國立臺灣大學法律學院法律學研究所

博士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Doctoral Thesis

幫助行為成立之研究—以行為類型論為核心

A Research on the Requisites of Aiding Accessory's Conduct: From the View of "Type Theory"

黃宗旻

Tzung-min Huang

指導教授：李茂生博士

Advisor: Mau-sheng Lee, Ph.D.

中華民國 102 年 2 月

February 2013

謝辭

這本論文的完成，需要感謝很多人。首先是指導教授李茂生老師。老師的學養豐厚不需要我多言，但最可貴的是，他不是講一套作一套的人，在多年跟隨老師學習及相處的過程中，感受到他確實親身實踐在少事法方面的主張：信任、不隨便干涉，不斷提供刺激與協助，撐出一個空間讓學生有機會反省及成長。就如尼采所說的，他不是要人找到他，而是找到自己。也許我的表現無法向人證明他是一個很好的老師，但我心中明白他的指導已幫助我達到個人所能達到的最大的進步，他的主張是對的。

另外，也要感謝黃榮堅老師、柯耀程老師、曾淑瑜老師、李聖傑老師四位口試委員，我的論文讓他們相當費心。很謝謝他們每位都悉心閱讀了口試本，並於口試當中提出許多寶貴的建議，幫助這本論文更加完善，對於他們懇切的心意，筆者實在感銘在心。而其中黃榮堅老師、李聖傑老師對於論文初稿提供了中肯的意見，指出許多思考上的盲點，筆者也非常感激，這些問題也許在論文中仍未得到妥善的解決，但筆者會謹記在心，待日後有機會繼續處理。

感謝在多年的博士班求學階段及論文寫作過程中一路包容、扶持的家人及摯友，你們是我迷惘脆弱之際的依靠。也謝謝系上的同儕，不論是討論課業、共事、還是教學相長，都讓我不寂寞且獲益良多。

撰寫這本論文，與多年前撰寫碩士論文時的感覺完全不同：碩論那時是實體內容的部分早早就收工了，留下許多時間字斟句酌，連排版都力求精美；至於這次，則是始終感到有太多東西講不完，越想越覺得處處是問題，怎麼修改都還在繼續增補論述，越補越多，以致於最後匆匆忙忙，沒有足夠的餘裕好好編排、讓它呈現得更清晰，實在是對讀者感到很抱歉。而「學而不思則罔，思而不學則殆」這句話也真是將作研究的兩難描述得太傳神了，資料的閱讀、吸收（=學）與消化、構思（=思），兩種活動在研究過程中不斷交替，什麼時候該停下來想、什麼時候又該去多看些資料，這樣的問題也令筆者困擾多年。這本論文的完成是帶狀研究進程中的一個截點，進展到的階段是「思」多於「學」，故許多地方還顯得粗糙率斷，如果可以的話，這個研究是需要繼續作下去的，論文本身還會繼續修改，讀者若有興趣，很歡迎來信討論 d93a21001@ntu.edu.tw。而若有機會以此作爲生涯的出發點，日後諸多研究的問題意識也都會在這本論文當中找到線索。

黃宗旻

2013 年 2 月

說明：

1. 每一章的註釋編號均重新起算。

2. 本文另有更詳細的摘要，論述方面可參第七章第一節「前文摘要」，幫助行為的判斷架構方面可參第七章第二節「幫助行為的判斷流程」。

論文摘要

刑法上的犯罪行爲判斷，主要不是人民什麼該做、什麼不該做的問題，而是國家對什麼樣品質的行爲可以動用刑罰來回應，也就是國家該怎麼做的問題。國家必須計算成本效益來決定自身行爲的尺度，有鑑於刑罰的功能主要在於穩定公眾的心理，實際的法益保護效果其實很薄弱，而成本卻很高昂，發動刑罰所犧牲的各種價值理念也算是一種公共成本，故釋義學站在國家司法機關的立場來設計犯罪判斷的要件時，也應朝如何提升效益（確保法益保護功效）、降低成本（只能維護價值理念，至於其他種類的成本則已無法避免）來思考。

依照上述想法，本文針對幫助犯構成要件中的「行爲」要素，設計了一套詳細的判斷流程，由行爲的法益侵害性、刑罰預測可能性、及類型化特徵等三種面向交錯構成，分別表彰來自刑罰正當化原理、民主國原理、罪刑法定原則（法治國原理）的要求。

首先，在進入條文所述的幫助行爲特徵判斷以前，須先從刑法外部的憲政觀點，確保行爲具有適合作爲刑法內部觀點的犯罪判斷對象的品質。這種前類型的限制，是行爲在尚未分化、確定屬於哪一種參與類型之前，就都應要求具備的客觀特性。其中，「法益侵害傾向」指的是行爲對於特定結果所發揮的影響，在一般生活經驗中會被辨認爲是帶有因果作用的，而非只是一個中性、科學上的條件，行爲如果欠缺這樣的特性，其實應根本不會被吾人注意到。至於「一般之刑罰預測可能性」，指的是一般沒有讀過條文的人，若站在行爲人的立場，大致上都能夠辨識出自己的行爲具有作爲犯罪而可能遭到刑罰的意義，如果行爲的法益侵害傾向不是很顯著，又已遵守了穩固、值得信賴的規範，一般人在做的時候都很容易感到置身事外而無法聯想到伴隨刑罰效果，國家便不能對這樣的行爲發動刑罰。

其次，一般人對於犯罪意義的辨識，若是經過條文語言的過濾，便轉化爲文義解釋的問題。依吾人實際上的語言使用經驗，影響太過遙遠、只鼓舞精神而無實質內容、或引起反效果等類的協助行爲，一般人說話時都不會用「幫助」一語來稱之；而如果仔細分析現行幫助犯條文的敘述方式，可發現還要求幫助行爲與作爲標的的正犯實行行

爲之間緊密聯繫，必須直接幫在實行行爲上。若是不符合幫助犯條文文義中所呈顯出的特徵要求的行爲，當一個讀過條文的一般人站在行爲人的立場，按照社會上一般的語言使用習慣來理解時，可能也都無法覺得自己的行爲是刑法上的幫助行爲。由於幫助行爲會隨著它的標的浮動，討論幫助行爲恆須以先確認哪個是作爲其標的的實行行爲爲前提，故許多時候判斷上的困難其實是來自對實行行爲的解釋，而不是幫助行爲的解釋本身。

再者，幫助行爲本身對於法益侵害結果之發生即能提供因果作用，只是這個作用是以透過正犯實行行爲的方式抵達最終結果，展現在對於正犯實行行爲法益侵害性之增益上。幫助行爲的類型化法益侵害性的內容，是由直接性、有用性、法益關連性三個必要特徵所構成，判斷時與前類型的法益侵害傾向一樣，必須使用分析的方法，而無法像前類型的一般刑罰預測可能性或文義解釋一樣直接帶入行爲人的立場來判斷。

本文所研究的幫助犯，屬共犯論（犯罪參與論）各論的課題。刑法學的發展向來以正犯論爲主軸，對於共犯論的研究也以總論爲主，共犯各論是尚未被好好開發的研究領域，必須從正犯論的既有成就中汲取資源。但在共犯論中，也存在許多正犯論未曾思及的獨特問題需要處理，這些問題也許並非正犯論不會面臨，只是被忽略了而已，透過共犯論的研究將它們突顯出來，也許也可刺激正犯論的思考，有助於使刑法學的整體內容更加完備。

關鍵詞：幫助犯、幫助行爲、行爲類型論、廣義實行行爲性、共犯論各論、犯罪參與論各論

Abstract

The "aiding accessory" is one kind of accomplice in the criminal law. Each kind of accomplice has its own typical features of offense. Every conduct which belongs to certain category must can be identified the typical features in it, and so deserves the punishment. This research is to analysis the indispensable typical features of aiding accessory offense.

keywords: aiding accessory, accomplice

幫助行為成立之研究—以行為類型論為核心

目次

謝辭.....Ⅰ
論文摘要.....Ⅲ
目次.....Ⅴ

第一章 緒論.....1
第一節 問題意識.....1
第一項 實務運作的問題.....1
第一款 雙重的處罰升級.....1
第二款 輕視客觀要素.....2
第二項 從共犯類型論切入解決劃界問題的嘗試.....2
第一款 問題可能如何解決.....2
第二款 鞏固幫助行為的邊界以調配內外側界線.....5
第三項 既有學說的不足.....8
第二節 研究方法：行為類型論.....12
第一項 理論脈絡.....12
第一款 構成要件論的兩條發展路線：法律適用論與犯罪實體論.....12
第二款 法律適用論具優先性.....13
第三款 重回法律適用論.....14
第一目 對判斷標準的需求：合法、合理、穩定.....14
第二目 理論構成應顧慮國家的角色.....14
第二項 內容及方法上特色.....15
第一款 各學說取徑處理劃界問題之效能比較.....15
第二款 行為定型與其機能.....17
第三項 發展源流.....19
第一款 Beling 構成要件論與類型論之關係.....19
第二款 實行行為論的承繼與興衰.....21
第一目 實行行為論在日本的發展.....21
第二目 實行行為概念仍具有無可替代的地位.....23
第三節 研究範疇.....25
第四節 本文架構及用語說明.....27
第一項 本文架構.....27
第二項 用語及概念說明.....28

第二章 幫助行為的處罰正當性.....31
第一節 對於刑罰制度的思考.....31

第一項 刑罰對於法益保護的功效甚微.....31
第二項 刑罰制度為何必然存在.....32
第一款 刑罰與社會.....32
第二款 刑罰與國家.....33
第三項 集體不思考(thoughtlessness)的弊害—「平庸之惡」的效應.....35
第四項 國家應當自我反省.....37
第五項 刑事司法部門應扮演的角色.....39
第一款 緊縮刑罰的使用.....39
第二款 示範對於事件的思考及回應方式.....40
第一目 重視問題的解決.....40
第二目 對犯罪者的關照.....41
第三目 刑事司法部門的示範亦有助於預防犯罪.....42
第二節 刑罰如何正當化.....43
第一項 必須以法益保護為目的.....43
第二項 刑罰如何保護法益.....45
第一款 透過威嚇？.....45
第二款 透過對法益保護規範的確證.....46
第三款 透過穩固規範秩序本身.....47
第三項 以比例原則檢驗國家行為的合憲性.....49
第四項 司法機關應作合憲性解釋.....50
第三節 對幫助犯規定的比例原則檢驗.....52
第一項 目的正當性與手段適合性.....52
第二項 手段必要性.....52
第一款 對正犯的處罰是否已足替代.....52
第一目 無限上綱的功效追求.....52
第二目 幫助犯規定是讓公眾安心的妥協產物.....53
第二款 是否具必要性難以一概而論.....54
第三項 限制妥當性（狹義比例性）.....56
第一款 特定時空下的價值衡量.....56
第二款 設置處罰規定的成本.....56
第三款 處罰幫助行為的成本分析.....57
第四項 小結：有違憲疑慮而需靠合憲性解釋補救.....58
第四節 釋義學關於幫助行為判斷要件的設計方針.....58
第一項 確保效益及降低成本.....58
第二項 由類型論、法益侵害性、預測可能性原理三者交織出判斷架構....59
第一款 法益侵害性為核心，以類型性特徵賦形.....59
第二款 預測可能性原理構成外框限制.....60

第三章 幫助行為的前類型性限制.....63
第一節 概說.....63
第一項 「行為」概念的目的論性格.....63
第一款 「行為」與法律適用論的關係.....63
第二款 從行為論到構成要件論.....64
第二項 憲政觀點對犯罪判斷對象的限制.....65
第一款 來自刑法外部觀點的要求.....65
第二款 不應進入類型性特徵判斷的行為.....66
第三項 判斷標準的選擇.....67
第一款 分析與直觀.....67
第二款 無關乎一般人或行為人對事實的認識.....67
第四項 對於限制幫助犯之成立較具實益.....68
第二節 前類型的法益侵害性.....69
第一項 法益侵害傾向的意義.....69
第一款 社會對行為因果意義的共識.....69
第二款 未經語言過濾的行為因果力評價.....71
第三款 實務上劃定偵辦範圍的標準.....72
第二項 以生活經驗為根據.....73
第三項 判斷方式.....74
第一款 透過類比以維持與判斷日常事務相同的標準.....74
第二款 透過排序以找出行為的定位.....75
第三節 前類型的刑罰預測可能性.....76
第一項 一般之刑罰預測可能性的意義.....76
第一款 國家所設定的規範認識能力標準.....76
第二款 未經語言過濾的犯罪意義認知.....77
第二項 一般之刑罰預測可能性的理論定位.....79
第一款 屬主觀違法性意識可能性所對應到的客觀事實.....79
第二款 無法置於違法性判斷中處理.....80
第三項 判斷方式.....81
第一款 影響刑罰預測可能性的因素.....81
第一目 行為的法益侵害性高低.....82
第二目 行為是否合乎刑法以外的其他規範.....83
第二款 假設為一般人立於行為人的立場.....84
第三款 輔助判準.....85

第四章 幫助行為的形式要求──條文的文義.....87
第一節 法治國原則下的人民預測可能性之保護.....87
第一項 立法行為與人民之預測可能性.....87

第一款 法定性、明確性、適正性是不同層次的要求.....87
第二款 法律文字明確性之要求.....88
第三款 法律內容的預測可能性.....89
第二項 司法對人民預測可能性之保護.....90
第一款 若立法合憲：信賴保護.....90
第一目 依一般人的理解來確定文義內涵.....90
第二目 排除欠缺刑罰預測可能性之行為.....92
第二款 若立法違憲：合憲性解釋.....92
第一目 條文文字欠缺明確性.....93
第二目 條文文字明確，但內容欠缺預測可能性.....93
第二節 幫助犯規定是否具備法律明確性.....95
第一項 判斷方法.....95
第一款 大法官會議提出的明確性判準.....95
第二款 對「一般人」而言的明確.....97
第二項 現行幫助犯條文的明確性檢討.....98
第一款 「幫助」一語的日常用法.....98
第二款 幫助的標的.....99
第三款 與舊條文的規定方式比較.....100
第四款 小結：隨正犯實行行為浮動的明確性.....101
第三節 現行幫助犯規定之解釋.....103
第一項 幫助行為與其標的之間的聯繫.....103
第一款 對標的之描述方式所造成的語感上影響.....103
第二款 現行法要求直接性.....104
第三款 附論 2005 年修法後的幫助行為標的.....106
第二項 作用的種類、方向與強度.....107
第三項 次要的類型性特徵.....109
第四項 不符合文義的幫助行為態樣.....109
第一款 時序上不及作用於實行行為.....110
第二款 顯然僅具間接作用.....110
第三款 沒有用的純粹精神幫助.....111
第四款 降低正犯行為的危險性.....112
第四節 如何適用現行幫助犯規定.....114
第一項 語言本身即一種標準.....114
第一款 語言的用法及涵攝範圍是約定俗成的產物.....114
第二款 經語言過濾的事物意義.....115
第三款 常識對文義的補充.....117
第二項 如何認定一般人所理解的文義.....117
第一款 具體情境中對實行行為特性的辨識.....117

第二款 法官以身處行為人地位的一般人自居.....119
第三款 原始判準及輔助判準.....120

第五章 幫助行為的實質要求—類型化法益侵害性.....123
第一節 概說.....123
第一項 類型論的理論基礎.....123
第一款 刑法的斷片性.....123
第二款 法治國原則、刑罰正當化原理、比例原則.....124
第二項 類型化法益侵害性的理論定位.....124
第一款 對行為法益侵害能力的要求.....124
第二款 與前類型之法益侵害性的關係.....125
第三款 行為判斷與因果判斷間的分工.....127
第三項 危險性之內容是從文義深化而來.....128
第二節 幫助行為危險性之內容.....131
第一項 內容分析.....131
第一款 主要特徵：直接性、有用性、法益關連性.....131
第二款 作用強度.....133
第三款 不涉危險性的次要特徵：針對性、無義務性、一定之難度.....133
第四款 附論「可取代性」的定位.....134
第二項 一體兩面的直接性與有用性.....138
第三項 法益關連性.....139
第一款 與結果之間的關係.....139
第二款 依生活經驗判斷.....140
第三款 對直接性、有用性的補充及統攝.....141
第四款 直接發揮篩選作用？.....143
第三節 如何判斷幫助行為之危險性.....146
第一項 須掌握實行行為及法益的特性.....146
第二項 分析助力提供行為的特徵.....147
第一款 助力的形式：內部或外部助長.....147
第二款 助力的種類：物理或心理作用.....148
第三款 助力提供時期：事前或事中.....149
第四款 法益關連性格外顯著的行為.....151
第三項 附論片面幫助行為.....152

第六章 幫助行為事例判斷.....155
第一節 載送正犯.....155
第一項 載送正犯抵達犯罪現場.....155
第一款 一般私人的非營業性載送.....155

第二款 計程車或大眾運輸工具的載送.....158
第二項 載送正犯離開犯罪現場.....159
第二節 提供犯罪場所.....159
第一項 一般房屋.....159
第二項 特殊功能場所.....162
第三項 旅館及三溫暖—附論不作為幫助行為的判斷.....163
第三節 提供業務性服務.....167
第一項 承攬行為.....167
第二項 居間行為.....168
第三項 委任行為.....170
第四節 任職於犯罪事業.....173
第一項 事業本身即屬犯罪.....173
第二項 事業從事犯罪.....175
第五節 詐騙集團周邊行為.....177
第一項 提供帳戶.....178
第一款 關於「人頭」.....180
第二款 是否為幫助行為的判斷.....182
第二項 車手.....184
第一款 提領或收取現金.....185
第二款 配合行使詐術.....186
第三款 收取帳戶.....187
第三項 提供個資.....188
第一款 視個資內容而定.....188
第二款 助力由多人共同提供時之處理.....190

第七章 結論.....193
第一節 前文摘要.....193
第二節 幫助行為的判斷流程.....200
第三節 展望：共犯論對正犯論的反饋.....204

◎參考文獻.....207

第一章 緒論

第一節 問題意識

現行實務運作使用了不當的判斷標準(內容架空條文規定又欠缺學理基礎的判例）及判斷方法（輕視客觀要素，對主觀要素又論述粗略），而造成刑罰加重（將幫助犯提升爲共同正犯、不應處罰的行爲提升爲幫助犯）及範疇擴張的現象。面對這樣的問題現況，本文擬以鞏固幫助行爲的邊界作爲大方向上的解決策略，並以建立幫助行爲的判斷架構作爲媒介。爲使理論有落實的可能，本文選擇將判斷標準奠定在對學說、實務來說均具共識基礎的刑法條文及憲法原則上（以此獲取足以取代判例的能量），判斷方法則重視行爲的客觀層面特徵。基於這些方針，本文將幫助行爲的判斷設計爲一整套的流程，讓來自各種理念的要求能適當地配置其中，以此作爲對既有學說的超越。

對於以上的思路，詳述如下：

第一項 實務運作的問題

第一款 雙重的處罰升級

如果只看關於幫助犯的判決，其實無法完全瞭解現行實務運作當中對於幫助行爲的判斷有何問題，因爲有大量的幫助行爲是被隱藏在數量懸殊的共同正犯判決當中。實務上發生的問題，簡言之，即雙重的升級(upgrade)：幫助犯提升爲共同正犯，不該處罰的行爲提升爲幫助犯。由於原本能夠成立幫助犯的行爲幾乎都已被以共同正犯定罪了，幫助犯的適用標準只好也跟著放低，向外捕捉更加微不足道的行爲來以幫助犯定罪，導致整體處罰範疇的擴散。綜觀實務上的幫助犯判決，成立者幾乎均爲精神幫助或所謂的中性幫助行爲，而這些行爲如果按部就班循犯罪判斷流程檢驗，往往應該在進入類型論（即「幫助行爲」的判斷）之前的判斷關卡或形式性的文義判斷階段中即被排除成立犯罪之可能，即現行實務的法律適用方式其實是違法的，而過度入罪毋寧也使得原本即已沈重的刑罰執行及犯罪人復歸問題雪上加霜。

第二款 輕視客觀要素

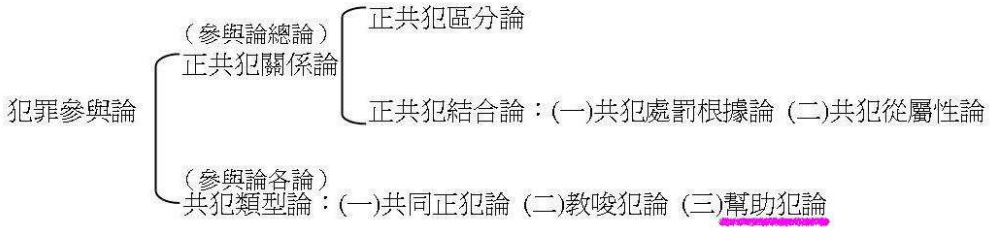
另一方面，關於幫助犯的判決，實務的論述多半圍繞在行爲人的主觀意思，即是否知情、有無故意等，對行爲客觀上應該如何評價的討論往往不深入，似乎對行爲客觀層面的要求很寬鬆，或認爲客觀要件對於犯罪之成立不太重要。但處罰一個人應該是基於他做出違法的事情，不是因爲他的念頭，如果一個行爲在客觀上已被判定爲構成要件不該當，就已經不存在犯罪行爲了，也不能因爲行爲人知情，就改變行爲的性質、變成又可成立犯罪而加以處罰。許多時候無法成立犯罪的關鍵，其實是在於客觀上構成要件不該當，行爲在客觀要素都充足的前提下，才有討論主觀心理事實的必要。如果不重視客觀要件，將疑難都堆到犯罪判斷流程的後階段、視爲故意有無的問題，一來未必符合主觀要素的性質，易使故意概念的內容變得過度龐雜，二來不適切的問題定性方式也會增加討論及操作上的困難。

第二項 從共犯類型論[1]切入解決劃界問題的嘗試

第一款 問題可能如何解決

前項所述現象之產生有其歷史性源由，是從正共犯區分標準的改變開始，而

[1] 犯罪參與論的內容架構可圖示如下：



「正共犯關係論」是犯罪參與論的通則、總論，「共犯類型論」則是犯罪參與論的分則、各論。本文的研究課題，是屬於參與論各論的議題（如圖中畫線處所示）。

導致實務操作重主觀而輕客觀[2]。如果最高法院願意修改判例，將現行不合理的正共犯區分標準廢除，當然是解開問題癥結最關鍵而快速的辦法，只可惜目前看不出跡象，甚至 2005 年修法時修正理由還肯認了實務判準的地位[3]，而違憲的判

[2] 目前一般常被引用、實務所採的正共犯區分的「主客觀擇一標準」，是來自最高法院 25 年上字第 2253 號判例（參後第四章註 31），但其實在這之前的 24 年 7 月最高法院 24 年度總會決議（一二）應該才是轉折的關鍵：「在犯罪者實施犯罪行為前有所參與，其參與者之行為究竟認為從犯之行為，抑應認為共同正犯之行為，應視左列情形而定：一、他人已決意犯罪，如以犯罪意思助成其犯罪之實現者，或與以物質上之助力（如貸與兇器而為有形之幫助行為），或與以精神上之助力（如頌揚犯罪行為或預祝其犯罪成功而為無形之幫助行為），皆為從犯。他人犯罪雖已決意，若以犯罪意思促成其犯罪之實現，如就犯罪實行之方法、犯罪實施之順序而有所表示，應認為共同正犯，不能認為從犯，蓋在如斯情形之下，其表示之意見已構成犯罪者實施犯罪行為之內容，不啻加工於犯罪之實現也。二、上述之「助成」及「促成」情形，應以程度之高低（程度高為正犯，程度低為從犯）及其行為是否構成實施犯罪行為之內容為標準。」（引自司法院法學資料檢索系統 http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm，造訪日期：2012/2/19）按在舊刑法時代，因只有「事中」幫助可能被處以正犯之刑，「事前」幫助者的貢獻再高，也只能成立減輕處罰的從犯，故可能產生不公，不過這樣的問題在 24 年刑法時代已獲解決，因爲條文去除了「事前」、「事中」的限制，交由法官斟酌，則「事前」幫助者也已經可以被科處正犯之刑了。只是，此則決議卻突兀地拔擢「謀議」行爲（「就犯罪實行之方法、犯罪實施之順序而有所表示」）的地位，將此種事前的助力提供行爲逕提升爲「正犯」（而不是處以正犯之刑的「從犯」），並以「行為是否構成實施犯罪行為之內容」的新標準，取代當時既有以行爲類型劃界的正共犯區分規則；另外，肯認「頌揚犯罪行爲」、「預祝其犯罪成功」等無足輕重的行爲也屬於幫助行爲，也同樣是架空文義，將幫助行爲的範疇往外擴張。此則決議雖然說促成或助成「程度高為正犯，程度低為從犯」，但僅僅就犯罪內容表示意見，就已經是「正犯」、即所謂的「高程度」了，則表示犯罪之成立只需要有薄弱的因果作用即可。故此則決議帶來的影響，一方面固然是提升所有精神性助力（參與謀議、及鼓舞犯罪）的地位，放寬了共同正犯及幫助犯的成立標準；而另一方面，相應於對行爲因果作用品質要求的下降，行爲在客觀層面既然很輕易即可該當於犯罪、不太需要判斷，則主觀要素就成爲犯罪能否成立的關鍵，遂使得實務上的判斷重心愈益趨向行爲人的主觀，而輕視客觀。但問題至今已經沈積 77 年，也很難再倒回民國 24 年以前的法律適用狀態了。

[3] 參第 28 條修正理由：「二、將「實施」修改為「實行」，基於下列之理由，並無礙於現行實務處罰「共謀共同正犯」之立場。…（三）另依現行實務對於共同正犯與從犯之區別標準，其採『以自己共同犯罪之意思，實施構成要件之行為者，為正犯；以自己共同犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，始為從犯』之立場（主觀客觀擇一標準說），更肯定共謀共同正犯之存在。」

例至今也沒有適當的救濟管道[4]，故此一途徑目前看不出可如何著力，只能等待時機。

不過，爲什麼「主客觀擇一說」此一不合理（也不合法）的判準，能夠這麼受實務歡迎？按這個判準唯一的優點，便是容易操作，更精確地說，是容易入罪：因主客觀層面只須擇一認定即可，而主觀上的「**自己共同犯罪之意思**」又不同於故意概念必須對應於客觀的違法事實，其內容究竟爲何其實很含糊，實務上只要求一種簡單的意願，但行爲人有無此種意願又可任憑法院詮釋，因而法院怎麼說都可以；加上只要有疑義，一概朝重的方向認定，遂也能夠維持判斷結論的穩定性。司法人員之所以這麼亟欲入人於罪，不論是積極地出於敵視行爲人、想要用刑罰來改善社會，還是消極地依循部門或同儕的慣習，這樣的心態及作法都是須禁絕的。本文於後第二章第一節中會探討刑事司法部門對於刑罰之使用所應抱持的態度。

一件事如果真的想作，就會找到一個方法。如果司法機關傾向於保留刑罰的使用、非不得已不發動，是否還能夠使用「主客觀擇一」的判準？由於這個判準是擇一入罪，如果不希望入罪，就必須認定客觀行爲與主觀意思二者均不符合，論述上比較困難，故如果希望朝向出罪，它就變成一個不易使用的判準了。不過，若轉念一想：既然行爲人怎麼想本即任由法院詮釋，如果說他「有」不困難，那麼，說他「沒有」應該也一樣不困難，故主觀意思的部分並不會造成論述的困難，只有客觀上應如何論述有無「**實施構成要件之行為**」的問題。而如果問題能夠聚

[4] 由審判外之司法行政程序選編、脫離個案事實而僅以抽象意旨呈現的判例要旨，實際上已具有相當於法律之拘束力，而不只是對下級法院的事實上制約而已，此種我國現行的判例制度，已是變相的司法造法，並成爲由上而下的法律見解控制體制，違反權力分立與審判獨立原則，本身即有違憲嫌疑而需要檢討（參許宗力、林子儀、楊仁壽，釋字第 576 號協同意見書；許宗力、林子儀，釋字第 687 號解釋部分不同意見書）。大法官會議一度接受以判例爲對象的釋憲聲請（民國 93 年 4 月 23 日釋字第 576 號），但後來又改採否定見解（民國100 年 5 月 27 日釋字第 687 號解釋理由書：「判例乃該院爲統一法令上之見解，所表示之法律見解，與法律尚有不同，非屬法官得聲請解釋之客體」）。

焦到這裡，那其實也就已經回歸正軌、能夠用構成要件論來處理了。

第二款 鞏固幫助行為的邊界以調配內外側界線

但是，儘管如果司法人員願意朝向出罪而非入罪的方向來解釋，不合理的判例判準仍能夠操作，只是變得需要重視客觀要素，但下一步依舊還是要面對界線調配的問題，包括正犯行爲與共犯行爲之間的界線（參與關係的內側界線），及處罰與不處罰行爲間的界線（參與關係的外側界線）。

當一個行爲客觀上同時符合共同正犯的構成要件與其他狹義共犯（教唆犯或幫助犯）的構成要件時，應優先適用何者？按總則的（廣義）共犯是從分則各罪的單獨正犯擴張出來處罰的行爲類型，邏輯上單獨正犯當然會優先於（廣義）共犯而成立；但共同正犯與單獨正犯不同，共同正犯與其他狹義共犯是以並列的方式被規定在總則第四章中，地位應該是相同的，適用上並沒有必然的優先順序。不過，雖說共同正犯、教唆犯、幫助犯是不同的參與行爲類型，只是各自捕捉符合自身條文敘述的行爲來成立犯罪，但事實上卻並非全然互不相干。「教唆他人使之實行」的行爲，一般說來無法同時是「共同實行」或「幫助他人實行」的行爲，即教唆行爲與正犯或幫助犯的行爲之間沒什麼交集（如果教唆者也參與實行或提供幫助，那是另外的行爲，不是「教唆」行爲本身能夠同時是「共同實行」或「幫助」行爲），也不發生法條競合；但幫助犯則是一個類型性特徵要求較稀薄、範疇廣泛的參與行爲類型，「共同實行」其實也是「幫助他人實行」的一種方式（即「共同實行」行爲本身可以同時是「幫助」行爲），故幫助犯與共同正犯條文之間會具有包攝關係中的補充關係。

一個行爲可以同時是實行行爲及幫助行爲，只是由於共同正犯行爲的要件比較精細，故當同時符合共同正犯與幫助犯的規定時，會優先成立共同正犯，這也就是爲什麼當廣泛承認共同正犯時，會壓縮到幫助犯成立的空間。目前一般對於實行行爲的認定標準很寬鬆（因而才可能承認間接正犯、共謀共同正犯等正犯類型之存在），故能夠符合第 28 條中「共同實行犯罪之行爲」而成立共同正犯者，

可能也有很多，但其實如果嚴謹地解釋刑分構成要件，實行行爲的範疇不應該這麼寬泛[5]；而且，如果善解共同正犯中的「共同」要求的意義，其實共同正犯也不應這麼容易成立[6]。故表面上看起來的是正犯概念論的問題[7]，但對正犯承認過

---

[5] 按德文中「構成要件」概念與「正犯」注定脫離不了關係，從「構成要件」(Tatbestand)、「正犯性」(Täterschaft)、「正犯概念」(Täterbegriff)等的字首都是"Tat"便可看出端倪；而我國一般使用的「實行」則是來自日本刑法的用語，指「做分則所規定的犯罪行爲」。故實行行爲即正犯所做的行爲，「實行」、「構成要件」、「正犯」三者會連結在一起。但是，其實只有單獨正犯能夠滿足分則構成要件、是刑分上的正犯，至於無法單獨依刑分條文處罰的共同正犯，即使也做了實行行爲，但是是依據總則第 28 條的規定才能夠處罰的。也就是說，「實行行爲」是「構成要件行爲」(Tatbestandshandlung)，但不是「構成要件該當行爲」(Tatbestandsmässige Handlung)。

[6] 「*共同*實行」不是指各行爲人之行爲在物理作用上的結合而已，而是須包含一種能夠產生因果作用的心理影響強度的要求，犯罪參與者之間的意思聯絡，是爲了能夠對他人的行爲產生影響、乃至控制，因而才能分享他人行爲的危險性，將他人行爲的作用部分地算作自己所引發。故爲了要使行爲人對其他人的行爲有高度的掌握(才值得將其他人的行爲也視爲行爲人所爲，而產生「一部行爲，全部責任」的效果)，以支撐起相當於單獨正犯的實行行爲性，意思聯絡的內容必然不可能只是薄弱的知悉彼此的存在而已。不過，其實是否合適、應不應該同時存在多個正犯，這本身也已是值得探討的理論問題（參後第四章註 32），即使認定所有做了實行行爲的人都是「正犯」，讓第 28 條有被適用的機會，但應也只有當中因果貢獻最優越的一人，會是地位可比擬單獨正犯（刑分構成要件所預設的行爲人）、因而值得作爲事件之觀察焦點的「真正正犯」。本文在第四章第二節之後的論述中多次提到「作爲幫助行爲之標的的正犯實行行爲」，其實也應是指這位「真正正犯」所做的實行行爲。

[7] 其實從罪刑法定原則來看，刑總應有必要定義「正犯」是什麼，惜 2005 年修法時仍未定義（參許玉秀編，《新學林分科六法—刑法》，2008 年 10 月，導讀 79 頁），只是不斷以「正犯」與「實行行爲」兩個詞彙相互定義，繞來繞去。按第四章修正理由中說：「…**正犯與共犯有本質之不同，正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯）**…」如果要從這段敘述中看出端倪，必須善解立法者的意思。首先，前半段括弧中列舉的各類正犯，是補充說明「正犯」，而不是「直接之實行行爲者」(與「共同正犯」相對的「單獨正犯」未被列舉到，故尚未窮盡)。其次，這段敘述其實還滿難理解的，因爲在「A 被評價爲 B」這樣的句型中，A 是評價的對象，B 是評價的結果，但理論上，「正犯」應該才是一個評價性概念。故如果說成「直接之實行行爲者被評價爲正犯」，會比較通順，即用內涵較具體的「直接之實行行爲者」來說明較抽象的「正犯」的特徵。只是，這樣的話，間接正犯是不是「直接之實行行爲者」？如果不是，表示「非直接」之實行行爲者也一樣是正犯，那就變成人人都是正犯，這句話成爲毫無意義；如果「間接正犯」也是「直接之實行行爲者」，那麼它的「間接」又是指什麼？所以，此處倒過來，說成「正犯被評價爲直接之實行行爲者」，將「直

廣，背後可能根本只是基本的法律解釋技術不佳的問題而已。不過，在質疑實務人員的基礎訓練不足之餘，學說也許也應反省：是否已提供了合適的理論資源供實務完成論述（也許相較於作出罪的論述，似乎作入罪的論述的理論資源比較充足）、議論焦點是否置於實務所需求的層次上等，這些可能是發展刑法學理論時所能夠思考的方向。

藉由對刑分各罪構成要件的探討，個別解釋何謂「實施構成要件之行為」，固然可望解決正共犯界線的問題，但這是需要長期累積的工程。不過，一個能夠加速這件工程的辦法，是反向地鞏固狹義共犯自身的領域，以刺激正犯邊界的改變，既然教唆犯與共同正犯沒什麼交集，則必須選擇處理幫助犯才能達到這樣的效果；而一旦完成對於幫助行爲的解釋，其實也就幾乎同時解決了絕大部分的外側界線問題了，可謂一舉兩得。按就如前第一項第一款所述，由於共同正犯範疇過寬，爲了不使幫助犯規定成爲贅文，只好讓幫助行爲概念向外擴張，以找到條文能夠適用的對象。但這是以先確定、承認共同正犯的範疇爲前提，以致於對幫助行爲的思考只好跟著配合，如果反過來，以先劃出幫助犯的邊界爲前提，則這個邏輯只好倒過來操作：由於幫助犯之規定所能適用的對象就只有這麼寬，如果都被必須優先適用的共同正犯佔滿了，幫助犯規定就成爲贅文了，故爲了不使幫助犯規定成爲贅文，共同正犯所能適用的對象只好向內限縮，以讓出空間。

接之實行行爲者」放在 B 的位置，也許正是立法者的巧思，因爲唯有如此，才能幫「間接正犯」解套而避免矛盾：把「直接之實行行爲者」當成評價性概念來使用（同樣的句型，下一句的「間接參與實行行爲者」也一樣是評價性概念），「直接」並非「直接做實行行爲」的意思（即不是「實行」的副詞），而是「實行行爲者」的形容詞。這句話的意思就變成：直接正犯、間接正犯、共同正犯等都是正犯，都被評價爲（直接的）實行行爲人。什麼叫作「（直接之）實行行爲者」，是評價的結果，而非判斷標準（至於判斷標準，便不清楚是什麼），故間接正犯仍可*被評價爲*「（直接之）實行行爲者」（而言下之意，間接正犯當中所謂的「間接」，也就不能是與此處「*直接*之實行行爲」對立的那個「間接」，而必須另有所指。唯一能想到的，只有指在做分則條文所述行爲（構成要件行爲）方面的間接）；反過來說，外觀上直接做構成要件行爲的人，就不一定被評價爲「（直接之）實行行爲者」。如此深奧難懂，這段立法理由實在是相當糟糕的解說，但由於條文當中什麼都沒講，也只好加以參照理解。

另一方面，對於幫助行爲的論述，其實也順便能爲正犯行爲之理解、判斷提供一些概念及方法上的資源。雖然一般所稱「構成要件」，通常是指刑分各罪的規定，但其實刑總的犯罪參與規定也同樣呈現出對行爲類型性特徵的要求，這些要求的意義爲何、背後連結到什麼基本原理、判斷流程應如何設計，對正犯與共犯來說其實具有共通的基礎。構成要件行爲的解釋，以形式上符合條文文義爲前提，再進展到確認實質性的刑罰正當性，這樣的條文意旨分析流程可同時適用於正犯與共犯；而從對於刑總共犯行爲的解釋當中發展出的具體法律適用操作方法及判斷流程，在刑分正犯的判斷中應該也能夠應用或參考。

第三項 既有學說的不足

國內對於幫助行爲的研究，近期已有兩本論文[8]，將問題狀況及我國、德國、日本學說與實務關於幫助行爲判斷的見解均介紹詳盡，更多的文獻整理暫時不再必要。但在已有許多資料作爲基礎之後，其實便無法逃避要面對最根本的問題，即理論究竟要怎麼設計、問題應怎麼解決。問題解決的暫訂方案已如前二項所述，即先以加強對幫助行爲如何判斷的論述、鞏固幫助行爲的邊界爲近程目標，故接下來便是理論設計的問題。學說在這方面提供了什麼樣的資源？

採用主觀標準來決定幫助行爲的邊界，在理論及實務應用上均有窒礙難行之處[9]，故學說之中透過對主觀要素之解釋來控制幫助犯成立範疇的主張便暫不考

---

[8] 洪兆承，《中性行爲與幫助犯》，政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月；林育駿，《從「中性行爲」論幫助犯的成立要件—以幫助因果性與幫助故意爲中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2011 年 6 月。

[9] 主觀標準所受到的批判，包括：1.主觀故意的內容須與客觀對應，故在使用故意概念之前須先確定屬於故意對象的客觀要件，在尚未完全確定客觀要件前，直接跳到主觀要件是不合邏輯的，且容易產生循環論證；2.不考慮行爲客觀上的犯罪關連，可能造成僅憑主觀層面便決定行爲人歸責與否，違反法益保護原則，有淪爲思想刑法的危機；3.若僅將客觀狀況當成行爲人主觀意思的間接證據，判斷標準將難以系統化，容易導致論述變得毫無拘束，淪爲只是爲直覺性的結論找理由；4.主觀要件的認定較曖昧，證明也較客觀要件困難。我國論者採主觀判準者，例如林鈺雄（以

慮。至於先區分行爲人主觀上的意思種類，再分別討論客觀要求的主張[10]，則除了主觀說本有的缺失外，關於爲何要先作這樣的分類、爲何能夠以主觀影響客觀等，也難以交代理據；而若是先區分客觀情形，再對行爲人的主觀作不同程度的要求[11]，則因爲客觀要件只能劃定刑法所要求認識的對象範疇，卻不能用來決定主觀的內容，故也一樣難以說明條文中所看不出來的區分是建立在什麼基礎上。其他在主客觀方面交錯要求、作多重切換的主張[12]，也不外乎會產生這些疑義。

不過，即使是在採取客觀途徑的各式主張中，其實也還未見到適合直接拿來使用、操作的提案。論者所提出的判準，若只有一個[13]，雖然原理較容易清楚呈現，但往往會不夠明確，難以確保判斷結論的穩定[14]；若將這些一般說來較爲抽

行爲人有無故意來認定是否屬法所不容許之風險）、彭文茂等氏。參洪兆承，前揭文（註 8），52、63、75、29-31 頁。

[10] 例如 Hoyer（區分蓄意與一般的故意，如有前者大致上可成立幫助犯，如僅有後者則尚須要求特別的行爲義務）、Roxin（區分直接故意與間接故意：原則上有直接故意的行爲即有「犯罪意義關連」，例外當行爲本身合法且獨立對行爲人有意義且有益時，可認爲欠缺「犯罪意義關連」；僅具間接故意的行爲，原則上基於信賴原則可認爲屬容許風險，例外若所支助的行爲有可得辨認的犯罪傾向，則可以幫助犯歸責）等的主張。我國論者黃惠婷、蔡蕙芳等氏採 Roxin 的見解。參洪兆承，前揭文（註 8），49 頁以下、69-71 頁、25-28 頁。

[11] 例如 Otto 的主張（區分職業行爲與一般日常行爲，前者只要遵守了職業規範，限於確定故意才成罪；後者則只要有未必故意即可成罪；但維持自身生命與健康的行爲，即使有確定故意也不成罪）。參洪兆承，前揭文（註 8），53 頁以下。

[12] 例如 Amelung（先排除若干確定屬容許風險的客觀情況，再區分主觀上對不同程度風險的容認來確認是否屬容許風險）、Wohlleben（行爲如果一般不被容許，即可成立幫助犯；如果一般可容許，則看行爲人有無明確的認識；但即使有明確的認識，有幾種情形又可例外不構成犯罪）、曲田統（以引起「對法共同體而言難以忍受的印象」作爲共犯的成立標準，而區分行爲人的主觀心理，直接故意時原則上有、間接故意時原則上沒有造成此種印象，但又各自有例外）等的主張。參洪兆承，前揭文（註 8），56 頁以下、72 頁以下、140 頁以下。

[13] 例如循規範取徑的 Welzel（社會相當性）、Hassemer（職業相當性）或松生光正（社會的通常行爲預期）等的主張。參洪兆承，前揭文（註 8），84 頁以下、139 頁以下。

[14] 其實，判準過於抽象的弊病，在 Kudlich（除幾種確定不可罰的中性行爲類型外，則權衡禁止該行爲對於行爲自由的侵害與法益保護，作整體判斷）、Tag（視支助行爲人與主行爲人行動的目的是衝突還是合作）等主觀傾向的論者的主張當中也同樣可見。參洪兆承，前揭文（註 8），64-65

象的標準具體化爲若干指標[15]，雖然判斷上較明確，但缺陷則是易流於技術性，各個要求之間的邏輯關係曖昧，乃至與原本的判準及原理失去連結；如欲同時兼顧原理清楚與結論穩定，可能需要將數個判準串連並用，但又容易發生原理與判準中間的推論難以交代的問題[16]，足見理論建構雖然希冀能從上游的原則貫串到下游的判準、指標，但著實是件不容易的工程。

另外，行爲本身的特性，與行爲與具體結果之間的關係，是兩個不同層次的東西，僅前者可能構成幫助犯作爲一種犯罪參與類型的內容，後者則屬因果關係論或歸責論的課題[17]。行爲本身的特性，也包含若干前類型的特徵，這部分本應

頁、79 頁以下。

[15] 例如 Schumann 認爲幫助犯的核心是從自我負責領域導出的「與正犯不法的連帶」，而又提出幫助行爲本身違反規範、與正犯行爲在時空上具近接性、行爲人主動接近正犯不法行爲等三個擇一的下位基準；又例如 Ransiek 主張以義務違反性當作幫助行爲的構成要件（其實 Puppe 也是），也另外再提出了行爲是否侵害法益保護相關規範、或是否從外在狀況可發現行爲人確實要以該行爲爲犯罪等具體基準，及對正犯的犯罪來說無關緊要、與行爲本身的合法用途不可分割、未擴大主行爲人之不法等三個例外排除的情形。參洪兆承，前揭文（註 8），90 頁以下、104 頁以下。

[16] 例如 Jakobs 的學說從社會學觀點建構刑法上犯罪歸責的意義，並嘗試由此導出幫助犯「行爲與正犯實行行爲可視爲一體」的判斷標準，及「是否除定義爲犯罪的一部分外別無其他意義」、「是否主動配合他人的犯罪」等指標，便是爲了追求理論的整體一貫。但是，爲何對社會上行爲預期（規範）的維護能夠橫空成爲刑法規範自身的目的、及僅憑這個目的爲何能夠導出特定的釋義學內容等，也正是他受到其他論者批評最甚之處。Wolff-Reske 所提出的「社會期待的角色」的主張也遭遇到類似的命運。參洪兆承，前揭文（註 8），97 頁以下、112 頁以下。又例如 Frisch 認爲構成要件行爲是行動自由與保護法益的權衡，要符合憲法比例原則，判斷標準即視行爲有無客觀的犯罪意義關連，如果沒有，原則上便屬於法所容許的風險；但在符合某些要件時，例如當犯罪有確切的可能性將進入實行、法益侵害的危險即將現實化的時候，又會例外地成爲法所不容許（參洪兆承，前揭文（註 8），120 頁以下）。不過，刑法上的判斷固然不能違反憲法層次的原則，但憲法原則能否直接成爲刑法上的判斷標準，仍是有疑義的，事實上 Frisch 對比例原則的使用方式，也只是擷取一些片段來說明其主張而已，至於其主張的細部內容是如何形成的，則依然是由來不明。

[17] 例如 Weigend 所採的「對主行爲的實行提供了重要的幫助」、Niedermair 所採的「對犯罪結果提供了風險升高的貢獻」、島田聡一郎所採的「升高了對結果的危險」等標準（參洪兆承，前揭文（註 8），115 頁以下、145 頁以下），這是對幫助行爲因果性的要求，即幫助行爲的作用透過正犯行爲抵達可罰的結果，這固然是幫助犯成立所須具備的要件，但卻跳過了對幫助行爲本身應有

屬行爲論、而非類型論（包含犯罪類型及參與類型）的課題，也就是說，是所有犯罪行爲都會具備的特性，而非幫助行爲所獨有。但也許由於幫助犯時常被當成補遺性的處罰規定（事實上、歷史上有這樣的現象，但這是錯誤的觀念），遂使得論者也時常將前類型階段的「犯罪/非犯罪」的區分視爲幫助行爲本身概念的問題，以便讓不合乎其他參與類型的行爲均能由幫助犯吸收。實則將前類型的犯罪行爲界線等同於幫助行爲的外側界線，是毫無依據地擴張了幫助概念的範疇。

幫助犯與共同正犯、教唆犯之間的關係是平行的，只是依各自的定義捕捉合適的處罰對象。雖然幫助行爲通常能夠包含共同正犯行爲，但與教唆行爲則有明顯的性質差異，教唆犯應該也有自身的外側界線問題，即必須決定經過前類型判斷所篩選出的行爲與教唆行爲之間的界線。但通說忽略此點，逕把無法構成教唆犯的行爲皆視爲精神幫助犯來處罰，其實是完全無理、恣意套用的條文適用方式。若是從刑法外部的憲政觀點，已可確定不適於作爲刑法上犯罪的行爲，不待進入任何參與類型特徵判斷，即可先排除成立犯罪之可能，就此而言前類型階段的判斷對於確認能否成立幫助犯當然是有實益的，應該要包含在幫助行爲的判斷流程當中，但這與幫助行爲自身的判斷在概念上必須區分清楚，否則當與釋義學上的其他課題一併考察時，便會暴露出顧此失彼、難以融貫的缺陷了。

判斷標準如果過於鬆散恣意、不夠精緻，便無法達到實用，故一個判準是不足夠的，而需要一整套流程；但理論建構又不能只提供技術性的內容，否則易淪爲主張者之間各說各話，也難以說服他人接受。一套判準當中，每個要求所代表的意義、背後根據的原理、如何操作判斷等，都需要交代，而各個要求的判斷順序安排、應循什麼樣的邏輯構成等，也都需要經過設計，這些正是理論建構應作

什麼樣品質要求的問題。其他如山中敬一、豊田兼彦（採用 Jakobs 的下游判準，但將自身的理論定性爲客觀歸責判斷）、或我國蕭宏宜氏等將中性幫助行爲問題定性爲客觀歸責判斷（參洪兆承，前揭文（註 8），156 頁、143 頁以下、31-32 頁），也有同樣的盲點。如果幫助犯只要求行爲有因果性或客觀歸責即可成立，那麼也不用作參與類型的區分了，實際的意涵便是採取單一犯罪人概念，但這與我國刑法規定的現狀不符。

的事。既有學說也許是由於缺乏統攝性的觀點，以致於理論內部的統合性無法提升，而難臻縝密。本文嘗試從刑罰機能論、目的論出發，在此顧慮下選擇採用法律適用論（詳後第二節第一項）的理論建構觀點，並推導出釋義學須保障刑法內部及外部（憲政）觀點的各種價值理念的要求，再基於這樣的原理，以文義解釋的深化爲方法基礎，發展技術性的判斷標準及流程來貫徹及落實價值理念，期能超克既有學說之不足。

第二節 研究方法：行為類型論

從以下第三項的歷史源流介紹中可知，本文所探討的課題（幫助行爲的類型性特徵），原本應該屬於構成要件論或實行行爲論的課題，但在今日爲避免誤會，本文遂以「行爲類型論」稱之。從以下第二項中的分析可知，「行爲類型」這個方法對於本文所欲處理的幫助行爲邊界決定的問題，具有不可取代優勢，但這樣的觀念若從以下第一項第一款所述的犯罪實體論的立場來看，將是難以立足的，唯有採法律適用論的觀點才可能肯認其價值。

第一項 理論脈絡

第一款 構成要件論的兩條發展路線：法律適用論與犯罪實體論

20 世紀的構成要件論在 Beling 開啓新局之後，發展可大別爲兩條路線。一條是承繼 19 世紀的議論而來、重視訴訟上制約機能的「法律適用論」路線，Beling 自身的理論內容也主要定位在這條路線上。這是來自古典主義刑法學的傳統，從法治國家、一般國民自由保護的觀點，將刑法規範定位爲是對審判者所提供的「可罰性」(Strafbarkeit)限制，而較不重視犯罪的「當罰性」(Strafwürdigkeit)問題，即關心的不是犯罪的現實或本質，而是犯罪在司法活動中的投影[18]。

[18] 參平場安治，〈構成要件理論の再構成〉，收錄於氏著，《刑法における行爲概念の研究》，1961 年 10 月，85 頁。

不過，隨著社會生活狀況的改變，民眾對刑罰產生新的需求，社會對犯罪「當罰性」的意識開始增強，形式主義的刑法學漸漸難以維持，刑法理論遂趨向實質化、規範化[19]。構成要件論也順應此風潮，走上另一條新興的、重視實體法上理論體系構築機能的「犯罪實體論」路線。這樣的構成要件論雖然也可說是廣義的「法律適用論」的一環，但關注的不是如何在訴訟上認定犯罪的問題，而是被要求要能夠說明犯罪的實質內涵。

其實，「法律適用論[20]」與「犯罪實體論」表彰的也正是刑法學犯罪論的兩種不同的學科定位方式，即這究竟是一門旨在協助法官在訴訟中完成判斷的學問，還是探究犯罪是什麼的學問？

第二款 法律適用論具優先性

後來循「犯罪實體論」路線發展的構成要件論，與作爲「法律適用論」的初衷漸行漸遠，構成要件概念與罪刑法定主義的關係也變得模糊。其實，實質與形式觀點未必互相衝突，如果對犯罪的「當罰性」要求與「可罰性」一樣均朝節制犯罪成立的方向操作，那麼令構成要件概念承載解說現實世界中之犯罪的機能，承認其並非中性、而是帶有價值一事，也不會導致傳統的制約機能瓦解。不過，實際的理論發展趨勢中，卻看出以實質取代形式、架空罪刑法定主義的隱憂。

問題並非出在構成要件概念的實質化，而是忽視「法律適用論」的前提性地位，即刑法理論的發展終究不是爲了滿足求知或思辨的樂趣，而是必須爲了實際應用著想。刑法作爲刑罰發動的界線，從「可罰性」觀點排除犯罪成立之操作必

---

[19] 參平場安治，前揭文（註 18），87 頁。論者認爲「實質化」是 20 世紀的刑法學思潮，實質違法性理論及客觀歸責理論等均屬此運動的一環，參許玉秀，〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責理論是什麼？〉，收錄於氏著，《主觀與客觀之間》，1997 年 9 月，275 頁。

[20] 在表達學科旨趣的層次上，近期論者多使用「犯罪認定論」一語稱之。舉「犯罪認定論」與「犯罪實體論」此組對概念的論者，例如鈴木茂嗣，〈犯罪論は何のためにあるか—法科大学院・裁判員時代の刑法学〉，近畿大学法科大学院論集創刊号，2005 年 3 月；曾根威彦，〈主観的違法要素〉，收錄於《中山研一先生古稀祝賀論文集 第三卷 刑法の理論》，1997 年 2 月，148 頁。

須居優先地位，刑法學犯罪論中來自「法律適用論」性質的要求也須優先於「犯罪實體論」功能[21]。故如果構成要件具有過濾「可罰性」的機能，那麼概念內容的發展只能在這個機能上增加，卻不能夠使這個機能被抽換或撤廢。

第三款 重回法律適用論

第一目 對判斷標準的需求：合法、合理、穩定

刑法釋義學的發展是爲了滿足現實上的需求，所提出的理論內容也必須要能同時兼顧合法、合理、穩定三方面的需求，才足以說服他人，並拿來實際推動。「合法」是釋義學理論的天職，爲了能夠供刑事司法機關應用，必須以謹守條文內容的方式適用法律，而不能架空法律、逕以與文義脫離關係的理論取代。而此處的法律除了指刑法本身以外，上位的憲法也應進入視野。「合理」指理論內容的融貫性，應從一定的觀點出發來架構全局，並使各部分細節均維持邏輯一貫。「穩定」則指判斷標準由不同的人操作、使用時，大致上能夠得出同樣的結論，如此才能確保實務運作的安定性。

第二目 理論構成應顧慮國家的角色

不意識到政治的存在，這件事本身便是最政治的，尤其國家的刑罰使用具有明顯的政治性[22]，刑法自身也是在人民抵禦國家的歷史脈絡當中誕生的，則刑法

---

[21] 事實上，社會學、犯罪學、人類學對於犯罪各有不同的捕捉方式，法學也只是一種觀點而已，聲稱能夠捕捉犯罪的實體，恐怕是過度狂妄自大了。目前通行的犯罪判斷三階層理論架構，其實即已側重在「法律適用論」的機能上，因爲反映的是刑事司法機關處理案件的流程（從發現犯罪發生，到找到犯罪者，再確認其主觀意思，即從外到內、從客觀到主觀），而非行爲人從起心動念到形諸於外、即從主觀發展到客觀的歷程。

[22] 此事可從兩方面來說：1.一方面，刑罰是國家社會統制的手段。從古到今、不論是在什麼樣的政體下，刑罰對人民的鎮壓及規訓作用是必定存在的；而在今日民主國家中，國家透過民主程序取得統治正當性，這使得統制關係更加隱晦複雜，刑罰能夠滿足民粹、宣洩公眾情緒，似乎變成是承載著人民的意願而來，但背後其實隱藏著國家自身的利益，即藉發動刑罰來卸責、或鄉愿地討好選民。2.另一方面，犯罪之發生是國家社會治理工作失敗的表徵，國家回應犯罪的方式，決

學研究便更不能忽視此點。目前一般的刑法學說似乎皆以「行爲人該怎麼作、該怎麼看待行爲人」的角度來建構釋義學理論，但本文則選擇不定睛在行爲人，而定睛在國家，從「國家該怎麼作、該怎麼看待國家」的角度來建構理論。

刑法學決定的是國家行爲的分際。國家不能利用刑法來作社會工程[23] (social engineering)，但必須爲社會控制(social control)負責。犯罪之發生對國家來說，就和任何其他社經事件一樣，是一個需要處理的事件，國家該怎麼回應，不應是受情緒性的動機主宰，也不是機械性、行禮如儀的「因爲你錯了，所以處罰你」而已，而必須是有意識、策略性、經過算計的，視欲達成什麼樣的效果而定。

要讓國家的作法改變，終究須從改變司法人員的態度做起，不過在沒有機會投入司法人員的養成過程、對於這方面也尚無斧底抽薪之計時，刑法學研究者所能作的嘗試，可能暫時也只有以理論設計、倡議的方式，輔助引發態度的改變了。期待司法人員若願意參考、使用本文建議的判斷流程，在操作的同時也能養成時時警覺自身角色定位的思考習慣[24]。

第二項 內容及方法上特色

第一款 各學說取徑處理劃界問題之效能比較

如欲嘗試從客觀層面來決定幫助行爲的邊界，則客觀主義學說陣營所能使用的理論建構工具不外乎三種取徑：因果、規範、行爲類型。從「因果」的角度來觀察行爲的特性，是刑法學上發展最久、最具傳統的觀點，爲了建立行爲的刑罰

定了社會接下來的演化方向。處罰人並無法真正解決問題，只是轉移焦點、掩蓋問題，當習慣用這種方式回應事件時，會越來越看不清問題癥結，這樣的惡性循環適足以導致社會瓦解。

[23] 這個詞彙在政治學上是一個貶義詞，指政府或者強勢集團利用宣教、操控文化、法律制度等企圖改變或者「重整」民眾。參維基百科 zh.wikipedia.org/zh-tw/社會工程（造訪日期：2012/9/4）。

[24] 這可用學習氣功時「以形領氣」的原理來比喻：雖然對於已經學會氣功、能夠駕馭「氣」的人來說，肢體動作只是被氣所驅使、引起的效果而已，外形其實並不重要，但是對初學者來說，由於身體尚無法感受到「氣」的存在，故反而需要用外形來引發身體的氣感，若能夠將動作作標準、模仿得越像，便越容易引發氣感。

正當性，行爲在結果惹起方面的能力也是必要的要求。但是這個觀點卻無法用來劃定界線，因爲因果作用本身只能顯現出量差而非質差，在連續的光譜當中選擇要在何處作裁切，還是須依賴別的標準。從德國刑法學說發展的實際歷史經驗來看，也證實以區辨因果力強弱的方式處理正共犯區分問題的嘗試是失敗的，正是由於 19 世紀以來以「原因/條件」之區別爲圖示的、舊的實質客觀說的衰敗，才造就其他各種學說的興起[25]。

相對於事實性的因果力，其他切分標準則基本上都是規範性的。但是，如果「規範」取徑指的是此種技術層次的要求，則任何規範性的標準其實都只是基於其他原理或考量而被決定出來的，而爲何能夠這樣決定，依舊欠缺一套說法[26]。故「規範」作爲一種取徑，指的應是以對規範之遵守或違反本身來標示行爲的特徵。不過，刑法本身即是一種規範，有其自身的規範違反（違法）觀點，來自其

[25] 按正共犯之區分在刑法學上是一個古老的難題，每有新的理論或觀點，都會被嘗試應用來解決這個問題。在進入 20 世紀以前，「因果」是犯罪論中最流行的觀點，將因果作用區分爲原因、條件，由來於 17 世紀的 Pufendorf(1632-1694)，而「原因」設定者爲正犯、「條件」設定者爲共犯這樣的對應，則在 18 世紀由 Böhmer(1704-1772)完成（參大越義久，《共犯の処罰根拠》，1981 年 2 月，113 頁），此後很長一段時間，正共犯的區分都被視爲是因果力的問題。不過，「原因/條件」只是客觀說陣營對正共犯區分的共通圖示，延用到 20 世紀早期，但對於如何區分原因與條件，則存在各式不同的倡議，往往已與因果力之高低無關，甚至內容也不盡然「客觀」。例如 1931 年 Frank 提出古典的「回溯禁止論」(Regreßverbot)，認爲人因爲有意志，能夠獨立地開啓一個因果流程，故「先行於自由且意識性（故意且有責）地朝向結果惹起之條件的條件，即無法成爲原因」，也就是欠缺正犯的特質（Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18.Aufl., 1931, S.14. 轉引自大越義久，前揭書，58 頁），這樣的主張方式也是存在的。但如此一來，「原因/條件」便成了只是一個空殼的概念，未必表彰自然的因果力的差異。這樣的發展等於已間接承認了「因果」觀點本身如不引進規範性的內容，會根本無法回答正共犯區分問題，那麼，各種正共犯區分判準繼續依附在這個圖示之下也已沒有意義，反而徒增混淆。後來隨著因果關係理論的發展，採用「原因/條件」之圖示的各種說法被事後地冠上「原因說」之名，表面上步入了歷史，實則只是從原本藏在「原因/條件」此一共通招牌下，變成直接將實質的主張內容突顯出來而已。新的問題遂變成：如果正共犯之間不是因果力的區別，那會是什麼樣的區別？

[26] 雖然理論最後終究要能夠操作，但若只要求提出判斷標準，而不追究標準的由來原理，則背後憑藉的不過是衡平感覺或恣意而已，能否稱爲一套理論已是有問題的。只是近期的正共犯區分理論似乎確實有僅以提出判準、可供實務操作爲滿足的傾向。

他法領域或一般生活規範的價值判斷不會直接進入刑法內部，「規範違反性」在刑法當中其實難以定位。就算刑法自身基於某種原理，也應當關照行爲的一般規範違反性質，但這樣的性質爲何可以用來標劃行爲種類的邊界，也難以論述出根據。尤其，如果認爲對於規範之違反也是有程度之分的話，那麼其實也是連續的光譜，若用來處理劃界問題，便與因果取徑的缺陷如出一轍。

在因果及規範取徑都不適合用來處理劃界問題的情況下，只剩下行爲類型取徑是決定幫助行爲範疇的唯一希望。這個取徑在以客觀說、主觀說二陣營之對立爲主軸的 19 世紀德國刑法學中原本地位晦澀，直到 20 世紀初隨著構成要件理論的發展才正式成形，至今不過百年左右，但由於構成了 Beling 構成要件論第一層次、最簡明易懂的核心內容，與構成要件理論的興起相得益彰，並且直接連結到罪刑法定原則，具有清楚的原理依據，故反而是一個體質健全、容易構築論述的理論取徑。這個取徑在日本刑法學當中得到了較充分的發展。

第二款 行為定型[27]與其機能

[27] 「定型」的用語應是來自小野清一郎（小野氏對於自己所採取的構成要件概念，解釋爲：「所謂構成要件，就是將違法且具道義上責任之行爲類型化的觀念形象（定型），作爲科刑依據而概念性地被規定在刑罰法規當中」。參小野清一郎，《犯罪構成要件の理論》，1957 年 12 月，11 頁），但後來倡言及使用最多者則是団藤重光。団藤並未爲何謂「定型」本身下定義，其所指的「定型」的意義大致上延續小野，故可從小野「構成要件就是規定在刑罰法規當中的行爲定型」這樣的語彙使用脈絡、及他重視構成要件概念與實定法之間的關係這樣的理論脈絡中來掌握。団藤認爲構成要件是對事實的評價基準，構成要件該當性即一種依據抽象、定型性之基準所作的規範性價值判斷（或說價值關係性的事實判斷），他重視構成要件作爲定型性基準的機能，因而認爲 Mezger 將構成要件與違法性結合、強調構成要件作爲不法類型的機能（稱爲「新構成要件理論」），是淡化了犯罪定型的第一次重要性，未必是可喜的理論發展（參団藤重光，《刑法綱要総論》，1984 年 7 月（改訂版 10 刷），107-108 頁）。不過，就如小野所說的，「問題不在於定義，而在於內實」，「定型」概念指涉什麼樣的事項、應該如何操作才能發揮機能，才是理論建構的重點。本文認爲「定型」即條文所要求的類型性特徵，不只展現在分則的各犯罪類型當中，總則的參與類型規定中也可看出一定之行爲定型內容。類型性特徵是根據條文的文義而來，行爲是否符合條文的敘述是一種形式性的判斷，即本文第四章所討論的形式要求；而文義經過分析後，將能夠發現蘊含對

刑法對於應受處罰的行爲，不只要求具備刑事違法性、有責性，還要求應符合條文所述之一定類型性特徵，此稱爲行爲的定型性。什麼類型的行爲會被挑選出來，納入刑事責任的範疇、以刑罰爲後盾來規制，是政策性的決定，只要不違背憲法上的一般原理原則，立法機關有很大的形成空間。國家能夠運用多種手段及資源來完成社會治理工作，故即使是實質上足以認定刑事違法性的行爲，若立法者認爲以其他方式規制已經足夠，因而選擇從刑法的範疇中剔除，也是很有可能的。這是立法者綜觀全局的取捨，故如果在判斷犯罪行爲之際，輕視形式、類型性的特徵而逕自進入違法與否的探究，這並不是補充立法漏洞，反而是違反了立法原意。另外，也並非所有類型化的犯罪成立要素背後都會連結到刑法學上的原理，因有時只是立法者劃的界線而已，意味著具這樣特徵的行爲有必要使用刑法來處理、其他不具此特徵者則不必動用。刑法的性質只是制裁規範[28]，立法者決定把什麼樣的行爲化爲刑法條文內容，原則上應依據社會上既存的、與法益保護相關的行爲規範而來，如果社會上尚不存在這樣的行爲規範，卻規定在刑法當中、利用刑罰法律效果來塑造新的行爲規範，將會因犧牲了其他重要的價值理念

行爲法益侵害能力的要求，行爲是否具備此種立法者所預定的危險性品質是一種實質性的判斷，即本文第五章所討論的實質要求。形式、實質要求都可發揮消極排除犯罪成立的機能，而實質要求並可發揮積極證立刑罰正當性的機能。

[28] Binding 經典的規範理論，即要求規範（行爲規範）與刑罰法規（制裁規範）嚴格區分。與法益侵害相關的規範（一般生活中的行爲規範）原本可能有很多，立法機關挑選其中一些規範違反行爲規定爲犯罪，規範只在這個前實定法的階段影響刑罰法規的內容，一旦未被採納，即已是政策性地決定加以忽視，也不再影響刑法上的各種判斷（至多隱身在其他概念背後發揮作用，例如人民對刑罰的預測可能性）。就這一點而言，說「規範違反是制裁規範的前提」是正確的，但若將行爲規範與制裁規範分別對應爲刑法上「違法性」與「可罰性」的問題（如宮本英脩的主張。參山中敬一〈犯罪体系論における行爲規範と制裁規範〉收錄於氏著《犯罪論の機能と構造》，2010 年 3 月，86-87 頁），則這個「違法性」的理論定位是有疑義的。至於如山中敬一、井田良等的看法，將行爲規範、制裁規範分別對應爲事前觀點的實行行爲性與事後觀點的因果關係，並以行爲與結果反價值二元的違法性理論爲依據，本文則認爲這樣的連結關係並非必然，縱採結果反價值一元的違法論，也仍可從罪刑法定主義（屬於制裁規範觀點的考量）導出對事前觀點的實行行爲性的要求。

而成爲違憲的立法。

行爲定型的要求，如果從消極面來看，將不符合的行爲排除不處罰，背後是連結到法治國原理。這一方面是爲了保障人民對刑罰的預測可能性，另一方面也是遵守權力分立原則，故對於立法者的決定，司法機關必須尊重。決定系統邊界的操作，從系統內部的觀點來看應是不可視、無法質疑的，故立法者爲何這樣劃界，也是刑法釋義學在爲司法機關提供法律適用方法建議時所不處理的問題。但如果從積極面來看，根據刑罰正當化的原理，立法者規定爲應處罰的行爲，也必定具有法益侵害危險性，因這樣的行爲才會違反法益保護規範，而可能使得處罰能夠收法益保護之效。由於立法者受到這樣的限制，遂使得構成要件該當性能夠具有違法性推定機能。從這個角度來看，對於行爲定型的解釋並不會完全與行爲實質上的法益侵害性脫勾，刻意避免任何價值色彩、自絕於法益侵害性的考量是不自然的，反而可能造成對類型性特徵的解釋困難。

第三項 發展源流

第一款 Beling 構成要件論與類型論之關係

Beling 在 1906 年時主張構成要件意味著犯罪類型的輪廓，且爲客觀、記敘性的，這樣的構成要件概念因與規範性構成要件要素（例如何謂「義憤」）或所謂的主觀構成要件要素（例如意圖）不相容而遭受批評。Beling 爲了繼續維持構成要件的客觀、記敘性質，遂於 1930 年時改變見解，將構成要件與犯罪類型之間的關連切割清楚，改稱構成要件只是犯罪類型的指導形象(Leitbild)，但這又使得構成要件變成一個內容空虛的抽象性觀念[29]。Beling 晚期的學說轉變被視爲他自承早期對於構成要件的構想失敗，而構成要件中的主觀要素、及構成要件該當性與違法性的關係，也成爲後進論者開展構成要件論之內容時所討論的重點。

[29] 參西原春夫，〈犯罪論における定型的思考の限界〉，收錄於氏著，《犯罪実行行爲論》，1998 年 3 月，33-36 頁。

不過，在此擬關注 Beling 將「構成要件」與「犯罪類型」二概念分離的這個舉動本身。這意味著他原本提出的構成要件理論當中，就包含了兩種層次相異的內容，表彰對構成要件可能存在兩種觀點的議論：一種是關於構成要件在犯罪概念中的定位，這會決定構成要件該當性判斷中應該包含什麼樣屬性的內容，也是後來的構成要件論所著力論述的部分；一種是作爲判斷犯罪成立與否時第一道關卡的行爲類型性特徵，這個部分才能夠發揮 Beling 原本對構成要件概念所期待的法治國或人權保障功能，即他所說的「在罪刑法定原則中將刑法理論實證化」[30]，但卻未被善加開展。這兩個層次其實也就對應於前第一項中所述的「犯罪實體論」與「法律適用論」兩種不同的思考路徑，如果不區分開來，必然無法從纏雜的批判當中脫身，故 Beling 晚期的理論轉向可謂確有道理，只是他本人似乎也仍未意識到存在著兩種不同的理論建構取徑就是了[31]。

---

[30] Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, Vorwort IV 轉引自西原春夫，前揭書（註 29），34 頁。

[31] 構成要件概念的源頭，本即訴訟上法律應如何解釋、適用的問題，在德國從 18 世紀以來便是如此，至於如今日所見的構成要件作爲犯罪概念的要素、成爲刑法犯罪論的內容，反而是 20 世紀初 Beling 之後才開始的、較晚近出現的發展。Beling 自身所構想的構成要件理論，一開始必然是受到傳統上對構成要件屬性及機能之看法的啓發，後繼論者所重視的構成要件概念的「犯罪實體論」意義，可能並非 Beling 當初主要的倡議方向，但他自身若未察覺及釐清兩種不同的機能層次，便很容易自相混淆，這可能也就是爲什麼他晚期的見解變得捉襟見肘、裡外都不是。就像是他所主張的客觀、記敘這樣的構成要件特性，與其設定爲作爲犯罪概念之一環的構成要件該當性的問題，其實不如承認二者就只是來自「法律適用論」的考量、無關乎說明犯罪是什麼，而也唯有如此定位，才能夠說明作這樣的要求的意義：並不是說構成要件只能夠包含客觀、記敘性的內容，而是一方面，爲了避免刑事司法的無謂發動、對人民作多餘的干預，遂以事實上已存在條文所預定的、彰顯於外的行爲爲前提，而此種初步篩選所憑藉的即是構成要件當中客觀性的要素；另一方面，爲了保障一般人之刑罰預測可能性，條文所要求的類型性特徵內容應儘量以記敘的方式來制訂，這樣法官的解釋才容易與一般人的理解一致。但如果條文就已經使用了規範性、帶有評價意味的用語，學說上視若無睹、繼續堅持構成要件的記敘性，反而是不切實際的；而法官若以解釋記敘性要素的方式來解釋規範性要素，也反而會與一般人的理解相違。故此種情形便應回歸人民刑罰預測可能性之保障此一上位指導原則，要求法官以公眾的間主觀所形成的客觀爲標準，來解釋規範性要素。（其實，只要是爲了保障一般人之刑罰預測可能性，都會以間主觀的客觀性爲標準，不論此時所謂一般人的認知是來自語言的使用習慣、還是社會規訓的實態，都是廣泛的社會通念的一環。）

第二款 實行行為論的承繼與興衰

Beling 晚期對構成要件概念改作抽象性的理解，已使原本重視犯罪之定型性的立場盡失[32]。Beling 將理論重點移到構成要件作爲犯罪概念之要素的層面，是受到同時期其他論者的取向引導，但如果不放棄一開始所主張的具有定型功能的內容、繼續開展，應可使論述更加完備。這個未竟的事業，大致上在日本可觀察到由有關實行行爲的討論所承繼。

第一目 實行行為論在日本的發展

在日本最早引介構成要件理論者，是小野清一郎(1891-1986)與滝川幸辰(1891-1962)，雖然他們不只介紹 Beling 的學說，也跟上了德國同時期其他論者的構成要件論論述，但二人基本上對於構成要件在落實罪刑法定原則方面的功能均相當強調及推崇[33]，小野、滝川的門生[34]及再傳門生後來也都成爲在日本刑法學界具重要影響力的學者，這樣的源頭使得構成要件論中的兩種問題意識在日本有機會獲得較均衡的發展。

後來論者稱「構成要件論」的議論，主要指構成要件在犯罪實體論方面之定位與機能的議題[35]，在法律適用論方面的議題，則多半被稱爲「實行行爲論」的

---

[32] 団藤重光，前揭書（註 27），107 頁。

[33] 滝川大致上對國家抱持懷疑態度，將刑法視爲階級壓迫的手段、堅守罪刑法定主義爲其刑法理論的特色，其介紹構成要件論的用意也在於此；小野則是進一步發展出自己的構成要件論論述，強調構成要件與實定法的關係，並批評 Beling 晚期的構成要件概念過度墮入抽象、學術性，而失去實定法性的意義（小野清一郎，前揭書（註 27），11 頁）。

[34] 小野的門生如団藤重光、平野龍一，滝川的門生如中山研一。

[35] 少數特別注意到澄清構成要件論當中包含兩種不同的議題的論者，例如堀内捷三，〈構成要件の概念〉，收錄於西田典之、山口厚、佐伯仁志編，《刑法の争点》（新・法律学の争点シリーズ 2），2007 年 10 月，14 頁：「構成要件論，首先是表現在取出、提供應成爲違法性或責任判斷對象的行爲；接著，再表現在…釐清對違法性、責任等要件的關連之點上。就像這樣，犯罪論中構成要件是以什麼爲前提這點，與構成要件在與違法性、責任的關係上發揮什麼樣的機能，是不同

議論所吸收。實行行爲概念在日本已經經過 80 多年的發展：起初，団藤重光繼受小野清一郎的見解而提出的「定型說」，重視各個構成要件的文義解釋，採形式主義、論理主義的方法，於構成要件該當性的判斷中儘可能避免涉入價值性的考量（裸的行爲論）。但是，關於如何找出作爲判斷對象的社會性事象，以及該事象是否符合構成要件所預想的定型，都難以不涉入價值，団藤主張以「行爲者人格主體的現實化」判斷行爲、及參考法益或社會通念觀點判斷定型性，被批評爲流於直覺[36]。

1970、80 年代開始，平野龍一從對小野、団藤的批判中，將實行行爲論的發展帶往實質化的方向。平野雖然並未正面否定「定型」的要求，但主張須從行爲與結果之間的關係中找尋依據，實行行爲是對於結果之發生具有「實質上不被容許之危險」的行爲，即在與結果之間具有因果關係的前提上，以「法益侵害的客觀危險性」來認定實行行爲[37]。經實質化後的實行行爲概念功能增強，除能夠用來劃定預備行爲與未遂行爲之界線、完成正共犯之區分外，也能夠作爲因果關係的起點。不過，鬆綁「實行」與「正犯」、「著手」等概念間的穩固結合，使這些概念得以被自由地檢討，固然是平野的成就，但過度重視實行行爲概念的實質性，而輕視形式要求的機能，則可說是將理論發展引導到不當的方向上了。

平野對原本較形式性的「定型」觀念的過度貶抑，爲後來實行行爲論的衰落埋下伏筆[38]。1990 年代以降，實行行爲論本身的必要性開始受到質疑，即開始出

的問題。」

[36] 參仲道祐樹〈実行行爲概念による問責行爲の特定(一)〉,早稲田大学大学院法研論集 123 号，2007 年，309-311 頁。

[37] 參仲道祐樹，前揭文（註 36），313 頁。

[38] 其實，別人是錯的，也不表示自己就是對的，如果認爲別人的理論有缺失，直接在自己的理論中超克就好，不見得一定要批評，畢竟要真正瞭解他人的學說並不容易。不過，論者間對於立場相異的見解的看法，往往只是爲了滿足自身的論述需求，而斷章取義、甚至扭曲地引用，時常並未忠於原意；或者將他人一個論點的錯誤，放大爲整個理論基礎的錯誤：或者其實可能只是用語的定義或範疇的差異而已，實則自己也不否認同樣內容的要求，只是說成了別的概念，而顯現出不同的理論構成方式。錯誤的批評可能造成長遠的效果，例如在平野的論述中，団藤的見解顯得

現所謂「實行行爲無用論」的主張，認爲實行行爲根本是一個不必要的概念，其功能用因果關係論或客觀歸屬論便可取代[39]；而本應屬無可替代的、落實罪刑法定原則方面的機能，也被視爲只是刑分各罪條文解釋的問題，可解消於刑法解釋的一般論當中[40]，也就是試圖將整個實行行爲概念（含形式及實質層面的內容）都從刑法總論的範疇中逐出，不再給予任何地位或特定的理論名稱。但也仍有論者強調，即使今日普遍認爲實行行爲概念本身無法發揮解決犯罪論上許多問題的機能，但只要是採罪刑法定主義，便仍必須以此概念爲中心來思索刑法上各種問題[41]。

第二目 實行行為概念仍具有無可替代的地位

其實，刑法總論本來就是統整及討論關於如何適用全部刑法條文的原則，故不會說因爲是分則各罪解釋的問題，就與總論無關。分則各罪的解釋不是全然見招拆招、各個擊破的，該怎麼作仍有一貫的規則、步驟及技術，這便是總論的課

迂闊而不堪一擊，定型性「多半只是爲了迴避分析、正當化直觀性的結論的標籤而已」（參平野龍一，《刑法総論Ⅰ》，1972 年，101 頁）。平野固然是爲了要強調自己所採的實質性觀點的優越性，而將団藤的學說過度化約，但平野在刑法學界具有崇高的地位及影響力，他對団藤的批判也爲後繼者所承襲。後來只要是欲批評實行行爲概念，將過錯都推到団藤一派的頭上似乎已成爲一種通例，實則該等批評者未必精確瞭解団藤學說的內容、及他所提供的釋義學操作方法，遑論確認団藤的「定型」主張是一個錯誤而應揚棄的觀念。從論者有時不大確實的引註看起來（例如山口厚，〈条件関係論の意義〉，收錄於氏著，《問題探究刑法総論》，1998 年 4 月，2 頁，僅將所批判的對象籠統地稱爲「舊通說」，但對「舊通說」內容的演繹其實又未標明出處；或例如島田聡一郎，〈実行行為という概念について〉，刑法雜誌 45 卷 2 号，2006 年 1 月，226 頁，談到學說對於實行行爲的定義，引用出處爲大塚仁的教科書，但其實大塚的書中根本找不到這樣的定義），對實行行爲概念的嚴厲批評有可能只是無的放矢、借題發揮而已。

[39] 例如山口厚，前揭文（註 38），5 頁；高山佳奈子，〈相当因果関係〉，收錄於山口厚編，《クローズアップ刑法総論》，2003 年 12 月，12-14 頁。

[40] 參島田聡一郎，前揭文（註 38），237 頁。

[41] 參中森喜彦，〈実行行爲の概念について〉，收錄於《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[上卷]》，2007 年 5 月，199 頁。

題，尤其本文處理的是幫助犯的解釋，正需要借重條文解釋的一般方法，也不可能再推說是刑法分則的課題而與總論無關。故論者若認爲不必討論實行行爲概念、推給分則各罪之解釋處理即可，其實也只是逃避提供理論上的說明而已。又，總論談的是共通的方法，實際應用時還要考量各罪、乃至具體個案的特性，這也本來就是理所當然的事。誠然，罪刑法定原則的確是刑法解釋的一般論，但這個一般論正是要實際貫徹於解釋當中才有意義，問題出在論者往往一方面高喊著罪刑法定原則，另一方面所主張的理論內容，卻又接受以逸脫文義、乃至來源不明的實質標準來適用法律，架空罪刑法定原則的要求。故論者說實行行爲概念只是刑法解釋之一般論的課題，這也稱不上是個有效的批判，基於此點主張實行行爲概念應被撤廢，其實只是對現實發生的問題及需求佯裝不見罷了。

上游的原理能夠導出下游的方法，實行行爲論是方法層次的理論（當然，這個方法可以不只受到一個原理的指導，看內容要怎麼設計），是關於行爲本身之特性要求，因果關係論或客觀歸屬論當中固然也部分包含了這樣的旨趣，但與上游原理之間的連接以及內容均未達到完備[42]，並不足以架空實行行爲論；而實行行爲論在落實罪刑法定原則方面的功能，則更是無法被任何其他理論所承接。罪刑法定原則不只具有重要的原理依據，透過「定型」觀念的媒介，更可對劃界問題提供具篩選力的判斷內容，而實行行爲論即是關於形成「定型」之內容的議論。「定型」的觀念已是處理各種劃界問題（包括參與類型之區分、行爲階段之區分、行爲數之決定等）最可能成功、也最易確立理論根據的方法了，如果捨此而改尋求別的判準，只會更加不著邊際、更難自圓其說。形式客觀說縱有過於僵化的缺

[42] 按日本與德國的發展不同，認定構成要件該當性所需的規範性判斷，在日本大致是以「實行行爲性+相當因果關係」這樣的架構來處理，德國則是採用率直的規範性、實質性判斷的「客觀歸屬理論」。其實，不與既有的概念要素連結，逕自使用若干判準排除構成要件該當性，容易淪爲理論根據不明、純粹政策性的決定，就此而言，傳統的「實行行爲性+相當因果關係」的架構將判斷定性在「行爲」與「因果關係」要素上，其實比「客觀歸屬理論」具有優勢。不過，「客觀歸屬理論」的主張內容也仍然可以參考，用以輔助對傳統架構判斷基準之具體化。參井田良，《刑法総論の理論構造》，2005 年 8 月，63 頁。

失，也並非無法挽救，仍可透過解釋之精緻化來修補，相形之下，若放棄整個實行行爲概念，則將導致無法對刑事責任的各種分類(「区切り」)作適切的提示[43]。

並且，行爲類型性特徵所形成的框架，只是用以確認什麼樣的行爲在符合條文敘述的範疇內、堪稱立法者所預定處罰的行爲，並沒有說一定是只以單一這個標準即下結論，不能加上其他的標準。刑法上的判斷本來就必須符合來自不同原理的要求，故時常需要設計爲一整個判斷流程、檢驗多道關卡，以確保各種價值理念都獲得滿足。重要的原理之間如果發生衝突，處罰範疇只能取其交集，如無交集只好放棄處罰，而不是在原理之間取捨、選擇保全哪些而犧牲其他。

由以上的說明可知，實行行爲論具有不可替代的重要性，實行行爲也並非一個餘贅的概念。本文所探究的幫助行爲的類型性特徵，可說是一種廣義的實行行爲性，在檢討的方法上與分則各犯罪行爲類型無異，亦即也須藉助於實行行爲論的內容。近年有關複數行爲惹起結果案型之討論興起，行爲數之決定、如何裁切作爲評價對象之行爲成爲流行的議題，使得實行行爲論獲得一個新的、專屬的問題領域，而再度復活。不過，這個新議題其實與實行行爲論原本所討論的行爲本身之特性已沒什麼關連，應該劃歸行爲論、或（若如既有的行爲論已對所處理的課題劃地自限的話，則）屬行爲論與構成要件論交界處的課題，置入實行行爲論的範疇中毋寧是以舊瓶裝新酒，大致上非本文所關注的對象。

第三節 研究範疇

1. 不處理參與論總論的問題：本文所選擇研究的幫助行爲，是屬於犯罪參與論各論的課題，而非屬傳統上視爲參與論主要內容的參與論總論的課題（參前註1）。對於幫助行爲本身的解釋，大致上較不受參與論總論中一些爭議的影響，故可以單獨切割出來研究，而論述中如果使用到參與論總論的觀念，會於行文合適處利用註釋說明本文對該問題所採的看法，只是限於篇幅，暫時只能視爲前提而

[43] 參中森喜彦，前揭文（註 41），198 頁。

承認，無法深入探討。

2. **無法完成正共犯之區分**：如前第一節第二項第二款所述，各個犯罪參與類型之間的關係是平行的，各自捕捉符合自身條文描述的行爲，如果一個行爲被重複捕捉，便依競合論處理。由於所有的共同正犯行爲都同時能夠是幫助行爲，這兩個條文之間有法條競合中的包攝關係，當一個行爲同時符合幫助犯與共同正犯的要件時，根據特別法優於普通法的原則，會適用共同正犯的條文處罰，所以共同正犯與幫助犯之間的界線，實際上必須由正犯概念來決定。本文只處理幫助行爲本身，對於「內側界線」（不同參與行爲之間的界線）的決定只能間接發揮影響，但大致上能夠決定出「外側界線」（犯罪與不處罰之行爲間的界線）。

3. **不處理幫助犯的「因果性」**：本文只處理幫助行爲本身，不處理幫助犯的因果性，後者屬廣義因果關係論的課題。本文雖然提出了複雜的判斷架構與流程[44]，但它們全部都只是用來判斷構成要件階層中的「行爲」要素而已。

4. **不處理分則中的「實質幫助犯」**：本文的論述是針對總則的幫助犯規定來開展，故對於實質上是另一犯罪的幫助行爲，但形式上獨立規定爲分則犯罪類型的「實質幫助犯[45]」，亦不特別處理。

5. **側重類型性特徵的探討**：本文的論述較側重「幫助行爲性」（類型化的法益侵害行爲），包含形式要求（條文文義）與實質要求（類型化法益侵害危險性），至於前類型限制的部分則篇幅較少。誠然，當檢討實務上目前使用幫助犯規定處罰的行爲時，問題時常會發生在前類型的判斷關卡處，甚至根本不待進入幫助行爲性的判斷，便已排除在處罰範疇之外了，即前類型限制對於劃定幫助行爲與不處罰之行爲間的界線來說，確實具有實用性。但本文選擇探討幫助行爲，主要是希望當司法人員願意改變對刑罰使用的態度時，這本論文能夠爲其提供理論資

---

[44] 判斷流程圖見第七章第二節。

[45] 例如製造、交付用來僞變造貨幣的器械原料（刑法第 199 條），或供給場所、工具、設備以便利他人做第 315 條之 1 的犯罪（第 315 條之 2 第 1 項），或爲公然聚眾施強暴脅迫者在場助勢（第 150 條前段）等行爲屬之。

源，以善用幫助犯規定取代共同正犯規定論罪爲契機，爲引起下一步的效應儲備能量，最終期能改變現行實務運作中的幫助犯內外側界線，使處罰行情整個降等(degrade)、位移。爲了要能達成這樣的目標，幫助行爲本身的內容及如何判斷毋寧才是關鍵，故本文著力論述的內容，是爲了展望解決更細緻的難題所作的準備。

第四節 本文架構及用語說明

第一項 本文架構

第一章是問題意識，及介紹本文對刑法釋義學所採取的學科定位（法律適用論），及用來處理作爲本文研究主題的「幫助行爲」的方法（行爲類型論）。

第二章是本文判斷流程設計理念的說明，一方面談前法律的、刑罰機能論及刑事司法部門的角色定位，另一方面談法律性的、刑罰目的論及憲政觀點的比例原則思考架構，再由此兩個源頭導出刑法釋義學的定位及理論設計方針。本章是作爲此前第一章問題意識與此後第三至五章幫助行爲的具體判斷內容之間的銜接，以避免第三至五章淪爲純粹技術性的論述，並順帶表達出選擇客觀主義及結果反價值一元的思考路徑，以便取得讀者的理解，並與採取不同立場的論者對話。

第三至五章是細部介紹本文所設計的幫助行爲判斷流程內容。第四、五章論述「幫助行爲性」，即幫助行爲的類型性特徵內容，屬本文的重點，包含形式的條文文義、及實質的類型化法益侵害性要求。但是，有鑑於若欲處理目前實務上實際發生的幫助行爲判斷問題，只使用「幫助行爲性」的概念並不足夠，故先於第三章插入對幫助行爲的前類型限制的討論。前類型限制在理論上應定性爲界於目前刑法學上行爲論與構成要件論中間的議論，內容是直接來自刑法外部（憲政）觀點的要求；相對於此，類型性特徵的內容則大致上是來自刑法內部觀點的要求，但是外部觀點其實也已貫穿其中。

第六章舉若干幫助行爲的事例（多爲實務上實際發生的案例），嘗試用前第三至五章中設計出來的判斷流程，檢驗能否作爲刑法上的幫助犯來處罰。

第七章是前六章的內容摘要，及第三至五章中論述的幫助行爲判斷流程之整理與圖示，並爲複數行爲人惹起結果案型的整體判斷架構之完備、以及共犯類型論可能爲正犯論帶來的影響提出展望。

第二項 用語及概念說明

本文所使用的詞彙多半來自李茂生，《刑法總則講義綱要》，2008 年（未出版），但內容經過筆者重新定義、詮釋，意思已有所調整。以下對一些本文論述中會使用到的用語及概念略作說明：

一、「真正正犯」指居首要結果歸責地位的正犯，相對於只是被*評價爲*正犯、但並未居首要結果歸責地位的共同正犯。「真正正犯」這個詞彙只是在參與論中爲了標示居首要結果歸責地位者與其他共同正犯之不同才使用，無此釐清必要時稱「正犯」就可以了。單獨正犯也是一種真正正犯。

二、單獨或真正正犯行爲與結果之間的關係叫「因果關係」，在廣義共犯處則稱「因果性」。二者皆屬廣義的因果關係論的課題。

三、講幫助行爲的「因果作用」、「因果助力」時，指的是事前觀點的行爲特性，用來討論幫助行爲的法益侵害性；使用「因果貢獻」時，則是指事後觀點（從結果回顧）的對結果惹起的實際上作用效果，即幫助行爲的因果性。後者非屬本文所探討的主題。

四、共犯的處罰根據論其實就是共犯的違法論。由於一般講「違法論」，指的是正犯以優越利益衡量原理爲基礎的違法論，但由於共犯未受結果歸屬（結果只歸屬給真正正犯），無法用結果（表彰法益侵害）來與被保全的利益作衡量，故共犯無法有真正的違法論。共犯的違法性無法表彰在構成要件結果上，只能表彰在對正犯最終結果之惹起的因果貢獻上。

五、行爲的法益侵害危險性（行爲本身的法益侵害特質、惹起法益侵害的能力）只連結到刑罰正當性論，並不直接連結到違法論、處罰根據論。刑罰正當

性是基於刑法外部（憲法）觀點，爲了使刑罰之使用能夠通過比例原則檢驗所作的要求；違法性或處罰根據則是基於刑法內部觀點，爲了滿足罪責原則之價值理念所作的要求。也就是說，行爲的「刑罰正當性」與「刑事違法性」二者不同，前者是建立在發動刑罰所能收到的法益保護功效之上（這已是法律上的正當性，而不是建立在刑罰的社會意義上的事實上正當性），後者則是基於刑法自身的價值理念，建立在個案中具體的法益侵害結果（行爲對於結果發生的實際因果貢獻）之上。行爲有事前觀點的法益侵害危險性、違反了法益保護規範，只是具有惹起結果的潛力而已，從事後觀點看，危險性未必盡數現實化、落實在具體發生的結果當中。

六、「法益關連性」是所有犯罪行爲都會具備的特徵，但在行爲的前類型判斷階段，本文稱爲「法益侵害傾向」，在進入類型化特徵判斷階段後才稱「法益關連性」，以示區隔。前類型的與類型化的法益侵害危險性之間是連貫的，可說只是層升的關係：行爲的前類型法益侵害性的內容，可說就只有法益關連性而已；行爲的類型化法益侵害性，則不只要求「有」法益關連性，還可能要求須達到一定的量，並且再加上其他供法益關連性賦形的類型性特徵。

七、「廣義實行行爲性」包含正犯的實行行爲性、幫助犯的幫助行爲性、教唆犯的教唆行爲性。此等均屬實行行爲論的課題，但本文只探討幫助行爲性。

八、配合條文的詞彙使用方式，「實行行爲」指所有正犯的行爲，包含共同正犯在內。實行行爲是符合分則各罪條文敘述的行爲，是構成要件行爲，但不是構成要件該當行爲，因爲只有真正正犯的行爲會具有構成要件該當性。作爲幫助行爲之標的的正犯實行行爲，應該限於唯一居首要結果歸責地位的真正正犯的實行行爲，否則學理上將難以解釋，並導致不必要的處罰擴張。但從條文的敘述看起來，共同正犯的實行行爲似乎也可作爲幫助行爲

的標的，故只能以限縮共同正犯之成立的方式來解決[46]。

九、 如無註明，「共犯」通常指廣義共犯，指狹義共犯時會特別寫出來。

[46] 併參第四章註 32。

第二章 幫助行為的處罰正當性

犯罪與刑罰是一組對概念(pair concept)，離開對於刑罰如何思考的問題，即無法解明犯罪的本質[1]，也無法展開刑法釋義學的犯罪論論述。故第一節中先談刑罰的社會實態，爲何這個對於所宣稱的目的實際上功效微薄的制度會必然存在，以及刑事司法部門對於這樣的現實應該抱持什麼樣的態度來回應。第二節以下，則是談刑罰此種事實上伴隨社會而生的產物，在憲法秩序之下，要如何承認爲具有法律上正當性的國家行爲，並且針對作爲本文主題的幫助行爲之處罰，來看抽象的立法能否通過合憲性檢驗（第三節），而對於這樣的條文，釋義學理論又應如何設計，才有助於司法機關在具體適用時能夠符合比例原則的要求（第四節）。

第一節 對於刑罰制度的思考

第一項 刑罰對於法益保護的功效甚微

論者常說刑罰是用來保護法益、預防犯罪發生，但刑罰對於法益保護的功效其實是很低微的。在個別預防方面，施加痛苦只會讓人學到報復，期待受處罰的人在刑罰當中學會體諒、爲他人著想，無異於緣木求魚。誠如涂爾幹所言，道德約束才是規制人們行動的真正約束，刑罰的使用越頻繁，便越沒有效果，因爲反而破壞了個體原本的羞恥心與道德情操。如果犯罪者已經欠缺「健康的」道德良知，那麼刑罰頂多只是種監督機制，也無助於改變個體的反社會傾向。就如尼采所言，懲罰是冷酷與無情的，只會強化疏離感、增進抵抗，人們是如野獸一般受懲罰所馴服，而非改善[2]。

另外，關於一般預防方面，每件事情發生的成因其實都很複雜，人的行動不是只受簡單的賞罰邏輯制約而已，否則，公權力根本沒有能力時時刻刻盯著每個

[1] 井田良，《刑法総論の理論構造》，2005 年 8 月，16 頁。

[2] David Garland 著，劉宗爲、黃煜文譯，《懲罰與現代社會》，2006 年 5 月，121-122 頁。

國民，應該只要取締不到之處都會充斥著犯罪，但現實上卻沒有如此[3]。一個人之所以不犯罪，與其說是因爲懾服於刑罰惡害的威脅，不如說主要是由於所受到的教養、所處的社會生活脈絡沒有將他的行動導往犯罪的方向[4]。刑罰對於犯罪預防、法益保護所能發揮的功效，只是作爲規訓(discipline)的後盾而已，即在國家透過各種管道及方式教育國民如何行動時，若同時讓他們知道違反規範會伴隨現實上的不利益，將可使「應當遵守規範」的訴求更具說服力，並令國民更加信賴規範的有效性。

不過，國家如果只單單制定處罰規定，而未加宣導，刑罰也不會自動發揮引導國民行動的作用（反而是對國民不教而殺），故重點其實在於「教」而不在於「罰」。並且，就如 von Liszt 所說的，最好的社會政策就是最好的刑事政策，國家其實可以統籌運用各種資源、協調各個社會部門，透過政策的研擬及推動，用合理的制度設計、資源分配、生活環境安排來預防犯罪發生，以這樣的方式來保護法益，毋寧比刑罰更確實、有效、經濟得多。

第二項 刑罰制度為何必然存在

刑罰其實只是一種耗損社會資源、沒有建設性的惡害，對法益保護沒什麼功用，但卻因爲一些現實上的因素，到現代仍不可能被撤廢。

第一款 刑罰與社會

按刑罰是一種複雜的文化人造物，廣泛的文化心態與感受影響著刑罰制度。

---

[3] 其實，社會控制（social control，指對社會成員施以某種壓力，使其行動符合一定之型式。或稱社會統制）非但不限於以使用物理性的強制力作爲壓力，並且心理統制的作用往往更屬重要。例如古代埃及、希臘、羅馬等的奴隸社會中，明明奴隸人數眾多，稍微集結一下便可輕易壓制過主人，卻能長久維持由少數主人統治多數奴隸的局面，即是心理統制的效果：一方面，用少數的物理性制裁，製造出恐怖、威脅的感覺；另一方面，更重要的方法，是利用神話、宗教、道德等將此種關係正當化或神格化。參楊日然，《法理學》，2005 年 10 月，76-77 頁。

[4] 類似意旨，參黃榮堅，《基礎刑法學(上)》，2006 年 9 月，38-39 頁。

政治、經濟或組織的形式等也屬文化的面向之一，形成了社會行動賴以發生的意義架構，故傅柯、馬克斯主義者、涂爾幹、韋伯等人的作品，都討論了現代社會特定的文化特徵（個人主義、合理性、世俗主義或「資產階級」價值…），並從特定的社會結構與社會變遷理論來說明刑罰制度[5]。

而除了是由所處的社會形塑其樣貌，另一方面，刑罰也發揮著維繫社會存續的機能。當社會大眾面對社會秩序的破壞時，會產生情感上的波動，但事件既已發生、無法挽回，此時便需要進行一個儀式，摧毀某個象徵此一犯罪的替代品，來平復民眾的悲憤，回復社會秩序，這就是爲犯罪「負責」的本質[6]。就此而言，刑罰制度必然伴隨著社會存在。至於什麼是「犯罪的象徵物」，在現代似乎一定是「人」，但這只是基於今日吾人的世界觀罷了，並非亙古皆然。就像是在中世紀的西歐，曾經有很長一段時間盛行「動物裁判」，以類似今日公訴制度的方式，煞有介事地對殺傷人畜、破壞田園的動物進行審判及執行刑罰；而文獻中也零星發現處罰植物、無生物的案例[7]。

社會的情感需求，使得刑罰必然伴隨社會而存在，並且以反映該社會生活方式之特色、價值觀的形式存在。在中央集權的國家尚未出現時，以部落、家族等爲單位，也會自動地組織起處罰的制度，但當國家組織成熟、並有足夠的掌控能力時，便不再允許私刑，而由國家壟斷刑罰權。

第二款 刑罰與國家

刑罰能夠帶來統治上的便利性，各種型態的國家對於刑罰的使用都有很大的

---

[5] David Garland 著，劉宗爲、黃煜文譯，前揭書（註 2），314-315 頁。傅柯等關於刑罰制度的論述見該書第 2-8 章。

[6] Paul Fauconnet, *La Responsabilité - Étude de sociologie*, Paris: Alcan, 1928, p.234. 轉引自小坂井敏晶，《責任という虛構》，2008 年 7 月，191 頁。

[7] 例如當死者從樹上墜落而亡，死者的親族便將樹砍倒並「挫骨揚灰」，或是死者死於戰鬥之中，親族便將殺人的武器「處以」焚燬。參小坂井敏晶，前揭書（註 6），188-189 頁。併參池上俊一，《動物裁判：西欧中世・正義のコスモス》，2006 年 3 月，30、52-53 頁。

誘因。在獨裁國家中，利用刑罰剷除異己、鎮壓反對勢力，對於政權的鞏固具有立竿見影的效果，固不待言；但在法治國家當中，利用刑罰來鞏固權力的現象也依然能夠發生，只是手法比較隱晦（從威壓轉爲規訓）而已。

按法律只是一種形式，就連在古代君主專制的體制中，也懂得先頒佈法律再依法執行，而非全然的專斷。但一方面，法律的形式無法擔保實質內容的良善，執政者對國民的引導，可以出於促進社會永續發展的考量，也可以只是爲了統治的方便（而培養馴從、守紀律、服膺主流價值的國民），故刑罰即使退縮到僅作爲規訓的輔助，也仍可能繼續爲鞏固執政而服務；另一方面，「徒法不能以自行」，若執政者將法律視爲管理人民的道具，而不是用來約束國家自身，那麼，以符合執政者自身的利益爲原則，選擇性、借題發揮、小題大作、或鑽文字漏洞地適用法律，對人民的危害其實與獨裁國家也並無二致。

尤其，在現代民主法治國家中，執政者是經由民主程序取得統治的正當性，遂使得「統治者的利益」與「人民的利益」巧妙地結合在一起。充滿壓力的現代社會生活方式及環境，製造出懷抱強烈不安感、情緒纖細脆弱的公眾，刑罰誕生的原始動力本即來自公眾的情感宣洩需求，每當有令人不樂見的事情發生，伺機而動的處罰慾望便被挑起。公眾既然期待刑罰帶來秩序回穩的安堵感（如釋重負的感覺），國家也就能順水推舟、藉機取悅民眾，於是，刑罰不只能夠用來威嚇及規訓，還能用來獲取民眾的認同。尤有甚者，當「找人負責」已成爲社會對於各種事件的共識性的回應模式時，執政者將取得極大的方便，因爲只需要豎立標靶、供民眾發洩怨氣，便能夠輕易掩飾自身治理失敗的過錯，也可逃避找尋及解決真正問題癥結的職責。

刑罰制度的存在可說是現代民主法治國家中執政者的護身符，使其進可攻、退可守，可爲善也可爲惡，甚至也可僅享受權力而不用負責。如此好用的道具，現代國家自然不會將它撤廢。

第三項 集體不思考(thoughtlessness)的弊害—「平庸之惡」的效應

在民主法治國家當中，缺乏顯在的獨裁者，所謂「統治者的利益」遂成爲一團迷霧，看不出是「誰」從中獲利。不過，科層制(bureaucracy)的本質，本來就在於把人非人化，使之變成一個個的職員、行政機器上的齒輪，科層制是一種「無人的統治」(rule of Nobody)，極權政府也是這樣構成的[8]。藏身在制度所提供的匿名性背後、所作所爲被龐大的體系稀釋掉而不用負責的官僚，加上推波助瀾、單單順從慾望而怠於反思的民眾，遂能造就集體的「平庸之惡」(the banality of evil)[9]。

---

[8] Hannah Arendt, *Eichmann and the Holocaust*, Penguin, England, 2006, p.117（按：此書是對"Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil"一書的摘錄，詳註 9）

[9] 語出政治理論家漢娜・萼蘭(Hannah Arendt)1963 年《艾希曼在耶路撒冷——一份關於平庸之惡的報告》(Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil)一書的書名，其實譯爲「惡的平庸」較接近原意，但「平庸之惡」已成爲論者一般指稱此概念時的固定用語。按阿道夫・艾希曼(Adolf Eichmann)是納粹時期執行對猶太人的種族滅絕計畫（所謂的「最終解決方案」）的主要負責者，這本書是身爲德裔猶太人的萼蘭受"The New Yorker"雜誌委託報導艾希曼在耶路撒冷的受審過程而作成的報告。透過對事件背景與艾希曼生平之瞭解、法庭上辯辭的探究、及對此人言行細節的觀察，萼蘭發現一個驚人的事實：原來不思考(thoughtlessness)（說得直白一點，就是「沒在想」）與惡(evil)之間有種很難診察出來的共生關係。像大屠殺這樣史無前例的罪惡，並不是由狂熱、偏激、病態分子所造就，而只是對自己所處的環境漠然、對自己之所作所爲的意義不思考、行禮如儀的平凡人而已。萼蘭稱艾希曼是一個「平庸」的人，這也就是這本書標題的由來。他對現實漠然（一心沈浸在自己的世界中，嚴重到連自己都已經被押到絞刑架下面、快要被處決之際，還滿腦子只是想著生平曾經參加過的各場葬禮上聽到過些什麼，而這些有的沒的的念頭竟能蓋過他自己即將被處死的現實），不會聯想（不會看狀況、不會辨識自己的身分地位應如何舉止，以致於可以連續好幾個月對著審訊他的德裔猶太官員大吐真心話，解釋自己當年在黨衛軍中爲什麼只幹到中校而沒被升上去、未獲升遷不是他的錯云云），對他來說，執行屠殺只是公事公辦、遵行命令而已，他除了特別勤奮地工作、想要獲得升遷外，沒有其他的想法。「就是這樣單單的不思考(thoughtless)，使他注定成爲本世紀最大的罪犯之一。」萼蘭認爲吾人可從艾希曼身上學到一課：「這種對現實的隔漠(remoteness from reality)、不思考，比人類所有與生俱來的罪惡本能加在一起所能引發的浩劫還要多。」以上摘自 Hannah Arendt，前揭書（註 8），114-115 頁。

艾希曼值得吾人注意的特點有二：一是「自我中心」：這與「自私自利」不同，「自私自利」是經過計算的，是爲了自己的利益而犧牲別人，但「自我中心」是沒有經過計算的，是根本未意識到有人被自己犧牲。因而「自我中心」可能比「自私自利」還可怕，因爲不去意識到別人的犧牲，做事就不會猶豫、也不會考慮，事後也不會感到歉疚。二是順著社會規訓行事：這與順著「本能」

行事不同，順著本能是有生物性基礎的，是因爲感到餓了、痛了、累了而作些什麼，但順著社會規訓的行事動機往往只是精神性的，可能是爲了追求某種意義而作，而非生存所必需（例如艾希曼對升遷的渴望，並不是由於不升遷的話薪水不夠過活，就只是想要升遷）。若是順著本能行事，身體適意了就會停止，會有滿足的時候，但若是順著社會規訓，則對於意義的追求是無止境的，這樣的慾望及動力也是無窮的，甚至爲此可將自己也工具化，儘管身軀疲憊仍繼續追求。

艾希曼離我們的社會並不遠。我們時常可看到記者報導新聞時，近距離拍攝當事人的臉，邊拍攝邊加上自己擅斷的詮釋，甚至不識相地拿麥克風去問被害人或苦主「你現在有什麼感覺」，這樣的作法很明顯地，是滿心只想著完成自己的報導，而沒在想對別人的傷害，甚至也沒思考新聞爲什麼是要這樣報（只因爲別的記者都這樣報，所以也跟著這樣報。這是一種規訓）。不過，即使當我們看著電視，知道記者的作法應該受到批判，但我們自己的很多行爲也出於相同的邏輯，卻被視爲理所當然。例如網路上天天充斥著各種酸言酸語，或是報紙上的八卦報導，或是大家看「全民大悶鍋」對名人的模仿、嘲弄看得津津有味。這些「名人」不見得是藝人或政治人物，有些也只是因爲被反覆傳述、討論或轉載而「走紅」的素人而已。其實這些名人關我們什麼事，我們爲什麼要感興趣？我們可能連對自己身邊的人都沒這麼感興趣。對名人的消費是一種被規訓出來的行爲模式，而我們在消費他們時也不會去想爲什麼他們（甚至是非自願地成爲公眾人物者）就該忍受被我們當作娛樂、消遣的對象。又例如電視上常常出現的畫面，對於崇拜的偶像明星，粉絲們搶著吸引他的注意，甚至演唱會上伸長了手，想要摸他一下，摸到了便覺得很高興。其實，被他注意或與他接觸到，代表什麼意義？偶像也是人，爲什麼可以隨便摸而不用尊重他？當一個人被不認識的人亂摸時，通常不會感到高興，只會覺得討厭，但粉絲們這樣做的時候似乎不會想到此點。粉絲們應該並不希望被自己的偶像討厭，但做出來的偏偏就是會被討厭的事，只因爲這是一種被規訓出來的與「偶像」（不是一般的「人」）互動的方式，而他們在做的時候也沒在想。

艾希曼不是一個特例或偶然，「自我中心」（對他人的存在及利益無感）加「行禮如儀」（順著規訓行事）其實可說就是當代公眾行爲的範式，艾希曼只是因爲犯下了滔天大錯、被吾人的目光掃視到，而他又剛好被規訓得相當好，把這些特徵內化成他自己的個性而展現，這種行事模式才被辨識出來是一種缺陷或罪惡。其實我們被充斥著這種模式的社會所教養，這樣的思維盲點也存在在我們每個人身上。當然，我們也不是完全沒有被教導過如何思考及分辨事理，所以對於這樣做的人，若是提醒他、分析給他聽，他通常也是能夠理解、接受的，所以也不能說是真的「不知道」。但在做的當下，已經很習慣不去想，或是即使想了，也只是止於「大家都這麼做，爲什麼我不可以？」、「大家都這樣做，應該是沒關係吧？」，即對於行爲的意義，不是透過認真地設想利弊得失及對他人的影響來理解，而是簡單地從眾。

不思辨、漠視他人的利益是一種罪惡，但在一個「大家做的時候都不太想」的社會中，對某個犯了這樣錯誤的個體加以責難，可能又是過於苛刻的，尤其當責難的效果是刑罰時，國家或公眾責難這個個體，犯的錯誤其實與這個受責難者如出一轍，因爲也一樣是沒有顧慮他的利益及處境。當務之急是扭轉這樣的罪惡，而不是純粹的報復，那麼，便不能以犯相同的錯誤爲代價來處罰犯此種錯誤的個體，因爲國家或公眾的影響層面比個人更廣，一旦示範只會令這樣的處事模式更加

人類歷史上最嚴重的罪惡也不過是這樣誕生的，而只要繼續不思考、無自覺地依循既有的路徑前進，我們的社會也將走上毀滅之途。

如前第一項所述，刑罰無法作爲解決問題的方案，反而容易模糊焦點。在事件中處罰違反規範的個人，僅是用來加深規訓、鞏固主流價值而已，但問題並不會這樣就獲得了解決。只是，當整個社會都只看眼前的現象、持續關注取締及怪罪的活動，便養成短視近利、不理性深思的習慣，資源也永遠無法被投注在長遠、能夠真正解決問題根源的改革活動上。犯罪的病灶不消除，犯罪便會不斷發生，導致社會更加不安，更加需要刑罰的慰藉；而越熱中於消耗性的發洩，問題也就越被擱置，如此惡性循環下去。

主流媒體對於事件的報導方式，正是由來於對人民情感的呼應、對群眾心理給予正面的擁抱及認同，而之所以令人生厭，也不過是因爲赤裸裸地反射出了此種平庸心理膚淺醜惡的一面而已：只憑自己的方便或利益行事，只顧滿足慾望而沒有責任感，對自己的角色以及行爲對他人可能造成的影響不思考(thoughtless)、漠然、無自覺。人民需要被討好，需要得到迎合、撫慰，但國家卻不能只提供這樣，否則便也一模一樣是「只顧自己（討好民眾來維持執政）、沒有責任感、對所造成的影響不思考」的態度，而這就是毀滅性的「平庸之惡」。

第四項 國家應當自我反省

政治學、社會學、心理學、犯罪學等知識對於人類行爲的看法，都透露出決定論的傾向；在日常生活當中，人們也時常是用決定論的觀點看待自己的行爲，認爲自己只是社會上的一個螺絲丁，只是作大家都一樣會作的事，行爲造就了什麼都只是無可奈何，當陷入「平庸之惡」的時候尤其是如此。但弔詭的是，在法

擴散。國家必須以與「平庸之惡」相反的方式行事，即使是面對犯錯的人，也必須斟酌損益，在處罰人時清楚地意識到此舉爲受處罰者帶來的侵害，非不得已、非爲生存所需，不隨便施加這樣的侵害。國家應示範理性、關心他人的處事模式，並引導公眾學習這樣的反應。

學及司法活動當中，卻必須以承認行爲的非決定論爲前提，才能夠追究個人的責任。其實，我們對作爲標靶、社會公敵的犯罪人採用非決定論，也許也只是用決定論來看待自己所延伸出的反應而已：如果承認犯罪人的行爲也是被決定、不得已的，那就應該由整個社會來承擔，但「整個社會」就會包括到我們自己，而我們不願思考、不願爲別人設想，也不願負責，所以犯罪發生時必須採非決定論，認爲都是犯罪人的錯、是犯罪人應當自己承擔的，這樣才能把我們自己撇得一乾二淨。

於是，我們用非決定論來要求犯罪人，表達出我們對人之形象的理想（人有理性、能夠爲他人著想，而不是工具或被決定的物品，因此能夠負責。能夠負責是一種榮譽），但我們對自己的要求反而是墮落的。墮落是人性，不過國家不是人，故可期待它不墮落；而且國家不但自己不能墮落，還必須帶頭扭轉，防止整個社會一起墮落。刑事司法有機會引導、改變民眾的思考，而其自身的作法就是一種示範，憲法第 80 條對法官所要求的「依據法律獨立審判，不受任何干涉」，應當有更深一層的含意，即法官有時必須要違抗時局與民意。如果只是苟且地主張「大家要我這樣判，所以我也只好這樣判」，這便與民眾漠然、事不關己、把自己撇得一乾二淨的心態如出一轍，也正是繼續強化「平庸之惡」的邏輯。

當社會上發生令人不樂見的事情時，很可能是表彰出國家的失職，在處罰人、指責人之前，國家應該先自我反省：政府是不是少作了什麼，而未能防止這樣的事情發生？國家不是人，故不能用「決定論」來看待自己、不能推卸責任，不能主張是別人要負責、或是應該大家一起（集體）負責，只能承認就是*他自己*要負責。人性本即難以期待，故法益受到侵害時，責怪一個個體從社會治理的角度來說意義不大，值得探究的是國家自己有沒有把制度設計好、把資源分配好、把生活環境安排好、把犯罪人教育好，也許國家才應該要對被害人感到歉疚才是。至於處罰犯罪人，只是不得已的權宜之計，因爲事件既已發生、引起了社會騷動，總要給公眾一個暫時的交代，讓波動先沈寂下來，政府才有時間改進、亡羊補牢。若是國家沒盡到自己的職分、挖了坑給人跳，犯罪人與被害人其實一樣

是被國家所犧牲的，是國家將他製造出來，故在處罰他的時候，國家也應當要感到慚愧及心虛。如果國家懂得自省及愧疚，即使不刻意考慮政策上的效果，縮減刑罰的使用也會是順理成章的事。

第五項 刑事司法部門應扮演的角色

第三項所述的困境如不解決，維持現況、放任它繼續發展，將會導致社會衰亡。為此，除了期待社會上越來越多人能夠有此體認（當然，如何改變民眾的思維，也是國家應當努力的工作），國家各部門也必須全部動員起來，其中當然包括司法在內。尤其在我國，因為大大小小的選舉太過頻繁，即使是警覺、有良心的執政者，也被迫不斷取悅民眾、向選票低頭，處理這個問題會比其他國家更加棘手。在行政、立法部門已受到牽制而難以指望太多的狀況下，司法比起行政、立法部門，算是較能夠維持穩定、抵禦多變的民意洪流的部門，若要終結用刑罰飲鴆止渴的惡性循環，司法部門可說是最後的希望。故刑事司法部門不能也跟著群眾起舞、自我工具化地隨波逐流，而是必須主動分辨、確立自身的角色定位。法官、檢察官、警察等代表的是國家，必須以國家所應採取的姿態來處理案件，並體認到負有以下的任務：

第一款 緊縮刑罰的使用

刑事司法部門只控管刑罰的發動、使用，沒有能力、也沒有資源解決犯罪背後的社會問題，行政、立法部門沒有作好的事，終究必須退回給行政、立法部門，而不是由司法部門吸收。司法部門如果配合猛抓替罪羊來罰，作秀給民眾看，以遮掩政府的失職，幫行政、立法部門的懈怠善後，甚至是自我膨脹，妄想刑罰可以改造人心、解決社會問題，便正是推進了前一項所述的惡性循環，將社會帶往毀滅之途。惡性循環總要從一個關卡開始止住，故刑事司法部門應該要有意識地緊縮刑罰的使用，僅在不造成社會失序及不違反權力分立原則的最低限度內發動

處罰。這除了是給行政、立法部門壓力，讓問題能回到它應該被處理的環節上外，也是漸漸讓公眾瞭解到刑罰不論在解決問題的能力上、還是發動的分際上都有其界線，不會總是符合民眾的期待。

第二款 示範對於事件的思考及回應方式

由於採行刑密行主義，刑罰調適社會心理的功能，已不是透過刑罰的展演，而是轉化爲由資訊的傳達、呈現來發揮。目前主流新聞媒體對於犯罪事件（其實，對其他事件也是一樣）的報導，都往往以浮面、斷章取義、譁眾取寵的方式呈現，這是另外必須由行政、立法部門解決的問題；但對刑事司法部門來說，至少應當意識到自己的活動也是在傳達資訊、與人民溝通，可以是對人民需求的回應，也可以是一種教育或示範。如果認爲毀滅性的「平庸之惡」便是從「自我中心」加「行禮如儀」的態度開始的，而這樣的態度已在社會上四處充斥，人民沒有什麼機會學到如何不這樣，那麼刑事司法部門至少可以在案件處理過程及論述中展現另外一種態度，讓人民有機會瞭解世上還有他種對事件的回應可能性。

第一目 重視問題的解決

首先，在方法上，刑罰的使用是經過計算的，是爲了要達到功效，才去犧牲一些利益。對事件的回應應當重視問題的解決，而不是情緒的發洩，更不是只圖方便草草了結。若從這個角度來看，很容易承認刑罰根本無助於解決問題，因爲將事件的成因歸結到個別行爲人是過於狹隘的，僅將這個犯罪人剷除，也無法擔保法益不會再次受侵害，唯有關注事件發生的背景及模式，才有助於避免下次再度發生。

刑罰只是一種經過誤導的對事件的回應習慣而已，刑事司法部門無法解決問題，能夠作的只有「找人負責」而已。故除了自我節制、慎用刑罰外，行事司法部門可以示範的作法應是：一方面，將事件原由交代清楚，不讓人誤以爲刑罰真的解決得了問題；另一方面，即使還是不得已必須找人處罰，但在對象的選擇及

歸責排序上，仍儘量從探詢事件原因、分析作用強弱的觀點來決定，讓刑罰發動的宗旨維持堅守在法益保護的目標上。

如果刑事司法部門的對應方式，是把每個沾上邊的人都貼上標籤，認爲「你犯了錯，要處罰；你也犯了錯，要處罰」，這不但是在豁稀泥，沒有爲人民示範如何分析事理、作有層次的思考，並且本身即是一種「各打五十大板」的威權態度，完全展現出刑罰被濫用的危險。

第二目 對犯罪者的關照

其次，在態度上，刑罰的使用是針對特定個案中的特定行爲人，不是齊一的例行公事，刑事司法部門應當尊重作爲審理程序及刑罰對象的行爲人，關照個案的特性、行爲人的狀態及刑罰將帶給他的影響。

「尊重他人」這樣的規範雖被反覆地宣示，但講的人往往做出來都不是這麼回事，因而總是讓人無法學到這個規範究竟該怎麼實踐。故刑事司法部門的示範，必須是要真的做到、展示出來。不過，這個籲求對刑事司法來說，其實顯得格外僞善，因爲整個刑事司法流程正是以對人「不尊重」的方式構成（對刑事被告或嫌疑人，持續地防備其逃亡、串供、湮滅罪證，甚至可侵犯他、實施強制處分，乃至當作野獸一般地對待，訴訟程序中也是不斷質疑、甚至難免羞辱他；定罪後爲了執行刑罰，可將他囚禁甚至殺死，更稱不上是什麼尊重），如何從中展現出尊重？故刑事司法所能夠示範的「尊重他人」，也只是「慎刑」的態度罷了。

「慎刑」是因爲法官清楚意識到自己行爲的效果。人常有挑別人錯處的慾望，這是我們在規訓體制中養成的習慣，一般人從小到大，從家庭生活、到受教育、到進入職場，都在一直不斷地被挑錯，因爲曾被卑屈地對待，遂也習得透過指責別人來彰顯自己的優越。但法院判決的效果不是一般人際關係上的自我滿足而已，而是會實際地使人受刑，如果還把犯罪者當作人看待、把其利益當一回事，便必須顧慮他的感受，並不斷斟酌處罰的必要性。只以「沒辦法，我也只是照章辦事，既然你作錯了，我就必須處罰你」此種機械性的態度適用法律，只是施展

菁英的傲慢而已，放棄鞏固人民的信賴，並未實踐民主法治國的精神。

不過，國家如能夠對犯罪者展現憐憫(mercy)，與其說是從設身處地的同理心而來，不如說是從自省而來，因爲犯罪者時常有其不同於常人之處，未必容易讓人同情理解。但是，國家只要在檢討別人之前先檢討自己，便會看見自己的無能：對於已經發生的憾事，付出的努力不夠而未能防免；而現在在作的事是處罰人、荼毒人，不是什麼威風的事，也沒有建設性。當國家不那麼自我膨脹、不自以爲在伸張正義（真正的正義是讓這樣的事件不要出現，就此點而言國家已經發生了失誤），也許處罰人的興致也就不會那麼高亢，也只有這種來自心虛、手軟的哀矜勿喜，是國家自我節制的動力。

第三目 刑事司法部門的示範亦有助於預防犯罪

另外，刑事司法部門上述示範，對於預防犯罪、保護法益其實也是有助益的。按不論是自我中心、漠視他人的利益，還是自私自利、認爲自己的利益高於他人，都是促使人去作侵害他人利益之行爲的態度，而思維習慣都是在社會生活中養成的。教人做到「不自私」可能是不切實際的，因爲人爲了生存，必須爭取資源，也就難免犧牲別人，世上沒有幾個人能夠一輩子豐衣足食而不用與人競爭的。故能夠期待的，只有教人做到「不自我中心」，在犧牲他人的時候，至少正視他人的存在。成功的果實不是由於自己付出了努力便理所當然應該得到的，而是以犧牲他人換來的，他人也許也付出了努力，但就是沒有得到，因爲是被你拿走了。看見別人因自己而遭受的損害及痛苦，才會開始內疚及自省，也是從這裡出發，而瞭解到自己不應在沒有必要的時候、或只爲了一點點利益去傷害別人，進而對人關心與寬容[10]。

[10] 當然，時時想到、意識到別人的存在，的確會使人生變得比較辛苦。社會生活是種束縛，應該練就旁若無人的本領，「不要太在意別人的目光」，才能過得比較瀟灑，這似乎是一種新流行的、自我解放的訴求。但這樣的訴求不是用來正當化那種連想都不想的習慣，只是教人「想了以後再放下」。完全任性、什麼都不想固然是最輕鬆愉快，但當人人如此，社會就瓦解了，人也會因此

漠視他人、憑（被規訓而來的）慾望及直覺行事是公眾時常展演的模式，這種「平庸之惡」的毀滅性除了會反映在用對他人的處罰來滿足一己之快、徒然消耗社會資源而最後反噬到自己的現象上外，也反映在那些從自我中心而來的犯罪上（其實，刑罰不也是一種由國家執行的、對人的法益侵害？）。故如果刑事司法部門能夠不再複製這樣的模式，進而加以扭轉，其實就是在進行犯罪預防的工作：一方面是一般預防，即示範另一種處事態度，教導、刺激民眾做事之前要思考、要想到別人，改掉衝動、率斷的習慣，也不要再繼續無意識地反覆展演並相互強化；另一方面是特別預防，對於經歷刑事司法程序的犯罪人，使其親身體會、感受另一種對待他人的方式（就如少年事件處理法的理念：程序本身也是一種處遇）。故雖然刑罰本身沒有犯罪預防的功用，但發動刑罰的程序、過程倒是可以蘊含。

第二節 刑罰如何正當化

第一節中對於刑罰之歷史及社會實態的說明，大致是立於「前法律」的觀點；本節則開始進入法系統內部，論述這種不得不伴隨社會而存在的必要之惡，在今日應如何在法律體系當中定位，即法律系統如何將現實環境中的刺激轉化爲系統內部的元素。

第一項 必須以法益保護為目的

如前第一節第一、二項所述，刑罰對法益保護沒什麼功效，只是一種耗損、無建設性的活動，但卻對社會不可或缺，也不可能被國家撤廢。刑罰的確有其現實上的機能，但這些機能無法成爲法律上的正當化根據，因爲在憲法秩序之下，不可能承認國家可以爲了「公眾情感的發洩」或「方便統治」而對人民施加刑罰。

失去生活的根基。眼中看不見別人的存在並非自由，只是盲目而已，只圖眼前一時之快的近利，得到的只是自由的幻覺，實則是被愚昧所桎梏而不自知。

當然，若是沒有任何目的的刑罰，純粹爲了應報，則更不可能被法秩序所允許了。故刑罰必須是爲了達成某個目的而發動，並且必須是受憲法秩序所肯認的目的。

吾人用刑法來規定犯罪行爲及其刑罰效果，一方面限制人民不能做那些被界定爲犯罪的行爲，另一方面用刑罰此種對人民生存權、人身自由權、財產權等的剝奪作爲威脅，支撐限制的效果。故刑罰的正當化，要看刑法是爲了什麼目的而限制人民不能做那些行爲，再加上看刑罰支撐這個限制的效果如何。

憲法第 23 條規定，人民的自由權利「除爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，故犯罪行爲之所以被禁止，必定是基於「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」的目的。其中「避免緊急危難」主要是針對國家的緊急處分權而言，但對於犯罪的處罰是平時就在作的，非限於特殊時期（此處先僅談一般刑法，不談限時法），故可先排除不考慮[11]；「防止妨礙他人自由」指的是防止侵害他人的各項基本權[12]；至於「維持社會秩序」與「增進公共利益」，由於一切公共性的管理與建制，最終也都是爲了個別人民的幸福而存在的，若不回歸個人利益的觀點，難以解釋什麼是抽象的「社會秩序」、「公共利益」，故所謂「社會秩序」、「公共利益」，指的應也是人民生活所必需、有利於個人基本權實現的

[11] 至於刑法上的緊急避難，當中基本權遭到限制的是「被害人」，而不是作爲刑罰對象的犯罪行爲人，故也與此處的討論無關。

[12] 論者認爲我國憲法第 7 至 18 條、21 條之規定即人民基本權的清單（參吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004 年 6 月，92 頁），而這些規定中，有的稱「權」（如「生存權」、「應考試服公職之權」）、有的稱「自由」（如「秘密通訊之自由」、「信仰宗教之自由」），大致是以是否尚需要國家積極建制制度、還是只要消極不予干涉即可享有來區分用語。不過，由於在基本權的功能上，即使是稱「權」的基本權，也會有排除國家侵害的防禦功能，而稱「自由」的基本權，也有有賴國家採取措施以免於遭到第三人侵害的保護義務功能（參許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，收錄於氏著，《憲法與法治國行政》，1999 年 3 月，157、165 頁；吳庚，前揭書，133 頁），故「權」與「自由」其實沒有什麼區分實益，作爲概括條款的憲法第 22 條稱「人民之其他自由及權利」、第 23 條稱「以上各條列舉之自由權利」，也都是將二者併舉。故此處的「防止妨礙他人自由」，意思其實應理解爲也包括「防止侵害他人權利」在內，即當中的「自由」是涵蓋了各種基本權在內的。

社會制度、安全秩序等。故限制人民不可以作犯罪行爲的目的，須是爲了保障公眾（眾多個人）的具體、重要的生活利益，刑法釋義學上稱爲「法益」，而當中所謂國家或社會法益，最終也須能夠還原爲個別的個人法益。

第二項 刑罰如何保護法益[13]

第一款 透過威嚇？

刑罰作爲刑法上犯罪的法律效果，是用來支撐對犯罪行爲的限制，藉此來保護法益，但這樣的保護效果是很間接的。按如果國家能夠在每當有人要侵害法益的時候趕緊阻止，這樣最能有效地保護法益，但這在現實上不太可能達成，故只能設法讓人不要去這樣做，不論是讓人不需要、不想、沒有機會、還是不敢這樣做，這些都要看國家如何運用各種社會統制手段來達成。刑罰由於總是在事後才發動，對於已受侵害的利益其實沒有保護的功效，故只可能是針對潛在、尚未發生的法益侵害來加以防範。如前第一節第一項所述，刑罰如果能夠保護法益，其實必須附著在透過教育、宣導所達成的心理統制上，作爲其他法益保護手段的後盾，單單將刑罰規定在刑法當中，則只是一種靜態的宣示，僅就此種宣示的效果而言，因立法的時候本即是從社會上既有的規範中，挑出一些會造成法益侵害的行爲類型，納入刑法的範疇中，這些行爲就算不伴隨刑罰效果，在社會上也已經是存在有效的規範[14]，未必需要刑法再次宣示。

---

[13] 「威嚇」通常被認爲是立法行爲的典型作用，「穩固規範秩序」則是司法行爲的典型作用，不過，其實立法也有穩固規範秩序的作用，目前實務上即存在許多作爲對特定事件之回應的立法（即使通常由於立法過程匆促粗糙而爲人所詬病）；而如果威嚇的主要意義已經轉移爲對規範的確證，則毋寧司法才是真正的作用環節。

[14] 所有的社會規範，必定是當一旦有人違反時會產生某種反應，該規範才能夠發揮作用，雖然個人也可基於自身合理的認識，而自動去遵守一些準則，但單靠個人主動遵守，規範是無法建立的。不過，所謂的「反應」其實不限於國家的制裁或社會的非難，只要能產生某種心理上的壓力，皆可包括在內，故倫理、宗教、習慣等也都可以成爲規範（參楊日然，前揭書（註 3），75 頁）。違反規範時是否會引來制裁或非難，與規範實際上被民眾信服、遵守的程度未必相關，例如「除夕

故所謂的威嚇效果，重點在於如何*讓人民知道*「做某事會被處罰」，刑法提供的只是這個作爲宣傳標的的處罰規定而已，甚至只要這個處罰效果足以令一般人聽起來感到不利，即使代換爲行政罰、民事賠償、甚至其他形式的社會譴責也未嘗不可，即威嚇能否達成的關鍵毋寧在於教育、宣導，而非刑法本身。

第二款 透過對法益保護規範的確證

另一方面，刑罰如能作爲威嚇的素材，也不是由於「被規定在那裡」而可怕，而是由於國家「說到做到」，故比起立法的宣示，司法階段將刑罰現實化的工作毋寧更爲重要。刑罰對法益保護的作用方式（也就是透過間接地支撐其他法益保護手段而能發揮的威嚇作用），是透過對刑法規範自身的確證，來鞏固既有的價值秩序，包括國民對規範內容有效性的信賴及對法治本身的信賴[15]。「確證規範自身」之所以能夠保護到法益，前提當然是這個規範的內容與法益連結，即如前第一項所述，刑法所規定的犯罪行爲，是由於會侵害法益才被禁止，那麼鞏固這樣的規範，才會有防免法益受到侵害的作用。而對於規範的確證，必須令民眾理解才能產生效果，故立法須使用清晰的文字，司法階段適用法律時則須確保受處罰

夜吃年夜飯」這樣的規範，違反時並不伴隨什麼制裁或非難效果，但在我國社會受到普遍的肯認，並被絕大多數的民眾落實。從此例中亦可思及：國家若要進行社會統制、引導人民的行爲，其實有很多方法可用，而且可能都比刑罰更有效果，刑罰可能只是最浮面、笨拙的社會統制手段而已。

[15] 以「規範穩固自身，使大家繼續遵守規範」說明刑法的法益保護機能，即德國近二、三十年間開始流行的「積極的一般預防論」。不過，須分辨的是，在這樣的說法中，如果將「規範」與「法益」兩相等同，維護規範自身*就是*保護法益，便等於架空了法益概念，承認「存在即合理」，如此將導致對既有規範、及將規範採納爲內容的實定法毫無批判及檢討的可能（規範的「權威性發佈」、「社會實效性」、「內容正確性」三者都應是法概念的要素，分別對應於法學、社會學、倫理學的效力概念。參王鵬翔，〈阿列西《法概念與法效力》導讀〉，台灣法學 183 期，2011 年 9 月，144 頁）。另外，縱採此說，也並非容許以刑法塑造社會規範之意，而是相反的，以既存的社會規範決定刑事立法之當否（參松宮孝明，〈「積極的一般予防論」と刑事立法の限界〉，收錄於氏著，《刑事立法と犯罪体系》，2003 年 5 月，42 頁），故與其將此說定位爲一種「刑法機能論」主張，不如說是用來判斷刑事立法界限的學說，即尚未在社會上達成共識的規範，不可以規定於刑法當中、用刑法來維護。

的行爲在一般民眾的認知當中能爲文義所涵攝，如此才能發揮鞏固國民信賴的效果。

第三款 透過穩固規範秩序本身

當個案發生的時候，一個已在社會上具有共識的規範，不會因爲一旦有人違反，便失去它作爲規範的效力。公眾雖會感到衝擊，但會將此視爲特例，一起指責，然後平復動盪、恢復信心，繼續相信並遵守規範。但如果規範不斷被違反，公眾感受到「一波未平，一波又起」，就可能會失去信賴[16]。很多規範即使失去效力、不再被遵守，對社會也沒有太大傷害，只不過是一種社會生活方式或價值觀的變遷而已；但如果規範背後連結到人民重要的利益，對該規範的信賴構成社會生活的重要基礎時，規範秩序的動搖便可能引起社會失序。刑罰此種儀式即是用來防止社會失序，對於違反規範的行爲作強烈的打壓，迅速平復動盪、消除不安，讓公眾再度感到規範效力不容置疑。

透過刑罰來重新確認規範效力，一方面固然是讓人願意繼續遵守規範、不去做侵害法益的事，藉以防止抽象、潛在的法益受損（至於已發生的具體法益侵害，則是已經保護不及了），但另一方面更顯著的功用，其實是維持公眾進行社會生活的信心，畢竟規範秩序的動搖，並不用達到大家都紛紛做起違反規範的事的程度，而是只要當大家開始不相信規範會被穩定地遵守時，社會生活便已經無法繼續了。故刑罰恆是爲公益而發動的，刑法上的各種法益性質上也均屬公益，即使規範違反行爲侵害的是個人的法益，但因而發動的刑罰，所保護的則是眾多潛

---

[16] 對他人行爲的預期，可分爲「認知性預期」和「規範性預期」：若人們在期望落空的情況下會選擇改變預期、適應現實，這個預期就是認知性的；如果在期望落空時仍不覺得此一預期是錯的，而選擇下次繼續維持同樣的預期，這個預期便是規範性的。規範性預期是固定的，與預期的任何差異都應歸咎於行爲人。至於人們在期望落空時，究竟應該還是不應該調整預期？這個問題不能留待個人決定，而是必須要被制度化，這也就是法律所能發揮的功能。參胡水君，〈盧曼的法律與社會理論：現代與後現代〉，中國民商法律網 http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=28029（造訪日期：2012/4/17）

在、尚未受損的個人法益（性質上已是一種公益），所消除的也是社會大眾可能產生的「我的利益是否也會受到侵害？」的疑慮。

不過，雖然社會的存續是各種法益的托盤，對規範秩序的維持也是刑罰實際上最能發揮機能之處，但規範秩序本身並不是法益，也不是可受到憲法肯認動用刑罰來追求的目的。規範秩序其實是社會心理的產物，缺乏實質的內容及一貫的邏輯，很容易受到政治性的操縱。刑法旨在（立於符合憲法的觀點）調控刑罰的發動、使用，一個行爲如果只造成輕微的法益侵害，它在刑法上的意義不會因爲對法益背後的規範秩序帶來動盪而被無限上綱，刑罰所被容許回應的規範秩序干擾，是透過法益侵害而表彰出來，而這也就構成回應的限制，即回應的對象終究不能是情感，而須是法益侵害的事實[17]。

---

[17] 不使人承擔超過自己之行爲效果的責任，這樣的限制與刑罰所被賦予的法益保護目的無關，而是另外基於衡平性、對人的尊重、人性尊嚴等憲政價值理念，禁止國家無限制地追求功效，即雖然爲了追求法益保護而對人施加刑罰是將人工具化，但也不要作得太徹底。也就是說，雖然處罰這次的行爲，是爲了防止日後的法益侵害，但不能僅基於對日後法益保護的效果來決定對這次行爲的處罰與否及輕重，而是須以行爲人這次行爲的效果本身構成對其施加刑罰的界線。如使用比例原則的檢驗架構，此一考量是被置於「限制妥當性（狹義比例性）」的層次，而在刑法釋義學上，是表現在罪責原則。按罪責原則(Schuldprizip)是現代刑法的重要原則，其內容包含三個論點，除了眾所熟知的「無罪責即無刑罰」之外，尚要求罪責與不法相應（行爲人僅就其不法行爲受罪責之非難），及刑罰與罪責相當（刑罰不能超過罪責的範圍）（參 Wessels/Beulke, At, Rn. 398ff.，轉引自林鈺雄，《新刑法總則》，2006 年 9 月，277 頁）。即使爲了犯罪預防的理由，也不能讓任何人受超過其犯罪行爲及個人罪責之刑罰，此即「結合理論」（關於刑罰目的論，結合「應報」與「預防」二者，以「應報」作爲「預防」目的的界線）的主張（參林鈺雄，前揭書，19 頁）。我國刑法採刑罰與保安處分雙軌制，保安處分的部分逾越罪責原則的尺度，性質上屬行政性的處分，如果不能折抵刑罰，其正當性是十分可議的。我國 2005 年刑法修正時，在第 57 條前段增訂「科刑時應以行爲人之責任爲基礎」之文字，論者認爲這是將罪責原則的部分內容條文化（林山田，《刑法通論(下冊)》，2008 年 1 月，524 頁），但其實這段文字不但未表達出上述罪責原則中關鍵的「雙重界限」（不法爲罪責的界限，而罪責又爲刑罰的界限）的意旨，並且將此一考量窄化到只侷限在量刑方面。毋寧大法官會議解釋還表達得較爲完整，例如釋字第 551 號：「行爲人負擔刑事責任，應以其行爲本身之惡害程度予以非難評價…」；釋字第 669 號：「…刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行爲所生之危害、行爲人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則…」。不過，須注意「罪刑均衡」與「罪刑相當」

第三項 以比例原則檢驗國家行為的合憲性

國家行爲的合憲性，可以「比例原則」作爲檢驗準則[18]。爲避免比例原則無法審查所追求之目的本身的缺失[19]，在「手段適合性」、「手段必要性」、「限制妥當性（狹義比例性）」三個子原則之前，宜加上「目的正當性」的判斷，即比例原則之下應有四個派生原則[20]。

國家能否制定刑罰法規，與在個案中能否發動刑罰，是不同層次的問題，即立法行爲與司法行爲的合憲性必須分別探討。對幫助行爲的處罰規定能否通過比例原則的檢驗，本文將於以下第三節中檢討[21]；而個案中適用此一規定發動刑罰

其實是不同的概念，前者被定位在罪刑法定原則之下（指某條文與其他條文之間的關係），後者被定位在罪責原則之下（指某人行爲之貢獻與其他惹起結果之因素間的關係），但目前我國論者時常混用；而此二者與比例原則又不一樣，比例原則只是一種形式性的檢驗架構而已，但此二者是實質的價值理念。

[18] 比例原則具憲法位階的效力一事在我國已成定論，大法官會議從釋字第 436 號以後即均直指憲法第 23 條即我國法上比例原則之依據，故可拘束所有的國家行爲。現行行政程序法第 7 條爲比例原則的內容提供了扼要的定義可資參考：「一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」以比例原則說明刑法之規範界限的論者，如許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，《民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005 年 9 月；林山田，《刑法通論(上冊)》(增訂十版)，2008 年 1 月，93-94 頁；萩原滋，〈刑罰権の限界としての比例原則--ドイツの判例と学説(1)(2)〉，愛知大学法学部法経論集 155、156 号，2001 年 2、7 月；増田豊，〈規範論による行爲無価値の目的論的・比例的縮小—比例の原則と不能犯・抽象的危険犯・過失犯の構造〉，收錄於《三原憲三先生古稀祝賀論文集》，2002 年 11 月。

[19] 參蔡茂寅，〈比例原則的界限與問題性〉，《月旦法學》59 期，2000 年 4 月，30 頁。

[20] 參許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，收錄於氏著，《法與國家權力(二)》，2007 年 1 月，93 頁。

[21] 關於幫助犯的規定是否違憲，除了可從比例原則的角度來觀察之外，另外也還有違反法律明確性原則的可能，後者將於第四章再討論。本章以幫助行爲的處罰正當性爲題，僅先提出了比例原則，是因爲比例原則是最大的判斷框架，其他各種違憲事由其實都可以置於比例原則的架構中來思考（詳參第四章註 5）。

是否合憲，則無法預先統一判斷，只能就具體個案檢討。不過，這本論文的主旨其實就是在建構司法機關應如何合憲地適用幫助犯規定的理論，而之後第三至五章即對於如何操作合憲性解釋的細部解說。

第四項 司法機關應作合憲性解釋

基於權力分立原則，若立法機關已經制定了處罰規定，而現實上也有顯然該當的事實發生時，司法機關必須依法追訴、審判。不過，司法機關也有遵守憲法的義務，如果法律是違憲的，則不能盲目地適用。我國對於法律的司法違憲審查是採集中審查制，一般法院若覺得法律有違憲之虞，不能宣告法律違憲或拒絕適用，只能停止程序而向大法官提出違憲審查的聲請[22]。但是，爲維持法體系的整體性，低位階的法律本來即應以高位階的憲法作爲解釋取向，對法律的合憲性解釋(verfassungskonforme Auslegung von Gesetz)是司法機關本即能夠、且應該採取的解釋方法，性質上屬一種體系解釋[23]。其原則即如 Larenz 所說的，法律條文經運用不同解釋規則加以解釋，若所有的結論都認爲與憲法不符，只好宣告其違憲；反之，只要有任何一種結論可避免宣告該法律違憲時，便優先選擇將它採爲判決的結論[24]。

雖有論者批評，即使合憲性解釋可避免使法律受到違憲宣告，但扭曲立法者

---

[22] 憲法第 171 條第 2 項：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」釋字第 590 號：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認爲有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之爲先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律爲違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」

[23] 參吳庚，前揭書（註 12），590-591 頁，及釋字第 523 號部分不同意見書（王澤鑑、吳庚）：「所謂符合憲法之法律解釋，指應依憲法之規範意旨及價值體系解釋法律，而於某項法律規定有多種解釋可能時，爲避免該項法律被宣告爲違憲，應採可導致其合憲之解釋，以維護法秩序之統一。此項合憲性解釋係以法律爲對象，性質上屬法律體系解釋，在其具體化的過程中，須對憲法加以詮釋，一方面在於保全法律，以維護法秩序的安定，他方面亦在開展憲法，以實踐憲法的規範功能。」

[24] 轉引自吳庚，前揭書（註 12），587 頁。

的原意，並不是對立法者的尊重，並且已不是規範解釋，而是一種變調的規範監督，若真正尊重憲法，便應該宣告違憲[25]。不過，這樣的批判應當要區分不同的違憲情形：1.如果是法條文義明確，但只要照文義適用便會得出違憲的結論：此時法官與立法者之間處於零和狀態，法律的安定性與適正性之間的矛盾無法運用解釋方法來補救，那麼與其逼法官逾越權限自己造法（曲解文義，或加上法律中看不出的額外限制要件），便不如讓法律被宣告違憲。2.如果法條文義本身曖昧模糊[26]：此時因為還有限縮解釋的空間，法官便尚能夠與立法者協力形成個案的結論。如果不用曲解立法者的意思，只要加以「善解」便可兼顧法律的安定性與合憲性之要求，這種情況便尚能不宣告違憲，而以作合憲性解釋的方式解決。不過，罪刑法定原則所要求的法律預告機能本不該透過法院的解釋達成，而是應由條文本身達成，基本上如果條文本身的明確性有問題，仍應該要修法[27]。一般人對法院判決的親近性不如法律條文，以合憲性解釋解決法律明確性的問題，還是有侵害人民預測可能性之虞，並非長久之計。

只是，對司法機關來說，合憲性解釋終究是無法避免的。一方面，在法律是否違憲尚待爭議、或雖違憲但尚未修法的過度時期，為了避免無法可用的真空狀態，仍需借助合憲性解釋先繼續適用原本的法律；另一方面，有時也不見得是法律違憲的問題，只是由於現實生活太過複雜，立法時難免無法設想窮盡、或無法用抽象的文字表達周全，立法技術上也只好在文義中保留模糊空間，交給法院於個案中將法律的意旨具體化，而法院要怎麼詮釋法律的意旨，如果不接受憲法價值的指引，便會找不到思考的方向。

---

[25] 參吳庚，前揭書（註 12），591 頁。

[26] 文義的不明確本身可能即是違憲事由。「法律明確性原則」雖未直接規定在憲法當中，但經大法官會議解釋屢次確認，已確定此項要求具有憲法上地位，釋字第 524、573、585 等號即曾據此宣告法律違憲。詳參第四章第二節第一項。

[27] 以上參萩原滋，《罪刑法定主義と刑法解釈》，1998 年 10 月，205-206 頁。

第三節 對幫助犯規定的比例原則檢驗

第一項 目的正當性與手段適合性

如前第二節第一項所述，刑罰必須以保護法益爲目的，才算具備目的正當性。現行幫助犯條文預定處罰的是「幫助他人實行犯罪行爲」的行爲，如果他人所實施的犯罪行爲確實侵害了法益，那麼處罰對法益侵害行爲的幫助行爲，應也可說是爲了保護法益，而具有目的正當性。

手段必須要適於目的之達成。如前第二節第二項所述，對法益侵害行爲設置處罰規定，是用來支撐其他規訓管道或機制對此種行爲的限制，此舉有時也有令民眾感到安心的作用，但透過這些來保護法益，功效都是很間接的。至於不是處罰法益侵害行爲本身、而是處罰對法益侵害行爲的幫助行爲，則是又再隔了一層，對法益保護的效果就更爲薄弱了。不過，即使只有些微的功效，也算是「有」功效，而具有手段適合性。只是由於功效太弱，在手段必要性及限制妥當性（狹義比例性）的判斷上會較不容易通過。

第二項 手段必要性

如果有其他手段能夠達到與處罰幫助行爲相同的法益保護功效，處罰幫助行爲就是不必要的。

第一款 對正犯的處罰是否已足替代

第一目 無限上綱的功效追求

刑罰對於規範的支撐效果本來就很間接，處罰幫助行爲所支撐的「不可幫助他人侵害法益」這樣的規範，與法益之間的關連性又比「不可侵害法益」的規範更加遙遠；而即便是爲了穩定規範秩序，透過對正犯的處罰也已經能夠達到。故可以立即想到的「其他手段」，就是對於正犯的處罰，既已存在此一能夠達到相同功效（甚至更加）的替代品，對於幫助行爲之處罰便可說是無必要的。

不過，所謂「相同的功效」其實是一個帶有陷阱的說法，因爲各個手段的目的達成度並不相同[28]，究竟要達成多少才足夠？如果認爲法益保護至關重大，希望儘可能達到百分之百、滴水不漏，哪怕只多出一點點微弱的功效，也願意追求，寧可多管齊下也不放過任何防護的機會，那麼便永遠不會有什麼手段是「不必要」的。並且，另一個更根本性的問題，則是各種手段之間存在品質及意義上的差異，而手段之間的作用關係往往也不是單純的「量」的相加，而是會有複合性的效應，去掉其中一個可能也會動搖到其他措施的效果[29]，故是否真的沒有必要、能夠被替代，其實並不容易判斷。

既然同爲找人負責、施加刑罰，對幫助犯來說，對正犯的處罰在品質及意義方面已具有高度的同質性，原本應該是可替代的手段。尤其，若是較爲重要、本身已可看出特定之危險性而值得刑法介入處罰的幫助行爲，通常會獨立規定爲特別法上（例如槍砲彈藥刀械管制條例）或刑分中的犯罪（例如刑法第 199 條、204 條中製造、交付僞變造貨幣或有價證券用的器械原料的行爲，是僞變造貨幣或有價證券行爲的「實質幫助犯」），也不需要依賴刑總的幫助犯規定，故會被使用該條處罰到的，便是一些具有不典型的危險性、乃至不太危險的行爲，若對這些行爲逐一細究，有的甚至連手段適合性都不具備。但是，公眾希望防護或保障可以多多益善，這種安全感便無法從僅處罰正犯當中得到滿足的，當社經情事不安定時，這種社會心理需求更有無限上綱的趨勢，以致於儘管實際上只有些微的功效，也仍會被認爲不可或缺。

第二目 幫助犯規定是讓公眾安心的妥協產物

透過處罰所獲得的安全感只是一種假象，並不能作爲刑罰追求的目的，並且

[28] 蔡茂寅，前揭文（註 19），31 頁。

[29] 尤其，成立刑法上的犯罪，代表著由國家認證的強烈道德非難，具有特別的象徵性意義，即使以刑罰相脅對於法益保護的功效不大，但規定在刑法當中可帶來安定國民心理感受的作用，而國民的信心是推動其他許多措施的基礎，可能衝著這點也仍就是要追求這個特定的微弱功效。

如前第一節第三項所述，這正是必須終結的惡性循環。不過，就跟前第一節第二項所述刑罰本身必然存在的現實一樣，公眾的心理需求也是法律系統所處的環境，爲了要在這樣的環境中生存，刑法必須設法適應。如果刑法堅持系統的封閉性，專注於貫徹自身的價值理念，對外在的政治、社會現實不予回應，那麼其結果恐怕不是它最終能夠改變社會，而是先失去社會的信任，被社會所揚棄。系統須先維持自己的存續才有運作可言，爲避免動搖存續基礎，即使是不協調的考量，也只好設法在體系內定位，此即對幫助犯的處罰規定之所以存在的作用。

刑法本應一方面以法益保護爲目的，另一方面限制國家的權力、保障人民自由，處罰幫助犯明明對法益保護沒有多大的功效，徒然對人民造成多餘的干預，有違人權保障的理念，從法律系統內部的觀點可說是難以解釋；但是，從法律系統外部的觀點來看，卻不能將這個規定撤廢，因爲公眾擔心少了這個條文會造成處罰的漏洞，如果撤廢將會引起民眾不安。不過，既然瞭解幫助犯的處罰規定只是刑法防止自身破滅的妥協機制，那麼，將它放在那裡「以備不時之需」，便已能發揮它的功用了，不一定要真的發動。承認對幫助犯的處罰是妥協之下的產物、是一個合理的存在，僅限於抽象上不逕以欠缺必要性而全盤否定這個規定的合憲性，讓它還有被適用到的機會而已，至於個案中司法機關要不要適用、怎麼適用，則是另外一回事。法律系統內部會維持體系的融貫性，即使是對這個異生之物，也仍然要能夠自圓其說、確保法律適用標準的一貫，其實只要依照對於犯罪行爲的一般判斷流程及標準，自然會對幫助行爲的內容作高密度的要求，並不會輕易成立幫助犯。

第二款 是否具必要性難以一概而論

判斷刑罰法規是否爲保護法益的必要手段，有兩種可能的觀點：一是該類型行爲本身有無必要受到規制，另一則是即使應受到規制，但有無必要以處以刑罰的方式規制。二者中只要有一個沒有，即屬欠缺手段必要性。前一款中並未爲幫助行爲本身是否應該受到規制下論斷，因爲單單講幫助行爲的話，可能指涉到太

過廣泛的態樣，無法一概而論。大致而言，如果特定的幫助行爲具有法益侵害的危險性（此處指一種前類型的判斷，即當一件事發生時，一般人會對某個因素感到具重要性），便有規制的必要，只是不一定要用刑法來規制[30]；如果沒有法益侵害危險性，那麼處罰這種行爲連手段適合性都不會有，也沒有予以規制的必要。

又第一款所述情形，是雖然已有其他手段能夠發揮功效，但如果全部的手段並用是爲了追求更大的功效，便也無法認爲其中任何一個手段是不必要的。不過，如果是存在潛在的替代手段，即對於達到與目前的各項措施相加同等程度的功效來說，其實有其他事半功倍、更容易大幅提昇法益保護功效的措施，國家卻沒有去作，僅執著地在刑罰上「精益求精」、擴充處罰對象來追求些微的功效，這樣的話處罰幫助行爲便可說是欠缺必要性的。只是，其他更好的法益保護替代措施究竟存不存在，其實難以就各種犯罪一概而論，相應地也就無法統一回答處罰對犯罪的幫助行爲是否必要了，可能必須要先特定是哪種犯罪、甚至是什麼具

---

[30] 例如提供人頭帳戶的行爲，十多年來一直被以詐欺罪之幫助犯處罰，但其實對這樣的行爲，即便認爲有規制的必要，但只要單獨立法科以行政罰鍰，並像宣導騎機車戴安全帽、開車繫安全帶一樣透過各種管道讓民眾知悉，就能達到更好的效果，根本沒有必要科處刑罰。目前各金融機構、警察局、提款機等處常見到「小心詐騙」、「165 防詐騙專線」之類的告示，但卻似乎未見到以相同的密度宣導「不可提供帳戶給陌生人」一事，這不只是對人民的不教而殺，並且處罰本身也已造成嚴重的社會問題，因爲許多帳戶提供者正是由於缺錢才會貪小利交出帳戶，或是在求職過程中被騙，捲入訴訟後導致處境更加困頓，承受極大的精神壓力，甚至因而自殺的事例也已發生數起（參華視全球資訊網 2009/9/17「證件遭盜用 找工作竟變人頭戶」http://news.cts.com.tw/cts/general/200909/200909170317663.html；蘋果日報 2009/6/18「戶頭剩 51 元 孝子上吊亡」http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/31718881/IssueID/20090618；蘋果日報「人頭戶悲歌 系列報導」1. 2010/3/3 求職遭騙帳戶判刑 男險死 http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32333235/IssueID/20100303 2. 2010/3/4《暗夜哭聲》 痛訴法官冷血 http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32335419/IssueID/20100304 3. 2010/3/5 無餘額帳戶 遭騙供犯罪 http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32338598/IssueID/20100305 4. 2010/3/7 判受騙者有罪 「晚上睡得著嗎」 http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32343472/IssueID/20100307 5. 2010/3/8 未助人頭戶洗冤 監院反嫌輕判 http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32344611/IssueID/20100308（以上造訪日期均爲 2012/3/3））。

體型態或手法，才能夠判斷。只要有的時候確屬必要，就無法全盤否定幫助犯這條規定的合憲性。

第三項 限制妥當性（狹義比例性）

第一款 特定時空下的價值衡量

目的與手段間不能顯失均衡，如果處罰幫助行爲的成本與所能達到的效用相較顯得過高，便欠缺妥當性。誠如論者所言，原本應該是具有同質性的價值，相互間才能夠換算，不同質的價值之間是無法進行比較的，但妥當性判斷卻要求要在它們之間衡量、取捨，故比例性原則其實是社會通念下的產物，什麼東西被賦予多高的價值，深受時代與環境的制約[31]。

即使在公眾的不安感驅使下，法益保護的價值易被過度高估（將些微的功效看成重要的目的），但使用刑罰所需耗費的成本其實相當大，除了受刑人個人遭受的痛苦及種種不利益對待、及與他親近的人所受到的牽動外，公共資源方面，也包括爲了發動刑罰而進行的刑事司法程序、及後續執行所必要的支出，以及憲法、社會價值理念的犧牲，還有人民一般行動自由的受限等。這些代價的重要性不見得會輸給法益保護，公眾沒有放在心上，只不過是因爲未被引導去感受這些東西的價值而已，但國家自身則必須維持冷靜理智的計算。

第二款 設置處罰規定的成本

在立法階段，刑事司法程序還沒有真的發動，大部分的成本只是先抽象地試算（但價值理念及人民行動自由的犧牲，則已在立法階段部分具體化了），剔除一般說來無法合算的情形。如果處罰很瑣屑、不重要的行爲，對法益保護的功效很容易低微到不可能打平前一款所述的那些必定發生的成本，這樣的話處罰規定便是欠缺妥當性而違憲的。爲了降低成本、避免違憲，可降低刑度或縮減處罰範

[31] 蔡茂寅，前揭文（註 19），31 頁。

疇[32]；而即使刑事司法程序及刑罰本身都難免導致憲法上人性尊嚴價值的犧牲，但諸如罪刑法定原則、罪責原則、及其他從民主法治國原理或憲法精神等推導出來的價值理念，是國家行爲分際的底線，便不能夠再犧牲。

第三款 處罰幫助行為的成本分析

現行的幫助犯規定是預定用來處罰什麼樣品質的行爲，由於幫助行爲的態樣太廣泛而難以一概而論，只要仍有機會適用於能夠通過妥當性判斷的處罰對象，便尚不能說條文違憲。不過，光是抽象地設想，便已可發現處罰幫助行爲的成本其實還滿高的，如果只能換來低微的法益保護效果，其實並不容易與成本打平：

1.在個人的不利益方面：幫助行爲人在偵查及訴訟程序中所遭受的對待與正犯是一樣的，除了要忍受各種強制處分，還要花費勞力、時間、費用配合司法程序之進行，忍受司法對個人工作及生活的干擾，並且承擔社會的眼光及親友的不諒解。一旦定罪，幫助犯的刑度即使按正犯之刑減輕，一般也只能減至二分之一（參刑法第 66 條），不見得真的輕微；而除了被科處刑罰本身的不利益之外，也還會留下前科。另外，幫助行爲人的親友也會受到人際關係及經濟上的影響。

2.在公共成本方面：對幫助犯進行追訴、審判、執行，與正犯一樣需耗費人力、財力、物力。而幫助行爲比起正犯行爲，既是對法益的侵害性較爲輕微，也就更容易與日常人際交往、乃至維持生計在所難免的行爲混淆不清，若加以限制，更容易對一般人的生活造成影響，使人民必須對很多事裹足不前、對很多機會不敢去把握。故除了與其他各種犯罪之處罰共通的成本外，處罰幫助行爲在價

[32] 例如許多犯罪只處罰故意犯、不處罰過失犯，即是爲了降低對人民行動自由的限制。雖然過失行爲依然是違法的，但不處罰過失犯，意味著人民只要不要明明知道還去做就好，可以不用那麼緊繃、時時提高警覺防止自己不小心做了。其他諸如以身分或特定關係限制行爲主體的資格，或要求行爲人的目的、意圖等，也是在將犯罪之成立僅限縮在必要的範疇。當然，減少處罰對象也是降低成本的方法，例如日本刑法，對於只科拘役或罰金的犯罪便不處罰教唆、幫助犯。但此點已如前第二項第一款所述，在我國幫助犯處罰規定的存在是用來帶給民眾心安、保持社會對刑法系統的信任之用的，故這方面的可能性暫時已被排除。

值理念（對人的尊重）上的犧牲及人民行動自由受限方面的成本可能會特別高，甚至高於正犯。

第四項 小結：有違憲疑慮而需靠合憲性解釋補救

司法階段的目的與立法時不同。司法是爲了確證法律的效力，以鞏固法治、維護規範意識，並同時在確證的過程中示範一種對事件的回應態度，及節制刑罰的使用（參前第一節第五項）。個案中作爲處罰對象的行爲必須符合立法時的預設，加以處罰才會有確證的效果，但如果法律本身是違憲的，確證這樣的規範便反而會破壞以憲法（而非個別實證法）爲根基的法治。如前第二節第四項所述，在刑罰法規有違憲之虞時，如果法條的文義曖昧模糊，實際上發生的許多事案都能夠包括在文義的範疇中，只是處罰它們有時是違憲的、有時則不違憲，那麼，鑑於立法者應該也不希望制定出違憲的條文，司法機關應善解立法者的意思，將法律的適用限縮在不違憲的情形[33]。

第四節 釋義學關於幫助行為判斷要件的設計方針

第一項 確保效益及降低成本

前第三節中所述幫助犯規定的立法上違憲疑慮，應能夠於司法階段以合憲性

[33] 國家的司法行爲與立法行爲一樣受比例原則的拘束，但由於司法行爲的「目的正當性」繫於所確證的法律，故法律的合憲性會影響司法行爲的合憲性。即從比例原則中「目的正當性」之要求，可導出司法機關對於所適用之法律的合憲性必須保持關照，並有以合憲解釋的方式適用法律的義務。其實，從比例原則還可導出其他司法行爲應遵行的指針，例如：1.如果個案事實中行爲落在文義範疇的邊緣，就算不處罰，也不會動搖一般人的規範意識，處罰它便沒有什麼法律確證的效果，那麼予以處罰即欠缺「手段適合性」；2.處罰對象的人數及量刑輕重，只要能夠收確證法律之效即足，若是超過便欠缺「手段必要性」；3.個案中處罰幫助行爲的成本與效益權衡，是否適合發動刑罰，即「限制妥當性」（狹義比例性）的判斷。這些要求在釋義學上會被設計成融入各個犯罪成立要件當中，以確保經過犯罪檢驗流程後均已被考量到。

解釋的方式補救，而刑法釋義學理論也應以達成這樣的任務爲宗旨來設計對於幫助行爲內容的要求。刑罰本來就已不是保護法益的有效方法，處罰幫助行爲所能收到的威嚇及穩固規範秩序的效果又比正犯更低，而價值理念之犧牲方面的成本則可能比正犯還高，爲了保證刑罰之發動能夠通過狹義比例性的成本效益衡量，在幫助行爲的判斷流程中，應一方面對行爲的法益侵害能力作嚴格的要求，以確保處罰該行爲所能達到的法益保護功效[34]，另一方面盡可能維護各種價值理念、降低刑罰發動的成本，稍有疑慮時即放棄處罰，以免刑罰帶來的代價超出微薄的功效所能夠抵銷。

第二項 由類型論、法益侵害性、預測可能性原理三者交織出判斷架構

第一款 法益侵害性為核心，以類型性特徵賦形

法益侵害能力即行爲在惹起結果方面的能力，也就是行爲對於結果發生蓋然性之提升能力、對於犯罪完遂的推進力、或稱爲「因果力」（與指涉與結果之間關係的「因果性」是不同的概念），是行爲不待接受法律文義規整，即可從因果觀點辨識出的特徵。法益侵害性的內容由行爲的方向（質）及所蘊含的危險性（量）

[34] 對行爲之法益侵害能力的要求，除爲確保加以處罰能收法益保護功效，也恰好能夠建立與違法論或處罰根據論（背後是罪責原則、罪刑相當的價值理念）之間的連結。行爲的處罰根據在構成要件中雖是由結果、及將行爲連結到結果的（廣義）因果關係要素所表彰，但是要判斷結果是否由某個行爲所惹起、而不是其他因素，也必須分析行爲本身的法益侵害特質方能得知。其實，處罰法益侵害性高的行爲，確實能夠發揮確證刑法規範自身的功用，遂也能夠支撐所謂的威嚇作用，但至於能否收到穩固規範秩序的效果，答案則是很難說，因爲穩固規範秩序的效果很大一部份是取決於民眾的感覺，而感覺這種東西往往是浮動、甚至很容易被引導及操縱的，未必與法益侵害性的標準合致。但刑法仍應將行爲的法益侵害性視爲即表彰了予以處罰所能收到的法益保護功效，一方面是因爲既然民眾真正的感覺難以掌握，以法益侵害性爲標準至少可確保處罰能收到確證規範方面的效果，且與處罰根據論融貫，至少不會侵損到其他的價值理念；另一方面，司法除了回應民眾的感受，也有引導、教育民眾的職責，著眼於行爲在法益侵害方面的作用（而不是其他特質）、根據因果貢獻來認定規範違反程度的輕重，是較爲就事論事、邏輯一貫的思考方式，法院利用個案判斷將民眾對事件的反應引導到與行爲之法益侵害作用合致，也有助於養成理性、不流於情緒化的思考習慣。

所構成，是所有的犯罪行爲都會具備的內涵，條文規定的類型性特徵（包括總則的參與類型規定及分則的各罪行爲類型規定）則是使此內涵能夠被賦予形體的細節、技術性要求。

科學知識只能讓吾人知道事情能夠怎麼發生，至於某個行爲的法益侵害性之有無或高低，則毋寧是憑藉生活經驗評價出來的。在進入類型性特徵的檢討前，其實「前類型的法益侵害性」已經具有可操作的意義，因爲大致上就是檢警決定偵辦範圍的標準。檢警偵辦案件時，不可能去懷疑所有存在犯罪結果周邊的條件，僅限於一般人認爲對於結果之發生而言具重要性的因素，才會被掃視到，此一「對結果之發生而言具重要性」的標準，就是行爲的法益侵害傾向，即此處所說的前類型的法益侵害性。

而當進入類型論的探討，對行爲的類型性特徵要求也不只是作形式上的分類而已，依然會連結到法益侵害性。對行爲法益侵害性的要求是用以支撐刑罰正當性[35]，一方面，條文是使用一般的語言來描述犯罪行爲，從描述中必能發現被規定爲犯罪之行爲具有法益侵害方面的特徵，這樣的法益侵害性毋寧是能夠從各犯罪規定的類型性特徵當中抽繹出來的共通元素；另一方面，至於要有多高的法益侵害性才足以支撐，立法者也是透過文義中所呈現的類型性特徵來決定[36]。故「類型化的法益侵害性」就是在行爲的類型性特徵當中所蘊含的對行爲法益侵害能力的限制，適用法律時須善加解釋發現。

第二款 預測可能性原理構成外框限制

將犯罪行爲明文化、規定爲具有類型性特徵的行爲，此事具有多重的機能，除約束國家自身、防止恣意、維持法律適用之安定外，也是令人民能夠預測國家

[35] 這裡的「刑罰正當性」只是就能否達到刑罰的目的而言，是事實觀點的正當性，而非法律觀點的正當性，後者須經由違法論或處罰根據論才能確認。當然，最精確的法律觀點，其實應是訴諸憲法上的正當性，即刑罰之發動須能夠通過比例原則的檢驗。

[36] 但立法本身須遵守罪刑均衡原則。個案中的刑度則尚須依據罪刑相當原則來調整。

的行爲，而免於遭受刑罰的突襲。不過在對人民之刑罰預測可能性的保障方面，僅靠類型論其實並不周全，因爲這樣的保障只涵蓋到看過條文的民眾，未看過條文的民眾則無法依據對條文的理解，而只能靠在社會生活中接受教養、規訓所得到的常識來判斷自身行爲的意義，並決定如何行動。有時一個行爲雖然有法益侵害傾向，但一般人普遍地不會去注意到行爲在這方面的意義，一旦某個國民從眾而爲時，也往往難以預測到將遭受刑罰。

對刑罰的預測可能性原本是行爲人個別化的心理狀態，但如果社會上存在「一般人皆會這樣認爲」的現象時，便可作爲行爲的一種客觀化的特徵。「刑罰預測可能性」此種特徵與法益侵害性一樣，也兼具有前類型與類型性的層面，可以不待接受條文的類型化規整，即透過社會上一般人對於行爲之犯罪意義的認知而辨識出來，而成爲「一般的、前類型的刑罰預測可能性」。在進入類型論之後，刑罰預測可能性就轉變爲一般人經語言過濾過的行爲意義認知，須透過對文義的客觀化解釋來保障。也就是說，文義解釋本身即在確保行爲具有「類型化的刑罰預測可能性」，如果判定行爲無法爲文義所涵攝，也就意味著一般看過條文的人在做該行爲時，會因不覺得自己的行爲符合條文敘述而對行爲缺乏犯罪意義的認知，因而欠缺刑罰預測可能性[37]。

[37] 在一般人的預測可能性背後，確實有與「社會相當性」共通的成分在，但本文的理論構成有很大的不同。在社會相當性理論中，有論者如藤木英雄氏採取欠缺社會相當性可逕排除實行行爲性的看法（其見解內容及所受到的批判，參仲道祐樹，〈実行行爲概念による問責行爲の特定(二・完)〉，早稲田大学大学院法研論集 124 号，2007 年，152-154 頁），或視爲一個獨立的客觀歸責要素，該等理論構成方式大致上是逕將刑法以外的一般規範作爲排除刑罰的原理，本文則是透過對人民刑罰預測可能性保障之要求，背後的基礎是來自民主國原理。對人民刑罰預測可能性之保障只能用來消極地限定國家行爲的外框，與能積極地正當化刑罰的法益保護原理或刑事違法性、處罰根據論無關，因而只討論對於行爲的處罰能否爲一般人所預測，並不牽涉行爲實質上是否值得處罰。基本上，即使行爲欠缺法益侵害性或違法性，但只要違反行爲規範，社會上一般接受過規訓的民眾對於處罰也往往已能夠預測到刑罰了。而理論定位上，一般、前類型的刑罰預測可能性排除刑罰的原理，由於是直接來自刑法外部觀點的憲政價值理念，故判斷上不應置於構成要件（僅其中（廣義）實行行爲性要素兼跨刑法外部觀點）或違法性階層中，就通行的犯罪階層體系架構而言，以安置在緊鄰構成要件階層之前的位置較妥。就像是由條文文義所表彰的、類型性的預測

可能性，即使已屬類型論的範疇而爲（廣義）實行行爲性的內容，但要求此種一般人經語言過濾的行爲意義認知，與法益保護或違法性原理也依然無涉，判斷順序也是置於構成要件該當性判斷的最前端，則與文義一樣作爲對國家發動刑罰的外框限定的前類型刑罰預測可能性判斷，順序上緊鄰在文義判斷之前，這樣的思考邏輯也是較通順的。

另一方面，較諸「社會相當」，本文則提出較清楚的判斷方法：判斷有無前類型的刑罰預測可能性，須假設一般人身處行爲人的立場，如果完全明白自己之行爲對於犯罪結果發生的因果上作用方式，是否仍會感到不關自己的事、不覺得自己的行爲會成立犯罪，如果一般人大致都會這樣，行爲即欠缺一般的刑罰預測可能性，而應被排除在處罰範疇之外；類型化的刑罰預測可能性、即條文的文義解釋，是假設一個看過條文規定的一般人身處行爲人的立場，依日常的語言使用習慣及對行爲意義的理解，是否會認爲自己的行爲符合條文的敘述，如果不會，便只好將系爭行爲解爲不在文義範疇中（透過語言過濾的刑罰預測可能性，內容必須包含簡單的概念涵攝。這連帶著也就會成爲對刑罰法規立法上的要求，即條文必須力求白話，避免使用一般人看不懂的語言，否則一般人即使知道法律，也不會覺得自己的行爲會該當而遭到處罰，這種狀況將時常發生）。

第三章 幫助行為的前類型性限制

第一節 概說

所謂的前類型性限制，指的是對於同一個犯罪的各種參與行爲，在尚未分化、確定屬於*哪一種*參與類型之前，就都應該要求具備的品質。刑法上的「行爲」，應是一個爲了能夠充當刑法上犯罪判斷對象而量身訂作的概念，具有強烈的目的論性格。目前一般通說在行爲理論(Handlungslehren)方面採「社會行爲論」，認爲作爲刑法上判斷對象的行爲，指的是由意思支配或可由意思支配，且因而在外界引起社會重要性結果的人類舉止[1]，但這樣的行爲是否已經適合進入刑法條文所述的犯罪類型性特徵的判斷？本節即是循這樣的問題意識，說明幫助行爲的前類型性限制所依據的原理、及應當具備的內容。

第一項 「行為」概念的目的論性格

第一款 「行為」與法律適用論的關係

第一章第二節第一項中所述的「犯罪實體論」與「法律適用論」兩種不同的刑法學理論發展路線，在學科誕生之初的 18、19 世紀 Karl Grolman (1775-1829) 與 Feuerbach (1775-1833)的體系論競爭當中，即已能夠看見端倪。

Grolman 將犯罪的指標(Merkmal)二分爲客觀面（事實面）與主觀面（意思面），違法性、未遂與既遂、正犯與共犯等是作爲犯罪的客觀性構成要素來探討，故意與過失、責任能力等是作爲犯罪的主觀性構成要素來探討；Feuerbach 則是將犯罪分析爲由「必要特徵」與「擇一必要特徵」所組成，外部的認識可能性、違法性等屬前者，正犯與共犯、既遂與未遂、故意與過失等屬後者。Feuerbach 所設想的體系，其實是一個以「分類」而非「統整」之方式架構起來的、實用性的犯罪判斷流程（或說 SOP），是一種以「歸屬性」(Zurechnung)作爲核心概念的法律

[1] 林鈺雄，《新刑法總則》，2006 年 9 月，111 頁。

適用論。後來的發展雖是 Grolman 所採的犯罪實體論路線體系勝出，但 Grolman 的後繼者也採納了 Feuerbach 的「歸屬性」概念，作爲結合客觀性要素與主觀性要素、及統一事實層面與意思層面的媒介（只是將 Feuerbach「將發生出來的事歸屬給行爲人」的原意，調整成了將客觀面歸屬給主觀面、將行動歸屬給意思），遂就呈現出如今日刑法學當中也能夠發現的狀況，即論者間使用「犯罪實體論」的體系作「法律適用論」的判斷。

「歸屬」是一種判斷（若是對 Feuerbach 來說，則本身即體現刑法的適用），而「判斷」需要有作爲判斷對象的事實，於是原本在刑法學上沒有被注意到的「行爲」概念，便透過作爲歸屬判斷之對象，才進入了刑法犯罪論體系當中。故刑法上的「行爲」概念，自從一開始在刑法學中發展時，便具有很強的目的論性格，被設定爲應是適於作歸屬判斷的對象[2]。

第二款 從行為論到構成要件論

然而，如果要使「行爲」成爲一個能夠爲*各種*犯罪之歸屬性賦予基礎的概念，那麼，要不是使它演變成一個與「犯罪」本身等同的、純粹價值性（非事實性，內容乃爲符合於所有的犯罪而量身定作）的概念，就是變成只是一個形式性、空洞、純粹在體系構築上表彰統一各要素之最高指標的概念，因爲就如 Radbruch 所批判的：就像是「a」與「非 a」之間無法有一個上位概念一般，行爲與不作爲也不可能包含在一個上位概念之下。無論何者，最終都難免使行爲概念失去原初欲用來擔當歸屬性之事實基礎的功能。

故法律性的歸屬問題，終究無法靠單純的行爲論解決，而是要在法律性的規制物、即構成要件的立場才能解決。決定歸屬與否，所根據的不是自然的因果關係論，而是 Mezger 所說的「法律上相關性」(rechtliche Relevanz)，而將此一相關

[2] 以上參考平場安治，〈刑法における行爲概念と行爲論の地位〉，收錄於氏著，《刑法における行爲概念の研究》，1961 年 10 月，50-52 頁。經筆者編排詮解。

性解爲即是類型性思維、構成要件的問題，則是極有力的看法[3]。

第二項 憲政觀點對犯罪判斷對象的限制

第一款 來自刑法外部觀點的要求

什麼是刑法觀點的行爲、是適於進入條文所述類型性特徵判斷的對象，原本其實應定性爲行爲論的課題，因爲對象的選取具有標示刑法系統境界的意義。刑法內部對行爲的客觀評價，是根據刑事違法論或處罰根據論而來，在進入類型性特徵的判斷前即被排除者，必定是基於刑法內部觀點所無法看見的考量[4]。不過，來自刑法外部的憲政觀點的要求，其實仍在法律系統內，而非純粹政治性的考量，包含能否達成刑罰的功效、及其他的憲法價值理念等，這些也應構成刑罰發動的限制，影響客觀上是否爲犯罪行爲的判定，故刑法釋義學設計的犯罪判斷流程也應將這些考量步驟包含進來。

目前通行的犯罪判斷階層體系未將「行爲」單獨列爲一個階層，對行爲的各種要求，在操作上都會融入構成要件中行爲要素的判斷當中，是以背後的原理是來自刑法外部還是內部觀點，往往無法分辨得很清晰。不過，至少外部觀點在判斷順序上會與刑法內部觀點的考量分開來，若不是置於最前端，讓不符合外部觀點要求的行爲根本不進入行爲的類型性特徵判斷，就是置於最末端，作爲補充性的排除規則[5]。

---

[3] 以上參考平場安治，前揭文（註 2），65-69 頁。經筆者編排詮解。

[4] 至於行爲的類型性特徵本身，表面上看起來是來自刑法條文的要求，但其性質應也是刑法外部觀點的判斷，所根據的原理及判斷標準對刑法內部觀點來說其實是無法理解的。

[5] 如果採客觀歸責理論，各種影響「客觀歸責」之要素的判斷順序即是置於構成要件判斷階層的末端。另外，其實「可罰的違法性理論」也是刑法外部觀點的產物，只是針對的不是*行爲*要素，而是*結果*要素，而構成要件中的結果要素是在整個犯罪判斷流程的起始處（構成要件階層在進入判斷行爲要素之前）就會先被確立，再在違法性判斷階層中以利益衡量的方式調整，故「可罰的違法性」判斷順序是置於違法性判斷階層的末端。不過，此理論原則上只能用於真正正犯，因爲是用正犯行爲所帶來的利益與構成要件結果相較決定是否達到值得發動刑罰的程度，至於未直接

第二款 不應進入類型性特徵判斷的行為

前類型的判斷關卡都是在確保適於刑法評價的行爲特性。如果說這些行爲並不適合被涵蓋在刑法預定的處罰範疇當中，那麼應依據什麼樣的原理來說明？

首先，對特定結果而言欠缺法益侵害傾向的行爲，一般人會認爲對於結果之發生來說在因果上是中性、無關(indifferent)的，就算不予處罰，大致上也不會令一般人疑惑「不可幫助他人犯罪」的規範是否失效；而即使處罰，也不會令一般人感到事件沈寂下來、生活重回平穩了，也就是幾乎沒有任何確證法律本身及平復規範秩序動盪的效果。而除了無法建立刑罰的正當性外，欠缺法益侵害傾向的行爲也往往由於助力太過微小、邊陲，實際上只會偶爾被刑事司法的目光掃視到，因而非常容易產生選擇性執法，故不論是否具備任何類型化行爲的特徵，都應先排除在可成立犯罪的範疇之外。

其次，行爲即使帶有些許法益侵害傾向，但也只足夠支撐微小的刑罰正當性，那麼，處罰這樣的行爲會對其他價值理念的保障特別敏感，因只要稍一犧牲便可能使刑罰之發動不符合比例原則的狹義比例性。一般人能否查知行爲作爲犯罪、可能遭受刑罰的意義，是行爲的一種客觀性質，這樣的性質一部份已化爲罪刑法定原則的內容，由明文化及文義解釋所表彰，但尚有未經語言過濾的部分，則是受到行爲的法益侵害性程度、及是否合乎一般行爲規範的影響。刑法有自身的違法性標準，行爲遵守刑法以外的其他規範，不當然具有影響刑法價值判斷的意義（僅限於有特別規定時才能成爲刑法上的阻卻違法事由，例如「依法令之行爲」或「業務上正當行爲」)；但是如果遵守規範一事已影響到一般人在做的時候能否預測到刑罰效果，則國家爲了貫徹自身作爲民主法治國家的憲政價值理念，須將此種一般之刑罰預測可能性承認爲刑罰發動的限制，故具有此種性質的行爲也應在前類型的判斷中即被排除在處罰範疇之外。

受結果歸責的共犯，則無法用構成要件結果來衡量行爲是否達可罰門檻（只能用對結果的「因果貢獻」建立另一套衡量規則）。

第三項 判斷標準的選擇

第一款 分析與直觀

其實，凡是關於行爲之法益侵害性的判斷，包括以下第二節中討論的法益侵害傾向、及後第五章中討論的類型化法益侵害性，由於是用來建立行爲的刑罰正當性、確認加以處罰可能可收法益保護功效的，操作時都須展現理性的思考方式、遵循一貫的邏輯（參第二章第一節第五項第二款第一目），故應使用分析的方法來完成；至於關於行爲之刑罰預測可能性的判斷，包括以下第三節中討論的一般之刑罰預測可能性、及後第四章中討論的文義解釋，由於是用來保障國民的信賴、防止國家獨斷的，操作時需要儘量貼近一般人真正的想法，故都會使用近乎直觀的方式，將判斷者（法官）直接帶入一般行爲人的立場來判斷。

第二款 無關乎一般人或行為人對事實的認識

法益侵害性及刑罰預測可能性都是行爲的客觀特徵，不受行爲人主觀上是否認識的影響；而前類型判斷所藉助的「一般人」標準，也都只是社會通念的「判斷」，不是指社會上大多數人實際上知不知道[6]。

按鮮爲人知的科學知識有很多，但不知道不表示就不存在，行爲如果客觀上確實具有法益侵害性，就可能支撐刑罰正當性。法益侵害傾向是一種對科學上因果聯繫的社會意義判斷，本即以假設判斷者在事實方面完全確知爲前提；並且，法益侵害傾向在實務上對應爲刑事司法部門所可能偵辦的對象範圍，而刑事司法部門當中有許多專家，具有過人的科學知識能力，往往也能針對常人不知道的事項展開調查，故從這個判斷關卡的原始意旨來看，也本來就不會受限於一般人的知識。

至於前類型的刑罰預測可能性，主要的意義在於國家的自我設限與反省。雖

[6] 常識的內容包含社會上一般人的知識與*判斷*。參後第四章註 45。

然一般國民的事實認識能力及規範認識能力，二者似乎同樣涉及國家是否已提供適當的教育內容，但從憲政觀點值得警戒及防範的，只是國家使用刑罰來塑造新的社會*價值觀*而已。也就是說，若是一般人普遍會發生規範性錯誤，那麼，這種行為不能動用刑罰來矯正，反而是刑法本身的價值判斷應該修改，以配合一般人的事理分辨標準（即社會規訓的實態、該社會當中具有共識基礎的價值判斷）；至於一般人普遍會發生的事實錯誤，包含行為法益侵害能力方面的錯誤，則不影響行為的犯罪意義，畢竟對科學上真理、事實真偽分辨方面的要求，本來就已是社會上普遍承認的價值，如果科學也算是一種規範的話，毋寧具有絕對性。故即使國家沒有把人民的科學常識教育好，規定在刑法當中也沒有重塑社會價值觀的危險，只是實際上會常常發生行為人欠缺故意、過失而無法處罰的情形而已。

第四項 對於限制幫助犯之成立較具實益

由第二項中的說明可知，增設一些前類型的限制，並不是定位不明的政策決定、僅僅為了避免處罰太多人才設置的門檻，而是確有理論依據。不過，前類型要求通常在限制幫助犯之成立方面較具實益，至於正犯行為或教唆行為，則因文義所呈現出的行為類型性特徵內容往往已有一定的濃稠度，大致上只要進行條文所要求的類型性特徵判斷，便已能夠確保行為具有一定程度以上的法益侵害性，可將欠缺法益侵害傾向及一般之刑罰預測可能性的行為排除在處罰範疇之外，因而使得前類型限制看起來像是多餘的，也不太被直接討論[7]。

---

[7] 不過，這也只是試圖說明目前前類型限制在刑法學當中未受到注意的現象而已，實則在正犯行為的判斷上，也並非全然沒有考量必要。例如像是刑法第 191 條（製造、販賣、陳列*妨害衛生*的食品或其他物品）、第 277 條第 1 項（傷害人之身體或*健康*）、第 286 條第 1 項（施以凌虐或以他法*妨害身體自然發育*）等構成要件本身即規定得比較模糊的犯罪，也會與總則的幫助犯一樣，因行為的類型性特徵內容寬鬆、看不出法益侵害性要求下限，而無法透過類型性要求將欠缺法益侵害傾向或一般之刑罰預測可能性的行為排除。如果不承認前類型的行為品質要求，這些疑難可能只好透過個別構成要件的解釋，或利用「可罰的違法性」理論來解決，但前者訴諸各個擊破，其實逃避了確立統整性的標準，後者則是對於議題的定位有誤。按「可罰的違法性」理論是在違法

但對幫助行爲而言，則由於類型性特徵的內容較稀薄（「幫助」概念本身無法對行爲的法益侵害性要求設定出下限，即使提供再小的助力，都還是會落在「幫助」這個詞彙的意義範疇當中），如果把符合「社會行爲論」定義的行爲直接帶入條文中、作幫助行爲性的判斷，符合文義的行爲可能相當多，容易導致許多日常生活中瑣碎、微不足道、因而也難以預測到將伴隨刑罰效果的助力都被網羅進來。這樣一來，是否成立幫助犯的關鍵，便只能取決於行爲人主觀上有無故意了，但客觀上無足輕重的行爲，僅因主觀上知情而成立犯罪，是否妥當有待商榷；並且，能否得知行爲人的意思又時常繫於偶然，故處罰這類行爲實際上也很容易產生選擇性執法的問題。

因此，對於幫助行爲，有必要加上來自刑法外部觀點的前類型判斷，以對處罰範疇作適當的限縮。至於對正犯或教唆犯，雖然其實也可以進行本文所討論的兩種前類型判斷，但就算不作，僅憑類型性特徵判斷，通常也已能夠避免處罰到完全欠缺法益侵害傾向及一般之刑罰預測可能性的行爲了。

第二節 前類型的法益侵害性[8]

第一項 法益侵害傾向的意義

第一款 社會對行為因果意義的共識

因果原本只是自然科學的現象，但對行爲的法律性評價無法直接根據自然性的事實而作成，只能根據（用社會生活觀點將自然性事實重新規整而成的）社會性的事實。因果作用的辨認恆須以某種觀點爲前提，才可能將某些條件視爲理所

性判斷階層中修正構成要件中的「結果」要素、而非「行爲」要素，若扭曲「行爲」與「結果」要素的分際，把對行爲本身品質的要求轉化爲結果有無的問題，會造成違法論的超載，妨礙思考的精確性。

[8] 爲了便於理解、釐清不同的概念，關於行爲的前類型法益侵害性的一些論述，是夾雜在之後第五章的內容當中，以與類型性特徵比較的方式來說明。有關本節所述概念，可併參後第五章第一節第二項第二款及第二節第三項第二款。

當然而不予捕捉。故此處所說的行爲有沒有因果作用，指的不是事實上或科學上的因果聯繫，而是這種因果聯繫的社會意義，永遠須視所討論的事項爲何而定[9]。

由於社會成員之間對於一項事務的特質已抱持某種固定的印象，故會只承認帶來特定方面的功效才算是提供了因果作用。就像是一場音樂會中，如果沒有交通車可搭，團員就無法準時到場；如果綵排完沒有吃便當，團員就沒有力氣上場演出，故司機與便當店對於音樂會的完滿其實都是不可或缺的角色。但是當音樂會結束，團長上台致詞表示感謝時，感謝名單中卻通常不會有他們，一般人評論此事時，也不會將這場音樂會的成敗歸功於他們。這些無名英雄所做的事之所以不被重視，不是因爲開車或送便當的行爲本身具有什麼注定「不重要」的特性，而是在一般的溝通當中，對於開車或送便當等行爲與音樂會之間的關係，已存在某種共識性的理解，認爲是與這個活動無關的[10]，以致於即使欲將這些行爲提出來表揚，也會被視爲一種需要額外解釋的、特殊的例外情形。

什麼因素對音樂會的成敗來說是相關的，這種共識可能是來自辦理一場音樂會的經驗，但對於一般大多數未曾參與過音樂會籌備或演出工作的人來說，共識

---

[9] 例如導演拍了一部電影，雖然如果沒有導演的父母，也就沒有這位導演，但一般不會認爲導演父母的行爲對電影的成敗有什麼作用。不過，當這位導演得獎時，在頒獎典禮上時常會感謝父母，甚至還會感謝妻子、小孩，這是因爲「得獎」這件事除了是給電影本身的評價，也是給得獎者個人的評價，就後者而言，所有對導演個人具重要意義的人可能都發揮了作用。同樣的標準類比於課堂上常舉的「殺人犯的父母生下殺人犯，是否要對犯罪負責？」的例子，便可知父母的行爲對被害人的死亡（殺人犯所做出來的事）應是無關的，只與殺人犯個人的人生有關。

[10] 這種共識未必有一貫的邏輯，所以無法轉譯爲某個指標。例如開車或賣便當的行爲對音樂會不重要，是因爲它們是事前、在幕後發揮作用的因素？或是由於具有可替代性？還是因行爲的難度低？但這些只是開車或賣便當之行爲所具有的一些特徵而已，實則哪一個可能都不是造成它們被認爲與音樂會的成敗無關的真正因素。這些指標只能用來分析社會通念的可能構成成分，卻不能用來取代、重新定義社會通念的內容，否則真正運作的就是這種新的規範性判準，而不再是社會通念了。但因果本應是事實性的東西，社會現實也算是一種事實，即使不得已需採用規範性的判準，社會通念本身還是至少比其他任何由研究者所隨意指定的判準來得貼近社會現實，採用其他判準而捨棄在一般人當中具有共識的社會通念，若只是爲了使判斷標準清楚齊整，在原理上是完全說不通的。

可能就只是來自傳播媒體介紹到音樂會時，都訪問誰、拍攝誰而已，可能指揮、團長、主辦單位或表演場地負責人、乃至一般團員、觀眾、贊助廠商等都上過電視，但未曾看過訪問門口的售票員、搬樂器的、布置場地的、司機或送便當的。雖然吾人常說「幕後的無名英雄」也應該要給予肯定，但吾人之所以會這樣說，就表示經驗上通常的確是會忽視他們的。判斷犯罪成立的效果只是找人來處罰而已，不是什麼有建設性的活動，如果這些「無名英雄」是出現在犯罪事件中，那麼，這種時候維持一貫的標準、繼續忽視他們，反而是比較妥當的。

不過，其實尚須注意各種因素提供的作用可能方向不同，究竟要以什麼作爲確認效果的指標。例如所謂音樂會的「成功」，雖然時常是指演出內容悅耳動聽、展現出練習的成果，但是如果台下都沒有觀眾，或演出者之間發生不愉快，有時也稱不上成功。也就是說，除了演出的品質外，票房及團員的主觀感受，有時也可能成爲評判一個音樂會是否「成功」的指標。這就像是一般人在思考犯罪事件之發生時，腦中所浮現出的，可能也不只有法益侵害一個指標而已，如果不特別講清楚，一般人也可能將犯罪理解成是社會上需要被矯正之偏差行爲的表徵，因而也會覺得行爲的規範違反性或行爲人的惡性對犯罪之發生來說是有因果作用的[11]。但是，對行爲的刑罰正當性只能建立在行爲對犯罪結果的惹起能力上，故行爲對於犯罪之發生在因果上是否相關，指的也必定是行爲具有惹起該法益侵害的傾向，而不是具有指向其他指標的特質。

第二款 未經語言過濾的行為因果力評價

前類型的法益侵害性，指一般人不受條文的文字敘述引導時，對行爲與特定犯罪之完成間的因果聯繫，是否會評價爲是與結果之發生*有關*，也就是可算作「有」因果作用。行爲即使與犯罪結果之間存在若干科學上的因果聯繫，但如果欠缺前類型的法益侵害性，便意味著一般人並不會把這樣的聯繫視爲一種助力，

[11] 併參後第五章註 5。

那麼也就稱不上是「有」因果作用。行爲有前類型的法益侵害性，即具有法益侵害的傾向，也就是有後第五章第二節第三項所述的法益關連性（至少不是完全欠缺。至於行爲的類型化法益侵害性，則不只要求「有」法益關連性，還可能要求須達到一定的量）。對行爲法益侵害危險性的要求，在前類型的與類型化的法益侵害性之間可說是連貫的，只是層升的關係。

而此處所謂的「前類型」，其實只是指總則的參與類型而言，倒不見得能夠脫離分則的犯罪行爲類型觀念來思考。按有些犯罪的法益性質上屬一般生活中容易碰觸及理解的利益，例如殺人、傷害等，故只要特定出犯罪結果，一般人大致都能循線聯想什麼因素可對它發揮因果作用。這些犯罪即使規定在刑分中，對行爲類型的定型要求也會較抽象、寬鬆。不過，有些犯罪則因法益本身較隱諱、複雜，故一般民眾所接受到的行爲規範，不是以法益侵害的觀念灌輸的，反而直接就是接近條文所述的犯罪行爲類型內容。例如對於詐欺罪，一般人腦中所能浮現的概念，通常是「不可騙人家錢」，而非「不可侵害他人的財產處分自由」。則當現實上出現一個人被騙了錢的時候，一般人在辨識什麼樣的行爲會具有法益侵害傾向時，即使沒看過條文，思考當中其實也已經運用到若干與法益侵害相關的類型觀念了，只是不如條文所敘述的那樣精細而已。故針對不同的犯罪類型，辨別行爲對於結果算不算有因果作用時，尚須參考一般人面對這類犯罪之發生時，腦中通常是以什麼樣的方式對各因素編碼、理解事件的意義，不見得真的全然脫離類型觀念。

第三款 實務上劃定偵辦範圍的標準

對行爲有無法益侵害傾向的判斷，在實務上的應用，就是檢警決定偵辦對象的方法。刑事司法資源有限，不可能把與犯罪之發生無關、加以處罰也毫無意義的因素列入考慮，這種對於有關無關的直覺性想像，根據的即是行爲的法益侵害傾向。這是在知道事情的完整發生流程的前提下，所辨識出的相關因素範疇，除非是科學知識有所欠缺，否則這已是用最籠統、粗略的方式所劃出的範圍，真正

有處罰價值的行爲只會比這個範疇更限縮，倒不可能更廣。

檢警原則上會、而且也應該是用一般人觀察日常事件的標準，來分辨一個行爲在犯罪事件當中客觀上有沒有法益侵害傾向，可是現實上，有時卻會在了解事發經過的過程中，因不經意發現某個行爲令人厭惡（例如行爲人明明知道他人是在從事犯罪，還幸災樂禍），爲了想要處罰它，而開始透過牽強、不自然的聯想來找理由。這樣的行爲當與其他因素並列來觀察時，可能根本可認爲與犯罪之發生無關，只因已被鎖定，影響力便被刻意地放大了而已。但若是原本無關緊要、可忽略的行爲，加以處罰也無法收到法益保護的功效，其實根本沒有刑罰正當性，會變成不是在處罰對犯罪提供協助（實則根本稱不上是種助力），而是處罰行爲人的態度，反而引起誤導，忽略真正值得重視的因素；而且行爲人是否知情、知情一事會不會被發現，時常是繫於偶然，處罰這樣的行爲也很容易產生選擇性執法。故對於客觀上即欠缺法益侵害傾向的行爲，是必須有警覺地摒除在處罰範疇之外的。

第二項 以生活經驗為根據

從刑罰正當性論的觀點，刑法所應捕捉的、合適進入犯罪檢驗流程的對象，必須是加以禁止有助於確認法益保護規範的行爲，但如欲探求什麼行爲違反「不可惹起某種結果」這樣的規範，必須以關於結果如何惹起的知識存在爲前提，而某個行爲對於結果具有因果聯繫的特性，邏輯上也是先於規範違反的特性而被辨識出來的。

此處的「知識」不是純科學的，也包括常識[12]。雖然每個對於結果之發生屬因果流程中一環的因素，從科學的角度來看，可說都是等價的，但吾人在生活中實際處理各種事務時，並不會真的這樣看待各種因素，而是會視活動的特性及語境脈絡在各因素之間區分出差等。這種排序是具有生活經驗之基礎的，通常依據

[12] 關於常識的說明，可參後第五章註 5。

解決問題的實益(practical interest)而來。雖然這樣的基礎在久而久之、約定俗成之後，也會產生規訓的效果，在即使情境不典型、實益不顯著時，或只是未實際經驗過的一般人，也往往仍會給予這樣的評價，但至少它在性質上不會是恣意、能夠隨便置換內容的。

關於此點，可與語言的用法作個比較：一個社會當中如何使用符號來表意，可說是完全沒有對錯可言，只要社會成員彼此間能夠溝通就好；但對於因果聯繫的評價，不論是有無因果作用、還是作用的高低，則還是根據了一定的道理，而能夠溝通討論、分辨出對錯的。雖然社會上以訛傳訛的現象確實存在，但流言在經過澄清後即可被破除，科學知識是常識的成分當中地位最穩固者，無法被積非成是、眾口鑠金所改變，固無問題[13]；但即使不是那麼穩固的、有關因果評價的知識，也還是有應用實證資料及分析而達成說服的可能，如果通行的因果評價標準偏離得太遠、失去解決問題的實益時，必定會遭到修正。

第三項 判斷方式

第一款 透過類比以維持與判斷日常事務相同的標準

一般人看待犯罪行為時所採的標準，其實常與判斷其他日常事務時不同，即使是因果判斷，也常夾雜許多與因果無關的考量，而容易流於情緒化、扭曲判斷的性質，故如果直接就系爭行為來思考，會較難貼近因果判斷的本貌。故在判斷某個行為有無法益侵害傾向之際，為了維持平允的態度、幫助思考中性化，技術上可在一般的日常事務當中，尋找與系爭行為具有類似之性質或特徵的行為，將系爭行為對於犯罪實現所發揮的作用，類比於日常生活中差不多同樣模式的行為對其他活動所能發揮的作用，以便取得相同的標準。

[13] 科學方面的錯誤不會產生規範性（參後第四章註 48）。例如網路上流傳著「隱形眼鏡若使用不慎會滑到眼球後方」的說法，造成使用者人心惶惶，但已被證實是錯誤的資訊。原本誤信的人只要瞭解了眼睛的構造後，便會立刻改變觀念，因為這並不是一種信仰、價值觀的問題，繼續堅持將毫無實益。

例如同樣是開計程車，載一位指揮家去開音樂會時，一般人很容易認爲司機的行爲與音樂會的成敗毫不相關；但載一名搶匪去作案時，是否可成立幫助犯卻會成爲課堂上值得研討的問題，實則如果採用與載送客人去從事犯罪以外之活動相同的標準，此時司機的行爲應該也一樣被評價爲與犯罪之成敗無關，即欠缺法益侵害傾向、稱不上提供了什麼因果作用。

第二款 透過排序以找出行為的定位

如果在一般生活經驗中找不到合適的例子可以對應，類比也不能勉強操作。那麼，此時可改變方式，嘗試將所有可認爲與個案中具體之法益侵害相關的因素羅列下來，用與其他因素比較的方式辨識出該行爲的定位，如此可避免將該行爲的作用過度膨脹。

思考犯罪事件也像是思考一場音樂會的成功要歸功於誰一樣，不可能所有沾上邊的人員都被提出來獎賞。法益侵害是對於犯罪事件的觀察重點，從與犯罪結果之間的關係，可發現每個參與行爲具有不同的重要性，地位不是齊頭平等的。例如一次搶銀行活動（結夥犯強盜罪）中，現場實施強暴脅迫、收取財物者，可說是對於人身及財產法益侵害之實現提供最重要之作用者，而現場指揮者、行動策劃者、提供槍械彈藥者等則是間接發揮影響。如果圍繞著法益侵害來將各種參與行爲排序，那麼，連接應、把風等行爲都已經很邊陲了，遑論更外圍的接電話、借車子、提供塑膠袋等行爲。不過，比起在音樂會中論功行賞的範圍，實務上往往在論罪行罰時所網羅的對象範圍會大得多，爲了避免受洩憤的欲望驅使而株連過廣，其實也可以併用類比的方法，參考在其他日常事務中被追究的範圍[14]。

---

[14] 例如一場音樂會當中，如果成功的指標在於演出品質方面（而不是票房、募款成績、公關形象等），則能夠歸功者，可能便只有指揮、solo、團員等實際參與演出的人員，及聲樂或演奏指導老師等對演出品質發揮間接影響的人員，這些人員的地位便相當於正犯、共同正犯、幫助犯等。至於主辦單位、贊助廠商、行政人員、觀眾等，其實對於「演出成功」一事可說都已經沒有因果作用了，遑論前第一項第一款中所舉的售票、樂器搬運、場地布置、開車或送便當等的人員。當然，如果改變指標，把音樂會理解成是辦一場活動，重點在於大家共襄盛舉、賓主盡歡，那麼對

第三節 前類型的刑罰預測可能性

第一項 一般之刑罰預測可能性的意義

前類型的刑罰預測可能性，指的是一般人在未讀過刑法條文的狀況下，能否預測到自己的行爲具有作爲犯罪行爲、可能招致刑罰的意義。前一節中所討論的前類型的法益侵害性，與此處的前類型的刑罰預測可能性一樣，都是在談行爲尚未進入刑法內部觀點之前的、不透過條文來思考的一般社會意義，但前者是行爲在事實、結果惹起能力方面的意義，後者是行爲在規範性之評價方面的意義。

第一款 國家所設定的規範認識能力標準

社會上一般人能否產生刑罰預測可能性，取決於該社會平均的事理分辨水準，及國家對於國民的預設標準要設定到多高。國家若把預設的標準設定得很高，超越社會的一般規訓水準，便可能造成一般人皆對法律內容欠缺預測可能性。不過，如果社會上普遍存在某種陋習，使大多數人在做的時候，都無法意識到這樣的行爲帶有犯罪意義，那麼，表示這個社會民智未開、普遍缺乏正確的觀念。雖然對他人要求嚴苛、放大檢視別人的錯誤，卻寬容自己的疏失，這的確是一般的人性，但國家不能展現這樣的態度，此時國家的回應方式，應該是反省自身未善盡教育人民、引導民眾辨別事理的職責，而不是用一般人也都做不到的標準苛責行爲人，將自身失職的過錯推由人民承擔。

就像是爲什麼國家發動刑罰要受到構成要件的限制，而非只要實質上違法的行爲都能夠加以處罰一樣，刑罰的正當性並非只取決於有無法益保護效果或受處罰者做對做錯而已，尚須顧慮其他價值理念。雖然政府既已經由選舉獲得人民的

於這個活動的成功，主辦單位、贊助廠商、行政人員、觀眾等的行爲就可算是具有因果作用了，但聲樂或演奏指導老師的行爲重要性會降低（應該還不至於降到可評價爲沒有因果作用，畢竟要能盡歡，演出也還是要有一點品質）。

授權，有時確實能夠、而且應該爲了公眾長遠的利益，來改變一些社會積習或共識，但只能夠採取引導的手段，如果將違背政策目的的行爲設定爲犯罪，便是立於與人民敵對的立場、直接否定社會的現況，將違背民主國家的角色定位。

故如果立法超越社會規訓的實態，處罰一般人都辨識不出犯罪意義、無法預測到將伴隨刑罰效果的行爲，這樣的立法將會逾越國家行爲的分際，除了破壞法治的精神、易對人民造成突襲，也威脅到民主的核心價值。「不教而殺」的立法本身有違刑罰法規適正性的要求[15]，如後第四章第一節第一項第三款所述，已是一種違憲的立法，如果有此情形，司法機關應作合憲性解釋（參後第四章第一節第二項第二款第二目）。至於若立法者沒有透過條文文義斬釘截鐵地表示若干欠缺一般之刑罰預測可能性的行爲「是」預定處罰的對象，讓司法機關還有解釋的空間，那麼司法機關便應將一般人無法辨識出犯罪意義的行爲理解爲不在立法者所預設的處罰範疇當中，以避免得出違憲的法律適用結論（參後第四章第一節第二項第一款第二目）。

幫助犯的處罰規定即屬後者的情形。不過，條文存在一定的解釋空間，也只是讓司法機關在將欠缺刑罰預測可能性的行爲從條文預定的處罰範疇當中排除時，不至於冒違背權力分立原則的大不韙，實則在操作方式上，是無法透過對文義的分析而完成的，因爲「幫助」這個概念本身當中找不到能夠將此種情形排除的成分。雖然在判決書中論述時，結論大致上仍會說是「非屬幫助行爲」，但真正考慮的，已是脫離類型性特徵架構之外的因素，即以一般人未經語言過濾的、對行爲犯罪意義的辨識可能性，作爲犯罪成立的外框限制，以維持司法行爲的合憲性。

第二款 未經語言過濾的犯罪意義認知

經過前類型的法益侵害性判斷後，已從刑罰正當性論的觀點，捕捉到合適進

[15] 屬於罪刑法定原則的實質層面內容，參內藤謙，《刑法講義総論(上)》，1991 年 1 月，39 頁。此項要求是來自刑法外部的憲政價值理念。

行犯罪判斷的對象，但這樣的行爲只是在一般觀點中對於法益侵害結果之發生具有因果作用而已，單憑稀薄的因果上特性，未必已能使一般人辨認出犯罪意義、預測到將伴隨刑罰效果。故對於具有法益侵害傾向的行爲，在進入條文所要求的類型性特徵判斷之前，還需要進一步確認也具有一般的犯罪意義，也就是需要經過一道前類型的刑罰預測可能性判斷。

刑法上的「犯罪」是經過語言定義的，在未經定義以前，所謂「犯罪意義」只是一種受日常因果與規範觀念影響的直覺，不是真的指刑法觀點的犯罪意義。故前類型的刑罰預測可能性判斷，也需要用日常的因果及規範觀念爲標準，但這個標準也只能用來消極地將一般人無法產生刑罰預測可能性的行爲排除在處罰範疇之外，倒不能積極地依此肯認犯罪。

前類型的刑罰預測可能性判斷，是與經由文義解釋來操作的、類型化的刑罰預測可能性判斷相對。二者同樣來自對國民刑罰預測可能性保障的原理，也都一樣是「一般人立於行爲人的立場，對於自己的行爲，能否辨識出作爲犯罪行爲的意義？」的問題，差別只在於對行爲意義的分辨是否透過條文語言的媒介而已。如果欲實質地保障一般國民的刑罰預測可能性，本來就不是只有將規範內容化爲明文就好，因爲對於爲數眾多的未讀過條文的民眾來說，這些人的刑罰預測可能性是無法透過形式性的明文來確保的。唯有讓刑法當中蘊含的規範內容合乎社會規訓的實態，才能讓即使未讀過條文的一般民眾，也可能預測到行爲的犯罪意義（參後第四章第一節第一項第三款）。故前類型的刑罰預測可能性要求，其實會比由文義解釋所表彰的、類型化的刑罰預測可能性還更接近理念本身。

前類型之刑罰預測可能性與條文文義二者的主旨是連貫的，共同構成客觀的、社會上一般人的違法性意識可能性[16]的基礎，故在判斷流程的設計上，也讓它們毗鄰。即對於一般國民之刑罰預測可能性的保障，若屬透過文義解釋所表彰者，是置於構成要件當中行爲之類型性特徵解釋的範疇處理；未經文字過濾的前

[16] 與有責性判斷階層中主觀的、行爲人個人的違法性意識可能性相對。

類型刑罰預測可能性判斷，順序則緊接在類型論之前、緊鄰著條文文義。

第二項 一般之刑罰預測可能性的理論定位

在既有的犯罪階層體系架構中，有一些其他的判斷項目，與前類型刑罰預測可能性判斷的內容看起來相似，但性質及功能仍不相同。此項判斷是無法用既有犯罪判斷架構中的其他要求取代的，以下稍作說明與釐清：

第一款 屬主觀違法性意識可能性所對應到的客觀事實

對於國家所認定爲犯罪的行爲，要求能夠令一般國民具備刑罰預測可能性，與在有責性判斷中要求行爲人個人須具有違法性意識之可能性，這兩個判斷的性質是南轅北轍的。個別行爲人違法性意識的欠缺，可能出於對文字的誤解（形式性文義的層次），或所接受到的社會規訓異於一般人（實質性規範內容的層次），但如果不只是該行爲人，而是社會上一般人於此種情況中都會欠缺違法性意識，那麼，便是國家對全體國民之行爲所要求的標準本身如何決定的問題。違法性意識是個案中特定行爲人對規範的認知能力是否達到一般人的水準，而客觀的（含前類型及類型化的）刑罰預測可能性，則正是在決定何謂「一般人的水準」。

按刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。」表示立法者也承認，人民未能預測到法律的內容，有時確實是「有正當理由而無法避免」的。條文用語只說「不得…*免除刑事責任*」，至於造成「免除刑事責任」效果的原理何在，是靠學說演繹出來的。學說一般將本條文理解爲是有責性判斷中要求「違法性意識可能性」要素的依據，但所謂的「有正當理由而無法避免」，其實應該還要區分情形，有時是行爲人個人的特殊事由，有時則是社會上大多數人都不知道，行爲人也只是跟大多數人一樣而已。若是後者，其實所欠缺者已是行爲的一種客觀特質，不應定性爲行爲人主觀的有責性要素。作爲有責性要素的「違法性意識可能性」，也應有其所對應到的客觀事實，必須以這樣的客觀事實存在爲前提，才考慮個別行爲人的理解是否發生錯誤，而這個客

觀事實，原則上即社會上一般人對該行爲理解其作爲犯罪之意義的可能性。也就是說，主觀上有無違法性意識可能性的判斷，僅限於處理一般人都已能夠正確理解法律，只有行爲人個人與一般人不同、未正確理解的情況。

刑法規範能否將對全體國民的要求標準定在一般人都達不到的地方？如果自詡爲一個民主法治國家，有些原則就是不能夠違反，如果說罪刑法定原則表彰的是法治國家的特質，那麼以一般人所能夠達到作爲刑法對全體國民的要求標準，便可說是表彰民主國家的特質。國家不可採用過高的標準，唯有一般國民對該行爲皆已具有刑罰預測可能性，才允許發動刑罰來回應，如果欠缺這個要件，是國家自身被禁止這樣做，就算個案中這個特定的行爲人確實具有違法性意識，也無法使國家的行爲就變得正當。

故雖然在有責性當中所要求的違法性意識可能性，與本文所稱的一般國民之刑罰預測可能性的問題一樣，都反映出國家與國民之間的緊張關係，但有責性判斷是國家對個別國民的顧慮，已是對國家更高層次、更理想性的要求；至於國家與全體國民之間的關係，則是基本的、國家本身行爲能否站得住腳的問題。雖然透過主觀的違法性意識可能性判斷、乃至期待可能性理論的操作，時常也已能夠避免處罰欠缺刑罰預測可能性者在戕斲價值理念方面的弊害，但國家對於全體國民的認知能力能夠預設爲什麼標準的問題，終究還是與國家對特定行爲人低於一般水準的規範認知能力是否體諒的問題不同。前類型的刑罰預測可能性要求，表彰的是國家依據民主原理所科予自身的行爲分際，這方面的意義是無法以對個別行爲人的違法性意識可能性判斷取代的，也無法置於有責性階層處理（判斷之前已先經過違法性判斷，表示國家對該行爲已給予否定評價）。

第二款 無法置於違法性判斷中處理

國家基於自身的行爲分際，對於一般人都會欠缺刑罰預測可能性的行爲，不能在客觀上給予否定評價。這樣的考量，有無可能不定位在對行爲的前類型要求，而安排在違法性判斷階層處理？像是對於刑法以外其他法令或規範的遵守，

會影響行爲人對於行爲所伴隨之刑罰效果的預測可能性，但「依法令之行爲」或「業務上正當行爲」等法定阻卻違法事由的存在，便意味著有時遵守其他法令或規範一事本身的價值，也已經被納入刑法內部的利益考量當中了，那麼，刑事違法性判斷是不是已經足夠發揮前類型之刑罰預測可能性判斷所被期待具有的排除功能？

關於這個問題，分析起來答案依然是否定的。首先，在法定阻卻違法事由方面，很多時候並不存在明確的法令或業務規範，行爲人遵守的就只是社會上一般的生活慣行[17]而已，此種情形便無法適用「依法令之行爲」或「業務上正當行爲」等來阻卻違法。其次，在超法規阻卻違法事由方面，由於刑事違法性的核心概念是利益衡量，許多生活慣行背後未必指向什麼重要的利益，可能只是約定俗成、未經過精算的處事反應而已，奉行這些規範本身也稱不上保全了什麼利益，故也不適合將對這些更廣義之規範的遵守定爲超法規的阻卻違法事由。因此，如果對生活慣行的遵守有什麼值得排除在處罰範疇之外的意義，還是只能從刑法外部觀點的、對一般人能否對該行爲產生刑罰預測可能性的顧慮下手，而無法從刑事違法性之有無的角度來思考。

第三項 判斷方式

第一款 影響刑罰預測可能性的因素

[17] 例如許多公寓住戶在進一樓的大門時，通常先進來的人看到後面有人要進來，便會順手不關門讓後面的人進來；或是在倒垃圾時間許多住戶要進出時，讓大門保持敞開不關。其實，這樣的慣行背後的利益也只是禮貌（不好意思不服務後面要進來的人）與方便（也樂見別人這樣對自己，就不用麻煩掏鑰匙了）而已，但很容易讓閒雜人等跟著混進來，在安全上是很大的隱憂，只是住戶彼此間仍天天這麼做。如果某日一個住戶後面跟著的人犯了侵入住居罪，則放他進大門的行爲，客觀上應否評價爲是侵入住居罪的幫助行爲？這種瑣碎的、帶有不確定的法益侵害風險的生活慣行，即使因果作用薄弱，但若果真進入幫助行爲的類型性特徵判斷，卻可能仍落入條文的文義範疇中。只是，大家平常覺得無關緊要、天天這麼做的行爲，一旦出事時就看誰倒楣，對這樣的行爲動用刑罰是否合適？

影響社會上一般人對行爲之犯罪意義認知的因素大致有三個：因果、規範、及語言。「語言」其實即指條文，是透過規範的形式（而非規範的實質內容）來影響刑罰預測可能性。一般人依照語言的使用習慣會如何理解刑法條文，進而能否透過文義得知行爲將伴隨刑罰效果，這在本文稱爲類型化的刑罰預測可能性，也就是一般人經語言過濾的行爲犯罪意義認知，屬文義解釋的問題，待第四章中再詳細討論。至於「因果」，指的是行爲對於犯罪結果的惹起能力，也就是法益侵害危險性；「規範」指的則是刑法以外的一般行爲規範觀點對行爲的評價。

第一目 行為的法益侵害性高低

原則上，總是須先認識到行爲在法益侵害方面的意義，才能夠理解其作爲犯罪而可能遭受刑罰的意義；而一個行爲如果越能夠造成法益侵害，一般人在做的時候，也就越可能意識到將伴隨刑罰效果。一個法益侵害傾向顯著的行爲，不太可能會欠缺刑罰預測可能性，所以如果行爲的周邊情事已相當清楚地提醒行爲人行爲的犯罪意義，一般人立於行爲人的立場，也都難以掩耳盜鈴地繼續佯裝不知、感到置身事外，則當然會具有一般之刑罰預測可能性。

故「因果」因素對於前類型的刑罰預測可能性之影響毋寧具有優先性。也許一個行爲即使欠缺法益侵害意義，一般人也不是不可能僅基於認識行爲的一般規範違反意義，便想像到將伴隨刑罰效果，但這樣的想像是來自一種與法益侵害脫勾的犯罪觀念。若是完全不具有法益侵害傾向的行爲，毋寧會在前類型的法益侵害性判斷階段即優先被排除在處罰範疇之外[18]。

而反過來說，能夠因欠缺前類型之刑罰預測可能性而被排除犯罪成立的行爲，終究法益侵害性也都不會太高。故一般之刑罰預測可能性判斷的實際作用，其實會成爲對法益侵害傾向判斷的補充，即對於法益侵害傾向不是很明確、僅僅

[18] 這也就是爲什麼同屬前類型判斷，但前類型之法益侵害性的判斷順序要安排在前類型之刑罰預測可能性之前，因爲基於刑罰正當性原理、表彰刑事司法部門視線所可能掃視到之範圍的法益侵害傾向，須作爲一般之刑罰預測可能性判斷的前提。

低空飛過的行爲，如果加上具有「一般人在做的時候都難以意識到會是犯罪」的特性，在兩種觀點的交互參照之下，便已可確定不適於對其發動刑罰，而不必進入類型性特徵的檢討了。

第二目 行為是否合乎刑法以外的其他規範

行爲的刑罰正當性只能建立在法益侵害性之上，行爲的規範違反特質無法積極證成刑罰正當性，只可能反過來，以對於規範的遵守作爲消極排除犯罪成立的理由[19]。雖然行爲對規範的遵守，可能削弱一般人立於行爲人立場時對行爲犯罪意義的認知，而導致欠缺前類型的刑罰預測可能性，但也只限於行爲的因果作用不顯著時，才有考慮「規範」因素的餘地，畢竟「不可侵害法益」本身也是一種規範，如果一個行爲已具有明顯的法益侵害性，一般人在做的時候，也難以堅稱只因遵守了其他規範便能夠無視於法益侵害方面的意義。

刑法以外的其他行爲規範，其實內容龐多。其中，法令、職業行規或同行慣行等，因存在方式較爲穩定、或在社會上反覆發生，較容易發現，內容也較清楚；除此之外，便是大量、零星的一般生活慣行，如果經驗上發生的次數很少[20]，有時也難以斷定是否已具有社會共識基礎。如果行爲所遵循的規範地位不穩定、難

---

[19] 行爲規範恆屬刑法外部觀點，其作用從刑法系統內部其實是不可視的。其所能發揮的影響，除了部分被採納爲法定阻卻違法事由外，在立法論中，是影響立法機關採擇什麼樣類型的行爲規定爲犯罪；在解釋論中，一方面是影響此處所述的、一般之刑罰預測可能性，另一方面則是在因果關係（歸責）判斷時影響對行爲之因果貢獻強度的評價（合乎一般行爲規範的行爲，通常會因具有可取代性，而被評價爲僅屬低度的因果貢獻）。

[20] 例如在靶場或私人莊園開槍以前，該不該檢查有沒有人？其實，如果射中人的事情沒有發生過，吾人根本不會創設出這樣的規範，故如果回答「該」，恐怕只是事後欲加之罪的說詞而已。不過，以「在靶場開槍射中人」的例子來說，其實也不太需要顧慮有無前類型的刑罰預測可能性，因爲行爲終究不是因曖昧的規範違反性而被注意到的，而是清楚的法益侵害性。如前所述，如果行爲的法益侵害傾向相當清楚，一般人在做的時候便不太可能會欠缺刑罰預測可能性；又如前第一節第四項所述，正犯行爲通常由於已具有清楚的法益侵害傾向，故多半沒辦法在前類型的刑罰預測可能性判斷階段中被排除，「遵守規範」一事除非是符合依法令之行爲或業務上正當行爲等法定阻卻違法事由，否則無法成爲行爲的正當化根據。

以確認是否存在，便只好傾向認爲當一般人立於行爲人的立場而做出遵守此種慣行的行爲時，也不至於因信賴規範的內容而忽視行爲的法益侵害傾向，也就是行爲仍具有一般之刑罰預測可能性。

第二款 假設為一般人立於行為人的立場

人性有寬以律己、嚴以待人的傾向，往往要求、指責別人時振振有詞，實則自己也不見得做得到。一般人看待自己與看待他人，時常會採取雙重標準，而且如果是好事，便傾向膨脹自己的重要性、貶低別人的重要性；如果是罪過，就傾向放大別人的貢獻、縮小自己的貢獻。由於刑罰預測可能性實際上發揮作用的時機，是當行爲人決定要不要作犯罪行爲之際，故在判斷前類型的刑罰預測可能性時，也應配合此一判斷的性質，故須採取一般人看待自己的行爲時的標準，而非看待別人的行爲時的標準。

判斷方法上，可假設一個社會上的一般人，站在行爲人的立場，若對於自己之行爲在法益侵害方面的意義沒有誤認，那麼能否辨識出自己的行爲作爲犯罪而可能遭受刑罰的意義、是否會覺得不用對法益侵害負責[21]。這個判斷會先受限於行爲法益侵害性之高低，如果法益侵害傾向沒有特別顯著[22]，加上又已遵守具穩固基礎、值得信賴的規範時，便可認爲行爲欠缺一般之刑罰預測可能性。

一般之刑罰預測可能性是行爲的一種客觀特性，所謂「一般人站在行爲人的

---

[21] 併參後第四章註 46。

[22] 如前第一款第二目所述，只有在行爲的因果作用不顯著時，行爲人才可能受「規範」因素的影響而欠缺刑罰預測可能性，至於若是一個法益侵害傾向顯著的行爲，是無法主張欠缺前類型之刑罰預測可能性的，只可能在違法性判斷階段，考慮有無「依法令之行爲」或「業務上正當行爲」等阻卻違法事由的適用。例如金融業者對於從事洗錢的存戶提供服務，由於洗錢這種犯罪幾乎完全須依賴金融機構的行爲才做得到，故金融機構之行爲在這個犯罪當中會具有顯著的法益侵害性，也就不可能以欠缺前類型之刑罰預測可能性爲由而排除犯罪成立。不過，如果金融機構已經遵守洗錢防制法第 6～8 條所要求的訂定洗錢防制事項、確認顧客身分、留存交易紀錄等標準作業流程時，便應能夠依刑法第 22 條（業務上正當行爲）來阻卻違法。

立場」，只是用行爲人的處境來建立行爲周邊脈絡(context)的內容而已，不必假設也具有與行爲人同樣的認識內容。故即使行爲人實際上不知情、行爲出於過失或無過失，也依然可能具備一般之刑罰預測可能性，儘管現實上可能許多人都會跟行爲人一樣，因知識或資訊不足而誤認行爲在事實、因果方面的意義，也一樣不影響行爲在規範性的評價方面的意義（即犯罪意義）。相反的，就算行爲人透過自己的聯想或額外查資料，而能夠認識得比一般人站在他那個立場時對於行爲周遭可觀察到的客觀情勢還多，也不會改變行爲的性質、使行爲變成在客觀上較易辨識出犯罪意義。

第三款 輔助判準

當使用前一款的標準判斷，得出的結論模稜兩可時，可再參考一個簡易的輔助判準，即假設如果行爲人說出「關我什麼事？我只是 XX 而已」這樣的話時，一般人聽了會有什麼反應、會不會覺得突兀。如果這樣的句子，聽起來並沒有令人感到莫名其妙、覺得怎麼會接這句話或怎麼會這樣講，那麼，便表示應有某種社會共識存在，使得人們能夠理解這樣的辯解，如此便可認爲行爲人在行爲時抱持這樣的想法，應該也會對於自己的行爲缺少犯罪意義的認知，即欠缺前類型的刑罰預測可能性。這個輔助判準是立於第三人的立場所作的判斷，通常會比假設爲行爲人自問時嚴格，故如果能夠通過、覺得這樣的抗辯聽起來不無道理的話，那本應立於行爲人自己的立場來判斷的刑罰預測可能性，也一定是沒有問題、能夠確認欠缺的[23]。

例如若有一個人說「他殺人關我什麼事？我只是抓住被害人而已」，一般人聽了的反應大概會覺得這個人是不是精神異常：「抓住被害人與殺人怎麼會沒有關係？」但是，如果有人說「他拿麵包去下毒關我什麼事？我只是作個麵包給他而已」，或是「他擄人勒贖關我什麼事？我只是租房子給他而已」等等，一般人

[23] 併參後第四章註 46。

聽了可能就不會覺得這麼詫異，即表示這樣的行爲確實犯罪意義不是那麼清楚[24]。

[24] 當然，作一般刑罰預測可能性判斷的前提，是已經通過了前類型的法益侵害傾向判斷，但這些行爲其實是有可能無法通過的（參後第六章第二節第一項及第三節第三項）。這些例子中行爲如果不能在前類型的判斷階段中排除，待進入幫助行爲性的判斷時，地位便很隱諱了，可能只好解爲未提升正犯實行行爲的法益侵害危險性，欠缺法益關連性而非屬幫助行爲。

第四章 幫助行為的形式要求—條文的文義

第一節 法治國原則下的人民預測可能性之保護

法治國原則是現代民主憲政的一般原則與指導理念，在不同的國家權力運作程序中具體化，對於刑事立法與司法各有要求[1]。

第一項 立法行為與人民之預測可能性

第一款 法定性、明確性、適正性是不同層次的要求

刑罰法規基於法律效果的嚴重性，必須要求所謂的「法律保留」，即須由立法機關以「法律」定之，不得委由行政機關以「命令」的方式規定[2]，至於內容則要求明確、適正。這些要求在刑法學上都被包含在「罪刑法定原則」的內容當中[3]，但在公法學上其實各自屬於不同的層次[4]：法定性（規定在「法律」中）是對規範方式的要求；明確性是對規範內容的形式方面要求；適正性是對規範內容的實質方面要求。這些要求每一個均可構成違憲事由[5]。作爲本文主題的幫助犯

---

[1] 蘇俊雄，《刑法總論Ⅰ》，1998 年 3 月，227-228 頁。

[2] 參釋字第 443 號：「何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式爲之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令爲補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令爲必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」釋字第 522 號：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式爲之，如法律授權主管機關發布命令爲補充規定時（按：即學說上所謂的「空白刑罰法規」），須自授權之法律規定中得預見其行爲之可罰，方符刑罰明確性原則。」

[3] 參內藤謙，《刑法講義總論(上)》，1991 年 1 月，28、37-39 頁。

[4] 我國大法官會議是將法定性視爲明確性的前提，參釋字第 602 號：「在罪刑法定之原則下，處罰犯罪必須依據法律爲之，犯罪之法定性與犯罪構成要件之明確性密不可分。」

[5] 比例原則是最概括的合憲性檢驗標準。雖然比例原則主要是用來檢討規範內容的適正性，但其實以法定性、明確性等作爲違憲事由，也能夠在比例原則的討論架構當中被定位，因爲比例原則

規定，在法定性方面固無問題；適正性方面已於前第二章第三節中用比例原則的架構檢討過，結論是有疑慮，有賴司法機關以合憲性解釋補救；明確性則在下一節中討論（順序上置於此處，乃為了連接本文對條文文義如何解釋的討論）。

第二款 法律文字明確性之要求

雖然刑法的性質是一種制裁規範，是指示刑事司法人員應如何認定犯罪之成立、使用刑罰的標準，受命對象為國家，並非直接作為人民的行為規範，但這不表示刑法條文就不需要讓人民能夠理解。法治（法律的支配(Gesetzesherrschaft)）之所以能夠保障人權，除了是藉助法律的一般性格(Allgemeinheit)來防止恣意歧視以外，在技術上也是使國家行為對人民而言更具可量度性、可預見性、與可信賴性[6]。以法安定性的理念擔保罪刑法定原則的實定法上機能，基於法實證主義而受到高度評價[7]，對於民眾而言，法律安定性的意義實以法規之信賴保護作用

其實就只是一個用來分析成本效益的方法、思維框架而已。憲法上價值理念的犧牲也可算作是一種成本，從比例原則的觀點而言，不論是法律的安定性、明確性、公平性、乃至刑法領域特殊的罪責原則等，之所以可單獨作為違憲事由，都可解為是因為該價值理念被評價為極端貴重，才導致在「限制妥當性」（狹義比例性）判斷中作手段與目的（即成本與效益）之間的衡量時無法通過。將各種違憲事由都置於比例原則的架構中，即承認價值理念並非絕對，當萬一有足夠重要的利益時，也是可能被要求要稍作犧牲的。事實上，價值理念相互之間本來就時常發生衝突，要如何折衝、決定何者該向何者退讓？就如前第二章第三節第三項第一款所述，此一判斷其實是歷史性的。但由於處罰幫助犯所能達成的效益本來就很薄弱，各種價值理念都不值得被犧牲，故都能夠構成解釋、適用該條文的界限。

[6] 參許宗力，〈論法律保留原則〉，收錄於氏著，《法與國家權力(一)》，2006 年 8 月，121-122 頁。按罪刑法定原則雖是以 Feuerbach 的心理強制論為契機而在刑法當中被確立下來，但其實具有多元的思想基礎，包括自由主義、三權分立、法治國思想、法安定性、國民主權等（參大野真義，《罪刑法定主義》，1982 年 5 月，237 頁），故即使不承認刑法具有行為規範的性質，因而無法以心理強制論作為罪刑法定原則的根據，但本文從法治國的原理，一樣可以導出罪刑法定原則下的諸要求。

[7] 大野真義，前揭書（註 6），237 頁。不過，罪刑法定主義的宗旨在於防止國家刑罰權的不當行使，為避免形骸化、連內容不合理的法律都一味地主張維持，故法安定性不會是唯一的考量。除了傳統上已為論者所公認的習慣法禁止、事後法禁止、類推解釋禁止、絕對不定期刑禁止等派生

(Vertrauenschutz)爲首要[8]。釋字第 636 號解釋理由書即說明了這樣的意旨：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行爲之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。…」

故即使刑法不是行爲規範、只是制裁規範，但這不表示就不必在乎人民是否瞭解、看不看得懂條文，只要國家自己知道自己在作什麼、怎麼適用法律即可。之所以要求法律要以明文方式規定、並公告周知，用意就是要讓人民有機會認識到規範的內容，一來這樣人民才有辦法監督國家有沒有依照法律行事，二來也才能利用對於國家行爲的預測來保護自己，而就處罰規定而言，後者的意義更爲重大。對人民來說，國家會對什麼情況有什麼樣的反應，是一項重要的資訊，知道之後才能相應地規劃自己的行動與生活，尤其刑法是授權國家可處罰人民、侵害人民重大利益的法律，如果不讓人民對內容能夠事先預測，很容易造成突襲，即古語所謂的「不教而殺謂之虐[9]」。故爲了保障人民對於規範內容的預測可能性，立法時必須使用清晰的文字，讓一般人容易看懂，欠缺明確性的處罰規定將是違憲的。

第三款 法律內容的預測可能性

但是，也並不是說只要條文文字具備明確性，人民的預測可能性就必然能夠受到保障，因爲一般人往往也不會去實際閱讀法條。如果要實質上確保人民的預測可能性，立法時即應配合社會規訓的實態，不能將資訊或價值觀念尚未普及、

原則，刑罰法規內容明確、適正也是罪刑法定主義的要求。近期則有論者更進一步引入作爲憲法解釋原理的「實體正當程序」考量，使罪刑法定主義的內容更加充實。參大野真義，前揭書，238 頁；內藤謙，前揭書（註 3），27-42 頁。

[8] 蘇俊雄，前揭書（註 1），228 頁。

[9] 語出論語‧堯曰篇。孔子向子張談到從政應當摒除「四惡」，子張詢問何謂四惡，孔子答道：「不教而殺謂之虐，不戒視成謂之暴，慢令致期謂之賊，猶之與人也，出納之吝謂之有司。」主旨與現代公法上的信賴保護原則相當相像。

一般人通常想不到會被處以刑罰的行爲規定在條文中，只有造成重大法益侵害、且經歷過一般社會化過程的民眾均能大致上瞭解具有犯罪意義的行爲規範，才能被納入刑法所規制的行爲當中。

就算國家爲了保護法益，有時可能有必要利用刑罰來形塑新的價值秩序與行爲規範，因而須將一般人難以預測到的內容規定在刑法當中，但這樣做在價值理念方面會帶來很大的犧牲：對人民不教而殺，是對人的不尊重、對人性尊嚴的戕斲；罔顧人民的預測可能性，會減損人民對法治的信賴；另外，因人民的規範意識尚未形成，許多人會無警覺地去作，可能存在大量的違法事態，但事實上又無法完全取締，故容易造成選擇性執法，犧牲法律適用的公平性…若衡量損益，除非能夠爲法益保護帶來很大的效果（但從刑罰對於法益保護發揮作用的方式觀之，基本上不太可能帶來多大的效果，參前第二章第二節第二項），否則由於對多種價值理念皆造成嚴重的傷害，這樣的法律將很難通過比例原則中狹義比例性的審查，而應屬違憲。

第二項 司法對人民預測可能性之保護

第一款 若立法合憲：信賴保護

如果立法機關已經盡職，制訂人民能夠知悉並理解的法律明文（即條文文義明確、且規範內容爲人民所能預測），一般人皆能讀到、讀懂，便可能產生信賴，爲了保護這樣的信賴，一旦發生爭議、需動用處罰時，司法機關便也須依一般人所理解之條文意思來解釋、適用法律。

第一目 依一般人的理解來確定文義內涵

文義本身究竟是什麼意思，是以社會上一般人對文字的使用習慣來決定，司法機關不能以超過社會上一般人之理解的方式來解釋刑法條文。語言是間主觀的產物，文義的客觀意思是用該社會一般人使用語言的習慣來決定，認定文義是否

「明確」，也是看對一般人來說能否理解。其他技術性質的法律，也許可接受使用需經過法律專家的說明才能使一般人理解的文字來規定，但刑法是用來處罰人民的，規範的內容本身及其具體化，是考慮對一般人而言的規範遵守可能性而決定的[10]，故如果社會上大多數人都會將刑法條文讀成某種錯誤的意思，那便不能說一般人都誤解了，而是條文本來就是那個意思。因爲，如果立法者不是這樣的意思，就表示立法者使用的語言無法與一般國民溝通，那便也失去了將刑罰明文化的意義。如果真的發生這樣的問題，只能透過修法解決，否則若依不可預測的立法原意來執法，便已實質上違反了刑罰的法律保留原則。

當特定人民的行動確實出於對條文的一般方式理解時，此種具體的信賴固然值得保護；但即使特定行爲人能力高於一般人，一般人都會解讀成錯誤的意思，只有他剛好能理解正確的意思，因而沒有對條文產生信賴，也仍無法成立犯罪。因爲以「一般人的理解」爲標準來決定文義的內容到底是什麼，不只是爲了保障個別的行爲人，同時也是爲了確保法律適用的安定性與公平性，穩固抽象上國民整體對法治本身的信賴。按法律並非全是國家統治人民的工具，更重要的功能在於約束國家活動的範圍，代表國家行使主權的法官之法律判決，必須維持相當程度的客觀性[11]，故就算個案中的行爲人實際上沒有對條文產生信賴，國家也仍必須保持這樣的自我要求。

雖然司法機關即使以異於一般人、只有法律專家同儕能夠理解的方式來解釋條文，只要將標準維持一致，應該也能夠達到法律適用結論上的安定與公平，但如此一來，將使得法律的明文化失去與國民溝通的意義，實質上違反刑罰的法律保留原則。當國家（不論是立法還是司法部門）不在意人民對刑罰的預測可能性時，態度上是把人民視爲芻狗、被動接受統治的客體，不論出於什麼樣的規範目的，此舉本身都已具有政治上值得警戒的意味。

至於如果違背條文的一般文義，採取對人民有利的限縮解釋，不致產生虐

[10] 井田良，《刑法総論の理論構造》，2005 年 8 月，18 頁，註 2。

[11] 參楊日然，《法理學》，2005 年 10 月，161-162 頁。

民、對人民「不教而殺」的問題，是否即屬可行？只是，立法機關是民選產生，使用的大致上也是一般的語言，若司法機關不依一般人理解的方式解釋文義，恣意地對人民施惠，又是對立法部門的不尊重，會發生司法侵越立法權限、破壞權力分立的問題。故只有當立法本身有違憲之虞、文義又尚有曖昧空間時，司法機關爲了達成合憲性解釋，才能夠作異於一般人所理解之文義的限縮解釋。

第二目 排除欠缺刑罰預測可能性之行為

當條文文義大致明確（或即使不明確，但尚能夠解釋，還未到達違憲的程度[12]），並非顯然預定將超過社會規訓實態、使一般未看過條文的人難以預測會帶來刑罰效果的行爲包含在範疇內，只是有時會涵蓋到一些這樣的行爲（也就是不同於後第二款第二目所述，立法者正是斬釘截鐵地預定處罰這樣的行爲的情形），那麼，司法機關便還有解釋的空間，必須將該等行爲解爲不在立法者所預設的規範內容範疇當中，以避免得出違憲的法律適用結論。只是，這些欠缺一般之刑罰預測可能性的行爲，基本上可能是符合條文文字敘述的，未必欠缺法益侵害危險性，造成的損益狀態可能也堪稱違法，故客觀上不應作爲犯罪行爲處罰的屬性，在既有的構成要件與違法性判斷階層中其實不易定位。鑑於此項要求與形式性的文義功能交集，與實質性的法益侵害危險性或違法性則無關，故在理論設計上，將其定位爲一種對行爲的前類型限制，檢討順序緊接在文義解釋之前（參第二章第四節第二項、同章註 37、及第三章第三節第一項第二款）。

第二款 若立法違憲：合憲性解釋

如前第二章第二節第四項所述，司法部門有遵守憲法的義務，在不至於扭曲立法者所決定之條文文義的前提下，對有違憲嫌疑的條文，應限縮在符合憲法意旨的範疇內適用。立法在保障人民的預測可能性方面有所缺憾，必須由司法機關

[12] 幫助犯規定即屬此種情形，參後第二節第二項第四款。

以合憲性解釋的方式矯正的情形，大致有二種：一種是立法技術不佳、文字表達出的意思不明確，依社會上一般的語言使用習慣，一般人看了會有多種發散的解讀可能；另一種是雖然條文文義夠明確、一般人看了大致能獲得統一的理解，但規定的內容超越社會規訓的實態，若是沒有看過條文的人便難以想像，很容易受到突襲。

第一目 條文文字欠缺明確性

關於前者，由於條文的意思不清楚，對文義存在多種可能的理解方式，故當針對個案中的特定行爲來討論時，通常不論採取哪種解釋、判斷結論是否成立犯罪，都有辦法被說成已正確地適用法律，那麼，發動刑罰所能帶來的、對法益保護規範之確證功效便很容易被弱化（就算不處罰，也仍能夠自圓其說，遂不會令一般人感到有法卻不執行、失去對刑法規範效力的信賴）；相形之下，爲追求法律之確證所犧牲的成本則會顯得較重要，而國民對法治的信賴便是一種成本[13]。司法機關適用法律時須將不明確的文義明確化，但卻找不到一個客觀的「一般人」標準可循（一般人所理解的就是這個模稜兩可的意思），而只要在文義所容許的眾多適用標準當中採取任何一種，也都不能說是錯的，故此時合憲的解釋方式，便是在不明確之處一律採用對行爲人最有利的文義，如此至少能避免個案中造成突襲，並維持法律適用的安定與公平。如前第二章第二節第四項所述，若條文本身欠缺明確性而有違憲之虞，其實還是應該修法解決，司法機關所能做的，也只是暫時確保人民不爲不明確的法律所害而已，若因此得出令人不甚滿意的結論，也只能正好當作促使立法機關修法的動力。

第二目 條文文字明確，但內容欠缺預測可能性

至於後者，如果依比例原則衡量適用法律所犧牲的高價值理念（參前第一項

[13] 併參第二章註 33。

第三款）與所能換來的效益，發現恆無必要性或不合比例，這樣的法律本身應該已經因欠缺適正性而違憲。但立法機關既已將意思表達清楚，司法機關必須尊重，不能刻意曲解（此點與前第一款第二目所述情形不同）；只是，司法機關如果確證內容違憲之法律的效力，又可能造成司法行爲本身違憲（參第二章註 33），因而陷入兩難。此時法律違憲的瑕疵與法律安定性之間的衝突，已無法在司法階段透過合憲性解釋來調和，那麼便只能等待修法才能夠解決了（參前第二章第二節第四項）。

由於文義是清楚的，即立法者已經表明態度，確實就是要用這樣嚴格、高於社會上一般平均人的標準來要求所有國民（此點與前第一款第二目所述情形不同），那麼在憲法機關之間的角色分工設定下，司法機關也只好承認「惡法亦法」，無法轉圜。所幸即使在客觀層面必須配合立法機關的價值預設而給予否定評價，但犯罪之成立本來就還有主觀、個別化的考量，故在修法之前，暫時還能透過個別行爲人有無「違法性意識之可能性」此一有責性要素來限縮法律的適用範疇[14]，而避免違憲的結論。只是，當社會上共識性的對於行爲意義的認知（對國家來說）都出錯時，其實便已不是行爲人個人的因素，將問題定位在有責性階層處理在理論上終究是不當的，只是一時權宜而已；而且，也不是說只要在司法的環節能夠解決，立法機關的錯誤就是可容許的，司法機關也只能避免個案中對人性尊嚴的過度侵害，所能作的只是最後關卡的停損而已，至於國民對法治信賴的削減及選

[14] 刑法學上將對違法性意識可能性的要求定性爲有責性的問題，而從公法學的角度來看，則是可置於比例原則中「限制妥當性」（狹義比例性）、損益衡量的層次考量（參前註 5），意味著這個價值理念對刑事司法部門來說具有昂貴的價值，是發動刑罰所不能犧牲的成本，故一旦欠缺便使國家只能選擇放棄使用刑罰。

擇性執法的問題，則仍然無法挽救[15]。

第二節 幫助犯規定是否具備法律明確性

第一項 判斷方法

第一款 大法官會議提出的明確性判準

關於「法律明確性」如何認定，大法官會議曾提出以下說明及判斷標準：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。[16]」

這段解釋文中提示了判斷有無違反法律明確性原則的三個要件：1.自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解；2.個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見；3.可經由司法審查加以認定及判斷。其中「3.」只表達出事後可以透過司法機關的審查來確認而已，其實根本算不上一項要件。而其中「1.」是指對法規意義作抽象性的理解，不過，「立法目的與法體系整體關聯性」其實是無法從條文的字面內容中看出的，甚至也不是一般人有能力分析

[15] 只要社會上大多數人對某種行為都會欠缺違法性意識，設定為犯罪便是立法本身不妥適，即使在司法階段透過個別化的考量能夠阻止刑罰不當發動，但為了這個法律的存在所耗損的取締資源及造成人民的不便，仍已是無端的浪費，並且必定令少數被定罪的民眾感到十分不公。例如早年一般人對於智慧財產權的觀念還不普遍（至於至今究竟已否普遍，也很難說，人民可能只知道會被處罰，未必真的瞭解這個權利的價值。但只要知道侵犯智慧財產權一事是被禁止的，也已可算是具有規範意識了），但違反著作權法就已經規定了刑罰效果，即為適例。

[16] 摘自釋字第 690 號解釋理由書。這個判準的原始版本，是在釋字第 432 號中所提出的「苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認」，後於多號解釋中被沿用。但本號解釋中這個經改良、說明較為詳細的判準，則是從釋字第 594 號開始出現的。

的，必須由受過法律專業訓練者透過解釋方法的運用方能探求，那麼，若是得要這樣才可以瞭解其意義，這樣的法規根本稱不上哪裡「明確」。故「1.」其實也不是真的判斷法律是否具有明確性的要件，只是提醒適用法律的機關對於法規意義的理解可以藉助歷史解釋與體系解釋方法而已。

故真正能夠用來判定法律明確性的要件，只有「2.」而已，也就是一般人在個案那樣的具體情境中，能否瞭解怎麼樣做將會觸犯該法律。無獨有偶，於日本判例當中，也可看見類似的法律明確性判準意旨：「依具備通常判斷能力的一般人的理解，在具體場合中是否可能判斷該行為是否受該法規之適用。[17]」實際進行判斷時，則應注意釋字第 669 號理由書中所提到的「一般人民日常生活與語言經驗」[18]，即一般人能否在具體情境中判斷行為可否涵攝進條文的敘述中，牽涉

---

[17] 見最高裁判所大法廷昭和 50 年 9 月 10 日判決，最高裁判所刑事判例集 29 卷 8 号 489 頁，轉引自萩原滋，《罪刑法定主義と刑法解釈》，1998 年 10 月，204 頁。

[18] 原本的論述是：「…系爭規定所謂之殺傷力，依據一般人民日常生活與語言經驗，應能理解係指彈丸擊中人體可對皮膚造成穿透性傷害。而揆諸現行司法審判實務，亦係以其在最具威力之適當距離，以彈丸可穿入人體皮肉層之動能為槍械具殺傷力之基準。法院於具體個案中，並審酌專業鑑定機關對槍砲發射動能之鑑定報告，據以認定槍砲是否具有殺傷力。是系爭規定以是否具有殺傷力為構成要件，其意義為受規範者所得預見，亦得經司法審查予以確認，尚與法律明確性原則無違。」其實，這樣的論述中將兩個層次的判斷混在一起了，精確地說應是：依照一般人民使用語言的經驗，應能理解「殺傷力」一語指的是什麼；而再加上一般人民的日常生活經驗，面對具體事態時，應能分辨出這樣算不算有殺傷力。不過，這段論述雖然含糊，但至少觀念是正確的，即強調的是法院也用與人民所理解之意義一樣的標準來判斷殺傷力，而不是人民對於法院的判斷標準能否理解（即法律是什麼意思其實是法院決定的）。

同樣為刑罰法規的明確性審查，可比較另一個判斷例（見釋字第 594 號理由書）：「…上開法律規定所禁止之行為，應以行為人所附加之商標或標章與他人註冊商標或標章是否相同或近似，依相關消費者施以通常之注意力，猶不免發生混淆誤認之虞為斷，其範圍應屬可得確定，從合理謹慎受規範行為人立場，施以通常注意力即可預見，無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，符合法治國原則對法律明確性之要求…」不過，這段論述似乎將「個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見」的判斷誤解成（對過失行為所要求的）注意能力的問題了，實則應是指憑藉常識能否將事實涵攝進語言概念中的問題；另外，法律的規範對象（所禁止之行為）範圍是否可得確定，與規範能否為人民所理解其實也應該是無關的，大法官此處似乎不是從人民預測可能性的角度來考慮法律明確性，而是側重在法官能否操作、使用該法律。那麼，便也

到的一方面是語言的一般使用習慣，另一方面是社會一般通念對於事實之意義乃至價值的認知。

第二款 對「一般人」而言的明確

「解釋」與「推理」是二種不同的思維角度，「解釋」是指從一個規定當中各要素意義的探討，而確定該規定之概念範圍的邏輯處理過程；「推理」則是指從一項具體的法律事實，從事法律適用的思考過程（通常使用法律三段論法）。法官在認事用法的過程中，必須兩種角度交互觀照[19]。但是，此處並不是在談認事用法，而是作爲其前提的問題，即法律本身是否具備操作、適用的可能性。

對法律專家來說，即使條文本身規定得不清楚，但透過各種解釋方法的運用，慢慢地分析、思考，總是有辦法解釋，故幾乎不存在無法操作、適用的法律。但法律明確性要求的是法律對「一般人」來說具有操作、適用的可能，即未經專業訓練、不具備法律分析能力的一般人，在沒有時間查資料或打聽之下，光看文字敘述是否能夠即時反應出一定的理解，並且據此對一定之事態作出涵攝判斷[20]。

法律的明確性不必要求到一般人就各種事態都能夠輕易分辨，因爲這幾乎是永不可能的事，各種具體事態當中，一定會存在連法律專家都不易判斷的邊緣事例。故所謂「一般人在具體情境中能否判斷」，不是在講真正的具體情境，只是抽象上而言，強調的是一般人能否理解、看懂條文的意思，以致於當遇到通常的、大多數的所謂具體情境時，能在腦中浮現出一個基準，以此判斷符合或不符合條文的敘述。只要條文所使用的概念的核心意義是明確的，能看出所欲規制、禁止

無怪乎會將「受規範者得否預見」誤解成注意能力的問題了，因爲其所設想的關係，是由法院來決定法律到底是什麼意思，而人民則有去認識的義務。

[19] 參考蘇俊雄，前揭書（註 1），259-260 頁。

[20] 一般人使用法律，也會存在「解釋」與「推理」交互觀照的過程，只是比法律專家簡化許多：「解釋」憑藉的是日常的語言能力，「推理」憑藉的是常識與直覺，而語言、常識、直覺都是經由社會規訓所習得，未必有一貫的邏輯。

的主要對象，即已算是符合明確性的要求[21]，至於大多數的語詞都會發生周緣意義(feinge-meaning)（語詞不明確的外延部分）的問題，則是凡使用語言都難以避免的[22]，立法技術上也只能避開使用意味過於籠統曖昧的語詞。

第二項 現行幫助犯條文的明確性檢討

現行刑法第 30 條前段規定：「幫助他人實行犯罪行爲者，爲幫助犯。」那麼，一般人能否理解、看懂條文這樣的敘述，以致於當面對一個具體情境時，大致上能分辨行爲是否符合「幫助他人實行犯罪行爲」？

第一款 「幫助」一語的日常用法

按「幫助」是一個一般人常用的語詞，在日常生活中可指涉廣泛的意思[23]，這也就是一般論者認爲幫助概念難以界定的由來。如果在 google 繁體中文主頁以關鍵字「幫助」檢索，會發現這個詞彙流行的用法是指「支援」之意，例如「幫

---

[21] 參萩原滋，前揭書（註 18），204 頁。

[22] 法官所作的法律解釋，便是在文義的範圍內，透過其他輔助觀點完成對詞語內涵的定義，以決定某些事物是否要包含在詞語的外延當中（參楊日然，前揭書（註 11），99-100 頁）。這是有權機關對於法律之適用是否妥適的問題，而非法律本身是否不夠明確而違憲的問題。不過，其實到底算是哪一種問題，也只是在劃概念的界線而已。日本最高裁判所曾經對於規定得不明確的條文，並不宣告其違憲，而是判示爲「已由判例累積而明確」，即原本有疑義的條文，經過實施了一段時間的實務見解累積後，一般國民也已徹底周知，就不再有因欠缺明確性而破壞國民信賴的問題了，例如刑法當中「猥褻」的意義即屬之（參萩原滋，前揭書（註 18），205-206 頁）。也就是說，如果法官的釋義學造詣高明，便會擴大以解釋（而非修法）的方式解決問題的範疇。不過，一方面，在我國實務上，法官解釋法律的能力一般說來似乎並不可靠；另一方面，對刑罰法規來說，明確性的需求不只是法律能否被有權機關操作、使用，更重要的可能是國民能否預測，故只要會讓國民在理解上感到困擾的條文，原則上其實都應該以修法（而非解釋）的方式解決才是。

[23] 以教育部國語推行委員會編纂的「重編國語辭典修訂本」（網址：http://dict.revised.moe.edu.tw/）中的說明爲例，其中「幫助」這個詞條解釋爲：「替人出力、出主意或給予物質上、精神上的支援。」從這個定義中可發現，「幫助」具有兩個向度的意義，即方法上包含運用體力或智力，及內容上包含提供物質或精神性的助力。

助孩子避免藥物濫用」、「幫助有特殊學習困難的學童」、「幫助貧困兒童」、「幫助我們改善本產品」等，意義偏向一種整體、全面的態度，在這樣的用法下，連在 facebook 上按個「讚」應該都能算是「幫助」的行爲。

不過，條文不是只單單寫了「幫助」二字，而是使用「幫助 A 做 B」這樣的句型。句型結構在一般人對於語言的使用及理解上，也帶有一定的意義，當「幫助」一語是置於這樣的句型中時，可能的指涉意思範疇會大幅縮減。故在這樣的脈絡之下，什麼是立法者所欲規制、處罰的「幫助」行爲，其實並沒有想像中那樣曖昧不清。

第二款 幫助的標的

中文的「幫助」一語，除了有時用作名詞外，通常是用作及物動詞，後面須接受詞（或稱賓語），並且其性質屬「雙及物動詞」(di-transitive verb)，需要有兩個受詞存在，才能表達出完整的意思，即幫「誰」（間接受詞，動作所發給的對象）做「什麼」（直接受詞，接受動作的標的）」[24]。

有時語句外觀看起來雖然缺少直接受詞（幫助的標的），但那只是被省略而已，而之所以可省略，是因爲通常從間接受詞（幫助的對象）或講話的情境中已能讓人理解是指提供什麼內容的協助而不致誤會。例如「幫助貧困兒童」，從作爲對象的「貧困兒童」的特徵，可推測大概是需要提供金錢、生活物資、或教育服務等內容；又例如當甲對乙說「請幫助我」，雖然沒說幫什麼事，但乙可以從甲正在作的事或處於什麼狀況來推測，是（若甲在從事修繕）要幫忙遞工具還是（若甲跌倒了）扶他起來。不過，此時幫助的標的既是用「推測」的，便會有一個可能性的範圍，有時在溝通上還是會發生誤會。

[24] 同屬雙及物動詞者，還有「給」、「贈送」等（「甲給乙 10 塊錢」、「甲贈送乙一包煙」）。相對的，一般的「單及物動詞」(mono-transitive verb)如「愛」、「殺」、「吃」等，則只需要一個直接受詞即已能將意思表達完整（「甲愛乙」、「甲殺乙」、「甲吃飯」）。

第三款 與舊條文的規定方式比較

日本刑法或我國在民國 24 年之前的幫助犯條文[25]，只敘述爲「幫助正犯者爲從犯」，就是以省略直接受詞的方式規定。只知條文禁止「幫助正犯」的行爲，但是，要幫正犯什麼？雖然從間接受詞「正犯」的特性來推想、並從規範意旨來分析，也可將幫助的標的解釋出來，但的確存在一定的模糊空間：立法者所預定處罰的，是一般性的、各種幫助正犯*這個人*的行爲，還是限於幫正犯做什麼特定*事情*的行爲？

以今日的釋義學觀點，應採後者的意思較合理，畢竟幫助他人原本是不會造成什麼傷害的，甚至是種美德，不應因此而受處罰，唯有幫忙幫在他人的犯罪上，才會惹起法益侵害，而變得值得規制。不過，由於「支助盜匪」、「私通盜匪」、「窩藏盜匪」等本即古時官府所捉拿的罪名，也廣爲民眾熟知，如果用舊體制下嚴密的社會控制觀點來理解這個規定，那麼，說立法者是採前者的意思，是爲了要清除所有「犯罪黨羽」，讓犯罪者眾叛親離、孤掌難鳴、無以維生，似乎也不無道理。民國初年的實務見解，便曾認定提供食宿[26]或搖船搭載[27]者成立從犯，並且廣泛承認各種型態的幫助行爲[28]，表示法院也傾向於採前者的意思。當然，條文文

---

[25] 民國元年暫行新刑律第 31 條第 1 項：「於實施犯罪行爲以前幫助正犯者，爲從犯，...」民國 17 年舊刑法第 44 條第 1 項：「幫助正犯者爲從犯。」

[26] 例如：「明知爲匪，而藏匿家內供給飲食，如於匪徒所犯具體事實且係知情，故意資以便利，俾其易達目的者，應以事前幫助論」（民國 8 年大理院統字第 1153 號解釋）；「盜匪窩主如係知情，故意資以便利者，應以事前幫助論」（8 統 1161）；「甲與乙既素相認識，於乙等上盜以前容留在家供給飲食，顯有事前幫助嫌疑」（7 上 49）等。參王詠寰，《從犯之研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年 5 月，206-207 頁。

[27] 例如：「於強盜行劫之前僅被邀駕船過蕩，自係從犯」（7 統 799）；「知人實施強盜行爲，而未參與強盜之謀議，則代爲搖船，要不過爲事前之幫助。其事後之受贈贓物，亦係幫助強盜之結果」（8 上 932）。參王詠寰，前揭書（註 27），205、207 頁。

[28] 例如：「會議將某人槍斃，雇人實施並到場監視者，爲殺人之實施正犯，於會議從旁附和者，爲事前幫助。」（6 上 897）；「查甲等欲置被害人於死，以被害人係上告人乙之胞姪丙之同祖兄弟，遂將被害人拖至乙丙門外，問明乙丙，乙丙竟出具結文交與甲等表示並不翻異，甲等始將被害人綑縛沉河身死，是上告人乙丙之所爲，實係事前幫助之從犯。」（8 上 349）；「保證他人投入匪幫，

義本來就有這樣理解的可能性，而當時一般人民都接受過舊體制思想的洗禮，也未必不能夠預測，只是這樣適用條文其實會發生實質上欠缺刑罰正當性（受處罰的行爲與法益保護之間欠缺關連性）的問題，法院原本應該對條文作合憲性解釋，卻作了違憲解釋。

第四款 小結：隨正犯實行行為浮動的明確性

相形之下，現行法「幫助他人實行犯罪行爲」這樣的敘述中，間接受詞是「他人」，直接受詞是「實行犯罪行爲」，既已將幫助的標的明白寫出來，幫忙要幫在什麼事情上便不致再發生誤會。此一敘述中表明了作爲規制對象的幫助行爲與犯罪之間的關係，一般人知道「幫助」這個動詞是什麼意思，而想到「犯罪」，腦中通常會浮現出像社會新聞報導或「天眼」、「台灣變色龍」所演出的情節，故大概知道是很嚴重的事，故應能瞭解「幫助他人實行犯罪行爲」爲什麼要被處罰，故依現行條文所使用的規定方式，至少核心意義大致上是明確的。

不過，也只有核心是清楚的，概念的模糊周緣則相當寬廣，因爲幫助行爲會隨著它的標的浮動，必須要知道是幫在什麼事上，才知道該怎麼幫。對於一個具體情境，如果不先特定下來這樣的事態成立了什麼犯罪、及當中什麼是該犯罪的實行行爲，自然也無法知道什麼行爲是「幫助」該實行行爲的行爲。但是，構成要件該當性判斷及正犯實行行爲[29]的認定，時常是釋義學上艱難的問題，也就是

如事前知有具體搶劫某人之事實始行保入者，以從犯論。」（9 統 1270）。參王詠寰，前揭書（註 27），212 頁。

[29] 實行行爲即指正犯所做的行爲，判斷誰所做的是實行行爲與判斷誰是正犯是同一回事。將「實行行爲」與「正犯」這兩個概念重合，是 2005 年刑法修法時所確定下來的，參第四章修正理由：「…正犯與共犯有本質之不同，正犯被評價爲直接之實行行爲者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價爲間接參與實行行爲者（如教唆犯、幫助犯）…」。細析其意，即「實行行爲」與「正犯」一樣是評價的結果，而非判斷的標準（至於該用什麼標準來判斷，則是另外一回事）。做「實行行爲」也就是做犯罪構成要件行爲，但未必是以直接、物理的方式做完全部條文所述行爲。另，由此亦可發現，現行幫助犯規定中，幫助行爲的標的「實行犯罪行爲」必定是正犯的行爲，故現行法已經不承認「間接從犯」。

說：是否有「犯罪」存在需要判斷，哪個行爲是「實行行爲」也需要判斷。而再加上是否爲「幫助」本身其實也需要判斷，故一般人面對具體情境時，若要辨別行爲是不是條文所預定處罰的幫助行爲，其實會需要很多道步驟。

幫助犯的條文所欲規制、禁止的主要對象，不可能單單抽象地判斷，必須先將作爲幫助之標的的、具體的正犯實行行爲特定下來，才能夠想像幫助行爲[30]，故除非先特定「實行犯罪行爲」是什麼，或一般人對於何謂「實行犯罪行爲」的預測可能性也已得到確保，在這樣的前提下，幫助犯的處罰規定才可能談得上具備明確性。正犯的實行行爲應如何解釋，是刑法分則的問題，立法機關由於是事先作抽象性的規定，條文的敘述難免不夠清晰或周全，司法機關本應依照一般人所可能理解的條文文義來解釋、適用刑分各罪的規定，以確保人民對刑罰能有預測的可能，但現行實務對於正犯（實行行爲）的判斷標準卻是令一般人完全無法預測的違憲性解釋[31]。正犯概念（通常是以「正共犯區分理論」的型態呈現）本身的難點，連帶造成幫助犯成立的高度不確定性，正犯的擴張使得幫助行爲的基準點也跟著漂移，故如果說幫助行爲難以掌握，問題其實不是出在幫助行爲本身的解釋上，而是所依附的正犯實行行爲的解釋。

---

[30] 在中性幫助行爲問題中，論者有時會直接將幫助行爲類型化，討論「煮飯是不是幫助？」、「開車是不是幫助？」，但此種不與特定犯罪實行行爲連結的類型化，其實會是無法討論、找不到標準的。

[31] 最高法院 25 年上字第 2253 號判例：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準：凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯；其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯；必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。」在這樣的判準下，正犯多半其實是依照行爲人的意思來認定的，而實行行爲就是被認定爲正犯之人的行爲，也就是說，實行行爲是用人的主觀來決定。如此一來，不要說一般的幫助者難以得知被幫助者的意思，就算他真的知道（未發生事實錯誤），也難以把條文所述的「實行犯罪行爲」與這樣的判準連結在一起。即文義中讀不出要這樣子辨識作爲幫助標的的正犯行爲，那麼，連帶著也就無法辨識一個行爲是否爲刑法所預定處罰的幫助行爲，條文已完全失去讓人民能夠產生刑罰可能性的功能。而且，法官到底用什麼標準認定「以自己犯罪之意思」，又是另一個問題，故不要說幫助者不知道，可能連正犯自己都不知道自己是正犯了。

第三節 現行幫助犯規定之解釋

正犯應如何判斷是一個大問題，超過本文所能夠處理。本文僅處理幫助行爲如何解釋，故暫且不論實務上對正犯實行行爲判定曖昧的現況，假設已特定出作爲幫助之標的的實行行爲，此時什麼樣的行爲會成爲它的幫助行爲？本節先抽象地就一般人的語言使用習慣，分析條文文義所顯現出的幫助行爲特徵。以下第一項是從條文敘述中分析幫助行爲與作爲標的的實行行爲之間的關係，第二、三項是日常使用「幫助」一語時的一些行爲特性要求，第四項則是從第一、二項所分析的特徵及實際語用例中，找到若干不可能以條文敘述稱之的行爲型態，可先排除在幫助行爲的範疇之外。至於一般人如何理解語言及事態之意義、應如何具體地進行涵攝，則留待下一節中探討。

第一項 幫助行為與其標的之間的聯繫

第一款 對標的之描述方式所造成的語感上影響

在條文所使用的「幫助 A 做 B」這樣的句型中，A 是幫助的對象，B 爲幫助的標的，對 B 的描述方式會造成語感的不同，進而在所指涉的幫助行爲內涵上產生差異。通常吾人使用較詳盡的描述時，是帶有強調的意味，故對 B 的描述越長、越精確，語句的意義重心會越偏向後方，也會使得前面的幫助行爲與 B 之間的連結越緊密，甚至是重合。

例如比較 (1)「甲幫助乙作研究」、(2)「甲幫助乙寫論文」、(3)「甲幫助乙寫完論文的第三章」三種描述，推測甲可能是做了什麼行爲。其中「(1)」是最籠統的說法，當有人這樣說時，吾人會對甲的角色及所做的事情有較鬆弛的想像：甲可能是借書給乙，或教乙怎麼查資料，或是定期將新的學術動態寄給乙等等。這些事情是圖書館或資料庫廠商便能做到的，故當有人說「圖書館員幫助我作研究」或「HeinOnline 幫助我作研究」時，吾人一般會覺得還滿合理的。

不過，同樣的行爲人，若換成「(2)」的說法，吾人便會開始覺得有點奇怪。因爲「寫論文」是一個比「作研究」精確的描述，當標的特定到「寫論文」這件事上時，吾人想像到的幫助行爲，便必須是關於論文內容的形成了，一般說來就不會是圖書館或資料庫所能做到的事。故如果聽到有人說「圖書館員幫助我寫論文」，吾人第一時間的反應可能會是：「他怎麼幫你的？」；或當有人說「HeinOnline 幫助我寫論文」時，吾人可能會將他的意思理解爲他的論文很大的篇幅是用抄的。大概也許換成「指導教授幫助我寫論文」這樣的敘述時，聽起來才會比較通順。

而當標的再更加精確到如「寫完論文的第三章」這樣的說法時，幫助行爲與標的之間的聯繫就更加緊密了，甚至會與標的行爲重合，即幫助行爲指的可能已經不是「寫」以外的行爲，而是以「寫」的行爲本身來幫助、與幫助的對象分工。例如，當有人說「指導教授幫助我寫完論文的第三章」時，吾人的理解會是他的指導教授親自動手一起寫，甚至第三章全部是指導教授寫的也不無可能。「幫助」的語意本即包含直接做標的的行爲，一起做、一起分擔也是一種幫助的方式。

第二款 現行法要求直接性

參考第一款中的分析，比較 2005 年修法以前條文「幫助他人犯罪」與現行法「幫助他人實行犯罪行爲」二者的描述方式：前者中幫助的標的是「犯罪」，在個案中可用分則罪名帶入，例如「甲幫助乙殺人」，精確程度大致相當於第一款中分析的「(2)」；後者中幫助的標的是「實行犯罪行爲」，個案中則須用具體的實行行爲帶入，例如「甲幫助乙持刀砍丙」，精確程度已相當於第一款中分析的「(3)」了，語感上會像是指甲與乙一同攻擊丙。也就是說，如果忠實地依照一般人的語言使用習慣來理解現行法的文義、不刻意扭曲的話，則由於條文對幫助之標的描述得很精確，助力須幫在正犯的實行行爲上，故幫助行爲必須與作爲標的

的正犯實行行爲之間具有緊密的連結，就算不是一起分擔實行的行爲[32]，也必然是直接作用在實行行爲上的行爲。依這樣的標準，幫助行爲的範疇會十分限縮，許多顯著但非作用在實行行爲上的助力，都無法符合條文敘述。

什麼樣的作法在語言上能夠稱爲「幫助他人實行犯罪行爲」，會成爲對幫助行爲之成立來說最嚴格的限制，即使這樣的限制不一定是合理的，畢竟「直接性」只表彰出幫助行爲與正犯實行行爲之間的緊密聯繫，然而此點與幫助行爲自身的法益侵害能力沒有必然關係。只是現行條文文義既規定得斬釘截鐵，也很難作他種解釋。

---

[32] 分擔實行行爲的一部份也可算是條文所述的幫助行爲，若這樣解釋，便會壓縮到第 28 條共同正犯的成立範疇，不過這樣的效果未必不妥當。首先，從條文的沿革來看，在清末刑律草案及民初暫行新刑律時代，幫助行爲是區分事前與事中，只有事前幫助者是從犯，事中幫助者則是「準正犯」；到民國 17 年舊刑法，才將幫助行爲改爲一律成立從犯，只是事中之直接及重要幫助的法律效果爲「處以正犯之刑」；而民 24 年以後不再區分幫助行爲的種類，刑度一律是「得按正犯之刑減輕之」，「得減輕」表示亦可不減輕、與正犯同重，故意思與舊刑法其實是一樣的，只是方便法官斟酌衡量而已（參民國 24 年「中華民國刑法修正案要旨」第 15 點）。「事中幫助」的地位既然一度可以比照正犯，那麼現行幫助犯的刑度與正犯銜接也就不足爲奇。在舊刑法時代，看守肉票（19 年上字第 340 號判例）、於殺人之際將被害人綑縛俾便殺害（21 年上字第 796 號判例）、邀被害人到加害人家中以便殺害（21 年上字第 745 號判例）等行爲都是幫助行爲，是後來實務上以民國 25 年的判例（參前註 32）及 54 年釋字第 109 號架空刑法條文，改將這些行爲認定爲共同正犯，才將舊的判例廢除。故共同正犯的範疇本來就不該這麼大，是實務上以對共同正犯的寬泛認定壓縮了原本幫助犯的成立範疇，如果如本文所主張的，透過對條文的忠實解釋擴大幫助犯的範疇、壓縮共同正犯的成立，也不過是回歸立法本意、回復二者在制度設計初時的界線而已。其次，從理論上來看，分則條文所預定的正犯本來應該只有一個，共同正犯只做了部分，地位卻與一個人做完全部的單獨正犯相同，其實是不衡平的；而且，正犯是居首要結果歸責地位之人，表彰事件的「原因」，如果存在很多個，那麼個別均會失去對事件的解釋力；而正犯也表彰著對事件的觀察焦點，一件事如果存在多個觀察焦點，那麼到底應以誰的利益狀態爲準、該給予違法還是合法的評價，也會莫衷一是。再者，從政策、實用的層次來看，一般認爲應成立共同正犯的行爲，均以成立幫助犯來取代並不會造成什麼問題，因爲幫助犯的刑度是「得按正犯之刑減輕之」，可以減輕、也可以不減，已經將共同正犯的刑度範疇（同於正犯）含蓋在內了，而且此種有彈性的法律效果，會比成立共同正犯更能忠實反映出各人對結果發生的貢獻；而由於每個正犯都可能再有他的幫助犯、教唆犯，如果讓多人成爲共同正犯，就會滋生出很多串狹義共犯，容易導致處罰對象大量擴張，故以成立幫助犯取代共同正犯，也可避免不必要的處罰擴散。

第三款 附論 2005 年修法後的幫助行為標的

2005 年刑法總則修正時，將幫助犯的規定從「幫助他人犯罪」改成「幫助他人實行犯罪行爲」，原本只是爲了排除對預備犯、陰謀犯的幫助行爲成立犯罪，即以正犯行爲至少進展到未遂階段作爲幫助犯之成立前提，但卻因而造成語意上幫助行爲的標的改變，可說是無心插柳、顧此失彼的效果。但即使規定有誤，也仍須遵守一般的解釋原則，條文既已呈現出較限縮的意思，就不能解成較擴張的意思[33]。不過，實務上由於對幫助犯的認定重主觀、不重客觀要素的畸形狀況已經行之有年[34]，看起來也並未意識到修法造成的改變就是了。

而針對 2005 年修法所預定達成的效果，即以「被幫助者著手犯罪之實行」作爲幫助犯的成立要件，其實也沒有必要要求幫助行爲要幫在實行行爲上。如果不採用現行法的規定方式，而是把原本的舊條文改爲在第二項的後面加上「但正犯未著手於犯罪行爲之實行者，不罰」，這樣一來幫助行爲就也可以幫在正犯的預備行爲上了，只是如果正犯後來沒有進展到著手，幫在正犯預備行爲上的幫助

---

[33] 探求法規的目的或意旨時，應遵循不得「擴張解釋」(extensive Auslegung)、但得爲「限縮解釋」(restriktive Auslegung)的原則，參蘇俊雄，前揭書（註 1），294 頁。這是 1937 年國際刑法會議多數決定公認之原則，在德國新近的理論及實務界已不再堅持，蘇氏自身也認爲並無所謂擴張或緊縮解釋之分，重要的是如何實踐*正確*的解釋，即使擴張解釋，如超越法規意旨之界限，則已不是法律解釋，而是違背罪刑法定主義禁止類推適用的問題（同書 295 頁）。不過，既然蘇氏同時也指出，法律解釋與類推適用的推理流程相類似，二者本質上甚難分別（同書 258 頁），那麼這樣的原則便確實有其意義，也就是當不確定某項解釋操作有無違背類推禁止原則時，即使視爲仍屬於法律解釋的範疇，但也應採取限縮的態度。另有論者認爲，基於罪刑法定主義，目的解釋只能有出罪的功能，而無入罪的功能（參 Baumann/Weber AT 9Aufl. S.143 轉引自黃榮堅，〈論行爲犯〉，收錄於氏著，《刑罰的極限》，1999 年 4 月，220 頁，註 12），與此處所說的「只得限縮而不得擴張解釋」亦爲同旨。

[34] 實務常誤將民國 25 年判例中「以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為」這個正共犯區分標準當成「幫助犯的成立要件」來使用，由於其中「犯罪構成要件以外之行為」根本沒有說出是要什麼樣的行爲，故在行爲的客觀面上可謂全無要求，使得幫助犯只剩下主觀要件。

行爲就不處罰。如果採這樣的立法方式，便能避免伴隨改變幫助標的的副作用。

不過，現行條文規定爲「幫助他人實行犯罪行爲者，爲幫助犯」，便是要幫在實行行爲上的意思了，那麼，處罰範疇就不及於幫在正犯預備行爲上的幫助行爲。幫助正犯的預備行爲，與幫助正犯的實行行爲，二者幫助的標的是不一樣的，雖然如無預備行爲的成功，正犯也就無法進展到著手，幫在前階段的「預備行爲」上，也會對後階段的「實行行爲」產生影響，但這樣的影響方式與「幫助他人實行犯罪行爲」的條文敘述畢竟不相符。雖然依據目前的規定，縱處罰幫在正犯預備行爲上的幫助行爲，在人民預測可能性上也還不至於發生太大的問題，因爲一般不懂刑法的民眾，即使看過條文，也不知道「實行犯罪行爲」這樣的敘述在刑法學上蘊含行爲階段的特殊意義，因而會把「實行犯罪行爲」一事想得比較廣，而以爲幫在預備行爲上也已經「幫助他人實行犯罪行爲」了，但立法者既已認知到行爲階段的劃分、並在修正理由中有意識地表明採取「實行從屬」之要求，則若獨獨在幫助的標的處忽視這樣的理解可能性，便未免邏輯不一貫，而徒然留下爭議的伏筆了。

第二項 作用的種類、方向與強度

前一項所談的，是幫助行爲與其標的之間的距離關係，即聯繫有多緊密，而依現行法的文義，幫助行爲應該要直接作用在正犯的實行行爲上。但單單與正犯實行行爲之間距離緊密，並無法彰顯出幫助行爲的法益侵害特質。幫助行爲雖是透過正犯的實行行爲間接惹起結果，但其法益侵害性並非從正犯借用而來，而是蘊含在幫助行爲自身的特徵當中。故對於幫助行爲，尚須注意到所提供作用的種類與方向，才能展望與最終正犯犯罪結果之間的關連。

種類方面，幫助行爲提供的必須是具有功用[35]的助力，至於什麼是「有功用」，

[35] 依教育部國語辭典（http://dict.revised.moe.edu.tw/）的定義，「功用」是指「物品所具有的功能及所能產生的效能」，即指行爲本身所能發揮的能力(capacity)，而先不問最後達成什麼效果。

則視所侵害法益的性質及作爲標的之實行行爲的特性而定；方向方面，幫助行爲必須促進犯罪結果之發生，將實行行爲往引起法益侵害的方向推進。作用方向是幫助行爲法益侵害性的核心，而前述的作用種類要求既是指在引發犯罪結果一事上具有功用，與作用方向便也脫離不了關係。對於作用之種類及方向的要求，其實也都是從「幫助」一語的日常用法中歸納出來的，因吾人一般所講的「幫助」，不是不管什麼樣的行爲只要有做就好，而是會挑剔品質，必須是能夠發揮預定功用的助力，如果欠缺這樣的特質，語言中會有特別的表現方式，而不會稱之爲「幫助」，即已不再是幫助行爲。至於助力的強度，是取決於距離、種類、方向等三要素的組合，本身原非幫助行爲的要素，只是如果強度爲零，幫助行爲的法益侵害性也無從展現，故提供的作用至少要「有」強度[36]。

幫助行爲須直接作用在其標的上，且須滿足作用的種類、方向、強度等方面的要求，這些是幫助行爲的基本要素。但其實只有作用的距離與種類是幫助行爲獨特的類型性特徵，至於方向與強度，雖是幫助行爲危險性的根源，卻是所有具

[36] 幫助行爲本身作用的強度，與對於結果發生的貢獻程度是不同的概念。雖然前者也須配合一個具體的結果，才能找出對它具有法益侵害傾向的行爲，但所確立的只是行爲本身的法益侵害性，與這樣的侵害性在最終結果當中落實的狀況未必一致，後者尚須與其他同樣惹起結果的因素相比較。幫助行爲提供的助力只要「有」強度，就已經是幫助行爲了，這是幫助行爲性的問題；但如果是可罰的幫助行爲，則尚須要求對於結果發生的貢獻達到一定程度以上，這是幫助行爲之因果性或幫助犯之歸責的問題。按原本只要符合幫助行爲的必要特徵，即使因果作用低微，也已經是幫助行爲。但是，依刑法第 66 條，幫助犯的處罰就算按正犯之刑減輕，也是減至正犯的二分之一，而非減至零，故如果幫助行爲對於結果發生的貢獻達不到與這樣的刑度相稱的程度，予以處罰將會違背罪刑相當原則。（此點可比較中共刑法第 27 條：「在共同犯罪中起次要或者輔助作用的，是從犯。對於從犯，應當從輕、減輕處罰或者免除處罰。」其從犯的刑度既然都可輕到「免除處罰」的地步了，如與刑度相稱，那麼便表示對結果發生所造成之影響非常微弱的行爲也可包含在其中，即對於從犯行爲的因果貢獻程度不會有最低門檻的要求。）只是，其實這個門檻也只是理論上存在而已，實際上則因刑法上的正犯刑度往往是以僅規定上限、不規定下限的方式規定，且時常還設有拘役、罰金刑可科，故貢獻低微的幫助行爲真的「無刑可量」的情況其實很難發生，這個可罰的因果貢獻門檻能夠真正發揮作用的機會不多。也就是說，行爲一旦已通過幫助行爲性的判斷，則只要效果也確實到達了結果，在因果性判斷階段也不太可能再因無法歸責而被排除在處罰範圍之外了。

法益侵害性之犯罪行爲都會具備的共通特徵。

上述幫助行爲與其標的間的關係，可用以下圖示說明：線的長度代表距離，線本身的樣式代表作用的種類，線的粗細代表作用的強度，箭頭代表作用的方向（幫助行爲雖是指向實行行爲、作用在實行行爲上，但若觀察與最終的結果之間的關係，可能會存在一定的角度偏差）。

幫助行爲 ⇢ 實行行爲——>結果

第三項 次要的類型性特徵

其實日常被稱爲「幫助」的行爲，可能還不只具有距離、種類、方向等方面的特徵而已，從語言的使用習慣上，還可發現其他一些零碎的成分，例如針對性（特地爲對方而作）、一定之難度、無義務性（非基於職責或社會角色本來就應該做）等。故有時會出現這樣的對話：例如甲對乙說：「謝謝你的幫助！」時，乙可能回答說：「沒有，只是順便而已」、「沒什麼，舉手之勞，小事一樁不算什麼」、「不會不會，應該的！」等。吾人均知乙這樣接話是客套，並不是真的否認自己做的是「幫助」，但能夠以這樣的話語應答，便表示如果該行爲非特地爲對方而做、很簡單、或者是做的人本即應做，便會稍微不那麼符合「幫助」的內涵。

「幫助」概念是由諸種成分組合而成，一個行爲如能對語言中「幫助」概念的特徵滿足得越多，一般人越傾向使用「幫助」一語來稱呼它，也越能夠確認屬於「幫助」的概念範疇。當幫助行爲的主要特徵不夠顯著時，便可參考次要特徵，以確定行爲是否仍在「幫助」的概念範疇當中。不過，欠缺該等次要特徵時，只是使行爲稍微遠離典型的、核心的幫助行爲型態，卻未如欠缺主要特徵那樣，關鍵到可據以將行爲從條文所述的幫助行爲範疇中排除。

第四項 不符合文義的幫助行為態樣

幫助行爲須直接作用在標的上、須爲能夠發揮功用的助力種類、作用方向須朝向法益侵害等，是幫助行爲的必要特徵，如果欠缺任何一個，已會使一般人不使用「幫助」一語稱之了。故以下即是從文義的觀點，已可排除在「幫助」的概念範疇之外的行爲型態：

第一款 時序上不及作用於實行行為

由於現行條文規定的是「幫助他人*實行犯罪行爲*」，而不是「幫助他人*犯罪*」或「幫助他人*實現犯罪構成要件*」，故如果正犯的實行行爲已經做完，幫助行爲就已經無法作用在「實行犯罪行爲」的標的上了。因此，於正犯實行完畢後、抵達結果之前，在因果進行歷程中加功的行爲，無法依幫助犯規定處罰[37]。如前第一項第二款所述，這是 2005 年修法時造成的無心之過，會使得大量的片面幫助行爲變得無法成立幫助犯[38]，而產生處罰漏洞，但若忠於條文文義，也只能夠這樣解釋，不可能規定錯了的條文卻能解讀成對的意思。

第二款 顯然僅具間接作用

如前第一項中的分析，由於現行幫助犯條文使用了較精確的敘述方式，依這個社會中一般的語言使用習慣，會讓人覺得法律預定處罰的對象是與實行行爲聯繫緊密的行爲。故除了因時序上已經錯過而無法影響實行行爲的情形外，若幫助行爲與正犯的實行行爲在時空及因果聯繫上相距遙遠，所發揮的影響過於間接，也會被認爲沒有幫在實行行爲上而非幫助行爲。例如幫正犯照顧家人，雖可讓他無後顧之憂地從事犯罪，但這個助力顯然並非作用在正犯的實行行爲上，對實行

---

[37] 相形之下，日本的幫助犯條文只規定爲「幫助正犯者爲從犯」，沒有說要幫在實行行爲上，故論者解爲幫助行爲對結果的作用可以不必透過正犯的實行行爲，只要使正犯的*犯罪實現*變得容易、在實行行爲到達既遂的過程中提供因果上的促進作用即可。參山中敬一，《刑法総論[第 2 版]》，2008 年 3 月，902 頁。

[38] 併參後第五章第三節第三項。

行爲只有間接的影響，仍非幫助行爲[39]。

相距太過遙遠的行爲，也可能由於一般人根本不會聯想到成立犯罪的可能性，而在前類型的法益侵害性判斷階段，即已從對於犯罪之成立有意義的「條件」當中排除，還輪不到判斷是否爲幫助行爲，故有待判斷的，其實都已是還能看出與犯罪之間的關連性的行爲。直接性本來就有程度上的差異，形式的文義觀點終究有其極限，一個行爲與實行行爲之間是否欠缺直接性，有時也無法憑語感立刻確認。故文義判斷階段只是發揮初步的篩選作用，排除顯屬間接的助力而已，即使通過這層判斷，也還尚待從實質的法益侵害性觀點進一步確認究竟是否爲幫助行爲。

第三款 沒有用的純粹精神幫助[40]

我國實務認爲「精神上助力」也可以作爲幫助的內容，吆喝、單單陪在旁邊等的純粹精神幫助行爲不時被以幫助犯論處[41]，但吾人一般講話時，其實根本不

---

[39] 實務見解例如台東地院 57 年 7 月座談：「…本件丙丁二人雖預見甲有殺人之犯意，而受託允爲看守家屬及照顧其父母之生活，是其僅以消極態度未予勸阻而已，尚無助成犯罪之意思，以及便利甲殺人之行爲，已甚明瞭，自不能以從犯論罪。」轉引自王詠寰，前揭書（註 27），213 頁。當時的條文還是「幫助他人犯罪者爲從犯」，幫助的標的是較籠統的「犯罪」，不像現行法的「實行犯罪行爲」那樣精確，而在當時即已經能夠判定幫正犯照顧家人不是刑法上預定處罰的幫助行爲了，那麼在現行法之下當然更是如此。

[40] 學說上將幫助犯的心理因果性（幫助行爲對於正犯的心理上促進作用）分爲二類：一種是幫助者提供正犯犯行所必需的情報、建議等，稱爲「技術助言型」的心理幫助；一種是幫助者沒有提供上述情報或建議，只是對正犯給予鼓舞、增強動機、消除疑慮，鞏固其已有的犯罪決意，稱爲「決意強化型」的心理幫助，或狹義的心理幫助。前者是對人類心理的「知」的方面予以作用，後者是對「意欲」的方面予以作用（以上參島田聡一郎，《正犯・共犯論の基礎理論》，2002 年 3 月，367-369 頁；王詠寰，前揭書（註 27），211 頁）。一般所稱的「精神幫助犯」，指的是「決意強化型」的心理幫助，也就是本文此處認爲應排除在幫助行爲範疇之外的純粹精神幫助行爲。

[41] 例如在正犯動手打人時在旁吆喝「打給他死，有事我負責」（96 年台上字第 6227 號刑事判決）；在正犯打算肇事逃逸、已準備要駕車駛離時，在旁叫他「趕快跑」（93 年台上字第 5094 號刑事判決）；或陪同運輸毒品罪的正犯去航運公司領取提單及等候領取裝載毒品的貨櫃（96 年台上字第 4885 號）等。

會把這種只動動口或（沒有作爲義務者）在旁邊看的行爲以「幫助」稱之，反而俗話說的「只出一張嘴」、「一旁看好戲」等，正是拿來諷刺此種情況中行爲人*未提供協助*。而如果有人說「你不幫助我，只顧著吆喝有什麼用？」或「我只能在旁邊爲你加油，卻幫不上忙」，這樣的句子吾人也會覺得相當通順。故對於正犯實行行爲的完成，未提供物理上有形的助力，也未提供相關的資訊、情報、建議等，只是給予精神上的支持，應無法成爲條文所述的幫助行爲，實務將此種被吾人說成無用的純粹精神幫助，認定爲應處罰的幫助行爲，是法院對「幫助」一語創造出不同於日常語用的新內涵，無異於恣意曲解法律，易對人民造成突襲。

不過，其他非屬純粹精神幫助的對正犯實行行爲的物理或心理助力，也只是能夠通過「幫助」一語對作用種類的要求而已，實則仍有作用強弱的差別。只是，語用上對於「杯水車薪」的助力，也仍然承認爲「幫助」，故只要作用的種類符合，即使作用強度薄弱，概念上也不會從幫助行爲的範疇中排除，即幫助行爲性方面不會有問題，至多在因果性方面可能達不到可罰的因果貢獻門檻而已。

第四款 降低正犯行為的危險性

「幫助」也蘊含了對成效的要求，不是有做就好。即使距離方面是直接的作用、種類方面是具體的物理助力，均無問題，但如果非但未能促進事情完遂，反而背道而馳、造成反效果，此種情況吾人在語言中會用「幫倒忙」、「弄巧成拙」、「越幫越忙」、「扯後腿」等說法來表達，而不再稱之爲「幫助」。故如果行爲未將實行行爲朝實現法益侵害的方向推進，反而使實行行爲實現結果一事變得比原本還困難，即非條文所預定處罰的幫助行爲。

不過，也只有當行爲產生的是反方向的效果時，才完全確定可從幫助行爲的範疇中排除。至於如果不是正向地促進、也不是負向地扯後腿，只是產生中性的影響，由於畢竟還是對正犯的實行行爲提供了直接、有用的作用（只是作用強度幾近爲零），符合幫助行爲另兩個主要特徵，算不算幫助行爲可能還是會令一般

人感到猶豫[42]。就像從以上那些俗語的說法當中亦可看出端倪的，就連造成反效果時，都已承認行爲具有「幫助」的外型了（已把這樣的行爲叫做「幫」了，只是效果是「倒忙」）。從文義觀點只能確定應將產生負向作用的行爲排除在幫助行爲範疇之外，至於是否還要對成效施加其他的限定，便不是文義判斷能夠達成的了。由於幫助行爲的類型性特徵當中看不出對法益侵害性有何等程度的要求，故即使是作用強度極低的行爲，只要未被在前類型的法益侵害性判斷階段中排除，一旦進入幫助行爲性的判斷，其實便真的沒有什麼關卡會再被排除了，只能留待後續的因果性判斷時，視是否會因因果貢獻過低、達不到可罰門檻而不處罰[43]。

另外，所謂降低正犯行爲的危險性，是與行爲前的狀態比較，也就是提供協助之後，離預想的法益侵害結果反而比行爲之前更遠的情形。此時提供協助的行爲顯然欠缺法益侵害關連性（甚至還保全了法益，應該給予正面評價），也與「幫助」的語意不符，應從幫助行爲的範疇中排除。至於若是與假設性、未實際發生

---

[42] 真正已具備直接性、有用性、但在法益侵害關連性方面卻屬中性的例子，其實並不好舉（通常還是有些許助力，只是從規範評價的觀點視爲中性），在正犯做強制性交行爲之際遞保險套給他、在小偷潛入銀行開金庫時遞汽水給他、或贈送糖果瓜子給賭場等的行爲，大概可算是此種情形。這樣的行爲，通常會在前類型的法益侵害性判斷中被排除。

[43] 進入因果性判斷階段時，作用強度極低的行爲對結果發生的貢獻必然難以達到可罰門檻，併參註 37。但仍須區分二種情形：一是效果已經抵達結果，只是行爲本身由於作用方向爲中性、導致行爲的作用強度極低，因而從結果的觀點回顧時，有可能基於只具有極低的因果貢獻而無法歸責的情形；另一是作用未能搭載在正犯行爲之上抵達結果，即使行爲的法益侵害方向清楚、作用強度不低，也仍因欠缺因果性而無法處罰的情形。後者如教科書上常舉的例子：甲提供萬能鑰匙給乙，但乙到了現場後，發現被害人丙忘了鎖門，乙遂直接開門進入丙宅。此例中對甲的行爲可有兩種觀察方式：一方面，對於一個在乙計畫中、或一開始顯現出端倪但後來沒有實際上落實完成的侵入住宅實行行爲來說，甲提供萬能鑰匙的行爲具有直接性、有用性，且朝向該預定要被破壞的法益，本身說起來是幫助行爲無誤，只是這個造成法益侵害的危險性最後未能搭載在實際發生的正犯行爲之上而實現（作用未抵達結果、欠缺因果性的幫助行爲，雖然仍屬「幫助」，但一般溝通時常會使用較詳盡的敘述來表現，以避免產生誤會：甲原本幫助乙侵入丙宅，但後來「沒幫到」）；另一方面，對於乙實際做出來的犯罪來說，甲只提供給乙一個無用的東西，在現實化的侵入住宅罪法益侵害過程當中到達結果的作用，僅屬規範所不重視的純粹精神幫助作用，不是刑法上預定處罰的幫助行爲。

的狀況相比，即如果正犯沒有獲得這個人的幫助，事態會怎麼演變，則除非是行爲因僅具有低度的因果作用而落到文義範疇之外（這需要用下一節第二項第三款中所提出的標準判斷），否則便不是文義、也不是行爲本身有無危險性的問題，而是對於行爲之因果貢獻的評價的問題，有可能鑑於該幫助行爲所提供的助力具有很高的可取代性，而被評價爲只屬低度的因果貢獻[44]。

第四節 如何適用現行幫助犯規定

一般人如何理解語言及事態之意義、應如何具體地進行涵攝？

第一項 語言本身即一種標準

第一款 語言的用法及涵攝範圍是約定俗成的產物

語言是一種規範、社會通念，詞語的意義只能從實際被使用的方式中掌握，人們也透過使用來不斷複製詞語的意義。條文的表述有它獨特的意思，以任何其他的方式來重新界定何謂條文中的「幫助」，都無法比原文更貼近人們在閱讀條文時腦海中浮現出的觀念。許多論者對「中性行爲」(neutrale Handlungen)所提出的判斷標準，如行爲人是否知情、行爲是否具替代可能性、是否符合規範性的行爲預期、本身是否違法或提供的是否是違禁物…等，其實都只是試圖把一般人會想、或者不想涵攝進「幫助」的情況列舉出來，或是從中歸納出一些特徵，但當

[44] 對結果之發生僅提供低度因果貢獻的行爲，除非在前類型判斷的階段，能夠因欠缺前類型的法益侵害性或一般之刑罰預測可能性而被排除犯罪成立之可能，否則進入類型論判斷時，也並無理由認爲不是幫助行爲。例如甲提供繩子與黑色垃圾袋給鄰居乙，乙用來綁架 X，甲提供的繩子與黑色垃圾袋在乙綁架 X 的過程中是重要的工具，在乙具體的實行行爲當中可發現甲之貢獻的痕跡。雖然就算甲不提供給乙，這些東西乙也很容易以便宜的價格在五金行買到，但這只表示甲的行爲對乙的犯罪實現而言不太重要，並不表示對乙之犯罪完成來說就不是幫助行爲。不過，擄人勒贖罪的刑度是「死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑」，幫助犯之處罰得依正犯之刑減輕，依刑法第 64 至 66 條的規則，減輕後的刑度是無期徒刑或三年半以上、廿年以下有期徒刑，如果可認爲甲之幫助行爲與其他惹起乙之擄人勒贖犯罪法益侵害結果的因素相比，因果貢獻低到不值得三年半的有期徒刑，無刑可量，就只好不予處罰了。

真的操作這些判準時，卻又總是掛一漏萬或以偏蓋全。這樣的現象是根源於語言本即約定俗成的產物，未必遵循一貫的邏輯，換成他種定義或說法時，多多少少都會扭曲原本的文義。

當然，經過反覆的詮釋、溝通，語言的內涵也是可以改變的，吾人可用特殊的概念意義將法律文義重新規整，教導給人民，使成爲一般人語言的一部份。但這並非短期可以達成的，過度期間必然產生無異於無法可循的混亂狀態，這對刑罰秩序來說是不可忍受的。雖然對條文的意思作規範性的重設，可使判斷標準變得較爲明確，但這樣操作不只會破壞國民的預測可能性，且會導致司法機關侵越立法權限。刑法釋義學理論是爲了輔助司法實務的操作，而非爲了自身理論的漂亮齊整而生，與其曲解文義、甘冒違背罪刑法定原則及法治國原則的大不韙，不如承認「幫助」的語用本身就是標準，儘量配合一般人對條文的理解方式來解釋、適用法律。

幫助行爲會隨著它的標的浮動，事情的性質決定了那件事該怎麼幫。例如當吾人說「甲幫助乙作研究」時，甲可能做的事情會有一定的指涉範圍，如果甲每天泡咖啡給乙喝，吾人就不會用「甲幫助乙作研究」來描述甲的行爲（可能會改說「甲支持乙作研究」、「甲陪伴乙作研究」等，或若嫌以上都不夠貼切的話，便直接說「甲泡咖啡給乙喝」）。

第二款 經語言過濾的事物意義

幫助行爲必定與其標的之間具有某種特定的關聯性，但這個「特定」的基礎，其實也只是來自一般人對標的特質及預期應達到之效果的想像（這也是在社會化過程中規訓出來的），再加上對「幫助」一語約定俗成的使用方式，不見得能從中發現一貫的標準。泡咖啡的行爲當然也可以對作研究產生因果方面的作用，但「幫助」的意義遠比單單的因果作用豐富，蘊含了關於作用的距離、種類、方向、乃至強度等的要求。即使對乙來說，甲泡的咖啡可能是作研究所不可或缺的物事，具有提神或是心靈上安慰的重要意義，但只要社會上一般人都不使用「幫助」

來稱呼這樣的作用，這樣的作用就無法是一種「幫助」。

即使將「幫助」解釋爲是對於標的之完成、實現具有重要性的行爲，也一樣只是用概念替換概念的套套邏輯，因何謂「重要」又是一種常識性的評價判斷，吾人依然無法說明爲什麼對作研究來說查資料重要、泡咖啡就不重要。事物的意義與詞彙、概念的使用方式往往是牽扯在一起的，成爲互相連鎖的一整套觀念，其內部可相互解釋、彼此增援，從外部看則不一定是合理的。就像是泡咖啡對作研究而言的意義，也是被框限、定位在某種存在一般人腦海中的標準下，而注定只能獲得某種評價。這樣的認知可能並不理性，但卻普遍存在，如果一般人都用這樣的方式理解事物的意義，解釋法律時對這樣的現實也必須承認及尊重。

要從什麼方向來辨認作爲標的之實行行爲的特性、及幫助行爲自身的意義，必然會受到某種觀點的牽引，對刑法來說應該要是規範目的，但在日常生活中則是常識(commonsense)[45]。由於此處談論的是如何理解文義，語言背後運作的規則是常識而非規範目的，故判斷上可能與刑法所期許的方向不同。文義解釋的主旨是在保障透過條文文字所表彰的人民客觀上刑罰預測可能性（相對於「前類型的刑罰預測可能性」，文義本身則表彰「類型性的刑罰預測可能性」），故只考慮一般人如何透過條文文字來辨識行爲的意義，而不論這樣的辨識是否合乎刑法自身的邏輯。不過，即使不合致，至多也只是將雖有法益侵害性、但不合乎一般語言用法以致於欠缺刑罰預測可能性的行爲排除，因後續尚須進行實質的法益侵害性

[45] 根據劍橋線上字典（http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/common-sense）的定義，常識指「吾人爲了過理性及安全之生活所需的一切實際知識及判斷的基本水準」，即常識的內容不僅是「知識」，還包括「判斷」，而引導判斷的機制則是一般人的直覺、社會通念。一個社會爲何摘取特定的角度來理解一個活動的意義，背後可能存在複雜的脈絡，若不仔細分析難以得知。例如對「作研究」來說，也許爲了讓頭腦能夠沈澱、思考，其實生活步調的餘裕往往也是這個活動的必要要素（從這個觀點來說，「泡咖啡」也許便顯得重要了，因爲可放鬆、調劑心情），但一般人想到這個工作時，腦中往往會浮現出孜孜矻矻、皓首窮經的形象，而認爲是疲累煩悶的事；相反的，如果天天必須靠演奏、作畫、演戲來養家活口，這些活動必然也會是疲累煩悶的，但一般人對於音樂家、畫家、演員等工作，卻會抱持浪漫的想像。社會通念隱藏在語言的背後，影響一般人如何使用及理解語言，並決定條文所用的語言到底是什麼意思。

判斷，故倒不至於使無助於達到法益保護功效的行爲也成立犯罪。另外，常識觀點即使由龐雜的元素組成，比刑法規範觀點多出許多成分，但刑法所重視的法益侵害性要素其實也不至於在常識觀點中完全缺席，一般人也還是經常會從法益侵害的層面來捕捉實行行爲的特性及幫助行爲的意義。

第三款 常識對文義的補充

常識有時是躲在語言背後、影響語言之用法，但更多時候是直接形成一般人直覺性的判斷，尤其如果文義不清楚，那麼在文義解釋時如欲實質保障人民的刑罰預測可能性，就更需要參考常識觀點了。按一般人均經歷過社會化的過程，對於行爲意義的認知難免受到社會通念的影響，沒有看過條文的民眾，固然只能憑藉所接受過的社會規訓內容來判斷行爲的意義、決定如何行事；而即使是看過條文的民眾，規訓的內容也仍會影響其對條文的理解。若行爲人參照條文規定而決定要不要做時，文義卻曖昧模糊，那麼仍只能依據在社會生活中習得的通念來理解行爲的意義，與無條文可參考的情況已相去無幾，即此時所應用的常識，與決定前類型之刑罰預測可能性者可說是同一種。故法官在判斷行爲是否符合條文敘述時，也應注意到一般人參考社會通念來理解條文、辨別行爲意義的思維方式，以便找尋最貼近一般人真正理解的文義。

第二項 如何認定一般人所理解的文義

第一款 具體情境中對實行行為特性的辨識

如果一個一般人身處行爲人所面臨的具體情境，知道有幫助犯這樣的條文規定，也知道眼前有、或將有他人之「實行犯罪行爲」[46]，則會如何辨識自己怎麼

[46] 如果連自己幫助的標的是一個犯罪行爲都無法分辨，當然就更不可能發現自己的行爲是「幫助他人實行犯罪行爲」了。如果一般人都分辨不出正犯實行行爲的犯罪意義，那麼連帶著對幫助行爲的處罰也必定會欠缺預測可能性，故此處必須先假設關於正犯實行行爲的立法及解釋已經保障了人民的預測可能性，一般人面對正犯的行爲，是能夠辨識出它作爲犯罪實行行爲的意義的。不

做會被評價爲「幫助」了這個實行行爲？這個判斷須從一般人對*這個實行行爲*的特性如何掌握下手。論者通常將幫助行爲定義爲：「使被幫助者得以、或易於實現構成要件，或造成更大損害的行爲[47]。」從這樣的定義中也可看出，幫助行爲必須依附於作爲標的的正犯實行行爲才得以被決定。

一般說來，若分析標的的一些特性，而行爲本身的指向是針對這些特性予以增強、做出貢獻，吾人便會將這樣的行爲稱爲「幫助」。這其實也只是從「幫助」一語的實際用法中歸納出來的規則罷了。那麼，就須視一般人對條文所述的「犯罪」的想像如何，從這裡才能得知「實行犯罪行爲」這樣的標的有些什麼特性、要如何幫。此處想像的對象並不是抽象的犯罪概念，而是已特定下來的、具體的某個犯罪實行行爲。由於人民對條文意旨的預測可能性會實際發揮作用的場合，是當他處於某一現實情境當中時，故文義解釋的情境，也是設定在行爲人面臨抉擇的當下，對於自己行爲的意義會如何判斷，進而如何影響對於行動的評估。

犯罪的種類繁多，每個犯罪又有多種不同的實行方式，實行行爲的特性似乎無法一概而論。不過，由於刑罰必須以法益保護爲目的才能夠正當化（參前第二章第二節第一項），故除非立法有誤或司法機關解釋錯誤，否則法益侵害性必然是所有實行行爲都會具備的共通特徵，差別只在於是什麼法益而已。而在社會上經歷過一般的社會化過程的國民，大致上也都會知道不可隨便侵犯別人[48]，在做

過，現行實務不論是對於刑分各罪（正犯的處罰規定）、還是刑總幫助犯的處罰規定，其實都沒有照前第一節第二項所述的原則來解釋、適用，卻以判例爲標準，等於是使用了雙重的違憲解釋來破壞人民的預測可能性（參前第二節第二項第四款）。

[47] 林山田，《刑法通論》(增訂十版)，2008 年 1 月，130 頁；林鈺雄，《新刑法總則》，2006 年 9 月，454 頁。

[48] 人民所被教導的各種繁文縟節的規範，只可能比這樣的內容更多（有時連對沒有侵犯到別人的行爲，也覺得自己作錯了），倒不可能低於這個標準。行爲具有法益侵害性，一般人在做的時候卻無法意識到而形成反對動機，那要看是由於知識不足所致，還是社會上對這樣的法益侵害習以爲常漠不關心。如果是前者，並不是行爲意義辨識的問題，而是事實錯誤的問題，即使是社會上很多人都會發生的誤解，也不會影響刑法對於行爲的客觀評價（科學方面的錯誤不會產生出規範性，此點也是社會上一般的共識），只是許多人都會欠缺故意而已；如果是後者，這種情形不太

可能侵害他人利益的行爲時會產生警覺，國家也因而才能對國民的刑罰預測可能性有所期待。故對實行行爲提供協助的行爲人之所以能夠感到猶豫，不論是掌握了實行行爲當中的哪些特質，至少應會包含法益侵害性在內。那麼，增益正犯實行行爲在法益侵害方面的力道的行爲，就會被認爲是對該實行行爲的幫助行爲。

對於個別的實行行爲，一般人腦中還可能湧現在具體生活利益侵害之外的其他特徵，以致於增益實行行爲其他方面特性的行爲，從文義的觀點，也可能被視爲幫助行爲。但刑罰的正當性並不繫於實行行爲中各式特異、發散、千奇百怪的特性，只繫於當中對法益可能產生危害的特質，故當進入實質的幫助行爲性檢討時，還是會從法益侵害性的觀點，將幫助行爲收斂到予以處罰能帶來法益保護功效的範圍當中。

第二款 法官以身處行為人地位的一般人自居

爲判斷行爲人所做的是不是條文所述的幫助行爲，法官必須假設自己是一個看過幫助犯條文的一般人，身處行爲人所面對的具體情境，方法上則可帶入條文的敘述方式，即已知有一個正犯實行行爲 β 存在，而自問「我做 α 是不是『幫助他做 β 』？」，看答案是什麼。由於文義的客觀性理解旨在保障國民行動時的刑罰預測可能性，而一般人理解自己的行爲與理解別人的行爲時標準往往不太一樣，故必須要站在行爲人自己的立場，而不是旁觀的第三人[49]。

可能發生在被單獨規定爲犯罪的正犯實行行爲當中，因爲分則條文的內容通常即已是從社會上具有共識的規範當中擷取出來的，故大概只有從正犯實行行爲擴張處罰的幫助行爲，才可能包含到這樣的行爲，而此時行爲通常也不會有太高的法益侵害性，故大致均能夠在前類型的刑罰預測可能性階段即被排除（參第二章註 37）。不過，若分則立法使用的文字較抽象，文義涵蓋範圍廣泛，一樣的問題其實也可能出現在正犯實行行爲當中，目前學說上對此沒有特別提供什麼解決方案，應只能循個別行爲人主觀上有無違法性意識之可能性的途徑來處理。

[49] 按觀察我國國民普遍接受的教養內容（幾乎人人都會接觸到的，例如國民義務教育的教材、電視新聞等），民眾的規範意識應該是很強的，因爲從小便受到密集的公民教育，但卻未被教導刑法與其他規範的界線、法益侵害與規範違反之間的區別，故應該常會以爲做錯事便會觸犯刑法。因此，一個人在想「我做 α 是不是『幫助他做 β 』？」時，應該很容易便心虛地認爲「是」（自

本來，若欲知道「一般人」會怎麼想，應該拿實例去問一般人，看他們覺得是或不是，但實際上法官無法就每個個案、每個觀念作民意調查，只好由法官自己拿捏、想像，到底是否真的就是一般人的標準，遂是無法驗證的。法官通常是社會上受到良好教養、社經地位較高、道德要求也較高的族群，如果要揣摩社會上一般、平均的尺度，標準通常要再放寬鬆一點。只是，更深一層的思考是：法官代表的其實是國家，以國家的觀點，對它的平均國民設定多高、期許到什麼程度，另一面即是反映國家自身願意承擔的責任有多少[50]。

第三款 原始判準及輔助判準

當條文有一定的解釋空間時，不論是已不明確到有違憲之虞的程度，還是只要是使用語言終究難以避免的周緣意義問題，司法機關終究都必須實質上確保人民對刑罰法規的適用結果具有預測可能性。對於幫助犯的文義，最終需決定的目標事項是：假使一般人立於行爲人的立場，依照對條文意思的理解來判斷自己行

動對「幫助」採取較寬廣的文義）。但另一方面，挑剔別人時很嚴苛，自省能力卻很薄弱；習於從眾，看別人做就跟著做，不去想行爲的意義及造成什麼影響；只圖自己方便，對周遭發生的事情冷漠無感，習於假裝事不關己；缺乏獨立思考的能力，當面對不熟悉的情境時，常沒有警覺心；…這些現象在公眾行爲當中也時常可見，一般人經過社會化過程的洗禮，也很容易習得這樣的處事反應。如果採取這樣的態度，在想「我做α是不是『幫助他做β』？」時，就會對「幫助」採取最限縮的解釋方式，甚至玩起文字遊戲。故對一般人來說，採鬆或緊的兩種矛盾的解釋態度，其實都具有規訓的基礎，只要一轉念、一切換，另一種想法也是已司空見慣的，只是看被導引到哪個思維路徑上而已。刑法是國家與行爲人之間的關係，用「一般人」爲標準解釋文義，是指先假設行爲人是一般人，而非以社會上多數人對行爲人之看法爲標準的意思。由於探知一般人會如何透過文義理解自己行爲的意義，是爲了保障國民對刑罰之預測可能性，而這個預測實際發揮作用的場合，總是國民自己身爲行爲人的時刻，故國家其實應該要立於行爲人自己的立場。雖然這樣的角度偏向對行爲人有利，但既然依照現實上實際的社會規訓經驗，文義的確有被如此理解的可能，對行爲人來說確實可能是這樣的意思，那麼，也唯有如此判定方能符合判斷宗旨了。

[50] 人在社會生活當中是很脆弱的，如果可以保持高尚，誰想做低賤的人？但時常不稍微違反規範、不冒一點風險、不降低道德要求、不只顧自己，會難以生活下去。當這樣的人口很多時，顯現出的是生存的艱難，國家回應的態度，是朝向反省整個社會發生了問題、自己需要做點什麼，還是視作是個人適應不良的問題、抓起來責備，便會影響標準之寬嚴，包括對幫助行爲的認定。

爲的意義，是否會認爲自己的行爲符合條文的敘述[51]？

法官可站在一般人的立場，設想自己是行爲人，面對那樣的情境，自問「我做α，是幫助他β嗎？」，視答案是什麼。如果答案模稜兩可、可能是也可能不是，此時可再試著參考另外兩個輔助的判準：1.如果行爲人對作爲幫助對象的正犯說「對不起，只能爲你做α，β的事幫不上忙」，這個句子聽起來是否會令人感到疑惑？如果行爲人這樣的說法聽起來通順，也就表示依吾人日常的語言使用習慣，α確實稱不上是對β的幫助，否則如果α其實可以作爲β的幫助行爲，這個句子應會讓人產生違和感，覺得「你不就已經幫了，爲什麼又說沒幫呢？」。2.如果行爲人告訴別人說「我只是做α而已，沒有幫助他β」，這個句子聽起來有無說服力，還是只讓人覺得是強詞奪理？如果能夠套進這樣的句型而不顯得突兀、勉強，便表示有某種社會共識存在，使得人們能夠理解這樣的辯解。

這兩個輔助判準中，說話者都依然是行爲人自己，故仍是站在行爲人的立場，只是從自問自答改成加上說話的對象，有助於法官多切換幾個情境來測試語感。只是待確認的終究還是行爲人在行爲當下決定要不要作時的想法，故這兩個設問只能作爲輔助判準。其中「1.」的說法聽起來較中性，故判斷效果會較持平；「2.」的說法則聽起來比較刺耳，像是行爲人的自辯之詞，易引起反感，故算是對行爲人比較嚴格的標準，如果還能夠通過，即表示行爲人的辯解確有一些根據、道理，那麼應該就可以確認行爲不在文義範疇內了。

如果三個判準都用盡後，答案依舊曖昧不清，那麼，便表示行爲可能是落在語意的周緣。此時不妨視爲行爲已通過文義判斷，因爲結論的曖昧意味著一般人立於行爲人的處境時，應已都會感到猶豫遲疑了，而這樣一來對於行爲可能受到處罰一事，也就已不能說沒有預測可能性了。

本章的討論，只是提供法官解釋、適用幫助犯處罰規定時，在形式要求方面

[51] 行爲如果屬於前第三節第四項中所述任何一種型態，即已經被排除在幫助行爲的概念範疇之外了，唯有未被排除時，才需要進入此處所論述的更精確的判斷。

的、粗略的判準，至於實質要求方面的類型化法益侵害危險性，也就是作爲判斷對象的行爲實質上能不能夠將刑罰正當化，則留待下一章中討論。

第五章 幫助行為的實質要求—類型化法益侵害性

第一節 概說

第一項 類型論的理論基礎

第一款 刑法的斷片性

每種被規定爲犯罪的行爲，都必然有其能夠惹起法益侵害的特質（參前第二章第二節第一項。如果沒有，便是立法有誤），但反過來，卻不是所有的法益侵害行爲都能在刑法上找到對應。刑法並不追求滴水不漏的處罰，刑法的處罰對象只限於經特別規定爲應處罰的行爲，而應處罰的行爲彼此間呈現片段的關係，中間難免有縫隙，未必互相連綴、接壤[1]。此即刑法的斷片性原則，與罪刑法定原則實質上相繫[2]。

刑總的共同正犯、教唆犯、幫助犯等各種共犯也各自有其類型化的法益侵害惹起方式，故斷片性不只顯現於刑分各罪之間，也顯現於刑總的各共犯類型之間、及共犯與刑分各罪的正犯之間。一個對結果之發生提供因果上作用的行爲，如無法成立正犯，也未必就能落入共犯的範疇，須再依各共犯類型自身的要求來判斷是否成立，有可能也無法爲各共犯類型所網羅而不構成任何犯罪。

行爲的類型性特徵，在正犯稱爲「實行行爲性」，在幫助犯中也有相對應的內容，只是似乎並無論者討論過，本文稱爲「幫助行爲性」。幫助行爲性的內容包含形式與實質層面，前者已於前一章中討論，即從文義出發來保障人民對刑罰的預測可能性，以一般人的語言使用習慣劃出可能的處罰範疇；後者是以下本章所要展開的討論，即對這些大致上符合文義的行爲，進一步探究實質上的處罰正

---

[1] 其實精確地說，應是各條文各自捕捉符合自身描述的處罰對象，故有時也可能剛好相反，不但無縫隙，還一種行爲受到多個條文重複規制。而此時也不會因成立了一個罪，就不該當其他罪，因此才會有法條競合的問題。

[2] 參內藤謙，《刑法講義総論(上)》，1991 年 1 月，55-56 頁；李茂生，《刑法總則講義綱要(第一冊)》，2008 年，33 頁。相形之下，民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」即沒有如罪刑法定原則的限制，務求能網羅處理所有的紛爭而不遺漏。

當性如何建構。至於從文義的觀點已被排除的行爲，便毋須再論應否處罰，此即刑法斷片性特質的展現。從文義觀點被排除的行爲，確實也可能實質上具有法益侵害性或違法性，但在各種違反法益保護規範的行爲型態中，有些被規定爲應處罰、有些則不處罰，這是立法政策上的選擇，即使未必平允，從法治國家及權力分立原則的觀點，司法機關仍必須尊重，如果不妥適，也只好等立法機關修法解決，司法機關只能在法律有違憲之虞時作合憲性的限定解釋，卻不能越俎代庖地作擴張解釋、矯正立法疏漏的缺失。

第二款 法治國原則、刑罰正當化原理、比例原則

廣義實行行爲性（包括正犯的實行行爲性、教唆犯的教唆行爲性、幫助犯的幫助行爲性等）均包含形式與實質層面的內容，二者所依據的原理不盡相同。形式要求是根據法治國原則，而法律的明文化具有多重功能，包括防止國家恣意、確保法律適用之標準一致，並使人民能夠預測國家的行爲，鞏固對法治的信賴（參前第四章第一節第一項第二款）；實質要求則主要是基於法益保護的刑罰正當化原理，須確保處罰能夠達到法益保護功效，才能正當化刑罰的發動與執行（參前第二章第二節）。另外，即使處罰該行爲能夠帶來法益保護功效，但發動刑罰的成本也須考量在內，各種價值理念的犧牲都是須計算的成本，尤其幫助犯地位不同於正犯，處罰所能達到的法益保護功效更加微薄，無法值得爲此付出太高的成本，故成立之限制也應更加嚴格。總體說來，犯罪成立判斷中的各種要求，其實都是在確保刑罰之發動能夠符合比例原則（參前第二章第三節第三項）。

第二項 類型化法益侵害性的理論定位

第一款 對行為法益侵害能力的要求

行爲的法益侵害性，或說是行爲的法益侵害危險性，指行爲具有能夠造成法益侵害、提升結果發生蓋然性、推進犯罪完遂的能力。這是所有的犯罪行爲都必

然被要求具備的特質，因爲唯有這項要求能夠積極地對受處罰之行爲建立起刑罰正當性，其他要求則都只是消極地確保價值理念不被侵害而已[3]，故法益侵害性可說是刑法上犯罪行爲的核心特質。不過，刑法上所要求的，是符合類型性特徵的法益侵害性，而非純粹地從因果力的角度討論行爲的法益侵害性。類型論不只是對行爲法益侵害性的消極約束，將刑罰對象框限在具備法定特徵的範疇中，其實同時也積極地決定了法益侵害性的內容。行爲的類型性特徵是由文義所確立，故對行爲實質上法益侵害性的要求內容，也是延續形式性的文義而來。

第二款 與前類型之法益侵害性的關係

不過，對行爲法益侵害性之要求，也並非專屬於類型論的內容，其實在犯罪的前類型判斷階段，即已必然經過朝此方向鞏固行爲品質的操作。例如甲製造了一只冒牌手錶，這應是一個符合社會行爲論之界定的刑法上行爲，「製造手錶」在以手錶爲行爲客體的毀損罪當中是一個必要的條件，但在考慮誰應該對毀損手錶一事負責時，甲的行爲卻完全不會成爲問題[4]。在將甲之行爲從可能成立犯罪的範疇中排除時，其實已作了一個判斷，這還不用考慮到甲之行爲符合哪種犯罪參與類型，即可認定其行爲欠缺一種值得刑法規範關注的特性。這種特性是著眼於行爲與系爭法益之間是否存在某種規範所預設的關係，而不是行爲本身帶有某種能獲豁免的特質，故判斷結論也會隨法益及犯罪類型而異。例如如果是在被害人誤以爲甲所製造的手錶是真品因而交支付顯不相當的對價的詐欺罪中，在討論時也許就不會這麼理所當然地將甲之行爲排除於可能成立犯罪的範疇之外了。

這種前類型的判斷，與類型性的法益侵害性判斷一樣，重視的是行爲在惹起

---

[3] 要求犯罪須有結果，是爲了確保行爲的刑事違法性，但違法性的要求其實不是爲了滿足刑罰發動的法益保護目的，而是作爲價值理念的罪責原則。行爲本身蘊含可造成某種法益侵害的因果力，但不一定會在現實的因果流程中被現實化、展現爲具體的犯罪結果（實害與危險都可作爲刑法上的犯罪結果）。

[4] 例子引自井田良，《刑法総論の理論構造》，2005 年 8 月，46 頁。

結果方面的能力，標準也是一般生活經驗[5]，實際的功能則是用以限縮犯罪偵查的範圍，因爲國家資源有限，不可能將所有在科學上屬因果流程中一個環節的行爲均網羅爲偵辦對象。這個範疇也已是配合個案中具體的結果所劃出，只是範圍寬廣，故是作爲其他行爲性質判斷的對象基底，類型性特徵判斷也以行爲具有此種前類型的法益侵害性爲前提。也就是說，前類型之法益侵害性判斷是將刑法上的犯罪判斷對象從「行爲」再限縮到「具法益侵害傾向的行爲」，以確保行爲具有適於作類型性特徵判斷的品質，故判斷順序也是介於行爲論與類型論的中間。

---

[5] 刑法上的判斷，若是出於保障人民刑罰預測可能性的考量，標準就必須貼近社會實態、完全尊重一般人怎麼認爲，前類型的刑罰預測可能性或第四章中所述語言的用法即屬此種性質；但是，用來建立刑罰正當性的行爲因果力、或用來表彰違法性的因果貢獻強弱的判斷，即必須對社會通念或一般人的直覺作理性的規整，而不能完全服從（實質性要素的解釋應示範理性分析事理的思維，參前第二章第一節第五項第二款第一目），也就是說，不能逕採常識的因果觀點，而須採用具有生活經驗基礎的、規範的因果觀點。「常識」是普遍所持的意見，由長期以來的文化社會化實踐所建構（參 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks*, trans. Q. Hoare and G. Nowell Smith (London: Lawrence & Wishart, 1971), 321-343，轉引自 David Harvey 著，王欽譯，《新自由主義簡史》，2010 年 12 月，46 頁），Hart 曾分析常識會認爲因果流程中什麼樣的因素能夠對事件提供說明，其找到的特質是「異常條件」(abnormal condition)或「人有意的行動」(voluntary action)（參 H. L. A. Hart & Tony Honoré, *Causation in the Law*, New York: Oxford, 1985, p.32-44）。若是「正常」的條件，一般說來不管事態怎麼演變都會存在在那裡，無法用以解釋事件之發生，故將「異常」的因素從其他純粹的條件中獨立出來是有意義的。但是，「異常」可能也只是經驗上少見、具有一般的規範違反性而已，未必具有值得刑法規範重視的因果方面意義。例如一個人在目睹他人犯罪時未加阻止，反而在旁鼓掌，這個舉動相當異常，可能也很令人厭惡，但卻不因此便對事件之發生具有解釋力，因爲犯罪終究不是由鼓掌的行爲所惹起的。另外，將「人有意的行動」網羅爲對於犯罪之發生有意義的條件（即使該行動是正常的），則反映出一般人的日常思考當中並未嚴格區分主客觀要素的現象，因而會以行爲人主觀上的意思來影響對其行爲客觀上因果作用的評價。但是，因果作用只能夠來自行爲人作了什麼，無法來自他怎麼想，刑法並非不關照行爲人的主觀，只是要先確認及評價客觀上的舉止，才探究引發此外在現象的內在機制，即評價主觀要素須以確認行爲的客觀意義爲前提。故如果按部就班地思考，在探討行爲客觀上的法益侵害性或因果貢獻程度時，必須先摒除對行爲人主觀意思的考量，因爲行爲作出來是怎樣就是怎樣，不會因爲他是有意而爲、還是不小心作的，就影響法益侵害性或因果貢獻的效果。

第三款 行為判斷與因果判斷間的分工

實行行爲性或幫助行爲性是立於行爲時的判斷，要求行爲本身符合一定之資格；因果判斷則是從結果發生時回溯觀察，看行爲的效果是否達到結果，並決定歸責[6]。行爲有無法益侵害危險性，是行爲本身有無引起法益侵害的潛力、可能性(potential)的問題，與這個可能性最終是否被落實、現實化(actualized)是兩回事，後者屬於因果判斷（含正犯的因果關係判斷與共犯的因果性判斷）所處理的課題。固然個案中如果沒有什麼特殊的情事，事前預測行爲能夠對法益造成的影響，與事後從結果的角度回顧行爲實際上的因果貢獻，二者應會得到差不多的評價，但二者畢竟是不同的觀察角度，且出於不同的原理要求。

對行爲危險性的要求，是爲了確保行爲具備事實觀點、適合於目的之達成的刑罰正當性。畢竟刑罰所能保護的法益，不是個案中已經受損的法益，而是展望未來，透過對法益保護規範的確證、及穩固規範秩序本身來達成（參前第二章第二節第二項），如果處罰的對象看不出具有能夠惹起法益侵害的能力，觀看國家此一處置的社會大眾也就無法將行爲人所受的刑罰與鞏固規範一事相連結，處罰就收不到法益保護功效。而相對於行爲品質的要求是出於把行爲人當成工具的態度、著眼於處罰他對防止日後潛在的法益侵害有沒有用，因果關係或因果性的要求則是根據刑法自身的價值理念，即不使行爲人因任何其他目的而承受超過自身行爲所應得之刑罰的罪責原則、罪刑相當原則，以確保行爲具備刑法規範觀點的刑罰正當性。

故行爲與（廣義）因果關係都是犯罪成立所必備的構成要件要素，因果關係或因果性的要求是爲了使行爲與作爲處罰根據的結果（背後是刑事違法性原理）相連結，自屬不可或缺，但卻無法以此架空對行爲危險性的要求，因行爲的法益

---

[6] 當結果由複數的實行行爲所惹起時，正犯的歸責判斷，是取其中因果貢獻最優者，評價爲居首要結果歸責地位的真正正犯；至於幫助犯的歸責判斷，則是比較各個對於結果之發生提供作用的行爲之間的因果貢獻，如果該幫助行爲的分擔比重與真正正犯相較太過低微，在法定刑度範圍內無法滿足罪刑相當原則，則無法成立幫助犯。

侵害危險性是用以確保對該行爲之處罰能夠收法益保護功效。若將對行爲危險性的要求弱化、乃至跳過而逕以因果判斷取代，便可能會處罰到欠缺足夠處罰價值的行爲。在某些情況下，確實可能出現存在規範所重視的結果、行爲對該結果之發生也提供了因果助力，但助力卻缺乏規範所預定之品質的情形。例如許多巧合的因素加總而偶然導致結果發生，即使是其中因果貢獻最優越的行爲，也只提供了薄弱的因果助力，欠缺與法益侵害結果相稱的危險性。犯罪的類型化不只是爲了保障人民的預測可能性，也在於確保行爲具有值得動用刑罰來回應的價值，其中往往也已包含立法當時對於具備什麼樣特徵的行爲能夠回應公眾情緒的算計。在上述情形中，若任一行爲都無法滿足規範所要求的品質，其實應理解爲處罰任何一個行爲都無助於平復規範秩序的動盪，因而從刑法的觀點，只能將結果解爲是由別的因素所導致，而不是因果流程中的任何一個行爲。

第三項 危險性之內容是從文義深化而來

雖然行爲在經歷前類型的判斷後，才開始分化爲不同的類型，能夠進入類型論判斷的行爲，往往都已是從對具體結果的因果作用觀點而網羅的，已被肯認了能夠對特定結果之發生提供若干的因果力，但構成要件行爲（此處是廣義用法，不只指分則的正犯行爲類型，還包含總則的共犯行爲類型）則除了「有」因果作用之外，還要求必須是符合一定特徵的法益侵害惹起方式[7]。類型化的危險性是將因果助力收束在符合條文敘述的型態上，並擔保行爲具有刑法規範所預定值得

[7] 實行行爲的判斷，固然如論者所言，不可能是脫離某時代社會的存在態樣的、超歷史的判斷（井田良，《刑法総論の理論構造》，2005 年 8 月，47 頁註 2），但就算是在特定時空的社會中，也非如論者所認爲的（井田良，同書 47 頁），能夠統一用是否屬「一般社會生活上容許的風險」來劃定各種犯罪的實行行爲的界線。討論實行行爲不可能脫離罪名，而且不只是每種犯罪，甚至是對於每個具體的構成要件結果，實行行爲都必須個別地尋找。而延續網羅可能成立犯罪之條件、劃出具法益侵害傾向之行爲的範圍時的操作，辨認實行行爲也一樣需要靠結果要素來定錨，這對正犯行爲與幫助行爲來說是一樣的，只是幫助行爲同時還要參考作爲標的之正犯實行行爲，即受到雙重指標的限制就是了。

重視的法益侵害性。實行行爲性或幫助行爲性等的實質內容仍受到前第一項第一款所述斷片性的限制，是透過對該類型之語言表述中所呈現的斷片性特徵的深化連結到法益侵害。行爲實質的危險性內容須與形式的類型對應，即所具備的必爲合乎立法當時之限定的法益侵害危險性，而不是能脫離文義外框的、一般、非定型的危險性。文義就像是一盞探照燈，朝著結果打出光束，行爲的法益侵害危險性即打出來的光，在光束範圍內的危險性才是合於該行爲類型規格要求的危險性，只有從這樣的危險性產生的因果作用，才是法律預定處罰的對象。

行爲對於現實上出現的結果（法益侵害或危殆化）所發揮的作用，必須符合它之所以能涵攝進條文文義的預設方式，否則對該結果而言便稱不上已具備定型要求[8]。對於同一個結果提供因果作用的行爲，可能具有刑分某犯罪類型的「實行行爲性」、「幫助行爲性」、或其他共犯行爲性，也可能不符合任何參與類型特徵而無法構成犯罪。不同行爲類型的因果作用之間不是「強弱」、而是「方圓」的問題，難以比較孰高孰低[9]，不過，有時行爲的因果作用具備一定之強度本身

[8] 例如甲開槍射擊乙的腹部，這樣的行爲之所以會符合「殺人」此種條文所述的生命法益侵害方式，是由於槍彈具有高殺傷力，而人的腹部有主動脈經過、並有許多重要臟器，是維持生命機能所必需，故此舉能夠使人失去生命。但若實際發生的事實，是乙受到槍擊後踉蹌地移動了幾步，恰好踩到牆角一枚丙埋設在地中的地雷，立刻被炸死，則雖然表面上甲作了殺人行爲，乙也死了，但對於乙具體的死亡結果發生方式來說，甲的行爲其實不能算是「殺人」，應只有丙的行爲是。這不是因果關係錯誤的問題，因爲「被丙埋設的地雷炸死」此種死法在本案中應不包含在一般說來甲之行爲所可能造成乙死亡的危險性範疇當中：現場並不是滿佈地雷、隨隨便便就會踩中，使甲的行爲也蘊含讓乙被地雷炸死的可能性；而乙被槍擊後腳步會怎麼移動，也無法從甲的行爲當中看出。甲的行爲對這種具體的死法並無法提供相當的(adequate)導致死亡發生的作用，因而不是「殺人」行爲，乙之死亡是來自丙之殺人行爲危險性的實現，而對丙造成乙死亡一事而言，甲之行爲的意義只是把乙逼到定點，重點已不在破壞乙之生理機能的方面，姑且不論甲是否知情，此行爲客觀上至多只能算是殺人的幫助行爲（不過，依現行法，丙的實行行爲已經做完，甲之行爲又已不及幫在實行行爲上，故也無法成立幫助犯。參前第四章第三節第四項第一款）。以上是從「丙殺死乙」的脈絡來評價甲的行爲，至於開槍射擊一事原本所蘊含的那種引起生命法益侵害的危險性，並未真的現實化爲死亡結果，但子彈朝乙的腹部擊發，依一般生活經驗所能預想的結果發生方式，此時應該已對生命法益帶來實害發生的迫切危險，故可論以殺人未遂。

[9] 成語云「方枘圓鑿」，方形的枘嵌不進圓形的鑿，形已各異，自然格格不入。如果不同的犯罪

行爲類型所侵害的法益種類相異，缺乏共通的基礎，自然難以比較；但即使是對同種法益造成侵害的不同犯罪行爲類型之間，法律上不同的刑度設定可能也只是政策性的決定而已。例如同樣是對財物的侵害，但竊盜的刑度規定爲 5 年以下、毀損是 3 年以下，這樣的立法可能只是出於管制竊盜行爲與毀損行爲不同的成本效益考量罷了，很難從學理的觀點說是因爲竊盜行爲的違法性或有責性比毀損行爲高。南轅北轍的行爲類型之間是難以比較的，只有具有法條競合中包攝關係（包含特別關係及補充關係）的條文之間，由於所要求的犯罪行爲的類型性特徵已相當接近（通常只會相差一個要素），也許確實有抽象地比較的可能，而將導致刑度差異的那個要素辨識爲是依據哪個原理。但是，刻意辨認某個構成要件中的要求背後連結到什麼原理，說起來亦無多大實益，只有在適用刑法第 31 條的時候，會需要去確認構成要件中的某個要素是屬於違法身分還是責任身分，否則一般在適用刑法條文時，也沒有必要去分析特定要素的屬性。個別的處罰規定只要能夠通過比例原則的檢驗，與其他處罰規定之間的不均衡未必會構成立法的瑕疵，因爲符合「行情」的公平並不是立法時考量的唯一價值。不過，即使各罪之間的關係未必遵循學理上的一貫邏輯，但同一個罪名的犯罪之間則是能夠比較的，也因此才須要求法律適用的安定性。在司法階段解釋、適用法律時，個案中的法益侵害及各行爲的因果貢獻均已具體化，故能夠作比例原則及罪刑相當的判斷，若可認爲行爲的法益保護功效不敷刑罰發動的成本、或因果貢獻輕到撐不起最低刑度，即非刑法上預定處罰的犯罪行爲。

各種犯罪參與類型也是不同的行爲類型，只須符合其各自的類型性法益侵害危險性特徵要求即可，至於爲何共同正犯、教唆犯與正犯處罰同重、幫助犯可以減輕，其實未必能夠用一貫的原理來說明，也就是說，參與類型的區分不見得表彰因果貢獻或可非難性的高低。當複數行爲人參與犯罪時，由於一起做正犯的實行行爲也算是一種「幫助他人實行犯罪行爲」的方式，故幫助犯與共同正犯的條文之間實質上算是具有補充關係，還有可能能夠抽象地比較，但教唆犯便是與共同正犯、幫助犯均無重疊的行爲類型了。教唆犯既無法與共同正犯、幫助犯互相比較，立法時的刑度設定毋寧只是出於管制需求的考量，不過，2005 年刑法第 30 條修正理由中卻提到：「由於幫助犯之不法內涵輕於正犯、教唆犯，在處罰效果上，仍維持『得減輕其刑』之規定爲妥。」即將各種共犯均相提並論，認爲法定刑度是反映違法性之高低。要抽象地肯認教唆行爲的不法內涵優於幫助行爲其實並不容易，畢竟同樣是透過正犯間接惹起結果，教唆行爲通常只用嘴巴講講，幫助行爲卻往往會對結果之發生提供實質性的助力。若一定要依學理的觀點說明條文的刑度設定的話，也許分別以違法性原理說明幫助犯（共同正犯的因果貢獻與正犯相同，幫助犯則是較正犯輕，故處罰得減輕）、以有責性原理說明教唆犯（因果貢獻雖低但是可非難性高，故折衷之後與正犯刑度相同），還比較接近常識，但立法理由既已採取統一用違法性原理說明的立場，則如果違法論方面不承認行爲非價（如果承認，則行爲非價的內容是什麼、表現在何處，本身又是另一個問題），只好將共犯的刑度理解爲是反映因果貢獻的差異。相對於其他刑分各犯罪行爲類型之間只能適用於相異的個案事實，諸共犯惹起的則是同一個具體結果，故各種參與行爲在個案中的確有比較因果貢獻程度高低之可能。此時不再是用抽象的行爲類型作對應，而是用具體個別的行爲作比較，現實世界中的狀況變化多端，故確實可能存在教唆行爲對結果發生的因果貢獻高於幫助行

即是法律所要求的類型性特徵內容[10]。

第二節 幫助行為危險性之內容

第一項 內容分析

第四章第三節中已分析出一些現行幫助犯條文中所呈現的幫助行爲特徵，包括幫助行爲與作爲標的之實行行爲之間的距離，作用的種類、方向、強度，及若干次要特徵。這些特徵當中能否看出幫助行爲類型化的法益侵害危險性的內涵？本項中先作一概略性的分析，第二、三項中再就構成幫助行爲法益侵害性主要內容的直接性、有用性、與法益關連性三個特徵作詳細的說明。

第一款 主要特徵：直接性、有用性、法益關連性

幫助犯是一種間接惹起型態，幫助行爲不直接導致結果發生，但是經由對正犯實行行爲提供作用，也還是能夠（藉著正犯實行行爲對結果的作用而）惹起法

爲、甚至高於正犯之實行行爲的情形，而幫助行爲的因果貢獻當然也一樣有可能高於他種參與行爲。

罪責原則要求罪責與不法相應、刑罰與罪責相當（參第二章註 17），在各行爲人對於自身行爲的認識或控制能力（即有責性）均無缺損的狀況下，刑罰便應與不法的程度相當。爲維持罪刑相當原則，法定刑度會成爲犯罪成立的限制，例如教唆犯的處罰與正犯同重，就表示教唆者必須提供像正犯那麼高的因果貢獻，才能與刑度相稱，故如果實際上教唆者所發揮的影響力未達到能夠相應於教唆犯刑度範圍的程度，便無刑可量，也就不是刑法上預定處罰的教唆行爲了；同樣的道理，幫助犯的刑度最多可減至正犯的一半，這也就構成對幫助行爲因果貢獻要求的下限。但即使在因果性判斷階段中會有這個由來於罪刑相當原則的可罰因果貢獻門檻，但由於大多數犯罪的刑度規定方式都是設上限不設下限，故因果貢獻真正低到無刑可量的情形其實很難發生，即這個歸責限制能夠實際上發揮作用的機會並不多就是了。

[10] 例如殺人行爲必須實質上具備科學及一般生活經驗觀點足以引起死亡的能量，這樣的要求是來自「殺」此一語彙的內涵，「殺人」行爲的類型化特徵即包含對生命法益之侵害來說屬一種相當的(adequate)因果作用。可將「殺人」與過失「致死」行爲相比較，後者的用語對於因果作用的品質即不蘊含這樣的要求。

益侵害。現行條文要求幫助行爲與作爲標的的正犯實行行爲之間須有緊密的關聯、須直接幫在實行行爲上，幫助行爲與實行行爲間的「直接性」特徵表彰幫助行爲能夠透過實行行爲惹起結果的能力，即影響幫助行爲的法益侵害性。

不過，直接性只表彰出幫助行爲惹起結果的方法而已，實則正犯行爲的能量畢竟不等於幫助行爲的能量，並不是只要與正犯搭上線，即可憑藉與正犯行爲之間的關聯，而把正犯行爲的危險性算在幫助行爲的份上[11]。幫助行爲的危險性不是從正犯借用來的，仍是建立在自身對於結果發生所提供的能量上，如果幫助行爲本身不蘊含惹起法益侵害的能量，灌注給正犯實行行爲的助力也只是空殼而已。固然距離越近，越有助於幫助行爲的助力透過正犯抵達結果，但對實行行爲來說能否發揮功用，還涉及到作用的種類。幫助行爲所提供的助力，必須能夠提升正犯實行行爲的法益侵害能力，即必須具備「有用性」特徵。

而「有用性」除了是對助力種類的要求，其實也會要求到助力的方向。如果幫助行爲的效果不是將實行行爲往法益侵害推進，那麼就算投注再多能量，也稱不上有危險，在刑法規範的觀點中不會成爲值得處罰的行爲。行爲的法益侵害危險性不是看行爲時存在多高的結果發生蓋然性，而是看行爲提升了多少蓋然性，而行爲的作用方向對於蓋然性的提升具有決定性的影響。「法益關連性」是所有犯罪行爲都會具備的特徵（依然算是一種類型性的特徵，因爲行爲要與哪個法益發生關連，是隨著不同的犯罪類型而變動的。不過，對於對同一法益造成侵害的各犯罪參與行爲來說，便不具有區辨不同參與類型的作用），構成一個行爲的法益侵害危險性的基礎。對幫助行爲來說，法益關連性概念通常會隱含在「有用性」

[11] 除非是行爲人對於他人怎麼做發揮了影響，才能夠分享他人行爲的危險性，而且還要看這種心理影響的密度有多高，也不是能完全將他人行爲的危險性轉移過來。教唆犯的危險性多半來自此一途徑，而教唆犯的法定刑度與正犯同重，如果真的能夠科這麼重的刑，表示對結果的發生來說，教唆行爲的因果貢獻（對於實際導致結果發生、在結果當中現實化的危險性掌握了多少）不下於動手做的正犯，那麼，教唆行爲對正犯行爲的控制力必定非常高，甚至應該實行的細節都是由教唆者決定的，實行者只是聽從指示而已。而對於共同正犯所要求的意思聯絡，也是爲了達到這樣的功效，才能在規範上將他人作的也視爲行爲人自己所爲。

判斷當中發揮作用，成爲支撐有用性解釋的原理。

第二款 作用強度

至於作用的強度，也是每個犯罪行爲都會具有的特徵，因爲行爲只要能夠看得出作用，便必然不可能沒有強度。行爲的作用強度通常只是供各式各樣的特徵賦予形體之用，但有時本身也成爲類型性特徵的內容，即某些犯罪類型會要求行爲的作用強度須達一定程度以上（參註 10）。幫助行爲原本也應有一定的作用強度限制，但在實質危險性判斷的環節中通常看不出來，因爲作用強度低於類型特徵要求的行爲，要不是已在前類型的法益侵害性環節中被排除，就是化爲文義的問題，即作用太弱時會如同無作用，以致於語感上吾人一般已不以「幫助」稱之。

「幫助」概念對於作用強度的要求本來就不高，故只要在前類型法益侵害性及幫助行爲的文義判斷中沒有被排除，大致上都已能夠通過要求，如果在危險性判斷階段再加上一個作用強度門檻的判斷，反而是脫離幫助概念、欠缺根據的操作。不過，只具有低作用強度的幫助行爲，即使通過幫助行爲性的判斷，在進入因果性判斷階段與其他惹起結果的因素相比較時，也很可能由於因果貢獻過低、無法與刑度相稱，而產生無刑可量、無法成立幫助犯的情形（參註 9）。

第三款 不涉危險性的次要特徵：針對性、無義務性、一定之難度

前第四章第三節第三項中指出，一般語言上所稱的典型的幫助行爲，還會具有針對性、無義務性、一定之難度等特徵。但直接性、有用性、法益關連性等特徵，是牽涉到幫助行爲與作爲標的之實行行爲、及與最終結果之間的關係，用以確保幫助行爲具有惹起現實存在的這個結果的能力；針對性、無義務性、一定之難度等則只是存在幫助行爲本身的因素，純粹是來自語言使用習慣的類型性特徵而已，並不反映幫助行爲的法益侵害危險性。

是否是幫助行爲，是從接受助力者的角度來看的，即使助力提供之對象不特定、提供者本有義務要提供、或覺得不費力，但對於接受助力的人來說，也都還

是幫到他了。一個簡單的指標就是：前第四章第三節第三項中乙爲甲提供了欠缺這些特徵的助力，而甲向乙道謝（這是一般人接受到他人幫助時的反應）時，乙依然能夠接「不用客氣」、「應該的」等客套話，這就表示乙其實理解甲爲什麼道謝，即乙也覺得自己對甲提供了幫助，否則若覺得自己做的不是「幫助」，面對甲的道謝，應會覺得不著邊際、一頭霧水，心想「怎麼會謝我？」才是。

次要特徵的欠缺，雖然無法據以否定幫助行爲性，也不影響幫助行爲的法益侵害性，但作爲語言上幫助行爲的特徵，在犯罪判斷上仍有補充作用。當行爲雖然在形式的文義判斷及實質的主要特徵判斷中未被排除，但其實都只是勉強過關而已時，表示這樣的行爲作爲幫助行爲的特性已不明顯，處罰所能達到的確證效果會很低，且容易導致選擇性執法，應設法從幫助行爲範疇中排除爲上，那麼，此時便可參考這些次要特徵作最後的定奪[12]。使用次要特徵指標所作的判斷，表面上看起來是重新回頭檢視文義，其實是已經有點預支了之後因果性判斷的內容（幫助行爲性曖昧不清的行爲，對於結果之發生只能夠提供低微的因果貢獻，在進入因果性判斷階段時，也很容易達不到可罰門檻，故乾脆在幫助行爲性判斷階段，即先根據次要特徵指標排除），故判斷順序置於幫助行爲性的末端也是妥當的。

第四款 附論「可取代性」的定位

如果所提供的助力內容具有很高的可取代性，是否會影響幫助行爲性的認定？例如甲提供繩子與黑色垃圾袋給乙，乙用來綁架 X[13]。按甲提供的繩子與黑

[12] 即仍然不是直接以政策性的理由排除，而是以文義爲依據。至於如果使用次要特徵爲斷依然通過了，便只好承認具有幫助行爲性，而待進入因果性判斷階段再視是否能達到可罰的因果貢獻門檻（參註 9）。

[13] 提供繩子與黑色垃圾袋給綁匪的行爲，在日常生活中缺乏類似模式的行爲可供比較，即不像賣便當給搶匪那樣，能夠參考日常生活中同樣模式的行爲在其他活動中的意義來評價該行爲；並且，繩子與黑色垃圾袋在擄人的時候是直接拿來捆縛、裝被害人用的，即使將所有與法益侵害相關的因素羅列下來觀察，該行爲的排序應該也還不至於遠到可認爲無關，故提供繩子與黑色垃圾

色垃圾袋在乙綁架 X 的過程中是重要的工具，從乙具體的實行行爲當中可清楚發現甲之助力的痕跡，可認爲甲的行爲已具備幫助行爲危險性的主要特徵。不過，其實甲就算不提供給乙，這些東西乙只要多花幾十分鐘及幾百元，也很容易在五金行買到，即有沒有甲的幫助，對乙能否完成犯罪，未必有多大的影響。那麼，此點是否會影響幫助行爲性的認定，或者應置於犯罪判斷流程中的什麼環節來考量？

幫助行爲的危險性是根據實行行爲來決定的，即行爲有無危險性，要看它對實行行爲發揮了什麼樣的影響，就算平平無奇、具有日常性，但除非一般人對於此種因果作用都不會認爲具有法益侵害傾向，否則如果已能通過前類型的法益侵害性判斷，便無法說完全不具因果上的重要性；除非已因助力低微、又符合客觀存在的穩固規範，而影響到一般的犯罪意義辨識，否則也不能說加以處罰便容易造成突襲[14]。如前第四章第二節第二項第四款所述，幫助行爲恆須先確定下來作

袋的行爲對擄人的犯罪來說，會具有前類型的法益侵害性。而個別私人的提供行爲，在前類型之刑罰預測可能性方面，與五金行賣給客人的情形也不相同：如果是以販賣這些東西爲業，不只由於這樣的交易行爲在社會生活中大量存在，使得一般人若站在行爲人的立場，也容易傾向比照這些多數發生的生活經驗來理解行爲的意義；並且，如果從關於該行業的法令規章及同業間的慣行等內容當中，看不出課予行爲人去避免出售的貨品或提供的服務被使用於犯罪的義務的話，那麼一般人以行爲人的地位自居時，參考這些規範來思考自身的行爲，因而忽視行爲的法益侵害傾向而作非犯罪意義的理解，也是具有客觀化的規範基礎的，即可判定缺乏刑罰預測可能性。但是，若是一般私人提供繩子與黑色垃圾袋，這樣的行爲不常發生，沒有穩固的生活經驗可類比，該怎麼應對也缺乏清楚的規範，因而便沒什麼因素能夠削弱行爲人對於行爲犯罪意義的認知了，即無法在前類型判斷階段排除犯罪成立之可能，須進入幫助行爲性的判斷。

[14] 當然，也不是說凡是營業性的商品或服務提供行爲，就一定會欠缺一般的刑罰預測可能性，私人的提供行爲就一定較容易意識到行爲的犯罪意義。私人之間也可能存在慣行或規範，例如在較傳統的公寓社區，左鄰右舍之間互相借用調味料、請吃東西、幫忙倒垃圾等，是很尋常的交往方式，便會影響吾人對這些行爲意義的判定。只是，本例中所舉的繩子與黑色垃圾袋，經驗上剛好不像借蔥蒜醬油這麼尋常，如果是社會上不常見、特異的人際互動，一般人在這樣的情境中通常是不會鬆懈心防的，也就是很難找到能夠降低對行爲客觀上犯罪意義之預測可能性的依據。另一方面，即使是營業行爲，也仍要看個案中行爲人具體怎麼作，例如旅行社若對特定旅客的行程涉入特別深、服務特別周到（例如不只處理住宿、交通，還託人幫旅客在當地打聽消息、尋人等），

爲幫助標的的實行行爲，才能夠探討，無法抽象地談論某種行爲是不是幫助行爲。言下之意，也正是由正犯的實行行爲來決定助力的用途，故確實可能出現在行爲時看起來平平無奇的幫助行爲，卻爲結果之發生帶來重要貢獻的情況。

行爲所提供的助力是否容易被取代，不會影響幫助行爲性的認定。「可取代性」之所以會看起來像是能夠阻卻犯罪成立的要件，可能是因爲它是許多欠缺前類型法益侵害性或一般之刑罰預測可能性的行爲所會具有的特徵；而如果欠缺前一款中所述的針對性、無義務性、一定之難度等幫助概念之次要特徵（即較從概念核心偏離）的行爲，也時常具有容易被取代的特性。不過，「可取代性」只是伴隨的現象，倒不是這個因素本身造成行爲欠缺法益關連性、刑罰預測可能性、或幫助行爲的類型化特徵。

在吾人的生活經驗中，對於已確定提供了清楚的因果助力者，即使能夠被取代，也不會覺得折損了他的貢獻；而如果提供的因果助力不高，即使不可取代，也不會因此便認定具有重要價值。例如一場音樂會當中，指揮的工作其實也是可被取代、由他人來擔當的，但大家仍會認爲樂團指揮對於音樂會的成功來說功不可沒；而調音師即使無法被取代（例如調音技術特別高超，或附近找不到別的調音師），吾人也依然不會特別標榜他的功勞。在溝通時，使用「可否取代」這樣的說詞，往往只是表達出說話者個人想作出的評價而已，例如對於貢獻大的人，若想要錦上添花，便再強調他獨一無二，如果不以爲然、想表示奚落，便說別人也做得到、沒什麼了不起；而對於貢獻小的人，若想表達輕視、落井下石，便說不差他一個，如果想表示肯定或鼓勵，便說其實他很重要、少了他還不行。故這個說詞只是看似能夠引導聽話者對於行爲人之因果貢獻的想像而已，實則本身其

或提供其他同業通常都不會提供的服務（例如幫旅客查詢當地法規、代購物品等），這些作法便已沒有法令或同業規範的基礎，如果成爲犯罪的助力（例如運送毒品罪），也就無法主張有什麼因素能夠削弱一般的刑罰預測可能性。儘管業者可能抱屈說：「對旅客服務好也錯了嗎？」但國家本來即須權衡各種利益，「以客爲尊」不是唯一的價值，如果提供好的服務會伴隨成爲犯罪助力的效果，那麼以國家的立場，也不會樂見這樣的狀況。

實是結論，而非理由，如果以此爲論據，是先射標再畫靶[15]。「可取代性」的說詞只能用來讓原本就與說話者看法相同的人強化立場，對其他人則發揮不了什麼說服作用，例如若爲一個殺人犯辯解道：「被害人的仇家這麼多，其實他不殺，別人也還是會殺。」一般人聽了這樣的說法，也不會認爲是個值得在法庭上被認真考慮的論點。

刑罰回應的是現實上發生的事情，吾人探究的也是眼下這個犯罪結果怎麼發生的。如前述提供繩子與黑色垃圾袋之例，即使正犯很容易從其他管道取得同等的助力，但「甲未提供給乙」的情況終究沒有實際發生，在實際發生的情況中，乙確實幫助了甲，那就是幫助了，可以不用考慮可取代性。此例之所以令人感到似乎不應處罰，其實不見得是由於行爲很容易被取代（將「可取代性」當作一個論點時，說話者的思維往往已是先預設這個因素「不重要」了），而是由於工具本身不危險，只因正犯拿來作特定用途才變得危險，但這樣的問題就算對於不可取代的助力也同樣會發生[16]。這也可算作是前第二款所述因果作用強度過低的一種情形，如無法成立犯罪，通常會是在前類型的法益侵害性或形式性的文義判斷階段被排除。例如此例中甲之行爲即使具有法益侵害傾向，但若代入前第四章第四節第二項第三款中提到的輔助判準，當甲對乙說「對不起，只能提供繩子與黑色垃圾袋給你，綁架的事幫不上忙」時，這樣的句子其實聽起來大致是通順的，不特別讓人產生違和感，也就是這個行爲很可能並不在「幫助」的語意範疇內。

---

[15] 例如對於一場成功的音樂會，說指揮不重要、換別人來指也一樣，態度上即是預設了不欣賞這位指揮（「不可取代」等於「重要」，但不等於「好」。例如若是一場失敗的音樂會，說「換別人來指也一樣」，表示指揮「不重要」，便轉爲肯定的意味了，即失敗不是這個指揮的錯；如果說「沒辦法，這個曲目在國內只有他有能力指」，即雖承認他不可取代，但卻是否定的意味，將失敗的責任歸諸指揮）；另一個人如果認爲指揮表現得很好，自然便不以爲然，而認爲指揮對這場音樂會的貢獻無可替代。也就是說，若認爲重要，便不可取代，若認爲不重要，便可取代；在講可否取代時，其實是已經先有了重要與否的結論，不是真的以可否取代認定重要與否。

[16] 例如爲配合正犯毒殺被害人，而特製一個被害人喜歡吃的蛋糕，便使「作蛋糕」也成爲幫助行爲了。相反的，如果工具本身看起來就危險，即使可以取代，通常就不會讓人感到這麼爲難了，例如借人西瓜刀、榔頭、棒球棒等（這些東西都不難購買）用以鬥毆。

如果認爲行爲合於語意、能夠通過文義判斷，那麼，便只剩下因果性判斷階段中行爲是否已達可罰的因果貢獻門檻方面尚有檢討空間了[17]。

第二項 一體兩面的直接性與有用性

直接性要求幫助行爲須直接作用在正犯的實行行爲上，但是否堪稱已幫在實行行爲上（即「實行行爲該怎麼幫」的問題），與「法益該怎麼侵害」的問題終究脫離不了關係。單單要求直接性，其實只顯現出幫助行爲惹起結果的方法（透過正犯）而已，與法益尚無關連，如果要顯現出幫助行爲的法益侵害危險性特質，重點應該置於直接的*作用灌注*、助長實行行爲的法益侵害能力，那麼，直接性與有用性的要求其實就分不開了。

直接性要求幫助行爲的作用直接灌注於作爲標的的實行行爲，但要怎麼幫才算是幫在實行行爲上，須視實行行爲的特性而定。只是，一個具體的實行行爲可能具有很多特性，應當捕捉什麼部分？對幫助行爲之判斷來說，值得重視的是實行行爲能夠引起法益侵害的特質，這是該行爲之所以能夠造成法益侵害的基礎，幫助行爲也須提升正犯在這方面的能量，才能充足自身的法益侵害危險性內容。

幫助行爲與標的之間的聯繫需要多緊密，是看條文如何描述而定，而語言在決定對於直接性的要求程度的同時，也會決定什麼種類的助力可視爲有用。距離的緊密不是僅以表面上、物理的時空鄰近性表彰，而是尚須建立在內容的關連上，固然通常如果幫助行爲與作爲標的的正犯實行行爲在時空上相距過遠，助力即不容易到達實行行爲，但其實還要視實行行爲及法益的特性而定，無法一概而論。如果實行行爲的法益侵害性展現在非體力性或精神性的特徵上，那麼幫助行爲便可提供同等性質的作用來增益實行行爲的法益侵害性，即使助力在時空上與實行行爲的聯繫不是那麼緊密，但也可能能夠稱得上已幫在實行行爲上了。

故幫助行爲的直接性與有用性，二者可說只是對於同一件事的一體兩面的說

[17] 參第四章註 44。

法而已，終究就是幫助行爲對於標的提供了什麼的問題。一方面，只要能夠提供有用的助力種類、增益實行行爲的法益侵害性，就算是幫在實行行爲上，而滿足直接性的距離要求了；另一方面，也可以說，當幫助行爲已可算是幫在實行行爲上，就意味著標的接收到的是有用的助力。例如在正犯打人時在旁吆喝的行爲[18]，對正犯實行行爲之完成來說不是有用的助力種類，但轉念一想，其實理解爲欠缺直接性也未嘗不可，因爲此舉表面上雖與正犯打人的行爲在時空上鄰接，但實行行爲的法益侵害危險性主要由體力性、物理性特徵構成，吆喝行爲只能提振正犯的精神、士氣，未能灌注於法益侵害性之提升，只增益實行行爲不重要的特性，遂無法算是幫在實行行爲上。又例如煮飯給殺人正犯吃的行爲，乍看之下是欠缺直接性的問題，因爲並非直接作用於正犯的實行行爲上，而是透過作用於正犯的身體飽足來影響實行行爲，與實行行爲相距過遠，但這是從提供作用的幫助行爲側來看，如果從接受作用的標的側來看，即使是一種實體的物理作用，也仍可說是未接收到對於實行行爲之完成有用的助力。

即使可能是針對重複的事項，直接性與有用性二者仍不妨視爲判斷上的雙重確認(double check)，即當從一個角度來思考時可能會有盲點或無法確定，換個角度再檢驗一次便更加清楚。故先考慮助力的距離，視幫助行爲能否算是已作用在正犯的實行行爲上，如果答案是肯定的，那麼，再看助力的種類對實行行爲法益侵害性之提升來說能否發揮功用。

第三項 法益關連性

第一款 與結果之間的關係

法益侵害關連性即行爲*指向*結果，是所有的犯罪行爲皆會具備的特徵。按行爲法益侵害能力之高低繫於作用的方向（質）與強度（量），經過前類型的法益

[18] 如前第四章第三節第四項第三款所述，這種純粹精神幫助行爲，其實應在文義判斷階段即已被排除，不用進入有無類型化法益侵害危險性的檢討。此處只是借此例說明直接性與有用性而已。

侵害性判斷，已可確認行爲「有」法益侵害性，這也就意味著行爲基本上有法益侵害的傾向、並帶有若干強度（這是展現方向所必需，否則如無形體，也沒辦法看出行爲的方向）。行爲的法益侵害傾向，大致就是指法益關連性。至於類型論中的法益關連性，原則上是依附在其他的法益侵害特徵當中，作爲支撐其他特徵之解釋的原理，但偶爾也可能直接當作判準，此時因法益關連性本身已是行爲法益侵害性的最抽象原則，故判斷順序會置於法益侵害危險性的末端。

法益關連性要求幫助行爲必須展望與最終結果之間的關係，而不是只連結到正犯實行行爲而已。此種與最終結果（正犯所造成的構成要件結果）之間的關係，與前類型的法益侵害性所要求的內容是連貫的。法益關連性雖是幫助行爲與最終結果之間的關係，但幫助行爲要與哪個具體的法益相關連，是由作爲標的的正犯實行行爲所決定的[19]，法益關連性的具體化也須透過對正犯實行行爲提供直接、有用的助力才能展現。只是，因幫助行爲的危險性內涵在於助長實行行爲的法益侵害危險性，故直接性與有用性的判斷又必然依賴法益的引導。

第二款 依生活經驗判斷

如前一款所述，類型論中的法益關連性，與前類型之法益侵害傾向的內容是連貫的。法益侵害傾向之有無，並非一種憑藉科學知識的認識，而是一種來自生活經驗的評價（參前第二章第四節第三項第一款）。按任何的觀察都必須要有方

[19] 正犯的實行行爲，是先抽象地看條文預定處罰的行爲類型大致指向什麼樣的法益，在具體個案中再用這樣的法益來尋找及確認實行行爲；但對幫助行爲來說，由於總是隨作爲標的的正犯實行行爲浮動，不可能單單抽象地想像（參第四章第二節第二項第四款），故這兩層操作都是於個案中進行，即由作爲標的的實行行爲先將法益確定下來，再用這個法益、加上實行行爲的觀點（幫助行爲須助長實行行爲的法益侵害危險性），來尋找及確認幫助行爲。

向，如果不基於某種觀點，會不知應從何觀察一個事態[20]。刑法挑選處罰對象，必須著眼於事件發生的原因，因爲唯有在關鍵環節加以防範、調控，才有助於達成法益保護功效，法益保護的實益(practical interest)遂提供了一個觀點，行爲的法益侵害傾向或法益關連性即出於此一目的的判斷。不過，實際操作上，還需要進一步的判斷標準。由於必須分辨出各個因素的價值及意義，科學在這方面愛莫能助，故決定法益關連性之標準不是來自科學，而毋寧是來自常識。

常識的成分很複雜，科學知識本身也構成常識的部份內容，而非理性的社會通念、直覺則是常識內容的大宗，也是刑法上爲保障人民對刑罰的預測可能性時所必須採用的標準。不過，法益關連性的判斷牽涉到刑罰正當性之建立，須選用常識中性質比社會通念、直覺穩固的部分，即具有實證基礎的生活經驗。雖然生活經驗當中許多成分也仍是與社會通念重疊的，但根據生活經驗來爲各個因素的重要性排序，至少大致上還能夠溝通、理性論辯，也較具說服可能性。法益關連性表彰的即是依據生活經驗所作出的、某個因素對於結果之發生是否值得關注的判斷。

第三款 對直接性、有用性的補充及統攝

幫助行爲的類型化危險特徵中，看起來只有距離的直接性純粹是幫助行爲與作爲標的的實行行爲之間的關係，至於作用種類的有用性，則已經必須關照到最終結果，因爲實行行爲當中有許多特性，有些與法益侵害有關、有些則無關，要

[20] 當代西方最具影響力的科學哲學家之一卡爾・波普（Karl Popper）曾作過一個小實驗，他在課堂上向一群學生指示：「拿起你們的紙筆，仔細觀察，然後記下觀察的結果。」學生莫不茫然以對，他們問道：「您要我們觀察什麼呢？」他以這個例子說明觀察總是有選擇性的，在觀察之前，個人必須預先規定觀察的方向和對象，此時作爲理論初級型態的概念、假設等會發生定向和定性的作用。不受理論影響、而又能作爲理論之基礎的「純粹」觀察是不存在的。「理論不是由經驗事實歸納出來的，而是用批判的理性思考演繹出來的。…不同於以永恆公理作爲出發點的傳統演繹，而是以不斷地檢驗作爲演繹前提的猜想。」參黃光國，《社會科學的理路》，2001 年 2 月，145-146 頁。

助長哪些特性才能提升實行行爲的法益侵害性，是由法益侵害結果所決定。不過，又如前第二項所述，直接性與有用性的判斷是同一回事，增益實行行爲的法益侵害特質，才叫做幫在實行行爲上，故直接性與有用性判斷其實已經結合在一起了，因而直接性也會與最終結果發生關係。

幫助行爲雖會助長正犯行爲的法益侵害性，卻不是任何能夠助長正犯行爲的行爲都是幫助行爲，例如第二項中所舉煮飯給殺人正犯吃的例子，若正犯是徒手將人毆斃，實行行爲的危險性展現於正犯的體力，而提供食物正是增強正犯體力的行爲，則究竟能否說是一種幫在實行行爲上、增進實行行爲之法益侵害性的助力[21]？按幫助行爲的法益侵害性並非完全從實行行爲當中延伸出來，對幫助行爲的實質要求也不完全取決於實行行爲，而是仍會受到法益觀點的直接規整[22]，法益的性質會限定它能夠如何被侵害，此點不只影響對於實行行爲的捕捉，也影響對於幫助行爲型態的要求。也就是說，幫助行爲受到實行行爲及結果的雙重限制，作爲標的之實行行爲的法益侵害特質、及法益本身的特性，都會限定幫助行爲的可能型態。

幫助行爲受到法益本身的規整，即法益關連性概念發揮的作用。有用性若已被定義爲「增益正犯實行行爲的法益侵害性」，判斷時即已須同時考慮幫助行爲與作爲標的的實行行爲、及與決定行爲之法益侵害性的最終結果之間的關係了，故欠缺法益關連性的問題通常都已能化爲欠缺有用性的問題，因而很少需要單獨提列爲一個判斷要素。如果將有用性定義得更加精確，其實應該指「*以本身指向*

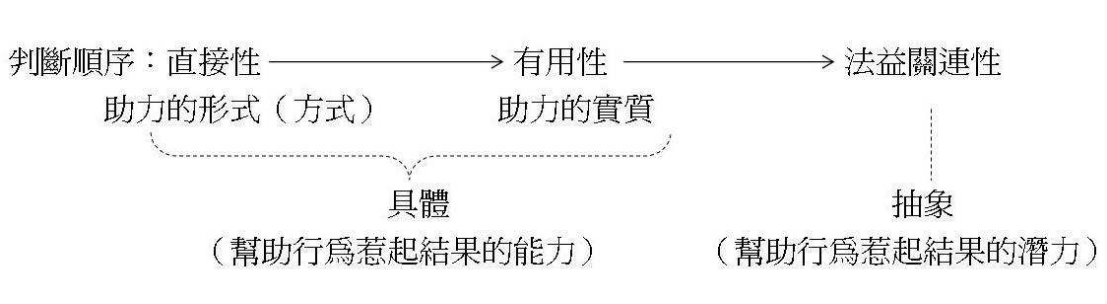
---

[21] 此例中煮飯行爲其實應會在介於行爲論與類型論中間的、前類型的法益侵害性判斷階段即被排除，因爲就被害人之死亡這個結果的性質而言，任何增進正犯體力的行爲，大致上都會被認爲屬因果上無關的因素（不只是不會成爲幫助行爲，而是在區分參與類型之前，即逕被排除成立任何一種犯罪的可能）。此處只是借此例討論法益關連性的規整作用而已。

[22] 這與共犯處罰根據論方面採惹起說是搭配的。幫助犯的處罰根據不是從正犯借用，而是本身惹起法益侵害，只是惹起的方法是透過正犯間接惹起；幫助犯的刑罰正當性基礎也不依附於正犯，幫助行爲有自身的法益侵害危險性，故本身即指向結果，只是危險性的形態是經由對正犯實行行爲提供助力來展現而已。

*法益侵害的方式*增益正犯實行行爲的法益侵害性」，因爲如果不限定在這樣的方向，要怎麼樣增益實行行爲的法益侵害性其實也將會漫無邊際。當已限定行爲本身的指向，那麼，增進犯罪人體能的行爲（像是送竊賊運動鞋、在他人行竊時遞飲料給他喝等，也都屬於這種類型）幾乎對每一種法益來說，都會欠缺有用性，而背後的原理就是法益關連性。

稍微總結直接性、有用性、法益關連性三者間的關係，即：法益關連性是所有犯罪行爲的共通的特徵，不論是前類型還是類型化的法益關連性，都是爲了確保該犯罪行爲的作用方向朝向對於該條文所預定保護之法益的侵害，其他特徵則可說都只是這個關連性如何被賦予形體的問題。對類型化的法益關連性來說，如果欠缺形體，方向也無處附麗及展現，故其他特徵在判斷順序上會先於法益關連性，以便迅速排除無成立犯罪可能的行爲。法益關連性是幫助行爲與最終結果之間的關係，透過幫助行爲與正犯實行行爲之間的直接性關係來達成，而作用種類的有用性則爲這兩層關係填充實質的內容。不過，另一方面，直接性與有用性二者其實是相互扣連的，共同表彰出幫助行爲惹起結果的能力(capacity)（法益關連性則只是抽象的潛力(potential)而已），而行爲是否直接或有用，又必須參考法益才能夠判斷，有用性的判斷與法益關連性尤其密不可分，故抽象的法益關連性其實才是統攝幫助行爲法益侵害危險性的最根本要素。以上說明大致可以下圖表示：



第四款 直接發揮篩選作用？

其實，欠缺法益關連性的行爲，通常在前類型的判斷關卡中便會被剔除，只是如果助力沒有薄弱到依一般生活經驗會認爲在因果上屬「無關」，又從因果及

規範觀點也並非顯然欠缺刑罰預測可能性，那麼，一旦進入類型論判斷階段，則在幫助行爲概念當中作爲類型化危險性一環的法益關連性，其實會相當隱諱。

按分則中的犯罪行爲類型，多半從用語本身即可看出指向對何種法益的侵害（例如「殺」一語便指向了對人的生命之侵害），而不指向該種法益侵害的行爲，應該就不會落入文義範疇當中，所以當行爲已經通過形式性的文義判斷時，通常在實質性的危險性判斷階段，也不會再需要靠類型化的法益關連性概念來對行爲的指向作什麼要求。但是，在少數行爲本身與保護法益之對應關係較不明確的犯罪中，還是可看出這項判斷的實益。例如詐欺取財罪中「以詐術使人交付」的行爲，因「詐術」本身可能指向多種不同的法益侵害，甚至也可能不侵害任何法益，故一個行爲即使符合文義，也未必就確保了能夠引起條文所預定的法益侵害。確實可能存在行爲人作了符合文義的行爲，但欺騙的內容並非指向條文所預定的、對財產處分自由之侵害的情形，此時便有賴利用法益關連性的概念來說明爲何不屬於刑法上之詐欺行爲。例如實務上發生過謊稱要與被害人交往，實則是爲了銷售靈骨塔的案例[23]，即使行爲人使用了詐術，被害人也交付了財產，但詐術針對的是被害人的感情，這種欺騙方式並不會使被害人在關於交易標的或對價方面產生錯誤，故從刑法規範的觀點看來，財產損失其實是被害人自願性的處分所造成，並非刑法所要保護[24]。

---

[23] 本案件相關的新聞報導：「金釵賣靈骨塔 感情詐騙判賠 814 萬」 http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=lili20060117122155（造訪日期：2012/9/4）

[24] 若依法益關係錯誤論（參李茂生，《刑法總則講義綱要》，2008 年（未出版），267 頁以下）的解釋方式，不成立詐欺罪是由於已獲得被害人有效的同意，因而欠缺構成要件中的「結果」要素。但是，爲何被害人在詐術的影響下交付財物，卻依然能將其同意解爲是有效的？這其實是從分析行爲人怎麼騙當中得出的結論，即爲了要確認結果之有無，已經必須去分析行爲的具體內容了。雖然邏輯上應該要先發現結果，才去找惹起該結果的行爲，但有時結果要素是否存在本身反而是最難分辨的，必須以先確認行爲要素的方式來判斷，即如果能認定該種行爲*無法*產生法律預定處罰的結果（欠缺法益關連性），那麼也就可以確定「無結果」了。故在判斷結果要素時，可能已實質上進展到行爲要素的判斷。通常未遂犯的判斷便是如此，作爲未遂犯處罰根據的法益危殆化結果，其實是從對行爲內涵的分析當中來確認有無的。

某些「幫助」行爲其實也有類似的特性，即行爲看起來不特定針對哪個法益、甚至不特定支助哪種犯罪，若未指向條文預定的法益侵害，即使對實行行爲發揮直接、有用的影響，也仍不是刑法預定處罰的幫助行爲。不過，與「詐術」不同之處在於：如果詐術的內容欠缺詐欺罪的法益關連性，便是事實上無法侵害該種法益；但幫助犯由於是間接惹起型態，結果已經被正犯的實行行爲惹起了，幫助行爲只要與實行行爲搭上線，便永遠不會有「事實上無法侵害法益」的問題，故法益關連性之有無會比詐欺罪更不易辨認。

事實上不易辨認是一回事，但與詐欺行爲的方向會影響是否爲刑法上詐欺行爲之判定的原理一樣，理論上仍須承認法益關連性概念對於幫助行爲的判定是有意義的。只是，即使在犯罪判斷流程中爲它保留一個獨立的位置，表彰「法益關連性」是支撐行爲法益侵害危險性之解釋的終極原則，但對幫助行爲來說，法益關連性之確保通常會在前類型的法益侵害性判斷[25]、形式的文義判斷[26]、或實質的有用性判斷等階段中完成，故實際上「法益關連性」判斷直接發揮篩選功能的機會其實不多，而且由於本身的標準不清楚，任意使用反而易生恣意。即使是因前階段的判斷關卡失效（例如僅曖昧地低空飛過，或在政策性的操作下通過判斷），而進入類型化的法益侵害性判斷，法益關連性方面的缺陷原則上也會是在對直接性、有用性要求的討論中被彌補。

---

[25] 在前類型階段，行爲的法益侵害性尚無任何類型性要素可供賦形，除了以必然要求的、科學上作爲結果發生的條件一事表彰作用的強度以外，便只剩下作用方向的特徵，故可以說，前類型法益侵害性的內容就只有法益關連性。故欠缺法益關連性的行爲，應該在這個階段中即被排除在可能成立犯罪之範疇外。依生活經驗所作的前類型法益侵害性判斷，大致上是以與一般生活中非犯罪之事項（例如舉辦一場音樂會）相類比的方式來操作，或羅列作爲結果發生之條件的所有因素，視一般人在將系爭行爲與其他條件比較後，是否會覺得具有重要性、可算是與法益侵害相關的因果作用（參前第三章第二節第二、三項）。

[26] 法益關連性低微的行爲，通常在吾人的語言使用習慣中已根本不會以「幫助」稱之。如前第一節第三項所述，幫助行爲危險性的內容是從文義深化而來的，其實，對幫助行爲類型化危險性內容的分析，也只是爲了找出吾人使用語言時背後所遵循的規則罷了，實則文義本身可說是最精準的標準。

另外，法益關連性除了影響構成要件中行爲要素之認定，其實，在進入因果性判斷階段時，法益關連性薄弱的行爲與其他行爲相較，也很容易因對於導致結果發生的危險性掌握得太少而被評價爲低因果貢獻，而可能無法達到相應於刑度的可罰門檻。

第三節 如何判斷幫助行為之危險性

第一項 須掌握實行行為及法益的特性

幫助行爲的類型化法益侵害危險性，要求行爲至少須符合三項主要特徵：「直接性」須判斷行爲提供的助力是否直接作用在實行行爲上；「有用性」須判斷行爲是否增益實行行爲的法益侵害特質，而提升了實行行爲的法益侵害危險性；「法益關連性」則是支撐有用性判斷的原理，須確保行爲是以指向法益侵害結果的方式提升實行行爲的法益侵害性。這些判斷當中，「實行行爲」及「法益侵害」是關鍵的元素，故判斷幫助行爲的危險性，須以掌握作爲幫助行爲之標的的實行行爲及作爲最終結果的法益侵害的特性爲前提，也就是必須分析幫助者所參與的犯罪的特性。

法益的特性決定侵害須以有形還是無形的方式彰顯出來，從而決定它能夠被以什麼樣的方式侵害，如果不是與法益性質合致的侵害方式，不可能造成侵害，原則上也不可能是正犯的實行行爲。而行爲有無法益侵害危險性，大致上也是循這個方向來確立。須透過物理性的媒介來彰顯的法益侵害（例如物品的損壞或喪失、人之身體完整性等），便須以有形的作用來造成侵害，這個作用未必依賴體力，行爲人也可利用工具、環境、或被害人自己的行爲等來達成。不依賴物理性的媒介來彰顯的法益侵害（例如名譽、風俗等），多半也不需要行爲客體，侵害方式便可能是有形或無形的作用，而此時即使以有形的作用來造成侵害，觀察重點也不是外觀上物理性的變化，而是物理現象背後所承載的意義。

雖然在個案當中，已由實行行爲挑選出具體的法益侵害方式，但留意他種可

能的法益侵害方式，仍有助於掌握該特定實行行爲的特性。實行行爲若是以正犯投入體力的方式造成須以物理管道彰顯的法益侵害，幫助行爲如欲增進實行行爲的法益侵害性，原則上便須分擔正犯的體力活動，或提供能減輕正犯體力負擔的器具或措施；實行行爲若是以體力以外的方式侵害此種法益，幫助行爲所能夠著力的環節就比較寬廣，但原則上仍須提供有形的作用。如果是不依賴物理性媒介來彰顯侵害的法益，則正犯所投入的體力或其他有形作用未必是實行行爲法益侵害性的重點，灌注物理性的助力也不一定能夠增進實行行爲的法益侵害性，此時配合法益的性質，可能反而容易承認以非物理性方式（例如提供情報、建議）提供助力的幫助行爲[27]。

第二項 分析助力提供行為的特徵

顯然欠缺直接性、有用性、或法益關連性的行爲，在形式性的文義判斷階段，即會被排除在幫助概念的範疇之外了（參前第四章第三節第四項），必定並非顯然欠缺，才有待進入實質性的危險性判斷階段，斟酌是否應視爲欠缺。比起之前幾重大致上判準清晰的判斷關卡（除前類型的法益侵害性外，一般之刑罰預測可能性、類型論中形式性的文義判斷等皆可以直觀方式操作），類型化法益侵害性其實無法提出簡明的判準，判斷的操作方式也大量依賴分析。不過，分析所依據的依然是對語言概念的實際使用經驗。以下只是舉出一些輔助思考用的分類及指標而已（主要是用來分析行爲有無直接性、有用性），細部的差異必須在個案中才能具體化，判斷結論原則上也須視個案情節而定。

第一款 助力的形式：內部或外部助長

幫助行爲助長實行行爲的方式，可分爲內部與外部二種機制：「內部助長」

[27] 這些原則其實主要是靠著解釋條文所述的「直接性」而來的。如前第四章第三節第一項第二款所述，「直接性」可說是對幫助行爲最嚴格的限制（即使可能只是立法錯誤的產物罷了）。

指幫助行爲在正犯實行行爲的背後，透過增益實行行爲本身的法益侵害特質，使自身的作用搭載在實行行爲之上而達到結果；「外部助長」則是指幫助行爲不透過搭載在實行行爲上，而是直接展現法益侵害作用，與正犯實行行爲的法益侵害作用相加共同抵達結果。「外部助長」常被認爲是共同正犯的行爲，「內部助長」似乎才是幫助犯的典型，但其實「一起做」本來就也是一種幫忙的方式，「共同實行」與「幫助」的概念並不衝突[28]。

爲了要滿足現行法上的直接性要求，如果實行行爲採取的是體力性特徵明顯的法益侵害方式，爲了要能夠增益實行行爲的法益侵害能力，一起身體力行的外部助長行爲較易被承認爲幫助行爲，至於內部助長，則除非是爲正犯提供在實行時能夠節省體力、乃至具有自動性的工具，否則很難算是幫在實行行爲上。若是體力性特徵不明顯的法益侵害方式（如側重智力性內容、利用環境、或利用被害人自己的行爲等），則會較容易承認內部助長形式的幫助行爲。

第二款 助力的種類：物理或心理作用

如果將作用的內容，區分爲物理作用、準物理的心理作用（資訊、技術助言之提供）、與純粹精神作用，則只有物理作用能夠以內部或外部助長的方式提供；準物理的心理作用由於欠缺形體（即使看似有形體，也只是資訊的載體而已，不是以該物理形體發揮作用），只能以內部助長的方式提供；純粹精神作用則根本應排除在幫助行爲的範疇之外（參前第四章第三節第四項第三款）。因物理作用從外觀上即可看見，通常被認爲是較確實的助力，尤其條文敘述又看起來側重外部助長形式的幫助行爲，故物理作用似乎應是幫助行爲的典型。不過，物理作用

[28] 而「一起做」也仍然要看是分擔了什麼，能成立幫助犯的行爲未必能成立共同正犯。一方面，正犯的實行行爲相較於從外部助長實行行爲的幫助行爲，在型態特徵上會有更嚴格的限制；另一方面，正犯表彰事件發生的「原因」，居首要結果歸責地位，故行爲除了形式上符合分則構成要件描述外，也還須具備與其意義相稱的實質內涵要求，對於法益關連性程度及作用強度的要求都會比幫助犯的標準來得高。

其實未必恆比心理作用能夠增益實行行爲的法益侵害能力。一方面，「物理」只是一種作用的形態，還是有距離及方向之別，作用強度也有強有弱，甚至也可能存在完全無用的物理作用（例如僅僅增益實行行爲當中與違法性無關的特質），故仍要視具體內容爲何；另一方面，是法益的性質決定行爲能夠造成侵害的危險特質是什麼，對某些法益來說（例如名譽、隱私等），法益受損並非展現在物理現象上，實行行爲的法益侵害特徵也不是來自有形作用，則此時提供資訊、策略等，便可能比提供物理助力更能夠增進實行行爲的法益侵害能力。

第三款 助力提供時期：事前或事中

現行法條文的敘述爲「幫助他人實行犯罪行爲」，如果要維持幫助行爲的直接性要求，似乎須嚴格限制助力須於他人實行犯罪行爲之際提供。但其實對助力提供時期的要求，也只是爲了確認助力對實行行爲所發揮的影響，在一般生活經驗上能評價爲已「幫在實行行爲上」而已，實則是否幫在實行行爲上，也非完全取決於助力提供的時期，還須視法益及實行行爲的特性、及助力的性質而定。例如對於非以物理方式侵害的法益來說，侵害作用既無形體，便也較不受時期的限制；而第一款中所述以內部助長方式提供的助力，也時常是事前提供。若助力對於實行行爲之法益侵害性提升具有明顯功效（即有穩固的法益關連性基礎可支撐有用性之要求），可在具體的實行行爲當中發現貢獻的痕跡，乃至構成實行行爲

的重要特徵、發揮關鍵的作用[29]，即使是事前提供，也應可解釋爲已幫在實行行爲上了[30]。

另外，其實靠著對實行行爲之解釋，也能使幫助行爲能夠幫在實行行爲上。畢竟作爲幫助標的的實行行爲的範圍，在個案當中本即會稍微擴張，若以最窄、最形式的方式理解反而是不自然、違反一般語用習慣的，這便使得實際適用條文時，幫助行爲即使稍微提前，往往也還是能夠算作已與實行行爲同時。例如若提供助力的行爲人說「我只是把被害人捆起來讓他砍而已，沒有幫助他砍被害人」，言下之意是將實行行爲限於「砍」的動作，但這聽起來便會讓人覺得是咬文嚼字、刻意強詞奪理的說法。

---

[29] 例如將房屋的鑰匙提供給侵入住居罪的正犯，正犯果真拿著鑰匙開門進入屋內時，提供鑰匙的行爲與實行行爲之間雖有時間上差距，卻能在具體的實行行爲（開門進屋）當中看出發揮了關鍵的作用，甚至可說是決定了正犯實行的方式，便仍可說是幫助了正犯的侵入住居行爲。

不過，同樣是提供鑰匙，如果正犯的犯罪是侵入住宅竊盜，則提供鑰匙的行爲對竊盜罪而言是否符合「幫助他人實行犯罪行爲」的敘述，也許便需要討論了。竊盜罪中的「竊取」，本非僅限於拿取物品的行爲，可能在行爲人突破防盜設施、離犯罪完成已無顯著障礙時即已著手；但視具體情形，也有可能才剛進去，離財物還很遠，甚至未必能夠找得到，即犯罪能否完遂尚多變數，使得開門進屋的行爲對竊盜罪來說只是預備行爲而已。若是後者的情形，則提供鑰匙一事所幫助到的其實只是竊盜罪的預備行爲而已，而非「竊取他人之動產」的實行行爲。若行爲人說「我只是拿鑰匙給他，沒有幫助他偷」，這個句子會是通順的，即單從文義的觀點，便已可確定提供鑰匙的行爲不是「幫助正犯偷東西」，而可排除在處罰範疇之外了。按依 2005 年刑法第 30 條修正理由中的說明，將條文中原本「實施」的用語改爲「實行」，意指幫助犯之成立以被幫助者已臻著手爲必要，即不處罰預備犯的幫助犯。在這個例子中，幫助的標的其實是預備行爲，不能僅因預備行爲的效果延續到實行行爲，便認爲幫助的標的是實行行爲，也就是若嚴格依照現行法來解釋，此時提供鑰匙的行爲應只能成立侵入住居罪的幫助犯，而無法成立竊盜罪的幫助犯。如果認爲這並非可欲的條文適用效果，希望還是能夠處罰幫在正犯預備行爲上的幫助行爲，並表達出幫助犯對正犯的「實行從屬」要求，那麼當初條文便應規定爲：「幫助正犯犯罪者，爲幫助犯，但正犯未著手於犯罪行爲之實行者，不罰。」併參前第四章第三節第一項第三款。

[30] 依照現行條文的敘述，幫助行爲的範疇其實真的很窄，這已是對「直接性」要求的最大限度放寬解釋了，利用的是前第二節第二項所述，幫助行爲的直接性與有用性是一體兩面的邏輯。此時行爲的有用性、法益關連性必定相當顯著，才能從中看出直接性，無法達到這樣的要求的行爲則仍應落在幫助概念的範疇之外。

第四款 法益關連性格外顯著的行為

如前第二節第三項第一款當中所提及的，行爲法益侵害能力之高低是繫於作用的方向（質）與強度（量），言下之意，其他類型性特徵原則上對行爲的法益侵害性是沒有影響的，例如前第二節第一項第三款中所討論的幫助行爲各次要特徵即是。其實，主要特徵中的直接性（與作爲標的之正犯實行行爲間的距離）、有用性（作用的種類）如果不是與法益關連性（作用的方向）相連，也一樣無涉於法益侵害性本身。

法益關連性是行爲法益侵害性的核心，這個特徵一般說來不易直接發揮作爲篩選關卡的功用（參前第二節第三項第四款）。不過，由於「幫助」概念是由多種成分組合而成，一個行爲如果對「幫助」的特徵滿足得越多，越能夠確認屬於「幫助」的概念範疇（參前第四章第三節第三項），故當一個行爲的法益關連性相當突出時，則只要其他的主要特徵並非完全欠缺（最難具備的仍是直接性，至於有用性，本來就與法益關連性連結在一起），便很容易基於高度的法益侵害能力，而落入概念核心、成爲一般人印象中典型的幫助行爲。例如就像是「法益關連性」此一概念之名稱所顯示的，直接對被害法益作功的行爲（例如在正犯攻擊之時攔阻被害人不讓他逃走）[31]，法益關連性便會特別顯著；又如果助力的內容是讓危險源接近被害人（例如把下了毒的食物送去給被害人）、或讓被害人接近危險源（例如打電話叫被害人出門使他在途中遇襲），這類行爲也都有明顯的法益關連性[32]。

---

[31] 此處強調「對被害法益作功」，乃因並不是所有碰觸到被害人、與被害人有所互動的行爲都與法益侵害相關，法益關連性的內涵終究是行爲的「方向」，即必須朝向犯罪完遂、推進結果之發生。例如在正犯要殺被害人時，認爲不要看到死者的眼神比較好，遂拿個紙袋把被害人的頭罩起來，這個行爲便只是違反一般生活規範、令人感到不舒服而已，但其實沒什麼法益關連性。

[32] 不過，這只是一種籠統的行爲型態特徵，實則有無危險性仍須視一般生活經驗中對於行爲因果上意義的認定。例如甲乙丙得知恐怖份子預定在某班機上裝設炸藥，欲利用來殺 X，甲建議 X 安排旅遊，乙爲 X 訂購該班班機的機票，丙開車載 X 去機場搭機。甲乙丙的行爲同樣有讓被害

至於相反的情形，若行爲的法益關連性格外薄弱，這樣的行爲確實會遠離幫助概念的核心。但即使再遠離，除非已在形式的文義判斷關卡中被攔截下來，否則進入實質的法益侵害危險性判斷關卡後，幫助概念的外沿基本上便只能靠其他的類型性特徵來劃分了，倒無法逕以法益關連性薄弱而決定將行爲排除在幫助概念範疇之外[33]。

第三項 附論片面幫助行為

第 30 條第 1 項後段的片面幫助犯，指的是正犯不知自己受到幫助的情形，但未必幫助行爲便對正犯沒有產生心理影響。如果採內部助長的方式提供協助，幫助者通常還是能夠透過正犯的心理而影響到他實際做出的行爲，例如正犯看到牆邊有一座竹梯，順手便搬過來用，正犯即使不知道是幫助者刻意放在那裡給他用的，但是此種情形中幫助行爲依然影響了行爲人怎麼做。不過，如果是外部助長，則有可能完全不影響行爲人現實上怎麼做。例如在正犯作案時主動爲他把風，但後來沒有人經過；或是甲知乙打算槍殺 X，欲助乙置 X 於死地，遂先對 X 下毒，至乙於 X 返家途中伏擊 X，X 雖送醫，但因中毒身體變得虛弱而無法救治。

片面幫助犯的規定，意味著「意思聯絡」不是幫助犯的必然要素，但是否仍須要求要對正犯有心理影響？其實，在評價幫助者的行爲時，正犯行爲只是一個客觀存在在那裡的現象，所謂「透過正犯達到結果」，只是指因果作用的結合而已。如果幫助行爲對正犯怎麼做沒有產生影響，也只是無法分享正犯行爲的危險性[34]，但只要幫助行爲能夠符合條文所述的類型性特徵，直接性、有用性、法益

人接近危險的作用，但造成的接近效果不同，一般人似乎會認爲三人中乙的行爲最重要，而丙的行爲即使帶來最直接的物理上作用，卻可能反而會被認爲最不重要。當然，依我國現行法，甲乙丙的行爲全部都終究會因欠缺直接性而無法成立片面幫助犯就是了（參後第三項），但其實三人之行爲能否通過前類型的法益關連性判斷，就已需要檢討了。

[33] 大致上只要有前類型的法益侵害性，便會已具備幫助行爲所要求的法益關連性。併參前註 25。

[34] 併參前註 11。

關連性等俱不欠缺，依然可以它本身的危險性來被評價。上述例子中，對正犯實行行爲無影響的外部助長之所以會有難以成立片面幫助犯的疑義，關鍵其實依然在於能否算是已幫在實行行爲上、即能否通過「直接性」判斷，而非對正犯有無心理影響的問題。

第六章 幫助行為事例判斷

如前第四章第二節第二項第四款所述，幫助行爲恆須以先確定哪個是作爲幫助之標的的正犯實行行爲爲前提，無法抽象地討論。而犯罪的種類繁多，每種犯罪都有多種可能的實現方式，正犯實行行爲的變化已經不計其數，遑論每個實行行爲又有多種可能的幫助方式。故對於幫助行爲的類型化不可能窮盡，只能提出大致的判斷方法及標準，細部準則仍有待透過實際判斷經驗的積累來確立。本章以下的探討，也只是整理一些實務上發生的案例類型，嘗試應用本文第三至五章中所論述的判斷架構進行分析而已。這些多半是所謂的「中性幫助行爲」的事例，在分析過程中可以發現，許多難點其實還是出在刑分條文的解釋或刑總的其他課題（例如不作爲犯）上，而不是幫助行爲本身的問題，並且隨著所跟隨的正犯行爲及侵害法益的不同，抽象上具有同種特徵的幫助行爲，在具體判斷過程中的爭點也往往有很大的差異。

在真實的案件中，行爲人時常會對犯罪之完成提供多種不同的協助行爲，法院也往往可能是將許多行爲一起考量後決定出如何評價，但以下爲求討論方便，均已先將事實簡化，只檢討對特定行爲的評價。以下對案例事實的敘述，以引號包夾者，表示該等內容是直接照原文刪節而來，未加引號者則是筆者重新整理、刪減後摘要出來的。

第一節 載送正犯

第一項 載送正犯抵達犯罪現場

第一款 一般私人的非營業性載送

例一：「甲明知乙攜帶西瓜刀，仍騎乘機車搭載乙前往鬥毆現場砍殺對方。」（摘自最高法院 97 年度台上字第 5024 號[1]）

[1] 本例檢察官起訴時認爲甲乙是共同正犯，最高法院以「甲知悉乙攜帶西瓜刀，是否即可認爲對乙故意殺人之犯罪事實有共同認識，抑或僅對傷害之犯罪事實有所認識？」之疑義發回更審，最

例二：「丙明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所定第二級毒品，不得非法持有、販賣，竟基於幫助丁販賣第二級毒品甲基安非他命之犯意，騎乘機車搭載丁至 X 之住處，幫助丁販賣甲基安非他命 1 包予 X。」（摘自臺灣高等法院 100 年度上訴字第 2876 號[2]）

現行實務大致上認爲載送正犯抵達犯罪現場的行爲是幫助行爲（而非犯罪的構成要件行爲），一旦知情便可成立幫助犯。但是若按部就班地思考，像例一這樣的情形，如果參考日常生活中對於類似此種模式（載一個人過去某處做那個人要做的事）的行爲的評價，則這樣的行爲說起來應該連前類型的法益侵害性都沒有。例如先生載太太去上班、媽媽載小孩去補習，吾人一般不會認爲載送行爲與被載送者去從事的上班、補習等活動的成效有何關連，只是展現一種人情上的支持而已，故若以同樣的標準看待載送正犯抵達犯罪現場的行爲，其實也應評價爲與犯罪之成敗在因果方面無關、欠缺法益侵害傾向。

退萬步言，就算硬要認定如例一中僅僅把正犯載至犯罪現場的行爲有法益侵害傾向、具一般的犯罪意義，但是當進入幫助行爲性的判斷時，從文義的觀點也會被排除在幫助概念之外。因爲依照社會上一般的語言使用習慣，假使一般人立於行爲人的立場，而自問「我載他過去，是幫助他砍人嗎？」時，答案應會是否定的。實務粗率地把這樣的載送行爲涵攝進「幫助殺人」的範疇，對於信賴條文規定、順著對條文意思的理解來思考自己行爲意義的人，將很容易造成突襲。

後高院認定甲與乙無犯意聯絡、也無幫助殺人之犯意，而維持第一審判決對甲以無罪定讞。

[2] 實務上對於共同正犯與幫助犯之區分，是採用 25 年上字第 2253 號判例中提出的「主客觀擇一標準」：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行爲標準：凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行爲，皆爲正犯；其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行爲，亦爲正犯；必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又爲犯罪構成要件以外之行爲，始爲從犯。」本案中高等法院可能是因丙未收受報酬，故認定欠缺「以自己犯罪之意思」，而僅以「是否參與構成要件行爲」爲標準，認定丙是幫助犯而非共同正犯：「被告丙雖有騎乘機車載送丁，但並未參與交付毒品或收受買賣毒品價金之行爲，尚難認其參與者係屬販賣毒品之構成要件行爲，被告丙所爲應係幫助丁販賣毒品之行爲。」

至於若是例二之情形，一般人如自問「我載他過去，是幫助他販賣毒品嗎？」時，答案可能便會有一點曖昧，因爲販賣毒品行爲的體力性特徵不像鬥毆砍殺那麼明顯，一般說來對這樣的實行行爲的內部助長，語用上較易被認爲在「幫助」的概念範疇中。不過，載正犯去面交毒品，即使有助於交易之完成[3]，但是否助長了實行行爲的法益侵害能力？按若將「販賣毒品」行爲與「運輸毒品」行爲相較，即可知二者雖然都造成毒品擴散的效果，但「販賣毒品」行爲的法益侵害特徵與「運輸毒品」不同[4]，不是表現在毒品於距離、空間上的移動，而是毒品的流通、落入下一個所有人手中。故「販賣毒品」此種實行行爲的類型化法益侵害性，主要是展現在交易的標的（毒品）、對象（買主）等要素上，助力如果投注在這些方面（例如提供貨源、介紹買主、居間接洽等），較能夠認定爲是「販賣毒品」的幫助行爲，本例中載送正犯的行爲，則對實行行爲的法益侵害特性並無增益，欠缺有用性，也無法算是已經幫在實行行爲上[5]。

---

[3] 究竟哪個行爲才是作爲實行行爲的「販賣」：是提供毒品出售、與買主達成意思合致（契約、債權行爲）、交貨（物權行爲）、還是一整串過程都算？參考毒品危害防制條例第 1 條：「爲防制毒品危害，維護國民身心健康，制定本條例。」及大法官釋字第 544 號：「施用毒品，足以戕害身心，滋生其他犯罪，惡化治安，嚴重損及公益，立法者自得於抽象危險階段即加以規範。」可知處罰販賣毒品的行爲，是爲了維護國民健康、防止毒品擴散，而毒品擴散的危險性是從正犯向外宣稱有貨可售時即已能看出端倪的，隨著交易過程的進展而逐步現實化，故交易的一連串過程都叫做「販賣」，而「交付」是其中的重要環節。

[4] 此例中丙載送丁也不會成爲「運輸毒品」的行爲。因爲毒品危害防制條例第 4 條所欲規制的製造、運輸、販賣等行爲，從用語、及將該等行爲並列一事以觀，應有一定之數量要求（相對的，假使條文使用的是「製作」、「攜帶」、「交易」等用語，就看不出對數量的要求了），故如本案中丁只帶一包毒品出門交易的情形應不屬之。

[5] 背後支撐此一判斷的理由其實即「法益關連性」，只是透過「有用性」來論述。像本事例中丙的這種載送行爲，若類比於親友載著業務人員出門交貨來思考，原本應該是欠缺法益侵害傾向、在前類型的判斷階段中即被排除的，實務上是政策性地把這類行爲移送偵辦，使它儼然成爲一種會被掃視、網羅到的行爲，才只好進入幫助行爲性的判斷。如前第五章第二節第三項第三、四款所述，法益關連性通常以支撐直接性、有用性之解釋的方式發揮作用，鮮少使用此概念本身作爲判斷關卡。

第二款 計程車或大眾運輸工具的載送

另外，如果不是與熟識之人相約載送，而是搭乘計程車或大眾運輸工具，則更容易在前類型的法益侵害性判斷關卡中即排除，因爲在一般生活經驗中，吾人經常完全忽視計程車司機或大眾運輸駕駛員的作用，覺得有如自然現象一般理所當然，不只對於乘客所前往從事之活動不成爲助力，連人情上的支持效果都沒有。

即使其中計程車因配合乘客指定的地點上下客，看起來特別能夠助益於犯罪完遂，而可能有法益侵害傾向，但在一般之刑罰預測可能性判斷關卡，進一步考慮一般人立於司機的立場時，能否辨識出自己的搭載行爲具有作爲犯罪行爲而可能招致刑罰的意義，答案也會是否定的。因爲計程車的載客活動不只在社會生活中發生頻繁，容易影響一般人對行爲意義的認知，並且法令也未科予司機在發現犯罪嫌疑時應拒絕載送的義務[6]，同業間的慣行也都是不關心乘客前往目的地作什麼，故一般人立於行爲人的立場，即使知道自己正在載送正犯抵達犯罪現場，也仍會傾向將自身的載送行爲朝無犯罪意義的方向理解，而欠缺一般的刑罰預測可能性。

---

[6] 汽車運輸業管理規則第 57 條，規定業者得拒載的乘客，只有：「一、身患重病、惡疾或傳染病者。二、兒童過於幼小無人護送者。三、有酗酒滋事、謾罵喧鬧等危害自己、他人或騷擾他人之虞者。四、狀似瘋癲者。五、攜帶第七十二條所列之物品（按：違禁品、危險品、易於變壞或破損之物品、不潔或易污損他物之物品、厭惡品、不宜隨客車運送之動物等）之一者。」其中不包括有犯罪嫌疑之人。（甚至，由於這個條文是規定在該法「客運營業」章第二節「公路及市區汽車客運業」下，第三節「遊覽車客運業」及第四節「計程車客運業」當中都沒有相應或準用的規定，解釋上似乎應認爲遊覽車及計程車業者對所有的乘客都沒有拒載的權利。）相對於汽車運輸業，火車及高鐵對於有犯罪嫌疑的乘客也一樣沒有拒載的義務，但應*可以*拒載。按鐵路法規定得較不清楚，只規定「依其性質對於人或財產有致損害之虞」的物品得拒絕載送（第 48 條第 1 項）、「未經允許攜帶或隱匿託運危險物品者」得強制其下車（第 71 條第 2 項），但鐵路運送規則第 5 條則較詳細，規定得拒絕運送的乘客包括第 1 款的「旅客或貨物所有人違反法令規定、公共秩序、善良風俗及有關鐵路運送之規定」、第 4 款的「有傳染病、酗酒等危害自已或他人及騷擾他人之虞」、及第 5 款的「老、幼、殘障、重病、瘋痴、精神病等需要護送之旅客而無護送人」等，其中第 1 款應可包含有犯罪嫌疑之人。至於高鐵，則見「台灣高速鐵路股份有限公司旅客運送實施要點」第 6 點，與鐵路運送規則第 5 條內容相近。

第二項 載送正犯離開犯罪現場

例三：「戊明知己所為之囑咐（請戊在巷口之便利商店等候其返回後搭載其離開現場，且勿騎自己機車），顯然係為掩飾即將從事之不法行為，避免事後因丙騎乘自己機車接應其離開現場途中可能敗露身分而遭查獲之掩飾犯罪之舉，仍基於幫助己之犯意，依其囑咐騎乘機車在巷口之便利商店前等候接應。嗣己開槍殺人後，快步跑至巷口與戊會合，戊即基於幫助己迅速逃離現場之犯意，騎乘機車搭載己往台北市方向逃逸。」（摘自最高法院 97 年度台上字第 3884 號[7]）

雖然本例中戊是依照己的指示在現場接應，但戊成立何罪並不是用己的犯罪計畫來決定的。以戊實際做的事來說，由於本例中己的實行行爲已經完成[8]，戊已經無法幫在實行行爲上、對實行行爲產生影響了，故也就無法成爲正犯犯罪的幫助犯（參前第四章第三節第四項第一款）。不過，該行爲可另構成湮滅他人刑事證據罪或藏匿人犯罪。

第二節 提供犯罪場所

第一項 一般房屋

例一：「甲承租房屋，提供予乙使用。乙即利用該屋，基於意圖營利販賣第一級毒品海洛因及第二級毒品安非他命之犯意，在該屋持有海洛因及安非他命。而甲明知上情，仍資以助力，繼續提供該屋幫助乙持有海洛因及安非他命。」（摘自最高法院 98 年度台上字第 585 號[9]）

---

[7] 本判決見解認爲是不處罰的事後幫助行爲。

[8] 如果正犯的實行行爲尚未做完，甚至是要靠著行爲人的搭載才能夠完成（例如正犯坐在機車後座搶奪路人的皮包），則屬幫助行爲固無問題。

[9] 最高法院似乎是認爲提供屋子的行爲本身並非「因自己行爲致有發生犯罪結果之危險」，即非危險前行爲，因而發現住客於內犯罪時，也不產生應防止犯罪發生的作爲義務，無法成立不作爲幫助犯：「不作爲者必在法律上或防止他人犯罪之作爲義務，違反其義務能防止而不防止者，始

例二：「丙以幫助之意思，將其房屋出租予丁擺設電動賭博機具與人賭博財物。」（摘自司法院（82）廳刑一字第 05283 號法律問題研究[10]）

如果一件事在哪裡作都一樣，那麼場所就只是一個靜態、讓人在內活動的空間而已，此時場所與這件事的完成之間便看不出什麼緊密的關係。如例一中「意圖販賣而持有毒品」這樣的犯罪，對於場所幾乎沒有任何限制，不論正犯身在何處都能做得到，就算沒有房屋，放在車上或隨身攜帶也仍然可以「持有」，故甲提供房屋予乙使用的行爲，沒有什麼能夠特別適合於乙實現法益侵害的特性，應該連前類型的法益侵害性都沒有，一般在追究刑事責任時，也不太會注意到提供此種場所的行爲，一旦追究便很容易產生選擇性執法。

雖然房子只是一個空的建物，用來作什麼都可以，出租行爲本身似乎不朝向法益侵害，但像是在例二中丁之行爲所構成的「意圖營利而供給賭博場所」這樣的犯罪中，賭場的存在本身就是評價重點、表彰了法益侵害，那麼丙提供房屋的行爲便可能具有因果上意義[11]。通常，「場所提供者」指的是負責管領場所內活動

與不作爲之幫助相當。若無防止之義務，而僅於他人實行犯罪之際，以消極之態度不加阻止，不得遽論以幫助犯。丙將上開承租之房屋，借與丁使用，對嗣後丁在該屋，意圖販賣而持有海洛因及安非他命行爲，如何有防止之作爲義務；而於丁意圖販賣持有該二項毒品行爲繼續中，未向丁要回租屋行爲，如何係違反其義務能防止而不防止。原判決均未見說明，遽論其爲幫助犯，尚嫌速斷。」

[10] 原本的座談議題，只是討論要論以幫助常業賭博罪、還是連續幫助常業賭博罪，已理所當然認爲租房子是幫助行爲。刑法第 267 條常業賭博罪已在 2005 年廢除。

[11] 其實，助力的用途本來就是跟隨其標的而定的，當房屋已現實上由承租的丁引導到用於造成「開設賭場」此種犯罪中的法益侵害時，丙之行爲抽象上不具危險性一事，至多便只是在與其他造成法益侵害結果之因素比較因果貢獻時，會被評價爲貢獻較低而已，仍不會影響丙之行爲的幫助行爲性。如果這樣的判斷結論令人感到疑惑，問題應是出在賭博罪本身的保護法益是「敗壞風氣」，這使得任何有這類意味的東西只要出現在眾人面前，都可視爲能夠導致「不良風氣擴散」而具法益侵害性，因而才使提供房屋硬體也可評價爲增益了實行行爲的法益侵害性。其實，賭博罪的除罪化倡議已行之有年，在國家的支持下，具射倖性的公益彩券都發行十幾年了，馬祖也即將被規劃爲博奕特區，國家光明正大地帶頭作莊，實務上卻仍以敗壞社會風氣爲由，大力取締、掃蕩賭博性電玩，動輒株連數十、上百人判刑（賭客及遊樂場工作人員全部都成立犯罪），其實是一個嚴重的刑事政策上缺失，但注意到這個問題的論者似乎不多。

的人，而不是房屋所有權人，但如果場所之提供本身已是正犯的實行行爲的話，背後的房東便有可能被懷疑能否成立幫助犯。若類比於日常生活經驗來聯想，諸如開餐廳、設立門市據點之類的活動，如果生意興隆，有時也的確會歸功於場所（地段好、場地大等），故丙出租房屋給丁之行爲，可算是具有前類型的法益侵害性。在一般之刑罰預測可能性方面，由於一般人出租或出借房屋時，通常會關心承租人或借用人的用途，社會上此種慣行的存在，使得假使一般人立於丙的立場，也不會覺得丁在房屋中擺設電動賭博機具供公眾賭博不關自己的事，也就是說，丙沒有理由辨識不出自己出租房屋的行爲對丁之犯罪具有因果作用、可能成爲犯罪行爲的意義，故也會具有刑罰預測可能性。

丙之行爲若進入幫助行爲性判斷，則在形式的文義方面，依照一般的語言使用習慣，一般人若立於丙的立場而自問「我將房屋租給丁擺設賭博機具，有幫助丁開設賭場嗎？」，答案應會是肯定的。實質的類型化法益侵害性方面，由於作爲幫助標的之實行行爲是供給賭博場所，「場地」形成實行行爲的重要特徵，故丙租屋給丁的行爲可算是已幫在實行行爲上，具有直接性；又本罪的保護法益依通說是社會善良風俗[12]，實行行爲的法益侵害性即展現在開設賭場所造成的賭博風氣擴散，只要提供場地供擺設電動賭博機具，都有利於推廣、讓更多人可前來賭博，就算交通不便利、格局不理想，有這個據點都總比沒有來得能夠助長賭博風氣之擴散，故丙之行爲會是一種朝向法益侵害、增進丁之實行行爲的法益侵害能力的助力，即具有（有法益關連性基礎的）有用性。最後，在幫助行爲的次要特徵方面，丙之出租行爲亦無欠缺，故丙之行爲確實可評價爲是丁開設賭場行爲的幫助行爲。

另外，比較例一與例二的特性，是無償提供還是有償提供的差異，其實不會影響行爲本身的性質及違法性高低[13]。又，場所提供者是一開始就知情、還是嗣

---

[12] 參蔡聖偉，〈賭博罪保護法益之探討〉，收錄於氏著，《刑法問題研究(一)》，2008 年 7 月，339-341 頁。

[13] 作這樣的說明，是因爲實務上有時會以「對犯罪有無利益」作爲認定行爲人涉案程度的指標，

後才知情，也只是影響挑選哪個評價對象（是評價一開始提供的作爲，還是以一開始的提供行爲爲危險前行爲，而評價嗣後的不作爲）才能構成幫助犯而已，只要不要對相同的危險性內容作重複評價即可。

第二項 特殊功能場所

如果一個犯罪場所並沒有特別適於法益侵害實現的特性，就只是事情發生的空間、地點而已，則一般人通常根本不會將這個因素判別爲有因果上作用，也就是提供場所的行爲會連前類型的法益侵害性都沒有；如果該場所具有一些特別能夠助益於犯罪完遂的特性，使一般人注意到這個因素在犯罪當中的作用，那麼便須進一步考慮有無相關規範存在，而影響一般的刑罰預測可能性。

例如一間實驗室中有特別適合製造毒品的設備，提供實驗室的行爲在製造毒品罪中便會具備法益侵害傾向。不過，目前國內有關實驗室管理的法規，幾乎均僅重視安全、衛生方面，而較無針對犯罪防制方面的要求[14]，那麼，當有人利用實驗室製毒，此時提供實驗室的行爲，其實會比有法令直接科予實驗室負責人犯罪防制義務時，還更容易被認定爲有刑罰預測可能性。因爲如果法令直接規定應如何防範，一般人立於實驗室負責人的立場，多半較容易基於對規範的信賴，而認爲只要盡了法令要求的義務，便能使提供行爲免除犯罪意義，因而也就欠缺刑罰預測可能性[15]；但既然欠缺直接的法令規定，行爲人只能參考同業規範及憑一

實則助力的法益侵害性強弱或是因果貢獻高低等，與行爲有無對價都是無關的。

[14] 我國似乎沒有特別注意到專業儀器設備被用來從事犯罪的風險，故未見相關規範責成機構負責人。不過，倒是有透過監督原料的供應廠商，科予申報資訊的義務來防止毒品製造。毒品危害防制條例第 31 條第 1 項：「經濟部爲防制先驅化學品之工業原料流供製造毒品，得命廠商申報該項工業原料之種類及輸出入、生產、銷售、使用、貯存之流程、數量，並得檢查其簿冊及場所；廠商不得規避、妨礙或拒絕。」經濟部即依本條制頒了「先驅化學品工業原料之種類及申報檢查辦法」。

[15] 這並不是意味著行政法上的合法判斷能夠阻卻刑法上犯罪之成立。一方面，必須其他法令科予的義務與刑法上特定種類犯罪之防範間存在明顯的對應，才可能使一般人在盡了這些義務時，變

般的生活經驗來判斷行爲的意義。如果其他實驗室負責人的作法通常是會實質監督使用者所進行的工作內容[16]，實驗室設備對於製造毒品所提供的因果助力又算是相當顯著，一般人立於行爲人的立場，一旦知情往往都無法不產生警覺，難免能夠意識到行爲的法益侵害意義，那麼提供實驗室的行爲便具有一般之刑罰預測可能性。

當然，即使通過前類型的判斷，接下來仍須就幫助行爲的類型性要件逐一檢驗。只是在上述的事例中，真正的問題其實不會出在幫助行爲性，而是不作爲幫助犯究竟應如何撤回所付出的助力、脫離共犯關係的棘手問題。若是共同正犯，必須制止犯罪之發生方能脫離，但對幫助犯是否也須要求確保犯罪結果不發生方能脫離？如果不必，又應如何認定所提供的助力已經撤回？

第三項 旅館及三溫暖—附論不作為幫助行為的判斷[17]

得對造成特定犯罪的法益侵害一事失去刑罰預測可能性，如果二者間並無對應，遵守行政法規也不可能解消行爲人對於法益侵害行爲之犯罪意義的意識；另一方面，即使盡了法令要求的犯罪防範義務，但如果行爲人創設出的是額外、逾越法令預設的危險，那麼，盡法令義務也依然不足以解消這部分行爲的法益侵害意義。

[16] 例如「國立臺灣大學實驗室負責人注意事項」第 5 點，要求：「實驗室負責人應確實掌握實驗室所採購之物品材料及*各種研究活動*，以避免災害或*違法情事*發生。」資料來源：http://host.cc.ntu.edu.tw/sec/all_law/1/1-45.html（造訪日期：2012/8/5）

[17] 本文使用的判斷架構，其實在不作爲犯的要件也能夠找到對應：1.前類型的法益侵害傾向：依一般生活經驗觀點，該法益存在行爲人的支配領域當中。不問有沒有保證人地位的基礎，對支配的排他性要求也不是很強烈；2.前類型、一般之刑罰預測可能性：一般人立於行爲人的立場，能否辨識出自身行爲（不作爲）具有作爲犯罪行爲而可能招致刑罰的意義。內容與作爲犯大致相同；3.行爲符合條文文義（類型化的刑罰預測可能性）：在不作爲犯的判斷當中，這部分的要求時常是被架空的（正因這個特性，在缺乏相當於我國刑法第 15 條規定的日本，才會有論者主張承認不作爲犯有違反罪刑法定原則的疑慮），此點不論是對於幫助行爲還是正犯的實行行爲皆同；4.類型化的法益侵害性：由於在不作爲犯的判斷中「3.」的步驟被架空，行爲的類型性特徵只能於這個判斷階段中確保，故必須格外嚴謹。爲確定對不作爲幫助行爲值得給予與作爲的幫助行爲等同的評價，必須檢討在不作爲當中能否看出幫助行爲所應具備的直接性、有用性等類型化法益侵害性特徵。對法益的排他性支配，即相當於「法益關連性」的要求，而就像是其他類型性特徵是

立法者有時會預想到某些場所容易支助犯罪，而科予場所負責人一些防範義務，例如旅館業管理條例要求旅館業者提供住客資料及發現犯罪嫌疑時報警或處理[18]。其實，一般的旅館房間只是一個起居空間，沒有什麼特殊的配備，通常難以辨認出對於特定犯罪結果的法益侵害傾向，場所提供行爲本來應該由於欠缺前類型的法益侵害性而毋須進一步討論犯罪成立之可能性。但是當旅館中發生犯罪時，法益會事實上處於旅館業者的支配領域範圍中，旅館業管理條例既直接科予業者防止之義務，則當業者未盡到時，便可能根據刑法第 15 條第 1 項成立不作爲的幫助犯[19]。依第 15 條第 1 項的法律上防止義務成立不作爲犯，所根據的不是

供法益關連性賦形之用，同樣的道理，形式上來自法令或前行行爲的保證人地位，也是供實質上對法益的排他性支配賦形之用，不作爲能否稱得上幫在正犯的實行行爲上、具有增進實行行爲之法益侵害性的作用，也須從保證人地位的內容當中看出。行爲的因果作用達到一定之強度，有時也是法律所要求的行爲類型性特徵內容（參第五章第一節第三項），而就如法益關連性是影響行爲因果作用強度的關鍵因素，在不作爲犯當中，排他性支配的強烈程度也是決定不作爲具有多少推進結果之實現的能量的關鍵。另外，在後第四節第二項中也有不作爲幫助行爲的相關論述。

[18] 旅館業管理規則第 23 條第 1 項：「旅館業應將每日住宿旅客資料依式登記，並以傳真、電子郵件或其他適當方式，送該管警察所或分駐(派出)所備查。」第 27 條：「旅館業發現旅客有下列情形之一者，應即報請當地警察機關處理或爲必要之處理。一、攜帶槍械或其他違禁物品者。二、施用毒品者。三、有自殺跡象或死亡者。四、在旅館內聚賭或深夜喧嘩，妨害公眾安寧者。五、未攜帶身分證明文件或拒絕住宿登記而強行住宿者。六、行爲有公共危險之虞或其他犯罪嫌疑者。」

[19] 於此應與所謂「事前」及「事後」的幫助區辨：1.旅館業管理條例第 27 條第 6 款要求業者只要發現旅客的行爲有犯罪嫌疑，即應報警或處理，但「有犯罪嫌疑」不一定是在旅館內犯罪，可能只是與人商談或作犯罪之準備而已，即旅客在旅館內僅進行了犯罪的陰謀或預備行爲。此種情形如果業者未依法報警或處理，只是違背行政法上義務而已，對於旅客在離開旅館後才著手實行的犯罪，不會構成幫助犯。按現行刑法本不擬處罰對陰謀、預備正犯的幫助行爲（參 2005 年刑法第 28、30 條的修正理由。併參第五章註 29），故除非是依照法益及具體實行行爲的特性，可評價爲是對*實行行爲*的幫助，才有探討的必要。但對正犯的實行行爲來說，因業者提供的助力是一種不作爲，而旅客離開旅館後，被害法益在物理上已經脫離業者的支配領域範圍（有些法益沒有物理性的形體，例如名譽、風俗等，只能從正犯的實行行爲辨認「所在」，便只能從社會心理的角度認定是否在業者的支配領域範圍中），社會心理上一般人對旅館業者的角色也不會期待他繼續追蹤照顧該等法益，即業者已經對保護法益喪失排他性的支配，故無從產生作爲義務，也無法成立不作爲的幫助犯（其實，一旦失去對法益的排他性支配，也就失去幫助行爲所要求的法益

行爲人創設的法益侵害危險性，只是一種政策上的法益保護負擔分配，故一般情形下，業者只要盡到法規上要求的義務，即使終究未能避免犯罪發生（例如發現住客有通姦之嫌，已報警但警察沒有來處理），也已可避免成立刑法第 15 條第 1 項的不作爲幫助犯[20]。

但是，如果對某些犯罪來說，旅館客房本身就已經能夠稱得上是該種犯罪的助力（而不是無關、欠缺前類型的法益侵害性）[21]，那麼旅館業者提供犯罪場所的行爲便可能成爲刑法第 15 條第 2 項中的危險前行爲，此時成立不作爲犯的根據是行爲人自身創設的法益侵害危險性，即使盡法令上要求的報警義務，也未必能產生破除支配領域或斷絕法益關連性的效果。不過，不作爲的幫助行爲仍須具備幫助犯的類型化法益侵害危險性，才值得給予與作爲的幫助行爲等同的評價，此處能夠產生作爲義務的前行行爲，本身應即具有增進了實行行爲之法益侵害能力、將實行行爲朝結果實現推進的作用，否則也不會因此而負有必須除去幫助效果的義務。

關連性了，即使原本具備直接性、有用性等類型性特徵，此時也會一併失去依據）。2.另外，旅館業管理條例第 27 條第 6 款所稱業者發現旅客「有犯罪嫌疑」，是否包括已經結束的犯罪（例如看見旅客衣物上帶有血跡），解釋上有疑義。如果包括的話，業者對已結束的犯罪當然也無法提供幫助（參前第四章第三節第四項第一款），只有是否另構成藏匿人犯罪的問題。

[20] 背後的原理是：報警使警方有機會介入，已具有打破、敞開支配領域的作用。而如果從幫助行爲性的角度來說，則是使行爲提供的助力失去法益關連性（「不作爲」的助力本即從規範觀點解釋出來的，由於有規範上義務之存在，才使「不作爲」的助力能夠導向法益），導致無法支撐有用性要求。

[21] 有些類型的犯罪會特別依賴場所要素，例如寄藏贓物、藏匿人犯、藏匿被略誘人或被和誘人、意圖營利而容留他人性交猥褻等，在這些犯罪中，提供場所的行爲便可能成爲幫助行爲，甚至本身是正犯的實行行爲。另外，如果提供旅館客房的業者在寄藏、藏匿、容留的當下即知情，固無問題；如果嗣後方知，該等犯罪不處罰過失犯，便須評價其不作爲方可能成立犯罪。不過，業者何時知情只是決定法律評價的對象是作爲還是不作爲而已，實則寄藏、藏匿、容留等行爲本身的特性，即要求收受的狀態須持續一定之時間，如果收受當下即知，但一收受立刻報警，也並不能說犯罪已經成立，通知警方只是自首而已。故不論業者何時知情、評價對象是作爲還是不作爲，規範上都會留一些讓業者處理的緩衝時間，不至於立刻構成犯罪。

然而，由於在我國社會中，民眾習於將犯罪事件留給官方處理，而非以公民自衛的方式即時地解決，「報警」被認爲是能夠對應於各類犯罪的防範措施，故只要業者涉入犯罪本身的狀況不深（僅僅以一般旅館同業的服務方式對待有犯罪嫌疑的旅客，而非以不尋常、格外能夠促進法益侵害發生的方式提供住宿服務），原則上只要已報警，即使終究未能制止犯罪之發生，但一般人立於旅館業者的立場，通常也會認爲自己已盡了法令要求的義務，加上同業間也存在不隨意干預住客隱私的行規，此種情形下應會很容易基於對規範的信賴，而認爲已可免除提供客房之行爲的犯罪意義，因而欠缺刑罰預測可能性。

另外，功能類似旅館而能夠休息、過夜的地方，還有如三溫暖、KTV 等場所。該等場所屬於所謂的「八大行業」，要科予業者什麼樣的犯罪防範義務，是由各縣市分別決定，以台北市爲例，業者需要承擔的義務未如旅館業那麼強烈，並非發現所有的犯罪嫌疑都有報警義務，也毋須登記所有顧客的身分資料[22]。故當有客人在該等場所內犯罪，場所負責人是否會構成幫助犯，便應用上述的原則進行判斷：1.先看是否屬於法規上科予場所負責人防止義務的犯罪，如果不是，則視對該種犯罪來說，場所本身能否稱得上是一種助力，如果也稱不上，便欠缺前類型的法益侵害傾向，不予阻止也不會構成任何犯罪。2.如果是法規上科予場所負責人防止義務的犯罪，業者若未依法規上的要求採取行動，便可能成立刑法第 15 條第 1 項的不作爲幫助犯；或者，如果場所本身稱得上是該種犯罪的助力，縱使法令上未科予場所負責人對此種犯罪的防止義務，但仍可能成立刑法第 15 條第 2 項的不作爲犯。此時便需進一步討論行爲有無幫助行爲性。3.不過，在進入幫助行爲性的討論之前，同業的作法及一般生活經驗的判斷其實已會先影響一

[22] 臺北市舞廳舞場酒家酒吧及特種咖啡茶室管理自治條例第 10 條：「本自治條例所定之營業，其負責人或從業人員發現有下列情事之一者，應即通報警察機關處理：一、攜帶違禁物品者。二、鬥毆或酗酒滋事者。三、涉有吸食毒品，行爲怪異者。四、其他影響公共秩序者。」第 11 條：「本自治條例所定之營業，應於營業場所備置登記及許可文件，並於出入口明顯處標示未滿十八歲之人不得進入，並嚴加勸阻；對顧客之年齡身分難以識別者，請其出示身分證明，無身分證明或不出示身分證明者，應拒絕其進入。」

般刑罰預測可能性之有無，如果一般人立於該業者的立場，也都無法辨識出「不制止」一事具有犯罪意義，那麼行爲人不制止的行爲便欠缺前類型的刑罰預測可能性而無法成立幫助犯。

第三節 提供業務性服務

以下挑選三種工作方式不同的業務分別探討：第一項中影印店所提供的服務，其性質屬民法上的承攬行爲；第二項中報紙廣告記者所提供的服務，是民法上的居間行爲；第三項中挖土機駕駛所提供的服務則算是民法上的委任行爲。不過，這些事例都只是對案型的例示而已，實則是否爲幫助行爲的判斷結論並非跟隨這樣的分類，而是仍視個案而定。

第一項 承攬行為

例一：經營影印業務之人甲，受經營大家樂簽賭之乙的委託影印簽賭卡等賭博道具。(法務部檢察司 78 年 8 月 19 日法檢(二)字 1137 號[23])

在吾人日常生活中，各種印製品無所不在，如果依照與一般日常事務相同的標準，簽賭卡也就和其他的各種表單一樣，只是從事活動的道具而已，一般根本不會認爲對於活動的成敗有何作用。若類比於生活當中的其他經驗，就像餐廳的點菜單也是由影印業者所承印，但吾人也不會認爲影印點菜單的行爲對於菜好不好吃、或餐廳生意好不好有任何影響。故如果用一樣的邏輯思考甲爲乙影印簽賭卡的行爲，則應該已欠缺對賭博罪保護法益的前類型法益侵害傾向，而無庸討論有無幫助行爲性。

[23] 轉引自洪兆承，《中性行爲與幫助犯》，政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月，13 頁；林育駿，《從「中性行爲」論幫助犯的成立要件—以幫助因果性與幫助故意爲中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2011 年 6 月，9 頁。實務上對影印店業者以詐欺幫助犯論處的案例，如臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3116 號。

第二項 居間行為

例二：丙在報社擔任工商記者，亦從事招攬報紙廣告之工作，受丁委託刊登用以詐騙的假中獎訊息廣告。（最高法院 96 年台上字第 7142 號[24]）

廣告能夠招來顧客，在本事例中則是招來受害人。依吾人一般的日常生活經驗，對於一個需要有人參加才能夠辦成的活動來說，通常會承認「廣告」會影響成敗、具有因果方面的作用，即本例與例一不同，丙的行為對於詐欺罪的保護法益具有前類型的法益侵害傾向並無問題。

而在一般之刑罰預測可能性方面，報紙廣告記者同業間的規範，也不是只顧刊登，而是要求應稍作審查。按中華民國報業道德規範[25]中關於廣告的部分，規定：「一、廣告內容所宣稱者，應真實可靠。」、「五、報紙接受委刊分類廣告，應負查核、過濾之責，其證件不全或內容不明確者，應拒絕刊登。」不過，這兩點所要求的查核義務程度其實是互相矛盾的，因為如果依「一」，即要求業者須查證確定廣告所宣稱的內容為真，這在現實上往往難以達成；如果依「五」，將應該拒絕刊登的情形作反面解釋，則寬鬆許多，即大致上只須證件齊全、內容明確便可刊登。究竟應採什麼標準存有疑義[26]，報紙廣告記者同業間所遵循的似乎是較寬鬆的「五」之標準[27]，甚至從吾人實際上可在報紙中看到的分類廣告以觀，

---

[24] 本案經上訴二、三審均駁回。二、三審案號：台灣高等法院高雄分院 95 年度上訴字第 438 號（95 年 5 月 9 日）、最高法院 96 年度台上字第 7142 號（96 年 12 月 13 日）。對於這個案件的精闢分析評釋，參黃榮堅，〈幫助犯之不法與故意—評最高法院 96 年台上第 7142 號等判決〉，法令月刊 62 卷 3 期，2011 年 3 月。

[25] 「社團法人中華民國新聞媒體自律協會」於民國 90 年組成，成立「中華民國新聞評議委員會」，制頒此處所引用的「中華民國報業道德規範」。

[26] 中華民國報業道德規範中規定：「本規範如果有疑義，由中華民國新聞評議委員會解釋。」但目前似乎也尚未發現關於廣告刊登查核標準的解釋例。

[27] 例如蘋果日報分類廣告刊登辦法：「…2.本報社不代委刊人校稿；委刊人授權稿件依網路刊登系統上之委刊內容由蘋果日報編排，不需回傳委刊人校稿；有關刊登事宜均由蘋果日報處理。蘋果日報並保有拒絕刊登的權利（如：交友、色情、猥褻、賭博、借貸、徵信...等內容）。3.委刊人

業者可能在內容明確方面也根本沒有把關[28]，即連「五」的標準都未達到。

行爲規範的存在若影響行爲有無一般之刑罰預測可能性，必定是該行爲本身是符合一般規範要求的，才有可能主張一般人立於行爲人的立場時，都會因信賴規範之故而無法預測到遵守規範的行爲會遭受刑罰，因而辨識不出行爲的犯罪意義、欠缺刑罰預測可能性，如果該行爲本身已經不符合規範，自然也就無法產生這種信賴。而到底怎麼做才算是已經遵守了規範，與行爲人主觀上是否知道廣告內容的真假是無關的，因爲一般之刑罰預測可能性影響的是構成要件當中「行爲」要素之有無，而非主觀構成要件要素或罪責的問題，故即使主觀上知道廣告內容虛僞，但如果遵守一般規範一事已導致行爲不具備一般之刑罰預測可能性，那麼便已因客觀上行爲要素之欠缺而無法處罰了，也毋須進入主觀要素的討論。

本例所依據的實際事實中，丙受委託刊登的廣告內容是：「遠東科技金猴迎春贈獎活動各項獎品、中獎序號公告如下，各中獎人得憑身分證、印章、兌獎卡，親臨公司現場領獎或洽客服部」、「公告：恭賀遠東科技劉安東（桃縣）、呂燕芬（苗壢）、李明宗（嘉縣）、邱雅惠（高市）等 4 名會員中彩，特此公告」。這樣的文案其實沒有明顯不合理之處，內容也尚稱明確，應已符合中華民國報業道德規範中「五」之標準及報紙廣告記者同業的慣行。即使這則假公告是丁所設計的詐術的一個環節，甚至丙也知情，但只要在丙之行爲周遭所呈現出的法益侵害情勢尚不顯著，加上行爲符合一般規範，一般人立於丙的立場，其實仍會很容易忽

提供之身分資料均爲真實；所提供之廣告內容如違反相關法規或造成損害，概由委刊人自行負責，與蘋果日報無涉。若因廣告而造成蘋果日報損害，委刊人同意賠償蘋果日報一切損失及費用（含律師費及訴訟費）。」資料來源：http://tw.classified.nextmedia.com/ncs/service/jcnav_04.cfm（造訪日期：2012/8/5）

[28] 例如蘋果日報 2012/8/5 的分類廣告，其中有些文案內容只有「利息低 可分期 09XX-XXXXXX 吳小姐」、「掌握創業時機 技術領航時代 習得一技之長 輕鬆易學 男女皆宜 09XX-XXXXXX 廣告勿擾」、「蘆洲 誠徵 機車族 or 司機 男女皆可 月入七萬起 自備小發財 貨廂型車 or 機車 09XX-XXXXXX」等，似乎都暗藏玄機，稱不上內容明確。

視行爲的法益侵害傾向而覺得事不關己[29]，即該行爲會因欠缺一般之刑罰預測可能性而不屬於刑法上預定處罰的行爲。

第三項 委任行為[30]

例三：戊受未依廢棄物清理法第 41 條第 1 項之規定領有廢棄物之清除、處理許可的己雇用，開挖土機將砂石車運來的拆屋土方予以整平，埋入土地。（臺灣桃園地方法院 100 年度訴字第 239 號[31]）

---

[29] 但是，如果丁是明確告知丙刊登這則廣告的用途，則會使丙之行爲周遭的法益侵害情勢變得顯著。這並非是用行爲人知道與否或知情程度來決定行爲的性質，而是「委託人主動告知」這個客觀事實本來就也是行爲周遭情勢的一部分，至於若是丙自己查出或猜出廣告的用途，則不會影響行爲的性質。而行爲周遭的法益侵害情勢顯著化一事，其實只影響刑罰預測可能性，而不影響行爲的法益侵害性，故依本文所設計的判斷流程，「被明確告知」這個因素必以行爲已具備前類型的法益侵害傾向爲前提，才會發揮作用（作爲判斷一般之刑罰預測可能性時的一個考量因素）。例如若換做是計程車司機搭載乘客前往犯罪現場，則就如前第一節第一項中已分析過的，一般人都不會認爲開車搭載之行爲對於乘客所從事的活動有什麼影響、稱得上一種因果作用，即欠缺法益侵害傾向，就算乘客主動告知司機欲前往犯罪，此事實也無法使司機的搭載行爲就變得有法益侵害傾向。相形之下，本案中丙之行爲在丁的詐欺罪當中的因果作用大致清楚，只是法益侵害傾向還沒有高到難以忽視的程度（雖然丙之行爲如果在刑罰預測可能性方面過關，進入類型性要件判斷時，會由於已是詐術的一部分，甚至可認定爲實行行爲，但屬於哪種參與類型的行爲，與因果作用的強弱本無必然關係，也不是說實行行爲的因果作用就必定高於幫助行爲。只是實行行爲既有直接引起犯罪結果的能量，至少必定表彰明確的法益侵害性），而還有討論一般之刑罰預測可能性的空間（參前第三章第三節第三項第一款第二目）。故「被明確告知」一事只是有可能削弱「遵行規範」一事的作用，而使一般人立於行爲人的立場時，變得無法忽視行爲本即具有的法益侵害傾向、可能作爲犯罪行爲的意義，因而產生刑罰預測可能性。

[30] 本事例不是僱傭關係，因爲戊非固定爲己一個雇主服務（己通常會找戊來做，這只能算是常客或一種特約關係）；至於委任與承攬本即不易區分。委任是以處理一定之事務爲任務，承攬則重視成果、要求一定工作之完成，本事例中戊是依己的指示整理土方，砂石車運來多少就填埋多少，故認爲其性質偏向委任。

[31] 廢棄物清理法第 46 條：「有下列情形之一者，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金：…四、未依第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物。」本案中戊是被認定爲共同正犯，判處有期徒刑壹年貳月，緩刑參年。現行實務上，挖土機駕駛、砂石

按「未受許可」的廢棄物清理行爲未必都會造成法益侵害[32]，須視實際的清理方式而定，像本案中，拆房子遺留下來的土方是雜亂的營建混合廢棄物，當中有些成分可回收再利用，應依內政部訂定之「營建事業廢棄物再利用管理辦法」處理，無法再利用的成分則應交由專業的廢棄物處理機構處理，逕將土方壓平掩埋在一般土地中，內含物質不論是無法腐化、或是經過化學作用滲入土壤，都會影響該土地日後的利用，再加上雨水沖刷滲流，並會使污染擴散，故確實是能夠產生法益侵害的行爲。在這樣的法益侵害方式當中，開挖土機整埋土方的行爲明顯具有法益侵害傾向，前類型的法益侵害性方面固無問題；不過，一般之刑罰預測可能性方面則需要稍作討論。

對行爲法益侵害意義的認知以具有相關知識爲前提，但私自掩埋土方之行爲會污染環境一事，未必是國民普遍具備的常識[33]。如果一般人不理解爲什麼即使得到土地所有權人的應允，還是不能將營建廢棄物埋在土地中，只知道凡是「未

車司機、在掩埋現場把風或指揮車輛進出的人等成立本罪共同正犯的案例相當多。

[32] 廢棄物清理法第 1 條規定該法的立法目的是「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」，環境衛生、國民健康的性質屬社會法益。社會法益不可能產生實害，只能以具體危險之存在認定法益侵害。

[33] 這是所謂的「行政刑法」（在行政法中設刑罰規定，以刑罰手段管制本屬行政違規的行爲）時常會出現的弊病，通常是在正犯處討論，但幫助犯一樣會遭遇到。即使作爲管制對象的行爲確實有法益侵害性，加以處罰並不會欠缺刑罰正當性或違法性，但當一般人都還欠缺這樣的知識時，處罰便無異於不教而殺、利用刑罰來教育民眾，這樣的立法本身侵蝕到多項憲政價值理念，而有違憲之虞（參第四章第一節第一項第三款）。當然，還是必須行爲人有故意方能夠處罰，但故意所要求認識的對象，是包含該廢棄物清理行爲的法益侵害性，還是僅僅行爲「未受許可」一事？若是前者，除非將「環境污染」簡化到很粗淺的層次（僅指物理上弄髒、弄亂，而不及於後續的化學或生態上變化作用），否則可能多數國民均無法具備；若是後者，是只要求認識到行爲的規範違反性，不要求認識支撐刑罰正當性的事實，表示國家所設想的人民是僅憑藉對規範的認知來決定自己的行動，不必理解行爲造成利益侵害的意義，背後的邏輯便是把人民當芻狗（只會服從而不會思考），刑罰只是用來灌輸新的規範。不論是希望透過刑罰來教育民眾、還是形塑新的行爲規範，都已逾越了國家的行爲分際。如欲達成這些功能，與其訴諸刑罰，其實應使用行政罰手段較妥，因爲刑罰不只是較重的法律效果而已，而是伴隨高昂的成本（不論是對社會還是對受處罰者個人）及許多負面的副作用，大量使用刑罰所產生的問題遠比所解決的問題多。

受許可」的廢棄物清理就應受處罰，那麼，這是只認識到行爲的規範違反意義，而未認識到法益侵害意義。不過，前類型的刑罰預測可能性本來就不是用一般人的知識(knowledge)爲標準，只是借助一般人的判斷(judgement)，以確保行爲具有適於進入類型性特徵判斷的性質而已，故會假設行爲人是已理解科學上的法則，對事實怎麼發生、行爲如何具有法益侵害傾向有完全的掌握，在此前提下討論一般人立於行爲人的立場時能否辨認出行爲的犯罪意義。如果科學知識顯示行爲與法益侵害之間的關連薄弱，那也就以這樣的知識基礎來判別行爲的意義。

本例的事實中，行爲客觀上確實有法益侵害性（能夠產生環境污染的具體危險），而不是只有規範違反性，不論一般人是否認識到，這樣的性質都依然存在。影響前類型之刑罰預測可能性的因素，一方面是因果、一方面是規範（參前第三章第三節第三項第一款），從因果觀點觀之，行爲的法益侵害傾向清楚，而從規範觀點觀之，行爲也未因遵行某種法令或普遍獲得認可的生活慣行[34]，而可能影響對行爲犯罪意義的辨識，那麼，便沒有什麼因素能夠影響一般人立於行爲人之立場時的刑罰預測可能性了。雖然挖土機駕駛的工作方式，通常是聽從雇主的指示操作機具，領取工資，故可能會認爲「我只是拿錢辦事，老闆違法關我什麼事？」不過，當從因果及規範觀點分析，行爲人的這種想法都沒有客觀上的基礎時，那麼便只是單純任性而已，沒有顧慮其遭刑罰突襲的必要[35]。

如進入幫助行爲的類型性特徵判斷，則戊的行爲將很容易通過[36]。文義方面，

---

[34] 即使大家常這樣作，但如果大家作的時候其實也都覺得不應該，那麼這樣的慣行並沒有受到普遍的認可。

[35] 一般人若對這樣的抗辯感覺到認同，往往是因爲無法感受到行爲的嚴重性，而這如果不是由於行爲的法益侵害性真的就不高（當立法處罰雞毛蒜皮的行爲時，便會出現這種狀況。一般人覺得這樣的因果作用「不高」，是對行爲意義的一種分辨、判斷，會影響一般之刑罰預測可能性），便是由於科學知識普遍不足，而對於行爲的法益侵害性發生誤認。不過，科學方面的錯誤不會產生出規範性，此點也是社會上一般的共識，故即使是社會上普遍存在的誤解，仍不會影響行爲客觀層面的評價（含一般之刑罰預測可能性在內），只是許多人可能都會因欠缺故意而無法處罰而已（參第四章註 48）。

[36] 實則戊之行爲本身已能夠評價爲實行行爲（即使這與戊之行爲是幫助行爲一事也並不衝突），

本例中正犯的實行行爲是「未受許可清除、處理營建廢棄物」，依照一般的語言使用習慣，戊開挖土機將拆屋土方整平埋入土中的行爲，吾人可以稱爲是「幫助」清理廢棄物；類型化的法益侵害危險性方面，正犯以直接埋入土中的方式清理廢棄物，而此種清理方式可能造成環境污染，故戊開挖土機幫忙整平，有幫在實行行爲上，並且增益了實行行爲的法益侵害性，即助力具有直接性及有用性；而在幫助行爲的次要特徵方面，（其實由於在主要特徵方面的判斷結論清楚，這個部分是可以不用判斷的，但即使加以判斷：）戊之行爲亦具有針對性、無義務性、及一定之難度，可確定屬幫助概念範疇之核心。

第四節 任職於犯罪事業

第一項 事業本身即屬犯罪

例一：「在賭博性電動玩具店內受僱為打掃、搬運電動玩具、插拔電源等工作之雜役，及記帳、兌換硬幣之會計，應論以共同正犯或幫助犯？」（摘自 82 年 3 月 3 日司法院(82)廳刑一字第 05283 號[37]）

在例一當中，如前註 11 所述，由於賭博罪的保護法益是「社會風氣」，場所的營運本身便能導致風氣擴散，故使得支撐場所營運的行爲會具有法益侵害傾

甚至可能戊才是正犯，己只是教唆犯而已。

[37] 當時的研究意見結論是「依個案具體事實認定。(即參與賭博罪構成要件之行爲者爲共同正犯，以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行爲者始爲從犯)」。其實這些行爲連成立幫助犯都有疑義，遑論共同正犯。但目前實務上只要是賭博電玩店內的工作人員，不分工作種類，全部都成立共同正犯，案例數量相當多，例如：臺灣桃園地方法院 100 年度易字第 434 號，被判刑者包括負責人（有期徒刑 6 月）、店長、經理（以上有期徒刑 5 月）、櫃臺服務員（累犯，有期徒刑 6 月）、副組長、開分員、清潔倒茶水人員兼開分員、負責打掃採買的人員（以上有期徒刑 4 月）等，經上訴高等法院維持原判；臺灣高等法院 100 年度上易字第 1103 號，被判刑者包括負責人（有期徒刑 6 月）、現場負責人（有期徒刑 5 月）、從事開分、洗分、兌換代幣、寄分卡及現金的服務生（有期徒刑 4 月）、僅涉案 11 天負責在店外換錢的非正式員工（有期徒刑 3 月）等。以上均可易科罰金。至於賭客，一般則均判罰金。

向。不過，雖然場所之營運有賴許多人的貢獻，但在日常生活中，也還是會區分不同人員的貢獻。就像是一家經營成功的商店，除老闆外，可能還可歸功於進貨有眼光、服務親切、商品陳列吸引顧客選購等，即採購、店員、展場設計等人員算是提供了因果助力；但是，清掃、送貨、打雜、乃至單純收款記帳的會計人員等，則通常不太會成爲歸功的對象。如果採用相同的標準，在賭博性電動玩具店內從事這類庶務工作的人，應該也是連前類型的法益侵害傾向都沒有。

至於若進入幫助行爲性的判斷，雖然店內一般服務人員的行爲，在語用上大致可稱得上是「幫助正犯（電玩店負責人）供給賭博場所」；但如果進一步分析，若要具備幫助行爲的類型化法益侵害性，必須要能夠助益於賭博風氣之擴散、將實行行爲朝法益侵害結果推進，這便僅限於帶有業務性質、會促使客人光臨的行爲，才有這樣的作用。例如負責幫客人調整遊戲機台分數的開分員，工作內容通常還包含與客人聊天、在旁加油打氣炒氣氛等，這樣會提高客人繼續玩的興致；至於若只在場內負責機械性的工作，例如巡場倒茶水、在櫃臺兌幣、廣播等，則對實行行爲的法益侵害能力並無特別的助長，應仍無法算是已幫在實行行爲上。

而且，店內服務人員與前第二項第一款中所討論的房東的行爲不同，必須先有場地，賭博電玩店才能夠開在那裡，故房東的行爲再怎麼樣都是令賭博風氣擴散的助力；但是店內服務人員則有「幫倒忙」的可能，不是只要有人服務、讓場所能夠營運就好。賭博電玩店的開設本身便可吸引顧客上門，這方面不是服務人員的功勞；但如果服務不佳，卻有可能將已上門的客人趕走、或不想再光臨。故是否爲幫助行爲，不是看行爲人的職位，而是具體的工作方式而定，維持場所營運的行爲未必都有法益侵害性，如果服務人員的態度冷淡被動，對賭博風氣之擴散不但未提供助力，甚至反而成爲阻力，那麼行爲便會因欠缺法益關連性而無法成爲幫助行爲[38]。

[38] 這樣的論述是保留給許多爲了謀生不得已得從事這份工作的人，如果不要作得太敬業，至少還有免於構成犯罪的可能。但根本的問題仍是如前註 11 所述：國家爲什麼要這麼執著於大力掃蕩、偵辦賭博犯罪？本罪的保護法益模糊，連正犯行爲本身應否處罰都已有疑義，遑論周邊的幫助行

第二項 事業從事犯罪

例二：甲為了騙取貨物出售牟利，虛設一家紡織工廠，雇用乙擔任業務經理，負責尋找供貨廠商（被害人）、洽談生意；丙擔任廠長，負責在廠房操作機械以取信於被害人，以為工廠正常營運；丁為職員，負責跑銀行存款、領支票及貨品運送；戊擔任甲的秘書；己則為特約司機，將騙取的貨物運至隱匿處。（臺灣高等法院臺中分院 93 年度上訴字第 49 號[39]）

本例中公司行號的存在本身不是犯罪，此點與前述例一中事業之存在本身便可造成法益侵害者不同。即使本例中設立工廠在犯罪計畫中是預定用來行騙的，但公司本身依法設立，當時被害人也尚未出現，看不出法益侵害傾向。而與例一相同的，即使是用以犯罪的事業，乙至己等受甲指示所從事的工作有無法益侵害傾向，仍須個別判斷，並非凡是在事業中任職者，所做的一切就都會具有法益侵害傾向。實務上常將犯罪事業中所有「各有所司」的人員一網打盡、認爲都是有犯意聯絡的共同正犯，其實是相當粗率謬誤的判斷。支撐犯罪事業營運的行爲未必都與法益侵害相關；至於如果不是專爲犯罪所成立的事業，是一般的事業中有人從事犯罪、或利用公司資源從事犯罪，就更理所當然應個別判斷了[40]。

但本例特殊之處，還在於工廠自設立之初便從未從事過正常的營運及生產，這使得受僱者的存在本身即可能成爲詐術行使行爲的助力。按一般情形下，即使購貨不付款，也只是民法上的債務不履行而已，除非從購貨當時即可看出無履行債務之可能，才可能構成詐欺罪。詐欺罪的保護法益是財產處分的自願性[41]，本

爲。

[39] 本案甲被判處有期徒刑 2 年 6 月、乙有期徒刑 1 年 6 月、丙（累犯）有期徒刑 1 年 6 月、丁有期徒刑 1 年 4 月、戊有期徒刑 1 年 4 月，經上訴第三審駁回維持。

[40] 會特別強調此點，乃因實務上往往將所有只要稍微知情的行政庶務人員均認定爲幫助犯。在客觀層面只要行爲屬結果發生的科學上條件，便認定爲是因果助力，而不分辨其具體從事之工作的性質。

[41] 刑法並不保障國民不受任何財產損失，只保障不受「非自願」的損失，故財產犯罪的被害法益

例中可導致法益侵害的行爲是從接洽被害人表達購貨意願時開始，而由於平時根本沒有如同一般工廠以生產爲中心的營運活動，故各種取信於被害人的行爲都可能成爲詐術的一部份。故除了乙在工廠明明未從事生產下還和被害人洽談生意、丙在被害人訪視時假裝正常營運外，聊備一格的人員編制其實也可說是詐術的一環，丁戊己等人若以該公司雇員的身分*在被害人面前活動*，讓被害人感到該公司有正常的業務分工，則不問他們對詐術內容知道多少，至少從這樣的觀點來看，其行爲會有法益侵害傾向。

不過，原則上除非丁戊己有積極配合演出的行爲（本案原始的事實中，丁戊是常跟著甲乙一起去陪客戶聚餐飲酒唱歌），否則如果只是在老闆向客戶介紹「這是誰誰誰，在我廠內負責什麼什麼」時默認或不搭理，這樣的不作爲欠缺保證人地位，因爲不只法令上未科予丁戊己等防止客戶受騙的義務，並且他們也沒有做會製造出這種危險的行爲。按就算是一家一開始就是個幌子的公司，但除非受僱者被交代的任務本身就是在這種場合配合做戲（當然，行爲人自身知道多少是另外一回事），否則受僱做其他的事，並未製造客戶*這樣子上當*的危險性，亦即對於客戶被以此種方式侵害的財產處分自願性是缺乏法益關連性的。就算受僱者被交代的工作內容本身也是非法的，例如撥打詐騙電話，但打電話的行爲所製造的危險性只能夠指向因接聽電話而受騙者的法益，至於如果此時老闆指著正在打電話的員工，告訴來訪的客戶一些資訊，使客戶上當受騙，這種危險性就不是員工打電話的行爲所製造的（完全只是由老闆製造出來的。老闆也大可以在路上隨便指著任何一個人信口開河地介紹）。也就是說，此時員工受僱、打電話的行爲，對於該客戶實際發生的法益侵害來說，都沒有刑法第 15 條第 2 項所述的「發生結果之危險」，即並非危險前行爲[42]。

與其說是財產，不如精確地說，是財產處分的自願性。

[42] 其實，不作爲的因果作用通常較弱，故即使有法益侵害傾向，在進入類型論判斷前，也仍有考慮一般之刑罰預測可能性的空間。一般人立於該員工的立場，當老闆對客戶亂介紹時，即使知道客戶可能受騙，但應該也都會覺得事不關己、無法辨識出自己之行爲（不作爲）的犯罪意義，即

姑且不論上述受僱者的存在本身即可能構成詐術行使行爲的助力的情形，幫助行爲性的判斷本應當就被分派的工作內容來討論，而從這樣的觀點，丁戊己之所爲便未必能作爲甲之詐欺行爲的幫助行爲。按丁所從事的「跑銀行存款、領支票」等工作，對甲騙取貨物出售牟利的犯罪來說，其實都已經是在犯罪既遂後處理贓款的相關活動，無法幫在實行行爲上；只有「運送貨品」的工作，如果包含直接從被害人處收取被騙的財物，則是補完詐欺罪中「使人交付」之要素的行爲，而可作爲幫助行爲（參後第五節第二項第一款）。而戊所擔任的工作，看起來較偏向智力性，似乎較易與詐欺罪中重要的詐術行使環節沾上關係，但仍須視其實際負責的任務而定，如果協助蒐集廠商資料、製作會客用的文件、應答客戶有關廠務方面的詢問、乃至參與討論提供說詞意見等，便有助於詐術之成功，而可成爲幫助行爲；如果只是爲甲提醒行程、繕打、保存檔案資料等，則仍無法評價爲幫助行爲。至於己，由於詐欺罪在被害人交付貨物時已經既遂了，故其行爲已無法助益於詐欺犯罪，只有本身是否成立搬運贓物罪的問題。

第五節 詐騙集團周邊行為

國內詐騙集團活動猖獗，但往往抓不到主使者，實務上被以詐欺罪判刑的幾乎都是周邊人員，而形成正犯不明、僅大量處罰幫助犯的奇特現象。匯款帳戶提供者早期以販售者較多，近期多半是被騙或遭竊，即自身也是受害者；「車手」指專門負責取款或領錢的人，多半是在目前就業市場景氣不佳的環境下，透過一

對於這樣的法益侵害來說，行爲欠缺一般之刑罰預測可能性。按即使受僱打詐騙電話是違反行爲規範的行爲，但不表示所有相關事項都一併違反規範，因爲行爲規範與法益之間也存在一定的對應性。對於客戶此時受損的法益，需要考慮的規範，是社會上有無「當老闆指著員工騙人時員工要出面澄清」這種慣行，此事雖不像法令或特定的職業行規那樣容易查知，經驗上的發生次數也不多，但一般人在這樣的情境中會怎麼思考、怎麼反應，應該還是不難推想。至於若是在仍從事其他正常業務的公司中任職、或即使仍是專門從事犯罪的事業但在其中擔任無法益侵害傾向之職務的員工，其原本從事的工作可能本來就沒有規範違反性，沒有混淆不同種行爲規範的疑慮，那麼當老闆欺騙客戶時一般人立於行爲人的立場都會感到事不關己，此事便更加容易確認了。

般的徵才資訊加入詐騙集團的活動，但許多車手其實也不清楚自己在詐騙集團活動中的角色。另外，提供被害人個資的行爲，可想像在詐騙集團的活動中必然存在，只是因詐騙集團購買個資時也不會暴露身分，通常只有當破獲整個詐騙集團時，才能夠循線追查到上游提供個資的人，故實務上對個資提供者論以詐欺罪幫助犯的案例較少，單獨破獲盜賣個資的案件時，多半是依違反電腦處理個人資料保護法之規定處罰。

第一項 提供帳戶

「甲明知將帳戶提供他人使用，有可能供做他人犯罪之用，仍基於幫助他人詐欺之不確定故意，將其所申請之帳號提供予姓名年籍不詳綽號「阿瑋」之成年男子，供該人詐欺之用。後該人所屬詐騙集團即假藉在奇摩拍賣網站刊登販賣相機之訊息，使被害人陷於錯誤，並於同日匯款新臺幣 4,000 元至系爭帳戶，甲再應「阿瑋」之要求，提領該 4,000 元交給「阿瑋」，「阿瑋」並當場交 500 元給甲作為報酬。嗣被害人因一直未收到相機發覺有異，始知受騙，經報警處理，為警循線查悉上情。」(摘自臺灣高等法院 101 年度上易字第 969 號[43])

[43] 本件甲被判處拘役 20 日，緩刑 2 年。本例之事實不同於實務上較多的、將密碼及提款卡均交付他人的帳戶提供行爲，而是出借帳戶供匯款再代爲領出，這樣其實是同時兼任了「人頭」與「車手」的角色，按說涉案情節應該較嚴重，但卻反而被判得特別輕。判決書中雖未明言理由，但如果不是法院把幫助犯條文當作一種抽象危險犯來操作(即不是考慮幫助行爲對於現實發生的正犯行爲及犯罪結果提供了什麼法益侵害作用，而是著眼於甲既不屬於詐騙集團的成員，未必配合詐騙集團行動，那麼不交出帳戶、仍透過他本人領款，這樣的行爲模式本身對於潛在的法益侵害來說是較不危險的)，便是由於法院對於行爲人到底能否算是知情、犯罪能否成立本身即已感到無把握，本應得到無罪判決的行爲既選擇仍判處有罪，便在刑度上給予優待。本件法院對於甲之故意的判斷方式，可反映目前實務上推論率斷粗糙的大勢，簡言之，即只憑「法院覺得你應該知道」，就認定行爲人確實知道，根本未經過實質的判斷。而這個「應該知道」的標準又十分嚴格，往往是一般人在日常生活中難以達到的，對於被告的辯解，又以違背常理的臆測來推翻，此種推論方式正可用「欲加之罪，何患無辭」來形容。茲引述一段判決全文供讀者參考：「…二、訊據被告甲固坦承系爭帳戶係由其親自開立，其於 99 年 12 月 14 日下午 2 時許，在 MSN 聊天軟體上，將其所有系爭帳戶之帳號，提供予身分不詳綽號「阿瑋」之人使用之事實，惟堅決否認有何幫助詐

欺取財之犯行，辯稱：其於上開時間，用 MSN 聊天軟體與其網友「阿瑋」之人聊天，「阿瑋」說因自己之金融卡遺失，想要跟其借用帳戶供「阿瑋」之老闆娘匯入加班費 4,000 元，再請其代為領出。「阿瑋」後來用電話與其約在當天下午 5 點，在基隆市○○街愛買量販店交付上開 4,000 元，「阿瑋」有說要給 500 元當作報酬。…；其於 100 年 1 月 22 日經警通知到案說明當天，有向警方提供案發當天與「阿瑋」在 MSN 聊天之對話記錄，以證明其所辯非虛；其家中經營觀光旅館，其名下亦有不動產，家境尚稱富裕，並無犯罪之動機；其所提供之帳戶係當時在飯店打工之薪資帳戶，平日均有使用，此與一般詐騙集團所用係新開戶或未在使用之帳戶不同云云。三、經查：…(二)又金融存款帳戶，事關存戶個人財產權益之保障，具專屬性，與存戶之印鑑章、提款卡、密碼結合，其私密性更形提高，除非與本人具密切親誼關係者，難認有何正當理由可交付予他人，縱偶因特殊情況須將存摺、印鑑章、提款卡、密碼交付他人，亦必深入瞭解對方之可靠性及其用途後，始行提供使用，凡此皆屬日常生活經驗與通常之事理，亦為公眾周知之事。加以近年來利用人頭帳戶以供詐騙匯款之事屢見不鮮，詐騙集團佯以購物付款設定錯誤，或以中獎、退稅、家人遭擄、信用卡款對帳、提款卡密碼外洩、疑似遭人盜領存款等欺罔技倆，使被害人誤信為真，詐使被害人至金融機構櫃檯電匯，抑或持提款卡至自動櫃員機依其指示操作，而匯轉款項至指定之人頭帳戶後，詐騙集團成員隨即將之提領一空之詐騙手法，層出不窮，且經政府多方宣導，應已成為生活常識。是避免本身金融機構帳戶不被他人利用作為詐財之工具，亦係一般生活所易於體察之常識。且按金融帳戶為個人理財之工具，申請開設金融帳戶並無任何特殊之限制，一般民眾皆能自由申請開戶，並得同時在不同金融機構申請多數存款帳戶使用，乃眾所周知之事實，依一般人之社會生活經驗，倘係合法收入，本可自行向金融行庫開戶使用，而無向他人取得帳戶之必要；苟不以自己名義申請開戶，反以不正方式向不特定人取得他人之金融機構帳戶使用，衡情應能懷疑其目的在於施用詐騙手段以非法取得他人財物，且以不實之電話或網路訊息之手段而詐欺取財之犯罪類型層出不窮，該等犯罪多數均係利用人頭帳戶作為出入帳戶，並經報章媒體廣為披載。被告諉稱不知，並非無疑。(三)況就被告行為時已年滿 19 歲，智識正常且為大學就學中；復參被告陳稱家中經營觀光旅館，高中就讀稻江商職觀光科，並曾到各大觀光飯店實習打工，大學進入稻江大學休閒遊憩與旅運管理學系，且課餘返家時並學以致用，協助經營管理之業務、且先前於高中就學時，業已在知名餐廳寒舍打工實習等情，…核其打工期間近一年之久，是認被告已具有一定之社會經驗，實難認被告仍屬年幼無知或與世隔絕而無常識之人。復參其家庭背景，與家中經營觀光旅館、和其所受教育程度、所受之打工經歷，被告既已具有明白日常生活經驗與通常之事理及相當程度了解金融存款帳戶之使用，對於避免本身金融機構帳戶不被他人利用作為詐財之工具，要無不知之理。被告上開所辯，殊屬可議，委難採信。另被告以家中富裕與否與有無犯罪動機，實無絕對必然之關係，就事理而論，犯罪動機或源其本身之貪婪、或源於無知、好奇，原因不一而足；另縱一般詐騙集團較常利用新開帳戶或未在使用之帳戶進行犯罪，然利用既有之存款帳戶而供犯罪之用，亦世間衡有，核屬常情，被告執此辯解，實難逕採為被告有利認定之證據。(四)再者，被告既供陳其不知綽號「阿瑋」之年籍資料，然逕將個人金融帳戶號碼，擅自借予不熟識之人，而其當時係智識程序正常之人，自應具有相當之社會經驗常識，其

第一款 關於「人頭」

所謂的「人頭」，不只限於金融機構存款帳戶，實務上具有類似功能者，還包括提供身分證、手機號碼、電子信箱、線上遊戲帳號等。「人頭」的作用在於充當行爲人的假身分，通常這是爲了隱藏行爲人的真實身分，即一旦遭到犯罪追查時，只能追到「人頭」提供者，而追不到行爲人本人。躲避追查的功能在所有的犯罪中都用得著，例如綁匪也可使用「人頭」提供的手機號碼來聯繫，以防身分曝光。但有時使用假身分，是因爲須假冒成那個人才能夠實現犯罪，例如實務上一種常見的詐欺手法，即盜用他人 MSN 帳號，假冒他人與線上的好友通話，騙好友去超商爲其購買遊戲點數[44]；或是爲了破壞他人名譽或栽贓，盜用他人帳號發表不當的言論等。

對於年籍不詳之人收取其金融機構帳戶，豈能無疑？且被告辯稱其係好心，僅係欲幫助他人一時方便，助其領取辛苦打工薪資所得云云。惟就綽號「阿瑋」辛苦打工所得區區 4,000 元，被告自承好心，卻收受達 500 元之金額？而素未見面之二人，對於「阿瑋」大方請客金額高達打工薪資近兩成，即 500 元給被告喝飲料，此舉顯與常理不合，而被告竟都未抱持懷疑念頭，予以置若罔聞？更足見此與一般販賣帳戶而獲利之情形並無不同，益徵被告並非單純助人而已，動機自始即非純正。其詎仍容任他人對外得以上開帳戶之名義加以使用，足認其在主觀上已預見提供帳戶之行為可能幫助他人犯詐欺取財罪，卻仍不違反本意而執意為之，堪認其在主觀上確具有幫助詐欺取財之不確定故意。是被告所辯，顯與常情有違殊難採信，核屬事後卸責之詞。…(六)末以，近年因政府大力宣導，詐騙集團已不易由早期直接在報上刊登「收購」、「承租」或「徵求」「郵銀簿、帳戶」而取得帳戶資料；然同理，詐騙集團不敢直接、明目張膽於報上刊登收購帳戶之廣告，改以工作徵人、貸款或協助轉帳匯款為幌等欺罔技倆實行犯罪即改以間接方式徵求帳戶資料時，提供帳戶者與詐騙集團間之連繫過程、而提供其帳戶予該詐騙集團份子，是否係因好心幫助而受騙之「被害人」？抑或具有「預見」對方係詐騙集團，仍不以為意，予以提供之「不確定故意」？甚而「明知」對方意欲取得帳戶，並非真正領取薪資，卻仍予以提供？此需從被告社會、工作經驗、經歷，及本案相關事證綜合憑以判斷，不能概以被告有提出其有 MSN 談話紀錄之相關證明，家中富裕顯無犯罪動機、亦或僅空言指稱其年幼無知，社會經驗不足等語，即遽行論定被告所辯因供薪資轉帳之詞為真。綜上所述，被告辯稱其係因熱心助人因而受騙，而交付前開帳戶云云，所辯均不足採信。本件事證明確，被告犯行堪以認定。」

[44] 詳細手法參警政署 165 全民防騙超連結 http://165.gov.tw/fraud.aspx?id=56（造訪日期：2012/8/11）

在必須假冒他人才能實現犯罪的情形中，提供「人頭」對該犯罪之完成來說當然是不可或缺的助力。但除此之外，其他案型中的「人頭」則往往僅發揮逃避司法訴追的作用，並未推進犯罪之完成[45]，例如竊賊欲進入圖書館行竊，在櫃臺使用他人的身分證作登記（一般的訪客只要登記都可入館），提供身分證的行爲只是會在事後警方追查竊案時造成阻礙，但並未助益於竊盜行爲本身的完成。在後者的狀況中，「人頭」只是用來爲行爲人匿名、提高行爲人的犯罪動機而已，此種行爲即使從犯罪預防的觀點而言具有值得規制的意義，但除非將它本身規定爲一種危險犯[46]，否則對於現實上發生的結果來說是欠缺法益侵害性的，也無法建立刑事違法性。

只是，尚有介在上述兩種狀況之間的情形，即「人頭」對於犯罪之完成雖非不可或缺的助力，但也不是完全未形成助力。例如提供人頭帳戶供詐欺被害人匯款，假設提供「人頭」者未分擔其他任務，僅就提供行爲本身給予評價，則雖然使用詐欺者自己的帳戶、或甚至不使用帳戶改爲派人收款，被害人應該也一樣會交付，但在實際呈現出的犯罪發生流程中，則確實是匯到了這個帳戶。目前實務的作法，是對帳戶提供者一概論以幫助犯[47]，但其實此時助力是否堪稱幫助行爲，

---

[45] 類似的問題，在正犯則是「預先製造不在場證明」能否算是犯罪的預備行爲？其實，如果一個人一直只顧著製造不在場證明，對特定法益並沒有製造或提高侵害的危險性，保護法益的處境也不會因此變得危險；而且，毋須特定要從事哪種犯罪、要侵害何種法益，都可以先製造不在場證明，從這個行爲當中也根本看不出會對哪種法益產生威脅。故「預先製造不在場證明」一事只是洩漏行爲人可能將從事犯罪的心意而已，但此舉本身應該不屬於預備行爲才是，如果認爲這樣的行爲有規制的必要，則應單獨以危險犯的方式立法，但更妥適的定位其實是規定在社會秩序維護法當中。

[46] 其實，像提供人頭這種統計上認爲與犯罪之間具高相關性、可能透過增強犯罪動機而引起不特定法益受損的抽象危險行爲，若要達成有效率的規制，最好是使用行政罰手段，透過密集取締讓人民周知。目前在政策上只依賴刑罰手段，牽強地扭曲刑法上的幫助行爲及故意概念、硬要成立幫助犯，不但造成法律適用的混亂，而且事倍功半，還引發更多的社會問題（併參第二章註 30），是相當不智的選擇。

[47] 另外，洗錢防制法第 11 條第 2 項規定處罰「掩飾」他人重大犯罪所得之行爲，如果詐欺罪的犯罪所得在新台幣 500 萬元以上（參同法第 3 條第 2 項第 1 款，2007 年 7 月 11 日增訂），提供帳

還有待進一步商榷。

第二款 是否為幫助行為的判斷

如欲判斷帳戶提供行爲對於詐欺罪來說有無前類型的法益侵害傾向，可類比於日常交易當中的帳戶提供行爲來思考。一般說來，買方要否與賣方成交，與帳戶無關，只要契約寫清楚，不論賣方指定哪個付款帳戶，買方都是一樣地匯款（即使在小額的交易中，提供特定帳戶可讓匯款者省手續費、增加購買意願，但這也只是與*哪家銀行*有關，而無關乎*戶名*是誰）。但是，一旦發生交易糾紛時，例如意思表示錯誤需撤銷契約時，帳戶提供者的地位便會變得重要，因爲表彰收受利益的人，即使不是契約當事人，也會是利害關係人，在民事實體法及訴訟法上均具有地位[48]。如果類比於這樣的關係，則在詐欺罪當中被用作支付工具的帳戶，也同樣表彰被害財物的歸屬，故提供帳戶的行爲可認爲具有法益侵害傾向[49]。而且，讓被害人匯款到自己的帳戶，等於是出示自己的名義、等著被追究責任，一般人若立於行爲人的立場，當知道帳戶的用途時，都不可能忽視行爲的法益侵害傾向、覺得事不關己，故在一般之刑罰預測可能性方面亦無問題。

不過，在有無幫助行爲的類型性特徵方面，便可能會有疑義。在文義方面，依一般的語用習慣，吾人若立於行爲人的地位，自問：「我提供帳戶給他，是幫助他『詐欺』（或『騙人家錢』）嗎？」，答案其實會有一點不確定，因爲不論將正犯的行爲敘述爲「詐欺」還是「騙錢」，語感上都讓人覺得重點在「騙」而不

戶者還可另外單獨構成本罪。本罪的法定刑是七年以下有期徒刑，可說是從幫助詐欺罪再加重的處罰，但實務上同一帳戶被匯入 500 萬元以上的案例也並不多就是了。

[48] 民法第 269 條第 1 項：「以契約訂定向第三人爲給付者，要約人得請求債務人向第三人爲給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。」而發生訴訟時，則有權參加訴訟，法院亦有義務通知他（參民事訴訟法第 58 條、第 67 條之 1）。

[49] 可比較另一個不具法益侵害傾向的行爲，即銀行提供匯款服務的行爲。就像是在日常生活中，銀行提供的服務對吾人來說是理所當然的，不會認爲銀行的行爲對於交易的成敗有何關係，在詐欺罪當中也不認爲具有什麼因果作用。

在「錢」，就「騙」的部分確實沒有幫；如果行爲人抗辯說：「我只是提供帳戶給他而已，沒有幫助他『詐欺』（或『騙人家錢』）」，吾人也不會覺得這顯然是強詞奪理；若行爲人對正犯說：「對不起，只能提供帳戶給你，『詐欺』（或『騙人家錢』）的事幫不上忙」，吾人也不會覺得這樣的句子明顯不通順。故如果將提供帳戶的行爲認定爲條文所述的幫助行爲，其實不是很符合文義，而可能對看過條文之後決定這樣行動的人造成突襲[50]。

另外，類型化的法益侵害性方面，則必須就詐欺罪的保護法益及作爲幫助行爲標的之實行行爲的特徵作進一步的分析。按詐欺罪的保護法益是財產處分的自願性，行爲的法益侵害性主要表現在對被害人「自願性」的影響，而非被害人的「財產處分」（這是民事關係的特徵。併參前註 41）。條文所述的構成要件行爲「以詐術使人交付財物」中，雖然「交付」的環節直接引起財產損失，但這只意味著犯罪在收到被害人的財物時才全部完遂而已，實則財產處分的自願性是被行使詐術的行爲所侵害，被害人因受騙而決定交付時，詐術已成功地「*使人*交付」，真正收到交付也只是水到渠成的效果而已。故「詐術」才是詐欺罪實行行爲的主要特徵，「交付」大致上是被害人側的行爲，甚至在約定以匯款之方式交付的案型中，實行行爲在詐術行使完畢時即已全部做完，之後被害人匯款就只是因果歷程的進行而已，犯罪人可以什麼都不用作，只需要被害人片面的行爲就將「交付」完成了。

在以匯款方式完成財物交付的詐欺行爲中，實行行爲的法益侵害性便只能表彰在「行使詐術」上，無法表彰在「交付」的環節，故幫助行爲也須助長「詐術」

---

[50] 也許，帳戶提供行爲在政府大量以詐欺幫助犯定罪、並強力宣導後，即使是一般看過條文的人，也已接收到關於法院實際上的法律適用見解的資訊，而不敢再信賴條文文義，這樣的話至少是不會產生突襲人民的問題（只是依然存在國家行爲恣意及破壞權力分立原則的問題罷了）。可是，宣導是否已經充足、使資訊在一般人之間普及，官方與民間的認知似乎存在很大的落差（併參第二章註 30），例如在 google 搜尋引擎上以關鍵字「詐欺 幫助」檢索（檢索日期：2012/8/13），跳出的幾乎清一色是帳戶被騙的民眾被檢察官以詐欺幫助犯起訴的求助訊息，加上法院對故意有無的推論方式違背常理，早已導致哀鴻遍野人心惶惶。

方面的特徵，才能算是幫在實行行爲上、提供了有用的助力。提供帳戶其實只是給被害人一個地方匯錢而已，此舉固然在幫正犯躲避司法訴追方面有很大的作用，但這個作用與促進詐欺罪之完成不能混爲一談[51]。如果一定要說提供帳戶的行爲除了幫正犯逃避訴追外，在法益侵害方面也有作用，那麼，也許可解爲是確保詐術行使的效果，讓被害人可迅速、便利地交出財物，以免時間久了生變反悔。但是，這樣的作用，恐怕只類似於正犯身上揹了一個袋子，在詐騙完後跟被害人說：「那你趕快把錢給我，這裡有一個袋子，可以放進來！」，那個提供袋子給正犯的行爲而已。帳戶在推進詐欺罪之完成方面的意義與袋子其實是一樣的，都只是一個被動的收款道具，就算能夠說已幫在實行行爲上，也只幫到了實行行爲與法益侵害無關的特徵，並未增益實行行爲的法益侵害性。故提供匯款帳戶的行爲，其實欠缺幫助行爲所應具備的有用性。

第二項 車手

[51] 也不是說所有著力在幫正犯逃避司法訴追的行爲，在法益侵害性之提升方面都沒什麼作用，仍須視個別行爲與實行行爲之間的關係。例如「把風」也是在幫正犯逃避司法訴追，但由於一般經驗上，犯罪人作案的時候都會需要同時顧慮身周狀況，如果有人幫他分擔這件事、不用一邊實行犯罪一邊注意的話，專心作可讓實行的速度加快、成功率提高，故把風也帶有增益實行行爲之法益侵害性的作用。但是，更精確地說，把風增益實行行爲法益侵害性的機制，其實是來自正犯的心理作用，而不是把風行爲本身。如果把風者打瞌睡或不專心、沒有好好把風，或是根本就已離開了現場、沒有做把風行爲，只要正犯不知道、*以爲*有人幫忙把風，感到「無後顧之憂」而提升實行效能的效果就仍然已經達到了。也就是說，把風行爲本身依然只有幫正犯避免司法訴追的作用，只是在*使正犯得知*的狀況下，能夠產生提升法益侵害性的效果。相反的，如果在無事先聯絡的情況下片面地幫正犯把風，由於正犯根本不知道有人幫忙作這件事，自己仍然會分心顧慮，那這樣的把風行爲其實就沒有產生提升實行行爲法益侵害性的作用了。另外，相較之下，其他幫正犯規避訴追的行爲之存在，雖然也對正犯產生心理影響，但只能評價爲增強了犯罪動機；只有「把風」由於是在實行行爲的同時分擔正犯本來自己要作的事，才能夠評價爲是幫在實行行爲上、是提升正犯實行行爲法益侵害性的助力，而不只是增強犯罪動機。不過，對於把風行爲的規制方式，其實也應與其他增加司法訴追障礙的行爲（例如收受贓物、提供人頭等）一樣，另外獨立出來處罰，而不是定性爲對正犯所從事之犯罪的參與行爲。

「車手」只是對犯罪活動中負責跑腿者的概稱，實則每個「車手」收受的物品、收取的方式、過程中所做的事及扮演的角色均不同，如何評價其行爲，須視個案中實際的狀況而定。

第一款 提領或收取現金

例一：「乙見報刊登『應徵、高薪』之分類廣告後，參加詐欺集團，由其他成員詐騙被害人，乙則負責至新竹火車站某置物櫃內收取帳戶資料後，等待詐騙集團成員電話通知前往任一自動櫃員機進行提款，並將提領金額扣除百分之 3 作為報酬後，將剩餘贓款以放置於上開新竹火車站置物櫃內之方式，轉交予其所屬之詐欺集團，使被害人受有損害。」（摘自臺灣高等法院 101 年度上易字第 1506 號[52]）

在本例中，當被害人把錢匯入指定帳戶時，就已經喪失對該金錢的持有，轉由詐騙集團支配了，即詐欺罪在當時已經既遂，後續簡單的提款動作卻僱他人來做，純粹只是詐騙集團爲了防止被查獲的安排而已。實行行爲既已完成，乙已來不及做幫助行爲，從提款機內領取現金的行爲也沒有造成新的法益侵害，剩下的只有能否成立搬運贓物罪的問題。

但如果將此事例的事實改爲不是由被害人匯款，而是乙被派至被害人處直接收取現金，那麼乙之行爲的性質便會改變。以匯款方式交付，是靠被害人的行爲把錢送進詐騙集團的口袋而實現法益侵害，但若是收現，則犯罪人方面尚須做收取的行爲，才能把「詐欺取財」的犯罪完成，故構成要件行爲會延續到收款時。此時收取行爲會成爲構成要件行爲的一部份（法益侵害傾向明確，已可不用討論對行爲的前類型限制），幫正犯收款便算是已幫在實行行爲上、且提升了實行行爲的法益侵害性，可作爲幫助行爲[53]。

---

[52] 本件乙被以共同正犯論處，而本案由於共有 51 位被害人，對每一案件分別論罪科刑後，合併宣告了相當重的執行刑有期徒刑 6 年，如易科罰金，以新台幣 1000 元折算一日，高達 219 萬。

[53] 正犯必然是構成要件行爲的行爲人，但未必是以直接、物理的方式做完全部構成要件行爲，在一定條件下，由他人分擔構成要件行爲仍可*視爲*行爲人自己所爲，因此才可能有間接正犯或共謀

第二款 配合行使詐術

例二：「詐騙集團刊登廣告佯稱應徵男公關，工作性質為陪女客唱歌、伴遊、提供性交易云云，待被害人產生興趣，即指示被害人與丙相約面試，丙於見面後先檢視被害人之國民身分證、全民健康保險卡等證件佯裝需供公司核對身分，再謊稱需先支付拆帳給公司之服務報酬或求職保證金，待會兒即有女客進行交易，致被害人陷於錯誤，先支付該一半之酬勞，丙於取款後即藉詞需購買保險套、載女客、或女客已在 KTV 包廂內等候等理由逃逸，於取得被害人交付之財物後，自行扣除自身之報酬，即轉交詐騙集團」（摘自臺灣高等法院 101 年度上易字第 843 號[54]）

相較於例一，例二中丙則不只取款，還幫忙行騙。如前第一項第二款已論述過的，在詐欺罪當中，實行行爲的法益侵害性主要展現在「行使詐術」的環節，相形之下「交付」不是那麼重要，但如果車手在取款的同時也配合圓謊，例如當

共同正犯等正犯類型存在。反過來說，也就表示分擔構成要件行爲的人未必是正犯，可能仍僅成立幫助犯。像是在強盜、詐欺、恐嚇取財等財產犯罪中，即使要「取財」才能實現法益侵害，因而「取財」可能是構成要件行爲的一部份，但比起其他負責強暴脅迫、行使詐術、或恐嚇行爲的人，即使同樣是分擔構成要件行爲，但對於犯罪實現所提供的推進力便弱了許多，構成要件的法益侵害危險性主要是展現在其他部分的行爲上，而非展現在「取財」。例如 A 拿槍指著 X，X 嚇得不敢動，B 遂去取 X 的錢包，其實 X 受到的法益侵害主要是由 A 的行爲所導致，B 的行爲不太重要，甚至即使沒有 B，A 喝令 X 自己交出錢包也許也能夠得手，只是在實際發生的情事中，B 的確做出了貢獻而已。當然，「正犯性」的判斷另有複雜的流程，此處只是說明：車手乙即使分擔部分的構成要件行爲，但仍非正犯，故仍有必要討論是否成立幫助犯。原則上，若以分擔部分構成要件行爲的方式提供助力，對正犯的實行行爲來說都會具備有用性，因爲正犯原本應以自己的行爲滿足分則構成要件中的全部要求，分擔部分構成要件行爲，使正犯的實行行爲性得以補完，當然算是幫在了實行行爲上；而一般說來，除非發生立法錯誤，否則分則構成要件中對行爲的要求，多半能夠連結到刑罰正當性或違法性原理（只有少數是連結到有責性、或純粹政策性的類型性特徵），故幫正犯滿足條文敘述的行爲，大體上也均會具有法益關連性及有用性。

[54] 本件丙被以共同正犯論處，而由於參與了 7 次犯行，對每一案件分別論罪科刑後，合併宣告執行刑有期徒刑 1 年 10 月，得易科罰金。

被害人起疑問起，取款者順口回答，哪怕只是說個「是」、「對」、或者點點頭，就成爲「詐術」的一部份，而非只涉及「交付」了[55]。例二中丙的行爲是詐騙集團所設計之詐術內容的一部份，已直接幫在「行使詐術」上、增益了正犯（詐騙集團）實行行爲的法益侵害性，符合幫助行爲的直接性、有用性特徵，固不待言；甚至，丙的「戲份」還滿多的，若對照刑分詐欺罪條文所述的行爲特徵要求，其行爲可能已能夠評價爲詐欺罪的實行行爲了，甚至可能取代背後的詐騙集團而成爲本罪的真正正犯（背後的詐騙集團則爲教唆犯）。

第三款 收取帳戶

例三：詐騙集團刊登不實求職廣告，騙丁聽從指示交付存摺影本、提款卡及密碼，派戊前往收取，嗣戊取回後，詐騙集團即利用丁之帳戶，供另案被害人匯款之用（臺灣高等法院 101 年度上易字第 451 號[56]）

在實施犯罪以前預先蒐集人頭帳戶，只是用來防範可能因犯罪而遭受的司法追查，即使蒐集了再多的帳戶，只要在法益侵害方面沒有進展（例如根本沒有去尋找可能的被害人），也仍未製造或提高被害人被詐欺取財的危險性。而且，人頭帳戶可以用來從事很多種犯罪，不一定是詐欺，在蒐集帳戶的行爲當中也看不出哪個、甚至是哪種法益將要受到侵害，故此種行爲與預先製造不在場證明的行爲地位類似（參前註 45），說起來都不算是犯罪的預備行爲。不論是提供還是蒐集帳戶的行爲，其實都應該另外單獨規制，而不是牽強地用詐欺罪來處罰（參前註 46）。詐騙集團蒐集帳戶的行爲既然已非另案之詐欺罪的預備行爲了，那麼戊

---

[55] 如果要避免涉入詐術之行使，當被害人問起時，取款者必須回答「我都不知道，只負責來收錢而已」或「你們橋好就好，不關我的事」等。一般的快遞或貨運公司人員，對於受託傳遞的東西，通常本來就會這樣子回答，只是實務上快遞公司不接受交運現金，貨運公司的代收貨款服務也僅限於契約客戶，故詐騙集團才只好雇用車手。

[56] 本案中原始的事實，是丁先前已被騙過一次，第二次時預先報警埋伏，故戊前往收取時被逮個正著。而本判決更極端的是：真正的被告其實是戊的女友，只因陪同戊去向丁收取，即被以詐欺未遂罪共同正犯論處，判處有期徒刑 2 月。

依詐騙集團指示跑腿收取帳戶資料的行爲，也就連是否是對預備犯的幫助行爲都不用討論[57]。

第三項 提供個資

例四：己是行銷公司負責人，庚為己公司的職員。詐騙集團成員與庚聯絡表示欲購買寄發郵件用的客戶地址資料，庚為獲得新的個資來源，接洽在經貿協會擔任電腦工程師的辛，辛將協會內人員個資提供給庚，庚即將此資料在經己核准後販售給詐騙集團。詐騙集團遂用該資料寄送假的中獎通知函給被害人，待被害人撥打信函中所載電話，再騙被害人須先匯款購買愛心基金才能領獎。(臺灣高等法院高雄分院 98 年度上更(一)字第 70 號[58])

第一款 視個資內容而定

其實，本例中被害人的地址資料到底應該算是「誰」提供的，尚有待討論（詳

[57] 不過，帳戶除用作對另案被害人犯詐欺罪時的道具外，本身也是第 339 條第 1 項所述的「物」，可成爲犯罪客體，即騙取帳戶資料本身已可成立詐欺罪。則在詐騙集團騙取丁之存摺等帳戶資料的犯罪中，戊依指示向丁收取的行爲，其意義就是爲正犯收取被害物品了，如前第一款中已討論過的，此舉可評價爲詐欺罪的幫助行爲。此外，用他人的帳戶來犯罪，除了讓自己躲過追查，同時也是誤導刑事司法機關的偵辦對象，使他人成爲代罪羔羊，此種「栽贓」行爲可能成立第 169 條第 2 項的準誣告罪。故騙取帳戶之行爲也具有準誣告罪之預備行爲的性質，丁即預定的準誣告對象，而戊的行爲則是對該準誣告預備行爲的幫助。但現行法不處罰預備犯的幫助犯（參 2005 年刑法第 28、30 條修正理由），故只能考慮戊的行爲能否評價爲是對於詐騙集團之準誣告實行行爲本身的幫助行爲，而答案應是否定的，因爲對詐騙集團冒用丁的帳戶犯罪、此舉同時構成使丁受刑事處分之證據的此一準誣告罪實行行爲來說，戊收取帳戶資料的行爲，應不符合幫助犯條文的文義，實質上也不具備直接性。另外，如果此例的事實改爲帳戶是丁自願提供，就如本項第一項第二款所分析的，提供帳戶之行爲本身已不是對另案之詐欺罪的幫助行爲了，那麼，戊傳遞丁所提供之帳戶資料的行爲，也就更加無足輕重。

[58] 本案由於並無證據顯示該等被害人收到詐騙信件後因而陷於錯誤而匯款，故作爲幫助對象的正犯僅成立詐欺未遂。本判決經上訴駁回後確定，己庚辛均被判幫助常業詐欺罪，己判處有期徒刑 7 月、緩刑 2 年，庚有期徒刑 9 月，辛有期徒刑 7 月、緩刑 2 年。

後第二款），此處爲行文方便，先假設能夠認定爲庚所提供。

在前類型要件方面，首先，基本上對各類犯罪而言，「鎖定被害對象」的行爲幾乎都必定會令一般人感到與法益侵害相關（鎖定程度則是另一回事），而具有法益侵害傾向。就像是對於特賣會的成功，提供名冊供廠商寄送 DM 的廣告行銷業者通常會被認爲有功勞，本例中也是因庚提供了被害人的地址，才使詐騙集團有對象可寄發郵件、行使詐術，故庚之行爲在法益侵害傾向方面不生問題。其次，庚之行爲也不因遵守了什麼規範，而能削弱對於行爲犯罪意義的辨識，反而，其洩漏個資的行爲是違反行爲規範、在一般觀點中具有明顯的負面意義的，正因社會上個資濫用的問題沈積多年、飽受民眾詬病，才促成新個資法的通過[59]。故一般人立於庚的地位，也知道詐騙集團取得個資後的用途時，很容易辨識出自身行爲的犯罪意義，故在一般之刑罰預測可能性方面也無問題。

不過，在幫助行爲的類型化要件方面，若將庚之行爲套入條文中，能否符合文義便會有些疑慮。庚之行爲對於詐騙集團（正犯）之詐欺行爲的作用，在吾人的一般語用上，即使抽象上沒有明顯不可能以「幫助」稱之的特徵，但一般人若立於庚的立場而自問「我提供被害人的地址，是幫助詐騙集團詐欺取財（騙人家錢）嗎？」時，答案其實會不太確定。使用另外兩個輔助判準，結論也是模稜兩可：假設庚對詐騙集團說，「對不起，我只能提供被害人的地址給你們，騙人家錢的事幫不上忙」，這個句子聽起來似乎沒有明顯違和之處；而如果庚抗辯說，「我只是提供被害人的地址給他們，沒有幫助他們騙被害人的錢」，聽起來也不完全是強辯。

語感上的不明確，其實是因爲「提供被害人地址」一事，與詐欺取財的實行行爲之間的關係確實沒有那麼緊密。畢竟庚著力之處並非「行使詐術使人交付」中的「詐術」或「交付」的環節，甚至也沒有把「人」推到詐騙集團面前，僅僅

[59] 新的個人資料保護法（2012 年 10 月 1 日施行）已經明訂，所有的非公務機關，對於個人資料之利用，都只能限於蒐集之特定目的必要範圍內爲之，如有違反，不問是否造成具體的損害，行爲本身均已構成犯罪。參個人資料保護法第 41 條、第 20 條第 1 項。

提供聯絡資料，詐騙集團拿到資料後還要去聯絡，聯絡得上才能行使詐術，而行使後被害人是否上當交付財物又是另外一回事，那麼庚到底算不算對詐騙集團「騙人家錢」的實行行爲幫上了忙？說起來這樣的助力應是欠缺直接性而非屬現行刑法上的幫助行爲的。

但是，也不是說提供被害人資料的行爲，永遠都與作爲幫助標的的詐欺實行行爲之間欠缺直接性。本案中是因爲庚提供的資料只是地址，只能用來讓詐騙集團聯絡上被害人，不牽涉到詐術的內容，才會無法評價爲已幫在實行行爲上；如果提供的不是只有電話、地址這樣的通訊資料，而是關於被害人個人身家背景等特徵的資料，有助於詐騙集團使用話術，就可算是幫在詐術之行使上、且有助於提升實行行爲的法益侵害性，即具備直接性、有用性而可成爲幫助行爲了。

第二款 助力由多人共同提供時之處理

此處先假設例四中己庚辛等提供的個資內容是有助於構成詐術內容的被害人資訊，如此才有討論是否構成幫助行爲的空間。不過，即使提供被害人個資可認爲是幫助行爲，但己庚辛是以三人的行爲相加而組成一連串「提供被害人資料給詐騙集團」的流程。由於每個行爲人能否成立幫助犯，都是看其各自的行爲能否符合條文敘述，分享同一股助力的數人之間，不太可能同時滿足直接性的要求[60]，故一股助力原則上只能夠支撐其中作爲最關鍵環節者的行爲成立幫助犯，其

[60] 至於有用性，通常只要符合一定的作用種類要求，便不生問題。故當一股助力在多人之間分攤，使每個人的行爲都只具有稀薄的法益侵害性時，法益侵害性的稀薄化不是來自有用性或法益關連性的低落，而只是由直接性的減損所造成。幫助行爲對於因果作用的強度大致上也未要求下限，只是如果作用強度太低，即使不影響幫助行爲性的判斷，但在進入因果性判斷階段與其他惹起結果的因素相比較時，也很可能由於因果貢獻過低、無法與刑度相稱，而產生無刑可量、達不到幫助行爲的可罰門檻的情形（參第五章註 9）。

他人的行爲則會無法滿足幫助行爲的類型性特徵要求[61]；甚至如果當助力在太多人之間分攤開來時，也可能全部的行爲都無法具備幫助行爲性。對於何人的行爲可評價爲是助力的關鍵，一方面會由對助力的掌握程度所決定，以此表彰行爲的有用性及法益關連性；另一方面，因有用性與直接性之間往往可以流通（參第五章第二節第二項），故也須一併參考行爲與作爲幫助之標的的實行行爲之間的關係。

爲了選出作爲助力的最關鍵環節之人、也就是「誰」提供了這個助力[62]，必須分析助力的性質。例如本例中的助力是被害人的資料，這個助力的性質是一種資訊、而非物理作用或物品，掌握及傳遞的方式不是很需要體力或權能，重視的是內容的來源及流動。這樣看起來，至少己大概已可先從三人之中淘汰，因爲庚所做的事是組織(organize)資訊之生產及流向（從中聯繫接洽，向辛索取並傳到正犯手中），辛則是將資訊整理、提供出來的人，只有己幾乎一直處於邊緣，應稱不上對此助力有所掌握。至於庚與辛之間相較：一方面，作爲助力的資訊算是由辛產出的，就算原始的資料來源不是他親自蒐集、整理，也是在他手上發生扭曲、轉換爲朝向犯罪用途，庚只是把這個助力引導到正犯處；但另一方面，辛處於被動地位，是在庚的要求之下，才去整理、提供，庚對辛之行爲產生很大的影響，

[61] 正犯論中在判斷實行行爲性時也會有相同的問題，處理方式也決不會是將所有沾上邊的人一律認定爲共同正犯。不成立正犯，尚可能成立幫助犯；而如果連幫助犯的要件都無法滿足，就是不成立任何犯罪。如果認爲只要無法讓所有涉案人員均成立犯罪便是產生了「處罰漏洞」，這是全然本末倒置的觀念，因爲「涉案」與否正是由刑法以自身的一貫標準定義出來的，不符合這個標準就是不涉案，沒有什麼原本應不應處罰、沒處罰到就是漏洞的問題。

[62] 爲了判斷助力應評價爲是由誰所提供的，可把該助力想像成一種「結果」，而使用與決定誰爲真正正犯時類似的方法及指標。此時不涉及定型性的要求，純粹判斷各行爲實質上引發該助力之能力的高低，故應先分析助力的性質（類似於分析保護法益的特性，以判斷能夠引起此種法益侵害的行爲需要具有什麼樣的特質），再看助力的產出及流向、過程中是否被扭曲或轉換、及行爲人之間的關係等（類似於找尋*實際導致結果發生的危險性*掌握在誰手中），最後再在各行爲人的行爲之間比較，決定應算作是由哪個人所提供，還是因每個人的掌握程度都過低，而只好均無法成爲幫助行爲。

辛則對庚要不要做、要怎麼做都幾乎未產生影響，故辛之行爲的作用可部分計入庚的帳上，算作是庚的作用。

經過以上分析，可知就對於助力的掌握程度而言，要將「提供被害人資料」這個助力評價爲是庚還是辛所提供，可說俱有道理[63]；但是，庚的行爲與實行行爲及法益侵害之間的關係較辛的行爲接近，具有較明確的直接性，而能支撐作爲幫助行爲的評價，故將此一助力判定爲由庚所提供較妥。本案原始的判決中，庚的刑度比辛重，可推知法院也是認爲庚的地位較重要，只是，對於幫助犯的處罰既然本來就已是額外、從正犯擴張出來的了，那麼讓庚辛同時成立幫助犯實無必要。故例四中僅承認庚之行爲是幫助行爲即足，至於辛之行爲，即使不構成詐欺罪的幫助犯，也已可另依個資法第 41 條處罰，刑度與詐欺罪幫助犯相當。

[63] 庚與辛之間的關係，就像教唆犯與正犯，如果不問行爲類型，單就結果惹起能力及對結果發生的因果貢獻來看，確實可能是不分軒輊的。

第七章 結語

第一節 前文摘要

現行實務發生的問題，是將原本應成立幫助犯的行爲提升爲共同正犯、原本不該處罰的行爲提升爲幫助犯，造成整體的處罰擴張，並且在犯罪判斷上輕視客觀要素的認定。此一現象的產生有其歷史源由，本文希望能夠透過加強對幫助行爲如何判斷的論述，鞏固幫助犯的邊界，以造成上述兩重邊界的調整。雖然對於處理現行實務當中的幫助犯事例來說，幫助行爲的前類型判斷關卡看起來似乎較具實用性，但如欲改變幫助犯與共同正犯之間的邊界，則只有行爲類型論能發揮這樣的能量，故本文的論述也是偏重對幫助行爲之類型性特徵的檢討。

刑法的性質是制裁規範，刑法釋義學的理論建構應重視「國家該怎麼做」勝於「行爲人該怎麼做」。刑法學的「法律適用論」性質優先於「犯罪實體論」，即理論內容應以協助法官在訴訟中以融貫的標準適用法律、完成判斷爲宗旨，至於能否在判斷架構當中呈現出犯罪的實體，則只是附帶的功效，並非刑法學主要追求的機能。（以上第一章）

本文的理論建議若欲落實、爲實務所接受，司法人員所抱持的態度是關鍵，並且對社會的存續來說，儘量減少刑罰之發動也確實是較妥適的方向。刑罰是一種社會統制手段，提供的作用主要是公眾情緒的宣洩，在解決問題方面則效能相當低落。犯罪之發生是國家社會治理工作失敗的表徵，如果國家還依賴刑罰來保護法益，便是更加失職，將導致問題焦點轉移，使公眾的注意力及社會資源集中到於事無補的環節上。雖然國家確實有這樣做的動力，公眾也有期待看到刑罰發動的慾望，但如果任憑這樣發展下去，將導致社會的衰亡。刑事司法部門可能是政府當中唯一有機會扭轉此種現象的環節，故實務人員必須要認清自身的角色定位，以審慎理智的專業態度抵禦多變的民意洪流，緊縮刑罰的使用，並爲人民示範就事論事的思考及關照各方利益的事件回應方式。

以上是刑罰的社會實態，至於在法的觀點當中，刑罰若欲獲得法律上的正當

性，則必須爲了法益保護的目的才能夠發動。但刑罰對於法益保護來說，其實也只有透過確證法益保護規範之效力及穩固規範秩序本身而來的間接功效而已。比例原則是檢討各種國家行爲之合憲性的方法框架，對立法行爲、司法行爲皆可適用。經檢討幫助犯規定的手段適合性、手段必要性、限制妥當性等後，雖不能認爲該條文絕對違憲，但由於設置這樣的處罰規定其實只是刑法系統爲穩固公眾之信任、防止自身破滅的機制而已，處罰幫助行爲所能收到的法益保護功效比正犯還要低微，則對價值理念的犧牲此種成本會更加敏感，故有賴司法機關於實際適用條文時作合憲性解釋，才能避免造成違憲的刑罰發動。本論文接下來的探討，大致上即關於司法階段如何針對幫助犯構成要件中的行爲要素作合憲性解釋的理論設計，內容是以類型論、法益侵害性（刑罰正當性原理）、人民之刑罰預測可能性保障原理三者爲基礎建構起來的。（以上第二章）

刑法上的行爲概念，自從一開始發展時便具有很強的目的論性格，即是一個爲了能夠充當刑法上之犯罪判斷對象而量身訂作的概念。目前一般通說在行爲理論方面採社會行爲論，但符合「意思支配或可由意思支配，且因而在外界引起社會重要性結果的人類舉止」此種內涵的行爲，未必已經適合拿來作刑法條文所述的犯罪類型性特徵判斷，幫助行爲由於本身的類型性特徵對行爲品質的要求較稀薄，故能突顯出此一問題意識的實益。判斷對象的選取具有標示刑法系統境界的意義，在進入條文所述類型性特徵判斷之前即被排除者，是出於刑法內部所無法看見的憲政觀點考量：缺乏法益侵害傾向的行爲，即使處罰也無法收到任何法益保護功效，無法建立刑罰正當性，且易產生選擇性執法；而國家對於刑罰的使用須具有客觀上的預測可能性，一般國民都無法辨識出犯罪意義的行爲不可處罰，此點則是基於國家所必須科予自身的行爲分際。

法益侵害傾向（前類型的法益侵害性）是一種對行爲因果力的評價，與後述的類型化法益侵害性連貫。行爲有無因果作用，不是基於事實上或科學上的因果聯繫，而是社會上對於這種因果聯繫的共識。社會成員之間對於一項事務的特質已抱持某種固定的印象，會只承認帶來特定方面功效的因素才算是具有因果方面

的意義，其他因素不會被注意到，也不會被網羅爲犯罪偵查的對象。法益侵害傾向的判斷標準是一般生活經驗，而由於一般人看待犯罪行爲時所採的因果標準容易夾雜因果以外的其他考量、流於情緒化，故應儘量使用與其他日常事務相同的標準，以貼近因果判斷的本貌。具體的操作方法，可類比於日常生活中差不多同樣模式的行爲對其他活動所能發揮的作用；如果在一般生活經驗中找不到合適的類比對象，則可將所有與個案中具體之法益侵害相關的因素羅列，用與其他因素比較的方式辨識出該行爲的地位。

一般之刑罰預測可能性（前類型的刑罰預測可能性），指一般人在未讀過刑法條文的狀況下，能否預測到自己的行爲具有作爲犯罪行爲、可能招致刑罰的意義。會影響一般人辨認行爲之犯罪意義的因素，有因果（行爲的法益侵害危險性）、規範（刑法以外一般行爲規範觀點對行爲的評價）、語言三者，刑法上的「犯罪」是經過語言定義的，在未經定義以前，所謂「犯罪意義」便只是一種受日常因果與規範觀念影響的直覺。一般人通常必須先認識到行爲在法益侵害方面的意義，才能認識到犯罪意義，如果行爲具有明確的法益侵害性，一般人在做的時候也不太可能會欠缺刑罰預測可能性，故「因果」因素對於一般之刑罰預測可能性的影響具有優先性，只限於行爲的因果作用不顯著時，才有考慮「規範」因素的餘地。判斷一般之刑罰預測可能性時，須假設是一般人立於行爲人的立場，若清楚自己之行爲對於犯罪發生的因果作用，能否意識到自己的行爲可能構成犯罪，還是覺得事不關己。行爲對一般規範的遵守，可能削弱一般人對該行爲的犯罪意義認知。其中，刑法以外的法令、職業行規或同行慣行等，內容較爲清楚穩定，也較易據以認定遵守這些規範的行爲人會欠缺刑罰預測可能性；至於其他生活慣行，如果經驗上常發生，通常也能夠承認具有社會共識基礎，但如果經驗上少見，則無法確認一般人會怎麼反應，也較不易確認這樣的規範是否存在。（以上第三章）

以明文化的方式保障人民之刑罰預測可能性的要求，是來自法治國原理。雖然刑法是指示刑事司法人員應如何認定犯罪、使用刑罰的標準，受命對象爲國

家，但也須讓人民有機會認識到規範的內容，人民才有辦法監督國家有沒有依照法律行事，也才能利用對於國家行爲的預測來保護自己。法律令人民欠缺預測可能性的情形有二種，一種是條文使用的文字意思不清楚；一種是語意本身清楚，但規範內容超出社會一般的規訓實態，對多數未實際閱讀過條文的民眾來說仍會造成突襲。司法機關應依社會上一般人對語言的使用方式來解釋條文，若文義清楚，規定的內容也爲一般人所能夠預測，解釋時便須忠於文義方能保障人民的信賴；若規定內容爲人民所無法預測，司法機關基於權力分立原則，仍須尊重立法者已清楚表明的意思，遂只能在有責性判斷階段視個別行爲人是否欠缺違法性意識之可能性而不處罰，來解決對條文內容無法預測的問題；至於若條文文義不清楚，則應在文義範疇中採用對人民最有利的解釋，而將文義明確化。

現行刑法上的幫助犯規定，必須先將當中作爲幫助行爲標的的正犯實行行爲確立下來，才可能具備明確性。現行實務上的正犯判斷主要依行爲人的主觀意思來認定，正犯的擴張使得幫助行爲的基準點也跟著漂移，故如果說幫助行爲難以掌握，問題往往不是出在幫助行爲本身，而是所依附的正犯實行行爲的解釋。幫助行爲本身的解釋並沒有想像中的困難，條文的敘述方式已提供許多線索，尤其在 2005 年修法後，能夠符合條文敘述的幫助行爲範疇其實已大幅限縮。經過分析可知，在實行行爲結束後始提供助力、或助力對實行行爲實現法益侵害一事顯然僅具間接作用、或僅屬純粹的精神幫助、或是降低了正犯行爲的危險性等，是顯然不符合幫助犯規定的行爲型態，僅憑藉對文義的抽象理解即可排除犯罪成立之可能。

行爲符合條文的文字敘述，是對幫助行爲的形式要求。語言的使用方式是社會上約定俗成的，不一定遵循一貫的邏輯，由於文義解釋是爲了保障一般人身處行爲人之立場時的刑罰預測可能性，故唯有語言的一般用法本身能夠作爲文義解釋的標準，而法官在適用幫助犯規定時，也應以身處行爲人地位的一般人自居。判斷時可站在一般人的立場，設想自己是行爲人，面對那樣的情境而自問「我做 α ，是幫助他 β 嗎？」，視答案是什麼。如果答案模稜兩可，可再試著參考另外

兩個輔助的判準：1.假設行爲人對作爲幫助對象的正犯說「對不起，只能爲你做α，β的事幫不上忙」，以及；2.假設行爲人告訴別人說「我只是做α而已，沒有幫助他β」。視這兩個句子聽起來是否通順，還是會讓人產生違和感，即有助於確認行爲在日常的語用習慣中是否符合條文的敘述，而使看過條文規定、據此決定要不要做的一般人能夠產生刑罰預測可能性。（以上第四章）

類型論的原理來自刑法的斷片性，與罪刑法定原則實質上相繫，而行爲具有符合條文要求的法益侵害危險性，即對幫助行爲的實質要求。類型化法益侵害性的內容仍須以文義爲根據，經分析刑法上幫助行爲之特性，可歸納出直接性、有用性、法益關連性等三個主要特徵，分別代表幫助行爲與標的之間的距離、提供的作用種類、及作用方向，欠缺其中任一項便可排除在條文所述的幫助行爲概念範疇之外。至於作用的強度，從「幫助」此一詞彙中看不出最低程度的要求，故只要不是「零」、完全沒有即可。直接性、有用性是幫助行爲與作爲標的的實行行爲之間的關係，二者可說是一體兩面的要求；法益關連性則是幫助行爲與最終結果之間的關係，本身即行爲法益侵害性的基礎，用來支撐有用性之解釋，通常不直接發揮篩選作用。另外，吾人一般所稱的「幫助」，其實通常還有針對性、無義務性、一定之難度等特徵，但這些純粹只是來自語言使用習慣的類型性特徵而已，並不反映幫助行爲的法益侵害危險性，而且也不會因欠缺任何一項，便使行爲落入幫助行爲的概念範疇之外。不過，行爲若符合越多的次要特徵，會越接近幫助行爲概念的核心，故當依據主要特徵判斷是否爲幫助行爲而結論模稜兩可時，次要特徵可作爲補充的判斷指標。

判斷幫助行爲的危險性之際，必須先分析個案中作爲標的的實行行爲的特性，方能得知應該要怎麼幫；並且還須分析法益的特性，方知提供什麼樣的助力對於作爲最終結果的法益侵害來說才能堪稱爲有用的。至於幫助行爲本身，則可從助力的形式、種類、提供時期等角度來分析：1.爲了滿足現行法上的直接性要求，一般說來，若正犯實行行爲採取的是體力性特徵明顯的法益侵害方式，則一起身體力行的外部助長行爲較易被承認爲幫助行爲；若正犯採體力性特徵不明顯

的法益侵害方式，則可能承認搭載在實行行爲上、以內部助長形式提供助力的幫助行爲。2.幫助行爲可能是提供物理作用或準物理的心理作用，前者可以內部或外部助長的方式提供，後者由於欠缺形體，只能以內部助長的方式提供。物理作用通常被認爲是較確實的助力，但視法益的性質而定，若法益受損並非展現在物理現象上，則準物理的心理作用便可能比物理助力更能夠增進實行行爲的法益侵害能力。3.即使現行法條文的敘述方式看似嚴格限制助力須於他人實行犯罪行爲之際提供，但若是以內部助長方式提供的助力，或是侵害非物理性展現的法益，便往往是事前提供。只要助力對於實行行爲之法益侵害性提升具有明顯功效，可在具體的實行行爲當中發現貢獻的痕跡，乃至構成實行行爲的重要特徵、發揮關鍵的作用，便不受時期限制。另外，如果行爲的法益關連性格外顯著，則其他的主要特徵只要並非完全欠缺，通常都能夠落入幫助行爲的概念範疇當中。（以上第五章）

對於幫助行爲的類型化不可能窮盡，只能提出大致的判斷方法及標準，細部準則仍有待透過實際判斷經驗的積累來確立。若使用本文提出的判斷架構，來對目前實務上發生的若干案例類型進行分析，則可發現許多難點其實還是出在刑分條文的解釋或刑總的其他課題（例如不作爲犯）上，而不是幫助行爲本身的問題：

一、載送正犯抵達犯罪現場的行爲，通常與正犯抵達目的地後所從事的活動無關，應連前類型的法益侵害性都沒有，除非正犯的實行行爲恰有要求空間上移動的特性（例如運送毒品罪），才有可能討論幫助行爲性；如果不是一般私人的載送，而是計程車或大眾運輸工具等營業性的載送，通常還都會欠缺前類型、一般的刑罰預測可能性。至於載送正犯離開犯罪現場的行爲，則由於實行行爲已經結束，時序上不及幫在實行行爲上，故無法作爲現行法條文所述的幫助行爲。

二、提供犯罪場所的行爲：如果該種犯罪在哪裡都一樣能做，場所只是犯罪發生的一個空間，沒有特別適合於實現法益侵害的特性，場所提供行爲便根本欠缺法益侵害傾向；但如果在某些犯罪中，場所的存在本身是評價重點（例如供給賭博場所罪），則提供場所一事會具有法益侵害傾向，而須進一步判斷幫助行爲

性。如果提供的是附有特殊設備、特別能助益於某種犯罪發生的場所，則場所提供行爲時常可能是幫助行爲。另外，旅館或三溫暖等專門以提供場所的行業，若法令已科予負責人對一定犯罪的防範義務，即使該等場所並無特別能助益於該種犯罪發生的特性，仍可能成立刑法第 15 條第 1 項中的不作爲犯，只是此時負責人只要盡法令規定的義務（例如報警）便可破除支配領域，產生斷絕法益關連性的效果；如果場所本身已稱得上是特定犯罪的助力，則此時提供場所的行爲可能構成刑法第 15 條第 2 項中的不作爲犯，報警不當然能夠破除支配領域、斷絕法益關連性，但通常可導致欠缺前類型、一般的刑罰預測可能性。

三、提供業務性服務的行爲：須就個別業務及實際的行爲型態來分析，難以一概而論。例如影印業者幫顧客印簽賭卡的行爲，是連對賭博罪保護法益的前類型法益侵害傾向都沒有；爲顧客在報紙上刊登詐騙用的廣告，須視新聞同業對於廣告內容的審查標準要求到多高，如受託刊登的廣告內容看起來大致合理，則業者應欠缺前類型、一般的刑罰預測可能性；聽從雇主指示操作挖土機填平土方，由於行爲本身具有明顯的法益侵害傾向，又不存在因遵行一般行爲規範而影響對行爲犯罪意義之辨識的情事，故會進入類型性特徵的判斷，而成爲刑法上的幫助行爲。

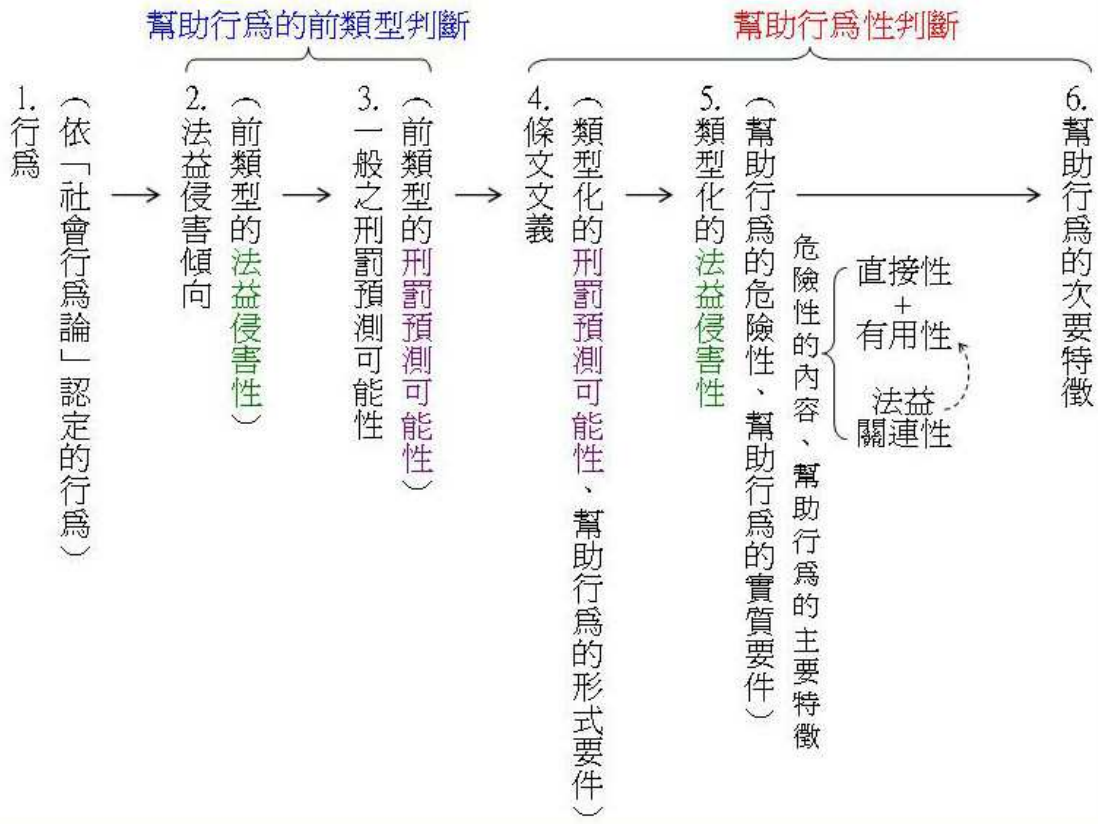
四、任職於本身即屬犯罪的事業（例如賭博電玩店）或專爲從事犯罪而成立的事業：即使是支撐場所或事業營運的行爲，但如果擔任與業務無關的工作，仍欠缺前類型的法益侵害傾向；至於擔任與業務有關的工作，在確認具有一般之刑罰預測可能性後，可進入幫助行爲的類型性特徵判斷，但視具體的職務內容及工作方式，仍未必會具有法益關連性。至於如果該事業不是專爲犯罪而成立，只是當中有人從事犯罪、或利用公司資源犯罪，便更應就個別行爲判斷了。

五、1.提供「人頭」的行爲，有時本身構成實行行爲的一部份（例如以冒用身分來騙人的方式犯詐欺罪），有時則只有使正犯逃避司法訴追的作用，並未推進犯罪之完成。提供帳戶給詐騙集團的行爲，在詐欺罪當中雖具有法益侵害傾向及一般之刑罰預測可能性，但其實不太符合幫助犯的條文文義；而且詐欺罪的保

護法益是財產處分的自願性，行爲的法益侵害性主要表現在對被害人「自願性」的影響上，而非被害人「財產處分」的環節，帳戶只是供被害人匯款之用的、被動的收款道具，故提供帳戶的行爲其實並未增益實行行爲的法益侵害性，欠缺有用性。2.擔任車手：「車手」是對犯罪活動中負責跑腿者的概稱，如果車手只負責提款，則由於當被害人把錢匯入指定帳戶時，金錢的持有即已移轉由詐騙集團支配了，即詐欺罪已經既遂，此舉根本已來不及幫在詐欺的實行行爲上，故非幫助行爲；但若非從銀行或提款機取款，而是直接向被害人收取，則收取行爲會成爲詐欺罪構成要件行爲的一部份，代爲收取可成爲詐欺的幫助行爲；如果車手自身配合了行使詐術，能作爲幫助行爲固無問題，甚至可能評價爲實行行爲；如果是收取之後預定用於犯詐欺罪的帳戶，則由於蒐集帳戶的行爲稱不上是另案之詐欺罪的預備行爲，故幫詐騙集團收取帳戶便連對預備行爲的幫助都不是。3.提供被害人個資：雖有法益侵害傾向及一般之刑罰預測可能性，但如果是提供地址、電話等，只是讓詐騙集團能聯絡上被害人而已，不符合條文文義，也欠缺直接性，無法作爲詐欺取財行爲的幫助行爲；如果提供的是關於被害人個人身家背景等特徵的資料，有助於詐騙集團使用話術，便可作爲幫助行爲。如果同一種助力是由數人的行爲相加所提供，該等行爲人之間不太可能同時滿足直接性的要求，故原則上只能挑選作爲該助力的最關鍵環節者成立幫助犯，挑選標準是參考對助力的掌握程度（表彰行爲的有用性及法益關連性）、及行爲與作爲幫助之標的的實行行爲之間的關係。（以上第六章）

第二節 幫助行為的判斷流程

幫助行爲的類型化不可能窮盡，只能提出一般性的判斷方法。本文第三至五章中所論述的幫助行爲的判斷架構及流程，大致可用以下圖示表示：



整個判斷是由左至右依序進行，必須每一層判斷都完全通過，才是刑法幫助犯條文所預定處罰的行爲。

「1.」是依刑法學上的行爲理論（目前以「社會行爲論」爲通說）所篩選出的犯罪判斷對象，於此階段會決定應評價行爲人的作爲還是不作爲。但判斷對象的選取，具有標示系統境界的意義，爲確保行爲具有適於作刑法內部觀點之判斷的品質，「1.」之行爲在進入條文所述類型性特徵判斷之前，還須先經過兩層前類型的、出於刑法外部觀點的判斷：其中「2.」要求行爲應具有法益侵害的傾向，這是一種前類型的法益侵害性，指依照一般生活經驗，會認爲該行爲對於特定結果之發生來說，是帶有若干因果作用、在因果方面可判別爲相關的，而不只是一個中性、科學上的條件而已，行爲如果欠缺這樣的性質，應該根本不會被注意到、成爲可能的偵辦對象；「3.」則是要求行爲應具有一般（未經語言過濾）的犯罪意義，即依該社會普遍的觀念，一般未讀過刑法條文的人，若立於行爲人的立場，大致上都不會忽視行爲的法益侵害傾向、能夠辨識出自身行爲具有作爲犯罪行爲

而可能招致刑罰的意義。「2.」是對於行爲在事實、結果惹起能力方面的要求，「3.」則是對於行爲在評價、規範意義方面的要求，這兩層判斷所依據的原理及詳細操作方法參本文第三章。

能夠通過前類型判斷的行爲，對刑法來說方屬可視，才能進入刑法內部觀點的幫助行爲性判斷。「4.」至「6.」的內容是受到條文所決定，而此一判斷恆須以先確定哪個是作爲標的的正犯實行行爲爲前提。其中「4.」是對行爲形式層面的要求，以社會上一般的語言使用習慣爲標準，一方面可大致分析出條文所預定指涉的、抽象的對象範疇，另一方面可在個案中具體認定行爲能否爲文義所涵攝。與「3.」相比較，「4.」所保障的是依附於條文、經語言過濾的刑罰預測可能性（詳參本文第四章）。「5.」則是對行爲的實質層面要求，幫助行爲的類型化法益侵害危險性表現在直接性、有用性、法益關連性等三個主要特徵當中，其中法益關連性是法益侵害性的核心成分，直接性、有用性可說都只是爲法益關連性賦形之用。「5.」與「2.」一樣是來自刑罰正當性原理，只是「2.」的內容未經語言過濾，「5.」則是從文義當中分析出來的（詳參本文第五章）。至於「6.」，只是來自語言使用習慣的幫助行爲類型性特徵，不反映幫助行爲的法益侵害危險性，但對於幫助行爲性的判斷具補充作用，即當行爲雖通過「4.」、「5.」之判斷但結論曖昧時，表示作爲幫助行爲的特性其實不甚明顯，此時即可參考「6.」的次要特徵作最後的定奪（詳參本文第四章第三節第三項、第五章第二節第一項第三款）。

以上全部的判斷，都是在處理構成要件階層中的「行爲」要素，尚不涉及（廣義的）「因果關係」要素及刑法上的違法性。對單一要素的繁複判斷流程，其意義在於對行爲人的所爲，從多種觀點（來自不同原理所要求的刑罰發動限制）反覆確認應得的評價。雖然在不同的觀點之間切換，考量的事項內容有時會發生重疊，因而看起來重複，但對於判斷結論安定性的保障機制，也正在於利用多層次的篩選，使結論濃縮到一點[1]。也就是說，只要有任何一種觀點認爲不應處罰，

[1] 即使這樣的判斷架構，有時當由不同的人進行操作時，會將排除的論述建立在本文所述的不同層次上，但對刑法學上一般使用的大的、較粗略的犯罪判斷架構來說，都一樣是因欠缺構成要件

就排除犯罪成立的可能性，那麼最終留下來未被排除者，便是從各種觀點均認爲適合處罰的行爲了，即無可置疑是刑法上預定的幫助行爲。

整個判斷流程由三個觀點交織而成：法益侵害危險性（來自刑罰正當性原理）、客觀的刑罰預測可能性（來自民主國原理）、及類型（依據法治國原理、罪刑法定原則）。法益侵害性與刑罰預測可能性二者，均依照有無條文依據（是否經語言過濾），而分爲前類型（或說「前刑法」，即圖中標示藍色字的部分）與類型性的二種，判斷順序爲：前類型的法益侵害性→前類型的刑罰預測可能性→類型化的刑罰預測可能性→類型化的法益侵害性。

這樣的順序安排，是考量民主國原理表彰的是國家行爲的分際，原則上應構成其他要求的前提限制，故較諸刑罰正當性之建立，對人民客觀化之刑罰預測可能性的保障應具有優先性；而類型化的法益侵害性與來自刑法上違法性原理的因果性判斷在內容上較具親近性，也宜置於刑罰預測可能性相關判斷之後，而與（廣義的）因果關係要素銜接。但是，至於前類型的法益侵害性，因一方面反映作爲犯罪檢驗對象的行爲實際上怎麼在偵查流程中被掃視到、網羅進刑事司法程序的過程，具有銜接生活觀點與法之觀點的作用，可說是對社會行爲論的補充，另一方面，也有確立行爲要素在構成要件階層當中之定位（須置於結果要素之後才能夠討論）的意義，故法益侵害傾向的判斷順序，又應提升至刑罰預測可能性相關判斷的前面。而既然行爲在因果方面的意義也是一般未看過條文的人能否產生刑罰預測可能性的關鍵，故將此要求安排在緊鄰前類型之刑罰預測可能性判斷之前，也恰是合適的。

又，凡是出於保障人民刑罰預測可能性考量的判斷（即圖中標示紫色字的部分），標準都須貼近社會實態、完全尊重一般人怎麼認爲，故對於前類型的刑罰預測可能性及語言之用法（類型化的刑罰預測可能性）的判斷允許訴諸直觀；反之，如果是用來建立刑罰正當性的法益侵害危險性（含前類型及類型性的，即圖

中的「行爲」要素而無法成立犯罪，即會視爲問題的定性都仍在同一個層次上，只是細部的論理不同而已。

中標示綠色字的部分）、或是用來表彰違法性的因果貢獻強弱等的判斷，則必須使用分析的方法，對社會通念或一般人的直覺作理性的規整，而不能完全服從。

第三節 展望：共犯論對正犯論的反饋

雖然刑法學理論的發展歷史，是以正犯論爲主流、核心，再慢慢擴散到共犯論，但實際經驗上，恐怕涉及到複數行爲人的犯罪事件數量上還比僅涉及一位正犯的多。也許犯罪參與論才是最大的構圖，正犯論只是複數行爲人惹起結果案型的整體判斷流程中的一塊而已，只是由於刑法學理論的積累，使這一塊的內容特別豐富，發展出複雜的判斷流程及內容。拓深犯罪參與論內容的問題意識較慢起步，尤其共犯類型論（共犯各論）[2]至今還留有大片空白，有待從正犯論汲取資源來構築完備。正犯論的發展成就，爲猶在建構中的共犯論預示了需要探討的議題及能夠達到的深度，共犯成立所應具備的要件、所須作的判斷，大致上也都可以從既有的正犯相關理論內容中拷貝過來，再加以修改、轉換即可。

不過，即使大方向上對於正犯的犯罪階層體系判斷架構可爲共犯各論所沿用，各構成要件要素大致上也都能夠在每個共犯類型當中找到對應（如果沒有，便表示應當在共犯的討論中發展出來），但當以共犯爲中心來思考時，還是會發現正犯論提供的資源有不足之處，即在共犯各論當中，仍存在正犯論未曾思考過的獨特問題需要處理。正犯論沒有發展這些議論，也許是無此需求，但也許只是受限於既有理論的談法而未意識到，藉由共犯論的發掘及探討，也能爲正犯論提供新的思考契機。像是本文所提出的判斷流程，雖是爲了完成對幫助行爲的判斷而設計，但其中的一些問題意識，例如對行爲的前類型限制所表彰的、行爲論與構成要件論中間的議題領域等，也許也能夠反饋給正犯論，補足既有正犯論討論中忽視或定位不明的細節。透過正犯論與共犯論之間兩相對照、互通有無，應可期待二者共同完成整個複數行爲人惹起結果案型的判斷內容，最終像拼圖一樣將

[2] 參第一章註 1 圖示。

刑法學的全貌補完而不再缺漏。

另外，本文對於條文的抽象分析方法，及具體的涵攝操作方式，也許也可供適用刑分條文時參考，促使對分則構成要件的解釋及正犯實行行爲的判斷更爲細緻。這些原本只是來自法律解釋的一般基本訓練，並不需要從共犯論反饋才能夠發展，但目前的刑法釋義學對於傳統的法律解釋技術似乎變得不太重視，原因可能是因爲已發展出許多不同的理論工具能夠解決問題，選項太多，故走上了別的道路，對早期發展出來的方法，反而有重新提請觀照的必要。除了罪刑法定原則誕生的初衷不應被遺忘外，並且，最傳統的解釋技術，其實可能仍是最穩定、在法律同業之間最無爭執、最具共識性的理論途徑，捨此不用而讓學科發展倒退回到莫衷一是、各自爲政的草創時期，連帶也繼續放任或增添實務上的法律適用亂象，甚爲可惜。也許，透過在共犯類型論當中所展現出的解決問題能力，能夠使正犯論在新的理論方法遇到瓶頸之際，願意重新思考、肯認傳統解釋方法的價值。

參考文獻

◎中文

1. David Garland 著，劉宗爲、黃煜文譯，《懲罰與現代社會》，台北：商周，2006 年 5 月。
2. 王詠寰，《從犯之研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年 5 月。
3. 李茂生，《刑法總則講義綱要》，2008 年（未出版）。
4. 吳庚，《憲法的解釋與適用》，台北：作者自版，2004 年 6 月。
5. 林山田，《刑法通論》(增訂十版)，台北：作者自版，2008 年 1 月。
6. 林育駿，《從「中性行爲」論幫助犯的成立要件—以幫助因果性與幫助故意爲中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2011 年 6 月。
7. 林鈺雄，《新刑法總則》，台北：元照，2006 年 9 月。
8. 洪兆承，《中性行爲與幫助犯》，政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月。
9. 徐育安，《刑法上類推禁止之生與死》，台北：春風煦日論壇，1998 年 9 月。
10. 徐偉群，〈提供人頭帳戶之詐欺罪責—兼評台灣高等法院九十六年度上易字第二六四一號暨台北地方法院九十六年度易字第八十號刑事判決〉，月旦法學雜誌 168 期，2009 年 5 月。
11. 徐偉群，〈通往正犯之路：透視正共犯區分理論的思路〉，臺大法學論叢 40 卷 1 期，2011 年 3 月。
12. 許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，《民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2005 年 9 月。
13. 許宗力，〈論法律保留原則〉，收錄於氏著，《法與國家權力(一)》，台北：元照，2006 年 8 月。
14. 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，收錄於氏著，《憲法與法治國行政》，台北：元照，1999 年 3 月。

15. 許恒達，〈「行爲非價」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，2010 年 4 月。
16. 許澤天，〈共犯之處罰基礎與從屬性〉，收錄於《罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，台北：五南，1998 年 10 月。
17. 陳子平，《刑法總論》，台北：元照，2006 年 2 月。
18. 陳志龍，〈正犯與參與犯的區分標準—評最高法院九十八年台上字第八七七號判決〉，月旦裁判時報 6 期，2010 年 12 月。
19. 黃光國，《社會科學的理路》，台北：心理，2001 年 2 月。
20. 黃常仁，《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，台北：作者自版，2009 年 1 月。
21. 黃惠婷，〈中性行爲之幫助性質〉，台灣法學雜誌 114 期，2008 年 10 月。
22. 黃榮堅，《基礎刑法學》，台北：元照，2006 年 9 月。
23. 黃榮堅，〈幫助犯之不法與故意—評最高法院 96 年台上第 7142 號等判決〉，法令月刊 62 卷 3 期，2011 年 3 月。
24. 楊日然，《法理學》，台北：三民，2005 年 10 月，
25. 蔡聖偉，《刑法問題研究(一)》，台北：元照，2008 年 7 月。
26. 蘇俊雄，《刑法總論Ⅰ》，台北：作者自版，1998 年 3 月。

◎日文

1. Birkmeyer 著，齊藤金作譯，《ビルクマイヤー共犯論》，東京：早稲田大学法学部，1934 年。
2. 井田良，《刑法総論の理論構造》，東京：成文堂，2005 年 8 月。
3. 井田良，《変革の時代における理論刑法学》，東京：慶應義塾大学出版会，2007 年 7 月。
4. 大越義久，《共犯の処罰根拠》，東京：青林書院，1981 年 2 月。
5. 大野真義，《罪刑法定主義》，京都：世界思想社，1982 年 5 月。
6. 亀井源太郎，《正犯と共犯を区別するということ》，東京：弘文堂，2005 年

12 月。

7. 小坂井敏晶，《責任という虚構》，東京：東京大学出版会，2008 年 7 月。
8. 小野清一郎，《犯罪構成要件の理論》，東京：有斐閣，1957 年 12 月。
9. 斉藤誠二，〈共犯の処罰の根拠について管見〉，收錄於西原春夫、渥美東洋編，《刑事法学の新動向：下村康正先生古稀祝賀・上巻》，東京：成文堂，1995 年 6 月。
10. 佐伯千仞，《三訂 刑法講義(総論)》，東京：有斐閣，1978 年 6 月。
11. 佐伯千仞，《共犯理論の源流》，東京：成文堂，1987 年 4 月。
12. 島田聡一郎，〈広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる「中立的行爲による幇助」に関する近時の議論を手がかりとして〉，立教法学 57 号，2001 年 1 月。
13. 島田聡一郎，《正犯・共犯論の基礎理論》，東京：東京大学出版会，2002 年 3 月。
14. 増田豊，《規範論による責任刑法の再構築》，東京：勁草書房，2009 年 2 月。
15. 高橋則夫，〈刑法における行爲規範と制裁規範〉，收錄於氏著，《規範論と刑法解釈論》，東京：成文堂，2007 年 10 月。
16. 団藤重光，《刑法綱要総論》，東京：創文社，1984 年 7 月（改訂版 10 刷）。
17. 照沼亮介，《体系的共犯論と刑事不法論》，東京：弘文堂，2005 年 11 月。
18. 仲道祐樹，〈実行行爲概念による問責行爲の特定(二・完)〉，早稲田大学大学院法研論集 124 号，2007 年。
19. 内藤謙，《刑法講義総論(上)》，東京：有斐閣，1991 年 1 月。
20. 内藤謙，《刑法講義総論(下)Ⅱ》，東京：有斐閣，2002 年 10 月。
21. 中山研一、松宮孝明、浅田和茂，《レヴィジオン刑法 1－共犯論》，東京：成文堂，1997 年 11 月。
22. 西田典之、山口厚、佐伯仁志編，《刑法の争点》（Jurist 増刊 新・法律学の争点シリーズ 2），東京：有斐閣，2007 年 10 月。

23. 萩原滋，《罪刑法定主義と刑法解釈》，東京：成文堂，1998 年 10 月。

24. 平野龍一，《犯罪論の諸問題(上) (刑事法研究(第 2 巻-1)》，東京：有斐閣，1981 年 12 月。

25. 平場安治，〈刑法における行爲概念と行爲論の地位〉，收錄於氏著，《刑法における行爲概念の研究》，東京：有信堂，1961 年 10 月。

26. 松宮孝明，〈「積極的一般予防論」と刑事立法の限界〉，收錄於氏著，《刑事立法と犯罪体系》，東京：成文堂，2003 年 5 月。

27. 山中敬一，《刑法における因果関係と帰属》，東京：成文堂，1984 年 3 月。

28. 山中敬一，〈犯罪体系論における行爲規範と制裁規範〉，收錄於《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[上巻]》，東京：成文堂，2007 年 5 月。

29. 山中敬一，《刑法総論[第 2 版]》，東京：成文堂，2008 年 3 月。

◎英文

1. Hannah Arendt, *Eichmann and the Holocaust*, England: Penguin, 2006.

2. H. L. A. Hart & Tony Honoré, *Causation in the Law*, New York: Oxford, 1985.（本書中譯本：張紹謙、孫戰國譯，《法律中的因果關係》，北京：中國政法大學出版社，2005 年 1 月。因翻譯品質不佳，雖有參考，仍引用原文本）。

◎網路資源

1. 司法院法學資料檢索系統 http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm。

2. 司法院大法官解釋 http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp。