

# 從危險故意理論 省思放火故意之實質內涵<sup>\*</sup>

## ——以最高法院105年度台上字第 2179號判決及其歷審判決爭點 為出發點

陳 俊 偉<sup>\*\*</sup>

### 要 目

壹、前 言	四小 結
貳、判決內容與爭點	二、「危險故意」之定位與概念 內涵之理論爭執
一、案例事實	(一)危險故意即為有認識過失說
二、歷審判決要旨	(二)危險故意即為間接故意說
(一)一審判決要旨	(三)徐偉群教授之綜合說：危險 故意部分為有認識過失、 部分為間接故意
(二)二審判決要旨	(四)危險故意概念獨立說
(三)三審判決要旨	三、小 結
三、爭點所在	肆、危險故意概念獨立性之辯證
參、放火故意作為危險故意？	一、法定構成要件類型的形式 區隔
一、放火罪罪質與放火故意內 涵之連動性	(一)危險故意並非實害犯的有
(一)抽象危險犯說	
(二)具體危險犯說	
(三)折衷說	

\* 感謝審查委員對於本文的詳細審查與精闢修正意見，惟文責當仍由本人自負。

\*\* 中興大學法律學系助理教授，德國法蘭克福大學法學博士。

投稿日期：一〇七年九月十二日；接受刊登日期：一〇七年十月十八日

認識過失

(一)危險故意並非間接實害故意

(二)針對綜合說的回應

二、故意刑罰的理性何在？

(一)罪責原則的設限功能

(二)罪責原則的論證功能

(三)結果要素的價值理性與目的理性功能

三、小 結

伍、危險故意之內涵

一、危險故意的對象：具體危險

(一)出發點：以法定構成要件的形式分類為對應

(二)最低限度：對於法益危險之知與欲的最低要求

(三)具體危險作為危險故意的適格對象

二、危險故意的知與欲

(一)危險故意的本質：具體危險的事前判斷

(二)危險認知

(三)危險意欲

三、小 結

陸、放火罪之本質與放火故意：兼判決之評釋

一、第173條放火罪的罪質

(一)立法體例並非區隔抽象與具體危險犯之唯一標準

(二)第173條第1項規定內的法益侵害結構與構成要件要素

(三)小結：第173條第1項放火罪非行為犯模式之抽象危險犯

二、放火故意的具體內涵

(一)放火故意並非毀損建築物故意

(二)放火故意並非放火風險故意

(三)放火故意為對於個人生命、身體法益的具體危險故意

(四)放火故意不等同於殺人故意

三、判決評釋

(一)放火故意與殺人故意之規範關係認定

(二)縮減為放火風險認知的放火故意認定

(三)被架空的殺人故意認定與證據要求

柒、結 論

## 摘 要

即使是在現代風險社會中，刑法仍應遵循其自由主義式的刑法傳統，優先尊重個體之主體性與自由，並接受個人面對風險時自我判斷之空間，只有當行為人對其行為將導致法益侵害之支配具備明確的認知與意欲時，始能處以故意刑罰。因此所謂的危險故意，僅能是對於造成法益具體危險的知與欲。在此種危險故意理論的基礎上，放火罪作為對生命、身體法益前置性保護的抽象危險犯，其主觀故意仍必須是對生命、身體法益的具體危險故意，如此立法者對放火罪所配置之高度法定刑才得以具有正當性。本文檢討之實務判決不僅因為將放火故意簡化詮釋為放火風險認知而有缺失，更因為直接以放火故意之證明同時認定了殺人故意，而有混淆放火故意與殺人故意之疑慮。

關鍵詞：故意、放火故意、殺人故意、危險故意、實害故意、抽象危險、具體危險

## 壹、前言

行為人對有人在內之建築物著手實行放火行為，其行為究竟除了可能構成放火罪以外，是否還得以另外構成殺人罪？或是甚至可能連放火罪都難以構成，而其實應該僅構成失火罪？這些是在最高法院105年度台上字第2179號判決及其歷次下級審判決所主要爭執的基本問題。這些問題所涉及的理論核心，除了放火罪與殺人罪兩者的規範關係外，正因為放火行為除了可該當放火罪之行為要素外，更可同時該當於殺人罪之行為要素，則行為人此時的主觀心態究竟為何，就成了行為人觸犯何種犯罪的關鍵核心。然而，上述行為人之主觀心態看似只要單純依據故意的定義即可得出答案，何以判決之間仍會出現歧異的見解？可見此些問題或許不是單純立於向來的故意理論基礎就可解決，可能根本上還涉及了理論上亦極為難解的放火罪之危險犯結構及其故意的特殊本質。

從現象面來看，在現代刑法中，危險構成要件無疑已經是入罪化的一種（甚至是單一的）主要手段。然而，過去刑法釋義學的研究成果多係奠基於以實害犯與結果犯為重心的古典刑法為中心所開展，反而導致以危險犯為重心的現代危險刑法之深入釋義學研究，遠較古典刑法釋義學來的稀少。此種現象若與當前刑法中如雨後春筍般大量成長的危險構成要件運用兩相對照，則會首先呈現出一個大致的印象：刑事立法上危險犯的大量投入運用，恐怕都仍欠缺足夠的釋義學成果來支撐。就此，即使是在德國刑事法學研究中，固然從上個世紀八〇年代「風險刑法」研究之興起以降，對於危險犯客觀層面的構成要件要素已經累積了一定質量之研究成果，但對於危險犯主觀面之構成要件要素之詮釋，則仍然極為貧乏而欠缺系統性的深入探究，以致於在故意危險犯中何謂「危險故意」？在過失危險犯中何謂「危險過失」？此些難題，都在欠缺研究基礎的情形下就已經出現在刑事法規範的實定法規規定當中了。而刑事司法者則因被課予適用該些危險犯規定的義務，而必須自行設法在個案中詮釋危險犯各種未釐清的主觀要

件難題，並將此作為個案調查證據、釐清犯罪事實存否的基礎，進而使個案的適用與調查結果顯得困難重重。這樣的疑慮，特別發生在譬如殺人罪與遺棄罪、殺人罪與放火罪等，此種同一種行為事實得以同時實現不同的實害犯與危險犯之客觀行為要素的情形中，各該涉及的實害犯與危險犯之主要區別將落到構成要件故意此一主觀要素的區隔上，而在實務適用上卻又往往因兩種構成要件故意（如殺人故意與遺棄故意<sup>1</sup>、殺人故意與放火故意<sup>2</sup>等）的區隔不明而產生認定歧異之結果。而上述爭議，最終則又必須回歸至故意理論<sup>3</sup>與危險犯理論之基礎重新探討。

基於上述之理由，本文擬以危險故意定義之理論界定為主軸，進一步釐清其釋義學上的獨立性及其與實害故意的區隔可能性，並輔以故意概念與刑罰目的之關連性說明，指出危險故意概念的正當內涵與對象，並將此概念內涵運用於刑法第173條第1項之放火故意詮釋上。而為了更明確地指出本文所欲處理的問題意識以及對於未來實務判決的可能助益，將先由最高法院105年度台上字第2179號判決及其歷審判決中，關於殺人故意與放火故意之認定與調查方向歧異出發，以其主要爭點作為本文討論之基礎。準此，以下將首先摘要整理判決內容與重要理由，俾釐清歷審判決爭議之所在（貳）；次則首先指出各該問題所涉及之重要爭點，以及回顧當前文獻中對於放火罪之詮釋與對危險故意之定位已存在的不同看法（參）；再者，將提出本文看法，

<sup>1</sup> 與此一問題意識高度相關的中文文獻見徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，中原財經法學，第19期，2007年12月，頁119以下；許澤天，遺棄罪之研究——待釐清保護法益的具體危險犯，東吳法律學報，第22卷第2期，2010年10月，頁1以下，特別是頁34-37。

<sup>2</sup> 與此一問題意識高度相關的中文文獻見黃榮堅，論危險故意——評最高法院93年度台上字第1155號及91年度台上字第6368號判決，月旦法學雜誌，第118期，2005年3月，頁225以下。

<sup>3</sup> 與此一問題意識高度相關的中文文獻見許玉秀，客觀的故意概念——評德國的間接故意概念，載主觀與客觀之間，1997年9月，頁45以下，特別是頁153-154。

指出危險故意的獨立性理論基礎（肆）以及其內涵（伍）；最終將以上述理論與見解作為基礎，釐清第173條放火罪之罪質、保護法益與放火故意之內涵，並據此評析前開判決就主觀故意界定等爭議（陸）。最終將總結本文之主要意見，並以此作為結論（柒）。

## 貳、判決內容與爭點

### 一、案例事實

緣甲曾向乙、丙夫婦所經營之電器行購買電冰箱，卻因電冰箱故障問題產生消費糾紛而曾出言恫嚇，更於某日攜帶汽油一桶與打火機兩只至上開電器行（為連棟式建築物，二樓為乙、丙之住家），趁僅丙一人於店內以電話與他人聯絡之際，進入電器行最裡面之商談區與展示區內，將汽油潑灑於置放該區之電器上，丙於察覺有異後，旋即報警並前往甲處察看。惟甲於丙抵達前即以打火機引燃汽油，並將汽油桶棄置後逃逸，該火勢因此蔓延，丙則看到火後即逃出呼叫鄰居逃命。該火勢幸經消防人員及時抵達並撲滅，因而未造成人命傷亡，而僅造成該屋多側水泥及鐵皮內、外牆面受燒變色、鋼柱及商談區天花板輕鋼架受燒變色、木質牆面碳化、燒失，另販售展示之諸多電器亦有碳化、燒失、燒熔等損害，以及造成隔鄰快炒店建築物二樓鐵皮屋頂隔熱棉部分碳化、鐵皮牆面受燒變色、牆面積碳、冷氣機外殼軟化脫落等損害，但均未造成各該建築物之重要部分燒毀而喪失主要效用。

### 二、歷審判決要旨

#### （一）一審判決要旨

本案一審判決（以下簡稱「一審判決」）<sup>4</sup>首先認定，甲僅犯刑法（下同）第173條第3項、第1項之放火燒燬現供人使用之住宅未遂

<sup>4</sup> 詳見臺灣宜蘭地方法院104年度訴字第220號判決。

罪。其理由在於，甲固然對於與放火罪構成要件相關之事實，諸如以打火機點燃汽油後火勢蔓延，造成乙、丙夫婦經營電器行並居住之房屋及隔鄰房屋受損等事實，坦承不諱；然甲之放火行為最終並未造成房屋之主要結構燒燬，依最高法院79年度台上字第2656號判決之意旨，應僅構成放火罪未遂。至於公訴意旨另認甲以間接殺人故意涉犯第271條第2項、第1項之殺人未遂罪嫌部分，一審判決則認為，既然當時整棟建築物僅有甲與丙在內，且甲放火當時，丙正位於門口處櫃檯旁，甲則係於電器行後方區域實行放火行為，並無阻礙丙逃生之可能。故依現存證據而言，難認甲主觀上有發生死亡結果亦不違背其本意之殺人間接故意，應屬無罪。

## (二) 二審判決要旨

本案第二審判決（以下簡稱「二審判決」）<sup>5</sup>撤銷上開第一審判決，並認定甲係以一行為同時犯第173條第3項、第1項之放火燒燬現供人使用之住宅未遂罪、第271條第2項、第1項之殺人未遂罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從重論以一殺人未遂罪處斷。其主要理由如下：

### 1. 關於放火罪部分

關於放火未遂部分，二審判決之理由有部分與一審判決雷同，其認定甲已自承以打火機點燃汽油後火勢蔓延，造成乙、丙夫婦經營電器行之房屋及隔鄰房屋受損等事實，並確定該電器行二樓係乙、丙居住處此一客觀事實。與一審判決不同的是，二審判決就放火故意部分，另據甲自承放火時僅有看到丙在店內，並無其他客人在內，並知悉該電器行是開店的，其一進去裡面，汽油就潑一潑點火等自白，認定甲知悉該店經常會有客人往還，以及燒了以後會把人燒死等情，甲有放火燒燬現供人使用住宅之故意甚明。

<sup>5</sup> 詳見臺灣高等法院105年度上訴字第660號判決。

## 2. 關於殺人罪部分

關於殺人未遂部分，二審判決持與一審判決不同之看法，認定甲之上開放火行為除構成放火未遂罪外，另構成殺人未遂罪。其理由首先據丙之證述甲進入電器行內有見到丙在櫃檯，放火位置應不會阻礙逃生，建築物內並無其他人，但隔壁都有住人等語，認定甲於丙仍在電器行內時，潑灑汽油並引燃後隨即逃離之事實。據此，二審判決乃進一步據下述三大理由認定甲具有殺人故意，進而撤銷一審判決而改判之：<sup>6</sup>

(1)「被告明知『上揚電器行』位於宜蘭市鬧區，係現有人所在之建築物，且係連棟式住宅，隔鄰均有商店，而電器行內佈滿電器商品多為塑膠易燃物，一旦汽油引燃，即有迅速延燒之可能，在此等易燃物質之助長下，火勢將一發不可收拾，電器行內及隔鄰商店內之人如未能及時逃生，足以發生死亡之結果。再參以被告於原審及本院均供稱其進入電器行內潑灑汽油時，證人曾○麗在店內等語，核與證人曾○麗之證述相符，顯見被告至少有預見其行為可能因而發生致人死亡之結果卻仍為之，則縱使發生死亡結果也不違背其本意之不確定殺人故意甚明。」

(2)丙之證言與火災現場圖相符，且確實未離開該棟建物，被告顯有不確定之殺人故意。「又衡諸被告進入上揚電器行不發一語即放火，並無查看證人曾○麗是否仍在上揚電器行內，或該棟亦或鄰棟建物內是否仍有其他人在其內之動作，益徵被告確有不確定之殺人故意無訛，其所辯無不確定殺人故意云云，殊無足採。」

(3)「被告縱火後，火勢立即擴大延燒，甚且引起電器爆炸，被告主觀上自有火勢延燒造成他人燒灼或窒息死亡之不確定殺人故意，又被告於案發當時攜帶汽油前往電器行，其目的係為縱火，非前往消費，被告辯稱係因告訴人之挑釁而為放火行為云云，惟依被

<sup>6</sup> 因事涉二審判決對甲是否具有殺人故意之重要判斷內容，故以下理由盡可能直接摘錄判決理由原文，以利於後續評釋中釐清判決之妥適性。



告所述告訴人羅○銘、曾○麗之言行，雙方僅係因消費糾紛而意見歧異，況即令告訴人羅○銘、曾○麗之言行有所不當，亦無礙本院就上開被告進入『上揚電器行』內潑灑汽油並引燃且造成延燒，已有殺人之不確定故意之認定。」

### (三)三審判決要旨

本案第三審判決（以下簡稱「三審判決」）<sup>7</sup>維持二審法院之見解，駁回甲之上訴，全案因而確定。三審判決駁回甲上訴之理由在於，二審判決已詳加敘明甲明知電器行二樓部分係供乙、丙居住，其確有放火燒燬現供人使用之住宅之故意。再者，甲放火時亦未查看丙是否仍在電器行內，該棟亦或鄰棟建物內是否仍有其他人在內。最後，三審判決重申了二審判決之前述理由(1)部分，認原判決認事用法，並無不合，並據此駁回甲之上訴。

### 三、爭點所在

本案一、二審判決所認定甲上開有關放火未遂罪事實部分，實際上並無重大歧異。有所不同者僅在於，二審判決就甲之放火未遂行為部分，認為甲因同時具備殺人故意而另構成殺人未遂罪，此一認定最終並獲得最高法院之肯認。如綜觀我國司法實務與本案類似之犯罪事實來說，行為人於現供人使用之住宅實行放火行為，而於放火行為實行時尚有行為人以外之第三人<sup>8</sup>身處在該住宅內，實務上歷來之見解中，認定為行為人以一行為同時觸犯放火罪與故意殺人罪之判決，似屬多數<sup>9</sup>，但亦不乏有判決以被告屢以僅具傷害故意置辯，進而認為

<sup>7</sup> 詳見最高法院105年度台上字第2179號判決。

<sup>8</sup> 就此一限制請見最高法院28年上字第3218號判例：「刑法第一百七十三條第一項之放火罪，……。故該條項所稱之人，當然係指放火人犯以外之人而言，如果前項住宅或建築物，即為放火人犯自行使用或祇有該犯在內，則其使用或所在之人，已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，自不能適用該條項處斷……。」

<sup>9</sup> 最高法院90年度台上字第2975號刑事判決、最高法院92年度台上字第5112號判決。另外類似意旨尚可參見臺灣高等法院93年度上訴字第507號、臺灣高等

殺人故意並未經合理說明<sup>10</sup>，或者有認為放火行為並不當然產生致人於死之結果，進而否定有殺人故意存在之推論<sup>11</sup>。就本案而言，固然放火行為於客觀上確實可評價為第271條所訂可致人於死之殺害行為，然而甲於實行放火行為時，主觀上究竟是否確實已滿足於放火故意之要求？並且，其有無進一步利用放火行為以實現殺人罪之知與欲？才是本案爭執之主要焦點。而此一主要爭點，於理論上則分別涉及了下列與危險故意理論相關之問題：

(一)放火故意與殺人故意之區隔與關連為何？放火罪與故意殺人罪兩者在客觀構成要件上所呈現的犯罪類型差異（危險犯與實害犯），是否會呈現於主觀構成要件的要求上？

(二)危險故意與實害故意的關連性？危險故意是否為一獨立於實害故意以外的獨立故意類型？若是，危險故意之內涵為何？

(三)刑法釋義學上，危險故意之內涵可否取代實害故意作為實害犯之主觀構成要件內容？刑事程序上，滿足於危險故意的證明，是否亦可同時滿足於實害故意之證明？

為解決上述刑事實務爭執與歧見，自有必要先行討論上開各問題所涉及之危險故意理論基礎，再提出本文對於危險故意的基本見解，最終則將據此一見解釐清放火故意之實質內涵以及其與殺人故意間之差異，始能提出對於上開判決之評釋。

---

法院99年度上重更(二)字第30號、高雄地方法院94年度訴字第3891號、彰化地方法院100年度訴字第156號等判決。

<sup>10</sup> 最高法院88年度台上字第1421號判決：「刑法關於犯罪之故意，係採希望主義。……本件上訴人始終否認有殺人之故意，迭稱『是傷害而已』、『因為我遠親叔叔游○民被砍，所以我去報復』、『想嚇他們而已』、『因為當時我很氣』、『我叔叔被人砍傷，心中氣憤才拿汽油彈報復』等語。其所為僅有傷害故意之辯解，何以不足採，原判決未予指駁，遽論以殺人未遂罪，尚嫌理由欠備。」

<sup>11</sup> 宜蘭地方法院86年度少訴字第14號判決：「況放火燒燬現供人使用之住宅並不當然產生致人於死之結果，衡諸社會常情及經驗法則，亦難遽以推定被告二人於行為當時能預見放火燒燬現供人使用之住宅必致屋內之人於死結果之發生。」

## 參、放火故意作為危險故意？

### 一、放火罪罪質與放火故意內涵之連動性

第173條之放火燒燬現供人使用之住宅罪之主觀要件須為故意，且包含直接故意與間接故意。而依第13條故意之一般性規定，第173條之放火故意，則涵蓋對於「構成犯罪之事實」之「知」與「欲」兩大要素。從而，放火罪之故意則如對應於客觀構成要件來看，係指行為人知悉放火行為實行之客體為「現供人使用之住宅」等本罪所訂之行為客體，以及其行為屬於該條所訂之放火燒燬行為，並進而決意予以實現（直接故意），或至少預見其發生而其發生並不違背其本意（間接故意）。至此藉由法條間之相互適用所導引而出之放火故意詮釋，與目前理論上所持之基本見解大致上雷同<sup>12</sup>。然而，對於放火故意的進一步具體內涵為何，則仍存有高度爭議，其中重要者如行為人是否須對於公共危險罪章所規範之對象「公共危險」具有認識此一爭執<sup>13</sup>，以及從前述最高法院28年上字第3218號判例衍生而來的爭執<sup>14</sup>：如行為人已明知放火行為並不致引發除自己以外之第三人之何種意外危害，是否仍具有放火故意<sup>15</sup>等問題。上述放火故意具體內涵的爭議問題，則與放火罪的罪質（Deliktsnatur）有相當的關連性；詳言之，如果第173條放火罪無論如何都會被界定為一（抽象／具體）危險犯之犯罪類型，則相對應於此一危險構成要件之放火故意，也應該是一個對應於該條危險構成要件事實的故意。至於此一對應於放火罪危險構成要件之故意，其內容為何，目前我國學說上則各自依

<sup>12</sup> 林山田，刑法各罪論（下），修訂5版，2006年11月，頁247-248；盧映潔，刑法分則新論，修訂12版，2017年9月，頁198。

<sup>13</sup> 陳子平，刑法各論（下），增修版，2016年9月，頁25；黃惠婷，刑法案例研習（一），第1版，2013年6月，頁241以下；曾淑瑜，刑法分則實例研習——國家、社會法益之保護，修訂2版，2013年9月，頁126-128。

<sup>14</sup> 前揭註8判例。

<sup>15</sup> 就此一問題之基礎討論見黃榮堅，前揭註2，頁225以下。

據對於該條危險犯罪質之解讀<sup>16</sup>而有下列幾種詮釋可能<sup>17</sup>：

### (一)抽象危險犯說

如將第173條放火罪理解為單純的抽象危險犯，因危險要素並非屬抽象危險犯之構成要件要素，則行為人之放火故意中，即不包含行為人對於其行為是否足以引致人命死傷危險之認識。從而，行為人只需認識其放火行為與燒燬結果為已足，即使行為人極為確信放火客體中確無人在內而放火，亦無由阻卻放火故意<sup>18</sup>。另文獻中亦有從公共危險的特性出發，認為放火罪作為公共危險犯罪之非難重心，應係在於火的蔓延特性與難以控制，而有別於一般毀損行為。因此，即令行為人「明知放火行為對自己的傷害非意外傷害」，亦無由排除公共危險之存在<sup>19</sup>。

### (二)具體危險犯說

如將第173條放火罪理解為具體危險犯，則該罪之成立將繫於具體危險結果是否發生而定，如此則放火行為必須具有導致死傷實害結果的可能性始足成立<sup>20</sup>。在此一見解下，所謂放火故意應係指行為人對於放火行為極有可能導致人員死傷此一具體危險結果，有所認識或預見，並決意或容任使其發生；如行為人已明知放火行為並不致引發除自己以外之第三人之何種意外危害，將因欠缺對具體危險結果之認識而仍不能滿足於放火故意之要求。上開最高法院28年上字第3218號

<sup>16</sup> 第173條放火罪向來存有罪質為抽象危險犯或具體危險犯之爭議，詳見盧映潔，前揭註12，頁198-200；陳子平，前揭註13，頁5-10。

<sup>17</sup> 各種爭議的整理另可見曾淑瑜，前揭註13，頁126-128。

<sup>18</sup> 林山田，前揭註12，頁248。另類似見解見周治平，放火罪概說，刑事法雜誌，第11卷第3期，1967年6月，頁6；梁恒昌，放火燒燬住宅、建築物罪之探討，法令月刊，第38卷第11期，1987年11月，頁3。

<sup>19</sup> 許玉秀，刑法第一七三條放火罪——最高法院八十八年度臺上字第六三七二號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第10期，2000年5月，頁22。

<sup>20</sup> 盧映潔，前揭註12，頁199-200。

判例之意旨，與此一見解似有相互契合之處<sup>21</sup>。

### (三)折衷說

#### 1. 中文文獻部分

相較於上開兩者意見兩極的見解，第三種見解則採取較為折衷之立場。其認為，以放火罪刑度之重，行為人不可完全欠缺對於危險之認識，但又主張行為人無須對於放火行為可能導致人員死傷此一具體危險結果有所認識。依此一折衷見解，行為人是否具備放火故意，須視行為人對於其放火行為是否可能招致「公共危險」有所認識而定；換言之，行為人至少應對其放火行為已對多數人之生命、身體或重大財產將造成重大危害此一公共危險狀態，有所認識或預見，並決意或容任使其發生，始具備放火故意<sup>22</sup>。

#### 2. 德文文獻部分

由上開中文文獻中現存之折衷說法即可得知，並非將放火罪認定為抽象危險犯，放火故意就完全不得包含對於其行為對個人法益（如生命、身體、財產等）危險性或危險之認知。就此，德國學說上固然普遍肯認該國刑法第306a條加重放火罪屬於抽象危險犯，但考量到抽象危險犯可罰範圍過度擴張與恣意之疑慮，常見有將放火罪當中行為人「對無危險之認知」視為對犯罪情狀之一種「特別認知」（Sonderkenntnis），或是將其視為與個人能力相關之主觀注意義務違反標準，並藉此排除於具體個案中並未發生危險之放火罪行為人之違法性，以限縮放火罪之可罰性範圍<sup>23</sup>。此外，亦有新近見解固然承認

<sup>21</sup> 類似的判決意旨解讀見黃榮堅，前揭註2，頁227。

<sup>22</sup> 必須注意的是，此一折衷見解對於第173條放火罪之罪質並沒有統一的想法。如曾淑瑜，前揭註13，頁127，即立於具體危險犯之立場介紹此一見解。另如陳子平，前揭註13，頁25-26；黃惠婷，前揭註13，頁241-244，則均立於抽象危險犯之立場提出此說。

<sup>23</sup> 就此見Wolfgang Brehm, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973, S. 132; Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 798; Ulrich Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz: Eine Untersuchung

該條規定為抽象危險犯，但認為如採前述 1. 部分抽象危險犯之見解，則反而在故意對象的設定上忽略了建構規範保護目的與不法的要素。因此，故意對象應包含實現構成要件之情狀與法益侵害（實害或危險），第306a條加重放火罪之放火故意所包含之對象應該包含該罪構成要件之實現行為，以及超出構成要件規範範疇的那一個行為人透過其行為對危險結果發生的支配事實<sup>24</sup>。

#### （四）小 結

上述數種對於第173條放火故意的詮釋可能性之正當性，除了與該條放火罪之罪質理解上有所關連外，毋寧將取決於下列問題之答案：究竟形式上相應於客觀危險構成要件之故意內涵應該為何？其與相應於實害構成要件之故意內涵是否（應）有所區別？而此一類之故意內涵，是否可滿足故意作為危險犯刑罰正當性之主觀要件之要求<sup>25</sup>？如欲回答這些問題，則須進一步深入探討的則是，在我國學說上極少受到關注之「危險故意」（Gefährdungsvorsatz）概念內涵應如何確定？其與「實害故意」（Verletzungsvorsatz）是否及如何有所區隔？等危險故意理論的核心難題。

## 二、「危險故意」之定位與概念內涵之理論爭執

即使是在德國法中，危險故意的定位與內涵至今仍存有高度爭議。如果回顧過去一百年內德國刑法理論與實務對於危險故意的發展，則是呈現出一段介於危險故意、間接故意與有認識過失三者間的糾葛關係。大致上來看，二十世紀前期將危險故意視為有認識過失的見解仍屬於多數見解。隨後在二十世紀中期，則是將危險故意視為間

---

zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986, S. 115 f. 另詳見後述陸、二、(二)、2.、(2)部分。

<sup>24</sup> NK-StGB/Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 27. Ausführlich dazu auch Walter Kargl, Zum Gefährdungsvorsatz der schweren Brandstiftung (§ 306a StGB), in: Frank Saliger u. a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht: FS für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1106, 1109 f.

<sup>25</sup> 類似的問題在黃榮堅，前揭註2，頁227中，已曾經準確地提出過了。

接故意的見解逐漸躍居於優勢地位。最終自二十世紀後期以後，則有越來越多見解試圖將危險故意從間接故意或有認識過失當中分離出來，並賦予其概念之獨立內涵<sup>26</sup>。這一段三者間的糾葛歷史，固然在德國故意理論的發展過程中扮演了極為重要的角色，但單獨針對危險故意概念的釋義學輪廓從事系統性的整體研究成果，則仍然不足。為了釐清危險故意的定位與概念內涵，在此有必要先將現存有關危險故意闡述的重要見解予以系統性地呈現。而有鑑於目前中文文獻在此一議題上較為缺乏，以下的文獻回顧原則上將著重於德文文獻中所提出之重要見解的介紹<sup>27</sup>，並輔以中文文獻中已經提出之看法呈現之。

#### (一)危險故意即為有認識過失說

將危險故意視為等同於有認識過失的見解，可說是最古老的理論主張。最早甚至可以溯源至十八世紀時，為了替過失犯找尋「意志罪責」(Willensschuld)之基礎所提出的「危險理論」(Gefährdungstheorie)<sup>28</sup>，而此一過失犯領域中之危險理論，則於二十世紀時仍持續被Gustav Radbruch、Wolfgang Mittermaier、Eduard Kohlrausch乃至Arthur Kaufmann等學者所接受並持續發展<sup>29</sup>。依此一說之共同內容，所有的罪責均建立於所謂的意志罪責之上，亦即，刑法上之罪責均建立在一個有意識地與禁止規範敵對的意志決定。而為了證立有認識過失同樣具有意志罪責，此說認為，結果要素並非有認識過失犯之構成要件要素，而僅係其可罰性條件，從而有認識過失犯之罪責僅與行為之危險相關，過失犯之主觀要件則係針對行為造成法益危險之知與

<sup>26</sup> 此一過程觀察的完整呈現見Chun-Wei Chen, *Gefährdungsvorsatz im modernen Strafrecht: Zugleich unzeitgemäße Überlegungen über die Wiederbelebung des Gefährdungstrafrechts in der Sicherheitsgesellschaft*, 2016, S. 187 ff.

<sup>27</sup> 完整的德文文獻指引則請另詳見Chen, Fn. 26, S. 187 f., Fn. 996-999.

<sup>28</sup> 代表性人物分別為義大利法學家Gaetano Filangieri與德國法學家Christoph Karl Stübel。就此簡介可見Franz Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit: Eine strafrechtliche Untersuchung*, 1910, S. 22 ff., 58 ff.

<sup>29</sup> 此一歷史淵源及各該主張內容另可見Chen, Fn. 26, S. 189 ff.

欲，但欠缺對於結果發生的認可，其內涵因而與危險故意並無不同<sup>30</sup>。

除了傳統過失犯領域中的危險理論以外，當然仍有其他許多見解考量到過失犯與危險犯兩者的結構相似性，進而主張危險故意即等同於有認識過失。其中較為重要者如Wolfgang Brehm，其將危險犯之違法性與罪責判斷比照過失犯，並將其定性為一種注意義務違反之判斷。Brehm據此主張，危險犯之行為人於行為時必須認知到其行為將導致危險發生，而此一認知則不啻就是對於法益侵害可能性之認知，而此種法益侵害可能性之認知就是有認識過失犯之主觀要件。因此對Brehm來說，所謂的危險故意即與有認識過失並無不同<sup>31</sup>。類似於Brehm之見解，藉由對照出過失犯與危險犯兩者於犯罪結構上的相似性或主觀要件上知或欲的重疊，進而導出危險故意即是有認識過失的見解，於德國學界中尚為數眾多，於此則無法一一詳列<sup>32</sup>。

其他與上述兩種論述方法較為不同，但卻同樣主張危險故意即是有認識過失的見解，且較值得觀察者尚有Bernd Schünemann的故意理論。Schünemann首先主張，故意的認定可以從類型學的故意概念出發，藉由觀察「依據不同強度所塑造的支配認知」（das in verschiedener Intensität ausgeprägte Wissen zum Herrschaft）與「與法益敵對的意念」（die rechtsgüterfeindliche Gesinnung）兩大要素來建構而成；只要依照此兩大要素的強度高低去區分「行為人對於法益侵害的構想」（從意圖乃至極不期望）以及「行為人對於實害風險認知的程度（從極為確定乃至極大的不確定）」，即有可能區隔出故意類型的不同個別型態<sup>33</sup>。在此種藉由不同要素所建構之故意類型化構想

<sup>30</sup> Nur vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976, S. 143 ff., 149, 153 f.

<sup>31</sup> Brehm, Fn. 23, S. 134 f., 137.

<sup>32</sup> 細節可見Chen, Fn. 26, S. 194 ff.

<sup>33</sup> Bernd Schünemann, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), FS für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 372 ff.



下，Schünemann認為透過法益保護的形式與程度來加以區分危險故意與實害故意，不僅理論上是有可能的，對實務來說也是必要的。其因此認為，所謂危險故意無非係上述各該要素整體上以一種較弱的強度（insgesamt schwächere Merkmalsausprägung）加以實現的故意類型，而與實害故意有別，其內容反而是與實害犯之有認識過失同一<sup>34</sup>。

## （二）危險故意即為間接故意說

### 1. 此一見解在德國學界的基本立場

相較將危險故意視為有認識過失的見解來說，主張危險故意即為間接故意的見解出現的時間固然較晚，但自第二次世界大戰後則有蓬勃成長之趨勢。於十九世紀與二十世紀交替之際，Oskar Busch即主張將危險故意視為故意與過失間的中間故意型態，並認為所謂危險故意，係指對於具體危險之認知與意欲，而此定義正是最一般性、最低標準的故意型態。此外，由於Busch認為對於具體危險之知與欲也同時涵蓋了對於法益實害的知與欲，因此對他來說，危險故意實質上與實害故意並無差異<sup>35</sup>。Busch將危險與實害兩者視為邏輯性的前後階段關係此一定性，對於後續的相類見解影響深遠。因為如以August Miřicka之見解為例，由Busch此一定性正好可以接續推論出，特別是在認知要素的層面上，當行為人認識了法益被侵害的危險時，無疑也認識到了法益實害的可能性。從而，所謂對於危險之認知即等同於對於實害可能性之認知，而後者正是故意理論中意欲要素無用論者所主張之實害故意內容<sup>36</sup>。

接續了上述世界大戰前的學說發展，於戰後即開始大量出現將危險故意視為（間接）實害故意更為細緻操作的主張，且都有志一同地

<sup>34</sup> Schünemann, Fn. 33, S. 375.

<sup>35</sup> Oskar Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, 1897, S. 45 ff., 55 f., 58.

<sup>36</sup> 晚於Busch幾年所出現之重要見解見August Miřicka, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 185 ff., 此一見解或許可以視為後續同類見解之原型。

立於意欲要素無用論中之「可能性說」(Möglichkeitstheorie)<sup>37</sup>接續發展其理論內容。就此，戰後可能性說的始祖Horst Schröder首先提出主張，認為危險即是實害發生之可能性，且間接故意之內容即是對於實害可能性之認知，從而對於危險有所認知之危險故意即是對於實害可能性有所認知之間接實害故意<sup>38</sup>。Schröder此一看來與Miřička類似的論證邏輯，其後則由Eckhard Horn及其支持者接續予以闡釋為一特定之三段論證方法：

(1)所謂的危險，無非就是實害的前階段；危險結果與實害結果並無本質上的差異，兩者之關係僅屬於量的層升。因此，危險即意味著實害發生的可能性，對於危險風險之認知無異就是對於實害風險的認知，也就是對於實害發生可能性之認知<sup>39</sup>。

(2)行為人只要單純認識到實害發生的可能性，即滿足了間接實害故意的要求，而不需要考慮意欲要素<sup>40</sup>。

(3)因此結論就是，對於實害發生可能性之認知即等於對於危險之認知，間接實害故意即等於危險故意<sup>41</sup>。

## 2. 保留危險故意與實害故意區隔可能性的見解

### (1) 德文文獻部分

最後，Henning Radtke則是在討論放火故意是否為一危險故意時，統合了上述見解與規範性的危險概念兩者，主張所謂危險故意係

<sup>37</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12, Rn. 41. 中文文獻則僅見林鈺雄，新刑法總則，第6版，2018年9月，頁194-195；許玉秀，前揭註3，頁102以下；黃榮堅，刑法解題——關於故意及過失，載刑法問題與利益思考，1996年12月，頁18。

<sup>38</sup> Horst Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in: FS für Wilhelm Sauer, 1949, S. 226 f., 238 f.

<sup>39</sup> Eckhard Horn, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, S. 197 ff.; Heribert Ostendorf, Grundzüge des konkreten Gefährungsdelikts, JuS 1982, S. 426 ff.; SK-Wolters, Vor § 306 Rn. 14; Ulrich Stein, Vorsatz bei Gefährlichkeits-, Gefährungs- und Verletzungsdelikten, in: Mark A. Zöllner, u. a. (Hrsg.), FS für Jürgen Wolter, 2013, S. 530 ff.

<sup>40</sup> Horn, Fn. 39, S. 205 f.

<sup>41</sup> Horn, Fn. 39, S. 201 f.; Ostendorf, Fn. 39, S. 431; SK-Wolters, Vor § 306 Rn. 14.

指行為人認識並設想到具體危險結果發生的客觀危險判斷，且其認為，此一危險之故意定義根本上與建立在對具體法益危險發生的間接實害故意相同<sup>42</sup>。然而Radtke與上述見解不同之處在於，則是其認為此種危險故意與實害故意的同一性有其例外。依其之見此種例外存在於，當行為人極為不理性地（irrational），或者在規範上無理地信賴（normativ unberechtigt vertrauen）實害結果將不會發生的話，行為人將只會具備危險故意，而不會有實害故意。從而Radtke補充道，危險故意通常會與實害故意同時發生，但沒必要一定同時發生<sup>43</sup>。類似的觀點也同樣出現在Günther Jakobs對傷害故意與殺人故意的詮釋中。其認為，當行為人行為時具備了身體傷害故意時，原則上也具備了殺人故意；只有例外在行為人對於客觀危險判斷沒有加以理解時，其危險故意才不會同時伴隨著實害故意<sup>44</sup>。從此一例外情形的主張出現似可看出，否定危險故意獨立性的意見也已經開始有所動搖。

#### (2) 黃榮堅教授之見解

上述德國學界對於危險故意與實害故意同一的見解，在目前探討危險故意的中文文獻中受到黃榮堅教授之支持，並有最精細之論理說明，因此有必要進一步觀察。黃榮堅教授首先從故意基本概念的探討出發，認為行為人如對其行為欠缺可能製造利益侵害的認知者，根本欠缺非難的基礎。因此其在故意概念的詮釋，認為只有行為人認知其行為已經逾越了法所不許的風險而製造利益侵害時，才能稱為故意，而未支持行為犯那種不包含利益侵害的認知得作為主觀不法的非難基礎。其並據此進一步指出：「雖然條文僅以一定建築物的放火行為為不法構成要件，但是如果行為人主觀上排除利益侵害可能性，則

<sup>42</sup> Henning Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den gemeingefährlichen Delikten, 1998, S. 307, 331.

<sup>43</sup> Radtke, Fn. 42, S. 331.

<sup>44</sup> Günther Jakobs, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967, S. 121 f.; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1993, 6/79, 8/23.

應屬欠缺犯罪故意而不構成放火罪」<sup>45</sup>。然而，黃榮堅教授嗣後卻又在危險故意概念釐清項下認為，在放火罪作為公共危險罪的脈絡下，行為人在對自己來說陌生的公共領域中，對於風險的自我判斷空間應該被限縮，從而行為人僅止於「聽聞（一般社會教育宣導）之危險判斷就已經是構成故意的基礎」。準此，只要行為人認知到其行為燒燬者為現供人使用之建築物，無須進一步確認其是否認知到致人死傷的可能性，就已有危險故意<sup>46</sup>。誠然，黃榮堅教授固然並未排除以特定具體事證（如行為人本身即為該風險控制的專家）來排除危險故意存在之可能性，且亦承認故意危險行為致人於死的加重結果行為與故意殺人行為間的主觀面差異，但其在結論上仍然認為，危險故意概念上等同於實害故意，即使沒有危險故意此一名詞，危險犯的適用與解釋也不會有太大問題<sup>47</sup>。

從上述黃榮堅教授之見解觀察可知，其同樣贊成危險故意就是實害故意的立場。然而從黃教授文中其實可以察覺到某些端倪，或許是為了為危險犯此一法定犯罪類型保留些許獨立性，其見解最終與前述Radtke與Jakobs的見解一樣都為危險故意與實害故意之區隔保留了部分的可能性。就此，黃教授在釐清危險犯之加重結果犯與實害犯間之差異時，將其差異核心置於主觀要件上的區隔，換言之，故意危險行為致死罪是行為人按照自己的判斷不至於產生死亡結果，反之，故意殺人罪則是按照自己的判斷其行為將導致死亡結果<sup>48</sup>。對黃教授來說，此一行為人就其行為對於死亡結果間因果關連的判斷，在危險故意與實害故意的區隔上具有決定性的作用。只是黃教授並未說明，在此所謂的行為人「判斷」對於故意的內涵來說，其所涉及的到底是「知」或「欲」的要素。

45 黃榮堅，前揭註2，頁229-230、233。

46 黃榮堅，前揭註2，頁229、233-234。

47 黃榮堅，前揭註2，頁234-236、239。

48 黃榮堅，前揭註2，頁234-235。

### (三)徐偉群教授之綜合說：危險故意部分為有認識過失、部分為間接故意

在針對危險故意加以深入探討的中文文獻裡，徐偉群教授在討論遺棄罪之脈絡中所提出的危險故意理解，在結論上呈現出與前述德國文獻不同路線的詮釋方式，因而亦有必要特別予以獨立介紹。

徐偉群教授首先在其論文<sup>49</sup>中，從探討遺棄罪作為故意危險犯之罪質，進一步導出遺棄罪與殺人罪未遂之區別不在客觀不法，而是在主觀不法的故意差異上。其並指出，形式上的差別則是遺棄故意為危險故意、殺人故意為實害故意，因此如果要區分兩者的差異，必須先釐清何謂危險故意，以及該兩者是否可能區分<sup>50</sup>。就此，徐偉群教授先由危險與實害的區隔出發，指出通說區分危險結果與實害結果的謬誤，並澄清所謂的危險或危險結果本質上並非一種事實，而只是言說者對事實加以詮釋後，賦予事實之某種意義；換言之，其認為危險只是一種「觀念陳述」。從而，危險無論如何就是一種對於實害發生可能性之評估，而危險故意之內容為何，也只能立於此一基礎而為理解<sup>51</sup>。

次則在探討危險故意之內涵前，徐教授先行透過放火罪、失火罪與持有爆裂物罪之不同立法考量，質疑一個不顧各種犯罪類型背後之立法處罰基礎、去脈絡化的危險故意概念是否可能存在。其並認為，目前提出的危險故意理論基礎都僅止於針對不同犯罪類型的語意上轉換，譬如在交通犯罪中危險故意就比較接近有認識過失，反之，在放火罪中則將危險故意視為實害故意也不會有太大問題<sup>52</sup>。徐偉群教授因此認為：「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

<sup>49</sup> 徐偉群，前揭註1，頁119以下。

<sup>50</sup> 徐偉群，前揭註1，頁151-152。

<sup>51</sup> 徐偉群，前揭註1，頁153-155。

<sup>52</sup> 徐偉群，前揭註1，頁155-156、163-164。

該解釋為以有認識過失為要件」。其並據此將危險故意進一步區分為「形式危險故意」與「實質危險故意」，前者指稱有認識過失，後者則指稱實害故意，並認為此一區分正好與英美法之故意概念相同，而同時具備其英美法上的比較法基礎<sup>53</sup>。

最終，徐偉群教授也將遺棄故意轉化為有認識過失，並主張所謂遺棄故意無非就是「一種形式的危險故意，指的是對於自己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。……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」<sup>54</sup>。

#### （四）危險故意概念獨立說

##### 1. 德國學界的發展

儘管贊成危險故意屬於一獨立故意概念的主張直到近數十年來才明顯蓬勃發展，但綜觀理論史時則仍可發現，此類主張其實也頗有其歷史淵源。早在一八九五年，即有瑞士刑法學者Carl Stooß將危險故意視為故意與過失之間的第三種罪責型態，並認為現實上確實有可能發生行為人雖然已實行行為，但卻不希望該行為之損害結果發生此種情狀<sup>55</sup>。而在第二次世界大戰前，也分別已有Karl Binding與Reinhard Frank兩位刑法巨擘為危險故意獨立性的理論打下堅實的基礎。其中，Binding首先將規範型態區分為「實害禁止規範」、「危險禁止規範」以及「單純的禁止規範」三大類，並認為實害故意與危險故意兩者得藉由所屬之不同禁止規範違反型態以及其認知對象上（危險與實害）<sup>56</sup>的不同，而獲得原則性的區分。從而，所謂實害故意之內容應

<sup>53</sup> 徐偉群，前揭註1，頁165-166。

<sup>54</sup> 徐偉群，前揭註1，頁171。

<sup>55</sup> Carl Stooß, Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW 15 (1895), S. 200.

<sup>56</sup> Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 4, Neudruck der 2. Aufl., 1965, S. 401 f.

係指，行為人在違反實害禁止規範之情形下，對於實害的開始到結束的認知與意志；至於危險故意則是指，行為人在違反危險禁止規範之情形下，對於危險的認知與意志，更進一步而言，Binding對所謂的危險故意，要求的是行為人就其行為使某一特定法益產生具體危害的意志<sup>57</sup>。Binding將「危險禁止規範」與「實害禁止規範」、「危險」與「實害」、「危險故意」與「實害故意」分別加以區隔，並認為唯有如此始能符合罪責原則之要求此一基本立場<sup>58</sup>，可說是為危險故意獨立說立下一重要之理論基礎。至於Frank則從故意所對應之法定構成要件形式區隔出發，認為具體危險犯之故意內容不應與實害犯之故意內容相同。從而相較於實害故意來說，所謂危險故意則會以「行為人預期到實害結果發生之可能，但內心中卻否定其發生」此種矛盾的心理狀態加以呈現<sup>59</sup>。然而，因為Frank將「危險」視為「實害」的必要前階段，因此對他來說，行為人一旦具備實害故意，也必然具有危險故意，但反之則不必然<sup>60</sup>。實害故意與危險故意兩者對於Frank來說，並非處於一種完全各自分離的關係，但其所主張故意應依照對應之法定構成要件形式之不同而有所區隔一點，則仍然對後續的危險故意獨立說影響深遠。

從上述戰前的見解觀之，可以隱約看出危險故意獨立說的兩大主軸：其一，危險與實害兩者至少在規範上是可以加以區隔的；其二則為，故意的對象應對應於法定客觀構成要件，故意的種類因此就會依實害構成要件與危險構成要件兩者而必須進一步細分。戰後擁護危險

<sup>57</sup> 就此而言，Binding否認有所謂的「一般性危險故意」（genereller Gefährdungsvorsatz）之存在，因為此種一般性危險故意僅認知到行為的一般危險性，並不具備對於特定法益的具體危害意志。Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 2, Hälfte 2, Neudruck der 2. Aufl., 1965, S. 873, 878 ff.

<sup>58</sup> Binding, Fn. 56, S. 402.

<sup>59</sup> Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Nebst dem Einführungsgesetz*, 18. Aufl., 1931, S. 184.

<sup>60</sup> Frank, Fn. 59, S. 185.

故意獨立性的諸多見解中，則是大致上承接了上述兩大主軸，只是在加入了德國一九七〇年代以後逐漸盛行的「規範性危險概念」的想法之後，衍生出更為細緻的論述。其中較為典型的論述，首先可見諸於Wolfgang Frisch的危險故意概念。Frisch的故意概念基本上立於意欲要素無用論的基礎之上，並且強調故意所對應的對象應該是構成要件該當行為本身所呈現出來的特殊風險，從而所謂故意，係指對於構成要件該當行為所彰顯出來的那一層不可容許風險之認知<sup>61</sup>。在此種故意即為構成要件該當行為的風險認知之定義下，Frisch進而認為，既然作為故意對象的構成要件該當行為在客觀上有危險犯與實害犯的不同，則其各自對應的主觀故意亦應須有所區別。危險故意的對象因此被Frisch定位在與具體危險結果相關的構成要件該當行為上，其並結合了規範性危險概念的基礎，將危險故意定義為：「行為人就他自己的觀點出發來看，其行為已經引致了具體危險犯當中的那個特殊風險，而此一不可容許的風險將導致具體危險發生」<sup>62</sup>。

至於立於意欲要素必要論之上，且繼承上述兩大主軸的見解，則是占了戰後區分危險故意概念獨立說中的極大比例。這些文獻中不約而同地強調，既然在規範性危險概念底下，危險結果與實害結果已經由立法者視為兩個獨立的規範客體，則從作為主觀故意對象的此一客觀構成要件差異應即可導出危險故意與實害故意的區隔必要性<sup>63</sup>。依此之見，危險故意在認知與意欲層面上都可以與實害故意區分：在認

<sup>61</sup> Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, S. 74 ff., 94 ff., 101. 中文文獻的介紹則可見許玉秀，前揭註3，頁69-70、105。

<sup>62</sup> Frisch, Fn. 61, S. 292, 295 f. 就此Puppe提出了類似的見解，主張危險故意之認知對象為「非實害方法運用下產生的具體危險情狀」，見NK-StGB/Puppe, § 15 Rn. 86.

<sup>63</sup> Georg Küpper, *Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, ZStW 100 (1988), S. 769; Ulrich Schroth, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, 1994, S. 142; Frank Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 123 f.



知層面上，危險認知並非僅止於針對一般危險性之風險認知，而係指行為人認識到其行為將極為可能（*naheliegende Möglichkeit*）或具有高度概然性（*Wahrscheinlichkeit*）導致法益的損害結果發生<sup>64</sup>；而在意欲層面上，則是有鑑於規範性危險概念中實害發生的「偶然」（*Zufall*）要素，危險意欲因而指的是，行為人固然認識到其行為引發了一個具體危險的狀態，但行為人仍始終相信後續的實害結果並不會因其行為而發生<sup>65</sup>，亦即，行為人此時僅具備一個「只期望危險發生的意欲」（*Nur-Gefährdung-Wollen*）<sup>66</sup>。此外，德國近來之實務見解也大致上依循著危險犯與實害犯法定構成要件上的不同，進一步直覺式地將在實害故意所開發的故意公式套用至危險故意的詮釋上。從而認為，如行為人認識到法益損害極有可能發生之情狀，且至少對於危險情狀之發生予以容忍，即有危險故意<sup>67</sup>。

## 2. 中文文獻的發展

許玉秀教授在其闡述間接故意概念的論文中，批判了以Schröder為主的危險故意即為間接故意說。其首先確認了危險故意與實害故意的區隔，是為了刑法以法益侵害程度為標準所區分的危險犯與實害犯類型而來，因此無論在直接故意或間接故意都可以區分出危險故意與實害故意<sup>68</sup>。次則其批評道，如果行為人認識了結果發生可能性就是間接故意，又是危險故意，則實害真的發生時，是否只能適用加重結果犯？抑或是只能擬制成實害故意？因此，許玉秀教授最終認為，間接故意確實可以包含直接的危險故意，但不能反面推論稱直接的危險故意為間接故意<sup>69</sup>。

<sup>64</sup> Z. B. Küpper, Fn. 63, S. 773 f.; Schroth, Fn. 63, S. 142.

<sup>65</sup> Küpper, Fn. 63, S. 774; Zieschang, Fn. 63, S. 123 f.

<sup>66</sup> Schroth, Fn. 63, S. 142 f.

<sup>67</sup> BGHSt 22, 67, 73 f. = BGH, NJW 1968, 1244, 1245; BGH, NJW 1953, 1070; OLG Celle, NJW 1954, 612, 612 f.

<sup>68</sup> 許玉秀，前揭註3，頁153。

<sup>69</sup> 許玉秀，前揭註3，頁154。

此外，許澤天教授同樣在其研究遺棄罪的論文中，處理了遺棄罪的危險故意概念難題：「是否可說遺棄者在特定情形或條件下只是心存遺棄故意，而未必同時兼有殺人故意呢？」<sup>70</sup>就此許澤天教授首先基於刑法第13條故意包含知與欲兩大要素之立場出發，指出只要承認客觀危險概念的情形下，就有可能對故意概念進行危險故意與實害故意此一細緻的區分。從而所謂危險故意，係指行為人存在對於危險的知與欲，但卻欠缺發生實害結果的欲<sup>71</sup>。由此可知，許澤天教授固然承認危險故意的獨立性，但其認為間接實害故意與危險故意的「知」的要素相同，都僅要求行為人須認識發生實害的可能性；兩者的關鍵性差異，是落在「欲」的要素上，其認為，危險故意的行為人固然知有危險存在，但在意欲層面上則是藉其行為「有意發生一個必須寄託偶然事實始能排除實害之危險情狀」<sup>72</sup>。據此一見解，許澤天教授拒斥了建立在意欲要素無用論之基礎上的危險故意即實害故意說，其批評道，此一說法應係從其對於「危險」的理解來自於自然科學的危險概念有關。何況，刑法第13條之規定並不允許在故意的認定上摒棄「意欲」要素，且如採取危險故意即實害故意說，也將使遺棄罪被殺人未遂罪所取代，遺棄罪將喪失獨立的規範功能<sup>73</sup>。最終，許澤天教授強調，危險故意與實害故意的實體法差異亦將影響故意在程序法上的證明問題。其認為，當行為人被證明確實具備危險故意時，則會產生有實害故意的重大嫌疑。然而，當行為人具備危險故意或實害故意的事實不明時，法院則應援引罪疑唯輕原則，判定行為人僅具危險故意，而僅得成立危險犯或危險犯之加重結果犯<sup>74</sup>。

<sup>70</sup> 許澤天，前揭註1，頁34。

<sup>71</sup> 許澤天，前揭註1，頁34。

<sup>72</sup> 許澤天，前揭註1，頁34-35。

<sup>73</sup> 許澤天，前揭註1，頁35-36。

<sup>74</sup> 許澤天，前揭註1，頁36-37。

### 三、小 結

由上述之理論介紹可知，即使吾人承認放火罪本質上就是一種危險故意，但對於何謂危險故意？其概念內涵為何？其與其他刑法上之主觀歸責要件，如（間接）實害故意、有認識過失等，是否可以區分？若是，應如何區分？等疑問，單憑上開理論極端歧異之內容似乎尚無法完全得到一個一致性之答案，也無怪乎德國學者Henning Radtke指出，危險故意之概念研究因為同時涉及了故意與危險犯兩個持續觀念轉變的領域，因而在理論上仍然是一個不常被研究、也最難加以研究、仍具有高度爭議性的議題<sup>75</sup>。以下本文將嘗試重新釐清，究竟危險故意是否只是一個由立法者負責將完全不同內容物（間接故意與有認識過失）裝進去，以提供給裁判者視個案從中拿出所需的外盒<sup>76</sup>，抑或其已是一個無論如何必須承認其獨立性，並賦予其獨立內涵的故意類型。最終，才能藉由危險故意的具體內涵來確認放火故意的內涵。

### 肆、危險故意概念獨立性之辯證

究竟危險故意解釋上是否「可以」與實害故意甚至有認識過失加以區隔，以及此三者是否「應該」加以區隔，並不能僅考慮釋義學層面的問題，而必須進一步考慮實定法的法定構成要件類型與故意刑罰的理性（Ratio der Vorsatzstrafe）何在等問題，始能加以釐清。

#### 一、法定構成要件類型的形式區隔

面對上述難題首先不得不考慮的是，依當前刑事立法政策上危險犯類型被大量運用的趨勢，立法者已經依據法益侵害的強度，將「危險」與「實害」視為不同的規範對象<sup>77</sup>，並且為兩種不同規範對象的

<sup>75</sup> Radtke, Fn. 42, S. 305.

<sup>76</sup> 就此引用者為徐偉群，前揭註1，頁164對危險故意之比喻。

<sup>77</sup> LK-Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 129; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf,

侵害形式各自賦予了「故意」與「過失」的型態；換言之，目前現行刑法中的犯罪構成要件，得以依據「法益侵害強度（危險或實害）」以及「主觀要素（故意或過失）」為要素，區分成「故意實害犯」、「故意危險犯」、「過失實害犯」和「過失危險犯」四大類型（詳見下表一）。如果把作為故意危險犯主觀要件的「危險故意」視同為「間接實害故意」或「有認識過失」的話，無疑將混淆了四大類型構成要件的法定界限<sup>78</sup>，更將進一步引發違反罪刑法定原則與刑法第12條區分故意過失兩種不同主觀歸責標準立法意旨之危機。換言之，將危險故意視為有認識過失或間接故意的見解，單從現行法之規定與釋義學的角度來看，就已不具正當性，以下詳述之。

表一 危險犯與實害犯類型的平行結構

	實害犯	危險犯
故意	故意實害犯 (A)	故意危險犯 (B)
過失	過失實害犯 (C)	過失危險犯 (D)

製表：作者自製

### (一)危險故意並非實害犯的有認識過失

如果吾人承認危險故意就是有認識過失的話，將導致現存的故意危險犯規定之主觀要件竟得以「有認識過失」的要素加以詮釋，使原本立法者預設主觀上應具備較高法益侵害認知與意欲的故意危險犯，將可因此轉化為主觀強度較弱的過失犯，如此一來無異於變相規避了立法者在刑法第12條所訂下的故意處罰為原則、過失處罰為例外的立法意旨<sup>79</sup>。何況在現行規定中，即令是危險犯亦有獨立的過失類型

BT, § 35 Rn. 100.

<sup>78</sup> LK-Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 291; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 100. 中文文獻中類似的見解見許玉秀，前揭註3，頁153-154。

<sup>79</sup> 故意處罰為原則的規定另可見德國刑法第15條規定。就此，NK-StGB/Puppe, § 15 Rn. 11甚至認為，此一原則也排除了將故意犯的處罰規定以解釋的方式適用到原本屬於過失犯領域的行為上。

（見表一D部分，如刑法第173條第3項之失火罪以及散見於各附屬刑法中的過失危險犯規定，如食品安全衛生管理法第49條第4項規定），如認可危險故意即等於有認識過失，則表一D部分之「過失危險犯」規定不啻成了「『有認識過失』的過失犯」此種過失的雙主觀構成要件，如此怪誕的釋義學結構應如何在法律的實際適用過程中被應用？似難得出一妥適的解答<sup>80</sup>。

至於危險故意是否可能等同於「過失實害犯」（見表一C部分）中的有認識過失要素，則從兩者對「實害結果」的認知關連性部分即可排除：危險故意正好欠缺了對於實害結果的知與欲，而有認識過失實害犯中的主觀要件仍然必須具備對實害結果的認知與不欲。換言之，從釋義學的結構觀察來說，因為過失實害犯中的主觀過失要素始終必須與屬於法定構成要件的實害結果有所關連，而危險故意本質上就預設欠缺了對最終法益實害結果的知與欲，結構上無論如何難以與「過失實害犯」的主觀過失要素等同<sup>81</sup>。因此，如果要主張危險故意等同於實害犯的有認識過失，譬如前述傳統過失犯領域中的危險理論，勢必要將實害犯有認識過失中對於「實害結果」部分的關連性重新詮釋為非屬構成要件的一環，始有可能。然而，此一論點正也是此說的致命缺陷，因為結果要素不僅形式上自始自終都被立法者設計為構成要件，並且實質上也是刑事不法品質的關鍵要素<sup>82</sup>，而非僅是一個行為人主觀上無須認知的客觀可罰性條件。

### （二）危險故意並非間接實害故意

主張危險故意就是間接實害故意的立場，也同樣忽視了立法者在法定構成要件類型上區分危險犯與實害犯的意旨。此一論點立法論上最大的疑慮在於，如果將危險故意視為實害故意，則保護同一法益的實害犯未遂將與危險犯難以區分，更將因此常與實害犯未遂規定競合

<sup>80</sup> LK-Schroeder, 11. Aufl., § 16 Rn. 120.

<sup>81</sup> Schroth, Fn. 63, S. 144.

<sup>82</sup> 詳見下述肆、二、（三）部分之說明。

後而被排斥適用，使危險犯規定不僅顯得多餘，更可能僅剩下想像競合後論罪上的「釐清功能」（Klarstellungsfunktion）<sup>83</sup>，因此架空了危險犯此一犯罪類型的刑事政策功能<sup>84</sup>。前述為實害故意與危險故意之區隔保留某種可能性的學說，其實就是為了避免危險犯規範功能完全被架空所得之產物，但此種見解其實本質上也就是承認了危險故意的獨立性。何況，立法者既然在犯罪類型層面上，按照法益侵害強度劃分了「危險犯」與「實害犯」兩種不同的客觀構成要件，而按照目前通行的說法，主觀故意的知與欲又必須對應於客觀構成要件的話<sup>85</sup>，作為危險犯主觀要件的危險故意自然必須與作為實害犯主觀要件的實害故意有所不同，而分別以危險構成要件與實害構成要件作為故意對應的對象<sup>86</sup>（見表一A、B部分的區隔）。因此，從立法論的觀點來說，將危險故意視為實害故意的說法即存在違反罪刑法定原則的高度疑慮。

此外，危險故意就是間接實害故意的主張不僅有立法論上的疑慮，更有釋義學上的矛盾之處。亦即，接續上述立法論上的觀察，解釋上危險故意與實害故意依據其故意對象各自為危險與實害，也應分別在知與欲的要素上具備不同的內涵：

1. 首先就「知」的層面來說，既然立法上已經將「危險」與「實害」視為不同的規範對象，危險結果已非完全從屬於實害結果的前階段過程而已，則行為人僅止於認識或預見到危險結果的發生，在解釋

<sup>83</sup> 贊同危險故意等同於實害故意，並因此認為遺棄罪僅屬於純粹的釐清規定者，可見Carsten Christoph Laue, *Die Aussetzung: Eine Klarstellungsvorschrift*, 2002, S. 45 ff., 68. 此外關於想像競合的釐清功能，僅參考林鈺雄，前揭註37，頁612。

<sup>84</sup> 此一疑慮可見Struensee, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998*, 1998, S. 41; LK-Jähnke, 11. Aufl., § 221 Rn. 36. 另許澤天，前揭註1，頁36。

<sup>85</sup> 對應原理見蔡聖偉，刑法上的對應原則，月旦法學雜誌，第227期，2014年4月，頁22以下；林鈺雄，前揭註37，頁199。

<sup>86</sup> Küpper, Fn. 63, S. 772. 另蔡聖偉，同前註，頁27，同樣指出，法定構成要件是立法者最直接的指示，也是證立故意歸責基礎的最強論據。

上本來就難以與行為人已經認識或預見到實害結果之實現相提並論。既然危險故意中「知」的要素本來就不涉及到對於「法益真正受到最終損害」的認識或預見，則其自然不可能與實害故意的認知要素等同<sup>87</sup>。換言之，至少就「實害結果」部分之認知要求來看，危險故意已經不能等同於實害故意，因為結果要素正屬於結果犯本身不法內涵與刑罰加重理由的重要基礎，不同形式結果犯的主觀故意自應同時得以呈現出此種不同結果要素之間的差異<sup>88</sup>。就此而言，上述危險故意即為間接故意的說法在解釋學上也已顯得難以立足，因為該類見解一則忽視於立法現狀，堅持認為危險仍然屬於實害的前階段過程，危險認知難以與實害認知區分；二則為了凸顯危險犯的一般預防功能，過度強了解釋上行為規範（Verhaltensnormen）的重要性，卻同時忽略了結果要素分別對於危險犯與實害犯兩者不法與罪責上的重要區隔功能<sup>89</sup>。

2. 至於就「欲」的層面來看，危險故意與實害故意的區隔更是顯而易見。無論就知的層面來說危險認知與實害認知究竟能否區隔，至少在德國學界仍有多數見解認為，即使行為人對於實害結果的發生已經有所認識或預見，但其主觀上若不期望實害結果的發生，或者相信其不發生者，此時行為人便不具備實害的意欲，而至多具備危險意欲<sup>90</sup>。甚至有學者認為，如果吾人要將危險故意描述為，行為人在內心中一方面認知到危險結果的發生，他方面卻不認同實害發生的可能性，則此種危險故意將唯獨僅能透過具有情緒性色彩的「意欲」要素

<sup>87</sup> 同此見解見Ulrich Schroth, BGH, NJW 2002, 2043 mit Bemerkung, JR 6/2003, S. 252.

<sup>88</sup> Küpper, Fn. 63, S. 778 f.

<sup>89</sup> 詳見下述肆、二、(三)之說明。

<sup>90</sup> Küpper, Fn. 63, S. 781; LK-Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 129; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 103; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, § 50 Rn. 29; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 15 Rn. 7; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, § 15 Rn. 98a; Fischer, StGB § 15 Rn. 10; Lackner/Kühl, StGB, § 15 Rn. 28.

之不同來加以標示出來<sup>91</sup>。藉此可以察覺，意欲要素不僅在間接故意與有認識過失的區隔上扮演重要角色，在危險故意與實害故意的區分上也占有其重要性地位而不容忽視。上述將危險故意即為間接實害故意說最大的疑慮，正好在於其在故意的一般性定義上，採取了意欲要素無用論的立場，進而將意欲要素的規範功能加以忽略，如此始有可能導出危險故意與實害故意兩者同一的結論。

### (三)針對綜合說的回應

針對前述徐偉群教授所提出之綜合說，其中固然大部分著重於危險故意即等同於有認識過失之探討，但考量其見解仍另外認為實質危險故意等同於實害故意，故仍有單獨加以評論回應之必要。首先，徐教授提出之見解既然是一種綜合說，認為危險故意時為有認識過失、時為實害故意，則其見解基本上就會承繼了各該兩說之缺點。詳言之，在其認為危險故意為有認識過失時，故意危險犯則轉化解釋為有認識過失犯<sup>92</sup>，但並未同時解決已經存在於刑法典當中的過失危險犯要如何解釋之疑慮，並且也未解決傳統過失犯主觀歸責要素與結果要素的認知關連性在危險故意解釋上應如何處理。次則在其認為危險故意為實害故意的同時，則同樣忽視了危險犯與實害犯兩者在立法層次上設定的構成要件差異<sup>93</sup>，以及各該客觀構成要件要素作為故意之知與欲對象的差別所在。

除此之外，徐偉群教授之見解大致上得以精簡為下述幾點：1. 危險非事實，而僅係實害之可能性；2. 危險犯各有不同立法目的，不能以同一故意概念一體適用，因此危險故意應區分為本質上為有認識過

<sup>91</sup> Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. 1, 1. Aufl., 2002, § 16 Rn. 43. 當然，Puppe本人並不認同此種以情緒性意欲要素作為區隔標準的作法，附此敘明。

<sup>92</sup> 將遺棄罪轉化解釋為有認識過失犯正是徐偉群教授的結論，見徐偉群，前揭註1，頁175、185。

<sup>93</sup> 換言之，此一見解為了顧及不同危險構成要件間的立法目的的差異，卻忽略了危險犯與實害犯間更大的構成要件結構上與處罰目的上的差異。



失的形式危險故意與本質上為實害故意的實質危險故意；3.（形式）危險故意就是行為人只認知自己的行為是一種常識上的風險行為。就此本文除後述「伍」部分危險故意內涵的說明外，先予以簡要回應如下：

(1)傳統見解固然多認為危險只是一種實害發生之可能性，然而此一傳統見解目前恐已不具支配性地位。依目前逐漸增加中之多數見解均指出，危險已是一種呈現特定社會性現實（soziale Realität）的特殊事實結果（spezifischer Taterfolg）而具有獨特性<sup>94</sup>。此種將危險視為獨立事實結果的見解，在現代風險社會當中特別具有其社會意義，因為在現代風險社會當中，人類對於自身存在的安危已不再直到實際損害發生才關心，而會在某種特定危害情狀出現時（甚至更早！）就期望刑法介入，而這正是危險犯近半世紀以來逐漸增加的原因之一，也是為何危險故意獨立說在二十世紀後期以後逐漸備受重視的背景。

(2)立法政策上不可否認的是，某些危險犯類型與過失犯有親屬上的淵源，然而不能以某些危險犯係立法者考量過失犯的效果不彰，因此改採行以故意危險犯的形式加以規範，就支持危險故意必須轉化解釋為有認識過失之見解，否則不啻違反了立法者採行危險犯立法形式的意旨<sup>95</sup>，也間接地違反了罪刑法定原則之要求。何況，徐偉群教授並未在其著作中提到，究竟應以何種具體明確的標準區別形式與實質危險故意。其僅個案式地提到，交通犯罪與遺棄罪宜採行形式危險故意之認定方式，而放火罪部分為了與失火罪相區隔<sup>96</sup>，則必須採行實

<sup>94</sup> 詳見下述伍、一、(三)部分之說明。

<sup>95</sup> 認為此一轉化並未注意遺棄故意的特殊非價內涵，見許澤天，前揭註1，頁35，註釋119。

<sup>96</sup> 就立法目的部分，徐偉群教授認為在放火罪立法者所欲處理者為「點火時知道接下來可能出人命的行為」，而失火罪立法者所欲處理者為「點火時沒想到接下來會出人命的情形」，見徐偉群，前揭註1，頁156、164。然而，徐教授此一立法目的之釋明恐仍有待商榷，因為放火罪與失火罪的主觀差異應該是與該二罪設定之構成要件實現行為相關，從而放火行為係指故意引燃火勢之行為，而失火行為則是因過失而引燃火勢之行為（就此見陳子平，前揭註

質危險故意之認定方式，然而至少交通犯罪與放火罪依我國法均係在保護同一個公共安全法益，則其區別適用之標準與其所指的不同立法目的究竟為何？從其論著中尚難以辨識。

(3)徐教授所提形式危險故意之見解，指的就是行為人只認知自己的行為是一種常識上的風險行為。從此一見解之內容觀之，必須首先建立在放棄了「欲」的要素，而只承認「知」的要素得以作為故意的要素。固然此一見解有其理論史的長久淵源，但仍然違背了我國刑法第13條對於故意概念採行容任說的明文規定<sup>97</sup>。並且也因為對故意要素僅要求「知」的要素，無異於使故意犯更易於成立、擴大了故意犯適用的範疇，此一結論顯然對行為人不利，同樣有違背刑法第1條罪刑法定原則之疑慮。次則從實質內容觀之，固然徐教授將形式危險故意轉化為有認識過失看待，但該一概念形式上既然仍是故意，就必須滿足故意的最低要求。而所謂的對一般風險行為的認知，就誠如徐教授自己所言，確實只能滿足過失中「知」的要求，而根本無法滿足於故意中「知」的要求，因為在故意當中對於「知」的要求，建立在行為人至少必須知其構成要件實現之行為將在個案中確實引發一個法益危險或實害<sup>98</sup>。徐偉群教授為了求其形式危險故意即為有認識過失的說法邏輯之合理性，反而將立法者原先針對危險犯設定的故意門檻大幅降低，從結果來看反而是不理性的。而為了進一步詳細指明何以此一理由並非理性，則需進一步敘明，故意處罰的理性究竟何在此一問題。

---

13，頁12、38），放火行為與失火行為在立法設定上並非即等同於故意殺人未遂或過失致人於死未遂階段之行為。此一放火與殺人間構成要件的差異，至少在行為人放火燒燬現供人使用之住宅，但極為確定該住宅內並無人在內之情形會具有其實益。至於該二罪在其所主要保護之「公共安全」法益以外，是否另外保護個人生命、身體或財產法益，則為不同層次之問題，就此詳見下述陸、一、(二)部分之說明。

<sup>97</sup> 同此批評見許澤天，前揭註1，頁36。

<sup>98</sup> 詳見下述伍、二、(二)、1.部分之說明。

## 二、故意刑罰的理性何在？

如前所述，危險故意與有認識過失或實害故意應予區別的理由，其實從法定構成要件類型的形式區隔就已經足以證明。然而，故意概念的種類、形式及其具體內涵固然必須盡可能地予以清楚明確標示出來，涉及到了主觀歸責的責任標準如何劃定以及各種不同責任區塊（譬如上述表一所示）的界分問題<sup>99</sup>。而此些問題如何解決，趨勢上越來越多學者認為難以僅倚賴形式上的故意對象做最終確認，而必須進一步探討故意刑罰的理性（ratio der Vorsatzstrafe）何在，始能徹底回答。換言之，欲確認特定故意形式的具體內涵，必須進一步思考，相較於過失犯罪而言，為何刑法要對故意犯罪施加以更嚴厲的刑罰，以及一個行為在何種範圍內無論如何應認定為一故意行為<sup>100</sup>。在這一類的思考當中，往往首先面臨到罪責原則這一個古老的故意理性要求是否仍有其拘束力、該原則與現代刑法保護法益的首要任務兩者間的緊張關係，以及各種刑罰目的理論何者在故意概念解釋上占據優勢地位之拉鋸<sup>101</sup>。

從文獻上可以很明顯看的出來，特別是將危險故意視為實害故意的見解，其論證基礎往往傾向於著重在「行為非價」為出發點，並且試圖抹去刑法上「結果非價」的重要性，以將結果要素排除於故意認識對象之範圍外。甚且該見解也期望透過解釋結果，得以求取一個刑事政策上較有效益的法益保護效果，因此其也憂慮如果在故意的解釋

<sup>99</sup> Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 3. Aufl., 2017, § § 15, 16 Rn. 3.

<sup>100</sup> Detlef Krauss, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: Wolfgang Frisch/Werner Schmid (Hrsg.), FS für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 23 ff.; Frisch, Fn. 61, S. 32 ff.; Michael Baurmann, Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987, S. 278 ff.; Ulrich Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 117 ff.; Winfried Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, in: Gerhard Dornseifer (Hrsg.), GS für Armin Kaufmann, 1989, S. 294 ff.; Stein, Fn. 39, S. 525 ff. 中文文獻則可見許玉秀，前揭註3，頁142-145；黃榮堅，前揭註37，頁23以下。

<sup>101</sup> Stein, Fn. 39, S. 525.

上貫徹上述法定構成要件類型的形式區隔，可能會阻礙了法益保護的預防效果<sup>102</sup>。確實，立於目的理性（Zweckrationalität）的思考層面上來看，如果一個單純對於危險的認知就足以滿足實害故意犯的主觀故意需求的話，無疑將大幅降低實害故意的認定門檻，藉此並可擴大故意實害犯（見表一A部分）的適用範圍，而可提前動用故意刑罰，進一步發揮確立刑法上行為規範的效用與法益提前保護的效果。舉例來說，本文所欲評釋之上開判決中，假如只要行為人認識到其放火行為已使他人生命法益陷於風險或危險狀態，即可滿足殺人故意之要求的話，則無異於降低了原本殺人故意的認定標準，使故意殺人罪的較重刑罰得以提早動用。此種結論表面上確實可能引導刑法展現出一般預防下的消極威嚇與積極行為指導效果，並且在某種程度上排除行為人在有無危險的認定上有恣意判斷的情形<sup>103</sup>。

然而，此種對於危險故意的詮釋方式正好與故意概念從罪責原則而來的傳統功能相互抵觸，其理由如下：

#### （一）罪責原則的設限功能

源自於傳統罪責原則而來的故意概念，正好不是為了求取更好的法益保護目的而設。相反的，罪責原則首先來自於限制國家刑罰權濫用、節制刑罰的預防效應此一價值理性（Wertrationalität）的觀點<sup>104</sup>。從罪責原則而來的故意概念之內涵應該如何建構，因此不應毫無節制地只思考其能否達到預防的功能，反而必須納入考慮的是，故意的內容所要求的毋寧是行為人主觀上對於其犯罪事實的一種個別關連性確認；如果行為人與其自己的犯罪事實之間欠缺了此種主觀上的個別關連性，國家自然不得僅以社會期待或預防需求的考量作為故意

<sup>102</sup> Stein, Fn. 39, S. 532 ff., 525, 527, 540; SK-Rudolphi/Stein, § 16 Rn. 12, 28.

<sup>103</sup> 此種論述的介紹Roxin, AT I, 4. Aufl., § 10, Rn. 95; Kurt Schmoller, Das „tatbestandsmäßige Verhalten“ im Strafrecht, in: Georg Freund u. a. (Hrsg.), FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 239. 中文文獻類似的見解可見黃榮堅，前揭註2，頁236-237。

<sup>104</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 3 Rn. 51, 55 f.

認定的基礎。故意概念作為實現罪責原則的一個重要要素，也就藉此發揮了節制刑罰恣意以及完全客觀的結果責任此一罪責原則的「設限功能」（Begrenzungsfunktion）的效果<sup>105</sup>。基於此故，從一般預防觀點而來的危險故意等同於實害故意的見解，因為將故意概念的詮釋完全建立在故意是否具有預防法益受侵害的效果上，固然符合了目的理性的構想，但卻不具備價值理性的基礎，其正當性自然不足。

### （二）罪責原則的論證功能

另一方面不容否認的是，針對同一法益的過失犯處罰遠較故意犯為輕的原因其實比較難以從預防的觀點來加以說明，因為同一犯罪的故意犯與過失犯罪中所侵害的法益並無差異。故意犯處罰的論證基礎最終還是必須回歸到，故意犯與過失犯兩者對於其行為造成法益侵害事實的行為事實罪責（Tatschuld）高低才得以釐清<sup>106</sup>。由此可見，如果立於罪責原則的「論證功能」（Begründungsfunktion）觀之，對於一個故意犯罪事實之處罰是否理性，最終還是必須回歸到行為人主觀上對於其犯罪事實造成了某種法益侵害事實的整體認知而定<sup>107</sup>。故意概念的內涵因此除了考慮「知」與「欲」兩大基本要素的程度輕重高低外，更必須區分個別化的行為事實罪責輕重、侵害法益的價值、侵害行為的方式與範圍等與罪責高低相關之因素而為決定<sup>108</sup>。從而，危險故意與實害故意兩者在概念上即不得相互取代或視為同一，因為由

<sup>105</sup> Herbert Jäger, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MschKrim 61 (1978), S. 305; Chen, Fn. 26, S. 338 f. 中文文獻中類似的論述，許玉秀，前揭註3，頁144-145；許玉秀，區分故意與過失——論認識說，載主觀與客觀之間，1997年9月，頁173-174。此外值得注意的是，Frisch固然贊同危險故意的獨立性，但在一般性的故意概念建構上，仍然主張立於積極的一般預防角度，將故意概念加以功能化，才符合故意刑罰的理性，就此可見Frisch, Fn. 61, S. 51 ff., 102 ff.

<sup>106</sup> Claus Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - BGHSt 7, 363, JuS 1964, S. 58 f.; Krauss, Fn. 100, S. 23; Frisch, Fn. 61, S. 34.

<sup>107</sup> 許玉秀，前揭註105，頁167。

<sup>108</sup> Roxin, Fn. 106, S. 58 f.

罪責輕重論證的觀點來看，此兩個概念所掌握的法益侵害事實，至少在結果要素上所分別造成的是法益危險與法益實害兩種不同的法益侵害強度，而已經有罪責非難上的本質不同。簡言之，僅掌握客觀危險要素的危險故意既不應該是實害犯的主觀故意，也不應該得以取代實害故意。

### (三)結果要素的價值理性與目的理性功能

強調刑法作為行為規範並發揮行為指導功能的故意詮釋見解，其實忽視了「結果」要素在確立行為規範與預防效用上的功能。一方面，對結果犯的不法來說，結果要素毋寧是結果犯不法內涵的核心，結果犯的行為規範不可能在與「結果」要素脫勾的情形下仍可發揮行為指導的作用<sup>109</sup>。刑法不可能一方面宣示禁止某種侵害法益的行為，但他方面卻又不向規範接受者宣示所禁止的法益侵害之結果到底為何，完全與結果脫鉤之行為規範反而將使規範接受者因此更為疑惑，究竟刑法所要禁止的是何種特定法益侵害行為。因此從規範效力的觀點來看，行為非價始終是與結果非價保持一種相互關連的特性<sup>110</sup>，並且刑法也唯有如此才能發揮更好的行為指導效果。更甚者，一個作為刑罰成立或加重基礎的行為結果，並不可能完全與行為的不法內涵無關，因為結果在此所扮演的毋寧是行為發生誘因的角色，要確認行為客觀上對於法益是否具有危險性，必須在此一行為與某一特定結果的關連性作為前提下才有可能想像，以此為基礎所確立的行為規範也才有可能符合於法治國原則與罪刑法定原則下的明確性原則之意涵<sup>111</sup>。最後，此種行為與結果間的關連性也不能排除在行為人主觀故意的認知與意欲範疇之外，因為行為人對其行為所可能發生結果的預先設

<sup>109</sup> Küpper, Fn. 63, S. 779.

<sup>110</sup> Wilhelm Degener, Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991), S. 368, 370; Gerhard Seher, Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, in: Georg Freund u. a. (Hrsg.), FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 208, 216.

<sup>111</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 3 Rn. 97; Seher, Fn. 110, S. 217.

想，也同樣發揮了行為人主觀上對其自己行為支配範圍與攻擊方向指明的釐清效用<sup>112</sup>。

基於上述理由，藉由客觀上危險結果與實害結果的差異進一步區分危險故意與實害故意兩種概念，不僅才能符合前開罪責原則此一價值理性的要求，也才更有可能求取更佳的一般預防與行為指導效果，而得同時符合了目的理性的要求。文獻上固然有質疑所謂危險結果的概念在客觀上究竟應如何區分<sup>113</sup>，但危險結果的難以界定實質上既不涉及危險故意與實害故意能否區分的理由，更不能據以排除了立法者要求司法者認定結果要素的責任，此一質疑實難作為吾人拒卻危險故意獨立性的理由。

### 三、小 結

綜上所述，如果吾人整體性地考慮到立法者在實定法上區分法定構成要件類型的真正意旨，以及故意刑罰之理性所在不僅存在於目的理性層面的預防構想，更同時存在於價值理性層面的罪責原則考量之後，已可確認危險故意概念的獨立性以及其正當性所在，也已經證立了危險故意既非有認識過失、更非實害故意，更不得用來取代實害故意進而作為實害犯的主觀故意內容。基於此故，在實際案例中，司法者於確認行為人是否業已實現某一危險構成要件時，自應力求釐清行為人主觀上究竟是否具備危險故意，並且避免以行為人具備危險故意為由，認定行為人同時實現了保護同一法益的實害犯罪構成要件。然而較為棘手的問題則是，如果危險故意是一個完全獨立的故意類型，其內涵究竟為何？此一難題涉及了嗣後應如何定義放火故意，故以下仍需先行釐清危險故意的一般性概念內涵。

<sup>112</sup> Küpper, Fn. 63, S. 778; 許玉秀，前揭註3，頁130-131。

<sup>113</sup> 黃榮堅，前揭註2，頁229。

## 伍、危險故意之內涵

接續著上述本文所持的論點，危險故意與實害故意之故意對象分別為危險與實害，則就危險故意內涵之確定首先必須具體回答，作為危險故意對象的危險概念應如何詮釋。而在確立了危險故意對象的危險概念內容後，才能接著探討針對危險概念此一與實害本質上有所不同的故意對象，其知與欲的形式究竟為何的難題，在此所涉及的是如何判斷危險是否存在的危險判斷議題。

### 一、危險故意的對象：具體危險

#### (一)出發點：以法定構成要件的形式分類為對應

從上述危險故意應該對應於法定危險構成要件的說法出發，必須緊接著思考的是，危險故意所對應者究竟是何種危險構成要件，以確立其內容。按照傳統的區分，危險犯之立法形式可分為「具體危險犯」與「抽象危險犯」兩大類型，其中危險要素僅在具體危險犯之構成要件中予以明定，至於在抽象危險犯中危險要素向來僅被視為一種立法動機，而未在構成要件中予以明定<sup>114</sup>。如果以此種客觀構成要件之形式分類為基礎，並且採取故意的對應原理來確認危險故意的內容，則可以大致上先行得出兩種可能的詮釋結果：其一，以對於抽象危險犯客觀構成要件之知與欲作為危險故意之內容；其二，以對於具體危險犯客觀構成要件要素之具體危險的知與欲作為危險故意之內容。這種形式分類所得之詮釋結果，正好與通行的故意定義：「故意是對於法定構成要件事實的知與欲」一樣<sup>115</sup>，對於故意實質內容的界

<sup>114</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 11 Rn. 153; 林鈺雄，前揭註37，頁101-102；王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，第159期，2008年8月，頁239。我國判決對於抽象危險犯的危險要素定位，基本上也採取了此一立場，見最高法院102年度台上字第3977號判決及最高法院105年度第18次刑事庭會議決議。至於具體危險犯與抽象危險犯之間的中間類型，因為在我國刑事實體法較少運用，且涉及了極為複雜的各種中間類型的詮釋，並非本文可得處理之範疇。

<sup>115</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12 Rn. 4.



定其實幫助不大。要確認此兩種詮釋結果何者可採（或兩者皆可採），必須輔以上述故意刑罰理性之討論所提供的實質標準作為檢視基礎。

### （二）最低限度：對於法益危險之知與欲的最低要求

對於危險故意之內容須先行討論的是，危險故意之最低標準為何。就此應進一步思考，危險故意應否直接以對於抽象危險犯客觀構成要件之知與欲作為其內容。因為在傳統抽象危險犯中危險要素未在構成要件中予以明定，而係採取行為犯模式的構成要件形式，因此所謂抽象危險犯之故意，指的純粹是行為人對於構成要件行為的知與欲，至於行為將會對法益造成何種侵害一事，則根本不屬於行為人所必須認知與期望的範圍；換言之，在此種抽象危險犯的故意當中，完全不需要存在任何對於法益危險的認知與意欲。此種抽象危險犯故意詮釋，若以上述罪責原則作為故意非難基礎的標準觀之<sup>116</sup>，既然行為人就法益侵害事實不具備任何的危險認知或意欲，則對該行為人將欠缺故意的非難基礎，而不應論以故意犯罪<sup>117</sup>。立法趨勢上固然越來越常見改以抽象危險犯規定取代實害過失犯規定之趨勢，但也不可否認的是，立法者此種利用行為犯模式作為故意抽象危險犯入罪化主要手段仍持續屢受批判，而被指責欠缺罪責原則之正當性基礎。畢竟如行為人欠缺任何法益侵害的認知仍被論以故意犯而加以處罰的話，此種刑罰最終恐怕也僅能流於強調其對未來之一般預防與行為指導的效果而已<sup>118</sup>。

至於此種強調預防功能的故意概念基礎其正當性之不足，將特別在行為人雖然實現了抽象危險構成要件行為，但主觀上卻明知或確信不會發生危險之極端案例中，更為凸顯出毫無涵蓋危險認知或意欲的

<sup>116</sup> 參見上述肆、二部分之說明。

<sup>117</sup> 另可參照許玉秀，前揭註105，頁168所指出：「現代刑法的歸責原則就是：法益受害結果必須是行為人的意志創作」。

<sup>118</sup> Chen, Fn. 26, S. 339.

抽象危險犯故意於預防功能面向上的薄弱之處。換言之，如果在個案中行為人雖然實現了抽象危險犯的法定構成要件行為，但其明確地認識或確信危險不發生，此時行為人主觀上既然明確地欠缺了對法益危害的知與欲，如仍對其以故意犯加以處罰的話，此種處罰不僅有違罪責原則的意旨，甚至也達不到刑法保護法益之目的<sup>119</sup>，因為在預防觀點下的故意概念詮釋，也是著重於故意犯對於其行為將更有可能造成法益侵害，因此才有必要以更重之刑罰處罰之此一立場<sup>120</sup>。也正因為如此，文獻上某些即使是強調故意的預防功能、採取行為規範立場建構故意概念的見解中，仍有學者主張應區分危險故意與實害故意，並且或多或少地賦予了危險故意中行為人對某種危險存在的（或許較為低度之）認知。譬如前述Frisch將危險故意詮釋為「行為人認知到其行為已引發具體危險的不可容許風險」的見解，正屬此類見解之典型<sup>121</sup>。至於前述贊同危險故意等同於實害故意的見解中，其共通之處則大致上在於，行為人至少須具備對於實害發生風險的認知<sup>122</sup>，或者更精確地說，行為人至少必須認識其行為製造了法所不容許的風險並導致了特定利益受到侵害<sup>123</sup>，才能認定具有危險故意。此種故意概念詮釋方向從對應原理的角度來看，行為人故意固然並未完全對應於行為犯模式之抽象危險犯這種特殊構成要件類型的本質，但至少可以減低在罪責原則與預防原則方面的疑慮。

結論上而言，在依照對應原理而來的抽象危險犯故意詮釋當中，既欠缺對於危險的最低認知，亦欠缺對於危險的最低意欲，此種主觀認知內容本質上充其量屬過失主觀要件所涵蓋之內容，但並不適宜作

<sup>119</sup> Schünemann, Fn. 23, S. 798; Berz, Fn. 23, S. 110. 但正好他們二人因為採取危險故意等同於有認識過失的立場，就此一問題所提出的解決方案因而是將過失犯的主觀注意義務違反要素引進抽象危險犯的故意認定當中，以作為限縮抽象危險犯過度擴張的方法。詳見下述陸、二、(二)、2、(2)、②部分之說明。

<sup>120</sup> Dazu Baurmann, Fn. 100, S. 278.

<sup>121</sup> 參見上述參、二、(四)部分之說明。

<sup>122</sup> 參見上述參、二、(二)部分之說明。

<sup>123</sup> 黃榮堅，前揭註2，頁233。

為危險故意的最低標準。從罪責原則與預防原則的角度來說，危險故意的最低限度應在於，行為人應該在某種程度上認知到其行為將造成特定法益危險的發生，並且也對其發生具有意欲。上述對於危險故意詮釋的第一種可能性，亦即以對於抽象危險犯客觀構成要件之知與欲作為危險故意之內容，應可排除。

### (三)具體危險作為危險故意的適格對象

既然危險故意之內容，不能建構在抽象危險犯客觀構成要件的對應上，則須進一步考慮，是否得以對具體危險的知與欲作為危險故意之內容。從前述文獻上關於危險故意的細節詮釋結果來看，就此一問題之回答，無論是肯定或否定危險故意概念獨立性的立場，多數見解都贊成危險故意的對象就是作為具體危險犯之客觀構成要件的「具體危險」<sup>124</sup>，就此一主張本文原則上亦予以贊同<sup>125</sup>。文獻上之所以多數見解如此主張，其背景固然在於如採取對應原理，則抽象危險犯之主觀故意將形同空殼而不具對於法益危險之任何實質認知或意欲。然而，危險故意的實質內容之所以必須以具體危險為適格對象，本文認為並非僅僅出於對應原理，而應仍有其實質的理由，至於此一實質理由則來自於具體危險的本質，以及其為何適於作為危險故意的認知與期望對象。就此，以下須先行釐清何謂具體危險之概念。

#### 1. 具體危險概念之本質

首先必須先加以說明者，乃在於具體危險相較於抽象危險而言，在本質與結構設計上本即存有懸殊差異，此一本質結構的差異，也導致在刑法故意危險犯的主觀不法內涵與良知非價（*Gesinnungsunwert*）的要求上，對於兩種不同危險類型的主觀認知之間存在著極大的認知落差。詳言之，具體危險犯的立法設計與實害犯的不同在於，具體危險概念的運用正好解除了（或者說減輕了）實害犯中「實害結果」與「行為至實害結果之間的因果關係」等要件之束縛與證明。然而，此

<sup>124</sup> 見上述參、二、四部分。

<sup>125</sup> 詳細分析另可參照Chen, Fn. 26, S. 293 ff.

種具體危險概念並非如抽象危險概念般本質上屬於立法者在立法層次上的「危險擬制」<sup>126</sup>，而係如最高法院判決所言：「屬於構成要件事實，具體危險是否存在，需要加以證明與確認，不能以某種程度的假定或抽象為已足，對具體危險之證明和判斷，事實審法院應以行為當時之各種具體情況以及已經判明的因果關係為根據，用以認定行為是否具有發生侵害法益的可能性」<sup>127</sup>。此種具體危險結果雖然並非如實害結果一般屬於客觀已確定發生的、外在可感知的實際損害結果，而是一種立法者對於法益已陷於某種具體的不安定狀態所設計的「規範性產物」<sup>128</sup>。也基於此故，在具體危險概念的定義上，時常直覺式地先從描述此種不安定狀態著手，若綜觀我國實務判決中對於具體危險的定義，普遍界定為「造成某種法定特定危險狀態」<sup>129</sup>、「發生實害之概然性」<sup>130</sup>或「法益侵害具體現實化之可能性」<sup>131</sup>，即足證明。此種定義在本質上較趨近於自然意義或統計意義上的定義形式，其重心在於從自然科學所建構的經驗法則去探究，具體危險對於引發實害發生或不發生的程度與機率究竟高或低<sup>132</sup>，因此此種具體危險定義被歸屬為純粹的「事實認定」問題，事實審法院必須在個案中去審查個案情狀與現存證據，依經驗法則客觀地判斷對於特定法益的具體危險是否現實上確實存在<sup>133</sup>。

誠然，因為上述具體危險概念之界定方式並未追求一個規範上一致的認定準則，導致了何謂「極為接近的危險」（*nahe liegende*

<sup>126</sup> 參照最高法院102年度台上字第4465號刑事判決。

<sup>127</sup> 參照最高法院102年度台上字第3977號刑事判決。

<sup>128</sup> Chen, Fn. 26, S. 295.

<sup>129</sup> 見最高法院79年台上字第2250號判例。

<sup>130</sup> 見最高法院88年度台上字第3281號刑事判決。

<sup>131</sup> 見最高法院102年度台上字第3977號刑事判決。

<sup>132</sup> 典型的自然科學觀點下的危險結果理論詮釋見Horn, Fn. 39, S. 159. 依據此種自然科學危險詮釋，危險無論如何將被定位於實害的前階段過程，不僅與實害難以區別，也是導引出危險故意與實害故意同一說的重要背景。

<sup>133</sup> 前揭註130。

Gefahr) 或「發生實害的概然性」(Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung) 等量化標準判斷，最終還是僅取決於法官個人的生活經驗，導致最終的判斷結論難以一致，而危險是否真的存在之認定反而不再是客觀判斷，而是流於法官個人的主觀判斷<sup>134</sup>。因此，德國文獻上為了解決此種實務困境，近年來在具體危險之法本質已有所轉向，進而發展出考量具體危險相關的評價性要素，一般將此種危險概念稱之為「規範性的危險概念」(Der normative Gefahrbegriff)<sup>135</sup>。此種規範性的危險概念固然在不同見解間有細節上的不同<sup>136</sup>，但共同點則是都考慮了具體危險結果的規範特性以及行為造成具體危險結果之間的因果歷程等因素，並且不再將危險概念視為實害結果的前階段過程，而是將危險視為一呈現特定社會性現實(soziale Realität)的特殊事實結果(spezifischer Taterfolg)，並賦予危險概念有別於實害結果的內涵獨立性<sup>137</sup>。依本文之見，目前文獻已經可以歸納出下述認定具體危險結果是否在具體個案中存在的三大共通要素：

(1) 行為具有引發損害或法益實害發生之高度概然性

對於一具體危險之狀態是否存在之認定，首要需先行確認，行為人之行為是否具有引發損害或法益實害發生之高度概然性(Wahrscheinlichkeit)。而此一概然性之判斷，則有賴於在具體狀況

<sup>134</sup> 此種疑慮也存在於德國實務認定上，就此見Roxin, AT I, 4. Aufl., § 11 Rn. 148 ff. 同此批判許澤天，前揭註1，頁30-31。

<sup>135</sup> Jakobs, AT, 6/79; Roxin, AT I, 4. Aufl., § 11 Rn. 151; LK-König, 12. Aufl., § 315 Rn. 52 ff.; NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 22 f.; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, Vor § § 306 ff. Rn. 3; MüKoStGB-Radtke, Vor § § 306 ff. Rn. 7; Zieschang, Fn. 63, S. 37 ff.; Henning Radtke, Gefährlichkeit und Gefahr bei den Straßenverkehrsdelikten, in: Claudius Geisler (Hrsg.), FS für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 466 ff. 近期德國實務見解中也有越來越多判決接納了規範性危險概念的觀念，見 NJW 1995, 3131; NStZ 1996, 83 f.; NZV 2000, 213; NStZ-RR 2010, 120 f.; NStZ-RR 2012, 123 f.; NStZ-RR 2012, 252; NStZ 2014, 86. 另中文文獻部分可見許澤天，前揭註1，頁29以下。

<sup>136</sup> 其詳細的見解變遷與細節可見Chen, Fn. 26, S. 300 ff.

<sup>137</sup> Hennich Demuth, Der normative Gefahrbegriff: Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte, 1980, S. 201; LK-König, 12. Aufl., § 315 Rn. 50.

中，一個與規範期待相當之平均人（Maßstabsperson）所能接受之事實而定<sup>138</sup>。透過此種對於行為具備法益侵害之客觀一般危險性的概然性判斷，一方面可以正面確認行為確實適合於侵害某種特定法益，他方面則可以排除某些客觀第三人所未知的經驗法則（Erfahrungssätze）或事實被用來判斷具體危險存在之可能性<sup>139</sup>。此種法益實害的高度概然性審查基準，毋寧就是確認了行為對於法益的一般危險性或典型危險性，可說是抽象危險犯的結構核心與正當性所在<sup>140</sup>。然而，此種行為引發法益實害的概然性判斷固然是過去實務上通行的主張，但並不足以完全作為具體危險是否存在的唯一判斷依據。因為此一要素的判斷固然得以確認行為引發法益實害結果之間可能的因果關連性，但卻無法用以確認行為在個案中確實開啟了具體危險結果的因果流程，亦無法凸顯出具體危險結果的特殊性<sup>141</sup>。在規範性危險概念之觀點下，具體危險是否存在之判斷仍需要其他要素以為輔佐。

(2)法益客體已經位處於行為的效力範圍內

從行為支配的觀點來看，行為本身僅僅具有實現結果的高度概然性，尚不足以證明了行為同時也具備了對於危險結果實現的可支配性，因為時常出現法益客體在現實上根本不在行為所可以作用的效力範圍之內，結果卻同樣極有可能（在自然科學或統計機率的詮釋上）發生的情形。從而，規範性的危險概念為了強調危險結果此一要素必須得以在個案中被實際證明存在之特性，而不致淪為如同抽象危險一

<sup>138</sup> LK-König, 12. Aufl., § 315 Rn. 51; Niclas Börgers, Studien zum Gefahurteil im Strafrecht: Ein Abschied vom objektiven Dritten, 2008, S. 35.

<sup>139</sup> Anderas H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte: Ein Beitrag zur Dogmatik der „abstrakten Gefährdungsdelikte“ unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992, S. 199 ff.; Börgers, Fn. 138, S. 51.

<sup>140</sup> Meyer, Fn. 139, S. 183 ff.

<sup>141</sup> Anastassios Triantafyllou, Das Delikt der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB) als Gefährdungsdelikt: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Gefährdungsdelikte, 1996, S. 111, 113 ff.; 許澤天，前揭註1，頁31。

般，僅止於統計學上或機率上的發生程度高低詮釋<sup>142</sup>，因此進一步要求受危險源與危害法益兩者間必須具備足夠的密接性，且行為必須對於危險結果的發生具備現實上的可支配性（Handlungsbeherrschbarkeit）。而行為的此一現實可支配性，則是進一步透過受保護之法益客體於構成要件行為實行時，是否位處於行為的效力作用範圍內而定<sup>143</sup>。準此，假如法益客體根本並未處於構成要件之效力範圍內，即使結果在機率上尚有高度發生之可能，仍應否定有危險結果之存在。然而，法益客體是否處於構成要件之效力範圍內此一審查標準之要求，固然指明了對於危險結果的可支配性，但對於此一可支配性為何僅能作用至危險結果之發生，而不至於再接續作用至實害結果之發生，亦即，如何在規範性危險概念中確認行為對於危險結果有支配可能，卻對於實害結果無支配可能，則仍有待於進一步補充所謂的偶然性觀點來加以詮釋<sup>144</sup>。

### (3) 法益實害發生的偶然性

如果吾人一方面主張具體危險已經極為貼近實害發生的那一刻，他方面卻又同時肯認具體危險仍然可以與實害有所區隔，並具有其獨特的不法內涵，則勢必需要說明，為何行為對於危險結果之發生得以支配，卻同時欠缺對於實害結果發生的可支配性。就此一點，贊同規範性的危險概念之德國通說與實務幾乎一致地認為，審查具體危險是否存在的標準除了確認上述兩大要素外，必須再進一步審查偶然性之標準（Zufallskriterium），以確定在現存的（法益）危機狀態逐漸加劇的過程中，實害的發生或不發生僅僅是一個偶然的狀況或意外

<sup>142</sup> Zieschang, Fn. 63, S. 37 ff.

<sup>143</sup> Demuth, Fn. 137, S. 209 f.; Küpper, Fn. 63, S. 134; Triantafyllou, Fn. 141, S. 112; Zieschang, Fn. 63, S. 40 f.

<sup>144</sup> Zieschang, Fn. 63, S. 40, 42 f. 德國實務見解也同樣贊同此一觀點，見BGH NJW 1995, 3131; BGH NSTZ 2014, 86. 然有反對見解認為，如持事前（ex ante）觀點詮釋具體危險概念的話，所謂的偶然性觀點即不必要，就此見 Frisch, Fn. 61, S. 126；其他反對見解另可見Triantafyllou, Fn. 141, S. 113 ff.

(Zufall)<sup>145</sup>。就此一偶然性標準，德國實務判決便時常立於事後客觀預測之立場，說明一個具體危險必須是構成要件行為已經超出行為本身潛在的危險性，實際將法益導向一個「幾近發生的意外」(Beinahe-Zufall)此種危機狀態，而「在此種情形中，……必須特定人或物之安全業已相當強烈地受到侵害，以致於法益是否受有實害僅僅取決於偶然」<sup>146</sup>。至於德國學界中，則是著重於探尋「實害基於偶然始未發生之危機狀態」必須以何種方式實現，並且更為細緻地從行為與實害結果間因果流程的一般性支配欠缺此一角度，詮釋如何認定實害的發生與否屬於偶然的狀況或意外<sup>147</sup>。詳言之，如果從客觀第三人的角度來觀察，實害最終並未發生完全是出於偶然，行為人對於該未發生之實害客觀上欠缺可支配性時，或者以反面的說法來看，當客觀來說，所有對於危險防護的通常手段都已經對法益的威脅不再得以掌控時，即存在一具體危險之狀態<sup>148</sup>。

## 2. 具體危險作為危險故意對象之理由

總結來說，因為具體危險的基本屬性毋寧是在個案中必須確實存在、仍可藉由行為人或第三人從案件的具體情狀中去加以掌握的現實危險，再加上假如吾人對於危險故意的最低限度要求乃在於，行為人認知到其行為將造成特定法益危險的發生並對此具有意欲此一標準，則前述具體危險此一種現實存在、可掌握的法益危險作為危險故意的適格對象，相較於抽象危險而言，應該更具正當性基礎。詳言之，要求行為人在個案中必須認識到其行為引發了對特定法益現實存在之危險狀態（具體危險結果），且行為人也確實期望透過其行為使該現實

<sup>145</sup> Berz, Fn. 23, S. 63; Zieschang, Fn. 63, S. 44 f., 48 f.; LK-König, 12. Aufl., § 315 Rn. 61; Radtke, Fn. 135, S. 467, 469 f.

<sup>146</sup> 此一典型描述的判決BGH NJW 1995, 3131. 此外類似說明另有BGH NStZ 1996, 83 f.; BGH NStZ-RR 2010, 120 f.; BGH NStZ-RR 2012, 123 f.; BGH NStZ-RR 2012, 252; BGH NStZ 2014, 86.

<sup>147</sup> Schünemann, Fn. 23, S. 797; Demuth, Fn. 137, S. 217; LK-König, 12. Aufl., § 315 Rn. 61; Radtke, Fn. 135, S. 468, 472 f.

<sup>148</sup> Schünemann, Fn. 23, S. 796 f.; Demuth, Fn. 137, S. 218.



危險發生，始能認定行為人具備危險故意此一標準，不僅從罪責原則的角度來看，才能滿足了立法者建立在具體危險結果要素上較高的可罰性與不法內涵要求<sup>149</sup>；更得以在預防的觀點上，透過對具體危險結果之知與欲的要求，使遵循法律的公民更易於理解危險犯的刑事處罰本質與處罰要件，並且更易於確認其自身受法規範容許的自由行動範圍，同時也更得以避免危險犯的刑罰規定被理解為單純的秩序違反行為或甚至只是國家規訓權力的實現<sup>150</sup>。至於在解釋論上，上述規範性的危險概念下所建構的三大要素，一方面不僅適切地闡明了行為對於危險結果的支配事實，而該支配事實作為一種客觀狀態的描述，也才能是具有危險故意的行為人主觀上在個案中有可能認知之對象<sup>151</sup>，他方面也因為透過此三大要素與實害結果的實質區隔，才使得一個獨立於實害故意的危險故意概念在釋義學上仍有可能。

最後，所剩下的問題毋寧就是，上述規範性觀點建構的具體危險如何作為危險故意的對象？故意之要素如何與各具體危險要素產生連結？亦即，危險故意的本質及其知與欲的要素究竟如何詮釋？尚須加以說明。

## 二、危險故意的知與欲

### (一)危險故意的本質：具體危險的事前判斷

在現代風險社會當中，每個人在日常生活中都必須從事大量的風險評估與判斷後而行動，而每個風險判斷的最終效果或將不僅影響決定者本身，並將影響其周遭之第三人。從而，在面對有風險的情境時，應如何做出在道德上正確之決定並進而行動，正是風險倫理決定

<sup>149</sup> Karl Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, S. 11, 14 f.; Demuth, Fn. 137, S. 185; Ulrich Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW Beiheft 1987, S. 29.

<sup>150</sup> Lackner, Fn. 149, S. 10 f., 14 f.; Demuth, Fn. 137, S. 193 ff.; Weber, Fn. 149, S. 29.

<sup>151</sup> 類此見解，但對於具體危險解讀有部分不同者見Frisch, Fn. 61, S. 294.

理論的基礎核心議題<sup>152</sup>。姑不論上述各說對於危險故意內涵的理解為何，危險故意本質上仍是一種風險判斷，則刑法規範究竟應立於預防或保護第三人利益之立場，進而嚴格要求判斷者嚴守利害得失的客觀計算再行動，抑或是立於判斷者之立場，尊重其對於自身能力與行動效果的意思決定自由而容許其行動，勢將影響刑法規範如何定性危險故意的本質，以及危險故意的知與欲兩要素內涵之界定，而此一立場的選擇，則就涉及了風險倫理學上的決定理論應如何取舍的難題。基於此故，在定義危險故意的知與欲之內容之前，自有必要先予討論危險故意在風險倫理決定理論上之本質應如何定性此一問題。

### 1. 預防導向風險倫理決定理論所建構的危險故意

首先，文獻上固然屢有立於預防導向的風險倫理學（präventiv orientierte Risikoethik）之立場，主張在風險社會中，主觀歸責的基礎不再是行為人對於有風險產生的情況之真實心理反應，而係理性第三人之風險計算準則<sup>153</sup>，並將此連結至積極的一般預防理論之貫徹。從而，行為人將被法規範要求依循客觀、理性以及符合其社會角色的風險準則而行動，並持續避免其行為對他人產生不利的後果，如果行為人認識了此種客觀的風險準則卻未避免其行為產生不利結果，將被依故意予以歸責<sup>154</sup>。在此種見解之下，事後客觀的危險判斷不僅是危險是否存在的判斷基礎，也同時是判斷危險故意的基礎，危險與危險故意將難以區分，行為人本身對於具體事實情狀的認知不再是決定危險故意有無的核心要素之一，反而只是在例外狀況下排除故意的「特別認知」（Sonderwissen）而已<sup>155</sup>。前述德國文獻中危險故意即間接

<sup>152</sup> Benjamin Rath, *Entscheidungstheorien der Risikoethik: Eine Diskussion etablierter Entscheidungstheorien und Grundzüge eines prozeduralen libertären Risikoethischen Kontraktualismus*, 2011, S. 11.

<sup>153</sup> 各種風險計算準則的理論介紹見Rath, Fn. 152, S. 51 ff.

<sup>154</sup> 此種風險社會與刑法主觀歸責標準的關連性介紹可見Cornelius Prittwitz, *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS*, JA 1988, S. 498.

<sup>155</sup> 此類型危險故意詮釋之分析見Chen, Fn. 26, S. 313.

實害故意說之見解，即一直有親近此種風險倫理觀之傾向存在。此外，中文文獻中如黃榮堅教授認為放火罪涉及行為人不熟悉之公共領域，因此必須限縮行為人自行判斷之空間，僅有在行為人掌握特定情狀時（特別認知！）始得排除故意之見解，以及前述徐偉群教授主張危險本身就是一種語意上的觀念陳述（判斷！），並且只要認知到自己的行為是一種常識上的風險行為即足以滿足遺棄故意之見解，毋寧均正是此種預防導向之風險倫理觀背景下的產物。

然而，此種以預防為導向的風險倫理決定理論所建構而成的危險故意概念，除了有前述故意刑罰理性上的重重疑慮外，也對於故意內涵的要求過低：一方面其放棄了意欲要素的要求，他方面則在認識要素部分也僅要求行為人對於屬於經驗法則的日常風險此一認知，此種危險故意的內容，確實如徐偉群教授所言，本質上根本不足作為故意的一種。此外，此種預防導向的風險倫理決定理論的標準全然以預防未來不利後果的發生作為考量，過於注重行為的利害得失計算，反而將使在社會生存之個人意志的展現可能性被過度壓縮，忽略了個人也可能在風險情境中透過其自我的評估求取可能的正面後果此一層面，導致每個個人在同類風險情境中都只能做出同樣的決定、實行同樣的行為，進而產生積極的一般預防理論中求取個人行為標準化、紀律化的效果，最終將使個人的主體性因而喪失<sup>156</sup>。刑法的故意概念甚且是危險故意概念如以此一種風險倫理觀作為建構基礎，將同樣失去其保護行為人主體性之傳統作用，而淪為貫徹社會紀律的規範工具<sup>157</sup>。至於另如黃榮堅教授所言，放火罪涉及行為人不熟悉的公共領域，為了保護此一公共領域內的其他個人，因此有限縮行為人自我決定空間之必要，此一論述固有其堅實基礎，也不容完全否認。但刑法規範欲限縮行為人之自我決定空間並非僅有重新詮釋故意概念此一方法，相反的，刑法規範透過在公共安全法益的建構與危險犯客觀構成要件的運

<sup>156</sup> 類此批評見Rath, Fn. 152, S. 328 f.

<sup>157</sup> Hassemer, Fn. 100, S. 302.

用，相較於傳統對生命、身體或財產法益之保護手段來說，已經達到刑罰提前動用、限縮行為人自我決定自由的效果，而無須為達到同一規範目的，再以抹煞故意概念傳統保護行為人意志自由之功能來求取風險情境下對第三人的預防效果。

## 2. 自由導向風險倫理決定理論所建構的危險故意

相較於預防導向風險倫理決定理論過於注重避免風險的負面後果產生，自由導向風險倫理決定理論則是從肯認個體的主體性（*Subjektivität des Einzelnen*）以及個體的個別主觀觀點出發，以個體的個人能力作為判斷其風險決定是否道德上正確之基礎<sup>158</sup>。從而，其要求個體必須立於生活世界觀，藉由對個人能力與具體風險情狀的認知（*Wissen eigener Fähigkeiten und der konkreten Risikosituation*）為基礎，盡可能做出最佳的決定<sup>159</sup>。從此種自由導向風險倫理決定理論則可以推演出，所謂的風險的不利後果（危險甚至是實害）毋寧是一種客觀存在、作為判斷對象的狀態，而應與對於此種狀態的判斷兩者有所區分。而依本文前述之說明，其實也已經與此種自由導向風險倫理觀相應導出，具體危險結果本質上就是一個法益受到具體危害的實存狀態，而非決定者個人主觀上的機率判斷，從而針對具體危險的故意將是一個針對實存危險狀態是否存在的事前預測，危險故意本質上因而是事前的（*ex ante*）主觀危險判斷（*Gefahrurteil*），而非事後的（*ex post*）客觀危險判斷，更非實害判斷（*Verletzungsurteil*）<sup>160</sup>。而依據此種自由導向風險倫理決定理論的觀點，危險故意的內涵應著重於從行為人的能力與具體危險情狀出發而為詮釋，則其內涵即不應僅止於建立在一般生活經驗之上的風險行為，而係進一步具體涵蓋了行

<sup>158</sup> Rath, Fn. 152, S. 329 f., 335 f.

<sup>159</sup> Rath, Fn. 152, S. 337 f., 349.

<sup>160</sup> Binding, Fn. 56, S. 382 f., 385; Horn, Fn. 39, S. 208; Küpper, Fn. 63, S. 769; LK-Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 34. 另危險判斷區分為「主觀事前判斷」與「客觀事後判斷」兩種類型，見 Wilhelm Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Hans Lüttger (Hrsg.), FS für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 178; LK-Schroeder, 11. Aufl., § 16 Rn. 120; Börgers, Fn. 138, S. 57 ff.

為人對於其行為是否引起特定危險狀態，且此一特定危險狀態是否因此存在之評估，其中不僅涵蓋對於行為的主觀認知，並且也涵蓋了行為引起具體危險結果的效用與因果流程的整體預測<sup>161</sup>。

從而，此種將危險故意的本質定位於「立於行為人於行為時之立場所為之主觀事前危險評估」的主張，首先將可使危險故意還是回歸到故意的本質而為界定。行為人是否具備危險故意的關鍵還是在於，「已」實行的行為在「行為時」的行為人眼中，到底是否帶有風險與危險；危險故意概念所涉及者，終究是「行為人所認識到的危險」（vom Tater erkannte Gefahr）有多高的問題，其本質應該始終是行為人內心世界的探詢<sup>162</sup>。假如故意概念脫離此一行為人「已認知之事實」而為認定，其存有論之基礎也同樣將被淘空。此外，此種危險故意的本質定位不僅符合前述從罪責原則而來的故意刑罰理性，在現代風險社會的框架當中更具刑法規範上的重要意義；在風險社會當中，刑法仍應尊重個體的主體性與自由，並將刑法故意歸責的標準回歸到此一對人主體性的尊重、保護個人自由為基礎而為設計，而非將故意轉化為貫徹社會紀律的工具<sup>163</sup>。最終可以確認的是，危險故意之「認知」與「意欲」要素的具體內涵，也必須立於此一基礎而為發展。

## (二)危險認知

### 1. 認識要素的基本要求

前已述及，危險故意的最低要求是行為人應具備對於法益具體危險的認知與意欲，因此在行為人僅具備一般性的風險認知時，亦即行為人僅認識到行為對於法益的一般「危險性」（Gefährlichkeit）時，並無法滿足危險故意的要求。換言之，所謂的風險認知無非就是，風險社會中一般人依據其通常生活經驗而獲取的行為動向認知，譬如駕

<sup>161</sup> Christoph Burchard, „Irren ist menschlich“: Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen, 2008, S. 444.

<sup>162</sup> 就此一故意概念的本質，Hassemer, Fn. 100, S. 302, 305即已指出。

<sup>163</sup> 深入的說明見Chen, Fn. 26, S. 314 f.

車者大多知悉「十次車禍九次快」，然而如駕車超速撞傷人，未必就可依據行為人知悉超速的高風險即認定行為人有傷害故意。

就此則涉及到故意中「認知」要素的基本問題，究竟行為人應該要對於其行為事實認識到多深、多仔細的程度，才能滿足故意的要求。依目前較多數的見解來說，行為人在行為時對於其行為事實之認識或預見，並不是單純的行為人曾意識到行為事實的發生就足夠。此一認識或預見之品質，必須至少能夠提供後續行為人決定是否實現行為事實（也就是意欲要素的內涵）的基礎，始足當之<sup>164</sup>。因此無論是「明知」或是「預見」（刑法第13條），都不能只是單純從經驗而來的知識（Erfahrungswissen），而必須包含對於個別事件情狀與個人能力的認知，因為行為人只有綜合地認識了經驗法則、外在情狀與個別能力，才足以支撐其個人行為對於事件流程的個別與具體的可支配性之評估<sup>165</sup>。因此，一個只有針對合乎經驗法則的因果關連性之抽象認知當然不足以作為危險故意的認知內涵，因為該一抽象認知僅止於佐證行為人知悉了依一般日常生活經驗而來的行為支配可能（Möglichkeit des Könnens der Tatbeherrschung），但不能同時證明行為人對於具體事件當中的個別行為支配內心中已經確實瞭解。據此，危險故意的事實認知程度必須足夠提供行為人評估其行為對於危險結果發生的行為支配的基礎，其認知要素的層面因而必須是一個「對於危險結果肯定式的危險判斷」（affirmatives Gefährurteil hinsichtlich eines konkreten Gefährdungserfolgs），而不能僅籠統地定義為「有疑問的實害因果判斷」（problematisches Kausalitätsurteil bezüglich der

<sup>164</sup> Frisch, Fn. 61, S. 197; Ziegert, Fn. 100, S. 147; Wilfried Küper, Vorsatz und Risiko: Zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1987, S. 508; Hassemer, Fn. 100, S. 297; Walter Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993, S. 39 f., 46.

<sup>165</sup> 類此見解的認知要素解讀Kargl, Fn. 164, S. 39. 此外，Küper, Fn. 164, S. 508則更明白地表示，認知要素應是將主觀危險評估轉譯至行為人的行為決定之實踐。

Verletzung)<sup>166</sup>。至於行為人如何對於危險結果從事肯定式的危險判斷與認知，則需進一步說明對於具體危險內在要素到底應如何認知。

## 2. 對於具體危險的認知

危險故意在知的要素上既然要求應對具體危險此一狀態有所認知，則行為人自然必須對於前述具體危險之要件所相關之事實有所認知，始足當之。對應於具體危險之要件，此一對具體危險之認知在細部上將包含兩部分之認知：其一為，行為人主觀上對於損害發生概然性之預測；其二則是，行為人對造成法益客體具體危險之事實支配之認知<sup>167</sup>。以下詳述之：

(1)從前述對於認識要素的說明可知，對於具體危險的認知並不是任意一個對危險之想法或附帶的意識即足當之。相對應於規範性具體危險概念的首要要素：行為引發損害或法益實害之高度概然性，對於具體危險之認知的首要要素應係行為人主觀上對於損害發生概然性之預測，且此部分認知將會與行為人對自己所具備之個人能力與操控可能性之認知相連結<sup>168</sup>。其基礎首先必須是一種建立在一般日常生活經驗中抽象知識的危險性判斷（Gefährlichkeitsurteil），而不是完全出於行為人自己對於外界情狀的不理解甚至無知（Unverstand），以使行為人的具體危險認知不至於太過於偏離客觀現實。因此，當行為人認識到法益實害或損害有極高概然性將因其行為引發時<sup>169</sup>，此時行為人即具備了具體危險認知的第一要素。然而，行為人對於其行為依經驗法則將有高度概然性會引發實害的認知，充其量也僅是一種風險認知（Risikowissen），此時風險是否真的實現？如何實現？對何人、何事

<sup>166</sup> Börgers, Fn. 138, S. 45; Chen, Fn. 26, S. 320.

<sup>167</sup> Chen, Fn. 26, S. 320 ff.

<sup>168</sup> Börgers, Fn. 138, S. 45, 56; Chen, Fn. 26, S. 320 f.

<sup>169</sup> 就此部分其實與故意理論中的「概然性理論」有其異曲同工之妙，就概然性理論可見Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12 Rn. 45 f. 中文文獻則見許玉秀，前揭註3，頁86-87。

物、何法益客體實現？在此種風險認知中都仍屬未定之數<sup>170</sup>，此種風險認知頂多構成有認識過失的歸責基礎，但仍不足作為故意處罰之理由。舉例來說，行為人知其駕駛行為已經超速將有極高的車禍可能性，並不意味著他已經知悉其行為將對特定之共同用路人、車造成具體危險甚至是實害，後者之具體認知毋寧將更進一步取決於行為人對於行經路況、交通狀態、可能之共同用路人、車之認知，才能確認。因此當行為人評估駕車當時為凌晨、該條路段可見之處均無人車，因而超速行駛，希望可以早點到家，最終如仍肇事撞傷他人，對其頂多科以過失之責，而不會是以故意相繩。換言之，具備風險認知的行為人主觀上固然有甘冒風險之狀況，然而此時甘冒風險背後或許仍意味著行為人評估風險的積極面仍可能實現（早點到家的好處），而非必定將會實現風險的消極面（車禍肇事），而故意處罰的理性並非在於處罰行為人為了某種風險利益而甘冒風險，這反而正好是過失犯處罰的理由<sup>171</sup>。

(2)基於此故，具體危險認知中必須對應於具體危險的其餘兩大要件，進一步要求行為人必須對此兩要件相關連之事實有所認識，而具體危險認知也將因此一要求而與實害認知有所區別。

①首先，行為人僅是認識到其行為依經驗法則將有高度概然性會引發實害，還不能表示行為人已經同時認識到其行為即將以及以特定方式影響甚至支配特定法益客體，因此具體危險認知還需要第二要素的認定，亦即行為人仍需要針對其行為將對法益客體產生具體支配有所認識；換言之，對應於具體危險概念的第二要件（法益客體位處於行為的效力範圍內），行為人必須進一步認識其個人的行為效果將會作用於特定之法益客體。當行為人主觀上具有對於損害發生概然性之預測，且認識到特定法益客體已經落入了其行為的作用範圍內時，此時行為人無異於認識到了其行為已具備操控一個開啟事件流程的

<sup>170</sup> Chen, Fn. 26, S. 321.

<sup>171</sup> 類似的看法見許玉秀，前揭註3，頁144。



能力，並且也表示行為人已認識其行為具備了支配危害發生（*Gefährdungsbeherrschung*）的最低品質<sup>172</sup>。不過，行為人到此為止所認識的內容，包含對於損害發生概然性之預測以及認識其行為具備支配危害發生的最低品質兩者，同時可以是具體危險認知與實害認知的內容，因此具體危險認知與實害認知的區隔，仍必須藉由行為人對於具體危險概念的第三要件（法益實害發生的偶然性）有所認識，始有可能。

②具體危險認知的最後一部分內容，也是與實害認知得以區隔的核心要素，則是行為人在事前認識或預見法益實害發生純屬偶然。而既然一個事件的最終結果對行為人來說係屬意外或偶然，即表示該結果之發生出乎行為人意料之外，亦即該結果本來即不在行為人依據其行為可支配性所為之原本評估內。因此，行為人在事前認識或預見法益實害發生純屬偶然此一要素之詮釋，則必須從行為人對其行為支配界限之認識的觀點來看，更細部地區分為積極層面的「對於從行為至具體危險結果此一段事件流程的事實上支配」以及消極層面的「對於從具體危險結果至實害結果此一段後續事件流程的無從預見或預見無從支配」此兩部分之認知<sup>173</sup>。就積極層面的認知來說，行為人必須認識到法益客體已經因為其行為的作用而陷入了逐漸加劇中的危機狀態（*Zuspitzung der Krisensituation des Rechtsgutsobjekts*）<sup>174</sup>。同時行為人必須具備消極層面的認知，認識到其行為對於自危險結果至實害結果此一段後續事件流程，從其個人的角度來說，無從預見或者預

<sup>172</sup> Chen, Fn. 26, S. 322. 就此，國內學界較少關注到的德國學者Brammsen提出故意中「知」與「欲」的對象都是具體危險此一見解，本文即認為頗有值得參考之處，就此見Joerg Brammsen, *Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?*, JZ 1989, S. 80. 中文部分的簡要介紹可見許玉秀，前揭註3，頁96-97、125。然而，Brammsen以具體危險故意詮釋一般故意概念部分，本文並不認同，附此敘明。

<sup>173</sup> Chen, Fn. 26, S. 322. 另Thomas Weigend, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ZStW 93 (1981), S. 688 f., 694 f.也持類此見解。

<sup>174</sup> Brammsen, Fn. 172, S. 81.

見其無從支配；換言之，認識到實害發生的事件流程已經無法再藉由通常避免損害之措施（*durch normale schadensverhütende Mittel*）加以阻止了<sup>175</sup>。

(3) 過去學理上所提到對於具體危險的特別認知（*Sonderwissen*），在本文此種具體危險認知的詮釋將不再特別。學理上所謂的特別認知，一般指的是行為人比一般人或一般平均標準對特定事件具有更多的認識<sup>176</sup>。然而，既然本文所指具體危險認知，係指行為人事前對於具體危險結果發生的事件流程支配有所明知（直接故意）或預見（間接故意），那麼就算個別行為人對於具體危險之支配與存在狀態相較於客觀平均第三人來說認識的更多，該部分的「特別認知」也將納入危險故意的範疇內加以確認及評價，而不會再是超出認知要素的特別認知。詳言之，當個別行為人在行為時認識到具體危險結果並不因此發生，即令此一認識是客觀第三人所沒有具備的，行為人仍將因此而知悉其行為支配並不具危險性而欠缺具體危險認知；但相反的，如個別行為人本來早就已經知悉其行為對危險結果的支配確實存在，而具體危險結果也確實將因此發生，即令此一認識是客觀第三人所沒有具備的，也不影響於行為人具備具體危險認知的積極認定<sup>177</sup>。從結論上來說，故意的概念本來就是一個個別化的主觀歸責概念，故意的確認本來就是依據行為人個別所獲取的知與欲來加以判斷，行為人所知道的内容比起一般客觀第三人所知道的内容更多或更少，並不會影響故意的判斷，而危險故意的判斷更是如此。所謂的「特別認知」此一概念，對於傳統故意犯的歸責並不會有比較特別的意義。只有在特定故意理論中，先將故意定位於類似於「故意推定」的概念（只要認識了一般人都知道的經驗法則就有故意！），再以行為人個別具備的特別認知作為排除行為人被事先「推定」的故意歸責

<sup>175</sup> Weigend, Fn. 173, S. 688 f., 694 Fn. 124; Schroth, Fn. 63, S. 142 f.; Chen, Fn. 26, S. 322.

<sup>176</sup> Börgers, Fn. 138, S. 41.

<sup>177</sup> Chen, Fn. 26, S. 323 f.

時，特別認知才有具有進一步確認是否排除此一推定故意之意義。

### (三)危險意欲

#### 1. 意欲要素的必要性與基本內涵

從前述自由導向的風險倫理決定理論來說，故意內含的「意欲」要素將是一個必要的要素。既然此種風險倫理觀要求個體必須立於生活世界觀，藉由對個人能力與具體風險情狀的認知為基礎做出盡可能的最佳決定，則所謂故意作為一種發動刑罰的條件，就不應只是一個對於事件與個人能力的認知。行為人尚且必須立於此一認知基礎上，進一步以其主體地位表達出其行為對具體事件流程加以操控的積極態度與肯定看法<sup>178</sup>，如此對於行為人科以故意刑罰始能符合前述故意刑罰的理性。而此一對事件流程操控予以肯定的看法表達（Stellungnahme），並不僅只流於情緒性的表達，而是一種隨時關注自己能力、他人行動與事件具體現實的整體關連性意志（Willen des Gesamtzusammenhangs）。個人透過此種整體關連性意志始能在事件流程中從事具有意義的評估，以確認其行為對於他人利益侵害與否之可能性與程度<sup>179</sup>。因此，本文所主張的意欲要素並不如傳統意欲要素必要論者所主張的那種單純行為人慾望或情緒的表現，反而其是一種「相互評價的調適意志」（gegenseitig beurteilender Einpassungswille），藉此行為人得以在其個人行動範圍之侷限性之下，表現出其對於特定事件整體關連性的直覺式評價與看法，並據此做出侵害法益之決定<sup>180</sup>。此種意欲內容，自然必須包含行為人針對整體事件流程所認知

<sup>178</sup> Kargl, Fn. 164, S. 46.

<sup>179</sup> Ernst Amadeus Wolff, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, in: Karl Lackner, u. a. (Hrsg.), FS für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 218 f. 中文文獻中亦有將行為「決意」為類似詮釋，見蔡蕙芳，未遂犯之故意型態——評最高法院八十二年度台上字第二八六號刑事判決，裁判時報，第15期，2012年6月，頁54。

<sup>180</sup> 就此見解綜合參考了Wolff, Fn. 179, S. 220 f.; Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht: Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, Frankfurt a. M., 2009, S. 165.

的範圍所為之決定，亦即行為人不僅必須針對其具備法益侵害可能性的行為加以決定，更必須對於犯罪之結果表示態度並加以決定<sup>181</sup>。如此詮釋之下的意欲要素才不再是行為人單純的期望或願望，而是一個在刑法上將行為人視為可在思慮自身條件與事件狀態後，具備對事件表態能力此種行動主體的正當故意罪責要素<sup>182</sup>。

## 2. 對於具體危險的意欲

### (1) 危險意欲之正面表述

過去對於危險故意的意欲要素，若非僅能藉由「只期望危險發生、卻不想要實害發生的意欲」來加以描述<sup>183</sup>，就是僅能將其描述為「對危險予以肯定且同時對實害予以否定」（die Bejahung der Gefahr und zugleich die Verneinung der Verletzung）此種行為人內在的矛盾心理<sup>184</sup>。換言之，這種情緒性意欲要素的描述或多或少必須借重於行為人對實害的否定看法來加以呈現，否則恐怕難以與實害意欲區隔。不過，如將危險意欲以此種內心對危險與實害的矛盾心態來加以描述的話，則將如Puppe所言，危險意欲最終將只能是單純的行為人感受或希望，因為只有人內心的感覺可以如此毫無邏輯可言<sup>185</sup>，而危險意欲也將因此難以以特定具體之標準加以描述，不僅更易受行為人內心的心理因素操控，也將造成在訴訟證明上舉證或心證形成的困難，導致危險意欲的有無認定準繩極為浮動<sup>186</sup>。或許正基於此故，學說上也才出現了將意欲要素排除在危險故意的要素之外之主張<sup>187</sup>。

<sup>181</sup> Bung, Fn. 180, S. 164.

<sup>182</sup> Chen, Fn. 26, S. 319.

<sup>183</sup> 見前述參、二、(四)部分。另德國聯邦最高法院BGH, NJW 1953, 1070也曾強調，在此種意欲中，行為人並不同意危險得以轉化為對生命或身體之實際損害，也屬於類似描述。

<sup>184</sup> 就此點Puppe已在其2002年的舊版教科書當中指明，dazu Puppe, Fn. 91, § 16 Rn. 43.

<sup>185</sup> Puppe, Fn. 91, § 16 Rn. 43.

<sup>186</sup> NK-StGB/Puppe, § 15 Rn. 30 ff.

<sup>187</sup> Horn, Fn. 39, S. 208 f. 另見前述參、二、(二)部分的介紹。

然而，意欲要素的要求不僅證立了一般性故意概念之正當性，對於危險故意更具意義。畢竟危險故意的對象係具體危險此一從外在世界觀來看較難確定的法益危機狀態，而此一狀態正好必須藉助行為人的行為動向（*Handlungsintension*）始能更為精確確認<sup>188</sup>。危險意欲在此正好發揮了此一指明行為動向的功能，一方面指出了行為人究竟想要以何種方式及在何種程度內侵害他人之利益，他方面則再進一步配合前述調適意志的想法，將危險意欲的本質界定為引導行為人在特定行為領域中判斷危險狀態，並藉此有意使其行為效應引發具體危險，但卻同時將行為效應封鎖在實害領域之外此一主觀決意<sup>189</sup>。從而，危險意欲的內涵最終仍需如同危險認知一樣，同時考慮行為支配與具體危險之特質等觀點而加以界定。其正面表述同樣是行為人立於危險認知為決定基礎，以其行為使法益客體遭受具體危險結果此一支配的決意。詳言之，危險意欲的積極要件係行為人必須決意實現其現實上從行為至危險結果之支配，就此包含了行為人有意造成損害發生的高度概然性，並使法益客體陷於其行為的效力範圍內，進而導致具體危險結果狀態發生；至於其後的實害結果是否發生，行為人則需有意地使其取決於偶然或意外，而非取決於自己的行為支配，始足當之<sup>190</sup>。只是就此仍有疑問的是，行為人固然可以有意地使其行為支配並引發具體危險結果，但如果行為人一旦決意實行此一具備具體危險結果支配的行為，此一行為亦有可能在完全不受其他影響的事件流程中發展至實害發生。在此種狀況中，如何可以適切地認定行為人真的只有危險意欲而欠缺實害意欲<sup>191</sup>？此一疑問，則顯示出危險意欲的正面表述仍有與實害意欲難以區隔的先天本質，因此對於危險意欲的界定還必須考慮具體危險概念的偶然要素，以建構其反面表述之消極要件，亦

<sup>188</sup> 許玉秀，前揭註3，頁137中其實也提到類似的看法：「決定行動倚賴情緒」。

<sup>189</sup> Wolff, Fn. 179, S. 221; Chen, Fn. 26, S. 326.

<sup>190</sup> Chen, Fn. 26, S. 326.

<sup>191</sup> Radtke, Fn. 135, S. 476.

即，必須另外考慮如何去精確界定行為人對於實害結果發生的否定心態。

#### (2)危險意欲之反面表述

如綜觀目前學說對於危險意欲的界定，可以明顯看出學說上普遍利用行為人對損害不發生的信賴（*Vertrauen bezüglich des Ausbleibens des Schadens*）此一要素作為界定危險意欲的反面要素<sup>192</sup>。譬如Frisch便認為，如行為人極為不理性地（*ganz irrational*），或者儘管規範上無理地（*dennoch normativ nicht berechtigt*）樂觀信賴在個案情況下實害結果將不發生時，即有危險故意<sup>193</sup>。透過此種對損害不發生的信賴要素之詮釋，確實不僅可以更明確地描述危險意欲的反面要素，以證立行為人在實害結果是否發生的層面上並未決定站在法律之敵對面，並且更足以凸顯出意欲要素對故意是否成立的關鍵性地位<sup>194</sup>。然而信賴要素在當前的學理上也被運用來區隔間接故意與有認識過失<sup>195</sup>，此種結果不發生的主觀信賴也可能得以發生排除實害故意存在的效果，進而排除全部的行為人故意，此一信賴究竟在何時僅排除實害故意？在何時排除全部故意？必須進一步釐清。此外，若承繼上述調適意志的想法，危險意欲指的正是行為人針對其具備法益危害可能性的行為支配與犯罪結果表示態度並加以決定，則危險意欲的反面要素亦將從對於行為支配的角度出發，所指涉的應該是行為人有意使實害結果的發生僅受外在因素之影響，而不受其行為支配所操控此一主觀心態的

<sup>192</sup> Weigend, Fn. 173, S. 669 Fn. 43, S. 695 f.; Frisch, Fn. 61, S. 296 ff.; Küpper, Fn. 63, S. 775; Zieschang, Fn. 63, S. 124; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 103; LK-Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 129; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, § 15 Rn. 98a.

<sup>193</sup> 見Frisch, Fn. 61, S. 297, Frisch對於故意的構想固然不支持所謂的意欲要素，因此他將此一行為人信賴之要素補充在故意的認識要素詮釋中。然而不可否認的是，此種信賴要素顯然並非單純的認識要素，而是根本就已經是一種意欲要素，就此亦可見Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12 Rn. 60; 許玉秀，前揭註3，頁127。

<sup>194</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12 Rn. 31.

<sup>195</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 12 Rn. 29.

表現<sup>196</sup>。此一從行為支配的認知而來的主觀心態應如何與行為人之信賴結合詮釋？涉及了上述「極為不理性地或儘管規範上無理地」應如何界定的問題，而有必要進一步討論。

首先，既然依本文之見，危險意欲本質上仍是一種「調適意志」，則危險意欲的要素就必須先行建立在相關的危險認知的基礎上而為認定。此時行為人個人之危險判斷應係建立在，實害發生的事件流程應該無法再藉由通常的避免損害措施（*durch normale schadensverhütende Mittel*）加以阻止此一認知基礎之上。而既然行為人知悉其行為支配只能影響具體危險結果之發生，卻影響不了後續實害結果的發生與否，但卻又信賴或希望其行為仍然不會導致實害發生<sup>197</sup>，此時行為人之信賴就並非是建立在自我行為支配效力的攔阻或有效控制，而應該是建立在期望仍會有自己以外之第三人會實施非通常之避免損害措施，甚至是期望有不可抗的自然力量來阻止實害結果發生。此時，行為人之信賴顯然不是建立在他自己對於行為的危險判斷，而是建立在自已樂觀的過度期待（*Überschätzung*）上，此種過度樂觀或過度執著並不符合一般人的期待標準，而僅是行為人自己個人的主觀期望，其在規範上仍是以沒道理的、不理性的態度呈現，因此其固然能發揮排除實害故意（*verletzungsvorsatzausschließend*）的效果，但卻正好佐證了行為人對於具體危險的造成具有意欲。以德國實務上常見的警方封鎖案（*Polizeisperre-Fall*）為例，行為人為了逃避警方臨檢，駕車衝破警方之封鎖線，因而造成員警差點被行為人所駕駛之車輛撞到之狀況，如行為人於衝破封鎖線時意在逃避臨檢，並且也相信警方不會傻傻地被自己衝撞，而會採取自我保護的措施時，此時行為人應不具備殺人之實害意欲，但卻正好具有危險意欲。

但如果正好相反，行為人信賴實害的不發生是建立行為人對於自

<sup>196</sup> Chen, Fn. 26, S. 328 ff.

<sup>197</sup> 同樣從行為支配的角度所為之詮釋，見Weigend, Fn. 173, S. 669 Fn. 43, S. 695 f. 結論上雷同，見Schroth, Fn. 63, S. 144.

我能力的（特別）認知，此時行為人明確地知悉自己對於實害結果的支配能力有無，而行為人也基於此一對個人行為支配能力之認知而做出行動決定，並且也信賴自己在事件流程中確實足以影響甚至控制損害之發生與否，行為人此一信賴就不再只是一個過度期待的評估，反而是一個合乎前述自由導向風險倫理的理性風險評估，在規範上因此是正當的信賴<sup>198</sup>。換言之，假如行為人本身確實知悉自己在個案中，就避免損害發生而言，具備超出一般客觀第三人標準的特別能力或特別知識，而不需藉助於第三人實施非通常之避免損害措施，也不需自然力量來導致實害結果的未發生出乎意料之外，則行為人自然得以在規範上合理地信賴自己此一對整體事件流程的支配能力而為行動決定<sup>199</sup>。既然此時行為人完全並未自主選擇站在刑法規範的敵對面，此一規範上合理之信賴不僅得以發生排除實害故意的效果，更因其信賴顯示出行為人得以操控其行為，法益之損害是否發生也不至於落到只能聽天由命的偶然境地，行為人也因此欠缺造成具體危險之意欲，亦排除了危險故意的成立。假如在此種狀況下，行為人之行為為最終仍造成危險結果甚至是實害結果發生，對行為人最多僅能以過失歸責<sup>200</sup>。以文獻上常見德國文豪Friedrich Schiller名著中瑞士建國英雄Wilhelm Tell之案為例，具備高超射箭技術的Wilhelm Tell在壓力之下，被迫必須以弓箭射下兒子頭上的蘋果，始能救子。此時Wilhelm Tell係在信賴自己射箭技術高超、損害之發生仍將在自己的支配能力控制之中此一心理情狀之下，決意朝自己的兒子射出弓箭，Wilhelm Tell因而將不僅不具備實害故意，也將同時因為其對於自我能力的正當信賴而欠缺危險意欲，也因此不具備危險故意。但假如Wilhelm Tell此時不幸

<sup>198</sup> Radtke, Fn. 135, S. 475, 477.

<sup>199</sup> Weigend, Fn. 173, S. 695 f.; Radtke, Fn. 135, S. 477 f. 此外，譬如行為人知悉自己的駕駛技術確實顯然優於一般水準，其在規範上亦得合理地信賴自己此一高出平均水準之駕駛技術確實得以避免損害發生，而在具體個案中實行危險駕駛行為，就此亦可見LK-König, 12. Aufl., § 315 Rn. 63.

<sup>200</sup> Chen, Fn. 26, S. 330.



射中自己的兒子致死，則對Wilhelm Tell來說，科以有認識過失致死罪責，應已足以彰顯其行為之可罰性<sup>201</sup>。

### 三、小 結

綜合以上所述，本文認為所謂的危險故意之獨立性及其內涵可簡要說明如下：

(一)危險故意的對象就是具體危險，抽象危險或風險均不能滿足危險故意作為一種故意的最低品質要求。

(二)危險故意的本質是一種針對實存危險狀態是否存在的事前預測，因此是一種事前的危險判斷。

(三)危險故意之內涵仍應包含「知」與「欲」兩大要素，其內容如下：

1. 危險認知指的是，行為人認識其行為現實上導致危險結果發生之支配。其中包含了認識其行為具備法益實害或損害之高度概然性，且特定法益客體已經落入了其行為的實際作用範圍內，最後則必須再認識實害發生的事件流程已經無法再藉由通常避免損害之措施加以阻止。

2. 危險意欲指的是，行為人必須決意實現其行為現實上導致危險結果發生之支配。其中包含了行為人有意造成損害發生的高度概然性，並使法益客體陷於其行為的效力範圍內，導致具體危險結果狀態發生。至於其後的實害結果是否發生，行為人則需有意地使其取決於偶然或意外，而非取決於自己的行為支配。輔助的判斷標準則是，行為人期望仍會有自己以外之第三人實施非通常之避免損害措施，甚至是有自然力量來阻止實害結果發生。

## 陸、放火罪之本質與放火故意：兼判決之評釋

在確認危險故意的獨立性與內涵之後，必須回歸到本文出發點的

<sup>201</sup> Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 102. 另中文文獻以此案為例者，見許澤天，前揭註1，頁34-35。

判決核心爭點予以處理，也就是，放火故意與殺人故意之區隔與關連為何？兩者在實體法的解釋與訴訟上的證明程度是否會有根本性的差異？換言之，如果殺人故意就是一個針對生命法益的實害故意，放火故意是否就是針對生命法益的一種危險故意？如是，其理由為何？這些疑問都涉及了幾個學說上長久未決的問題。其一是，第173條放火罪的罪質與構成要件形式究竟是否真的就是傳統意義上那種以行為犯形式包裝的抽象危險犯？其二是，如果第173條放火罪並非行為犯模式的抽象危險犯，則其與客觀構成要件相對應的主觀故意內涵應該為何？換言之，是否放火故意的對象可以完全不涵蓋任何的法益危險？最後，本文也將評釋作為本文出發點的歷審判決中判決理由，以釐清判決的妥適性與合法性。

## 一、第173條放火罪的罪質

### (一)立法體例並非區隔抽象與具體危險犯之唯一標準

傳統以來我國學說及實務見解多數均認為，第173條第1項之放火罪之罪質為抽象危險犯，從而行為人之放火行為在個案中縱未引起任何危險，亦無礙於放火罪之成立，而僅影響放火罪之既、未遂認定而已。而其理由，則不外乎在於第173條第1項規定並未如第174條第2項、第175條有「致生公共危險」之明文規定<sup>202</sup>。此種對於抽象危險犯之判斷模式固然與德國部分對抽象危險犯採反面定義的見解<sup>203</sup>不謀而合，但此種單純僅以構成要件外形與用語作為區隔抽象與具體危險犯的主張，理論上之說服力尚有不足。特定之危險犯罪類型規定究竟本質上屬於具體危險犯或抽象危險犯，除了構成要件之用語與立法體例外，更必須探求個別犯罪構成要件背後的實質法益侵害關係作為觀

<sup>202</sup> 除前述參、一、(一)部分之文獻外，另見盧映潔，前揭註12，頁198-200；林東茂，危險犯的法律性質，載危險犯與經濟刑法，第1版，1995年9月，頁14、28；王皇玉，前揭註114，頁239。另新近實務見解可見最高法院102年度台上字第4465號判決、最高法院105年度台上字第3433號判決。

<sup>203</sup> SK-Wolters, Vor § 306 Rn. 16.

察基礎，此點由刑法第173條放火罪與第293條、第294條遺棄罪法條規定中雖無「致生……之危險」等用語，但學說上仍持續發生其罪質究竟是抽象危險犯或具體危險犯之爭議即明<sup>204</sup>。此外，特別刑法與附屬刑法並未普遍採行此種普通刑法中的立法體例，反而是較常見採行「致……」之用語，因而以立法體例區隔抽象與具體危險犯極易在此遇到瓶頸。因此，就第173條第1項之放火罪而言，本文認為應進一步跳脫立法體例與用語之外，從該罪之實質內容（包含立法目的探求、社會背景變遷、保護法益與犯罪結構之關連性等）與判斷模式，以確認該罪之罪質。

## （二）第173條第1項規定內的法益侵害結構與構成要件要素

### 1. 放火罪之保護法益

所謂的實害犯與危險犯的構成要件形式分類，一般認為來自於立法者透過構成要件所欲掌握之法益侵害關連性而定<sup>205</sup>。因此在現代刑法當中探討構成要件形式究竟屬於實害犯或何種危險犯時，已經不能跳脫法益的界定而為思考。而究竟放火罪之構成要件形式應如何定性，就必須先行確認該罪之保護法益為何。

#### （1）「財產」法益不在本罪保護範疇

首先應該可以確認的是，放火罪的規範對象固然是以放火行為毀損了特定住宅、建築物與其他物之行為型態，且此一行為型態亦可能該當於刑法第三十五章毀棄損壞罪章之各該罪名，但本罪之保護法益範疇應不及財產法益之保護。就此首先從歷史解釋的角度來看，大清國光緒二十三年刑律草案第十三章「關於放火決水及水利罪」之立法理由中之說明：「本章之罪雖屬於危害他人財產，然本罪之特質，不第脅迫財產己也，且危及人之生命身體並貽禍於公眾」，以及目

<sup>204</sup> 另見盧映潔，前揭註12，頁538-539；陳子平，前揭註13，頁5-10。

<sup>205</sup> 此一分類的前提已在MüKoStGB-Radtke, Vor §§ 306 ff., Rn. 4; SK-Wolters, Vor § 306 Rn. 4; NK-StGB/Kargl, Vor §§ 306 ff., Rn. 15 ff. 明白揭示。「實害犯與危險犯」的分類著重於對作為刑法保護客體之「法益」的侵害強度觀察，而「行為犯與結果犯」則著重於對於行為客體現實上的侵害程度而為區別。

前仍有效之最高法院21年上字第391號判例中亦曾明白指出：「刑法上之放火罪，其直接被害法益為一般社會之公共安全，雖私人之財產法益亦同時受其侵害，但本罪係列入公共危險章內，自以社會公安之法益為重，此觀於燒燬自己所有物致生公共危險時並應論罪之點，亦可得肯定之見解」。從兩者之意旨綜合觀之，均可得出放火罪所保護之法益範疇應係著重在公共安全面向之法益，但語意上尚不能推出完全排除財產法益作為放火罪保護範疇之意旨。

但若以第173條之放火罪為例，吾人若主張其亦保護財產法益，而屬於一種特殊的財產損害行為的話，無疑將導致該條形同第353條毀壞建築物罪之特殊規定，但卻規定在第十一章「公共危險罪章」當中，而與該章之犯罪類型定性有所不合<sup>206</sup>。其次，立法者在制訂放火罪規定時，運用了非常多指向個人或公眾安全的構成要件要素，如「現供人使用」、「現有人所在」、「供水、陸、空公眾運輸」等要素加以形塑，而在涉及個人財產損害的規定如第174條第2項、第175條第2項規定中，則是特別加上了必須「致生公共危險」始具可罰性的明文規定，凡此均可證財產法益應該不在放火罪之保護範疇內。何況從法定刑來看，作為放火罪基本規範之第173條第1項規定其法定刑度高達「無期徒刑或七年以上有期徒刑」、第175條第1項規定其法定刑度高達「三年以上十年以下有期徒刑」，均高出第353條第1項毀損建築物罪之基本罪法定刑度「六月以上五年以下有期徒刑」許多，反而是與第353條第2項毀損建築物罪致人於死（無期徒刑或七年以上有期徒刑）或致重傷（三年以上十年以下有期徒刑）等加重結果犯之法定刑度完全相同，更足證放火罪之規範目的不在於保護財產法益。即使其構成要件表面上係以「特定物」作為行為客體而建構，本條仍應考量

<sup>206</sup> 此一疑慮也出現在德國刑法第306條一般放火罪之規定，因為該條被德國學界普遍定性為特殊的物之損害行為規定（僅見LK-Wolff, 12. Aufl., § 306 Rn. 3 und Fn. 6），卻被立法者置於公共危險罪章中而備受批評。就此一看來不理性的立法安排，學者則認為，大概只能歸因為人類對於火的不可控制性此一原始恐懼上了，就此SK-Wolters, § 306 Rn. 1.

如此高的法定刑度而為限縮解釋，將財產法益排除在保護範疇之外。簡言之，放火罪之規範目的並不包含對建築物此一財產之直接保護，構成要件要素中所訂建築物之特性、利用方式等要求，無非都是凸顯放火行為危險性的表徵而已<sup>207</sup>。如從比較法的觀點來看，我國法第173條第1項規定的比較基礎應非德國刑法第306條的一般放火罪<sup>208</sup>，而係該國立法者特別規定用以保護人身生命健康的第306a條加重放火罪<sup>209</sup>。

(2) 「公共安全」法益之真實面貌

至於我國第173條第1項規定是否確實得參照德國刑法第306a條加重放火罪，解釋為專屬於保護人身生命、身體與健康等法益之犯罪，則仍須進一步釐清。放火罪所處之刑法第十一章章名固然訂為「公共危險罪章」，意指該罪章不外係在禁止公共危險行為以保護公共安全，但所謂的「公共危險」與「公共安全」的內涵為何？特別是「公共安全」此一概念是否具備作為刑法法益的適格？則仍有待討論。

公共安全此一概念在文獻的運用上，普遍被視為係與公共危險此一概念相對照之概念，因此一般見解多從理解何謂公共危險出發，進而討論何謂公共安全，並將此類犯罪本質導向是對共同體價值的一種侵害（*Delikte gegen Gemeinschaftswerte*）<sup>210</sup>。然而先不論公共危險的概念如何界定，以刑法保護「安全」（*Sicherheit*）一點就已經在理論上難以受到認同。畢竟安全本身就已經是一個難以掌握其內涵的概念，並且其所指涉的對象與適用領域，往往將因為其所連結的情狀而可在不斷變形延伸出如交通安全、人身安全、國防安全、食品安全等

<sup>207</sup> NK-Kargl, § 306a Rn. 1.

<sup>208</sup> 德國法第306條一般放火罪普遍被認為仍與財產法益的保護有關連，就此僅見LK-Wolff, 12. Aufl., § 306 Rn. 3 und Fn. 6. 另有少數說則將其詮釋為組合犯，認為該罪其一方面是財產法益的實害犯，他方面則是公共危險的危險犯，就此見MüKoStGB-Radtke, § 306 Rn. 8.

<sup>209</sup> MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 4.

<sup>210</sup> 「公共危險」與「公共安全」兩概念的連結，見Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, § 50 Rn. 1; NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 3.

等語意上完全不一致的下位概念，本來就難以滿足刑法對保護法益之資格要求<sup>211</sup>。至於公共危險，則被通說普遍界定為對於特定或不特定多數人之生命、身體或財產之危險性或危險狀態，而相對來說，公共安全概念則係指不特定或多數人之生命、身體、財產之安全<sup>212</sup>。或者更明白地說，此種公共安全無非就是人身或財產的多數集合概念，其所保護者並非個人法益，而是此些個人法益的集合<sup>213</sup>。但此種個人法益的集合概念，是否就足以作為一種獨立的法益而具備受刑法保護之資格，也有高度爭議。最主要的質疑在於，單純只是總和多數個人法益根本就不能形成另一個獨立的集體法益<sup>214</sup>。何況就公共安全係針對「多數人不特定人」之法益此點，究竟在此所謂的多數人應如何界定就有很大困難。在此一「多數人不特定人」之概念下，實際上在個案中有時指涉的是「被危害客體的多數」、有時是「數量的不確定性」、有時則是「個別性的不確定性」，其概念內涵之詮釋與立法上的呈現形式本來就並非一致。此外，究竟應該要在個案中有多少人被行為人之行為波及才算多數？本來就難以說清楚。更遑論在實際個案中，時常出現公共危險犯罪行為僅針對單一特定客體實行的情形，此時恐怕也只能將此一單一行為客體詮釋為以「公眾的代表人」（Repräsentant der Allgemeinheit）之姿而受危害，始能滿足公共安全係屬一種多數人法益集合的特性<sup>215</sup>。從上述理由已經足夠顯示出，以

<sup>211</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 2 Rn. 46; MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 4; Chen, Fn. 26, S. 54 ff., 110 ff. 另外SK-Wolters, § 306 Rn. 2則是以交通安全為例，認為其不過就是一種合乎規範行為的表現，而非一種法益。

<sup>212</sup> MüKoStGB-Radtke, Vor §§ 306 ff., Rn. 2; 洪福增，刑法第一七三條之所謂「人」及「住宅」之意義暨放火罪之罪數，刑事法雜誌，第2卷第7期，1958年7月，頁75；周治平，前揭註18，頁3；梁恒昌，前揭註18，頁3；林山田，前揭註12，頁239；甘添貴，阻塞逃生與公共危險，台灣本土法學雜誌，第37期，2002年8月，頁162-163；陳子平，前揭註13，頁4。

<sup>213</sup> 許玉秀，前揭註19，頁24；王皇玉，前揭註114，頁239。

<sup>214</sup> Roxin, AT I, 4. Aufl., § 2 Rn. 79.

<sup>215</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, § 50 Rn. 1; MüKoStGB-Radtke, Vor §§ 306 ff. Rn. 2; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, Vor §§ 306 ff., Rn. 19; NK-

多數人作為公共安全此一概念之條件，並作為刑法之保護法益，實有疑慮。

至於以「不特定人」作為法益持有者的「公共安全」描述方式，實際上也不會比以「多數人」此種描述方式來的更為公共安全取得刑法保護法益的適格。相較於傳統對於個人法益係指涉特定個人法益的特性，將公共安全以針對不特定人法益的侵害加以描述，並試圖帶入共同體價值之面向，固然是傳統集體法益的主流界定模式，立法者甚且往往試圖藉由此種傳統集體法益的界定模式，賦予特定構成要件不同於保護個人法益的結構與正當性之證立<sup>216</sup>。然而，正好從立法者此種意圖可以發現，藉由此種傳統集體法益的界定模式正好可以繞過原本對個人法益保護之構成要件所需具備的實害因果關係要求，使立法者可以藉此達成個人法益保護前置化的需求。因此在理論上，如果吾人承認法益具有批判並反省立法之功能，集體法益的正當性就不應受立法者此一意圖的拘束，反而應該在理論上重新檢視，此類集體法益是否只是對個人法益保護的前置化或虛擬化的一種工具<sup>217</sup>。

綜上所述，如果要確認公共安全此一概念是否有資格成為集體法益，必須再考慮其是否只是立法者單純為了提前發動刑罰的掩飾性工具。而在考慮到所謂的「不特定人」之描述方式，不過就是模糊了公共安全背後原本要保護的個人法益，也據此將原本必須存在於構成要件中的行為對個人法益之實害因果關係去除並抽象化。並且追根究柢地來看，公共安全所對應的指涉對象如不特定人之生命、身體等利益，本質上本來就與個人法益無異；公共危險所指的內涵，也本來就是這些個人法益在經驗上可能受到危害的某種風險，則所謂的公共安全在結論上根本就只是提前以刑法處罰對個人法益之侵害風險行為的媒介，並無必要獨立為一種單獨集體法益而加以保護<sup>218</sup>。被詮釋為保

Kargl, Vor § 306 ff. Rn. 3.

<sup>216</sup> Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 139.

<sup>217</sup> Vgl. Roxin, AT I, 4. Aufl., § 2 Rn. 75; Hefendehl, Fn. 216, S. 141.

<sup>218</sup> Hefendehl, Fn. 216, S. 141 f. 則是以「國民健康」的概念來說明與本文類似的

護「公共安全」之放火罪，因此本質上就是為求對於典型個人生命、身體、健康等法益加以前置性保護的一種概念工具，對於公共安全的詮釋最終還是必須回歸到個人法益的侵害作為觀察基準點，而所謂的公共危險行為同樣必須回歸到個別危險的角度而為詮釋<sup>219</sup>。本文此一見解如從比較法的觀點來看，亦有其根據。德國刑法第二十八章目前章名固然仍訂為「公共危險犯罪」，但在一九九八年刑法改革後，個別構成要件中已普遍不再使用「公共危險」之用語，因此目前德國學界多認為該章已不再規範公共危險行為，而係規範個別危險（Individualgefahr）行為，其保護法益也從集體法益的理解轉回個人法益的理解；特別是該法第306a條第1項加重放火罪之規定，目前也多被認為是專屬於保護個人生命健康的抽象危險犯<sup>220</sup>。

## 2. 法益導向之犯罪結構詮釋

在確認第173條放火罪之保護法益根本上應該就是個人之生命、身體與健康法益後，必須進一步確認該條基本構成要件之第1項放火罪其罪質為何，始能確認放火故意之具體內涵。我國傳統學說向來係以放火行為本身即已具備抽象危險性，因而傾向於以傳統行為犯模式之抽象危險犯加以詮釋放火罪，並認為法院在放火罪個案當中自無必要再行探求任何（抽象或具體）危險之存在<sup>221</sup>。另有承繼日本學說採取所謂抽象危險犯實質說立場者，認為抽象危險仍應內涵在法條之

意見。

<sup>219</sup> 中文文獻的類似詮釋見洪福增，前揭註212，頁74謂：「本條係以對人之抽象的危險性為立法之理由。」另採取放火罪直接保護公共安全、間接保護個人生命、身體及財產安全者，見陳子平，前揭註13，頁4。

<sup>220</sup> 就修法歷程見Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, Vor § § 306 ff. Rn. 7. 另關於第306a條第1項加重放火罪之規定見LK-Wolff, 12. Aufl., § 306a, Rn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, § 51 Rn. 14; MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 3 f.; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, § 306a Rn. 1; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 306a Rn. 3; SK-Wolters, § 306a Rn. 3; NK-Kargl, § 306a Rn. 1 f.

<sup>221</sup> 梁恒昌，前揭註18，頁3；林山田，前揭註12，頁246-247；盧映潔，前揭註12，頁198-199。



中，而屬於抽象危險犯之不成文構成要件要素<sup>222</sup>。此些學說主張均係立於抽象危險犯的一般理論基礎，並著重於放火行為本身行為不法之觀察加以建構而成。然而，第173條第1項放火罪的罪質究竟為何種危險犯類型，尚不能概括地僅援引抽象危險犯基礎理論遽下結論，毋寧仍必須進一步確認，該條項構成要件所蘊含之法益侵害關係為何，以及各該構成要件要素究竟呈現了哪一部分立法者預設之法益侵害關係之結構內容，始得為終局判斷。就此特別需要去釐清者，乃在於該條放火罪當中內涵的對於行為效果具有關鍵性作用的兩個構成要件要素：「燒燬」要素與行為客體之特別資格要素。之所以必須特別探討「燒燬」要素之重要原因在於，如果僅單獨觀察放火行為，而不考慮放火行為之後果，其實難以完整說明放火行為因其「不可控制性」與「蔓延可能性」，而與毀損行為有所差異<sup>223</sup>。因為在經驗法則上，並非每個放火行為都一定會衍生難以控制或蔓延之後果。同樣的，如果無視於放火罪之特別行為客體特性要素與其背後保護法益的特殊意義關連性，也無法說明放火罪與毀損建築物罪在不法本質上的高度差異。而各該要素的詮釋方向，也將影響後續放火故意的解讀。

(1) 「燒燬」要素同時作為中間結果與法益危害適格

我國學說對於放火罪中「燒燬」此一要素的定位與解讀，至今仍未有統一見解。就此大致上可以觀察發現，多數學者傾向於將「燒燬」要素解釋為放火行為要素之一部分或程度，而此說學者則通常採取獨立燃燒說之立場，認為放火後客體得以獨立燃燒之程度即已危及公共安全，從而也應即已成罪，因此放火罪往往被解釋為傳統行為犯模式之抽象危險犯<sup>224</sup>。相反的，仍有少數學者主張應將燒燬連結行為客體而為解讀，只有當行為客體的重要部分因燃燒而失其效用時，始為燒燬，從而其將「燒燬」要素界定為放火罪之構成要件結果，放火

<sup>222</sup> 陳子平，前揭註13，頁9。

<sup>223</sup> 許玉秀，前揭註19，頁22。

<sup>224</sup> 周治平，前揭註18，頁3-4；梁恒昌，前揭註18，頁4；林山田，前揭註12，頁246；盧映潔，前揭註12，頁195。

罪在此說學者眼中也就不再是行為犯模式之抽象危險犯，而是必須實質要求法益危險性存在之抽象危險犯<sup>225</sup>。

實則，究竟燒燬要素是否為放火行為要素的一部分，從而導致放火罪只能以行為犯模式加以詮釋，換言之，燒燬此一要素是否僅涉及行為要素的程度劃定，而完全不具構成要件結果要素的本質，本文則是持反對意見，並認為放火罪當中的「燒燬」要素實質上應是一個結果要素。其理由約略如下：

①首先就燒燬的「燬」一字所指的「焚毀」文義，已經難以導出燒燬此一要素仍僅止於放火行為的程度要求而已。綜觀實務上不少判決亦將燒燬定義為「燃燒結果，致標的物之效用喪失而言」<sup>226</sup>，亦可證明在實務上仍要求放火行為必須導致一定與行為要素無關的外在客觀結果，而非僅在行為人已有放火行為時即為判決。基於上述燒燬之定義，近來之實務判決也明白地採取了：「放火行為是否對公共安全有引發實害或具體危險之可能性，於現今社會生活情況，應審酌放火燃燒具蔓延性、難以控制性，住宅、建築物使用或所在之人，在該住宅或建築物內有隨時進出之流動性、他人於每一空間之滯留可能性及放火客體所在位置、四鄰關係等為判斷」<sup>227</sup>此種判斷模式，顯然在實務操作上，也並非真的以傳統行為犯的判斷模式來認定放火罪之成立與否。

②如以比較德國法之觀點來看，就燒燬此一要素解釋為結果要素一點，也相當清楚。德國法放火罪章中兩個共同要素：「放火」（in Brand setzt）與「引火致一部或全部損毀」（durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört），基本上也都被認為內含了一定結果要素

<sup>225</sup> 陳子平，前揭註13，頁12、15。

<sup>226</sup> 見最高法院79年度台上字第2747號判決，另近似的定義尚有最高法院93年度台上字第1069號判決、最高法院87年度台上字第171號判決、最高法院99年度台上字第1236號判決等。

<sup>227</sup> 見最高法院105年度台上字第142號刑事判決。

的要求，而不僅僅只是單純對於行為之描述而已<sup>228</sup>。更何況在構成要件結構的比較上，德國法還是將放火與引火燒燬分別以擇一的方式（oder）來列舉規定為「放火『或』燒燬」，而我國法則是規定為「放火燒燬」。因此在文義解釋上，我國法更必須要求「放火」與「燒燬」之間的因果關連性。由此也更可證明，放火罪無論如何不應該解釋為單純只要有放火行為就成罪的傳統抽象危險犯或行為犯。

③第173條第1項規定之放火罪究竟應該解釋為何種危險犯類型，確實如前述判決所言，亦可進一步參考現今社會生活情況而定。實則，在現代風險社會當中，單純的放火行為樣態千變萬化，包含其引起火勢之手段、方法與工具、引發火勢之大小、火勢可否控制、可否劃定範圍、其控制技術與方法、引發之結果程度、延燒可能性與程度等等，都可能依據人為因素、客觀環境與條件或是偶發因素而與過去社會之放火行為有所不同，而有必要在法規範上而為不同之評價。譬如，傳統社會中建築的耐火程度一般來說比起現代社會中的鋼筋混凝土建築結構來的低，因此在傳統社會中，對建築物之放火行為其延燒可能性與火勢的不可控制程度勢必來的更高，對人的生命、身體的侵害可能性顯然就比起針對現代建築放火之行為來的高出許多。從而，在傳統社會當中主張一有放火行為即成罪的抽象危險犯見解，顯然相較於在現代社會更為具有預防之效果。反觀在以現代建築為客體的放火罪案例中，譬如吾人主張以打火機燃燒一棟水泥建築的牆垣，待火勢獨立燃燒後即成立放火罪既遂，而完全不考慮此一獨立燃燒之火苗是否得以蔓延延燒整棟建築，或至少得以造成此棟建築某種程度的效用滅失，將顯然使放火罪的高度法定刑時常顯得情輕法重。更何況在現代社會當中，不乏人為方式以火力燒燬或火藥炸燬整棟建築物之案

<sup>228</sup> 這已經可算是德國學界的通說，見Radtke, Fn. 42, S. 69; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, § 51 Rn. 8 f.; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, § 306 Rn. 16 f.; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 306 Rn. 10 f., § 306a, Rn. 4; SK-Wolters, § 306 Rn. 10 ff., § 306a Rn. 3; NK-Kargl, § 306 Rn. 17; BeckOK-StGB/von Heintschel-Heinegg, § 306 Rn. 4.

例，並且也能在科學技術範圍內控制此一火力或爆炸力之情形，如謂此種案例也構成放火罪，而完全不顧此一案例中以人為控制火勢或爆炸力蔓延等風險的理性計算與設置，也將使放火罪被界定為侵害公共安全乃至個人生命、身體安全之犯罪一點顯得無比荒謬。凡此均凸顯出來，過去人們將放火罪以高度法定刑相繩，毋寧是出於人類對火的不可操控性或蔓延可能性的那一層原始恐懼（Urangst）。但此一作為最初立法理由的原始恐懼，在現代社會當中已經逐漸弱化，未必存在於每一個形式上足以該當放火罪構成要件的事實案例當中。也因此，在放火罪的案例當中去探求放火行為所造成的後續結果，再以此一後續結果究竟會對本罪之保護法益產生了正面或負面效應來決定放火罪之成立與否，毋寧才是現代風險社會當中面對「火」此一風險較為妥適的刑法規範評價標準。文獻上固然有以在風險社會當中不能容許放火罪行為人自行判斷其對於火的風險控制能力之見解<sup>229</sup>，或許正是低估了現代社會中人類對於火的控制能力提高此一現實，對風險採取最為悲觀、最為負面的態度，進而將風險都視為就是抽象危險的結論<sup>230</sup>。

#### (2) 限定客體資格要素以作為法益一般危險性的指引

依前述，本文固然確認了第173條第1項放火罪中之燒燬要素係屬結果要素。但就該罪之罪質定性，本罪所限定的特定行為客體資格「現供人使用之住宅」與「現有人所在之建築物等」另外扮演了極為關鍵的角色，而有與燒燬要素綜合觀察之必要。

<sup>229</sup> 黃榮堅，前揭註2，頁231-233。

<sup>230</sup> 如果以事前的觀點來看待風險概念，則風險意味著在冒險的同時，只要適度地管理風險，就可能有正面的回報或利益，因此事前觀點的風險是一個可能帶來好處、也可能帶來壞處此種具有雙重意義的概念。但如果純以事後的觀點來看待風險概念，則將只會悲觀地看到風險事後被實現的那一層壞處或負面後果，因此事後觀點的風險就會被轉化為一個經驗上的一般危險性而加以避免，進而容易忽略了風險在規範上也有可容許與不可容許的界限值存在。此種風險觀察的事前與事後觀點在現代社會中之轉換與變遷，見Chen, Fn. 26, S. 50 f.

相較於第353條毀損建築物罪之行為客體僅以單純之「他人建築物、礦坑、船艦」規範之，第173條放火罪行為客體所增加的「現供人使用（之住宅）」、「現有人所在」與「供水、陸、空公眾運輸」等特殊行為客體資格要求<sup>231</sup>，則是明白地顯示出立法者試圖藉此些行為客體要素中的「人」與「公眾」等使用者特徵，來劃定本罪之保護法益在人之生命、身體法益此一界線，並標示出本罪之保護重心不在於住宅或建築物等財產，而是使用或利用該些住宅或建築物之人。只有當被燒燬之行為客體符合了上述客體資格要求時，放火之行為才得以在經驗上具備對身在其中或利用該行為客體之人其生命、身體產生危害的可能性；亦即，此些行為客體的資格限定要素與燒燬此一結果要素一樣，都是放火行為對該罪保護法益之一般危險性（*generelle Gefährlichkeit*）的表徵<sup>232</sup>。並且，當放火行為的一般危險性具體地透過此些構成要件要素明白規定在法條中時，也就不再僅止於是放火罪規定之立法動機與存在理由，也至少排除了傳統抽象危險犯之缺失<sup>233</sup>。

而如果更精細地去分析此些行為客體資格要素，也可以發現立法者為了更精準地呈現放火行為對個人法益的一般危險性，其實更細微地區隔了不同行為客體與其各自之資格屬性要求。詳言之，立法者先將放火罪之客體依其與人類生活緊密關係程度區隔為「住宅」與「建

<sup>231</sup> 各該要素之解釋爭議則可見陳子平，前揭註13，頁17以下。但此並非本文之討論重點，因此不另為各該要素內涵之深入說明。

<sup>232</sup> 德國刑法第306a條第1項所規定的行為客體特徵亦具備此種作用，LK-Wolff, 12. Aufl., § 306a Rn. 6; MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 3. 就此而言，第174條第1項放火罪所規範的行為客體既不要求必須是「現供人使用」或「現有人所在」，又未明文規定須「致生公共危險」，其保護重心並未藉由如第173條第1項規定之各該一般危險性要素凸顯出來。從規定形式上觀之，恐怕僅得歸類為類似德國刑法第306條一般放火罪之特別毀損罪。但若如此歸類，其「三年以上十年以下有期徒刑」之法定刑相較於其他毀損罪犯罪類型來說又過高，而難以說明其不法內涵之正當性。準此，第174條之規定因此顯的左支右絀，而有考慮其保護重心重新修正之必要。

<sup>233</sup> NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 24.

築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機」兩大類。前者因為與人之生活緊密關係較後者高，因此對放火行為之一般危險性表徵，僅需建立在該住宅係「現供人使用」此一資格要求上即足夠。至於後者因為與人類生活之緊密關連性不如前者高，立法者因此要求了較高的資格要求，亦即後者必須是行為當時「現有人所在」者，始足以彰顯放火行為之一般危險性。因此在解釋上，前者與後者不僅是不同之行為客體，更必須各自具備不同的資格屬性，才足以構成放火罪之適格行為客體<sup>234</sup>。而此一不同行為客體及其各自不同資格屬性之要求，同樣必須在放火故意的內涵以及其訴訟證明中被彰顯出來。

### (三)小結：第173條第1項放火罪非行為犯模式之抽象危險犯

綜上可知，放火罪當中的「燒燬」要素實質上應是一個結果要素，但這並不意味著第173條第1項放火罪就是具體危險犯或實害犯。以本文將該規定之保護法益界定為個人之生命、身體法益此一觀點來看，該一燒燬結果如配合了本罪所限定的特定行為客體資格屬性（「現供人使用」與「現有人所在」）綜合觀察，此一現象面的燒燬結果在規範面上固然首先彰顯了特定財產法益受到侵害，而在財產法益保護的面向上作為一種終局的結果，但卻是更進一步將此一燒燬結果所要連結的保護法益指向了位處於住宅或建築物內的人之生命或身體法益。此時燒燬要素對於本罪之保護法益來說，僅是一個中間結果，其僅是放火行為得以侵害上開個人法益的基礎資格。換言之，只有當放火行為導致了燒燬此一中間結果時，始有可能具備引發個人生命或身體法益產生抽象危險的適格性。從而，第173條第1項之放火罪仍是一個保護個人生命或身體法益的抽象危險犯，只是其並非傳統行

<sup>234</sup> 類似見解蔡聖偉，廟不可炎——論失火罪客體的屬性認定，月旦法學教室，第85期，2009年11月，頁30；陳子平，前揭註13，頁18-19。但有反對見解認為此二行為客體並無區隔其不同客體資格屬性之必要，黃惠婷，前揭註13，頁241。

為犯模式的抽象危險犯，而是必須確認其行為資格，亦即行為對於法益侵害必須具備一般危險性的「適性犯」(Eignungsdelikt)。藉此，法官固然不需要去確認個案中放火行為是否對特定人造成了具體危險，但仍然需要審查個案事實是否與前開燒燬要素與特定行為客體特質等要素合致，以確認行為人的放火行為是否確實具備上開法益的一般危險性<sup>235</sup>。

## 二、放火故意的具體內涵

依據上開針對第173條第1項放火罪所界定之罪質以及前述危險故意概念之內涵，本文認為應可接續確認該罪放火故意之實質內涵如下：

### (一)放火故意並非毀損建築物故意

首先應可確認，第173條第1項放火罪之放火故意並不同於第353條毀損建築物故意。從該二罪之規範關係來看，第173條第1項放火罪與第353條毀損建築物罪兩者客觀構成要件具有重疊關係，其故意自然亦有重疊關係。然而從上述放火罪之罪質定性可知，放火故意除認知其放火行為將毀損作為行為客體之建築物外，更必須額外認知與燒燬行為要素及「現供人使用」等特殊行為客體資格要素相關之事實，並且對該些事實具有意欲<sup>236</sup>，始足當之。以結論上來說，當行為人具有放火故意時，應該同時具備毀損建築物故意<sup>237</sup>，反之，如行為人僅具備毀損建築物故意時，則未必同時具備放火故意。

### (二)放火故意並非放火風險故意

#### 1. 放火風險故意的意涵

關於放火故意內涵的第二種可能性則是，直覺式地依據對應原理

<sup>235</sup> 類似的結論NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 24.

<sup>236</sup> 見林山田，前揭註12，頁247-248；陳子平，前揭註13，頁25。

<sup>237</sup> 從而行為人得以一行為實現該二罪，並成立法條競合（林山田，前揭註12，頁246；陳子平，前揭註13，頁31，另最高法院29上字第2388號判例似亦同此見解）或想像競合（盧映潔，前揭註12，頁199-200）。

將放火故意的內涵對應於放火罪之客觀構成要件而為詮釋，換言之，只要行為人知悉其正放火燒燬供人使用之住宅或現有人所在之建築物等行為客體<sup>238</sup>，並對其實現具有意欲，即具有放火故意<sup>239</sup>。此種觀點詮釋下的放火故意，將又依據是否要求行為人認知並意欲放火罪客觀構成要件背後那層對法益的一般危險性而可進一步區分為二：其中一見解認為符合傳統抽象危險犯之定義，行為人無須認識此一一般危險性，另一見解則有鑑於放火罪之高度法定刑，要求行為人必須認識該一般危險性，已如前述<sup>240</sup>。此一大類見解或可稱之為「放火風險故意」，因為兩者均將放火故意之對象界定為放火行為對於個人法益之一般危險，只是前者認為行為人一旦認知了放火客觀構成要件相關事實，無疑也就基於背景的經驗知識也同時認知了該行為的一般危險性<sup>241</sup>，後者則是期望在個案中確認行為人確實認知了行為此一般危險性<sup>242</sup>。如果初步觀察兩種放火風險故意的詮釋觀點最大的差異，或許不在於實體法層面的區隔，反而應該是在訴訟上追訴與證明的問題。如採取後說，則在訴訟上必須證明行為人除了認知到客觀構成要件相關事實以外，額外認識了其放火行為將對法益造成一般危險性；如採取前說，則無須額外證明行為人認識到其放火行為對法益具備一般危險性，檢察官在訴訟上之舉證責任將因而減輕，也就較有利於追訴與定罪。

## 2. 放火風險故意的正當性疑慮

然而如前所述，放火罪之罪質並非傳統行為犯模式之抽象危險犯，而係將行為一般危險性要求內嵌在燒燬與行為客體資格要素當中的適性犯，則當行為人知悉其正放火燒燬供人使用之住宅或現有人所

<sup>238</sup> 主張至此為止以「認知」要素建構而成的放火故意見黃榮堅，前揭註2，頁235。

<sup>239</sup> 典型定義見林山田，前揭註12，頁248。

<sup>240</sup> 見前述參、一、(一)與(二)部分之見解。

<sup>241</sup> 此一說理見黃榮堅，前揭註2，頁235。

<sup>242</sup> 陳子平，前揭註13，頁25-26。



在之建築物等行為客體，毋寧也已經難以想像其仍不知道放火行為將可能對個人法益產生抽象危險。換言之，如果所謂額外要求的一般危險性認知（亦即風險認知）係建立在一般理性第三人都能獲取的經驗知識上，則只要行為人智識能力都正常，且也知悉了與放火罪構成要件相關之事實，如再搭配捨棄或弱化意欲要素的論述，即應已足證明行為人具備放火的風險故意。上開對於放火風險故意的兩種見解之程序上差異，在實際訴訟實務中未必真的會因此呈現出來而具有證據區隔上之意義。剩下的問題只在於，如此被認定（甚至可說是「推定」）出來的放火風險故意，是否能合乎一般性故意概念與危險故意概念的基本要求，以及在訴訟上究竟有無接受反證之可能。

(1) 放火風險故意不符於一般故意與危險故意概念之要求

首先必須強調的是，如果放火罪就是一個保護個人生命、身體法益的故意危險犯，而放火故意就是一個危險故意的話，上述所言之放火風險故意既無法合於危險故意的基本要求，甚且也無法合於刑法第13條對於故意的基本要求。本文前已曾述及，一個只以實害發生之風險為對象的故意，因為其對於實害發生過程的支配關係認知程度過低，本質上恐怕與有認識過失的認知程度並無差異，且此種風險故意往往係出於追求預防效果而刻意降低故意成立與證明的門檻，從罪責原則的角度來說根本就不足以作為危險故意的認知對象<sup>243</sup>，並且也將使內嵌於客觀構成要件內的法益危險無從被行為人之故意所掌握<sup>244</sup>。特別是如果觀察此種放火風險故意的主張，可以明顯發現論理重心不再強調「意欲」要素在一般故意概念中的必要性與作用，換言之，此種放火風險故意的預防效果如果要有效發揮，往往必須捨棄或弱化意欲要素的認定與證明，否則將徒勞無功<sup>245</sup>。然而，刑法第13條中所規定的故意概念，無論是直接或間接故意，意欲要素都是一個必要要

<sup>243</sup> 詳見前述伍、一、(二)部分之說明。

<sup>244</sup> Chen, Fn. 26, S. 277 f.; NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 27.

<sup>245</sup> Chen, Fn. 26, S. 169 ff.

素，並且其屬於故意此一主觀構成要件之核心要素，任何故意概念的詮釋不僅在實體上無論如何都不能放棄意欲要素，或是以客觀構成要件要素的實現來作為意欲要素的認定，訴訟上對於意欲要素的積極證明更是不可或缺，否則都將有違反罪刑法定原則、擴大故意犯可罰性範圍之疑慮。特別是，當吾人在故意概念中堅持意欲要素之必要時，放火故意中知的要素或許可以一個建立在經驗知識上的一般危險性認知就可滿足，然而在意欲要素的層面上，究竟行為人個人是否也具有希望製造此一風險後，實現此一風險並使法益因此最終受到危害此一主觀意志，則無論如何必須視個案去個別認定<sup>246</sup>，不可能再以通常經驗上的「其應該想要」、「其應不違背其本意」甚至是「其已（或應）知而後行為」的論述模式去逕予認定。基於此故，如果將意欲要素的要求考慮進去，放火風險故意論者原本設定的預防效果也恐怕難以存在，放火風險故意說因此不僅在釋義學上未能符合故意概念的基本要求，更會失去其刑事政策之立論基礎。

## (2) 「無危險」個案及其反證疑慮

### ① 問題意識所在

即使是在贊成將放火故意詮釋為風險故意的見解當中，也通常必須面臨放火罪作為抽象危險犯的宿命問題，也就是即使是某些個案中放火罪所有的客觀構成要件都已經該當，客觀上立法者預設的那一個對於生命、身體法益的風險卻並未被實現、構成要件中內嵌之法益一般危險性並未真的轉化為具體存在的危險時，行為人是否仍須論以放火罪並科予重刑？特別是在行為人本身固然實行了放火罪的全部構成要件，卻仍然判斷客觀上不會因此產生對生命、身體法益的風險甚至是危險時，是否仍認定其具有放火故意？或者是，行為人之放火故意可否因其主觀上確信不會發生危險而阻卻？如可，訴訟上對於「確信無危險之主觀意念」之反證應由誰來提出？等問題。之所以有此一問

<sup>246</sup> Vgl. NK-Kargl, § 306 Rn. 27.

題的產生，來自前述之風險概念理解<sup>247</sup>。風險本質上是中性的概念，風險雖然意味著損害發生的某種機率上的可能性，但可能性再高，也總有風險未實現甚至是風險被予以控制得宜的情形。以放火罪之脈絡來說，就是在指行為人即使已經實行放火行為，且其放火行為已經導致放火罪之適格客體產生燒燬結果，但行為人主觀上確認並無人在放火客體內，或已確認放火的火勢大小、範圍與延燒可能性等均在人為控制之下，並無波及人身安全之可能此種情形。學說上因此常見在抽象危險犯之脈絡之下，討論此類案例是否需要對放火罪此種抽象危險犯之可罰性範圍予以目的性限縮之爭議。而如果考慮的更遠，此一爭議將更會衍生出，既然在此種案例中行為人完全欠缺侵害法益之故意，則此種抽象危險犯的處罰是否有違罪責原則，並有失其存在正當性之問題<sup>248</sup>。

此一抽象危險犯之正當性問題並非本文之主題，因此無從在此深入探討。至於放火罪中無危險發生之個案，是否需要透過解釋加以目的限縮其可罰性，學說上其實也提出過非常多的解決方案，試圖透過各種犯罪客觀要件的解釋或附加來節制其可罰性<sup>249</sup>，因此種解決方案與本文主題並未高度相關，亦不擬在此深入討論。本文欲加以討論者，乃在於當行為人本身固然因為具備放火風險故意，但卻仍期望甚

<sup>247</sup> 前揭註230。

<sup>248</sup> 至此為止的幾個問題意識已經是討論抽象危險犯正當性的老問題，就此見LK-Wolff, 12. Aufl., § 306a, Rn. 3; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, Vor § § 306 ff. Rn. 5 ff., § 306a Rn. 2; MüKoStGB-Radtke, Vor § § 306 ff. Rn. 6, § 306a Rn. 43 ff.; Chen, Fn. 26, S. 335 ff.; NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 26, § 306a Rn. 3; BeckOK-StGB/von Heintschel-Heinegg, § 306a Rn. 6. 另中文文獻就此一問題意識在放火罪之脈絡中的詳細討論則可見黃榮堅，前揭註2，頁231以下；黃惠婷，前揭註13，頁242以下。反之，認為行為人確信無危險並不影響放火故意者，Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, § 51 Rn. 19; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, § 306a Rn. 14; MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 57; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 306a Rn. 19; SK-Wolters, § 306a Rn. 20.

<sup>249</sup> 此些方案的廣泛介紹見林東茂，前揭註202，頁51以下。另針對客觀構成要件的具體限縮解釋操作嘗試，則可見黃惠婷，前揭註13，頁243以下。

至是確信客觀上將不會發生對生命、身體法益的危險時，刑法規範應如何評價此種「確信無危險之主觀意念」？此種主觀意念之規範上定位與效果究竟為何？

②德國學界：援引過失犯主觀標準的解決方案

如果接受了行為人只要具備其放火行為對人之生命、身體法益存在風險或一般危險性此一認知就是具備放火故意的觀點，則行為人在個案中「確信無危險之主觀意念」顯然就不屬於此種放火風險故意的內涵範圍，而頂多屬於超出一般經驗認知的行為人個別之特別認知<sup>250</sup>。而此種「確信無危險」的特別認知應如何評價？對於放火罪此一抽象危險犯之可罰性得否產生限縮效果？則端視其對於行為人主觀要件所發揮之影響而定。就此一問題，曾有不少德國學者傾向將抽象危險犯援用過失犯標準加以解釋，並藉此使上述行為人之「特別認知」發揮排除抽象危險犯可罰性範圍之效果。譬如Brehm就立於上述基礎，主張放火罪之行為人在違法性判斷上應具備類似過失犯當中的「探查義務」（Erkundungspflicht）。從而其認為，假如行為人因履行了其探查義務，並基於取得之特殊資訊而自始知悉其行為並不適於危害人之生命者，就不應對該行為人予以刑罰責難<sup>251</sup>。另Schünemann也曾認為，如果放火罪此種抽象危險犯要同時合乎罪責原則與法益保護原則之要求，必須將其視為一種「過失未遂犯」，並以行為人主觀上是否履行了與其個人行為能力相結合的主觀注意義務而決定其成立與否。如行為人形式上實現了放火罪之構成要件，並且從其個人觀點與能力來看，其仍可得排除損害之措施，卻不加以作為的話，其行為始具可罰性<sup>252</sup>。最後，Berz也曾為貫徹法益保護原則之立場，指出抽象危險犯本來就是一種特別建立在法共同體成員之信賴（Vertrauen der Rechtsgenossen）上的一般注意義務規則。如行為人之行為形式上

<sup>250</sup> 就此特別認知的討論，見前揭伍、二、(二)、2、(2)、③部分。

<sup>251</sup> Brehm, Fn. 23, S. 128 f., 132.

<sup>252</sup> Schünemann, Fn. 23, S. 798.

該當於構成要件，但其主觀上「有鑑於特定可對外展現且可得檢證之情狀」明確認知到其行為並不會導致法益受到侵害，且最終法益也客觀上並未受損的話，因其行為最終並未侵害到任何法益，且未有背於其他法共同體成員之信賴，此一明確的無危險認知將可對行為人發生排除刑罰之效果<sup>253</sup>。

#### ③黃榮堅教授：專家判斷始能排除故意

就上開放火罪中「確信無危險之主觀意念」之評價問題，黃榮堅教授接續其危險故意即實害故意，而危險故意又是風險故意的立場，首先指出，形式上的構成要件實現與放火風險故意仍然存在著被特定經驗推翻的可能性，並且此一可能性的保留誠屬必要，才能使危險故意概念與一般故意概念之間不致產生矛盾<sup>254</sup>。但其也認為，既然行為人在現實上都已經認知到放火行為已經燒燬了放火罪之適格客體，也依據一般常識認知到水火難以預料與難以掌控的危險性，要再說行為人仍欠缺犯罪故意，只能在極端例外且不易想像的情狀下，始能接受。藉此，黃教授認為，一般人在專業領域存有無知的風險，因此並不容許一般人在專業領域自行判斷風險而行為，而是僅有專業人員才能判斷行為的容許風險界限。而此所謂的專業人員，若考慮到立法者將危險犯作為一種貫徹法規行為指導功能的工具時，則是必須是經過嚴格審核的專家，才是被容許在專業領域中自我判斷風險並行動之人<sup>255</sup>。最後黃教授的結論是，僅有嚴格意義的專家判斷才能排除危險故意，如果僅是一般人的話，只要「對於其合於構成要件之行為意識到一般社會溝通當中所宣稱的危險性，就是有危險犯罪之故意」<sup>256</sup>。

#### ④本文之批判

上述兩種解決放火罪無危險個案與無危險意念的方案，正好都建立於不願賦予危險故意獨立地位的見解之上，也因此必須受迫性地去

<sup>253</sup> Berz, Fn. 23, S. 113-115.

<sup>254</sup> 黃榮堅，前揭註2，頁235。

<sup>255</sup> 黃榮堅，前揭註2，頁236-237。

<sup>256</sup> 黃榮堅，前揭註2，頁237。

解決行為人「額外」具有無危險之認知此一罪責原則層次的難題。首先必須重申的是，如果危險此一要素對於抽象危險犯之不法建構具有重要地位的話，那麼依照罪責原則，危險要素即使是在抽象危險犯當中，同樣必須被行為人之主觀意念所掌握。準此，行為人對於危險的認知就不應該是如同上述各該見解一般，將其視為額外的可罰性限縮條件，反而是其本來就應該是抽象危險犯主觀要件的核心內涵之一<sup>257</sup>，前述各該解決方案就此一罪責原則之先決理解就已經有所欠缺。

再者，德國學說上援引過失犯之注意義務標準來處理行為人「無危險意念」此一特別認知時，無疑是將故意危險犯轉化解釋為過失犯，因此也繼承了前開將危險故意視為實害犯的有認識過失此一見解的重大缺陷，也就是其無疑是混淆故意危險犯與過失實害犯兩個不同法定構成要件的界限，亦違反了刑法第12條區分故意與過失兩種主觀要件的基本誡命<sup>258</sup>。並且該些學說見解也忽略了，援引過失犯標準而為放火罪行為人所創設的注意義務或避免損害措施的作為義務，其義務來源究竟從何而來的問題<sup>259</sup>。舉例來說，放火罪的行為人如果有查探供人使用的住宅內是否確實有人之義務，此一義務之來源為何？並未見該些學說說明，由此也顯現出該些學說不足取之處。

至於黃榮堅教授所主張之專家判斷始能排除（危險）故意一說，也因為其係基於危險故意即為間接實害故意的立場而發展，基本上也繼承了該立場的重大缺陷<sup>260</sup>。特別是此說透過將意欲要素捨棄，並將故意的統一對象限縮在風險之上，進而擴大了故意處罰的範圍，以求達成積極一般預防理論的行為指導功能一點，不僅過度偏向追求刑罰的預防效果，形式上也顯然不合於我國刑法第13條所規定的意欲要素

<sup>257</sup> Meyer, Fn. 139, S. 209; Chen, Fn. 26, S. 343.

<sup>258</sup> 詳見前述肆、一、(一)部分之說明。

<sup>259</sup> Chen, Fn. 26, S. 344.

<sup>260</sup> 詳見前述肆、一、(二)部分之說明。

必要論立場，本文前已曾為批評<sup>261</sup>。而需再度提出的疑問則是，黃教授所指得以對風險自行為判斷的「專家」究竟為誰？其並未明確提出辨識標準，而僅說明必須經過一定的個案的審核始承認專家地位。何況在黃教授的論證中，一般人對於風險的判斷幾乎均不被承認有規範上影響故意的任何效果。換言之，一般人不被容許有思慮不週、判斷錯誤的機會，只要認識到風險存在就是故意犯罪；反之，專家卻被容許可以判斷錯誤，其判斷錯誤尚且可以排除危險故意而僅成立過失犯罪。如此的故意判斷標準不僅充滿了評價與規範色彩，大幅地脫離了故意作為一種心理事實的本質，更完全抹滅了一般行為人的自主判斷空間，而難以與罪責原則保障行為人主體性與自主判斷可能性的意旨相合致<sup>262</sup>。

最後，在此兩種不同的見解當中都被忽略的是，此種以認知風險即成立放火風險故意為原則，以具備履行某種注意義務、作為義務或作為專家而為判斷等特別認知後始例外排除故意的判斷模式，在訴訟上將面臨到舉證責任分配倒置之疑慮。詳言之，放火罪採取抽象危險犯的犯罪類型，並且配合放火故意採取放火風險故意的見解，固然減輕國家機關對於行為人犯罪的舉證責任，而國家機關也不需再去為了行為人辯稱確信無人在住宅內或建築物內，而負擔證明行為人究竟是否知悉且期望危險發生此一沉重的舉證責任<sup>263</sup>，反而是行為人自己為了爭取無罪判決，而必須舉證證明自己確信已經盡了注意或作為義務而不至於產生危險。然而，此種舉證責任的倒置固然容許了形式上實現抽象危險犯之行為人舉反證證明無法益危險存在而排除行為可罰性，但此一無危險的反證可能性正好凸顯了行為之危險無非只是法規範所推定的結論，此時行為人之罪責上尚處於不確定與仍有疑問之狀態，卻要行為人自行舉證推翻可能的有罪判決，因此違反了「有疑唯

<sup>261</sup> 除前揭註外，另見伍與陸、二、(二)、2、(1)部分之說明。

<sup>262</sup> 另見伍、二、(一)部分之說明。

<sup>263</sup> LK-Wolff, 12. Aufl., § 306a Rn. 4; SK-Wolters, § 306a Rn. 21.

利於被告」此一基本訴訟原則<sup>264</sup>。

綜上所述基本上已經可以確認，第173條第1項放火罪之放火故意並不應該是僅止於對應放火罪客觀構成要件之故意，也不應該只是認知了放火構成要件實現背後那一層人身法益風險或一般危險性的故意。從而本文的結論就是，放火故意必須至少是一個對於個人生命、身體法益的具體危險故意。

### (三)放火故意為對於個人生命、身體法益的具體危險故意

#### 1. 贊成放火具體危險故意之理由

接續著本文前述的見解<sup>265</sup>，第173條第1項放火罪是保護個人生命、身體法益的前置性保護機制之抽象危險犯，且危險故意必須至少是一個具體危險故意始能滿足故意的品質，則該條放火罪的故意應該就是一個本文主張的危險故意，而並非僅僅只是一個放火風險故意。除此之外，採取具體危險作為放火故意對象之理由也在於，如此可避免行為人淪為單純預防思想底下接受刑罰規訓與刑法行為指導的客體，而是一個其風險判斷仍受到法規範尊重的主體<sup>266</sup>。由此也顯現出在抽象危險犯此種犯罪類型中，如果立法者無法藉由構成要件之描述完整地展現出其所欲規制之行為確實具有普遍危險性時，那麼在抽象危險犯的故意層面上主張完全對應於客觀構成要件的話，將因為不合於罪責原則而是不正當的<sup>267</sup>。反而是對抽象危險犯要求一個超出客觀構成要件的具體危險故意此種主觀意向要求（*überschießende Innentendenz*），將更足以證立抽象危險犯自身的正當性，因為此時

<sup>264</sup> 同此見解見Berz, Fn. 23, S. 103. 或許基於此故，Berz自己並未說明其後續所指可得排除抽象危險犯可罰性之「無法益危險認知」究竟應由誰來證明之問題。

<sup>265</sup> 見伍、二部分之說明。

<sup>266</sup> 另見伍、二、(-)、2.部分之結論。

<sup>267</sup> Chen, Fn. 26, S. 349. 另德國學界已有採取類似理由贊成此一見解者，見Kargl, Fn. 24, S. 1109 f., 1111 f.; NK-Kargl, Vor § § 306 ff. Rn. 27. 即使是如黃榮堅教授採取了放火風險故意的立場，也再次強調了抽象危險犯立法嚴謹之必要，就此黃榮堅，前揭註2，頁237。



抽象危險犯將會被理解為「故意具體危險犯之前階段」，並呈現出主客觀面不合致的特殊結構。也就是類似Schünemann將抽象危險犯視為過失未遂、Berz將抽象危險犯詮釋為類似中止未遂的想法<sup>268</sup>，將抽象危險犯詮釋為具體危險犯的前階段或未完全實現階段，使抽象危險犯因此在主觀面上至少因為要求了一個具體危險故意而取得了可實質侵害法益的最低強度（minimale Angriffsintensität hinsichtlich der realen Rechtsgüterbeeinträchtigung），也可解決了在特殊個案中客觀面並未發生危險的窘境<sup>269</sup>。採取此種放火具體危險故意的優點另外在於，此時對於個人生命、身體法益危險之認知已不再是額外的「特別認知」，反而是具體危險故意的核心內涵之一。在訴訟上國家機關必須基於職權先行證明行為人確實具備此一放火具體危險之認知與意欲，而不再是由行為人自己提出反證證明自己確信無危險。

## 2. 放火具體危險故意的實質內涵

在肯定了第173條第1項規定之放火罪故意應係一放火具體危險故意後，必須立於前述具體危險故意之理論基礎，接續確認其實質內涵。從而，放火具體危險故意可以先一般性地定義為：故意放火罪的行為人除了必須認識客觀構成要件相關事實外，並應認識其行為對個人法益將造成具體危險，且對此具備意欲。但更精細的定義，則必須區分「認知」與「意欲」兩種不同的故意要素加以詳述：

### (1) 放火具體危險認知

首先在「知」的要素層面來說，行為人主觀上首先必須認識其放火行為將導致供人使用之住宅或有人在內之建築物等客體燒燬此一中間結果，同時主觀上預測了其行為對於個人法益的損害發生具有高度概然性，並且也認知到其行為對於各該涉及之個人生命、身體法益將產生具體危險結果，亦即行為人知悉了承載個人法益之人將落入了其放火行為的作用範圍內而陷入危機，但卻知悉自己對於最終該人之生

<sup>268</sup> Schünemann, Fn. 23, S. 798; Berz, Fn. 23, S. 122 ff.

<sup>269</sup> Chen, Fn. 26, S. 350 f.

命或身體受到實際侵害的事件流程並非由自己所加以支配。詳言之：

①構成要件相關事實認知

行為人必須首先認知到客觀構成要件相關事實，以及藉此所展現出之個人法益一般危險性。從而，行為人必須知悉或預見其放火行為將導致行為客體的重要部分因燃燒而失其效用此一燒燬的事實，並且在其行為客體為住宅時，同時認知到其「現供人使用」之特性，或者在其行為客體為建築物等時，則必須更知悉其內「現有人所在」此一特性<sup>270</sup>。因此譬如德國實務見解即同意，假如行為人為了引起居住者之恐慌，只對建築內之財產或相關設備放火，仍不足以構成放火罪之故意<sup>271</sup>；但如行為人將點燃之酒瓶投擲入封閉之建築空間內時，則應具備放火故意所需之基礎認知<sup>272</sup>。當然，考慮到火的蔓延可能性與不可控制特性，此時行為人之放火行為直接實行之對象未必就是住宅或建築物等，但必須是得以有使火勢可能獨立燃燒並延燒至建築本體，導致燒燬結果發生的適格客體；換言之，此一放火對象必須同樣能夠有可能造成法定行為客體要素所欲凸顯的行為一般危險性。一般來說，如果行為人認識到其放火行為所實行之客體就是放火罪所規範之適格行為客體，行為人之認知則應至少能滿足間接故意中所要求的認知程度，較無認定上之困難。至如行為人所實行對象係鄰接建築本體而有延燒可能性之非法定客體，行為人之認知則必須再涵蓋該客體之大小、體積、可燃程度、其與建築本體之間的鄰接位置或空間配置等情狀，始能認為至少已滿足了間接故意中的認知（預見）程度。舉例來說，如行為人放火燒燬之對象係極為鄰接於建築物之汽車，而此火勢也確實從該汽車蔓延至鄰接之建築物時，行為人應可認具有間接故意<sup>273</sup>；相反的，如果只是點燃一個位於超市玻璃門旁、鄰接建築物牆

<sup>270</sup> LK-Wolff, 12. Aufl., § 306a Rn. 24; Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, § 306a Rn. 14; MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 55.

<sup>271</sup> BGH 16, 110; NK-Kargl, § 306a Rn. 20.

<sup>272</sup> Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, § 306a Rn. 14.

<sup>273</sup> LK-Wolff, 12. Aufl., § 306a Rn. 23.

面的垃圾桶內容物，則是被德國實務否定具有放火間接故意<sup>274</sup>。較為棘手的故意認定個案則存在於混合用途之建築，亦即放火行為所實行之客體如係現行社會常見的住商混合建築時（如本文評釋判決內所載之樓下作為商店、樓上作為住家之透天建築即為適例），在故意的證明上，則需要更為明確的證據指明行為人確實知悉該建築符合了放火罪所規範的各該特定法定行為客體之特性<sup>275</sup>。而就此一認知，則可綜合行為人對於該客體之建築結構關係與事實上使用情況等認知，而為進一步確認<sup>276</sup>。至於行為人就其放火客體數量上的認知，同樣必須是放火故意確認的重點。因為從對應原理的角度來看，行為人如果基於認知燒燬一棟建築物而行為，最終因為火勢蔓延燒燬了不止一棟建築物，此時應僅能就行為人認知基礎的該棟建築物論以故意放火罪，其餘蔓延燒燬之建築物則頂多能應論以失火罪處斷<sup>277</sup>。

總而言之，藉由行為人上述針對構成要件相關事實的認知，並配合過往所得的社會經驗知識以及個案中的主客觀情狀的整體觀察<sup>278</sup>，必須得以確認為行為人已經知悉了其放火行為對他人生命、身體法益已經不再只是一般的風險行為，而是已經逾越容許風險界限值、對個人法益具有高度侵害概然性的行為。

#### ②放火行為對具體危險結果支配之認知

既然界定放火故意為具體危險故意，則行為人僅僅認識了構成要件相關事實及其背後法益之一般危險性仍然不夠。在放火具體危險故意中，行為人必須進一步認知到，其符合於構成要件之行為事實所顯示出之一般危險性，在該個案中基於放火行為之行為支配，將層升為一個現實存在的具體危險；亦即，行為人除了認識其放火燒燬住宅或建築物之行為事實將有對人之生命、身體法益造成侵害之高度概然性

<sup>274</sup> BGH-HRRS 2010 Nr. 525, Rn. 5.

<sup>275</sup> Schönke/Schröder/Heine/Bosch, StGB, § 306a Rn. 14.

<sup>276</sup> MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 56.

<sup>277</sup> 同此見解見蔡聖偉，前揭註85，頁29。

<sup>278</sup> BGH-HRRS 2010 Nr. 525, Rn. 5.

外，必須進一步認識到該行為事實依據個案情狀，將對特定人之生命、身體法益產生具體危險<sup>279</sup>。據此，則在訴訟調查時，必須調查行為人對於各項具體危險存在的條件與事實情狀是否有所認知，其中包括如點燃之方式或工具的客觀危險性；火勢的程度與控制可能性；放火客體建築結構、材質、座落位置、體積及與其他建築之相鄰或相連程度或方式；各該建築物內是否有人在內或在內之可能性評估、火勢甚至因火勢而生之煙霧對人身之影響；放火對象如係針對住宅或建築物以外之物體，則行為人對於該物體與住宅、建築物之相鄰程度、該物體材質、燃燒可能性等等因素，都在行為人是否具有具體危險認知之調查範圍內<sup>280</sup>。準此，最高法院28年上字第3218號刑事判例<sup>281</sup>所指行為人「已明知放火行為並不致遭受何種意外危害」此一認知，其實已非僅是對於放火行為的一般危險性認知，而是對於現實狀態中不存在具體危險甚至是實害的認知<sup>282</sup>。此外，在德國實務中，也曾認為如行為人針對以防火鋁材質所建之廁所放火，應仍不足構成放火故意<sup>283</sup>，此種判斷同樣也屬於對於具體危險認知之判斷。

至於我國學說上有主張考量到放火罪之高度法定刑，故無論是抽象危險犯或具體危險犯的放火故意，都應該以認識到公共危險之發生為必要。在此所指對於公共危險發生之認識，無非係指對「不特定多數人之生命、身體或財產發生危險之可能性」有所認識之意<sup>284</sup>。然而

279 同此見解NK-Kargl, Vor §§ 306 ff. Rn. 27.

280 類此說明見曾淑瑜，前揭註13，頁127。

281 最高法院28年上字第3218號刑事判例。

282 類此見解已在我國實務判決中出現過，見最高法院105年度台上字第142號判決：「……惟若行為時確定排除法律預設之抽象危險存在，亦即確定無發生具體危險或實害之可能性時，因無危險即不具刑罰正當性，自不構成該抽象危險罪。本院28年上字第3218號判例要旨(一)……即指此種情形。係為限縮放火罪抽象危險犯之適用範圍，避免可罰性過度擴張，以符合規範目的。」

283 BGH-BeckRS 2005, 01608.

284 陳子平，前揭註13，頁26。當然也有主張認為無論是抽象危險犯或具體危險犯，都完全無須認識公共危險之見解，就此見甘添貴，前揭註212，頁164。

前已述及，所謂公共危險與公共安全的概念內涵本來就極不明確，將此種難以明確描述之情狀作為故意所必須認識的對象，在適用上可以想像會呈現分歧的兩種適用情形：其一，既然公共危險指的是對不特定人之法益造成危險的可能性，而危險又係實害發生的可能性，則公共危險概念將更模糊地被解讀為對不特定人法益造成實害的「可能性的可能性」，此種概念內涵最終將被化約為風險概念，且此種公共危險故意最終會轉化為如同前述之放火風險故意，將故意建立在一般經驗法則的認知而為適用<sup>285</sup>。反之，如在適用上為了避免僅將行為人認知之判斷基礎建立在一般經驗認知上的話，則往往會進一步判斷此一公共危險究竟對何人之何法益產生現實上具體的危害效果，最終將又與判斷特定法益之具體危險無實質上之差異<sup>286</sup>。由此也凸顯出了以所謂公共危險的認識作為放火故意內含之主張，理論上固然可以想像，但如考慮到公共安全其模糊的概念內涵與實際的適用狀況，此一說法將無異於放火風險故意說或放火具體危險故意說，而不具其內涵上的獨立性。

<sup>285</sup> 類似的適用情形，見最高法院106年度台上字第203號刑事判決：「汽油之揮發性高、易燃，倘以之引火，極易迅速擴散延燒自身所在車輛，進而延燒加油站，造成公共危險，依客觀情形及行為人主觀認知，均可認識及預見。」

<sup>286</sup> 典型如最高法院105年度台上字第142號判決：「(二)放火行為是否對公共安全有引發實害或具體危險之可能性，於現今社會生活情況，應審酌放火燃燒具蔓延性、難以控制性，住宅、建築物使用或所在之人，在該住宅或建築物內有隨時進出之流動性、他人於每一空間之滯留可能性及放火客體所在位置、四鄰關係等為判斷。就獨棟式房屋或建築物而言，必須確定屋內每一角落均已無人，居住或所在及其他不特定人，不會有隨時進入之可能。且依其坐落位置，無論火勢、風勢如何，均不致延燒波及他人生命、身體、財產之安全，而得確認無發生公共危險可能時，始得謂明知放火行為無抽象危險存在。(三)系爭住宅除放火之上訴人外，尚有其母、兄、嫂及妻等人共同居住其內，……，系爭房屋雖南向鄰166縣道，其餘三面鄰農田，無四鄰，然本件放火人犯以外之他人生命、身體安全之具體危險或實害之不發生，係繫於偶然之『其他居住者之外出未歸』，亦不能排除其他不特定人隨時有進出或路過受波及之可能，難認該放火行為無公共安全之抽象危險存在，而謂上訴人明知其放火行為無抽象危險。」

## (2)放火具體危險意欲

放火故意作為具體危險故意時，仍不能忽略意欲要素仍是故意的基本要素，針對具體危險之認知與意欲兩者，在個案中都必須分別加以確認並積極證明<sup>287</sup>，而非如目前實務適用上，意欲要素的確認與獨立證明時常被有意無意地忽略。至於放火具體危險故意的意欲要素內涵，則又可依據前述危險意欲之內容細分為正面要素與反面要素兩者：

### ①放火危險意欲之正面要素

前已述及，危險意欲之正面表述係行為人立於危險認知之基礎，以其行為使法益客體遭受具體危險結果此一支配的決意。依據此一定義下的放火具體危險意欲則是，行為人決意使其放火燒燬住宅或建築物之行為所將造成個人生命、身體法益之具體危險情狀發生（直接放火意欲），或者此一具體危險情狀之發生至少不違反其本意（間接放火意欲）。然而，有鑑於此一危險意欲之對象與放火危險認知之對象基本上同一，在實務適用上較難將兩者區隔清楚，因此往往必須依賴各種間接證據重新還原行為事實的各種主客觀情狀，並加以綜合認定及評價，以確認行為人之放火危險意欲是否確實存在<sup>288</sup>。只是此一放火具體危險意欲如何與對個人生命、身體法益之實害意欲如何清楚區隔，恐怕依賴危險意欲之正面表述仍有所不足，而必須進一步確認其反面要素是否存在，始得為最後確認。

### ②放火危險意欲之反面要素

由前述針對放火危險意欲正面要素之說明可以看出，從正面的角度去確認行為人確實具有放火的具體危險意欲的確有其困難，反倒是反面地依據行為事實情狀去確認行為人不具備放火具體危險意欲較為可行。在實務適用上，對於危險意欲的確認輔助以反面方式去排除意欲的存在，因此極為常見。就此，譬如我國學說與實務爭議焦點之一

<sup>287</sup> BeckOK-StGB/von Heintschel-Heinegg, § 306 Rn. 60.

<sup>288</sup> 意欲及其證明問題，見林鈺雄，前揭註37，頁194-195、198。

所指：「究竟第173條第1項規定之『人』，是否包含行為人自己？」此一爭執，不僅涉及放火罪行為客體現供人使用或現有人所在此些適格性認定，更涉及行為人主觀面如果認識到該建築內如僅只供自己使用或自己一人在內，除可能影響行為人之具體危險認知外，更會影響行為人是否仍會具有引起放火具體危險之意欲。除此之外，其實德國早期實務見解也曾經發展出特定之見解指出：「依照一般生活經驗，假如行為人自己也將同樣遭受自己行為之危險，原則上其應不會期望或容任此一危險發生」。換言之，德國早期實務見解也曾基於「行為人自己也會身陷危險」此一情狀，排除了行為人危險意欲之存在<sup>289</sup>。而由此一爭點擴大來看，德國實務見解另外曾就行為人於公寓大樓地下室放火，而行為人自己與自己之家庭也居住於此一公寓大樓中，且行為人於行為後又回到自己住所內之情狀，否定行為人之放火故意<sup>290</sup>，基本上也是同類的反面確認方式。然而，上述各該危險意欲之認定與其說建立於行為人行為時之真實心理意向，更大的成分毋寧係來自於法官立於經驗法則的推估，所確認者根本就不是行為人個人之意欲，頂多只能稱其為推定而來之主觀行為動向<sup>291</sup>。由此可見，此種放火危險意欲的反面排除方式不僅因為標準模糊而難以發揮實體法上作為確認故意之效用，程序法上也很難指出究竟相應的證明要求為何。最終，到底何時意欲可以被排除，將只能在證據證明力不得違背經驗法則（刑事訴訟法第155條第1項規定）的拘束框架中，試著先去探求何種情狀始可稱之經驗法則，並推估此一經驗法則是否符合行為人之真實意向<sup>292</sup>。

<sup>289</sup> BayObLG, NJW 1955, 1449; OLG Celle, NJW 1954, 612; OLG Köln, NJW 1960, 1213, 1214.

<sup>290</sup> BGH-NSStZ 2007, 270. 類似見解亦曾出現於洪福增，前揭註212，頁74。

<sup>291</sup> 就此BGH-NSStZ-RR 2010, 241亦指出，行為人過去同類放火行為之發展歷程固然可得為目前判決中之放火意欲確認指標，但事實審法院仍必須明確指出，在本次案件中火勢蔓延於建築物之危險如何與行為人之內在層面有所關連。

<sup>292</sup> 譬如以目前社會上層出不窮的放火燒燬自家案件來說，有家人在放火行為客體內是否仍然可以是一個排除放火危險意欲的經驗法則？

正因為上述反面排除方式有其實體法及程序法上的缺陷，因此欲確認放火危險意欲的存在，仍須考慮具體危險概念的偶然要素，以負面表述放火危險意欲之反面要素，透過行為人基於自我行為支配的認知所產生的那一個對實害或危險不發生的主觀信賴或期望，去釐清行為人的意欲內涵<sup>293</sup>。準此，如放火罪行為人僅只是單純地認為，放火當時建築物內不會有人在內而受放火之害，或者認為其內縱使有人，被害人亦將自行逃出或者會有第三人施救等非基於行為人之行為所得支配之情況發生，則行為人此種對實害不發生之期望或信賴並未建立在對自身行為支配的認知上，而只是一種樂觀或天真的期盼，固然可能排除其具備實害意欲（殺人意欲！），但卻不能排除其仍有具體危險意欲之存在，也就是其仍具備具體危險故意<sup>294</sup>。反之，如放火罪行為人於放火時曾有防止延燒的積極作為<sup>295</sup>，或者如行為人本身即為爆破或火勢控制部分之專業人員，基於對自己行為支配效力範圍的認知，確信放火當時建築物內將無人受放火之害，則此一基於理性風險控制觀點下之主觀上「無危險之確信」，將不僅可以排除實害意欲，更可以排除危險意欲，即令後續如不幸控制失當而有人因放火行為而受傷或致死，亦僅能論以過失，而不能論以故意<sup>296</sup>。

#### （四）放火故意不等同於殺人故意

最後必須再次提醒，基於放火具體危險故意與殺人故意之對象分別為具體危險與實害，各該故意中的認知與意欲要素的內涵也因為故意對象的不同而在實體法上即具有本質上的差異。而兩種故意的此一

<sup>293</sup> 此一標準另見伍、二、(三)、2.部分之說明。

<sup>294</sup> 同此見解MüKoStGB-Radtke, § 306 Rn. 59; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 306a Rn. 19.

<sup>295</sup> MüKoStGB-Radtke, § 306a Rn. 55.

<sup>296</sup> 此一部分結論應該與黃榮堅，前揭註2，頁237所主張，具備嚴格意義之專家身分所為之判斷得排除危險故意之見解，應無實質上的太大差異。此外，BGH-NSStZ 2017, 290則在一個縱火燒燬住宅以遂行住宅保險詐欺的案例中指出，欲判斷放火具體危險故意之有無，事實審法院必須詳加調查行為人是否一開始就是出於自認為有能力操控火勢發展。



本質上的差異，也將使不同故意種類的訴訟上證明程度有不同的要求。誠然，基於具體危險已經相當接近於實害，從而在訴訟上具備具體危險故意的證明，就已經意味著具有實害故意的重大嫌疑（*dringender Verdacht des Verletzungsvorsatzes*），對於故意危險犯的有罪判決基本上也可說是對於同一保護法益之故意實害犯的嫌疑刑罰（*Verdachtsstrafe*）<sup>297</sup>，然而並不能以對危險故意的證明來同時證明了實害故意的存在。就此德國實務見解也向來承認，對行為人來說確實可能出現一種矛盾的心理情狀認為，自己的行為將對被害人造成具體危險，卻不希望因此出現死亡之實害結果。從而其認為，相較於危險故意來說，行為人所具備之危險故意在層升為殺人故意之前，其實有一個更高的心理障礙（*Hemmschwelle*）而較難以跨越。因此，訴訟上不能以放火故意之存在同時認定殺人故意之存在，事實審法院必須在自由心證的框架限制內，積極調查行為人對於殺人罪之行為客體具備死亡實害結果發生之知與欲，並就所得證據審查時為更仔細的整體評價，才能確認行為人的心理情狀已經跨越了那一層心理障礙，而具有殺人故意之存在<sup>298</sup>。

譬如再次以縱火燒燬住宅以遂行住宅保險詐欺的案例為例，或許有人會認為，行為人都已經燒燬有人在內的房屋，再去追問「行為人是否要那個在房屋內的人死」是廢話。然而正如前文所述，行為人對於屋內之人的生命是否具有實害意欲，也就是行為人是否真的期望屋內的人因此死亡，仍是判斷實害意欲與危險意欲兩者歸責標準差異的重心，自然不能以行為人都燒燬有人在內的房屋，並對此有所認知，就逕自認定行為人也同時希望該屋內之人死亡<sup>299</sup>。而針對此類案例，

<sup>297</sup> Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 35 Rn. 104. 中文部分見許澤天，前揭註1，頁36-37。

<sup>298</sup> BGH-NSTZ-RR 1996, 97; OLG Hamburg, NZV 1997, 237, 239; BGH-HRRS 2012, Nr. 435, Rn. 42 ff.

<sup>299</sup> 藉此一案例凸顯意欲要素的重要性之討論尚可見許玉秀，前揭註3，頁135。但亦有反對見解認為，在此類案例中如僅能成立公共危險罪而不能論以間接故意殺人罪未遂的話，對法益保護將有不週，見蔡蕙芳，前揭註179，頁58。

德國聯邦最高法院的近期判決其實也提到，如果要認定該行為人除了放火故意以外也同時有殺人故意，不能僅止於調查行為人是否僅出於詐取保險金之企圖，以及出於主觀上信賴屋內之人尚有逃生機會此一（只）與危險意欲認定相關之事實，更應調查與生命法益實害相關之事實，以及行為人對於屋內之人是否確實至少有容任其死亡之意欲。從而其指出，行為人如在晚上八點多縱火或許尚可期待屋內之人有逃生機會，但實際縱火時點卻是在半夜之後，也就是多數人都已經睡著之後，此一行為時點因一般人均已入睡，經驗上已經大幅減少了逃生機會之可能性，從而事實審法院僅據行為人對逃生機會之信賴而排除殺人故意，證據評價尚有違誤而有待補強<sup>300</sup>。此一判決意旨正適足以作為區分危險故意與實害故意後，在證據要求與評價上同樣需有所區隔的適例。

### 三、判決評釋

根據上述說明之危險故意與放火故意的內涵，最後將嘗試反思本文案例所涉及之判決中有關放火故意與殺人故意認定之理由，並提出本文之意見。

#### (一)放火故意與殺人故意之規範關係認定

首先就放火故意與殺人故意之規範關係部分，本案例沒有任何一個審級的判決曾論述此一議題。然而，無論是從兩種故意的實體上概念，乃至其訴訟上證明之區隔與否，甚至是最後的競合方式，都根本不能忽略此兩種故意之間的規範關係究竟為何的問題。如從判決形式上來看，至少一審判決或許受限於放火罪部分有罪、殺人罪部分無罪的結論，並且就殺人罪部分獨立認定當時在屋內之被害人尚有逃生可能，應可排除間接殺人故意，並且指出放火罪與殺人罪之間的想像競合關係，因此該判決至少將兩種故意的認定與理由分別論述。至於二審與三審判決部分，因為認定放火罪與殺人罪皆有罪，並且特別是二

<sup>300</sup> BGH-NZM 2018, 285.

審與三審判決固然形式上也區隔了放火故意與殺人故意的認定理由，但認定之基礎事實與理由之實質內容卻大致上同一<sup>301</sup>，等同於沒有區隔兩種故意的實體概念與訴訟證明。

由歷審判決針對兩種故意規範關係理由之比較，大致上可以看出：一審判決或許仍支持了放火故意與殺人故意之間的差異，但二審與三審判決則是從實質面來看，無異於支持了放火故意等同於殺人故意的見解，或者至少在訴訟證明上並沒有清楚地區隔其各自之證據要求。以下也可由此一差異出發，接續釐清各該判決對於兩種故意之認定有何值得省思之處。

### (二)縮減為放火風險認知的放火故意認定

就本案放火故意之認定與證據要求部分，依本文見解應可細分為放火認知部分：1. 首先確認被告是否認識與放火罪客觀構成要件事實：就此除確認被告是否知悉其放火行為將造成行為客體燒燬之結果外，因本案一至三審判決均認定放火之直接對象並非建築本體，而係電器行內展示之電器，則更須確認行為人對這些電器之火勢延燒建築物本體之個案可能性認識。此外，因該電器行係做住商混合使用之建築，亦須確定行為人對於該建築特性之具體認識，亦即如行為人認識之行為客體為住宅，則需認識住宅須現供人使用，如為住宅以外之建築物，則須認識「現有人在內」等法定行為客體特性，以及由此而來之個人生命、身體一般危險性。2. 除了放火風險認知外，更應確認行為人認識到其上開行為結果將有造成個案中對個人生命生體之具體危險。其次就放火意欲部分，則須確認被告對於上開認識內容是否具有意欲。由此一標準觀之，本案一至三審判決均有迴避調查被告是否具有放火意欲，並將原本應以具體危險故意詮釋之放火故意內涵縮減為單純的放火風險認知之嫌。詳言之：

(1)一審判決對於放火故意之認定，僅據被告甲對於與放火罪構成

<sup>301</sup> 詳見後述陸、三、(三)部分之說明。

要件相關之事實坦承不諱一點認定帶過。然而，被告對於法院調查之事實坦承不諱一點，頂多屬於被告於程序中對於調查事實之自白（刑事訴訟法第100條），而與被告於行為時對其行為事實之心理狀態尚無直接關連。尤其是，一審判決固然據被害人指述認定被告放火之電器行屬於「現供人使用之住宅」，但並未調查被告如何認識該電器行同時作為住宅供人使用，更遑論亦未調查被告如何認識燃燒於電器之火勢，有延燒建築物本體之可能性而至少具有間接故意。準此，一審判決即使是對於上開放火認知中 1. 部分之被告認識基礎也有理由不備與應調查證據未予調查之違誤，更不用說的是，判決中完全忽略了被告對於放火行為事實是否有造成個人生命、身體具體危險之認知與意欲此一部份之證據調查與認定基礎。

(2) 二審判決對於被告是否具有放火故意一點，進行了較一審判決縝密之認定與論述，但仍有其不足：

① 其認為被告具有放火故意之主要理由在於，被告自承放火時僅有看到丙在店內，知悉該電器行是開店的，其一進去汽油就潑一潑點火等情。然而此一自白之內容，是否確實可以如二審判決所言，推論出甲知悉該店經常會有客人往還，以及燒了以後會把人燒死等情，並據此認定甲有放火燒燬現供人使用住宅之故意，實有疑問。首先，被告自承知悉該店係營業用，且當時被害人在內，但由判決理由中看不出被告知悉或預見該建築同時係用作住宅使用之證據。因此以現有證據而言，應朝向被告可能具有放火燒燬現有人在之建築故意此一方向考慮較佳<sup>302</sup>。

② 此外，從被害人也指述被告係將汽油潑灑在放電器的地方，顯

<sup>302</sup> 最高法院90年度台上字第7492號判決：「刑法上之放火罪，以行為人本乎放火燒燬特定物之故意而實施放火之行為，為其成立要件；又因其所欲燒燬之標的物（客體）之不同，而異其處罰之罪名，是以，行為人所擬燒燬之客體為何？其主觀上有無燒燬該特定物之故意？均屬放火罪犯罪構成要件之重要內容事實，自應於犯罪事實欄內，為明白之記載，然後於理由欄內，說明其所憑之證據及認定之理由，並使事實認定與理由說明，互相適合，方稱適法。」

然被告此時所知悉者係放火燃燒電器，而非放火燃燒建築本體。從而，被告是否認識或預見放火燒電器之行為，將有使火勢蔓延至建築本體之可能性，本來必須進一步調查電器擺放位置與該店內空間配置等具體情狀，並就此訊問被告是否就此至少有所預見與意欲。二審判決卻捨此不為，只根據被告極為籠統、僅有關潑灑汽油點火行為及行為時知被害人在場之自白，就認定被告具有知悉該店人來人往、點火會燒死人等經驗認知，再進一步推論被告因此具有燒燬現供人使用之住宅之故意，不僅在實體法層面上忽略了放火故意作為一種具體危險故意之本質，而將放火故意簡化為放火行為風險認知之嫌，更在訴訟上有犯罪事實未依證據認定（刑事訴訟法第154條第2項規定）與判決理由不備（刑事訴訟法第379條第14款規定）之違誤。

③最後值得再補充說明的是，二審判決既然已經調查確認，被告放火時知悉店裡只有老闆娘，並且有看現場裡面都沒有人、沒有其他客人在，但二審判決卻全未審酌被告此一認知究竟是否以及如何影響放火故意之認定。詳言之，被告既然確認並察看了店內除了老闆娘以外沒有其他人，且據老闆娘自己也曾證稱當時被告放火的位置在最裡面，並不會阻礙其逃生，則被告此一認知是否足以構成本文前述可得排除放火故意之確認無危險之認知？而被告之察看行為是否足以佐證其具有無危險之信賴而排除危險意欲？二審判決全未評價或交代，也使其就放火故意之認定顯的更為恣意與草率。

(3)本案三審判決基本上支持了二審判決就放火故意之認定，自然也就忽略了上開二審判決在放火故意認定上之違誤。而就三審判決須特別再指出的是，其在判決理由中交代二審判決已詳加敘明被告明知電器行二樓部分係供乙、丙居住，以佐證被告確有放火燒燬現供人使用之住宅之故意。但遍尋一、二審判決僅有被害人自己指出該店二樓係供住宅使用的證詞，以及被告自承知悉該店是開店的等語，均無被告明知電器行係供住宅使用之認定理由，三審判決此部分之理由顯然也有所誤會。

### (三)被架空的殺人故意認定與證據要求

本案歷審判決最為嚴重的問題，倒不是在放火故意之認定部分，反而是在殺人故意之認定部分。就殺人故意的認定上，大致上可以從實體面與程序面兩個方向來觀察：實體上，殺人故意的基本要求必須行為人之故意對應於殺人罪客觀構成要件，因此其內容是行為人對於殺害特定人致死的認識與意欲，也就是對於特定生命法益的實害故意。程序上則如前所述，不得逕以危險故意的證明即推導出行為人同樣具有殺人的實害故意。法院就後者之認定必須要求有更多之證據證明與更為嚴謹的證據評價，其中至少須包含行為人對於其所殺害者為特定人以及其行為將產生致死結果之認知與意欲的證明。準此，一審判決執被告無燒死人之意之證詞，以及被害人仍有逃生可能並未被阻礙等事項，否定被告有間接殺人故意，較無疑義。

至於二審與三審判決將一審判決無殺人故意之認定撤銷，固然據前述三大理由認定被告有間接殺人故意，而改判被告殺人部分有罪。但其理由顯然難以符合上開殺人故意之認定標準，而有極大疑慮與重大瑕疵如下：

1. 二審判決首先指出被告有殺人故意之理由，在於「被告明知『上揚電器行』位於宜蘭市鬧區，係現有人所在之建築物，且係連棟式住宅，隔鄰均有商店，而電器行內佈滿電器商品多為塑膠易燃物，一旦汽油引燃，即有迅速延燒之可能，在此等易燃物質之助長下，火勢將一發不可收拾，電器行內及隔鄰商店內之人如未能及時逃生，足以發生死亡之結果。」（三審判決亦明白支持此一理由）然而，判決所指出之建築位於鬧區、形式上為連棟建築、電器行內有易燃物易延燒等情形，實際上都僅是與放火罪構成要件相關之事實，毋寧只是指出被告認識到了某種對於公共安全或個人法益的風險，尚不足以作為被告有對個人生命法益實害的認知。特別是二審判決在此也提到，死亡結果之發生還額外取決於「在建築內之人未能及時逃生」此一因素，而此一因素之發生與否，由現存證據來看根本無從判斷是否係行為人之行為支配所得控制。從而，此段理由其實僅能說明行為

人具有放火風險認知，至於被告之放火行為是否具有足夠的支配，而得以對於在建築內之人其生命造成具體危險甚至是實害，並且被告對此也有所知悉或預見，並無法從此段理由中推論出來。二審判決藉由此段理由指出被告預見有死亡結果卻仍為之，應有間接殺人故意一點，不僅就故意概念採取了「知而後行」的詮釋方式，忽略了意欲要素的認定與證明，而是以客觀外在行為加以取代佐證，顯然已經違反了刑法第13條第2項之規定，實質上也是將放火故意的證明直接移做殺人故意之證明，進而架空了前述的殺人故意的實體與程序要求。

2. 二審判決之第二個理由則是指出，被告未察看該棟與鄰棟建築內是否有人一點，更足證明被告有不確定之殺人故意（三審判決亦明白支持此一理由）。然而，姑不論此一理由與二審判決自己先前認定被告有察看一點相互矛盾以外，何以被告未察看建築內是否有人得以佐證被告具有殺人故意之理由，二審判決並未詳述。既然本案歷審判決明顯都是朝向被告是否係以作為的形式殺人此一方向為調查，則被告何來察看建築內是否有人之義務，並因該義務之不履行而有殺人故意？相反地，被告不確定建築內是否有人就放火，假如最終有人被燒死，反而不是應該成立的是過失致人於死罪，而非故意殺人罪嗎？二審判決此種論述模式，同樣頂多指出了被告對於某種公共安全或個人法益的侵害風險可能有所認知，且明顯係基於過失致人於死罪的犯罪結構所為之主觀注意義務或主觀預見可能性要件審查，二審判決將其移為故意殺人罪之故意審查，理由已有前後矛盾之嫌。並且直到此為止，二審判決仍然迴避不談的是，被告是否知悉建築物裡有無人在內，究竟與在建築物內之人死亡是否違反被告之本意此一重要的意欲要素有何關連？以及被告之殺人意欲到底是否存在？等意欲要素層面的問題。

3. 二審判決的第三個理由則是指出，被告縱火後，火勢立即擴大延燒，甚且引起電器爆炸，被告主觀上因此具有火勢延燒造成他人燒灼或窒息死亡之間接殺人故意。然而被告縱火後之火勢蔓延無非是行為後發生之客觀情狀，應係與放火罪之放火行為要素相關之事實，甚

至都未必與燒燬建築物之結果要素具有直接關連性，作為證明被告主觀上之放火故意都屬牽強，遑論再用以證明被告有殺人故意。何況就算被告知悉放火後火勢延燒、電器爆炸，如何證明被告對後續延燒之火勢持續具有行為支配至燒死特定個人？如何證明被告就此一持續性的行為支配效果有所知悉並有意欲？均未見二審判決說明。此外，二審判決在第三個理由中更進一步指出，即使被害人曾與被告有消費糾紛、被害人言行不當等情狀，也不影響於殺人故意之判斷。然而，歷審判決都確認本案確實因消費糾紛而起，二審判決甚且認定被告於消費糾紛時所為言語已涉犯恐嚇危害安全罪部分有罪，後續因未達先前恫嚇更換新冰箱之目的，才又至該電器行實行放火行為。如就此一前因後果為整體觀察與評價，反而被告之放火行為是否係出於解決消費糾紛之目的而為，攸關被告是否具備放火危險意欲甚至是殺人意欲，二審判決因為在故意認定上忽略了意欲要素的審查，進而又認定被告與被害人消費糾紛此一與意欲要素認定相關之重要事實反而對殺人故意之判斷沒有影響，同樣也有在認定殺人故意（甚至是放火故意）時有理由不備之違誤。

4. 綜觀二審判決關於殺人故意認定之理由，不難發現二審判決之理由不斷強調火勢蔓延致人於死之可能性，然而就被告本身是否確實知悉或預見此一可能性（風險），以及此一可能性在本案中是否將層升為具體危險乃至實害此一部分，則略而不提。此外，攸關殺人意欲要素認定之重要事實又被二審判決認定不影響故意。最終二審判決判斷被告不確定殺人故意之邏輯，不外乎是強調各種類似「可能性」之用語，先認定客觀上火勢有蔓延致人於死之可能性，毫無經驗基礎地擴大推估了放火行為之可能作用範圍，再認定被告主觀上「應該」對此有所知悉，實質上等同於單純從經驗法則推定被告具有此一故意，進而違反了罪責原則。何況，就算是確認了被告認識此一火勢蔓延致人於死可能性，而不確認被告對此是否具有意欲，其基礎不外乎是故意理論中的可能性說所提出之故意概念，最終還是與我國現行法規定不合，而有違背罪刑法定原則、事後擴張了處罰範圍之重大瑕疵。最



後，二審判決同時違反了罪責原則與罪刑法定原則的後果，在程序上所呈現出來的就是，單憑放火風險認知之證明就同時也滿足了對於殺人故意的證明要求，而固有的殺人故意證明因此就被架空而不復存在。而三審判決不僅未指出二審判決的上述違誤，尚且支持二審判決而駁回被告上訴，無異於與二審判決具有同樣之瑕疵，則不再另行敘明。

## 柒、結 論

無論危險故意之概念如何一般性地界定，或者是放火罪之故意內涵應如何重新思考等問題，都應該再次思考此一基本的刑事政策議題：刑法規範應採取何種態度來面對在現代風險社會當中層出不窮的風險與危險。就此本文的態度是，刑法仍應遵循其自由主義式的刑法傳統，在現代風險社會當中優先尊重個體之主體性與自由，並接受個人面對風險時自我判斷之空間，只有當行為人對其行為將導致法益侵害之支配具備明確的認知與意欲時，始能處以故意刑罰。而為了貫徹此一想法，所謂的危險故意，亦即危險犯此種犯罪類型之主觀故意，僅能是對於具體危險的知與欲。如果對危險犯之故意僅只是要求一個完全欠缺法益危險認知的故意，或者只是要求一個對風險的認知，不僅違背了罪責原則，也根本不符合法益保護觀點下的預防原則。在此種危險故意理論的基礎上，放火罪作為一種對個人生命、身體法益前置性保護工具的抽象危險犯，其主觀故意仍必須是一個對個人生命、身體法益的具體危險故意，如此立法者對放火罪所配置之高度法定刑才得以具有正當性<sup>303</sup>。由此觀之，在本文所檢討之實務判決中，不僅

<sup>303</sup> 審查意見曾指出，本文引用具體危險故意概念作為放火故意之詮釋基礎，係建立在可將放火罪保護法益還原為個人法益之見解上。但此一危險故意見解是否另可適用於與個人法益關連性較低的保護集體法益犯罪之上，仍有疑問。此點意見一針見血地指出了本文見解目前仍有不足之處，本人深表感謝。確實，在保護純正集體法益的抽象危險犯罪類型中，也就是在那些保護法益難以真正還原到特定個人法益的抽象危險犯罪類型中，究竟有無可能可

因為將放火故意簡化詮釋為放火風險認知而有所缺失，更因為直接以放火故意之證明同時認定了殺人故意，而有混淆放火故意與殺人故意之重大違誤。



元照出版提供 請勿公開散布

以想像其法益侵害得以層升至「具體危險」之階段？因為這一類犯罪之所以以抽象危險犯之形式規範之，其理由正好就在於針對一個純正的集體法益來說，吾人難以想像其侵害程度會有具體危險甚至是實害的可能性，本文之危險故意理解如要運用到保護集體法益犯罪上，目前仍有困難。因為在未能證明集體法益亦能還原、或者至少可尋得其與個人法益的直接關連性前，本文之危險故意見解在保護集體法益犯罪領域就顯於毫無適用餘地。但也因為如要解決此一問題，尚必須解決「個人法益與集體法益兩者之關連性」此一大難題，因此本文恐難以再進一步處理，而有待於另文再行討論。另審查意見亦指出，如採取本文此種見解，是否將導致第173條第1項之主觀要件與其他放火罪具體危險犯之主觀要件相同。就此本文認為，其他放火罪之具體危險犯規定採用了「致生公共危險」此種指向集體法益的規範形式，因此與本文以個人法益為導向的具體危險詮釋並不相同。因此如採取本文見解，尚不至於發生如審查意見所指將導致第173條第1項之主觀要件與其他放火罪具體危險犯之主觀要件相同之問題。至於審查意見所指出：「為何不建議如刑法第189條之2增訂『致生危險於生命、身體或健康者』？」，本人亦深表贊同。我國傳統具體危險犯規定所採行的集體法益指向（如前述「致生公共危險」），實際上係舊有的立法體例，不僅與新修訂之第189條之2所採行之新體例不符，並且也根本上誤解了具體危險概念的本質，而應有全面檢討並修正之必要。但此亦非本文議題之討論主軸，也必須留待後續研究始能處理。

## 參考文獻

### 一、中文

#### (一)專書

1. 林山田，刑法各罪論（下），修訂5版，自版，2006年11月。
2. 林東茂，危險犯的法律性質，載危險犯與經濟刑法，第1版，五南，1995年9月，頁1-60。
3. 林鈺雄，新刑法總則，第6版，元照，2018年9月。
4. 許玉秀，區分故意與過失——論認識說，載主觀與客觀之間，自版，1997年9月，頁161-177。
5. 許玉秀，客觀的故意概念——評德國的間接故意概念，載主觀與客觀之間，自版，1997年9月，頁45-159。
6. 陳子平，刑法各論（下），增修版，元照，2016年9月。
7. 曾淑瑜，刑法分則實例研習——國家、社會法益之保護，修訂2版，三民，2013年9月。
8. 黃惠婷，刑法案例研習(一)，第1版，新學林，2013年6月。
9. 黃榮堅，刑法解題——關於故意及過失，載刑法問題與利益思考，元照，1996年12月，頁13-56。
10. 盧映潔，刑法分則新論，修訂12版，新學林，2017年9月。

#### (二)期刊論文

1. 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，第159期，2008年8月，頁235-244。
2. 甘添貴，阻塞逃生與公共危險，台灣本土法學雜誌，第37期，2002年8月，頁162-172。
3. 周治平，放火罪概說，刑事法雜誌，第11卷第3期，1967年6月，頁1-8。
4. 洪福增，刑法第一七三條之所謂「人」及「住宅」之意義暨放火罪之罪數，刑事法雜誌，第2卷第7期，1958年7月，頁73-76。
5. 徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，中原財經法學，第19期，2007年12月，頁119-198。

6. 梁恒昌，放火燒燬住宅、建築物罪之探討，法令月刊，第38卷第11期，1987年11月，頁3-4。
7. 許玉秀，刑法第一七三條放火罪——最高法院八十八年度臺上字第6372號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第10期，2000年5月，頁20-25。
8. 許澤天，遺棄罪之研究——待釐清保護法益的具體危險犯，東吳法律學報，第22卷第2期，2010年10月，頁1-45。
9. 黃榮堅，論危險故意——評最高法院93年度台上字第1155號及91年度台上字第6368號判決，月旦法學雜誌，第118期，2005年3月，頁225-239。
10. 蔡聖偉，廟不可炎——論失火罪客體的屬性認定，月旦法學教室，第85期，2009年11月，頁30-31。
11. 蔡聖偉，刑法上的對應原則，月旦法學雜誌，第227期，2014年4月，頁20-30。
12. 蔡蕙芳，未遂犯之故意型態——評最高法院八十二年度台上字第286號刑事判決，裁判時報，第15期，2012年6月，頁49-60。

## 二、德 文

### (一)專 書

1. Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., 2014.
2. Anastassios Triantafyllou, Das Delikt der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB) als Gefährdungsdelikt: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Gefährdungsdelikte, 1996.
3. Andreas H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte: Ein Beitrag zur Dogmatik der „abstrakten Gefährdungsdelikte“ unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992.
4. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976.
5. August Miřička, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903.

6. Benjamin Rath, Entscheidungstheorien der Risikoethik: Eine Diskussion etablierter Entscheidungstheorien und Grundzüge eines prozeduralen libertären Risikoethischen Kontraktualismus, 2011.
7. Bernd Schünemann, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), FS für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 363-378.
8. Bernd von Heintschel-Heinegg, Beck'sche Online-Kommentar-StGB, 39. Edition, 2018.
9. Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Band 1: Einleitung - § § 1 bis 31, 11. Aufl., 2003.
10. Carsten Christoph Laue, Die Aussetzung: Eine Klarstellungsvorschrift, 2002.
11. Christoph Burchard, „Irren ist menschlich“: Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen, 2008.
12. Chun-Wei Chen, Gefährdungsvorsatz im modernen Strafrecht: Zugleich unzeitgemäße Überlegungen über die Wiederbelebung des Gefährdungsstrafrechts in der Sicherheitsgesellschaft, 2016.
13. Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil: Bd. I, Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006.
14. Detlef Krauss, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: Wolfgang Frisch/Werner Schmid (Hrsg.), FS für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 11-30.
15. Eckhard Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973.
16. Ernst Amadeus Wolff, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, in: Karl Lackner u. a. (Hrsg.), FS für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 197-226.
17. Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998.
18. Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit: Eine strafrechtliche Untersuchung, 1910.

19. Friedrich Dencker/Eberhard Struensee/Ursula Nelles/Ulrich Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998.
20. Gerhard Seher, Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, in: Georg Freund u. a. (Hrsg.), FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 207-221.
21. Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht: Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009.
22. Günther Jakobs, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967.
23. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1993.
24. Hans-Joachim Rudolphi/Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band VI: §§ 303-358 StGB, 9. Aufl., 2016.
25. Hans-Joachim Rudolphi/Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: §§ 1-37 StGB, 9. Aufl., 2017.
26. Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Band 1: Einleitung; §§ 1 bis 31, 12. Aufl., 2007.
27. Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Band 11: §§ 306-323, 12. Aufl., 2008.
28. Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunther Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 3. Aufl., 2017.
29. Henning Radtke, Gefährlichkeit und Gefahr bei den Straßenverkehrsdelikten, in: Claudius Geisler (Hrsg.), FS für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 461-478.
30. Henning Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den gemeingefährlichen Delikten, 1998.
31. Hennrich Demuth, Der normative Gefahrbegriff: Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte, 1980.
32. Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 2013.

33. Horst Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in: FS für Wilhelm Sauer, 1949, S. 207-248.
34. Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 1. Aufl., 2002.
35. Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht: Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, 2009.
36. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 2: Schuld und Vorsatz, Hälfte 2: Der rechtswidrige Vorsatz, Neudruck der 2. Aufl., 1965.
37. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 4: Die Fahrlässigkeit, Neudruck der 2. Aufl., 1965.
38. Karl Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967.
39. Karl Lackner/Christian Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., 2018.
40. Kurt Schmoller, Das „tatbestandsmäßige Verhalten“ im Strafrecht, in: Georg Freund u. a. (Hrsg.), FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 237-258.
41. Michael Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987.
42. Niclas Börgers, Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht: Ein Abschied vom objektiven Dritten, 2008.
43. Oskar Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, 1897.
44. Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1931.
45. Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Aufl., 2012.
46. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.

47. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen-Kommentar, 63. Aufl., 2016.
48. Ulrich Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz: Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986.
49. Ulrich Schroth, Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, 1994.
50. Ulrich Stein, Vorsatz bei Gefährlichkeits-, Gefährdungs- und Verletzungsdelikten, in: Mark A. Zöller u. a. (Hrsg.), FS für Jürgen Wolter, 2013, S. 521-540.
51. Ulrich Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.
52. Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Nomos Kommentar, 5. Aufl., 2017.
53. Walter Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993.
54. Walter Kargl, Zum Gefährdungsvorsatz der schweren Brandstiftung (§ 306a StGB), in: Frank Saliger u. a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht: FS für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1105-1118.
55. Wilhelm Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Hans Lüttger (Hrsg.), FS für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 171-184.
56. Winfried Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, in: Gerhard Dornseifer (Hrsg.), GS für Armin Kaufmann, 1989, S. 289-309.
57. Wolfgang Brehm, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973.
58. Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983.
59. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2014.



## (二)期刊論文

1. Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.
2. Carl Stooß, Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW 15 (1895), S. 199-201.
3. Claus Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - BGHSt 7, 363, JuS 1964, S. 53-61.
4. Cornelius Prittowitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, S. 427-440, 486-502.
5. Georg Küpper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), S. 758-785.
6. Herbert Jäger, Subjektive Verbrechenmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MschKrim 61 (1978), S. 297-313.
7. Heribert Ostendorf, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, S. 426-433.
8. Joerg Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, S. 71-82.
9. Thomas Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981), S. 657-700.
10. Ulrich Schroth, BGH, NJW 2002, 2043 mit Bemerkung, JR 6/2003, S. 248-253.
11. Ulrich Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW Beiheft 1987, S. 1-36.
12. Wilfried Küper, Vorsatz und Risiko: Zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1987, S. 479-509.
13. Wilhelm Degener, Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991), S. 357-397.

# Rethinking the Content of Intention of Arson on the Basis of the Theory of the Intention to Endanger from No. 2179 Judgement of the Supreme Court in 2016 and Its Previous Decisions

Chun-Wei Chen \*

## Abstract

In the risk society should criminal law always be a liberal criminal law, which respects the subjectivity and freedom of the individual and allows the individual the space, even in the risk situation, the decisions to take action. Only the perpetrator who acts with the sure awareness and will to rule the violation of the legal asset, is punished as intentional. Based on this, the so-called endangering intention can be such an intention, which presupposes knowledge and willingness to take concrete risks. Likewise, the intention to arson is legitimate if it is an intention to concrete endangerment of the life and body of an individual. The definition of the purpose of the intention to arson, which has been established by case-law, is therefore misleading.

**Keywords:** Intention, Intention to Arson, Intention to Kill, Abstract Endangerment, Concrete Endangerment

---

\* Assistant Professor of Department of Law, National Chung Hsing University; Dr. jur., Goethe University Frankfurt am Main, Germany.  
Received: September 12, 2018; accepted: October 18, 2018