當然可能會導致注意義務與作為義務兩者的關係發生差異，故在正式進入問題之前，本文想要在此先簡單回顧日本過失犯理論的發展，分析不同見解所理解的注意義務內涵，希望能夠藉由理論發展的回顧，來釐清問題發生的原因，並確定後續分析的方法。

## 一、早期的過失犯論：主觀面的「應注意」

### （一）早期學說中「注意義務」的內涵：結果預見可能性與義務

在早期（主要是1945年以前），日本學說對於過失犯的討論主要集中在責任階層。當時舊過失論是學說的主流。根據其想法，過失犯的處罰根據在於行為人的預見可能性，亦即舊過失論者認為過失的本質在於雖然行為人如果為相當程度的注意，應該就能夠預見到其行為可能導致法益侵害，但卻輕忽大意導致沒有認識到這個可能性就實行了法益侵害的行為並導致結果發生<sup>17</sup>。這樣的想法雖然肯認在判斷行為人是否成立過失犯時，還是要設定客觀的基準，以判斷行為人應該要付出多少程度的注意<sup>18</sup>，但這個「應注意」是以行為人的內心狀態為對象，亦即行為人心理上是否應該注意到法益侵害可能發生。依此理解，則故意犯與過失犯在客觀面上是共通的，其差異主要是發生在主觀面<sup>19</sup>。

### （二）早期學說中注意義務與作為義務的關係

依照舊過失論的看法，所謂「注意義務」是一種針對行為人心理狀態，並要求行為人應該「預見結果可能發生」的義務，也就是一種以結果預見可能性為前提的結果預見義務。這樣的義務和以要求行為人為一定「防止結果發生」的客觀行為為目的的作為義務，其規範的對象本來就有所不同。故兩義務迥不相侔，沒

<sup>17</sup> 舊過失論的見解，如小野清一郎，全訂刑法講義（總論），頁184以下，有斐閣（1944）。

<sup>18</sup> 前揭註，頁183。

<sup>19</sup> 當然對於主觀要件的定位可能有爭執，但在過失犯的義務內容的討論中，這個爭執並沒有特殊意義。可參考橋爪隆，刑法總論の悩みどころ（第7回）過失犯の構造について，法学教室，第409号，頁110以下的註3（2014）。

有必要多做討論。這也可以解釋為什麼在早期的學說之中，雖然不是沒有學說注意到作為義務與注意義務的類似性<sup>20</sup>，但整體上幾乎沒有學說特別提到，並處理兩義務的關係問題；因為在早期舊過失論的架構中，兩者本來就不會發生交錯<sup>21</sup>。以下表1來說明在早期過失論中，注意義務與作為義務的關係：

表1 早期舊過失犯的構造中，注意義務與作為義務的關係

客觀面（不法）	與故意犯相同
主觀面（責任）	故意犯：對犯罪事實的認識與意欲
	過失犯：注意義務=預見可能性（結果預見義務） （行為人是否能夠且應該預見到結果的發生）

資料來源：本文作者自製

## 二、議論重心的轉變與問題的發生

### （一）新過失論的出現：結果迴避義務概念的發展

但之後開始有學者主張不只是主觀面，在客觀面上也應該有限縮過失犯成立的基準<sup>22</sup>。這樣的學說進一步發展成所謂的「新過失論」<sup>23</sup>。新過失論首先攻擊舊過失論的見解在客觀上無法有

<sup>20</sup> 瀧川幸辰，犯罪論序說，頁131以下，有斐閣，改訂版（1947）。

<sup>21</sup> 指出這一點者，可以參考平野潔，過失不作為犯における主体の限定，收錄於理論刑法学の探究（10），頁54，成文堂（2017）。

<sup>22</sup> 如不破武夫，刑事責任論，頁180以下，弘文堂（1948）；井上正治，過失犯の構造，頁57以下，有斐閣（1958）。

<sup>23</sup> 新過失論的主張者，如藤木英雄，過失犯の基本構造，收錄於過失犯——新旧過失論爭，頁22以下，學陽書房（1975）；井田良，過失犯理論の現状とその評価，收錄於変革の時代における理論刑法学，頁148以下，慶應義塾大学出版会（2007）；高橋則夫，刑法総論，頁216以下，成文堂，3版（2016）；日高義博，刑法総論，

效限縮過失犯處罰的範圍，進而主張過失犯的本質不只是在於行爲人輕忽大意的心理狀態，而是在於行爲人客觀的行爲偏離了一定的行爲準則，亦即結果迴避義務（客觀的注意義務），導致其行爲有疏失而發生法益侵害結果<sup>24</sup>；而結果預見可能性或是結果預見義務，只是結果迴避義務的前提要件而已<sup>25</sup>。依此見解，只有在有認識到「法益侵害的危險」的可能性時，才有必要讓行爲人負擔結果迴避義務<sup>26</sup>。故新過失犯所理解的過失犯構成要件無法像舊過失論一般明確區別主觀（結果預見可能性、結果預見義務）與客觀（結果迴避義務），故有把過失犯的構成要件理解成與故意犯不同的可能性<sup>27</sup>。

## （二）舊過失論的發展：與故意犯相同的客觀限縮要件

另一方面舊過失論的學者亦對上述新過失論的批判做出了回應。其認為縱以舊過失論爲前提，仍然可以導出如「結果迴避義務」等，限縮過失犯成立的客觀上基準，只是這個限縮要件必須是故意犯與過失犯的共通要件<sup>28</sup>。故舊過失論的學者也開始提出

---

頁355以下，成文堂（2015）。

<sup>24</sup> 可參考藤木英雄，前揭註，頁25以下、頁35以下；井田良，前揭註，頁149；高橋則夫，前揭註，頁212以下；日高義博，前揭註，頁355以下。

<sup>25</sup> 如藤木英雄，前揭註23，頁32以下；井田良，前揭註23，頁154；高橋則夫，前揭註23，頁219；日高義博，前揭註23，頁357。而關於預見可能性的內涵與定位，在新過失論中仍有爭執。詳細的分析可以參考井田良，過失犯，收錄於刑法總論の理論構造，頁117以下，成文堂（2005）。

<sup>26</sup> 高橋則夫，前揭註23，頁214以下。

<sup>27</sup> 井田良，前揭註25，頁112以下。

<sup>28</sup> 可參考平野龍一，刑法總論，頁193以下，有斐閣（1972）；山口厚，刑法總論，頁246以下，有斐閣，3版（2016）。

了一些客觀的限縮基準，譬如認為過失犯的構成要件行為其實就是一種「實質上不能容許的危險行為」<sup>29</sup>、或是一種「違反結果迴避義務」的<sup>30</sup>行為等。近年甚至有見解一面在責任階層維持預見可能性的基準，一面在構成要件結合客觀歸責理論，以對故意、過失共通的客觀構成要件進行限縮<sup>31</sup>。

### （三）學說發展的共通之處與問題的發生緣由

觀察上述日本過失理論的發展，可以發現不管是舊過失論與新過失論，都同樣的開始要求像是「結果迴避義務」等，以行為人客觀行為為規範對象的客觀注意義務<sup>32</sup>。但「結果迴避義務」既然也是客觀的構成要件，則必然會和原本已經存在的客觀構成要件，譬如不作為犯的「作為義務」發生交錯<sup>33</sup>。故該如何釐清過失不作為犯的注意義務、特別是結果迴避義務與作為義務的關係，而不至於發生對一個行為同時賦予兩個義務的悖理現象<sup>34</sup>？這一點就會是個問題。或許也是如此，這個問題在戰後開始引起學界注意，而有以下的學說討論。關於現在的新舊過失論所認為的過失犯構造，與可能和作為義務發生交錯關係的部分，也可利

<sup>29</sup> 平野龍一，前揭註，頁194以下。

<sup>30</sup> 山口厚，前揭註28，頁246。

<sup>31</sup> 小林憲太郎，刑法的歸責，頁12以下、頁43以下、頁123以下，弘文堂（2007）。

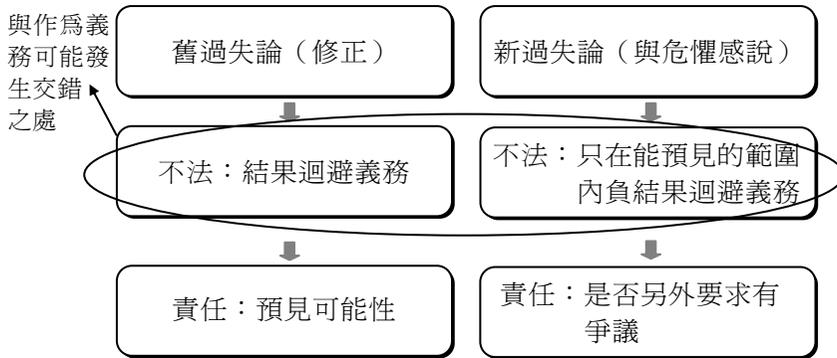
<sup>32</sup> 故現在舊過失論與新過失論在客觀要件上的差別，只剩下該如何建構結果迴避義務的要件而已。這一點不論舊過失論者或新過失論者都這麼認為。舊過失論者可參考林幹人，監督過失，收錄於刑法の現代的課題，頁8，有斐閣（1991）。新過失論者可參考高橋則夫，前揭註23，頁218。

<sup>33</sup> 平野潔，前揭註21，頁54。

<sup>34</sup> 提出這個問題的見解，可參考平場安治，過失犯的構造，收錄於刑事法學の諸相——井上正治博士還曆祝賀（上），頁329，有斐閣（1981）。

用下圖來歸納：

圖1 新過失論與修正舊過失論，以及和作為義務交錯之處



資料來源：本文作者自製

### 三、早期的解決方法及其問題：作為與不作為的區分

對於這個問題，除了之後將會提到的以比較分析注意義務與作為義務的內涵的方式，來釐清作為義務與注意義務關係的見解之外，在早期的學說中，亦有從不同的角度來討論兩義務間之關係的見解。如竹田直平博士認為過失犯與故意犯不同，沒有明確的目的以操縱因果流程的行為發生，只是一種「雖然有可能支配法益侵害的因果流程，但行為人不實行結果迴避行為，以放任法益侵害的發生」的犯罪<sup>35</sup>，故認為過失犯應該是一種不作為犯。對於注意義務與作為義務關係這個問題，竹田博士雖然沒有明確

<sup>35</sup> 竹田直平，過失犯および不作為犯の構造と行為支配性（行為概念の本質と行為性の限界-5-），甲南法学，第9卷1・2号，頁78以下（1968）。

表態，但從其認為作為義務的根據，可以直接當成注意義務中結果迴避義務的根據這一點來看<sup>36</sup>，可以推測竹田博士應該是先將所有過失犯都解成不作為犯後，進而把注意義務中的結果迴避義務均理解為作為義務。

但縱然過失犯不像故意犯一般，具有明確法益侵害的目的性。但若過失的作為開啓法益侵害的因果流程時，此時沒有過失作為則結果根本不會發生。如果從這個角度來看，為什麼要固執於目的性，而把所有的過失行為均理解成不作為這一點即有疑問。在上述的情況反而應該把開啓法益侵害的作為當成刑法構成要件評價的重點才對<sup>37</sup>。對於這個問題，竹田博士認為過失犯的客觀構成要件是「客觀注意義務」，故重要的是不阻止危險的不作為<sup>38</sup>。然而義務違反不一定非得以不作為，也有可能以作為的方式為之，故就算把過失犯當成是一種義務違反的犯罪，也不見得表示所有的過失犯都是不作為犯，更不見得表示注意義務就等於作為義務。如平場安治博士雖然也認為注意義務中的結果迴避義務與不作為犯的作為義務有類似之處，但博士明確指出過失犯的結果迴避義務是一種在作為時，命令行為人要一面注意履行一定的結果迴避措施，一面繼續實行作為的義務；不作為犯的義務違反，則是另外要求行為人再為一定的結果迴避行為的義務<sup>39</sup>。故不能只以兩者都是以義務違反為構成要件，就斷言所有的過失犯都是不作為犯。所以本文以為作為與不作為的區分，和注意義

<sup>36</sup> 前揭註，頁88以下。

<sup>37</sup> 譬如超速駕駛的行為，比起違反速限規定的不作為，毋寧是超速駕駛的行為製造了法益侵害的危險。可參考平野龍一，前揭註28，頁193以下。

<sup>38</sup> 竹田直平，前揭註35，頁95。

<sup>39</sup> 可參考平場安治，前揭註34，頁329以下。

務與作為義務的關係這兩個問題不能混淆視之，要解決後者的問題，還是得直接比較分析過失不作為犯中，注意義務與作為義務的構造才行。

#### 四、小結：新舊過失論構造與分析的方法

以上是過失犯構造論的回顧，與注意義務和作為義務發生交錯的原因的分析。從上述分析可以發現。由於不管是舊過失論還是新過失論，均認為注意義務不只是一種以行為人心理為規範對象，要求行為人不能輕忽大意的義務，而更包含了對法益侵害結果應該採用什麼方式迴避的「結果迴避義務」，其差別僅在於該如何建構結果迴避義務的內涵。故在過失不作為犯中，過失犯的結果迴避義務，與同樣要求行為人必須為一定作為以迴避法益侵害結果發生的作為義務會發生交錯關係。

之後也簡單分析了想要以區分作為與不作為的問題切入，認為過失犯均為不作為犯的見解。但本文認為這樣的作法其實混淆了作為與不作為的區分，與兩義務關係的問題，故實質上可能無法對問題的解決有所助益。故要討論這個問題，恐怕還是得實際比較分析注意義務與作為義務的內涵才行。以下就區分為舊過失論與新過失論，來分析以不同立場為前提的學說如何理解作為義務與注意義務之間的關係。

## 參、日本舊過失論下的區別說

### 一、區別結果預見義務（預見可能性）與結果迴避義務

#### （一）見解內容

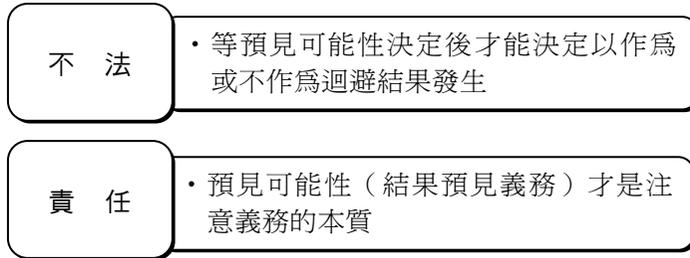
首先是依照舊過失論的前提，亦即注意義務是一種以行為人心理狀態為對象的結果預見義務（預見可能性），以區別注意義務與作為義務的想法。如井上祐司博士認為過失犯與直接在客觀面要求作為、不作為義務的故意犯不同，只有在通過注意、預見等等有關於行為人心理層面的義務的檢討後，才有可能確定客觀的結果迴避措施是作為還是不作為，故兩義務沒有類似性<sup>40</sup>；井上博士進一步指出在過失犯中，不管作為犯或不作為犯，均需討論注意義務，與只有在不作為犯才可能發生的作為義務並不相同<sup>41</sup>。從上述見解觀察，可以發現井上博士係以傳統的舊過失論為前提，進而強調注意義務的內涵是行為人主觀上預見結果發生的可能性（結果預見義務），並以此區別作為義務與注意義務<sup>42</sup>。其見解可歸納如下：

<sup>40</sup> 井上祐司，行為無價值と過失犯論，頁29（註3），成文堂（1973）。

<sup>41</sup> 井上祐司，監督者の刑事過失判例について，收錄於刑事法学の諸相——井上正治博士還曆祝賀（上），頁306，有斐閣（1981）。

<sup>42</sup> 與井上祐司博士類似，也是把注意義務理解為結果預見義務者，可參考堀內捷三，製造物の欠陥と刑事責任，研修，第546号，頁9以下（1993）。

圖2 井上祐司博士的區分方法



資料來源：本文作者自製

## （二）檢 討

但就算是依照井上博士的見解，由於最終仍要確定在客觀上，應該以作為或是不作為迴避法益侵害結果<sup>43</sup>，則在確定行為是不作為犯後，若不檢討因果關係以外的要件，如保證人地位的問題的話，反而有可能造成處罰範圍的不當擴大<sup>44</sup>。且如同上述貳、二、（二）所提到的，為了回應新過失論的批判，現在的舊過失論亦開始主張以客觀的注意義務，也就是結果迴避義務來限縮過失犯的客觀要件。而「結果迴避義務」的性質，特別是其與作為義務的關係，仍有進一步釐清的必要。故雖然堅守舊過失論的前提，把注意義務理解成結果預見義務或預見可能性的看法，可以明確的區別注意義務與作為義務，但並沒有完全解決核心的問題。因為如同上圖1所示，真正可能與作為義務發生交錯的從來就不是結果預見義務或預見可能性，而是結果迴避義務。只要承認在過失犯有必要討論結果迴避義務，就必須面對過失不作為

<sup>43</sup> 松宮孝明，白石中央病院火災事件判決について，收錄於刑事過失論の研究，頁341，成文堂（1989）。

<sup>44</sup> 內藤謙，刑法改正と犯罪論（下），頁528以下，有斐閣（1976）。

犯中，結果迴避義務與作為義務的關係這個問題。

## 二、以義務的功能區分

### （一）見解內容

#### 1. 見解前提：結果迴避義務與作為義務區別的必要性

經過上述的分析，可以確定就算支持舊過失論，現在也必須處理過失不作為犯的構成要件中，結果迴避義務與作為義務的關係。在近期試圖解決這個問題的舊過失論學者是神山敏雄與大塚裕史兩位教授<sup>45</sup>。兩位教授認為在過失不作為犯中，雖然還是有必要討論客觀的結果迴避義務，但進一步指出若不嚴加區別注意義務與作為義務，則會導致行政法上的義務被當成刑法的結果迴避義務，而造成原本作為義務判斷基準被動搖，導致原本沒有保證人地位的不作為者被當成過失不作為犯，甚至不當的擴張了過失不作為犯的處罰範圍<sup>46</sup>。

#### 2. 以義務的功能來區分作為義務與結果迴避義務

神山教授即以上述意見為前提，進而認為在過失不作為犯中，是為了履行保證人的義務而命令行為者應該要實行一定的結果迴避行為，故作為義務與結果迴避義務有目的與手段的關

<sup>45</sup> 神山敏雄，過失不真正不作為犯の構造，收錄於刑事法学の総合的検討：福田平、大塚仁博士古稀祝賀（上），頁47以下，有斐閣（1993）；大塚裕史，過失不作為犯の競合，收錄於三井誠先生古稀祝賀論文集，頁152以下，有斐閣（2012）。其他類似的學說，亦可參考北川佳世子，過失の競合と責任主体の特定問題：過失不作為犯の競合を中心に，刑法雜誌，第52卷2号，頁315以下（2013）。

<sup>46</sup> 神山敏雄，前掲註，頁46；其他類似意見者可參照堀內捷三，前掲註42，頁8以下；大塚裕史，前掲註，頁155。

係<sup>47</sup>。大塚教授更進一步的把作為義務的問題區分為「義務的有無」問題和「義務的內容」問題，並認為在過失不作為犯中前者的目的在於特定義務的主體，是不作為犯特有的問題，而後者的目的則是在特定保證人後，進一步確定應該要求保證人該做什麼的問題，其標準與過失犯的結果迴避義務（客觀注意義務）共通<sup>48</sup>，故大塚教授就以作為義務與結果迴避義務功能不同，前者負責決定誰來負責，後者負責決定要怎麼負責，以此區別兩義務，與神山教授採取類似見解。

### 3. 共通點分析

在觀察了上述兩位教授的見解後，我們可以得出如下的結果：兩位教授同樣從舊過失論出發，同樣認為區別作為義務與結果迴避義務的實益在於防止把單純的行政法違反當成刑法上的過失犯處罰，並阻止過失不作為犯的處罰擴大。也同樣以此前提，兩位教授提出了以手段和目的的關係，或是義務的有無與義務的內容，來說明兩種義務的區別方法。其基準可以下圖表示：

圖3 神山教授與大塚教授的區分方法



資料來源：本文作者自製

<sup>47</sup> 參照神山敏雄，前揭註45，頁49。

<sup>48</sup> 大塚裕史，前揭註45，頁155以下。

## （二）檢 討

從強調過失不作為犯中，必須要討論義務的根據問題，否則即有可能導致處罰範圍的過度擴大這一點來看，神山教授與大塚裕史教授可說是明快的指出了過失不作為犯問題的核心，也回應了上述對於井上祐司博士見解的批判，這一點本文敬表贊同<sup>49</sup>。然而就算確定了過失不作為犯也有討論義務根據的必要，但採用上述的區別方法，是否就能達成防止處罰過度擴大的目的？是否實際上真的能夠區別作為義務與結果迴避義務？這些問題都還有更進一步討論的必要。下面就區分上述兩個問題，來檢討這個區別方法的當否。

### 1. 關於區別的實益

首先在區別實益方面，神山教授與大塚教授強調若是混同結果迴避義務與作為義務，會導致行政法上的義務可能被輕易的當成為刑法的義務。關於這一點，確實在過失犯的討論中，特別是以新過失論為前提的學說在建構結果迴避義務時，常常參考行政法的規定，縱使有提出共通基準，也只能提出像是「容許風險」或是「社會相當性」等抽象的原則，並未提出更具體的義務根據<sup>50</sup>。但這樣的問題是否可以區別作為義務與結果迴避義務的方法解決？實則就算在過失不作為犯嚴格區別作為義務與注意義務，只要在作為義務根據的討論上，還是維持以「法律」、「契約」、「法理」的形式法律義務見解的話，就結果而言，仍無法解決義務根據的討論過度依賴行政法規的問題。因此如果要解決上述區別說所重視的問題，重點並不在要區別兩義務，反而應該

<sup>49</sup> 類似意見者，可參考小林憲太郎，過失犯における注意義務と「作為義務」，刑法雜誌，第56卷2号，頁272（2017）。

<sup>50</sup> 如藤木英雄，過失犯の理論，頁60以下，有信堂（1969）。

是要直接討論義務根據的實質基準，才是正本清源的解決之道。

上述見解也強調如果不明確區別結果迴避義務與作為義務的話，可能會導致無保證人地位之人也被當成過失不作為犯處罰。這樣的疑問可能是來自於過失犯的結果迴避義務同時適用於作為犯與不作為犯，故如果把適用於作為犯的結果迴避義務直接套到不作為犯的話，的確有可能導致處罰範圍不當擴大。但是要解決這個問題，與其注重作為義務與結果迴避義務的區別，不如應該嚴密的區別作為與不作為，然後對於不作為犯適用與作為犯不同的義務根據的基準，就可以妥善解決上述見解提到的問題<sup>51</sup>；因此本文以為若要解決上述神山、大塚兩位教授所提出的問題，重要的是義務根據的判斷基準為何，單只有區別兩義務並無法解決問題。

## 2. 關於區別方法本身

其次是關於區別方法的討論。上述見解雖然認為義務有無是作為義務特有的問題，但同時認為在作為義務的範疇中，也必須討論義務的內容<sup>52</sup>。所以在過失不作為犯中，上述的區別方法，雖然在概念上好像可以很明確的區別兩者，但實際上反而是承認在過失不作為犯中，只有確定義務內容功能的結果迴避義務，會被同時擁有確定義務內容與義務根據功能的作為義務給完全包含，實際上反而會導出作為義務吸收了結果迴避義務的結論。從神山教授只把結果迴避義務當成履行作為義務的手段，大塚裕史教授認為結果迴避義務的內容就是作為義務的內容這一點，就

<sup>51</sup> 或是不管作為、不作為，均適用更嚴格的不作為犯基準，也可能是一個選項。

<sup>52</sup> 這一點即使上述區別說的學者也承認這一點，可參考大塚裕史，前揭註45，頁156以下。

可以看出有這個傾向。但兩位教授既然承認結果迴避義務也是注意義務的一部分，為什麼只在過失不作為犯中，本來是判斷過失不法的核心要件的注意義務，卻反而變成了作為義務的附庸？<sup>53</sup>這一點仍須作進一步的釐清。

另外，在過失不作為犯中，是否可以完全的區別主體的確定與義務的內容，來判斷行為人是否應該為結果負責這一點也有疑問。在此可以使用管理監督過失的事例來說明這個問題。譬如建築物的防火管理者是否要為建築物火災發生導致的死傷結果負責這個問題，如果不先確定防火「管理」的實際內容，則根本不可能找的到誰應該有法律上的權限來為管理疏失負責；但「管理」的實際內容，本來就是與義務內容的討論相關，故義務主體的確定，恐怕無法和義務內容的確定完全分開來討論<sup>54</sup>，更遑論把義務主體和義務內容的認定割裂，認為注意義務只有義務內容認定的功能了。故本文以為兩位教授的見解，雖然指出了重要的問題，但其進一步想要以義務功能的不同，來區別作為義務與注意義務的嘗試是失敗的。

### 三、強調結果迴避義務的獨立意義

#### （一）見解內容

小林憲太郎教授也是站在必須在理論上區別作為義務與注意義務的立場，但其認為注意義務相對於作為義務，是一個擁有更多內涵的概念。故小林教授從注意義務的構造開始分析，並區分了「義務主體」、「容許危險」、「預見可能性」三個層次，來

<sup>53</sup> 小林憲太郎，前揭註49，頁272。

<sup>54</sup> 類似的看法可參考齋野彥弥，管理監督過失における実行行為の主體，刑法雜誌，第34卷1号，頁89以下（1995）。

比較分析過失不作為犯中，注意義務與作為義務之關係。特別是在「義務主體」與「容許危險」兩層次的分析中，小林教授對作為義務與結果迴避義務的關係做了詳細的說明，故以下也以此為中心討論小林教授的見解<sup>55</sup>。

首先是過失不作為犯的義務主體的確定，亦即判斷誰應該負擔義務的部分，小林教授認為這部分的判斷基準與作為義務的保證人地位基準完全相同<sup>56</sup>。以救生員不救助在游泳池溺水的人，導致該人死亡的事例來說，小林教授認為在判斷救生員是否應該救助該人時，所適用的判斷基準不會因為救生員是否發現到有人溺水而發生差異<sup>57</sup>，都是不作為犯的保證人地位基準。

至於第二層次的注意義務則是容許危險。小林教授認為這部分是屬於無法被作為義務包含的部分，而是結果迴避義務的範疇。在此必須以損益衡量的方式，來決定行為人具體的義務內容；譬如在製造物責任的案例中，企業主應該對產品施加多少程度的警告標語與安全措施，才能夠出貨等，就是容許危險的衡量<sup>58</sup>。

從上述小林教授的見解看來，其認為在過失不作為犯中，結果迴避義務本身應該也有其獨立的意義，而不只是上述神山教授與大塚教授一般，將其解為作為義務的一部分。故小林教授透過客觀歸責的容許危險概念，試圖賦予注意義務獨立的意義。以下

<sup>55</sup> 在預見可能性的部分，小林教授主要是進一步分析預見可能性的內容，而認為至少情報收集義務可以歸類在結果迴避義務之中，此外則與舊過失論相同，把預見可能性放在責任階層判斷，由於這部分與本文主題較無關係，故先以本註簡單說明。可參考小林憲太郎，刑法判例と実務（第五回）不作為犯論，判例時報，第2286号，頁22（2016）。

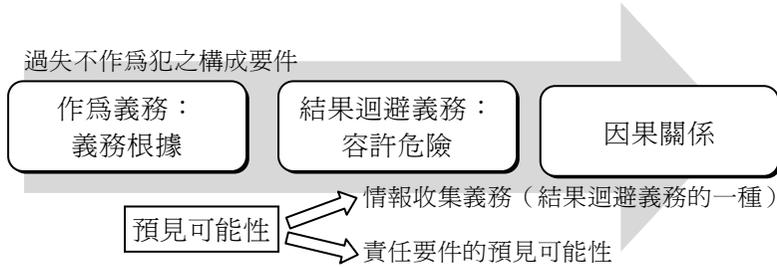
<sup>56</sup> 小林憲太郎，前揭註49，頁275。

<sup>57</sup> 小林憲太郎，前揭註55，頁22以下。

<sup>58</sup> 小林憲太郎，前揭註49，頁275以下。

亦簡單歸納小林教授的見解如下圖：

圖4 小林教授的見解



資料來源：本文作者自製

## （二）檢 討

小林教授的見解試圖賦予客觀注意義務，亦即結果迴避義務不被作為義務吸收的理由，亦即藉由結果迴避義務還要以容許危險來形成具體義務內涵的概念，來和作為義務的討論相區別。但是容許風險的討論是否只是過失犯的專利？小林教授在這裡明確的採取了否定見解，認為在故意犯也必須判斷與過失犯的注意義務完全相同的問題<sup>59</sup>。若是如此，則故意不作為犯也應該以容許風險來形成具體的義務內容。但因為故意不作為犯的客觀要件中並沒有客觀注意義務要件，故只能透過具體化作為義務內容的方式，來達到與過失不作為犯同樣的結果。

但若作如此理解的話，則在過失不作為犯中，注意義務與作為義務在實際操作上，可能就沒有任何的差距。因為如同小林教授所述，過失不作為犯的注意義務在進入討論行為人是否具備容許風險之前，本來就應該要先確定誰應該負責，而過失不作為犯

<sup>59</sup> 小林憲太郎，前揭註55，頁23。

的作為義務在確定行為人應該負責之後，本來也應該要透過容許風險等損益衡量的概念來形成其義務具體的內容；譬如所謂作為可能性的要件，就是在不作為犯的作為義務中，實質上在進行損益衡量以形成具體義務的標準<sup>60</sup>。故小林教授雖然還是強調理論上要區分作為義務與注意義務，但實際上對於後述把過失不作為犯的作為義務，當成注意義務判斷的一部分的日本實務見解，仍然表示可以理解其想法<sup>61</sup>。

#### 四、小 結

以上是從舊過失論出發，並試圖區別過失不作為犯中，注意義務與作為義務關係的見解。但就算舊過失論的想法可以區別預見可能性與作為義務的不同，但也必須面對結果迴避義務與作為義務的關係該如何界定的問題。而試圖區別結果迴避義務與作為義務的想法，雖然指出了在過失不作為犯中，也必須討論義務的根據這一點有其貢獻，但其試圖以義務的功能來區別作為義務與結果迴避義務的方式，一方面無法達到其本來想要達成的目標，亦即防止過失不作為犯處罰範圍的過度擴大，一方面其實際運用的結果，反而會導致結果迴避義務被作為義務給吸收，加上實際上義務內容與義務主體的判斷本來就難以完全分割，故本文雖然贊成區別說提出的問題意識，但其區別方法是否有實益？以及是否真的能夠把單一功能只分配給某個義務？本文認為還有疑問。之後雖然也有試圖以容許風險概念，賦予結果迴避義務獨立意義的看法；但該說法也承認在故意不作為犯也要判斷容許風險，所以仍然難以區分作為義務與結果迴避義務。

<sup>60</sup> 小林教授也是如此認為。小林憲太郎，前揭註55，頁22。

<sup>61</sup> 小林憲太郎，前揭註49，頁273。實務判決可參考後述的肆、二、（二）、2。

## 肆、日本新過失論下的區別說

### 一、強調結果預見義務與作為義務的不同

#### (一) 見解內容與分析

接下來分析以新過失論為前提，進一步探討過失不作為犯中，作為義務與注意義務關係的見解。首先在新過失論中，亦有藉由強調注意義務的本質是以預見可能性為前提的結果預見義務，來區別注意義務與作為義務的見解。如大塚仁博士認為作為義務是「一種必須履行一定作為的義務」，注意義務則是「行為人應該決定不讓構成要件行為發生的一種心理的態度」；這樣的心理態度，正是注意義務的本質，而必須與外在的結果迴避義務相區別<sup>62</sup>。根據大塚仁博士的見解，由於在新過失論中，不僅是結果迴避義務，結果預見義務也被當作過失犯構成要件的一環<sup>63</sup>，所以如果強調注意義務的本質在於對行為人心理上的結果預見義務的話，在概念上當然可以和只要求客觀行為的作為義務做出區別，這樣的見解也與上述我國甘添貴教授的想法<sup>64</sup>類似。

#### (二) 檢討

但新過失論的學者很早就認為過失犯在客觀上必須檢討結果迴避義務。故縱然把注意義務的本質解釋成一種以結果預見可能性為前提的「結果預見義務」，但因為只違反結果預見義務本身還不足以構成犯罪，還必須要進一步檢討所謂客觀的注意義務，

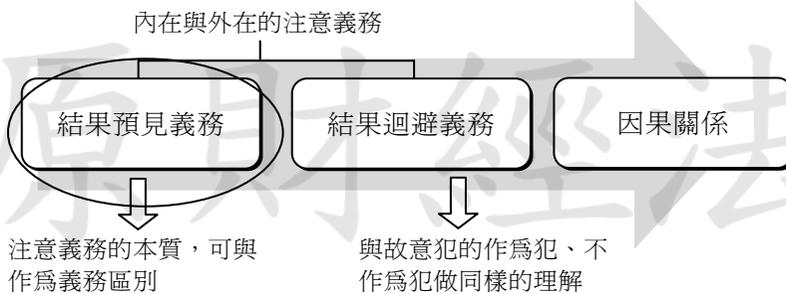
<sup>62</sup> 大塚仁，過失犯の構造について（講演），司法研修所論集，第48号，頁25以下（1971）。其他類似的見解，可參照西原春夫，交通事故と過失の認定，頁24以下，成文堂（1975）。

<sup>63</sup> 大塚仁，前掲註，頁23以下。

<sup>64</sup> 可參考前述壹、二、（二）。

也就是「結果迴避義務」<sup>65</sup>的緣故，則結果迴避義務本身與既有的構成要件，如作為義務等應該如何整合，對於新過失論而言應該是更迫切的問題。故與本文在此仍然認為就算強調注意義務的本質是結果預見義務，但仍然要解決注意義務中的結果迴避義務與作為義務該如何整合的問題。關於這個問題，大塚仁博士僅簡單的認為結果迴避義務可以再細分為作為義務與不作為義務，而可以和故意犯構成要件行為的作為犯與不作為犯互相對應<sup>66</sup>。觀諸其見解，大塚博士似乎認為在過失不作為犯中結果迴避義務可以理解成與作為義務相同<sup>67</sup>。

圖5 大塚仁博士的見解



資料來源：本文作者自製

<sup>65</sup> 大塚仁博士自己也是如此主張。可參考大塚仁，刑法概說（總論），頁210以下，有斐閣，4版（2008）。

<sup>66</sup> 前揭註，頁211。

<sup>67</sup> 同樣如此理解大塚教授的見解者，如稻垣悠一，欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論，專修法研論集，第45号，頁58（2009）；岡部雅人，過失不作為犯における「注意義務」について，收錄於曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上卷，頁204，成文堂（2014）。

## 二、過失不作為犯只適用注意義務

經過上述的分析後，可以發現在新過失論中，只強調結果預見義務或預見可能性，仍無法完全解決注意義務與作為義務的關係的問題。因為還是必須釐清結果迴避義務與作為義務的關係。而關於這個問題，大塚仁博士似乎認為結果迴避義務可解釋成與故意犯的構成要件相同；但亦有見解認為作為義務與結果迴避義務有其不同之處，而應該要作區別。這樣的見解又區分為兩種，第一種見解認為過失不作為犯不須特別討論作為義務問題，只要討論注意義務的問題即可，這個見解的主張者是日高義博教授與稻垣悠一教授<sup>68</sup>。另一種看法則是認為過失不作為犯還是要討論作為義務的問題，故仍須區別注意義務中的結果迴避義務與作為義務，主張者為岡部雅人教授<sup>69</sup>。以下先分析前者的見解，再討論後者的看法。

### （一）見解內容

#### 1. 區別作為義務與注意義務的前提與必要性

日高教授首先比較日本刑法故意殺人與過失致死的構成要件，認為與規定「殺人者」的刑法第199條的殺人罪不同，刑法第210條的過失致死的規定是「……致人於死者」；日高教授即以此為前提，認為過失犯與故意犯不同，不以作為的型態為構成要件的前提<sup>70</sup>，故兩者的規範構造與構成要件的構造均不相同。稻垣教授亦承此前提，進一步主張如果過失不作為犯也與故意不

<sup>68</sup> 日高義博，管理・監督過失と不作為犯論，收錄於神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷，頁139以下，成文堂（2006）；稻垣悠一，前揭註，頁64以下。

<sup>69</sup> 岡部雅人，前揭註67，頁205以下。

<sup>70</sup> 日高義博，前揭註68，頁152。

作為犯相同，納入保證人地位基準的話，則為了對應為數眾多且特性各異的過失不作為犯案例，可能會造成原本僅適用於故意不作為犯的保證人地位基準也會跟著抽象化，進而導致故意不作為犯的處罰範圍也會因此擴大<sup>71</sup>。

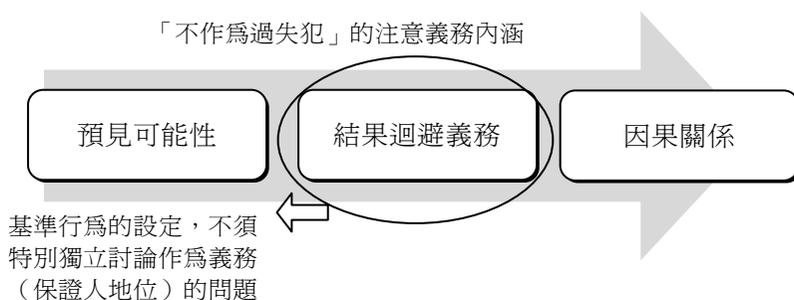
## 2. 僅以注意義務（結果迴避義務）形成過失不作為犯的歸責基準

但如果不應該把過失不作為犯的構成要件理解成與故意不作為犯相同的話，該如何解決過失不作為犯的歸責問題呢？日高教授與稻垣教授認為由於注意義務中，結果迴避義務的內容是「設定結果迴避的基準行為」，而這樣的義務同時針對作為犯與不作為犯，故在過失犯中不需要判斷作為與不作為的等價性問題，只需要判斷預見可能性與結果迴避義務即可；而雖然結果迴避義務還是可以分成作為義務與不作為義務，但那只是「作為的過失犯」與「不作為的過失犯」的注意義務，與從行為人與受害者之間的特別關係導出的不真正不作為犯的作為義務並不相同，「不作為的過失犯」也不需要導入保證人地位的基準來選出義務主體<sup>72</sup>，只要判斷不作為是否違反了基準行為即可。以下歸納日高教授與稻垣教授的見解如下圖：

<sup>71</sup> 稻垣悠一，前揭註67，頁63以下。

<sup>72</sup> 日高義博，前揭註68，頁153；稻垣悠一，前揭註67，頁70以下。

圖6 日高教授與稻垣教授的「不作為過失犯」的注意義務內涵



資料來源：本文作者自製

## （二）檢 討

日高教授與稻垣教授分析過失犯和故意犯的條文構造差異後，進一步認為過失犯與故意犯的構成要件構造不同，故過失不作為犯不需要討論作為義務，只要討論注意義務即可。確實從上述貳、二的分析來看，由於新過失論的主要前提，就是認為過失犯與故意犯的構成要件不同，故日高教授與稻垣教授是基於新過失論的前提，進而想以把過失不作為犯排除在保證人地位的適用範圍之外的方式，來發展出過失不作為犯獨立的歸責體系。

從條文的構造來看，日高教授與稻垣教授的見解似乎也有合理之處。亦即相對於明確規定了如「殺人」等行為型態的故意犯，從只規定「致人於死」的過失致死罪的法條文字來看，過失致死罪應該可以毫無疑問地直接包含不作為犯的型態<sup>73</sup>。甚至在

<sup>73</sup> 相對於此，譬如上述的殺人罪的情形，「殺人者」能否包含以不作為的方式殺人這一點，仍有學說提出疑問。可參考松宮孝明，刑法總論講義，頁87，成文堂，5版（2017）。

日本之前的改正刑法草案中，關於不真正不作為犯總論規定草案的立法理由書也以「立法者並非以作為為前提制定過失的構成要件，若制定故意犯與過失犯共通之構成要件的話，其規定之內容會極為抽象，反而導致對故意犯的適用有不當擴大之虞」這樣的理由，把過失不作為犯排除在不真正不作為犯的條文適用範圍之外。但這樣是否就代表應該支持日高教授與稻垣教授的見解？以下就針對日高教授與稻垣教授的見解，分成條文構造的部分、注意義務的內涵部分、與區分故意犯與過失犯構成要件的部分來進行進一步的檢討。

### 1. 是否能從條文文字就否定義務主體討論的必要性？

日高教授與稻垣教授主張區別故意犯與過失犯構成要件的第一個理由，是在於故意犯與過失犯的條文文言不同，進而導致其規範構造不同。然而一方面就算條文的文言如此規定，也不見得能夠推導出兩者要件不同的結論<sup>74</sup>。否則依照目前日本的通說，就算是殺人罪的「殺人」，也可以將其理解為包含作為與不作為殺人<sup>75</sup>，難道這樣就可以進一步導出殺人罪不需要保證人地位嗎？故本文以為條文文言的差異不足以成為過失犯與故意犯構成要件不同的根據。

### 2. 能否完全切割確定義務主體與確定義務內容的問題？

觀察日高教授與稻垣教授所提出的注意義務基準，可以發現兩位教授重視的是行為人的作為或不作為是否違背了基準行為，而認為建構這個基準行為時，並不需要特別討論「如何確定義務主體」。譬如在建築物火災的事例中，日高教授認為重要的是防火管理者的不作為是否違背了結果迴避的基準行為，而進一步導

<sup>74</sup> 平野潔，前揭註21，頁61以下。

<sup>75</sup> 西田典之，刑法總論，頁116，弘文堂，2版（2010）。

致這個不作為在因果的歷程中，發生法益侵害的危險<sup>76</sup>。但要注意的是這裡的基準行為，是指「防火管理者為防止火災發生的必要行為」，故若不能先確定誰是管理者與他的具體權限的話，可能就無法進一步確定這個管理者為了迴避火災發生，應該做出什麼樣的基準行為；譬如是否可以直接增加預算添購防火設備，或是只能對建築物的所有者進言等等。從這個角度看來，在設定義務內容，也就是基準行為之前，也必須要確定誰是適用基準行為的主體。故義務主體與義務內容的判斷本來就不可能完全區隔開來判斷。就算表面上可以只使用「注意義務」來判斷行為人的責任，但在面對如管理監督過失這樣的過失不作為犯的事例時，也必須先確定行為主體為何，才能進一步設定注意義務的基準行為。

日本最高法院也採取類似見解。蓋日本最高法院在面對過失不作為犯案例時，雖然沒有特別提到注意義務，但在注意義務的檢討中，日本最高法院實質已經在進行義務主體的認定。譬如討論到飯店的董事長是否應該就其疏忽裝設灑水器，導致火災時多人傷亡這件事情，負起業務過失致死責任的新日本飯店火災事件判決<sup>77</sup>之中，日本最高法院雖然沒有提到作為義務的問題，而直接去判斷飯店董事長的注意義務；但從「由於被告身為董事長，處於統轄本案飯店管理經營事務之地位，有管理經營的實質權限……故負有防止火災發生，減輕因火災的被害的防火管理上的注意義務」的判旨<sup>78</sup>來看，其實日本最高法院在認定注意義務

<sup>76</sup> 日高義博，前揭註23，頁368。

<sup>77</sup> 最高裁判所平成5年（1993年）11月25日裁定，收錄於刑集第47卷9号，頁242以下。

<sup>78</sup> 前揭註，頁244以下。

時，實質上已經在討論保證人地位的基準<sup>79</sup>。故可認為日本最高法院在認定注意義務的內容時，也沒有放棄判斷誰是義務主體。因此本文認為由於決定義務內容的前提，就是義務主體為何，故明確認為不用特別確定義務主體，就可以設定基準行為規範的日高教授與稻垣教授的見解可能會發生疑問。稻垣教授後來也承認在設定基準行為時，必須先確定行為人的地位、權限、職責，只是稻垣教授認為這都是在確定結果迴避措施的行為基準時，所必要的前提要件，故仍然不須獨立討論行為人是否有保證人地位<sup>80</sup>。

### 3. 區分故意犯與過失犯構成要件的問題

如同前述，稻垣教授雖然已經承認在基準行為的設定時，也必須要考慮義務主體的確定，但兩位教授在面對「不作為的過失犯」時，仍然認為只需要使用注意義務來設定基準行為，而不需特別討論行為人有無保證人地位。其理由主要在於兩位教授認為故意犯與過失犯的構成要件構造是不同的。日高教授以此認為過失犯的構成要件不需討論作為與不作為的等價性。稻垣教授則進一步強調如果把保證人地位基準的適用範圍擴張到過失犯的話，反而會使保證人地位因為要對應過失不作為犯的事例，而導致其基準變的更加抽象。如同上述分析，新過失論也為兩位教授的想法提供了理論上的依據。

如同肆、二、（二）、1.所批評的一般，這樣的想法在法條

<sup>79</sup> 本案的調查官也是這麼認為。可參考金谷曉，ホテルの火災事故においてホテルを經營する会社の代表取締役に業務上過失致死傷が成立するとされた事例，收錄於最高裁判所判例解説刑事篇（平成五年度），頁183以下，法曹会（1995）。

<sup>80</sup> 稻垣悠一，不作為的過失と不作為犯論——注意義務確定の手法に関連して，刑事法ジャーナル，第46号，頁26以下（2015）。

文字上的前提就有疑問。且這樣的見解實質上是否妥當亦有疑問。如同在貳、二所分析的一般，新過失論是藉由批判舊過失論未能有效限縮過失犯的客觀要件，進而強調應該引進「違反基準行為」的結果迴避義務要件，以限縮過失犯的成立。但上述日高教授與稻垣教授的見解，卻是藉由否定保證人地位要件來區別故意不作為犯與「不作為的過失犯」的歸責體系。其結果反而導致在兩位教授的體系中，「不作為的過失犯」的處罰範圍比「故意不作為犯」更為擴張<sup>81</sup>，這樣的擴張傾向是否妥當不無疑問<sup>82</sup>。雖如稻垣教授所說，如果把保證人地位的適用範圍擴張到「不作為的過失犯」時，可能因為要對應「不作為的過失犯」的案例，而導致保證人地位的基準變得較為抽象。但如果為了維護保證人地位基準明確性的代價，是過失不作為犯處罰範圍的過度擴大的話，本文以為縱使忍受一定程度的抽象性，也應該要嘗試控制不作為犯整體的處罰範圍不會過度擴大。縱使擱置上述妥當性的問題，若依照兩位教授的見解操作的話，則原本是用來限縮過失犯成立的新過失論，在不作為犯時反而搖身一變成爲擴張「不作為的過失犯」處罰範圍的基礎<sup>83</sup>；這樣的想法是否已經背離了新過失論的出發點？此處仍有疑問。

<sup>81</sup> 兩位教授在處理故意不作為犯的事例時，都基於等價性理論，而認為故意不作為犯的處罰必須以「故意或過失的危險前行為」為前提；但「不作為的過失犯」則不以此為必要。如日高義博，前揭註23，頁151、368；稻垣悠一，欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論，頁232以下、頁262以下，專修大學出版局（2014）。

<sup>82</sup> 明確反對的學說，可參考岡部雅人，前揭註67，頁204以下。

<sup>83</sup> 明確指出新過失論在面對管理監督過失等過失不作為犯事例時，反而成為擴張處罰的根據並予以批判的見解，可參考山口厚，前揭註28，頁244。

### 三、以義務的功能區分

#### (一) 見解內容

以上是關於日高教授與稻垣教授的見解及對於其見解批評。如上所述，若義務主體與義務內容的判斷難以分割，且難以接受過失不作為犯的處罰範圍可以進一步的擴大的話，恐怕還是必須接受縱使以新過失論為前提，在過失不作為犯中，作為義務和客觀注意義務，亦即結果迴避義務會發生交錯，此時該如何處理兩義務的關係？在新過失論的陣營中，岡部雅人教授對這個問題亦提出了自己的見解。以下即分析岡部教授的見解並檢討之<sup>84</sup>。

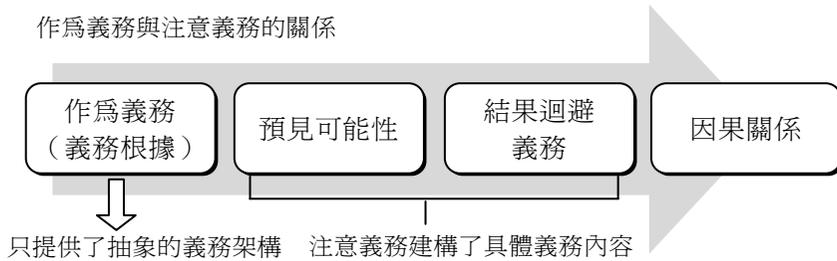
岡部教授雖然是也從新過失論出發，但其採取跟上述參、二、的大塚裕史教授類似的方法，亦即先分析作為義務的構造，並與注意義務的內涵比較以提出自己的見解。岡部教授認為長久以來關於作為義務的學說討論，其實同時包含了作為義務的發生根據與義務的具體內容，而所謂保證人地位，其實只解決了「作為義務的根據」的問題；但對於「作為義務的內容」的問題，保證人地位其實只提供了一個抽象的架構，無法直接從保證人地位導出義務的內容<sup>85</sup>。故岡部教授以新過失論為前提，認為主要是結果預見可能性導出了結果迴避義務具體內容，因此在過失不作為犯的討論中，義務的根據來自於保證人地位，義務的具體內容則無法直接由行為人的地位、權限、職責等確定義務主體的要件確定，而也要考慮行為人可能預見的內容與程度，故兩者還是可以區別<sup>86</sup>。以下也歸納岡部教授的見解內容如下圖：

<sup>84</sup> 與岡部教授採用類似見解的學說，可參考平野潔，前揭註21，頁63。

<sup>85</sup> 岡部雅人，前揭註67，頁205。

<sup>86</sup> 岡部雅人，前揭註67，頁205以下、頁211。

圖7 岡部教授所提出的注意義務與作為義務區分



資料來源：本文作者自製

## (二) 檢 討

岡部教授主要是以作為義務與注意義務的功能，亦即前者負責確定義務主體、後者負責建構義務內容來區分兩者。這樣的作法雖然和前述大塚裕史教授與小林教授類似，但由於岡部教授是以新過失論為前提，故以行為人的結果預見可能性來進一步形成具體的結果迴避義務，這一點為故意犯的作為義務所無<sup>87</sup>，所以相較於前述的大塚裕史教授與小林教授，岡部教授的見解更能強調過失犯結果迴避義務的獨立性。這樣的見解也與前述我國見解中，強調注意義務還需要以預見可能性為前提的許澤天教授的見解，與強調作為義務是事前抽象的義務的鄭逸哲教授的見解有類似之處。但岡部教授的見解仍有一些問題必須要釐清。

觀察岡部教授的見解。可以發現在岡部教授的見解中，主要是由作為義務負責確認義務主體的功能。固然保證人地位是作為

<sup>87</sup> 故岡部教授也明確表示，其提出的確定義務內容基準只能適用於過失不作為犯，必須另覓基準確定故意不作為犯的義務內容。可參考岡部雅人，前揭註67，頁205（註31）。

義務的前提，所以由作為義務當然擔任義務主體確認的功能再自然不過。但難道注意義務沒辦法達到這個功能？岡部教授在此並未明言。在學說上，雖然確實有認為注意義務主要以所有對結果有預見可能性和結果迴避可能性的人為對象，故不具備確認義務主體的功能的見解<sup>88</sup>；但如同前述稻垣教授所提的，設定注意義務（在此為結果迴避義務）的基準行為時，就必須先確認誰是義務主體<sup>89</sup>。故結果迴避義務並非絕對不能負擔確認義務主體的功能<sup>90</sup>，只是其確認基準是否和作為義務相同而已。如果不能像前述日高教授與稻垣教授一般，把注意義務的主體確認基準與作為義務的保證人地位脫鉤，而是像岡部教授所說，直接認為在過失不作為犯中，注意義務的義務主體確認基準就是保證人地位的話，此時是否還能夠以作為義務負責主體確認，注意義務負責內容形成的方式來區別兩者？還是同時擁有主體確認和以預見可能性為前提，形成過失犯具體義務內容的注意義務直接包含作為義務？這一點仍然有疑問。

#### 四、小 結

與舊過失論把結果預見可能性或是結果預見義務當成是一種責任要件不同，新過失論承認預見可能性或結果預見義務是結果迴避義務的前提要件，故客觀面的注意義務不會完全被以討論外在行為為主的作為義務包含。但在討論注意義務中的結果迴避義務與作為義務的關係時，新過失論者與前述舊過失論一樣，仍然遇到了一些難題。蓋雖然結果迴避義務主要的機能在於形成一個基準行為，但由於形成基準行為的前提必須要確定義務主體，故

<sup>88</sup> 北川佳世子，前揭註45，頁315。

<sup>89</sup> 稻垣悠一，前揭註80，頁26以下。

<sup>90</sup> 平野潔，前揭註21，頁63以下。

難以否認注意義務也有確認主體的功能。此時除非像日高教授與稻垣教授一般，把注意義務的確認主體基準與作為義務的保證人地位脫鉤，不然難以區分兩者，而導致在新過失論下的過失不作為犯中，作為義務反而會被注意義務給包含。但日高教授與稻垣教授的見解一方面規範上的基礎不足，另一方面也會與新過失論的前提衝突，其實質妥當性亦有問題，所以也有疑問。

## 伍、本文的見解：統合結果迴避義務與作為義務

### 一、區別說的共識與問題

以上是強調在過失不作為犯中，應該要區別注意義務與作為義務的日本學說的相關討論與分析。從上述分析我們可以發現，縱然在過失犯的結構上，有舊過失論與新過失論之爭，且兩者所架構的注意義務內涵是不同的。但是在討論到注意義務與作為義務的關係時，卻可以發現兩個立場的見解，都出現了一些共通的結論。亦即若把注意義務區分為結果預見可能性（或結果預見義務）和結果迴避義務的話，預見可能性或是預見義務等對於行為人內心注意的要求，應該與以行為人客觀行為為規範對象的作為義務相區分。

但如果是進一步想區分過失不作為犯的作為義務與結果迴避義務，亦即客觀的注意義務的話，則不管是採用舊過失論、或是新過失論的學者，都會碰到無法解決的難題。譬如以舊過失論為前提，而進一步認為作為義務與結果迴避義務是手段與目的的關係的見解，或是認為作為義務主要用在確定主體，結果迴避義務則是以容許危險來確定義務內容的見解，兩者都碰到了在過失不

作為犯中，作為義務可能可以完全包含注意義務，或不管只用哪一種義務判斷行為人的責任，最後結果毫無差別的結論。另一方面即使以新過失論為前提，如果只是以義務主體和義務內容的確定，來區分作為義務與注意義務的話，則會因為義務主體與義務內容兩者實際上難以分割來討論，所以實質上可能會導致在過失不作為犯中，有更多功能的注意義務完全包含作為義務的結論。主張注意義務的義務主體確認與作為義務的保證人地位基準不同的見解，雖然可以明確的區別作為義務與結果迴避義務，但這樣的區別背後欠缺實質的基礎，且與新過失論的前提背離，所以也無法採納。故本文認為，想要區別作為義務與結果迴避義務，亦即客觀的注意義務的見解，結果都不算成功。

## 二、區別失敗的原因分析

但問題是為什麼區別注意義務中的結果迴避義務與作為義務的嘗試，最後都面臨失敗的命運呢？本文以為可以從過失犯論的架構，與結果迴避義務的目的來分析為什麼上述想要區分作為義務與結果迴避義務的見解，都會遇到問題。

### （一）從過失犯論的架構觀察

首先是關於過失犯的架構的分析。這部分主要是與為何從舊過失論出發的見解，在過失不作為犯中，為何無法成功的區別作為義務與注意義務的問題有關。本文以為若回到貳、二、（二）所提到的舊過失論結構來觀察的話，就可以很清楚地了解這個問題發生的原因。如同前述貳、二、（二）所述，舊過失論後來雖然也承認必須在客觀構成要件的階層內討論「結果迴避義務」，但由於舊過失論還是認為過失犯和故意犯的客觀構成要件是相同的。所以縱使在過失犯的客觀要件中，要求所謂「結果迴避義

務」，但這樣的義務其實並沒有獨立的地位，其實質一定可以對應到故意犯既有的客觀構成要件<sup>91</sup>。若以此前提，來觀察過失不作為犯的客觀的注意義務，亦即結果迴避義務與作為義務的關係這個問題的話，可以發現縱使如何在客觀上區分手段和目的，或義務的功能，抑或是試圖把結果迴避義務的概念和客觀歸責結合，讓結果迴避義務與作為義務相區別，但因為在故意不作為犯中，雖然通常不會特別要求注意義務，但在具體化作為義務的內容時，也必須要求類似的要件，如作為可能性，或是容許危險等與利益衡量相關的概念<sup>92</sup>等，所以不管如何區別，最後都只能得出結果迴避義務被作為義務給吸收，或是兩者沒有差別的結論。

## （二）從兩義務的功能觀察

相對於認為故意犯和過失犯的客觀要件是相同的舊過失論，若以有可能把過失犯的客觀要件解成與故意犯不同的新過失論為前提，確實有可能找出客觀的注意義務，亦即結果迴避義務的獨立意義，並以此和作為義務相區別。譬如若不論區別的實質基礎與妥當性的話，上述的日高教授與稻垣教授的見解，就是一個成功區別注意義務與作為義務的想法。但考慮到上述提到的日高教授與稻垣教授見解可能導致過失不作為犯處罰擴張的問題，所以還是有採取以義務功能的不同區別作為義務與結果迴避義務的學說，如岡部教授的見解就是其中之一。但正如上述肆、二、（二）、2.的分析一般，雖然結果迴避義務主要的目的是在於確

<sup>91</sup> 譬如在作為犯的時候，所謂結果迴避義務就等於是作為義務，亦即構成要件行為危險性的討論，在不作為犯的時候就是作為義務的討論。可參考林幹人，前揭註32，頁8。

<sup>92</sup> 作為可能性與利益衡量的關聯性，除了上述小林教授的見解外，還可以參考林幹人，監督過失——火災事故判例をめぐって，收錄於刑法の基礎理論，頁105以下，東京大学出版会（1995）。

認結果迴避行為的基準，但因為結果迴避義務必須要求行為人為一定的結果迴避行為，所以本來就應該要先確定義務的主體為何；反之如同參、三、（二）所分析的一般，作為義務的目的也是要求行為者做結果迴避的作為，故在確認義務主體以後，本來就要具體化義務的內容，兩個要件不應該也不需要強行分割，使其成為某一個義務的專屬功能。故想要只把其中一個要件歸給某個義務的見解，最後都會因為上述的理由而導致其無法成功區別作為義務與注意義務。

### 三、本文見解：放棄在客觀上的區別

#### （一）見解的內容

依照上述分析，不管以新過失論還是舊過失論為前提，既然在過失不作為犯的構成要件上，重要的是如何確定義務主體與具體化實際負擔的義務內容，且結果迴避義務或作為義務都能夠承擔這兩個功能的話，本文以為就沒有必要去畫地自限，把某個義務僅限於某種功能；亦即在過失不作為犯，只要能夠清楚提出判斷義務主體與形成具體義務內容的基準，就沒有特別區別作為義務與結果迴避義務的必要。實際上在日本，不管舊過失論或新過失論中，都有認為在過失不作為犯中，只要在注意義務中，區別主觀的預見可能性（結果預見義務）和客觀的結果迴避義務後，在客觀上就不需再區別結果迴避義務與作為義務的想法。譬如以舊過失論為前提的山口厚教授與橋爪隆教授均認為，所謂作為義務與注意義務中的結果迴避義務均是為了避免結果發生，而賦予行為人的義務，都是在判斷「誰」應該「如何」避免結果發生，若從犯罪成立的觀點來看，兩者既然是同一個義務，則將兩者作

不同理解會出現矛盾，故認為兩者不須區別<sup>93</sup>；譬如山口教授認為結果迴避義務的根據與作為義務相同，都是結果原因的支配，作為義務的內容也必須和結果迴避義務用一樣的方法確認，亦即都要把危險降低到一般來說不可能發生法益侵害的程度<sup>94</sup>。

在新過失論中亦有類似的見解。如樋口亮介教授與成瀬幸典教授均認為過失犯的注意義務，亦即結果迴避義務的目的也是要確立義務主體跟設立結果迴避的基準行為，只是在作為犯時結果迴避義務的主體毫無疑問的是有預見可能性的作為者，而在不作為犯時因為欠缺作為的關係，還是必須尋找其他基礎以確定行為主體而已；故在過失不作為犯中，重要的是能確立義務主體和具體的基準行為，不需要進一步區分作為義務和注意義務<sup>95</sup>。本文贊成這些見解，並認為重要的是要具體討論義務主體與義務內容的基準，而不是多繞一圈，想用區別兩義務的方式，來達成為過失不作為犯畫出妥當處罰範圍的目標。

<sup>93</sup> 橋爪隆，前掲註19，頁117；山口厚，前掲註28，頁93。

<sup>94</sup> 但要注意的是，上述見解僅限於結果迴避義務，而不包括結果預見義務（預見可能性）。可參考山口厚，前掲註28，頁248。

<sup>95</sup> 樋口亮介，注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定，刑事法ジャーナル，第39号，頁53以下（2014）；成瀬幸典，刑事裁判例批評（209）トラックのハブが走行中に輪切り破損したために前輪タイヤ等が脱落し、歩行者らを死傷させた事故について、同トラックの製造会社で品質保証業務に従事していた者に、同種のハブを装備した車両につき、改善措置の実施のために必要な措置を採るべき業務上の注意義務が認められると同時に、当該注意義務違反行為と上記事故との間の因果関係が認められた事例[最高裁平成24.2.8第三小法廷決定]，刑事法ジャーナル，第33号，頁126（2012）。

## （二）批判與回應

對於這樣的想法當然不是沒有批評。譬如上述的神山敏雄教授批評注意義務與作為義務混淆會導致作為義務的行政法化<sup>96</sup>，稻垣悠一教授也批評把不作為的過失犯的注意義務當成作為義務的話，會導致故意不作為犯的作為義務基準也變的抽象化等<sup>97</sup>。關於這些批評的回應已經如上述，亦即對於行政義務的刑法化應以注意義務也必須討論義務的實質根據來解決、對於保證人地位基準的抽象化則應考慮到整體不作為犯都有限縮必要，而不應只限於故意不作為犯，故在此不再贅言<sup>98</sup>。

除了這些批評以外，另外還有平野潔教授的批判。平野潔教授雖然也承認注意義務有確認義務主體的功能，但其擔憂讓注意義務負擔過多的功能，恐怕會導致義務判斷基準的混淆，甚至變成了一種綜合判斷，而導致無法明確的判斷行為人的責任，故還是主張必須區分作為義務與注意義務<sup>99</sup>。

但本文以為重點還是在於判斷義務主體與界定具體義務內容的標準要更加明確，而不是在於把確認義務主體的任務分配給什麼義務，或把確認具體義務內容的任務分配給什麼義務，換言之，就算只檢討「注意義務」或「作為義務」，只要在實際的判斷上，就義務主體與義務內容的確定，都能夠提出明確的標準的話，那問題一樣可以得到解決，故本文以為平野潔教授的擔憂雖然並非毫無道理，但解決方法應該不是限縮注意義務或作為義務

---

<sup>96</sup> 可參考前述參、二、（一）。

<sup>97</sup> 可參考前述肆、二、（一）。

<sup>98</sup> 對於堀內教授的批評回應，可參考前述參、二、（二）、1；對於稻垣教授的批評回應，可參考前述肆、二、（二）、3。

<sup>99</sup> 平野潔，前揭註21，頁64。

的功能，而是應該透過提出確認義務主體和確認義務內容的實質標準來解決。

#### 四、小 結

本段總結了之前所提到的區分說的問題。並分析為什麼區分說無法成功的區別注意義務中的結果迴避義務與作為義務的原因。本文認為從對過失犯的結構的想法與義務的功能觀察的話，就可以很清楚的了解作為義務與注意義務中的結果迴避義務沒有區分的實義。故本文認為在過失不作為犯中，只要能提出明確並且合理的選出義務主體與確定義務內容的基準的話，並不需要特別區別作為義務與結果迴避義務。因為兩者的目的都是要確定誰應該如何迴避結果，不須硬是把某功能從某義務身上移除。

#### 陸、代結論：見解回顧與進一步發展的可能性

以上是關於注意義務與作為義務的關係的討論上，現階段日本學說的想法與本文的立場。本文認為在過失不作為犯中，只要能在注意義務中，區別結果預見可能性（結果預見義務、主觀的注意義務）與結果迴避義務（客觀的注意義務）的話，結果迴避義務與作為義務因為目的相同、功能相同，故可一體視之，因為重要的是在於實質上該如何去確認義務主體和具體的義務內容，不在於什麼義務只能處理什麼事情。依照這個想法，本文認為上述我國實務的見解所指的「注意義務」如果專指「結果迴避義務」的話，則在過失不作為犯中，實務把注意義務和作為義務等同視之，而當成一種「保證人注意義務」的方法是可行的。兩者的基準並用的話，本文以為不僅可以達成林鈺雄教授所提到的

「為我國法上關於保證人地位爭議開啓一盞明燈」的目標<sup>100</sup>，也可以藉由討論注意義務的實質根據，進一步讓刑法注意義務的建構擁有獨立的基準，而不用完全依賴行政法等其他法規的規定。

惟若將過失犯的「義務」理解為「對法益侵害結果，誰應該怎麼負責」，則不僅是過失不作為犯，由於過失作為犯亦要判斷注意義務中的結果迴避義務，且確定注意義務內容之前也必須要確定義務主體，故可以想像過失作為犯的注意義務亦必須要處理如何確立義務主體的問題。關於這個問題，固然在過失作為犯中可以判斷行為人的作為是否製造風險的方式，來確立義務主體；但譬如涉及到在多層轉包的承攬工程中，發生了重大死傷事故的管理監督過失案例時，該如何在無數關係人中，找出應該要負起管理監督責任的主體？在這種狀況下，與其去確認行為人的行為是作為或是不作為，或許直接在過失犯中，不去討論作為不作為的區別，而先使用保證人地位的基準來確認義務主體，這樣的方法對於問題解決來說，有時更為清楚明快<sup>101</sup>。這樣的想法有可能進一步認為由於故意作為犯也有確認義務主體的必要，故不只是以作為是否製造風險，有時應該也必須適用保證人地位來確定義

<sup>100</sup> 林鈺雄，前揭註13，頁53。

<sup>101</sup> 齋野彥弥，前揭註54，頁82頁以下、頁91（註9）。實則在日本學說之中，不管舊過失論或新過失論，都有認為重點既然在於確認義務主體，則不管是過失的作為犯或是不作為犯，都可以使用保證人地位的基準來確認義務，當確認了行為人就是義務主體後，就不須再繼續討論其行為為作為或是不作為。舊過失論者可參考山口厚，前揭註28，頁248；新過失論者可參考樋口亮介，前揭註95，頁53以下；成瀬幸典，前揭註95，頁126。當然可以想像的問題是，這樣的作法要如何與刑法第15條中的等價性要件的要件整合。但本文以為，只要能先確定保證人地位，縱使之後行為確定是不作為，則因為該不作為已經確定有保證人地位，故等價性的要求已經滿足。反之若確定行為是作為，則本來就不須討論等價性。

務主體<sup>102</sup>。但若要朝這個方向發展，則必須要進一步檢討過失作為犯與不作為犯的歸責體系，以及故意犯和過失犯的歸責體系的內涵後，才能進一步討論統合這些歸責體系的可能性<sup>103</sup>。惟這部分已經明顯的超越了本論文要處理的範圍，故本文在此先保留見解，待日後再另行爲文論述之。

# 中原財經法學

---

<sup>102</sup> 仲道佑樹，不作為犯における可能性，收錄於理論刑法学入門——刑法理論の味わい方，頁61，日本評論社（2014）。

<sup>103</sup> 譬如若認為故意犯和過失犯的歸責體系不同。則至少故意犯就不應該適用上述的確認義務主體與義務內容的方法來判斷行為人是否可歸責。這個想法可參考樋口亮介，実行行為概念について，收錄於西田典之先生献呈論文集，頁47以下，有斐閣（2017）。

## 參考文獻

### 書 籍

- 王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，3版（2017）。
- 甘添貴，刑法總論講義，中興大學圖書部發行（1988）。
- 余振華，刑法總論，三民書局股份有限公司，修訂3版（2017）。
- 林山田，刑法通論（下），元照出版有限公司，增訂10版（2008）。
- 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，5版（2016）。
- 陳子平，刑法總論，元照出版有限公司，4版（2017）。
- 陳宏毅，論過失不作為犯，元照出版有限公司（2014）。
- 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，自版，修正版（1998）。
- 大塚仁，刑法概說（總論），有斐閣，4版（2008）。
- 小林憲太郎，刑法的歸責，弘文堂（2007）。
- 小野清一郎，全訂刑法講義（總論），有斐閣（1944）。
- 山口厚，刑法總論，有斐閣，3版（2016）。
- 不破武夫，刑事責任論，弘文堂（1948）。
- 井上正治，過失犯の構造，有斐閣（1958）。
- 井上祐司，行為無價值と過失犯論，成文堂（1973）。
- 日高義博，刑法總論，成文堂（2015）。
- 內藤謙，刑法改正と犯罪論（下），有斐閣（1976）。
- 平野龍一，刑法總論，有斐閣（1972）。
- 西田典之，刑法總論，弘文堂，2版（2010）。
- 西原春夫，交通事故と過失の認定，成文堂（1975）。
- 松宮孝明，刑法總論講義，成文堂，5版（2017）。
- 高橋則夫，刑法總論，成文堂，3版（2016）。
- 稻垣悠一，欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論，専修大学出版局（2014）。

- ▶ 藤木英雄，過失犯の理論，有信堂（1969）。
- ▶ 瀧川幸辰，犯罪論序說，有斐閣，改訂版（1947）。

## 期刊論文

- ▶ 邱慧洳，論護理師之作為義務與注意義務——評臺灣高等法院九十四年度上更（一）字第一二二號刑事判決，國立中正大學法學集刊，第51期，頁103-131（2016）。
- ▶ 高金桂，不作為之過失犯——臺中地方法院九十九年度易字第三六一二號刑事判決，月旦裁判時報，第10期，頁66-72（2011）。
- ▶ 許澤天，過失不作為犯之結果歸責——切除腫瘤成植物人案之評釋，月旦法學雜誌，第183期，頁21-35（2010）。
- ▶ 劉景嘉，醫療刑法上「過失的不純正不作為犯」討論——兼評臺灣高等法院97年度醫上更（一）字第3號刑事判決，萬國法律，第214期，頁37-50（2017）。
- ▶ 鄭逸哲，剖析「不純正不作為業務過失犯構成要件」——評臺中地院八十九年度易字第二八三一號判決和臺中高分院九十年上易字第五四八號判決，月旦法學雜誌，第158期，頁281-294（2008）。
- ▶ 謝開平，過失之不純正不作為犯——簡評臺灣高等法院一〇二年度醫上訴字第十一號刑事判決，月旦法學雜誌，第243期，頁243-253（2015）。
- ▶ 大塚仁，過失犯の構造について（講演），司法研修所論集，第48号，頁1-32（1971）。
- ▶ 小林憲太郎，刑法判例と実務（第五回）不作為犯論，判例時報，第2286号，頁13-26（2016）。
- ▶ 小林憲太郎，過失犯における注意義務と「作為義務」，刑法雜誌，第56卷2号，頁271-282（2017）。
- ▶ 北川佳世子，過失の競合と責任主体の特定問題：過失不作為犯の競合を中心に，刑法雜誌，第52卷2号，頁314-328（2013）。

- ▶ 成瀬幸典，刑事裁判例批評（209）トラックのハブが走行中に輪切り破損したために前輪タイヤ等が脱落し、歩行者らを死傷させた事故について、同トラックの製造会社で品質保証業務に従事していた者に、同種のハブを装備した車両につき、改善措置の実施のために必要な措置を採るべき業務上の注意義務が認められると同時に、当該注意義務違反行為と上記事故との間の因果関係が認められた事例[最高裁平成24.2.8第三小法廷決定]，刑事法ジャーナル，第33号，頁122-128（2012）。
- ▶ 竹田直平，過失犯および不作爲犯の構造と行為支配性（行為概念の本質と行為性の限界-5-），甲南法学，第9巻1・2号，頁1-112（1968）。
- ▶ 堀内捷三，製造物の欠陥と刑事責任，研修，第546号，頁3-12（1993）。
- ▶ 斎野彦弥，管理監督過失における実行行為の主体，刑法雑誌，第34巻1号，頁79-94（1995）。
- ▶ 稲垣悠一，欠陥製品に関する刑事過失責任と不作爲犯論，専修法研論集，第45号，頁33-71（2009）。
- ▶ 稲垣悠一，不作爲的過失と不作爲犯論——注意義務確定の手法に関連して，刑事法ジャーナル，第46号，頁24-34（2015）。
- ▶ 樋口亮介，注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定，刑事法ジャーナル，第39号，頁48-56（2014）。
- ▶ 橋爪隆，刑法総論の悩みどころ（第7回）過失犯の構造について，法学教室，第409号，頁110-124（2014）。

### 專書論文

- ▶ 林鈺雄，第三人行爲介入之因果關係及客觀歸責——從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，收錄於刑法與刑訴之交錯適用，頁3-66，元照出版有限公司（2008）。

- 黃惠婷，過失不純正不作為犯，收錄於2011年月旦法學教室別冊——刑事法學篇，頁11-12，元照出版有限公司（2011）。
- 大塚裕史，過失不作為犯の競合，收錄於三井誠先生古稀祝賀論文集，頁152-177，有斐閣（2012）。
- 井上祐司，監督者の刑事過失判例について，收錄於刑事法学の諸相——井上正治博士還曆祝賀（上），頁275-309，有斐閣（1981）。
- 井田良，過失犯，收錄於刑法總論の理論構造，頁111-126，成文堂（2005）。
- 井田良，過失犯理論の現状とその評価，收錄於変革の時代における理論刑法学，頁147-158，慶應義塾大学出版会（2007）。
- 日高義博，管理・監督過失と不作為犯論，收錄於神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷，頁139-156，成文堂（2006）。
- 平野潔，過失不作為犯における主体の限定，收錄於理論刑法学の探究（10），頁35-65，成文堂（2017）。
- 平場安治，過失犯の構造，收錄於刑事法学の諸相——井上正治博士還曆祝賀（上），頁310-364，有斐閣（1981）。
- 仲道佑樹，不作為犯における可能性，收錄於理論刑法学入門——刑法理論の味わい方，頁51-64，日本評論社（2014）。
- 岡部雅人，過失不作為犯における「注意義務」について，收錄於曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上卷，頁195-213，成文堂（2014）。
- 林幹人，監督過失，收錄於刑法の現代的課題，頁3-39，有斐閣（1991）。
- 林幹人，監督過失——火災事故判例をめぐって，收錄於刑法の基礎理論，頁97-118，東京大学出版会（1995）。
- 松宮孝明，白石中央病院火災事件判決について，收錄於刑事過失論の研究，頁313-343，成文堂（1989）。

- ▶ 金谷曉，ホテルの火災事故においてホテルを經營する会社の代表取締役に業務上過失致死傷が成立するとされた事例，收錄於最高裁判所判例解説刑事篇（平成五年度），頁174-199，法曹会（1995）。
- ▶ 神山敏雄，過失不真正不作為犯の構造，收錄於刑事法学の総合的検討：福田平、大塚仁博士古稀祝賀（上），頁45-71，有斐閣（1993）。
- ▶ 樋口亮介，実行行為概念について，收錄於西田典之先生獻呈論文集，頁19-51，有斐閣（2017）。
- ▶ 藤木英雄，過失犯の基本構造，收錄於過失犯——新旧過失論争，頁22-39，学陽書房（1975）。

# 中原財經法學

## 摘 要

注意義務是判斷行為人是否成立過失犯的基準，作為義務則是判斷行為人是否成立不作為犯的基準，兩者原本涇渭分明。但如果是在過失不作為犯中，則兩種義務會同時發生，此時該如何區別兩義務就是在學理上重要的問題。本文比較臺日學說實務，一方面確定臺灣學說實務上，在這個問題上仍有討論的空間，另一方面則介紹分析關於這個問題的日本學說實務見解，在確定了問題發生的原因，與比較分析各家見解的內容後，認為若將注意義務進一步區分為以行為人主觀思考為規範對象的預見可能性（亦有學說稱之為結果預見義務），與以行為人客觀行為為規範對象的結果迴避義務時，則後者與作為義務沒有必要區別，因兩者均為判斷誰應該如何避免法益侵害發生的基準。

中原財經法學

**The Relationship between “The Duty of Act” and “The Duty of Care”  
in Negligent Omission:  
A Discussion Based on Theoretical  
Development of “The Duty of Eliminating  
Risky Result”**

Chao-Cheng Hung

**Abstract**

Traditionally, legal theory distinguishes omission and negligence by the difference between duty of act and duty of care. Therefore, if someone violates his legal duty to prevent harm to the society, his conduct will be regarded as omission; On the other side, if someone breaches the duty of care toward others his conduct will be regarded as negligence. This traditional distinguishment seems persuasive and clear. However, in practice, if someone’s behavior is negligent, he may not only violates the duty of act, but also the duty of care to the others simultaneously. Therefore, clarifying the relationship between those two duties is theoretically essential. The strategy I adopt to analyze this topic is comparing and analyzing theories related to this issue in Taiwan and Japan. By doing comparative law analysis, I come to the conclusion that if we divide duty of care into two categories—“eliminating risky result” and “foreseeability”, we must distinguish the duty of act from foreseeability, due to the reason that the objects between those two duties are different. Meanwhile, distinguishing the duty of act and “eliminating risky result” is

redundant, because not only the object, but also the purpose of these two duties are the same.

Keywords: negligence, omission, duty of act, duty of care to the others, the duty of eliminating risky result, foreseeability

# 中原財經法學