

## 刑法上作為與不作為之區分<sup>\*</sup>

周漾沂<sup>\*\*</sup>

### 摘 要

本文主題是作為與不作為的區分。在檢視各種流行的區分標準之後，本文提出一種立基於人際觀點的作為與不作為定義：作為是從個人法權領域輸出風險到他人法權領域之中；不作為是個人未撲滅他人法權領域中、與個人無關的既有風險。由於上開定義並不拘泥於事實現象，因此可以妥適地解決各種內含多重詮釋可能之行止形式的疑難案例類型。

關鍵詞：作為、不作為、作為與不作為之區分、保證人地位、不法概念

---

DOI：10.3966/181130952014121102003

<sup>\*</sup> 本文初稿曾發表於 2014 年 9 月舉行之「兩岸刑事法論壇」，同時為國科會專題研究計畫 NSC 101-2410-H-002-036-之相關研究成果。感謝參與論壇的諸位教授以及兩位匿名審稿委員的寶貴意見，使作者能補充本文欠缺之處。

<sup>\*\*</sup> 國立臺灣大學法律學院助理教授；德國波昂大學法學博士。

投稿日：2014 年 7 月 31 日；採用日：2014 年 9 月 29 日

Cite as: 11 TECH. L. REV., Dec. 2014, at 87.

## **Distinction Between Acts and Omissions**

Yang-Yi Chou <sup>\*</sup>

### Abstract

The purpose of this article was to distinguish acts and omissions. After reviewing all the predominant criteria, the author proposed to define acts and omissions from the perspective of the interaction between persons. That is, an act means the exportation of risk from one's field of rights to another, whereas an omission refers to the non-elimination of existing risk in other's field of rights. These definitions do not rely on the empirical phenomena; therefore they can solve the difficult cases, where one single activity could be interpreted in different ways.

**Keywords:** Act, Omission, Distinctions Between Acts and Omissions, Guarantor's Position, The Wrong

---

<sup>\*</sup> Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University; Doctor of Law, Bonn University, Germany.

## 1. 問題提出

要成立刑法上的犯罪，除了以作為（Tun）的方式之外，也可能是以不作為（Unterlassen）的方式。只不過，若要成立（不純正）不作為犯<sup>1</sup>，則必須滿足與作為犯不同的犯罪成立要件。兩者要件中最大的差異，就在於不作為犯是以具備保證人地位（Garantenstellung）為前提，如果不具備保證人地位，那麼即使行為人的作為能使法益侵害結果不發生，也不會成立不作為犯。因此相對於作為犯是不限制行為人資格的一般犯，不作為犯顯然是一種限制行為人資格的特別犯。由此產生了一個問題：在一個犯罪事件中，會成立犯罪的到底是行為人的作為還是不作為？這個問題之所以重要，是因為它是決定下一步要走入作為犯之犯罪判斷體系或不作為犯之犯罪判斷體系的前提。在沒有解決這個問題之前，我們就不曉得到底有無必要檢驗行為人的保證人地位。Engisch 即曾提及，作為與不作為的問題，係先於任何在構成要件該當性、違法性與罪責之觀點下的評價，因為這個問題是通向評價路徑之門，只有走入正確的門，才可能獲致適當的評價<sup>2</sup>。姑且不論，這個問題是否果真外於任何評價觀點，無論如何可以確定的是，它是作為犯審查和不作為犯審查共通的前理解階段。

基於上述，作為與不作為的區分，並不僅僅是「作為是什麼？不作為是什麼？」的純粹描述性問題。因為此一區分所要達成的任務，是要讓我們得以明確地決定要採取作為犯，抑或是不作為犯的犯罪判斷體系，因此即使賦予作為和不作為在存有態樣上清楚的輪廓，仍然未必能充分地協助我們做出體系抉擇。這樣的問題，尤其存在於具有多重詮釋可能之行止形式（mehrdeutiger Verhaltensform）之中。在所謂行止形式之重合（Koinzidenz

<sup>1</sup> 固然不作為犯可分為純正不作為犯與不純正不作為犯，但後者才是本文的討論重點，以下為行文方便，皆將不純正不作為犯直接簡稱為不作為犯。

<sup>2</sup> Karl Engisch, Tun und Unterlassen, in: Lackner et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 168.

von Verhaltensformen)<sup>3</sup>的情況，例如毛筆工廠老闆某甲，未依照作業規定事先消毒用以製作毛筆的山羊毛即交付給女工某乙，導致某乙因感染病毒死亡，此時在現象上當然可以明確區分「未消毒」的不作為以及「交付」的作為，然而，在這個單一事件中，某甲是由於不作為還是作為而成立過失致死罪？另外在所謂行止形式之接續（Sukzession von Verhaltensformen）<sup>4</sup>的情況，例如某甲基於狩獵目的在地上挖了個大洞，並在旁等待觀察，之後某乙走近時，某甲卻未出聲制止某乙，結果某乙摔落洞中受傷。此例和前例不同的地方在於，某甲在現象上是先有挖洞的作為，然後有未制止某乙的不作為，不過整體而言仍是單一事件，那麼某甲到底是由於作為還是不作為而成立傷害罪？

其實嚴格來說，就算是在一般認知中相當普通的事實，也存在多重詮釋的可能性，並因此成為判斷上模稜兩可的情況。例如某甲遵照法定速限駕駛車輛，一時恍神未注意路口紅燈而撞死綠燈方行人某乙，是成立未及時踩煞車的不作為過失致死罪，還是續踩油門的作為過失致死罪？這裡之所以會產生論罪困難，並非由於不知道如何去描述作為與不作為，因為我們在認識上已經可以毫無困難地區別「未踩煞車」與「續踩油門」，而是由於不清楚要將此事件當成作為還是不作為處理。又例如某甲朝著某乙開槍，某乙中彈死亡，在這個十分平凡無奇的例子中，將某甲的行為詮釋為作為，也不是那麼理所當然，因為可以想像的是，某甲也可能在扣下扳機之前將槍放下，那麼構成犯罪的到底是某甲扣下扳機的作為，還是沒有放下槍的不作為？由於在某一個當下的作為已經占據了當下而排除了其他作為，因此每一個作為都表示著無限多個不作為，在追究刑事責任的時候，究竟應該以作為還是不作為來處理？由上述可知，一個僅能「區分」作為與不作為的標準仍有不足，更重要的是在犯罪事件中「決定」以作為或不作為來論罪的標準。也就是說，

<sup>3</sup> 概念參見 *Jürgen Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, S. 118 ff.

<sup>4</sup> *Welp* (Fn. 3), S. 116 ff.

一個在前理解階段中適格的標準，應該兼具區分作用與決定作用。這是在本文主題之下最重要的導引原則，可以用來檢視包括作者在內的所有論者提出之標準的妥適性。

以下首先分析與檢討學說上既有的解決方案，指出到目前為止並未有同時充分滿足上述兩種作用的標準。其次本文將試圖從刑法上的基本義務型態出發，分別導出作為犯與不作為犯的法理，並據此發展出有異於既有學說的標準。最後則是將本文標準適用於各種疑難案例類型，並展示本文與其他學說之間的解答差異。

## 2. 檢視既有學說

區分作為與不作為的既有學說見解相當多元，按照其提供之標準的特徵可以大致分為兩個群組，亦即評價性群組與描述性群組。前者認為作為與不作為的區分是評價問題；後者則試圖先於評價，從描述的觀點確立評價的對象。由於本文的目的不在於理論介紹，因此無意羅列曾被提出的各種學說，以下僅檢視具有實質理論內涵而獲得重視者。

### 2.1 評價性區分標準

#### 2.1.1 社會意義

一個在學說上常見的評價性標準是所謂社會意義說（*sozialer Sinn*），其認為成立作為犯或不作為犯，並不是取決於作為與不作為兩者存有上的差異，而是取決於犯罪事件所顯示出的社會意義<sup>5</sup>。社會意義說基本上是從 *Eb. Schmidt* 所發展的社會行為論（*soziale Handlungslehre*）推導出來的。社會行

<sup>5</sup> *Eberhard Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 78 ff.; *Hartwig Meyer-Bahlburg*, *Unterlassen durch Begehen*, GA 1968, S. 49 ff.; *Gerd Geilen*, *Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme*, JZ 1968, S. 151; *René Bloy*, *Finaler und sozialer Handlungsbegriff*, ZStW 90 (1978), S. 613 ff.; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Aufl., 2013, Rn. 93, 700. 國內學者也有認為應從社會性觀點區分作為與不作為者，參見陳子平，*刑法總論*，頁 150-151（2008）。

為論並不僅僅以存有論上的觀點去描述並界定行為，而是在某程度上加入了規範性評價的觀點。其基本構想在於，任何一種人類行為，除了是由人類意志所驅動之身體行止及其所引發之外在物理變動外，同時是在社會性的層次產生其意義（*soziale Sinnhaftigkeit*）<sup>6</sup>。因此行為的界定主要是來自於社會觀點，不再如同因果行為論般侷限於物理性關係的客觀意義，或者如同目的行為論般侷限於意志所賦予客觀物理性關係的主觀意義。既然擺脫了物理性觀點的牽制，那麼就可以大幅度地降低將不作為描述為行為的困難<sup>7</sup>。不作為不再是什麼都沒有，因為刑法上包括作為與不作為在內之可罰行為共通的特徵即是所謂社會重要性（*soziale Relevanz*），不作為自然也因其具備社會重要性而成為刑法上的行為。而既然區分作為與不作為的觀點是由社會行為論所引出，那麼就如同行為概念界定是評價問題一樣，作為與不作為的區分也是評價問題。

不過，正如社會行為論的問題是來自於其評價性格，社會意義說的問題也同樣來自於其評價性格。顯而易見地，單純藉由所謂「社會意義」的說詞，只能知道是以社會評價觀點為基準，但是仍然不清楚，到底是本於什麼具體評價觀點來決定一個犯罪事件該當作為犯或不作為犯。在社會行為論尚未清楚地具體化社會重要性以界定行為概念的情況下，更遑論在行為概念下進一步劃分作為與不作為。因此這個標準基本上是空洞的、需要額外填充其內容的。然而，問題剛好在於，這個標準帶有被任意填充內容的危險。尤其是所謂社會的概念，隱含著一種透過「共識」來決定的觀點，然而，共識形成的途徑若是透過所有主觀意見的彙整，那麼一個具有普遍性的共識永遠都只是一種偶然<sup>8</sup>。同樣附隨於社會意義說的空洞，更大的問題在於，由於社

<sup>6</sup> *Schmidt* (Fn. 5), S. 75.

<sup>7</sup> 關於社會行為論對不作為的詮釋力，國內文獻可參見許恆達，「再訪行為理論」，*成大法學*，第 26 期，頁 12-16（2013）。

<sup>8</sup> 就如作者於刑法總則課堂上所做的小型「實證研究」，在牙醫師使用未依常規消毒之器械導致病患感染的案例，修課同學認為社會評價重點在於「未消毒器械」或「使用未消毒器械治療」者，約各占一半。

會意義概念下的「社會」語意上不僅指涉被法律所結構化的社會，而是指涉被各種規範體系所結構化的全社會，因而開啓了諸如道德等外部評價觀點滲入刑法的路徑<sup>9</sup>。因此，無法排除評價者是以道德觀點凌駕法律觀點來選取事件中的主要非難對象<sup>10</sup>。然而，如果評價者正確地固守在法律觀點之中，那麼又落入了標準的循環論證，因為現在需要澄清的，正好是區分作為與不作為的法律觀點內涵為何，而社會意義說頂多只能得出用以區分的是一個法律觀點，除此之外別無其他。

### 2.1.2 非難重點

另一個相當流行的評價性標準，則是所謂非難重點說（Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit），其實質內涵與社會意義說相去不遠。這個說法是早期德國實務所獨立提出<sup>11</sup>，並主要被 Mezger 繼續發展<sup>12</sup>，到目前為止被認為是多數說<sup>13</sup>，其主張在個案中究竟應該抓取作為或不作為，不是取決於事實的外在型態，毋寧是取決於整個事件中非難的重點。當初實務所涉及的案例，則是在當時德國刑法禁止的未婚夫妻之間性行為的撮合（Kuppelei gegenüber Verlobten），亦即父母或類似父母地位的人究竟是透過消極不作為還是積極作為而媒介未婚夫妻之間的性交，消極不作為若要成罪，則須以有作為可能性為前提，而法院認為並非任何形式的贊同（Billigung）都是積極作為，應看非難的重點為何。至於 Mezger 則試圖以非難重點說解決一個有名的爭議案

<sup>9</sup> 類此方向的批評參見 Joerg Brammsen, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, S. 196.

<sup>10</sup> 關於此可參見周漾沂，「重新建構刑法上保證人地位的法理基礎」，臺大法學論叢，第 43 卷第 1 期，頁 254-255（2014）。

<sup>11</sup> BGHSt 6, 59.

<sup>12</sup> Edmund Mezger, Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 25. 9. 1957, JZ 1958, S. 281.

<sup>13</sup> Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2013, § 48 Rn. 9; Walter Stree/Nikolaus Bosch, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., 2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 158a; Klaus F. Röhl, Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt, JA 1999, S. 898.

例：卡車駕駛未保持適當安全距離而超車，導致車前之腳踏車騎士摔倒而被卡車輾死。在此例中，Mezger 認為非難重點在於積極地超車的作為，而非未保持安全距離的不作為<sup>14</sup>。

儘管非難重點說的優點是不囿於現象型態，但卻具有和社會意義說一樣的邏輯缺陷，亦即並未明確指出，在個案中決定非難重點的具體評價標準究竟內涵為何<sup>15</sup>。在犯罪事件中關於作為或不作為的選擇，其任務無疑在於決定刑法非難的重點所在，因此非難重點說如果不是落入以問答問的循環論證，就是將此規範問題的決定委之於評價者個人所恣意選取的評價標準，而此自然有讓刑法外部價值侵越刑法規範性的危險。也難怪學說批評，非難的重點究竟在哪裡，只有在分別經過作為犯與不作為犯的犯罪判斷程序，亦即構成要件該當性、違法性以及罪責的檢視之後才能確定，因此非難重點說在尚未開啓犯罪判斷程序時就試圖確定非難重點，是將評價的結果錯誤地轉化成評價的前提<sup>16</sup>。如果非難重點說試圖區別自己與犯罪評價觀點，那麼其在實際操作上最後也只能訴諸模糊的法感覺（*Rechtsgefühl*）<sup>17</sup>。雖然透過法感覺可以建立和法的連結，使作為與不作為的區分被正確地定位為規範性評價問題，然而，這種基於法感覺的操作，其實又已預設了從某種規範性觀點得出的刑法上行為態樣理解<sup>18</sup>。因此問題最終還是這個被預設的規範性觀點應該是什麼。必須解決的問題是，這個規範性觀點是否有可能從外於刑法規範性的角度得出，或者其實是貫穿整體刑法理論體系、關連到包括作為與不作為等各個體系內概念的基本證立觀點。

<sup>14</sup> Mezger (Fn. 12), S. 282.

<sup>15</sup> 批評參見 Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2011, § 28 Rn. 2.

<sup>16</sup> Claus Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962), S. 417.

<sup>17</sup> 批評參見 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 604; Tonio Walter, *Positive und negative Erfolgsdelikte – Handeln und Unterlassen*, ZStW 116 (2004), S. 566.

<sup>18</sup> Erich Samson, *Begehung und Unterlassung*, in: Stratenwerth et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, 1974, S. 585.



## 2.2 描述性區分標準

### 2.2.1 能量消耗

描述性標準著重於作為與不作為存有現象上的差異，而最容易想像到的差異，即為 Engisch 提出的說法：作為是朝著特定方向投入能量（Aufwand von Energie），而不作為則是未朝著特定方向投入能量<sup>19</sup>。關於何謂投入能量，Engisch 最初所採取的是生理學式的理解，認為作為即是從事特定的身體動作，而不作為則是不從事特定身體動作<sup>20</sup>。其後他宣稱將能量概念轉入一種規範性理解，這表示有無能量是從日常生活（Alltag）觀念去界定，依此，身體是否有移動或者動作並不是重點，重點在於行為人是否「成就了一件事」（Leistung），例如一個士兵依照長官命令立正站好不動，或者一個司機以腳踩在油門上不動而使車子前進，都是屬於作為<sup>21</sup>。也因此，Engisch 認為作為不僅限於顯之於外的身體能量投入，朝向內在層面的能量投入仍可能被詮釋為一種作為，比如自我控制、集中精神，或繃緊肌肉等<sup>22</sup>。

能量消耗說的產生，和當時盛行的自然主義以及由此而生的因果行為論有關<sup>23</sup>。因果行為論者 Beling 和 v. Liszt 僅從自然存在態樣的角度去描述作為與不作為，認為作為即為存在一個外界可感知的、由意志透過支配運動神經收縮肌肉而驅動的身體運動，而不作為則是由意志抑制運動神經不收縮肌肉而使身體靜止<sup>24</sup>。Engisch 即在這個基本認知上進一步建立其說法，直至今日仍有不少支持者<sup>25</sup>。

<sup>19</sup> Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 29.

<sup>20</sup> Engisch (Fn.19), S. 29.

<sup>21</sup> Engisch (Fn. 2), S. 171 f.

<sup>22</sup> Engisch (Fn. 2), S. 171 f.

<sup>23</sup> 關連參見 Ulrich Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme, JZ 1983, S. 432.

<sup>24</sup> Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 14 f.; Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, §§ 29 ff.

<sup>25</sup> Eberhard Struensee, Handeln und Unterlassen, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur

身體能量消耗與否，儘管是一個描述作為與不作為存有差異的角度，但卻未必是一個能發揮決定作用的標準，尤其難以解決具有多重詮釋可能之停止形式的行為態樣定位問題。以一個具有高度爭議性的案例為例：醫生關閉已無治癒希望的病人身上的維生設備，導致病人死亡，究竟是縮短病人生命的積極作為，還是未延長病人生命的消極不作為？按照 Engisch 的看法，醫師關閉維生設備的活動的意義在於中斷病人生命的延續，屬於不繼續投入能量的不作為<sup>26</sup>。然而，令人難以理解的是，如果標準僅僅在於能量消耗與否，那麼「關閉」的動作明明需要投入能量，亦即由中樞透過神經傳導使手部肌肉收縮而施力按壓開關，縱使是在 Engisch 宣稱的規範性觀點之下，仍然是「作成了一件事」，如何能因整體事件意義在於終止無品質的生命，即被轉化詮釋為不作為？

實際上，我們很難想像，一個活著的人，在生理機能持續運作之下，有什麼時候是不需要投入能量的。人生本來就是一連串的身體動作以及事件所組成的連續性過程。因此可以說，在任何一個想像上能切割出來的生活片段，都是在投入（不管是身體運動或作成事件意義下的）能量，因而是作為。而在某一時點朝向某一方向投入能量的同時，也是不朝著其他方向投入能量，所以是不作為。到最後，每一個生活片段都是作為，也都是不作為。比如前述開槍殺人之例，扣下扳機是朝著特定方向投入能量，同一時間未放下槍是未朝著特定方向投入能量。連這麼基本的事實情況，在能量消耗說之下都會陷入多重詮釋可能的境地，那麼即表示，在所有作為的情況，除了肯定作為的存在而必須進一步檢視成立作為犯之可能外，也必須肯定不作為的存在並開啓不作為犯的判斷程序。這意味著，作為與不作為並沒有互斥關係，因而能量消耗說在所有的事實類型都欠缺決定作用。

就此而言，關鍵問題是，如果一個行為已經是作為並因此進入作為犯的

---

Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 143 f.; *Brammsen* (Fn. 9), S. 201 f.

<sup>26</sup> *Engisch* (Fn. 2), S. 178.

範疇，為什麼還能容許它同時是不作為而令其再進入不作為犯的範疇？倘若我們承認，刑法上作為犯與不作為犯的法理基礎有異，那麼從這兩種犯罪型態之法理分別得出的作為與不作為概念，是否可能讓同一規範對象（亦即行為）同時該當作為與不作為？從現象角度的區分使得這種可能性必然存在，然而，在刑法規範性以及基此而建構的刑法理論體系中則令人存疑。當然主張能量消耗說或身體動靜說的論者，也可能堅持這裡所從事的是先於法律（*vorrechtlich*）的作為與不作為區分，目的僅在於確定評價對象，因此任何一個在現象上呈現的作為與不作為，都有進一步透過犯罪判斷程序加以檢驗的必要，至於最後是否成罪，則是另外一個問題，沒有理由提前排除特定的行止形式<sup>27</sup>。

不過此一說法之癥結仍然在於，我們的思維為什麼要受到一種自然主義式的行止形式理解限制，以致於必須在刑法中將這種理解當作無可質疑的存有論上預設，並以此為基礎開展刑法規範體系？自然主義式的進路是直觀地去描述作為與不作為概念。然而，刑法是一種規範，所有內於刑法、構成刑法理論體系的個別概念，不可能是純粹描述性的，毋寧都是規範性的。也就是說，在刑法理論體系裡的每一個概念，都是從證立整體刑法之實質價值判準所導出，並因此能一貫地被整合在刑法規範所樹立的應然（*Sollen*）要求之中。作為與不作為無疑是內於刑法的概念，如果我們不知道這兩個概念和刑法的應然要求有何關連，以及對應於作為／不作為的禁止規範／誡命規範具有何種特徵，那麼自然也不知道作為和不作為分別應有什麼內容。基於上述，能量消耗說最大的缺陷，即是誤以為作為與不作為的區分並非評價性問題，而此自然導致無法建立與刑法規範性的連結。儘管持能量消耗說者擔憂，如果將作為與不作為區分問題視為評價性問題，將會不當地提前考量在確定評價對象之後始應考量的評價觀點，不過本文認為，行止形式的確定固然是進一步判斷不法與罪責的思維上前提，但這並不意味著確定行止形式必然涉及一個外於評價體系的階層，因為在本文的看法下，刑法並不會有一個

<sup>27</sup> *Struensee* (Fn. 25), S. 146.

外於評價體系的階層。

### 2.2.2 因果關係

另一支基於描述性觀點的有力學說，主張區分作為與不作為的標準在於因果關係的存否。這個標準最初是由 Kaufmann 提出，認為作為是行為人透過行動開啓因果流程而造成外在世界變動，至於不作為則是行為人與其不行動（Nichttun）以及外在世界變動之間不存在因果連結，而僅僅讓既有的因果流程發展下去<sup>28</sup>。他認為因果關係的問題中重要的是人的因果關係（Kausalität des Menschen），在作為犯中，行為人的存在不但是行動的不可或缺的條件，也是行動所引致之變動的不可或缺的條件，然而，在不作為犯中，行為人存在時，不行動固然存在，結果有發生，但如果設想行為人不存在時，不行動卻仍然存在，結果也仍然會發生，因此在不作為犯中欠缺人的因果關係<sup>29</sup>。Welzel 也同樣主張以因果關係作為區分標準，不過他所強調的是行止的因果關係（Kausalität des Verhaltens），亦即，如果行為人的行止與構成要件結果之間有因果關係，即屬於作為；反之，如果行為人的行止與構成要件結果之間沒有因果關係，即屬於不作為<sup>30</sup>。

因果關係說在學說上受到相當多支持<sup>31</sup>，因為從因果關係角度界定被認為最符合作為與不作為的存有構造。作為即是引起並操控一個導向結果的真實因果關係，因而行為人對於結果而言是不可想像其不存在的條件（或是合乎法則的條件）；不作為則是未造成任何變動，也無導向結果之真實因果關係可言，行為人並非結果之發生不可想像其不存在的條件（或並非合乎法則

<sup>28</sup> Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 61 ff.

<sup>29</sup> Kaufmann (Fn. 28), S. 63.

<sup>30</sup> Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 203.

<sup>31</sup> Samson (Fn. 18), S. 587 ff.; Sieber (Fn. 23), S. 434; Kristian F. Stoffers, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, 1992, S. 107 ff.; ders., Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen, GA 1993, S. 264 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 17), S. 603; Franz Streng, „Passives Tun“ als dritte Handlungsform – nicht nur beim Betrug, ZStW 122 (2010), S. 2.

的條件），所以一般看法才會認為不作為犯之因果關係判斷，是虛擬一條不存在於真實世界的因果流程，為假設的因果關係（*hypothetische Kausalität*）<sup>32</sup>。

不過，因果關係說也同樣具有基於其描述性格而生的問題。首先，因果關係說並無法說明，其自身為何不能被更為簡化的能量消耗說取代。因為若要開啓一個因果流程，勢必要採取對這個世界投入能量的方式，不投入能量而能「開啓」因果流程是難以想像的（除非使用「念力」？）；相對的，不投入能量也等同於未開啓因果流程，放任既有的因果力流動。由此觀之，能量消耗說提供的區分標準即為已足，再強調有／無因果關係反而顯得多餘<sup>33</sup>。尤其是在區分作為與不作為同樣具有實益的未遂犯與危險犯之中，並不要求法益侵害結果發生，所以在客觀面也無既存的真實因果流程可供觀察，僅有想像上的因果關係，以及基於此因果關係想像而試圖開啓真實因果流程的能量投入。甚至在迷信犯或重大無知之不能犯的情況，行為人當作其行動基礎的是現實世界中不存在的虛妄因果關係，不但欠缺真實因果流程，而且連具有實現可能的因果法則也不存在，因此區分作為與不作為唯一可靠的認識憑藉，就是試圖開啓真實因果流程的能量投入，而不論因果流程到底是否能夠成功地被開啓。

即使忽略因果關係說詮釋力不足的問題，它仍然如同能量消耗說一般是本於一種自然主義式的視角，而僅試圖從現象上區分作為與不作為。從自然主義的視角，所謂的因果關係，是指架構整體自然世界中事物運作秩序之因果法則下某一事物與另一事物之間的關連。當我們說某一事物和另一事物之間有因果關係的時候，不外乎在描述這個自然世界。也因此，所謂作為犯有真實因果關係，不作為犯沒有真實因果關係，因而是假設（潛在）因果關係的說法，是本於一種描述性觀點，所以就建立行為人和結果之間的負責關係而言才會不夠充分，還必須額外考慮具備刑法評價意義的歸責觀點<sup>34</sup>。因而

<sup>32</sup> *Stoffers* (Fn. 31), 1993, S. 265.

<sup>33</sup> 類此批評參見 *Struensee* (Fn. 25), S. 143.

<sup>34</sup> 如果因果關係的有無只是對於自然世界的描述，那麼值得深思的是：首先，這個世界上實存的一切與一切之間是否可能欠缺因果關係？其次，僅有描述性作用的因果

我們可以在因果關係說裡面看到和能量消耗說同樣的問題：所有的真實因果關係，觀念上都附帶著無限多個假設因果關係；一個朝著某個方向開展的因果歷程，意味著它不是朝著別的方向開展的因果歷程。基於此，每個作為同時都反射出無限多個不作為，從而因果關係說無法發揮決定作用。

在這樣的認識下，我們或許可以瞭解，為什麼學說認為因果關係說的主要缺陷在於無法說明，為何在危險前行為的保證人地位類型，由於行為人在事後才產生可以透過特定作為阻斷因果流程以迴避法益侵害的意識，即因此失去了作為的特性<sup>35</sup>。因為很顯然的，危險前行為已經是法益侵害結果不可或缺的條件，法益侵害結果也無疑是行為人透過危險前行為所開啓之因果流程所導出。危險前行為所開啓的真實因果流程，和事後被期待以作為阻斷的因果流程是同一個因果流程，因此欠缺事後作為而「未讓結果不發生」，其實是真實因果流程所反射出來的假設因果流程。在存在真實因果流程所顯示的作為，而此一真實因果流程又反射出假設因果流程所顯示的不作為的情況下，從因果關係說所提供的標準本身，根本無從決定要選取作為還是不作為。明明存有真實因果流程，卻要將危險前行為類型認定為不作為，顯然是出於恣意。

學說上也有意識到因果關係說的不足，而試圖將其與能量消耗說結合者。比如 *Brammsen* 即認為，當行為人透過能量的投入而開啓、延續或強化一個事實上或按照行為人的想像足以侵害構成要件所描述之行爲客體的事件歷程，即存在具有刑法上重要性的作為<sup>36</sup>。*Roxin* 也同樣認為，當一個積極的能量投入對於法益侵害結果有因果關係時，或是按照行為人的故意應該對法益侵害結果有因果關係時，即應考慮為作為犯<sup>37</sup>。相對於此，未投入能量

---

關係，可否直接從刑法結果歸責判斷階層中取消？

<sup>35</sup> 批評參見 *Brammsen* (Fn. 9), S. 204.

<sup>36</sup> *Brammsen* (Fn. 9), S. 206.

<sup>37</sup> *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 31 Rn. 78. 相同說法參見 *Harro Otto*, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine*

阻止既有的因果流程實現為法益侵害結果，即屬不作為。針對此一結合說仍可以質疑的地方在於，既然從純粹描述的角度，能量消耗說所提供的標準已經足夠，那麼試圖結合能量消耗說和因果關係說的嘗試，也會顯得沒有必要。倘若要改變現實世界，必然要投入一個在這個世界裡面產生作用的原因（Ursache），進而透過因果流程導向所欲的改變，這個原因即為能量<sup>38</sup>。每一個能量的投入，都表示一個透過因果關係導向之改變的原因，若無能量的投入即不會引發現實因果流程，因此能量概念已經必然包含著因果關係的概念，並沒有必要再特別強調後者。

### 3. 以人際風險關係為區分標準

#### 3.1 內於不法構成要件的觀點

儘管大致而言，能量消耗說與因果關係說都是侷限在存有論的觀點中並因而欠缺決定作用，不過如果進一步觀察此兩說下個別看法的細部差異，可以發現一些並不顯著的規範化傾向。基本上，Engisch 在其能量說中提到的「朝向特定方向」的能量投入，只是在描述能量概念的一般性特質，意指能量必然會導引出某種變化，但並未限定到底是朝著什麼方向，也不強調是朝著刑法關注的方向。而這也是可以讓人理解的，因為對於 Engisch 來說，作為與不作為的判定，是先於刑法評價階層的存有論問題，並不會採擷刑法評價階層內的觀點，倘若將能量指涉到法益或者行為客體，那麼由於此兩者都是構成要件階層中才會出現的要素，等於是過早地進行構成要件階層中的判斷。至於因果關係說也是如此，只要有一個引發外界變動的因果流程即是作為，這個外界變動泛指任何一種變動，未必要是法益或行為客體的侵害，因為此變動到底是不是刑法關注的法益或行為客體的侵害，是歸屬於構成要件階層的判斷。

---

Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 9 Rn. 2.

<sup>38</sup> Welp (Fn. 3), S. 110.

然而，我們可以看到，晚近論者除了使用傳統能量與因果關係概念外，多強調是以法益或構成要件結果作為連結點，具體而言即是主張作為／不作為是朝向法益狀態之改變的能量投入／不投入，或者是開啓／不開啓一個關連到構成要件結果的因果流程<sup>39</sup>。藉由法益和構成要件結果概念的帶入，作為與不作為不再是所謂的先於法律的、存有論上的概念，毋寧直接探入了不法構成要件階層，並因此取得了刑法評價上的重要性。所謂作為，已經是刑法關注的改變法益狀態的作為，而所謂不作為，也是刑法關注的不改變法益狀態的不作為。當然並不是任何一種改變法益狀態的作為或不改變法益狀態的不作為，都是刑法要禁止的對象。刑法只禁止在其規範性判準下被認定為「非容許」的作為與不作為。抽象而言，包含構成要件該當性與違法性在內的整體不法構成要件的內容，即在於表述非容許的作為以及非容許的不作為；不管是在構成要件該當性層次之客觀歸責概念下的容許風險，還是違法性層次中的各種阻卻違法事由，都是用以決定一個作為或不作為可否被容許。整體不法構成要件因此可以分解成兩部分：一部分是關於「作為／不作為」的判斷，另一部分是「容許／非容許」的判斷。由此可知，作為／不作為是抽象的不法構成要件要素。或者更精確地說，作為是作為犯的抽象不法構成要件要素，不作為則是不作為犯的抽象不法構成要件要素。基於此，作為與不作為的區分，已非如 Engisch 當初所言是構成要件該當性判斷的前提，反而已經是構成要件該當性判斷本身。

### 3.2 對應於刑法義務型態的作為與不作為定義

如果我們可以認同，作為與不作為是不法構成要件層次的概念，那麼接下來的問題是，要從什麼觀點去區分作為與不作為？這個問題的重點，實際上在於作為與不作為的定義，在澄清這兩個概念的定義之後，自然可以產生

<sup>39</sup> 強調以法益作為連結點者，例如 *Samson* (Fn. 18), S. 593; *Sieber* (Fn. 23), S. 434; *Stoffers* (Fn. 31), 1993, S. 268; *Brammsen* (Fn. 9), S. 205; *Otto* (Fn. 37), § 9 Rn. 2. 以構成要件結果作為連結點者，例如 *Welzel* (Fn. 30), S. 203; *Jescheck/Weigend* (Fn. 17), Rn. 603; *Roxin* (Fn. 37), § 31 Rn. 78.



區分的意識。因此問題又可轉化為，在不法構成要件中必須進入容許／非容許判斷的作為與不作為，分別具有什麼樣的內容？如果我們要得到的是貫穿所有個案的抽象定義，那麼答案就必須從抽象實質不法概念得出，因為不法構成要件正是抽象實質不法概念的具體化表述。

本文所採取的立基於人際關係（*interpersonales Verhältnis*）的思考出發點，或許可以提供較為精確的答案。刑法所要處理的是有多數人並存的社會應該按照何種方式被組織的問題，而這種組織的型態最後將會反映在人與人之間相互對待的模式之上。從最抽象的角度，人與人相互對待的模式有兩種：一種是干涉他人，另一種是不理會他人。所謂干涉他人，即是改變他人的既有狀態；至於不理會他人，則是放任他人既有狀態進行。因為這世界上的一切事物都是受到因果法則所支配，所以一個人若要改變他人的既有狀態，只能透過開啓一個導向改變之因果流程的方式為之，亦即對世界投入引起改變的必要條件。然而，由於改變是發生在未來，因此在當下所能掌握的也只有導致改變的部分條件，其他條件只能隨著因果流程的進行而逐漸確定是否出現，而此部分條件即形成導向改變的可能性。也可以說，一個人要改變他人的既存狀態，必定要創造改變發生的可能性。至於放任他人既有狀態進行，則是不開啓一個會改變他人狀態進行的因果流程，或者說聽由他人狀態改變的可能性繼續發展。在刑法的脈絡中，他人既存的人身狀態是指法益狀態，而可能性在刑法上的用語則為風險，因此我們可以重新敘述以上看法：干涉他人，即是創造一個針對他人法益的風險；不理會他人，則是放任他人既存的法益風險進行<sup>40</sup>。

如果干涉他人和不理會他人都可以是刑事不法行為，那麼就等於認為，

<sup>40</sup> 也有學說是以風險關係作為區分標準，認為作為是創造或升高風險，不作為是未撲滅或未降低風險，參見 *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2011, § 13 Rn. 3。不過此說法是以客觀歸責理論為基礎，與本文所採之人際觀點不同。國內學說著眼於風險關係者，參黃榮堅，*基礎刑法學（下）*，頁 676（2012）；蔡聖偉，「論故意之不純正不作為犯」，*刑法問題研究（一）*，頁 189-190（2008），同樣也未採取人際觀點。

一個人在刑法上有不干涉他人的消極義務（negative Pflicht）與理會他人的積極義務（positive Pflicht）<sup>41</sup>。換言之，從實質不法概念可以導出消極義務與積極義務兩種義務型態，並分別以之對應於干涉他人的作為與不理會他人的不作為。如此的思考角度，是事先確定刑法上的義務型態是什麼，然後才能確定一個人會違反義務的是什麼；後者正是作為與不作為定義問題。相對於傳統描述性標準先預設作為與不作為的存有型態，再讓它反過來牽制刑法規範性，本文採取的進路是純刑法規範性的。之所以稱為純刑法規範性，是因為定義作為與不作為的觀點純粹來自於刑法內部的實質不法概念，而這和社會意義說和非難重點說等存有容納刑法外部觀點疑慮的看法又有所不同。

既然以上的作為與不作為概念是從刑法義務型態導出，那麼剩下的根本問題是，為什麼實質不法概念內含消極義務與積極義務兩種型態？首先，就消極義務所要求的不干涉他人而言，是相當可以理解的，一個植基於個人自由與權利的刑法，所要求的不外乎不侵害他人（neminem laedere）。這種要求在 Kant 的法哲學思想中有最清楚的展現：法概念所涉及的是個人的任意（Willkür）和他人的任意之間的外在實踐關係（das äußere, praktische Verhältnis）<sup>42</sup>。此處所稱的任意，即是隨意地作為或不作為的能力，觀念上等同於行動自由<sup>43</sup>。而所謂的法，即是使一個人的任意與他人的任意能按照

<sup>41</sup> 在刑法學中以消極義務／積極義務來說明作為犯／不作為犯之法理者，參見 Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 83 f.; Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 176 ff. 二人指出消極義務所涉及的是一個人形塑自己個人生活領域之具體內容的時候，不得因此損害他人；積極義務所涉及的則不只是不侵害他人而已，而是必須進一步負責維持或促進他人的生活，並因此和他人形成一種連帶關係。不過單純就此定義而言，消極義務和積極義務只是對應於抽象人際交往模式的框架性概念，至於這兩種義務型態的實質證立則是另一個問題。也因此，本文在 Kant 式自由主義基礎上對於兩種義務型態的詮釋，和 Jakobs 以及 Pawlik 的 Hegel 式進路有極大差異。

<sup>42</sup> Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1977, Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, A 33/B 33, 34.

<sup>43</sup> Kant (Fn. 42), AB 5.

一個具有普遍性的自由法則而和平並存的條件集合，按照此一定義，一個行為，只有當它不會破壞個人行動自由與他人行動自由按照普遍性法則的和平並存時，才是合法的；相反地，一個行為之所以是不法，是因為它阻礙了個人行動自由與他人行動自由的並存<sup>44</sup>，也就是在行使個人行動自由之時壓抑了他人的行動自由。由此可知，Kant 法概念的要求是一元化的，僅僅是禁止侵害他人的消極義務。

以上所援引的實質法概念，仍然停留在抽象理念的層次，並因而有進一步詮釋的必要。無可質疑的是，如此的法概念是以個人為其核心，並著眼於個人與其他個人之間的相互關係。個人被設想為一個具有絕對性的抽象主體，並因其現實性而享有抽象法權地位（*abstraktes Recht*）。具體言之，基於抽象主體性的設想，每一個個人都是自我目的，具有絕對的尊嚴（*Würde*）。然而，個人並非僅是理念上的存有者，而是現實地存在於這個世界，因此此一尊嚴須具體化為得以對抗他人的各種權利，諸如生命權、身體完整權、行動自由權、隱私權、名譽權以及財產權等，此諸多權利構成一個形式框架，亦即法權領域（*Rechtssphäre*），個人可透過自由意願在此領域內任意形成具體的自我<sup>45</sup>。這些權利之所以是權利，是因為其同時反射出他人的義務，亦即尊重個人任意形成具體自我狀態的義務。由於個人的權利即是他人的義務，他人的權利即是個人的義務，所以每個人與每個人之間都存在一種相互關係，我們可以將其稱為法權關係（*Rechtsverhältnis*）。因此可以說，不法即是法權關係的破壞，在抽象層次是否認他人的主體性，在具體層次則是侵越他人的法權領域而更動他人人身狀態。

個人所享有的法權領域，和個人的現實存有具有同一性，從而個人在這個世界上所有的自由活動，從法律的視角都是一種權利的行使。比如一個人吃飯、走路等，是在行使他的行動自由權或者財產權。這個視角當然有別於

<sup>44</sup> *Kant* (Fn. 42), A 33/B 33, 34.

<sup>45</sup> 刑法上的個人法益，即為抽象法權領域的具體化條件，亦即上述各種權利。關於此可參見周漾沂，「從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎」，*臺大法學論叢*，第 41 卷第 3 期，頁 1016 以下（2012）。

將人類活動當成動作、能量等物理性關係來描述的自然主義視角。而自由地行使個人權利以實現自己所欲之狀態時，必然也會附帶實現自己不欲之狀態的風險，就如同吃飯也可能會噎死，或走路也可能會跌傷。風險是自由的成本，也是權利的代價，如果風險是落在行使權利者自己的法權領域內，並不會有什麼問題，因為行使權利實現自我者，原本就應該自己承擔其成本和代價。然而，如果行使權利所帶來的風險從自己的法權領域輸出到他人的法權領域，在他人非自願的情況下更動他人的狀態，那麼就實現了不法。簡言之，不法在於以他人的權利為代價而成就自己的自由。由上述可知，個人因行使權利而帶來的風險，原則上應屬個人管轄，不得任意轉嫁於他人。關於此，我們可以稱之為風險自我管轄原則。

基於以上的理解，可以得出相較於前述更規範性的作為定義：所謂作為，即是個人在行使權利的時候，從自己的法權領域輸出風險到他人的法權領域之中。就這個作為的定義，須注意的有兩點。首先，如前所述，作為犯之不法在形式上是法不容許的作為，因此輸出風險到他人法權領域，就實現不法而言並不充分，還需要容許與否的判斷。這個判斷原則上是看他人是否自願承擔風險<sup>46</sup>，如果是自願承擔風險，那麼輸出的風險就會被整合到他人權利的行使之中，而非侵害他人權利。其次，本文就作為概念所強調者，只有從個人法權領域輸出風險至他人法權領域，並不拘泥於一種自然主義的觀察方式，比如以特定身體動作輸出風險，或未以特定身體動作抑制風險輸出等。不管是前者還是後者，都可能被詮釋為從個人法權領域輸出風險。這對於個案中作為或不作為的判斷是極為重要的觀點<sup>47</sup>。

既然作為是個人輸出風險到他人法權領域之中，而且所有輸出風險到他人法權領域之中者都只能被考慮為違反消極義務，那麼在邏輯上，不作為與積極義務只能是作為與消極義務以外者。從而不作為所指涉的情況，必定是

<sup>46</sup> 參見周漾沂，「風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由」，中研院法學期刊，第 14 期，頁 195 以下（2014）。

<sup>47</sup> 參見本文 4.3。

個人未輸出風險到他人法權領域中，但他人法權領域中卻存有風險，也就是說，該風險是他人自己行使權利所招致的風險。因此所謂不作為，即是個人未撲滅他人因行使權利而落入他人法權領域內的、非個人所輸出的風險。

而刑法要求一個人去撲滅他人法權領域中和自己無關的風險，則是積極義務的體現。積極義務也可以從實質不法概念中導出，但和消極義務不同之處在於，後者是一般性義務，亦即每一個人對於每一個人都負有不干涉的義務，然而，積極義務卻必須在特定條件下始能產生，這種條件就是所謂保證人地位。積極義務不具一般性的理由在於，它原則上是和以法權為基礎的法概念相抵觸的。按照風險自我管轄原則，一個人必須自己管轄因自由行使權利所生的風險，這一方面意味著，個人必須自我承擔在自己法權領域的風險實現結果；另一方面，倘若個人不願經受風險，就必須自行付出代價對抗風險，不是必須放棄風險活動，就是必須投入抑制風險的勞費。由此可以得出，自己的風險管轄不得強制移轉於他人。他人既無義務承擔風險實現結果，也無義務付出勞費抑制風險。然而，積極義務的內容，即是命個人管轄發生於他人法權領域內的風險，亦即要求個人改變他人狀態惡化的歷程。如此反而是容許他人的法權領域內的風險輸出到個人的法權領域，正好符合消極義務所要排斥的情況。簡言之，消極義務和積極義務（原則上）是相互衝突的。因此，倘若要在以法權為基礎的法概念內肯定積極義務，那麼勢必要說明，在什麼樣的情況下才可以一反風險自我管轄原則的預設而建立人際風險連帶性。此依照本文的基本立場，只限於兩種情況：建立針對自我負責能力欠缺者之補充性扶助體制，以及當事人透過合意移轉風險管轄<sup>48</sup>。保證人地位的問題並非本文的主題，但無論如何可以確定的是，刑法上的不作為，是在積極義務下之風險連帶原則的適用領域，無關於消極義務下的風險自我管轄原則<sup>49</sup>。

<sup>48</sup> 立基於刑法義務型態上的保證人地位建構，參見周漾沂，前揭註10，頁236-250。

<sup>49</sup> 或有認為，從作為義務（積極義務）的觀點來界定不作為，是否會變成提前考量作為義務的問題？就此必須說明的是，以義務型態來確定不作為，與作為義務的有無是兩回事，本文要主張的只是從作為義務的概念導出不作為，至於實際上有無作為

## 4. 疑難案例類型的檢驗

作為與不作為區分問題的重要性，主要是顯現在一些特定的案例類型。然而，可能不僅於此，因為一些普通案例之所以不會引起疑問，或許是由於我們的思維不習於追根究柢。接下來的任務，就是以本文發展出來的標準逐一檢驗這些案例類型，並與以往學說的適用結果相互比較。

### 4.1 現象上作為／不作為所反射出之不作為／作為

本文的標準，可以充分地發揮決定作用，尤其是不會被現象上作為所反射出的不作為，以及現象上不作為所反射出的作為干擾思考。這樣的干擾，會廣泛地出現在最基本的作為犯以及不作為犯的事實型態。就現象上作為所反射出的不作為而言，是指一個特定現象上作為如果占據了某一時點，那麼必然表示此一時點沒有其他現象上作為。例如某甲朝著某乙開槍，除了扣扳機的現象上作為之外，同時間也有未採取扣扳機之替代措施的現象上不作為（比如沒有放下槍），因此在思維上不能排除，是替代措施的不作為讓死亡結果發生。但在本文的規範性標準下，這個基本案例只有作為，完全沒有不作為，因為這裡明顯不涉及某甲未撲滅存在於某乙法權領域內和某甲無關的生命風險，而是某甲輸出生命風險到某乙的法權領域中。

至於現象上不作為所反射出的作為，則是指在某一時間點若欠缺某一個現象上作為，那麼在同一時間點必然會被其他現象上作為所替代。比如應該照顧其生病之幼子某乙的母親某甲，在某乙生病發燒的時候不做任何處置，卻是在一旁玩線上遊戲，結果某乙病重死亡。由於玩線上遊戲是一個投入能量的現象上作為，所以也容易讓人傾向於認為，是某甲玩線上遊戲「導致」某乙死亡。不過既然在現象上不作為的時間點，行為人仍存在於這個世界上，那麼他永遠都會有現象上的替代性作為，比如某甲也可能睡覺、出

---

義務，則是確認保證人地位存否的問題，此問題邏輯上在作為義務概念之後。

門<sup>50</sup>，甚至站在一旁眼看著某乙死亡，然而，這些替代性作為都不具刑法上的重要性，因為無論如何，這些替代性作為並不構成輸出風險的條件。相反的，某乙的死亡風險自始即來自於其個人的脆弱，從來不是某甲所輸出。因而此處所涉及的，僅僅是未抑制他人法權領域中既有風險的不作為。

## 4.2 行止形式之重合

所謂行止形式之重合，是指作為中蘊含著不作為要素的行止類型<sup>51</sup>。關於此類型，文初提及的山羊毛筆案（Ziegenhaarfall）<sup>52</sup>，是一個長久以來引起德國學說諸多討論的案例：一個毛筆工廠的老闆某甲，在將山羊毛交給女工某乙加工成毛筆之前，未依作業規定消毒，導致包括某乙在內的數名女工死於病毒感染。這個案例之所以會引起爭論，是因為在現象上可以觀察到兩個階段，第一個階段是未依規定消毒山羊毛，第二個階段是將未經消毒的山羊毛交給某乙，而在第二個階段的「交付未消毒的山羊毛」，已經包含著第一個階段「未消毒山羊毛」的成分。觀察持評價性標準者對這個案例的看法，可以發現並不一致，有認為社會意義或非難重點落在未消毒山羊毛的不作為<sup>53</sup>，但多數認為落在將山羊毛交付給某乙的作為<sup>54</sup>。至於採描述性標準者，也有認為這個案例中同時有「未消毒」的不作為和「交付」的作為，而這並不妨礙分別去檢驗是否成立不作為犯與作為犯<sup>55</sup>。

不過在作為犯之外，學說多不肯定不作為犯的成立，理由在於欠缺所謂「構成要件情況」（tatbestandsmäßige Situation）。構成要件情況所描述的是法秩序應投入干預的前提情況，在不作為犯中是指構成要件結果發生的危

<sup>50</sup> 德國實務曾錯誤地認為，一個置幼兒於不顧而離家的母親，她「離開」的動作才是造成之後幼兒在家意外死亡的原因，參見 BGH NStZ 1999, S. 607.

<sup>51</sup> Welp (Fn. 3), S. 119.

<sup>52</sup> RGSt 63, 211.

<sup>53</sup> Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 15 Rn. 27.

<sup>54</sup> 僅參見 Rengier (Fn. 13), § 49 Rn. 16.

<sup>55</sup> Struensee (Fn. 25), S. 154 f.

險，必須直到面臨此危險才是刑法要求行為人拯救法益之時<sup>56</sup>。於山羊毛筆案中，在得以採取合乎作業規則要求之消毒措施的時間點，還不存在一個客觀的、與行為人心理無關的結果發生危險，因為犯罪計畫或者實行危險行為的決意仍然還在行為人的心理過程之中，尚未付諸於外，因此仍在危險的前階段，不存在法秩序要求救援法益的構成要件情況<sup>57</sup>。儘管用語不同，黃榮堅教授所持的看法，也和以上所述相似，其認為必須要到達危險失控的時間點，法秩序才有權期待行為人為應為之作爲，而在那個時間點的不作為才會是成立犯罪的不作為，因此某甲在交付之前怠於消毒，還沒有到達可能導致某乙感染的失控時間點，並不會構成不作為犯罪<sup>58</sup>。

事實上，在山羊毛筆案所顯現出的問題，會普遍地出現在過失犯的案例中，或者說，行止形式之重合是過失犯的一般特徵，因為按照通常看法，過失犯的過失即在於未履行客觀注意義務的要求<sup>59</sup>，因此所有的過失犯都蘊含不作為的成分。例如牙醫某甲以未依照常規消毒的器械為病人某乙治療，導致某乙感染病毒性肝炎，這就是一個典型過失傷害的情況，在邏輯構造上和山羊毛筆案並沒有什麼差異。此時仍然有某甲是由於未消毒器械的不作為，還是持該器械從事治療的作為而成立傷害罪的問題。若基於上述學說的邏輯，由於在現象上可以區分出「未消毒」與「治療」，所以兩者皆應分別進入不作為犯與作為犯的判斷程序。至於不作為犯部分最後不成罪，則同樣是因為欠缺構成要件情況。

然而，如果依照本文關於作為與不作為的定義與區分，那麼在行止形式之重合的情況，根本不會出現具有刑法上重要性的不作為，自然也無須進入不作為犯的判斷程序。所謂不作為，是未撲滅他人法權領域中與行為人無關之既有風險。在山羊毛筆案中所存在之死亡風險，是帶有病毒的山羊毛所乘

<sup>56</sup> Welzel (Fn. 30), S. 204, 211; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 29/10; Struensee (Fn. 25), S. 155.

<sup>57</sup> Struensee (Fn. 25), S. 156; Roxin (Fn. 37), § 31 Rn. 86.

<sup>58</sup> 黃榮堅，前揭註40，頁683。

<sup>59</sup> 僅參見林山田，刑法通論（下），頁176-177（2008）。



載，而此風險自始就不存在於某乙的法權領域之中，因此沒有未撲滅他人既有風險之不作為可言。反而死亡風險是某甲透過交付山羊毛（行動自由的行使）而輸出到某乙的法權領域內，最後也實現為某乙生命權被侵害的結果，因而這是一個標準的違反消極義務的作為。

至於某甲未消毒，固然是沒有做出特定動作，不過這只是消極義務所反射出來的無數個附隨性作為之一而已。刑法規範只要求行為人不要輸出風險給他人，至於要用什麼方式不輸出風險給他人，並非刑法規範的要求所在，而是完全取決行為人的自主決定。比如某甲要事先消毒山羊毛、丟棄有毒的山羊毛、不交付山羊毛給某乙，甚至解雇某乙讓她沒有機會接觸山羊毛等，都是使自己不輸出風險的方式。刑法規範無權指定某甲要採取什麼方式履行不侵害某乙的消極義務，某甲之所以違反消極義務，也不是違反在未實施某個被指定的動作來迴避法益侵害。

### 4.3 行止形式之接續

行止形式之接續的類型，是指行為人先有一個創造風險的現象上作為，之後又有一個未控管風險的現象上不作為，並導致侵害結果發生。比如先前提及行為人某甲為了狩獵目的先在地上挖洞，在路人某乙走近時沒有出聲制止，導致某乙掉落受傷的例子。一般認為這個例子涉及危險前行為的保證人地位類型<sup>60</sup>。某甲在地上挖洞是自己創造風險，因此就有作為義務以特定作為控管該風險，防止其實現成侵害結果。在這個例子中，儘管有挖洞的作為，也有未制止的不作為，但學說通常仍選取後者而認為是成立不作為犯，理由也一樣是在挖洞時欠缺構成要件情況，亦即當時並沒有人在場，無死傷結果發生的非容許危險，刑法規範還欠缺加以干預的理由；必須直到有人走近，並因此產生掉落洞中的危險，刑法規範才得以對某甲發出要求，此時的要求正好是以制止某乙的動作來撲滅風險，而某甲卻怠於制止某乙，這自然

---

<sup>60</sup> *Welp* (Fn. 3), S. 116.

屬於不作為<sup>61</sup>。

如果以刑法規範（在構成要件情況下）所要求者是不採取特定動作或採取特定動作來斷定個案是作為或不作為，那麼將行止形式之接續的狀況認定為不作為犯，也是相當合理的推論結果。不過如前所述，本文的立場並不受限於自然主義式的理解，因此也不會將特定不動作／動作當作刑法規範要求的內容。以人際觀點下的風險關係作為判斷標準，在行止形式之接續的狀況，僅有具刑法上重要性的作為。相當明顯的，掉落洞中摔傷的風險，是從行為人某甲法權領域輸出到被害人某乙的法權領域。更具體地說，某甲在地上挖洞是在行使他的行動自由，藉此實現自己狩獵的生活計畫，卻同時輸出他人掉落洞中的風險，最後某乙也掉落洞中受傷，該風險實現為某乙身體權的損害。自始至終，某乙所遭遇的傷亡風險都是某甲所輸出的，而不是和某甲無關的、某乙法權領域中的既有風險，因此沒有不作為可言。

針對本文的看法，可能會有一個質疑在於，某甲挖好洞的時候，根本沒有人在附近，自然也無輸出風險可言，之後某甲也無任何其他動作改變此一原始狀態，如何能論以作為犯？此一問題牽涉到「輸出風險」的意義。依據本文的看法，所謂輸出風險，有「即時輸出」和「延遲輸出」兩種類型。即時輸出是典型的風險輸出方式，意指行為人的特定身體動作，即構成行為人所能控管的風險輸出的最後一個條件。比如某甲持槍射擊某乙，在某甲扣下扳機的那一剎那，風險即逸脫於行為人的控制而輸出到某乙的法權領域，儘管子彈能否確實擊中某乙還有許多變數（比如被害人是否會移動身軀、是否突然有一陣狂風吹過），但都已經不是某甲所能掌握。有別於此，延遲輸出則是指在行為人完成身體動作之後，還必須配合隨著時序進行而逐漸具體化的、行為人仍有控管可能的其他條件才能輸出風險。挖洞之例即屬於延遲輸出型。某甲挖完洞後，要直到有人接近才會產生人身風險。「有人接近」這個條件仍屬某甲所能控管者，因為某甲可透過出聲喝止等方式來阻止他人接

<sup>61</sup> 此參見 *Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, 22/6*; 黃榮堅，前揭註 40，頁 678，特別強調必須進入「犯罪行為時」，刑法才能發出行止要求。

近，使這個條件不至發生。

儘管即時輸出屬於風險輸出的典型，但不能因此認為只有即時輸出風險才能是作為，否則我們的規範性思考就被現象認知所牽制。實際上，延遲輸出風險的情況也相當常見，只是我們通常不會仔細的去辨別。例如開車撞死人的情況，駕駛某甲完成了將腳踩在油門上的動作使車子持續前進，但此時尚未輸出風險，必須等到被害人某乙出現在車前，某甲未踩下煞車而撞上去的那一剎那才算輸出風險。又例如某甲雇請殺手某丙從臺北搭高鐵去高雄殺害仇人某乙，在某丙見到某乙之前，某甲有充裕的時間可以透過手機連絡取消原有計畫，因此必須到某甲已無從取消時始為輸出風險。若將以上兩例認定為不作為是相當匪夷所思的，因為兩例中被害人某乙所經受的風險，都是行為人某甲從無到有地創造出來。也難怪我們直覺上並不會去質疑，開車撞死人和教唆他人殺人都屬於作為，原因在於這兩種都是典型的「害人」的情況。總而言之，無論是「完成身體動作後立即輸出風險」還是「完成身體動作後還必須等待其他條件成就才能輸出風險」都是輸出風險。刑法規範所設定的消極義務只以輸出風險為其對象，至於行為人要以放棄特定身體動作的方式不創造風險來源，還是以實施特定身體動作的方式抑制風險輸出，都不是消極義務的要求所在，純屬行為人的自由<sup>62</sup>。由上述可知，本文反對危險前行為這個保證人地位類型，因為此類型涉及的是輸出風險的作為犯。

#### 4.4 中斷救援措施

所謂中斷救援措施，也是區分作為與不作為的疑難問題場域。教科書上

<sup>62</sup> 類此觀念可參見 *Klaus Volk, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, 1989, S. 225. 其正確地指出，在「系統」的概念下，區分（現象上的）作為和不作為是沒有重要性的，重點是系統與其環境的關係，例如工廠輸出一個有瑕疵的貨品，在早期會歸因於工人生產失誤的作為，今日卻可能被歸因於未做好品管的不作為。

常舉的一個例子<sup>63</sup>：某甲自行下水游泳，之後因溺水載浮載沉，路人某乙朝著某甲丟出救生圈，但在某甲還沒有抓到時，就拉回救生圈。關於此，所謂「中斷」救援措施，是不讓已開始的救援歷程繼續發展，比如拉回救生圈，勢必要投入能量，因此若從能量消耗說的觀點無疑是作為。而從因果關係說的立場，如果所有達成救援的前提條件都已具備，那麼中斷行為即「導致」了死亡結果，為死亡結果不可或缺的條件。因此學說多有肯定中斷已開始之救援歷程的作為性格<sup>64</sup>。不過也有持能量消耗說者難以乾脆承認其作為性格，反而迂迴地透過規範考量將其轉化為不作為。比如 Roxin 就認為，中斷救援措施的結果，只是回到一開始還沒有投入救援措施時的情況，因此不能將中斷救援的行為人和一開始就不願救援的行為人做不同的對待<sup>65</sup>。然而，如果仔細思考此一說法，可以發現有循環論證之虞。因為不得差別對待兩者的前提是中斷救援和自始未投入救援都是不作為，如果中斷救援明明是作為，那麼給予不同的處理也是理所當然。因此現在面臨的問題是，到底是從什麼觀點認定中斷救援是不作為。如果以能量消耗說不能一貫地說明，那麼即表示此說有其受限之處。

在本文的看法下，某甲因溺水而產生的生命風險，並非某乙所輸出，而是某甲自行下水游泳所引致，因而此風險自始即落在某甲的法權領域中，如果某乙從來沒有救援動作，那麼就是標準的不作為。不過關鍵問題在於，某乙已經丟出救生圈，而且救生圈也朝著某甲漂過去，當我們在界定某甲的既有風險狀態的時候，是否要將某甲關連到救生圈的生存機會提升也考慮進

<sup>63</sup> 相類似的教學案例：某甲掉到井裡等待救援，某乙從井口將繩子放下，其尚未到達某甲可掌握的範圍，某乙就將繩子抽回。

<sup>64</sup> Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 53), § 15 Rn. 31; Hans-Joachim Rudolphi/Ulrich Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2012, Vor § 13 Rn. 81; Rengier (Fn. 13), § 48 Rn. 23; Samson (Fn. 18), S. 598; Kristian F. Stoffers, Die Rechtsfigur „Unterlassen durch Tun“, JA 1992, S. 180.

<sup>65</sup> Claus Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 382 f.; ders. (Fn. 37), § 31 Rn. 109.

去？如果不考慮進去，就算是某乙抽回救生圈，也未提升某甲的生命風險，因為某甲本來就處於同樣的風險狀態中。然而，如果我們認為，有救生圈朝著某甲而去的狀況，和沒有救生圈的狀況並不相同，前者的狀況較有利於某甲，因此顯現出較低度生命風險的狀態，那麼某乙抽回救生圈，就是升高某甲的既有風險，應該被認定為作為。現在的問題即在於，要採取哪一種界定？這取決於我們用什麼樣的觀點來認定被害人的「既有風險狀態」。

從事實性的角度，被害人的「既有」風險狀態，是以行為當下整體背景事實為基礎所計算出的損害可能性。依此，「救生圈朝某甲漂去」，在某乙的行為當下，無疑是支撐某甲既有風險狀態的事實之一。然而，從規範性的角度，就不是關注被害人的事實上周邊世界狀態，毋寧要進一步確認，被害人對於當下所有存在的背景事實，在己身風險狀態的計算上是否享有權利。由於權利具有排他性，只有在非屬他人權利而歸屬於被害人法權領域的事實，才是被害人得主張有利己身的事實。也就是說，如果到底要不要有利於被害人，本來就是行為人的權利，那麼是行為人要有利於被害人，被害人才能被動地、反射地獲得利益。比如我們可以想像，在某甲快溺死的時候，具有救生員資格的某乙剛好站在岸邊，相對於完全無人站在岸邊的狀況，也是一個有利於某甲的事實，此時如果某乙逕行離去，是否也是升高某甲風險的作為？很顯然的，因為某乙的存在和舉措本來就是某乙的權利，既然是某乙的權利，別人就不能加以干涉，假如我們預先設想，某乙的存在以一種有利於某甲的方式支撐了某甲的風險狀態，那麼即表示某甲對某乙得以主張權利，如此反而是對於某乙權利的干涉<sup>66</sup>。同樣的道理，某乙朝著某甲丟出救生圈，也同樣是某乙個人權利的行使，是某乙個人存在的延伸，不會因為丟出救生圈對某甲有利，也不會因為某乙原先意在救援某甲，就變成某甲的權利。因此某乙丟出救生圈的事實，不能被認為是在某甲法權領域中得以支撐其風險狀態的事實，這表示決定某甲的既有狀態時，不能考慮某乙丟出救生

<sup>66</sup> 以更淺顯的語句來說明：某乙本來就不欠某甲的，某乙要走要留或怎麼做，本來就是某乙的自由。

圈的事實。基於此，某乙抽回救生圈，不是改變某甲的既有狀態，而是未改善某甲的既有狀態，亦即，某乙只有未撲滅某甲法權領域內、與某乙無關之既有風險的不作為<sup>67</sup>。

然而，如果某甲已經掌握到救生圈，某乙卻將其抽回，那麼判斷上是否不同？學說上幾乎一致認為，這種情況是屬於作為<sup>68</sup>。在當下某甲既然已經藉由救生圈解除了生命危險，某乙抽回救生圈自然是重新創造生命危險。本文的結論也與通常看法一致，不過並非基於被害人事實上風險狀態的考量。必須考量的毋寧是，被害人是否因此取得主張降低風險後狀態為自己應得狀態的權利。就此本文採取肯定看法。儘管救援與否是行為人的自由，但如果救援措施的作用已經進入被害人實際掌握，而終局地改善被害人的不利狀態，則應認為被害人已穩固地取得主張有利狀態的權利。這是一種類如權利移轉的觀念：因權利人單方意思啟動的權利移轉，在相對人尚未實際取得權利之前，權利人仍可任意支配，然而，相對人一旦實際取得權利，權利人即失去權利。用一個比喻的說法：要不要送別人東西，在贈送之前仍取決於贈與者，他可以任意撤銷贈與，不過一旦東西送到受贈人之手，贈與人就不能再要回來。依此，救生圈既然已經漂到某甲手中，消除某甲原先的生命風險，此一事實自然成為某甲有權主張的有利事實，亦即某甲有權主張抓到救生圈後的安全狀態為其既有狀態。因此如果某乙再抽回救生圈，就是惡化某甲的既有狀態，因而屬於作為。

也可能會有一種看法，認為某甲只要還在水中，某乙抽回救生圈仍屬於不作為，必須直到某甲登岸後，某乙再將其推入水中才屬於作為。姑且不論

<sup>67</sup> 相類似的觀念參見 *Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S. 133. 其認為到底是不作為還是作為，取決於行為人是在自己的組織領域（Organisationskreis）內未實現自己應保證其實現的條件，還是透過其行為改變了歸屬於被害人處置與支配領域內的條件；儘管行為人也可能是透過積極作為造成改變，而使自己未實現自己應保證其實現的條件，但因為這種改變是在自己的組織領域內，所以並不是作為犯的問題。

<sup>68</sup> 僅參見 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 702; 黃惠婷，「作為與不作為之區別」，台灣本土法學雜誌，第 57 期，頁 138（2004）。

在邏輯上還可以無限延後關鍵時間點，以上看法可能會遭遇的質疑在於，行為人對於其所投入有利於被害人的條件，是否可以不受限制地撤回？答案顯然是否定的，否則就等於認為，行為人救了被害人之後，被害人這條命就永遠歸屬於行為人所有。就如同送了人的東西不能再要回來一樣，在取得救生圈之後，某甲就已對其重新建立的生命狀態享有穩固的權利，事後某乙任何試圖讓某甲落入原生命風險的行動，都是屬於惡化某甲既有狀態的作為。

#### 4.5 不作為犯之積極參與

不作為犯之積極參與（aktive Teilnahme am Unterlassungsdelikt），顧名思義，即是教唆或幫助不作為犯之實行，例如某甲教唆母親某乙不要理會其生病的幼兒某丙，導致某丙死亡。由於在這個類型的事實中，現象上可以找到對於結果有因果關係的積極能量投入（教唆或幫助），但仍然不排除以不作為犯之構成要件來處理的可能性，因此通常被歸類於所謂「透過作為的不作為」（Unterlassen durch Tun）<sup>69</sup>。

就參與不作為犯之實行究竟應論以作為或不作為，學說上有相當的爭論。主張論以作為犯者，比如 Welzel 就認為，教唆他人不作為是難以想像的，一般所稱的不作為犯之教唆，事實上是指阻礙欲為救援者之行為決意的實現或實施，此一阻礙屬於一種作為<sup>70</sup>。例如上述教唆母親棄幼兒於不顧，應論以作為殺人罪，而不是教唆不作為殺人罪。相對於此，Roxin 認為不作為犯之參與犯在觀念上是可能的，儘管教唆或幫助行為對於侵害結果具有現實的因果關係，仍然應該基於規範性的理由而以不作為犯的構成要件來處理<sup>71</sup>。在上述案例，儘管教唆行為對於幼兒的死亡有因果關係，然而，應對教唆者論以教唆不作為殺人罪。就以上學說看法而言，Welzel 當然是立基於事實性的觀察角度，而欠缺人際權義關係的規範性思考；至於 Roxin 所謂「規範性的理由」究竟為何，其實也不清楚，特別是按照 Roxin 所持的能量

<sup>69</sup> Roxin (Fn. 65), S. 385 ff.; ders. (Fn. 37), § 31 Rn. 101.

<sup>70</sup> Welzel (Fn. 30), S. 206.

<sup>71</sup> Roxin (Fn. 37), § 31 Rn. 100 f.

消耗結合因果關係的說法，上開案例明顯有透過能量投入而開啓的真實因果流程，要如何無視於此而以不作為犯來處罰？

依循本文提出的規範性標準，參與他人之不作為犯究竟應論以作為或不作為，仍然是看參與者是輸出風險到被害人法權領域，還是未撲滅被害人法權領域內既有風險。此處仍然涉及到被害人「既有風險」的計算，是否可納入救援者有義務且有意願施以救援的有利事實，還是只能考量被害人的個人危殆狀況。本文認為，如果救援者對於被害人有施以救援的刑法上作為義務，即表示被害人針對救援者享有被救援的權利，因此被害人即有權預設救援者有意願施以救援的事實，作為當下己身風險計算基礎中的有利事實。若是如此，教唆人透過教唆行為使得原先有意救援者放棄救援的實施，就是消去被害人有權主張的有利事實，為輸出風險至被害人法權領域、惡化其既有狀態的作為。例如母親某乙對於其幼子某丙本來就有刑法上的保證人地位，因此某甲教唆某乙不理會生病的某丙，是讓某丙遭受其原本就有權不遭受的風險。不同於此，如果救援者僅是有救援意願、但無刑法上作為義務之人，那麼實施救援與否即純屬救援者的權利，即使救援者有意願救援，被害人也只是因此反射地獲利，不能被預設為被害人的權利。基於此，教唆人教唆有意救援者拋棄其意願，其所欲影響者是被害人法權領域外的事項，關於這些事項教唆人（以及被教唆人）本來就有自由形成的空間，因此無關於惡化被害人的既有狀態的作為，僅僅是未改善被害人原初危殆狀態的不作為<sup>72</sup>。在這個情形下，如果要對教唆人論以不作為犯，前提是教唆人自己對於被害人具有保證人地位。

#### 4.6 原因自由不作為

所謂原因自由不作為（*omissio libera in causa*），是指以一種可歸責於己的方式，剝奪自己在應為法律期待的作為之時的行為能力，例如一個母親某

<sup>72</sup> 也有學說認為，教唆有作為義務的有意救援者放棄作為是以作為處理，而教唆無作為義務的有意救援者放棄作為則以不作為處理，但卻沒有進一步的說理，參見 *Otto* (Fn. 37), § 9 Rn. 9.



甲吞服安眠藥和酒精使自己昏睡三天，結果剛出生的幼子某乙因無人餵食而死亡。原因自由不作為，依其事實特徵也多被認為是一種透過作為的不作為<sup>73</sup>，其之所以會造成思考上的困擾，是因為行為人有一個剝奪自己行為能力的現象上作為，但最後沒有實現的卻是作為義務。一個服下過量安眠藥和酒精而使自己陷入昏睡的母親某甲，在其幼兒某乙陷入生命危險的時間點無法給予救援，由於欠缺行為能力而難以說有刑法上的不作為。不過通說認為，對於此一情形仍然應該當作不作為犯處罰，理由在於，無論如何只有具有刑法上保證人義務者才是適格的行為人，而只有如此的行為人才會因為剝奪自己行為能力而被非難，假如是一個和某乙沒有任何關係的人某丙自陷於昏睡狀態，以致於他在關鍵時點沒有能力救援某乙，那麼某丙也不會因此成立任何犯罪<sup>74</sup>，因此重點在於不作為犯之保證人義務的違反。而且事實上也難以將剝奪自己行為能力的作為論以作為犯，因為論以作為犯的前提是所有救援所需的前提都已存在，尤其是救援的決意，而一個自陷無行為能力狀態的行為人自始就不具備救援的決意，所以其自陷無行為能力的作為和侵害結果之間欠缺因果關係<sup>75</sup>。基於上述，學說認為原因自由不作為的情形如果要論以不作為犯，勢必要從規範性的考量承認透過現象上的作為也可以成立不作為犯<sup>76</sup>。然而，為何可以如此，尤其所謂規範性的考量究竟是什麼，也未見清楚的說明，因此難以免除恣意評價的疑慮。

此一問題的癥結在於，一般看法相當執著於以被害人面臨法益危險的時點作為犯罪時點，然而，在那個時點卻又因為行為人欠缺行為能力而無法成立不作為犯，因而產生必須透過將先前作為視為不作為來接合的邏輯斷裂。要避免這個邏輯斷裂，其實只要不將不作為視為特定時點的特定身體現象欠

<sup>73</sup> Roxin (Fn. 65), S. 383 ff.; ders. (Fn. 37), § 31 Rn. 103.

<sup>74</sup> Reinhart Maurach, Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, S. 377; Welp (Fn. 3), S. 137; Stree/Bosch (Fn. 13), Vor §§ 13 ff. Rn. 144; Roxin (Fn. 37), § 31 Rn. 105; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 18 Rn. 22.

<sup>75</sup> Samson (Fn. 18), S. 598.

<sup>76</sup> Roxin (Fn. 37), § 31 Rn. 105.

缺即可。如同本文所主張，不作爲的定義是未撲滅他人法權領域內之既有風險，在此定義下，行爲人是「如何」讓自己不撲滅他人法權領域內之既有風險，一點都不重要。換言之，積極義務的違反只違反在未撲滅他人風險，至於行爲人以什麼具體方式讓自己違反積極義務，不是積極義務所要關注的事情。基於此一理解，行爲人無論是在風險即將實現的時候未出手阻止，還是事先剝奪自己的行爲能力使自己無法出手，甚至是被動地讓他人剝奪自己的行爲能力（所謂透過不作爲的不作爲，*omissio libera in omittendo*）<sup>77</sup>，都無妨於成立未撲滅他人風險的不作爲。由此可知，所謂原因自由不作爲以及透過作爲之不作爲，都是人類思維受限於自然主義理解下所產生出來的概念。

#### 4.7 終止維生設備運作

在刑法學說上有一個與作爲與不作爲區分相關連的高度爭議問題：醫師撤除一個已經無恢復指望、僅能依靠維生設備勉強維持生命跡象之病人的維生設備，究竟屬於作爲或不作爲？

關於此一問題，採能量消耗說或因果關係說的學者，多認爲醫師無論是撤除或關閉維生設備，無疑是一種能量投入，並且開啓了一個導向病人死亡的因果流程，因而屬於作爲<sup>78</sup>。相對於此，Engisch 卻在其所發展的能量消耗說的基礎上主張，醫師撤除維生設備儘管無法否認是一個積極的活動，但其「意義」在於停止繼續投入能量，因此是不作爲<sup>79</sup>。很顯然的，這個看法所設定的投入能量時點，不是醫師撤除管線的那個時點，而是先前被害人被接上維生設備的時點，因爲以這個時點爲基準，才有所謂停止繼續投入能量可

<sup>77</sup> 例如行爲人在知情的狀況下，被動地讓醫護人員注射麻醉劑而未加以阻止，導致在事後關鍵救援時點欠缺行爲能力，參見 *Helmut Baier, Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa*, GA 1999, S. 274.

<sup>78</sup> *Samson* (Fn. 18), S. 601; *Harro Otto/Joerg Brammsen, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, Jura 1985, S. 531; *Stoffers* (Fn. 31), 1992, S. 458; *Jescheck/Weigend* (Fn. 17), S. 604; *Brammsen* (Fn. 9), S. 210.

<sup>79</sup> *Engisch* (Fn. 2), S. 178.

言。不過現在所要判斷的，正好是撤除設備是作為還是不作為，在能量消耗說下當然是以「撤除設備」是否有能量消耗為準，為何可以額外考慮撤除設備動作之前發生的情事？Roxin 也在承認撤除維生設備是積極能量投入的前提下，主張應該以不作為的規定來處理，在說理上他則仍然使用「透過作為之不作為」這個概念，認為可以將一個外觀上的作為看作規範上的不作為<sup>80</sup>。然而，所謂透過作為之不作為，一方面只是一個為了利於實際操作而提出，但卻缺乏證立過程的恣意性概念；另一方面，這個概念除了證明 Roxin 所持之能量消耗與因果關係混合說的不一貫性之外，同時也以隱藏在表象概念後的模糊評價直覺，替換了正確界定作為與不作為的思考。至於持社會意義說或非難重點說者，同樣也多本於模糊的評價直覺，將社會意義和非難重點放在未繼續使維生設備運作的不作為<sup>81</sup>，不過就像本文之前所批評的，到底是從什麼具體評價觀點決定社會意義和非難重點所在，完全不清楚。

晚近學者例如 Frister<sup>82</sup>也將終止維生設備認定為不作為，理由在於：維生設備的運作到底是作為還是不作為，不應該以操作過程為準，而應該以操作結果為準，因為維生設備的事實特性在於其不依靠人力的持續運作，因此其自始至終的運作應該被當作一個可歸屬於操作者的整體來看待，從而只要維生設備持續運作，即使不需要操作者投入身體動作，仍然屬於作為；終止設備運作，儘管需要投入身體動作，還是屬於不作為。對應於此，到底是改善還是惡化被害人的狀態，應該以沒有整體設備運作時的狀態為準。既然在未接上設備的情況下被害人就會死亡，那麼終止維生設備的運作，只是讓被害人回歸到未接上設備的狀態，應是未改善被害人狀態的不作為。此一見解，雖然有別於以往關連到身體動作或能量的描述性標準，但究其實質仍然

<sup>80</sup> Roxin (Fn. 65), S. 398 f.; ders. (Fn. 37), § 31 Rn. 117.

<sup>81</sup> Geilen (Fn. 5), S. 151; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 703 f.

<sup>82</sup> Helmut Frister, Begehung und Unterlassen bei der Steuerung von Maschinen, in: Joecks et al. (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 25 f.; ders. (Fn. 61), 22/7 f.

是以現象角度所為的界定，亦即只是更精確地理解機器設備操作這個事實類型的存有特徵，將整體機器運作視為行為人所做出的單一事件。就此而言，仍然是以自然主義式的事實性預設來牽制規範性思考，而非以規範性思考來重新理解事實。如果一個諸如使用維生設備的直觀上單一事件，可以從本於人際權義關係的規範性角度，賦予「接上」與「撤除」設備等個別部分不同的意義，那麼在法律上為什麼不能將其理解為多個獨立事件？

按照本文的標準，終止維生設備無疑屬於作為。雖然以被害人生理狀況而言是處於沒有維生設備就無法獨立存活的狀態，但是在醫師撤除設備時，被害人就是處於依靠維生設備而可持續存活的狀態。假如是以被害人的生理狀況為準，那麼撤除維生設備，當然只是讓無獨立存活能力的被害人回歸其自然走向死亡的因果歷程，屬於不撲滅其生命風險的不作為<sup>83</sup>。然而，問題正好在於，為什麼僅僅以被害人的生理狀況為準，卻無視於當下透過維生設備存活的事實？其實，當維生設備連接到被害人人身之時，即成為支撐被害人生命存續的事實，而且是進入被害人法權領域、為被害人有權主張的有利於己的事實。這和前述中斷救援措施時的討論沒有不同，當救生圈進入被害人手的時候，就成為被害人有權主張的既存狀態。因此終止維生設備的運作，自然是除去位於被害人法權領域內的有利事實，亦即是輸出生命風險至被害人法權領域內的作為。這個結論，不會因為依賴心肺循環機的生命，是有意識還是無意識的生命、有指望還是無指望的生命，或有品質還是無品質的生命而有所不同。

如果拔掉呼吸器的是被害人的遺產繼承人，這無疑會被論以創造他人生命風險的作為，那麼在醫師做出同樣動作的情況，也不應該有什麼差異。當然我們會認為，遺產繼承人拔掉呼吸器和醫生拔掉呼吸器，兩者一定有不同的意義，至少後者比前者多了一些正面價值。或許就是因為如此，學說傾向於將關閉維生設備解釋為不作為，藉以在臨終處置事項上提高醫師的入罪門檻，試圖合理地限縮醫師的刑事責任。不過必須注意的是，在作為與不作為

<sup>83</sup> 此看法參見 *Streng* (Fn. 31), S. 14.

區分的問題上，並不是在進行刑法整體評價，所得出的也不是最終結果，沒有必要把在接下來的犯罪判斷階層中才要考量的問題，預先置入作為與不作為區分問題中解決<sup>84</sup>。因此，即使將終止維生設備運作詮釋為作為，也不代表執行的醫師沒有出罪的空間，因為確立為輸出風險的作為，僅是不法構成要件判斷的第一個步驟，接下來還要判斷風險輸出是否被容許。關於此，學說上已有相當多意圖使作為行為人免責的論述<sup>85</sup>。對於本文而言，此處風險容許與否，所涉及的是被害人生命法益處分權的行使，以及由此而生的接受治療的自由（*Behandlungsfreiheit*），具體而言關連到被害人的狀況必須惡化到什麼程度，才能該當被害人（推測）承諾此一阻卻不法事由所要求的客觀情況<sup>86</sup>。不過無論如何，這都是必須精緻地加以論述的問題，不能隨意透過將作為轉化為不作為而取代。

## 5. 結論

以下簡要總結本文論述：

本文主題是作為與不作為的區分問題，這不僅關係到作為與不作為的定義，也關係到在個案中是以作為犯還是不作為犯來處理的判斷。

社會意義說和非難重點說等評價性標準，並未說明用以區分的具體評價觀點為何，因此不但內容空洞，也有讓刑法外部規範觀點滲入的危險。

能量消耗說與因果關係說等描述性標準囿於自然主義的理解，一方面誤認區分問題與刑法評價無關，另一方面因執著於現象而欠缺決定作用。

在人際觀點下，作為是從個人法權領域輸出風險到他人法權領域；不作為是個人未撲滅他人法權領域內、與個人無關的既有風險。兩者分別對應於消極義務與積極義務兩種刑法義務型態。

以上開標準檢驗疑難案例類型：

<sup>84</sup> 參見黃榮堅，前揭註40，頁681。

<sup>85</sup> 學說整理參見 *Stoffers* (Fn. 31), 1992, S. 407 ff.

<sup>86</sup> 相同論述方向參見 *Otto* (Fn. 37), § 9 Rn. 5.

現象上作為所反射出之不作為，以及現象上不作為所反射出之作為，均無刑法上重要性；前者只有輸出風險到他人法權領域的作為，後者只有未撲滅他人法權領域中既有風險的不作為。

在行止形式之重合的類型，是輸出風險到他人法權領域的作為。該作為所蘊含之不作為要素，只是附隨於消極義務的現象上不作為。

在行止形式之接續的類型，儘管是延遲輸出風險，仍屬於輸出風險到他人法權領域的作為。在風險輸出時點的不作為，也是附隨於消極義務的現象上不作為。

中斷救援措施的情形，端視救援之事實是否已進入被害人的法權領域。如果尚未進入，中斷救援是未改善被害人既有狀態的不作為；如果已經進入，撤回救援則是惡化被害人既有狀態的作為。

不作為犯之積極參與的情形，如果被教唆人有刑法上作為義務，教唆行為即屬輸出風險給被害人的作為；如果被教唆人並無作為義務，教唆行為則屬未撲滅被害人既有風險的不作為。

原因自由之不作為，涉及的是未撲滅他人既有風險的不作為。至於剝奪自己行為能力的現象上作為，只是附隨於積極義務的行止方式之一，不是義務要求所在。

終止維生設備運作，由於該設備之運作屬於被害人法權領域內的事實，應屬惡化被害人既有狀態的作為。將其認定為「未讓設備繼續運作」之不作為的看法，過度執著於事實現象，欠缺人際權義關係的思考。

## 參考文獻

### 中文書籍

- 林山田，《刑法通論（下）》，10 版，作者自版，臺北（2008）。（Lin, Shan-Tien, *Criminal Law: General Principles, Part II*, 10th ed., Shan-Tien Lin, Taipei (2008).）
- 陳子平，《刑法總論》，2 版，元照出版，臺北（2008）。（Chen, Zi-Ping, *Criminal Law: General Principles*, 2d ed., Angle Publishing, Taipei (2008).）
- 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，4 版，元照出版，臺北（2012）。（Huang, Jung-Chien, *Basic Criminal Law, Part II*, 4th ed., Angle Publishing, Taipei (2012).）

### 中文期刊

- 周漾沂，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，第 41 卷第 3 期，頁 981-1053，2012 年 9 月。（Chou, Yang-Yi, *Redefining Legal Good from the Perspective of Substantial Concept of Law: Legal Subjectivity as Foundation*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 41, no. 3, at 981-1053, Sept. 2012.）
- 周漾沂，〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《臺大法學論叢》，第 43 卷第 1 期，頁 209-269，2014 年 3 月。（Chou, Yang-Yi, *Reconstructing Legal Grounds of Guarantor's Obligations*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 43, no. 1, at 209-269, Mar. 2014.）
- 周漾沂，〈風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，第 14 期，頁 169-243，2014 年 3 月。（Chou, Yang-Yi, "Assumption of Risk" as a Ground of Affirmative Defense: Reconstructing the Basis of "Permitted Risk", *Academia Sinica Law Journal*, no. 14, at 169-243, Mar. 2014.）
- 許恆達，〈再訪行為理論〉，《成大法學》，第 26 期，頁 1-58，2013 年 10 月。（Hsu, Heng-Da, *Theory of Behavior Revisited*, *Cheng Kung Law Review*, no. 26, at 1-58, Oct. 2013.）
- 黃惠婷，〈作為與不作為之區別〉，《台灣本土法學雜誌》，第 57 期，頁 134-139，2004 年 4 月。（Huang, Huei-Ting, *Distinction Between Acts und Omissions*, *Taiwan Law Journal*, no. 57, at 134-139, Apr. 2004.）

## 中文論文集

蔡聖偉，〈論故意之不純正不作為犯〉，《刑法問題研究（一）》，頁 183-218，元照出版，臺北（2008）。（Tsai, Sheng-Wei, On Criminal Non-Genuine Omission with Intention, Issues of Criminal Law I, at 183-218, Angle Publishing, Taipei (2008).）

## 德文書籍

- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang (2003), Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld: Gieseking.
- Beling, Ernst (1906), Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Engisch, Karl (1931), Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Frisch, Wolfgang (1988), Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg: C. F. Müller.
- Frister, Helmut (2013), Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Jakobs, Günther (1991), Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Jakobs, Günther (2012), System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main: Klostermann.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Kant, Immanuel (1977), Die Metaphysik der Sitten, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Kaufmann, Armin (1959), Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen: Otto Schwartz.
- Kühl, Kristian (2012), Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München: Vahlen.
- Liszt, Franz von/Schmidt, Eberhard (1932), Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Otto, Harro (2004), Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Pawlik, Michael (2012), Das Unrecht des Bürgers, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Puppe, Ingeborg (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.



- Rengier, Rudolf (2013), Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Roxin, Claus (2003), Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München: C. H. Beck.
- Schmidt, Eberhard (1939), Der Arzt im Strafrecht, Leipzig: Weicher.
- Stoffers, Kristian F. (1992), Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin: Duncker & Humblot.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: Vahlen.
- Welp, Jürgen (1968), Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin: Duncker & Humblot.
- Welzel, Hans (1969), Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut (2013), Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

## 德文期刊

- Baier, Helmut (1999), Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der *omissio libera in causa*, GA, S. 272-284.
- Bloy, René (1978), Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90, S. 609-657.
- Brammsen, Joerg (2002), Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA, S. 193-213.
- Geilen, Gerd (1968), Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ, S. 145-152.
- Maurach, Reinhart (1961), Fragen der *actio libera in causa*, JuS, S. 373-382.
- Meyer-Bahlburg, Hartwig (1968), Unterlassen durch Begehen, GA, S. 49-53.
- Mezger, Edmund (1958), Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 25. 9. 1957, JZ, S. 281-282.
- Otto, Harro/Brammsen, Joerg (1985), Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura, S. 530-542.
- Röhl, Klaus F. (1999), Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt, JA, S. 895-901.
- Roxin, Claus (1962), Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, S. 411-444.

- Sieber, Ulrich (1983), Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme, JZ, S. 431-437.
- Stoffers, Kristian F. (1992), Die Rechtsfigur „Unterlassen durch Tun“, JA, S. 138-141, 177-183.
- Stoffers, Kristian F. (1993), Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen, GA, S. 262-275.
- Streng, Franz (2010), „Passives Tun“ als dritte Handlungsform – nicht nur beim Betrug, ZStW 122, S. 1-23.
- Walter, Tonio (2004), Positive und negative Erfolgsdelikte – Handeln und Unterlassen, ZStW 116, S. 555-584.

### 德文論文集

- Engisch, Karl (1973), Tun und Unterlassen, in: Lackner et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, Berlin: De Gruyter, S. 163-196.
- Frister, Helmut (2010), Begehung und Unterlassen bei der Steuerung von Maschinen, in: Joecks et al. (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson, Heidelberg: C. F. Müller, S. 19-30.
- Roxin, Claus (1969), An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main: Klostermann, S. 380-405.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Stein, Ulrich (2012), in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Köln: Carl Heymanns, Vor § 13.
- Samson, Erich (1974), Begehung und Unterlassung, in: Stratenwerth et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin: De Gruyter, S. 579-603.
- Stree, Walter/Bosch, Nikolaus (2014), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., München: C. H. Beck, Vor §§ 13.
- Struensee, Eberhard (1993), Handeln und Unterlassen, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 133-157.

Volk, Klaus (1989), Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin: De Gruyter, S. 219-237.