

96 年度教育部補助法律專業科目教學改進計畫  
成果報告

# 刑法案例 100

計畫主持人：陳志輝助理教授（政治大學法律學系）

協同主持人：李聖傑助理教授（政治大學法律學系）

徐育安助理教授（東吳大學法律學系）

計畫助理：洪瑋孺（政治大學法研所碩士班研究生）

卓巧琦（政治大學法研所碩士班研究生）

茆怡文（東吳大學法研所碩士班研究生）

執行期程：96 年 6 月至 97 年 1 月

執行單位：政治大學法律學系

# 目錄

## 前言

### 第一單元：客觀構成要件（因果關係與客觀歸責）

#### 壹、因果關係概念與判斷標準

一、單元案例.....	1
二、簡化所涉犯罪事實.....	6
三、判決論點整理.....	7
四、基本定義以及問題之提出.....	7
五、我國實務見解分析.....	9
(一) 早期實務見解.....	9
1. 大理院時期.....	9
2. 最高法院成立後.....	9
3. 小結.....	10
(二) 本文評釋之最高法院判決見解之分析.....	10
1. 違規停車肇事案.....	10
2. 啟動機器致死案.....	11
3. 罹患他病致死案.....	11
六、比較法之分析－德國實務與學說見解.....	11
七、結論.....	12
八、進階閱讀.....	12

#### 貳、客觀歸責理論內涵與歸責判斷標準

一、單元案例.....	14
二、簡化所涉犯罪事實.....	19
三、判決論點整理.....	20
四、基本定義以及問題之提出.....	20
五、學理論述與判決評釋.....	21
(一) 客觀歸責理論.....	21
1. 風險製造.....	22
2. 風險實現.....	22
(二) 本文評釋之法院判決見解之分析.....	23
1. 核對麻醉藥物案.....	23
2. 違規出航潛水案.....	24
六、比較法之分析－德國實務與學說見解.....	24
七、結論.....	25
八、延伸閱讀.....	25

## 第二單元：主觀構成要件

### 壹、故意類型—直接與間接故意

一、單元案例.....	27
二、簡化所涉犯罪事實.....	31
三、判決論點整理.....	32
四、基本定義以及問題之提出.....	32
五、我國實務見解分析.....	33
(一) 早期實務判例見解.....	33
(二) 本文評釋之最高法院判決見解.....	34
(三) 分析.....	34
1. 直接故意與間接故意之區分.....	34
2. 中間類型之歸類.....	35
六、比較法之分析—德國法之意圖故意、直接故意與間接故意.....	35
七、結論.....	38
八、進階閱讀.....	38

### 貳、間接故意

一、單元案例.....	39
二、簡化所涉犯罪事實.....	44
三、判決論點整理.....	44
四、基本定義以及問題之提出.....	44
五、我國實務見解分析.....	45
(一) 早期實務判例見解.....	45
(二) 本文評釋之最高法院判決見解.....	46
(三) 分析.....	47
1. 間接故意與其他犯罪型態之區別.....	47
2. 間接故意之意欲要素.....	47
六、比較法之分析—德國實務和學說見解.....	48
七、結論.....	50
八、進階閱讀.....	50

## 第三單元：違法性

### 壹、正當防衛

一、單元案例.....	51
二、簡化所涉犯罪事實.....	53
三、判決論點整理.....	53
四、基本定義以及問題之提出.....	53

五、進階閱讀.....	54
<b>貳、緊急避難</b>	
一、單元案例.....	55
二、簡化所涉犯罪事實.....	55
三、判決論點整理.....	56
四、基本定義以及問題之提出.....	56
五、進階閱讀.....	56
<b>參、實質違法性</b>	
一、單元案例.....	57
二、簡化所涉犯罪事實.....	58
三、判決論點整理.....	59
四、基本定義以及問題之提出.....	59
五、進階閱讀.....	59

#### 第四單元：罪責

<b>壹、罪責能力</b>	
一、單元案例.....	61
二、簡化所涉犯罪事實.....	62
三、判決論點整理.....	63
四、基本定義以及問題之提出.....	63
五、進階閱讀.....	64
<b>貳、原因自由行為</b>	
一、單元案例.....	65
二、簡化所涉犯罪事實.....	66
三、判決論點整理.....	67
四、基本定義以及問題之提出.....	67
五、進階閱讀.....	68

#### 第五單元：未遂

<b>壹、著手</b>	
一、單元案例.....	69
二、簡化所涉犯罪事實.....	70
三、判決論點整理.....	70
四、基本定義以及問題之提出.....	70
五、進階閱讀.....	71
<b>貳、不能未遂</b>	
一、單元案例.....	72

二、簡化所涉犯罪事實.....	73
三、判決論點整理.....	74
四、基本定義以及問題之提出.....	74
五、進階閱讀.....	75

## 第六單元：不作為犯

### 壹、作為與不作為之區別

一、單元案例.....	77
二、簡化所涉犯罪事實.....	79
三、判決論點整理.....	79
四、基本定義以及問題之提出.....	79
五、進階閱讀.....	80

### 貳、保證人地位類型

一、單元案例.....	81
二、簡化所涉犯罪事實.....	92
三、判決論點整理.....	94
四、基本定義以及問題之提出.....	96
五、進階閱讀.....	98

### 參、故意之不法前行為所建構的保證人義務

一、單元案例.....	99
二、簡化所涉犯罪事實.....	101
三、判決論點整理.....	101
四、基本定義以及問題之提出.....	101
五、進階閱讀.....	102

### 肆、瑕疵產品製造人責任

一、單元案例.....	103
二、進階閱讀.....	110

## 第七單元：正犯與共犯

### 壹、功能性犯罪支配

一、單元案例.....	111
二、簡化所涉犯罪事實.....	114
三、判決論點整理.....	114
四、基本定義以及問題之提出.....	115
五、進階閱讀.....	116

### 貳、犯意聯絡

一、單元案例.....	117
二、簡化所涉犯罪事實.....	120
三、判決論點整理.....	121
四、基本定義以及問題之提出.....	121
五、進階閱讀.....	122
<b>參、共同正犯不法連帶責任</b>	
一、單元案例.....	123
二、簡化所涉犯罪事實.....	125
三、判決論點整理.....	126
四、基本定義以及問題之提出.....	126
五、進階閱讀.....	127
<b>肆、共謀共同正犯</b>	
一、單元案例.....	129
二、簡化所涉犯罪事實.....	133
三、判決論點整理.....	134
四、基本定義以及問題之提出.....	135
五、進階閱讀.....	135
<b>伍、共同正犯過剩責任</b>	
一、單元案例.....	137
二、簡化所涉犯罪事實.....	139
三、判決論點整理.....	139
四、基本定義以及問題之提出.....	139
五、進階閱讀.....	139
<b>陸、間接正犯</b>	
一、單元案例.....	141
二、簡化所涉犯罪事實.....	146
三、判決論點整理.....	147
四、基本定義以及問題之提出.....	148
五、進階閱讀.....	149
<b>柒、教唆犯</b>	
一、單元案例.....	150
二、簡化所涉犯罪事實.....	151
三、判決論點整理.....	152
四、基本定義以及問題之提出.....	152
五、進階閱讀.....	152
<b>捌、幫助犯</b>	
一、單元案例.....	154

二、簡化所涉犯罪事實.....	157
三、判決論點整理.....	157
四、基本定義以及問題之提出.....	158
五、進階閱讀.....	158
<b>玖、共犯與身分</b>	
一、單元案例.....	159
二、簡化所涉犯罪事實.....	161
三、判決論點整理.....	161
四、基本定義以及問題之提出.....	161
五、進階閱讀.....	161
<b>第八單元：犯罪競合</b>	
<b>壹、自然的行為單數—以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定</b>	
一、單元案例.....	163
二、簡化所涉犯罪事實.....	169
三、判決論點整理.....	169
四、基本定義以及問題之提出.....	169
五、我國實務見解分析.....	170
(一) 早期實務判例見解.....	170
(二) 本文評釋之最高法院判決見解.....	171
1、偷渡客落海案.....	171
2、開槍報復案.....	172
(三) 分析.....	172
1、最高法院判決認定之理由從主觀面轉向客觀面.....	172
2、接續行為與連續行為之區別.....	173
六、比較法之分析—德國實務和學說見解.....	175
(一) 德國無連續犯概念.....	175
(二) 德國實務見解.....	175
(三) 德國學說見解.....	177
七、結論.....	178
八、進階閱讀.....	179
<b>貳、集合犯</b>	
一、單元案例.....	180
二、判決論點整理.....	182
三、基本定義以及問題之提出.....	189
四、我國實務見解分析.....	189
(一) 非法經營期貨事業案.....	190

(二) 非法從事廢棄物清除處理案.....	190
(三) 投票行賄案.....	191
(四) 施用毒品案.....	195
(五) 販賣毒品案.....	197
五、分析.....	197
(一) 基本問題之釐清.....	197
1、寬嚴並進的刑事政策與連續犯規定之廢除.....	198
2、連續犯規定之廢除與集合犯之關係.....	199
3、集合犯與接續犯之異同.....	200
(二) 分析學說對於集合犯的看法.....	201
1、通說見解.....	201
2、具體類型.....	201
3、「必然」多數行為屬於集合犯的前提要件？.....	204
4、少數見解及其分析.....	204
六、結論.....	207
七、進階閱讀.....	208
<b>附錄：刑法案例一〇〇期末成果發表會暨刑法案例教學</b>	
<b>工作坊會議記錄及海報.....</b>	<b>210</b>



## 前言

### 壹、計畫目標

- (一) 本教學改進研究團隊，以近年來最高法院刑事判決為基礎，藉以融合本土法學實踐經驗以及法學理論，撰寫兼具本土法學實踐經驗、理論與案例並重之刑法案例教學教材。藉以擺脫傳統記憶背誦之學習方式，透過本土實務案例的運用，結合法學理論，使法學教育貼近台灣社會的現實面，導引學生將抽象之法規範適用於具體的社會生活事件中。此外，並透過對話式教學方法，培養學生獨立思考能力，以期提升法學教育之品質。
- (二) 完整編寫刑法案例教材，藉此逐漸形成典範刑法案例之雛形。計畫名稱「刑法案例 100」僅代表本計畫發掘本土典範案例的企圖心，並非案例總則數限定為 100 則之意。

### 貳、如何定義本土案例

取材本國各級法院判決，主要以最高法院判決為主，如無適當案例，則輔以高等法院或地方法院之判決。少部分案例則考慮採納不起訴處分書或緩起訴處分書，因為所涉情節輕微，檢察官不予起訴或予以緩起訴。

### 參、如何蒐集與整理本土案例

透過司法院或法源法律資料系統，以相關之關鍵字搜尋，此外也留意報章雜誌所刊登之重要相關訊息。尋得之案例依照原計畫體系進行歸類。

### 肆、如何分析本土案例

參考德國分析相關法律概念時，哪些案例是多數一定會提出來討論的案例，藉以作為挑選本土案例的參考指標。其次，就所摘選出具有代表性的實務判決中，整理案例事實、分析要點並提出問題，必要時分析整理重要學說爭論，最後針對實務見解在法律概念的闡明和適用上，提出評論。藉此，將案例與抽象法學概念相結合，以建構法學知識。期待所選輯出之本土案例能成為本土教學之典範案例（教案）。

## 伍、計畫撰寫之分工

單元主題	撰寫者
1、因果關係與客觀歸責	李聖傑
2、主觀構成要件	徐育安
3、違法性	李聖傑
4、罪責	徐育安
5、未遂	徐育安
6、不作為犯	陳志輝
7、正犯與共犯	陳志輝
8、犯罪競合	陳志輝

## 陸、實際執行成效

- (一) 完成上開八個單元的刑法總則重要的基本案例教材。囿於有限的時間，一部分的單元有較深入的分析（例如因果關係、客觀歸責、主觀構成要件以及犯罪競合），其餘單元只能著重在案例的檢選以及基本問題的提出和釐清。
- (二) 透過每個月計畫主持人和協同主持人間的固定開會，溝通寫作方式以及討論典範案例之形成，對於形成教學研究團隊有莫大助益。
- (三) 案例之具體應用：對所檢選之案例，參與本計畫之老師具體運用在所教授之課程，學生對此普遍反應良好，能夠將原先獲得之抽象知識，透過具體實際之案例加深印象，深化學習成果。
- (四) 提升研究助理教學興趣和研究能量：對於參與本計畫之研究助理，本計畫也展現預期之效益。計畫助理協助教師蒐集判決，參與教師討論，對具有典範性案例之檢選，培養其專業敏感度，並學習如何將複雜的司法文書予以簡化，將重要的法律觀點從判決中篩選出來，並進一步開展相關的問題和解決方案。

## 柒、刑法案例 100 教學網頁

透過計畫經費之補助，得將教材內容編制成網頁，提供對此有興趣的教師和學生有觀摩和互動之學習平台。

網址：<http://www3.nccu.edu.tw/~jyhuei/clc100/index.htm>



## 第一單元：客觀構成要件：因果關係與客觀歸責

### 壹、因果關係概念與判斷標準

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、我國實務見解分析
  - (一) 早期實務見解
    1. 大理院時期
    2. 最高法院成立後
    3. 小結
  - (二) 本文評釋之最高法院判決見解之分析
    1. 違規停車肇事案
    2. 啟動機器致死案
    3. 罹患他病致死案
- 六、比較法之分析—德國實務與學說見解
- 七、結論
- 八、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】違規停車肇事案

判決：最高法院 84 年台上字第 5360 號

判決認定事實：

被告甲於民國八十二年八月二日傍晚，駕車牌 F X—七三五六號自小客車，停放於台北縣淡水鎮水碓街四十巷口，應注意汽車在交岔路口不得停車，依當時情況又無不能注意之情形，竟疏未注意，猶貿然將車停放在交岔路口。適有乙駕駛車牌 Q I C—二一八號輕車沿淡水鎮由南往北方向行駛，途經淡水鎮水碓街四十巷口時，亦未注意車前狀況，致其煞車未及而撞及甲所停放之車牌 F X—七三五六號自小客車，乙經送醫急救，延至八十二年八月十二日四時二十七分許，終因顱內出血不治死亡。

第一單元：客觀構成要件：因果關係與客觀歸責

判例要旨：

汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。

判決結果與認定理由：

判決結果：檢察官上訴意旨執以指摘原判決不當，為有理由，應認有發回更審之原因。

判決認定理由：

(一) 依道路交通事故調查報告表以及所繪現場圖顯示，被告雖將車停放於水碓街四十巷，但其後部車身明顯已突出於水碓街上。依現場照片顯示，被告的車輛為暗藍色，於夜間停放交岔路口，又未開啟警示燈或放置其他警示標誌，能否謂被告所停放之車輛並不影響被害人行駛之水碓街車輛正常行駛？即非無疑。

(二) 原判決理由雖謂「汽車駕駛人可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，倘他人不適切行為發生結果，駕駛人對於此不可知之對方違規行為並無預防之義務，而不負責任，此為信賴原則」，「被害人若按照規定之速度且未逾越路面邊線行駛，應不致擦撞被告所停之車，此為一般駕駛人所得注意，被告對此之信賴應認為相當，詎被害人竟違規超速駕駛致機車失控逾越路面邊線擦撞被告停放在邊線外之車尾，而發生本件車禍應不得歸責於被告，是本件車禍堪認係被害人之過失為肇事之獨立原因，被告雖於巷路口停車違反道路交通安全規則，然此為被告一般之交通違規，難據此即認被告違規停車即有過失責任」云云。但汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，始可以信賴原則為由免除過失責任。

(三) 本件被告所停放之自用小客車，並未遵守道路交通安全規則第一百十一條第二款、第一百十二條第九款於交岔路口十公尺內不得停車及顯有妨害他車通行之處所不得停車之規定，竟將車停放於水碓街與該街四十巷口，且緊臨於交岔路口上，顯有妨害他車通行之違規情事，為原判決認定之事實，被告為領有汽車駕駛執照之汽車駕駛人，於夜間違規將車輛停放在顯有妨害他車通行之水碓街與該街四十巷口，且緊臨於交岔路口上，依當時情形，自應盡相當之注意義務，以防

止危險發生，應注意又非不能注意致肇事，能否認被告信賴被害人若按照規定之速度且未逾越路面邊線行駛，應不致擦撞被告所停之車，被告之行為為一般之交通違規，不負過失責任？非無研求之餘地。

### 【案例二】啟動機器致死案

判決：最高法院 95 年台上字第 6844 號

判決認定事實：

上訴人甲為右家油壓實業有限公司負責人，以設計、製造及銷售「全自動油壓廢紙打包機」為業，為從事業務之人，就前開廢紙打包機之設計、製造及銷售，負有使之具備安全操作使用環境之責。民國八十七年十一月十八日，長益紙業有限公司（下稱長益公司）向甲購買前開廢紙打包機，甲本應注意上開廢紙打包機應設置鐵網或護欄以保護操作者安全，並於機器上作危險、警告標示，且應提供書面之操作手冊、操作說明書，俾便操作者得明瞭機器操作方法及故障排除方式，以避免首次購買上開機器之長益公司之員工因不諳機器之操作方法及故障排除程序而受損害，其又非不能注意，竟疏未注意，未設置鐵網或護欄、警告標示等安全防護措施，僅以口頭告知前開機器之操作方法及故障排除程序，致八十八年十二月十六日上午十一時五十分許，在台北縣新店市○○路二之一號長益公司工廠內，機器操作人陳政忠因見前開廢紙打包機發生故障，惟無操作手冊可供參考，故未先依照故障排除程序將機器電源關閉或由自動改為手動方式操作，即探頭進入機身內查看機身何處故障，適故障突然排除，前開機器因仍處於自動操作模式遂自行運轉，陳政忠閃避不及，即遭運轉間之馬達護蓋彈打到頭部，造成顱內出血，於同年月十八日零時十分許死亡。

判決結果與認定理由：

判決結果：原判決撤銷，發回台灣高等法院。

判決認定理由：

（一）本件事故發生之原因，經行政院勞工委員會北區勞動檢查所派員檢查結果，初判認應為罹災者檢修時未將機器斷電而導致災害發生。

（二）依證人郭麗花偵查中之陳述，陳政忠似於著手修理機器前，已依排除故障程序將開關改為手動，且於修復後始因第三人開啟機器，致遭移動之馬達擊中頭

部。若郭麗花之陳述無訛，陳政忠係於修理機器過程中或修復後發生事故？若確有第三人起動機器，該起動機器之行為，是否屬於造成陳政忠死亡之偶然事實而造成因果關係中斷？攸關上訴人甲應負何程度業務過失行為之認定，亦關係原判決所認定上訴人疏懈其注意義務與陳政忠之死亡結果有無相當因果關係之判斷，自有詳查之必要。原審未予根究明白，遽為不利上訴人之認定，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

### 【案例三】罹患他病致死案

判決：95 年台上字第 6394 號

判決認定事實：

（一）被告乙係國立成功大學醫學院附設醫院（下稱成大醫院）醫師。緣被害人（即上訴人之母親）馮何金足過去雖有糖尿病、高血壓等疾病，惟健康情形一直良好，且身體壯碩，平日均至田裡工作及至市場從事買賣。民國八十七年十一月十六日晚間，被害人突有昏睡狀況，家屬即將之送至成大醫院急診處診療，並由當日急診值班醫師即被告負責診治，其診療流程分述如下：八十七年十一月十六日晚上二十一時：被害人被送至成大醫院急診部。當晚二十一時三十分：被害人恢復意識、四肢活動正常，惟有呼吸不順暢、氣喘等現象。二十二時：第一次檢驗結果被害人肌酸酐 8.1、尿素氮 73、高血鉀 6.3，顯示腎功能異常，被告決定維持 10%葡萄糖點滴做治療及觀察。二十二時十分：被告對上揭檢驗報告數值懷疑，對家屬表示重新核對，期間被害人家屬持續向醫護人員反映被害人有呼吸急促、心臟疼痛、四肢無力、坐立不安、身體發熱等不適，護士有前來量血壓、脈博，被告亦有前來探視並向被害人家屬告稱該瓶點滴打完後即可返家，日後看門診即可等語。二十三時十分：護士前來補驗生化，並加驗心臟酵素。八十七年十一月十七日零時三十分：第二次檢驗結果被害人肌酸酐 7.9、尿素氮 75、鉀 6.6（此項檢驗結果，被告當時並未告知家屬）。

（二）被害人家屬反應被害人心跳、氣喘厲害，故測量心電圖，於做完心電圖後，被告表示被害人情況危急，做病危處理，並做中央靜脈導管置放，插管時，被告乙說：「糟了，就是晚了那二個小時。」等語。一時二十分：被告要求被害人家屬簽病危通知單，被害人家屬請被告說明病情，討論中，被害人被置放於急診室，身上無任何生理監視器，亦無人看護，致被害人停止呼吸而不知，嗣護士發現被

害人有異，以手指觸摸被害人鼻部，始發現被害人已無呼吸。一時三十五分：被告進行急救，被害人恢復心跳、呼吸。二時二十分：被害人轉入加護病房。四時：被害人進行洗腎，惟已成植物人。由以上被告對被害人治療過程可知，八十七年十一月十六日二十二時，被害人首次檢驗結果已顯示腎功能失常，被告並未告知被害人家屬必需洗腎治療，其雖有重新核對、檢驗 (recheck)，惟卻遲至二十四時三十分方有第二次檢驗結果，期間延宕二小時三十分，除 10% 葡萄糖點滴外，未予被害人任何治療，延誤適當醫療時機，致被害人病危，且明知被害人為急診病患，於病危之際身上竟未有任何生理監視器，亦無人看顧，致被害人停止心跳、呼吸而不知，發現後雖進行急救，惟被害人已因腦部缺氧成為植物人，被告就此結果之發生顯有過失。又本件被害人馮何金足過去並無敗血症、肺炎併呼吸衰竭等疾病，因被告之延誤檢驗治療，成為植物人後，導致敗血症、肺炎併呼吸衰竭，延至九十年四月十四日亡故。

判決結果與認定理由：

判決結果：原判決撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

判決理由：

(一) 被告於當日二十二時第一次檢驗報告出來後，是否有明確告知被害人家屬有血液透析之必要而遭拒絕？何以其病歷表上未有明確之記載？亦有欠明瞭，此因攸關被告上開辯解是否可信，乃原判決未詳予調查釐清，遽為上開論斷，尚有未當。

(二) 原判決以卷附行政院衛生署醫事審議委員會第一次鑑定書，雖認被告就被害人有腎衰竭、高血鉀及嚴重之代謝性酸血症診斷過晚，且在已診斷出腎衰竭、高血鉀及嚴重之代謝性酸血症後，並未對被害人施以心電圖監視，致被害人發生突然停止呼吸急救之後，才在醫囑中給予心電圖監視，被告在處理過程中有所缺失。但該次鑑定亦認為病人成為植物人，是因呼吸、與心跳停止，導致腦部缺氧過久所致。病人至成大醫院急診時……病情相當嚴重，如能及早處理，可能減少發生呼吸、心跳停止而需要急救之情事。但由於病人病情相當嚴重，即使及早處理，未必能避免此一情況之發生。因認被害人事後成植物人狀態，是否與被告之醫療行為，甚或有過失之醫療行為間，有相當因果關係，即非無疑。

(三) 究竟被告上開處理過程中之缺失，是否屬其執行醫療業務過程中應注意並能注意而疏於注意之過失行為，如其有過失，則其過失行為與被害人成為植物人

之間，是否有相當因果關係，既認該鑑定結果非無疑義，自應調查其他必要證據，以資認定。業務過失致人於死罪之成立，係以其業務過失行為與死亡結果間，有相當之因果關係為其要件，故如因行為人之過失行為，先致被害人受傷，再因該傷致死，或因該傷致病，因病致死，即因原傷參入自然力後助成病死之結果者，均難謂無相當之因果關係，自應依業務過失致人於死罪論處；倘若被害人因該過失行為受傷後，另因罹患他病致死，所患之病與原傷毫無關聯，非屬原傷加入自然力所致，則其因果關係業已中斷，祇能論以業務過失傷害罪。上訴意旨指摘原判決不當，非無理由。

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）違規停車肇事案

甲於違反在交岔路口不得停車之規定，將車停放在交岔路口。乙開車經過時，未注意車前狀況，煞車未及而撞及甲所停放之車輛。乙在送醫急救後，仍因顱內出血不治死亡。

### （二）啟動機器致死案

甲販售廢紙打包機予工廠時未設置鐵網或護欄以保護操作者之安全，亦沒有提供書面操作手冊說明使用與故障排除方式，僅以口頭告知機器之操作方法及故障排除程序。某日機器操作人陳政忠因廢紙打包機發生故障，惟無操作手冊可供參考，探頭進入機身內查看機身何處故障，適故障突然排除，前開機器開始運轉，陳政忠閃避不及，即遭運轉間之馬達護蓋彈打到頭部，造成顱內出血死亡。

### （三）罹患他病致死案

1.民國八十七年十一月十六日晚間，醫生乙在急診值班時，診療一罹有糖尿病、高血壓等疾病之突然昏睡的急診病患。該病患在診療後恢復意識且四肢活動正常，惟有呼吸不順暢、氣喘等現象。

2.診療檢驗結果顯示患者腎功能異常，乙決定繼續進行治療及觀察。但是乙對於該報告數據並不認同，乃要求家屬重新核對，期間被害人家屬持續向醫護人員反映患者有呼吸急促、心臟疼痛、四肢無力、坐立不安、身體發熱等不適現象，

護士前來量血壓、脈搏，乙亦有前來探視，並向家屬表示該瓶點滴打完後即可返家，日後看門診即可。

3.患者家屬發現病患心跳、氣喘厲害，心電圖檢驗後，乙表示患者情況危急，要求家屬簽病危通知單，家屬請乙說明病情，討論中，病患被置放於急診室，身上無任何生理監視器，亦無人看護，致停止呼吸而不為人知。嗣護士發現有異，經急救後病患恢復心跳、呼吸。嗣後病患轉入加護病房，並進行洗腎，惟已成植物人。病患成為植物人後，導致敗血症、肺炎併呼吸衰竭，延至九十年四月十四日亡故。

### 三、判決論點整理

(一) 汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，始可以信賴原則為由免除過失責任。

(二) 如果因為偶然事實的介入而造成因果關係中斷，會影響行為與結果間之相當因果關係是否存在的認定。

(三) 業務過失致人於死罪之成立，係以其業務過失行為與死亡結果間，有相當之因果關係為其要件，故如因行為人之過失行為，先致被害人受傷，再因該傷致死，或因該傷致病，因病致死，即因原傷參入自然力後助成病死之結果者，均難謂無相當之因果關係，自應依業務過失致人於死罪論處；倘若被害人因該過失行為受傷後，另因罹患他病致死，所患之病與原傷毫無關聯，非屬原傷加入自然力所致，則其因果關係業已中斷，祇能論以業務過失傷害罪。

### 四、基本定義以及問題之提出

為了論證構成要件結果與行為具備有因果關聯的聯繫關係，部分結果犯在犯罪類型的規範表現上，雖然沒有將因果關係的存在顯示為成文的構成要件要素，但是對於結果犯而言，一般認為還是必須判斷構成要件結果與行為間之因果關係的存在<sup>1</sup>。刑法上的因果關係與自然科學的因果關係以及哲學經驗上的因果關

---

<sup>1</sup> 雖然在德國曾經有學者主張，以風險提高的檢驗，替代因果關係存在的判斷，但是並沒有為一般學說所接受。Vgl. Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417.

係，在概念的涵攝範圍，並不完全一致。在自然世界中動者恆動、靜者恆靜的連結思考，事實上沒有全部的被複製在刑法之因果關聯的概念中，例如學者將假設的因果關係看待為不純正不作為犯之因果關係，就是很好的例證。至於哲學經驗上所存在的因果關聯，也不必然就成為刑法的因果關係的判斷參考，例如，行為人殺死五歲小孩的雙親，造成小孩在長大的過程中，因為沒人看顧而變壞，並當起小偷竊取他人的財物，就刑法的因果關係而言，行為人的殺人行為與財物被竊取的結果，不被認為存在有因果關係。

在這裡應該被正確認識的是，刑法上判斷因果關係之存在，所要解決的問題在於呈現結果與行為間之客觀的事實關聯。因果關係之判斷，在學說中有不同的因果關係理論的主張，其中最主要有「條件理論」與「相當因果關係理論」兩種不同因果理論的應用爭議。所謂「條件理論」也被稱為「等價理論」，其內涵主張是，對於結果的發生，其實是由許多條件所共同形成，而這些條件在因果關聯的存在檢驗時，皆被賦予相同的關聯價值，如果行為人的行為是具體結果發生不可想像其不存在的條件（*conditio sine qua non*），那麼行為與結果之間即具備有因果關係<sup>2</sup>。而相當因果關係理論則是主張，在行為是結果發生之條件的前提下，只有構成要件相當的條件（結果相當的條件），才是刑法上的原因<sup>3</sup>，換句話說，當特定的行為依照社會一般生活的經驗認識，對於一定結果的發生具備有普遍的可能性時，行為才是刑法上意義之結果的原因。

當因果關係被定位在原因與結果之經驗連結的定義時，那麼涉及本單元案例的相關問題，除了理解實務與學說對於因果關係理論的應用之外，基本上還可以分述如下：首先在【違規停車肇事案】中，應該思考的是結果原因與結果歸責必須區隔，因為就因果關係的檢驗而言，所要判斷的是，原因與結果間之關聯的存在判斷，而結果歸責則是結果是否將其歸咎於行為的評價判斷。其次在【啟動機器致死案】以及【罹患他病致死案】中，可以進一步探究因果關係中斷與因果關係超越的概念區分。

---

<sup>2</sup> 參閱林山田，刑法通論（上冊），九版，2005年，205頁。

<sup>3</sup> Vgl. Maurach/ Zipf, Strafrecht AT, Teiband 1, 1992, 8. Aufl., S. 250; Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 28; Wessels/ Beulke, Strafrecht AT, 2006, 36. Aufl. Rdnr. 169. 由於部分學者對於相當因果關係理論的修正應用，相當理論的內涵已經隨著部分使用者的定義，而有改變。這裡所介紹的相當理論，基本上還是指溯源 v. Bar（Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrecht, 1871）而由 v. Kries（Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW 9（1989）, 528）所完整建立之相當因果關係理論的主張。

## 五、我國實務見解分析

### (一) 早期實務見解

#### 1. 大理院時期

大理院 4 年上字第 518 號判決：被害人因傷身死，無論由於拳傷，或由於磕傷，被害人皆應同負罪責，蓋被害人於負傷倒地後，致被磕傷，乃由於一種自然力之關係，決非傷害人故意自傷，可知係因磕傷所生之結果，對於以前之傷害原因，在法律上仍有相當之因果關係，以自然力之介入不得為因果中斷之原因。

大理院 7 年上字第 937 號判決：以傷害的意思而生致死之結果者，即應就其結果擔負責任，所謂結果犯是也，故縱令傷害以後因自然力之參入，以助其傷害所應生之結果者，其因果關係並非中斷。申言之，即仍不能解除傷害致死之責任。此案被告人用鐵瓢毆傷被害人頭顱，業經供認不諱，被害人殞命以後，復經驗明致死原因確係由傷口進風，是被告人傷害的動作與被害人之死亡結果，仍不能謂無相當的因果關係，蓋傷口進風雖為自然力之參入，然並不能中斷因果之聯絡，其應負傷害致死之責，實無可疑。

大理院 9 年上字第 91 號判決：查本案被害人屍傷，既經第一審驗明，委係生前被毆後，因體質結氣，以致氣絕身死，而上告人加害之情形，復據其在第一審供稱，我就用手打他幾下，經人拉散，沒想他到家就死了等語，則被害人之死，既與被毆相距僅止片時，又死於被毆結氣，因不能謂上告人加害行為與之無相當因果關係，及不能解除罪責。

#### 2. 最高法院成立後

在最高法院成立後，直至今日判決仍然反覆出現有「不能謂無相當因果關係」或「是否具有相當之因果關係」等相類似字句，具有代表性的判決為最高法院 76 年台上字第 192 號判決。

最高法院 76 年台上字第 192 號判決：刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形之下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形之下，有此同一

條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。

### 3. 小結

在大理院時期的判例中，雖然使用了「相當的因果關係」的字句，但是判例要旨不僅欠缺判斷相當性的說理，更援引當時為了限縮條件理論原因過寬認定之因果中斷的概念。基本上應該認為，當時大理院還是使用了條件理論作為判斷因果關係的方式。至於最高法院成立後，檢視相關涉及因果關係判斷的判決<sup>4</sup>，則可以認為，今日我國實務基本上是以相當因果關係理論，作為檢視因果關聯的依據。然而相較條件理論，事實上相當因果關係理論對於認定結果與行為之因果關聯所特別存在的功能，正如最高法院 76 年台上字第 192 號判決在判例要旨中最後所說明的，是在於偶然之事實的排除而已。但是這樣的功能，已經在特定的案例實務中，出現有不足之處。

## （二）本文評釋之最高法院判決見解之分析

### 1. 違規停車肇事案

關於本案結果與行為之因果關係判斷，如果以條件理論加以判斷，則因為行為人違規停車的行為是屬於結果發生不可想像其不存在的條件，所以在判斷因果關係存在的檢驗時，自然不發生問題。然而如果從我國實務一貫使用的相當因果關係理論加以思考時，就必須判斷結果發生與行為之間存在有一般性的結果發生可能，實務判決對於本案事實，是否有經驗認識上之結果發生的相當性，並沒有詳細論述。事實上我國實務在解決類似問題時，除了檢視因果關係是否存在以外，還加上信賴原則的適用；換句話說，在整個客觀構成要件的檢視體系，因果關係已經不是唯一的檢驗標準。如果可以在體系構成的思考中，以事件不法架構上位概念，而確實區隔法益破壞（結果原因）的存在判斷與結果歸責的價值判斷，更有助於體系論理與體系設計的明確性。

---

<sup>4</sup> 以 95/96 年度最高法院的判決為主，例如 96 年台上字第 4631 號；96 年台上字第 4578 號；96 年台上字第 4457 號；96 年台上字第 2656 號；96 年台上字第 603 號；95 年台上字第 6839 號；95 年台上字第 6394 號；95 年台上字第 5583 號。

## 2. 啟動機器致死案

在相當理論的使用中，本案判決引用因果關係中斷的主張，其實是一種理論應用相互混淆的表現。既然實務採取了以條件理論作為前提的相當理論，並且以相當性修正因果關聯的認定，那麼對於行為是否會發生結果的檢驗，就應該以普遍性的關聯對於結果發生做出正向的判斷。本案判決最高法院在決定行為是否依照一般經驗會有結果出現的檢驗，加入了因果關係中斷的概念，反而顯得應用因果關係理論時沒有能夠一貫。

## 3. 罹患他病致死案

本案判決將持續作用受到破壞的條件，也看待為因果關係中斷的案例。「因果關係中斷」與「超越因果關係」的概念在學界中已經被區隔，所謂因果關係「中斷」的主張，事實上是使用了一個只存在於檢驗者的經驗認識，而沒有被證明之「後條件獨立作用」的因果關聯判斷，並據以認為其「中斷」了其他因果關係的存在。隨著客觀歸責理論的發展，「因果關係中斷」基本上不再為客觀歸責理論支持者採取為限縮因果關聯的思考。至於「超越因果關係」所描述的是，行為造成的影響，也就是條件，並沒有繼續作用到結果發生，而為其他條件的介入，使得結果單獨而迅速的發生，這種情形依照條件理論，則因為具體結果的發生，該沒有繼續作用的條件，可以被想像為不存在，而輕易得到行為與結果沒有因果關係的答案。

## 六、比較法之分析—德國實務與學說見解

相對於我國實務是以相當因果關係理論，作為判斷因果關係是否存在的檢驗依據，德國刑法實務則一向以條件理論作為檢視因果關係的因果理論<sup>5</sup>。然而有學者認為條件理論單純以所謂「若無前行為事實亦無後行為事實（*conditio sine qua non*）」的判斷，來認定行為與結果間之因果關係，如果沒有判斷的依據，事實上無法進行行為與結果間真正的因果關聯是否存在的判斷<sup>6</sup>。在刑法的因果關係判斷中，實際上真正應該被了解的是，就具體的結果而言，行為人之具體行為依照一般社會所擁有的自然法則之經驗知識來判斷，是不是伴隨了具體結果的

<sup>5</sup> BGHSt 1. 332；OLG Gelle, NJW 1958, 271；OLG Stuttgart, NJW 1959, 2320.

<sup>6</sup> Vgl. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 17ff.

發生。如果檢驗因果關係是否存在的人沒有判斷法則，沒有經驗統計，根本無從出現若無前行為事實亦無後行為事實或不可想像其不存在的思考邏輯。Engisch於是嘗試對條件理論的判斷基礎做更具體的調整，Engisch認為對於刑法中特定的構成要件結果而言，只有當行為人之行為與具體的結果發生，依照自然的經驗法則存在有先後時間性之變動關係，始能認為行為是所謂條件理論下結果的原因<sup>7</sup>。由於在判斷因果關係的基礎上，此學說清楚的以自然法則性作為標準，而且明顯仍保有條件理論之條件等價的精神<sup>8</sup>，學者稱呼此一因果理論為「合乎自然律條件理論（Die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung）」。

德國學說對於客觀構成要件中，有關因果關係概念定位的討論，還應該被認識的是，在1970年德國刑法學者Roxin發表客觀歸責學說的理論後，在體系的呈現上，「結果原因」與「結果歸責」的清楚區隔。結果歸責的判斷是以因果關係存在為前提，認為對於結果犯之客觀構成要件的檢驗，除了因果關係之外，還必須判斷結果是否就規範的價值評價而言，可以被看待為行為人的「行為傑作（Werk der Handlung）」<sup>9</sup>。

## 七、結論

依照目前國內的學者通說，因果關係的判斷就刑法而言，其所主要牽動的問題，還是在於結果犯的客觀構成要件是否成就的檢查。如果在決定因果關係概念的內涵時，也一併思考因果關係判斷被賦予的功能，那麼從目的性作為思考相關因果關係問題的切入，則條件理論確實提供了一個比較明確的操作可能。在我國實務的判決中，應該正視相當因果關係理論，判斷標準不夠明確及混淆存在與價值判斷之缺點，如能引入客觀歸責學說所重新架構出來的體系要素，可以使得因果關係之判斷有恰如其分之定位。

## 八、進階閱讀

- 1、許玉秀，主觀與客觀之間，台北，自版，1997年9月，227-236頁。
- 2、黃榮堅，刑罰的極限，台北，元照，1999年4月，59-64頁。

---

<sup>7</sup> Vgl. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21.

<sup>8</sup> Vgl. Engisch, Vom Weltbild des Juristen, 1950, S. 130f.

<sup>9</sup> 關於結果歸責的說明，請參閱本計畫中客觀歸責理論之單元說明。

- 3、余振華譯，川端 博著，刑法總則二十五講，台北，元照，1999 年 11 月，27-40 頁。
- 4、李聖傑，因果關係的判斷在刑法中的思考，中原財經法學，第 8 期，2002 年 6 月，117—146 頁。
- 5、李聖傑，因果關聯的發展在實務實踐的光與影，台灣法學雜誌，第 101 期，2007 年 12 月，161-174。

## 貳、客觀歸責理論內涵與歸責判斷標準

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、學理論述與判決評釋
  - (一) 客觀歸責理論
    1. 風險製造
    2. 風險實現
  - (二) 本文評釋之法院判決見解之分析
    1. 核對麻醉藥物案
    2. 違規出航潛水案
- 六、比較法之分析—德國實務與學說見解
- 七、結論
- 八、延伸閱讀

### 一、單元案例

#### 【核對麻醉藥物案】台灣高等法院刑事判決

判決：90 年度上訴字第 3468 號

判決認定事實：

被告甲係新竹市○○路○段三四六號○○婦產科診所醫師（亦為該診所負責人），為從事醫療業務之人；陳○（業經原審判處有期徒刑十月，緩刑五年確定）係領有合格執照之麻醉護士，平日支援新竹縣市各醫院、診所為病患實施麻醉注射，亦為從事業務之人。民國八十七年六月二十九日下午七時三十分許，適有由甲實施定期產前檢查之孕婦劉聰慧，因出現落紅、不規則宮縮及子宮頸擴張二公分等症狀至甲所開設之診所看診，並於診所內待產。同日晚上十時十分許，因胎兒監視器出現胎兒心跳過速現象，甲乃建議改以剖腹生產，並經劉聰慧之夫乙同意後，甲旋即通知麻醉護士陳○到場為劉聰慧實施麻醉注射，以利進行手術。此時甲於指示陳○為劉聰慧麻醉注射時，本應注意陳○取藥時，應親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問陳秀丹，以確認準備注射之藥劑確實無誤。而陳秀丹在甲指示下，為劉聰慧實施麻醉注射，亦應注意取藥時，須核對藥劑容器之標籤外觀，以確認注射之藥劑是否正確，以避免危險發生，且依二人專業智識、能力

及當時狀況，並無不能注意之情事。二人竟均疏於注意，甲於陳○取藥時，疏未注意親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問陳○確認準備之藥劑無誤；而陳○於準備藥劑時，亦疏未注意核對藥劑容器之標籤外觀。致於同日晚上十一時四十分許，陳○在手術房內抽取藥劑時，將止血劑（Transamin）誤為麻醉劑（Marcaine），並將誤裝之止血劑打入劉聰慧腰椎內，劉聰慧旋即感到身體癢並出現紅疹，並有抽筋情形。甲即指示陳○施打抗組織胺藥物（vena-B6），並電詢麻醉專科醫師陳忠麟，二人於通話中，陳○再度確認藥劑後，始發現錯打止血劑之事，立即告知甲。甲隨即電請陳忠麟到場協助。同日晚上十一時五十二分許，甲將劉聰慧載往臺北榮民總醫院急救。惟劉聰慧因急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效，於同日凌晨四時二十分許不治死亡；體內之胎兒亦腹死胎中。

判決結果與認定理由：

判決結果：甲業務過失致死。

判決認定理由：

（一）劉聰慧係因腰椎麻醉錯打止血劑，致急性腦水腫合併腦疝形成，急救不治死亡，已如前述，足見陳○誤用藥劑，及被告於指示陳○取藥時，未確認藥劑無誤等之過失行為，與劉聰慧死亡間，具有相當因果關係。

（二）麻醉係屬醫師法第二十八條第一項所稱之醫療業務行為（見行政院衛生署八十八年十一月五日衛署醫字第 00000000 號函）；此項醫療業務行為原則上須取得合法醫師資格者始得為之，雖例外在醫療機構於醫師指示下之護士亦得為之（醫師法第二十八條第一項規定參照），惟在醫師指示護士為醫療業務行為情況下，醫師對依其指示而為醫療業務行為之護士，本當負有指揮、監督之責。再麻醉手術實施前之取藥行為，係屬醫療輔助行為。醫師指示有適當訓練及經驗之合格護士準備麻醉藥物時，尚須親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問護士，確認準備注射之藥劑無誤，以避免危險發生。被告為領有合格執照之婦產科專科醫師，應注意於指示麻醉護士陳○為孕婦劉聰慧實施麻醉注射、取藥時，須親自核對藥劑容器之標籤外觀，及口頭詢問陳○確認準備之藥劑是否正確，且依被告智識、能力及當時狀況，並無不能注意之情事，被告竟疏未注意，致未能及時發覺陳○將止血劑（Transamin）誤為麻醉劑（Marcaine），並將誤裝之止血劑注射入劉聰慧腰椎內，使劉聰慧因急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效不治死亡，體內胎兒亦腹死胎中，被告顯有過失，行政院衛生署醫事審議委員會亦同此

第一單元：客觀構成要件：因果關係與客觀歸責

認定，有行政院衛生署八十八年八月十八日衛署醫字第 00000000 號函暨所附之該署醫事審議委員會第八八〇七九號鑑定書、八十九年十月二十一日衛署醫字第 0000000000 號函暨所附之該署醫事審議委員會第八九一八四號鑑定書、九十年七月十一日衛署醫字第 0000000000 號函暨所附之該署醫事審議委員會第九〇〇八〇號鑑定書各一件在卷可憑。

(三) 醫療業務既屬醫師之權限，雖可於一定條件下委由護士執行，但仍須在醫師之指示下為之，護士不得單獨執行醫療業務。則在醫師將醫療業務交由護士執行時，對於護士之行為，自應負指示及監督之責。倘醫師未盡指示、監督之責，致護士執行醫療業務具有疏失，醫師亦須負監督不週之過失責任。

(四) 醫師信賴有適當訓練及經驗之合格護士，並指示準備麻醉用之藥物，亦須核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問備藥護士確認等情，有行政院衛生署九十年七月十一日衛署醫字第 0000000000 號函暨檢附之醫事審議委員會第九〇〇八〇號鑑定書各一件在卷可考。本件被告於指示護士陳○取藥時，未親自核對藥劑之容器外觀，或口頭詢問陳○準備藥劑是否無誤，致陳○誤用藥劑，業經查明如前，被告顯有未盡監督責任之過失，自不得因陳○係專業護士，即認被告並無過失。

(五) 醫療行為中之信賴關係，自應限於依法得獨立執行醫療業務人員，如上開醫師執行醫療業務與藥師從事藥品調劑間，始有適用。又陳○雖係合格專業麻醉護士，然被告依法仍有指示監督之責。

### 【案例二】違規出航潛水案

判決：最高法院 96 年度台上字第 2817 號

判決（台灣高等法院高雄分院）認定事實：

上訴人 A 係屏東縣恆春鎮○○路六六巷二四號「南青遊艇潛水企業社」（下稱南青企業社）負責人，上訴人 B 係靠行於「南青企業社」之「南青七號」船之船東，C 係「南青七號」船之船長，均係執行業務之人，因 A 向台北「回歸線潛水俱樂部」負責人廖閱達（已經第一審法院判處有期徒刑六月確定）承攬「回歸線潛水俱樂部」成員於民國八十八年七月二十三日南下屏東縣恆春鎮搭船前往鵝鑾鼻海域內「七星岩」潛水之業務，詎 A、B 及 C 均明知 B 所有之南青七號船舶係屬娛樂漁業船，漁船承載人數為船員二人及乘客二十人，共計二十二二人，且

屏東縣政府核發給 B 娛樂漁業船執照時，依漁業法第九條規定，附加「出港後不得讓乘客離船活動」之限制條件，故娛樂漁業漁船不得從事浮潛活動，且該漁船並無有關浮潛之搜尋設備、通報設備、救難設備，及適應當地海象、海流之救難規則，與妥適之岸上相關配合之安全搶救措施，竟於八十八年七月二十三日，由廖閱達帶領「回歸線潛水俱樂部」成員彭湘雲、張松堅等人，搭乘南青七號漁船出海至鵝鑾鼻海域內之「七星岩」下海潛水，而違背「出港後不得讓乘客離船活動」之限制規定，嗣有彭湘雲、張松堅等六名潛水員，於潛水活動結束後，亦因疏忽未依約定地點返回水面，而由七星岩迎風面處上升至水面，致使停泊在七星岩背風面之南青七號漁船船長 B 未能發現，無法及時將彭湘雲等人接駁上船，彭湘雲等六人隨即遭海流及風浪順勢帶離原處，後經船長 B 報警協尋，於翌日始尋獲張松年、蔡美容、呂芳美及李瑞怡四人，惟彭湘雲及張松堅二人迄未尋獲，應認已死亡等情。

最高法院認定事實：

除了高等法院對於案例事實的判斷，最高法院依據證人呂芳美警詢筆錄，認為在警詢筆錄中呂芳美證稱：「我們下水前一共分成五組，每組人數四至六人不定，我們被分在第一組，成員有張松年、張松堅、彭湘雲、李瑞怡、蔡美容等六人，其中張松年、張松堅、彭湘雲等三人是教練。我們是第一組下水，潛了三十五分鐘後上來游在七星岩的岩石後，剛好被岩石阻擋住船隻的視線，結果船上的成員誤以為我們被潮流帶走，而在附近搜救，當時我們有呼叫及按蜂鳴器，但因當時逆風，所以船上成員不知道，而越開越遠，我們沒多久也被潮流捲走」等語（見相驗卷第十二、十三頁）；其於第一審時證稱：「我們潛到差不多沒有氣；時間到我們浮上來，照理船應來接我們，我在那裡等約一個多鐘頭，隨著水流把我們帶到鵝鑾鼻約一、二百海哩，被保七救起來；我們想要靠近漁船，讓漁船可以看到我們，我們才能得救，其他二人（指被害人彭湘雲、張松年）就是要游靠近漁船而離開我們的」等語（見第一審卷一第一〇一頁）；其於原審之前審調查時亦證稱：「保警把我救上來時，我才知道因為我們被岩石擋到」等語（見上訴卷第一一一頁）。而證人即「回歸線潛水俱樂部」之教練張松年於第一審調查時亦證稱：「我帶三個女的，他們已經游不動，那時候有看到岸邊有一艘船經過，張松堅及彭湘雲要去求救」等語（見第一審卷二第五一頁反面）。如果無訛，則被害人彭湘雲等人似非因風浪過大、漁船超載以致翻船落海，或該漁船因無有關浮潛

第一單元：客觀構成要件：因果關係與客觀歸責

之搜尋設備、通報設備、救難設備致無法及時搜救而死亡，而係彼等浮出海面時被七星岩附近之岩石擋住，致船長 B 無法發現彼等之行蹤，以致未能及時將被害人救起。故而上訴人等違背風浪太大不得出海之規定而出海，並聽任潛水人員下水潛泳，及該漁船未設置有關浮潛之搜尋設備、通報設備、救難設備等情，與被害人之死亡間有無相當之因果關係，即非無疑義。

判決結果與認定理由：

判決結果：

(一) 台灣高等法院高雄分院：A、B、C 業務過失致人於死罪。(A、B、C 因此提出上訴)

(二) 最高法院：A、B 部分撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。其他上訴駁回。

判決認定理由：

(一) 台灣高等法院高雄分院：彭湘雲及張松堅兩人未尋獲應已死亡，與 A、B、C 等之違背政府規定讓乘客下海，及相關救生、潛水設備不週，有相當因果關係，故其等業者仍應負過失之責任。

(二) 最高法院：刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上須有相當因果關係始得成立。所謂相當之因果關係，指依經驗法則，綜合行為時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境，有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當之因果關係。被害人等人似非因風浪過大、漁船超載以致翻船落海，或該漁船因無有關浮潛之搜尋設備、通報設備、救難設備致無法及時搜救而死亡，而係彼等浮出海面時被七星岩附近之岩石擋住，致船長 C 無法發現彼等之行蹤，以致未能及時將被害人救起。故而 A、B 違背風浪太大不得出海之規定而出海，並聽任潛水人員下水潛泳，及該漁船未設置有關浮潛之搜尋設備、通報設備、救難設備等情，與被害人之死亡間有無相當之因果關係，即非無疑義。原審未此部分 A、B 之過失行為與被害人之死亡間，在客觀上有何相當之因果關係，予以明白剖析，詳予論證，即逕為 A、B 不利之認定，尚嫌速斷，難謂無判決理由不備之違法。

## 二、簡化所涉犯罪事實

(一) 甲係婦產科診所醫師，陳○係領有合格執照之麻醉護士。某日孕婦劉聰慧因出現落紅、不規則宮縮及子宮頸擴張二公分等症狀至甲所開設之診所看診，並於診所內待產。待產時因胎兒監視器出現胎兒心跳過速現象，甲乃建議改以剖腹生產，甲旋即通知麻醉護士陳○到場為劉聰慧實施麻醉注射。甲於指示陳○為劉聰慧麻醉注射時，本應注意陳○取藥時，應親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問陳○，以確認準備注射之藥劑確實無誤。而陳○在甲指示下，為劉聰慧實施麻醉注射，亦應注意取藥時，須核對藥劑容器之標籤外觀，以確認注射之藥劑是否正確，以避免危險發生，且依二人專業智識、能力及當時狀況，並無不能注意之情事。二人竟均疏於注意，甲於陳○取藥時，疏未注意親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問陳○確認準備之藥劑無誤；而陳○於準備藥劑時，亦疏未注意核對藥劑容器之標籤外觀。致陳○在手術房內抽取藥劑時，將止血劑誤為麻醉劑，並將誤裝之止血劑打入劉聰慧腰椎內，劉聰慧旋即感到身體癢並出現紅疹，並有抽筋情形。甲即指示陳○施打抗組織胺藥物，並電詢麻醉專科醫師陳忠麟，二人於通話中，陳○再度確認藥劑後，始發現錯打止血劑，立即告知甲。甲隨即電請陳忠麟到場協助。同日晚上十一時五十二分許，甲將劉聰慧載往臺北榮民總醫院急救。惟劉聰慧因急性腦水腫合併腦疝形成，急救無效，不治死亡；體內之胎兒亦腹死胎中。

(二) A 與 B 分別為「南青遊艇潛水企業社」之負責人以及「南青七號船」(娛樂漁業用船，非潛水船)的船東，C 則為該船船長。三人明知該漁船並無有關浮潛之搜尋設備、通報設備、救難設備與妥適之岸上相關配合之安全搶救措施，本不得從事浮潛活動，A、B 竟進一步違反屏東縣政府核發漁船執照時依漁業法第九條規定附加的「出港後不得讓乘客離船」之限制條件，承攬「回歸線潛水俱樂部」成員彭湘雲及張松堅等人的潛水活動，讓彭湘雲及張松堅等人搭乘由 C 駕駛之「南青七號」漁船出海至鵝鑾鼻海域內之「七星岩」下海潛水，浮上岸時因游在七星岩的後面，剛好被岩石阻擋住船隻的視線，致使船上成員誤以為彭湘雲及張松堅等人被潮流帶走，而在附近搜救，且因逆風，致使彭湘雲及張松堅等人大聲呼救亦未聽見，最後越離越遠，本案被害人彭湘雲及張松堅為了靠近漁船而游走，最後卻不知去向，迄未尋獲，應認彭湘雲及張松堅已經死亡。

### 三、判決論點整理

(一) 醫師指示護士進行注射，未能進一步查驗護士用藥是否正確，於護士使用藥物錯誤，致發生病患死亡結果時，醫師的指示行為與結果發生存在有相當因果關係。如醫師有查驗藥物的疏失時，醫師成立業務過失致人於死罪。

(二) 台灣高等法院高雄分院：違背行政管制規定以船支載運遊客出海，並違背規定讓遊客下海潛水，於遊客發生死亡結果時，承攬業務之企業負責人、船東與船長皆負業務過失致死責任。最高法院：違背行政管制規定以船支載運遊客出海，遊客於潛水時發生死亡意外，需進一步檢視結果發生之相當因果關係。刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上須有相當因果關係始得成立。

### 四、基本定義以及問題之提出

除了少數地方法院與高等法院的判決之外<sup>1</sup>，我國實務基本上並沒有接受客觀歸責理論。至於行為與結果間之因果關係判斷，實務每每以最高法院 76 年台上字第 192 號判決作為依據，認為所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形之下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形之下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。事實上，這樣的因果關係理論僅能表現出排斥偶發結果之因果關聯的功能。基本上行為、結果間是否存在有因果關係，與行為對於結果發生是否有規範評價的違反，是兩種不同層次的問題。我國實務因為沒有應用客觀歸責理論，實務判決對於結果與行為之間是否具備有相當因果關係的判斷，往往在確定行為的過失或者結果的存在之後，

---

<sup>1</sup> 例如台中地方法院 95 年易字第 1313 號判決；又桃園地方法院 87 年易字第 3523 號判決在判決理由四中，亦曾明白使用風險關聯的判斷，表達「反常因果歷程即可阻卻客觀歸責」、「一般社會上認為正常之行為...因非無製造某種危險，但此風險是一般生活風險，具社會相當性而為法律所不禁止...非屬法律所要排斥之風險」以及「自規範保護目的關係論之，結果之發生，必須是與行為人所製造為法律所不容許之危險的實現相關連」的思考；同一案件在高等法院（台灣高等法院 90 年上易字第 252 號）之判決理由四的說理中認為，「行為人之行為具備客觀可歸責性，須行為人製造一個不被容許之風險，且該風險在構成要件結果中實現，如此行為人之行為有條件關係之結果始可歸責」，明顯採取了客觀歸責理論檢視行為之結果歸責的論述。

即以「顯有相當因果關係」作為結果與行為之因果關聯的存在說明<sup>2</sup>，卻忽略了行為人是否有過失的行為判斷，是行為瑕疵的不法表現，而行為瑕疵的存在與結果發生是否具備有行為關聯，並沒有直接的連結關係。就因果關聯而言，基本上在檢驗的分解過程中，可以依序呈現為具體結果的發生、行為瑕疵的存在與因果關聯的確定，過失行為的瑕疵判斷，其實只是檢視因果關聯是否存在的一個判斷要件。以過失行為的瑕疵確定就認定顯有相當因果關係，事實上，本身就是一種因果法則運用的謬誤。雖然有部分文獻對於因果關係的問題，以「發生結果之後找出應該負責的人」之概念，而認為刑法上因果關係的探索也可以以探究「歸責」為目的<sup>3</sup>。但是這些加入法律思考的探討，反而加深了「因果關係」定位之性質考量的困難。

主張客觀歸責理論者認為在結果原因存在的檢驗後，還要繼續透過風險製造、風險實現以及構成要件範圍等要件判斷結果歸責<sup>4</sup>。由於我國實務基本上還沒有使用客觀歸責理論，因此依照客觀歸責理論所呈現出來之區隔「不幸」與「不法」的客觀構成要件分類，也沒有能夠在實務的判決中看到。以下除了介紹客觀歸責理論的基本內涵外，並且闡明在風險關聯的上位概念下，我國實務已經使用之信賴原則與規範保護目的，應該納入客觀歸責理論的內涵。【核對麻醉藥物案】與【違規出航潛水案】關於信賴原則與規範保護目的的思考，對於說服我國實務採用客觀歸責理論的論理與判斷體系，應該有直接的助益。

## 五、學理論述與判決評釋

### （一）客觀歸責理論

結果客觀歸責（objektive Zurechnung des Erfolges）的探討，係以結果犯為對象，並在犯罪判斷體系之客觀構成要件的檢驗層級中，對於犯罪行為給予價值評價，探究其對於構成要件結果之發生是否具有客觀歸責要素。在這樣的犯罪判斷體系下，客觀歸責的概念被理解為一個以因果關聯存在為前提，且獨立於因果關係判斷之外，而來評價行為人所造成的結果，是否可以被當成行為人的「行為傑作」，並加以歸責的客觀構成要件要素<sup>5</sup>。結果歸責的判斷，基本上可以在因果關

<sup>2</sup> 例如 96 年台上字第 3059 號；95 年台上字第 5574 號。

<sup>3</sup> 參閱陳子平，刑法總論（上），2005 年，初版，161 頁。

<sup>4</sup> 參閱林鈺雄，新刑法總論，2006 年，初版，152 頁以下。

<sup>5</sup> Vgl. Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. S. 45; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil,

聯確定後，以風險關聯歸結為兩個重要核心：(一) 行為人是否製造法所不容許的風險；(二) 該法所不容許是否在具體結果中被實現。至於風險是否為法所不容許，則是一種利益衡量的選擇，在這裡首先應該思考的是，行為規範所表現之法容許的思考是一個價值判斷，在利益衡量的兩端，是行為自由與限制風險的角力。

## 1. 風險製造

風險製造是判斷結果歸責的初步要素，其判斷的內涵在於，就具體結果的發生，行為人的行為是不是可以被認為是製造了一個法所不容許的風險。由於法所不容許的風險是一個利益衡量的價值判斷的產物，在這裡必須衍生說明的是，行為人降低風險的行為，無論如何都不能將其看待為製造法所不容許的風險。降低風險的概念其實是客觀歸責理論將價值判斷引進客觀構成要件的核心思考，也是實務在堅持使用相當因果關係理論時，應該正式的問題。如果不區隔因果關聯與風險關聯，相當因果關係理論面對以風險關聯為前提，所提出之風險降低的問題<sup>6</sup>，並沒有解決能力。因為就風險降低的案例事實而言，對於行為與結果之因果關聯的判斷，無論如何都不能經由一般的經驗判斷而排斥相當性的存在。

在法所不容許的風險製造的下位概念中，還可以置入信賴原則的應用。我國實務對於信賴原則的使用，已經有一段時間，早期我國採用信賴保護原則的實際案例，大多出現在交通事件之中<sup>7</sup>，然而隨著工業科技的進步，學者在闡釋信賴保護原則的內涵時，也將其他工業設備（如超高大樓建築，核電廠）或現代科技產品（家電、藥物）所潛在的風險容許包含進來。

## 2. 風險實現

行為人製造了一個法所不容許的風險，而且具體結果的發生，可以將其視為

---

31. Aufl. Rdnr. 176.

<sup>6</sup> 風險降低的典範案例：A 以石頭擲向 O 的頭部，B 改變石頭攻擊方向造成 O 的肩膀受傷。此時依照客觀歸責理論之風險降低不是風險製造的衍生原則，肩膀受傷結果，不可歸責 B 的行為。Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., § 11, Rdnr. 53.

<sup>7</sup> 70 年台上字第 6963 號判決，「汽車駕駛人應可信賴參與交通行為之對方，亦將同時為必要之注意，相互為遵守交通秩序之適當行為，而無考慮對方將會有偶發的違反交通規則之不正當行為之義務」；同樣是信賴保護原則的應用，84 年台上字第 5360 號判例更指明，只有遵守交通規則者，才有信賴保護原則的適用，「汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。」

該法所不容許之風險的實現，則行為人的行為具備了客觀構成要件中之結果歸責的要素。有學者風險實現的檢驗細分為三個獨立部分，首先，結果與行為之間必須具有常態關聯性；其次，結果發生於規範的保護目的之範圍內；最後，合法的替代行為與結果的可避免性<sup>8</sup>。由於有學者認為客觀歸責理論重新給予過失犯一個新的處罰基礎，因此如何論證結果的發生，在避免風險的保護範圍內，成了一個非常重要的歸責標準。

由於我國實務尚未完全接受客觀歸責理論之應用，相關實際案例涉及規範保護目的的討論時，實務常以相當理論之「相當性」作為檢視行為處罰的重要判斷，例如最高法院 95 年台非字第 237 號判決認為，將汽車借予沒有領有駕駛執照，且罹患有小兒麻痺症之人，如無照駕駛者駕駛而肇事，並致人於死或傷時，則出借車輛之行為與死傷結果，具有相當因果關係。但是這裡的「相當性」說明，是一種抽象陳述，事實上即便認為將汽車借予沒有領有駕駛執照，且罹患有小兒麻痺症之人的行為，違背了規範的期待，如果具體結果沒有發生，那麼所謂結果發生的必然或結果發生的相當可能，也被動搖。因此涉及規範保護目的的討論是一種行為是否為規範違反的評價問題，而不是因果關係之存在檢驗的問題。

## （二）本文評釋之法院判決見解之分析

### 1. 核對麻醉藥物案

本案判決首先論證結果發生與醫師的注意疏失有因果關係，應該要注意的是，相對於以往信賴原則多在交通案例中，為實務所主張適用。本件案例實務則將信賴保護原則清楚的應用在醫療行為，更表達了具體事件中藥劑準備時醫師之信賴容許的空間。關於信賴原則的使用，一個比較沒有爭執的主張是，行為人進行某些風險行為，如果按照社會的正常互動秩序，可以認為行為人應該可以信賴被害人或第三人會採取適當行為，那麼因為被害人或第三人之不適當行為所導致的法益侵害，基本上不會認為行為人要負責，但是行為人的行為必須是沒有義務違反。就本案而言，當醫師的監督疏失被認為對於結果發生有因果關係時，因為醫師已經違反了監督義務，不得據以主張其對非獨立執行業務之護士有信賴原則的應用可能。可以思考的是，本件判決對於信賴原則的闡釋，事實上已經超越因果關係的判斷，如果能因此論述醫師因為沒有信賴原則的適用，而給予案例事實中行為製造風險的判斷，當能依循客觀歸責理論，呈現出完整的體系的表達。

<sup>8</sup> 參閱林山田，刑法通論（上冊），九版，2005年，219-222頁。

## 2. 違規出航潛水案

以條件理論而言，A、B、C之行為與被害人之死亡存在有因果關係。在結果歸責的判斷中，應該思考的是A、B的行為儘管製造了法所不容許的風險，但具體結果的發生，是否可解釋為風險實現。似乎最高法院在判決時，已經感受到行為人所違反的規範，就其規範保護目的而言，並沒有在本具體案例事實中，可被理解為違反規範之風險實現。但是由於最高法院沒有採用客觀歸責理論的體系，實務判決最後還是以相當因果關係是否存在的疑義，將A、B部分撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。基本上規範的出現，在「事出有因」之人類先天認識的背景上，自然有其規範目的。對於違反規範的行為，如果從規範保護目的考量，不難探得其是否有特定風險實現的判斷結果。為了能夠更精確表現風險實現中規範保護目的的檢驗標準，在德國有學者嘗試以充分性的要求（Vollständigkeitserfordernis）以及一般性的要求（Durchgängigkeitserfordernis），作為行為違反規範保護目的的判斷<sup>9</sup>。所謂充分性的要求是指，只有當行為違背注意義務的所有條件都充分的存在於結果原因的說明中，義務的違背才對於結果發生必須負責。至於一般性的要求則是強調，如果可以被容許的事件介入，也會出現有相同的因果歷程，那麼規範的存在就失其妥適性，是一種無效義務的要求。儘管這樣的檢視還沒有得到多數學者的肯認，但是這樣的嘗試，無疑提供了一種闡釋規範保護目的的標準，應該被注意到。

## 六、比較法之分析—德國實務與學說見解

和我國實務一樣，德國實務判決對於信賴原則的應用，也是從交通工具的使用開始，尤其是在科技交通工具出現後，為了確實有效維護在交叉路口有優先通行之交通參與者的權利，從帝國法院時期已經很明顯的可以知道實務引進信賴原則的態度<sup>10</sup>，這樣的思考在後來的實務判決中也繼續出現<sup>11</sup>。至於信賴原則除了在交通事件之外，在社會生活的互動中，究竟有多大範疇的應用可能，事實上在

---

<sup>9</sup> 參閱 Puppe，李聖傑譯，規範保護目的理論，收錄於民主·人權·正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，100頁與106頁。

<sup>10</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., § 24, Rdnr. 22.

<sup>11</sup> BGHSt4, 47; 4, 182; 7, 118.

德國文獻還沒有能夠很廣泛的加以探討<sup>12</sup>。可以確定的是在工作團隊中，特別是醫療行為實行時（例如外科手術），不論是實務或學說都已經肯定信賴原則的適用可能<sup>13</sup>。就這一方面而言，我國實務的態度與德國近乎有同步的表現。

在德國常被拿來作為討論規範保護目的的案例，是帝國法院判決所謂「三個腳踏車騎士」的例子<sup>14</sup>。「三個單車騎士」的案例是：有兩位腳踏車騎士在黑暗的道路上，前後魚貫而行，而都沒有點亮車燈。在交叉路口時，騎在前面的單車騎士，撞上迎面而來也是沒有點燈單車騎士。事後證明，如果那位騎在後面的腳踏車騎士能夠在騎車時將燈點亮，那麼這一個意外事故，就有可能不會發生。一般認為認為騎在後面的單車騎士不會因為沒有點燈，而必須對該交通事件負責，因為「騎車必須點燈」的義務實踐，就規範的保護目的而言，並不是為了讓其他的道路使用者避免發生交通事故，或者是照明其他的道路使用者<sup>15</sup>。然而不可否認的，在客觀歸責理論所衍生下位原則的討論中，規範保護目的的探究，算是比較有爭議的。

## 七、結論

客觀歸責理論認為在結果原因存在的檢驗後，還要繼續判斷結果歸責，這樣的體系基本上為我國實務所沒有採用。然而諸如信賴原則、規範保護目的等概念，其實在我國的實務使用已經被接受。事實上不論是信賴保護或者規範保護目的的探究，都不會影響因果關係的存在判斷。我國實務以相當因果關係作為檢驗行為與結果是否存在的判斷標準，卻因為沒有能夠確實區隔結果原因與結果歸責不一樣性質的判斷內涵，常混淆了事實判斷與價值判斷的檢視。

## 八、延伸閱讀

許玉秀譯，Roxin 著，客觀歸責理論，政大法學評論，第 50 期，1994 年 5 月，117-146 頁。第五十期，11-26 頁。

---

<sup>12</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., § 24, Rdnr. 25.

<sup>13</sup> BGH NJW 1980, 649 (650); Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., § 24, Rdnr. 25.

<sup>14</sup> RGSt 63, 392.

<sup>15</sup> Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., § 24, Rdnr. 85.

第一單元：客觀構成要件：因果關係與客觀歸責

## 第二單元：主觀構成要件

### 壹、故意類型—直接與間接故意

#### 一、單元案例

#### 二、簡化所涉犯罪事實

#### 三、判決論點整理

#### 四、基本定義以及問題之提出

#### 五、我國實務見解分析

##### (一) 早期實務判例見解

##### (二) 本文評釋之最高法院判決見解

##### (三) 分析

##### 1. 直接故意與間接故意之區分

##### 2. 中間類型之歸類

#### 六、比較法之分析—德國法之意圖故意、直接故意與間接故意

#### 七、結論

#### 八、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例】虎毒食子案

判決：最高法院 94 年台上字第 5458 號

#### (一) 判決認定事實：

1、陳○欽於民國七十四年間與育有一子張○○之王○嬰結婚（於八十五年間殺害王○○部分，業經台灣嘉義地方法院以九二年度重訴字第一一號判處死刑，並經本院判決上訴駁回，現上訴最高法院中），婚後並收養張○○（嗣改名為陳○志），與陳○志係父子關係。於七十七年四月二十一日晚上九時許，陳○志於補習後返回嘉義縣水上鄉○○村○○○號住處，因遲誤返家時間，陳○欽詢其發生何事，詎陳○志答話時態度不佳，陳○欽頗感不滿，上前欲摑其耳光，陳○志於閃躲時不慎摔倒受傷，陳○欽隨即離去未加理會。嗣同日晚上十一時許，王○嬰前往陳○志房間察看時，發覺陳○志神情有異，而與陳○欽將陳○志送往嘉義市林綜合醫院救治，並即轉入加護病房。同年四月二十三日，陳○志因病情穩定轉入一般病房，惟仍繼續住院，並由陳○欽、王○嬰輪流看護。於同年四月二十四日凌晨四時許，陳○欽可預見如將人體之後腦部撞擊堅硬之牆壁，可能發生死亡結果，但因耽於簽賭致需錢孔急，竟以縱令致陳○志死亡亦不違背其本意

之殺人之不確定故意及藉以詐領保險金之犯意，趁王○嬰如廁之際，將陳○志頭、肩托高後，以其後腦部猛撞病床後方牆壁，致陳○志於同日七時許，因後枕頭部血腫傷三乘二公分，併發腦幹血腫死亡。陳○欽於陳○志死亡後，即意圖為自己不法之所有，而向附表一所示保險公司申請理賠，致該保險公司陷於錯誤，而如數理賠，共詐得保險金六萬元。

2、陳○宏係陳○欽與曾○霞所生（於七十四年間殺害曾○霞部分，業經台灣嘉義地方法院以九二年度重訴字第一一號判處死刑，減為無期徒刑，並經本院判決上訴駁回，現上訴最高法院中），於八十四年七月二十八日晚上十一時許，陳○宏在嘉義縣水上鄉○○○○○段南下車道車禍受傷，經陳○欽與王○嬰送往嘉義市嘉義基督教醫院治療，嗣同年八月二日，陳○宏治癒出院，返回嘉義縣○○○鄉○○○村○○○○○號住處休養。於八十四年八月三日凌晨一時許，陳○欽因發現陳○宏書寫「要加入不良幫派組織、殺人放火」等字條而質問陳○宏，陳○欽可預見如將石頭朝人體頭部方向丟擲，可能發生死亡結果，但因於盛怒中，竟以縱令致陳○宏死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意，以家中擺設重約一台斤之雅石，朝陳○宏頭部方向丟擲，致陳○宏於閃躲轉頭之際，遭雅石擊中後腦倒地，受有左後枕頭部血腫傷三乘二公分併發腦幹血腫之傷害，陳○欽見狀仍返回房間未予理會，後經王○嬰發覺有異而送醫，仍於同日三時十五分許不治死亡。陳○欽於陳○宏死亡後，即基於意圖為自己及第三人不法所有之概括犯意，施用詐術以陳○宏搭乘朋友之機車摔倒而致頭腦著地死亡為由，由其自己及不知情之王○嬰，連續向保險公司申請理賠，致各保險公司陷於錯誤，而如數理賠，詐得保險金共計四百七十二萬八千二百三十三元。

3、陳○欽於八十六年十月六日，與育有一子陳○慶之顏○琴結婚，婚後共同居住於嘉義市○○街○○○號，婚後並收養陳○慶，與陳○慶為父子關係，為八十七年六月二十四日公佈之家庭暴力防治法第三條第三款所稱之直系血親關係之家庭成員。陳○欽未經陳○慶之同意及授權，基於偽造署押之概括犯意，於八十七年九月十六日及同年九月三十日，分別在富邦人壽保險股份有限公司（下稱富邦人壽公司）及國華人壽保險股份有限公司（下稱國華人壽公司）之保險單之要保書上偽簽陳○慶之姓名各一枚，均足生損害於陳○慶及上開二保險公司。嗣於八十七年十月六日晚上九時許，陳○慶返家後稱其頭痛，陳○欽為詐領保險金，乃先以其日常緩解失眠如服用過量足使人昏睡之酣樂欣三片，供陳○慶服用，嗣於同年十月七日凌晨零時許，陳○欽自上址三樓見到陳○慶房間有燈光，

於是在三樓向二樓樓梯口呼喚陳○慶名字，顏○琴聽聞聲響亦隨之起床，嗣顏○琴下至二樓客廳，見陳○慶猶在沙發昏睡不醒人事，陳○欽遂命顏○琴下樓開車以將陳○慶送醫，而由陳○欽以將雙手穿過陳○慶腋下，把陳○慶頭靠在其胸部之方式拖行下樓，至樓梯轉角時，陳○欽可預見如將人體之後腦部撞擊堅硬之樓梯稜角，可能發生死亡結果，但因積欠賭債甚鉅待償，竟以縱令致陳○慶死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意並藉以詐領保險金之犯意，將陳○慶轉向面對自己，再以手推陳○慶額頭，使其後腦部直接撞擊樓梯稜角後，再將陳○慶轉向，以上開方式將其拖行下樓，致陳○慶因腦部重度水腫，經送醫後延至同年十月二十五日十七時三十分許不治死亡。陳○欽於陳○慶死亡後，即基於意圖為自己及第三人不法所有之概括犯意，施用詐術以陳○慶意外跌倒死亡為由，由其自己及不知情之顏○琴，連續向附表三所示之保險公司申請理賠，致各保險公司陷於錯誤，詐得保險金共計十六萬一千零四十二元。

(二) 臺灣高等法院臺南分院判決認定理由(94少連上重訴1)：

#### 1、陳○志部分

陳○志係因被告將其頭、肩托高後，以其後腦部猛撞病床後方牆壁，致後枕頭部血腫併發腦幹血腫死亡，被告於警詢、偵訊之自白核與事實相符。是以被告可預見如將人體之後腦部撞擊堅硬之牆壁，可能發生死亡結果，(但因欲使陳○志多住院幾天以詐領保險金)，仍將陳○志頭、肩托高後，以其後腦部猛撞病床後方牆壁，則被告對於陳○志有縱令其死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意甚明。又被告之前開行為與陳○志死亡結果間有相當因果關係，則被告殺害陳○志之犯行即堪認定。

#### 2、陳○宏部分

被告可預見如將石頭朝人體頭部方向丟擲，可能發生死亡結果，況被告於本院審理中亦供承伊當時與陳○宏在房間裡，兩人相距僅約二公尺等情，則擊中之機率甚大，不能諉為不知，但被告因於盛怒中，仍以家中擺設重約一台斤之雅石，朝陳○宏頭部方向丟擲，致陳○宏於閃躲轉頭之際，遭雅石擊中後腦後倒地，且不能因陳○宏答稱「不要管我」，被告就不立即將其送醫，置之不理，迨已隔約二小時後，始經王○嬰發覺有異而送醫，終不治死亡，則被告對於陳○宏有縱令致其死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意甚明。又被告之前開行為與陳○宏死亡結果間有相當因果關係，則被告殺害陳○宏之犯行即堪認定。雖被告於原審

辯稱：伊係持不到一台斤之雅石朝陳○宏腰部投擲，沒朝他頭部丟石頭，並無殺人之犯意，而陳○宏係因轉身蹲下，才會丟到他的頭部後方，伊不可能故意殺害自己親生兒子云云，然陳○宏閃躲轉頭之際，仍遭雅石擊中後腦後倒地，足見被告並非朝其腰部投擲，而係朝其頭部方向丟擲，否則何以陳○宏已閃躲轉頭，仍會遭擊中後腦後倒地，且被告倘係朝陳○宏身體腰部丟擲，則陳○宏只須移動身體閃躲即可，何須於閃躲之際轉身蹲下？自難認係陳○宏因閃躲不當而致其自身死亡。又被告僅因細故在盛怒之下，即持雅石朝陳○宏頭部方向丟擲，益見其未顧念父子親情，從而被告前開所辯，顯屬飾卸之詞，尚難採信。

### 3、陳○慶部分

陳○慶係因被告以手推其額頭，使其後腦部直接撞擊樓梯稜角，致腦部重度水腫不治死亡，被告於警詢、偵訊之自白核與事實相符。是以被告可預見如將人體之後腦部撞擊堅硬之樓梯稜角，可能發生死亡結果，但被告因積欠賭債甚鉅待償，仍以手推陳○慶額頭，使其後腦部直接撞擊樓梯稜角，則陳○欽對於陳○慶有縱令致其死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意甚明。又被告之前開行為與陳○慶死亡結果間有相當因果關係，則被告殺害陳○○之犯行即堪認定。是以被告辯稱：於八十七年十月六日晚上九時許，伊沒有持三片酣樂欣予陳○慶食用，也沒有趁抱陳○慶下樓之際，趁機把陳○慶後腦部猛撞樓梯稜角；陳○慶昏睡在沙發上時，病情已很嚴重，伊沒有故意殺害他云云，顯係卸責之詞，委無足採。

#### （三）最高法院判決認定理由：

按刑法第十三條第一項及第二項所規範之犯意，學理上稱前者為希望主義或直接故意，後者稱不確定故意或間接故意，二者之區隔為前者乃行為者明知並有意使其發生，故對於行為之客體及結果之發生，皆有確定之認識，並促使其發生；後者為行為者對於行為之客體或結果之發生，並無確定之認識，但若其發生，亦與其本意相符。原判決事實記載：「……陳○欽可預見如將人體之後腦部撞擊堅硬之牆壁，可能發生死亡結果，但因耽於簽賭致需錢孔急，竟以縱令致陳○志死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意及藉以詐領保險金之犯意……將陳○志頭、肩托高後，以其後腦部猛撞病床後方牆壁，致陳○志於同日七時許，因後枕頭部血腫傷三乘二公分，併發腦幹血腫死亡……陳○欽……於盛怒中，竟以縱令致陳○宏死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意，以家中擺設重約一台斤之雅石，朝陳○宏頭部方向丟擲，致陳○宏於閃躲轉頭之際，遭雅石擊中後腦倒地，

受有左後枕頭部血腫傷三乘二公分併發腦幹血腫之傷害死亡……陳○欽可預見如將人體之後腦部撞擊堅硬之樓梯稜角，可能發生死亡結果，但因積欠賭債甚鉅待償，竟以縱令致陳○慶死亡亦不違背其本意之殺人之不確定故意並藉以詐領保險金之犯意，將陳○慶轉向面對自己，再以手推陳○慶額頭，使其後腦部直接撞擊樓梯稜角後，再將陳○慶轉向，以上開方式將其拖行下樓，致陳○慶因腦部重度水腫……死亡」（原判決第二頁第五至十一行、同頁倒數第六行至末行、第三頁倒數第七行至末行），認定上訴人殺害被害人陳○志及陳○慶，雖均有詐欺取財之犯意，惟上開殺人犯行與殺害陳○宏部分均係本於不確定之殺人故意而為等情。

惟果原判決之認定無訛，上訴人殺害被害人陳○志及陳○慶等二人時，既已有詐欺取財之犯意，且人體之後腦部位，乃人體之要害之一，亦是最脆弱及致命之部位，上訴人對住院中亟需看護之陳○志、甫出院正休養中之陳○宏及昏睡不省人事之陳○慶，利用彼等體力衰弱或無從抗拒之機會，以彼等之後腦部位猛撞堅硬之牆壁或樓梯稜角，或以重約一台斤之石塊擊打人體之後腦，似足認上訴人為詐取財物，明知其上開行為，足致人於死，卻仍決意為之，且用力甚猛，致使被害人陳○○等三人終因之死亡，能否謂上訴人均無殺人之直接故意，僅為不確定之故意，饒有研求之餘地，原審見未及此，遽行論斷，已難謂無適用法則不當之違誤。況參以上訴人於九十二年六月五日檢察官偵查時供以：「（問：將陳○慶的頭部撞階梯的稜角共撞了幾下？）一下，撞在後腦部」，「（問：當時是否很用力？）是」，「（問：當時很用力將陳○慶的頭部撞階梯的稜角是要致他於死？）是」，「（當天晚上十時拿三顆酣樂欣讓陳○慶服用就有致他於死之意圖？）是」（見同卷第六十三頁）；嗣於同年月六日檢察官偵查時再供以：「（問：陳○志、陳○宏、陳○慶、曾○霞、王○嬰《以上二人部分，原審另案審理》等五人確係你為詐領保險金而殺害？）是」，「（問：這五位確係你為詐領保險金而各別計畫下手殺害？）是」，「（問：這五位你所實施攻擊之部位均是後腦部？）是」各等語（見同卷第一〇七頁），苟上訴人所供無訛，上訴人於為前開犯行時即已有殺人之明確犯意，對於行為之客體及結果之發生，亦皆有確定之認識，並促使其發生，原審未詳查細究，遽行判決，亦有證據之調查未盡之違法。

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲因耽於簽賭致需錢孔急，為詐領保險金，於養子乙為其摑耳光並於閃躲時不慎摔倒受傷住院時，將乙頭、肩托高後，以其後腦部猛撞病床後方牆壁，致乙因後枕頭部血腫傷三乘二公分，併發腦幹血腫死亡。丙係甲所親生，某日於口角盛怒中，甲以家中擺設重約一台斤之雅石，朝丙頭部方向丟擲，致丙於閃躲轉頭之際，遭雅石擊中後腦倒地，受有左後枕頭部血腫傷三乘二公分併發腦幹血腫之傷害，甲見狀仍返回房間未予理會，雖經人送醫，仍於同日不治死亡。丁亦係甲之養子，甲為詐領保險金，先以安眠藥提供頭痛之丁服用，致其昏睡不醒人事，甲以將雙手穿過丁之腋下，把丁頭靠在其胸部之方式拖行下樓，至樓梯轉角時，將丁轉向面對自己，再以手推其額頭，使其後腦部直接撞擊樓梯稜角後，再將丁轉向，以上開方式將其拖行下樓，致丁因腦部重度水腫，經送醫後仍不治死亡。

### 三、判決論點整理

(一) 直接故意與間接故意，二者之區隔為前者乃行為者明知並有意使其發生，故對於行為之客體及結果之發生，皆有確定之認識，並促使其發生；後者為行為者對於行為之客體或結果之發生，並無確定之認識，但若其發生，亦與其本意相符。

(二) 行為人為詐取財物，其對於被害之三人所為之行為，依最高法院之認定，乃係明知其行為足致人於死，卻仍決意為之者，且用力甚猛，致使被害之三人終因之死亡，因此，能否謂行為人均無殺人之直接故意，僅為不確定之故意（間接故意），饒有研求之餘地，而原判決未能審查此點，有適用法則不當之違誤。

### 四、基本定義以及問題之提出

我國刑法關於故意概念，是在第十三條明文之方式予以定義，其中第一項多被稱為直接故意，即「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」而第二項則多以間接故意名之，「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」前者在實務上常被稱為「確定故意」，而後者則為「不確定故意」<sup>1</sup>。藉此「確定」與「不確定」之用語，最高法院所欲指出的是，直接故意係行為者明知並有意使其發生，故對於行為之客體及結果之發生，皆有確定之認識，並促使其發生；而間接故意之行為人對於行為之客體

---

<sup>1</sup> 如 94 年台上字第 5458 號判決。

或結果之發生，則並無確定之認識，但若其發生，亦與其本意相符，換言之，兩者在認識之程度上強弱有別，而這樣的解釋符合第十三條對於兩者「知」的要素，分別以「明知」及「預見」規定<sup>2</sup>。

既然依照實務之意見，「確定故意」與「不確定故意」之區分僅僅著眼於「知」的要素，那麼，實務上要面對的問題是：

1. 「確定」與「不確定」之劃分標準為何。

2. 「確定故意」與「不確定故意」之用語，有所忽略的是，在這兩種故意型態中，關於行為人「欲」這個要素上有何不同，而此要素又應扮演何種角色。可以想見的是，行為人有可能對於構成要件事實之發生並無相當之把握，但卻非常希望該事實能夠發生；或者，行為人亦有可能對於結果之不發生僅存著一絲僥倖，卻又希望該結果不會發生。

## 五、我國實務見解分析

### （一）早期實務判例見解

關於直接故意與間接故意應如何予以區別劃分，我國最高法院早期曾著有判例對此表示意見：

22年上字第4229號：刑法關於犯罪之故意，係採希望主義，不但直接故意，須犯人對於構成犯罪之事實具備明知及有意使其發生之兩個要件，即間接故意，亦須犯人對於構成犯罪之事實預見其發生，且其發生不違背犯人本意始成立，若對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而在犯人主觀上確信其不致發生者，仍應以過失論。

從上述最高法院所著判例言之，其謹守第十三條之文義，對於直接故意之判斷同時要求知與欲兩個要件及其強度，亦即以明知及有意使其發生為必要；與之相對，間接故意則是在知與欲兩個要素上強度都較為薄弱，亦即預見與不違背本意。上述判例見解謹守法律文義當有其理，不過，尚不清楚的是上面所提及的情形：行為人有可能對於構成要件事實之發生並無相當之把握，但卻非常希望該事實能夠發生；或者，行為人亦有可能對於結果之不發生僅存著一絲僥倖，卻又希望該結果不會發生。對此兩種情形應如何歸類，固然可以很簡單地將之劃為間接故意之範疇，但是，在尚未完整交代故意分類的法理之前，這個結論並不能說有

<sup>2</sup> 請參閱92年台上字第6900號、90年台上字第7964號、94年台上字第5458號判決。

堅強的基礎。

## （二）本文評釋之最高法院判決見解

最高法院於本案中，認為行為人依其對於其行為方式之認識，應屬明知其行為將造成被害人死亡之後果，行為人或被害人後腦部猛撞病床後方牆壁；或以重約一台斤之雅石，朝被害人頭部方向丟擲，或使被害人後腦部直接撞擊樓梯稜角後，皆係具有高度致命危險之動作。對於三位被害人，最高法院於判決理由中認為行為人皆出於詐領保險金而進行殺害行為，但此與判決基礎之事實不同，就陳○宏部分而言，行為人係事後為詐領保險金而對死亡原因為不實之陳述，此點應與陳○志及陳○慶之部分相異。

首先，就陳○宏之部分，既然詐領保險金係殺害之後始起意之行為，當然無法以此點論斷行為人之意欲要素，因此，是否如最高法院所言可成立直接故意即有疑問。

其次，針對陳○志及陳○慶之部分，很顯然的是，高等法院與最高法院對於行為人究係明知抑或預見，有著相互齟齬之見解，這反映了前述之疑問，亦即所謂「確定」與「不確定」之劃分標準為何。

## （三）分析

### 1. 直接故意與間接故意之區分

以我國刑法對於兩種故意類型的之定義言之，第十三條之立法是以故意的強度著眼，並且分別從知與欲這兩個要素的強度上予以規定，一則藉此區分兩種故意型態，直接故意與間接故意兩者在認識與意欲上皆有所不同；一則用以劃定出故意與過失之分野，故意之最低限度必須同時具備認識（預見）與意欲（不違本意）兩個要素。

上述對於直接故意與間接故意之區分標準，是以法律文義而論，就此點而言，與最高法院「確定故意」與「不確定故意」之分類有所出入，因為「確定」與「不確定」所指涉的僅只是，是否行為人對於構成要件之實現已有十拿九穩之把握，或者僅是預料其行為有可能使構成要件實現，這些都只關乎「認識」此一要素之強度，換言之，並未提及第十三條所明言之另一要素—「意欲」；然而，與實務意見不同的是，依照我國傳統學者的看法<sup>3</sup>，確定故意與不確定故意之定

<sup>3</sup> 請參閱周治平，刑法總論，民國 61 年，第 249 頁以下；郭君勳，案例刑法總論，民國 91 年，

義則是分別與第十三條第一項及第二項之規定完全相同，亦即兩者並不是只有在「知」這個部分有強弱之不同，而且在「欲」這個要素方面，亦有「有意」與「不違背其本意」之分，此一見解毋寧較合乎我國之立法。

## 2. 中間類型之歸類

間接與直接故意這兩種故意類型，所標誌的是我國刑法所肯認的故意型態，與此同時似應確立的是，行為人若是具備與此不同之心理事實，應將其排除於故意範圍之外；然而，除了「明知並有意使其發生」及「預見而不違本意」之外，行為人有可能對於構成要件事實之發生並無相當之把握，但卻非常希望該事實能夠發生；或者，行為人亦有可能對於結果之不發生僅存著一絲僥倖，卻又希望該結果不會發生。很明顯的，與十四條過失犯的「應注意能注意而不注意」及「預見其發生而確信不發生」相比，上述兩種型態亦與之截然不同，因此，有進一步深究其應然評價之必要。

對此兩種情形應如何歸類，首先，從上述對於我國第十三條立法之分析可知，該條對於故意類型歸類之標準，取決於認識與意欲這兩個要素的強度，亦即直接故意與間接故意相較，前者在認識與意欲這兩個要素的強度上皆較後者所具備者為高。關於間接故意之成立Puppe曾經提出這一個比較法則<sup>4</sup>：行為人預見結果發生的可能性越大，需要對於結果認同的等級越小，反之，行為人預見結果發生的可能性越小，需要對於結果認同的等級越強，如此可謂其有間接故意。我們可以援用這個法則思考，既然間接故意與直接故意在我國法的規定中是以強度作區分，那麼，就上述的中間類型，其知與欲二者所共同形成之強度尚不足以達到直接故意之強度，但卻已經超出間接故意，應以成立間接故意較為適當。

## 六、比較法之分析—德國法之意圖故意、直接故意與間接故意

與我國法截然不同，德國並未在實定法中定義故意概念為何<sup>5</sup>，而由實務與學說發展此概念之內涵，而現今普遍為德國實務與學界接受的是<sup>6</sup>，將故意區

---

第 286 頁以下，亦與此類似。

<sup>4</sup> Puppe, Armin Kaufmann-GS, S. 31. 中文文獻請參閱徐育安，刑法上類推禁止之生與死，1998，頁 79。

<sup>5</sup> 其緣由請參閱許玉秀，主觀與客觀之間，1997，第 55 頁以下。

<sup>6</sup> 請參閱 v. Hippel, VDAT III, 1908, S. 161ff.; von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21.-22. Aufl., 1919, S. 165f.; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/15ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37.

分為意圖故意（Absicht；dolus directus 1. Grades）、直接故意（direkter Vorsatz；dolus directus 2. Grades）與間接故意（dolus eventualis；bedingter Vorsatz）三種。而我國法與之相比，第十三條所規定之兩種故意型態，在實務上主要仍以直接故意與間接故意命名，就我國學說而言，多有直接援用第十三條之規定以定義直接故意與間接故意者<sup>7</sup>，這樣的用語似乎與德國多數說的分類有相近之處，尤其是其中後面兩種故意型態，亦被翻譯稱之為直接故意與間接故意，此與我國第十三條所規定之兩種故意型態究竟有無分別，有予以進一步澄清之必要。

首先要敘明的是，關於上述三種故意型態之區分，現今德國學說是建立在目的行為論之上，將行為人所追求之目的稱為主要結果，為了達成目的行為人進行活動，此行為可能帶來一些原非所願之附隨後果，例如，行為人為了詐取火險保險金而秘密放火燒毀自家住宅，詐欺（遠程目的）與放火（近程目標）皆係行為人欲達成之主要結果；然而，放火後造成屋中一時無法搬走而屬於他人所有之古董家俱燒毀，甚至造成家人逃生不及而死亡，則屬附隨後果。

### （一）意圖故意

所謂意圖故意<sup>8</sup>，有別於如第三百二十條意圖自己或他人不法所有之特別主觀構成要件，意圖故意仍屬於一般之主觀構成要件，指行為人冀望藉由其行為之實行，以達成構成要件之實現<sup>9</sup>。此種故意類型所著眼的是，行為人是否以構成要件之實現為其一心所追求之目的，換言之，在意圖故意中，構成要件實現即為行為人所圖之主要結果，因此，此種故意型態關鍵在於檢驗意欲要素，不論該實現屬於行為人之最終目的抑或是必要的近程目標，皆屬於意圖故意；而在知這個要素上，只要達到較低之要求即可，換言之，行為人只須認識到，存在著一個構成要件實現的可能性即為已足<sup>10</sup>。

---

Aufl., 2007, Rn. 210ff.; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005., 5/28ff. 實務方面：BGHSt. 21, 283. 中文文獻請參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），2006，頁 438 以下；林鈺雄，新刑法總則，2006 年，頁 177 以下。

<sup>7</sup> 請參閱周治平，刑法總論，民國 61 年，第 250 頁以下；林山田，刑法通論（上），2005，第 279 頁以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006，第 97 頁；林東茂，刑法綜覽，2007，第 1-103 頁。

<sup>8</sup> 亦有翻譯為「蓄意」者，如林鈺雄，新刑法總則，2006，第 177 頁。

<sup>9</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007, Rn. 211; Kindhäuser, Strafrecht AT, 2005, §14 Rn. 3; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, §5 Rn. 33.

<sup>10</sup> Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, 5/36f.

## （二）直接故意

德國學說上的直接故意，普遍的定義是，行為人在追求某一目標的達成時，雖然同時明確地知悉對於其行為必將帶來某種附帶性的後果，但是仍執意為該行為<sup>11</sup>。這樣的定義是強調行為人在知這個層面上的強度，必須要到達確信構成要件將實現的程度，也因此這種故意型態在學說上也被稱為「明知」<sup>12</sup>，另一方面構成要件之實現對於行為人來說，既非遠程目的，也非近程目標，而只是其行為活動所帶來的附隨結果，就此，只問行為人對該結果之發生有無確實之認知，而無須檢驗行為人在意欲方面的強度，甚且，即便行為人的主觀心態上是根本就不希望該結果發生，亦不妨礙此種故意型態之成立<sup>13</sup>，例如上述保險詐欺案中，行為人明知古董家俱將隨火勢付之一炬，不論其是否情願皆屬此直接故意。

由上述可知，既然德國學說上的直接故意並不要求意欲要素方面的強度，那麼，和我國第十三條第一項「有意」之規定並不相同，為了要和第二項「不違背本意」做一區別，我國學說與實務多認為有意係指希望，因此，不宜將我國第十三條第一項規定與德國學說之直接故意等同視之<sup>14</sup>。

## （三）間接故意

最後，德國學說上的間接故意，其內容是指行為人為了達成特定目標而進行活動，雖然他已經預料其行為可能附帶地造成其他某種後果，但是為了不妨礙其原先所欲進行之事，所以容忍此一附隨後果，例如上述保險詐欺案中，行為人為了維持其犯行之秘密而未告知家人，對於他們可能逃生不及有所預見。在知這個部分來說，多數學說認為<sup>15</sup>，間接故意僅要求行為人須認為有構成要件實現之可能，而且是對此認真嚴肅地予以考慮，但是無須有所確信；而在欲這個要素方面，則是各家學說長久以來爭執不休的戰場<sup>16</sup>，至今雖烽火尚未完全止息，但學說上

<sup>11</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/18; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 298; Kindhäuser, Strafrecht AT, 2005, 14/8; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, 5/38.

<sup>12</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/18; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, 5/38.

<sup>13</sup> Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, 5/40; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007, Rn. 213.

<sup>14</sup> 不同意見：林鈺雄，新刑法總則，2006年，頁177以下。

<sup>15</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007, Rn. 214ff.; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, §5 Rn. 85. 其他學者請參閱 Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, S. 8.

<sup>16</sup> 德國文獻整理請參閱 Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, S. 1ff. 中文文獻請參閱許玉秀，主觀與客觀之間，1997，第45頁以下。

多認為，須檢驗行為人是否對其所認識之結果予以接受容忍，至於德國實務<sup>17</sup>在這個部分亦是以有無容忍為標準，但是在知的方面略有不同，僅要求行為人須認為有構成要件實現之可能，實質來說，和德國多數意見並無甚差別。

上述關於間接故意之德國多數見解與我國間接故意之規定相較，雖然在結構上有所差異，亦即我國之間接故意並不強調主要結果與附隨結果之分，但是在知與欲這兩個要素上的要求其實相當近似，而且我國多數學說及實務意見認為<sup>18</sup>，第十三條第二項係採容認說，因此，至少就這個部分來說，德國學說有相當值得借鏡之處。

## 七、結論

綜上所述，關於故意類型之區分可以作出下列結論：

1. 首先，第十三條第一項直接故意所謂「明知並有意使其發生」，係指行為人對於構成要件之實現，有確切之把握，並希望構成要件實現。
2. 其次，第十三條第二項之間接故意，及「預見而不違本意」，係指依行為人之預料，其行為有可能使構成要件實現，而對此結果予以接受。
3. 最後，關於中間型態之故意類型，鑑於我國法的規定對於直接與間接故意是以強度作區分，因此，其中間類型應以成立間接故意較為適當。

## 八、進階閱讀

- 1、許玉秀，主觀與客觀之間，1997，頁 45 以下。
- 2、黃榮堅，刑法問題與利益思考，1998 年，頁 13 以下。
- 3、靳宗立，刑法之傳承與變革，2007 年，頁 45 以下。
- 4、徐育安，故意型態判決回顧－間接故意與未遂，台灣本土法學雜誌第 102 期，2007 年，頁 159 以下。

---

<sup>17</sup> BGHSt. 14, 256; BGH NStZ 2003, 536; BGH NStZ-RR 2004, 140.

<sup>18</sup> 林山田，刑法通論（上），2005 年，頁 279 以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006，第 97 頁；陳子平，刑法總論（上），2005 年，頁 171 以下；林鈺雄，新刑法總則，2006 年，頁 183；實務見解請參閱如 90 年台上字第 7964 號判決。

## 貳、間接故意

### 一、單元案例

### 二、簡化所涉犯罪事實

### 三、判決論點整理

### 四、基本定義以及問題之提出

### 五、我國實務見解分析

#### (一) 早期實務判例見解

#### (二) 本文評釋之最高法院判決見解

#### (三) 分析

##### 1. 間接故意與其他犯罪型態之區別

##### 2. 間接故意之意欲要素

### 六、比較法之分析—德國實務和學說見解

### 七、結論

### 八、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】毒蠻牛案

判決：最高法院九十六年度台上字第七五六三號

判決認定事實：

王進展於 93 年間，經由電腦網站搜尋到日本「千面人」案件之發生經過與相關報導，得知「氰化鉀可以用來勒索，乃著手蒐集氰化鉀相關之化學知識，得知氰化鉀乃劇毒致命性之化學物質，計畫將氰化鉀添加在臺灣地區市場上公開陳列販售、銷量廣大之知名飲料內，再利用新聞媒體廣泛報導之方式，使製造之廠商企業經營遭受嚴重挑戰，進而恐嚇廠商交付鉅額款項。隨即於不知名之化工行，以白色塑膠瓶分裝之氰化鉀 1 瓶，添加在市場公開陳列、販售之「蠻牛」、「保力達 B」等飲料內，且以在上述兩種飲料瓶外貼上其自行由電腦列印之「我有毒 POISON 請勿喝」之自黏性貼紙，一方面盼以此方式造成社會恐慌，藉由新聞媒體爭相報導後，再出境至中國大陸地區以電話向該兩種飲料之製造廠商「保力達股份有限公司」勒贖鉅款，並令該公司將款項匯至大陸沿海深圳或珠海地區之地下匯款帳戶；另一方面則計畫將來果真有人誤飲而導致死亡時可藉此卸殺人之刑責。待一切規畫妥當，王進展駕駛該租得之自小客車沿國道高速公路南下，在該自小客車內將沿途已自行飲用 3 瓶後所剩之 9 瓶「蠻牛」及兩瓶「保力達 B」飲料之瓶蓋旋開，以長條形鐵杓於每瓶飲料中摻入 3 至 5 杓之氰化鉀，再將

各該飲料瓶蓋旋緊，並將印有「我有毒 POISON 請勿喝」字樣及毒性骷髏頭圖樣之自黏紙條貼在該兩種飲料玻璃瓶外，連續自同日下午 15 時 30 分起至同日 20 時 53 分許止，將自小客車停放在其欲行擺放各該摻毒飲料之商家附近約 200 至 500 公尺處，先行變裝換穿不同之衣物及帽子，再攜帶已摻入有氰化鉀之「蠻牛」或「保力達 B」飲料，混雜擺於下列商家公開陳列、販售之飲料架上或冰箱內：全成藥局—「保力達 B」飲料 1 瓶；裕毛屋超市—「蠻牛」飲料 1 瓶；康是美藥房—「保力達 B」飲料 1 瓶；丸久生鮮超市—「蠻牛」飲料 1 瓶；全聯社—「蠻牛」飲料 1 瓶；義美食品公司—「蠻牛」飲料 1 瓶；○○路 202 號 7—11 便利商店，「蠻牛」飲料 1 瓶。○○路 125 號 OK 便利商店—「蠻牛」飲料 1 瓶；市○○路 63 號全家便利商店—「蠻牛」飲料 1 瓶；○○路 189 號全家便利商店—「蠻牛」飲料 1 瓶；○○路 9 號 7—11 便利商店—「蠻牛」飲料 1 瓶。

其後，於下列時地相繼發生：（一）94 年 5 月 17 日晚上 9 時 25 分許，周乙桂於市○○路 63 號全家便利商店，購得王進展上述時間所混雜在該店內添加有氰化鉀之該瓶「蠻牛」飲料飲用後，察覺有異，乃向店員李志偉詢問，李志偉淺嚐一小口發覺有異迅即吐出，周乙桂步出店外旋即倒地，經送行政院衛生署臺中醫院（下稱臺中醫院）轉送臺中榮民總醫院急救，延至翌日即 94 年 5 月 18 日晚上 11 時 32 分許，終因氰化物中毒合併心肺衰竭而死亡。（二）94 年 5 月 17 日晚上 10 時 3 分許，趙世芳、何漢森於○○路 125 號 OK 便利商店，購得王進展混雜在店內添加有氰化鉀之該瓶「蠻牛」飲料，趙世芳飲用一口察覺有異，同行之何漢森遂淺嚐一口，隨即吐出時，趙世芳即已昏迷，兩人經送臺中榮民總醫院醫治後，幸急救得當，始未罹難死亡。（三）94 年 5 月 18 日凌晨 3 時 20 分許，李峰銘於○○路 202 號 7-11 便利商店，購得王進展混雜在該店內添加有氰化鉀之該瓶「蠻牛」飲料，飲用一口察覺有異，經送臺中榮民總醫院醫治後，幸急救得當而未罹難死亡。

判決認定理由：

（一）、刑法上不確定之故意，不僅行為人對於構成犯罪之事實，須有預見，且其發生並不違背其本意，始克相當。亦即須主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，方屬不確定故意範圍，此與加重結果犯係以客觀上能預見，而主觀上不預見為要件者異，兩者不容混淆。原判決事實欄記載上訴人「明知氰化鉀屬於劇毒性之管制化學物品，食用少量即足以致命，為遂行勒索之目的，雖知悉

其攙入劇毒於飲料內，且放置於他人可輕易取得之處所，可能造成使人誤飲而死亡之結果，猶然在所不惜，決意為之」（見原判決第一頁末三行至次頁首行），似認定上訴人主觀上有預見將氰化物攙入飲料使人誤飲足致死亡，且容任此一結果之發生。惟又載稱「……，其在客觀上能預見各該攙有氰化鉀飲料，一旦混雜在商店公開陳列之飲料中，已非其所能支配管控，將可能為顧客購取飲用，而導致死亡之結果，……」（見原判決第三頁末行至次頁第二行），似又認定本件係客觀上能預見攙有氰化鉀之飲料如經飲用，會導致死亡之結果。其就上訴人將攙有氰化物之飲料混列於商店販售之飲品櫃中，於經顧客購取飲用，足致引起死亡結果之認識，究係客觀上能預見？抑或主觀上有預見？前後認定自相歧異，致將二種不同之概念混淆，自難資為適用法令之依據。

（二）、上訴人在原審具狀陳明其係以：「壹、製作『我有毒 POISON 請勿喝』及骷髏頭圖案字條黏貼於所有摻（攙）毒飲料瓶身明顯處，提醒消費者勿誤飲。貳、打開瓶蓋，破壞閉鎖裝置，依消費者通常購買習慣，對於已被開封飲料，礙於食品安全與身體健康顧慮，豈會取用購買？參、被告（上訴人）已先嚐聞瓶口散發化學異味，縱然是外國人，不識字或盲人，亦能分辨此〈粗糙瓶裝蠻牛〉和〈正常瓶裝蠻牛〉之差別。肆、至於被告（上訴人）會選定超商置放摻（攙）毒飲料，乃被告（上訴人）在超商、雜貨店、檳榔攤觀察得知消費者結帳習性；如被告（上訴人）加警語的摻（攙）毒飲料，經過超商櫃檯結帳人員使用條碼機結帳時，雙眼及雙手均需看著商品及握住商品才能結帳，這樣又多一道預防被誤飲機會的把關。伍、被告（上訴人）置放摻（攙）毒飲料於陳列架時刻意把〈貼警語飲料〉與〈正常飲料〉併排，以利消費者區別」等五點「預防誤飲」的動作和考量，去置放攙毒飲料，以證明其「目的和本意不是要殺人，是要引起廠商及媒體的注意，並達到〈恐嚇信〉的效果，以利於進行恐嚇取財為目的」（見更（一）卷第七一至七二頁）。原判決理由中雖論述「被告（上訴人）於瓶身貼有『我有毒 POISON 請勿喝』字樣及毒性圖樣之貼紙，然此乃其傳遞恐嚇行為訊息之行為，無從憑認被告（上訴人）主觀上無不確定之故意」（見原判決第十四頁第九至十二行），惟上訴人製作黏貼「我有毒 POISON 請勿喝」字樣及毒性圖樣貼紙於飲料瓶身，及前開其餘所執各詞，既關乎其主觀上有無殺人犯意之判斷，縱屬不可採，仍應說明不足採憑之理由，方足以昭折服，乃原判決翹置不論，即遽認上訴人置放各該含有氰化物之飲料係基於不確定之殺人故意，非唯速斷，理由亦嫌欠備。

(三)、原審依上訴人之聲請，向內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）函查上訴人攙氰化物之飲料是否有化學異味？能否輕易辨識與「蠻牛」飲料之不同？足見原審亦認上訴人前揭主張其無殺人不確定故意之證據方法，確有調查釐清之必要。雖刑事警察局以氰化鉀係屬劇毒化學物品，即使專業鑑識人員進行鑑定時，仍依規定全程戴用口罩，並於抽氣櫃中操作，故未感知該批送驗檢體是否具有化學異味等為由，而未提供上開攙氰化物之飲料是否有化學異味之意見（見原判決第十二頁第十八至二五行）。惟氰化物之化學屬性究屬無臭無味抑或具有其他異味？非不可向相關學術專業機構或製造廠商函詢是否得以嗅聞以外之方法查知，原審遽以「不能由法官或責令其他無辜者親自嗅聞以查證之」，即未再就上訴人前揭聲請事項調查，難謂無調查未盡之可議。又上訴人前揭證據方法，係據以主張其主觀上無不確定之殺人故意，原判決雖以「每人之嗅、味覺功能之敏銳度，因人而殊，且有疲乏失靈之時，感覺自有差異，此理甚明。揆之本案發生經過，先後有周乙桂、李志偉、丙○○、乙○○、李峰銘等五人親自嚐飲，是以不問各該攙有氰化鉀之『蠻牛』飲料有無異味，及上開各飲用者之感覺為何，顯認無從阻斷他人服用甚明」（見原判決第十二頁末三行至次頁第三行），但周乙桂等五人何以造成誤飲，原判決未進一步說明，即認此部分無再為調查之必要，亦難昭折服。上訴意旨指摘原判決不當，非無理由，應認仍有發回更審之原因。

### 【案例二】偷渡客落海案

判決：最高法院 93 台上第 4429 號判決

判決認定事實：

葉天勝、曾炯銘（均經判刑定讞）與上訴人王中興、柯清松基於共同犯意聯絡，由葉天勝駕駛「漁舢港外五七四號」舢舨（下稱五七四號舢舨），曾炯銘為船員，王中興駕駛「漁舢港外二二二號」舢舨（下稱二二二號舢舨），柯清松為船員，四人於九十二年八月二十六日凌晨一時三十分許，共同前往北緯二十四度四十分，東經一一九度三十分台灣海峽海域，自不詳大陸漁船接運未經許可入境之大陸女子二十六人。分批由葉天勝、曾炯銘駕駛「五七四號舢舨」接運大陸女子十三人；王中興、柯清松駕駛「二二二號舢舨」接運大陸女子金光艷等十三人，非法入境台灣地區。同日清晨三時二十分許，該二艘舢舨駛近苗栗縣苑裡漁港北

邊通霄海域時，為海巡署海洋巡防總局第三海巡隊艇長劉益洲、黃文哲指揮之巡邏艇發現，著由劉世觀駕駛橡皮艇自後追逐。葉天勝、王中興發覺後，加速向通霄海域急駛逃竄，因巡邏艇及橡皮艇之速度較慢、吃水較深，無法駛近岸邊，乃留於深海繼續監控，由劉世觀駕駛橡皮艇在附近海岸搜尋。王中興所駕駛之舢舨，因受警艇追逐，雖於當日凌晨三時三十分至四時三十分間，亦航至通霄火力發電廠南邊海域，惟舢舨離淺灘仍遠，未及靠岸。王中興、柯清松明知當時天色昏暗、水深不明、海水冷冽，大陸女子高矮不一，出海二天二夜，或暈船嘔吐，或未進食體力不支，及是否會游泳情況不明，預見此時若有人落海，將發生溺斃之危險，為圖減輕舢舨負重，躲避警艇追緝，仍共同基於不確定殺人之犯意聯絡，先後以急迫語氣喝令金光艷等十三人「趕快跳海」，如稍有遲疑，二人即分別以手推拉方式，促使跳海，其中，王中興自徐征征背後，將之推落海中，徐征征以倒栽方式落入海中，另抓姜金麗頭髮及身體，將之推落海中，再以一隻手抓蔣紅左手臂，另一隻手推其背部，使其落海。柯清松則將程姝拉至舢舨左舷，將之推入海中，程姝亦以倒栽方式落海。上訴人等對已落海之大陸女子呼喊「水深不見底」、「救命」之瞬間，仍本其不確定殺人之故意，繼續逼迫其餘尚未跳海之大陸女子跳海。其間，不知水性之覃艷姬，因海浪衝擊、船身搖晃，重心不穩，吊掛在舢舨左舷，背海呼喊「我不會游泳」。未料，王中興仍不顧其死活，加速舢舨往較深海域駛離，終致激浪衝刷，覃艷姬不能抵抗，摔落深海。另有四名不詳姓名大陸女子亦因不諳水性，自行跨越欄杆背海面向甲板，雙手緊握欄杆，同吊掛在舢舨左舷，王中興仍不顧其生死，加速舢舨往較深海域駛離，終致激浪衝刷，該四名大陸女子，亦不能抵擋，紛紛跌落深海。上訴人等見大陸女子或落水掙扎、或呼喊「救命」、「這邊水沒有底」等語，均置之不理，不僅未下水救人，亦不將舢舨上之保力龍塊或空油桶拋下，以救危急，只顧駕駛舢舨逃逸，造成大陸女子「曾小麗、江敏、王莉、徐英及不詳姓名滿十八歲之二名女子」共六人，當場溺水窒息死亡。其餘姜金麗、尹銀華、程姝、徐征征、蔣紅等五人稍識水性，互相扶持，幾經掙扎，始自行浮沉行走上岸。而不知水性之金光艷、覃艷姬落海後，漂浮海上、載浮載沉，覃艷姬於當日上午五時三十分許，為第三海巡隊發現急救送醫，因肺部積水，經插管治療，住院七天，倖免於難。金光艷迨當日上午十一時許，始經警方發現急救，亦免一死。嗣於當日上午五時四十五分許，第三海巡隊始在同鎮五里牌防風林沿線查獲姜金麗等人，並先後撈獲曾小麗等六名死者等情。

判決認定理由：

按舢舨為平底船，船長離開駕駛座，船身並不會翻覆，王中興於舢舨距岸邊約五十公尺至一百公尺處停船，離開駕駛座，到船身推拉大陸女子跳海。其中大陸女子尹銀華等人雖會游泳，但其對通霄附近海域不熟、水深不明，於黑夜大海中，聽命於王中興之號令自行跳海，亦有喪命之可能，原判決認王中興逼令、推拉大陸女子跳海或急駛舢舨促其落海之行為，有殺人之不確定故意，其對證據證明力之判斷，仍屬合乎一般經驗法則。

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）毒蠻牛案

甲欲以「千面人」之手法，恐嚇廠商乙交付鉅額款項，甲開啟飲料瓶摻入氰化鉀，再將各該飲料瓶蓋旋緊，並將印有「我有毒 POISON 請勿喝」字樣及毒性骷髏頭圖樣之自黏紙條貼在瓶外，混雜擺於商家公開陳列、販售之飲料架上或冰箱內。其後丙購得該飲料飲用後，步出店外旋即倒地不治；丁、戊購得遭下毒之飲料後，皆只有淺嚐，兩人經送醫急救得當，始未罹難死亡；己飲用一口察覺有異，經送醫急救得當亦未死亡。

### （二）偷渡客落海案

甲駕駛舢舨，接運中國偷渡客，準備非法入境，快接近海岸時被警發現。甲加速逃逸，為湮滅偷渡事蹟，共同與乙基於不確定殺人故意，先後以急迫語氣喝令被害人等十三人趕快跳海，被害人如稍有遲疑，甲與乙即以手推拉方式促使跳海，或自背後推落海中。其中有被害人抓住舢舨欄杆，甲即加速舢舨往外海而去，終至該被害人因激浪衝刷而摔落海中。最後十三名被害人均慘遭溺斃。

## 三、判決論點整理

（一）間接故意須行為人主觀上對於構成要件事實有所預見，加重結果犯則係客觀上有預見可能但主觀上並無預見。

（二）不確定故意之認定，其對證據證明力之判斷，合乎一般經驗法則即為已足。

## 四、基本定義以及問題之提出

間接故意於我國第十三條第二項明文之方式予以定義，「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」在實務上常被稱為「不確定故意」<sup>1</sup>；而直接故意被稱為「確定故意」。藉此「確定」與「不確定」之用語，最高法院所欲指出的是，直接故意係行為者明知並有意使其發生，故對於行為之客體及結果之發生，皆有確定之認識，並促使其發生；而間接故意之行為人對於行為之客體或結果之發生，則並無確定之認識，但若其發生，亦與其本意相符，換言之，兩者在認識之程度上強弱有別，而這樣的解釋符合第十三條對於兩者「知」的要素，分別以「明知」及「預見」規定<sup>2</sup>。其次，在意欲要素方面，何謂「不違背其本意者」，就此我國實務與多數學說意見採取的是容任說<sup>3</sup>，只行為人對於可能發生之構成要件事實，採取容忍而予以接受的態度。

然而，在個案判斷上，間接故意成立與否的審查，所要檢視之事實與行為當然遠較上述簡要之定義來得複雜許多，而且也必須同時釐清的是間接故意與其他犯罪型態之間的區別，尤其是其與加重結果犯之間應嚴加劃分，如上述三個案例所示，實務上要面對的問題是：

1. 間接故意之判斷涉及行為人之內心事實，不論是認識或是意欲要素，其認定須輔以一般經驗法則。
2. 加重結果犯之客觀可預見亦係以一般經驗法則認定。
3. 若依一般經驗法則判斷的結果，行為人對於構成要件事實之發生係顯而易見時，應成立故意犯抑或是加重結果犯？

## 五、我國實務見解分析

### （一）早期實務判例見解

最高法院對於如何區分加重結果犯與間接故意曾做出 47 年台上字第 920 號判例：加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍。

<sup>1</sup> 如 94 年台上字第 5458 號判決。

<sup>2</sup> 請參閱 92 年台上字第 6900 號、90 年台上字第 7964 號、94 年台上字第 5458 號判決。

<sup>3</sup> 實務如 90 年台上字第 7964 號判決；學說如陳子平，刑法總論（上），2005 年，頁 171 以下；林鈺雄，新刑法總則，2006 年，頁 183。

實務上自本判例確立間接故意與加重結果犯之間差異所在，此後即形成固定之看法，至今仍主張有無預見係區分關鍵。

關於間接故意與有認識過失又應如何予以區別劃分，我國最高法院則有兩則判例對此表示意見：

1. 20 年非字第 40 號：查刑法上過失犯之成立，應以不注意於可以預知之事實為要件，若對於構成犯罪之事實，已預見其能發生，又無確信其不能發生之情形，係故意而非過失。
2. 22 年上字第 4229 號：刑法關於犯罪之故意，係採希望主義，不但直接故意，須犯人對於構成犯罪之事實具備明知及有意使其發生之兩個要件，即間接故意，亦須犯人對於構成犯罪之事實預見其發生，且其發生不違背犯人本意始成立，若對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而在犯人主觀上確信其不致發生者，仍應以過失論。

從上述最高法院所著判例言之，間接故意與過失犯之間，顯然無法以有無預見之標準進行區隔，因為，一如間接故意之情形，有認識過失之行為人對於構成要件事實同樣有所預見，因此，故意與過失之區分標準係以意欲要素之有無為準。

## （二）本文評釋之最高法院判決見解

### 1. 毒蠻牛案

最高法院於本案中，認為行為人有下列防果行為：製作『我有毒 POISON 請勿喝』及骷髏頭圖案字條黏貼於所有摻（攪）毒飲料瓶身明顯處、打開瓶蓋破壞閉鎖裝置、已先嚐聞瓶口散發化學異味、刻意把〈貼警語飲料〉與〈正常飲料〉併排，以利消費者區別，對於這些「預防誤飲」的動作和考量，最高法院一方面認為，行為人所辯縱屬不可採，原判決仍應說明不足採憑之理由，不得遽認為對於間接故意之成立不生影響，最高法院嚴格要求判決理由之謹慎，頗值支持，而且行為人之防果行為確應予以考量。然而，在另一方面，最高法院似乎對於行為人所辯其「目的和本意不是要殺人，是要引起廠商及媒體的注意，並達到〈恐嚇信〉的效果，以利於進行恐嚇取財為目的」，並無進一步之釐清，此處行為人所述之「本意」與刑法第十三條第二項之「本意」究有何不同？甚或相同？

### 2. 偷渡客落海案

最高法院於本案例中認為間接故意成立，其理由為依一般經驗法則判斷，行為人推拉大陸女子跳海，其中大陸女子尹銀華等人雖會游泳，但其對通霄附近海域不熟、水深不明，於黑夜大海中，聽命於行為人之號令自行跳海，亦有喪命之可能，因此行為人逼令、推拉大陸女子跳海或急駛舢舨促其落海之行為，有殺人之間接故意。就此一理由，細究之仍有不足之處，行為人若依一般經驗法則認識被害人死亡之可能，但是對此結果是否係「不違背其本意」仍應予以論述，否則無法與有認識過失及加重結果犯作一清楚之區隔，而此處之一般經驗法則亦可謂僅得作為客觀預見可能之論據。

### (三) 分析

#### 1. 間接故意與其他犯罪型態之區別

首先，就間接故意與加重結果犯之區別，最高法院將加重結果犯之成立限於「客觀上有預見、主觀上無預見」之情形，並因此認為，由此可以區分「客觀預見可能說」與「故意過失競合說」之不同，但是，做這樣的區隔反而將與刑法第十七條相牴觸，理由在於，兩說之不同，在於後者必須在罪責之部分檢驗行為人之預見能力，這卻正是刑法第十七條在文義上所要求的。如我國學者已普遍提出的質疑，既然我國刑法第十二條已有罪責原則之規定，行為非出於故意或過失者不罰，為何加重結果犯可以成為例外，並且這樣的例外是建立在與第一七條明文有所出入的解釋之上<sup>4</sup>。

其次，就間接故意與有認識過失之間的區別，當然無法以認識與否作為判斷準據，除非所採取的立場是認識說（Vorstellungstheorie）或概然性說（Wahrscheinlichkeitstheorie），而既然如上所述我國刑法第十三條第二項所採的是容認說<sup>5</sup>，那麼，判決理由必須對於故意過失分界之意欲要素清楚予以交代，這一點將於下進一步申述之。

#### 2. 間接故意之意欲要素

---

<sup>4</sup> 陳子平，加重結果犯—以最高法院九十年度台上字第四五九四號判決為主軸對近年相關判例判決之評釋，台灣本土法學，35期，2002年6月，21頁；蔡蕙芳，傷害致死罪之適用—最高法院判例與判決之評釋，台灣本土法學，61期，2004年8月，頁58以下；黃惠婷，結果加重犯之「直接關聯性」，台灣本土法學，69期，2005年4月，頁171以下；林鈺雄，新刑法總則，頁91註13；徐育安，加重結果犯判決回顧，臺灣本土法學雜誌，91卷2期，頁155以下。

<sup>5</sup> 不同意見黃榮堅，刑法問題與利益思考，1998年，頁20以下。

間接故意成立關鍵之意欲要素，我國刑法第十三條第二項係以「不違背其本意」定義之，其為我國實務與學說上認為係採容認理論，其在實務上判斷的困難在於，一方面最高法院明確地將故意認定為行為人之內心狀態，例如最高法院 88 年台上字第 1421 號判決謂：「刑法關於犯罪之故意，係採希望主義。直接故意，須行為人對於構成犯罪之事實具備明知及有意使其發生之兩個要件；間接故意，須行為人對於構成犯罪之事實預見其發生，且其發生不違背行為人本意始能成立。而行為人有無犯罪之故意，乃個人內在之心理狀態，惟有從行為人之外在表徵及其行為時之客觀情況，依經驗法則審慎判斷，方能發現真實」。但是，在另一方面，行為人之內心狀態卻相當複雜難斷，例如最高法院 94 年台上字第 5436 號判決謂：「殺人未遂與傷害之區別，應以加害人無殺意為斷，不能因與被害人原無宿怨，即認為無殺人之故意。且被害人所受之傷害程度，固不能據為認定有無殺意之唯一標準，但加害人之下手情形如何，於審究犯意方面，仍不失為重要參考資料」。

在蠻牛案中，行為人之防果行為能否排除殺人故意之意欲要素，首先要釐清者，係刑法第十三條第二項之「本意」之意義為何，行為人出於恐嚇取財之意思而散佈劇毒飲品，行為人主張其本意為勒索而非殺人，而第十三條第二項之「本意」當與此不同，所謂不違背本意所指的是被動地接受某一將來可能發生之事實，與直接故意係積極希望發生不同，換言之，間接故意之行為人在預見結果發生之情況下，仍舊不顧該可能之危險而堅持完成其所計畫之行為，即便該結果非其所希望，但行為人已透過其行為表示一個接受此結果的意志。因此，蠻牛案之行為人固然不希望造成無辜之人死亡，但此至多只能作為排除直接故意之論據；就間接故意來說，該行為方式所帶來之風險，其實已經於事前為行為人所預見，而其並非確信結果不會發生，那麼，只要再清楚地說明該行為確係冒他人生命危險而執意為之，則間接故意應屬成立。就此，在偷渡客落海案中亦可看出，最高法院似乎認為行為人之間接故意相當明顯，故僅以未違一般經驗法則即肯定殺人故意之成立，較為詳細的做法毋寧是，先確定行為人並不希望被害人死亡而先排除直接故意之成立，接著再以行為人已認識該行為所造成之風險為何，而行為人在不希望結果發生卻又執意為該危險行為，則行為人即已被動地接受可能發生之結果，如此可以做較為充分之說明。

## 六、比較法之分析—德國實務和學說見解

### （一）德國實務見解—皮帶案（BGHSt 7, 363）

本案之事實為：A與B兩人共同計畫對C實施強盜行為，原本即打算用皮帶將被害人勒昏，以使其失去抵抗之能力，但卻又擔心C因此而死亡，所以決定改用沙袋將其擊昏的方式，使C無法抵抗。A與B於行為時先以沙袋用力重擊已經入眠的C的頭部兩次，沒想到並未將其擊昏，反而是把他弄醒了，於是兩人又再依此法施為一次，但沙袋卻於此時破裂四散而無法如願將C擊昏，兩人只好改回原方案，用所攜的皮帶勒緊被害人頸部與身體，其間A為了要完全剝奪C的反抗能力而施力猛烈，B見狀加以制止。而在A與B兩人搜刮完財物之後，回過頭發現被害人昏迷過久，疑有生命危險而施以人工呼吸，但被害人C仍不治死亡<sup>6</sup>。

對於上述案例，德國聯邦最高法院認為，就間接故意的兩個要素言之，首先，行為人對於其行為方式將造成被害人死亡之風險，已經有所預見；其次，在意欲要素方面，雖然行為人極不希望被害人因為該行為而死亡，但是這並不足以否定意欲要素的存在，其理由在於，行為人為了要達成特定目的，如本案中之行為人欲順利實施強盜行為，必要時將忍受一個不希望發生的結果時，那麼，在法律上來說，行為人即是對此結果予以同意。

### （二）德國學說見解

德國學說上所謂的間接故意，其內容是指行為人為了達成特定目標而進行活動，雖然他已經預料其行為可能附帶地造成其他某種後果，但是為了不妨礙其原先所欲進行之事，所以對於此一伴隨其行為而產生的結果予以容忍。德國學說上的直接故意，普遍的定義則是，行為人在追求某一目標的達成時，雖然同時明確地知悉對於其行為必將帶來某種附帶性的後果，但是仍執意為該行為<sup>7</sup>。依此，德國學說上的間接故意，在知這個部分來說，多數學說認為<sup>8</sup>，間接故意僅要求行為人須認為有構成要件實現之可能，而且是對此認真嚴肅地予以考慮，但是無須有所確信；而在欲這個要素方面，則是各家學說長久以來爭執不休的戰場<sup>9</sup>，

<sup>6</sup> 中文參考文獻：許玉秀，主觀與客觀之間，1997，頁第81以下；林鈺雄，新刑法總則，頁第183以下。

<sup>7</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 8/18; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 298; Kindhäuser, Strafrecht AT, 2005, 14/8; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, 5/38.

<sup>8</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007, Rn. 214ff.; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, §5 Rn. 85. 其他學者請參閱 Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, S. 8.

<sup>9</sup> 德國文獻整理請參閱 Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, S. 1ff. 中文文獻請參閱許玉秀，主觀與客觀之間，1997，第45頁以下。

至今雖烽火尚未完全止息，但學說上多認為，須檢驗行為人是否對其所認識之結果予以接受容忍。與上述學說相比較，德國實務<sup>10</sup>在意欲這個部分亦是以有無容忍為標準，但是在知的方面略有不同，僅要求行為人須認為有構成要件實現之可能，實質來說，和德國多數意見並無甚差別。

## 七、結論

間接故意之成立與否，所涉及的根本問題是故意在刑法上的意義為何，行為人的認識與情緒狀態固然為故意判斷所要考量之事實，但是，問題在於我們需要有一把刑法的尺來審查這些事實，換言之，不是以心理事實作為故意成立與否的標準，而是以刑法為什麼要處罰故意來找出審查的法律標準為何，這也是為何德國實務以「法律意義上的同意」來判斷意欲要素的理由所在。

刑法第十三條第二項之間接故意，既然是以意欲要素作為其成立要件之一，那麼，我們可以參考德國實務的做法，將行為人的心理狀態與行為情狀事實作為判斷的對象，而將意欲要素解讀為，行為人透過行為所表示其對法益侵害或破壞規範之立場。至於加重結果犯之問題，本文則建議實務採納多數學說之意見，以過失取代所謂客觀預見可能性之責任型態，以符合刑法第十二條之要求。

## 八、進階閱讀

- 1、許玉秀，主觀與客觀之間，1997，頁 45 以下。
- 2、黃榮堅，刑法問題與利益思考，1998 年，頁 13 以下。
- 3、陳子平，加重結果犯—以最高法院九十年度台上字第四五九四號判決為主軸對近年相關判例判決之評釋，台灣本土法學，35 期，2002 年 6 月。
- 4、徐育安，加重結果犯判決回顧，臺灣本土法學雜誌，91 卷 2 期，頁 155 以下。

---

<sup>10</sup> BGHSt. 14, 256; BGH NStZ 2003, 536; BGH NStZ-RR 2004, 140.

## 第三單元：違法性

### 壹、正當防衛

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】防衛殺人案

判決一：最高法院 95 台上第 5617 號判決

判決認定事實：

甲於民國八十八年六月七日凌晨三時二十分許，返回位於臺北縣中和市○○路三八五巷五十四號三樓住處時，發現意圖不明侵入該屋之現役軍人陳天儒藏匿屋內後陽台，乃自臥室取出其所有之尖刀一把（刀刃長約二十四公分、刀柄長約十公分，非槍砲彈藥刀械管制條例所稱列管之刀械）追捕陳天儒，陳天儒見狀即開啟大門逃逸，甲則自後一路追捕約一百餘公尺，在追趕過程中即基於傷害之犯意對陳天儒揮一刀而未揮中，迨追至中和市○○路、中興街口時，陳天儒突然轉身並高舉右手，欲揮拳制止甲之追捕，情急之際，甲為使陳天儒就逮，其主觀上雖不預見，但持刀傷人，對於引起被害人死亡之結果在客觀上能預見，以右手持上開尖刀由上而下劃入陳天儒之右腋窩處，造成陳天儒受有長七公分、深二至二·五公分不等之切創傷，陳天儒並因而倒地不起。臺北縣政府警察局中和分局中和派出所警員林建志、余國璋據報趕至現場尚未發覺係甲犯罪前，甲即向員警自首承認上情，警察並扣得甲所有之上開尖刀一把。惟陳天儒於送醫急救後，仍因上述右腋深切創傷切斷肱動脈及靜脈神經而大出血，導致不可逆性低容量性休克，延至翌日(同年六月八日)上午五時三十分許死亡。

二、案經臺北縣政府警察局中和分局報請臺灣板橋地方法院檢察署檢察官偵查起訴。經台灣高等法院中華民國九十五年六月二十九日第二審更審判決(九十五年上更(一)字第二九一號)，甲依刑法第 277 條第 2 項犯傷害致人於死罪，

甲不服提起上訴。

判決認定理由：

對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑，刑法第二十三條定有明文。是刑法上之防衛行為，祇以基於排除現在不法之侵害而不超越必要之程度為已足，不以出於不得已之行為為條件。亦即行為人主觀上認識現有不法侵害存在而有防衛之意思，客觀上有防衛之行為，自得主張正當防衛。本件上訴人於警詢供稱：「當時我由外返家，進入客廳後，先是發現我所有之黑色皮包有異樣，然後我進入臥房欲換裝就聽見後陽台有異音，我隨即將燈打開，至後陽台察看，當場發現歹徒呈蹲狀，蹲在洗衣機旁，且手持壹把短水果刀，我見狀趕緊跑回臥房，隨手拿了一把拆信刀自衛，此時歹徒就往大門門外逃跑。我拿著拆信刀隨後追呼捉小偷。最後歹徒跑至中和市○○○○街時，卻回頭揮拳攻擊我，我一直閃躲，並告訴歹徒不要再攻擊我了，我手上有刀，可是歹徒還是一直攻擊我，不知怎麼回事，歹徒胸前被刺了一刀」（見八十八年度偵字第一四一〇七號卷第四頁背面、第五頁）。原判決於事實欄內亦認定「甲於民國八十八年六月七日凌晨三時二十分許，返回位於台北縣中和市○○路三八五巷五十四號三樓住處時，發現意圖不明侵入該屋之現役軍人陳天儒藏匿屋內後陽台，乃自臥室取出其所有之尖刀一把追捕陳天儒，陳天儒見狀即開啟大門逃逸，甲則自後一路追捕約一百餘公尺，在追趕過程中即基於傷害之犯意對陳天儒揮一刀而未揮中，迨追至中和市○○路、中興街口時，陳天儒突然轉身並高舉右手，欲揮拳制止甲之追捕，情急之際，甲為使陳天儒就逮，以右手持上開尖刀由上而下劃入陳天儒之右腋窩處，造成陳天儒受有長七公分、深二至二·五公分不等之切創傷，陳天儒並因而倒地不起」。如果無訛，則上訴人係因發現被害人陳天儒無故侵入其住宅，於追捕現行犯途中，突遭被害人轉身高舉右手欲揮拳制止其追捕，上訴人情急下始以手持之尖刀劃入被害人之右腋窩處，因而傷重致死。揆之上開說明，能否謂非上訴人主觀上認識現有不法侵害存在而出於防衛之意思，客觀上為防衛之行為，而不得主張正當防衛（或防衛過當），不無研求之餘地。乃原判決見未及此，並未詳予說明上訴人究竟有無主觀之防衛意思及客觀上是否該當防衛行為，遽於理由內論謂「而被害人為脫免逮捕，雖可認曾轉身高舉右手，欲揮拳制止被告之追捕之動作，甚至曾與被告面對面，欲與被告搏鬥之動作，然實無證據證明被害人對被告有激烈之攻擊行為。則被告於被害

人回頭欲反抗時，為達逮捕對方之目的，基於傷害之故意持刀劃切被害人之行為，自與正當防衛之構成要件不相當」（見原判決第四頁倒數第四行至第五頁第三行），自有判決理由不備之違誤。上訴意旨，執以指摘原判決不當，非無理由，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲發現被害人乙無故侵入其住宅，於追捕現行犯途中，突遭被害人轉身高舉右手欲揮拳制止其追捕，甲情急下以手持之尖刀劃入被害人右腋窩處，因而傷重致死。

## 三、判決論點整理

（一）對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑，刑法第二十三條定有明文。是刑法上之防衛行為，祇以基於排除現在不法之侵害而不超越必要之程度為已足，不以出於不得已之行為為條件。亦即行為人主觀上認識現有不法侵害存在而有防衛之意思，客觀上有防衛之行為，自得主張正當防衛。

（二）原判決並未詳予說明上訴人究竟有無主觀之防衛意思及客觀上是否該當防衛行為，遽於理由內論謂「而被害人為脫免逮捕，雖可認曾轉身高舉右手，欲揮拳制止被告之追捕之動作，甚至曾與被告面對面，欲與被告博鬥之動作，然實無證據證明被害人對被告有激烈之攻擊行為。則被告於被害人回頭欲反抗時，為達逮捕對方之目的，基於傷害之故意持刀劃切被害人之行為，自與正當防衛之構成要件不相當。」

## 四、基本定義以及問題之提出

正當防衛的應用必須存在有現實不法侵害，現在不法之侵害狀態應該從事實面單純觀察之，只要對法益的侵害仍未遠離，即使侵害行為已經結束，可認為侵害仍然持續。犯罪既、未遂跟侵害是否持續中，並無必然的對應關係。所以仍然有可能在犯罪既遂後因侵害之持續而行使防衛行為，構成主張正當防衛的基礎。除此之外，近來也有學者以結果不法的欠缺，思考偶然防衛的法律效果，本案例事實涉及下述問題：

（一）所謂的現在不法之侵害所指為何？

### 第三單元：違法性

(二) 偶然防衛的定義與法律效果？學說上有何看法

(三) 就本單元所涉及的案例中，究屬過失傷害致死、防衛過當、偶然防衛？

### 五、進階閱讀

- 1、王皇玉，竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛--評最高法院九十一年度臺上字第四〇〇三號判決，月旦法學雜誌，107期，2004年4月，頁233-247。
- 2、徐育安，阻卻違法事由—正當防衛，法學講座，5期，2002年5月，頁69-78。
- 3、黃惠婷，正當防衛之防衛行為，台灣本土法學雜誌，29期，2001年12月，頁133-139。
- 4、黃榮堅，論正當防衛，台灣大學法學論叢，24卷第2期，1995年6月，頁301-325。

## 貳、緊急避難

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】大陸漁工案

判決一：最高法院 92 台上第 4500 號判決

判決認定事實：

原判決就被告持鐵條向趙朝國拋射，是否為避免遭趙朝國等大陸漁工追打傷害之緊急迫切狀態下，別無其他方法可行之不得已行為，事實欄並未認定記載，理由中復論述被告「一時情急才以鐵條朝追逐在後之大陸漁工拋擲」、「被告係於情急之下，拋擲其手上之鐵條後立刻逃逸」（見原判決第十頁第十六至十八行）、「此際，被告可以揮動手中二支鐵條以暫時阻擋追兵，且戰且退，或一邊以鐵條揮舞，一邊向越南漁工求援」云云，似又謂被告仍可以其他方法阻擋大陸漁工之追逐，其拋擲鐵條係因一時情急而非別無其他方法可行之不得已行為，則其認被告可主張緊急避難，即非允洽。

判決認定理由：

刑法第二十四條第一項前段緊急避難，以因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為為要件，所謂不得已之行為，即其行為之取捨，只此一方，毫無選擇餘地，或選擇之可能性者而言。如緊急危難發生之際，尚有其他方法可以避免自己或他人權益之危害者，即難謂為不得已。

### 二、簡化所涉犯罪事實

甲丟擲兩隻鐵條以避免遭大陸漁工追打傷害，其間甲仍得以兩隻鐵條阻擋大陸漁工之追趕並能向同船越南漁工求救。

### 三、判決論點整理

刑法第二十四條第一項前段緊急避難所稱不得已之行為，即其行為之取捨，只此一方，毫無選擇餘地，或選擇之可能性者而言。如緊急危難發生之際，尚有其他方法可以避免自己或他人權益之危害者，即難謂為不得已。

### 四、基本定義以及問題之提出

我們不能苛求行為人在行為當下能夠及時算計所有可反應之手段，加以每人面對之環境情狀差異，都會使反應手段的衡平性重新估量，所以不能單從客觀情狀之推測來否定行為人選擇之不得已手段。緊急避難的手段權衡問題，此案問題在於衡平手段之選擇，是否客觀情境中有可想像的代替手段即可認為非不得已之手段？

### 五、進階閱讀

- 1、王皇玉，強制治療與緊急避難－評基隆地方法院九十五年易字第二二三號判決，月旦法學雜誌，151期，2007年12月，頁255-267。
- 2、彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊，58卷第9期，2007年9月，頁18-25。
- 3、黃惠婷，強制性的緊急避難－評最高法院九十四年臺上字第二三二四號判決，月旦法學雜誌，133期，2006年6月，頁210-220。

### 參、實質違法性

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

#### 一、單元案例

##### 【案例一】破壞水土案

判決一：臺灣高等法院 92 年度上訴字第 110 判決

判決認定事實：

被告乙因象神颱風來襲，崩塌的土石不但造成登山步道癱瘓，使得鄉鎮無法對外聯繫，還壓倒自來水用水的水管，造成居民無水可用，乙為排除上述困境，乃雇用甲以挖土機清理崩塌的土石，但卻被檢察官以破壞山林與水土保持為由，構成山坡地保育利用條例第三十四條第一項與水土保持法第三十二條第一項，提起公訴。

判決認定理由：

又觀上開施工區域左側係屬地勢低窪之溪谷，而崩坍之山壁暨伴隨塌陷之土石極為鬆軟，加以步道毀損之情形下，若未及時加以修補，極易造成山壁繼續崩坍及土石流失至溪谷之狀態，是系爭土地於案發時確有加以處理及維護之必要及急迫性，被告二人所為無害及坡地之防護，甚或有益之上述行為，自目的及手段而言，應認其具社會相當性，欠缺實質違法性，仍具超法規阻卻違法事由，亦屬不罰之行為。

##### 【案例二】下屬錄音案

判決一：臺灣高等法院 95 年度上易訴字第 825 判決

判決認定事實：

被告甲為告訴人乙的工作上司，乙工作態度不佳已有一段時間，甲已糾正多

時，但乙卻因此心生不滿。某日乙仍然故我，遭甲斥喝，乙為了蒐證的必要而偷偷錄音，後乙忍無可忍，拿出錄音筆欲阻止甲，甲見狀抓住乙的手臂，欲阻止乙繼續錄音，幾番爭執後錄音筆因而掉落地上毀損。

判決認定理由：

所謂實質違法性，應就刑法規範整體法律價值體系上觀察，符合構成要件之行為，究竟是否具社會相當性，即行為是否為達到正當目的之適當手段，或行為對社會之有益性遠超過社會損害性等等以為衡量。同時此等實質違法性，亦應體認刑法之法律效果，乃係所有法律規範中最嚴厲而具痛苦性、強制性、殺傷性之法律手段，因此以刑罰作為規範社會生活共同秩序之時，應符合刑法最後手段原則。而按強制罪性質上係屬開放性構成要件，於強制罪之構成適用上，乃設有違法性判斷之補充規定，俾對於範圍廣泛之強制行為，為必要之限制。換言之，即在強制罪之規定上必須設置特有之阻卻違法事由，使將具有強制罪構成要件該當性之行為，再探討「手段與目的之間的違法關連」，判定行為是否具有違法性，如不具違法性，即排除強制罪之成立。而關於違法性判斷，應就強暴、脅迫之手段與強制目的兩者之關係判斷，如經評價係法律上可非難，即社會倫理價值判斷上可責難，才認具違法性。即只有超過社會可期待性、社會相當性的範圍，才會具有刑事違法或者不法可言，避免個人在社會日常生活動輒得咎。因此，如行為人目的與手段關係，認行為人之強制行為只造成輕微之影響，則此種強制行為仍不具社會倫理之可非難性，即不得逕以強制罪相繩。（判決因此認為被告甲不構成犯罪）

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）破壞水土案

被告乙為搶救因颱風造成的對外交通不便遂開挖颱風引起之堆積土石，惟被告此舉被檢察官依違反山坡地保育法起訴。

### （二）下屬錄音案

被告甲為告訴人乙的工作上司，乙工作態度不佳已有一段時間，甲已糾正多時，但乙卻因此心生不滿。某日乙仍然故我，遭甲斥喝，乙為了蒐證的必要而偷偷錄音，後乙忍無可忍，拿出錄音筆欲阻止甲，甲見狀抓住乙的手臂，欲阻止乙

繼續錄音，幾番爭執後錄音筆因而掉落地上毀損。

### 三、判決論點整理

#### (一) 破壞水土案

被告二人所為開挖山坡地行為無害及坡地之防護，甚或有益，自目的及手段而言，應認其具社會相當性，欠缺實質違法性，仍具超法規阻卻違法事由，亦屬不罰之行為。

#### (二) 下屬錄音案

高等法院認為實質違法性的基礎在於行為不具有社會相當性或具有社會倫理可非難性。同時認為強制罪係開放性構成要件，須考量強制行為手段與目的間關聯性作為行為是否具備實質違法性的判斷標準。

### 四、基本定義以及問題之提出

- (一) 實質阻卻違法事由的法理基礎為何？
- (二) 學說與實務所承認之實質阻卻違法事由有哪些類型？
- (三) 強制罪之實質違法性應如何判斷？

### 五、進階閱讀

- 1、彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係—兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學，30期，2005年12月，頁81-126。
- 2、吳耀宗，論德國強制罪可非難性條款之法律性質—一個涉及構成要件與違法性(阻卻違法事由)之關係的根本問題，中央警察大學學報，31期，1997年9月，頁41-86。

### 第三單元：違法性

## 第四單元：罪責

### 壹、罪責能力

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】選戰躁鬱案

判決一：九十五年度台上字第一九九七號

判決認定事實：

甲○○為精神耗弱之人，曾擔任第六屆立法委員選舉高雄市北區登記第9號候選人林進興競選總部之顧問，為支持林進興順利連任立法委員，平日即利用機會抄寫鄰居及友人名冊以幫林進興拜票。甲○○為確保拜票對象，能確實投票支持林進興，竟基於使有投票權人為一定投票權行使之概括犯意，先於民國93年10月底某日利用在高雄市○○區○○街121號9樓之3其住處1樓管理室向管理員黃聰興、住戶潘麗娥拜票之機會，向潘麗娥表示願以每票新台幣（下同）500元之代價，行求潘麗娥能在投票時支持林進興，隨即承上開概括犯意，於同年12月1日上午，得知其住處另大樓管理員黃慶良家住高雄市北區，且家中共有3位具有本次立法委員選舉之投票權人，為使黃慶良及其家人能投票支持林進興，隨即於同年12月7日上午，在黃慶良值班時，以每票500元之代價，共交付1,500元予黃慶良，要求黃慶良及其家人能將3票均投予林進興，而黃慶良基於收受賄賂而許以投票權為一定行使之故意，予以收受，並答應投票予林進興。嗣於同年12月10日，台灣高雄地方法院檢察署檢察官接獲民眾檢舉，立即傳喚黃聰興、黃慶良及潘麗娥等人到案說明後發覺上情，並當場扣得甲○○交付予黃慶良之1,500元及與本件無關之林進興宣傳單1紙，隨即命高雄市政府警察局人員對甲○○上開住處實施緊急搜索，當場扣得與本件無關之林進興競選總部顧問聘書2紙及組織拜訪單12紙、疑似選民名冊23張、公投改革國會連署書、疑似選民冊（便條紙）2張、空白名冊26張、記載大樓樓層名冊2張、李昆澤後援會名冊3

#### 第四單元：罪責

張、林進興後援會名冊 5 張、林進興組織資料 1 張、空白後援會名冊 6 張、李昆澤後援會空白名冊 7 張、林進興及李昆澤競選宣傳單各 1 疊、林進興服務處公文袋 1 紙、林進興競選宣傳單 1 疊、來賓空白簽名單 10 張、空白組織資料表 49 張、李昆澤後援會名冊 1 張等物品。

#### 判決認定理由：

心神喪失、精神耗弱屬於行為有責性之判斷範圍，其認定應由法院依職權為之，不得視為一種單純之醫學或心理學上概念，進而以此概念代替法院之判斷。故雖經醫學專家鑑定行為人之精神狀態，提供某種概念，亦不過作為法院判斷之資料而已，法院非不得綜合全部調查所得資料以判斷行為人於行為時有無心神喪失或精神耗弱之情事。另關於責任能力之內涵，除由醫學專業人員自生理要素判斷外，亦包含行為人辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力。顯然行為人辨識其行為違法，或依其辨識而行為能力之心理部分，是否欠缺或顯著減低，亦屬判斷責任能力有無之重要因素。是行為除具備精神疾病以外，如其不能辨識其行為違法之「知」之能力（即辨識能力）或欠缺依其辨識而行為之「意」之能力（即控制能力）者，始得認定為心神喪失。如屬於「知」之辨識能力或屬於「意」之控制能力，僅係顯著減低，而非完全欠缺者，非可認定為心神喪失，而僅達於精神耗弱而已。原判決已就前揭各項證據綜合判斷說明：上訴人不僅會藉機打聽鄰居家中有效投票數目，且記載於名冊上，又明確表示一票為五百元，三票合計為一千五百元，顯見其於行為時之知覺理會能力應未至完全喪失之程度。又其於行為後調查人員及檢察官訊問時，均能充分表達個人意見，亦理解有認罪協商之效果意思等情，顯然上訴人僅達於精神耗弱，而未至心神喪失之程度等情，乃本於調查所得心證，定其取捨，為原審採證、認事之職權行使，雖其不採用國軍高雄總醫院鑑定報告理由之說明較為簡略，而稍有瑕疵，惟與採證法則，尚無違背，不容漫事爭辯。

#### 歷審裁判：

臺灣高雄地方法院 94 年度選訴字第 2 號判決

台灣高等法院高雄分院 94 年度選上訴字第 11 號判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲○○為精神耗弱之人，為支持某候選人乙順利連任立法委員，平日即利用機會抄寫鄰居及友人名冊為其拜票。甲○○為確保拜票對象，能確實投票支持乙，竟基於使有投票權人為一定投票權行使之概括犯意，先於民國93年10月底某日利用在其住處1樓管理室向管理員丙、住戶丁拜票之機會，向丁表示願以每票新台幣500元之代價，行求丁能在投票時支持乙，隨即承上開概括犯意，於同年12月1日上午，得知其住處另大樓管理員戊家住高雄市北區，且家中共有3位具有本次立法委員選舉之投票權人，為使戊及其家人能投票支持乙，隨即於同年12月7日上午，在戊值班時，以每票500元之代價，共交付1,500元予戊，要求戊及其家人能將3票均投予乙，而戊基於收受賄賂而許以投票權為一定行使之故意，予以收受，並答應投票予乙。

### 三、判決論點整理

最高法院認為行為有責性之判斷，其認定應由法院依職權為之，不得視為一種單純之醫學或心理學上概念，進而以此概念代替法院之判斷。故雖經醫學專家鑑定行為人之精神狀態，提供某種概念，亦不過作為法院判斷之資料而已，法院非不得綜合全部調查所得資料以判斷行為人於行為時有無心神喪失或精神耗弱之情事，換言之，除醫學專業人員判斷生理要素以提供法院參酌外，法院更須判斷行為人在其生理條件下，就具體之行為其辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力。

### 四、基本定義以及問題之提出

就本案而言，法院曾函請高雄長庚醫院鑑定被告甲行為時之精神狀態，其結果認為：「根據甲『精神病史』、『心理測驗』及『精神狀態』檢查顯示，甲多次出現躁期與鬱期症狀，並影響其個人工作能力社交功能，故其精神醫學診斷為第一型雙極性疾患（躁鬱症），目前處於鬱症期。在九十三年十二月七日案發時，甲呈現躁症狀態，致認知、自我控制力、現實判斷能力明顯受損，依中華民國精神醫學會司法精神學術分組第十五次會議記錄判斷，甲犯案時之精神狀態已達『精神耗弱』程度」。本案涉及下述問題：

- (一) 罪責能力之內涵為何？
- (二) 減輕與欠缺罪責能力應如何區別與判斷？
- (三) 醫學專業人員之鑑定對於罪責能力之判斷所扮演之角色為何？

## 五、進階閱讀

- 1、林東茂，刑法綜覽，2007年，頁1-141以下。
- 2、曾淑瑜，精神障礙者責任能力基準之研究，華岡法粹，28期，2001年，頁147-189。
- 3、張麗卿，責任能力與精神障礙--評刑法修正草案，月旦法學，93期，2003年，頁74-87。
- 4、張麗卿，刑法第十九條之法理分析，月旦法學，136期，2006年，頁166-175。

## 貳、原因自由行為

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】醉刀案

判決一：九十六年度台上字第六三六八號

判決認定事實：

甲○○明知自二十歲起已有飲酒之習慣，且因長期飲酒關係，已有酒精中毒之情形，可預見其飲酒後會有衝動而無法控制自己行為之情狀產生。竟仍基於殺人之故意，於民國九十三年七月二十八日下午六時許，在高雄市○○區○○路五號騎樓其胞妹林靜如所經營之北門檳榔攤內，與李建樟及被害人乙○○同桌飲用高粱酒、威士忌等酒類，致其血液中酒精濃度高達四一四 mg/dl，且因酒精作用致意識程度及認知、現實判斷能力極度受損，而陷於心神喪失程度之情形下，至上址一樓客廳櫃子抽屜內取出林靜如所有之水果刀一把，返回騎樓，至被害人左方，趁被害人不及防備之際，右手持該水果刀朝被害人左頸部揮砍，被害人見狀欲推開上訴人，上訴人復再往被害人左上臂刺一刀，致被害人左頸深度撕裂傷十九公分，合併內、外頸靜脈、臂神經叢部分、大耳神經、胸鎖乳突肌、斜方肌、中斜角肌、頸闊肌斷裂，被害人受傷後與上訴人互相拉扯，經在場之李大成、李建樟及鐘年富拉開，並將被害人送醫急救，被害人始倖免於死。

判決認定理由：

刑法第十九條第三項之原因自由行為，係指行為人在精神、心智正常，具備完全責任能力時，本即有犯罪故意，並為利用以之犯罪，故意使自己陷入精神障礙或心智缺陷狀態，而於辨識行為違法之能力與依辨識而行為之自我控制能力欠缺或顯著降低，已不具備完全責任能力之際，實行該犯罪行為；或已有犯罪故意後，偶因過失陷入精神障礙或心智缺陷狀態時，果為該犯罪；甚或無犯罪故意，但對客觀上應注意並能注意或可能預見之犯罪，主觀上卻疏未注意或確信其不發

生，嗣於故意或因有認識、無認識之過失，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態之際，發生該犯罪行為者，俱屬之。故原因自由行為之行為人，在具有完全刑事責任能力之原因行為時，既對構成犯罪之事實，具有故意或能預見其發生，即有不自陷於精神障礙、心智缺陷狀態及不為犯罪之期待可能性，竟仍基於犯罪之故意，或對應注意並能注意，或能預見之犯罪事實，於故意或因過失等可歸責於行為人之原因，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態，致發生犯罪行為者，自應與精神、心智正常狀態下之犯罪行為同其處罰。是原因自由行為之行為人，於精神、心智狀態正常之原因行為階段，即須對犯罪事實具有故意或應注意並能注意或可得預見，始符合犯罪行為人須於行為時具有責任能力方加以處罰之原則。原判決認上訴人殺害被害人時，雖係因飲酒陷於心神喪失狀態後所為，但依原因自由行為理論，並無刑法第十九條第一項免罰規定之適用，固於事實欄記載上訴人於殺人行為前，與被害人等飲酒之初，即有殺人之犯意等情，並於理由內，就為此部分事實認定所憑之依據，援引被害人之供述、診斷證明書及被害人就醫之高雄市立小港醫院函文，說明上訴人係於共飲之際，至抽屜取出足以致命之利刃，趨近被害人，趁被害人不及防備而失去防禦機會，猛力揮砍被害人頸部要害，依常情顯足以致人死亡，而本件被害人確因而左頸部受有深度撕裂傷合併大血管斷裂，大量出血，有生命危險等語，然此等事證或可據以判斷上訴人行為時之犯意，似尚不足據以認定上訴人陷入「心神喪失」之精神障礙狀態前，於飲酒之初即有殺人之故意，要與原判決上開事實認定不相適合，已有證據上理由矛盾之違誤。

歷審裁判：

臺灣高雄地方法院 94 年度訴字第 250 號判決

台灣高等法院高雄分院 94 年度上訴字第 1536 號判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲○○明知自二十歲起已有飲酒之習慣，且因長期飲酒關係，已有酒精中毒之情形，可預見其飲酒後會有衝動而無法控制自己行為之情狀產生。於某日下午，在檳榔攤內與李建樟及被害人乙○○同桌飲用高粱酒、威士忌等酒類，致其血液中酒精濃度高達四一四 mg/dl，且因酒精作用致意識程度及認知、現實判斷能力極度受損，而陷於心神喪失程度之情形下，持水果刀一把，趁被害人不及防備之際，朝其左頸部揮砍，並於被害人左上臂刺一刀，致其左頸深度撕裂傷十九

公分，合併內、外頸靜脈、臂神經叢部分、大耳神經、胸鎖乳突肌、斜方肌、中斜角肌、頸闊肌斷裂，被害人受傷後與甲互相拉扯，經在場之人拉開，並將被害人送醫急救，被害人始倖免於死。

### 三、判決論點整理

最高法院認為：刑法第十九條第三項之原因自由行為，係指行為人在精神、心智正常，具備完全責任能力時，本即有犯罪故意，並為利用以之犯罪，故意使自己陷入精神障礙或心智缺陷狀態，而於辨識行為違法之能力與依辨識而行為之自我控制能力欠缺或顯著降低，已不具備完全責任能力之際，實行該犯罪行為；或已有犯罪故意後，偶因過失陷入精神障礙或心智缺陷狀態時，果為該犯罪；甚或無犯罪故意，但對客觀上應注意並能注意或可能預見之犯罪，主觀上卻疏未注意或確信其不發生，嗣於故意或因有認識、無認識之過失，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態之際，發生該犯罪行為者，俱屬之。

本案中之行為人，雖有事證可據以判斷其於行為時具有犯意，但上述事證似尚不足據以認定行為人於陷入「心神喪失」之精神障礙狀態前，於飲酒之初即有殺人之故意，因此，最高法院認為原判決適用法律與所為之事實認定不相適合，已有證據上理由矛盾之違誤。

### 四、基本定義以及問題之提出

第十九條第三項之立法，「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之」，其條文語句簡短，依最高法院之見解，其適用之情形為（一）行為人在精神、心智正常，具備完全責任能力時，本即有犯罪故意，並為利用以之犯罪，故意使自己陷入精神障礙或心智缺陷狀態，於已不具備完全責任能力之際，實行該犯罪行為；（二）或已有犯罪故意後，偶因過失陷入精神障礙或心智缺陷狀態時，果為該犯罪；（三）無犯罪故意，但對客觀上應注意並能注意或可能預見之犯罪，主觀上卻疏未注意或確信其不發生，嗣於故意或因有認識、無認識之過失，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態之際，發生該犯罪行為者。

就本案而言，最高法院認為雖有事證可據以判斷其於行為時具有犯意，但尚不足據以認定上訴人陷入「心神喪失」之精神障礙狀態前，於飲酒之初即有殺人之故意；不過另一方面，根據事實所述，行為人「甲○○明知自二十歲起已有飲酒之習慣，且因長期飲酒關係，已有酒精中毒之情形，可預見其飲酒後會有衝動

而無法控制自己行為之情狀產生」。本案涉及下述問題：

- (一) 第十九條第三項之立法內涵為何？
- (二) 第十九條第三項與自醉構成要件應如何區別？
- (三) 本案有無符合最高法院所述可成立第十九條第三項之第三種態樣？

## 五、進階閱讀

- 1、黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，增訂一版，2001年8月，84-90頁。
- 2、馮軍，論「原因中自由的行為」，刑事法之基礎與界線——洪福增教授紀念專輯，2003，384-388頁。
- 3、張麗卿，原因自由行為明文化 台灣本土法學，第68期，2005年，頁136-140。
- 4、陳子平，刑法總論（上），2005年5月，313-317頁。
- 5、林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學雜誌，67期，2005年2月，95-96頁。

## 第五單元：未遂

### 壹、著手

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】惡霸縱火案

判決一：九十二年度台上字第四五七八號

判決認定事實：

羅德雄於民國（下同）八十九年九月六日下午二時三十分許，在台中縣新社鄉○○街八十八號陳主耕所開設之嘉全超市向陳主耕之女陳純萍恫嚇稱：正在結帳之客人為其好友之子，如果敢收錢的話，就放火燒店，使陳純萍心生畏懼，不敢向該客人收錢，其後再由羅德雄付帳，翌日凌晨一時二十分許，羅德雄駕駛K A S | 四四八號機車，持其所有內裝汽油之塑膠寶特瓶，至上址潑灑於現有人所在之嘉全超市○○○○○道，欲預備放火之際，為陳主耕發覺制止，並報警當場逮捕，及扣得羅德雄所有保特瓶一個、打火機一個。

判決認定理由：

檢察官上訴意旨略以：查汽油係一易燃性之物品，其予引燃，足以釀成災害，要為被告所能認識，被告對於被害人竟先加恫嚇放火燒店，繼之將汽油潑灑於建築物前方之走道上，足見被告決意為之，則其當已表現放火行為之外觀；其潑灑之汽油，復可隨時引燃，客觀上應已具備燒燬建築物之危險之可能性，亦即已顯現「放火」構成事實之危險，當已達於「著手」放火之實行階段，嗣雖因被害人陳主耕發覺制止，被告由是未及點火，但此既非本於被告一己之意思所中止，而係被制止後之意外障礙致其停止該放火行為之實行，依法被告應仍不能解免所應

成立之未遂犯罪責。原判決認被告之行為，尚在預備程度，自有適用法則不當之違誤等語。

惟按刑法第一百七十三條第一項之放火燒燬現供人使用之住宅罪，須有放火燒燬之行為，為其構成要件之一。所謂放火，乃指故意使火力傳導於特定之目的物，使其燃燒之意。查本件被告雖已潑灑汽油於建築物前方之走道上，惟即時為被害人陳主耕發現，加以阻止，且依陳主耕於警訊中證稱：「…而打火機是在羅德雄的口袋內找到的」（見偵查卷第十頁背面），益見被告尚未著手於點燃等引火之行為，原判決認屬尚在預備階段，亦無違誤。檢察官上訴意旨執以指摘原判決違背法令，容有誤會，本件上訴無理由，應予駁回。

歷審裁判：

臺灣台中地方法院 89 年訴字第 2785 號判決

台灣高等法院台中分院 90 年度上易字第 328 號判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲駕駛機車，持其所有內裝汽油之塑膠寶特瓶，潑灑於現有人所在之超市走道，欲預備放火之際，為被害人乙發覺制止，並報警當場逮捕，及扣得甲所有保特瓶一個、打火機一個。

## 三、判決論點整理

最高法院認為本件被告甲雖已潑灑汽油於建築物前方之走道上，惟即時為被害人乙發現，加以阻止，且依乙於警訊中證稱：「…而打火機是在甲的口袋內找到的」，因此甲既然尚未著手於點燃等引火之行為，原判決認屬尚在預備階段，並無違誤。

## 四、基本定義以及問題之提出

就本案而言，被告甲雖已潑灑汽油於建築物前方之走道上，最高法院因此認為，甲既然尚未著手於點燃等引火之行為，應屬預備階段。最高法院另有一刑事判決一八十一年度台上字第九八七號可與之對照，該案中行為人手持汽油（以寶特瓶裝）二瓶，一瓶潑灑被害人所營商店之地上，並取出打火機，依據最高法院之看法，行為人已達於著手於放火之行為。

本案涉及下述問題：

- (一) 著手時點判斷之實務意見與學說意見為何
- (二) 著手時點判斷與各構成要件之關係
- (三) 就本單元所涉及的案例，實務見解係採取何種標準？

## 五、進階閱讀

- 1、謝開平，未遂犯之著手概念，法學講座，10期，2002年，頁35-39。
- 2、徐育安，著手時點，法學講座第二十四期，2003年，頁63-72。
- 3、黃惠婷，預備行為與未遂行為之區別，月旦法學，108期，2004年，頁158-171。
- 4、劉幸義，由法學方法論角度論未遂之概念、結構與修法，月旦法學，123期，2005年，頁34-42。

## 貳、不能未遂

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】守株待兔案

判決一：九十五年度台上字第六二八一號

判決認定事實：

甲○○係臺北市政府環境保護局衛生稽查大隊第一中隊機動組隊員，負責承辦臺北市中正區、萬華區、文山區等轄區之環保稽查業務，為依據法令從事公務之人員。竟未堅持操守，以廉自持，因大河環保工程有限公司（下稱大河公司）位於臺北市○○區○○路四段 159 號對面之停車場於民國 94 年 9 月 19 日發生火災而遭民眾檢舉，經上開稽查大隊於同年月 21 日指派柯賜財、甲○○二人會同行政院環境保護署北區督察大隊人員至上開地點稽查時，甲○○明知停放於該停車場之菘鴻環保有限公司所有，車牌號碼為 149-Q A 之環保垃圾車並無違規或違反其他法令之情事，竟利用其稽查隊員職務之機會，基於詐取財物之故意，於製作環境稽查工作紀錄單及拍攝數幀現場照片後，向大河公司之董事長廖志遠訛稱，上開車輛係臺北縣之環保車，進入臺北市即屬違法，伊若將所攝得之照片向上呈報，嚴重的話將會導致吊銷執照等語。嗣於同年月 25 日 15 時 30 分許，甲○○復要求熟識之捷進環保工程有限公司（下稱捷進公司）之職員李瑞彬以電話聯繫廖志遠至臺北縣板橋市○○路○段捷進公司停車場見面，並以其可以幫廖志遠處理掉上開照片、將案子擋下來及打點上面長官為由，當面要求廖志遠應於次日給付新臺幣（下同）3 萬元作為代價。廖志遠不堪其擾，遂將其間之對話予以錄音，並於 94 年 10 月 4 日至法務部調查局臺北市調查處（下稱臺北市調處）檢舉甲○○之上開行為。然甲○○仍因廖志遠遲未依其指示給付 3 萬元，又多次以電話催促廖志遠，廖志遠已無給付上開款項之真意，便配合臺北市調處調查員之建議，先提領 3 萬元後，以電話聯繫甲○○約定交付上開款項，經甲○○指示交款時間

及地點後，廖志遠即於 94 年 10 月 13 日 14 時許，前往約定之臺北縣板橋市○○路○段 182 巷 5 弄 31 號 1 樓捷進公司辦公室內，給付 3 萬元現金予已在該處等待之甲○○，經甲○○點收後，廖志遠便藉機離去，承辦本案之臺北市調處調查員旋即進入該辦公室將甲○○當場逮捕，並扣得上開 3 萬元現款，廖順天詐取財物之犯行始未能得逞，嗣於偵查中自白其上開行為犯罪。

判決認定理由：

所謂「不能犯」，係指已著手於犯罪之實行，而不能發生犯罪之結果，且無危險者而言。亦即犯罪之未完成，係由於行為之性質上無結果實現之可能性，不能發生法益侵害或未有受侵害之危險，始足當之。倘行為人有犯罪之故意，並已著手實行，其犯罪之未完成係由於外部障礙所致，自不能謂係不能犯。查本件係上訴人利用其稽查隊員職務之便，基於詐取財物之犯意，向廖志遠訛詐財物，廖志遠因而將其與上訴人間之對話予以錄音，並向調查局提出檢舉，嗣並依調查員之建議，以電話與上訴人聯繫付款，承辦之調查員始當場將上訴人逮捕查獲。是上訴人利用職務之便向被害人訛詐財物，雖因被害人配合承辦人員之建議佯裝付款而未能得逞，但上訴人既認被害人已同意付款而收受款項，不能謂無利用職務訛詐財物之犯意，而其犯罪結果之未完成，既係由於被害人事先向調查局提出檢舉之外部障礙，則上訴人對此應負利用職務上之機會，詐取財物未遂之責，自屬毫無疑義。原判決未依不能犯之規定論處，當屬允洽，要無適用法則之違法可言。

歷審裁判：

臺北地方法院 95 年度訴字第 697 號判決

台灣高等法院 95 年度上訴字第 3105 號判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲○○係北市環保局衛生稽查大隊機動組隊員，負責承辦環保稽查業務，某日甲○○利用其稽查隊員職務之機會，於製作環境稽查工作紀錄單及拍攝數幀現場照片後，向被害人乙訛稱，伊若將所攝得之照片向上呈報，嚴重的話將會導致其公司之執照吊銷，以其可以幫乙處理掉上開照片、將案子擋下來及打點上面長官為由，要求乙應給付新臺幣 3 萬元作為代價。乙不堪其擾，遂將其間之對話予以錄音，並至臺北市調處檢舉甲○○之上開行為，配合臺北市調處調查員之建議，先提領 3 萬元後，以電話聯繫甲○○約定交付上開款項，經甲○○指示交款時間及

地點後，乙前往約定之地點給付 3 萬元現金予已在該處等待之甲○○，承辦本案之臺北市調處調查員旋即進入該辦公室將甲○○當場逮捕。

### 三、判決論點整理

最高法院認為所謂「不能犯」，係指已著手於犯罪之實行，而不能發生犯罪之結果，且無危險者而言。亦即犯罪之未完成，係由於行為之性質上無結果實現之可能性，不能發生法益侵害或未有受侵害之危險，始足當之。倘行為人有犯罪之故意，並已著手實行，其犯罪之未完成係由於外部障礙所致，自不能謂係不能犯。本案行為人利用其稽查隊員職務之便，基於詐取財物之犯意，向被害人訛詐財物，雖因被害人配合承辦人員之建議佯裝付款而未能得逞，其犯罪結果之未完成，既係由於被害人事先向調查局提出檢舉之外部障礙，則上訴人對此應負利用職務上之機會，詐取財物未遂之責，自屬毫無疑義。原判決未依不能犯之規定論處，當屬允洽，要無適用法則之違法可言。

### 四、基本定義以及問題之提出

就本案而言，行為人利用其稽查隊員職務之便，基於詐取財物之犯意，向被害人訛詐財物，雖因被害人配合承辦人員之建議佯裝付款而未能得逞，其犯罪結果之未完成，係由於被害人事先向調查局提出檢舉所致。最高法院曾作成一類似之判決—70 年台上字第 7323 號判例，其要旨為：「刑法第二十六條但書所謂不能發生犯罪之結果者，即學說上所謂之不能犯，在行為人方面，其惡性之表現雖與普通未遂犯初無異致，但在客觀上則有不能與可能發生結果之分，本件原判決對於上訴人邱某搶奪部分，既於事實認定被害人翁某已預先掉包，故上訴人搶奪所得為石頭一袋而非黃金等情。而理由內亦說明上訴人邱某意欲搶奪黃金，因被害人事先防範換裝石頭，未達目的，而又無危險，顯屬不能犯，自應依刑法第二十六條但書減免其刑，乃原判決竟以普通未遂犯處斷，自屬不合」。本則判例於民國 95 年 8 月 22 日經最高法院 95 年度第 16 次刑事庭會議決議，以法律已修正，本則判例不合時宜為由，自 95 年 7 月 1 日起不再援用。

本案涉及下述問題：

- (一) 第二十六條「行為不能發生犯罪之結果」與「無危險」二者關係何
- (二) 所謂無危險，應如何判斷
- (三) 修法後不能未遂之法律效果為何

## 五、進階閱讀

- 1、許玉秀，不能未遂與接續犯，臺灣本土法學雜誌，8期，2000年，頁128-135。
- 2、甘添貴，不能未遂之「不能」與「危險」，月旦法學，77期，2001年，頁14-15。
- 3、陳子平，刑法第二六條不能未遂犯之「不能發生犯罪之結果，又無危險」--以九十二年度臺上字第三〇一〇號判決等為例，月旦法學，114期，2004年，頁9-29。
- 4、蔡聖偉，評2005年關於不能未遂的修法--兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，政大法學評論，91期，2005年，頁339-410。
- 5、林東茂，不能犯，警察法學，5期，2006年，頁231-243。

第五單元：未遂

## 第六單元：不作為犯

### 壹、作為與不作為之區別

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】阿里山小火車案

判決一：最高法院 96 台上第 2250 號判決

判決認定事實：

上訴人甲係以營造業為其營業項目之憶村營造事業有限公司（下稱憶村公司）負責人，乃從事業務之人。憶村公司於民國九十一年五月間，向行政院農業委員會林務局嘉義林區管理處標得「森林鐵路四十公里～四十二公里邊坡穩定處理工程」，並自同年六月二十一日起僱用被害人李鴻輝擔任工地負責人，負責處理工地事務。甲應注意小台車不得在鐵路路線及站區內等非供公眾通行之處所通行，且違規利用小台車行駛在曲折蜿蜒、視野不佳之阿里山森林鐵路（下稱阿里山鐵路）上搬運工程用物品，存有造成小台車與小火車相撞而致人員傷亡之風險，應予以避免，而依當時情事，並無不能注意之情形，為圖人員物料往來施工地點之便利，竟疏於注意，而允許被害人使用小台車在阿里山鐵路上載運物料及人員；又被害人亦應注意避免在該阿里山鐵路路線使用小台車，且無不能注意情事，竟未注意，而自同年七月間起，在阿里山鐵路上違規使用小台車上載運施工物料及人員，且該小台車於日常使用後私自停放在阿里山鐵路水社寮車站（下稱水社寮車站）站區○○○○道上，以避開小火車，該等違規使用小台車情形並未遭林管處相關人員糾正。嗣於九十一年十一月二日上午八時許，被害人駕駛前揭小台車，載運砂石及工人陳英峰，由水社寮車站出發，駛至當日施工地點旁之阿里山鐵道上停放，並下車施工；當日中午近十二時許，被害人在該施工地點聽聞遠方小火車之鳴笛聲後，知悉將有小火車駛來，為利小火車通過，乃與陳英峰登上

## 第六單元：不作為犯

小台車，由被害人駕駛該小台車搭載陳英峰，自前揭施工地點往水社寮車站方向行駛，欲駛入水社寮車站之間置鐵道，避開小火車，不意於當日中午十二時五十分許，尚未抵達水社寮車站，即在阿里山鐵路四十公里七百五十公尺處，突見小火車迎面駛來，陳英峰見狀，立即跳離小台車，倖免於難，被害人則不及跳車，因小台車與小火車相撞，而受有左胸肋骨骨折、血胸、腹腔出血、骨盆骨折、左大腿開放性傷口二十乘二十五公分等傷害，經送醫急救仍不治死亡。

### 判決認定理由：

依刑法第十五條不純正不作為犯之規定，因自己之行為，致有發生犯罪結果之危險者，應負防止該結果發生之義務；違反該防止義務者，其消極不防止之不作為，固應課予與積極造成犯罪結果之作為相同之非難評價。然此所稱防止結果發生之義務，並非課予杜絕所有可能發生一切犯罪結果之絕對責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性為前提，亦即須以該結果之發生，係可歸責於防止義務人故意或過失之不作為為其意思責任要件，方得分別論以故意犯或過失犯，否則不能令負刑事責任，始符合歸責原則。原判決以上訴人同意並購置小台車供被害人及上開工地其他人員，於阿里山鐵路使用，違反鐵路法第五十七條第二項及「阿里山森林鐵路台車行駛暫行管理須知」禁止違規使用小台車之不作為義務規定，而創造一高度危險環境，因認其就與該違規使用小台車行為間有相當因果關係之一切法益損害結果，均負有絕對避免其發生之義務，致疏未論述本件被害人發生事故死亡之結果，是否為上訴人所能注意防止而不防止，遽而為不利於上訴人之判斷，顯有判決理由不備之違背法令。

### 歷審裁判：

臺灣嘉義地方法院 93 年交訴字 3 號判決

臺灣高等法院臺南分院 93 年交上訴字 503 號判決

臺灣高等法院 臺南分院 96 年交上更(一)字 230 號判決

最高法院 96 年台上字 2250 號判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲為某民間營造公司負責人，向內政部承包阿里山鐵路部分路段邊坡維修工程，並雇用乙為維修工人進行承包工作。於承包工作期間，甲為圖人員物料往來施工地點之便利，竟疏於注意，而允許乙違規利用小台車行駛在曲折蜿蜒、視野不佳之阿里山森林鐵路上搬運工程用物品，嗣某次乙與另名承包工人丙一同搭乘小型工作車於森林鐵路上搬運物品，乙丙二人將工作車置於鐵路上即下車工作，不久聽聞火車鳴笛聲，乙丙二人為避免遭火車撞擊乃迅速跳上工作車躲避，惟仍因閃避不及而遭火車追撞，丙事先跳車倖免於難而乙則當場死亡。

## 三、判決論點整理

最高法院認為營造公司負責人允許該公司雇用之工人於森林鐵路上以小型工作車違規搬運物品係對工人創造一危險工作環境，符合刑法第十五條第二項危險前行為之規定，從而有義務避免工人乙死亡結果發生。

## 四、基本定義以及問題之提出

就本案而言，營造工司負責人甲允許所雇用之工人乙違規於森林鐵路軌道上以行駛工作車方式搬運工作用物品，依本件最高法院判決理由之論述方式觀之，最高法院似乎認為營造公司負責人甲先前的允許違規工作的指示僅係其後應盡避免乙死亡之作為義務的保證人地位來源而已，就甲的刑責而言非難重點應係其後未盡避免乙死亡之安全義務的不作為而非先前允許乙以違規方式工作之指示行為。惟若公司負責人甲先前允許乙違規工作的指示本身既已對工人乙的工作環境創造了高度的危險性，而工人乙也的確因該違規工作方式而死於該危險環境中，則甲先前的允許違規工作指示似可單獨被認定係以積極作為方式導致乙死亡的結果。本案涉及下述問題：

- (一) 作為與不作為應如何區別？學說上有何看法
- (二) 區別作為與不作為之實益為何？
- (三) 就本單元所涉及的案例中，甲允許乙以違規方式工作的行為究屬作為或不作為？

## 五、進階閱讀

- 1、黃惠婷，作為與不作為之區別，台灣本土法學雜誌，57期，2004年4月，頁134-139。
- 2、許玉秀，最高法院七十八年台上字第三六九三號判決的再檢討—前行為保證人地位與客觀歸責，收錄於主觀與客觀之間，春風煦日論壇—刑事法叢書系列0，1997年，頁281、291。
- 3、黃榮堅，基礎刑法學（下），三版，2006年9月，頁722-731。
- 4、蔡聖偉，論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51期，2007年1月，頁49-50。

## 貳、保證人地位類型

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】娃娃車悶死案

判決一：最高法院 96 台上 5621 號判決

判決認定事實：

甲及乙均受僱於「台中市私立立欣托兒所」，分別擔任幼童專用車之駕駛司機及隨車員，均為從事幼童接送照顧業務之人。甲於民國九十三年五月十二日上午八時許，駕駛幼童專用車搭載隨車員乙，至幼童丙住處，由丙之祖母將丙交由乙接上車，並坐在與司機甲同側倒數第二排之座位後，即駕車前往立欣托兒所，嗣於同日上午八時三十五分許，甲所駕駛之前揭車輛抵達立欣托兒所門口，車上其餘三名學童均陸續下車後，甲及乙竟疏未注意，在幼童丙尚留在車內未下車時，乙即將前揭車輛之車門關閉而進入立欣托兒所，另甲亦隨即駕駛該車至立欣托兒所對面豐樂公園旁之路邊停車格停放，且未注意車上是否有兒童即離開車輛，致使丙自當日上午八時三十五分許至同日十五時四十分許止，因長達七小時處於近攝氏五十度之高溫及封閉車廂內而休克，經送醫急救不治死亡等情。

判決認定理由：

第一審論處甲、乙從事業務之人，因業務上之過失致人於死各罪刑，為無不合，予以維持，駁回檢察官在第二審之上訴。已敘明上揭犯罪事實業據甲、乙坦承不諱，而甲、乙確有前揭過失行為，復有立欣托兒所隨車老師須知、駕駛司機須知、內政部兒童局委託財團法人靖娟兒童安全文教基金會編製之幼童專用車管理實務手冊安全管理篇所載隨車人員及駕駛員工作守則之工作程序等存卷可稽。另被害人乃因休克而不治死亡等情，亦經檢察官督同法醫相驗屬實，製有相

驗筆錄、相驗屍體證明書、驗斷書、意外死亡現場圖、現場照片及汽車內溫度測量統計表在卷可憑。被告二人分別為幼童專用車之司機及隨車員，負責幼童接送照顧工作，其等於下車關閉車門前自應詳細檢視車上幼童是否均已下車，當時又無何不能注意之情形，詎竟疏未注意，逕自關閉車門離去，其等過失行為自無疑義。又因其等過失致被害人因車上高溫烘炙死亡，被告二人之過失行為，與被害人之死亡結果間，具有相當因果關係，被告二人之上開自白，核與事實相符。核其所為論斷，與卷內資料相符。從形式上觀察，並無違背法令之情形存在。

歷審裁判：

台灣高等法院台中分院九十三年度上訴字第一九六二號判決

台中地方法院九十三年度矚訴字第二號判決

### 【案例二】槍枝走火案

判決二：最高法院 95 台上 2712 號判決

判決認定事實：

陳宏益之兄陳宏泰從事木材生意，因經營不善而積欠吳明德債務避不見面，經多次催討未果，並將先前所經營之「榮春發木材行」轉由陳宏益接手經營。吳明德遂於民國九十一年六月十七日，將前揭債權委由彭志翔代為催討。彭志翔乃於九十一年七月二十二日中午十二時五十分許，在高雄縣某汽車保養廠內，將其與吳明德所簽訂之「泓廣管理顧問有限公司客戶債權管理服務合約書」出示予上訴人（被告）甲及另案起訴之洪澄宗、王翔生，並告知同往催討債務，事成後可分得酬勞。旋由彭志翔駕駛休旅車，搭載甲、洪澄宗及王翔生一同前往「榮春發木材行」催討，途中彭志翔並言明倘對方仍不還錢，則以動粗毆打等方式教訓對方，其餘三人均予允諾。而甲先前於八十九年間，即在高雄市某處，收受吳明德（與債權人吳明德同名）所交付具殺傷力之制式手槍二支及子彈十發，當日亦隨身攜帶，於彭志翔詢問有無人攜帶槍枝時，甲即回應有，並另基於意圖供他人犯罪之用，在休旅車上，未經許可，將其中制式手槍一支，出借予王翔生持有。同日下午二時三十分許，彭志翔、甲、洪澄宗及王翔生四人進入「榮春發木材行」後，即與陳宏益及其配偶乙談判債權、債務。此期間，陳宏益向彭志翔回稱：「錢又不是我欠的，怎麼還」，乙亦在場喊叫。甲等四人即共同基於恐嚇危害安全之

犯意聯絡，先由王翔生取出前揭制式手槍，拉槍機滑套，並將槍口指向乙頭部，恫稱：「你給我安靜一點」；洪澄宗亦取出手槍，將槍口指向陳宏益頭部，以加害生命、身體之事，恐嚇乙、陳宏益，使渠等心生畏懼，致生危害於安全等情。甲見狀，明知槍枝子彈上膛時，隨時有擊發之可能，且於子彈發射時，以槍口朝陳宏益頭部、肩頸部，定會造成死亡結果，仍基於殺人之未必故意，將已上膛之槍口對準陳宏益之頸部，並向陳宏益恫稱：「你給我出來」。嗣於拉扯之際，因槍枝走火，子彈貫穿陳宏益之頸基部，於送醫後死亡，因認甲另涉有刑法第二百七十一條第一項之殺人罪嫌等情。但經審理結果，認為陳宏益係遭王翔生之手槍射擊死亡，非遭甲之手槍射擊死亡。

判決認定理由：

對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務，刑法第十五條定有明文。原判決關於甲被訴殺人部分，雖認定甲、王翔生分持制式手槍、子彈夥同彭志翔、洪澄宗，進入「榮春發木材行」辦公室內，與陳宏益、乙夫婦談判債權、債務，嗣於發生言語衝突時，陳宏益係遭王翔生之手槍射擊死亡，非檢察官所起訴之遭甲之手槍射擊死亡，因而諭知甲被訴殺人部分無罪。但原判決既已認定，王翔生所持有之制式手槍、子彈係由甲所交付，王翔生且於甲面前拉槍機滑套（按拉滑套係將子彈上膛之動作），並將槍口指向被害人頭部，於此情形即處於隨時可擊發之狀態。依前揭法條規定，甲對於本件死亡結果之發生，法律上即有防止之義務，倘其無殺人之犯意，自應立刻防止。惟依卷內資料，王翔生已供述「我故意扣扳機殺死他」甲亦承認「（看到王翔生拿出槍）我並沒有阻止」。如果無訛，則甲對於本件死亡結果之發生，是否能防止而不防止？應否與王翔生共負殺人責任？基於公平正義之維護，自有究明之必要。原審未予調查、審認，即遽行判決，自嫌速斷。

歷審裁判：

臺灣高等法院臺南分院 95 年上重訴字 33 號刑事判決

最高法院 95 年台上字 2712 號刑事判決

臺灣臺南地方法院 94 年重訴字 18 號刑事判決

臺灣高等法院 臺南分院 96 年上重更(二)字 7 號刑事判決

臺灣高等法院 臺南分院 95 年上重更(一)字 268 號刑事判決

### 【案例三】維修鐵捲門案

判決三：最高法院 95 台上 2206 號判決

判決認定事實：

丙為從事鐵捲門維修業務之人，於民國八十八年十二月二日上午十時許至新竹縣竹東鎮格佑企業股份有限公司（以下簡稱格佑公司）修理該公司裝設於二樓陽台之鐵捲門，因丙人手不足，格佑公司人員楊文河前往幫忙維修。丙應注意於維修鐵捲門時，應注意使用適當物品頂住鐵捲門，並令在場之人離開鐵捲門下方，以避免於維修過程中發生鐵捲門掉落撞及他人之危險，且依當時情況，並無不能注意之情事。然丙竟疏未注意採取上述安全措施，即貿然進行維修鐵捲門作業，其於將護弓鐵條及兩側鐵捲門軌道拆除後，因維修時施力不當，且因已拆除護弓鐵條，亦喪失保護鐵捲門掉落之功能，造成該鐵捲門跳脫掉落，撞及下方之楊文河，致楊文河遭鐵捲門撞及後摔落一樓地面，受有頭顱內出血之傷害，經送竹北東元綜合醫院急救後，於同月十四日下午四時五十分許不治死亡。

判決認定理由：

因自己行為致有發生一定結果之危險者，應負防止其發生之義務，刑法第十五條第二項定有明文。維修鐵捲門於維修過程中所發生可能致人傷亡之危險，即與該項規定之情形相當。（...）復援引證人陳漢陽所為一般拆除鐵捲門，應採取足以防止鐵捲門脫落，並令在場之人勿處於鐵捲門下方等安全措施之證詞，及參酌被告既係從事鐵捲門維修業務之人，客觀上就此殊無不知之理，且其亦供稱曾要求格佑公司僱請有吊桿裝置之車輛，俾供頂住鐵捲門，益見鐵捲門於維修過程中掉落，為被告所能預見，至該鐵捲門原承作時即存有瑕疵，雖非未承作鐵捲門而僅事後進行維修之被告所能判斷，但此並無解於被告維修時所應負防止鐵捲門掉落之注意義務等情，資為認定被告就鐵捲門於維修時脫落致使他人傷亡之危

險，有應注意防止之義務，客觀上亦確有注意防止可能性之論據。並說明被告應注意並能注意，其主觀上卻相信鐵捲門不會掉落而未注意採取上開必要之保護措施，自有過失，已本其職權，對調查所得之證據，為價值上判斷，並據以認定被告犯行，要無違法可言。

歷審裁判：

臺灣高等法院 92 年上訴字 1343 號刑事判決

最高法院 95 年台上字 2206 號刑事判決

#### 【案例四】施工警語案

判決四：最高法院 94 台上 819 號判決

判決認定事實：

辜昆化為顯明營造有限公司負責人，被告李安祝為內政部營建署重機械工程隊南區施工隊助理工務員。辜昆化於民國八十九年間，以顯明公司名義向營建署工程隊承攬台南市○○○號道路工程之附屬工程，即台南市○○街○街（段）拓寬工程。營建署工程隊乃派被告為工地現場監工，被告與辜昆化均係從事業務之人。依雙方工程契約之約定，顯明公司有維護工程周邊交通安全之責任，被告如認顯明公司未確實盡到責任，負有監督改善之責。八十九年十二月二十日，該工地現場因施工塵土飛揚，被告指示辜昆化灑水，辜昆化遂囑其下包商杰興工程有限公司僱用灑水車到工地灑水。辜昆化應注意現場路面盡是混雜砂土，應設置集水槽、導流工程，疏導泥水，防止泥水漫流於路面，造成路面濕滑泥濘，並應設置夜間警告燈號。被告亦應注意指示灑水後，應繼續在現場監工，善盡監督改善之責，以維往來交通安全。詎二人均疏未注意，辜昆化未為上開安全維護措施，被告則於指示灑水後即下班離去，未在現場監督改善。至同日下午五時四十五分許，被害人蕭世達駕駛機車由北往南行駛，途經台南市○○街○段台電顯草高幹五五號處，因路面濕滑泥濘，不慎人車滑倒路中，為不詳之小貨車輾過，當場因顱骨骨折，合併內出血死亡，肇事小貨車則逃逸無蹤。

判決認定理由：

消極的犯罪，必以行為人在法律上具有積極的作為義務為前提，此種作為義務，雖不限於明文規定，然亦必就法律之精神觀察，有此義務時，始能令負犯罪責任。本件道路工程之附屬工程係顯明公司所承攬施工，依卷附顯明公司與定作人營建署工程隊所訂契約第十八條、第十九條規定意旨，該工地之公共安全、工地內外環境清潔與污染、工地週邊地區交通維護及疏導等事項，應由顯明公司指派之工地負責人，率同顯明公司員工負責維護管理，營建署工程隊所派駐現場之監工人員，僅負責監督顯明公司依契約內容、進度、品質施作並辦理估驗、協助請款等事宜而已。原審復已查明上訴人之監工職責，無須全程在工地現場，則在場施工，造成路面塵土飛揚，乃灑水清洗路面塵土時，應設置避免路面濕滑之設施，竟未設置該設施，而違反其作為義務者，即係顯明公司派駐工地之負責人員。且上訴人「指示顯明公司灑水」後，即下班離去，係因顯明公司人員違反作為義務，未設置避免路面濕滑之設施，始生路面濕滑而有機車滑倒之危險，是上訴人之指示行為，非但與刑法第十五條第二項之情形有別，不得認上訴人負有防止該危險發生之義務，亦與蕭世達發生死亡之結果間，在客觀上顯難認有相當因果關係。

歷審裁判：

臺灣高等法院臺南分院 91 年上訴字 151 號刑事判決

最高法院 94 年台上字 819 號刑事判決

臺灣臺南地方法院 90 年訴字 856 號刑事判決

### 【案例五】漆彈場誤射案

判決五：最高法院 93 台非 155 號判決

判決認定事實：

被告張正亮、林卉蓁二人共同經營設於台北縣中和市之**戰略工場**，黎念台係**精靈活動企劃有限公司**之負責人，三人均為從事業務之人。於民國八十九年七月間，由黎念台以精靈公司名義，承辦台北市立木柵國民小學之暑期活動，並委由張正亮、林卉蓁共同經營之**戰略工場**承辦漆彈射擊營活動，且由張正亮為實際負責人，華韻實業股份有限公司投保本次活動之公共意外險。張正亮、林卉蓁與黎念台均明知野戰營漆彈遊戲危險性高，應注意參與者之安全，進行漆彈對抗活動，並應注意比賽場內所有人員均須帶上合格面罩，竟於同年月十五日活動當日，依當時之情況，並無不能注意之情事，竟疏未注意，招募並允許當時年僅九歲之A參加漆彈射擊活動，而黎念台復疏未注意，在已進場之孩童尚未確定帶上防護面罩，即吹哨開始互戰，致A在尚未找到掩體，又未帶好護目鏡之情況下，遭漆彈打中左眼，嗣經送醫急救，仍造成A O O受有左眼黃斑部斑痕化之傷害』。

判決認定理由：

依刑法第十五條第二項規定「因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務」。本件被告等為提供上開漆彈射擊活動場所、器械、設備、教練而營利之業者，而漆彈射擊活動係易使人員發生受傷之危險活動，既為眾所週知之事實，是舉辦該活動之黎某及提供該活動場所及有關設備之被告等，依上開規定，均應負有積極防止危險發生之義務，初無待於政府機關發布命令加以明文規範。此所以漆彈射擊協會不待政府頒布命令，即能因應實際需要，而自行頒布前揭「漆彈活動輔導管理注意事項」，以要求該協會會員遵行。準此，被告等除應參酌前開漆彈射擊協會所頒布「漆彈活動輔導管理注意事項」之規定，禁止年僅九歲之陳童參加及未具教練資格之黎某單獨指揮該活動外，並應依據參加學童之人數，主動提供適當之合格教練人數進場切實指揮督導，以維護安全，而避免發生危險。是被告等具有前開防止危險發生之積極作為義務，乃屬法律上所應為之解釋，且為維護社會安全所必須。此與經營海水浴場、水上活動、游泳池、機械遊樂場、野生動物園等具有危險性場所之業者，必須參照入場遊客之年齡或安全之必要，適當限制其活動之範圍，並須提供相當數量之救生員、指導員及必要之醫療、救生設備，以確實維護遊客安全之義務，並無二致。否則若認經營該項危險活動場所之業者，對於上述安全防護事項，僅具有抽象之道德上責任，而無法律上之積極作為義務，不啻令遊客自求多福，自非社會觀念所能接受，且與解

釋法律應符合社會實際需求之積極功能有違。本件被告等不僅疏未注意而讓年僅九歲之陳童參加該活動，且未主動提供相當數量之合格教練進場指導，而任由未具教練資格之黎某一人進場指導二、三十位學童，使參加之學童均處於未能獲得適當指揮督導之危險情況下進行漆彈射擊之活動。而黎某亦因未具備合格教練資格，且僅一人進場指揮二、三十位學童，致未能確實注意每位學童之動態，以致在陳童尚未帶好護目鏡及找到掩體之情況下，即冒然吹哨互戰，致陳童遭漆彈打中左眼而受傷。綜上情節觀之，足認被告等均有違前開注意義務，且渠等之過失行為與黎某之過失行為，綜合當時之情況，依客觀之觀察，均係使陳童受傷之重要原因，二者間具有互相併（競）合之密切關聯性，難謂無相當因果關係存在。

歷審裁判：

台灣台北地方法院 90 年度易字第 1577 號判決

台灣高等法院 91 年度少連上易字第 12 號判決

最高法院 93 台非第 155 號判決

#### 【案例六】路面坑洞案

判決六：最高法院 91 台上 18 號判決

判決認定事實：

上訴人劉漢章係東邦工程有限公司中部地區業務經理，中部地區事務由其全權負責，係從事業務之人。緣東邦公司於民國八十年四月三十日與前台灣省交通處公路局第二區工程處（下稱第二區工程處）簽訂台一線通霄甲南一〇點七四五公里至一四六點一五四公里段拓寬工程合約，上訴人負責該道路之施工。該工程於八十四年五月八日完成驗收後，東邦公司簽具工程保固切結書，同意自驗收日起二年內負保固責任。嗣第二區工程處發現台一線省道北上一四一點三〇〇公里處有一大坑洞，即依合約規定，分別於八十五年四月三十日及五月十五日通知東邦公司修復；上訴人收受通知後，明知上開路段路面地基下陷發生坑洞，足以影響行車往來安全，應注意即時加以修補或採取其他必要措施，依當時之情形又無

不能注意之情事，乃疏未注意即時修復，適於同年五月十二日晚間七時三十分許，梁月桂駕駛機車行經上開路段時，不慎為路面坑洞絆倒，致人車倒地造成頭部外傷及顱內出血，經送醫急救不治死亡等情。

判決認定理由：

刑法第十五條第一項所稱對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與積極行為發生結果者同；其先決條件，又以同條第二項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者，應負防止其發生之義務為必要。質言之，應以行為人有為「自己之行為」之前提要件，且已發生一定結果之危險情形者，始得課以行為人防止發生危險結果之保證人義務。東邦公司承攬第二區○○段道路之拓寬工程，該工程於八十四年五月八日完成驗收，東邦公司固簽具工程保固切結書，同意自驗收日起二年內負保固責任。然依該合約書第十七條規定，東邦公司僅就「...在保固期間內倘工程有損壞、坍塌、漏水或其他瑕疵時，經查明屬於乙方（即東邦公司）工作不良，或使用材料不佳所致者，應由乙方於限期內負責無價修復，逾期不修，甲方（即第二區工程處）即予以動用保固保證金代為辦理」。換言之，上開道路拓寬工程有損壞、坍塌、漏水或其他瑕疵時，經查明屬於東邦公司工作不良，或使用材料不佳所致者，始應由東邦公司於保固限期內負責修復。故上訴人應否負過失致人於死責任，應以東邦公司於施工期間有無因工作不良，或使用材料不佳之行為為前提要件。第一審未待調查清楚，審認明白，逕以上開工程於保固期間內發生路基下陷造生坑洞，梁月桂因駕駛機車行經上開路段，不慎為坑洞絆倒，致人車倒地造成死亡之結果，即認定上訴人有過失責任，委有職權調查能事未盡、判決理由不備之違法。

歷審判決：

台灣苗栗地方法院 88 交訴字第 21 號判決

台灣高等法院台中分院 88 交上訴字第 1415 號判決

台灣高等法院台中分院 91 上更（一）第 31 號判決

最高法院 91 台上第 18 號判決

### 【案例七】黑龍潭遊憩區案

判決七：最高法院 90 台上 4188 號判決

判決認定事實：

被告林粗民係台北縣坪林鄉漁光村鷺鷥岫黑龍潭邊「黑龍潭野營休閒中心」負責人，提供該處供遊客烤肉戲水，並收取費用，其原應注意該休閒中心內水深，有致遊客戲水發生危險之可能，而應設置警告告示牌，並應配置救生人員，依其情節非不能注意，竟疏未注意為上開措施，即開放供遊客戲水，致於民國八十三年六月十九日，有林嘉慧偕同友人到該休閒中心遊玩，因不知該水域危險，與友人張雅玲到溪水邊戲水，因水深水面下暗流使林嘉慧溺水死亡。

判決認定理由：

刑法第十五條之不純正不作為犯，以法律上有防止之義務為要件之一，該防止義務雖不以依法律規定為限，並及於依契約或法律規定之精神。又企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，及實施其他必要之消費者保護措施，此為消費者保護法第四條所明定。依卷內資料，被告經營之「黑龍潭野營休閒中心」，固係私人土地，但鄰接黑龍潭水域，在地理上成緊密之接連關係，雖二者間有高低落差，但有鋪設一水泥階梯直抵溪邊。被告經營之野營休閒中心，既鄰接黑龍潭，復以該潭命名，又設置水泥階梯便於遊客下達該潭，則被告於經營上以黑龍潭吸引遊客前往，且對前往之遊客會下至黑龍潭水域嬉戲，亦有明確之認知，似無疑義。果爾，雖被告僅提供烤肉、露營，而其收費之標準亦與提供游泳戲水之遊樂場所不相侔，但經營上既以有黑龍潭為特色，亦設置水泥階梯以利遊客至該潭水域，其亦明知該潭水深危險，則依上開消費者保護法規定之精神，自應詳為審究，被告有無在其野營休閒中心內，鄰接黑龍潭水域及該水域內明顯處設立鮮明之警告標示，告知其野營休閒中心之遊客，該黑龍潭水域

非屬休閒中心設施範圍，該潭水深危險，非向該中心租用救生衣，勿入潭水，以防止其遊客入該潭水域內嬉戲時，誤入深水處發生溺水之危險。

歷審裁判：

台灣台北地方法院 84 年度易字第 1063 號判決

台灣高等法院 91 重上更（四）39 號判決

台灣高等法院 90 重上更（三）166 號判決

最高法院 85 台上 3114 號判決

最高法院 86 台上 5542 號判決

最高法院 90 台上 4188 號判決

最高法院 91 台上 484 號判決

#### 【案例八】交通肇事案

判決七：最高法院 91 台上 5961 號判決

判決認定事實：

上訴人即被告邵家寶係大榮汽車股份有限公司之司機，為從事駕駛業務之人。於民國八十三年二月十九日凌晨，駕駛拖車車頭，自台北縣三重市往桃園縣方向行駛，同日零時三十分前數分鐘，途經台北縣新莊市○○路與建福路丁字路口時，應注意車前狀況，並隨時採取必要之安全措施，以避免危險發生，且依當時情形，並無不能注意情事，竟疏未注意，致其同向右前方被害人黃勝和騎乘輕型機車自車道外側貿然左轉建福路時，上訴人見狀已閃避不及，致其左前車頭撞及黃勝和輕型機車左後車尾，黃勝和因而受撞倒地，惟仍起身。詎上訴人因自己之行為致黃勝和倒在路上，有再遭來車追撞，而發生死亡結果之危險，且非無防止之可能，乃竟未為必要之防止措施，迨後方駛至之不明車號計程車司機，亦疏未注意，再次撞擊黃勝和，致黃勝和頭部挫裂傷、胸部挫傷、右四至八肋骨骨折、臀部挫擦傷、上下肢擦傷、陰囊部擦傷，終因顱內出血死亡。

判決認定理由：

「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」、「因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務。」刑法第十五條第一項、第二項定有明文。又汽車駕駛人，駕駛汽車肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要之措施，並向警察報告，不得駛離，道路交通管理處罰條例第六十二條第一項前段亦定有明文。本件被害人既先遭上訴人之過失行為撞倒路上，即有再遭來車追撞，而發生一定結果之危險，上訴人自有救護並防止被害人發生此危險之義務。又證人蔡明煌已證稱：「第一次車禍當時（發生）後，我馬上打電話報警打一一〇，不到二分鐘，機車又被另一部車擊撞」等語，足見被害人於遭上訴人撞及後，上訴人仍非無餘裕時間防止被害人再遭來車追撞，乃上訴人有防止之義務，且能防止被害人續遭來車追撞，而未防止，依首開規定，與因積極行為發生結果者相同，上訴人就此應防止被害人發生危險之義務而疏於防止，致被害人發生死亡之結果，自應論以過失致人於死罪責。

歷審裁判：

臺灣板橋地方法院 83 年度交訴字第 243 號判決

高等法院 91 年重上更（五）第 2 號判決

最高法院 85 年台上字第 1089 號判決

最高法院 89 年台上字第 4424 號判決

最高法院 90 年台上字第 140 號判決

最高法院 90 年台上字第 7852 號判決

最高法院 91 年台上字第 5961 號判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）娃娃車悶死案

甲、乙分別任職於台中市某所幼稚園之娃娃車司機及娃娃車隨車老師，某日

娃娃車搭載學童丙等幼兒至幼稚園後，甲及乙未注意學童丙仍未下車即逕行將娃娃車鎖上後離去，遺留丙童一人於娃娃車上致丙悶死。

(二) 槍枝走火案

甲事先將具殺傷力槍枝交付給乙使用，事後乙以該把槍枝誤射被害人丙時，甲雖在場惟並未阻止乙。

(三) 維修鐵捲門案

甲為某維修鐵卷門為業之公司員工，某日奉指示前往某處維修故障鐵捲門，該維修公司另指示一名員工乙擔任甲之助手陪同前往。於維修過程中甲因疏失致維修之鐵卷門掉落砸中乙，乙摔落地面後重傷不治。

(四) 施工警語案

甲為某民間工程道路維修公司負責人，向內政部營建署承攬南部某路段工程，被告乙則為內政部營建署該維修路段施工隊助理工務員，某日該路段塵土飛揚，乙指示甲指派工人對該維修路段灑水後便逕自下班離去，嗣後甲指派之工人並雖對該路段進行灑水工作，但未設置警示牌告知交通參與者該路段因灑水而泥濘不堪應小心駕駛，致機車騎士丙行經該路段因路面泥濘而滑倒，復為後方來車輾過當場死亡。

(五) 漆彈場誤射案

甲為某民間經營漆射擊場之負責人，乙為某旅遊公司業者，甲、乙二人共同向北市某國小承包漆彈旅遊行程，旅遊當天，二人招募並允許當時年僅九歲之A參加漆彈射擊活動，而乙復疏未注意，在已進場之孩童尚未確定帶上防護面罩，即吹哨開始互戰，致A在尚未找到掩體，又未帶好護目鏡之情況下，遭漆彈打中左眼，造成A受有左眼黃斑部斑痕化之傷害。

(六) 路面坑洞案

被告甲係A工程公司中部地區業務經理，中部地區事務由其全權負責。A公與前台灣省公路局第二區簽訂通宵某路段拓寬工程合約，甲負責該道路之施工。該工程於完成驗收後，A公司簽具工程保固切結書，同意自驗收日起二年內負保固責任。嗣第二區工程處發現該施工工程路段某處有一大坑洞，即依合約規定通知A公司修復（仍於工程保固期間內）；甲收受通知後疏未注意即時修復，嗣後，丙駕駛機車行經上開路段時，不慎為路面坑洞絆倒，致人車倒地經送醫急救不治死亡。

(七) 黑龍潭溺水案

被告甲係台北縣「黑龍潭野營休閒中心」負責人，其原應注意該休閒中心內水深，有致遊客戲水發生危險之可能，而應設置警告告示牌，並應配置救生人員，竟疏未注意為上開措施，即開放供遊客戲水，致乙偕同友人到該休閒中心遊玩，因不知該水域危險，與友人到溪水邊戲水，因水深水面下暗流溺水死亡。

#### （八）交通肇事案

被告甲係A汽車公司之司機，為從事駕駛業務之人。某日駕駛拖車車頭途經某丁字路口時，竟疏未注意，致其同向右前方被害人乙騎乘輕型機車自車道外側貿然左轉時閃避不及，致其左前車頭撞及乙輕型機車左後車尾，乙因而受撞倒地，惟仍起身。詎甲因自己之行為致乙倒在路旁，有再遭來車追撞，而發生死亡結果之危險，且非無防止之可能，乃竟未為必要之防止措施，迨後方駛至之不明車號計程車司機，亦疏未注意，再次撞擊乙，致乙因顱內出血死亡。

### 三、判決論點整理

#### （一）娃娃車悶死案

最高法院認為甲、乙二人分別為幼童專用車之司機及隨車員，負責幼童接送照顧工作，其等於下車關閉車門前自應詳細檢視車上幼童是否均已下車，當時又無何不能注意之情形，詎竟疏未注意，逕自關閉車門離去，其等過失行為自無疑義。又因其等過失致被害人因車上高溫烘炙死亡，被告二人之過失行為，與被害人之死亡結果間，具有相當因果關係。

#### （二）槍枝走火案

最高法院認為甲交付子彈與乙之行為係屬刑法第十五條第二項之危險前行為，因此嗣後乙以槍對準被害人時在場之甲依該項規定即負有防止乙以該交付槍枝射殺他人之義務。

#### （三）維修鐵捲門案

最高法院於本案肯認維修鐵卷門亦屬刑法十五條第二項所稱危險前行為，從事維修鐵卷門之甲依其能力負有於維修鐵卷門時取足以防止鐵捲門脫落，並令在場之人勿處於鐵捲門下方等安全措施之義務，竟未注意導致乙死亡結果發生自應負過失致人於死之責。

#### （四）施工警語案

最高法院認為依該工程之承攬契約內容，灑水清洗路面塵土時，應設置避免

路面濕滑之設施，竟未設置該設施，而違反其作為義務者，係承攬公司派駐工地之負責人員並非本案被告，而乙之指示灑水行為，與刑法第十五條第二項之情形有別，不得認上訴人負有防止該危險發生之義務，亦與被害人死亡之結果間，在客觀上顯難認有相當因果關係。

#### （五）漆彈場誤射案

提供漆彈射擊活動場所、器械、設備、教練而營利之業者，依刑法第十五條第二項規定，均應負有積極防止危險發生之義務。準此，被告等除應參酌前開漆彈射擊協會所頒布「漆彈活動輔導管理注意事項」之規定，禁止年僅九歲之陳童參加及未具教練資格之乙單獨指揮該活動外，並應依據參加學童之人數，主動提供適當之合格教練人數進場切實指揮督導，以維護安全，而避免發生危險。是被告防止危險發生之積極作為義務，與經營海水浴場、水上活動、游泳池、機械遊樂場、野生動物園等具有危險性場所之業者，必須參照入場遊客之年齡或安全之必要，適當限制其活動之範圍，並須提供相當數量之救生員、指導員及必要之醫療、救生設備，以確實維護遊客安全之義務，並無二致。

#### （六）路面坑洞案

刑法第十五條第一項所稱對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與積極行為發生結果者同；其先決條件，又以同條第二項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者，應負防止其發生之義務為必要。質言之，應以行為人有為「自己之行為」之前提要件，且已發生一定結果之危險情形者，始得課以行為人防止發生危險結果之保證人義務。最高法院進一步解釋在本案中依工程保固合約書之規定，僅有在工程損壞係起因於甲承攬行為本身發生瑕疵時（如工作不良，或使用材料不佳）始應依刑法第十五條第二項對本案結果負保證人義務。

#### （七）黑龍潭溺水案

最高法院於本案認為保證人地位來源不限於法律明文規定，更及於依契約或法律規定之精神。而消費者保護法第四條之精神，可導出被告甲身為遊路中心負責人，負有於鄰接黑龍潭水域及該水域內明顯處設立鮮明之警告標示等對於遊客安全不可或缺之作為義務。

#### （八）交通肇事案

甲駕駛動力交通工具肇事，依道路交通安全管理處罰條例第六十二條以及刑法第十五條第二項危險前行為之規定，均負有救助及防止因肇事而受害之人生命

受害的義務。

#### 四、基本定義以及問題之提出

由上述最高法院各判決可發現目前實務上承認之保證人地位類型以刑法十五條第二項危險前行為保證人地位居多，實務見解在多數案例以危險前行為作為保證人地位來源是否與學說上討論的保證人地位法理基礎及類型相一致是值得觀察的重點，另外危險前行為應具有什麼要件及內涵也是另一個值得探究的問題。以下僅就各案例涉及之相關爭點簡略提出看法：

##### （一）娃娃車悶死案

就本案而言首先最高法院完全以過失犯論述甲乙二人刑事責任，卻忽略了在本案中不論是娃娃車司機或隨車老師，其等將丙童留置車上之行為均屬不作為，因此在論證上最高法院完全未提及關於不純正不作為犯之論述甚為可惜，或者實務見解其實將過失犯之注意義務與不作為犯之作為義務等同而視？就本案而言，依學理上對保證人地位類型之實質區分，娃娃車司機係對娃娃車此空間有所掌控而居於保證人地位；隨車老師則係基於自願義務承擔而屬於保護學童安全之保護法益類型保證人地位。

##### （二）槍枝走火案

在承認危險前行為保證人地位之前提下，固然如最高法院所言能以將槍枝交付於人係危險前行為而證立其後保證人地位來源，惟即使不以危險前行為保證人地位為依據，管制之槍枝本身即為一危險源，持有槍枝者或交付槍枝於他人者當然依據對槍枝此一危險源之監督而負有防止他人以該槍枝為犯罪行為之犯罪防止義務。

##### （三）維修鐵捲門案

最高法院於本案肯認維修鐵卷門亦屬刑法十五條第二項所稱危險前行為，惟首先應確認的是本案究屬作為或不作為造成法益侵害之結果。如果維修鐵卷門本身有過失，則逕以作為方式對維修鐵卷門之人論以過失致人於死即可，不須以維修鐵卷門本身因違反注意義務而屬危險前行為再論證維修鐵卷門之人對陪同維修者負有作為救助義務。若本案係透過不作為方式造成法益侵害，即使不借助危險前行為之概念，也可以以維修鐵卷門者對故障鐵卷門此一危險源有所掌控，應依危險源監督之保證人地位對陪同維修者盡一定的安全上作為義務。

#### （四）施工警語案

最高法院於本案完全依照契約內容論斷何人負有保證人義務，惟契約內容固然為保證人地位來源，惟一概以契約內容作為保證人地位來源無異回到形式保證人地位理論。即使依契約內容不負有保證人地位，仍可能因為符合其他保證人地位類型而負有作為義務，就此點而言最高法院似宜再審視本案被告是否亦可符合其他保證人地位類型（如：對施工環境負有監督掌控之事實）從而負有作為義務。

#### （五）漆彈場誤射案

最高法院於本案正確指出漆彈場一如其他可能發生危險之遊樂場所，場所管領人負有設置數量及品質上相當的防止危險發生之設備的義務，而此作為義務之來源依本文之見應係場所管理人經營此種可能帶有危險之活動場所，即應依對危險空間的監控而負有保證人地位。

#### （六）路面坑洞案

最高法院於本案揭示了一項重要見解，即刑法第十五條第二項危險前行為保證人地位之規定係同條第一項保證人地位發生之前提，似有以危險前行為作為保證人地位唯一來源之態度，不過，最高法院於本案論述「因自己行為」時，將本案被告負有保證人地位之前提建立在「被告工程施工有疏失」上，因此不必然認為前行為不以義務違反性為前提。不過就本案而言，最高法院即使不以危險前行為為論述，仍可能以其他理由作為保證人地位來源。例如本案雖然該路段依雙方保固書中之要求係以承攬工作有瑕疵作為承攬人負保固責任之前提，惟即使承攬工作本身無瑕疵，是否承攬人即不須負保固責任？就此仍應考量就該瑕疵路段而言承攬人是否平時管控監督該路段從而可依對該危險路段之監控負保證人地位。

#### （七）黑龍潭溺水案

最高法院於本案認為保證人地位來源不限於法律明文規定，更及於依契約或法律規定之精神，就此論述頗有揚棄形式法律義務理論之問道。惟此項見解所稱契約或法律規定之「精神」究何所指仍有待進一步具體化。就本案的運用而言，最高法院係以經營特定遊樂場所之人既然以經營該場所而獲利，即應設置各種防止危險發生之措施，就此本文予以贊同，認為如同漆彈場等遊樂場所，場所管理人對於因該場所所生之危險負有保證人地位之基礎在於場所管理人平時對該場所環境有所支配掌控，故應盡監督之作為義務。

#### （八）交通肇事案

如同最高法院其他對交通肇事案例提出之見解，本案最高法院同樣認為交通

肇事者對被害人之救助義務係來自於道路交通安全管理處罰條例第六十二條及刑法第十五條第二項之危險前行為。在承認具義務違反性之危險前行為及法令得成為保證人地位之來源前提下，的確可藉此引申出交通肇事者對被害人之救助義務，惟就本案而言令人不解的是，交通肇事者對被害人之救助義務係交通肇事者應否對被害人死亡結果負故意殺人罪不純正不作為犯之保證人義務的問題，並非論述交通肇事者應否對被害人負過失致人於死罪之問題。最高法院於本案雖先肯定交通肇事者對被害人負有救助義務，惟結論上卻認為交通肇事者對被害人死亡結果僅負過失致人於死之責任，於論理上似有前後矛盾之處。

## 五、進階閱讀

- 1、黃惠婷，作為與不作為之區別，台灣本土法學雜誌，57期，2004年4月，頁134-139。
- 2、許玉秀，最高法院七十八年台上字第三六九三號判決的再檢討—前行為保證人地位與客觀歸責，收錄於主觀與客觀之間，春風煦日論壇—刑事法叢書系列0，1997年，頁281、291。
- 3、許玉秀，前行為保證人類型的生存權？—與結果加重犯的比較，收錄於主觀與客觀之間，春風煦日論壇—刑事法叢書系列0，1997年，頁379-442。
- 4、許玉秀，保證人地位的法理基礎—危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？，收錄於刑法的問題與對策，春風煦日論壇—刑事法叢書系列4，1999年8月，頁65-120。
- 5、黃榮堅，基礎刑法學（下），三版，2006年9月，頁722-731。
- 6、黃榮堅，論保證人地位，收錄於刑罰的極限，2000年4月，頁19-56。
- 7、蔡聖偉，論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51期，2007年1月，頁49-50。
- 8、蔡聖偉，論故意之不法前行為所建構的保證人義務，東吳法律學報，18卷2期，2007年12月，頁141-170。
- 9、陳志輝譯（Bernd Schünemann 原著），德國不作為犯學理的現況，刊於：軍法專刊第49卷第5期（2003年5月），頁1-13；軍法專刊第49卷第6期（2003年5月），頁1-19。亦收錄於：不移不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑事法論文選輯—賀許迺曼教授六秩壽辰，2006年12月，頁629-668。



## 參、故意之不法前行為所建構的保證人義務

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】通風報信案

判決一：最高法院 94 台上 2822 號判決

判決認定事實：

甲其於八十九年二月二十日晚上，駕駛其所有之BMW牌自用小客車，搭載乙、丙、妙慧玲、妙文婷等人，受邀前往臺北縣三峽鎮五寮里附近參加節慶拜拜，其等先至臺北縣三峽鎮庚住處吃飯、喝酒，甲發現眾人在上址三樓把玩麻將，身上均攜帶數目不少之現金，因知悉丁、戊於八十八年十一月三十日上午，在臺北市持槍殺害張耀華後逃亡，亟需資金作為逃亡期間之生活費用，竟基於幫助丁、戊二人強盜之犯意要求不知情之丙以其所有之行動電話聯絡丁等人前來吃拜拜，撥通後甲即將上址現場有人賭博之事實告知丁、戊。而當時正在臺北縣深坑鄉某處飲酒之丁、戊與己三人，接獲甲上開通知後，丁、戊二人萌生意圖為自己所有之強盜犯意，己則基於幫助強盜犯意，提供其所有之BMW牌自用小客車供戊駕駛，附載己、丁，先至臺北縣三峽鎮○○路附近之「大埔加油站」前，由不知情之丙駕駛自用小客車引領丁等人前往上開地點。嗣於同日晚上十時三十分許，丁等人抵達後，己在門外等候並負責接應，甲見丁等人抵達後，隨即催促不知情之丙駕駛自用小客車附載其與妙慧玲、妙文婷等人離開。丁取出具殺傷力之美國貝瑞塔九二制式手槍一枝，戊則持具有殺傷力之比利時制式手槍一枝，強行闖入上開庚住處，並直接上三樓，持上開制式手槍朝天花板開槍，並喝令在場人員趴在地上不准動，致使當時正在該處把玩麻將或在旁觀看之辛、壬、癸、子、丑等人均不能抗拒，丁、戊即分別強取辛所有之現金新臺幣四萬餘元、身分證、醫院掛號證、三峽農會提款卡及郵局提款卡各一張、壬所有之現金一千二百元、癸所有之現金七千元、丑所有之七萬元、子所有之現金五千元、行動電話一支。

得手後，丁、戊、己三人旋即駕車離開，嗣邀約甲、丙共同至臺北市○○西寧南路口「亞洲舞廳」喝酒，丁、戊交付一萬元、被害人子所有之行動電話一支予甲，支付數目不詳之現金予己，均作為幫助強盜之報酬，甲再將其中三千元交給丙，陳明偉明知甲所交付之三千元係強盜所得之贓物，仍予以收受。嗣丁因飲酒不悅，命戊至己車上拿取上開比利時制式手槍後，持槍朝天花板連開四槍後逃逸。

判決認定理由：

按刑法之幫助犯（從犯），係指幫助他人犯罪之人；即他人已決意犯罪，如以犯罪意思助成其犯罪之實現，或予以物質上之助力，或予以精神上之助力者皆是；幫助行為之性質，為援助或便利他人犯罪，俾易完成，於此，幫助犯除須認識正犯已具實施犯罪之故意外，且須認識自己之行為係在幫助正犯犯罪，更須認識正犯之犯罪行為，因自己之幫助可以助成其結果而決定幫助之故意；又幫助犯以加功於他人之犯罪，以利其實行為特質，其有別於教唆犯者，乃幫助犯並非為他人創造犯意，而係於他人已決意犯罪之後，予以助力，至其幫助行為係事前幫助或事中幫助則非所問；又其中之事前幫助，即事前從犯，係指於正犯決意犯罪之後，實施犯罪之前予以幫助而言，此與對於尚未決意犯罪之人而為唆使其產生犯罪之決意，或使具不確定犯意之人堅定其犯罪之決意，以促成其為犯罪行為之教唆犯迥然不同；復按幫助犯幫助行為之方式，固無限制，包括積極之作為及消極之不作為，其中消極之不作為，必須在法律上有防止他人為犯罪行為之義務，竟違反防止義務，能防止而故意不予防止，以助成他人犯罪結果之發生，始負不作為幫助犯刑責，若於他人實施犯罪之際，袖手旁觀，單純以消極態度不予阻止，並無便利正犯實施犯罪之行為者，即不能遽論以幫助犯。本件依原判決認定之事實，上訴人於龍德明、陳清龍等決意強盜林源庭住宅賭場之前，以電話告知龍德明、陳清龍稱：「林源庭住宅三樓有人聚賭」，嗣龍德明、陳清龍等即起意強盜該賭場財物，則上訴人電話中之告知，能否謂係龍德明、陳清龍等決意強盜之後，實施強盜行為前通風報信之幫助行為？抑或屬龍德明、陳清龍等決意強盜之前，唆使並創造龍德明、陳清龍等強盜決意之教唆行為？又原判決於理由欄說明：「案發時，上訴人目睹經過情形，眼見鄒丁癸、陳日偉被押，何以不發聲呼救或攔阻，又急於離開現場，係為撇清關係，足見其對龍德明等人當日犯行，已有所知悉，其行為之性質，屬事前幫助之從犯」；然上訴人上開消極的不作為，法律上是否

有防止之義務？是否為正犯犯罪結果之原因力？原判決俱未深入究明，遽論以幫助加重強盜罪，自屬違誤。

歷審裁判：

臺灣高等法院 90 年上訴字 3462 號刑事判決

最高法院 94 年台上字 2822 號刑事判決

臺灣板橋地方法院 89 年訴字 1578 號刑事判決

臺灣高等法院 94 年上更（一）字 342 號刑事判決

臺灣高等法院 95 年上更（二）字 270 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

甲偶然發現戊等人於某處聚眾賭博，賭博之戊等人身上皆攜帶財物，甲知悉乙逃亡急需金錢，遂將戊等人賭博處所以電話告知乙，乙聽聞後同其友丙及丁三人共同前往戊等人賭博場所強盜，而甲於乙、丙、丁三人強押戊等人時未予以救助僅在場旁觀，隨後立即搭車離開上開賭博現場，乙等人於強盜後並將部分贓款分給甲。

## 三、判決論點整理

最高法院認為原審雖認為甲係成立幫助加重強盜罪，惟甲先前以電話告知賭博處所之行為究係成立事前幫助犯抑或興起乙等強盜犯意之教唆犯原審並未調查清楚；除此之外，幫助犯固然得以不作為方式為之，惟以不作為之人具有保證人地位為前提始能成立不作為之幫助犯，甲於乙、丙、丁等人實施強盜行為之際眼見戊等人被施以強盜行為未予救助，就此消極之不作為甲是否也對戊等賭客負有救助義務而能論以不作為幫助加重強盜罪，原判決亦有未盡調查之處。

## 四、基本定義以及問題之提出

就本案而言，不論甲先前提提供乙等人賭所之地點被認定為教唆犯或事前幫助犯，就通知乙賭博地點的行為而言無疑是以作為方式所為之故意不法前行為，而由本判決質疑原審未對實施強盜行為之際甲之不作為是否亦負有保證人地位一

事，亦可得知本案涉及下述問題：

- (一) 危險前行為保證人地位是否僅限過失危險前行為？
- (二) 故意危險前行為建構保證人義務的必要性何在？

## 五、進階閱讀

- 1、蔡聖偉，論故意之不法前行為所建構的保證人義務，東吳法律學報，18 卷 2 期，2007 年 12 月，頁 141-170。
- 2、黃榮堅，論保證人地位，收錄於刑罰的極限，2000 年 4 月，頁 19-56。
- 3、許玉秀，前行為保證人類型的生存權？—與結果加重犯的比較，收錄於主觀與客觀之間，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 0，1997 年，頁 379-442。
- 4、許玉秀，保證人地位的法理基礎—危險前行為是構成保證人地位的唯一理由？，收錄於刑法的問題與對策，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 4，1999 年 8 月，頁 65-120。

## 肆、瑕疵產品製造人責任

### 一、單元案例

### 二、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】皮革噴霧案

判決一：BGHSt 37, 106.

判決認定事實：

甲（W. u. M.）股份有限公司生產鞋子及皮革的保養品，其生產的皮革噴霧器（Lederspray）經由其子公司（Tochterfirmen）乙與丙（E.R.S.）負責銷售。1980年深秋該集團接獲消費者在此用皮革噴霧劑後遭受損害之通知，消費者呈現呼吸急促、咳嗽、噁心、發抖及發燒等症狀。這些消費者必須多次求醫、有時必須住院治療，也有不少案例住進加護病房。醫師診斷的結果為肺水腫（Lungenöden）（即肺積水 Flüssigkeitansammlungen in den Lungen）。

公司內部因為最初的損害通知而針對回收之產品進行檢驗，但是檢驗結果認為並無製造疏失（Fabrikationsfehler），只是促銻（Silikonöl）成分過高，1981年初該公司曾經降低促銻在產品中的比例或是改用其他化學品代替，但損害仍然發生，1981年4月中旬曾經一度作出停止製造及銷售E產品的決定，但是不久之後又再度製造生產。1981年5月12日該公司的負責人為此召開臨時會，與會人士（即被告）包括S.、Dr. Sch.、Br.（已死亡）、Bo.（由另一程序審理），此外，Dr.B.也以專家的身分與會。他認為根據檢驗結果，產品並未含有有毒物質，因此，並無回收之必要。他並且建議，委託外國機構進一步檢驗以及在產品外部作警告標示。與會人士一致贊同：只有在檢驗結果顯示純粹製造的疏失或可證明對消費者存在風險之下，才考慮停止銷售以及回收產品。會後並將此一決議通知兩家子公司負責人W.和D.。此後，損害仍不斷發生，1983年9月20日聯邦衛生局及青少年部（Bundesgesundheitsamt und Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit）曾要求甲公司停止銷售及回收該產品，但公司仍未放棄使用該原料製造該產品。

判決認定理由：

A、Mainz 地方法院判決結果

a、被告 S、Dr. Sch、W、以及 D 由於多次的藉由噴霧器（部分是透過不為適時的回收行為，部分是透過先前製造銷售產品）造成傷害行為。因此，就每一個過失傷害案例評價為一個行為，至於 1981 年 5 月 12 日之後發生之損害則因為是發生在開會之後，所以被認定是一個故意危險傷害行為（gafährliche Körperverletzung）。Dr. B.則因為在 1981 年 5 月 12 日開會時提出建議而被視為幫助犯。

b、S、Dr. Sch 各基於其在 4 個案例中過失傷害科以罰金以及一個故意危險傷害科以 1 年 6 個月有期徒刑。

c、W.因其在 3 個案例中犯過失傷害而科以罰金，因危險傷害而處 1 年有期徒刑。

d、D.因過失傷害及危險傷害而科以罰金。

e、Dr. B.因危險傷害之幫助行為而科以罰金。

B、二審判決結果

被告 S、Dr. Sch、W、D.上訴無理由駁回，Dr. B.則上訴獲判無罪。

C、聯邦最高法院（BGH）判決要旨

a、因果關係的認定

若不知產品中哪一個成分是造成消費者損害之原因，但是只要其他被考慮的原因都被排除，那麼該產品損害之結果之間就具有因果關係。

b、產品製造人回收的義務來自於前行為保證人地位

產品生產者及銷售者對於產品會對消費者產生危害之結果具有防止的義務也就是具備前行為保證人地位），因此，若是行為人違反該義務，則必須透過傷害罪的不作為犯加以處罰。已經進入市場銷售之產品，產品製造人及銷售者基於其保證人地位有回收的義務。

c、作為不回收決議的負責人為共同正犯

若是股份有限公司（GmbH）中的負責人（Geschäftsführer）一致決定不為法律所要求的回收行為（不回收產品），那麼每一個參與決策之人均為有責，而且被視為共同正犯（Mittäter）。

d、未成功阻止作成不回收決議也要對不回收的結果負責

即使參與決策之人曾經反對不回收之決定，但是卻沒有成功地阻止其他與會人士作成不回收產品的決議，仍然應該對最後的決策結果負責。

e、多起損害仍導源於企業決策者的一個不回收的決議

這一決策行為若持續對多數消費者造成傷害，決策者仍僅負一個不作為犯之責。

### 【案例二】木材保護劑案

判決認定事實：

被告 S 於 1972 年到 1987 年 4 月 1 日身為 D 公司的負責人、H 則於 1977 年 4 月 1 日起為 D 公司商業部負責人。二人的公司從事製造及銷售含有殺害植物病蟲的五氯碳酸 (bioziden inhaltsstoffe Pentachlorphenol, 以下簡稱 PCP) 以及殺蟲劑 (Lindan) 的木材保護劑 (Holzschutzmittel)。消費者在室內使用該項產品之後 (部分是由 1978 年 1 月 1 日流入市面；部分是之前已經流入市面而未阻止消費者在室內使用)，造成 29 人產生身體上的不適，輕微的有持久性的結膜炎耳鼻喉病變、皮膚炎、腹瀉、頭痛，嚴重的甚至影響到內分泌、神經系統。這些案例多半出現在 2 至 8 歲的孩童身上，而這些孩童都是在其出生後不久就一直暴露於噴灑木材保護劑的環境之下。

判決認定理由：

A、法蘭克福地方法院認定被告因為過失傷害以及過失釋放毒氣，二者數罪併罰，每人處一年有期徒刑。其中，在因果關係的判斷上乃基於以下四點間接證據：

a、損害的症狀發生在室內有噴灑木材保護劑的居民身上。

b、這些居民在使用該木材保護劑或搬入噴灑木材保護劑的房屋之前是健康的。

c、第一個損害的案例就是在遷入噴有木材保護劑的房屋之後馬上出現。

d、在遷離噴有木材保護劑的房屋或與木材保護劑徹底的隔離之後，身體的狀況會徹底改善；但是如果隔離不夠徹底，就沒有此種改善的效果。

## B、第二審法院以及聯邦最高法院

雖然在判決的結果依然認為被告應該對於過失傷害以及過失釋放毒氣負責，但是，對於地方法院的認定方式，認為有違法之處：

### a、法官的心證需仰賴專家的意見

第二審法院認為，法官不能以自然科學家自居，也就是說，法官並不具有確認、證實自然科學經驗法則（naturwissenschaftliche Erkenntnis）的權利。在目前自然科學的經驗法則無法證實產品與損害之結果有因果關係之前，就不應該做出有罪之認定。認應有因果關係的前提必須是：依照自然科學的經驗法則以及其他證據都已經十分確定（zweifelsfrei feststellen）其因果關係的存在。因此，地方法院法官在「程序上」心證的認定方式是不合乎法律規定的。

### b、被告對於瑕疵產品具有回收義務

被告的可責性乃在於在 1978 年年初之後製造銷售在室內使用木材保護劑，以及對於先前已經流通出去的產品沒有回收的工作、對於已經流入消費者手中的產品未作警告的通知或標示。

### c、被告的主觀不法（過失）源於其對於危險有認識的可能

雖然在 70 年代末期（相當於本案產品生產之時期），針對在室內使用毒物的研究報告非常少見，而使得幾乎所有與本案產品相關的研究都被算作是製造人本身應該具備的工作，但是，由於製造人深信毒物學文獻上的記載，人體長期暴露於低劑量殺蟲劑尚未有發生危險的可能，因此，根據專家的證實，被告對於木材保護劑造成損害的事實是不具有故意的。然而，即便被告對於產品的有毒性有所認識，但是因為他們深信將這種低劑量的殺蟲劑噴灑在屋內決不會對於消費者發生危險性，因此，最多只成立無認識的過失。

## 【安眠藥畸形案】安眠藥畸形案

判決認定事實：

50 年代末期，婦女在妊娠期間服用 Thalidomidpräparate（安眠藥的一種）後，不但母體本身發生神經系統受損的情形，日後產下畸形兒（Mißbildung）—

Phokomelie，即出生時就斷手斷腳，僅有上半身跟大腿的嬰兒的比率增加，銷售該藥物之前畸形兒的比例為四萬分之一，但在 1958 到 1962 年之間，就已經有 845 的案例。

判決認定理由：

A、製造人應該對於胎兒的畸形負過失傷害或過失致死罪

德國多數學者認為，立法者是有意的區別「人」以及「胎兒」這兩種概念，而將胎兒視為另外一個值得加以保護的獨立客體，才會特別制定一個墮胎罪，否則，如果傷害胎兒之行為就足以該當傷害罪或是殺人罪之構成要件的話，就沒有另外制定墮胎罪之必要了。不過，也有學者認為，為了追求對胎兒有更多的保護，應該將胎兒視為刑法當中人的概念，但是，這樣的說法被批評為和現行的法制相違背的，因為，依照文義的解釋，胎兒根本無法與始於出生才謂為人的概念相符。至於，將胎兒的傷亡視為母體的傷亡也是不可採的，因為這樣的結果是建立在將胎兒視為母體的一部分的前提之上，這樣的前提都還是一直有爭議的，因為從婦產科醫學的觀點來看，即使在胚胎尚未完全成形之前，胚胎在受孕之後沒多久，早就已經具有獨自的腦部以及神經系統，因此，較新的多數學說以及實務見解則認為，還是要將胎兒和母體區分為法律上保護的兩個不同的客體。針對這樣的問題，承審的 Aachen 地方法院則認為，立法者特別制定墮胎罪的結果，會造成對於胎兒保護不週的情形，也就是說，對於人，我們有殺人或傷害的處罰規定，但是，對於胎兒，則只有故意墮胎才受到刑法的制裁，這種立法者忍受始於妊娠期間所發生之傷害而於出生後被發覺的情形，不但不處罰故意墮胎未遂又沒有過失犯的規定，將會造成刑法處罰的漏洞。因此，基於對於胎兒的必要保護，應該就失傷害以及過失致死罪作擴張解釋，甚至將過失傷害胎兒或是過失致胎兒於死的情形類推過失傷害或是過失致人於死罪的規定，對於藥品製造人論以過失傷害、過失致死的刑責。

B、因果關係的認定

有關因果關係的認定，必須取決於專家專業知識的提供，法官不得率然認定，也就是說，Aachen 地方法院藉由具有臨床經驗的神經學家(Klinischer Neurologe)所提供的專業意見，認定服用 Thalidomid 與母體神經系統受損之間具有因果關係。同樣地，在認定胎兒的畸形與母體所服藥物之間是否有因果關係時，法官的

認定也取決於專家的意見。也就是說，即便母體在未懷孕之前就服用 Thalidomid 也有可能造成日後懷孕而產下的嬰兒畸形，或者是曾經在懷孕期間有服用 Thalidomid 但是卻沒有產下畸形的嬰兒，但是，醫學專家認為，依照出現畸形個案的統計數字來看，他們畸形的症狀都相類似，至少還是應該認為，母體在妊娠期間（in der sensiblen Phase）服用 Thalidomid 還是造成胎兒畸形的原因。

#### C、過失犯的成立

由於藥物製造商在每一種藥物流入市面之前，並未具有足夠的專業能力去做深入的藥理學以及臨床的實驗，因此，就藥商的主觀不法而言，頂多只有可能成立過失。

#### D、製造人基於危險源監督的角色負有避免危險發生的義務

由於藥商在研發製造藥物的時候，不見得對於藥物的副作用或是效果有絕對的掌握以及認識，因此，生產藥物應該視為一種製造風險的行為。然而基於藥商不但必須保證其生產的藥物不會產生副作用（Nebenwirkung），甚至基於憲法上對於人民身體完整性（Körperliche Unversehrtheit）的保障，也有義務保證藥物使用者的身體免於遭受藥物的損害，因此，在證實有人在使用藥物之後發生損害的時候，藥商基於危險源（Gefahrenquelle）監督者的角色，必須採取避免危險發生的措施。

#### 【案例四】瑕疵輪胎案

判決認定之事實：

在製造及經銷高速胎（Hochgeschwindigkeitsreifen）一年後，企業接獲不斷的損害通知—其共同點就是，即便在常溫（攝氏 20 至 26 之間）之下，不混在什麼態樣的路面都會因為胎面剝落導致車子左後輪傾斜並發生劇烈爆炸聲響而造成重大事故，當時，就懷疑應該是輪胎在構造上發生問題。企業一直到二年半後（1973 年）因為已經測試出損害的發生與輪胎的配置之間有關聯才回收該批產品並就產品作出更新的設計，譬如說輪胎鋼帶的設計以及橡膠的成分，但光是在 1973 年 5 月 15 日到 1975 年 6 月 15 日之間，就已經發生 12 起案例，除了造成財物龐大的損失之外，還造成 7 人死亡、22 人重傷。

判決認定之理由：

德國 München 地方法院 1978 年做出判決認為，輪胎製造商之負責人成立過失致死罪，處一年有期徒刑。

#### A、製造商未盡應盡的義務

即便在 60 年代末期德國的輪胎製造技術尚不發達，依照當時製造商的專業能力，也無法精確的計算出輪胎的張力以及所能負荷的界限等等，但是，由於案發當時德國正在加速發展汽車工業，德國對於製造輪胎的技術訂有多種嚴格的規定以確保社會大眾的安全，而且，本案被告身為德國最大的輪胎製造商，應該具有更高的注意義務，在本案例當中，製造商顯然並未遵循應該遵守的規定，而在缺少對於產品作充分的測試而過早地讓產品流入市面。

#### B、製造商遲遲不予回應

其實，依照當時製造商的專業能力，是有能力對於造成損害的輪胎作修正的，但是，製造商非但未積極的採取任何防衛的措施，反而對於損害的通知遲遲不做任何回應，而造成陸續不斷的損害。事後證實，如果輪胎製造商在接獲損害發生通知之後，立即採取一些積極的措施，有些意外事故將得以倖免，因此，製造商漠視構造上有瑕疵的輪胎繼續在市面上銷售，對於該系列之產品又不加以回收，其行為與意外事故之發生之間具有因果關係。

#### C、企業成員決議的因果關係（Kausalität der Kollegialentscheidungen）

企業負責人必須透過對於輪胎的專業減驗才能確定究竟應該採取怎樣的措施，因此在專業鑑定作出來之前，他們根本不能作出繼續銷售的決定，如果作出這樣的決定，鑿應該將每一個參與決議的人的行為視為損害結果發生之原因。

#### D、法官的心證取決於專家的意見

法官在聽取了 9 位專家的意見之後，認為輪胎在構造上的確具有瑕疵，而且，在長時間的行駛之後，這些輪胎都會出現疲乏的現象。

第六單元：不作為犯

## 二、進階閱讀

何靜宜，瑕疵產品製造人之刑事責任，國立政治大學 89 學年度法律學系碩士論文。

## 第七單元：正犯與共犯

### 壹、功能性犯罪支配

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】遊樂場勒索案

判決：96 台上字第 6141 號

判決認定事實：

吳信緯及其友人丙在桃園統領百貨公司 9 樓遊樂場玩電動玩具，而甲○○、陳柏翰、綽號「小鍾」、「葡萄」成年男子亦在上揭遊樂場休息。吳信緯在上揭遊樂場處不慎擦撞甲○○，吳信緯當場道歉後即繼續玩電動玩具，斯時甲○○因身上沒錢花用，亦無處可去，竟起意要向吳信緯藉機索錢，三人先到甲○○面前藉詞甲○○擦撞，甲○○要求吳信緯、丙○○前往桃園市○○路 60 號 5 樓處談判，丙○○表示不願意同往，甲○○同意後遂要求丙○○交出行動電話予吳信緯保管，以免丙○○伺機打電話求救，丙○○因而將行動電話交予吳信緯後即行離去。

於丙○○離去後，甲○○、「小鍾」、「葡萄」將吳信緯帶往桃園市○○路 60 號 5 樓處，抵達後，甲○○先要吳信緯交出行動電話，隨即甲○○即示意「小鍾」、「葡萄」，推由「小鍾」、「葡萄」共同毆打吳信緯後，甲○○、「葡萄」即強押吳信緯搭乘甲○○駕駛之自小客車回家拿錢，「葡萄」則在車內看守吳信緯，另陳柏翰、「小鍾」先行離去。而於途中，甲○○要求吳信緯交付皮夾（內有身分證、行車執照、駕駛執照等證件），駕車至其住處附近讓其下車。而吳信緯返家後，因皮夾等物尚扣押在甲○○處，即拿 3000 元出來交予甲○○，甲○○並命吳信緯再次上車，吳信緯不得已再次上車，隨後乙始於車內交還之證件，並將車輛駛往桃園市○○路與寶山街口始將吳信緯釋放。

判決認定理由：

上訴人甲○○認為，吳信緯回家拿錢時，僅上訴人與綽號「葡萄」二人在場，並無結夥三人以上之加重條件，原審判其加重強盜罪為違法。

本判決認為原審法院之判決並未違法，因而駁回上訴人之上訴。

多數人出於共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，彼此互為補充而完成犯罪，即多數行為人基於犯意聯絡與行為分擔者，為共同正犯，此即學說上所稱「功能性之犯罪支配」；在功能性犯罪支配概念下，多數人依其角色分配共同協力參與構成要件之實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯。

又共同正犯之成員參與構成要件行為之實行，並不以參與整個犯罪事實全部為必要，即便僅參與犯罪事實之一部分，或僅參與共同行為之某一階段，亦無礙於共同正犯之成立。

依原判決事實認定：鄒定甫離去後，上訴人、「小鍾」、「葡萄」共同基於剝奪他人行動自由之犯意聯絡，將吳信緯帶往桃園市○○路六十號五樓，抵達後，上訴人先要求吳信緯交出行動電話，吳信緯因對方人多心生畏懼，致不能抗拒而將其所有行動電話及鄒定甫之行動電話各一具交予上訴人，上訴人復示意「小鍾」、「葡萄」，推由「小鍾」、「葡萄」共同毆打吳信緯頭部、背部等處後，上訴人即要求吳信緯拿錢出來請客解決，吳信緯因而不能抗拒而應允交付新台幣三千元，則上訴人、綽號「小鍾」、「葡萄」等三人皆共同參與此強盜罪前階段之強暴、脅迫行為，致使吳信緯因而不能抗拒而交付二具行動電話，並毆打吳信緯，而允諾交付三千元；雖嗣由上訴人、「葡萄」強押吳信緯在桃園市○○路四十八巷與安樂街口搭乘上訴人駕駛之自小客車回家拿錢，「葡萄」則在車內看守吳信緯，另陳柏翰、「小鍾」先行離去。

雖強押吳信緯回家取款之後階段行為，僅上訴人及綽號「葡萄」之人參與，惟無證據證明「小鍾」已中止該犯行，亦無礙於上訴人與「小鍾」、「葡萄」三人共同參與全部強盜行為，符合結夥三人以上加重條件之認定。原判決綜合參酌上述各項證據資料，認定上訴人確有原判決事實欄所載之結夥三人以上強盜犯行，乃其採證認事調查職權之合法行使，不能任意指為違法。

歷審判決

最高法院 96 台上字第 6141 號刑事判決

台灣高等法院 96 年上訴字第 2501 號刑事判決

**【案例二】開山刀強盜案**

判決：96 台上字第 6730 號

判決認定事實：

甲○○先竊取機車一輛。同日晚上，由乙○○提供己開山刀 1 把，再由乙○○騎乘甲○○所竊得之上開機車附載甲○○，四處尋找強盜財物之對象。

先在基隆市地下道前，由乙○○騎乘機車在地下道上方出入口處路旁把風並等待接應，甲○○手持上開開山刀以搶劫丙。甲○○得手後跳上乙○○所騎乘上開機車逃逸。甲○○、乙○○接著去基隆市「7-11 連鎖超商」，2 人在店外謀議後，由甲○○持上開開山刀入內嚇阻店員，再由乙○○進入收銀區劫取財物，乙○○本欲打開收銀機拿取收銀機內之現金，然因操作錯誤致收銀機打不開，遂拿取收銀區之七星牌香菸半條後，甲○○與乙○○先後逃離該店，並共同騎乘上開機車逃逸。

判決認定理由：

上訴人乙○○認為，其於不知情之情況下，騎車載同案被告甲○○逃脫犯罪現場，係受其匆忙指使而為，刑法上所謂幫助犯者，係以幫助他人實行犯罪之人，幫助犯之行為，其雖有助於正犯之犯罪，但不必對正犯予以必要之影響。然如與正犯之實行毫無關係之行為，不得謂為幫助行為。易言之，幫助犯之成立要件，必須與正犯有著手實施犯罪之行為，且其行為達成可罰之程度，始能構成。

本判決認為原審法院之判決並未違法，因而駁回上訴人之上訴。

多數人出於共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，彼此互為補充而完成犯罪，即多數行為人基於犯意聯絡與行為分擔者，為共同正犯，學說上稱之為「功能性的犯罪支配」；在功能性犯罪支配概念下，多數人依其角色分配共同協力參與構成要件的實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯。

本件乙○○雖僅負責騎乘甲○○偷竊之機車乘載甲○○，以及提供具有危險性(非

屬列管之刀械)之開山刀一把供甲○○為強盜之強制行為所用，其本身未為強盜之構成要件行為，惟二人就強盜之犯行既已事先謀議，且就犯罪計畫之實行相互分工，縱乙○○未為強盜構成要件行為，亦無礙於其成立強盜罪共同正犯。

### 歷審判決

最高法院 96 台上字第 6730 號刑事判決

台灣高等法院 96 年上訴字第 2858 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 遊樂場勒索案

吳信緯和友人丙在遊樂場擦撞甲，甲、陳柏翰、「小鍾」、「葡萄」要求吳信緯、丙去談判，丙不願意同往，丙因而將行動電話交予吳信緯後即行離去。之後甲、「小鍾」、「葡萄」將吳信緯帶往某處，甲要吳信緯交出手機、示意「小鍾」、「葡萄」毆打吳信緯後，甲駕駛之汽車帶吳信緯回家拿錢，「葡萄」則在車內看守吳信緯，另陳柏翰、「小鍾」先行離去。於途中甲要求吳信緯交付皮夾，駕車至其住處附近讓其下車。而吳信緯返家後拿 3000 元出來交予甲○○，甲並命吳信緯再次上車後始於車內交還之證件，並將吳信緯釋放。

### (二) 開山刀強盜案

甲先竊取機車一輛，乙提供開山刀，再由乙騎乘甲所竊得之機車載甲尋找強盜財物之對象。乙騎機車在地下道上方出入口處路旁把風並接應，甲持開山刀以搶劫丙。甲得手後跳上乙之機車逃逸。兩人接著去 7-11，由甲持上開開山刀入內嚇阻店員，乙○○進入收銀區劫取財物，乙打不開收銀機，遂拿取之七星牌香菸後逃逸。

## 三、判決論點整理

### (一) 遊樂場勒索案

最高法院認為依「功能性之犯罪支配」，只要多數人出於共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，彼此互為補充而完成犯罪，即為共同正犯，此

即學說上所稱「功能性之犯罪支配」；又共同正犯之成員參與構成要件行為之實行，並不以參與整個犯罪事實全部為必要，即便僅參與犯罪事實之一部分，或僅參與共同行為之某一階段，亦無礙於共同正犯之成立。所以強押吳信緯回家取款之後階段行為，僅上訴人及綽號「葡萄」之人參與，但「小鍾」並無已中止該犯行，無礙於上訴人與「小鍾」、「葡萄」三人共同參與全部強盜行為，符合結夥三人以上加重條件之認定。

#### （二）開山刀強盜案

最高法院認為依「功能性之犯罪支配」，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯。乙雖僅負責騎機車載甲，以及提供開山刀，其本身未為強盜之構成要件行為，惟二人就強盜之犯行既已事先謀議，且就犯罪計畫之實行相互分工，乙仍成立強盜罪共同正犯。

### 四、基本定義以及問題之提出

實務上以往在判斷正犯共犯的標準上，多以釋字 109 號之見解，也就是以行為人是否以「自己犯罪之意思」或以「幫助他人犯罪之意思」、是否為「構成要件之行為」為斷。而這兩個判決以學說通說所採的「功能性犯罪支配」來做判斷，在實務上可謂為一十分重大的突破。

#### （一）遊樂場勒索案

在本案中，最高法院先論述「功能性之犯罪支配」之內涵為彼此互為補充而完成犯罪，然後又認為即使僅參與犯罪事實之一部分也能成立共同正犯，所以強押被害人取款雖然只有二人參與，但「小鍾」也已在妨害自由部分參與，所以此三人構成結夥三人強盜罪。此為實務上的一大突破，可見最高法院已試圖從模糊而難以認定的「以自己意思而犯罪」跳脫出，而以犯罪支配來論述正共犯。

#### （二）開山刀強盜案

最高法院認為依「功能性之犯罪支配」，乙的行為是騎車載甲加上提供開山刀，並未為強盜之構成要件行為，而最高法院認為乙應成立共同正犯的原因是因為甲乙有「事先謀議、相互分工」，而非乙是以「自己犯罪之意思」而為行為，足見最高法院已有採行犯罪支配說的趨勢，未來實務上可參考此二判決，以犯罪

支配說取代舊有見解。

## 五、進階閱讀

- 1、許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，臺灣本土法學雜誌，第 64 期，2005 年 2 月，頁 103-119。
- 2、蔡彩貞，淺論刑法關於「共犯」之修正，司法周刊，第 1230 期，2005 年 4 月，頁 3。
- 3、林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 158-172。
- 4、許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月，頁 39-48。
- 5、甘添貴，共同正犯之客觀行為，月旦法學雜誌，第 12 期，1996 年 4 月，頁 50-51。
- 6、甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌，第 11 期，1996 年 3 月，頁 41-42。

## 貳、犯意聯絡

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】毒品鴉片案

判決：96 年度台上字第 5543 號

判決認定事實：

甲○○與游上樺 2 人係同居關係，均染有施用毒品甲基安非他命惡習，因收入有限不敷支應施用甲基安非他命之開銷，其 2 人竟共同基於營利販賣甲基安非他命之概括犯意聯絡，先由游上樺分別於 87 年 9 月間某日、87 年 12 月中旬某日、88 年 1 月間某日及 88 年 3 月底某日在台北縣板橋市○○路、三民路、實踐路一帶或台北縣土城市內某處，向綽號「大哥」之不詳姓名之成年男子，以每兩（37.5 公克）新台幣（下同）2 萬元之代價，每次各販入第 2 級毒品甲基安非他命（下簡稱甲基安非他命）1 大包後，將之攜回台北縣土城市○○路○段 11 之 3 號 10 樓游上樺租賃處放置，除從中抽取部分供其等施用外，另分裝成小包，再由甲○○尋找買主，甲○○即以其所有之呼叫器作為聯絡工具，購買者撥打前開之呼叫器並留下行動電話號碼，進而由游上樺與買主聯絡，約定交貨地點及價錢、數量之方式進行交易。

游上樺與甲○○即先於 87 年 10 月間，又自 87 年 12 月中旬某日起至 88 年 1 月間某日止，在游上樺上開租賃處，先後 4 次，以高於成本即每包 1 千元之價格，共同販賣予戴芳婷 4 次，共得款 4 千元，從中牟利，嗣其 2 人再於 88 年 2 月 3 日在板橋市○○路三商百貨樓下以 5 千元之價格販賣 3.4 公克之甲基安非他命予戴芳婷，但尚未取得價金。

判決認定理由：

上訴人甲○○認為原判決未將上訴人與游上樺共同營利之意圖，詳記於事實欄，且未說明其等彼此間具有犯意聯絡及行為分擔，所憑證據，有理由不備之違法。

本判決認為原審法院之判決並未違法，因而駁回上訴人之上訴。

共同實行犯罪行為，在合同意思範圍內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責，且共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立。

原判決憑上訴人及共同正犯游上樺之供述、證人戴芳婷之證詞、卷附法務部調查局檢驗通知書、扣案甲基安非他命九包等證據，認上訴人係與游上樺共同基於營利之概括犯意，由游上樺先販入安非他命後，透過上訴人尋找買主，再由游上樺與買主聯絡進行交易，連續多次售賣安非他命與戴芳婷。則其二人顯係在合同意思範圍內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，雖各人祇分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責，又其事前縱未有協議，但於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與，亦無礙於共同正犯之成立。

歷審判決：

最高法院 96 年度台上字第 5543 號刑事判決

台灣高等法院高雄分院 96 年重上更(四)字第 15 號刑事判決

### 【案例二】賭徒報復案

判決：96 年度台上字第 7292 號

判決認定事實：

甲○○與謝文正、黃新智、方建中、黃士育、鄭有宏、郭建成及綽號「阿源」之不詳姓名成年男子等在「新興電子遊藝場」共同經營賭場，邱中華則於 93 年 4、5 月間前往上址賭博，因賭輸而分別積欠甲○○賭債新台幣一百二十餘萬元、積欠黃敏發賭債七十萬元，迄未償還，且於甲○○向其索討時，避不見面，甲○○乃於 93 年 6 月 30 日下午 2 時許，與黃敏發至邱中華之住處催討，惟因邱中華不在家，適邱中華之父邱振東在家，雙方發生口角，其間邱中華二舅林世棟乃警告「有膽別走」，並欲外出向警方報案，甲○○及黃敏發誤以為林世棟欲找人來幫忙，心有未甘而離去。

甲○○及黃敏發兩人因此心生不滿，為圖報復及繼續催討賭債，遂於93年6月30日下午，即由甲○○打電話邀集其友謝文正，並開車載謝文正及黃敏發兩人到「新興電子遊藝場」後，再糾集陳翰威、陳建志2人至該遊藝場集合，甲○○並拿取制式半自動手槍及子彈，並指示黃敏發先開車去勘查林世棟是否仍在住址，然後約定集合地點，甲○○乃駕駛自小客車，搭載謝文正、陳翰威、陳建志，前往台南市土城媽祖廟與黃敏發會合，黃敏發將其汽車停在該處，坐上甲○○所駕駛之自小客車，在前往邱中華住處之途中，甲○○指示其後座之黃敏發拿出預先準備，以供必要時用以防身之具殺傷力制式手槍及子彈，由甲○○將其中一把分配予駕駛座旁之謝文正持有，另一把交予右後座之陳翰威，剩餘一手槍則由甲○○自己持之。

抵達邱中華住處外空地後，即將在場之邱中華父親邱振東圍住，雙方理論並商討如何清償債務，甲○○即指示黃敏發至道路上把風，以防對方人手到達，約11分鐘後，林世棟騎乘機車抵達現場，雙方於爭論過程中，因不滿林世棟談話語氣，由謝文正、陳建志、陳翰威毆打林世棟，甲○○亦拿出所持手槍威脅林世棟及邱振東。

邱振東及林世棟因受毆即分持釘有鐵釘之木棒追出大門，陳建志、謝文正、陳翰威3人見狀分別逃出大門外，陳建志逃至路邊之自小客車旁，謝文正逃至大門外左側泥土地靠近道路附近，陳翰威則逃至大門外左側泥土地靠近籬笆附近，甲○○即以手槍對向天空威脅，然邱振東仍繼續追出，甲○○欲逃離時，在大門外水泥地上跌倒，即另萌殺人之直接故意，持槍對著追來的邱振東身體射擊，第一槍擊中邱振東之右小腿內側，造成右脛骨骨折之傷勢，使邱振東之木棍掉落，人亦蹲下，邱振東又持木棍站起來，欲繼續追打甲○○，甲○○爬起，見狀又朝邱振東身體，接續射擊一槍，打中邱振東左上臂外側。適時陳翰威在泥土地上靠近籬笆附近，亦另萌殺人之直接故意，持槍對準邱振東身體後方，射擊第3槍，擊中邱振東之左胸，使邱振東因重創而蹲下，不支倒地，甲○○再擊發一槍，未擊中邱振東身體。

甲○○、黃敏發、謝文正、陳建志、陳翰威等五人始上車，隨即駕車逃逸。邱振東經送醫急救後，因受胸部及腳部多重性槍傷而不治死亡。

判決認定理由：

原判決關於殺人部分撤銷發回更審、而寄藏槍彈部分駁回上訴人之上訴。

共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，且其表示之方法，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦無不可。

依原審判決事實認定，則甲○○、陳翰威二人與謝文正、黃敏發、陳建志自始即攜帶槍、彈前往邱中華住處備用，渠等自有於必要時將持之對邱振東、林世棟不利之共同認識，且案發時渠等因遭邱振東、林世棟追打，甲○○與陳翰威二人因之乃同時地持槍射殺邱某，縱該殺人犯意非渠等事先共同謀議，亦乏明示通謀情形，而係案發當時臨時萌生，然參諸渠等事先攜帶槍、彈前往，及案發當時同遭邱振東、林世棟追打情形，渠等主觀上是否有殺人之相互認識，而為默示合致之犯意聯絡，即不無研酌餘地。原判決理由徒以甲○○係臨時起意，持槍射殺邱振東，乃認渠與陳翰威無殺人之共同犯意聯絡，即未免速斷，而難認為適法。

歷審判決：

最高法院 96 年度台上字第 7292 號刑事判決

台灣高等法院高雄分院 96 年度上更(一)字第 254 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 毒品鴛鴦案

甲與游上樺共同基於營利販賣甲基安非他命之概括犯意聯絡，先由游上樺販入安非他命 1 大包後，分裝成小包，再由甲尋找買主，進而由游上樺與買主聯絡，約定交貨地點及價錢、數量之方式進行交易。

### (二) 賭徒報復案

甲與黃敏發與邱中華因賭債生糾紛，前往其住處，與邱中華之父邱振東和邱中華二舅林世棟發生口角。甲邀集謝文正、陳翰威、陳建志，甲指示黃敏發拿出預先準備的手槍及子彈，分配予謝文正，陳翰威，甲持有。甲一群人抵達邱中華住處，與邱振東、林世棟圍住，雙方於爭論過程一言不合，由謝文正、陳建志、陳翰威毆打林世棟，甲亦拿出所持手槍威脅林世棟及邱振東。邱振東及林世棟因受毆即分持釘有鐵釘之木棒追出大門，甲即以手槍對向天空威脅，然邱振東仍繼

續追出，甲逃離時跌倒，即另萌殺人之直接故意，持槍對著邱振東身體射擊二槍。陳翰威亦另萌殺人之直接故意，持槍對準邱振東身體後方，射擊第三槍，擊中邱振東之左胸，使邱振東不支倒地，甲再擊發一槍，未擊中邱振東身體，邱振東經送醫急救後不治死亡。

### 三、判決論點整理

#### (一) 毒品鴛鴦案

最高法院認為共同實行犯罪行為，不必每一階段均參與，只須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責，且共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，也可成立。甲和游上樺顯係在合同意思範圍內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，雖各人祇分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責，又其事前縱未有協議，但於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與，亦可成立共同正犯。

#### (二) 賭徒報復案

最高法院認為共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，且其表示之方法也可用默示之合致來成立意思聯絡。甲與陳翰威乃同時地持槍射殺邱某，縱該殺人犯意是案發當時臨時萌生，然甲、陳翰威與謝文正、黃敏發、陳建志事先攜帶槍、彈前往自始即攜帶槍、彈前往邱中華住處，及案發當時同遭邱振東、林世棟追打，主觀上就有可能有殺人之相互認識，而有默示合致之犯意聯絡。

### 四、基本定義以及問題之提出

#### (一) 毒品鴛鴦案

最高法院認為甲和游上樺在合同意思範圍內，相互利用他人之行為且於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與，所以可成立共同正犯。本判決認為共同正犯的主觀要件為「以共同犯罪之意思參與」，但是否以共同犯罪意思參與非但難以認定，一般的幫助犯因為要參與犯罪，也可以說是有「共同犯罪之

意思參與」，此一判斷標準稍嫌模糊。而在客觀要件部分，最高法院認為這兩人是「相互利用他人行為」所以能成立共同正犯，此一用語亦偏向採取「功能性犯罪支配」。

## （二）賭徒報復案

實務上認為共同正犯的主觀要件為「犯意聯絡」，而本來意思聯絡就沒有一定的方式，不論是明示默示，只要是在行為時達成此一意思聯絡，就可滿足共同正犯之主觀要件。本判決基於甲與陳翰威等混戰時的情況，認定其有殺人的默示合意，此一見解十分合理。

## 五、進階閱讀

- 1、甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌，第 11 期，1996 年 3 月，頁 41-42。
- 2、許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，臺灣本土法學雜誌，第 64 期，2005 年 2 月，頁 103-119。
- 3、蔡彩貞，淺論刑法關於「共犯」之修正，司法周刊，第 1230 期，2005 年 4 月，頁 3。
- 4、林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 158-172。
- 5、許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月，頁 39-48。
- 6、劉幸義，刑法修正草案「共犯」章之評析--第二八、二九、三〇條之邏輯結構分析，臺灣本土法學雜誌，第 46 期，2003 年 5 月，頁 99-107。

## 參、共同正犯不法連帶責任

### 一、單元案例

### 二、簡化所涉犯罪事實

### 三、判決論點整理

### 四、基本定義以及問題之提出

### 五、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】搶奪分贓案

判決：96 年台上字第 7283 號

判決認定事實：

甲○○有施用毒品甲基安非他命之習慣，缺錢花用，乃找陳士榮提議尋找對象搶奪，經陳士榮同意，二人共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，由陳士榮騎乘機車搭載甲○○，在屏東市尋找行搶之目標，蔡亞岑獨自行走於路旁，認有機可乘，遂驅車接近蔡亞岑左側，趁其不及防備之際，甲○○即伸出右手搶奪蔡亞岑所有提於左手之 LV 手提包 1 只（內有皮夾 1 只、現金約新臺幣 14,000 元、身分證、新光銀行、玉山銀行、聯邦銀行及中國信託銀行之信用卡各 1 張、臺灣銀行、郵局、合作金庫、國泰世華銀行之提款卡各 1 張、汽機車鑰匙各 1 串、住家鑰匙 3 把、筆記本、行動電話 3 支、富士牌 Z3 型數位相機 1 台），得手後迅即逃離現場，甲○○僅將搶得之現金分給陳士榮 3,500 元，餘款則留供自己花用，甲○○復將搶得之三星牌行動電話、索尼易利信牌行動電話及富士牌數位相機留供己用，而 LV 手提包及其內其餘之物則丟棄在排水溝內。

判決認定理由：

甲○○之上訴駁回。

按刑法上之共同正犯，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌刑法第五十七條各款情狀，為各被告量刑輕重之標準，並非必須科以同一之刑。

原判決以本件犯行係上訴人提議，並下手搶奪，而於得手後，陳士榮僅分得三千五百元，其餘財物則歸上訴人取得，上訴人之犯罪情節顯然較陳士榮為重。且上訴人在本案發生後，復因另搶奪他人財物，現仍執行羈押中，足見毫無悔意等情狀，因而量處較陳士榮為重之刑，已於理由內詳加審酌論敘，核屬原審關於

量刑裁量職權之適法行使。

上訴意旨以其涉世未深，意在奪財，動機單純，且未傷害被害人，事後坦白認罪，並與被害人和解，卻量處較重之刑，有違平等原則等語，憑己見任意指摘原判決違法，難謂符合第三審上訴之法定要件，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

歷審判決：

臺灣高等法院 高雄分院 96 年上訴字 1579 號刑事判決

臺灣屏東地方法院 96 年訴字 266 號刑事判決

最高法院 96 年台上字 7283 號刑事判決

### 【案例二】漁船虐工案

判決：96 年台上字第 5641 號

判決認定事實：

甲○○、乙○○、鄭真良為祥滿春 17 號漁船船員，甲○○為船長，乙○○為大副，鄭真良為二副。甲○○為提升漁獲績效，指示乙○○、鄭真良對於船員工作不力者，予以體罰或網綁拘束其自由，但體罰不得打傷，以免影響工作。大副乙○○、二副鄭真良因承船長甲○○之指揮負責監督船員工作，乃於船員工作不力或未參與工作時毆打船員。乙○○基於傷害犯意，見李澤華工作緩慢，以腳踢傷李澤華右耳，致右耳癒後外觀變形。

船員 A 動作較慢，乙○○、鄭真良、甲○○共同基於妨害行動自由之犯意聯絡，由乙○○、鄭真良將 A 以繩索網綁、用水沖及毆打。船員陳財富行動緩慢，乙○○乃不時毆打。詎乙○○客觀上能預見下舢板至大艙高度為 425 公分，自下舢板摔下大艙或以鐵撬毆擊人之頭部可能導致傷重死亡，因盛怒而主觀上未預見，乃用腳將陳財富踢下大艙，且持鐵撬猛打陳財富之頭部及身體，陳財富後因出血量過高而壓迫生命中樞，傷重死亡。

船員張林遠行動緩慢，無法積極工作，甲○○、乙○○基於妨害自由之概括犯意，由乙○○將張林遠網綁，將張林遠拖至船尾，甲○○與乙○○客觀上能預見當時

張林遠被網綁多日體力不佳，任其在零下 10 幾度之寒冷夜晚，在舢板上受寒風及海水濺濕可能凍死，主觀上竟未預見，僅命乙○○每隔 20 分鐘至 30 分鐘前往船尾查看張林遠 1 次。

張林遠連續遭網綁多日，僅少量進食，又被綁於船尾受寒風及海水濺濕多時，導致其體力無法負荷，旋即在船尾休克死亡。船員李成原係因凍傷手腳行動較慢，乙○○依船長甲○○許可之管教方式，賡續共同妨害自由之概括犯意將李成網綁在浴室後，置於船尾舢板以資處罰，其間甲○○、乙○○、鄭真良均曾毆打李成。於福克蘭群島海域，乙○○客觀上能預見上舢板至下舢板高度為 196 公分，自上舢板摔落下舢板或毆擊人之頭部可能導致傷重死亡，因盛怒而主觀上未預見，乃在下舢板以拳腳踢打李成，致其頭破血流；乙○○將李成自上舢板踢落下舢板，致李成受傷後不治死亡。

判決認定理由：

共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。惟加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍；是以，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。從而，共同正犯間應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷（本院九十一年台上字第五〇號判例意旨參照）。故就剝奪人行動自由致人於死罪而言，共犯間對於剝奪人行動自由行為雖有犯意之聯絡，但對於死亡之結果，並無主觀上之犯意（倘有主觀之犯意即屬殺人罪範圍）。於此情形，關於死亡之加重結果部分，即無犯意之聯絡可言。乃原判決認為「甲○○、乙○○就……剝奪（張林遠）行動自由致死……部分……有犯意聯絡及行為分擔，均應論以共同正犯」云云。關於「無主觀上犯意」之加重結果部分，認為上訴人等之間，有「犯意之聯絡」，其所為論斷，亦有違誤。

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）搶奪分贓案

甲與陳士榮共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，由陳士榮騎機車載

甲，尋找行搶目標，然後驅車接近蔡亞岑，趁其不及防備之際，甲即搶奪蔡亞岑提於左手之 LV 手提包，得手後迅即逃離現場，甲僅將搶得之現金分給陳士榮 3,500 元，餘款則留供自己花用。

### （二）漁船虐工案

船長甲、大副乙、二副鄭真良為提升漁獲績效，體罰李澤華，以腳踢傷李澤華右耳，致右耳癒後外觀變形。船員 A 動作較慢，乙、鄭真良、甲共同基於妨害行動自由之犯意聯絡，由乙、鄭真良綑綁毆打 A。船員陳財富行動緩慢，乙乃不時毆打，將陳財富踢下大艙，且持鐵撬打陳財富，陳財富因而傷重死亡。甲、乙基於妨害自由之概括犯意，由乙將張林遠綑綁，將張林遠拖至船尾，其在船尾休克死亡。乙將行動較慢的船員李成綑綁置於船尾舢板，其間甲、乙、鄭真良均曾毆打李成。乙將李成自上舢板踢落下舢板，致李成受傷後不治死亡。

## 三、判決論點整理

### （一）搶奪分贓案

最高法院認為刑法上之共同正犯，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌刑法第五十七條各款情狀，為各被告量刑輕重之標準，並非必須科以同一之刑。原判決以本件犯行係上訴人提議，並下手搶奪，而於得手後，陳士榮僅分得三千五百元，其餘財物則歸上訴人取得，上訴人之犯罪情節顯然較陳士榮為重。且上訴人在本案發生後，復因另搶奪他人財物，現仍執行羈押中，足見毫無悔意等情狀，因而量處較陳士榮為重之刑，為原審關於量刑裁量職權之適法行使。

### （二）漁船虐工案

最高法院認為共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任，而加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。所以共同正犯間應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見。故就剝奪人行動自由致人於死罪而言，共犯間對於剝奪人行動自由行為雖有犯意之聯絡，但對於死亡之結果，即無犯意之聯絡可言。

## 四、基本定義以及問題之提出

### (一) 搶奪分贓案

共同正犯的法理就是共同正犯要就全部犯罪結果負其責任。而本判決認為雖然要對全部結果負責，但科刑時仍應審酌刑法第五十七條各款情狀，做量刑輕重之標準，由此可見共同正犯連帶責任的內涵是不及於罪責及刑罰的，

### (二) 漁船虐工案

本案涉及共同正犯在在實行故意行為而產生加重結果的情形，是否所有的共同正犯皆須負加重結果的責任？而其實在加重結果犯的情況，依照通說，行為人只有對基本行為有故意，而在加重結果的部分只構成過失，而共同正犯中的「犯意聯絡」，自然只有故意才有犯意聯絡的問題，對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。所以共同正犯間的責任範圍應只有原本在犯意聯絡範圍內的基本行為部分，而是否構成加重結果犯，應就各個行為人具體情況分別判斷有無過失，而並非如同本判決所講的，「應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見」，因為雖然行為人是否構成加重結果犯是取決於是否客觀上可預見，但並不會因為客觀上可預見就「同負」加重結果犯之全部刑責，而應該是個別認定，沒有全部責任的問題。

## 五、進階閱讀

- 1、許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，臺灣本土法學雜誌，第64期，2005年2月，頁103-119。
- 2、蔡彩貞，淺論刑法關於「共犯」之修正，司法周刊，第1230期，2005年4月，頁3。
- 3、林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第135期，2006年8月，頁158-172。
- 4、許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌，第92期，2003年1月，頁39-48。
- 5、劉幸義，刑法修正草案「共犯」章之評析--第二八、二九、三〇條之邏輯結構分析，臺灣本土法學雜誌，第46期，2003年5月，頁99-107。
- 6、甘添貴，共同正犯之客觀行為，月旦法學雜誌，第12期，1996年4月，頁50-51。
- 7、甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌，第11期，1996年3月，頁

第七單元：正犯與共犯

41-42。

- 8、 蔡墩銘，加重結果犯與共同正犯，臺灣本土法學雜誌，第 40 期，2002 年 11 月，頁 141-143。

## 肆、共謀共同正犯

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】象棋麻將案

判決：96 年台上字第 7080 號

判決認定事實：

張松輝、丁○、庚○○、壬○○、乙○○等人，以象棋麻將之賭博方式聚賭，因賭資輸贏問題發衝突；後張松輝猶心有未甘，知乃於當日下午再與另一不詳姓名男子搭乘曾新通小客車，該 3 人欲找乙○○、庚○○2 人質問為何於當日下午對伊出手毆打，庚○○外出尚未返家，惟適遇乙○○騎乘機車欲返家而經過該址，張松輝與曾新通、及另 1 不詳姓名男子乃共同出手，並持磚塊毆擊乙○○倒地。

而當日下午，甲○○亦因聽聞鄰里告知其父親丁○在「金聖宮」前遭張松輝毆打欺負，遂夥同其友人綽號「阿炮」、「小林」之成年男子等 10 餘人，適見其父親丁○之友人乙○○已受張松輝、曾新通等人毆傷倒地，且乙○○亦見甲○○等人到場，乃向甲○○求援，稱騎乘機車行經該處而遭張松輝毆打成傷人車倒地，甲○○遂與乙○○及「阿炮」、「小林」10 餘人，甲○○經乙○○指示確認毆打對象後，共同毆打張松輝、曾新通 2 人，渠等明知持該棍棒出手毆打張松輝、曾新通 2 人，致張松輝受有傷害而倒臥對向車道，曾新通受有左側外踝骨折、頭部外傷合併撕裂傷、左眼球破裂之傷害，甲○○等人見狀始駕車離去；後曾新通雖經送醫急救後，惟已因左眼眼球破裂、左眼視力仍無光覺，已達毀敗 1 目視能之重傷害程度。

判決認定理由：

本判決將原判決撤銷發回更審。

上訴人等行為時刑法第二十八條規定之共同正犯，除二人以上共同實施犯罪行為者外，尚須二人以上具有相互利用他方行為共同合力實施犯罪之意思聯絡，

始能成立共同正犯。

又按同謀共同正犯係以自己犯罪之意思而參與謀議，但推由其他共同正犯實施犯罪構成要件行為，而必須就其他共同正犯所實施之行為，在謀議之範圍內共同負責。

是同謀共同正犯自己並無分擔犯罪構成要件行為，若已分擔犯罪構成要件行為，則屬一般共同正犯。原判決於上引事實認定，乙○○指示甲○○及其他十餘人共同毆打被害人等情。如果屬實，似未認定乙○○係「實行正犯」，惟原判決理由說明：「甲○○、乙○○與該綽號『阿炮』、『小林』等十餘名之成年男子間，就前開毆打告訴人成傷，導致告訴人之一眼視力無光覺造成重傷害結果之行為，彼此間顯有共同實施上述傷害犯行之犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯」等語；似又認乙○○對傷害被害人部分，係共同參與，為傷害犯行之「實行正犯」；致事實之認定與理由之說明矛盾。且依原判決認定之事實及理由之說明，乙○○係臨時指示甲○○傷害被害人，嗣又經證人趙唯詠送中山醫院就醫（見原判決正本第十二頁）；則甲○○下手持棒棍毆打被害人時，乙○○是否在場共同實施傷害行為？倘不在現場，被害人致重傷之結果是否為乙○○所能預見？均非無疑。原判決未深入審究，判決自有違誤。

歷審裁判：

臺灣高等法院臺中分院 96 年上訴字 1187 號刑事判決

臺灣臺中地方法院 95 年訴字 2712 號刑事判決

最高法院 96 年台上字 7080 號刑事判決

### 【案例二】毒品加工案

判決：96 年台上字第 6959 號

判決認定事實：

甲○○明知MDMA（俗稱搖頭丸）係毒品危害防制條例第二條第二項第二款規定之第二級毒品，不得運輸、販賣或轉讓，且係行政院依懲治走私條例第二條第三項規定公告管制物品項目及其數額甲項第四款之管制進出口物品，未經許

可不得私運來臺，竟於九十三年三、四月間因姓名年籍不詳綽號「天哥」之成年男子之邀約並提議由「天哥」負責自海外運輸及私運第二級毒品MDMA粉末入境臺灣，而由甲○○負責接應取貨並尋找將MDMA粉末製成錠狀之廠商，所需費用及報酬則由「天哥」指示李志華負責提供。

甲○○乃與「天哥」、李志華共同基於運輸及私運第二級毒品MDMA進口之概括犯意聯絡，由甲○○、李志華使用行動電話對外聯絡，「天哥」購入毒品搖頭丸粉末包裝後，經瑞士寄送至臺灣，甲○○再前往取貨，並尋得不知情之林瑞祥代為將搖頭丸粉末壓製成錠，「天哥」另指示李志華交付新臺幣十萬元予甲○○，作為甲○○之報酬及加工製錠費用。甲○○將所收貨之搖頭丸粉末交付林瑞祥，將搖頭丸粉末製成錠狀搖頭丸，林瑞祥加工完成後，甲○○即給付林瑞祥三萬元之報酬，餘七萬元則留為己之報酬，甲○○並將一萬三千顆搖頭丸依「天哥」指示全數寄到高雄某處。

判決認定理由：

本判決將原判決撤銷發回更審。

共同正犯中之同謀犯，因其並未參與犯罪構成要件之實行，僅係以參與犯罪之謀議，為其應同負正犯刑責之要件，故就其參與謀議之事實，自須經嚴格之證明，始足據為斷罪之基礎。依原判決之事實認定，上訴人於走私罪構成要件之具體行為並未參與實行，欲論為共同正犯，應以其參與謀議，而與綽號「天哥」者有共同犯走私罪之意思聯絡為必要。

原判決論上訴人與綽號「天哥」者為私運管制物品進口之共同正犯，係以：「本件共犯（共同正犯）『天哥』自海外瑞士某處將毒品MDMA粉末以寄送方式入境至台灣地區，被告甲○○於取貨後並已實施國內之運送，雖第二批毒品未達其交付毒品目的地之台灣地區某處，即在林瑞祥工廠遭查獲，惟被告對於二次運輸第二級毒品MDMA之犯行，已然具有事前之犯意聯絡，及事中之行為分擔，縱被告並未親自攜帶第二級毒品MDMA回台，然既已起運，其運輸行為即告既遂，不因未達終極目的地而異，是以並不影響其運輸行為既遂之認定」等由，為其主要之論據。然查原判決上開論述，均祇在敘明上訴人知情而參與接運業經私運進口之走私物品（亦係第二級毒品）之犯行，仍無從憑以推論其與綽號「天哥」者之間，有共同私運管制物品進口之犯意聯絡。

歷審裁判：

臺灣高等法院 96 年上訴字 476 號刑事判決

臺灣桃園地方法院 94 年重訴字 52 號刑事判決

最高法院 96 年台上字 6959 號刑事判決

### 【案例三】拼裝車調包案

判決：96 年台上字第 5421 號

判決認定事實：

乙○○原係屏東縣警察局枋寮分局車禍處理小組員警，該小組並負責違規車輛吊扣及保管業務，係屬依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之人員。緣蔡榮坤前因駕駛未懸掛車牌之拼裝車（下稱 A 車），為該組主管郭增君依道路交通管理處罰條例攔查告發，並將 A 車移置所屬枋寮分局保管場加以掌管，郭增君並於 A 車以噴漆噴上編號，以與其他代保管車輛區別。

蔡榮坤於 A 車被查扣後旋即向時任屏東縣議員之甲○○請託，思以其所有另一輛老舊引擎易冒黑煙之拼裝車（下稱 B 車）予以瞞混調包 A 車。當日甲○○即商請乙○○協助，乙○○遂與甲○○共同基於非主管事務圖利之犯意，謀議調包事宜。利用主管郭增君休假之際，乙○○進入該保管場辦公室等待，再由甲○○電話通知蔡榮坤當晚駕駛 B 車，並事先以噴漆噴上與 A 車相同之上開編號，前往上開保管場找乙○○配合。

蔡榮坤接獲甲○○指示，於當晚與不知情之張文亮共駕 B 車前往，乙○○旋利用職權機會，引導蔡榮坤至該保管場將 A 車放行調包駛出，並由蔡榮坤責成張文亮將 B 車倒入原 A 車停放處權充為 A 車予以瞞混，使蔡榮坤能繼續使用 A 車，A 車時價約新臺幣 16 萬元，B 車時價約 6 萬元，蔡榮坤因此獲得差價約 10 萬元之利益。

判決認定理由：

本判決將原判決撤銷發回更審。

按二人以上以共同犯罪之意思，事前同謀，推由其中部分之人實行，其未參

與實行之共謀者，固為學說上所稱之共謀共同正犯，依司法院釋字第一〇九號解釋，仍成立共同正犯；且刑法第十六次之修正，除排除陰謀與預備之共同正犯外，其餘共謀共同正犯之成立並不受影響。

但同謀共同正犯，因其並未參與犯罪構成要件之實施行為，僅係以其參與犯罪之謀議為其犯罪構成要件之要素，須以嚴格之證據證明其參與謀議，此與一般參與分擔犯罪構成要件行為之共同正犯，對其事前有無參與犯罪之謀議，無須嚴格證據證明者不同，從而同謀共同正犯如何參與謀議及參與共同謀議之範圍如何，自應於判決之事實欄明白認定，並於理由內說明其所憑之證據及認定之理由，否則即有違誤。

原判決認定之事實，則以B車調包A車事宜，似由蔡榮坤與乙○○實施，甲○○並未參與犯罪構成要件之實施行為，甲○○似為同謀共同正犯。惟原判決理由欄一則謂：甲○○於本案確係擔任聯絡共謀之角色」；一則謂：「被告二人所為非主管事務圖利犯行，均屬實行犯罪行為之正犯；被告二人間有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯」等語。另認甲○○與乙○○均屬實行犯罪行為之共同正犯，並有行為分擔，將同謀共同正犯與實行共同正犯之觀念混淆，已有未合，且事實認定與理由說明互不一致，而有理由矛盾之違誤。

歷審裁判：

臺灣高等法院 高雄分院 96 年上訴字 333 號刑事判決

臺灣屏東地方法院 95 年訴字 181 號刑事判決

最高法院 96 年台上字 5421 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）象棋麻將案

張松輝、丁、庚、壬、乙等人，因象棋麻將之賭博而發生衝突；後張松輝於當日下午再與另一不詳姓名男子與曾新通，欲找乙、庚 2 人質問，適遇乙經過該址，張松輝與曾新通、及另 1 不詳姓名男子乃共同出手毆擊乙倒地。當日下午，甲亦因聽聞其父親丁遭張松輝欺負，遂夥同其友人綽號「阿炮」、「小林」之成年男子等 10 餘人，適見其父親丁之友人乙被毆傷倒地，甲遂與乙及「阿炮」、「小

林」10 餘人，經乙指示確認毆打對象後，共同毆打張松輝、曾新通 2 人，致張松輝受傷，曾新通受重傷。

### （二）毒品加工案

甲與「天哥」、李志華共同基於運輸及私運搖頭丸進口之概括犯意聯絡，由甲、李志華對外聯絡，「天哥」購入毒品搖頭丸粉末包裝後，甲再前往取貨，並尋得不知情之林瑞祥代為將搖頭丸粉末壓製成錠，「天哥」另指示李志華交付十萬元予甲，作為報酬及加工製錠費用。林瑞祥加工完成後，甲即給付林瑞祥三萬元之報酬，餘七萬元則留為己之報酬，甲並將一萬三千顆搖頭丸依「天哥」指示全數寄到高雄某處。

### （三）拼裝車調包案

蔡榮坤前因駕駛未懸掛車牌之 A 拼裝車，為該組主管郭增君告發，並將 A 車移置保管場並以噴漆噴上編號。蔡榮坤於 A 車被查扣後旋即向屏東縣議員甲請託，思以其所有另一輛老舊引擎易冒黑煙之 B 拼裝車予以瞞混調包 A 車。當日甲即與車禍處理小組員警乙謀議調包事宜。蔡榮坤接獲甲○○指示，於當晚與不知情之張文亮共駕 B 車前往，乙旋利用職權機會，引導蔡榮坤至該保管場將 A 車放行調包駛出，並由蔡榮坤責成張文亮將 B 車倒入原 A 車停放處權充為 A 車予以瞞混，蔡榮坤因此獲得差價約 10 萬元之利益。

## 三、判決論點整理

### （一）象棋麻將案

最高法院認為同謀共同正犯自己並無分擔犯罪構成要件行為，若已分擔犯罪構成要件行為，則屬一般共同正犯。原判決認定乙「指示」甲及其他十餘人共同毆打被害人，似未認定乙係「實行正犯」，惟原判決理由說明：「甲○○、乙○○... 為共同正犯」；又認乙對傷害被害人部分，為傷害犯行之「實行正犯」；致事實之認定與理由之說明矛盾。

### （二）毒品加工案

最高法院認為共同正犯中之同謀犯，因其並未參與犯罪構成要件之實行，僅

係以參與犯罪之謀議，為其應同負正犯刑責之要件，故就其參與謀議之事實，須經嚴格之證明。上訴人甲於走私罪構成要件之具體行為並未參與實行，欲論為共同正犯，應以其參與謀議，而與綽號「天哥」者有共同犯走私罪之意思聯絡為必要。

### （三）拼裝車調包案

最高法院認為共謀共同正犯，依司法院釋字第一〇九號解釋，仍成立共同正犯；且刑法第十六次之修正，除排除陰謀與預備之共同正犯外，其餘共謀共同正犯之成立並不受影響。同謀共同正犯如何參與謀議及參與共同謀議之範圍如何，自應於判決之事實欄明白認定，並於理由內說明其所憑之證據及認定之理由。B車調包A車事宜，似由蔡榮坤與乙實施，甲並未參與犯罪構成要件之實行行為，甲似為同謀共同正犯。惟原判決理由認為「甲於本案確係擔任聯絡共謀之角色」；一則謂：「甲乙二人間有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯」，將同謀共同正犯與實行共同正犯之觀念混淆，已有未合，且事實認定與理由說明互不一致，而有理由矛盾之違誤。

## 四、基本定義以及問題之提出

最高法院相關判決認為共謀共同正犯之成立必以曾參與共謀者未參與構成要件行為為必要，並論及釋字第109號解釋及新刑法第28條修正理由均未排除共謀共同正犯之處罰，此涉及下述問題：

（一）共謀共同正犯之成立要件為何？共謀者若參與構成要件以外之行為是否仍成立共謀共同正犯？

（二）共謀共同正犯的類型有哪些？外國實務見解如日本實務見解與我國實務見解認定之共謀共同正犯類型是否有差異？

（三）共謀共同正犯與學理上之犯罪支配理論是否能互相契合？

（四）新刑法28條將「實施」改為「實行」是否影響共謀共同正犯之成立？

## 五、進階閱讀

- 1、許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，臺灣本土法學雜誌，第64期，2005年2月，頁103-119。
- 2、蔡彩貞，淺論刑法關於「共犯」之修正，司法周刊，第1230期，2005年4

月，頁 3。

- 3、林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 158-172。
- 4、許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月，頁 39-48。
- 5、劉幸義，刑法修正草案「共犯」章之評析--第二八、二九、三〇條之邏輯結構分析，臺灣本土法學雜誌，第 46 期，2003 年 5 月，頁 99-107。
- 6、甘添貴，共同正犯之客觀行為，月旦法學雜誌，第 12 期，1996 年 4 月，頁 50-51。
- 7、甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌，第 11 期，1996 年 3 月，頁 41-42。
- 8、蔡墩銘，加重結果犯與共同正犯，臺灣本土法學雜誌，第 40 期，2002 年 11 月，頁 141-143。

## 伍、共同正犯過剩責任

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】珠寶大盜案

判決：96 年台上字第 7364 號

判決認定事實：

甲○○獲悉周瑋峰與陳玉卿經營的「世紀名錶、珠寶交流店」平常均在晚上九時三十分打烊，且離開時即會將設於店外之監視錄影設備關閉，並常將店內珠寶放在黑色手提袋內，帶回家中盤點等情，遂萌歹念起意強盜，甲○○告知張裕宗及李治澄上開情形，而提議強盜周瑋峰及陳玉卿之珠寶，並告以詳細計畫，同時表示因其年紀較大，且又認識周瑋峰及陳玉卿，所以不方便現身，須由張裕宗等人下手強盜，而作案所需之玩具槍，則由李治澄負責等情，數日後，張裕宗及李治澄決定參與強盜周瑋峰及陳玉卿之計畫，惟因李治澄無法找到玩具槍，乃決定由甲○○提供玩具槍。

而張裕宗、李治澄邀丁○○、乙○○、「阿哲」共同參與；甲○○遂與張裕宗、李治澄、乙○○、丁○○及「阿哲」等人共同基於強盜之犯意聯絡，由李治澄駕駛該自小客車前往「世紀名錶、珠寶交流店」，由張裕宗分配工作，即丁○○與張裕宗留在車上負責接應，李治澄持甲○○所提供之玩具槍，「阿哲」則將其自備之電擊棒一支交給乙○○，由李治澄、乙○○及「阿哲」下手實施。

於同日晚上，「世紀名錶、珠寶交流店」打烊，周瑋峰將鐵門拉下，將裝約有名錶、鑽戒及現金之黑色手提袋放置於小客車後行李箱內，尚未及將車門關上，李治澄、乙○○、「阿哲」立即上前，由李治澄持玩具槍指著周瑋峰之太陽穴，並喝令：「不要講話，後車廂打開」；乙○○則以電擊棒抵住陳玉卿之右肩，而分別以強暴、脅迫之方式，至使陳玉卿及周瑋峰均不能抗拒後，乙○○即拿走陳玉卿之皮包，而因周瑋峰並未立即依照李治澄之指示打開後行李箱，李治澄乃恫嚇

稱：「你再裝瘋，我就開槍」，惟此際「阿哲」已至周瑋峰所駕之自小客車後方，以不詳方法打開後行李箱後，取走周瑋峰放置名錶等物之黑色塑膠手提袋，並告知李治澄及乙○○珠寶已到手，李治澄、乙○○及「阿哲」即跑回丁○○、張裕宗接應之自小客車後逃逸。

判決認定理由：

原判決撤銷發回更審。

（一）上訴人與張裕宗、李治澄共謀強盜之犯罪計畫，係以玩具槍做為行搶之犯罪工具，且僅參與共謀，而未參與實行。嗣後共同被告張釗銘雖以「阿哲」交付之電擊棒，對被害人陳玉卿施以強暴脅迫之方式，致使不能抗拒而取走陳玉卿之皮包，惟以此種客觀上足以對人之生命、身體、安全造成危險，而屬兇器之電擊棒做為強盜之工具，並非上訴人原本共謀犯罪計畫內容所涵蓋。且原判決既認定本案之玩具槍基於無法判斷而本諸罪疑唯輕原則，應認非屬兇器，則上訴人僅與其他共同正犯共謀以非屬兇器之玩具槍為強盜之犯罪工具，其餘共同正犯於犯罪當時使用係屬兇器之電擊棒為強盜行為，是否已超越上訴人與其他共同正犯之犯意聯絡範圍，而非上訴人事先所能預見，此與上訴人所為該當普通強盜，或加重強盜罪之法律適用判斷攸關，原審未加調查釐清，遽認上訴人與其他共犯六人持兇器電擊棒強盜行為，係犯刑法第三百二十八條第一項之強盜罪而有同法第三二十一條第一項第三款攜帶兇器之情形，應成立同法第三百三十條第一項之攜帶兇器強盜罪之共同正犯。

（二）原審既認定上訴人僅參與共謀，而未參與實行，又於理由內說明「上訴人與共犯游鎮崑、李治澄、張釗銘、張裕宗及阿哲等人間具有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯」；無異又認上訴人亦為參與實行之共同正犯，將共謀共同正犯與實行共同正犯之觀念混淆，不惟適用法則不當，復有理由矛盾之可議。

歷審裁判：

臺灣高等法院 臺中分院 96 年上訴字 1733 號刑事判決

臺灣臺中地方法院 96 年訴字 886 號刑事判決

最高法院 96 年台上字 7364 號刑事判決

臺灣高等法院 臺中分院 96 年上訴字 1733 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 珠寶大盜案

甲獲悉「世紀名錶珠寶交流店」打烊的情形，甲告知張裕宗及李治澄上開情形，而提議強盜周瑋峰及陳玉卿之珠寶，並告以詳細計畫，同時表示不方便現身，須由張裕宗等人下手強盜，由甲提供玩具槍。

後甲與張裕宗、李治澄、乙、丁及「阿哲」等人共同基於強盜之犯意聯絡，由李治澄開車，由張裕宗分配工作，即丁與張裕宗留在車上負責接應，李治澄持玩具槍指著店主，乙則以阿哲提供之電擊棒抵住店主太太，且拿走其皮包，「阿哲」打開後行李箱後，取走周瑋峰放置名錶等物之黑色塑膠手提袋，三人即跑回丁、張裕宗接應之自小客車後逃逸。

## 三、判決論點整理

### (一) 珠寶大盜案

上訴人甲共謀強盜之犯罪計畫，係以玩具槍做為行搶之犯罪工具，且僅參與共謀，而未參與實行。嗣後共同被告張釗銘雖以「阿哲」交付之電擊棒，對被害人施以強暴脅迫拒而取走其皮包，惟以此種屬兇器之電擊棒做為強盜之工具，並非上訴人原本共謀犯罪計畫內容所涵蓋。原判決認定本案之玩具槍因罪疑惟輕非屬兇器，則上訴人僅與其他共同正犯共謀以非屬兇器之玩具槍為強盜之犯罪工具，其餘共同正犯於犯罪當時使用係屬兇器之電擊棒為強盜行為，是否已超越上訴人與其他共同正犯之犯意聯絡範圍，此與上訴人所為該當普通強盜，或加重強盜罪之法律適用判斷攸關，原審應調查釐清。

## 四、基本定義以及問題之提出

- (一) 共同正犯連帶責任的範圍為何？
- (二) 何認定共同正犯之過剩責任（或稱共同正犯之逾越）
- (三) 共同正犯過剩責任類型有哪些？共同正犯其中一人發生錯誤是否亦可援用過剩責任加以解決？

## 五、進階閱讀

第七單元：正犯與共犯

- 1、許澤天，對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，臺灣本土法學雜誌，第 64 期，2005 年 2 月，頁 103-119。
- 2、蔡彩貞，淺論刑法關於「共犯」之修正，司法周刊，第 1230 期，2005 年 4 月，頁 3。
- 3、林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 158-172。
- 4、許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月，頁 39-48。
- 5、甘添貴，共同正犯之客觀行為，月旦法學雜誌，第 12 期，1996 年 4 月，頁 50-51。
- 6、甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌，第 11 期，1996 年 3 月，頁 41-42。

## 陸、間接正犯

### 一、單元案例

### 二、簡化所涉犯罪事實

### 三、判決論點整理

### 四、基本定義以及問題之提出

### 五、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】人頭買車案

判決：95 年台上字第 3918 號

判決認定事實：

黃○○在七和公司擔任銷售顧問，負責汽車銷售及與所承辦客戶訂約、對保等業務，熟知該公司分期付款購車審核之流程，其因於八十四年三月三十一日經列為拒絕往來戶，若以其名義為汽車附條件買賣之申請人，恐遭該公司拒絕，乃透過林○○找來杭一帆，由杭一帆提供其戶口名簿及其不知情之父杭雲河之地價稅繳款書及房屋稅繳款書等影本，林○○則提供不知情之黃正治國民身份證，由杭一帆擔任申購人，未經杭雲河、黃正治之同意，由黃○○先於刻印店偽刻杭雲河、黃正治之印章各一顆，由林○○假冒杭雲河及黃正治名義，於車牌號碼D I 一七八五五號自小客車分期付款購車申請書、附條件買賣契約書、授權書上連帶保證人欄處及空白本票發票人處，偽填杭雲河及黃正治之簽名，由黃○○蓋用偽刻之杭雲河及黃正治之印章於其上（本票未填載發票日、到期日、金額），偽以杭雲河及黃正治名義擔任該附條件買賣契約之連帶保證人。

林○○、黃○○以同一手法，由林○○於車牌號碼D I 一七八五三號自小客車申請人為陳純金之分期付款購車申請書、附條件買賣契約書、授權書上之連帶保證人欄處及空白本票上發票人處偽填杭雲河之簽名（亦未填載發票日、到期日、金額），由黃○○蓋用偽刻之杭雲河印章於其上，再由黃○○持上開兩筆附條件買賣契約書等資料向七和公司同時辦理附條件買賣手續，經七和公司法務課主任明利華徵信審核後，即交由黃○○負責簽約及對保，黃○○即在上開二部車輛之附條件買賣契約書及授權書上簽名蓋章作連帶保證人，以完成不實之對保程序，使七和

公司陷認為對保程序無誤而售與車輛。

杭一帆、黃○○、林○○於取得車牌號碼D I 一七八五五號自用小客車後，即交由黃○○使用，並共同前往「和泰當舖」，使游清印不疑有他，而陷於錯誤，交付十萬元與杭一帆並同意其繼續使用該車，杭一帆取得十萬元後，即從中拿取二萬元作為林○○應允其擔任汽車申購人之代價，餘款即交與林○○花用。

判決認定理由：

本判決將原判決關於黃○○、林○○部分撤銷，發回更審。

按意欲犯罪之人，不親自實施犯罪行為，而利用不知情或無刑事責任能力之人或動物，以實施其所意欲之犯罪行為者，仍應負正犯之刑事責任（學理上稱為**間接正犯**）。行為人雖僅實施犯罪行為之一部，而未完成其犯罪行為，但若其利用不知情之第三人接續實施以完成其所意欲之犯罪行為者，亦屬間接正犯，自應就其自己及該不知情之第三人所實施之全部犯罪行為負正犯之刑事責任。

原判決認定上訴人等雖在其附表編號一所示之空白本票發票人欄偽造杭雲河、黃正治之簽名及印文，並在其附表編號二所示之空白本票發票人欄偽造杭雲河之簽名及印文，而偽造杭雲河、黃正治為上述本票之共同發票人，但並未在該等本票上填載發票日、到期日及金額，該等本票尚非有效之票據，因認上訴人等所為僅成立偽造私文書罪，而不構成偽造有價證券罪。惟查上訴人等雖未親自在前揭本票上填載日期及金額，但渠等另行偽造杭雲河、黃正治名義之授權書，授權七和公司得視事實需要，隨時自行在上述已偽造發票人杭雲河、黃正治簽名及印文之空白本票填載到期日及金額，以行使票據上之權利；而該二紙本票事後亦已被填妥發票日、到期日及金額，而完成全部發票行為。上訴人等雖未親自偽造完成上揭本票，但渠等偽冒杭雲河、黃正治之名義授權不知情之七和公司在該等空白本票上填載日期及金額使用，似應成立偽造有價證券罪之間接正犯。原審未詳酌上情，遽認上訴人等此部分所為僅成立偽造私文書罪，而不構成偽造有價證券罪，不免速斷。

歷審裁判：

最高法院 95 年台上字 3918 號刑事判決

臺灣高等法院 91 年上訴字 2027 號刑事判決

## 【案例二】騙父詐財案

判決：94 年台上字第 6403 號

判決認定事實：

上訴人許○○明知其父許○○心智狀況已達心神喪失之程度，並經法院裁定宣告為禁治產人確定。詎上訴人因其先前於八十六年五月五日經許○○同意，以許○○所有九筆土地，持向台中區中小企業銀行設定抵押借款，設定金額為新台幣一千三百五十萬元，並借款九百八十萬元，其借款要延長借款期限續借，竟利用其父許○○於心神喪失不能明瞭借款意義之情況下，基於偽造文書之犯意，使無能力表示是否續借款意思之許○○，在○○商業銀行埔鹽分行所提供之借據上之借款人欄簽下「許○○」署押一枚及印文四枚，使不知情之○○商業銀行埔鹽分行同意續借九百八十萬元，並由上訴人續擔任連帶保證人，以清償上述舊借款債務，而偽造該許○○名義為借款人之借據，足以生損害於許○○及○○商業銀行等情。

判決認定理由：

本判決將原判決撤銷發回更審。

間接正犯乃以自己犯罪之意思，利用無責任能力、無犯罪意思或他人欠缺違法性之行為者，實現犯罪事實之謂。其被利用者須有意思能力，如係支配無意思能力者之舉動，以遂行其犯罪，則為親自犯罪，屬單獨正犯，而非間接正犯。本件原判決認定上訴人使其父即心智狀況已達心神喪失程度並經法院裁定宣告為禁治產之許○○在借據上借款人欄下簽下「許○○」署押一枚及蓋上印文四枚，用以偽造許○○為借款人之借據等情，如果無訛，則許○○已係被害人，上訴人支配無意思能力之許○○在借據上為簽名、蓋印時，許○○並不知其所為為何事，故上訴人乃係盜用署押、印文用以偽造借據之偽造私文書之單獨正犯，原判決認上訴人係間接正犯，其適用法則顯有不當。

歷審裁判：

臺灣高等法院臺中分院 91 年上訴字 1758 號刑事判決

臺灣彰化地方法院 91 年訴字 679 號刑事判決

最高法院 94 年台上字 6403 號刑事判決

臺灣高等法院 臺中分院 94 年上更(一)字 398 號刑事判決

### 【案例三】會計斂財案

判決：89 年台上字第 5772 號

判決認定事實：

上訴人陳柏吟原係海捷公司之會計，竟意圖為自己不法之所有，並基於概括之犯意，連續多次在海捷公司內利用職務上經手該公司轉帳傳票及應收帳款之機會，將轉帳傳票毀棄，盜蓋該公司李素惠、同年五月十四日起盜蓋該公司陳麗婷之職章於其自行制作，且將應收帳款以多報少之虛偽轉帳傳票上之製單欄，再盜蓋公司出納黃育君之印章或令不知情之黃育君蓋章，將該以明知為不實之事項，所填製之會計憑證轉帳傳票，轉交予該公司之經理，用以侵占各該日其所短報之應收帳款及客戶支票，前後共侵占該公司新台幣一千三百零五萬二千四百十六元。又明知其僅為海捷公司之會計，竟為圖申請信用卡及有較高之信用融資額度，在海捷公司內填製內容不實（提高年薪額）之海捷公司應發給上訴人之八十年度各類所得扣繳暨免扣繳憑單，並於扣繳單位以及扣繳義務人蓋欄上盜蓋海捷公司之印鑑及負責人蔡榮建之印章，足以生損害於海捷公司、蔡榮建及稅捐機關核課稅收之正確性。旋於同年月中旬左右，前往台灣美國運通國際股份有限公司，向該公司申請運通卡使用。

判決認定理由：

本判決將原判決撤銷發回更審。

所謂間接正犯，乃指利用無責任能力人，或無犯罪意思之人實施犯罪行為之謂。本件上訴人苟未盜蓋海捷公司出納黃育君之印章，而係使不知情之黃育君自行蓋章，即無偽造黃育君名義制作之文書可言，就此而言，上訴人並非利用無犯罪意思之黃育君實施偽造私文書之犯罪行為。乃原判決理由謂上訴人利用不知情之黃育君蓋用印章部分，係屬間接正犯云云，其法則之適用尚難謂當。

歷審裁判：

台灣高等法院 86 年上更(二)字第 359 號

最高法院 89 年台上字 5772 號刑事判決

#### 【案例四】木雕運毒案

判決：86 年台覆字第 79 號

判決認定事實：

被告方立力經竟與「何國強」共同基於私運管制物品海洛因進口販賣之犯意，為方便自國外私運管制物品海洛因進口販賣並避免被查獲，由自稱「何國強」者，以拾獲之周明光身分證，並偽造「銘光企業社」印章一枚、銘光企業行印章二枚及周明光印章一枚，委託一不知情不詳姓名之人，將上開印章交由不知情之黃素靜代為辦理營利事業登記，向高雄市政府申請設立銘光企業社，虛設「銘光企業社」之行號，並由高雄市政府建設局發給營利事業登記證，足以生損害於周明光及高雄市政府建設局對營利事業登記審核之正確性。

且被告因詐欺案被通緝，為方便其出入國境前往泰國接洽私運管制物品海洛因進口販賣事宜，竟於八十年三、四月間向其胞弟方立芬誣稱將帶其出國，而取得方立芬之身分證，但被告卻使用其本人之照片向外交部申請方立芬名義，上貼被告照片之護照，再向入出境管理局申請出境，且多次冒方立芬名義持上開護照出入國境，明知不實之事項使承辦之外交部公務員及入出境管理局公務員登載於彼等承辦之公文書上，足以生損害於方立芬、外交部對護照核發之管理及入出境管理局對入出境之管理。

八十二年五月二十六日，被告持上開護照由桃園中正國際機場經香港轉赴泰國清邁與泰國籍人「尹力」接洽私運管制物品毒品海洛因進口販賣事宜，並於確定毒品海洛因已裝箱後，始於高雄國際機場入境。被告即以「胡文杰」之名義，以電話通知汎盟公司報關部主任卓慧真，表示將有貨物運抵中正機場，隨即依計劃以進口木雕製品為掩護，且利用不知情之泰國航空公司TG六一八號班機，自泰國私運管制物品雙獅地球牌海洛因五十塊來台，並將上開海洛因藏置於本雕製品內，而於貨物運抵中正機場台北航空貨運站後，隨即由不知情之汎盟公司以銘

光企業行之名義向財政部台北關稅局進口組投單報關，明知不實之事項，使海關承辦人員登載於貨物通關之公文書上。

判決認定理由：

本判決將原判決撤銷發回更審。

間接正犯乃指犯罪行為人不躬自實行犯罪行為，而利用無責任能力之人、不負責任之人、或他人之職務上、業務上之行為，以實施自己所欲之犯罪行為而言。法人既無犯罪能力，則間接正犯其被利用之人自以自然人為限。原判決理由謂被告利用「汎盟公司」及「泰國航空公司」為偽造文書及走私運輸毒品之犯罪行為，為間接正犯，即有可議。

歷審裁判：

台灣高等法院 85 年上重訴字第 82 號

最高法院 86 年台覆字第 79 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 人頭買車案

黃○○在七和公司擔任銷售顧問，由杭一帆提供其戶口名簿及其不知情之父杭雲河之地價稅繳款書及房屋稅繳款書等本，林○○則提供不知情之黃正治國民身份證，由杭一帆擔任申購人，未經杭雲河、黃正治之同意，假冒杭雲河及黃正治名義提供其資料、偽填杭雲河及黃正治之簽名購買 A 車，由黃○○蓋用偽刻之杭雲河及黃正治之印章於本票上（本票未填載發票日、到期日、金額）。又以同一手法購買 B 車、空白本票上發票人處偽填杭雲河之簽名（亦未填載發票日、到期日、金額），再由黃○○向七和公司同時辦理附條件買賣手續，使七和公司陷認為對保程序無誤而售與車輛。杭一帆、黃○○、林○○取得 A 車後共同前往「和泰當舖」，使游清印不疑有他，交付十萬元與杭一帆並同意其繼續使用該車。

### (二) 騙父詐財案

上訴人許○○明知其父許○○已達心神喪失，並經法院裁定宣告為禁治產人確

定。上訴人竟利用其父許○○於心神喪失不能明瞭借款意義之情況下，基於偽造文書之犯意，使無能力表示是否續借款意思之許○○在○○商業銀行借據上之借款人欄簽下「許○○」署押一枚及印文四枚，使不知情之銀行同意續借九百八十萬元，並由上訴人續擔任連帶保證人。

### （三）會計斂財案

上訴人陳柏吟原係海捷公司之會計，連續多次在海捷公司內利用職務上經手該公司轉帳傳票及應收帳款之機會，將轉帳傳票毀棄，盜蓋該公司李素惠、陳麗婷之職章於其自行制作，且以多報少之虛偽轉帳傳票上，再盜蓋公司出納黃育君之印章或令不知情之黃育君蓋章，用以侵占各該日其所短報之應收帳款及客戶支票。又在海捷公司內填製內容不實（提高年薪額）之所得扣繳暨免扣繳憑單，並於扣繳單位以及扣繳義務人蓋欄上盜蓋海捷公司之印鑑及負責人蔡榮建之印章，前往美國運通公司申請運通卡使用。

### （四）木雕運毒案

被告方立力經與「何國強」共同基於私運管制物品海洛因進口販賣之犯意，偽造「銘光企業社」印章及他人印章辦理營利事業登記，向高雄市政府申請設立銘光企業社，虛設「銘光企業社」之行號，然後被告取得方立芬之身分證後使用自己的照片向外交部申請方立芬名義之護照，多次冒方立芬名義持上開護照出入國境。之後被告為從泰國私運海洛因進口，即以「胡文杰」之名義，將海洛因藏置於本雕製品內，利用不知情之泰國航空公司班機，自泰國私運來台，於貨物運抵中正機場台北航空貨運站後，隨即由不知情之汎盟公司以銘光企業行之名義向財政部台北關稅局進口組投單報關。

## 三、判決論點整理

### （一）人頭買車案

最高法院認為行為人不親自實施犯罪行為，而利用不知情或無刑事責任能力之人或動物，以實施其所意欲之犯罪行為者，為間接正犯。原判決認定上訴人等雖在空白本票發票人欄偽造杭雲河、黃正治之簽名及印文，但並未在該等本票上填載發票日、到期日及金額，該等本票尚非有效之票據，因認上訴人等所為僅成立偽造私文書罪，而不構成偽造有價證券罪。但上訴人等已另行偽造杭雲河、黃

正治名義之授權書，授權七和公司得視事實需要，隨時自行在上述已偽造發票人杭雲河、黃正治簽名及印文之空白本票填載到期日及金額，以行使票據上之權利；而該二紙本票事後亦已被填妥發票日、到期日及金額，而完成全部發票行為，上訴人應成立偽造有價證券罪之間接正犯。

#### （二）騙父詐財案

最高法院認為間接正犯的被利用者須有意思能力，如係支配無意思能力者，則為親自犯罪，屬單獨正犯。上訴人使其父即無意思能力之許○○在借據上為簽名、蓋印時，許○○並不知其所為為何事，故上訴人乃係盜用署押、印文用以偽造借據之偽造私文書之單獨正犯。

#### （三）會計斂財案

最高法院認為間接正犯，乃指利用無責任能力人，或無犯罪意思之人實施犯罪行為。本件上訴人若是使不知情之黃育君自行蓋章，即無偽造黃育君名義制作之文書可言，就此而言，上訴人並非利用無犯罪意思之黃育君實施偽造私文書之犯罪行為，並不構成偽造文書之間接正犯。

#### （四）木雕運毒案

最高法院認為法人既無犯罪能力，則間接正犯其被利用之人自以自然人為限。原判決理由謂被告利用「汎盟公司」及「泰國航空公司」為偽造文書及走私運輸毒品之犯罪行為，為間接正犯，即有可議。

### 四、基本定義以及問題之提出

在本單元所選取的判決中，最高法院多次對間接正犯成立要件作出見解，基本上大部分是針對被利用人是否須有意思能力之要件作說明。惟相較於其他最高法院實務判決已採取功能性犯罪支配的看法，顯然最高法院在間接正犯部分並未以學理上間接正犯須具備之意思支配為論述。因此本主題涉及以下問題：

（一）間接正犯與直接正犯之區別及其類型？

（二）成立間接正犯之要件為何？是否必須以被利用人無意思能力為必要？

（三）「正犯後正犯」此種學理上間接正犯類型是否有存在必要？依我國實務見解是否有成立此種間接正犯之可能？

## 五、進階閱讀

- 1、 陳志輝，間接正犯與被利用人之禁止錯誤，月旦法學教室，第 35 期，2005 年 9 月，頁 18-19。
- 2、 陳志輝，慷他人之慨-竊盜的間接正犯，月旦法學教室，第 33 期，2005 年 7 月，頁 26-27。
- 3、 黃惠婷，間接正犯之「著手」，月旦法學教室，第 24 期，2004 年 10 月，頁 16-17。

## 柒、教唆犯

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】賭博生事案

判決：96 年度台上字第 5481 號

判決認定事實：

甲○○在臺北縣三重市○○路○段五十一號一樓，與在場賭博之賭客黃定遠、胡中和等人因賭博糾紛發生爭執，遭黃定遠出手毆打，雙方不歡而散，致生憤恨，意圖報復，竟萌生殺害黃定遠及胡中和之犯意，然因與被害人熟識，不便出面，竟教唆與此糾紛無涉之友人李國華夥同不詳姓名年籍之成年男子（其中部分為全民計程車司機）十餘人共同前往殺害胡中和及黃定遠，李國華等十餘人即分持鋸棒、鐵條、刀械等兇器，前往胡中和所開設之便利商店及隔鄰六十一號一樓黃定遠住處砍殺渠二人，惟李國華等一行人至商店門口恰見黃定遠自便利商店走出，其中走在前之六人持棍棒即先朝黃定遠毆打，黃定遠向店右方其住處同段六十一號之方向逃跑，其他持有刀械者亦跟著追砍黃定遠之頭、背、腳部。

迨黃定遠不支倒地，適原在店裡後方之胡中和、楊錫裕因聽聞異聲，見門口之黃定遠遭砍殺，即走出便利商店，趨前察看，李國華等十餘人見胡中和前來，即轉而欲砍殺胡中和，然因行凶者有人誤認與胡中和同來之楊錫裕亦係同夥，於胡中和、楊錫裕見狀，分頭逃避時，李國華等十餘人亦分頭追砍。

楊錫裕因閃避得宜，僅受右臂橈骨骨折及多條肌腱斷裂之傷害，嗣並順利逃離現場。胡中和卻遭李國華等人一路往頭、手部猛力追砍多刀，及至不支倒地，李國華等人始一哄而散。黃定遠遭砍殺倒地後，經就醫急救後倖免於難；胡中和則經送往臺北市馬偕紀念醫院急救，因受有頭部外傷併顱骨骨折併硬腦膜下出血及左尺骨骨折，於翌日轉送淡水馬偕紀念醫院治療，仍因多發性鈍器傷致腦死併發菌血症導致死亡。

判決認定理由：

原判決對上訴人甲○○論以教唆殺人罪。

本判決將原判決撤銷發回更審。

按教唆犯之成立係以行為人基於教唆他人犯罪之故意，而教唆本無犯意或犯意未確定之他人犯罪，致使他人產生犯罪決意而實行犯罪；又同謀共同正犯則係以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而推由其中部分之人實行犯罪；是教唆犯與同謀共同正犯均未下手實行犯罪行為，其區別在於教唆犯係教唆原無犯罪意思或犯意未確定之人犯罪，同謀共同正犯則以自己共同犯罪之意思，事先同謀而推由其中一部分人實行犯罪行為，其未下手實行之人亦論以同謀共同正犯。故對於教唆犯如何基於教唆他人犯罪之故意，而教唆之對象係本未決意犯罪之人之要件，自應於判決之事實欄詳予認定，且於理由內說明其判斷之依據及認定之理由，始稱適法。

原判決事實僅謂李國華「與此糾紛無涉」，並未明白認定李國華等係原無殺人決意之人，且就李國華「與此糾紛無涉」，即當然無殺人決意一節，未在判決內敘明其認定之理由，判決已嫌理由不備。復查李國華倘與上訴人無共同殺人之犯意聯絡，則其受上訴人唆使後，究竟係出於如何之動機而決意殺死胡中和及黃定遠二人？且依原判決認定之事實及卷內資料，上訴人意圖報復而萌生殺人之故意，則上訴人指點李國華殺人對象，而與李國華等人交流意見，則究竟係以自己犯罪之意思與李國華共同謀議殺人？抑或是單純教唆犯？凡此，均與上訴人究竟係與李國華共犯抑或是單純教唆李國華犯罪至有關係。原判決未究明釐清，遽認上訴人係教唆犯，自有違誤，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

歷審裁判：

最高法院 96 年度台上字第 5481 號刑事判決

台灣高等法院高雄分院 96 年度重上更(三)字第 77 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 賭博生事案

甲在賭場與黃定遠、胡中和發生爭執，萌生殺害黃定遠及胡中和之犯意，然因與被害人熟識，不便出面，竟教唆與此糾紛無涉之友人李國華夥同十餘人共同前往殺害胡中和及黃定遠，黃定遠遭砍殺不支倒地，適原在店裡後方之胡中和、楊錫裕因聽聞異聲，李國華等十餘人見胡中和前來，即轉而欲砍殺胡中和，然因行凶者有人誤認與胡中和同來之楊錫裕亦係同夥，分頭追砍，楊錫裕因閃避得宜，僅受輕傷。胡中和卻猛力追砍多刀，及至不支倒地傷重死亡。

### 三、判決論點整理

#### (一) 賭博生事案

最高法院認為教唆犯與同謀共同正犯之區別是，雖均未下手實行犯罪行為，教唆犯係教唆原無犯罪意思或犯意未確定之人犯罪，同謀共同正犯則以自己共同犯罪之意思，事先同謀而推由其中一部分人實行犯罪行為，其未下手實行之人亦論以同謀共同正犯。故對於教唆犯如何基於教唆他人犯罪之故意，而**教唆之對象係本未決意犯罪之人**之要件，自應於判決之事實欄詳予認定，且於理由內說明其判斷之依據及認定之理由。原判決事實僅謂李國華「與此糾紛無涉」，並未明白認定李國華等係原無殺人決意之人，且就李國華「與此糾紛無涉」，即當然無殺人決意一節，未在判決內敘明其認定之理由。

### 四、基本定義以及問題之提出

依學說通說「功能性犯罪支配」而言，只要具有彼此利用他人行為、互相補充的犯意和行為，就可構成共同正犯，而共謀共同正犯也應回歸到犯罪支配理論來處理，而沒有共謀共同正犯此一概念存在的必要。所以教唆犯和共同正犯的區別應該是，如果具備「功能性的犯罪支配」，就可成立共同正犯，而無功能性犯罪支配者，在符合教唆犯要件的情況之下，才可以成立教唆犯；而所謂教唆犯的要件就是主觀上有教唆故意（雙重故意），客觀上有教唆行為，也就是要讓本無犯意或犯意不堅者形成犯意，而若是對於以決意犯罪之人，頂多只能構成精神幫助犯。

### 五、進階閱讀

- 1、黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，臺灣本土法學雜誌，21期，2001年4月，頁1-24。

- 2、 徐育安，教唆犯(1)--教唆犯之客觀要件，法學講座，12期，2002年12月，頁44-53。
- 3、 徐育安，教唆犯(2)--教唆犯之主觀要件，法學講座，13期，2003年月，頁45-55。
- 4、 王皇玉，教唆與客體錯誤，臺灣本土法學雜誌，92期，2007年03月，頁162-167。
- 5、 黃惠婷，教唆既遂、教唆未遂或未遂教唆，臺灣本土法學雜誌，96期，2007年7月，頁202-207。
- 6、 甘添貴，教唆犯之立法原則，月旦法學雜誌，第5期，1995年9月，頁54-55。
- 7、 甘添貴，教唆、幫助與煽惑之分際，月旦法學雜誌，第8期，1995年12月，頁52-53。
- 8、 張麗卿，文學與法律案例系列(7)--金庸小說的恩怨情仇：間接正犯或教唆，法學講座，第28期，2004年7月，頁86-92。

## 捌、幫助犯

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】分工賣毒案

判決：96 年度台上字第 7010 號

判決認定事實：

甲○○、乙○○、丙○○均明知海洛因及甲基安非他命不得販賣、運輸及持有，甲○○、乙○○竟與真實姓名不詳綽號「打鐵」之成年男子共同基於販賣毒品營利之犯意聯絡，於「四海一家旅社」213 號房，協議每人各出資新台幣 4 萬元交由「打鐵」向不詳姓名者販入第一級毒品海洛因約 3 錢、第二級毒品甲基安非他命約 3 兩後，即由「打鐵」與購毒之人聯繫，決定販賣毒品數量、價錢、時間、地點，旋由「打鐵」或甲○○以甲○○所有之行動電話與乙○○所有之行動電話聯絡，並持海洛因、甲基安非他命交予乙○○，推由乙○○駕駛自用小客車攜帶海洛因、甲基安非他命，前往約定之地點交付毒品予買主，以此方式接續共同販賣甲基安非他命及海洛因，其犯行如下：

先由乙○○以 4,500 元、3,000 元之代價，出售 2 包甲基安非他命綽號「東港南仔」之成年男子。再由乙○○在不詳地點，以 28,500 元之代價，出售 1 兩及 1 包重量不詳之甲基安非他命予綽號「依齡」之成年人。

之後綽號「阿國」之成年人與「打鐵」約定在高某處交易海洛因後，「打鐵」分別以簡訊及電話通知甲○○「阿國」欲購買 4 分之 1 錢之海洛因，甲○○旋以電話指示乙○○、丙○○至「四海一家旅社」213 號房內拿取海洛因，以便運送至前開約定地點販賣予「阿國」，丙○○即基於幫助販賣海洛因之犯意，與乙○○依甲○○之指示返回「四海一家旅社」，由乙○○至前揭旅社 213 號房內向甲○○拿取海洛因 1 小包，丙○○則在車內等待，準備共同駕車前往高雄市○○○○路某處地點與「阿國」交易。嗣於同日 11 時許，乙○○取得上開海洛因下樓時，即為埋伏在「四海

一家旅社」前之警察逮獲，丙○○幫助販賣海洛因予「阿國」之犯行因而未得逞。

判決認定理由：

原判決認乙○○、甲○○成立毒品危害防制條例第 4 條販賣第一級毒品之共同正犯，丙○○則為幫助犯。

本判決將原判決撤銷發回更審。

刑法上之幫助犯，係指以幫助他人犯罪之意思，對於正犯資以助力，而未參與實行犯罪之行為者而言。如以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。

原判決認定丙○○與乙○○接受甲○○電話指示販賣海洛因與「阿國」，由乙○○至「四海一家旅社」向甲○○拿取海洛因，丙○○則在車內等候，準備共同駕車前往與「阿國」交易等情，於理由內亦認定丙○○即係原判決附表二通訊監察譯文所示綽號「老鼠」之人。惟依原判決附表二所載通訊監察譯文所示，甲○○於九十四年六月九日二十時五十分許傳訊息與乙○○，內容為「阿豪我看鐵哥每天實在忙得不可開交，你考慮怎麼樣，要不要回來幫忙，請回覆。」，丙○○旋於當晚二十時五十四分許回電，內容為「A（甲○○）：老鼠喔！B（丙○○）鳳姐！鐵哥怎麼樣，我和阿豪也想要回去。A：好！我再聯絡你們。」。甲○○嗣於翌日（六月十日）相繼致電乙○○，內容分別為：「阿豪，我明天白天打電話跟你聯絡，談談要怎麼做。」，及「阿豪，你邀老鼠過來，我們談談。」等語（見原判附表二編號一至四）。又丙○○、乙○○被查獲當日即九十四年六月十五日二十一時三十四分許，「打鐵」傳送與甲○○之訊息內容為「姊，老鼠回來後叫『他們』拿一台給依齡。」。

上開通訊監察譯文內容如果非虛，則丙○○在遭查獲前，應已隨同乙○○與甲○○及「打鐵」見面並參與謀議如何分工販賣毒品等事項，且原判決復認定丙○○係在車內等候乙○○，準備與其共同從事交付毒品與「阿國」之販賣毒品構成要件行為，似此情節，丙○○是否以自己共同犯罪之意思而參與，應否論以共同正犯，自有斟酌審究之餘地。原判決未詳予調查，剖析明白，遽行判決，自嫌率斷。

歷審判決：

最高法院 96 年度台上字第 7010 號刑事判決

台灣高等法院高雄分院 96 年度上更(一)字第 74 號刑事判決

### 【案例二】受雇賣毒案

判決：96 年度台上字第 7057 號

判決認定事實：

甲○○明知安非他命係毒品危害防制條例所規範之第二級毒品，不得販賣，竟意圖營利，並基於販賣第二級毒品安非他命之概括犯意，自民國九十年八月間某日起，經由基於幫助李煥昇施用毒品犯意之林振斌與甲○○聯絡後，再由林振斌依甲○○之指示前往拿取安非他命轉交與李煥昇之方式，連續販賣第二級毒品安非他命與李煥昇二次，每次一小包，每包新台幣一千元。復於同年九月三日，經李煥昇以行動電話撥打甲○○之行動電話，與甲○○聯絡購買第二級毒品安非他命一包，價格一千元，甲○○並表示會叫林振斌前往拿取毒品安非他命轉交，二人商妥後，由甲○○與林振斌聯絡指示前往拿取毒品安非他命欲轉交與李煥昇，嗣於同年九月三日晚上十一時二十分許，在「全家便利商店」，林振斌尚未拿取該安非他命時，即為警查獲，而未得逞。

判決認定理由：

原判決只對甲○○論以毒品危害防制條例第 4 條連續販賣第二級毒品之罪。

本判決將原判決撤銷發回更審。

刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實施犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。

販賣第二級毒品安非他命，賣方交付安非他命與買方，係屬犯罪構成要件之行為。林振斌既明知被告販賣安非他命予李煥昇，竟依被告之囑咐將安非他命轉

交予李煥昇，則林振斌已參與販賣安非他命犯罪構成要件之行為，原判決未認定被告與林振斌成立共同正犯，亦未引用刑法第二十八條，有判決不適用法則之違背法令。

歷審判決：

最高法院 96 年度台上字第 7057 號刑事判決

台灣高等法院高雄分院 95 年度上更(一)字第 298 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 分工賣毒案

甲、乙竟與真實姓名不詳綽號「打鐵」之成年男子各出資新台幣 4 萬元由「打鐵」販入海洛因、安非他命後，即由「打鐵」與購毒之人聯繫，決定販賣毒品數量、價錢、時間、地點，由「打鐵」或甲以行動電話聯絡，由乙駕駛小客車攜帶海洛因、安非他命，前往約定之地點交付予買主，共成功賣給「東港南仔」及「依齡」人毒品；之後綽號「阿國」之人欲買毒品，「打鐵」就通知甲，甲旋以電話指示乙丙至「四海一家旅社」拿取海洛因，以便運送販賣給「阿國」，由乙至前揭旅社向甲拿取，丙則在車內等待，而乙取得毒品下樓時，即被警察逮捕。

### (二) 受雇賣毒案

甲經由基於幫助李煥昇施用毒品犯意之林振斌與其聯絡後，再由林依甲之指示前往拿取安非他命轉交與李煥昇之方式，連續販賣安非他命與李煥昇二次，每次一小包，每包新台幣一千元。復於同年九月三日，李煥昇與甲聯絡購買安非他命一包，甲叫林振斌前往拿取毒品安非他命轉交，林振斌前往該地點時被警查獲。

## 三、判決論點整理

### (一) 分工賣毒案

最高法院認為原判決認乙、甲成立毒品危害防制條例第 4 條販賣第一級毒品之共同正犯，丙則為幫助犯。惟依原判決所附的通訊監察譯文，甲乙丙在遭查獲前，應已一起與「打鐵」見面並參與謀議如何分工販賣毒品等事項，且丙又有在

車內等候乙，準備與其共同從事交付毒品的行為，如此丙是否以自己共同犯罪之意思而參與，應否論以共同正犯，自有斟酌審究之餘地。

## （二）受雇賣毒案

最高法院認為幫助犯的「以幫助他人犯罪之意思而參與」，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，而「參與犯罪構成要件以外之行為」，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言。販賣第二級毒品安非他命，賣方交付安非他命與買方，係屬犯罪構成要件之行為。林振斌既明知被告販賣安非他命予李煥昇，竟依被告之囑咐將安非他命轉交予李煥昇，則林振斌已參與販賣安非他命犯罪構成要件之行為，應為共同正犯。

## 四、基本定義以及問題之提出

- （一）我國實務見解如何區分正犯與共犯？學說上有何不同意見？
- （二）幫助犯之成立要件為何，學說與實務見解是否相同？
- （三）中性幫助行為是否可以論以幫助犯？應如何解決其歸責問題？

## 五、進階閱讀

- 1、黃惠婷，幫助犯之幫助行為--兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學，第5期，2000年7月，頁23-40。
- 2、黃惠婷，共同正犯與幫助犯之區別，臺灣本土法學雜誌，第17期，2000年12月，頁141-146。
- 3、林錦村，論幫助犯，法令月刊，第55卷第3期，2004年3月，頁4-22。
- 4、謝開平，幫助犯，法學講座，第30期，2004年11月，頁63-70。
- 5、黃惠婷，幫助行為與因果關係，臺灣本土法學雜誌，第12期，2000年7月，頁137-142。
- 6、甘添貴，幫助犯之因果關係，月旦法學雜誌，第3期，1995年7月，頁54-55。
- 7、甘添貴，幫助之幫助與錯誤，月旦法學雜誌，第4期，1995年8月，頁50-51。

## 玖、共犯與身分

### 一、單元案例

### 二、簡化所涉犯罪事實

### 三、判決論點整理

### 四、基本定義以及問題之提出

### 五、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】盜賣土方案

判決：97 年台上字第 339 號

判決認定事實：

丁○○擔任雲林縣警察局斗六分局刑事組偵查員，為依據法令從事犯罪調查職務之公務員。乙○○（綽號洗面仔）及甲○○（綽號菜脯）與丙○○三人則分別為祥龍營造有限公司之總經理、副總經理及工地主任。緣祥龍公司向榮民工程股份有限公司承攬「第二高速公路後續計劃雲林嘉義段第 C 3 4 5 標古坑大林段及古坑收費站、休息站、系統交流道及梅山交流道工程」，主要負責施作項目為土方近運、路幅開挖及路堤填築等工作。

該工程係採「區內平衡」設計，亦即工程開挖之土方只能用於本標區，不得外運至其他工區。在該時期，祥龍公司亦在附近向大陸工程股份有限公司（下稱大陸公司）承攬「東西向快速公路（台西—古坑）道路填築工程 E 5 0 8 標」，該工程須自費購土，因而亟需土方挹注。

乙○○、甲○○及丙○○三人，見有機可乘，明知第二高速公路 C 3 4 5 標上的土方係國有土方，竟基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，接續將 C 3 4 5 標國有土方賣予不知情之業者蕭文芳及葉水源。丁○○於九十年二月七日夜間，至祥龍公司沒收運送土方之土尾簽單二十七張，並要求停止運輸土方，乙○○及甲○○得知上情後，旋即透過朋友李武男居間安排，丁○○經乙○○、甲○○說明後，明知 C 3 4 5 標土方不得外運及乙○○等人有竊盜國有土方之情，竟假借其職司犯罪偵查職務之權力及機會，並基於共同竊取土方販賣之犯意聯絡，於九十年三月間某日，乙○○及甲○○為免其盜採行為被阻撓或遭移送法辦，乃同意丁○○加入。

丁○○即與乙○○、甲○○、丙○○等人意圖為自己不法之所有，並基於犯意之聯

絡，於九十年三月間某日，由丁○○介紹不知情之友人向乙○○、甲○○購買C 3 4 5標之土方盜挖外運販售，由乙○○以每車次四百五十元之代價，接續將C 3 4 5標土方賣予不知情之土方業者己○○及戊○○，而竊取C 3 4 5標土方。丁○○與乙○○、甲○○、丙○○等四人除共同竊取前開國土販售外，其四人並共同利用不知情之土方運輸業者己○○之車隊，將C 3 4 5標之土方盜取外運至祥龍公司承包之E 5 0 8標工區內。

判決認定理由：

檢察官上訴意旨認為依原判決認定之事實，丁○○所為，應構成貪污治罪條例第六條第一項第四款之對於非主管或監督事務，明知違背法令，直接或間接圖利罪，被告乙○○、甲○○、丙○○三人與丁○○有犯意聯絡，共同竊盜國有土方，亦應構成圖利罪之共同正犯。

本判決駁回檢察官之上訴。

貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，係屬身分犯，以依據法令從事公務之人員或受公務機關委託承辦公務之人為犯罪主體，無此身分者若僅單純為有此身分者圖利之對象，則該無此身分者與有此身分者間，具對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而獲得不法利益，然彼此之行為各有其目的，尚不能遽論以上開圖利罪之共同正犯。

本件被告丁○○所為縱成立上述圖利罪，被告乙○○等三人亦係丁○○圖利之對象，依上開說明，尚難令乙○○等三人負上開圖利罪共犯之刑責，上訴意旨依憑己見謂乙○○等三人亦應共犯圖利罪云云，指摘原判決適用法則不當，自非合法之上訴理由，其此部分之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

歷審裁判：

臺灣雲林地方法院 91 年易字 544 號刑事判決

臺灣高等法院 臺南分院 92 年上訴字 1256 號刑事判決

臺灣高等法院 臺南分院 95 年上更(二)字 247 號刑事判決

臺灣高等法院 臺南分院 93 年上更(一)字 485 號刑事判決

最高法院 93 年台上字 5339 號刑事判決

最高法院 97 年台上字第 339 號刑事判決

## 二、簡化所涉犯罪事實

### (一) 盜賣土方案

乙甲丙為祥龍營造有限公司幹部。祥龍公司承攬第 C 3 4 5 標古交流道工程，其工程開挖之土方只能用於本標區得外運。祥龍公司亦在同時因另接有別的工程，亟需土方挹注。乙、甲及丙將 C 3 4 5 標國有土方賣予不知情之業者。刑事組偵查員丁至祥龍公司沒收運送土方之土尾簽單並要求停止運輸土方，後經乙甲周旋安排，丁竟加入乙及甲之竊土行為，介紹不知情之友人向乙甲購買 C 3 4 5 標之土方販售，另外丁與乙甲丙還將 C 3 4 5 標之土方盜取外運至祥龍公司承包另外工程區內。

## 三、判決論點整理

### (一) 盜賣土方案

貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪為身分犯，無此身分者若僅單純為有此身分者圖利之對象，則該無此身分者與有此身分者間，具對向關係，彼此之行為各有其目的，不能構成上開圖利罪之共同正犯。本件被告乙○○等三人亦係丁○○圖利之對象，依上開說明，尚難令乙○○等三人負上開圖利罪共犯之刑責。

## 四、基本定義以及問題之提出

實務上對於無身分之人和有身分之人共同犯罪的情形，皆引用刑法第 31 條認為無身分之人可成立身分犯的共同正犯；無身分者對於身分犯犯罪之實現即使具有意思支配，除非法律另有處罰規定，否則並不成立犯罪或僅能論以身分犯之共犯，而無身分者卻可因為第 31 條第一項的關係，與有身分者共同實行，而彌補身分資格此一特殊不法內涵之缺憾，此種共同正犯之擬制，欠缺理論基礎之正當性，值得去思考刑法第 31 條第一項的修正可能。另外本判決認為圖利罪的公務員和被圖利者因為具有對向關係，所以不能構成圖利罪的共同正犯。而每個行為人為其犯罪行為各皆有其目的，為何唯有被圖利者與圖利者會因為目的不同而無法構成共同正犯？實務判決恐怕必須對此點做更詳細的說明。

## 五、進階閱讀

- 1、 陳志輝，身分犯的實質不法內涵，台灣本土法學雜誌，第 84 期，2006 年 7 月，頁 120-122。
- 2、 陳志輝，義務犯，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，頁 34-38。
- 3、 黃榮堅，圖利罪共犯與身分，臺灣本土法學雜誌，第 3 期，1999 年 8 月，頁 184-191。
- 4、 游明得，從身分犯的本質檢視刑法第三十一條身分犯共同正犯--以國內現況評析為主，中央警察大學法學論集，第 12 期，2007 年 4 月，頁 113-153。
- 5、 許恒達，身分要素與背信罪的共同正犯--Roxin 構成要件理論的檢討(上)，萬國法律，第 123 卷，2002 年 6 月，頁 109-116。
- 6、 許恒達，身分要素與背信罪的共同正犯--Roxin 構成要件理論的檢討(下)，萬國法律，第 124 卷，2002 年 8 月，頁 104-107。
- 7、 許玉秀，刑法第三十一條第一項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，臺灣本土法學雜誌，第 85 期，2006 年 8 月，頁 131-135。

## 第八單元：犯罪競合

### 壹、自然的行為單數

#### —以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

- 一、單元案例
- 二、簡化所涉犯罪事實
- 三、判決論點整理
- 四、基本定義以及問題之提出
- 五、我國實務見解分析
  - (一) 早期實務判例見解
  - (二) 本文評釋之最高法院判決見解
    - 1、偷渡客落海案
    - 2、開槍報復案
  - (三) 分析
    - 1、最高法院判決認定之理由從主觀面轉向客觀面
    - 2、接續行為與連續行為之區別
- 六、比較法之分析—德國實務和學說見解
  - (一) 德國無連續犯概念
  - (二) 德國實務見解
  - (三) 德國學說見解
- 七、結論
- 八、進階閱讀

### 一、單元案例

#### 【案例一】偷渡客落海案

判決一：最高法院 93 台上第 4429 號判決

判決認定事實：

本件原判決認定葉天勝、曾炯銘（均經判刑定讞）與上訴人王中興、柯清松基於共同犯意聯絡，由葉天勝駕駛「漁舢港外五七四號」舢舨（下稱五七四號舢舨），曾炯銘為船員，王中興駕駛「漁舢港外二二二號」舢舨（下稱二二二號舢舨），柯清松為船員，四人於九十二年八月二十六日凌晨一時三十分許，共同前往北緯二十四度四十分，東經一一九度三十分台灣海峽海域，自不詳大陸漁船接

運未經許可入境之大陸女子二十六人。分批由葉天勝、曾炯銘駕駛「五七四號舢舨」接運大陸女子「吳琴、吳靜、黃春紅、胡炳美、詹仕英、樓陽春、蔣慧平、夏明艷、林小紅、張冬梅、曹小會、鄭敏、楊長慧」十三人；王中興、柯清松駕駛「二二二號舢舨」接運大陸女子「金光艷、蔣紅、徐征征、尹銀華、姜金麗、程姝、覃艷姬、曾小麗、江敏、王莉、徐英及不詳姓名女子二人」十三人，非法入境台灣地區。同日清晨三時二十分許，該二艘舢舨駛近苗栗縣苑裡漁港北邊通霄海域時，為行政院海岸巡防署（下稱海巡署）海洋巡防總局第三海巡隊（下稱第三海巡隊）艇長劉益洲、黃文哲指揮之巡邏艇發現，著由劉世觀駕駛橡皮艇自後追逐。葉天勝、王中興發覺後，加速向通霄海域急駛逃竄，因巡邏艇及橡皮艇之速度較慢、吃水較深，無法駛近岸邊，乃留於深海繼續監控，由劉世觀駕駛橡皮艇在附近海岸搜尋。當日凌晨三時三十分至四時三十分許，葉天勝駕駛之舢舨駛近通霄火力發電廠南邊海域岸邊時，葉天勝、曾炯銘呼喊黃春紅等十三人跳水逃逸，黃春紅等人聽命後紛紛跳海，倖水深及腰，黃春紅等十三人即攜手上岸；葉天勝、曾炯銘二人俟黃春紅等十三人安全上岸後，即駕駛舢舨逃逸。而王中興所駕駛之舢舨，因受警艇追逐，雖於當日凌晨三時三十分至四時三十分間，亦航至通霄火力發電廠南邊海域，惟舢舨離淺灘仍遠，未及靠岸。王中興、柯清松明知當時天色昏暗、水深不明、海水冷冽，大陸女子高矮不一，出海二天二夜，或暈船嘔吐，或未進食體力不支，及是否會游泳情況不明，預見此時若有人落海，將發生溺斃之危險，為圖減輕舢舨負重，躲避警艇追緝，仍共同基於不確定殺人之犯意聯絡，先後以急迫語氣喝令金光艷等十三人「趕快跳海」，如稍有遲疑，二人即分別以手推拉方式，促使跳海，其中，王中興自徐征征背後，將之推落海中，徐征征以倒栽方式落入海中，另抓姜金麗頭髮及身體，將之推落海中，再以一隻手抓蔣紅左手臂，另一隻手推其背部，使其落海。柯清松則將程姝拉至舢舨左舷，將之推入海中，程姝亦以倒栽方式落海。上訴人等對已落海之大陸女子呼喊「水深不見底」、「救命」之瞬間，仍本其不確定殺人之故意，繼續逼迫其餘尚未跳海之大陸女子跳海。其間，不知水性之覃艷姬，因海浪衝擊、船身搖晃，重心不穩，吊掛在舢舨左舷，背海呼喊「我不會游泳」。未料，王中興仍不顧其死活，加速舢舨往較深海域駛離，終致激浪衝刷，覃艷姬不能抵抗，摔落深海。另有四名不詳姓名大陸女子亦因不諳水性，自行跨越欄杆背海面向甲板，雙手緊握欄杆，同吊掛在舢舨左舷，王中興仍不顧其生死，加速舢舨往較深海域駛離，終致激浪衝刷，該四名大陸女子，亦不能抵擋，紛紛跌落深海。上訴人等見大陸

一以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

女子或落水掙扎、或呼喊「救命」、「這邊水沒有底」等語，均置之不理，不僅未下水救人，亦不將舢舨上之保力龍塊或空油桶拋下，以救危急，只顧駕駛舢舨逃逸，造成大陸女子「曾小麗、江敏、王莉、徐英及不詳姓名滿十八歲之二名女子」共六人，當場溺水窒息死亡。其餘姜金麗、尹銀華、程姝、徐征征、蔣紅等五人稍識水性，互相扶持，幾經掙扎，始自行浮沉行走上岸。而不知水性之金光艷、覃艷姬落海後，漂浮海上、載浮載沉，覃艷姬於當日上午五時三十分許，為第三海巡隊發現急救送醫，因肺部積水，經插管治療，住院七天，倖免於難。金光艷迄當日上午十一時許，始經警方發現急救，亦免一死。嗣於當日上午五時四十五分許，第三海巡隊始在同鎮五里牌防風林沿線查獲姜金麗等人，並先後撈獲曾小麗等六名死者等情。

判決認定理由：

查刑法第五十五條前段，所謂一行為而觸犯數罪，固不以單一動作，觸犯數罪名為限，如基於同一犯意，由多數動作合為一個行為，而觸犯數罪名者，亦包括在內。但所謂多數動作，必須同時、同地、同次實施，無從分別先後者，始克相當。若對於另一犯罪，係臨時起意，而行為不止一個，或基於概括之犯意，而行為又先後可分時，即非想像競合犯範圍，應分別依數罪併罰或連續犯處斷。上訴人等基於同一殺人之不確定犯意，而或喝令大陸女子自行跳海，或推拉其下海，或急駛舢舨促其落海，即由多數動作合為一個行為，而觸犯六個殺人既遂、七個殺人未遂罪名（原判決誤載為殺人六次既遂、七次未遂，僅係判決文字用語欠當，尚無違法之處）。其多數動作，既同時、同地、同次實施，無從分別先後，原判決以想像競合犯，從一重之殺人既遂罪處斷，其適用法則仍無違誤。

## 【案例二】開槍報復案

判決一：最高法院 93 台上第 3038 號判決

判決認定事實：

本件原判決認定上訴人陳文魁因經營賭場需款，乃透過郭子極自黃國洲（原名黃華宗）處取得新台幣（下同）二百萬元周轉，嗣因黃國洲催討該債款，上訴人一時未能全部返還（僅還五十萬元），又聞黃騰禕介入其與黃國洲之債務糾紛，心生不滿，乃於民國八十九年七月二日三時三十分許，酒後駕駛車牌號碼N二 |

五三二二號自用小客車搭載楊哲賢、郭明弦，至當時黃騰禕所在○○○市○○路五五九號東區里長聯誼會址，先於對面路邊停車，留當時酒醉不知情之郭明弦在車上，而由上訴人攜帶其前於八十七年或八十八年間向綽號「阿進」購得後，未經許可而持有之九○手槍一支及子彈數顆（未經許可持有槍彈部分已判決確定），夥同楊哲賢攜帶其所有之可發射子彈具有殺傷力之改造手槍一支、子彈數顆，進入該里長聯誼會內欲尋黃騰禕理論報復，適黃騰禕、林世宗、黃盟宸、方南鑫、鄭灶生及黃國洲在場，黃國洲見陳文魁、楊哲賢手上攜有槍械，即出言勸阻要上訴人勿開槍，上訴人與楊哲賢見黃騰禕方面具有人數優勢，為達報復洩恨目的，竟共同基於殺人之概括犯意聯絡，明知持槍向人體射擊足以致人於死，竟分持槍械向黃騰禕、林世宗、黃盟宸、方南鑫、鄭灶生等人射擊，致黃騰禕受有右胸部貫穿槍傷一處、右上臂入口槍傷及出口槍傷二處、背部入口槍傷一處、肺右上葉貫穿性槍傷一處、肝貫穿性槍傷一處，致因胸腹部多發槍傷內臟破裂出血休克當場死亡；林世宗受有左背部、左臉上顎、右掌虎口、肺部、脾臟等部位槍傷七處，致因胸腹部多發槍傷內臟破裂出血休克當場死亡。黃盟宸受有腹部及右手第四、五指槍傷；方南鑫受有兩大腿槍傷及右側骨骨折；鄭灶生受有胸腹部、右大腿、左前臂處槍傷。黃盟宸、方南鑫、鄭灶生經送國立成功大學附設醫院救治後，始幸免於死。

判決認定理由：

連續犯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為必須有先後次序之可分，如係同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，則屬一行為觸犯數罪名，不能以連續犯論。原判決記載上訴人與楊哲賢於前揭時地，分持槍械向黃騰禕、林世宗、黃盟宸、方南鑫、鄭灶生等人射擊，致黃騰禕、林世宗當場死亡、黃盟宸、方南鑫、鄭灶生等人受傷，經送醫救治，始免於死等情。如果無訛，則上訴人等之殺人行為是否有先後之分，而屬數個殺人之行為，或是同時同地實施，以侵害數個法益之一個犯罪行為，亦有欠明瞭，原判決對此部分未依據卷內資料詳予調查認定，明確記載，遽論上訴人連續殺人罪，自有可議。

判決二：最高法院 94 台上第 4854 號判決

判決認定事實：

本件原判決認定上訴人陳文魁因經營賭場需款，乃透過郭子極自黃國洲（原名黃華宗）處取得新台幣（下同）二百萬元周轉。嗣因黃國洲催討該債款，上訴人一時未能全部返還（僅還五十萬元），又聞黃騰禕介入其與黃國洲之債務糾紛，心生不滿，乃於民國八十九年七月二日三時三十分許，酒後駕駛車牌號碼N二一五三二二號自用小客車搭載楊哲賢、郭明弦，至當時黃騰禕所在○○○市○○路五五九號「東區里長聯誼會」，先於對面路邊停車，將當時酒醉不知情之郭明弦留在車上，而由上訴人攜帶其前於八十七年或八十八年間向綽號「阿進」購得後，未經許可而持有之九〇手槍一支及子彈數顆（未經許可持有槍彈部分已判決確定），夥同楊哲賢攜帶可發射子彈具有殺傷力之改造手槍一把、子彈數顆（上訴人不知楊哲賢身上攜有該槍彈，該改造手槍未扣案，另子彈於後述殺害黃騰禕等人時全部擊發）進入該東區里長聯誼會內欲尋黃騰禕理論報復，適黃騰禕、林世宗、黃盟宸、方南鑫、鄭炆生及黃國洲在場，黃國洲見上訴人、楊哲賢手上攜有槍械，即出言勸阻上訴人開槍，上訴人與楊哲賢見黃騰禕方面具有人數優勢，為達報復洩恨目的，竟共同基於殺人之概括犯意聯絡，明知持槍向人體射擊足以致人於死，竟分持槍械向黃騰禕、林世宗、黃盟宸、方南鑫、鄭炆生等人射擊，致黃騰禕受有右胸部貫穿槍傷一處、右上臂入口槍傷及出口槍傷二處、背部入口槍傷一處、肺右上葉貫穿性槍傷一處、肝貫穿性槍傷一處，致因胸腹部多發槍傷內臟破裂出血休克當場死亡；林世宗受有左背部、左臉上顎、右掌虎口、肺部、脾臟等部位槍傷七處，致因胸腹部多發槍傷內臟破裂出血休克當場死亡。黃盟宸受有腹部及右手第四、五指槍傷；方南鑫受有兩大腿槍傷及右側骨骨折；鄭炆生受有胸腹部、右大腿、左前臂處槍傷。黃盟宸、方南鑫、鄭炆生經送國立成功大學附設醫院救治後，始倖免於死。

判決認定理由：

連續犯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為必須有先後次序之可分，如係同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，則屬一行為觸犯數罪名，不能以連續犯論。原判決理由謂：上訴人先後槍殺黃騰禕等人之行為，顯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立犯罪行為，其數行為有先後次序可分，而非同時同地一次實施，無從分別先後之想像競合犯，因而論上訴人犯連續殺人罪（原判決理由丙、三）。但其事實欄係記載上訴人與楊哲

賢共同基於殺人之概括犯意聯絡，分持槍械向黃騰禕、林世宗、黃盟宸、方南鑫、鄭灶生等人射擊，致黃騰禕、林世宗當場死亡，黃盟宸、方南鑫、鄭灶生等受傷，經送醫救治，始倖免於死等情。並未詳予記載上訴人與共犯楊哲賢殺數人行為是否有先後之分，或是同時、同地一行為殺數人，致理由說明失其事實依據。且上訴人於第一審供稱：「我進去的時候拿著槍，要找黃騰禕，林世宗坐在外面，對我罵三字經，才由楊哲賢押林世宗進去裡面，我進去.....就跟黃騰禕說你不是要我的命嗎，我就對林世宗的腳開槍，之後再對黃騰禕開槍，當時有人拿東西我，.....當時情形很亂，楊哲賢就拿槍亂射。」鄭灶生於第一審供稱：「進來的時候，陳文魁.....就開槍射擊林世宗，方南鑫要拿香煙，陳文魁就向他開槍。」（第一審卷第一三九、一四〇、一二七頁）鄭灶生於原審供稱：「（陳文魁第一槍開誰？）方南鑫.....接著由楊哲賢開槍.....打林世宗，他們接著是不定點的亂射。」（原審法院上更二卷第十頁）各等語。如果無訛，上訴人等射殺被害人等，是否有先後之分，仍非可依卷內資料調查認定，本院前次發回意旨已有指及，乃原判決仍未就此於事實欄詳予記載，致上訴意旨仍得執以指摘。

判決三：最高法院 95 台上第 6767 號判決

判決認定事實：

原判決事實載認：上訴人甲○○明知陳文魁、楊哲賢攜有槍彈，欲前往黃騰禕處尋釁，仍基於以在車上等候接應之方式幫助陳文魁、楊哲賢共同連續殺人之故意，前往黃騰禕當時所在○○○市○○路五五九號「東區里長聯誼會」，由陳文魁攜帶一把制式九〇手槍及數發子彈，楊哲賢攜帶一把零點三八口徑制式手槍及數發子彈進入該「東區里長聯誼會」，同時持槍齊向在場之黃騰禕、林世宗、丁○○、方南鑫、戊○○等人不定點濫射，致黃騰禕、林世宗當場死亡，丁○○、方南鑫、戊○○三人受傷，經送醫急救始倖免於難等情。

判決認定理由：

民國九十四年二月二日修正公布刪除、九十五年七月一日施行之刑法第五十六條所定連續犯，係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為必有先後次序之可分，如係同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別其先後者，則屬一行為觸犯數罪名，不能以連續犯論。原判決認定：陳文魁、楊

一以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

哲賢共同於事實欄所載時地分持上開手槍朝黃騰禕、林世宗、丁○○、方南鑫、戊○○等人射擊，致黃騰禕、林世宗二人死亡，方南鑫、戊○○、丁○○受傷，經送醫急救倖免於死。如果無訛，能否謂陳文魁、楊哲賢前開殺人之行為，有先後之分，係數個殺人之行為，不應視為概括之一個犯罪行為，予以評價？要非無疑。稽之卷內資料，其正犯陳文魁部分，亦論處「共同殺人」罪刑，有原審法院九十四年度上重更 字第四九三號刑事判決可參（見原審卷第一七三頁）。原審未詳加究明釐清，遽認陳文魁、楊哲賢有數個殺人行為，成立共同殺人罪之連續犯，甲○○

予以幫助，因而論以幫助共同連續殺人罪刑，亦有可議。

## 二、簡化所涉犯罪事實

### （一）偷渡客落海案

甲駕駛舢舨，接運中國偷渡客，準備非法入境，快接近海岸時被警發現。甲加速逃逸，為湮滅偷渡事蹟，共同與乙基於不確定殺人故意，先後以急迫語氣喝令被害人等十三人趕快跳海，被害人如稍有遲疑，甲與乙即以手推拉方式促使跳海，或自背後推落海中。其中有被害人抓住舢舨欄杆，甲即加速舢舨往外海而去，終至該被害人因激浪衝刷而摔落海中。最後十三名被害人均慘遭溺斃。

### （二）開槍報復案

甲、乙基於共同殺人之犯意聯絡，分別持槍入被害人家中報復，分持槍械向被害人五人射擊，導致兩人傷重當場死亡，其中三人受槍傷，經送醫急救後倖免於死。

## 三、判決論點整理

連續犯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為必須有先後次序之可分，如係同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，則屬一行為觸犯數罪名，不能以連續犯論。

## 四、基本定義以及問題之提出

「自然的行為單數」係德國實務長期以來發展出的法律概念，當行為人基於單一之犯罪意思，反覆為同種類的行為，所實現的構成要件合致行為彼此之間具

有時空上的密接關係，而且根據自然生活的觀察方式，這些各別行為看起來像是一個單一彼此有關聯的行為，此時即成立自然的行為單數<sup>1</sup>。學說意見據此將其整理出四項標準：(1) 犯意單一；(2) 實施數個反覆同種類的行為；(3) 個別舉動之間緊密的時空關係；(4) 第三人客觀可得辨認行為之間的相關性。四項標準如果都具備，肯定成立自然的行為單數<sup>2</sup>。

然而，自然的行為單數概念適用於侵害同一個法益之情形，固然沒有疑問，例如行為人砍殺被害人數刀致被害人一人死亡，行為人僅成立一項殺人罪；或者行為人在同一晚進出被害人家中數次竊取數項財物之行為，行為人僅成立一項竊盜罪。但是，針對侵害不同法益持有者之高度個人專屬性法益情形（例如前述案例一中，行為人在船上或推或拉讓數名被害人落海致死之情形，或案例二中行為人入屋內開槍射殺數名被害人之情形），行為人的數個身體舉動是否能被組合成為一個自然的行為單數，則是本單元所欲探討的重點。因此著重於以下問題的探索：

- (一) 什麼是自然的行為單數？
- (二) 連續犯和接續犯如何區別？我國實務對此有何看法？並請評析我國實務的看法有無問題。
- (三) 外國實務和學說對此看法如何？
- (四) 就本單元所涉及的二個案例，我國實務認定有成立接續行為的空間，此種看法相較於上述外國學說實務的比較，是否妥當？
- (五) 什麼是連續犯？本單元所牽涉的二個案例是否能適用連續犯的概念？
- (六) 什麼是高度個人專屬性之個人法益？

## 五、我國實務見解分析

### (一) 早期實務判例見解

關於行為人以數舉動同時同地殺害數人，如何論罪，我國最高法院有三則判例直接對此表示意見：

---

<sup>1</sup> 德國實務早於帝國法院時期即已承認此項概念，參閱 RGSt 58, 113, 116; 之後，聯邦最高法院也遵循此項看法，參閱 BGHSt 4, 219, 220; 10, 230, 231; BGH GA 1970, 84; BGH StV 1986, 293 mit Anm. Wolter, StV 1986, 315; BGH NJW 1990, 2896; BGH wistra 1992, 148, 150; 最近的想法見 BGHSt 43, 312, 315.

<sup>2</sup> 參照 Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, 33/31; 中文文獻上的詳細說明，請參照許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，8期，2000年3月，130-131頁；陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，16-18頁。

—以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

- 1、二〇年上字第六〇號：既係於同時同地殺害某等三人，而又不能證明其分別起意，依刑法第七十四條之規定<sup>3</sup>，應依一個殺人罪處斷。
- 2、二〇年上字第九三三號：本案雖被殺死者有某甲一人，殺傷未死者有某乙一人，上訴人既自認有心把他們砍死，是預謀當時即有砍死二人之故意，如果確係基於一個意思發動之行為，縱被侵害者不止一人，依第七十四條，祇應從一重處斷。
- 3、二一年非字第七五號：同時同地殺害二人，既非各別起意，自係一個行為，即在實施殺人之正犯，尚不得以其殺人有既遂、未遂，就被害之人數併合論科，則對於以概括意思而幫助殺人之從犯，尤不應處以兩個殺人之罪刑。

這三則最高法院的早期判例，可惜現今已無法察知判決全文。三則判例所涉事實皆為行為人同時同地殺害數人，其避免使用被德國實務廣為接受的「自然的行為單數」用語，所使用的用語雖然稍有不同，但是實質上三則判例的內容是一致的，因為第一和第三則判例使用排除法認定既非分別起意，即屬一行為；第二則判例認為，如係基於一個意思發動之行為，縱被害人不止一人，應依想像競合之規定，就其所觸犯之數罪名從一重處斷。這三則判例均認為只須憑藉行為人的「單一犯罪意思」，就可以把行為人數個身體舉動侵害數個高度個人專屬性法益之情形，組合成一個自然的行為單數。

## （二）本文評釋之最高法院判決見解

### 1、偷渡客落海案

上述偷渡客落海案即為最高法院九三年度台上字第四四二九號判決所涉及之事實內容，該判決要旨認為：「查刑法第五十五條前段，所謂一行為而觸犯數罪名，固不以單一動作，觸犯數罪名為限，如基於同一犯意，由多數動作合為一個行為，而觸犯數罪名者，亦包括在內。但所謂多數動作，必須同時、同地、同次實施，無從分別先後者，始克相當。若對於另一犯罪，係臨時起意，而行為不止一個，或基於概括之犯意，而行為又先後可分時，即非想像競合犯範圍，應分別依數罪併罰或連續犯處斷。上訴人等基於同一殺人之不確定犯意，而或喝令大陸女子自行跳海，或推拉其下海，或急駛舢舨促其落海，即由多數動作合為一個

<sup>3</sup> 即現行刑法第五十五條想像競合之規定。

行為，而觸犯六個殺人既遂、七個殺人未遂罪名（原判決誤載為殺人六次既遂、七次未遂，僅係判決文字用語欠當，尚無違法之處）。其多數動作，既同時、同地、同次實施，無從分別先後，原判決以想像競合犯，從一重之殺人既遂罪處斷，其適用法則仍無違誤。」

## 2、開槍報復案

最高法院九三年度台上字第三〇三八號、九四年度台上字第四八五四號、九五年度台上字第六七六七號判決都涉及相同的犯罪事實（均涉及開槍報復案，因此本文不在此處重複高度類似的判決要旨內容），其第二審法院均認為，上訴人先後槍殺被害人五人之行為，顯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立犯罪行為，其數行為有先後次序可分，而非同時同地一次實施，無從分別先後之想像競合犯，因而論上訴人犯連續殺人罪。但最高法院均認定，「連續犯係以一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為必須有先後次序之可分，如係同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，則屬一行為觸犯數罪名，不能以連續犯論」。依此指摘第二審法院對於「上訴人等之殺人行為是否有先後之分，而屬數個殺人之行為，或是同時同地實施，以侵害數個法益之一個犯罪行為，亦有欠明瞭，原判決對此部分未依據卷內資料詳予調查認定，明確記載，遽論上訴人連續殺人罪，自有可議」。

### （三）分析

#### 1、最高法院判決認定之理由從主觀面轉向客觀面

本文主要評釋的四則最高法院判決雖然涉及兩個不同的案例事實，判決內容雖沒有表明判決結論的根據從何處得來<sup>4</sup>，但是仔細檢視可以發現，這四則判決內容上皆承襲最高法院二九年度上字第三四五四號判例的看法<sup>5</sup>，認定行為人若基於一個概括之犯意，反覆為數個獨立之犯罪行為，是其數行為有先後次序之可分，則行為人之犯行屬連續犯；但是如果行為人同時同地一次實施，以侵害數個

<sup>4</sup> 國內判決鮮少在判決內容中註明相關見解的出處來源，這對判決的累積傳承有不利的影響，同時也提高日後對其研究的難度。因此，應鼓勵法官在判決內容中清楚寫明立論的來源根據（無論是援用實務判例或學說見解）。

<sup>5</sup> 「刑法上之連續犯，其數個犯罪行為，必有先後次序之可分，如係於同時同地一次實施，以侵害數個法益，而無從分別先後者，即屬一行為而觸犯數項罪名，不能以連續犯論。」

—以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

法益，而無從分別先後者，則屬一個接續行為而觸犯數罪名之想像競合情形，不能以連續犯論。

如前所述，最高法院歷年來判例已強調用「單一犯意」觀點來認定「自然行為單數」之成立，上述的四則最高法院判決卻捨棄歷年來的判例觀點而不用，反而著墨於審查行為人所展現出的個別身體舉動，如果是先後次序可分的情形，屬於連續犯之範疇，但若是無從分別各別身體舉動之先後者，則屬於「一個接續行為」而觸犯數罪名之想像競合情形。上述四則最高法院判決雖然沒有說明認定理由轉變的原因，但是其實不難加以探知。我國學者早有指出，無法從主觀犯意上區分接續犯和連續犯，因為我國實例對於接續犯和連續犯的主觀犯意之描述，表面上似有差異，惟其涵意並無不同<sup>6</sup>。例如，同晚進入公寓內行竊，進出同一被害人家中三次連竊三項貴重物品之情形，屬於一個竊盜行為的三個部分，為同一個竊盜的犯意所包含；若是竊得一家，緊接著另竊其他兩家，三個獨立的竊盜行為，也自始概括地包含在一個竊盜犯意之內，因此，如何從主觀犯意層面區分接續犯和連續犯，誠屬困難。本文推測，這就是為什麼最高法院判決捨棄主觀面的「單一犯意」，而著重於客觀面的「行為先後次序」之原因。

## 2、接續行為與連續行為之區別

- (1) 要釐清接續行為和連續行為之間的區別，無可避免地必須借助，已經被實務和學理釐清的接續犯和連續犯之區別。因為接續犯之成立以接續行為為前提要件，連續犯之成立以連續行為為前提，只是接續行為的結果，可能是只成立一罪之接續犯，也可能是成立一行為觸犯數罪名的想像競合關係，而連續行為的結果只有一種可能性，即成立連續犯。在瞭解接續犯和連續犯區別的過程中，自然也解決了接續行為和連續行為之間的區別問題。
- (2) 針對連續犯與接續犯之區別，我國最高法院判例認為：「刑法上之連續犯，係指有數個獨立之犯罪行為，基於一個概括的犯意，反覆為之，而觸犯同一性質之數罪名者而言，如果該項犯罪，係由行為人以單一行為接續進行，縱令在犯罪完畢以前，其各個舉動，已與該罪之構成要件完全相符，但在行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分者，當然成立一罪，不能以連續犯論」（二八年度上字第三四二九號）<sup>7</sup>，例如行為人為毀壞被害人

<sup>6</sup> 參照甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，44卷2期，1998年2月，5頁。

<sup>7</sup> 贊同的見解，參照甘添貴，註6文，4頁。

廠房建築物，於數週內分別實施數個毀壞建築物的舉動，其係基於毀壞廠房建築物，單一決意之數個舉動的接續施行，應為接續犯<sup>8</sup>。此項見解其實和前述的最高法院二〇年上字第六〇號、二〇年上字第九三三號、二一年非字第七五號等判例是相呼應的，因為後者著重於單一的犯意，前者只不過是進一步描述何種情況可構成單一的犯意，亦即行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分時。然而，如前所述，根本無法從主觀犯意層面區分接續犯和連續犯。

- (3) 連續犯與接續犯的區別關鍵有二，第一項關鍵區別在於行為。行為人外表上之數個舉動，在刑法評價上，如果屬於一個犯罪行為的數個動作，為接續犯，若為數個獨立的犯罪行為，則屬連續犯（最高法院九四年度台上字第二一七三號、九五年度台上字第六三六號判決）<sup>9</sup>。行為獨立性之有無，則視數個行為在時間、空間上是否具有緊密關係，導致各個行為的獨立性趨於薄弱，依照一般社會健全觀念，將其認為係一項犯罪行為之數個動作。第二項關鍵區別在於所生結果的不同。接續犯限於行為人所實施之數個舉動，對於同一法益造成侵害或危險之情形；然而連續犯，其連續實施之數個行為，不以侵害同一之法益為限，縱使侵害數個性質相同之法益亦可<sup>10</sup>。
- (4) 藉由上述接續犯和連續犯區別之分析可得知，接續行為和連續行為的區別關鍵在於，行為人的各別行為是否具有獨立性，獨立性之有無，則視各別行為彼此在時空上的緊密關係而定，是否足以讓一般社會大眾依照自然生活的觀察方式，將這些各別行為整體評價成一個行為。然而，本文評釋之四則最高法院判決承襲二九年度上字第三四五四號判例的看法，而著墨於審查行為人所展現出的個別身體舉動，是否呈現出「先後次序可分」的情形。我國文獻上有學說基於不同之立論理由，結論上贊同實務之解決結論<sup>11</sup>，認為行為人用機槍掃射多數人，或漁船船長帶運偷渡者，為躲避海巡署的追緝，緊急之間把偷渡者全部推落海中，性質上仍是基於單一決意所形成的行為，都屬於「自然意義的一行為」概念<sup>12</sup>，所觸犯之數罪名為想像競合關係。

<sup>8</sup> 參照最高法院 94 年度台上字第 2512 號判決。

<sup>9</sup> 相同見解，參照甘添貴，註 6 文，5 頁。

<sup>10</sup> 參照甘添貴，註 6 文，6 頁。

<sup>11</sup> 黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，收錄於：連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，2003 年初版，91 頁。

<sup>12</sup> 文獻上早有指出「自然意義的一行為」與「自然的行為單數」二者概念並不相同（參閱陳志

—以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

(5) 然而本文認為，若贊同我國實務的處理結論，可能會形成一種不公平的刑法評價現象，因為刑法上評價判斷完全取決於行為人實施方式偶然轉變。行為人規規矩矩將被害人依序一個接著一個殺害（一槍殺害一個，不能有行為交錯；或把被害人一個個依序推落下海），依舊法成立連續殺人罪，依廢除連續犯規定之新刑法，應論以數項殺人罪之數罪併罰。但是如果行為人攪亂各別行為的先後順序方式，來侵害數個同一法益（例如無法分辨行為人先開槍射擊哪一位被害人，或者因為行為交錯的關係，無法斷定事先推落哪一個被害人下海），則依照我國實務的看法，係以一行為觸犯數罪名，應從一重處斷。同樣都是數個高度個人專屬性法益受侵害，只因各別行為有無交替性而影響刑法上的評價，此種處理模式欠缺公平性，本文難以贊同。

## 六、比較法之分析—德國實務和學說見解

### （一）德國無連續犯概念

德國刑法中並無相當我國連續犯之規定，該國判例及學說過去雖然承認「Das fortgesetzte Verbrechen」概念，其要件為：（1）違犯相同的基本構成要件；（2）行為人所實現的各別行為屬於同種類的行為，而且彼此之間具有時空上的緊密關係；（3）不能涉及不同被害人的高度個人專屬性法益；（4）主觀上必須出於單一整體的故意。其範圍遠較我國刑法之連續犯為狹隘，實質上接近於我國之接續犯觀念<sup>13</sup>。但是自 1994 年之後，德國聯邦最高法院刑事大審判庭實質上已經廢除「Das fortgesetzte Delikt」概念<sup>14</sup>。因此，德文文獻上也沒有出現類似我國關於連續犯與接續犯區別的爭議。

### （二）德國實務見解

侵害不同法益持有者的高度個人專屬性法益時，行為人的各別行為能否被組合成一個自然的行為單數，德國實務基本上並不排除這種可能性（BGH NStZ 2003, 366; 2005, 262）<sup>15</sup>，不過必須以單一的犯罪決意（einen einheitlichen

輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，2005 年 7 月，12 頁）。

<sup>13</sup> 我國文獻上對此早已指出，參照洪福增，刑法判解研究，修增四版，1987 年 10 月，267 頁。

<sup>14</sup> BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663 = StV 1994, 306 = MDR 1994, 700 = NStZ 1994, 383.

<sup>15</sup> 此外，可參照更早期的判決 RGSt 27, 19, 21; 44, 223, 227; BGH NJW 1969, 2056 f.; BGH NStZ 1985, 217.

Tatenschluss) 為前提<sup>16</sup>。但是若干判決並不重視行為人的單一犯罪決意，例如在BGHSt 4, 219, 221 判決中即明白表示，「本庭認為，不間斷地持續犯罪決意，對於自然的行為單數之認定，不是不可或缺的...即使行為人的行為意思因為放棄原先的犯罪決意而被中斷掉，只要各別的舉動間具有時空上的密接關係，仍然可以組成一個自然的行為單數」。甚至有些判決強調，以數行為舉動殺害數人時，即便各別舉動之間先後依序、或是基於單一的計畫或故意，在法律上絕對不能被結合成一個自然的行為單數<sup>17</sup>。因此，可見德國實務判決見解有某種程度上的搖擺不定<sup>18</sup>。

德國實務認為，只有在例外的情況下，才能以累計的方式觀察高度個人專屬性法益的受侵害<sup>19</sup>。如果整體事件經過的各別行為之間因為具有非常緊密的時空關連性，予以分割會顯得恣意且矯作，即屬於例外情況，例如：

- (1) 快速擊發填充好子彈的快速射擊武器<sup>20</sup>；
- (2) 向人群中的任何數人一連串射擊<sup>21</sup>；
- (3) 同時地 (zeitgleich) 或交替地 (wechselweise) 對數名被害人進行攻擊<sup>22</sup>；
- (4) 迅速地刺殺兩名對手<sup>23</sup>；
- (5) 為了脫免逮捕，向追捕的四名警察一個接著一個緊接地開槍<sup>24</sup>。

相反的，德國聯邦最高法院在以下的案例中否定自然行為單數之成立：

- (1) 如果行為人為了殺害每一名被害人，而先後攻擊每一名被害人，即便行為人的事先埋伏危及所有的被害人，也不能因此將各別殺害被害人的行為，組合成一個自然的行為單數<sup>25</sup>。

---

<sup>16</sup> 參照 BGH NJW 1977, 2321; 1998, 619.

<sup>17</sup> 參照 BGHSt 2, 246; 16, 397; BGH StV 1981, 396; NStZ 1984, 311

<sup>18</sup> 參照 Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, Vor § 52 Rdn. 7; LK<sup>12</sup>-Ruth Rissing-van Saan, Vor § 52, Rdn. 14; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT<sup>5</sup>, 17/10.

<sup>19</sup> BGH StV 1994, 537, 538.

<sup>20</sup> BGH GA 1966, 208, 209.

<sup>21</sup> BGH NJW 1985, 1565; 含有反對意見的判決評釋，參照 Maiwald, JR 1985, 513.

<sup>22</sup> BGH StV 1998, 72; NStZ-RR 2001, 82, 以及德國聯邦最高法院 1995 年 5 月 25 日的決議(2 StR 239/95)-2000 年 10 月 2 日 4 的決議(5 StR 323/00)以及 2004 年 9 月 16 日的決議(3 StR 316/04)。

<sup>23</sup> BGH NStZ 1985, 217; StV 1990, 544

<sup>24</sup> BGHSt 37, 289.

<sup>25</sup> BGHSt 16, 397 f.; BGH NStZ 1984, 311; NStZ 1996, 129; 最後，BGH NJW 1977, 2321 mit Anm. Maiwald, NJW 1978, 300 也是有相同的基礎想法。

—以接續或交替舉動侵害數高度個人專屬性法益之罪數認定

- (2) 行為人如果因為犯罪情況改變，而新生犯罪決意，攻擊另一位被害人，也不屬於自然的行為單數<sup>26</sup>。在這種情況下，即使具有單一的犯罪決意和緊密的時空關連性，通常也沒有理由把複數的行為在法律上集結成一個犯罪行為<sup>27</sup>。
- (3) 行為人以向高速公路行經之車輛射擊，要脅Schleswig-Holstein邦政府<sup>28</sup>。

在上述所有的案例中，德國聯邦最高法院雖然努力區分自然行為單數行為複數，但是誠如德國學者的批評<sup>29</sup>，實際上不免流於恣意，無法顯示出具有說服力的區分標準。分別以四槍槍殺四名被害人，成立四項殺人罪，這固然合理，但是如果攻擊行為非常緊密接連不間斷，且具有持續先後次序性，論以四個行為成立四項罪名的見解就不再適用餘地，這樣的看法不具有說服力。因為不可能以這種方式把四個殺人罪轉化成一個唯一在質量上被提升的殺人罪。這種看法和本文的立場是完全一致的。

### (三) 德國學說見解

行為人以反覆性或相續性的行為，侵害不同人之高度個人專屬性法益，是否可能成立自然的行為單數，德國學說肯定和否定見解旗鼓相當。肯定的看法只是覆述德國實務的想法<sup>30</sup>，比較多數的學說意見則持否定態度<sup>31</sup>，具有代表性的否定看法，可以Maiwald的見解為例：「相對於所有權或財產受侵害，高度個人專屬性法益具有較高的重要性，形成絕對無法被量化的一個單元。無論是從法律上

<sup>26</sup> BGH NStZ 2005, 262.

<sup>27</sup> BGH StV 1994, 537, 538; BGH bei Holtz MDR 1995, 880 und NStZ 1996, 129; NJW 1998, 619 f.

<sup>28</sup> BGH NJW 1998, 619; 對此的進一步分析，參照 *Momsen*, NJW 1999, 982.

<sup>29</sup> *Roxin*, Strafrecht AT/2, 2003, 33/41.

<sup>30</sup> *Blei*, Strafrecht AT<sup>18</sup>, § 93 I 4 d; *Tröndle/Fischer*, StGB<sup>54</sup>, Vor § 52 Rdn. 7 f.; LK<sup>11</sup> -*Jähnke*, § 212 Rdn. 38; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT<sup>5</sup>, § 66 III 1; *Hemler*, GA 1956, 65; *Otto*, Strafrecht AT<sup>7</sup>, 23/8; *Samson/Günther*, SK<sup>6</sup>, Vor § 52 Rdn. 35 u. 38; LK<sup>10</sup> -*Vogler*, Vor § 52 Rdn. 32 f.; *Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben*, StGB<sup>27</sup>, Vor §§ 52 ff. Rdn. 23.

<sup>31</sup> *Hartung*, SJZ 1949, 64, 66; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit, S. 80 f.; *ders.*, NJW 1978, 300 和 JR 1985, 513, 514 f.; *Gropp*, Strafrecht AT<sup>2</sup>, 14/44 f.; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, 36/16; *Mitsch*, JuS 1993, 385, 388; *Samson*, SK<sup>5</sup>, Vor § 52 Rdn. 29; *Schmidhäuser*, Strafrecht Studienbuch, 2, Aufl., 1984, 14/11; *Schönke/Schröder/Stree*, StGB<sup>26</sup>, Vor §§ 52 ff. Rdn. 24 ff.; *Warda*, JuS 1964, 81, 84; *ders.*, FS-Oehler, S. 241, 247; *Wolter*, StV 1986, 315, 321; *Kühl*, Strafrecht AT<sup>5</sup>, 21/19; *Roxin*, Strafrecht AT/2, 2003, 33/38 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB<sup>26</sup>, vor § 52 Rdn. 7.

或道德上的評價都一樣，侵害第二個生命或侵害第二個人的名譽，並非只是單純對生命法益或名譽法益的加強侵害而已。因此，對於侵害數個高度個人專屬性法益之處罰，不能論以行為單數」<sup>32</sup>。

## 七、結論

對於行為人以數舉動接續地侵害數被害人之高度個人專屬性法益，比較我國實務和德國實務的處理作法，德國實務承認成立自然行為單數的範圍比我國實務承認的範圍還要大，因為我國實務似乎有侷限於行為人所實施侵害數高度個人專屬性法益之各別行為，其間無從分別先後者，始能成立一行為之傾向，而德國實務不限於此，僅強調各別行為之間具有非常緊密的時空關連性。二者認定範圍的差別，主要是因為我國在一行為觸犯數罪名的想像競合犯和數罪併罰之間，還有一個德國法上未有折衷類型—連續犯，因此這可能是導致德國實務擴大自然行為單數適用範圍的原因<sup>33</sup>。因此。我國法在有承認連續犯類型的情況下，我國實務在沒有參照德國實務發展經驗的情況下，未走向德國實務擴大自然行為單數的道路，本文認為這點是非常值得肯定的。然而，連續犯規定現已被廢除，行為人以數舉動接續地侵害數被害人之高度個人專屬性法益，這類的案例本應該成立連續犯，現在應該如何因應呢？是該走向德國實務擴張自然行為單數概念的適用範圍嗎？

本文認為應該否定自然的行為單數之成立，因為財產的侵害有量方面的高低區別，但是高度個人專屬性法益卻是絕對的，無法被加以量化，所以行為人以數身體舉動接續地或反覆地侵害數人之生命、健康、自由、名譽或性自主的情況，無法形成自然的行為單數，而是應該成立數罪<sup>34</sup>。因此前面提及船長將數名偷渡客推入海中的行為，儘管出於單一的犯罪決意，而為數個時空上處於緊密關係的同種類行為，也無法被評價為自然的行為單數，應該是行為複數，成立數罪；行為人持槍入被害人家中，接連緊密開槍將被害人和其友人射殺之情形，也不能評價為自然的行為單數，應成立數個殺人罪，併合處罰之。

<sup>32</sup> *Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S. 81.

<sup>33</sup> 類似的猜測，已見 *Blei*, Strafrecht AT<sup>18</sup>, § 93 I 4 d.

<sup>34</sup> 已見於陳志輝，註2文，19頁；相同見解，參照甘添貴，註6文，6頁；黃惠婷，牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準，月旦法學教室，39期，2006年1月，96頁；林鈺雄，新刑法總則，2006年9月，562頁。

## 八、進階閱讀

- 1、陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，頁9-26。
- 2、陳志輝，九四／九五年度刑事判決評釋—競合部分，臺灣本土法學雜誌，90期，2007年1月，頁193-228。
- 3、甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，44卷2期，1998年2月。

## 貳、集合犯

### 一、單元案例

### 二、判決論點整理

### 三、基本定義以及問題之提出

### 四、我國實務見解分析

#### (一) 非法經營期貨事業案

#### (二) 非法從事廢棄物清除處理案

#### (三) 投票行賄案

#### (四) 施用毒品案

#### (五) 販賣毒品案

### 五、分析

#### (一) 基本問題之釐清

##### 1、寬嚴並進的刑事政策與連續犯規定之廢除

##### 2、連續犯規定之廢除與集合犯之關係

##### 3、集合犯與接續犯之異同

#### (二) 分析學說對於集合犯的看法

##### 1、通說見解

##### 2、具體類型

##### 3、「必然」多數行為屬於集合犯的前提要件？

##### 4、少數見解及其分析

### 六、結論

### 七、進階閱讀

## 一、單元案例

### 【案例一】非法經營期貨事業案

甲未經證期會許可，基於概括犯意，先於民國八十九年四月間在屏東設立「正大行」，明知該行所經營之項目為「投資顧問業」，並未包括期貨顧問事業，竟於八十九年十二月間僱用乙擔任該商行之顧問，二人基於共同犯意之聯絡，擅自經營期貨顧問事業。其經營方式為：「正大行」招攬不特定之客戶與澳門海達公司簽訂外匯保證金交易合約書等資料，並向客戶解說期貨交易中之外匯保證金交易之內容及如何操作，提供客戶場所、設備、相關外匯資訊及分析，客戶於繳交一定之外幣保證金匯至海達公司指定之銀行帳戶後，即可直接以該行所提供之匯市電腦資訊設備、電話、分析資料等，自行向海達公司下單操作買賣日幣、英鎊、瑞士法郎、歐元等外幣，再經由海達公司下單從事不同幣別之即期或遠期交易。

每口交易由海達公司向客戶收取美金八十元之手續費，再由海達公司以每口美金三十元退佣予「正大行」，以此方式經營外幣保證金交易之顧問事業。甲又在台中開設「華豐行」，明知該行營業項目並不包括期貨顧問業務，竟自九十年三月七日起，先後僱用丙等數人，基於共同經營上開期貨顧問事業之犯意，在華豐行從事外匯保證金之期貨顧問業務。其方式係透過夾報廣告招募職員，代理澳門海達公司在台招攬客戶，透過「華豐行」之電腦設備取得外匯即時資訊及相關財經資料，以「華豐行」提供之專線下單買賣前揭四種幣別之外幣。客戶下單買賣，由海達公司收取手續費每口美金八十元，「華豐行」再從中抽取美金二十元作為佣金。法務部調查局於九十年七月十六日查獲華豐行部分。並於九十年八月三十一日查獲正大行部分。試問甲之刑責？

### 【案例二】非法從事廢棄物清除處理案

甲未領有廢棄物清除及處理許可證，而於民國九十年十二月間，受乙以每日新台幣（下同）六千五百元之代價，委託填補因受水災而坍塌之土地，而在乙、丙所共有坐落之土地上，從事廢棄物之回填工作，先將上開地段靠近河堤旁坍塌部分土地數處，挖掘深坑，連續於同年月起共四天，累計十餘車次，前往某處所，受打牆工人丁之委託，以每車一千元之代價，代丁清除其所拆卸摻雜有磚塊、水泥塊、塑膠袋、鋼筋、木板等雜物之建築廢棄物，且以每車二百元之代價向乙收取載運費，將該建築廢棄物載至上開地號土地，並填入所挖掘之坑洞內，最後再覆蓋原先掘起之土方（即以建築廢棄物進行填補河堤旁之土地，並整平該處土地）。嗣於九十一年二月十六日十八時三十分許，正進行回填建築廢棄物之際，經行政院環境保護署稽查督察大隊會同環保警察前往埋伏當場查獲等情。試問甲之刑責？

### 【案例三】投票行賄案

甲為縣議員候選人，為期能順利當選，夥同乙至某協會理事長丙之住處，要求丙支持，雙方談妥丙負責開出 120 票，丙遂電聯同協會理事丁到場，甲、乙、丙即共同基於對有投票權人交付賄賂及期約賄賂，而約其投票權為一定行使之概括犯意聯絡，由乙將 60,000 元之賄款交予丁，並由丁以每票 500 元之代價向有投票權之選民 22 名買票賄選，丁得款後，先後 3 次分別交付 8,000 元、10,000 元、10,000 元予丙，計 28,000 元，由丙分工向 56 位有投票權之選民買票賄選。

### 【案例四】施用毒品案

甲基於反覆施用第一級毒品海洛因之犯意，自 95 年 9 月 8 日下午 1 時 30 分起至 95 年 10 月 18 日下午 2 時 30 分止，在其住處，以將海洛因加水混合後以注射針筒注射體內之方式及每天施用 2 次之頻率，反覆施用第一級毒品海洛因多次。另分別基於施用第二級毒品甲基安非他命之個別犯意，先後於 95 年 9 月 28 日上午 9 時 30 分前同日某時、同年 10 月 5 日下午 5 時 30 分前同日某時及同年 10 月 18 日下午 3 時前同日某時，在同上地點，以將甲基安非他命置於玻璃球中，再點火加熱使產生煙霧吸用之方式，分別施用第二級毒品甲基安非他命各 1 次。

### 【案例五】販賣毒品案

甲購入不詳數量之海洛因供己施用，嗣自 94 年 3 月間某日起至 94 年 5 月 14 日止，甲竟意圖營利而基於販賣毒品海洛因之概括犯意，以行動電話為聯絡工具，將海洛因以每包 500 元販賣給 A、B、C、D、E 等十人。

## 二、判決論點整理

### 【案例一】非法經營期貨事業案

判決字號	裁判日期	要旨
95 台上 4810 (刑事第 6 庭)	95/08/31	所謂「經營」事業者，係指吾人於社會上繼續、反覆從事之事務，即應具有繼續性、反覆性及期間上之持續。
96 台上 951 (刑事第 12 庭)	96/02/14	期貨交易法第 112 條第 5 款所稱之擅自經營「期貨顧問事業」者，就其經營事業行為之性質而言，均含有多次性與反覆性，故如行為人基於經營同一事業之目的，在同一時期內多次或反覆經營上述事業之行為，似應僅成立單純一罪，而無連續犯規定之適用。
96 台上 1500 (刑事第 6 庭)	96/03/22	學理上所稱之集合犯，係一種構成要件類型，亦即立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設其本身係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，將之總括或擬制成一個構成要件之集合犯行為；例如經營、從事業務、收集、散布等行為概念者是。此種犯罪，以反覆實行為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性，因刑法評價上為構成要件之行為單數，因而僅包括的成立一罪。期貨交易法第 112 條第 5 款所稱之擅自「經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業」云者，就其經營事業行為之性質而言，於構成要件類型上，均含有多次性與反覆性，故如行為人基於經營同一事業之目的，在同一時期內多次或反覆經營上述事業之行為，於刑法評價上自應僅成立集合犯一罪。
96 台上 3771	96/07/12	經營期貨顧問事業，其犯罪之行為本身即含有反覆實施之性質，

(刑事第6庭)		在法律的評價上，應屬單一行爲，公訴人認爲連續犯，尙有誤會。
---------	--	-------------------------------

## 【案例二】非法從事廢棄物清除處理案

判決字號	裁判日期	要旨
95 台上 1079 (刑事第 8 庭)	95/03/02	刑事法若干犯罪行爲態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定爲犯罪構成要件之行爲要素，則行爲人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行爲，倘依社會通念，於客觀上認爲符合一個反覆、延續性之行爲觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。學理上所稱「集合犯」之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行爲概念者是。而廢棄物清理法第 46 條第 1 項第 4 款之犯罪，係以未依同法第 41 條第 1 項規定領得廢棄物清除、處理許可文件之人，作爲犯罪主體，再依該第 41 條第 1 項前段以觀，乃謂從事廢棄物清除、處理業務者，應申請核發許可文件。是本罪之成立，本質上即具有反覆性，倘行爲人基於概括之犯意，在密切接近之一定時間及空間內反覆從事廢棄物之清除、處理，無非執行業務所當然，於行爲概念上，應認爲包括的一罪，無連續犯或併合論罪可言。
95 台上 2630 (刑事第 7 庭)	96/05/11	廢棄物清理法第 46 條第 1 項第 4 款前段規定之「未依第 41 條第 1 項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物清除、處理」罪，其行爲本質上具有反覆性與延時性，乃執行業務本質所當然，而爲集合犯之一種，固無連續犯之適用， <b>但其犯罪之成立，並不以行爲人有多次廢棄物清除、處理為必要，如有從事廢棄物清除、處理等作為，縱僅一次即被查獲，仍無解於該條項之罪。</b>
95 台上 3937 (刑事第 8 庭)	95/07/20	廢棄物清理法之未依規定領有許可文件而從事廢棄物清除、處理罪，本質上即具有反覆性，倘行爲人未領有許可文件，基於概括之決意，在密切接近之一定時地反覆經營從事廢棄物之清除、處理，無非從事廢棄物之清除、處理業務所當然，於行爲概念上，應認屬包括之一罪。
95 台上 4686 (刑事第 8 庭)	95/08/24	90 年 10 月 24 日修正公布廢棄物清理法第 46 條第 1 項第 4 款之犯罪，以行爲人已領有廢棄物清除、處理之許可文件，卻未依該許可文件記載之內容，從事廢棄物之貯存、清除、處理等業務行爲，爲其犯罪構成要件，該罪之本質上似具有反覆性之特徵。
95 台上 6333 (刑事第 7 庭)	95/11/16	民國 90 年 10 月 24 日修正前廢棄物清理法第 22 條第 2 項第 4 款（修正後爲第 46 條第 1 項第 4 款）前段規定之「未依第 20 條規定領有廢棄物清除、處理許可證或核備文件，從事廢棄物貯存、清除、處理」罪，本質上具有反覆性與延時性，倘行爲人在密切接近之一定時間及空間內複次從事廢棄物之清除、處理，乃其業務本質所當然，於行爲概念上，應認爲包括的一罪，無連續犯可言。原判決認定上訴人於 89 年 10 月 8 日至 10 日、23 日至 24 日、89 年 11 月 7 日至 8 日止，從事廢棄物清除、處理之作爲，應成立連續犯，其法則之適用是否適當，即不無可議之處。
95 台非 285 (刑事第 9 庭)	95/11/16	原確定判決認被告違反廢棄物清理法部分之犯行，應適用 95 年 5 月 30 日修正前之廢棄物清理法第 46 條第 1 項第 4 款規定處罰，原確定判決已說明其理由，經核並無不合。查該法條第 2 項規定「無許可文件，以經營廢棄物清除、處理爲常業者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新台幣九百萬元以下罰金」，既然有此常業犯之規定，則該條第 1 項第 4 款前段「未依第 41 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」之罪，本質上即難認係學理上所稱「集合犯」之具有重複

		特質之犯罪，否則第二項常業犯之規定即無適用餘地，此當非立法本旨。從而原確定判決認被告就共犯廖計松未依法領有廢棄物處理許可文件，經營廢棄物之清除部分，應依（修正前）刑法第56條、上述廢棄物清理法第46條第1項第4款前段規定論處，其適用法則難認係違法。
96台上172 （刑事第8庭）	96/01/11	與95台上1079、95台上4686見解相同。

## 【案例三】投票行賄案

判決字號	裁判日期	要旨
95台上5738 （刑事第8庭）	95/10/19	公職人員選舉罷免法第90條之1第1項所定投票行賄罪，乃以對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使，作為構成要件。其受賄者，則成立刑法第143條之投票受賄罪。二者在性質上，屬於對立（向）之必要共犯關係，行賄者對於多數受賄者實行犯罪作為，究係出於接續犯意或基於概括犯意，自應依一般之社會通念以作判斷。 【判決未做出具體判斷】
96台上594 （刑事第6庭）	96/01/26	侵害國家法益之犯罪，於刑法修正前若基於概括犯意而連續犯同一罪名者，亦有連續犯之適用，此觀貪污治罪條例所定之罪雖屬侵害國家法益之罪，倘若基於概括犯意而連續犯同一之罪名者，仍得成立連續犯自明。而投票行賄罪祇要向有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使，犯罪即告成立；如基於概括之犯意，連續向數有投票權之人為上述投票行賄行為者，自仍得成立連續犯。
96台上1133 （刑事第6庭）	96/03/18	公職人員選舉罷免法第90條之1第1項所定之對有投票權人交付賄賂或不正利益罪之賄選行為，乃行為人基於足以讓候選人當選票數之賄選目的，反覆向多數人交付賄賂或其他不正利益，約定不行使投票權或為一定行使；是對有投票權人交付賄賂或其他不正利益之犯行，於構成要件類型上，本質上已具備反覆、延續之行為特徵，其持續多次對有投票權人交付賄賂或其他不正利益即為此類犯罪之典型或常態，於刑法評價上自應僅成立集合犯一罪。
96台上1494 （刑事第6庭）	96/03/22	見解與96台上1133相同。
96台上2133 （刑事第6庭）	96/04/19	見解與96台上1133相同。
96台上2448 （刑事第6庭）	96/05/03	見解與96台上1133相同。
96台上3064 （刑事第6庭）	96/06/07	見解與96台上1133相同。
96台上4036 （刑事第10庭）	96/07/26	公職人員選舉罷免法第90條之1第1項投票行賄罪，自其犯罪構成要件觀察，似無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯，且在刑法修正實施前，實務亦似無此見解。原判決謂投票行賄罪在構成要件上，立法者本即預定其為複數之同種行為反覆實行犯罪，及投票行賄罪論以集合犯一罪，為實務上之通說云云，然未進一步闡述論析其為此論述之依據及理由，即遽論上訴人等以投票行賄罪之集合犯一罪，同有判決理由不備之違誤，應認原判決關於上訴人等部分有發回更審之原因。

96 台上 4922 (刑事第 6 庭)	96/09/13	維持原判決改依集合犯一罪論擬之見解。
96 台上 5249 (刑事第 8 庭)	96/10/04	關於反覆多次施用第一級毒品或第二級毒品犯罪是否有集合犯規定之適用？ <u>依本院最近所持之見解，係認為依修正刑法刪除連續犯規定之立法意旨，本應各自獨立評價之數罪，應回歸本來就應賦予複數法律效果之原貌，刑法修正後，多次施用毒品之犯行，應採一罪一罰，始符立法本旨，不採依集合犯論為一罪之見解。依此法理，相類似之多次投票行賄罪犯行，是否能認為有集合犯論為一罪之適用，即有再予勾稽研求之餘地。</u> 原判決認上訴人與共犯林明寬等人於刑法修正前所為上揭多次投票行賄罪，無連續犯規定之適用，而應依集合犯論以一罪，其法律見解即有再予審酌研求之餘地。

#### 【案例四】施用毒品案

判決字號	裁判日期	要旨
96台上1802 (刑事第 8 庭)	96/04/12	刑事法若干犯行之行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別概括犯意，在密切接近一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應成立一罪。本件第一審判決以毒品危害防制條例所規定之施用第一級毒品犯行，因鑑於施用毒品者，大多具有「成癮性」，為貫徹社會防制毒品之期盼，對施用毒品者，有施以「斷癮」之必要，乃就施用毒品行為，先為生理治療及心理復健之保安處遇，因而以令入勒戒處所觀察、勒戒方式，戒除其身癮，若仍無法戒除，有繼續施用毒品之傾向，再令入戒治處所施以強制戒治，以戒除其心癮，倘上開保安處遇猶無法收其遮斷毒癮之實效，方以刑罰追訴處罰，此為毒品危害防制條例第 20、23 條所明定，足見施用第一級或第二級毒品罪，本即預定其因成癮而有反覆實行施用毒品之性質，於刑法評價上，即得以集合犯論以一罪。
96台上2083 (刑事第 7 庭)	96/04/24	施用毒品行為，大多具有成癮性，故毒品危害防制條例之施用第一級或第二級毒品罪，依該條例之立法意旨，原即預定其有反覆施用第一級或第二級毒品之性質，固得認屬學理上所稱「集合犯」而為包括之一罪。然對依集合犯而論以包括一罪之判斷，仍不能無限擴張，其一罪範圍之認定，必須與上揭連續犯刪除之立法旨趣相契合，苟行為人主觀上，非出於一個決意，客觀上各行為間，又無密切接近關係，依一般社會通念，認不應評價為一罪方合於刑罰公平原則時，自不能悉數率皆論以一罪。本件原判決確認被告施用海洛因之時間，與檢察官移送原審併辦部分，二者犯罪時間相距近五個月，甚或已逾五個月有餘，此先後施用犯行，主觀上是否出於毒品成癮性之一次決意，即非無疑，又此二者相隔既達五個月之久，客觀上，實亦難認其係在「密切接近」之一定時間為之，故於刑法評價上，依社會健全觀念，要難認彼此具有「集合犯」之一罪性質。 <b>【多次施用間隔 5 個月，非集合犯】</b>
96 台非 133 (刑事第 12 庭)	96/05/31	集合犯係指立法者所制定之犯罪構成要件中，本質上即預定有數個同種類行為而反覆實行之犯罪而言。故是否集合犯之判斷，客觀上，自應斟酌法律規範之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態等事項；主觀上，則視其反覆實施之行為是否出於行為人之一個犯意，並秉持刑罰公平原則，加以判斷之，俾與立法意旨相契合……經核依原

		判決所確認之事實，被告係基於施用第二級毒品安非他命之犯意，分別於不同時間（95.08.21、95.08.23），在不同地點，各施用安非他命一次，共二次等情。並未認定被告上述異時、異地二次施用安非他命之行爲，係基於其「主觀上之一個犯意」反覆而爲之，應係認被告基於二個犯意施用毒品。
96 台上 3081 （刑事第 1 庭）	96/06/14	施用毒品者雖多有成癮之可能，惟非必然如此，且施用毒品罪之構成要件並無預定行爲人須反覆實施數個同種類行爲始能成立該罪，是行爲人於第一次施用毒品時是否即具有反覆施用毒品之故意，應依具體個案認定之。上訴人本案施用海洛因之犯罪時間係 95 年 9 月 5 日，而檢察官上訴意旨所指及移送併辦之另案，其犯罪時間則係 95 年 11 月 4 日，其二者時間相隔有二個月之久，上訴人亦自供承其於該二個月期間內，並無施用海洛因之犯行。則尚難即認上訴人主觀上係出於毒品成癮性之一次決意爲之，又本案與另案之犯罪時間相隔二個月，客觀上亦不能認上訴人係於密切接近之一定時間爲之。況施用毒品罪本即非須集合多數犯罪行爲始能成立犯罪，尚難認本案與另案間具有檢察官所主張集合犯之關係，檢察官上訴意旨認移送併辦之另案應併予審理，並無理由等情予以綜合判斷。 <b>【多次施用間隔 2 個月，非集合犯】</b>
96 台上 3095 （刑事第 10 庭）	96/06/14	集合犯，係指數犯罪構成要件中，本即預定有數個同種類之行爲將反覆實行，雖其特質爲行爲含有反覆實行複數行爲而評價爲包括一罪，但並非其所有反覆實行之行爲，皆一律認爲包括一罪，仍須從行爲人之主觀犯意，自始係基於概括性，行爲之時、空上具有密切關係，且依社會通念，認屬包括之一罪爲合理適當者，始足當之，否則仍應依實質競合予以併合處罰。施用毒品行爲，大多具有成癮性，故毒品危害防制條例之施用第一級或第二級毒品罪，依該條例之立法意旨，原即預定其有反覆施用第一級或第二級毒品之性質，固得認屬集合犯而爲包括之一罪。然依前所述，對依集合犯而論以包括一罪之判斷，仍不能無限擴張，其一罪範圍之認定，必須與刑法修正後刪除連續犯之立法旨趣相契合，苟行爲人主觀上，非出於一個決意，客觀上各行爲間，又無密切接近關係，依一般社會通念，認不應評價爲一罪方合於刑罰公平原則時，自不能悉數率皆論以一罪。本件原判決以被告自 95 年 9 月 8 日下午 1 時 30 分起，均每日在其住處以針筒注射體內之方式，施用海洛因 2 次，直至同年 10 月 18 日下午 3 時爲警查獲，始未再施用。因認上訴人在前揭時地內，以每日 2 次之密集頻率反覆施用，其主觀上係基於概括性，客觀上依該頻率每日反覆施用行爲之時、空上亦具有密切關係，依社會通念，應評價爲包括一罪之集合犯爲合理適當。至上訴人嗣另於 95 年 12 月 1 日或其前 3 日內之某一時點及 96 年 1 月 1 日 9 時各有一次施用海洛因而爲警查獲，經檢察官移送原審併案審理部分，非基於每日固定頻率而反覆施用，與本件係於長達一個半月內均每日密集施用二次迥異，因認移送併案審理部分與本件非出於上訴人主觀上施用海洛因之一次決意，客觀上亦難認其係在密切接近之一定時間爲之，故於刑法評價上，依社會健全觀念，要難認彼此具有集合犯之一罪性質，而應爲數罪之評價，始符合刑罰公平原則。 <b>【95.09.08-95.10.18 每日 2 次，集合犯；95.12.01-96.01.01 無固定頻率，非集合犯】</b>
96 台上 3616 （刑事第 8 庭）	96/07/09	依原判決事實之認定，上訴人係另基於施用第一級毒品之犯意，而於 95 年 8 月 21 日上午爲本件施用第一級毒品海洛因一次之行爲等情，併參以上訴人於原審審判日供陳其所謂另因施用毒品案件而於 95 年 6 月、8 月間分別經法院判處有期徒刑 1 年 2 月部分，均係於 95 年 7 月以前所犯等語，本件既無事證證明係屬上訴人基於與前開案件同一反覆施用毒品之犯意所爲，是原判決以

		刑事實務上所謂集合犯，係在立法上本即預定有複數之同種行為反覆實施之性質，乃認本件上訴人所犯毒品危害防制條例第 10 條第 1 項之施用毒品罪，與其所稱上述因施用毒品案件另經法院判處罪刑部分，相互間並無成立集合犯之可能，其採證認事於法自難認違誤。
96 台上 4573 (刑事第 11 庭)	96/08/23	集合犯，除客觀上須有反覆實行之多數犯罪行為，且各行為間，有一定程度之密切關係外，主觀上，該複次犯罪行為並須係出於行為人一個概括決意；倘該複次犯罪行為非出於一概括決意，依社會通念，不應評價為一罪，始符公平原則，即不能概認係集合犯而論以一罪，亦即不能僅因複次犯罪行為係在密切接近之一定時、地實行，即遽認係集合犯。原判決於理由欄四，已詳為說明上訴人本件係於 95 年 10 月 21 日施用第 1 級毒品，經警查獲後，嗣又於 95 年 11 月 8 日施用第一級毒品，而於同月 12 日再為警查獲，其前後二次之施用毒品行為，難認係「集合犯」。 【多次施用間隔 18 天，非集合犯】
96 台上 4587 (刑事第 6 庭)	96/08/23	上訴人於 95 年 9 月 20 日施用第 1 級毒品為警查獲後，直至同年 11 月 17 日始再因施用海洛因為警查獲，前後時間已近 2 月，足認上訴人於 95 年 11 月 17 日之施用海洛因行為係另行起意等理由綦詳，其推理論斷衡諸經驗法則、論理法則、證據法則等皆無違背。 【多次施用間隔 2 個月，非集合犯】
96 台上 4677 (刑事第 7 庭)	96/08/30	原判決認被告本案及以外其他施用海洛因之行為，彼此間並無集合犯之包括一罪關係，故業經起訴之 95 年 7 月 9 日與同年 9 月 19 日次施用行為，應予分論併罰，至其他經檢察官移送併案審理之施用海洛因行為，如何無從併予審理，已於理由內，就犯罪行為是否為集合犯，應自其法定犯罪構成要件內容加以觀察論斷，毒品危害防制條例第 10 條第 1 項規定，係以「施用」毒品為犯罪構成要件，而非以反覆施用毒品或成癮為構成要件，況施用海洛因固有成癮性，然施用者並非必然已成癮而反覆密集施用，行為人自應以施用之次數，定其犯罪行為數，且本件被告 95 年 7 月 9 日與同年 9 月 19 日之 2 次施用海洛因行為，相距逾 2 個月之久，而移送併辦之所謂被告其餘施用海洛因行為，距業經起訴之該 2 次施用行為，亦達 3 至 5 個月，依社會通念，均應為可分之獨立數行為，顯非集合犯。
96 台上 4666 (刑事第 8 庭)	96/08/30	就刑法修正施行後多次施用毒品之犯行，採一罪一罰，始符合立法本旨。而刑法上所謂集合犯是指立法者所制定之犯罪構成要件中，本就預定有數個同種類之行為將反覆實行之犯罪而言，是將各自實現犯罪構成要件之多數行為，解釋為集合犯，而論以一罪。是以對於集合犯，必須從嚴解釋，以符合立法者之意向。又按行為人施用毒品之原因不一而足，其多次施用毒品之行為，未必皆出於行為人之一個犯意決定；且觀諸毒品危害防制條例第 10 條第 1 項、第 2 項施用毒品罪之構成要件文義衡之，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行，故施用毒品罪，應非集合犯之罪。
96 台上 4675 (刑事第 7 庭)	96/08/30	然施用毒品行為，或僅屬零星、偶發，自難認立法者於制定刑罰法律之初，已認知施用毒品行為係依社會通念必具反覆性之犯罪，且有意藉由法律條文所規定客觀構成要件，以涵括數個施用毒品行為。復以本次刑法修正，既基於「刑罰公平原則」之考量，刪除連續犯及含有連續犯性質之常業犯相關規定，則多數施用毒品行為，若再視之為集合犯，評價為包括一罪，即有不當，應以回歸一般刑法上行行為單、複數之認定，分別予以論罪科刑，較為妥適。況檢察官移送併案部分，上訴人犯罪時間分別在民國 95 年 8 月 3 日、95 年 7 月 1 日起至同年 9 月 8 日止及 96 年 4 月 28

第八單元：犯罪競合

		日，距本件犯罪之 95 年 12 月 5 日分別達 3 個月至 5 個月不等，尤難謂依社會通念，應予以包括一罪之評價。
96 台非 210 (刑事第 5 庭) 96 台上 4736 (刑事第 9 庭)	96/08/31	刑法修正施行後多次施用毒品之犯行，除符合接續犯之要件外，則應一罪一罰，合併定其應執行之刑。亦即於刑法修正前後，均不認毒品危害防制條例第十條所定之施用毒品罪為集合犯。
96 台上 4762 (刑事第 4 庭)	96/09/06	行為人施用毒品之原因，不一而足，其多次施用毒品之行為，未必皆出於行為人之一個犯意決定；且觀諸毒品危害防制條例第 10 條第 1 項、第 2 項施用毒品罪之構成要件文義衡之，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行，故上開施用毒品之罪，難認係集合犯之罪。
96 台上 4761 (刑事第 4 庭)	96/09/06	2 次施用毒品犯行分別於 95 年 8 月 18 日、95 年 9 月 18 日，其間相差 1 月，不具時間密接性，為獨立之犯罪行為。
96 台上 4892 (刑事第 4 庭)	96/09/13	毒品危害防制條例第 10 條第 1 項所規定之施用，並非因集合本質上會反覆從事多數犯罪而成立之獨立犯罪型態，而與一般學理上及審判實務上所定義、習用之集合犯概念不相符合。
96 台非 219 (刑事第 4 庭) 96 台上 5198 (刑事第 4 庭)	96/09/13 96/09/28	所謂「集合犯」，係指立法者所制定之犯罪構成要件中，本即預定有數個同種類行為而反覆實行之犯罪而言。故是否集合犯之判斷，客觀上自應斟酌法律規範之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態及社會通念等；主觀上則視其反覆實施之行為是否出於行為人之一個犯意，並秉持刑罰公平原則，加以判斷之。稽以行為人施用毒品之原因，不一而足，其多次施用毒品之行為，未必皆出於行為人之一個犯意決定；且觀諸毒品危害防制條例第 10 條第 1 項、第 2 項施用毒品罪之構成要件文義衡之，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行，故施用毒品之罪，難認係集合犯之罪。 施用毒品者雖多有成癮之可能，但非必然如此，且施用毒品罪之構成要件並無預定行為人須反覆實施數個同種類行為始能成立該罪，是行為人於第一次施用毒品時是否即具有反覆施用毒品之故意，應依具體個案認定之。
96 台上 5000 (刑事第 6 庭)	96/09/20	刑法刪除連續犯規定後，就刑法施行後多次施用毒品之犯行，除符合接續犯之要件外，應一罪一罰，始符合立法本旨。上訴人施用毒品之主觀犯意已遭移送偵辦之阻嚇而失其反覆性，不得再次施用毒品並藉由「集合犯」之論點，以規避刑責。
96 台上 5356 (刑事第 2 庭)	96/10/11	集合犯，係立法者就具有反覆實行特性之犯罪，藉由客觀犯罪構成要件，涵括數個犯罪行為，而僅為一次刑法評價之犯罪。至施用毒品行為，原因不一而足，其多次施用毒品，未必均出於一個意思決定；且衡之毒品危害防制條例第十條施用毒品罪之構成要件，亦無從認立法者本即預定該犯罪之本質，必係多數同種類行為反覆實行之集合犯行。再依 94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行之刑法，基於刑罰公平原則，刪除連續犯及含連續性質之常業犯等相關規定，則修正刑法施行後，如將施用毒品之複數行為另視之為集合犯，評價為包括一罪，即有悖於立法本旨，自應回歸刑法上行行為單、複數之認定，分別論罪科刑，始為適法。

【案例五】販賣毒品案

判決字號	裁判日期	要旨
96台上1168	96/03/08	集合犯係指犯罪構成要件之行為，依其本質、犯罪目的或社會常態

(刑事第 7 庭)		觀之，常具有反覆、繼續為之之特性，此等反覆實行之行為，於自然意義上雖係數行為，但依社會通念，法律上應僅為一總括之評價，法律乃將之規定為一獨立之犯罪類型，而為包括一罪。故犯罪是否包括一罪之集合犯，客觀上，應斟酌其法律規定文字之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪實行常態及社會通念等；主觀上，則視其是否出於行為人之一次決意，並秉持刑罰公平原則，加以判斷。上訴人意圖營利而販賣毒品之行為，為實現牟利之犯罪目的，依吾人之生活經驗，其犯罪之實行，固以反覆、繼續為常態，然其販賣之時間，自 94 年 3 月間起，迄同年 5 月 14 日止，長達近 3 個月；販賣地點除上訴人住處後方外，並遍及不知名之廢棄車廠、高速公路下、某巨蛋超商等；販賣之對象則包括施志成等 4 人，此類綿延數月，異時、異地且異其對象之販賣毒品行為，依社會通念，殊難認以評價為一罪為適當，自不得認僅成立包括一罪。
96 台上 1850 (刑事第 7 庭)	96/04/12	集合犯，係指數犯罪構成要件中，本即預定有數個同種類之行為將反覆實行，雖其特質為行為含有反覆實行複數行為而評價為包括一罪，但並非其所有反覆實行之行為，皆一律認為包括一罪，仍須從行為人之主觀犯意，自始係基於概括性，行為之時、空上具有密切關係，且依社會通念，認屬包括之一罪為合理適當者，始足當之，否則仍應依實質競合予以併合處罰。原判決雖敘明上訴人前揭販賣行為，係「時間密接，顯係基於反覆販賣第三級毒品愷他命之犯意為之」，但就上訴人多次販賣愷他命，致該毒品氾濫，嚴重危害國人身心健康之犯罪結果，何以依社會通念，仍認屬包括一罪為合理適當？則未進一步闡述論析，即逕依集合犯論以一罪，自有理由欠備及適用法則不當之違法。
96 台上 5568 (刑事第 12 庭)	96/10/18	對於集合犯，必須從嚴解釋，以符合立法者之意向。原判決就上訴人等自 95 年 1 月間起至同年 8 月間止，先後多次分別販賣海洛因、第二級毒品甲基安非他命之行為，以「本件被告二人前開於特定期間，或由被告甲○○單獨一人，或與乙○○二人共同為上開販賣毒品犯行，於行為人主觀上係各自基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，於客觀上各自具有反覆、延續實施同一犯罪行為之特性，其本質乃多數行為之集合，故應分別予以評價為集合犯之包括一罪」云云。然其前揭論述，非唯與刪除連續犯之修法意旨，已難謂合，且就上訴人等多次販賣第一級、第二級毒品之犯行，逕論以一罪，反較連續犯刪除前之法律適用，失之寬鬆，亦與刑罰評價之公平性有違。再原判決就上訴人等多次販賣第一級、第二級毒品，論以集合犯，是否符合法律規範之本質？則未進一步闡述論析，即逕依集合犯論以一罪，自有理由欠備及適用法則不當之違法。

### 三、基本定義以及問題之提出

#### (一) 前提概念之釐清

- 1、何謂「寬嚴並進的刑事政策」？
- 2、連續犯規定之廢除與集合犯之關係
- 3、集合犯與接續犯之異同

#### (二) 通說對於集合犯之定義和認定之具體範圍為何？學說上有何爭議？

### 四、我國實務見解分析

### （一）非法經營期貨事業案

以上述最高法院九六年台上第九五一號為例，所涉犯罪事實為：上訴人於八九年十二月間至九〇年八月三十一日被查獲時止，在屏東市以「正大行」名義經營期貨顧問事業之行為；此外，另於九〇年三月七日起，至同年七月十六日被查獲時止，在台中縣豐原市以「華豐行」名義經營期貨顧問事業之行為。在上開二地經營前述事業之時間，互相重疊，高等法院論以連續犯一罪。最高法院則認為期貨交易法第一一二條第五款之未經許可經營期貨事業罪，就其經營事業行為之性質而言，於構成要件類型上，均含有多次性與反覆性，故如行為人基於經營同一事業之目的，在同一時期內多次或反覆經營上述事業之行為，於刑法評價上自應僅成立集合犯一罪，而無連續犯規定之適用。

我國學說雖然沒有針對未經許可經營期貨事業犯罪表示是否屬於集合犯的看法，但是依照上述針對集合犯概念的代表學說意見，強調集合犯之構成要件行為本身具有不斷複製的特質，應該可以認定此項實務見解應該和學說立場是相一致的。因此，此項實務判決見解值得肯定。只是上述實務見解均產生於九六年八月二日之前，是否會受最高法院九六年度第九次刑事庭總會決議見解影響，而變更見解，仍有待進一步觀察。

從法實證學的角度進行分析，雖然可得的判決數目只有 4 則，則判決皆肯定非法經營期貨事業罪本質上構成要件實施手段的多次性和反覆性。表面上看來由刑事第六庭所製作出的判決居絕大多數，但是第一則判決的第六庭法官組成與後兩則的第六庭的判決不同，也藉此顯示出此項見解之普及性。

### （二）非法從事廢棄物清除處理案

有關行為人未依法領有廢棄物清除、處理許可文件，從事複次之廢棄物儲存、清除、處理等行為，在刑法評價上，應該如何處斷？最高法院原先認為廢棄物清理法第四六條第一項第四款之罪，「本質上具有反覆性與延時性，其複次從事廢棄物清除、處理，乃其業務本質所當然，為包括的一罪，無連續犯可言」；「上訴人等在承作該水溝整建工程所接續施行之運輸、傾倒廢棄物行為，雖有複次情形，乃其業務本質所當然，且在行為人主觀上，無非係其水溝整建工程行為之一部分，在刑法評價上亦以合而包括為一從事廢

棄物清除、處理行為予以評價，較為合理，應屬接續犯，而非連續犯」(九四年台上字第六八八〇號判決<sup>1</sup>)。在此，顯示出當時的最高法院對於集合犯與接續犯之概念似有混淆。

惟依照以上列舉出來的最高法院判決，至少至九五年台上字第一〇七九號判決以下，已明白肯認，非法從事廢棄物清除、處理之行為，因行為本質上具有反覆性與延時性，乃執行業務本質所當然，而為集合犯之一種，倘行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時間及空間內反覆從事廢棄物之清除、處理，無非執行業務所當然，於行為概念上，應認為包括的一罪，無連續犯之適用。此項最高法院之絕大多數立場值得贊同。

然而，值得注意的是九五年台非字第二八五號判決的見解。該判決以舊廢棄物清理法第四六條第二項(九五年五月三〇日修正公布，並自九五年七月一日施行)規定「無許可文件，以經營廢棄物清除、處理為常業者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣九百萬元以下罰金」，認為「既然有此常業犯之規定，則廢棄物清理法第四六條第一項第四款前段之罪，本質上即難認係學理上所稱『集合犯』之具有重複特質之犯罪，否則第二項常業犯之規定即無適用餘地，此當非立法本旨」。因此，該判決認定行為人之複次未經許可清除、處理廢棄物之行為，為連續犯。惟此項判決見解實難贊同。因為原來該條文第二項之常業犯規定存在，並不足以因此作為否定非法從事廢棄物清除、處理罪具有集合犯本質之有力佐證。常業犯只是立法者設立的一種加重類型，只要主觀上有賴以維生之意，即便第一次違犯，通說也認為構成常業犯，因此常業犯之存在與非法從事廢棄物清除、處理之行為反覆性與延時性本質，根本毫無關連。

從法實證學的角度進行分析，值得注意的現象是，上述七則判決中，六則肯定廢棄物清理法第四六條第一項第四款非法從事廢棄物清除、處理罪本質上屬於集合犯的判決中，來源非常集中，各有三則分別由刑事第七庭和第八庭所製作，唯一一則持否定見解者由刑事第九庭所製作。

### (三) 投票行賄案

---

<sup>1</sup> 被最高法院選錄為「最高法院刑事庭所製作具有參考價值之裁判要旨」(92-94年)，2006年10月，頁294-295。

## 1、新法施行前的意見爭論

行為人針對同一選舉，先後向多數人行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約定不行使投票權或為一定之行使，應如何論罪？

我國學說通說意見認為，賄選行為和偽造、收集貨幣或販賣行為一樣，都是具有持續複製的特質，應該解釋為集合犯，也就是法定的接續犯，而不是自然行為單數意義下的接續犯<sup>2</sup>。

對此問題，我國實務在新刑法施行前有完全不同於通說看法的解決方式。實務判決多主張成立連續犯，因為國家法益雖然是單一法益，侵害國家法益的犯罪，於刑法修正前若基於概括犯意而連續犯同一罪名者，也能成立連續犯。因此，只要基於概括之犯意，連續向數有投票權之人為上述投票行賄行為者，自仍得成立連續犯<sup>3</sup>。少數判決主張成立接續犯，認為刑法第一四四條之罪，係侵害社會法益之犯罪，雖同時向多數人交付不正利益，約定不行使投票權或為一定之行使，所侵害的仍僅為一個社會法益，並不成立想像競合犯，僅為單純一罪的接續犯<sup>4</sup>。

## 2、新法施行後的意見爭論

新法施行後，最高法院刑事第六庭<sup>5</sup>於九六年三月十八日裁判之九六年台上字第一一三三號判決中，首次採納學說上的意見，將集合犯歸類為構成要件的行為單數之下位概念，藉以區分集合犯與接續犯，因此其出發點認為：「學理上所稱之集合犯、接續犯，與修正前刑法第五六條所定連續犯之區別，在於集合犯係一種構成要件類型，亦即立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設其本身係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，將之總括或擬制成一個構成要件之『集合犯』行為；此種犯罪，以反覆實行

<sup>2</sup> 僅參閱許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為單數，台灣本土法學雜誌，46期，2003年5月，頁97；同作者，一罪與數罪的理論與實踐（五），台灣本土法學雜誌，82期，2006年5月，頁161-162；黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，台灣刑事法學會，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題（以下簡稱註2書），2003年12月，頁102；陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，頁15；同作者，94/95年度刑事判決評釋—競合部分，台灣本土法學雜誌，90期，2007年1月，頁196。

<sup>3</sup> 參照最高法院96年台上字第594號、93年台上字第1905號、90年台上字第7703號判決、85年台上字第1108號。

<sup>4</sup> 最高法院93年台上字第939號、91年台上字第1167號、90年台上字第7879號判決；新刑法施行後才出現的95年台上字第5738號判決，似乎也有此種含意。

<sup>5</sup> 此處所稱之刑事第六庭（呂潮澤庭長）與做出96年台上第594號判決之刑事第6庭之法官組成（林增福庭長）有所不同。

為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性，因刑法評價上為構成要件之行為單數，因而僅包括的成立一罪。其與接續犯之不同，在於接續犯所適用之構成要件行為文義本身並不具反覆實行之特質，非屬立法規範所定之構成要件類型，但個案情節另具時間及空間之緊密關聯之特性。是除集合犯外，每一種構成要件行為皆得以接續犯方式為之，因此集合犯亦有喻之為『法定接續犯』者。此與連續犯係指行為人在主觀上基於一個概括之犯意，而反覆實行客觀上可以獨立成罪之同一罪名之行為者，均尚屬有間」；接著進一步指出投票行賄罪乃「行為人基於足以讓候選人當選票數之賄選目的，反覆向多數人交付賄賂或其他不正利益，約定不行使投票權或為一定行使；是對有投票權人交付賄賂或其他不正利益之犯行，於構成要件類型上，本質上已具備反覆、延續之行為特徵，其持續多次對有投票權人交付賄賂或其他不正利益即為此類犯罪之典型或常態，於刑法評價上自應僅成立集合犯一罪」，此項判決，確實無論就推理或結論而言，皆屬難能可貴之佳作<sup>6</sup>。這項值得讚賞的看法，也陸續地出現在隨後的九六年台上字第一四九四號、九六年台上字第二一三三號、九六年台上字第二四八八號以及九六年台上字第三〇六四號判決，同樣是出自刑事第六庭之見解。

但是最高法院刑事第十庭於九六年七月二六日做出九六年台上字第四〇三六號判決，見解上有重大轉折，趨向嚴格地限制集合犯的成立範圍。最高法院在此則裁判中，固然承認立法者所預定的構成要件之集合行為的類型，並且以收集犯（如「收集」偽、變造貨幣、有價證券，「收集」國防秘密等罪）、職業犯（如未經取得合法醫師資格，擅自執行醫療「業務」罪）、常業犯等為例，但是強調在集合犯之犯罪類型中，可由「法定犯罪構成要件明確知悉其犯罪本質『必然』反覆實行同種類行為」，而「投票行賄罪，自其犯罪構成要件觀察，似無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，『必有』數個同種類行為而反覆實行之集合犯」，因此質疑投票行賄罪應該歸屬於集合犯。

---

<sup>6</sup> 此項肯定首見於台灣本土法學雜誌編輯部對於每月選輯之最高法院判決與製作之編輯介紹，參照台灣本土法學雜誌，96期，2007年7月，頁269。定期且大量地篩選具有代表性的法院判決見解，刊登於法學期刊雜誌上，這在德國各大法學雜誌中極為常見，也是促進理論與實務交流的重要媒介，畢竟不可能每一個法學學術工作者，都親自地一一篩檢每一個判決，從中揀選出適合作為研究對象的判決。因此專業的法學雜誌編輯群是促進健全實務判決評釋的幕後最大推手。台灣本土法學雜誌在這方面著墨很深，非常值得鼓勵。

然而，最高法院在此則裁判意見中，在論理上恐有瑕疵。因為此則裁判意見的立基點在於，集合犯在構成要件上「必然」包含數個反覆同種類之實行行為，然而就此則裁判所承認之收集犯、職業犯或常業犯類型，都不是「必然」含有數個同種類行為之反覆實行。例如收集偽造貨幣罪之收集，係指收買、受贈、互換等一切行為，在收取之前即有行使之犯罪意思者而言。我國實務判例早已正確指出，雖以反覆而為多數收取行為為常，但以圖供行使意思一次收取，亦成立收集罪名<sup>7</sup>。同樣的，未經取得合法醫師資格，擅自執行醫療「業務」之情形，雖然也以反覆而為多次診療行為為常態，但是擅自執行醫療行為一次，也依然成立醫師法第二八條之犯罪。最後，論及已被刪除之常業犯情形，以常業竊盜為例，國內學說認為，一般指恃竊盜為生，不以行竊次數為準<sup>8</sup>。德國通說見解說的更清楚，主要關鍵在於主觀要素，只要行為人想要透過反覆地違犯犯罪，以獲得持續的收入來源，即便是第一次違犯所計畫犯罪，也足以構成<sup>9</sup>。因此，無論就推理或結論上，本文都無法贊同最高法院此則判決的見解。

其後，最高法院於九六年八月二一日召開之九六年度第九次刑事庭會議，就行為人於一段時日內反覆多次施用毒品之行為，決議認為，「刑法修正施行後之多次施用犯行，除符合接續犯之要件外，則應一罪一罰」。最高法院刑事第六庭於九六年九月十三日裁判之九六年台上字第四九二二號判決，並未受此最高法院刑庭決議影響，仍維持第二審法院見解，依集合犯一罪論行為人之投票行賄犯行。不過其他新近判決則明顯受此決議內容影響，例如最高法院刑事第八庭於九六年十月四日裁判之九六年台上字第五二四九號判決指出，依最高法院最近所持之見解法理，「相類似之多次投票行賄罪犯行，是否能認為有集合犯論為一罪之適用，即有再予勾稽研求之餘地」。原本新刑法施行後逐漸趨於一致地認定，多次投票行賄罪犯行應論以集合犯之一罪，此項見解再次面臨考驗。實際上，上述最高法院決議內容僅止於多次施用毒品犯行（當然，本文下一個段落立即要處理多次施用毒品的罪數問題），並未有擴及多次投票行賄的意思。其次，誠如前面之論述理由，投票行賄本質上具有持續複製的特質，選舉的賄選多半不是買一票、兩票的問

<sup>7</sup> 參照最高法院 26 年渝上字第 867 號判例。

<sup>8</sup> 陳樸生，實用刑法，2001 年 9 月重訂初版，頁 781；褚劍鴻，刑法分則釋論（下），2002 年 1 月 3 次增訂版，頁 1153。

<sup>9</sup> 僅參照 LK<sup>12</sup>-Ruth Rissing-van Saan, StGB, Vor § 52 Rdn. 80.

題，而是一旦決定要買票，通常就要買到足以讓候選人當選的票數，所以立法者在構成要件上已經對投票行賄罪預定有反覆同種類實行行為的特質，但是不是「必然」是複次行為的態樣，因為也不排除有單獨買一票的情形，後者同樣也構成投票賄選罪。

#### （四）施用毒品案

關於多次施用毒品，最高法院的判決見解，大致上可以以九六年八月二一日為分水嶺，在此之前的判決，雖然有認為「本即預定其因成癮而有反覆實行施用毒品之性質，於刑法評價上，即得以集合犯論以一罪」（九六台上八〇二判決），但是多數判決認為即使依「集合犯而論以包括一罪之判斷，仍不能無限擴張」，以便與刪除連續犯之立法旨趣相契合。因此若「行為人主觀上，非出於一個決意，客觀上各行為間，又無密切接近關係，依一般社會通念，認不應評價為一罪方合於刑罰公平原則時，自不能悉數率皆論以一罪」。例如二罪相隔之時間為十八天（九六台上四五七三判決）、二個月（九六台上三〇八一、九六台上四五八七判決）或已逾五個月（九六台上二〇八三判決），主觀上是否出於毒品成癮性之一次決意，即非無疑。因此「集合犯，除客觀上須有反覆實行之多數犯罪行為，且各行為間，有一定程度之密切關係外，主觀上，該複次犯罪行為並須係出於行為人一個概括決意；倘該複次犯罪行為非出於一概括決意，依社會通念，不應評價為一罪，始符公平原則，即不能概認係集合犯而論以一罪，亦即不能僅因複次犯罪行為係在密切接近之一定時、地實行，即遽認係集合犯」（九六台上四五七三判決、九六台上三〇九五判決）。若非「同一反覆施用毒品之犯意所為，無成立集合犯之可能」（九六台上三六一六判決）。

惟自九六年台上字第四六六六號判決起，最高法院判決有明顯轉變，此乃深受最高法院九六年度第九次刑事庭會議決議影響，認為「行為人施用毒品之原因不一而足，其多次施用毒品之行為，未必皆出於行為人之一個犯意決定；且觀諸毒品危害防制條例第十條第一項、第二項施用毒品罪之構成要件文義衡之，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行，故施用毒品罪，應非集合犯之罪」（相同看法的判決還有同日宣判的九六年台上字第四六七五號、九六年台上字第四六七七號判決）。之後的最高法院判決也都遵循此項見解，不復認為多次施用毒

品的行為屬於集合犯，而認為除符合接續犯之要件外，都採一罪一罰，始符立法本旨。

然而，最高法院九六年度第九次刑事庭會議決議所採納之丁說內容，實有可受質疑之處，因為就如前述所做之分析，集合犯之犯行並不以「必有」數個同種類行為之反覆實行為前提，數個同種類行為之反覆實行為只是一種「通常」現象，而非「必然」現象。因此，基於毒品成癮性的道理，施用毒品雖然一次施用就已經足以合致施用毒品罪之構成要件，但接連反覆數次施用毒品者，應僅能評價成一個施用毒品行為<sup>10</sup>。但是集合犯概念也確實不能漫無限制，將間隔數月的二次分別施用毒品行為，依集合犯論以一罪，因此本文肯定最高法院九六台上三〇九五以及九六年台上字第四五七三號判決的作法，亦即，除客觀上須有反覆實行之多數犯罪行為，且各行為間，有一定程度之密切關係外，主觀上，該複次犯罪行為並須係出於行為人一個概括決意，始能成立集合犯；倘該複次犯罪行為非出於一概括決意，依社會通念，不應評價為一罪，始符公平原則。

至於可能會有人質疑，將行為人多次施用毒品的行為認定成集合一罪，會不會形成行為人為了避免被論以實質數罪，於是主動坦承不是只有在一個月內相隔十天施用兩次，而是每天吸食，以求換得集合一罪之優待呢？或者，像實務見解認為，就行為人自白多次施用毒品之行為，固然論以實質數罪，一罪一罰，但是事實審法院除就尿液檢驗呈現陽性或併查獲行為人持有施用之毒品或器具之當次行為，認定有施用犯行外，其餘各次之自白行為，多以無補強證據為由，認定該犯罪嫌疑尚有不足而予以剔除，因此就施用毒品次數之認定，已趨於嚴謹，採一罪一罰，不致產生刑罰過度之疑慮。

其實上述觀點皆涉及程序法上的舉證以及證明問題，不應該和實體法上罪數之認定混為一談。更何況，這都可以透過科學證明來印證行為人是否真的規律施用毒品，還是偶爾為之，例如透過頭髮的鑑定，判斷施用期間有無中斷，而不是單憑行為人的自白。當無法證明行為人的多次施用行為有中斷的情形時，只能罪疑唯輕，認定行為人多次施用行為無中斷。

---

<sup>10</sup> 參閱許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（五），台灣本土法學雜誌，82期，2006年5月，頁160；呂潮澤，連續犯存廢爭議之參考意見，註2書，頁71；林鈺雄，跨連新舊法之施用毒品行為一兼論行為單數與集合犯接續犯概念之比較，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，頁147-148。

## （五）販賣毒品案

最高法院判決主要著眼於，如果將多次販賣毒品的行為人論以集合犯，依照「社會通念」並不適當、有違法律規範本質。

學說上多認為，多次販賣毒品應論以集合犯之一罪。具有代表性的看法認為<sup>11</sup>，因為就法律規定文字的本來意涵而言，販賣本即包含多次反覆同種類之實行行為。行為人意圖販售而買入毒品，本欲將所買入之毒品全部賣出，因此，是一種「具體的常業犯」，賣出一次，固然成立一個販賣毒品罪，賣出數次，也一樣只成立一項常業罪。考量到販賣毒品罪的嚴重法定刑度，確實應該解釋為立法者始終將販賣（製造和運輸）毒品行為視為常業行為，只有基於常業性質的行為態樣，才能相應立法者所制訂的高法定刑度。

究竟什麼是社會通念，最高法院判決並未進一步說明。判決認為販賣長達三個月期間，而且遍及數個不同地點，論以集合一罪，不符社會通念。但是販毒行為人販入一批毒品後，本來就是希望能夠把它賣完，或是快賣完時，能進下一批毒品。而毒品若無法一次賣掉（通常也不是一次賣掉），就得分批賣掉。分十次賣掉，必須被論以十罪併罰，難道這樣就符合社會通念嗎？行為人意圖販售而買入毒品，本欲將所買入之毒品全部賣出，如果這不是社會通念，到底什麼是社會通念呢？難不成販賣毒品以「論斤賣出、恕不零售」的方式為之，才符合社會通念嗎？

此外，即便將多次販賣毒品論以集合犯，並非即意謂著排斥成立數罪的可能性<sup>12</sup>。換言之，多次販賣可以只能成立一罪，並不表示不可能成立數罪。學說上已有建議，不妨以營業上可以劃分為一批成品的販賣的界限為計算基準。這樣的方式雖然難免會有大盤商和小盤商的罪數界限不盡相同，但是這種差異原本就存在於大盜小賊之間，其間可能發生的不公平，必須藉由具體量刑予以平衡，或者可以仿照德國的立法方式，依數量多寡範圍而定不同販賣情形的情節輕重。

## 五、分析

### （一）基本問題之釐清

<sup>11</sup> 參照許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐（四），台灣本土法學雜誌，81期，2006年4月，頁146。

<sup>12</sup> 參照許玉秀，註11文，頁146。

## 1、寬嚴並進的刑事政策與連續犯規定之廢除

此次修正之新刑法主要方向為落實「寬嚴並進的刑事政策」。所謂寬嚴並進的刑事政策，就是寬容的刑事政策及嚴格的刑事政策，前者是對短期自由刑的受刑人，不再以傳統的刑罰處罰，而應適當對這類行為人予以「轉向」，例如以易科罰金、緩刑、緩起訴、職權不起訴處分或其他社區處遇等方式矯正其偏差行為，替代傳統自由刑之處罰，此部分之政策大部分在之前刑事訴訟法修正時，已逐項修法納入新制的刑事程序中。後者，則因行為人對社會危害性大，人民直接感受生命、身體財產受到威脅，為確保社會安全，乃提高數罪併罰之期限為 30 年，並對於屢次犯重罪者，限制其假釋等，為嚴格的刑事政策<sup>13</sup>。

文獻上贊同廢除連續犯規定的主要理由，和立法修正理由相同，不外乎認為「連續犯在本質上應屬數罪，僅係基於訴訟經濟或責任吸收原則之考量，而論以一罪故本法承認連續犯之概念，並規定得加重其刑至二分之一。然本法規定連續犯以來，實務上之見解對於本條『同一罪名』之認定過寬，所謂『概括犯意』，經常可綿延數年之久，且在採證上多趨於寬鬆，每每在起訴之後，最後事實審判決之前，對繼續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使發生不合理之現象。因此，基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，其修正既難以周延，……。從立法例而言，連續犯係大陸法系之產物，英美刑法並不承認連續犯之概念，德國刑法自一八七一年以後、日本自昭和二一年（民國三六）年以後，均將連續犯之規定予以刪除，其餘大陸法系國家如瑞士、奧地利、法國等均無連續犯之明文，惟在實務上則視具體情形，或認係一罪，或認係數罪併罰。故有必要參考上開外國立法例，刪除有關連續犯之規定。」換言之，文獻上贊同廢除連續犯規定的理由，主要著眼於因為實務認定連續犯要件過寬，適用連續犯之規定過於浮濫，導致「本質上」屬於「數罪」之連續犯所涉情形，被論以連續犯，有刑罰不公的質疑。廢除連續犯規定後，將原來連續犯所涉情形中，其本質上屬於數罪的情形，改論以實質數罪，這項作法也吻合嚴格刑事政策的要求。

然而，正如本文前面論及此次修正之新刑法主要方向為落實「寬嚴並進的刑

---

<sup>13</sup> 蔡碧玉，2005年新刑法修正綜覽，收錄於台灣刑事法學會主編之「刑法總則修正重點之理論與實務」，2005年，頁8-10。限於有限的篇幅，本文無法對此項刑事政策進行分析和省思，國內文獻對此已有值得參酌的批判意見，參閱謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126期，2005年11月，頁131以下；以及參閱許福生，兩極化刑事政策在責任主義上之疑慮與反論，法學叢刊，194期，2004年4月，頁43以下。

事政策」，而所謂的寬嚴並進的刑事政策，除了嚴格的刑事政策外，更不能忽略寬容的刑事政策。這意謂著，對於原來實務認定依連續犯處理之情形，除了一方面將本質上應屬於「數罪」之情形改論以實質數罪外，以貫徹嚴格刑事政策之理念；另一方面，也不能忽略將「本質上」屬於「一罪」卻被誤歸類為「連續犯」之情形，改論以一罪，以貫徹寬容刑事政策之理念。因此，如果認為，連續犯規定廢除後，對於本質上其實屬於一罪、卻被原來實務論以連續犯處理之情形，改論以一罪處理，則有違立法者一罪一罰意旨，這就很明顯誤解了立法者的真正意旨。換言之，連續犯規定之廢止，正是貫徹「寬嚴並進的刑事政策」理念下的產物，而非唯獨只是「嚴格刑事政策」影響下的產物。

## 2、連續犯規定之廢除與集合犯之關係

九四年二月二日公布、九五年七月一日施行之修正刑法（以下簡稱新刑法），將第五六條連續犯之規定刪除，其修正理由指出：「至連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」

修正理由所指出的「包括的一罪」，其概念內涵頗有爭議<sup>14</sup>。比較沒有疑問的是，在學理上支持包括一罪概念的看法，均認為修法理由所稱的包括一罪，係指「集合犯」概念。然而，必須先釐清的是，於連續犯規定被廢除前，已經有集合犯概念之存在，並非連續犯規定被廢除後，才發展出所謂的集合犯概念，二者原為同時併存之概念。連續犯屬於複數行為之複數犯罪，應賦予複數之法律效果，而此一本質，並不會因為法律變更，而使複數行為變成單一行為。換言之，連續犯之連續數行為之事實，不會因為廢除連續犯之法律規定，而使「連續行為」之本質，轉化成為「集合犯」，究其實質，仍屬於「數個可獨立評價之行為」。因此，立法者在廢除理由內所提及：如連續犯廢除後，因複數行為所產生「刑罰不合理之現象」，可以發展「接續犯」或「包括一罪」，用單一行為之模式加以解決，被適當地批評為：「在邏

<sup>14</sup> 因此，有學者批評，立法修正理由冒然使用尚無共識的用語，實在有欠斟酌，其本身也需要被修正，參閱許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(一)，台灣本土法學雜誌，78期，2006年1月，頁149。

輯推演及行為概念之認知上，顯然係嚴重之誤解」<sup>15</sup>。

新刑法刪除連續犯，並不會、也不應該對集合犯的範圍產生任何影響。在此種理解基礎下，也不至於會產生「何以在廢除連續犯之後，卻會造成本質的驟然改變，使得原本以複數行為為適用前提的機制，在廢除後，其複數行為在一夕之間突然變成一行為」的誤解。

### 3、集合犯與接續犯之異同

如何區分集合犯和接續犯，具有代表性的學說意見認為，「集合犯其實是一種構成要件類型，指的是構成要件行為本身具有不斷複製的特質，例如收集偽造貨幣、偽造貨幣或販賣毒品、槍械、色情物品等行為，複製的行為之間是否在時空上緊密連接，並不重要；接續犯則不是構成要件類型，而是一種行為模式，是實施構成要件的方式，而且是時空緊密的複製方式。除了集合犯之外，每一種構成要件都可以用接續方式實施，接續犯的概念是為了要說明這種實施犯罪的模式，雖然多次實現同一個構成要件，仍然只成立一罪，而以持續複製舉動的方式實施構成要件行為，之所以成立一罪，就是因為用自然意義的行為數概念來計算的緣故，所以相對地，集合犯可以稱為法定的接續犯，至於接續犯所適用的構成要件，則是沒有重複實施這種特質的構成要件」<sup>16</sup>。

實務判決認為：「刑法上集合犯，係指行為之本質上，具有反覆、延續實行複次作為之特徵，經立法特別歸類，使成獨立之犯罪構成要件行為態樣，故雖有複次作為，仍祇成立一罪。又所稱接續犯，係指數個在同時同地或密切接近之時地，侵害同一法益之行為，因各舉動之獨立性極為薄弱，社會通念認為無法強行分開，乃將之包括視為一個行為之接續進行，給予單純一罪之刑法評價」<sup>17</sup>；「集合犯係指立法者所制定之犯罪構成要件中，本質上即預定有數個同種類行為而反覆實行之犯罪而言……而所謂接續犯，乃指行為人主觀上基於單一之犯意，著手實行單一行為，而該行為係在密切接近之時、地，分數個舉動以接續或反覆施行之行為，依一般社會通念，難以強

<sup>15</sup> 參照黃翰義，從法律變更之本質論連續犯廢除後數罪併罰概念之回歸—兼評實務上以集合犯取代連續犯之危機，法官協會雜誌，8卷2期，2006年12月，頁193。

<sup>16</sup> 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為單數，台灣本土法學雜誌，46期，2003年5月，頁97。

<sup>17</sup> 最高法院96年台上第787號判決。

行分開，在刑法評價上，該接續施行之數個舉動，可認為包括一罪而言」<sup>18</sup>；也因此肯定集合犯為「法定接續犯」<sup>19</sup>。

因此，集合犯與接續犯雖然都是以侵害同一個單一的法益為成立前提，但是集合犯和接續犯的不同點在於，接續犯所適用的構成要件，其構成要件行為文義本身不具有反覆實施的特質，集合犯之構成要件行為本身具有反覆實施的特質；此外，集合犯的複製行為之間時空上緊密連接的要求，不像接續犯如此嚴格。

綜合以上看法，可以用圖表呈現此二種概念之區別如下：

要件分析	集合犯	接續犯
依據	立法者明文規定的構成要件類型	無明文規定，乃一種行為模式
定位	構成要件的行為單數	自然的行為單數
行為實行特性	行為人反覆、延續地實行數個同種類行為	行為人反覆、延續地實行數個同種類行為
時（空）上緊密連接	複製行為之間在時（空）上的緊密連接度不具重要性	複製的行為之間在時（空）上緊密連接
個別行為是否具有獨立性	個別行為具有獨立性	個別行為不具獨立性
侵害法益數	只侵害單一的法益	只侵害單一的法益
主觀犯意	主觀上出於單一犯意（概括犯意）	主觀上出於單一犯意
成立可能性	侷限於立法者特別將具有反覆、延續實現數次作為納入構成要件行為態樣之構成要件	除了涉及集合犯本質之構成要件之外，每一種構成要件都可以用接續方式實施

## （二）分析學說對於集合犯的看法

### 1、通說見解

我國學說上普遍承認集合犯的概念，認為集合犯是一種特殊的構成要件類型，立法者在構成要件中所描述的行為，其行為本身具有不斷重複實施之特質，因此行為人所為之各別行為被立法者總結成構成要件的一行為。

### 2、具體類型

學說上肯認之集合犯具體類型，包括：

<sup>18</sup> 最高法院 96 年台上第 4761 號判決。

<sup>19</sup> 最高法院 96 年台上第 3064 號、96 年台上第 1494 號判決、96 年台上第 1133 號判決。

(1) 凌虐行為（刑法第二八六條與第一二六條）

凌虐行為屬於必然多數行為的犯罪型態。就以實際凌虐的情形而言，行為人不可能在長期的凌虐過程中，完全不中斷，完全沒有介入其他活動，而心中一直惦記著凌虐小孩的事情<sup>20</sup>。我國實務見解亦持相同見解，認為「凌虐罪，與偶有毆傷之僅應構成傷害罪者不同。對同一被害人施以凌虐，其舉動雖有多次，亦係單一之意思接續進行，仍為單一之犯罪，不能以連續犯論」<sup>21</sup>。

(2) 施用毒品（毒品危害防治條例第一一條）

毒品本身具有成癮性的特徵，因此施用毒品本身即具有反覆實施之性質，連續數次施用毒品僅能被論以單一之施用毒品罪<sup>22</sup>。我國實務有不同看法，在新刑法施行前，向來認為數次施打毒品成立連續犯<sup>23</sup>。

(3) 製造、販賣、運輸毒品

誠如學者認為，「它們在社會經濟活動中的經常狀態，原本屬於反覆實施的行為，而且是一種營利行為，基本上就是一種具體的常業犯。在毒品危害防治條例中，沒有規定常業犯，不應該解讀為遇有常業犯的情形依數罪併罰之例處斷，而應該解釋為立法者始終將製造、販賣、運輸毒品行為視為常業行為，法定刑也是因應上述行為態樣的常業性質而訂定。這種常業的性質，在一般犯罪，等同於集合犯，不問只實施一次，或各別實施多次，因為只侵害一個法益，而僅成立沒有競合關係的單純一罪」<sup>24</sup>。本文亦贊同此項看法。製造、販賣毒品之行為的反覆性質明顯可見，至於運輸毒品的行為，實務上常見的現象是販毒集團利用觀光客由國外運毒回國，這些隨機運毒者固然不像販毒者或製毒者一樣，行為通常具有反覆性，但是基於立法者將製造、販賣、運輸毒品視為同樣嚴重的犯罪，訂定相同嚴重程度的法定刑度，必須理解為立法者始終將製造、販賣、運輸毒品行為視為常業行為，隨機運

<sup>20</sup> 參照黃榮堅，註2文，頁99。

<sup>21</sup> 最高法院30年上字第1787號、49年台上字第117號判例。

<sup>22</sup> 相同見解參照呂潮澤，註10文，頁71；黃榮堅，註2文，頁100；林鈺雄，註10文，頁149；張淳淙，從刑法修正論行為之罪數—牽連犯、連續犯及常業犯廢除後之實務因應，收錄於司法院編印之「新修正刑法論文集」，2006年12月，頁358。

<sup>23</sup> 例如最高法院91年台非字第260號、93年台上字第1691號等判決。

<sup>24</sup> 許玉秀，註11文，頁145；結論上相同見解，Keller, Zur tatbestandlichen Handlungseinheit, 2004, S. 122 f.; BGHS NStZ 2000, 207 f.; LK<sup>12</sup>-Rissing-van Saan, StGB, vor §§ 52 ff., Rdn. 39 ff.; Walter, JA 2004, 573.

毒者也受此種具體常業犯之規制，只是審判者可具體考量隨機運毒者之犯情輕微，在量刑上予以酌減。然而，在新刑法施行前，我國實務認為應論以連續犯<sup>25</sup>。

#### (4) 偽造貨幣（刑法第一九五條）

偽造行為本身即帶有反覆實施同種類行為的含義。因為建立在偽造貨幣的行為關連性上，行為人之偽造行為不可能只是印造一張紙幣或是一枚硬幣，而是大量的印刷。我國實務也認為，偽造二字，本含有反覆為同一目的行為之意義，因此開始摹擬、印造樣品以迄付印完成，雖經數個階段，然係接續地侵害一個法益，僅屬一個行為<sup>26</sup>。

#### (5) 收集、行使偽造貨幣之行為（刑法第一九六條）

亦屬具有反覆實施性質的行為，所以行為人數次收集偽造貨幣，或行為人將所持有之偽造貨幣消化完，分別在不同的機會下使用，並沒有論以多數犯罪（連續犯）之必要<sup>27</sup>。

#### (6) 「醫療業務」行為（醫師法第二八條）

也具有反覆實施之性質，所以未具合法醫師之資格者，如在一年內多次診療病患，也沒有論以多數犯罪之必要<sup>28</sup>。

#### (7) 賄選行為

賄選行為和偽造、收集貨幣或販賣行為一樣，都是具有持續複製的特質，因為選舉的賄選在先天的性質上不是買一票或買兩票的問題，而是一旦決定要買票，就要買足足以讓候選人當選的票數<sup>29</sup>，所以賄選罪應該解釋為集合犯，也就是「法定的接續犯」，而不是自然意義的接續犯<sup>30</sup>。

#### (8) 常業犯

已經被刪除之各種常業犯，例如常業竊盜、常業詐欺、常業重利等，原本是典型的集合犯類型。相對於前述之製造、販賣、運輸毒品行為屬於「具

<sup>25</sup> 29年院字第2107號解釋、最高法院68年台覆字第11號判例、台灣高等法院台南分院84年度9月份法律座談會意見。

<sup>26</sup> 最高法院26年上字第1783號判例，惟此則判例似著重於數階段之間的接續關係。

<sup>27</sup> 黃榮堅，註2文，頁100；BGH NStZ-RR 2000, 105; Tröndle/Fischer<sup>54</sup>, § 146, Rdn. 22; Walter, JA 2004, 573; 我國實務見解亦同，參照最高法院29年上字第2155號判例。

<sup>28</sup> 不過有學說意見認為是繼續犯，參閱高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，註2書，頁185。

<sup>29</sup> 黃榮堅，註2文，頁102；相同見解，林鈺雄，註22文，頁147。

<sup>30</sup> 許玉秀，註16文，頁97。

體常業犯」，這裡所稱之常業犯為「一般常業犯」<sup>31</sup>。一般常業犯的典型犯罪型態本來是數罪，例如行為人以竊盜為業，所違犯之數項竊盜罪本應數罪併罰，但是因為常業竊盜罪之規定，只能被包括地論以一罪，不能論以連續犯。我國實務也同此看法<sup>32</sup>。

### 3、「必然」多數行為屬於集合犯的前提要件？

有疑問的是，屬於集合犯之構成要件，是否「必然」透過多數行為實現構成要件呢？我國多數學說意見只強調，集合犯乃在構成要件上，本即預定有多數之同種反覆實施之犯罪<sup>33</sup>，並未強調「必然」透過多數行為實現構成要件，此從被界定成集合犯之構成要件，例如行使、收集偽造貨幣或有價證券等罪，行為人即使只有一次行為實現，也足以實現構成要件，即可清楚得知。

我國文獻上有在文章標題中強調，集合犯屬於「必然」多數行為的犯罪型態<sup>34</sup>，但是仔細探究其內容和所舉之案例，並未再次強調此種「必然性」，而是通常有多數行為之犯罪態樣。所謂的「必然」，依其文義，係指必定如此、指事物發展的變化依照一定不變的規律<sup>35</sup>。如果認為集合犯之構成要件「必然」透過多數行為實現，其意思應該是，集合犯之構成要件必定、百分之百肯定透過多數行為實現，沒有絲毫例外，不可能只透過一次性的行為即實現集合犯的構成要件，其意思不應該是「犯罪構成要件所描述的行為，依常理或經驗應會有反覆的多數同種行為」，二者含義有別，不可不辨。

因此認為必然多數行為屬於集合犯的前提要件之看法，和多數學說意見對集合犯之理解有所出入，恐有誤會。這可能也是影響本文下述若干最高法院判決改變其對集合犯基本定義的重要原因。關於此種觀點影響實務判決之情形，本文在「肆、三投票行賄」的部分會進行說明。

### 4、少數見解及其分析

(1) 不同於多數學說見解，將集合犯界定於構成要件本身帶有反覆同種類行為實行特質之犯罪型態，國內有學說接受德國所認定之集合犯概念之立

<sup>31</sup> 具體常業犯之相對概念，本文稱之為「一般常業犯」，用語上不宜使用「抽象」常業犯。

<sup>32</sup> 參照最高法院 20 年非字第 147 號判例、93 年台上字第 3650 號判決。

<sup>33</sup> 例如參照甘添貴，罪數理論之研究，2006 年 4 月，頁 63。

<sup>34</sup> 黃榮堅，註 2 文，頁 99。

<sup>35</sup> 參照國語日報學生字典，2002 年 6 月，頁 156。

場，其所認定的集合犯範圍過廣，認為集合犯之概念，是一種犯罪的集合，乃將犯罪基於特定的關係，而集合成為單一評價關係，概念事實上包括常業犯（*gewerbsmäßige Delikte*）、職業犯（*geschäftsmäßige Delikte*）、以及習慣犯（*gewohnheitsmäßige Delikte*）等三個下位概念。其本質自然為數罪的關係，既是數罪的關係，自然必須為數罪的處理方式，不能濫用概念，恣意創造出與根本概念無關的用語。集合犯之概念是否作統一處理，則可以斟酌，並指出德國至少在一九三八年帝國法院時代，已經將集合犯統一處理的見解廢棄（RGSt 72, 164 ff.），而使之成為數罪併罰的處理，德國聯邦最高法院亦認為集合犯並非行為單數的型態（BGHSt 1, 219 ff.），我國卻將此一概念曲解，並欲以其作為替代連續犯概念規定的處理概念，特別是對於食用毒品的問題，這是相當謬誤的作法，也不是概念正確掌握的態度<sup>36</sup>。

- (2) 上述見解誠有誤會。德文文獻上雖然確實有類似看法出現<sup>37</sup>，所提及之 *Kollektivdelikte* 或是 *Sammelverbrechen* 用語，在字面上的意義確實是「集合」犯罪的意思，包括常業犯、常習犯以及職業犯等犯罪型態，我國早期文獻也有立場上接近此種看法，把常習犯和常業犯都納入集合犯的概念下<sup>38</sup>。但是，德文專業術語上的 *Kollektivdelikte* 或 *Sammelverbrechen* 概念，與我國的集合犯概念並不相同，我國的集合犯概念接近於德國的構成要件的行為單數<sup>39</sup>，德國文獻上所提到的集合犯罪類型，除了包括我國的集合犯外（常業犯、職業犯），也包含應依實質數罪處理之案例類型，例如習慣犯。習慣犯的用語在犯罪學上和刑事矯治上有意義，但是無關罪數之認定<sup>40</sup>，涉及習慣犯之情形，可能論一罪（例如有吸毒習慣者），也可能論數罪（例如有竊盜習慣者）。
- (3) 此外，這項少數意見所援引的德國聯邦最高法院判決（BGHSt 1, 219 ff.），仔細審查判決內容，判決認為接連侮辱、傷害數人的行為，此種多數被害人的犯罪（*Massenverbrechen*），不能被評價成一個行為單數，而從

<sup>36</sup> 參閱柯耀程，刑法競合論，2000年12月，頁85-86；同作者，刑法變更之「適用競合」問題剖析，法官協會雜誌，8卷2期，2006年12月，頁189，註解14。

<sup>37</sup> LK<sup>12</sup>-*Rissing-van Saan*, StGB, vor §§ 52 ff., Rdn. 80.

<sup>38</sup> 周治平，刑法總論，1972年10月台全訂5版，頁551-552。

<sup>39</sup> 對此的進一步說明，請參照陳志輝，註2文，頁1以下。

<sup>40</sup> 許玉秀，註10文，頁159。

界限不明確的整體印象中，評價行為人的罪責範圍和犯行的嚴重程度<sup>41</sup>。換言之，此則判決所涉事實根本與我國集合犯概念所涉情形不同，因此不能作為反駁我國集合犯概念定位的論證根據。

- (4) 另外一種少數見解則認為，應該嚴格地從構成要件文義出發，嚴守構成要件解釋的中性立場，倘無法明確知悉立法者究竟有無將「反覆實施之行為」概念蘊含在構成要件內時，即應保守地認定該構成要件並非屬於集合犯之類型。如以文義解釋之方式，無法明確知悉立法者究竟有無將該類型制定為集合犯，不可以使用「日常生活經驗」之不確定概念，加諸於本來中性之構成要件上，並進而認定是屬於集合犯形態之犯罪，否則，將會導致集合犯無處不在，成為無限上綱之概念。例如行為人甲侵入一個社區內之數間民宅內竊盜，本來就不會只偷一樣東西，故其竊盜行為，為集合犯；行為人乙騎機車搭載丙沿途找尋搶奪之對象，有幾個搶幾個，最後搶了八個被害人之財物，行為人已、丙之共同搶奪行為，本來就不是要搶一個被害人之財物，故其所為之上開搶奪行為，亦是集合犯<sup>42</sup>。此外，對於常業犯，此見解認為常業犯在本質上係侵害複數法益之複數行為，則常業犯經廢除後，在法律上既已失所依據，亦即，失去以法律規範之方式，將其以「包括一罪」作為單一評價之基礎，因此，立法者既然已經不認為常業犯之複數行為，仍得再享有依包括一罪之「優惠方式」而僅受單一刑罰制裁之效果，除了特別法上有「明文」之「職業犯」類型存在，因立法介入而不得不成為集合犯類型外，則所謂「經營」或「從事業務」之特徵，對於廢除常業犯後之複數行為而言，其實並無任何形式上或實質上之意義存在，因為具有「經營」或「從事業務」特徵之行為，已經不再是集合犯之類型<sup>43</sup>。

- (5) 上開見解，本文難以贊同。所謂文義解釋，係自條文的用字與用語的文字意義而為解釋，然而，字義如何被理解？無非透過一般生活經驗中能理解的口語，字義之理解如何能脫離日常生活經驗，此點殊難想像。「竊盜」確實無法和反覆實施性相連結，因此不會有竊盜罪之竊盜行為也被認為成立集合犯的空間，但是施用毒品則不同，這是因為毒品本身的生理上和心

---

<sup>41</sup> BGHSt 1, 219, 221 f.

<sup>42</sup> 黃翰義，註 15 文，頁 207。

<sup>43</sup> 黃翰義，註 15 文，頁 214-216。

理上的成癮性，所以施用毒品在字義上雖不必然有反覆施用的行為，但是屬於典型的現象。其次，以個別刑分構成要件中的常業竊盜、常業詐欺、常業強盜罪被廢除，就推導出其他的「具體常業犯」類型無存在之正當依據，無論在結論上和論理過程上皆有疑問。正因為這些具體常業犯仍然存在（例如非法執行醫療業務、非法經營期貨事業、非法清理處理廢棄物、販賣毒品等），我們可以說，立法者是刻意保留這些「例外」規定。但是必須注意的是，在這一類的例外規定中，雖然原則上以一罪論之，但是並不排除論以數罪的可能性。

## 六、結論

綜合以上的分析可以得知，最高法院並不否認集合犯概念之存在。關於非法經營期貨事業以及非法從事廢棄物清除處理這兩項犯罪類型，除了極少數的判決外，絕大多數判決意見皆認為行為人之複次行為成立集合犯，僅論以一罪。對於投票賄選之犯罪類型，也曾深受通說意見影響，改採集合犯，但是最終仍受最高法院九六年度第九次刑事庭決議之影響，將範圍只限定於多次施用毒品犯罪之決議內容，也擴及適用到投票行賄之犯罪類型。這正是本文最擔心的情形。

此外，最高法院決議內容將集合犯概念限制於概念上「必然」、「必定」包含多次行為始能成立，這是對集合犯概念的不當限制，也影響了最高法院關於多次施用毒品和販賣毒品之罪數認定。

事實上，將施用毒品以及販賣毒品之情形論以集合犯也不會產生處罰過輕的問題，因為，正如同最高法院早在若干判決中，正確地指出集合犯之判斷必須兼顧「主觀上，視行為人之反覆實施之行為是否出於行為人之一個犯意」，在此限制之下，並不會有過度擴張集合犯概念的顧慮，這和最高法院決議所提及之「多次施用毒品符合接續犯要件之犯罪情形，論以接續一罪」之情形是完全一致的，只是論理上不同，並不會有將原本實質上數罪之犯罪情形改論一罪的顧慮。此外，將原本適用連續犯規定處理之犯罪事實，在連續犯規定廢除後，視情形改依集合犯或實質數罪來處理，依照本文的分析，正是符合立法者寬嚴並進行刑事政策的本意，若實務認為，論以集合犯一罪處理則有違立法者重罰的本意，那就是曲解立法者的真正意旨了。擔心於陷入「今是昨非」的批評指謫而不正視問題本質的處理，恐怕無助於司法判決威信之建立，勇於解決過去連續犯認定過於浮濫

而留下的難題，更容易贏得人民對司法的信賴。

## 七、進階閱讀

### (一) 專書篇章

1. 甘添貴，罪數理論之研究，2006年4月。
2. 台灣刑事法學會，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，2003年12月。
3. 柯耀程，刑法競合論，2000年12月。
4. 張淳淙，從刑法修正論行為之罪數—牽連犯、連續犯及常業犯廢除後之實務因應，收錄於司法院編印之「新修正刑法論文集」，2006年12月。
5. 蔡碧玉，2005年新刑法修正綜覽，收錄於台灣刑事法學會主編之「刑法總則修正重點之理論與實務」，2005年，頁1-65。

### (二) 期刊論文

1. 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為單數，台灣本土法學雜誌，46期，2003年5月，頁84-98。
2. 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(一)，台灣本土法學雜誌，78期，2006年1月，頁147-152。
3. 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(四)，台灣本土法學雜誌，81期，2006年4月，頁141-147。
4. 許玉秀，一罪與數罪的理論與實踐(五)，台灣本土法學雜誌，82期，2006年5月，頁159-163。
5. 許福生，兩極化刑事政策在責任主義上之疑慮與反論，法學叢刊，194期，2004年4月，頁43-64。
6. 林鈺雄，跨連新舊法之施用毒品行為—兼論行為單數與集合犯接續犯概念之比較，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，頁141-149。
7. 柯耀程，刑法變更之「適用競合」問題剖析，法官協會雜誌，8卷2期，2006年12月，頁172-189。
8. 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，頁9-26。

9. 陳志輝，94/95 年度刑事判決評釋—競合部分，台灣本土法學雜誌，90 期，2007 年 1 月，頁 193-220。
10. 黃翰義，從法律變更之本質論連續犯廢除後數罪併罰概念之回歸—兼評實務上以集合犯取代連續犯之危機，法官協會雜誌，8 卷 2 期，2006 年 12 月，頁 190-218。
11. 謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126 期，2005 年 11 月，頁 131-157。

## 刑法案例一〇〇成果發表會暨刑法案例教學工作坊會議記錄

時間：中華民國九十七年一月二十五日 14-16 時

地點：東吳大學城中校區崇基樓 1104 研討室

主持人：陳志輝助理教授

在場各位老師，尤其是今天遠到而來的黃惠婷老師、吳俊毅老師，以及兩位實務界的郭銘禮檢察官及吳俊毅法官，以及其他各位老師大家好。今天邀請各位的主要目的是因為我與李聖傑及徐育安老師共同參與教育部法學專業教學改進計畫，今天的會議可以算是計畫的成果發表。就計畫的名稱刑法案例一百看起來是一個非常有野心及企圖心的想法，但因能力有限所以我們的作法是希望能找一些本土案例作為將來刑法教學的參考，比如就留學德國的我們在談法律錯誤的問題會聯想到貓皇案，其實我們本土的案例也有很好的刑法教學素材，這也是為什麼教育部有這樣的計畫去推動刑法等法學專業教育的改革。我們今天呈現的成果其實是計畫冰山中的一角，我們從中挑選四個我們處理比較仔細的案例，處理方式是從本土案例中選取代表性者，試著從學生的角度觀察如何將案例簡化，然後整理出相關的要點出來，以及他可能面臨的問題，以此為出發點再引導如何解決問題。我們的處理方式與其他同在進行的團隊的方式不太相同，其他團隊可能僅丟出案例然後點出問題點，這是一種拋磚引玉式的作法，例如 Roxin 由 C.H. Beck 出版的刑法一百案例，但這樣的方式我們認為對台灣學生還不太夠，相較於此我們計畫處理的密度高一點，但這需要時間逐步地完成，所以雖然名為案例一百但今天我們僅呈現四個小單元出來。就今天會議的進程序上，先由主持人就負責的主題各自進行十分鐘的報告，接下來請各位來賓就我們的作法提供具體意見，或者也可以提供您對案例教學的經驗分享，我想今天的會議不僅是這計畫的成果發表會，也是刑法案例教學法的小型案例教學工作坊。我想就先請李聖傑李老師進行主題報告。

李聖傑助理教授：

主持人好，各位與會的貴賓，首先合我想由各位拿到的目錄及計畫總主持人剛剛的說明，對計畫應該已經有相當程度的瞭解，有些地方我不充一下，整個計畫計有十個單元，第一單元係就案例的犯罪判斷進行說明，接下來依客觀構成要件要素、主觀構成要件要素，最後到競合共十個單元的呈現，那我負責的部分是客觀

構成要件及違法性兩個單元。就已經發表的成果當中我們沒有對案例作太多理論的討論，就案例的取材方向而言首先是經常出現的案例、其次是眾所矚目的案例及案例相關法律問題特別值得討論。大家也都知道我們實務對因果關係採相當因果關係理論，這邊我也整理了相當因果關係是否一直是實務的主張，發現大理院時期依當時的判例要旨並不是採取相當因果關係理論，一直到最高法院成立之後，尤其在七六台上一九二號判例出現後是採相當因果關係，這邊我找到的違規停車案，違規停車與結果的發生間如果依實務對相當因果關係採必然性的思考或或然率的思考時，是否有因果關係實務並未說明。如果採條件理論的話是有因果關係這沒有問題。因果關係在實務上應該有更多歸責理論的思考，希望透過案例去思考相當因果關係與條件理論的區別；其次在客觀歸責理論我也找到相當經典的案例，信賴原則以及規範目的在最高法院的判決中都已經出現，但顯然最高法院沒有呈現客觀歸責理論，他會回到相當因果關係理論那個相當性的思考來判斷。如果信賴原則及規範保護目的都是要解決歸責的問題，應該跟因果關係理論的功能作區隔，而在客觀歸責理論的前提下信賴原則及規範目的應該如何被歸類？藉此也讓同學瞭解因果關係在通說是採條件理論，實務是採相當因果關係理論，要怎樣調整因果關係理論讓整個犯罪判斷更具有體系，而在違規出航案有更多關於規範目的的討論空間。如果各位仔細觀察會發現我與其他兩位主持人的報告相較少哩外國文獻的討論，例如關於客觀歸責部分在 Roxin 的教科書中就有大家熟知的羊毛毛筆案、單車騎士案等，之所以沒有呈現這些外國文獻的討論原因在於既然是案例教學，那透過這樣一個案例的出現讓同學對案例可以有更多的討論不要受限外國文獻。

陳志輝助理教授

謝謝李老師，那接下來請徐育安徐老師。

徐育安助理教授：

各位老師，各位來賓大家好，報告書中呈現的是間接故意的認定，這是我負責的計畫中的第二個部分，那第一個部分當然是直接故與跟間接故意的區別，也就是十三條第一項及第二項的區別，這部分我認為是比較難入手的所以先分析實務對間接故意的認定。那我在篩選實務判決時其實面臨一點困難，因為實務對間接故意的認定不一定有完整的描述。首先是蠻牛案，已經有兩次最高法院判決，在這裡僅列舉最新最高法院判決，他針對台中高分院對間接故意部分有詳細的討論。一開始他就談到間接故意與加重結果犯的區別，行為人在便利超商飲料中下毒到

底是行為人主觀上有預見會毒死人還是依一般經驗法則能預見會致人死亡？最高法院批評台中高分院對此未說明清楚。間接故意與加重結果犯一起討論的理由是因為依實務看法兩者僅是一線之隔，一個是主觀上有預見，一個是主觀上未預見但客觀上有預見可能。那間接故意與有認識過失的區隔同時也是間接故意與加重結果犯的區隔。本案特別處在於行為人做了很多防果措施，最高法院列了五點說明行為人的本意僅在勒索金錢而非殺人。在這邊遇到何謂十三條第二項所指本意？這裡必須與容忍理論一起討論。接下來關於偷渡客落海案，針對間接故意的部分最高法院僅有簡單說明，並認為高院對故意的判斷結果合於一般經驗法則，但最高法院並沒有太細究行為人主觀上預見了什麼，他預見了海巡署巡邏船走掉將會有人獲救、落海者是否會游泳或者船隻與海水距離，這些最高法院都沒有判斷，而這些都可能影響間接故意的認定，但在蠻牛案最高法院卻對行為人的防果措施仔細審酌。我希望透過這兩個案子來突顯出如果僅透過一般經驗法則對間接故意進行判斷會導致間接故意與加重結果犯的界線變得不太清楚。所以後來我在基本定義與問題的提出、判決爭點等處都企圖呈現最高法院對這問題的處理差別，再回頭檢視間接故意與其他犯罪類型例如有認識過失、加重結果犯間的差別在哪裡。那間接故意與過失的區別很重要的一點在於意欲要素，所以我也對意欲要素作了一些討論。那接下來是關於皮帶案，跟蠻牛案很類似都是行為人對被害人死亡可能沒有意欲，德國聯邦最高法院針對皮帶案也提出法律上意義的同意這樣一個觀點。我藉由這兩個案子比較來去突顯說實務上都是透過行為人心理上的狀態作有無故意的認定而忽略了如何從規範的角度去判斷有無故意的這個問題，而我國最高法院與德國最高法院的看法有何不同，我覺得我國最高法院的看法似乎太過強調行為人的本意為何。藉這些案例來讓同學判斷故意到底是什麼？故意到底是行為人心裡狀態還是一個規範判斷的結果。

**陳志輝助理教授**

謝謝徐老師，那我的部分主要是負責正犯共犯、不作為犯跟犯罪競合。這邊提出犯罪競合裡的兩個小單元，包含以接續行為方式侵害物高度屬人法益以及集合犯的概念，這兩個概念主要是針對連續犯廢除後要處理的問題，接下來會處理牽連犯廢除後的問題，其他正共犯及不作為的部分就不作詳細處理。基本的討論模式就像各位書面資料所呈現的，會先藉由案例的提出，接下來簡化所涉案例事實，因為絕大多數同學未受過精簡案例事實的訓練，這樣的訓練應該放在初階的學習。接著從學生的角度發掘案例所涉及的問題點以及這些問題點應如何處理，最

後是關於相關問題的討論有哪些值得閱讀的參考文獻。針對第一部分主要是涉及以接續行為方式侵害數高度屬人法益要認定為行為單數或行為複數的問題，這個問題不管是在我國連續犯廢除後或者在沒有連續犯存在的德國都值得討論，針對第二部分是有關集合犯的概念範圍，關於集合犯的概念我在去年也發表過相關文章，這邊是從學生的角度加以改寫整理讓學生更容易閱讀。在單元處理上不會處理學理上爭議過大的問題因為那應該是教科書必須處理的範圍，然後在處理的密度上也不可能每個單元都相同因為時間有限，所以其他未呈現的部分可能僅保留前面四個部分，其他部分則以標題式提示方式處理，那這是我們目前計畫呈現的狀態。今天很感謝各位來，也希望聽各位對計畫的意見，希望藉由今天的機會與大家作教學經驗的交流。

**黃惠婷教授：**

我個人有幾點意見想請問，首先是我看了報告內容後覺得內容蠻難的，在課程設計上似乎是屬於進階課程，不曉得計畫是不是比較適合於進階課程或專門給案例教學使用。

**李聖傑助理教授：**

我們當初在期中會議時也討論過計畫的定位及呈現的對象，坊間關於案例式的書籍也很多，像黃惠婷老師也有關於案例刑法的書，那我想當初教育部這個計畫是希望透過案例討論，能讓同學感覺法律教學就在身邊，所以我才會選違規停車而造成他人死亡這樣一個很普通的案例，這是我的想法。

**陳志輝助理教授**

關於計畫的定位及內容我想有不同的看法，而這與法學教育的改革也有密切關係。回應黃老師的問題我的看法是我們的法學教育無法完全像美國一樣完全採案例教學，像我們計畫比較像改良式教學，也就是有別於傳統講授式教學而融入案例教學，並不是單純地案例實習課，而是必須要有一定基礎，讓學生能在實際將講授內容運用在案例當中。

**黃惠婷教授：**

那計畫中是不是也要呈現例如犯罪判斷的三階層思考流程？我覺得必須告訴學生思考的流程讓他們知道為什麼這個案例應該要這樣處理，應該從哪個脈絡下去思考，這樣計畫內容會更好。第三個問題是計畫內容參考的外文文獻似乎都是德文，沒有其他外文文獻。

**陳志輝助理教授**

關於外文文獻的問題，當然希望有更多其他如留美或留日學者也參與這計畫，讓內容更豐富。

黃惠婷教授：

我覺得這計畫真的很有深度，似乎比較適合讀研究所的人看。

李聖傑助理教授：

我回應一下黃老師的說明，當初教育部一直想出版典範教科書，但我想這計畫不是這樣的功能，那如果大一及大二學生閱讀這計畫內容後對於案例的事實及相關問題的爭點呈現應該也會對他們很有幫助。

徐育安助理教授：

我自己在寫計畫的時候也認為這計畫不適合作為刑總教材，因為刑總教學受限時間關係沒辦法做深入完整的教學，這部分應該交由進階課程處理。舉東吳刑法課程設計來說，除了大一大二基礎刑總刑分課程外，大三大四還有刑法爭議問題及刑法綜合研習的進階課程。所以這計畫內容的確比較適合有一定基礎為前提的進階課程使用，但應該不會像黃老師所說的內容太難難到只有研究生能使用，我不知道是不是我太高估大三大四學習的能力，但以我的經驗來說，大三大四如果使用計畫內容作教材能幫助他們去抓住一些問題的爭點，主要是讓他們學習發現及解決問題的能力。至於三階的判斷流程我覺得可以透過 power point 來呈現。

黃惠婷教授：

我想剛才可能沒表達清楚，我的意思是三階背後的思考邏輯也可以在計畫內容中呈現讓計畫更充實。

蔡聖偉助理教授：

我想談的是方法上的問題，像德國的情況他們除了大堂刑總基礎課程外，大多會有案例實習的課程，那這種案例課程通常會透過不斷的練習案例，所以他們市面上關於案例實習的書有兩種，一種是幫刑總刑分初學者學習如何解答案例，這種書通常不會有很多法律爭點而是透過案例不斷練習案例解答方法；除了這種書之外另外還有一種就是陳老師剛有提到的由 C.H. Beck 出版的那種案例書，通常是實際上發生的案例事實還有法院判決的見解開始，然後像 Roxin 那本書後面會有一些作者的提問，提問順序也像黃老師剛說的那樣首先構成要件要什麼爭點，再來討論違法性及罪責等，那它好像整理一百個案例但評釋的部分沒有很多，短則不到一面長則三、四頁，看他案例複雜程度。這種書和前一類的書不一樣，前一類的書其實是告訴我們刑總刑分其實是同一套解題模式，只是從不同角度去看，

台灣過去的教學都是刑總學一套刑分學一套，大家在寫刑分的考卷都不會提到違法性及罪責，可是如果照傳統實例題解法直接切入爭點的話其實看不出來同學瞭解的程度，同學在寫考卷的時候都知道爭議是什麼但不知道爭議問題的定位，所以常常會有前後矛盾的情形出現，我覺得透過他們第一類案例演習的書可以讓同學知道爭議問題應該在哪個層次解決這樣的功用。可是在這兩大類之外是不是還有第三類的案例演習書，像這一本？像剛剛黃老師講到的如果拿來當教材的話會不會太深。剛才第二種案例書他就是預設有一定基礎，透過實際上發生的案例來簡單呈現法院見解和爭點，如果要走這條路的話，要思考的是內容不能太淺還能夠讓它的篇幅不能太多。如果要作教材的話是不是篇幅不要太多，同學在閱讀上也比較沒有障礙？這是我的一個想法關於篇幅的部分。這個研究計畫很大的一個價值是我們可以去發現一些本土的案例，實際上這些案例透過本土判決的搜集，可以告訴同學這些案例不僅會發生在德國也會發生在世界各地。另外就是關於案例解題包攝的問題，像我們常常會遇到學生考卷完全沒有包攝的情形只列出要件就得出答案，或許這要從大學基礎教育教起，包攝的訓練如果不夠以後當法官就可能發生判決理由論述瑕疵的問題。

陳志輝助理教授：

非常謝謝聖偉兄保貴的意見，接下來請吳老師。

吳俊毅助理教授：

首先研究方法上我聽到陳老師報告後比較知道計畫的具體方向，主要是從判決角度去點出案例的問題及解決方法，這學期我對案例教學有比較深的體會，法院的判決就像法官寫的報告，如果沒有經過判決摘要及整理的訓練，將來不論寫判決書會判決評釋都會寫不好，那這部分我想可以從爭點的單純化開始，另外剛剛陳老師有提到所選的案例都是最高法院的判決，是不是會讓閱讀的人覺得內容與日常生活有點脫節？其實我每天在看報紙社會新聞，台灣有很多千奇百怪的社會事件，是不是案例來源除了判決之外也可以包括社會新聞？這是關於方法上的問題。另外是教學經驗分享，我發現南部的學生對理論的背誦都寫得很好，但對案例的分析卻不是很理想，也就是對問題欠缺分析能力，我所採取的教學方式是把爭點單純化，把事實精心布局朝單一爭點去設計案例，同學只要針對該案例作解答就可以，但同學必須詳細涵攝並分析案例事實而不是只有告訴老師依刑法某條成立某罪。前兩年我對進階課程是採取這樣的方式，今年開始我是以搜集法院判決及決議的方式映證我的想法。最近我觀察研究生對判決評釋的報告也欠缺有系

統的分析能力，我想這應該跟大學時期欠缺對案例的分析思考訓練有關。以上簡短報告到這邊。

陳志輝助理教授：

剛才忘了回應蔡老師的意見，蔡老師剛提高德國關於案例教學的書大致上有兩類，一類是比較簡單的以 *Einführung* 方式呈現；另一種是像 *Roxin* 一樣判決的簡單評釋。我自己當初的想法是台灣研究者要同時研究及教學很辛苦，要同時兼顧兩者就會形同黃老師所說教材內容太難的問題，我的想法是可能對政大學生來講這是他們可以挑戰的難度，可能這難度在其他學校必須作調整，如果要作為共同教材的話，這部分如同蔡老師所講必須作調整。另外就像吳老師所講，其實有很多值得參考的案例在社會事件中，但這些案例可能透過其他刑訴程序如檢察官不起訴等處分處理掉無法呈現出來。關於簡化案例爭點的部分，這涉及到課程定位的問題，因為通常這計畫內容如果作為教材是在刑法案例教學課使用，我們要彰顯的是這些取材的案例事實都是實際發生的而不是經過設計過的，這樣確實會造成取材上的受限，為彌補不足我們也會考慮由法律新聞取材，這是我個人的想法。

吳勇毅法官：

第一點：我很贊成把不起訴處分書等法院判決書作為案例教學教材，因為透過判決的選擇可以讓學生知道他們所讀到的案例是活生生發生的案例，這會讓他們對學習上的真實感更強烈。第二個，大家剛提到有關新聞的部分，以我自己的經驗新聞報導的內容與實際上發生的事實通常有落差進而造成誤解的危險，所以以判決為基準有個好處就是說不論法院見解是對或錯，至少就事實認定部分是比較嚴謹而正確的。至於有關篇幅的問題我覺得涉及閱讀訴求對象的問題，如果依計畫名稱案例一百顯然篇幅無法太多，但我會覺得很簡單的案例配合簡單的說明其實這樣的東西坊間已經有了，但像這個計畫這樣比較深入的說明方式的書是沒有的，目前相類似的素材只出現在老師們在雜誌上發表的判決評釋，目前我比較沒有看到有人把這樣的素材用比較邏輯性的方法以及同一套架構整理的書，所以我覺得這個計畫的存在有他本身的意義在，但如果要從判決開始找起有一個東西是可以提醒的，像千面人這個案例現在還沒結案但當書籍出版後就變成過時的，後來的資訊就必須透過別種方法呈現出來，不知道這計畫是否會改版或進一步的處理，主持人這邊要想一下。就教學來說我很贊成由教授帶學生討論案例，但應該不限於最高法院的判決，因為最高法院通常只處理幾個法律爭點或證據法則問題，但真正有價值得可能是地院或高院的判決，因為只有地院或高院才有必要把

事實、理由一直到證據從頭寫一遍，那學生才知道事實被特定時當法官或當檢察官要處理哪些問題。當然如果是書面不可能整理所有事實，但就教學而言選擇地院及高院判決當案例可以讓學生知道所學的東西是平常法官也在做的事，也可以幫助學生在生涯規畫上有所幫助。不過要注意的是既然要看判決，那判決論點整理必須確保其正確性，這點可以養成學生對判決內容閱讀及思考的能力這對學生而言很重要。最後，基本上我覺得不要太過廣泛每個領域都找到相關案例，不然深度上可能會降低。我比較傾向挑選比較複雜的案例但包含很多爭點，這樣可以透過二十五個案例呈現一百個案例所要討論的爭點，這對學生的思考及分析能力有很大的幫助。

郭銘禮檢察官：

各位老師各位先進大家好，我補充一些喔因為剛這樣聽下來思緒好豐沛，大家談的論點蠻多地，先就書面來看，我覺得一本書雖然不同作者但論述結構如果一樣會比較好，我這樣看來第十單元跟第三單元的 Model 是比較接近的，那跟第二單元就不太一樣，我覺得同一本書前後標題跟大家該談的點應該一樣比較好。另外關於實務判決的引述吳法官的意見我完全贊同。另外關於篇幅的部分剛蔡老師也提到篇幅會不會太多，個人一些粗淺的想法是我認為這本書不要把所有的判決都引述，還是要請各位老師自己整理會比較妥當，那判決的字號可以用註釋，每次上課可以請同學印下來就不需要全部引在書裡，尤其像剛才吳學長講的如果地院及高院的判決都引下來，這想法非常好但是篇幅會太多。我個人是支持吳學長所說判決要看地院及高院的判決，尤其是有高院撤銷地院的或最高法院撤銷高院的，但地院或高院還是做跟以前一樣的認定，會看到很多不同見解的比較，這些爭點可以透過老師整理在書裡或讓學生當作作業，請他們回去把相關判決作整理，其實不一定最高法院講得對，另外像不起訴處分書或再議的內容都有助於我們瞭解實務上會遇到的問題，這些東西如果被當作上課教材或許會很棒因為這是我們每天在做的事。那我的感覺是這不只是書的問題他是一個教學法，那我就報告一下我自己上交大科法所的課，美國刑事訴訟法跟證據法，授課老師是吳巡龍，他的方式是先選一本美國比較經典的書及他自己寫的文章作教材，他會先按照他的進度講，一次課三小時他先講一小時剩下時間由同學報告。另外吳老師會放電影，因為美國電影一定程度上會反應他們證據法上攻防的論點而且他們演的都是對的，所以在看的過程也可以瞭解原來他們是這樣用他們的證據法，那接下來當然就是同學報告完一起討論，也是很生動，不過因為上課的人都在實務工作

所以上起來並不困難。那這樣的教學法如果受教者是大學部的學生的話，我相信在日後教學過程要視學生的回饋和 Feedback 去做一些調整，我覺得這樣不一定是最好的方式。還有我個人會覺得說像我當學生的時候會希望知道我們這套法律在實務上是怎麼操作的，像一個多月前陳惠馨老師也有請我去討論大學生到法院實習的想法，那我當然舉雙手贊成，我還跟他講說可以怎麼做怎麼做，大家來地檢署跟我們工作一天就知道收到起訴書後整個流程應該怎麼進行，我甚至也跟陳老師說我們可以挑選一些卷宗影印作為案例給學校，學校就可以給學生閱讀，不一定要每個學生都有一份，然後可以先挑簡單的竊盜、詐欺的卷宗不一定一下就跳到最高法院的判決，所以其實案例可以由淺到深倒不一定都要挑最高法院的判決。當然原則上我是非常肯定這樣一個教學法，能夠把實務判決用這樣一個方式呈現出來。

**李聖傑助理教授：**

我做一個簡短的回應，非常感謝剛才大家給我們的建議，首先關於剛才蔡老師提到德國關於刑總的教科書或案例演習書中都有提到犯罪判斷體系，事實上在我們的計畫中也是依照犯罪判斷體系依序作單元主題討論，再輔以一些比較特別的主題，而在第一個單元的部分就整個刑法判斷的思考，我們是想用比較簡單的方式來呈現剛才蔡老師講的犯罪判斷步驟，那個地方應該是我們三個人共同負責的；其次吳老師提到南部學生的特質，基本上教育部的這個計畫想法很好，要我們不要再像傳統教學方式也就是大陸法教學思考，而是引進像美國那樣的案例教學方式，我們沒有將計畫寫成教科書的企圖，是想給同學透過案例一些比較具體的思考而不是光學抽象概念，剛才吳法官和郭檢察官給的建議也很好，那我們也不是在做判決評釋，因為這跟起初教育部給我們的計畫方向不符。這是我的一點補充。

**徐育安助理教授：**

非常謝謝各位來賓給我們的意見，我們這個計畫可算是還在萌芽階段，我們也會盡力去想看怎樣才能達到我們想要達到的效果。我會覺得說我沒有一定要怎麼做這個計畫，只要在內容上能夠一致且符合教育部的要求，就計畫案例一百來說的確必須縮小一些篇幅，然後深度上盡量符合大學生的需求，也許一開始不需要給他們太多東西，然後透過案例慢慢引導他們去思考。其實我在寫蠻牛案這部分的時候也有想過要把高等法院的意見帶進來，本來有但是我把他刪掉了，所以剛才像吳法官跟郭檢察官的意見，我也有想過是不是像郭檢察官說的把高等法院的論據很簡單的寫出來就好了，因為要兼顧到篇幅和深度所以不容易。然後也很感謝

黃老師及蔡老師的意見，我在寫的時候因為是討論故意所以沒有多提到三階的東西，這部分可以再做多一點關於三階的想法。至於吳老師的意見，我也想說座談會其實會有甲乙丙等學說，也透露出實務界其實有不同的看法，如果我們可以把座談會問題納進來的話，再加上我們自己的意見，會增加討論的多元性。最後還是要回到蔡老師的問題就是我們的定位在哪裡。今天非常感謝各為提供很多很寶貴的意見。

陳志輝助理教授：

我想回到問題的原點，計畫名稱刑法案例一百，我們當時有一個想法，就是老師們都很忙，我們需要利用零碎的時間去聚焦，難免會有點理解上的不完整。當初我們其實是有點野心，想要連續提三年的計畫案，今年才第一年而已，但是我想如果能夠繼續作下去，至少我們努力試看看，看當初的目標是不是能夠達成。那我想今天只是一個開始，各位的意見我們回去後會在思考過當作以後的參考，像德國的東西也不能當然適用在我國，我們也嘗試走出自己的路，很感謝各位今天的蒞臨及寶貴的意見。如果沒有其他的意見祝福各位寒假愉快。