

## 名師啟試錄 ③

## 不作為犯的正共犯問題

編目：刑法

主筆人：旭台大

不作為犯與作為犯相同，也會產生正犯與共犯問題。惟具有保證人地位之行為人無法以「**間接正犯**」達成**不作為犯罪**，理由在於間接正犯之行為人必須透過對於被利用人「**優越意思支配**」達到犯罪支配行為，難以想像可以透過不作為的方式達到「**優越意思支配**」。

此外，具保證人地位之人也無法以「**教唆犯**」型態達到不作為犯罪，理由在於教唆犯為「**造意犯**」，係指足以使本無犯意或犯意未確定之人**產生實施犯特定犯罪決意之行為**，其**手段、方式並無限制**，不問是以言詞、文字或舉動，亦不分係以利誘、指示、指揮、命令、囑託、慫恿、忿激、央求、故意給予錯誤之訊息等，更不計係明示或默示，縱以問題或含混不明示之言詞包裝，亦同（臺高院 100 上訴 3615 決）。亦即，必須教唆必須透過「**作為**」方式為之，難以想像行為人能以「**不作為**」方式，達成創造他人犯意的教唆行為。

也因此，不作為犯僅能成立共同正犯或幫助犯而已，至於應如何區分不作為正犯與幫助犯之爭點，是 2017 年研究所乃至於律師考試熱門考點，未來也不排除有出題可能性，討論如下。

## 壹、作為與不作為之區分

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**」）<sup>註1</sup>。簡單來說，**不作為是一種令人失望的期待，在別人需要被援助的時候，不伸出溫暖的手**<sup>註2</sup>，因此不作為犯的本質即是**違反刑法的命令而「有所不為」**。

<sup>註1</sup>此係指純正不作為犯而言。以刑法第 149 條聚眾不解散（純正不作為犯）而言，刑法要求行為人必須於一定時間內解散，而行為人違反此誡命規範，方構成本罪。然而，針對不純正不作為犯而言，以刑法第 271 條殺人罪為例，條文係要求行為人禁止為殺人行為的禁止規範，只是行為人選擇以作為或不作為的方式違反該禁止規範而已，因此不純正不作為犯是違反刑法的禁止規範，而非誡命規範。詳見：林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2014 年，頁 531-532。

<sup>註2</sup>林東茂，《刑法綜覽》，一品，2012 年，頁 1-165。

不作為犯類型有二：「純正不作為犯」及「不純正不作為犯」。所謂純正不作為犯，係指行為人僅能以不為法律所要求特定義務的「不作為」方式實現構成要件，例如：刑法第149條聚眾不解散罪、第294第1項後段違背義務者遺棄罪、第306條第2項滯留不退去罪等。

至於不純正不作為犯，則規定於刑法第15條，以其不作為對犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止，致犯罪結果發生，其不作為與作為有相等之評價為要件，並於同條第二項規定前行為者之防止義務（100台上2800決）。然而，為避免不純正不作為犯的過度擴張，刑法特別要求不純正不作為犯之行為人必須具有「保證人地位」<sup>註3</sup>，負有防止結果發生的義務，才能與作為犯相提並論，適用作為犯之要件而構成犯罪。

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：

#### 一、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」<sup>註4</sup>，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<sup>註5</sup>。簡單來說：不作為就是不為社會期待的一定身體行動<sup>註6</sup>。然而本說遭到「社會價值」與「評價重點」模糊難以區分之批評。

<sup>註3</sup>保證人地位僅是一種學說的分類，其類型及要件多有不明確及爭議之處，相對較無爭議者，是「危險前行為」所建構的保證人地位（林東茂，《刑法綜覽》，一品，2012年，頁1-176）。另外，有學者自刑法義務型態出發，重新建構兩個與實質不法概念有相容性的保證人地位（「自由法秩序之補充性扶助體制」、「風險管轄合意移轉」），詳細論述可見：周濛沂，〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《臺大法學論叢》，43卷1期，2014年3月，頁209以下。

<sup>註4</sup>周濛沂，〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11卷2期，2014年12月，頁92。

<sup>註5</sup>林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2014年，頁533-534；王皇玉，《刑法總則》，新學林，2014年，頁504。

<sup>註6</sup>陳子平，《刑法總則》，元照，2015年，頁144。

## 二、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<sup>註7</sup>。

## 三、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：駕駛車輛行使遷徙自由時，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，為什麼刑法會憑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**」<sup>註8</sup>。

### 【旭說從頭】

1. 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<sup>註9</sup>。
2. 過失犯本身就是未盡注意義務所導致，因此「**未盡注意義務**」的行為，會被評價為不作為，所以過失犯本身即已隱含有不作為的概念。

<sup>註7</sup>黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照，2012年，頁676；蔡聖偉，〈不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一）〉，《月旦法學教室》，第51期，2007年1月，頁50。

<sup>註8</sup>周漾沂，〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11卷2期，2014年12月，頁105-107。

<sup>註9</sup>蔡聖偉，〈不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一）〉，《月旦法學教室》，第51期，2007年1月，頁50-51。

## 貳、正共犯區分標準

刑法部分條文於九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行，其中修正前刑法第四章之章名「共犯」，修正為「正犯與共犯」，其立法理由：「由於我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且目前學說見解皆認正犯與共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為（如：直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如：教唆犯、幫助犯），爰將現行法之『共犯』章名，修正為『正犯與共犯』，以符實際」等語。是修正前刑法所稱之「共犯」，包括同法第二十八條之共同正犯及同法第29條之教唆犯以及第30條之幫助犯，則修正前「共同正犯」與「共犯」之範圍已不盡相同。且修正後所謂「共犯」，僅指「教唆犯」或「幫助犯」，而不包括第二十八條之「共同正犯」（97台上1758決）。

申言之，我國現行刑法採二元（直接；間接）犯罪參與體系，第四章所稱之**正犯**，係相對於共犯（傳統上稱為「從犯」；指教唆犯及幫助犯，屬間接參與犯罪實行之人）而言，計分三種類型，即為**直接正犯**、**間接正犯**及**共同正犯**，觀諸其修正理由記載甚明。而**直接正犯**，指行為人出於自己犯罪之意思，直接實行犯罪之行為，望文即生義，最為典型；**間接正犯**，指行為人雖未自己實行犯罪構成要件之行為，卻基於自己犯罪之意思，利用無責任能力或乏犯罪故意之他人進行，因無異將他人作為自己犯罪之手腳或道具，是給予相同之評價；**共同正犯**，則指行為人出於自己犯罪之意思，而與他人有犯意聯絡、行為分擔，因互相利用、共同完成自己之犯罪計畫，是須就犯罪之全部內涵，共同負責。可見倘未參與實行犯罪構成要件之行為，且無有利用他人以完成自己犯罪計畫之意思者，既不成立共同正犯，亦非間接正犯。又所謂教唆犯，係指教唆原無犯罪意思之他人，使之萌生犯罪之意思，進而實行犯罪之情形而言，因造意引發他人產生犯意而犯罪，就惹起犯罪之角度觀察，與正犯之間，具有一定程度之從屬性，但若被教唆者實際上並不成立犯罪（例如無效教唆或失敗教唆），則教唆者之教唆行為，無何作用，乃不加非難，亦不成立犯罪，刑法第29條修正意旨說明綦詳（102台上317決）。由於刑法採取「正犯」、「共犯」二分原則，緊接著要處理的就是：如何區分誰是「正犯」？誰是「共犯」？

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 一、犯罪支配理論

刑法對於正犯與共犯之區分，學者通說採取犯罪支配說（犯罪行為支配說），乃以**犯罪事件支配在何人**為區別的指導原則，依此原則，正犯乃對於犯罪能以自己之意思阻止或令其進行，即具**犯罪支配之決定性角色**。反之，共犯乃無自己的犯罪支配，在犯罪流程中居於邊緣角色，**僅誘發或促成犯罪者**。在判斷犯罪支配之同時，應考慮各個行為人客觀行為貢獻的方式與比重、主觀對於犯罪駕馭及企求的程度（臺高院 102 金上重更(一)16 決）。

簡單來說：所謂「正犯」，係指犯罪事件之「**關鍵角色**」，可以依自己之**意願操縱、阻止或加速實現構成要件之進行過程**；而「共犯」則屬於「**邊緣人物**」。簡單來說：正犯就是「**操縱或支配法益侵害流程**」的人<sup>註10</sup>。

正犯支配犯罪之具體類型約略可分為：1.行為支配（直接正犯）、2.意思支配（間接正犯）與 3.功能支配（共同正犯：共同的角色分擔）等幾種，欠缺以上支配關係之犯罪參與者，就僅能論以共犯。

### (一)行為支配：直接正犯

所謂「**直接正犯**」，係指直接單獨正犯透過（支配）自己的行為，用以實現犯罪構成要件者<sup>註11</sup>。

### (二)意思支配：間接正犯

按**間接正犯**，係指行為人利用他人作為**犯罪之工具**，以實現直接正犯之**犯意與犯行**；亦即間接正犯係隱藏於幕後，**操縱支配被利用者之意思**與意思活動，而達到與親自實行構成要件該當之**意思支配**之謂（93 台上 244 決）。

### (三)功能支配：共同正犯

所謂「**共同正犯**」，係指共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯在**客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為**，以**共同支配犯罪**「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有**支配如何實現之犯罪意思**而受歸責，固不以實際參與犯罪構成

<sup>註10</sup>蕭宏宜，《未遂與犯罪參與》，三民，2015年，頁95。

<sup>註11</sup>蕭宏宜，《未遂與犯罪參與》，三民，2015年，頁96。

要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之策劃、謀議、指揮、督導、調度而未實際參與犯罪，或僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現**具有功能上不可或缺之重要性者**，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有**功能性的犯罪支配地位**，亦為共同正犯（103台上2443決）。

也就是說：在功能性犯罪支配概念下，多數人依其角色分配共同協力參與構成要件之實現，其中部分行為人**雖未參與構成要件行為之實行**，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有**不可或缺之地位**，仍可成立共同正犯（100台上6096決）。例如：把風。再就犯罪支配理論而言，正犯係犯罪事件之關鍵角色，可以依自己之意願操縱、阻止或加速實現構成要件之進行過程，共同正犯間雖未必全體均實行構成要件，**惟在共同之犯罪間有符合其犯罪目的之角色分配，此種功能支配乃不可或缺**。判斷前行為人對結果之負責與否，亦可由此支配角度出發，**共同正犯中之一員，於實行犯罪之初，具有支配性**，其後因他故離開該共同犯罪集團，致未與其他共同正犯繼續共同實行行為，其是否仍須就加入後行為人後之共同犯罪團體所為之結果負責，端視前行為人是否對後結果有**支配可能**，若前行為之原因雖繼續作用，惟卻有其他獨立原因力從中介入，而產生一獨立結果，則前行為人既已無法支配該獨立結果之產生，其自無須對之負責（臺等院臺中分院103上更(一)36決）。

#### (四)犯罪支配理論之例外

##### 1.己手犯

學說所稱「己手犯」，係指某些犯罪，在性質上**必須具有某種特定身分或關係之人，直接親自實行構成要件行為**，始能成立該犯罪之正犯。正犯以外之人雖可對之加工而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，**亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯**，如偽證罪即是（101台上5863決）。

簡單來說：己手犯必須自己親自實施犯罪，不能假手他人，而

【高點法律尋址】  
版權所有，重製必究！

非親自實施犯罪者根本就不屬於正犯（直接正犯、間接正犯、共同正犯），頂多只能論以教唆犯或幫助犯而已。也就是不適用犯罪支配理論。

《89年律師》

甲乙二人應丙之邀共同乘坐由丙所駕駛之小客車，不料途中丙不慎肇事撞傷丁。甲乙兩人思報答丙以往之恩情，而共同商量由甲出面自承該車係由甲所駕駛肇禍。嗣於丙被訴過失傷害之偵查程序中，甲乙均供前具結而為虛偽之陳述係甲駕車肇事。問甲乙兩人共犯（或各犯）何罪？（25%）

【答題關鍵】

- (1)甲出面自承該車係由其所駕駛，構成刑法第164條第2項頂替罪。
- (2)甲、乙二人均供前具結，而就案情有重要關係事項，為虛偽之陳述係甲駕車肇事，因偽證罪性質為「己手犯」，甲、乙均不可能參與其間，縱互有犯意聯絡，仍非共同正犯，基此甲、乙二人僅「個別」成立刑法第168條偽證罪。

2.純正身分犯

所謂「純正身分犯」，指構成要件上之身分，以具一定身分為可罰性基礎者，如公務員貪污之各種犯罪所規定之身分（學理上稱之為純正身分犯），因此欠缺該「創設刑罰之身分」者，根本無法構成該犯罪之正犯，至多只能成立教唆犯或幫助犯。

但我國刑法§31條對於「純正身分犯」規定之構成要件，認為具有身分者與不具有身分者共同實行犯罪時，該不具有身分之人，將被「擬制」具有構成要件身分，雖無特定身分，依刑法第31條第1項規定，仍以正犯論，僅得減輕其刑。

3.義務犯

又判斷行為人是否為正犯，應兼顧行為人之主觀行為與客觀心態判斷，故應以是否實現不法構成要件為據，原則上，對於整個犯罪過程，具有操縱主宰性之犯罪支配地位之人，始為正犯。故在犯罪類型上，僅有透過自己行為（單獨犯），或透過對他人的意思支配（單獨犯），或透過眾人間彼此互助參與行

為而完成犯罪實現（共同正犯）之支配犯，才有成立共同正犯和間接正犯的可能。

而**義務犯**係指唯有違背法定構成要件所明定之**等定義務**，始能**成立之犯罪**，其成立正犯與否的關鍵性判斷標準在於行為人是否具有特定義務違反性，親手犯則以行為人親自實施構成要件行為為必要，不得假手他人為之，故此二種類型犯罪在法定構成要件下即設有身分上之限制，未具備特定義務或身分者，無從成立正犯，當亦無成立間接正犯與共同正犯之可能（臺高院臺南分院 92 上易 1050 決）。

例如：背信罪（§342）的行為主體是：為他人處理財產事務而對該事物具有「照料義務」之人。至於「不純正不作為犯」，因為該行為人基於保證人地位衍生出特別作為義務，必須具有該保證人地位者方構成正犯，欠缺該保證人地位者，頂多只能論以該罪之教唆犯或幫助犯而已<sup>註12</sup>。

## 二、主客觀擇一理論

反觀我國實務對於正犯、共犯之區分乃採主客觀擇一標準說，即行為人主觀上乃以自己犯罪之意思為之或客觀上親自實行構成要件全部或一部行為者均屬之，此有最高法院 22 年上字 2253 號判例：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡**以自己犯罪之意思而參與犯罪**，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以**幫助他人犯罪之意思而參與犯罪**，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以**幫助他人犯罪之意思而參與犯罪**，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。」（臺高院 102 金上重更(一)16 決）

	犯罪構成要件之行為	犯罪構成要件以外行為
自己犯罪之意思	正犯	正犯
幫助他人犯罪之意思	正犯	共犯

<sup>註12</sup>林鈺雄，〈新刑法總則〉，元照，2014年，頁419。

### 參、不作為犯與共同正犯

立於保證人地位之數人間，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有**以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡**，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係**以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯**（105台上88決）。

也因此，甲父乙母對於落水兒子丙具有保證人地位，而出於共同犯罪決意消極不予救助，導至丙溺水死亡的行為，甲、乙應論以刑法第271條第1項故意殺人既遂罪之不作為的共同正犯（刑法第15條第1項、第28條參照）。

### 肆、不作為正犯與幫助犯之區分

#### 《106年律師》

A得慢性病臥病在床多年，日常起居都由大兒子甲照料。甲為了想早日得到父親的遺產，遂想出一招借刀殺人之計。雖然A仍有堅強的求生意志，但是甲竟然摹仿A的字跡捏造了一封信，信中A表明希望好友乙能讓A無痛苦地早日死亡。隨後甲將信拿給乙看，希望乙能成全A的意願，而乙也信以為真。乙在隔日碰到A的小兒子丙，向丙出示上述信件，丙不知信件係甲所偽造而誤以為真，出於尊重A的求死意願，對於乙的計畫也不予阻攔。甲、丙二人各自知悉乙計畫下手的時間，分別外出，任由乙趁A熟睡時，以枕頭將A蒙住口鼻使其窒息而死。試問甲、乙、丙有何刑責？（答題除引用相關之學說或實務見解之外，應就本案之論斷附具個人意見）（100分）

針對具有保證人地位之不作為犯，應如何成立犯罪之正犯及共犯問題，除了於106年台大法研所(A)卷第2題及106年東吳法研所刑法組第4題已針對該爭點出題外，更於106年律師出現此爭點。

於106年律師第1題題目中，丙消極不阻止乙殺害其父行為，構成刑法第272條第1項殺害直系血親尊親屬罪之不作為幫助犯（刑法第15條、第30條參照）：丙消極不阻止乙殺害其父之不作為，係未消滅法不容許風險，且亦有最近親屬間保證人地位。惟丙知悉乙下手計畫仍外出，究係構成共同

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

正犯或幫助犯？<sup>註13</sup>

### 一、主觀理論

有採「主觀理論」者，認為具保證人地位之行為人若係出於「正犯意思」而違反作為義務者則係不作為正犯；倘出於「共犯意思」者則係不作為幫助。基此，依實務見解（105 台上 88 決<sup>註14</sup>），丙外出係構成要件以外行為，且主觀上係「出於尊重 A 的求死意願」，非謂具有殺人故意，因此應討論是否成立共犯類型中的幫助犯。

### 二、犯罪支配理論者

又有採「犯罪支配理論者」認為，對於不作為正犯與幫助犯之區分仍必須視具有保證人地位之行為人，對於犯罪是否「具有支配地位」，若有則為正犯，若無即為不作為幫助犯。至於「支配地位」的判定，應視該保證人地位之行為人是否具備「足以阻止、避免結果發生能力」，若具被該能力則代表該行為人對犯罪具支配地位，成立不作為正犯；若否定，則不具支配地位而成立不作為幫助犯<sup>註15</sup>。本題行為人丙具有「足以阻止、避免結果發生能力」，應成立不作為殺人罪之共同正犯。

### 三、義務犯說

此外，依「義務犯說」其認為作為犯中，正共犯的區分係以參與者犯

<sup>註13</sup>以下學說整理自：林書楷，《刑法總則》，五南，2016年，頁479-485。

<sup>註14</sup>就共同正犯與從犯之區別，係採主觀（是否以合同之意思即以自己共同犯罪之意思而參與）、客觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說（參見民國94年2月2日修正公布之刑法第28條之修正立法理由）。而就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人（即立於保證人地位者，下以此稱之），若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上亦難認有幫助之犯意（如對故意作為犯之作為無認識等），則在有過失犯處罰明文規定情形下，視其對故意作為犯之犯罪所造成之結果，是否符合應注意、能注意而不注意之過失要件，論以過失犯。

<sup>註15</sup>摘自：林書楷，《刑法總則》，五南，2016年，頁480，但林書楷教授不採此說。採此說者如林鈺雄教授，參見：林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2006年，頁530。

罪支配地位為標準；而不純正不作為犯本質為義務犯而違反「**結果避免的特別義務**」，若具有保證人地位之行為人違反結果避免的特別義務時，均應成立不作為正犯。基此，本題丙係有違反阻止乙殺害其父之結果避免義務，而成不作為正犯。

#### 四、義務內涵理論

亦有從「**保證人義務類型**」出發區別不作為正犯與幫助犯，若具保證人地位者係違反「**保護義務**」（如：父子關係）而消極不阻止他人實施犯罪，應視為不作為正犯；如果違反的是「**監督義務**」（如：師生關係），則僅構成不作為幫助犯，稱為「**義務內涵理論**」<sup>註16</sup>。基此，本題丙係違反「**保護義務**」而其消極不阻止之行為，成立共同正犯。

#### 五、幫助犯理論

採「**幫助犯理論**」，認為具保證人地位者違反其作為義務，只是因其違反作為義務而未採取介入措施的行為，僅屬於犯罪的配角，其係**提高正犯犯罪行為成功的機會**，僅成立不作為幫助犯。因此，縱使丙介入行為足以阻止犯罪結果發生，因丙對於犯罪欠缺支配僅能成立幫助犯。而蕭宏宜教授係採取「幫助犯理論」，有以下數點理由：

首先，蕭教授針對「**犯罪支配理論者**」予以評釋：「**犯罪參與**」於不作為犯中沒有用武之地，理由在於**不作為犯對於發展中的法益危險並沒有進行干預，難以將行為人的不干預作為「支配」**，更遑論倘存在有其他參與者透過作為方式支配事件的因果歷程時，例如：護士不阻止生母殺嬰的「不作為」，可能被評價為正犯，然護士協助生母殺嬰則因無法支配因果流程的「作為」而成立正犯，將產生輕重失衡<sup>註17</sup>。

此外，「**義務內涵理論**」將作為義務區分為「**監督**」及「**保護**」義務兩類，蕭教授進一步評釋認為：**對於背負「監督義務的保證人」**，其不作為無法單獨造成法益侵害，該**不阻止行為僅是促進構成要件實現的助力，並非直接侵害法益**，例如：建築師甲對於建商偷工減料一事知情而不阻止，經驗上難以想像甲能透過不作為對於建商的作為能予以掌握支配。

又針對「**背負保護義務的保證人**」，例如：父親甲不阻止親戚乙與自己未成年子女丙間的合姦行為，對於「**己手犯**」或「**意圖犯**」的犯罪類

<sup>註16</sup>林書楷，《刑法總則》，五南，2016年，頁482-483。

<sup>註17</sup>蕭宏宜，〈竊盜行為之犯罪參與問題〉，《月旦法學雜誌》，第230期，2014年7月，頁277。

型中，甲因欠缺構成要件所要求的特別行為非價，即未親手實行血親性交行為，**本來即應成立不作為幫助犯，而不構成正犯**，不會因為對子女存在保護義務而改變。

末則，除了「監督」及「保護」義務兩者難以清楚區分外，蕭教授認為從不作為的本質出發，**作為義務仍然只有一個：「滿足法的期待，阻止既存的危險狀態成為實害」**，就不阻止他人實行作為犯罪情況而言，**應一律成立幫助犯**<sup>註18</sup>。

### 伍、研究所考試相關類題

#### 《106 年台大刑法(A)》

甲與乙同為監所受刑人，住在同一牢房中，甲對乙性侵數次得逞。乙不甘受害，告知前來探視的父親丙在獄中受到侵害。丙遂找機會結識監所管理員丁，給予 10 萬元酬金，希望丁能想辦法阻止甲對乙的侵害。某日，甲再度對乙性侵得逞，乙趁甲睡覺之際，想將甲悶死。丁在監視器前看見牢房中甲對乙性侵的過程，但不想惹事，所以沒去阻止，接著又看見乙要悶死甲，本可即時制止乙，但想到乙之家人有送 10 萬元酬金，遂以藉口上廁所為由，離開觀看監視器的位置。最後，乙果真將甲悶死。試問：乙、丁各自成立何罪？（50 分）

#### 【答題關鍵】

1. 乙悶死甲的行為構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪，且因甲對乙性侵行為已終了不具有正當防衛情狀之「現在性」，亦不得主張正當防衛之阻卻違法事由。
2. 丁收受 10 萬元酬金的行為，因監所管理事務屬於監所管理員丙職務行為，並對於該職務行為收受賄賂且具有對價關係，構成刑法第 121 條第 1 項不違背職務收賄罪。
3. 丁不阻止甲對乙性侵及乙殺害甲的行為，因丁對於監所內事項管理具有保證人地位，涉及不作為與正犯或共犯問題，應討論主觀理論、犯罪支配理論者、義務犯說、幫助犯理論、義務內涵理論，而區別丁究係構成不作為正犯或不作為幫助犯。

<sup>註18</sup>蕭宏宜，〈竊盜行為之犯罪參與問題〉，《月旦法學雜誌》，第 230 期，2014 年 7 月，頁 278-279。

《106年東吳》

臨時演員甲遭電影明星 A 耍大牌羞辱，乃計畫殺 A。某日，片場預定進行槍戰場景拍攝，甲遂依計畫暗中將供拍片使用的空包彈偷偷換成真子彈，但當甲在偷換子彈時被負責道具準備及檢查工作的劇組人員乙發現，惟乙因先前女友遭 A 搶走而對 A 懷恨在心，乃故意假裝不知情而未予以阻止。其後，當電影拍攝開始，不知情的演員丙在誤以為槍裡是空包彈的情況下，仍依劇本安排之動作對 A 開槍，導致 A 當場中彈身亡。試問本案中甲、乙、丙之行為應如何論罪？（25分）

【答題關鍵】

1. 丙開槍射死 A 行為，因演員丙信賴拍片現場工作人員會將道具事先準備及檢查，而善意信賴劇組人員，且丙本身亦未違反任何注意義務，其得主張「信賴原則」而未製造法不容許風險，不構成刑法第 276 條過失致死罪。
2. 甲掉包子彈利用不知情丙殺 A 行為，因對丙具有「優越意思支配」，而成立刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪之間接正犯。
3. 乙未阻止甲犯罪之行為，是否構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪之不作為正犯或幫助犯，涉及不作為與正犯或共犯問題，應討論主觀理論、犯罪支配理論者、義務犯說、幫助犯理論、義務內涵理論，而區別乙究係構成不作為正犯或不作為幫助犯。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！