

兒童虐待案件中的不作為犯 ——以不作為犯參與作為正犯之案件 類型為討論對象*

林琬珊**

要 目

壹、序 言

貳、問題意識的提出：從臺
日兩則同居人虐童案判
決談起

一、臺灣高等法院臺南分
院105年度上更(一)字
第6號刑事判決

二、札幌高裁平成12年3月
16日判決

三、臺日判決的變遷與比
較分析：問題意識的
提出

參、兒童虐待案件中不作為
共犯的理論問題——以日
本法上的議論為素材

一、共犯的處罰根據論與
共犯的因果性要求

DOI : 10.6460/CPCP.202004_(24).04

* 本文為科技部專題研究計畫「保證人地位與作為義務之關係及其根據」(107-2410-H-030-045-)之部分研究成果。本文初稿曾發表於2019年6月23日由國際婦女法學會、女法官協會、臺大刑事法中心主辦之「婦女與兒童之安全保護研討會」，筆者感謝當日與會先進給予之評論意見。此外，兩位匿名審稿人提供之審稿意見，充實本文的可讀性，筆者敬表謝忱。惟文責仍由筆者自負。

** 輔仁大學法律學系助理教授，日本京都大學法學博士。

- 二、作為義務的要求與內容
- 三、作為可能性
- 四、不作為犯的正共犯區分

肆、結論：臺灣同居人虐童案中不作為犯處理之評析

- 一、就不作為部分
- 二、就共犯部分
- 三、結語

摘 要

本文以探討同居人虐童案中，參與作為犯罪之不作為者之刑事責任為目的。此種案例類型及其問題點，係甲攜子女丙與乙同住，於乙對丙毆打或虐待，而甲未保護丙或未阻止乙之暴行時，甲之刑事責任如何判斷的問題。就此，本文從臺日兩則相似案件出發，分析臺日判決於檢討上的差異，並援用日本法上的議論為素材，針對甲之刑事責任判斷上應予處理的問題點，以共犯處罰根據論、因果性的要求、作為義務的要求與內容、作為可能性、不作為犯的正共犯區分等爭點來切入討論，最後以臺灣同居人虐童案之評析作結。

關鍵詞：兒童虐待、因果性、作為義務、不作為犯、犯罪參與、不作為幫助犯

On the Criminal Liability of the Omission Offences in Child Abuse Cases

Wan-Shan Lin*

Abstract

The purpose of this article is to discuss the criminal liability of the omission offences in child abuse cases. To be more specific, this type of case is as follows: A lives together with B, but B beats or abuses A's child C. The issue is how to judge A's criminal liability when A does not protect or prevent C from B's criminal act. The criminal liability of B's is non-controversial, whereas that of A's leaves a point at issue. Thus, this paper will try to probe into the controversy from several perspectives: the theory of the punishment of complicity, the requirements of causality, the requirement and content of duty of act, actability, and the criterion of the principal of omission offences.

Keywords: Child Abuse, Causality, Duty of Act, Omission Offences, Complicity, Abettor by Omission

* Assistant Professor, School of Law, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Ph.D., Graduate School of Law, Kyoto University.

壹、序 言

就兒童虐待防止法制之建立，主要著重在早期發現、通報、預防等方向，近年來由於虐童案件頻繁躍上新聞媒體，引起激憤，對於兒童虐待的刑事法上的應對，有重刑化的趨勢。

對於兒童虐待的刑法規制，在行為人是親權人等保護義務者，且其以作為的方式來遂行虐待行為時，以作為犯來處罰通常不會有問題，但當行為人以不作為，如不提供飲食、放棄育兒等方式來虐待兒童時，則其不作為亦有成立犯罪之可能。於複數人參與的案件，特別是如甲攜子女丙與乙同住，於乙對丙毆打或虐待，而甲未保護丙或未阻止乙之暴行時，甲之刑事責任如何判斷的問題，此即落入不作為犯論與共犯論交錯的問題領域。換言之，此即在保護義務者甲以不作為的方式參與乙之作為犯罪時，不作為正犯或不作為共犯的處罰範疇要如何劃定、甲究應論以共同正犯、幫助犯抑或無罪之問題，在兒童虐待案件中，係為刑法解釋學上重要的爭點。

有關不作為正共犯的爭點，如不作為犯的共同正犯與幫助犯以什麼基準來區分？與單獨正犯之不純正不作為犯的成立要件相關連，不作為共犯的成立要件為何？本文即就兒童虐待案件中有關「不作為犯參與作為正犯」之案件類型為討論對象，就問題解決上必要之爭點加以檢討，嘗試解明上述甲究應論以共同正犯、幫助犯

抑或無罪之問題。

以下，以臺日兩則同居人虐童案的判決出發，析出兒童虐待案件中之共犯論與不作為犯論的課題（貳）之後，檢討各該問題點（參），最後將議論運用在同居人虐童案中，簡評實務見解作為結論（肆）。

貳、問題意識的提出：從臺日兩則同居人虐童案判決談起

一、臺灣高等法院臺南分院105年度上更(一)字第6號刑事判決

本案為被害人丙之母甲與同居人乙被起訴故意對兒童犯傷害致死罪、故意對兒童犯遺棄罪等罪。本案公訴犯罪事實可區分為三部分，第一部分係於2013年11月中旬至12月23日之間，乙開始毆打丙、以限制飲食之方式凌虐丙、網綁丙等行為，第二部分則為2013年12月23日晚上，乙毆打、網綁丙，與翌日凌晨3、4時，乙毆打丙，將丙帶入浴室毆打、朝丙沖水的行為，第三部分則為甲乙確認丙無呼吸心跳後的遺棄屍體行為。以下僅討論與本文主題相關之第一、二部分之行為。就此二部分，檢察官認為甲乙為共同正犯，甲對丙有保護教養義務，其共犯行為皆是以不作為、不制止的方式為之，並容任乙為上開行為。

一審法院就乙之行為認定成立故意對兒童犯傷害致死罪。就甲乙是否成立共同正犯之部分，一審法院則認

為，就乙之上開犯行，均未與甲成立共同正犯，因此，判決甲無罪¹。對於乙的行為，法院認定甲有口頭制止，認為甲是處於弱勢處境之下，無力或無法制止乙之行為，因而就乙之行為，甲並無容任。就甲未考慮帶丙離開乙之部分，則考量被告並無朋友網絡支援、無獨立的經濟來源，甲如帶丙離開，將頓失經濟來源，恐露宿街頭，因而認為不得以甲未帶丙離開乙，即認為甲與乙有犯意聯絡，此部分亦係以主觀要件來阻卻犯罪成立。從判決的事實認定與理由觀之，一審法院認為甲並未有積極的作為，法院似乎認為甲可能成立的只有不作為犯，在犯罪的判斷上，就第一部分，則有以甲不具備未必故意或犯意聯絡、沒有從事凌虐之構成要件行為，就公訴意旨認為甲係以不作為的方式與乙之作為共犯，法院認為與事實不符。就第二部分，法院認為甲有口頭制止或拍打門板制止乙，且不認為甲未對外求援有違反保育教養丙之義務，換言之，就此，法院認為甲並未違反作為義務。然就此，就係甲有作為義務，但無作為可能性，還是已盡作為義務，判斷上並非明確。

二審判決則撤銷原判決，就甲論以共同犯傷害致人於死罪，就犯罪事實亦為與地方法院不同之認定²。從結論觀之，根據甲乙之供述，二審法院認為，本案乙係在甲面前對丙為各該行為，而甲對丙有保護義務，且係其

¹ 臺灣雲林地方法院103年訴字第266號判決。

² 臺灣高等法院臺南分院104年上訴字第286號判決。

將丙置於遭乙傷害、凌虐之處境，甲既知悉僅口頭制止，無法阻止乙繼續對丙施虐，即應積極阻止乙上開虐打行為，負有救護丙免於遭受乙上開虐打對待、甚至為使丙脫離上開險境之其他救護作為，負有如走避上開受虐環境之作為義務，而當時並無不能救護之情形，甲竟坐視不救，僅從事無效之口頭制止行為，無其他阻止、防免乙對丙續行施暴或使丙脫離遭上開暴力情境之任何行動，其對於構成犯罪事實之發生，居於可防止之地位而不防止，其不防止之行為，要與積極行為發生結果者同，即與結果間有相當因果關係，甲就乙上開行為自應負相同之正犯罪責。法院並認為，甲並無不能對外求援或無法攜丙離開、返回丙生父住處之情事，甲於上開期間未攜丙離開，使丙脫離被乙虐打之處境，毋寧乃其「不願」或「意願不夠強烈」，而非「不能」之故。同時認為，倘確有攜丙離開或救護丙之意願，自可向丙生父或親友求助，甚至報警求援，斷無沉默而任由丙繼續處於遭虐打及食不飽境況之理，由此益徵甲對丙未為任何救護行為，非因客觀上存有不能救護之情事，實繫之於其主觀上意願之強烈與否。

就主觀要件部分，法院認為，甲主觀上對事實既然有所認知，仍容任該事實持續發生，顯然有間接故意，其與乙就上開行為之實施，自得合而為一，形成犯罪意思之聯絡，且係以消極不救助行為參與上開犯罪行為，自應與乙就上開犯行成立共同正犯。就不作為的部分，

法院認為，甲為丙之生母，甲對於丙負有保護之義務，居於「保證人地位」，所謂「保護義務」係指保證人（父母）具有直接救護或救助子女免於遭受危害對待之義務，因「保護義務」具有保護對象之特定性，在刑法評價上針對保證人對「特定保護對象」違反義務之不作為足以視為與其積極作為等價，是倘保證人違反保護義務而不阻止他人實施犯罪，足以直接評價為（不作為）構成要件行為（亦即不作為與作為等價），應構成不作為正犯。二審法院似認為甲自己可以成立不作為的正犯，而且並非乙的犯罪的同時犯，亦非不作為幫助犯，那麼，這種不作為的正犯與以不作為的方式來參與作為正犯，這兩種不作為的型態，在客觀態樣上有什麼不同？區分標準為何？則尚待解析。

最高法院則先說明基本概念，就有作為義務之人若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依共同正犯、從犯之區別標準決定之。就原判決所認定之事實，最高法院則認為原審並未說明甲主觀上之犯意內容為何、是否有以自己共同犯罪之意思而參與之犯意聯絡，並認為甲未將丙帶離該環境，係未為有效防止結果發生之行為，係屬違反作為義務，但甲終究並非著手對丙為積極傷害、施虐及剝奪行動自由等作為之人，其違反之義務，係未使丙脫離上述受虐環境之作為義務，是其未為有效防止或阻止結果發生之不作為，縱認應與在物質上或精神上積極給予乙實

現上揭犯罪之助力等價，然仍無以逕行將之評價為與乙所實行之犯罪構成要件行為相當，自難遽認甲之不作為係屬參與乙所為相關故意犯行之構成要件行為³。

更一審中，法院就甲是否有容任乙的犯行，更一審法院認為甲處於弱勢而無力制止乙的行為，或另有餵食丙，或可能頓失經濟來源而露宿街頭，所以未帶丙離開乙，或認定甲有制止，因而並無容任乙的各個犯行。再者，甲僅在場而無任何積極作為之侵害行為，且於見乙對丙下手時，曾有制止，來推認甲應無犯意，否則即無須制止或偷偷餵食，進而亦認定甲無幫助乙之犯意，亦無任何積極證據足之證明甲乙之間有共同犯罪之犯意聯絡，因而自難僅因其係立於保證人地位，即遽認其應就乙所犯傷害致死之犯行同負其責。

由此可見，更一審法院原則上基於最高法院撤銷發回理由，主要都是探討甲的主觀面，進而否認主觀犯意與犯意聯絡。然而，就甲所負作為義務的內容為何？作為的可能性如何？客觀上甲是否違反了作為義務？則未仔細檢討。

二、札幌高裁平成12年3月16日判決

與臺灣案例事實相類似，日本亦有一例兒童虐待傷害致死事件。本件札幌高裁平成12年3月16日判決⁴撤銷

³ 最高法院105年台上字第88號判決。

⁴ 札幌高判平成12年3月16日判例時報1711号170頁。

原審釧路地裁平成11年2月12日判決⁵否定不作為幫助犯的無罪判決，肯認不作為幫助犯的成立。本件甲女攜3歲的丙與乙男同居，就乙對丙所施加之暴行與傷害，在刑法上應如何評價甲未制止之不作為、未保護丙的事實，是否該當傷害致死罪的幫助犯，為主要問題。以下簡述地裁與高裁的判決，可以發現二者在事實認定與不作為幫助犯的成立要件上，皆有不同。

釧路地裁基於甲之供述，認定甲也受到乙激烈的暴行，因為恐懼如果反抗乙，可能會遭到嚴重的暴行，因此認定甲阻止乙的暴行是處於顯著困難的狀況，而甲在開始受到乙強烈的暴行之後，對乙已沒有感情，雖然想逃離乙，但實際上卻無法逃出。

基於此一事實認定，首先，釧路地裁認為，不作為幫助犯的成立要件是「有阻止他人犯罪實行之作為義務者，雖然幾乎能確實阻止犯罪之實行（ほぼ確実に阻止し得た），但仍將之放置，且從法所要求的作為義務之程度及從事所要求之行為的容易性等觀點來看，得將該不作為與作為幫助等同視之，應為必要之要件。」其次，以此成立要件為前提，法院肯認甲有阻止乙對丙之暴行的義務，亦認為甲如果挺身制止，應該能確實阻止乙之暴行，盡此一作為義務亦非不可能，但釧路地裁認為甲在欲以實力阻止乙對於丙的暴行時，甲可能會受傷，亦有可能連帶影響胎兒的健康，且就甲而言，以實

⁵ 釧路地判平成11年2月12日判時1675号148頁。

力阻止乙之暴行是處於心理上顯著困難的狀態，即使考慮到要求被告之作為義務的程度是具有一定的強度，對於甲具體要求的作為義務內容來看，要求的是幾乎能確實阻止乙的暴行的行為，換言之，作為義務的內容是要以實力來阻止乙的暴行，此一法的期待係為合理、相當，但由於以實力阻止乙的暴行，對於甲而言係處於顯著困難的狀況，由此來看，仍無法將甲之不作為與以作為為傷害致死之幫助罪等同視之，因而判決無罪⁶。

此一判決被認為相較於向來判例的見解，解釋上較為限定不作為幫助犯的成立要件，特別是就不作為幫助，從作為義務的程度及阻止行為的容易性等觀點來看，要求必須能與作為幫助等同視之，為其特徵，再者，地裁判決更將作為義務違反的具體內容集中聚焦於阻止招致丙死亡之乙的暴行一事是否處於可能的狀況，此點亦受矚目⁷。

相對於地裁判決，高裁判決認為甲的供述不可採信，認為原審有事實誤認的問題。二審認定的事實則是甲當時仍然對乙帶有感情，認定甲就乙的暴行是視而不見。就不作為幫助犯的成立要件，二審亦認為原審所謂「幾乎能確實阻止犯罪實行，但卻放置之」之要件並不必要。

⁶ 曾根威彦，兒童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として，現代刑事法，6卷9号（65号），2004年9月，頁72。

⁷ 日高義博，兒童虐待と不作為犯——札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として，警察学論集，53卷12号，2000年12月，頁71。

高裁就不作為幫助犯成立要件，係認為「不作為幫助犯係有應防止正犯犯罪之作為義務者，雖有藉由一定之作為來阻止正犯犯罪之可能，就此亦有認識，但卻不為該一定之作為，因此而使正犯犯罪容易實行時，成立不作為幫助犯，以上為與作為幫助犯等同視之之必要要件。」其次，立於此一前提，高裁認為，就本案的情況，法院所認定的事實是，難謂甲以實力阻止乙的暴行係處於顯著困難的狀況，從當時的情況來看，能夠阻止乙的暴行者，除了甲以外別無他人，因此肯認甲的作為義務，並且就甲作為義務的程度，認為是極為強度、高度的作為義務，再者，法院認為，相應於本件具體情況，甲從監視或制止此種相較之下較為簡單的行為開始階段性的進行，或者複合式的進行，以此來阻止乙對丙之暴行，相當程度可謂是可能的，而且亦不認為甲以實力阻止乙的暴行係處於顯著困難的狀況，因而撤銷原判決，就甲成立傷害致死的幫助犯。

二審判決就不作為幫助犯之成立要件，係沿襲向來判例之見解，更肯認不作為幫助犯與作為幫助等價此一要件的必要性，但就等價判斷與成立要件之間的關係，則並不明確⁸。

三、臺日判決的變遷與比較分析：問題意識的提出

就臺日兩則同居人虐童案的判決，可以發現就家暴

⁸ 同前註，頁72。

虐童案，因為是類似密室而難有證人的情況，事實認定本即困難，事實發生經過多半僅能以當事人陳述為證據。各別法院就供述是否可信、事實如何，則僅能依經驗法則、論理法則等，在自由心證範圍內做判斷，從而，歷審判決認事用法不同、結論翻轉，亦非意外。法院判決結論的變遷，主要即來自是否採納當事人陳述與因此而來的主觀要件判斷。以下簡單分析臺日判決的重點。

(一)臺日判決的變遷與比較分析

臺灣判決的重點在於主觀要件之故意與犯意聯絡的有無問題、作為義務的認定、不作為犯參與作為正犯的問題。就主觀要件究應如何認定，容有疑問。就應如何確認作為義務的內容，亦尚非明確。就不作為犯參與作為正犯，則是單純地依據最高法院24年度總會決議(一二)之正共犯區分理論來判斷不作為犯要成立的是共同正犯或幫助犯⁹。本件這樣的處理，亦可見於其他判決。臺灣實務就不作為參與作為正犯的問題，儘管該不作為者具備作為義務，仍不因此即肯認犯罪成立，除了正共犯的判斷之外，於無法肯認不作為者有以自己犯罪之意思與犯意聯絡時，即不會論以共同正犯，而會視個案論以幫助犯、同時犯或無罪¹⁰。

⁹ 最高法院民刑事庭會議決議彙編(下冊)頁20、539。

¹⁰ 可參見：臺灣高等法院107年上重訴字第31號刑事判決(上訴最高法院中)、臺灣高等法院103年上訴字第3006號刑事判決、臺灣高等法

日本判決就此種案例類型，札幌高裁的判斷係延續向來判例的見解，多以不作為幫助犯加以處理¹¹。主要的問題點則在不作為幫助犯的成立要件為何？特別是不作為幫助犯的成立，是否必須具備「幾乎能確實阻止犯行，但卻未為之」的要件，或者是僅須「其不作為使正犯犯罪容易實行」即可，此一爭點亦有爭論。

比較臺日判決，則會發現臺灣判決就不作為參與作為犯罪時，究應成立（共同）正犯或幫助犯的問題，係直接依據最高法院「主觀客觀擇一標準說」來判斷，但並未論及其實質根據。此一判斷標準不僅在作為犯適用，縱然在不作為犯參與作為犯罪的情況，正共犯之區分仍然依據此決議之判斷標準。因而可以察覺正共犯之區分方式即與日本有所不同。

其次，雖然在最高法院105年台上字第88號判決於討論不作為犯參與作為犯罪時，可否成立共同正犯跟幫助犯的論述中，曾提及在具有犯意聯絡時，即便係以不作

院100年上訴字第1485號刑事判決。但如具備保證人地位之不作為者對於作為者之作為有預見，對於結果發生有容任，則有可能成立犯罪，如臺灣高等法院100年上訴字第2735號刑事判決即就未下手的媽媽論以傷害致重傷罪，就一審將作為者與不作為者論以傷害致重傷共同正犯之結果，二審則認為不作為的媽媽係基於不確定傷害故意為之，與作為的爸爸基於直接故意，有故意態樣上之不同，並認為此種情況難以認為二人有犯意聯絡，因而並非共同正犯關係，各自成立犯罪。

¹¹ 但亦有其他不作為與作為的共犯之個案係成立（共謀）共同正犯，如大阪高判平成13年6月21日判夕1085号292頁。

為的方式「使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯」，且亦謂在有幫助犯意時，「僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現」之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯。然除就所謂「使作為正犯之行為易於實現」此一判斷，判決並未說明其根據或易於實現的程度如何之外，從上述共同正犯與幫助犯之間客觀面並無不同此點來看，不作為的共同正犯與幫助犯僅依故意內容來區分，就此是否妥適，亦非無疑。

臺日判決兩相對照之下可知，上述問題係屬日本判決中不作為犯之因果性、作為可能性與不作為正共犯區分的問題。就此種案例中的這些爭點，從本案歷審判決裡可以發現皆未檢討。學說上就共同正犯或幫助犯的因果關係，則有表示意見。如就共同正犯，學說上有討論共同正犯共同實行犯罪行為，分擔者的全部行為必須與整個犯罪實現有因果關係，否則不能認為具有行為分擔¹²。另就幫助犯，學說上亦有認為幫助行為必須給予正犯物理上或精神上之助力，必須使正犯得以實現或易於實現犯罪構成要件，縱使幫助行為以消極不作為的方式為之，除了幫助者應具有保證人地位以外，正犯物理上或精神上之助力亦應具備，如幫助行為與正犯行為無直接因果關係，或僅屬無關緊要之行為，則不成立幫助

¹² 如王皇玉，刑法總則，4版，2018年8月，頁452。

犯¹³。然而，不作為犯參與作為正犯而成立共同正犯或幫助犯時，其因果關係究應如何認定，則有疑問。實務見解就此一問題顯然亦應檢討。

(二)問題意識的提出

綜合以上的分析整理，臺灣更一審的判決多以主觀要件的存否來否定不作為部分的犯罪，歷審判決結論的變遷亦由來於主觀要件的判斷，雖然尚難僅依此即謂實務見解於當事人陳述之採認與否與主觀要件之認定上有恣意的問題，但確實在判決結論上會產生極為不穩定的現象，進而有思考透過客觀要件的認定來解決問題的必要。

從而，在確認本案係不作為犯參與作為犯罪的案例類型之後，本文認為，在犯罪成立與否的判斷上，即有必要先檢討行為人是否滿足了不作為犯所應具備之客觀成立要件，再轉向主觀要件的審查。因此，為了要正確評價不作為犯參與作為犯罪時之不作為犯的刑事責任，有必要就共犯的處罰根據、因果性的要求、作為義務的要求與內容、作為可能性與不作為犯的正共犯區分等爭點加以考察。就這些問題，日本法上有諸多議論足資參考，因此，以下就日本學說理論加以介紹與檢討。

¹³ 如同前註，頁481-483。

參、兒童虐待案件中不作為共犯的理論 問題——以日本法上的議論為素材

以不作為犯來參與他人作為犯罪時，其成立要件為何？共犯因果性如何認定？保證人地位、作為義務又是否應該維持與不純正不作為單獨正犯時的同樣標準？值得探討。在保護義務者以不作為的方式參與作為犯罪時，不作為正犯或不作為共犯的處罰範疇要如何劃定，亦是刑法解釋學上的爭點。於日本法上，學說或實務一般認為就不作為的共犯，由於難以透過不作為來惹起犯意，因此通說否定不作為教唆犯的成立，就不作為的幫助犯則肯認片面幫助犯，進而有如何區分不作為幫助或不作為共同正犯的問題。

為了處理兒童虐待案件中的不作為共犯的問題，參考日本學說與實務議論的爭點，此部分的討論以下列四點為檢討對象。一、共犯處罰根據論與共犯因果性的要求；二、作為義務的要求與內容；三、作為可能性；四、不作為犯的正共犯區分¹⁴。

一、共犯的處罰根據論與共犯的因果性要求

(一)基本概念

共犯作為擴張處罰事由，必須說明處罰共犯之正當

¹⁴ 另就等價要件，考慮到(1)篇幅的限制，與(2)從日本通說與實務的議論上來看，等價要件似無獨立內涵，而係於滿足其他要件時肯認等價，因而就等價要件之探討予以省略。

化基礎，因而有必要探討「共犯處罰根據論」。探討不作為犯參與作為犯罪之處罰，亦須處理處罰根據之問題。共犯的處罰根據有責任共犯論、違法共犯論與因果共犯論三說，責任共犯論將共犯處罰根據求諸於使他人陷於刑罰與罪責，換言之，共犯創造出具有刑事責任的犯罪者，為其處罰根據。違法共犯論則是將共犯處罰根據求諸於使共犯去做構成要件該當、違法之行為。然而，這兩說皆有問題，因而，日本通說是因果共犯論（惹起說）¹⁵。

所謂因果共犯論，係指共犯是與透過他人引起的法益侵害具有因果性，因而被處罰，相對於直接惹起法益侵害的正犯，共犯是間接惹起法益侵害，因此又稱為惹起說¹⁶。換言之，共犯是以其他犯罪參與者為媒介，做了間接侵害法益的行為。更進一步來說，正犯所負的是首要責任（第一次責任），而共犯則是次要責任（第二次責任）。從而，在追究共犯次要責任時，就首要責任之正犯，應該至少要具備構成要件該當及違法的程度，在正犯行為受到刑法關注時，才有必要追究共犯責任。

從因果共犯論出發，就與自己行為有因果性之結果負有罪責，為其基本原則，因而在透過他人行為而與犯罪結果有因果關係時，就該結果亦應負其罪責。亦即，在共犯者之間擴張了因果關係認定，就其他共犯行為所

¹⁵ 西田典之，刑法總論，2版，2010年6月，頁335-337。

¹⁶ 同前註，頁336-338。

生之結果，亦如同自己行為所生之結果，負同樣責任¹⁷。由此可知，共犯因果性的要求源自於因果共犯論之共犯處罰根據，從而，亦可謂共犯因果性構成了共犯處罰之基礎¹⁸。就作為廣義共犯的共同正犯或狹義共犯，皆應具備因果性。

共犯的因果性與單獨犯的情況不同，包含了物理因果性與心理因果性。就喚起正犯犯意的教唆犯，其因果性只限於心理因果性。就幫助犯的因果性，對於正犯之加工如果只有強化正犯犯意的功能，則只有心理因果性，如果有張羅凶器或鑰匙、把風行為的話，則亦會具備物理因果性。就共同正犯亦無不同，必須有物理因果性或心理因果性¹⁹。然而，此處的因果性在判斷上又與構成要件論中的因果關係有所不同，在幫助犯的因果性認定上，日本判例與實務並不認為這是非P則非Q的條件關係，幫助犯的因果關係不需要是必要條件，而只須強化犯意、使犯行容易之促進關係即為已足²⁰。

那麼，在不作為幫助的情況，如何認定不作為強化犯意或使犯行容易此種促進關係存在，則成為問題。同樣的，如果肯認不作為共同正犯，要如何形成物理因果性或心理因果性，亦有問題。此時，不作為者是否有防

17 同前註，頁339。

18 同前註，頁340。

19 同前註，頁340-341。

20 同前註，頁341-343。

止正犯犯罪之作為義務，亦為爭點²¹。

(二)不作為參與作為犯罪時之因果性判斷

以不作為方式參與犯罪，不論是何種參與態樣，不作為者皆應具有保證人地位²²。然而，以不作為方式參與犯罪時，行為人是否另外需要具備因果性、因果性又應如何判斷，學說則較少探討²³。日本學說因為前述同居人虐童案引起討論，以下參考比較法上的見解。

學說上有否定或不強調不作為犯之因果性的見解，由此出發，進一步會否定不作為犯的正共犯區分，主張不作為的參與皆成立正犯。但仍有認為不作為犯必須具備因果性的見解。不作為之正共犯於多數人參與的情況，仍為共犯處罰的一種態樣，從而，本文亦認為有肯認因果性要件之必要²⁴。

就有關因果性的判斷，就透過不作為來幫助之行為態樣，日本通說、判例則肯定其可罰性²⁵。其根據在於

²¹ 同前註，頁356。

²² 林鈺雄，新刑法總則，5版，2016年9月，頁558。

²³ 臺灣文獻上有肯認不作為幫助犯在檢討上，就因果關係判斷，毋須以侵害法益作為歸屬對象，而應有對於正犯結果之促進，為其歸屬對象，換言之，幫助犯僅須更容易使正犯犯罪實行、惹起結果，即為已足。請參照：蔡孟兼，不作為幫助犯之規範評價——以同時成立作為與不作為幫助犯為例，軍法專刊，61卷6期，2015年12月，頁108-109。惟此文並未說明如何判斷不作為幫助犯具有「對於正犯結果之促進」。

²⁴ 於否定不作為犯為義務犯的前提下，即使就不作為的單獨正犯，亦應就因果關係加以檢討。

²⁵ 學說請參照：福田平，全訂 刑法總論，5版，2011年10月，頁288-

認為幫助之型態可以是物理上的幫助，亦可為心理上的幫助，在有阻止正犯犯罪行為之法律上作為義務的情況，透過未盡此一義務之不作為，亦可使正犯之犯罪行為變得容易遂行，為其主要理由。在幫助的情況，由於一般認為，不僅止於物理的因果性，心理的因果性亦足夠，因此，在肯認不作為之幫助的因果性上，有認為並不會發生困難²⁶。

就因果性的判斷，以日本同居人虐童案為例，學說上較多為批判一審判決或支持二審判決的見解，其係認為作為幫助犯只要促進正犯行為即為已足，從而，於不作為幫助的情況，亦認為「即使不能完全阻止或防止犯罪行為、結果發生，但如能使之困難，亦為足夠」²⁷。此種見解被認為是因為「不作為從犯」終究僅是「從犯」，因而僅將不作為從犯的作為義務內容拿來與「作為從犯」相類比²⁸。

惟有學說指出，在作為從犯的情況，係藉由作為的幫助行為，積極的「使正犯行為變得容易」或「促進正

289；山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月，頁963以下；大塚仁，刑法概說（總論），4版，2008年10月，頁321。判例請參照：大判昭和3年3月9日刑集7卷172頁、最判昭和29年3月2日裁判集刑93号59頁等等。

²⁶ 日高義博，同前註7，頁66、72。

²⁷ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯の新様相，現代刑事法，5卷9号，2003年9月，頁50；高橋則夫，不作為による幫助犯の成否，現代刑事法，2卷6号，2000年6月，頁102；西田典之，同前註15，頁362。

²⁸ 曾根威彦，同前註6，頁73。

犯行為」的要件，與在不作為從犯的情況，「不使正犯行為變得困難」、對於正犯的實行「不要作出會成為障礙的作為」此種消極的促進，在法的意義上有所不同²⁹。所謂「不使正犯行為變得困難」、「不要作出會成為障礙的作為」，只不過是針對正犯所為之法益侵害的危險，陳述現狀維持的事態，即使得肯認不作為者在與被害人的關係上具備保證人地位，亦不因此而使該不作為滿足積極的「使正犯行為變得容易」或「促進正犯行為」之要求³⁰。進而，刑法規範對於想要以作為來從事幫助行為者，發出「不要使正犯行為變得容易」或「不要促進正犯行為」等禁止規範，有其法的意義，對於違反此一禁止規範之行為，作為「作為從犯」會獲得可罰性。但是，就正犯行為之遂行「使其困難」、「作出會成為障礙的作為」此種命令規範，對於違反此一命令規範之不作為，並不就會具有能合理化「不作為從犯」之處罰的法的意義³¹。賦予不作為幫助處罰根據之作為義務，與賦予不作為正犯處罰根據之作為義務相同，皆必須是在與正犯行為導致結果的關係上，應該防止法益侵害結果發生的義務³²。而所謂「犯罪阻止義

²⁹ 曾根威彥，同前註6，頁73。

³⁰ 曾根威彥，同前註6，頁73。

³¹ 曾根威彥，同前註6，頁73。

³² 內藤謙，刑法講義 總論（下）II，2002年10月，頁1445-1446；島田聰一郎，不作為による共犯について（2・完），立教法学，65号，2004年3月，頁221-222。

務」，因為並不是指社會上一般人負有應該阻止他人犯罪行為之法的作為義務，因而應該將之還原為「結果防止（迴避）義務」加以理解³³。若此，於因果性的探討上附帶作為義務的思考，對於不作為幫助犯的因果性要求，即有主張應提高至結果迴避義務的空間。

另外，則須討論犯罪阻止可能性的程度。換言之，就所期待的作為得否防止他人犯罪結果的可能性、阻止正犯犯罪實行的可能性，或承上所述迴避結果發生的可能性必須要到達什麼程度³⁴？亦有疑問。就不作為從犯的成立，到底是認為就正犯犯行阻止之確實性（乃至於幾近確實的蓋然性）有其必要，或者解釋為單純只要有可能、低度的可能性即為已足？就此，日本同居人虐童案的一審判決認為「幾乎能確實阻止犯罪之實行」係為必要，而二審判決則認為「可能防止正犯犯罪」即為已足，可以看得出來兩個判決有顯著的對比³⁵。而之所以

³³ 內藤謙，同前註，頁1446。從而，為了肯認不作為幫助所需之作為義務發生情事、排他支配領域性等要件，基本上與不作為正犯相同。如就肯認不作為幫助的作為義務特徵加以類型化，第一，在與被害人的關係上，可以考慮有防止被害者法益免於受到第三者侵害的保護義務，如第三者欲殺害自己小孩時，能阻止而未阻止時之親權人的作為義務，第二，在與正犯的關係上，可以考慮有防止該正犯侵害法益的義務，此即所謂犯罪防止義務，如自己的小孩欲殺害第三人時，親權人能阻止而未阻止的情況，或竊盜犯人奪取倉庫之物，而倉庫管理人能阻止卻放過竊盜犯人時，親權人與倉庫管理人的作為義務。就此，請參照：頁1446。

³⁴ 中森喜彥，判批，現代刑事法，3卷9號，2001年9月，頁97。

³⁵ 曾根威彥，同前註6，頁74。

對二審判決做如此理解，主要是從該判決中就幫助者之防止正犯犯罪之可能性的解釋，採取的見解是認為，不作為的從犯在透過不為一定的作為「使正犯犯罪實行變得容易實行，即為成立」，可以看得出來³⁶。

學說上則有從等價的要求出發，認為為了要判斷單純不作為的幫助與作為幫助的等價性，縱然是幫助者，也必須就該不作為者認定相當高度的結果迴避、結果防止的可能性³⁷。

從而，為了將不作為幫助與作為幫助等同視之，應該要求如果有做法所期待的行為，則可確實阻止正犯犯行，乃至於有近於能確實阻止之高度蓋然性³⁸。正犯結果防止的確實性（或近於確實的蓋然性），可以認為是不作為從犯之成立所不可或缺之要件³⁹。

本文認為，如肯認不作為幫助與作為幫助係為相同的違法行為類型，則就因果性的要求即不應低於作為幫助的情況。詳言之，如認為不作為僅須「不使正犯行為變得困難」即可，則將因不作為本身本即未積極地介入正犯行為，因而於想像上，如不介入即符合不使之困難或不成為障礙，則將導致所有的不作為幫助都有助於犯

³⁶ 曾根威彥，同前註6，頁74。

³⁷ 曾根威彥，同前註6，頁74。

³⁸ 山中敬一，不作為による幫助，收於：刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念，2003年6月，頁361；曾根威彥，同前註6，頁74。

³⁹ 曾根威彥，同前註6，頁74。

行，而喪失此一要件判斷上的作用，因此，不作為幫助犯在個案解釋上仍應嘗試析出該不作為有積極「促進正犯行為」之側面，始得肯認因果性，而非單純地僅因不作為的存在使得作為正犯之犯行變得不受阻礙，隨即成立不作為幫助犯。再者，就不作為幫助的作為義務要求，如採取學說上將之與結果迴避義務相連結的觀點時，就該迴避可能性或作為可能性的要求即可能高於作為幫助的因果性要求。雖然就不作為幫助與作為幫助的因果性要求可能產生程度上的差異，但從不作為犯本應要求結果迴避可能性的角度來看，此種見解亦值傾聽。

二、作為義務的要求與內容

不作為要成立犯罪，以有作為義務違反為前提，即使不作為的共同正犯或幫助犯，亦應以作為義務的存在為前提⁴⁰。但此時所謂之作為義務，係不幫助正犯之作為義務，還是防止正犯結果發生之義務的違反？前者係違法共犯論的結論，而後者則係因果共犯論的結論。如以後者為前提，則應如何區分正犯的作為義務與幫助犯的作為義務，則會成為下一個問題⁴¹。就本文所討論的兒童虐待案件類型中，通常不作為者與被害人皆會具有父母子女關係，因而就保證人地位的判斷，不論採取哪一說，皆會具備保證人地位與作為義務。從而，此處直

⁴⁰ 山中敬一，同前註25，頁964；松原芳博，刑法總論，2013年3月，頁432。

⁴¹ 山中敬一，同前註25，頁964。

接將問題轉向作為義務的內容檢討。至於義務的探討與正共犯區分交錯的部分，則留待後述。

就作為義務的要求，學說上多認為，不作為並非消極的什麼都不做，而是指不為法所期待的行為，行為人在實際物理可能的範圍之內，能夠採取防止結果發生的措施，卻未採取該措施⁴²。至於行為人應該採取什麼措施，作為義務的具體內容，則應依客觀情事判斷，應參照具體個案情形，必要時，應求助第三者⁴³。法律所要求的特定行為，必須能夠迅速發生防止結果之效果，始足當之，如客觀上並不足以迅速防止結果發生，則非法律所期待之特定行為⁴⁴。

就不作為犯參與作為正犯的案例類型，日本法上的討論主要集中在法益保護義務與犯罪阻止義務（危險源頭監督義務）的義務區分及其合理性與必要性，雖其有藉此區分正共犯的面向，但仍不妨礙此處先從作為義務的角度來檢討。就此種義務區分說，舉例而言，如(一)甲的小孩乙犯罪，對於第三人A施加損害時，甲有使其放棄犯行之義務的情況，甲所負之作為義務即屬犯罪阻止義務（危險源頭監督義務）。又如(二)甲為了保護自己小孩A的法益，有使第三人乙放棄犯罪的義務，此

⁴² 林鈺雄，同前註22，頁545；林山田，刑法通論（下），10版，2008年1月，頁243-244。

⁴³ 林鈺雄，同前註22，頁545。

⁴⁴ 林山田，同前註42，頁244。

時，甲所負之義務則屬法益保護義務（保護者保證義務）。乙在家中虐待自己的孩子A，乙的妻子甲在旁邊未制止乙的暴行的案例，屬於(二)的類型⁴⁵。然而，此種見解雖然是有力見解，但並非通說。學說上有認為，保護者的作為義務違反，依狀況可能構成不作為正犯，但從與第三人法益侵害行為的關係來看，亦有必須成立不作為共犯的情況。再者，兒童虐待案件中的保護者作為義務，是從與被害者兒童的關係中所生，其典型的態樣應該是呈現為有迴避法益侵害結果的義務（保護義務），但從兒童保護的觀點來看，依情況亦會轉為阻止第三人侵害行為之義務（犯罪阻止義務）。不作為幫助犯的事例，學說上認為這正是保護義務轉化為犯罪阻止義務的情況⁴⁶。

不過，這種說法有其不合理之處。從因果性判斷的討論亦可發現，作為義務的內容終究應該回到防止結果發生的義務加以判斷。從而，學說上認為問題應該在於結果迴避義務與隨之而來的法益保護義務，因而這種基於義務來源之不同而區分作為義務程度的見解，並無合理根據⁴⁷。亦因此，不論是不作為共犯的作為義務，或不作為單獨正犯的作為義務，皆應以同樣基準來判

⁴⁵ 井田良，講義刑法学・総論，2008年12月，頁492-493。

⁴⁶ 日高義博，同前註7，頁73。

⁴⁷ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，1994年5月，頁177。

斷⁴⁸。就此，否定義務區分說，且認為不作為正犯與共犯之作為義務根據係屬同一的觀點，係為支配性的見解⁴⁹。

就不作為幫助犯之作為義務的具體內容⁵⁰，實務見解在判斷上有考量個別行為人具體的作為可能性一併判斷的傾向，學說與實務則認為應該留意有伴隨狀況變化而有階段性或複合性加以掌握之必要⁵¹。

三、作為可能性

作為可能性亦為不作為犯成立的要件之一，即使認定具備保證人地位、肯認有作為義務之後，如果欠缺作為可能性，仍然不會成立不純正不作為犯，換言之，客觀上即使救助可能，但具體來看沒有作為可能性時，即應否定不作為犯的成立。典型的事例是未救助溺水者的情況，如行為人明明會游泳卻未救助，則有作為可能性，但若是旱鴨子、不會游泳的人，則即使命令他為救助，其也無法履行，因此無作為可能性，而即使是會游

⁴⁸ 西田典之，同前註15，頁360。

⁴⁹ 林幹人，刑法總論，2版，2000年9月，頁443；內藤謙，同前註32，1446頁；島田聰一郎，同前註32，頁221。另就不作為共犯之作為義務，認為應與不作為單獨正犯之作為義務以同樣標準來判斷，請參見：西田典之，不作為による共犯，法學協會雜誌，122卷4号，2005年4月，頁424。

⁵⁰ 如於同居人毆打小孩時，究應以實力排除其犯行，還是僅監視即為已足，針對作為義務在個案上的具體內容，日本法院通常會細緻檢討。

⁵¹ 日高義博，同前註7，頁72-73。實務見解如札幌高裁平成12年3月16日判決。

泳的人，如係於暴風雨中，考量到自身的安危，也無法連這種不容易立即救助的場合都要求其作為⁵²。

再者，作為可能性的定位，亦有爭議。學說上有認為無作為可能性時，即欠缺作為義務的前提⁵³。亦有認為作為可能性是構成要件要素，而以一般人或社會通念為基準來判斷⁵⁴。而考量到如以個人能力為義務違反的前提，則有可能會與（在違法的前提中要求責任的）主觀違法論難以區分，因而將作為可能性置於責任論，作為責任要素，較為適當⁵⁵。從而，在構成要件與違法論所確認的作為義務，是一般人在該具體事案中被期待的行為，對於特定行為人是否有辦法為之，則是在責任論以個人能力為標準來判斷。

四、不作為犯的正共犯區分

（一）不作為犯正共犯區分的諸種見解

除了在作為者與不作為者之間有意思聯絡或共謀的情況，區分正犯與共犯有兩個進路。其一是依作為義務發生根據來區分正犯與幫助犯的方法（義務內容說），

⁵² 山口厚，刑法總論，3版，2016年3月，頁94-95；西田典之，同前註15，頁118。日本判例中則是以「作為容易性」為要件，並以之為作為義務之判斷要素。請參見：山口厚，頁95。

⁵³ 西田典之，不作為犯論，收於：芝原邦爾ほか編，刑法理論の現代的展開 總論 I，1988年4月，頁80。

⁵⁴ 大谷實，刑法講義總論，新版4版，2012年5月，頁138。

⁵⁵ 山口厚，同前註52，頁95；林弘正，兒童虐待と不作為犯論，現代刑事法，41号，2002年9月，頁33。本文亦採此說。

另一則為依正犯論與共犯論來區分（正犯共犯本質說）⁵⁶。

首先，就義務內容說，又可分成兩種見解。第一種係認為只要不作為者具備保證人地位，則已滿足正犯要件，因而應肯定其為正犯（同時正犯），依此說，於有意思聯絡時，即會成立共同正犯⁵⁷。惟如依此說，儘管有規範障礙之介在者是最終為實行決斷之人，由於仍肯認於其背後者為正犯，因而與作為犯的情況有失均衡，此說遂被認為不當⁵⁸。

第二種見解則係區分法益保護義務違反的情況與犯罪阻止義務違反的情況，並認為前者得成立正犯，而後者則成立幫助犯。此一學說上的有力見解認為，若為應迴避結果發生之直接的保證人義務，也就是法益保護義務違反，即賦予不作為正犯處罰根據，若為安全監護義務或安全管理義務違反而間接誘發或促進結果發生的情況，即為犯罪阻止義務（危險源頭監督義務）違反，則僅成立不作為共犯（幫助犯）⁵⁹。具體來說，父親甲未

⁵⁶ 此種區分及內容說明除另有引註外，係參考：山中敬一，同前註25，頁964-968。

⁵⁷ 井田良，刑法總論の理論構造，2005年6月，頁442及同頁註29。

⁵⁸ 山中敬一，同前註25，頁965。同頁並謂，如警察就相識者的犯行置之不理，因而成立不作為的竊盜正犯，此一結論將不阻止犯行者與實行犯罪者等同視之，有所不當。

⁵⁹ 中義勝，刑法上の諸問題，1991年2月，頁329以下；山中敬一，刑法總論，2版，2008年3月，頁848；高橋則夫，刑法總論，3版，2016年10月，頁507。

阻止自己的小孩乙被丙殺害的情況，會基於法益保護義務而成立不作為殺人的正犯，相對而言，甲未阻止乙去殺害第三人丙的情況，則會基於犯罪防止義務違反，成立不作為的殺人幫助犯⁶⁰。

就此說有進一步修正認為，在犯罪防止義務違反時，犯罪行為人為正犯，未阻止正犯犯罪的不作為者的行為，則為幫助犯。在法益保護義務違反的情況，則認為應該區分該當法益已達到任由朝向結果發生之因果流程階段的情況，與該當法益處於因他人之行為而遭受結果發生危險的階段。如自己的小孩在池中溺水時，與自己的小孩正要被他人殺害時之兩種情況。於前者的情況，法益保護的手段是將因果流程變更為直接透過作為來救助，此種情況由於並無他人參與，因而，為了迴避結果發生而有直接管理支配者，只有不作為者，就不作為者即成立正犯。相對於此，就後者的情況，透過阻止他人的實行行為即能救助法益，即使在作為者已經決意實行時，縱然已有著手實行，在透過驅動作為者的實行行為而能救助法益的期間，是有他人參與介在的情況，並非因果流程已成必然的情況。此時，為實行行為之作

⁶⁰ 西田典之，同前註15，頁360。基於審稿意見A就後者事例的提問，本文簡略說明如下。於「甲未阻止自己的小孩乙去殺害第三人丙」的案例類型，係甲具有保證人地位，其作為義務內容在於防止乙作為危險源而對第三人丙造成法益侵害，因而甲所違反的是犯罪防止義務（＝危險源頭監督義務）。在第二種見解中，於犯罪阻止義務違反的情況係成立幫助犯，因此，於此種案例類型中，甲可能成立的是不作為的殺人幫助犯。

為者是直接支配朝向結果的因果流程者，不作為者僅是得參與該流程而已。不作為者的行為如有得成為規範性障礙的他人行為介在其中，則該不作為者並非正犯，僅係間接得控制，因而係為幫助犯⁶¹。

然就義務內容說的第二種見解亦有批評。學說上有認為，不論刑法上的作為義務是基於何種關係推導而來，最終皆是朝向阻止結果發生為其本質，因此，此一見解以義務由來之不同來區別作為義務的程度，欠缺合理的根據⁶²。換言之，此說是立於兩種義務可以明確區分的前提，惟如認為犯罪阻止義務亦是法益保護義務，則此一區分即失其意義。從而，否定義務二分論，肯認不作為正犯與共犯之作為義務有同一根據者，為支配性

⁶¹ 山中敬一，同前註25，頁966-967。同書967頁註7即謂：「從而，目擊第三人已將自己的小孩丟入池中的父親，帶有殺意而不救助者，該父親成立殺人罪的不作為正犯。但如該父親於第三人正想將孩子丟入池中時，帶有殺意而未阻止者，則成立殺人幫助犯。」前者由於法益已達任憑因果流程朝向結果發生的階段，父親就其不作為具備結果發生的支配，因而就父親成立不作為正犯。就後者，則因對於結果有支配者為該作為犯之第三人，因而父親僅為不作為之幫助犯。但此說仍然未解決的問題是，如何區分犯罪阻止義務與法益保護義務。此外，小孩在尚未被丟入池中時，父親僅為幫助犯，一旦被丟入池中，該案件事實仍然是介在一位作為的第三人，此種情形，何時能將該作為犯切割出去，單獨看小孩與父親的關係，而將父親提升為不作為的正犯，則有疑問。如總是能在小孩被丟入池中之後即就父親成立不作為的正犯，則因為在事實發展上總是會進入後階段，只要父親不離開現場，即會成立不作為正犯，如果幫助犯的犯意與正犯犯意難以區分，則幫助犯的犯意即可能馬上被提升為正犯的犯意，此種判斷是否妥當，不無疑問。

⁶² 神山敏雄，同前註47，頁177。

的見解⁶³。

其次，正犯共犯本質說則有多樣的見解。第一，係認為原則上成立正犯，如認為不作為犯為義務犯的見解，即為此類。依此說，如該不作為滿足與作為等價等前提，則該不作為者原則上成立正犯。此係因為，此說認為不作為犯是以結果迴避義務違反為其內容的義務犯，不作為犯的情況係不同於作為犯支配的正犯原則⁶⁴。

第二，則係認為原則上成立幫助犯，此說認為，在作為犯對於事實有行為支配的情況下，作為者對於結果直接掌握，而不作為者僅是配角，僅有防止正犯犯罪之作為義務，原則上僅成立幫助犯⁶⁵。就此說，則有批評認為以對於結果發生是否處於主要角色或從屬角色來區分正共犯，是以對於不明確的情狀判斷來做區別，倘若認為正共犯作為違法類型有其差異，則無法支持此說⁶⁶。

第三，則是依情形可能成立正犯或幫助犯。如有認為，不作為犯如能「確實」迴避結果發生，則成立同時正犯，但如就結果發生有「使之困難的可能性」，則成

⁶³ 林幹人，同前註49，頁163；內藤謙，同前註32，頁1446；島田聰一郎，同前註32，頁221。

⁶⁴ 山中敬一，同前註25，頁965。

⁶⁵ 大塚仁，同前註25，頁321。

⁶⁶ 井田良，同前註57，頁442。

立不作為的幫助犯⁶⁷。但此一見解就幫助犯，認為其因果關係以促進或使正犯結果容易發生即為已足，學說上有認為此一出發點已有不當⁶⁸。再者，基於此說以結果迴避可能性的程度來區分正共犯，會與作為犯的區別基準有失衡平⁶⁹。

就不作為的犯罪參與者究應成立同時正犯或共犯的問題，日本支配性的見解則是認為就不阻止作為正犯的不作為參與，原則上應成立幫助犯。其理由在於，作為正犯與結果發生有直接的因果關係，有較強的原因力，相對地，不作為的參與則是透過作為義務違反的不作為，藉由作為正犯而與結果發生僅有間接的因果關係，原因力較弱，亦只有發揮從屬的作用，只不過使得作為正犯的實行變得容易而已，因此僅應成立幫助犯⁷⁰。然而，亦有認為，此說在直覺上雖有其正當之處，但即使認為原則上成立幫助犯，就何時應成立同時正犯或共同正犯，則不明確⁷¹。不過，雖然此說仍有上述問題，但本文認為從對於結果發生的因果力來區分正共犯的見解，與共犯處罰根據論的主要責任與次要責任、因果性的思考有其共同的基礎，因而有採納的空間。

⁶⁷ 西田典之，同前註15，頁362，或在判例中所謂「使犯行容易」。

⁶⁸ 山中敬一，同前註25，頁966。

⁶⁹ 山中敬一，同前註25，頁966。

⁷⁰ 內藤謙，同前註32，頁1445。

⁷¹ 西田典之，同前註15，頁361。就此說為支配性見解的評價，亦參照本書。

(二)不作為共同正犯成立的可能性與問題點

在甲乙兩人皆具保證人地位，且皆以不作為、不餵食的方式導致小孩死亡的情況，甲乙會成立不作為的共同正犯，固無疑義。惟如於甲母、乙父有共同意思之下，乙積極的毆打小孩丙，透過作為來殺害丙，甲能阻止而未阻止的情況，是否會成立不作為的殺人共同正犯？如果甲乙之前有共謀，甲是否會成立殺人罪的共謀共同正犯的作為犯？就本文所聚焦之不作為參與作為犯罪的情況，承接前揭論述，即可發現不作為的正共犯區分的議論，在承認共謀共同正犯的情況下，未必有其重要性。此係因當共謀存在時，該不作為犯即會被以共謀共同正犯論處，不作為幫助犯的成立反而會被認為是例外的事態。作為犯的情況自不待言，在不作為的情況亦是如有共謀，則只要掌握些許的作為，將之解消為共謀之實行即可⁷²。從而，此處亦簡單檢討不作為共同正犯成立的可能性與問題點。

首先，就正共犯的區分，學說上有認為，在共同意思之下，甲以不作為、乙以作為的態樣，可視為是共同實行行為，肯定作為與不作為的共同正犯的見解，此為少數但有力的見解⁷³。但亦有認為，甲的不作為是不阻止乙的暴行，在與乙的積極作為相較之下，甲的不作為

⁷² 高橋則夫，同前註59，頁507。

⁷³ 大塚仁，犯罪論の基本問題，1982年4月，頁334；大塚仁，同前註25，頁301註23。

只不過是有潛在作用可能性的消極行為，如此一來，即無法等同看待僅止於發揮從屬作用之甲的不作為，與透過作為形成犯罪事實作用會凌駕不作為的乙的行為⁷⁴。對於丙的死亡結果，在自己主導之下設定因果關係的乙有直接的因果關係，相對地，未就此加以阻止的甲則是透過作為義務（阻止義務）違反的不作為，僅止於透過乙而有間接的因果關係，從而，有認為當作為犯是正犯時，將對之所為的不作為參與解釋為幫助犯，較為妥當⁷⁵。

與多數學說相同，日本的裁判例就負有作為義務者，未阻止故意作為正犯的犯行時，則係論以不作為幫助⁷⁶。學說上對判例的見解，則有認為在不作為犯與作為犯之間，有鑑於其對犯罪的參與程度有所差異，而認為判例的結論從理論上亦可支持⁷⁷。

其次，於此種情況，就保證人地位、作為義務的認定，雖然學說上有認為在這種情形，排他的支配領域性在認定上仍可肯認⁷⁸，但亦有認為，在犯罪現場，從除了甲之外沒有其他阻止乙犯行的人的「排他性支配」的

⁷⁴ 曾根威彥，同前註6，頁70。

⁷⁵ 內藤謙，同前註32，頁1443-1444。日本判例基本上也是採取相同的結論，請參見：大判昭和3年3月9日刑集7卷172頁、大阪高判昭和62年10月2日判夕675号246頁、札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁等等。

⁷⁶ 島田總一郎，共同正犯，收於：西田典之、山口厚、佐伯仁志編，注釈刑法 第1卷 總論§§1~72，2010年12月，頁841。

⁷⁷ 島田總一郎，同前註，頁841。

⁷⁸ 西田典之，同前註15，頁360-361。

見解出發，無法肯認甲有犯罪阻止義務並賦予甲共同正犯性之基礎⁷⁹。其理由在於，在單獨正犯的事例中，不作為犯將朝向結果的因果流程收於自己掌握之中，以此種意義之排他性支配為理由，得以賦予為了結果迴避而來的作為義務根據，但在上述情況，存在有作為正犯，從規範責任論的觀點來看，法律是期待乙中止犯行，對於甲無法肯認其於犯罪現場的排他支配性⁸⁰。

再者，以規範論的觀點來看⁸¹，以法益保護為其任務的刑法規範，主要是朝向能理解「不要侵害法益」之禁止內容，且能依照規範的要求而行為，卻違反禁止規範、積極想要作出法益侵害行為之行為人（乙）。法益保護的任務，是以「不要做法益侵害行為」此一形式，首先要求乙遂行，科予乙作為正犯的第一次責任。相對的，甲是在乙未發揮其任務時，才具有命其「阻止乙的行為」此一以命令規範之形式而產生的補充性、副次的保護法益的任務。甲歸根究柢不過只是意欲藉由乙遂行之法益侵害結果（丙的死傷）的實現，就其加以支援、不阻止，從這點來看，只不過發揮了從犯的機能⁸²。從

79 曾根威彥，同前註6，頁70。

80 曾根威彥，同前註6，頁70；松尾誠紀，『不作為による共犯の限定化』について，北大法学論集，53卷6号，2003年3月，頁1828。

81 曾根威彥，同前註6，頁70。

82 保条成宏，児童虐待に対する刑事処罰とその限界(1)——「不作為による幫助」の事案をめぐって，中京法学，38卷2号，2003年11月，頁205。

而，作為犯是正犯時，對作為正犯（如乙）之不作為的參與者（如甲），原則上應僅成立幫助犯。

肆、結論：臺灣同居人虐童案中 不作為犯處理之評析

從上述討論可以發現，在此種案例類型中的不作為參與，涉及不作為犯論與共犯論之交錯領域，問題繁雜。由理論探討來檢視臺灣就此種案例類型所涉爭點的論述，應可發現尚有充足論述的空間。實務檢討不足的主因，恐怕是理論並未提供足夠多樣的論理素材。以下，原則上以臺灣同居人虐童案最後事實審所確認的事實為前提，參照上述理論所提及應探討的成立要件，來嘗試檢討甲以不作為參與乙的作為犯罪所應負的刑事責任。

一、就不作為部分

首先，於本案中，甲是丙的母親，就丙免於受到法益侵害，有保證人地位與作為義務，此係不論採取何種見解皆可獲致的結論，因此較無問題。

其次，就作為義務＝結果迴避義務（法益保護義務）的內容，則應考慮具體個案中與保護法益（即保護對象）的關係，確認作為義務的具體內容。從而，就本案中作為義務的具體內容，本文認為得肯認檢察官起訴時所考慮之制止乙、帶丙離開乙等行為。甚至，由於在

具體個案中，乙施用暴力的對象並不及於甲，因而本文亦認為，要求甲不僅止於口頭制止，在曾口頭制止卻無效的情況下，亦應得以肯認作為義務之內容進一步應擴及以實力阻止丙受到來自乙的暴力。而個案中甲單純只是口頭制止、拍打門板，顯然難謂已滿足法對法益保護的期待，無法認為甲已盡到作為義務。

然而，從事實審所確認的個案事實與甲乙之間的關係可知，甲處於弱勢地位，且無其他朋友可供支援或投靠，經濟來源亦均仰賴乙所賺取的薪資，如要求甲帶丙離開或以實力抵抗乙，則恐將造成甲丙露宿街頭，因而就法所期待之作為義務內容，似難認為甲有作為可能性。

從而，不論是將作為可能性當成個案中作為義務存在與否的判斷要素，或是從規範責任論出發，針對具體個案中行為人是否有可能為法所期待的行為（期待可能性的具體化）或是否具有他行為可能性，而將作為可能性置於責任論來判斷，就本案皆應可基於欠缺作為可能性而獲致否定犯罪成立的結論。

二、就共犯部分

雖然就作為可能性的判斷，有否定犯罪的可能，但此處仍就不作為犯是否成立共同正犯或幫助犯，簡要說明筆者初步的想法。本案之甲係以不作為的態樣來參與乙之作為犯罪，從而必須回歸共犯處罰根據，探討是否具備因果性，亦應重新檢視實務的正共犯區分標準。換

言之，就甲之處罰，應該符合因果性的要求，亦須滿足正犯負首要責任、共犯負次要責任的正共犯區分，處罰始具正當性。

臺灣學說見解就正共犯之區分在不作為參與之案例類型的運用，有採犯罪支配理論者⁸³，亦有學說雖提及不作為犯有義務犯的性質，原則上應成立正犯來處理，而非依從犯罪支配的標準來區分正共犯⁸⁴，但仍肯認以不作為義務犯來與作為犯成立共同正犯的可能性，似有論述上的矛盾⁸⁵。換言之，如欲從義務犯角度來理解不作為犯，就正共犯的區分，則難以援引犯罪支配理論，而應直接成立不作為的正犯⁸⁶。惟如從違法係以法益侵害、而非規範上的義務違反的角度出發，不採取義務犯的論述，亦不採取犯罪支配理論的話，即須面對不作為參與正犯時，到底應負首要責任或次要責任的問題。

參照前述議論，在不作為參與作為犯罪時，本文認

⁸³ 如林鈺雄，同前註22，頁559，認為應依犯罪支配作為判斷基準，如於客觀行為態樣上，由於是不作為而難以辨別犯罪支配在何者身上，行為人主觀的內容則會成為判斷上的關鍵，換言之，行為人主觀上對犯罪駕馭及企求犯罪目的的程度，即會成為判斷犯罪流程中決定性角色的主要基準。

⁸⁴ 林山田，同前註42，頁276。

⁸⁵ 林山田，同前註42，頁279-280。參照所舉案例，似未清楚說明不作為犯要如何與作為犯有行為分擔。

⁸⁶ 請參照：許澤天，不純正不作為犯的正犯判斷標準，東吳法律學報，26卷4期，2015年4月，頁123-171。此文就不純正不作為犯的認定標準，係採取義務犯理論，亦即，除非構成要件對於行為不法有特殊要求，具有保證人地位者之不作為，即為不作為的正犯。

為，於不作為與法益侵害之間，介入具有積極導致結果發生的之原因力的作為犯，而不作為者僅具有保護法益的次要機能時，難謂不作為與作為有相同的犯罪參與程度。從此一角度，應認為在具備作為義務、因果性等其他要件時，成立不作為幫助犯較為合理。

至於不作為幫助犯因果性的要求，學說上雖有認為如有作為，則就結果發生有「使之變困難」的可能性的話，應該可以肯認具有幫助犯之因果性⁸⁷，但仍應避免以「不使正犯行為變得困難」或「未作出會成為正犯障礙之作為」此種「消極促進」來判斷幫助犯的因果性，否則因果性的要件即失去意義。同時，在考量不作為幫助仍應符合不作為犯結果迴避可能性的要求，就阻止正犯犯行並進而防止結果發生的可能性判斷上，應該肯認於「幾乎能確實阻止正犯犯行」時，始成立不作為幫助犯。

就更一審所確認的事實來看，雖然甲乙就「甲如阻止乙，乙是否會打更兇或停止暴行」有不同陳述，於判決中亦無明確認定事實，但就乙第二部分之行為則因認定乙有上前制止卻無效，因而至少就此可否認因果性。就其餘未出言制止，縱然法院認為甲係於弱勢處境與地位之下無法或無力制止乙，於本文觀點之下可以透過上述作為可能性的判斷而排除不作為幫助犯之成立，但就幫助犯的因果性仍有肯認的空間。

⁸⁷ 請參照：西田典之，同前註15，頁362。

惟，本案縱然可以肯認甲的作為義務、不作為幫助犯的次要責任、因果性，但在判斷結論上，仍須留意因為甲無作為可能性，從而就其不作為幫助的客觀行為，仍無法加以歸責。

三、結語

本文目的在於探討兒童虐待案件中，不作為犯參與作為正犯的案件類型之下，該不作為應如何歸責的問題。相對於實務見解偏重主觀要件（故意、犯意聯絡）的認定，本文透過日本學說與實務的整理，嘗試指出透過客觀要素的認定解決此一複雜問題的可能性。本文認為，事後確認個案中的具體作為義務、不作為與結果之間的因果性、作為可能性等客觀面的要件，於犯罪成立與否的認定上有其意義。從理論觀點來看，實務見解就此種案例類型中不作為犯成立要件之檢討，有更進一步充實的必要。因此，本文從相關的不作為犯論與共犯論的理論出發，嘗試檢討個案事實中存在但欠缺探討的問題。

就此種案例類型中不作為的參與，除須具備不作為犯之保證人地位、作為義務、作為可能性等各個要件之外，就共犯之成立必須具備的因果性問題，以及該當行為於犯罪上到底應負首要責任或次要責任，進而應論以（共同）正犯或幫助犯之問題，亦是論罪科刑上不可或缺的客觀成立要件。

臺灣同居人虐童案中，雖可肯認甲具備保證人地位與作為義務，因果性亦無問題，就法益侵害結果雖難認

為居於首要地位，但仍可能論以（屬於次要責任之）不作為幫助。惟甲就作為義務欠缺作為可能性，因而不成立犯罪。

綜上所述，本案的確定判決在論罪科刑的論述上雖與本文取徑有異，但其著重行為人甲處於（相較於乙之）弱勢的地位，從判決理由中亦略有提及甲無力制止乙之行為，應可看出此判決仍有連結到本文論述的可能性，就作為可能性實有更進一步清楚論述的空間存在。整體而言，除就因果性、正共犯之區分有更進一步說明之必要之外，就確定判決之結論可資贊同。

參考文獻

一、中文文獻

- 王皇玉，刑法總則，4版，2018年8月。
- 林山田，刑法通論（下），10版，2008年1月。
- 林鈺雄，新刑法總則，5版，2016年9月。
- 許澤天，不純正不作為犯的正犯判斷標準，東吳法律學報，26卷4期，2015年4月，頁123-171。
- 蔡孟兼，不作為幫助犯之規範評價——以同時成立作為與不作為幫助犯為例，軍法專刊，61卷6期，2015年12月，頁98-118。

二、日文文獻

- 大谷実，刑法講義總論，新版4版，2012年5月。
- 大塚仁，犯罪論の基本問題，1982年4月。
- 大塚仁，刑法概説（總論），4版，2008年10月。
- 山口厚，刑法總論，3版，2016年3月。
- 山中敬一，不作為による幫助，收於：刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念，2003年6月。
- 山中敬一，刑法總論，2版，2008年3月。
- 山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月。
- 中森喜彦，判批，現代刑事法，3卷9号，2001年9月，頁95-98。
- 中義勝，刑法上の諸問題，1991年2月。
- 井田良，刑法總論の理論構造，2005年6月。
- 井田良，講義刑法学・總論，2008年12月。
- 内藤謙，刑法講義 總論（下）II，2002年10月。
- 日高義博，兒童虐待と不作為犯——札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として，警察学論集，53卷12号，2000年12月，頁61-75。

- ▶西田典之，不作為犯論，收於：芝原邦爾ほか編，刑法理論の現代的展開 総論 I，1988年4月，頁67-93。
- ▶西田典之，不作為による共犯，法学協会雑誌，122巻4号，2005年4月，頁417-441。
- ▶西田典之，刑法総論，2版，2010年6月。
- ▶松尾誠紀，『不作為による共犯の限定化』について，北大法学論集，53巻6号，2003年3月，頁1775-1838。
- ▶松原芳博，刑法総論，2013年3月。
- ▶林弘正，児童虐待と不作為犯，現代刑事法，41号，2002年9月，頁32-38。
- ▶林幹人，刑法總論，2版，2000年9月。
- ▶保条成宏，児童虐待に対する刑事処罰とその限界(1)——「不作為による幫助」の事案をめぐる，中京法学，38巻2号，2003年11月，頁157-211。
- ▶島田聡一郎，不作為による共犯について（2・完），立教法学，65号，2004年3月，頁218-316。
- ▶島田総一郎，共同正犯，收於：西田典之、山口厚、佐伯仁志編，注釈刑法 第1巻 総論 §§1～72，2010年12月，頁810-884。
- ▶神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，1994年5月。
- ▶神山敏雄，不作為をめぐる共犯の新様相，現代刑事法，5巻9号，2003年9月，頁45-51。
- ▶高橋則夫，不作為による幫助犯の成否，現代刑事法，2巻6号，2000年6月，頁101-106。
- ▶高橋則夫，刑法総論，3版，2016年10月。
- ▶福田平，全訂 刑法総論，5版，2011年10月。
- ▶曾根威彦，児童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として，現代刑事法，6巻9号（65号），2004年9月，頁69-75。