費爾巴哈之故意理論及其影響
——以德國刑法為核心

徐　育　安*

要　目

壹、序　言
貳、理論背景
一、費爾巴哈之前的主觀歸責理論
二、思想的傳承
㈠費爾巴哈身處之時代思潮
㈡費爾巴哈法理論中的人類形象
參、費爾巴哈的故意理論
一、心理學與刑法學之結合
二、與心理學密切結合的故意理論
㈠目的性作為分界要素
㈡故意之型態
㈢過失與錯誤
三、受到拒斥的間接故意
㈠間接故意之歷史
㈡費爾巴哈的加重結果犯
四、推定故意
㈠巴伐利亞一八一三年刑法典第四十一條、第四十三條及第四十四條
㈡自我推翻與轉變
肆、費爾巴哈故意理論之延續
一、因果行為理論
二、心理罪責理論
三、德國帝國刑法第五十九條

* 東吳大學法律系助理教授，德國波昂大學法學博士；筆者在此誠摯感謝兩位匿名審查人所給予的寶貴意見與建議，惟文責當然由本人自負。
投稿日期：九十七年六月五日；接受刊登日期：九十七年十二月二十四日
責任校對：吳美慧

伍、費爾巴哈故意理論餘緒
一、學說上的呼應與反動
㈠故意學說與Welzel
㈡學說上的反動
二、德國實務上的故意判斷之反覆
㈠心理式故意概念之實踐
㈡法律意義上的同意
三、結語——概括繼承？

摘　要

德國刑法學巨擘費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach，1775-1833），在刑法學歷史上的地位輝煌耀眼，他承繼了啓蒙時期的思想，由此創造了一套從刑罰論貫穿至犯罪論的刑法學說，並奠定了聞名遐邇的罪刑法定原則。回顧德國刑法史，費爾巴哈對於整個主觀歸責的理論內涵具有革命性的影響力，建構了刑法故意與過失概念的根基，並且直至兩百年後的今日仍處處有跡可循，成為當代德國故意理論的基礎。

費爾巴哈對於刑法上主觀歸責的思考基礎在於，反對以倫理學所強調的意志自由作為刑法主觀歸責之根據，而他所自行發展的學說，是以犯罪者所擁有的感官欲求為出發點，並以心理學作為分析故意概念的方法，與心理學密切結合的主觀歸責理論，是直接以心理現象決定故意過失之成立，以犯罪目的（Zweck）之有無作為兩者分界之判準。費爾巴哈之後，心理學的研究成果由此進一步地與刑法上的行為理論及罪責理論結合，尤其是因果行為理論以及心理罪責論，這樣的趨勢當然更加深化了心理學對於故意的影響。

以心理現象判斷刑法上的故意概念，其看似人人皆知易於說理，且與日常生活上的用語相吻合，取得了學說與實務上的主流地位，但是，若要進一步推敲行為人的心理狀態時，卻會在行為人複雜迷濛的情緒叢林中失去方向，而在故意的意欲要素判定上，存在著歧義的檢驗標準。因此，綜上所述，面對這個費爾巴哈的遺產，仍有待我們進一步予以徹底的清理與重整。

關鍵詞：主觀歸責、故意、過失、犯罪目的、心理學

壹、序　言

德國刑法學的巨擘費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach，1775-1833），在刑法學歷史上的地位可以說是極為輝煌耀眼，他承繼了啓蒙時期的思想，由此創造了一套從刑罰論貫穿至犯罪論完整的刑法理論，更將其學說實踐於一八一三年的巴伐利亞刑法典，奠定了世所共知的罪刑法定原則，成為其後許多刑法典的模範。對於德國刑法史來說，十七世紀已出現過一位刑法學界的巨星，也是該國刑法學的先驅者Carpzov，他整理蒐錄當時歐陸各國的刑法理論，並結合實務之實踐經驗，係一集大成之理論家，藉由他對於各家理論的引介討論而促成了德國刑法學的萌芽。而費爾巴哈與他相比，其對於德國刑法學之重要性在於：費爾巴哈的刑法思想使德國得以逐步脫離義大利刑法學的影響，其吸收德意志觀念論與英國經驗主義思想，推導出新的刑法理論，因此，他對於德國刑法可以說是居於奠基者之地位。

本文將先從費爾巴哈所身處的時代背景開始談起，以之作為一個理解的基礎，藉此瞭解他提出理論的緣由，並以此看出其理論有何開創性的意義。接著要談的是，費爾巴哈的刑法學說難能可貴之處，在於其理論體系前後一貫首尾相連，這也是為何他能為德國刑法提供一發展起始點的關鍵所在，因此，若要對其任一部分之學說進行研究，即有必要對於其理論基礎先進行一番考察，以便於我們瞭解其理論根本所在及其思考脈絡，此處是要從他所主張的刑罰理論切入。其後正式進入本文所欲探討之主題，這主題並非其聞名遐邇的罪刑法定原則，而係其刑法思想之中關於故意及其相關問題的論述，之所以關注於此的意義在於，回顧德國刑法史，費爾巴哈對於整個主觀歸責的理論內涵具有革命性的影響力，建構了刑法故意與過失概念的根基，並且直至兩百年後的今日仍處處有跡可循，就

此一部分雖然國內文獻較少著墨，然而考察此一淵源與歷史，實對於理解及釐清當代德國故意理論及其爭議有極大之助益。以下，就先從費爾巴哈所身處刑法理論背景及其所遭遇的時代思潮談起。

貳、理論背景

一、費爾巴哈之前的主觀歸責理論

費爾巴哈身處於十八與十九世紀之交，在他之前的刑法理論，以歐陸而言是以南歐的義大利與西班牙居於領導地位，其中又以前者發展刑法學的成就較為人矚目，其具有影響力之緣由在於：義大利法學於中世紀戮力於闡釋羅馬法，經註釋法學與後期註釋法學兩個時期的經營而達於頂峰[1]，且與哲學及神學互有連結，尤其與倫理學更有密不可分的關聯性，倫理學的主要議題為「何謂善？」在這善惡的分辨判斷之間，提供了刑法絕佳的思考素材。

倫理學思考善惡之區辨，判斷何種行為應予以譴責，因此曾經提出了許多判準，而其中對於刑法主觀歸責具有深遠影響力的，是古希臘哲學家亞理斯多德以來的倫理學傳統，在他的尼各馬可倫理學第三卷中，其認為若要針對一件不法惡行予以追究，不論是從道

1　中世紀義大利法學區分爲註釋法學與後期註釋法學兩個時期，前者起於十二世紀初至十三世紀中葉，著名之刑法學者如Azo、Accursius、Odofredus、Johannes de Blanosco以及Guilielmus Durantis；後者接續前者故稱爲後期註釋法學，在文獻上又稱爲疏證法學，起於十三世紀中葉迄至十六世紀初，著名之刑法學者爲數頗多，其中相當具影響力的是師承Cinus一脈的Bartolus、Baldus以及Paulus Castrensis等人。以上參閱，Woldemar Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895, Nachdruck 1965, S. 10 ff.; 關於此一時期的歷史，中文文獻請參閱戴東雄，中世紀義大利法學與德國繼受羅馬法，頁61以下，1999年11月2版；陳惠馨，德國法制史——從日爾曼到近代，頁231以下，2007年。

德的還是法律上的層面來說，都必須是在這個行為係出於自願（*hekousion*; freiwillig）的大前提之下，才能思考該如何對於做出此事之人予以責備。而判斷一行為是否係出於自願，其關鍵則是在於，該行為之行動者在已經知悉周邊具體情狀的條件下，是否可以被視為此行為之根源[2]。這一個自願行為之學說，奠定了一個主觀歸責的基礎，認為處罰的條件除了行為與結果之間的因果性，也就是客觀上的關聯性之外，更要考慮是否出於行為人之意志，以此建立負責的前提，在觀察行為是否出於意志時，所觀察的不僅僅是行為時的心理狀態，如認識或不知，更要觀察該心理狀態形成之動態過程，是否為行為人自己所影響操控而仍具有意志的關聯性，例如酗酒而不省人事或是暴怒之下不顧一切，因此，行為人主張不知並非免除其責難的充分要件[3]。

亞理斯多德以來的倫理學傳統，於中世紀為著名的神學家阿奎那（Thomas von Aquin，1225-1275）集其大成，他進一步闡揚自願學說之中行為人的意志決定與目的追求的部分，並以之與天主教神學相結合，產生了相當鉅大的影響力[4]。而中世紀義大利刑法學界對於主觀歸責所通行的學說見解，與此倫理學傳統有頗多契合之處。首先，關於何謂故意的問題，多數學者並不採取概念定義的方式確定何謂故意，而是試圖以例示其外延的方法來說明故意之內

---

2 參考Ursula Wolf, Aristoteles' »Nikomachische Ethik«, 2002, S. 123.

3 Aristoteles, Nikomachische Ethik, übersetzt von Dirlmeier, 5. Aufl., Buch Ⅲ 1109b ff. 關於此一理論提出的時代背景，參見王志輝，亞里斯多德的責任理論，政大哲學學報，19期，頁39以下，2008年1月；Alfred Ⅱ Pernice, Der verbrecherische Vorsatz in griechisch – römischen Rechte, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 17 = 30(1896), S. 205, 237.

4 Gustav Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, 1963, S. 60 ff.; 劉幸義，意志自由與罪責，中興法學，24期，頁35以下，1987年5月。

涵，如陰險詭計或是行騙，這些例子與行為人內心及行為方式的道德可非難性有關，而從其案例言之，其實與羅馬法將故意視為「惡意dolus malus」的作法可說相去不遠[5]。

其次，當時義大利刑法針對罪責之性質為何的問題，普遍是以意志責任作為罪責之基礎，罪責係在有認識或無認識的情況下進行違反義務亦即違法之行為，換言之，可否因一違法侵害行為而對於行為人予以歸責，是以該行為是否出於行為人自由意志為斷，固然在已有認識時可以對於這一點作積極之認定，但即便是未有所認識時，仍可能因為這是一種意志的瑕疵而被非難[6]。反面言之，若要排除罪責，則須否認意志與行為之間的因果性，其情形主要有兩種，一是意志活動並未付諸實行，例如只是停留在單純的想法或是願望的階段；二是由於意志活動僅是一種表面的假象，例如無法抗拒之強制或出於錯誤[7]，而其中特別值得進一步討論的是關於後者的見解。

所謂以錯誤排除罪責並非適用於所有的情形，而是限於在履行注意義務後仍無法避免時，行為人始得據以卸除罪責[8]。此處是將不知免責的程度與對意志的論述相連結，如果錯誤的發生是由於行為人有意識地怠於獲得相關的認知，或是知道自己忽略了某一知識的取得，卻有意地不去排除此一狀態，以便於可以在不知的狀況下實行行為，那麼，就不能以錯誤為理由阻卻結果的故意歸責，因為，這樣的不知是由行為人的意志所導致的，意志的存在就正是展現於這樣的不知之上[9]。

---

5 Engelmann, aaO. (Fn. 1), S. 36 ff.

6 Engelmann, aaO. (Fn. 1), S. 17 ff.

7 Engelmann, aaO. (Fn. 1), S. 23 ff.

8 Engelmann, aaO. (Fn. 1), S. 26.

9 Woldemar Engelmann, Irrtum und Schuld. Nach der italienischen Lehre und Praxis

上述中世紀義大利刑法學關於主觀歸責之見解，綜合來說有以下兩個特質，其一為倫理色彩濃厚，將故意與行為人道德上的惡性進行密切的連結；其二係以自由意志建構主觀歸責之架構，其特殊之處在於，不論是罪責、故意還是過失概念，皆必須論述與意志之間的關聯性，以意志活動之動因區分行為人責任之輕重。

二、思想的傳承

㈠費爾巴哈身處之時代思潮

上述以哲學，更精確地說以倫理學為基礎的主觀歸責理論，受到費爾巴哈在根本上的質疑，他改弦易轍地以心理學作為故意與過失的判斷基礎，這個重大的轉變，甚至於費爾巴哈的整部刑法學說，若要徹底而清楚地予以討論，就必須從他對「刑罰」以及對「人」的理解出發，而這當然與其時代背景有著密切的關聯，啓蒙時期將世界觀從縹緲的神思轉向實存的個人，儘管當時王權興盛，俗世的權力由君王把持，但仍要建立一套如社會契約之理論，藉以正當化國家之存在及其功能。歐洲在此一時代萌生了許多的刑法思想，在德國文獻上普遍認為，費爾巴哈是康德的信徒，因此，有必要先對康德的刑法思想進行一番探究[10]。

康德雖是以一位哲學宗師著稱於世，他所提出的刑罰思想也在刑法史上具有重要性，成為一家之言，是絕對理論（absolute Theo-

---

des Mittelalters, 1922, Nachdruck 1975, S. 228 ff., 248 f.

10 Max Grünhut, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922, Nachdruck 1978, S. 15; Nass, aaO. (Fn. 4), S. 81 ff.; Karsten Altenhain, Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach, Keller-GS, 2003, S. 1, 7 ff.; 劉幸義，同註4，頁45以下。此時期的刑法思想，中文文獻請參閱，周冶平，刑法研究，頁21以下，1967年；甘添貴，刑法之重要理念，頁3以下，1996年。

rie）的代表人物[11]。所謂絕對理論，意指刑罰之意義不預設任何目的，他認為司法性的刑罰僅僅基於行為人犯罪的理由故而施加，刑罰並不是達成一定目標的手段，也非成就某種利益或功效的方法，否則就會將人貶抑為物權的客體。在康德看來，因犯罪而受到刑罰是正義的，所以刑罰的存在是為了符合正義的要求，為了要重建被破壞的法秩序，這一點在他著名的島諭中顯露無遺：假設在一個海島上，有一個社會聚居於此，若是有天全體成員決定解散社會離開此島，那麼應該先處決監獄中最後一個觸犯謀殺罪的死刑犯，其後才能離去，藉此讓每個人承受其行為的代價，並且讓這個社會的人民免於因未執行而承擔這筆血債，因為，未要求執行之人可以被視為其參與了公然破壞正義的行為。

由上述這一個引諭，我們可以看出，對康德來說一個人接受刑罰，是由於其身為一個有理性之人卻違反了刑法，身受制裁不是一個手段，而是對於他自己牴觸規範所應忍受者，因為，這個處罰無非是理性之人對其所做所為造成的後果應付出之代價，意即這本是其所必須負擔的對價，而這個代價的種類與程度，根據康德的看法，是要以平等的原則（Prinzup der Gleichheit）作為標準，如此

---

11 Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band Ⅷ, Wilhelm Weischedel (Hrsg.), 1982, S. 453 ff. 德文文獻請參閱：Wolfgang Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962, S. 12 ff.; Rainer Zaczyk, Freiheit und Recht – Immanuel Kant zum 200. Todestag, in: JuS 2004, 96, 98 f.; Rainer Zaczyk, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, Eser-FS, 2005, S. 207, 217 ff.; Kristian Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, S. 31 f.; 中文文獻請參閱，蘇俊雄，刑事法學的方法與理論，頁58以下，1974年；柯耀程，變動中的刑法思想，頁491以下，2001年；王效文，國際刑法之保護法益與刑罰目的，成大法學，15期，頁18以下，2008年；蔡聖偉，刑法問題研究㈠，頁79，2008年6月；王皇玉，刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁4以下，2009年4月。

方不至於偏頗，對於他人所做的行為將返回自身，例如竊取他人物品者，造成所有人的財產都變得不再安全，令所有財產的安全性喪失，他自己也就既不再擁有甚麼，也無法獲取甚麼了，可是他還要活下去，那麼只能靠其他人養活，為此，他必須服勞役；而如果一個人進行了謀殺的犯罪，那麼，他就必須為此而死。康德認為以此種應報的方式決定刑罰的種類與程度，方能符合正義最純淨與嚴格之要求，依此，刑罰之正當性及其程度乃是由於，這是一種犯罪與罪責之間的相互抵銷，此即康德之應報（Vergeltung）理論，而必須一提的是，這樣的思想因此不宜被誤導而稱之為報復（Rache）理論[12]。

康德的刑罰理論，建立在他理性觀之上，而這一個理性的內容是：一個具有自由意志之人必須對其所決定之行為負責[13]，這一點在延伸的意義上來說，是與亞理斯多德以來的倫理學傳統相連結的：褒揚或處罰一個人的所做所為，必須在主觀歸責上予以檢視的前提是，這是否屬於一個自由意志下的行為[14]。當然，康德有別於前者，並且是倫理學上的重大成就，正是證成了意志的自律（Autonomie），亦即人有不受感官衝動所束縛的自由，此一自由即為道德判斷之所以可能的必然條件，亦即對於一個行為要予以褒揚或加以指責之判斷的前提[15]。

---

12 Otfried Höffe, Vom Straf- und Begnadigungsrecht, in: Höffe (Hrsg.), Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, 214 f.; 此點林山田亦曾提及，刑法通論（下），頁424以下，2008年1月10版。

13 Kant, aaO. (Fn. 11), S. 334.

14 Michael Köhler, Der Begriff der Zurechnung, in: Hirsch-FS, 1999, S. 65 ff.

15 Köhler, aaO., S. 68; Nass, aaO. (Fn. 4), S. 79 f. 關於康德的意志學說，請參閱盧雪崑，意志與自由——康德道德哲學研究，頁25以下，1997年。在倫理學上亞里斯多德與康德的歧異，在哲學界普遍上是以目的論（Teleologie）與義務論（Deontologie）之不同作爲區野，兩者在認定行爲善惡的標準上有所不同，目

對於費爾巴哈來說，他接受了康德的道德與理性法二分之學說，主張道德與法兩者所擁有的本質並不相同：前者探究的是行動者的動機是否良善；而就後者言之，此一內心的態度並不重要，法所關心的是外在的行為是否與其有所牴觸，法不以自由為前提，而是以國家權力及其強制為先決要件[16]。費爾巴哈更將此種二元論推到極致，除了極力反對將倫理學應用在刑法學之中，並更進一步地反對以意志自由作為刑事責任的基礎，放棄了亞理斯多德、康德以來的哲學傳統，為此，他創建了一套刑法理論以取代傳統學說，這套理論就從刑罰的正當性基礎以及人作為犯罪者的經驗現象談起。

㈡費爾巴哈法理論中的人類形象

在建立國家及其權力正當性的同時，刑法與刑罰之正當性當然也需要被建立，而費爾巴哈對此所提出的就是著名的心理強制理論（Theorie des psychologischen Zwangs）。首先，他指出了一個根本的問題，那就是國家對於犯罪應該扮演如何的角色，而與國家正當性緊密相連的論述是，國家應當具有防止犯罪發生的功能，依此，國家要做的是如何預防犯罪發生，而非消極地在事後處罰犯罪人。與這個功能相結合，費爾巴哈提出了一般預防的構想，以刑罰規定嚇阻潛在的犯罪行為人，既然人皆有趨吉避凶之本性，只要事前公告周知犯罪所帶來的惡害，將會對一般人的心理上產生壓制的效

的論著眼的是行爲的目的或結果，亞里斯多德以幸福之獲取爲至善；康德所抱持的義務論所關注的則是行爲者的動機，以其行爲是否出於善意志而踐行義務判斷之。請參閱傅偉勳，西洋哲學史，頁406以下，1990年11月12版；林火旺，倫理學，頁106以下，1997年；黃振華著，李明輝（編），論康德哲學，頁141以下，2005年。

16 Paul Johann Anselm Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Ⅱ, 1800, Nachdruck 1966, S. 107, 118 ff.

果[17]。依此，只要造成其對於犯罪的刑罰後果心生恐懼，一般人將視犯罪為畏途，而若要讓這個事前預防收到最大、最普遍的功效，就是要以白紙黑字的方式公布處以刑罰的法律，將可怕的犯罪惡果烙印在人的心中，費爾巴哈以此奠定了罪刑法定原則（nulla poena sine lege）的基礎，在十八與十九世紀之交，這個罪刑法定原則要求犯罪的構成要件以明文的方式予以確立，避免了王權的恣意[18]。

費爾巴哈這樣的預防理論著眼於刑罰所宣示的的負面效果，因此被稱為消極的一般預防理論，因此，這是一套帶有功能性思考的刑罰思想，與康德所標榜的絕對理論不同，費爾巴哈以犯罪預防為目的之刑罰論，屬於一種相對理論（relative Theorie），不過，必須進一步予以區辨的是，費爾巴哈所強調的預防效果並非來自於刑罰的施加，而是由於處罰之昭告於眾，這一個分別對於信奉康德學說者具有極為重要的意義，因為，若將預防功能建立在殺雞儆猴的效應之上，無異將被處罰之人視為治安的工具，將完全背離康德以人為目的之根本思想。

從另一方面來說，費爾巴哈心理強制理論所描繪的人類圖像，是以人是一個生物體的這個面向作為基礎背景，Radbruch即曾為文將費爾巴哈定位為一個犯罪心理學家[19]，在他的教科書中，斷定了

---

17 Paul Johann Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., Mittermaier (Hrsg.), 1847, Nachdruck 1986, § 8 ff.

18 參閱劉幸義，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44以下，1994年12月；徐育安，刑法上類推禁止之生與死，頁1以下，1998年；柯耀程，同註11，頁494以下；Bernd Schünemann著，徐育安譯，無法律即無刑罰？，載：不移不惑獻身法與正義——許迺曼教授論文選輯——賀許迺曼教授六秩壽辰，頁1以下，2006年12月。

19 Gustar Radbruch, Feuerbach als Kriminalpsychologe, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 6 (1909/10), 1 ff. 亦可參考Grünhut, aaO. (Fn. 10), S. 227.

人的行為模式是以其對於事物的好惡（Lust und Unlust）為基準[20]，亦即是以人類的感官性目的作為其行動決定之準則[21]，換言之，費爾巴哈眼中的行為人，其行事之考量僅僅為自身之利害福禍。從這樣的敘述來看毫不意外的是，這個由費爾巴哈所描繪的人類圖像，在文獻上經常被認為是一種決定論（Determinismus）的說法，因為一再被提起而作為消極一般預防理論基礎的是，人的行為必定將受到其對於刑罰恐懼感的制約，其中看不到關於行動者自身思維主動參與的部分[22]。這種決定論的立場，也正是被費爾巴哈的法理論排除道德哲學與自由學說的理由，他指出：「所有不道德的行為之所以產生，其原因並非因為自由，而是源於自然的成因、由於激情狂熱、愛好及慾望所致；不是因為自由的展現，而是因為自由未有展現所致」[23]。

費爾巴哈的決定論與啓蒙思潮可以說是格格不入，無怪乎他曾經受到哲學家黑格爾強烈的質疑，他也指出，威嚇若要具有合法性，前提即在於人是不自由的，所以可以利用惡害告知而予以強制，但是不自由無法作為法與正義的基礎，他帶著戲謔的口吻說

---

20 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 13. 另請參閱李茂生，近代刑法中個人責任主義的反思，載：現代刑事法與刑事責任── 蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，頁239，1997年2月。

21 Paul Johann Anselm Feuerbach, Anti-Hobbes, 1797, Nachdruck 1967, S. 218 f.; ders., Paau Johann Anselm Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Ⅰ, 1799, Nachdruck 1966, S. 320.

22 Grünhut, aaO. (Fn. 10), S. 78; Oscar Döring, Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur kantischen Philsosphie, 1907, Nachdruck 1958, S. 42; Richard Hartmann, P. J. A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1961, S. 107 f.; Heinz Holzhauer, Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970, S. 47 ff., 54. 不同意見Altenhain, aaO. (Fn. 10), S. 1, 8 ff.

23 Feuerbach, aaO. (Fn. 16), S. 290 f.

道，費爾巴哈的刑罰理論不就像是對著一隻狗拿起了柺杖作勢揮舞[24]？而在當代刑法學者方面，Stratenwerth對此也有類似的批評，他用詞強烈地說，消極的一般預防理論在學術上是已經完全無法讓人信服了，因為規範的對象被其看作是待馴服的惡獸[25]。而Köhler則毫不留情地指出，費爾巴哈的決定論在根本上的問題是，若刑法的意義在於其對抗人性犯罪傾向之作用，則人在刑法中的主體地位從而就此喪失，淪為其客體[26]。

綜上所述，儘管在德國文獻上普遍認為，費爾巴哈是康德的信徒，但是費爾巴哈在他的刑罰理論中不談行為之應報，而強調刑罰所具有之功能，亦即棄絕對理論而就相對理論；他著眼的不是行為人必須對其過去的所作所為付出代價，而是對於潛在的犯罪人施加威嚇，藉以預防將來可能發生的犯罪；而且，費爾巴哈並未著重刑罰與理性之間的關聯性，卻對於人的生物性機制作了詳盡的剖析，這種種讓人對於這個信徒是否忠實感到懷疑[27]。從另一個角度來看，費爾巴哈所身處的時代，英國的經驗主義極為盛行，連康德都深受影響，富有盛名者如霍布斯、洛克及休謨等人，無一不在知識

---

24 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werk 7, 1986, § 99 Zusatz.

25 Günter Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2000, S. 9.

26 Michael Köhler, Feuerbachs Zurechnungslehre, ARSP Beiheft 87, 2003, S. 67, 72; vgl. Luis Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Eie Beitrag zu gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Diss. Müchen (Manuskript), 2008, S. 354.

27 詳細的論述見：Naucke, aaO. (Fn. 11), S. 62 ff., 79 ff. 較新之批判性文獻：Heiko Hartmut Lesch, Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision 1999, S. 44 ff.; Kühl, aaO. (Fn. 11), S. 29 f.; Wilfried Küper, »Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ«. Zum »Strafgesetz« in Kants Rechtslehre, Jung-FS, 2007, S. 485, 494 f.

界具有重要之角色，而費爾巴哈對於人類的描述，與此有類似之處，而更重要的一點，經驗主義所擁有的心理主義，在費爾巴哈的故意理論中似乎也極受到重視，以下即此為焦點論述之。

參、費爾巴哈的故意理論

一、心理學與刑法學之結合

費爾巴哈對於刑法上主觀歸責的思考不同於以往，亦即有別於在此之前的義大利刑法，其根本的理論基礎在於，費爾巴哈極度貫徹法與道德之二元論，反對以倫理學所強調的意志自由作為刑法主觀歸責之根據，而他所自行發展的學說，尤其上述作為理論基石的刑罰理論，是以人作為犯罪者在經驗上所擁有的感官欲求為出發點，而延續此一觀點，既然他的主觀歸責與刑罰理論銜接，因此也同樣以此為起點[28]。所以，當時逐漸興盛的實證科學，著重經驗觀察之科學方法，尤其是急速萌芽發展的心理學，順理成章的成為一個在放棄倫理學之後可以提供基礎理論素材的寶庫，由此，一場刑法主觀歸責的典範轉移於焉拉開序幕。

費爾巴哈於一八〇四年所發表一篇關於故意與過失的專文中，一開頭不是宣揚刑法上故意與過失的獨特地位，而是開宗明義地指出，在刑法中關於內心的這一部分是與心理學（Psychologie）相連結的，而且他認為這樣的關聯性已是眾所周知，因此，他主張心理學對刑法學來說是最重要的輔助學科之一。這一個與心理學密切結合的刑法思考，費爾巴哈首先提到的，便是「認識Kenntnis」這個主觀要素所具有的關鍵性地位，他說若是欠缺了人的認識，刑法理論即不可能有適用的可能性，而對於心理學來說亦復如此，兩者皆

28 Köhler, aaO. (Fn. 26), S. 67, 73.

建築在此一人類本性的研究之上[29]。對於費爾巴哈來說，這一點和他的心理強制說息息相關，因為在他的學說中，要使一般人對於刑事法律之規定心生畏懼，前提必須是對此有所認識，而將刑罰付諸於文字的用意即在於此，因此，這一個層面必然也構成了他的刑罰理論中不可或缺的一部分。

對於心理學與刑法學的結合，費爾巴哈指出，這在一方面固然使得刑法學在法學之中取得一個領先的地位，但是，從另外一方面來看，他同意有一隱憂存在：由於當時心理學的發展尚未成熟，與哲學的豐富成果無法比擬，因此，心理學與刑法學的結合的後果，將使刑法學的命運繫諸於未定之天。進一步來說，心理學的研究範疇是人類的情緒，而對於情緒要進行觀察可說是無比困難與不完整，其中，之所以無法完整的理由在於，不同的精神反應彼此之間容易相互混淆，而就算是一切對於觀察者來說清晰可見理解無誤時，還要面對的難題是，要如何將之準確而清楚地傳達出來？這只能意會而無法言傳的難處，一部分來自語言，語詞符號多是用來描述外在事物，對於內在的心理現象若要加以描繪則經常會面臨詞窮之苦[30]。

鑑於上面所提到的諸多疑慮，讓人不禁懷疑，在刑法學中的故意、過失及其相關概念，是否也存在同樣的難題呢？對於這個質疑，費爾巴哈不欲就此斷言，而是另外指出，在處理這些概念時所將遭遇的困難毋寧在於，過去刑法學者以哲學式的思考讓我們走上歧路，卻將誤入歧途的責任推託於觀察所受到的諸多阻礙以及對此

29 Paul Johann Anselm Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere, in: v. Almendingen/Feuerbach/Grolmann (Hrsg.), Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, Bd. 2., 1804, 193 f.

30 Feuerbach, aaO., 194 f.

表達上的困難。如此說來，費爾巴哈認為，故意與過失概念的渾沌不清與爭議，是由於採取了錯誤的進路所致，與心理學及其難題無甚關聯，而他所說的錯路——哲學式的刑法思想，殊值深入探討，尤其，費爾巴哈明確指出這個錯誤就出現在間接故意（dolus indirectus）[31]。間接故意這個極具爭議性概念的發展，可以說幾乎就是半部的德國故意概念史，其淵源與費爾巴哈點名反對的理由，本文將於稍後進一步論述。接著，我們先要探究的是，費爾巴哈將心理學與刑法學予以連結，對於主觀歸責的判斷上到底有何具體的影響。

二、與心理學密切結合的故意理論

㈠目的性作為分界要素

對於刑法上的故意，費爾巴哈的定義即著墨在對於行為人心理現象的描繪上，在他的教科書中，故意（dolus）所指的是，行為人的意志係出於侵害他人權利之目的（Zweck）而行為，並且意識到其行為所具有的違法性[32]。除此之外，費爾巴哈並再為文詳細描述故意之內涵，所著重的是他所提到的目的性，他指出典型的故意是像下面的這一個例子：行為人由於受到他人所侮辱，這個污衊引起了他內心報復的怒火，為了宣洩這樣的激動情緒，於是心生將侮辱者予以攻擊殺害之決意，並等候一個有利的時機予以擊殺。對於這樣的一個行為，費爾巴哈指出，我們可以毫無疑問地肯定這是一個故意行為，並且這是一個故意既遂之犯罪，在這個典型的案例中，可以很輕易的找到一些關鍵的要素：一個權利的侵害，是由某一個人的行為所引發，此人藉由諸多行動的對外施展導致了牴觸權

[31] Feuerbach, aaO. (Fn. 29), 195 f.
[32] Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 54. 已見劉幸義，同註4，頁45。

利與刑法的後果。但是，費爾巴哈認為，僅具備上述條件的情形，仍未充分滿足構成故意之要件，因為，如果像是一個修屋頂的工人，他沒看到週遭的情況，而在丟落磚頭的時候把一個路過的人砸死，雖然其行為是死亡的原因，但是沒有人會將此稱之為故意殺人，上述兩個案例其中的區別是甚麼呢？就此費爾巴哈指出，兩者之間的差別在於，前者想要殺人而後者並非如此，前者具有侵害權利之目的而後者沒有，是故，可以推導出的結論是，一個行為必須以殺人為目的而為之，如此才可說行為人有殺人之故意[33]，對於此一目的性的要件，費爾巴哈也常用另一種說法，故意成立之前提必須是行為人主觀上有犯罪之意圖（Absicht）[34]。

依上述定義，故意之成立係以行為人具備侵害目的為前提要件，但是，這並非充分要件，費爾巴哈接著論述道，若是一個人在酩酊大醉的狀態下殺人，此時不論是良善的自我意識，還是對於行為的可罰性的預見，或是對於人際關聯性的想法，都已經蕩然無存，在此種情形之下，他只是像一部機器般，由感官驅動其身體四肢，雖然導致違法的結果，腦中卻是一片空白，因此，即便這個行為的確是他想要做的，但是他是受到此一慾望的控制而行動，所以，也不能對於此種權利侵害的行為以故意論之，換言之，依照費爾巴哈的說明，此種情形的確有意志存在，但是這是一個有瑕疵的意志，欠缺了對於行為意義——違法性的瞭解[35]。

綜上所述，依照費爾巴哈對於故意的分析，其成立要件有二，首先，行為人具備一意志，其內容以侵害某一權利為目的。其次，此一意志必須附隨對於行為違法性之意識，這個定義就忠實地出現

33 Feuerbach, aaO. (Fn. 29), 196 ff.
34 參閱Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 59 f.
35 Feuerbach, aaO. (Fn. 29), 198 f.

在他所擬定的巴伐利亞一八一三年刑法第三十九條[36]。故意與過失之分界，是以目的性之有無為據，因為過失行為也同樣必須具備違法性之意識，換言之，過失行為雖然係出於行為人之意志，但是非出於侵害他人權利之目的[37]。

㈡故意之型態

依照費爾巴哈上述對於故意如此嚴格的定義，成立故意的型態只有兩種，一個是已經有一確切行為內容的故意，即確定故意（dolus determinatus）；另一個則是尚未完全確定其內容的故意，即不確定故意（dolus indeterminatus）。進一步言之，費爾巴哈所謂確定故意之定義為，行為人以違法結果直接作為其犯罪行為之唯一目的[38]；而不確定故意所指的則是，行為人之犯罪目的乃是為了造成某種犯罪型態的多數性侵害，或是在於某一同種類的犯罪之中擇一的侵害，而由於不確定故意之型態較為複雜，費爾巴哈為此特別舉例說明，例如行為人向被害人開槍，不論被害人死亡或受傷，行為人都同樣歡迎。而這個例子在今日被理解為一個擇一故意（alternativer Vorsatz）的案例[39]，對此，行為人在知的方面並不確定被害人是受傷或死亡，因此，在檢驗個別構成要件時，不能謂對

---

36 該條文之內容爲：「若有人將其行爲導致犯罪的後果，作爲該行爲之目的與意圖，並且對於此決定之違法性及可罰性有所認識，則該犯罪係基於違法之故意而爲之」。本條文參閱Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 242.

37 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 54.

38 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 59.

39 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 304; 中文文獻請參閱林山田，刑法通論（上），頁295以下，2008年1月10版；許玉秀，擇一故意與所知所犯，台灣本土法學雜誌，13期，頁190以下，2000年8月；黃榮堅，基礎刑法學（上），頁454以下，2006年9月3版。

於該條構成要件事實之實現已有「明知」的把握，而在意欲這個要素的審查上，由於行為人接受其中任何一個構成要件之實現，是故，與我國第十三條第二項間接故意之規定可說相當接近。

附帶一提的是，我國實務上亦有確定故意與不確定故意之用語，兩者在認識之程度上強弱有別，前者係指行為人對於行為之客體及結果之發生，皆有確定之認識，並促使其發生；而後者之行為人對於行為之客體或結果之發生，則並無確定之認識，而這樣的解釋符合第十三條第一項與第二項對於兩者「知」的要素，分別以「明知」及「預見」規定[40]。而我國學者傳統之見解亦曾使用相同用語者，並且尤其值得注意的是，其註明所謂確定故意與不確定故意之概念，正是dolus determinatus與dolus indeterminatus之翻譯，依照此一看法，確定故意與不確定故意之定義則是分別與第十三條第一項及第二項之規定完全相同，亦即兩者並不是只有在「知」這個部分有強弱之不同，而且在「欲」這個要素方面，亦有「有意」與「不違背其本意」之分[41]。對於何謂不確定故意，傳統學說有進一步的區分[42]：*1.*客體不確定之故意，包含概括故意與擇一故意之情形，前者係指行為人對於構成要件事實有概括之認識，但不確定行為客體為何及其數量，如向群眾丟擲手榴彈；而後者則是指，行為

40 請參閱92年台上字第6900號、90年台上字第7964號、94年台上字第5458號判決。

41 請參閱周冶平，刑法總論，頁249以下，1972年；楊建華，刑法總則之比較與檢討，頁81以下，1998年；郭君勳，案例刑法總論，頁286以下，2002年修訂版；相近意見，請參閱黃仲夫，刑法精義，頁72以下，2008年1月修訂新版。值得注意的是，韓忠謨雖亦有相同之分類，但並未將確定故意及不確定故意第13條第1項及第2項之規定相提並論，刑法原理，頁204，1982年；陳子平亦同此看法，刑法總論，頁182以下，2008年9月增修版。

42 請參閱周冶平，同前註，頁249以下；郭君勳，同前註，頁286以下，亦與此類似。

人對於兩個以上之構成要件事實，認識其中必然會發生其一；*2.*結果不確定之故意，指行為人雖認識有結果發生之可能性，卻不中止其行為，而容認該結果之發生。依此，所謂不確定之用語，在於描述行為人主觀上關於其犯罪行為實行上細節方面的不確定，而不討論此種細節上的認識有無重要性。

然而，從上述的說明中可以明顯看出，費爾巴哈的故意分類不但和我國實務意見不同，因為費爾巴哈並非單純以知的要素劃分兩種故意型態，確定故意的核心是行為人的意欲。甚且，他所說的不確定故意，在範圍上也比我國傳統學說所列出的來的小，而從第十三條第二項所包含之全部情形言之，當然也超出單純擇一故意之範圍。

㈢過失與錯誤

故意與過失之區分依照費爾巴哈之見解係諸於目的性之有無，對於過失費爾巴哈將其區分為直接過失（unmittelbare Fahrlässigkeit）與間接過失（mittelbare Fahrlässigkeit）兩種，前者指行為人對於違法結果之發生雖無意圖，但是意識到其發生之可能性或蓋然性，此種過失接近我們現今一般所稱的有認識過失[43]。值得注意的是第二種過失型態——間接過失，則是指行為人並未意識到其行為危險性之情形，費爾巴哈分析行為人未認識此危險性的諸般原因，首先所提到的是行為人在未有犯罪意圖的情形而自陷於意志瑕疵，例如酩酊大醉。其次，是一種違反誡命的不作為，行為人怠於發揮其認識上的能力，因而未能對於其行為之危險性以及成違法結果之因果歷程有所知悉，或是誤認為一可罰之行為係被容許的，對於此種情形，費爾巴哈一方面認為行為人此時違反規範之要求，而此行為與

43 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 56.

其能力有悖，所以這樣的錯誤與不知是有責的，然而在另一方面，由於行為人欠缺犯罪意圖，所以並不成立故意[44]。

針對上述間接過失，費爾巴哈另外再進行應否予以歸責（Zurechnung; Imputation）之檢驗，對他來說，這個部分在於確定意志是否為違法行為之原因，即確定罪責（Schuld），就間接過失的下位類型言之，皆可能排除罪責，其判斷之標準在於，是否行為人之喪失意志決定之空間以及此一喪失是否出於違法意志，因此，不論是否由於大醉，或是因為錯誤不知，皆可能主張免責[45]。綜上言之，費爾巴哈對於整個主觀歸責的結構可以作如下的小結，首先，是以有無犯罪意圖來劃分有無故意，無意圖者無論是否對於違法結果是否有所預見皆成立過失，最後再檢驗行為是否源自於行為人之意志以決定罪責。

上述費爾巴哈與心理學密切結合的主觀歸責理論，是直接以心理現象決定故意過失之成立，所謂的犯罪意圖，是行為的動機，欠缺此一動機者一律排除故意之成立，而認識雖然是另外一個重要的心理現象，亦為故意之必要條件，但卻非故意與過失之分界要素。因此，有疑問的是，對於費爾巴哈來說，是否存在一個具有意圖但是欠缺預見的罪責型態？從他極為重視認識在整個心理事件上的作用來說，答案應該是否定的，在行為人不具有認識的情形，即會因此而否定意圖之存在，從而只成立間接過失，當然，即便如此，這裡排除意圖亦即否定故意的結論，還是在判斷過程當中省略了兩個重要的問題，第一，行為人不知行為危險性的原因為何；第二，行為人發生錯誤的程度為何，而這些是中世紀義大利刑法學不會予以忽略的，因為，如前面所曾經提到過的，在此一時期的刑法學，若

44 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 57.
45 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 84 ff.

要以不知情作為理由排除罪責，關鍵的檢驗標準是，行為人之所以未能認識犯罪事實，究竟出於何種緣由，只有在履行注意義務後仍然無法對於該事實予以知悉時，行為人方得據以卸除罪責。

三、受到拒斥的間接故意

㈠間接故意之歷史[46]

費爾巴哈對於德國故意理論最重要的影響，在於確立心理式故意概念的地位，戰勝了當時的傳統——哲學式的主觀歸責理論，其中最重要的一役，便是將間接故意理論徹底擊潰。回顧德國刑法上間接故意這個概念的歷史，最早可以溯及到該國刑法學的奠基者Carpzov，他在十七世紀時以此概念為論據，主張殺人罪之處罰不以行為人具有殺人之蓄意（Tötungsabsicht）為必要。當時他所要處理的是一個相當棘手的問題，其典型案例為，行為人以傷害他人之意思，但卻持一鋒利長劍刺向被害人造成其傷重死亡時，由於在當時尚無加重結果犯概念，因此，面臨到的問題是，能否因其主觀上只有傷害之故意而僅論以過失致死，抑或是可以從客觀面之行為、行為帶有之危險性及所造成的結果，考慮故意殺人成立之可能性。

對於上述案例，Carpzov認為可以肯定故意殺人罪之成立，行為人罔顧被害人之生命安全而悍然將之刺殺，其不論是已經認識或是必須認識到，不應造成這樣足以致命的傷害，行為人皆應負故意

46 請參閱Georg Küpper, Der »unmittelbare« Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982, S. 16 ff.; 關於間接故意之中文文獻，請參閱許玉秀，主觀與客觀之間，頁423以下，1997年；柯耀程，論加重結果犯，載：罪與刑——林山田教授六十歲生日祝壽論文集，頁139以下，1998年10月；趙彥清，結果加重犯的歸責基礎，政大碩士論文，頁14以下，1999年7月。

責任，因此，他主張這樣的行為人在結論上也同樣具有殺人之蓄意，而其意志除了包含了傷害之外，也涵蓋此一故意傷害行為所直接導致的結果[47]。對於這個看法，Carpzov更提出了進一步的理由，就此，他展現了地毯式博學知識，提出了許多論據，其中相當引人注意的是，他提到了十六世紀西班牙刑法學者Covarruvias所曾經提出的的間接意志（voluntas indirecta）概念，根據Carpzov對於這個觀念的詮釋，他認為間接意志的想法可以用來說明並解決上述難題：儘管行為人之舉動非出於殺人之目的，因此對於死亡之結果並不具有直接之犯罪意思，但是，故意殺人之成立並不以此種直接的故意為限，還包括間接的型態，而其所謂間接的方式，是指在事件的發展歷程上，在未有其他外在因素介入的條件下，行為直接地造成此一死亡結果[48]。

上述Carpzov關於間接意志的說明，其中的推論過程仍有部分不清楚之處，Schaffstein即指出一個最重要的問題所在，他認為能否將Covarruvias所提出的的間接意志（voluntas indirecta）概念作為故意成立之論據是有疑問的，因為，按照Covarruvias的本意，是希望透過間接意志概念為過失此種責任型態找到正當化的根據，因為當時的思潮認為責任之基礎必須建立在意志的瑕疵之上，若無意志責任即無刑事責任可言，因此Covarruvias迂迴地找到這種「間接」的意志責任，為的是要說明過失亦屬一可責之犯罪態樣，依此，Carpzov的見解將可能完全喪失理論基礎[49]。

---

47 Benedict Carpzov, Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium pars I , übersetzt von Oehler, 2000, Qu. 1. Nr. 28.

48 Carpzov, aaO., Qu. 1. Nr. 31.

49 Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, Nachdruck 1986, S. 111.

然而，另有一位專研中世紀刑法史的學者Engelmann則持不同的看法，在他看來Covarruvias本身其實已經將過失建構為故意，因為Covarruvias亦經放棄了當時區分故意與過失的傳統，而是分別以直接意志與間接意志的用語取而代之[50]。Engelmann的這個分析雖然點出，Covarruvias確有創新而不同以往之處，但是，此處尚未釐清的疑問在於，他始終未明白指出間接意志即為故意（dolus），能否以間接意志亦屬意志責任即謂其亦為一種故意，不免仍有過度詮釋之嫌，而且，值得注意的是，他對於直接意志與間接意志並非等同對待，而是認為應對於後者為較輕之處罰[51]，既然兩者之法律效果不同，那麼，間接意志是否即為一種故意態樣，其實並非無可疑之處。

㈡費爾巴哈的結果加重犯

總結言之，間接故意之成立不以行為時具有侵害意圖為必要，這一點和前述費爾巴哈的故意理論並不一致，所以此處埋藏了一個費爾巴哈與間接故意的引爆點。根據他自己的分析，間接故意之要件有三，即行為人必須先有一定之犯罪目的；其次，由於犯罪行為而導致另一個更為重大之違法結果；最後一個要件是，行為人對於該重大結果有可能會發生發生，能夠而且也應該預見到[52]。

對於間接故意，費爾巴哈提出了相當精細的批評，可分為下列幾點：首先，他著力最深的當然是目的性有無的問題，間接故意之行為人既然不以實際發生的結果為其行為之目的，那麼，對費爾巴哈來說，當然無故意成立之餘地。其次，即便行為人甘冒發生重大結果之風險而仍執意進行違法行為，就此雖然可以說對於該發生結

---

50 Engelmann, aaO. (Fn. 1), S. 110.

51 Engelmann, aaO. (Fn. 1), S. 110; Schaffstein, aaO. (Fn. 49), S. 111.

52 Feuerbach, aaO. (Fn. 29), 234 f.

果之可能性予以接受（billigen），但是，這仍非包含在其意圖之內，換言之，預見某一行為後果發生的可能性和想要此結果發生兩者不能混為一談，這就像是有人做了一個無害的行為，但是卻也發現有可能因此導致某個侵害結果，此人為了要達成某個目的而冒此風險，這種情況又為何不能成立間接故意呢。最後，對於「間接」故意這個用語，費爾巴哈抱持著極為批判的態度，因為對他來說，故意可以說幾乎和意圖畫上等號，間接故意無非就意指有所謂「間接意圖」的存在，他認為這是令人無法索解的，因為，意圖所指的就是意志的目的，若是有甚麼並非行為人所想要達成的目的，但卻又說其具有此意圖，這就等於說一個人就某件事既想要卻又不想要，這是殊難想像的[53]。

既然費爾巴哈對於間接故意這個概念表示無法接受，那麼他就必須要對於間接故意要解決的案例另外提出一套看法，他指出，在此種案例之中，行為人在進行一項故意的犯罪行為時，對於此行為附帶造成的重大結果，事前有所預見或是有預見之可能，這一前一後的兩個部分，前者之行為部分為故意，行為人對於後者之結果部分則有過失，因此，費爾巴哈將此種責任型態稱之為透過故意所確立的過失（durch dolus bestimmte culpa; culpa dolo determinata）[54]，成為一種介乎於故意與過失中間的第三種責任型態[55]。而這場理論之戰，一方面費爾巴哈在當時無異刑法學泰斗，追隨其理論者眾，另一方面言之，他又是巴伐利亞一八一三年刑法的起草人，擁有實際的影響力，因此，費爾巴哈在這場戰役之中獲得全面性的勝

53 Feuerbach, aaO. (Fn. 29), 235 ff.; Feuerbach., aaO. (Fn. 17), § 60.

54 國內對於culpa dolo determinata一詞之翻譯不一，有稱之爲「故意與過失組合」，許玉秀，同註46，頁424；另有稱之爲「故意所生過失」，柯耀程，同註46，頁140。

55 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 60.

利[56]，而所謂「透過故意所確立的過失」也就是今日結果加重犯規定之前身。

從字面上來看，「結果加重」與「透過故意所確立的過失」在語意上還是有著相當的差距，其中的緣由在於，若細觀巴伐利亞一八一三年的刑法典，無法在總則之中找到「透過故意所確立的過失」的責任型態，而是分散在分則的個別規定之中，例如第一七三條之墮胎罪、第一七五條及第一七六條之遺棄罪、第二三九條及第二四〇條之強盜罪以及第二四八條之放火罪[57]。在這些規定之中，雖然對於基本行為的部分因為可與總則規定相連結，因此可以說已有了主觀要件之規定，然而，對於加重結果的部分，僅僅以此種結果的出現作為提高刑罰之要件，但是對此結果所應具備之主觀要件為何則付之闕如，因此，的確是「因結果而加重」之犯罪型態。另外，頗值得注意的是，此部刑法典的分則之中並無傷害致死的加重結果規定，如此一來，對於上述以傷害故意而造成被害人死亡的案例，將受限於成立殺人罪所須具備之殺人意圖，而只能論以傷害及過失致死，因此可以說，費爾巴哈針對間接故意所提的解決方案缺少了一塊最重要的部分[58]。

四、推定故意

㈠巴伐利亞一八一三年刑法典第四十一條、第四十三條及第四十四條

在巴伐利亞一八一三年的刑法典中，另一個值得注意的是，我們會驚訝地看到幾個屬於推定故意（praesumtio doli）的規定，其

56 不同意見：Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 218.

57 參閱Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 245; Rudolf Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 24.

58 Rengier, aaO., S. 23. 中文文獻請參閱趙彥清，同註46，頁14以下。

內容與費爾巴哈上述立場似乎大異其趣，令人不禁懷疑是否出自同一人之手。首先，在第四十一條規定：行為人若是為了故意實行一犯罪而進行某一行為，但該行為較易於導致一較為嚴重之犯罪結果，一旦該結果發生時，行為人即對此論以故意之責，而無法主張其目的僅只在於觸犯一較輕之犯罪。其次，在該刑法第四十三條中規定：一個針對他人所為之違法行為，法律即可將此行為視為係出於故意而為之，除非有其他特殊情事可以從而得知，該行為必定或可能非出於故意。最後，在第四十四條復又規定，行為人有意地實行一行為，而根據普遍為人所知之經驗，此行為將直接而必然地造成某一結果時，除非另有反證，否則視為行為人意圖該結果之發生[59]。

推定故意之規定，其意義從其字面來說，不但是一個罔顧行為人心理而只看客觀行為的擬制規定，乍看之下與費爾巴哈一向所重視的行為人心理層面有所齟齬，而且，也在當時遭受到頗大的反對聲浪，因此，這些規定之緣由相當耐人尋味。原來，此種規定從其時代背景來看，是一個為了因應現實而被認為有其必要的立法，目的主要是要解決主觀要件在程序上予以證明的困境，當時在實務上受限於形式證據法則（formales Beweisrecht），對於故意此種心理「事實」的證明，要求以被告之自白作為證據方法，造成舉證上莫大的困難，因此，不意外的是，在實務上急需此種推定故意之規定以擺脫此一困境[60]。

上述推定故意之條文，其意義從官方的說明書當中也可以清楚地看到，是作為證據法則的規定[61]，而的確從條文的文義上來說確

59 參閱Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 242 f.
60 參閱Grünhut, aaO. (Fn. 10), S. 208.
61 Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 244.

是如此，不過這個官方說法究竟是否合乎費爾巴哈的本意，Löffler對此是極為保留的，他認為第四十一條毫無疑問的是一個關於不確定故意的規定，但是這種規定的方式在他看來應非出自費爾巴哈的手筆，因為與不確定故意作為實體概念之性質不合，這個規定有可能是官方委員會所加入的[62]。無論Löffler所述是否僅係為費爾巴哈開脱之詞，他無法否認的是，該刑法第四十三條與第四十四條與費爾巴哈的故意類型無關，確係推定故意之規定，況且，費爾巴哈在其教科書之中，就曾經作過推定故意的主張，直至一八一八年面世之第八版尚持此一看法，其後始改變見解，因此Löffler的說法並不足採信，而費爾巴哈這樣轉變值得進一步探討之。

㈡自我推翻與轉變

就巴伐利亞一八一三年的刑法典中推定故意之規定，費爾巴哈在其舊版的教科書之中即已賦予一理論基礎，他一貫地從人類生物性的心理結構出發，作出如下的主張：就任何一個人類的行為來說，有鑑於人類在其精神上的天性，意圖必然是最可能的理由，因此，如果以一個任意的行為而造成對外界的作用，但是對該作用卻未懷有目的，那將是一個一般原則之下的特殊例外，而正因如此，若是因為一個任意的行為而導致了一個違法的結果，那麼，也應將其認為係意志的目的所致，除非有理由認定係屬例外的情形[63]。

然而在其後，此一推定故意的見解在其一八二六年所出版的教科書中被徹底的放棄了，該論述整段遭到刪除，根據他自己的描述，他相當樂意地撤回之前的看法，而在作此重大意見變更的同時，費爾巴哈將他的論述作了如下的轉變，不再以推定的方式原則

---

62 Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 243, Fn. 6. 反對意見：Grünhut, aaO. (Fn. 10), S. 212 Fn. 1.

63 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), 6. Aufl., 1818, § 60.

確定故意之成立，而僅是提供審判者一個在判斷上的參考準則：對於故意與過失之認定，不以透過直接證據之證明為必要，尚可藉由三種間接證據之存在而予以確定，此種證據首先是行為本身所具有之特性；其次為行為與違法結果兩者之間的關聯性；最後，是與行為相關而出現於行為前、行為時及行為後之客觀情狀[64]。

費爾巴哈的轉變所帶來的影響，初步看來是正面的，他提供了一個判斷主觀面的客觀連接點，論證哪些事實適合作為判斷基礎，一方面可以避免審判者在推斷上的恣意，在另一方面則是可以正當化審判者的判斷基礎，因此，Grünhut即指出，這樣的發展說來有些弔詭，原本推定故意的法律擬制規定，卻在其後促成了證據法則上束縛的解脫，歪打正著地成為自由心證的開端[65]。

肆、費爾巴哈故意理論之延續

費爾巴哈對於故意理論之巨大影響力，可以從現今主流學說仍以心理現象定義與分析故意內涵窺見一斑，而我們也經常可以在刑法教科書當中看到，故意僅是一種心理現象的說法，為了對於費爾巴哈影響故意理論的軌跡進行探究，以下即以費爾巴哈之後的刑法史演進為綱，以德國刑法學上行為理論、罪責理論及構成要件錯誤規定之主題，探究心理學式之故意概念的發展。

一、因果行為理論

費爾巴哈奮力地揮舞著心理學與刑法學雙色的鮮明旗幟，使哲學式的故意概念暫時蟄居於刑法舞台之後，雖然其間曾出現一支信

---

64 Feuerbach, aaO. (Fn. 17), § 87 Fn. 1; 參閱Grünhut, aaO. (Fn. 10), S. 210.

65 Grünhut, aaO. (Fn. 10), S. 211.

仰黑格爾哲學的刑法學者，但難以抵擋十九世紀刑法學與心理學的逐步融合，因為在自然科學的興盛結合著工業革命對人類生活的改變之下，社會科學所受到的衝擊可以說是極為徹底的，當時的氛圍瀰漫著實證主義與自然主義[66]，因此，在如此的環境之下，逐步著重實驗檢證的心理學無異是刑法學搭上這股風潮最佳的媒介，心理學的研究成果由此進一步地與刑法上的行為理論及罪責理論結合，這樣的趨勢當然深化了心理學對於故意的影響。首先，在行為理論方面，這樣的結合最具代表性的，就是因果行為理論，其將意志視為行為之原因，由意志控制肌肉之動作而使外在世界產生變動，必須強調的是，此處所謂的意志指的是慾念的衝動（Willensimpuls），而整個行為理論的闡述，無非基於生物學與心理學的觀點，人類作為一個生物所具有的行為特徵[67]。

為了進一步分析因果行為理論之發展及其內涵，我們先從較早的學者Luden談起，他是費爾巴哈之後極為重要的學者，建構了犯罪成立的三個判斷階段[68]，在第一個階段中所涉及的是行為，行為透過因果作用而改變外在世界的樣貌[69]，而在第三階段中檢驗行為究屬故意或過失。根據v. Bubnoff的整理，Luden關於第一階段中的行為可以分為兩個部分進行分析，其一為客觀方面，人類透過其身體上的或是智識上力量的運作進行活動，由此觸發因果作用而導致

---

66 關於此一部分的論述，請參閱林東茂，一個知識論上的刑法學思考，頁25以下，2001年3月2版；自文藝復興以來自然科學運動對於人文科學之影響，參閱Ernst Cassirer著，關子尹譯，人文科學的邏輯，頁12以下、57以下，1986年；沈清松，物理之後──形上學的之發展，頁162以下，1995年。

67 Franz v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. Aufl., 1919, S. 110.

68 Luden所謂犯罪成立的三個判斷階段分別為：第一，是否出現一人類行為造成犯罪之現象；第二，行為有無違法；第三，以行為究屬故意或過失判斷罪責，見所著Abhandlung aus dem StrafrechtⅡ, 1840, S. 110, 130.

69 Luden, aaO., S. 216.

外界之變動之現象產生；其二則為意志，從與絕對強制（vis absoluta）的比較當中可以明顯看出，要將一個身體的活動視之為自己的行為，其前提是行為人的意志必須參與其中，否則僅只是他人的工具而已。由上述行為的兩個部分結合起來，行為即可定義為促成因果作用而含有意志的活動，此意志包含故意與過失兩種情形[70]。在第三階段中，Luden一如費爾巴哈將故意與意圖等同視之，不過這個故意必須以行為人對於因果作用有所確認為前提[71]，若是僅認為結果有可能發生者，所成立者為過失，換言之，Luden並無今日區分有認識過失與未必故意之觀念。依其所述看來，單純的心理事實是作為主觀歸責根本基礎，因為對他來說，行為人對於可能發生之結果做出如何之價值判斷並不具有重要性[72]。

因果行為理論此種對於行為概念以自然式描述的觀點，其後透過v. Liszt、Beling與Radbruch的支持達到顛峰，將行為定義為由行為人之意志控制身體動作而引起外界變動，而此處所謂的意志與倫理學中所談的有所不同，是一種生物性的慾望衝動，在生理上來說是一個刺激與反應的機制，而從心理上來說是一個意識的過程。因此，即便上述三位學者對於故意的定義不盡相同，但是都是以心理現象入手，v. Liszt是著眼於行為人對於因果流程的認識；而Beling與Radbruch則是認為，行為人透過身體之動作所想要達到甚麼結果，此一意志的內容為何，對於故意具有重要性之意義[73]。自然行為理論對故意學說的影響相當徹底，其理由在於，此一行為理論進

70 Eckhart Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 92 ff.

71 Luden, aaO. (Fn. 68), S. 529 f.

72 參閱Bubnoff, aaO. (Fn. 70), S. 98.

73 整理說明請參閱Bubnoff, aaO. (Fn. 70), S. 139 ff.

一步地與心理罪責理論結合，將故意完全地心理化。

二、心理罪責理論

Löffler在其於一八九五年所發表的專論「刑法上的罪責型態」一書之中，已經把當時普遍流行的心理式故意概念完整而有系統地展現出來，而就其理論之根本基礎言之，他坦率地說其所信服的是決定論，認為心理學將會成功地把意欲的機制完全地揭露出來，而動機（Motiv）對於人類行為所具有的原因關係，也會清楚地被展現出來[74]。費爾巴哈所推崇的心理學與刑法學之間的合作關係，可以說在心理罪責論的推波助瀾之下達到歷史的高峰，這個自然式的心理罪責觀（naturalistisch-psychologische Schuldtheorie）[75]， 將罪責區分為兩種型態——故意與過失，兩種行為人與結果之間的心理關係，亦即兩種意識狀態。套用Radbruch的話來說，故意是一種實際的心理狀態（ein wirklicher psychischer Zustand）；而過失則一方面是一種實際的精神狀態，而在另一方面是一種與正常情形有所脫離之精神狀態[76]。其他如Löffler將罪責定義為，對於行為所造成的損壞後果，人類在內心上與之有諸多聯繫，而其中具有刑法重要性者即稱之為罪責[77]。

同樣在v. Liszt與Beling所建立的古典犯罪體系中，將罪責這個犯罪階層定義為行為人與其行為之間的主觀聯繫（subjektive Be-

---

74 Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 2; 中文文獻請參閱洪福增，刑事責任之理論，頁23以下，1988年；參閱劉幸義，同註4，頁46以下；李文健，罪責概念之研究，政大碩士論文，頁50以下，1997年6月。

75 整理說明請參閱：Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 62 ff.

76 Gustar Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZStW 24, 1904, 333, 344.

77 Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 5.

ziehung）[78]，而v. Liszt斬釘截鐵地說，這個所謂的主觀聯繫只可能是一種心理學上的關聯性[79]；而在心理罪責理論的觀念中，刑法上的罪責並非一種哲學意義下的意志責任，無須再為意志自由的問題所困，根據此種罪責理論，對於故意來說，行為人與事實之間的心理聯繫——認識，這才是主要的核心所在，v. Liszt將故意定義為，伴隨意志活動而對於所有法定構成要件事實之認識[80]。因此，不難由此看出，為何他對於故意與過失之分界所採取的是認識說或所謂可能性說之立場[81]。

故意依照行為人與犯罪結果之間心理聯繫之方式可再予以細分，依照Löffler的見解區分為兩種類型：對於結果，有意使其發生者為意圖（Absicht）；預見結果發生，但無意使其發生者為明知（Wissentlichkeit）；與之相對，對於結果之發生，既未預見也無意使其發生者為過失[82]。不過v. Liszt的見解則有所不同，他對於故意的區分，雖然也贊成意圖這種故意型態，但是對於結果僅有預見之情形則再細分為兩種態樣，其一為認定結果必然將會發生者，此時故意必定（unbedingt）成立，稱之為直接故意（direkter Vorsatz）。其二為主觀判斷結果可能會發生者，此時故意非必定而是要視情況（bedingt）才能成立，換言之，其成立需滿足一個條件，亦即必須是在行為人並未完全排除結果發生可能之情形下，故意始能成立，此種故意型態被稱為未必故意（dolus eventualis）；

78 v. Liszt, aaO. (Fn. 67), S. 151 f.; Ernst Beling, Unschuld Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 7 f.

79 v. Liszt, aaO. (Fn. 67), S. 152.

80 v. Liszt, aaO. (Fn. 67), S. 163.

81 關於認識說，請參閱許玉秀，同註46，頁59以下。

82 Löffler, aaO. (Fn. 36), S. 5.

反之，若行為人信賴其好運而認為結果不至於發生，則此故意不成立[83]。

三、德國帝國刑法第五十九條

而從實定法的角度來說，具有代表性而相當值得觀察的是，德國於西元一八七一年元旦生效施行的帝國刑法典，這部德意志帝國大一統的法典之中，第五十九條對於因錯誤而排除故意責任的要件有所規定：若行為人於實行一具有可罰性之行為時，對於法定構成要件或加重刑罰之犯罪事實，未認識其存在時，即不能以此事實予以歸責。此一規定為德國舊刑法第五十九條以及現行刑法第十六條的前身，該條文之重要性在於，自帝國刑法迄今德國一直未在實定法中確立故意之定義[84]，因此，除了實務判決與學說之外，刑法典中關於錯誤之規定也顯得分外重要，我們可以經常在文獻中看到這樣的說法：從錯誤的規定中可以推導出故意的內涵，因此可以說，錯誤規定是對於故意之間接規定[85]，所以，有必要對此規定作進一步之分析。

德國帝國刑法第五十九條之規定內容，宣示了無認識即無故意成立可能的立場，這一點正如費爾巴哈一般，賦予了「認識」這個主觀要素主宰性的地位，因此可以說，帝國刑法此一規定，其內涵

---

83 v. Liszt, aaO. (Fn. 67), S. 165 f.

84 德國迄今未在實定法中定義故意與過失之緣由，請參閱許玉秀，同註46，頁55以下。因此所形成的問題請參見：Georg Freund, Die Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Küper-FS, 2007, S. 63 ff.

85 Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, 21/1; Urs Kindhäuser, Vorsatz als Zurechnungskriterium ZStW 96, 1984, 1; Puppe, NK, 2. Aufl., 2005, § 16 Rn. 1; Joecks, MK, 2003, § 16 Rn. 1; Bernd Heinrich, Strafrecht AT Ⅱ, 2005, Rn. 1073.

可說與費爾巴哈強調的心理學及心理罪責論並無不同，將行為人對於事實之認識視為責任之前提。進一步言之，其所預設之思考可以作如下的分析：在故意的兩大要素——認識與意欲之中，認識被認為是先行的，欠缺認識即屬無知而無從措其手足，必須先有認識之後，方藉由對於事物之瞭解形成正面或負面的慾念，如此才有成立故意之可能，透過這個分析所顯現出來的是，「認識」此一要件所具有的優先性，其單方面地決定了意欲能否萌生。

更進一步言之，帝國刑法第五十九條規定所彰顯的是，費爾巴哈心理式故意的成功與哲學式主觀歸責理論的沒落，這一點從認識的欠缺可以無條件地排除故意就可以清楚地看出，亦即該條文所指出的評價標準在於認識與否，至於說行為人為何對於犯罪事實未有所認識，則在所不論。換言之，是否該項不知行為人能予以避免，而就未予避免是否存在可非難之處，凡此，皆不具有刑法上的重要性[86]，但這些都正是傳承倫理學之主觀歸責理論所注重之處。時至今日，關於構成要件錯誤之德國現行刑法第十六條，其規定則幾乎與帝國刑法第五十九條如出一轍：「行為時對於法定構成要件之事實未認識者，其行為非故意」，由此可見，心理式故意在該國刑法中的地位可說是相當穩固[87]。

伍、費爾巴哈故意理論餘緒

一、學說上的呼應與反動

現今普遍為德國學界接受的故意概念，將故意區分為意圖故意

86 參閱Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 59 Ⅶ.

87 請參閱Thomas Rönnau, Der Irrtum und seine Rechtsfolgen, JuS 2004, 667, 668.

（Absicht；dolus direcuts 1. Grades）、直接故意（direkter Vorsatz；dolus direcuts 2. Grades）與間接故意（dolus eventualis；bedingter Vorsatz）三種[88]，我們可以從這些類型的名稱上，已經可以相當明顯地看到v. Liszt的理論痕跡，當然，德國今日故意概念已經有了進一步的精緻化，而在此要探討的是，這三種故意型態在實質上是否亦受到費爾巴哈心理式故意的影響。

㈠故意學說與Welzel

底定上述三種故意型態之區分及其內涵的，是著名的目的行為理論者Welzel[89]，他將故意與行為理論作了相當緊密的結合，以其行為理論為基礎對於行為的主觀面進行相當詳細的分析，當然，這個分析也是建立在Welzel所強調的存在結構之上：他將行為人所追求之目的稱為主要結果（Hauptfolge），為了達成目的行為人進行活動，此行為可能帶來一些原非所願之附隨後果（Nebenfolge），例如，行為人為了詐取火險保險金而秘密放火燒毀自家住宅，詐欺（遠程目的）與放火（近程目標）皆係行為人欲達成之主要結果；然而，放火後造成屋中一時無法搬走而屬於他人所有之古董家俱燒毀，甚至造成家人逃生不及而死亡，則屬附隨後果。

從上述的例子當中，可以逐步檢視三種故意之內涵，首先，所

---

88 請參閱Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/15 ff.; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007, Rn. 210 ff.; Krtstian Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, 5/28 ff.; Tonio Walter, Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006, S. 186 ff. 實務方面：BGHSt. 21, 283. 中文文獻請參閱陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，頁181以下，1992年；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，頁128以下，1997年；黃榮堅，同註39，頁438以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁149以下，2007年9月修訂版；林鈺雄，新刑法總則，頁177以下，2006年。

89 Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 65 ff.

謂意圖故意[90]，指行為人冀望藉由其行為之實行，以達成構成要件之實現[91]。此種故意型態關鍵在於檢驗意欲要素，不論該實現屬於行為人之最終目的抑或是必要的近程目標，如上述行為人即對放火與詐欺皆係意圖故意；而在知這個要素上，只要達到較低之要求即可，換言之，行為人只須認識到，存在著一個構成要件實現的可能性即為已足[92]。在此種故意之中，犯罪目的不但是行為的動機，同時也是犯罪行為的內容，此與前述費爾巴哈的故意概念在實質上並無二致，意圖作為故意成立的關鍵，而認識這個要件的存在雖然還是必要的，但只須對於結果發生之可能有所預見即可。

其次，直接故意普遍的定義是，行為人在追求某一目標的達成時，雖然同時明確地知悉對於其行為必將帶來某種附帶性的後果，但是仍執意為該行為[93]。這樣的定義是強調行為人在知這個層面上的強度，必須要到達確信構成要件將實現的程度，也因此這種故意型態在學說上也被稱為「明知Wissentlichkeit」[94]，例如上述保險詐欺案中，行為人明知古董家俱將隨火勢付之一炬，不論其是否情願皆屬此直接故意。最後，德國學說上的間接故意，其內容是指行為人為了達成特定目標而進行活動，雖然他已經預料其行為可能附帶地造成其他某種後果，但是為了不妨礙其原先所欲進行之事，所以容忍此一附隨後果，例如上述保險詐欺案中，行為人為了維持其犯

---

90 意圖故意Absicht亦因其同義詞absichtlicher Vorsatz而在國內文獻上被譯爲「意圖式故意」，蘇俊雄，同註88，頁128；另有將Absicht譯爲「蓄意」者，林鈺雄，同註88，頁177。

91 Wessels/Beulke, aaO. (Fn. 88), Rn. 211; Urs Kindhäuser, Strafrecht AT, 2005, § 14 Rn. 3; Kühl, aaO. (Fn. 88), 5/33.

92 Kühl, aaO. (Fn. 88), 5/36 f.

93 Jakobs, aaO. (Fn. 88), 1991, 8/18; Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 39), S. 298; Kindhäuser, aaO. (Fn. 88), 14/8; Kühl, aaO. (Fn. 88), 5/38.

94 Jakobs, aaO. (Fn. 88), 8/18; Kühl, aaO. (Fn. 88), 5/38.

行之秘密而未告知家人，對於他們可能逃生不及有所預見。

對於直接故意與未必故意這兩種故意型態，由於是與行為的附隨結果相關聯，所以Welzel先將原本的側重點——目的性擱置一旁，以行為作為一個受到意志所控制引導的事件立論[95]，而就犯罪行為來說，行為人具有對於實現構成要件具有一種毫無保留的意志（unbedingter Wille zur Tatbestandsverwirklichung），亦即一實現之意志（Verwirklichungswille）[96]。這個意志用來解釋主要結果較無問題，而就附帶結果Welzel的解釋則是，如果行為人在進行一個行為之時，若對於此種結果認為必定或是可能因其行為而發生時，那麼，此一附隨結果即為實現意志所涵括[97]。從此一解釋可以看出，對於Welzel的直接故意與未必故意來說，似乎行為人的認識才是唯一的故意成立要件，因為，只要是預見附帶結果發生之可能性，即可認定行為人原本僅包含主要結果的實現意志擴張及於附隨結果，並因而確定故意之成立，單純以認識與否作為判斷之準據，如此一來，將會造成僅以心理現象決定故意是否成立的結果[98]。

心理式故意概念在德國刑法學界更新的發展，是將故意的知與欲兩個要件建立在心理學所謂的情緒邏輯（Affektlogik）之上，情緒邏輯以觀察生物體的運作機制為出發點，認為人及所有的動物基於自身對於利害禍福的情緒而控制其認知系統，例如因為對於火的恐懼而提醒自己要加以注意，依此，情緒邏輯將情緒與認知結合在

---

95 Welzel, aaO. (Fn. 89), S. 37, 131. 類似意見Hans Joachim Hirsch, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Lampe-FS, 2003, S. 515, 519 f.

96 Welzel, aaO. (Fn. 89), S. 66.

97 Welzel, aaO. (Fn. 89), S. 34 f., 67 f.

98 對於Welzel由行爲理論所推導之故意概念，批評意見另請參閱Claus Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74, 1962, 515, 526 f.; Günther Jakobs, Handlungsstreuerung und Antriebsstreuerung, in: Schreiber-FS, 2003, S. 949, 953 f.

一個運作系統之中，對於事物的情緒影響認知的多寡，而認識的程度反映了人對事物抱持著何種情緒。以情緒邏輯說明刑法主觀歸責，其影響層面甚廣，例如，行為人已經對於事件的發展有所認識，那麼在這樣的前提下而行為，依照情緒邏輯的解釋，這即是反映出對於結果做了積極的決定，因此，刑法上所謂有認識過失並不存在[99]。情緒邏輯在刑法上的應用，可以說是將費爾巴哈的思考做了更精確的貫徹，將刑法與心理學完整地結合，而且落實了決定論的基本立場。

㈡學說上的反動

費爾巴哈對於後世故意理論之影響，主要建立在其討伐間接故意的勝利之上，此後，故意與過失之意義與兩者之分界，就必須以心理現象作為內涵與標準，這一點在我國受德國影響之下亦是如此[100]。此種對於主觀歸責要件的釋義理論，乍看之下會有一個相當大的好處，即刑法上的故意與過失可以用一般非法律的用語加以理解，那麼在定義與適用上似乎要比客觀要件來得容易的多。然而，無庸置疑的是，這樣的美景從來就不曾出現過，故意理論的戰

---

99 Walter Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1992, S. 61 ff. 已見許玉秀，同註46，頁164。

100 這裡包含受德國直接影響與透過日本而間接受到影響，參閱周冶平，同註41，頁240；鄭健才，刑法總則，頁90以下，1991年；林山田，同註39，頁247、284以下；黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，頁34以下，2009年1月增訂2版；鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型㈠，頁60以下，2005年；林鈺雄，同註88，頁176；黃惠婷，錯誤：第一講　故意與構成要件錯誤，月旦法學教室，72期，頁74，2008年10月。我國學說另有認爲心理式故意亦屬具有評價色彩之規範性標準者，因爲「行爲人對侵害法益的構成要件予以容認、接受，是對法益受侵害這個事實的一種評價，也是罔顧法益、罔顧法規範的表現，這正是規範要予以制裁的理由」，許玉秀，同註46，頁166以下。

爭一百多年來至今不曾停歇，煙硝味瀰漫在各處不去，似乎每一位學者都輸人不輸陣地各自建立一套理論兵法[101]。顯而易見地，心理式故意理論仍無法讓爭議獲得解決，而從一些學者的眼中看來，此種故意概念甚至可說才真正是問題的源頭。

在德國反對心理式故意概念最力的，是波昂大學的Puppe與Jakobs兩位教授，雖然二者的論述不盡相同，但都主張必須對於主觀歸責必須從規範而非行為人心理的角度思考，以確定評價基準為何，而也因此他們都對於飽受費爾巴哈抨擊的間接故意理論持較為正面的看法，認為可以從其中看到規範性評價的濫觴。Puppe從一九八一年開始發表了一連串專文批判傳統學說與實務之故意理論[102]，其思考的進路是從錯誤的問題出發，首先質疑通說對於打擊錯誤為何採取具體符合說之立場，此說將故意之阻卻與否繫諸於結果與行為人之預先設定是否吻合，因而認為打擊錯誤排除故意既遂之成立，在Puppe看來此見解與故意歸責之基本原則有所牴觸，在刑法上對於作為主觀構成要件的故意，其成立應以行為人之主觀預見與客觀事實在構成要件的範圍內達成一致即可，除此之外，行為人所自行設下的條件限制或是偏好都是不具重要性的，否則法律評價就會被行為人的主觀意見所任意左右，因而失去本身的判斷基

101 請參閱許玉秀，同註46，頁45以下；黃榮堅，刑法問題與利益思考，頁13以下，1998年。

102 Puppe對此課題主要的著作如下：Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1; dies., Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145 ; dies., Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103, 1991, 1; dies., Vorsatz und Zurechnung, 1992; dies., Umgang mit Gegenmeinungen (zu Koriath, JuS 1997, 901), JuS 1998, 287; dies., Begriffskonzeptionen des dolus eventualis, GA 2006, 65. 中文部分則有，許玉秀譯，構成要件錯誤與包攝錯誤，政大法學評論，55期，頁195以下，1996年6月。

準[103]。此外，Puppe所發展著名的故意危險（Vorsatzgefahr）理論，其首先依照經驗區分危險之種類，若係一適合於造成結果之危險則稱之為故意危險，反之則係過失危險。若行為人於行為時認識其所為將造成故意危險，於該危險實現時即須負故意之責，至於行為人在心理上對於結果所抱持之態度為何，是歡迎接受抑或痛苦不捨皆在所不問[104]。

Jakobs很早即已對於刑法主觀歸責受到心理學的支配表示反對[105]，論述的出發點在於反對德國通說對於認識要素的片面強調，僅以認識的欠缺即作為排除故意的理由，而不考慮未能認識的緣由為何，這種作法在行為人對於犯罪事實毫不考慮視若無睹時，將會造成評價上的矛盾，因為，對於這種行為人會因為其欠缺認識而取得故意阻卻的優厚待遇，而其實之所以不認識卻是因為他對於侵害他人毫不在乎，完全不把法規範放在眼裡，依此，如何能獲得評價上的優待。與之相較，若是有人對於他人的權利留意再三，對其行為所可能造成的侵害時時放在心上，反而將會因為其對於侵害事實有所預見被論以故意責任，如此，在這一寬一嚴之間，將會造

---

103 Puppe, aaO., GA 1981, 1 f.; 同作者著，陳志輝譯，對於故意實現構成要件的歸責，政大法學評論，55期，頁273以下，1996年6月。

104 Puppe, NK^2, 2005, § 15 Rn. 69; Puppe, aaO. (Fn. 102), S. 39.

105 Jakobs對此課題主要的著作如下：Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; ders., Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-FS, 1978, S. 31; ders., Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101, 1989, 516; ders., Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 271; ders., Das Schuldprinzip, 1993, ders., Rezension von: Schroth, Ulrich: Vorsatz und Irrtum 1998, GA 1999, 382; ders., Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114, 2002, 584; ders., Dolus malus, Rudolphi-FS, 2004, S. 107. 中文部分則有，許玉秀譯，罪責原則，刑事法雜誌，40卷2期，頁45以下，1996年4月；徐育安譯，主觀的犯罪層面，載：民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁63以下，2005年。

成規範評價上的自我矛盾。

進一步言之，Jakobs注意到了一個在刑法上具有重要意義的區分，那就是錯誤（Irrtum）與不知（Unkenntnis）兩者之間的差別。前者是一種積極的誤認事實，而後者則是消極的欠缺認識，兩者的差異固然早已為人所知，但是在Jakobs之前卻無人指出兩者在主觀歸責上應作不同的處理，依其見解，對於前者可以作較為寬待的認定，因為行為人誤認事實就將身負自然罰的風險，自己或其親近之人可能因此誤認而身受其害，所以，令其負擔較輕之過失責任即為已足；而在後者之情形，則必須檢驗行為人是否基於法忠誠之欠缺而對事實漠不關心，因而對於犯罪事實未有所知悉，此種情形由於其法敵對之態度應負較重之故意責任，換言之，行為人對於規範所持之立場才是決定主觀歸責輕重的標準，而知與不知的心理現象只是該立場之投射，不能以之為判斷之準繩[106]。

二、德國實務上的故意判斷之反覆

㈠心理式故意概念之實踐

德國聯邦最高法院在許多的判決案例當中，都清楚地展現了心理式的故意概念，一再試圖對於行為人在行為時之心理狀態進行分析，藉以確定故意之種類，其中最具有代表性的，就是其對於殺人故意與傷害故意之區分上，發展了著名的梗阻理論（Hemmschwellen-theorie）。此一理論被運用在判斷行為對於人身具有重大危險的案例中，在此種情形，德國聯邦最高法院雖然一方面認為，行為人應當會對於此種行為所可能造成的死亡結果有所預見，並且因為他進行了此種行為而未中斷，似乎可以說對於被害人的死亡結果予以同

106 Jakobs, aaO., 584 ff.; 同作者著，徐育安譯，同前註，頁63以下。

意，但是，德國聯邦最高法院在另一方面卻又主張，行為人應該會認真而明確地相信結果不至於發生，因為在殺人故意之前矗立著一個不易跨越的心理障礙[107]。

應用梗阻理論之案例，在文獻上受到較多討論的是空手道武者攻擊一案（Karateschlagfall）[108]，行為人是一位訓練有素的空手道武者，其受託照顧友人剛滿一歲的兒子，某日在該子哭鬧不休時，一怒之下，可能是以出手毆擊其額頭或是抓住後腦杓使其額頭撞擊硬物的方式，造成額部受創。但行為人隨後予以餵食，但是之後卻又是因為此一孩童的哭鬧而再度發怒，因而以手刀至少一次用力攻擊被害人後腦杓與太陽穴之部位，被害人頭部受創於不久後傷重死亡。德國聯邦最高法院對於本案件認為，針對殺人故意的成立有兩點必須被考慮到，首先，因為行為人就死亡結果存有心理障礙，因此無法輕易對於此一結果予以同意；其次，從行為人平時對於被害人的照料來說，可算得上是關心周到，而在案發當日也頗為用心地予以照顧，在兩次攻擊的其間並曾予以餵食，甚至後來還試圖對被害人進行心肺復甦。德國聯邦最高法院基於上述這兩點，認為足以否定殺人故意之成立[109]。我們可以清楚地看到此案中，受到關注的心理現象，一者為無法接受現實「我在殺人、我殺人了」的逃避

---

107 BGH NStZ 1983, 407; NStZ 1988, 361; 總結性的說明請參閱Christian Fahl, Anmerkung zum Urteil des LG Rostock, Urteil vom 16.09.1996 - I KLs 19/96, NStZ 1997, 391, 392.

108 BGH NStZ 1988, 175

109 對此判決予以支持之意見，請參閱Claus Roxin, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, 12/88; ders, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, Rudolphi-FS, 2004, S. 243, 249. 批評意見：Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 1, 2002, S. 302 f.; dies., GA 2006, 65, 78.

心態，一者則為基於對行為人的觀察而揣測行為人當時的想法是「教訓小孩」。

梗阻理論僅著重行為人心理狀態之見解，在下面的這一個判決（BGH NStZ 2003, 603）之中可說更是展露無遺：由於海洛因買賣的糾紛，被害人A與毒販B在火車站前廣場爭吵並進而鬥毆，身材較為矮小的毒販兩次被打倒在地並因為耳環的撕扯而流血，B之同夥C見情況不妙前來助拳，便與A發生扭打，就在A與C互毆之際，B從褲袋中取出一把所攜帶刃長九點五公分寬二點五公分的短刀，將之刺入被害人胸膛左上方處，被害人因而內出血倒地身亡。針對此案德國聯邦最高法院表示，雖然在此種高度危險行為之案例中，一般皆認為行為人對被害人之死亡有所預見，但是由於殺人犯罪之心理障礙，所以是否已有預見這一點仍須經過特別仔細的審查，而該法院的判斷結論是：行為人基於受傷之憤怒而持刀，在受到情緒刺激的狀態之下未加考慮地做出致命一擊，行為人在此一瞬間究竟對於後果做如何之思考，尚無法加以確定，而行為人應該會顧慮到當時在現場眾目睽睽，有許多目擊證人可指證他，因此，德國聯邦最高法院的結論是，行為人因為上述的考量，所以並未對於被害人之死亡有所意識與接受。在這個判決中，很清楚地將認識與意欲這兩個要素繫諸於行為人的心理變化——憤怒卻又有所顧忌，這樣的作法所進行的無疑是一個刑案現場的犯罪人心理分析。

德國聯邦最高法院的不斷在殺人犯罪所進行的心理分析，一方面固然是在為判決理由做精細的論證，但是另一方面看來，這種法律人所做的分析，其說服力恐怕相當值得懷疑。一直以來已有為數不少的學者指出，德國聯邦最高法院在其判決中，其實根本沒有提供一個排除故意的確切標準，只有界線模糊不清又內容空洞的說

詞[110]，不過這樣的批評並未得到德國聯邦最高法院的接受，因此，其一再要面臨的難題是，為了論證心理式故意的成立與否，必須將細微的心理現象與故意的關係做一番比對分析，而不在犯罪現場且無專業心理學素養的法官有無此一能力，實有令人不甚放心之處。

㈡法律意義上的同意

雖然，心理式的故意概念在德國實務界未受質疑，但是，這並不意味著這個立場可以毫無阻礙地貫徹到底，反而會從一些例子當中看出此種故意理論的缺陷，而必須予以修正，就此，具有代表性的是德國聯邦最高法院皮帶案（BGHSt 7, 363）。本案之事實為：A與B兩人共同計畫對C實施強盜行為，原本即打算用皮帶將被害人勒昏，以使其失去抵抗之能力，但卻又擔心C因此而死亡，所以決定改用沙袋將其擊昏的方式，使C無法抵抗。A與B於行為時先以沙袋用力重擊已經入眠的C的頭部兩次，沒想到並未將其擊昏，反而是把他弄醒了，於是兩人又再依此法施為一次，但沙袋卻於此時破裂四散而無法如願將C擊昏，兩人只好改回原方案，用所攜的皮帶勒緊被害人頸部與身體，其間A為了要完全剝奪C的反抗能力而施力猛烈，B見狀加以制止。而在A與B兩人搜刮完財物之後，回過頭發現被害人昏迷過久，疑有生命危險而施以人工呼吸，但被害人C

110 Fahl, aaO. (Fn. 107), 391, 392; Klaus Geppert, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten, Jura 2001, 55, 59; Gerhard Altvater, Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten, NStZ 2002, 20 Fn. 10; Schneider, MK § 211 Rn. 24; Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NStZ 2004, 309, 310 f.; Thomas Trück, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NStZ 2005, 233, 238. 部分不同意見：Ulrich Schroth, Der bedingte Tötungsvorsatz im Spiegel der Rechtsprechung, Widmaier-FS, 2008, S. 779, 789.

仍不治死亡[111]。

對於上述案例，德國聯邦最高法院認為，就間接故意的兩個要素言之，首先，行為人對於其行為方式將造成被害人死亡之風險，已經有所預見；其次，在意欲要素方面，雖然行為人極不希望被害人因為該行為而死亡，但是這並不足以否定意欲要素的存在。其理由在於，行為人為了要達成特定目的，如本案中之行為人欲順利實施強盜行為，必要時將忍受一個不希望發生的結果時，那麼，在法律上來說，行為人即是對此結果予以接受而同意，換言之，德國聯邦最高法院主張，「同意」固然普遍上是被用來描述行為人之主觀心態，但是除此之外，另有一個從法規範評價觀點出發的同意概念，可稱之為法律意義上的同意（Billigen im Rechtssinne）[112]，當然，從這樣的論述中可以明顯看出，後者是不同於前者的。

三、結語——概括繼承？

從上述所介紹的質疑聲中可以初步得到的結論是，面對上述這個費爾巴哈的思想遺產——心理學的故意概念，我們基本上應該採取的是有所保留的作法。就此，首先本文必須再次指出的是，儘管在皮帶案判決中已經出現所謂的法律意義上的同意，但是，普遍說來德國聯邦最高法院對於故意的判斷仍是站在心理式故意的立場，這個基調其實並未改變，而也因為如此，可以想見的是，該院的判斷標準始終難以達成一致，難脫自相齟齬矛盾之非議[113]。而從皮帶案的判決結果來看，聯邦最高法院似乎在個案上做出了較能為人

111 中文參考文獻：許玉秀，同註46，頁81以下；林鈺雄，同註88，頁183以下。

112 BGHSt 7, 363, 369.

113 文獻上亦有出於不同之理由指出此一點者，例如：Rudolphi, SK, 7. Aufl., 2002, § 16 Rn. 44.

所接受的結論，可是更值得反省的是，為何會在故意的意欲要素判定上，存在著兩套相互歧義的（心理上的同意與法律意義上的同意）檢驗標準？

與此相對照，現今在德國學說上對於意欲要素的必要性仍是存在著不同意見的，主張該要素必要論與無用論的陣營至今未曾成功說服對方。而贊成意欲要素必要論的學者，對於意欲要素應該如何予以確定，一方面認為意欲並非即以行為人的情緒為其內容；但是，在另一方面卻又主張，不因行為人同情被害人或對於損害感到遺憾而否定意欲要素之存在，也不因行為人冷血的態度或是願望而肯定，凡此種種，皆為判斷故意之間接證據[114]。

上述諸多的爭端與進退失據，所反映的無非是心理式故意概念的繁華虛相：以心理現象判斷刑法上的故意概念，其看似人人皆知易於說理，且與日常生活上的用語相吻合，因此取得了學說與實務上的主流地位，但是，若要進一步推敲行為人的心理狀態時，卻會在行為人複雜迷濛的情緒叢林中失去方向。因此，綜上所述，面對這個費爾巴哈的遺產，仍有待我們進一步予以徹底的清理與重整，而一個最主要的思考契機是，Jakobs與Puppe所代表的規範性故意能否取而代之作為指針，引領我們走出叢林迷宮，這有待另外為文探討之。

114 如Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 475, 489 f. 請參閱Kühl的整理：Strafrecht AT^5, 5/54 f.

參考文獻

一、中　文

1. Bernd Schünemann著，徐育安譯，無法律即無刑罰？，載：不移不惑獻身法與正義——許迺曼教授論文選輯——賀許迺曼教授六秩壽辰，頁1-35，2006。
2. Ernst Cassirer著，關子尹譯，人文科學的邏輯，1986。
3. Günther Jakobs著，徐育安譯，主觀的犯罪層面，載：民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁63-81，2005。
4. Günther Jakobs著，許玉秀譯，罪責原則，刑事法雜誌，40卷2期，頁45-84，1996。
5. Ingeborg Puppe著，許玉秀譯，構成要件錯誤與包攝錯誤，政大法學評論，55期，頁195-205，1996。
6. Ingeborg Puppe著，陳志輝譯，對於故意實現構成要件的歸責，政大法學評論，55期，頁269-281，1996。
7. 王志輝，亞里斯多德的責任理論，政大哲學學報，19期，頁39-83，2008。
8. 王皇玉，刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009。
9. 王效文，國際刑法之保護法益與刑罰目的，成大法學，15期，頁1-34，2008。
10. 甘添貴，刑法之重要理念，1996。
11. 李文健，罪責概念之研究，政大碩士論文，1997。
12. 李茂生，近代刑法中個人責任主義的反思，載：現代刑事法與刑事責任——蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，頁229-248，1997。
13. 沈清松，物理之後——形上學的之發展，1995。
14. 周冶平，刑法研究，1967。
15. 周冶平，刑法總論，1972。
16. 林山田，刑法通論（上），10版，2008。
17. 林山田，刑法通論（下），10版，2008。
18. 林火旺，倫理學，1997。

19.林東茂，一個知識論上的刑法學思考，2版，2001。
20.林鈺雄，新刑法總則，2006。
21.柯耀程，論加重結果犯，載：罪與刑——林山田教授六十歲生日祝壽論文集，頁131-164，1998。
22.柯耀程，變動中的刑法思想，2001。
23.洪福增，刑事責任之理論，1988。
24.徐育安，刑法上類推禁止之生與死，1998。
25.張麗卿，刑法總則理論與運用，修訂版，2007。
26.許玉秀，主觀與客觀之間，1997。
27.許玉秀，擇一故意與所知所犯，台灣本土法學雜誌，13期，頁186-199，2000。
28.郭君勳，案例刑法總論，修訂版，2002。
29.陳子平，刑法總論，增修版，2008。
30.陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1992。
31.陳惠馨，德國法制史——從日爾曼到近代，2007。
32.傅偉勳，西洋哲學史，12版，1990。
33.黃仲夫，刑法精義，修訂新版，2008。
34.黃振華著，李明輝（編），論康德哲學，2005。
35.黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，增訂2版，2009。
36.黃惠婷，錯誤：第一講　故意與構成要件錯誤，月旦法學教室，72期，頁73-86，2008。
37.黃榮堅，刑法問題與利益思考，1998。
38.黃榮堅，基礎刑法學（上），3版，2006。
39.楊建華，刑法總則之比較與檢討，1998。
40.趙彥清，結果加重犯的歸責基礎，政大碩士論文，1999。
41.劉幸義，意志自由與罪責，中興法學，24期，頁31-61，1987。
42.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41-86，1994。
43.蔡聖偉，刑法問題研究㈠，2008。
44.鄭健才，刑法總則，1991。

45.鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型㈠，2005。
46.盧雪崑，意志與自由——康德道德哲學研究，1997。
47.戴東雄，中世紀義大利法學與德國繼受羅馬法，2版，1999。
48.韓忠謨，刑法原理，1982。
49.蘇俊雄，刑事法學的方法與理論，1974。
50.蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1997。

二、外　文

1. Achenbach, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974.
2. Altenhain, Karsten, Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach, Keller-GS, 2003.
3. Altvater, Gerhard, Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten, NStZ 2002.
4. Aristoteles, Nikomachische Ethik, übersetzt von Dirlmeier, 5. Aufl., 1969.
5. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003.
6. Beling, Ernst, Unschuld Schuld und Schuldstufen, 1910.
7. Carpzov, Benedict, Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium pars Ⅰ, übersetzt von Oehler, 2000.
8. Döring, Oscar, Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur kantischen Philsosphie, 1907, Nachdruck 1958.
9. Engelmann, Woldemar, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895, Nachdruck 1965.
10. Engelmann, Woldemar, Irrtum und Schuld. Nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters, 1922, Nachdruck 1975.
11. Fahl, Christian, Anmerkung zum Urteil des LG Rostock, Urteil vom 16.09. 1996 - I KLs 19/96, NStZ 1997.
12. Feuerbach, Paul Johann Anselm, Anti-Hobbes, 1797, Nachdruck 1967.

13. Feuerbach, Paul Johann Anselm, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Ⅰ, 1799, Nachdruck 1966.
14. Feuerbach, Paul Johann Anselm, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Ⅱ, 1800, Nachdruck 1966.
15. Feuerbach, Paul Johann Anselm, Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere, in: v. Almendingen/Feuerbach/Grolmann (Hrsg.), Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, Bd. 2., 1804.
16. Feuerbach, Paul Johann Anselm, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., Mittermaier (Hrsg.), 1847, Nachdruck 1986.
17. Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931.
18. Freund, Georg, Die Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Küper-FS, 2007.
19. Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Risiko, 1983.
20. Geppert, Klaus, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten, Jura 2001.
21. Greco, Luis, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zu gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Diss. Müchen (Manuskript), 2008.
22. Grünhut, Max, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922, Nachdruck 1978.
23. Hartmann, Richard, P. J. A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1961.
24. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werk 7, 1986.
25. Heinrich, Bernd, Strafrecht AT Ⅱ, 2005.
26. Hirsch, Hans Joachim, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Lampe-FS, 2003.

27. Höffe, Otfried, Vom Straf- und Begnadigungsrecht, in: Höffe (Hrsg.), Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999.
28. Holzhauer, Heinz, Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970.
29. Jakobs, Günther, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972.
30. Jakobs, Günther, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-FS, 1978.
31. Jakobs, Günther, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-GS, 1989.
32. Jakobs, Günther, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101, 1989.
33. Jakobs, Günther, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991.
34. Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, 1993.
35. Jakobs, Günther, Rezension von: Schroth, Ulrich: Vorsatz und Irrtum 1998, GA 1999.
36. Jakobs, Günther, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114, 2002.
37. Jakobs, Günther, Handlungsstreuerung und Antriebsstreuerung, in: Schreiber-FS, 2003.
38. Jakobs, Günther, Dolus malus, Rudolphi-FS, 2004.
39. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996.
40. Kant, Immanuel, Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band Ⅷ, Wilhelm Weischedel (Hrsg.), 1982.
41. Kargl, Walter, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1992.
42. Kindhäuser, Urs, Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96, 1984.
43. Kindhäuser, Urs, Strafrecht AT, 2005.
44. Köhler, Michael, Der Begriff der Zurechnung, in: Hirsch-FS, 1999.
45. Köhler, Michael, Feuerbachs Zurechnungslehre, ARSP Beiheft 87, 2003.
46. Kühl, Kristian, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001.

47. Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005.
48. Küper, Wilfried, »Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ«. Zum »Strafgesetz« in Kants Rechtslehre, Jung-FS, 2007.
49. Küpper, Georg, Der »unmittelbare« Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982.
50. Lesch, Heiko Hartmut, Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999.
51. Löffler, Alexander, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895.
52. Luden, Heinrich, Abhandlung aus dem Strafrecht Ⅱ, 1840.
53. Nass, Gustav, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, 1963.
54. Naucke, Wolfgang, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962.
55. Pernice, Alfred Ⅱ, Der verbrecherische Vorsatz in griechisch – römischen Rechte, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 17 = 30, 1896.
56. Puppe, Ingeborg, Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981.
57. Puppe, Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990.
58. Puppe, Ingeborg, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103, 1991.
59. Puppe, Ingeborg, Vorsatz und Zurechnung, 1992.
60. Puppe, Ingeborg, Umgang mit Gegenmeinungen (zu Koriath, JuS 1997, 901), JuS 1998.
61. Puppe, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 1, 2002.
62. Puppe, Ingeborg, Begriffskonzeptionen des dolus eventualis, GA 2006.
63. Radbruch, Gustar, Feuerbach als Kriminalpsychologe, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 6 (1909/10).
64. Radbruch, Gustar, Über den Schuldbegriff, ZStW 24, 1904.

65. Rengier, Rudolf, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986.
66. Rönnau, Thomas, Der Irrtum und seine Rechtsfolgen, JuS 2004.
67. Roxin, Claus, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74, 1962.
68. Roxin, Claus, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, Rudolphi-FS, 2004.
69. Roxin, Claus, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006.
70. Schaffstein, Friedrich, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, Nachdruck 1986.
71. Schroth, Ulrich, Der bedingte Tötungsvorsatz im Spiegel der Rechtsprechung, Widmaier-FS, 2008.
72. Stratenwerth, Günter, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2000.
73. Trück, Thomas, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, NStZ 2005.
74. v. Liszt, Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. Aufl., 1919.
75. Verrel, Torsten, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?, NStZ 2004.
76. Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006.
77. Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.
78. Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007.
79. Wolf, Ursula, Aristoteles'›Nikomachische Ethik‹, 2002.
80. Zaczyk, Rainer, Freiheit und Recht – Immanuel Kant zum 200. Todestag, in: JuS 2004.
81. Zaczyk, Rainer, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, Eser-FS, 2005.

On *Feuerbach's* Theory of Subjective Imputation

Yu-An Hsu*

Abstract

As a prominent criminal law scholar, *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833) developed a systematic theory of criminal law, which, under the influence of the *Siècle des Lumières*, which consisted of theories of crime and punishment and created the well-known principle of "*nulla poena sine lege*". In retrospect with regard to the history of German criminal law, *Feuerbach*'s influence was revolutionary in the sense that he developed the concepts of "intention" and "negligence" and thereby set the basis for the contemporary theory of intention in German criminal law.

Feuerbach's theory of subjective imputation in criminal law is characteristic of its connection with psychology. It rejected the idea that subjective imputation in criminal law should be based on "free will" as emphasized by ethics and argued that "intention" and "negligence" must be determined on the basis of the individual psychological phenomenon and thereby must be distinguished according to the judgment

* Assistant Professor, Department of Law, Soochow University; Doctor of Law University of Bonn (Germany).

Received: June 5, 2008; accepted: December 24, 2008

whether a criminal behavior results from the criminal purpose. Afterwards, the research achievements in psychology have been more closely combined with behavioral theory and the principles of criminal liability in German criminal law. Viewed this way, *Feuerbach*'s theory undoubtedly led to the enormous impact of psychology on the determination of intention in criminal law.

While this orientation towards psychology seems to be plausible and thereby occupies the leading position in theory and practice, it tends to confuse the practical judgment on the determination of intention because the psychological dimension of criminals is hard to investigate and to ascertain. Therefore, *Feuerbach*'s legacy needs not only to be cherished; it is also worth exploring how *Feuerbach*'s theory is to be clarified and even modified in light of contemporary German criminal law.

Keywords: Subjective Imputation, Intention, Negligence, Criminal Purpose, Psychology