

## 強制性緊急避難與間接正犯

編目 | 刑法

主筆人 | 滯台大 (張鏡榮)

**【案例】**甲因欠債未還，遭債權人乙強迫交出信用卡還債，否則要讓他肚子開花，甲便趁在加油站打工時，抄下顧客丙之信用卡號交給乙，乙輸入手機後至超商使用該卡消費。(最高法院 109 年台上字第 5037 號判決事實)

### 一、強制性緊急避難

#### (一) 基本概念

上開【案例】中，甲在客觀上遭遇乙強制自己生命身體之危難，為了救助自己之生命身體法益，被迫為交出丙信用卡號之行為，甲係強制罪 (§304) 之被害人，卻將危難轉嫁由丙承擔，學理上稱為「強制性緊急避難」。

#### (二) 避難行為之審查

##### 1、不得已

本項「出於不得已之行為」係指避難者毫無選擇餘地，或無選擇可能性而言<sup>1</sup>，若有合法手段或較溫和手段得以選擇，即不能以違法或攻擊方式避難，例如：為避免暴力討債集團毆打而替其冒名向銀行申請帳戶，並非不得已之避難行為<sup>2</sup>。

【案例】中，雖甲仍有「報警處理」之選項得使用，惟實際上報警將加速其生命惡害，並非同等有效手段，故甲抄錄信用卡號為不得已之手段<sup>3</sup>，必須進一步審查利益衡量。

##### 2、利益衡量

緊急避難可能傷及無辜而具有危險轉嫁的性質，故僅在所保全的法益明顯超越所犧牲的法益時，始得阻卻違法<sup>4</sup>，其具體判斷因素包括：保全與犧牲法益的位階、法益受影響程度、損害發生可能性、無辜第三者的自主決定權等等<sup>5</sup>。

依此，【案例】的甲同時實現乙詐欺取財犯罪計畫之效果，因而動搖法秩序效力，

版權所有，重製必究！

<sup>1</sup> 最高法院 92 年台上字第 4500 號判決、最高法院 94 年台上字第 571 號判決。

<sup>2</sup> 最高法院 94 年台上字第 2324 號判決。

<sup>3</sup> 實務上多認為此種強制性緊急避難並非「不得已」，結論上與「寬恕罪責說」相同，參照最高法院 98 年台上字第 6806 號判決、最高法院 103 年台上字第 1586 號判決、臺灣高等法院 107 年上訴字第 2567 號判決。

<sup>4</sup> 王皇玉，刑法總則，七版，2021 年，頁 301。

<sup>5</sup> 林山田，刑法通論(上)，十版，2008 年，頁 345-352。

是否得主張緊急避難，涉及「利益衡量」要件之審查<sup>6</sup>：

(1) 寬恕罪責說（通說）

避難人(甲)保護個人法益之利益與法秩序維護之利益陷入衝突，此時避難人(甲)立於不法的一方，法秩序不應放棄自身效力來容許此一避難行為，否則將使得第三人(丙)不得對避難人(甲)行使正當防衛，只能忍受自己的法益無端遭侵害，而且亦將使對避難人(甲)與強制行為人(乙)的評價出現矛盾<sup>7</sup>。據此，【案例】的甲抄錄丙信用卡號交付予乙盜刷，僅能因期待可能性較低而依避難過當(§24I但)減免罪責。

(2) 阻卻不法說

依照文義解釋，緊急避難並不區分危難來源，無論是來自自然事件、意外事故或他人的強制，法秩序效力的動搖均不影響利益衡量，避難行為同時實現他人犯罪計畫，只是評價上無關緊要的事實特徵<sup>8</sup>，故【案例】的甲保全之生命身體法益優於丙之財產法益，甲得依緊急避難(§24I本)阻卻違法。

(三) 法律效果之評析

被強制的人能否把危難丟給第三人承擔，或者更文言地說，有沒有權利向第三人主張社會連帶義務，問題點在於我們要用什麼態度看待避難人：如果認為他的所作所為都是被強迫的，就會把他跟承擔危難的第三人當成一夥，因為他們都是被別人支配的「被害人」，第三人自然不能對避難人主張正當防衛，只能對強制的行為人主張，這是「阻卻不法說」；如果把他當成強制行為人拿來犯罪的工具，甚至是有意幫忙別人犯罪的正共犯，那他跟強制行為人一樣都是「加害人」，因此會說他「立於不法的一方」，第三人此時如果反擊他，也只是在回復自己的權利而已。

根據少數說的分析歸納，此問題的根本爭執在於「法秩序效力的動搖應否成為利益衡量上額外考量的因素」，而學說之所以聚焦在此，其實是建立在與其他緊急避難的比較之上。進一步說，其他的避難行為都沒有促成他人的犯罪，只有強制性緊急避難會形成這種結果，那麼我們是否應該在這裡做出一些衡量項目上的調整？就此，有兩個問題需要處理：第一個是法秩序效力的動搖能否成為利益衡量的選項，第二個才是強制性緊急避難行為對法秩序效力的影響，有沒有影響到他主張緊急避難的結論。

<sup>6</sup> 薛智仁，強制性緊急避難—最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，第 3 期，2021 年 9 月，頁 193-197。

<sup>7</sup> 採此見解者，參照王皇玉，刑法總則，七版，2021 年，頁 358-359；林鈺雄，新刑法總則，九版，2021 年，頁 309；陳子平，刑法總論，四版，2017 年，頁 373；許澤天，刑法總則，二版，2021 年，頁 171-172；黃惠婷，強制性的緊急避難—評最高法院九十四年台上字第 2324 號判決，月旦法學雜誌，第 133 期，2006 年，頁 220。

<sup>8</sup> 林山田，刑法通論(上)，十版，2008 年，頁 351；林書楷，刑法總則，五版，2020 年，頁 253。

針對第一個問題，所有侵害他人法益的行為，都會附帶地影響到法秩序，也因此法秩序遭撼動這件事，不應該成為一個獨立的衡量因素，只需如同傳統見解般，就犧牲與保全法益加以權衡即可，「阻卻不法說」可以如此理解；相反地，如果認為刑法除了保護法益之外，還要捍衛自己的效力，否則刑法自己很丟臉，那就必須面對第二個問題，「阻卻罪責說」是在這個前提下形成的。只是我們眼前要處理的問題正是「避難人是否可以主張緊急避難」（＝「避難人有無不法」），結果通說回答我們「他立於不法的一方」，這等於是沒有回答，此所以少數說批評通說「只是一個不附理由的預斷」。而通說認為自己的結論可以讓第三人對避難人正當防衛的堅強理由，其實是倒果為因。我們不能為了要讓第三人正當防衛，就把避難人當成是不法行為人，否則也應該要肯定「攻擊型緊急避難」的不法性才對，甚至如果把面臨自然災害的危難源跟遭他人強制的危難源相比，後者的避難人不見得有比較不值得被寬恕的理由，通說區隔兩者的評價需要更堅強的理論基礎。為此，學說上出現「折衷說」，主張在強制性緊急避難的情況下，應該提高利益衡量的門檻，只有避難人遭受生命、身體或自由的重大危險，而且不會造成他人生命、身體或人身自由的損害時，才能阻卻不法，此說雖然對通說做了一定程度的修正，但仍難逃上述對通說的質疑。

只不過折衷說提到了一個理由頗為中肯，他說前面的通說跟少數說都過於偏頗。為什麼很中肯？根據上面的整理，會發現無論何種學說，都是在進行利益的權衡，差別在於可以被拿來權衡的選項以及權衡的標準為何。然而，即使「阻卻不法說」拒絕把對法秩序效力的影響納入考量，他們也不認為所有的強制性緊急避難案例都必定合於利益衡量而阻卻違法；反之，即使如「阻卻罪責說」把法秩序效力的動搖抓進來權衡，也不是所有的案例都不能阻卻違法，因為法秩序效力的動搖程度取決於犧牲的法益類型、對法益造成的實害或危險等，而這個頗實際的操作方式，正好與跟折衷說的路徑一致。

## 二、間接正犯：正犯後正犯

### (一) 基本概念

「間接正犯」係指行為人不親自為犯罪行為，而是在背後支配操縱利用他人為犯罪工具，以上位者（後台者）的地位支配被利用人（工具人）的意思決定與意思活動，間接地實現構成要件<sup>9</sup>，例如：慫恿重度精神病患槍殺他人。

間接正犯具有正犯不法的原因在於，利用人以其意思上或知識上的優越性來操控支配被利用人，進而支配被利用人實施犯罪的因果流程。換言之，利用人透過意思的表達實現其支配力而成立正犯<sup>10</sup>，此即「意思支配」。依此，間接正犯包括「知識上的優位性」、「意

<sup>9</sup> 林山田，刑法通論（下），十版，2008年，頁52-55；王皇玉，刑法總則，七版，2021年，頁431。

<sup>10</sup> 許玉秀，被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪，台灣本土法學雜誌，第27期，2001年10月，頁98-99；

思上的優位性」以及「組織權力機構的優越地位」三種類型<sup>11</sup>。

【案例】中，乙強迫甲實現乙自己的詐欺犯罪計畫，是利用自己意思上的強制力來形成犯罪支配，此一類型之支配即為「意思上的優位性」，或稱為「強制支配」。

## (二) 強制支配之類型

### 1、被利用人不成立犯罪

例如：甲見到乙正在某義大利精品櫥窗外望「包」止渴，想起自己曾經因穿著窮酸而在這家店被店員無視。為了報復該店，甲直接推乙去撞破櫥窗玻璃。因利用「他人」實施犯罪行為，始能成立間接正犯，甲以其生理上的「直接強制」手段使乙破壞店家財產法益，乙的行止並非刑法上的行為，其只是甲毀損行為的機械性工具，故甲應成立毀損器物罪（§354）的直接正犯，而非間接正犯<sup>12</sup>。

### 2、被利用人成立犯罪：正犯後正犯

#### (1) 基本概念

「正犯後正犯」係指被利用人成立犯罪，幕後的利用人仍因其優越的支配地位而成立間接正犯。換言之，無論被利用人是否成立犯罪，都不影響利用人成立間接正犯的可能<sup>13</sup>。

#### (2) 案例解析

【案例】中，乙對甲的強制力屬於「心理強制」（間接強制），乙的強制已使其意思支配凌駕於甲的行為支配，乙應成立詐欺得利罪（§339II）之間接正犯<sup>14</sup>。

## (三) 理論評析

### 1、意思支配的理論脈絡

與直接正犯相比，間接正犯未親自實施構成要件行為；與共犯相比，間接正犯具有正犯的犯罪意思，因此是夾在正犯與共犯中間的尷尬犯。依照古典犯罪階層體系下的形式客觀說所產生的緊縮行為人（狹義犯罪人）概念，利用人未親自實施構成要件，不能論以正犯。那論共犯總可以了吧？不行！因為主觀要素全被放在罪責，共犯的成立只能採嚴格從屬理論，如果被利用人剛好無罪責，利用人不可能因從屬而成立教唆

版權所有，重製必究！

許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，二版，2000年，頁43-45。

<sup>11</sup> 許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，二版，2000年，頁43；黃常仁，間接正犯與正犯後正犯，一版，1998年，頁107。

<sup>12</sup> 林山田，刑法通論（下），十版，2008年，頁54。

<sup>13</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，收錄於：刑法問題研究（一），一版，2008年，頁172-173。學說上有稱為「特別利用關係的間接正犯」者，林山田，刑法通論（下），十版，2008年，頁62。

<sup>14</sup> 林鈺雄，新刑法總則，九版，2021年，頁423-424。

犯，這時候處罰漏洞就出現了，學說上只好另外創造間接正犯概念來補這個歸責上的破網。只是要怎麼解釋間接正犯的正犯特質，一直是學說上很頭痛的問題，Roxin 在二十世紀 60 年代提出一個嚇瘋德國刑法界的概念：意思支配。在那之後大家基本上就不太質疑間接正犯的身世了，因為他之所以被評價為正犯，正是他用自己意思上的力量去操控他人，並且操控犯罪實現的因果流程。有了「意思支配」這個新成員的加入，通行的犯罪支配大家庭成為主客觀混合的支配理論。

## 2、正犯後正犯：有自由意志就不可能被利用？

在民國 95 年新法施行前，法務部修正草案曾以「利用正犯以外之他人」實施犯罪來對間接正犯下定義。換句話說，只有在被利用人不能成立犯罪時，利用人才會成立間接正犯。這樣的定義其實是採取了早期實務上與刑法學者的說法，這項見解的重點在於，若刑事責任建立在人類有自由意志的前提之上，一旦被利用人成立犯罪，就代表法秩序承認了他的自由意志，利用人也就不可能對被利用人有支配。但是這麼理解利用人與被利用人的關係是有問題的，就拿多數人的人生來當例子，我們多少都有這樣的經驗，就是被別人當成工具人去買早餐或寫作業（愛情是盲目的），但這只表示我們當時很笨，我們仍然是有自由意志的。以刑法學的用語來說，就是這跟「間接正犯具有獨立不法」的前提互相矛盾，因為如果成立間接正犯與否取決於被利用人是否成立犯罪，等於是讓被利用人來決定利用人的刑事責任，因而違反具有憲法位階的「罪責原則」，這種說法後來也逐漸被揚棄，大家改以「意思支配」來判斷間接正犯的成立與否。

## 3、強制性緊急避難的危難來源：間接正犯 vs 共同正犯

回到開頭的【案例】，避難人究竟是加害人或是被害人，技術上要確定的是他的不法。在構成要件階層，最高法院判決以原審未查明避難人是否具故意為由撤銷發回。最高法院這點質疑雖然是撤銷發回的慣用手法，但確實點到一個重點。如果不確定甲是否知道乙將要拿信用卡號去詐欺，那就欠缺強制性緊急避難「實現他人犯罪」這項特質，自然不必捲入強制性緊急避難的是非之中；如果一開始避難人就有與強制行為人共同犯罪的正共犯意思，則這也不是強制性緊急避難。總之，只有在避難人具犯罪故意但欠缺共同犯罪或共犯意思的情況下，才有討論強制性緊急避難的必要。由此可知，通說擔憂避難人合法但強制行為人違法的評價矛盾是不必要的，因為只有在兩方成立正共犯的前提下，才有評價一致的需求，而這正好不是強制性緊急避難要處理的議題。此時避難人反而是被利用的工具，間接正犯與被利用人本即應分別評價，這與我們上面乙成立間接正犯的結論是一致的。