


docsriver.com
商家本本店

台湾法学研究
精要丛书

刑法与刑诉之 交错适用

林钰雄
著

 中国人民大学出版社

著作权合同登记号
图字：01-2009-1772号

《基础刑法学》（第三版）（上、下） 黄荣坚 著

《刑法问题与利益思考》 黄荣坚 著

《罪数理论之研究》 甘添贵 著

《刑法总论》（2008年增修版） 陈子平 著

《共同正犯与共犯论》（修订版） 陈子平 著

《刑法的思与辩》 柯耀程 著

《刑法竞合论》 柯耀程 著

《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版） 林东茂 著

《刑法综览》（修订五版） 林东茂 著

《刑法与刑诉之交错适用》 林钰雄 著

《刑事法理论与实践》 林钰雄 著

《新刑法总则》 林钰雄 著

策划编辑 杜宇峰
责任编辑 黄丽娟 何娜 洪莽
封面设计 李亚莉 徐静
版式设计 赵星华

ISBN 978-7-300-10600-7/D · 2017

ISBN 978-7-300-10600-7



9 787300 106007 >

定价：58.00元

台湾法学研究
精要丛书

刑法与刑诉之

交错适用

林钰雄
著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法与刑诉之交错适用 / 林钰雄著.
北京: 中国人民大学出版社, 2009
(台湾法学研究精要丛书)
ISBN 978-7-300-10600-7

- I. 刑…
- II. 林…
- III. ①刑法—研究—台湾省
②刑事诉讼法—研究—台湾省
- IV. ①D927.580.404
②D927.580.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 062247 号

台湾法学研究精要丛书
刑法与刑诉之交错适用
林钰雄 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2009 年 6 月第 1 版
印 张	24.25 插页 2	印 次	2009 年 6 月第 1 次印刷
字 数	470 000	定 价	58.00 元

台湾法学研究精要丛书

学术委员会

(以姓氏笔画为序)

王利明 甘添贵 石少侠 刘明祥

刘春田 曲新久 江平 江伟

许玉秀 张明楷 苏永钦 陈子平

陈兴良 林勋发 姜明安 崔建远

梁宇贤 黄立 曾世雄 谢在全

詹森林 赖源河

序

台湾法学研究精要丛书
刑法与刑诉之交错适用

中国人民大学出版社推出的“台湾法学研究精要丛书”连续引入我国台湾地区法学领域的拔尖之作，在祖国大陆法学界产生了积极的学术影响。整套丛书开始出版的主要是民商法、行政法和诉讼法方面的著作，现在又要陆续推出刑法系列，这是令人欣慰的。

台湾地区的刑法学和大陆的刑法学之间存在密切联系。台湾的老一辈刑法学家韩忠谟教授等，都是在祖国大陆完成学业以后去台湾的，可以说是在台湾继承了自清末以降从大陆法学引入的刑法学传统。在大陆 20 世纪 80 年代初开始恢复刑法学的学术研究的时候，又恰恰是台湾的刑法学著作起到了一定的启蒙作用。例如韩忠谟教授的《刑法原理》一书就以影印的方式在大陆出版，为我们当时了解刑法理论研究的国际现状打开了一扇学术的门窗。此后，随着大陆刑法学理论迅速发展，尤其是大陆法学和英美法学的刑法学教科书和专著大量地翻译出版，台湾地区刑法

学的学术影响力有所下降。但由于两岸之间人员交流、学术交流的日益增加与扩大,加上同种同文的优势,祖国大陆和台湾地区之间在刑法学术领域实质性交流更加深入,对于大陆刑法学理论研究的发展起到了积极的促进作用。

尽管目前两岸之间学术交流加强,我们也可以通过各种渠道获得台湾同行的刑法学著作,但对于更为广泛的刑法学教学科研人员,尤其是对那些在读的本科生、硕士生和博士生来说,获得第一手的台湾刑法学资料还是存在一定难度的。在这种情况下,中国人民大学出版社推出“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列,可以说它是两岸刑法学术交流领域的一大盛举。自20世纪90年代以后,台湾地区的刑法学界逐渐完成了新老交替。老一辈刑法学者年事已高,有的已经过世,尽管其著作仍然对当下发生着学术影响力,但其人、其作品慢慢地退出历史舞台,这是不可抗拒的自然现象。与此同时,一批中青年学者占据了刑法学术的舞台中心,成为学术中坚,正是这些学者及其作品成为目前主导台湾刑法学研究的力量。这些年来,祖国大陆出版机构也零星地出版过台湾刑法学者的著作,但尚无系统的出版规划。这次我们经过征求各方面的意见,向出版社推荐了一批在台湾刑法学界具有较大学术影响力的著作,纳入刑法系列。从第一批著作来看,主要有以下两种类型:一是刑法体系书,主要是指刑法教科书。台湾地区在2005年完成刑法修订以后,刑法教科书也随之完成了修订。在这种情况下,选择一些具有代表性的刑法教科书在大陆出版,可以作为教学参考之用。刑法体系书的体系性知识及叙述的特点,使大陆读者能够较为系统地了解台湾刑法学理论的全貌,因而必然会受到读者的欢迎。二是刑法论著,包括刑法论文集和专著。这是在某些刑法论题上进行深入研究的著作,可以展示刑法理论研究的深度。随着大陆对刑法理论研究的不断深入,台湾的刑法论著的出版必将提供某种借鉴。

祖国大陆和台湾地区具有相同的法律文化渊源。这是在刑法学术交流上的优势。但也不可否认,经过五十多年的文化隔绝,两岸刑法学术话语之间已经产生了较大的区隔。例如大陆在1949年以后引入苏俄刑法学,尤其是作为刑法学基本理论框架的犯罪构成体系,它是苏俄式的,沿用至今。台湾刑法学则以德、日的犯罪论体系作为刑法知识的基本逻辑结构。在这种情况下,两岸的刑法学术话语存在相当程度上的不对接,这也增加了刑法学术交流的困难。这些年来,祖国大陆刑法学界还在引入和借鉴德、日的犯罪论体系,对苏俄刑法学的犯罪构成体系进行反思与重构。就我个人认为,祖国大陆的刑法学面对着“拨乱反正”、知识转型的重大课题。唯有完成这一刑法知识的转型,祖国大陆的刑法学理论研究才能融入大陆法系的刑法学术传统之中,刑法学的理论格局也将为之发生巨变。在这样一个刑法知识转型的历史性时刻,我们刑法学人应当具有开拓的学术眼界、广阔的学术胸怀,为推进并完成这一刑法知识的转型而付出一己之力。在这样一个背景之下,台湾刑法著作在祖

国大陆的出版，是具有独特作用的。大陆法学的刑法学术传统经过台湾地区刑法学者的长期努力，深深地打上了中华文化的印记，这对于亟待引入大陆法学刑法学术传统的祖国大陆来说，无疑具有直接的借鉴意义。

我曾于1999年8月和2007年5月两度到访台湾，参访了台湾大学、东海大学、东吴大学、辅仁大学等高校，拜访过老一辈学者蔡墩铭教授，也与陈子平教授等中年学者长期交往，保持了深厚的友情。这次出版的“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，是这个系列的第一批书，我相信还会有更多的著作纳入到这个书系，与祖国大陆的读者见面。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2008年3月23日

序 言

台湾法学研究精要丛书
刑法与刑诉之交错适用

本书写作的目标及设想的定位，如书名所示，在于探讨刑事实体法与程序法之间的交错适用关系。

就规范体系言，刑法是犯罪法律要件及其法律效果的实体规范，刑事诉讼法则是确定并实现国家于具体刑事个案中对被告刑罚权的程序规范。尽管概念有别，但实体刑法唯有透过诉讼程序才得以实践，而获致一个依照实体刑法的正确裁判，正是刑事诉讼的任务，两者关系原来就难分难解。

对于学院以外任何操作实务的法律人而言，这种关系本来近乎自明之理，毕竟，真实案例，或者说，具体法律争端的解决，从来都是实体与程序的交错适用。但是，基于诸多因素（例如影响法学教育走向深远的考试方式），刑法与刑诉在研究与教学方面，却形成了过于泾渭分明的走向。研究教学者各自专精于刑法或刑诉领域，从法律学门分殊化及文献资料庞大化的角度来看，

固然无可厚非，甚或还有助于专长领域的深度。但若因为分殊而招致彼此难以融会的割裂结果，将令人担忧。

割裂结果，一方面表现在欠缺实际操作可能性的刑法发展。刑法理论与教学如果习于从全知全能的上帝角度出发，无视于诉讼证明及事实不明的真实审判困境，不管演绎如何精彩，终究只是空中楼阁；在此脉络，某些过于唯心是问的故意及错误理论，可为最佳注脚。另一方面，既然“获致一个依照实体刑法的正确裁判”是刑事诉讼的任务，欠缺实体刑法作为实践圭臬及延展腹地的刑事诉讼理论与教学，自难正中鹄的；譬如，诸多提倡认罪协商制度的说法，即仅着眼于诉讼经济，而忽略此制对于刑法构成要件体系的颠覆性效果。

近年来，在有识前辈的疾呼之下，实体法与程序法的融合，成为法学改革的重要议题，而台湾大学法律学院也开启风气之先河，设置综合研讨的演练课程。这几年来，由于我也开课讲授《刑事法实体与程序综合研讨》，期间持续搜集相关刑事裁判并整编为课程案例，同时深感相关教材及出版品的匮乏。为了因应研究需求及提供课程教材，我开始以交错适用为主题而计划性写作，陆续发表几篇横跨刑法与刑诉领域的论文，此即本书的缘起。

全书收录十四篇论文，分为四大部分，前三部分各挑选一大主题作为交错适用的范例。第一部分探讨实体法因果关系/客观归责之理论发展，及其并合程序法罪疑唯轻原则思维之后的运用面向。在此以因果及归责判断为例，彰显“人对人审判”的真实困境：事实不明，以及当事实最后仍然不明且法官又不能拒绝裁判时，刑事审判“如何收场”的根本问题。其实，罪疑唯轻原则可以比喻为每一页刑法教科书上原来应有的“浮水印”，只不过前述的割裂现象让浮水印消失了。此外，本部分也以结果可避免性为例，针对一些完全罔顾诉讼证明可能性的刑法理论发展，提出批判。

第二部分处理刑法竞合论与案件同一性的交互作用关系。这两个刑事法的棘手问题，犹如戈第亚结（Gordian knot）般纠缠难解，而长期以来不假思索地因循旧例，蔚为本土解结的主流。本部分从2006年新“刑法”施行的契机出发，分别从刑法竞合论的建构、刑诉同一性的重构及两者排列组合关系等三个角度，探究未来曙光乍现的可能方向。

第三部分阐释刑法各罪并研究其于诉讼上的调查与证明问题，可以说是相当典型的交错适用领域。诚如比较法学者 Ehrmann 所言，“审判方式大大地影响实体法规则在各国起作用的方式；举证规则可能使实体法规则完全不起作用”，本部分以肇事逃逸罪之致人死伤要件及诽谤罪之证明真实条款等为例，解析实体法定性与诉讼法证明的连动性。至于本部分张某盗匪案一文的真实案例，唯有一抽丝剥茧才能解决其中盘根复杂的交错问题，可以说是测试实体法与程序法综合研讨的大型范例，

也是台湾本土实务所提供的绝佳教材。

最后一部分的裁判回顾，则是以年度为范围，地毯式逐笔过滤台湾地区“最高法院”刑事裁判后，挑选并简评其中最具代表性的实务争议问题。此部分回顾的目的，主要在于鸟瞰整个年度的刑事裁判发展。

相较于刑法与刑诉交错的丰富面向，以上主题研究只是杯水车薪而已。诸多议题，例如告诉、追诉权时效之双重定性、干预处分与阻却违法事由之交互作用、其他各罪的实体定性与诉讼证明问题（如释字第623号解释所处理的“儿童与少年性交易防制条例”第29条的争议规定）等，虽然也渐次编入我的课程教材，但受限于个人时间精力及学识能力等因素，迄今仍未完成相关的论文发表，这也是未来应该自我期勉的事项。

起步维艰。本书是探讨刑法与刑诉交错适用的初步尝试，作用仅止于抛砖引玉，期待因为这项野人献曝的努力，而推升台湾地区这方面研究与教学的风气。

最后，在出版事宜方面，要特别感谢元照出版公司的全力协助，以及王士帆、施育杰、陈钰歆、陈以蓓及张立姗的校对与建议。

林钰雄

2008年谷雨于草山松境

目 录

台湾法学研究精要丛书
刑法与刑事诉讼之交错适用

第一部分 因果关系、客观归责与罪疑唯轻

第三人行为介入之因果关系及客观归责——从

北城医院打错针及芦洲大火事件出发 …… 3

壹、问题与案例之提出 …… 5

贰、本文基本立场与主张 …… 9

叁、因果关系之判断 …… 20

肆、客观归责之判断 …… 25

伍、本文与案例之结论 …… 43

罪疑唯轻原则之个案运用——以“平底煎

锅案”之因果及归责判定为例 …… 46

壹、前言与案例 …… 47

贰、因果关系与罪疑唯轻 …… 49

叁、客观归责与罪疑唯轻 …… 55

肆、结论 …… 58

结果可避免性、风险升高与罪疑唯轻——从

台湾北滨车祸案之判决谈起 …… 60

壹、前言 …… 62

贰、事实与判决摘要 …… 63

叁、案例及判决评析 …… 67

肆、几点反思——代结语	85
-------------------	----

第二部分 行为数、竞合论与同一性

新“刑法”总则与新同一案件——从“刑法”废除牵连犯、连续犯论诉讼上同

一案件概念之重构	91
壹、前言	93
贰、新“刑法”总则之新竞合论	95
叁、传统同一案件规则之检讨	104
肆、新同一案件概念之建构	112
伍、结语	125
行为数与竞合论	127
壹、前言	131
贰、判断行为数之三分说	134
叁、三分说之对话与整合	142
肆、立法之检讨	147
伍、结语	150
陆、附录：跨连新旧法之施用毒品行为	151
犯罪事实同一性与时间要素——兼评数则“最高法院”相关判决	159
壹、问题之提出	161
贰、本文之立场	162
叁、问题与裁判之分析	165
肆、结语	173

第三部分 刑法各罪与诉讼证明

从肇事逃逸罪看实体法与诉讼法的联动性——评 2000 年度台上字

第 7622 号、2002 年度台上字第 137 号判决	177
壹、前言	179
贰、事实摘要与判决要旨	180
叁、评释	182
肆、结语	201
张某盗匪案之实体与程序问题——间接故意、从轻原则、强制辩护 及审判违背法令	202
壹、前言	204
贰、事实摘要与判决要旨	205

叁、本案实体问题之评释	211
肆、本案程序争点之评释	218
伍、结语	233
诽谤罪之实体要件与诉讼证明——兼评释字第五〇九号解释	235
壹、前言——徘徊于最大限度言论自由与有效名誉保障之间	237
贰、诽谤罪之实体要件	238
叁、真实性之诉讼证明	249
肆、结语	259
论诈欺罪之施用诈术	261
壹、前言	262
贰、诈欺罪与施用诈术概论	263
叁、“事实”之欺瞒	265
肆、作为之诈欺	269
伍、不作为之诈欺	272
陆、结语	280
论诈欺罪之陷于错误	282
壹、前言	283
贰、错误之概念	284
叁、错误之引起与维持	292
肆、错误、诈欺未遂与被害者学	295
伍、结语	298

第四部分 刑事裁判之年度回顾

二〇〇一年刑事类实务见解回顾	303
壹、前言	305
贰、实体法类裁判	306
叁、程序法类裁判	317
肆、结语	326
二〇〇二年刑诉类实务见解回顾	327
壹、前言	329
贰、警询笔录与全程连续录音（影）	329
叁、严格证明法则与证据代替品	333
肆、违法干预处分与证据使用禁止	337
伍、判决违背法令与非常上诉	343

陆、结语：不确定的年代	346
二〇〇三年刑诉类实务见解回顾	348
壹、前言	350
贰、犯罪挑唆/陷害教唆	350
叁、违反告知义务与证据使用禁止	354
肆、鉴定之必要性	359
伍、自诉不可分之限制	362
陆、向检察官送达与上诉期间	366
柒、附论	369
本书索引	370

第一部分 因果关系、 客观归责与罪疑唯轻

第三人行为介入之因果关系及客观归责

——从北城医院打错针及芦洲大火事件出发

台湾法学研究精要丛书
刑法与刑事诉讼之交错适用

壹、问题与案例之提出

贰、本文基本立场与主张

一、关于因果与归责理论之本文立场

(一) 结果原因与结果归责之区分

(二) 其他观点之检讨

1. 目的行为论及主观学派？
2. 相当因果关系理论？
3. 条件理论作为因果及归责基准？

二、关于第三人介入问题之本文主张

(一) 对几种出发点之批评

1. 直接/间接制造风险作为标准？
2. 故意/过失行为之区别作为标准？
3. 因果关系中断作为标准？
4. 因果历程错误作为标准？
5. 回溯禁止作为标准？

(二) 本文之主张

叁、因果关系之判断

一、基本规则

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





二、进阶检讨

- (一) 超越因果关系是多余概念
- (二) 择一因果关系并非假设因果流程
- (三) 事实不明与罪疑唯轻

肆、客观归责之判断

一、体系定位说明

二、未制造风险类型之归责排除

4 三、注意规范的保护目的之包摄与排除

- (一) 基本运用与顺序关系
- (二) 注意规范避免第三人犯罪类型之包摄
- (三) 超出注意规范保护目的类型之排除
 - 1. 以楼梯纵火案为例
 - 2. 楼梯纵火案之归责争论
 - 3. 本文见解与回应

(四) 注意规范保护目的之进阶检讨

四、第三人专属负责领域之归责排除

- (一) 基本运用
- (二) 进阶检讨
 - 1. 第三段主规则之存在价值
 - 2. 第三人专属责任领域原则之射程距离

五、重大偏异类型的限缩与处置

六、事实不明与罪疑唯轻

伍、本文与案例之结论

壹、问题与案例之提出*

5

这真是一个充满不确定风险的社会。七名在北城医院辛苦生下健康宝宝的妈妈，发现迎接她们产后虚弱身体的，竟然是新生儿接受例行疫苗注射之后突然陷入重度昏迷的噩耗；两百多名芦洲大喜市社区的居民在深夜熟睡时被祝融惊醒，仓皇逃逸中还要闪躲堵在逃生路线的障碍物，而紧急前来救援的消防云梯车，则卡在塞满违规停车的窄巷外面进退不得，消防队员只好气喘吁吁地背着重装备跑进巷内救灾，但是已经无法及时挽回 83 人死伤的悲剧。

为什么发生这样的惨剧？谁应该为这惨剧负责？不同党派政治人物相互指摘的内容占满事件后几日的新闻版面，不久之后，如同其他重大社会新闻一般，惨剧与指摘也渐渐被遗忘。但作为刑事法的研究者，笔者认为这里涉及一些持续百年以上的法律争论，值得再三反省与思索：第三人行为介入之因果与归责判断，以及罪疑唯轻原则（Grundsatz in dubio pro reo）在事实无法清楚鉴定时的适用。先看看第一个下文简称为【北城医院案】的本纪：

李女（以下称甲）、黄女（以下称乙）为受雇于台北县土城市北城妇幼医院的护士，甲负责麻醉事务，乙则负责婴儿房包含施打疫苗在内的护理工作。2002 年 11 月 26 日，七名在北城医院刚刚打完 B 型肝炎疫苗的新生儿，接连发生呼吸衰竭而陷入昏迷，送医急救之后，仍有一人死亡，其他六人则分受程度不等的健康损害及后遗症，迄今仍持续接受医疗。

本案经侦查后发现，原来是负责打针的护士乙违反了用药时“三读五对”的标准程序，其从婴儿房冰箱错将麻醉用的肌肉松弛剂（亚库凯林注射剂）当成 B 型肝炎疫苗取出施打；该瓶肌肉松弛剂是麻醉护士甲在约七个月前所放置，依照麻醉药品及医院管理的相关规定，该手术用麻醉药根本不该出现在婴儿房的冰箱；甲虽在放置时以保丽龙板书写警示标语竖立于该药品前，但冰箱内物品经婴儿房护士多月来移置、翻动后，保丽龙板已被压在其他物品下面而失其警示作用，甲、乙亦皆未发现此事。至于在这期间何人移置翻动警示板，则无法确定。

甲、乙两人经检察官起诉后，本案审理的板桥地方法院（2003 年度瞩诉字第 1 号刑事判决），明白肯定甲、乙两人行为与婴儿死伤的相当因果关系，最后以业务过失致死罪名分别判处甲有期徒刑 1 年 6 个月并缓刑 5 年，乙有期徒刑 2 年。

* 本文原载《台湾本土法学》，第 79/80 期，13/21 页以下，2006 年 2/3 月。

7 这则轰动一时的刑事案件¹特别引起本文关心的是前行为人甲（或称原行为人或第一个行为人）的因果与归责问题。因为在甲的违反义务行为（将麻醉药品放置于婴儿房冰箱）之后，介入了第三人乙（即第二个行为人）的过失行为。本案乙的刑责判断相对简单，但无论采取哪一种理论，都要面对如何处理甲的因果及归责之棘手问题，而依照所采的理论不同，提问方式可能如下所例示：甲对后来乙之介入行为及婴儿死伤结果有无预见或预见之可能性（Voraussehbarkeit）？甲之行为与婴儿死伤结果有无相当因果关系？其因果关系是否因乙构成要件行为（业务过失致死及致伤）的介入而被中断或超越（unterbrochen bzw. überholt）？是否因乙之介入而使婴儿死伤结果无法作为原行为人甲之作品（Werk）而予归责？标准何在？

其实，这则台湾实际案例还同时涉及另外一个难题：后遗症（Folgeschäden）的因果及归责。及至第一审判决时点（约案发后半年）为止，各主治医师还持续追踪该案幸存的六名婴儿之身体障碍与神经损害。但是，基于以下两点考量，本文就此略而不论：一来，后遗症不是第三人介入的典型问题且其理论基础必须专文处理²；二来，在本案因为已经有一名婴儿死亡及六名婴儿普通伤害的结果，所以，除了造成重伤的后遗症外，对于本案的犯罪成立及竞合结果并不产生影响。³

相较之下，下文简称为【芦洲大火案】的惨剧，第一眼比较不容易看出来涉及第三人介入之因果及归责问题。先简述案发的大要如下⁴：

8 2003年8月31日凌晨两点左右，台北县芦洲市大喜市社区（八层楼高之连栋式

1 请参阅2002年11月26日“中央社”电及其后几天各大报的报导。本案受瞩目的程度，从分案的案号就可以看出来：板桥地方法院2003年度瞩诉字第1号刑事判决，这是针对特别重大的社会瞩目案件的分案案号，其进行受特别的司法行政管制，而本案从案发到第一审刑事判决（2003年5月22日）为止，也仅花了6个月的期间，相较于动辄数年的审理期间，本案应该属于迅速审理的案件。本文初稿完成后，适逢台湾高等法院就本案作出2003年度瞩上诉字第1号刑事判决（2003年11月4日），大体维持原审认定判决之事实与理由，并驳回被告之上诉，本案自此确定。

附带一提，本事件中中医院院长以及护理长，是否涉及业务过失致死及致伤部分，亦经板桥地方法院2003年度瞩诉字第1号以及台湾高等法院刑事判决2004年度瞩上诉字第5号刑事判决，最后无罪确定。

2 后遗症问题请参阅Roxin, AT I, 3. Aufl, 1997, § 11/119, § 24/42ff.; 许玉秀, “客观归责理论的回顾与前瞻——记一段我国刑法理论的继受里程”, 《刑事思潮之奔腾——韩忠谏教授纪念论文集》, 117页以下, 2000年。

3 系争地院判决也注意到后遗症的问题：“……而本案之发生，对于被害新生儿身体健康造成之损害，虽目前所见仅属普通伤害，但其后遗症如何，尚需数年之追踪治疗，始得确定，对未来之身心发展状况是否能完全正常，目前无法评定，对于被害人家属所造成之焦虑、恐惧及不确定性，难以言喻，犯罪造成之损害甚巨，诚属重大不幸事件。”

然而，关于六名婴儿已受普通伤害的事实，该判决理由虽予确认但主文却未加以评价，最后仅以一名婴儿死亡的事实作为谕知主文（业务过失致死）的基础，似值商榷，但此与本文主题无关，不再论述。

4 请参阅2003年8月31日“中央社”电及其后几天各大报的报道。本案相关新闻持续较久，一直到本文完稿的同年10月底为止，还陆陆续续有窄巷禁止停车相关措施的报道。

建筑物)发生火灾,造成15人死亡、68人轻重伤的惨剧,此乃近年来台湾最为严重的火灾。消防单位经初步调查后指出,火势系自骑楼烧起后引燃停放大楼出入口机车,同时迅速由楼梯及外墙向上蹿升,一发不可收拾,住户在睡梦中惊醒,仓皇逃生,但因逃生路线堵塞并布满浓烟,而难以顺利逃出火场;此外,由于案发现场的巷弄狭窄,加上又违规停放大批车辆,使得大型消防车及云梯车根本无法进入灭火并及时救出在阳台、窗口求救的住户,延误救灾是这次灾情如此惨重的原因。根据后来消防单位指出,纵使仅迟误三分钟的救援,也足以让火势扩大数倍,影响重大。

起火原因经调查后确定是纵火所致。社区一楼住户徐女质疑其夫邱男有外遇,夫妻俩开始争吵,后来徐女一时气愤,拿起门外的松香水泼在身上,然后点火自焚;火苗延烧至附近机车,才引发大火。徐女本身亦受重度灼伤,经送医后仍于同年9月12日宣告不治。板桥地检署随即以被告已经死亡为由,将本案为不起诉处分。⁵

因为芦洲大火的前车之鉴,包括台北县市在内的各级县市政府,遂雷厉风行严格执行窄巷禁止停车的规定,务使巷道保持4米以上的通行宽度,以免再度发生违规停车而迟误救灾的惨剧。如台北市政府便加强宣导并执行“整顿消防抢救困难地区救道路净宽专案”,针对先前消防局评估因违规停车以致消防抢救困难的114处地区,再增绘总长达3万米的禁停红线,6层楼以上建物每隔20米就划设“消防救灾专用区”,
9
确保消防车、云梯车进出及操作空间;所有净宽道路并再以明显红字标示“消防道路”、“消防空间”字样,不但全天候禁止停车,且严格执行违者立即拖吊的措施。

用刑法的术语来说,一场诸如此类的大火惨剧,通常是由许多条件累积而来,也就是累积的因果关系。徐女如果生还,其纵火及过失致死伤的刑责应该不是争议所在。但徐女已经往生,而承办的板桥地检署也就此为本案画下句点,本文却想要探讨这个句点以外的其他人刑责的问题;具体而言,那些导致迟误救灾的违规停车,以及阻碍逃生出路的堆置行为,是不是也对本案因果关系的累积有所贡献,甚而创设了某种归责基础?在此脉络,停车人或堆置人便是本文所称的“原行为人”,而纵火者徐女便是所称“第三人”,简单归纳,就是要探讨原行为人违反注意规范的行为与后来火灾死伤的结果之因果关系与客观归责,尤其是否受到第三人后来介入的故意纵火行为之影响。附带说明,犹如其他实际发生而非学者杜撰想象的真实案例,鉴定极限的问题时而出现,因此,罪疑唯轻原则往往介入因果或归责的判断,这也是本文要着墨之处。

火灾死伤归咎于巷道违规停车或楼梯任意堆置的行为?这乍听之下有点像是非得找个人来顶罪不可的“猎巫”(Hexenjagd; witch-hunt)之举。是吗?如果是,那么,为什么921震灾的大楼住户死伤要去追诉那些在好几年前盖房子偷工减料的建

5 民事相关部分则有台湾板桥地方法院2004年度诉字第2022号民事判决、2004年度继字第1605号民事裁定,均有描述相关事实,读者可自行参照。

10 商?为什么北城医院婴儿死伤的结果,又要归责给7个月前把麻醉药品放在冰箱且曾设警告标语的那个护士?如果不把合理可行的标准找出来,任凭相当不相当的法感来论断,那更有可能让轰动社会事件的被告承担莫须有的刑责,成为猎巫的祭品。

事实上,以楼梯堆置与纵火死伤的因果及归责为例,虽是台湾常见但却不是台湾特有的问题,而本文也不是探讨此一法律问题的先驱。1994年德国Stuttgart地区便曾发生类似的重重大惨剧,此即在中文文献也曾提出讨论的【楼梯纵火案】,在此先简介其案例事实如下⁷:

出租人甲因整修公寓,而将包含纸箱在内的装潢废弃物暂时堆放在一楼的楼梯间入口,逐次清运;该楼梯间极其狭隘,且楼梯皆为木造。在甲案发前最后一次清运(1994年3月8日)的一星期后(即同年月16日凌晨3点),精神异常的乙经过该屋并发现公寓楼梯间的大门打开,乙遂进入并以打火机点燃纸箱,后因大火延烧且逃生无门,造成7名住户死亡及14名住户严重受伤的结果。最后,公寓楼梯间本来有门有锁,关于当夜何人打开公寓大门未锁致乙得以进入公寓纵火,已经无可查证。

纵使在法律管制极其严密的德国,也曾经发生这样的惨剧。我们或许可以说,本案系争原行为人甲倒霉至极,因为他在楼梯间的堆置仅属短暂行为,装潢垃圾一直在清运当中;但是人算不如天算,就在两次清运之间发生了这起不幸事件。这和台湾公寓楼梯间常见的持续性、永久性堆置杂物,乃至根本封死逃生门的现象,实在不可同日而语。而德国Stuttgart地检署不同于前述台湾地区板桥地检署的做法是,除了纵火者以外,也以过失致死伤的罪名起诉了堆置人甲。Stuttgart地检署或许没有料到,因为这项起诉而开启了一场第三人行为介入之因果关系与客观归责的法律论战。

11 以上本文尝试用尽量简短的文字所描述的案例与问题,其实只是第三人行为介入之因果与归责问题的冰山一角而已。百余年来,刑法学界与刑事实务密集处理这个问题,实务发生的及学者举出的案例已经多到不可胜数,因此,本文仅能筛选一些构成典范且对台湾特别具有现实意义的案例与问题,来作为铺陈本文主张的主要论据。

由于因果及归责的理论分歧,并且直接影响本文所欲处理的第三人行为介入类型之特殊问题的处置方式与结论,所以,以下首先简略交代本文关于因果及归责理论的基本立场(下文贰、一),再说明本文关于第三人行为介入类型的基本主张(下文贰、二)。据此,本文分别以因果关系(下文叁)及客观归责(下文肆)为思考层次,再逐一细分并探讨各项判定第三人介入问题之具体标准;其实,第三人行为介入问题正是因果与归责理论的试金石,向来也是攻防的重镇所在,检讨此一问题等

6 请参阅台湾高等法院台中分院2000年度上诉字第2412号刑事判决(大里王朝大楼倒塌案),台湾高等法院2000年度上诉字第3676号及2002年度上诉字第2040号刑事判决(新庄博士的家大楼倒塌案)。

7 OLG Stuttgart, JR 1997, 517ff.; 中文文献请参阅许玉秀,“客观归责与因果关系”,《刑法的问题与对策》,121页以下,1999年。

于是对因果及归责理论进行总体检。⁸此外,事实不明及罪疑唯轻的问题,本文则分别于因果及归责层次提出检讨(下文叁、二、(三)及肆、六)。

至于本文用语所称“第三人”,系泛指原行为人(第一个行为人)及被害人以外介入事件流程之他人,通常也是指第二个行为人而言;但前提当然是这第一个、第二个行为人之间并不具有任何共同正犯或间接正犯⁹之关系,否则,归责理论基础有别且结论可能完全不同。下文提到的案例,原行为人与第三人之间皆无犯意联络,先予叙明。 12

贰、本文基本立场与主张

一、关于因果与归责理论之本文立场

(一) 结果原因与结果归责之区分

针对广义的因果关联(Kausalzusammenhang)问题,本文基本立场是:区别因果问题与归责问题,在(狭义)因果关系层次,即行为是否为造成结果的“结果原因”(Erfolgsverursachung)问题,以条件理论(Bedingungstheorie)作为判断基准;在归责层次,即结果是否可当作是行为人作品的“结果归责”(Erfolgsszurechnung)问题,则以客观归责论(Die Lehre der objektiven Zurechnung)作为检验准绳。¹⁰

8 以20世纪80年代迄今德国两本重要的刑法祝寿论文(Jescheck, Roxin)为例,不同国籍的两位学者都不约而同提到了第三人行为介入之因果与归责问题,前者是奥地利学者Burgstaller(Erfolgsszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, in: FS-Jescheck, 1985, S. 357ff.),以当时的因果及归责理论,检讨该国的两则实例;后者是日本学者Seiji Saito(Die Zurechnung beim nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten, in: FS-Roxin, 2001, S. 261ff.),以客观归责论的角度,分析该国一则争议案例的实务及学说见解。以上两篇奥、日学者约间隔16年写作的德文文章,刚好道出了第三人行为介入问题的跨国性,并且也反映了在这期间客观归责理论的新发展。详见下文。

9 Vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., 1997, vor § 13Rn. 101c.

10 这也是目前德国学界的通说,相关文献已经不胜枚举,仅参阅Roxin, AT I, 3. Aufl., 1997, § 11/1ff.之说明与引注。

至于台湾地区学界区分因果与归责且采客观归责论者,诸如(撇开一些或多或少的修正不论):李圣杰,“风险变更之结果客观归责”,《中原财经法学》,第7期,47页以下,2001年12月;林山田,《刑法通论(上)》,180页以下,2002年增订8版;林东茂,“从客观归责理论判断交通事故的刑事责任”,《危险犯与经济刑法》,290页以下,1996年;林钰雄,“客观归责论之判决评释——从台湾北滨车祸案之判决谈起”,《刑事法之基础与界限——洪福增教授纪念专辑》,203页以下,2003年(收录于本书87页以下);许玉秀,“客观归责与因果关系”,《刑法的问题与对策》,121页以下,1999年;黄惠婷,“由‘满月圆森林游乐区案例’探讨业务过失致死罪之构成要件该当性”,《刑事法杂志》,第43卷第5期,84页以下,1999年10月;张丽卿,《刑法总则理论与运用》,124页以下,2001年2版;蔡圣伟,“客观可归责性与故意”,《刑事法杂志》,第39卷第3期,60页以下,1995年6月。

13 至于在方法论方面，本文在此接受方法二元论的基本看法，认为（狭义）因果关系层次，本质上是判断两个已经存在的、时间上依序发生的事件之间（如甲先对乙开了一枪、乙随即死于枪击）的自然因果连锁链，是本体论（*Ontologie*；亦译为存在论）的判断而非规范论的评价问题。反之，在客观归责层次，则是针对两个已经存在自然因果链的事件之间，用规范的角度去评价到底后事件结果（乙死于枪击）可否非难给前事件的行为人（对乙开枪的甲），也就是规范评价上“可被归责的关连（联）性”¹¹。

由以上立场亦可推知：第一，（狭义）因果关系的有效判定，往往取决于我们实际上对自然因果之经验判断的能力高低，而非哪一种法理论；在人类的经验知识不足以清楚判别到底某种因素是否造成或影响结果发生时，例如当科学鉴定也无法确定孕妇服用某种安眠药是否导致后来婴儿畸形的结果时，存在与否已经存疑，我们当然也无从有效判断两个事件之间的自然因果律；此时，罪疑唯轻原则则会介入事实不明的判断而成为最终的裁判规则。但应注意，用“无法解决自然因果不明”的理由来批评条件理论是无用论的说法，并不公允，因为本来就没有任何一种因果或归责理论可以直接用来解决科学经验的极限问题。

14 第二，（狭义）因果关系仅是归责判断的必要条件而非充分条件。如果两事件之间不存在自然的因果连锁关系，固然就同时否定了结果归责（因属必要条件）；反之，存有自然的因果连锁并不当然就构成结果归责的关联（因非属充分条件），就如同不能只因为堆放垃圾与纵火死伤有自然因果连锁关系就论断其有客观归责一样。在此，必须进一步依照规范评价标准来进行结果归责的判断，而标准何在正是所有归责理论要处理的核心问题（下文肆）。

（二）其他观点之检讨

大体而言，除了以上本文的立场（区别结果原因与结果归责，前者采条件理论，后者采客观归责理论）之外，其他几个较为常见的处理观点包括：第一，以行为人主观面（如故意、预见）作为限定基准的目的行为论或主观学派；第二，相当因果关系理论；第三，以条件说为主轴兼采诸多修正模式的并合运用。应予注意，以上只是粗略的分法，既未穷尽所有的观点，而且以上几种观点也常被混合运用。

1. 目的行为论及主观学派？

在客观归责论提出之前，尤其是第二次世界大战的前后期间，第一种看法曾经是德国学界的主流观点，这当然和目的行为论（*die finale Lehre*）及其开山鼻祖

11 关于因果归责之方法二元论，请参阅许玉秀，“客观归责与因果关系”，《刑法的问题与对策》，144页以下，1999年；vgl. auch Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: FS-Honig, 1970, S. 133ff.。

Welzel的影响有关；Welzel 虽然也曾尝试以社会相当（sozial adäquat）的观点来否定【风雨雷击案】中侄子的刑责（侄子想要继承遗产，遂怂恿叔叔于暴风雨时出外散步，叔叔果然遭到雷击致死），但随着故意转移到主观构成要件的理论变迁，后来 Welzel 改以否定杀人故意的方式来处理上开雷击案¹²，并且直到其生前最后一版的教科书都还抱持这个看法。¹³ 现今客观归责论者已经在客观归责的第一个主规则，即未制造风险层次便明确否定【风雨雷击案】的归责，纵使侄子出于杀人故意，亦然；借此，客观归责论也间接限制了在诉讼上较难认定的故意的范围，使得故意犯的重心转移到客观构成要件。

15

几十年来，客观归责论者与前述主观论支持者¹⁴已经进行丰硕的对话，在此不再话说从头；在德国学界现实的结果是，以故意、预见为杠杆支点的主观论已经逐渐没落，而客观归责论跃居后起之秀。¹⁵ 何以至此？笔者仅以短短一则台湾最近发生【登高猝死案】来说明，为何故意、预见或预见可能性难以作为判断归责的基础¹⁶：

台北县政府举办“县政大楼登高大赛”，不幸传出意外，自强國小体育组长曾某爬到 22 楼时，突然心脏病变而休克倒地，送医途中已无呼吸与心跳，经亚东医院急救后，还是宣告不治。台北县府表示，原本是为了庆祝乔迁至新办公大楼，同时为全国运动会暖身，特别举办高达 32 层楼的登高比赛。曾某爬到第 22 层楼梯时倒地后就昏迷不醒，位于第 20 及 23 楼层的两组医护人员闻讯立刻前往急救，并护送他到医院。县府举办登高比赛前，曾要求选手对自身的健康状况负责并签下切结书，并要求患有关节及心脏疾病者不得参加比赛；同时县府派驻 9 组医护人员（3 名医生及十多名护士），于部分楼层待命；该活动安排并投保 200 万元的意外险。尽管如此，曾

16

12 这段理论史的简介与检讨，请参阅 Schünemann 著/陈志辉译，“关于客观归责”，《刑法杂志》，第 42 卷第 6 期，86 页，1998 年 12 月（= Schünemann, Über die objektive Zurechnung, GA1999, 207ff.）。

13 Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1960, S. 66f. .

14 在德国现今刑法学界主要是指 Armin Kaufmann (Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikte? in: FS-Jescheck, 1985, S. 251ff.)、Struensee (Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53ff.)、Hirsch (Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: FS-Kölner, 1988, S. 399ff.)、Küpper (Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 83ff.) 等人。以上文献及回顾批评请参阅 Roxin 著/许玉秀译，“客观归责理论”，《政大法学评论》，第 50 期，24 页以下，1994 年 6 月；许玉秀，“客观归责理论的回顾与前瞻”，《刑事思潮之奔腾——韩忠谏教授纪念论文集》，84 页以下，2000 年。

15 “这可以说是 Roxin 和 Welzel 或其门徒之间的角力，而 Roxin 占了上风”（许玉秀，“走出主观与客观的迷思”，《主观与客观之间》，15 页，1997 年）。现今客观归责论的“射程距离”，可说空前未见，早已不限于德国学界，而是已经跨出德国与欧洲，进而影响中南美洲、亚洲的日本、韩国及中国台湾地区。请参阅 Schünemann 著/陈志辉译，“关于客观归责”，《刑法杂志》，第 42 卷第 6 期，81 页以下（注 1），1998 年 12 月；许玉秀，“检验客观归责的理论基础——客观归责理论是什么？”，《主观与客观之间》，279 页，1997 年。

16 请参阅 2003 年 9 月 22 日“中国时报”及各大报之报导。

老师的家属对县府处置仍表示不满。

我们直接讨论主办人（当时县长为苏贞昌）有无过失致死的归责问题。本案适可证明：故意、预见与预见可能性的主观论解决不了问题。如果不是已经有所预见（或至少已经预见这类风险发生的可能性），试问撇清责任的切结书、劳师动众的9组医护人员及花费公帑的意外险，所为何来？正如客观归责论者所言，重要的不是行为人主观上有无预见，而是客观上法律规范有无课予行为人如此的注意义务！客观归责体系中的未制造法所不容风险或被害人自我负责原则，都可能明确解释为何曾老师死亡结果不可归责给主办人或台北县长。同理，在SARS流行期间，故意或过失伤人者对于送医后在医院受SARS病毒感染死亡的被害人死亡结果，也不是因为欠缺预见或预见可能性而不受归责：当政府及媒体整天都汲汲宣导不要进出医院以免受SARS感染时，伤人者对于受伤者可能送医且医院有此感染风险，怎会欠缺预见或预见可能性？

回到文首提出的具体案例，预见或预见可能性同样无助于个案的解决：对于将麻醉药剂放置在婴儿房冰箱的甲而言，有无可能预见后来乙竟然会粗心到将其当成B型肝炎疫苗来对婴儿施打并造成死伤？对于违规停车或堆置杂物的人而言，有无可能预见纵火造成的死伤结果？这些质疑应该可以说明本文的立场。¹⁷

17

2. 相当因果关系理论？

第二种看法台湾读者应该颇为熟悉，因为率先由德国人 v. Kries 在 19 世纪末叶（1886 年）提出的相当理论（Adäquanztheorie），也就是中文通称的相当因果关系理论，虽然未曾受德国刑法学界及刑事裁判的青睐，但漂洋过海之后不但深深影响台湾地区刑法学说¹⁸，并且一直主宰台湾地区刑事实务迄今。¹⁹在前述【北城医院案】中，板桥地方法院的判决也一如所料，援引相当因果关系的“万用公式”²⁰为据，把

17 对主观论者进一步的反驳已见于 Schünemann 著/陈志辉译，“关于客观归责”，《刑事法杂志》，第 42 卷第 6 期，81 页以下，1998 年 12 月。

18 仅以两本早期经典著作作为代表：蔡墩铭，《中国刑法精义》，80 页以下，1982 年 3 版；韩忠谟，《刑法原理》，121 页以下，1982 年增订 15 版。此外，相当理论也深深影响了日本的学说及实务，请参阅 Seiji Saito, in: FS-Roxin, 2001, S. 261ff.。

19 台湾地区学说对于台湾早期判例是否采取相当理论曾有所质疑，主要的论据是早期裁判大量采用“条件理论始有之因果中断”观点来否定因果，但这项质疑不能改变台湾后来裁判绝大多数明白（在字义上）采取相当因果关系理论的结论。实务这种现象遂被严厉批评为“理论经脉之错乱”（苏俊雄，《刑法总论 II——犯罪总论》，115 页以下，1998 年修正版）。

20 引用以下这段判例公式，是台湾现在实务的普遍做法，如系争的板桥地方法院 2003 年度瞩诉字第 1 号刑事判决：“……‘相当因果关系’，系指依经验法则，综合行为当时所存在之一切事实，为客观之事后审查，认为在一般情形下，有此环境、有此行为之同一条件，均可发生同一之结果者，则该条件即为发生结果之相当条件，行为与结果即有相当之因果关系。反之，若在一般情形下，有此同一条件存在，而依客观之审查，认为不必皆发生此结果者，则该条件与结果不相当，不过为偶然之事实而已，则其行为与结果间即无相当因果关系（‘最高法院’1987 年台上字第 192 号判例参照）……”

后来婴儿死伤的结果归责给第一个行为人甲护士。但正如其他学者对相当理论内涵“空洞无用”的质疑²¹，笔者在本案也看不出来，为什么在这种第三人行为介入且流程曲折离奇的惊人惨剧中，把最后婴儿死伤结果归咎给7个月前放置药品的那个护士，算是相当的？本文甚至认为，如果判决采取完全相反的结论，也不令人意外，因为这本来就是相当理论的根本难题：由于没有持续发展出更为具体而可供操作的规则，相当理论的运用注定了“法不稳定性”（Rechtsunsicherheit）的命运。台湾地区实务不但深受这种不稳定性之苦，并且因而耗费了不少的司法资源。²²

历经百年来的密集讨论，现今，学界已经清楚认知：无论是相当理论还是类似的重要性理论（Relevanztheorie），其实根本是结果归责层次，而非结果原因层次的理论。²³但是，作为结果归责的理论，相当理论无疑是个不足的理论！更为深入的批评者已经指出，纵使肯定相当性，充其量仅能作为结果归责的必要条件（排除不相当者的归责，主要是指重大偏离情形），但却不够格作为其充分条件（相当未必就可归责）²⁴，本文在此借用 Schünemann 的话²⁵，举前述台湾的 SARS 事件来归结本段论点：尤其在 SARS 流行期间，完全无法排除被送医的受伤者因于医院停留而感染 SARS 的风险，因为这正是极其典型的危险，所以完全无法否定这种相当性。但是，相当并不是结果归责的充分条件，我们也不能只因为存在这种相当性就将感染 SARS 死亡的结果归责给原受害人者，在此应该探求更精致些的规则。同理，楼梯堆置物品造成火灾时妨碍逃生的典型危险，经验上不也是相当的吗？但关键就在于，纵使一定要谈相当性，那么，这种相当性也还不足以成为结果归责的充分条件。

- 21 许玉秀，“走出主观与客观的迷思”，《主观与客观之间》，31页，1997年；其他质疑请参阅林东茂，《刑法综览》，69页，2002年；黄荣坚，《基础刑法学（上）》，218页以下，2003年。
- 22 以1995年5月1日发生于北部滨海公路的车祸案为例，该案历经四度更审，及至最后确定为止（“最高法院”2001年度台上字第4183号判决），总共经手法官超过40人次；虽然争点就在于因果关系，而历审法官皆采相当因果关系理论，但其结果却是：每个法官的相当却不太相当，以至于案件来来回回，历时6年悬而不决。值得注意的是，该案事实不明及罪疑唯轻的问题，已经被诸多法官混在相当因果的判断来衡量。本案评释请参阅林钰雄，“客观归责论之判决评释——从台湾北滨车祸案之判决谈起”，《刑事法之基础与界限——洪福增教授纪念专辑》，203页以下，2003年（收录于本书87页以下）；从本案出发而检讨相当因果关系者，请参阅黄荣坚，“论相当因果关系理论”，《月旦法学杂志》，第96期，312页以下，2003年5月。
- 23 Vgl. Roxin, AT I, 3. Aufl., § 11/36; 并请参阅林东茂，“从客观归责理论判断交通事故的刑事责任”，《危险犯与经济刑法》，303页以下，1996年；黄荣坚，“不作为犯与客观归责”，《刑法问题与利益思考》，150页以下，1999年。
- 24 Schünemann 著/陈志辉译，“关于客观归责”，《刑事法杂志》，第42卷第6期，84页以下，1998年12月；这也曾是奥地利实务的见解，请参阅 OGH SS 47/1, 51/25，同此见解及评释请参阅 Burgstaller, in: FS-Jescheck, 1985, S. 357ff.。
- 25 Schünemann 著/陈志辉译，前揭文。

3. 条件理论作为因果及归责基准?

最后一种看法,则是德国实务的主流见解,因德国实务自帝国法院时期以来²⁶,即已采用条件理论,但历年来逐次吸纳各式各样的修正模式并入判断²⁷;在客观归责论提出之前,德国学界的通说也是如此,但犹如德国实务之发展,为了避免漫无边际的归责,学者阐释的条件理论,有些已经结合第一种主观倾向的看法(并以主观预见或预见可能性加以限制)或者融入一些相当的归责判断。

20 条件理论之发展史上最为不幸的事,莫过于其曾经同时担负结果原因与结果归责判断的双重任务,因而裂解了其本来算是简明的运用公式。也就是说,早期(尤指客观归责论提出之前)的条件理论依照其去除公式过滤后的条件,必须再进行一次——用现今的术语来说——规范归责的评价,以免造成株连过广的弊病,但这却让条件理论逐渐变成了大杂烩式的说法。因果关系中断可以被理解为这种时代产物(参阅下文贰、二、(一)、3)。此外,有些条件说论者也并用欠缺预见或预见可能性作为限制归责的理由²⁸,但这也让条件理论作为客观构成要件判断的面貌逐渐模糊。

前述德国【楼梯纵火案】便是一例,Stuttgart 地方法院一来沿袭德国实务明白采取的条件理论立场,二来却以原行为人对第三人的纵火死伤“欠缺预见可能性”为否定归责的主要论据,但自始至终,裁判都没有交代清楚预见可能性是客观的还是主观的、因果的还是归责的问题。²⁹

然而,20世纪70年代以后蓬勃发展的客观归责论以及区别因果(结果原因)与归责(结果归责)的主流想法,却让条件理论在结果原因的领域浴火重生,只不过不再那么光彩夺目而已,因为镁光灯的焦点已经移转到结果归责的规范评价。³⁰客观归责论的提出,反而延续了条件理论的生命,这恐怕是令人始料未及之事。如今,

26 Vgl. RGSt 1, 373, 374; so auch RGSt 44, 230, 244; BGHSt 1, 332; 2, 20, 24; 7, 112, 114.

27 Zur Geschichte und Entwicklung vgl. Roxin, AT I, 3. Aufl., 1997, § 11/7ff.

28 So z. B. Hertel, Anm. zu BGH, NJW 1966, 2418f.; Kion, Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten-BGH, NJW 1966, 1823, JuS 1967, 499ff.

以上两则判决评释,欲以第一个行为人主观上对偏异的因果关系(在该判决指第二个行为人介入而对被害人头部敲击)有无认知,来判定行为人最终应否负杀人既遂刑责。这也是因果与归责未明确区别前的想法。

29 Vgl. OLG Stuttgart, JR 1997, 517ff.

30 正因如此,所以虽然德国法关于条件理论有些新发展,但已经难以引起如客观归责论般的热烈回响。现今,德国学说有以 Engisch 所发展的合乎法则(合乎自然律)的条件理论(Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung)来取代原始条件理论之趋势,详细理由:Roxin, AT I, 3. Aufl., 1997, § 11/5ff. 至于其他条件理论的新发展,可参阅李圣杰,“因果关系的判断在刑法中的思考”,《中原财经法学》,第8期,117页以下,2002年6月。台湾有认为采取客观归责论根本可以放弃条件理论者:许玉秀,“客观归责概念的射程范围”,《台湾本土法学》,第12期,104页以下,2000年7月。

德国大多数学者已采纳区别因果与归责的基本看法，且包含批评者在内，越来越多的学者奔向客观归责论的阵营，只不过采纳的程度有些区别而已。³¹

二、关于第三人介入问题之本文主张

21

以上提到的是本文针对一般的因果及归责理论的立场，接下来要提出的是本文关于第三人行为介入这种特殊类型之因果与归责问题的主张。本文研究的目的，无非就是找出判定这种类型原行为人应否受归责的“标准”。以下先评释几种可能的出发点，再交代本文之主张。

（一）对几种出发点之批评

1. 直接/间接制造风险作为标准？

首先，依照原行为人所制造风险的类型，可以将第三人行为介入之案例区别为直接制造风险（unmittelbare Risikoschaffung）与间接制造风险（mittelbare Risikoschaffung）。但本文认为，直接或间接制造风险的分类，最多仅可充为讨论的“类型”而已，但其本身并不是判断原行为人归责与否的“标准”。一言以蔽之，并不存在“直接制造风险=原行为人有客观归责；间接制造风险=原行为人无客观归责”的简单公式，归责与否的标准必须另觅他途。这只要用一个例子就可说明：刑总教科书常举的【救护车祸案】（甲枪击乙，乙受伤送医途中因救护车与违规丙车发生之车祸而死亡），本则案例原行为人甲无疑是直接制造风险，但几乎不管采取哪一种理论，正确的结论都是甲不受归责。

正是因为直接/间接制造风险只是一种便于讨论的分类方式，而非判断归责与否的标准，所以，文献上列入直接制造风险项目底下讨论者，有些结论是原行为人应受归责，有些则否；间接制造风险的情况，亦同。³²而若进一步分析则可发现，其实用来作为判准的，主要是客观归责及其下位的辅助规则，职是之故，本文结构并不以直接/间接制造风险作为分类指标。

22

2. 故意/过失行为之区别作为标准？

类似的情形，也可见于第三人介入者是故意或过失行为的分类。如果再把原行为人之行为考虑进来，那么，可以得出如下表所示的四种情形：

31 中德文相关文献的回顾：许玉秀，“客观归责理论的回顾与前瞻”，《刑事思潮之奔腾——韩忠谏教授纪念论文集》，75页以下，2000年。

32 Vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., 1997, vor § 13 Rn. 101ff. .

※ 图表一：第三人介入之分类

	第三人介入之故意行为	第三人介入之过失行为
原行为人之故意行为	A1	B1
原行为人之过失行为	A2	B2

同样地，本文认为，针对第三人行为介入时原行为人之归责问题，故意/过失行为的区别，最多也不过是一种便于讨论的分类方式，但其本身并不是判断归责与否的标准。一言以蔽之，并不存在“第三人故意行为介入（图表A类）=原行为人无客观归责；第三人过失行为介入（图表B类）=原行为人有客观归责”的简单公式。³³ 否则，果真有这种简单归责标准，在前述【芦洲大火案】中，岂非应该以第三人是“故意纵火”或“过失失火”来作为能否将火灾死伤结果归责给巷道违规停车者的标准？【楼梯纵火案】也应比照办理而判断堆放垃圾者的归责？

此外，原行为人之行为系属故意（图表1类）或过失（图表2类），同样也不足以作为判定归责与否的标准。譬如，前述的【救护车祸案】中，原行为人甲所为的正是故意行为，而第三人丙介入的则是过失行为（图表B1类），但清楚的结论却是：死亡结果不可归责于原行为人甲。这些例证在在说明，归责与否的标准必须另觅他途。

3. 因果关系中断作为标准？

因果关系中断（Unterbrechung des Kausalzusammenhangs），是以往常被拿来解释被害人或第三人行为介入时原行为人不负结果责任的理由，本文对此的回应可以简单归纳为：因果关系中断本身仅是归责判断之“结论”而非判断之“标准”。一言以蔽之，经过其他标准判断后否定归责的，就是中断，肯定归责的，就不中断。但是，这正显示中断本身仅是结论而非标准，不能倒果为因。

关于因果关系中断的缘由，如前所述，是因为早期条件理论必须同时承担判断结果归责之任务，所以才援用中断概念来防止刑责过于扩大的缺失（尤指因果流程重大偏异时的结果归责）。客观归责论提出之后，由于区别结果原因与结果归责两个层次，条件理论已经被解除判断结果归责的任务；因此，因果关系只有成立或不成立，再也不生中断问题。现今对条件理论运用普遍的认识反而是：只要原行为人先前所致的条件直到结果发生时还继续作用，那么，条件因果关系并不因“第三人故意或过失行为”的介入而中断。³⁴

³³ So aber Burgstaller, in FS-Jescheck, 1985, S. 363ff.; Seiji Saito, in: Fs-Roxin, 2001, S. 265f.

³⁴ 若以条件理论为前提，这个规则几乎可以说是不具争议性的确定见解，仅参阅 BGHSt 4, 360f.; Hertel, NJW 1966, 2418; Kion, JuS 1967, 499; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 281; Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., 2001, vor § 13 Rn. 11; Roxin, AT I, 3. Aufl., 1997, § 11 Rn. 27f.; Wessels/Beulke, AT, 31. Aufl., 2001, Rn. 164.