

以比較法觀點論不純正不作為正犯與共犯之區分

陳柏良*

壹、前言

不作為犯（本文下述之不作為犯，均限指不純正不作為犯）之判斷，已屬刑法理論的難題，若其中再交錯論及正犯（Täterschaft）與共犯（Teilnahme）領域，亦即牽涉到正犯與共犯之區分及作為（Begehung）與不作為（Unterlassung），則可謂是刑法領域中的重大難題。

就數人犯罪之情形，邏輯上可區分為四種情形：

- （1）正犯是作為，共犯亦以作為方式為之。
- （2）正犯是作為，共犯以不作為方式為之。
- （3）正犯是不作為，共犯以作為方式為之。
- （4）正犯是不作為，共犯亦以不作為方式為之。

囿於篇幅，本文論述限於上述第二種情形，也就是正犯是作為，而共犯是不作為是否可能成立？抑或是參與者一旦具備保證人地位，其不作為即被評價為正犯，而無共犯成立的空間？

本問題之基礎，仍須以正犯與共犯有所區分為必要，雖此一先決問題（即正犯與共犯是否區分），在學說上迭有爭執。但參見我國及以下主要引介之德、日立法例、學界有力說、判決實務，皆採取區分必要說觀點，是以本文採認正犯與共犯區分說。另為避免論述不當偏離，本文並不再就不作為犯處罰之刑罰正當化基礎詳以論證。此外，本文認為本問題細部的不作為教唆及不作為幫助，需另為文處理，留待後來之作，以此期待自己更為努力。此等當先敘明。

在正犯與共犯區分的基礎上，於不作為犯的領域中首先碰到的難題就

* 陳柏良，國立政治大學法學碩士，律師高考及格。

是：是否如作為犯一般，區分正犯與共犯？若要區分，其區分標準為何？本文認為德國及日本之實務見解與學說發展，遞有更新，足供我國未來發展這一塊刑法領域時比較研究，是以本文採取文獻分析法，以德國及日本的實務及學說為分析對象。並且以釋義學的角度加以討論。希冀達到拋磚引玉之效。

本文首先引介德國與日本的實務見解，其中尤重案例說明，並適度地批評，以逐漸地使問題清晰。次則以德國 Roxin 教授之刑法總則教科書為綱，漸次說明德國學界關於此一議題之見解與觀點。末表示本文之意見並為檢討與省思。附論部分，以一則士林地方法院判決，說明其中提及各相關概念，但因觀念之不完整，以致於無法為更進一步之闡述，誠屬遺珠之憾。

在此，另應說明者為本文用語，參照 2005 年我國刑法總則修訂後的使用方式，共犯係指狹義的共犯，亦即本文的用語「共犯」，乃指教唆犯與幫助犯。

貳、德、日實務見解

一、 德國

本文引介之德國實務見解，以戰前之帝國法院及戰後的聯邦最高法院為軸線，期略可顯現其發展之軌跡。後並於其後評論該發展之狀況。

（一）帝國法院時代（Das Reichsgericht, RG）：

1. 案例

【案例一】

在監獄中的監獄管理人，見到監獄中的被拘禁者竊取他被拘禁者的財物，卻放任其為犯罪，該監獄管理人被論以不作為幫助犯（RGSt 53,

292) ¹。

【案例二】

未成年人某甲，決議殺死甲的監護人（即乙）將要誕生之私生子丙，為乙所知悉，乙並不加以勸阻，亦未於甲殺人之際聯絡救護車或委請專門之助產士加以救助。最後甲論以殺人罪正犯，乙則被論以不作為幫助殺人罪（RGSt 72, 373）²。

2. 從而可見，帝國法院時代就已開始對不作為共犯定罪，然就認定之標準與界線，則未有明確之揭示。

（二）聯邦最高法院（Der Bundesgerichtshof, BGH）：

1. 案例

【案例三】

被告甲是飲食店的經營者，對於熟客乙提供大量的啤酒，且於乙開車離去時記未加以阻止亦未報警處理，後來乙因酒駕於路上撞死路人丙。乙被論以德國刑法（Strafgesetzbuch, StGB）第 222 條之過失致死罪及舊德國刑法第 330 條故意過失飲酒致行為人於無責任能力之犯罪行為罪。甲則被論以過失致死罪（BGHSt 4, 20）³。

2. 游移於主觀說與支配說之間

在案例三中，德國法院顯然認為：數個行為人對於刑法上的同一結果，以不同之方法共同惹起是可能的。尤其在一人以作為的方式，另一人以不作為的方式加以完成，如果彼此間相互了解他方行為時，**其正犯與共犯的區分，以其個人主觀心態的差異加以區別**。至於彼此間並不知悉的情形下，則論以同時犯。

¹ Jescheck 著，西原春夫監譯，「ドイツ刑法總論」，頁 548。

² 神山敏雄，「不作為めぐる共犯論」，頁 20。

³ 神山敏雄，「不作為めぐる共犯論」，頁 32。

⁵ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 125.

除了上述各案例，德國實務在運作上，於不作為的正犯與共犯上，是採用與作為犯相同的方式加以判斷。在帝國法院時期，法院在此領域是追隨著當時作為犯的區分方式，而採取主觀說之見解。也就是根據其具備正犯或共犯的故意而加以判斷。

抑或是根據：是否不作為的保證人沒有防止構成要件實現，就是有正犯或幫助犯的意欲。而就結論上，當時已經有少數的判決接受不作為中幫助犯的情形⁵。

而德國聯邦最高法院在作為犯之部分，對於正共犯的區分，則搖擺於主觀理論與行為支配理論之間。至於就不作為犯部分，將透過下列判決而得到實際上特殊的意義：具有保證人義務者，而對於自殺者不加以阻止，是否成立不作為之正犯或共犯？法院在第一個案子應該論處故意殺人或謀殺罪；卻在第二個案子應該給予行為人無罪開釋⁶。

而在聯邦最高法院BGHSt 2, 150 的案件中，實務界第一次明確的駁回主觀理論，而支持行為支配理論之看法。而此案例乃是妻子見到丈夫上吊而陷入昏迷，但是故意不將繩子剪斷。最後法院是以不作為的故意殺人正犯對妻子加以處罰。而對於救助義務，通常是當事人在具體情形中具有廣泛且完整的支配，始能成立。也就是透過其干預，可以明確的造成結果轉變。在此法院之見解認為：對於該行為不需要出於自己的意願，也不需要以幫助故意作為論證基礎。雖有論者以從屬於他人的行為故意，且將義務置於不明確的事實上支配概念作為要件。而Roxin對此點意見認為需要再加以斟酌。法院亦不再探討故意從屬的問題，而是視其是否具有「事實上支配」⁷。

在近日的一個案子裡，一個父親殺死甫出生之子，而母親袖手旁觀，法院現今採取如同作為犯一般的區分標準—主觀與客觀綜合之觀點，乃是完全可以預料到的事。而不論是採取主觀路線、行為支配或

⁶ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 126.

⁷ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 127.

是利益理論，但判決結論往往停留於刑事訴訟的領域，而未解決上述的理論爭議⁸。

接下來的兩個判決是關於**自殺的避免**，是採取完全不同的解決方式。在聯邦最高法院 BGHSt 13, 162 的案件中，女婿看著岳母自殺，雖然於自殺後有救助的機會及條件，但仍未予以救助。在此案中，縱使女婿有保證人地位，但是法院仍然認定此事件乃是岳母自行招致之事件，並非基於行為人（女婿）可掌控的故意，因此以欠缺行為故意判處無罪；然而 Roxin 認為法院在這個案件中的見解，相當令人懷疑。

而在與前揭 BGHSt 2, 150 類似的案件 BGH MDR 1960, 939 中，未婚妻看見其未婚夫上吊而陷入昏迷，卻未予以救助，聯邦最高法院於此卻採取客觀的區分標準，最後論以不作為故意殺人正犯，其理由乃是該被告具有完全且唯一的行為支配掌控⁹。

在 BGH NJW 1966, 1763 的案件中，一名男性舞客，因為邀請舞娘伴舞被拒絕，一氣之下憤而將舞娘的頭髮剪下，而旅館的老闆娘卻完全未加以阻止。聯邦最高法院雖判定老闆娘具有保證人地位，但是卻開啟如作為犯一般的觀點——以**主觀與客觀綜合理論來評斷**其為正犯或幫助犯，且其標準較偏向於純粹的主觀說——四個正犯低劣的行為已經獲得證實，而**透過該行為方式以達到快樂**，亦可依此認定為正犯。

在較新的判決 BGH StV 1986, 59 中，聯邦最高法院又再度徹底地採取主觀說之立場。該案件針對具有保證地位者的袖手旁觀，究竟要成立正犯或是共犯，完全取決於其是否具有正犯故意。關鍵在於**不作為者的內心態度**。其他的案件，在更新的判決 BGH NStZ 1992, 31 中，也是根據不作為犯的內心態度而定。是否是不作為犯的內心態度，以其是否有主觀的參與，尤其是以利益作為判斷標準，因此單純的幫助故

⁸ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 128.

⁹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 129.

意只不過是放任不管¹⁰。

(三) 德國判決中不適宜的判斷標準

1. 首先需要批評之處，乃在於由上述的德國判決，**自其判決中亦無法尋求出一致的判斷基準**。部份的標準取決於結果避免可能性法則—不作為的行為支配說；部份取決於內心態度（如上述的利益說或是對於結果的認可），就結論上而言，可謂是恣意的。法官幾乎可以任意選擇正犯或幫助犯的同意意欲。而大多數的判決將不作為正共犯的區分視為是**量刑**的問題加以處理。但是也有判決認為正共犯的區分並非量刑上的問題，而是取決於**構成要件是否被實現**。但是不論是採取行為支配理論或是採取正犯意欲理論，都無法解決不作為犯中的分界問題¹¹。
2. 就**行為支配**的適用規則。根據聯邦最高法院BGHSt 11, 272; 37, 293 的判決，可以推論出其所謂的不作為就是若透過該行為人的干預，而可以明顯的使事情轉變。但無法由行為支配加以說明¹²。蓋因其僅是透過結果迴避的可能性說明不作為犯概念的特徵；但行為支配必須有一可掌控的積極因果流程，而非單純的無所事事（Nichtstun）可以達成。因就教唆與幫助而言，一般而言必須要有一個於積極的作為貢獻所導致的行為結果迴避可能性，其即同時具備行為支配而成為正犯。但像這樣的觀點，現今已無人採取此見解¹³。
3. 亦有論者採取**主觀理論**，其首先將焦點著重於不作為犯中特有的顯現部份，外在的參與形式不具重要性，而是以內在的觀點區分不作為犯¹⁴。仔細觀察這樣的論證基礎，可以證實這乃是一個無

¹⁰ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 131.

¹¹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 132.

¹² Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft⁸, 2005, 462 ff.

¹³ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 133.

¹⁴ Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Umterlassungsdelikt, JA ,1980, 553, 558 ; Baumann/ Weber, AT¹⁰, §29 III 2 d.

用的判斷基準¹⁵。

I 首先適用於支配理論的故意理論，乃是一個經過轉化的主觀理論。當共犯意志必須是意志從屬於作為犯的正犯意志，也就是是否實行必須聽任他人決定。在與不作為犯相似的作為犯，亦僅能成立幫助犯。這乃是將主觀理論中的故意理論進一步詮釋，尤其是沒有任何行為，亦無任何的掌控的方式或其他可識別出的意志，而完全聽任作為正犯的行為時，永遠是共犯。這樣的一種區分方式，多次被支持，但仍然被聯邦最高法院拒絕作為不同的解決方案¹⁶。

II 另一種主觀理論—**利益說**，則僅是操作相似的規則，而將**內心的同意（或承諾）**，和**自身的利益**作為判斷的標準。不作為的正犯就是具有保證人地位，且其違反構成要件是透過作為正犯內心的同意及擁有特殊利益；而不作為的幫助犯不僅對於該事件不具備內心的同意，且對於犯罪結果未擁有利益。

III 而針對此種學說反對的理由可以區分為下述三點¹⁷：

A 首先，對於這樣的**界分其標準並不明確**。而且在部分犯罪領域中並無法被劃定出分級的界線。當一個人對於結果的發生只有同意一部份，而且僅能得到一些甚至是極微薄的利益時（但至少還未到無的程度），何時才屬於正犯的界線及幫助犯的開始，這裡顯然是模糊的¹⁸。

B 其次，**陷入行為人刑法的危險**。行為人內在的想法及動機，雖然是認定罪責及量刑事由重要的事項。但是這並不能作為區分正犯與幫助的分界。而且使用這樣分界，就會陷入一種危險：那就是只要具有犯意，不論行為人

¹⁵ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 134.

¹⁶ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 135.

¹⁷ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 136.

¹⁸ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 137.

是否有行為都可以處罰；這顯然是與現行的行為刑法思潮相違背的¹⁹。

C 第三點反駁，這樣理論迴避了客觀上訴訟的認定，而導致判決的恣意性。然而內心的想法，或許能夠由一個人的外在加以觀察得知。當這些行為舉止只是單純的什麼都不做時，上述見解將同意及贊同認定為積極的協助而加以處罰，顯然是欠缺論證的觀點。因此在前述的聯邦法院判決，該女店主對於男客人將女性舞客的頭髮剪光，也可以認定為在這個犯罪的過程中，是為自己的娛樂而不加以阻止的結論。以不作為犯的臉部表情決定其是否為正犯，這樣的訴訟程序既不會使人理解，亦不會使人產生足夠的信賴感。但是法院最近卻採納不明確且恣意的標準。雖然Arzt的意見認為²⁰：在不作為中主觀的參與並未具體的發現，必須觀察動機這種一般而言不易理解，且與刑法無關的方法去解釋。但是整體觀之，動機作為判斷謀殺以及在非規範性構成要件中有很大的作用²¹。

二、 日本實務之見解

觀察日本的判決，因為其大量承認共謀共同正犯，甚至包含現場共謀，因此對於不作為幫助犯的判決，並不如德國般眾多。但是對於不作為幫助的成立與否，仍有值得參考之論述，如下。

【案例一】

在町選舉上，無投票權之人在無正當理由下，卻干預他人行使投票權，但選舉長對於此卻未加以阻止，最後論以不作為的幫助犯（參見

¹⁹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn.138, S. 671.

²⁰ Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Umterlassungsdelikt, JA 1980, 558.

²¹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn.139, S. 671 f.

大判昭和 3 年刑集 7 卷第 173 頁)²²。

【案例二】

對於有審查義務之保險業務員，明知被保險人意圖詐保，但為衝高其業績而不予以審核，且未向總公司報告該情事，最後導致保險公司受到損害。法院認定其為不作為詐欺幫助（大判昭和 13 年刑集 17 卷第 244 頁）²³。

【案例三】

房東甲將其房屋及其附連土地租予乙作為簡易修車廠，而乙於承租房屋後三個月，隔壁土地所有人丙建造單車製造廠並於建造過程中不法竊佔甲的土地。而乙明知丙已有竊佔事實，但不但不加以阻止，而且亦未通知房東甲。

本案中原檢察官所起訴的訴因為不動產侵奪罪（相當於我國的不動產竊占罪）的共同正犯，但是法院見解以為本案中乙與丙並無共同犯意聯絡，且以亦無不法所有意思，因此僅對丙論以不動產侵奪罪（大阪地裁昭和 44 年 4 月 8 日判決）²⁴。

【案例四】

旅店老闆，將其營業執照轉讓於他人，事後知悉該他人將其提供之旅店營業許可作為賣春之場所供應，仍繼續提供而不加以阻止。

法院認為該營業許可的提供與犯罪行為欠缺關聯性，而否定其為不作為的幫助犯（大板高判平成 2 年 1 月 23 日判決）²⁵。

【案例五】

被告甲乃大型彈珠連鎖店店長，一日見到乙於店內搶奪其他玩家的集金，並使一位玩家受傷。而甲事前雖然知道乙的犯罪計畫，但是未對警察加以通報。

²² 判例刑法總論，西田典之、山口厚、佐伯仁志，有斐閣，1994。

²³ 平山幹子，義務犯について，立命館法學第 273 號，頁 254。

²⁴ 神山敏雄，「不作為めぐる共犯論」，171—175 頁。

²⁵ 山口厚編，「ケース&プロブレム 刑法總論」，頁 348—350。

法院判決甲無罪，論理為：要成立不作為之幫助犯，除需知悉正犯的犯罪行為之外，尚須具備防止正犯犯罪的義務。而所謂的犯罪防止義務乃是基於對正犯犯罪的侵害法益，具有應該保護義務的考量。而不論是保護義務或防止義務乃是根據一法令、契約、行為人的前行為而得出。而本案中為避免對於行為人過於嚴酷，因此甲僅對於該店之庫存金錢負有保護的義務，並不對於其他甲並未負有人事監督責任之人的行為負起責任，以此作為一般從業人員保證義務的界線（東京高判平成 11 年 1 月 29 日判決，判時 1683 號第 153 頁）²⁶。

【案例六】

同居的男女，女方知道男方有暴力傾向，卻仍將 3 歲小孩置放於男方處所，最後小孩被打傷致死，最後女方論以不作為之傷害致死罪的幫助犯（平成 12 年 3 月 16 日號第 170 頁）²⁷。

參、德、日學界見解

基於不作為犯的論述與介紹，以德國 Claus Roxin 教授之教科書所羅列的各項見解屬於完善，茲引介如下，並於其中輔以介紹日本學界相類、相反或相關之見解：

一、 原則正犯說

本說為在行為論中主張「目的行為論」的 Welzel、Armin Kaufmann 所提倡。其主張不作為犯具有其獨特的命令構成要件。亦即故意的不作為犯乃是：違反結果迴避義務的保證人地位，而該地位正是不作為正犯的前提，因此縱使作為的正犯存在，該不作為者亦不能成立幫助²⁸。

二、 Roxin—義務犯理論之原則正犯說

Roxin 支持不作為犯乃是義務犯之觀點，亦即正犯的標準並不是支

²⁶ 山口厚編，「ケース&プロブレム 刑法総論」，頁 348—350。

²⁷ 內藤謙，「刑法講義総論下II」，有斐閣，頁 1448 以下。

²⁸ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungdelikte, 1959, S. 291。日本學界見解另參見平山幹子，不作為犯と正犯原理，頁 76 以下。

配，而是在於違反以構成要件為基礎之結果迴避義務，和滿足其他的構成要件要素。換句話說，不作為犯判斷的標準乃是**構成要件實現**。構成要件被實現為正犯理論，是不能被挑戰的。就以下面這個例子而言，母親將新生嬰兒溺死，如果父親加以干涉將能夠迴避結果時，父親的無動於衷將被認定為不作為的正犯。但採取主觀理論者對於該不行動，則不論等價與否，皆成立正犯，只是影響量刑程度。但是應該要檢驗是否滿足等價條款，才能決定是否實現不作為犯。如同對於兒子存有保證人地位之父親，不去阻止自己的孩子犯血親性交罪（德國刑法第 173 條第 2 項），也只能透過不作為之幫助犯加以處罰。因為就**親手犯**之情形，沒有人能夠在沒有該特定條件下，實現正犯要素而加以實行。相同的警衛對於竊盜行為不加以阻止而容許的行為，也只能透過德國刑法第 242 條（即我國刑法第 320 條所列之竊盜罪）²⁹之不作為幫助犯刑事加以處罰。而關於具備**不法所有意圖**之構成要件，需要具備該構成要件的形式資格，否則只能成立幫助犯³⁰。

上述的結論是透過正犯之義務結構所形成，亦為實務判決所支持。而在作為的狀態下，該案例亦僅能成立幫助犯。至於在不作為的情形下，不具資格者不可能成立正犯。附帶一提的，對於侵害法益的幫助，是在犯罪過程中透過正犯（亦即透過這樣的中繼站），而對於行為結果有所加功，此乃是幫助犯中的典型特徵。但在不作為的情形正好相反，對於正犯未直接產生影響，而是**獨自地實現不作為構成要件**³¹。因此學者Cramer有言³²：正共犯的區分本是針對積極行為型態的理論設計，而就消極的不作為型態並未發現其類似性。因此對於一個謀殺行為而不加以阻止，並非幫助，而是不迴避犯罪結果。

²⁹ (1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.

³⁰ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 140.

³¹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 141.

³² Sch/ Sch/ Cramer/ Heine²⁶, vor §§ 25 ff., Rn. 102.

不作為犯必須滿足德國刑法第 13 條³³其自身特有之要件，而作為的幫助則不需要。即使未以不作為方式實現構成要件，但是卻透過等價條款等其他的要素而達到可罰性之要求，仍可由不作為的幫助加以處罰。在數人犯罪中，除了滿足正犯要件以外，幫助犯係次級的理論，而具有補充的功能。近一步的探究該理論，又可以發現在一些事例中不作為幫助的重要限制³⁴。

不作為的幫助犯主要所涉及的是下列兩種案例群³⁵：

- (1) 親手性犯罪要件：實際上也就是違反保證人誡命義務，使親手性的犯罪發生：例如對於偽證不加以阻止，當法律將宣誓（具結）解釋為親手性的要件時，不作為無法實現該構成要件，只能以幫助犯的形式來加以實現。
- (2) 主觀構成要件限制，例如：行為人具備侵佔或不法所有意圖，不作為的保證人往往欠缺此意圖；而這種類型的案例眾多³⁶。

在一個罕見的案例中，如果要以不作為的幫助犯而加以處罰，一個具有不作為的保證人地位者，是要防止他人的幫助行為³⁷：一個父親對於未成年兒子所為的幫助傷害行為，不加以阻止。認為該父親不具有保證人地位，對於被害人而言是會引起反感的，對於不阻止兒子的行為是可以被處罰。這對於一個不作為的行為人，以幫助犯加以論處是一個正確的設計³⁸。

人們不能反對這樣的解決模式，在通常情形下，就是具有不作為保證人地位者之不作為，原則上評價為正犯加以處罰。雖然其未做任何事，但是可能處罰的比積極的行為人還重。但也有可能僅課予幫助犯的責任。首

³³ 德國刑法第 13 條：第 1 項—不防止屬於刑法構成要件的結果發生之人，只有當其具有依法必須保證該結果並不發生的義務，且當其不作為與因作為而使法定構成要件的實現相當時，才依法受處罰。

³⁴ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 142.

³⁵ 在此Roxin的見解似乎已經有所改變，過去Roxin認為在親手犯、一身專屬義務犯及領得罪的認定上為其例外，見Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft⁴, 1984, S. 477.

³⁶ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 143.

³⁷ SK⁷-Rudolphi, vor § 13, Rn. 42, zieltet nach Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 144.

³⁸ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 144.

先，未為任何行動的保證人，決不會成為具有可罰性的積極幫助犯：一個母親對於其兒子的故意殺人行為，不加以搶救，雖然有死亡的可能性，但是相較於借槍殺人的行為人，卻未較為優待。其次立法者在德國刑法第13條2項，設有不作為犯中得減輕其刑之規定，自然需要內部的量刑標準和幫助型態的創立，來判斷優待的情況。畢竟立法者在條文中，對於無身分之人與犯罪間的聯繫此爭議問題保留了彈性。而1962年刑法修正特別委員會放棄更動區分與否的修正，對此問題未加以干涉，使得不作為中區分正犯與共犯的可能性留存。不作為在其並未干涉作為犯的時候，他是一個不作為正犯，這並不違反立法者本意³⁹。

而主要的反對理由則認為：積極的幫助未遂不加以處罰，但是不作為未遂的行為人卻是可罰的，在形式上將產生矛盾的情形。以下列案例而言⁴⁰：母親對於父親要殺死新生兒時，送上一把刀子，但未被父親使用，最後父親是以雙手，差點將新生兒扼死。就此，似乎暗示立法者在此有可怕的疏漏，那就是在不作為犯的未遂犯中需要以刑罰加以威嚇，但是在幫助未遂時卻未能加以處罰，這顯然不能提供一個令人滿意的答案⁴¹。

這在設計上，並未有事實上的差異。在母親這個案例中，母親並不會因為它所多做的一個作為行為而受到免責，蓋因若作為正犯未使用所提供的刀，其亦非論以無罪的幫助未遂，而是論以不作為未遂，而獨立處罰！亦即在競合中，正犯未遂絕對不會退居不罰的幫助未遂之後⁴²。

更何況在此案中連單純的未遂問題都未涉及。在我們的例子中，儘管父親未使用刀子，而小孩不過是單純的差點被手勒死，而母親雖然有避免的可能性卻未避免，她的故意殺人未遂行為，已經透過不作為未遂的方式

³⁹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 145.

⁴⁰ Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996 Verrel, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, 224, zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 146.

⁴¹ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 146.

⁴² Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 147.

加以完成⁴³。

將具有保證人地位者的不作為未遂與積極的幫助未遂相比，存在著分歧的結論。在前者加以處罰，但是在後者則不罰。但是當我們廣泛的區分出具有保證人地位與否後，就會發現這仍然是合理的立法模式⁴⁴。

支持此項見解或是多次對此表示類似見解而可以發現對此採支持意見者為Rudolphi⁴⁵；而學者Stratenwerth⁴⁶亦同。此乃起因於他們採取單一的**正犯原則**於不作為犯，並將欠缺構成要件實現的不作為情形，稱之為劣後規定，並將之視為例外（例如Armin Kaufmann）；或是以臨時的路徑，應用幫助犯而加以處罰（例如Stratenwerth）。但是而學者Bloy跟隨著這樣的想法⁴⁷：其一方面幫不作為犯中保證人地位與作為的正犯等價辯護，但是另一方面當不作為犯構成要件未實現時，而共犯規定只能作為補充⁴⁸。而在日本亦有支持此說之學者，認為違反作為義務的情形，即通常成立不作為正犯，僅在須特別具備不法所有意思的情形方為例外⁴⁹。

三、 單一幫助犯（Einheitsbeihilfe）理論

這個理論是由學者Gallas所提倡，他認為與積極的作為犯不同，不作為的保證人只能成立幫助犯⁵⁰。當然這只適用於行為期間，對於行為流程有掌控。蓋因作為犯具有現實的行為支配，較不作為犯僅具有「介入可能性」的潛在的行為支配優越。僅在危險根本只是一個意外而非來自第三人的行為時，不作為犯始為正犯。也就是作為犯對行為經過完全沒有掌握

⁴³ Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 148.

⁴⁴ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 149.

⁴⁵ Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, 138 ff., zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 150.

⁴⁶ Stratenwerth, AT⁴, §14, Rn.11, zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 150.

⁴⁷ Bloy, Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 490 ff., zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 150.

⁴⁸ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 150.

⁴⁹ 齊藤，「特別講義」，頁 226，轉引自山口厚編，「ケース&プロブレム 刑法総論」，頁 350。

⁵⁰ Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung, JZ 1960, 687, zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 151.

時，不作為者始可能成立正犯⁵¹。凡保證人對於行使支配力之行為人，不預防阻止並避免結果發生，其均屬於配角。而積極的作為，將阻斷不作為與結果之間的直接通道⁵²。

在日本支持此說的學者堀內捷三、林幹人認為：傳統通說以法益之保護義務及犯罪防止義務作為正犯與共犯之區分標準，並不明確，僅為形式上的空洞論證。且以成人間之犯罪阻止義務，作為認定作為義務的理論化基礎並不妥當。因此學者間有認為應該以事實的具體的關係，作為認定犯罪阻止義務及結果迴避義務的基礎；且由事實面觀察，作為犯乃是事實上的行為支配；而不作為犯只不過是潛在的可能性的支配。因此不作為犯乃是在任務上從屬於作為犯。亦即相對於直接實現犯罪構成要件者，原則上依照**回溯禁止原理**，只能論以共犯。而其認為不作為的共犯亦需要具備保障人地位（相當於我國學說上的保證人地位），而所謂的保障人地位也是在單獨犯的情形之下，因具備「**排他的支配**」而課與使其他犯罪人實行犯罪困難的義務⁵³。

而針對這樣的理論，有下列的 5 個有效論證加以反駁⁵⁴：

1. 首先，無法說明理解為何要以這樣的方式畫定正犯與共犯。他的前提是有一個作為之人控制了因果流程。但是在沒有積極行為人存在時，情形就會產生不同。就以這兩個例子而言，有人積極的以作為的方式將小孩推入河中而父親不加避免；與將小孩自己在河邊滑倒，而在河水中有被淹死的危險而不加救助⁵⁵。為何只是犯罪的原因不同就造成不作為之行為人應負起不同之責任？真正取決的標準應該是具備保證人地位與否，而非討論威脅如產生的。

⁵¹ Gallas, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, S. 225 ff.; Maurach- Göt, AT II, S. 192 ff., 248 ff., 253 ff. 轉引自平山幹子，不作為犯と正犯原理，頁 84 以下。

⁵² Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung, JZ 1960, 687, zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, §31, Rn. 151.

⁵³ 堀內捷三，「刑法總論」第二版，頁 295。

⁵⁴ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 151.

⁵⁵ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 152.

2. 以行為支配的角度而言，並未掌握保證人的不作為犯相對於作為犯的關係。因為不作為犯的保證人相較於作為犯並非較缺乏，仍然是不作為正犯。因為不作為犯乃是以違反義務為其正犯基礎，而作為犯的正犯基礎乃是對於事件的發生具有物理上支配力所形成的行為支配；兩者可以構築成同時犯。行為支配與保證人地位可以獨立且等價的正犯規則⁵⁶。不作為的保證人對於積極的作為而言只是邊緣角色，是站在忽視保證人地位功能的前提下加以論述，而得出此結論。
3. 積極的行為，並不阻斷不作為的保證人對於結果的通路（因果歷程）。不行為是透過保證人地位，亦即對於結果不加以迴避而處罰⁵⁷。
4. 這種學說是不公平的：因為去防止一個作為的行為人，一般而言是更困難的。以施加刑罰而威嚇作為人，使其不去積極行為這是很簡單的。就以上個例子而言，去救一個自己掉到水裡而且快被沖走的小孩不被淹死是困難的⁵⁸。
5. 反對將區分出不作為的正犯與幫助型態，繫於意外結果。如果保證人對於致命射擊的未迴避，而當事人立即死亡，僅成立幫助犯。而當被害人流血過多而送至醫院才死亡，還有很長時間可以去救，將提升至正犯的境界⁵⁹。上述兩個例子雖然都是不作為的情形，卻一個是正犯，另一個是共犯。

四、以行為的義務性質作為區分標準之理論

亦有為數不少的學者⁶⁰將不作為的正共犯區分，立基於其保證人義務的區分上。大多數的學者皆支持將不作為區分為保護及監督類型。就保護保證人類型而言，是防衛對於法益的各種危險，以父親為例，其應該保護其小孩的生命及身體健康。當他違反結果防止義務時，他就構成不作為

⁵⁶ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 153.

⁵⁷ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 154.

⁵⁸ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 155.

⁵⁹ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 156.

⁶⁰ Schwab, 1996, 90 ff., zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 158.

的正犯。當父親故意不防止結果發生而導致小孩死亡，其應該以不作為的故意殺人正犯加以處罰。至於監督保證人類型而言，如醫院裡的護士應該要避免有毒的藥劑被拿走。當一個無權使用毒藥者，將毒藥拿走而殺人，護士故意不加以阻止，最後導致人死亡時，其僅應負起不作為的殺人幫助犯⁶¹。

這樣的區分首見於Schröder的見解⁶²，而學者Herzberg⁶³則加以延續並精緻化。Schröder主張：監督類型不同於保護類型，不對被侵害之法益負有義務，這樣的想法至今仍有相當的影響力。Herzberg則依此主張特殊的行為理論之外，積極行為在違背義務的核心是對危險來源未加以監控。監督類型的保證人地位並非正犯義務來源，而應該在支配原則下來處理；相對於作為正犯的關係而言，永遠是幫助犯⁶⁴。

而在日本學界以義務內容作為區分標準者，亦大有人在，甚至為教課書方面的主流見解——該說學者認為：若具有應該阻止正犯犯罪的法律上作為義務者，卻違反其義務而不加以阻止的場合，此乃不作為犯正犯與共犯程度上區別的情形⁶⁵。也就是說以作為義務的內容加以區分正犯與共犯，原則上違反保護法益義務者為正犯；違反其他的犯罪防止義務則為共犯⁶⁶。

這樣的見解並不具有說服力，下述論證得予以推翻：

1. 以保護類型及監督類型於個案中的適用，並非是一個可行的標準。而且這樣空泛的基礎，無法與正共犯的基礎產生聯繫。因此Jakobs就質

⁶¹ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 158.

⁶² Sch/ Sch/ Cramer/ Heine²⁶, vor § 25, Rn. 103- 108.

⁶³ Herzberg, 1972, 257- 273, zierte nach Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 159.

⁶⁴ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 159.

⁶⁵ 阿不純二，「基於不作為的從犯」，刑事法雜誌 17 卷 3、4 號，頁 1、18 卷 1、2 號，頁 71，轉引自平山幹子，不作為犯と正犯原理，頁 103 以下；大塚仁著，馮軍譯，刑法概說，頁 274，第三版；中義勝，「刑法上の諸問題」，頁 330 以下；山中敬一，「刑法總論II」，頁 848。

⁶⁶ 中義勝，「刑法上の諸問題」，頁 382。

疑⁶⁷，一個擅長游泳者究竟是保護泳客不被水給淹死或監督水的危險？這個質疑可以適用在任何場合，也就是當相同的任務，卻可以用保護類型或監督類型來表達時，究竟如何處理？就以百貨公司的警衛而言，其究竟是保護百貨公司對於財產的持有或是監督危險源？而企業也可以和這種公共得出入之百貨公司相聯結⁶⁸？

2. 擷取部份不常見的例外情形，作為全部問題的區分基準。就以這個例子而言，監督危險源，常見的情形是對於一個無責任能力之人（如：未成年人、精神病患或是醉漢），這個監護人依照不作為犯中義務的內容，應該要負起不作為正犯的責任加以處罰⁶⁹。但是依照上述理論在對於保護法益的情形未有特別義務之情形，卻仍然會因為具有保證人地位而成立不作為正犯⁷⁰。

因此這樣的原則應該加以揚棄。另一方面，具有保護類型的保證人情形，在面對親手性或是法定特定構成要件類型（如侵占或是不法所有意圖），仍然不能成立正犯。由此可知，不作為的正犯理論是源自於構成要件是否實現，而非行為的義務類型。

3. 這樣的想法乃是認為監督類型對於潛在的被害人並無義務，這並不正確。因為依據德國刑法第 13 條之明文規定，不作為乃是對於法益有結果避免義務及對於被危及法益都有保證人地位。而不論多數說或少數說都未有異議⁷¹。所有的保證人地位都同樣的建立在「未加以變化的結果迴避義務」上。這些特徵說明了義務的特徵，平等地適用於所有的保證人地位上⁷²。
4. 應罰性的理由是由作為的幫助犯所導出，並非透過監督類型的特別規

⁶⁷ Jakobs, AT², 29/ 72.

⁶⁸ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 160.

⁶⁹ Herzberg, 1972, 260 f., zierte nach Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 161; Sch/ Sch/ Cramer/ Heine²⁶, vor § 25, Rn. 106.

⁷⁰ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 161.

⁷¹ SK⁷- Rudolphi, vor §13, Rn. 40, zierte nach Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 162.

⁷² Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 162.

範。否則會產生這個問題：一個作為的行為人將毒藥拿給他人，只論幫助犯；但是在具有保護類型保證人的情形下，該不作為為何被評價為正犯？此外亦出現不作為犯的保護類型保證人地位與作為幫助犯關係的問題。而對於不謹慎保管毒藥者，在知情後亦不加以阻止，可罰性較低（因僅違反監督類型保證人地位，因此論以幫助）；但在監護人具有謀殺犯意，而對於被害人自行服用毒藥不加以阻止者，論以謀殺罪的不作為正犯，前後輕重不一，是否合理⁷³？

五、Jakobs 之義務犯理論

另一個專注於變體義務理論者為Jakobs，其一方面區分出**體制管轄**（如：父母子女關係、婚姻關係、信賴關係、國家強大的關係、基層公務員），將義務作為不作為犯的正當化基礎，而不作為的保證人永遠是正犯。另一個保證人類型奠基於**組織管轄**，在自己的責任領域內將危險輸出（如：往來安全顧慮義務、前行為、自願承擔）。這裡可能使不作為之保證人既是共同正犯，又是幫助犯。在屬於組織管轄的部分，應視其參與的程度而區分，至少要與正犯等價而有同等值的行為貢獻，則認定為共同正犯，否則視為幫助犯。然而，保證人適用於對於危險物未占有或未對危險客體加以保護（如看門、保護小孩），在規範上僅僅是幫助犯之情形⁷⁴。

這樣的想法相似於區分出保護類型及監督類型，透過義務的內容作為區分的標準。而且其允許組織管轄成立共同正犯。但先前對義務理論的質疑，在此也可以加以適用。這種評價性的區分保證人義務是有問題的，而這種評價性的義務將保證人義務加以分級，將程度較高者定義為正犯；將程度較低者界定為幫助犯。但是當保證人地位與結果迴避的內容相同時，其區分上卻欠缺實益⁷⁵。

簡言之，Jakobs之正共犯區分理論，與作為或不作為無關。因為在組織管轄領域，不論是作為還是不作為，其正共犯之區分乃是以量化作為

⁷³ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 163.

⁷⁴ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 164.

⁷⁵ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 165.

區分基準。組織具有重要之危險輸出任務者，為正犯。若是任何組織皆可做出之輸出（即不重要的輸出），為共犯。與之相對的在體制管轄中，不論作為或是不作為，皆因為對於制度而來的特別義務之違反，具有一身專屬性，而原則上成立正犯⁷⁶。原則上其將正共犯之區分問題限於組織管轄，但是在雖具有體制管轄，但欠缺親手犯或特別正犯要件之情形，則仍然以共犯加以評價⁷⁷。因此在父親將刀拿給殺人兇手，使其用該刀把兒子加以殺害時，就體制管轄而言，其成立殺人之正犯，並不會因為其有拿刀的危險輸出之違反組織管轄義務的情形，而影響其正犯的成立。因此組織與體制管轄在具體個案中，並非互斥關係，而可以處於競合的狀態。而組織與體制管轄之間並非毫無關係，而是時代間的一種偶然⁷⁸。

六、 透過等價條款（Entsprechungsklausel）判斷正共犯

Schwab⁷⁹對於不作為犯中的正犯與共犯，採取區分的見解；視該不作為相當於作為犯中的正犯或共犯。因為其認為在規範上相當於一個積極的行為人，只是其地位停留在相當於配角的角色，即為幫助犯。這在監督類型及保證類型同樣適用。只有在不作為之人其在評價上居於核心的角色，始例外地以正犯加以處罰⁸⁰。

但是確信如此的區分方式無法使用。首先檢視德國刑法第 13 條第 1 項的等價條款，並非區分正犯與共犯的標準，而是區分可罰與否的標準。不作為簡單地來說在德國刑法第 13 條 1 項，當不作為相當於一個作為時始具有可罰性。但是等價條款並無法解決這個問題不作為犯中的正共犯問

⁷⁶ Jakobs, Strafrecht, AT², 1993, 29- 57 f. 轉引自平山幹子，義務犯について，立命館法學第 273 號，頁 245。

⁷⁷ Jakobs, Strafrecht, AT², 1993, S. 107 f. 轉引自平山幹子，義務犯について，立命館法學第 273 號，頁 246。

⁷⁸ Jakobs, Strafrecht, AT², 1993, SS.70, 115 ff. 轉引自平山幹子，義務犯について，立命館法學第 273 號，頁 245。

⁷⁹ Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996 Verrel, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, 189, zitiert nach Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 166.

⁸⁰ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 166.

題；蓋因立法者在此採取擱置爭議的見解，而對區分保持彈性⁸¹。

而運用這樣的標準於實際案例中，與單一幫助犯理論皆會遭受到一樣的批評。而且是假設大部分的情形，皆非正犯行為。並非一個明確，而是充滿著直覺式的判斷標準⁸²。

肆、本文見解及檢討兼外國學說實務對我國之省思

由於我國對於不作為之規定，並未如德國刑法第 13 條 2 項一般明文規定，不作為得減輕處罰。因此關於不作為是否有共犯規定之適用及當出現不作為共犯的情形時，如何判決，誠屬需要探討之議題。

而由下述附論之我國實務士林地院 92 年訴字第 728 號判決，自其理由部分可以發現，其認定成立不作為之幫助犯，必須具有保證人地位及對於結果之發生能防止而不防止之情形。就幫助犯而言，必須具備幫助犯意及幫助行為。但是不作為的正犯中，本需具備保證人地位及作為可能性。因此本判決，僅對於是否成立不作為犯加以探討。對於不作為幫助與不作為正犯間，未做進一步的論述。且何謂不作為的幫助行為？何謂不作為的幫助故意？亦未加以論述，因此我國實務就此似乎仍有待未來發展，始得見趨分之標準。

日本判決上，似乎遊走於兩種見解⁸³：1.當有複數行為人且不具備犯意連絡時，一旦有積極的作為犯，不作為即退居幫助之地位。2.將義務區分為：犯罪防止義務及法益保護義務（二分說）。因此上述Roxin教授對其之批評，皆可適用，不再贅述。

而對於上述見解中，本文將詳細討論 Roxin、Jakobs 及原則正犯說。就原則正犯說而言，乃是將作為及不作為的構成要件分殊化，因此得出在不作為犯中，無法將作為的區分標準加以適用。而且保證人地位不但是不

⁸¹ Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 167.

⁸² Roxin, Strafrecht, AT II, § 31, Rn. 168.

⁸³ 整理見解得此結論者，亦可見平山幹子，「義務犯について」，立命館法學第 273 號，頁 245；內藤謙，「刑法講義總論下II」，有斐閣，頁 1448 以下。

作為犯可罰性之依據，亦是正犯的實質基礎。因此一旦具備保證人地位者，即成立正犯；否則單純的不作為，不具備可罰性之基礎。惟上述學說，對於親手犯及具備不法所有意圖之犯罪類型，卻無法加以解釋。一個不作為人，如何實現該等構成要件行為之特殊要素？未實現構成要件可以認定為正犯？

至於Jakobs之見解，本文以為其乃基於其特殊的社會學與哲學的背景加以論述。其認為法治國理念的一個核心概念乃在於**溝通權力**⁸⁴。因此法能擁有真正貫徹力量的並不是單純之強制力，而是透過溝通權力與創設正當法的機制加以密切聯結，所產生的保障自由秩序。在此秩序下法與政治權力相互協力完成其功能，一方面權力提供法制度化之建制，另一方面法則提供權力正當統治之組織工具。在溝通權力的理解背景下法與權力之功互助，乃是透過將**言說網路**制度化的一種程序模式來達成。而Jakobs之方法論，雖然將法律視為系統加以觀察⁸⁵，但是自系統功能論的觀點出發，其僅將法律視為一種行為期待的穩定規範。而此種見解將導致法律系統孤立化之效果，使其與一般社會系統互為環境，而無法掌握社會整合之意義⁸⁶。最後導致法律只能透過實證主義式地由已經有效的法來導出效力，其他一切的正當性要求皆被排除在外。

但是上述方法論上將會產生導果為因之批評，亦即該論證是先產生法律始生效力，而與其他社會系統加以整合。但是對於政治力不當介入之情形而導致法律系統失調時，該立論基礎卻使得法律系統無從加以對抗。因此該見解，遭致惡法亦法批評的原因⁸⁷。

再者，Jakobs就其對於正共犯之區分上，先區分為組織與體制管轄。

⁸⁴ 顏厥安，法效力與法解釋—由Habermas及Kaufmann的法效理論檢討法學知識的性質，收錄於幕垂鶚翔，頁143。

⁸⁵ Günther Jakobs，「責任與預防」中承認其方法論上受到Luhmann之影響，轉引自王皇玉，刑法罪責理論的現狀，頁4。

⁸⁶ Habermas對於Luhmann之批評，詳見顏厥安，法效力與法解釋—由Habermas及Kaufmann的法效理論檢討法學知識的性質，收錄於幕垂鶚翔，頁139。

⁸⁷ 許玉秀，刑法的任務-與效能論的小小對話，刑事法雜誌47卷2期（2003年4月），頁1~14。

但是在組織管轄中，視其危險輸出的大小而區分出正共犯；體制管轄，則原則上定位為正犯，已如前述。惟如此將產生雙重混淆，首先組織與體制管轄之界分不清⁸⁸，再者將正共犯之區分標準，以危險之輸出大小加以區別，放棄構成要件之判斷標準，而將分界問題刻意模糊化，在學理上似乎仍待進一步的釐清⁸⁹。

而就Roxin的見解而言，首先其將不作為犯定位為具有保證人之地位，而滿足構成要件實現者。且進一步認定不作為犯只要滿足保證人地位，原則上皆為正犯。僅在親手犯及主觀構成要件限制之犯罪因為不作為犯之人，無法滿足構成要件的要件形式，因此僅能夠成不作為之幫助。就結論上而言，此見解似可接受。惟就第二種限制，個人見解以為在我國刑法之適用上，因為不論是320條、335條...等財產性犯罪其構成要件，皆為意圖為自己或「第三人」不法之所有，因此似乎可以不受到上述主觀要件之限制。再者就客觀構成要件而言，竊盜罪之分則構成要件乃是竊取他人動產，而不作為之人，在具有保證人地位之下，雖然無法加以「竊取」，但是其不為其應防止之行為而使該動產法益受到破壞，已違反其所負之防止義務，因此是否不能成立正犯似仍有解釋之空間。相較於作為犯的支配理論，Roxin想要在不作為的處罰基礎上，另闢蹊徑。亦即由不作為的特殊之處著眼，擺脫自然主義的支配概念陰影，而將其不作為之正犯定義為義務犯。但是就義務犯的義務來源卻由「違反刑法以外之特別義務」，轉變到「違反創設正犯性的義務」，但始終不能清楚界定，甚至有循環論證之嫌⁹⁰。因此是否能以此一統傳統以來不作為犯的處罰基礎爭議，仍有待進一步地觀察。

而國內近期來，難得亦有實務運用此概念，但是對於不作為幫助部

⁸⁸ 對於組織與體制管轄之性質，Jakobs本人亦承認處於流動之性質，也就是今日之組織可能為明日之體制管轄，詳見平山幹子，義務犯について，立命館法學第273號，頁246。

⁸⁹ Günther Jakobs，行為，責任，刑法，馮軍譯，中國政法大學出版社，1997年10月1版，頁7；雖然其提出Identität之概念加以說明，但是該詞彙，乃是系統之自我指涉性或特徵性之意。而對於各系統中的自我指涉特徵，似乎仍待進一步的加以釐清。

⁹⁰ 陳志輝，義務犯，月旦法學教室23期，頁36。

分，始終無法對其定義，亦無法交代在具有保證人地位下，何種情形乃是正犯？何種情形乃是幫助？惟就不作為犯的領域中，透過本文的介紹，除了學理上尚有爭議的親手犯領域外，似乎已無必要再行區分正共犯。但對於不作為犯量刑之部分，我國刑法第 15 條並無減輕其刑的規定，此點或許在未來的立法例上，仍值得進一步的檢討。

附論：士林地院 92 年訴字第 728 號判決

作者於為文後，搜尋我國實務見解時，赫然發現，在轟動一時的 MP3 案一審判決（即士林地院 92 年訴字第 728 號判決）中，檢辯雙方對於不作為幫助，有所爭執，法院並對不作為幫助亦有著墨。以下為此案判決理由節錄：

被告吳○○是否因會員利用其所設置之網路平台傳輸下載告訴人享有著作權之 MP3 檔案，而為該會員成立著作權法上非法重製、公開傳輸罪之**幫助犯**之判斷：

（一）按幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。刑法第 30 條前段有明文。其成立要件可分為主觀要件與客觀要件，主觀上，幫助者必須有幫助的故意，客觀上必須有故意違犯的主行為與幫助者的幫助行為。...（三）分析公訴人之論述，可將被告吳○○之客觀幫助行為，分為二類，一為作為：如以集中檔名索引或以驗證主機提供會員 IP 位址提供搜尋檔案、於網站網頁設計最新 MP3 排行榜及哈燒友設定等服務，簡化會員搜尋及下載檔案過程、又於廣告宣傳當中以「當漏到手軟」之等文字，鼓勵已形成犯意之個別會員堅定其犯意；一為不作為：如經著作權利人之通知而仍未建立字串過濾等機制。以下茲將被告吳○○客觀行為分為作為、不作為，分別判斷其是否成立上開會員違犯著作權行為之幫助犯。

1.作為犯部分（略）；2.不純正不作為犯部分：

（略）按對於不純正不作為犯，刑法第 15 條定有明文：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者相同。因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止發生之義務」。易言之，並非任何人因不作為致發生構成要件該當的結果時，均成立不純正不作為犯，而是只有對於該結果的發生負有防止其發生的法義務之人，不履行這種防止結果發生的法義務，致發生構成要件該當結果者，始有可能構成不純正不作為犯。這種防止結果發生的義務，即是上開法文第 1 項所規定的「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務」。學說上稱具有此等防止義務地位之人之為保證人，關於何種情狀足以構成保證人地位，刑法本身並未對此進一步為立法解釋，學說上有不同立論基礎及分類標準，如依實質的功能內涵，將足以構成保證人地位的個別情狀區分，大要可分為二類，一為因對特定法益的保護義務而構成的保證人地位，二為因對危險源的妨害義務或監督義務而構成的保證人地位。

惟查，被告吳○○所提供之 ezPeer 網站機制，容或提高了告訴人著作權受侵害之危險，姑且稱其提供網站機制之行為乃「前行為」，然此「前行為」是否屬於構成保證人地位之「危險前行為」，則並非無疑。依學界通說，泰半認為危險前行為除必須具備導致結果發生的迫切危險外，尚必須具備違反保護他人法益的規範的義務違反性。職是，被告吳○○依公司法成立被告全球數碼公司，設立 ezPeer 網站機制，提供消費者網路線上 P2P 服務，本為法之所許，目前亦無任何法規規範 P2P 業者必須逐一檢視自己營運系統上是否有具體的著作權侵害行為並加以控制，易言之，被告吳○○設立 ezPeer 網路機制並不曾為任何客觀義務之違反，應無從認定此行為乃「危險前

行為」，其既不因此而負保證人地位，縱未設立字串過濾告訴人享有著作權之 MP3 檔案，亦無由構成著作權法上重製及公開傳輸罪之不純正不作為犯。....第查，所謂危險源係指具有發生破壞法益較高危險之人（例如具有侵略攻擊性或暴力傾向的精神病患）或物（例如各種機器設備、放射性物質、爆裂物或動物）而言。被告吳○○所提供之 ezPeer 機制，無非提供該軟體之使用者交換檔案，使用者傳輸之檔案容或為告訴人享有著作權財產權之 MP3 音樂檔案，但此乃使用者之行為所肇致，機制本身並無導致告訴人之著作權受侵害之可能，尚難據此認定 ezPeer 機制為危險源。綜上，公訴人所指被告吳○○具有不純正不作為犯保證人地位之理由，均乏所據。

末查，被告吳○○就告訴人享有之著作財產法益受侵害既不具有保證人地位，即不應要求其對結果之發生負任何防止義務，其縱未設立字串，建制過濾機制，原亦不應評價為不為期待應為之行為。退而言之，苟認其具有保證人地位，也應檢討其被法規範要求應為的特定活動或期待的應為行為究竟為何，以及其是否具有防止結果發生的事實可能性。...

以此而論，就現行技術而言，被告吳○○是否具有防止告訴人著作權法益受損結果發生的事實可能性，實不無疑義。綜上所述，被告吳○○未設立字串，建制過濾機制之不作為，一則因其對於告訴人著作權法益受侵害之結果不具保證人地位，二則以現行技術而論，無從認其對於結果之發生能防止而不防止，其不作為態樣既與不純正不作為幫助犯之客觀不法構成要件並不相符，已無成立上開會員違反著作權法犯行不純正不作為幫助犯之餘地，從而，被告吳○○不為設立字串、建制過濾機制之行為，主觀上是否有幫助故意，即無庸再論，附此敘明。

就上述判決，法院將是否成立不作為的幫助犯繫於「前行為」及「監督危險源」兩種保證人地位是否成立，該論述只能區分該不作為究竟是「單純的不行為」，抑或是具有刑法意義的「不作為犯」。但是對於該不作為若成立不作為犯，其正犯與共犯的分界問題皆未有所著墨，誠屬遺憾。

惟其是否提供一個清晰而可供檢證的標準，似仍有疑義。

我國實務傳統上，僅對於作為犯，始有正共犯的區分。對於不作為犯者，並未對其進一步加以區分。