

## 論原因自由行為之處罰基礎\*

薛智仁\*\*

### 摘要

依刑法第19條第3項，當行為人因為故意或過失自陷欠缺或限制責任能力時，不得阻卻或減輕罪責。此一規定排除處罰原因自由行為違反罪刑法定原則的疑慮，但是其處罰正當性在刑法學上依舊極具爭議性，主要存在罪責前置模式與不法前置模式二種觀點。本文認為，罪責前置模式未必抵觸罪責原則，其對於實現構成要件的理解卻過於狹隘，以致於始終無法合理說明，為何原因行為足以建構結果行為的完整罪責。不法前置模式承認原因行為實現構成要件的可能性，根據共通之犯罪歸責原理與法律規定建構原因自由行為之可罰性，則是理論一貫的主張，其於近年來遭遇之批評缺乏說服力。根據不法前置模式，刑法第19條第3項僅是一個闡明作用有限、甚至造成誤會的規定。立法者未來可考慮刪除之，並且在認為必要時增訂自醉構成要件，但不宜仿效德國現行法。

關鍵詞：原因自由行為、罪責原則、同時性原則、權利濫用、罪責前置模式、不法前置模式、犯罪構成要件、因果關係、著手實行、自醉構成要件。

\* 投稿日：2016年10月3日；接受刊登日：2017年3月22日。〔責任校對：鄧婉伶〕。

作者受科技部國外短期研究補助（MOST-105-2918-I-002-017），於2016年暑假在德國特里爾大學德國與歐洲刑事訴訟法暨警察法研究中心完成本文初稿，並於同年10月3日發表於國家安全法制研究學會、開南大學法律學系暨研究所主辦之「醫事法律研討會」。作者感謝匿名審查人惠賜修改意見、研究助理黃奕欣協助蒐集文獻及訂正格式，減少本文謬誤。

\*\* 國立臺灣大學法律學院副教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/91700171.pdf>。



## 目 次

壹、前言	二、適用要件
貳、原因自由行為之處罰正當性	肆、立法建議
一、罪責前置模式	一、刪除原因自由行為條款
二、不法前置模式	二、增訂自醉行為條款
參、原因自由行為之適用問題	伍、結論
一、適用範圍	

## 壹、前言

基於罪責原則，犯罪以行為人有罪責為前提，刑罰應與罪責程度相當。依據通說，罪責係指不法行為人的可非難性，其非難基礎在於，行為人有能力實施合法行為，卻決定實施不法行為。此一罪責概念假定，人類有自由意志，只要心智足夠成熟，自主決定能力未受到破壞，就有遵守規範的能力。因此，我國刑法規定，實施不法行為之行為人，其年齡未滿十四歲（刑法第18條第1項）或有精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或依其辨識而行為（刑法第19條第1項）者，因為欠缺責任能力而不罰；年齡未滿十八歲（刑法第18條第2項）或有精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著減低（刑法第19條第2項）者，因為限制責任能力而得減輕其刑。

依據上述規定，行為人可能因為服用酒精、毒品或藥物，而在行為時陷入無責任能力或限制責任能力的狀態。在訴訟上法官應選任鑑定人，確認行為人因為酒精、毒品或藥物而陷入精神障礙狀態，並依此自行判斷，其對於行為人在行為時之辨識能力與控制能力的影響程度。由於各種麻醉物品的麻醉作用不同，對於人類意識

與行為的影響力，隨著行為人服用的麻醉物品種類、數量、時間、個人體質等因素而不同，責任能力判斷在實務上造成不小的困難。以服用酒精為例，即使確定行為人在行為時之血液酒精濃度<sup>1</sup>，法官仍然無法從血液酒精濃度達到特定數值，直接認定其責任能力係被排除或限制，只能將它當成一個間接證據。依據德國實務，血液酒精濃度值在千分之二以上者通常會限制其抑制能力，千分之三以上者則會喪失其控制能力，此時法官有必要詳查其他證據，確定行為人的責任能力是否被影響。如果行為人是違犯重大犯罪，例如殺人或重傷害等，其抑制門檻通常較高，血液酒精濃度值分別在千分之二點二與千分之三點三以上時，才有類似的推定作用<sup>2</sup>。酒測值越高、抽血與犯罪的時間距離越短、行為人越不適應酒精，血液酒精濃度值的推定作用越強；在行為人身心疲勞、服用安眠藥或鎮定劑、越能適應酒精時，推定作用便越弱<sup>3</sup>。因此，酒精對責任能力的影響相對複雜，是一個亟待司法界與醫學界共同解決的問題。

不過，本文要關注的是後續的法律問題。當酒精等麻醉物品排除或限制行為人的責任能力時，系爭不法行為無法完全被視為自由意志的產物，行為人應被宣告無罪或減刑，但是這樣的結果在刑事政策上存有疑義。一方面，酒精是醉態駕駛與肇事逃逸等交通犯罪的常見成因，酒精也和與暴力犯罪的發生呈現正相關<sup>4</sup>，上述規定會使許多受酒精影響的犯罪無法獲得應有的處罰，形成法益保護的

---

1 由於酒測時點通常是在行為後，所得之酒測值必須經過「歸算」才能判定行為時之血液酒精濃度。依據德國實務標準，飲酒結束的兩小時後，每小時最多代謝速率為血液酒精值千分之零點一毫克。參考陳志輝，原因自由行為原理之適用限制，月旦法學教室，145期，頁31（2014年）。

2 BGHSt 37, 231 (235 ff.).

3 Heinz Schöch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2014, § 20 Rn. 36 f.

4 Norbert Schalast/Norbert Leygraf, Unterbringung und Behandlung im Maßregelvollzug gemäß § 64 StGB, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit. Entscheidungshilfen für Ärzten und Juristen, 2002, S. 181 (182 f.).

漏洞。另一方面，社會大眾比較不接受服用麻醉物品而無罪或減刑，因為相較於年齡或精神疾病，服用麻醉物品通常不是行為人被追接受的命運，而是出於行為人的自主決定，其於麻醉狀態下所實施的不法行為，會被視為自主決定的結果。此種行為人自由地陷入不自由的狀態實施不法行為的情形，在學說上被稱為「原因自由行為」(*actio libera in causa*)，此一名詞亦表達出該犯罪最終係出於行為人之自由意志。因此，在不法行為可歸咎於行為人服用麻醉物品時，如何突破罪責原則的限制，令行為人為不法行為負完全的刑事責任，成為刑事法學、實務與立法的重大挑戰<sup>5</sup>。

此一挑戰來自原因自由行為的特殊行為結構。此種行為係由「導致責任能力缺陷的行為」(原因行為)與「責任能力缺陷狀態下之不法行為」(結果行為)所組成，根據行為人故意／過失自陷責任能力缺陷、對於嗣後之不法行為之故意／過失、在責任能力缺陷時故意／過失實施作為／不作為之不法行為等因素，有非常多樣的表現型態<sup>6</sup>。基於同時性原則(Koinzidenzprinzip)，行為人必須在特定時點完全實現某一犯罪的不法與罪責要素，始能成立犯罪，然而原因自由行為看似無法符合這項要求。以故意原因自由行為為例，行為人為了壯膽殺害移情別戀的情人，先飲用高粱酒至無責任能力的狀態，然後舉刀殺死情人：持刀殺人雖是直接實現殺人不法構成要件的行為，行為人此時卻無責任能力，而飲酒壯膽不是直接實現殺人不法構成要件的行為，行為人此時卻有責任能力。再以過失原因自由行為為例，管理員曾在值班時酒醉未關閉電源差點釀成火

---

5 廣義而言，原因自由行為還可以包括故意或過失自陷於無行為能力、無作為能力、無故意過失及無違法性而實現犯罪構成要件的情形，僅參考Reinhart Maurach/Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, § 36 Rn. 55.

6 Thomas Rönnau, Grundstruktur und Erscheinungsformen der *actio libera in causa*, JA 1997, S. 599 (601 ff.); Jürgen Rath, Zur *actio libera in causa* bei Schuldunfähigkeit des Täters, JuS 1995, S. 405 (406).

災，卻未從中獲得教訓，再次於值班時飲酒過量，在無責任能力的狀態下未關閉電源釀成火災：未關閉電源是直接造成火災的不作為，行為人此時卻無責任能力；值班時飲酒不是直接造成火災的行為，行為人此時卻有責任能力。如果認為喝酒殺人的人應該成立普通殺人罪（刑法第271條第1項），酒醉未關閉電源的管理員應該成立不作為失火罪（刑法第173條第2項、第15條），就有必要解釋為何原因行為的罪責加上結果行為的不法，可以建構出一個犯罪行為。

對於原因自由行為的可罰性，我國立法者在2005年增訂刑法第19條第3項：「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」予以明文規定<sup>7</sup>。據此，行為人因為故意或過失服用麻醉物品，因此陷入無責任能力或限制責任能力，並且在此狀態下實施不法行為者，仍然負起完全的刑責。上述飲酒殺人與未關閉電源的行為人，係因故意或過失自陷無責任能力狀態而實現殺人與不作為失火的犯罪構成要件，故不適用第1項規定，分別成立犯罪。

不可否認，此一規定的刑事政策優點很多。首先，我國實務早已承認原因自由行為不得阻卻罪責<sup>8</sup>，但是此一不利行為人的實務觀點缺乏法律根據，被批評是違反罪刑法定原則<sup>9</sup>。如今立法者明

---

7 修法理由未明白提及原因自由行為，不過本條項無疑地是在處理原因自由行為的問題。參考張麗卿，原因自由行為明文化，台灣本土法學雜誌，68期，頁137（2005年）；蔡蕙芳，責任能力與原因自由行為，月旦法學教室，37期，頁83（2005年）；黃惠婷，在「原因自由行為」概念下檢討新法第十九條第三項，收於：司法院參事室編，新修正刑法論文集，頁173（2007年）。不同於此，柯耀程，排除責任缺陷規定明文化之衝擊，收於：臺灣刑事法學會編，刑法總則修正重點之理論與實務，頁199（2005年）認為本條項不是原因自由行為之明文化。不過，觀諸行文脈絡，柯耀程教授所稱原因自由行為似乎是指一般學說所稱之自醉行為。

8 最高法院28年上字第3816號刑事判例。

9 鄭逸哲，罪刑法定主義七十年，收於：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），頁104-105（2001年）。但是認定不違反罪刑法定原則者：劉幸義，罪刑法定原則的理論與實務批判（上），刑事法雜誌，38卷5期，頁73（1994年）。

定原因自由行為的處罰，不論規範意義係創設或單純闡釋其可罰性，此一質疑將不復存在。其次，依據法條文義，此一規定大幅排除因為麻醉物品的影響而阻卻或減輕罪責的可能性，行為人只要於服用麻醉物品時，可能預見陷入至少限制責任能力的狀態，皆應為在此狀態下的不法行為負完全的刑責，使大多數麻醉物品對於法益的危害受到刑法禁止。最後，若是貫徹法條文義，法官不必費神調查行為人在行為時的責任能力，也不必調查服用麻醉物品時是否可能預見後續的具體不法行為，即可作成有罪判決，具有訴訟經濟的作用。

儘管如此，在一個受罪責原則支配的刑法體系裡，原因自由行為之處罰正當性疑義並未隨之消失。立法理由僅稱：「責任能力之有無及其高低，為犯罪有責性判斷之一要件。關於責任能力之判斷，依通說之規範責任論，應就行為人所實施具備構成要件該當且屬違法之行為，判斷行為人辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力，倘行為人之欠缺或顯著減低前述能力，係由於行為人因故意或過失自行招致者，即難謂其屬無責任能力或限制責任能力；爰參酌國外之立法例，於第三項予以明定。」既未解釋規範責任論為何承認原因自由行為人有責任能力，立法過程中所引用的外國立法例內容亦有出入<sup>10</sup>。因此問題依然是：從具有憲法位階的罪責原則<sup>11</sup>來看，既然責任能力係以「行為時」為基準時點（刑法第19條第1項），而行為人在舉刀殺人與未關閉電源時皆無責任能力，有什麼堅強理由可以令行為人負起完全的刑責？究竟罪責原則是否以行為時有責任能力為前提？原因自由行為之明文化，係自始符合

10 詳見陳志輝，刑法第十九條第三項之適用限制——臺灣高等法院臺南分院一〇二年度侵上訴字第九四六號刑事判決評析，月旦裁判時報，32期，頁41（2015年）。

11 罪責原則雖非憲法明文承認，但是大法官曾多次引用「罪刑相當原則」作為審查法律合憲性的標準（司法院釋字第602號、第630號、第669號解釋），可視為承認罪責原則的表現。

同時性原則，抑或創設同時性原則的例外？承認例外的正當性何在（貳）？澄清此一原因自由行為之處罰正當性問題，並不是單純出於理論的趣味，而是會決定刑法第19條第3項的合憲性、適用範圍與適用標準（參）；同時促使我們在刑事政策上思考，刑法第19條第3項有無修法改進的空間，有無增訂其他規定的必要，以彌補酒精犯罪的處罰漏洞（肆）。上述問題，在2005年刑法修正後也引發廣泛的討論，本文嘗試予以檢討與深化，並作出總結（伍）。

## 貳、原因自由行為之處罰正當性

至今刑法學說對於原因自由行為之處罰基礎，主要存在罪責前置模式與不法前置模式二種觀點。二者所認定的處罰對象不同，所遭遇的理論挑戰也隨之不同：罪責前置模式以結果行為為處罰對象，必須克服罪責原則對於前置罪責的阻礙（下述一）；不法前置模式以原因行為為處罰對象，必須克服犯罪構成要件對於前置不法行為的限制（下述二）。儘管兩種模式內部又有相異的立場，但以下著重於分析二者如何克服其基本觀點所遭遇的挑戰，不在求其理論介紹的完整性。

### 一、罪責前置模式

#### （一）基本觀點

關於原因自由行為的處罰正當性，罪責前置模式是將結果行為本身視為不法行為，說明為何此時的責任能力缺陷係可歸咎於原因行為時，仍然不影響將結果行為評價為有罪責，因而構成犯罪。此種解釋方式，最符合原因自由行為的原始概念。依據德國學者 Joachim Hruschka 的考究，原因自由行為概念起源於18與19世紀之交，受到18世紀的道德哲學與法哲學影響。當時區分就其本身觀察

係「自由的行為」(*actiones liberae in se*)，與就其本身觀察係「不自由的行為」(*actiones non liberae in se*)，前者係出於自由意志，主觀上可歸責於行為人，後者純粹出於自然或物理上的必然，主觀上不可歸責於行為人。但是，如果行為人必須為其實施自然行為時的不自由狀態負責，該不自由行為就會被當成「原因出於自由」的行為，與就其本身觀察係「自由的行為」同等對待<sup>12</sup>。換言之，原因自由行為是指稱行為人在不自由的狀態下所實施的結果行為，而不是指稱引起不自由狀態的原因行為<sup>13</sup>。如果結果行為是所處罰的不法行為，責任能力又必須與行為時同時存在，如何說明結果行為時行為人仍有罪責？對此，主要存在例外模式（*Ausnahmemodell*）與擴張模式（*Ausdehnungsmodell*）的觀點。

例外模式認為，原因自由行為之處罰係同時性原則的真正例外，承認此一例外的理由是，行為人在完全責任能力狀態下已經形成堅定的犯罪意志，具有實施結果行為的故意。為何此一堅定的犯罪意志足以創設同時性原則的例外？就此，大部分文獻直接援引權利濫用觀點，認為行為人在可預見於無責任能力狀態下實施不法行為卻自陷精神障礙，若是主張阻卻罪責的權利，係違反阻卻罪責規定之規範目的<sup>14</sup>。部分文獻則是採取違反不真正義務的觀點，認為

---

<sup>12</sup> 原因自由行為概念的歷史考掘，詳見 *Joachim Hruschka*, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, ZStW 96 (1984), S. 661 (661 ff.); *Joachim Hruschka*, *Probleme der actio libera in causa heute*, JZ 1989, S. 310 (310 f.).

<sup>13</sup> *Rönnau* (Fn. 6), S. 600.

<sup>14</sup> *Günter Jerouschek*, *Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft. Zur Rehabilitierung der actio libera in causa durch Hans Joachim Hirsch*, in: *Weigend/Küpper* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 241 (257); *Günter Jerouschek/Ralf Kölbel*, *Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht*, JuS 2001, S. 417 (421); *Ralf Kölbel*, *Das Rechtsmissbrauchs-Argument im Strafrecht*, GA 2005, S. 36 (54 f.); *Joachim Renzikowski*, „*actio libera in causa*“, *Vollrausch und Schuld*, 21 KANSAI U. REV. L. POL. 81, 104-05 (2000); *Harro Otto*, *Vorverschulden und Rechtsmissbrauch*, in: *Freund/Murmann/Bloy/Perron* (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70.*

當某一行為欠缺犯罪構成要素而無法進行正規歸責（*ordentliche Zurechnung*）時，若是犯罪要素欠缺的情狀係可歸咎於行為人，則透過非正規歸責（*außerordentliche Zurechnung*）<sup>15</sup>修改無罪的結果，原因自由行為正是一種非正規歸責的規則。此一非正規歸責的基礎在於，行為人使自己陷入無責任能力的狀態，係違反維持責任能力之不真正義務（*Obliegenheit*），喪失主張阻卻罪責的權利。相對於法律義務的性質屬於定言令式（*kategorische Imperative*），是絕對的行為要求，違反法律義務的行為不僅違法，而且通常會遭受處罰，不真正義務的性質僅屬於假言令式（*hypothetische Imperative*），表達出建議或推薦的意思，義務人可以自行決定是否遵守；違反不真正義務並不會直接導致處罰，而是不得主張阻卻罪責之抗辯事由<sup>16</sup>。換言之，違反不真正義務不是歸責的對象，而是歸責的理由，可以例外地使無責任能力人為犯罪構成要件行為負責<sup>17</sup>。

擴張模式同樣認為結果行為才是不法行為，而且罪責不以結果行為時存在責任能力為前提，但是認為同時性原則的「行為時」概念自始就可以擴張至包括原因行為在內，原因自由行為並非同時性原則之例外。其理論基礎在於，依據目前主流的規範性罪責概念，

---

Geburtstag, 2013, S. 589 (607 ff.) (以下簡稱：*Otto*, 2013); Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Straftatlehre, 6. Aufl., 2000, § 13 Rn. 26 (以下簡稱：*Otto*, 2000); Vgl. auch Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 40 VI 2.

15 此一譯語係援引自：王效文，刑罰目的與刑法體系——論Günther Jakobs功能主義刑法體系中的罪責，成大法學，30期，頁198（2015年）。

16 Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1992, S. 30 ff., 293 f.; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014, Rn. 415.

17 許恒達，「原因自由行為」的刑事責任，臺大法學論叢，39卷2期，頁393-398（2010年）強調這是「責任減免事由排除適用說」，而不是擬制行為人有責任能力。同此見解：蔡蕙芳（註7），頁82。據此，柯耀程，刑法「原因自由行為」可罰性問題探討，收於：變動中的刑法思想，頁202（2001年）批評例外模式係憑空擬制行為人有責任能力，可能未切中問題核心。

罪責並不是描述行為人在特定時點下對於犯罪的內在態度，而是透過評價被歸屬給行為人，罪責評價的基礎可以涵蓋不屬於不法行為一部分的原因行為<sup>18</sup>。此說認為，依據可避免之禁止錯誤（刑法第16條）的規定，可歸咎於己而欠缺不法意識的行為人，係基於事先疏於獲知必要的法律資訊而具備完全的罪責，由此可知立法者對於罪責的判斷亦包括行為前的過咎在內<sup>19</sup>。此外，擴張罪責構成要件之「行為時」，係根據規範目的解釋的結果<sup>20</sup>，擴張範圍以評價不法行為之罪責所直接必要者為限，故沒有導致承認素行罪責的問題<sup>21</sup>。

初步可知，例外模式與擴張模式的論理取徑雖有不同，但是最終均承認在罪責評價上，行為人在原因行為時的可歸咎性可以取代（彌補）結果行為時之責任能力缺陷。從結果行為才是不法行為的觀點來看，二者透過不同方式將罪責前置至原因行為，故可被並稱為「罪責前置模式」<sup>22</sup>。刑法第19條第3項賦予罪責前置模式一個明確的法律根據，排除違反罪刑法定原則的疑慮<sup>23</sup>，例外模式或擴

18 Franz Streng, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2011, § 20 Rn. 128 (以下簡稱：Streng, 2011); Franz Streng, „actio libera in causa“ und Vollrauschstrafbarkeit – rechtspolitische Perspektiven, JZ 2000, S. 20 (22) (以下簡稱：Streng, JZ 2000). 日本文獻上將此稱為「修正實行行為與責任同時存在原則說」，參考余振華，刑法總論，2版，頁294-295（2013年）。

19 Streng, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 130 f.; Streng, JZ 2000 (Fn. 18), S. 22 f.

20 Streng, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 133 ff.

21 Streng, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 136; Streng, JZ 2000 (Fn. 18), S. 24.

22 不同於本文，國內有文獻將擴張理論歸類為構成要件模式之一，與前置理論及類似間接正犯理論並列，如柯耀程（註17），頁205-206。此一歸類的可能理由是，三者皆在符合同時性原則的前提下說明原因自由行為的處罰基礎，故有別於例外模式。不過，本文認為擴張理論可能更接近於例外模式。一方面，其與例外模式同樣堅持結果行為才是不法行為，不得將不法前置至原因行為，因此也適用本文以下對於罪責前置模式「過度窄化構成要件實現的意義」的批評；另一方面，其將責任能力之行為時概念擴張至原因行為，實質上是在主張一個偏離通常意義的行為時概念，使結果行為時之無責任能力可被原因行為之過咎取代，產生與例外模式承認同時性原則之例外的相同結果。

23 張麗卿（註7），頁136；林東茂，刑法總則修正評介，台灣本土法學雜誌，67

張模式之爭僅影響我們對其規範地位的詮釋：依據例外模式，刑法第19條第3項係同條第1、2項「行為時」之同時性原則的例外條款；依據擴張模式，刑法第19條第3項則是闡釋同條第1、2項「行為時」概念包括結果行為與原因行為在內。二者承認罪責評價不限定於不法行為時的心理事實，則屬一致。

## （二）罪責前置與同時性原則

現在的問題是，罪責前置模式不再堅持不法行為時有責任能力係罪責的必要前提，符合罪責原則嗎？具體而言，規範性的罪責概念果真不以不法行為與責任能力同時存在為前提嗎？如果此種可能性存在，那麼所謂權利濫用或違反不真正義務是正當化罪責評價的理由嗎？

---

期，頁69（2005年）；許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，67期，頁107（2005年）；林書楷，原因自由行為，收於：刑事法理論與財經刑法之接軌，頁51-52（2012年）。相對於此，由於德國沒有原因自由行為的特別規定，例外模式為阻卻罪責條款創設法無明文之例外，擴張模式對於行為時概念作出偏離立法定義的解釋，因而均遭違反罪刑法定原則的憲法質疑，例如Hans-Ulrich Paeffgen, Actio libera in causa und § 323 a StGB, ZStW 97 (1985), S. 513 (521 f.); Michael Hettinger, Die „actio libera in causa“: Eine unendliche Geschichte? Eine Kritik neuer Begründungsversuche, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 623 (623 ff., 631 ff., 645 ff.); Hannskarl Salger/Norbert Mutzbauer, Die actio libera in causa – eine rechtswidrige Rechtsfigur, NSTZ 1993, S. 561 (565); Jan B. Daniels, Die actio libera in causa unter dem Aspekt der Vorverlagerung der Strafbarkeit, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, 2011, S. 323 (335 f., 340 f.)。此一質疑不僅出現在不法前置模式的支持者，在例外模式的支持者之間對於是否需要法律明文始能承認原因自由行為之可罰性，立場也不一致。建議增訂例外條款者如Renzikowski (Fn. 14), S. 105; Ulfried Neumann, Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 581 (591)；認為不必增訂者如Jerouschek/Kölbel (Fn. 14), S. 421; Jerouschek (Fn. 14), S. 258。由於我國已有法律規定，此一爭議在我國不具重要性。

回答這個問題，必須從澄清同時性原則的意涵出發。一般固然認為，同時性原則係指一個行為必須在特定時點下同時具備所有的不法與罪責要素，始能構成犯罪，然而這並不是邏輯上唯一可能的意義。邏輯上的另一種可能意義是，同時性原則僅要求一個行為最終聚足了所有不法與罪責要素，這些要素在時間上是否存在於同一時點，並不重要。例如，甲開車不小心撞傷路人乙，下車發現是早就想給予教訓的乙，故對此結果感到高興。甲是否成立普通傷害罪（刑法第277條第1項）？此時，甲先是在客觀上可歸責地導致乙受傷，嗣後才在主觀上認知與接受此一傷害事實。依據一般理解的同時性原則，普通傷害罪的所有主客觀要素並不是實際存在於同一時點，甲對於傷害事實的認知與接受只是所謂事後故意，故無法成立本罪<sup>24</sup>。然而，如果依照另一種邏輯上可能的同時性原則，普通傷害罪的主客觀要素最終在某一個時點已經完全具備，甲已可成立本罪。質言之，此一原則的「同時性」意義，也可能係指犯罪成立要素的完全聚足，但是不指定其存在於同一時點<sup>25</sup>。

上述分析並不意味著，我們可以任意選擇彼此不相干的內外在事實片段，拼湊出全部的犯罪成立要素，將此一組合事實認定為犯罪，而是在於指出：假如同時性原則係指所有犯罪成立要素不僅要聚足，而且要存在於同一時點，這並不是出於事物邏輯的絕對要求，而是出於個別犯罪成立要素的規範性考量。例如，我們要求故意與過失係以著手實行時為準，顯然是出於預防目的之考量。刑法係透過刑罰引導潛在行為人迴避法益侵害的行為模式，以達成保護法益的效果，不過此種引導作用受制於人類的認知能力，僅在行為人可能預見所採取的行為模式會造成法益侵害時，才能最低限度地

---

<sup>24</sup> 林山田，*刑法通論（上）*，10版，頁286（2008年）。

<sup>25</sup> *Jerouschek/Kölbel* (Fn. 14), S. 418; *Ulfried Neumann*, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, ZStW 99 (1987), S. 567 (576 f.).

擔保刑罰發揮預防效力。在犯罪預防觀點底下，行為人是因為可以迴避法益侵害卻著手實行而被處罰，故意與過失是標示行為人的不同迴避能力。既然刑罰的理由是行為人未盡力迴避法益侵害，那麼決定有無迴避能力的基準時點，就不是在法益侵害終局確定發生之後，而是在行為人著手實行之時。如果行為人在著手實行時欠缺故意過失，即使事後認知或接受法益侵害的既成事實，也不會改變刑罰無法防止法益侵害的事實。由此可知，故意與過失必須與著手實行同時存在，是出於犯罪預防的規範性考量，否則沒有理由絕對排斥所謂事後故意作為犯罪成立要素。

質言之，通說意義下的同時性原則，是基於個別犯罪成立要素的規範性考量所得到的結果，而不是一個不容挑戰的邏輯推論前提<sup>26</sup>。由於個別犯罪成立要素的存在理由不相同，即使故意過失必須與行為時同時存在，也不等於罪責以責任能力與行為時同時存在為絕對前提，而是必須根據罪責作為犯罪成立要件之規範意義來認定。主流學說認為責任能力必須與不法行為同時存在，係源自於罪責原則的要求，並且透過刑法第19條第1項「行為時」明文化，絕對不容許例外存在<sup>27</sup>。此一主張不將同時性原則視為成立犯罪的先決邏輯結構，而是訴諸罪責原則的規範性要求，固然正確。但真正的問題是，罪責原則果真絕對要求責任能力與不法行為同時存在？

就此，關鍵在於罪責概念的理解本身<sup>28</sup>。從心理罪責理論來

---

26 事實上，從來沒有人主張過，基於同時性原則的要求，諸如殺人罪（刑法第271條第1項）的「死亡結果」、聚眾鬥毆罪（刑法第283條）的「致人於死或重傷」等，必須在著手實行時存在。其理由並不是單純在於死傷結果現實上不可能在著手實行時就存在，而是在於這些死傷結果並不是決定行為人迴避法益侵害能力的因素，其發生與否只會影響行為的刑罰必要性。這項觀察，亦可以佐證本文的主張。

27 Vgl. nur Schöch (Fn. 3), § 20 Rn. 94 f.; Rath (Fn. 6), S. 407; Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015, Rn. 373.

28 各種罪責概念，參考 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, § 19 Rn. 10 ff.

說，罪責是在描述行為人對於外在犯罪行為的內在態度，故意與過失是兩種不同的心理型態，因此根據行為人在不法行為時的心理事實認定罪責存在與否，是此種描述性概念的必然。行為人在不法行為時無責任能力，就確定阻卻罪責，基於無責任能力係可歸咎行為人而認定罪責存在，係概念上的不可能。換言之，責任能力與行為時同時存在的要求有心理罪責理論作為理論基礎。不過，心理罪責理論早已被認為過時，取而代之者係**規範罪責理論**。規範罪責理論基於非決定論的自由概念，認為罪責是對於行為人決定實施不法行為的可非難性，其罪責評價取決於行為人有無他為可能性。由於無責任能力之人的自由有所缺損，沒有能力迴避不法行為，我們無法從不法行為推論其欠缺遵守規範的充分動機。不過，如果行為人是在可能預見不法行為的情況下，可歸咎地自陷於無責任能力而實施不法行為，就不排除行為人仍然有他為可能性，可以從不法行為推論其欠缺遵守規範之充分動機，可非難程度與完全責任能力之人相當<sup>29</sup>。罪責概念的規範化，使其罪責評價的對象不限於不法行為時的心理事實，而是可以涵蓋不法行為前後與可非難性判斷相關的事實<sup>30</sup>。

罪責評價不限於不法行為時之心理事實，更是適用在不少學說支持的**功能罪責概念**，其認為罪責評價並不是基於他為可能性而對行為人進行非難，而是根據社會對於強化規範信賴的期望與需求而定。此種罪責概念被批評，任由一般預防需求決定刑罰的界限，使罪責概念限定刑罰的功能盡失<sup>31</sup>。不過，其實功能罪責概念並非毫

---

29 Vgl. Björn Burkhardt, Tatschuld und Vorverschulden, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1988, S. 147 (165 ff.).

30 Vgl. Neumann (Fn. 25), S. 581 f.; 許恆達 (註17), 頁396; 郭棋湧, 原因自由行為之理論, 刑事法雜誌, 32卷4期, 頁34-37 (1988年); 甘添貴, 刑法總則修正重點評述, 收於: 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編, 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集——自由、責任、法, 頁19 (2005年)。

31 Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl.,

無設限，其認為刑罰的目的在於回復被犯罪所干擾的規範信賴，故僅對於在溝通意義上具有否定規範效力作用的行為，刑罰才有必要性<sup>32</sup>。從功能性罪責概念來說，行為時無責任能力之人所實施之不法行為，通常不會對社會大眾傳達否定規範效力的意思，因此沒有必要對其施加刑罰以維持大眾對於法規範的信賴。但是，如果行為人係可歸咎地自陷精神障礙而實施不法行為，此一不法行為還是可能會向其他守法大眾傳達否定規範效力的意思，因此有必要動用刑罰修復行為所破壞的規範信賴。換言之，罪責概念的功能化，同樣有擴大罪責評價基礎事實的作用，行為時無責任能力不當然排除罪責<sup>33</sup>。

綜上所述，同時性原則的形式邏輯並不預設，責任能力絕對必須與行為時同時存在，此一要求其實取決於罪責概念。在規範性與功能性罪責概念底下，罪責評價的基礎事實不限於不法行為時的心理事實，而是可以涵蓋可歸咎行為人之原因行為，對於無責任能力人作出罪責評價<sup>34</sup>。要強調的是，這並不是說行為時有責任能力已經是一個毫無意義的規範性要求，而是在說此一規範性要求有承認例外的空間。因此，我們無法以罪責前置模式違反同時性原則，逕自宣告其牴觸罪責原則。罪責前置模式是否牴觸罪責原則，重點在於對不法行為時無責任能力之行為人，有無充分理由作成罪責評價<sup>35</sup>。

---

2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 117 f.; *Hennig Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2012, Vor §§ 38 ff. Rn. 23.

32 Vgl. *Günther Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 843 (844, 848 f., 863).

33 *Neumann* (Fn. 25), S. 581 f.

34 *Burkhardt* (Fn. 29), S. 171 ff.; *Renzikowski* (Fn. 14), S. 103 f.; *Jerouschek* (Fn. 14), S. 255 ff.; *Streng*, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 128; *Neumann* (Fn. 23), S. 591 f.; *Friedrich Dencker*, § 323 a StGB – Tatbestand oder Schuldform? – Zugleich Besprechung von BGHSt 32, 48, JZ 1984, S. 453 (454). 結論相同：許澤天，原因自由行為理論之研究，刑事法雜誌，39卷5期，頁59-60（1995年）。

35 *Neumann* (Fn. 23), S. 592; *Dencker* (Fn. 34), S. 454.

### (三) 罪責前置之實質理由解構

#### 1. 權利濫用觀點

根據權利濫用禁止的觀點，行為人在可預見不法行為下可歸咎地自陷無責任能力，構成濫用阻卻罪責的權利，因此不得主張阻卻罪責的法律效果<sup>36</sup>。

必須先釐清的是，權利濫用禁止可否適用於阻卻罪責條款。一般認為，權利濫用係指違反目的地行使權利，一體適用於所有法領域。由於法律規定會適用於制定時無法預見的事實，必定會出現某些情況，依據法律規定取得特定權利之人，其取得或行使權利的方式抵觸賦予權利之目的，故為了貫徹法律之目的，必須禁止該權利之行使<sup>37</sup>。除了立法者自行規定禁止權利濫用的要件之外，在法無明文時，適用法律之人能否直接訴諸權利濫用禁止原則，否定特定的權利行使方式，則是取決於憲法及各法領域的指導原則<sup>38</sup>。乍看之下，刑法阻卻罪責規定僅是設定國家刑罰權的消極要件，而不是賦予人民特定權利，似乎與民法上的請求權或訴訟法上的聲請權無法相提並論。不過，這只是表面上的差異。國家刑罰權構成對人民基本權（一般行為自由、人格權、人身自由與財產等）的干預，刑法是國家干預基本權的授權法律規定（裁判規範），阻卻罪責規定具有排除國家刑罰權干預的作用，使得人民基本權隨之擴大。因此，行為人主張適用阻卻罪責規定，實質上正是在主張基本權的防禦功能，因而有權利濫用禁止之適用可能性<sup>39</sup>。

36 在構成權利濫用時，似乎多數文獻認為該權利仍然存在，只是禁止行使權利（*Otto*, 2013 (Fn. 14), S. 608; *Jerouschek/Köbel* (Fn. 14), S. 421），但是也有認為該權利自始不存在（*Köbel* (Fn. 14), S. 49 f.）。

37 *Paeffgen* (Fn. 23), S. 523 f.; *Jerouschek/Köbel* (Fn. 14), S. 421; *Köbel* (Fn. 14), S. 48 ff.; *Wolfgang Wohlers*, *Verwaltungsrechtsakzessorietät und Rechtsmissbrauchsklauseln – am Beispiel des § 330 d Nr. 5 StGB*, JZ 2001, S. 850 (854).

38 *Hans Kudlich*, *Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot*, 1998, S. 113 ff.

39 *Köbel* (Fn. 14), S. 37 Fn. 7.

既然阻卻罪責條款證立了行為人的權利，問題就在於如何認定行為人適用阻卻罪責規定係權利濫用，德國學界對此意見不一。部分文獻嚴格地認為，僅在行為人故意自陷無責任能力，並且已經計畫實施不法行為時，才能夠彌補不法行為時的責任能力欠缺（**雙重故意**）<sup>40</sup>。部分文獻則認為，立法者已在禁止錯誤條款具體規定權利濫用的要件，宜優先比照解釋，在可能預見不法行為而且可避免陷入無責任能力時，即構成權利濫用（**可避免性**）<sup>41</sup>。我國刑法第19條第3項明定「行為人故意或過失自行招致者」，顯然是採取可避免性標準來認定行為人構成權利濫用。姑且不論此一規定被認為有補充的必要<sup>42</sup>，值得追問的是，為何故意或過失自行招致無責任能力，就會使阻卻罪責的主張構成權利濫用呢？罪責前置模式通常未進一步論證，而是直接提出構成權利濫用的要件：一是行為人對不法行為之可預見性，二是可歸咎地自陷無責任能力。因此，我們必須檢驗，為何罪責前置模式會認為在具備這兩個要件時，阻卻罪責將違反其規範目的。

## 2. 要件一：對不法行為之可預見性

此一檢驗的出發點是阻卻罪責的實質理由：責任能力係指行為人辨識違法與控制行為的能力，行為人在實施不法行為時欠缺責任能力，通常代表欠缺他為可能性而無法被非難，或是不具否定規範效力之溝通意義而欠缺刑罰必要性。在行為罪責原則底下，可非難性與刑罰必要性之評價均係針對不法行為本身，而不是針對行為人的素行。據此，原因行為必須完全顛覆不法行為欠缺可非難性或刑罰必要性的評價，始足以認定阻卻罪責係違反其規範目的，因而構

<sup>40</sup> *Otto*, 2013 (Fn. 14), S. 610 ff.; *Otto*, 2000 (Fn. 14), § 13 Rn. 31.

<sup>41</sup> *Kölbel* (Fn. 14), S. 52, 55; *Günter Stratenwerth*, Vermeidbarer Schuldausschluss, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 485 (491 ff.).

<sup>42</sup> 參考下述「參、二」之說明。

成權利濫用。反過來說，為了建構對不法行為之完全罪責評價，原因行為必須足以彰顯行為人對於不法行為尚有他為可能性或是表達否定行為規範的態度，以彌補不法行為時的責任能力缺陷。問題在於，罪責前置模式所設定的權利濫用要件是否符合此一要求？

我們先看罪責前置模式設定的第一個權利濫用要件：行為人在原因行為時可能預見所實施之不法行為。在行為罪責原則底下，唯有當行為人在原因行為時可能預見具體之不法行為，始有可能辨識其違法性並且依此拒絕該不法行為，如此才能彌補在不法行為時所欠缺的他為可能性，表現行為人否定行為規範效力的意思。如果行為人於原因行為時無法預見具體之不法行為，卻不能主張阻卻罪責的權利，就會存在單純非難行為人素行的危險。例如，車禍而造成腦部創傷行為人，因為疏於就醫而在無責任能力下殺死照料他的看護，若是使其成立殺人罪，等於是處罰他不信任現代醫療或疏於維護自己的健康。

或有認為，服用麻醉物品等特定型態的原因行為，具有引發不法行為的典型風險，因此行為人只要認識原因行為，就足以建構對該不法行為的罪責評價。不過，絕大多數的人不會酒後犯罪<sup>43</sup>，單純知道服用酒精會陷入無責任能力的狀態，通常不足以擔保對於具體不法行為的可預見性。再者，即使服用酒精存在實施不法行為的風險，行為人也只是可能預見實施某一不法行為，由於刑法僅承認故意與過失二種罪責型態，二者以行為人對於實現特定犯罪構成要件之預見可能性為前提，單純預見將來可能有不法行為，但是未能特定侵害法益之種類與程度，尚無法建構對具體不法行為的罪責評價<sup>44</sup>。據此，罪責前置模式以行為人可預見具體不法行為為罪責評

---

<sup>43</sup> Hans-Jürgen Kerner, Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, in: Egg/Geisler (Hrsg.), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, 2000, S. 11 (19 ff.).

<sup>44</sup> Vgl. Joachim Renzikowski, Die Verschärfung des § 323 a StGB – Preisgabe des Schuldprinzips?, ZStW 112 (2000), S. 475 (491 ff., 497 ff.); Renzikowski (Fn. 14),

價的前提，尚符合行為罪責原則<sup>45</sup>。

### 3. 要件二：違反維持責任能力之「不真正義務」？

至於罪責前置模式設定的第二個權利濫用要件，亦即行為人可歸咎地自陷於無責任能力的狀態，被公認是引發原因自由行為爭議的事實，可是其為何能夠建構完全罪責評價，則是一個理論難題。罪責前置模式認為，行為人有維持責任能力的義務，但是其性質是不真正義務，違反此一義務會使其在實施不法行為時不得阻卻罪責。此一觀點的理論預設是，刑法上存在真正義務與不真正義務兩種義務型態，不法行為是違反真正義務，未維持責任能力是違反不真正義務，違反不真正義務僅在行為人違反真正義務時才發揮法律效力。然而，如此的理論預設是合理的嗎？

我們可以先從不真正義務的形式邏輯出發。一般認為，不真正義務性質僅屬於建議或推薦，義務人得自由決定遵守與否，因此不同於禁止侵害法益的真正法律義務。舉例來說，不真正義務僅在表達「如果你想要主張阻卻罪責，就不要自陷精神障礙」，義務人可決定遵守與否，真正義務則在表達「你不得殺人」或「你不得竊盜」這類絕對的行為要求，義務人必須遵守。不過，二者只有修辭上的差別而已。真正義務的行為要求，在修辭上一樣可以被轉換為條件句：「如果你不想坐牢，就不要殺人或竊盜」，有如對義務人的建議或推薦，義務人也還是可以根據其意志決定採納與否。如果我們仍舊肯定「不得殺人或竊盜」的真正義務性質，那麼在不真正義務與真正義務之間，差異並不存在於形式效力的表達方式，而是在於義務內容與違反效果。因此，刑法上有無不真正義務概念的適用空間，取決於其與真正義務之間是否真的存在上述差異。

---

S. 87 ff.

45 Vgl. Jerouschek/Köbel (Fn. 14), S. 422; Jerouschek (Fn. 14), S. 256.

以義務內容而言，一般認為不真正義務只涉及義務人自身利益的保護，真正義務則是涉及他人或社會利益的保護。舉例來說，禁止殺人之目的在保護他人生命，但是禁止自陷精神障礙僅在保障自己阻卻罪責的利益，故維持精神正常屬於不真正義務。然而，將維持精神正常當成不真正義務，其實是一種概念上的混淆。在自由的法秩序裡，個人有權決定自己是要遠離酒精保持清醒，抑或是飲用酒精放鬆心情，維持精神正常與否自始是個人自主權的行使。如果具有自主能力的行為人不維持精神正常，也必須自行承擔其可能的不利益，法律（特別是刑法）沒有必要特別設立所謂「不真正義務」，提醒個人注意保護自身利益。如果刑法想要干涉個人維持精神正常與否的自由，就必須受限於刑法的保護法益功能：當行為人飲用酒精達到一定程度時，容易失控而造成法益的侵害或危險，刑法為了達成保護法益的功能，便必須思考課予個人維持精神正常的行為義務，並且在特定條件下對於危及法益的自陷精神障礙行為施加制裁。此時，刑法課予行為人維持精神正常的義務，唯一正當的理由是在保護他人或社會利益，而不是在保護行為人自身主張阻卻罪責法律效果的利益，其法律性質不是所謂「不真正義務」<sup>46</sup>。換言之，在刑法上「不得持刀殺人」與「不得自陷無責任能力」皆以保護他人法益為目標，二者只是不同的保護義務型態而已，義務內容並無本質上的差別。

以違反效果而言，一般認為違反不真正義務僅會使行為人喪失法律上的利益，而違反真正義務則會使行為人直接承受處罰。罪責前置模式強調，行為人不是因為原因行為而被視為有責任能力，只是喪失就不法行為主張阻卻罪責的權利，並因此間接承受完全罪責而來的刑罰。不過，此種法律效果的區分可能淪於形式概念的操作。所謂「不得主張阻卻罪責」的主要後果，其實就是不法行為被

---

46 *Juan Pablo Montiel*, *Obliegenheiten im Strafrecht?*, ZStW 129 (2014), S. 592 (606 f.).

評價為有完全罪責，而且承擔完全的「刑罰」，我們根本無法分辨出「不得主張阻卻罪責」與「承受刑罰」這兩種後果有何實質上的不同<sup>47</sup>。罪責前置模式的這項區分，似乎預設我們在判斷違反不真正義務的法律效果時，只能鎖定在「不得主張阻卻罪責」的直接後果，不能考量衍生的「刑罰」效果。若是如此，我們同樣可以把違反真正義務的法律效果，理解成喪失法律上的利益，而不是直接承受處罰。例如，違反殺人禁令的法律效果，是使自己處於「不得主張無罪推定」的狀態，「不得主張憲法保障的人身自由」而要求釋放，而不是直接承受有罪宣告與徒刑的處罰。其結果是，刑法上所有的行為規範最終也與維持責任能力的義務一樣，都是不真正義務。因此，在刑法上區分「不得主張阻卻犯罪」與「直接承受處罰」，只是概念上的互相轉換而已，不真正義務與真正義務之違反效果在本質上也沒有差異。

據此，即使不真正義務在其他問題上仍有存在意義<sup>48</sup>，但是可以肯定的是，行為人維持責任能力義務之根本目的在保護他人法益，違反的法律效果是承受刑罰，本質與犯罪構成要件所含有之行為規範與制裁規範完全相同，是刑法上的真正義務<sup>49</sup>。既然維持責任能力是為了保護法益而存在的真正義務，自陷責任能力之原因行為本身，就足以建立可非難性或刑罰必要性的基礎，無責任能力狀態下的不法行為只是原因行為實現法益侵害的因果流程而已。

47 *Montiel* (Fn. 46), S. 610.

48 亦即被害人有無自我保護的義務，其違反自我保護義務是否構成排除行為人刑責的理由，通常涉及詐欺罪之「陷於錯誤」要素的解釋。本文否定不真正義務的討論，並不預設刑法亦應否認此一被害人不真正義務，這是在此無法詳述的另一問題。對此，參考 *Montiel* (Fn. 46), S. 611 ff.; *Tajana Hörnle*, Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, GA 2009, S. 626 (626 ff.).

49 就此結論相同：*Hans-Ullrich Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomoskommentar Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., 2013, Vor § 323 a Rn. 21; *Walter Perron/Bettina Weißer*, in: *Schönke/Schröder* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 29. Aufl., 2014, § 20 Rn. 35 a; *Stratenwerth* (Fn. 41), S. 499.

基於如此的觀察，罪責前置模式之權利濫用觀點符合罪責原則，真正的理由是原因行為已經足以建構出完整的可非難性或刑罰必要性。罪責前置模式一方面將維持責任能力視為不真正義務，另一方面將違反不真正義務當成建構對結果行為之完全罪責的要件，反而是理論上的自相矛盾。因為，如果維持責任能力真的只是一種不真正義務，規範目的不在保護他人的或社會的利益，行為人不維持責任能力至多是代表其不在乎自己的生活方式或利益，而不代表其不尊重他人或社會的利益。即使行為人後來在責任能力缺陷下實施不法行為，和先前不維持責任能力之間存在因果關係，此一義務違反也無法建構行為人未迴避不法行為之可非難性，甚至表現出否定行為規範（保護法益之真正義務）效力的意思。換言之，只要維持責任能力不是為了防止不法行為，就沒有建構不法行為之完整罪責評價的效果<sup>50</sup>。

#### （四）理論盲點：過度窄化實現構成要件之意義

我們認為，罪責前置模式必須採取如此迂迴的方式建構原因自由行為的可罰性基礎，是因為其一方面必須承認，原因行為的確是造成法益侵害與建構完整罪責的關鍵行為，另一方面卻又堅持，實現構成要件的方式限定在親自或至少直接實行構成要件行為，自始排除原因行為實現犯罪構成要件的可能性。為了從如此的矛盾情境中脫困，只好提出權利濫用或違反不真正義務的說法，達成建構可罰性的目標。

然而，如果我們仔細去考量犯罪構成要件的規範意義，就可以發現所謂原因行為不可能實現犯罪構成要件的預設，其實並沒有堅強的根據。事實上，由於世界非常複雜，人類行為的方式與背景五花八門，立法者在制定犯罪構成要件時，不可能窮盡列舉所有侵害

---

<sup>50</sup> Vgl. auch *Ingeborg Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., 2016, § 16 Rn. 3.

法益的具體行為模式；如果真的這麼做，刑法典光是殺人罪就要規定上千萬條，而且隨時要擔心出現刑法典尚未列入的新型殺人方式。因此理性而經濟的立法方式，就是由立法者根據保護法益與個人自由的權衡結果，透過明確的犯罪構成要件描述其所欲禁止之法益侵害狀態，任何人透過任何方式導致犯罪構成要件完全實現者，就是在實行犯罪構成要件行為。透過此種盡可能貼近行為規範內容的犯罪構成要件，可以避免列舉具體行為方式時的掛一漏萬，至於是否為了量刑明確性而增設加減刑罰之變體構成要件，是另一個問題。因此，立法者制定「殺人者」的構成要件，是在表達禁止任何故意導致他人死亡的手段，行為人是使用開槍、持刀、下毒、開車衝撞等方法，是親自動手或唆使他人，都不影響其牴觸禁止殺人之行為規範、實現殺人罪構成要件的性質。基於相同的道理，只要行為人喝酒（可歸責地）導致他人死亡，在喝酒時具備殺人故意，喝酒行為就跟開槍、持刀、下毒等方法一樣，都是殺人構成要件行為。

罪責前置模式雖然不至於否認，殺人罪構成要件可以涵蓋任何導致他人死亡的手段在內，但是認為並非所有犯罪都和殺人罪一樣屬於純粹的結果犯，只看行為人是否導致構成要件結果。有不少犯罪構成要件限定，行為人必須採取特定的行為模式或親自實行構成要件行為，單純實施一個與構成要件實現有因果關係的行為，不符合構成要件所要求的特殊行為不法，竊盜罪、詐欺罪與危險駕駛罪等都是典型的例子。因此，在所謂的限定行為模式犯裡，原因行為不可能是犯罪構成要件行為，只有結果行為才會是犯罪構成要件行為，必須透過罪責前置模式才能證立其可罰性。

然而，此一相當普遍的說法忽略了一個更根本的事實：即使是在竊盜、詐欺、危險駕駛這類所謂限定行為模式犯罪，世界的複雜程度並未改變，人類實現竊取、詐欺或危險駕駛的行為模式依然千變萬化，立法者在構成要件裡具體描述特定行為模式，目的不是要

求行為人更強烈地支配該行為模式的實行，而是在於具體化所欲禁止之法益侵害（危險）狀態<sup>51</sup>。立法者在竊盜罪透過「竊取」要素表達的是，其欲禁止透過違反他人意思移轉持有關係而造成之財產損害，而不禁止單純剝奪他人持有而造成之財產損害；立法者在詐欺罪透過「詐術」要素表達的是，其欲禁止透過傳達不實訊息使他人處分財產而造成之財產損害，而不禁止單純使他人投資失敗而造成之財產損害；立法者在危險駕駛罪透過「駕駛動力交通工具」要素表達的是，此種駕駛行為會造成不可容忍的交通參與人人身與財物危險。換言之，立法者附加這些限定行為模式，並不是在附加一個與結果不法毫無關連的特殊行為不法要素，導致只有親自實施這些行為模式的人才能夠實現構成要件，而是任何人透過任何方法導致一個經由法定行為模式實現之構成要件結果者，都是在實現犯罪構成要件，適用的歸責原理與純粹的結果犯完全相同。因此，如果有任何人透過喝酒，使自己後來順利偷走別人的東西，喝酒行為仍然是一個實現竊盜構成要件的行為。

上述對於實現犯罪構成要件的理解，一樣適用在所謂的己手犯。刑法學說普遍承認己手犯的犯罪類型，在這些犯罪裡，唯有行為人親自實行構成要件行為始能實現所謂特殊的行為不法；至於哪些犯罪是己手犯，則是訴諸構成要件的立法結構與文義限制，或者訴諸構成要件以行為人違反高度屬人性義務為前提<sup>52</sup>。以危險駕駛罪為例，其構成要件文義係以行為人駕駛時同時處於不能安全駕駛之狀態為前提，要求駕駛人的資格與不能安全駕駛之狀態合而為一，故單純提供酒精給不知情之駕駛人飲用，不可能成立危險駕駛罪之（間接）正犯<sup>53</sup>。

51 *Ingeborg Puppe*, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, S. 346 (347); 黃榮堅，基礎刑法學（上），4版，頁165-166（2012年）。

52 *Wolfgang Wohlers*, Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte, ZStR 1998, S. 95 (98 ff.).

53 *Wohlers* (Fn. 52), S. 109 f.; 許澤天，論酒精影響下的不能安全駕駛罪，興大法

依照本文的看法，構成要件要求駕駛人處於不能安全駕駛之狀態，是因為唯有這兩個要素存在於同一人身上時，才會發生立法者所欲禁止之交通危險，如果不能安全駕駛的甲要求能安全駕駛的乙開車，根本不會產生交通危險。不過，構成要件的結構與文義也僅止於要求，犯罪實現的過程中必須存在一個不能安全駕駛的駕駛人，我們無法進一步解讀出，如果甲提供酒精給不知情的乙，使其於不能安全駕駛的狀態下開車，提供酒精而不親自開車的甲就無法實現構成要件。畢竟，提供酒精的甲跟親自駕駛的乙一樣，都是故意引起一個危險駕駛的狀態，就達成保護交通安全的目的而言，皆有被禁止的必要。沒有人可以主張，只要我不親自開車，即便造成他人危險駕駛也無妨。由此可知，危險駕駛罪之構成要件功能，依然是在描述立法者所欲禁止的法益危險狀態，而不是進一步限定只有親自駕駛之人才能實現構成要件<sup>54</sup>。據此，如果在刑法學上仍然承認己手犯概念，己手性的要求恐怕不是來自構成要件文義或結構的限制，也不是因為親自實行是實現不法之必要條件，而是來自行為人所承擔之高度屬人性義務係實現罪責的前提<sup>55</sup>。無論如何，除了罪責構成要件要素，實現犯罪構成要件一樣不以行為人親自直接實行行為必要，原因行為仍然可能是犯罪構成要件行為。

文獻上普遍認為，根據本文的方式理解犯罪構成要件，將導致任何人透過任何方式皆能實現犯罪構成要件，架空犯罪構成要件的

---

學，15期，頁145（2014年）。

54 Ebenso *Martin Schubarth*, *Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft*, ZStR 1996, S. 325 (331 ff.); *Georg Freund*, *Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr. Zum Begriff der Tat und zum Zeitpunkt ihrer (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Begehung*, GA 2014, S. 137 (142 f.); *Dennis Dold*, *Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft*, GA 2008, S. 427 (441); *Ingeborg Puppe*, *Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung*, ZStW 120 (2008), S. 504 (515 f.); *Puppe* (Fn. 50), § 16 Rn. 9 f.

55 黃榮堅，*基礎刑法學（下）*，4版，頁766-769（2012年）；類似質疑：張天一，論「己手犯」，*月旦法學教室*，9期，頁98-102（2003年）。

界限，因而違反類推適用禁止原則或明確性原則，故不能將原因行為理解為實現犯罪構成要件的行為<sup>56</sup>。按照前述有關構成要件功能的理解，實現犯罪構成要件的具體方式變得多元彈性，的確會擴大犯罪構成要件的適用範圍，但是認定原因行為是犯罪構成要件行為就會牴觸罪刑法定原則，則是一個過度推論。眾所周知，罪刑法定原則之精神在實現權力分立與保障人民之可預見性。從權力分立原則來說，既然立法者設定犯罪構成要件之目的在描述其欲禁止之法益危害狀態，法官只要確定存在一個符合犯罪構成要件的事實，行為人透過某種方式導致此一事實發生，將其解釋為犯罪構成要件該當的行為，正是在貫徹立法意旨，沒有任何僭越立法者權限的問題。從保障人民之可預見性來說，一般人亦能透過刑法典規定清楚預見，凡是透過任何方式導致符合犯罪構成要件的事實出現，就會受到處罰。放寬實現構成要件的可能方式，並不是令行為人為不符合構成要件文義的事實負責，放棄構成要件限定可罰性的功能。罪責前置模式忽略，人類使用的文字意義是很有彈性的，共用一個文字系統的成員也清楚知道文字的射程是與時俱進的，此一文字特質不會因為是刑法典的構成要件就有所改變，將構成要件的文字狹義理解為親自實行的行為，反而是低估一般人對於構成要件文義的理解能力<sup>57</sup>。因此，我們也無法從罪刑法定原則推論出，原因行為絕對不是實現犯罪構成要件的行為<sup>58</sup>。

上述分析顯示，犯罪構成要件的規範意義在於描述立法者禁止之法益侵害狀態，而不是說行為人必須親自實施法定的行為模式才會實現犯罪構成要件，罪責前置模式將實現犯罪構成要件的意義窄化為後者，導致其對於原因行為如何影響不法行為的評價，在立論

---

56 許恒達（註17），頁374；林書楷（註23），頁74-75。Ebenso *Walter Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2015, § 1 Rn. 100.

57 不同見解，*Rath* (Fn. 6), S. 412.

58 Ebenso *Freund* (Fn. 54), S. 147 f.

上顯得左支右絀<sup>59</sup>。罪責前置模式一方面說，原因行為僅是違反不真正義務，其義務內容不在保護法益，試圖撇清其與結果行為所抵觸之行為規範（真正義務）的關係。另一方面又說，原因行為不能與結果行為完全無關，至少在主觀上必須預見結果行為的實行，始能建構結果行為的完全罪責評價。正是由於罪責前置模式無法清楚說明原因行為與結果行為的關係<sup>60</sup>，導致在認定行為人應構成故意犯或過失犯時，也陷入適用標準不明的困境。照理說，罪責前置模式既然堅持結果行為才是實現犯罪構成要件的行為，也應該以行為人於結果行為時的主觀認知作為判斷成立故意犯或過失犯的唯一標準，原因階段的主觀認知並不重要。但是，罪責前置模式的支持者顯然注意到，如此會導致行為人過失陷入無責任能力，對於結果行為僅有預見可能性時，就必須因為結果行為係出於故意而承擔故意犯的罪責，有如令行為人從過失犯被轉化為故意犯。為了遵守罪責原則，部分罪責前置模式的支持者轉而認為，行為人在原因行為時必須具備雙重故意，才能夠論以故意犯<sup>61</sup>。至此，原因行為的故意反而又對於結果行為之不法評價取得決定性的地位，而不是單純使行為人不得適用阻卻罪責之法律效果的理由而已。

較少被注意的是，罪責前置模式絕對否定原因行為是實現犯罪構成要件行為的可能性，也迫使其必須另行制定例外條款彌補可罰性漏洞，此種例外解決法不可避免地會在利用自己／他人犯罪的案件之間產生評價矛盾<sup>62</sup>。以危險駕駛為例，即使危險駕駛罪被理解為限定行為模式犯或己手犯，只能透過親自駕駛行為實現，在行為

59 Puppe (Fn. 50), § 16 Rn. 4.

60 相同結論：黃惠婷（註7），頁177；馮軍，論「原因中自由的行為」，收於：許玉秀編，刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁337-338（2003年）。

61 例如林書楷（註23），頁105-116。

62 Mark Deiters, Die freie Entscheidung zur Tat: Zur Rechtsfigur der actio libera in causa, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit: Entscheidungshilfe für Ärzte und Juristen, 2002, S. 121 (139).

人喝酒造成自己無責任能力而駕駛汽車時，罪責前置模式可以透過增訂阻卻罪責之例外條款，處罰行為人之危險駕駛。相對地，行為人暗中在他人飲料中下藥，使其在無責任能力下駕駛汽車，由於行為人並非親自駕駛之人，無法成立間接正犯，只能放任其不罰。從保護交通安全來說，行為人自陷無責任能力而導致危險駕駛，可以透過例外條款而被判有罪，行為人使他人陷入無責任能力而危險駕駛，因為欠缺例外規定而被判無罪，或至多僅成立危險駕駛罪的共犯，這顯然是沒有合理根據的差別待遇。

在罪責前置模式的思考邏輯下，此種差別待遇似乎沒有合理解決的出路。或許有人認為，即使維持罪責前置模式，在行為人使他人陷入無責任能力而危險駕駛時，立法者可以透過增訂特殊間接正犯的規定，彌補危險駕駛罪之己手犯性質所生的處罰漏洞，排除此處的評價矛盾。不過，如此一來立法者勢必要對所有的己手犯制定特殊間接正犯規定，始能完全排除可能的評價矛盾。這種解決方法看似可行，實則是摧毀罪責前置模式的理論前提，因為如果在所有的己手犯，均應修法將未親自實施構成要件行為之人納入處罰，就表示對於系爭犯罪的實質不法而言，行為人是否親手實施構成要件行為並不重要，沒有必要堅持己手犯（或限定行為模式犯）的概念。這裡我們再度看到，解決此一評價矛盾的唯一途徑，就是重新理解危險駕駛罪的構成要件意義，自始否定其己手犯的性質，或者重新改造危險駕駛罪的構成要件，使其不再僅適用於親自駕駛之行為人，而是包括任何導致危險駕駛狀態的行為在內。如此一來，對於行為人使自己與第三人陷入無責任能力的狀態而危險駕駛，才會取得一致的評價結果。

#### （五）小結

總結而言，罪責前置模式從結果行為始為不法行為出發，透過規範性或功能性罪責概念，突破同時性原則之拘束，將原因行為理

解為權利濫用或違反不真正義務，肯定對原因自由行為的完整罪責評價。在罪責概念不再是對於心理事實的描述之後，此一理論固然尚且符合罪責原則，但是其過度狹隘地理解實現犯罪構成要件的意義，絕對排除原因行為是構成要件行為的可能性，很難為原因行為影響或建構結果行為之罪責評價提出可信的論據。罪責前置模式的理論困境，必須透過正式承認維持責任能力是源自構成要件行為規範的真正義務，原因行為不僅實質上是違反行為規範，形式上也可能是實現犯罪構成要件的行為，才有辦法被完全排除。接下來所要討論的不法前置模式，正是以原因行為可能違反行為規範並實現構成要件為基礎，嘗試建構原因自由行為之處罰正當性。

## 二、不法前置模式

### (一) 基本觀點

不法前置模式認為，行為人並不是只以結果行為實現犯罪構成要件，而是也透過原因行為實現犯罪構成要件。如果根據一般的刑法歸責規則，透過結果行為所實現之犯罪構成要件，亦可歸責於原因階段的自陷精神障礙或其他舉動，行為人在此時亦對於犯罪構成要件之實現有故意或過失，即可成立犯罪。從構成犯罪的原因行為來看，結果行為是達到犯罪既遂之前介入的自然因果流程而已。

此一觀點的特色在於，透過將實現犯罪構成要件的行為前置至行為人有責任能力的原因階段，即可符合行為時與責任能力同時存在原則，立法者不必另訂原因自由行為之處罰條款。此一論證被稱為「構成要件模式」( Tatbestandsmodell )，強調其係透過精確界定構成要件行為的方式，突破原因自由行為之特殊結構帶來的歸責困境<sup>63</sup>。本文稱之為「不法前置模式」，所表達的實質意義相同，目

---

<sup>63</sup> Renzikowski (Fn. 14), S. 95 ff. 認為不法前置模式係以擴張正犯概念為出發點，誠屬的論。

的僅在對比前述之罪責前置模式用語而已。

不法前置模式完全符合過失犯之一般歸責標準，因為過失犯原本就以違反注意義務的行為導致構成要件結果為成立要件，中間介入自己或第三人行為若是不會阻卻客觀可歸責性，該行為即可成立犯罪。例如，褓姆為小孩洗澡，先在澡盆放熱水後，再將小孩帶到澡盆旁等候，卻在離開浴室後突然昏厥，小孩因為觸摸熱水而被燙傷。褓姆將小孩帶到有熱水的澡盆旁，卻未採取其他防護措施，係可歸責地導致燙傷結果，褓姆在小孩被燙傷前已昏厥，無法及時阻止小孩摸水，不影響其前行為成立過失傷害罪。此一道理，完全適用在本案褓姆嗣後因酒醉而無責任能力的情況。因此，所謂「過失原因自由行為」，在規範上並無成為獨立概念的價值<sup>64</sup>。

不法前置模式在故意犯如何將不法行為前置化，以及是否在所有犯罪類型皆能被前置化，則是極具爭議性。就前置化的方式而言，部分文獻認為原因行為通常可被評價為著手實行犯罪構成要件行為，行為人屬於直接正犯<sup>65</sup>；部分文獻則認為，行為人係利用無責任能力的自己為工具而實現犯罪構成要件，結構上與利用他人之間接正犯相同，原因行為是因為利用自己這個犯罪工具，成為著手

---

<sup>64</sup> Ebenso *Deiters* (Fn. 62), S. 127; *Perron/Weißer* (Fn. 49), § 20 Rn. 35; *Puppe* (Fn. 51), S. 350; *Hoffmann-Holland* (Fn. 27), Rn. 386; *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., 2003, § 19 Rn. 44; *Volker Krey/Robert Esser*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2016, Rn. 713; *Roxin* (Fn. 28), § 20 Rn. 59; *Johannes Kaspar*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2015, Rn. 450; *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2014, § 25 Rn. 27.

<sup>65</sup> *Hans Joachim Hirsch*, *Zwischenbilanz des langjährigen Meinungsstreits über die actio libera in causa*, in: *Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, 2011, S. 233 (237); *Ellen Schlüchter*, *Zur vorsätzlichen actio libera in causa bei Erfolgsdelikten*, in: *Weigend/Küpper* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 345 (353); *Rengier* (Fn. 64), § 25 Rn. 15; 馮軍(註60), 頁347。

實行構成要件的行為（類似間接正犯說；道具理論）<sup>66</sup>。就前置化的範圍而言，部分文獻認為不限犯罪類型，因為著手實行不以符合犯罪構成要件行為為必要，即使是在限定行為模式犯或己手犯，原因行為皆可能是著手實行的行為<sup>67</sup>；為數更多的文獻則是認為，不法前置模式僅適用於純粹結果犯，在限定行為模式犯或（與）己手犯，原因行為不符合構成要件行為的要求，無法成為著手實行的行為<sup>68</sup>。

## （二）對於次要質疑的澄清

在進一步檢討不法前置模式的根本結構所遭遇的挑戰之前，有必要先澄清幾個次要的質疑或誤解。第一個質疑是，依據不法前置模式，原因自由行為的可罰性係適用一般歸責標準的結果，不待立法者明文規定；刑法第19條第3項的制定及其內容，都指向立法者明白採取罪責前置模式，不法前置模式在現行法下已無立足空間<sup>69</sup>。然而，實情並非如此。首先，立法者雖然在同條第1、2項指

---

66 Claus Roxin, Bemerkungen zur actio libera in causa, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 307 (311 ff.); Puppe (Fn. 51), S. 348; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 64), § 19 Rn. 45 ff.; 黃惠婷（註7），頁176-177；林鈺雄，新刑法總則，5版，頁315（2016年）。

67 Freund (Fn. 54), S. 141 ff.; Hirsch (Fn. 65), S. 239 f.; Hans Joachim Hirsch, Zur actio libera in causa, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 88 (101 ff.); 馮軍（註60），頁354。

68 Vgl. BGHSt 42, 235 ff.; Roxin (Fn. 66), S. 317 f.; Roxin (Fn. 28), § 20 Rn. 62; Deiters (Fn. 64), S. 125 f.; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 64), § 19 Rn. 41; Hoffmann-Holland (Fn. 27), Rn. 390 ff.; Rengier (Fn. 64), § 25 Rn. 15, 189 ff.; Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 18 Rn. 19; Krey/Esser (Fn. 64), Rn. 708; Bernhard Hardtung, Die „Rechtsfigur“ der actio libera in causa beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung, NZV 1997, S. 97 (99 ff.); Günther Jakobs, Die sogenannte actio libera in causa, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 105 (109, 117 f.); 林鈺雄（註66），頁315。

69 許恒達（註17），頁387-390；許恒達，殺人未遂與原因自由行為——評最高法院九十六年度台上字第六三六八號刑事判決，月旦裁判時報，12期，頁78

明以「行為時」作為認定責任能力的基準時點，但是並未指定「結果行為」才是此處的行為時，因此所增訂之第3項，不一定就是針對「結果行為」時有責任能力缺陷之人的例外處罰條款。其次，從立法理由僅能推知，立法者肯定原因自由行為之可罰性，重申不法行為僅在行為人具備罪責時始成立犯罪，但是並無指定罪責前置模式作為原因自由行為處罰基礎的意思。最後，法條文義也只是說故意或過失自陷責任能力缺陷不得主張不罰或減刑，但是實質理由是結果行為例外不適用同時性原則，抑或是原因行為本身是不法且有責的行為，尚保有解釋空間。因此，刑法第19條第3項之增訂，對罪責前置模式而言，是賦予原因自由行為之處罰根據，對於不法前置模式而言，則是提醒法官注意原因行為成立犯罪的可能性，具有排除可罰性疑義的闡明作用<sup>70</sup>。

第二個質疑是，不法前置模式無法適用於己手犯，相對於罪責前置模式，這會造成處罰漏洞<sup>71</sup>。例如，行為人故意喝酒至無責任能力而危險駕駛，駕駛行為因為無責任能力而無罪，喝酒行為因為

---

(2011年)；許澤天，不能安全駕駛致死與原因自由行為，台灣法學雜誌，193期，頁138(2012年)；許澤天(註23)，頁106；王效文(註15)，頁199；林書楷(註23)，頁93-95。同樣指出新法係採取例外模式者，蔡蕙芳(註7)，頁82；林山田(註24)，頁396；柯耀程(註7)，頁187；柯耀程，刑法總則，頁204(2014年)。

<sup>70</sup> 修法後仍然採取構成要件模式者，如黃惠婷(註7)，頁176-177；林鈺雄(註66)，頁315；黃榮堅(註55)，頁650-651；王皇玉，刑法總則，2版，頁327(2016年)；陳子平，刑法總論，3版，頁328(2015年)；蔡聖偉，「醉」無可赦——原因自由行為案例的審查模式，月旦法學教室，139期，頁28-29(2014年)。Vgl. auch Hirsch (Fn. 65), S. 243.

<sup>71</sup> 許恒達(註17)，頁371-372；許澤天(註53)，頁166；林書楷(註23)，頁77；Thomas Rönnau, Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa, JA 1997, S. 707 (711); Streng, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 121; Burkhardt (Fn. 29), S. 156; Renzikowski (Fn. 14), S. 95; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 16), Rn. 415; Kai Ambos, Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?, NJW 1997, S. 2296 (2297); Wilfried Küper, Aspekte der „actio libera in causa“. Ein Dialog, in: Göppinger/Kerner/Streng (Hrsg.), Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht: Festschrift für Heinz Lefferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 573 (580 f.).

自始不是親自駕駛而無罪<sup>72</sup>。不過，如前所述，這涉及的是如何理解犯罪構成要件的根本問題。如果我們認為，犯罪構成要件的功能僅在描述所禁止的法益危害狀態，不是在指定行為人實現此一狀態的手段，不法前置模式自始可以適用在全部的犯罪類型上，不會造成處罰漏洞。相對地，如果我們堅持，犯罪構成要件有指定行為人實現方式的作用，不法前置模式的確無法適用在己手犯上，造成原因行為無法實現犯罪構成要件，結果行為欠缺罪責的不罰結果。但是，這樣的結果是貫徹己手犯的思考邏輯而來的，就和行為人利用他人實現己手犯，因為無法適用間接正犯而不罰一樣。如果認為不罰的結果在刑事政策上不合理，應該根本檢討的是己手犯概念的合理性<sup>73</sup>。若是維持己手犯概念，轉而改採罪責前置模式，透過例外條款創造可罰性，反而在利用自己與利用他人實現犯罪之間製造評價上的矛盾。因此，所謂在己手犯發生處罰漏洞，不算是對不法前置模式之基本構想的有力挑戰。

第三個質疑是，不法前置模式在將構成要件行為前置到原因行為後，會使結果行為喪失不法侵害的性質，相對人無法適用正當防衛。例如，甲飲酒後與乙口角而故意出手毆打，乙反擊造成甲受傷，甲飲酒時欠缺對傷害行為之可預見性，故飲酒行為並非不法行為，而出手毆打亦非不法行為，故乙並未面臨現在不法侵害，至多適用防禦性緊急避難<sup>74</sup>。

這項質疑，應是出於對不法前置模式的誤會。不法前置模式的精確意思是，在原因自由行為的過程中，不僅結果行為會實現構成要件，原因行為也會實現構成要件，只是前者欠缺責任能力而無罪，後者有責任能力而有罪，無論如何，結果行為之不法性質不會

---

72 蔡聖偉，醉不上道——論危險駕駛罪與肇事逃逸罪，月旦法學教室，59期，頁72（2007年）。

73 Ebenso Dold (Fn. 54), S. 441.

74 許恒達（註17），頁382-384。

隨著原因行為有不法性質而喪失。不法前置模式雖然會說，結果行為只是原因行為與構成要件結果之間的一個因果環節而已，不過這句話只是在強調，結果行為之故意過失與責任能力等性質，並不決定原因行為的法律評價，而不是主張結果行為本身已經不是不法行為。因此，對於正當防衛而言，不法前置模式的真正影響是，其承認原因行為也是不法行為，因而在符合侵害現在性的要件時，相對人得對之主張正當防衛<sup>75</sup>。但是，這並不改變結果行為本身也仍然可能是不法侵害。

以上例而言，甲出手毆打乙依然是故意不法的傷害行為，乙的反擊能否主張正當防衛，主要取決於如何界定「不法侵害」。依照通說，具有客觀違法性的侵害即是不法侵害，但是對於無罪責的不法侵害，防衛手段額外受到合宜性的限制，乙仍然有主張正當防衛的空間。依照少數說，不法侵害限於有罪責的違法侵害<sup>76</sup>，那麼甲出手毆打就不構成不法侵害，乙的反擊僅能在緊急避難的界限內才能阻卻不法。如果適用緊急避難規定對於乙過於不利，問題根源在於少數說對於不法侵害附加有責性的要件，而不是在於不法前置模式否定結果行為的不法性。總之，不法前置模式並未限縮正當防衛的適用範圍，而是擴張正當防衛之適用範圍。

### (三) 原因行為與客觀歸責

不法前置模式的基礎是，原因行為是導致構成要件實現的不法

---

<sup>75</sup> Hirsch (Fn. 65), S. 239; Rönnau (Fn. 71), S. 711; Günter Spendel, Actio libera in causa und kein Ende, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 379 (389 f.). 值得注意的是，原因行為係實現不法構成要件的著手或預備，對於不法侵害之現在性判斷沒有指導作用，侵害現在性標準在於客觀上法益是否陷入具體危險，預備行為可能已是現在侵害，著手行為可能尚屬未來侵害。僅參考薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行——最高院99台上5562，台灣法學雜誌，182期，頁184-188（2011年）。因此，林書楷（註23），頁91認為不法前置模式造成無從判斷防衛必要性，可能是多餘的顧慮。

<sup>76</sup> 僅參考黃榮堅（註51），頁232-234。

行為，而且行為人在著手實行時尚有責任能力，因此不必承認同時性原則的例外，即可建構原因自由行為的可罰性。例如，甲決意殺死宿敵乙，但是膽怯而不敢動手，為了壯膽而喝了高粱酒，才在無責任能力時持刀刺死乙。不法前置模式認為，甲持刀刺死乙時因為欠缺責任能力而無罪，但是喝高粱酒使其鼓起勇氣持刀殺乙，與乙的死亡結果有因果關係，也對乙的生命創造法所不容許的風險，此風險也實現在乙的死亡結果裡，故此一原因行為是殺人行為。

然而，此一前提廣受質疑。許多文獻認為，在原因行為與構成要件之實現之間，通常無法證明因果關係存在<sup>77</sup>。此一因果關係的前提是，行為人若是保持清醒或至少未達無責任能力時，就不會實行結果行為。但是，我們對於排除操控能力的原因行為如何導致結果行為，缺乏有效的因果法則加以解釋；根據自然法則所推論出來的因果規則，無法直接移植到人類的心理上，更何況人類心理已經隨著麻醉作用而發生變化，更容易受到其他因素干擾。因此，至多只能援引蓋然性法則取代自然法則，作為認定因果關係的根據。即使肯定了因果關係存在，如果原因行為只是改變了實現法益侵害的細節，充其量只能透過風險升高理論，肯定原因行為之風險實現在法益侵害裡<sup>78</sup>。

此一質疑確實有其道理。依據條件理論，行為係具體型態之結果不可想像其不存在的條件者，行為與結果之間存在因果關係。在判斷假如行為不存在，相同結果是否仍然會發生時，我們必須先知道行為對於該結果的作用方式，否則無從進行假設性判斷。條件理論被批評只是一種判斷因果關係的輔助方法，而且在所謂假設因果

---

<sup>77</sup> Neumann (Fn. 23), S. 583 f.; Paeffgen (Fn. 49), Vor § 323 a Rn. 6; Streng, JZ 2000 (Fn. 18), S. 21; Streng, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 118; Rönnau (Fn. 71), S. 708; Rath (Fn. 6), S. 408; Salger/Mutzbauer (Fn. 23), S. 564; Daniel (Fn. 23), S. 331; Ambos (Fn. 71), S. 2297; 許恆達 (註17)，頁374-379；林書楷 (註23)，頁83-87。

<sup>78</sup> Rönnau (Fn. 71), S. 708; Neumann (Fn. 23), S. 584.

與擇一因果的案件不當地否定因果關係存在，因此通說改採合乎法則之條件理論，在行為與後來的外在世界變動之間有合乎法則的關連性時，肯定因果關係存在。不變的是，為了確定行為與結果之間的具體因果關係，仍然必須先知道行為對於該結果的作用方式<sup>79</sup>。相對於自然事件與結果之間的因果法則通常已經在自然科學上獲得公認、證實，人類的心理是否受特定行為的影響，則是缺乏如此穩定的因果法則<sup>80</sup>。因此，當不法前置理論主張行為人是透過喝酒解除其心理障礙才有辦法實施結果行為時，並不是以穩定的自然因果法則為基礎，而是多少出於推測。

然而，在至今尚無普遍有效的心理學法則存在時，如果心理因果關係一定要具有與物理因果關係相同穩定的因果法則，我們只能在刑法上放棄處罰所有透過心理媒介造成的法益侵害：我們不能處罰教唆犯，因為不確定正犯在沒有教唆行為時就不會著手犯罪；我們不能處罰詐欺罪，因為不確定被害人在行為人未行使詐術時就不會處分財產；我們不能處罰強制性交罪，因為不確定被害人在行為人未威脅時會拒絕性交。如此一來刑法學面臨的難題是，是要堅持對於物理和心理因果關係採取同一的標準，或是對於心理因果關係採取不同的標準。

我們知道，因果關係作為既遂犯罪的必要條件，其目的是在確定行為人對於法益侵害的可避免性，但是多大程度的可避免性才足以建構比起未遂犯更重的刑罰，最終是個人自由與法益保護的權衡問題。一方面，由於刑罰保護法益的效益並不可靠，應該對於可避免性的要求盡量嚴謹，避免個人自由輕易受到不確定之保護法益效果所稀釋。另一方面，可避免性的要求也不可能無限上綱，造成任

---

<sup>79</sup> Vgl. nur *Eisele* (Fn. 31), Vor §§ 13 ff. Rn. 73 a ff.

<sup>80</sup> *Ingeborg Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomoskommentar Strafrechtsgesetzbuch*, 4. Aufl., 2013, Vor §§ 13 ff. Rn. 126, 129 f.

何藉由影響第三人或被害人心理所觸發的法益侵害，都自始無法可罰。因此，一個刑事政策上合理、也是已經被實際操作的選項，就是對於心理因果關係採取不同於物理因果關係的判斷標準。已有不少文獻指出，心理因果關係係指行為與他人的心理存在動機關連性 (Motivationszusammenhang)，亦即行為人所創造的誘因、直接的建議或是理由說明等，已經實際上構成他人決意的理由；至於他人若未受此一心理影響將會如何決意，對於因果關係之判斷並不重要<sup>81</sup>。

如果以此種心理因果關係的理解為基礎，原因行為與構成要件實現之間的客觀可歸責性，通常是存在的<sup>82</sup>。現實上，在行為人是透過喝酒等方式解除其清醒時的心理障礙時，自陷無責任能力通常構成決意將犯罪計畫付諸實行的理由；如果不是喝酒，行為人不是放棄將犯罪計畫付諸實行，就是會將之延後或以他法付諸實行。不法前置模式主張，清醒而精神心理健全的人對於行為的操控不同於已無責任能力的人，原因行為會改變後來犯罪實施的方式，此種細節上的差異就足以肯定原因行為的因果關係，應是在表達實質相同的意思<sup>83</sup>。在肯定原因行為與構成要件實現有因果關係之後，通常亦可肯定客觀可歸責性。行為人在預見實施不法行為的基礎上，使

81 *Puppe* (Fn. 80), Vor §§ 13 ff. Rn. 131; *Eisele* (Fn. 31), Vor §§ 13 ff. Rn. 75 b.

82 相同觀點：盧軍傑，原因自由行為之可罰性基礎與適用問題，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁59-67（2002年）。儘管以「動機關連性」認定心理因果關係，主要是適用在行為人對於另一個人的心理影響力上，可是在行為人對於自己在後來某個時點的心理有無影響力的問題，一樣完全適用。因為，一個人在不同時點下，原則上均保有重新作成決定的可能性，對於一分鐘前的行為人而言，一分鐘後的行為人等於是心理可能受其影響的另一個人。必須強調的是，這並不是為原因自由行為量身定作不同的因果關係判準，而是一體適用於所有犯罪的心理因果關係判準。因此，林書楷（註23），頁86質疑不法前置理論在因果關係判斷上有理論不一貫的問題，有待商榷。

83 *Puppe* (Fn. 51), S. 348; *Roxin* (Fn. 66), S. 313; *Roxin* (Fn. 28), § 20 Rn. 60. 相對於此，*Schlüchter* (Fn. 65), S. 350 f.; *Frister* (Fn. 68), § 18 Rn. 20; *Spendel* (Fn. 75), S. 385 f.; *Jakobs* (Fn. 68), S. 118基於條件關係之判斷不得考量替代原因，認為不得基於清醒時也會實施結果行為，否定原因行為與結果行為之因果關係。

自己處於喪失控制行為能力的狀態，提升法益危險至不被容許的程度。至於行為人保持清醒時可能會以相同方式實現構成要件，並無法排除風險實現的關係。因為，原因行為通常解除了阻擋犯罪的心理障礙，同時提升了結果行為的攻擊強度，此一風險特徵會造成法益狀態的惡化，而不是單純改變其附隨情狀而已。

當然，上述說法並不排除，個案中的原因行為可能與構成要件實現之間欠缺因果關係。例如，行為人在埋伏等候被害人時，為了打發時間或祛寒而喝酒，卻因而在無責任能力狀態下殺人<sup>84</sup>。此時，行為人已經決意將殺人計畫付諸實行，喝酒的作用不在解除阻止犯罪的心理障礙，至多是改變殺人的方式或強度。如果無法證明喝酒有改變殺人方式或強度的作用，就不能以喝酒使「清醒下的殺人」變成「酒醉下的殺人」為由，肯定因果關係存在。因為，條件理論以行為與「具體型態的結果」之因果關係為判斷標準，但是結果之具體型態變化必須是發生惡化法益狀態的作用，而不是其他附隨情狀的變化而已<sup>85</sup>。不過必須注意的是，即使喝酒行為與實現構成要件之間欠缺因果關係，如果原因階段的其他作為（準備行兇器具）或不作為（未採取防止自己著手犯罪的措施）是構成要件實現的原因，行為人仍然可能因此而成立犯罪<sup>86</sup>。總之，在原因行為或原因階段的其他行為與構成要件實現之間，個案中可能存在客觀可歸責性，不法前置模式有其正當性。

#### （四）原因行為與著手實行

在肯定原因行為與構成要件實現之客觀可歸責性之後，並不代表行為人就會因此承擔故意犯的責任。相對於過失犯，故意犯之高度主觀不法內涵在於，行為人在充分認知可能違法實現法益侵害的

---

84 Vgl. *Deiters* (Fn. 62), S. 128.

85 *Eisele* (Fn. 31), Vor §§ 13 ff. Rn. 79.

86 *Frister* (Fn. 68), § 19 Rn. 21; *Deiters* (Fn. 62), S. 133 ff.

狀況下，仍然決意作出違法侵害法益的嘗試。故意行為人有意識地違反保護法益之法秩序要求，顯示其對於法規範的敵對態度更為強烈，為了回復社會大眾對於法規範效力的信賴，有必要相應地給予更嚴厲的制裁。因此，行為人實施導致構成要件實現的原因行為時，必須同時是著手實行其不法故意的行為，始能被評價為故意犯罪<sup>87</sup>。如果行為人在原因行為時欠缺不法故意，或者不是在著手實行不法故意，至多基於該原因行為而成立過失犯<sup>88</sup>。不過，原因行為是否、在什麼條件下得以被評價為著手實行，是不法前置模式最受爭議的問題。

### 1. 爭議概況

不法前置模式認為，行為人透過原因行為陷入無責任能力的狀態時，就已經完成實行犯罪的關鍵步驟，此時已經喪失是否及如何犯罪的自由，達到著手實行的地步<sup>89</sup>。不過，行為人在陷入無責任能力後，必須再實施結果行為才能夠實現構成要件，在這中間通常必須介入數量不等的重要行為，例如前往犯案現場、等候被害人現身、舉槍扣扳機等，陷入無責任能力狀態本身似乎與構成要件實現之間缺乏密接關係，至多只是一個預備行為<sup>90</sup>。

---

<sup>87</sup> Vgl. *Schlüchter* (Fn. 65), S. 351; *Deiters* (Fn. 62), S. 129; *Küper* (Fn. 71), S. 582 ff.; *Helmut Frister*, Buchbesprechungen. Bereich: Strafrecht, Allgemeiner Teil, ZStW 108 (1996), S. 645 (648).

<sup>88</sup> *Frister* (Fn. 68), § 18 Rn. 22.

<sup>89</sup> *Puppe* (Fn. 51), S. 349; *Roxin* (Fn. 66), S. 314; *Hirsch* (Fn. 67), S. 98 f.; *Jakobs* (Fn. 68), S. 119.

<sup>90</sup> *Rönnau* (Fn. 71), S. 709; *Jerouschek* (Fn. 14), S. 246; *Salger/Mutzbauer* (Fn. 23), S. 563; *Ambos* (Fn. 71), S. 2297; *Paeffgen* (Fn. 49), Vor § 323 a Rn. 6; *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), § 40 VI 2; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 16), Rn. 419; *Otto*, 2000 (Fn. 14), § 13 Rn. 22; *Kaspar* (Fn. 64), Rn. 437; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 23 Rn. 19; *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 11 Rn. 13 ff.; 許恒達 (註17)，頁367-370；柯耀程 (註17)，頁208-209；林書楷 (註23)，頁88-90。

為了化解此一疑義，不法前置模式比照間接正犯的概念，將原因自由行為理解為行為人利用無責任能力的自己為犯罪工具而實現構成要件。既然間接正犯的著手實行，係指幕後者對於犯罪工具發生作用時，直到使犯罪工具脫離其支配領域而終了，那麼原因自由行為之著手實行，亦是指行為人自陷於無責任能力，從此無法掌控事件的發生流程<sup>91</sup>。換言之，不法前置模式援引間接正犯的概念（道具理論），主要目的在於大幅提前著手實行的時點<sup>92</sup>。

上述比照間接正犯的論證遭遇強烈的質疑。首先，不少文獻認為原因自由行為無法與間接正犯相提並論。間接正犯係幕後者利用第三人為犯罪工具，在第三人著手實行時已經欠缺行為支配，故利用行為的意思支配力必須強烈到使第三人有如工具般，才能彌補後階段行為支配力的不足。然而，在原因自由行為，「幕後者」與「犯罪工具」在生理上是同一人，並不存在和間接正犯相同的犯罪支配狀態：一方面行為人在結果階段，對於構成要件之實現仍有行為支配力，可以透過放棄決意阻止犯罪；另一方面，行為人在原因階段時，無法預測自己將如何反應，將精神障礙下的自己理解為全自動化的犯罪工具，應是不切實際<sup>93</sup>。其次，即使成功地將原因自由行為與間接正犯相提並論，還會面臨間接正犯之著手實行的理論

91 Roxin (Fn. 66), S. 314; Roxin (Fn. 28), § 20 Rn. 61; Hirsch (Fn. 67), S. 98 f.; Puppe (Fn. 51), S. 349; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 66), § 19 Rn. 49; 林鈺雄（註66），頁315；黃惠婷（註7），頁183；黃惠婷，原因自由行為之「著手」，台灣本土法學雜誌，53期，頁206（2003年）。

92 Frister (Fn. 68), § 18 Rn. 23 Fn. 48; Hirsch (Fn. 65), S. 237 ff.; Rengier (Fn. 64), § 25 Rn. 15.

93 Vgl. Jerouschek (Fn. 14), S. 249 ff.; Neumann (Fn. 23), S. 585; Paeffgen (Fn. 49), Vor § 323 a Rn. 7; Perron/Weißer (Fn. 49), § 20 Rn. 35; Rath (Fn. 6), S. 409; Streng, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 123; Salger/Mutzbauer (Fn. 23), S. 565; Ambos (Fn. 71), S. 2297; Rönnau (Fn. 71), S. 710; Burkhardt (Fn. 29), S. 156; Küper (Fn. 71), S. 589 ff.; Otto, 2000 (Fn. 14), § 13 Rn. 23; Kindhäuser (Fn. 90), § 23 Rn. 18; Joachim Hruschka, „Actio libera in causa“ und mittelbare Täterschaft, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 145 (151 ff.); 柯耀程（註17），頁204-205；林書楷（註23），頁76-77。

爭議。整體解決法認為，通常僅在犯罪工具著手實行時，間接正犯的整體行為才會進展到直接實現構成要件的階段，此時才是著手實行；個別解決法則是僅以幕後者的行為為準，不必等到犯罪工具著手實行，但是究竟只要對犯罪工具造成影響即可，抑或必須達到使犯罪工具做好直接犯罪的準備，或是幕後者對於事件進展失控的程度，並無定論<sup>94</sup>。因此，即使將原因行為比照幕後者的利用行為，除非將間接正犯的著手實行提前至影響犯罪工具的時點，否則也未必能將陷入無責任能力狀態認定為著手實行<sup>95</sup>。

面對上述質疑，不法前置模式的部分支持者另闢蹊徑，主張「犯罪行為」概念不一定始於「著手實行」，但是論證方式不同。第一種化解方式是認為，原因行為在「事前」僅是預備行為，但在整體行為進展至犯罪未遂或既遂階段時，原因行為在「事後」已屬於「實質不法構成要件行為」<sup>96</sup>或成為「犯罪行為」的一部分<sup>97</sup>，故符合責任能力與「行為時」同時存在的要求<sup>98</sup>。另一種化解方式是，將未遂犯理解為具有「結果犯」結構，幕後者影響犯罪工具是著手行為，犯罪工具之著手則是著手結果，間接正犯必須等到著手結果發生才成立未遂犯，但是著手行為時有責任能力即可；因此在原因

94 Vgl. *Albin Eser/Nikolaus Bosch*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, § 22 Rn. 54 f.

95 Vgl. *Kühl* (Fn. 90), § 11 Rn. 13.

96 *Eberhard Schmidhäuser*, *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1992, S. 23 f., 27 ff.

97 *Günter Spendel*, *Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten*, JR 1997, S. 133 (133 ff.); *Spendel* (Fn. 75), S. 380 ff.; *Rolf Dietrich Herzberg*, *Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Delikt Vorbereitung als „Begehung der Tat“ (§§ 16, 20, 34 StGB)?*, in: *Seebode* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, S. 203 (203 ff.).

98 此一說法看起來和前述的擴張模式一樣，都是透過擴張行為的射程解決原因自由行為與同時性原則之間的齟齬，不過嚴格來說並不相同。前述之擴張模式始終否定原因行為係不法行為的一部分，僅在罪責層次上放寬行為時的射程，而此說則是在不法層次上，將預備性質的原因行為事後納入不法行為裡。換言之，擴張模式是擴張罪責意義下的行為概念，此說則是擴張不法意義下的行為概念。

自由行為的情況，原因行為時行為人具有責任能力即可符合同時性原則，直到結果行為之著手實行才成立未遂犯<sup>99</sup>。

我們可以初步得知，上述學說爭議的核心其實一直都是著手實行的認定，不法前置模式的部分支持者引用間接正犯概念，目的是為了肯定原因行為構成著手實行，而其他支持者改變同時性原則之犯罪行為概念，目的是彌補原因行為無法構成著手實行的理論缺陷。在邏輯上，如果擴張犯罪行為概念的構想可行，就沒有必要努力論證原因行為是否已經構成著手實行。因此，以下先檢討擴張犯罪行為概念的構想是否妥適（2.），原因自由行為有無間接正犯的結構（3.），再分析原因自由行為的著手實行（4.）。

## 2. 不得擴張犯罪行為概念

前面提過，一個與構成要件實現有客觀可歸責性的行為，僅在其同時是著手實行不法故意的行為時，才能夠顯示行為人有意識地作出敵視法益的決定，建構故意犯罪的責任。依此，當行為人作成預備行為時，即使已經侵害了法益的尊重請求權，行為人仍然認知到，沒有後續的行為就無法造成法益侵害，此時尚未作出侵害法益的終局決定，此一行為就無法建構故意犯罪的責任。例如，丈夫在冰箱飲料內下毒，預計妻子在二週後返家將喝下飲料中毒身亡，丈夫在下毒隔天昏迷不醒，期間妻子則是中毒身亡。丈夫下毒時，知道他在妻子返家前仍然有機會丟掉有毒飲料，尚未終局地作成殺人決定，即使妻子因此死亡，下毒行為至多構成過失致死罪。相反地，如果丈夫下毒後立刻出國，卻在旅途中昏迷不醒，由於其下毒時已經知道，出國後就沒有機會丟掉有毒飲料，也無法聯絡上妻子，已經作成終局的殺人決定，妻子中毒身亡，丈夫就構成殺人既遂罪。因此，從建構故意犯罪來說，一個「事前」僅構成預備的行

---

<sup>99</sup> *Hardtung* (Fn. 68), S. 104. Vgl. auch *Hirsch* (Fn. 67), S. 99.

為，評價上始終不是一個侵害法益的終局決定，即使「事後」已經進展到既遂階段，也無法轉而成為論以故意既遂的理由<sup>100</sup>。

上述觀念，不會因為將未遂犯理解為具有「結果犯」結構而改變。將未遂犯拆解成「著手行為」與「著手結果」，似乎是強調行為人在著手行為時，已經抵觸禁止侵害法益之行為規範，但是直到著手結果出現時，才會滿足未遂犯的制裁規範要件。此種看法認為正如同在殺人既遂罪，行為人扣下扳機是著手，此時已經違反禁止殺人的行為規範，但是等到死亡結果出現，才滿足殺人既遂的制裁規範要件。然而，二者之間無法如此相提並論。因為，故意未遂犯之刑事責任基礎仍然在於行為人著手實行不法故意，如果所謂的「著手行為」還不符合未遂犯之著手實行要件，就不是一個終局的法益侵害決定，即使是抵觸了禁止侵害法益的行為規範，也不會因為事後發生所謂的「著手結果」而變成建構故意未遂犯責任的理由。將未遂犯理解為具有「結果犯」的結構，只是將預備行為套上「著手行為」的名稱，此種修辭無法絲毫增加其正當性。

據此，建構故意犯罪之不法行為，必定是始於著手實行，而不包括在此之前的預備行為或所謂「著手行為」。不法前置模式若是將犯罪行為概念延伸至著手實行之前，藉此形式上滿足同時性原則的要求，將落入其對於罪責前置模式的批評<sup>101</sup>。換言之，將原因行為評價為著手實行，是一個無可迴避的理論前提。

### 3. 原因自由行為之間接正犯結構

不法前置模式為了將原因行為評價為著手實行，將原因自由行為理解為行為人利用無責任能力的自己為犯罪工具，被質疑無法與

---

<sup>100</sup> Vgl. *Deiters* (Fn. 62), S. 130; ebenso *Rath* (Fn. 6), S. 410; *Streng*, JZ 2000 (Fn. 18), S. 21; *Renzikowski* (Fn. 14), S. 93; *Frister* (Fn. 87), S. 649 f.; *Hettinger* (Fn. 23), S. 641 f.; *Kühl* (Fn. 90), § 11 Rn. 15 ff.; *Otto*, 2000 (Fn. 14), § 13 Rn. 21.

<sup>101</sup> Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 90), § 23 Rn. 17.

利用無責任能力之他人為犯罪工具的間接正犯相提並論。如果從現象面來看，利用他人／自己為犯罪工具的差別，會影響行為人對於犯罪實現的事實上操控力，反對者指出原因自由之行為人在原因階段對自己缺乏意思支配力，在結果階段仍保有行為支配力，確實都可能是與利用他人為犯罪工具的間接正犯不同之處。不過，問題在於，這種差異是絕對的嗎？此種差異足以否定原因自由行為的間接正犯結構嗎？

如果比較事實上的操控方式與程度，利用他人／自己為犯罪工具的確可能存在上述差異，但是此種差異並非絕對存在<sup>102</sup>。我們必須正視一個事實，那就是影響操控力的現實因素有無限多，利用他人／自己為犯罪工具只是其中一個不同的影響因子，其作用力在個案中很容易被更多其他的影響因子抵銷，在行為人利用他人或自己犯罪之間，很難指認出存在類型化的差異性。舉例而言，行為人命令五歲小孩去超市行竊香菸，五歲小孩可能絕對服從指令，不引人注目地成功拿走香菸，但是也可能忘記指令、膽怯或半途被其他事物吸引而沒偷香菸。相對地，行為人喝醉後自行去超市行竊香菸，可能意識不清找不到香菸或舉止引人注目而被逮捕，但是也可能在無人注意的狀態下偷走香菸。換言之，我們在判斷行為人的事實上操控力時，利用他人／自己為犯罪工具的區分只容許我們作出非常粗糙的類型化，如果考量所有的事實影響因素，甚至使得有／無意思支配力及無／有行為支配力的區分本身顯得昧於現實。因此，如果真的認為行為人現實上無法利用自己為犯罪工具，那麼我們將難以理解，為何行為人現實上就一定能夠利用他人為犯罪工具。

既然現實上的操控力無法成為有無犯罪支配的決定因素，那麼「犯罪支配」只可能是一個規範性的概念，作為決定行為人應否負

---

102 Ebenso Puppe (Fn. 50), § 16 Rn. 8.

起正犯責任的標準<sup>103</sup>。姑且不論意思支配該如何具體認定，我們至少可以確定，間接正犯的「犯罪工具」概念，並不是指被利用人的行動如一把槍的子彈般機械化，而是指他和機械一樣無法對於構成要件的實現負責，反而必須由幕後者負起責任。依據規範性的「犯罪工具」概念，不僅無責任能力的他人是適格的犯罪工具，無責任能力的自己也是適格的犯罪工具，讓行為人利用無責任能力的自己成為間接正犯的型態，是在概念上完全可能的。不法前置理論以間接正犯來理解原因自由行為的行為結構，也是以此種規範性的觀察方式為基礎：「幕後者」的行為人造成「犯罪工具」的行為人的歸責缺陷，具有意思支配力，「犯罪工具」的行為人對於結果行為有行為支配力，「幕後者」的行為人則欠缺行為支配力。質疑原因自由行為人在結果行為時仍保有行為支配力，對於無責任能力的自己欠缺意思支配力者，其實是忽略不法前置模式對於犯罪支配的規範性理解。

據此，在規範性理解犯罪支配概念與間接正犯的「犯罪工具」概念下，原因自由行為與間接正犯的行為結構完全相同，甚至間接正犯與直接正犯的行為結構也是完全相同<sup>104</sup>。即使從事實角度理解犯罪支配概念，我們也無法絕對區分出二者的差異，堅持基於行為人無法將自己變成「犯罪工具」而否定原因自由行為的間接正犯結構者，最終將會否定利用他人為「犯罪工具」的間接正犯概念本身。因此，否定原因自由行為之間接正犯結構，似乎是過於武斷。

#### 4. 原因自由行為之著手實行

不過，這並不表示，原因自由行為的著手實行難題，一定要透過成功論證其具有間接正犯的行為結構才能解決。因為，在規範性的犯罪工具概念底下，行為人利用子彈殺人（直接正犯）、利用五

---

103 Dold (Fn. 54), S. 429 ff.

104 Ähnlich Jakobs (Fn. 68), S. 120.

歲小孩殺人(間接正犯)與利用無責任能力的自己殺人(原因自由行為),都是實現犯罪構成要件的行為。不論所利用的犯罪工具是什麼,未遂犯的處罰基礎都是行為人透過著手實行其不法故意,使用不同犯罪工具只是出於便利性考量,不代表侵害法益意志的強弱。因此,這三種實現犯罪的方式應適用一致的著手實行標準。不論原因自由行為是被歸類為直接正犯或間接正犯,同一個行為不會在被當成直接正犯時僅為預備行為,在被當成間接正犯時就變成未遂行為。不法前置模式特別比照間接正犯概念,作為解決著手實行難題的方法,並非理論上所必要,至多只是呈現出利用另一個人類行為實現犯罪的共同事實特徵<sup>105</sup>,反而連帶陷入是否符合間接正犯結構、是否適用於過失犯或己手犯等爭議之中,是一個得不償失的論證策略<sup>106</sup>。

那麼究竟著手實行的標準為何?通說認為,著手實行係指依據行為人之犯罪計畫,客觀上足以直接造成構成要件之保護法益侵害的行為方式。由於未遂犯之處罰基礎是行為人實踐不法故意,著手實行以行為人的犯罪計畫為判斷基礎,而不是純粹根據客觀的法益危險為標準,是值得肯定的出發點。不過,什麼行為方式與法益侵害有「直接性」,特別在實現犯罪有賴於被害人、第三人或自己的後續行為介入時,學說見解五花八門。對於直接正犯,不少文獻提出形式性的著手標準,例如行為必須與實現構成要件有「直接前置關係」、「不必介入中間行為」、「時空緊密關係」等<sup>107</sup>。對於間接正犯,根據是否將犯罪工具行為視為幕後者行為之一部分,分別有「整體解決法」與「個別解決法」等理論。對於不純正不作為犯,特別在保證人未防止他人犯罪時,對於該他人犯罪的進展是否影響

---

<sup>105</sup> Ebenso *Schlüchter* (Fn. 65), S. 353 f.

<sup>106</sup> 結論相同:蔡聖偉(註70),頁29註5;盧軍傑(註82),頁46-47。類似質疑,林書楷(註23),頁76。

<sup>107</sup> Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 94), § 22 Rn. 40 ff.

不作為之著手實行，「第一救助機會理論」與「最後救助機會理論」的立場也有所不同<sup>108</sup>。這些不同的理論背後，都是在嘗試具體化「直接性」的標準，但是最終來說，這些形式標準都無法取代法益危險性的實質標準。

依據行為人之犯罪計畫法益已陷入直接危險的著手標準，其適用上最大的特徵是，直接危險是否發生是以行為人的認知為判斷基礎，而不是根據客觀事實認定，危險在客觀上不存在，或危險不會立即、當下轉變成實害，這些都不會影響著手的判斷<sup>109</sup>。例如，行為人為了強盜而埋伏在被害人家門口，計畫在被害人開門時就持木棍敲昏，搜刮現金。即使被害人始終未出現，只要行為人主觀上很有把握被害人即將會開門而埋伏，此一埋伏行為即是著手實行強盜。如果行為人是在對面馬路等候被害人，心裡不確定被害人何時出現在門口，表示依照其犯罪計畫，還必須確認被害人出現才能實施強盜，埋伏行為僅是預備強盜。此種主觀危險標準也決定間接正犯的著手時點<sup>110</sup>。例如，父親命令五歲小孩去超市偷香菸，依據父親的犯罪計畫，在小孩依指示出發前往超市時，只待小孩執行其指令即可實現竊盜，即使小孩後來半途返家，也不會改變父親已經著手實行竊盜。如果父親說服小孩去偷香菸，為了確保小孩貫徹其指令而跟著前往超市，卻在抵達超市門口時，發現誤以為抽完的香菸還在口袋裡，遂立刻偕同小孩返家，答案便有所不同。因為，依照父親的犯罪計畫，他還必須讓小孩進超市尋找香菸，否則仍然無法實現竊盜，故父親至此仍停留於預備竊盜的階段。在不純正不作為犯，也是在不作為依行為人之主觀認知造成法益之直接危險時，構成著手實行<sup>111</sup>。例如，母親在早晨得知讀小學的兒子備妥仿冒手錶

---

108 Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 94), § 22 Rn. 47 ff.

109 *Eser/Bosch* (Fn. 94), § 22 Rn. 42.

110 *Eser/Bosch* (Fn. 94), § 22 Rn. 54 a.

111 *Eser/Bosch* (Fn. 94), § 22 Rn. 50; *Frister* (Fn. 68), § 23 Rn. 33.

到學校兜售，直到兒子帶著手錶離家時，都未以行動制止。此時，依母親的主觀認知，已經失去阻止兒子詐欺的機會，他人的財產危險因此被提升，構成不作為詐欺之著手實行。如果母親是搭載兒子到校，則應是直到兒子下車離去時，母親才無法阻止兒子詐欺，在此之前僅停留於預備階段。

基於上述，原因自由行為的著手實行標準，一樣是依據行為人之犯罪計畫法益已直接陷入危險。原因自由行為與前述案例共通之處是，尚待另一行為介入始能實現構成要件，差別僅在於介入的是自己的行為，而不是被害人或第三人的行為。以喝高粱酒壯膽殺人的典型案件來說，行為人喝到陷入無責任能力時，已經構成殺人的著手實行嗎？事實關鍵在於，依照行為人的犯罪計畫，喝酒達到無責任能力狀態的下一步是否就是舉刀殺人。現實上，行為人再怎麼有把握，也知道不可能是百分之百進展到舉刀殺人這一步，而是多少知道事情可能不如預期。依照前面的分析，行為人在喝酒至無責任能力時，必須主觀上認為這是一個實現殺人計畫非常可靠的行為，就如同埋伏在門口等候被害人出現，或是命令五歲小孩去偷香菸一樣可靠，才是殺人的著手實行。

行為人對於喝酒至無責任能力狀態演變成殺人是否作出如此可靠的預估，其實無法一概而論。長年酒後鬧事打人的人，如果為了殺人又喝醉酒，那麼他會清楚知道接下來想必就是動手殺人，依其認知喝醉酒會使特定被害人的生命陷入直接危險，喝酒至無責任能力狀態就是著手殺人。即使喝酒之後還必須移動到另一個地點才會舉刀殺人，這並不當然使喝酒與殺人構成要件實現之間喪失直接性。因為，正如同在利用第三人或被害人犯罪一樣，重點在於依行為人之認知，做完這個行為之後事情就會自動進展到構成要件實現，而不是客觀上時空距離的遠近。

相對地，如果行為人缺乏此種酒後鬧事的經驗值，甚至酒後經

常是呼呼大睡，依其主觀評估喝醉至無責任能力狀態，舉刀殺人與否取決於偶然，喝酒壯膽殺人就只是他的願望，還不足以認定是著手殺人<sup>112</sup>。不過，此時行為人可能基於其他理由而構成犯罪。因為喝酒至無責任能力狀態，會使行為人陷入失去抑制力而隨時可能殺人的狀態，提升他人生命的危險性，此種自醉行為對他人生命創造了具體危險。自醉雖然不是作為殺人的著手實行，卻是建構保證人地位的危險前行為，行為人因此負有防止危險實現的義務，也就是負有阻止自己在喪失抑制力的狀態下舉刀殺人的義務。在具體作法上，行為人可以在尚有責任能力時，將準備好的刀子交給第三人或上鎖，也可以在發現自己即將陷入無責任能力狀態時，停止繼續喝酒。如果行為人在尚有責任能力時未防止自己拿到刀子或是停止喝酒，依其主觀認知將陷入無法控制接下來是否著手作為殺人的危險，即構成不作為殺人之著手實行<sup>113</sup>。由此可知，原因自由行為人在陷入無責任能力狀態之前，可能基於相關經驗值而以作為的方式著手實行犯罪，在欠缺相關經驗值時，可能基於危險前行為人之保證人地位而以不作為的方式著手實行犯罪。原因行為或原因階段的其他行為構成著手實行，是一個理論與實際上皆可能的結論。

#### （五）原因行為之罪責與中止

儘管我們已經證明，行為人陷入無責任能力狀態可能構成著手實行，但是對於如此的結果，學說上仍提出其他質疑。有文獻認為，自醉行為對於責任能力的影響是漸進的過程，當行為人在陷入無責任能力狀態之前著手實行，表示其必定是處於限制責任能力的狀態，得適用刑法第19條第2項減輕其刑，無法達成令行為人負完全責任的結果<sup>114</sup>。不過，此一批評過於武斷。以飲酒為例，人體吸

<sup>112</sup> Deiters (Fn. 62), S. 132 f.; Puppe (Fn. 50), § 16 Rn. 16 f.

<sup>113</sup> Deiters (Fn. 62), S. 133 f.

<sup>114</sup> Ulfried Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 36 ff.

收酒精是透過胃部再到血液裡，吸收速度會取決於酒精成分、飲酒速度、胃部內容物與種類等，不一而足。例如行為人先食用有油脂的食物，酒精的吸收速度會減緩，如果空腹喝下烈酒，酒精的吸收速度就會很快。因此，特別是在行為人是一口氣喝下烈酒時，會在極短時間內陷入無責任能力狀態，其喝酒行為便是在完全責任能力下的著手行為，沒有適用限制責任能力規定的餘地。如果是酒精吸收速度較慢的情形，行為人在著手實行時處於限制責任能力的狀態，法官仍得依刑法第19條第2項裁量減輕其刑與否。無論如何，不法前置理論不會導致一律適用刑法第19條第2項減輕其刑的後果。

另一個質疑則是涉及中止犯之適用可能性。文獻上批評，不法前置理論將陷入無責任能力狀態視為著手實行之後，行為人即使醉倒而無法進行結果行為，或是回復意識而放棄結果行為，仍然成立未遂犯，卻無法適用中止犯減免其刑。第一個理由是，既然行為人在陷入無責任能力狀態時，係自認已經完成實現犯罪所必要的行為，構成既了未遂，則必須採取積極防止結果的中止措施；如果行為人是透過不作為的方式著手實行，不論是既了或未了未遂，也都是以積極防止結果的中止措施為必要，故單純放棄犯行不可能符合中止犯之客觀要件<sup>115</sup>。第二個理由是，無責任能力的行為人，已經處於無法自主決定的狀態，放棄犯行也無法被評價為出於自願中止之意思，不符合中止犯的主觀要件<sup>116</sup>。行為人並未對法益造成直接危險，令其負起未遂犯責任又不得適用中止犯，在刑事政策上並不合理。

然而，原因行為其實並非一概構成既了未遂，上述批評並不符

---

115 *Rönnau* (Fn. 71), S. 710 f.

116 *Neumann* (Fn. 23), S. 585; *Streng*, 2011 (Fn. 18), § 20 Rn. 120; *Jerouschek* (Fn. 14), S. 252 ff.; *Jakobs* (Fn. 68), S. 119.

合實情。通說認為，區分既了未遂與未了未遂之目的，在於決定行為人應採取何種中止行為，始能被視為自主地防止法益侵害而有給予減刑優惠的必要，因此區分的基準時點是中止行為時，行為人主觀上是否認為已完成實現犯罪既遂所必要的手段，而不是依其著手時之犯罪計畫，是否已經完成實現犯罪既遂所必要的手段<sup>117</sup>。據此，即使行為人已經著手實行，事後卻發現行為尚不足以使犯罪既遂，則屬於未了未遂，只要消極放棄犯行即可符合中止行為的要件。例如，行為人酒後駕車抵達被害人家中，因為被害人病危而不忍舉刀殺害，此時主觀上認知尚未殺人既遂，故屬於未了未遂，消極放棄犯行即符合中止行為要件。即使是在不作為未遂的情形，係以履行作為義務為中止行為要件，由於作為義務內容就是防止自己犯罪，使自己放棄犯行正是在履行作為義務的內容，故同樣符合中止行為要件。因此，原因自由行為人捨棄犯行，仍有符合中止犯客觀要件的可能性。

比較關鍵性的批評應是，行為人在無責任能力狀態下捨棄犯行，是否符合因己意中止的主觀要件。關於己意中止之意思是否以責任能力為前提，取決於二者的規範目的是否相衝突。行為人處於無責任能力的狀態，係指其對於不法行為欠缺辨識違法與控制行為的能力，使其無法為該具體的不法行為負責；相對地，己意中止之意思作為中止犯之主觀要件，目的在於界定行為人防止法益侵害發生是否出於自主決定，只要不是出於外在因素使其被迫採取中止行為，即有為其保護法益之表現給予獎勵的必要。基此，當行為人仍有維持侵害法益決意的能力，卻撤回其侵害法益的決意時，即是出於己意而中止。換言之，己意中止意思僅以行為人具有維持或撤回法益侵害決意的能力為前提，不問其對具體不法行為有無責任能力<sup>118</sup>。據此，原因自由行為人在無責任能力下捨棄犯行，仍然有適

117 Rengier (Fn. 64), § 37 Rn. 30 ff.; Frister (Fn. 68), § 24 Rn. 13 ff.

118 Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 64), § 19 Rn. 50; Roxin (Fn. 28), § 20 Rn. 66; Roxin

用中止犯的可能性。

#### (六) 小結

綜上所述，對於不法前置模式而言，原因自由行為之處罰基礎係行為人於原因行為時著手實行不法故意，此時行為人具有完全責任能力，因而實現故意犯罪之不法與罪責要素，無庸承認同時性原則之例外。此一模式不僅精確掌握實現犯罪構成要件的多元可能性，也符合著手實行的理論，不會造成在利用自己／他人犯罪時的評價矛盾。不法前置模式所遭遇的諸多批評，至多是指向個案適用的結果，但是無法斷然否定其處罰正當性<sup>119</sup>。不法前置模式才能使故意與過失原因自由行為適用一致的歸責標準，這不僅符合故意犯與過失犯具有相同客觀不法結構的特徵，也符合故意犯與過失犯共用客觀不法要件的實證法規定<sup>120</sup>。否則令人不能理解，為何同樣是

---

(Fn. 66), S. 319 f.; *Kühl* (Fn. 90), § 11 Rn. 24 a; *Spendel* (Fn. 75), S. 390; *Jörg Eisele*, *Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten*, ZStW 112 (2000), S. 745 (781 f.).

119 *Rath* (Fn. 6), S. 412 質疑不法前置模式，認為刑法並不處罰邪惡的思想，而是僅在發生特別重大的「公民衝突」(Zusammenstoßen zwischen Bürgern)時才介入，原因行為距離真正的公民衝突還很遠，行為人為了殺人喝酒卻在家裡睡著時，自始就不是刑事不法。不過，本文認為此一批評並無說服力。所謂特別重大的「公民衝突」究竟存不存在，是一個必須根據刑法保護法益目的來認定的問題，在行為人已經完全實踐了主觀上達成侵害法益目標的所有步驟時，不論外觀上的舉止是多麼不醒目，與法益侵害的客觀時空距離多遠，都無法改變行為人決心將法益之存續訴諸賭注的表現。對此，刑法如果絕對否認屬於應該介入的「公民衝突」，恐怕會被公民質疑是一種失能。就原因自由行為而言，當行為人在喝酒時已經終局地實踐其殺人計畫，任由偶然因素決定殺人成功與否時，這就是一個刑法應予介入的「公民衝突」，它並不當然在為了殺人而喝酒時存在，也不會只因為行為人還沒出門殺人就絕對不存在。因此，批評不法前置模式幾近於處罰行為人的惡意，並不合理。

120 此一立法方式直接表現在「故意或因過失，……」(刑法第176條)及「因過失犯前項之罪者」(例如刑法第181條第2項、第183條第2項、第184條第2項)等規定，過失犯適用與故意犯完全相同的不法構成要件。其他過失犯的用語雖與故意犯不同，例如「放火」與「失火」(刑法第173條第1項、第2項)、「殺人」(刑法第271條第1項)與「因過失致人於死」(刑法第276條第1項)，也只是表達主觀不法的差異，看不出立法者有意(以及有辦法)區分客觀構

喝酒至無責任能力而舉刀殺人，喝酒行為可以成立過失致死罪，卻不能成立殺人既遂罪。在此意義上，不法前置模式是一個比起罪責前置模式「更為誠實」的解決途徑。

### 參、原因自由行為之適用問題

在不法前置模式的基礎上，原因自由行為之可罰性是適用共通之犯罪歸責標準所得的結論，即使法律未特別明文規定也無妨。不過，既然立法者已經增訂刑法第19條第3項：「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」我們也不妨將其理解為一種闡釋性的規定，宣示原因自由行為並非純粹學說或實務的創作物，而是立法者亦認定應予處罰的行為<sup>121</sup>。依照不法前置模式，此一規定的規範意義不在於創造同時性原則之例外，而是宣示「故意或過失自行招致」的原因行為也可能是「行為時」，結果行為時之責任能力缺陷，無法排除原因行為構成犯罪的可能性。在用語上，與其將此種現象稱為「原因自由行為」，倒不如將其稱為「自由原因行為」，更能精確地指出其真正的歸責對象。剩下的問題是，此一規定的適用範圍與要件如何解釋。

#### 一、適用範圍

本條項明文規定，其適用範圍不限於自行招致無責任能力，而是包括自行招致限制責任能力的情形在內。在自陷無責任能力的情形，即使結果行為（駕車或舉刀殺人）因為阻卻罪責而無罪，在原因行為實現（危險駕駛罪或殺人罪的）不法與罪責要素時，仍可成

---

成要件行為。

<sup>121</sup> 相同見解：黃榮堅（註51），頁164；黃常仁，刑法總則——邏輯分析與體系論證，2版，頁90註9（2009年）。

立犯罪。據此，本條項規定不適用同條第1項，其規範意義係在提示法官，不應直接基於結果行為無責而宣告無罪，而是應該進一步審查原因行為是否實現不法與罪責要素，因而自始不適用第1項阻卻罪責。

在自陷限制責任能力的情形，其規範意義也是提示法官原因行為實現不法與罪責要素，自始不適用第2項減輕罪責的可能性。有許多文獻認為，如果行為人在結果行為時處於限制責任能力的狀態，法官原本就可以運用第2項之裁量權限，基於限制責任能力係可歸咎行為人而不予減免刑罰，進一步審查原因行為實現不法與罪責要素，並非絕對必要<sup>122</sup>。此一觀點固然有理，不過為了提升認定刑事責任的精確性，仍應審查原因行為成立犯罪的可能性<sup>123</sup>。首先，行為人在原因行為時與結果行為時的主觀不法未必相同，行為人之結果行為成立過失犯，原因行為卻可能成立故意犯，或者情況相反。如果僅就結果行為適用第2項之裁量權限，無法適當地評價原因行為之主觀不法。其次，即使行為人在原因行為與結果行為時的主觀不法相同，法官就結果行為運用第2項裁量不減輕其刑，等於是將完全罪責評價建立在一個非構成要件的前行為上，這雖然尚符合罪責原則，但是也由於罪責評價標準模糊，不易審查法官認定前行為建構完全罪責的理由是否充分，潛藏濫用的風險。如果可以確認原因行為完全實現不法與罪責要素，行為人的完全責任便更顯得理由充分，而且有法定犯罪構成要件為根據<sup>124</sup>。最後，如果原因行為（完全責任能力）與結果行為（限制責任能力）針對同一法益侵害皆構成犯罪，二者通常也構成單純一罪（相同罪名）或法律單數（不同罪名），不會有重複處罰的疑慮。

---

122 *Roxin* (Fn. 28), § 20 Rn. 69; 黃惠婷(註7), 頁179; 許恆達(註69), 頁79; 陳志輝(註10), 頁43-44。

123 *Ebenso Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 64), § 19 Rn. 37 f.; *Maurach/Zipf* (Fn. 5), § 36 Rn. 61; 馮軍(註60), 頁351-352。

124 *Freund* (Fn. 54), S. 156.

## 二、適用要件

依據不法前置模式，原因行為必須在客觀上與構成要件實現存在因果關係與客觀歸責，這是使行為人負起既遂責任的前提，如果只能確定原因行為導致責任能力的缺陷，無法肯定其亦導致結果行為，則只能考慮其是否成立未遂犯。在具體適用上，如果可以確定行為人陷入責任能力缺陷是導致其決定採取結果行為的原因，通常即可肯定因果關係與客觀歸責的存在。如果行為人像是為了打發時間而喝酒陷入責任能力缺陷狀態，其與結果行為欠缺因果關係，那麼必須進一步確定，行為人在原因階段有無其他作為或不作為與結果行為有因果關係，例如設定炸彈、未停止喝酒等，作為建構可罰性的不法行為。

不法前置模式的主觀不法標準，則是較有爭議。除了法條已明文之「因故意或過失自行招致」精神障礙之外，行為人亦應對於所實現之犯罪構成要件具有故意或過失<sup>125</sup>。不過，對於如何界分故意犯與過失犯之適用範圍，學說意見似乎不完全一致。部分文獻認為，原因自由行為人成立故意既遂犯的前提是具備雙重故意：在原因階段故意自行陷入責任能力缺陷、對於嗣後實現犯罪構成要件具備故意<sup>126</sup>；我國多數文獻則堅持除此之外，行為人在結果階段亦應故意實現犯罪構成要件，否則僅可能成立過失既遂犯<sup>127</sup>。

本文認為，原因行為既然是著手實行的行為，不法故意便是以

---

125 這也是修法以來的實務一貫立場，僅參考最高法院96年度台上字第6368號刑事判決、99年度台上字第6035號刑事判決。

126 Perron/Weißer (Fn. 49), § 20 Rn. 35; Stratenwerth (Fn. 41), S. 492 f.; Frister (Fn. 68), § 18 Rn. 25; Maurach/Zipf (Fn. 5), § 36 Rn. 57; 馮軍 (註60), 頁364-368; 盧軍傑 (註82), 頁98-101。

127 Hirsch (Fn. 65), S. 241 f.; 林山田 (註24), 頁391; 黃常仁 (註121), 頁95註15; 蔡蕙芳 (註7), 頁84; 許澤天 (註23), 頁106; 許澤天 (註34), 頁63; 林鈺雄 (註66), 頁312; 陳志輝 (註10), 頁42; 蕭宏宜, 原因自由行為, 法學講座, 6期, 頁82-83 (2002年)。

行為人在此時的認知狀態為判準。依此，行為人必須在原因行為時預見嗣後實現之不法構成要件事實，不能只是含糊地預見其可能實現某種暴力行為，或者單純預見侵害法益的種類<sup>128</sup>。此外，行為人對於原因行為（或原因階段之其他作為或不作為）與不法構成要件實現之間的客觀可歸責性事實，亦應有所認識。因此，如果導致責任能力缺陷是行為人決定實施結果行為的原因，行為人亦應對於陷入責任能力缺陷有認知，否則就是對於客觀可歸責性之事實欠缺預見，因而阻卻不法故意，只能考慮是否成立過失既遂犯<sup>129</sup>。若是所實現的犯罪構成要件有意圖、傾向等特殊主觀不法要件（例如竊盜罪），亦是以原因行為時為準。

相對於此，結果行為只是通往不法構成要件完全實現的過程，屬於著手實行後的階段，對於不法故意之判斷不具重要性。正如同行為人基於殺人故意下毒後，在結果發生前陷入昏迷（欠缺認知能力）、發現毒量不足以致死（欠缺殺人之認識）或心生悔悟不願死亡結果發生（欠缺殺人之意欲），此一著手實行後欠缺故意的事實，不會改變其殺人故意的存在。因此，行為人在原因行為時具備不法故意（所謂雙重故意），即使在結果行為時不是故意實現不法構成要件，亦不影響故意既遂犯之成立。上述觀念亦完全適用於過失行為，亦即行為人於原因行為時，應對於自陷責任能力缺陷並實現特定犯罪構成要件之事實有過失，始可能成立過失既遂犯；行為人在結果行為時之主觀認知，與法律評價無關<sup>130</sup>。

---

128 Im Ergebnis *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 16), Rn. 418.

129 Vgl. *Puppe* (Fn. 51), S. 348; *Roxin* (Fn. 66), S. 320.

130 不同於此，蔡孟兼，過失原因自由行為之研究，*世新法學*，1卷2期，頁236-237（2008年）認為無認識過失之原因自由行為應不罰。然而，此一見解似乎將行為人於原因行為時對於實現特定犯罪構成要件無預見可能性的無過失情形，與行為人有預見可能性之無認識過失混為一談。再者，有認識過失與無認識過失之間並無可非難性程度的絕對差異，將後者絕對排除在可罰性範圍之外，亦非刑法謙抑思想之必然結論。

至於行為人實現的不法行為不同於著手時預見的不法行為，二者的差異是否產生阻卻故意的效果，則是根據一般的故意理論來解決，原因自由行為並無特殊之處。例如，行為人原本計畫殺人，後來卻是強盜被害人，由於行為人欠缺強盜故意，不成立強盜罪，僅成立殺人未遂罪。如果行為人原本計畫殺A，嗣後卻將B誤認為A而殺之（客體錯誤），此時是否阻卻殺人故意，則是很具有爭議性。部分文獻援引間接正犯概念，將行為人自醉時誤認被害人身分視為打擊錯誤，故分別成立殺人未遂罪（A）與過失致死罪（B）；也有文獻認為此種身分誤認並不影響行為人之殺人故意，故仍然成立殺人既遂罪。何者可採，是獨立於原因自由行為理論的問題，故在此不再申論。

## 肆、立法建議

### 一、刪除原因自由行為條款

最後，我們還要檢討有無維持或修正刑法第19條第3項的必要性。從不法前置模式來說，原因自由行為的核心問題並不在於如何理解罪責概念，而是在於如何理解行為時的概念，也就是如何精確界定犯罪構成要件行為。立法者在刑法第19條第3項增設原因自由行為之處罰條款，容易令人誤會只要創設同時性原則之例外，建構行為人之完全罪責評價，即可圓滿解決原因自由行為的難題，隱蔽了精確界定犯罪構成要件行為的根本解決方法。因此，此一規定的體系地位自始就偏離原因自由行為的核心問題，甚至使不法前置模式被輕率地認定已在實證法框架裡出局。

儘管我們認為，本條項並無排除不法前置模式的效力，而是可

以被賦予排除原因自由行為可罰性爭議的闡明作用，但是其闡明作用究竟有多大值得懷疑<sup>131</sup>。一方面，立法者只是宣示了原因自由行為的可罰性，但是很難從立法理由得知處罰基礎從何而來。此一立法者的留白，無法排除學說對於罪責前置模式與不法前置模式的爭執，也連帶使得司法實務不確定，應該依據罪責前置模式或是不法前置模式來設定適用要件，特別是不法故意之認定標準。另一方面，立法文字也無法充分呈現原因自由行為的犯罪成立要件<sup>132</sup>。對於不法前置模式而言，法條文字未能凸顯原因行為與不法構成要件實現之因果關係，以及原因行為時之不法故意或過失的要求；對於罪責前置模式而言，法條文字也未納入原因行為時對於不法構成要件實現至少有預見可能性的要求。如果不附加其他適用要件，單純因為行為人故意過失自行招致責任能力缺陷，即令其承擔完全罪責評價，反而會導致抵觸罪責原則的適用結果。

在本條項之闡明作用有限、甚至可能造成誤解的現狀下，刑事政策上正本清源之道是刪除之，完全回歸共通之犯罪成立要件與相關法律規定認定原因自由行為之可罰性。因為，如果保留此一條款，就勢必要思考如何補充建構可罰性的必要要件，但是實際上最終只是重述既有的歸責理論或法律規定而已，例如著手實行之標準（刑法第23條）、故意與過失定義（刑法第13條、第14條）等。即使補充建構可罰性之必要條件，也注定不會完整。我們已經看到，原因自由行為也有各種不同型態，即使自陷責任能力缺陷本身無法建構可罰性，仍然可能透過原因階段之其他作為或不作為來建構可罰性，如果只就自陷責任能力缺陷的情形特別規定，反而會掛一漏萬，誤導法官排除建構可罰性的其他途徑。相反的，在原因行為或原因階段的其他行為無法建構可罰性時，此一特別規定可能誤導法官在行為人自陷責任能力缺陷時一律認定有完整罪責，反而容易武

131 此規定的文字並非高明的立法，參考黃榮堅（註55），頁651。

132 林山田（註24），頁396-397；許澤天（註23），頁106-107。

斷地建構其可罰性。基此，立法者再次刪除原因自由行為條款，宣示一切回歸既有之犯罪歸責原理與法律規定，不但是解決方法的簡單化，而且是承認原因自由行為情節的複雜性，向所有可能的歸責結論與途徑開放。

## 二、增訂自醉行為條款

### （一）學說建議

根據不法前置模式，行為人必須在原因階段對於後來實現的不法構成要件有故意或過失，始能成立犯罪，單純在自醉狀態下實施違法行為，因為欠缺故意過失而無罪。例如，獨居的債務人在就寢前喝酒，卻在無責任能力下殺死突然上門討債的債主，由於他在喝酒時不可能預見在自醉後殺人，故對於殺人事實欠缺故意過失，不成立普通殺人罪或過失致死罪。又如，行為人不知可樂裡被人摻入烈酒，喝完可樂後在無責任能力狀態下開車返家，由於行為人並非故意或過失陷入無責任能力狀態，故對於喝酒導致不能安全駕駛亦欠缺認識，不成立危險駕駛罪。

為了避免可罰性漏洞，不少國內文獻建議宜仿效德國刑法第323條a增訂自醉行為構成要件：「故意或過失飲酒或使用其他麻醉藥物，致陷於麻醉狀態，並在此狀態下實施違法行為，行為人雖因為麻醉狀態而成為無責任能力者，處五年以下有期徒刑或併科罰金（第1項）。麻醉狀態下違法行為之處罰，不得重於有責任能力狀態下實施違法行為之處罰（第2項）。麻醉狀態下所實施違法行為，如為告訴或請求乃論之罪，應經告訴或請求始得追訴（第3項）。<sup>133</sup>」

133 張麗卿（註7），頁140；張麗卿，原因自由行為，收於：韓忠謨法學教育基金會編，刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，頁141-142（2000年）；張麗卿，原因自由行為與麻醉狀態下的違法行為，收於：蔡墩銘、甘添貴編，刑法爭議問題研究，頁212（1999年）；張麗卿，新刑法第十九條之法理分析，月旦法學雜誌，136期，頁170-171（2006年）。同此立場：黃常仁，「原因自由行為」（*actio libera in causa*）與「自醉行為」構成要件（*Der*

依此，在行為人無法預見自醉狀態下的不法行為，或可能預見自醉狀態下的不法行為，但是刑法不罰過失行為時，皆會另行成立自醉罪，局部彌補原因自由行為的處罰漏洞。

## (二) 分析檢討

不過，彌補原因自由行為處罰漏洞之目的，並無法立刻正當化仿效德國法增訂自醉構成要件的訴求。基於刑法的最後手段性，刑法存在保護法益的漏洞本來就是正常的，如果要予以入罪化，就必須先證明自醉行為的刑罰正當性。即使成功證明自醉行為的刑罰正當性，接著也必須思考，如何設計構成要件才不會逾越刑罰的憲法界限。從這個角度分析德國的自醉構成要件，就會發現這是一個疑義甚多的罪名。

一般認為，本罪的構成要件行為是**自醉行為**，理由是行為人因為酒精或麻醉藥品的影響，會使其心理上喪失抑制力與辨別是非能力，生理上變得難以控制身體反應，故自醉行為本身對於刑法保護的法益具有危險性<sup>134</sup>。由於酒精的麻醉作用在大多數情形下並不會導致行為人從事違法行為，違法行為的發生還需要其他生理、心理、環境或文化因素的配合，單純的自醉行為並不像醉態駕駛一般具有典型危險性，甚至在社會上也被視為尚可容忍的日常行為。因此，德國立法者認為僅在行為人於麻醉狀態下實施違法行為時，自醉行為才具備需刑罰性，將違法行為視為自醉危險性的表徵，性質僅屬於客觀處罰條件，行為人在自醉行為時對於實施違法行為無須

---

Vollrauschtatbestand § 323 a)，東吳法律學報，7卷1期，頁137（1991年）；靳宗立，原因自由行為理論之內涵及適用範圍之探討，刑事法雜誌，37卷5期，頁78-79（1993年）；王皇玉（註70），頁328；馮軍（註60），頁386-392；林書楷（註23），頁124-125。

<sup>134</sup> Vgl. nur *Detlev Sternberg-Lieben/Bernd Hecker*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, § 323 a Rn. 1; *Claudius Geisler*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2014, § 323 a Rn. 3.

有預見可能性<sup>135</sup>。

然而，即使肯認自醉行為的危險性已經高到有入罪化的必要性，此一規定卻有諸多不當之處。首先，如果自醉行為欠缺典型的危險性，即使有實施違法行為作為危險性的間接證據，也無法解釋其法定刑為何明顯高於危險駕駛罪（刑法第185條之3），等於放逸核能放射線罪（刑法第187條之2）。再者，如果自醉行為的危險性是入罪化的理由，那麼自醉行為之處罰應該是取決於其危險的種類與程度，與有無因此實施違法行為及其輕重無關。一方面，行為人在自醉狀態下未實施違法行為，可能只是出於偶然因素，例如走向停車場準備開車時，恰巧被友人阻止，並不影響自醉行為的危險性，沒有必要等到行為人實施違法行為才處罰自醉行為<sup>136</sup>。另一方面，行為人在自醉狀態下實施違法行為，其功能僅在證明自醉行為的危險性，至於違法行為是殺人、強盜、竊盜或毀損，並不影響自醉行為的不法內涵，不應成為決定自醉行為的法律效果及可追訴性的因素<sup>137</sup>。據此，如果本罪是在處罰自醉行為的危險性，不但法定刑過高，亦無法解釋為何自醉狀態下的違法行為足以決定其刑罰程度。

如果自醉行為之刑罰與可追訴性受到違法行為所影響，那麼本罪可能不是在處罰自醉行為的危險性，而是根本在處罰自醉狀態下的違法行為。由於本罪不要求行為人在自醉時可能預見違法行為的實施，只要行為人故意或過失採取自醉行為，即應為自醉狀態下實

---

135 Vgl. nur Gereon Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band VI §§ 303-358, 9. Aufl., 2016, § 323 a Rn. 2; Diethelm Kleczewski, Strafrecht Besonderer Teil, 2016, § 23 Rn. 4.

136 Renzikowski (Fn. 44), S. 509; Wolters (Fn. 135), § 323 a Rn. 2; Kleczewski (Fn. 135), § 23 Rn. 6.

137 Vgl. Geisler (Fn. 134), § 323 a Rn. 4; Schöch (Fn. 3), § 323 a Rn. 4; Paeffgen (Fn. 23), S. 532; Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 40 Rn. 11.

現之犯罪構成要件負責，彌補了原因自由行為的可罰性漏洞。不過，這正是本罪的正當性疑慮所在。首先，一個人知道或可能知道自己喝酒過量，卻未必知道在酒後會採取違法行為；即使知道喝酒過量可能有暴力行為，卻未必知道是殺人、傷害或強盜。由於罪責原則要求行為人對於所實現之構成要件有故意或過失，而不是只預見實施某種犯罪的風險，如果行為人不知道在自醉狀態下將會實現之犯罪事實，此一處罰將違反罪責原則<sup>138</sup>。其次，如果處罰理由是違法行為本身，刑罰的程度應該隨著違法行為之種類而不同，如此將難以解釋，為何自醉行為之法定刑上限是五年有期徒刑，而不是完全適用違法行為的法定刑，再予以裁量減輕。此一法定刑上限，使自醉後故意殺人者與自醉後竊盜者一體適用五年有期徒刑的法定刑上限，自醉行為人實施越重大的違法行為，將獲得越優惠的待遇，不符罪責原則的罪刑相當要求。據此，本罪也不適合作為處罰自醉狀態下之違法行為的規定<sup>139</sup>。

最後一個可能性是，本罪固然是處罰自醉行為的危險性，但是處罰理由不在於自醉行為的抽象危險性，而是在於其含有引起違法行為的具體危險性，唯有自醉行為是發生在特別容易引發違法行為的情狀時，才具有可罰性<sup>140</sup>。此一折衷觀點一方面維持自醉行為

---

138 *Renzikowski* (Fn. 44), S. 491 ff.; *Joachim Renzikowski*, Im Labyrinth des Vollrauschtatbestands (§ 323 a StGB), in: *Schneider/Frister* (Hrsg.), *Alkohol und Schuldfähigkeit*, 2002, S. 141 (143 ff.); *Gunnar Duttge*, Der Vollrauschtatbestand de lege lata und de lege ferenda, in: *Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, 2011, S. 63 (67 ff.); 薛智仁，參與群毆行為之處罰基礎與立法，頁146-155（2002年）。

139 基於相同理由，柯耀程（註17），頁214建議在刑法第185條之3增訂「服用藥物、酒類、興奮劑或其他相類物品，致喪失意識能力，而為違法行為者，其所犯依各該規定處斷之。」，作為處罰原因自由行為之法律根據，亦有違反罪責原則之嫌。相同質疑：馮軍（註60），頁356註81。

140 *Geisler* (Fn. 134), § 323 a Rn. 9; *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 134), § 323 a Rn. 1; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 137), § 40 Rn. 12.

是構成要件行為，另一方面承認自醉狀態下的違法行為是一個共同決定自醉行為不法內涵的情狀，故行為人應該對於違法行為有預見可能性。不過，學說設定的預見可能性標準不一致，有些認為只要可能預見將會實施某種犯罪行為<sup>141</sup>，有些則認為至少可能預見同種類的違法行為<sup>142</sup>。然而不論是何者，均有其理論缺陷<sup>143</sup>。如果違法行為為足以影響自醉行為的不法程度，表示自醉行為的危險性應該隨著違法行為是殺人或竊盜而有所區別，正是如此才會使自醉行為之刑罰程度受到違法行為的影響。基此，單純要求行為人只要可能預見實施某種犯罪行為，將無法避免行為人對於其無法預見的法益危險負責，因而抵觸罪責原則。如果要求行為人至少可能預見同種類的違法行為，固然可以更大程度地實現罪責原則，但是也使得本罪的適用範圍與原因自由行為大幅重疊，本罪的單獨適用範圍可能僅剩下原本不罰的過失原因自由行為<sup>144</sup>。問題是，既然該違法行為不罰過失犯，表示立法者認為此一行為缺乏刑罰必要性，如果利用自醉構成要件處罰這類原本不罰的過失行為，將難以解釋為何自醉型態的過失行為特別值得被處罰。

上述分析顯示，德國自醉構成要件的特殊立法結構，造成規範目的不明，與罪責原則處於緊張關係，連帶造成解釋適用上無解的難題<sup>145</sup>。如此的規定並不是值得我國仿效的對象，我們必須重新思考其立法必要性<sup>146</sup>。

---

141 *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 17. Aufl., 2016, § 41 Rn. 9.

142 Vgl. *Geisler* (Fn. 134), § 323 a Rn. 57.

143 德國文獻的各種立場，參考黃常仁（註133），頁134-136。

144 *Geisler* (Fn. 134), § 323 a Rn. 62.

145 *Paeffgen* (Fn. 49), § 323 a Rn. 4; *Kleszczewski* (Fn. 135), § 23 Rn. 7.

146 同樣指出其適用疑義，認為貿然增設會徒生爭議者：彭美英，刑法第一八五條之三不能安全駕駛罪之再檢討——兼論德國刑法第三二二條a「自陷完全麻醉罪」，月旦法學雜誌，144期，頁19（2007年）。

### (三) 替代方案

可以確定的是，不宜從設立原因自由行為之截堵構成要件的角度增訂自醉構成要件。依據本文採取的不法前置模式，原因自由行為的可罰性是根據共通的犯罪歸責規則及既有刑法規定而來，那些無法成立犯罪的原因自由行為，是根據立法者的意思欠缺刑罰必要性的行為，而不是法益保護的漏洞。例如，行為人不小心喝醉酒而摔壞別人的手機，此一過失原因自由行為不罰，是貫徹現行法不罰過失毀損的結果，如果認為這是一個保護漏洞，根本的解決方案是在刑法分則增訂過失毀損罪，而不是增訂自醉構成要件補充處罰過失原因自由行為。

剩下的可能性是為了預防自醉行為危險性而增訂自醉構成要件。此一立法方向的困難在於，酒精固然是造成暴力犯罪的原因之一，但是酒精對於實施犯罪在什麼條件下有多少影響力，在臺灣仍缺乏可靠的實證研究。我們似乎沒有敵視酒精的傳統文化，即使社會大眾對於酒駕肇事傾向重罰，但是對於單純飲酒過量或酒醉本身仍可容忍<sup>147</sup>。立法者即使對吸食毒品及迷幻藥分別科以刑罰與罰鍰，對於飲酒過量卻是完全沒有制裁規定。因此，自醉行為的危險性是否高到有入罪化的必要性，值得懷疑。儘管如此，基於立法者的形成自由，即使自醉行為的危險性程度尚無精確的實證統計，自醉行為之危險性亦非顯然無據，立法者並不絕對被排斥將自醉行為入罪化。

若是立法者認為自醉行為之危險性應予入罪化，接著的難題是應該如何界定麻醉狀態，才能夠相對可靠地擔保自醉行為具有危險性。對此，德國現行法根據行為人是否在不排除無責任能力下實施

---

<sup>147</sup> 在世界上，有些文化視酒精為敵人，有些文化視酒精為朋友，此一文化基本態度會決定性影響對酒精的管制與對於濫用酒精行為的處罰，參考Kerner (Fn. 43), S. 11 ff.

違法行為認定自醉行為危險性，可能不是最佳選項。因為，行為人未實施違法行為可能僅是出於偶然，其自醉行為的危險性卻無可否認，根據實施違法行為與否決定是否禁止自醉行為，禁止自醉的行為規範效力會被事後的偶然因素削弱<sup>148</sup>。

因此，比較好的方式是根據行為時的情狀決定自醉行為的危險性，在此方向上，德國文獻對於該國自醉構成要件提出的修法建議可供參考。部分文獻建議，麻醉狀態宜以血液酒精濃度千分之二作為固定數值，超過此一數值者即屬可罰之自醉行為，法定刑為六月以下有期徒刑<sup>149</sup>。此一建議的入罪標準明確，缺點則是無法顧及個案情節差異，例如有些行為人的體質不耐酒精，或者是在危險工作場所飲酒，其危險性在血液酒精濃度千分之二以下即已存在，卻無法處罰。部分文獻則是不以血液酒精濃度為固定標準，建議僅在行為人陷入對他人生命或身體有危險性之麻醉狀態，並且因此實施侵害他人生命或身體之違法行為時，處二以下有期徒刑<sup>150</sup>。此一建議容許根據行為情狀與行為人特質，判斷自醉行為有無具體危險性，並且限定於危及他人生命身體的情形，較能避免設下禁酒令的嫌疑。不過，其保留「實施違法行為」的犯罪成立要件，則是有待商榷：如果違法行為僅是自醉行為危險性的間接證據，那麼沒有附加此一要件的必要；如果違法行為也多少影響自醉行為的不法內涵，行為人對於具體違法行為應有預見可能性，但是在違法行為重大時，二年有期徒刑之法定刑上限似乎顯得過低<sup>151</sup>。

上述二種替代方案均大幅降低違法行為對於自醉行為之刑罰與可追訴性的影響力，其法定刑差異則是相應於所欲涵蓋的自醉行為

---

148 在預防群毆危險性的立法目的下，聚眾鬥毆罪（刑法第238條）以發生死亡或重傷結果為客觀處罰條件，也有一樣的立法問題。詳細檢討：薛智仁（註138），頁179-187。

149 *Renzikowski* (Fn. 44), S. 512 ff.

150 *Duttge* (Fn. 138), S. 77 ff.

151 Vgl. *Geisler* (Fn. 134), § 323 a Rn. 12.

危險性。本文認為，以自醉行為超出血液酒精濃度千分之二作為入罪標準，是一個相對較佳的選項。此一選項貫徹處罰自醉行為危險性的立場，完全排除違法行為的影響力，在法律適用上最為明確。其六月以下有期徒刑的法定刑，也符合單純自醉行為的典型低危險性特質。此一抽象危險犯的立法，無法涵蓋危險性相當的其他自醉行為，也未能根據具體的危險型態區分其刑罰，不算是無法接受的缺點。畢竟，刑法自始就不可能涵蓋所有危險的自醉行為，更何況飲酒過量在社會上並非絕對不被容忍；而那些可罰的自醉行為，在個案中也可能與原因自由行為構成想像競合，法官仍有區分量刑的空間。至於可能涵蓋個案中絕對無危險的自醉行為，這是抽象危險犯構成要件的共通問題，故可以借鏡學說與實務在其他抽象危險犯提出的解決方案處理<sup>152</sup>。總之，我國未來若是考慮增訂自醉構成要件，宜參考這個替代方案。

## 伍、結論

在此總結本文觀點。原因自由行為之處罰固然符合法感，但是其處罰基礎向來是學說爭議焦點。在2005年增訂刑法第19條第3項之後，許多文獻認為這是例外模式之明文規定，並且透過權利濫用或違反不真正義務等觀點，嘗試證立例外模式之正當性。本文認為，罪責原則並非當然以同時性原則為內涵，規範性與功能性之罪責概念亦容許將罪責評價基礎擴大至行為前的過咎，故罪責前置模式不必然抵觸罪責原則。罪責前置模式的根本缺點在於，其過度限縮犯罪構成要件實現的理解方式，一方面絕對否定原因行為實現構成要件的可能性，另一方面又無法合理解釋原因行為創設完全罪責

---

<sup>152</sup> 詳見林東茂，危險犯的法律性質，臺大法學論叢，23卷2期，頁292-298（1994年）。

評價的理論基礎，同時導致在行為人／第三人利用無責任能力人犯罪時存在評價矛盾（貳、一）。

相對於此，不法前置模式承認實現犯罪構成要件的方式多元彈性，不會在行為人／第三人之間產生評價矛盾。在維持同時性原則之下，只要行為人的原因行為或原因階段之其他行為係著手實行故意不法，即可能成立故意犯。學說對於不法前置模式之批評，特別是原因行為與構成要件實現之間欠缺因果關係、原因行為無法構成著手實行、無法適用於限定行為模式犯與己手犯等，都不足以挑戰不法前置模式之正當性（貳、二；參）。依此，原因自由行為不是法律原則，而是一個根據共通犯罪歸責規則及既有法律規定即有可罰性的現象，刑法第19條第3項之規範意義在於闡明原因行為亦可能是實現構成要件之行為。不過，此一條文的闡明意義不高，甚至有誤導作用，故不妨予以刪除。如果立法者認為有增訂自醉構成要件的必要性，應以禁止自醉行為之危險性為構成要件設計方向，不宜仿效德國現行法（肆）。

至此可知，原因自由行為不是實務上常見的案件，不論採取何種模式理解其處罰正當性，其適用結果也差異不大，從本文採納之不法前置模式來說，原因自由行為甚至只是一個行為結構特殊的犯罪現象，而不是一個規範性的法律原則<sup>153</sup>。儘管如此，對於原因自由行為的理論分析，提供了刑法學全面性重新省思犯罪理論的契機，充實對於罪責概念、未遂犯及犯罪參與等理論的發展。在此一意義上，原因自由行為之明文化不是理論研究的終點站，而是理論續造的起點。

---

153 結論相同：盧軍傑（註82），頁83-84。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王皇玉(2016), 刑法總則, 2版, 臺北: 新學林。
- 王效文(2015), 刑罰目的與刑法體系——論Günther Jakobs功能主義刑法體系中的罪責, 成大法學, 30期, 頁151-222。
- 甘添貴(2005), 刑法總則修正重點評述, 收於: 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編, 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集——自由、責任、法, 頁3-34, 臺北: 元照。
- 余振華(2013), 刑法總論, 2版, 臺北: 三民。
- 林山田(2008), 刑法通論(上), 10版, 臺北: 自版。
- 林東茂(1994), 危險犯的法律性質, 臺大法學論叢, 23卷2期, 頁267-304。
- (2005), 刑法總則修正評介, 台灣本土法學雜誌, 67期, 頁63-72。
- 林書楷(2012), 原因自由行為, 收於: 刑事法理論與財經刑法之接軌, 頁49-137, 臺北: 翰蘆。
- 林鈺雄(2016), 新刑法總則, 5版, 臺北: 自版。
- 柯耀程(2001), 刑法「原因自由行為」可罰性問題探討, 收於: 變動中的刑法思想, 頁191-215, 臺北: 自版。
- (2005), 排除責任缺陷規定明文化之衝擊, 收於: 臺灣刑事法學會編, 刑法總則修正重點之理論與實務, 頁183-205, 臺北: 元照。
- (2014), 刑法總則, 臺北: 三民。
- 張天一(2003), 論「己手犯」, 月旦法學教室, 9期, 頁91-104。
- 張麗卿(1999), 原因自由行為與麻醉狀態下的違法行為, 收於: 蔡墩銘、甘添貴編, 刑法爭議問題研究, 頁205-212, 臺北:

五南。

- （2000），原因自由行為，收於：韓忠謨法學教育基金會編，刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，頁127-142，臺北：財團法人韓忠謨法學基金會。
- （2005），原因自由行為明文化，台灣本土法學雜誌，68期，頁136-140。
- （2006），新刑法第十九條之法理分析，月旦法學雜誌，136期，頁166-175。
- 許恆達（2010），「原因自由行為」的刑事責任，臺大法學論叢，39卷2期，頁351-431。
- （2011），殺人未遂與原因自由行為——評最高法院九十六年度台上字第6368號刑事判決，月旦裁判時報，12期，頁74-82。
- 許澤天（1995），原因自由行為理論之研究，刑事法雜誌，39卷5期，頁46-81。
- （2005），對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，67期，頁103-119。
- （2012），不能安全駕駛致死與原因自由行為，台灣法學雜誌，193期，頁136-140。
- （2014），論酒精影響下的不能安全駕駛罪，興大法學，15期，頁141-178。
- 郭棋湧（1988），原因自由行為之理論，刑事法雜誌，32卷4期，頁15-51。
- 陳子平（2015），刑法總論，3版，臺北：元照。
- 陳志輝（2014），原因自由行為原理之適用限制，月旦法學教室，145期，頁30-32。
- （2015），刑法第十九條第三項之適用限制——臺灣高等法院臺南分院一〇二年度侵上訴字第九四六號判決評析，月旦裁

- 判時報，32期，頁38-44。
- 彭美英（2007），刑法第一八五條之三不能安全駕駛罪之再檢討——兼論德國刑法第三二三條a「自陷完全麻醉罪」，月旦法學雜誌，144期，頁6-19。
- 馮軍（2003），論「原因中自由的行為」，收於：許玉秀編，刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁323-393，臺北：學林。
- 黃常仁（1991），「原因自由行為」(actio libera in causa)與「自醉行為」構成要件 (Der Vollrauschatbestand § 323 a)，東吳法律學報，7卷1期，頁125-138。
- （2009），刑法總論——邏輯分析與體系論證，2版，臺北：自版。
- 黃惠婷（2003），原因自由行為之「著手」，台灣本土法學雜誌，53期，頁203-206。
- （2007），在「原因自由行為」概念下檢討新法第十九條第三項，收於：司法院參事室編，新修正刑法論文集，頁163-186，臺北：司法院。
- 黃榮堅（2012），基礎刑法學（上），4版，臺北：元照。
- （2012），基礎刑法學（下），4版，臺北：元照。
- 靳宗立（1993），原因自由行為理論之內涵及適用範圍之探討，刑事法雜誌，37卷5期，頁38-84。
- 劉幸義（1994），罪刑法定原則的理論與實務批判（上），刑事法雜誌，38卷5期，頁41-86。
- 蔡孟兼（2008），過失原因自由行為之研究，世新法學，1卷2期，頁221-240。
- 蔡聖偉（2007），醉不上道——論危險駕駛罪與肇事逃逸罪，月旦法學教室，59期，頁71-77。
- （2014），「醉」無可赦——原因自由行為案例的審查模式，月旦法學教室，139期，頁27-29。

- 蔡蕙芳 (2005), 責任能力與原因自由行為, 月旦法學教室, 37 期, 頁77-87。
- 鄭逸哲 (2001), 罪刑法定主義七十年, 收於: 刑法七十年之回顧與展望紀念論文集 (一), 頁83-108, 臺北: 元照。
- 盧軍傑 (2002), 原因自由行為之可罰性基礎與適用問題, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 蕭宏宜 (2002), 原因自由行為, 法學講座, 6期, 頁78-87。
- 薛智仁 (2002), 參與群毆行為之處罰基礎與立法, 臺北: 學林。
- (2011), 不法侵害之現在性與著手實行——最高院99台上5562, 台灣法學雜誌, 182期, 頁182-188。

## 2. 外文部分

- Ambos, Kai (1997), Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?, NJW, S. 2296-2298.
- Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric (2009), Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Bielefeld: Giesecking.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang (2003), Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld: Giesecking.
- Burkhardt, Björn (1988), Tatschuld und Vorverschulden, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden: Nomos, S. 147-174.
- Daniels, B. Jan (2011), Die actio libera in causa unter dem Aspekt der Vorverlagerung der Strafbarkeit, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Göttingen: V&R unipress, S. 323-347.
- Deiters, Mark (2002), Die freie Entscheidung zur Tat: Zur Rechtsfigur der actio libera in causa, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und

- Schuldfähigkeit. Entscheidungshilfen für Ärzten und Juristen, Berlin: Springer, S. 121-137.
- Dencker, Friedrich (1984), § 323 a StGB – Tatbestand oder Schuldform? – Zugleich Besprechung von BGHSt 32, 48, JZ, S. 453-460.
- Dold, Dennis (2008), Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft, GA, S. 427-441.
- Duttge, Gunnar (2011), Der Vollrauschtatbestand de lege lata und de lege ferenda, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin: de Gruyter, S. 63-79.
- Eisele, Jörg (2000), Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten, ZStW 112, S. 745-782.
- (2014), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München: C. H. Beck, Vor §§ 13 ff.
- Eser, Albin/Bosch, Nikolaus (2014), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München: C. H. Beck, § 22.
- Freund, Georg (2014), Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr. Zum Begriff der Tat und zum Zeitpunkt ihrer (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Begehung, GA, S. 137-159.
- Frister, Helmut (1996), Buchbesprechungen. Bereich: Strafrecht, Allgemeiner Teil, ZStW 108, S. 645-651.
- (2013), Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Geisler, Claudius (2014), in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 323 a.
- Gropp, Walter (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin:

Springer.

- Hardtung, Bernhard (1997), Die „Rechtsfigur“ der actio libera in causa beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung, NZV, S. 97-105.
- Herzberg, Rolf Dietrich (1992), Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktstorbereitung als „Begehung der Tat“ (§§ 16, 20, 34 StGB)?, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin: de Gruyter, S. 203-236.
- Hettinger, Michael (1995), Die „actio libera in causa“: Eine unendliche Geschichte? Eine Kritik neuer Begründungsversuche, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck: Schmidt-Römhild, S. 623-654.
- Hirsch, Hans Joachim (1998), Zur actio libera in causa, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos, S. 88-104.
- (2011), Zwischenbilanz des langjährigen Meinungsstreits über die actio libera in causa, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin: de Gruyter, S. 233-243.
- Hoffmann-Holland, Klaus (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hörnle, Tatjana (2009), Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, GA, S. 626-635.
- Hruschka, Joachim (1984), Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96, S. 661-702.
- (1989), Probleme der actio libera in causa heute, JZ, S. 310-316.
- (1992), Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., Berlin: de Gruyter.

- (2002), „Actio libera in causa“ und mittelbare Täterschaft, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 145-155.
- Jakobs, Günther (1995), Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107, S. 843-876.
- (1998), Die sogenannte actio libera in causa, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos, S. 105-121.
- Jerouschek, Günter (1999), Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft. Zur Rehabilitierung der actio libera in causa durch Hans Joachim Hirsch, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin: de Gruyter, S. 241-258.
- Jerouschek, Günter/Kölbel, Ralf (2001), Zur Bedeutung des sogenannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS, S. 417-424.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaspar, Johannes (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden: Nomos.
- Kerner, Hans-Jürgen (2000), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, in: Egg/Geisler (Hrsg.), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, S. 11-26.
- Kindhäuser, Urs (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kluszczewski, Diethelm (2016), Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kölbel, Ralf (2005), Das Rechtsmissbrauchs-Argument im Strafrecht, GA, S. 36-58.
- Krey, Volker/Esser, Robert (2016), Deutsches Strafrecht Allgemeiner

- Teil, 6. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.
- Kudlich, Hans (1998), *Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kühl, Kristian (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München: Vahlen.
- Küper, Wilfried (1983), Aspekte der „*actio libera in causa*“. Ein Dialog, in: Göppinger/Kerner/Streng (Hrsg.), *Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht: Festschrift für Heinz Lefferenz zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, S. 573-592.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Montiel, Juan Pablo (2014), *Obliegenheiten im Strafrecht?*, ZStW 129, S. 592-614.
- Neumann, Ulfrid (1985), *Zurechnung und „Vorverschulden“*. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, Berlin: Duncker & Humblot.
- (1987), *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, ZStW 99, S. 567-594.
- (1993), *Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, S. 581-593.
- Otto, Harro (2000), *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Straftatlehre*, 6. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- (2013), *Vorverschulden und Rechtsmissbrauch*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch*

- zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 589-612.
- Paeffgen, Hans-Ullrich (1985), Actio libera in causa und § 323 a StGB, ZStW 97, S. 513-541.
- (2013), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomoskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Vor § 323 a.
- Perron, Walter/Weißer, Bettina (2014), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München: C. H. Beck, § 20.
- Puppe, Ingeborg (1980), Grundzüge der actio libera in causa, JuS, S. 346-350.
- (2008), Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung, ZStW 120, S. 504-525.
- (2013), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomoskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Vor §§ 13 ff.
- (2016), Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Radtke, Hennig (2012), in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München: C. H. Beck, Vor §§ 38 ff.
- Rath, Jürgen (1995), Zur actio libera in causa bei Schuldunfähigkeit des Täters, JuS, S. 405-413.
- Rengier, Rudolf (2014), Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- (2016), Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl., München: C. H. Beck.
- Renzikowski, Joachim. 2000. „actio libera in causa“, Vollrausch und Schuld. *Kansai University Review of Law and Politics* 21:81-105.
- (2000), Die Verschärfung des § 323 a StGB – Preisgabe des

- Schuldprinzips?, ZStW 112, S. 475-517.
- (2002), Im Labyrinth des Vollrauschtatbestands (§ 323 a StGB), in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit. Entscheidungshilfen für Ärzte und Juristen, Berlin: Springer, S. 139-157.
- Rönnau, Thomas (1997), Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur *actio libera in causa*, JA, S. 707-716.
- (1997), Grundstruktur und Erscheinungsformen der *actio libera in causa*, JA, S. 599-605.
- Roxin, Claus (1987), Bemerkungen zur *actio libera in causa*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin: de Gruyter, S. 307-323.
- (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Salger, Hannskarl/Mutzbauer, Norbert (1993), Die *actio libera in causa* – eine rechtswidrige Rechtsfigur, NStZ, S. 561-565.
- Schalast, Norbert/Leygraf, Norbert (2002), Unterbringung und Behandlung im Maßregelvollzug gemäß § 64 StGB, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit. Entscheidungshilfen für Ärzten und Juristen, Berlin: Springer, S. 181-202.
- Schlüchter, Ellen (1999), Zur vorsätzlichen *actio libera in causa* bei Erfolgsdelikten, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin: de Gruyter, S. 345-361.
- Schmidhäuser, Eberhard (1992), Die *actio libera in causa*: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.
- Schöch, Heinz (2014), in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Köln: Carl Heymanns, §§ 20,

323 a .

- Schubarth, Martin (1996), *Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft*, ZStR, S. 325-337.
- Spendel, Günter (1997), *Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten*, JR, S. 133-137.
- (1999), *Actio libera in causa und kein Ende*: in: Weigend/Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin: de Gruyter, S. 379-390.
- Sternberg-Lieben, Detlev/Hecker, Bernd (2014), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 29. Aufl., München: C. H. Beck, § 323 a.
- Stratenwerth, Günter (1989), *Vermeidbarer Schuldausschluss*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns, S. 485-499.
- Streng, Franz (2000), „*actio libera in causa*“ und Vollrauschstrafbarkeit – rechtspolitische Perspektiven, JZ, S. 20-27.
- (2011), in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 20.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut (2014), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 44. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Wohlers, Wolfgang (1998), *Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte*, ZStR, S. 95-111.
- (2001), *Verwaltungsrechtsakzessorietät und Rechtsmissbrauchsklauseln – am Beispiel des § 330 d Nr. 5 StGB*, JZ, S. 850-856.
- Wolters, Gereon (2016), in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band VI §§ 303-358, 9. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 323 a.

## Comment on the Punishment Basis for *Actio Libera in Causa*

Chih-Jen Hsueh\*

### Abstract

According to Article 19 Section 3 of the Criminal Code of the Republic of China, punishment may not be reduced for an offense committed if a person intentionally or negligently creates a state of impaired responsibility for his own defense. The amendment of Article 19 Section 3 dispels the doubts about the principle of legality, but the legitimate basis for punishment is still disputable. Overall, there are two models providing explanation, that is the “Advancing the illegality model” and “Advancing the culpability model”.

This article suggests that the “Advancing the culpability model” does not necessarily offend the principle of culpability. Nevertheless, this model describes the fulfilment of the constituent elements of an offence in a limited way, and therefore fails to explain why the existence of *actio praecedens* is sufficient to establish the full culpability of *actio subsequens*. On the other hand, the “Advancing the illegality model” admits the possibility that *actio praecedens* alone is enough to accomplish the elements of a crime, according to the open nature of criminal constituent elements. This model explains the foundation of punishment for *actio libera in causa* through the imputation theory and the principle of legal reservation, and the recent opinion against it does not carry much conviction.

According to the “Advancing the illegality model”, Article 19 Section 3 fails to clarify the punishment basis for *actio libera in causa*

---

\* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.

and is misleading. This article suggests legislators abolish Article 19 Section 3 and augment the constituent elements of self-induced intoxication, but the current example of German law is not recommended.

KEYWORDS: *actio libera in causa*, principle of culpability, principle of concurrence, abuse of rights, advancing the culpability model, advancing the illegality model, elements of crime, causation, attempt to realize, constituent elements of self-induced intoxication.