

# 科技部補助專題研究計畫成果報告 期末報告

不作為犯的參與評價

計畫類別：個別型計畫  
計畫編號：MOST 104-2410-H-004-071-  
執行期間：104年08月01日至105年07月31日  
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：李聖傑

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：魏國晉  
大專生-兼任助理人員：簡筱筠  
大專生-兼任助理人員：朱榕宣

中華民國 105 年 10 月 30 日

中文摘要：本文所欲探討之「不作為犯之參與」議題，其主軸必然涉及刑事法學界對於「不作為犯」處罰基礎理念之思想脈絡，而對於不作為犯之相關思考，近年來德國具有代表性學術見解均已就長久作為基礎理論之「保證人地位理論」提出相當質疑，並重新架構具有獨立體系之詮釋方法，進而使本文所欲探討議題具有再經檢驗必要。其次，近代社會犯罪逐漸趨於分工，亦存在許多由國家設置保護義務以進一步保護法益之相關義務，例如國家機關對於產品之安全檢查、醫師之定期健康檢查、車商依法之定期安檢等、證券主管機關對於特定行為之監督責任，凡此種種作為義務於個案上之累加，均將導致本文所欲討論議題於日後發展上之重要性、複雜性，而使本文議題回歸值得討論、研究之對象。

本文並於分析既有國內外學說實務之見解，並觀察不作為犯與犯罪參與理論之當代樣貌與實質內涵之演變後，認為支配理論於不作為犯之處罰基礎界線上，已得做為犯罪參與評價與其溝通之橋梁，並於探討廣義因果關係於不作為犯之參與評價之實際應用後，亦得發覺本文所持之理論基礎有助於以有體系之方式解決學說見解於早期提出之諸多爭議，並得於不牴觸近期學說亦指之前提下，帶動近期學說見解於立論上之一貫性。此外，針對我國最高法院於實務意見長久避免正面回應之不作為犯參與評價之議題，本文透過近期被司法院關注之重要判決意旨，指明該判決於立論上得補充之處，使其引導後續主流見解地位之理論基礎更顯穩固，並得期待透過本文見解，使我國最高法院、實務見解於處理系爭議題上更為積極，以兼顧節制不作為犯之處罰界線，與論理基礎之體系一貫性。

中文關鍵詞：不作為犯，義務犯，行為理論，犯罪參與，犯罪支配理論，限縮正犯理論

英文摘要：The topic of “omission as a crime “ which discussed in this paper, is related to the thought of the basic concept of “ omission offences “ in the criminal law circle. In addition, the representative academic opinion of “omission offences” in Germany in recent years is raising to a big number. In recent years, the representative academic opinions of Germany have been questioned on the “guarantor status theory “ as the long-time basic theory and trying to reconstructed the method of interpretation with independent system, which makes the subject of this paper have the necessity of re-examination. Secondly, the modern society crime tends to division of labor, also there are many obligations set by the state to further protect the legal interests, such as the safety inspection of products by administrative organs, regular health checks by the doctors, regular security checks by salesperson, or the securities for specific acts by competent authority, etc. The accumulation of all these obligations will result in the importance and complexity of the topic discussed in this paper, and the topic of this paper will be worthy of discussion and research.

After analyzing the theory of both domestic and foreign theories and observing the contemporary appearance and essence of the theory of omission offenses and criminal participation, we should think that the “theory of domination” should be regarded as the basis of the participate of omission, and become communication bridge between omission offenses and criminal participation. Meanwhile, after exploring the practical application of the “generalized causality” in the participate of omission, we could also find that the theoretical basis of this paper helps to resolve the controversy raised by the earlier theories in a systematic way, and guide the recent doctrine in consistency without prejudice the premise of the recent doctrine. In addition, for the issue of the omission that be long-held by our Supreme Court, this article points out that the judgment could be supplemented by the argument by an important judgment intended to be of immediate concern to the Judicial Yuan, so the judgment that guide the status of mainstream opinion could be more stable. We can also expect that through this article, the Supreme Court of our country will be more active in dealing with the issue of omission participation, so as to take into account the punishment of the omission, and the consistency of the system.

英文關鍵詞： omission offences, Pflichtdelikte, Theories of Criminal Conduct, control over the act (Tatherrschaft), Theories of limit principal offender

## 壹、序言

不作為犯於刑事法學上的參與評價，其分屬刑事法學總則理論中對於「不作為犯」相關處罰基礎與犯罪性質之研究，與多人參與犯罪時，應如何評價法益侵害結果之刑事責任歸屬之「犯罪參與理論」之交合地帶，並於 19 世紀初即由德國刑事法學界指出其中可能存在之爭議<sup>1</sup>，後續並影響日本、我國刑事法學界對其討論之方針，而屬具有歷史性、長久發展性之矚目議題。惟該議題雖具有前述歷史背景，並不代表其於現代社會並無重新檢驗、分析現行見解適應性、可行性之必要。首先，本文所欲探討之「不作為犯之參與」議題，其主軸必然涉及刑事法學界對於「不作為犯」處罰基礎理念之思想脈絡，而對於不作為犯之相關思考，近年來德國具有代表性學術見解均已就長久作為基礎理論之「保證人地位理論」提出相當質疑，並重新架構具有獨立體系之詮釋方法，進而使本文所欲探討議題具有再經檢驗必要。其次，近代社會犯罪逐漸趨於多工，亦存在許多由國家設置保護義務以進一步保護法益之相關義務，例如國家機關對於產品之安全檢查、醫師之定期健康檢查、車商依法之定期安檢等、證券主管機關對於特定行為之監督責任，凡此種種作為義務於個案上之累加，均將導致本文所欲討論議題於日後發展上之重要性、複雜性，而使本文議題回歸值得討論、研究之對象。

因此，本研究報告擬於先行說明使用之研究方法後，先行就國內外具有參考價值之文獻進行整理與分析，得出本文議題所涉及之兩大理論於現行發展下之概括輪廓，並透過此機會引介我國國內較少討論，屬於近期不作為犯理論發展之新視野，再自文獻分析得出本報告初步結論，並配合對於我國最高法院對本議題之相關見解，為本議題提供具有論理完整性、實際使用可能性之結論。

## 貳、研究方法

關於本計劃之撰寫方法，首先擬透過國內外文獻比較分析，以釐清對於「不作為犯之參與評價」真正涉及之爭議，以及其如何於符合「不作為犯本質」、「犯罪參與理論」之雙重前提，給予適當評價的可能規範方式。除考量我國刑事法學於本議題上受德國、日本學界長久討論之立場，而需透過傳統法學方法中的規範體系邏輯的分析思考研究並倚重外文文獻外，並需參考他國處理方式與我國現行體系之異同處，思考我國對於「不作為犯之參與評價」之刑法省思方向。

---

<sup>1</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S.468.

為嘗試替我國建構完整、得操作的「不作為犯之參與評價」判斷體系，除了比較分析文獻等此種本應為社會科學研究之基本方法外，本計劃所著重者，是以不作為犯於近年理論發展對於本質上之質疑出發，配合論證犯罪參與理論中「支配理論」於近期之主導地位，整理出本計劃之理論基礎，而以此理論作為本計劃之方法，來分析具體可能的思考方向。因此關於研究方法，即是藉由對前述文獻之研讀與討論，顯現出本計劃在法學研究上所抱持的立場與理論，並可能透過既有對於文化衝突相關的學界見解、實務判決、案例整理著手，分析現行法究竟應如何將「不作為犯之參與評價」透過精緻之犯罪判斷體系給予評價，並思考於實際案例中，嘗試調和對國家存續而言日趨重要之多元保戶義務之問題。

## 參、文獻分析

刑事法學界對於「不作為犯之參與評價」之討論，於論述上多與刑事法基礎原理、討論重點的「不作為犯」、「犯罪參與理論」密不可分，並就此議題之發展而言，其亦受前述二理論於不同時期發展之不同見解之影響，而於不同時期呈現有異其趣之結論。惟須注意者，縱使肯認本文討論議題「不作為犯的參與評價」屬於前述二理論之延伸討論，並不代表其必然欠缺獨立討論之價值，而需思考該情形是否具有給予特殊規範性評價之意義，並得附帶檢驗「不作為犯」與「犯罪參與理論」於體系上之完整性。因此，於文獻分析討論上，本文擬自「不作為犯之基礎理念」與「犯罪參與理論」之討論著手，並觀察其理論於概念定義間操作與互動之結果，就本議題尋出具有解決實益之詮釋方法。

### 一、不作為犯之基礎理念

稱「不作為(Unterlassen)」者，於刑事法學之討論上乃相對於「作為(Tun)」之概念，並依我國現行學界多數見解對其之公認定義，其大致遵循德國刑事法學對本議題長久之發展，而將其視為與「作為型態」共同居於「犯罪行為」之下位概念，且屬並立並存之犯罪態樣，進而以「消極」一詞作為與作為犯「積極」犯罪概念之對照。惟須注意者，乃如何區別「消極」與「積極」以辨別「作為犯」或「不作為犯」，則可能根據不同之學說見解而存在不同之區別標準。探其原因，可能係因「不作為」於刑事法上之意義，相較於「作為犯」偏向「描述性」之本質，前者事實上容易遊走於「評價性」與「描述性」之模糊界線<sup>2</sup>，因此任何不同型態之理論均可能就同一行為得出全然相反之結論，而

<sup>2</sup> 有關「不作為犯」之「規範性」本質與「描述性」本質之論證，如德國學者 Jakobs 即透過同一消極行為於不同時代可能就是否屬於「刑法上行為」一事上獲得完全不同之評價，以呈現該

涉及更多之應然性、刑事政策性之思考，此亦為不作為犯容易於論述上陷於不確定之因素之一。並參酌刑事法學之多數見解，「不作為犯」作為一上位概念，尚得細分為「純正不作為犯」與「不純正不作為犯」兩種態樣<sup>3</sup>，後者並因欠缺法律明文規範之作為義務之「不純正性」，而屬該議題討論重點。又於本文議題之討論中，以不作為犯作為參與對象之犯罪，若參與之不作為犯罪本身已有法律明文規範相關義務主體、作為義務，換言之，屬於「不純正不作為犯」，則其參與行為應如何評價之問題，亦將因該種「純正性」已弭平不作為犯於因果關係、作為義務之不確定性，而欠缺討論實益。因此，本段所欲討論之「不作為」，主要仍著重於「不純正不作為犯」，並以「行為人透過不作為之方式，實現刑法上通常以作為方式所明定之犯罪態樣<sup>4</sup>」與欠缺法律明文依據賦予作為義務之不確定性，為其特徵。

### (一) 作為「行為」之品質

就「不作為」自身是否得與「作為」存在共通之同一上位概念之問題，其業經刑事法學中有關「行為理論」進行數次討論，並連帶變更不同時代對於「行為」定義之思考。早期因果行為理論認為，刑法上的行為是人類意志活動所引發的身體動作，並因該身體動作而牽動外部世界之物理的整體因果流程<sup>5</sup>。因此，行為人之行為必須產生「外部世界之物理因果流程」，方具有足以受刑法評價之行為本質，並於解釋上使欠缺「物理因果流程」之不作為無法受任何刑法評價，更遑論判斷其對法益之侵害可能性。不論係前述觀點，或否定刑法行為為物理因果之有意識動作的因果流程，而主張行為是一種人類目的活動的實現（Ausübung der Zwecktätigkeit）<sup>6</sup>，但仍以欠缺操縱與現實目的性（aktuellen Finalität）否定不作為之行為品質之「目的行為理論」，其均與既存之社會規範共識與實際需求產生相當衝突。該種爭議直至「社會行為理論」取得主導地位，並於行為判斷上將人類的舉止（包含作為與不作為）列入是否具備社會重

---

種「規範性」之特性。詳參 Jakobs, Günther: Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Westdeutscher Verlag, S.9, 1996. 惟現行學界亦有見解支持偏向「描述性」概念，詳參 周漾沂，刑法上作為與不作為之區分，載：不作為犯的現況與難題，頁 51-68，2015 年 11 月。

<sup>3</sup> 王皇玉，刑法總則，頁 503-505，2014 年 12 月；林山田，刑法通論(下)，頁 222-236，2008 年 1 月，10 版；林東茂，刑法縱覽，頁 1-162 – 1-163，2005 年 8 月，4 版；林鈺雄，新刑法總則，頁 531-532，2014 年 9 月，4 版；許澤天，刑總要論，頁 297-298，2008 年 2 月，2 版；陳子平，刑法總論(上)，頁 142-143，2005 年 5 月，3 版。

<sup>4</sup> 王皇玉，刑法總則，頁 504，2014 年 12 月；許澤天，刑總要論，頁 298，2008 年 2 月，2 版。

<sup>5</sup> 蘇俊雄，《刑法通論 II》，1998 年，修正版，21 頁。

<sup>6</sup> Vgl. Welzel, das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.33ff.

要性 (soziale Relevanz) 的判斷對象後，作為與不作為終於取得名為「行為」之共同上位概念，並參酌德國刑法學者 Roxin 之意旨，行為是指行為人人格外顯表現<sup>7</sup>，這樣的人格性活動包含作為與不作為，並使 Radbruch 有關「不作為犯」與「作為犯」係本質完全衝突之 A 與非 A 關係之觀點，被認為可能僅是重新創造不需存在概念之解釋手法<sup>8</sup>，或被質疑其與刑事政策追求體系完整之目的有所衝突<sup>9</sup>。

不作為與作為具有共通上位概念之基礎前提，其於本文議題中所具有之意義，在於傳統學說見解用於「作為犯」之相關犯罪參與、因果流程之支配概念，於同一上位概念之基礎下，未必不得適用於「不作為犯」之檢驗，並使兩者具有討論上作比較之可能性。類似見解，如德國刑法學者 Jakobs 透過「規範理論」對於不作為犯與作為犯之闡釋，其認為現行認為不作為犯具有之「誠命規範(Geboten)」本質，可能均得透過「禁止規範(Verboten)」加以解釋<sup>10</sup>，而與其對行為之定義相通，即「行為」之本質在於「行為人對於規範效力之受損，於自己組織領域內發生而有責任」，並得包含作為與不作為之態樣。據此，「…當行為人面臨重大事故與危難時，刑法評價之重點應在於其是否做出個案中最適當之舉動(禁止規範)，而非必然要求是否完全彌平損害(誠命規範)<sup>11</sup>」。

然而，就本文議題於論理上是否確實得完全適用位居同一上位概念之作為犯理論，直接操作不作為犯之犯罪參與評價，宜認為近期雖有德國學者 Schünemann 指出適用於作為犯之「對造成結果的原因有支配」之描述，對於不作為犯之認定亦有適用餘地，進而認為「僅有當不作為人針對法益受侵害之事實的法律地位，以及對於結果歸責具決定性的觀點與作為行為人的法律地位可加比較時，那麼以作為犯的構成要件處罰不作為才屬適當」<sup>12</sup>，惟本文於分析相關意見後，認為對於不作為犯之處罰，雖於相同上位概念之前提下必然應受相同最低程度之限制，惟是否得全盤以作為犯之體系加以操作，仍需視「不作為犯」與「作為犯」於同一上位概念下作區隔之本質上不同，作更進一步之判斷，否則即有混淆基礎前提與針對個別類型限制之爭議。

<sup>7</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 8, Rn. 44.

<sup>8</sup> Jakobs, Günther: Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Westdeutscher Verlag, 1996, S.22-23.

<sup>9</sup> Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S.160.

<sup>10</sup> Jakobs, Günther: Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Westdeutscher Verlag, 1996, S.24.

<sup>11</sup> 同前註。

<sup>12</sup> Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 236f; 周漾沂，重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，國立臺灣大學法學論叢，43 卷 1 期，頁 214，2014 年 3 月。

## (二) 處罰基礎之核心理念

相較於近期德國學說見解對於「作為犯」之處罰基礎，長久以來傾向透過行為人改變外在世界因果流程之典型行為開啟法規範所不容許之法義侵擾狀態(得包含結果犯與危險犯之立法設計)，針對「不作為犯」作為一種行為態樣而加以處罰行為人最大之爭議，即在於不作為犯其欠缺對於前述「因果流程」之創造、干涉、破壞，進而使法益侵擾狀態之究責上，相較於作為犯之情形，產生「是否需有人應負責任」與「何人應負責任」之爭議，並將影響本文研究主題之發展。

首先就第一個議題，宜認為於德國學說見解發展下，早期 Herzberg 與 Armin Kaufmann 提倡之「保證人地位理論」之見解中，雖有認為不作為犯於本質上欠缺支配力之觀點<sup>13</sup>，惟於後續 Roxin 之補充，或 Schünemann 之重構體系，均強調透過社會行為理論與人格行為理論形成上位概念之同一性，將「不作為犯」之特質降低為構成要件上之特殊性，或將其於構成要件層次予以同一限制，使「因果關係」、「支配狀態」繼續保持了發動刑罰的第一道界限之地位，也給予不作為之刑罰對待與法益狀況息息相關的正當連結。

其次，就「何人應負責任」之爭執上，於欠缺物理因果關係之情形，符合前述廣義因果關係描述之人，可能並不僅限於單一行為人，而需個別檢驗足以課與作為義務之基礎究竟為何，並於多數情形，於法益侵擾狀態非因任何作為而形成之情形，判斷「作為義務」存在於特定人，同時間即是透過「廣義因果關係」連結不作為與結果之瞬間，換言之，直接認為義務違反的保證人地位是對於不純正不作為犯發動刑罰的依據。從犯罪的實質概念來看，這樣對於不純正不作為犯的犯罪性質理解，恐將不可避免已經走向違反規範本身即具有刑事不法內涵的選擇。舉例而言，德國刑法學者 Jakobs 於前段論述之延伸，其雖反對 Radbruch 全盤否定不作為犯於判斷因果關係之必要性，惟於其透過規範本質建構之不作為犯體系中，「誠命義務」源自於個人透過社會承認其自由權、財產權之前提下創設其範圍，其仍受有互相對他人負有保護安全義務之限制，乃屬當然。故除了透過「誠命規範」對自由畫下界線外，缺乏其他方式處理此現象<sup>14</sup>。然而，「誠命規範」縱於 Jakobs 於案例中詮釋之結果，仍得發覺形成所立基之事實即是為結果歸責所準備，而使其將本文第一階段所強調「因果關係」之

<sup>13</sup> Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, s.66ff.

<sup>14</sup> Jakobs, Günther: Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Westdeutscher Verlag, 1996, S.28.; 陳志輝，刑法保證人地位法理根據之分析，載：不作為犯的現況與難題，頁 305，2015 年 11 月。



判斷為第二階段之「形成義務」所吸收，進而產生因果關係於不作為犯漸趨式微之現象。

對此，德國刑法學者 Roxin 早期雖於其著作中透過「義務犯」之概念反對「犯罪支配理論」適用於不作為犯之中<sup>15</sup>，惟參酌其於後期之討論，最後仍於不作為犯之論述中指出，若個案事實超脫於犯罪支配理論，使其欠缺支配可能性，僅憑單純血緣關係或道德義務並無法建構刑法保護法益義務之正當基礎<sup>16</sup>，進而使「犯罪支配」與「因果流程之控制」等概念繼續實質存在於不作為犯之判斷上，其對「犯罪支配」之重視，於德國學者 Schünemann 透過「支配」一詞重新詮釋不作為犯體系時，取得更高地位，得出「僅有當不作為人針對法益受侵害之事實的法律地位，以及對於結果歸責具決定性的觀點與作為行為人的法律地位可加比較時，那麼以作為犯的構成要件處罰不作為才屬適當」之結論<sup>17</sup>。

綜上所述，前述二說於結論、實際操作上對於「因果關係」之重視程度區別，主要乃是如何達成限制不作為犯適用範圍之不同嘗試。並經比較後，應得認為 Jakobs 之見解於邏輯上傾向將作為義務透過個案之必要情形呈現，並使其於檢驗階段上並無過分強調將對應於廣義因果流程所生之「支配」視為第一前提。其於通常情形雖不致於與 Roxin 與 Schünemann 提倡之理論有何出入，惟將「即時履行義務可能性」置入個案背景時，吾人即得察覺「誠命義務」對於個人自我決定所要求之代價，若於個人因時間、空間等因素無法處理時，即必須循其超脫於「個人自我負責原則」以外之法理得出解釋。因此，於不作為犯上的檢驗承認其有二階段之前提，似乎仍於體系上較具有一致性，並提供本文討論議題之「不作為犯之參與」中，不論係以積極作為、消極不作為進行幫助之行為人一個共通理念之平台，而非單純得由透過被形成義務之判斷標準吸納之因果流程、作為可能性、支配等概念所取代。

### (三) 「支配狀態」與「作為可能性」

另須辨明者，乃本文雖於前段承認於不作為犯之檢驗上，直接承認對於因果流程之支配與作為可能性乃是課予處罰之第一界線，有助於體系之統整與其他犯罪參與理論之發展，惟「支配」一詞是否得與「作為義務」相提並論，仍有受討論必要。

<sup>15</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S.462; 許澤天，不純正不作為犯的正犯標準，東吳法律學報，26 卷 4 期，頁 37-40，2015 年 4 月。

<sup>16</sup> Roxin, Strafrecht AT Band2, 2006, §32 Rn.38-41, S.724.

<sup>17</sup> Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 235.

「犯罪支配理論」於不作為犯議題之展現，德國聯邦最高法院曾經透過作為義務人是否可能「透過自身干預，而產生決定性之改變」用於判斷行為人對於犯罪流程與結果是否居於支配地位<sup>18</sup>，或認為醫師於被害人失去意識時，即得透過不履行救助義務達成「犯罪行為之支配」<sup>19</sup>，而產生出類似以「犯罪支配理論」處理不作為犯議題之外觀。惟須注意者，乃透過「決定性改變」與純粹仰賴「假設因果流程」之論述，除可能與現行刑事法學界作為原則之「無罪推定」與「客觀歸責」等概念相悖外，並有其他相關爭議。正如德國刑法學者 Roxin 對於該判決之評釋，行為人是否具有決定性轉變事件流程之能力，抑或是具有單純之干涉可能性，至多僅得論證其是否具有履行作為義務之「可能性」，雖屬不作為犯成立之條件，卻與犯罪支配理論缺乏任何正當之連結<sup>20</sup>。並自該種論理之爭議上，可知若欲將「犯罪支配理論」視為處理不純正不作為犯議題之「不作為犯理論」，應須具有更細緻之論述，而非單純將「支配可能性」之概念移轉至「不作為犯」之討論。進一步言之，「犯罪支配理論」用於檢驗作為犯之基礎，在於作為犯得透過自身、他人積極舉止而干涉原先途徑之因果流程，惟該種前提於「不作為犯」上之議題上恐有爭議，而使「犯罪支配理論」必須尋求其他方式取得體系一貫之解釋。據此，德國實務見解將「自身干預改變結果之可能性」作為支配力之依據，雖不若前述 Jakobs 提倡之理論中將因果流程之支配內化為作為義務、誡命規範之存否判斷標準，惟其趨勢上亦是一種將二階段判斷標準一元化之思考，反而將作為義務存否之判斷，直接由是否存在「作為可能性」判斷，亦非適當。

#### (四) 小結

欲就「不作為犯之參與評價」於實際情形遭遇之額外困難進行討論，檢驗現行德國與我國學界見解就參與者之「不作為犯」存在何種理論上之爭議，乃屬不可或缺。並自前述文獻整理中，吾人得察覺不作為犯除存在「作為義務」難以特定之特徵外，真正使本議題陷於困難者，乃在於其對於處罰界線上如何合理階段化之不同見解。本文並於分析相關資料後，不支持透過內化於作為義務判斷標準之「因果流程支配」進行參與之不作為犯之詮釋，而傾向認為於不作為義務與作為義務具有共通「行為」概念之前提，且該前提導向不作為亦有對於「廣義因果流程」之支配概念時，將法益侵擾狀態處罰界線先行限於「行

<sup>18</sup> Vgl. BGHZ 2, 150-157.

<sup>19</sup> Vgl. BGHZ 32, 367-381.

<sup>20</sup> Roxin, Höchstrichterliche rechtsprechung zum allgemeinen teil des strafrechts :100 entscheidungen für studium und referendariat mit fragen und antworten, 1998, S.233.

為人保有支配狀態」，其次方討論保證人地位之存否，應屬較為合理之思考，並得使後續加以參與之正犯、共犯，均存在得以共同討論之基礎。

## 二、犯罪參與理論之本質

於確定本文於不作為犯所持之基礎見解後，針對長久困擾德國與我國學界之爭議，即得否透過「不作為」參與他人之犯罪行為，且該種參與應如何於既有體系上判斷其屬於正犯或共犯，本文認為於實質進行討論前，尚需檢驗當代「犯罪參與理論」之實質運作內涵，與其代表之確實意義。茲分述如下：

### (一) 「正犯」與「共犯」符號之必要性

刑事法學所稱「犯罪參與理論」者，其主要係處理多人犯罪時，如何適當評價個別參與犯罪之行為人與其行為之議題，並於扼要概念之呈現上，其得依序就「正犯」與「共犯」概念劃分之必要性、如何區隔正犯與共犯呈現該理論內不同見解、立論基礎之趨勢。

於進行相關議題之論述前，宜先與指明者，乃犯罪參與理論雖係針對多人犯罪之評價必要性所設之理論，惟其仍不能脫離對於製造法益侵擾狀態之行為處罰門檻之基礎前提。簡言之，於一人犯罪之情形，刑法得處罰該行為人之原因，不論其實質內涵應如何呈現，必然應得適用於多人犯罪之情形，而非使犯罪參與理論成為完全獨立之內涵。因此，於多人犯罪時是否必須使用「正犯」、「共犯」之符號(又稱緊縮正犯理論)，抑或是採取學理所稱「單一正犯體系」(又稱擴張正犯理論)，其目的並非在於創造有別於單人犯罪之不同法理內涵，僅是透過不同理論體系之建構，論證何者方式較有助於處理系爭議題之方式。並就該議題而言，早期刑事法學界雖存有相當之爭執，惟於我國刑法修正時將第四章章名定為「正犯與共犯」後，即使仍存在支持「單一正犯體系」於個別判斷上之強調彈性量刑之見解<sup>21</sup>，其亦已無法再對業經我國立法者承認之二元體系有所爭論，並參酌我國學說見解於後續之闡釋，正犯與共犯之二元區隔立場，除得於定義上明確區隔居於犯罪主導地位、犯罪參與地位之人外，尚得與後續居於主導地位之「犯罪支配理論」中強調「支配者」之概念相契合，並屬德國與我國近期之主流見解<sup>22</sup>。

### (二) 以「犯罪支配理論」為核心

<sup>21</sup> 黃榮堅，基礎刑法學，基礎刑法學(下)，頁 756，2012 年 3 月，4 版。

<sup>22</sup> 林鈺雄，新刑法總則，頁 408-409，2016 年 9 月，5 版；王皇玉，刑法總則，頁 404，2014 年 12 月，2 版。

並於「二元犯罪參與體系」之基礎前提獲得論證後，該理論用於填充「正犯」、「共犯」等符號實質內涵之論述，於早期雖存在「形式客觀說」、「主觀判斷說」等見解，惟兩者均無法妥適處理於個案多人犯罪事實中，主觀犯意其後續對於法益侵擾狀態產生之客觀貢獻、因果流程干涉之評價。並正如本文前段所述，當代主流見解乃是回歸於對於行為人之行為處罰前提之思考，換言之，即是「犯罪支配」與其象徵之「因果流程變動」，並使國家課與刑罰以期嚇阻、預防之刑罰目的成為可能。申言之，於該二元體系中，對於犯罪流程具有因果流程之操縱性之人，方得就其成果(Werk)居於「正犯」之地位<sup>23</sup>，並課與正犯之處罰，至於欠缺犯罪支配卻仍對法益侵擾狀態具有因果流程貢獻之人，則係本於「因果流程貢獻」與「欠缺支配地位」畫下其應受處罰之二道界線，其一代表本文前段所述，不得處罰對於法益侵擾狀態無任何因果流程之行為，其二則是透過「共犯」之符號，給予其本質上低度之評價。

### (三) 小結

綜上所述，近期犯罪參與理論之基礎前提若已承認「犯罪支配地位」作為其理論之核心，亦即對於因果流程之影響力、決定性支配力乃是判斷多人參與犯罪之個案中，行為人究竟是應受何種刑事評價之依據。並於前述對於不作為犯之基礎討論者，本文於分析相關見解後，亦得出行為人不論係透過作為或不作為促成法益侵擾狀態，對於「物理因果流程」或「廣義因果流程」之支配仍是不可或缺，因此，本文議題雖可能涉及不作為犯與犯罪參與理論二大理論之交界地帶，惟透過前述學說見解之闡釋，應得察覺若欲探討二者之確實互動狀態，確實檢驗於刑法理論中「支配」與「因果流程」所代表之意涵，實屬不可避免。蓋所謂「支配」的語意符號，內含了行為連結結果的流程意義，其實就是因果關連的表現，從廣義關連的角度來看，不純正不作為犯的支配概念，也因此可以重新檢視，進而使其得參與或被參與，並以相通之標準評價。

### 三、以「規範」、「義務」或「支配」之觀點，評價「不作為犯的參與」

行為人透過不作為之方式參與他人之犯罪，並非於德國學界與我國全無任何討論紀錄，惟正如本文前段所指，於不作為犯理論受有較大程度之進展時，早期將「因果關係」與「支配」排除於不作為犯體系檢驗之立論基礎已失其依據，並將進一步使不作為犯之犯罪參與評價重新成為須再討論之議題。申言之，由 Armin Kaufmann 與 Roxin 早期所倡導之不作為犯本質上特殊性之立論，

<sup>23</sup> 林鈺雄，新刑法總則，頁 415-416，2016 年 9 月，5 版；王皇玉，刑法總則，頁 407-408，2014 年 12 月，2 版。

某種程度上亦阻絕了對於本議題之討論實益，不論係前者將不作為犯全部解釋為正犯<sup>24</sup>，或後者透過「義務犯(Pflichtdelikt)」之理念改以保證人地位判斷行為人於犯罪中之正犯地位<sup>25</sup>，均造成犯罪參與理論於不作為犯上發展上呈現破裂、不協調之現象，惟於近期理論趨勢之變革下，不僅德國學說見解已逐漸變更其立論基礎，我國學界近期就此議題之討論上，亦已不再遵循前述前提所建構之體系，例如有主張透過支配他人因危險前行為所生之作為義務不履行，進而達成不作為之間接正犯<sup>26</sup>等論述，即與前述義務犯之基礎立場有所區隔。惟雖存在前述個案中見解之變遷，我國多數見解並未將其理由作一清晰之呈現，亦未將其導向不作為犯於「因果流程」概念上之變革。因此，針對本文議題「不作為犯之參與評價」之討論，本文可能未必遵循既有見解所建構之分類討論方式，亦非如近期學說見解直接就個案事實加以涵射，而係透過對於不作為犯內涵之見解變遷，重新省思「支配」與「因果關係」概念於本議題所彰顯之實質意義。茲分述如下：

#### (一) 因果關係之檢驗，是否具有必要性？

本文雖於前段針對不作為犯之檢驗是否應存在「因果關係」之判斷，已說明德國重要學說見解對此之觀點與發展歷程，惟於併合審酌犯罪參與理論於當代運作之核心理念後，吾人應得察覺於探討行為人是否得透過不作為參與他人犯罪，進而如何評價其犯罪行為之討論中，承認不作為犯具有「行為」之前提，並應遵循「因果關係」與「支配」之限制，雖於多數情形乃是將「因果關係」自物理意義之作用力等概念放寬至具有規範意義概念之「廣義因果關係」，而可能招致諸多批評，惟於實際適用結果上，其確實將不作為犯之參與評價帶入了犯罪參與理論之正常體系中，而於比較上應屬較為妥適之處理方式。

進一步言之，不作為犯相較於作為犯，前者於本質上具有規範性，而須仰賴規範創設義務、連結行為人之不作為與法益侵擾狀態乃是不爭之事實，值得深思者，僅是於整體體系之觀察上，究竟應堅持「因果關係」之判斷保持描述性，而使「不作為犯之犯罪參與」與作為犯之犯罪參與欠缺共通平台後全然獨立，並將規範性本質展現於「保證人地位」後，重新構築對於正犯、共犯之判斷，抑或是將規範性之本質訴諸於「因果關係」<sup>27</sup>，使其於基礎概念上仍共享對

<sup>24</sup> Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, s.295. 其並主張，行為人不可能透過不作為去促成「作為」，因此不作為犯必然是正犯，亦無犯罪參與理論適用之餘地。

<sup>25</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S.478.

<sup>26</sup> 許澤天，侵入住居罪的不作為犯與間接正犯，月旦法學教室，162期，頁26，2016年4月。

<sup>27</sup> 關於其他廣義的因果歷程所牽動的刑法思考，請參閱李聖傑，因果關係的判斷在刑法中的思考，中原財經法學，第8期，2002年，121頁以下。

於廣義因果關係之「支配」，進而成為開啟犯罪參與理論之契機。本文並於前段已經指出，將原僅有物理意義之「因果關係」給予規範意義之擴張，雖可能使人產生廣義因果關係於判斷標準上存在模糊性之爭議，惟須進一步說明者，乃廣義因果關係於不作為犯之處罰基礎檢驗中，縱使如同反對意見所稱喪失物理因果關係之實質功能，惟即使採取否定因果關係作為不作為犯檢驗基礎之理論，亦僅是透過不作為之本質否定因果關係存在之必要性，並無提出更為客觀之判斷標準。並且，前述反對因果關係與之配理論之觀點，通常仍須改以「保證人地位」之性質判斷行為人是否居於正犯地位，該種概念存在之規範性本質，恐更甚於立基於物理因果關係，僅作部分調整之廣義因果關係。

## (二) 對於因果關係之適當理解

本文既已確立「廣義因果關係」乃是不作為犯參與他人作為與不作為犯罪時，用於一體審查其參與程度與應受評價之共通判斷標準，並於犯罪參與理論已接受「犯罪支配理論」作為主導理論之前提下，所稱「支配」若係於作為犯與狹義因果關係之認定中導向對於因果流程之決定性控制力與支配力，則於不作為犯與「廣義因果關係」之情形，若欲貫徹本文對於現行體系之詮釋，即存在「廣義因果關係」是否可能被支配或不支配，進而質疑其應如何支配之問題。

就前述問題，宜先自「廣義因果關係」之確實定義著手，相對於作為犯與其通常使用之狹義因果關係，其通常用途僅在於判斷行為與結果是否具有連結並得論以既遂之處罰，惟於特定情形缺乏明顯可觀測之結果時，廣義因果關係之概念即將前述狹義概念融入立法者對於法益保護之規範性思考，並使其透過廣義因果關係與作為犯、結果犯保持體系之一貫。舉例而言，於學說所稱之行為犯情形，其並不存在透過構成要件所描述之結果，惟既有處罰必要，於現代刑法中必然代表著其具有「法益侵擾」之本質，並可能係由立法者所預設之法益保護思考所生。自該種思考下，與其否認行為犯欠缺檢驗「狹義因果關係」之必要性，更為妥適之方式，應是承認具有規範意義之廣義因果關係，方得給予刑罰界線明確統一之標準<sup>28</sup>。

據此，本文雖於結論上，可能與我國部分學說見解採取肯定犯罪支配理論用於不作為犯正犯共犯標準之判斷，惟本文並非支持自德國刑法學者 Hans Welzel 所採之「目的性犯罪支配」<sup>29</sup>或我國部分學說見解所強調之主觀支配概念

<sup>28</sup> 李聖傑，因果關係的判斷在刑法中的思考，中原財經法學，第 8 期，2002 年 6 月，頁 122。

<sup>29</sup> Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 222.

<sup>30</sup>。蓋就本文議題有關不作為犯所使用之廣義因果關係應如何與犯罪之配理論互動之議題，宜認為於保證人地位理論之基礎前提下，行為人乃是透過違背刑法品質之作為義務，進而導致特定法益陷入法規範所不容許之侵擾狀態。並就該「不作為」而言，行為人作為唯一可能履行作為義務之人，通常情形下均應就其決定不予救助、降低法益危難之決定產生實質上因果流程之控制力、支配力，其並建立於立法者與法規範係透過「作為義務」對某一狹義因果關係設下一個規範性之保護意義，而創設一個「法益應透過作為義務履行不受侵擾」之應然前提，進而使行為人拒絕履行該保護義務之前提，對法益侵擾狀態而言乃是破壞原先設定之因果流程，進而以一個嶄新的，即「透過不履行保護義務，進而使法益陷於危難」之支配狀態，並應受刑事處罰。

就前述推論可能產生之爭議，應是當「刑法作為義務」之存在成為前提時，是否必然即導致行為人之不作為成為支配者，進而使該種因果關係之檢驗流於無意義<sup>31</sup>？正如早期德國學說見解曾經提出之類似懷疑，不作為犯之規範性與特殊性，或許均將使吾人肯認特定人有作為義務時，即已隱藏著對於其不履行義務之處罰必要性，而使前述有關「廣義因果關係」之思考淪為事後之補充說明，不可能實質排除任何有作為義務，未履行卻欠缺因果關係之情形。對此，正如本文於前段所示，廣義因果關係雖具有規範意義，惟並不代表其欠缺任何篩選功能，而不得僅因其與保證人地位之目的均在於節制刑罰，即認定兩者無獨立存在之實益。蓋法規範為特定法益設下保護義務與配套之不作為責任時，立法者雖必然考慮到保護義務與法益之合理連結，然並非代表其絕對得通過「廣義因果關係」之檢驗。舉例而言，於喪失履行義務可能性之情形，縱使行為人主觀上存有不作為故意，若認定行為人不履行義務與法益侵擾結果乃因「該類型作為義務」之突然失格，恐存在著體系上之歧異，反之，若認定其係因罪責上認定其無期待可能性而免除處罰，亦代表著欠缺控制支配可能性而不得處罰之思考。因此，最為合理之方式，仍是透過「廣義因果關係」之檢驗，一方面承認法規範於抽象類型創設義務之前提，惟將其解釋為欠缺支配可能性以排除欠缺履行義務可能性，較為妥適。

另一值得討論之案例，則是本文前言所提及，現代社會保護義務多元之情形，於法規範就同一法益設下多項保護義務之情形，如父母對其子女之保護義

<sup>30</sup> 林鈺雄，新刑法總則，頁 559，2016 年 9 月，5 版。

<sup>31</sup> 國內外學說見解之類似懷疑，詳參 許澤天，不純正不作為犯的正犯標準，東吳法律學報，26 卷 4 期，頁 18-20，2015 年 4 月。該文並認為犯罪支配乃是形式客觀之基礎，不可能僅憑放任因果進行即得形塑因果關係，惟本文於基礎立場上並不採取該文相同論述，並認為其乃是對於因果關係定義之歧異所生之不同結論，詳如後段所述。

務、警察機關對現行犯之保護義務、公立醫院依法對嬰兒之緊急救助等，多種作為義務雖均隱含其與法益保護之連結，惟不論係全部義務人均未履行義務、僅部分義務人履行義務，於廣義因果關係之檢驗上，均將超脫於傳統狹義因果關係重視法益是否受特定行為侵擾之思考，而可能存在需排序、檢驗多重的保護義務不履行中，何者居於主導支配地位之細緻思考。

### (三) 與既有理論之相關辯證

於本文重申不作為犯肯認「支配」與「因果關係」檢驗對於不作為犯之參與評價之重要性之時點，刑事法學早期對於不作為犯之參與應如何評價之重點，除前述傾向透過獨立之體系詮釋，或將正犯、共犯之判斷交由「保證人地位」之本質判斷外，其主要係將本議題切割為「不作為犯加工於作為犯」、「不作為犯加工於不作為犯」等議題作區隔討論，惟於不同情況，德國實務、學說見解所持之理論基礎往往因前述種類不同而採用不同之處理標準。

於「不作為犯加工於作為犯」之案例，如父母不阻止他人殺害其子女之情形，即有認為本於犯罪支配理論之觀點，不作為支配乃是一種潛在之支配，並於存在作為犯之實質支配時，其必然應受排擠而至多僅能成立幫助犯<sup>32</sup>。惟就本文立場觀之，行為人之不作為是否得於犯罪流程中居於主導地位，並非由個案中是否存在作為犯產生必然判斷。蓋於通常情形立法者透過保護義務所課與之連結，僅強調保護義務得排除任何具有行為與非行為品質之法益侵擾狀態<sup>33</sup>，縱使個案中存在作為犯並以其作為掌控侵害法益之因果流程，其仍僅是於因果關係之狹義層次，無法必然否定不作為犯之廣義因果關係層次，故於檢驗因果關係與支配地位上，仍應就完整的、廣義的因果關係作通盤思考。據此，於法益侵擾狀態確實發生時，應將法益侵擾狀態建立於「法規範課與行為人保護義務，且課與他人不作為義務」之基礎假設，而作為犯係透過作為破壞後者之義務，然僅需保護義務仍然存在，縱使法益減少後者之保障，仍不得謂其行為業已由後者支配，而使前者喪失支配可能。簡言之，正如不作為犯無法於加功於作為犯時對欠缺犯意聯絡之作為犯行為有所支配一般，作為犯亦不可能於相同條件下對不作為犯與該部分之假設因果關係加以支配。因此，作為犯固然透過其作為控制典型之因果流程，然其乃是立基於僅存在狹義因果關係之思考，若

<sup>32</sup> Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 1995, S. 618, 630.

<sup>33</sup> 對此，我國亦有採取嚴格見解者，反對人為型、自然型之法益侵害之不作為支配可能性，而是相較於德國學說見解容許「自然型」而言，更為激進之判斷，詳參 許澤天，不純正不作為犯的正犯標準，東吳法律學報，26卷4期，頁21，2015年4月。惟其理論之衝突主要仍是在該說對於「支配」與「因果流程」採取嚴格狹義之判斷所致，且其對於該類型見解衝突之問題，本文亦得於後段透過「支配」概念提出周全解釋，茲不反覆呈現其差異。



於個案中存在不作為之行為人時，於確實意義上之犯罪支配地位判斷時，最妥適之結論，恐是透過規範意義、社會意義判斷行為人之不作為於個案中之重要性與實質支配力，並進而檢驗何人方處於正犯地位，而非受限於不作為犯之特性，一概要求其於存在作為犯得處罰之情形即須退讓之思考。

相同論述展現於「不作為犯加工於不作為犯」之情形，德國早期學說見解雖多就該種類型持肯定見解，並認為於多數就同一法益具有保護義務之人，合意不履行個別作為義務時，若事實上個別行為人均得獨立成立正犯，似無透過犯罪參與理論處理部分行為人並無構成要件該當行為之爭議，而欠缺實益<sup>34</sup>。反之，若法益侵擾結果之發生需仰賴全體之不作為方得成立時，則合意之全體行為人應屬共同正犯<sup>35</sup>。並自該種理論脈絡觀之，應得認為早期學說見解雖於立論上多半否定不作為犯存在因果關係與支配地位之概念，惟於特定情形無法透過個別義務之課與解釋時，早期多數見解卻又轉而訴諸個案作為義務之本質，而肯認其得成立共同正犯，卻無法指出於「支配關係」以外之理由。惟若依本文分析結果所示，該種「不作為犯加工於不作為犯」之類型，於行為人個別均得成立獨立犯罪之情形，是否得成立共同正犯，並非如早期學說見解所指，是個毫無意義之問題。蓋於承認犯罪之配理論得引進於系爭體系之情況，存在多個作為義務保護同一法益之類型，事實上乃立法者於時間軸上依序對法益完整狀態所設之保護，並有其個別之保護連結思考。並於個案情形如何解釋多數行為人之參與，則應透過觀察個別保護義務之規範性思考，將個別作為義務背後隱含之規範意義予以評價，以判斷行為人於該情形是否居於支配地位。進一步言之，此種論述方式方得使行為人有無主觀犯罪謀議成為有意義。舉例而言，救生員與父母同時發覺幼子於游泳池溺水，惟兩人均本於不作為殺人之故意放任其死去。於該情況，若不考慮遺棄罪可能具有抽象危險犯之本質問題，而僅討論殺人責任，則法規範顯然就該幼子之生命法益給予禁止殺人之單純禁止規範以外，更多層之保護，惟須進一步討論者，乃案例中該場域(游泳池)中究竟何人之作為義務於規範意義上更具有代表性。吾人若得肯認父母對於子女之保護義務於立法規範上乃是較具有概括性、全面性者，而救生員對於其職務範圍內之救助義務則是本於專業、降低風險之制度性考量，則於解釋上交由具有救生專業之救生員，而非繼續要求父母繼續不鬆懈之履行該種義務，應較具有保護生命法益之實益，並自該種思考上，得居於犯罪支配地位進而成為正犯者，恐未必僅是早期學說見解透過「保證人地位」存在即得論證者。該種檢驗多重保

---

<sup>34</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, S.469.

<sup>35</sup> 同前註。

護義務之規範本質之思考，亦得是用於前述「需多人履行義務方得阻止結果發生」之案例類型<sup>36</sup>，蓋於該種情況更為明顯，若是法規範創設保護義務時已假設該義務須由多數人履行方得達到保護結果，則單一義務人自不可能於犯罪參與理論上達成「支配」廣義因果關係之定義，而可得出體系一貫之解釋。

#### 肆、我國實務見解整理

我國實務見解對於不作為犯之犯罪參與研究，恐受限於我國學界繼受德國法體系對於不作為犯之見解，除於保證人地位理論上多數採取較為消極處理之「法律精神」解釋之意旨<sup>37</sup>，就不作為犯之參與議題上，我國學界對於實務見解之認知，多半認為其仍遵循民國 24 年 7 月最高法院刑事庭決議<sup>38</sup>之意旨，採取學理所稱「主客觀擇一理論」處理包含不作為犯在內之一切議題<sup>39</sup>，而未能就本文討論議題提出具有互動性之見解，並於可能出現之爭議案例，實務見解似乎也傾向透過不作為客觀要件<sup>40</sup>、其他主觀要件之解釋，排除行為人以不作為參與犯罪之論述必要<sup>41</sup>。

<sup>36</sup> 類似個案事實，詳參 李聖傑，靜靜都有事？，月旦法學教室，104 期，頁 28-29，2011 年 6 月。

<sup>37</sup> 最高法院 31 年上字第 2324 號判例，「消極的犯罪，必以行為人在法律上具有積極的作為義務為前提，此種作為義務，雖不限於明文規定，要必就法律之精神觀察，有此義務時，始能令負犯罪責任。」惟於近期高等法院見解發展上，已有見解轉趨較為廣義之觀點。並得參酌 台灣高等法院 102 年上訴字第 3166 號判決，「次按不作為犯之成立，除須具備構成要件該當結果之發生、不為期待行為、不作為與結果間有因果關係、防止結果發生之事實可能性等客觀構成要件要素外，尚要求行為人具有「保證人地位」，即行為人須在法律上對於結果之發生負有防止之作為義務者，始足當之。所謂保證人地位，例如(一)法令之規定；(二)自願承擔義務（即事實上承受保證結果不發生之義務者，如救生員、接受病患為其醫治之醫生、登山隊嚮導、看顧嬰孩之人等，如事實上已承擔義務，即有保證人地位，不以當事人間契約關係有效成立者為限）；(三)最近親屬；(四)危險共同體（為達特定目的，組成之彼此信賴互助，並互負排除危難義務之團體）；(五)違背義務之危險前行為；(六)對危險源之監督義務（對於危險源負有防止發生破壞法益結果之監督義務，所謂危險源係指具有發生破壞法益之較高危險之設備、放射性物質、爆裂物或動物而言）...」

<sup>38</sup> 然須注意者，該決議業於民國 95 年 12 月 12 日經最高法院 95 年度第 22 次刑事庭會議決議，已有最高法院六十年台上字第二一五九號判例可供援用，本則決議一、不再供參考；本則決議二、不合時宜，不再供參考；本則決議三、繼續供參考。

<sup>39</sup> 陳子平，論正犯與共犯之概念，政大法學評論，48 期，頁 144，1993 年 9 月。

<sup>40</sup> 詳參法務部（90）法檢決字第 000344 號研究意見，「電子遊戲場業管理條例第十五條規定之「未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業。」，係以未依該條例規定即經營電子遊戲場業，為犯罪構成要件，意指行為人除有未依法登記之消極行為外，尚有經營電子遊戲場業之積極行為，始足當之，此與一般純粹消極不作為之犯罪，並非完全相同，（最高法院九十年度台非字第一七三號判決參照），該條例第三條規定「本條例所稱電子遊戲場業，指設置電子遊戲機供不特定人益智娛樂之營利事業。」，因此「電子遊戲機」為實施『經營電子遊戲場業』行為之目的物，無此物件存在，『經營電子遊戲場業』行為之要件即未具備，「電子遊戲機」應屬刑法第三十八條第一項第二款所定「供犯罪所用之物」，又依刑事訴訟法第一百三十三條第一項規定：『可為證據或得沒收之物，得扣押之。』，行為人所有之「電子遊戲機」自得予以扣押。」

<sup>41</sup> 舉例而言，就房屋所有人出租房屋，事後方發現承租人用於犯罪，是否得透過放任之不作為

就此觀之，我國實務見解現行對於「不作為犯之參與評價」，多數仍傾向較為保守之觀點，若於個案中存在得受評價之作為犯，多半不再積極追訴其他行為人之不作為，以避免株連過廣，或甚至透過不作為犯於規範性上容易解釋之操作達到避而不談之目的。至於學理所稱「過失不作為犯」之情形，由於過失不作為犯於本質上是否有獨立存在必要、得否適用犯罪參與理論又係另一問題，本文擬省略該部分討論。

然而，近期於實務見解整理上，亦出現相當值得討論之案例類型得供參考，並涉及本文建構體系所使用之「廣義因果關係」與「支配」概念之見解。其得見於業經司法院選為重點判決之最高法院 104 年台上字第 2837 號刑事判決中，對於行為人以不作為之方式消極遺棄其子女於國家社福機構之案例涵射，該判決雖將論述重點著重於刑法第 294 條究竟屬於「具體危險犯」或「抽象危險犯」之討論，惟其實質上亦為本文所提及作為義務存在多數之情形，應如何個別評價之爭議。首先，該判決指出行為人本於民法第 1115 條所負擔之扶養義務，不得由同樣依法負有保護義務之警察機關等取代<sup>42</sup>，並認為其乃因扶養義務是最基本之法定義務而言，況且，若肯認行為人遺棄子女於國家社福機關即得免除責任，無異於「鼓勵不法，豈是事理之平，又如何能夠符合國民的法律感情、維持社會秩序、實現正義？」

該判決之個案背景雖未存在多數不作為犯，而無法繼續透過判決觀察不作為犯之參與評價議題，惟本文承繼前述基礎見解，認為前述對於不作為犯之論述，有其值得透過本文篇幅回應之處。首先，該判決已觀察到現代社會就同一法益可能存在多元制度所生之多重保護義務之情形，並依該判決意旨，父母對子女之保護義務乃是最為基礎者，而不得由他義務取代。對此，本文擬提出協同意見，蓋父母對於子女之保護、撫育義務固然於時代發展上相較於由國家提供之社福照顧而言，屬於早期且基本之義務，且於資源分配之考量下，不宜直接由國家機關承繼對於子女之保護義務，並得推論縱使該個案中公務員、其他

---

收取租金而幫助其犯罪行為之爭議，實務討論意見仍傾向主觀要件之不滿足排除出租人之責任，而不正面討論作為義務之存否與參與可能性。參司法行政部（68）台刑（二）字第 2467 號研究結果，「刑法上之幫助犯，非但行為之形態可認為幫助，且須對於正犯有資以助力之意思。房屋所有人，於出租後獲悉承租人租賃房屋係供犯罪使用，而不加反對，如無幫助犯罪之意思，則其繼續收取房租，尚難構成犯罪。」

<sup>42</sup> 最高法院 104 年台上字第 2837 號刑事判決，「行為人係具有民法第一千一百十五條所定的法定扶養義務場合，既屬最為基本的法定義務，其順序及責任輕重，當在其他法令（例如海商法的海難救助、道路交通管理處罰條例的肇事救護義務）或契約之上。至於兒童及少年福利與權益保障法第七條第二項第六款，雖然規定警員應維護兒童安全，又警察法第二條亦規定警察應保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利，仍非謂警察應長期替代、承擔對於棄童的扶養義務。」

人員消極遺棄該幼子，亦僅有父母對子女居於法益保護之廣義因果流程之支配地位，而得論以正犯，惟其應專指「撫育義務」之規範意義而言。若依本文前段描述，於長時間幼子生命法益撫育義務之規範意義上，法規範顯然將父母之義務設定為長期，而警察、國家社福機關則屬短期、緊急之保護義務，並就該規範意義之呈現上，遺棄行為彰顯者必然是父母於犯罪流程中透過不作為達成主導、支配之地位，蓋其他人並無法規範意義之長期義務履行地位。惟於短期生命法益之保護上，該判決所稱「基本義務」之觀點是否得繼續適用，即有相當爭議，尤其在履行救助義務具有危險性、專業需求性時，縱使父母、警察、救生員同時不履行義務，得否稱父母負擔者乃最基本義務即否定他人之主導支配地位，並非無疑。其次，該判決所稱之「事理之平、實現正義」等，即是本文於分析諸多見解、發展脈絡後所欲強調者，於多元保護義務之前提下，個別保護義務均有法規範所預設其義務與保護法益之連結，縱使單一保護義務之不履行，於現代社會之多重保護下，未必將對法益造成實質上威脅，惟其仍是減少了規範對於保護法益之想像，是規範所不容許之危險狀態，並應透過「廣義因果關係」之多面性，思考該種假設因果關係彼此疊加，甚至附加作為犯之狹義因果關係時，應如何評價多數行為人之參與問題。因此，該判決於確認法益並未遭受實質威脅，仍肯認行為人應就其遺棄子女之行為負擔遺棄罪之責任，即是論證本文透過「廣義因果關係」超脫單純實質侵害之「狹義因果關係」認定之依據，並得利用本文之論述補充其確實內涵。申言之，行為人之遺棄行為，於遺棄罪乃是危險犯之前提，透過廣義因果關係之思考，其行為仍已破壞法規範對於法益應有之多重保護，進而具有危險犯之「支配地位」而得跳脫不做為殺人受限於狹義因果關係之思考，並得論以正犯之處罰。並須說明者，此種將重要法益之危險狀態獨立處罰之思考，亦是透過廣義因果關係跳脫狹義因果關係對於結果與行為之連結思考之論證方式。

## 伍、研究結果 - 結論與建議

綜上所述，本文於分析既有國內外學說實務之見解，並觀察不作為犯與犯罪參與理論之當代樣貌與實質內涵之演變後，認為支配理論於不作為犯之處罰基礎界線上，已得做為犯罪參與評價與其溝通之橋梁，並於探討廣義因果關係於不作為犯之參與評價之實際應用後，亦得發覺本文所持之理論基礎有助於以有體系之方式解決學說見解於早期提出之諸多爭議，並得於不牴觸近期學說意旨之前提下，帶動近期學說見解於立論上之一貫性。

此外，針對我國最高法院於實務意見長久避免正面回應之不作為犯參與評價之議題，本文透過近期被司法院關注之重要判決意旨，指明該判決於立論上

得補充之處，使其引導後續主流見解地位之理論基礎更顯穩固，並得期待透過本文見解，使我國最高法院、實務見解於處理系爭議題上更為積極，以兼顧節制不作為犯之處罰界線，與論理基礎之體系一貫性。

# 科技部補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2016/10/30

科技部補助計畫	計畫名稱: 不作為犯的參與評價
	計畫主持人: 李聖傑
	計畫編號: 104-2410-H-004-071- 學門領域: 刑事法
無研發成果推廣資料	

104年度專題研究計畫成果彙整表

計畫主持人：李聖傑			計畫編號：104-2410-H-004-071-				
計畫名稱：不作為犯的參與評價							
成果項目			量化	單位	質化 (說明：各成果項目請附佐證資料或細項說明，如期刊名稱、年份、卷期、起訖頁數、證號...等)		
國內	學術性論文	期刊論文		0	篇		
		研討會論文		0			
		專書		0	本		
		專書論文		0	章		
		技術報告		0	篇		
		其他		0	篇		
	智慧財產權及成果	專利權	發明專利	申請中	0	件	
				已獲得	0		
			新型/設計專利		0		
		商標權		0			
		營業秘密		0			
		積體電路電路布局權		0			
		著作權		0			
		品種權		0			
		其他		0			
	技術移轉	件數		0	件		
		收入		0	千元		
	國外	學術性論文	期刊論文		0	篇	
			研討會論文		0		
			專書		0	本	
專書論文			0	章			
技術報告			0	篇			
其他			0	篇			
智慧財產權及成果		專利權	發明專利	申請中	0	件	
				已獲得	0		
			新型/設計專利		0		
		商標權		0			
		營業秘密		0			
		積體電路電路布局權		0			
		著作權		0			
		品種權		0			
其他		0					

	技術移轉	件數	0	件	
		收入	0	千元	
參與計畫人力	本國籍	大專生	2	人次	
		碩士生	1		
		博士生	0		
		博士後研究員	0		
		專任助理	0		
	非本國籍	大專生	0		
		碩士生	0		
		博士生	0		
		博士後研究員	0		
		專任助理	0		
其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)					



# 科技部補助專題研究計畫成果自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現（簡要敘述成果是否具有政策應用參考價值及具影響公共利益之重大發現）或其他有關價值等，作一綜合評估。

## 1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以100字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

## 2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形（請於其他欄註明專利及技轉之證號、合約、申請及洽談等詳細資訊）

論文： 已發表  未發表之文稿  撰寫中  無

專利： 已獲得  申請中  無

技轉： 已技轉  洽談中  無

其他：（以200字為限）

## 3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性，以500字為限）

本研究成果於分析既有國內外學說實務之見解，並觀察不作為犯與犯罪參與理論之當代樣貌與實質內涵之演變後，認為學說支持之支配理論於不作為犯之處罰基礎界線上，已得做為犯罪參與評價與其溝通之橋梁，並於探討廣義因果關係於不作為犯之參與評價之實際應用後，亦得發覺本文所持之理論基礎有助於以有體系之方式解決學說見解於早期提出之諸多爭議，並得於不牴觸近期學說亦指之前提下，帶動近期學說見解於立論上之一貫性。

此外，針對我國最高法院於實務意見長久避免正面回應之不作為犯參與評價之議題，本文透過早期見解與近期被司法院關注之重要判決意旨，指明該判決於立論上得補充之處，使其引導後續主流見解地位之理論基礎更顯穩固，並得期待透過本文見解，使我國最高法院、實務見解於處理系爭議題上更為積極，以兼顧節制不作為犯之處罰界線，與論理基礎之體系一貫性。

## 4. 主要發現

本研究具有政策應用參考價值： 否  是，建議提供機關

（勾選「是」者，請列舉建議可提供施政參考之業務主管機關）

本研究具影響公共利益之重大發現： 否  是

說明：（以150字為限）