

預見可能性的對象 與資訊蒐集義務

——從監督過失的案例談起

洪兆承*

要 目

- | | |
|----------------------------|----------------------------|
| 壹、序論：問題的發生 | 四、小 結 |
| 一、我國預見可能性的學說
現狀及其問題 | 參、企業災害的過失歸責問
題：危懼感說及其批判 |
| 二、客觀的預見義務：資訊
蒐集義務的效用與問題 | 一、背景：企業災害與監督
過失 |
| 三、分析比較日本法的實益 | 二、危懼感說下的預見可能性
與資訊蒐集義務 |
| 四、小 結 | 三、對危懼感說的批判與檢討 |
| 貳、過失犯理論的前提：新舊
過失論爭 | 四、小結：危懼感說的問題與
貢獻 |
| 一、傳統過失論下的過失犯
構造 | 肆、日本實務的「具體」預見
可能性基準 |
| 二、新過失論下的過失犯構造 | 一、未知危險案例的具體預見
可能性運用 |
| 三、新舊過失論爭下的預見
可能性與資訊蒐集義務 | |

投稿日期：108年09月02日；接受刊登日期：108年12月13日

* 中原大學財經法律學系助理教授，日本東京大學法學博士。本文為科技部專題研究計畫（計畫編號：MOST 107-2410-H-033-042-MY2）的研究成果之一部，感謝兩位匿名審稿人以及編輯委員對本稿的諸多指正，使本文內容能更加完備，惟文責由本人自負。

二、監督過失案例的具體預見可能性運用	二、具體「預見」可能性的對象
三、實務判斷手法的問題與進一步的檢討必要	三、預見「可能性」與預見義務的判斷
四、小 結	四、小結：具體預見可能性與預見義務的內涵
伍、具體預見可能性的判斷基準	陸、結論與展望
一、預見可能性的定位：責任基礎	

關鍵字：過失犯、注意義務、預見可能性、監督過失、資訊蒐集義務

中原財經法學

壹、序論：問題的發生

一、我國預見可能性的學說現狀及其問題

(一) 預見可能性在我國的討論

在判斷行為人是否成立過失犯時，多數學說與實務除了檢討行為人有無違反注意義務，或是其客觀上是否成立客觀歸責以外，亦會判斷行為人主觀上對法益侵害的發生有無「預見可能性」¹。蓋依照學說見解，若有預見可能性，才可以期待行為人調整自己的行為，以避免危險結果的發生，因此預見可能性是注意義務的前提，於行為人過失判斷上占有不可或缺的地位²。

然而該如何判斷預見可能性？對此問題，學說上主要分成預見可能性的標準，以及預見可能性的對象這兩點來進行討論。前者是我國學說中較多討論的部分。主要可分為以一般人為基準的客觀預見可能性說³，以及以行為人本身為基準的主觀預見可能性說⁴。後者則是學說上較為一致的部分，絕大部分的學說均認為預

¹ 王皇玉，刑法總則，頁502-504，新學林出版股份有限公司，5版（2019）；陳子平，刑法總論，頁214-216，元照出版有限公司，4版（2017）；林山田，刑法通論（下），頁177-178，自版，增訂10版（2008）等。實務方面則可參考如最高法院107年度台上字第1283號判決：「刑法上過失責任之成立，除客觀上注意義務之違反外，尚須以行為人對於犯罪之結果有預見可能性，且結果之發生與行為人之疏失間，有相當因果之關聯性，方足當之。」類似的判決，如最高法院91年度台上字第4857號判決等。

² 王皇玉，前揭註，頁502。

³ 至於行為人本人的能力則在責任考量。如王皇玉，前揭註1，頁504；林山田，前揭註1，頁200-202；陳子平，前揭註1，頁215；蘇俊雄，刑法總論II：犯罪總論，頁490，自版，修正版（1998）；林書楷，刑法總則，頁437，五南圖書出版股份有限公司，修訂4版（2018）。

⁴ 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁372-374，元照出版有限公司，4版（2012）；許玉秀，探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收

見可能性的對象，就是該當不法構成要件的事實，如構成要件結果、實現結果的因果關係、行為的具體危險性等⁵。

（二）監督過失案例的預見可能性對象問題

然而這是否表示既然學說之間已有共識，所以沒有討論預見可能性對象問題的必要？本文以為仍不可就此斷言。蓋就算要求對於犯罪構成要件事實有預見可能性，也會因為案例特性出現認定上的困難。譬如交通事故案例中，由於行為人的行為直接導致法益侵害的發生，故能夠要求行為人對於結果發生的具體原因有預見可能。譬如在面對行為人於開車時，因未注意車前狀況，導致於被害人突然衝出時，因閃避不及而造成死亡結果的案例時，最高法院⁶認同「被告根本無法預見被害人有違反交通規則之行為」的上訴意旨，將下級審判決⁷撤銷並發回更審。從上述判決來看，最高法院也會要求行為人必須對結果發生的原因，亦即對「有人會違反交通規則衝出」，有具體的預見可能性。

然而過失犯的案例眾多，其中也有可能出現實際上難以要求對於結果發生的具體原因有預見可能性的類型，譬如監督過失案

錄於主觀與客觀之間，頁195-199，自版（1997）。

- ⁵ 如黃榮堅，前揭註，頁376-377；蘇俊雄，前揭註3，頁488；亦有將預見可能性的對象解為「其行為對於法益的危險方式與危險程度」的看法，如林山田，前揭註1，頁183；或是也有將預見可能性的內容，解為對結果發生原因的事實有所預見的看法（具體預見可能性說），如陳子平，前揭註1，頁216，其背後的想法類似。
- ⁶ 最高法院97年度台上字第995號判決。本案已於臺灣高等法院臺南分院97年度重交上更（二）字第120號判決中，宣判業務過失致死無罪確定（另外被告還涉嫌肇事逃逸罪責，已於前述最高法院判決中有罪確定）。
- ⁷ 臺灣高等法院臺南分院93年度交上更（一）字第545號判決。另業務過失致死傷罪已於2019年5月10日經立法院三讀通過予以廢除，故之後類似案例應會被論以一般過失犯罪。

例即是一例。監督過失係指在管理危險物或場所，或是在監督他人時，因管理者或監督者的疏失，而導致法益侵害發生的過失類型，一般可再細分為管理過失與狹義的監督過失⁸。在此種案例中，由於事故發生時，監督者通常不在現場，且就算在管理或是監督上發生疏失，由於該疏失通常屬於不作為，故其行為本身並不會直接導致結果發生，仍需要其他人的行為或設備的作用，才能造成法益侵害⁹。

上述監督過失的特性可能會導致在實際案例中，由於法益侵害的因果關係較為複雜，故可能難以認定行為人對於具體因果流程，均有預見可能性¹⁰。以身為公司處長的被告違反職安法的規定，未在高度不足的寄貨通道設置警告標示，只用白色油漆畫了一個單向通行的標誌，導致被害人駕駛貨車通過寄貨通道時，因貨車車廂撞擊通道上緣致死的案件為例¹¹，從案例事實來看，被告雖然未設警告標示，然而亦有要求旗下員工不能將貨車駛入寄貨通道，被告在進入公司後，直到事故發生之前的三年間，也從未將貨車駛入寄貨通道¹²。故雖然被告忽略設立告示這一點，違反了注意義務，但如果考量到上述交通過失的案例中實務的看法，則在本案中，應該至少也要討論被告對於被害人明知寄貨通道高度不足，卻將貨車駛入寄貨通道的行為，是否有預見可能。

⁸ 定義可參考三井誠，管理・監督過失をめぐる問題の所在——火災刑事事件を素材に，刑法雜誌，第28卷1号，頁18（1987）。

⁹ 監督過失的特性可參考謝如媛，教授之家——過失概念的檢討，月旦法學雜誌，第188期，頁250（2011）。

¹⁰ 提出此點者如土本武司，監督過失，收錄於過失犯の研究——現代的課題の理論と実務，頁101-102，成文堂（1986）。

¹¹ 本案例取自最高法院107年度台上字第2205號判決。

¹² 事實認定主要是參考下級審法院判決，即臺中地方法院105年度訴字第718號判決與臺灣高等法院臺中分院106年度上訴字第1103號判決的內容。

然而在本案中，實務對於上述問題，僅以「職業安全衛生法第6條第1項第13款……之立法目的，本即在於課予雇主設置『避免危險發生』之具體設備，且依上開法令而言，既係規定『雇主』之義務，則其所欲防止事故之對象，亦顯然應包括對於事故發生之風險有所認知之工作者在內，而非上開法令僅針對未知事故發生風險存在之『非工作者』始認為有保護之必要。」這樣的判旨¹³，就肯定了被告的責任，亦即實務在確認被告的注意義務也包括防止他人過失行為後，就直接肯定了被告必須為被害人的死亡負擔過失責任，並沒有針對被告的預見可能性作任何討論。然而是什麼理由，導致實務以不同的判旨處理這些案件？

對此，有學者重視上述監督過失案例之特性，認為監督過失所造成的死傷事故，已非單純的個人過失可以完全評價，而與企業的防災體制之欠缺有關，故在論斷監督者責任時，不應以有具體之預見為必要，只要監督者對結果發生有危懼感時，就應該要認定監督者有預見可能性¹⁴。若依照此種看法，則在上述監督過失的案例中，本來就不需要認定被告是否對「被害人是否會將車輛駛入寄貨通道」一事，有預見可能性，只要被告對於「寄貨通道高度不足，所以可能會發生交通事故致人死傷」一事，有危懼感即可。

然監督過失縱與一般過失有上述差異，此僅止於事實關係上的不同。故縱然因為其案例事實較為特殊，亦不應成為針對監督

¹³ 主要是前述臺中地方法院105年度訴字第718號判決與臺灣高等法院臺中分院106年度上訴字第1103號判決的判旨，最高法院在這部分亦承認下級審的判決無誤，主要是針對因果關係的部分，再進一步論述。

¹⁴ 廖正豪，監督過失責任之研究，收錄於現代刑事法與刑事責任——蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，頁368-369，國際刑法學會中華民國分會（1997）。

過失案例適用特別要件的主要根據¹⁵。惟如上所述，監督過失案例的特性就在於其因果關係較為複雜，若完全依照上述通說對於預見可能性的對象之見解，來檢討監督過失的案例，甚至有可能得出在監督過失的案例中，難以肯定監督者有預見可能性之結論。但這樣的結論是否妥當？若答案為否，則是否應該更進一步釐清預見可能性的對象究竟為何，而不是僅泛指「該當犯罪構成要件的事實」？

二、客觀的預見義務：資訊蒐集義務的效用與問題

相對於在判斷過失犯時，仍然要求預見可能性的學說見解，在我國學說上的有力見解，則認為只要依照客觀構成要件上成立歸責者，至少必定成立過失犯。故在判斷過失犯時，不需要空洞的預見可能性的概念；因為理論上，所有自然法則上可能的因果流程都是可以預見的，所以重要的是依據法律規定，到底什麼是人們有義務去預見的，而這正是要透過客觀歸責決定¹⁶。若依此見解來適用上述監督過失的案例，則雖然無法確認被告對於被害人會駛入寄貨通道這一點有預見可能性，但既然在職安法上的義務，本就包括要防止認識風險的被害人不慎駛入通道，那麼被告即有義務預見到這樣的人可能會開貨車駛入通道，被告既然違反此義務，故當然仍要負責。

從上述見解的內容，其實可以發現該見解意圖把預見可能性客觀化¹⁷，並且將其當成一種和結果迴避義務相同的客觀義務。

¹⁵ 學說上亦有認為對於監督過失的具體判斷，仍應適用一般過失犯的看法。如謝如媛，前揭註9，頁251。

¹⁶ 代表性的見解如林鈺雄，新刑法總則，頁177-178，元照出版有限公司，7版（2019）。

¹⁷ 類似的觀察如王乃彥，論過失犯之行為不法內涵，收錄於法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集刑法卷，頁123，五南圖書出版股份有限公司（2016）。

依此見解，行為人可能會被要求必須履行「資訊蒐集義務」，以獲得對於法益侵害因果歷程的預見。資訊蒐集義務，或稱為「諮詢、資訊取得或準備義務」，是一種要求查詢或蒐集為履行注意義務所不可或缺的資訊的義務，亦即要求行為人預先學習或設法獲得避免危險所必要的知識、技能、經驗等¹⁸。此種資訊蒐集義務被廣泛地利用在各種領域。如交通規則中注意車前狀況義務，也是一種要求行為人預先認識前方有車通過的事實，以便於進行具體結果迴避措施的義務¹⁹，故此種義務也可被歸類為資訊蒐集義務²⁰。

惟在此必須注意的是，資訊蒐集義務的內容，是透過直接要求行為人必須預先獲得履行注意義務相關的資訊及技能，以獲得預見的義務。故承認資訊蒐集義務，雖然可能可以解決上述監督過失的問題，但另一方面也可能會導致過失犯的成立範圍被不當擴張²¹，甚至能夠以行為人本來就應該獲得預見所需的資料為由，以過失犯歸責行為人。

況且行為人的智識有限，故實際上是否對於所有因果流程均有預見可能，本文以為仍有爭議。這可能也是我國學說上，對於是否承認資訊蒐集義務仍有爭議的原因。例如有學說認為刑法不應處罰無知，故不應把行為人完全無法預見危險發生的情形，也

¹⁸ 資訊蒐集義務的內涵可參考林山田，前揭註1，頁185-186；許恆達，「超越承擔過失」的刑法歸責，東吳法律學報，第20卷第2期，頁110（2008）。

¹⁹ 如道路交通安全規則第94條第3項：「汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況及兩車並行之間隔，並隨時採取必要之安全措施，不得在道路上蛇行，或以其他危險方式駕車。」

²⁰ 在日本也有見解明確地把注意車前狀況義務理解為一種資訊蒐集義務，如小林憲太郎，過失（上），收錄於刑法總論の理論と実務，頁340-341，判例時報社（2018）。

²¹ 提出此問題者，如許恆達，前揭註18，頁115。

以違反資訊蒐集義務的理由，納入處罰範圍之內²²。故該如何妥善運用資訊蒐集義務，以解決上述監督過失案例，而不會出現處罰範圍過度擴張的副作用，也是本文要研究的問題之一。

三、分析比較日本法的實益

對於過失犯的處罰構造，日本有所謂的新舊過失論爭。舊過失論主張過失的實質內容在於心理上的不注意，新過失論則嘗試建構過失的客觀不法內涵；最後新過失論者仍維持具體預見可能性的要件，以及舊過失論者承認也有討論過失的客觀不法的必要，故對於過失犯的處罰同時需要預見可能性與結果迴避義務這一點，兩說似乎已經有了共識²³。

然而由於過失的形態日趨複雜，故上述要件的内涵與定位仍有爭議。譬如預見可能性的定位與內容，如預見可能性與結果迴避義務的關係，或是在監督過失案例中，是否還能要求監督者須具備具體的預見可能性等，仍然是在談到過失犯的時候，日本學說實務爭議的重心²⁴。其中特別是資訊蒐集義務與預見可能性的關係，也是學說實務討論的焦點²⁵。因此本文以為在處理上述問題時，日本學說、實務的討論也是值得比較的對象。

四、小 結

在本段中，本文先區分在過失犯構造中，要求行為人必須對所有客觀犯罪事實，均具備預見可能性的見解，與認為不需要預

²² 黃榮堅，前揭註4，頁370-371。

²³ 對於日本新舊過失論的介紹可參考陳子平，前揭註1，頁210-214。

²⁴ 關於日本討論的中文介紹，可參考山中敬一（周慶東譯），現代社會中的事故與過失犯（現代社会における事故と過失犯），東海大學法學研究，第38期，頁1-58（2012）。

²⁵ 直接處理此問題者，如山本紘之，過失犯における情報収集義務について——危惧感説との関連を中心に，法學新報（中央大学），第112卷9・10号，頁397-421（2006）。

見可能性，只需要判斷行為人有沒有必須預見的客觀義務的見解，並以監督過失案例，來檢驗各自基準可能會發生的問題。在經過檢驗後，本文發現由於監督過失案例中的因果關係較為複雜，故如果採用前者的見解，可能會導致在監督過失案例中，難以肯定監督者的預見可能性；若採用後者的見解，則可能會因為廣泛承認資訊蒐集義務的緣故，導致過度擴張處罰範圍，故該如何定位預見可能性與資訊蒐集義務即為問題。以下即以日本學說、實務為素材，分析日本學說實務對於相關問題的看法，並提供我國學說、實務在處理上述問題時，一個足供參考的基準。

貳、過失犯理論的前提：新舊過失論爭

在進入日本學說、實務對於在監督過失案例中，如何判斷預見可能性的論爭前，本文在此先簡單介紹日本新舊過失論的內容，並從兩種見解所建構的過失犯構造，分析出與預見可能性和資訊蒐集義務相關的見解。

一、傳統過失論下的過失犯構造

（一）傳統過失論下的注意義務內涵：預見可能性與預見義務

在戰前與戰後初期，日本學說大都致力於釐清行為人過失責任的內涵。在此本文以小野清一郎教授的見解為代表，進行詳細的說明²⁶。根據小野教授的見解，過失和故意相同，均為象徵道義的規範要求行為人對其違法行為負起責任的形式，故意是在行為人認識到犯罪事實以及意識到行為的違法性的狀況下，仍為違

²⁶ 除了細部見解不同外，基本架構同小野博士者，如泉二新熊，刑法大要，頁136-138，有斐閣，改訂5版（1916）；牧野英一，刑法總論下卷，頁561-563，有斐閣，16版（1966）。

法行為，故在規範罪責論下，其罪責較重；過失則是行為人雖然可能認識到犯罪事實，卻對構成犯罪的事實，如法益侵害結果沒有認識的狀況下，仍為違法行為，故其規範責任較輕²⁷。小野教授進一步把過失責任的要素區分為以下兩者：

1. 欠缺對犯罪構成要件事實，特別是犯罪結果的認識、容任、或不法意識：這是過失的心理要素，也是與故意區別的關鍵²⁸。

2. 行為人若為相當之注意，就能夠認識犯罪構成要件事實，意識到行為的違法性，進而放棄該行為²⁹：這就是過失責任的規範要素。觀察上述基準，雖然從「能夠認識事實」來看，是以行為人是否有預見可能性當成主要的判斷基準；但判斷預見可能性時，必須要以行為人是否已付出「相當的注意」來看。「相當的注意」的內涵，就包含了要求行為人至少必須繃緊神經這種規範的義務，這也就是以過失犯歸責行為人的規範理由³⁰。這樣的過失若是與犯罪構成要件事實有關，就是屬於構成要件的過失，若是與行為的違法性有關，就是屬於違法性的過失³¹。

²⁷ 小野清一郎，新訂刑法講義總論，頁169，有斐閣，15版（1956）；泉二新熊，前揭註，頁136-137；牧野英一，前揭註，頁562。依照小野教授的見解，故意和過失應該以規範罪責論的角度理解，故不僅有心理層面的問題，還有依照規範（小野教授認為是國家國民的道義意識）所下的客觀判斷，只是判斷對象是行為人的心理層面而已。小野清一郎，新訂刑法講義總論，頁145，有斐閣，15版（1956）。

²⁸ 小野清一郎，前揭註，頁171。

²⁹ 小野清一郎，前揭註27，頁171。

³⁰ 小野教授後期的著作已經明確地從注意義務的角度，去理解上述過失的規範要素。小野清一郎，近代日本刑法における過失犯の諸問題，法曹時報，第13卷10号，頁1334（1961）。

³¹ 小野教授進一步指出，由於故意並非以有不法意識為要件，只要有可能有不法意識即可，故違法性過失的情形多半還是會被評價為故

（二）早期過失論的成果及問題

從上述小野教授的見解，其實就可以發現傳統過失論討論的重心，在於行為人是否可能且應該預見犯罪事實會發生，也就是預見可能性與預見義務。故判斷預見可能性的標準、對象與故意犯的故意相同，必須要對犯罪構成事實有預見可能性，以及把「不注意」導致未預見結果可能發生而實行構成要件行為，亦即違反預見義務導致未預見，當成過失責任的規範要素等，均為其內涵³²。

但相對於預見可能性，過失犯的客觀構成要件，諸如行為人有無結果迴避可能性等，當時的學說則較少討論。小野教授雖然在建構過失要件的時候，提到「認識到犯罪事實與其違法性，進而放棄該行為」，似乎把不作為當成是結果迴避的基準行為。然而若只以不作為當作結果迴避的基準行為，則由於誰都可以輕易的放棄行為，故幾乎都會肯定行為人的結果迴避可能性，進而導致行為人無法主張其行為不該當構成要件³³。這可能會導致譬如在交通事故或是醫療事故中，不論行為人是否已遵守規則開車或是依照程序開刀，因為不開車、不開刀就不會發生事故，所以一定具備因果關係與結果迴避可能性，故至少成立過失犯的構成要件，然而這樣的結論是否合理？恐怕仍有疑問³⁴。

意。可參考小野清一郎，前揭註27，頁172。

³² 此種預見可能性規範化的情形，也發生在欠缺不法意識的避免可能性的判斷中。可參考齋野彥弥，故意概念の再構成，頁82-84，有斐閣（1995）。

³³ 對於早期見解問題的分析，可參考古川伸彦，刑事過失論序說，頁148，成文堂（2007）。

³⁴ 藤木英雄，過失犯の理論，頁9，有信堂（1969）。

二、新過失論下的過失犯構造

(一) 新過失犯論下的注意義務內涵：結果迴避義務

當時的學說也發現到上述問題，故致力於建構過失犯的客觀要件。其中，井上正治教授與藤木英雄教授的研究成果最具有代表性³⁵。由於藤木英雄教授後期的見解與前期的見解有所不同，故以下的學說分析先以井上教授的見解為主，於兩位教授意見不同之處，再進行區別討論。

井上教授強調過失犯的注意義務不僅要求行為人在心理上必須抱著謹慎小心的態度，也要求其客觀上必須要基於謹慎的態度而行動，以避免法益侵害結果的發生。前者為預見義務；後者為結果迴避義務，兩者間雖有緊密的關係³⁶，但就算心理上不注意，只有在這個不注意的態度透過外在的行為而顯現時，才可以說行為人違反了注意義務。故井上教授認為結果迴避義務的違反才是注意義務的本質，若遵守結果迴避義務，就算行為導致法益侵害結果的發生，也不是刑法所要處罰的對象³⁷。由於這個理論是在上述傳統學說之後提出，故被稱為新過失論，而上述的傳統學說則被稱為舊過失論。

井上教授進一步把結果迴避義務的內容細分為「阻止危險發生的行為」、「在危險狀態下，謹慎的實行行為」、「深思熟慮的義務」³⁸。在這其中，「深思熟慮的義務」則是一種要求行為人謹慎的判明周遭的狀況後，再實行相關行為的義務，故對於迴

³⁵ 井上正治，過失犯の構造，頁50-98，有斐閣（1958）；藤木英雄，前揭註，頁22-30。

³⁶ 井上正治，前揭註，頁52。

³⁷ 井上正治，前揭註35，頁64；藤木英雄，前揭註34，頁35。

³⁸ 井上正治，前揭註35，頁66-67；藤木英雄，前揭註34，頁39。

避結果發生，只有間接的作用。有時甚至只要心理上保持一定程度的謹慎，就可以履行此義務，從這個角度來看，甚至可以說深思熟慮的義務，與前面兩種義務完全不同³⁹。然而井上教授以汽車駕駛必須抬頭注意前方，以及動手術時必須弄清楚開刀的部位等為例，認為此時行為人不只在心理上，應該要保持謹慎，有時必須要主動去得到相關知識，故認為深思熟慮的義務是一個獨立的義務類型，而不僅是附屬於前面兩種義務類型而存在⁴⁰。

（二）預見可能性的定位

新過失論者既然已經把注意義務的重心，從預見義務移轉到結果迴避義務，故其接下來就必須處理原本預見可能性的定位。對此，井上教授認為雖然預見義務和預見可能性不屬於注意義務的本質內容，但仍然在確定過失者的人格是否應以過失責任非難這個問題上，扮演了重要的地位，故應該與舊過失論相同，於責任要件中檢討之⁴¹。

然藤木教授則沒有如此嚴格區分兩者。依照藤木教授前期的見解，由於人類的行為均有一定的危險性，且人類僅能在自己智識範圍的限度內，預見自己行為可能造成的後果，如果要求行為人防止自己的行為所可能導致一切法律侵害結果的發生，則會使行為人最後只能放棄該行為，進而造成社會生活的停滯；故必須以正常經營人類社會生活的狀態為前提，考量結果迴避可能性的概念⁴²。為此，首先必須判斷行為人有無預見可能性，只有在行為人對於具體的因果流程的重要部分，有預見可能性時，才能進一步判斷法益侵害結果是否可以迴避；只有當存在結果迴避的手

³⁹ 井上正治，前揭註35，頁72。

⁴⁰ 井上正治，前揭註35，頁72；藤木英雄，前揭註34，頁39。

⁴¹ 井上正治，前揭註35，頁81-82。

⁴² 藤木英雄，前揭註34，頁52。

段時，才能進一步討論注意義務的內容⁴³。

觀察藤木教授前期的見解，可以發現其把預見可能性當成判斷結果迴避義務的前提，這樣的作法等於是把預見可能性與結果迴避義務當成注意義務的一體兩面，難以區分⁴⁴。上述藤木教授對於結果迴避義務與預見可能性之間關係的看法，後來也被主張新過失論的多數學者，如團藤重光教授⁴⁵、大塚仁教授⁴⁶、福田平教授⁴⁷以及西原春夫教授⁴⁸接受，成為新過失論的通說。

三、新舊過失論爭下的預見可能性與資訊蒐集義務

上述就是日本學說上，早期新舊過失論爭的概要。從上述的學說論爭來看，可以說過失犯的客觀構成要件是論爭的重心。舊過失論者之後也開始著手討論過失犯的客觀要件⁴⁹。亦有最高法院的裁判在實質上，採用了新過失論的過失犯構造⁵⁰。然而仔細觀察兩說，可以發現在預見可能性的討論上，已經出現日後可能成為爭議問題的意見分歧。故以下區分為預見可能性與資訊蒐集義務的內涵兩點，來說明上述新舊過失論爭中，所發生的歧見。

⁴³ 藤木英雄，前揭註34，頁52。

⁴⁴ 觀察到此點者，如橋爪隆，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111（2014）。

⁴⁵ 團藤重光，刑法綱要總論，頁333以下，創文社，3版（1990）。

⁴⁶ 大塚仁，過失犯の構造，收錄於刑法論集（1）—犯罪論と解釈学—，頁220-222，有斐閣（1976）。

⁴⁷ 福田平，目的的行為論と過失犯，收錄於目的的行為論と犯罪理論，頁109-110，有斐閣（1964）。

⁴⁸ 西原春夫，過失犯の構造，收錄於現代刑法講座（第3卷）—過失から罪数まで—，頁18，成文堂（1979）。

⁴⁹ 平野龍一，刑法總論I，頁193-195，有斐閣（1972）。

⁵⁰ 如最高裁判所昭和42年（1967年）5月25日裁定（彌彦神社踩踏事故），收錄於最高裁判所刑事判例集（以下簡稱刑集）第21卷4号，頁586。

（一）預見可能性的雙重內涵

首先是預見可能性的定位。雖然不論是舊過失論或新過失論，對於預見可能性的對象，均要求對於構成犯罪的事實，如法益侵害的結果或具體因果流程的重要部分等有預見可能性。故似乎無太大差異，由於我國的通說也是採取類似理解，或許這就是預見可能性對象的問題，在我國無太大爭議的原因之一。

但從上述見解可以發現，相較於舊過失論與井上教授仍然將預見義務與預見可能性定位為責任要件，並比照故意責任，將預見可能性的對象限縮在犯罪構成要件事實；藤木教授與其他主張新過失論的學者，則把預見可能性定位為結果迴避義務的前提，兩者變成一體兩面，難以切割，我國學說也較接近以此為前提，來理解預見可能性的基礎⁵¹。誠然，當行為人不可能預見結果發生時，也難以期待其進一步履行結果迴避義務。但依此定義，會導致預見可能性變成結果迴避義務的前提，只是附隨於結果迴避義務的要素⁵²。故是否還有必要比照故意責任，把預見可能性的對象限縮在構成犯罪的事實？還是應該隨著結果迴避義務的種類，去調整預見可能性的內容？

（二）資訊蒐集義務的雙重內涵

其次觀察井上與藤木教授所提出的「深思熟慮的義務」的內容，可以發現這就是本文提到的資訊蒐集義務。不過也可以從兩位教授的見解中，發現到情報收集義務的雙重內涵。蓋只要在行為時，內心保持一定程度的注意，就可以獲得一定程度的資訊。但這種類型的「資訊蒐集義務」，實質上與「行為人若為相當之注意，就可以預見其行為可能導致法益侵害的發生」，也就是預

⁵¹ 可參考前述「壹、一、（一）」。

⁵² 橋爪隆，前揭註44，頁112。

見可能性之間，並無太大的差異⁵³。然而亦如兩位教授所述，有時也必須以積極的行為來收集情報，故在此資訊蒐集義務可能有雙重意義，一方面其可能被當作預見義務的一部分⁵⁴，另一方面也可能被解為結果迴避義務的一種。兩位教授在此亦強調資訊蒐集義務也有重視外在行為的一面，以將其定義為結果迴避義務。

但若將資訊蒐集義務定義為結果迴避義務，再配合新過失論把預見可能性定位為結果迴避義務的前提，可能會出現以下問題：首先是關於過失犯的歸責體系問題，如同井上教授分析的一般，資訊蒐集義務其實與預見義務多所重疊，若將其定義為結果迴避義務，則結果迴避義務與預見義務的藩籬可能會漸趨模糊，甚至原本屬於過失責任的預見義務和預見可能性，可能會和屬於過失不法要件的結果迴避義務互相混同。其次因為在大多數的情形下，行為人只有在履行資訊蒐集義務後，才会有具體的預見可能性。以開車為例，行為人只有在確實履行注視前方的義務時，才有可能發現前方有人，進而採取其他迴避結果的措施。故如果將資訊蒐集義務當成結果迴避義務的話，可能就難以維持把具體預見可能性當成義務前提的看法⁵⁵。

四、小 結

本段分析了新舊過失論中，預見可能性和資訊蒐集義務的定位，並且發現到在當時，兩套過失理論下的預見可能性的內容雖然尚未發生差異。但在預見可能性的定位上，則有和故意對應的責任要件（舊過失論），以及結果迴避義務的前提（新過失論）的差別。而把資訊蒐集義務定位為結果迴避義務，也造成了預見

⁵³ 小林憲太郎，前揭註20，頁341。

⁵⁴ 當時如此理解的學說，可參考平野龍一，前揭註49，頁202-203。

⁵⁵ 可參考樋口亮介，注意義務の内容確定基準，收錄於山口厚先生獻呈論文集，頁231，成文堂（2014）。

義務與結果迴避義務之間可能出現混同，這樣的理論前提之差異，如後所述，在面對企業災害中，如何認定監督過失的問題時，也造成了學說的對立。

參、企業災害的過失歸責問題：危懼感說及其批判

上述預見可能性與資訊蒐集義務的問題，在之後的危懼感說論爭中，正式的浮上檯面。以下先介紹危懼感說出現的背景，即企業災害引發的問題，其後再進一步說明危懼感說下，預見可能性與資訊蒐集義務的關係，並分析與上述見解的不同之處與批判。

一、背景：企業災害與監督過失

如同前述「貳、二、」，新過失論的出現，主要對應在現代社會科技發達，故駕駛汽車代步或開刀動手術等，已經成為日常生活中必須的行為。然而該等行為本就有一定的危險，如果不進一步限縮過失犯的不法，就會導致社會生活的停滯，故主張以結果迴避義務限縮過失犯的不法。

科技的發達同時導致了社會問題的發生。如1970年代以降，在日本發生的公害事故或食安事故等，也是因為企業濫用科技發達的成果所發生的災害。這些企業災害往往伴隨著人類經驗上未知的危險，並威脅人類的法益⁵⁶。故如何有效控制這些危險，也是重要的問題。對於這個問題，雖然最直接的手段是以行政法做事前的規範，但與此同時，事後若能有效的追訴違反相關行政規範導致危害發生的人，並使其負擔刑事責任，如業務過失致死傷

⁵⁶ 可參考藤木英雄，災害事故と過失犯，收錄於過失犯—新旧過失論爭—，頁13-14，學陽書房（1975）。

的話，也可以收到預防的效果⁵⁷。

該如何在企業中找到該負責的人？對此問題，雖然通常是末端的技術人員或勞動者的行為，直接造成法益侵害。然而在企業中，本來就難以期待末端的作業員能主動避險，此時大都還是要依靠如器械的安全裝置，或是事前的訓練等，以能在末端的作業員發生錯誤的時候，防止結果的發生⁵⁸。故在這樣的狀況下，反而是沒有建立且維護安全體制的管理、監督者，應該負擔監督過失責任⁵⁹。

二、危懼感說下的預見可能性與資訊蒐集義務

（一）問題意識：企業災害與具體預見可能性

1. 第一問題：面對未知的危險

在上述的問題意識下所發展出來的過失論，正是危懼感說。最早的主張者即為藤木英雄教授。藤木教授在面對上述的公害、食安事故時，發現由於人類對於這些造成公害的化學物質的安全性，並未具備足夠的知識，故若還是維持上述的早期見解，可能會導致第一次發生事故時，不管是直接導致事故發生的人，還是上位的監督者，都會因為無預見可能性，故只能判其無罪，然而這樣的結論並不合理⁶⁰。故此時該如何論斷直接導致事故之人，以及監督者的過失，即是重要的問題。

2. 第二問題：對於管理、監督者的歸責

如上所述，在論斷過失責任時，不只是現場的作業員等直接

⁵⁷ 前掲註，頁14。

⁵⁸ 藤木英雄，過失をめぐる学問上の論争点，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁72-73，学陽書房（1975）。

⁵⁹ 前掲註，頁73-74。

⁶⁰ 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37，学陽書房（1975）。

導致事故發生的行為人，上位的管理、監督者也應該要為其未設立有效的防護體制，負起大部分的過失責任。而監督過失的特性，就在於縱然管理、監督者怠於建立、維護相關體制，其行為也不會直接導致結果發生。以百貨公司火災事件為例，只要沒有發生火災，縱然行為人沒有裝設防火設備，也不會因此行為而直接對出入的客人造成生命、身體的危險⁶¹。故若嚴格依照具體預見可能性說，可能就必須判斷監督者是否對造成結果的具體原因，如對火災發生有預見可能性。

但對於管理、監督者來說，除了某些特殊狀況，如建築物內本來就在進行有發生火災可能性的工程以外，一般來說發生火災的可能性並不高。所以對於管理、監督者來說，更難認定其對火災發生有預見可能性⁶²。這可能會導致地位越高，離現場越遠的人，越可能因為無預見可能性，即不須負擔過失責任；然而如「參、一、」所述，在企業中，監督者應該要為其疏忽建立體制，負擔大部分的過失責任。故上述結論是否合理即有疑問⁶³。

（二）結果迴避義務：強調資訊蒐集義務的重要性

對於上述問題，藤木教授認為重點在於如何認定行為人的行為是否違背結果迴避義務⁶⁴。故以下即以結果迴避義務為中心，介紹藤木教授的理論，並分析在其理論中，預見可能性與資訊蒐

⁶¹ 可參考神山敏雄，過失不真正不作為犯の構造，收錄於刑事法學の総合的検討——大塚仁・福田平博士古稀祝賀（上），頁62，有斐閣（1993）。

⁶² 可參考松宮孝明，火災事件と管理・監督過失，收錄於過失犯論の現代的課題，頁225，成文堂（2004）；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116，東京大学出版会（1995）。

⁶³ 可參考板倉宏，監督過失，收錄於現代型犯罪と刑法の論点，頁116-117，學陽書房（1990）。

⁶⁴ 藤木英雄，前掲註60，頁24-26。

集義務的定位。另外本文也會分析藤木教授的支持者如何應用危懼感說，解決監督過失問題。

首先，在結果迴避義務上，藤木教授認為在面對未知危險時，結果迴避義務中的「資訊蒐集義務」扮演了重要的角色⁶⁵。以製造新藥為例，在企業實際發售新藥之前，就必須要求企業內的相關人士，蒐集類似的藥品曾經發生什麼副作用等資訊，以確認新藥可能發生什麼危險，進而決定要不要發售新藥。若能夠確認為人履行資訊蒐集義務後，就有可能進行更完整的評估，進而採取更安全的措施。就算在販賣時，行為人對於藥品可能危害人體這點，沒有預見可能性，還是能以行為人違反結果迴避義務，亦即資訊蒐集義務為由，肯定其過失犯責任⁶⁶。

（三）預見可能性：危懼感

由於資訊蒐集義務其實就是要求行為人透過收集資訊，以達到可以預見結果具體發生原因的狀態，並進一步實行其他結果迴避措施⁶⁷。故作為義務前提的預見可能性自然較為抽象⁶⁸。對此，藤木教授以業務過失致死罪為例，認為就算無法預見結果發生的因果關係，只要行為人對於自己即將要實行的行為，存在著「這個行為可能對人的生命、身體健康有某些危害」的不安、恐懼，就應該積極的履行資訊蒐集義務，在確認行為的安全性後，才能實行該行為⁶⁹。故只要對於結果發生的抽象危險抱有恐懼感，亦即有危懼感時，就可以發動結果迴避義務。

⁶⁵ 藤木英雄，前揭註60，頁31。

⁶⁶ 藤木英雄，前揭註60，頁31-32。

⁶⁷ 同樣理解者也可參考松宮孝明，予見可能性と危懼感，收錄於刑事過失論の研究，頁296，成文堂，補正版（2004）。

⁶⁸ 藤木博士在此也確認了預見可能性就是結果迴避義務的前提，可參考藤木英雄，前揭註60，頁26。

⁶⁹ 藤木英雄，前揭註60，頁33。

然而這絕非是認為只要行為人有危懼感，就應該被歸責。蓋就算行為人有危懼感，還必須檢驗行為人是否違反結果迴避義務；此時還有以容許危險限縮結果迴避義務的範圍的可能⁷⁰。藤木教授在此也強調預見可能性的具體程度和結果迴避義務有連動的關係，預見可能性越抽象，行為人的負擔越輕，反之則越重⁷¹。例如當行為人對結果發生，只有抽象的不安感時，其只需要簡單的查證，就可消除不安；然而當行為人具備具體預見可能性時，為消除危險，則必須做的更多。

（四）藤木教授學說的發展與監督過失案例的處理

以上即是藤木教授後期的見解概要。由上述可知，藤木教授貫徹在新過失論中，把預見可能性當成結果迴避義務前提的看法，也修正了其早期的見解，認為抽象的危懼感也足以發動結果迴避義務（主要是資訊蒐集義務），故其見解也被稱為危懼感說⁷²。如上所述，在面對未知危險時，若採用危懼感說，則行為人就較難以無預見可能性為由，免除其過失責任，因為人面對未知的事物，總是會有一絲不安；依照危懼感說，這個不安就足以肯定預見可能性，而可進一步要求行為人必須履行蒐集資訊義務。

同樣的在監督過失中，行為人也只要對特定構成要件的結果發生有危懼感即可，無須認定其對於結果的具體發生原因有無預見可能性。以前述火災事故為例，行為人只要對一旦發生火災，就有可能出現死傷結果這件事，有不安即可，不需要確認其對於

⁷⁰ 藤木英雄，前揭註60，頁38。

⁷¹ 藤木英雄，前揭註60，頁34-35。

⁷² 「危懼感說」之稱謂可參考三井誠，問題の所在及び「危懼感」說，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁136，學陽書房（1975）。

具體原因，亦即火災發生的原因有無預見可能性⁷³。因其可完全解決企業災害所帶來的問題，故時至今日，仍有堅定的支持者⁷⁴。其他新過失論的學說縱未完全採納危懼感說的所有看法，然危懼感說提出的一些前提，如結果迴避義務和預見可能性有連動關係、越抽象的預見可能性可以對應越抽象的結果迴避義務等，因其亦為新過失論的前提，故也受到許多新過失論者的支持⁷⁵。

在處理企業災害的案例中，早期日本實務下級審判決也採取了危懼感說。如在森永毒奶粉事件的高等法院判決⁷⁶中，高松高等法院在面對身為製造課長的行為人因疏於監督供貨廠商，導致其不知道廠商所提供的工業用第二磷酸蘇打含有過量的砷，就加入奶粉內，最後造成飲用奶粉的嬰兒多數死亡的案例時，就以提供的原料屬於工業用第二磷酸蘇打為基礎，以「就算從學理來看，飲食對人體無害，但對於原本不是以食用為目的製造的產品，若不確認其來源與製造過程，要入口時總會有一絲不安」為由，而認為本案行為人在決定要把工業用第二磷酸蘇打加入奶粉時一定有危懼感，故肯定了行為人的預見可能性。

⁷³ 可參考板倉宏，前揭註63，頁120。

⁷⁴ 如土本武司，前揭註10，頁146-147；板倉宏，前揭註63，頁117。雖未全盤採取危懼感說，但認為監督過失案例必須以義務類型，放寬預見可能性對象的想法。可參考如井田良，刑事過失の認定をめぐる諸問題，法曹時報，第61卷11号，頁3338（2009）。

⁷⁵ 如高橋則夫，刑法總論，頁217-218，成文堂，3版（2016）；井田良，前揭註，頁3336-3338；岡部雅人，過失犯における「予見可能性」について，收錄於野村稔先生古稀祝賀論文集，頁60，成文堂（2015）；樋口亮介，前揭註55，頁237-238。其對於危懼感說的修正，可參考下述「肆、三、」。

⁷⁶ 高松高等裁判所昭和41年（1966年）3月31日判決，收錄於高等裁判所刑事判例集（以下簡稱：高刑集）第19卷2号，頁136-251。

三、對危懼感說的批判與檢討

如上所述危懼感說成功的處理了企業災害的疑慮，故有相當程度的支持者。甚至在我國，亦有支持以危懼感說處理監督過失問題的看法⁷⁷。其他譬如危懼感說把過失犯的歸責進一步客觀化，並將預見義務與結果迴避義務結合這一點，在我國學說中，以客觀歸責為過失犯處罰唯一基礎的學說，亦採用類似的角度⁷⁸。但其見解亦產生了一些疑慮，導致在日本並未成為通說。以下本文即檢討危懼感說的相關問題，並分析其批判與回應的合理性。

（一）違反責任原則的批判

首先是認為危懼感說違反責任原則的批判。如有見解認為依照危懼感說，可能會導致預見可能性的抽象化，甚至完全放棄預見可能性概念。蓋現代生活中，各種行為或多或少都有一定程度的危險，如果把對這些危險的不安，都當作預見可能性的話，其結果亦可能等於只要實行相關行為，就一定有危懼感，進而必須負擔結果迴避義務，這樣的作法也有讓預見可能性要件失去功能之可能性⁷⁹，進而使過失犯的處罰變成一種結果責任，有違反責任主義的嫌疑⁸⁰。日本實務上，亦有高等法院的判決⁸¹明確表

⁷⁷ 如前述「壹、一、（二）」中，認為有危懼感就可肯定預見可能性的看法。

⁷⁸ 如前述「壹、二、」中，以客觀歸責為前提，認為重點是預見義務，並將其歸類於客觀歸責判斷標準的看法。

⁷⁹ 大塚裕史，監督過失における予見可能性論（一），早稲田大学大学院法研論集，第48号，頁74（1988）。

⁸⁰ 可參考三井誠，「危懼感」說の検討，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁145-146，學陽書房（1975）；西原春夫，前揭註48，頁17-18。

⁸¹ 札幌高等裁判所昭和51年（1976年）3月18日判決（北海道大學電動手術刀事件判決），收錄於高刑集第29卷1号，頁78-177。

示：「若只有未特定內容，只抱有一般的、抽象的危懼感、不安感的程度，就直接課以迴避結果的注意義務，可能會導致過失犯的處罰範圍變得毫無限制，從責任主義的角度來看是不妥當的」。這也是以違反責任主義為由，否定危懼感說的想法。

誠如如「貳、三、」所述，過失行為人必須對具體犯罪事實有預見可能性的要求，是立基於把過失犯的責任和「對具體犯罪事實有認識、意欲」的故意責任相互對照的前提⁸²。而新過失論認為過失犯有獨立的處罰構造，不須與故意犯對照⁸³，所以縱然危懼感說放棄要求具體的預見可能性，但因其本來就不把預見可能性定位為責任要件，而只是當作結果迴避義務的前提，故就算放棄具體預見可能性，也未必就等同違反責任原則⁸⁴。如藤木教授認為以過失責任非難行為人的基礎，是在於「明明就可以避免結果發生，卻沒有迴避」，在此原則之下，雖然沒有預見到可能發生的結果，是沒有迴避結果發生的主要類型之一⁸⁵。但在高度發展的工業社會，對於試圖嘗試、應用新科學技術的人，賦予其較嚴格的責任負擔，如要求其防範未知的危險於未然，也不見得會違反責任主義⁸⁶。

觀察藤木教授的見解，其實可以發現其把責任要件的重心，由預見可能性轉變為原本只象徵不法要件客觀的結果迴避義務，故在過失犯的責任要件上，藤木教授已經與具體預見可能性說分

⁸² 指出此點者，可參考藤木英雄，前揭註58，頁66。

⁸³ 可參考藤木英雄，前揭註58，頁58-59；也可參考福田平，前揭註47，頁113；近期的見解則可參考高橋則夫，前揭註75，頁220；岡部雅人，前揭註75，頁65。

⁸⁴ 可參考古川伸彥，前揭註33，頁170-171；樋口亮介，注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み（2），法曹時報，第70卷1号，頁48（2018）。

⁸⁵ 藤木英雄，前揭註58，頁67。

⁸⁶ 藤木英雄，前揭註58，頁70。

道揚鑣。這樣的見解再進一步發展，甚至會與前述「壹、二、」中，完全否定預見可能性存在必要，並以客觀歸責理論當成過失歸責基礎的我國見解，得出類似的結論。

其次對於危懼感說的內容過於抽象的批判這點，若認為在實行行為時，所帶有的任何不安感均該當預見可能性的話，確實有可能導致預見可能性要件的空洞化，以及處罰範圍的不當擴大。然而危懼感說並未直接主張任何對危險的不安，都可以該當預見可能性要件，也要求行為人至少對構成要件的結果，必須要有預見可能性⁸⁷。故亦有見解認為，若強調危懼感必須有法益關聯性，並認為只有行為人能夠預見該當法益會發生抽象危險，才該當預見可能性要件的話，就可以解決責任主義的問題，並以此修正危懼感說⁸⁸。因此對於危懼感說而言，違反責任原則的批判並不是無法克服的難題，因為依照新過失論的看法，過失犯本來就有其獨立的責任要件，甚至可能如藤木教授，把不法要件和責任要件混合，則具體預見可能性並非必要。

（二）對於資訊蒐集義務的定位的批判

亦有學說批判在危懼感說中，資訊蒐集義務之定位。蓋依照危懼感說，結果迴避義務和預見可能性處於連動的關係，承認危懼感就足以該當預見可能性，也是將資訊蒐集義務，定位為結果迴避義務的結果。故也應該討論危懼感說中，資訊蒐集義務的定

⁸⁷ 如在認定業務過失致死罪時，還是要對自己的行為有發生死亡結果的危險有預見可能性，只是不需要針對因果流程有預見可能性。可參考藤木英雄，刑法講義總論，頁240，弘文堂（1975）。同樣的理解也可參考船橋亞希子，過失犯における予見可能性の対象について—具体的予見可能性説と危懼感説の対立構造を中心として—，法學研究論集（明治大学），第45号，頁103-104（2016）。

⁸⁸ 可參考井田良，前揭註74，頁3336；高橋則夫，前揭註75，頁220；岡部雅人，前揭註75。

位問題。

如前所述，資訊蒐集義務是一種在實行危險的行為之前，就必須收集情報，讓行為人得以進一步履行結果迴避措施的義務，故雖可認為此義務是結果迴避措施的前提，但其本身並無減少危險的功能⁸⁹。故若將其定位為結果迴避義務，進而以違反此義務為由，肯定行為人需負擔過失犯責任的話，就有可能造成過失犯處罰時點的前置，進而導致處罰範圍擴大的問題⁹⁰。故不論新舊過失論，均有見解將資訊蒐集義務理解成一種預見義務⁹¹。若以上述見解為前提，則藤木教授的見解，就是混淆了預見義務與結果迴避義務⁹²，並把判斷預見可能性的要素（即危懼感），當成預見可能性本身的内容⁹³。自然會受到處罰過度前置且不當擴大的批判⁹⁴。

當然藤木教授及其支持者，也不是沒有發現這個問題。如藤木教授主張預見可能性的具體程度與結果迴避義務的輕重應有對應關係，且有容許危險的概念限縮義務的範圍。採用類似見解的樋口亮介教授，也認為在行為人對法益侵害的抽象危險有預見可能性時，就可以賦予其合乎比例原則的資訊蒐集義務。當行為人

⁸⁹ 可參考平野龍一，前揭註49，頁202-203；三井誠，前揭註80，頁150-151。

⁹⁰ 可參考大塚裕史，前揭註79，頁76。

⁹¹ 當時的舊過失論者如平野龍一，前揭註49，頁202-203；三井誠，前揭註80，頁150-151；松宮孝明，前揭註67，頁307。新過失論者如平場安治，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350-352，有斐閣（1981）。關於作為預見可能性判斷要素之一的資訊蒐集義務應該如何應用，可參考下述「伍、三、」。

⁹² 大塚裕史，前揭註79，頁75。

⁹³ 松宮孝明，前揭註67，頁299。

⁹⁴ 同樣的批判，亦適用於本文「壹、二、」中，把預見義務也當成客觀歸責判斷標準之一的我國見解。

透過資訊蒐集義務對於更具體的危險有預見可能性時，就可以進一步要求其履行具體的結果迴避措施⁹⁵。然而縱有比例原則或容許風險，依照危懼感說，只要行為人心中對法益有抽象的危險，就有可能要求其負擔結果迴避義務，只是義務負擔內容較輕而已。故比例原則難以阻止結果迴避義務的前置化與抽象化，只能減輕義務的負擔而已⁹⁶。

（三）區分適用的折衷見解及其批判

亦有危懼感說的學者對不同案例適用不同認定基準的方式，達到限縮過失處罰的效果。如板倉宏教授認為判斷企業組織內部成員的過失責任標準，應該和認定交通事故的過失責任標準不同⁹⁷。雖然前者必須以危懼感說，判斷行為人的預見可能性，但在後者，仍必須要求行為人須具備具體預見可能性⁹⁸。因為注意義務的內容本就會因為業務性質與生活關係，發生具體的差異，那麼作為結果迴避義務前提的預見可能性，其程度當然也會因為注意義務的內容發生差異⁹⁹。

板倉教授的看法，確實可以一方面解決面對未知的風險時，難以認定行為人預見可能性的問題，另一方面仍維持在交通事故中，以注意義務限縮過失行為人責任的優點。然而若依照其見解，則注意義務的判斷方法會隨著生活關係的不同，發生極大的

⁹⁵ 可參考樋口亮介，注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み（1），法曹時報，第69卷12号，頁3691-3692（2017）。

⁹⁶ 類似見解可參考小田直樹，「具体的」予見可能性について，広島法学，第14卷4号，頁182（1991）。

⁹⁷ 板倉宏，組織体過失概念の提唱，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁185，学陽書房（1975）。

⁹⁸ 板倉宏，批判に対する反論，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁220，学陽書房（1975）。

⁹⁹ 前掲註，頁222。

變化，其判斷方法相當浮動，對於是否符合罪刑法定主義中罪刑明確性的要求，即有疑問¹⁰⁰。其次就是區別的根據問題，如上所述，板倉教授是以不同業務的注意義務內容也不同這個理由，來正當化區別不同生活關係的根據。然而業務和生活關係只是事實關係，為何可以因為事實關係不同，就適用不同的判斷基準？此點仍有疑問¹⁰¹，故板倉教授的見解亦不被通說所採。

四、小結：危懼感說的問題與貢獻

以上本文分析了危懼感說的問題意識，以及其主張的預見可能性與資訊蒐集義務的定位與內容，與其受到的批判。在違反責任主義的部分，雖然由於危懼感說對於責任主義的理解與通說不同，所以通說的批判未必到位。然而也因為其把結果迴避義務同時當成不法與責任要件的緣故，所以混淆了預見義務與結果迴避義務，故造成了過失處罰的過度擴張。也正是因為危懼感說有上述問題的緣故，故通說與實務仍維持前述「貳、三、（一）」的見解，要求行為人必須有具體預見可能性¹⁰²。

然而危懼感說發現了在企業災害的案例中，由於必須面對未知危險，且與監督過失有關的特性，故難以認定與企業災害有關的行為人（包括直接行為人與監督者）的具體預見可能性這個問題，也試圖提出解方。故本文認為危懼感說指出了正確的問題意識，只是其解決方法並非盡善盡美而已。

¹⁰⁰ 三井誠，前揭註80，頁166-167。

¹⁰¹ 大塚裕史，前揭註79，頁76以下；西原春夫，前揭註48。

¹⁰² 舊過失論如內藤謙，刑法講義總論（下）I，頁1118，有斐閣（1991）；新過失論如大塚仁，刑法概說（總論），頁209-210，有斐閣，4版（2008）。實務則可參考本文第23-24頁關於北海道大學電動手術刀事件之內容。

肆、日本實務的「具體」預見可能性基準

以上分析了危懼感說的問題意識與學說內容，以及其學說的問題。然而危懼感說仍然意識到了企業災害的問題，故除非通說、實務在此種案例中，完全放棄以過失犯處罰當事人，否則就必須回應危懼感說提出的問題。對此，在日本實務上，雖然在森永毒奶粉事件中，高松高等法院採用危懼感說；然而隨後發生的北海道大學電動手術刀事件判決中，實務則明確的否定危懼感說¹⁰³。自此實務大都採取具體預見可能性說，依照實務在北大電動手術刀判決中的見解，「對特定的結果與因果關係的基本部分」，就是具體預見可能性的對象。

其中，由於危懼感說亦要求對於特定的構成要件結果，有預見可能，故本文以為關鍵的問題，在於「因果關係的基本部分」為何。在面對未知危險案例時，行為人也是因為無法預見發生結果的具體因果關係，才有無法認定預見可能性的問題。同樣的在監督過失案例中，問題主要也是發生在該如何認定監督者對於發生結果的具體原因，如直接行為人的行為等有無預見可能性。如在「壹、一、（二）」所述之例中，監督者是否對於直接行為人（被害人）將車輛駛入寄貨通道這個事實有預見可能性，或是像下述「肆、二、（一）」中，所提到的新日本飯店火災事故的案例中，監督者需不需要對於火災發生這一點有預見可能性等，都是監督過失案例中必須解決的問題¹⁰⁴。而監督過失案例的特性，是否也會影響日本實務，作出與一般過失案例不同的判旨？這點

¹⁰³ 札幌高等裁判所昭和51年（1976年）3月18日判決（北海道大學電動手術刀事件判決），收錄於高刑集第29卷1号，頁78-177。

¹⁰⁴ 可參考山口厚，監督過失，收錄於問題探究刑法總論，頁176-177，有斐閣（1998）。

也是本文觀察的重點。故本文以此問題意識為基礎，將日本的重要判決分成面對未知危險的案例（多為一般的過失犯），和監督過失的案例，並觀察上述監督過失的特性是否影響實務的判斷。

一、未知危險案例的具體預見可能性運用

首先是面對未知危險案例時，實務如何操作具體預見可能性。為避免和以下監督過失的案例重複，故本文主要選擇一般過失的案例，如曾經提及的北海道大學電動手術刀事件判決，以及之後的水漂現象翻車事件判決，還有生駒隧道火災事件裁定，以觀察日本實務的看法。

（一）北海道大學電動手術刀事件判決¹⁰⁵

本案的事實關係如下：身為護理師的A，於安裝手術用電動手術刀時接錯線，加上事故發生時，身為幼兒的被害人身上貼有心電圖電流計的電極，導致手術用電動手術刀的電流，在流過被害人的身體後，經過心電圖電流計的電極接地，造成被害人右小腿嚴重灼傷而必須切除。由於若無心電圖電流計，單純的接錯線只會導致手術刀無法通電，故A是否應該對心電圖電流計會導致電流接地這點，有預見可能性？這也是本案的爭點。對此，札幌高等法院明確指出：「所謂發生結果的預見……而應解為……對於特定的構成要件結果，與招致該結果的因果關係的基本部分能夠預見。」明確的採取了具體預見可能性說。札幌高等法院即以此前提，並考量到電動手術刀本身是透過讓電流接觸人體，進而發揮作用這一點，認為縱A不可能預見到本案事故是透過心電圖電流計才會發生，但對於A來說，「並非沒有誤接纜線的可能，若在誤接纜線的狀態下啟動電動手術刀，則可能……導致由電動手術

¹⁰⁵ 判決出處可參考札幌高等裁判所昭和51年（1976年）3月18日判決（北海道大學電動手術刀事件判決），收錄於高刑集第29卷1号，頁78-177。

刀本體流入人體的電流發生異常，結果可能因電流的作用造成患者身體傷害」等事實，均在預見可能的範圍內，故肯定A有預見可能性。

從上述判決，其實就可以發現日本實務在判斷因果關係的「基本部分」之預見可能性時所採取的手法。亦即對實際的因果關係進行抽象化後，判斷行為人是否對這個抽象化的因果關係（基本部分）有預見可能性¹⁰⁶。然而抽象化的程度也並非毫無限制，觀察上述判旨，可發現高裁是把「因接錯線，導致電流發生異常」→「故在使用接觸人體的電動手術刀時，可能對人體造成傷害」這個與法益侵害結果的危險有關的事實，當成A預見可能性的對象，也就是因果關係的基本部分¹⁰⁷。

（二）水漂現象翻車事件判決¹⁰⁸

之後的下級審判決也大都依照類似方法，判斷行為人的預見可能性。如在面對於高速公路行駛時，雖然只是維持一定速度前進，卻因為水漂現象導致車輛打滑翻車，致乘客死傷的巴士駕駛時，大阪高等法院認為：「……作為預見可能性對象的事實……不能是籠統模糊的，而必須具備有從行為人的立場來看，能使其進而採取特定手段以迴避結果發生這樣具體內容之事實」，並以此前提，考慮到水漂現象在本案發生之後，才獲得科學的實證，認定巴士駕駛應無法預見在積水的地方移動時，縱使直行也會發

¹⁰⁶ 類似理解可參考橋爪隆，判例講座・刑法總論（第11回）過失犯（1）——過失犯の構造，警察學論集，第70卷2号，頁155（2017）。

¹⁰⁷ 亦有學者將其稱作「中間項」。可參考前田雅英，「結果」の予見可能性，收錄於現代社會と實質的犯罪論，頁238，東京大學出版會（1992）。

¹⁰⁸ 大阪高等裁判所昭和51年（1976年）5月25日判決，刑事裁判月報，第8卷4・5号，頁253-273。

生水漂現象，故否定了被告的預見可能性。觀察判旨，可以發現此種先把具體的因果關係抽象化成「在因下雨積水的路面維持一定速度前進，還是可能導致打滑進而發生交通事故」這種帶有一定危險的抽象事實後，再判斷被告是否對此有預見可能性的手法，和前述電動手術刀事件判決有共通之處。

（三）生駒隧道火災事件裁定¹⁰⁹

相較於下級審明確的採取具體預見可能性說，最高法院則並未明確表示採用何種見解。然而若仔細觀察最高法院面對類似案例的事實認定，也可以發現至少在面對未知危險的案例中，最高法院實質上也採用和下級審類似的手法，來判斷行為人的預見可能性。如在生駒隧道火災事件最高法院裁定中，也可以發現日本最高法院使用這個手法。對於被告在隧道中裝設高壓電纜的時候，因為疏忽裝設接地銅片，使感應電流並未接地，而是直接流向連接器的半導電層，導致其碳化導電。並在長期的導電下，最後半導電層溶解並發生可燃性瓦斯，瓦斯在蓄積了約500日後，被電纜發生的高熱點燃起火，並致人死傷的案例，日本最高法院認為：「縱使被告無法具體預見形成碳化導電電路的過程，但應認為其可預見到因前述感應電流未流向大地，而是長期的集中流向本來不應該流向的部分，會導致有可能發生火災」，故肯定被告的預見可能性以及過失致死責任。

觀察上述案例事實，可以發現在本案中，具體的因果關係是「未裝設接地銅片導致感應電流未接地」→「感應電流流向連接器的半導電層導致碳化導電形成電路」→「長期的通電下導致半導電層溶解發生瓦斯」→「因高熱而點燃瓦斯起火造成死傷」。在因果流程中碳化導電占有重要的地位。然而在本案發生前，就

¹⁰⁹ 最高裁判所平成12年（2000年）12月20日裁定，收錄於刑集第54卷9号，頁1095-1097。

碳化導電並未有任何學術研究，對被告來說，也不可能預見會因為感應電流沒有接地，導致連結器的半導電層發生碳化導電現象¹¹⁰。相對於此，若沒接地會使感應電流大量流過電纜，導致其過熱進而有起火的可能性這一點，則是屬於常識，故被告可以很輕易的預見¹¹¹。因此本案的關鍵就在於是否應把「發生碳化導電」當作因果關係的基本部分？

對此問題，最高法院也採用和前述下級審類似的手法，也就是先把具體因果關係抽象化為「感應電流長期集中流向本來不應該流向的部分導致火災發生」，再討論被告對此有無預見可能性。

「流向本來不該流向的部分」可以同時包含前述「因電纜過熱導致火災」，以及「因碳化導電導致火災」這兩個可能發生火災的原因，縱被告無法預見因碳化導電導致發生火災，但只要其能預見因電纜過熱導致發生火災，也是對「因流向不該流向的部分導致發生火災」這個事實有預見可能¹¹²。而本案中，可以發現最高法院仍然採用了和前述下級審判決相同的方法，來判斷被告的預見可能性。

二、監督過失案例的具體預見可能性運用

從上述分析，可以發現在面對未知危險的案例中日本實務主要的手法。然在監督過失的案例中，雖然也有與前述案例採取相同手法的實務見解¹¹³，但如同下述，在監督過失的案例中，也出

¹¹⁰ 可參考朝山芳史，鐵道トンネル内における電力ケーブルの接続工事を施工した業者につきトンネル内での火災発生の予見可能性が認められた事例，法曹時報，第54卷8号，頁2295（2002）。

¹¹¹ 可參考本案一審判決，大阪地方裁判所平成7年（1995年）10月6日判決，收錄於刑集，第54卷9号，頁1183。

¹¹² 可參考朝山芳史，前掲註110，頁2320-2321。

¹¹³ 福岡高等裁判所昭和57年（1982年）9月6日判決（熊本水俣病判決），收錄於高刑集第35卷2号，頁85-126；最高裁判所昭和57年

現了判旨較為不同的裁判。這一點與我國上述實務判決有類似性。以下即針對此種案例中，判旨有何不同，以及為何發生差異這兩點進行分析。

（一）新日本飯店火災事件裁定¹¹⁴

首先在飯店失火，造成人命死傷的意外事件中，日本最高法院就採用了較為不同的判旨，判斷監督者之預見可能性。如在新日本飯店失火事件最高法院裁定中，在面對因疏忽未於飯店內裝設自動灑水器等防火設備，導致失火時未能有效滅火，造成從業人員與旅客死傷的飯店集團經營者時，最高法院在確認行為人知道自己並未落實防火的相關對策，以及「在不論晝夜，對不特定多數人提供住宿服務的飯店裡，本就蘊含著火災發生的危險」後，認定被告可以很容易的預見到一旦火災發生，則會因為不及滅火導致火災擴大，加上從業人員無法及時通報與指揮避難，所以可能導致飯店內的人有死傷危險，故肯定行為人的預見可能性與過失致死責任。

在本案中，日本最高法院雖然沒有明示其採用何種前提、何種方法判斷預見可能性，然而從事實認定來看，可以發現最高法院也是把本案的具體因果經過分為：「疏忽防火對策」→「發生火災」→「因疏忽防火對策導致無法阻止火災擴大與有效疏散而造成傷亡」這幾個部分，去檢討被告的預見可能性¹¹⁵。若依照前

（1982年）11月8日裁定（送油失誤事件），收錄於刑集第36卷11号，頁879-881；最高裁判所平成21年（2009年）12月7日裁定（第一次明石海灘沙丘塌陷事件），收錄於刑集第63卷11号，頁2641-2647。

¹¹⁴ 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242-250。

¹¹⁵ 可參考金谷曉，ホテル火災事故においてホテルを經營する会社の代表取締役は業務上過失致死傷罪が成立するとされた事例，收錄

述「肆、一、」的手法，接下來應該要把上述因果關係抽象化才對。然而從判旨觀察，可以發現最高法院並未討論發生火災的具體原因，而是認為對不特定人提供住宿服務的飯店，本就蘊含發生火災的可能後，就肯定在經營飯店時，疏忽防火對策的行為人對於整個因果關係有預見可能性。這就是和前述面對未知危險案例的實務見解，有所不同之處。

（二）澀谷溫泉設施爆炸事件裁定¹¹⁶

之後在澀谷溫泉設施爆炸事件裁定中，也出現了與上述新日本飯店火災事件類似的判斷手法，甚至該裁定的審判長直接表示該案的狀況與之前的裁判有所不同。本案的事實關係如下：

在建設公司設計部門工作的被告，負責設計位於澀谷的某個溫泉設施的衛生、空調設備。在設計瓦斯排氣管時，為了避免因熱空氣流過而凝結露水，若過度蓄積則可能導致無法順利排氣，故也設計了排水閥以排出露水。若一直打開排水閥，則可能導致硫化氫流出，造成空氣污染。故被告特別指示要把排水閥關閉，卻未同時向經營者說明必須定期打開排水閥，以避免露水堵塞管線，導致本案事故發生前，排水閥從未打開。最後瓦斯被露水堵塞，致無法順利排出，於是流到地下機械室。地下機械室雖然有排氣扇，且當排氣扇停止時，會發出警報，但事發前均未啟動，以至於在充滿了瓦斯的機械室中，因機械產生火花引爆瓦斯發生爆炸，造成三死三傷的結果。被告也因疏忽傳達上述資訊，被起訴業務過失致死罪。

於最高裁判所判例解說刑事篇（平成五年度），頁186-187，法曹會（1995）；另外也可參考前田雅英，ホテル火災と死傷結果の予見可能性——最高裁決定平成5.11.25，東京都立大学法学会雜誌，第36卷2号，頁569（1995）。

¹¹⁶ 最高法院平成28年（2016年）5月25日裁定，收錄於刑集第70卷5号，頁117-124。

觀察本案的事實關係，可以發現具體的因果關係是「被告指示關上排水閥，卻又沒有指示應定期打開排水，導致瓦斯流入地下機械室」→「排氣扇與警報器均未啟動」→「導致地下機械室充滿瓦斯，因火花發生爆炸致人死傷」。若依照前述裁判，則下一步原本應該要把上述因果關係抽象化，並以此論斷被告的預見可能性才對。然而日本最高法院對於預見可能性，只以「可以預見因為疏忽傳達導致發生甲烷瓦斯爆炸事故的發生」帶過，並未進一步具體檢討行為人是否能夠預見上述因果經過中的事實，就承認行為人的業務過失致死責任。

對此，擔任本案審判長的大谷直人法官在其補充意見書中，認為由於本案被告設計排出甲烷瓦斯的方法，並確保其正常運作的義務，是防止爆炸發生的主要機制，只有在確認這個機制無法進一步改善後，才要再去檢討諸如排氣扇、警報裝置等次要的安全防護機制。故以此前提，對於本案預見可能性的判斷，大谷法官認為：「本案並不適合……以找出發生連鎖的事態，並檢討哪一個是『因果關係的基本部分』的方法判斷。檢討如何認識在本案中，關於甲烷瓦斯處理的安全對策之設計意義為何，就可以化解『因果關係的基本部分』這個爭點的討論。」觀察本案的判旨與大谷法官的補充意見，可以發現本案與前述新日本飯店火災事件裁判類似¹¹⁷，都先檢討了疏忽監督行為的危險性後，直接認定行為人的預見可能性，而沒有檢討「因果關係的基本部分」的預見可能性。若依照大谷法官的意見，似乎這類監督過失的案例，應該要與前述面對未知危險的案例作區別。

¹¹⁷ 將兩者相提並論者，可參考杉本一敏，「因果關係の基本的部分」の予見可能性について—渋谷温泉爆發事件決定を契機に—，刑事法ジャーナル，第50号，頁26（2016）。

（三）出現不同判旨的理由分析

如同上述，似乎可以發現在監督過失案例中，只要確認違反義務的監督行為的危險性，日本實務就肯定行為人的預見可能性。這樣的作法，其實與上述「壹、一、（二）」的我國工安事故判決類似，均是確認違反行政法上義務行為的危險性後，就肯定了違背義務的監督者應該負責。這是否象徵著在某些監督過失案例中，應該採取不同的判斷基準¹¹⁸？

對此，本文認為實務並未在上述案例中，採取不同的見解。以前述新日本飯店火災事件來說，在不論晝夜，對不特定多數人提供住宿服務的飯店裡，本就蘊含著火災發生的可能性。這樣的可能性是經營飯店所必然包含的危險，故只要經營飯店的人，就會對此有預見可能性，而進一步去落實防火對策¹¹⁹。在這種情形下，若被告認識到自己並未落實防火對策，就足以肯定被告對於「一旦發生火災，可能會因為未落實防火對策，故無法早期滅火，且讓旅客逃生不及導致其死傷」這個事實（以下級審的用詞來說，即是「因果關係的基本部分」），有預見可能性¹²⁰。而對於火災原因這個部分，可能是因為本案結果在於人命死傷，火災只是誘發結果的過程，故不需判斷行為人對火災發生的具體原因是否有預見可能¹²¹。

與新日本飯店火災事件裁定相同，在澀谷溫泉設施爆炸事件裁定中，日本實務也針對在隨時有甲烷瓦斯排出的溫泉設施中，

¹¹⁸ 提出實務上有兩套法理交互運用者，可參考杉本一敏，前揭註，頁20-21。對此提出疑問的見解，如北川佳世子，溫泉施設の爆發事故と因果経過の予見可能性，法学教室，第433号，頁74（2016）。

¹¹⁹ 可參考金谷曉，前揭註115，頁187。

¹²⁰ 可參考金谷曉，前揭註115，頁189；前田雅英，前揭註115，頁574。

¹²¹ 可參考金谷曉，前揭註115，頁187。

疏忽告知排水對策的行為有造成死傷的危險後，再判斷被告對此之預見可能性。而在該案中，雖然有如排氣扇、警報器等其他防護措施，但相較於排氣管線的設計，均屬次要的防護措施，蓋就算排氣扇等順利啟動，可能也只能減輕爆炸的規模而已。故只要對未能順利傳達導致甲烷瓦斯無法順利排出有預見可能性，就足以認定其對之後爆炸導致死傷的相關事實有預見可能性，而不需特別檢討行為人是否可能預見到因果關係的基本部分¹²²。換言之，「沒傳達排水的必要，導致機械室充滿甲烷」這個事實，就是「因果關係的基本部分」¹²³。

根據上述分析，本文以為日本實務在上述案例中，仍是遵循之前的手法判斷因果關係基本部分之預見可能性。只是行為也是因果流程之一部，故在這些案例中，單純判斷對行為造成法益侵害危險之預見可能性，即足以認定行為人對於因果關係的基本部分有預見可能性，不須進一步判斷其他事實。本文認為也可依此角度，解釋前述「壹、一、（二）」中，我國實務在處理一般過失與監督過失案例中，所出現的差異。

三、實務判斷手法的問題與進一步的檢討必要

（一）實務判斷的方法分析

以上就是日本重要實務裁判的分析。從上述分析，可以發現日本實務並未對案例作出區別，無論面對何種案例，均使用以下

¹²² 本案的調查官解說亦作類似說明。可參考川田宏一，ガス抜き配管内で結露水が滞留してメタンガスが漏出したことによって生じた温泉施設の爆発事故について，設計担当者に結露水の水抜き作業に係る情報を確実に説明すべき業務上の注意義務があったとされた事例，法曹時報，第70卷6号，頁1811（2018）。

¹²³ 如此理解可參考橋爪隆，判例講座・刑法総論（第12回）過失犯（2）——最近の特殊過失事件について，警察学論集，第70卷4号，頁177-179（2017）。

方法判斷「因果經過的基本部分」的預見可能性：

1.觀察整體因果流程，若造成法益侵害結果的行為本身，在因果流程中，就足以表徵出對於對象法益侵害危險性時，就會直接把行為本身當成「因果關係的基本部分」。如新日本飯店火災事件中，違反消防法未落實防火對策，還繼續經營飯店的行為，以及澀谷溫泉設施爆炸事件中，未告知重要資訊，就要他人把排水閥關閉的行為本身，都是因果關係的基本部分。

2.在整體因果流程中，當行為本身在因果流程中，尚不足以表徵法益侵害危險性時，則會結合因果歷程中的部分事實，以展現法益侵害危險性，此時的「因果關係的基本部分」，則是行為本身與因果歷程內的一部分事實的綜合體。如北海道大學電動手術刀事件中，札幌高等法院結合了接錯線導致電流異常與對幼兒使用電動手術刀的事實；水漂現象翻車事件中，大阪高等法院結合了高速公路上直行與水漂現象的事實；生駒隧道火災事件中，最高法院結合了未接地線與電流往不該流入的方向流入的事實等。

然而實務並未進一步敘明需要多少程度的法益侵害危險，才算是「因果關係的基本部分」。這也導致實務在使用上述手法時，極富彈性。可以如同水漂現象判決一般，以嚴格設定預見可能性對象的方式，否定被告的預見可能性；也可以如同北海道大學電動手術刀事件一般，以寬鬆設定預見可能性對象的方式，肯定被告的預見可能性¹²⁴。上述監督過失案例的特性，所導致可能難以認定「因果關係的基本部分」的預見可能性之問題，也可以如同澀谷溫泉設施爆炸事件，以及新日本飯店火災事件一般，以把帶有法益侵害危險的行為，當作「因果關係的基本部分」，並

¹²⁴ 可參考朝山芳史，前揭註110，頁2304、2313。

認定行為人對此危險有無預見可能性的方法，解決上述問題。

（二）實務見解的問題

誠然，由於現實中，不可能要求行為人對所有事實均有預見可能，所以必須透過一定程度的抽象化，以找到關鍵的事實，並判斷行為人對此事實的預見可能性。從這個角度來看，日本實務的作法亦屬合理。然而由於日本實務並未對因果關係的基本部分的認定，提出明確的基準，故也招致了其基準不明的批評¹²⁵，甚至在觀察實務的實際運用後，可以發現其得出類似危懼感說的結論。如在北海道大學電動手術刀事件中，就算加入了電動手術刀是使用在幼兒上這個事實，然而由於單純的電流異常，通常只會直接導致斷電，故就算用在幼兒身上，電流異常是否必然導致發生致傷的具體危險，本文以為這一點仍有疑問。但札幌高等法院並沒有考慮此點，直接認為在電流異常時，在幼兒身上使用電動手術刀就有致傷危險，進而認為能預見接錯線的事實，就有因果關係的基本部分的預見可能性。然而若不加上心電圖電流計的事實，就算對於在電流異常的狀況下使用電動手術刀這個事實有預見可能，行為人可能也只能得到「搞不好對人體會有危險」這種程度的危懼感。若僅以此肯定被告的預見可能性，則高等法院實質上的操作，可能反而類似危懼感說¹²⁶。

在監督過失的案例中，也有相同的問題。如上所述，在監督過失的案例中，日本實務較常把疏忽管理、監督的行為，直接當成預見可能性的對象。然而相較於在澀谷溫泉設施爆炸事件中，因被告的疏忽導致無法有效排出甲烷瓦斯，會導致只要一點點火花，就會發生爆炸，故就算不論出現火花的可能性，因疏忽告知導致排出甲烷瓦斯的裝置失靈這件事，仍然是屬於十分危險的行

¹²⁵ 如內藤謙，前揭註102，頁1120。

¹²⁶ 如此評價可參考內藤謙，前揭註102，頁1121-1122。

為；在新日本飯店火災事件中，就算被告疏忽防火對策，仍要有較嚴重的火災發生，疏忽防火對策才有可能釀成旅客死傷的風險。就算如同最高法院所言，被告認識到「在不論晝夜，對不特定多數人提供住宿服務的飯店裡，本就蘊含著火災發生的危險」，然而這也只是「或許可能會發生火災」的危懼感而已¹²⁷。若僅以此為由，即認定被告有具體的預見可能性，則此種「具體」預見可能性與危懼感之間，已相差無幾。

綜上所述，若不能對危險性的內容，提出明確的標準，則所謂「具體預見可能性」，在實際運用上，有時可能可以如水漂現象翻車事件判決一般，非常嚴格地限縮其成立範圍，但有時反而其應用會和北海道大學電動手術刀事件一樣，與危懼感說沒有差別。這樣的作法雖然可以彈性操作，在個案中得出妥當的結果，但也會導致實務在操作上極為恣意，而有害於法安定性。

四、小 結

透過檢討實務對於具體預見可能性的應用，可以發現若只執著於具體預見可能性，而不提出要求具體預見可能性的根據，以及抽象化的界線的話，可能會讓實務恣意操作此概念，反而對法安定性有害，甚至無法區別具體預見可能性與危懼感。

伍、具體預見可能性的判斷基準

故日本學說亦有嘗試透過論證具體預見可能性的根據，以具體形塑具體預見可能性的內涵。以下本文嘗試論證要求具體預見可能性的根據，以及抽象化的界限，並區別具體預見可能性與危懼感說。另外如「參、三、（二）」所述，雖然作為結果迴避義

¹²⁷ 這樣的質疑可參考井田良，前揭註74。

務的資訊蒐集義務受到了批判，惟批判者並非完全否定資訊蒐集義務，而是將其定位在預見可能性的判斷要素。然而該如何利用資訊蒐集義務以判斷預見可能性？本文也要處理此問題。

一、預見可能性的定位：責任基礎

如「參、四、」中所述，新舊過失論中，均有否定危懼感說，主張應採取具體預見可能性的看法。然而如同「貳、三、（一）」所述，由於在新過失論中，預見可能性被定位為結果迴避義務的前提，而非與故意責任對應的要件；故反而強調應隨著結果迴避義務的不同，調整預見可能性程度的危懼感說，才是貫徹新過失論的前提所推導出的見解¹²⁸。從許多新過失論者重新評價危懼感說，並採納其中的重要概念這一點¹²⁹，亦可看出兩說之間的親近關係。

當然新過失論也並非不能要求具體的預見可能性，惟新過失論並不把預見可能性當成要求行為人負擔責任的要件，故本文以為若要一面以新過失論為論述前提，一面要求行為人必須具備具體預見可能性，恐怕還需要其他的規範責任根據¹³⁰。反之若採用舊過失論為前提，則可以很容易的透過將過失犯的責任與故意責任對應，故身為過失責任要件的預見可能性，其對象本來就應該

¹²⁸ 如此理解者可參考橋爪隆，前揭註44，頁112。

¹²⁹ 可參考前揭註75所揭示之學說見解，以及橋爪隆，前揭註44，頁112註8。

¹³⁰ 可參考橋爪隆，前揭註44，頁112。相對於舊過失論把預見可能性當成與故意對應的責任要件，以試圖限縮過失犯的成立範圍。新過失論中，則有見解試圖限定結果迴避義務的類型，進而也限縮作為義務前提的預見可能性內容的方式，來控制過失犯的成立範圍不會過度擴張。可參考小田直樹，前揭註96，頁193；山本紘之，前揭註25，頁414-415。然而由於就算是資訊蒐集義務，也有間接迴避具體結果發生的效果。故該如何限縮結果迴避義務的種類，恐怕還需要更多的討論。

與故意的對象相同這個理論前提，去探討具體預見可能性的對象，進而限縮過失犯的成立範圍，使其不至於過度擴張；也可以透過規範罪責論的要求，發展預見可能性中的規範要素，並與象徵不法規範要素的結果迴避義務相區別。故本文以下即以舊過失論為前提，把預見可能性定位為與故意責任對應的責任要件，並分析其對象與其包含的規範要素¹³¹。

二、具體「預見」可能性的對象

（一）與故意對應形成具體預見可能性之內容

如同前述「貳、一、」所述，舊過失論認為過失犯的預見可能性，就是「到達故意這個心理狀態的可能性」，因此作為過失犯認識、預見可能性對象的事實，和作為故意犯認識、預見對象的事實是相同的¹³²。所以如同在認定行為人的概括故意時一般，行為人也不需對所有與犯罪發生的相關事實均有預見可能，才可以肯定預見可能性¹³³。故如果能確定作為故意認識、意欲對象的事實，那麼過失的預見可能性就是對於這些事實的預見可能性。

問題在於故意與預見可能性的對象究竟為何？對此採取舊過失論的學者如山口厚教授、佐伯仁志教授¹³⁴認為，從即使行為人

¹³¹ 這樣的作法是否就等於採用古典三階理論，把預見可能性放入責任要件，本文以為還必須視構成要件的機能而定，不見得把預見可能性，定位為單純的責任要件，就等於採用古典三階理論，也有把其定位為主觀構成要件的選項。惟不管採用何種理解，對於過失犯的判斷構造來說，本文以為並不會造成差別。類似看法可參考橋爪隆，前揭註44，頁110註3。

¹³² 可參考山口厚，刑法總論，頁252，有斐閣，3版（2016）；橋爪隆，前揭註44，頁114；佐伯仁志，過失犯論，收錄於刑法總論の考之方・楽しみ方，頁299，有斐閣（2013）。

¹³³ 亦即有可能肯定概括過失。如山口厚，前揭註，頁253；佐伯仁志，前揭註，頁301。

¹³⁴ 與後述山口教授和佐伯教授的前提類似的見解如前田雅英，前揭註

未正確認識因果歷程，也不見得會阻卻故意這一點來看，對於故意的責任非難來說，重要的應該是對法益侵害結果的預見，而非對於實際因果經過的預見。故在認定「到達故意的可能性」，也就是過失犯的預見可能性時，即使行為人無法預見結果發生的實際因果經過，仍有機會肯定行為人的預見可能性¹³⁵。

（二）具體預見可能性的對象

透過與故意的內容對比，上述見解明確地指出預見可能性的內容，就是對「法益侵害結果」的預見可能，故可以對因果關係做一定程度的抽象化。蓋要符合責任原則，行為人本來就不需要對於實際的因果關係，有預見可能性。然而如同「參、三、（一）」所述，危懼感說亦要求對於特定構成要件結果的抽象預見可能性，故必須要更清楚地定義法益侵害結果的具體預見可能性，才能夠與危懼感說作出區別¹³⁶。

對此問題，山口教授與佐伯教授認為，既然結果一定必須透過某種因果經過才能具體實現，若不先對某些因果關係有預見可能，則根本不可能對具體的結果有預見可能性¹³⁷。以死亡結果為例，不只是抽象的死亡，可能還要包含到死因，如因火災被燒死，或因感電而死，才是具體的結果。只是作為預見可能性對象的因果流程，雖然由於其必須該當構成要件，故至少要有相當

107，頁243-247；橋爪隆，前揭註44，頁123；大塚裕史，予見可能性論の動向と予見可能性の判断構造，收錄於川端博先生古稀記念論文集（上卷），頁320-321，成文堂（2014）。

¹³⁵ 可參考山口厚，過失犯に関する覚書，收錄於犯罪の多角の検討—渥美東洋先生古稀祝賀—，頁56-57，有斐閣（2006）；佐伯仁志，前揭註132，頁300、302。

¹³⁶ 甲斐克則，事故型過失と構造型過失，收錄於責任原理と過失犯論，頁171，成文堂，增補版（2019）。

¹³⁷ 山口厚，前揭註132，頁254；佐伯仁志，前揭註132，頁300、302。

性¹³⁸，但不需要和實際發生的因果流程一致，甚至是對與現實的因果關係不同的另一個因果關係有預見可能，只要該因果關係也在相當性的範圍內，亦可認為行為人有預見可能性¹³⁹。

佐伯教授進一步透過說明監督過失案例與未知危險的案例之不同，來區別具體預見可能性與危懼感說。佐伯教授認為不同於在面對危險的案例中，一般人不可能預見發生結果的原因；在監督過失案例中，雖然結果發生的可能性不高，但至少發生結果的原因與因果歷程，是一般人可能預見的¹⁴⁰。而危懼感說是連面對未知危險的案例，也以行為人對結果發生有模糊的不安為由，而肯定其預見可能性；但若使用具體的預見可能性說的話，由於要求預見可能的對象必須具備相當性，故若是行為人對相當性的重要要素，即發生結果的原因毫無預見可能，則不會肯定其有具體預見可能性。

¹³⁸ 蓋若行為人所認識的因果經過無相當性，則根本不可能成立故意。佐伯仁志，故意論（3），收錄於刑法總論の考え方・楽しみ方，頁273，有斐閣（2013）。

¹³⁹ 山口厚，前揭註132，頁254；佐伯仁志，前揭註132，頁302。亦有理論前提和山口教授與佐伯教授雖然相似，但還是要求必須對既有因果關係的基本部分有預見可能性的看法。如內藤謙，前揭註102，頁1120；北川佳世子，ホテル・デパート火災事件における実務の動向と管理・監督者の刑事過失論（三・完），早稲田大学大学院法研論集，第66号，頁115-117（1993）；松宮孝明，刑法總論講義，頁220-222，成文堂，5版（2017）。然而既然已經確認了故意歸責只以具體法益侵害結果的認識為必要，且因果關係的認識並非必要，故本文認為對於因果關係的預見可能性，也只有在和認定具體法益侵害結果的預見可能性有關時，才有意義。因此若要求對於既有因果關係的基本部分，也必須有預見可能性的話，則須有其他根據。可參考山口厚，前揭註132，頁255；佐伯仁志，前揭註132，頁302。

¹⁴⁰ 可參考佐伯仁志，予見可能性をめぐる諸問題，刑法雜誌，第34卷1号，頁116（1995）。

以前述水漂現象翻車事件判決為例，若依照危懼感說，則就算行為人對水漂現象毫無預見可能性，也可能因為在濕滑的路面行走，多多少少會抱持著可能打滑的不安，故仍有承認預見可能性的餘地。然而若依照具體預見可能性說，則預見可能性的對象不能只是單純的死亡，還必須要包含有相當性的因果流程。若再配合日本學說與實務把因果關係的相當性，解釋為「實行行為的危險在結果中實現」¹⁴¹，則單純在濕滑的路面前進，仍不足以表徵發生結果的具體危險，故僅對事實有預見可能，尚無法認定其對具體的死亡結果有預見可能性，因為只是在濕滑的路面前進，一般來說不一定會發生打滑致死的事故¹⁴²。

相對於此，前述北海道大學電動手術刀事件由於涉及連專家都不清楚的風險，而行為人所預見可能的接錯線，一般來說也只會造成電動手術刀無法通電，其通電造成的危險無法在結果中實現，故本文認為若依照上述標準，反而應該如同水漂現象翻車事件一樣，否認被告的預見可能性¹⁴³。

反之，前述的生駒隧道火災事件則因為雖然連專家都無法預見感應電流造成碳化電路，但由於行為人可能對未接地，導致感應電流造成電線過熱而起火這件事有預見，而這個事實可以讓未接地線的危險，同樣以火災的方式實現這點應無疑義，故還是可以肯定行為人有具體預見可能性¹⁴⁴。

¹⁴¹ 學說可參考山口厚，前揭註132，頁60；實務則可參考如最高裁判所平成24年（2012年）2月8日裁定（三菱瑕疵車事件），收錄於刑集第66卷4号，頁200。

¹⁴² 可參考朝山芳史，前揭註110，頁2307-2308。

¹⁴³ 可參考佐伯仁志，前揭註132，頁304-305。

¹⁴⁴ 可參考佐伯仁志，前揭註132，頁303-304。

（三）監督過失案例的爭議

然而如同「壹、一、（二）」所述，在監督過失的案例中，行為人自己的行為通常不會導致結果發生，仍需要他人的行為與設備的危險配合，這是否會影響到具體預見可能性的認定？以新日本飯店火災事件裁判為例，雖然一旦火災發生，可能就會因為監督者疏忽防火對策，導致出現死傷，然而若是火災本身發生的可能性不高，則死傷結果發生的危險自然較低，連帶影響到對死傷結果的預見可能性可能也較低¹⁴⁵。故此時是否應該承認被告有具體預見可能性即是問題。

對此，佐伯教授認為上述問題並不會影響具體預見可能性的認定¹⁴⁶。蓋不同於面對未知危險的案例，監督過失案例中，實際危險性雖然可能較低，但都是已知的危險，故其迴避義務的內容也是相當明確，所以就算要求監督者盡義務，也不至於過度限制人民的行動自由¹⁴⁷。且就算沒有發生結果的高度可能性，也未必無法肯定具體結果發生的相當性¹⁴⁸。以火災事故的案件為例，雖然要肯定因火災發生具體死傷結果的相當性，行為人的不作為，也必須表徵出一定的具體危險。但如果考量到如火災事故中，疏於建立相關防火體制的不作為常常持續數年，在這數年間，出入建築物的人數眾多且不特定，也會導致很多可能的起火點出現，以及一旦發生火災就會因為防火體制不備，而造成大量傷亡這些特殊的事實關係後，佐伯教授認為這些事實，就足以表徵具體死

¹⁴⁵ 明確陳述此點者，可參考山口厚，前揭註135，頁58-59。

¹⁴⁶ 類似見解還可參考小林憲太郎，前揭註20，頁343。

¹⁴⁷ 反之，在面對未知危險的案例時，由於危險屬於未知，故也不確定具體義務的內容，此時若還是要求行為人盡迴避義務，可能就會過度限制人民的自由。可參考佐伯仁志，前揭註140。

¹⁴⁸ 佐伯仁志，前揭註132，頁306。

傷結果發生的相當性，以及肯定監督者的具體預見可能性¹⁴⁹。故若依照佐伯教授的見解，不管是澀谷溫泉設施爆炸事件裁判，或是新日本飯店火災事件裁判，均可以很輕易地肯定監督者有預見可能性。

然而山口教授則有不同見解。山口教授認為要肯定具體預見可能性，必須要對於發生構成要件該當事實有「一定程度的高度預見可能」¹⁵⁰。而如同上述，在火災事件中，若火災發生的可能性不高，或許就會連帶影響到死傷結果發生的可能性也降低，導致無法認定行為人的具體預見可能性¹⁵¹。山口教授認為佐伯教授的見解雖然並非毫無道理，然而縱考慮到新日本飯店火災事件的特殊情形，把實行行為拉長到數年，以及在這數年間，發生的其他特殊狀況，若這些事實表徵的火災危險，如果只有「在對不特定多數人提供住宿服務的飯店裡，本就蘊含著火災發生的危險」這種抽象的可能性，這樣抽象的危險所導致的火災，是否必然有發生死傷結果的可能性¹⁵²？以及對法益侵害結果的預見可能性，是否還能被稱作「具體的預見可能性」，而成為刑事過失責任的要件？恐怕就有疑問¹⁵³。故若依照山口教授的見解，在澀谷溫泉設施爆炸事件中，可能在考慮瓦斯無法排出這件事本身就有高度的危險性後，肯定被告有預見可能性；但在新日本飯店火災事件中，由於該飯店中，並未進行某些有高度火災發生可能性的工

¹⁴⁹ 佐伯仁志，前揭註140，頁117-118。

¹⁵⁰ 與山口教授類似的看法還可參考平野龍一，前揭註49，頁194。松宮孝明教授則以「有可罰違法性程度的危險性」稱之，意義相同。可參考松宮孝明，前揭註139，頁220。

¹⁵¹ 山口厚，前揭註104，頁181。

¹⁵² 蓋就算防火措施不備，如果只是小小的火災，也沒有剛好遇到易燃物的話，可能不待撲滅即自己熄滅，故也不會有導致死傷的可能性。可參考山口厚，前揭註104，頁182。

¹⁵³ 山口厚，前揭註104，頁182-183；松宮孝明，前揭註139，頁227。

程，故只憑經營飯店本身就有火災危險這一點，是否就能夠肯定被告有具體預見可能性即有疑問。

雖然山口教授的見解，受到可能有過度限縮過失犯處罰範圍的批評¹⁵⁴，其近期的見解也趨於保守¹⁵⁵。然而本文在此仍然較支持山口教授的見解。蓋若把相當性理解為「實行行為的危險性，在結果成為現實」，則重點還是在於發生法益侵害結果具體危險性的判斷。此時的發生火災，不只是因果流程的一部分，而只要判斷其發生是否屬於不意外的狀況即可。其發生的可能性與規模，也會影響死傷結果是否出現。就算如同判決所說，經營飯店本身必然有發生火災的可能性，惟也不是所有的火災加上疏忽防火措施，就必然會有致人死傷的風險，故只有這種抽象的發生火災可能性加上疏忽防火措施，恐怕還無法認定有發生結果的具體危險，更遑論肯定其有預見可能性了。

若從刑法謙抑性的角度來看，本文亦認為山口教授的見解較為合理。蓋若依照佐伯教授的見解，可能只有面對未知危險的案例，才會排除行為人的預見可能性，其他狀況則可以依照政策性考量，調整預見可能性的標準，其結果將導致只要是已知的危險，就可能毫無例外的肯定行為人的預見可能性，這樣的作法反而可能會導致過失犯處罰範圍的擴大¹⁵⁶。固然本文認為佐伯教授提出的政策性考量，如監督過失案例中，行為導致的危險內涵十分明確，故要求行為人預先防範，不至於過於干涉行動自由，以及監督過失造成的災害甚大，故要嚴加處罰等，均有其道理。但本文以為應該要透過其他方式，如後述的資訊蒐集義務等方法，

¹⁵⁴ 可參考佐伯仁志，前揭註132，頁306-307。

¹⁵⁵ 山口教授在其總論教科書中，也認為實務見解並非毫無理由，若能強調監督過失案例的例外性，放寬預見可能性的認定標準，恐怕也是不得已之舉。可參考山口厚，前揭註132，頁256、263-264。

¹⁵⁶ 可參考山口厚，前揭註135，頁59。

解決這個問題，而不是直接調整預見可能性的對象，以導致動搖預見可能性和故意對應的基本原則之問題。故本文在此仍然支持山口教授早期的見解，認為不宜因為監督過失案例的事實特性，就放寬對於預見可能性對象的要求。

三、預見「可能性」與預見義務的判斷

在確立行為人預見可能性對象的問題之後，還必須要討論行為人是否有可能預見到這些事實。而由於本文採取把預見可能性定位為獨立的責任要件，而與不法相區隔，故預見可能性自然也需要有不同於不法要件的規範要素，以符合規範罪責論的要求。如同「貳、一、」所述，行為人負擔過失責任的理由，就在於其明明付出相當程度的注意，就有可能預見結果，卻沒有付出導致沒有預見致結果發生；反之，若行為人付出注意了也不可能預見，則由於法不可能強迫人做不可能的事，故不應讓行為人負起過失責任¹⁵⁷。故如何判斷行為人是否已經付出相當注意，亦即履行預見義務，也是非常關鍵的問題。

（一）資訊蒐集義務的定位：預見義務

雖然如「參、三、（二）」所述，把資訊蒐集義務定位為結果迴避義務的危懼感說，受到過度擴張處罰範圍的批判。但不可否認的是，危懼感說提出了正確的問題意識。蓋在面對監督過失案例時，具體的法益侵害結果本就較難察覺，此時行為人縱有危懼感，若未進一步蒐集資訊就實行相關行為，就算發生法益侵害，只就行為人當時的情況來看，可能難以認定行為人有具體的預見可能性¹⁵⁸。然而由於資訊蒐集義務的範圍包含甚廣，從最典型的如同注意車前義務一般，要求只要行為人保持內心一定的謹

¹⁵⁷ 可參考小林憲太郎，前揭註20，頁340。

¹⁵⁸ 可參考佐伯仁志，前揭註132，頁308。

慎就可以完成的義務，到在製造物責任中，要求企業負責人必須要以客觀行為，指示下屬收集關於使用產品的資訊，以便進行判斷是否回收產品的義務等，都屬於資訊蒐集義務的範疇¹⁵⁹，故若一律否定資訊蒐集義務，可能反會出現下述不合理的狀況。

以開車為例，如果行為人不看路，就不可能看到有人在前面，以至於就算發生碰撞事故時，從其狀態來看，恐怕也很難認定其對具體的死傷結果，有預見可能性。反之若其有認真看路，就會看到有人在前面，故反而可以肯定其對具體的死傷結果，有預見可能性。此時若完全否定資訊蒐集義務的存在的話，可能會推導出有看路的行為人成立過失犯，但沒看路的行為人不成立過失犯，這種處罰上不均衡的狀況¹⁶⁰。故本文以為在行為人因為其輕忽的態度，導致其不具備預見法益侵害的基本知識時，可以透過資訊蒐集義務，填補處罰的漏洞¹⁶¹。

問題是該如何定位資訊蒐集義務？如同「參、二、（四）」所述，至今仍有有力見解將資訊蒐集義務定義為結果迴避義務之一環。但其問題已如上述「參、三、（二）」所述。故不論採用舊過失論還是新過失論為前提，多數見解均把資訊蒐集義務定位為預見義務的一種¹⁶²，也就是透過把預見可能性理解為「當行為人行使一定的蒐集資訊義務（亦即付出相當的注意）時，預見到具體法益侵害結果發生的可能性¹⁶³」，把行為人是否能夠履行一

¹⁵⁹ 詳細的整理可參考樋口亮介，前揭註55，頁231-234。

¹⁶⁰ 可參考山本紘之，予見可能性における「可能性」判断，刑法雜誌，第55卷2号，頁256-257（2016）。

¹⁶¹ 提出此點者，山本紘之，前揭註。

¹⁶² 舊過失犯的主張者，如松宮孝明，前揭註67，頁306-307；小林憲太郎，前揭註20；新過失論的主張者如平場安治，前揭註91，頁350-353；山本紘之，前揭註25，頁415-417。

¹⁶³ 類似定義可參考松宮孝明，前揭註67，頁307。

定的蒐集資訊義務（即預見義務），放入其預見可能性的判斷之中，並符合規範罪責論中要求行為人主觀歸責基礎的要求¹⁶⁴。本文亦贊成這樣的見解，因為如此既可以回應危懼感說提出的問題意識，也不至於和危懼感說相同，過度擴張過失犯處罰範圍。蓋就算行為人沒有盡到資訊蒐集義務，其結果也只有肯定行為人因違反預見義務，而具備過失的規範責任，在此之前行為人的行為是否不法，仍要視其有無違反結果迴避義務¹⁶⁵，才可確定；反之當行為人盡到蒐集資訊的義務，也無法預見結果發生時，則應否定其預見義務而免責¹⁶⁶。

（二）資訊蒐集義務的限制與在監督過失案例的運用

然而由於資訊蒐集義務的範圍包含甚廣，若不管義務類型，一律肯定行為人須負擔資訊蒐集義務，也可能導致過失犯的處罰範圍過度擴張¹⁶⁷。故本文認為必須在考慮到行為人的知識和能力後，適當地限制資訊蒐集義務的範圍¹⁶⁸。對此問題，有學說指出可以利用信賴原則，來具體形塑資訊蒐集義務的範圍。如平場安治教授認為一般行為人只需要在內心抱有謹慎之態度，就可以說其已盡到資訊蒐集義務，此時可信賴危險不存在。

而若對於危險的契機有抽象的認識，如在監督過失的案例中，由於必須要有行政法規的允許，行為人才能做相關營業，故

¹⁶⁴ 規範罪責論的內涵可參考山口厚，前揭註132，頁197。

¹⁶⁵ 類似看法可參考山本紘之，前揭註160，頁259。

¹⁶⁶ 實務上亦有以就算鐵路公司董事長盡了資訊蒐集義務，也不可能預見到具體哪一條鐵軌變形為由，否定其對預見可能性的見解。可參考最高裁判所平成29年（2017年）6月12日裁定（福知山線列車脫軌事件裁定），收錄於刑集第71卷5号，頁320。

¹⁶⁷ 類似想法，可參考橋爪隆，前揭註44，頁115。

¹⁶⁸ 小林憲太郎，前揭註20，頁340；橋爪隆，前揭註44，頁115註23。

可透過行政法規，確認行為本身既然經過特許（如經營飯店），就可從其行為本身認識具體危險的契機，並以此要求行為人履行如積極蒐集資訊，或是建立層層的通報體制等，更嚴格的資訊蒐集義務。如果行為人盡到這些義務，就能夠預見到具體的法益侵害結果時，就可以肯定其應負擔預見義務¹⁶⁹。本文認為這樣的作法，既可以回應藤木教授與佐伯教授的問題意識，又可以維持預見可能性以和故意對比的方式限制過失責任的功能，也可以滿足規範罪責論中，要求行為人只有在違反某些義務才應該要歸責的前提。蓋這個說法並未調整預見可能性的對象，只是在判斷「可能性」時，以資訊蒐集義務連結危懼感和具體預見可能性，透過此義務充實預見的資料，以更適切地判斷行為人的預見可能性¹⁷⁰。

四、小結：具體預見可能性與預見義務的內涵

以上本文檢討、分析了日本實務與學說對於具體預見可能性對象的見解後，提出了自己的看法。本文對於具體預見可能性的想法，可進一步整理如下：

（一）若可確認在整體因果流程中，行為足以表徵法益侵害結果的具體危險，且也已經確定其實現在結果上時，則行為本身，也可以和法益侵害結果結合，成為具體預見可能性的對象，不須再特別檢討其他因果歷程。如同前述「肆、三、」所述，澀谷溫泉設施爆炸事件屬於此種類型。

¹⁶⁹ 平場安治，前揭註91，頁353。類似見解也可參考松宮孝明，前揭註67，頁306-307。大塚裕史，監督過失における予見可能性論（四），早稻田大学大学院法研論集，第54号，頁69（1990）。

¹⁷⁰ 類似見解，日下和人，情報収集義務と予見可能性との關係—クモ膜下出血事例の検討—，早稻田法学会誌，第60卷1号，頁295-296（2009）。

(二) 若觀察整體因果流程後，發現單只有行為並不足以表徵具體危險，但一定的因果流程（不一定要跟現實因果流程相同）與行為本身結合後，也可以表徵實現法益侵害結果的具體危險，也實現在結果上時，該行為、因果流程、法益侵害結果就是具體預見可能性的對象。如同前述「肆、三、」所述生駒隧道火災事件、北海道大學電動手術刀事件、水漂現象翻車事件是屬於此種類型。而前述「肆、三、」中，日本實務雖然把新日本飯店火災事件歸類在前者的類型，但是本文認為新日本飯店火災事件中，單純疏忽防火措施，所表徵的法益侵害危險還不夠具體，仍須結合其他因果流程，如發生火災的可能性等，才能成為具體預見可能性的對象，故將其歸類在後者。

(三) 在確定了預見可能性的對象之後，接下來則是要判斷行為人是否可能預見。在此本文以為資訊蒐集義務就是判斷是否可能預見的方式，是屬於規範罪責論中，要求行為人負擔過失責任的基礎，而與象徵不法的結果迴避義務相區隔。資訊蒐集義務之範圍，可使用信賴原則調整。如監督過失案例中，因為怠忽管理、監督的行為均違反了相關行政法規，故行為人認識其行為的抽象危險，此時可要求其負擔較重的資訊蒐集義務。反之，則行為人只需在心理上維持謹慎態度，即可完成資訊蒐集義務。

陸、結論與展望

以上本文在檢討我國對於預見可能性對象的相關學說討論，並比較了我國與日本學說實務之間的差異。依照本文的觀察，在監督過失案例中，可能難以認定監督者對於所有構成犯罪的客觀事實，均有預見可能，故除非放棄追究監督者的責任，否則現行我國學說對於預見可能性對象的討論，仍有更精緻化，以找出其本質要素的必要。

然而若與我國學說一樣，把預見可能性定位為注意義務的前提時，依此前提繼續發展的結果，可能會如同日本的危懼感說，或是把以客觀歸責為前提的我國見解一般，將蒐集資訊義務也定位為結果迴避義務或判斷客觀歸責之基準，而把預見可能性的對象大幅抽象化，甚至完全放棄預見可能性時，則可能反而導致處罰範圍的過度擴張，故本文並不採納此種見解。而我國與日本實務看似在監督過失案例中，有出現看似不考慮預見可能性的判決；然而本文分析後，認為這只是因應案例事實特徵所出現的判旨差異，並不表示實務在監督過失案例中，不考慮預見可能性。

故不同於我國學說的想法，本文認為還是應該把預見可能性與預見義務均定位為屬於過失犯的責任要件，並發展與不法要件獨立之規範責任基礎。而若一方面否定把預見可能性客觀歸責化，而承認仍需要具體的預見可能性，一方面又要避免因監督過失案例的特性可能導致的處罰漏洞問題，本文認為就必須要重新定義預見可能性的對象，而不能只把預見可能性的對象，泛指構成客觀不法的所有事實。故在此本文透過與故意比較，認為預見可能性的對象就是構成結果的具體危險之相關事實。最後則是預見義務，亦即蒐集資訊義務的問題，由於本文以舊過失論為前提，故把蒐集資訊義務定位為規範罪責論中，以過失歸責行為人的規範要素與不法要件相區別，並試圖在不讓處罰範圍過度擴張的前提下，回應危懼感說、或是客觀歸責背後的問題意識。

以上即是本文提出的預見可能性的對象與蒐集資訊義務之關係，然而若要完全解決過失犯的相關問題，恐怕還有其他值得研究之處。如結果迴避義務的內涵，或是在監督過失案例中，如何處理複數人的過失問題，這些都有待進一步討論。然如此已經超出本文主題太多，故本文在此先將上述問題保留，留待日後再另行為文探討。

參考文獻

書 籍

- 王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，5版（2019）。
- 林山田，刑法通論（下），自版，增訂10版（2008）。
- 林書楷，刑法總則，五南圖書出版股份有限公司，修訂4版（2018）。
- 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，7版（2019）。
- 陳子平，刑法總論，元照出版有限公司，4版（2017）。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，4版（2012）。
- 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ：犯罪總論，自版，修正版（1998）。
- 大塚仁，刑法概說（總論），有斐閣，4版（2008）。
- 小野清一郎，新訂刑法講義總論，有斐閣，15版（1956）。
- 山口厚，刑法總論，有斐閣，3版（2016）。
- 井上正治，過失犯の構造，有斐閣（1958）。
- 內藤謙，刑法講義總論（下）Ⅰ，有斐閣（1991）。
- 古川伸彦，刑事過失論序說，成文堂（2007）。
- 平野龍一，刑法總論Ⅰ，有斐閣（1972）。
- 團藤重光，刑法綱要總論，創文社，3版（1990）。
- 松宮孝明，刑法總論講義，成文堂，5版（2017）。
- 牧野英一，刑法總論下卷，有斐閣，16版（1966）。
- 泉二新熊，刑法大要，有斐閣，改訂5版（1916）。
- 高橋則夫，刑法總論，成文堂，3版（2016）。
- 齋野彥弥，故意概念の再構成，有斐閣（1995）。
- 藤木英雄，過失犯の理論，有信堂（1969）。
- 藤木英雄，刑法講義總論，弘文堂（1975）。

期刊論文

- 山中敬一（周慶東譯），現代社會中的事故與過失犯（現代社会における事故と過失犯），東海大學法學研究，第38期，頁1-58

(2012)。

- 許恒達，「超越承擔過失」的刑法歸責，東吳法律學報，第20卷第2期，頁97-138（2008）。
- 謝如媛，教授之家——過失概念的檢討，月旦法學雜誌，第188期，頁245-253（2011）。
- 三井誠，管理・監督過失をめぐる問題の所在——火災刑事事件を素材に，刑法雜誌，第28卷1号，頁17-27（1987）。
- 大塚裕史，監督過失における予見可能性論（一），早稲田大学大学院法研論集，第48号，頁69-92（1988）。
- 大塚裕史，監督過失における予見可能性論（四），早稲田大学大学院法研論集，第54号，頁57-83（1990）。
- 小田直樹，「具体的」予見可能性について，広島法学，第14卷4号，頁175-209（1991）。
- 小野清一郎，近代日本刑法における過失犯の諸問題，法曹時報，第13卷10号，頁1327-1353（1961）。
- 山本紘之，過失犯における情報収集義務について——危惧感説との関連を中心に，法学新報（中央大学），第112卷9・10号，頁397-421（2006）。
- 山本紘之，予見可能性における「可能性」判断，刑法雜誌，第55卷2号，頁253-266（2016）。
- 川田宏一，ガス抜き配管内で結露水が滞留してメタンガスが漏出したことによって生じた温泉施設の爆発事故について，設計担当者に結露水の水抜き作業に係る情報を確実に説明すべき業務上の注意義務があったとされた事例，法曹時報，第70卷6号，頁1786-1818（2018）。
- 井田良，刑事過失の認定をめぐる諸問題，法曹時報，第61卷11号，頁3311-3351（2009）。
- 日下和人，情報収集義務と予見可能性との関係—クモ膜下出血事例の検討—，早稲田法学会誌，第60卷1号，頁261-306（2009）。

- ▶北川佳世子，ホテル・デパート火災事件における実務の動向と管理・監督者の刑事過失論（三・完），早稲田大学大学院法研論集，第66号，頁105-130（1993）。
- ▶北川佳世子，温泉施設の爆発事故と因果経過の予見可能性，法学教室，第433号，頁68-74（2016）。
- ▶佐伯仁志，予見可能性をめぐる諸問題，刑法雑誌，第34巻1号，頁113-121（1995）。
- ▶杉本一敏，「因果関係の基本的部分」の予見可能性について—渋谷温泉爆発事件決定を契機に一，刑事法ジャーナル，第50号，頁4-26（2016）。
- ▶前田雅英，ホテル火災と死傷結果の予見可能性——最高裁決定平成5.11.25，東京都立大学法学会雑誌，第36巻2号，頁567-578（1995）。
- ▶船橋亜希子，過失犯における予見可能性の対象について—具体的予見可能性説と危惧感説の対立構造を中心として—，法学研究論集（明治大学），第45号，頁79-105（2016）。
- ▶朝山芳史，鉄道トンネル内における電力ケーブルの接続工事を施工した業者につきトンネル内での火災発生の予見可能性が認められた事例，法曹時報，第54巻8号，頁2292-2327（2002）。
- ▶樋口亮介，注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み（1），法曹時報，第69巻12号，頁3661-3734（2017）。
- ▶樋口亮介，注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み（2），法曹時報，第70巻1号，頁1-74（2018）。
- ▶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）。
- ▶橋爪隆，判例講座・刑法総論（第11回）過失犯（1）——過失犯の構造，警察学論集，第70巻2号，頁138-158（2017）。
- ▶橋爪隆，判例講座・刑法総論（第12回）過失犯（2）——最近の特殊過失事件について，警察学論集，第70巻4号，頁157-180

(2017)。

專書論文

- 王乃彥，論過失犯之行為不法內涵，收錄於法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集刑法卷，頁97-128，五南圖書出版股份有限公司（2016）。
- 許玉秀，探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收錄於主觀與客觀之間，頁179-218，自版（1997）。
- 廖正豪，監督過失責任之研究，收錄於現代刑事法與刑事責任——蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，頁359-377，國際刑法學會中華民國分會（1997）。
- 三井誠，問題の所在及び「危惧感説」，收錄於過失犯—新旧過失論争一，頁130-143，学陽書房（1975）。
- 三井誠，「危惧感説」の検討，收錄於過失犯—新旧過失論争一，頁144-169，学陽書房（1975）。
- 土本武司，監督過失，收錄於過失犯の研究——現代的課題の理論と実務，頁95-147，成文堂（1986）。
- 大塚仁，過失犯の構造，收錄於刑法論集（1）—犯罪論と解釈学一，頁203-231，有斐閣（1976）。
- 大塚裕史，予見可能性論の動向と予見可能性の判断構造，收錄於川端博先生古稀記念論文集（上卷），頁307-334，成文堂（2014）。
- 小林憲太郎，過失（上），收錄於刑法総論の理論と実務，頁328-353，判例時報社（2018）。
- 山口厚，監督過失，收錄於問題探究刑法総論，頁171-186，有斐閣（1998）。
- 山口厚，過失犯に関する覚書，收錄於犯罪の多角の検討—渥美東洋先生古稀祝賀一，頁45-61，有斐閣（2006）。
- 平場安治，過失犯の構造，收錄於刑事法学の諸相——井上正治博士還暦祝賀（上），頁310-364，有斐閣（1981）。
- 甲斐克則，事故型過失と構造型過失，收錄於責任原理と過失犯論，

- 頁155-180，成文堂，增補版（2019）。
- 西原春夫，過失犯の構造，收錄於現代刑法講座（第3卷）—過失から罪数まで—，頁1-23，成文堂（1979）。
 - 佐伯仁志，故意論（3），收錄於刑法總論の考え方・楽しみ方，頁272-289，有斐閣（2013）。
 - 佐伯仁志，過失犯論，收錄於刑法總論の考え方・楽しみ方，頁290-315，有斐閣（2013）。
 - 岡部雅人，過失犯における「予見可能性」について，收錄於野村稔先生古稀祝賀論文集，頁51-68，成文堂（2015）。
 - 松宮孝明，予見可能性と危惧感，收錄於刑事過失論の研究，頁238-312，成文堂，補正版（2004）。
 - 松宮孝明，火災事件と管理・監督過失，收錄於過失犯論の現代的課題，頁222-244，成文堂（2004）。
 - 板倉宏，組織体過失概念の提唱，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁184-193，学陽書房（1975）。
 - 板倉宏，批判に対する反論，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁217-224，学陽書房（1975）。
 - 板倉宏，監督過失，收錄於現代型犯罪と刑法の論点，頁106-125，学陽書房（1990）。
 - 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）。
 - 金谷曉，ホテル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罪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）。
 - 前田雅英，「結果」の予見可能性，收錄於現代社会と実質的犯罪論，頁229-247，東京大学出版会（1992）。
 - 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——大塚仁・福田平博士古稀祝賀（上），頁45-71，有斐閣（1993）。

- 福田平，目的的行為論と過失犯，收錄於目的的行為論と犯罪理論，頁95-116，有斐閣（1964）。
- 樋口亮介，注意義務の内容確定基準，收錄於山口厚先生獻呈論文集，頁195-261，成文堂（2014）。
- 藤木英雄，災害事故と過失犯，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁10-21，学陽書房（1975）。
- 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）。
- 藤木英雄，過失をめぐる学問上の論争点，收錄於過失犯—新旧過失論争—，頁40-74，学陽書房（1975）。

中原財經法學

摘 要

依照通說，預見可能性是過失犯的要件。其對象是構成犯罪的所有事實。故不管是法益侵害結果或因果關係，均屬於預見可能性的對象。然而在監督過失案例中，卻難以認定監督者的預見可能性。本文分析我國與日本的學說實務後，發現了依照不同的前提，預見可能性可能具有賦予行為人履行結果迴避義務的契機的功能；或是藉由與故意責任對照，以限縮過失犯責任的功能。然而若過於偏重前者，可能會導致資訊蒐集義務也被定位為結果迴避義務，進而導致過失犯處罰範圍的不當擴大。故本文以後者為前提，應用了與故意責任比較的方式，把預見可能性的對象定義為具體法益侵害結果。並藉由要求監督者負擔資訊蒐集義務，且在監督者怠於履行該義務時，肯定其預見可能性，以解決監督過失的問題。

中原財經法學

Objects of Foreseeability and the Duty of Information Gathering: Theoretical Analysis from the Cases of Negligent Supervision

Chao-Cheng Hung

Abstract

Traditionally, objects of foreseeability include all elements of actus reus. However, in the scenario of negligent supervision, because supervisors cannot always foresee all elements of actus reus, to define the boundary of foreseeability becomes difficult. This difficulty makes it necessary to re-define the boundary of foreseeability. I discuss this topic by comparing relevant theories in Taiwan and Japan. Through a comparative analysis, I found that the expansion of criminal negligence cannot be prevented by simply considering foreseeability as a precondition for the duty of eliminating risky results, in which the duty of gathering information be included. Furthermore, foreseeability should be seen as a component of responsibility to limit the boundary of criminal negligence. Finally, I consider the essential object of foreseeability as a type of concrete social harm. Accordingly, to expand the supervisor's scope of foreseeability, imposing the duty of gathering information on supervisors is necessary. If this duty is imposed, supervisors' negligence in collecting sufficient information can be regarded as fulfilling the condition of foreseeability.

Keywords: criminal negligence, duty of care, foreseeability, criminal negligent supervision, duty of gathering information