

## 刑事法判解

## 作為犯與不作為犯之區分標準

## 臺灣屏東地方法院105年度交訴字第36號刑事判決

## 【實務選擇題】

關於不作為犯的敘述,下列何者錯誤?

- (A) 純正不作為犯,乃指行為人僅能以不作為的方式,實現刑法上所規定的犯罪行為
- (B) 純正不作為犯的行為態樣,在於不為規範所期待的積極行為
- (C) 不純正不作為犯違反者乃命令規範,亦即以不作為的方式實現刑法通常以作為方式所規定的犯罪行為
- (D) 殺人罪的成立,行為人可以作為犯為之,也可以不作為犯為之

**答案**：C

## 【裁判要旨】

刑法第185條之4之保護法益為何,學說紛云,有認為係為保障生命身體的安全,有謂係為保障公共的安全,亦有認為係為民事請求權的保障等等。然而,「如果當事人對於車禍的發生毫無過失,甚至是一個純粹的被害人,逕自離開車禍現場,是否成立肇事逃逸罪?…所謂肇事,當然指事件的發端,而非霉運當頭,毫無預警的被捲入事端。此外,肇事逃逸行為人,必須居於類不純正不作為犯的保證人地位,有一個值得譴責的前行為。否則,肇事逃逸就可能羅織無辜。換言之,刑法要求行為人必須負起責任,監控車禍發生後的公共危險狀態,必須行為人至少有過失的參與了車禍。一個過失致死行為,代價是兩年以下的有期徒刑;一個車禍參與者,單純的離開現場,代價卻是一年以上七年以下有期徒刑(原文時的舊法是五年以下有期徒刑),如此輕重失衡的法定刑,已經預設了肇事逃逸罪必須嚴格解釋,亦即唯有過失的車禍參與者,才可能成立肇事逃逸罪」(參學者林東茂教授著刑法綜覽,修訂四版第2-242、2-243頁)。因此,公訴人雖援引最高法院上述見解認為人對於車禍之肇事雖無過失,仍應負刑第185條之4之刑責等語。然查,如上述,本件是告訴人未注意車前狀況,緊急煞車而自摔受

傷，兩車並無碰撞，從法條文義解釋，被告並無肇事，也未致告訴人受傷，與構成要件不符。再參酌上開學者的見解，如認被告無過失，仍須負肇事逃逸之刑責，不但有違法理，且輕重失衡。甚且，本件告訴人不顧行車速限，且未保持安全車距，其自甘冒險超速且未保持安全車距而撞上前車或自摔的風險而騎乘機車，屬自甘冒險的行為，縱因此而自行摔車受傷，應自行承受該冒險行為的後果，法律不應為保護該自甘冒險的行為，而課嚴峻刑罰或民事責任於無過失的第三人。

### 【爭點說明】

刑法上的作為犯，是違反禁止行為人為一定行為的「禁止規範」；而不作為犯則是違反刑法要求行為人必須為一定行為的「誡命規範」（或有稱「命令規範」）。應如何區分「作為」或「不作為」，區分實益在於，若肯定行為人系爭行為屬於不作為，則再進一步討論不作為犯的保證人地位等客觀、主觀等要件。也因此，區分標準有下列不同看法：

#### 1. 評價規範說

採此說者奠基於「社會行為論」，認為刑法上的行為，必須事由人類意志驅動的外在物理變動外，還必需是具有社會意義的行為。也因此，基於「社會評價的觀點」，所謂「不作為」，是一種法律及社會上的「價值判斷」，必需視具體個案中，行為人應受「社會非難」或「法律規範評價的重點」何在，亦即以「可非難的評價重點」作為判斷標準。簡單來說：不作為就是不為社會期待的一定身體行動。然而本說遭到「社會價值」與「評價重點」模糊難以區分之批評。

#### 2. 風險關係說

而有學者採取「風險關係說」，其認為作為犯係指禁止我們作出製造風險的行為；而不作為則是法律期待我們消滅既存風險，但我們卻放任既有風險的作為，導致利益侵害失控而實現全部不法構成要件，因為對於既存風險，法律勢必期待行為人消滅風險的作為，而違背作為義務的作為，則是不作為。

#### 3. 法權領域說

採「法權領域說」之學者認為，個人存在於世界，均可透過法律所保障的諸多權利（例如：隱私權、名譽權或財產權等），建構屬於自己的法權利領域，而在不破壞他人法權利領域前提下，在自我權利領域中，個人可以自由地形塑自我，但是自由地行使個人權利下本來就會存在一定風險，例如：駕駛車輛行駛遷徙自由時，可能遭遇車禍風險。

所謂的「作為」即是行為人將風險輸出到他人法權領域中，而違反刑法「禁止規範」；至於「不作為」則是雖然個人未輸出風險到他人法權領域中，然對於發生在他人法權領域中，因該他人自由行使權利所導致的風險，未將該風險撲滅的行為。必須注意的是，為什麼刑法會平白無故要求行為人去撲滅他人製造出的風險？這涉及到行為人必須積極撲滅風險的義務，而該義務就是指「保證人地位」。

4. 結論：

其實，不論作為與不作為係採取何種學說，於特定情況下若因檢討之行為不同，導致個案當中同時有成立「作為犯」及「不作為犯」時，論以「作為犯」即足以包括評價整個「作為」與「不作為」時，則直接在「競合」層次，直接論以該罪之「作為犯」即可。

【相關法條】

刑法第15條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！