

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

重新檢驗不真正不作為犯的可罰性基礎

—以刑法中的侵害原理為核心標準—

Unechte Unterlassungsdelikte Reviewed:

On the Basis of Harm Principle in Criminal Law

劉家丞

Chia-Chen Liu

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 104 年 7 月

July 2015

謝辭



首先，必須坦承這本論文很不完美，因為創造他的人本身就很多缺陷。

但無論如何，能夠在這個時間點，完成這一本論文，也算是獲得了眾神的祝福，讓我得以繼續往下一個目標前進，而不用持續原地停留。

這本論文的完成，必須感謝所有指導過我的老師們，特別是指導老師李茂生教授，您是開啟我對於刑法興趣的燈塔，也讓我的世界充滿了不一樣的風景。同樣感謝謝煜偉及許恒達兩位口試委員，在我徬徨無助時，你們指引了我許多風向，帶給我繼續往下研究的希望，以及周漾沂老師、黃榮堅老師、莊世同老師、薛智仁老師、顏厥安老師在法學上的教導；另外還有林明昕老師無微不至的照料，能夠得到老師如此的關懷，非常幸運與感謝。最後則是感謝黃詩淳老師、王能君老師、蔡英欣老師、蔡茂寅老師、小劉老師對於我閱讀日文文獻上的教導。僅以這本論文的完成，緬懷小劉老師。

還有所有幫助過我的學長姐、同學以及學弟妹們（恕我就不一一點名了），在台大的這些年間，承蒙大家的照顧。僅以謝辭短短的篇幅，祝福你們前途似錦，能夠在自己喜歡的道路，獲得想要的風景與成就。

最後則是要感謝我的家人們，我不是一個好相處的人，能夠這樣長久包容與支持我，甚為感謝。也僅以這本論文的完成，祝賀家姐的孕事。

劉家丞

中文摘要



不真正不作為犯可謂當代刑法理論歷經二百餘年的發展以來，解釋途徑相當分歧且見解更迭最為快速的一個領域。這不僅是源自於不真正不作為犯討論的射程範圍橫跨行為論、因果關係、歸責理論、以及自身所特有的保證人地位要素等眾多刑法中的議題；更是因為不真正不作為犯的內涵直接涉及，十八世紀以來一直隱藏在刑法圖像深處的矛盾。

而本文的首要目標，便是透過分析歷年來不真正不作為犯在立法論及解釋學的變遷，試圖說明上述刑法圖像的矛盾，乃存在於「保護人民的自由不受到國家侵害」以及「保護人民權利不受到其他人民侵害」的二律悖反中。也因此，不真正不作為犯的立法與解釋，總是陷入「違反罪刑法定主義」或是「要求人民主動保護他人法益」的艱難選擇。

在另一方面，本文亦將藉由法國社會學家 M. Foucault 於一九七〇年代後期，所進行一系列「生命政治」的研究，嘗試說明上述刑法圖像的矛盾是在怎麼樣的治理術變遷下所型塑；並進一步指摘，「必須保衛社會」的想法是如何成為刑法理論的主流，且創造出至今仍盛行的「規範論」。而不真正不作為犯的論述，也逐漸受到這一股浪潮，走向以義務違反犯為主的解釋途徑。

最終，基於反抗以新自由主義為代表的「生命政治」治理術典範，本文擬參考梅崎進哉等學者近年來的貢獻，重拾起曾經在十七世紀與「生命政治」相抗衡，卻逐漸沒落而成為伏流的「法律理論」，進行局部的奮鬥。在刑法的領域中，即是以源自於英國大憲章及日耳曼部落契約的「侵害原理」作為主要的支柱，與現今主流的行為規範論述相抗衡。此外，針對這篇論文主軸的不真正不作為犯，本

文亦將嘗試重構以「侵害原理」為核心的解釋途徑，希望能夠帶來些微反抗的曙光。



關鍵字：不真正不作為犯、保證人地位、義務違反犯、規範論、罪刑法定主義、侵害原理、生命政治、必須保衛社會

Abstract



Over the past two centuries, the concept of *unechte Unterlassungsdelikte* has been one of the aspects of modern criminal law theory featuring some of the most divergent approaches to interpretation, as well as the most rapidly changing opinions. This is not only because the scope of *unechte Unterlassungsdelikte* encompasses numerous issues in criminal law, including theory of behavior, causation, attribution theory, and *Garantenstellung*, but also because the substance of *unechte Unterlassungsdelikte* involves directly a paradox inherent in the conception of criminal law since the 18th century.

The primary goal of this paper is to analyze the changes in the theory of legislation and hermeneutics regarding *unechte Unterlassungsdelikte* over the years to illustrate that the above paradox stems from the antinomy between protecting personal liberties from infringement by the state and protecting them from infringement by other private citizens. As a result, legislation and legal interpretations related to *unechte Unterlassungsdelikte* inevitably involves a difficult choice between the principle of *nulla poena sine lege* and the principle of *Rechtsgut* protecting.

On the other hand, the researcher follows the Biopolitics research from M. Foucault proposed in the late 1970s and explains the paradox in the images of criminal law was made from what kind of Governmentality change. Furthermore, the researcher presents how come “*social must be defended*” has become a mainstream thought in the field of criminal law and even created normative theory which is still prevalent nowadays. And the discussion of *unechte Unterlassungsdelikte* has been affected and

gradually turned into *Pflichtdelikte* as a mainstream way of explanation.

At last, based on the resistance to the paradigm, *Biopolitics Governmentality*, which is on behalf by *neoliberalism*, this thesis refers to the contributions from Umeki Shinnya and other researchers in recent years and takes back “*legality theory*” which once contended against *Biopolitics Governmentality* but ended up an underground stream. Actually, the field of criminal laws is founded by harm principle which can be sourced from Magna Carta and the social contracts of Germanic tribes. And *harm principle* can contend against the discussion on the theory of behavior norm today. Besides, to the core of this thesis, *unechte Unterlassungsdelikte*, the researcher tries to use *harm principle* as a core concept to reconstruct the way of explanation and hopes it can bring the dawn of rebellion.

Key words: *unechte Unterlassungsdelikte*, *Garantenstellung*, *Pflichtdelikte*, normative theory, *Nulla poena sine lege*, harm principle, *Biopolitics*, social defense

簡目



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究方法及結構綱要	4
第一項 研究方法—規範的考掘學	4
第二項 本文之結構與綱要	7
第二章 剖繪不真正不作為犯於我國刑法的規範內涵	9
第一節 我國不真正不作為犯規範架構之概觀與剖析	9
第一項 概述	9
第二項 我國刑法第十五條之規範架構與剖析	11
第三項 小結	16
第二節 德國有關不真正不作為犯之立法沿革	17
第一項 概說	17
第二項 日耳曼諸邦國法時期	18
第三項 德意志統一至二戰前之時期	20
第三項 二戰結束後時期	26
第四項 德國立法史之結論	33
第三節 日本有關不真正不作為犯之立法嘗試	35
第一項 明治維新到二戰前之時期	36
第二項 二戰結束後之時期	38
第三項 小結	43
第四節 本章之結論	44
第三章 不真正不作為犯在我國法系統的解釋與適用	46
第一節 有關於不真正不作為犯之我國實務見解	47
第一項 早期判例與決議	47
第二項 近期實務見解的趨勢	51
第三項 我國實務見解之總結	63
第二節 我國主流學說見解綜覽與評析	66
第一項 因果關連說 v. 義務違反說	67
第二項 因果關連說的具體理論態樣	71
第三項 義務違反說的理論內涵	94
第四項 義務違反化的刑法理論	105
第三節 本章之結論	107
第四章 不真正不作為犯之理論發展史與學說綜覽	109

第一節 不真正不作為犯的理論辯證史	111
第一項 概述	111
第二項 原初典範的建立與處罰不作為的例外性	114
第三項 實證主義的刑法圖像——不作為犯解釋論上的困境	120
第四項 新康德主義與規範刑法學的結合	126
第五項 回歸構成要件論的保證人地位說	133
第六項 Armin Kaufmann 帶來的鉅變	143
第七項 實質化保證人地位運動	154
第八項 總結不真正不作為犯的理論辯證史	157
第二節 不真正不作為犯理論綜覽	159
第一項 本文所採取之分類標準	159
第二項 義務違反說	167
第三項 折衷說	190
第四項 因果關連說	210
第三節 本章之結論	221
第五章 不作為犯論的演變與刑法圖像的更迭	222
第一節 對於不作為犯論的再理解	223
第一項 從義務違反論到義務違反論	224
第二項 刑法圖像的斷裂點	233
第三項 小結	241
第二節 以生命政治觀點重新閱讀刑法圖像	243
第一項 刑法中的侵害原理：對抗的歷史	243
第二項 統治權理論的重疊與衝突	254
第三項 本文之選擇	264
第六章 侵害原理下的不真正不作為犯論述——代結論——	266
第一節 侵害原理下的不真正不作為犯論建構	267
第一項 前提設定 I：因果關係應有之圖像	269
第二項 具體個案中因果流程的全貌	274
第三項 描繪不作為因果關係的契機	280
第四項 前提設定 II：本文的結果歸責圖像	288
第五項 本節之結論	302
第二節 不真正不作為犯之具體態樣與理論適用	303
第一項 描繪案件的因果流程	304
第一款 以『直接因』作為核心要素	304
第二款 結果歸責之具體態樣	308
第三節 本文之結論	320
參考文獻列表	322

詳目



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究方法及結構綱要	4
第一項 研究方法	4
第一款 不真正不作為犯的規範學內涵	4
第二款 規範學的事實背景	5
第三款 規範學背後的權力理論	6
第二項 本文之結構與綱要	7
第二章 剖繪不真正不作為犯於我國刑法的規範內涵	9
第一節 我國不真正不作為犯規範架構之概觀與剖析	9
第一項 概述	9
第二項 我國刑法第十五條之規範架構與剖析	11
第一款 規範架構	11
第二款 具體規範內涵之剖析	12
第一目 對於犯罪結果之發生	12
第二目 法律上有防止之義務	13
第三目 能防止而不防止	13
第四目 因自己行為致有發生犯罪結果之危險	14
第三款 法律效果	15
第三項 小結	16
第二節 德國有關不真正不作為犯之立法沿革	17
第一項 概說	17
第二項 日耳曼諸邦國法時期	18
第三項 德意志統一至二戰前之時期	20
第一款 德意志帝國時期	21
第一目 一八七一年刑法典	21
第二目 一九一三年刑法修正草案	22
第二款 威瑪共和國時期	24
第三項 二戰結束後時期	26
第一款 各草案與對案之綜覽	27
第一目 一九五六年草案	27
第二目 一九六〇年草案	28
第三目 一九六六年對案	30
第二款 德國現行刑法第十三條	32

第四項 德國立法史之結論	33
第三節 日本有關不真正不作為犯之立法嘗試	35
第一項 明治維新到二戰前之時期	36
第二項 二戰結束後之時期	38
第三項 小結	43
第四節 本章之結論	44
第三章 不真正不作為犯在我國法系統的解釋與適用	46
第一節 有關於不真正不作為犯之我國實務見解	47
第一項 早期判例與決議	47
第二項 近期實務見解的趨勢	51
第一款 「法律上防止之義務」的態樣	52
第一目 直接引述學說見解之類型	53
第二目 與過失犯的注意義務相同之類型	53
第三目 與主觀預見可能性相繩之類型	55
第四目 以義務之規範保護目的為基準之類型	56
第五目 同時具備其他法律上義務與前行行為之類型	57
第六目 小結	58
第二款 因果關係	60
第一目 必須「幾近確定」之類型	60
第二目 有可能不發生即可之類型	61
第三目 因果關係之結論	61
第三款 不作為與作為間的同價值性	62
第三項 我國實務見解之總結	63
第二節 我國主流學說見解綜覽與評析	66
第一項 因果關連說 v. 義務違反說	67
第一款 主張因果關連說的見解	68
第二款 主張義務違反說之見解	70
第二項 因果關連說的具體理論態樣	71
第一款 犯罪成立要件之架構	71
第一目 廣義等價值說	73
第二目 保證人義務說	75
第三目 小結	76
第三款 因果關係	77
第一目 假設因果流程	78
第二目 作為規範關係的假設因果流程	81
第三目 因果關連說可能的對應途徑	83
第四款 保證人地位	86
第一目 形式說	88

第二目 前行行為說.....	90
第四款 因果關連說之總結	93
第三項 義務違反說的理論內涵.....	94
第一款 理論基礎與細部分歧.....	94
第一目 兩種較為極端的應對方式	95
第二目 較為折衷的對應方式.....	97
第三目 小結	98
第二款 保證人地位.....	100
第一目 形式說	101
第二目 實質說	102
第三款 義務違反說之總結	103
第四項 義務違反化的刑法理論.....	105
第三節 本章之結論	107
第四章 不真正不作為犯之理論發展史與學說綜覽	109
第一節 不真正不作為犯的理論辯證史	111
第一項 概述.....	111
第二項 原初典範的建立與處罰不作為的例外性	114
第一款 啟蒙主義政治哲學	114
第二款 啟蒙主義刑法理論	116
第三款 處罰不作為之例外性.....	118
第三項 實證主義的刑法圖像	120
第一款 牛頓力學與實證主義.....	120
第二款 實證主義刑法學	122
第三款 不真正不作為犯的發現及因果說的挫敗.....	123
第一目 Luden 與不真正不作為犯	123
第二目 各種因果說的出現與挫敗	124
第四項 新康德主義與規範刑法學的結合.....	126
第一款 新康德主義之概梗	127
第二款 新康德主義刑法理論.....	129
第三款 以規範關係重新理解不真正不作為犯	131
第一目 社會性因果關係—假設因果流程的出現.....	131
第二目 由構成要件走向違法性	132
第五項 回歸構成要件論的保證人地位說.....	133
第一款 從形式三分說到實質違法性說.....	134
第一目 新康德主義與形式三分說	134
第二目 新黑格爾主義與實質違法觀.....	135
第二款 納粹主義刑法理論下的不真正不作為犯見解.....	137
第三款 對抗納粹刑法理論	138

第一目	回歸構成要件	139
第二目	保證人地位與實行行為性	140
第三目	保證人義務	141
第四款	保證人地位說之總結	142
第六項	Armin Kaufmann 帶來的鉅變	143
第一款	保證人地位說的侷限	143
第二款	Armin Kaufmann 與新保證人說	146
第一目	目的行為理論下的不作為實存態樣	146
第二目	目的行為理論下不作為的規範邏輯	148
第三目	同價值性與新保證人說	149
第三款	新保證人說的貢獻與缺陷	152
第七項	實質化保證人地位運動	154
第一款	從證立義務違反的角度出發	154
第二款	從重構因果關連性的角度出發	156
第三款	持續發展中的實質化保證人地位運動	157
第八項	總結不真正不作為犯的理論辯證史	157
第二節	不真正不作為犯理論綜覽	159
第一項	本文所採取之分類標準	159
第一款	第一階層的區分	160
第二款	第二階層的區分	161
第一目	因果關連說	162
第二目	義務違反說	163
第三款	折衷說之細部區分	164
第一目	增補構成要件之作法	164
第二目	增補違法性之作法	165
第四款	小結	166
第二項	義務違反說	167
第一款	不處罰說	168
第二款	幫助犯說	169
第三款	形式義務說	170
第一目	特殊法義務說及契約義務之補足	171
第二目	機能性保證人地位說	172
第四款	實質義務說	173
第一目	社會關係說	173
第二目	信賴關係說	178
第三目	自由主義法秩序下的各種體制義務說	179
第四目	義務違反說之總結	188
第三項	折衷說	190

第一款 消極條件說.....	190
第一目 學說概述.....	191
第二目 保證人地位與形式三分說	192
第三目 對於消極條件說之批判	192
第四目 總結消極條件說	194
第二款 支配領域說.....	194
第一目 理論概述.....	194
第二目 對於支配領域說的批判	196
第三目 總結支配領域說	199
第四目 以排他性要件強化支配領域說.....	201
第三款 實質違法性說.....	203
第一目 理論概述：從形式違法性說開始	203
第二目 Beling 與記述性構成要件.....	204
第三目 由形式走向實質	205
第四目 實質不法說隱含的危險	205
第四款 規範性構成要件說	206
第一目 概說	206
第二目 規範性構成要件說的利與弊.....	207
第五款 折衷說之總結	208
第四項 因果關連說	210
第一款 實證主義因果理論	210
第一目 其他行為說.....	211
第二目 前行行為說.....	211
第三目 干涉說	214
第二款 近代因果關係理論	214
第一目 接納行為說.....	215
第二目 因果作用力轉換說.....	217
第三款 期待可能性說.....	219
第四款 歸責主體限定說	220
第一目 理論概述	220
第二目 對於歸責主體限定說的批判.....	221
第三節 本章之結論	221
第五章 不作為犯論的演變與刑法圖像的更迭	222
第一節 對於不作為犯論的再理解	223
第一項 從義務違反論到義務違反論	224
第一款 兩種義務違反論.....	224
第一目 為何採取義務違反論	224
第二目 從限制刑罰權到不只是限制刑罰權	226

第三目 一百五十年間的變化	228
第二款 從因果說到折衷說	228
第一目 因果說	229
第二目 法律與社會因果說	230
第三目 折衷說	231
第二項 刑法圖像的斷裂點	233
第一款 兩種刑法圖像的再確認	233
第一目 觀察方法	233
第二目 過失犯理論之嬗變	234
第三目 作為複雜系統的刑法圖像	236
第二款 必須保護法益	238
第一目 權利侵害到法益侵害	238
第二目 歸責體系的轉化	239
第三目 從法律與社會因果說到義務違反說	240
第三項 小結	241
第二節 以生命政治觀點重新閱讀刑法圖像	243
第一項 刑法中的侵害原理：對抗的歷史	243
第一款 兩種歐陸傳統法系統	245
第一目 日耳曼法系統	246
第二目 羅馬法系統	247
第二款 兩種法體制之更迭	248
第一目 封建國家與統治權之爭	248
第二目 羅馬法系統的獲勝	250
第三目 羅馬法系統與教會法之結合	251
第四目 小結	253
第二項 統治權理論的重疊與衝突	254
第一款 法律主義	254
第一目 概述	254
第二目 啟蒙主義刑法圖像	255
第三目 Feuerbach 塑造的刑法圖像	256
第四目 罪刑法定主義與侵害原理	257
第五目 小結	258
第二款 治理術與國家理性	259
第一目 與法律主義之比較	259
第二目 資本主義治理觀	260
第三目 必須保衛社會的彰顯	261
第四目 小結	263
第三項 本文之選擇	264

第六章 侵害原理下的不真正不作為犯論述 —代結論—	266
第一節 侵害原理下的不真正不作為犯論建構	267
第一項 前提設定 I：因果關係應有之圖像	269
第一款 反思條件關係對於不作為犯之影響	269
第一目 對條件關係理論之批判	269
第二目 不作為的虛無性	271
第二款 因果關係必須與結果歸責連動	272
第一目 與主流相當因果關係之差異	272
第二目 小結	274
第二項 具體個案中因果流程的全貌	274
第一款 概說	275
第一目 因果關係之內涵	275
第二目 傳統觀點的侷限性	276
第二款 以刑事偵查觀點作為限縮途徑	278
第一目 避免無限後退的因果溯源	278
第二目 逐漸複雜化的因果描繪	279
第三項 描繪不作為因果關係的契機	280
第一款 社會經驗法則是解答嗎？	280
第一目 Engisch 的嘗試	280
第二目 社會經驗法則的不安定性	282
第三目 對於社會經驗法則之限制	283
第二款 描繪不真正不作為犯因果流程之契機	284
第一目 概述	284
第二目 不作為的社會意義	285
第三款 總結不作為的因果關係	287
第三項 前提設定 II：本文的結果歸責圖像	288
第一款：概述	288
第二款 階層一：行為危險性	290
第一目、基本內涵	290
第二目 行為危險性之認定模式	292
第三目 不作為的危險性	295
第三款 階層二：結果歸屬之判斷	296
第一目 概述	296
第二目 以案例說明介入情事的貢獻程度	297
第三目 不作為的貢獻程度	300
第四項 本節之結論	302
第二節 不真正不作為犯之具體態樣與理論適用	303
第一項 描繪案件的因果流程	304

第一款 以『直接因』作為核心要素.....	304
第一目 概說.....	304
第二目 重拾對『直接因』之重視.....	305
第三目 四種『直接因』.....	306
第四目 不真正不作為犯中的各種因果進程.....	307
第二項 結果歸責之具體態樣.....	308
第一款 不作為存在於『直接因』發生效力前之類型.....	309
第一目 A 1 類型.....	309
第二目 B 1 類型.....	311
第三目 C 1 類型.....	312
第四目 D 1 類型.....	313
第二款 不作為存在於『直接因』發生效力後.....	315
第一目 結果責任的分級化.....	316
第二目 從客觀共犯論構思解決方案.....	317
第三目 小結.....	319
第三節 本文之結論.....	320
參考文獻列表.....	322

第一章 緒論



第一節 研究動機與問題意識

筆者在真正開始研讀刑法理論之後，常常會產生某種感覺，覺得不真正不作為犯應該可以和共犯論並稱當代刑法理論中，最沒有獲得完善及合理解釋的兩個領域。當我們隨手翻閱任何一本國內刑法教科書，觀察該論者對於不真正不作為犯所進行的論述時，即可發現就「以不作為之方式成立結果犯」的這種犯罪，在檢驗過程中，刑法學者多半是使用「假設因果流程」取代「條件關係」，透過代入虛擬條件的想像作為因果關係判斷的基礎，且創設「保證人地位」，並將其視為不真正不作為犯所特有的特殊構成要件要素，主張只有在該當上述兩種要件後不真正不作為犯始得成立。但是平心而論，針對上述兩種要件的建構，只有極為少數的學者試圖進行更為詳實的說明。也因此，從學習刑法的學生的角度觀之，非但無法清楚掌握不真正不作為犯的理論內涵，反而治絲益棼似地浮現出更多難以解答的疑問。

最一開始會產生的疑問自屬，為何「假設因果流程」可以取代「條件關係」呢？簡而言之，在作為犯的犯罪構成中，條件關係的存在普遍被認為是不可或缺的重要環節，所有的歸責流程都是在通過條件關係的檢驗後，才有繼續討論的必要。如此一來，究竟不真正不作為犯與作為犯在何處的相異，導致在因果關係的判斷上，必須且能夠採用兩種不同的檢驗標準；以及「假設因果流程」與「條件關係」兩者間，存在著什麼樣的迥異特性，使得前者能夠對應到不真正不作為犯的成立，而後者則屬於作為犯的必要條件，另一方面卻需要透過「保證人地位」的添加，才能使兩者具備同等的可罰性。儘管近年來已有部分學者針對這些問題進行相當深入的檢討，但相對應而提出的理論或是見解，彼此間的歧異程度卻往

往令我們落入更深不見底的泥淖中。

儘管在外觀上，上述的問題均是針對學說為何要設定出這些不真正不作為犯的成立要件，所產生的質疑；然而，刑法中的種種犯罪成立要件之所以被規定成我們所看到的樣貌，其不可避免地，必須事先考量該犯罪本身的可罰性基礎，亦即：處罰該犯罪行為所試圖保護的法益為何、該犯罪行為產生法益侵害的危險性程度高低、以及該犯罪行為所違反的禁止或命令規範是什麼等，始能夠說明刑法處罰該犯罪行為的正當性，且進一步以刑法的觀點描述該犯罪現象的主、客觀內涵，刻劃出認定該犯罪是否成立時所理應具備的構成要件要素。是以，若實質來看的話，追問不真正不作為犯成立要件的存在理由此舉，更毋寧是針對現今不真正不作為犯理論提出可罰性基礎的質疑。

如此一來，本文所想要研究的第一個議題遂浮出水面：當前的各種不真正不作為犯理論是建立在什麼樣的可罰性基礎上，認為不作為能夠成立通常屬於結果犯的犯罪。然而，在追問這個問題的同時，勢必將面臨另一個更為艱鉅的困境，不作為與作為間的差異是僅存在於客觀型態的不同，抑或是從最為根本的處罰理由就已然相左。若答案是前者，不真正不作為犯論的核心爭議則只不過是如何透過構成要件的增設，消弭不作為與作為間的差異；相對於此，如果不真正不作為犯在可罰性基礎的方面，即已與作為犯大相逕庭，那麼有關於不真正不作為犯理論最為重要的課題，將會變成是檢驗該可罰性基礎是否足夠正當化刑法對於不作為犯的處罰。

由上述觀之，建構不真正不作為犯理論的出發點，似乎無法脫離與作為犯的比較而進行。這是因為無論是我國或德國、日本的現行刑法，均是建立於將作為犯視為是基本犯罪類型的基本立場上；相比之下，以不作為的方式成立的犯罪，除了少數刑法分則即已直接規定的類型外，主要是透過刑法總則內，概括構成要件條款（如我國刑法第十五條、德國刑法第十三條等）的附加，並適用刑法分則中，被規定成作為犯型態的一般構成要件，最終成立不作為結果犯（或危險犯）的例外規範模式。而本文的問題意識即是發源自上述這種刑法理論中的原則與例

外關係，詳言之，若現代刑法體系是圍繞在以作為犯為原則所建立的話，那麼諸如不作為犯、義務違反犯等特殊犯罪類型，又是如何被整合進現代刑法體系當中呢？

稍微統整本文最初的問題意識與研究動機如下：首先，近代刑法理論可以說是被架設在種種原則上的空中樓閣，學理發展的極限即屬由原則所構成的框架。舉例言之，在責任原則的限制下，刑法理論對於近年來時常惹起波瀾的法人與集團犯罪、以及涉及高度專業知識的食安糾紛等案件，往往因為細緻分工導致個人喪失認識該行動最終結果的可能性，迫使刑法必須作出無法處理（即無罪）的決斷。想當然爾，隨著社會爭議案件的增加與民眾價值觀的改變等，刑法體系不斷受到外在環境波動的影響，導致早期作為定理的諸多原則也必然會被質疑不合時宜或無法解決問題，進而逐漸鬆動與被迫接受例外的產生。因此，從近代刑法理論的內部可以看出有著諸多原則與例外的痕跡，如作為犯與不作為犯、個人責任原則與對於共犯的處罰、結果犯與未遂處罰規定等。

而本文所抱持的問題意識即是透過觀察既已存在的刑法學說，試圖發現近代刑法理論中，有關原則與例外的生成與變動；並且追問是什麼樣的價值觀樹立了眾多刑法內部原則，又是什麼樣的外界刺激造成例外能夠獲得承認，最終，刑法理論本身又是如何重新收編這些例外成為自身體系的一環。

其次，礙於能力的不足與篇幅的限制，本文自然無法針對近代刑法理論中的所有變遷進行考掘，而必須有所取捨。一方面由不真正不作為犯逐漸被刑事立法及刑法學說接納，且成為普遍承認的基本犯罪態樣之過程，可以說是有關於刑法原則與例外相互交錯，相當完整且發展成熟的一支脈絡，因此，其自屬能夠彰顯本文問題意識的最佳領域。另一方面，在我國刑法學界中，不真正不作為犯理論向來不能算是研究的主流項目；然而，對比其在學理討論上的困難度與相異見解間的分歧度，不真正不作為犯亦能被視為是長期備受忽略，而無法獲得妥善解決的一塊領域。

綜合以上本文對於刑法理論原則與例外所產生的問題意識，以及對於不真正

不作為犯論述所擁有的研究動機，即使受限於能力的不足，仍然試圖想要爬梳以往學者如何處理不真正不作為犯這個難題，並提出些許自己的看法。



第二節 研究方法及結構綱要

第一項 研究方法—規範的考掘學

第一款 不真正不作為犯的規範學內涵

若按照現行通說見解，刑法規範的架構可以區分成「行為規範」及「裁判規範」，前者針對人民劃定出自由領域的框架；而後者則是約束裁判者，必須依照刑法體系架構與邏輯進行審判¹。也因此，無論採取相異態度的刑法學者是分別站在一元或二元刑法規範論的預設立場，都不會影響刑法作為「規範學」的實質內涵。然而，既然刑法作為一種規範，必然有其存在的正當化依據；也就是說，如果規範的功能是用來限制權力的行使以及劃定自由的邊界，則說明為何規範擁有這麼大的權力一舉，即屬規範學不可或缺的理论義務²。

用上述觀點檢視本文課題之不真正不作為犯時，相當明顯的問題馬上浮現水面，刑法對於行為人不作為的處罰很難不被視為一種「行為規範」。這是因為刑法宣告不作為成立犯罪的舉動，蘊含著行為人必須積極從事刑法所命令的特定作為，始得脫免於刑責的「命令規範」³；如此一來，不真正不作為犯已非單純劃定

¹ 請參考杉本一敏（2004），〈規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（上）〉，《比較法学》，37卷2期，頁159-190；以及蔡聖偉（2008），〈評2005年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，收錄於：蔡聖偉（著），《刑法問題研究（一）》，頁59-133，台北：元照。

² 請參考周濛沂（2014a），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《台大法學論叢》，43卷4期，頁1469-1532。

³ 因此，雖然我國通說見解仍將不真正不作為犯視為違反刑法上的「禁止規範」；但毋寧更正確來說，是透過違反「命令規範」實現如同違反「禁止規範」的法益侵害結果。有關我國通說見解可參考林山田（2008），〈刑法通論（下冊）〉，十版，頁235以下，台北：自刊；而有關對於通說

自由領域的「行為規範」，其更是大幅度限制人民自由選擇行動的規範，因此，對於不真正不作為犯的處罰勢必負擔著更為嚴格的正當化事由⁴。

而本文所預設的首要目標，即是分別從立法及解釋學的角度出發，一一檢視並評析不同國家之法律規範，或是立場相異的刑法學者是如何面對上述的論理義務。

第二款 規範學的事實背景

然而在另一方面，當我們在討論刑法規範的應然內涵時，絕對也不應該忽視產生規範的事實背景，否則若僅侷限在架空世界內的純粹理論辯證，將失去與現實接軌的可能性。

舉例言之，財產犯罪中應該採取「所有權說」還是「持有說」的爭議，固然可以單純從規範證成的角度出發，說明何者邏輯較為一貫⁵；但是如果耙梳近代資本主義發展的脈絡，則會發現刑法解釋學由主張保護財產之所有權演變到主張保護持有利益間，存在著人類交易型態的大幅變遷。單純貨幣與貨物的交換結構被各種衍伸權利的相互持有全面取代，擁有一棟房子或一樣物品對於資本主義的價值而言，遠遜於實際上不斷使用並創造利益的持有⁶。是以，無論採取「所有權說」在規範邏輯層面如何一貫或無瑕疵，卻也將會無法清楚理解財產保護背後所隱含的歷史進程⁷。

基於上述的設想，在討論不真正不作為犯的可罰性基礎時，若只著重於檢驗

見解之批判可參考松宮孝明（2003），〈不作為犯と因果關係〉，收錄於：松宮孝明（著），《刑事立法と犯罪体系》，頁 103-114，東京都：成文堂。

⁴ 請參考竹村和也（1999），〈救助義務と悪しきサマリア人の法〉，《同志社法學》，51 卷 3 期，頁 52-93；以及周濛沂（2014b），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《台大法學論叢》，43 卷 1 期，頁 209-269。

⁵ 例如黃榮堅教授及從「持有」概念的不明確性，主張財產犯罪的保護法益仍應屬「所有權說」，請參考黃榮堅（1999），〈財產犯罪與持有關係〉，《台灣本土法學》，5 期，頁 140-145。

⁶ 請參考李茂生（2000），〈資本、資訊與電腦犯罪：另類的回顧與展望〉，收錄於：李茂生（著），《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》，頁 169-300，台北：自刊。

⁷ 例如對於諸如強盜或詐欺罪等存在單純利益侵害規定的犯罪型態，如果採取「所有權說」的論者則很容易將利益與所有權合而為一，但也同時失去了立法者當初分開立法的用意。

以往紛雜的諸多學說能否滿足理論說明的最低需求，則很容易造成見樹不見林的盲點。因此，本文試圖跳脫規範邏輯內涵的辯證，將討論的視角延伸到影響不真正不作為犯解釋的諸種社會或外在知識背景，觀察現今我們所熟知的「形式三分說」、「排他性支配領域說」、抑或是「體制義務說」等見解，是如何在理論與社會間的互動中逐漸被形塑且受到接納。

第三款 規範學背後的權力理論

同時，日本學者佐藤直樹在其「作為共同幻想的刑法」一書中，指出刑法理論或規定的變遷，其並非單純是對應式的受到外界環境刺激而產生；相對於此，刑法更隱含了積極創造價值觀的面向⁸。具體來說，上述財產法益從「所有權說」移轉至「持有利益說」的過程，在我國學者李茂生的觀察下，即非屬現實交易型態改變後的需求，而是統治權更為積極地，想要穩固新型交易型態的一種嘗試⁹。

而透過 Foucault 的研究，也可以發現從十八世紀以來，法律及法律理論不斷成為統治權發展的工具被拿來操作，例如在「生命政治的誕生」一書中，Foucault 便明確透過英國功利主義及法國法律激進主義的兩種路線交錯的歷史，說明為何十九世紀以來，無論是在憲法或是刑法的領域中，比例原則都成為主要的判斷基準¹⁰。

Foucault 藉由上述的統治權論述，試圖說明的是近代的主權者是如何經由治理術的轉變，將人民逐漸塑造成，方便自己管理且能夠帶來最大效益的樣貌；而人民在這樣的過程中，喪失抵抗的可能性而成為全然被宰制的客體¹¹。同時，刑法在治理術中所扮演的腳色，不僅是國家統治權力最為極致的彰顯，更是塑造人

⁸ 請參考佐藤直樹（1989），〈共同幻想としての刑法〉，頁 103 以下，東京都：白順社。

⁹ 請參考李茂生（2000），同前揭註 6 文，頁 268 以下。

¹⁰ 請參考 M. Foucault（著），莫偉民、趙偉（譯）（2011），〈生命政治的誕生：法蘭西學院演講系列 1978-1979〉，頁 24 以下，上海：上海人民出版社。

¹¹ 請參考 M. Foucault（著），尚衡（譯）（1990），〈性意識史第一卷：導論〉，頁 115 以下，台北：桂冠。

民形象時最重要的武器¹²。因此，本文站在延續 Foucault 理論的立場上，亦試圖對抗統治權理論下的刑法圖像。而「侵害原理」這個與英國功利主義曾一同出現在十八世紀政治哲學理論舞台，卻旋即被取代的法律激進主義，遂成為本文所嘗試與統治權理論相抗衡的武器。

第二項 本文之結構與綱要

綜合前一項中本文所試圖採取的三種詮釋方式，這篇論文亦能夠簡單區分成三個部分。首先是介紹有關我國不真正不作為犯的規範（第二章）與解釋（第三章），針對前者的部分，因為我國刑法第十五條的規範時間及規範型態均屬較為早期的版本，且事後幾乎沒有再行修改的紀錄；所以本文將把重點置放於我國法與德國、日本等不真正不作為犯立法史的比較上；相較於此，就我國不真正不作為犯理論探討的部分，則會專注在規範邏輯的檢驗，以及分析不同學說見解間所憑恃的理論基礎。

其次，由於我國刑法學說基本上繼受於德、日兩國，是以在第二部分當中，本文將進一步整理不真正不作為犯在理論史上的發展，以及探討是什麼樣的知識典範或社會環境變化，推動著不真正不作為犯學說持續變動（第四章）。同時，在這一章節中，本文亦嘗試以透過發展史而建立起體系化的方式，盡可能大量的介紹從古至今曾經出現在理論史舞台的不真正不作為犯論述。如此編排的理由是因為，一方面除了許玉秀教授在一九九〇年代曾大量介紹德國的不真正不作為犯理論外，國內對於這一領域的專論可說是付之闕如，只有近期周漾沂教授的論文中尚有持續進行不同理論的引入；而另一方面，對於不真正不作為犯的討論，我國學界亦缺乏如同名和鉄郎、堀内捷三等日本學者所進行，兼具法律史考掘與體系整理深度的文獻。

¹² 請參考 M. Foucault (著)，莫偉民、趙偉 (譯) (2011)，同前揭註 10 書，頁 258 以下。

第三部分則是，在建立起從最初 Feuerbach 開創的德國刑法理論，一直到近期內的發展，將近兩百年的不真正不作為犯理論史跟各色理論的脈絡後，本文認為有探尋深埋在這一段歷史底下，真正推動著刑法理論變遷的統治學理論之必要。也因此，本文在檢驗各種不真正不作為犯論述的內在合理性，以及產生該理論的外界事態變遷後，將更為深入探討統治權理論的變革是如何影響上述不真正不作為犯論述的發展。進而，做出屬於自身的批判。

最終，在進行完三層理論的考掘後，本文即以「侵害原理」作為解釋的根本，重新建立專屬於自身的不真正不作為犯論述，試圖以這樣簡單的反抗，作為這本論文的結論（第六章）。必須強調的是，本文並無意反抗刑法本身的存在，而是在承認刑法的存在是不可避免的前提下，所嘗試的一些小小的抵抗，以維持自身不被統治權全面宰制罷了。

第二章

剖繪不真正不作為犯於我國刑法的規範內涵

—兼論與德、日兩國比較法之研究—



由於本文是針對長期以來饒富爭議的不真正不作為犯，從結果不法的立場證立其可罰性基礎，進而重新詮釋我國現行法規定之嘗試。因此，最初必須釐清的問題即為：我國刑法第十五條是如何規定不真正不作為犯的成立要件；以及環繞著實定法，我國實務與學說又是如何理解本條規範，且適用於具體個案當中。

是以，上述的兩條軸線遂成為本章及第三章的討論骨幹。首先，將剖析我國刑法第十五條的規範架構，點出現行法的諸種解釋上疑問。再者，本文進一步把視角移向與德、日兩國相關規定的比較上，試圖凸顯出我國法所特有之立法模式與精神。而在第三章中，一方面藉由實務對於各種不真正不作為犯罪類型，所累積出相當數量的判決，以窺探我國法院就刑法第十五條之解釋，發展出什麼樣的見解；另一方面，我國主流學說見解是如何看待現行法之規範架構，且又是基於何種可罰性基準建構不真正不作為犯的解釋呢，就此，本文亦會簡單加以介紹與評論。

在清楚瞭解不真正不作為犯在我國的現況後，即可聚焦於本文核心的問題意識，亦即，對不真正不作為犯的可罰性基礎進行整體性的探討，並提出本文所採納之見解。

第一節 我國不真正不作為犯規範架構之概觀與剖析

第一項 概述

有別於我國刑法條文主要繼受於德、日兩國的情況，在不真正不作為犯立法上，我國可以說是領先德國逾四十年的光陰，而日本更是至今都不曾將不真正不作為犯的處罰規定予以明文化。就立法的果斷性，學者楊建華對於本條有著相當肯定的評價¹。至於在規範架構上，我國刑法第十五條之內容則與德國刑法中同樣是不真正不作為犯處罰規定的第十三條大相逕庭，頗具比較法上之獨特性。另外，我國刑法自一九三五年公布施行後，雖屢經修正，但從未對於第十五條作出任何實質上的更動²。由此可以窺知在立法者的想法中，我國不真正不作為犯的規範內容，被普遍認定並無不妥之處，且尚屬完善³。

相較於我國法之恆定性，德國及日本的立法沿革則顯得峰迴路轉，遲遲無法定論。德國從十八世紀末期開始嘗試訂立一部完整近代刑法典起，一直到一九五〇及六〇年新刑法總則施行前的草案研擬階段，甚至在現行刑法施行後逐漸浮現的種種爭議中，對於不真正不作為犯的立法模式均呈現出相當分歧的意見⁴。日本更是因為當時參與立法的學者們就立法上所應規範之要件，始終無法產生共識，遂乾脆放棄以實定法規制不真正不作為犯的意圖⁵。

是以，在不真正不作為犯的比較法上，我國刑法第十五條的歷史甚為悠久，

¹ 楊建華（1977），〈不純正不作為犯、結果加重犯在立法例上與德日等國的比較〉，《軍法專刊》，32卷6期，頁2-8。

² 僅在二〇〇五年的刑法修正案中，將原條文之「一定結果」更改為「犯罪結果」，其他成立要件並無任何更改或調整。而從立法理由總說明及楊建華教授的論文中，也能看出此次更動結果完全不影響法條本身的架構與精神，請參楊建華（1977），同前揭註1文。

³ 諸如林鈺雄與林東茂等學者均認為第十五條之規定足以包含德國學說所發展出來之各種保證人地位。詳參林鈺雄（2014），〈新刑法總則〉，四版，頁536以下，台北：元照；及林東茂（2012），〈不純正不作為犯〉，收錄於：甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁111-132，台北：承法數位文化。當然，也存在部分學說對於現行立法的批判，例如：學者林山田便認為第十五條第一項與第二項並列的規定將使得第二項發揮例示的效用，而使得學說發展之眾多不真正不作為犯法理無法以法條文字彰顯，有關這點詳後述，並請參林山田（2008），〈刑法通論（下冊）〉，十版，頁281以下，台北：自刊。另外，也有部分學者以自己所採之不真正不作為犯理論，對於現行法加以批判，如學者許玉秀及周漾沂對於前行行為作為保證人地位適格性的質疑，惟此部分留待之後討論學說見解時，將一併交代。

⁴ 就德國從古至今所產生的諸多刑法草案中，與1975年施行之新刑法總則後，有關不真正不作為犯立法模式的討論及爭議，請參考堀内捷三（1978），〈不作為犯論：作為義務論的再構成〉，頁119以下，東京都：青林書院新社；以及平山幹子（2005），〈不作為犯と正犯原理〉，頁30以下，東京都：成文堂等書。

⁵ 細部論述請參考名和鉄郎（1988），〈不作為犯論の歴史と現代的課題：ドイツと日本の不作為犯論を総括するために〉，《名古屋大学法政論集》，123期，頁179以下。

且規範型態別樹一格，可謂深具特別研究之必要。然而，就法條解釋的觀點來看，我國刑法第十五條其實存在著相當程度的不明確性，許多成立要件都容有不同的解釋空間。因此，本文亦將逐一進行分析，並試圖藉此窺探我國當初立法時，所依循之精神。

第二項 我國刑法第十五條之規範架構與剖析

第一款 規範架構

首先，摘錄我國刑法第十五條的文字如下：

「第一項 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同。

第二項 因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」

從上述條文內容的形式觀之，我國刑法第十五條規範了「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」（下稱第一類型），及「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者」（下稱第二類型）兩種能夠該當於不真正不作為的要件。但是，若仔細分析兩者的法律效果時卻會發現，該當第一類型所產生之效果為「與積極行為發生結果者同」，姑不論此法律效果的實質內涵為何，但其顯然與在第二類型中所規定的「負防止其發生之義務」差別甚鉅。詳言之，刑法上的法律效果若欲具備相當之意義，其內容應為：「當行為人實現了條文中所規定的要件時，將產生刑罰的課予或加重，抑或是刑罰的免除或減輕，僅此而已。」故刑法並不像是民法或行政法一般，能夠積極命令人民履行義務；相對於此，刑法產生的法律效果不應出現賦予人民作為義務之型態。也就是說，第十五條第二項本身並不符合刑法所應該具備的法律效果，若不與其他條文一併使用，則根本

無法產生任何意義⁶。

因此，欲使第十五條第二項發揮實質效用的解釋可能性有以下兩種方式：一、符合第二類型的要件時，所產生之防止結果發生義務，將構成第一類型之「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務」的義務內涵。易言之，第十五條第二項可以說是更加具體地說明了第一項有關法律上義務的規定。然而，上述之見解同時也能夠推論出第二種解釋方式，亦即：若第十五條第二項是第一項的具體規定，則是否能夠進一步將其視為立法者有意以例示的方式，排除其他非刑法上之法律義務也可成為本條構成要件的解釋空間⁷？

第二款 具體規範內涵之剖析

對於第十五條兩項規定間的關係有了初步理解後，本文即進入實質成立要件的探討。首先，第一項的法條文字可以粗略分為：「對於犯罪結果之發生」、「法律上有防止之義務」、及「能防止而不防止」等三部分；第二類型則相對明確地只有規定了「因自己行為致有發生犯罪結果之危險」這一項要件。而以下將分別檢討之：

第一目 對於犯罪結果之發生

此要件是我國不真正不作為犯立法自一九三五年公布施行以來，唯一修正過

⁶ 當然，也有學者認為刑法本身透過刑罰的課予具有建立行為規範之效力，即一般作為犯罪乃彰顯禁止行為人侵害法益之「不作為義務」；相對於此不作為犯罪則是隱含著命令行為人積極防止法益侵害之「作為義務」，關於詳細論述僅列蔡聖偉（2008），〈評 2005 年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，收錄於：蔡聖偉（著），《刑法問題研究（一）》，頁 80 以下，台北：元照；及周濛沂（2014），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《台大法學論叢》，43 卷 1 期，頁 209-269 以下。另雖周濛沂教授是使用消極義務與積極義務之區分，但實質上與作為與不作為義務相當。然而，儘管上述學者承認刑法具有課予人義務之效力，但是刑法的法律效果重心仍是置放於行為人「違反義務」後，能夠加以處罰之「裁判規範」。易言之，沒有規定裁判規範時，刑法自也無法產生任何義務。

⁷ 如學者林山田（採取批判性見解，認為這是立法上的錯誤）及黃榮堅即作如此之解讀，請參林山田（2008），前揭註 3 書，頁 281 以下、及黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（下）〉，四版，頁 714-716，台北：元照。另外，雖然非常罕見，但最高法院 81 年台上字第 437 號刑事判決以及台灣高等法院花蓮分院九十二年上訴字第一〇六號刑事判決等實務見解亦採此解讀方式。

的部分。原條文乃「對於一定結果之發生」，儘管長期以來都存在著主張本要件語意甚不明確之批判，但是多數見解均認為並不影響正確理解，亦即該一定結果即屬犯罪結果之理解⁸。而所謂的「犯罪結果」，望文生義應為刑法分則及特別刑法中，各種犯罪類型所規定的「構成要件結果」。進而，惟有在不作為發生犯罪的結果時，始能夠符合此處之規定，其自屬當然。如此一來，將產生下述疑問：不真正不作為的射程範圍是否僅侷限於結果犯的犯罪？也就是其他諸如抽象危險犯或未遂犯等犯罪，即是否無法透過刑法第十五條成立不真正不作為犯⁹？

第二目 法律上有防止之義務

此要件的爭議則已如上述第一款所提及，法律上有防止之義務是否僅侷限在同條第二項所明定之事由，亦或容有其他種類之法律上義務來源，此處便不再贅述。惟假若並不贊同由第十五條第二項封鎖第一項範圍之見解，而認定此處之法律上義務實乃源自於其他法律或規範，則其具體內涵為何，以及該如何劃定具體界線遂成為此說所必須面對之質疑。

第三目 能防止而不防止

有鑑於「法不強人所難（*Lex non cogit ad impossibilia*）」及「任何人均無義務為不可能之事（*Ultra possemo obligatur*）」之法諺，刑法當然不能要求人民防止自己無力防止之犯罪結果發生，此為不證自明之真理。因此，儘管行為人具有法律上防止之義務，但如果行為人現實上並沒有能力防止結果的發生，或就算是行為人已進行防止結果之作為，而完遂法律上義務之要求，結果卻仍然可能產生時，刑法自不應對其課予刑事責任¹⁰。然而，此處產生的爭議則是有關審查階段之疑

⁸ 如立法理由書中所載，及楊建華（1977），前揭註1文。

⁹ 關於此一部份，在我國通說普遍認為抽象危險犯、未遂犯並沒有規定或發生犯罪結果時，問題更為尖銳，然而我國通說亦普遍承認不真正不作為犯之未遂犯，這點甚為有趣，詳細之論述則留待後文。

¹⁰ 請參考如林山田（2008），前揭註3書，頁245以下；以及林鈺雄（2014），前揭註3書，頁517以下等。

慮。詳言之，當防止結果發生的義務在現實上對於行為人屬於不可能之苛求，或遵守義務本身對於結果的防範有可能是無效時，刑法將會是因為行為人並未實現不法，或是基於沒有期待可能性而不予以處罰呢？

另外，「不防止」的態樣可以包含單純身體的靜，以及進行防止結果以外、其他所有身體上的動，此自不待言。是以，由法條文字即可推知，不真正不作為犯並不全然是身體的不動作，而僅是不為法律所要求的特定行為¹¹。

第四目 因自己行為致有發生犯罪結果之危險

本要件之規定即為受到學說頻繁討論的「前行行為（或稱危險前行行為）」。¹²首先造成爭議的是，從法條文義觀之，所謂的「自己行為」似乎只須是出自於行為人即可，行為人在行為當下是否知悉該行為具有致生犯罪結果之危險，並不影響判斷；但是這樣的解釋途徑，毋寧是基於當行為人從事前行行為時，並不具備故意或過失等主觀要件，而無法課予刑事責任的缺陷，故藉由處罰事後之不作為，以填補上述刑罰漏洞的一種作法。因此，有違反責任原則之風險¹²。

相反，若強調行為人在從事前行行為的當下，必須具備對於發生犯罪結果之故意或過失，則會浮現兩點矛盾：當前行行為已然成立故意犯之未遂時，處罰行為人事後的不作為，即與中止犯之立法意旨有所扞格；此外，當前行行為因具備故意或過失而能夠獨立論罪時，對於行為人事後的不作為額外施以處罰一事，則有違反雙重評價禁止之虞¹³。

¹¹ 請參考如林山田（2008），前揭註 3 書，頁 245 以下；以及林鈺雄（2014），前揭註 3 書，頁 517 以下等。

¹² 就此批判請參名和鉄郎（1971），〈ドイツ不作為犯論史（I）：方法論的問題に關連して〉，《静岡大学法経研究》，21 卷 3 期，頁 17-63、及佐伯仁志（1996），〈保障人的地位の發生根拠について〉，收錄於：内藤謙、西田典之、芝原邦爾（編），《刑事法学の課題と展望：香川達夫博士古稀祝賀》，頁 95-119，東京都：成文堂。

¹³ 就此批判請參考許玉秀（1997），〈前行為保證人類型的生存權？與加重結果犯的比較〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁 325-377，台北：自刊；以及蔡聖偉（2008），〈論故意不法前行為所建構之保證人義務〉，收錄於：蔡聖偉（著），前揭註 6 書，頁 221-257。

第三款 法律效果



無論行為人該當第一類型或第二類型之法律上防止義務，最終，均係論以第十五條第一項所規定之法律效果，已如前述。是以，我國刑法對於不真正不作為犯所規定的法律效果即為「與因積極行為發生結果者同」。儘管所謂的「積極行為」自屬「有積極產生犯罪結果能量之『作為』」，此並無疑問。然而，「與……同」之規定其內容卻顯得相當地不明確。詳言之，我國刑法中存在眾多「與……亦同」的條文，但在這些條文中，均規定有完整的構成要件；其僅是說明法定刑與前條之處罰規定相同。也就是說，兩者多屬相異之犯罪態樣，例如第二百四十條和誘罪的第一項與第二項，即對於不同的犯罪客體進行規範¹⁴；或像是第三百二十八條強盜罪第二項之立法模式：立法者以「前項方法」替代第一項之部分構成要件，但本條仍是規定有完整之犯罪態樣¹⁵。因此在檢驗犯罪成立時，必須該當所有構成要件，始產生與前條項相同之法律效果。

相比之下，本項所規定的「與因積極行為發生結果者同」，其法律效果則呈現出一定之不明確性，具有兩種可能的解釋方式。一、若單純以文義觀之，本項法律效果乃相同於「積極行為發生結果者」，是以當符合第十五條要件時，即視同作為犯規定中，以作為發生結果之情形，而毋須討論不作為與結果是否具備因果關係。亦有論者認為，本項規定僅使得不作為的刑法評價相當於發生結果之積極行為，而仍須檢討不作為與結果間的因果關係（即學說所稱之等價值性）¹⁶。

¹⁴ 刑法第二百四十條第一項：「和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處三年以下有期徒刑」；同條第二項：「和誘有配偶之人脫離家庭者，亦同」。

¹⁵ 刑法第三百二十八條第一項：「意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪，處五年以上有期徒刑。」；同條第二項：「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同」，屬犯罪結果不同之相異規定。

¹⁶ 有關於我國學說對第十五條法律效果之理解，請參考本文之第三章。

第三項 小結



以上即為我國刑法不真正不作為犯之規範概觀。由此可知，無論是第十五條第一項與第二項之間的架構、或是法條文字本身所彰顯的構成要件及法律效果，都有相當不明確而可容納不同解釋之餘地。也或許正是如此，縱使我國學者所採取的不真正不作為犯理論大相逕庭，但是每一種見解卻都可以在刑法第十五條的規定中，獲得合理化自身解釋的空間。進而，讓我國的不真正不作為犯立法雖歷經近八十年的更迭，卻仍屹立不搖且能夠說是幾乎不曾更動。惟過於模糊的法條文字，卻也留下諸多的難題有待學說及實務加以解釋、補充。本文統整如下：

- 1、使不真正不作為犯成立之「法律上防止義務」是否僅侷限於「前行行為」？
若採否定見解，則其來源為何，且該如何劃定其界限？
- 2、不真正不作為犯的規定是否限於結果犯？
- 3、「能防止而不防止」在犯罪構成要件中的定位為何？
- 4、「前行行為」是否須具備故意或過失？以及肯否兩說所延伸之問題。
- 5、不真正不作為犯的法律效果為「擬制因果關係」或「與作為相同」還是容有其他的可能性？

而對於前述我國法所產生之問題，以下，本文將率先放眼德國一九七五年新刑法總則之立法例，以及自古至今所產生的各種草案建議。試圖藉由德國學界針對該如何制訂其不真正不作為犯立法，長期爭論所累積的深厚基底，獲得理解我國當時立法意旨之啟發，或從比較法上的觀點窺探我國法的良莠。在此同時，儘管日本並沒有不真正不作為犯的明文處罰規定，惟透過深究日本學者對於是否立法一事之爭辯，以及戰前戰後多次草案的訂立，應該亦能達到相當之效用。是以，本文也將針對日本多次立法草案之討論略加瀏覽。希冀憑藉著概觀德、日兩國謹慎討論不真正不作為犯的立法過程，能夠更為豐富對於我國法規範內涵之理解。

第二節 德國有關不真正不作為犯之立法沿革



第一項 概說

德國從一七九〇年代以降，對於不作為犯罪是否應當納入刑法典，即有相當熱烈的議論。特別是進入二十世紀後，於歷次的立法草案中，有關不真正不作為犯的規範型態，也由影響我國立法甚深的早期版本¹⁷，演變成現今我們所熟知，規定在德國現行刑法裏頭的樣貌。因此，耙梳於德國不真正不作為犯之立法沿革中，所經歷的思考模式轉化，以及伴隨而生的規範型態變遷，亦能夠領導我們更為通曉不真正不作為犯的理论核心。

而綜觀德國刑事立法史，不真正不作為犯的立法在諸多層面，均呈現出相當複雜的樣貌。例如是否應於刑法典中明文訂立處罰之條文；再者，該處罰依據宜概括規定於總則，或按照不同分則犯罪態樣個別立法；進而，具體的規範內容該包含哪些構成要件等，都曾經廣泛受到爭論。但最終，德國將不真正不作為犯明確制訂於刑法典內的時候，竟已至一九七五年，距離最初展開立法議論的十八世紀末期，相隔近二個世紀¹⁸。在嘗試立法期間由官員或學者提出的草案與對案汗牛充棟，所採取的立法精神及規範架構，依照不同論者而大異其趣，足以忠實反應出德國刑法學界對於不真正不作為犯的理论紛歧。

本文囿於篇幅與知識淺薄，僅能夠走馬看花般，十分概要地瀏覽德國刑事立法史中，涉及不真正不作為犯至關重要的幾次草案，以及最終的立法成果。在瞭解德國立法時的種種考量後，進一步將聚焦在先前所提出，當詮釋我國不真正不

¹⁷ 例如學者楊建華便明確指出我國刑法第十五條之立法實乃參考德國 1910 至 1920 年代的刑法立法草案。請參楊建華（1977），前揭註 1 文，頁 1 以下。

¹⁸ 學者名和鉄郎考察了 Clemens、Hippel、Rudolphi 等人之研究，指出 E. C. Westphal 在 1785 年所發表之論文可說是有關不作為犯最初進行詳細研究之文獻。請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 12 文，頁 17 以下。按同作者之說法，在當時並無區分真正與不真正不作為犯之意識，因為處罰不作為犯的原因多屬違反義務，而有無結果不過只是現象上之不同，並不影響成罪。且實際將 Westphal 學說用於實際案例的是普魯士法院於 1800 年對於殺人罪之判決。

作為犯規範時可能產生的疑問，試圖窺探他山之石能夠帶來何種啟示與解答。以下首先，本文即約略依照德國歷史發展之順序，將德國刑事立法史區分成以下三個階段，即「日耳曼諸邦國法時期」、「德意志統一至二戰前之時期」、以及「二戰後時期」，就不同之時期內，有關不真正不作為犯的立法沿革進行探討¹⁹。另，因為隨著時代演變，所提出的草案內容必定會受到不同時期之學說見解與政治環境的強烈影響，而本文亦將針對此一部分簡單加以說明。惟有關諸多學說的詳細研究，則留待後續章節。

第二項 日耳曼諸邦國法時期

在十八世紀末期，啟蒙運動浪潮與近代法治國理念藉由拿破崙的入侵，傳達至當時尚處在邦國林立的日耳曼地區。對於當代德國刑法學界發揮巨大影響力的人是 A. von Feuerbach，Feuerbach 在哲學思考上受到 Kant 的理性法原則洗禮；同時也從 Beccaria 的「犯罪與刑罰」一書中，汲取諸如「罪刑法定主義」與「侵害原則」等近代法律思維。而在實踐上，Feuerbach 亦曾主導起草一八一三年巴伐利亞一般刑法典²⁰。

西歐國家如英法兩國歷經市民革命後，新政府以圖徹底解決市民自由與國家刑罰權間的尖銳矛盾，均視罪刑法定主義為刑事處罰的前提要件，並立法加以落實²¹。受到 Feuerbach 將上述理念引入日耳曼地區的影響，一七九四年所制訂的普魯士一般邦法（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1794），以及前述由 Feuerbach 起草的巴伐利亞一般刑法典，為了具體符合罪刑法定主義之要求，

¹⁹ 本文乃參考自學者堀内捷三（1978）在前揭註 4 書中的區分方法，然礙於篇幅，有適度之簡化及省略。

²⁰ 有關於 Feuerbach 的理論介紹，請參考梅崎進哉（2001），〈刑法における因果論と侵害原理〉，頁 93 以下，東京都：成文堂。

²¹ 請參考梅崎進哉（2001），前揭註 20 書，頁 75 以下、以及生田勝義（2002），〈行為原理と刑事違法論〉，頁 56 以下，東京都：信山社。同時兩位學者均強調「罪刑法定主義」僅具有形式上意義，真正能夠發揮作用的，在於「侵害原則（生田勝義教授則使用行為原理）」之內涵，此部分本文之後章節將會詳加論述。

有關不作為犯的處罰均被個別訂立在特定的犯罪類型中；且規範型態亦必須限定為「具有法律上之特殊身分者，始得以不作為惹起該特殊犯罪（例如殺嬰、侮辱等罪）」²²。另外，由於要等到十九世紀末，不作為犯才由 Buri 區分為真正不作為犯與不真正不作為犯兩種型態；是以，在此之前均無單純處罰不真正不作為犯的規範。

依上所述，在這段時期的刑事立法中，不作為犯的處罰規範有兩項特點，亦即，分則規定模式與例外模式。也就是說，立法者只選擇於刑法分則的特定犯罪類型中，例外承認不作為犯的可罰性；除此之外，在原則上即一概否認處罰行為人不作為的正當性。透過學者梅崎進哉的觀察，這種立法形式與 Feuerbach 自身所採取的理論架構有絕對之關聯²³。詳言之，Feuerbach 除了眾所皆知對於「罪刑法定主義」的強烈堅持外，同時其也極力捍衛「侵害原則」，主張刑法所處罰之行為必然要與實質的權利侵害有所連結。此舉乃是基於 Feuerbach 為了淡化在專制君主時期，刑法深受教會法從中世紀以來之浸透，充斥著「義務違反犯」色彩的一種嘗試²⁴。是以一來，囿於十八世紀科學發展上的限制，處罰不作為犯一舉基本上被 Feuerbach 認定是違反「侵害原則」而不具正當性的。但在另一方面，由於身處在尚未真正法治化的開明專制邦國中，不作為犯的處罰被公眾視為是不可或缺的規範型態。最終，Feuerbach 於刑事立法上被迫讓步，仍然制定了部分的不作為犯處罰，但將成罪要件限縮在「例外的犯罪類型中，具有特殊身分者」之上²⁵。

而十九世紀中葉所施行的普魯士刑法典，其立法者對於不作為犯的態度幾經

²² 關於普魯士一般邦法之規定，請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 5；而梅崎進哉教授亦有針對日耳曼各邦邦法，如何受到 Feuerbach 等啟蒙主義刑法學者思想之影響，進行詳細之說明，請參考梅崎進哉（2001）同前揭註 20 書，頁 78 以下。

²³ 梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書，頁 141 以下。

²⁴ 針對 Feuerbach 的學說中，侵害原理所佔據之地位，請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書。

²⁵ 梅崎進哉亦詳細說明 Feuerbach 受到自然主義力學之影響，是其否定不真正不作為犯因果關係之主因，而在否定因果關係後，不真正不作為之處罰理由便只可能是義務違反，正因如此，Feuerbach 才主張不真正不作為犯乃作為例外之規定，請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書。另，關於 Feuerbach 所建立之義務違反說，請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 12 文，頁 11 以下、以及堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 6 以下。

更迭，從一八三〇年草案仍依循 Feuerbach 採取例外於分則規定的模式；一直到一八四〇草案中，增設了有關私生子不作為犯的總則規定；然而在最後，一八四三年實定法又刪除上述的總則規定，將不作為犯限縮在特定的分則犯罪（職務犯罪、違警罪）²⁶。足見在當時，擺盪在必須嚴守市民刑法原理，與試圖讓普魯士成為強權國家這兩種價值觀間，法學家內心中的劇烈矛盾²⁷。

另一方面，儘管立法者在原則上否定不作為犯的可罰性；但是一八五九年及一八六五年所做成的判決中，普魯士王國法院援引 Feuerbach 所創造的理論內容，卻罔顧 Feuerbach 主張的處罰例外性，藉由自身之說理，肯認當行為人具有法律上義務時，不作為犯仍有適用於一般犯罪的正當性²⁸。最終的發展則是，普魯士王國為了統一日耳曼地區，不斷強化其國家實力，在這樣的政策下，人民的倫理上義務逐漸被編入其他法律中，且透過上述判決所開闢的途徑，大幅增加無論是明文或非明文不作為犯罪的成立²⁹。

第三項 德意志統一至二戰前之時期

²⁶ 普魯士刑法典之諸草案及法典內容，請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 5 以下。然而，在同書中，作者指出有其他說法認為立法者並非採取不處罰不真正不作為犯之立場，只不過是因為立法上之疏漏，而漏未規定。

²⁷ 由於當時德國因受到神聖羅馬帝國及教廷等勢力實質統治，一方面在經濟、工業等實力大不如英、法諸國，另一方面由於領土分屬不同勢力統治，是以甚難大規模發展。要等到普魯士公國利用國家主義而壯大後，始得進入強國之林。因此，當時德國境內很快陷入想要急速發展超越英法等國之渴望，進而，原先由 Feuerbach 等啟蒙主義法學家建立起來的法治基盤快速崩毀，並在威廉一世、俾斯麥的統治下，走向極權國家。此部分歷史發展請參梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書，頁 196 以下、及 M. Foucault（著），錢翰、陳曉徑（譯）（2010），〈安全、領土與人口：法蘭西學院演講系列 1977-1978〉，二版，頁 278 以下，上海：上海人民出版社。另外，普魯士帝國實際之作法亦得參考江玉林（2002），〈近代初期國家的塑造，社會的規訓化與憲法史的論述：論萊因哈德「國家權力的歷史」一書中的權力建構過程〉，《月旦法學雜誌》，82 期，頁 238-247。

²⁸ 關於判決之詳細介紹，請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 6-8。

²⁹ 請參考堀內捷三（1978）同前揭註 4 書，頁 8 以下、以及梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書，頁 191 以下。堀內教授詳細說明了諸如醫生的健康回復義務、旅館業老闆的收容客人義務等倫理上之義務是如何透過立法納入實定法中，進而成為不真正不作為犯之可罰性基礎；而梅崎教授更是生動地使用「魔女狩獵」一詞來形容當時對於人民嚴酷要求之最終結局。

第一款 德意志帝國時期



第一目 一八七一年刑法典

一八七一年德皇威廉一世在巴黎凡爾賽宮登基，大一統的德意志帝國誕生，為了因應統一後的統治態樣，有必要制訂一部適用於全國的刑法典，以取代先前各邦國內紛雜的刑事規範。而有關不真正不作為犯的處罰規定，亦因此再次受到廣泛討論。在普魯士王國晚期，由於政治的需求，用以成立不作為犯的法律義務有逐漸倫理化的傾向，法院肯認的處罰範圍隨之急遽肥大化，有鑑於此，學者大多數均主張應透過不作為犯的立法，對於法官的恣意判斷進行規制³⁰。

是以，在一八七一年刑法修正案的討論中，對於不真正不作為犯在立法上的爭議，已非如先前所述，乃是为了要滿足罪刑法定主義的要求。而是更進一步地，發展至有關「該如何藉由法條文字將處罰範圍明確化」、及「該如何限制法官毫無節制納入道德觀點而造成廣泛成立不作為犯罪³¹」等探討。

在當時有關於不作為犯的學理討論中，儘管無論是學術界出身的 Feuerbach、Stübel、Luden、或是法官 Buri，都曾經依照自身的犯罪論設想，嘗試找出不作為犯處罰的合理化基準與成罪要件³²；但礙於十九世紀晚期實證主義世界觀的侷限，論者們如果不投奔「義務違反犯」或「規範刑法學」的陣營，則必須極為牽強地尋覓「不作為」與「犯罪結果」間，在單純依循牛頓力學的方法論中，根本無法證明的因果關係³³。結果，由 Buri 所發現的不真正不作為犯，成為壓倒自然主義

³⁰ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 11 以下。而關於義務入侵刑法領域取代侵害原則成為可罰性根據的批判，請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書，頁 191 以下，梅崎教授對於學說如何透過不作為犯的解釋一方面攻擊侵害原則的妥當性，另一方面則確立義務作為可罰性根基的介紹與批判相當值得一讀。

³¹ 梅崎進哉教授更進一步指出，從此之後，罪刑法定主義的兩大支柱，即侵害原理及明確性原則，只剩下明確性原則殘留。而法實證主義在納粹時期，對於納粹刑法毫無批判性之根源，便是源自於侵害原理之崩壞。請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書，頁 118 以下。

³² 關於上述學者的見解，本文將於之後章節詳加討論。亦可參考名和鉄郎（1971），同前揭註 12 文，頁 11 以下、以及堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 8 以下。

³³ 對於個別學說之批判，亦留待之後章節討論。或可參考名和鉄郎（1971），同前揭註 12 文，頁 11 以下、以及梅崎進哉（2001），同前揭註 20 書，頁 256 以下，梅崎教授就自然主義之因果關係有著相當出色且獨具一格之批判。

刑法學的最重要一根稻草。

上述的學說困境亦反應在對於不作為犯的立法態度上，最終，一八七一年德意志刑法典率先區分「真正」與「不真正」不作為，針對前者採取分則規定模式，將特殊類型的單純不作為直接視為獨立之犯罪；相較於此，對待後者的態度則相當消極，僅在定義「重罪行為」的第一條的立法理由書中，簡單說明刑法上之重罪行為包含作為與不作為，似乎是肯認重罪的情況下，能夠成立不真正不作為犯。但是，至於「在什麼樣的情況下能夠使用作為犯的規範處罰不作為」等詳細內涵，立法者則是留給實務及學說繼續深造³⁴。

雖然一八七一年德意志刑法典的立法者表面上放棄規定不真正不作為犯的處罰；惟透過立法理由書的明白宣示，過去普魯士王國法院在法無明文的情況下，以法律上義務大量成立不真正不作為犯之路徑，被視為直接獲得追認且就地合法化。

第二目 一九一三年刑法修正草案

進入二十世紀後，社會結構的變化迫使刑事政策與刑法理論產生典範上的轉移，由 F. von Liszt 所開創的新派犯罪學、及以 Mezger 為首的新康德主義刑法學成為當時主流見解，就此展開一系列嘗試修正一八七一年刑法典的努力³⁵。而在 Frank 及 Hippel 引導下所完成的一九一三年刑法修正草案中，不真正不作為犯初次擁有專屬於己的總則規定（第二十四條）：

「因不作為惹起結果時，僅處罰對於結果之發生，被賦予應由作為防止之法律義務者。前項之義務，亦存在於由自己之行為發生使結果發生之危險者³⁶。」

³⁴ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 11。

³⁵ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 31 以下。

³⁶ 關於草案之內容，本文轉自堀内捷三教授之翻譯。故摘錄其文字以供參照：

「二四條 不作為により結果が惹起された場合には、結果の発生を作為により防止すべく法的に義務づけられている者のみ処罰される。この義務は、自己の行為によって結果発生危険を生ぜしめた者も存する。」

由條文內容即可看出，比起我國刑法第十五條，一九一三年草案更明確地採納了雙軌制的法律上防止義務，將「法律義務」（包含法令及契約）及「前行行為」並列。然而，誠如學者 Ebermayer 所批評，此舉不過是將長期以來由學說與實務所採行的不真正不作為犯理論，透過立法賦予法律上意義³⁷。儘管可以藉此避免多數學者與法官的反彈，但原先擬藉由立法限制法院擴張不真正不作為犯成罪範圍之理念，卻喪失了實現的最佳契機。詳言之，在一九一三年草案中，所謂的「應由作為防止之法律義務」一詞並不具明確性，諸如習慣法（如夫婦共同體之犯罪防止義務）、法理（如誠信原則）均有可能被含括其中。就本條規定的意義，毋寧說是立法者對於有違背罪刑法定主義之虞的判決與學說，毫無保留地全面彌補其在合法性上的欠缺³⁸。

另一方面，法條文字似乎肯認「不作為」與「犯罪結果」間的「因果關係」，因此重點被置放於「何種不作為始具備刑法上的可罰性」。這樣的發展實為深受當時盛行之新康德主義影響，藉由「規範關係」取代「實證因果關係」，解決了長期以來不真正不作為犯的困境，惟有關具體理論內涵則將留待之後章節加以說明。而本文暫時在此處所想要指出的重點為：若按照條文解釋，凡與犯罪結果具有因果關係的不作為均可成立不真正不作為犯罪，是以，決定可罰性基準的主要因素即屬「具『特定』之法律義務者」，如此一來，可看出不真正不作為犯的檢驗將移至「違法性」階層的趨勢³⁹。

伴隨著第一次世界大戰結束，德意志帝國覆滅，一九一三年刑法草案也無疾而終，無緣成為真正的實定法。但在廣泛追認學說與判決所採取之法律義務內涵的這點上，一九一三年刑法草案確實具有相當重要的意義，即為往後威瑪共和國

請參考堀内捷三（1978），前揭註 4 書，頁 31。同樣之內容亦可參考內藤謙（1967），〈立法問題としての不真正不作為犯（二）：日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開を中心として〉，《判例タイムズ》，18 卷 13 號，頁 10-14；此外，有關不同的中文翻譯版本，亦得參考洪福增（1976）〈第二次大戰後德日兩國設立不純正不作為犯規定之梗概〉，《刑事法雜誌》，20 卷 5 期，頁 4-17。

³⁷ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 32。

³⁸ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 32-33。

³⁹ 詳細論述請參考本文第四章。

時期的不真正不作為犯立法嘗試，建立起一定的議論模型。



第二款 威瑪共和國時期

威瑪時期的刑事立法並未脫離在二十世紀初期，由德意志帝國刑法學者所建立的典範，此已如前所述。因此，在不真正不作為犯的立法上，亦著重於法律義務內涵的規制⁴⁰。這也彰顯於一九二七年草案的第二十二條中：

「第一項 對不迴避結果者之處罰，限於其具有防止該結果發生之法律上義務時。

第二項 由自己之作為致有發生一定結果之危險者，負迴避該結果之義務⁴¹。」

可以發現，一九二七年草案除了將一九一三年草案中有關因果關係的文字削除，並移至立法理由書外，並沒有作出太多的更動；而規範架構上則採取與我國刑法第十五條相類似之模式。但真正值得注意的，是在立法理由書中，立法者對於「法律上義務」的解釋：

「此一原則，不過是將只有實際違法之行為態樣是可罰的此一般性原則適用於不作為。而何時存在對於作為的法律義務，將由**全體法秩序明示或默示的命令**闡明⁴²。（底線及粗體由筆者所加，下

⁴⁰ 另外，在 1919 年及 1925 年，均有提出刑法立法草案，惟與 1913 年草案同質性過高，礙於篇幅只好割愛，詳細內容可以參考內藤謙（1967），同前揭註 36 文，頁 10。另，1925 年草案第十四條與我國刑法第 15 條無論是文字或規範架構均極其相似，故翻譯中文如下：

「第十四條

- ① 因具有迴避結果之法律上義務，而不迴避該結果者，與惹起結果者受相同之處罰。
- ② 因自己之作為致生發生一定結果之危險者，負迴避該結果之義務。」

⁴¹ 此處亦參考堀內教授之翻譯：

「二二条

- ① 結果の回避をなさなかつた者は、その結果の発生を防止する法律上の義務のある場合かぎり、これを罰する。
- ② 一定の結果が発生する危険を自己の作為により生ぜしめた者は、その結果を回避する義務がある。」

請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 44；以及內藤謙（1967），同前揭註 36 文，頁 10；不同版本之中文翻譯亦可參考洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 4 以下。

⁴² 堀內教授之日文翻譯如下：

同)」

很明顯的，一九二七年草案透過立法理由書，將不真正不作為犯的戰場轉移到違法性階層。這種說法可謂在新康德主義斷然割裂刑法上之實然（因果關係）與應然（違法評價）後，最終所必然導出的結論。由此觀之，當時對於不真正不作為犯的討論核心，均集中在「何種法律上義務能夠具備刑事的違法性⁴³」。

若按照學者堀内捷三的考據，一九二七年草案採納「實質違法性」的作法，看似新穎，但其實早在一九一三年草案的立法精神中，即可看出端倪。詳言之，於一九二七年草案作成前，由一九一三年草案所肯認的「法律上義務」，即已透過判決及學說的持續建構，不停擴大其外緣。例如先前提及的「夫婦共同體」或「誠信原則」等，因為其「有益於社會共同體」，在判斷是否具備「實質違法性」時，均被視為是該當刑事違法的法律上義務。此一趨勢在上述立法理由書中，以「由全體法秩序明示或默示的命令闡明（法律上義務）」的文字彰顯無遺。

不可諱言，由於規範關係的判斷標準過於寬鬆⁴⁴；且「實質違法性」在當時的觀點下，只要作為「有益於社會共同體」，其不作為即構成違法。故不真正不作為犯的成立，其主要是倚靠故意或過失等主觀要素加以限制。如此一來，不真正不作為犯的立法早已失去原先所應有限定犯罪成立的意義，更甚者，其成為加劇處罰浮濫擴張的幫兇。當時間來到威瑪共和國末期，政治局勢混亂所導致的急速右傾，造成刑法被矮化為統治者之工具；而不真正不作為犯在這樣趨勢下，總是被用來清算共產黨或是反政府言論的利器⁴⁵。儘管立法者有所警覺，在一九三

「……その原則は、実際には違法な行態のみが、可罰的であるという一般の原則を不作為に適用するにすぎない。いつ、作為への法的義務が存するかは、全法秩序の明示または黙示の命令より明らかになる……」

請參考堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁44。

⁴³ 更詳細之說明可參考名和鉄郎（1971），同前揭註12文，頁23以下、以及梅崎進哉（2001），同前揭註20書，頁168以下。

⁴⁴ 在「現實上」，只要為規範所要求之舉動（即防止結果）則犯罪結果將不發生者，均可視為其「不作為」與「犯罪結果」間具有「規範關係」。

⁴⁵ 例如堀内教授所指出，不真正不作為犯在威瑪共和後期多用於處罰出版業者不阻止政治性言論出版，或是在原先合法之集會抗爭演變為暴力抗爭時，處罰不制止脫序行為的主辦人。請參考堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁46。

○年草案中，遂刪除處罰不真正不作為犯的規定⁴⁶，但已無力阻止毫無節制膨脹的法院判決。最終，進入納粹時期後，不真正不作為犯搖身一變成為維護「健全國民感情」與「民族意識」的最佳手段⁴⁷。



第三項 二戰結束後時期

戰後德國被一分为二，由以美國為首之西方民主國家所統治的西德，為了一掃納粹體制的毒素，頒布佔領軍管理委員令第十一條（das Kontrollratsgesetz Nr. 11 von 1946），使德意志帝國所訂立之一八七一年刑法典回復既有效力，以重新拾起罪刑法定主義等近代刑法原則⁴⁸。且在一九五三年，為了因應政治局勢混亂與所造成的各種新型態犯罪，進一步展開修正。但對於早已不堪使用的舊刑法架構，無論立法者如何努力修改或增訂，一來難以抹去刑法中濃厚的帝國主義色彩，更重要的是無法符合德國基本法之精神，而充斥著矛盾且無法解釋的條文。既然一部嶄新且現代的刑法典是眾望所歸⁴⁹，自一九五六年起，刑法學界遂展開無數次的刑法全面修正委員會，在最終通過立法的二十年間，政府官僚或學者亦嘗試提出多部刑法草案與對案。想當然爾，不真正不作為犯的立法作為亙古以來一直無法妥善解決之問題，激起極為熱烈的討論是不在話下。

本文於以下目次中，將區分一九五六年、一九六〇年草案⁵⁰、以及因反對上述兩草案而提出的一九六六年對案、與最終在一九七五年通過的新刑法典，這四個不真正不作為犯立法模式進行簡單之介紹。最後再連同先前的諸多整理，一併

⁴⁶ 請參考堀內捷三（1978），前揭註 4 書，頁 46 及頁 48 之註 17、及內藤謙（1967），同前揭註 36 文，頁 11；中文文獻請參考洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 4。

⁴⁷ 關於納粹時之不真正不作為犯立法由於已然脫離本文想要討論之正常刑法，因此不另闢專節加以討論，若有興趣請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 49 以下、名和鉄郎（1971），同前揭註 12 文，頁 50 以下等。

⁴⁸ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 118 以下。

⁴⁹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 119 以下。

⁵⁰ 當時所提出之刑法草案尚有 1959 年及 1962 年版本，惟 1959 年之不真正不作為犯規定與 1956 年版本相同，而 1960 年與 1962 年相同，故本文礙於篇幅，僅分別取 1956 及 1960 年草案檢討。

總結在德國有關不真正不作為犯立法中，所展現的精神與特色。



第一款 各草案與對案之綜覽

第一目 一九五六年草案

德國刑法學界在二戰後的首要工作，即是反省在納粹德國時，刑法學理對於政治力涉入毫無抵抗能力一事。其中，以構成要件明確性限制法官在具體個案中，以道德或政治色彩進行審判，及避免類推適用或過分擴張解釋，當屬刑事立法上的首重目標⁵¹。而不真正不作為犯一直以來的可罰性論述，不外乎是建立在法院判決的累積或學說見解的影響上，因此，面對以往處罰標準始終不明確的理論黑盒子，一九五六年草案第十三條即可說是首次建立防火牆之嘗試。條文內容如下：

「第一項 依法有防止發生結果之義務，且在情事上必須保證不發生結果而未予防止者，在構成要件該當性上，與由作為而招致結果之正犯或共犯相同。

第二項 由於自己之舉動而招致發生結果之高度蓋然性者，以及承擔保證不使迫切之結果發生者，亦負有防止發生結果之義務。⁵²」

⁵¹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 120 以下。

⁵² 草案內容出自洪福增之版本，請參考洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 5、並對照堀內捷三在「不作為犯論：作為義務の在構成」一書中的日文翻譯約略修正，請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 127-128。為求慎重，故併陳兩位教授之原始文字如下，以供對照，洪教授之版本：

「（一）依法有防止發生結果之義務，且在事情上必須保障不發生結果而未予防止者，在大部分適合於構成要件之情形下，與由於作為而招致結果之正犯或共犯視為同等。

（二）由於自己之舉動而招致發生結果之高度的概然性者，以及承擔保障不使迫切的結果發生者，亦負有防止發生結果之義務。」；

堀內教授的版本：

「（一）結果の回避をなさなかつた者は、法規により結果防止を義務づけられ且つ事情上結果の不発生を保障しなければならなかつた場合に限り、これを、作為により結果を招来した正犯者又は共犯者と構成要件該當の側面で同等とする。

（二）結果防止義務は、自己の挙動によって結果発生の高い蓋然性を招来した者または切迫した結果を発生させない保障を引受けた者にも、また、存在する。」

除了這兩個版本以外，尚有內藤謙與平山幹子兩位教授的日文翻譯，請參考內藤謙（1967），同前揭註 36 文，頁 11、以及平山幹子（2005），同前揭註 4 書，頁 31。

一九五六年草案中最引人注目之處，當屬在法條文字內採納已受學者廣為推行的「保證人」概念。且以例式的規範構造，十分明確地，將防果義務的成因限縮在「法律上義務」、「前行行為」、以及「自願承擔」這三種類型之中⁵³。儘管一九五六年草案並未跳脫之前各草案的窠臼，即不過是把以往法院判決及學說見解內，毫無爭議且一致承認的防果義務類型編入實定法。如此一來，雖然可說是較為滿足明確性的要求，但仍無法避免指摘不真正不作為犯立法只是橡皮圖章虛應故事的實質正當性批判。

另外，一九五六年草案著重滿足明確性原則的精神，亦能由法律效果之規定內涵加以彰顯。首先在第一款中，制定草案者明白闡明：當行為人符合不真正不作為犯規定時，所產生之法律效果乃與作為犯在構成要件該當時相同。由此觀之，似乎有藉由立法排除檢驗因果關係，而直接視為成立作為犯構成要件之意圖。其次，透過清楚分別正犯與共犯的適用，讓不真正不作為犯的例外性得以彰顯。亦即，若對於犯罪結果之發生已有其他正犯足以歸責時，行為人之不作為充其量只會成立共犯，此一補充性質的確立⁵⁴。

最後，為避免法條適用在具體個案中流於形式化，一九五六年草案尚有規定所謂「事實上」的調控要件，讓法官可以依據不同場合，決定特定的義務承擔者是否具有「保證人地位」，試圖以此更進一步限制不真正不作為犯成立的範圍。

第二目 一九六〇年草案

儘管一九五六年草案的立法精神為徹底實現「罪刑法定主義」與「明確性原則」，因此，對於不真正不作為犯的成立要件與法律效果，其規定均以減少法官恣意為前提，顯得相當明確且限縮。但是自草案內容提出後，卻飽受學界與實務界的批判。所持之理由主要有二：

誠然，藉由採納「保證人說」，能夠有效限定防果義務的範圍，且將不真正

⁵³ 即學說中常見之「形式三分說」，本文擬於第三章中進行討論。

⁵⁴ 更為深入之介紹與批判請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁128以下。

不作為犯的檢驗固定於構成要件層次。然而，如同本文之後章節所述，「保證人說」卻也同時證明了不作為與作為的相異性。若依據一九五六年草案的規定，於構成法定「不真正不作為犯要件」時，其效果是以法律「推定」能夠適用「作為犯構成要件」，此舉無疑是類推適用的明文化⁵⁵，此為其一。而在另一方面，一九五六年草案把保證人地位限縮在上述三種類型內的作法，縱使可收明確性之功效，卻也相對抹殺不真正不作為犯在學理及實務繼續深化發展的可能性⁵⁶。

延續著上述之批判，在一九六〇年，刑法修正委員會覆提出新一版的草案，而主要修正目標則明顯聚焦於，彌補由「保證人說」所造成，存在不作為與作為間的「不等價性」；以及將防果義務的成因修改為抽象性較高之規範架構，這兩點上。最終，一九六〇年草案第十三條條文如下：

「依法必須保證不發生結果，而其舉動在情事上又與由於作為而實現法定構成要件同價值時，未防止屬於刑罰法規的構成要件結果者，以正犯或共犯罰之。⁵⁷」

首先，本條文字所載明的「其舉動在情事上又與由於作為而實現法定構成要件同價值」一語，即為學說上經常使用之「等價性條款」的明文化。而望文生義，草案制定者試圖區分具體個案中不作為態樣的差異，並限定唯有當「可非難性」的程度近似於作為犯時，始具備不真正不作為犯的可罰性。以此回應由不作為與

⁵⁵ 更為詳細之批判內容及有關德國學界的反應，請參考內藤謙（1968），〈立法問題としての不真正不作為犯（三）：日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開を中心として〉，《判例タイムズ》，19期2卷，頁26-31；以及堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁129以下。而中文文獻亦可參考洪福增（1976），同前揭註36文，頁5-6；以及許玉秀（1980），〈不純正不作為犯之研究〉，《國立政治大學法律研究所碩士論文》，頁42以下、鄭逸哲（2004），〈刑事法學及其方法（二）：構成要件理論與構成要件適用〉，頁129以下，台北：自刊。

⁵⁶ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁129以下。

⁵⁷ 本草案內容亦出自洪福增（1976），同前揭註36書，頁6之版本，且參考堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁155之翻譯進行修正，故分別附錄原文於下，以供對照：
洪教授之原文：

「依法必須保障不發生結果，而其舉動在事情上又與由於作為而實現法定構成要件同價值時，如未防止屬於刑罰法規的構成要件之結果者，則作為正犯或共犯罰之。」

堀内教授之版本：

「刑罰法規の構成要件に属する結果の回避をなさなかった者は、結果の不発生を法律上保障しなければならず、且つ、その挙動が事情上作為による法定構成要件の実現と同価値である場合には、これを正犯者又は共犯者として罰する。」

作為間「不等價性」所產生處罰上的不對等。

此外，有關防果義務之範圍，亦回歸所謂「法律上」此一概括條款，讓法官能夠依循個案狀況，適用各種義務類型。而為了達到規範上的一貫性，一九六〇年草案甚至將「前行行為」條款直接了當刪除，並不再明訂任何產生防果義務的成因。此舉不外乎是把填充「防果義務」內涵的工作，保留給學者及法官自由發揮，以求持續發展⁵⁸。

第三目 一九六六年對案

想當然爾，一九六〇年草案提出後，旋即成為各家學說猛烈攻擊的新對象，而靶心正是可謂彰顯草案制定精神的「等價性條款」。首先，是否只要在條文中增加「同價值」這三個字，就能夠使不作為與作為間的差異消除，進而獲得以作為犯規定處罰不作為的正當性，有學說對此抱持相當大的疑慮⁵⁹。相反，若認為不真正不作為犯的處罰應適用作為犯之規定，則理由只存在一種可能性，即不作為在「違法評價」上，確實等同於作為。但如此一來，一九六〇年草案所增訂的「等價值條款」，其不外乎是畫蛇添足之舉⁶⁰。

另有學者指出，由於「等價性條款」在適用上，必須因應刑法分則中各種構成要件之行為態樣，故若欲以總則統一規定，則內含肯定是抽象且模糊的。而這種將解釋及判斷是否等價的任務，毫無保留交給法官之作法，毋寧是退化成納粹刑法中的不明確性與恣意性⁶¹。同樣的批判也能夠適用於防果義務的範圍，一九六〇年草案並未就此明確規定的後果，極有可能如同先前諸多判決所顯現，造成

⁵⁸ 請參考內藤謙（1968），同前揭註 55 文，頁 26 以下、以及堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 155 以下。

⁵⁹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 159 以下，以及平山幹子（2005），同前揭註 4 書，頁 28 以下。

⁶⁰ 對於等價性條款之批判，學者許玉秀有相當精彩之批判，請參考許玉秀（1998），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，《刑事法雜誌》，42 卷 2 期，頁 31-78。

⁶¹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 159 以下。

以倫理道德擴張不真正不作為犯成立的危險⁶²。

是以，在一九六六年時，有另一批持反對立場之學者針對一九六〇年草案提出相對應的建議修正版本，而刑法修法委員會亦將兩案併陳於一九六八年的立法討論會上，供委員參照。其不真正不作為犯之條文（第十二條）內容如下：

「該當下列各款而未迴避構成要件結果者，僅當其行為不法於所生之結果上，與因作為而遂行之不法相當時，成立該構成要件之罪

I. 因法律上之義務或自願承擔法律義務，對公眾或被害人，應注意結果之不發生者

II. 就結果之發生，曾致生迫切危險者。⁶³」

由條文觀之，在防果義務範圍上，一九六六年對案重拾一九五六年草案所採取的例示規定模式，將其再度限縮於「法律義務」、「自願承擔」、以及「前行行為」這三個類型中。但在另一方面，一九六六年對案並沒有否定不作為與作為間的「不等價性」；制定者反而具體規定，在個案中，法官必須判斷不作為本身的可罰性（行為不法）以及藉由不作為所產生的不法結果（結果不法），是否與作為犯相當。試圖藉由此一規定，讓作為犯中，透過行為不法與結果不法所彰顯的雙重可罰性，也能夠在不真正不作為的犯罪裡被加以認定⁶⁴。

⁶² 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 159 以下。作者則認為此並非源自於單純立法技術上的差異，而是對於不真正不作為犯的相異處罰態度。詳言之，1956 年草案之執筆仍依循不作為犯乃例外處罰的態度，認為需要嚴格化其要件使之較難成立；相較於此，1960 年草案之作成者則採取積極處罰的想法，開放執法者得在有必要時自行決定是否處罰。

⁶³ 本草案內容亦同於上述諸草案，以洪福增教授的中文翻譯為主，並參考堀內捷三所為之日文翻譯進行修改。請參考洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 7；以及堀內捷三，（1978），同前揭註 4 書，頁 161。以下為兩版本分別之原文：

洪教授之翻譯：

「不顧（一）『依法規或任意（自願）承擔之法的義務，對於公共或被害者，應就不發生結果，加以顧慮』一事，或不顧（二）『關於結果之發生，曾使發生迫切的危險』，而未迴避屬於構成要件之結果者，如其不法舉動，在所為之事情上，與由作為所遂行之不法相當時，則依據該構成要件罰之。」

堀內教授之版本：

「1 法律上の義務又は任意に繼承した法的義務により、公共又は被害者に対し、結果の発生しないことにつき注意すべきであるのに、もしくは、

2 結果の発生について、切迫した危険を生ぜしめたのにもかかわらず、構成要件に属する結果の回避をなさなかった者は、その行態の不法が、所為の事情上、作為による遂行の不法に準ずる場合に限り、当該構成要件により罪となる。」

⁶⁴ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 162 以下。

在整體評價上，一九六六年對案的制定者相當清楚傳達出：由固定防果義務之內涵，以及具體化「等價值性」的判斷方式，以遂防止法官在個案中恣意成罪之企圖。



第二款 德國現行刑法第十三條

除了上述兩份草案及一份對案外，在這二十年間，有關不真正不作為犯的立法建議不勝枚舉，眾多學者或法官均將自己對於不真正不作為犯處罰理論的設想，化作文字展現於立法建議書中，其他本文在此無暇介紹的草案內容尚有「分則規定說」、「減輕說」等類型⁶⁵。這也是因為不真正不作為犯在德國從未被真正明文化過，所以每次的修法或立法討論會，都可以視為刑法學者發表自身見解的伸展台。

然而在一九七五年，德國不真正不作為犯的立法終究是塵埃落定，相對於學說見解的繽紛燦爛，千呼萬喚始出來的條文卻略顯得保守，但這也是立法者在妥協眾多草案精神後，所不得不然的缺憾。現行刑法的第十三條內容如下：

「第一項 對屬於刑罰法規所定之構成要件結果，不防止其發生者，於依法必須保證結果不發生，且其不作為與因作為而實現法定構成要件之情形相當時，依該法規處罰之。

第二項 不作為犯之刑責，得依第四十九條第一項減輕。⁶⁶」

以結論而言，德國現行刑法中，有關不真正不作為犯的規定早已佚失原先一九五六年草案所設定之精神，即確實滿足「罪刑法定主義」與「明確性原則」。詳言之，在防果義務的選定上，現行法採取的是一九六〇年草案的開放態度，讓學者與法官自行揮灑創意續造；在「等價性條款」的制定層面，又折衷一九六〇

⁶⁵ 礙於篇幅，本文無法一一詳加介紹，而有關德國不真正不作為犯立法過程中，所有草案、對案等之詳細內容請參考請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁118以下。

⁶⁶ 法條文字出自於洪福增（1976），同前揭註36文，頁9。

年草案與六六年對案的差異，雖並未明示等價的判斷流程，卻也沒有認定不作為能夠完全等同於作為，立法者反而使用「相當」一詞與採納「減輕說」之見解，凸顯不作為與作為間的差距，讓法官可以有刑度上的取捨。至於具體不作為態樣的劃分，則一樣放手留給學說與實務加以補足⁶⁷。

也就是說，歷經近兩百年，德國不真正不作為犯的立法，其充其量不過是除去「法無明文規定」的疑慮，以達到最低限度的「罪刑法定主義」要求，至於細緻的要件與內涵，則無異於由立法者開出一張空白支票給法官及學者填寫。到頭來，德國對於不真正不作為犯的立法設想，還是因襲兩百年間所習慣的傳統：讓凱薩的歸於凱薩吧⁶⁸！

第四項 德國立法史之結論

在長達二百年的德國刑法立法史中，有關不真正不作為犯之規定，其精神不外乎是嘗試透過制定實定法一舉，將先前已有定見的判決或學說予以明文化。也就是說，遠從 Feuerbach 所開啟的例外處罰模式，刑法學者幾乎不曾爭執處罰不作為犯本身的正當性，爭議只存在於應該訂立何種構成要件，以媒合罪刑法定主義的需求。是以，要求立法化的真正目標從來都不是為了「賦予」處罰正當性，相反，立法者總是在處罰正當性早已被肯認的前提下，由判決與學說所承認的防果義務類型，整理並歸納出較為妥當的規範模式，讓法院在之後的案件中能夠有具體法條參照。上述的立法傾向，在本文對於 1960 年草案及 1975 年立法的剖析中，已明確指出。

因此，在德國，不真正不作為犯的立法精神迥異於其他多數刑事犯罪處罰的設立。後者普遍受到「罪刑法定主義」及「明確性原則」之限制，不僅在尚未制

⁶⁷ 有關德國現行法第十三條的評價，可參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 172；平山幹子（2005），同前揭註 4 書，頁 41 以下；以及許玉秀（1998），同前揭註 60 文，頁 40 以下。

⁶⁸ 相同見解可參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 172-173；以及平山幹子（2005），同前揭註 4 書，頁 41 以下。

定成文法之前，不得以解釋的方式加以處罰；且當立法時，條文中的成立要件亦應盡可能明確而減少恣意解釋之空間。相對於此，不真正不作為犯的立法精神則明顯背道而馳，一方面立法者不過是被動肯認既有違背罪刑法定主義的處罰；另一方面又考量到不真正不作為犯理論尚未發展完成，而為了不抹殺理論續造的可能性，所訂立的成立要件自然無法達到「明確性原則」之要求⁶⁹。

也正是基於上述的立法精神，學者在面對不真正不作為犯時，往往並非是透過解釋實定法之規範文字，並適用在具體個案中以獲得結論。完全相反地，學者往往是經由自身所採取，基礎迥異的不真正不作為犯理論架構，在具體個案中獲得應否處罰的結論後，才適用實定法以滿足罪刑法定主義的要求⁷⁰。

最終，若回到於第一節中由本文所提出解釋我國現行法時產生的五個問題，上述的德國不真正不作為犯立法史能夠帶給我們什麼樣的解答呢？首先來看防果義務的範圍，我國刑法第十五條的雛型源自於德國一九一三年草案，在當時，無論是學說與判決都普遍承認「法律義務」與「前行行為」兩者乃構成防果義務之根據，是以，「並列」的說法似乎較符合立法者當時的構想。然而，就「法律上義務」之具體解釋、或「前行行為」的主觀等實質內涵，二十世紀初期的德國學者尚未達至共識，且事後也沒有成為實定法。因此，就這一部分只能倚靠我國學者持續深造。

另外，有關於法律效果爭議的處理也能夠依照相同之邏輯。由上述德國立法過程即可發現，針對不真正不作為犯與作為犯之間差異性的彌補方式，學者普遍也未達定見。是以，仍舊是仰賴不同論者所採取之相異立場，自行決定法條意旨之詮釋，立法者並無意限制學說見解或法官判斷的填補續造。因此，在我國刑法第十五條比起德國現行刑法第十三條，其規定較為明確，但仍保有相當大的彈性，

⁶⁹ 對於不真正不作為犯在刑法總則之規定模式，實乃違背罪刑法定主義及明確性原則之批判，可參考鄭逸哲（2004），同前揭註 55 書，頁 134 以下。

⁷⁰ 這一結論從學者將「法律上義務」不斷擴張至「習慣法」、「法理」、甚至是不知從何處衍生的「危險共同體」一舉，即可清楚彰顯，而相關之批判請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 55 書，頁 136 以下。

以容納不同之理論基礎⁷¹。

以觀察德國不真正不作為犯立法史的結論而言，不真正不作為犯本身從來不是立法者的難題，立法一舉不過只是在學說及實務展示風采後，以求符合「罪刑法定主義」的事後認證。當學者或法官針對不真正不作為犯能夠提出自己的一套見解，都可以在刑法規定中，找到為自身理論辯護的天地。

第三節 日本有關不真正不作為犯之立法嘗試

上述有關不真正不作為犯在學說理論與立法間的斷裂性，於日本刑法學界獲得最完整的呈現。直至今日，日本現行刑法中，不真正不作為犯的處罰依據仍付之闕如，但無論實務法官或是理論見解，針對不真正不作為犯的成立，以及其內涵與要件的討論，卻始終未曾停歇⁷²。就這一點而言，日本與德國在一九七五年之前完全相同。也就是說，縱使法律未有明文規定，然而藉由有罪判決的不斷累積，以及透過學者的合理化詮釋，日本亦將不真正不作為犯納入處罰的視野中⁷³。

顯而易見伴隨此舉而來的是，對於違反「罪刑法定主義」之疑慮。因此，早從二戰以前，日本立法者即不斷嘗試為不真正不作為犯在總則中，訂立明確之規範。但是，這樣的努力一直延續到一九八〇年代，最終仍舊宣告破局。至於日本的立法者是基於何種考量，否定長期以來為了滿足「罪刑法定主義」而產生，對於不真正不作為犯立法的需求，遂成為本文所欲探討的核心。

故本文以下擬粗略區分為日本在二戰前與二戰後的刑事立法討論，簡單瀏覽在其間嘗試對於不真正不作為犯立法所提出的幾次草案，以及肯否意見所持之理由。希冀藉助日本的不真正不作為犯立法史，得以更進一步證實本文先前所提出，

⁷¹ 例如我國便存在有「擬制因果關係說」、「準因果關係說」、「排他性支配領域說」等探討不真正不作為犯是否需要因果關係的見解，詳參後述第三、四章。

⁷² 有關日本學說之介紹，本文將於之後章節進行探討。而針對日本不真正不作為犯之判決整理，可參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 189 以下；以及生田勝義（2002），同前揭註 21 書，頁 125 以下。

⁷³ 請參考名和鉄郎（1988），同前揭註 5 文，頁 150 頁以下。

「不真正不作為犯立法無論是對於處罰範圍或成立要件內容，均不曾發揮實質影響力，更不是用以限縮學說與實務見解」，如此之命題。



第一項 明治維新到二戰前之時期

如同周知，一九世紀末期的明治維新乃日本邁入現代化的起點，在一八八〇年，由法國人 Boissonade 領導之日本立法委員會，參考自拿破崙法典，替日本訂立了第一部符合「罪刑法定主義」的近代刑法典（下稱一八八〇刑法典）。經過法國大革命的洗禮所誕生的「人權宣言」中，明白闡釋「行為主義與侵害原則」的重要性⁷⁴，因此，拿破崙法典第四條將不作為的處罰侷限在真正不作為犯之領域，因此，繼受法國法的一八八〇年刑法典自然不存在不真正不作為犯的規定，而學說亦普遍將其視為違反罪刑法定主義之舉⁷⁵。

然而，由於當時日本處於後發展資本主義國家的環境中，在針對近代化過程所應效法的對象考量上，十九世紀末期普魯士王國統一一日耳曼地區後，才逐漸開始發展的德國法系統，被認為無論是國家情況或所處立場，皆較為符合日本當時的需求。是以，明治政府遂決定改弦易張引入德國法，並消除法國法所帶來之影響。而刑法也依照一八七一年德意志刑法典，重新進行修訂。成果即為現在日本仍然實行之一九〇七年刑法典（下稱現行刑法典）⁷⁶。

另外，由諸如岡田朝太郎等學者所翻譯傳入的德國刑法學理論，在不真正不作為犯的處罰正當性上亦逐漸取代採取否定說的法國法見解，造成在學說或實務

⁷⁴ 例如第四條「自由就是指人始終是自由平等的。因此，只以保證社會上其他成員能享有同樣權利為限制。此等限制僅得由法律規定之。」乃罪刑法定主義規定；第五條「法律僅有權禁止有害於社會的行為。凡未經法律禁止的行為，各人的自然權利的行使，不得受到妨礙，而且任何人都不得被經由其代表去參預法律的制定。」乃侵害原則與行為主義的規定。詳細討論請參考梅崎進哉（2001），前揭註 20 書，頁 1 以下。

⁷⁵ 就日本一八八〇刑法典立法之背景與介紹，可參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 189 以下、以及名和鉄郎（1988），同前揭註 5 文，頁 153 以下。

⁷⁶ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 192 以下、以及名和鉄郎（1988），同前揭註 5 文，頁 154 以下。

上，肯認不真正不作為犯的可罰性成為主流的論調⁷⁷。

儘管如此，德意志一八七一刑法典中並沒有規定不真正不作為犯的處罰明文，而是廣泛交由學說與判決加以填補，已如前述。因此，日本的現行刑法典也並未將不真正不作為犯視為應該由立法加以處理之議題，而是順應學者及法官均視處罰不真正不作為犯為當然之理的前提下，默許以法理基礎擴張刑法解釋的方式合理化處罰之舉⁷⁸。

在一九二一年開始的日本民主化運動時，上述有違背「罪刑法定主義」嫌疑的作法受到全盤性的檢討，重申「罪刑法定主義」與「明確性原則」之重要性，並以此修正刑法典一事，被學界認為乃當務之急。進而，在一九二七年成立的「刑法修正草案作成委員會」中，不真正不作為犯的立法化議題，初次被搬上日本刑法立法史的檯面⁷⁹。但也如同德國學界在一九二〇年代的發展，日本學者對於不真正不作為犯所應具備的成立要件，基於自身理念上的差異，而無法獲得普遍的共識。於短短三年內，不同學者已然提出至少四種的規範型態。最終，在一九三一年時，由修正委員會表決出確定的立法草案，其中規定不真正不作為犯的第十三條內容如下：

「第一項 就可能成為犯罪之情事，具有法律上義務而應防止其發生者，於不防止其發生時，其處罰與因作為致生該事實者同。
第二項 因作為致生事實上危險者，對於該結果之發生負防止義務。⁸⁰」

由法條文字觀之，一九三一年草案與德國一九二七年草案中所提出之規範內

⁷⁷ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁192以下、以及名和鉄郎（1988），同前揭註5文，頁154以下。

⁷⁸ 請參考名和鉄郎（1988），同前揭註5文，頁155以下。

⁷⁹ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁206以下。

⁸⁰ 本草案條文之內容為本文自行翻譯自堀内捷三（1978），同前揭註4書，頁208中所載，為求謹慎，故附錄原文如下以供參照：

「① 罪ト為ルベキ事實ノ發生ヲ防止スル法律上ノ義務アル者其ノ發生ヲ防止セサルトキハ作為ニ因リ其ノ事實ヲ發生セシメタル者ト同シク之ヲ罰ス

③ 作為ニ因リ事實發生ノ危険ヲ生セシメタル者ハ其ノ發生ヲ防止スル義務ヲ負フ」。

容幾近相同；且在立法精神上，也存在有將判決及學說所承認的防果義務類型加以明文化的傾向⁸¹。但是一九三一年草案在做成後，卻飽受學界批判，首先由牧野英一將其評價為任何問題都無法解決的規定，另外，小野清一郎亦批評一九三一年草案並未解決作為與不作為在構成要件上無法同視的問題⁸²。縱使各家學說所批判的基礎並不相同，卻明確透露出學界本身對於不真正不作為犯立法在規範取捨上的分歧。進而，由此一分歧所導致的後果，即是否定不真正不作為犯立法之嘗試，並將其交諸學說與實務繼續發展。

邁入一九三〇年代後期，伴隨著日本軍國主義勢力崛起，民主化運動畫下句點，開啟以國家主義為機軸的法律修正案。集體意識取代了人權與民主，罪刑法定主義更成為阻撓國家進步的障礙，而所有關於不真正不作為犯的立法爭議，也隨著法西斯立法的興盛，與國家主義法理學的出現，不復存在⁸³。

第二項 二戰結束後之時期

與德國在二戰後的法治改革發展相同，戰敗後的日本在美國主導下，重新制定符合民主及法治國原則的憲法，並且削去刑法中眾多帶有濃厚國家主義與倫理道德色彩的犯罪，以利全面性清算軍國主義法學所影響的痕跡。但回歸戰前近代刑法一舉，不過是戰後法制改革的過渡性措施，若想重新確立「罪刑法定主義」之價值，唯有全面修正刑法體系一途始能達成，可惜的是，日本的刑法修正始終只停留於局部，尚未作出全盤性改革⁸⁴。

儘管如此，長期以來只受到學說及實務承認的不真正不作為犯，其與「罪刑法定主義」的齟齬，在戰後益發尖銳。是以，在歷年的修法研討會中，有關不真

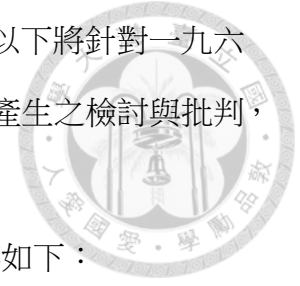
⁸¹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁210。

⁸² 請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁218以下。

⁸³ 請參考名和鉄郎（1988），同前揭註5文，頁156以下。

⁸⁴ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁224以下。另外，另有學者指出日本從未如同德國一般針對國家主義法學進行過完整的檢討，請參考名和鉄郎（1988），同前揭註5文，頁159以下。

正不作為犯立法的爭論與草案，產出同樣是不勝枚舉。而本文以下將針對一九六一年到一九七二年間的三種精神相異的參考案版本，以及附隨產生之檢討與批判，進行剖析。



首先提出的是，一九六一年參考案中第十一條，條文內容如下：

「第一項 就可能成為犯罪之事態，具有法律上義務而應防止其發生者，雖能防止其發生卻有意不為防止時，與因作為致該事實發生者同。

第二項 因自己之行為，造成事態發生之急迫危險者，有義務防止其發生。⁸⁵」

從法條文字中，我們可以發現在明定兩種義務來源的部分，與德國早期草案或我國刑法第十五條並無差別，且亦屬將受到判決與實務普遍肯認之成立要件，藉由立法加以明文化的事後補正舉措。然而，一九六一年參考案中，真正具有獨特性的地方是「有意」此一主觀要件的載明。若依據草案理由書所述，就不真正不作為犯的成立，行為人僅具未必故意是不夠充分的；而應以「積極利用已然存在之危險」產生侵害的「主觀犯意」為必要⁸⁶。

是以，有論者批判儘管在表面上，一九六一年參考案的制定者似乎有意以客觀及主觀之雙重要件限制不真正不作為犯的成立，但實際上，其卻也不過是將戰前受到犯罪新派理論影響，著重於行為人主觀犯意而作成的諸種不真正不作為犯判決內容，毫無保留地置入條文裡頭。不外乎是仍陷於以立法正當化既有處罰的窠臼中的必然結果⁸⁷。

⁸⁵ 法案內文是以洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 9 中，洪教授之中文翻譯為基礎，另外參考請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 225 中，以日文翻譯之草案原文，進行若干修正，為求謹慎，故摘錄堀内教授的原文於下：

「① 罪となるべき事実の発生を防止する法律上の義務のある者が、その発生を防止することができたにもかかわらず、ことさらにこれを防止しなかつたときは、作為によって事実を発生させた者と同じである。

② 自己の行為によって事実発生の切迫した危険を生ぜしめた者は、その発生を防止する義務がある。」

⁸⁶ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 226 以下、以及名和鉄郎（1988），同前揭註 5 文，頁 181 以下；中文文獻可參考洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 9 以下。

⁸⁷ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 226 以下。

對於「有意」之主觀要件，當時在刑法學界產生十分熱烈的爭論，自不在話下。肯定論者主張該要件可以明確為不真正不作為犯定性，以排除間接故意與過失犯的適用；相對於此，反對說一方面批判這種主觀要素不過是屬於「動機」層面的心理欲望，若一旦「行為人動機」被納入犯罪成立要件，刑法與倫理道德的界線便將產生混淆，毋寧是重回國家主義色彩的懷抱。而在另一方面，肯定說亦無法有效論證必須將不真正不作為犯限於直接故意的場合之理由⁸⁸。

是以，在一九六七年所提出的參考案中，除了鑒於針對一九六一年參考案之種種批判外，尚沿襲德國一九六二年草案中的立法精神，作成第十一條如下：

- 「甲案 就可能成為犯罪之事態，依法律上義務應防止其發生，雖能防止竟不為防止者，當評價同於以作為致生該事態者時，得將其視為致生可能成為犯罪之事態者。
- 乙案 （不為規定）⁸⁹」

就內文而言，明顯可以看出在學術界中，否定不真正不作為犯立法之聲浪逐漸升高。「否定立法說」所倚賴之主要理由，即為上述將成文法視為不過是為判決背書的尖銳評論。且進一步指摘，不真正不作為犯立法不但無法完遂「罪刑法定主義」原初之構想（限制刑罰權發動）；反而是以犧牲「明確性原則」作為代價，來交換僅是橡皮圖章的條文。儘管最終，由「否定立法說」陣營提出之乙案不被審議委員會採納，但對於「總則立法說」的批判在學界可說是相當有力之見解⁹⁰。

⁸⁸ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁225以下。

⁸⁹ 本草案內容引自洪教授所進行之翻譯，並以堀內教授之日文翻譯進行修正。請參考洪福增（1976），同前揭註36文，頁11以及堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁227。為求嚴謹，故摘錄堀內教授之原文如下，以供對照：

「（A案）罪となるべき事實を発生させない法律上の義務のある者が、その発生を防止することができたにもかかわらず、あえてこれを防止しなかったときは、作為によって事實を発生させたのと同視すべき場合に限り、罪となるべき事實を発生させた者とする。

（B案）（本条は規定しない）」。

⁹⁰ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁229以下；以及日高義博（1977），〈不真正不作為犯の法規化について〉，收錄於：專修大学法学研究所（編），《刑事法の諸問題（I）：專修大学法学研究所紀要（3）》，頁142以下，東京都：專修大学出版；而中文文獻可參考洪福增（1976），同前揭註36文，頁11。

另一方面，甲案的內容基本上算是了無新意，全盤仿效德國一九六二年草案的作法，即刪去前行行為條款，以及增訂了「同價性條款」。前者所代表之意涵，乃是將不真正不作為犯的成立要件，毫無保留地交由實務與學說補充。此舉使得原先驅動修法，以滿足「罪刑法定主義」的動機，最終只剩達成形式上的意義。此外，「同價性條款」則是被學界批判為毫無意義的「套套邏輯」，這部分已在先前德國立法時所述⁹¹。而將原先「有意」此一主觀要件以「竟」取代之修正，不但沒有改善淪為道德刑法之危險，反而因為「竟」在文義上的不明確性，造成不真正不作為犯之成罪更容易過於浮濫⁹²。

承襲種種反對的意見，修法委員會於一九七二年再度提出了新的參考案，這也是日本刑法修正史中，有關於不真正不作為犯最後的立法嘗試。條文（第十二條）內容為：

「對於可能成為犯罪之事態，負防止其發生之責任，能防止卻有意
不為防止者，與因作為致生該事態者同。⁹³」

一九七二年參考案不但重拾「有意」的要件，且對於發生防果義務的來源，更是僅以「責任」一詞概括規定。若依照修正理由書所載，前者是為了將不真正不作為犯限定在故意犯，以避免過失不真正不作為犯的浮濫成罪⁹⁴。雖然此舉仍是難逃先前「道德刑法」之批判，不過在立法技術上，比起「竟」這用語明確許多。

然而，將以往所慣用的「法律義務」改為「責任」之舉，則大幅擴張防果義務的成立可能性，不過在修正理由書中，制定者卻也勇於承認，其確實是基於擴

⁹¹ 有關同價性條款之批判，可見本章第二節第三目。

⁹² 請參考堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁233以下、以及日高義博（1977），同前揭註90文，頁150以下等。

⁹³ 翻譯引用自洪福增教授之翻譯，並以堀內節三教授之日文版本進行修正，請參考洪福增（1976），同前揭註36文，頁12；以及堀內捷三（1978），同前揭註4書，頁230。以下提供堀內教授之日文翻譯，以利參照：

「罪となるべき事実の発生を防止する責任を負う者が、その発生を防止することができたにかかわらず、ことさらにこれを防止しなかったときは、作為によって罪となるべき事実を生ぜしめた者と同じである。」

⁹⁴ 請參考洪福增（1976），同前揭註36文，頁13以下。

張處罰範圍之精神，並考量到「責任」一語，能夠更為貼近學說及判決中所通行的各種防果義務成因。是以，透過上述立法模式，讓諸如身分、契約、法理或習慣等不具實定法位階，但學說及實務並無太多歧義的成立要件，能夠毫無窒礙地受到罪刑法定主義的包容⁹⁵。

想當然爾，對於彰顯出如此精神之參考案，學界的批判是甚為強烈的。首先，如空白支票一般的要件設定，使得「罪刑法定主義」回復到猶似二十世紀初期，刑事法學在軍國主義下的慘況。當時，軍國主義法學者恣意竄改刑法條文後，刑法只剩下單純為處罰背書之功用，然而作為學界主流的法實證主義根本無法與其抗衡。再者，因為參考案將解釋上能夠無限擴張的「責任」一詞、以及「有意」此一主觀要件納入規範結構，造成理應與道德倫理清楚分割的刑法領域，就此迎來特洛伊木馬。藉由社會道義或市民感覺所產生的「責任」內涵，以及對於行為人內心邪惡想念頭的倫理非難，不真正不作為犯將徹底與近代刑法原則分道揚鑣。是以，學界對於一九七二年參考案的接受程度，亦相當低落⁹⁶。

最終，不真正不作為犯的立法嘗試隨著一九七二年參考案的破局，而畫下句點。儘管學說上仍有主張應立法解決罪刑法定主義之見解⁹⁷，但多數學者卻已領悟到「總則立法說」的困境，亦即無論如何都不可能產生完善的不真正不作為犯立法⁹⁸。因此，有關不真正不作為犯法明文化的探討，就此被逐出刑事立法的議題範疇，然而，此舉亦等同於立法者將處罰權限與範圍的劃定，全盤交由法院及學者自行處理。

⁹⁵ 請參考洪福增（1976），同前揭註 36 文，頁 13 以下；以及堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 231 以下。

⁹⁶ 相關之批判請參考日高義博（1977），同前揭註 90 文，頁 142 以下、堀内捷三（1978），同前揭註 4 書，頁 231 以下、以及名和鉄郎（1988），同前揭註 5 文，頁 181 以下。

⁹⁷ 如日高義博（1977），同前揭註 90 文，頁 176 以下、以及松宮孝明（2003），〈刑事立法と犯罪体系〉，頁 111，京都：立命館大学。

⁹⁸ 如名和鉄郎（1988），同前揭註 5 文，頁 181 以下。

第三項 小結



日本的刑事立法發展與我國類似，均作為移植西方法律制度(特別是德國法)的繼受國，因此，就早期不真正不作為犯的立法論，深受法國與德國刑法思想根源相異的影響，一直擺盪於是否應處罰的猶疑中。然而，當日本學界全面傾向引入德國法思想後，卻也由於德國學說無法針對不真正不作為犯的立法達到共識，故未曾制定不真正不作為犯的總則規範。在這一點上，呈現出與我國相當迥異的發展趨勢。另一方面，無論是實務或學說見解，日本就不真正不作為犯的處罰，普遍存在著於我國鮮少被討論的違反「罪刑法定主義」困境。或許正是基於此一困境，日本刑法學界對於不真正不作為犯理論的探討，比起我國可說是豐富許多。

直至今日為止，日本仍無不真正不作為犯的刑事處罰規定，在某種程度上，或許能夠彰顯出日本學界已明確瞭解到，像是不真正不作為犯此類理論與處罰先行於立法的犯罪型態，立法不僅無法發揮「罪刑法定主義」原初所應有的限縮刑罰權功能，且更容易造成「明確性原則」之犧牲。當然，也有可能是日本的立法者對於不真正不作為犯，已全面棄守其理應負擔的職責。但無論是採取樂觀或悲觀的解讀，藉由日本不真正不作為犯的立法發展，可以更清楚看出不真正不作為犯的特殊性質，亦即：「『實質處罰正當性』凌駕『形式罪刑法定主義』」。

最終，日本與德國相同，立法者的退縮激起實務與學界對於不真正不作為犯可罰性的積極建構，儘管一方面活化了不真正不作為犯理論的多元性，但在另一方面，卻也顯現刑事處罰在本質上無法脫離解釋者「恣意性」的永久缺陷。針對此一部分而言，我國刑法第十五條似乎在規定上採取較為嚴格的要件限制，然而，就實際解釋的層面是否真的可以滿足「罪刑法定主義」的要求，則是本文在下一章節所欲檢討之核心疑問。

第四節 本章之結論



由於本文試圖對於不真正不作為犯的可罰性基準進行探討，在「罪刑法定主義」的形式框架下，我國實定法之規定遂成為解釋論上的首要參考。但是經由第一節的分析，我國刑法第十五條的規範內涵中，無論是「要件設定」或「法律效果」均具有相當之不確定性，也因此，無法直接透過條文判斷不真正不作為犯在我國法所彰顯的可罰性基準。進而，本文嘗試藉由比較立法史的角度，從德國與日本在不真正不作為犯立法論的探討中，窺知可罰性基準之內涵。

然而，不論是在德國或日本，對於不真正不作為犯的處罰都呈現出學說與判例先於立法的趨勢。是以，刑法是否明文規定或其該以何種型態規定等爭議，都並不會影響不真正不作為犯必須受到處罰的普遍共識。因此，在某個程度上來講，所謂與「罪刑法定主義」間的扞格，充其量徒具形式意義。換言之，如同學者名和鐵郎所言，即使在刑法總則中定立不真正不作為犯的處罰依據，就效用來講，只會徒增解釋時的不明確性，更甚至成為理論或判例的背書，而不存在任何實質上的意義⁹⁹。另外，從間接正犯的處罰，也能夠發現與不真正不作為犯完全相同的傾向，然而，除了極為少數的見解外，幾乎沒有人質疑過間接正犯有違背「罪刑法定主義」的嫌疑；與此相反，通說進一步將間接正犯的存在視為能夠處理眾多艱難案件的解藥¹⁰⁰。以此能夠再次肯認「罪刑法定主義」在多數學說眼裡，並非是以形式上具備明文規定即可滿足，而是必須由實質化觀點進行檢驗，惟此時問題點已非法有無明文，而是該處罰是否具備刑法所認可的可罰性基礎¹⁰¹。

確立了上述的認識後，當重新回到不真正不作為犯的規範內容時，便不難理解為何德國與我國的立法趨勢都傾向於將成立要件模糊化、寬鬆化，因為不真正

⁹⁹ 請參考名和鐵郎（1988），同前揭註 5 文，頁 181 以下。

¹⁰⁰ 例如林山田（2008），同前揭註 3 書，頁 52 以下，而學者黃榮堅更是主張間接正犯乃符合其單一正犯理論的原初類型，具備完全之可罰性基礎，自然不違反罪刑法定主義，詳細內容請參考黃榮堅（2012），同前揭註 7 書，頁 763 以下。

¹⁰¹ 例如黃榮堅（2012），同前揭註 7 書，頁 763 以下。

不作為犯的戰場從以前到現在均不屬於立法論的範疇，對於立法模式的爭議毋寧說是在彰顯不同學說見解搶奪最終主導權的論戰。故縱使德國在一九七五年制定了不真正不作為犯的立法，但就結果來看，反而是深化學說及法院各自詮釋的正當性。相對於此，日本則是在幾次嘗試後認清事實，放棄表面上滿足「罪刑法定主義」的立法，而將不真正不作為犯的處罰回歸理論界與實務自行解決。

進一步將視角挪回到先前所論及，我國刑法第十五條的規範模式，雖然其內容乃沿襲德國一九二〇年代的草案，但是基本上的精神卻不曾跳脫出本文透過比較立法史所整理而成的結論。就我國刑法第十五條在解釋上的眾多爭議，與其說是當時立法者思緒未周，更毋寧是不真正不作為犯在立法論上的本質屬性。也就是說，不真正不作為犯之立法之所以存在，意義不在於制定出特定的處罰理由、或僵固的處罰範圍，以限縮實務與學說對於不真正不作為犯的解釋或成立；相對於此，立法一舉僅是為了符合最基礎且最形式的「罪刑法定主義」爾爾。至於不真正不作為犯成立要件的實質內涵，則有待學說及判決依照本身所採取的理論基礎，自行加以填補，立法者並無意干涉。

綜上所述，既然無以從我國刑法第十五條規定解讀出確切之可罰性基礎，而必須在解釋論上，透過學者及法官的理論建構，始能讓不真正不作為犯的處罰受到正當化。是以，在第三章中，本文擬深入分析在我國，法院如何認定不真正不作為犯罪的成立要件，以及學者是基於何種理論，建構出不真正不作為犯的解釋途徑。試圖藉此梳理出我國就不真正不作為犯可罰性基礎，所形塑的具體內

第三章

不真正不作為犯在我國法系統的解釋與適用



透過第二章的分析可以知悉，比起德國與日本，我國刑法第十五條所規定的不真正不作為犯成立要件在表面的規範構造上，可說是較為明確的。這是因為本條乃繼受於一九二〇年代的德國刑法草案，因此，就立法模式的選擇而言，傾向以例示之方法，劃定防果義務之射程範圍，以滿足「罪刑法定主義」的要求。也就是將不真正不作為犯之成立，侷限在具備「法律上有防止之義務」者身上，且進一步說明，若行為人曾經從事可能導致結果發生之「前行行為」，亦產生本條所規定的「法律上防止之義務」。

然而，若是將我國刑法第十五條與德國現行刑法第十三條兩相對照，則會發現：除了有無採納「前行行為」條款外，其實「法律上之防止義務」一詞在文義上，與「依法必須保證結果不發生」相去不遠，均屬國家以法令之型態，命特定人民必須防止犯罪結果不發生。因此，當解釋不真正不作為犯的要件時，真正的重點則在於，「該依照什麼樣的理由」去界定「法律上防止之義務」的範疇。換句話說，既然所謂「法律上防止之義務」作為不真正不作為犯的主要判斷內涵，其範圍劃定自然必須從處罰不真正不作為犯的實質理由中，理論且邏輯一貫地推論產生。而這項工程遂成為刑法學者及刑事法官不可逃避的問題。

更細緻的說法毋寧是，儘管我國刑法中存在有不真正不作為犯的明文處罰規定，但無論是從法條內容觀之，或從與德、日法制史比較的角度深入檢討，都能夠發現，就不真正不作為犯實定法的存在價值而言，不過只是讓眾學者及法官盡情發展自身見解的空白授權，法條文字本身並不具備實質的限縮解釋能力。因而，在具體解釋及適用時，真正的指導核心乃是不同學說見解所依循，種類紛歧的不真正不作為犯可罰性基礎，而非法律如何規定。

是以，若姑且不論在不真正不作為犯中，以「實質可罰性」取代「明確性原則」此一作法的利弊；就最為理想的情況而言，學者或法官必須優先構築其對於不真正不作為犯所採取之「實質可罰性」，為不真正不作為犯罪進行定性。其次，以上述的可罰性基礎為前提，始能夠進一步說明在犯罪構成中，不作為是在「行為危險性」或「結果惹起性」的部分，與作為犯相同，而直接具有完整不法內涵；抑或是如同目前無論德國、日本、或我國學者的普遍論調，認為不作為必須透過另行添加其他的犯罪成立要件，方得以與作為具備相同之處罰正當性（例如特別的作為義務或特殊的主觀要素）。


故在下述各節中，本文首先將藉由對於我國法院有關不真正不作為犯所為之判決研究，剖析實務見解是如何透過個案判斷，建立起其所認定的不真正不作為犯可罰性基礎，及相對應所必須採納的犯罪成立體系。在此之後，本文將進一步把視角延伸至當今我國主流的諸多學說，試圖以此探究我國學界是如何填補立法所遺留下的餘白。

第一節 有關於不真正不作為犯之我國實務見解

第一項 早期判例與決議

我國最高法院對於不真正不作為犯曾經選出三則判例（二十四年上字第一五一號、三十一年上字第二三四號、以及三十年上字第四九四號判例），但是自判例意旨觀之，前兩則在內容部分並無任何實質上的差異，是以，本文僅摘錄論事說理較為充足之最高法院二十四年上字第一五一號判例，並就其內容加以簡單評釋：

「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¹。被告充當學校庶務，據校役報告，舊有水井內浮有人屍，並不報警打撈，即飭將井填塞……按諸社會慣行之殮葬方式，固屬不符，但當時既未將屍體移置他處，即尚無積極的遺棄行為，而被告與死者間並無親屬及其他特殊關係，在法律明文及精神上，原非負有殮葬義務，自亦不構成消極的遺棄罪名。縱如上訴意旨所云，被告充任庶務，所有校內之安寧、秩序、清潔衛生，均有維持整頓之責，因而對於井內死屍，仍應為適當之措置，然此項職責，究與法律上之殮葬義務，係屬兩事。該被告之填塞水井，其措置即有未當，亦不過違背職務問題，要難認為違反殮葬義務，科以遺棄屍體之刑事制裁。」（本則判例及下述所有判決中之文字底線均為本文作者所加）

首先，本判例之目的即為針對「法律上防止之義務」，此不真正不作為犯在刑法第十五條中所明文規定的成立要件進行闡明。但從判例的說理脈絡來看，法院有意將「法律上」的文義作擴張解釋，亦即，其範圍並不被限定於具體明文存在之法律或命令。按照判例意旨，只要系爭義務之性質符合「法律之精神」，就能夠該當刑法第十五條所規定的「法律上防止之義務」。然而，因為有關「法律之精神」真正內涵為何，在本則判例中並沒有獲得進一步詳細論述，是以，本文僅得由法院就案件事實的描述自行加以推敲²：

本案被告乃學校之庶務，負有整頓校園清潔衛生之責任，檢方將此庶務之職務範圍，視為「法律上之作為（防止）義務」，而主張被告須對出現在校內的屍體進行殮葬。然而，法院卻持反對意見，認為法律上之殮葬義務僅存在於親屬或其他特殊關係中，而本案被告僅具備職務上之責任，且該責任並不屬於上述之特殊關係，因此判決被告無罪。儘管法院對於具體個案該如何進行判斷，作出相當

¹ 本部分文字與三十一年上字第二三四號判例相同。

² 於此之「法律上精神」不免令人想起先前關於威瑪時期之不真正不作為犯草案理由書中，「由全體法秩序明示或默示的命令闡明」一詞，而關於這部分之詳細論述，可參考本文之第二章對於威瑪時期不真正不作為犯立法的介紹。

詳盡的說理，但法院怎樣從所謂的「法律之精神」推導出殮葬義務的範圍，其過程卻仍舊模糊不清。

故本判例充其量不過是為「法律上防止之義務」提供一個極為抽象的輪廓，且所形塑的輪廓卻是明顯擴張了法條文義範圍之射程，亦即，將該義務的認定方式，從法律必須明文規定（法律上的文義解釋），擴張到只要符合法精神（類似於民法第一條所規定的習慣法、法理等範疇）即可該當。但是在另一方面，法院對於自身是基於何種可罰性基礎，而能夠恣意將法條文義擴張，則隻字未提。

若要以批判的觀點評論，本判例的內容雖然歷久不衰，於近年來仍受到各級法院的多次引用³；惟就其並未善盡對於「法律之精神」及可罰性基礎的說明義務來看，本判例見解實際上絲毫不具備獲得拘束往後判決的價值。毋寧說，因為本判例明確指摘出「法律上」一詞中，文字本身所隱含的不確定性，開啟由法院自行替「法律上之防止義務」填充具體內容的先河。是以，在往後的判決中，即可發現各種義務充斥其中，且均可被評價為不真正不作為犯成立要件中的「法律上防止之義務」⁴，造成不真正不作為犯在我國實務見解的成立範圍，可以說是毫無可預測性。

除了最高法院二十四年上字第一五一號判例以外，在同年度所舉行的最高法院民刑庭會議二十四年七月總會決議（六）中，有關於「法律上防止之義務」的內容，亦沿用本判例創設之標準，作出決議如下：

「本條（按指刑法第十五條）所謂防止義務，其範圍如左：

- 一、該條『法律上有防止之義務』一語，以法律明文或其精神有防止之義務者為標準。
- 二、『能防止而不防止者』，採主觀說，以本人能力為標準。」

³ 例如九十四年台上字第八一九號刑事判決、九十八年台上字第二八六七號刑事判決、一〇一年台上字第二七一九號刑事判決等。

⁴ 例如九十四年台上字第八一九號刑事判決中是以契約內容作為防止義務之來源、九十八年台上字第二八六七號刑事判決是以被告與被害人母親間，存在對於照顧幼兒的口頭委託而承認防止義務，至於一〇〇年台上字第七三三〇號刑事判決是以被告為世界水中運動聯盟之潛水教練，基於該聯盟所規定之教學基準與相關規範認定具有防止義務。

從第一點來看，上述判例所擴張的法律上義務範圍，藉由本次決議之作成又再次受到肯認。雖然最高法院更進一步處理到防止可能性之問題，但就像是對於法律精神具體內涵的闡明一般，就防止可能性的理論架構或判斷流程，亦未置一詞。

另一方面，在最高法院三十年上字第四九四號判例中，法院雖然並沒有直接引用先前判例及決議所採納之「法律上精神」一詞；然而，就實質內容以觀，本判例所劃定的防止義務範圍，亦明顯逾越法律有明文規定的文義框架。摘錄判例文字如下：

「民法第七百九十五條規定，建築物或其他工作物之全部或一部有傾倒之危險，致鄰地有損害之虞者，鄰地所有人得請求為必要之預防。此項規定，依同法第九百十四條，為典權人與土地所有人間所準用。上訴人典受某處之房屋，其右邊牆垛高聳，向外傾斜，致鄰地某甲之牙刷合作社有損害之虞，經某甲催促上訴人修整，並經該管縣政府早於一個月前派巡官勒令修整。是上訴人對於此項危險之發生，在法律上不能謂無防止之義務……自不得以其僅為典主，而主張對此危險必須商諸所有人始得為必要之預防……」

就本判例的內容而言，法院認定凡是對建物具使用權限之人（包含所有權人及民法第八百之一條規定之諸種權利人），待鄰地所有人請求後，對於因建物倒塌而發生之危險，均負有防止義務。然而，若按照此一邏輯，民法上所規定之眾多請求權基礎，似乎只要當事人就該請求權內容進行主張後，被請求人即負擔相對應之義務，且該義務遂成為刑法第十五條所稱之「法律上之防止義務」。先姑且不論如此之解釋方式是否有過於擴張不真正不作為犯範圍之虞；在另一方面，若民法上之一造只要向相對人依民法主張某權利後，相對人即產

生刑法上的作為義務，此結論亦有相當之爭議⁵。故本判例毋寧是透過民法學者所提出，在法理上「有請求權即伴隨有義務」之精神，就不真正不作為犯的成立，自行替「法律上防止義務」之義務內涵進行實質擴充。

是以，綜觀上述判例及決議，我國早期之實務見解對於所謂的「法律上之義務」，採取相當寬鬆的見解，也就是說，除實定法明文的防止義務外，以「法律之精神」所衍伸出的防止結果發生義務，亦能夠成為正當化處罰不作為者之原因。早期的法院見解似乎是認為，只要法律精神上有賦予行為人防止結果發生之義務時，行為人的不作為即具備相當之可罰性。然而，若要深究其所依據之基礎，則無法由判決文字中獲得充分地說明。只能說，應該是受到當時德國實務見解的深刻影響，傾向於將法律及法理上的義務均納入射程範圍內⁶。

第二項 近期實務見解的趨勢

由於早期的判例與決議無視法條規定，逕自擴張不真正不作為犯要件中，「法律上防止之義務」的文義範圍；且在判例中，法院所應詳盡之說理義務，亦即無論是佔據不真正不作為犯理論核心的「可罰性基礎」、或是該如何藉由理論具體劃定防止義務的界線、以及是否應增添與作為犯不同的其他不法要件等，在上述決議及判例文字中都付之闕如。因此，除了擴張與模糊的「法律上防止之義務」外，早期實務並無法傳遞任何有關不真正不作為犯的解釋途徑。只有在觀察較為近期的判決後，始有可能拼湊出我國法院對於不真正不作為犯的思想與整體架構。然而，依照實務法官行文的慣例，在判決書中甚少會對於「可罰性基礎」進行較為深度之分析，故本文礙於此點，只能以判決中所闡明的各種不真正不作為犯要

⁵ 一來，民法上一經請求即認定相對人就有義務履行的說法，毋寧是學說上舉例的架空設想，在現實中，通常要伴隨著法院對於事實的確認才會藉由既判力與定暫時狀態處分產生作為義務；二來，若按照此一見解，民法上的債務不履行都將藉由不真正不作為犯而該當財產犯罪，在結果上似乎嚴重違背刑法最後手段性的要求。

⁶ 就德國二十世紀初期有關不真正不作為犯的實務見解，請參考堀内捷三（1978），〈不作為犯論：作為義務論の再構成〉，頁 38 以下，東京都：青林書院新社。

件為核心，逐一固定實務見解對該要件之態度後，嘗試拼湊出我國法院所採取的整體邏輯與精神。



第一款 「法律上防止之義務」的態樣

由上述可知，早期判例在審查不真正不作為犯的成立要件時，均將焦點集中在行為人是否具備「法律上防止之義務」，我們或許可以說，對於義務內涵的重視在某程度上代表了就實務見解而言，防果義務的本身即象徵著不真正不作為犯的可罰性來源。因此，整理實務見解所承認的各種「法律上防止之義務」，並加以歸納出明確的範圍，則成為進行不真正不作為犯判決研究的首要任務。

在另一方面，近年來由於過失致死之案件隨著公安事故、醫療糾紛、及各種危險活動的增加，躍升為刑事案件的大宗。其中，對於工程雇主、車禍肇事者、醫療從事人員、或危險活動管理者等從事風險行為者的究責，時常糾結在「安全措施的不設置」或「未進行防範危險發生之注意」，這些不作為的情形是否會構成不真正不作為犯。而該如何解讀早期判例所承認的「法律之精神」，避免處罰範圍過於擴大，即屬過失不真正不作為犯的當務之急⁷。

或許受到上述現實發展的影響，最近幾年的刑事法院中，嘗試替刑法第十五條所規定的「法律上防止之義務」定性，且完盡其說理義務的法官亦逐漸增加。而伴隨著不同法官所採納的相異理論基礎，對於「法律上防止之義務」的認定也產生出頗為歧異的發展。以下則為本文所歸納出，我國實務見解較為普遍傾向採取的幾種解釋模式：

⁷ 請參考陳宏毅（2014），〈論過失不作為犯〉，頁 410 以下，台北：元照。作者亦提及近年來廣受爭論的食品安全、環境保護等領域，認為透過過失不真正不作為犯的理論續造，可以提供更為堅實的社會防禦網。惟本文僅能夠同意事實部分（即過失不真正不作為犯增加之部分），而是否應由刑法達成該書作者之目標，本文持保留態度。

第一目 直接引述學說見解之類型

在台灣高等法院九十年交上易字第四四〇號刑事判決中，法院闡明為了避免不當擴張「法律上防止之義務」的範圍，以符合「罪刑法定主義」，因此有必要對於條文中並未明確規範的防果義務進行分類與取捨。而透過下述文字：

「依判例及學說解析，原則上，大致可歸納分類為：依法令之規定（如海商法第一百四十二條第一項船長對於淹沒或罹難之人之救助義務）、自願承擔義務者（如游泳池救生員、接受病患之醫師）、最近親屬、危險共同體（如登山探險隊）、違背義務之危險前行為、對於危險源之監督義務等六種。由於倫理、道德、宗教、或社會等理由，而形成之防止義務，則不屬於法律義務，無由構成過失不作為犯……」

可知本判決主張應嚴格區分「法律義務」與「倫理、道德、宗教等義務」，僅前者屬於第十五條「法律上防止之義務」的範圍。但是，對於只不過是由學說見解所舉出的六種防果義務，法院卻毫無異議地全盤接納；至於該學說分類的具體標準何在，本判決則並未繼續深究。

相同見解亦可參考台灣高等法院台中分院一〇二年上易字第一〇一五號刑事判決。法院在單純引用與上述判決相類似的文字後，即闡明依照動物保護法等規定，被告對於帶入餐廳之巨型鬆獅犬負有監督義務，須防止其主動或受到刺激後咬傷他人。另外，在因為寵物一時暴衝而導致交通往來危險的案件中，法院亦經常以同樣的模式，認定寵物之飼養者違背「法律上防止之義務」。然而，為何上述行政法的罰則可以直接挪用成刑事法的防果義務內涵，實務見解則隻字未提。

第二目 與過失犯的注意義務相同之類型

近年來法院日益重視不真正不作為犯之成立，其主因乃是過失不真正不作為犯的急速增加，已如前所述。而在判斷犯罪構成時，「義務的違反」經常是成立過失不真正不作為犯的關鍵所在，這是因為，近年來對於過失犯的見解中，受到

客觀歸責理論的影響，「客觀注意義務」取代預見可能性成為過失判斷的核心要素。又，所謂的「客觀注意義務」多半被認定為在其他法律命令或業務內部規則中，所明定的作為或防果義務。因此，遂產生過失犯其實都是某種程度的不真正不作為犯的說法⁸。

因應上述學說發展所產生的趨勢，在最近的實務見解中，亦出現將法令上所規定的各種注意義務，一方面用以判斷行為人是否違反「客觀注意義務」而具有過失；另一方面，卻同時將這些注意義務視為刑法第十五條之「法律上防止之義務」，進而當行為人有所違反時，直接認定構成過失不真正不作為犯罪。例如在最高法院一〇〇年台上字第七三三〇號刑事判決中，法院即根據以下之說理，主張本案被告不履行其在法律上所被課予之注意義務的情事，乃成立過失不真正不作為犯的關鍵要素：

「以上訴人於業務上應負較高之注意義務，於預見危險發生可能之情況，對於發生之危險，有防止及注意之義務而未注意，致危險結果之發生，自屬不作為義務之違反而成立犯罪……已就法律之精神觀察，論述上訴人違反作為義務之憑據」

除上述判決外，採取同樣見解的尚有台灣高等法院花蓮分院一〇二年上訴字第九六號刑事判決。儘管法院事先就勞工安全衛生設施規則之相關規定，闡明其乃是針對雇主所賦予，法律上為了防止工程意外發生而規定的作為義務；而本案被告並非被害人之雇主，故自不因係爭規定即直接產生刑法十五條的「法律上防止之義務」。惟法院進一步闡釋：

「倘一般人或承攬人在工廠內進行維修作業，負責監督管理之廠長，或從事堆高機之操作人員，亦當不能放任或坐視該他人從事危險之行為，而毫無客觀注意義務之理，廠長或駕駛堆高機之人，亦應負有防止墜落導致死亡結果發生之客觀注意義務，則前開勞工安全衛

⁸ 可參考陳宏毅（2014），同前揭註7書，頁415以下。

生設施規則相關規定，亦當無不可成為被告客觀注意義務規範。」

是以，法院主張本案被告之身分（廠長）具有與雇主相類似的性質，亦必須負擔使工程意外不發生的保護注意，因而認定系爭法律中所記載的「客觀注意義務」仍應適用於本案被告，而就該「客觀注意義務」的不履行，足以使其該當過失不真正不作為犯。

本類型所劃定之義務內涵，乃是以行為人之不作為與法益侵害的結果間，是否存在有其他法律上的「客觀注意義務」為判斷依據。如此一來，儘管可以說是以法益保護的刑法前提，對於第十五條所規定的「法律上防止之義務」進行合目的性之限定。但這一種限定方式亦會產生相當之疑慮：就算先姑且不論過失犯之「客觀注意義務」與不真正不作為犯之「法律上防止義務」在本質上是否相同；若按照上述等實務見解的說理，無異是將不真正不作為犯的成立範圍，延伸到所有法規命令上「注意義務」之違反。

然而，在生活中的安全指示與注意義務不斷建立且立即受到立法化的現代，想當然爾，過失不真正不作為犯的成立，也會隨之成正比地增加，最終，反而與原先試圖限縮過失不真正不作為犯處罰的立場背道而馳⁹。

第三目 與主觀預見可能性相繩之類型

按台灣高等法院一〇〇年上訴字第一四八五號刑事判決所載，法院似乎是認定若被告對危險之發生並無預見或預見可能時，則不生防止之義務：

「被害人既然係被告於廁所嘔吐之際，遭共同被告注射海洛因，而被告於共同被告下手實施時，其既不在場在聞，亦不知悉，自無預見之可能，當無從阻止共同被告對被害人施打毒品，難認其有何違反防止之義務」

同樣的見解亦可參考台灣高等法院九十五年上訴字第二〇六八號刑事判決，

⁹ 有關於不真正不作為犯與過失犯在現代社會中的耦合與暴衝，可參考金裕根（2012），〈危險社会における客觀的帰属上の問題点〉，《ノモス—関西大学法学研究所》，30號，頁47-62。

法院在說明惟有具備「法律上防止之義務」及「前行行為」方得構成不真正不作為犯後，進一步闡述本案被告雖然具有一定之職務範圍，但因主觀上不具備認識能力，而否定本案被告在系爭事實中的防止結果發生義務。法院文字如下：

「被告於案發時…應提供各種駐衛保全服務、內部清潔維護，並就其所提供之管理維護服務（含治安維護及緊急事故維護處理），但總幹事之職責係執行管委會決議交辦之事項，且其管理之事務繁雜，並非隨時在游泳池，其是否有能力注意該社區游泳池水循環孔之保護蓋板脫落，即非無疑……被告自屬無從得知游泳池水循環孔之保護蓋板脫落，自無防止危險結果發生之保障義務存在。」

由上述兩則判決可以發現，實務見解中亦有法官將「法律上之防止義務」區分為主、客觀基準，縱使不作為者在客觀上因特殊身分或職務範圍，而被法律賦予應該防止特定結果發生之義務，但是當該危險在其主觀上顯難預見或無預見可能性的時候，即應否定防止義務之存在，不作為者因而不構成不真正不作為犯罪。實務之所以產生上述此類見解，似乎是有鑑於因為過失犯與不真正不作為犯的成立要件不斷耦合，造成當客觀注意義務日益增加時，不真正不作為犯的成立也隨之產生浮濫且空洞化的危險。是以，試圖以主觀的預見可能性限制作為義務的範圍。

第四目 以義務之規範保護目的為基準之類型

除了主觀要件外，另有實務見解認為僅因違背一定之作為（或注意）義務，便賦予不作為者刑事責任，有過度擴張不真正不作為犯的處罰範圍之虞。是以，必須對成罪主因之作為（或注意）義務本身，進行更為細膩之定性。也就是應該進一步探尋不作為者所違反的作為義務是否在具體系爭案件中，能夠發揮「法益保護」之效力，若該作為義務並非是針對實際上受侵害的法益而被規制時，則應否定該作為義務的違反即該當於刑法第十五條之要件。

例如台灣高等法院花蓮分院一〇〇年上訴字第二四五號刑事判決，即為下述

說理：

「道路交通標誌標線規則第 145 條第 1 項係規定：『道路因施工、養護或其他情況致交通受阻，應視需要設置各種標誌或拒馬、交通錐等，夜間應有反光或施工警告燈號，必要時並應使用號誌或派旗手管制交通』，前開規定係用在因施工、養護或其他情況導致交通受阻之道路，亦即乃是在尚在使用中、供通行之道路而言，本件梅園竹村步道業已封閉，禁止任何車輛進入，已如前述…則本件是否適用前開規定，而應設置標誌、拒馬或交通錐，恐有疑問。」

在上述說理中，法院即相當明確地針對義務的規範目的進行分析，認為系爭義務並非是保障自行闖入已封閉道路者的生命身體安全，故系爭義務在本案中，即非屬能夠成立不真正不作為犯之防止義務。

又如在不作為詐欺的案例中，經常被實務見解採納為「法律上防止之義務」的民法「誠信原則」規定，在近年來某些個案中，亦受到相當的限制，法院並不認為所有交易上的欺瞞都會違反民法「誠信原則」，進而該當詐欺罪的不真正不作為犯。其中，台灣高等法院九十七年上易字第一五二六號刑事判決即屬良例：

「租賃契約本質上係一種債權契約，出租人並不以所有人為限，縱出租他人之物，亦屬有效，僅於不能履行時，負債務不履行之責任而已，則出租人於簽約之際，並無表明係所有權人，出示所有權狀或土地登記謄本之義務，應予敘明。」

由上述文字可知，法院基於租賃契約的本質，認定締約之一方並未澄清其為承租人或所有人一舉，不屬於締約上有重大意義之事項（因為契約仍為有效），因此，本案法院主張：行為人在訂約時以消極不告知的方式使相對人產生錯誤，並不違反民法上「誠信原則」，進而該不告知亦不構成詐欺罪的不真正不作為犯。

第五目 同時具備其他法律上義務與前行行為之類型

較為特殊的實務見解則是台灣高等法院花蓮分院九十二年上訴字第一〇六

號刑事判決，在其中，法院引用學說見解，認定若要構成「法律上防止之義務」，必須該當學說所列之六種法律義務，除此之外，法院繼續闡明

「且不作為若要與作為等價，必須有一危險之前行為，且以此危險之前行為為充分條件及必要條件，亦即除先前有一製造風險之作為以外，沒有任何其他事由可以使不作為與作為等價；至於是否為保證人，其決定標準並不在於有無契約或是否親屬，而係在於有無危險之前行為，亦即使不作為與作為可以等價之事由，乃不作為之前之另外一個作為，即是學說上所謂危險之前行為。」

亦即，本判決更為限縮「法律上防止之義務」的範圍，認為唯有具備學說上區分之六種義務「且」有危險前行為者，方能該當。採取此說法之理由在於：不作為的刑法上價值並不相同於作為，亦無法僅憑其他法律所賦予之義務，便可弭平該差距。除非系爭法律上需防止結果發生之人，於先前有一製造結果發生危險之前行為，否則刑法上均不得處罰單純的不作為。

另外，台灣高等法院九十年上更(一)字第九十四號刑事判決亦以相同立論，在肯定丈夫依照民法第一一一六條之一規定，對於妻子具有生活保持及生活扶助之義務，但因為身為被告的丈夫並沒有足以使不作為等價於作為的前行行為，故該民法義務即不屬於刑法第十五條所謂「法律上防止之義務」。

雖然此一類型之見解極度限縮不真正不作為犯的處罰範圍，然而其所依循之理由為先前所論及的等價性。然而，為何不作為與作為之間的等價必須經由前行行為，則有待進一步說明。

第六目 小結

由上述的分析中，可以知悉我國法院對於成立不真正不作為犯的「法律上防止之義務」內涵，並沒有產生一致的標準。特別是在最近二十年間的判決中，部分法官就「法律上防止之義務」採取更為限縮的觀點後，衍生出相當分歧的理論發展。相對於此，較無爭議的見解為：當行為人具有刑法第十五條第二項規定的

「前行行為」時，在不牴觸中止犯的前提下，一律肯定不真正不作為犯的成罪¹⁰。關於這點，我國實務見解與學說逐漸檢討「前行行為」是否屬於適格的不真正不作為犯義務來源，有相當大的差異¹¹。

而針對「法律上防止之義務」，依照上述判決的說理，可以進一步區分為兩種類型：「直接引述學說見解」、或是採納「客觀注意義務」。必須說明的是，這兩類見解並非處在互斥的立場，毋寧說前者屬於較為傳統型態的不真正不作為犯；後者則是因為現代社會針對風險的管控，不斷擴張行政規章及內部規約的效力所及範圍下，進而產生的過失犯「客觀注意義務」要件與不真正不作為犯「法律上防止之義務」耦合的新過失犯型態。兩者無疑是以互補的作用吸納了所有不真正不作為犯的成立要件。

至於以「前行行為」限制「法律上防止之義務」的見解，可以看成是部分法官針對學說見解的反思，正如同近年來不斷有學者主張上述由通說劃分的六種作為義務成因過於擴張，而應有所限縮一般¹²，實務見解也逐漸開始思考不真正不作為犯的射程範圍。在另一方面，受到醫療、公共安全、交通等領域中，過失犯罪不斷增加的壓力，我國法院亦對於「客觀注意義務」的範圍有所檢討，也連帶地影響到不真正不作為犯的要件寬嚴。由上述所見之「規範保護目的」與「主觀預見可能性」的限縮方式，即可視為實務見解在新型態過失不真正不作為犯中的反思。而這種限縮途徑也同樣是我國法院與通說見解在過失犯中，所採取的常見手法¹³。

¹⁰ 例如：最高法院一〇二年台上字第三〇八四號、一〇二年台上字第二三二一號、九十八年台上字二二七八號等刑事判決，均以當事人有違反義務或造成結果發生危險之前行行為，作為認定不真正不作為犯的要件。

¹¹ 例如：許玉秀教授及周濛沂教授均否定「前行行為」足以該當不真正不作為犯的不法義務性質，前者認為「前行行為說」有違反「雙重評價禁止」之虞；而後者則直接認為應使用作為犯加以處理。詳細說明請參考許玉秀（1997a），〈前行行為保證人類型的生存權？與加重結果犯的比較〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁 379 以下，台北：自刊；以及周濛沂（2014a），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《台大法學論叢》，43 卷 1 期，頁 209-269。

¹² 例如黃榮堅教授即以「期待可能性」的角度，認為不真正不作為犯的成立僅因限制在「前行行為」的類型，不可諱言，上述的判決明顯是受到黃榮堅教授的影響。請參考黃榮堅（2012a），〈基礎刑法學（下）〉，四版，頁 713 以下，台北：元照。而同樣也是主張不真正不作為犯的防果義務範圍應有所限制的是周濛沂教授，其見解可參考本文第四章的介紹。

¹³ 可參考林山田（2008），〈刑法通論（下冊）〉，十版，頁 190 以下，台北：元照。



第二款 因果關係

相較於「法律上防止之義務」具體內容的分歧看法，實務見解在不真正不作為犯是否應與結果間具備因果關係的認定上，多數均採取肯定的態度。也就是說，針對第十五條中，所謂「與因積極行為發生結果者同」的規定，我國法院普遍認為其法律效果不過就是使得不作為亦能夠該當作為犯罪爾爾；尚待符合其他犯罪構成要件後，始成立不真正不作為犯罪。

然而，亦有少數法院抱持反對意見，如最高法院八十五年台上字第一五四四號刑事判決以「凡行為人對於構成犯罪事實之發生，居於可防止之地位而不防止，其不防止之行為，即與結果間有相當因果關係」，認定當行為人應防止且可防止結果發生卻不防止時，即具備與結果間之因果關係。

是以，除上述少數見解外，我國法院在檢驗不真正不作為犯罪時，仍須個案判斷不作為與結果間的因果關係。雖然以判斷方式而言，均能夠以「若為防止義務之行為，則結果不發生」，此一假定因果關係總括之；但源自於判斷上所存在的邏輯問題，假定因果關係並不如事實上因果關係一般，能夠產生單純「有或無」的結論，其結論充其量不過是「可能性」的猜想。而可能性在多高的情況下，能夠認定為相同於「有」事實上因果關係，實務則產生相異的理解：

第一目 必須「幾近確定」之類型

此類型在判斷是否結果不發生時，採取較為嚴格之標準，即若盡防止義務後，若結果仍有可能發生，則應否定不作為與結果間因果關係。在最高法院八十九年台上字第五二四一號及最高法院九十四年台上字第四三二三號等刑事判決中，由於在假設被告醫師已盡特定之作為（未為理學檢查或未照超音波等）後，仍「未必能阻止其死亡結果之發生」、或照超音波並無法檢驗出成為死因之病理，故雙雙否定案件中的因果關係。



第二目 有可能不發生即可之類型

另有不在少數之法院以「迴避可能性」作為判斷依據，亦即只要行為人盡其法律上義務後，結果「有可能」不發生，則可承認兩者間因果關係。像是在台灣高等法院九十九年度重醫上更（二）字第二六七號刑事判決中，法院所闡明之見解，即是依循「有迴避可能性」便能夠具備「因果關係」此一觀點之產物：

「就醫護人員而言，反之應係『可能可以避免』、『產前胎糞吸入為無法預測且無法預防的情形』，更應於胎兒發生胎心音持續減速現象時，通知醫師到場積極介入……因被告未即時通知醫生為適當處理之期間，使吸入胎便之情形加劇。自難謂胎兒因發生胎便吸入而死亡結果，與被告是否有通知醫師前來，無相當因果關係」

此外，在著名的邱小妹人球案的上訴審法院見解中（台灣高等法院九十六年醫上訴字第三號刑事判決），也可觀察到採取同樣邏輯的因果關係判斷，因而認定若善盡法律上之防果義務，就算只有些微救助可能性或延續性命之可能性，醫生的不作為即與死亡結果間具備因果關係。

第三目 因果關係之結論

先姑且不論多數學者對於實務見解有關因果關係認定上的詬病，認為法院往往誤將「條件關係」的檢驗視為「相當性」的判斷。然而，就不真正不作為犯的因果關係，我國法院仍然有說理上的欠缺。詳言之，若按照實務見解的多數說法，不真正不作為犯的因果關係判斷必須藉由「假設因果流程」為之，則「現實因果關係」與「假設因果流程」間的差異該如何填補，成為法院無法逃避的質疑¹⁴。然而可惜的是，實務見解並未如同學者黃榮堅一般詳細說明在不真正不作為犯中，

¹⁴ 有關於「假設因果流程」與因果關係的差異，學者許玉秀有相當完善的說明，請參考許玉秀（1997b），〈最高法院七十八年台上字第三六九三號判決的再檢討：前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探〉，收錄於：許玉秀（著），同前揭註 11 書，頁 281-324。

採取「假設因果流程」其實與作為犯的判斷是相一致的¹⁵；亦無解釋為何可以區分作為犯與不作為犯而適用不同的歸責標準。

另一方面，主張毋庸判斷不真正不作為犯的因果關係之實務見解，儘管避免上述的說明義務，但是就像學者鄭逸哲相當精準的批判，這種作法無疑是以立法的方式，在不真正不作為犯中，類推適用作為與結果間的因果關係，而嚴重違反「罪刑法定主義」下禁止類推適用的原則¹⁶。

是以，以結論而言，我國實務見解在不真正不作為犯因果關係的認定上，無論採取肯否兩說，均有其尚未解決的難題。

第三款 不作為與作為間的同價值性

我國刑法的不真正不作為犯規定並未如同德國刑法第十三條，在條文中明定所謂的「等價性條款」，限定當不作為的不法價值相當於作為時，始得對其進行處罰。儘管如此，在部分的實務見解中，卻已然將「同價值性」視為不真正不作為犯不可或缺的成立要件。例如上述台灣高等法院九十年上更（一）字第九十四號刑事判決，因為考量到不作為與作為間的不等價性，故法院主張唯有透過「前行行為」始能彌補該價值上的斷裂。

惟上述見解毋寧是將「同價值性」要件置放於判斷「法律上防止之義務」時的第二階層，在不作為無法藉由前行行為「等價」於作為的情況，縱或有其他法律上之防止義務，仍不該當刑法上之防止義務。相對於此，也有另外一種見解的存在。如最高法院一〇三年台上字第二四五號刑事判決，法院即認定原審並未說明未防止逃漏稅之不行為如何與故意指示、參與實施等積極行為等價，而撤銷發回。至於台灣高等法院高雄分院九十四年上易字第七三〇號刑事判決中，法院亦

¹⁵ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 693 以下。

¹⁶ 請參考鄭逸哲（2004），〈構成要件理論與構成要件適用—刑事法學及其方法（二）〉，頁 133 以下，台北：自刊。

明確表示「不作為與作為等價」乃不真正不作為犯成立之要素。因此，上述這兩則判決均肯認行為人具有法律上義務後，方得進一步判斷該不履行之不作為是否能夠與作為具備相同之不法價值。

儘管採取必須考量「同價值性」見解的判決，在近年來逐漸增加，但正如同先前對於「等價性條款」的批判，在何種情況下不作為能夠與作為等價，因為實務見解普遍缺乏可罰性的說明，是以，無法對此產生足以令人信服的明確論述。舉例言之，上述最高法院一〇三年台上字第二四五號刑事判決不過只是以此為撤銷理由，自身並未實質論述；相對於此，台灣高等法院高雄分院九十四年上易字第七三〇號判決的說法更只是重申被告之過失、與因果關係，完全沒有「同價值性」的判斷基準或具體內涵。

第三項 我國實務見解之總結

經由上述對於我國實務見解之整理，有關不真正不作為犯在判決中主要成為爭議之處，能舉出「法律上防止之義務的態樣」、「因果關係」、及「不作為與作為等價性」三者。也正如同本文在第二章中，檢討不真正不作為犯刑事立法史後所為之結論一般，我國刑法第十五條的規範內涵確實存在著可容納眾多不同說法的模糊性。是以，歷年來採取不同見解的法院判決，都可以藉由法條文字的背書，找到將自身解釋合理化的空間。但相對而言，就像是德國及日本在立法審議時，堅決主張將不真正不作為犯的成立要件明確規範之意見所批判，儘管從外觀上看，我國法的規定已然較為限定，但實務見解在不真正不作為犯判決中所彰顯的理論多歧性，也確實造成成立要件不一及標準難以預測的問題¹⁷。

不過，本文認為上述的問題只不過是存在於表面，如果可以透過大量的歸納，

¹⁷ 關於立法模式之批判可參照日高義博（1977），〈不真正不作為犯の法規化について〉，收錄於：專修大学法学研究所（編），《刑事法の諸問題（I）：專修大学法学研究所紀要（3）》，頁131-186；以及堀内捷三（1978），同前揭註6書，頁119以下。

找出隱藏在諸多判決的不一致性底下，真正發揮影響的判斷依據與可罰性圖像，或許就能夠讓實務見解具備有跡可循的脈絡¹⁸。

首先，在是否成立不真正不作為犯的判斷上，我國法院多半均著重在探究行為人是否存在「法律上防止之義務」；然而，有關「法律上防止義務」的闡明，又是以最高法院二十四年上字第一五一號判例為首的三個主要判例，作為實務見解開展議論的主軸。在判例中，最高法院一方面藉由「法律之精神」一詞，解放了原先對於防果義務的限制，讓所有法無明文但對於社會運作均屬重要的相類似義務（例如習慣、內部規約等），都可以被納入成立要件中，使得不真正不作為犯的判斷空間逐漸肥大化。

但是在另一方面，由於判例見解可以說是不附理由地擴大「法律上防止之義務」的範圍，在近期發展中，與新過失犯及新新過失犯理論相結合，產生極為大量的防止義務，最終，造成人民因為過失不真正不作為犯而入罪的可能性不斷升高。有鑑於此一現象，近年來的實務見解當然也有嘗試進行成立要件上的限縮解釋；然而，不附理由的判例已無能承擔起指標的作用，法院若想節制「法律上防止之義務」的射程範圍，則必須自行尋覓良方。

因此，先前所提出的五款類型不外乎是法院依照自己的論述，為「法律上防止義務」劃定出明確的界線。「依循學說見解」或「同於法律上注意義務」的類型較為概括，畢竟學說所區分的六款事由，與其說是解釋，毋寧說不過是將比較法上既已承認之類型加以分類並提出；相對於此，法律上的注意義務更是標準浮動，任何一種內部規定或習慣在實務的想法下，都可以成為注意義務的來源，是以亦難以成為明確的限縮標準。但無論如何，至少都能夠看成是嘗試限定判例所云「法律上精神」的作法。

而「主觀說」與「規範目的」見解，則更進一步地表現出法院在個案中的努

¹⁸ 有關此類判決研究的方法論可參考謝煜偉(2013)，〈簡評近來有關死刑案件之最高法院判決〉，《全國律師月刊》，2013年7月號，頁5-21。惟不真正不作為犯案件遠較死刑案件來的大量且複雜，所需之判決數量與分析深度，本文礙於時間及能力上的限制，無法達致盡善盡美。

力。也就是說，當藉由上述兩種框架所辨別出的義務範圍仍屬過大時，實務見解亦將依照個案情況進行調節。例如，民法上雙親對於子女的保護照顧義務、或由誠信原則所生之告知義務等，都屬於廣泛而漫無邊際的義務態樣¹⁹，因此，無論像是在台灣高等法院一〇〇年上訴字第一四八五號刑事判決中，法院以個案中母親是否認識危險，限縮保護義務等要件進行判斷；或是在台灣高等法院九十七年上易字第一五二六號刑事判決中，法院復以「契約重要性」否定告知義務，均可謂無意試圖建立起「明確且統一」的標準。與此相反，不過是以個案中的具體情狀，對於不作為犯設下高低不一的成罪門檻罷了。

與此精神完全相同的操作亦可見於法院針對「同價值性」要件的態度。亦即，姑不論實務使「同價值性」發揮效用之處是在於限定義務範圍、或其他犯罪認定階層；當個案中法官闡明「同價值性」的必要時，無一不是之前法院所認定的「法律上防止之義務」過於擴張，因此嘗試用「同價值性」充當侷限或否定前審意見的工具。是以，在實務見解的設想中，「同價值性」的內涵究竟是「前行行為」、或者是根本無法明說的某種法感覺，都不曾真正影響法院是否在該案件中使用「同價值性」的判斷；相反，決定性的要素則僅僅在承審法官是否願意讓被告成罪的一念之間。同樣的邏輯下，在因果關係判斷中，防止結果發生的「迴避可能性」高低，也是屬於讓法院自由操作的成罪要素，此自不待言。故依照本文的歸納，由上述所提出二十餘則，對於不真正不作為犯要件重視均有所差異的實務見解，所描繪出的正是我國法院在不真正不作為犯案件中，所能夠推斷的審判參數。

具體分析如下：首先，「法律上防止之義務」作為核心依據，若系爭案件的行為人無法在形式層面具備此一義務，則毋庸進入實質要件審理。然而，由於形式的義務範圍過於寬廣，是以，實務見解逐漸嘗試以其他方式限縮。就有關傳統因為特定身分（例如親屬、職業）所產生的「法律上防止之義務」，法院在近年來呈現出不斷加以限制的趨勢，紛紛以行為人無主觀預見可能性或前行行為，排

¹⁹ 如後續章節中可見，有學者不僅認為父母之保護照顧義務及於子女的人身、財產、自由等全面範圍，且透過民法第一〇八五條規定的懲戒權，說明父母對於子女具有防止其犯罪的積極義務。

除該義務的成罪效力。但是在另一方面，針對醫療過誤、工程意外或交通事故等饒富爭議的新型態過失犯領域，實務見解則傾向於廣泛肯定「法律上防止之義務」的存在，之後再以因果關係中「迴避可能性」的高低，與「等價值性」要件進行個案處罰均衡性的調節。

以結論而言，我國實務見解對於不真正不作為犯的態度，可說是全盤立基在系爭案件是否具備當罰性的法感覺上，而法官對此的直觀其實深深受到刑事政策趨勢的影響。因此，在不真正不作為犯的案件中，法院對於各種成立要件的使用方針，肯定是先射箭（決定案件是否當罰）再畫靶（決定該使用那些要件），而所謂判決的一貫性與合理性，則僅能夠依照案件的類型（是應當注意的新形態過失領域或只是普通的特別身分者），進行要件的寬嚴判斷。諸如我國實務見解一般的作法，其優點固然是法官得以在個案中，獲得充分的彈性及操作性；然而，在另一方面，由於法院從未就應當居於不真正不作為犯理論核心的可罰性基礎，闡明其根據何在，所以隨著刑事政策走向的變遷，實務見解亦將立即更動較容易成立不真正不作為犯的犯罪類型，而完全無法定型與體系化²⁰。

第二節 我國主流學說見解綜覽與評析

如本文在上一節中所詳述，我國實務見解就不真正不作為犯的態度，是採用了區分犯罪類型而個案判斷當罰性的模式，放棄如學說般對於一貫可罰性基礎之追求。由法律規定及學說見解所創造的諸多不真正不作為犯成立要件，均被法院視為是可操控的成罪因子，在具體案件內進行適當調節，以符合審判當時刑事政策趨勢的要求。

相較於此，我國刑法學者普遍採取的解釋模式，則深受傳統歐陸刑法學系統

²⁰ 對於德國法院在不真正不作為犯的判斷上，亦產生相同批判的是 Schünemann 教授，氏在西班牙馬德里 Complutense 大學的演講中，主張實務見解僅著眼於刑事政策的需求，便單純引用民法上的義務，擴大保證人地位的適用範圍。請參考 B. Schünemann（著），陳志輝（譯）（2003），〈德國不作為犯學理的現況（下）〉，《軍法專刊》，49 卷 6 期，頁 1-19。

的影響，傾向以明確且不容變更的可罰性基礎作為上位概念，並透過刑法體系階層的架構，創造出能夠相應於理論依據的各種犯罪成立要件。儘管這種方法論由於其邏輯的一貫性，判斷流程與結論必然是較上述實務見解之作法更安定且容易預測。但是相對的，伴隨著不同學者所採取的可罰性基礎，所衍生的犯罪論體系或成立要件亦將南轅北轍。就結論而言，這種刑法教義學途徑的理論統一性，毋寧只存在於個別見解內，如本文所欲探討的不真正不作為犯可罰性基礎，光是我國主流學說便已然眾說紛紜，無法定於一尊。

是以，下述擬針對有關於不真正不作為犯，由我國主流學說所發展出的可罰性基礎，以及依次而生的判斷流程與成立要件進行介紹。首先，本文將以可罰性基礎的不同作為區分標準，嘗試將我國學者所採取的眾多不真正不作為犯理論加以定性。並藉此進一步檢視，不同學說所設置的成罪要件，是否能夠相應於其闡明的可罰性基礎。最終，本文亦會針對不真正不作為犯的我國主流見解，提出若干質疑與批判。

第一項 因果關連說 v. 義務違反說

有關不真正不作為犯的可罰性基礎，就我國多數學說均在所設置的成立要件中，採納因果關係來看，似乎是認為「結果惹起」乃處罰不作為的理由。也就是說，行為人以「不作為」的方式，「致生」普通犯罪中的結果要件，因此構成刑事不法。故在多數學說的觀點下，不真正不作為犯與作為犯無異，以不作為與犯罪結果間具有因果關係，同時亦該當於其他犯罪構成要件（例如身分、意圖等），且無阻卻不法與責任事由，始能夠成立。

然而，也有少數見解認為，不真正不作為犯的可罰性基礎與作為犯是無法相通的。這是因為該見解主張，在不作為的情況下，行為人無論如何都不會惹起結果的發生，遑論因果關係的存在。是以，有必要另外探尋專屬於不真正不作為犯

的可罰性基礎。



第一款 主張因果關連說的見解

首先，「因果關連說」中的主流見解，傾向於將不真正不作為犯與真正不作為犯相區隔。在後者的犯罪類型中，立法者直接將特定命令規範的違反視為刑事不法，故行為人的不作為毋庸產生一定犯罪結果，即具備完整的可罰性。相較於此，前者的犯罪態樣則是與作為犯相同，即行為人透過因果關係的媒介，由自身的作為或不作為，違反刑法上禁止侵害他人法益的「禁止規範」，且最終也造成法益侵害或危殆化的結果²¹。也因此，更有論者直接闡明，不真正不作為犯的說法容易讓人誤解其犯罪型態，而與真正不作為犯混淆，故較為恰當的命名應為「不真正作為犯」²²，此即為貫徹上述思想所得出之必然結果。

另一方面，亦有少部分見解雖然也是採取「因果關連說」，但主張不真正不作為犯與真正作為犯並無不同，都是違反「命令規範」，只不過在不真正不作為犯中，立法者尚有要求法益侵害結果的發生，是以，與真正不作為犯產生形式上的區別²³。然而，其實這兩種說法只不過是就刑法規範的態樣，在解讀上有所差異，無論行為人違反的是「禁止規範」或「命令規範」²⁴，都仍需與結果間具備因果關係始能成立犯罪。

既然按照「因果關連說」的理論脈絡，不真正不作為犯與作為犯的基礎均為行為人造成法益侵害結果的發生，則刑法十五條規定的「法律上防止之義務」，

²¹ 例如林山田教授、甘添貴教授、陳子平教授、林鈺雄教授等學者均採取此一說法，詳細內容請參考林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 235-236；甘添貴、謝庭晃（2006），〈捷徑刑法總論〉，二版，頁 67 以下，台北：瑞興圖書；陳子平（2008），〈刑法總論〉，二版，頁 141 以下，台北：元照；林鈺雄（2014），〈新刑法總則〉，四版，頁 531 以下，台北：自刊。

²² 可參考日高義博（1983），〈不真正不作為犯の理論〉，東京都：慶応通信，二版，頁 116 以下；許玉秀（1980），〈不純正不作為犯之研究〉，《國立政治大學法律學研究所碩士論文》，頁 1 以下。

²³ 黃榮堅教授雖然並未明言，但就其理論觀之，應屬採取此一說法，詳細內容請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 672 以下。

²⁴ 在部分學者的見解中，亦能發現其是主張不真正不作為犯乃透過命令規範的違反，進而違反禁止規範，如甘添貴、謝庭晃（2006），同前揭註 21 書，頁 67 以下。

其種類照理來說應該只有一種，即「不要造成法益侵害」的刑法上義務²⁵。如此一來，無論是作為犯或不作為犯的情況，只要行為人的行止與結果間具有因果關係，遂違反該刑法義務而應受到處罰。這是因為刑法中所設定不侵害他人法益的義務，乃源自於啟蒙刑法學者貫徹自由主義法秩序下，「侵害原理」作為唯一能夠正當化刑法的設想²⁶。故這種刑法義務的承擔者將會是全體國民，且不應以法益保護以外的觀點建立刑事不法內涵²⁷。

因此，「因果關連說」若要邏輯一貫的話，當行為人透過自己的「不作為」，藉由「因果關係」的進程，最終導致法益的侵害或危殆化時，理應認定該行為人具備完整之刑事不法。毋庸區分違反的是「禁止規範」或「命令規範」，也不需要判斷是否該當不法時，就行為人的範圍進行限縮²⁸。然而，在我國多數學說的架構下，均主張惟有特定義務的承擔者，始得構成不真正不作為犯的不法性²⁹。如此一來，該如何在「結果惹起」此一可罰性基礎的前提下，納入「特別義務」的觀點作為不法性判斷要素。

採取「因果關連說」的論者所必須面對的另外一個難題則是，若依循上述的理論脈絡，行為人透過不作為與結果間的因果關係，造成法益侵害，乃不真正不作為犯能夠被究責的主因；但是，正如同長期以來學說所公認，不作為在因果關係的貢獻上是「無」，而「無」不能產生「有」，在這樣的限制下，不作為如何與作為具備相同的因果關係呢³⁰？若「因果關連說」無法解決此一難題，無疑是可罰性基礎受到徹底的顛覆，進而，也不再有任何理論正當性了。

²⁵ 同樣見解可參考許玉秀（1998），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，《刑事法雜誌》，42卷2期，頁31-78；黃榮堅（2012a），同前揭註12書，頁701以下；周濛沂（2014a），同前揭註11文，頁227-228。

²⁶ 詳參梅崎進哉（2001），〈刑法における因果論と侵害原則〉，頁116以下，東京都：成文堂。

²⁷ 詳參黃榮堅（2012b），〈基礎刑法學（上）〉，四版，頁387以下，台北：元照。

²⁸ 相同見解請參考鎮目征樹（1999），〈刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開〉，《本郷法政紀要》，8卷，頁343-381；黃榮堅（2012a），同前揭註12書，頁701以下。

²⁹ 此部分學說僅以林山田教授為例，詳參林山田（2008），同前揭註13書，頁248以下。

³⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註14文，頁290以下；以及松宮孝明（2003），〈刑事立法と犯罪體系〉，頁106以下，東京都：成文堂。

第二款 主張義務違反說之見解



有別於「因果關連說」的想法，採取「義務違反說」之論者如下主張：無論是在存有論的本質或規範邏輯的架構上，不作為犯均迥異於作為犯。首先，就存有論的本質而言，不作為在因果關係的貢獻度是「無」，已如前所述。縱使「因果關連說」以要求逼近於確定的概然率，試圖使不作為的因果判斷「類似」於作為，仍舊是無法扭轉不作為本身永遠無法對結果的發生產生貢獻，如此存在於事實層面的困境³¹。因此，囿於不作為在存有論的本質，「因果關連說」所宣稱的不真正不作為犯可罰性基礎，毋寧仰賴學者在腦海中進行「思想實驗」的成果，而並非是不作為於現實層面真的「造成」法益侵害³²。

再者，以規範邏輯的架構觀之，由於不作為並無力「造成」法益的侵害，充其量只不過是行為人「不防止」法益受到自然力或他人作為的破壞。故不真正不作為犯所違反的規範態樣應屬「命令規範」，亦即刑法基於法益保護的考量，在特定時點，「命令」行為人必須積極防止法益侵害³³。是以，不真正不作為犯與真正不作為犯乃同一規範架構下的犯罪態樣。

按照上述理論的一貫思維，不真正不作為犯絕不應該被視為是「不真正作為犯」，且其與真正不作為犯的差異僅存在於，所適用的法條是被規定成作為犯的一般結果犯，抑或是立法者有特別明定的「義務違反犯」³⁴。然而，若不作為無力造成法益侵害的結果，那麼「為何可以適用結果犯的犯罪構成要件」，此一疑問將油然而生。畢竟在一般作為犯罪的檢驗中，因果關係可說是占據客觀成立要件的核心部分，當不真正不作為犯利用刑法第十五條規定的補充要件，以一般作為犯的條文使人入罪時，有學者指出這樣的適用毋寧是立法者透過「類推適用」

³¹ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 132-134；以及周漾沂（2014b），〈刑法上作為與不作為之區分〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現狀與難題》，國立成功大學社會科學院法律學系等主辦，台南；日文文獻則可參考堀內捷三（1978），同前揭註 6 書，頁 83 以下。

³² 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 312 以下。

³³ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 223 以下。

³⁴ 請參考許玉秀（1980），同前揭註 22 書，頁 5 以下。

因果關係的方式，處罰不作為的行為人。進而有違反「罪刑法定主義」下「禁止類推適用」原理之虞³⁵。

相較於此，「義務違反說」所蘊含更為深層的問題則是，刑法處罰不作為犯的正當性根據。詳言之，近代刑法理論是立基於「侵害原理」的貫徹，只有當某人造成他人法益侵害的情況下，國家才有權力進行刑事制裁。但是，在不真正不作為犯中，行為人不過是消極「不防止」法益受到自然或他人的破壞，其並沒有積極造成法益的侵害。是以，在近代刑法理論的框架內，該如何建立起處罰所有不作為犯的可罰性基礎，則屬於採取「義務違反說」的論者，在證立其理論正當性時，所無法逃避的責任³⁶。

第二項 因果關連說的具體理論態樣

第一款 犯罪成立要件之架構

當不真正不作為犯的可罰性基礎在於，行為人的不作為「造成」法益侵害結果發生時，若能夠證明特定的不作為與犯罪結果間能夠成立因果關係，且符合歸責判斷，即理應具備最基本的內涵，此已如上所述。但綜觀我國學說中有關不真正不作為犯的理論，除了其中極為少數的見解（下稱「責任說」³⁷）以外，其他主張「因果關連說」的學者，就自身不真正不作為犯理論之設想，均仍設有不同於因果關係的實質成立要件。又依照對於這些相異見解的分析，在更為細緻的理論建構中，能夠分別舉出「廣義等價值性」³⁸、「保證人地位」、以及「作為

³⁵ 詳細批判請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

³⁶ 相同見解：周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 223 以下。

³⁷ 這是因為，若不作為與作為在不法階層的判斷完全相同的話，能夠容納不作為自身擁有特殊判斷要件之處，只有可能在於責任或刑事政策的階層。又，在刑事政策階層區別不真正不作為的見解，本文僅見日本學者鎮目征樹所主張；而主張不真正不作為犯在責任階層有其特殊判斷要件的論者，如我國黃榮堅教授，詳參下述介紹。

³⁸ 廣義等價值性是相對於狹義等價值性而產生的說法，前者受到 Armin Kaufmann 理論的影響，認為不作為若要依照作為犯的規定成立犯罪，必須透過「等價值性」的判斷，此部分可參考本文

可能性」等迥然不同的判斷元素。

然而，本文必須強調的是，這些主張在因果關係及歸責判斷外，仍應設立其他成立要件的學說，只不過是選擇性地採納部分的判斷元素，一切取決於理論建構上的必要性。舉例而言，只有部分的學說會要求「廣義等價值性」，藉以使不作為與作為具備相同的「實行行為性」（下稱「廣義等價值說」），而通常在此類學說中，能夠讓不作為相同於作為的要件即屬「保證人地位」³⁹。

相對於此，亦有見解否定「廣義等價值性」的功能，認為當特定不作為與結果間具有因果關係，已然證明不作為在「實行行為性」與作為並無差異。然而，上述見解在違法判斷時，否定所有與結果有因果關係的不作為，皆能成立不真正不作為犯的不法；唯有當行為人符合「保證人地位」的要件，而違反「保證人義務」的情況下，該不作為才能夠通過違法性的檢驗（下稱「保證人義務說」）⁴⁰。

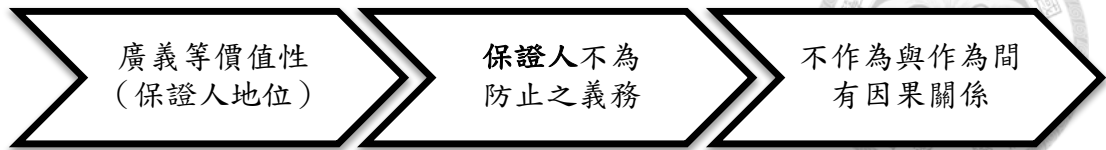
在另外的層面，由於採納的成立要件不盡相同，直接影響到「廣義等價值說」與「保證人義務說」的判斷流程。前者傾向於使用「保證人地位」讓不作為具備「實行行為性」；而在該當此一前提後，才進行因果關係的檢驗。後者則是在因果關係成立後，主張只有符合特定身分者的不作為義務，能夠該當違法性的判斷，而該身分的賦予即屬「保證人地位」之功能。總括來看，兩說的判斷架構可以由下述圖表顯現：

第四章的理論介紹。而狹義等價值性則是有部分學者認為，例如詐欺罪中的「行使詐術」要件，乃作為的情況始能該當，若要以不作為的方式成立此一要件，則必須該不作為具有更高的可罰價值，讓其相當於「行使詐術」。然而狹義等價值性只有在特定刑法分則犯罪中會受到重視，故並非本文所著重之處，詳細論述可以參考荻野貴史（2014），〈不真正不作為犯における構成要件の同価値性の要件について（1）〉，《名古屋学院大学論集—社会科学篇》，50卷3號，頁77-98。

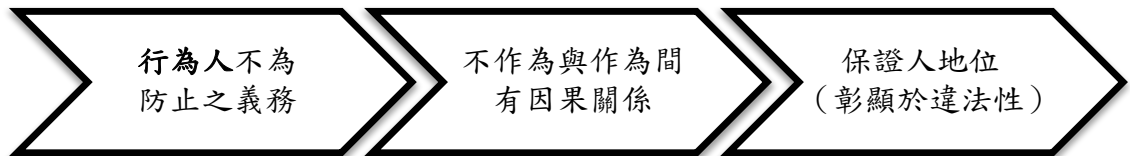
³⁹ 例如甘添貴教授及陳子平教授的見解均偏向此說，請參考甘添貴、謝庭晃（2006），同前揭註21書，頁67以下；以及陳子平（2008），同前揭註21書，頁144以下。惟陳子平教授同時採取廣義等價值性（排他性支配領域）與保證人地位雙重成立要件，此點與諸多見解均不相同。此外，雖然鄭逸哲教授反對不真正不作為犯的可罰性，但在解釋論上，亦認為行為人必須進入保證人地位，其不作為始具備實行行為性，請參考鄭逸哲、李昭慶（2011），〈不真正不作為構成要件的因果關係判斷標準與其操作難題：評析台灣最高法院台南分院99年重醫上更（一）字第114號判決〉，《法令月刊》，62卷2期，頁20-35。

⁴⁰ 例如林山田教授、林東茂教授、以及林鈺雄教授均採取這種類型的說法，請參考林山田（2008），同前揭註13書，頁248以下；林東茂（2009），〈刑法綜覽〉，六版，頁1-181以下，台北：一品文化；林鈺雄（2014），同前揭註21書，頁536以下。

圖一：廣義等價值說



圖二：保證人義務說



下述，本文即將分析「廣義等價值說」及「保證人義務說」的具體理論內涵，以嘗試窺探採取這兩說的論者，在不真正不作為犯的成立上，除了因果關係外另行添加其他元素的理由，並檢驗其合理性。

第一目 廣義等價值說（廣義等價值性＋不為防止義務＋因果關係）

「因果關連說」主張不真正不作為犯乃是行為人以不作為的方式，實現作為犯的法益侵害結果；然而，既然不作為並未造成外界事象的變動，又如何能夠造成侵害，此不作為欠缺「實行行為性」的問題，在先前已多次提及。故「廣義等價值說」為了解決上述困境，試圖以增加行為人必須具備「特定作為義務」，即「保證人地位」的要件，彌補不作為的「實行行為性」⁴¹。

然而，若回歸「因果關連說」的初衷，不真正不作為犯該當刑事不法性的原因，是基於行為人透過不作為造成結果之發生。也就是說，只要不作為與結果間具備因果關係，則不作為即可與作為受到相同的評價。如此一來，「廣義等價值說」的見解毋寧是承認不作為在存有論的本質上，完全相異於作為，才必須透過「保證人地位」與作為同價值，而行為人無法直接透過不作為與結果間產生因果

⁴¹ 請參考甘添貴、謝庭晃（2006），同前揭註 21 書，頁 67 以下。

關係⁴²。

總結上述，「廣義等價值說」一方面站在「因果關連說」的延長線上，維持不作為與結果間必須存在因果關係的理論基礎；但在另一方面，透過「保證人地位」彌補的價值差異一舉，此見解明白闡述「惟有特定不作為才能造成法益侵害結果的發生」，亦即只有特定身分下的不作為被認為是結果發生的原因。然而，這種說法在邏輯上有著顯而易見的盲點，如果不作為真的無法造成任何外界變動，就算是賦予「保證人地位」使行為人負擔特別的義務，照理來說也不會改變不作為為本質上的特性⁴³。

因此，本文認為「廣義等價值說」的理論內涵，其實已然滲入濃厚的規範色彩。詳言之，在犯罪構成的認定，「廣義等價值說」以行為人必須負擔法律規範所賦予的特殊作為義務，試圖說明不作為在「價值論」的層次等同於作為，因此能夠擬制出原本不存在「實行行為性」⁴⁴。若是如此，則這種見解所型塑的判斷架構即會變成，因為「該當『保證人地位』的行為人的不作為」在「價值層面」的可罰性，故可以在「事實層面」視同「有侵害危險性的積極作為」；進而透過因果關係造成結果的發生。但是為何「應然」與「實然」可以如此互通有無，「廣義等價值說」並沒有給出一個答案⁴⁵。

再者，假設在相同情境中，現實上有兩個人都能夠對於被害者進行救助，而只有一人具有保證人地位。純就上述的事實層面來看，兩人與最終法益侵害結果間，毫無任何差異，且均該當「假設因果流程」而具有因果關係（此部分留待後述）。是以，除了採取「義務違反說」的不法觀點外，殊難想像在構成要件階段

⁴² 此一批判乃許玉秀教授針對廣義同價值說的理論根源，即 Nagler 的保證人說所提出，但本文認為於此亦可適用，請參考許玉秀（1997c），〈論西德刑法上保證人地位之實質化運動〉，收錄於：許玉秀（著），同前揭註 11 書，頁 325-378。

⁴³ 相同批判請參考許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 31-78。

⁴⁴ 鄭逸哲教授直接指摘如此作法毋寧是對於因果關係的類推適用，而違反罪刑法定主義。詳參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

⁴⁵ 此一批判乃德國學界針對 Nagler 的等價性說所為，然而本文認為在廣義等價值說亦能發揮相同的作用，請參考名和鉄郎（1973），〈ドイツ不作為論史（II）：方法論的問題に關連して〉，《静岡大学法經研究》，22 卷 1 號，頁 27-54。

將兩人分別對待的理由。



第二目 保證人義務說（不為防止之義務＋因果關係＋保證人地位）

同樣是立基於「因果關連說」，有別於「廣義等價值說」在因果關係上所造成的實然與應然混淆，「保證人義務說」則是廣泛承認就現實層面的考量，所有有救助可能性的行為人，其不作為與結果間均具有因果關係。在此之後，始考量限制不真正不作為犯的成罪範圍，在構成要件中添加「保證人地位」的元素，試圖將確實具備違法性的不作為鎖定在擁有「保證人義務」者的情況下⁴⁶。如此一來，「保證人義務說」一方面避免重蹈「廣義等價值說」的覆轍，另一方面亦能達成篩選適當成罪類型的功效。

儘管「保證人義務說」所建立的理論內涵，的確能夠在因果關係的判斷，維持邏輯的一貫性；然而，若如同此說一般，主張只有違反「保證人義務」的不作為具備完整不法性，仍將與「因果關連說」最為原初的可罰性基礎有所矛盾。這是因為，既然理論核心的可罰性基礎被認為是不作為造成結果之發生，照理來看，所有與結果間存在因果關係的不作為，都應當符合構成要件的違法推定機能。是以，「保證人義務說」若要維持理論的合理性，則必須回答為何都是具有因果關係的不作為者，卻會因為「保證人地位」的有無，進而影響違法性的判斷。

採取「保證人義務說」的論者，多半是受到「客觀歸責論」或「社會相當性說」等見解之影響，試圖說明並非所有與結果間的作為或不作為，都具有刑事不法的應罰性⁴⁷。舉例言之，「社會相當性說」認為若某個行為舉止屬於社會一般大眾的常態，或屬於社會中不可或缺的活動類型，則縱令該行為造成法益侵害結果，也不具可刑罰性⁴⁸；抑或是在「客觀歸責論」的說法中，若行為人的行為舉止並

⁴⁶ 詳參林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 248 以下；林鈺雄（2014），同前揭註 21 書，頁 536 以下。

⁴⁷ 例如上述林山田教授與林鈺雄教授都採取客觀歸責論的途徑。

⁴⁸ 有關於社會相當性說的介紹，可參考荒川雅行（1986），〈刑事過失犯論の現代的課題（二）：その違法阻却論を中心として〉，《法と政治》，37 卷 3 號，頁 1-21；以及山本雅子（2007），〈實質的犯罪論の考察〉，頁 38 以下，東京都：成文堂。

未製造法所不允許的危險，則法益侵害結果最終是不可歸責於該行為人⁴⁹。在不真正不作為犯的情況，即會變成是惟有「保證人地位」者的不作為，始會被評價為非「社會相當性」或製造法所不允許的危險，進而取得違法性適格⁵⁰。

但是具體分析「社會相當性說」或「客觀歸責論」的具體理論內涵便會發現，無論何者都蘊含行為反價值的色彩。詳言之，如果在因果關係僅採取條件說，每個條件間對於產生結果的價值均屬相同，將造成歸責範圍過於龐大，諸如生下殺人犯母親其生產行為，亦會被視為條件的一環，故有論者嘗試以行為本身的性質進行限定。然而，在社會必要行為或法允許之危險的選別標準中，其實已然涉入「部分行為不該當刑事不法」的違法性判斷⁵¹。亦即，參考「客觀歸責論」或「社會相當性說」所提出的「保證人義務說」，其不真正不作為犯的不法內涵已非單純的造成法益侵害，而是兼具結果反價值（惹起結果）與行為反價值（違反保證人義務）⁵²。且判斷行為反價值的根據乃特殊義務違反，此舉毋寧是與下述「義務違反說」的精神較為相近，隱含因沒有違反義務而否定結果惹起，此種行為反價值較為優位的概念。

第三目 小結

總結上述，「廣義等價值說」嘗試在「實行行為性」的階層，透過「保證人地位」的添加，限縮不真正不作為犯的處罰，卻無法合理說明為何屬於應然面的特別作為義務能夠彌補屬於實然面的行為性質。相對於此，「保證人義務說」則在通過因果關係判斷後，主張惟有違反「保證人義務」的不作為具備刑事不法，

⁴⁹ 就客觀歸責論的介紹，例如許玉秀（1997d），〈檢驗客觀歸責的理論基礎：客觀歸責理論是什麼？〉，收錄於：許玉秀（著），同前揭註 11 書，頁 219-280；以及山本雅子（2007），同前揭註 48 書，頁 45 以下，皆有相當清楚的說明。

⁵⁰ 根據保證人義務說，對於不真正不作為犯在構成要件與違法性間的關係，所進行最為詳盡的介紹，可參考西原春夫（1965）〈構成要件の價值的性格：犯罪論における定型的思考の限界（2）〉，《早稻田法学》，41 卷 1 號，頁 161-194；今上益男（1967），〈構成要件該當性と違法性：不作為犯を一例とする構成要件論批判〉，《東洋法学》，11 卷 2・3 期，頁 95-126。

⁵¹ 詳細論述可以參考荒川雅行（1986），同前揭註 48 文，頁 2 以下，許玉秀（1997d），同前揭註 49 文，頁 236 以下。

⁵² 請參考內田文昭（2007），〈法益侵害と行為無價値の諸問題〉，《神奈川法学》，40 卷 3 號，頁 744-829。

同樣的，就納入行為反價值的部分已然偏離原先「因果關連說」的立場。

另一方面，有鑑於上述兩種擴充「因果關連說」的學說見解中，都存在理論邏輯上的不一貫，部分學者遂採取「責任說」，拒絕將限縮不真正不作為犯的成立範圍，視為是能夠在不法階層處理的項目。進而，「責任說」主張現實上能夠救助者的不作為，若與結果間具備因果關係，則已完遂刑事不法的全部內涵。至於是否應在有責性的階段納入諸如期待可能性或刑事政策等要件，以避免處罰範圍牽連過廣，則屬另一層次的問題點⁵³。

第三款 因果關係

姑不論上述採取「因果關連說」的諸見解孰是孰非，就形式觀察而言，可以發現三者間的差異其實僅止於「不作為」、「保證人地位」、及「因果關係」這三項要件的判斷順序。無論依照哪一說的理論，「因果關係」的存在均仍舊被視為不真正不作為犯的可罰性基礎，而「不作為」是行為人能夠被刑法歸責的對象，至於「保證人地位」的功能，則被認為是限縮不真正不作為犯成立範圍的關卡。是以，「因果關連說」的論理若想要在正當性上站得住腳，證明不作為與結果間的因果關係自屬不可逃避的責任。

但是，主導現今刑法理論中因果關係的「條件理論」，其根源源自於十九世紀所興盛的科學實證主義，受到牛頓力學及科學實驗方法論的影響，在法律歸責的因果關係判斷上，也逐漸要求行為人必須創造「產生結果的動力」，且該動力是結果的「必要條件」⁵⁴。然而如同眾所皆知，不作為本身被定義為身體的靜或不為特定的舉動⁵⁵，亦即並不對現象界施以任何動力，依照上述因果判斷的方法

⁵³ 我國主張責任說的論者例如黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 718 以下，氏以期待可能性作為保證人地位之定位。

⁵⁴ 詳細論述請參考許玉秀（2000），〈犯罪階層體系及其方法論〉，頁 75 以下，台北：自刊；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 26 書，頁 148 以下。

⁵⁵ 區分不作為與作為並非本文著重之處，故不擬多談，詳細論述請參考周漾沂（2014b），同前揭註 31 研討會論文，頁 36 以下。在該文中，周漾沂教授自行提出以是否惡化被害人現存法益狀

論，不作為理應不可能成為結果的必要條件⁵⁶。故採取「因果關連說」的論者，必須藉由說理克服「無」中不能生「有」的難題，且成功證明不作為與結果間的因果關係，才可說是滿足最低理論正當性的要求。



第一目 假設因果流程

上述三種「因果關連說」在判斷不真正不作為犯的因果關係時，與我國實務見解相同，均採取「行為人若完盡防果之義務，則結果不發生」的「假設因果流程」模式⁵⁷。

首先，就邏輯的層次來說，「假設因果流程」的判斷內涵仍是仰賴傳統「若 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」的條件關係架構。然而，當檢驗的客體是行為人的不作為時，必須採取與作為犯時全盤顛倒的條件設定。也就是說， p 所代表的條件將替換成行為人的不作為；相對的， $\sim p$ 的內涵則是行為人採取某種積極作為。透過上述以「假設因果流程」取代「條件關係」的方式，「因果關連說」的論者主張，在不真正不作為犯的因果關係判斷中，行為人的不作為若是被替換成積極救助或防果行為，則法益侵害結果將不發生的時候，即應肯認不作為與法益侵害結果間具有因果關係。

依上所述，「因果關連說」的論者已然在邏輯上，證明縱或是不作為的情況亦能與結果間存在有因果關係，如此一來，理應能夠滿足近代刑法理論以因果關係作為結果歸責前提的最低要求。但是，真的是這樣嗎？儘管在邏輯上，假設因果流程與條件關係確實沒有差異，然而若是仔細思考，即可發現被學說隱藏在形式邏輯底下，於兩種判斷模式之間存在著與現實情況相矛盾的弔詭之處。

詳言之，於使用條件關係判斷作為犯的因果關係時，正如同學者許玉秀所分析，在普遍認為能夠發揮檢驗機能的「若 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」公式中，由於被消去的可變

況，作為不作為與作為的區分標準，本文甚感認同。

⁵⁶ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 26 書，頁 148 以下。

⁵⁷ 諸如林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 247 以下；林東茂（2009），同前揭註 40 書，頁 180 以下；甘添貴、謝庭晃（2006），同前揭註 21 書，頁 75 以下。

變因 p，其屬過去曾經存在的「特定作為」，因此在將行為時的外在環境或被害人體質等客觀情狀納入視野後，即可以藉由科學或經驗法則的認知，驗證該特定作為的出現是否通常會產生結果。此時，所得出的結論與合法則關係如出一轍，均是以「p 則 q」這種肯定的命題證立因果關係存在，而非大家所熟知以「若 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」為代表的否定命題⁵⁸。

然而，在不作為的假設因果流程判斷架構中，並非是透過消除過去既已存在的可變變因 p，而是加入某項不曾存在的元素（行為人從事救助或防果的積極作為）後，進行思想實驗般的可能性審查。因此，在這個思想實驗中，如果現實存在的其他環境變因沒有被固著化，則客觀事實隨時可能的波動將使得假設因果流程的判斷成為不可能。若是如此，更不用說要證明行為人的特定積極作為確實會導致既已發生的侵害結果轉變為不存在。也就是說，假設因果流程雖然在判斷邏輯上同於條件關係；但在實際運用的現實層面，假設因果流程並無法如同條件關係一般，透過經驗或科學法則，針對成為檢驗客體的特定作為得出「p 則 q」的肯定結論。其最多只能藉由雙重的假設，即對於假設不存在的介入因素、以及假設周遭事態不因此有所變動，預測結果是否同樣會被消除。

這樣一來，假設因果流程與條件關係間的齟齬則彰顯無疑，後者表面上雖然仍以「若 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」作為判斷公式，但真正發揮影響力的卻是在現實世界中，透過「p 則 q」這個與合法則關係無異、倚靠經驗法則或科學知識所為之判斷。與此相對，前者的審查架構無一不是存在於判斷者的假想當中，不僅在現實中無法被證實，且往往最終只能獲得概然率高低的結論。同時，此一說法也解釋了為何對於假設因果流程中，結果不發生的概然率通常被要求必須達致「幾近確定」的程度。就像是學者許玉秀所言，「沒有發生過的事情，發生時會是什麼情形，這個可能性是無限大的。因此如果有作為義務的行為人，如果履行義務防止犯罪結果發生，是不是結果就不會發生，也只能在無限大的可能性當中，找尋相當可以

⁵⁸ 詳參考許玉秀（1997d），前揭註 49 文，頁 229 以下。

確定的可能性。⁵⁹」

除了對於外界環境的控制外，假設因果流程在選取用以替換行為人不作為的特定作為時，其實早已於事前便設下諸多前提要件。簡而言之，在純粹想像的判斷中，被代入的特定作為必須是客觀有效的防果或救助行為，否則根本不存在判斷的實益。是以，如果說條件關係在作為犯時的判斷邏輯是採取「 $p \sim q$ 」的合法則關係，具體測定某一特定作為是否通常具備發生法益侵害結果的性質；則假設因果流程即屬完全相反的判斷架構，其乃是透過將已然認定能夠防止結果不發生的特定作為植入想像的因果流程中，檢視該法益侵害結果是否足以被消除⁶⁰。

易言之，假設因果流程所得出的結論，並無法說明某個現實存在的行為是否為結果發生的條件之一；其毋寧是將事先已被認定可以阻止法益侵害結果發生的特定作為，透過想像，放置於嚴密控制變因的客觀事態之中，並預測因果流程的走向是否將產生變化。如此一來，無論是被代入而成為判斷客體的特定作為；抑或是可能影響該選項是否發揮效力的外在環境，在假設因果流程中都屬於被給定且無法變動的要件。因此，能夠讓假設因果流程得出否定結論的情況，應該只有可能是某種已被選定為外在環境的客觀事實，其存在本身將使防止結果一事成為泡影，如此而已。舉例言之，被害人的病情或傷勢過於嚴重，導致在行為人能夠救治的時點已然無力回天；諸如路途遙遠或天氣狀況等環境因素，讓防果行為在現實中難以進行等。

最終，儘管我國實務見解或諸種「因果關連說」均採用假設因果流程替代條件關係，試圖以此強行破解不作為與結果間不可能存在因果關係的古老魔咒，使得不真正不作為犯仍能夠與作為犯保持同一可罰性基礎。然而，經由上述的分析可以發現，假設因果流程與條件關係其實是兩種全然相異的判斷模型，是否能夠

⁵⁹ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 312。

⁶⁰ 關於這一部分的批判，請參考謝煜偉（2014），〈從因果論角度重新建構不作為犯論的可能性及其界限〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》，國立成功大學社會科學院法律學系等主辦，台南。

僅以形式邏輯的類似性即宣稱兩者的可互換性，已不無疑問⁶¹。另一方面，假設因果關係的判斷目的與其說是篩選造成法益侵害結果的條件；更毋寧說是針對行為人所負擔的「作為義務」本身，進行實際上能否發揮效力的假設性判斷。亦即，假設因果流程更應該被歸類在檢驗行為人是否具備「迴避可能性」，這種規範性判斷的一環⁶²。

第二目 作為規範關係的假設因果流程

本文在上一個段落的尾端所試圖說明的是，「因果關連說」為了讓不真正不作為犯也能與結果間成立因果關係而採取的假設因果流程判斷，其實在本質上，隱含有濃烈的規範性色彩。也就是說，在檢驗行為人的不作為是否能夠作為法益侵害結果發生的條件時，假設因果流程的理論模型是透過「行為人遵守規範從事特定行為」的假定，將普遍認為能夠發揮防止結果發生的特定行為，置放於當時的客觀環境內，在不添加其他變化因素的前提下，判斷既已存在的客觀環境或被害人身體狀態是否將使得行為人遵守規範一事成為無用的命題。因此，假設因果流程之目的其實在於判斷規範效力與具體案例間的衝突，而這部分的討論其實並不陌生，早已出現在有關於過失犯的「合法替代方案」與阻卻結果歸責間，所產生的種種紛擾中⁶³。

若依循上述邏輯的推演，原本由「因果關連說」論者所主張，能夠透過「假設因果流程」得出否定因果關係的情況，即為當「縱使行為人從事特定作為，最終法益侵害結果仍舊無法避免」時；但是正確來說，此時所否定的並非不作為與結果間的因果關係，因為自始至終假設因果流程所檢驗的，均屬命令行為人應為積極作為的規範，在具體個案中是否能夠發揮效力。易言之，與其說假設因果流

⁶¹ 請參考謝煜偉（2015），同前揭註 60 文，頁 32 以下。

⁶² 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 26 書，頁 256 以下。

⁶³ 針對過失犯中，合法替代方案的失效是否能夠否定結果歸責此一問題，我國學者許恒達已有相當深入且饒富趣味的論述，請參考許恒達（2011a），〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 716 以下。

程能夠肯定或否定不作為與結果間的因果關係，中間的論理邏輯反倒更像是，命令規範的效力是否受到客觀實然狀況的影響進而喪失，因此無法對行為人不遵守規範一事進行問責⁶⁴。

另一方面，亦有論者雖然在外觀上，仍然承認不作為與結果間能夠具備因果關係，因此被本文分類在「因果關連說」的內部；但是其同時接納上述對於假設因果流程的批判，進而，依循隱藏在假設因果流程背後的「規範效力判斷」，將不真正不作為犯的因果關係檢驗全面以規範關係取代⁶⁵。詳言之，此說已然不再爭執假設因果流程可以完全取代條件關係，成為判斷不作為與結果間因果關聯的替代方案。與此相反，此說從不真正不作為犯的可罰性基礎出發，主張刑法之所以處罰行為人的不作為，並非因為行為人透過因果關係積極造成法益侵害的結果；而是基於行為人「不遵從法律規範所要求」去「迴避」法益侵害結果的發生⁶⁶。

因此，只要行為人在現實上能夠透過積極作為而迴避法益侵害結果發生，則刑法規範即有權力命其迴避（當然，仍需通過容許風險等阻卻不法事由），此時，行為人的不迴避遂具備初步的可罰性⁶⁷。而假設因果流程的判斷內涵正好是符合此說的需求，即：行為人若遵守規範從事積極防果行為，則法益侵害結果是否仍會發生？如此一來，此說透過將不真正不作為犯的可罰性基礎與假設因果流程結合，成功解決了上述對於假設因果流程無法取代條件關係的批判⁶⁸。

但是，這種將不作為犯的因果關係轉變成基於規範關係所產生的迴避可能性判斷之作法，無論在歸責的實質內涵上或是在理論邏輯的一貫性上，都已然逸脫「因果關連說」最原初的理論目標。詳言之，迴避可能性判斷的最大功用是證明

⁶⁴ 明確指摘出不真正不作為犯中僅存在規範關係的論著，請參考李茂生（2012），〈刑法總則講義〉，頁 97 以下，瀏覽網址：http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24，最後瀏覽日：2015/06/11。

⁶⁵ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 696 以下。

⁶⁶ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下。

⁶⁷ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下。

⁶⁸ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 696 以下。另外，除了學者黃榮堅外，在日本亦有單純採納迴避可能性作為因果關係判斷核心之論者，例如：町野朔教授對於迴避可能性的擁護即受眾人所熟悉。請參考町野朔（1969），〈条件關係論〉，《上智法学論集》，12 卷 2、3 期，1-60 頁。

行為人若遵守規範行動的話，即能夠改變既已發生的法益侵害結果；如此一來，行為人的不作為在現實中是否確實於法益侵害結果間存在因果關係，已非此說所重視的要件。這是因為具備因果關係的場合，行為人被歸責的重點在於行為造成法益侵害結果的發生；相對於此，不具備因果關係的場合，能夠處罰行為人的理由則在於「違反規範而不為特定行為」⁶⁹。

以結論而言，「因果關連說」採取假設因果流程取代條件關係的作法，毋寧是用迴避可能性判斷建構不真正不作為犯的因果關係內涵。若依照上述的推論，這也代表了「因果關連說」在某種程度上，已然放棄證明不真正不作為犯的可罰性基礎與作為犯是相同的。也就是說，由於採納假設因果流程，「因果關連說」所彰顯的不真正不作為犯處罰理由，實乃行為人「不為規範命令之特定作為，以迴避結果之發生」⁷⁰。然而，這樣的結論無異於「義務違反說」所建立的理論模型，即將不真正不作為犯的解釋重心置放於「命令規範的違反」上。

第三目 因果關連說可能的對應途徑

由於「因果關連說」若要成立所必須具備的因果關係，透過上述針對假設因果流程的批判，已然無法自圓其說。是以，「因果關連說」若想要維持自身見解的說服力，勢必需要重新整理已說關於不作為該如何與法益侵害結果間，具備因果關係的論述。否則，不真正不作為犯的歸責理論中，行為人違反規範一事將取代因果關係成為核心要素，也等同於肯認「義務違反說」的合理性。

首先，絕大多數見解仍然採用假設因果流程，作為不真正不作為的因果關係犯判斷模型，一方面以此維持與作為犯時，相同形式邏輯的理論架構（即「若 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」），另一方面也能夠滿足當代刑法理論要求因果關係作為最低成罪門檻的基本預設；然而，在細部論理上，學界則產生若干分歧。

⁶⁹ 正確指出此一部分差異的論者請參考，杉本一敏（2001），〈相当因果關係と結果回避可能性（一）〉，《早稻田大学大学院法研論集》，97卷，276-251頁。

⁷⁰ 就這一部分而言，不真正不作為犯的可罰性基礎將與違反注意義務的過失犯相當，均屬造成結果發生的義務違反犯。

例如學者許玉秀儘管承認假設因果流程與條件關係是相異的判斷模組，但同時也主張假設因果流程的提出並非源自於相異的可罰性基礎，只不過是相當說針對條件關係所為的補足⁷¹。詳言之，氏指出條件關係的作法是透過排除非產生結果的原因篩選出值得重視的條件，然而，在不真正不作為犯時，條件關係卻無法發揮其選別功能，這是因為不作為本身象徵著虛無，虛無則意味無限多的可能性，是以條件關係無從進行排除。因此，假設因果流程的作用即係運用正面概然性的判斷，補充條件關係在不作為犯時的無能為力⁷²。如此一來，許教授在不真正不作為犯的解釋上，似乎試圖在採用假設因果流程的前提下，仍能夠堅守住「因果關連說」的原初可罰性基礎（下稱補充說）。

其次，我國多數學說則順應上述對於假設因果流程之批判，改變自身對於不真正不作為犯的整體理論設計。儘管在判斷流程中，無論作為或不作為犯均仍以因果關係作為必要條件，但是在作為犯的情況下，因果關係的存在是用來證明某特定行為具備造成法益侵害結果的性質，進而滿足最低的處罰正當性要求；與此相對，不真正不作為犯的因果關係則是以假設因果流程的判斷為基準，檢驗不作為行為人對於結果是否具備迴避可能性。然而，這樣的作法無疑是承認不真正不作為犯的可罰性與作為犯相左，乃是因為行為人違反積極作為義務而最終使得法益侵害結果無法受到阻止（下稱區分說）⁷³。

更甚者，亦有學者主張將作為犯與不作為犯的因果關係判斷，均以迴避可能性的有無進行檢驗。此說一方面立基於自身一般預防的刑罰思想，認為刑法必須透過防止法益侵害結果發生加以正當化，因此，無論是作為犯或不作為犯的可罰性基礎，都應該是對於法益侵害結果發生的不迴避⁷⁴。也就是說，在作為犯的情況下，處罰的理由是因為行為人不放棄自身可能造成他人法益受損之積極作為；

⁷¹ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 311 以下。

⁷² 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 311 以下。

⁷³ 請參考林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 247 以下；林東茂（2009），同前揭註 40 書，頁 1-179 以下等。

⁷⁴ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下。

而不作為的處罰則是以行為人不積極防止他人法益受損的理由被正當化。在另一方面，透過迴避可能性的銜接，此說在作為犯與不作為犯的歸責架構上，能夠維持住相當一貫的理論內涵（下稱迴避可能說）。

由上述可知，「區分說」及「迴避可能說」的回應方式其實是承認在不真正不作為犯的架構中，某程度上必須接受義務違反說的觀點，即不作為與結果間的因果關係實乃建立於命令規範與結果迴避可能性間的關聯性。如此一來，在「區分說」及「迴避可能說」的立場下，處罰不真正不作為犯的原因已然遠離「因果關連說」的基本設想，而是傾向於「義務違反說」的見解，將行為人「違反作為義務」一舉視為是不真正不作為犯（至少是部分）的可罰性依據。

儘管在表面上，由「因果關連說」的論者針對採用假設因果流程的理論矛盾而進行的回應當中，似乎只有「補充說」依然堅守「因果關連說」原初設定的理論基礎。然而，若仔細思考則可以發現，雖然論者主張假設因果流程不過是條件關係的補充判斷，但是這種說法無疑是忽略隱藏在假設因果流程背後，極為強烈的規範色彩。換句話說，條件關係是判斷現實存在的行為是否能被視為產生結果原因的工具；相較於此，假設因果流程則屬判斷規範發揮效力時，結果迴避是否可能的架構，兩者在本質上即屬異質物，進而用後者補充前者不足之說法，充其量只是自欺欺人的虛晃一招⁷⁵。從許玉秀教授在其〈保證人地位的法理基礎—危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉一文中，以「開放及閉鎖關係」證成命令規範的正當性之嘗試中，即可顯示就算以假設因果流程彌補條件關係的不足，卻終究必須尋求「義務違反說」所開闢的可罰性根據⁷⁶。

最終，在無法合理回應對於假設因果流程的批判下，「因果關連說」主張不真正不作為犯與作為犯共享相同可罰性基礎的說法，不過就像是空中樓閣般岌岌可危。然而，無論是改採「區分說」或「迴避可能說」，則無疑是改弦易轍走向「義務違反犯」，直接或部分否定了「因果關連說」的理論正當性。

⁷⁵ 請參考謝煜偉（2014），同前揭註 60 之研討會評論文。

⁷⁶ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 70 以下。



第四款 保證人地位

從上述的論證中，佔據「因果關連說」論述最為核心的基底，即以假設因果流程取代條件關係，證明不作為與結果間能夠具備因果性的說法，已然不具正當性。這同時也證實不真正不作為犯的本質甚難與作為犯共享相同之可罰性基礎（除非如同「迴避可能說」般，將作為犯的因果關係亦視為迴避可能性的判斷）。

另一方面，正如同 Armin Kaufmann 針對 Nagler 所提出的「保證人說」之批判，試圖透過「保證人地位」要素的添加，讓不真正不作為犯的實行行為性或可罰性與作為犯相當的「因果關連說」，其實無疑是公開承認不作為無論如何均無法與作為犯等同⁷⁷。也就是說，「廣義等價值說」與「保證人義務說」均認為不作為必須透過保證人地位的賦予，始能適用原先專屬於作為犯的處罰規定。或許這種發展可以視為是「因果關連說」在因果關係證明上的潰敗所致，必須另外找尋其他要素補足假設因果流程本身的異質性。相同的道理也顯現於「責任說」的具體內涵中，透過以「迴避可能性」重新理解作為犯與不真正不作為犯可罰性基礎的方法，此說得以維持作為與不作為在不法階層的同等性，進而在解釋不真正不作為犯時，毋須如同其他兩說般，需要添加其他要素且造成更多矛盾。

暫且將「因果關連說」在證明因果關係上的失敗；以及採納保證人地位作為媒介物的矛盾等議題擱置，將討論的焦點集中在不同的「因果關連說」如何使用保證人地位時，可以發現在「廣義等價值說」、「保證人義務說」、及「責任說」中，保證人地位的功能均屬用以彌補不作為與作為間，在犯罪成立上被認為必須跨越的鴻溝。詳細說明的話，「廣義等價值說」主張不作為缺少實行行為性；「保證人義務說」則認為不作為需要更為堅實的義務來源；至於在「責任說」的立場下，不作為與作為的差別僅在於遂行迴避義務的期待可能性高低，而無論何種說

⁷⁷ 請參考許玉秀（1997c），同前揭註 45 文，頁 338 以下。

法，用來填補差異性的均是保證人地位。

暫且將「因果關連說」在證明因果關係上的失敗；以及採納保證人地位作為媒介物的矛盾等議題擱置，將討論的焦點集中在不同的「因果關連說」如何使用保證人地位時，可以發現在「廣義等價值說」、「保證人義務說」、及「責任說」中，保證人地位的功能均屬用以彌補不作為與作為間，在犯罪成立上被認為必須跨越的鴻溝。詳細說明的話，「廣義等價值說」主張不作為缺少實行行為性；「保證人義務說」則認為不作為需要更為堅實的義務來源；至於在「責任說」的立場下，不作為與作為的差別僅在於遂行迴避義務的期待可能性高低，而無論何種說法，用來填補差異性的均是保證人地位。

如此一來，保證人地位的實質內容成為關鍵問題，何以同樣名為保證人地位，卻能夠同時被用以補完不作為在實行行為性、義務正當性、或期待可能性等不同領域的欠缺。究竟保證人地位是被冠以相同名稱的異質要素之總稱，還是能夠藉由使用方法的改變，而產生迥異的法律效果，都再再耐人尋味。另一方面，闡述保證人地位的內涵，並說明為何能夠填補不作為與作為間差異一事，更是屬於「因果關連說」必須負擔的理論證立責任。

就保證人地位的內涵而言，在採取「因果關連說」的論者中，主張依據十八世紀以來所確立的「形式三分說」；或者是以 Armin Kaufmann 所提倡的「機能二分論」為核心，佔據絕大多數的通說地位（下稱形式說）⁷⁸。相對與此，亦有零星見解堅持，不真正不作為犯之行為人必須具有「前行行為」，刑法才有對其施予刑罰的正當化基礎（下稱前行行為說）⁷⁹。以下，本文即將分別就這兩種說法檢討是否能夠成功補足不作為與作為間，在各個犯罪成立階段上的種種差異⁸⁰。

⁷⁸ 例如林山田與林鈺雄兩位教授即採取 Armin Kaufmann 所提倡的「機能二分說」，請參考林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 249 以下；以及林鈺雄（2014），同前揭註 21 書，頁 507 以下。至於林東茂教授則以「形式三分說」作為保證人義務的內涵，請參考林東茂（2009），同前揭註 40 書，頁 1-181 以下。

⁷⁹ 例如黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 721 以下。

⁸⁰ 此外，諸如陳子平教授及許玉秀教授均有提出與通說相異的保證人地位內涵，然而礙於篇幅，本文擬於之後篇章再另行處理，是以，此處僅以「形式說」與「前行行為說」作為討論之對象。



第一目 形式說

首先，「形式三分說」是從 Feuerbach 提倡「法義務說」以降，透過學說與判例不斷累積而形成的混合物，除了法令規定的積極義務外，此說也將契約、習慣等私領域的規範；以及由學者 Stübel 提倡的「前行行為說」均納入不作為犯的射程範圍內⁸¹。姑且不論這種綜合相異領域所產生的見解，是否將產生細部的衝突與矛盾，此說的基本內涵在於試圖從刑法外的規範體系中，尋覓賦予行為人必須積極作為的義務來源。儘管在一九五〇年代 Armin Kaufmann 嘗試以「法益保護關聯性」的角度，重新理解過往被認為足以構成不真正不作為犯的種種積極義務內涵，進而提出「機能二分論」；但正如同周漾沂與許玉秀兩位教授所指摘，「機能二分論」中的保護關連與危險源監督責任兩種態樣，其實只是重申能夠成為不真正不作為犯成立要件的積極義務，必須與法益保護具備一定之關聯性；除此之外，Armin Kaufmann 的說法中，並不存在更為實質的正當化論述⁸²。

因此，必須探討的是，由「形式說」所構成的保證人地位，是否能夠填補不作為與作為在不同犯罪階層中的不等價性。首先，以其他規範體系所產生的作為義務補足不作為「實行行為」的說法，很明顯混淆了現實與規範間的差距。在作為犯的情況下，能夠被認為該當實行行為性的行為，通常均具備造成法益侵害危險性；然而，當檢驗對象轉換成不作為時，規範上行為人負有作為義務一事，並無法承擔起證明其不作為本身具備危險性的功能⁸³。如此一來，「廣義等價值說」的想法已然無法獲得證立。

⁸¹ 有關形式三分說的詳細介紹與批判，請參考堀内捷三（1978），同前揭註 6 書，頁 11 以下；以及名和鉄郎（1971），〈ドイツ不作為犯論史（I）：方法論的問題に關連して〉，《静岡大学法経研究》，21 卷 3 期，頁 17 以下。

⁸² 請參考許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 42 以下；以及周漾沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 210 以下。

⁸³ 有關這一部分之批判，請參考；酒井安行（1998），〈不真正不作為犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界〉，收錄於：西原春夫先生古希祝賀論文集編集委員会（編），《西原春夫先生古希祝賀論文集：第一卷》，頁 133-157，東京都：成文堂；以及十河太郎（2005），〈不真正不作為犯の實行行為性について〉，《同志社法学》，56 卷 6 號，頁 707-740。

其次，其他規範體系內部的作為義務是否能夠如同「保證人義務說」所述，足以賦予不真正不作為犯額外的違法性，使其與作為犯的不法等價。這個問題一方面牽扯到刑法理論長久以來爭論不休的「刑事不法獨立性」之論戰；另一方面，就像是先前所論及，在「因果關連說」自身的處罰理由上，加入「保證人義務」作為違法性的輔助判斷一事，是否等同於承認多元的可罰性基礎。

若詳細來說，前者的批判點是針對「形式說」憑藉的作為義務來源，多半是其他法體系（例如民法、行政法等）、或者是社會慣習（例如危險共同體、生活習慣等）的這點而提出，假設承認上述作為義務的違反能夠構成或補足刑事的不法性，毋寧同時肯定了刑法價值判斷並沒有自身的獨特性，任何社會體系的運作均可以成為其內涵，進而造成刑法功能的肥大化與罪刑法定主義的實質破壞⁸⁴。後者則是建立在諸如殺人、傷害等結果犯罪中，行為人之行為造成法益侵害結果發生一事仍被公認為可罰性基礎的基礎上，所進行的質疑。

然而，姑且不論「因果關連說」無法證成不作為與結果間因果關係的致命缺陷，若不作為與結果間具備因果關係，則為何必須另行透過「保證人義務」獲得與作為犯相等的違法性；另一方面，如果不作為與結果間的因果關係已然產生鬆動，則「保證人義務」所賦予的違法性必然與作為犯的違法性迥異⁸⁵。因此，「保證人義務說」本身其實隱含了不真正不作為犯的處罰早已逸脫作為犯的基本預設，如此嚴重自我矛盾的理論缺陷。

雖然針對上述的攻訐，Armin Kaufmann 的「機能二分說」或許可以被視為一種回應的嘗試。亦即，透過法益保護的觀點，重新過濾既已存在的各種作為義務，並賦予刑法價值判斷的色彩。但這種說法並沒有實質回應到真正的問題點，詳言之，若刑法處罰行為人之目的在於避免法益受到侵害，貫徹此一觀點的結果則是，只要行為人能夠藉由放棄自身行為或是積極介入而達到該目的，卻怠於遂行時，

⁸⁴ 請參考佐伯仁志（1996），〈保障人的地位の發生根拠について〉，收錄於：內藤謙、西田典之、芝原邦爾（編），《刑事法学の課題と展望：香川達夫博士古希祝賀》，頁 95-119，東京都：成文堂；以及鎮目征樹（1999），同前揭註 28 文，頁 347 以下。

⁸⁵ 相同見解請參考鎮目征樹（1999），同前揭註 28 文，頁 347 以下。

即已具備完整的可罰性⁸⁶。但是按照「機能二分說」的見解，尚須添加某一其他規範系統的作為義務，始能構成完整之不法；如此一來，不真正不作為犯與作為犯間仍然存在著價值上的鴻溝，而無法僅以法益保護的觀點簡單跨越。也因為欠缺此一部分的實質論述，Armin Kaufmann 的回應仍然只是流於形式，而無以支撐保證人地位作為違法性判斷一環的正當化根據⁸⁷。

最終尚待檢驗的是，藉由「形式說」所描繪的保證人地位，讓不真正不作為犯在責任層次與作為犯相當的說法。若是單純從期待可能性有無的角度切入，無論是任何一種規範體系產生的作為義務，都可以讓一般人民對於行為人將會從事積極防果或救助行為一事，產生某種程度的期待⁸⁸。然而，卻也正如同黃榮堅教授所指摘，透過刑事責任的課予，迫使特定行為人必須積極投入自身力量去挽救與他人的法益受到侵害一舉，其實也是一種刑法對於基本人權的強烈干預⁸⁹。如此一來，「形式說」直接拿其他規範系統產生的作為義務，充當刑法期待可能性判斷的作法是否妥當、以及是否應該進行相當限縮等問題，仍有待更為實質的說明；否則，刑法也只是作為逼迫一般市民無止境滿足他人期待的權力機制⁹⁰。

第二目 前行行為說

「前行行為說」誕生於十九世紀初期，儘管最一開始是被 Stübel 用來解決由於欠缺因果關係，不真正不作為犯在犯罪成立上所遭遇的困境，且進一步透過 Krug 及 Glaser 的發揚光大，不但廣受當時學界的肯認並成為「形式三分說」的重

⁸⁶ 請參考鎮目征樹（1999），同前揭註 28 文，頁 347 以下；以及黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下。

⁸⁷ 有關不真正不作為犯與作為犯在法益保護的觀點下，仍具有相異的刑事不法價值判斷之論述，請參考周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 210 以下。

⁸⁸ 關於一般市民的期待無法直接用以充當刑法不法或罪責判斷的批判，請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 210 以下。

⁸⁹ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下。

⁹⁰ 可惜的是，在我國除了黃榮堅教授外，不存在其他主張「責任說」的論者，自然也無緣見識更為實質的論述。不過，日本學者鎮目征樹教授所提出的不真正不作為論述，在不法內涵上全然相同於我國黃榮堅教授的見解，主張不作為為毋庸與作為進行區隔，是以亦採取「責任說」的見解。而鎮目教授如何透過自由主義刑法學的基本精神，在刑事政策（廣義責任層次）角度選取值得處罰的不作為，則留待後述。

要一環，至今更持續活躍在不真正不作為犯理論的舞台上⁹¹。由於本文擬在第四章中，針對主要的不真正不作為犯論述進行簡介，其中當然也包含本處的主角「前行行為說」；是以，在這一部分中，本文僅試圖延續上述有關「因果關連說」的議論，深究採取「前行行為說」作為保證人地位實質內涵的說法，能否成功彌補不作為與作為在不同犯罪成立階層上的差異性。

然而，現今主流的「前行行為說」與十九世紀的原初版本已然產生相當大的變貌，前者是以行為人曾經從事有造成法益侵害危險的特定作為，因此產生必須防止該危險最終實現或繼續擴大的積極作為義務為由，將該義務納入成立保證人地位的一環⁹²；相對於此，後者則停留在嘗試以各種方式證明不作為與結果間具備因果關係的階段，前行行為不過只是用來彌補不作為本身象徵的虛無⁹³。藉由上述兩種「前行行為說」的區分，我們不難理解為何早期的「前行行為說」多是用來填補不作為的行為危險性；而近期的「前行行為說」則是以產生作為義務的理由，間接成為使不真正不作為犯能夠與作為犯具備相同不法性或有責性的要件。

首先，針對因前行行為而產生作為義務的近期「前行行為說」內涵，其中最大的問題點已被許玉秀及鄭逸哲兩位教授指出，即在前行行為與作為義務兩者之間，無法在應然面上得出「有前者則應當產生後者」的衍生關係⁹⁴。詳言之，這樣的伴隨關係毋寧是一般世人間受到道德情感的影響，所做出的直覺性推論：「因為你傷害了他，所以你要避免他繼續惡化」；抑或是在純粹結果責任下，產生的歸責判斷：「因為你製造了危險又不撲滅，所以之後產生的結果你都要負責」⁹⁵。但無論何者，都無法直接適用在現今刑事不法的理論脈絡中，正如同鄭逸哲教授

⁹¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 81 文，頁 16 以下；以及許玉秀（1997a），同前揭註 11 文，頁 402 以下。

⁹² 上述所提及，就保證人地位的內涵無論是採取「形式三分說」或「機能二分說」的論者，對於前行行為的看法均屬此說。請參考許玉秀（1997a），同前揭註 11 文，頁 405 以下；以及林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 254 以下。

⁹³ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 81 文，頁 18 以下；以及堀内捷三（1978），同前揭註 6 書，頁 26 以下。

⁹⁴ 請參考許玉秀（1997a），同前揭註 11 文，頁 412 以下；以及鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

⁹⁵ 請參考許玉秀（1997a），同前揭註 11 文，頁 412 以下。

的精準批判，這種作法從一開始便違反罪刑法定主義的派生原則「禁止習慣法」，而應逐出刑法解釋學的領域⁹⁶。

再者，縱或肯認前行行為產生作為義務的論證能夠成立；然而，透過作為義務補足不作為在實行行為性或違法性與作為相異的說法，早已在前一段有關「形式說」的批判中，被證明是自我矛盾的（詳參本款第一目）。如此一來，透過近期版本的「前行行為說」也無法使「因果關連說」獲得預期的理論合理性。

相較於此，當「前行行為說」適用於「責任說」的理論內涵時，某程度上卻展現出非常有說服力的面向。以結論而言，縱或公眾普遍認為創造危險之人必須防止危險實現的直觀道德判斷，並無法在說明該作為義務具備刑事不法內涵的論理上獲得證立；但是透過法益保護理論的重新詮釋後，這種對於產生法益侵害危險之人，由其自身防止結果實現或損害擴大的期待，卻能夠在刑法責任論中，有關期待可能性的領域找到妥適的理論定位⁹⁷。而就上述刑法能夠產生對於行為人積極作為的期待可能性一事，黃榮堅教授有相當完整的說明：「…因此基於法益保護的目的，法律上一個合理的要求是，製造風險的人有義務把風險控制在容許限度的範圍內…承此，行為人違背控制風險的義務即可能構成犯罪，也就是所謂的不作為犯罪⁹⁸。」是以，按照黃榮堅教授一貫的主張，不真正不作為犯與作為犯間雖然不存在任何不法層次的差異；但是在期待可能性的方面，卻能夠依照刑法的觀點，認定要求製造風險之人自身必須積極防止結果發生或損害擴大的這種期待，是具備合理根據的。因此，惟有從事前行行為之不作為者，始具備期待可能性而成立不真正不作為犯⁹⁹。

另一方面，雖然亦有學說批判以「前行行為說」為核心建構的「責任說」，

⁹⁶ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

⁹⁷ 此時已經預設不真正不作為犯與作為犯間不存在任何刑事不法階層的差距，因此，能夠避免上述有關使用習慣法或道德直觀使人民入罪，此類違反罪刑法定主義的批判；與此相反，將「前行行為說」用在期待可能性的作法，可說是讓具備刑事不法的人民出罪之管道，故不生上述所質疑的危險。

⁹⁸ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 721。

⁹⁹ 請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 718 以下。

認為當前行行為本身即已成立未遂犯時，在不真正不作為犯的處罰與中止未遂的寬免間，將產生刑事政策上的矛盾；且容易造成透過不真正不作為犯而對於前行行為的再次問責，如此違反雙重評價禁止之危險¹⁰⁰。然而，若暫且擱置此說能否合理解決上述批判的疑問¹⁰¹，「前行行為說」與「責任說」的組合可能是目前為止，所有「因果關連說」論者就利用保證人地位媒合不作為與作為間差異所進行的嘗試中，較為合理且能夠確實遵循刑法原理原則的解釋途徑。

第四款 因果關連說之總結

對於我國就不真正不作為犯之解釋採取「因果關連說」的諸種見解，以上即屬本文所嘗試進行的分析與批判。然而，無論是最為根本的因果關係證明，一直到保證人地位的實質內涵，均可以明確察覺「因果關連說」的根基正不斷受到致命的打擊。起初學說見解對於不真正不作為犯的解釋，仍然堅守以因果關係為核心要件之理由，其實源自於在犯罪構成上，不真正不作為犯乃適用結果犯（姑且不論是具體結果犯還是危險結果犯）的條文，故不作為與結果間的因果關係是不可或缺的。但是當這項最為重要的成罪要素被認定為不可能存在，且逐漸被規範關係取而代之後，儘管現今檯面上眾多見解仍宣稱自身的不真正不作為犯論述中，存在有因果關係的審查階段，卻早已遠離最一開始，以行為人積極造成法益侵害為中心的理論精神。

具體來說，「廣義等價值說」或「保證人義務說」的出現，都象徵不作為犯無疑是與作為犯相異的犯罪類型，若非如此，又何必大費周章在實行行為性或違法性的犯罪階層上，找尋讓兩者能夠等重的砝碼。另一方面，儘管在「責任說」的立場下，不作為與作為於不法階層並無差別，但推論出如此結論的前提卻是誕

¹⁰⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 295 以下。

¹⁰¹ 例如：黃榮堅教授即認為此類批判均可以透過競合論的處理加以解消，請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 724 以下。

生在將假設因果流程與條件關係等同視之的毒樹上；或直接把作為犯的因果關係也轉換成迴避可能性的判斷。因此，前者試圖透過義務違反概念的添加，弭平不作為與作為間的差異；後者則是根本上承認不作為的歸責重點在於義務違反，說是無人採取「因果關連說」應該也毫不為過。

是以，受限於不作為在因果關係判斷上的侷限性，我國主流學說就不真正不作為犯的實質成立內涵，都傾向於否定以「因果關連說」的原初設想作為可罰性基礎。相對於此，從實行行為或因果關係，一直到違法性的判斷，行為人違反作為義務一事，已然成為解釋不真正不作為犯不可或缺的元素。且「義務違反說」的基本精神也逐漸被普遍接納為不真正不作為犯可罰性基礎的核心內涵¹⁰²。

第三項 義務違反說的理論內涵

第一款 理論基礎與細部分歧

承上所述，有鑑於「因果關連說」在理論證立的全面潰敗，不僅原先採取此說的論者紛紛倒戈；我國近年來，亦逐漸出現將不真正不作為犯的可罰性基礎，以單純義務違反的觀點進行重新建構之嘗試¹⁰³。但是，從理論提出的當下，採取「義務違反說」論者即會面臨到無法避免的困境。此一困境即為：「義務違反說」的解釋途徑與現實刑法規定適用上的齟齬。

詳言之，正如本文於第二章時所介紹，我國及德國就不真正不作為犯的規定，均屬透過總則的附加條款與分則的構成要件合而為一，讓不作為亦能成立不同類型的犯罪。是以，不真正不作為犯仍然被視為結果犯的範疇。然而，透過先前對

¹⁰² 例如：周濛沂教授近期重構保證人地位之嘗試，即是以否定不作為與結果間因果關係為出發點，並明確採取義務違反說的良例。請參考周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 209 以下。

¹⁰³ 除了上述周濛沂教授的嘗試外，在德國與日本，以純粹「義務違反說」作為不真正不作為犯解釋依據的論者，亦逐漸增多，例如德國的 Jakobs 教授與日本的平山幹子教授均屬此一陣營。請參考平山幹子（2005），〈不作為犯と共犯原理〉，頁 41 及 132 以下，東京都：成文堂。

於因果關係與假設因果流程的說明，行為人違反義務的客觀事態並不會產生足以發生法益侵害結果的現實上原因力¹⁰⁴。也就是說，在不真正不作為犯的現實因果流程中，「既已存在之客觀危險」或「蘊含法益侵害危險的前行行為」，才是導致法益侵害結果發生的確切原因¹⁰⁵。與此相對，行為人違反義務一舉只不過是「不阻止」上述兩種危險透過自然因果流程的進展，最終造成法益侵害的結果¹⁰⁶。

如此一來，「義務違反說」的論理基礎相當明顯地，早已逸脫原本不真正不作為犯立法時的設想，即以「不作為結果犯」所劃定出的犯罪圖像。面臨到這樣的困境，採取「義務違反說」的論者為了維護其理論正當性，當務之急自屬重新詮釋「義務違反」與「結果」間的關聯性¹⁰⁷；另一方面，也不排除具有再建構出一套不以不作為與法益侵害結果關聯性為要件，這種新型態不真正不作為犯論述之可能性，此時與現行法規範之間的相異該如何處理，則成為理論的核心爭議。

第一目 兩種較為極端的應對方式

有鑒於上述「義務違反說」遭遇的解釋困境，鄭逸哲教授儘管一方面承認不真正不作為犯的可罰性基礎，正是因為行為人違反作為義務；然而，這種透過刑法第十五條的附加要件，將本質為義務違反犯的不真正不作為犯，嫁接於結果犯之處罰規定的作法，背後所隱含的精神正是類推適用的解釋方式¹⁰⁸。是以，鄭逸哲教授評價刑法第十五條乃是明確違背罪刑法定主義，而應當盡早廢除的法西斯刑法理論遺毒（下稱：廢除說）¹⁰⁹。

在光譜的另一端，有部分見解雖然站在和鄭逸哲教授相同的理論基礎上，亦

¹⁰⁴ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 286 以下；以及鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 129 以下。

¹⁰⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 286 以下；以及吉岡一男（2006），〈結果の帰属と因果關係〉，收錄於：吉岡一男（著），《因果關係と刑事責任》，頁 28-50，東京都：成文堂。

¹⁰⁶ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 14 文，頁 286 以下；以及鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 129 以下。

¹⁰⁷ 想當然爾，「規範關係（即迴避可能性）」成為了主要的解釋途徑；然而，為何刑法能夠賦予行為人積極防止法益侵害發生之義務，卻仍有待「義務違反說」的論者進行更深入之論述。

¹⁰⁸ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

¹⁰⁹ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

即均認同不作為犯的可罰性基礎以及犯罪構成皆與作為犯兩立；然而，卻不因此否認現行法將不真正不作為犯的處罰概括規定於總則中，這種做法的正當性¹¹⁰。詳言之，在「義務違反說」的觀點下，唯一能夠不違背罪刑法定主義且針對不真正不作為犯加以處罰的立法模式，必須如同真正不作為犯的規定，就每一則刑法分則的犯罪均設置專屬的不作為構成要件¹¹¹。但是從立法成本考量來看，這種立法模式根本是天方夜譚；也因此，現行借用結果犯構成要件規定的作法不過是立法上的便宜之計，不足以成為批判不真正不作為犯處罰正當性的理由¹¹²。

上述見解某程度回應了由「廢除說」所提起，對於不真正不作為犯違反罪刑法定主義的質疑；然而，也因為其否定不作為與作為能夠共享相同可罰性基礎的理論預設，重新建構專屬於不真正不作為犯的可罰性基礎，並以此篩選出具備處罰必要性的行為人一事，遂成為此說仍有待說明的核心內涵¹¹³（下稱：獨立基礎說）。

總結來說，「廢除說」與「獨立基礎說」其實更像是同樣理論內涵的兩種表達方式，亦即，兩者均以不作為犯與作為犯的不可化約性為出發點，明確指出不真正不作為犯無論在規範邏輯或是可罰性基礎上，都具備自身的獨特性。只不過前者否定現行法所採取的規定模式，認為透過假設因果流程塑造出義務違反與結果間的因果關係，再適用個別分則條文的作法，本質上是法律明定的類推適用解釋，因此違反罪刑法定主義，進而不需要繼續討論處罰的實質理由。相較於此，後者則是肯認現行法本身的正當性，試圖進一步探尋刑法何以能夠處罰不真正不作為犯。

也因此，「廢除說」的核心主張其實並沒有否定不真正不作為犯的可罰性基礎；而是指摘現行法一方面無法透過「因果關連說」獲得妥善解釋，另一方面又

¹¹⁰ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 50 以下。

¹¹¹ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 6 書，頁 119 以下；以及許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 50 以下。

¹¹² 請參考許玉秀（1998），同前揭註 26 文，頁 50 以下。

¹¹³ 例如許玉秀及周漾沂兩教授均為本說之代表。請參考許玉秀（1998），同前揭註 26 文，頁 51 以下；及周漾沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 235 以下。

與「義務違反說」產生齟齬。當有朝一日，立法者翦除不真正不作為犯的總則規定，而改以真正不作為犯的形式重新制定刑分條文時，「廢除說」的批判亦將失其附麗，並轉向投靠「獨立基礎說」的陣營。是以，「廢除說」毋寧是一種刑事立法模式的建議，無法成為完整的不真正不作為犯論述¹¹⁴。

最終，這兩種殊途同歸的極端「義務違反說」若想要取得理論的合理化，該如何證明刑法有要求行為人積極防止結果發生的權力，則是不可避免的課題。而這點也是在下一款中，本文擬集中論述的主軸。

第二目 較為折衷的對應方式——相同可罰性說

然而，主張不真正不作為犯純粹是義務違反犯，且必須重構結果歸責外的處罰理由，上述這種「獨立基礎說」在我國終究屬於極少數見解¹¹⁵。相較於如此激進的論調，學界普遍採用的解釋方法，仍然是以在前一款中所介紹，綜合「義務違反說」之處罰依據與「因果關連說」之成罪架構，而產生的種種折衷見解。

為了符合由現行刑法條文建構的不真正不作為犯形象，折衷說所共通的特點即為透過假設因果流程的檢驗，強調不作為與結果間具備「規範層面」的因果關係，試圖讓不真正不作為犯與作為犯能夠擁有相同的結果歸責要件¹¹⁶。然而，折衷說的論者亦理應明確認識到「事實關係」與「規範關係」間存在著差異，許玉秀教授對此處的指摘可說調關入裡：

「雖然作為和不作為的因果結論，都是依經驗法則推論出來的，
但是作為犯所造成的法益受害流程是可以在物理上加以檢驗的，而
不作為犯對法益受害的因果作用，卻是『假設』出來的……當法律

¹¹⁴ 例如林山田教授雖然採取「保證人義務說」作為其不真正不作為犯的解釋途徑；然而，在其刑法通論一書中，仍主張應修正我國刑法十五條，以避免上述鄭逸哲教授指摘違反罪刑法定主義的危險。請參考林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 281 以下。而黃榮堅教授亦有點出相同之疑慮，惟其認為僅須透過法條文義解釋的方式，即可避免上述危險。請參考黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 735 以下。

¹¹⁵ 本文至今亦只能指出許玉秀與周滢沂兩位教授作為範例。

¹¹⁶ 例如林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 247 以下；林東茂（2009），同前揭註 40 書，頁 1-179 以下；林鈺雄（2014），同前揭註 21 書，頁 518 以下等。

面對這兩種法益受害的結局時，它可以同聲喝斥，各打二十大板，卻心知肚明，他們是兩個不同的犯錯過程¹¹⁷。」

也因此，多數折衷說最終選擇的解決方式則是，證明其在某些特定的條件下，不作為的可刑罰性將會與作為犯相當，因此適用作為犯的處罰規定並無不妥（下稱：相同可罰性說）¹¹⁸。自不待言，先前所論及的「廣義等價值說」、「保證人義務說」、以及「迴避可能說」均可被視為「相同可罰性說」的一環。箇中差異僅在於，前兩說是藉由「不作為+保證人地位」的公式滿足可罰性上的相同；「迴避可能說」則是將作為犯的歸責要件以迴避可能性取代，如此一來兩者間的可罰性便如出一轍，不須增添任何其他要件¹¹⁹。

一言以蔽之，「相同可罰性說」折衷之處在於，其一方面堅守不真正不作為犯仍屬結果犯的下位概念；另一方面卻也承認因為歸責要件的相異，導致於不真正不作為犯必須積極證明自身的可罰性與作為犯相當¹²⁰。最終，真正的關鍵點還是在於可罰性基礎的闡明。

第三目 小結

總結上述，「義務違反說」底下的兩條脈絡「獨立基礎說」與「相同可罰性說」，均主張不真正不作為犯的犯罪成立架構迥異於作為犯，故有必要建立起專屬於不真正不作為犯的獨立可罰性基礎，即以行為人違反積極義務為出發點，說明為何刑法能夠對其進行制裁。相較於此，兩說間的歧見則主要源自於，對不真正不作為犯犯罪類型的不同設想。具體而言，屏除「廢除說」後的「義務違反說」

¹¹⁷ 摘錄自許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 51。

¹¹⁸ 如本文在下一章節中所述，自從 v. Bar 提出「想像中因果關係」，並受到 Roland 及 Kohler 的續造成為現今通行的「假設因果流程」後，不真正不作為犯的重點已非因果關係而轉向於違法性的證明。

¹¹⁹ 詳見本章前一項之論述。

¹²⁰ 請參考林山田（2008），同前揭註 13 書，頁 247 以下；林東茂（2009），同前揭註 40 書，頁 1-179 以下；以及林鈺雄（2014），同前揭註 21 書，頁 518 以下。此外，儘管許玉秀教授仍以不作為與結果間具備假設因果流程為要件，但是其清楚指出不真正不作為犯不可能也無庸與作為犯等價，是以，本文擅自認為許玉秀教授一方面對於假設因果流程與因果關係，採取無法相互取代的觀點；另一方面，對於不真正不作為犯的構成，以較近似於「義務違反說」的立場。請參考許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 51 以下。

諸見解可由下表一顯現其細部差異：

表一：義務違反說內部比較

	與結果間的關聯性	可罰性基礎（與作為犯相比）
獨立基礎說	否定或重要性較低	完全相異
相同可罰性說	以假設因果流程檢驗	義務違反＋保證人地位＝作為犯
迴避可能性說	以假設因果流程檢驗	作為與不作為均屬應迴避未迴避

首先，「獨立基礎說」必須進一步說明的部分本文已多次強調，也就是為何單純的「義務違反」能夠具備刑事不法的內涵。縱或可能會有論者主張，刑法分則中已然存在有真正不作為犯這種同樣也是義務違反犯類型的規定，因此處罰不真正不作為犯一事自屬合理；然而，上述說詞仍無法積極證立處罰的正當性。若是單純因為違反行政規章、道德習慣、或私法契約中的義務而人人於罪，此無疑是鄭逸哲教授所批判，獨裁統治思想下的刑法¹²¹。

其次，對於「相同可罰性說」的要求則是，如果作為犯的可罰性乃行為人「積極造成」法益侵害結果的發生；那麼行為人「消極不阻止」法益侵害結果自然發生一事，該如何透過保證人地位的添加，取得與作為犯相當的可罰性？

最後「迴避可能性說」雖然成功扭轉以往所公認，存在於作為犯與不作為犯間的根本差異；但是深究來看，成立作為犯時的迴避義務是「行為人單純放棄法益侵害行為（消極義務）」，而不作為犯的迴避義務卻是「行為人必須積極從事防止或救助的行為（積極義務）」，兩者所被賦予的義務種類實乃相異¹²²。因此，「迴避可能性說」仍需闡明為何刑法能夠將上述兩種不同種類的義務，以相同的違法性進行評價。

有關「迴避可能性說」的深入介紹與批判，本文擬留待下一章節中進行；故以下僅將檢討「獨立基礎說」及「相同可罰性說」均共通主張，不真正不作為犯

¹²¹ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 35 文，頁 134 以下。

¹²² 明確指出此處差異之文獻，請參考周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 223 以下。

特有的可罰性內涵。同時，由於當代不真正不作為犯的所有理論內涵幾乎都已濃縮進保證人地位中，探索其可罰性內涵一舉，亦能說是等同對於相異保證人地位之概覽。



第二款 保證人地位

由上述可知，「義務違反說」的核心議論在於，不真正不作為犯具備自身獨特的可罰性基礎，亦即，單純就行為人違反作為義務一舉，刑法便能夠做出非價值的判斷。然而在另一方面，與「迴避可能性說」不同，無論是「獨立基礎說」或「相同可罰性說」的論者均否定只要行為人客觀上能夠迴避結果發生，即具備受到刑事不法擔保的作為義務。也就是說，在上述兩說中，只有當行為人違反特殊的作為義務，即保證人義務時，才會成立不真正不作為犯。因此，保證人地位的意義在「義務違反說」的脈絡下，更能夠彰顯其重要性；其不僅是由刑法總則規定所添加的擴張構成要件要素，亦代表不真正不作為犯獨特的可罰性基礎，以此與「迴避可能性說」中過廣的作為義務有所區別。

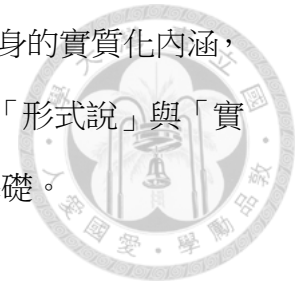
除此之外，上述對於「迴避可能性說」的批判中，由周濛沂教授所指出的「消極義務」與「積極義務」的對比，也能夠被視為「義務違反說」論者採取的保證人地位，所應當負擔的證立責任¹²³。詳言之，單純透過法益保護的說法，並不能夠消弭兩種義務間的價值差異，這一點在現實實踐上，同時也能說是受到多數見解的肯定（否則即應採取「迴避可能性說」），故保證人地位勢必必須承載著更為實質的內涵，以說明刑法為何能夠在要求行為人放棄自身行為外，也能夠具備強迫行為人防止他人遭受不幸的權力¹²⁴。

是以，本文將現有的保證人地位型態，簡單區分為「形式說」與「實質說」，前者的內涵與先前「因果關連說」時所介紹的完全相同，以「形式三分說」及「機

¹²³ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 223 以下。

¹²⁴ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 223 以下。

能二分說」為主；相較於此，後者則認為保證人地位必須具有自身的實質化內涵，否則無法承擔起上述的種種證立責任¹²⁵。而下述，本文擬針對「形式說」與「實質說」的說法，檢驗是否能夠合理化「義務違反說」的論理基礎。



第一目 形式說

如同先前所論及，無論「形式三分說」或「機能二分說」，其內涵均是將其他規範系統（如民法、行政法、甚至是道德習慣等）中所形成的作為義務，直接認定為具備刑事不法性的義務種類。如此一來，「形式說」的致命傷即是，其混淆了其他規範領域的價值判斷，與刑法本身所為的價值判斷兩者間的差異。有關這點本文於前一項的討論中已然清楚說明。

當「形式說」與「義務違反說」相結合時，上述的致命傷更是彰顯無遺。具體而言，因為「形式說」僅是藉由行政法令、私法契約、或道德習慣的積極義務，劃定出自身保證人地位的射程範圍，且賦予刑事違法性；這樣的作法毋寧是透過刑事制裁的施加，擔保其他規範領域中的義務能夠獲得遵守，不僅有違刑法的最後手段性，更有以刑罰逼迫人民遵守契約或行政命令的威權色彩¹²⁶。另一方面，隨著現代社會中，行政法規與民事契約不斷滲入一般民眾生活，勢必導致保證人地位無限制擴張，進而造成人民動輒成罪的後果¹²⁷。

同時，上述「形式說」的理論盲點亦無法經由 Armin Kaufmann 所提出的法益保護觀點，而被正當化。因為如果要貫徹法益保護觀點的話，即應採取「迴避可能性說」的立場¹²⁸；但「形式說」一方面無法提出比法益保護觀點更為實質的說理，另一方面又想更進一步限縮保證人地位的結果，便只能夠援引外界規範領域

¹²⁵ 例如許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 64 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 223 以下。

¹²⁶ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 16 書，頁 134 以下。

¹²⁷ 請參考名和鐵郎（1988），〈不作為犯論の歴史と現代的課題：ドイツと日本の不作為犯論を総括するために〉，《名古屋大学法政論集》，123 卷，頁 85 以下；以及黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 721 以下。

¹²⁸ 請參考鎮目征樹（1999），同前揭註 28 文，頁 347 以下；以及黃榮堅（2012a），同前揭註 12 書，頁 701 以下。

的義務種類。

最終，本文認為若「義務違反說」的論者在保證人地位的構成上，採取「形式說」作為實質內涵，將無法證立自身理論的基礎。



第二目 實質說

早於二十世紀初期，便有學者不斷針對上述「形式說」所造成的種種弊害進行批判，例如德國於二戰前盛極一時的基爾學派中，以 Saure 與 Kissin 為代表所主張的實質違法觀，即已指出當時主流的「形式三分說」將造成刑法獨立性的喪失，而應當建立起專屬於刑事法自身的價值體系¹²⁹。最終，在納粹刑法學者 Dahm 及 Schaffstein 的帶領下，這一波實質違法觀浪潮以「健全之國民情感」作為理念，將刑法徹底改造成國家統治機器的忠實奴僕¹³⁰。

儘管基爾學派的嘗試隨著納粹帝國滅亡而告一段落，但實質違法觀的概念已然深植入不真正不作為犯的討論脈絡中，例如保證人地位的創始者 Nagler，其在建構保證人地位時，亦提出社會有益性的選別條件¹³¹。此外，當德國通說在二戰結束後，逐漸接受保證人地位作為不真正不作為犯構成要件，卻仍以「形式三分說」充實其內涵時；自一九五〇年代起，由 Vogt 開啟的「實質化保證人地位運動」，亦能被視為受到 Sauer 與 Kissin 等人的影響¹³²。

而最早將「實質說」的觀點引入我國不真正不作為犯討論範疇的，首推許玉秀教授。其以刑法保護法益之目的為基礎，並透過社會中不同制度所產生的各種義務為軸心，提出所謂「開放與閉鎖關係」，試圖為保證人地位賦予足認該當刑

¹²⁹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 80 文，頁 50 以下；以及許玉秀（1997c），同前揭註 42 文，頁 345 以下。

¹³⁰ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 80 文，頁 55 以下；以及許玉秀（1997c），同前揭註 42 文，頁 351 以下。

¹³¹ 請參考許玉秀（1997c），同前揭註 42 文，頁 353 以下。

¹³² 請參考名和鉄郎（1974），〈ドイツ不作為犯論史（Ⅲ）：方法論的問題に關連して〉，《静岡大学法経研究》，22 卷 3 期，頁 59-102；堀内捷三（1978），同前揭註 6 書，頁 104 以下；許玉秀（1997c），同前揭註 42 文，頁 355 以下。

事不法之實質內涵¹³³。在近期的發展中，周濛沂教授則是在其「重新建構刑法上保證人地位的法理基礎」一文中，藉由自由主義法秩序的基本原理，即「自我負責原則」為出發點，主張唯有保護尚未具備完整法主體性者之存續，才能夠使國家要求人民積極作為一事獲得證立¹³⁴。而本文擬於下一章節中詳細論述這兩種實質化保證人地位的內容，因此，於此處僅檢驗是否能夠藉由「實質說」的提倡，合理化「義務違反說」的說法。

儘管與「形式說」相比之下，「實質說」的說理更能夠完盡採取「義務違反說」時，對於不真正不作為犯可罰性基礎之說明義務；然而，也因為各種學說所採取的途徑不同，造成保證人地位的實質內涵至今未有定見¹³⁵。因此，在犯罪成立要件的可預測性方面，「實質說」遠遜於「形式說」。除此之外，由於「實質說」的論者多半是透過哲學（如周濛沂教授）、或社會學（如 Vogt 教授）等其他學科的角度，說明何種體制或社會關係能夠正當化刑法賦予人民積極義務，是以，該如何藉由自身刑罰理論基礎，進一步說明這些不同領域的價值判斷能夠與刑法體系相容，遂成為「實質說」另一個無法逃避的理論難題¹³⁶。

第三款 義務違反說之總結

由上述可知，我國刑法學者在不真正不作為犯理論的建構上，普遍均受到「義務違反說」之影響，自始否定不作為與作為能夠等同視之的「獨立基礎說」自不待言，甚至外觀上維持「因果關連說」精神的「相同可罰性說」或「迴避可能性

¹³³ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 25 文，頁 66 以下。

¹³⁴ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 11 文，頁 235 以下。

¹³⁵ 雖然我國只有許玉秀教授的「開放與閉鎖關係」、及周濛沂教授的「補充自我負責能力欠缺之扶助體制」兩種實質保證人地位理論；然而，德國亦曾出現「平面的社會全體關係學說」、「信賴或依存性說」等見解；甚至日本更有論者試圖以對於因果關係的支配，作為保證人地位的實質內涵而提出「排他性支配領域說」。是以，理論的脈絡與爭論呈現相當紛雜且無法產生定論的情況。故若率然將實質保證人地位理論直接適用於具體個案中的時候，勢必造成行為人無法預測何時將成立犯罪的混亂狀態。

¹³⁶ 細部檢討詳見本文第四章的內容。

說」，若深究其實質內涵，亦將發現「義務違反說」已然成為可罰性的全部或部分根據。

如此一來，「義務違反說」即須積極證明「行為人不履行作為義務」本身具備刑事違法性。就這一部分而言，「迴避可能性說」以刑法保護法益的觀點，認定所有能夠防止法益侵害的消極不作為或是積極作為，行為人對其之違反都構成刑事不法；至於「獨立基礎說」與「相同可罰性說」則是主張，唯有當行為人違反「特定作為義務」（即由保證人地位所產生之保證人義務）時，始得該當不真正不作為犯。

是以，也無怪於近年來對於不真正不作為犯的探討，多半集中在剖析保證人地位的內涵¹³⁷。這是因為除了「迴避可能性說」外，保證人地位成為各家說法是否能夠具備理論合理性的最終判斷標準。一來，學說見解逐漸意識到以「義務違反」作為歸責或不法要件一舉，必須受到更為實質的證立基礎¹³⁸；同時，對於「消極義務」與「積極義務」的區分，亦能夠迫使現今主流見解重新檢視自身不真正不作為犯，甚至是過失犯、幫助犯等理論架構。

最終，若僅是採取「形式說」的保證人地位，肯定是無法滿足上述脈絡中，對於義務違反作為可罰性要素一舉，要求正當化基礎的理論批判。因此，「實質化保證人地位」遂成為今後「義務違反說」的主要課題。然而，就本文至今為止的觀察，我國學說儘管已有意識，卻只有少數教授提出自身的實質化論述，這點甚為可惜。另一方面，透過許玉秀與周滢沂兩位教授的論文，能夠透過「法益保護＋體制義務」賦予保證人地位正當化基礎；還是必須回歸「自由法概念」的上

¹³⁷ 查近三年來有關不真正不作為犯之學術論文，例如林東茂、高金桂、周滢沂等教授均有專文或大篇幅討論保證人地位內涵。請參考：林東茂（2012），〈不純正不作為犯〉，收錄於：甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁 111-132，台北：承法數位文化；高金桂（2012），〈不作為犯與保證人義務〉，《軍法專刊》，58 卷 5 期，頁 146-167；以及周滢沂（2014a），同前揭註 11 文，。

¹³⁸ 國內文獻請參考黃榮堅（2012b），同前揭註 27 書，頁 380 以下、陳宏毅（2014），同前揭註 7 書，頁 80 以下、以及周滢沂（2014c），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《台大法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1532。此外，有關日本學界之討論亦請參考吉田敏雄（2006），〈過失犯の構造（二）：社会論理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系〉，《北海学園大学学園論集》，42 卷 1 期，頁 101-115；以及古川伸彦（2007），〈刑事過失論序説：過失犯における注意義務の内容〉，頁 132 以下，東京都：成文堂。

位架構，重新檢驗何種體制能與「自我負責原理」相融，這兩種學理的衝撞是否將帶來「義務違反說」理論探討的火苗，相當值得期待。



第四項 義務違反化的刑法理論

經過漫長的我國不真正不作為犯學說總整理後，不難發現問題的根源在於不真正不作為犯的規範型態，與解釋其犯罪構成時的落差。簡單來說，透過總則規定進而適用個別分則犯罪要件，由我國法所採用的這種規範型態，將造成不真正不作為犯在犯罪分類上，常常被視為是結果犯的一支。然而，隨著假設因果流程背後彰顯的規範色彩不斷被學說見解揭露，不真正不作為犯與一般作為結果犯間的差異亦受到重視。最終，我國有關不真正不作為犯的論述大多發展成，同時包含普通結果犯與義務違反犯兩者特點的混和體系，本文統整如下表：

表二：我國主流學說之整理

	因果關係	與結果犯之異同	義務違反之作用
獨立基礎說	否定或不重視	相異	可罰性基礎
迴避可能性說	假設因果流程	相同（附註一）	可罰性基礎
保證人義務說	假設因果流程	表面上相同（附註二）	違法性之補足
廣義等價值說	假設因果流程	相同（附註三）	實行行為性之補足

附註一：藉由將作為結果犯之結果歸責以迴避可能性替代，讓結果犯與不真正不作為犯成為相同之犯罪型態。

附註二：由於保證人地位的添加，此說實質上仍然認為不真正不作為犯在不法層次有別於一般結果犯。

附註三：由於本說的保證人地位是用來補足實行行為性，故以理論邏輯而言，最符合現今結果

犯的犯罪構成架構。



必須注意的是，不單只是不真正不作為犯理論呈現出這種以義務違反建構不法內涵的趨勢；在過失犯或共犯論中，也逐漸受到義務違反概念的影響，進而重新塑造以此為核心的論述模式。例如對於過失犯的實行行為，目前普遍均習慣藉由行為人有無違反「客觀注意義務」加以界定¹³⁹；同時造成過失犯的因果關係多半是以假設因果流程作為檢驗模型¹⁴⁰。另一方面，通過行為人違反義務的性質不同一事，而區分不罰之中性行為、幫助犯、及共同正犯之見解，也逐漸站穩刑法領域的腳跟¹⁴¹。也就是說，當代刑法理論的核心論述，已然被填充了許多義務違反的概念，無論是定義犯罪實行行為、過失實質內涵的建構、以及結果歸責判斷等，都能夠透過行為人有無違反特定義務而加以詮釋。

想當然爾，伴隨著上述的發展，今後刑法理論勢必將益發重視各種義務的內涵以及如何轉介到刑法領域中使用¹⁴²。然而，更為值得重視的地方則是，如同先前所提及「禁止規範」與「命令規範」(Armin Kaufmann)、或「消極義務」與「積極義務」(周滢沂教授)的種種區分。這種區分隱含有將整套刑法體系帶往全面義務違反化的傾向，易言之，原先以結果犯為基礎制定的當代刑法架構正面臨著典範轉移的階段¹⁴³。正如同李茂生教授精闢的指摘，這樣的刑法體系其最終態樣會是，不斷增設行為規範以強化社會發展中，因民眾相互往來及溝通所必須的雙重期待；而原初藉由法益概念的創設或現實結果發生的要求等，用以限制國家刑

¹³⁹ 有關過失犯論中，義務違反概念逐漸成為歸責判斷核心的介紹，請參考許恒達(2011a)，同前揭註 63 文，頁 707 以下；以及許恒達(2011b)，〈論瑕疵商品與共同過失責任：以最高法院 98 年台上字第 3125 號刑事判決及其歷審見解為討論中心〉，《興大法學》，10 期，頁 1-47。

¹⁴⁰ 請參考杉本一敏(2001)，同前揭註 69 文，頁 102 以下；古川伸彥(2007)，同前揭註 138 書，頁 51 以下；以及許恒達(2011a)，同前揭註 63 文，頁 707 以下。

¹⁴¹ 請參考照沼亮介(2005)，〈体系的共犯論と刑事不法論〉，頁 20 以下，東京都：弘文堂；以及山中敬一(2006)，〈中立的行為による幫助の可罰性〉，《関西大学法学論集》，56 卷 1 期，頁 34-134。

¹⁴² 例如：周滢沂教授對於保證人地位及客觀歸責理論的批判，請參考周滢沂(2012a)，同前揭註 11 文，頁 223 以下；以及同前作者(2012c)，同前揭註 138 文，頁 1469 以下。

¹⁴³ 例如：周滢沂教授之嘗試，請參考周滢沂(2012c)，同前揭註 139 文。

罰權發動之設計，亦將完全喪失作用而受到揚棄¹⁴⁴。

若暫且不論上述有關刑法理論究竟該何去何從的深層憂慮，將討論的視角拉回本文主軸之不真正不作為犯論。能夠總結我國學說見解如下：首先，雖然在現今的論述中，「形式說」的保證人地位仍然受到多數意見所採納。然而，隨著義務違反概念大舉入侵刑法體系，學界逐漸開始反思不同領域的義務違反與刑事不法內涵間的適用關係，縱使「形式說」能夠擁有明確性方面的優點；最終仍必須面臨「實質化運動」的挑戰，而傾向於「實質說」的理論精神。

再者，「實質說」所隱含的內涵，更是不同論者對於刑法圖像的相異設想。該如何透過深層的對話，以統合出固定而可預測的成罪範圍，並提供給實務見解使用，則是「實質說」永遠無法逃避的學術責任。否則，再如何一貫的刑法價值觀念；或是再怎麼實質的保證人地位，都只能說是學理討論上的興趣。

第三節 本章之結論

在這一章中，本文試圖針對不真正不作為犯，以我國實務判決及學說見解為核心，進行若干考究。以結論而言，不管是實務或是學者，對於不真正不作為犯的可罰性基礎或成罪要件，均未產生定見；不過兩者也都存在著朝向特定解釋取徑持續發展的傾向。前者是以「刑事政策」的考量為依據，巧妙運用學界所創出的各種要件或判斷標準，就不同時期被認定為應當由刑法處理的相異不作為態樣，做出有無罪的判決。相較於此，後者則是受到義務違反概念的影響，逐漸建立起能夠篩選具備刑事處罰正當性的「命令規範（或積極義務）」之標準，並進一步證成專屬於不真正不作為犯的可罰性基礎。

如前所述，我國法院進行判決時，鮮少針對特定犯罪類型闡述自身所依循的可罰性基礎，進而透過可罰性基礎梳理犯罪成立要件的適用；儘管這種作法存在

¹⁴⁴ 請參考李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁145-153。

著因應社會需求而改變自身見解的能動性，但同時卻不利於學理上的討論，也因此造成研究效益的低落。此一缺點亦能夠從學界與實務的溝通往往只能透過類型化法院判決見解，進行個案判斷上的批判或整理；而無法產生有關大範圍趨勢變動、或是可罰性基礎之深度評析的傾向中看出。

另一方面，我國刑法學界之所以會存在著如此多元的不真正不作為犯論述，其實主要因素是源自於，在漫長的不真正不作為犯理論史上，不同的學者就不同的典範主宰期間，汲取了不同的養分。若僅是片面針對單一理論的合理性進行批判，而忽略該理論背後所蘊含的價值預設或實際社會態樣，往往無法做出妥當且公允的評價。是以，本文雖然於上述針對我國不同的學說見解，依照純粹理論合理性的面向，指摘該見解內部是否有所矛盾、或是否有尚未處理之課題。然而，真正想要理解不同學說間的實質內涵與差異，如果不知道理論史的發展脈絡以及社會客觀情勢的變遷，上述的批判仍只能說停留於表面的層次。也因此，在下一章節中，本文即試圖耙梳自古至今各時期不真正不作為犯的解釋方式，與影響該解釋方式做成的種種外在因素。

第四章

不真正不作為犯之理論發展史與學說綜覽



從十九世紀初期開始，德國受到啟蒙運動影響，在刑事立法上，罪刑法定主義與結果責任主義等精神，成為制定諸多邦國刑法典時的重要參考指標¹；同時就刑法解釋學的層面，隨著學說理論持續深造，諸如行為原理（Tatprinzip）及責任原理（Schuldprinzip）等許多至今仍然被推崇的解釋原則，亦是於當時才真正被普遍所接納²。作為本文主軸的不真正不作為犯理論爭議，在上述德國刑法學逐漸萌芽的時期，即以「不作為是否能夠成立犯罪」的問題意識，受到學者與法官們的重視³；其後歷經兩百餘年的光陰，始發展成當下我們所見，議論紛雜且方興未艾的各種不真正不作為犯見解。

也因此，無論是本文在第二章中所進行的比較法制史研究、或者是第三章的我國實務及學說概觀與批判，都無法脫離不真正不作為犯理論歷史的脈絡。如先前所述，我國刑法第十五條實乃承襲自德國一九二七年刑法草案，而當時德國在威瑪共和統治下，由新康德主義所推崇的價值多元論所建構的憲政精神，勢必也強烈影響著解釋我國不真正不作為犯的方式；除此之外，我國不真正不作為犯的論述重點從「因果關連說」，大範圍轉移到「義務違反說」的趨勢，亦能夠在上述理論發展史的洪流中，尋得相異學說的立論根據、以及主流思潮變遷的原因。

舉例言之，將保證人地位固定為構成要件要素的論者，正是同樣身為該說創始人的 Nagler；然而，若忽略自一九三〇年代起，Dahm、Schaffstein 等納粹刑法

¹ 請參考梅崎進哉（2001），〈刑法における因果論と侵害原理〉，頁 75 以下，東京都：成文堂；生田勝義（2002），〈行為原理と刑事違法論〉，頁 10 以下，東京都：信山社。

² 就行為原理的介紹，請參考生田勝義，同前揭註 1 書，頁 10 以下；就責任原理的部分，請參考甲斐克則（2005），〈責任原理と過失犯論〉，頁 1 以下，東京都：成文堂。

³ 請參考名和鉄郎（1971），〈ドイツ不作為犯論史（I）〉，《静岡大学法経研究》，20 卷 2 期，頁 1-55；以及堀内捷三（1978），〈不作為犯論：作為義務論の再構成〉，頁 5 以下，東京都：青林書院新社。

學者持續對於原初刑法精神的破壞如此之歷史背景⁴，而單純就理論層面理解保證人地位說的話，即無法正確掌握為何 Nagler 堅持將保證人地位與保證人義務嚴格區分，並試圖藉由前者補充不作為所欠缺的實行行為性⁵。

再者，如果僅從「積極義務」的證立層面檢視諸如德國學者 Schünemann 提出的「支配領域說」、或西田典之及佐伯仁志兩位教授所採行的「排他性支配領域說」等見解，則很容易像是許玉秀或周滢沂教授一般，得出「以實然的支配概念證立作為應然命題的積極義務」之困境⁶。然而，上述兩種支配說的出發點均為「以支配概念重新理解因果關係判斷」，而非屬單純的違反積極義務，故無法直接透過「義務違反說」的觀點進行批判⁷。

總結而言，正如同本文已然強調，若純粹只是將歷史洪流中曾經被主張過的各種不真正不作為犯論述，一一臚列說明並加以批判的作法（即本文在第三章中所採取的模式），或許能夠說是相當完整的學說見解整理。但就批判的部分而言，則往往是流於單純邏輯檢證；或是無法置身於批判對象的脈絡中，針對該說法的核心部分加以攻擊⁸。這也是為什麼在前一章節中，本文只試圖指出「義務違反說」逐漸作為現今我國不真正不作為犯論述的主流趨勢，而並未進一步深究「義務違反說」典範下，各種細部論述的具體內涵與批判。

因此在本章中，本文首要目標即屬：具體掌握造成不真正不作為犯見解產生質變的各種外在動力，也就是將刑法理論史內部曾經出現，能夠影響不真正不作為犯解釋的數次典範轉移置於探討的核心。進而，透過典範轉移的視角，試圖建立起不同時期不真正不作為犯理論間的辯證關係（第一節）。

其次，以上述的理論辯證關係為骨架，本文也嘗試在自身的能力極限內，將

⁴ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 50 以下。

⁵ 詳細論述請參考本章第一節中，對於 Nagler 學說的介紹。

⁶ 請參考許玉秀（1997a），〈前行為保證人類型的生存權？與結果加重犯的比較〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁 379-442，台北：自刊；以及周滢沂（2014a），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《台大法學論叢》，43 卷 1 期，頁 209-269。

⁷ 詳細論述請參考本章第二節中，對於「支配領域說」及「排他性支配領域說」之介紹。

⁸ 若想深入了解本文在本章採用的方法論，可參考梅崎進哉教授於同前揭註 1 書，針對侵害原理與因果關係所為之精闢考據。

絕大多數的不真正不作為犯見解，不僅包含在自身說明的射程範圍；更能夠清楚地，在理論發展的軸線上，定位這些紛雜且相互攻訐的學說見解（第二節）。同時，針對自古至今的不真正不作為犯理論，藉由縱向（歷史發展）及橫向（細部理論）的立體考掘，先前本文於前兩章中所進行，我國立法及學說、實務具體適用的分析，也可以更有系統地重新深入理解（第三節）。而上述都是為了本文在下一章節中，試圖展開對於現有不真正不作為犯理論發展趨勢（即義務違反說）的實質批判，所必要之前階段準備工作。是以，最終本文亦將提示若干批判途徑，作為本章的結論（第四節）。

第一節 不真正不作為犯的理論辯證史

—以刑法中的典範轉移為核心—

第一項 概述

在近代刑法理論史中，公認最引人注目的典範轉移當屬二戰剛結束時，由「目的行為論」創始者 Welzel 以人類行為之目的性，重構長期以來被「因果行為論」所掌控的行為論內涵⁹。如此一來，刑法賦予行為人遂行之特定行為評價時，判斷的核心對象已然從客觀的因果關連性，轉向於主觀的目的指向性¹⁰；也因此，即使「目的行為論」於一九八〇年代後，已鮮有學者主張，但行為人的主觀被牢牢刻入構成要件的檢驗中¹¹。

⁹ 請參考許恒達（2010），〈行為非價與結果非價：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期，頁215-300；以及蔡聖偉（2013），〈德國犯罪理論演進簡史〉，收錄於：蔡聖偉（著），《刑法問題研究（二）》，頁1-26，台北：元照。

¹⁰ 請參考許恒達（2010），同前揭註9文，頁227以下。

¹¹ 例如在目的行為論後的「後目的主義時期」，雖然已不如目的行為論般賦予行為概念高度期待；但仍不改將行為人主觀視為不法內涵的做法。請參考，蔡聖偉（2013），同前揭註9書，頁16以下。

如果說 Welzel 帶來的改變是源自於其信仰的「人本思想價值哲學」¹²；另一方面，「舊過失犯論」逐漸被「新過失犯論」取代的體系轉變，則是彰顯出受到諸如工業發展與社會習慣變遷之影響，刑法解釋學對於新型態風險活動的相對回應¹³。詳言之，二十世紀初期開始，大量且快速流動的交通系統確立、高危險性且大規模的工業社會誕生，一方面以「因果關係＋主觀過失」的歸責體系已然無法妥善處理當時劇烈膨脹的交通與公安意外；另一方面，若貿然將交通或工業行為視為違法行為，則勢必造成上述體系的崩毀¹⁴。因此，透過行政管制規範或內部行為準則，在構成要件階段排除「有危險但能被容許」的行為，成為相當具有吸引力的理論模型¹⁵。

由這兩波刑法理論史的鉅變可以觀察到，往往影響刑法解釋學甚深的典範轉移，多半源自刑法系統外的價值體系變動或是社會環境發展。而有關不真正不作為犯的典範轉移亦無例外，本文簡單概述如下：

Feuerbach 於十九世紀前葉介紹並引入德意志地區的「啟蒙主義刑法觀」，可以被視為確立當代德國刑法理論基礎的最初典範設立¹⁶。然而，以罪刑法定主義及侵害原理為核心依據的啟蒙主義刑法觀，毋寧是十六世紀以來，統治學理論透過「法律主義」與「自由主義」等政治哲學，對於絕對王權展開攻擊而產生的制度改革之一環¹⁷（初次典範建立）。

其次，十九世紀中葉到二十世紀初期的近一百年間，無論是科學或哲學的領域，均呈現相當多元的發展面貌。首先，以當時盛行的實證主義方法論為基底，

¹² 請參考王安異（2009），〈穿越價值哲學：韋爾策爾（Welzel）的人本刑法思想研究〉，《政大法學評論》，108 期，頁 1-62。

¹³ 請參考花井哲也（1977），〈過失責任の問題としての許された危険：社会科学篇〉，《千葉敬愛經濟大學研究論集》，13 期，頁 23-42；以及中山敬一（著），周慶東（譯）（2012），〈現代社會中的事故與過失犯〉，《東海大學法學研究》，38 期，頁 1-32。

¹⁴ 請參考花井哲也（1977），同前揭註 13 文，頁 26 以下；以及井田良（著），黃士軒（譯）（2014），〈關於日本過失犯論之現況〉，《月旦法學雜誌》，235 期，頁 283-295。

¹⁵ 請參考許恒達（2011a），〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 707-788。

¹⁶ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 93 以下，以及 Klaus Hoffmann-Holland、Matthias Simonis（著），滝沢誠（譯）（2012），〈近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アルゼルム・フォイエルバッハ過去と今日の刑法上の諸原則〉，《日本法學》，77 卷 4 期，頁 1-24。

¹⁷ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 93 以下。

所謂的「科學至上主義」不斷滲入各種學科理論當中¹⁸，刑法理論自然也無法逃脫實證主義的拆解與再構¹⁹。在相同時期內，新康德主義論者將世界切割為實然與應然二分的理解，某種程度上賦予刑法理論無法全面獲得實證化時的解套途徑²⁰。然而，這兩股科學與哲學層面對於刑法解釋學的衝擊，也成為型塑當今不真正不作為犯學說的重要基底（第一次典範轉移）。

二十世紀初期從根本撼動刑法理論的變革，自不待言是納粹主義的興起。其對於「啟蒙主義刑法觀」的揚棄，造成諸如罪刑法定主義等原則不再拘束刑法理論的發展²¹；此外，上述變遷與本文於上一章中已略有提及，所謂「刑法實質違法觀」的提倡相結合，產生全新樣貌的不真正不作為犯理論。有趣的是，同樣是在納粹主義猖獗的一九三〇年代，學者 Nagler 透過「保證人地位說」的提出，試圖將受到納粹主義刑法學者破壞的重要原則，重新寫入不真正不作為犯的解釋中²²（第二次及第三次典範轉移）。

最終，戰後由學者 Welzel 主張的「目的行為論」與「價值哲學」，藉由其弟子 Armin Kaufmann 進一步適用於不真正不作為犯上²³，無論是對於不作為本身的行為論層面；或者是與刑法歸責息息相關的價值層面，Armin Kaufmann 均對於當時的主流見解，做出相當震撼的批判²⁴。而另一方面，上述 Armin Kaufmann 的批判亦開啟不真正不作為犯於犯罪態樣、規範型態、以及不法內涵的全新戰場。是以，自一九五〇年代末期，「實質化保證人地位運動」遂吸引諸多刑法學者獻身鑽研，進而提出內容繽紛且旁徵博引的各種不真正不作為犯解釋論²⁵（第四次典

¹⁸ 請參考陳瑞麟（2010），〈科學哲學：理論與歷史〉，頁 7 以下，台北：群學。

¹⁹ 請參考許玉秀（2000），〈犯罪階層體系及其方法論〉，頁 73 以下，台北：公益信託春風煦日學術基金；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 133 以下。

²⁰ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 79 以下；以及鍾宏彬（2012），〈法益理論的憲法基礎〉，頁 68 以下，台北：公益信託春風煦日學術基金。

²¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 50 以下。

²² 請參考名和鉄郎（1973），〈ドイツ不作為犯論史（Ⅱ）：方法論の問題に關連して〉，《静岡大学法経研究》，22 卷 1 期，頁 27-54。

²³ 請參考名和鉄郎（1974），〈ドイツ不作為犯論史（Ⅲ）：方法論の問題に關連して〉，《静岡大学法経研究》，22 卷 3 期，頁 59-102；以及堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 83 以下。

²⁴ 詳細說明請參考本文下述之討論。

²⁵ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 59 以下；以及許玉秀（1997b），〈論西德刑法上保證人地位之實質化運動〉，收錄於：許玉秀（著），同前揭註 6 書，頁 325-378。

範轉移)。

在底下的篇幅中，本文即針對以上所提出，劇烈影響不真正不作為犯解釋途徑的五種刑法理論史上典範轉移，進行細部的論述。礙於時間關係，本文主要著重於特定的典範轉移，究竟造成不真正不作為犯的可罰性基礎什麼樣之影響。當然，就典範本身內涵的介紹，以及迫使刑法典範轉移的社會背景、或其他學科的重要變遷，本文亦將盡可能簡單地進行考察。

第二項 原初典範的建立與處罰不作為的例外性

第一款 啟蒙主義政治哲學

如果在十六世紀前葉 Machiavelli 寫成的「君王論」，能被視為是以君王為治理之核心人物，這種統治典範的理論集大成²⁶；相對於此，Hobbes 在十七世紀中期出版的「利維坦」一書，則可稱得上是近代所熟知的社會契約論統治典範之鼻祖²⁷。早在 Machiavelli 身處的文藝復興時代，傳統以基督教神學為基底的世界觀；以及「雙劍理論」與「君權神授」等基督教統治理論，均受到嚴重的挑戰²⁸。也因此，由上帝作為擔保的君王絕對權力正當性，亦不復存在。在政治哲學的層面上，思想家們亟需找尋全新統治技術的模型²⁹。

首先是 Machiavelli 透過「治理理性」的建立，以「有效統治」取代原先的上帝意旨，成為正當化君王權力的理據³⁰。其後的 Hobbes 則是以「工具理性人」的形象為出發點，藉由「自然狀態」的思想實驗，建立起以「同意」作為正當化來

²⁶ 請參考南充彦（2007），〈中世君主制から近代国家理性へ〉，頁 262 以下，東京都：成文堂。

²⁷ 請參考 M. Foucault（著），錢翰（譯）（2010），〈必須保衛社會：法蘭西學院演講系列 1976〉，二版，頁 63 以下，上海：人民出版社。

²⁸ 請參考南充彦（2007），同前揭註 26 書，頁 262 以下。

²⁹ 請參考陳思賢（2004），〈西洋政治思想史：中世紀篇〉，頁 1 以下，台北：五南。

³⁰ 請參考南充彦（2007），同前揭註 26 書，頁 262 以下。

源的統治技術³¹。儘管 Machiavelli 與 Hobbes 在想法上雖然多有歧異，但就如何透過「人」的觀點、及「理性」的媒介，為統治者取得正當性基礎一舉，兩者的理念是全然相同的³²。另一方面，除了思想層面的轉變外，在現實世界中，隨著美國獨立以及法國大革命的爆發，人們逐漸建立起以個人「自然權利」為核心，並透過社會契約論產生的憲政制度進行保障，所謂的近代國家雛形。而 Rousseau、Montesquieu 等理論家的主張，也被寫入美國憲法或法國人權宣言，獲得真正的實現。

在上述的統治理論中，必須防止人民的自然權利受到國家權力的侵犯，因此唯有事先經由人民自行同意，且被明文規定時，國家始被賦予徵收人民財產、或是剝奪人民自由的權力。這種概念也逐漸發展成「罪刑法定主義」與「租稅法定主義」等現代法體系之原理原則³³。除了透過形式上的法定主義限制國家權力外，啟蒙時代的哲學家們試圖更進一步藉由分析自我與他者間的自由領域框架，建立起更為實質的自由法概念，並以此劃定統治權運作的內在規範。例如著名效益主義哲學家 John Stuart Mill 即以個人擁有不受到任何他人限制的「消極自由」為核心，推導出唯有滿足「侵害原理」時，政府限制人民自由的舉措才能被正當化³⁴。也就是說，只有在個人行使自由的過程中，將侵害他人權利時，國家才有權力禁止人民繼續從事該行為；並針對已經造成的侵害，處罰特定行為人³⁵。

從以上所介紹的啟蒙主義政治哲學中可以發現，十七世紀開始有關於國家統治的探討，多半是以正當化或限制國家侵害人民權利為核心所進行的。也因此，對於當代憲政體系與刑事法領域有著舉足輕重的貢獻。無論是作為發源地的英法

³¹ 請參考張桐嘉（2008），〈論霍布斯的主權概念〉，《國立臺灣大學法律研究所碩士論文》，頁 120 以下。

³² 請參考陳俊宇（2012），〈馬基維利與霍布斯政治哲學中的人性論與政治實踐〉，《東吳大學政治學研究所碩士論文》，頁 107 以下。

³³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 60 以下。

³⁴ 請參考 J. S. Mill（著），程崇華（譯）（1986），〈論自由〉，頁 86 以下，台北：唐山；以及 J. Feinberg（著），方泉（譯）（2013），〈刑法的道德界線（第一卷）：對他人的損害〉，頁 1 以下，北京：商務印書館。

³⁵ 請參考 J. S. Mill（著），程崇華（譯）（1986），同前揭著 34 書，頁 86 以下；以及 J. Feinberg（著），方泉（譯）（2013），同前揭註 34 書，頁 1 以下。

兩國、或是發展較為緩慢的義大利、德意志等國家，都存在有刑法學者將啟蒙主義政治哲學運用於刑事立法及解釋學中³⁶。而現今我們所熟知的諸多刑法原則，即屬當時所確立的原初典範之一環。



第二款 啟蒙主義刑法理論

雖然諸如 Montesquieu、Rousseau 等政治哲學家均曾在自身的論著中，提及啟蒙主義的刑事法規範應有之內涵，但都不過是鳳毛麟角般地淺談為止³⁷；真正被公認以啟蒙主義思想建構完整刑罰與刑事法論述的第一人，首推 Beccaria。在其享負盛名的「犯罪與刑罰」一書中，Beccaria 藉由區別三種規範類型，即「啟示（神法下的道德）」、「自然法（道德的自然理念）」、與「社會契約（道德的政治理念）」，闡明在「宗教領域」、「自然法領域」、以及「政治領域」中，存在不同的道德判斷標準³⁸。因此，Beccaria 指出政治領域中道德與否的判斷儘管不宜大幅逾越前兩項的結論；然而，也不會取決於神法或道德情感的要求³⁹。

上述 Beccaria 所試圖切割的，正是啟蒙主義理論家不斷強調，人類統治與宗教或道德準則的截然二分。如此一來，長期受到基督教義所產生的義務、與國王恣意制定的道德浸染的刑事法領域，獲得自身獨立價值判斷的根基，也就是「社會契約論刑法觀」⁴⁰。在 Beccaria 的設想中，政治領域的道德判斷必須回歸社會契約論的本質，也就是說，惟有契約訂立者的個人利益、以及整體社會的公眾利益才能夠作為國家刑罰權的正當化事由⁴¹。基於此一立場，刑事犯罪的定義自然

³⁶ 請參考何勤華、夏菲編（2006），〈西方刑法史〉，頁 197 以下，北京：北京大學出版社。

³⁷ 有關於 Montesquieu 的刑法觀介紹，請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 36 書，頁 197 以下；而對於 Rousseau 如何從社會契約論推導出刑法內涵，請參考仲正昌樹（2013），〈《法と自由》講義：憲法の基本を理解するために〉，頁 129 以下，東京都：作品社。

³⁸ 請參考 C. Beccaria（著），李茂生（譯）（1992），〈犯罪與刑罰〉，頁 10 以下，台北：協志工業出版；以及仲正昌樹（2013），同前揭註 37 書，頁 142 以下。

³⁹ 請參考 C. Beccaria（著），李茂生（譯）（1992），同前揭註 38 書，頁 10 以下。

⁴⁰ 請參考仲正昌樹（2013），同前揭註 37 書，頁 142 以下。

⁴¹ 請參考 C. Beccaria（著），李茂生（譯）（1992），同前揭註 38 書，頁 10 以下；以及鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 11 以下。

不應從宗教教義或道德情感中產生；相對的，唯有特定行為本身所蘊含的「社會侵害性」才能夠正確指出，何者屬於真正的犯罪（即政治領域中的不道德行為）

⁴²。

從「犯罪與刑罰」的第二十五章開始，Beccaria 耗費許多篇幅在說明什麼樣的「社會侵害性」足以被認定為刑法中的犯罪⁴³。自不待言，此舉正是為了落實「社會契約論刑法觀」的理念，將違反宗教或道德戒律的處罰逐出刑法的領域。同時，Beccaria 也強調國家必須在法有明文的前提下，始能對於人民施予刑罰，一來是基於犯罪預防效果的最大化；另一方面更是避免國家透過不明確的刑法規定與解釋，再次將道德戒律或君主恣意認定的犯罪偷渡進刑法中⁴⁴。

此刻，本文擬將討論的焦點轉移到影響我國較深的德國刑法學界；於十九世紀初期，Feuerbach 介紹 Beccaria 的啟蒙主義刑法理論進入巴伐利亞邦國，成為德國刑法之父。因為 Feuerbach 的貢獻不僅只是思想傳遞，其所主導制定的一八一三年巴伐利亞刑法典（下稱一八一三年刑法典），即被認為是日耳曼地區第一部全面以啟蒙主義思潮為宗旨的刑事法規範⁴⁵。

在一八一三年刑法典中，Feuerbach 試圖具體落實 Beccaria 的核心理念，將刑法的犯罪種類盡可能侷限在符合「社會侵害性」要求的範圍內⁴⁶。也就是說，除了某個人的行為已然侵害他人或社會的利益，國家不具備其他任何發動刑罰權的正當化理由。為了更進一步限定所謂的「社會侵害性」，Feuerbach 主張能夠作為犯罪客體的利益，必須是個人所擁有的權利或維護該權利所建構的社會體制⁴⁷。同時，Feuerbach 亦強調上述的權利或社會體制必須在刑法典中受到承認，因此，

⁴² 請參考 C. Beccaria (著)，李茂生 (譯) (1992)，同前揭註 38 書，頁 10 以下；以及鍾宏彬 (2012)，同前揭註 20 書，頁 11 以下。

⁴³ 請參考 C. Beccaria (著)，李茂生 (譯) (1992)，同前揭註 38 書，頁 100 以下。

⁴⁴ 請參考 C. Beccaria (著)，李茂生 (譯) (1992)，同前揭註 38 書，頁 156 以下；以及仲正昌樹 (2013)，同前揭註 37 書，頁 164 以下。

⁴⁵ 請參考梅崎進哉 (2001)，同前揭註 1 書，頁 75 以下；以及陳惠馨 (2011)，〈《1813 年刑法典》：十九世紀德國現代《刑法典》典範〉，《法制史研究》，20 期，頁 161-188。

⁴⁶ 請參考梅崎進哉 (2001)，同前揭註 1 書，頁 75 以下；以及何勤華、夏菲編 (2006)，同前揭註 36 書，頁 255 以下。

⁴⁷ 請參考許恒達 (2011b)，〈刑法法益概念的茁壯與流變〉，《月旦法學雜誌》，197 期，頁 134-151；以及鍾宏彬 (2012)，同前揭註 20 書，頁 17 以下。

罪刑法定主義的內涵也獲得侵害原理的填補⁴⁸。

Feuerbach 在解釋論的領域，更是確立諸多近代刑法理論的典範。首先，其將「侵害原理」與「行為主義」相結合，深化當時並不發達的歸責體系，且充分發揮「侵害原理」的核心精神⁴⁹。詳言之，Feuerbach 主張唯有客觀存在的行為，才能夠造成客觀存在的侵害；另一方面其亦區分造成侵害發生的「直接原因」與「間接原因」，讓正犯與共犯的結果歸責能夠清楚判斷⁵⁰。再者，無論是「違法評價的客觀化」或「責任原則」的建立，都能夠說是 Feuerbach 所塑造出的刑法原初典範之一環⁵¹。

第三款 處罰不作為之例外性

在「犯罪與刑罰」一書中，Beccaria 儘管並未直接闡明自身對於不作為犯的見解；只有針對不從事勞動的人民，在第三十四章「社會性的無為」內，主張這種偷懶的行為不應以刑法相繩⁵²。然而，此類「社會性的無為」與現今刑法理論的不作為犯，本質並不相同。除此之外，Beccaria 在第二十五章「犯罪的區分」內，指出依公共福祉的觀點且法律有明文規定時，刑法能夠處罰不為特定行為之行為人⁵³。由此，似乎可以推知，Beccaria 原則上否定不作為能夠成立刑法上的犯罪；只有當特定作為攸關公共福祉時，立法者得透過明文規定的方式，例外施予處罰。

相較於 Beccaria 的不明確，Feuerbach 對於刑法是否應處罰不作為犯一事，無論在立場選擇或理由說明上，均曾在自身著作中詳加解釋。首先，由於在 Feuerbach

⁴⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 116 以下。

⁴⁹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 93 以下；以及生田勝義（2002），同前揭註 1 書，頁 53 以下。

⁵⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 93 以下。

⁵¹ 請參考 Klaus Hoffmann-Holland、Matthias Simonis（著），滝沢誠（譯）（2012），同前揭註 16 文，頁 538 以下。

⁵² 請參考 C. Beccaria（著），李茂生（譯）（1992），同前揭註 38 書，頁 126 以下。

⁵³ 請參考 C. Beccaria（著），李茂生（譯）（1992），同前揭註 38 書，頁 100 以下。

的設想中，刑法理應只處罰「透過客觀存在的『行為』，進而造成他人現實『權利侵害』」之人，而原則上不作為並無法被包含於此，因此不屬於刑法能夠發動的射程範圍內⁵⁴。

但是從一八一三年刑法典的規定中可以發現，或許是 Feuerbach 無力反抗當時統治階級或社會大眾對於「違反義務亦須受到刑事制裁」此一觀念的肯定；也可能是 Feuerbach 的侵害原理只貫徹於純粹刑法領域⁵⁵，在一七五一年巴伐利亞刑法典中大量規定的不作為犯罪（通常是不遵守宗教道德或行政管制的積極行為規定），雖然確實被移出普通刑事犯罪的範疇；但同時也脫胎換骨以「違警罰法」的規定，被原封不動保留下來⁵⁶。除此之外，一八一三年刑法典也針對部分的重重大結果犯罪，規定有「特殊身分者（如軍人、子女等）」以違背義務方式實現結果的犯罪類型⁵⁷。是以，就結論而言，Feuerbach 對於不作為犯在立法層面的態度，其實仍與 Beccaria 相似，亦即只有在例外情況且法有明文規定時，刑法處罰行為人單純不作為一事，始能被賦予正當性。

上述 Feuerbach 對於不作為犯處罰的態度，可以從其刑法教科書中獲得更為詳實的釋明。雖然當時的刑法學者並沒有如同現今一般，將不作為犯的犯罪型態劃分為真正不作為犯與不真正不作為犯兩類⁵⁸；然而，從 Feuerbach 的立法選擇上，已然可以看出概略區分的端倪。詳言之，若按照 Feuerbach 的見解，所有的不作為犯均屬違反作為義務而受到處罰，但義務的種類卻影響著犯罪規定的差異。其將違反宗教道德與行政管制義務的處罰置放於「違警罰法」中，某程度象徵此類義務不含有正當化刑事處罰所必須之侵害性⁵⁹；相對於此，只有是攸關他人具體

⁵⁴ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 7 以下；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 141 以下。

⁵⁵ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 127 以下。

⁵⁶ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 21 以下。

⁵⁷ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 4 以下；以及堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 7 以下。

⁵⁸ 要一直等到十九世紀中期，由 Ruden 明確區分後，真正不作為犯與不真正不作為犯才正式被學界所接受。請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 141 以下。

⁵⁹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 127 以下。

權利能否實現的特殊法律義務，才能夠透過行為人的不作為最終達成權利侵害的結果，進而滿足侵害原理的刑法正當化要求。而這也正是現今所熟知，Feuerbach 對於不作為犯所採取的「特殊法義務說」⁶⁰。

總結上述之介紹，透過 Beccaria 與 Feuerbach 等刑法學者的努力，十六世紀以來不斷發展茁壯的啟蒙主義思想，成功為刑事立法與解釋學塑造了最初的典範。亦即以「社會契約論」的統治模型作為論述基底，一方面透過「罪刑法定主義」與「侵害原理」，將刑事處罰限縮於實際造成個人或群體權利受損，且經由立法明文規定的情況下；且在另一方面，發展出「結果歸責理論」及「責任原則」等犯罪成立檢驗模式，試圖更進一步讓刑罰能夠正確施加在特定且應受歸責的行為人身上。

如此一來，不作為犯的處罰亦應受到相當的限制。首先，有必要如 Feuerbach 般，仔細區分行為人透過不作為所違反的義務內涵，將單純屬於宗教道德或行政管制的積極作為命令，逐出刑法的射程範圍。其次，由於不作為造成他人或社會實質權利侵害的情況，多半能夠經由民事程序或行政管制加以控管，故只有當該受損之實質權利內涵相對重大時，才有刑法發動的必要性。

第三項 實證主義的刑法圖像——不作為犯解釋論上的困境

第一款 牛頓力學與實證主義

隨著十八世紀牛頓透過力學的解析，人們認識世界的方式產生了劇烈的改變，萬物的變革均是源自於「力」的效用。例如地心引力的發現，解釋了萬物都會從高處往低處移動的現象。在上述古典力學的世界觀視角下，萬物均能夠看成是一部部精密機械，只要對於機械本身輸入一定的「力」，其就會臣服於力學法則而

⁶⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 127 以下；以及堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 7 以下。

開始朝著特定目標運轉⁶¹。

另一方面，十九世紀則是實證主義開始萌芽的年代，透過對於各種自然現象或生物反應的實驗（包含諸如將動物血液輸入人類體內等人體實驗），人們掌握到更多有關世界運轉的知識⁶²，並且逐漸產生「真正的知識是直接從經驗中發現的」，這種以經驗與實驗為認識方式的知識論典範⁶³。因此，無法被證明的理論，即被視為悖論，而理應受到揚棄⁶⁴。

上述牛頓力學世界觀與實證主義知識論的結合，雖然確實讓人類能夠理解外在世界諸多變化的成因；同時也在十九世紀中期趨向極端。在法國哲學家 Conte 的「實證哲學」一書中，將人類進化區分成「神學」、「玄學」、以及「實證」三個階段，主張運用科學的方法，不斷透過觀察、分類、與實驗來探求事物間彼此關係的作法，才是正確而可信的⁶⁵。上述 Conte 的說法，在十九世紀獲得廣大的支持，並且被適用在所有學科的建構上。無論社會學或法學的研究，普遍亦認為必須透過提出假說、以及用客觀經驗證實假說成立的階段，獲得正確無誤的認識。例如義大利犯罪學家 Lombroso 即可視為將 Conte 的「實證主義」用於犯罪成因探求的第一人。其針對監獄中犯人前額骨相的大規模檢驗，提出並試圖證實「生來犯罪人」的犯罪成因假說⁶⁶。

總結而言，實證主義論者嘗試為自然與人類現象，找尋發生的原因以及歸納出一定的規律。同時受到牛頓力學世紀觀的影響，運用物理性的「力」的傳導，成為解釋的核心要素。如此一來，原本被人們視為單一事件的自然現象，都可以進行不斷的拆解。舉例言之，在實證主義者的眼中，唱歌行為能夠被分解成「行為人施力」→「鼓動聲帶」→「產生空氣震動」→「體內共鳴」→「以唇舌改變

⁶¹ 請參考 J. Bronoeski、B. Mazlish（著），賈士蘅（譯）（1996），〈西方思想史〉，台北：國立編譯館。

⁶² 請參考 H. Tucker（著），陳榮彬（譯）（2014），〈血之秘史：科學革命時代的醫學與謀殺故事〉，頁 10 以下，台北：網路與書出版社。

⁶³ 請參考陳瑞麟（2010），同前揭註 18 書，頁 245 以下。

⁶⁴ 請參考陳瑞麟（2010），同前揭註 18 書，頁 83 以下。

⁶⁵ 請參考 D. Jary、J. Jary（著），周業謙、周光淦（譯）（2005），〈社會學辭典〉，台北：貓頭鷹。

⁶⁶ 請參考馬克昌編（2008），〈近代西方刑法學說史〉，頁 167 以下，北京：中國人民公安大學。

音頻」→「體外空氣振動、傳遞」→「自己與他者耳膜震動」→「感知到聲音」等一連串的事件鎖鏈，每個環節間的過渡都源自於「力」的傳導⁶⁷。另一方面，也正由於現象能夠拆解成細碎的因子，在因果關係的判斷上，實證主義論者亦發展出「 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」的模型，將兩個現象間的所有客觀條件均置入上述的模型觀察，若結果仍然發生，則該客觀條件便不是造成結果的原因⁶⁸。

第二款 實證主義刑法學

最初將上述實證主義理論運用在刑事法領域的，其實是在刑事訴訟法的層次上，一方面藉由「科學證據主義」取代「法定證據主義」，傳統以「鄰人審判」或「神判」為主的定罪模式，被「物證」、「證詞」等能夠經由實證的證據方法徹底淘汰⁶⁹。另一方面，則是對於描述犯罪客觀情狀的需求。在以往的審判中，由被告自身所陳述的犯罪流程與情狀，毋須透過證明，因為被告自白即代表其所言為真；然而，受到實證主義的影響，犯罪的行為與結果均必須經由客觀證據的證明，才代表其存在⁷⁰。後者的變革，同時也迫使刑法理論進行修正，例如對於犯罪結果的強調，即是因為犯罪成立必須限定在自然科學能夠觀測或證實的客觀事實變動⁷¹。是以，就連侵害社會利益的犯罪、以及未遂處罰規定等，如果沒有足以證明其存在的客觀事實變動，則依舊無法成立犯罪⁷²。

最能夠代表此部分發展的學說見解，當屬 Birnbaum 對於「權利侵害說」的批判。詳言之，Birnbaum 指出 Feuerbach 雖然試圖透過權利來界定犯罪結果；然而，

⁶⁷ 例如 Hume 的因果觀即為上述因果關係理論的代表。請參考高山守（2010），〈因果論の超克：自由の成立にむけて〉，頁 3 以下，東京都：東京都大学出版会。

⁶⁸ 請參考徐育安（2014），〈刑法上的因果關係與歸責：以不純正不作為犯為核心〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》，國立成功大學社會科學院法律學系等主辦，台南。

⁶⁹ 請參考葉志飛（2002），〈刑事訴訟自由心證主義之研究〉，《國立政治大學法律研究所碩士論文》，頁 45 以下。

⁷⁰ 請參考王兆鵬（2005），〈刑事訴訟講義〉，五版，頁 324 以下，台北：元照。

⁷¹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 75 以下。

⁷² 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 29 以下。

由於權利僅是抽象的概念，既無法受到危險更無法被現實破壞，與刑法中的犯罪結果必須是客觀存在的預設相違背⁷³。也因此，Birnbbaum 提出「財」的概念進行修正，藉由將某些客觀事態的存續視為刑法應保護之「財」，一方面能夠明確區分既遂與未遂（財是否消滅）；另一方面亦能從「財」的利益歸屬，決定該犯罪為個人法益或是集體法益之侵害⁷⁴。

另一個實證主義帶給刑事法領域的劇烈變動，則是對於歸責理論實證化的要求。在 Feuerbach 的刑法理論中，雖然要求行為與犯罪結果間必須具備一定的關連性（原因說），但其所強調的關連性毋寧是基於一般人普遍經驗上的判斷，而不具備任何科學知識的根據⁷⁵。相對於此，隨著實證主義在刑事訴訟法領域強調犯罪證明的實證性，也迫使學者不斷深化刑法理論中的「因果關係」。

若依前款所述，由牛頓力學所建構的世界觀來看，某客觀事件（A 事件）的發生肯定是由既已存在的某一客觀事件（B 事件）所造成，而 B 事件發生前，自不待言當然存在著足以引發 B 事件之 C 事件。同時，上述的事件連鎖在實證主義的要求下，必須是能夠通過實證或邏輯檢驗的。如此一來，Feuerbach 所主張的「原因說」即無法滿足實證主義在證明層面的需求，而逐漸被較為符合標準的「條件關係」取代⁷⁶。

第三款 不真正不作為犯的發現及因果說的挫敗

第一目 Luden 與不真正不作為犯

如前所述，Feuerbach 將不作為犯區分為兩種類型，違背屬於個人重大權利相關的特殊義務；以及對於宗教道德或國家行政義務的不遵守，主張前者才是具備刑事可罰性的犯罪；至於後者則是違警罰法的範疇。然而，Feuerbach 所堅持的侵

⁷³ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 30 以下。

⁷⁴ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 30 以下。

⁷⁵ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 148 以下。

⁷⁶ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 148 以下。

害原理，在解釋國家或社會層次的犯罪（例如叛國罪或偽造貨幣罪等）時，就如何界定實質侵害一事，本質上的不明確性屢屢遭受批判⁷⁷。也因此，在後來幾次刑法修正案中，藉由違警罰法與刑法二分，區隔出侵害原理與非侵害原理的處罰一舉，普遍不再受到立法者青睞，兩者逐漸合併而成為相同的規範型態⁷⁸。此一趨勢從在 Birnbaum 的「財」侵害說中更能夠彰顯無遺，原本 Feuerbach 試圖排除的國家目的遂行、宗教道德禁令、甚至是風俗習慣違反等，都可以藉由賦予其客觀上「財」的性質，而重新回到刑法領域的處罰範疇⁷⁹。如此一來，原先由 Feuerbach 透過兩種規範態樣區隔的不作為（義務違反）犯罪，在新修正的刑法典中已然合而為一。

基於上述發展所造成的理論衝擊，第一個提出改變聲浪的是學者 Luden。其主張 Feuerbach 單純僅用義務違反的種類進行區分，一方面混淆了「以義務違反為犯罪態樣的傳統不作為犯」、以及「以不作為的方式成立一般犯罪之特殊不作為犯」兩者間的差異；同時，就兩種犯罪型態均以義務違反說明的解釋途徑，更是忽略後者被規定為結果犯的立法模式⁸⁰。有鑑於此，Luden 將不作為犯以規範型態的不同重新分類，單純義務違反即構成犯罪的是「真正不作為犯」；透過不作為方式成立結果犯罪的則是「不真正不作為犯」⁸¹。這個分類不只沿用至今，更實質造成不真正不作為犯的解釋方法產生劇烈變遷。

第二目 各種因果說的出現與挫敗

既然不真正不作為犯已被 Luden 劃分到結果犯的範疇，按照當時刑法理論的一貫設想，則不作為與犯罪結果間勢必必須具備一定之因果關連性。然而，在牛頓力學的世界觀中，不作為屬於人類身體的「靜」，單純的「靜」顯然不會對於

⁷⁷ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 24 以下。

⁷⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 140 以下。

⁷⁹ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 32 以下。

⁸⁰ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 14 以下；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 141 以下。

⁸¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 14 以下。

外界事物產生任何足以造成另一事態發生的「力」⁸²。因此，若 Luden 的分類方式要獲得證立，則解決不作為如何造成犯罪結果發生的問題，成為不可避免的理論內涵。

自此之後，原本由 Feuerbach 以「特殊法義務說」暫時解決的不作為犯解釋，又再度獲得學說的重視，並展開五花八門、建構不作為與結果因果關連的嘗試。例如 Luden 自身主張的「他行為說」⁸³、或是由 Temme 及 Krug 等學者所提出的「前行行為說」⁸⁴、法官 Buri 與學者 Binding 所採用的「干涉說」⁸⁵等，都是在 Luden 將不真正不作為犯納入結果犯範疇後，試圖滿足結果犯以因果關係為成罪重心的基礎，而產生的不真正不作為犯論(詳細理論內涵，本文擬留待下一節進行說明)。

然而另一方面，在進入十九世紀中葉後，實證主義的影響逐漸入侵刑法解釋學的領域。就因果關係證明的層次而言，十九世紀初期以來，Feuerbach 主張的「原因說」與其後不斷深化的「優越原因說(Binding)」、「最有力原因說(Birkmeyer)」等論述，均是以區分「力」的質量為出發點，探尋刑法上應被歸責的主要原因⁸⁶。但這些見解在實證主義的視角下，皆屬於沒有辦法驗證而應被揚棄的偽科學⁸⁷；同樣地，上述對於不真正不作為犯的因果關係建構，亦必須通過實證主義的檢驗，才能夠被當時的主流思潮所接受。

可惜的是，無論是「他行為說」或「干涉說」，都沒有直接證明不作為與結果間的實存因果關係⁸⁸；至於確實能夠建立起因果關連性的「前行行為說」，卻因為違反責任原則而備受批判⁸⁹。是以，在這段期間內的不作為犯論述，皆未能滿足實證主義的要求，最終均不被廣泛接納。

⁸² 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁14以下；以及梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁141以下。

⁸³ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁16以下；以及梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁143以下。

⁸⁴ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁17以下。

⁸⁵ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁19以下；以及梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁144以下。

⁸⁶ 請參考梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁148以下。

⁸⁷ 請參考梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁150以下。

⁸⁸ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁16以下。

⁸⁹ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁17以下。



第四項 新康德主義與規範刑法學的結合

儘管實證主義確實帶給刑事法領域相當程度的證明嚴謹性，讓以往不甚明確的結果概念；以及受到裁判者主觀強烈影響的因果關連判斷，都能夠成為客觀且可經證實的成罪要素⁹⁰。然而，對於實證主義的堅持，也造成刑法理論非常大的麻煩，正如同上述不真正不作為犯解釋論遇到的困境，許多原本可以輕鬆處理的犯罪類型，因為實證主義的貫徹成為燙手山芋。

除了不真正不作為犯以外，針對幫助犯及教唆犯的處罰，Feuerbach 建構的「原因說」中，區分「直接原因」與「間接原因」一舉，讓前者能夠適用於正犯的結果歸責；後者則是毫無窒礙地，合理化幫助犯（物理上間接原因）以及教唆犯（心理上間接原因）的處罰理由⁹¹。相較於此，由實證主義刑法學的觀點來看，教唆犯賴以成立的「心理因果關係」，本質上已無法通過客觀實證的檢驗⁹²；至於幫助犯的「物理因果關係」，若以條件關係進行判斷的話，所有條件對於結果發生的貢獻皆屬相同價值，如此一來，幫助犯與正犯間的差異即變得曖昧不清⁹³。

最終，實證主義對於刑事法領域的衝擊，雖然留下諸如物證證明的重視、客觀結果的強調、以及條件因果關係的典範等，難以抹殺的重要貢獻。然而，原先由 Feuerbach 等啟蒙主義刑法學論者所建立且逐漸鞏固的解釋學架構，卻在這波巨浪下支離破碎，只剩些許殘骸仍保留在現今刑法理論內部。另一方面，在實證主義的浪潮後，重新接管十九世紀刑法解釋學走向，並試圖解決上述實證主義所引爆的理論困境的學說，正是新康德主義。

⁹⁰ 針對結果部分的論述，請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 29 以下；而對於因果關係部分的介紹，請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 152 以下。

⁹¹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 99 以下。

⁹² 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 153 以下。

⁹³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 153 以下。

第一款 新康德主義之概梗



其實十八世紀時期，Kant 即已嘗試媒合當時盛行的兩種認識論典範，也就是作為科學或邏輯實證主義前身的英國經驗主義；以及後來發展成德國觀念論的理性主義⁹⁴。而自十九世紀後期開始，以哲學學者為首的諸多學術領域，逐漸產生對於將科學實證主義毫無保留地適用於自身一舉的反思⁹⁵。特別是與人類道德規範息息相關的倫理學領域中，必須回歸由 Kant 分割的二元世界觀，亦即「感官世界」與「物自身」的區別，並重新擁抱 Kant 在建構倫理時，依然採用的形上學思考模式⁹⁶。

例如當時極力主張必須重拾康德主義的 Range 即認為，透過人類感官經驗、以及科學法則定理所認識到的「感官世界」，充其量只說明了外界事態接續發生的原因與動力；但並無法產生「應然面」的道德判斷，也因此，若僅憑藉科學實證主義建構整體人類世界觀，是有其侷限的⁹⁷。必須透過人類理性的補足，才能夠賦予外界事態意義、以及證立應然規範的倫理性⁹⁸。而上述的批判也透過科學實證主義在法學、心理學等領域中的挫敗，獲得相當程度的說服力。

進入二十世紀後，對於康德哲學的重視逐漸主宰了德國主流學界，並開創「馬堡學派」與「西南德意志學派（即海德堡學派）」兩支不同路線的新康德主義論述。其中又以 Rickert、Lask、及 Windelband 為首的「西南德意志學派」，其正是受到上述 Lange 的批判所影響，不僅承襲對於認識論的二元主義，更是以此出發建構出自身的「價值哲學」⁹⁹。諸如 Rickert 與 Windelband 均將客觀世界視為單純由自然物理法則所操控的狀態，萬物（包括人類活動）在客觀世界中呈現沒有目

⁹⁴ 請參考黃振華（2005），〈論康德哲學〉，頁 92 以下，台北：時英。

⁹⁵ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 80 以下。

⁹⁶ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 80 以下。

⁹⁷ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 81 以下。

⁹⁸ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 83 以下。

⁹⁹ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 85 以下。

的亦沒有任何意義的排列¹⁰⁰。舉例言之，「降雨」在客觀世界的描述只會是：當空氣中的水蒸氣在高空凝結成液態的水，且最終達到負載上限時，即會因為地心引力而掉落到地面上。除此之外，人類與動物的「進食活動」，也不過是飢餓所產生的自然反應，兩者間並沒有任何的差異。在上述描述裏頭，「降雨」與「進食」都不具備任何的價值或意義，只是被自然物理法則引導出的必然結果。

相對於此，唯有當人類透過自身經驗，認識「下雨」或「進食」等自然現象之後，進而利用自身所特有的理性能力，賦予種種外界事態「意義」與「價值」，並依照自身需求加以排序後，世界才呈現出如今我們所熟知的面貌。同樣舉下雨的例子說明，人類在認識到下雨這個自然現象發生、以及其後使植物得到水分或使事物潮濕等必然後果後，將針對自身的需求作出價值與意義的詮釋。像是透過滋潤農作物（正面價值）、或是淋濕衣物（負面價值）的判斷，降雨一事在人類世界中遂獲得不同的意義（天降甘霖或屋漏偏逢連夜雨）。

以這樣的認識論作為基礎，Windelband 等新康德主義學者強調必須區分「自然科學」與「文化科學」兩種領域。前者主要的貢獻在於不斷探索客觀世界的物理科學法則，讓解釋客觀事態發生成為可能；相較於此，後者的領域則是對於價值詮釋與價值判斷的研究，屬於純粹人類理性推論的產物，不受到客觀世界物理科學法則的影響¹⁰¹。因此，這兩種領域的研究方式不應如同實證主義所主張般，全然混同視之。

上述新康德主義對於實證主義的拒斥，讓十九世紀以來堅持以實證主義解釋人文、社會領域，所造成的諸多論理困境，獲得成功解套的途徑。簡而言之，既然「應然世界」不應受到「實然現象」的拘束，則歷史、法律、倫理學等價值相關的學科，即毋庸透過客觀實證的邏輯證成自身理論的合理性。

¹⁰⁰ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 85 以下。

¹⁰¹ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 85 以下。

第二款 新康德主義刑法理論



「西南德意志學派」中，將新康德主義具體適用於法律領域的是 Lask，身為 Rickert 的學生，Lask 同樣區分「價值領域」與「科學領域」，前者由文化（仍然停留在現實領域）所構成，並經由法學或倫理學對於文化的轉譯，始賦予價值而成為「價值領域」之一環；相較於此，「科學領域」則是試圖將所有現實概念進行更為精確的說明¹⁰²。如此一來，法學雖然是針對文化進行轉譯，但本質上仍然屬於純粹的價值領域¹⁰³。

受到 Lask 的影響，二十世紀初期的眾多刑法學者如 Mezger、E. Wolf 等人，都大幅度以新康德主義修正先前實證主義所建構的犯罪成立架構，並帶來所謂「規範刑法理論」的浪潮¹⁰⁴。

一九〇六年 Beling 所出版的「犯罪論」一書，可謂實證主義刑法學的集大成著作，其與 v. Liszt 共同奠定的「古典犯罪三階層體系」，將構成要件視為純粹客觀事態變動的描述與因果關係，因此是價值中立的；而違法性則是將構成要件所確定的客觀事態變動，由刑事不法觀點進行價值判斷；最終，到了罪責層次才會針對行為人的心理狀態進行主觀歸責的判斷¹⁰⁵。因此，在「古典犯罪三階層體系」中，構成要件的內涵即為實證主義的彰顯，惟有通過可供客觀檢驗的審查程序，始得進入價值或主觀的判斷¹⁰⁶。

有趣的是，基於新康德主義的價值哲學，猛烈批判「古典犯罪三階層體系」的，正是 Beling 的徒弟 Mezger。從 Mezger 的觀點來看，構成要件不可能只是純客觀的描述，這是因為客觀領域中，不存在任何「意義」與「價值」；如果構成

¹⁰² 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 85 以下。

¹⁰³ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 87 以下。

¹⁰⁴ 請參考蘇俊雄（1966），〈新康德學派價值論哲學對於近代犯罪理論之影響〉，《刑事法雜誌》，10 卷 4 期，頁 1 以下。

¹⁰⁵ 請參考今上益男（1967），〈構成要件該當性と違法性：不作為犯を一例とする構成要件論批判〉，《東洋法學》，11 卷 2、3 期，頁 95-126；以及許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 15 以下。

¹⁰⁶ 請參考今上益男（1967），同前揭註 105 文，頁 99 以下。

要件是判斷犯罪成立的一環，則勢必含有「價值領域」的判斷¹⁰⁷。這樣的論理基礎讓 Mezger 揚棄其師 Beling 的見解，主張構成要件仍然是刑法所為的價值判斷，無論是因果關係或侵害客體均無法脫離價值的色彩¹⁰⁸。是以，Mezger 的構成要件內涵中，即區分有所謂「描述性構成要件」及「規範性構成要件」，而後者則與違法性階層息息相關，甚至具有能夠推定違法的效果¹⁰⁹。

另一方面，就違法性的階層也能看到新康德主義的重大影響。儘管 Mezger 仍然站在反對 Binding 等「規範不法理論」論者的立場，認為不法概念的建構與行為人無關，因此光憑「決定規範」的違反，並不能讓刑法產生不法的判斷¹¹⁰；但是其亦承認，單純客觀事態本身並沒有刑事不法性可言，而必須透過「決定規範」與「評價規範」兩種不同的規範內涵，才能夠建構完整的刑事不法觀¹¹¹。詳細來說，Binding 等人重視的「決定規範」，在 Mezger 的設想下，儘管確實是整體法規範之取向，以要求行為人必須服從法規範所設定的行為準則；只不過「決定規範」產生效力的領域是在上述的「文化領域」，經由「法律領域」的轉譯（即將違反決定規範所產生的客觀事態視為刑事不法），最終則以「評價規範」的態樣彰顯於刑法中（即針對現實已然存在的客觀事態進行刑事不法的評價）¹¹²。換言之，刑事不法判斷是對於客觀事態所為之「價值評價」；而決定具備刑事不法之價值評價內涵的，正是「文化領域」中所產生的「決定規範」¹¹³。

同樣受到新康德主義影響的是學者 M. E. Mayer，其亦主張客觀事態的變動並不足以說明刑事不法內涵，而必須仰賴刑法以外的價值判斷（即 Lask 理論中的「文化領域」），因此所謂的刑事違法性在 M. E. Mayer 的觀點下，當屬行為人

¹⁰⁷ 請參考今上益男（1967），同前揭註 105 文，頁 103 以下。

¹⁰⁸ 請參考蘇俊雄（1968），〈德國法學大師梅芝格對於刑事法學的貢獻〉，《刑事法雜誌》，12 卷 2 期，頁 11-20。

¹⁰⁹ 請參考今上益男（1967），同前揭註 105 文，頁 103 以下。

¹¹⁰ 請參考許恒達（2010），同前揭註 9 文，頁 223 以下。

¹¹¹ 請參考蘇俊雄（1968），同前揭註 108 文，頁 14 以下；以及許恒達（2010），同前揭註 9 文，頁 224 以下。

¹¹² 請參考許恒達（2010），同前揭註 9 文，頁 223 以下。

¹¹³ 請參考許恒達（2010），同前揭註 9 文，頁 223 以下。

的行為違反國家所承認的文化規範¹¹⁴。而上述新康德主義的刑事不法觀，進一步影響到一九三〇年代由基爾學派所展開的「實質刑事違法觀」運動，且無論是 Mezger、M. E. Mayer、或基爾學派中 Schaffstein、Dahm 等人，均走向新黑格爾學派的國家主義不法觀¹¹⁵。

第三款 以規範關係重新理解不真正不作為犯

如同本文在前一項中所述，自從 Luden 開始區分真正不作為犯與不真正不作為犯後，刑法學者被迫走出「義務侵害說」的庇蔭，嘗試建立起不作為與結果間的因果關係。然而，這些因果關連說要不無法通過實證主義的檢驗；要不就是違反刑法其他原則，始終無法成功解釋不真正不作為犯的結果歸責。正好在這個時點上，新康德主義批判實證主義方法論的說法逐漸受到重視，同時也被刑法學者廣泛採用，本來走到死胡同的不真正不作為犯解釋，突然浮現柳暗花明的生機。

第一目 社會性因果關係—假設因果流程的出現

新康德主義刑法學者依循「實然」與「應然」二分的理論預設，將刑法評價的對象仍然視為是客觀事態的變動；然而，刑法評價的內涵則屬於純粹「應然」層次的問題，與評價客體無涉。如此一來，結果與因果關係等原先只是單純描述性質的構成要件要素，均被賦予價值判斷的色彩¹¹⁶。例如 Binding 所建立的法益概念，即是透過將特定外界事態的變動濃縮進保護法益的抽象概念中，並以此替代構成要件結果的判斷¹¹⁷；亦或是 Mezger 在因果關係判斷所採取的「重要性說」，

¹¹⁴ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 95 以下。

¹¹⁵ 請參考鄭逸哲（1997），〈德國刑法學者與納粹主義〉，收錄於：刑事法學會（編），《現代刑事法與刑事責任：蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，頁 783-804，台北：新學林。

¹¹⁶ 請參考田中久智（1965），〈規範的構成要件要素の研究〉，《法政研究》，31 卷 5、6 期，頁 417-598；以及岡野光雄（1965），〈メツガーの因果關係論〉，《早稻田法学会誌》，15 卷，頁 33-66。

¹¹⁷ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 40 以下。

不外乎是對於條件關係中，被認定為無價值的條件，進行價值層面的評價¹¹⁸。

也就是說，刑法聚焦的核心已非現實上發生的客觀事態變遷，而是刑事不法理論如何「評價」這些客觀事態變遷。在這樣的論理基礎下，因果關係不過只是連結行為人與被評價的客觀事態間的橋樑，有無現實上的「力學式」因果關係已非重點，重點在於刑法針對該連結的價值判斷。故在十九世紀尾聲，學者 v. Bar 提出「不作為的因果性不存在於現實，而是存在於道德或法律的直觀中¹¹⁹」的說法時，所受到的批判也就不如當初 v. Buri 的「干涉說」所面臨的嚴峻。不僅如此，可以說自 v. Bar 以降，透過「假想中的因果關係」取代「現實中的因果關係」之作法，成功為不真正不作為犯的結果歸責開拓了一條康莊大道。

詳言之，在實證主義受到拒斥的因果關係論中，不作為就算無法在現實中確實造成結果發生，也不會妨礙刑法能夠對其加以評價。這是因為無論是行為人積極行為惹起結果、或者只是行為人對於結果的消極不阻止，皆能夠被認為是行為人與結果間的關連性，進而受到刑法的評價¹²⁰。此後，經由 Rohland 與 Kohler 等學者的持續深化，原先 v. Bar 所提出的「道德或法律直觀的因果關係」，被精煉為「『法律秩序』或『社會秩序』下的因果性」，不真正不作為犯的結果歸責方式自此便定於一尊¹²¹。

最終，就連原先採取實證主義刑法理論的 von Liszt，都倒戈支持根基於新康德主義的規範因果關係，並發展出所謂的「期待說」，達至規範主義不真正不作為犯理論的全盛時期¹²²。

第二目 由構成要件走向違法性

如果說實證主義刑法理論的戰場，是選擇在構成要件階段，建構出純粹客觀

¹¹⁸ 請參考岡野光雄（1965），同前揭註 116 文，頁 35 以下。

¹¹⁹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 40 以下。

¹²⁰ 請參考岡野光雄（1965），同前揭註 116 文，頁 44 以下。

¹²¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 40 以下。

¹²² 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 40 以下。

化的中立描述；則新康德主義刑法理論所著重的部分，應該就是試圖說明構成要件與違法性均屬刑法價值判斷的一環¹²³。簡單來說，法益概念的提出一方面抽象化構成要件結果，同時經由法益內涵的價值判斷，讓原先純粹客觀的構成要件結果明顯具有違法性判斷的色彩（如 v. Liszt 的對於 Binding 法益概念的修正）¹²⁴。而因果關係更是刑法透過自身價值的彰顯，從眾多行為人與結果間的關連性中（無論是現實或想像的關連性），選擇值得自身處罰的對象¹²⁵。

不真正不作為犯的解釋在上述的影響下，歸責的重心亦從現實的因果關係轉移到刑法的價值判斷¹²⁶。簡而言之，當法益侵害結果的發生被認定是源自於行為人「不為法所期待之積極作為」時，論者勢必要說明所謂「法所期待」的內涵究竟是什麼；也就是在追問，刑法憑藉著什麼根據而能夠評價行為人的不作為是違反規範要求的應然狀態¹²⁷。是以，Feuerbach 在十九世紀初提出的「特殊法義務說」又重新獲得重視，以此解釋何種不作為具備刑事不法觀點下的歸責性。

第五項 回歸構成要件論的保證人地位說

新康德主義刑法學與規範因果關係判斷的結合下，不真正不作為犯的解釋如上所述，透過假想出行為人若進行「法律所期待的積極行為」，則法益侵害結果不發生的假設因果流程，說明不作為與結果間具備一定之因果關連性；並將重點置於何種不作為該當於刑法不法內涵的選別。也因此，「法律所期待的積極作為」不僅是因果關係判斷的對象，更是彰顯刑事不法性的要素。易言之，就像是「規範性構成要件」一樣，要件本身無法透過客觀事態或文義解釋加以說明（例如猥褻、不法所有等規定），而必須先探求該犯罪於違法性的實質內容，才能清楚掌

¹²³ 請參考今上益男（1967），同前揭註 105 文，頁 104 以下。

¹²⁴ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 47 以下。

¹²⁵ 請參考岡野光雄（1965），同前揭註 116 文，頁 44 以下。

¹²⁶ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 40 以下。

¹²⁷ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 40 以下。

握該構成要件要素的定義¹²⁸。

然而，以結果論來看，這樣的不真正不作為犯解釋途徑卻在一九三〇年代造成莫大的悲劇，即「法定義務」的判斷與納粹刑法理論相互連動，而使用所謂「健全的國民情感」或「國家統治利益」，建構實質違法性的內涵；最終，不真正不作為犯賴以成立的「法律所期待的積極作為」急速肥大化，且成為統治者控制人民的最佳手段。有鑑於上述的發展，學者 Nagler 在其一九三八年出版的論文「不作為成立作為犯的問題性」中，即屬試圖與之抗衡的一種嘗試。始料未及的是，Nagler 沿襲 Binding 之用語，並改造而成的「保證人地位」，卻在二十世紀中期以降，搖身一變為當今不真正不作為犯論的核心概念。

是以，在下述中，本文擬優先探討規範主義刑法學的不真正不作為犯論，是如何走向納粹主義的陣營；並進一步觀察 Nagler 又是如何針對「基爾學派」等納粹刑法理論的內涵，透過保證人地位與其相抗衡。

第一款 從形式三分說到實質違法性說

第一目 新康德主義與形式三分說

由於新康德主義刑法理論的主要依據，乃是「從刑法外部的文化價值推導出刑事不法內涵」，進而「從刑事不法內涵建構構成要件要素」，如此邏輯一貫的價值哲學體現¹²⁹；但是，也正如同深受新康德主義影響的法哲學家 H. Kelsen，在其理論中作為萬法之母的「基本規範（Grundnorm）」，卻始終不曾獲得實質解釋一般¹³⁰，新康德主義刑法理論論者對於何謂足以推論出刑事不法內涵的「文化價值」，

¹²⁸ 請參考今上益男（1967），同前揭註 105 文，頁 115 以下。

¹²⁹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 45 以下；以及鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 95 以下。

¹³⁰ 請參考顏厥安（1998），〈再訪法實證主義〉，收錄於：顏厥安（著），《法與實踐理性》，頁 271 以下，台北：允晨文化；以及 O. Höffe（著），龐學銓、李張林（譯）（2014），〈政治的正義性〉，頁 95 以下，上海：上海譯文出版社。

往往呈現多元且無定性的態度¹³¹。

也正因為新康德主義者對於最終價值判斷的模糊，讓暫且懸置「文化價值」或「基本規範」，將討論的最高層級僅限縮在憲法之「法實證主義」，取得當時法律解釋的主流地位¹³²。如此一來，在刑法的領域中，作為不法實質內涵的要素已非曖昧不明的「文化價值」；而是憲政體制底下的統一法律精神¹³³。想當然爾，以往由判例所明白接納，其他法領域所展生的義務，自然能夠成為合理化不真正不作為處罰的法律義務內涵；最終，走向「形式三分說」也是理論所必然的趨勢¹³⁴。

結果，由新康德主義刑法理論所建構的不真正不作為犯見解，雖然在表面上看起來，是透過「文化價值」的抽象概念來決定不法內涵；然而，實際上的發展卻往往傾向於以明確的「憲政秩序」角度，劃定出國家認為應當賦予負面評價的事態¹³⁵。是以，在一九三〇年代以前，德國的不真正不作為犯縱使沒有法條明文規定，但學界普遍也都能夠掌握以「形式三分說」為依歸的解釋方式，而不至於大幅擴張成罪範圍或造成無法預測的恣意解釋¹³⁶。然而，這種較為價值中立的刑法理論，在新黑格爾主義刑法理論崛起，並試圖建立「實質刑事違法觀」後，便為通往納粹的道路打下良好的基礎¹³⁷。

第二目 新黑格爾主義與實質違法觀

在一九三〇年代，有鑑於當時由於威瑪憲政思想隱含的新康德主義，在價值選擇上的中立性，自由主義、共產主義、甚至是無政府主義的理念都可以呈現於社會體系內部，造成國家價值秩序嚴重混亂¹³⁸；另一方面，也因為過分強調法實

¹³¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註3文，頁45以下；以及鍾宏彬（2012），同前揭註20書，頁83以下。

¹³² 請參考顏厥安（1998），同前揭註130文，頁271以下。

¹³³ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註20書，頁88以下。

¹³⁴ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註3文，頁45以下。

¹³⁵ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註20書，頁88以下。

¹³⁶ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註3書，頁38以下。

¹³⁷ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註3文，頁45以下。

¹³⁸ 請參考仲正昌樹（2013），〈カール・シュミット入門講義〉，頁20以下，東京都：作品社。

證主義的弊病，讓法律解釋漸漸與一般公平正義原則脫節¹³⁹。新黑格爾主義即是立基在這樣的時空背景下，受到無論是倫理學界或法律學界的重視。

相較於新康德主義的價值中立性，新黑格爾主義則更為強調以「民族精神」或「集體主義」建立起統一且實質的價值觀¹⁴⁰。也因此，在新黑格爾主義影響下的刑法理論，均針對新康德主義在說明刑事違法性內涵時，所採取的曖昧態度，甚至是放任給立法者自由決定（法實證主義）的作法進行強烈批判¹⁴¹。例如往後啟發基爾學派的 Sauer 與 Kissin 兩人，遂主張必須以「對於國家及其成員害多於利」的標準，作為實質刑事違法性的判斷基礎¹⁴²。在這樣的理論基礎下，一方面法益概念獲得更為清楚的說明，而非單純只是受到立法者承認的生活利益¹⁴³；而另一方面，不法階層的判斷亦擺脫原先僅具負面排除功能的侷限，產生積極判斷實質違法性的需求¹⁴⁴。

透過自身的實質違法性觀點，Sauer 與 Kissin 指出當時佔據通說地位的「形式三分說」，表面上確實證成不真正不作為犯的違法性；然而，毋寧說是直接將各種法律或習慣中所規定的作為義務，毫無批判性地轉化為刑事不法內涵¹⁴⁵。是以，按照上述理論基礎，Sauer 與 Kissin 的不真正不作為犯違法性仍以「對於國家及其成員害多於利」，作為判斷標準；進而認為惟有當特定作為義務的實現，會讓國家或社會的利益大於個人的行動自由利益時，始得承認該作為義務具備刑事不法內涵¹⁴⁶。

¹³⁹ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 346 以下；以及鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 88 以下。

¹⁴⁰ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 48 以下；以及鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 93 以下。

¹⁴¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 48 以下。

¹⁴² 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 48 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 346 以下。

¹⁴³ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 97 以下。

¹⁴⁴ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 346 以下。

¹⁴⁵ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 50 以下。

¹⁴⁶ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 50 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 346 以下。

第二款 納粹主義刑法理論下的不真正不作為犯見解



如同名和鐵郎與許玉秀等多數學者所指摘，雖然 Sauer 與 Kissin 的實質違法性觀點，確實彰顯出新康德主義刑法理論中的致命缺陷，即刑法自身價值的空虛以及違法一元論造成的刑法機能擴張¹⁴⁷。然而在另一方面，實質違法性的說法毋寧是主張刑法理論的根基在於「前實證法」的刑法價值判斷，無論是法益概念或結果歸責的內容，均受到此一價值判斷所引導¹⁴⁸。如此一來，以「對於國家及其成員害多於利」所建構的刑法解釋學，將可能與「罪刑法定主義」與「明確性原則」相矛盾，進而讓啟蒙主義刑法理論所剩無幾的堅持，完全成為歷史的殘骸¹⁴⁹。

真正將新黑格爾主義下的實質違法觀與納粹主義相融合的是基爾學派，其中作為刑法理論掌舵者的 Schaffstein 與 Dahm 兩人，不僅承襲 Sauer 與 Kissin 的實質違法觀，更進一步貫徹黑格爾哲學中集體主義色彩濃厚的倫理觀，以「社會的內部秩序」或「國民的風俗秩序」，填補「對於國家及其成員害多於利」的抽象判斷標準¹⁵⁰。

然而，基爾學派這種過分強調刑事不法實質內涵的見解，一方面揚棄諸如法益概念、結果不法等自由法思想之產物，並以維護或創設「健全的國民情感」之說法，將刑法的處罰理由轉移到人民違反集體主義下的種種義務¹⁵¹。同時，當初 Beccaria 與 Feuerbach 等啟蒙主義刑法理論對於「罪刑法定主義」的強調，即是為了將國家、社會、甚至是宗教道德與刑事不法相區隔；但在基爾學派的理論架構下，維護國家與社會的道德秩序正是刑事不法的本質，因此毋庸透過「罪刑法定主義」限縮國家刑罰權的發動¹⁵²。

¹⁴⁷ 請參考名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 50 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 346 以下。

¹⁴⁸ 請參考名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 50 以下。

¹⁴⁹ 請參考名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 51 以下。

¹⁵⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 349 以下；以及鄭逸哲（1997），同前揭註 115 文，頁 790 以下。

¹⁵¹ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 97 以下。

¹⁵² 請參考名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 54 以下；以及鄭逸哲（1997），同前揭註 115 文，

在上述納粹刑法理論的不真正不作為犯見解中，原先由「形式三分說」所建構的義務種類，經由「健全的國民情感」的實質化過程，不斷被集體道德與國家義務擴充¹⁵³。詳言之，只要能夠被包含在「社會內部具體秩序」中，無論是血緣關係、共同生活團體、同儕同學關係、政黨組織等「社會體制性義務」，均可視為「法律所期待的積極作為」來源¹⁵⁴。且在另一方面，所有為了共同體利益而產生的積極義務（例如舉報犯罪義務）、或因國民之情感所推演出的義務（例如誠信原則、道德判斷等），亦能夠被視為處罰不真正不作為犯的根據¹⁵⁵。

第三款 對抗納粹刑法理論——Nagler 與保證人地位說

在納粹主義的國家理論與基爾學派的刑法理論結合下，以罪刑法定主義為首的近代刑法基礎受到罷黜，德國發展成史無前例的極權主義國家。不僅是不真正不作為犯的射程範圍隨著「健全的國民情感」之要求，不斷劇烈膨脹¹⁵⁶；甚至基於國家統治層面的需求，立法者廣泛制定各種真正不作為犯，以維持自身統治的順暢度¹⁵⁷。最終，納粹德國的刑法規範回歸十七世紀卡羅琳娜法典那般，由專制君主制度恣意制定對於市民的義務，並加以處罰的絕對主義刑法¹⁵⁸。

而 Nagler 所提出的「保證人地位說」，即為針對上述的納粹主義刑法中，被毫無限制擴張成罪範圍的不真正不作為犯，以堅持罪刑法定主義作為理論根基，試圖進行限縮的對抗策略。

頁 790 以下。

¹⁵³ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 54 以下。

¹⁵⁴ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 349 以下。

¹⁵⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 349 以下。

¹⁵⁶ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 54 以下。

¹⁵⁷ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 54 以下；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 180 以下。

¹⁵⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 180 以下。

第一目 回歸構成要件

Schaffstein 與 Dahm 等納粹刑法論者，以「健全的國民情感」之實質違法性觀點，取代啟蒙主義所確立的當代刑法體系，造成原先 Beling 等實證主義刑法學者建構構成要件論所欲達成的「明確性原則」，其機能全面喪失¹⁵⁹；最終，Schaffstein 與 Dahm 過於恣意的違法性判斷，毫無阻礙地成為了刑法唯一的成罪關卡。有鑑於此，Nagler 堅持刑法解釋學必須回歸 Liszt、Beling 提倡的「古典犯罪三階層體系」，一方面重拾起構成要件的純粹客觀屬性，藉此固定違法性判斷的框架；另一方面亦透過構成要件的實證主義性質，試圖排除刑法在基爾學派理論的影響下，充斥的濃厚義務違反犯色彩¹⁶⁰。

也因此，在「不作為成立作為犯之問題性」一書中，Nagler 試圖建立的不真正不作為犯論述，首要目標即屬徹底反對新康德主義刑法理論以降，將不真正不作為犯的重點置於違法性判斷之作法¹⁶¹；試圖透過自身創設的「保證人地位」要件，讓成立不真正不作為犯主要判斷固定在構成要件階段之中¹⁶²。如此一來，亦能夠扭轉受到基爾學派的影響，而不斷被集體主義思想或國民倫理道德等毫無邊際的積極作為義務入侵，造成「法律義務」無限制膨脹的弊害¹⁶³。

然而，如果只是為了將不真正不作為犯的成罪要素限縮在構成要件階段，而提出保證人地位的話，最終的結論也不過是如同 Mezger 所主張的規範性構成要件般，利用無客觀檢驗可能的構成要件要素，實際上進行違法性的判斷¹⁶⁴。因此，Nagler 若想要使得保證人地位具備抵擋基爾學派論述的能力，勢必必須說明下述的兩個問題，即：保證人地位的實質內涵為何、以及保證人地位在構成要件的作用為何？

¹⁵⁹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 54 以下。

¹⁶⁰ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 27 以下；以及堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 53 以下。

¹⁶¹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 53 以下。

¹⁶² 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 27 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 332 以下。

¹⁶³ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 27 以下。

¹⁶⁴ 請參考今上益男（1967），同前揭註 105 文，頁 115 以下。



第二目 保證人地位與實行行為性

首先，從 Feuerbach 的「特殊法義務說」到 Schaffstein 的「健全的國民情感說」，至今介紹的所有不真正不作為犯論述，均脫離不了兩種途徑，也就是「義務違反犯」與「因果關連犯」¹⁶⁵。然而，透過 v. Bar 等人的見解，兩種途徑中間的鴻溝獲得填補，義務違反亦能與法益侵害結果間具備「想像上」的因果關係，自此不真正不作為犯的重點，已無法被構成要件所單純包含¹⁶⁶。是以，Nagler 若想要讓自身提出的「保證人地位說」獲得理論的正當性，則突破上述的理論發展，為保證人地位賦予構成要件的定位，即屬首要之急。

故 Nagler 從觀察真正不作為犯以及同時規定有作為與不作為兩種犯罪態樣的刑法分則條文出發，指出作為犯的規範型態是針對「作為者的積極性」而制定；相較於此，不作為犯多半則是對於具有特殊義務的行為人，消極放任他人侵害法益的處罰¹⁶⁷。從上述的對比中，Nagler 主張若要以不作為的方式成立作為犯的犯罪構成要件，取決於不作為者是否具有如同真正不作為犯規定中，特別的法律地位（即保證人地位）¹⁶⁸。然而，為何不作為與保證人地位的結合，就可以該當作為犯中的構成要件呢？對此，Nagler 認為必須回到歸責理論的根源。

承襲著 v. Buri 的見解，Nagler 同樣將造成法益侵害結果的客觀事態進行分類成兩種：「起果條件」與「防果條件」¹⁶⁹。詳言之，在一般社會現象中，必然存在著引發特定結果的「積極條件（即對結果貢獻原因力的行為）」；以及阻礙該結果發生的「消極條件（即具有抑制上述原因力功能的行為）」¹⁷⁰。而前者的態樣，正是屬於刑法處罰作為犯的主要原因；後者則是對於不作為犯的客觀描述。基於這

¹⁶⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 332 以下。

¹⁶⁶ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 34 以下。

¹⁶⁷ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 334 以下。

¹⁶⁸ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 35 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 334 以下。

¹⁶⁹ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 36 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 335 以下。

¹⁷⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 335 以下。

樣的分類，Nagler 試圖說明惟有當「消極條件」具備一定的規範性時，才能夠被認定為與「積極條件」同等價值¹⁷¹。

換句話說，Nagler 並沒有採取以往以構成要件模式解釋不真正不作為犯的途徑，將重點放在不作為與結果間的因果關係上¹⁷²；與此相反，Nagler 明確指出「積極條件」與「消極條件」在原因力的貢獻方面即屬不同，也正是基於兩者本質的差異性，種種以彌補不作為因果關係的嘗試，均走向失敗一途¹⁷³。最終，Nagler 將自身「保證人地位說」發揮功用的地方，用在判斷不作為能否符合「構成要件之行為（即實行行為）」上¹⁷⁴。如同許玉秀教授所介紹，在 Nagler 的設想裏頭，能夠符合實行行為的行為，並非一定要具備產生結果之原因力；若是不作為可以實現犯罪構成要件，則亦該當實行行為¹⁷⁵。而 Nagler 認為不作為能夠實現犯罪構成要件的情況，即屬不作為者具有法律上義務（保證人地位），必須積極提供防止結果發生之消極條件時¹⁷⁶。

第三目 保證人義務

在理解 Nagler 是如何透過「保證人地位說」將不真正作為犯的成立要件，從違法性挪回構成要件後；其次的疑問自然便是：「保證人地位」的具體內涵為何？就這一部分，仍舊必須回到 Nagler 建立理論的核心思想來解釋，也就是：防止基爾學派等納粹主義刑法理論，不斷藉由國民情感的要求，讓不真正不作為犯賴以成立的作為義務無限制地膨脹。

按照上述的介紹，Nagler 區分發生結果「積極條件」與「消極條件」，若想要以「消極條件」成立原則上規範「積極條件」的作為犯，則行為人必須在法律上

¹⁷¹ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 38 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 336 以下。

¹⁷² 例如先前所提及的「前行行為說」、「干涉說」、「他行為說」等。

¹⁷³ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 334 以下。

¹⁷⁴ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 334 以下。

¹⁷⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 334 以下。

¹⁷⁶ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 38 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 336 以下。

被賦予迴避結果發生的義務，才能夠讓兩者的價值判斷相當。而承擔該法律上義務的身分，就是 Nagler 理論中的保證人地位。

首先，Nagler 一方面拒斥 Schaffstein 等人將國家道德、個人倫理等要求納入作為義務的範疇¹⁷⁷；另一方面也重申必須為保護他人法益的義務，找到特別的法律根據¹⁷⁸。然而，就 Nagler 所提出的特別法律根據來看，其實與先前的「形式三分說」並無太大的區別，甚至某程度上亦採納了 Sauer 與 Kissin 等實質不法論者，對於社會倫理性的考量¹⁷⁹。其歸納三種法律根據如下：實證法中直接規範的義務（法律義務）、基於社會倫理而產生的法義務（誠信原則或習慣法等）、以及因為自身行為造成的事實狀態而被賦予的消除或保障義務（危險前行為或接納行為等）¹⁸⁰。是以，以結論而言，Nagler 的保證人地位不過是重拾起形式三分說的內涵罷了。

不過，當綜合「形式三分說」最初被廣泛採納的原因、以及 Nagler 試圖藉由保證人地位對抗納粹刑法理論的目標，即能夠接受這樣的義務內涵。詳言之，因為不真正不作為犯長期以來，在德國刑法中均沒有被法典化，所以只能透過明確固定作為義務類型，達成罪刑法定主義的理念¹⁸¹；故在不真正不作為犯仍未明文化的一九三〇年代，Nagler 想倚賴解釋學的功能限縮不真正不作為犯的成立，與「形式三分說」結合，可以說是不得不採取的途徑。

第四款 保證人地位說之總結

基本上，Nagler 的「保證人地位說」是建立在將不真正不作為犯的解釋轉移至構成要件階段；以及明確化構成保證人地位內涵的種種法律上義務，這兩大原

¹⁷⁷ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 40 以下。

¹⁷⁸ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 40 以下。

¹⁷⁹ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 353 以下。

¹⁸⁰ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 38 以下。

¹⁸¹ 請參考本文二章的介紹。

則的堅持上。試圖藉此回復納粹主義刑法理論影響下，對於罪刑法定主義的破壞。然而，在德國全國民眾均認為集體主義才是唯一解藥的一九三〇年代，Nagler 的說法並未獲得重視¹⁸²。惟有當二戰終結，西德在美國扶植下通過自由憲政主義為核心的基本法，並重新尋回受到納粹主義破壞的諸種刑法原則後，「保證人地位說」才在 Nagler 及 E. Schmidt 的持續推廣下，逐漸受到越來越多刑法學者與實務判決的採用，最終成為通說¹⁸³。

不過，充斥在 Nagler 論述中的體系及邏輯矛盾，卻使得「保證人地位說」徒具時代意義，卻不斷受到批判及變動。舉例而言，雖然現今探討不真正不作為犯的可罰性基礎或成立要件時，毫無疑問地，保證人地位與保證人義務這一對雙生概念總是佔據討論的主要核心；而如同上一章中所介紹的我國主流見解般，多數學說相當自然地將保證人地位視為構成要件要素，將保證人義務視為違法性之一環。在這樣的理解下，保證人地位即屬規範性構成要件，本身並無實質內涵而有待實質違法觀點（保證人義務）的補充¹⁸⁴。就這一方面來說，似乎已然與 Nagler 在一九三〇年代的原初設想有相當程度的差距。

第六項 Armin Kaufmann 帶來的鉅變

第一款 保證人地位說的侷限

表面上，Nagler 的「保證人地位說」在當代不真正不作為犯論中，獲得前所未有的高度，不只是討論保證人地位本身即已等同於討論不真正不作為犯；且同時，除了極少數學者¹⁸⁵外，保證人地位均如同 Nagler 所堅持，被視為是構成要件要素。

¹⁸² 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 42 以下。

¹⁸³ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 42 以下。

¹⁸⁴ 請參考本文第三章第二節的介紹。

¹⁸⁵ 例如：我國黃榮堅教授、以及日本鎮目征樹教授之見解。請參考本文本章第二節之介紹。

但是從上述的介紹中可以發現，Nagler 當初所設想的目標不過是透過不真正不作為犯論，單純對於納粹主義刑法理論進行反抗，並試圖透過傳統的構成要件框架，盡可能維護罪刑法定主義與明確性原則等自由法體系中的堅持。可惜的是，Nagler 的「保證人地位說」無論在見解本身的開創性（最諷刺的是，就連「保證人」一詞還是由 Binding 開始使用的）、或是理論邏輯的一貫性等面向上，都顯然有所不足¹⁸⁶。例如就不作為與法益侵害結果間的因果關係而言，Nagler 可說是同時受到 v. Buri 等實證主義學者的觀察方式；以及新康德主義下的規範關係論述等影響。詳言之，「積極條件」與「消極條件」的區分固然是 v. Buri 的見解¹⁸⁷；然而，在 v. Buri 提出的「干涉說」中，處罰不作為者的原因，並非基於該者的不作為被認定是結果發生的「消極條件」，必須是不作為者的其他舉止「排除妨礙結果發生之『消極條件』」¹⁸⁸。相對於此，Nagler 直接將具有保證人地位者的義務違反（不作為），視為能夠實現作為犯構成要件的「消極條件」，這樣的設想很明顯採納了自新康德主義隆盛以來，義務違反透過規範關係亦能等同於實證因果關係的理論模型¹⁸⁹。

此外，自不待言，Nagler 用以填充保證人地位內涵的「形式三分說」，其實只是從 Feuerbach 以降，所有被視為不真正不作為犯可罰性基礎的義務之總和¹⁹⁰。確實，Nagler 在堅持把基爾學派所引入的「健全的國民情感」，此一集體主義色彩濃厚的篩選標準逐出刑法理論一舉，有其不可抹殺的重要貢獻；但毫無批判地接受「形式三分說」的所有義務態樣，卻也彰顯出 Nagler 本身對於保證人地位的功能，即補足「消極條件」與「積極條件」在價值上的落差，有著無法忽視的理論內涵缺陷¹⁹¹。

¹⁸⁶ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 40 以下。

¹⁸⁷ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 30 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 336 以下。

¹⁸⁸ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 22 以下。

¹⁸⁹ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 40 以下。

¹⁹⁰ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 41 以下。

¹⁹¹ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 44 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 337 以下。

是以，Nagler 的「保證人地位說」毋寧是形式效果大於實質成就的一次理論變遷，一方面雖然現今任何學者都使用保證人地位一詞解釋不真正不作為犯，但言人人殊，從未存在固定的理論內涵。同時，縱使不真正不作為犯的成立重心被侷限於構成要件階段，卻往往造成規範構成要件與違法性判斷發生體系錯位的矛盾，例如 Dahm 在對於 Nagler 的批判中明確指出，保證人地位的實質內涵乃是源自於保證人義務，但 Nagler 卻在犯罪成立的判斷順序上，將兩者倒置，試圖達成以前者限定後者的設想，此舉無疑是陷入套套邏輯的無效論證¹⁹²。

除此之外，學者 Grünwald 在一九五〇年代時，更是激烈批判 Nagler 的「保證人地位說」其實本質上也是違反罪刑法定主義的論述¹⁹³。儘管 Nagler 試圖讓不真正不作為犯的解釋回歸構成要件階段，以限制無止境擴張的保護義務；然而，若依照 Grünwald 的說法，除了立法者將不作為明定成構成要件的真正不作為犯外，其餘的犯罪型態均屬作為犯，既然如此，所規定的犯罪構成要件亦應該只有積極作為始能該當¹⁹⁴。是以，Nagler 的作法毋寧是透過保證人地位這種「不明文構成要件」的添加，讓不真正不作為犯能夠在表面上具備犯罪構成要件¹⁹⁵。就現實的規範型態而言，「保證人地位說」明顯與 Nagler 的宣稱相違背，仍然屬於對刑法並無明文規範之行為舉止進行處罰，背離罪刑法定主義的作法。

基於上述對於「保證人地位說」的批判，Grünwald 進一步嘗試在立法論層面貫徹其思考模式，要求在有不真正不作為犯需求的刑法分則條文後，均單獨制定屬於該犯罪的不作為處罰規定，惟有如此，始能真正實踐罪刑法定主義¹⁹⁶。而這樣的設想，更是深刻影響到底下 Armin Kaufmann 的「新保證人說」。

¹⁹² 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 44 以下。

¹⁹³ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 133 以下。

¹⁹⁴ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 338 以下。

¹⁹⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 338 以下。

¹⁹⁶ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 133 以下。

第二款 Armin Kaufmann 與新保證人說



相較於 Nagler 的「保證人地位說」，實際上真正影響當代不真正不作為犯理論發展方向的，其實是「目的行為理論」的論者 Armin Kaufmann。在一九五九年發表的「不作為犯的解釋論」一文中，Armin Kaufmann 指出長期以來，有關於不真正不作為犯的論述都建立在錯誤的基盤上¹⁹⁷。詳言之，無論是 v. Buri 及 v. Liszt 等「因果關連說」提倡者；抑或是 Kohler 與 Nagler 等「規範關連說」見解，均預設不真正不作為犯的「實存態樣」或「規範模式」與作為犯相同，因此能夠毫無窒礙地適用作為犯的處罰規定¹⁹⁸。而 Armin Kaufmann 透過自身的論文一一加以駁斥，並主張不真正不作為犯需要獨立的解釋途徑，自此開拓了不真正不作為犯論述的全新戰場。不但現階段多數學者的「保證人地位說」實質內涵均屬 Armin Kaufmann 改良後的版本¹⁹⁹；在一九六〇年代盛極一時的「實質化保證人地位運動」，更是受到 Armin Kaufmann 的刺激而產生²⁰⁰。

第一目 目的行為理論下的不作為實存態樣

首先，Armin Kaufmann 試圖藉由自身「目的行為理論」的觀察，批判認為不作為能夠在「實存態樣」與作為犯相同的見解。是以，底下將簡單介紹 Welzel 所開創的「目的行為理論」，作為往後論述 Armin Kaufmann 「新保證人說」的基礎知識。

Welzel 透過「目的行為理論」的提出，賦予當代刑法理論的最大衝擊可以說是：對於作為刑事責任重心的「行為」定義，產生典範轉移般的劇烈變革²⁰¹。也

¹⁹⁷ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 59 以下。

¹⁹⁸ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 62 以下。

¹⁹⁹ 例如：我國林山田教授、林鈺雄教授等，請參考本文第三章之論述。

²⁰⁰ 請參考名和鉄郎（1988），〈不作為犯論の歴史と現代的課題：ドイツと日本の不作為犯論を総括するために〉，《名古屋大学法政論集》，123 期，頁 85-124。

²⁰¹ 請參考蔡聖偉（2013），同前揭註 9 文，頁 14 以下；以及許恒達（2013），〈再訪行為理論〉，《成大法學》，26 期，頁 1-58。

就是在「行為論」層面上，Welzel 徹底揚棄同時期（一九三〇年代末期）佔據主流的「因果行為論」與「社會行為論」，主張犯罪有別於自然事件，並非只是透過科學因果法則所能描述²⁰²。受到新康德主義與新黑格爾主義的影響，Welzel 指出人類行動與單純客觀事態的差別在於：客觀事態純粹受到科學因果法則的支配，沒有任何自我決定可能性，因而不可能成為刑法歸責的對象²⁰³；相較於此，人類的行動則必然出於自身意志之目的性，且人類透過該目的性意志始能夠支配自然界的因果屬性，並以此實現目的²⁰⁴。依照上述的理論邏輯，刑法的不法評價對象自不待言，被 Welzel 界定成是行為人基於目的所支配的「目的行為」²⁰⁵。

進一步將「目的行為理論」的設想推演到歸責理論時，不難理解若要將法益侵害結果的客觀事實歸責到某個行為人身上，勢必是基於該行為人的目的即為法益侵害結果的發生，且運用自身行為支配科學因果關係加以達成²⁰⁶。簡單來說，「目的行為理論」下的歸責判斷，就是在判斷客觀事態能否被認為是行為人目的之「所產（Werk）」²⁰⁷。

透過上述「目的行為理論」的歸責體系，Armin Kaufmann 認為儘管不作為本身可以透過假設因果流程，而被視為是造成結果的原因；但是不作為卻無法成為行為人目的性的產物（在 Armin Kaufmann 的設想下，純粹身體的靜無法承載目的），進而行為人並無法成為不作為犯中造成結果發生的原因²⁰⁸。如此一來，就「目的行為理論」所採取之存有論觀點而言，無法與人類目的性產生關連的不作為，即與作為間存在著無法消弭的歧異²⁰⁹。

²⁰² 請參考蔡聖偉（2013），同前揭註 9 文，頁 14 以下；以及許恒達（2013），同前揭註 201 文，頁 16 以下。

²⁰³ 請參考岡本勝（2000）〈犯罪論と刑法思想〉，頁 45 以下，東京都：信山社；以及王安異（2009），同前揭註 12 文，頁 9 以下。

²⁰⁴ 請參考王安異（2009），同前揭註 12 文，頁 18 以下；以及許恒達（2013），同前揭註 201 文，頁 16 以下。

²⁰⁵ 請參考許恒達（2013），同前揭註 201 文，頁 16 以下。

²⁰⁶ 請參考福田平（1999），〈目的的行為論と犯罪理論（復刊版）〉，頁 41 以下，東京都：有斐閣；以及王安異（2009），同前揭註 12 文，頁 30 以下。

²⁰⁷ 請參考王安異（2009），同前揭註 12 文，頁 14 以下。

²⁰⁸ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 62 以下；以及堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 83 以下。

²⁰⁹ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 62 以下。

也因此，Armin Kaufmann 一方面批評諸如 v. Buri 及 Luden 等堅持在「因果關連」上尋找不真正不作為犯出路的學者，忽略不作為於存在論的真正本質；同時更試圖藉此建立起專屬於不作為的規範體系。



第二目 目的行為理論下不作為的規範邏輯

按照 Nagler 及諸種「規範因果關係」論者的見解，不真正不作為犯能夠適用作為犯規定的前提，必然是作為犯本身的規範內涵同時包含有「禁止規範」以及「命令規範」的兩種型態²¹⁰。然而，Armin Kaufmann 批判上述的「包含命題」在 Nagler 等論者的不真正不作為犯論述中，即已顯露出邏輯層面的矛盾。詳言之，假設作為犯「禁止規範」的內容為「行為能力(a) + 行為(b) + 因果關係(c) + 結果(d)」；相對於此，不作為犯的「命令規範」則能夠寫成「保證人地位(g) + 行為能力(a) + 不行為(∼b) + 因果關係(c) + 結果(d)」²¹¹。而就算是如同 Nagler 等學者所言，作為犯的規定中能夠同時包含「禁止規範」與「命令規範」，但也必須透過保證人地位這個「不成文構成要件」的添加，始有可能成立²¹²。也因此，Armin Kaufmann 批評 Nagler 宣稱從規定「禁止規範」的條文中，能夠推論出亦包含「命令規範」的說法，本身即已自相矛盾²¹³。

除此之外，根據上述「目的行為理論」就不作為於存在論態樣的描述，Armin Kaufmann 進一步斷言，源自「禁止規範」與「命令規範」本質上的差異性，導致不可能將兩者規定在同一條犯罪的構成要件中。這是因為，故意作為犯的行為人具備「造成結果發生之目的」，且依循該目的支配自身行為及因果關係造成法益侵害結果，是以，「禁止規範」自然是要求行為人放棄該目的以及該目的所操控的行為²¹⁴。至於「命令規範」的內涵則完全相反，行為人被歸責的原因自始並非

²¹⁰ 請參考許玉秀(1997b)，同前揭註25文，頁336以下。

²¹¹ 請參考堀內捷三(1978)，同前揭註3書，頁83以下；以及許玉秀(1997b)，同前揭註25文，頁338以下。

²¹² 請參考許玉秀(1997b)，同前揭註25文，頁338以下。

²¹³ 請參考許玉秀(1997b)，同前揭註25文，頁339以下。

²¹⁴ 請參考名和鉄郎(1974)，同前揭註23文，頁62以下。

造成法益侵害結果的「目的性」，而是行為人不具備積極防止法益侵害結果發生的「目的性」，因此，「命令規範」即屬透過刑罰賦予要求行為人必須具備符合規範之「目的性」，並從事該行為²¹⁵。故作為犯的犯罪構成要件應為「禁止規範」的反面陳述（即殺人、放火等）；而不作為犯的犯罪構成要件則為「命令規範」的反面陳述（即不救人、不滅火等），兩者自然無法共用相同的構成要件加以規範²¹⁶。

總結而言，Armin Kaufmann 指出，Nagler 等「規範因果關係」論者在不真正不作為犯的條文適用上，毋寧必須透過違背罪刑法定主義的類推適用解釋、或增設不成文構成要件的途徑，才能彌補上述規範邏輯層面的理論缺陷。

第三目 同價值性與新保證人說

首先，Armin Kaufmann 透過上述的雙重分析，指出不真正不作為犯無論是在現實中的「實存態樣」、抑或是犯罪構成要件蘊含的「規範邏輯」都絕對不可能與作為犯相當。因此，Armin Kaufmann 遂進一步補足 Grünwald 對於 Nagler 的「保證人地位說」之批判，主張不真正不作為犯的本質應當相同於真正不作為犯，屬於純粹違反「命令規範」之犯罪；而無法如 Nagler 及當時通說所言，不作為亦能夠實現作為犯構成要件中的「禁止規範」²¹⁷。最終，Armin Kaufmann 在不真正不作為犯的立法論態度上，與 Grünwald 相同，均認為必須採取分則立法的模式²¹⁸；至於 Nagler 所主張不作為藉由「保證人地位」的附加，即可該當作為犯構成要件之說法，實乃創設嚴重違反罪刑法定主義的「不成文構成要件」²¹⁹。

然而，也正如同許玉秀教授對於分則立法模式的批判，縱使確實能夠消弭違反罪刑法定主義的疑慮，但若是依照 Grünwald 在一九五六年新刑法立法草案所

²¹⁵ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 64 以下。

²¹⁶ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 86 以下。

²¹⁷ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 84 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 339 以下。

²¹⁸ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 339 以下。

²¹⁹ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 86 以下。

作出的提案一般，將殺人罪的各種不作為型態詳細規定於刑法分則條文時；考量不同犯罪中過於紛雜的保證人地位，一方面造成立法資源的嚴重耗費，且掛一漏萬的例示規定亦容易產生處罰上的漏洞²²⁰。是以，儘管 Armin Kaufmann 與 Grünwald 不斷強調分則立法模式的正當性，但終究無法獲得立法者青睞。面對這樣的現實背景，Armin Kaufmann 只能夠回歸刑法解釋學的領域，試圖尋找能夠合理化總則處罰規定的解釋論途徑²²¹。

承上所述，為了解決採取總則立法模式所產生的罪刑法定主義疑慮，Armin Kaufmann 遂藉由「刑事不法價值性」層面的論述，讓不真正不作為犯的處罰能夠較為貼近作為犯構成要件中的「禁止規範」²²²。而針對「同價值性」的部分，Armin Kaufmann 提出以下三點判斷基準：

- 「一、就造成法益侵害或惹起結果發生危險之行為，存在處罰之構成要件
- 二、以防止該法益侵害或惹起結果發生危險為內容之命令存在
- 三、該命令的違反，在不法與責任的非難程度上，必須與作為時的當罰性有相同之程度²²³」

²²⁰ 例如 Grünwald 針對不作為殺人罪即規範有五款基本犯罪類型及一種例外免責類型，本文摘錄於下：

「x 條 死亡結果之不迴避

I 該當於下述各款之要件，而怠於迴避他人死亡結果者，與惹起死亡結果者同。

- 1 與被害人具有一等親或婚姻關係者。
- 2 與被害人結有緊密生活共同體者。
- 3 承擔被害人之保護者。
- 4 與被害人共同從事具有危險之冒險行為者。
- 5 由自身之危險行為產生與死亡結果之發生有密切蓋然性者。

但得由第六十五條減輕其刑。

II 不阻止已成年者自殺者，於該自殺之決意是基於自身自由意志且無事實上錯誤時，不予處罰。」

也因此，儘管諸如 Welzel 與 Armin Kaufmann 均支持分則立法模式，但最終立法者仍然選擇較為便利且概括的總則立法模式。以上條文轉引自堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 133 以下；批判部分請參考許玉秀（1998），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，《刑事法雜誌》，42 卷 2 期，頁 31-78。

²²¹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 86 以下。

²²² 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 66 以下；以及堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 86 以下。

²²³ 轉引自堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 86 以下。

透過上述三點對於「同價值性」的說明，Armin Kaufmann 一方面肯定 Nagler 的「保證人地位說」，認為其已然意識到僅憑藉將構成要件區分成「禁止規範」與「命令規範」兩者，是無法賦予不真正不作為犯處罰上的正當性，而必須透過其他條件的添加（即保證人地位），始有可能讓不作為犯與作為犯具備相同的可罰性²²⁴。然而另一方面，Armin Kaufmann 亦批判 Nagler 的「保證人地位說」並沒有辦法解決核心問題（即價值性上的不相等）²²⁵，這是因為其所建構的保證人地位，仍然是採取與以往「形式三分說」全面相同的類型；如此一來，儘管 Nagler 提出保證人地位的用意，是為了補充不真正不作為犯的處罰正當性，但以結論而言，卻仍然沒有改變以往見解的弊病²²⁶。

是以，Armin Kaufmann 主張保證人地位不應該如同 Nagler 的見解，從義務的來源加以限縮；而必須具備更為實質的內涵與意義，如此才能夠讓不作為在刑事不法價值層面與作為犯相同²²⁷。相對於此，Armin Kaufmann 認為惟有透過「保護法益」的視角，並機能性地區分義務的具體內涵，始有可能合理化不作為犯的「等價值性」²²⁸。按照上述觀點，其區分兩種保證人地位如下：行為人必須保護特定主體之法益不受到所有外界侵害的「保護類型保證人地位」；以及行為人必須監督並避免危險源產生他人法益侵害的「監督類型保證人地位」²²⁹。只有這兩種類型所賦予的作為義務，才能夠通過「同價值性」的檢驗，並讓行為人違反的「命令規範」能夠適用作為犯構成要件的「禁止規範」²³⁰。

總結 Armin Kaufmann 的不真正不作為犯理論，首先，透過「目的行為理論」的結果歸責，Armin Kaufmann 拒斥長期以來的主流見解，主張作為犯構成要件無

²²⁴ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 68 以下。

²²⁵ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 68 以下。

²²⁶ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 338 以下。

²²⁷ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 86 以下；以及許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 43 以下。

²²⁸ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 43 以下。

²²⁹ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 87 以下；以及許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 43 以下。

²³⁰ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 87 以下。

法同時包含「禁止規範」與「命令規範」。因此，若要處罰不真正不作為犯，則必須在立法論層次制定專屬於「命令規範」的構成要件；或是退而求其次，必須在解釋論上找尋能夠使「命令規範」的刑事不法性相同於「禁止規範」之要件。其次，針對後者的部分，Armin Kaufmann 則是修正 Nagler 的「保證人地位說」，以法益保護為出發點，透過「機能性」的篩選機制，區分出「保護類型」與「監督類型」兩種保證人地位，試圖作為「同價值性」的補充判斷依據，並以此區分出能夠適用作為犯規定的不真正不作為犯態樣。

第三款 新保證人說的貢獻與缺陷

透過上述的介紹可以發現，Armin Kaufmann 的不真正不作為犯論述中，於立法論與解釋學間存在著巨大矛盾，並且存在著難以否認的缺陷。不過有趣的是，這兩種相互矛盾的論述方式，卻都相當程度地影響了往後學說見解的發展。

首先，基於不作為犯的「實存態樣」與「規範型態」均異於作為犯，Armin Kaufmann 反對以往主張不作為也能夠成立作為犯的通說見解；並認為不真正不作為犯實際上與真正不作為犯相同，都是屬於違反「命令規範」的犯罪型態，因此有必要獨立立法處罰。另一方面，Armin Kaufmann 的解釋學所採取的是完全相反的途徑，其透過價值層面的追求，試圖消弭現行法處罰不真正不作為犯有違反罪刑法定主義之危險。並基於這樣的設想，Armin Kaufmann 提出「新保證人說」以補足 Nagler 「保證人地位說」的不足。

無論是 Armin Kaufmann 或是 Nagler，兩位學者都承認不作為犯所違反的「命令規範」，在刑事不法價值層面均無法等同於作為犯所違反的「禁止規範」，是以，必須透過保證人地位的添加才能夠證立不真正不作為犯的處罰。兩者間的差異僅在於，Nagler 透過客觀現象的觀察，指出不作為乃結果發生的「消極條件」，因此只要「消極條件」的去除被刑法認定為「命令規範」，則處罰不作為即屬可能。相對於此，Armin Kaufmann 則基於自身「目的行為理論」的理解，主張刑法對於

作為犯的處罰，僅是要求行為人消極放棄原本之侵害目的；然而對於不作為的處罰，卻是刑法要求行為人積極改變自身目的，進而防止他人法益受到侵害，兩者間需要更為堅實的「同價值性」要件始能夠加以彌補。

然而，Armin Kaufmann 的機能性保證人地位區分，是否真的能夠彌補「禁止規範」與「命令規範」間的鴻溝呢？答案很明顯是否定的，正如同許玉秀及周漾沂兩位教授相當精準的批判，「保護類型」與「監督類型」的保證人地位仍然只停留在「現象描述」的層面，而並沒有實質證立這兩種保證人地位所應具備的「同價值性」²³¹。也就是說，儘管 Armin Kaufmann 透過「目的行為理論」的行為定義，證明刑法對於「禁止規範」與「命令規範」是兩種全然不同的價值判斷；但是其卻終究是無法跨越自己所設下的理論門檻。無論是「保證人地位說」或「新保證人說」，都無法證立處罰不真正不作為犯的正當性基礎²³²。

但隨著「目的行為理論」本身的種種理論困境（例如對於過失犯的解釋）而遭受德國刑法學界揚棄，上述由 Armin Kaufmann 割裂的「禁止規範」與「命令規範」，逐漸回復到當初 Nagler 所主張，能夠同時被包含在作為犯構成要件的規範邏輯²³³。不過，相較於「形式三分說」僅透過義務來源進行區分，機能性保證人地位由保護法益角度所為的描述，更符合 Nagler 所主張，「命令規範」的違反亦能該當於「禁止規範」構成要件之理論需求²³⁴。是以，Armin Kaufmann 的機能性保證人地位遂受到主流見解的青睞，成為現今討論保證人地位的重要依據²³⁵。

另一方面，縱使不採取「目的行為理論」的區分，但仍有不少論者根據自身所憑藉，諸如「自由法秩序體系」、或「自我管轄原則與組織體制義務的二元體

²³¹ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 43 以下；以及周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 210 以下。

²³² 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 43 以下。

²³³ 請參考林山田（2008a），〈刑法通論（下冊）〉，十版，頁 235 以下，台北：自刊，作者雖認為不真正不作為犯是違反「禁止規範」之犯罪，但是就犯罪構成而言，無疑是通過對於「誡命（命令）規範」的違反以該當「禁止規範」的犯罪構成要件；以及王皇玉教授亦採取相同之見解，請參考王皇玉（2014），〈刑法總則〉，頁 503 以下，台北：新學林。

²³⁴ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 65 以下。

²³⁵ 請參考林山田（2008a），同前揭註 233 書，頁 250 以下；以及林鈺雄（2014），〈新刑法總則〉，四版，頁 537 以下，台北：元照。

系」等刑法圖像，肯認上述 Armin Kaufmann 將「禁止規範」與「命令規範」視為兩種相異刑事不法價值的見解²³⁶。進而，於一九六〇年代，引發新一波尋求「實質保證人地位」的學術浪潮，試圖填補由 Armin Kaufmann 所造成的不真正不作為犯理論鴻溝²³⁷。

第七項 實質化保證人地位運動

自 Nagler 的「保證人地位說」及 Armin Kaufmann 的「新保證人說」提出之後，不真正不作為犯的討論逐漸定型，學說見解多半趨向於兩種解釋脈絡。其中之一自屬現今主流見解的說法，即綜合 Nagler 利用保證人地位篩選出能夠該當於「禁止規範」構成要件之義務；以及 Armin Kaufmann 提出的機能性保證人地位，這兩種理論所產生判斷架構²³⁸。相對於此，亦有不少論者承襲 Armin Kaufmann 區分「禁止規範」及「命令規範」的不同，並試圖補完機能性保證人地位無法合理化詮釋的缺陷²³⁹。後者依照許玉秀教授的分類，即屬「實質化保證人地位運動」²⁴⁰，而這股浪潮一直延續到今日，無論是德國、日本、甚至是我國，均不斷有學者嘗試建立最能夠正當化處罰不真正不作為犯的實質觀點。

第一款 從證立義務違反的角度出發

²³⁶ 例如：我國周濛沂教授即根據 Kant 學說建立自身的自由法體系刑法理論，而對保證人地位提出相當新穎的見解，請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 235 以下；此外，「自我管轄與組織義務二元體系」則為 Jakobs 教所所主張，相當獨特且具啟發性的說法，請參考平山幹子（2005），〈不作為犯と正犯原理〉，頁 132 以下，東京都：成文堂；以及陳志輝（2012），〈身分犯之正犯的認定〉，《政大法學評論》，130 期，頁 331-417。

²³⁷ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 70 以下；以及堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 88 以下。

²³⁸ 請參考林山田（2008a），同前揭註 233 書，頁 242 以下；以及林鈺雄（2014），同前揭註 235 書，頁 545 以下。

²³⁹ 請參考名和鉄郎（1977），〈ドイツ不作為犯論史（IV）：方法論的問題に關連して〉，《静岡大学法經研究》，25 卷 3-4 期，頁 203-268；以及堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 88 以下。

²⁴⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 355 以下。

無論是 Nagler 或 Armin Kaufmann 都共享著一個理論前提，即：不真正不作為犯的成罪要件乃行為人違反法律所賦予的積極義務，而這個理論前提也正是「規範關係」被肯認後，所有不真正不作為犯論述所奠基的預設；箇中差別只在於如何篩選適格之積極義務。同時如上所述，Armin Kaufmann 在「禁止規範」與「命令規範」間鑿出一道自己都無法跨越的鴻溝，而如何透過描述積極義務的實質內涵，以填平這一道鴻溝，遂成為一九六〇年代諸多刑法學者的興趣所在。

首先是依據「社會腳色功能論」的嘗試²⁴¹，社會學家 T. Parsons 在一九三七年所提出的「社會行動的結構」一書，將人類的行動選擇某程度歸因於社會規範與系統的影響²⁴²；進而，在一九五〇年代開始的一連串研究中，Parsons 更深入研究社會腳色與行為選擇間的互動關係²⁴³。而部分的刑法學者透過引入 Parsons 的「社會腳色功能論」，試圖解釋在什麼樣的社會分工結構下，國家或社會將會賦予一個特定個人保證人地位，並命其負擔一定之積極義務。例如：Vogt 與 Androulakis 兩位教授直接根據上述的社會關係與功能，而主張的「密切關係說」²⁴⁴；或如同 E. A. Wolff 或 Welp 等學者，則更進一步將「社會腳色功能論」透過「規範性期待」的法社會學觀點加以詮釋，並指出保證人地位無非就是社會或個人對於某身分者會從事特定積極行為之信賴，因而提出的「信賴關係說」²⁴⁵，無論何者均是誕生在這樣的法社會學趨勢中。

另一方面，隨著刑罰論中「預防理論」逐漸被批評是不切實際的幻影，刑法學界從一九七〇年代亦浮現一連串復興 Kant、Hegel 等刑罰哲學的聲浪，同時也擴散影響到刑法理論的領域²⁴⁶。例如鼎鼎大名的 Jakobs 教授與其學生 Pawlik 兩位

²⁴¹ 詳細介紹請參考本文本章第二節之論述。

²⁴² 請參考洪鑣德（2001），〈結構—功能論的法律社會學：帕森斯法律觀的析評〉，《國家發展研究》，1 卷 1 期，頁 147-189；以及 D. Martuccelli（著），姜志輝（譯）（2007），〈現代性社會學：二十世紀的歷程〉，頁 48 以下，上海：上海譯文出版社。

²⁴³ 請參考 D. Martuccelli（著），姜志輝（譯）（2007），同前揭註 242 書，頁 53 以下。

²⁴⁴ 請參考本文本章第二節之論述。

²⁴⁵ 請參考本文本章第二節之論述。

²⁴⁶ 請參考飯島暢（2007），〈最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開〉，《香川法学》，26 卷 3-4 期，頁 331-379。

學者所提出的「組織體制義務」中，均富含濃烈的 Hegel 哲學氣息²⁴⁷；另外，我國周濛沂教授亦根據 Kant 法哲學內的個人法權理論，建立起專屬於自身的保證人義務內涵²⁴⁸。

由於本文在本章第二節的篇幅中，會詳實介紹上述這些從社會學或哲學借鏡的不真正不作為犯論，故於此處便不多做贅言。但總結而言，無論何者均屬於透過自身觀點，證明特定積極義務（無論是源自於社會腳色或體制義務）足以填補 Armin Kaufmann 所指摘，「禁止規範」與「命令規範」在價值論上的差距。

第二款 從重構因果關連性的角度出發

有別於「密切關連說」或「體制義務說」等論者，試圖透過實質化構成「命令規範」內涵的積極義務，證明不真正不作為犯的可罰性基礎；也存在有另外一派論者，透過重新理解作為犯的成罪態樣，提出「領域支配」的觀點，藉此說明不真正不作為犯仍然沒有逸脫作為犯的處罰基準。

「支配領域說」的創始者為 Roxin 的學生 Schünemann，其將 Roxin 原先為了區分正犯與共犯而提出的「行為支配論」視為基礎犯罪態樣，並進一步主張專屬於不真正不作為犯的「領域支配」、以及解釋共同正犯的「機能支配」，嘗試以支配的不同形式統合所有刑法犯罪²⁴⁹。有趣的是，Roxin 起初主張不真正不作為犯屬於無法建立行為支配的義務犯類型；然而，當 Schünemann 提出「支配領域說」之後，Roxin 也在其新版刑法教科書中，採用起 Schünemann 的見解²⁵⁰。

除了 Schünemann 與 Roxin 兩人以外，日本學者西田典之、佐伯仁志兩位教授亦受到 Schünemann 的「支配領域說」影響，提出頗具獨特性的「排他性支配

²⁴⁷ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 236 以下。

²⁴⁸ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 239 以下。

²⁴⁹ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 390 以下。

²⁵⁰ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 395 以下。

領域說」²⁵¹。而在這兩位教授之前，如日高義博或堀内捷三等學者，也曾經依循「前行行為說」或「接納行為說」等十九世紀以來之見解，主張以「因果關連性」作為不真正不作為犯歸責重心的種種理論²⁵²。



第三款 持續發展中的實質化保證人地位運動

如先前所提及，自從 Nagler 與 Armin Kaufmann 的不真正不作為犯論發表後，現今學說極大多數已然分成兩種解釋途徑：綜合 Nagler 與 Kaufmann 的機能化保證人地位說；以及實質化保證人地位運動論者。前者除了在是否應承認「前行行為」作為適格保證人義務外，基本上不存在較為嚴重的分歧。相較於此，實質化保證人地位運動卻從一九六〇年代至今，從未停歇過（例如 Schünemann 的「支配領域說」是一九七〇年代、Jakobs 的「體制義務說」是一九八〇年代），不斷有最新的理論見解由不同的外在知識體系而產生（例如周漾沂教授的「法主體性補充說」是二〇一四年提出），同時更不斷刺激著不真正不作為犯論述的變化。

第八項 總結不真正不作為犯的理論辯證史

從十九世紀初期 Feuerbach 提出的「特殊法義務說」，一直到近期周漾沂教授提出的「法主體性補充說」，不真正不作為犯長達二百年歷史亦可視為是近代刑法理論發展的縮影。無論是受到啟蒙主義的影響；抑或是積極證立各種義務類型正當性的當代刑法學課題，都可以看到不真正不作為犯隨著刑法理論變遷而逐漸

²⁵¹ 請參考西田典之（1988），〈不作為犯論〉，收錄於：芝原邦爾、堀内捷三、町野朔、西田典之（編），《刑法理論の現代的展開：總論（1）》，頁 73-124，東京都：日本評論社；以及佐伯仁志（1996），〈保障人的地位の發生根拠について〉，收錄於：內藤謙、西田典之、芝原邦爾（編），《刑事法學の課題と展望：香川達夫博士古稀祝賀》，頁 95-119，東京都：成文堂。

²⁵² 請參考日高義博（1983），〈不真正不作為犯の理論〉，頁 154 以下，二版，東京都：慶応通信；以及堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 247 以下。

改變自身面貌。然而，在上述漫長的耙梳中，卻像是尼采所言的「永劫回歸」一般，發現所有不真正不作為犯的論述均在「對於結果原因的支配」以及「對於法定義務的違反」，這兩個光譜中間不斷來回擺盪。

詳言之，從最初 Feuerbach 受限於不作為在牛頓物理學上的虛無性質，只能透過義務違反的觀點進行解釋（第一期：義務違反說）；而十九世紀中期，由於不真正不作為犯被 Luden 所創設，各種實證因果關係說紛紛興起，試圖說明不作為也是能夠造成法益侵害結果（第二期：因果關連說）；接著在新康德主義論者的努力下，現實世界與規範世界一分為二，假設因果流程作為媒介的管道讓義務違反說與結果關連說能夠同時併存（第三期：折衷說）；而鑑於新黑格爾學派與納粹主義的慘劇，Nagler 試圖撥亂反正讓義務違反能夠彌補「消極條件」的不足（第四期：折衷說）；至於 Armin Kaufmann 所造成的鴻溝，則是讓義務違反說本身的正當性再次受到重視（第五期：義務違反說）；最終是各種實質化保證人運動論者，無論是因果關連說或是義務違反說均能夠獲得一定之發言權（第六期：兩說並陳）。而本文將上述的不同見解，依照其所採取之解釋途徑，整理成下表一至三：

表一：義務違反說

學說	取徑典範	可罰性基礎
法義務說	早期實證主義	違反有關他人權利之法律義務
新保證人說	目的行為理論	違反與作為相當之命令規範
實質化保證人說 ^{註一}	社會學及哲學等	違反與作為相當之命令規範

註一：僅限實質化保證人說中採取「義務違反說」者

表二：因果關連說

學說	取徑典範	可罰性基礎
----	------	-------

諸種因果說	自然實證主義	不作為與結果具備實證因果關係
實質化保證人說註 二	支配領域或接納說等	不作為造成的侵害結果支配性

註二：僅限實質化保證人說中採取「因果關連說」者

表三：折衷說

學說	取徑典範	可罰性依據
實質違法性說	新康德主義 新黑格爾主義等	積極義務與結果間成立假設因果流程 且該積極義務具備刑事不法性
保證人地位說	實證主義因果關係及 規範主義刑法學	行為人違反之特殊法律積極義務屬於 造成結果發生的「消極條件」

在清楚知悉各種不真正不作為犯之所以產生的外在典範脈絡與歷史背景後，本文於下一節中，將盡可能大量地介紹所有曾經出現在不真正不作為犯理論洪流中的各色學說與批判。

第二節 不真正不作為犯理論綜覽

第一項 本文所採取之分類標準

首先，從上述不真正不作為犯理論史的脈絡中可以發現，學說見解永遠在「義務違反說」與「因果關連說」間不斷擺盪。在光譜的最兩端分別是堅持不真正不作為犯與真正不作為犯無異，均屬違反命令規範的說法；以及主張不真正不作為犯的歸責仍須與一般的作為結果犯採取相同模式之見解。而座落在光譜中間的，則是各種折衷說論者，諸如藉由假設因果流程，試圖說明義務違反亦能與結果具

備因果關係；抑或是透過保證人地位的添加，讓不真正不作為犯不再只是單純的義務違反，而是能夠支配或掌握法益侵害結果發生的「支配型犯罪」，都可以被分類在折衷說的範圍內。

也就是說，從 Feuerbach 以降的兩百多年，不真正不作為犯的討論其實都沒有偏離過一個主軸，即：如何或應否讓不作為適用作為犯的歸責體系。產生這樣的問題意識之原因其實不難設想，基本上，若是觀察近代刑法犯罪論的體系，有關於刑事不法性的諸多討論，均是將「故意作為結果犯」置於核心架構，建立起以「因果關係」、「結果歸責」、與「認知內涵」的判斷模式²⁵³。也因此，無論是不真正不作為犯、過失犯、甚至是共犯等犯罪態樣，在最一開始的階段，都是透過與作為犯的對照與媒合，才發展出自身的犯罪成立體系。

此外，日本學者神山敏雄在一九六〇年代所提出的「不真正不作為犯論的批判性考察」一系列論文中，即以針對不作為與作為間的差異，不同學說就應該從「行為論」、「構成要件論」、或是「違法論」等角度嘗試媒合，所提出的相異見解為出發點，相當有系統且清晰地彙整出當時種種不真正不作為犯論述²⁵⁴。

因此，本文底下即試圖透過「與作為結果犯的關聯性」以及「與作為結果犯媒合之嘗試」，這兩層視角將各種不真正不作為犯論述一一分類，並建立起讀者較容易掌握的體系脈絡。

第一款 第一階層的區分

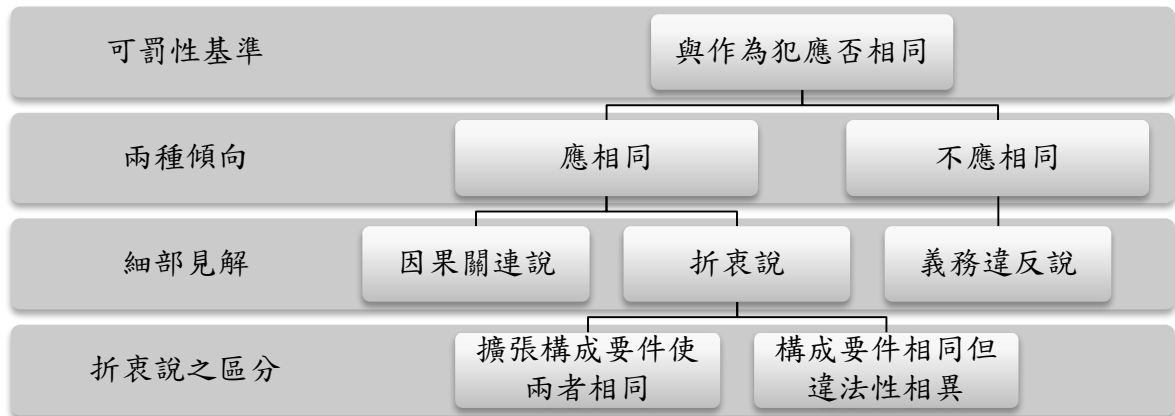
立基於神山教授的學說分類方式，故本文於以下進行學說綜覽時，首先將依

²⁵³ 若是觀察我國主流學者所著之刑法教科書，其編排均以「故意作為結果犯」為優先，其次才處理「故意未遂犯」、「過失結果犯」、「各種不作為犯」以及「共犯處罰」等議題。例如：林山田、林鈺雄以及王皇玉等教授都是按照這樣的編排方式，請參考：林山田（2008b），〈刑法通論（上冊）〉，十版，台北：元照；林鈺雄（2014），同前揭註 235 書；以及王皇玉（2014），同前揭註 233 書。

²⁵⁴ 請參考神山敏雄（1964），〈不真正不作為犯論の批判的考察（一）〉，《沖大論叢》，5 卷 1 期，頁 29-72。

照不同學說對於不真正不作為犯可罰性基礎的態度進行區分，此時，分類的基準自然是「與作為犯的關連性」。透過上述的說明，除了能夠簡單分為「應與作為犯相同」及「不應與作為犯相同」之外；針對可罰性基礎雖然偏向於前者，但也融合義務違反說精神的折衷見解，亦可以區分成「擴張構成要件始能等同」及「構成要件相同但違法性相異」的兩種類型（詳後述）。而下圖一即屬本文所為之最初分流：

圖一：最初的區分



第二款 第二階層的區分

藉由最初的分類，可以發現在「因果關連說」與「義務違反說」底下，已無下一階層的區分，這是因為若不作為能夠如同作為般，透過因果關係，積極創設出產生法益侵害結果的動力時，則使用作為犯的規定處罰該類型的不作為，自屬合理且毫無爭議之作法。另一方面，若主張不作為應有自身的處罰正當性，而不宜與作為共享同等標準，則必須說明的是什麼樣的義務具有刑事不法性，且在非能程度上能夠與作為犯相當。也因此，將直接進入這兩說內部的見解分歧。

第一目 因果關連說

針對「因果關連說」的諸種見解，能夠基於論者是採取「實證因果關係」或「假設因果流程」，劃分成「因果惹起說」與「迴避可能說」，而兩者間的處罰性基礎亦有相當之差異。如同本章第一節時已然說明過，「因果惹起說」主張作為結果犯的處罰乃是基於行為人積極創設造成法益結果侵害之原因，因此，若是不真正不作為犯必須適用作為結果犯的構成要件，則勢必也要該當相同的「積極動力」；相對於此，「迴避可能說」則是認為無論作為結果犯或不真正不作為犯的歸責理由，都是因為行為人不迴避法益侵害結果發生的規範關連性²⁵⁵。

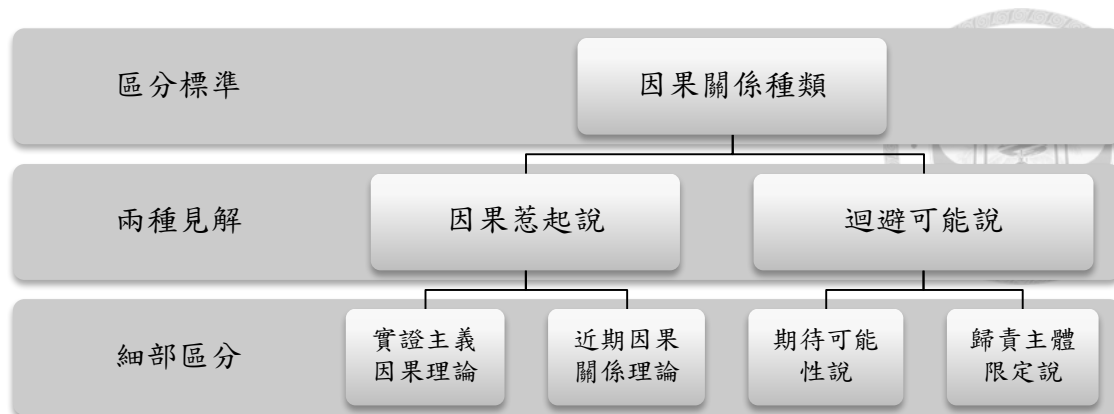
首先，「因果惹起說」將依據論者建立不作為與結果間積極原因的方法不同，進一步分成「干涉說」、「他行為說」、「前行行為說」等，十九世紀啟蒙主義刑法理論之嘗試；及近期以來，分別由日本學者堀內捷三與梅崎進哉創設的「事實上承擔說」、「作用轉化說」，這些細部的諸多不同見解。

其次，雖然「迴避可能說」的論者均認為不作為與作為在不法階層方面，並無任何區別；然而，有鑑於不作為本身的消極性，「迴避可能說」底下仍可區分成「歸責主體限定說」及「期待可能性說」，這兩種不同見解，試圖限制不作為處罰範圍，避免過度擴張。

而本文歸納「因果關連說」的細部分類於下圖：

圖二：因果關連說的細部區分

²⁵⁵ 雖然如同本文第三章所述，「迴避可能說」的不法內涵其實是義務違反性的彰顯，然而，由於區分上的便利性，本文仍暫時將其置放於「因果關連說」的範疇內。



第二目 義務違反說

「義務違反說」的論者因為強調不作為與作為間，在「實存態樣」或「規範邏輯」層面，都呈現南轅北轍的差異，是以，對於不作為的處罰不應該也無法適用「作為結果犯」的規定，而必須尋找專屬的處罰理由。但是，若按照現行法不真正不作為犯的規範模式，卻明顯違背「義務違反說」的原初設想，也因此，在其內部亦衍伸出兩種對應傾向。

第一種見解是本文於第三章以及上一節中已然提及，由 Armin Kaufmann 與我國鄭逸哲這兩位教授為代表的「廢除說」。此外，另有部分見解同樣是站在主張不應直接以「作為結果犯」的規定處罰不真正不作為犯之立場；但是就刑法歸責的層面，縱使不作為本質上的消極性無法「惹起」法益侵害結果，卻能夠「幫助」真正造成結果發生的原因（被害人或第三人之行為、自然現象等）順利實現，故仍得以幫助犯的形式進行處罰。例如法國刑法理論中的多數見解，均是否定不真正不作為犯的處罰正當性，而採用上述「共犯處罰說」的模式²⁵⁶。

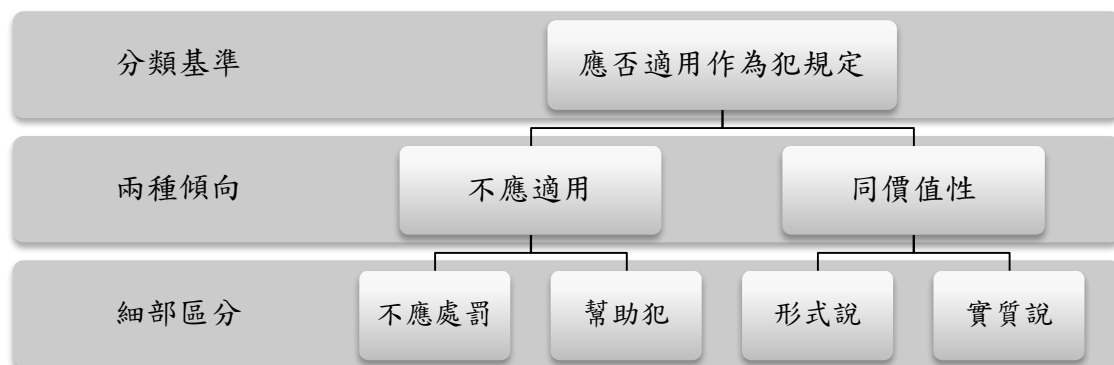
相較於極端否定不真正不作為犯處罰正當性的這兩種說法；絕大部分採取「義務違反說」的學者仍然是透過 Armin Kaufmann 的「同價值性」條款，藉由指出某些「命令規範」因為其義務內涵的特殊性，而能夠具備與「禁止規範」相同

²⁵⁶ 有關法國刑法學界對於不真正不作為犯理論之介紹，請參考井上宜裕（2009），〈不真正不作為犯と罪刑法定主義〉，《立命館法學》，327、328 號，頁 1525-1545。

之刑事不法性質，試圖填補規範邏輯上的欠缺²⁵⁷。針對如此主張之「義務違反說」，積極義務的種類遂成為重要的分類指標，並產生「形式說」與「實質說」的兩種主要派別，前者以 Feuerbach 的「法義務說」及 Armin Kaufmann 的「機能性保證人地位說」為代表；後者則主要集中在開啟及延續「實質化保證人地位運動」的諸多不真正不作為犯論述內，例如前一節所提及之「社會關係說」、「組織體制說」等，均屬於「實質說」之一環。

同樣地，本文嘗試將「義務違反說」的細部分類整理於下圖三：

圖三：義務違反說之細部分類



第三款 折衷說之細部區分

如果說上述「義務違反說」與「因果關連說」的細部區分，是屬於承認相同基本立場前提下，所產生的不同解釋途徑；有別於此，「折衷說」內部則能夠發現全然迥異的兩種可罰性基礎。

第一目 增補構成要件之作法

首先是堅持不真正不作為犯既然是「作為結果犯」的規範型態，就理應該當於所有「作為結果犯」構成要件之見解。然而，與「因果惹起說」或「迴避可能

²⁵⁷ 例如我國學者許玉秀及周漾沂的見解即屬此分類，請參考本文後續之介紹。

性說」相異，此說仍然承認不作為與作為在「實存態樣」上確實屬於兩種不同的類型，也因此，不作為必須透過其他要件的「增補」，始有可能構成「作為結果犯」的犯罪。而在不真正不作為犯的論述中，最為明顯採取這一種見解的學者是 Nagler，如同先前所介紹，Nagler 所提出的「保證人地位說」即是為了讓僅屬「消極條件」之不作為，亦能夠該當規範「積極條件」之犯罪，而創設的擴充構成要件。

除此之外，在一九六〇年代「實質化保證人地位運動」中，Schünemann 提出「支配領域說」，主張不作為行為人雖然無法透過自身行動，支配法益侵害結果之發生；但卻會因為自身具備「保證人地位」的身分，而支配起足以造成法益侵害結果的「客觀狀態」。如此一來，作為犯與不真正不作為犯間的歸責原理遂趨於同一，均屬 Roxin 所描述的「支配犯」²⁵⁸。在相同的脈絡下，日本學者西田典之與佐伯仁志進一步增設「排他性」的要件，試圖明確化 Schünemann 見解中過於抽象的支配概念²⁵⁹。

第二目 增補違法性之作法

另外一種「折衷說」雖然同樣肯定不作為與作為間存在著差異，但認為該差異並無法單純藉由擴張構成要件的方式加以填補。這是因為在此說的設想中，不真正不作為犯確實能夠透過假設因果流程的途徑，與法益侵害結果間產生因果關係，所以就構成要件而言，不真正不作為犯並無異於「作為結果犯」。然而，有鑑於不作為本質上的消極性，使得不真正不作為犯無論在不法判斷層面、抑或是限制犯罪成立的功能，都無法與作為犯相提並論。是以，本說雖然亦接納保證人地位作為不真正不作為犯的特殊成罪要件；但在作用上，卻是充當不作為在不法判斷上的「同價值性」要素。

自不待言，本說內部亦有些微的不同，例如我國及日本的通說見解均將「保

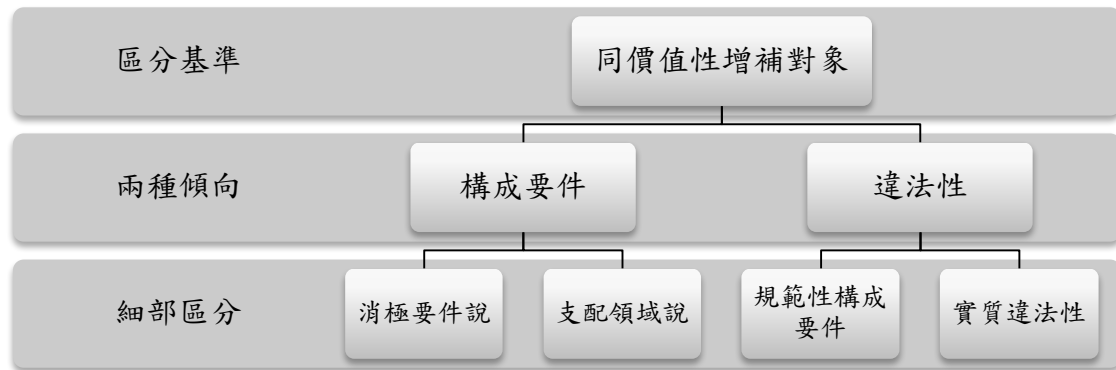
²⁵⁸ 請參考本文後續之介紹。

²⁵⁹ 請參考本文後續之介紹。

證人地位」與「保證人義務」明確區分，前者屬於規範性構成要件要素，而自保證人地位所衍伸的義務內涵（即保證人義務）則屬於違法性判斷的一環。也就是說，透過添加於構成要件的保證人地位，能夠同時達成限制違法判斷的範圍，且表彰違法內涵的構成要件機能。而另一方面，亦存在有作為基爾學派前身的論者 Sauer、Kissin；或是代表基爾學派刑法理論的 Schaffstein、Dahm 等學者，直接將「同價值性」要素置於違法性階層，並透過實質違法觀點進行填補的見解。

而下圖四即為本文統整「折衷說」的細部區分結果：

圖四：折衷說之細部區分



第四款 小結

透過上述的雙重區分，本文試圖建立起理解現有不真正不作為犯論述的整體體系架構。且同時將諸多學說見解歸納成三種主要類型、六種進階區分、與細部之十二種態樣，詳參下表四：

表四：現有不真正不作為犯學說分類

主要類型	進階區分		細部學說
因果關連說	區分標準：	惹起因果說	實證主義因果理論
			近期因果關係理論

	因果關係之種類	迴避可能說	期待可能性說
			歸責主體限定說
義務違反說	區分標準： 應否適用作為犯規定	不適用說	不處罰說
			幫助犯說
		同價值性說	實質義務說
			形式義務說
折衷說	區分標準： 同價值性增補對象	構成要件	消極條件說
			支配領域說
		違法性	規範性構成要件說
			實質違法性說

進而，在建立起上述之體系架構後，本文底下即進入具體的學說介紹與批判；必須事先強調的是，由於本文在先前諸多篇幅中，已仔細說明部分不真正不作為犯理論的具體內涵，是以，以下之篇幅重點將置放於尚未論及之學說見解。

第二項 義務違反說

本文首先將進行介紹與評析的是，主張不真正不作為犯不應適用作為犯規定的諸多「義務違反說」見解。如上所述，採取這一種解釋方式的論者，普遍均受到 Armin Kaufmann 教授的影響，認為不作為犯的「規範邏輯」與作為犯相異，屬於要求行為人積極從事特定行為之「命令規範」，因此在價值層面必須有所區隔，無法單純透過「禁止規範」構成要件進行處罰。

因此，相較於針對我國與德國所採取的總則規定模式，採取批判態度的「不處罰說」及「幫助犯說」；試圖透過不真正不作為犯具有與「作為結果犯」相同的不法價值，而能夠適用各該犯罪構成要件之其餘兩說，勢必無法避免有違反罪

刑法定主義之虞的批判。至於是否真的如同 Armin Kaufmann 所言，不作為犯與作為犯在規範層面的齟齬，能夠輕易透過「同價值性」而被消弭，則成為「形式義務說」與「實質義務說」必須事先證明的理論正當性前提。



第一款 不處罰說

如同本文先前所介紹，Armin Kaufmann 在立法論層面的論述，可被視為是近代以來，從根本性質疑不真正不作為犯處罰正當性的開創者。基於其自身「目的行為理論」的視角，Armin Kaufmann 指摘不作為犯與過失犯的犯罪結構均迥異於作為犯，並非是行為人的「目的性行為」具備刑事不法性質；相較於此，前兩者的處罰理由乃是行為人「忽視」刑法要求自身應採取之「目的性行為」²⁶⁰。是以，不作為犯的基本犯罪態樣應屬立法者明定行為人必須從事特定行為的「真正不作為犯」²⁶¹。

因此，當初由 Luden 開創且沿用至今的解釋方式，即：透過「作為結果犯」的規定處罰不真正不作為犯，以 Armin Kaufmann 的觀點來看，實乃嚴重違反罪刑法定主義之舉²⁶²；遑論在一九五〇年代的德國刑法中，連處罰不真正不作為犯的規定都闕之付如²⁶³。

另一方面，鄭逸哲教授也對於採取總則立法模式的我國刑法第十五條，進行相當嚴厲的批判。首先，鄭逸哲教授從實證主義的因果關係理論出發，指摘假設因果流程無非是將由過去經驗歸納所得之非必然性猜想，類推適用真實已然發生的因果關係的一種作法²⁶⁴。刑法若採取假設因果流程作為不真正不作為犯的因果

²⁶⁰ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 60 以下；以及福田平（1999），同前揭註 206 書，頁 50 以下。

²⁶¹ 請參考名和鉄郎（1974），同前揭註 23 文，頁 60 以下。

²⁶² 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 83 以下。

²⁶³ 請參考本文第二章有關德國不真正不作為犯立法之論述。

²⁶⁴ 請參考鄭逸哲（2004），〈構成要件理論與構成要件適用：刑事法學及其方法（二）〉，頁 132 以下，台北：自刊。

關係判斷，實已違反罪刑法定主義下「禁止類推適用」的原理原則。除此之外，鄭逸哲教授更進一步批判，我國刑法第十五條所擴充的不真正不作為犯構成要件中，無論是法律義務或前行行為，多半都只是習慣法上的義務類型，透過習慣法對於行為人進行處罰一事，也正是罪刑法定主義所嚴格禁止的²⁶⁵。

總結 Armin Kaufmann 與鄭逸哲兩位教授的論述即可發現，其實兩位教授反對的都不是處罰不真正不作為犯本身，而是如同德國、日本、或我國通說見解一般，直接或透過總則規定適用「作為結果犯」的犯罪構成要件進行處罰。另一方面，從兩位教授均不反對真正不作為犯的態度來看（Armin Kaufmann 教授甚至認為真正不作為犯才是處罰不作為的典型），一旦立法者將總則規定刪除，並在分則犯罪中制定專屬的不作為犯型態，則兩位教授即應當會轉而承認處罰的正當性。

最終，所謂的「不處罰說」其實充其量只是反對不真正不作為犯立法模式的暫時結論，本質上仍是承認某些不作為值得刑法加以處罰。然而，該如何選別值得處罰的不作為呢？可惜的是，本文並無法在兩位教授的論述中找到解答。

第二款 幫助犯說

在第一款中所介紹的「不處罰說」，試圖將不真正不作為犯的規定全然轉變成真正不作為犯，以此避免與罪刑法定主義相牴觸；然而，一方面在立法層面無法負擔起如此變革所生之成本，且對於賴以成罪的義務類型，學說亦從未有所定論。是以，分則立法模式始終未受接納。

有趣的是，從法國刑法理論的趨勢來看，不處罰不真正不作為犯的說法卻佔據著絕大多數的主流地位²⁶⁶。這是因為法國刑法學界受到一七八九年制定的人權宣言影響，故除了少數獨裁者的統治時期以外（例如 Napoleon 制定的一八一〇年刑法典），無論立法或解釋將國家對於人民行使刑罰權的界限劃定在：「人民的『行

²⁶⁵ 請參考鄭逸哲（2004），同前揭註 264 書，頁 134 以下。

²⁶⁶ 請參考井上宜裕（2009），同前揭註 256 文，頁 1533 以下。

為』造成社會或他人損害，且被法律明定禁止」的情況下²⁶⁷。如此一來，就算如同 Gand 等學者認為不作為仍屬行為之範疇，卻也因為主流論者普遍均以「嚴格解釋原則」看待罪刑法定主義，進而無法肯認不作為犯適用作為犯處罰規定之解釋途徑²⁶⁸。

不過，法國刑法理論也並非全面不處罰不真正不作為犯，如同 Gand 教授所述，當不真正不作為犯的客觀事態中，造成法益侵害結果發生的作用力來源屬於他人之行為時，不作為者頂多只能夠成立幫助犯²⁶⁹。也就是說，對於他人法益侵害行為的不作為（不救助或不阻止等），法國刑法理論普遍將該不作為視為幫助犯，亦即，行為人透過自身之不作為，幫助他人試圖達成的法益侵害結果能夠順利實現；相對於此，若是由自然因果進程造成法益侵害時，行為人的不作為則必須透過分則立法始能夠進行處罰²⁷⁰。

順帶一提，部分主張「排他性支配領域說」的日本學者（如島田聰一郎教授），也針對當結果發生之原因力來自第三人時，認為具備「排他性支配」之不作為者成立共同正犯；而僅是「義務違反」之不作為者，因為其只對於正犯心理有所幫助，故限於成立幫助犯²⁷¹。

第三款 形式義務說

綜觀所有不真正不作為犯論述，採取單純「形式義務違反說」，也就是單純憑藉其他規範中所產生的各種作為義務，便賦予違反之行為人刑事不法內涵的見解其實不多，只有 Feuerbach 的「特殊法義務說」與後來經 Stübel 補足之「契約

²⁶⁷ 請參考平野泰樹（2002），〈近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開〉，頁 35 以下，東京都：現代人文社。

²⁶⁸ 請參考井上宜裕（2009），同前揭註 256 文，頁 1528 及 1535。

²⁶⁹ 請參考井上宜裕（2009），同前揭註 256 文，頁 1528。

²⁷⁰ 請參考井上宜裕（2009），同前揭註 256 文，頁 1537 以下。

²⁷¹ 請參考島田聰一郎（2003），〈不作為による共犯について（二・完）〉，《立教法学》，64 期，頁 1-79。

義務」；以及由 Armin Kaufmann 所提出的「機能性保證人地位」兩條脈絡。然而，兩說的具體內容其實在本章第一節當中已多有提及，故在此處將著重於檢驗該理論是否能夠讓不真正不作為犯的可罰性基礎獲得證立之部分。



第一目 特殊法義務說及契約義務之補足

其實若要以現今的角度檢驗 Feuerbach 的不作為犯論述，顯然會有所失真，這是因為無論是在 Feuerbach 所編纂的一八一三年巴伐利亞刑法典、或是在同時期的其他日耳曼諸邦國刑法典中，有關不作為犯處罰的規定，多半集中在「違警罰法」，只有少部分以分則立法的方式，存在於普通刑法典內；且清一色均屬具備特別身分者的義務違反犯²⁷²。而另一方面，當時 Feuerbach 所建立的刑法體系，是環繞在「權利侵害說」的主軸上，因此，若刑法想要處罰行為人的不作為，則必須限定於該不作為亦能夠造成他人權利侵害為限²⁷³。如此一來，處罰不作為的重點即會成為：「在什麼樣的條件下，行為人可以透過不作為的方式，侵害他人權利」。

透過上述的兩條脈絡，Feuerbach 主張「特殊法義務說」的原因，即已不難理解。惟有在法律明確賦予特定行為人作為義務，且該作為義務攸關社會或他人權利之保全時，行為人的義務不履行才能夠侵害被害人所擁有之權利，進而滿足 Feuerbach 所堅守，以「權利侵害說」作為支點的侵害原理。其後，學者 Stübel 透過上述思考模式的貫徹，進一步將當事人間具有契約關係的情況，也納入「特殊法義務說」的射程範圍²⁷⁴。自不待言，契約的內容必須是與被害人自身受到損害的權利有關聯。最終，「特殊法律義務」與「契約關係」遂成為本說所採納的作為義務類型。

雖然透過「特殊法義務說」的解釋途徑，Feuerbach 能夠將自身侵害原理的堅

²⁷² 請參考本文第二章有關德國不真正不作為犯立法之論述。

²⁷³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 141 以下。

²⁷⁴ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 10 以下。

持，貫徹於不作為犯的處罰上；然而，無論是 Feuerbach 或 Stübel 的說法，均是將國家行政或私人契約中的義務關係，透過刑法加以擔保。如此一來，原先要求侵害原理的基本設想，即以權利的具體侵害限制國家刑罰權發動之目的已然受到稀釋；此外，混同相異法領域的制裁效果一事，也使得 Feuerbach 區分刑法與其他規範系統的嘗試，逐漸毀於一旦。

第二目 機能性保證人地位說

其次是學者 Armin Kaufmann 所提出的「機能性保證人地位說」，由於「禁止規範」與「命令規範」被其拆解成不同價值的規範體系，是以，在無法達成分則規定模式的前提下，Armin Kaufmann 遂試圖透過機能性的分類，檢驗作為義務與法益保護間的關聯性，並以此彌補「命令規範」所缺乏的刑事不法價值。

然而，也正如同本文先前所提及，法益保護固然是當代刑法理論中，能夠賦予刑事制裁正當化基礎的重要根據，但是若貫徹法益保護的理念所建構的不真正不作為犯，理應是有迴避可能性時，即應命該行為人積極保護法益²⁷⁵；相較於此，「機能性保證人地位說」顯然並不是採取上述的途徑，在 Armin Kaufmann 的設想中，仍然是透過法益保護的刑法目的，檢驗其他法律義務是否能夠符合，進而篩選出「保護型」與「監督型」兩種保證人地位。如此一來，若以邏輯層面來觀察，則清楚浮現出法益保護實際上已非 Armin Kaufmann 真正用來彌補「命令規範」的價值欠缺；而是隱含了「體制性」的概念²⁷⁶。

最終，Armin Kaufmann 依舊無法解決問題的根源，也就是其自身所提出「在什麼樣的情況下，『命令規範』能夠與『禁止規範』具備相同之刑事不法價值」的質疑²⁷⁷。故儘管「機能性保證人地位說」普遍受到時下通說見解的青睞，卻無力證成己說之理論正當性。

²⁷⁵ 請參考黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（下）〉，四版，台北：元照，頁 701 以下。

²⁷⁶ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 211 以下。

²⁷⁷ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 40 以下。



第四款 實質義務說

有鑑於「特殊法義務說」只能夠解釋 Feuerbach 透過「權利侵害說」所建構的刑事不法內涵；而 Armin Kaufmann 的「機能性保證人地位說」又無法填補「命令規範」與「禁止規範」間的鴻溝；因此主張不真正不作為犯的處罰理由單純在於義務違反之論者，被迫探尋其他的證立管道，說明部分積極義務之違反，確實具有與作為犯相當的刑事不法性質。

而依照學說見解所憑藉的途徑，本文將粗略區分成下述三種不同的證立方式進行介紹與評析：即「社會關係說」、「信賴關係說」、以及「體制義務說」。

第一目 社會關係說

1、概述

自一九三七年的「社會行動的結構」一書付梓開始，美國社會學家 T. Parsons 將 Durkheim 終生試圖說明的「社會常規」，更進一步透過人類行動與不同社會系統間的相互作用加以闡明²⁷⁸。而在一九五一年鉅著「社會體系」中，Parsons 主張人群社會行動相互關聯，形塑出概念上的諸多社會體系²⁷⁹；其透過對於法律社群的觀察，指出如果將法律制度視為次於社會體系的次級體系，而法庭或法學研究機構則是法律制度的次級體系，並衍生出更為下層的體系²⁸⁰。在上述的法律體系階層中，個人行動無可避免會受到體系內部形塑的規範影響與制約²⁸¹。

最先把 Parsons 的「社會體系」觀察視角，用來解釋不真正不作為犯的作為

²⁷⁸ 請參考 D. Martuccilli (著)，姜志輝 (譯) (2007)，同前揭註 242 書，頁 51 以下。

²⁷⁹ 請參考 D. Martuccilli (著)，姜志輝 (譯) (2007)，同前揭註 242 書，頁 57 以下。

²⁸⁰ 請參考洪鑣德 (2001)，同前揭註 242 文，頁 160 以下。

²⁸¹ 請參考洪鑣德 (2001)，同前揭註 242 文，頁 162 以下。

義務之見解，公認是一九五一年由學者 Vogt 所提出的「密切社會關係說」²⁸²，其後並透過 Androulakis 及 Bärwinkel 的補足，成為不真正不作為犯理論史中，相當具有特色的一支流派。



2、密切社會關係說

早在 Armin Kaufmann 區隔「禁止規範」與「命令規範」兩者間的價值性以前，

Vogt 教授所發表的「積極之不作為犯罪的義務問題」一文，即可被視為是探尋保證人地位實質化內涵的先驅²⁸³。Vogt 首先藉由觀察以往不真正不作為犯的學說見解及判決理由，指出普遍獲得承認的保證人地位背後，均隱含著「社會連帶性」的性質²⁸⁴。Vogt 進而引介 Durkheim 式的「社會連帶性」、以及 Parsons 的「社會體系」觀點，主張這種「社會連帶性」一方面是社會整體秩序領域的一部分；同時更是社會生活得以運行的命脈，因此，「社會連帶性」所產生的各種作為義務，具有較一般社會慣習中的道德義務更高的責任內涵²⁸⁵。進而，Vogt 認為如果保證人地位的內涵，是建立在上述「社會連帶性」的社會團體或社會關係形成的積極義務時，則應可合理化以刑事不法相繩的做法²⁸⁶。

儘管 Vogt 教授嘗試以社會學的觀點，替不真正不作為犯在「義務違反說」的前提下，賦予刑事處罰的正當性；然而，其用以建立理論的「密切社會關係」或是「產生社會連帶性的社會關係」等標準，一來不過只是社會學上的說法，無法直接視為是刑事不法的內涵，再者，無論是「密切」或「連帶關係」的用語，都過於抽象且充斥不確定性²⁸⁷。縱或 Vogt 盡可能將其限縮在家庭、職業等「持久性連帶關係」，以及危險共同體、契約等「己意連帶關係」之內，但「密切社會

²⁸² 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 206 以下。

²⁸³ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 356 以下。

²⁸⁴ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 104 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 356 以下。

²⁸⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 357 以下。

²⁸⁶ 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 210 以下；以及堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 106 以下。

²⁸⁷ 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 212 以下。

關係」的範圍仍屬曖昧²⁸⁸。而在 Vogt 之後，繼續採取「密切社會關係」說，並更進一步發展的是 Androulakis 的「事先存在之密切關係說」。



2、Androulakis 對於社會關係說之補足

受到 Armin Kaufmann 的學說影響，Androulakis 針對 Vogt 理論中並未觸及，有關不作為與作為等價值的問題，主張雖然「密切社會關係」在規範的角度具有一定的說服力，但是更應該從「現象本體論」的立場出發，一方面建構以保護法益為核心的刑事不法基礎，另一方面明確化「密切社會關係」的範圍²⁸⁹。而「事先存在之密切關係」即為 Androulakis 用以補充 Vogt 理論的作法，其認為只有當個人間事先存在有某種「相互歸屬」關係，且該「相互歸屬」具有一定的「客觀評價要素」時，始有可能成立不真正不作為犯的應罰性²⁹⁰。所謂的「客觀評價要素」則指涉「在該關係內，被害人的處境」，或是「藉由該關係，行為人壟斷防止結果發生的地位」等，自法益關聯性的角度所進行之評價²⁹¹。

總結上述，Androulakis 將具備刑事可罰性的「事先存在之密切關係」分為：存在於不作為者與被害人間、不作為者與危險源間、以及不作為者與加害人間三者，唯有當事實上，不作為者在不作為之前，符合該「密切關係」時，其不救助或不防止才與作為犯該當相同之刑事不法。

3、Bärwinkel 與社會角色說

承襲社會學取徑，持續試圖為不真正不作為犯的作為義務賦予實質內涵的是 Bärwinkel，雖然其讚許 Vogt 及 Androulakis 的「社會關聯說」足以為不真正不作為犯找尋理論的突破口，但是就違反作為義務所隱含的刑事不法性質，Bärwinkel

²⁸⁸ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 358 以下。

²⁸⁹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 105 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 359 以下。

²⁹⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 360 以下。

²⁹¹ 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 215 以下。

則認為前兩者均無法提出具有說服力的說明²⁹²。有鑑於此，Bärwinkel 從刑事不法的本質著手，以是否涉及「公共福祉」區分法律與道德範疇，進而以「不可欠」及「急迫」之性質，篩選出具備刑事不法的社會倫理義務²⁹³。

在一般情況下，立法者已將法益保護視為具備刑事不法的社會倫理義務所必需涵蓋的範疇，侵害法益則為違反該義務的唯一方式。相較於此，不作為若要成為犯罪之一環，則勢必得要處理所違反之積極作為義務，與作為有相同價值之處，此自不待言²⁹⁴。Bärwinkel 延續 Vogt 等人的社會學觀點，試圖以「社會角色」的功能性填補上述不作為與作為間的等價性。其指出，伴隨著現代社會發展，集團承擔起維護社會生活的功能，而個人也因為所隸屬之集團內規，被分配一定的定位，課予相對的義務，此時該定位及義務即會構成「社會角色」²⁹⁵。在此脈絡下，由於國家將法益視為刑法所必須保護的社會倫理義務，若某一「社會角色」的機能有包含法益保護，且對於法益保護是不可欠缺（Bärwinkel 稱以「客觀評價基準」）的話，則違反該「社會角色」的義務規範將會被評價為，與侵害法益有相同之刑事不法性質²⁹⁶。

透過法益、社會角色、以及客觀評價基準三個要素的設置，Bärwinkel 結合社會學與刑事不法的觀點，試圖為不真正不作為犯找尋合理化的解釋管道。也就是說，當不作為者於現實社會中扮演某個「社會角色」，且該「社會角色」在集團（家庭或職業）中，被賦予保護特定法益之義務，且對於該特定法益之保護，該「社會角色」的存在是必要（例如父母對於嬰兒、警察對於犯罪追緝等）時，不作為者的不作為可以被視為與積極作為相當之不法，而受到刑事制裁²⁹⁷。

²⁹² 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 230 以下。

²⁹³ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 360 以下。

²⁹⁴ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 360 以下。

²⁹⁵ 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 230 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 360 以下。

²⁹⁶ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 362 以下。

²⁹⁷ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 106 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 362 以下。

4、對於社會關係說之批判

無論是 Vogt、Androulakis、或 Bärwinkel，都是採用社會學「功能論」的角度，試圖以「社會關係」或「社會角色」所被賦予的功能，證成當不作為者不履行防果義務時的可罰性基礎。也就是說，當某個「社會關係」或「社會角色」的功能具有一定特質時，及具有刑法作為強制力。但由 Vogt 的「密切關係」、Androulakis 的「事先存在」、與 Bärwinkel 的「角色功能」以觀，採取社會學取徑的論者在可刑罰性的探討上，可說是言人人殊，無怪乎 Schünemann 賦予此說「淪於概念法學」的嚴厲批判。這是因為社會學與刑事法的觀點本就殊異，若是想要將社會學中的規範概念，直接用在刑事規範時，勢必會遭受到兩者間價值有所扞格的挑戰²⁹⁸。儘管上述三人均有所意識，但是最終的解決方案仍走向抽象且恣意的解釋²⁹⁹。

更為深層的批判其實在於，就算是從社會學的觀點可以得出「社會關係」或「社會角色」，並賦予一定的功能與內部規範，但是這一類型的社會學終究是偏向於「描述性」的學科，而非屬嘗試證成某規範具有實質正當性的理論。如此一來，若如同 Vogt 等學者試圖以社會學的觀點，說明義務違反的刑法上可罰性，無疑是想要從「實然」的狀態推導出「應然」的評價，在邏輯層面即已產生謬誤性³⁰⁰。

最終，就像是學者名和鐵郎或許玉秀不斷指出的，社會學觀點下的作為義務論所具有的重大缺陷，亦即充斥著嚴重的不確定性；畢竟「社會關係」或「社會角色」其實也都是社會學上有待詳加定義的名詞，若是採取如此充滿不確定性的概念作為歸責的判斷基準，則將與刑法最基本的「明確性原則」背道而馳³⁰¹。

²⁹⁸ 請參考名和鐵郎（1977），同前揭註 239 文，頁 240 以下。

²⁹⁹ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 370 以下。

³⁰⁰ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 370 以下。

³⁰¹ 請參考名和鐵郎（1977），同前揭註 239 文，頁 245 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 370 以下。

第二目 信賴關係說



1、信賴關係說簡介

在眾多實質化作為義務內涵的見解中，E. A. Wolff 教授從「特殊信賴關係」的角度，試圖建構不真正不作為犯的作為義務。氏以批判先前解釋不作為因果關係的諸多嘗試為起點，提出以存在於當事人間的「特殊信賴關係」取代因果關係³⁰²。惟有當行為人透過不作為，違反具有「特殊信賴關係」的義務時，才能夠認定行為人「惡化」被害人的存有條件³⁰³。而依照 E. A. Wolff 教授所建立的標準，該「特殊信賴關係」並非由社會事實中產生，因為在自由主義的社會中，任何人都沒有權利要求其他人的救助³⁰⁴。是以，E. A. Wolff 主張該信賴必須具有一定「規範效力」作為基礎（例如契約、規範或習慣法等），且限於行為人出於自由選擇而不完遂該義務的情況，以此作為處罰正當性的來源³⁰⁵。

相對於上述 E. A. Wolff 教授的規範信賴理論，同期的不真正不作為犯論述中，亦存在有 Welp 教授主張因行為人之前行行為、業務範圍等事實關係，所產生的「特殊信賴」能夠讓作為義務具備完整之刑事不法內涵³⁰⁶。

2、對於信賴關係說之批判

首先，正如同許玉秀教授及周濛沂教授精準的批判所指摘，「信賴關係」若只是單純從事實關係中產生，不過是當事人之一方過於一廂情願的「美好想像」，不宜更不應作為刑法歸責的基礎³⁰⁷。因此，「信賴關係」如果要有建立法律評價的意義，則勢必無法脫離規範性觀點。則如此一來，以「事實關係」推演出「信賴

³⁰² 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 108 以下。

³⁰³ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 108 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 218 以下。

³⁰⁴ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 108 以下。

³⁰⁵ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 218 以下。

³⁰⁶ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 110 以下。

³⁰⁷ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 41 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 219 以下。

關係」的主張僅具備描述性意義，而無法證成有刑法上價值的作為義務內涵³⁰⁸。

相較於此，儘管 E. A. Wolff 教授有意識到唯有規範性觀點才能夠使「信賴關係」具備法律上意義，但其所採取之回應方式卻也存在著明顯的疑問。簡而言之，若 E. A. Wolff 教授的規範性觀點所指涉之對象，乃是民事領域或行政規則等其他法規範，則由此產生的「信賴關係」不過只是將 Feuerbach 的「法義務說」以不同的角度，進行重新詮釋罷了³⁰⁹。相對於此，當所謂的「信賴關係」並非是由其他法規範所產生，而是以刑法的觀點所決定時，隱含於「信賴關係」內部的空洞更彰顯無疑。周漾沂教授便指出，如果認為被害人基於刑法規範的所產生的規範性信賴，去信賴行為人將善盡其義務的話，真正的重點其實已然轉移到刑法規範應該有什麼內容，因為必須先行決定刑法規範所產生的作為義務，始能劃定被害人的信賴範圍³¹⁰。是以，學者許玉秀為 E. A. Wolff 教授的「信賴關係說」做出以下之結論：「『信賴關係說』若不是沒有比「法義務說」的見解多說些什麼，就是毫無實質內涵的空泛概念³¹¹。」

第三目 自由主義法秩序下的各種體制義務說

1、概述

雖然從社會學的觀點嘗試替「義務違反說」尋找正當化基礎的學者，在上述批判中被逐漸揚棄，但是 Vogt 等人卻也開創了不真正不作為犯理論的研究熱潮。同時，有鑑於社會學取徑的失敗，往後的學者們深知，刑法理論的妥當性還是必須從刑法可罰性本身的角度出發，而近代刑法又是以「自由主義法秩序」為前提，是以，不真正不作為犯的處罰，應以能夠鑲嵌入「自由主義刑法」為優先目標³¹²。

³⁰⁸ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 219 以下。

³⁰⁹ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 41 以下。

³¹⁰ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 219 以下。

³¹¹ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 41。

³¹² 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 235 以下。

早在十七世紀自由主義剛萌芽時，「侵害原理」已然作為國家干涉人民自由的唯一理由受到廣泛學者的肯認。無論是哲學家 J. S. Mill 或 Kant，亦或是刑法學者 Feuerbach，均是以「侵害原理」作為原點，建構各自的法律論述³¹³。也因此，諸如學者 Jakobs 或周濛沂等，主張刑法原則上所處罰的應為違反「侵害原則」，積極造成他人侵害者（其稱之為「消極義務」的違反）³¹⁴。相較於此，該如何在以「消極義務」為核心的刑事不法中，安插協助他人遠離危難的義務（其稱之為「積極義務」），並對違反者加以處罰，則屬不真正不作為犯的重大關隘。

若按照周濛沂教授的分析，積極改善他人人身狀況的作為義務基本上與近代刑法原理是相衝突的，這是因為此類義務要求公民不能只為自己負責，而必須建立集體互相承擔起避免危難與風險發生的體制³¹⁵。在日常生活中，我們可以經常發現周邊存在著這樣的風險分擔體制，例如大眾運輸工具內博愛座的設置以及禮讓救護車先行的習慣，即為最佳證明。然而，這些習以為常的規則在性質上均屬於道德義務，其乃源自於人無法在任何時刻都能夠自我躲避危難，如此與生俱來的侷限性，因此傾向在團體中建設避險體系，賦予普遍義務以更為順利生存³¹⁶。

最終，問題則回歸到什麼樣的「體制性義務」，就算是在「自由主義法秩序」底下也能夠承認其正當性，且必須被納入刑法處罰的範圍內。而下述，本文即將介紹較為有說服力的幾種「體制性義務」見解。

2、對法益開放和閉鎖的關係

（1）、理論內涵

此說為我國學者許玉秀所獨家創建，氏認為刑事不法的基礎只應在於法益侵害，因此，不真正不作為犯賴以成立的「積極義務」內涵，也必須由保護法益的

³¹³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 1 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註第 6 文，頁 229 以下。

³¹⁴ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 132 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 229 以下。

³¹⁵ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 231 以下。

³¹⁶ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 231 以下。

實質角度出發³¹⁷。首先，許玉秀教授將具有保護法益機能的義務性質，簡單區分為兩類：「保護所有人之法益不受到特定的侵害」，以及「保護特定人法益不受到任何的侵害」；其次再依循這兩種保護義務的具體內涵，進一步探究能夠賦予「作為義務」刑事不法正當性的法律體制³¹⁸。

對於行為人具備第一種義務類型時，許玉秀教授指出：此時行為人其實對所有法益都沒有保護義務（開放關係），因此，保證人地位並無法從保護他人法益的角度獲得證立；而必須另外判斷行為人對於特定的侵害源或危險源是否具備防範義務（閉鎖關係），才能夠確定保證人地位的存否³¹⁹。至於行為人具備的是第二種義務類型時，由於行為人與被害人間已然產生保護義務（閉鎖關係），因此，若行為人不積極救助與自身處於「閉鎖關係」內之法益，則將會成立不真正不作為犯³²⁰。

針對行為人與侵害源或危險源間處於「閉鎖關係」的典型，許玉秀教授舉出民法第一〇八五條的懲戒權，說明在父母與子女的關係中，懲戒權毋寧也是國家課予父母的懲戒（教養）義務，義務的目的正是為了教育無害於社會的下一代。因此，透過民法懲戒權的規範，父母與未成年子女間，遂存在有積極防止子女侵害他人法益的義務（閉鎖關係）³²¹。也因此，雖然父母與其他人的法益間處於「開放關係」；卻會因為自身與子女間的「閉鎖關係」而具備保證人地位。

相較於此，許玉秀教授主張夫妻間關係即是屬於行為人與被害人法益具備「閉鎖關係」的良例。這是因為男女間締結婚姻關係之目的，源自於經營雙方的美好生活，是以，行為人與其配偶的法益間，負擔有保護義務以避免源自於第三人或被害人自身的侵害，故成立保證人地位。進而，在這樣的夫妻關係中，防止配偶積極侵害他人法益，則不屬於體制之目的，故夫妻任一方均不與配偶間具備

³¹⁷ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 64 以下。

³¹⁸ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 65。

³¹⁹ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 68 以下。

³²⁰ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 66 以下。

³²¹ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 66 以下。

防止侵害他人的「閉鎖關係」³²²。

(2)、開放與閉鎖關係說之評析

藉由將法益保護視為積極義務內涵之判斷基準，許玉秀教授試圖以自身所創立兩種不同的「閉鎖關係」，重新詮釋由 Armin Kaufmann 提倡的機能性保證人地位，並賦予「保護型」與「監督型」兩種保證人地位實質刑法觀點下的正當性來源。

然而，正如同周漾沂教授的精準批判，許玉秀教授的見解無疑是主張只要某體制的目的是在「保護法益」，則該體制所賦予的防止或救助義務即可被刑法正當化³²³。但是在現實中我們也可以觀察到，許多道德體制內都能產生相類似的法益保護或防止犯罪功能（例如宗教組織或生活習慣等）；如此一來，刑法是否必須無條件支撐該義務呢？是以周漾沂教授進一步指摘，若只是說明積極義務之目的在於保護法益或防止危險發生，其仍然不過屬於單純描述性的觀點，並無法有效說明在「自由主義法秩序」中，什麼樣的積極義務應該被刑法所接納，且正當化對於人民的處罰。

而許玉秀教授或許也意識到自己所提出的「開放關係」與「閉鎖關係」保證人地位，某程度上只是單純透過法益保護的目的性詮釋，而能夠符合刑法的可罰性基礎。但是這種描述性保證人地位其實與 Armin Kaufmann 的見解相同，均無法合理化存在於「消極義務」與「積極義務」間的刑事不法價值差異。也因此，許玉秀教授亦承認不真正不作為犯無法等價於作為犯，就我國第十五條的處罰規定，理應仿照德國刑法第十三條增設減刑之條款³²⁴。自不待言，此舉正是因為「積極義務」的違反，在「自由主義法秩序」下的刑法體系內，顯難與違反「消極義務」具有完全相同的可罰性。

³²² 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 67 以下。

³²³ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 238 以下。

³²⁴ 請參考許玉秀（1998），同前揭註 220 文，頁 63 以下。

3、風險分擔之體制義務

(1)、Jakobs 的二元犯罪型態體系

在嘗試將社會性體制義務納入刑法不法內涵的諸種見解當中，Jakobs 教授可以說是影響力最為廣大的論者。其以「組織管轄」及「體制義務」的區別二元化現有的各種犯罪型態；其中對於「體制義務」的說明，普遍認為是延續且更進一步擴展了原先由 Roxin 教授所提出的「義務違反犯」論述³²⁵。

另一方面，Jakobs 教授透過上述兩種犯罪類型的剖繪，試圖將不真正不作為犯的可罰性基礎與作為犯加以媒合，並建立起統一的刑事不法架構³²⁶。詳言之，在 Jakobs 教授所謂的「組織管轄」犯罪類型中，行為人必須為其行使自由所產生的後果負擔相對的積極義務，即避免他人因自己行為而受到侵害³²⁷。基於這樣的前提，Jakobs 教授將以往通說見解認定由前行行為產生的「監督型保證人地位」，置放於「組織管轄」的犯罪類型內部³²⁸。

相較於伴隨行為人自身行為而承擔的相對責任，社會中亦存在有眾多體制規範，透過這些體制的內部規範，個人被賦予必須積極承擔避免他人風險實現的義務³²⁹。也因此，這種體制義務的內涵無疑將會打破傳統自由主義中的基本行動規範設定，即否定以「個人自我負責原則」作為人民行使自由時將受到的唯一限制³³⁰。

進而，上述的體制義務該如何在以自我負責原則為核心的現代刑法中，獲得可罰性的證立，面對這樣的質疑，Jakobs 教授則是由規範論的角度出發，主張當某個體制具有一定社會重要性時，其所產生的義務就能夠被納入刑法的處罰範疇

³²⁵ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 132 以下；以及陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 380 以下。

³²⁶ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 132 以下。

³²⁷ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 133 以下；以及陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 380 以下。

³²⁸ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 382。

³²⁹ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 133 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 236 以下。

³³⁰ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 236 以下。

中，並具備與違反「消極義務」一舉相同的處罰正當性³³¹。也就是說，當立法者藉由刑事立法，承認某一體制在社會上的重要性後，由該體制所賦予個人的「積極義務」，即屬於能夠該當不真正不作為犯的作為義務來源。



(2)、Pawlik 的正當化嘗試

Jakobs 雖然藉由「體制義務」的分析，試圖賦予行為人違反「積極義務」能夠成立不真正不作為犯的正當化基礎；然而，就像是 Schünemann 教授所言，Jakobs 所接納的重要性體制（例如行政體制、家庭體制等）不外乎是既已存在於其他法領域中，諸種積極義務類型的總和³³²。儘管 Jakobs 透過自身對於犯罪類型的二元化，似乎有意建構與 Armin Kaufmann 等「形式義務說」相異的不真正不作為犯法理基礎；但是在 Schünemann 教授的觀點下，毋寧仍舊是殊途同歸，並沒有證立任何實質的可罰性基準³³³。

面對上述批判，仍然堅守風險分擔之「體制義務」立場，且嘗試繼續深化 Jakobs 理論的是，其門生 Pawlik 教授。身為一個將 Hegel 的「法哲學原理」視為能夠證立刑法理論的刑法哲學論者，Pawlik 教授更進一步透過 Hegel 的觀點，主張社會中各種體制存在的意義，均是試圖克服個人的孤立性，進而避免作為個體的個人因為自身存續條件的偶然喪失、或因為緊急危難所造成生存上威脅等，種種造成讓人類實現現實自由變為不可能的情況發生³³⁴。也因此，為了確保個人生存的基本現實條件能夠獲得充分保障，刑法亦應接納體制義務中，要求人民承擔積極救助他人的任務作為自身不法性之一環³³⁵。

基於自身的哲學理念，Pawlik 認為以實現公共福祉為目的的社會性體制，在性質上，能夠藉由不同個人間的資源調配，而達到使個人自由真正獲得實現的願

³³¹ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 134 以下；以及周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 238 以下。

³³² 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 385 以下。

³³³ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 387 以下。

³³⁴ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 236 以下。

³³⁵ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 236 以下。

景³³⁶。是以，最近親屬關係、公共角色關係等產生保證人地位的體制，均可以透過上述理論的證立，成為適格的作為義務賦予來源³³⁷。

(3)、周漾沂教授的批判與補足

雖然同樣是採取「體制義務」的不真正不作為犯論述，但周漾沂教授批判上述 Jakobs 與 Pawlik 兩位學者的說法其實隱含有對於「個人自由領域」的矛盾立場。詳言之，縱使兩位教授都主張個人的自由領域應受到尊重，不應被過度干涉；但是又承認在某些時刻，國家有權利強迫個人放棄自身的自由行為選擇，必須積極前去救助他人³³⁸。然而，在 Jakobs 及 Pawlik 的論述中，都並沒有具體說明透過什麼樣重要性判斷基準，刑法能夠將某一體制義務篩選進入自身射程範圍³³⁹。基於這樣的理論致命傷，周漾沂教授認為無條件採納「體制義務」觀點，毋寧說是一種對於「自由主義法秩序」的恣意破壞³⁴⁰。無獨有偶地，Schünemann 教授也強烈批判將「體制義務」視為刑事不法內涵的作法，無異於重新回歸二戰前法實證主義的刑法論述，無法區分其他規範領域與刑事不法的根本性差異³⁴¹。

其實無論是 Jakobs 或是 Pawlik 教授建立「體制義務」的觀點，其實都是為了要貫徹「自由主義法秩序」理論底下，個人能夠毫無窒礙地自我決定自身自由領域的實現與選擇；然而，周漾沂教授亦基於同樣的理念，拒斥上述以社會重要性或公共福祉為出發點的體制正當性。這是因為在其設想中，依照社會重要性或公共利益等理由，遂侵犯個人自由領域，實際上已然與「自由主義法秩序」相違背³⁴²。

也因此，周漾沂教授主張唯有當某個人失去自我決定的基礎，亦即「自我負

³³⁶ 請參考周漾沂(2012)，〈論攻擊型緊急避難之定位〉，《台大法學論叢》，41卷1期，頁403-453。

³³⁷ 請參考周漾沂(2014a)，同前揭註6文，頁236以下。

³³⁸ 請參考周漾沂(2014a)，同前揭註6文，頁328以下。

³³⁹ 請參考周漾沂(2014a)，同前揭註6文，頁328以下。

³⁴⁰ 請參考周漾沂(2014a)，同前揭註6文，頁328以下。

³⁴¹ 請參考陳志輝(2012)，同前揭註236文，頁387以下；以及同作者(2014)，〈刑法保證人地位法理根據之分析〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》，國立成功大學社會科學院法律學系主辦，台南。

³⁴² 請參考周漾沂(2012)，同前揭註336，頁442以下；以及同作者(2014a)，同前揭註6文，頁238以下。

責能力」時，國家才有權利以刑法上的強制力建立體制義務，進而避免該個人因為欠缺「自我負責能力」所導致的生存機會惡化³⁴³。也就是說，在周濛沂教授的見解中，只有未成年人因為其認識以及判斷能力都尚未健全，而必須透過刑法上的保證人地位，以使其能夠生存到具有完全「自我負責能力」的年紀，如此之體制始不與「自由主義法秩序」相矛盾³⁴⁴。

在確立國家因「自我負責能力」欠缺而建立的保證人地位，是唯一能夠與「自由主義刑法」精神相符合的體制後，周濛沂教授進一步指出，仍然必須面對該體制義務該分配給何者的派生問題³⁴⁵。藉由此問題的提出，周濛沂教授批判「體制義務說」普遍只能透過實效性的論證，毫無實質理由將義務隨機分配。因此，其試圖透過「自我負責原則」的觀點，重新梳理不真正不作為犯作為義務的正當化來源³⁴⁶。

4、體制義務的自願承擔

由上述說明可知，周濛沂教授認為在「自由主義法秩序」下，人人都應該有不受他人干涉，且自我任意決定的「自由領域」，也因此，在自我負責的前提下，所有風險應由行為人自行承擔，而不應以國家強制力的角度迫使他人放棄自身自由而前往救助。基於這樣的觀點，若要證立「體制義務說」的正當性，則勢必以當事人自願承擔該體制義務為唯一標準³⁴⁷。也就是說，儘管透過「自我負責能力」欠缺的論證，國家可以建立以刑法為後盾的積極救助體制，但是只有當行為人自願承擔此一體制時，國家才能夠將義務賦予行為人。更具體而言，欠缺「自我負責能力」的未成年子女之出生，可說是父母自我選擇而決定的產物，因此，將未成年子女的照顧體制交給父母的作法，符合自願承擔的原則³⁴⁸。相較於父母的情

³⁴³ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 239 以下。

³⁴⁴ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 240 以下。

³⁴⁵ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 241 以下。

³⁴⁶ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 241 以下。

³⁴⁷ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 246 以下。

³⁴⁸ 雖然周濛沂教授並沒有明白闡述此點，但是從其文字中，應可推論出這樣的意義。請參考周濛

況，當未成年人雙親均不存在、或事後因為種種原因而造成「自我負責能力」喪失之時，則以扶養義務者透過自願承擔，接受該體制義務的賦予³⁴⁹。

按照此一邏輯，周濛沂教授亦主張保證人地位並不僅存在於上述體制中，而可以藉由自願承擔原則，更廣泛地在日常生活中成立。舉例言之，若如同參與登山活動等已然蘊含風險連帶性的危險共同體時，可視為同意承擔起團體中其他人於該活動中所產生的危難救助³⁵⁰。又或者，當事人雙方可以訂立明示的契約將自身（病患與看護）或他人（小孩與保母）的風險，經由合意的方式，由他人承擔³⁵¹。而在自願承擔後的不作為，始能夠具備刑法上的處罰正當性，以成立不真正不作為犯。

5、針對體制義務說的總結與提問

「體制義務說」試圖藉由媒合實存於社會中的各種體制所賦予人民的積極義務，以及「自由主義法秩序」底下的刑法原理原則，證成不真正不作為犯「保證人地位」的理論正當性，已如前述。因此，無論是我國的許玉秀、周濛沂教授或是德國的 Jakobs、Pawlik 等學者所提出的見解，都不外乎是在探討刑法如何能夠產生「積極救助（或犯罪防止）義務」。

首先，許玉秀教授以近代刑法中普遍承認的「法益保護原則」為圭臬，主張「積極救助義務」的生成自然不能脫離保護法益不受到侵害的上位概念。透過這一層篩檢，許玉秀教授舉出社會中存在有兩種賦予人民作為義務的體制，符合上述「法益保護原則」之前提，亦即「開放關係」與「閉鎖關係」。而對於系爭受侵害的法益，只有當不作為者負擔有這兩種體制的積極作為義務時，其違反義務一舉才具備可刑罰性。

相較於許玉秀教授的說法，Jakobs 與 Pawlik 則由不同的取徑出發，將刑法的

沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 247 以下。

³⁴⁹ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 244 以下。

³⁵⁰ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 247 以下。

³⁵¹ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 248 以下。

目的由法益保護轉移到規範確保，並依此開展其「義務犯論」的正當性。簡單來說，透過刑罰的施加，原先不具有強制意義的社會規範，能夠受到人民普遍的遵守。而刑法的基本期待即為個人開展其自由領域時，以避免造成他人損害為核心價值；另一方面，社會中具有重要性的體制，亦會以刑罰作為後盾介入個人自由領域，賦予人民積極救助義務。前者屬於「消極義務」的破壞，而後者則被認為是違反「積極義務」，兩者均蘊含刑法上的正當性。

儘管採取的觀點迥異，但上述兩說均嘗試在自身刑法理論的可罰性基礎中，納入「積極義務」的處罰。然而，本文贊同周漾沂教授的批判，許玉秀教授與 Jakobs 等人所提出的見解，最多只具備描述性的機能。這是因為無論從「法益保護原則」或「規範論」的角度，都不過是在「篩選」而非「證立」積極救助義務的賦予。也就是說，是否當一個體制符合「法益保護原則」或「社會重要性」時，刑法即應無條件加以支撐？又或者是，國家可以毫無限制地透過「法益保護原則」或「社會重要性」，不斷將作為義務施加在人民身上？上述兩說恐怕都是無力回答這些問題的吧！

最終，本文初步同意周漾沂教授所採取的「自願承擔原則」，屬於所有主張「體制義務說」的見解中，最能夠與「自由主義法秩序」底下「自我負責原理」互相吻合的一說。詳言之，依照自由主義的理念，個人本應能夠在不侵害他人自由的前提下，開創自身的自由領域，不受到任何外界干涉。因此，刑法的歸責對象也必須限制在「侵害原理」的範圍內，無論是「法益保護」或「社會福祉」均非屬證立在刑法中納入積極義務的理由。只有在個人自願承擔他人法益保護的管轄時，該積極義務才透過「自我負責原理」的擴張，獲得刑事制裁之正當性。

第四目 義務違反說之總結

藉由上述對於各種「義務違反說」的分析可以發現，起初 Feuerbach 是為了解決不作為在因果關係所面臨的理論困境，試圖以違反義務造成他人權利侵害的角度，詮釋不作為的可罰性基礎。因此在 Feuerbach 的設想中，刑法的正當性依

舊必須建立在「侵害原理」之上，不作為犯毋寧是一種被迫妥協的「例外狀態」。然而，在 Feuerbach 後的學說見解中，義務違反犯已然成為獨立的犯罪型態，討論的重點均鎖定在義務違反與刑法目的間的關聯性。不過由於 Ludén 區分出真正不作為犯與不真正不作為犯的兩種類型，以及建立不作為因果性的諸多嘗試，在一九五〇年代前，「義務違反說」普遍被侷限在真正不作為犯的理論內，是以鮮少受到重視。

Armin Kaufmann 的不作為犯論可說是影響「義務違反說」發展最為關鍵的見解，透過其將不作為犯與作為犯二元對立的主張，無論是真正不作為犯或不真正不作為犯的可罰性基礎都被統一成義務違反。是以，在 Armin Kaufmann 以降的不真正不作為犯論述中，也開始以義務違反作為核心進行學說建構。如此「義務犯化」的現象其實並不專屬不作為犯所特有，無獨有偶，在二十世紀刑事法理論的演化過程中，過失犯、未遂犯、與身分犯的見解也有逐漸走向「義務違反說」的趨勢。

另一方面，也因為「義務違反說」蔓延至諸多犯罪態樣的成立要件，學說開始重視義務的內涵是否能夠與刑法目的相一致，例如客觀歸責論者在判斷是否該當過失犯時，特定注意義務的「規範保護目的」遂成為核心要件。綜觀上述除了 Feuerbach 外的各種不真正不作為犯理論，也均屬於相同的論理模式。「信賴關係說」與「社會關係說」嘗試以心理學上的信賴建立或是社會學上的角色功能為分析儀，劃定出作為義務與法益保護之間的關聯性。至於「體制義務說」則更無庸多言，只有與法益保護有關的體制，會被採取此說的論者視為有探討價值。

然而，正如同學者周漾沂的指摘，無論是過失犯中的注意義務，或是不真正不作為犯中的作為義務，光憑藉義務內容涉及法益保護目的之說明，無法證立在「自由主義法秩序」的基本理念下，刑法規範透過刑事處罰課予人民義務的正當性。因此，在不真正不作為犯採取「義務違反說」的上述諸見解中，「社會關係說」及「體制義務說」所承認的作為義務範圍無疑是一種客觀性描述，而「信賴關係說」只有當該信賴的內涵受到刑法由訂立規範加以確認時，該信賴始具備實

質的效力，就算是這些學說所劃定的作為義務與法益保護有所連結，也無從說明為何必須由特定人承擔該作為義務。

最終，如果「義務違反說」想要成為不真正不作為犯，甚至過失犯、身分犯等領域中的合理解釋途徑，則義務本身的二重性質，即義務與法益保護間的關聯，以及義務賦予特定人的理由，必須被完整說明。而在上述眾多理論中，本文認為周濛沂教授的論述，是較為周全且符合自由主義色彩的。

第三項 折衷說

如先前所述，「折衷說」的特點即屬承認不作為犯在「犯罪態樣」或「違法性」的階層，與作為犯是有所區隔的；但是「折衷說」同時也認為，能夠藉由諸多要件的增補（即等價性條款），讓不真正不作為犯該當於「作為結果犯」的構成要件或刑事不法判斷。因此，若主張不作為犯在「犯罪態樣」與作為犯相異的論者，多半傾向於採取「擴充構成要件」之模式；相對於此，認為不作為犯僅就違法性的層次不同於作為犯之見解，則多半將「等價性條款」視為是彌補不作為犯違法性較為欠缺的部份。

因此，以下將介紹的四種不同「折衷說」中，前兩項「消極條件說」（第一目）與「支配領域說」（第二目）屬於採用「擴充構成要件」模式之見解；而後兩項「規範性構成要件說」（第三目）及「實質違法性說」（第四目）則是補足不真正不作為犯「違法性」的嘗試。而本文評析的重點自然會著重在，以上四種不真正不作為犯論是否能夠藉由自身所補充的「等價性條款」，達成使不作為在構成要件或違法性階層，與作為犯相等且成立「作為結果犯」之犯罪規定。

第一款 消極條件說

第一目 學說概述

「消極條件說」是學者 Nagler 在一九三〇年代所提出，為了對抗基爾學派等納粹主義刑法理論，而力主將不真正不作為犯的討論主軸，從違法性階層回歸到構成要件內涵的見解³⁵²。當時多數見解對於不真正不作為犯的犯罪成立，均受到規範主義刑法理論的影響，認為不作為亦能透過假設因果流程的規範性判斷，成立一般規範「作為結果犯」態樣的犯罪構成要件³⁵³。有別於此，Nagler 重新採用十九世紀實證主義刑法理論論者 v. Buri 的因果關係，將產生結果的原因區分成「積極條件」與「消極條件」兩種，認為只有前者才屬於「作為結果犯」所應當處罰的對象³⁵⁴。基於這樣的分類，不作為的行為態樣則是讓能夠阻止結果發生的「消極條件」，在現實中不予以投入或使其不發揮作用³⁵⁵。是以，與作為犯的行為態樣有著極大的差別，不應如同當時通說見解般，過於草率遂等同視之。

故不真正不作為犯若要具備處罰的正當性，Nagler 所提出的基本設想即屬，透過對於部分「消極條件」性質的強調，試圖說明在某些情況下，行為人投入「消極條件」並使結果不發生一事，具備與行為人創造造成法益侵害的「積極條件」相同之可歸責性，因此能夠在構成要件階段讓不作為亦能該當於作為犯之規定³⁵⁶。而針對上述特別情況的說明，Nagler 則是沿襲學者 Binding 的用語，認為只有當法律或社會制度中，讓某些身分負擔起保證結果不發生之義務時（即保證人地位），方能夠讓不作為同於作為³⁵⁷。

³⁵² 請參考本文在本章第一節中之論述。

³⁵³ 例如二十世紀初期主流之刑法學者 Beling、M. E. Mayer、Sauer、以及基爾學派論者 Schaffstein、Dahm 等人，均採取這樣的說法，請參考神山敏雄（1964），同前揭註 254 文，頁 33 以下。

³⁵⁴ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 20 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 335 以下。

³⁵⁵ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 335 以下。

³⁵⁶ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 20 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 335 以下。

³⁵⁷ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 332。

第二目 保證人地位與形式三分說

總結以上所述，Nagler 的「消極條件說」試圖用部分「消極條件」的特殊性，彌補不作為與作為間，因為客觀態樣之差異而無法適用相同規範的問題。而箇中關鍵要素自不待言，就是保證人地位。然而可惜的是，Nagler 並沒有提出屬於自身的保證人地位，其只是承襲著十九世紀以來，由德國刑法學界與法院判決累積而成的形式三分說，即「法律義務」、「契約或自願承擔」、以及「前行行為」三種義務類型，差異僅在於 Nagler 將承擔起上述義務之身分，統合成保證人地位，並置放於構成要件要素罷了³⁵⁸。

第三目 對於消極條件說之批判

如同本文在這一章第一節中已然說明，從現代不真正不作為犯理論史的角度來看，Nagler 的貢獻與其說是保證人地位的提出；更毋寧是將不真正不作為犯的論述主軸從違法性階段回歸構成要件要素。但是相對於此，如果不想採取本文下述第三目中所介紹的說法一般，以單純加入「規範性構成要件」的方式，把原本屬於積極違法性要件的保證人義務優先在構成要件階段判斷；如何建構出屬於不真正不作為犯的實質構成要件要素，則成為「擴充構成要件說」的先決課題。

就這一部分而言，Nagler 的「消極條件說」可被視為是相當成功的嘗試。首先，由 v. Buri 所做出的觀察確實掌握不作為與作為間，在客觀態樣上的最大差異，也就是「創設積極條件」與單純「消極不阻止」的二元對立。進而，這樣的二元對立是否能夠透過 Nagler 的保證人地位，在構成要件階段即獲得填補，遂成為學說檢驗「消極條件說」的主要著力點。

1、混淆實存與應然

由於 Nagler 的「消極條件說」是以不作為與作為在客觀型態上的差異為理論

³⁵⁸ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 35 以下。

的出發點，並藉由保證人地位的添加，使得兩者能夠適用共通的構成要件規範。然而，對於 Nagler 的批判最為有力之處，也正是上述的理論邏輯。詳言之，如果說「作為結果犯」的不法態樣乃行為人創造使法益侵害結果發生的「積極條件」，且在因果關係的進程中實現；則添加保證人地位後的不真正不作為犯不法態樣，即會變成行為人違反特定防止義務，怠於介入因果流程阻止結果發生。相當顯而易見地，Nagler 彌補兩者在實存上差異的，正是「行為人違反特定防止義務」，如此一來，Nagler 無異混淆了應然與實然不應混同的論理邏輯³⁵⁹。

或許 Nagler 可以如下抗辯：刑法針對作為犯或不作為犯的處罰仍然必須回歸應然層面探討，因而，保證人地位所填補的正是作為不作為基於客觀態樣不同，所欠缺的應然可刑罰性。但若是如此主張，則 Nagler 與 Armin Kaufmann 間遂不存在任何差異，即不作為與作為真正的差異乃是在規範型態層面，而非客觀犯罪構成之面向。最終，保證人地位的作用也僅為讓「命令規範」的刑事不法價值與「禁止規範」相同，結論上與前一款中的「義務違反說」相差無幾。

2、空泛的保證人地位

Nagler 的「消極條件說」另一個飽受批判的問題點，則為其所採納之保證人地位內涵，由於只是將以往所公認的義務種類全盤加以接受，因此喪失起初限制不真正不作為犯成立的用意。簡單來說，無論 Nagler 想透過保證人地位填補不作為與作為間實存或應然面任何一方之差異，但過於空泛的保證人地位，一來使得區分「積極條件」與「消極條件」的理由逐漸模糊³⁶⁰；另一方面在價值判斷上，亦如同本文先前之批判，無助於讓「命令規範」與「禁止規範」間的鴻溝獲得填補³⁶¹。

³⁵⁹ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 337 以下。

³⁶⁰ 請參考名和鉄郎（1973），同前揭註 22 文，頁 40 以下。

³⁶¹ 請參考上述對於形式義務違反說之批判。

第四目 總結消極條件說

雖然 Nagler 的「消極條件說」在理論成就上而言，算得上有達到其最初所預設的實質目標，即反對納粹主義刑法理論中的「實質違法說」不真正不作為犯見解，並將討論的重心移回構成要件階段。但是，在理論的內容方面，Nagler 卻無法建立起相當具有說服力的說法。

然而，Nagler 透過重申「積極條件」與「消極條件」的二分，讓受到二十世紀初期統治刑法理論的規範刑法學嚴重影響，認為不作為犯與作為犯能夠藉由假設因果流程而同等視之的既定思考模式，獲得相當程度的挑戰。也因此，Nagler 可視為開啟一九五〇年代起，一連串嘗試媒合不作為與作為間差異的濫觴³⁶²。而延續 Nagler 在實存面上努力的論者，當屬由德國學者 Schünemann 以及受其影響的西田典之、佐伯仁志兩位日本學者，所提出的「支配領域說」。

第二款 支配領域說

第一目 理論概述

一九七一年，Schünemann 在其初試啼聲的論文「不純正不作為犯的基礎與界限」中，提出以現實上的「原因支配」取代以往學說所採取的規範上「義務違反」，作為不真正不作為犯的保證人地位內涵及可罰性基礎³⁶³。其首先針對先前「實質化保證人地位運動」的諸說進行批判，指陳無論是「社會關係」或「體制義務」其實均屬有待理論補充的空洞概念，而隨著不同學者採取的相異說詞，將導向概念法學的無底深淵³⁶⁴。是以，Schünemann 主張用以成立不真正不作為犯的保證人地位，其不應只是單純在價值層面的義務違反，更必須要在

³⁶² 請參考名和鉄郎（1988），同前揭註 200 文，頁 165 以下。

³⁶³ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 390 以下。

³⁶⁴ 請參考名和鉄郎（1977），同前揭註 239 文，頁 262 以下；以及許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 372 以下。

事實層面與作為犯有相同的性質³⁶⁵。沿襲著老師 Roxin 的「犯罪支配論」，Schünemann 提出在不真正不作為犯的場合，行為人也是因為對於法益侵害的結果有所「支配」，才能夠構成以作為犯為基礎的結果犯。

在「行為支配說」的觀點下，Roxin 將一部份的犯罪態樣區分成「藉由支配自己的身體（直接正犯）」、「藉由意思的支配（間接正犯）」、及「藉由機能性的支配（共同正犯）」等三種，以此說明上述犯罪類型的可罰性基礎在於「對造成結果的原因有支配」³⁶⁶。相對於此，Schünemann 試圖更進一步將「犯罪支配論」適用在所有刑法明定的犯罪上，其中亦包括 Roxin 原本歸類在義務犯範疇的不真正不作為犯。詳言之，Schünemann 藉由重構保證人地位的實質內涵，讓不作為也能夠如同作為一般，對於結果發生的原因有所支配，而支配的重點即在於行為人控制了一定的「社會領域」，且該「社會領域」支配了危險是否發生或他人法益的無助狀況³⁶⁷。也就是說，Schünemann 主張在所謂「支配」的上位概念下，衍生出作為（行為支配）與不作為（領域支配）兩種不同的支配種類，均能夠成為結果發生的原因，進而適用相同的處罰規定加以論斷³⁶⁸。

然而，Schünemann 無法避免的說理義務則是，什麼樣的「社會領域」能夠支配起危險是否發生或他人法益的無助狀態，而對此一部分 Schünemann 展開相當抽象的說明。首先，正如同在作為犯時，行為人對於犯罪的支配是源自於「現實中對自己行為的支配」；因此，該「社會領域」下的支配，也必須具備相同的「現實基礎」。亦即，侵害的來源與對象都事先存於行為人在社會領域的控制支配中，且在該社會領域中，侵害的最終實現可以被當成是行為人意志的彰顯³⁶⁹。故 Schünemann 所強調的支配性，並非以往學說重視的「法益支配可能性（即迴避可能性）」，而是在現實情況下，被害人的法益已然無法單獨由自己所

³⁶⁵ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 390 以下。

³⁶⁶ 請參考橋本正博（2000），〈「行為支配論」と正犯理論〉，頁 55 以下，東京都：有斐閣。

³⁶⁷ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 117 以下；以及陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文，。

³⁶⁸ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 148 以下。

³⁶⁹ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

控制，某程度上被掌握在他人的手中時；亦或是侵害危險源的控制已然由行為人所支配，但行為人卻放棄該支配時³⁷⁰。針對前者的例子，Schünemann 指出嬰兒與保母、醫生與病人等關係；而後者則可見於兇猛寵物的看管、瑕疵產品製造人的事後監督等情況³⁷¹。

另一方面，Schünemann 除了將「支配領域」的概念用以解釋不真正不作為犯的保證人地位，且更具野心地積極擴展理論的射程範圍，企圖使「支配說」能夠包含原先由 Roxin 歸類於義務犯的諸多犯罪。Schünemann 主張在刑法中，有關身分犯隱含的特殊義務違反不外乎是支配領域的彰顯，如同保證人地位一般，是社會活動必然產生，對於危險源或保護法益的支配關係³⁷²。也就是說，身分犯隱含的特殊義務並非刑法歸責的基礎，而只是證明上述支配領域存在的證據。故最終，Schünemann 認為所有的身分犯其實都是保證人身分犯，只有在行為人對於法益的無助狀態或危險源有所支配時，才有可能成立犯罪³⁷³。

第二目 對於支配領域說的批判

雖然在 Schünemann 提出「支配領域說」後，其老師 Roxin 也承認此說是目前為止最能夠合理化不真正不作為犯處罰正當性的見解，進而修改自己的刑法總則內容；但是，「支配領域說」易遭受到不少的責難，又其中主要以採取「義務違反說」的論者為多數。本文簡單介紹如下：

1、支配概念的模糊性

首當其衝的自然是「支配領域」的概念依舊模糊不清這一部分，無論 Schünemann 費盡相當多篇幅的心力，在解釋何謂「現實上已然存在的支配」、

³⁷⁰ 請參考堀内捷三（1978），同前揭註 3 書，頁 117 以下；以及陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁷¹ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁷² 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 391 以下。

³⁷³ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 391 以下。

以及「在該領域中侵害能被視為行為人意志彰顯般實現」等用語，卻只能透過具體客觀事態的詮釋，以不同個案的角度進行說明，無法建立明確且易於判斷的基本概念。然而，與其說這是一種對於理論本身的批判，更像是長久以來，方法論上「教義學」與「類型學」的爭執。傳統德國刑法理論的脈絡乃試圖以演繹法的模式，從清楚且不容更動的上位概念推演出不同的次類型；自然無法忍受 Schünemann 這種從個案不斷具體化的作法³⁷⁴。

2、理論邏輯上的盲點

其次是透過「實然無法推得應然」的論理邏輯，批判 Schünemann 是以事實上的支配衍生出規範上的防止義務，產生理念斷裂的見解。詳言之，如同周漾沂教授即指出，刑法透過不真正不作為犯的設立，宣稱具有保證人義務者必須積極採取作為，因此，「支配理論」的本質在周漾沂教授的眼中，其實是主張在事實上有支配的人即有作為義務，並非屬於能夠從應然面證立的見解³⁷⁵。舉例而言，在荒山野嶺中的唯一住戶確實在現實上支配了該領域內的山難者，但刑法能否僅以此客觀事實即讓該住戶具備防止義務，則仍有正當性上的疑問³⁷⁶。是以，周漾沂教授主張「支配領域說」並非全然不可採，只是支配的性質不如同 Schünemann 所言，屬於事實層次；而必須是刑法在應然面能夠證立使特定人承擔支配領域的「規範性支配」³⁷⁷。

對於上述的批判，Schünemann 的回應則是刑法上的規範（應然）無法脫離存在面的基礎，同樣的規範在不同的實然狀態中，將會產生迥異的法律適用³⁷⁸。而刑法上的規範其實只有對於法益侵害的禁止，至於該把法益侵害結果的責任歸屬給現實中的哪一個人，則必然會受到存在面上可供依循的政策目的影

³⁷⁴ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁷⁵ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 214 以下。

³⁷⁶ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 214 以下。

³⁷⁷ 請參考周漾沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 216。

³⁷⁸ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

響³⁷⁹。而在 Schünemann 的想法下，能將結果歸屬給其之人，必然是支配犯罪原因者，無論支配的是自己的身體（行為支配）、組織結構（共犯或組織犯）、亦或是法益的無助狀態與危險源（保證人地位）。也就是說，「支配領域說」並不試圖從實然推論出應然，而是在應然已確定的前提下，探尋最應對於結果負責之人³⁸⁰。

3、類推適用作為犯規定

第三個批判則是認為 Schünemann 區分作為犯的支配（行為支配）與不作為犯的支配（領域支配），試圖以兩者間的相似性，論證不作為犯適用作為犯規定處罰的正當性；然而，既然「行為支配」與「領域支配」在支配態樣上屬不同的兩種類型，即便具有某程度的相似性，但仍然無法免除類推適用的責難，產生處罰正當性的缺陷³⁸¹。誠如 Schünemann 自身也承認，其並未主張保證人地位的「領域支配」能夠完全相同於「行為支配」，只是在行為人「支配犯罪發生的成因」此一指導性價值觀點下，所發展出的相異類似性規則³⁸²。然而，Schünemann 也由此回應上述批判，指出立法者不過是透過作為犯的完全規定彰顯出「支配概念」的內涵，此並未解消由其他類似性規則推論出不同犯罪態樣的可能性³⁸³。也就是說，在刑法分則條文中，立法者確立了犯罪的可罰性均屬「支配概念」的衍生，而經由總則的規定，立法者也明示了與分則（行為支配）相異的犯罪態樣，亦即「領域支配」。如此一來，「支配領域說」並非藉由支配的類似性類推適用作為犯的處罰規定，而是以全面性的犯罪理論，試圖將作為與不作為的態樣加以包含³⁸⁴。

³⁷⁹ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁸⁰ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁸¹ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁸² 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁸³ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

³⁸⁴ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

第三目 總結支配領域說

總結上述，「支配領域說」發源於 Roxin 的「行為支配理論」，藉由將其中「行為人支配發生犯罪結果之原因」的核心概念加以類型化，Schünemann 將 Roxin 原初只打算適用於作為犯的設想，進一步擴張至不真正不作為犯的領域，試圖取代所有公認為「義務違反犯」的犯罪態樣。是以，透過「行為人支配自己的身體以侵害他人法益」的類比，Schünemann 指出行為人亦可「支配某種領域以侵害他人法益」，就此統合作為與不作為間的歧異性。

然而，追根究柢來看，Roxin 的「行為支配理論」並不屬於判斷行為人之行為是否違法而提出標準，其不過是為了解決辨識「正犯性」的刑法上難題。也就是說，在 Roxin 的設想中，「支配發生犯罪結果原因」者被認為是正犯，其餘之人則只能以共犯論，而與是否該當不法的判斷無關。相對於此，Schünemann 的說法將造成只有犯罪類型區分，卻無不法實質內涵的窘境。這是因為在作為犯的不法判斷中，「行為人創造法所不允許的風險，且風險在構成要件範圍內實現，最終造成法益侵害」乃 Roxin 學派所不爭，故作為犯的「行為支配」即是行為人支配自己的身體創造出法所不允許的風險。但是在不真正不作為犯的情形，行為人因為自身在社會所承擔的腳色，而支配某種抽象的領域範圍，至於法益侵害則是由該領域內的其他因素所造成。易言之，就算 Schünemann 用支配概念當成橋梁，媒合作為與不作為的差異，終究仍是必須面對下述問題，即：為何「特定領域中的法益侵害」能夠同於「創造法益侵害危險」的不法性。

對於上述疑問，若假定 Schünemann 的想法是認為行為人透過支配特定領域的方式，把造成法益侵害的因果歷程收在自己手中，因此在評價上，等同於行為人利用既存的風險積極侵害法益，遂產生與作為犯相當程度的類似性。但是如此一來，不真正不作為犯的可罰性基礎其實已然無異於處罰間接正犯之情況，差別僅在於，間接正犯的行為人是利用不具備主觀認知或無責任能力的第三人積極作為造成法益侵害；而不真正不作為犯的行為人則屬透過既有因果歷程的實現，達成法益侵害之目的。最終，在 Schünemann 的理論中，不真正不作為

為犯的成立範圍也如同間接正犯一般，將被侷限於行為人具備直接故意的場合。然而，此一結論似乎與 Schünemann 的原意有所違背，因為在有關於製造業者不回收由其所製造，可能造成購買者身體侵害的瑕疵商品製造物案件中，Schünemann 似乎仍承認有過失不真正不作為犯的成立空間，而造成理論不一貫之危險³⁸⁵。

在另一方面，既然 Schünemann 承襲自 Roxin 的見解，其對於刑事不法的判斷，亦必定是立基於由一般預防觀點決定結果歸責的架構。故行為支配的角度不過說明就法益侵害的結果，現實中的哪一個人最能夠加以迴避。在作為犯時，迴避的方式即為放棄支配自己的身體從事侵害法益的行動（遵守刑法中的決定規範）；相對於此，在不真正不作為犯時，積極阻止法益侵害實現在自己所支配的範圍中，仍屬迴避法益侵害的唯一方式。是以，Schünemann 的不真正不作為犯論其實並未脫離「作為義務違反」的核心可罰性要素，也就是說，行為人之所以被處罰仍是因為其「不積極防止法益侵害」。與其他學說的差異則是 Schünemann 試圖在現實的層面，歸納出不真正不作為犯能夠適用作為犯的法理基礎，即兩者均為「對於結果發生原因的支配」，進以課予不作為之行為人迴避法益侵害的義務；而非單純使用「保證人義務」的違反說明違法性（義務違反說或保證人義務說）或彌補實行行為性（保證人說）。

以結論而言，Schünemann 的「支配領域說」雖然本質上仍含有許多尚未完善解決之瑕疵，然而，在如何就現實而非應然的層面，嘗試讓不作為的不法性相當於作為這一點上，Schünemann 的貢獻可說是非常可觀的。特別是其從客觀領域的支配性，重新建構保證人地位本質要素之舉，無疑是替本文所採取的客觀主義刑法學，奠定合理解釋不真正不作為犯的基石。

³⁸⁵ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

第四目 以排他性要件強化支配領域說—日本學者之嘗試

上述 Schünemann 以行為人對於法益侵害所具有之「支配領域性」，作為不真正不作為犯處罰正當性的說法，在日本刑法學界受到廣大的接納，同時諸如西田典之、佐伯仁志等學者亦試圖進一步具體化過於抽象的「支配領域」概念。

1、排他性要件的增設

首先是西田典之教授所提出「『事實上』與『規範性』排他支配說」，氏從與作為犯的對比中，得出下述結論：作為犯的特徵是行為人基於自己意思，設定朝向法益侵害結果的因果流程；相對於此，若不作為犯要與作為犯具備相同之不法性質，則不作為者對於因果流程的掌控，必須要與作為犯有類似程度的強度³⁸⁶。也因此，西田教授認為只有當行為人具體且現實上有意識地支配該因果流程時，才能夠與作為犯相提並論。進而，對於何謂「具體且現實上支配」，西田教授進一步以「排他性」進行說明，也就是基於不作為本質上的消極性，行為人必須積極排除他人介入因果關係，才有可能達到與作為犯相同的支配因果流程強度³⁸⁷。

然而，由於在特定的情況下，不作為者雖然在具體且現實上支配了法益侵害因果流程，卻並非是基於己意的產物³⁸⁸。例如：自家住宅內被他人棄置了嬰兒，此時行為人雖然確實支配了該嬰兒生命法益侵害的因果流程，但該支配的現象乃是由他人（遺棄者）所造成；如此一來，依照西田教授的見解，上述行為人之不為救助則不會成立不真正不作為犯，而產生刑法評價上的漏洞。為了解決這樣的問題點，西田教授遂承認「規範性」能夠填補「有意性」的空缺，成為產生排他性支配領域的第二種型態³⁸⁹。不過必須注意的是，此處西田教授所主張的「規範性排他支配領域」並不是僅透過規範而產生支配的態樣；相對於此，只有當行為人並非基於己意創造出支配領域時，西田教授才使用「規範性」要件進行填補，

³⁸⁶ 請參考西田典之（1988），同前揭註 251 文，頁 89 以下。

³⁸⁷ 請參考西田典之（1988），同前揭註 251 文，頁 90 以下。

³⁸⁸ 請參考西田典之（1988），同前揭註 251 文，頁 92 以下。

³⁸⁹ 請參考西田典之（1988），同前揭註 251 文，頁 92 以下。

因而仍是以現實上的排他性支配為成罪核心要件。



2、排他性與危險創出行為

其次，進一步針對西田教授的「排他性支配領域說」，試圖提出修正的是佐伯仁志教授。氏認為上述西田教授將「排他性支配領域」的產生原因，區分成「自願型」與「規範型」兩種，前者固然沒有問題；然而，由於西田教授並未嚴格限制後者的規範屬性，因此存在有擴張的危險³⁹⁰。

基於上述缺失，佐伯教授承襲日高義博教授的見解，主張除了行為人必須設定掌握法益侵害流程的「排他性支配領域」外；尚需行為人在整體犯罪過程中，確實積極產生法益侵害的危險性，始能夠符合近代刑法以自由主義為基礎的侵害原理限制³⁹¹。是以，佐伯教授提出兩種不真正不作為之情況能夠符合上述侵害原理的標準：行為人的先行行為本身蘊含法益侵害危險性自屬其一；另外一種則是行為人建立排他性支配領域一舉，將減低被害人受到救助的可能性³⁹²。以結論來說，由於在前者中，前行行為已然滿足侵害原理的要求，故毋須檢視行為人所創立的排他性支配領域是否將減低被害人的獲救可能性；相較於此，若行為人只是單純製造排他性支配領域，則減低獲救可能性的判斷則屬重要。

3、對於排他支配領域說之批判

有趣的是，「支配領域說」的創始者 Schünemann 教授本身對於排他性要件的增設，即站在反對的立場。理由則是因為，無論是普遍在故意作為犯或過失犯的「行為支配」要件中，均不曾要求「排他性」的支配強度，此從「同時犯」不斷受到學界承認即可獲得證實。也因此，在不真正不作為犯的成立要求比起作為犯更高的支配程度，當屬不必要的畫蛇添足之舉³⁹³。

³⁹⁰ 請參考佐伯仁志（1996），同前揭註 251 文，頁 109 以下。

³⁹¹ 請參考佐伯仁志（1996），同前揭註 251 文，頁 111 以下。

³⁹² 請參考佐伯仁志（1996），同前揭註 251 文，頁 111 以下。

³⁹³ 請參考陳志輝（2014），同前揭註 341 之研討會論文。

然而，本文認為 Schünemann 教授的批判並不一定成立，儘管或許在德國故意與過失的「同時犯」獲得多數學者的肯定³⁹⁴；相對於此，在日本卻仍然屬於少數說之見解。亦即，日本普遍刑法歸責體系依舊是以成立單獨正犯為原則，故對於正犯的適格性自然會有所要求³⁹⁵；就這一點而言，有別於德國從 Welzel 以降，將過失犯排除在「行為支配」範圍後，所不斷承認複數犯罪者的傾向³⁹⁶。因此，Schünemann 的批判並無法成功套用在日本的討論上。

另一方面，本文認為「排他性支配領域說」真正的理論問題點在於，日本學者並不同 Schünemann 或 Roxin 等「犯罪支配論」論者，主張刑事不法性的內涵在於行為人對於犯罪的支配。是以，造成不真正不作為犯與作為犯的不法內涵其實是相異的：前者是犯罪支配；而後者則是侵害原理。這點從佐伯仁志教授的修正嘗試中，即彰顯無遺，簡而言之，正因為「排他性支配領域說」的主張仍無法使得不作為與作為在刑事不法價值層面，具備完全相等的可罰性基礎，故佐伯教授才會進一步要求「危險創出」的要件，以試圖補足兩者間的差異³⁹⁷。

第三款 實質違法性說

第一目 理論概述：從形式違法性說開始

就理論史的脈絡來看，「違法性說」在二十世紀初達至全盛期，最為有力的支持者公認是 Beling 及 M. E. Mayer 二位學者³⁹⁸；然而，真正替「違法性說」奠定理論基礎的其實乃是先前已然提及，開創「規範因果關係」的 v. Bar 與 Rohland 等規範刑法理論學者³⁹⁹。

³⁹⁴ 請參考橋本正博（2000），同前揭註 366 書，頁 194 以下；以及齋藤信宰（2006），〈目的的行為論と過失犯〉，《大東ロージャーナル》，2 期，頁 3-23。

³⁹⁵ 請參考高山佳奈子（2012）〈複數行為による事故の正犯性〉，收錄於：井上正仁、酒卷匡（編），《現在刑事法學の到達点：三井誠先生古稀祝賀論文集》，頁 179-203，東京都：有斐閣。

³⁹⁶ 請參考齋藤信宰（2006），同前揭註 394 文，頁 15 以下。

³⁹⁷ 請參考佐伯仁志（1996），同前揭註 251 文，頁 111 以下。

³⁹⁸ 請參考神山敏雄（1964），同前揭註 254 文，頁 33 以下。

³⁹⁹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 36 以下。

相對於十九世紀中葉時的實證主義刑法學論者，v. Bar 等學者則是主張必須從應然面的角度出發，才能夠解決不真正不作為犯在因果關係的困境。而其後透過 Rohland 及 Kohler 等學者進一步確立理論內涵，指出並非所有現實上能夠防止結果發生的義務違反者，均能夠該當於「規範關係」的判斷，相對於此，唯有具備「法律上特殊義務」之人，才會受到刑事責任的歸責⁴⁰⁰。

不過，這些規範刑法理論學者受限於十九世紀時，尚未發展出明確的犯罪論體系之侷限，因此並沒有將「法律上特殊義務」之有無，置放於違法性階段的判斷中⁴⁰¹。要一直等到二十世紀初期，由 Liszt-Beling 所開創的「古典犯罪三階層體系」受到確立後，學說才有所謂構成要件與違法性的區別⁴⁰²。

是以，本文底下將優先分析 Beling 如何透過其所創設的犯罪論體系，把原先屬於同一判斷內涵的「規範關係」與「法律上特別義務」，一分為二並分別置放於構成要件及違法性的層次中，且其後受到 M. E. Mayer 的支持，建立起「違法性說」的論理基礎。進而，在一九三〇年代以 Sauer 與 Kissin 等學者為首的「實質違法性說」，更是讓不真正不作為犯的違法判斷從形式走向實質，奠定「實質違法說」的解釋途徑。

第二目 Beling 與記述性構成要件

身為將犯罪論體系區分成「構成要件」、「違法性」、及「罪責」三階層始祖的 Beling，其主張刑法作為評價人類行為的規範，必須有一定的判斷邏輯，故按照其設想，在罪刑法定主義的要求下，刑法將事先宣告某些行為與造成之結果屬於法所非難的對象⁴⁰³。如此一來，「構成要件」即是判斷行為人之行為是否符合刑法所描述、行為有無造成刑法所規定的結果等事項，因而，在構成要件的制訂上，

⁴⁰⁰ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 37 以下。

⁴⁰¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 39 以下。

⁴⁰² 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 9 以下。

⁴⁰³ 請參考許玉秀（2000），同前揭註 19 書，頁 9 以下；以及山本紘之（2010），〈構成要件論の機能について〉，收錄於：川端博、椎橋隆幸、甲斐克則（編），《立石二六先生古稀祝賀論文集》，頁 51-72，東京都：成文堂。

立法者應以描述性且不帶有價值色彩為限⁴⁰⁴。

基於上述，既然 Beling 的構成要件論中，無法挾帶「價值性判斷」，其該如何解決不真正不作為犯的「規範因果關係」定位呢？就這一點而言，其實 Beling 始終沒有明確加以說明，若依據學者名和鐵郎的考察，Beling 只是透過相當粗糙的論述，以「立法者用以作為基礎的日常生活用語」一詞，簡單說明不作為與作為的構成要件同一性及因果關係的肯定後，立刻將不真正不作為犯的解釋重心全面放在「違法性」階層⁴⁰⁵。在不作為能夠與作為同樣符合構成要件的前提下，Beling 認為若在不作為的類型也能夠推定違法，則勢必會造成處罰範圍的擴大，因此，其提出所謂的「逆轉原則」，否定在不作為犯時構成要件的違法推定機能，惟有當不作為行為人具備法律上特殊義務，始具備刑事不法的違法性⁴⁰⁶。

第三目 由形式走向實質

正如同本文在這一章的第一節中所述，Beling 等學者雖然主張不真正不作為犯的討論核心在於違法性階層；然而，卻也只是透過以往學界與判例所承認的「形式三分說」，作為違法判斷的基本內涵。也因此，受到 Sauer 與 Kissin 等「實質違法性說」學者大力抨擊，認為刑法仍然應該具備自身的違法判斷基礎，不應直接借用其他法規範的標準⁴⁰⁷。故如 Sauer 遂提出「對於國家及其成員利多於害」之標準；其後基爾學派的 Schaffstein 亦提出「健全的國民情感」，作為不真正不作為犯不法性內涵的依歸⁴⁰⁸。

第四目 實質不法說隱含的危險

由於 Sauer 等學者所主張的「實質不法性說」，一方面否定其他法律體系與刑

⁴⁰⁴ 請參考山本紘之（2010），同前揭註 403 文，頁 53 以下。

⁴⁰⁵ 請參考名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 39 以下。

⁴⁰⁶ 請參考神山敏雄（1964），同前揭註 254 文，頁 33 以下；以及名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 39 以下。

⁴⁰⁷ 請參考名和鐵郎（1971），同前揭註 3 文，頁 45 以下。

⁴⁰⁸ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 345 以下。

法的混淆；但是在另一方面，卻也反對承襲自 Feuerbach、Birnbaum，以利益侵害作為刑事不法根源之傳統⁴⁰⁹。然而如此一來，原先 Liszt 與 Beling 創立「古典犯罪三層體系」所試圖限制違法性判斷的用意，則完全毀於一旦⁴¹⁰。也因此，無論是 Sauer 的「對於國家及其成員利多於害」或 Schaffstein 的「健全的國民情感」，其背後所隱含的集體主義色彩，都能夠毫無阻礙的成為構陷人民於罪的理由⁴¹¹。最終，這樣的說法也導致「納粹刑法理論」的興起及罪刑法定主義的崩壞，釀成近代最為嚴重的極權主義悲劇。

第四款 規範性構成要件說

第一目 概說

日本及我國通說見解均採取「規範性構成要件說」，此說的基本設定在於，承認假設因果流程能夠取代條件關係的判斷，讓不作為與結果間成立如同作為犯一般的因果關係；然而，又因為不作為本身的消極性，就算是透過假設因果流程的篩選，仍是有歸責過廣的傾向⁴¹²。也因此，此說論者遂主張，與作為犯的犯罪構成型態相異，不真正不作為犯雖然也與結果間具備因果關係，但並無法證成不作為的可罰性。而必須從不作為所違反的義務類型，進行是否具備完整之違法性判斷。

有趣的是，「規範性構成要件說」雖然就歸責判斷的途徑，其所採取的是新康德主義刑法理論以來，廣為通用的假設因果流程；但是在另一方面，此說同時也受到戰後德國反省納粹刑法學的影響，接納了 Nagler 將不真正不作為犯成罪

⁴⁰⁹ 請參考鍾宏彬（2012），同前揭註 20 書，頁 97 以下。

⁴¹⁰ 請參考神山敏雄（1965），〈不真正不作為犯論の批判的考察（二）〉，《沖大論叢》，5 卷 2 期，頁 57-91；以及鄭逸哲（1997），同前揭註 115 文，頁 790 以下。

⁴¹¹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 52 以下。

⁴¹² 日本學者之論述請參考川端博（著），余振華（譯）（2008），〈刑法總論：集中講義〉，頁 43 以下，台北：元照；以及井田良（2008），〈講義刑法學：總論〉，頁 143 以下，東京都：有斐閣。而我國學者之見解請參考林山田（2008a），同前揭註 233 書，頁 248 以下。

核心移回構成要件的架構，以及保證人地位的使用。因此，創造出相當別樹一幟的不真正不作為犯論述⁴¹³。

在其中，保證人地位仍然像 Nagler 所主張的一般，是構成要件要素，但卻是屬於所謂的「規範性構成要件」。也就是說，與身分犯的規定類似，儘管任何人都能夠與法益侵害結果間產生因果關係，但立法者唯獨針對具有某種地位或義務之人，認定只有其侵害法益的行動，才會實質造成該法益的受損⁴¹⁴。舉例言之，對於個人秘密的破壞而言，無論洩漏者是誰，都會造成被害人本身隱私曝光之損害；然而，觀諸我國刑法針對個人秘密的保障（第 316 條），卻僅規定從事特定行業者（例如醫師、藥師、律師等）的洩密行為才需要被處罰。對此，我國普遍學者的解讀均是認為，唯有負擔保密義務的行為人，其洩漏所造成的秘密破壞才具備刑事不法的可罰性⁴¹⁵。

對「規範性構成要件說」的論者而言，保證人地位就如同第 316 條針對特殊身分者的限定，縱使任何人都可以造成法益的破壞，但這種犯罪的不法重點已非單純法益侵害，而同時蘊含了義務違反的色彩⁴¹⁶。Roxin 教授在其早期的不真正不作為犯論中，便採取上述的見解；此外，佔據日本通說地位的川端博、井田良兩位教授；以及我國通說地位的林山田、林鈺雄等學者，亦都屬於「規範性構成要件說」的擁護者。

第二目 規範性構成要件說的利與弊

首先，「規範性構成要件說」能夠在現今取得通說的地位，其實並不會令人意外。這是因為就理論架構的明確性以及成罪判斷的便利性而言，此說的確有著相當程度之優勢；同時，此說亦符合當代刑法理論對於構成要件機能的要求，即

⁴¹³ 請參考神山敏雄（1964），同前揭註 254 文，頁 41 以下。

⁴¹⁴ 請參考川端博（著），余振華（譯）（2008），同前揭註 412 書，頁 34 以下；以及林山田（2008a），同前揭註 233 書，頁 248 以下。

⁴¹⁵ 請參考甘添貴（2001），〈體系刑法各論：第一卷〉，二版，頁 500 以下，台北：自刊。

⁴¹⁶ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 345 以下。

框定違法與責任的判斷客體⁴¹⁷。

然而相對於上述優點，「規範性構成要件說」內部也存在有不可忽視的理論盲點。其中最為明顯之問題點則是，無論早期 Roxin 的見解或林山田教授等學者的說法，針對保證人地位的具體內涵，都仍然是以傳統的「形式三分說」或 Armin Kaufmann 所提出的「機能性保證人地位」為主⁴¹⁸。因而，如同 Roxin 當初提出「義務違反犯」的犯罪類型時所受到的批判，為何能夠透過其他法規範體系的義務，遂賦予不真正不作為犯或身分犯獨立的不法內涵，被認為是採取「規範性構成要件說」的論者無法輕易回答的理論困境⁴¹⁹。

第五款 折衷說之總結

透過本文對於各種「折衷說」的介紹可以發現，只有 Schünemann 教授的「支配領域說」不是藉由「義務違反」，以媒合不作為與作為間的不等價性；至於其他三種說法，則都主張必須以「義務違反」作為同價值條款的內涵。然而，Nagler 的「消極條件說」與通說所採之「規範構成要件說」中，保證人地位的內涵均為「形式義務違反」；如此一來，為何作為與不作為間刑事不法的差距，能夠單純憑藉民事、行政、甚至是習慣法上的義務賦予，遂輕易填補？這兩說之論者至今仍無令人信服之答案。

因此，最終只有試圖以「犯罪支配」概念作為刑事不法內涵，一舉統合作為犯與不作為犯的「支配領域說」；以及嘗試建立專屬於「義務違反」的實質不法觀點，諸如 Sauer 與 Schaffstein 等「實質不法說」論者，始能夠證立處罰不真正不作為犯的可罰性基礎。但是在另一方面，若不真正不作為犯具備專屬於自身的刑事不法內涵，則對於因果關係的要求，似乎與作為犯出現南轅北轍的態度。詳

⁴¹⁷ 請參考許玉秀（1997b），同前揭註 25 文，頁 337 以下。

⁴¹⁸ 請參考平山幹子（2005），同前揭註 236 書，頁 123 以下；以及林山田（2008a），同前揭註 233 書，頁 248 以下。

⁴¹⁹ 請參考陳志輝（2012），同前揭註 236 文，頁 379 以下。

言之，在作為犯的歸責體系中，因果關係佔據著不可或缺的關鍵腳色，其存在即代表象徵刑事不法的法益侵害結果，能夠歸結到特定個人之身上⁴²⁰。然而，在「實質不法說」底下的不真正不作為犯，同樣也能夠透過假設因果流程將法益侵害結果歸責給特定個人，但卻被認為不具備足以處罰的不法質量。如此一來，「實質違法說」的結論勢必將會傾向於「實質義務違反說」的見解，亦即，不真正不作為犯的可罰性能夠僅憑藉著「義務違反」就獲得證成，至於因果關係則只是判斷歸責的方式⁴²¹。

相較於此，「支配領域說」可說是採取了完全相反的途徑，Schünemann 教授試圖透過與作為犯現實犯罪態樣的類比，證明不真正不作為犯亦能達到相同程度的犯罪支配。然而，正如同本文先前所述，若依照「犯罪支配理論」的提倡者 Roxin 所述，作為犯的犯罪支配屬於行為人支配自身行為，創造法所不容許之風險，而最終風險實現在構成要件的效力範圍內；但是不作為卻欠缺了最為關鍵的「創造法所不容許之風險」要素，只不過是「支配既已存在之風險實現」罷了。如此一來，不作為與作為間的差異是否能夠像是 Schünemann 教授所主張，藉由支配型態的類比加以弭平，尚有更多說明的必要性。

最後值得一提的是佐伯仁志教授的見解，氏以「排他性支配領域」為歸責之核心架構，輔以「危險創出行為」作為補足可罰性內涵的同價值條款，就理論的完整度而言，可說是彌補了上述 Schünemann 教授說法中的缺陷。然而，如同本文以下對於「前行行為說」的批判，若使用製造法益侵害危險的前行行為補足不作為所欠缺的危險性，同時亦將違反責任判斷中的「同時性原則」；又或者造成雙重評價的弊病⁴²²。故本文對於佐伯教授將「前行行為」視為「危險創出行為」態樣的作法，抱持著否定的態度。

⁴²⁰ 請參考林陽一（2000），〈刑法における因果關係理論〉，頁 11 以下，東京都：成文堂；以及吉岡一男（2006），〈因果關係と刑事責任〉，頁 28 以下，東京都：成文堂。

⁴²¹ 請參考山中敬一（2010），〈犯罪論の機能と構造〉，頁 166 以下，東京都：成文堂。

⁴²² 詳細分析請參考本文底下之論述。

第四項 因果關連說



最後本文要介紹的是，主張不真正不作為犯與作為犯完全相同，均屬透過與法益侵害結果間的因果關連，成立完整之刑事不法內涵，而不需要添加其他的構成要件或違法性要素之見解。本文亦同樣將「因果關連說」區分成四種類型：「實證主義因果理論」、「近期因果關係理論」、「期待可能性說」、以及「歸責主體限定說」。必須再次強調的是，前兩說主要的理論取徑是試圖建立起「實存」的因果關係，讓不真正不作為犯也能夠具備產生結果的原因力；而後兩說則是主張作為犯與不作為犯的歸責基礎均屬「迴避可能性」判斷，因此兩者間並不存在任何不法階層上的差異。

第一款 實證主義因果理論

如同本文在本章第一節中所述，實證主義因果理論乃是十九世紀中期，受到科學實證主義的強烈影響，刑法學者針對自身的因果關係也嘗試以實存的角度進行建構。然而，儘管在作為結果犯的情況中，能夠透過積極行為所產生的原因力，描繪出與法益侵害結果間的動態流程；但是相對於此，這樣的因果關係理論卻無法合理解釋本身象徵「虛無」的不真正不作為犯。

也因此，在當時許多學者都試著提出自身的不真正不作為犯因果關係理論，而共通的傾向則是在於，利用不作為以外的客觀事態或心理作用等因子，建立起不作為與法益侵害結果間的實證因果關係。雖然這股實證主義因果理論的風潮只維持了不到半個世紀，即被規範因果關係所取代；然而，從現今許多不真正不作為犯理論的內容，仍能夠看到此時諸多學說的影響。

第一目 其他行為說

第一個提出自身見解的，是最先區分真正不作為犯與不真正不作為犯的 Luden。氏認為不作為或許在直觀上能夠成為造成法益侵害結果之原因；同時，Luden 卻也指疑不作為的實存性⁴²³。依照 Luden 的設想，不作為意味著某行為的不存在，也就是行為人本身並沒有透過自身力量進行客觀可被觀察的行為；如此一來，用以判斷結果歸責的「客體（即行為）」亦不復存在，進而，不作為與結果間自然無法成立實存的因果關係⁴²⁴。

為了解決上述困境，Luden 遂從行為人所進行的現實行為中，找尋足供不真正不作為犯判斷因果關係的「客體」，也就是所謂的「其他行為」⁴²⁵。Luden 指出，行為人從事其他行為一舉，即代表其排除了能夠使結果不發生的「防止行為」，氏舉出以下例子加以說明：「在母親不餵嬰兒而使其餓死的情況中，母親編織衣物的行為（其他行為）排除了自身進行餵乳的行為（防止行為），因此，這個現實且具體的編織衣物行為，遂成為不真正不作為犯中應受歸責之客體。⁴²⁶」

然而，上述 Luden 的嘗試毋寧說是以失敗告終，這是因為行為人進行其他行為為本身，不應也不適格成為刑法的歸責對象；且與其說行為人透過其他行為排除防止行為的產生，毋寧是行為人自己內心的選擇，如此一來，這種心理上的作用亦無法通過實證因果關係的檢驗。

第二目 前行行為說

1、理論概述

由 Temme 所開創的「前行行為說」，其基本立場在於：不作為不過只是行為人身體上的靜或不為法所期待之積極行為，是以，在不作為的情況中，行為人並

⁴²³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 143 以下。

⁴²⁴ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 16 以下；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 144 以下。

⁴²⁵ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 144 以下。

⁴²⁶ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 144。

沒有產生或介入發生結果的因果關係，其不過是讓既有的因果關係實現⁴²⁷。故行為人在不作為前，必須存在一個具有造成結果發生危險的行為，而行為人藉由不中斷該前行行為的因果歷程，讓結果發生，如此始能夠符合「侵害原理」的刑法框架⁴²⁸。Krug 進一步將前行行為區分成「危險行為」以及「承擔風險行為」兩種，認為在後者的情況中，由於行為人承擔起保護監督的職責，導致被害人(或他人)進行活動最終造成法益侵害危險，故也可以納入前行行為的範疇內⁴²⁹。

2、對於前行行為說之批判

然而，若單純依照原初 Temme 或 Krug 的設想，前行行為並不屬於犯罪行為之一環，而只是證明「惹起結果」的原因力；相對於此，真正該當犯罪構成要件的，則是其後行為人單純的靜止或不為特定作為之不作為態樣。故行為人在從事前行行為時，有無認識到行為的危險性並不重要；然而，以客觀危險行為所建構而成的「前行行為說」，卻受到當時部分學者的強烈批判，這是因為「前行行為說」被指摘有違反罪責判斷中的「同時性原則」之嫌疑⁴³⁰。詳言之，在 Temme 與 Krug 的見解中，真正惹起結果的行為是前行行為，但是由於行為人當時不具備故意或過失而無法被刑法處罰；相對於此，透過行為人事後認識到危險仍不阻止的不作為成立犯罪一事，毋寧是一種以後行為(不作為)的責任要件(故意、過失)處罰前行行為的態樣⁴³¹。

因此，有部分學者提出行為人在從事前行行為時，仍必須要對於結果發生有認識或認識可能性。然而，這樣的說法只是更突顯出「前行行為說」在理論層次的不完美。首先，若法益侵害的結果確實是由行為人具備故意(認識)或過失(認識可能性)的行為所引起，則如此之行為其實就徹底符合刑法上所能夠歸責的所

⁴²⁷ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁17以下。

⁴²⁸ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁17以下；以及梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁144以下。

⁴²⁹ 請參考梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁145以下。

⁴³⁰ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁18以下。

⁴³¹ 請參考名和鉄郎(1971)，同前揭註3文，頁18以下。

有要件；而為何必須再進一步討論行為人之後的不作為，除了對行為人的高度期待外，本文想像不到其他合理的說法⁴³²。其次，縱使採取此說的學者一再強調可以倚靠競合論解決，但違反「雙重評價禁止」的問題仍舊如鯁在喉，無法被合理化說明⁴³³。

3、總結前行行為說

由上述可知，十九世紀中期所提出的「前行行為說」，其實與當今主流見解「形式三分說」或「機能性保證人地位」中的「前行行為」，存在有相當大的差距。前者是用來補足不作為的因果關係之嘗試；而後者則是賦予行為人積極作為義務的理由。如此一來，或許能夠回應鄭逸哲及許玉秀教授兩位教授的批判，即「前行行為說」與「習慣法禁止」的牴觸。詳言之，若依照 Temme 或 Glasser 的說法，根本不會有由習慣法產生作為義務之疑慮，因為在十九世紀中期的「前行行為說」只是用來建構因果關係的判斷客體；要一直等到規範因果關係將義務違反亦視為因果關係的判斷客體後，上述兩位教授的批判才有其附麗。

然而，無論是「實證因果關係理論」、亦或是「規範因果關係理論」下的「前行行為說」，都無法避免有關違反「同時性原則」或「雙重評價禁止」的質疑。因此，逐漸被當代學者排除在作為義務的成因範圍外。

不過有趣的是，雖然「危險行為」類型的「前行行為說」廣泛受到批判；但是相對於此，Krug 所提出的「承擔風險行為」卻獲得所有學說的支持。在當代不真正不作為犯論述中，「承擔風險行為」一方面與「民事契約」結合，進而與「法律義務」一同成為最多人採納的積極義務發生原因；另一方面，對於主張必須建立起現實因果關係的部分日本學者（例如堀內捷三、佐伯仁志等教授）來說，「承擔風險行為」亦與下述的「干涉說」結合，成為解釋不真正不作為犯的出口。

⁴³² 例如我國學者黃榮堅教授即如此主張，請參考黃榮堅（2012），同前揭註 275 書，頁 724 以下；以及同樣是「實證因果關係理論」脈絡中的「干涉說」，v. Buri 法官亦是透過有意識的前行行為說明行為人如何壓抑自身的救助動機，進而成立不真正不作為犯的因果關係。

⁴³³ 請參考許玉秀（1997a），同前揭註 6 文，頁 389 以下。



第三目 干涉說

「干涉說」的主要內涵其實與上述的「其他行為說」類似，均是彰顯在心理作用上，差別僅在於「干涉說」放棄將現實存有的客觀行為，視為判斷因果關係之客體；而是直接透過心理作用的觀察成立因果關係⁴³⁴。也因此，「干涉說」又能夠進一步區分成對於兩分面的干涉，亦即行為人自身心理或他人心理，前者的開創者是條件關係說的引入者 v. Buri 法官；而後者則是學者 Gayer 及其後的諸多門生⁴³⁵。

然而，無論是壓抑自身內心的救助慾望；亦或是透過自身存在打消他人救助的念頭，充其量也都還是停留在無法被實證的心理層面，因此，在當時同樣被認為是一次失敗的嘗試⁴³⁶。不過，儘管「干涉說」無法通過實證因果關係的檢驗，卻不失為相當有說服力的說法。簡單來說，在已不再拘泥於實證因果關係的當今刑法理論中，對於他人的心理干涉不但能夠說明幫助犯、教唆犯的成立⁴³⁷；或許亦能夠合理化不真正不作為犯的因果關係也說不定。

第二款 近代因果關係理論

在上述第一款中本文所介紹的諸種「實證因果關係理論」，如果不是無法滿足實證主義之要求；就是理論內部存在有論證上的瑕疵，最終，在二十世紀初期時已全面被規範因果關係所取代。也因此，德國有關不真正不作為犯的論述逐漸朝向「義務違反犯」產生變革。或許是受到「實質化保證人地位運動」的影響，

⁴³⁴ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 19 以下；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 145 以下。

⁴³⁵ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 19 以下。

⁴³⁶ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 3 文，頁 19 以下；以及梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 145 以下。

⁴³⁷ 請參考林幹人（1995），〈共犯の因果性：心理的因果性を中心として〉，收錄於：林幹人（著），《刑法の基礎理論》，頁 159-213，東京都：東京大学出版会。

日本許多刑法學者在一九七〇年代末期，也開始嘗試建立能夠證立不真正不作為犯的論述；不過，相對於德國的發展趨勢，日本學者普遍的傾向則是以保證人地位作為證明因果關係存在的要件。例如以下本文將要介紹，堀內捷三教授的「接納行為說」、以及梅崎進哉教授的「因果作用力轉換說」等，均屬同一理論脈絡下的產物。

第一目 接納行為說

1、理論概述

日本學者堀內捷三在一九七八年所出版的專論「不作為犯論—作為義務論之再構成—」中，一方面對於德國及日本從十九世紀以來，所出現過的不真正不作為犯論述，均進行相當完整的介紹與說明；而另一方面，堀內教授亦基於反對逐漸「義務違反論」化的解釋途徑，嘗試提出自身的見解。

首先，堀內教授明確表示有關不真正不作為犯的可罰性基礎，必須全面建築在法益保護的刑法目的上，進而，保證人地位的功能也同樣無法脫離法益保護之目的而獲得正當化⁴³⁸。依照這樣的基本預設，堀內教授拒斥以往通說見解的保證人地位內涵，其認為「有義務保護法益」的說法並不足以支撐起保證人地位與法益保護間的關連性。追根究柢來說，通說見解所形塑的保證人地位其實與 Roxin 教授提倡的「義務違反犯」意義相同，無論是保證人義務（不真正不作為犯）或其他法律義務（Roxin所稱之義務違反犯）的要求，均非為了保護特定犯罪中的法益不受侵害而存在；只不過是刑法基於謙抑性所產生的自我立法限縮⁴³⁹。

其次，受到德國一九六〇年代的「實質化保證人地位運動」影響，堀內教授參考Welp及Rudolphi等學者的說法，試圖透過行為人與被害法益間的關連性與密接性，建立起保證人地位的實際內涵⁴⁴⁰。所提出的見解即被稱為「接納行為說」。

⁴³⁸ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註3書，頁252以下。

⁴³⁹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註3書，頁252以下。

⁴⁴⁰ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註3書，頁253以下。

顧名思義，堀內教授指出：唯有當行為人透過自身的積極接納行為，將需要受到保護或救助的被害人置於自身的掌控之中；此時，被害法益（結果）與行為人間所產生的「事實上依存關係」，便是構成保證人地位的來源⁴⁴¹。

另一方面，堀內教授亦更進一步說明自身所提出的「事實上依存關係」是如何從接納行為所逐漸具體化。第一，所謂的接納行為並非 Schünemann教授所主張，只是單純的「支配」；相對於此，堀內教授指出行為人必須從事「阻止結果發生」之維護法益存續的行為，才能讓被害法益與自身間產生「事實上依存關係」⁴⁴²。再者，堀內教授進一步說明，上述的接納行為不過是建立「事實上依存關係」的契機，如果要真正對於法益具備關連性與密接性，則於被害發生前，反覆且經常性從事該行為亦屬必要⁴⁴³。依據「積極防止結果發生的接納行為」與「反覆且經常性」兩個要件，堀內教授將保護法益與行為人的保證人地位緊密連結；並指出行為人得以藉由自身之不作為與保證人地位的結合，產生對於法益侵害結果的現實因果關係。

2、對於接納行為說之評價與批判

堀內捷三教授的「接納行為說」提出後，迅速引起日本刑法學界的廣泛討論；由於相較於德國刑法理論的發展，日本學者針對「義務違反說」的接受程度並不算太高，例如神山敏雄或日高義博兩位教授都曾經在自身的不真正不作為犯論述中，反對單純以義務違反作為可罰性基礎⁴⁴⁴。也因此，學界普遍對於「接納行為說」都抱持著相當正面的評價。

不過，仍有下述兩點的批判。首先，是針對堀內教授要求行為人必須有開始進行保護法益行為的說法，例如佐伯仁志教授便提出以下質疑：在新生兒的案例

⁴⁴¹ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註3書，頁253以下。

⁴⁴² 請參考堀內捷三（1978），同前揭註3書，頁255以下。

⁴⁴³ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註3書，頁259以下。

⁴⁴⁴ 請參考神山敏雄（1966），〈不真正不作為犯論の批判的考察（三）〉，《沖大論叢》，6卷2期，頁43-63；以及日高義博（1983），同前揭註252書，頁236以下。

中，尚未照顧該新生兒的父親為何能夠脫免於罪；反而是曾經短暫照顧過的母親必須承擔刑責⁴⁴⁵？此外，對於「反覆性及經常性」，佐伯教授亦有所批判，氏認為在肇事逃逸的案例、或如同急診護士等，僅是短暫對於被害法益有所接納的情況，則依照堀內教授的見解，是無法成立不真正不作為犯，進而造成相當程度的處罰缺漏⁴⁴⁶。

雖然這兩個質疑確實是「接納行為說」所無法合理解釋的困境；然而，無論是佐伯教授自身所提出的「修正排他性支配領域說」、抑或是底下梅崎進哉教授所獨創的見解，都能夠看到堀內教授在建立不真正不作為犯，以因果關係（或支配領域）為途徑進行解釋的貢獻。

第二目 因果作用力轉換說

1、理論概述

第二種嘗試重構不真正不作為犯因果關係之見解，是梅崎進哉教授所提出。梅崎教授在其相當具有啟發性的「刑法中的因果關係與侵害原理」一書中，主張近代刑法理論已然背離當初由 Feuerbach 為代表，以「侵害原理」限制國家刑罰權發動的原初價值。因此，梅崎教授試圖重新建立以「侵害原理」為解釋學基本軸心的刑法理論。

而在梅崎教授設想中的不真正不作為犯論，一方面必須排除從十九世紀以來不斷被「義務違反說」主宰的趨勢；另一方面，對於因果關係的描述也是向來被忽略的重要環節⁴⁴⁷。是以，梅崎教授嘗試透過解剖因果關係中，各種力量不斷消長的過程，說明某些不真正不作為犯類型，亦能夠存在著與結果間的因果關係，而這種不真正不作為犯即屬刑法所應處罰的；相較於此，若單純只是義務違反，則因為違背「侵害原理」的刑法正當性前提，刑法不具備處罰的權力。

⁴⁴⁵ 請參考佐伯仁志（1996），同前揭註 251 文，頁 102 以下。

⁴⁴⁶ 請參考佐伯仁志（1996），同前揭註 251 文，頁 103。

⁴⁴⁷ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 256 以下。

簡而言之，梅崎教授指出，以往刑法學者看待不作為的客觀型態，均認為是單純的「虛無」，這樣的觀點其實忽略了在因果關係中，各種原因力無時無刻都在彼此消長的動態過程⁴⁴⁸。具體而言，一個法益平穩狀態的持續，並非是完全沒有任何力量的純粹狀態；其周邊勢必同時存在著讓法益趨向破壞的，以及不斷維護法益不受破壞的兩種因果力，所謂的法益平穩狀態，不過是兩種因果力相互抵銷的平衡狀態⁴⁴⁹。

透過上述觀察，梅崎教授進而主張，一般作為犯的客觀因果進程多半屬於增加法益侵害原因力、或是積極阻止維護法益不受破壞的因果力發揮其作用；相對地，不真正不作為犯的成立，則是下述的情況：行為人本身對於法益不受破壞的狀態，有付出一定的原因力；然而，卻於其後收回該原因力，造成法益平穩狀態的失衡導致法益侵害。也就是行為人自身從作為到不作為的轉化，使得法益受到侵害，如此一來，不作為與法益侵害結果間，即具備因果關係⁴⁵⁰。

2、對於因果作用力轉換說的批判

梅崎進哉教授的見解可說是獨創性極高、且符合近代刑法理論以「侵害原理」作為核心的精神。也因此，在其提出之後，亦獲得諸如名和鉄郎、酒井安行等教授的青睞⁴⁵¹。

然而，亦有部分之見解批判梅崎教授的說法毋寧是混淆了作為犯與不作為犯間的差距，將本來即可用作為犯進行處罰的行為態樣，轉化成不真正不作為犯。不僅毫無意義且逸脫原先處罰不作為犯的基本預設。另一方面，儘管對於因果力的動態描繪相當具有創新性，同時也確實能夠擴展刑法理論對於因果關係論述的

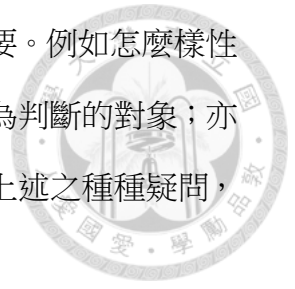
⁴⁴⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註1書，頁265以下。

⁴⁴⁹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註1書，頁270以下。

⁴⁵⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註1書，頁270以下。

⁴⁵¹ 請參考名和鉄郎（1988），同前揭註200文，頁172以下；以及酒井安行（1998），〈不真正不作為犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界〉，收錄於：西原春夫先生古希祝賀論文集編集委員会（編），《西原春夫先生古希祝賀論文集：第一卷》，頁133-157，東京都：成文堂。

深度；但是就理論的細膩度而言，亦存在有更為完善說明之必要。例如怎麼樣性質的防果原因力付出（時間長短或只要曾經付出即可）能夠成為判斷的對象；亦或是對於好心救助之人卻會造成其容易受到刑事追訴等，關於上述之種種疑問，梅崎教授均有繼續深化自身見解之必要。



第三款 期待可能性說

「期待可能性說」為我國學者黃榮堅所採，氏透過將迴避可能性的判斷擴展至作為犯的構成要件一舉，說明不作為與作為在不法階層其實並無區別；唯有在責任判斷時，比起要求進行法益侵害行為者放棄自身行為，刑法較無法期待人民積極救助他人⁴⁵²。也因此 黃榮堅教授遂主張保證人地位並非如同通說見解一般，屬於構成要件或違法的判斷要素；而是讓作為與不作為在期待可能性的程度，具備相同價值的責任內涵⁴⁵³。其次，黃榮堅教授更進一步指出，只有當行為人對於自然做出改變時（前行行為），刑法才有權利要求行為人避免自身改變造成他人的危害⁴⁵⁴。由於具體細部推論本文已在第三中所介紹，故僅簡單整理如上述；並將重點集中在對於「期待可能性說」之批判。

首先，如同本文先前所述，迴避可能性的判斷因為已然預設行為人應當迴避而不迴避的應然價值，是以，毋寧說是一種規範關係的判斷模式；如此一來，黃榮堅教授的作法則能夠被視為是，將作為犯與不作為犯均轉化成因為行為人違反一定之規範，所以具備刑事不法性的說法⁴⁵⁵。然而，作為犯所違反的「消極義務」；相較於此，不作為犯所違反的則是「積極義務」，兩者對於人民的自由侵害程度已然有所不同⁴⁵⁶。基於這點，黃榮堅教授單純以法益保護作為出發點，試圖證明

⁴⁵² 請參考黃榮堅（2012），同前揭註 275 書，頁 701 及 718 以下。

⁴⁵³ 請參考黃榮堅（2012），同前揭註 275 書，頁 718 以下。

⁴⁵⁴ 請參考黃榮堅（2012），同前揭註 275 書，頁 720 以下。

⁴⁵⁵ 請參考本文第三章之論述。

⁴⁵⁶ 請參考周濛沂（2014a），同前揭註 6 文，頁 235 以下。

兩種義務違反具備相同價值的說法，似乎混淆了兩種義務本質上的差異。當然，黃榮堅教授本身對此亦有所認識，遂透過「期待可能性」的同價性條款試圖弭平兩者間的差異；但對於不同價值的義務課與相同刑事不法判斷的這一點，卻仍是無法合理解決。

第四款 歸責主體限定說

第一目 理論概述

此說為日本學者鎮目征樹所創立，鎮目教授對於不真正不作為犯的歸責判斷，採取與我國黃榮堅教授相當類似的途徑，均是以迴避可能性作為因果關係的判斷依據，並認定不作為與作為間並不存在刑事不法價值上的差異⁴⁵⁷。

另一方面，鎮目教授基於日本刑法理論所一貫堅持的，對於刑法歸責對象原則以單一個人為限之主張，指摘迴避可能性的判斷並不如同作為犯的因果關係，具備完整的限定歸責主體功能⁴⁵⁸。也因此，鎮目教授提出兩項標準一方面試圖篩選出單一歸責客體；另一方面使得不真正不作為犯的處罰更具謙抑性。首先是「效益原則」，鎮目教授指出現實生活中對於同樣法益侵害的防止，可能存在有相當多元化的保護義務，因此，必須在各種保護義務中選擇出一個進行歸責⁴⁵⁹。而其所提出的判斷標準即為效益主義下，最適合負擔該義務者。其次，基於「自由主義法律理論」下的要求，行為人必須是「自願承擔」該義務，始能夠因此承擔起不作為時的刑事責任⁴⁶⁰。總結而言，鎮目教授試圖同時透過上述雙重判斷基準，將不真正不作為犯的不法性，歸責到最為適當的行為人身上。

⁴⁵⁷ 請參考鎮目征樹（1999），〈刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開〉，《本郷法政紀要》，8卷，頁343-381。

⁴⁵⁸ 請參考鎮目征樹（1999），同前揭註 457 文，頁 352 以下。

⁴⁵⁹ 請參考鎮目征樹（1999），同前揭註 457 文，頁 353 以下。

⁴⁶⁰ 請參考鎮目征樹（1999），同前揭註 457 文，頁 355 以下。

第二目 對於歸責主體限定說的批判

因為鎮目征樹教授對於不真正不作為犯的因果關係判斷，可說是與黃榮堅教授相同，均採取迴避可能性模式；是以，忽略「積極義務」與「消極義務」價值間差異的批判，依然能夠完全套用在鎮目教授的說法上。

除此之外，在刑事不法與責任外的層次進行歸責主體限定之作法，雖然在高山佳奈子教授的過失犯理論中，亦能發現相同的取徑；然而，當今主流見解的態度，仍是將歸責主體限定一事視為因果關係或歸責理論所必須處理的範圍，也因此，普遍仍認定保證人地位仍應屬於不法階層之要素。如此一來，鎮目教授試圖將不作為與作為在不法階層同等對待的預設，與其主張不真正不作為犯必須具備「最大效率」及「自我承擔」兩項要件，這兩種說法之間，似乎存在著相當的理論矛盾。

第三節 本章之結論

經過漫長的理論史與紛雜的學說見解，本文試圖歸納兩點於下：

1、除了少數見解外，現今的不真正不作為犯論述若不是以義務違反說的觀點進行詮釋；就是受到義務違反說的嚴重影響，在刑事不法內涵的判斷上，主要是以義務違反來證明不真正不作為犯的可罰性基礎。

2、也因為受到義務違反說的嚴重影響，刑法學者亦將逐漸重視行為人所違反之義務本質，試圖透過實質化的義務觀點，重新梳理不真正不作為犯的可罰性基礎，這會是未來不真正不作為犯論述的傾向。

而在下一章節中，本文試圖透過更為深層的刑法圖像變遷，以解釋為何不真正不作為犯會產生上述兩種重大的變化。

第五章 不作為犯論的演變與刑法圖像的更迭



觀察第四章中所介紹的各種不真正不作為犯見解，普遍均已無法脫離使用「義務違反」來進行解釋的途徑。具體而言，無論是從迴避可能性的角度、或透過對於因果流程的支配來重構不作為與結果間關聯性的說法，其實都若有似無地在強調：不作為與作為終究是兩種相異的犯罪類型，甚至更有論者，試圖讓作為犯的歸責模式朝向不作為犯發展。各種學說間似乎僅存在些許的差異，例如：作為義務的具體內容、是否必須「支配」犯罪流程等；然而，行為人「積極惹起」法益侵害結果，已被多數見解拒之於不作為犯的理論門外。

或許我們可以這樣總結一百多年來的學說發展：除了極少數見解外¹，不真正不作為論基本上，已經與「規範主義刑法學」融合一體。儘管不同學說間，對於規範的內涵與正當性基礎，均仍有所爭執；不過，作為義務必須滿足能夠在現實生活中，保護法益不受到侵害的要求，至今仍獲得學界普遍的認同²。而部分學者進一步主張，這個要求也因為聯繫了「規範主義刑法學」與「刑法中的侵害原理」，是以獲得更為強烈的正當性來源³。

針對上述學說發展的趨勢，本文首先想提出的質疑是：究竟以法益保護機能作為核心概念的「規範主義刑法學」，其真的能夠符合「刑法中的侵害原理」的原初構想嗎？抑或是當法益保護的目的，取代現實發生的利益喪失，成為國家刑罰權發動的關卡時，「刑法中的侵害原理」就已經喪失其最為重要的精神？

另一方面，從「刑法中的侵害原理」一開始被啟蒙主義刑法學者提出，最終演變到今日成為主流見解的「規範主義刑法學」，如同上一章所述，中間歷經數

¹ 例如日本學者梅崎進哉所採取的「因果力作用轉換說」，詳細內容請參考本文第四章之說明。

² 請參考許玉秀（1998），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，《刑事法雜誌》，42卷2期，頁31-78；以及王皇玉（2014），〈刑法總則〉，頁505以下，台北：新學林。

³ 請參考周漾沂（2014a），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《台大法學論叢》，43卷1期，頁209-269。

次的典範轉移；在這一章中，本文即試圖指出：究竟人們對於刑法的想像發生了什麼樣的變化，導致刑法學界內部選擇透過相異的典範來塑造全新的解釋途徑。舉例言之，在二十世紀初期，學說逐漸放棄實證主義，而擁抱新康德主義的背景中，或許存在著政治、經濟或是社會等層面的現實需求。本文認為惟有探尋此一需求，才能確實掌握刑法圖像之所以變遷，進而理解特定刑法領域中，學說見解間的系譜關係。

最終，本文擬透過不同刑法圖像背後，所隱含的政治權力佈局，說明為何有必要重新拾起「刑法中的侵害原理」的原初意涵，作為限制國家刑罰權發動的核心要素；並以此重新檢驗各種不作為犯理論的可罰性基礎。

第一節 對於不作為犯論的再理解

首先要說明的是，雖然就刑法理論的發展途徑來看，通常都是先產生解釋上的需求；面對該需求，研究者往往必須面臨價值觀的取捨；再透過自身選擇的價值觀，勾勒出整體刑法的圖像；最終，依照該圖像，邏輯一貫地建構出特定領域的細部理論。然而，若試圖探尋某個理論背後，作者所採信的價值觀、以及提出時想解決的需求，往往必須仰賴「系譜學」的研究方法，也就是針對同時期或前後時期，相異理論的比較，挖掘出埋殘在學說底層，鮮少被學者闡明的內在動機與價值選擇。

簡單來說，若想探討近年來不斷增加支持者的「主觀歸責理論」，則必須從「主觀歸責」與「客觀歸責」這兩個彼此對立的陣營，在行為人具有特殊認知時，所產生的歸責判斷論辯進入，分析兩者對於「行為規範」及「裁判規範」內涵上的差異；才能掌握到支撐在主觀歸責背後的價值體系，並進一步置放於時代脈絡裡頭，解釋為何論者會採用這種價值體系⁴。

⁴ 周濛沂教授對於客觀歸責理論的分析中使用的途徑，即屬本文所試圖達成的，請參考周濛沂

同樣的邏輯亦能夠適用在不真正不作為犯理論的考掘上，無論是「支配理論」或「社會體制義務」等見解，毋寧都存在自身所信仰的價值體系，只不過在學說討論時，往往不會被其他論者端上檯面進行檢討。周濛沂教授在其「重新建構刑法上保證人地位的法理基礎」一文中，即採取與本文相類似的理論批判途徑，其嘗試指摘主張「支配理論」與「社會體制義務」論者，所各自依循的基本價值預設，並以自身「自由主義法學」的立場，進行批判以及理論建構⁵。

以下，本文擬先從 Feuerbach 與 Armin Kaufmann 兩人的「義務違反論」啟程，這兩位刑法學者雖然相隔將近一百五十年，卻均試圖透過「義務違反論」解釋不作為犯的可罰性基礎，去追尋究竟是基於什麼樣的原因，導致在這一個半世紀中，不真正不作為犯論產生了一個理論的循環；以及從這兩種「義務違反論」間的差異，仔細檢討 Feuerbach 與 Armin Kaufmann 各自所依循的基本價值觀，以及兩位學者試圖解決的問題。

第一項 從義務違反論到義務違反論

第一款 兩種義務違反論

第一目 為何採取義務違反論

如本文於第四章中所述，以「義務違反論」解釋不作為犯要件及可罰性基礎的濫觴，毫無異議當屬 Feuerbach。雖然受到啟蒙主義刑法學的影響，讓 Feuerbach 堅持刑罰的正當性基礎必須建立在「刑法中的侵害原理」上；但對於當時仍被寫入刑法典中的不作為犯罪，其卻提出「義務違反論」來解釋並合理化此類犯罪的存在，令人不禁懷疑此舉是否將造成 Feuerbach 刑法理論有不一貫之危險。

(2014b)，〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《台大法學論叢》，43卷4期，頁1469-1532。

⁵ 請參考周濛沂(2014a)，同前揭註3文，頁211以下。

梅崎進哉教授透過剖析十九世紀初期，日耳曼諸王國的政經發展局勢，試圖為 Feuerbach 緩頰，氏指出 Feuerbach 主要被後世所批判的矛盾點，無非都是源自於當時統治或立法上的需求，而保留下來的絕對主義刑事犯罪⁶。最明顯的例子當屬：不斷被質疑是 Feuerbach 背離自身「自由主義刑法學」立場的象徵，有關「違警犯罪」的刑罰化。詳言之，雖然 Feuerbach 認為「違警犯罪」多半屬於宗教與道德領域的偏差行為，本質上並不能滿足「刑法中的侵害原理」之要求，應該從刑事犯罪的領域中驅逐；但基於國民道德觀的樹立以及國家健全發展的利益，最終 Feuerbach 仍然做出妥協，將「違警罪」與「刑事犯罪」都寫入刑法中，並同樣適用刑罰⁷。

與「違警犯罪」的情況相同，Feuerbach 面臨到必須將傳承自羅馬法的不作為犯罪，制定到刑法典中的困境；且另一方面，當時以牛頓力學為典範的科學實證主義，並沒有辦法透過實存的「力」的傳遞，解釋不作為對於現實所產生的影響，進而無法描繪在犯罪的因果關係內⁸。因此，Feuerbach 最終只能視不作為犯為刑事犯罪的例外狀態，引用羅馬法中常見的「義務違反犯」觀點，讓不作為成為少數不以因果關係為要件的犯罪。

相較於此，距離 Feuerbach 提出「義務違反論」將近一百五十年後，Armin Kaufmann 則是直接從其採取的「目的行為論」出發，主張無論在實體論或規範論的觀點下，「義務違反論」都是唯一能夠合理解釋不真正不作為犯的途徑。就像是本文在前一章所介紹，Armin Kaufmann 指摘行為人與不作為間，不可能具有「目的性」，而無法滿足「目的行為論」以「目的」作為因果關係開端的要求，必須適用與作為犯相異的歸責原理⁹；同時，雖然不作為犯與作為犯的可罰性基礎是相

⁶ 請參考梅崎進哉（2001），〈刑法における因果論と侵害原理〉，頁 125 以下，東京都：成文堂。

⁷ 請參考伊東研祐（著），秦一禾（譯）（2014），〈法益概念史研究〉，頁 19 以下，北京：中國人民大學出版社。

⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 125 以下。

⁹ 請參考堀內捷三（1978），〈不作為犯論：作為義務論の再構成〉，頁 83 以下，東京都：青林書院新社。

同的，即：保護法益不受到損害，但兩者所隱含的規範態樣完全迥異。在不作為犯中行為人違反的是，法律基於法益保護的目的，所制定的「命令規範」；與作為犯透過「禁止規範」，要求行為人放棄特定行為有所不同¹⁰。

總結上述可知，Feuerbach 在十九世紀初，所提出的「義務違反論」，與 Armin Kaufmann 基於「目的行為論」而主張的「義務違反論」間，雖然都認為不作為犯的解釋必須以義務違反為核心；但兩人面對的問題意識與採納的價值體系，卻有著天壤之別。透過兩種「義務違反論」的差異，本文試圖進一步探尋，在這一百五十年間，刑法圖像究竟產生了怎樣的變化。

第二目 從限制刑罰權到不只是限制刑罰權

首先，如同本文已多次說明，公認為「現代刑法學之父」的 Feuerbach，其最主要的功績即為：將啟蒙主義後，對於國家刑罰權的限制，透過建立學說與參與立法等行動，引入整個日耳曼地區。而 Feuerbach 所採取的途徑非常多元，從「刑罰目的論」、「心理強制說」、「罪刑法定主義」、到「罪體與罪責的區分」，都是其用來限制國家刑罰權發動的武器。

姑且先不深究這些理論本身的合理性，毫無疑問地，Feuerbach 試圖描繪出的刑法圖像，是圍繞在限制國家刑罰權發動，此一啟蒙主義刑法學的基本內涵上。簡而言之，唯有當刑法中所明文規定的罪體（犯罪結果與行為態樣等）在現實中出現時，國家始獲得開啟偵查的權限；進而，當該「罪體」能夠歸責給特定行為人時（主要透過主觀的故意，偶爾會允許過失），國家才對於特定個人，獲得施加處罰的權力。

想當然耳，Welzel 或 Armin Kaufmann 等目的行為論者，自然不會否定上述由 Feuerbach 開創，現代刑法所具備限制國家刑罰權的基本機能；只不過經歷納粹政權的教訓後，Welzel 與 Radbruch 等刑法學者，也開始反省法實證主義在面臨獨裁

¹⁰ 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 9 書，頁 85 以下。

時的無力，希望能夠探尋法律的本質，使其不受到統治者的任意更動¹¹。著名的「拉德布魯赫公式」即為原先支持法實證主義的 Radbruch，試著透過「正義」、「公平」等偏向於自然法體系的概念，修正「惡法亦法」所產生的災難。同時，Welzel 也企圖建立起一套犯罪的本質論，抵擋未來刑法可能的擴張。

對於 Welzel 而言，所謂的犯罪是指人類基於一己的目的，透過自身行為侵害由法律所承認的價值態樣（法益）；而刑法的機能就是透過刑罰，保護這些價值態樣不受到人的任意行為而侵害¹²。由此，Welzel 將「倫理性」、「法秩序」、「目的行為」以及「刑罰」串連起來，一方面深化「罪刑法定主義」的內涵，避免政府任意制定刑事犯罪而架空限制刑罰權發動的機能；同時，其對於犯罪本質的描繪也開創出全新的刑法理論途徑：讓刑事不法從原先單純的「結果」發生，移轉至人類有意策劃的「侵害性行為」¹³。

基本上，作為 Welzel 的學生，Armin Kaufmann 忠實繼承「目的行為論」中，對於犯罪本質與刑事不法的描繪。其認為刑法規範所能處理的對象，僅限於目的行為¹⁴；因此，若是一個目的行為，能夠將法秩序所應予正面評價的狀態，轉變成法秩序應予負面評價的狀態，即屬違反刑事不法而應當以刑罰加以禁止的行為（亦即：刑法的禁止規範）。與此相反，如果法律規定一個人必須積極防止法秩序賦予正面評價的狀態，因為其他人類行為或自然變化，轉變成法秩序將賦予負面評價的狀態時，其不作為即屬違反刑事不法之行為（亦即：刑法的命令規範）。

透過上述的簡介，很明顯可以看出，儘管 Feuerbach 與 Armin Kaufmann 兩人都承認刑法必須承擔起限制國家刑罰權發動的功能；然而，對於後者而言，限制刑罰權發動的反面乘載著更為積極的要素，也就是刑罰權所具備的正當性：保護法秩序所確立的正面評價。

¹¹ 請參考王安異（2009），〈穿越價值哲學：韋爾策爾（Welzel）之人本刑法思想研究〉，《政大法學評論》，108 期，頁 1-62。

¹² 請參考伊東研祐（著），秦一禾（譯）（2014），同前揭註 7 書，頁

¹³ 請參考許恆達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 227 以下。

¹⁴ 請參考許恆達（2010），同前揭註 13 文，頁 239 以下。



第三目 一百五十年間的變化

總結上述，可以簡單梳理出從 Feuerbach 到 Armin Kaufmann 間的兩項重大發展：首先，雖然就不作為犯的解釋論而言，都是採取「義務違反論」，然而在 Feuerbach 的立場，這是為了替作為啟蒙主義刑法異質物的不作為犯處罰，找到合理的可罰性基礎與解釋途徑，所不得不開闢的例外狀態；相對於此，到了 Armin Kaufmann 的時代，不真正不作為犯已經是刑法領域中，典型的犯罪類型之一，採用「義務違反論」的理由當然異於 Feuerbach，純粹是「目的行為論」的行為定性以及行為規範邏輯下之必然解釋。

其次，Feuerbach 與 Armin Kaufmann 對於刑法圖像的設定，也產生了極大的變化。前者透過刑法，達成限制國家刑罰權發動的啟蒙主義理念；後者雖然也肯認刑法的這個機能，但更多的討論卻是放在「刑法的積極面」上，也就是試圖從行為規範建立起一套社會保護系統。

接續著這兩項重大變化，本文想要追問的是：究竟從 Feuerbach 到 Armin Kaufmann，將近一百五十年歲月中，是如何逐漸造成如此地殼變動般的理論發展？

第二款 從因果說到折衷說

如同本文在第四章中所介紹，在 Feuerbach 與 Armin Kaufmann 的兩種「義務違反論」間，其實另外存在著另外兩支解釋不真正不作為犯的途徑，分別是：「因果說」與「折衷說」。前者的全盛時期為 1850 年至 1900 年，諸如「他行為說」、「干涉說」等，均屬「因果說」的陣營，只不過隨後快速衰敗至今已無人主張；相對於此，「折衷說」中無論是「保證人地位」或「假設因果流程」等解釋途徑，長期以來均佔據不真正不作為犯理論通說的地位。

首先，究竟是基於什麼樣的原因，導致這兩說有著天壤之別的結局；其次，

為何學說理論的發展會是：先由「因果說」取代「義務違反論」、隨後「折衷說」取得通說地位，再通過 Armin Kaufmann 的「義務違反論」，對於「折衷說」進行整體性的批判？從上述兩個問題意識出發，本文擬進一步探尋在兩種「義務違反論」之間，由「因果說」過渡到「折衷說」時，刑法圖像的變遷以及所產生的實質影響。

第一目 因果說

十九世紀中期，Ruden 將不作為犯區分為刑法有明文規範，以特定不作為為實體要件之真正不作為犯；以及雖然只存在作為犯規定，但能夠透過解釋方式成立之不真正不作為犯，自此後，刑法學者必須面對不作為與結果間的客觀連結，無法再使用 Feuerbach 開創的「義務違反論」，區別不作為犯與一般結果犯，並適用不同的可罰性基礎¹⁵。而「他行為說」與「干涉說」等，嘗試尋覓不作為現實影響力的見解，均屬 Ruden 分類後的產物。

依照當時牛頓物理學的觀點，不作為屬於純然的虛無，因此不可能與任何現實變化間，成立因果關係。在這樣的解釋限制下，「他行為說」轉向針對行為人透過「選擇」從事其他行為，利用既存的因果關係達成犯罪；而「干涉說」則是著重在行為人對於其他人的心理影響力。很明顯，這兩說都建立在不作為本身沒辦法成立因果關係的前提下，試圖從心理層次的變化，說明不作為犯與法益侵害結果間的連結，進而滿足「刑法中的侵害原理」的要求。

雖然「他行為說」與「干涉說」的努力最終都以失敗告終¹⁶；但梅崎進哉教授指出，這些短暫出現之不真正不作為犯因果關係理論，毋寧是忠實呈現出以 Feuerbach 為首所描繪，啟蒙主義刑法學圖像的精神¹⁷。詳言之，為了符合「刑法中的侵害原理」以及避免國家刑罰權的氾濫，Feuerbach 提出「原因說」，將刑罰

¹⁵ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 145 以下。

¹⁶ 請參考名和鉄郎（1971），〈ドイツ不作為犯論史（I）：方法論的問題に關連して〉，《静岡大学法経研究》，20 卷 2 号，頁 1-55。

¹⁷ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 146 以下。

權發動的對象，基本上限定在被認為是主要且直接的人類行為。也就是說，Feuerbach 主張，面對涉及到他人權利侵害的客觀事件，刑法適用者必須依循一般經驗法則或已證實的科學法則，羅列出可能造成該結果的所有條件，並從中挑選出「最重要的因素」成為刑罰施加的對象。至於其他條件，除非有例外處罰的事由（例如：未遂犯或共犯之規定），否則國家的刑罰權不應發動在其身上。

不可諱言，從後世的觀點來看，Feuerbach 的「原因說」不僅內容過於粗糙、且混淆「現實因果關係」與「刑法對於原因之歸責評價」，這兩個不同層次的判斷問題。然而，無論是「限縮正犯理論」或「客觀歸責理論」等，試圖將刑罰權限定在一定範圍中的見解，都可以視為 Feuerbach 所描繪，啟蒙主義刑法學圖像的延伸與再造。另一方面，透過上述對於「原因說」的理解，也不難認識到「他行為說」或「干涉說」的基本精神，都是在不真正不作為犯以「原因」作為成立要件上，從心理影響力的觀點，說明該不作為者最應該被刑法歸責的原因¹⁸。

第二目 法律與社會因果說

同樣在十九世紀中期，也同樣否定不作為與結果間具備客觀因果關係，由 v. Bar 等刑法學者所提出的「法律與社會因果說」，卻逐漸發展成非常有力的見解，甚至成為「折衷說」的基本骨架。如同前一章的說明，「法律與社會因果說」採用的判斷架構，完全迥異於「原因說」或各種不作為「因果說」的立場。例如身為「社會因果說」支持者的 Kuhler 便如下主張：

「藉由不從事社會秩序安排的活動，從社會秩序的運作中取走一枚齒輪，因此，不作為者成為原因而發揮作用。也就是說，不作為者使齒輪的活動受到麻痺，藉此在與社會秩序試圖運轉的相異形態中，如同機械活動一般發揮影響力¹⁹。」

從 Kuhler 的文字中可以發現，「法律與社會因果說」傾向於假定法律或社會

¹⁸ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 16 文，頁 24。

¹⁹ 請參考名和鉄郎（1971），同前揭註 16 文，頁 25。

秩序存在一定的運轉方式，做為秩序內部的成員，人們的行為舉止必須符合該運轉方式，以完遂社會或法律秩序所試圖達成的目標。也就是說，此說透過「應然」與「實然」的對比，說明不作為者如何對於現實世界發揮影響力。

然而，必須強調的是，這種先描繪出「理應存在的行為」以及「理應達成的狀態」後，再與「實際不存在的行為」以及「實際發生的狀態」進行對比之手法，在判斷模式上無異於「假設因果流程」。也因此，「法律與社會因果說」取代「因果說」成為主流見解後，能夠進一步修正成「折衷說」，即是源自於兩者就因果關係的概念是相通的。

從「法律與社會因果說」在十九世紀中期後，快速擊潰並取代「因果說」，成為解釋不真正不作為犯的主流見解，不僅可以看出學界對於因果關係的概念已經有所改變；更重要的是，所依循的刑法圖像似乎也有所不同，也因此，才有可能接受因果關係概念的變化。詳言之，「因果說」的理論途徑，還是以「現實影響力」作為國家刑罰權發動的必要條件；相較於此，「法律與社會因果說」則是以不作為者並未完遂法律或社會秩序賦予其之責任，進而產生不樂見的狀態，作為正當化可罰性的依據。

第三目 折衷說

如同第四章中所介紹，「折衷說」主要的特色在於：就因果關係的判斷部分，主張不作為與結果間必須成立「假設因果流程」；同時，不作為者必須具備一定之法律作為義務。雖然可以再細部區分成諸如：「消極條件說」與「實質違法性說」等見解，但基本上，融合造成法益侵害結果以及違反作為義務的雙重可罰性基礎，是此說被稱作「折衷」的根源。

也因此，雖然「折衷說」與「義務違反論」相同，都是針對不作為者的法律義務違反進行非難；但在犯罪構成與規範邏輯上，「折衷說」更強調不真正不作為犯與一般的作為結果犯並無差異。然而在另一方面，「折衷說」的多數見解均要求假設因果流程的證明程度必須達到「幾乎可以完全確定」；且認為違反法定

義務之要件，屬於讓「不作為」與「作為」具備同等可罰性的必要條款，足認「折衷說」自己也清楚，不作為無論在因果關係判斷或違法性程度上，仍然與作為有別，否則正如同許玉秀教授所指摘：不需要畫蛇添足地增設「同價性條款」，讓兩者可以獲得相同的刑法評價²⁰。

「折衷說」之所以能夠獲得普遍刑法學者的認同，至今仍佔據通說地位的關鍵因素，毋寧是割裂實然（因果關係）與應然（刑法判斷）的二元判斷架構。無論是主張不作為在「實行行為性」上，與作為無法等價的 Nagler²¹、抑或是認為不作為違法性低於作為的 Mezger²²，都在實然面承認「假設因果流程」等同於一般因果關係的判斷。此舉一方面讓不真正不作為犯能夠合理適用作為犯的犯罪架構；更進一步消除不作為從規範的角度來看，仍應與作為犯有所區隔的疑慮。

自不待言，「折衷說」在因果關係的判斷上，完全承襲自「法律與社會因果說」，只不過更進一步透過法益侵害與義務違反，將結果與行為更加清楚地描繪出來。這也代表著：當初在 Feuerbach 理論中，必須以例外狀態的形式，納入刑法處罰範圍內的「義務違反論」，如今已經成為刑法可罰性基礎的一環，被刑法學者廣而接受。

總結十九世紀中期，不真正不作為犯理論從「因果說」歷經「法律與社會因果說」、最終停留在「折衷說」的發展，可以發現：以假設因果流程取代「原因說」開始，先前由 Feuerbach 建立起，限制國家刑罰權為主的啟蒙主義刑法圖像正逐漸受到挑戰；當「折衷說」將法定義務的違反視為可罰性基礎時，等同於正式宣告另一種刑法圖像的確立。而這種刑法圖像更帶領 Welzel 與 Armin Kaufmann 回歸純粹的「義務違反論」。

²⁰ 請參考許玉秀（1997a），〈論西德刑法上保證人地位之實質化運動〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁 325-378，台北：自刊。

²¹ 請參考許玉秀（1999a），同前揭註 20 文，頁 330 以下。

²² 請參考堀內捷三（1978），同前揭註 9 書，頁 41。



第二項 刑法圖像的斷裂點

單純從學說史的角度來看，不作為犯論從最初 Feuerbach 的「義務違反論」，經歷將近一百五十餘年後，又回到 Armin Kaufmann 的「義務違反論」，或許不是什麼特別的發展；然而，透過上述的討論，本文試圖指出 Feuerbach 的「義務違反論」與 Armin Kaufmann 的「義務違反論」間，存在對於可罰性基礎與刑法機能的重大差異，當中隱含著兩種刑法圖像的斷層。

若是簡單透過對於因果關係的看法加以區分，Feuerbach 的「義務違反說」與諸種「因果說」毋寧是共享同樣一種刑法圖像，即：以限制國家刑罰權發動為核心目標的啟蒙主義刑法圖像；相較於此，從「法律與社會因果說」以降，一直到 Armin Kaufmann 的「義務違反論」，則是基於另外一種刑法圖像的產物。而在上文中，也已經約略透露出這種刑法圖像的真面目，即：積極保護社會的行為規範法。

以下，本文擬先藉由過失犯理論在二十世紀初期的發展，進一步證實在刑法學說史上存在兩種刑法圖像斷層的假說；再進一步說明第二種刑法圖像的本質，以及其後所塑造出的刑法理論質變。

第一款 兩種刑法圖像的再確認

第一目 觀察方法

首先要強調的是，本文認為現在所討論的兩種刑法圖像，並不像是 Kuhn 理論中的「典範轉移」，由後者完全取代前者，詳言之，就算是現代刑法學說，往往也會將限制國家刑罰權的發動，視為刑法的重要目的；而真正的差異點則是在於，十九世紀中後期開始，透過刑法積極保護社會的圖像逐漸浮現後，其與啟蒙主義刑法圖像是以什麼樣的關係，同時並存在刑法學者的理論裡頭。例如黃榮堅

教授在其「基礎刑法學」一書中，即將「限制國家刑法權發動」視為首要目的；並指出刑法對於人民利益的保護，既屬於刑法的積極機能、更是唯一能夠正當化國家刑罰權發動的事由²³。

另一方面，當我們從刑法理論的變遷，反過來探尋刑法圖像的交疊時，往往會發現，或許因為刑法圖像間本來就存在著相互牴觸的緊張關係、也或許是因為時空環境的限制所致等理由，不僅刑法理論可能會與刑事立法產生矛盾，就連刑法理論與不同的刑法圖像間，也常常出現違和感。前者最明顯的例子當屬本文已多次提及，Feuerbach 所主張的啟蒙主義刑法圖像與當時巴伐利亞刑法典中，存在著相當程度的不一致性。而後者的情況，則可以舉出本文底下將檢討的過失犯理論發展。

然而，正是這種理論與理論間、理論與立法間的斷層，才能夠帶領我們探尋刑法圖像的真正面貌。這種方法論也是本文今後企圖不斷鑽研，並用以檢討不同刑法領域的工具。

第二目 過失犯理論之嬗變

在啟蒙主義刑法學剛被確立的十九世紀初期，過失犯與故意犯在所謂「罪體」的部分，是沒有任何差異的；真正能夠區別兩者的要件，則是「罪責」中的心理事實²⁴。然而，到了十九世紀末，普魯士帝國統一整個日耳曼地區後，急速發展重工業以及交通建設；此舉同時伴隨著大量公害與交通事故的出現，導致原本只為了處理侵害結果該如何歸責給特定行為的啟蒙主義刑法學，無力解決過多的刑事案件湧入法院，並造成人民無論在生命安全或是日常生活行動上，無法受到保障的困境²⁵。

²³ 請參考黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（上）〉，四版，頁 11 以下，台北：元照。

²⁴ 請參考許玉秀（1997b），〈探索過失犯的構造：行為人能力的定位〉，收錄於：許玉秀（著），同前揭註 20 書，頁 179-218。

²⁵ 請參考許恒達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 97-138。

因此，受到上述社會結構變動的影響，刑法被賦予有別於以往的任務：一方面必須積極確立各個領域中的行為準則，將造成法益侵害的危險控制在一定範圍內²⁶。另一方面，若依照十九世紀初期的過失犯論，只要行為與結果間被認定有因果關係，即屬違法，從事危險工作與交通運輸的人民成為刑事法院的常客，嚴重影響產業與交通的發展；是以，學說理論開始嘗試積極界定所謂「能夠容許」與「不能容許」的危險行為態樣，同樣導致結果發生，惟有後者會被以刑罰相繩，讓人民能夠依循規範，安心從事具有風險的工作與活動²⁷。

順應著上述的需求，刑法過失犯理論開啟一段以「注意義務」為核心的發展過程。首先，刑法學界將「注意義務」引入犯罪體系中，主要是用來證明行為人是否符合過失的心理事實（主觀層次的注意義務），屬於歸責領域的一環；但隨著社會對於危險行為準則的重視，遵守「注意義務」進行特定行為，被認為自始即不應該當成犯罪看待。因此，「注意義務」的地位受到大幅提升，不僅成為過失犯違法性的要素（例如：社會相當性理論）、也出現在構成要件階段，作為「過失實行行為」的判斷要件（例如：容許風險理論）²⁸。

於此，可以明顯觀察到，過失犯與故意犯間，已經浮現一條斷層：原先故意犯與過失犯共享客觀「罪體」規定的情況已不復存，故意犯仍然維持著既有的判斷架構；但針對過失犯卻產生全新的歸責模式²⁹。詳言之，在故意犯罪中，刑法適用者需要判斷的主軸是：犯罪結果是否能夠歸責於特定行為，且該行為人是否知道自己從事的行為會產生他人的利益侵害，也就是「啟蒙主義刑法圖像」的基本結構。與此相對，過失犯則是必須先行檢驗行為人是否遵守「注意義務」，亦即，以「行為屬性」作為判斷的核心要件。

²⁶ 請參考許恒達（2008），同前揭註 25 文，頁 100 以下。

²⁷ 請參考沢登佳人（1998），〈許された危険の法理に基づく因果關係論の克服〉，《新潟大学法政理論》，30 卷 4 號，頁 101-127。

²⁸ 請參考古川伸彦（2007），〈刑事過失論序説：過失犯における注意義務の内容〉，頁 126 以下，東京都：成文堂。

²⁹ 請參考花井哲也（1977），〈過失責任の問題としての許された危険〉，《千葉敬愛経済大学研究論集》，13 卷，頁 23-42。

隨著以「注意義務」為核心要素的新型態過失理論高度發展，可以發現刑法學界為了理論的一貫性，也逐漸改變既有故意犯的歸責架構。例如：藉由客觀行為規範的樹立，讓原本並不在意行為定性的故意犯，也必須以事前觀點判斷「實行行為性」，並以此作為構成要件要素。

以結論而言，從十九世紀末開始，過失犯與故意犯逐漸分道揚鑣，適用兩種迥異的刑法犯罪架構；依照本文的立場，這種分裂正是刑法圖像產生變化的最佳證明。故意犯主要仍以結果為核心，並透過因果關係與主觀罪責，限制國家刑罰權的發動對象；然而，過失犯卻已經呈現出以「積極樹立行為規範，保護一般人民利益」的傾象，大量採用「注意義務」作為行為、違法性以及主觀過失的判斷依據³⁰。這樣的分裂局面，一直要等到二十世紀三〇年代後，才因為行為規範在刑法中取得穩固的地位，與「目的行為論」將故意提升至不法位階，而再次成為統一的犯罪判斷結構。

第三目 作為複雜系統的刑法圖像

從上述有關過失犯理論史的說明，可以發現刑法學說間的發展，並不是如同Hegel的辯證法般，完全遵循於人類認識論以外的「精神」，針對舊的見解提出批判並加以揚棄，進而在邏輯層次與價值層次都獲得新的提升，且最終能夠獲得最符合理性王國的解釋途徑。與此相反，刑法理論的變動更像是德國社會學家Luhmann所描述的系統，多數時間依照自己既有的內部規範運作；但有時系統外的變動，會對於系統本身造成衝擊，並且迫使刑法系統內部，必須重新審視原有之內部規範，藉由改變自身運作邏輯維持住刑法系統的存在，避免因為無法和其他社會系統相容，而被徹底拋棄³¹。

本文認為，所謂「刑法圖像的交疊」，正是指涉刑法系統受到刺激，而必須

³⁰ 請參考許恆達（2011），〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，40卷2期，頁716以下。

³¹ 請參考李茂生（2000），〈資本、資訊與電腦犯罪〉，收錄於：李茂生（著），《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》，台北：自刊，頁166以下。

自我再製的這個時間點。因此，一方面必須認識到外界給予的刺激內容，才能理解為何刑法系統會產生特定的反應；同時，系統內部的立場差異，也會對於同一個刺激源，產出全然不同的應對方式。舉例而言，當十九世紀末期，古典過失犯罪理論受到挑戰時，有論者改變刑法圖像，主張刑法必須具有積極機能，以確立行為規範的方式，保護法益不受到侵害；亦有學者認為既有的歸責模式不需要因為這種刺激而改變，刑法仍然應該維持以限制國家刑法權為核心的單一機能³²。如此一來，刑法系統內部也呈現出相當複雜的脈絡；此時，若是外界系統再次有所變動，刑法圖像與理論間的葛藤關係更是分歧且難以透過單一觀點進行說明。

另一方面，正確理解一個理論所依循的刑法圖像，更能夠讓我們在檢驗該理論時，能夠更加周全且一貫；避免使用自己所信仰的刑法圖像，去指摘其他學說無法達成其根本無意達成的刑法機能，最終造成討論毫無共識可言。同時，本文亦認為，對於一個理論的批判除了內在邏輯性外，往往最重要的部分應該是上位價值選擇的比較，而這一部分惟有事先掌握自己與他人採取的刑法圖像，以及刑法圖像在該問題意識中，歷經什麼樣的變革，才有可能達成。

最終回歸不真正不作為犯的討論，從我國與德國不同的立法型態來看，亦能發現刑法圖像的變動。詳言之，新的刑事立法如果是法律系統內部運轉的結果，則代表系統內部對於刑法圖像的描繪，已經產生一定的變化，才會產生修改依據既有圖像而訂立的法律條文。想當然耳，當透過立法承認新的刑法圖像時，對於刑法系統內部則會有錨釘的效果，也就是讓新的刑法圖像取得「正統」的地位。於 1940 年代，依照「折衷說」的精神，制訂的我國不真正不作為犯規定，以及於 1975 年，依照「義務違反說」的精神，制定的德國不真正不作為犯規定間，可以明顯看出雖然都是基於「積極保護社會」的刑法圖像，卻也因為細部差異，而呈現出相當不同的風貌。

³² 請參考古川伸彥（2007），同前揭註 28 書，頁 126 以下。

第二款 必須保護法益

從本文的敘述中，不難發現存在於「因果說」與「法律與社會因果說」間，並造成以實存因果關聯，說明不真正不作為犯可罰性基礎的作法，被學界揚棄的刑法圖像斷層，即為至今仍佔據主流地位的「法益保護機能」。如同先前黃榮堅教授所言，刑法的首要機能故屬「限制國家刑罰權發動」；然而，最好的限制方式，就是將刑罰權發動的正當性，與「保護法益機能」相連結³³。易言之，惟有具備法益保護效果的刑罰，才是正當的。

是以，下述本文擬先簡單介紹「保護法益機能」的流變，並試圖將此刑法圖像的細部變化，與「法律與社會因果說」、「折衷說」以及 Armin Kaufmann 的「義務違反論」相對照。

第一目 權利侵害到法益侵害

自不待言，最能夠彰顯進入二十世紀以來，刑法圖像逐漸由「限制國家刑罰權」轉移到「必須保護法益」的，當屬法益概念的發展本身。從多數學者認為是法益概念雛形，由 Feuerbach 提出的「主觀權利說」以降，經由 Birnbaum 以「財侵害說」加以具體化，最終由 Binding 確立「法益」一詞為止，雖然不到短短一百年的歷史，卻象徵著完全不同的刑法圖像。

詳言之，畢生致力於貫徹啟蒙主義刑法圖像的 Feuerbach，試圖透過「侵害原理」的核心概念，將犯罪的定義從侵害「國王的統治權」的叛變之舉，扭轉成「造成其他市民權益侵害」的行為；藉此將國家刑罰權的發動，限制確實產生現實損害的客觀事態³⁴。雖然如 Birnbaum 等後世論者，對於 Feuerbach 所使用的「主觀權利」一詞多有批判，認為過於抽象且無法承載社會道德等，非屬個人權益之犯罪結果³⁵；但若是從啟蒙主義不斷強調的「自然權利論」來看，惟有當人民所享有

³³ 請參考黃榮堅（2012），同前揭註 23 書，頁 11 以下。

³⁴ 請參考伊東研祐（著），秦一禾（譯）（2007），同前揭註 7 書，頁 15 以下。

³⁵ 請參考伊東研祐（著），秦一禾（譯）（2007），同前揭註 7 書，頁 32 以下。

的自然權利（諸如生命、身體與財產等）受到侵害時，國家始獲得介入人民私生活領域進行犯罪偵查，甚至以刑罰處罰人民的權力，是極為理所當然的限制。

然而，也如同前述質疑 Feuerbach 理論不一貫的批評，在 Feuerbach 所制定的巴伐利亞刑法典中，仍然存在著許多違反宗教與道德禁令的犯罪；這些犯罪往往無法透過「主觀權利」加以解釋。也因此，之後的刑法學者多半致力於將這些犯罪合理融入刑法理論中。例如 Birnbaum 雖然提出「財侵害說」，成功改善「主觀權利說」過於抽象的缺陷；但其亦承認所謂「公共財」的刑法意義，大幅讓「違警犯罪」與宗教道德犯罪等，有利國家統治或純粹道德領域的規範，進入刑法的射程範圍³⁶。

最終，來到二十世紀初期，由Binding所確立的「法益」概念，雖然仍然承擔起作為犯罪結果的必要條件，限制國家刑罰權發動的任務；但也正如同Binding與同時代的v. Liszt等學者所主張，法益概念同時作為「行為規範」的目標，另一方面更是代表著被立法者所肯認，必須由國家透過刑罰權，加以保障的具體生活利益³⁷。

從上述法益概念的形成過程，不難看出我們現今廣泛使用的法益一詞，本身就蘊含了「積極保護社會」的刑法圖像，進一步，從二十世紀開始，刑法學者圍繞著法益保護，建立起全新的刑法判斷架構。其中，最為明顯的應該屬於以「規範論」為判斷核心的歸責理論。

第二目 歸責體系的轉化

如同本文已多次強調，在 Feuerbach 原初設想下，刑法的制定與解釋都是用來限制國家刑罰權發動的道具，而「刑法中的侵害原理」正是這個道具能夠完美運轉的關鍵。一方面侵害透過「主觀權利說」的彰顯，劃定國家刑罰權得以發動的時間點；另一方面，侵害原理更是 Feuerbach 建立結果歸責體系的核心概念。

³⁶ 請參考伊東研祐（著），秦一禾（譯）（2007），同前揭註 7 書，頁 39 以下。

³⁷ 請參考伊東研祐（著），秦一禾（譯）（2007），同前揭註 7 書，頁 68 以下。

亦即：透過「原因說」的展開，讓最應該負責的行為人，承擔起侵害結果發生所伴隨的刑罰權施予。

然而，當「積極保護社會」的刑法圖像逐漸提高地位，以及保護法益概念的具體化，上述Feuerbach的「原因說」也因為不符合新的刑法圖像，而遭受揚棄。刑法被賦予鞏固行為規範的功能，只要是能夠避免法益受到侵害的行為舉止，都會被視為刑法應該積極要求人民從事的對象；也因此，歸責理論已經不是用來判斷「誰最應該對於結果的發生負責」，而是「誰能夠藉由改變自身行為，達成保護法益的目的」。

最終，透過Binding及其門生的努力，以行為規範為主軸的歸責理論成功被引入刑法當中，且成為刑法的軸心概念。而此一發展更決定了現今刑法理論的基本架構。

第三目 從法律與社會因果說到義務違反說

當我們理解到在刑法理論史上，曾經出現過「限制國家刑罰權發動」與「積極保護社會」兩種刑法圖像的更迭後，就不難理解為何不真正不作為犯理論在十九世紀末期，會從「因果說」轉向為「法律與社會因果說」。

從先前所引述 Kuhler 的說法中，可以看出其所謂「與社會秩序試圖運轉的相異形態」，即為法益受到侵害的客觀事態；而「藉由不從事社會秩序安排的活動，從社會秩序的運作中取走一枚齒輪，因此，不作為者成為原因而發揮作用」，當屬透過行為規範所進行的歸責判斷。同樣的架構也出現在「折衷說」裏頭，代表著透過刑法「積極保護法益」，作為刑法圖像一事已獲得當時普遍的肯認。

「折衷說」與「法律與社會因果說」的差異，毋寧是規範架構上的不同；詳言之，若依照 Kuhler 的說法，作為與不作為的不法性均為「造成與社會秩序試圖運轉的相異型態」，因此並不存在程度上的差異；然而，透過二十世紀初期，對於行為規範討論逐漸深化，「禁止規範」與「命令規範」在干涉人民自由的程度差異，也被凸顯出來。是以，「折衷說」必須透過保證人地位或等價性條款，讓

這兩種規範在實行行為性或違法性上，能夠獲得同樣的刑法評價。

相較於此，當 1960 年代 Armin Kaufmann 重新提倡義務違反說時，Feuerbach 等學者所依循的刑法圖像，早已大幅變遷，刑法逐漸被賦予指引行為規範的積極機能。其中所衍生的關鍵影響即為：除了因果關係外，對於行為本身的定性也成為構成要件階段格外受到重視的一環；無論在客觀歸責理論或目的行為理論中，都能看到論者對於行為描繪的用心³⁸。因此，縱或 Armin Kaufmann 與 Roxin 等均承認不作為與法益侵害結果間能夠成立因果關係；但僅倚靠因果關係的連結，不作為仍無法滿足行為支配的要求³⁹。

不過在另一方面，雖然不真正不作為犯與目的支配或透過客觀行為支配等概念均有所扞格；然而，刑法引導行為規範的方式同時包含「禁止規範」與「命令規範」，如此一來，作為犯與不作為犯的成立分別對應到兩種規範的違反，毋須適用相同的歸責體系⁴⁰。進而，Armin Kaufmann 等論者透過區分刑法的行為規範，讓違反命令（作為義務）也成為刑事犯罪的類別，賦予「義務違反犯」一定的正當化基礎⁴¹。

第三項 小結

在這一節中，本文嘗試提出「限制國家刑罰權發動」與「積極保護社會」兩種刑法圖像，解釋從 Feuerbach 的「義務違反論」到 Armin Kaufmann 的「義務違反論」，相距將近一百五十年間，不真正不作為犯理論變化的內在動力。進而，將這兩種刑法圖像與不同理論間的關聯，整理成下圖一：

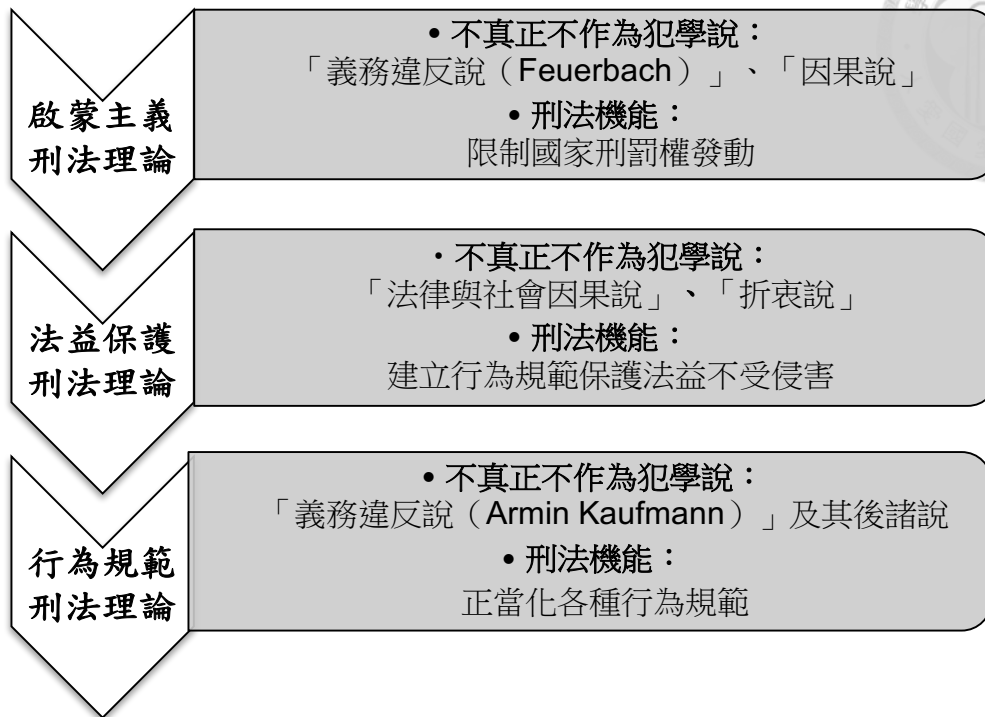
³⁸ 請參考仲道祐樹（2013），〈故意行為の構造と複数行為による結果惹起〉，收錄於：仲道祐樹（著），《行為概念の再定位：犯罪論における行為特定の理論》，頁 55-93，東京都：成文堂。

³⁹ 有關 Armin Kaufmann 不作為犯之論述請參考神山敏雄（1964），〈不真正不作為犯論の批判的展開（一）〉，《沖大論叢》，5 卷 1 號，頁 29-72；至於 Roxin 的論述則請參考平山幹子（2005），〈不作為犯と正犯原理〉，頁 123 以下，東京都：成文堂。

⁴⁰ 請參考神山敏雄（1964），同前揭註 39 文，頁 50 以下。

⁴¹ 請參考神山敏雄（1964），同前揭註 39 文，頁 50 以下

圖一：不真正不作為犯論與刑法圖像之對應



必須強調的是，從法益保護的機能獲得確立後，基本上刑法的圖像就不曾產生太大的變化；主要差異點僅在於對於保護法益以及行為規範的內涵與證立，也就是諸如「是否應承認環境或制度法益」、以及「行為規範的描繪」等爭論。同樣的發展也能在不真正不作為犯論中被觀察到。詳言之，無論是透過「支配領域」或「體制義務」的觀點，毋寧都是試圖探尋更為妥適的「作為義務」內涵，並沒有逸脫「折衷說」或「義務違反說」所描繪的判斷架構。

是以，本文對於不真正不作為犯論變遷的討論就此告一段落；底下擬將視角轉移到「啟蒙主義刑法圖像」與「保護社會刑法圖像」的消長上，希望透過由法國哲學家 Foucault 所提出的「生命政治」觀點，說明為何當初對抗絕對主義刑法的「限制國家刑罰權發動」刑法機能，會逐漸被「保護法益」的機能給超越。

第二節 以生命政治觀點重新閱讀刑法圖像



「生命政治」一詞，最早出現於 Foucault 在其「性意識史：第一卷：導論」的第五章中。Foucault 指出啟蒙主義前，君主掌控著「死的權力」，能夠透過死刑達成安定政權以及塑造規範的效果；相對於此，從十八世紀以降，統治權發展出另外一種治理的方式，也就是「生的權力」。後者並不以死亡來壓抑被統治者的對抗可能性；而是透過一連串綿密的監視與控制技術，教育被統治者該如何「生活」，以達成讓民眾順服的需求⁴²。Foucault 遂將這種「生的權力」命名為「生命政治」。

整個 1970 年代 Foucault 的研究都可以說是圍繞著「生命政治」這個議題，例如在「規訓與懲罰：監獄的誕生」一書中，Foucault 試圖說明當代的懲罰制度，並非如同多數人想像般，是因為啟蒙主義的影響，才脫離專制君主時期的殘虐與恣意；相較於此，以監禁及矯治為主的刑罰，正是在資本主義掌握治理權力後，才逐漸發展的⁴³。

因此，本文擬試著透過 Foucault 所建立的觀點與考察，以「生命政治」的觀點，分析上一節中「限制國家刑罰權發動」與「積極保護社會」兩種刑法圖像，是基於怎樣的權力運作而產生；且又因為什麼樣的權力邏輯而產生比重的變化。進一步從上述的分析中，說明本文最終的價值選擇，亦即：回歸「啟蒙主義刑法圖像」，以「刑法中的侵害原理」作為不真正不作為犯的可罰性基礎。

第一項 刑法中的侵害原理：對抗的歷史

如同眾所皆知，侵害原理最一開始乃是哲學上的概念，在十八世紀時受到啟

⁴² 請參考 M. Foucault (著)，尚衡 (譯) (1990)，〈性意識史：第一卷：導論〉，頁 115 以下。

⁴³ 請參考 M. Foucault (著)，劉北成 (譯) (1992)，〈規訓與懲罰：監獄的誕生〉，頁 103 以下。

蒙主義學者們的廣泛擁戴；其具體內容就像是 Mill 所主張，主要能夠區分成以下兩個層次。其一為：「唯一實稱其名的自由，乃是按照我們自己的道路去追我們自己的好處的自由，只要我們不試圖剝奪他人的這種自由，不試圖阻礙他們取得這種自由的努力⁴⁴」，亦即作為個人行為界線的侵害原理；第二種侵害原理則是劃定國家等社會群體對於個人施予強制力的界線，「對於文明群體中的任一成員，所以能夠施用一種權力以反其意志而不失為正當，唯一的目的只是要防止對他人的危害⁴⁵」。後者也就是本文主軸的刑法中侵害原理。

侵害原理正式成為限制國家權力的法律上概念，當屬法國大革命後被編寫進人權和公民權宣言（Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen）的那一刻；於第五條所揭櫫的「法律僅有權禁止有害於社會的行為。凡未經法律禁止的行為即不得受到妨礙，而且任何人都不得被迫從事法律所未規定的行為⁴⁶」，正是刑法中的侵害原理與罪刑法定主義的兩大原則。國家惟有在人民的行為產生他人或社會的侵害時，才能合理介入的理念，不久後也透過 Feuerbach 的引介，傳入德國並彰顯於 1813 年的巴伐利亞王國刑法典中⁴⁷。

從上述觀之，刑法中侵害原理的原初目的主要是限制國家刑罰權的發動，保障人民不受到高權恣意的侵害，一方面透過實定法框定處罰的界線；同時宣告刑法的規範只能由侵害原理加以正當化⁴⁸。然而，當我們翻閱現今主流刑法教科書時，雖然罪刑法定主義還是屹立不搖的鐵則；但刑法中的侵害原理卻似乎有了新的面貌，一肩承擔起「必須保護市民不受他人侵犯」的責任，從消極限制國家權力的枷鎖，轉變為具備積極意涵的武器⁴⁹。

⁴⁴ 引自 J. S. Mill 著，程崇華譯（1986），〈論自由〉，頁 14，台北：唐山。

⁴⁵ 引自 J. S. Mill 著，程崇華譯（1986），同前揭註 44 書，頁 10。

⁴⁶ 條文內容翻譯自平野泰樹於「近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開」一書中所引介之日文版本。請參考平野泰樹（2002），〈近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開〉，頁 15，東京都：株式會社現代人文社。

⁴⁷ 請參考何勤華、夏菲編（2006），〈西方刑法史〉，頁 255 以下，北京：北京大學出版社。

⁴⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 3 以下。

⁴⁹ 例如王皇玉（2014），同前揭註 2 書，頁 13 以下；以及黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（上）〉，四版，頁 13 以下，台北：元照。

為何刑法中侵害原理在這二百餘年間，會產生如此劇烈的嬗變；此外，伴隨著這個變化，刑法理論又經歷過哪些典範轉移，這兩大問題成為本文思考的出發點。以下，擬先從歷史發展的觀點，說明刑法中侵害原理究竟是基於什麼樣的因素，受到德國及法國法學家普遍接納。

第一款 兩種歐陸傳統法系統

若依照日本學者梅崎進哉的考據，以侵害原理作為國家統治權限制的手法，其實並非專屬於啟蒙時期後的近代法治國家；其濫觴乃是長期以來，日耳曼部族內部的法律系統⁵⁰。確實，與 Mill 或 Kant 等哲學家，由天賦人權或人格主體性等形上學出發，證成侵害原理的理論基礎相異；歐洲一直以來都存在著另一股抗衡國家的力量，主要透過「部落」與「國家」間的協議，要求統治權必須尊重部落的習慣法及自治權限⁵¹。大野真義教授則進一步主張，象徵近代法治國精神的罪刑法定主義，某程度上是起源於英國大憲章所產生的法制傳統⁵²。

如果說日耳曼部落的法系統是部分人民用來抵抗國家權力的武器；則位於對抗軸的另一側，國家用以擴大及深化自己統治權的工具，當屬始終沒有從歐洲法制史舞台消失過，羅馬人成功以此建立並維持住龐大帝國的羅馬法系統⁵³。然而實際上，Foucault 亦曾在其法蘭西學院講座中指出，西方國家於近代發展出的治理方式，其實深受基督教會影響⁵⁴；同時，梅崎進哉教授更進一步主張，從中古世紀開始，教會法的精神逐漸融入羅馬法系統中，成為統治者無論是精神或肉體

⁵⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 25 以下。

⁵¹ 請參考陳思賢（2004），〈中世紀憲政主義與宗教議會運動：民主政治思想中的日爾曼貢獻〉，收錄於：陳思賢（著），《西洋政治思想史：中世紀篇》，頁 9-35，台北：五南。

⁵² 請參考大野真義（1982），〈罪刑法定主義の概念と系譜：概念論批判と系譜論批判を契機として〉，收錄於：大野真義（著），《罪刑法定主義》，二版，頁 3-52，京都市：世界思想社。

⁵³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 29 以下。

⁵⁴ 請參考 M. Foucault（著），錢翰、陳曉徑（譯）（2007），〈安全、領土、與人口：法蘭西學院演講系列 1977-1978〉，頁 283 以下，上海：上海人民出版社。

層次的最佳統治工具⁵⁵。

因此，以下本文即將稍為簡單介紹這兩種法系統的基本特徵，並以侵害原理為觀察標的，審視日耳曼部族的法系統與羅馬法系統在啟蒙主義後，是如何取得妥協與平衡。



第一目 日耳曼法系統

如同德國著名法諺所云：「一切的法均由習慣與公平而生」，習慣法與衡平性是日耳曼法系統的兩大特色，更是成文法效力的最後依據⁵⁶。從歷史上日耳曼國家的組成來看，最初日耳曼國家的王只是對外戰爭時期，由各部落所推舉出的暫時性共主，並沒有實質統治的權力；縱或這個現象在中古世紀有所轉變，王的地位逐漸穩定且初步展開收稅、制定法律等統治行為，但只要當王自行頒布的法令違反部落習慣或衡平性時，人民均有權利起身反抗王法⁵⁷。另一方面，透過許多學者的研究可以發現，日耳曼法最初是為了處理氏族與氏族間的衝突而產生，並形成穩定的紛爭解決機制⁵⁸，無論是大憲章或其他日耳曼王國中，這個機制都再再阻擋國王將統治權透過王法的制定，延伸到部族內。

同時，日耳曼法系統的這兩大特色除了制衡統治權的過度干涉外，更是維持部族內血緣共同體發展與存續的重要方式。因此，通常只有在當部族受到他人不正侵犯，進而產生損害結果時，法律始存在介入的必要性。根據中國學者孟紅的研究，「結果責任」於日耳曼人的犯罪觀中，占據非常重要的地位；犯罪必須具有客觀的侵害性，造成客觀侵害的原因必須是人類的行為，而刑罰與賠償也都必須以侵害的程度作為判斷基準⁵⁹。是以，當一個損害發生時，往往是由受到損害

⁵⁵ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 29 以下。

⁵⁶ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 22 以下。

⁵⁷ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 22 以下。

⁵⁸ 請參考佐藤直樹（1989），〈共同幻想としての刑法〉，頁 91 以下，東京都：白順社；以及李茂生（2000），〈近代刑法中個人責任主義的反思〉，收錄於：李茂生（著），同前揭註 31 書，頁 64-90。

⁵⁹ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 177 以下。

的氏族對於造成侵害者所屬的氏族進行責任的訴追，此際「賠償」會是主要的刑罰內容；一方面是能夠有效填補損害，同時高額的賠償金更是有效嚇阻犯罪的方式⁶⁰。雖然日耳曼法也承認「復仇」或「決鬥」等私人解決衝突的管道，但毋寧只有在氏族榮譽受損時，才會選擇此一途徑，且到後期基本上可說被賠償金制度完全取代⁶¹。

以結論而言，雖然日耳曼法系統正如同部分學說所批判，高度重視結果責任導致無法發展出「故意」、「過失」等主觀歸責，造成課責範圍過廣的弊害；但無論是以習慣法對於國家權力的抗拒、或基於結果責任的衡平原則對懲罰範圍的限制等，都頗具現代刑法中罪刑法定主義與罪刑均衡的雛形。

第二目 羅馬法系統

羅馬法系統的法律來源在最初的王政時期（西元前 753 年到前 509 年），與日耳曼法系統相類似，主要都是透過承認部族長久以來累積的習慣法作為法律依據而產生⁶²；兩者間的差異則在於，隨著羅馬城建立後的防禦需求，國王與人民代表會議逐漸掌握統治與立法的權力，開始制定符合國家治理需求的王法。另一方面，羅馬法在犯罪種類上，更傾向將對於「宗教信仰」與「國家體制」的危害行為視為重大犯罪⁶³。是以，不服從神意或虛偽宣誓等違背宗教義務者；以及背叛國家或陰謀敵對者，被認為是最嚴重的兩種犯罪類型。由此不難看出，羅馬法從最一開始就伴隨著濃厚的宗教與國家色彩。

進入共和時期（西元前 509 到前 27 年）的羅馬法，人民代表議會透過頒布「十二銅表法」，將原先紛雜的習慣法加以統合，並賦予成文法的地位；此舉同時也象徵人民代表議會掌握了制定法律的唯一權限，尊重不同部族間相異習慣的

⁶⁰ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 187 以下。

⁶¹ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 191 以下。

⁶² 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 103 以下。

⁶³ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 105 以下。

時期畫下句點⁶⁴。同時，為了因應國家與社會體制的高度成熟，宗教犯罪被大量增加的危害社會管理秩序犯罪吸收，諸如禁止賭博、重婚、破壞財產制度等社會規範成為刑法的保護對象⁶⁵。使用公權力型塑一般人民的生活型態，這種高度國家介入統治的立法都能夠在共和時期的羅馬法中找到痕跡。

最終隨著奧古斯都稱帝，羅馬迎來帝國時期，皇帝成為至高無上的國家統治者，因此，由皇帝所制定的法律成為最主要的法律來源。另一方面，隨著帝國疆域的擴大，統治所需的法律也相應膨脹，更多的行為態樣均被視為犯罪（例如：通姦、亂倫及婚前性行為等）；且對於公務員與部分行業的義務規範也隨之大幅增加（例如：要求賄賂罪與職務上背信罪）⁶⁶。到了帝國後期，羅馬法系統更與成為國教的基督教結合，重拾王政時期的濃烈宗教刑罰色彩，方便對於異教徒的大肆刑事制裁；不僅如此，受到帝國屢次發生軍人政變弒殺皇帝的影響，查士丁尼大帝更是軍事犯罪的開創者，許多軍中的義務均被刑法加以承認⁶⁷。

總結上述對於羅馬法系統的介紹，作為一個極速擴張的國家，由高權透過法律塑造各種行為規範，讓人民成為被統治的對象與服從的客體，這樣模式的法律制度古今皆然。也因此，羅馬法系統與日耳曼法系統相比之下，犯罪認定明顯傾向於規範化與義務化。當然，高度發展的羅馬法理論，更是深刻影響當今刑法的具體內容，舉凡共犯處罰、未遂犯規定、以及對於特殊身分的義務要求等，都能夠在我國刑法典中找到對應。

第二款 兩種法體制之更迭

第一目 封建國家與統治權之爭

西元 476 年西羅馬帝國滅亡，日耳曼各族瓜分了原本西羅馬帝國的領地，歐

⁶⁴ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 108 以下。

⁶⁵ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 113 以下。

⁶⁶ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 116 以下。

⁶⁷ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 119 以下。

洲進入所謂的黑暗時期，在不到三百年內，諸如東哥德、西哥德、倫巴底等日耳曼王國接連出現與滅亡，要一直等到西元 800 年，法蘭克國王查理大帝接受教宗力奧三世的加冕，歐洲才逐漸產生較為穩定的民族國家。

面對突然間獲得的廣大領土，這些日耳曼民族的領袖開始稱王，並依循日耳曼民族的傳統，將領地分封給戰爭時效忠於自己的氏族首領，一方面透過「封建契約」與其他氏族間建立「封地」與「效忠」的相互關係；更藉由將領土劃分成細碎的封地，維持各地區的秩序與運作⁶⁸。當時的歐洲呈現一個國家內存在許多不同的生活共同體（如莊園或城鎮），每個生活共同體均延續著日耳曼法系統的精神，擁有自己的治理方式及法律系統，除了稅收與戰爭時期外，國王都不得任意介入該共同體的內部事項⁶⁹。

然而，這些國王們很快也意識到，自己的統治權在封建制度底下的國家型態中，毋寧是受到大幅限制的；且隨著封建領主獲得軍事與經濟上的實力後，往往會選擇脫離與上層政治權力的契約關係，成為自主性的領主，造成國家政局與社會安寧時常紛擾不定⁷⁰。因此，該如何將自身統治權擴展至原先分封給他人的領土上，在西元十世紀開始困擾著這些國王們⁷¹。若是依照 Foucault 的考掘，此際國王、教士與能夠閱讀拉丁文而熟知羅馬法的羅馬貴族後裔們，合力上演一場奪權的戲碼⁷²。

而學者陳秀鳳對於十世紀法蘭西地區卡佩王朝的興盛，所進行的歷史研究某程度上正好能夠證明 Foucault 的說法。氏指出在西元 989 年由眾多主教所召開的夏湖宗教會議（Council de Charroux）中，開始提倡所謂的「上帝和平（La paix de Dieu）」，一方面能夠讓法國國王應國境內各地宗教領袖的邀請，積極介入協調封

⁶⁸ 請參考南充彥（2007），〈中世君主制から近代国家理性へ〉，頁 46 以下，東京都：成文堂。

⁶⁹ 請參考南充彥（2007），同前揭註 68 書，頁 47 以下。

⁷⁰ 請參考陳秀鳳（2009），〈卡佩王朝建立時期封建領主之形成〉，《臺灣師大歷史學報》，42 期，頁 327-366。

⁷¹ 請參考南充彥（2007），同前揭註 68 書，頁 46 以下。

⁷² 請參考 M. Foucault（著），錢翰（譯）（2010），〈必須保衛社會：法蘭西學院演講系列 1976〉，二版，頁 108 以下，上海：上海人民出版社。

建領主間的戰亂與對於各地教會造成的損害，並成為法律上的最高權威；同時也藉機爭討違反封建契約的領主，將自身統治權延伸到原本不應管轄的生活共同體內⁷³。

對應於國王介入所產生的和平，教會則是認可當時法王卡佩提出，將自己長子加冕為王儲的請求，透過宗教的神聖性，讓王位世襲制獲得正當性基礎⁷⁴。王權與基督教會兩者間的配合下，領主原先享有的自治權與尊重各地方習慣法的傳統，逐漸被國王一一收回自己的手上；另一方面，隨著教宗屢次鼓吹而發起的十字軍東征，以及英法百年戰爭等大規模戰事，讓長年征戰在外的領主進一步喪失自己的領地。最終，透過上述國王與教士間的合作，替從十三世紀起，無論是法律或統治權都由國王一手掌握的中央集權國家打下良好的基礎。

第二目 羅馬法系統的獲勝

1976年，Foucault 在他命名為「必須保衛社會（Il faut defendre la societe）的法蘭西學院演講中，透過一名叫做 Boulainvilliers 的歷史學家，其對於打算反抗路易十四統治的勃艮地公爵，所提出的一篇論文，說明了法蘭西貴族及封建領主們是如何在十到十二世紀，在法律論戰中慘敗給法國國王，並永久喪失自身的話語權。

Boulainvilliers 指出早在法蘭克人入侵高盧（現在的法國）時，這塊土地呈現出四種階級並存的光景：身為軍事統治者的國王、與國王建立起封建契約的法蘭克貴族、被沒收武器與財產的高盧（羅馬）貴族、以及原先服膺於高盧貴族的平民。國王將領土分封給貴族，貴族統治與保護土地上的平民，真正失去一切的其實是高盧的貴族們；因此，這些貴族躲進唯一的避難所，也就是教會。然而，他們一方面透過基督教的信仰系統取得另一種全新的社會地位；更在教會收藏的羅

⁷³ 請參考陳秀鳳（2009），同前揭註 70 文。

⁷⁴ 請參考陳秀鳳（2009），同前揭註 70 文。

馬古書籍中，獲得羅馬法與拉丁文的知識⁷⁵。

如先前所述，當法國國王展開一連串對於法蘭克貴族的奪權行動時，這些成為教士的高盧貴族遂成為國王最為有力的盟友。Boulainvilliers 提出了以下的三個重要內涵：首先，羅馬法濃厚的行為規範性質，比起日耳曼法更適合發展中央集權的國家；其次，透過讓拉丁文成為法律與知識的正式語言，造成封建領主們的無知狀態；最終，以宗教信仰為主的教育體制，造成這些領主們完全專注於十字軍東征，忽略他們使用的法律以及享有的權利逐漸被國王與教士侵奪⁷⁶。

同樣的發展甚至可以在英國的歷史中發現，自十一世紀征服者威廉入侵英倫三島後，身為統治者的諾曼第人與人數眾多的盎格魯撒克遜人間，同樣簽訂了如同封建契約一般的約定。諾曼第人不會介入原先盎格魯撒克遜人部落內部的衝突，維持日耳曼法系統中，習慣法至上的傳統；國王僅享有徵兵及收稅的權力，且必須按照一定的程序進行⁷⁷。然而，到了十五世紀薔薇戰爭結束後，同樣元氣大傷的盎格魯撒克遜貴族們逐漸無法抵抗統治者都鐸王朝的擴權，最顯著的象徵即屬「星室法院」的成立。在星室法院裏頭，法律活動是透過法語進行，法律系統使用的是有利於高權統治的羅馬法；也就是說，盎格魯撒克遜貴族們同樣被剝奪了法律的知識，進而在這場戰役中慘敗⁷⁸。

總結來說，日耳曼國王與封建貴族的權力鬥爭，同時也是羅馬法系統與日耳曼法系統的對抗。最終，封建貴族無法抵擋由國王與教士聯手，透過語言、法律知識以及宗教的三重攻勢，不但自身的土地與權利均被剝奪；伴隨這個結果產生的，則是整體法律系統也呈現羅馬法化的現象。

第三目 羅馬法系統與教會法之結合

必須強調的是，除了日耳曼法系統與羅馬法系統外，歐洲長期以來亦存在另

⁷⁵ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 116 以下。

⁷⁶ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 117 以下。

⁷⁷ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 76 以下。

⁷⁸ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 74 以下。

外一股法律系統，且同樣影響近代法律制度甚深，即：基督教教會法體系。基督教對於犯罪的概念源自於舊約聖經中希伯來人的刑罰觀、以及新約聖經中的耶穌所展現出的德性，帶有濃厚的神權法特徵⁷⁹。

自從君士坦丁大帝將基督教全面合法化以來，羅馬法系統與教會法無論在內容上或理論上，都相當密切地交雜且互相影響。例如原先的教會法中，犯罪被視為違反「服從上帝」的絕對義務；此時的犯罪並不是對於政治秩序或社會大眾的侵犯，而是人類透過「自由意志」違反神的意旨⁸⁰。這種強調主觀義務違反意思的犯罪觀，逐漸與羅馬法的規範邏輯融合，最明顯的證據當屬：於中古世紀初期，只要違反「實定法」即等同於違背「神的意志」⁸¹。也就是說，宗教意義上的罪孽與世俗意義上的罪孽是不分的，兩者的規範內容亦幾乎等同；進而，教會與世俗權力均能夠審判犯罪者，差異僅彰顯於刑罰內容上⁸²。

另一方面，從帝國時期開始，羅馬法系統中雖然強調法律是支配者意思的表現；但這毋寧是一種現實主義觀點下的描述，說明法律已不受習慣法的約束，而單純成為支配者的命令⁸³。這種法律屬於支配者命令的思想受到教會法的影響，獲得更深一層的正當性基礎；「使用與教會法學者解釋聖經時同樣的態度，並且更一般性地，透過解釋絕對神意之啟示時的神學方法進行（法律註釋）⁸⁴」，從上述這一段查士丁尼大帝對於法律註釋的看法中，可以發現羅馬法系統中既有的自然法色彩，與羅馬教會將現實支配者（羅馬皇帝）視為上帝委託管理世俗化世界的見解合而唯一，讓統治者頒布的法律具有與聖經相類似的正當性（一個管理俗世、一個管理靈魂）。

也因此，透過這兩種法系統間的相互影響，儘管在西羅馬帝國滅亡後，日耳曼民族所建立的國家中，通常使用的仍是日耳曼法系統；羅馬法系統卻因為已然

⁷⁹ 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 125 以下。

⁸⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 29 以下。

⁸¹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 29 以下。

⁸² 請參考何勤華、夏菲編（2006），同前揭註 47 書，頁 127 以下。

⁸³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 36 以下。

⁸⁴ 轉引自梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 36。

與教會法合而為一，在封建國王與領主無法干涉的修道院中，能夠獲得完善保存與研究⁸⁵。同時，隨著基督宗教廣泛受到歐洲人民的信仰，某種程度上，儘管封建國王與貴族間仍是維持日耳曼法系統，國王不輕易介入貴族領地內的司法管轄；然而，教會法系統下的犯罪觀與修道院中的教士，卻漸漸取代貴族的法官角色，並實質上在民、刑事審判的領域內，採納羅馬法系統的法律規範⁸⁶。

第四目 小結

如果說西羅馬帝國的滅亡是日耳曼民族戰勝羅馬文化的象徵；相對於此，往後將近十世紀的漫長歲月中，卻看見羅馬法系統全面戰勝日耳曼法系統，逐漸成為歐洲法律制度核心的過程。日耳曼王國的統治者們為了建立起如同羅馬帝國般中央集權的國家，與教士們共同以羅馬法及教會法取代日耳曼法，進而大幅削減日耳曼法系統中，對於氏族自我統治且依循習慣法解決紛爭的傳統。

另一方面，正如同學者梅崎進哉所言：「隨著羅馬·教會法逐漸滲透，『法慢慢遠離受其規制者的生活與意志，更甚者，法變成背離受其規制者的生活與意志時，仍必須強制適用之物；原先在民族生活之間，依循生活與意志而成立的正義原則，也就是法，慢慢遺忘了自古以來的日耳曼特徵』。進而產生『法是依照統治者意思而制定、公布的一般性強制規範』，這種近代法的思考模式。（雙引號內為梅崎教授引用船田享二教授的法思想史一書）⁸⁷」

也因此，日耳曼法系統中，重視結果責任所衍生的客觀侵害原理與罪刑均衡原則，伴隨著羅馬法系統的宰制，被行為的反規範性與著重心理層面的主觀罪責原則取代⁸⁸。本文於下述即將介紹，神聖羅馬帝國在 1532 年制定的卡羅林那法典，即屬深受羅馬·教會法精神影響，所誕生的「絕對主義刑法」⁸⁹；以及與其相抗

⁸⁵ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 116 以下。

⁸⁶ 請參考陳秀鳳 (2009)，同前揭註 70 文，頁 250 以下。

⁸⁷ 請參考梅崎進哉 (2001)，同前揭註 6 書，頁 37。

⁸⁸ 請參考梅崎進哉 (2001)，同前揭註 6 書，頁 31。

⁸⁹ 請參考梅崎進哉 (2001)，同前揭註 6 書，頁 38。

衡的「啟蒙主義刑法」。



第二項 統治權理論的重疊與衝突

第一款 法律主義

第一目 概述

從上一節的論述中可知，「啟蒙主義刑法圖像」的核心精神，乃是保護市民不受到國家刑罰權濫用的侵害；若是依照 Foucault 的分類，這種試圖以外在的法律框架，限制統治權的方法論，被稱為「法律主義」。例如：Feuerbach 即透過嚴格且具有實質內涵的罪刑法定主義為底下，將國家刑罰權的發動時點，控制在明確的範圍內⁹⁰。而這種把法律當成是統治權外在框架的作法，其實源自於上述封建傳統中貴族的訴求。

依照學者陳思賢的分析，法律主義其實源自於日耳曼部落與封建王權之間的衝突及妥協。如前所述，歐洲自古以來便存在著「部落貴族」與「統治者」間的對抗，制衡雙方關係的，則是約束統治者權力及被統治者義務的契約（法律）⁹¹。Foucault 在法蘭西學院的課程中亦有提及類似的觀點，氏指出諾曼人在征服英倫三島後，雖然成為統治階級，但因為人數遠遠少於被統治的盎格魯薩克遜人，礙於統治上的安定性，只好跟後者的貴族訂下各種「自治條款」⁹²。這些條款隨著不斷增加與翻新，即為英國憲法根源的大憲章（Magna Carta）。而這些自治條款也成為幾百年來，盎格魯薩克遜貴族用以限制英國國王權力擴張的工具。

有趣的是，起初法律主義的出現，是為了讓統治者諾曼人能夠順利統治盎格魯薩克遜人，因此與後者的貴族相互妥協，而制定出的權力真空領域。然而，在

⁹⁰ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰、陳曉徑 (譯) (2010)，同前揭註 54 書，頁 74 以下。

⁹¹ 請參考陳思賢 (2008)，〈西洋政治思想史：近代英國篇〉，二版，頁 19 以下，台北：五南。

⁹² 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 63 以下。

十六世紀後，上述諾曼人與盎格魯薩克遜人間的對抗關係逐漸消弭，取而代之的則是商業貿易興盛帶動的市民社會與君王權力間的緊張關係。但是，法律主義並沒有因此喪失其理論的有效性，與此相反，法律主義與自然權利論相結合，成為了更為堅實的一套統治權論述。

第二目 啟蒙主義刑法圖像

上述由英國貴族對抗統治者開始發跡的「法律主義」，傳到法、德二國，就成為「啟蒙主義刑法圖像」。自從 15 世紀以來，法國成立以絕對王權為核心的王國，並在路易十四時期，統治權獲得最大幅度的擴張；相較於此，雖然德國必須等到十六世紀左右，才逐漸形成較能夠與其他西歐國家抗衡的統治政權，但從當時卡洛琳娜刑法典的內容中，可以發現兩個國家其實在絕對主義方面，是相差不大的。

舉例而言，進入十六世紀的日耳曼地區，伴隨著貿易體系逐漸茁壯，邦與邦之間因為商業活動的頻繁進行，劇烈改變了原先疆界分明且不易流動的社會型態，連帶造成日耳曼法系統中，以邦內世族傳統為核心的紛爭解決模式受到挑戰⁹³。儘管一直以來對於橫跨邦與邦之間的商業行為，日耳曼部族均習慣由「集團連帶的結果責任」處理債務不履行等糾紛⁹⁴；然而，礙於每個邦的習慣法都有或多或少的差異，且連帶責任亦不利於擴大商業行為的發展，日耳曼地區產生對於統一法典的要求⁹⁵。

也因此，順應著上述要求而產生的卡洛琳娜刑法典正是即極權主義於一身的代表。首先，其透過對於「女巫」的處罰，將國家的權力擴張到原先屬於地方自治的森林區；並且樹立起一定的生活規範，逮補流浪漢、無業者，強迫他們工作與矯正他們的生活型態⁹⁶。可說是一部極為擴張且充滿著君父思想的刑法典。而

⁹³ 請參考陳惠馨（2014），〈德國近代刑法史〉，頁 50 以下，台北：元照。

⁹⁴ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 38 以下。

⁹⁵ 請參考陳惠馨（2014），〈德國近代刑法史〉，頁 50 以下，台北：元照。

⁹⁶ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 38 以下。

十九世紀在日耳曼地區逐漸興盛的「啟蒙主義刑法學」，毋寧就是以對抗這種國家高權作為號召，所展開的權力鬥爭。



第三目 Feuerbach 塑造的刑法圖像

受到了英國大憲章以來，貴族對抗統治者的傳統影響，Feuerbach 在十九世紀初期，均是以站在國家權力的對抗面作為出發點，並以「刑法中的侵害原理」作為核心概念，從立法論與解釋論的兩個層面，對於當時仍屬專制王權統御下的德意志刑法，進行諸多變革與批判。

首先是朝向刑事立法的部分，Feuerbach 在自己參與立法的巴伐利亞王國刑法典中，試圖將刑事犯罪限定於實際造成社會或個人損害的行為；藉此區分出適用普通刑法、以及適用「違警罰法」的兩種犯罪類型。

自十五世紀卡洛琳娜法典制定以降，統治者不斷基於統治便利性而增添的義務違反或生活型態犯罪，均獲得相當程度的減緩。是以，Feuerbach 基於對抗的角度，認為必須有所限縮；遂主張所有的刑事犯罪都必須要以「實際的損害」做為可罰性基礎，避免國家任意處罰人民，這一點無疑是受到啟蒙主義學者普遍推崇日耳曼法系統的深刻影響。然而較為可惜的是，Feuerbach 對於損害的定義並不明確，僅是透過「主觀權利說」將範圍粗略劃設；無法有效將諸如社會道德或國家情感等，屬於社會習慣或集體民族心理層面的不適感，徹底排除於國家刑罰權的作用對象⁹⁷。

另一方面，如同本文已多次強調，侵害原理在解釋學上的作用在於：該如何將現實已然發生且值得用刑事制裁處理的侵害事實，歸屬給某特定個人並要求他以自由刑甚至生命刑的方式承擔責任。雖然 Feuerbach 的說法可被視為由 Mezger 提出之「原因說」的濫觴；但受限於當時人們對因果關係的理解，仍然停留在單純觀察與歸納現象的層次，從現在的觀點來看，毋寧是相當原始且無法獲得理論

⁹⁷ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 103 以下。

的說服力。

除此之外，Feuerbach 對於刑法解釋學貢獻還包含：以侵害原則作為犯罪成立限制的同時，也採納羅馬法系統中的主觀責任，讓犯罪的成立必須通過主、客觀的兩層篩檢；以及提出心理責任論的見解，一方面豐富故意、過失的內涵，更讓責任論與刑罰目的能夠相結合。惟礙於篇幅上的限制，本文無法多做討論。

第四目 罪刑法定主義與侵害原理

現今刑法學者普遍將啟蒙主義對於刑法理論產生的貢獻，總結為以下兩點：「罪刑法定主義」的明文法化；以及將宗教、道德戒律與地方的習慣法排除在刑法射程範圍外。

然而，如梅崎進哉與平野泰樹兩位教授所論及，確實「罪刑法定主義」在啟蒙主義浪潮後，藉由 Montesquieu（法國）、Beccaria（義大利）及 Feuerbach（德國）等學者的努力，逐漸成為現代國家中憲法位階的原則。我們也不應忽略早在絕對王權盛行的十五、十六世紀，國家理性（raison d' état）對於君王權力的內在限制中，即已將處罰的明文化視為應然⁹⁸。另一方面，也像是先前所述，雖然卡洛林那法典是絕對主義刑法的集大成；但其制定的原因正是日耳曼地區對於成文刑法的要求⁹⁹。

因此，如果認為啟蒙主義刑法理論能成功限縮國家刑罰權，單純是倚靠罪刑法定主義及道德戒律與習慣法禁止原則，根本上是高估了這兩原則的實質效力。這一方面是因為罪刑法定主義本身存在著雙面刃的性格：固然藉由法律明文將國家刑罰權的發動限縮在一定的要件下；但相對於此，也等同於舉凡國家透過立法程序制定的刑法法規，都具有處罰的正當性¹⁰⁰。另一方面，縱令將宗教、道德戒律與習慣等排除；只要能夠操控民意走向，立法者也並非無法制訂出諸如違反社

⁹⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 60 以下；以及平野泰樹（2002），同前揭註 46 書，頁 48 以下。

⁹⁹ 請參考陳惠馨（2014），同前揭註 93 書，頁 59 以下。

¹⁰⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 65 以下。

會風俗（通姦罪）、破壞人倫秩序（血親性交罪）、甚至維持特定意識形態（焚燒國旗或毀壞國幣罪）的刑事犯罪¹⁰¹。

罪刑法定主義的侷限性，在納粹時期彰顯無遺，二戰後德國法學界最困難的議題當屬：究竟由納粹政權制定，嚴重違反人性尊嚴的成文刑法，是否仍然具備身為實定法的有效性。而就算是今日，立法者也常通過極度擴張處罰範圍的刑法規範；若單純依照罪刑法定主義，我們也無法在符合要件的個案中拒絕適用該法律進行處罰。

基於上述，日本多數學者已經開始重新解讀啟蒙主義刑法理論，並主張罪刑法定主義不過是限制國家刑罰權的其中一塊拼圖；真正的核心基石乃是本文多次強調的侵害原理¹⁰²。失去侵害原理的罪刑法定主義，屢屢被證實無法有效防堵國家利用合法的立法程序，擴張刑罰權範圍甚至制定出罪刑顯不相當的處罰規定。然而，無論 Feuerbach 或之後的刑法學者，均沒有明確說明刑法中侵害原理的實質內涵，甚至在許多立場上呈現與侵害原理相矛盾的見解¹⁰³，這也讓這個啟蒙主義刑法理論最主要的拱心石，逐漸隨著時間的流逝與社會需求的變更，喪失應有的地位。

第五目 小結

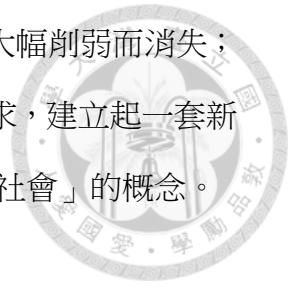
礙於篇幅的關係，本文僅能簡單介紹其實「啟蒙主義刑法圖像」的根源，源自於長期以來，日耳曼與不列顛人的傳統習慣法。然而，隨著王權不斷擴張，與貴族間的緊張關係逐漸增大，造成這些習慣法被明文化，以限制王權對於自身權利的侵蝕，最明顯的例子即屬英國的大憲章。也因此，「啟蒙主義刑法圖像」的根本性質，就是以法律作為外在框架，限制國家權力為主。

¹⁰¹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 65 以下。

¹⁰² 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 65 以下；以及生田勝義（2002），〈行為原理と刑法〉，收錄於：生田勝義（著），《行為原理と刑事違法論》，頁 53 以下，東京都：信山社。

¹⁰³ 例如 Feuerbach 就承認在刑法中加入充滿義務違反犯罪的「違警罰法」；以及承認不作為的處罰規定等方面，同樣也受到眾多學者的批判。請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 125 以下。

然而，這樣的對抗關係卻隨著資本主義興起，國王權力被大幅削弱而消失；浮現在檯面上的，卻是取得權力後的資產階級，依照自身的需求，建立起一套新的權力運作機制，而該機制所引導下的變革，正是「必須保衛社會」的概念。



第二款 治理術與國家理性

然而，「法律主義」充其量只是當時對於統治權所展開的一種論述；相對於此，Machiavelli 的〈君王論〉一書，即可被視為另外一支統治權理論，其試圖以「國家理性 (raison d' état)」為核心，提供統治者最佳的治理模式。當然，免不了提到稍晚的十七世紀，以 Hobbes 為開創者，讓國家權力藉由人民同意，而取得統治正當性的「社會契約論」途徑。在 Foucault 的考察底下，從十五世紀開始，對於國家統治權的論述從未間斷過，每一個說法無論是支持王權、或是限制王權，都可見這些理論家嘗試在不同國家間，實驗自身學說的痕跡¹⁰⁴。

第一目 與法律主義之比較

從 Foucault 舉出的統治權理論中不難看出，「法律主義」與「國家理性」間，存在著一個根本上的差異。詳言之，依照「國家理性」的角度，將「達成效果的統治」視為「正當的統治」（在 Foucault 的眼中，十七世紀的「重商主義」、十八世紀的「重農主義」都是「國家理性」這支統治理論脈絡的延伸）的觀點，是以國家權力的「內在限制」為出發點。舉例而言，馬基維利在整本君王論中，都是在告誡統治者該如何妥當行使自身權力，透過謹慎判斷及權謀的運用，最終實現目標並鞏固政權一事，足以代表君王的統治獲得正當化；然而，如果是依照「法律主義」，則就算政權獲得鞏固，只要統治者越過界，就還是不正當的統治¹⁰⁵。

另一方面，從「社會契約論」的角度則產生全然迥異的觀點，由於社會契約

¹⁰⁴ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰、陳曉徑 (譯) (2010)，同前揭註 54 書，頁 74 以下。

¹⁰⁵ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰、陳曉徑 (譯) (2010)，同前揭註 54 書，頁 74 以下。

論的核心是人民對於賦予統治者權力一事的同意，故採取社會契約論的論者多半會主張統治權能夠被正當化的原因，乃是統治者與人民站在相同的利害關係，避免人民被自然狀態中的他人侵害，同時更是維持社會的秩序讓人民得以發展自身利益最大化。但是很明顯地，「法律主義」並沒有嘗試為統治權帶來正當化的說詞，其只是單純站在統治者的對立面，以法律作為鎖鏈限縮統治權力罷了¹⁰⁶。

也因此，從不同的統治權理論出發，對於刑法或刑罰所繪製的圖像自會有所不同。而 Foucault 在其〈規訓與懲罰〉一書中，相當成功地描繪了絕對君王制度底下的死刑，是如何透過相異的統治權需求，進而轉變成資本主義邏輯下的自由刑。易言之，無論是在啟蒙主義時期，抑或是現代我們身處的二十一世紀，刑法理論都是眾多統治權論述交織下的產物。而在底下，本文即暫時遠離由「法律主義」所刻劃的啟蒙主義刑法學圖像，進入另外一種全然迥異的刑法觀點，即：「必須保衛社會」的積極論述。

第二目 資本主義治理觀

若是依據 Foucault 的觀察，歐洲自從十八世紀開始，遂進入「重農主義」的治理術，其最大的特徵在於：主張不需要給予統治者外在的限制；要判斷是否為良好的統治，只能夠透過該統治是否有效¹⁰⁷。

簡單來說，Foucault 舉出十八世紀的一次糧荒對策說明「重農主義」的治理術，在以往「重商主義」的理念下，國家往往會大量收購他國糧食，便宜賣給自己的國民；然而，在「重農主義」的觀點下，此舉並無益改善自身的農業狀況，屬於「不當」的治理¹⁰⁸。因此，很明顯「重農主義」其實非常接近於資本主義的想法；也就是國家並不需要管理市場，只需要讓市場自由運作即可。然而，相對於此，國家卻必須盡可能嚴格地控管有可能損害到市場運作的非法行為，例如竊

¹⁰⁶ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)，同前揭註 72 書，頁 63 以下。

¹⁰⁷ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰、陳曉徑 (譯) (2010)，同前揭註 54 書，頁 299 以下。

¹⁰⁸ 請參考 M. Foucault (著)，錢翰、陳曉徑 (譯) (2010)，同前揭註 54 書，頁 304 以下。

盜、詐欺等行為，因為這些行為將使得市場無法正常運轉，進而導致無法達成有效的治理¹⁰⁹。

另一方面，「重農主義」將犯罪與一般人民利益置放在對立的位置上，也就是說，不僅只是國家的多餘管制會侵害到人民的利益；犯罪更是一種以人民對人民的角度，所產生的剝奪行為。也因此，往往在「重農主義」國家中，可以看出對於流浪者、低階層者的管控反而是比「重商主義」或「法律主義」高的，這是因為流浪者與低階層者往往被視為，對於一般民眾生命與財產的危險源¹¹⁰。

最終，在「重農主義」主導下，政府開始擴大自身的刑罰權，以維持市場的高效能運作；同時，也將犯罪者視為整體社會的敵人，必須加以排除。而下述法國刑法轉變，即屬從「法律主義」走向「重農主義」的良例。

第三目 必須保衛社會的彰顯

依照日本學者平野泰樹的考察，在法國大革命後，能夠透過一七八九年所頒布的人權宣言（下稱一七八九年宣言）中，第三、四、五、七、八條等規定發現：在當時，「法律主義」的精神其實曾被立法者所採納¹¹¹。詳言之，在「法律主義」所設定的統治權框架中，基本權利是不容許統治者任意侵犯的絕對領域，惟有在市民與統治者間對於能夠侵犯的要件達成協議並明訂時，才能在合乎條件的情況下進行干預。而「一七八九年宣言」的第三條，即彰顯出統治者權力的運作範圍必須經由人民加以劃定（需配合第六條的公共意志來看）；進而由第四條與第五條的文字可以得知，統治者能夠對於人民權利（財產權除外）進行干預的理由，只有侵害原理的違反。

然而，平野教授進一步指出，在「一七八九年宣言」頒布後的不到十年內，與一七九五年憲法同時通過的「人民與市民的權利義務宣言」（下稱一七九五年宣

¹⁰⁹ 請參考 M. Foucault（著），錢翰、陳曉徑（譯）（2010），同前揭註 54 書，頁 310 以下。

¹¹⁰ 請參考 M. Foucault（著），錢翰、陳曉徑（譯）（2010），同前揭註 54 書，頁 311 以下。

¹¹¹ 請參考平野泰樹（2002），同前揭註 46 書，頁 24 以下。

言)」為開端，當時的立憲者在接續提出的三部憲法或憲法草案中均制定了含有不同於「一七八九年宣言」核心理念與立法精神的條文。例如：「一七九五年宣言」的第四條，即規定「安全係由為了確保個人權力之所有人的共同協力所派生」的文字，也就是說，國民具有擔負起保護自己與他人安全的協力義務。不僅如此，早在一七九三年所提出兩部憲法草案的附帶宣言中，均已明白規定「市民的安全」成為國家責任的重要內涵¹¹²。

這股趨勢在一八一〇年制訂的拿破崙刑法典中達到最高峰，將預防他人犯罪視為刑罰唯一目標的這部刑法典，雖然仍舊維持形式罪刑法定主義的堅持，但在刑罰的殘暴性與不斷創設新型犯罪的方面，早已棄守依照「法律主義」精神，所衍伸的啟蒙主義刑法學的基本理念。

有趣的是，在 Beccaria 與 Feuerbach 等啟蒙主義刑法學者的刑罰論述中，亦能察覺到相同的兩股理論同時交雜在其思考脈絡內。Beccaria 在其成名著「犯罪與刑罰」一書中，不僅花費大量的篇幅在鼓吹符合「法律主義」精神，以罪刑法定主義與侵害原理為核心的啟蒙主義刑法學；然而，在此同時，Beccaria 也將國家刑罰權發動的正當化基準，設定在防止犯罪發生的功能上¹¹³。

至於深受 Beccaria 影響的 Feuerbach 更自不待言，儘管其所奠定的刑法學基礎，特點主要著重於透過客觀主義的構成要件與違法，將刑法的發動限制在一定框架之內；然而，從 Feuerbach 以「心理強制說」為核心而建構出的責任論中可以發現，其刑罰的最終目標仍舊是防止犯罪造成社會安全危害¹¹⁴。

通過上述對於法國不同時期的人權宣言內涵；以及 Beccaria 與 Feuerbach 等啟蒙主義刑法學者論述的考察，平野泰樹教授遂將「人民自由的保障」與「市民安全的守護」視為論述的兩條主幹，開展其針對法國刑事法史的研究。

雖然本文研究的對象不真正不作為犯，其主要的議論場域是在德國刑法學界，

¹¹² 以上均請參考平野泰樹（2002），同前揭註 46 書，頁 120 以下。

¹¹³ 請參考平野泰樹（2002），同前揭註 46 書，頁 158 以下。

¹¹⁴ 請參考平野泰樹（2002），同前揭註 46 書，頁 158 以下。

然而，若依照梅崎進哉教授的設想，縱使 Feuerbach 等學者逐步將啟蒙主義刑法觀藉由立法活動或寫成刑法教科書等方法，傳入日耳曼諸邦國；但是十八世紀末期的日耳曼地區，外部受到四周各股強權不斷的威脅與侵擾，內部則充斥著企盼建立統一帝國的聲浪，在這兩股力量的夾擊下，無論是日耳曼邦國的統治者或是被統治者，對於統治權理論的索求並不像是存在著種族衝突的英國、或是市民社會與專制君主已無法共存的法國，以試圖限制統治者權力為出發點。與此完全相反地，當時的日耳曼諸邦國無一不是希望藉由國家主導經濟、社會、甚至是文化、教育等發展，試圖在國力上與鄰近國家相抗衡且逐漸形成單一民族國家¹¹⁵。

也因此，無論是一八一三年的巴伐利亞刑法典、一八五一年的普魯士刑法典、以及普魯士帝國統一日耳曼地區後所制定的一八七一年帝國刑法典，啟蒙主義理念均無法佔據絕對的領導地位。

舉 Feuerbach 制定的巴伐利亞刑法典為例，雖然在一般性的犯罪類型當中，確實 Feuerbach 成功捍衛其侵害原理的理念，將絕大多數的犯罪限定在結果犯的範疇；但相對的，面臨當時邦國上下要求中央集權與建立各種典章制度、生活習慣的氛圍，Feuerbach 也不得不在許多層面逐漸退讓。退讓程度最為嚴重的莫過於「違警罰法」的制定，在「違警罰法」內，原先被 Feuerbach 逐出刑事犯罪領域的風俗犯、道德犯、義務懈怠犯等，全都獲得新生；這是因為刑法背後所彰顯的國家刑罰權乃建立或塑造人民行動規範最為有力的工具。

而讓「違警罰法」在理論層次亦具有處罰正當性的說法，正是保護「市民社會的安全」。另一方面，不只是「違警罰法」，就連刑事犯罪中亦能看出「必須保衛社會」理念的彰顯，諸如未遂犯與本文主軸的不真正不作為犯均屬良例。

第四目 小結

本文試圖藉由上述Foucault的考察，說明「必須保衛社會」其實本身帶有濃烈

¹¹⁵ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 6 書，頁 65 以下。

的資本主義性質，這是因為當「重農主義」取得話語權後，以往國家與人民的對立關係，瞬間變成國家與人民站在同一條船上，而敵對方則是不知道什麼時候會侵犯自身權益的潛在犯罪者。

也因此，在這樣的理念下，原本由「法律主義」設定的刑罰權發動框架，逐漸受到破壞；刑法也變成樹立人民行為規範的最佳工具。

第三項 本文之選擇

總結上述對於啟蒙主義後的刑法圖像剖繪，可以發現「防止人民自由受到國家侵害」與「保護市民安全不受到他人侵害」的兩股理念，不斷影響著無論是刑事法規或是刑法解釋學的走向。必須再次強調的是，這兩股理念並非揚棄或取代對方的關係，而是同時間可以共處在相同的一部法典內。就算是以我國現行刑法來審查上述的衝突，亦不會相去甚遠。

舉例而言，我國刑法第一條關於「罪刑法定主義」的規定，以及衍伸的「類推適用禁止」、「溯及既往禁止」等派生原則，可視為「法律主義」精神下的產物；相較於此，諸如刑事責任中保安處分的設置、累犯加重處罰之目的；以及解釋論就未遂處罰時點的判斷等，則能夠在「必須保衛社會」的脈絡找到定位。

話雖如此，從多數學說調和「防止人民自由受到國家不正侵害」及「必須保衛社會」兩種目的之嘗試中，不難看出在價值選擇方面的優位順序；簡單來說，以後者作為解釋論的核心觀點，並透過前者進行限縮的作法，成為現今主流見解。無論是德國客觀歸責理論、或是日本相當因果關係說，其論者大多是以一般預防的角度（即為了保護市民安全）劃定具備刑事不法內涵的行為類型；其後，再使用「明確性原則」（為了避免人民權利無預警受到國家侵害）要求刑法必須明確讓人民知悉上述被認定為不法的行為類型。易言之，表面上這些學說賦予了啟蒙主義刑法圖像的兩條脈絡不同的作用，但是實際上，積極證立刑法正當性的理由只剩下「必須保衛社會」；至於朝向限制國家權力的方面，僅剩下排除法無明文

或過於空洞的處罰。

然而，從上述的介紹中可以明確理解為何「必須保衛社會」將無法限制刑法權的發動；這是因為，從根源的發展上，「重農主義」就無意以法律框架限制國家權力，而是必須透過「有效的管理」，來證明國家統治的正當性。其賦予刑法最主要的功能，即是透過處罰，讓人民成為符合市場需求的個體，且避免人民介入市場的運作。

也因此，如果要在「限制國家刑罰權發動」與「必須保護社會」，這兩個根源上是全然相衝突的治理術中，做出抉擇；本文將選擇「限制國家刑罰權發動」作為核心的價值。進而，在前一節中有關二十世紀以來，刑法理論按照「必須保護社會」所進行的種種變形，也都必須有所反思。於下一章中，本文擬透過不真正不作為犯，說明以「啟蒙主義刑法圖像」為核心的刑法理論所應有的樣貌。

第六章 侵害原理下的不真正不作為犯論述

—代結論—



在第五章中，本文藉由剖析刑法理論更迭及現實社會變動的交互影響，試圖說明主張刑法應當積極保護法益的主流見解，不僅是近年來刑事處罰不斷前置的始作俑者，更造成行為規範成為刑法解釋的核心依據，最終導致限制國家刑罰權，此一近代刑法所被設想的原初作用大幅衰退，甚至成為國家統治工具的一環。為了避免上述現象的持續深化，本文希望透過重拾刑法中的侵害原理，在立法正當性檢驗及刑法解釋學的層次，均能夠產生若干反思與制衡。

因此，眼下至關重要的任務當屬說明該如何建立起相對應的不作為犯理論架構，讓刑法中的侵害原理，能夠毫無窒礙地解釋不真正不作為犯的法律規範。不可諱言，不真正不作為犯本身，就是所有犯罪類型中最無法與侵害原理相容的一種態樣；有關這一點，十九世紀以降諸多嘗試以實存因果關係說明不真正不作為犯也能合乎刑法中侵害原則的理論，均用自身的失敗作為兩者相互排斥的鐵證。

儘管如此，無論是目前仍占有一定地位的「危險前行為說」、以及梅崎進哉教授獨創的「因果作用力轉換說」，均堅持不作為行為人與結果間必須具備實存因果關係，而與本文站在相同的戰線上。至於由 Schünemann 教授提出的「支配領域說」、以及其後由西田典之與佐伯仁志等學者補充而成的「排他性支配領域說」或「承擔式支配領域說」等，則屬於以客觀的支配法益現象說明不作為犯因果關係的見解，就拒斥以規範效力取代因果判斷的方面，提供相當卓越的理論基礎。

以下，本文期待能夠立基於上述眾多學者的卓越貢獻上，提出自己針對不真正不作為犯，以滿足刑法中的侵害原理為前提，所進行的初步理論建構；並僅以此一不成熟的嘗試充當本篇論文之結論。



第一節 侵害原理下的不真正不作為犯論建構

「刑法中的侵害原理」其功能如同本文於前一章中所述，理應當包含三個層次的實質指導原則，即：「判斷刑事立法的正當性」、「犯罪成立的必要條件」、以及「刑法解釋的基本原則」。也就是說，國家要將某種類型之行為定義成犯罪，並課予行為人刑罰，惟有在該行為造成被法系統評價為「非價值」的客觀事態（刑法學者進一步從該客觀事態中，解釋出抽象的法益概念）發生時，始獲得最根本性的正當化理由；與此相對，若法官在具體案件中，要認定特定行為該當刑法所規定的犯罪，則必須滿足以下兩個先決條件：該行為必須具備產生上述客觀事態的可能性（即法益侵害的危險性）、以及在客觀因果進程中，該行為被視為上述客觀事態發生的主要因素。

由於不真正不作為犯的判斷架構與作為犯理論上應無不同，必須將既已存在且被評價為非價值的客觀事態，經由因果關係與歸責原理的檢驗，認定為特定不作為所產出的「作品」。但如同本文多次強調，在不真正不作為犯的多數見解中，不作為本身的虛無性導致其無法改變客觀世界，進而產生與特定結果間的因果關係。因此，普遍認為只能透過反向操作，將屬於假設層次的迴避可能性視為不真正不作為犯的客觀因果關係，以合乎刑法歸責的基本門檻；並將可罰性與限縮成罪範圍的重心置放於義務違反的具體內涵上。最終，刑法中的侵害原理逐漸從不真正不作為犯的解釋途徑淡出¹。

在過失犯的討論中，也能夠看到相同的學說發展途徑。源自於國家試圖收編逐漸成為社會運作不可或缺的風險活動，以注意義務為核心，「社會相當性」與「被容許的風險」等學說開始切割日常生活中的風險²。而因果關係的判斷內涵也

¹ 請參考梅崎進哉（2001），〈刑法における因果論と侵害原理〉，頁 260 以下，東京都：成文堂。

² 請參考許恒達（2011a），〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 707-787。

從行為的危險性是否確實產生法益侵害結果的客觀事態，轉變為行為人從事風險活動時若是遵守注意義務，能否迴避法益侵害結果的發生³。許多文獻在探討過失犯的成立要件時，往往會指出過失犯與不真正不作為犯有若干重疊之處，正是因為兩者的理論發展是建立在同一條脈絡上之故⁴。

對於這樣的理論發展，梅崎進哉教授明確指出，為了解釋不真正不作為犯與過失犯所造成的因果關係判斷質變，無疑是近代刑法逐漸脫離事實層面，走向徹底規範化的重要象徵；並站在對立的立場，主張刑法既然是針對「既已存在之客觀變動」所進行的「(非)價值」評價，揚棄以應然命題(應保護法益)所建立的迴避可能性，回歸以現實發生的具體因果流程作為判斷客體之客觀歸責體系⁵。儘管在我國刑法學界，上述的判斷架構尚屬陌生的領域，但梅崎與井上祐司兩位教授均曾在自身論文中，詳細論述判斷的具體內容⁶，其貢獻已足供本文借鏡並進一步適用於描繪不真正不作為犯的實存因果關係上。

然而，若不作為於存有的層次確實如同普遍所相信，是屬於純然的虛無，無法對現實產生任何影響；則就算描繪出在不真正不作為犯的具體個案中，象徵法益侵害的客觀事態是經過怎樣的因果進程而造成，也無法在這條因果關係內，找到自始不存在的不作為，更遑論後續責任歸屬判斷的進行。本文認為上述於存有論否定不作為的觀點，一方面囿於十九世紀以來，人們在描繪因果關係時，堅守條件的可觀察性與等價性而產生之種種限制⁷；另一方面則深受羅馬法中占據犯罪類型大宗的義務違反犯之影響，不作為自始便被定義成「不為特定身體的動」⁸，最終導致刑法學者往往忽略不作為於存有層面所具備的意義。

³ 請參考許恆達(2011a)，同前揭註2文，頁716以下。

⁴ 請參考山中敬一(1984)，〈刑法における因果關係と帰属〉，頁24以下，東京都：成文堂。

⁵ 請參考梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁246及260以下。

⁶ 請參考梅崎進哉(2010)，〈行為後の介入事情と因果關係の認定〉，收錄於：川端博、椎橋隆幸、甲斐克則(編)，《立石二六先生古希祝賀論文集》，頁91-111，東京都：成文堂；以及井上祐司(1984)，〈行為後の事情と相当性説：刑法における因果經過の相当性について〉，《九州大学法政研究》，51卷1号，頁1-34。

⁷ 請參考梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁265以下。

⁸ 請參考梅崎進哉(2001)，同前揭註1書，頁29以下。

因此，接下來本文擬先花費些許篇幅說明自身所採用的因果關係理論，試圖透過對於因果關係的重新理解，讓不作為取得存有層面的定位。並以此為基礎，進一步說明不作為如何具備造成法益侵害結果發生的可能性，在不違反刑法中侵害原則的前提下，成為結果歸責的判斷客體。最終，本文也會以各種不作為的具體態樣為基礎，說明在不真正不作為犯的解釋中，結果歸責判斷所應具備的標準與內涵。

第一項 前提設定 I：因果關係應有之圖像

第一款 反思條件關係對於不作為犯之影響

第一目 對條件關係理論之批判

傳統的結果歸屬體系，無論是相當因果關係或客觀歸責理論，主要的判斷流程均為先利用條件關係確認待檢驗之行為與結果間具備關聯性；爾後，透過經驗法則或規範性的觀點，決定是否應將結果歸屬給該行為⁹。在這樣的理論架構之下，十九世紀以 Feuerbach 為首的古典刑法理論中，對於因果關係的重視受到大幅度的降低，各家學說爭執之處則轉移到判斷行為危險性時應採取何種視角（一般人基準說或折衷說）；以及行為後介入的情事是否會影響責任歸屬判斷（溯及禁止或規範保護目的；而就這部分而言，少數採取相當因果關係的論者，還保有對於現實因果流程的重視）¹⁰。

對此，梅崎進哉教授指出，由條件關係所描繪的因果流程就像幻燈片一般，以斷片的模式羅列出個別的條件，並不具備呈現彼此間關聯性的能力。這是因為條件關係的誕生源自於科學革命時代的實驗方法，其核心精神為找出使結果發生

⁹ 相當因果關係部分請參考西田典之（著），王昭武、劉明祥（譯）（2012），〈日本刑法總則〉，頁 101 以下，台北：元照。至於客觀歸責理論部分請參考王皇玉（2014），〈刑法總則〉，頁 189 以下，台北：新學林。

¹⁰ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 233 以下。

的原因，而非詳細描繪因果流程¹¹；是以使用條件關係作為刑法中因果關係判斷的模組時，自然無法免除上述被梅崎教授所批判的無機性。也正是囿於條件關係的無機性，以此為基底發展的「實行行為論」；或客觀歸責理論中的製造法所不允許風險等說法，往往會先將既已存在的客觀事實懸置，再透過一般人或行為人的觀點，從中挑選出能夠於個案中判斷行為危險性的素材¹²。

自從 Feuerbach 的原因說在十九世紀中葉，被 v. Buri 引進的條件說徹底取代後，結果歸屬判斷的重心逐漸脫離對於具體因果流程的事後評價，而朝向行為非價值色彩濃厚，以抽象認定個別條件危險性為主軸的事前判斷說¹³。這樣的典範變遷於二十世紀初期與法益保護理論合流，塑造行為規範成為刑法最為重要的功能，結果歸屬判斷更是以行為規範所衍生的規範邏輯作為主要依據，近年來蓬勃發展的客觀歸責理論即可視為是上述發展的集大成者¹⁴。與此同時，原先受到啟蒙主義刑法觀重視的侵害原理，卻已然被法益保護架空，失去其應有能夠調控國家刑罰權的地位¹⁵。

另一方面，主流學說長期以來獨尊條件關係的結果，導致刑法中的因果論述在處理眾多議題時陷入難解的困境，最明顯的例子可以舉出幫助犯的因果關係認定。儘管對於幫助行為應該與正犯行為還是法益侵害結果間具有因果關係仍有爭執，但因果關係存在一事作為幫助犯成立的必要條件，已成為定論。然而，幫助犯的因果關係其具體內涵為何，卻始終沒有產生令人信服的見解；特別是仍然堅持條件關係說的論者，勢必無法合理說明幫助行為與正犯行為間的差異，進而走向單一正犯理論與主觀說的結合¹⁶。

相對於此，近期已有部分學說意識到條件關係於描述現實因果流程時的無力，

¹¹ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 241 以下。

¹² 請參考井上祐司（1984），同前揭註 6 文。

¹³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 152 以下。

¹⁴ 請參考許恒達（2011a），同前揭註 2 文。

¹⁵ 請參考平野泰樹（2002），〈近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開〉，頁 229 以下，東京都：株式會社現代人文社。

¹⁶ 例如我國學者黃榮堅即因於因果關係論單純採取條件關係，主張單一正犯理論與主觀區分說，請參考黃榮堅（2012），〈基礎刑法學（下）〉，四版，頁 754 以下，台北：元照。

進而提出「危險增加理論」試圖解決上述幫助犯因果關係的認定問題¹⁷。雖然這樣的嘗試尚屬發展的階段，但毋寧是針對主流學說忽略因果關係本身複雜性的缺失，所進行的重要反思。進而，透過不真正不作為犯的解釋論，條件關係所衍生的缺失更是被清楚彰顯了出來。

第二目 不作為的虛無性

在不真正不作為犯的具體個案中，基本上「直接」造成法益侵害結果發生的原因，絕非行為人自身的不作為；勢必是源自於其他人類行為、某種自然界現象、或社會制度運轉下產生的危險。從先前的討論可以發現，惟有在所謂的「前行行為」導致結果發生的情況下，不作為者始能夠被描繪於現實因果流程當中；此處正如同 Armin Kaufmann 所指摘：就算把該不作為者從個案中徹底消除，也不會對於法益侵害結果造成任何的改變¹⁸。Armin Kaufmann 的觀點恰巧反應出以往刑法理論中，條件關係的檢驗客體必須是現實存在且能夠被實證科學描繪的行為；相較於此，縱使具有一定影響力，但不存在實體或無法被觀測的其他因素，從最一開始就不會成為條件關係中的「條件」¹⁹。

儘管自十九世紀以降，不斷有學者嘗試從存有論的層次，說明不作為並非純然的虛無，而是能夠對於現實世界產生若干影響的具體存在。本文在第四章曾介紹過的「干涉說」，其描繪因果流程的重心即放置於行為人對他人救助動機的消除上；而 Schünemann 教授提出的「支配領域說」，也是以行為人透過社會制度或自身行動對於法益侵害結果進行支配的角度，說明不作為犯可罰性的見解。

然而，前者提出的時點尚屬實證主義宰制各學科領域的年代，核心內容之「心理作用之影響」這種完全無法客觀觀察或科學實驗的說法，自然受到刑法學界嚴

¹⁷ 請參考山中敬一（1984），〈刑法における因果關係と帰屬〉，頁 210 以下，東京都：成文堂。

¹⁸ 轉引自堀内捷三（1978），〈不作為犯論：作為義務論の再構成〉，頁 83 以下，東京都：青林書院新社。

¹⁹ 上述條件關係檢驗上的理論預設，不僅使得人們無法明確捕捉不作為犯的「存有」；另一方面，在判斷幫助犯心理因果關係時，也造成諸多困擾，這一部分請參考山中敬一（1984），同前揭註 17 書，頁 193 以下。

厲的拒斥；不僅如此，消除他人介入救援的念頭更無法成為條件關係的檢驗對象，進而無法與法益侵害結果產生現實的連結。至於「支配領域說」中，所謂「對於法益侵害流程的支配」概念本身，毋寧是承認行為人無法產生因果關係²⁰；同時，這種空間或領域的支配也非屬現實可得觀測的對象，因此不可能成為條件關係的檢驗客體²¹。最終，「支配領域說」並未獲得刑法學界的多數支持。

是以，在條件關係逐漸占據刑法主流地位的同時，不作為的虛無性也獲得廣泛的承認；只有在不作為幫助犯以及不作為共同正犯的討論中，才會透過「心理因果關係」或「降低正犯實行的困難性」等說法，間接肯認不作為能夠對於現實層面產生一定的影響²²。如此一來，義務違反犯的概念最終全面宰制了不真正不作為犯的解釋途徑。

但無論是「干涉說」與「支配領域說」等學說的嘗試，甚至是不作為成立幫助犯與共同正犯的途徑，毋寧都顯現出不作為於存在層面的本質並非虛無。只是長期以來刑法學界在條件關係的主宰下，放棄對現實因果流程的具體描繪，造成不真正不作為犯被公認是惟有義務違反說始能合理解釋的領域，同時更成為證立規範刑法學的重要支柱。因此，只有在揚棄條件關係所開創的因果關係典範，重新回歸對於現實因果流程之重視後（詳後述），符合刑法中侵害原理的不真正不作為犯論，甚至是將刑法中侵害原理予以貫徹的刑法解釋學才獲得實現的基礎。

第二款 因果關係必須與結果歸責連動

第一目 與主流相當因果關係之差異

如前所述，以刑法中的侵害原理為核心所建構的結果歸責體系，必須在待檢

²⁰ 對此，Schünemann 教授也同意不作為犯的「保證人支配」跟作為犯的「身體支配」，屬於兩種不同的犯罪型態，請參考陳志輝（2012），〈身分犯之正犯的認定：以德國義務犯理論為中心〉，《政大法學評論》，130 期，頁 331-418。

²¹ 類似之批判請參考類似批判請參考許玉秀（1997a），〈前行為保證人類型的生存權？與結果加重犯的比較〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁 379-441，台北：自刊。

²² 詳細論述請參考島田聰一郎（2003），〈不作為による共犯について（一）〉，《立教法学》，64 号，頁 1-79。

驗的行為與結果間具備因果關係的前提下，同時符合「行為本身蘊含產生法益侵害結果的現實可能性」、以及「在整體因果流程中，該行為最應當承擔起法益侵害結果發生的責任」這兩個基本要求。

表面上看起來，似乎與相當因果關係中「廣義相當性(或部分學說所謂的『實行行為性』)」與「狹義相當性」的具體內涵差別不大²³；然而，由於本文否認刑法具有積極保護法益之機能，並主張刑法不宜成為行為規範之一環，這也讓本文能夠避免如主流見解般，為了類型化犯罪行為而不得不採取抽象認定危險性的判斷架構²⁴。

申言之，多數學說將結果歸責判斷區分成上述兩階層，就是為了符合刑法同時作為行為規範與裁判規範的性質²⁵。因此，對應於行為規範的行為危險性判斷，絕非以具體個案中的特定行為進行認定；而是必須透過事前的觀點，判斷該行為類型本身是否會產生法益侵害危險。與此相對，本文的基本立場是盡可能讓刑法僅具備裁判規範的機能，無論行為的危險性或介入情事是否影響責任歸屬等判斷，用意都是將國家刑罰權的發動限制於符合刑法中侵害原理的情況。進而，採取事後的標準，逐一審視具體個案中的現實因果流程，認定侵害結果的發生究竟應該歸責於哪一個原因，是本文立場所必然得出的判斷架構。

簡單來說，一個能夠被定義為法益侵害結果的現實變動，往往透過數個原因相互影響而產生；但這些原因是否都會伴隨出現、以及彼此間是如何相互影響等，並不存在必然的定理能夠預測，只要客觀條件有所改變、或某一原因出現的時機有所不同，結果將會全然迥異。

²³ 由 K. Engisch 教授提出「廣義相當性」與「狹義相當性」之具體內容，請參考井上祐司(1973)，〈介在事情と判断基底の問題：刑法における相当因果關係説の検討〉，收錄於：井上祐司(著)，《行為無価値と過失犯論》，頁 165-234，東京都：成文堂。

²⁴ 例如客觀歸責論者在判斷行為是否製造法所不容許的危險時，必然是從行為所違反的規範事前且抽象進行判斷；而多數相當因果關係論者在判斷「實行行為性」時，亦傾向於採取事前判斷。詳細說明請參考杉本一敏(2001)，〈相当因果關係と結果回避可能性(一)〉，《早稲田大学大学院法研論集》，97号，頁 276-251。

²⁵ 請參考山中敬一(2010)〈犯罪体系論における行為規範と制裁規範〉，收錄於：山中敬一(著)，《犯罪論の機能と構造》，頁 79-113，東京都：成文堂。

而本文賦予因果關係的功能，即是具體描繪出：在一個刑事案件當中，特定法益侵害結果的發生究竟是受到哪些原因相互影響的產物。爾後，刑法再針對這些原因的出現頻率與影響程度，進行責任歸屬之評價²⁶。因此，現實生活中的因果關係絕對不是單純像科學實驗一般，從過去的發展切出特定行為後，透過維持其他原因的不變，來檢驗特定行為與特定結果間是否具有關聯性的一種理論模型。另一方面，因果關係的具體描繪對於刑法結果歸屬判斷毋寧有著更高程度的影響；只不過學界長期受限於仿造科學判斷而產生的條件關係、或依照規範邏輯所進行的迴避可能性判斷，最終完全忽視具體描繪因果流程的重要性。

第二目 小結

總結上述的批判與討論，本文雖然同樣採用與現今主流學說相類似的結果歸責判斷架構，即區分「行為本身蘊含產生法益侵害結果的現實可能性」、及「在整體因果流程中，該行為最應當承擔起法益侵害結果發生的責任」兩階層的檢驗；然而，不同之處在於本文堅持將判斷的客體從單純的行為，延伸至行為與整體因果流程中其他原因的相互作用。也就是說，整體刑法結果歸責的判斷架構將會以「具體描繪因果流程」為核心，並透過具體個案中的「行為危險性」以及「個別介入情事的影響程度」，決定是否歸屬給特定之行為。最終必須強調的是，本文希望上述的判斷架構應該在作為犯或不作為犯、結果犯或危險犯都能夠適用。

第二項 具體個案中因果流程的全貌

透過先前的介紹，有別於主流見解，本文所採取的歸責理論完全建立在對於因果關係的完整描繪上；不僅如此，刑法中的侵害原理能否成功貫徹於不真正不作為犯的解釋論，亦同樣繫於不作為是否具有實存的因果關係。故以下將逐步從

²⁶ 類似的見解請參考井上祐司（1973），同前揭註 23 文。

理論內涵、篩選範圍等部分，針對該如何在具體個案中，描繪出真實的因果流程一事進行詳細說明。



第一款 概說

第一目 因果關係之內涵

首先必須強調的是，本文並無意深入探討因果關係在哲學層次的諸多爭論。一方面是因為不管因果關係的真實面貌是如 Bacon 所主張，能經過人類觀察與歸納而發現，不同事件間的必然伴隨關係；或比較接近於 Hume 在批判上述 Bacon 的定義時，認為因果關係不過是人類曾多次經歷過某種類型的事件，因此在相似條件符合下所產生對於未來發展的習慣性期待；還是由 Mill 在十九世紀時受到科學發展之影響而提出的看法，即：「在聚集所有充分條件後，通常會產生的後續效應」²⁷；都再再透露出追問「因果關係在哲學上的本質為何」並不會讓人們對於現象間的連結產生更深層的理解。

相對於此，就算只是停留在「人類依循自身的經驗與知識，對特定兩個或數個事件間具備時間上的伴隨關係一事，共同產生相當程度的確信」，這種極度經驗主義式的因果關係定義，也足夠供法律系統用來處理具體個案中的判斷。另一方面，人們對於因果關係的認識也絕非亙古不變的，隨著自然科學的嶄新發現，原本認為具有因果關係的兩個事件被證明毫不相干的情況所在多有（最明顯的例子當屬貓會傳染黑死病的中古世紀思維）；不僅如此，由於社會規範也是影響人類行動選擇的重要因素，在不同社會中存在著相異的社會規範、或當某一種社會規範被廢除時，同一行為所造成的後續反應（包含其他人類行為或結果）亦將大相逕庭。

²⁷ 請參考徐育安（2014），〈刑法上的因果關係與歸責：以不純正不作為犯為核心〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》。國立成功大學社會科學院法律系等（主辦），台南。

就這一部分而言，上述對於因果關係的經驗式理解，似乎更能夠合理解釋人類世界中許多現實事件的發展流程。因此，本文描繪現實個案中因果流程所使用的因果關係模型，都是針對某個待檢驗結果的內涵，依據現有的科學知識及社會共有的經驗法則，在時間軸上尋找既已發生的諸多事態，讓這些事態的總和能夠與結果間具備高度相關性的伴隨關係。也就是說，本文的因果關係模型，其實相當類似於由 Engisch 教授所提倡的「合法則關係」²⁸。

然而，誠如多數學說所批判，合法則關係雖然能夠避免由條件理論造成的斷片性與諸多缺陷；但「法則性」的具體內容其實深受結果描述細緻程度的影響，稍有不慎，與刑事責任無關的諸多客觀事實均會成為滿足法則性的重要環節²⁹。例如當結果被定義為「被害人穿著紅色上衣心臟插入尖刀而失血過多死亡」時，「穿著紅色上衣」勢必會是產生結果的充分條件。相較於上述，若單純將結果抽象描述成「被害人死亡」，合法則關係根本上是無法發揮任何限定效果的，因為被害人出現在案發當場一事，也能說是死亡的充分條件。

最終，縱或本文擬採取合法則關係來說明個案中的因果流程，但仍舊必須面臨判斷客體應有所限縮的課題。

第二目 傳統觀點的侷限性

從多數的刑法學者討論因果關係時所使用的模型觀察，可以明確看出從科學革命以來，因果關係所被賦予的實證科學框架持續發揮其宰制力³⁰；詳言之，這種獲得多數法學領域通用的因果判斷方法論，試圖仿效價值中立的科學實驗，在現實社會中透過「抽象思維」，獨立切割出特定行為，並以此進行完全假想式的

²⁸ 有關 Engisch 教授提出的合法則關係可參考前嶋匠（2004），〈企業・組織犯罪における合議決定と帰属關係（一）：因果關係と共同正犯・共同教唆〉，《関西大学法学論集》，54 卷 4 期，頁 706-760；以及濱本千恵子（2007），〈事實關連としての条件關係（2・完）〉，《広島法学》，30 卷 4 期，頁 51-77。

²⁹ 請參考濱本千恵子（2007），同前揭註 28 文。

³⁰ 對於現今刑法學所使用的實證主義因果關係模型之介紹與批判，可參考前嶋匠（2004），同前揭註 28 文；以及陳瑞麟（2014），〈掙脫鳥籠：反思臺灣公共衛生議題裡的因果關係〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 283-329。

判斷³¹。是以，針對一個死亡結果，採取條件理論的論者可以沿著時間軸往前無限追溯，在這條想像中的線性圖示內，只要是符合「 $\sim p$ 則 $\sim q$ 」的行為，均能夠被視為結果發生的原因。

相對於此，Engicsh 教授則是提出合法則關係，試圖在判斷因果關係時，消除條件理論蘊含的抽象思維；合法則關係的判斷模型是將法益侵害結果縱向切片並觀察其組成，以此確認待檢驗的行為是否能夠包含在產生結果的充分條件群中。但如前所述，縱使採取合法則關係的論者不至於像條件理論一般，無限制地將時間軸上的行為都視為刑法歸責的對象；然而，隨著對於結果具體化程度的不同，仍是會產生範圍過廣的問題。

當然，學界也針對這兩種判斷架構不可避免地會篩選出過多行為的缺陷，進行若干修正或限縮的嘗試。主張「實行行為性」或「法所不容許之風險」的論者，試圖透過行為的危險性或有無違反規範，劃定出歸責客體的範圍³²；另一方面，有部分論者則嘗試將法益侵害結果的具體組成態樣，區分為刑法上重要及不重要的部分，而條件理論或合法則關係的判斷對象僅侷限於所謂的重要部分³³。

前者的取徑主要是以行為規範作為出發點，從事前的觀點（抽象判斷危險性或注意義務）進行限制；此與本文的基本立場甚難相容。故後者的說法或許是較為可採的方法，但針對該用什麼樣的觀點區分重要性，仍然具有相當程度的模糊性。

在上述被害人穿著紅色上衣被刀刺死的具體結果描繪裡頭，「穿著紅色上衣」一事即會被認定為不重要的部分，因此，行為人或第三人讓被害人穿上紅衣的行為，顯然不會是刑法結果歸責的客體。然而，一旦案例事實有所轉變，所謂不重要的部分也可能搖身一變成為關鍵的結果要素；舉例來說，某甲事前得知某乙想要殺害自己的犯罪計劃，遂藉由讓某丙穿上自身的紅色上衣，使得乙誤認丙為甲

³¹ 詳細論述請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 215 以下。

³² 請參考仲道祐樹（2013），〈實行行為概念の思考方式とその限界〉，收錄於：仲道祐樹（著），《行為概念の再定位：犯罪論における行為特定の理論》，頁 11-54，東京都：成文堂。

³³ 請參考濱本千惠子（2007），同前揭註 28 文。

而將其殺害。此時，應該沒有任何學說會反對，不僅「被害人穿著紅衣」的結果描述，屬於本案中極具重要性的一環；且「讓被害人穿上紅衣的行為」更無法脫免於結果歸責的判斷³⁴。

以結論而言，採取結果具體化途徑的論者，雖然試圖透過「刑法重要性」的觀點，對於具體化程度進行若干程度的限縮，卻始終未能給予一個明確且恆定的標準³⁵。

第二款 以刑事偵查觀點作為限縮途徑

第一目 避免無限後退的因果溯源

從上述來看，刑法學者平常用來說明因果關係理論的案例事實，無論是為了討論行為的危險性或結果的具體化，很明顯都只是先畫靶再射箭，不外乎是純粹邏輯思考上的論證。詳言之，從「行為人特殊認知」及「被害人身穿紅色上衣」的例子中，均能看出先確定「行為可罰性」後，才開始劃定客觀事實的思考順序。

然而，當我們站在警察或檢察官的立場，觀察當下面對的真實刑事案件時，往往最初掌握到的只有單純的結果事實（例如屍體或子彈擦身而過等），檢警人員必須從客觀結果的調查結果、或科學勘驗報告的內容，以經驗法則或科學知識，推論出能夠產生該結果的行為類型與周邊情事；另一方面，也必須透過蒐證，證明自己所推論出的行為與周邊情事，確實存在於過去的現實中³⁶。

因此，所謂「條件的無限退後」或「無意義的結果描繪」等批判，不僅只會在單純理論探討時被提出；另一方面，當這樣的批判被適用在真實刑事案件上，

³⁴ 與此相反，在行為人有特殊認知時，通常刑法上不重要的行為將搖身一變，獲得實行行為性。例如：送他人飛機票的行為在多數情況下，均不會被認定為殺人的實行行為；然而，當行為人已經知道飛機上有恐怖份子將進行自殺攻擊，故意買票送給自身仇家時，同樣送他人飛機票的行為，即會被視為殺人的實行行為。

³⁵ 請參考濱本千惠子（2007），同前揭註 28 文。

³⁶ 請參考福永俊輔（2014），〈因果關係の認定〉，《西南学院大学法学論集》，47 卷 1 號，頁 61-94。

很明顯可以發現，對於描繪具體案件的因果流程而言，尋問是否應該將殺人犯母親的生產行為一併納入歸責視野，根本是庸人自擾且毫無意義之舉。

這是因為法官或檢察官在個案描繪因果關係時，諸如法醫的死因報告等，就結果進行鑑定或勘驗的答覆，會成為將結果具體形塑的第一層外在限制。舉例來說，針對一個死亡結果，透過驗屍報告能夠呈現的是：被害者的死因（利刃刺穿心臟造成大量出血）與死亡時間；此際，「在該特定時間點使用利刃往被害人心臟刺入」的行為，即屬與被害人死亡結果間具備合法則關係的原因。至於被害人有無穿著紅色上衣、或體內有無毒藥等，都不會出現在最初的判斷環節內。

但必須強調的是，所謂的死因充其量只能供合法則關係判斷出「直接」造成該死亡結果的行為態樣；除此之外，諸如可能成為歸責對象的行為、影響結果歸責的判斷因子、甚至是刑法第五十七條所規定的量刑要件等，對於具體案件的因果流程而言，只不過屬於結果發生的「間接」原因（但仍然屬於充分條件之一環）、或者是關聯性更為淡薄的其他影響力（例如犯罪動機、與被害人關係等），依舊具備刑事審判觀點下，描繪因果流程時的重要性。

第二目 逐漸複雜化的因果描繪

是以，隨著刑事偵查的進展，對於因果流程的描繪也將變得更加清晰且複雜，例如當發現存在有共犯或第三人介入時，結果的具體態樣即會產生相當程度的細膩化（從「被害人被利刃刺入心臟而死亡」擴張成「被害人『穿著特定的紅色上衣』被利刃刺入心臟而死亡」）；相對於此，可能成為結果發生之充分條件的客觀情事或人類行為，也將隨之增加。在這個時候，透過刑事偵查所獲得的證據能夠進行推論之範圍，即屬結果具體化的第二層限制。

總結而言，本文主張既然刑法理論的最終目標是提供刑事偵查與審判在認定犯罪時，符合刑法機能且結論穩定的判斷基準；如上述所介紹，以刑事偵查觀點對於結果具體化的限定框架，不妨也能夠作為引導刑法理論發展的契機。若按照這樣的思考脈絡，結果的具體化程度即不應像是許多學者所認為，必須是互久不

變的固定標準；而是會隨著刑事偵查的進展以及案件本身的複雜性，產生相當歧異的結論。自不待言，當結果的描繪從簡單逐漸變得複雜時，依據合法則關係判斷所獲得的充分條件組合，也勢必會納入更多的行為或客觀情事；至於法益侵害結果的發生最終應歸屬給何者，則並非單純的因果理論所能解決，仍須透過其他觀點下的判斷基準始能加以確定³⁷。

本文想要進一步強調的是，這種結果具體化的限定途徑，並無意否定哲學家或刑法學者對於因果關係的種種討論與定義；充其量只是基於刑法理論與現實刑事偵查、審判流程應相互配合的觀點，所劃定的判斷框架。例如日本學者福永俊輔指出，雖然長期以來法院均宣稱在因果關係判斷上採用的是條件理論；但仔細分析即可發現，法官們往往是依據詳盡的結果鑑定報告（死因或起火原因等），判斷被起訴的行為是否與結果間具有合法則關係，並隨著對於客觀事實的理解程度，而產生相異的結果描繪³⁸。此外，高山佳奈子教授也主張應以「死因鑑定」等結果具體描繪，作為因果關係認定時的核心基準³⁹。

第三項 描繪不作為因果關係的契機

第一款 社會經驗法則是解答嗎？

第一目 English 的嘗試

在前一項中，本文試圖以刑事偵查的觀點，決定結果具體化的程度，進而解決部分學者對於合法則關係所提出，可能造成條件範圍涵蓋過廣的質疑。然而，合法則關係在判斷不真正不作為犯的因果關係時，誠如謝煜偉教授所指摘，其實與條件理論所面對的困境相差無幾，兩者都只能透過假設因果流程，始能夠合理

³⁷ 對於單純事實上的因果關係無法作為刑法歸責判斷的說明，請參考杉本一敏（2002），〈相当因果關係と結果回避可能性（三）〉，《早稻田大学大学院法研論集》，103 號，頁 362-337。

³⁸ 請參考福永俊輔（2014），同前揭註 36 文。

³⁹ 請參考高山佳奈子（2000），〈死因と因果關係〉，《成城法学》，63 號，頁 171-192。

說明⁴⁰。

Engisch 教授作為將合法則關係引入刑法領域的第一人，其認為「法則」的具體內涵，不一定要完全侷限於科學上已獲證實的公理；由社會大眾普遍承認的經驗法則，縱使可能無法透過科學實證加以說明，但仍足以確認前後發生的兩起事件間，是否具有通常的伴隨關係⁴¹。由這一點出發，Engisch 教授試圖透過社會經驗法則的觀點，讓不真正不作為犯也能夠納入合法則關係的判斷範圍內。舉例來說，當社會大眾普遍公認母親怠惰不餵乳的行為，通常會伴隨其幼兒最終營養不良衰竭死亡的結果時，兩者間即可認定具有合法則關係。

但若是仔細觀察具體案件的因果流程，從嬰兒活蹦亂跳到魂歸西天的一連串時間軸上，凡是任何有機會餵食或送醫的人，其不作為均理應能夠藉由相同的一般經驗法則，被認定為造成嬰兒衰竭死亡的合法則條件。這樣的結論源自於不作為本身並沒有介入且改變真實世界的性質，其不過是單純依附在既已發生的因果歷程周圍；因此，理論上總是能夠找出一個以上的潛在行為人，在社會經驗法則的視角下，被視為與結果發生有通常伴隨關係。

然而，依據社會大眾所承認的經驗法則，往往不會將存在於因果流程時間軸上，任何有可能阻止結果發生者，都視為造成結果的原因；相較於此，普遍均傾向於將社會經驗法則的檢驗，集中在部分具備特定身分者的不作為。這或許是因為，在社會大眾的經驗法則中，其實已然不知不覺滲入規範的觀點，所謂的合法則不過只是人們透過規範產生的一種期待。必須強調的是，期待本身毋寧是一種想像，無論如何都不可能存在於具體的因果流程中，進而產生一定的影響力。如此一來，縱使 Engisch 教授藉由社會經驗法則，試圖解釋不真正不作為犯的因果關係；但以結論來說，只是讓不作為在因果流程中的虛無性，獲得更進一步的確認。

⁴⁰ 請參考謝煜偉（2007），〈條件理論與因果判斷〉，《月旦法學雜誌》，146 期，頁 73-95。

⁴¹ 請參考林陽一（2000），〈刑法における因果關係理論〉，頁 250 以下，東京都：成文堂。相同見解則另請參考吉岡一男（2006），〈結果の帰属と因果關係〉，收錄於：吉岡一男（著），《因果關係と刑事責任》，頁 28-50，東京都：成文堂。



第二目 社會經驗法則的不安定性

我們不難理解為何 Engisch 教授提出的合法則關係中，必須包含科學上已獲得實證的法則、以及受到普遍承認的社會經驗法則；這是因為社會諸多現象的成因僅透過科學法則是無法加以說明的。其中，最為明顯例子的當屬人類的行為選擇。或許隨著各種科學的研究發展，許多當今仍難以被證實的現象間關聯性，會如同地球重力的發現成功解釋地心引力般，充分條件的組成內容獲得完整說明；然而，在因果關係必須被「有或無」的全稱命題加以檢驗的刑事審判中，法官不得不某程度地忽略社會經驗法則中，尚無法被科學解釋的細節，進而承認現象間的合法則性⁴²。

儘管一般經驗法則在許多個案中，能夠成為建立因果關係的判斷基準；但有鑑於上述的批判，Engisch 教授用來說明不真正不作為犯因果關係的社會經驗法則，毋寧只是一種「缺乏實存基礎的期待性假設」，本文認為在適用時，仍需建立起一套合理的限縮規則。

詳言之，在任何不真正不作為犯的具體案例中，法益侵害結果都不可能是憑空發生的；無論由自然現象或人類行為所致，必定存在著某種足以控制因果流程走向的客觀因素。若忽略這樣的事實框架，進而將存在於過去時點，無法產生實質影響的不作為，透過人們對於不作為者本身的期待，與既已發生的因果流程合併觀察時，很容易得出兩者間經常具備伴隨關係的結論⁴³。

在我們的生活當中，無時無刻能夠發現由期待性假設建立的一般經驗法則，雖然外觀上呈現「當初如果我怎樣怎樣，就不會發生這個結果」的型態，看似在說明因果流程，實際內涵卻不過只是單純的懊悔。也因此，本文雖然認同不作為

⁴² 相同見解請參考林陽一（2000），同前揭註 41 書，頁 234 以下。

⁴³ 雖然可以透過要求證明如果不作為者介入時，「幾近確定的程度」能夠阻止法益侵害結果的發生，來避免過廣承認合法則性的批判；但誠如諸多學者所述，除了無論如何都無法阻止的案例外，我們都還是能夠在因果流程中，找到能夠阻止結果發生的時點，期待行為人積極介入。請參考杉本一敏（2001），同前揭註 24 文，頁 240 以下。

犯因果關係的描繪，最終仍必須透過社會經驗法則來達成；但反對如 English 教授般，無限制地使用這種不具備現實基礎的期待。以下，則將進一步說明可能的限制方法。



第三目 對於社會經驗法則之限制

有別於上述 English 教授的見解，本文主張縱使合法則關係的具體內涵是由經實證確立的科學法則、以及普遍承認的社會經驗法則共同組成；但後者的範圍仍應有所限制。我們必須進一步去除類似於「不作為通常伴隨著侵害結果」，這種單純只是人類規範性期待的直覺反應，實質上卻欠缺實存基礎而毫無因果關係判斷意義的觀念。接踵而至的問題則是，在什麼樣的限制底下，社會經驗法則能夠被用來當成是判斷的標準。

再次強調，現實世界仍然存在有許多無法僅憑藉科學實證就能完整說明的現象。例如量子力學即可視為自然領域中最為明顯的例子；至於說明「個別或集體人類行動的選擇」一事，則為社會領域理論經過幾千年發展依舊未解的謎團。另一方面，像是「癌症成因」這種綜合自然科學（致癌成分的確認）、個人行為模式（生活習慣）、及群體行為模式（飲食文化）多方面的因果描繪就更不用說，成為近年來科學或公衛因果關係理論的主戰場⁴⁴。

首先，近年來自然科學對於因果關係的主要興趣已有所轉移，普遍均否定在如人類社會或自然環境等複雜系統中，能夠透過實證科學發現恆久不變的因果關係；進而，紛紛傾向於透過統計及機率的分析，以「關聯性高低」來解釋特定現象發生時的可能組成因素⁴⁵。上述自然科學對於因果關係理論的典範轉移，勢必造成既有法律系統的動盪；然而，這一部分的主要影響是彰顯在事實因果關係的認定層次上，也就是當兩種現象間具備「多高度的關聯性」時，法律系統將會

⁴⁴ 請參考陳瑞麟（2014），同前揭註 30 文。

⁴⁵ 請參考陳瑞麟（2014），同前揭註 30 文。

承認兩者間存在事實因果關係⁴⁶。如此一來，社會經驗法則能夠發揮效力的場域，基本上僅在於解釋「個別或集體人類行動的選擇」可能是受到哪些「現實存在的因素」影響，這種無論心智科學或是行為科學都尚未成功分析的部分。

綜合以上所述，本文主張在刑事案件判斷因果關係時，使用社會經驗法則應該受到判斷對象與判斷目的的雙重限定：前者必須鎖定在實存的現象間，不應為任何假定存在的條件；後者則是將社會經驗法則的使用，限縮在說明特定現象對於「人類行為選擇」的影響力。

表面上，經過雙重限縮後社會經驗法則能夠解釋的刑法領域，將大幅縮減至兩大領域：必須透過第三人自主行為始得完遂的犯罪，例如：各種共犯的成立、或以欠缺故意過失為主的間接正犯類型。其次則是，條文中明確規定以「被害人有意行為」作為構成要件一環的犯罪類型，詐欺的交付財物、強制的被害人行動均屬良例。

但另一方面，犯罪通常是各種自然現象與人類行為相互影響下的產物，在判斷因果關係時，判斷者往往必須綜合自然法則與社會經驗法則，始能完整描繪出因果流程（最明顯的例子當屬：在被害人的酒瓶內下毒時，被害人將其打開飲用的行為符合社會經驗法則；至於服用劇毒死亡則符合科學法則）；也因此，縱或存在有上述雙重限制，社會經驗法則的使用仍然是非常廣泛且足以應付大多數的刑事案件。

第二款 描繪不真正不作為犯因果流程之契機

第一目 概述

到目前為止有關社會經驗法則的種種討論，其實已經稍稍透露出足以解決不真正不作為犯因果關係的契機。本文歸納出三個重要原則如下：

⁴⁶ 請參考陳瑞麟（2014），同前揭註 30 文；以及邱文聰（2008），〈從勞工職災補償制度的因果認定談治理理性的典範移轉〉，《2007 科技發展與法律規範雙年刊》，頁 99-142。



- 1、任何不真正不作為犯的案例中，都存在有實際造成結果的原因，刑法適用者能夠透過掌握該原因，以及其後的種種變化，描繪出完整的因果流程。
- 2、對於人類行為選擇產生的影響，能夠透過社會經驗法則，說明特定事實所產生的影響力。
- 3、犯罪經常是一種非常複雜的現象，其中可能包含自然現象與人類行為的交互影響；因此，往往必須同時透過自然法則與社會經驗法則始有辦法完整說明。詳言之，不真正不作為犯必定存在現實的因果流程，只是於刑事責任判斷層次，實際能夠產生法益侵害結果的原因力，可能並不是刑法關心的重點，例如被害人自陷風險的行為、或自然界本身引起的災難等；甚至，也有可能是本身即具備刑法責任的第三人行為。

自不待言，於刑事審判中所描繪的實存因果流程，可能是極為單純的發展，也有可能綜合了許許多多不同的影響與介入；往往被認定為最初原因的行為或現象，也都是受到其他原因誘發，所產生的後續反應。雖然本文否定不作為具備單獨產生結果的適格性；但這樣的主張並不排除不作為透過其現實存有的面向，與其他人的行為共同影響法益侵害流程的能動性。

第二目 不作為的社會意義

有別於長期以來不作為受到刑法學者所公認的虛無性，本文著眼於「不作為行為人於現實中的存在本身或行動所傳達的社會意義，如何對其他人之行為產生影響」這一點上，試圖找尋解釋的可能性。

首先本文認為，不作為的虛無性首先源自：起初 Feuerbach 等刑法學者，試圖解釋沿襲羅馬法而制定的不作為結果犯時，無論自然科學或社會科學領域，均尚未發展出較為合理的因果關係理論，而產生的局限性。其次，結合當時的犯罪論對於行為類型之重視，更導致不作為者縱或在現實中，具有某程度的影響力，也會被加以忽略，進而排除在犯罪實行行為的範疇外。

相對於此，若是透過將一般經驗法則納入因果關係的判斷標準，不作為對於

法益侵害結果的貢獻程度，也能夠展現在具體因果流程中，進而成為刑法歸責的對象。問題只在於能否尋獲正確的阿基米德點。

舉例言之，負責升降平交道柵欄的管理員工因為自身不注意，忘記在列車即將通過時放下阻擋的柵欄，最終，因為沒有看到阻擋，而穿越平交道的汽車駕駛與列車相撞，造成眾多死傷。在這個案例中，真正導致他人生命身體法益喪失的原因，是兩台車高速相撞產生的衝擊力；至於忘記放下柵欄這個行為，本身並無法造成任何足以讓人體受傷的力道。

但是當我們把鐵路管理員工的行為，與交通規則制約人類行動的事實，一併納入解釋的範疇時，不難發現「維持平交道柵欄升起」一事，在現代社會的溝通意義下，早已具備獨立的意思，亦即對於用路人傳達出：「此時，平交道是安全可通行的」訊號。也因此，接收到這個訊號的汽車駕駛，通常會選擇不減慢行車速度，也不仔細觀察有無火車經過，而直接穿越平交道，這是依照社會經驗法則能想像的經常伴隨結果。

因此，儘管平交道管理員並沒有從事任何直接危害法益的行為，但其在列車即將經過時，讓平交道維持暢通的客觀狀態，毋寧是讓汽車駕駛決定進入平交道的合法則條件。如此一來，在具體因果流程的描繪上，忘記將柵欄放下的不作為就不會是純然的虛無；而是透過社會制度的設計發揮一定影響力的關鍵事實。

透過簡單對於平交道管理員案例的分析，我們能夠進一步延伸，將不真正不作為犯的犯罪實質面貌透過不作為對因果進程的相異作用，初步區分成：「不作為者與第三人共同成為發生結果之真正原因」、以及「不作為者所產生的現實影響力介入已存在的因果流程後，造成結果更容易發生或更加嚴重」這兩種類型。

此外，必須強調的是，由於上述的論述旨在闡明不作為也能夠對現實因果流程產生影響，並試圖建立起貫徹刑法中侵害原理的因果關係與歸責理論；因此，有關這兩種不真正不作為犯的實際態樣，以及該如何適用刑法的整體規定成立犯罪等部分，擬留待下一節再進行詳細討論。

第三款 總結不作為的因果關係



若從刑法中侵害原理的視角觀察，主流學說所建立以「行為危險性」與「結果可歸責性」為核心的兩階段歸責判斷因為過度重視行為本身，忽略因果關係其實是眾多現實因素相互影響後，再由人類透過科學法則或經驗法則，所整理出的線性敘事，導致進行歸責評價時，往往必須採取抽象判斷或委諸於規範效力，而遠離事實的基礎⁴⁷。另一方面，長期使用條件理論做為因果關係模型的結果，造成因果描繪過度簡化，無法將不作為或幫助行為等刑法上重要概念，透過因果關係予以呈現，也同樣促使刑法判斷走向行為規範化的結局⁴⁸。最終，刑法中侵害原理的實現受到相當嚴重削弱，只能藉由法益保護的觀點，迂迴彰顯在行為危險性的判斷上。

有鑑於此，本文認為有必要花費上述略嫌冗長的篇幅，重新建構一整套較以往更為貼近現實層面的因果理論，雖然只不過屬於草創的階段，但仍希望能夠繼續發展完善，並適用在具體個案中。同時，諸如不作為犯、對於心理層面的影響、社會互動的默契等，原先受限於因果關係模型而無法成功描繪的現實經歷，也能夠一併獲得解決。

以結論來說，首先，本文希望以刑事偵審的觀點出發，由「死因」或「起火原因」等法益侵害結果為何發生的刑事鑑定結論，對於合法則關係的判斷對象做出初步的限縮；進而，能夠按照「原因競合」、「共犯」、「間接正犯」、「量刑事由（動機或其他外界誘因）」等刑法判斷上的需求，在刑事偵查掌握到的證據範圍內，擴張結果的具體態樣，並同樣以合法則關係作為判斷模型，描繪出整起事件的全貌。

易言之，因果關係在本文所採取的立場下，無論是結果的內涵或原因的選定，都必須籠罩在刑事訴訟的目的下；如此一來，因果關係不僅是刑法犯罪論的一環，

⁴⁷ 相同見解請參考井上祐司（1973），同前揭註 23 文；以及梅崎進哉（2010），同前揭註 6 文。

⁴⁸ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註 1 書，頁 226 以下。

更是連結刑法與刑事訴訟法的重要關鍵。刑事訴訟中，檢察官承擔的舉證責任包含整起事件的因果流程、行為人之行為在其中所扮演的角色；相對的，刑法的因果關係也無法脫離刑事訴訟的證明程度（無論科學法則或是經驗法則都必須達到使法官無合理懷疑之確信）。

其次，有關不作為的因果關係，本文則試圖引入「社會相互溝通」的觀點，讓原本刑法視角下屬於虛無的不作為，具有一定的溝通意義，進而引發其他人的反應，並產生法益侵害的原因力，此時，不作為本身雖然無法成為刑法歸責判斷上的直接因素，但仍能夠與其他原因一同成立犯罪。自不待言，這種描繪因果關係的模型，照理來說應該也能夠使用在教唆犯、幫助犯等犯罪類型；然而，此已超出本文之主題，故希望留待以後有機會時再做處理。

最終，依照上述觀點，一起事件中完整的因果流程可能相當複雜，存在著與死因直接相關的因素、以及種種介入情事或影響力，這些都將成為之後歸責判斷的事實依據。因此，底下即將進入本文所採取的歸責理論介紹。

第三項 前提設定 II：本文的結果歸責圖像

第一款：概述

國家刑罰權的發動都是在現實中產生一定法益損害或危險的結果時，始透過刑事訴訟程序的確認，進而作用在特定行為人身上；也因此，必須立基於「回顧」的視角，藉由諸如死因、起火點等鑑定的方式，從過去的時間軸中，探尋出可能造成該法益侵害或危險結果的因素總和，這是本文所採取的事實因果關係檢驗方式。

自不待言，此時能夠進入刑事責任歸屬領域的對象，只有人類的行為，這是從刑法本質出發所得到的必然結論；然而，這並不代表非人類的行為無法對於法

益侵害結果產生貢獻。另一方面，通常對於一個法益侵害結果的發生，很可能是兩個以上的人類行為在因果進程中，同時發揮影響力，無論是有其他共犯的參與、被害人或第三人事後的介入行為、甚至是事前的強制或利用，於實際案件的情況下都所在多有。此際，基於因果流程本身的事實性質，其並不具備社會意義的評價色彩（即一般宣稱的「價值中立」），因此，無法進一步指引人們如何挑選應受刑法處罰的對象⁴⁹。

因此，有必要仰賴刑法自身的判斷標準，從因果流程的諸多行為中，篩選對於法益侵害或危險的結果，不僅是具有影響力，且貢獻程度最為強大者，對其施予刑罰⁵⁰。上述的堅持源自於「限制國家刑罰權」，此一刑法最重要的目的。為了將國家刑罰權發動時，必然產生的人民權益侵害，控制在合乎比例原則的範圍內，原則上，就一個法益侵害或危險結果，只會針對一個人類行為單獨成立正犯；惟有在刑法有特別明文規範的情況下（即：該當刑法第 28、29、30 條的共同犯罪要件時），始能夠例外讓多數人針對同一侵害結果，同時承擔起刑事責任⁵¹。至於所謂「刑法自身的判斷標準」，即屬諸多客觀結果歸屬理論發揮效用的場域。

雖然本文所採取的歸責理論與一般通說的二元架構並不存在太大的差異，亦即：均要求行為本身必須蘊含造成法益侵害的危險性；且該行為蘊含的危險性最終發展成結果的因果歷程中，必須沒有任何足以中斷或凌駕其影響力的介入情事出現，也就是必須通過刑法觀點下的「相當性判斷」。然而，為了貫徹刑法中侵害原理，有關上述兩階層的歸責判斷內涵，本文堅持不應脫離現實既已發生的客觀情事；就這一點而言，與通說見解產生決定性的分歧。

若先說結論的話，首先在行為危險性的判斷上，本文與絕大多數學說採取的

⁴⁹ 早在二十世紀初期，刑法學者 Mezger 即已基於新康德主義的思考模式，提出同樣的說法，並影響日後客觀歸責學說發展甚深。請參考岡野光雄（1965），〈メツガーの因果關係論〉，《早稲田法学会誌》，15 期，頁 33-66。近期內的批判則請參考杉本一敏（2002），同前揭註 37 文。

⁵⁰ 請參考李茂生（2012），〈刑法總則講義 2012 年版（第一冊）〉，頁 148 以下，網址：http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=do_get_document&doc_id=283&site_id=0

⁵¹ 即我國與日本刑法都採取的限縮正犯概念（共犯為擴張處罰事由）。請參考西田典之（著），王昭武、劉明祥（譯）（2012），同前揭註 9 書，頁 354 以下。

模式相異，並不透過「事前」的觀點對於單純「行為本身」進行「抽象」認定⁵²；而是主張判斷的對象必須回歸已被證實的因果關係，藉由行為與周邊情事的相互影響具體認定危險性。另一方面，行為人行為後所介入的各種情事，對於結果歸責判斷將造成怎樣的影響，亦駁斥如同通說見解一般，使用所謂「回溯禁止」或「規範保護目的關聯」等，蘊含濃烈行為規範論的阻卻事由⁵³；進而提出以具體個案的現實因果流程內，從行為到結果間，每一個介入環節對於結果發生的貢獻程度（即影響力），作為結果歸責評價的判斷客體。試圖讓「行為危險性」與「結果歸責」兩階段的評價，都能夠貼近既已發生的事實進行。

以下，本文擬先稍微詳細地介紹以現實因果關係為主軸，兩階段結果歸責判斷之內涵；其後，試圖進一步將其具體適用於不真正不作為犯的解釋論中。

第二款 階層一：行為危險性

第一目、基本內涵

綜觀刑法分則對於具體犯罪態樣的規範，可以發現在多數的條文中，立法者其實已經將刑法能夠處罰的行為，透過文字加以類型化並限定；舉例而言，依照刑法第 320 條竊盜罪，唯有當行為人「竊取」他人財物、或「竊佔」他人不動產時，始得成立本罪。至於諸如被害人主動將財物交付（不論基於任何動機）、或行為人經被害人同意持有財物，事後不予以歸還等情況，都不會成為竊盜罪所欲處罰的行為態樣。也就是說，針對這種「定式犯罪」，犯罪行為類型既然已被明文限制，遂成為結果歸責的最初篩選標準，即：從結果回顧而描繪的因果歷程中，只有符合法條文義框架的人類行為，才會是歸責判斷的對象。

另一方面，刑法分則中仍有部分的條文並未以明確的文字界定出行為類型，最明顯的例子即為刑法第 271 條殺人罪的規定；「殺人」若單純就文義進行解釋，

⁵² 請參考林陽一（2000），同前揭註 41 書，頁 156 以下。

⁵³ 請參考林陽一（2000），同前揭註 41 書，頁 174 以下。

只要是透過自身行為造成他人死亡，便足以該當，立法者無意再更進一步限縮本罪的行為。從上述的說法來看，殺人罪等「非定式犯罪」結果歸責的判斷對象，似乎包含所有與法益侵害結果間具備因果關係的人類行為⁵⁴。然而，除了少部分的學說外，普遍均認為仍然必須對於行為本身，以法益侵害危險性進行相當程度的篩選，避免刑法的射程範圍過度擴張⁵⁵。

將法益侵害危險性視為第一層的篩選機制，近年來也有越來越多的學者認為應該擴張到「定式犯罪」，試圖讓犯罪成立的標準更加實質化。詳言之，立法者選擇採取「定式犯罪」的立法模式規範某種犯罪類型，通常是基於一般經驗法則，該法益的侵害往往只由特定的行為類型所造成。但這並不能代表：現實中只要行為人從事該特定行為，則該法益即會相對應受到侵害。也就是說，所謂的「定式犯罪」不過是立法者於事前透過反覆觀察，選定出值得刑法介入的行為類型；然而，行為人行事該行為的客觀環境、以及該行為到達法益侵害結果的過程中，都仍然存在著許多變因，這些變因極有可能導致原本被立法者認定的危險性，在具體個案裡受到推翻。因此主張在「定式犯罪」中，仍應積極判斷特定行為於現實環境的危險性⁵⁶。

就本文的立場來看，上述對於行為危險性的要求確實有其必要性，一方面能夠將國家刑罰權的發動限縮在行為人創造出使法益產生侵害的情況；且同時，區分「有危險性的行為」以及「單純被捲入因果流程中的行為」，更有助於討論共同犯罪現象中，幫助犯與共同正犯的成立要件。故以結論而言，判斷具體個案因果流程內的行為危險性時，若是屬於「定式犯罪」的法益侵害類型，必須事先檢驗該行為是否為構成要件所明定；相較於此，在「非定式犯罪」的情況、或行為已符合「定式犯罪」規範時，則必須個案判斷該行為是否具備造成法益侵害的危險性。

⁵⁴ 請參考高山佳奈子(2008)〈「實行行為」概念の問題性〉，《京都大学法学論集》，162卷1-6號，頁204-217。

⁵⁵ 請參考杉本一敏(2001)，同前揭註24文。

⁵⁶ 請參考謝煜偉(2012)〈抽象的危險犯の新展開〉，東京都：弘文堂，頁113以下。



第二目 行為危險性之認定模式

依照本文所採取的因果關係理論，由事後偵查機關對於承載法益侵害結果的現實狀態，所進行的勘驗或科學鑑定，人們能夠建立起以刑事程序需求為中心的結果剖面圖，進而試圖透過客觀證據，從因果流程中尋找足以吻合該剖面圖全貌的諸多現實因素。在最樸素的案件裡，可能只需要單一行為人之行為即可，舉例來說，在沒有共犯及其他介入情事的情況下，行為人用刀當場把被害人殺死。但必須注意的是，諸如交通事故或工安意外所產生死傷案件、以及公共危險等犯罪類型，往往繪製出剖面圖是存在眾多原因的複雜圖像，當中包含一個以上的人類行為、甚至是人類行為與自然現象的相結合；不僅如此，在「階段過失」或者是教唆犯與間接正犯的案例中，某些原因的出現也必須透過自身的剖面圖加以探討。因此，該如何從多重原因組合而成的因果流程中，挑選出一定的要素來判斷系爭行為的危險性，學說始終無法產生定見。

若撇除「危險」一詞在社會學上的種種定義，所謂法益侵害的危險性毋寧是指：「某一行為與周遭的環境因素結合後，隨著時間演進，發展成能夠視為法益侵害的現實狀態」之可能性⁵⁷。在行為人將被害人反鎖在烈火燃燒的房屋內，最終被害人吸入過多一氧化碳死亡的案例中，幾乎沒有人會否定於判斷行為危險性時，應該要將「讓被害人無法脫離該房屋」與「該房屋正起火燃燒」一併納入視野內，否則單純觀察前者的話，應該認定其僅具備妨礙被害人行動自由的危險性。

然而，無論是相當因果關係或客觀歸責論者，都傾向於針對某些特殊的情況，必須排除部分客觀因素後，始得認定行為之危險性，因此這樣的判斷模式並無法適用在所有的案件類型中。最明確的例子當屬行為人與一般社會大眾均不知道該客觀因素存在時，縱令該因素屬於決定危險性有無的樞紐，仍應在判斷時予以排除⁵⁸。除此之外，有關行為後發生的介入情事，則更為複雜。首先，同樣是必須

⁵⁷ 請參考謝煜偉（2012），同前揭註 56 書，頁 91 以下。

⁵⁸ 請參考西田典之（著），王昭武、劉明祥（譯）（2012），同前揭註 9 書，頁 108 以下。

透過第三人行為產生結果的類型，將會因為第三人的主觀而決定是否適用回溯禁止；再者，就算是自然界的介入情事，發生頻率的頻繁程度也會影響應否在危險判斷時納入討論⁵⁹。

因此，即使現今主流學說基於行為規範論的立場，單純就行為本身以抽象的觀點認定危險性，也同樣無法逃避上述有關判斷時該如何篩選背景因素的難題。而作為理論建構的嘗試，本文提出以下兩個基本原則，一方面希望能夠盡可能統一行為危險性的判斷標準；同時更試圖延續客觀刑法學一貫的思考模式，避免如部分學說一般，在判斷客觀結果歸責時卻例外將行為人的主觀納入標準之中。

第一個基本原則為：「行為前既已發生的客觀要素全部納入判斷」。簡單來說，無論是自然現象、被害人體質、甚至是第三人創造的危險性，只要是在時間軸上早於待檢驗的行為，都勢必會對系爭行為產生一定程度的質變。舉例言之，在普遍視為間接正犯的毒包裹案例中，郵差把「裝有有毒食物的包裹」送到被害人住家，這樣的描繪其實已然包含寄送者本身所創造出的客觀要件；郵差的配送行為則是讓「連被害客體都尚未明確」的「中毒危險性」到達被害人的身邊，並使其最終實現，故具有相當的法益侵害危險（至於結果應該歸屬於哪個行為，是下一階層的責任，毋須於本處判斷）。

當然此處無法否認的是，當兩個不相關但效果相似的原因先後出現，經鑑定結果顯示為後者發揮效力時，因前者所造成的客觀要素其實根本沒有對後者產生影響，判斷上是否應一併考量將會成為問題。不過，本文一方面認為既然就算不排除前者，也不會造成認定後者危險性時的差異；且將其納入判斷更有助於在欠缺迴避可能性時，擁有探討阻卻或減輕刑事責任的事實基礎。是以，這種特殊案件並不會造成理論上的矛盾。

至於本文所提出的第二個基本原則是：「針對行為後的介入情事，區分出現頻率的程度相異處理」。這是因為雖然行為後始發生的自然現象或人類行為，同

⁵⁹ 請參考許玉秀（1997b），〈檢驗客觀歸責的理論基礎：客觀歸責理論是什麼？〉，收錄於：許玉秀（著），同前揭註 21 書，頁 219-280。

樣有可能會與待檢驗之行為結合，增強或產生法益侵害結果的危險性（例如：毒包裹事件）；也有可能由介入情事本身具備的危險性，在待檢驗之行為的效果尚未彰顯前，便直接造成法益侵害結果（例如：在第三人讓被害人服用的毒藥未發作前，被害人即被倒塌的梁柱壓死）。但兩者之間仍然存在著決定性的差異，在討論行為危險性時，主要著重的點是「行為與客觀因素相結合後，依據科學或社會經驗法則判斷進一步可能產生的狀態」，這也是本文第一個原則所欲處理的部分。相較於此，行為後的介入情事不一定屬於前階段的客觀因素相互結合後，所可能接續造成的狀態，而是由另一起事件開啟的因果流程「偶然」與系爭事件合流的現象⁶⁰（地震開啟的房屋倒塌偶然與服毒的被害人相遇，並造成毒藥來不及發揮效力）。

因此，本文簡單將行為後的介入情事區分為兩種：「與待檢驗之行為經常伴隨出現的人類行為或自然現象」、以及「偶然介入的行為或現象」；並主張對於第一種類型在判斷時必須包含介入情事一併考量，第二種類型則是必須將其排除。簡單來說，如果介入情事是由待檢驗之行為本身所引起（例如：詐欺罪中，被害人受騙而交付財物的行為），或兩者先後發生一事獲得科學或社會經驗法則的證實（例如：在台灣蓋房子遲早會遇到地震的考驗），此時，若不一併考量介入情事將會無法正確判斷行為的危險性（「單純蓋鋼骨結構有瑕疵的房子」與「在地震帶國家蓋結構有瑕疵的房子」兩者的危險性差異甚大）。但相對地，如果介入情事只不過是另一起事件與行為的偶然結合，縱使法益侵害結果是由兩者共同影響所產生時（例如：被害人喝下行為人準備的不足致死的毒藥後，又被不知情的第三人強灌同種毒藥致死），也不宜將偶然介入的事態視為系爭行為所蘊含的危險性。

以結論來說，本文試圖透過上述提出的「行為前既已發生的客觀要素全部納入判斷」與「針對行為後的介入情事，區分出現頻率的程度相異處理」兩原則，

⁶⁰ 類似的見解請參考梅崎進哉（2010），同前揭註 6 文。

界定行為的危險性；雖然只不過是稍嫌粗糙且有待深入發展的草圖，但應該能算是站在客觀刑法學的角度，避免如通說般在應客觀判斷時，卻不當滲入行為人主觀；或無法建立起不一致的判斷標準⁶¹。至於該如何更加細膩將其繼續發展，則留做日後研究的課題。以下，本文擬更進一步藉由這兩項原則具體說明不真正不作為犯的危險性。

第三目 不作為的危險性

如同前述，不作為能夠透過「社會制度的運作」、以及「日常生活的溝通習慣」等，對於現實世界產生一定的影響力，進而成為造成法益侵害結果的原因組合之一環。必須強調的是，儘管在抽象的層次上，這樣的構想能夠成立；但不作為本身是否具備造成法益侵害的危險性，仍然有待具體個案的檢驗。

首先，不真正不作為犯在刑法理論上的特殊性當屬：不作為無法像是作為一般，「主動支配」自然現象、工具、甚至於他人，創造出法益侵害的危險性；不過，這樣的說法其實毋寧只是強調，在不真正不作為犯的案件當中，對於法益侵害結果進行鑑定或勘驗所得到的主因，絕不可能是行為人的不作為。例如母親怠於哺乳最終幼兒死亡時，真正的死因會是營養缺乏所導致的衰竭（自然現象）；而救生員對於抽筋的溺水者見死不救，造成死亡的則是溺水者熱身不足或錯誤用力導致抽筋，於是將過多的水吸入肺部（被害人自身行為）。易言之，現實中必定存在著一項真正引發結果的因素，相較於此，不作為的作用則是間接惹起（平交道案例）、排除他人介入阻止結果發生（醫生接納病人但不醫治）、或讓被害人自願接近危險環境（無視颱風警報，沒有關閉入口的海水浴場管理員）。是以，在認定不作為的危險性時，必須更強調本文所採取的兩個基本原則，審慎挑選各種客觀因素與不作為本身的影響力相結合，成為判斷的對象。

因此，不真正不作為犯的具體檢驗流程，必須先掌握造成法益侵害的主要原

⁶¹ 對這一部分的批判請參考周濛沂（2014a），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《台大法學論叢》，43卷4期，頁1469-1532。

因；其次，則是確認特定行為人的不作為在系爭案件中所代表的意義以及影響力，並描繪出整體的因果流程；最終，才能夠透過兩個基本原則判斷不作為的危險性。進而，判斷的結論將會呈現：「不作為的影響力與其他因素相結合，最終呈現在具體結果狀態中」（例如溪水暴漲時，管理者未即時提醒民眾遠離河岸，造成民眾認為仍屬安全繼續玩水，最終被溪水沖走）；抑或是「不作為的影響力促使行為人或第三人進行蘊含法益侵害危險之行為，最終導致結果的發生」（指引視障人士方向的醫護人員，在前方出現樓梯時，並未出言提醒造成視障人士認為仍屬平地，繼續前進而踩空跌倒受傷）等態樣。

若單純先講結論的話，本文主張不真正不作為犯應該存在著更為細緻的分類，並針對不作為在因果流程中所產生的作用，適用全然不同的法律效果。亦即，依照不作為於因果流程中的相對位置，以及對於法益侵害結果的貢獻途徑等不同面向，我們能夠進一步界定出分屬「間接正犯」、「共同正犯」、「幫助犯」等型態的不真正不作為犯。由於介紹完本文所採取的因果關係與歸責理論後，將會詳細探討以上諸種不真正不作為犯的具體型態；故在此處，只試圖簡單說明判斷不作為危險性的基本方式。

第三款 階層二：結果歸屬之判斷

第一目 概述

由上述因果關係的分析可以發現，針對一個法益侵害結果追究刑事責任時，雖然必須是人類的行為始能成為歸屬之對象，但並非所有案件都只存在單一行為，更不用說結果之發生往往是行為與客觀環境因素相互影響下的產物。階層一的行为危險性判斷，其作用主要是排除以下兩種情況，即：個案中產生結果的行為，不該當定式犯罪所規定的行為類型性；以及造成法益侵害結果的危險，乃是源自於行為後異常介入情事的時候。

不可否認的是，就算透過階層一的篩選，於存在多數行為相互影響的案例中，

亦可能出現不只一個行為具備危險性的情況；此時，刑法歸責的判斷對象無法有效限縮在單一行為之上。是以，必須進一步透過階層二的檢驗，挑選出一個行為終局承擔起法益侵害結果的責任⁶²。以下，本文試圖以之前提過的「毒包裹事件」，說明階層二的判斷軸心，也就是所謂行為對於結果的「貢獻程度」。

第二目 以案例說明介入情事的貢獻程度

< 案例一 >

甲將內含有毒食品的包裹交由快遞員乙配送到丙的住處，丙因與甲熟識，故不疑有他將食品吃下，最終毒發身亡。整起事件中，總共出現三個行為：「甲將內含有毒食品的包裹交給乙並要求乙寄送給丙(行為一)」；「乙將內含有毒食品的包裹送達丙的住所(行為二)」；「丙將包裹打開並食用裏頭的有毒食品(行為三)」。

首先，雖然在判斷時，普遍均傾向於將屬於被害人自身行為的行為三，排除在結果歸責的射程範圍外，只針對行為一及行為二進行討論；但必須強調的是，既然行為三同樣屬於客觀介入情事的一環，自當會影響因果流程的現實發展。進而，在判斷對於結果發生的「貢獻程度」時，行為三顯然亦必須重新被納入判斷對象的範圍，否則將無法得出合理的責任歸屬。同樣的道理也適用於自然現象，雖然其非刑法所要處理的範疇；但在討論對於結果的貢獻程度時，仍不應貿然加以排除。

在上述的設例中，快遞員乙遵照自身業務的行動(行為二)、以及被害人丙收到熟識朋友寄來的食品而產生的反應(行為三)，都是依照社會經驗能夠認定，由行為一所產生的正常發展。因此，縱然判斷行為一的危險性時，能夠透過行為二(危險的具體化)與行為三(危險最終實現)的媒介，獲得肯定的結論；但另一方面，若是依照相同的判斷模式，事後出現的行為二與行為三也都能夠與既已

⁶² 相類似見解請參考高山佳奈子(2008)，同前揭註54文。

存在的行為一相結合，進而，肯認具有使丙毒發身亡的危險性。如此一來，在這一連串的三个行為中，究竟何者應承擔起最終丙死亡的責任，必須視三者的貢獻程度始能決定。

以結論來說，在案例一的情形下，鮮少有人會否認行為一對於結果的貢獻程度應該是三個行為中最高的。這是因為無論行為二或行為三，均屬於行為一所連帶產生的伴隨效應，前者是職務上行為、後者則為日常生活中的反應，從社會經驗法則的角度來看都算是正常的發展流程。因此，儘管兩者皆對於結果的發生有所貢獻，但就貢獻度的判斷而言，行為一顯然大幅勝出。

自不待言，當具體案件的因果流程內容有所不同時，同樣的這三個行為對於法益侵害結果的貢獻程度，在判斷上亦將產生相當大的差異。透過下述的案例二與案例三，即可發現結果歸責的判斷絕對不應單純由行為本身的性質加以進行。

< 案例二 >

甲將內含有毒食品的包裹交由快遞員乙配送到熟識友人丙的住處，丙雖早已知悉甲要毒殺自己，但近日來自殺的念頭不斷萌生，故仍將包裹內的食物吃下，最終毒發身亡。

就客觀層面來看，案例二與案例一並沒有任何差異；對於行為三的描述無論是「吃下熟識友人寄來的食品」或「想自殺的人吃下含有劇毒的食物」，都還能夠算是行為一所產生的正常發展流程。此時，甲是否知道丙想自殺並不會影響正常或異常的判斷結果，因為從社會經驗法則的角度加以檢驗的話，這兩個描述都屬於正常的因果流程。然而，進入第二階層的貢獻程度判斷時，被害人明知自身行為會造成生命危險，卻仍自願完遂的行為三，貢獻程度顯然是凌駕於行為一與行為二；因此，行為一與行為二都不會承擔起丙死亡的既遂責任。

< 案例三 >

甲將內含有毒食品的包裹交由快遞員乙配送到熟識友人丙的住處，丙因為不喜歡該食品，遂將包裹丟棄於路邊垃圾桶內，卻被長期以

檢食廚餘為生的流浪漢丁吃掉，最終造成丁中毒身亡。此際，行為三將變成：「丙將不喜歡的食物丟棄於垃圾桶內」；並增加行為四：「丁將丙丟棄的食物撿起來吃掉」。

首先，就行為危險性的階層來看，行為三並無法說是異常的發展，這是因為依照社會經驗法則，當包裹一旦轉移到收件者手上後，收件者直接丟棄的行為仍屬正常反應的範疇；相對於此，比較有爭議之處應該是行為四的判斷。表面上看起來，撿拾街上垃圾桶內食物來吃的行為屬於異常的介入情事；然而，若我們考量到社會確實存在有單純倚靠拾荒或翻找垃圾桶食物維生者，那麼丁最終吃到包裹內食物一事，似乎也就不會影響行為一的危險性判斷（相對於此，如果是丙將垃圾丟到垃圾車中，由清潔隊隊員撿起來食用的發展，則當屬異常無虞）。

另一方面，進入判斷貢獻程度的階層二後，行為三應可被認為決定具體因果流程走向的關鍵因素，是以，對於丁死亡而言，丙將有毒食物丟棄於會有流浪漢翻找廚餘的垃圾桶一舉，貢獻程度遠比寄送有毒食物的行為一高。不過，在主觀歸責判斷時，仍會因為丙對於危險性並無認知而阻卻責任。

從上述的討論中可以發現，由於在階層一時已經將對於待檢驗的行為而言，事後發生的「異常」介入情事排除在危險性判斷的範圍外；能夠進入階層二的諸種行為，都是相互間屬於「正常」發展流程、且「合作」達成法益侵害結果具體狀態的因素。而階層二的任務，就是透過價值判斷，挑選出單一行為進行歸責。不可諱言，對於結果的「貢獻程度」本身是非常曖昧的判斷。在一連串正常接續發生、且均對結果有所貢獻的行為與介入情事中，法官必須依循個案的實際態樣，分別針對因果流程的細微發展進行判斷。如此一來，勢必無法產生明確且恆定的判斷準則。

不過，像是針對兩個接續發生的人類行為，判斷「貢獻程度」高低的途徑，本文認為應該是能夠透過「社會制度下的分工」、「是否屬於自由意志下的行為」、「被害人是否具備完整的危險認知」等外觀，進行初步地勾勒。舉例來說，如同上述「毒包裹案」中郵差乙的送達，雖然具備相當程度的危險性，但因為其屬於

甲寄送包裹後，遵照「社會制度分工」的行為；因此，在貢獻程度的判斷上，勢必無法凌駕於甲而成為主要的歸責客體。縱令事後證明郵差乙知道包裹內的食物含有劇毒，卻仍然將包裹送達丙的住所，其亦無法成為本案的正犯；最多依照參與程度與衡諸其他構成要件，決定是否成立幫助犯或共同正犯。

有關階層二的探討，由於本文主要處理的對象，仍是不真正不作為犯的解釋論，雖然這部分不可避免地必須透過刑法的歸責理論進行說明；但礙於作者自身的能力與本篇論文的篇幅等限制，無法在此完整詳細論述。但總結而言，本文確實有意透過上述描繪的「因果關係」與「兩階段的歸責理論」，嘗試解決眾多屬於刑法總則的艱難問題（例如：結果歸責、不作為犯、共犯等），這也將成為本文往後有待努力的目標。

第三目 不作為的貢獻程度

如前所述，不作為能夠透過「社會制度的運作」、以及「日常生活的溝通習慣」等，對於現實世界產生一定的影響力，成為造成法益侵害結果的原因組合之一環；進而通過階層一的篩選。但必須強調的是，縱或不作為具有一定的影響力，該影響力卻永遠不可能「單獨」產生法益侵害的結果；總是要綜合其他原因才有可能實現。也因此，在認定不作為是否具備承擔結果歸責的貢獻程度時，更應該細膩檢視不作為與包含他人行為等客觀情事的互動關係。

詳言之，在本文所採納的因果關係判斷中，我們能夠藉由對於一個法益侵害結果的剖析，描繪出結果的具體組成態樣，並找到相對應過去曾經確實存在的眾多現實因素。不僅如此，在使用這些因素描繪個案因果進程時，往往可以將其粗略分類成下述三種：「透過自然法則，能夠產生法益侵害的因素（下稱『直接因』）」、以及「操控被害人、第三人之行為或自然現象，讓『直接因』最終實現在特定行為客體的因素（下稱『間接因』）」、「提供或創設現實周邊環境，以滿足特定具體結果態樣的因素（下稱『輔助因』）」等。換句話說，我們在具體個案中所觀察到的結果樣貌，也正是這些功能相異的因素隨著時間流動而相互結合並產生影響的

最終成果。

以平交道管理員忘記放下柵欄的案例來看，產生死亡與受傷結果的『直接因』是火車與汽車相撞；促成汽車駕駛在火車即將通過平交道時闖入的『間接因』則是，管理員忘記放下柵欄所傳達的「制度上意義」。另一方面，若汽車駕駛以超速近四十公里的速度奔馳，才會在列車即將通過時，抵達該平交道；此時，超速的行為將會被認定為：滿足結果具體態樣中，有關案發時間的『輔助因』。惟有這三個因素先後出現在時間軸上時，才有可能產生「在火車通過平交道時，因為柵欄沒有放下，汽車駕駛闖入而造成死傷」之具體結果。

至於在泳池救生員見死不救的案例中，造成被害人溺死的『直接因』是自身抽筋導致將水吸入肺部的現象；『間接因』則可能是被害人用力過度或熱身不足。換句話說，救生員雖然違反職業義務沒有出手拯救溺水的被害人，但無論如何，都不可能成為被害人死亡的『直接因』或『間接因』；充其量只能說：救生員的存在某種程度上，消除了其他人前往救助的動機，因此最多被歸類為結果發生的『輔助因』。

必須在此澄清的是，上述有關『直接因』、『間接因』與『輔助因』的設想，只是筆者為了方便說明不作為犯的歸責，對於案例中的客觀現象進行簡單的觀察並分類後，所採用的代稱（不過，若能夠成為合理的分析途徑，本文也相當樂意將這種分類用在作為犯甚至共犯論中）。另一方面就結果歸責的角度來看，無論行為被歸類於哪一種因素，均無法直接推定其對於結果的貢獻程度高低，仍然必須透過個案的具體判斷才能夠終局確定。

然而，經由上述的分析可以發現，不作為產生的現實影響力，基本上都會被歸類於『間接因』與『輔助因』兩者；如果沒有搭配上相對應的『直接因』，則法益侵害結果將不會成遂（例如：雖然管理員忘記放下柵欄，但當時根本沒有車輛經過該處）。是以，在階層二的貢獻程度判斷中，惟有當不作為本身的現實影響力，能夠將包含『直接因』的諸多事後介入情事，完全吸收為自身產出的一環；或不作為改變因果流程走向的程度，能夠被評價為凌駕於包含『直接因』的既存

客觀事態所原有之發展時，不作為始成為結果歸責的最終對象。也因此，在判斷不作為的結果歸責時，不僅必須詳細描繪出不作為與『直接因』的相互關係；甚至不作為與其他『間接因』或『輔助因』的交錯影響，也都會嚴重左右階層二的結論。

以上簡單介紹了在本文所採取的歸責理論下，不作為產生的影響力該如何被具體評價的適用問題。至於現實中各種不作為的型態，將在歸責層面產生怎樣的結果，是成立單獨或共同正犯；抑或是成立狹義共犯等，則會在下述的部分詳細說明。

第四項 本節之結論

如果說十九世紀初期 Feuerbach 透過「法律義務說」建構不作為犯歸責理論的作法，一方面是受限於當時社會學或心理學等學科尚未開始發展，導致刑法學者無從以實存的觀點討論不作為本身的意義；同時更是對於已經成為君王統治利器、充斥於羅馬法中的「義務違反」處罰規定，放寬「結果責任」的一種妥協⁶³。然而，經歷近兩百年的變遷，諸如「法益保護的目的」、「行為規範論」等學說的興起，逐漸賦予刑法理論嶄新的面貌；當中，以義務違反解釋不真正不作為犯的途徑，也慢慢脫離原初的違和感，而較為能夠融洽地被整合進整體歸責理論內。

但這樣的發展卻讓當前仍然試圖描繪不作為實存態樣的論者，面臨到更為艱鉅的困境，也就是無法合乎以保護法益為正當化基礎，並藉由義務違反或行為規範成遂目標的典範。縱或「支配領域說」與「排他性說」都以不作為行為人所塑造的「現實場域」，當成是歸責的判斷基準；然而，對於不作為本身的刻劃仍然沒有脫離義務違反的一貫態度⁶⁴。另一方面，正如同其他學說的批判，無論是「支

⁶³ 請參考梅崎進哉（2001），同前揭註1書，頁125以下。

⁶⁴ 請參考周漾沂（2014b），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《台大法學論叢》，43卷1期，頁209-269。

配」或「排他」都並非「法益保護」此一基本理念的衍生概念，只不過是限縮作為義務範圍的手段，無法成為可罰性的證立依據⁶⁵。

是以，本文嘗試從本質上否定以「法益保護」為首的當代刑法主流思想；這是因為「法益保護」與「刑法中的侵害原理」屬於二律悖反的兩個上位概念，無法共存於邏輯一貫的刑法體系內。進一步將早在二十世紀初期即被遺忘的「刑法中侵害原理」，重新視為自身理論的主軸，建立起一整套以現實因果流程的具體描繪、及「行為」對於法益侵害結果所產生的「現實影響」兩者，作為評價基礎的兩階段結果歸責體系。

同時，隨著社會學與其他相關學科的研究成果持續出爐，不作為的現實態樣已非過往所認定的「虛無」；而是能夠產生相對應的「溝通效果」、甚至於能夠與眾多社會制度相結合，產生一定的現實影響力。如此一來，將不真正不作為犯整合進入上述以「刑法中侵害原理」為核心的歸責體系，也不再是遙不可及的夢想。只可惜，目前由於鮮少有刑法學者試圖從這個角度進行切入，整體不作為結果歸責的內涵仍有待繼續發展與充實。

以下，本文將繼續透過對於不真正不作為犯現實態樣的分析，具體指出在「刑法中侵害原理」的指引下，不同種類的不真正不作為犯所應區分的結果歸責效果。

第二節 不真正不作為犯之具體態樣與理論適用

於底下的篇幅中，本文將會具體說明如何將以「刑法中侵害原理」為核心，所建立起的不真正不作為犯理論，適用在各種不同的情況當中，希望藉此能夠讓本文的論述具備現實的可操作性；證明這樣的客觀刑法理論並非只能單純停留在學說討論的範疇。

⁶⁵ 請參考周濛沂（2014b），同前揭註 64 文，頁 211 以下；以及許玉秀（1998），〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，《刑事法雜誌》，42 卷 2 期，頁 31-78。



第一項 描繪案件的因果流程

綜合上述「刑法中侵害原理」的觀點，以及本文對於因果關係與歸責理論的圖像，可以發現：首先，刑事追訴程序之所以展開，通常源自於現實中發生犯罪結果（即：法益侵害或具體危險），並造成社會秩序波動，進而，國家必須介入處理。其次，透過偵查與審判程序，法律系統將會判斷這個犯罪結果的責任，應該交由何者來承擔。最終，國家基於這個判斷，獲得處罰人民的正當性基礎。

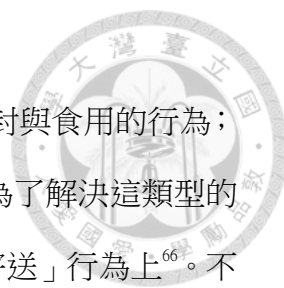
如此一來，描繪因果關係即具備雙重的作用：一方面是為了明確掌握具體案件中，可能成為歸責對象的人類行為；同時，對於現實因果流程的掌握程度，也有助於審判者藉由「行為與客觀環境」或「行為與介入情事」間的相互影響，判斷最終應該承擔起結果責任的客體。

是以，將「刑法中的侵害原理」適用在不真正不作為犯的案件時，首要的工作即屬：以法益侵害結果為軸心，以刑事偵查的觀點尋覓各種條件，並依照影響的過程，勾勒出過去曾發生的種種進程。

第一款 以『直接因』作為核心要素

第一目 概說

傳統的殺人或放火罪案例中，刑事偵審人員都能夠藉由「死因鑑定」或「起火原因調查」，並輔以「合法則關係」的幫助，在現實中找到直接產生法益侵害結果的『直接因』，並對其進行歸責判斷。但是，隨著各種機器的發明以及社會體制的發展，細膩的分工將人類行動組織成複雜系統；單一行為與法益侵害結果間的緊密程度不斷寬鬆化，往往造成法益侵害結果的都不是人類行為本身，而必須結合行為後的種種介入情事。如此一來刑法理論對於責任歸屬觀點，已經不再局限於「直接」產生法益侵害的因素；更轉移到其他「間接」甚至是距離較為遙



遠的行為上。

例如先前的「毒包裹案」，直接造成被害人死亡是其自身拆封與食用的行為；然而，被害人的行為並不會成為刑法的歸責對象，因此，學說為了解決這類型的案件，逐漸透過「間接正犯」的擴張，將刑法的視角延伸至「寄送」行為上⁶⁶。不僅如此，近年來過失犯的領域中，針對「超越承擔過失」、「管理監督過失」、等，必須對於「間接原因」進行歸責的討論，也不斷被主流見解所接受⁶⁷。

想當然爾，多重因果流程不會只發生在作為犯的情況；甚至我們可以大膽主張，在多數不真正不作為犯的案例中，法益侵害結果都是許多因素交雜影響後的產物。另一方面，雖然刑法適用者都能夠在因果流程中尋獲『直接因』；但由於絕大部分的『直接因』均屬被排除在刑法歸責以外自然現象或人類行為（例如被害人自陷風險），抑或『直接因』已然被認定為犯罪行為，是以，在不真正不作為犯的檢討中，『直接因』也就不會受到相對應的重視。

最終，伴隨著不作為犯論將可罰性的核心要素移轉到「防果義務」上，評價客體也從現實發展走向抽象的規範。假設因果流程取代具體因果描繪，象徵著不作為的結果歸責，基本上已經與『直接因』分道揚鑣。

第二目 重拾對『直接因』之重視

有趣的是，縱或在通說的不真正不作為犯論述中，『直接因』的具體內涵似乎並不會影響刑法對於不作為者的歸責判斷，重要的只有不作為者有無迴避可能性與保證人地位；然而，若是觀察「放任被害人自殺」的案例，即可發現多數學說仍是認為，此時不作為者應該成立的是加工自殺而非不作為殺人⁶⁸。這也代表著，其實『直接因』或多或少仍會改變刑法的歸責判斷或違法評價；差別僅在於

⁶⁶ 請參考許恒達（2011b），〈重新檢驗未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心〉，《台大法學論叢》，40卷4期，頁2410以下。

⁶⁷ 有關「超越承擔過失」的介紹請參考許恒達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20卷2期，頁104以下；「管理監督過失」則請參考前嶋匠（2004），同前揭註28文，706以下。

⁶⁸ 請參考島田聡一郎（2003），同前揭註22文。

本文主張不應只有「被害人自殺」時，『直接因』始具備影響力，而是所有的案件中，歸責判斷都應該以行為與『直接因』的關聯性作為依據。

除了以上兩點外，若是從刑事偵查的角度來看，當我們由法益侵害結果回溯尋找應受歸責的行為時，並無法從最初就認定這個案件屬於作為犯或不真正不作為犯的範疇。而是必須等到整起事件的因果流程描繪完畢，透過兩階段結果歸責進行判斷後，才能夠終局決定。另一方面，不作為所具有的現實影響力，若不與『直接因』相結合，亦無法真正達到法益侵害的最終結果。因此，無論是不真正不作為犯或作為犯，對於因果流程的描繪以及『直接因』的掌握，均屬首要的工作。

第三目 四種『直接因』

只要稍稍觀察不真正不作為犯的實例，即可發現客觀上能夠直接造成法益侵害結果的原因力，照理而言，存在有四種態樣：「自然界的作用」、「不作為者的前行行為」、「被害者的自我危殆行為」、以及「第三人的加害行為（此處僅涉及第三人直接造成法益侵害結果的客觀描述；至於第三人是否具有故意過失，則並非關注所在）」。而不作為本身的作用，則是出現在這四種『直接因』的前後階段，發揮現實影響力並與『直接因』相結合，最終產生法益侵害的結果。

例如屬於典型不作為犯的「母親哺乳懈怠」當中，真正直接造成幼兒死亡的是欠缺營養所伴隨的生命流逝，也就是「自然界的作用」；若要追究母親的刑事責任，則必須透過母親的不作為與生命流逝的自然作用間，是否具備足以承擔結果歸責程度的影響力，始能終局決定。至於在高空懸掛招牌、無過失撞傷人後逃逸等，由「不作為者的前行行為」成為法益侵害的『直接因』，而不作為者僅是事後未妥善管理或救助的例子；儘管學說上不斷爭執這種案例應該屬於一行為或兩行為，本文仍舊主張：必須依照不作為本身是否具有造成結果發生的現實影響力，判斷應該將結果歸責給作為或不作為。

當然，現實生活中一定存在有更為複雜的不真正不作為犯因果流程，像是被

害人在颱風登陸的日子前往海水浴場衝浪，海水浴場管理員並沒有阻止其入場時，造成被害人溺死的『直接因』是狂風大浪等「自然界的作用」；但『直接因』發揮作用前，因果流程中仍存在有「被害人自身接近危險源的行為」、及「不作為者放任被害人入場」的兩個事實。儘管依照主流見解，單純因為不作為者具有阻止被害人的義務，即可認定不真正不作為犯；被害人自身的介入行為並不產生歸責判斷的變動（最多只能夠以加工自殺的法理論罪）。但若是將因果流程與不作為的影響力詳細描繪後，即可發現真正應該被歸責的行為，乃是被害人自身的自陷風險，不作為者不過是「增強」被害人進行風險行為的念頭。如此一來，不作為者在這件案件中，都不會承擔起結果發生的首要責任。

必須強調的是，在具體個案中尋找『直接因』的想法，並不能夠保證『直接因』即屬刑法結果歸責的對象，而只是方便我們更清楚描繪出整起事件的現實因果流程；唯有透過觀察『直接因』與『間接因』及『輔助因』間的相互影響，始能劃定結果責任的歸屬客體。另一方面，不作為所發生影響力的內涵；以及存在的時間點，均會對於結果歸責判斷產生相當程度的質變。以下，本文將更進一步區分說明：

第四目 不真正不作為犯中的各種因果進程

首先，我們可以從不作為在整體犯罪的因果流程中所出現的時間點，簡單區分成下述兩種類型：「不作為存在於『直接因』發生效力前」以及「不作為存在於『直接因』發生效力後」。

自不待言，於後者的情況通常是：『直接因』已然產生第一階段的結果（第三人所為蘊含致死的傷害行為），其後經由因果流程的繼續發展，演變成更為嚴重的第二階段結果（流血過多造成衰竭死亡）；而不作為的影響力完全作用於因果流程繼續發展的時間軸上（送醫後醫生的消極不為救治）。相較於此，在前一類型的因果流程中，不作為的影響力可能會透過各種不同的方式與『直接因』結合（增強『直接因』的效力或改變『直接因』的作用對象等），最終產生侵害結

果。

很明顯，在這兩個類型中，能夠被歸責給不作為的結果本身，其態樣就已經有所差異。前者是由不作為與包含『直接因』的其他原因，一併成為法益侵害結果的歸責判斷選項；至於後者，照理來說，不作為有可能負責的範圍應該僅限於加重結果的部分。可惜的是，若單純依照主流見解的論述模式，只要具備保證人地位與迴避可能性，上述這兩種類型所導致的法律效果並無任何區分；如此之結論實已背離「刑法中侵害原理」對於妥善分配結果責任的基本要求。

進一步，本文總結不真正不作為犯罪中，可能出現的四種『直接因』與兩種「因果流程」於下表一中，並主張應該針對這八種不同類型的具體個案，讓個別不作為承擔起全然相異的結果歸責。

表一：直接因與不作為之關聯性

直接因	不作為存在時點	不作為影響的對象	可能應負責之範圍	分類編號
自然界現象	直接因發生效力前	直接因或其他原因	整體結果	A 1
	直接因發生效力後	其後的介入因素	加重結果	A 2
被害人行為	直接因發生效力前	直接因或其他原因	整體結果	B 1
	直接因發生效力後	其後的介入因素	加重結果	B 2
行為人行為	直接因發生效力前	直接因或其他原因	整體結果	C 1
	直接因發生效力後	其後的介入因素	加重結果	C 2
第三人行為	直接因發生效力前	直接因或其他原因	整體結果	D 1
	直接因發生效力後	其後的介入因素	加重結果	D 2

第二項 結果歸責之具體態樣

第一款 不作為存在於『直接因』發生效力前之類型



如前所述，在這一種類型的不真正不作為犯中，法益侵害結果的發生，是具有現實影響力的不作為，隨著時間進展，逐漸與『直接因』以及其他介入情事結合，諸多因素相互影響而最終導致的成果。因此，不作為本身能否成為刑法結果歸責的判斷客體；以及能否終局承擔起全部的結果責任，都必須回歸本文所採取的兩階段結果歸責判斷。也就是說，不作為仍然要具備產生結果的現實危險性，並針對其對於結果的貢獻程度，決定成立既、未遂或正、共犯。

必須強調的是，雖然本文試圖依據四種不同的『直接因』，歸納出相對應的不作為歸責結果；然而，具體個案的複雜程度往往遠遠超過下述單純以「不作為影響力」與『直接因』進行說明的設例。因此，本文只能夠提供最基本的判斷架構，該如何在具體個案中適用，仍然必須仰賴對於因果流程的詳細描繪；以及透過判例累積而逐漸穩定的判斷標準。

第一目 A 1 類型

在諸如「母親哺乳懈怠」這類案件中，真正造成幼兒死亡的『直接因』，是人體沒有獲得養分即會衰竭死亡的自然界現象；相對於此，如果仔細分析母親的不餵乳行為，充其量不過是「放任」上述的自然界現象發生，該行為本身並不會在現實中，增加讓幼兒衰竭死亡的動力或提高風險。

但依照社會體制的角度來思考這個問題，則不難發現：幼兒雙親的地位，在社會體制中，通常扮演著「隔絕他人介入」的角色，讓父母以外的第三人，不會隨意承擔起餵養幼兒的責任。在正常的狀況下，如果不是父母親自願讓第三人加入養育的行列（例如委託幼兒的祖父母代替自己照料幼兒）；或被公權力剝奪養育子女的責任；我們普遍會認為不需要對於他人的幼兒進行任何看照、更不用說干涉他人的教養方法。

如此一來，在「幼兒因為缺乏養分逐漸衰竭死亡」的因果流程中，若該幼兒

的父母親始終位於「可以支配幼兒處境」的範圍內、甚至更進一步，建立起讓他人無法輕易介入的條件，這樣的客觀事實將會透過社會體制的訊息傳遞，發揮出「阻止第三人介入救助」的現實影響力。雖然此一影響力並不會直接作用在缺乏養分導致衰竭死亡的自然現象上；但從社會經驗的觀點，父母的行為足以讓因果流程不因外界干擾而中斷，可說是具備一定的貢獻程度。

當然若是更細膩分析，阻擋其他人介入救助的情況，還能夠繼續區分成兩種不同的子類型：

- (1) 在因果流程中確實曾經有第三人試圖救助，但因為父母親的存在本身，或是父母親的舉動傳達出拒絕他人介入的訊息，最終放棄救助的情況。
- (2) 阻擋其他人救助的客觀情事並未發生，但父母親產生的支配領域仍然對外界表達「排除他人介入的社會溝通意義」，最終沒有其他人試圖救助，這種無法透過客觀情事證實影響力的情況。

進而，本文認為在(1)的類型，父母親的不作為能被充分證明具備現實的影響力，成立殺人罪不真正不作為犯是毫無疑問的(不過，必須強調的是：這種影響力充其量只是「間接」作用於法益侵害結果，因此在量刑上仍應有所減輕)。相較於此，(2)的類型中，不作為對於結果發生的影響力則較為隱晦，只能透過日常生活的交往習慣，證明父母親確實建立起「排他」的領域性，因此，縱或認為可以成立殺人罪的不真正不作為犯，其刑度亦應大幅降低。另一方面，例如「義務者不作為遺棄罪」的制定，也可以看成是對於這種低度影響力的特別處罰規範，而不用成立刑度顯不相當的殺人罪。

同樣的判斷模式也可以適用於河川或海岸管理者，在雨勢兇猛即將造成河水或潮汐暴漲而泛濫前，並未依循職務規定警告附近居民或遊客疏散的案例中。此時，管理者沒有警告的客觀事實，毋寧是向民眾傳達「沒有危險，不需要撤離或避難」的訊號；因此，民眾的生命身體或財產的侵害結果，能夠被歸責給管理者，甚至成立立法者特別為這種不作為類型，而創設的真正不作為犯，也就是「廢弛職務釀成災害罪」。



第二目 B 1 類型

在法益侵害結果是由「被害人自身行為」作為『直接因』所造成的不真正不作為犯中，首先必須處理的是，「被害人介入」這個無法成為刑法歸責對象、卻又嚴重影響結果歸屬判斷的客觀現象。

如果依照主流學說普遍承認的「被害人自我負責」原理，舉凡被害人非受他人強制；以及對於資訊具備完整認知時，除非刑法另有處罰規定（例如：刑法第 226 條第 3 項，因受強制性交、猥褻而羞憤自殺，行為人須承擔此一結果的責任），則一律中斷對於被害人行為前出現的其他行為之歸責。然而有趣的是，雖然被害人基於認識完整資訊，所為的自發行為能夠阻斷其他行為的結果歸責，但當不作為者對於被害人具有保護義務、或對於被害人使用的危險源有管理責任時，許多學者卻又例外承認能夠成立不真正不作為犯⁶⁹。

相較於此，在本文的觀點下，「被害人自身行為」毋寧是一種介入情事，必須進一步判斷刑法系統能否將發生法益侵害結果的責任，全面交由被害人來承擔（也就是說：行為人或第三人在被害人自身行為前後，所為之任何舉止，均不會成立既遂的正犯責任，不受到被害人不成立犯罪所影響）。仍仰賴於其能否成為判斷危險時的正常介入、以及屬於正常介入時，對於結果的貢獻程度。因此，被害人行為時是否受到其他人的強制、或是否基於不完整的資訊，充其量是判斷是正常或異常的介入、以及貢獻程度的標準之一。

簡單來說，確實當被害人的行為出自於他自身的自由意志、且對於客觀事態的認識並沒有受到矇騙時，很容易被認定是「異常」的介入，進而影響危險性的判斷；至於被害人行為前的其他人行為，雖然也能夠被納入因果流程中，但最多僅能夠成立共同犯罪。不過上述的邏輯也並非必然，例如在先前的「毒包裹案」中，若是郵差乙偶然知道包裹內是有毒的食物，卻仍決意完盡工作責任時，幾乎

⁶⁹ 請參考神山敏雄（1994），〈不作為をめぐる共犯論〉，頁 198 以下，東京都：成文堂。

沒有學說會主張乙的行為能夠阻斷寄送者甲的既遂責任。這個結論其實代表著「被害人自我負責」並非結果歸責的特殊中斷事由；而不過是「異常性」與「貢獻程度」判斷的一部分。

是以，若在 B 1 的情況下成立不真正不作為犯，前提是不作為者所產生的現實影響力能夠讓被害人自我危殆的行為，成為「正常」且「貢獻程度低」的介入情事。最顯而易見的案例即屬：不作為者透過自身存在或不積極行動，傳達出錯誤的資訊，導致被害人最終選擇接近危險、或選擇從事將產生危險的行為。像是在颱風天海水浴場的案例中，管理者放任被害人進入的客觀情事應可被解讀成：目前海水浴場並無急迫而不能進入的危險；進而影響被害人的危險判斷。此際，管理者即有可能就被害人死亡的法益侵害結果，成立不真正不作為犯。

第三目 C 1 類型

這一種類型中最常見的例子當屬：不作為者將盆栽懸掛在高樓層的窗戶外（前行行為），事後卻沒有定期檢查掛勾或釘子的鏽蝕狀況（不作為），最終隨著時間的進展，盆栽的重量讓逐漸生鏽的釘子無法承受，進而掉落並造成行人之傷害（法益侵害結果）。

此際，絕大多數的見解均認為，前行行為本身並不成立犯罪行為，因為行為當下並沒有製造出法所不容許的危險⁷⁰；另一方面，在高空中懸掛重物的前行行為，賦予了不作為者定期檢查以維持該重物不會掉落造成他人傷亡的作為義務，進而，依此義務成立不真正不作為犯。

多數見解將檢驗的對象區分成「懸掛盆栽（作為）」以及事後的「不檢查不或維護」（不作為），這毋寧是透過規範違反的視角，對於同一行為後續所產生的因果流程，進行評價上的拆解。必須坦承類似的作法，在刑法理論的各個領域均不罕見。例如：於二十世紀初期，大量的交通與工安事故湧入刑事法院，為了

⁷⁰ 例如：黃榮堅（2012），同前揭註 16 書，頁 724。

解決日常生活或職業行為動輒被視為犯罪，導致人民無法正常活動的現象，學者與實務家開始切割「普通的開車行為」與「違反注意義務的開車行為」，並給予兩種行為相異的可罰性判斷。而這種將「義務違反」視為過失犯本質的見解，也逐漸在刑法理論中獲得普遍的認可⁷¹。

然而，仔細思考即可發現，在高樓的窗戶外利用掛勾或釘子懸掛重物的行為本身，與因為長期放置而導致鏽蝕，最終掉落地上的自然現象間，不僅能夠符合科學實證檢驗下的合法則性，更能說是正常的發展流程。因此，在歸責判斷時，理應由孕含著結果發生危險的前行行為，承擔起所有的結果責任；而非否定前行行為的可罰性後，始憑空設想出違反義務的不作為。

以結論來說，本文認為在『直接因』是行為人自身的前行行為時，真正應該成為結果歸責對象的，正是該前行行為；多數學說透過區分成不可罰的前行行為與可罰的不作為之作法，則是屬於刑法行為規範化後的理論發展趨勢，為本文所不採。

第四目 D 1 類型

通常對於這一種類型的案件，依照多數學說的見解，能夠進一步透過義務的不同，區分成不作為者對於第三人有「監督義務」、以及不作為者對於被害人具有「保護義務」的兩種態樣⁷²；然而，若單純從客觀面的描繪來觀察，這兩種態樣毋寧是相同的，均為由第三人的行為「直接」造成法益侵害的結果，不作為者充其量只能透過「間接」的方式，對於結果產生一定的影響力。

也因此，遵循上述二階層結果歸責的判斷架構，惟有當不作為產生的影響力具備法益侵害危險性、以及對於結果的貢獻程度凌駕第三人的加害行為時，始有成立不真正不作為犯的可能性。以下，本文擬先稍稍改編日本著名的鐵道口事件（「京踏切事件」）進行說明：

⁷¹ 請參考許恆達（2011a），同前揭註 2 文，頁 716 以下。

⁷² 請參考王皇玉（2014），同前揭註 9 書，頁 512 以下。



<鐵道口事件>

監護者甲放任幼兒乙獨自在鐵軌上玩耍，由於火車駕駛丙在天色昏暗且存在視野死角的雙重影響下，等到發現乙仍停留在鐵道上時，已經來不及煞車閃避，最終乙被行駛的列車輾壓死亡。

於本案中，造成乙死亡的『直接因』很明顯是丙駕駛的列車輾壓過乙之行為，另一方面，案發時之所以會停留在鐵軌上，則是乙自身行為所產生的貢獻；然而，因為幼兒並沒有判斷該地點是否危險的能力，只要監護者沒有傳達出禁止的訊息（單純喝阻或積極抱開），幼兒有很高的可能性都會持續停留在該地點。甚至，監護者將幼兒放置於鐵軌旁邊的舉止，對於幼兒來說，或許都是讓自己在周圍爬行、玩耍的訊息（當然，此時應可成立作為犯）。是以，雖然在因果流程中，監護者甲看起來並沒有任何積極行動，但實際上依照社會經驗法則，其對於乙造成的影響，有著極高的結果貢獻程度；特別是考量到當時的天色以及鐵軌上的視野死角等客觀因素，甲凌駕丙的行為進而成立不真正不作為犯也是不無可能。

然而，當第三人的行為並非是在資訊不完全或意識不自由的前提下進行時，往往屬於因果流程中的高度異常介入；也因此，不作為者無論是對於被害者或第三人所產生的影響，均很難說被認定有法益侵害危險，更無庸論及第二階層的貢獻程度高低。以結論而言，D 1 類型的不作為者，除了極少數外，最多只能依據因果流程中的合法則性該當幫助犯的擴張處罰事由。而下述的兩個案例分別對應到通說的兩種義務違反類型，本文一概否定其成立正犯的可能性：

<放任霸凌案>

學童甲放學時被同學乙跟丙毆打霸凌，剛好三人的級任老師丁經過霸凌的現場，目睹一切的丁卻無意阻止乙跟丙的行為，只是逕自在旁觀看，最終甲被乙丙兩人毆打成傷。

<警察失職案>

警察戊深夜巡邏時，聽見附近公園內傳來尖叫聲，前往後發現是

男子己正拿刀威脅庚女，要求交出皮包。戊雖然現身於己、庚面前，但礙於己孔武有力，害怕自己不但無法將其制伏反而有受傷之虞，遂裝作視而不見離去。

若依照通說見解，丁違反保護特定人甲之義務、戊違反阻止犯罪人己之義務，均有可能成立不真正不作為犯⁷³；然而，以社會經驗法則來看，這兩個案例中，丁跟戊的不作為毋寧都只有增強犯罪者犯罪動機的實質影響力，是以，最多僅能成立幫助犯。

第二款 不作為存在於『直接因』發生效力後

相較於不作為存在於『直接因』發生效力前的類型，無論在因果關係的描繪或歸責判斷上，本款所要討論的案例類型都複雜許多。最主要的原因在於，前者的因果流程中，法益侵害結果的發生，或多或少都能夠透過社會制度的剖析，與特定的不作為產生某種程度的關聯性。然而，當不作為的時間點是在『直接因』已經發生效力（即發生損害結果）後，很明顯地，該不作為成為刑事責任判斷客體的可能性，只剩下對於「損害結果的擴大」產生一定的貢獻程度時。

首先要面對的問題是，既然最終的犯罪結果是「損害結果的擴大」，就代表因果流程中的『直接因』還是繼續發揮作用，如此一來，最應該承擔起結果責任的客體，當屬『直接因』；是以，究竟在什麼樣的條件下，刑法歸責理論可以跳過『直接因』，而要求不過是間接因素的不作為，負起法益侵害擴大的責任？

其次的問題則涉及到本文學習刑法以來，始終未能妥善解答的領域。亦即：退萬步言之，縱令刑法系統能夠將「損害結果的擴大」的責任，歸結予特定的不作為；然而若依照責任原理，以該不作為所成立的正犯，其必須承擔的刑事責任應該被限定在「擴大」的部分，而不宜及於由其他原因所造成，最初的法益侵害

⁷³ 請參考王皇玉（2014），同前揭註9書，頁507以下。

結果。但往往主流學說的判斷結果，會讓不作為者承擔起一整串法益侵害結果的既遂責任⁷⁴。

以下，本文擬先試著舉出實務上常見的延誤送醫的例子，說明與主流學說間的不同，以及可能遇到的問題點。

第一目 結果責任的分級化

<延遲送醫案>

甲跟乙相約登山，途中甲失足從山壁上跌落，造成全身骨折且大量出血。乙雖然在一旁看到甲身受重傷的慘況，但心想只差一小段路就可以完成征服高山的夢想，遂決定等到自己爬到山頂後再求救。最終，甲傷重死亡。經鑑定證明，若乙當時立刻求救，甲雖然仍會截肢，但有很高的存活機率。

若依照多數學說見解，甲乙兩人相約登山的行為屬於「危險共同體」，乙因此具有保證人地位；同時，乙的不呼救與甲死亡的結果間，可透過該鑑定結果符合假設因果流程的判斷，最終，乙成立殺人既遂罪的不真正不作為犯⁷⁵。主流見解立基在「迴避法益受到侵害」的刑法機能，因此，將乙的「不呼救」行為等價於「殺死」甲的行為，並以殺人既遂犯的責任相繩即為無庸置疑的結論。

但深入分析本案的因果流程即會發現：乙從頭到尾均未曾介入，也沒有提供「結果擴大」任何協助的動力。如果乙只是湊巧出現在同一條山路的路人，則根本不會被認定是可能承擔甲死亡責任的客體。兩相對比的結果，隱含多數學說根本不在乎不作為犯中，實存因果關係樣貌為何的事實，更毋庸討論甲死亡的結果是否主要應由『直接因』負責。這是因為對於多數學說而言，歸責的重點在於行為規範的違反，而非現實因果關係中，對於結果的貢獻程度最高的原因⁷⁶。進而，

⁷⁴ 請參考王皇玉（2014），同前揭註9書，頁511；以及神山敏雄（1994），同前揭註69書，頁139以下。

⁷⁵ 請參考林山田（2008），〈刑法通論（下）〉，十版，頁248以下，台北：元照。

⁷⁶ 請參考王皇玉（2014），同前揭註9書，頁521以下。

多數學說也就不會考慮待檢驗的行為，究竟是對於「結果」或「加重結果」產生影響力。

與此相對，站在刑法事後處理機能的立場，除非是共犯的情況，否則一個法益侵害結果，最多只應該由一個行為加以承擔，這也是當初「歸責理論」被提出的主要判斷目的。如此一來，按照行為對於特定結果的貢獻程度，決定行為人應該承擔的責任範圍，自屬自明之理。不過，採取這種見解的論者，也就被迫要去面對「不同階段的結果」可能必須由「不同的行為」負責，此一異常困難的議題。

詳言之，在〈延遲送醫案〉中，甲承受含有死亡危險性的重傷結果，是源自於甲的涉險行為，對於此一結果，甲應自行負起全部的責任；惟有當後續介入情事所產生的危險性，在現實因果流程中，完全凌駕於甲的重傷結果，且導致甲的死亡（例如：對於瀕死的甲，開槍結束其生命），否則在歸責的判斷上，都甚難認定殺人既遂的責任。反觀乙的不求救行為，充其量只能被視為「放任」重傷結果自然擴大成死亡結果；絕非創造出新的危險，且足以取代重傷所隱含既有死亡的危險性。因此，本文認為多數學說在本案例中，讓乙成立殺人既遂罪的不真正不作為犯，實有違反責任原理之虞。

然而，該如何單純讓加重結果本身被行為人承擔，此一問題意識只有我國學者許玉秀在批評危險前行為保證人地位時，以「過失犯的加重結果犯」之型態提出過，可說是從未受到學界的重視⁷⁷。另一方面，本文主要是處理不真正不作為犯的可罰性依據，這部分僅能約略說明自身的初步想法，詳細的說明則留待日後繼續深入研究。

第二目 從客觀共犯論構思解決方案

總結上述，當不作為出現於『直接因』發生效力後，該如何依據不作為的現實影響力，判斷是否讓其承擔「加重結果」的刑事責任，成為最核心的問題。其

⁷⁷ 請參考許玉秀（1997），同前揭註 21 文，頁 419 以下。

中，所面臨最嚴峻的困境，當屬我國刑法並沒有針對單純「加重結果」本身，而設計的責任範圍，因此無法在現有刑法架構下，找到適當的處罰依據。雖然按照目前的學說發展，也不會有面對此一問題的必要性。

然而，從有關「承繼的共同正犯」或「對於加重結果部分所成立的幫助犯」等探討中，可以發現刑法學界並非毫無類似的問題意識；只不過，或許是受限於不真正不作為犯的特殊性，導致不曾將討論的視角延伸至此⁷⁸。具體來說，針對「承繼的共同正犯」，最高法院於一〇二年度第十四次刑庭會議中，曾發表過意見如下：

事中共同正犯（按：即本文所指之承繼的共同正犯）是否亦須對參與前之他共同正犯之行為負擔責任，學理上固有犯罪共同說（肯定）、行為共同說（否定）之爭議，但共同正犯之所以適用「一部行為全部責任」，即在於共同正犯間之「相互利用、補充關係」，若他共同正犯之前行為，對加入之事中共同正犯於構成要件之實現上，具有重要影響力，即他共同正犯與事中共同正犯對於前行為與後行為皆存在相互利用、補充關係，自應對他共同正犯之前行為負責；否則，事中共同正犯對他共同正犯之前行為，既未參與，亦無形成共同行為之決意，即難謂有行為共同之存在，自無須對其參與前之犯罪行為負責。

從決議的文字不難看出，最高法院試圖從「相互利用、補充關係」，此一共同正犯成立要件出發，劃定出承繼的共同正犯所應負責之範疇。亦即：惟有合併觀察承繼共同正犯之行為與其他正犯的前行為，於兩者共同對構成要件的實現具有重要影響力時，方得要求後行為人連帶承擔前行為所造成的責任。這個見解與本文之前所提出的想法可說是不謀而合，一方面透過具體分析因果流程中，不同行為的相互影響與貢獻程度，決定責任的歸屬；同時更傳遞出：對於相異階段的

⁷⁸ 請參考照沼亮介（2005），〈いわゆる承繼の共犯をめぐるわが国の議論〉，收錄於：照沼亮介（著），《体系的共犯論と刑事不法論》，頁 237 以下，東京都：弘文堂。

犯罪結果，依照不同的參與時點及影響力，刑法系統絕對有能力做出更細膩的歸責判斷。

是以，本文進一步認為在不真正不作為犯的領域中，亦能夠透過引入上述最高法院決議的精神，解決不作為出現於『直接因』發生效力後，此一類型的具體歸責判斷。但必須強調的是，在「承繼的共同正犯」之案例中，前行為與後行為均屬犯罪行為，無論是與前行為合併成立共同正犯、抑或是僅針對衍伸之結果要求後行為負擔刑事責任，都仍符合「共犯從屬性」中，主行為必須具備違法性的基本要求；相較於此，在不真正不作為犯的情況下，『直接因』卻經常是自然現象、被害人自我危殆等，無法被認定為犯罪的因素。如此一來，是否還能夠適用同樣的法理，則有待更深入的論述。

第三目 小結

綜上所述，在不作為出現於『直接因』發生效力後的類型中，本文主張不宜依照主流學說的解釋途徑，讓具有保證人地位且符合假設因果流程的不作為者，承擔起結果發生的全部責任；而是必須考量到不作為介入時，『直接因』已經產生第一階段結果，且第二階段結果同樣是由『直接因』的效力所造成，以及不作為本身對於因果流程的影響力等因素，才能在符合責任原理的前提下，做出較合理的責任歸屬判斷。

同時，藉由最高法院有關「承繼的共同正犯」所闡述之見解，可以發現細膩分析因果進程中，不同行為與不同階段結果間，相互影響後所造成實質貢獻程度，進而區隔個別行為所應負擔的結果責任，不但在操作上是可行的；且更是有其必要性的。

但是如果將同樣的邏輯適用於不真正不作為犯的理论時，會面臨到目前刑法理論中的共犯論，普遍仍以「其他行為人的不法」為從屬性的對象；而尚未意識到，現今的刑事案件，往往已非屬單純共犯結構所能解決之態樣，諸如牽扯到

公司結構（股東會決議）、貿易關係（下游廠商的反應能力）、以及消費者自身因素的危險製造物責任，即開始對於現有的刑法理論進行挑戰⁷⁹。然而，若要解決此一問題，則必須更深一層進入共犯理論以及刑法歸責本質的探討，在這邊只能當成是一個對於未來的期望，希望有朝一日能夠成功解決。

第三節 本文之結論

不真正不作為犯的存在，始終被刑法學界認為是對於客觀主義的一種挑戰，也確實，由本文第二章到第四章的討論中，可以發現無論是立法型態、判決傾向以及學說發展等層面，不真正不作為犯的可罰性基礎均不斷趨向於「義務違反犯」的性質。同時，面對不作為因果關係，客觀主義刑法論者始終無法解決由「不作為的虛無性」所帶來的困境，似乎以行為規範解釋不真正不作為犯，是唯一可行的答案。

本文的核心目標則是試圖對於上述的理論傾向進行反思，首先，近代刑法的規範化在 M. Foucault 所提出的權力治理觀點中，不外乎是一種人口控制與市民行動規訓的產物。雖然不可否認，隱藏於規範刑法學背後，「必須保衛社會」的正當性是獲得普遍所肯認的；然而，從「保護法益的空洞化」以及「行為規範的膨脹」等，當代社會可以明確觀察到的現象，能夠看出刑法所應具備「限制國家權力擴張」的首要機能，也相對應被大幅削弱。也因此，無論台灣或日本學界，都有必須重拾「刑法中侵害原理」的聲浪，在近期強烈被主張著，認為唯有透過對於刑法發動時點的限制，才有可能恢復刑法的首要機能。

另一方面，本文更嘗試指摘刑法理論對於因果關係的設想，毋寧是受到十九世紀中期，以實證主義為主的科學典範所影響，導致對於人類行為選擇具有重大

⁷⁹ 請參考許恒達（2011c），〈論瑕疵商品與共同過失責任：以最高法院九十八年臺上字第三一二五號刑事判決及其歷審見解為討論中心〉，《興大法學》，10期，頁1-47；以及山中敬一（2011），〈刑事製造物責任論における作為義務の根拠〉，《関西大学法学論集》，60卷5号，頁999-1071。

意義的「社會溝通效果」或「個人心理層面」層面，長期被學說所忽略，進而，無法發展出足以解釋不作為因果關係的論調。也就是說，現今我們所看到的客觀主義刑法學困境，其實只是長期以來，刑法理論放棄隨著科學發展，不斷更新自己的認定方法；反而選擇投身規範學懷抱的結果。

基於上述的批評，本文亦透過重新梳理因果關係理論，提出不真正不作為犯該如何在「刑法中侵害原理」的要求下，受到合理的解釋。希望藉由這樣的努力，可以證明刑法理論並非只有通往規範理論的單行道，而是具有更多的可能性。當然，這只是一次不太成熟的嘗試，希望能夠在未來的時間點，能夠發展出更完整且一貫的客觀刑法理論。

參考文獻列表



一、中文文獻部分

(一)、專書


- 1、王兆鵬（2010）。〈刑事訴訟講義〉，五版，台北：元照。
- 2、王皇玉（2014），〈刑法總則〉，台北：新學林。
- 3、甘添貴（2001）。〈體系刑法各論：第一卷〉，二版，台北：自刊。
- 4、甘添貴、謝庭晃（2006）。〈捷徑刑法總論〉，二版，台北：瑞興圖書。
- 5、何勤華、夏菲主編（2006）。〈西方刑法史〉，北京：北京大學出版社。
- 6、林山田（2008）。〈刑法通論（下冊）〉，十版，台北：自刊。
- 7、林東茂（2009）。〈刑法綜覽〉，六版，台北：一品文化。
- 8、林鈺雄（2014）。〈新刑法總則〉，四版，台北：元照。
- 9、馬克昌主編（2008）。〈近代西方刑法學說史〉，北京：中國人民公安大學。
- 10、許玉秀（2000）。〈犯罪階層體系及其方法論〉，台北：公益信託春風煦日學術基金。
- 11、陳子平（2008）。〈刑法總論〉，二版，台北：元照。
- 12、陳宏毅（2014）。〈論過失不作為犯〉，台北：元照。
- 13、陳思賢（2004）。〈西洋政治思想史：中世紀篇〉，台北：五南。
- 14、陳思賢（2008）。〈西洋政治思想史：近代英國篇〉，二版，台北：五南。
- 15、陳瑞麟（2010）。〈科學哲學：理論與歷史〉，台北：群學。
- 16、黃振華（2005）。〈論康德哲學〉，台北：時英。
- 17、黃榮堅（2012）。〈基礎刑法學（上）〉，四版，台北：元照。
- 18、黃榮堅（2012）。〈基礎刑法學（下）〉，四版，台北：元照。


- 19、鄭逸哲（2004）。〈刑事法學及其方法（二）：構成要件理論與構成要件適用〉，台北：自刊。
- 20、鍾宏彬（2012）。〈法益理論的憲法基礎〉，台北：公益信託春風煦日學術基金。

（二）、期刊論文或已收錄之論文

- 1、王安異（2009）。〈穿越價值哲學：韋爾策爾（Welzel）的人本刑法思想研究〉，《政大法學評論》，108期，頁1-62。
- 2、江玉林（2002）。〈近代初期國家的塑造，社會的規訓化與憲法史的論述：論萊因哈德「國家權力的歷史」一書中的權力建構過程〉，《月旦法學雜誌》，82期，頁238-247。
- 3、李茂生（2000）。〈資本、資訊與電腦犯罪：另類的回顧與展望〉，收於李茂生（著），《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》，頁169-300，台北：自刊。
- 4、李茂生（2009）。〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁145-153。
- 5、林東茂（2012）。〈不純正不作為犯〉，收於甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁111-132，台北：承法出版文化。
- 6、邱文聰（2008）。〈從勞工職災補償制度的因果認定談治理理性的典範移轉〉，收於邱文聰（編），《2007科技發展與法律規範雙年刊：公衛風險的法律建構》，頁99-142。
- 7、周漾沂（2012）。〈論攻擊型緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁403-453。
- 8、周漾沂（2014）。〈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，頁209-269。

- 9、周漾沂（2014）。〈刑法上作為與不作為之區分〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現狀與難題》。國立成功大學社會科學院法律系等（主辦），台南。
- 10、周漾沂（2014）。〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43卷4期，頁1469-1532。
- 11、洪福增（1976）。〈第二次大戰後德日兩國設立不純正不作為犯規定之梗概〉，《刑事法雜誌》，20卷5期，頁4-17。
- 12、洪鑣德（2001）。〈結構—功能論的法律社會學：帕森斯法律觀的析評〉，《國家發展研究》，1卷1期，頁147-189。
- 13、高金桂（2012）。〈不作為犯與保證人義務〉，《軍法專刊》，58卷5期，頁146-167。
- 14、徐育安（2014）。〈刑法上的因果關係與歸責：以不純正不作為犯為核心〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》。國立成功大學社會科學院法律系等（主辦），台南。
- 15、許玉秀（1997）。〈檢驗客觀歸責的理論基礎：客觀歸責理論是什麼？〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁219-280，台北：自刊。
- 16、許玉秀（1997）。〈最高法院七十八年台上字第三六九三號判決的再檢討：前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁281-324，台北：自刊。
- 17、許玉秀（1997）。〈論西德刑法上保證人地位之實質化運動〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁325-378，台北：自刊。
- 18、許玉秀（1997）。〈前行為保證人類型的生存權？與加重結果犯的比較〉，收錄於：許玉秀（著），《主觀與客觀之間》，頁379-442，台北：自刊。
- 19、許玉秀（1998）。〈保證人地位的法理基礎：危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？〉，《刑事法雜誌》，42卷2期，頁31-78。

- 
- 20、許恒達(2008)。〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20卷2期，頁97-138。
- 21、許恒達(2010)。〈行為非價與結果非價：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期，頁215-300。
- 22、許恒達(2011)。〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，40卷2期，頁716 以下。
- 23、許恒達(2011)。〈論瑕疵商品與共同過失責任：以最高法院98年台上字第3125號刑事判決及其歷審見解為討論中心〉，《興大法學》，10期，頁1-47。
- 24、許恒達(2011)。〈刑法法益概念的茁壯與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期，頁134-151。
- 25、許恒達(2011)。〈重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心〉，《台大法學論叢》，40卷4期，頁2397-2473。
- 26、許恒達(2013)。〈再訪行為理論〉，《成大法學》，26期，頁1-58。
- 27、陳志輝(2012)。〈身分犯之正犯的認定〉，《政大法學評論》，130期，頁331-417。
- 28、陳志輝(2014)。〈刑法保證人地位法理根據之分析〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》。國立成功大學社會科學院法律系等(主辦)，台南。
- 29、陳秀鳳(2009)。〈卡佩王朝建立時期封建領主之形成〉，《臺灣師大歷史學報》，42期，頁327-366。
- 30、陳惠馨(2011)。〈《1813年刑法典》：十九世紀德國現代《刑法典》典範〉，《法制史研究》，20期，頁161-188。
- 31、陳瑞麟(2014)。〈掙脫鳥籠：反思臺灣公共衛生議題裡的因果關係〉，《中研院法學期刊》，15期，頁283-329。

- 
- 3 2、 黃榮堅（1999）。〈財產犯罪與持有關係〉，《台灣本土法學》，5期，頁140-145。
- 3 3、 楊建華（1977）。〈不純正不作為犯、結果加重犯在立法例上與德日等國的比較〉，《軍法專刊》，32卷6期，頁2-16。
- 3 4、 鄭逸哲（1997）。〈德國刑法學者與納粹主義〉，收錄於：刑事法學會（編），《現代刑事法與刑事責任：蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，頁783-804，台北：新學林。
- 3 5、 鄭逸哲、李昭慶（2011）。〈不純正不作為構成要件的因果關係判斷標準與其操作難題：評析台灣高等法院台南分院99年重醫上更（一）字第114號判決〉，《法令月刊》，62卷2期，頁20-35。
- 3 6、 蔡聖偉（2008）。〈評2005年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，收錄於：蔡聖偉（著），《刑法問題研究（一）》，頁80-136，台北：元照。
- 3 7、 蔡聖偉（2013）。〈德國犯罪理論演進簡史〉，收錄於：蔡聖偉（著），《刑法問題研究（二）》，頁1-26，台北：元照。
- 3 8、 謝煜偉（2007）。〈條件理論與因果判斷〉，《月旦法學雜誌》，146期，頁73-95。
- 3 9、 謝煜偉（2013）。〈簡評近來有關死刑案件之最高法院判決〉，《全國律師月刊》，2013年7月號，頁5-21。
- 4 0、 謝煜偉（2014）。〈從因果論角度重新建構不作為犯論的可能性及其界限〉，發表於：《第五屆兩岸刑事法論壇：不作為犯的現況與難題》。國立成功大學社會科學院法律系等（主辦），台南。
- 4 1、 顏厥安（1998）。〈再訪法實證主義〉，收錄於：顏厥安（著），《法與實踐理性》，頁235-335，台北：允晨文化。
- 4 2、 蘇俊雄（1966）。〈新康德學派價值論哲學對於近代犯罪理論之影響〉，《刑事法雜誌》，10卷4期，頁45-59。

- 43、蘇俊雄（1968）。〈德國法學大師梅芝格對於刑事法學的貢獻〉，《刑事法雜誌》，12卷2期，頁11-20。




（三）、學位論文部分

- 1、許玉秀（1980）。《不純正不作為犯之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
- 2、張桐嘉（2008）。《論霍布斯的主權概念》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
- 3、陳俊宇（2012）。《馬基維利與霍布斯政治哲學中的人性論與政治實踐》，私立東吳大學政治學研究所碩士論文（未出版），台北。
- 4、黃宗旻（2012）。《幫助行為成立之研究：以行為類型論為中心》，國立臺灣大學法律學研究所博士班論文（未出版），台北。
- 5、葉志飛（2002）。《刑事訴訟自由心證主義之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。

二、中文翻譯文獻部分

（一）、專書

- 1、C. Beccaria（著），李茂生（譯）（1992）。〈犯罪與刑罰〉，台北：協志工業出版。
- 2、J. Bronoeski、B. Mazlish（著），賈士衡（譯）（1996）。〈西方思想史〉，台北：國立編譯館。
- 3、J. Feinberg（著），方泉（譯）（2013）。〈刑法的道德界線（第一卷）：對他人的損害〉，北京：商務印書館。
- 4、M. Foucault（著），尚衡（譯）（1990）。性意識史第一卷：導論，台北：桂冠。

- 
- 5、M. Foucault (著)，錢翰 (譯) (2010)。〈必須保衛社會：法蘭西學院演講系列1976〉，二版，上海：人民出版社。
- 6、M. Foucault (著)，錢翰、陳曉徑 (譯) (2010)。〈安全、領土與人口：法蘭西學院演講系列1977-1978〉，二版，上海：人民出版社。
- 7、M. Foucault (著)，莫偉民、趙偉 (譯) (2011)，〈生命政治的誕生：法蘭西學院演講系列1978-1979〉，上海：人民出版社。
- 8、O. Höffe (著)，龐學銓、李張林 (譯) (2014)。〈政治的正義性〉，上海：上海譯文。
- 9、D. Jary、J. Jary (著)，周業謙、周光淦 (譯) (2005)。〈社會學辭典〉，台北：貓頭鷹出版社。
- 10、D. Martuccelli (著)，姜志輝 (譯) (2007)。〈現代性社會學：二十世紀的歷程〉，上海：上海譯文出版社。
- 11、J. S. Mill (著)，程崇華 (譯) (1986)。〈論自由〉，台北：唐山。
- 12、H. Tucker (著)，陳榮彬 (譯) (2014)。〈血之秘史：科學革命時代的醫學與謀殺故事〉，台北：網路與書出版。
- 13、川端博 (著)，余振華 (譯) (2008)。〈刑法總論：集中講義〉，台北：元照。
- 14、西田典之 (著)，王昭武、劉明祥 (譯) (2012)。〈日本刑法總論〉，台北：元照。

(二)、論文

- 1、B. Schünemann (著)，陳志輝 (譯) (2003)，〈德國不作為犯學理的現況 (下)〉，《軍法專刊》，49卷6期，頁1-19。
- 2、井田良 (著)，黃士軒 (譯) (2014)，〈關於日本過失犯論之現況〉，《月旦法學雜誌》，235期，頁283-295。

- 3、中山敬一（著），周慶東（譯）（2012）。〈現代社會中的事故與過失犯〉，
《東海大學法學研究》，38期，頁1-32。



三、日文文獻部分

（一）、專書

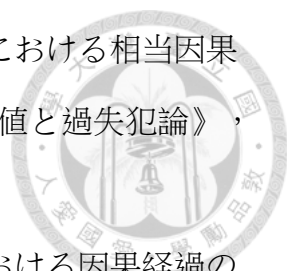
- 1、生田勝義（2002）。〈行為原理と刑事違法論〉，東京都：信山社。
- 2、井田良（2008）。〈講義刑法学：総論〉，東京都：有斐閣。
- 3、梅崎進哉（2001）。〈刑法における因果論と侵害原理〉，東京都：成文堂。
- 4、岡本勝（2000）。〈犯罪論と刑法思想〉，東京都：信山社。
- 5、甲斐克則（2005）。〈責任原理と過失犯論〉，東京都：成文堂。
- 6、神山敏雄（1994）。〈不作為をめぐる共犯論〉，頁東京都：成文堂
- 7、佐藤直樹（1989）。〈共同幻想としての刑法〉，東京都：白順社。
- 8、謝煜偉（2012）。〈抽象的危険犯の新展開〉，東京都：弘文堂。
- 9、高山守（2010）。〈因果論の超克：自由の成立にむけて〉，東京都：東京
大学出版会。
- 10、照沼亮介（2005）。〈体系的共犯論と刑事不法論〉，東京都：弘文堂。
- 11、仲正昌樹（2013）。〈《法と自由》講義：憲法の基本を理解するた
めに〉，東京都：作品社。
- 12、仲正昌樹（2013）。〈カール・シュミット入門講義〉，東京都：作品
社。
- 13、橋本正博（2000）。〈「行為支配論」と正犯理論〉，東京都：有斐閣。
- 14、日高義博（1983）。〈不真正不作為犯の理論〉，二版，東京都：慶応
通信。
- 15、平野泰樹（2002）。〈近代フランス刑事法における自由と安全の史的
展開〉，

東京都：現代人文社。


- 16、平山幹子（2005）。〈不作為犯と正犯原理〉，東京都：成文堂。
- 17、林陽一（2000）。〈刑法における因果関係理論〉，東京都：成文堂。
- 18、福田平（1999）。〈目的的行為論と犯罪理論（復刊版）〉，東京都：有斐閣。
- 19、古川伸彦（2007）。〈刑事過失論序説：過失犯における注意義務の内容〉，東京都：成文堂。
- 20、堀内捷三（1978）。〈不作為犯論：作為義務論の再構成〉，東京都：青林書院新社。
- 21、松宮孝明（2003）。〈刑事立法と犯罪体系〉，京都府：立命館大学。
- 22、南充彦（2007）。〈中世君主制から近代国家理性へ〉，東京都：成文堂。
- 23、山中敬一（1984）。〈刑法における因果関係と帰属〉，東京都：成文堂。
- 24、山中敬一（2010）。〈犯罪論の機能と構造〉，東京都：成文堂。
- 25、山本雅子（2007）。〈実質的犯罪論の考察〉，東京都：成文堂。

（二）、期刊論文或已収録之論文

- 1、荒川雅行（1986）。〈刑事過失犯論の現代的課題（二）：その違法阻却論を中心として〉，《法と政治》，37卷3號，頁1-21。
- 2、飯島暢（2007）。〈最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開〉，《香川法学》，26卷3、4期，頁331-379。
- 3、井上宜裕（2009）。〈不真正不作為犯と罪刑法定主義〉，《立命館法学》，327、328號，頁1525-1545。

- 
- 4、井上祐司（1973）。〈介在事情と判断基底の問題：刑法における相当因果関係説の検討〉，収録於：井上祐司（著），《行為無価値と過失犯論》，頁165-234，東京都：成文堂。
 - 5、井上祐司（1984）。〈行為後の事情と相当性説：刑法における因果経過の相当性について〉，《九州大学法政研究》，51巻1号，頁1-34。
 - 6、今上益男（1967）。〈構成要件該当性と違法性：不作為犯を一例とする構成要件論批判〉，《東洋法学》，11巻2、3期，頁95-126。
 - 7、梅崎進哉（2010）。〈行為後の介入事情と因果関係の認定〉，収録於：川端博、椎橋隆幸、甲斐克則（編），《立石二六先生古希祝賀論文集》，頁91-111，東京都：成文堂。
 - 8、内田文昭（2007）。〈法益侵害と行為無価値の諸問題〉，《神奈川法学》，40巻3號，頁744-829。
 - 9、岡野光雄（1965）。〈メッガーの因果関係論〉，《早稲田法学会誌》，15巻，頁33-66。
 - 10、 神山敏雄（1964）。〈不真正不作為犯論の批判的考察（一）〉，《沖大論叢》，5巻1期，頁29-72。
 - 11、 神山敏雄（1965）。〈不真正不作為犯論の批判的考察（二）〉，《沖大論叢》，5巻2期，頁57-91。
 - 12、 神山敏雄（1966）。〈不真正不作為犯論の批判的考察（三）〉，《沖大論叢》，6巻2期，頁43-63。
 - 13、 金裕根（2012）。〈危険社会における客観的帰属上の問題点〉，《ノモス》，30號，頁47-62。
 - 14、 佐伯仁志（1996）。〈保障人的地位の発生根拠について〉，収録於：内藤謙、西田典之、芝原邦爾（編），《刑事法学の課題と展望：香川達夫博士古稀祝賀》，頁95-119，東京都：成文堂。

- 15、 酒井安行（1998）。〈不真正不作為犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界〉，収録於：西原春夫先生古希祝賀論文編集委員会（編），《西原春夫先生古希祝賀論文集：第一巻》，頁133-157，東京都：成文堂。
- 16、 齋藤信宰（2006）。〈目的的行為論と過失犯〉，《大東ロージャーナル》，2期，頁3-23。
- 17、 鎮目征樹（1999）。〈刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開〉，《本郷法政紀要》，8巻，頁343-381。
- 18、 島田聡一郎（2003）。〈不作為による共犯について（一）〉，《立教法学》，64号，頁1-79。
- 19、 島田聡一郎（2003）。〈不作為による共犯について（二・完）〉，《立教法学》，64期，頁1-79。
- 20、 杉本一敏（2001）。〈相当因果関係と結果回避可能性（一）〉，《早稲田大学大学院法研論集》，97巻，頁276-251。
- 21、 杉本一敏（2002）。〈相当因果関係と結果回避可能性（三）〉，《早稲田大学大学院法研論集》，103號，頁362-337。
- 22、 杉本一敏（2004）。〈規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（上）〉，《比較法学》，37巻2期，頁159-190。
- 23、 十河太朗（2005）。〈不真正不作為犯の実行行為性について〉，《同志社法学》，56巻6號，頁707-740。
- 24、 高山佳奈子（2008）。〈「実行行為」概念の問題性〉，《京都大学法学論集》，162巻1-6號，頁204-217。
- 25、 高山佳奈子（2012）。〈複数行為による事故の正犯性〉，収録於：井上正仁、酒巻匡（編），《三井誠先生古稀祝賀論文集：現在刑事法学の到達点》，頁179-203，東京都：有斐閣。
- 26、 竹村和也（1999）。〈救助義務と悪しきサマリア人の法〉，《同志社法學》，51巻3期，頁52-93。

- 
- 27、 田中久智（1965）。〈規範的構成要件要素の研究〉，《法政研究》，31巻5、6期，頁417-598。
- 28、 内藤謙（1967）。〈立法問題としての不真正不作為犯（二）：日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開を中心として〉，《判例タイムズ》，18巻13號，頁10-14。
- 29、 内藤謙（1968）。〈立法問題としての不真正不作為犯（三）：日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開を中心として〉，《判例タイムズ》，19期2巻，頁26-31。
- 30、 仲道祐樹（2013）。〈実行行為概念の思考方式とその限界〉，収録於：仲道祐樹（著），《行為概念の再定位：犯罪論における行為特定の理論》，頁11-54，東京都：成文堂。
- 31、 仲道祐樹（2013）。〈行為概念と回避可能性の関係〉，収録於：仲道祐樹（著），《行為概念の再定位：犯罪論における行為特定の理論》，頁94-160，東京：成文堂。
- 32、 名和鉄郎（1971）。〈ドイツ不作為犯論史（Ⅰ）：方法論的問題に関連して〉，《静岡大学法経研究》，21巻3期，頁17-63。
- 33、 名和鉄郎（1973）。〈ドイツ不作為論史（Ⅱ）：方法論的問題に関連して〉，《静岡大学法経研究》，22巻1號，頁27-54。
- 34、 名和鉄郎（1974）。〈ドイツ不作為犯論史（Ⅲ）：方法論的問題に関連して〉，《静岡大学法経研究》，22巻3期，頁59-102。
- 35、 名和鉄郎（1977）。〈ドイツ不作為犯論史（Ⅳ）：方法論的問題に関連して〉，《静岡大学法経研究》，25巻3、4期，頁203-268。
- 36、 名和鉄郎（1988）。〈不作為犯論の歴史と現代的課題：ドイツと日本の不作為犯論を総括するために〉，《名古屋大学法政論集》，123期，頁85-204。

- 37、西田典之（1988）。〈不作為犯論〉，收錄於：芝原邦爾、堀内捷三、町野朔、西田典之（編），《刑法理論の現代的展開：総論1》，頁73-124，東京都：日本評論社。
- 38、西原春夫（1965）。〈構成要件の価値的性格：犯罪論における定型的思考の限界（2）〉，《早稲田法学》，41卷1號，頁161-194。
- 39、荻野貴史（2014）。〈不真正不作為犯における構成要件的同価値性の要件について（1）〉，《名古屋学院大学論集：社会科学篇》，50卷3號，頁77-98。
- 40、花井哲也（1977）。〈過失責任の問題としての許された危険：社会科学篇〉，《千葉敬愛経済大学研究論集》，13期，頁23-42。
- 41、濱本千恵子（2007）。〈事実関連としての条件関係（2・完）〉，《広島法学》，30卷4期，頁51-77。
- 42、林幹人（1995）。〈共犯の因果性：心理的因果性を中心として〉，收錄於：林幹人（著），《刑法の基礎理論》，頁159-213，東京都：東京大学出版会。
- 43、日高義博（1977）。〈不真正不作為犯の法規化について〉，收錄於：専修大学法学研究所（編），《刑事法の諸問題（I）：専修大学法学研究所紀要（3）》，頁129-183，東京都：専修大学法学研究所。
- 44、福永俊輔（2014）。〈因果関係の認定〉，《西南学院大学法学論集》，47卷1號，頁61-94。
- 45、前嶋匠（2004）。〈企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係（一）：因果関係と共同正犯・共同教唆〉，《関西大学法学論集》，54卷4期，頁706-760。
- 46、町野朔（1969）。〈条件関係論〉，《上智法学論集》，12卷2、3期，頁1-60。

- 
- 47、松宮孝明(2003)。〈不作為犯と因果關係〉，收錄於：松宮孝明(著)，
《刑事立法と犯罪体系》，頁103-114，東京都：成文堂。
- 48、森川恭剛(2012)。〈不作為犯の離接的因果關係〉，《琉大法学》，
88號，頁1-23。
- 49、山中敬一(2006)。〈中立的行為による幫助の可罰性〉，《関西大学
法学論集》，56卷1期，頁34-134。
- 50、山本紘之(2010)。〈構成要件論の機能について〉，收錄於：川端博、
椎橋隆幸、甲斐克則(編)，《立石二六先生古稀祝賀論文集》，頁51-72，
東京都：成文堂。
- 51、吉岡一男(2006)。〈結果の帰属と因果關係〉，收錄於吉岡一男(著)，
《因果關係と刑事責任》，頁28-50，東京都：成文堂。
- 52、吉田敏雄(2006)。〈過失犯の構造(二)：社会論理的犯罪概念から
見た過失犯の犯罪論体系〉，《北海学園大学学園論集》，42卷1期，頁101-
115。
- 53、Klaus Hoffmann-Holland、Matthias Simonis(著)、滝沢誠(譯)(2012)。
〈近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アルゼルム・フォイエエルバッハ
過去と今日の刑法上の諸原則〉，《日本法學》，77卷4期，頁1-24。

五、網路資源部分

- 1、李茂生(2012)，〈刑法總則講義〉，瀏覽網址：
http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_educu=main&site_id=0&show_folder=24，最後瀏覽日：2016/07/01