

中央警察大學犯罪防治研究所

博士論文

指導教授： 林東茂教授

黃惠婷教授

警察不作為犯罪之研究

研究生：曹昌棋

中華民國98年12月

548,57

0650

98-1

中央警察大學暨國家圖書館
博碩士論文授權書

(提供授權人裝訂於紙本論文書名頁之次頁用)

本授權書所授權之論文為授權人在中央警察大學

犯罪防治研究所 刑事司法組

98 學年度第 1 學期取得 博士學位之論文。

論文題目： 警察不作為犯罪之研究

指導教授： 林東茂教授、黃惠婷教授

本人具有著作財產權之論文全文資料上載網路公開時間：

同意 無償授權 中央警察大學

即時公開

自訂公開時間，自 _____ 年 _____ 月 _____ 日始公開。

延後公開原因：_____

同意 不同意 授權 國家圖書館

，得不限地域、時間與次數以微縮、光碟或數位化等各種方式進行重製後作為典藏之用或上載網路。

授權人： 曹昌祺 (請親筆正楷簽名)

學 號： 914006

指導教授： 林東茂 黃惠婷 (請親筆正楷簽名)

中華民國 98 年 12 月 31 日

註：1. 本授權書須列印並簽署兩份，一份裝訂於紙本論文書名頁，一份繳至圖書館辦理離校手續。

2. 本校授權事項未勾選者，分別視同「同意」與「即時公開」。國家圖書館授權部份請勾選。(98.04.)

國家圖書館



003998309

中央警察大學犯罪防治研究所博士班研究生

論文指導教授推薦書

曹 昌 棋 君所提之論文

警察不作為犯罪研究
之

係由本人指導撰寫，同意提付審查。

指導教授 柯東岳 (簽章)

指導教授 曹惠婷 (簽章)

中華民國九十八年十一月二十三日

中央警察大學犯罪防治研究所博士班研究生
論文口試委員審定書

曹 昌 棋

君所提之論文

警察不作為犯罪之研究

經本委員會審議，認為符合博士資格標準。

論文口試委員會

指導教授

林東君

(簽章)

指導教授

黃惠君

(簽章)

口試委員

林東君 甘偉清

郭明己

鄭善印

余振華

柯耀程

所 長

鄭明己

中華民國九十八年十二月二十五日

謝誌

歷經七年半，終於得到博士學位，雖然辛苦，卻也有許多喜悅。這一路，有許多人應該感謝。首先，從論文題目的敲定、題綱的成型，受到指導教授林師東茂許多啟迪；另一位指導教授黃師惠婷，本身筆耕甚勤，卻仍撥出稀少而珍貴時間，細心逐章審閱論文，提供寶貴修正意見。得為兩位老師的弟子，是我很大的福分。

論文審查委員甘教授添貴讓我體會「望之儼然，即之也溫」的感受；鄭教授善印、余教授振華，言簡意賅，卻皆直指論文疏漏處；羅教授明通發揮律師本色，提問犀利，但留人餘地；柯教授耀程大至論文綱要，小至標點符號，鉅細靡遺，提供許多意見與方向。感謝幾位論文審查委員的指正，讓本論文更增可讀性。

碩士論文的指導教授李大法官震山，對我關懷不斷；警專刑事警察科曾主任英哲的提攜勉勵；黃教官鈞隆提供無限暢飲的「國寶茶」，讓我在熬夜之餘，不致肝火傷身；黃老師清德多年與我一起跑步健身、互相激勵；士林地院公設辯護人林龍輝博士就像及時雨，在我搜尋判決不著時，總能出手相助；即將派任分局長大展鴻圖的陳俊宏博士，多年來與我互相支援，包括修課、論文審查等，我受到他甚多的幫助；研究助理 97 年特考班郭玫好小姐協助我解決許多電腦疑難雜症，惠我良多。對他們的隆情高誼，我心中無限感激。

最後，要感謝我的家人。父親在一年半前過世，遺憾他來不及分享我的喜悅；年邁的母親遠在彰化，每次電話請安，反倒是母親一再提醒我要照顧好身體；在我無法經常承歡膝下時，全賴兄、姊及妹妹替我分擔照顧母親的責任；感謝岳父母、小姨子及小舅子全

力支持，在我分身乏術時，總是挺身而出，提供最好的後勤支援；在將近半年以研究室為家時，愛妻慈暉一肩挑起所有家務；兩位女兒竣甯、詠甯乖巧懂事，讓我無後顧之憂，全心投注於論文寫作。我要感謝她們，並與她們分享我的喜悅。

曹昌棋寫於2009年12月31日。

論文摘要

本文係從刑法解釋學觀點，探討在現行刑法規範下，警察不作為現象，可能構成刑事不法，而應受到刑罰制裁的可能性。第一章緒論。說明研究動機、目的，研究方法、架構，並回顧中文有關文獻。第二章警察不作為犯罪概論。探討警察不作為的意義與範圍、警察不作為犯罪的分類，及警察不作為犯罪的成立要件等問題。第三章警察的保證人地位。從形式與實質觀點，討論警察作為義務的依據，並探討警察作為義務的界限。第四章警察不作為的正犯與共犯區分。探討在不作為犯領域，如何區分正犯或共犯，並說明不作為幫助犯的成立要件。第五章各種警察不作為的可罰性。將「警察不作為」現象，類型化為「警察不受理」、「警察不取締」、「警察不制止」與「警察不救助」等四種，並探討相關刑法問題。第六章阻卻警察不作為犯罪成立的事由。分別討論警察義務衝突與欠缺期待可能性等阻卻犯罪事由。第七章結論。

關鍵字：警察不作為、作為義務、警察不受理、警察不取締、警察不制止、警察不救助。

本文簡目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法與限制	6
第三節 中文文獻回顧與啟發	9
第四節 研究架構與大意	12
第二章 警察不作為犯罪概論	15
第一節 警察不作為的意義與範圍	16
第二節 警察作為與不作為的區別	30
第三節 警察不作為犯的分類與罪名	37
第四節 警察不作為犯的構成要件	51
第五節 小結	68
第三章 警察的保證人地位	71
第一節 保證人地位概說	72
第二節 警察的保證人地位	84
第三節 警察作為義務的界限	99
第四節 小結	106
第四章 警察不作為的正犯與共犯	109
第一節 不作為參與犯概說	111
第二節 不作為正犯或幫助犯區分標準	122
第三節 相關實務見解	129
第四節 不作為幫助犯的成立要件	132
第五節 小結	138
第五章 各種警察不作為的可罰性	139
第一節 「警察不受理」的可罰性	139
第二節 「警察不取締」的可罰性	156
第三節 「警察不制止」的可罰性	164
第四節 「警察不救助」的可罰性	180
第六章 阻卻警察不作為犯罪成立的事由	201

第三節 阻卻責任的警察不作為·····	213
第四節 小結·····	219
第七章 結論·····	221
【參考書目】 ·····	227

本文細目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究目的	5
第二節 研究方法與限制	6
第三節 中文文獻回顧與啟發	9
第一項 中文文獻回顧	9
第二項 對本文的啟發	11
第四節 研究架構與大意	12
第二章 警察不作為犯罪概論	15
第一節 警察不作為的意義與範圍	16
第一項 警察的意義	16
第二項 警察不作為的概念	19
第一款 警察不作為的意義與原因	19
第二款 警察不作為的型態	20
第一目 依不作為的形式區分	21
第二目 依作為義務的內容區分	22
第三項 警察不作為的法律責任概說	23
第一款 警察不作為的行政責任	23
第二款 警察不作為的民事及國家賠償責任	24
第三款 警察不作為的刑事責任	27
第二節 警察作為與不作為的區別	30
第一項 區別作為與不作為的重要性	30
第二項 作為與不作為的區別標準	31
第三項 區別作為與不作為的特殊案例	33
第四項 警察案例試析	35
第三節 警察不作為犯的分類與罪名	37
第一項 不作為犯的分類與比較	37
第二項 純正不作為犯的警察職務犯罪	39
第一款 廢弛職務釀成災害罪	40
第二款 公務侵占罪	41
第三項 故意不純正不作為犯的警察職務犯罪	44

第三款 公務員洩密罪·····	46
第四款 縱放人犯罪·····	46
第五款 使犯人隱蔽罪·····	47
第六款 殺人罪、傷害罪·····	49
第四項 過失不純正不作為犯的警察職務犯罪·····	50
第四節 警察不作為犯的構成要件 ·····	51
第一項 警察純正不作為犯的構成要件·····	52
第一款 警察是否具有防止該災害的職務·····	52
第二款 警察是否廢弛職務·····	53
第三款 警察廢職結果是否釀成災害·····	53
第四款 廢職與釀災間有因果且可歸責·····	54
第五款 警察有廢弛職務故意·····	55
第二項 警察故意不純正不作為犯的構成要件·····	56
第一款 警察故意不純正不作為犯的客觀構成要件·····	56
第一目 結果或構成要件要素的實現·····	56
第二目 警察不為法所期待的行為（不作為）·····	57
第三目 警察有作為的可能性·····	58
第四目 警察有保證人地位·····	59
第五目 警察不作為與結果發生有因果關係與客觀可歸責任·····	60
第六目 警察的「不作為」與「作為」等價·····	62
第二款 警察故意不純正不作為犯主觀構成要件·····	64
第三項 警察過失不作為犯的構成要件·····	65
第一款 過失犯的行為不法·····	66
第二款 過失犯的結果不法·····	67
第五節 小結 ·····	68
第三章 警察的保證人地位 ·····	71
第一節 保證人地位概說 ·····	72
第一項 保證人說的發展·····	72
第一款 保證人地位的意義·····	72
第二款 保證人說的發展·····	73
第一目 「保證人說」前的階段·····	73
第二目 「保證人說」的開展·····	75
第二項 保證人地位的類型·····	77
第一款 從形式到實質的轉向·····	77
第一目 重視先行行為的見解·····	78
第二目 重視現實、具體支配的見解·····	78
第三目 重視事實上承擔的見解·····	78

第二目 重視現實、具體支配的見解	78
第三目 重視事實上承擔的見解	78
第四目 重視社會期待的見解	79
第二款 功能說保證人地位的類型	79
第一目 對特定法益的保護義務	79
第二目 對危險源的監督義務	82
第二節 警察的保證人地位	84
第一項 警察保證人地位—功能說觀點	84
第一款 危險共同體	84
第二款 自願承擔保護義務	85
第三款 危險源監控	86
第四款 危險的前行為	88
第五款 結合保護義務的特殊公職	88
第二項 警察保證人地位的實質理由	92
第一款 國家的保護義務	92
第一目 國家保護義務的意義	92
第二目 國家保護義務的範圍	93
第二款 警察任務與國家保護義務	95
第一目 法益保護的角度	95
第二目 危險源監督的角度	98
第三節 警察作為義務的界限	99
第一項 事務管轄與警察作為義務	99
第二項 土地管轄與警察作為義務	101
第三項 勤務時間與警察作為義務	102
第四節 小結	106
第四章 警察不作為的正犯與共犯	109
第一節 不作為參與犯概說	111
第一項 以作為形式參與不作為犯罪	111
第二項 不作為犯的共同正犯	112
第一款 不作為與不作為的共同正犯	112
第一目 形式的共同正犯	113
第二目 實質的共同正犯	114
第二款 不作為者與作為者的共同正犯	115
第三款 是否承認不作為的過失共同正犯	116
第四款 是否承認不作為的間接正犯	119
第二項 以不作為形式的共犯	120
第一款 以不作為教唆	121

第一項 得否適用作為犯的區分理論	122
第一款 客觀說	122
第二款 主觀說	123
第三款 行為支配論(主客觀混合理論)	123
第二項 不作為犯正犯與幫助犯區分理論	125
第一款 原則正犯說	125
第二款 原則幫助犯說	126
第三款 作為義務區別說	127
第三項 本文見解	127
第三節 相關實務見解	129
第一項 不作為共同正犯的實例	129
第二項 不作為的幫助犯的實例	130
第四節 不作為幫助犯的成立要件	132
第一項 不作為幫助犯的作為義務	132
第二項 不作為幫助犯的幫助意思	136
第三項 不作為幫助犯的幫助行為	137
第五節 小結	138
第五章 各種警察不作為的可罰性	139
第一節 「警察不受理」的可罰性	139
第一項 「警察不受理」的意義與型態	139
第二項 警察匿報與隱匿刑事證據罪	141
第一款 湮滅刑事證據罪成立要件	141
第一目 湮滅刑事證據罪概述	141
第二目 告訴、告發筆錄的證據法地位	142
第三目 消極不受理是否湮滅、隱匿刑事證據	144
第二款 隱匿不報的實務見解	145
第三項 大案小報與公務員登載不實罪	146
第一款 大案小報的問題點	146
第二款 大案小報與登載不實罪	147
第一目 公務員登載不實罪成立要件	147
第二目 大案小報的實務見解	147
第四項 假造報案三聯單與偽造公文書罪	150
第一款 報案三聯單的意義與目的	150
第二款 假造報案三聯單的刑事責任	151
第一目 問題緣起	151
第二目 偽造文書罪分析	151
第三目 假造報案三聯單的刑事責任	154

第二目 偽造文書罪分析·····	151
第三目 假造報案三聯單的刑事責任·····	154
第五項 小結·····	155
第二節 「警察不取締」的可罰性·····	156
第一項 「警察不取締」的意義·····	156
第二項 作為收賄對價的警察不作為·····	156
第一款 賄賂罪的保護法益·····	157
第二款 警察不作為的職務關聯性·····	158
第一目 當作賄賂對價的不作為·····	159
第二目 當作收賄對價的不作為案例·····	160
第三項 警察不取締與其他犯罪·····	162
第一款 警察不取締與公務員包庇罪·····	162
第一目 公務員包庇罪的意義·····	162
第二目 警察不取締可否成立公務員包庇罪·····	162
第二款 警察不取締與不作為幫助犯·····	163
第四項 小結·····	163
第三節 「警察不制止」的可罰性·····	164
第一項 「警察不制止」的意義·····	164
第二項 長官對部屬的犯罪制止義務·····	164
第一款 內部法關係與外部法關係·····	164
第二款 法律明文的制止舉發義務·····	166
第一目 德國刑法第 357 條·····	166
第二目 我國貪污治罪條例第 13 條·····	167
第三款 法律未明文的制止舉發義務·····	168
第一目 否定說見解·····	168
第二目 本文見解·····	169
第四款 監督過失·····	171
第一目 監督過失的意義·····	171
第二目 上級長官應否負監督過失刑事責任·····	172
第三項 同僚間或部屬對長官的舉發義務·····	173
第一款 內部告發義務·····	173
第一目 一般告發義務規定·····	173
第二目 內部舉發犯罪的義務·····	175
第二款 進言義務·····	176
第一目 進言義務的意義·····	176
第二目 公務人員對長官有無進言義務·····	178
第四項 小結·····	180
第四節 「警察不救助」的可罰性·····	180

第一款 案例簡述	181
第二款 追逐肇事的刑事責任	182
第一目 不服稽查逃逸與警察執法	182
第二目 追逐肇事責任的實務見解	184
第三目 正反意見分析與本文見解	185
第三款 熄燈離去的刑事責任	188
第一目 肇事逃逸罪	189
第二目 遺棄致死罪或不作為殺人罪	190
第三目 競合論	192
第三項 人犯自殺與警察責任	192
第一款 搞軌案	194
第一目 案例概述	194
第二目 監控不落實與警察責任	194
第二款 偷蛋郎案	196
第一目 案例概述	196
第二目 搜身不落實與警察責任	196
第三款 星探之狼案	197
第一目 案例概述	197
第二目 值勤不落實與警察責任	198
第四款 對自殺者的救助義務	198
第一目 防止自殺者的義務	198
第二目 救助自殺者的義務	199
第四項 小結	200

第六章 阻卻警察不作為犯罪成立的事由 201

第一節 阻卻犯罪成立事由概說	201
第二節 阻卻違法的警察不作為	202
第一項 不作為犯阻卻違法事由	202
第一款 不作為與法定阻卻違法事由	203
第二款 不作為與超法定阻卻違法事由	204
第二項 警察義務衝突	205
第一款 義務衝突的概念	205
第二款 義務衝突的型態	207
第三款 警察雙重義務（任務）的衝突	210
第一目 雙重任務競合適用利益衡量原則	210
第二目 偵查程序自由運用原則與微罪處理	211
第三節 阻卻責任的警察不作為	213
第一項 不作為犯阻卻責任事由	213

第二項 警察不作為與期待可能性·····	214
第一款 期待可能性的概念·····	214
第二款 期待可能性的適用範圍與判斷標準·····	215
第一目 期待可能性的適用範圍·····	215
第二目 期待可能性的判斷標準·····	216
第三款 警察不作為與期待可能性·····	217
第四節 小結·····	219
第七章 結論 ·····	221
【參考書目】 ·····	227

警察不作為犯罪之研究

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

一位朋友轉述，他母親受詐欺集團詐騙，當全家急如星火向「165 反詐欺專線」報案時，被要求先向轄區派出所備案。當至附近派出所時，又被要求須向匯款銀行所在地派出所報案。幾番折騰，半生積蓄被轉提一空。朋友氣急敗壞地說：「我固然痛恨詐騙的歹徒，但這些顛預、冷漠，坐領薪水不做事的警察更令人痛恨！」遺憾的是，這案例並非絕無僅有¹。犯罪被害人向警察單位報案，受到冷漠對待，或被要求輾轉奔波，這在媒體上時有所聞。警察經常是犯罪被害人接觸第一人，受害者希望向警察求助中迅速獲得回應，並提供必要協助。受理員警的冷漠、輕蔑、推拖或不信任態度，形同對被害者的二度傷害²。社經地位較低者，尤其容易遭到如此不平待遇。

某前內政部長的名言：「轄區有賭場或風化場所，所有民眾都

¹ 類似案例常見諸報端。例如某知名購物網站疑似資料外洩，多名顧客因此遭到詐欺集團詐騙。被詐走卅萬的陳姓婦人曾在第一時間向 165 防詐專線報案，未料警方卻要她「明天早上再到派出所報案就好」，因而錯失凍結帳戶的黃金時機。她氣憤又無助地說：「連警察都不幫，被騙只好把自己當智障……」。詳見 2007 年 11 月 26 日中國時報社會新聞版。

² 所謂二度傷害，係指接觸犯罪的受害者過程中，因為輕蔑、懷疑、不信任，甚至過度關心，使其感受到新的傷害，可能加害者來源包括媒體、刑事司法機關或家人。參閱諸澤英道，受害者學入門，（東京）成文堂，1992 年 7 月，76-83 頁。

知道，就只有管區不知道」。有些城市或地區，被戲諷為風化城或花柳街，許多人在路上曾被招攬或拉客。理論上，警察機關挾著豐沛的人力、資源，更能查察奸宄，發現不法。如果一般人都能輕易察知的犯罪或違序，警察卻長期不處理、不取締，恐怕不是「無能」二字可得解釋，背後是否有包庇、同謀或收賄等更嚴重的貪污瀆職情事，很難不令人心存疑竇³！

飆車族、黑衣人糾眾滋事，逞凶鬥狠，不是新鮮事。針對類似事件，警察如果能夠事先採取防範措施，避免犯罪暴力事件發生；或當犯罪發生時，能夠採取有效措施斷然制止，壓制黑道份子囂張氣焰，遠比事後追緝罪犯移送法辦，更能維護嚴正執法的形象⁴。相反地，如果坐視歹徒砸店⁵、暴力討債⁶或仗勢毆打車禍事件的他造⁷，在場員警毫無作為，即使事後能追緝罪犯，繩之於法，恐怕都無法彌補「政府無能、公權力不彰」的形象傷害。

「保證發生危難的人可以得到最親切迅速的救援，這正是警察

³ 如 2007 年 12 月 9 日中時電子報所載：「三重警分局員警疑與色情業者掛勾插股、收賄，遭板橋地檢署指揮調憲搜索，涉案的員警若干人遭聲押獲准。」有名案例，如喧騰一時的周人蔘案，包括檢察官及高階警官在內，疑涉收賄包庇周某之賭博電玩事業。

⁴ 如 2007 年 11 月 24 日聯合電子報所載：例如日前台中老虎城夜店，疑因店家阻止衣衫不整的客人進場，遭對方電召 30 多名黑衣人聚集包圍滋事，用咖啡座砸毀落地窗，台中市警六分局立即到場逮捕 21 人，依毀損罪嫌送辦，即時制止可能引發的大規模械鬥。

⁵ 如 2006 年 5 月 7 日各大報及電視新聞台報導，中部某分局轄內，一夥暴徒在護膚理容中心砸店鬧事，被害人報警後，受命到場的員警未採取積極處理態度逮捕人犯、制止犯罪，歹徒無視警察存在，在員警面前仍繼續囂張地打人、毀物，然後揚長而去。被害人該理容中心女經理在媒體上吶喊質疑「報警有什麼用？！」

⁶ 如 2007 年 1 月 7 日聯合電子報所載：六名討債公司的男子在台中市街頭公然動用私刑將債務人拖出車外，持球棒、磚頭，在眾目睽睽下毒打，引起政府高層震怒。警方調查發現，他們都是「華信公司」員工，經聯邦銀行委託，追回謝姓男子逾期未繳貸款所擔保的小客車。

⁷ 此為發生在台北市街頭的實際案例，因為車輛擦撞，糾眾圍毆他造遊覽車司機。到場警力袖手旁觀，引發輿論抨擊。

制度存在的根本原因。」⁸危難尚未發生，警察應採必要的預防措施；危難既已發生，應即救護，避免災害擴大。例如，相關公安檢查未落實，餐廳發生大火致多名顧客傷亡⁹；搶救受困急流的民眾，因攜帶裝備不足而致民眾滅頂¹⁰；追逐未停車受檢車輛，至該車失控落入河中，未施救護，悄然離去¹¹。這些除了行政疏失，難道沒有進一步追究刑事責任的空間？

警察基於治安維護目的，依據警察法、刑事訴訟法等相關規定，可歸納出警察有危害防止與犯罪偵查兩大任務。治安良窳，警察雖非唯一須負責的機關，但說是最重要一股力量絕不為過。對警察，民眾可以樂觀地期待事前做好預防工作，讓宵小無機可趁，犯罪不致發生；當偶有犯罪發生，最好警察就像電影裡的蝙蝠俠或蜘蛛人，凌空而降，讓罪犯當場就伏；或有漏網之魚，警察也能像小說中福爾摩斯或柯南，從蛛絲馬跡中讓真兇實犯無所遁形。

但現實的情況是：犯罪或可控制，但不可能消滅。對於犯罪的防治、追緝，警察仍有許多可待進步的空間。基於警力配置、器材設備、專業能力或其他主、客觀條件限制，警察可以被期待，但不應該被苛求。然而，如果問題不是出在警察「不能為」，而是「不

⁸ 這是林東茂教授的用語。見林東茂，刑法綜覽，6版，一品，2009年9月，1-198頁。本文參考月旦法學雜誌撰稿範例，依引注格式規定，「初版無須註明版次，作者自版，亦不須註明出版者」。以下同。

⁹ 台中市威爾康西餐廳大火案。1995年2月15日，台中市中港路衛爾康餐廳，因瓦斯外洩發生重大火災，內部人員與顧客避難逃生不及，造成64人死亡，11人受傷慘劇。1995年3月1日起消防與警察正式分家，消防安全檢查已非警察業務。

¹⁰ 八掌溪案。2000年7月某日，4名工人在嘉義縣八掌溪進行堤防修護工程，大雨引發洪流，因救援單位彼此推諉及攜帶器材不足等問題，被困在消波塊中的4人陸續被沖走罹難。事後究責，行政院副院長、警政署、消防署兩署長因此下台。一千公務員被依刑法第130條廢弛職務釀成災害罪起訴，但最後僅承包商被依業務過失致死罪判決有罪（臺灣高等法院臺南分院90年度上訴字第146號刑事判決）。

¹¹ 發生於台北縣深坑鄉的陳年舊案，情節印象深刻，但資料不詳。

願為」、「能為而不為」，則應予嚴重譴責，甚至追究相關法律責任。

警察是個將近八萬人的大團體，良莠不齊，在所難免。儘管我們深信，絕大多數警察同仁都是熱愛這分職業，兢兢業業，堅守本分。但少數警察個人的偏差或犯罪，在媒體的渲染助瀾下，執法者犯法的形象，往往賠上整體警察團隊信譽，甚至葬送民眾對政府的信心。

警察犯罪，也不外乎積極濫用職權與消極瀆職不作為兩大類型。前者乃執行警察工作時，超越職權，恣意妄為，做了不該做的事，是作為犯；後者是廢弛職務，敷衍塞責，不做該做的事，是不作為犯。警察不作為，是一種特定的法益侵害方式。警察從法律執行者，變成法律的破壞者，是職務犯罪的一種典型。與作為犯比較，司法實務上不作為犯的案例較少，警察犯罪也以作為犯的型態居多。但不作為犯相對隱微，存在相當高的犯罪黑數，我們不能視若無睹，自欺欺人，忽視這類型犯罪的殺傷力。

本文研究警察不作為犯罪，不表示作者迷信倚賴刑法，可以解決所有警察執勤態度的問題。警察制度的完善，也不是藉著將責任歸咎在部分員警身上，或冠以刑事罪名就可以達成，而是需要有識者各界多予關懷與督促¹²。本文寫作動機，不在指涉特定警察不作為個案是否構成刑責問題，而是就常見的警察不作為類型，嘗試釐清其可罰性。希望藉由法律層面的探討，喚起員警同仁消極不作為

¹² 例如：高雄市議員關切酒駕選民，辱罵並打傷執法警察，因而被銬上手銬。但稍後警察礙於壓力，沒有製作筆錄，放任議員離去。本案高雄地方法院以 97 年度訴字第 802 號刑事判決，將囑咐放人的交通大隊中隊長判處「公務員過失致人犯脫逃罪，處有期徒刑伍月。」（資料來自司法法院網站）又如，中部某警察單位協助民意代表，將交通違規之相片「抽單」，相關人員因而被追訴刑責。這些實例，說明警察面對主宰預算生殺大權的地方議會時，顯現的弱勢，以及動輒得咎的無力感。此二案例幾位員警被起訴、判刑的遭遇，雖然值得同情，但應可對警界發揮警惕作用，甚至是往後拒絕關說的「護身符」，對整體警察而言，應該有正面意義。（資料參考法源資料庫：「高市議員關說酒駕反被銬，員警縱放遭起訴」<http://www.lawbank.com.tw/index.php>，到訪日期：2008 年 11 月 5 日。）

可能構成犯罪的意識，建立「不做也會錯」的正確認知，而能積極任事，善盡治安維護的責任。

第二項 研究目的

警察不作為，是存在當前警察實務上一個較為敏感的問題，也受到社會各界的關注。警察不履行，或者拖延履行法定職責的行為，經常見諸新聞媒體，嚴重損害了警察的自身形象。事實上，不作為所造成的社會危害性，不亞於作為的違法行為，而人們對不作為犯的重視，顯然遠遠不及於作為犯。

本研究擬從理論與警察實務的角度，對警察不作為行為進行探討，釐清不作為行為的法理基礎，細探不作為行為的表現形式，確定不作為行為的刑事責任。以下是本論文的研究重心：

一、探討警察作為義務的來源與界限

為了正確地適用刑法，對員警的不作為犯罪予以制裁，應當從警察的角度，深入研究不作為犯理論。不作為犯，以有作為義務存在為前提。警察不作為犯罪，也以作為義務存在為前提。警察作為義務的依據為何？警察任務、勤務與業務規定，與警察的作為義務的關聯性為何？警察的作為義務與其管轄區域、勤務時間關係為何？這些問題的釐清，乃本論文研究目之一。

二、分析各種警察不作為的可罰性

本論文擬針對實務上最常見，最為人詬病的幾大類型，例如對於告訴、告發案件「不受理」（即俗稱「警察吃案」）、對於轄區內的犯罪或違序「不取締」、對於警察機關內部的犯罪「不制止」及遇到生命危難者「不救助」等，分別檢討可能該當的罪名，乃本論文研究目的之二。

社會科學研究方法學者指出，分類的原則為：（1）類別是根據

研究的問題和目的而建立的。(2) 各類別是窮盡而無缺的(exhaustive)。(3) 各類別是互斥(mutually exclusive)而獨立的。(4) 各類別是根據同一分類向度(dimension)的¹³。警察不作為，是個開放性的概念，其表現出來的型態，充滿無限可能。列舉檢討，挂一漏萬，勢難避免。本論文所欲探討的範圍，顯然無法涵蓋所有警察不作為的型態，彼此也非完全互斥與獨立，僅能代表作者主觀、目的性選擇下，設定本論文所欲討論的重心與方向。

三、說明可能阻卻警察不作為犯罪成立的事由

警察工作有其專業性與複雜度，如果警察一有不作為情形，動輒以刑罰相繩，也有不盡合理處，如符合一定情事，應可阻卻警察不作為犯罪的成立。例如，警察基於「法益衡量」的觀點，處理敏感性群眾事件時，為避免過激手段刺激群眾，而暫時軟化執法強度；或預估因逮捕輕微犯罪，將引發更大危害的可能，應可暫時不作為，此應係本於危害防止任務法定裁量權的當然解釋。「法益衡量」需視個案而定，「法益」涉及「不確定法律概念」，警察「判斷餘地」大小，仍應受到司法機關的最後審查。警察行使法定裁量權的原則，及司法審查警察裁量權的界限為何？各種阻卻警察不作為犯罪成立的事由，乃本論文研究目的之三。

第二節 研究方法與限制

探討警察不作為犯罪，可以從不同面向著手。例如從犯罪學或社會學角度，研究警察不作為犯罪的現象、成因、影響乃至防範的方法等。本論文的研究重點擺在刑事實體法學面向，探討常見的警察不作為的可罰性；另外因為探討警察的作為義務，也會大範圍涉

¹³ 參閱楊國樞、陳義彥，資料的分析與解釋，收錄於楊國樞等合編：社會及行為科學研究法（下冊），東華，13版，1989年10月，761-765頁。

及警察行政法領域。本文以法規範的研究為重心，作為法規範研究前提的犯罪現象面，例如關於犯罪事實的描述與統計，只當成本文輔助而非重點，因此採用的相關實證資料皆屬於二手，而非直接調查或觀察所得，這是本文的侷限之一。

本文主要研究方法為文獻探討法 (Literature Survey Method)，首先廣泛蒐集與不作為犯理論、警察職權有關的期刊、論文、著作、研究報告與判例等文獻，並針對現有的研究成果分析及歸納，建立本文的研究架構。並就本文所探討問題的現況，指出先前研究不足部分，提供相關的建議。

其次為比較研究法 (Compare Research Method)，即透過比較外國相關文獻及實務見解，深入研讀，歸納演繹，作為本研究立論的參考。比較對象主要為歐陸法系國家，特別是德國和日本。現代不作為犯理論的發展，係從德國開始，其刑法理論特重理性思辨和邏輯演繹，使得不作為犯的理論粲然大備。日本許多學理固然也深受德國影響，但在日本目前欠缺不作為犯總則性規定（如我國刑法第 15 條、德國刑法第 13 條）情形下，為調和與罪刑法定原則的緊張關係，其論理說據更見用心，因此也是本文選擇比較對象¹⁴。因礙於仍無能力自在閱讀德文，關於德國文獻或實務見解，以間接從中文或日文文獻中援引參用為原則，這也是本研究的侷限。

最後為案例研究法 (Case Research Method)，希望本研究對實務工作者具參考價值，因此藉由一些實際案例作為討論題材。案例主要來源包括：

（一）報章、雜誌、電子報的報導：雖然這些報導未必呈現

¹⁴ 理論上所有結果犯均有不純正不作為犯，但日本至今判例卻僅承認殺人罪、詐欺罪及放火罪有不純正不作為犯，主要原因正是從罪刑法定原則來思考，恐過度承認有擴張適用之疑慮。見川端博著，余振華譯，甘添貴監譯，刑法總論，元照，2008年6月，34頁。

真相的全貌，但本研究目的不在探索個案的正義，因此在已知的條件下，仍可做為刑事法學分析的材料。

(二) 最高法院的判例或各級法院的判決：拜電腦化之賜，大多數裁判可經由網路輕易查得。本研究原則以司法院法學資料全文檢索系統查詢得到的案例為基礎¹⁵。司法院法學資料電腦化前的各級法院裁判，想必也有珍貴、妥適的案例可供參用，但作者心餘力絀，只能留待將來作為擴充研究的目標。

(三) 國家賠償（包括日本、我國）的案例事實：日本與我國國賠制度均已運作純熟，步入軌道。因警察的不作為，而導致國家機關須負賠償責任情形，也已累計許多案例可考¹⁶。雖然國家賠償的條件，與犯罪的成立要件未必一致¹⁷，這些國賠案例相關人員未必被追究刑事責任，但本於案例呈現的事實，探討難道沒有成立刑事責任的空間嗎？

(四) 中國大陸的實際案例：中國大陸地廣人多，奇聞軼事，隨時可見。拜網路方便，發生在彼岸的鮮事怪事，海峽這端也能輕易得知。雖然兩岸法制並不一致，但發生在中國的案例，也可能已經或將來發生在台灣，因此用台灣的法律來解答中國的案例，仍然饒富實務價值。

¹⁵ 除少年事件及性侵害相關裁判依法不得公開者外，其他裁判均可由司法院法學資料全文檢索系統中查得（但各級法院電腦化期程並不一致）。筆者係以「不作為犯」+「作為義務」+「刑法第 15 條」條件，逐一搜尋各級法院，檢索與警察不作為有關案例以供研究。以下本文提到的判例或判決，除特別註記者外，均查詢自司法院法學資料全文檢索系統，不再逐一贅言。

¹⁶ 文獻可參閱：羅明通，從衛爾康事件論公法上權利與反射利益之分界，收錄於羅明通、林惠瑜合著：英國行政法上合理原則之應用與裁量之控制，1995 年，181-229 頁；李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任--臺中地方法院 86 年度重國字第 3 號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第 469 號解釋評釋，臺灣本土法學雜誌，2000 年 6 月；蔡春富，從國家賠償法論警察不作為之違法性，中央警察大學警政研究所，1989 年碩士論文；王寬弘，論警察之國家賠償責任，中央警察大學警政研究所，1988 年碩士論文。

¹⁷ 島田聰一郎，國家賠償と過失犯一道路等管理担当公務員の罪責を中心として一，上智法學論集，48 卷 1 期，2004 年 8 月，17-22 頁。

第三節 中文文獻回顧與啟發

第一項 中文文獻回顧

有文獻指出：「不作為犯大概是刑法理論中一個永遠不會冷門的問題，充滿了神秘而難以捉摸的色彩，這個無數學者費盡心力企圖扳倒的理論怪獸，至今似乎仍然屹立不搖。事實上，自 Armin Kaufmann 的功能說以降，各家見解百花齊放，其理論見解之多樣豐富，在刑法史上大概只有故意理論可以與之一較高下。」¹⁸這樣的形容，應該不算誇大。

以筆者掌握的繁體中文文獻，屬於教科書部分者，都有專章¹⁹或專節²⁰，或詳或略，介紹不作為犯的基礎理論；此外，專業期刊也屢屢有質量俱佳的學術論文出現²¹，例如蔡聖偉教授先後刊出的「論故意之不法前行為所建構的保證人義務」、「論故意之不純正不作為犯（一）（二）」；探討保證人地位的有盧映潔教授「論危險前行為的成立要件」、劉幸義教授「不純正不作為犯的防止結果義務」；因為「醫生與癌妻」²²這個本土案例而產出的有林東茂老師「當愛已

¹⁸ 資料來自 2002 年 4 月 18 日高點法律電子報第 78 期。文章標題為「刑法之不作為理論—許（玉秀）、黃（榮堅）兩家見解介紹」。見 <http://www.license.com.tw/lawyer/learning/teach/tcm024.pdf>。最後上網日期：2009 年 10 月 23 日。

¹⁹ 如林山田，刑法通論（下冊），10 版，2008 年 1 月；林東茂，刑法綜覽，6 版，2009 年 9 月；林鈺雄，新刑法總則，2006 年 9 月；黃榮堅，基礎刑法學（下），2 版，2004 年 6 月；余振華譯，川端博著，刑法總論 25 講，1999 年 11 月；蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月。書海浩瀚，遺珠難免。這些是筆者擁有的較新教科書，依出版近遠排列。

²⁰ 如柯耀程，通識刑法，2007 年 9 月；柯耀程，刑法概論，2007 年 4 月；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006 年 6 月。

²¹ 原則上以筆者擁有的 2000 年以後論文為限。下文如有引述，會忠於學術規範據實引註。此處省略文章詳細出處及副標題。如需查考，可參閱文末中文期刊資料索引。

²² 這是極其有名的本土不作為犯案例。一名變心、另結新歡的家醫科醫師，企欲擺脫身體羸弱且罹癌的病妻，當妻子因身體異狀向其查詢時，虛與委蛇，並勸阻其向其他醫生求診。該醫師從一

警察不作為犯罪之研究

成往事」；探討不作為過失犯的有鄭逸哲教授「剖析不純正不作為業務過失犯構成要件」、張麗卿教授「過失不純正不作為犯」；黃惠婷老師也貢獻了「不純正不作為犯之著手」、「作為與不作為之區別」兩篇精彩短文；翻譯德國文獻的有陳志輝教授「德國不作為犯學理的現況(上)(下)」、蔡震榮老師「不作為犯」。此外，甘添貴教授的「不作為與片面從犯」、余振華教授以日文撰寫的「不作為による共同正犯の比較・研究」，則將不作為犯帶進參與犯領域探討；筆者兩篇拙著「兒童虐待與不作為之參與犯」、「警察不作為之職務犯罪初探」²³，也濫竽於文獻之列。

另外一些文章，將不作為犯與分則部分犯罪結合探討者，例如關於肇事逃逸罪的有林東茂老師「肇事逃逸」、高金桂教授「有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合問題」、盧映潔教授「論刑法第一八五條之四『肇事致人死傷逃逸罪』的法益保護」、陳子平教授「危險駕駛動力交通工具罪與肇事逃逸罪」等；林東茂老師兩篇探討「不作為詐欺」；指出侵占罪是純正不作為犯的有鄭逸哲教授「侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件」、高金桂教授「侵占罪之構成要件分析」等。

又有一些文章，將不作為犯與某些職業領域結合探討者，例如探討網路服務與不作為犯者有盧映潔教授「由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性」、顏上詠「從 Kuro 與 ezPeer 司法爭訟個案來看網路音樂產業之管理法制分析」；探討醫

審被依殺人未遂判處無期徒刑，到二審改依重傷罪處五年有期徒刑，最高法院發回更審後，高院更一審峰迴路轉改判無罪。本案醫師到底是作為或不作為？作為義務依據為何？應該當何罪名？處處充滿討論空間。

²³ 曹昌祺，兒童虐待與不作為之參與犯，刑事法雜誌，51卷5期，2007年10月，93-114頁；曹昌祺，警察不作為之職務犯罪初探-以警察不制止犯罪為中心，警專學報，4卷2期，2007年12月，33-46頁。

療不作為犯者有陳志龍教授「論醫療過失的不純正不作為犯」、陳聰富「醫療行為與犯罪行為(上)(下)」、陳子平教授「醫師違反緊急救治義務之刑事責任」、盧映潔、葛建成「從醫療人球事件論醫師之刑事過失責任」。此外，尚有十餘篇學位論文，從不同角度加入不作為犯的討論行列中。這些大作，不但豐富了中文不作為犯的文獻資料庫，也對本論文以下文思與架構開展，做出實質而珍貴的貢獻。不作為犯簡體中文文獻，數量更為可觀，必要時本文也會適度引用參考。

第二項 對本文的啟發

從以上文獻回顧，可看出不作為犯是個歷久彌新的題材。即使是文獻充棟的基礎理論領域，只要強調的重點不同，「舊瓶」中注入「新酒」，仍可以有學術上的貢獻。另外，探討以不作為方式觸犯某項罪名，或某職業領域與不作為犯的關係，都有開展的空間。幾位有醫生背景的研究者，探討醫療不作為的問題²⁴，將研究與工作、需求結合，尤其令人讚佩！

警察不作為的行政責任，向來是學術研究的重心²⁵；警察不作

²⁴ 例如葉文正，醫師不作為醫療的刑法問題，成功大學法律研究所，2004年碩士論文；王宗倫，論民眾不為醫療上急難救助之刑事責任，東吳大學法律學系，2005年碩士論文；林榮第，傳染病防治與相關刑事法律問題之探討，東吳大學法律學系，2006年碩士論文。林醫師是SARS爆發時台北市立和平醫院感染科主任，遭起訴指控隱匿SARS疫情，涉嫌廢弛職務釀災罪。地方法院判決無罪（臺北地方法院92年度矚訴字第1號刑事判決），檢方上訴後，因刑法第10條公務員定義修正，醫師不再具有公務員身分而免訴判決（臺灣高等法院94年度矚上訴字第74號刑事判決）確定。

²⁵ 以學位論文為例，有王偉益，我國現行警察人員獎懲問題之調查研究，中央警察大學警政研究所1989年碩士論文；邱子珍，我國警察人員對現行考核制度滿意程度之調查研究-以台北市政府警察局為實証單位，中央警察大學警政研究所1990年碩士論文；鄭惠心，我國公務員懲戒權與考績權之研究-兼論警察人員之懲戒權與考績權，中央警察大學警政研究所1992年碩士論文；謝涵機，我國現行警察人員獎懲制度之研究，台北大學公共行政暨政策研究所2002年碩士論文；陳慶順，警察人員獎懲法制之研究，中央警察大學警政研究所2005年碩士論文；蕭景徽，臺中縣警察局獎懲制度與員警效能關係之研究，逢甲大學公共政策研究所2006年碩士論文。

警察不作為犯罪之研究

為的國家賠償責任，也已累積相當文獻²⁶；綜覽繁體中文文獻，警察不作為的刑事責任，並未受到關注²⁷。我關心警察不作為的議題，因此選擇以「警察不作為犯罪」為研究題目，希望對警察學術奉獻綿薄心力，更希望對改造實務機關不作為現象發揮影響力。

第四節 研究架構與大意

本論文計分為七章，有關各章節的脈絡及論述內容重點，謹說明並建構如下：

第一章緒論。包括研究動機、目的及研究方法、架構，中文文獻回顧。透過引言，說明本文論述的重點，及交代切入問題的面向。

第二章警察不作為犯罪概論。從警察的觀點，帶入不作為犯的基礎理論。探討內容包括警察不作為的意義與範圍、行政警察不作為與司法警察不作為、警察不作為犯罪的分類，及警察不作為犯罪的成立要件等問題。

第三章警察的保證人地位。首先簡要介紹作為義務的學說演進史，再分別從形式與實質觀點，討論警察作為義務的依據，最後探討警察作為義務的界限。

第四章警察不作為的正犯與共犯區分。探討在不作為犯領域，如何區分正犯或共犯，並說明不作為幫助犯的成立要件。

第五章各種警察不作為的可罰性。擬分別探討「警察不受理(吃案)」、「警察不取締」、「警察不制止」與「警察不救助」等問題。

²⁶ 參閱蔡春富，從國家賠償法論警察不作為之違法性，中央警察大學警政研究所，1989年碩士論文；王寬弘，論警察之國家賠償責任，中央警察大學警政研究所，1988年碩士論文。

²⁷ 當論文題目敲定，蒐集資料過程中，發現簡體中文文獻中，有幾篇探討警察不作為犯罪的著作，想必此一議題，在中國大陸也頗受關注。包括：申智軍、吳培玉，公安機關人民警察職務不作為論，北京：群眾出版社，2006年6月；邢曼媛，員警不作為犯罪的若干理論問題，山西高等學校社會科學學報，18卷12期，2006年，91-94頁；邢曼媛、張惠芳，人民警察執行職務中的不作為犯罪研究，山西警官高等專科學校學報，13卷3期，2005年，20-24頁；楊寶宏、劉海，試論人民警察不作為，西南政法大學學報，5卷1期，2003年，90-93頁。

第六章阻卻警察不作為犯罪成立的事由。分別討論警察義務衝突與欠缺期待可能性等阻卻警察不作為犯罪成立的事由。

第七章結論。

警察不作為犯罪之研究

第二章 警察不作為犯罪概論

馬英九總統在 2009 年元旦祝詞中，要公務員「學觀世音菩薩聞聲救苦」¹，積極為民興利，為民造福。想必是馬總統親自體會到，或是接收到民意反映，認為公務員體系消極不作為，推拖不負責，因而對公務員的特別喊話吧！

不過，公務員畢竟不是宗教家，規範公務員的，自有一套公務員相關法制。要全面的改造公務員，需從最基本的態度改造起。配合相關法律的合理修正²，鼓勵公務員發揮工作熱忱，體認自己所屬公務機關的使命，不墨守成規，不抱殘守缺，才能在工作範圍內，積極為民服務。警察機關是公務機關的一環，「警察」是最具機動性與執行力的團體，分布最廣，與民眾接觸最頻繁，動見觀瞻，最受矚目。警察服務態度好壞，影響整個政府形象。

猶記得筆者初接受警察養成教育時，「警察學」教科書不斷告訴我們，警察要作人民的「君、親、師」，「作之君管理人民，作之親愛護人民，作之師教育人民」。其實，做為一個民主、法治時代的警察（甚至所有公務員），只要認清楚自己的公僕角色，當你自願性地參加考試，接受教育訓練，經過任用銓敘，就與國家間訂立契約³。基於這契約關係，你可以享受某些權利，例如保持身分，非

¹ 摘自 2009 年 1 月 2 日，聯合晚報社論：@ <http://udn.com/>。上網日期：2009 年 1 月 23 日。

² 例如在 2001 年刑法圖利罪修正前，公務人員可能動輒因圖利罪名遭到約談、起訴、判刑的風險，自然讓公務員在業務作為上趨向消極保守，因此才有圖利罪構成要件的修正。參閱甘添貴，圖利與保密(上)，日新，4 期，2005 年 1 月，81-85 頁；柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析(上)(下)，月旦法學雜誌，80 期，2002 年 1 月，196-209 頁；81 期，2002 年 2 月，106-121 頁。

³ 人民基於憲法所保障的「服公職權利」，依法考銓任用，而與國家發生法的關係，這種關係稱為「公法上職務關係(釋字 396、430)」或稱之為「公法上的忠勤服務關係(釋字 312)」。參閱李惠宗，行政法要義，元照，3 版，2007 年 2 月，175 頁；陳新民，行政法學總論，三民，2005 年 9 月，220 頁。

依法不會被免官或免職；受領俸給（包括本俸、年功俸及加給）；請求退休金…等權利（警察人員人事條例第 4、22 條）。然而，你同時須擔負一些義務，例如忠誠、服從、守密、保持品行、政治中立等義務（公務人員服務法第 2、4、5、13 條）。

其中，依公務人員服務法第 1 條「公務員應遵守誓言，忠心努力，依法律命令所定，執行其職務。」第 7 條「公務員執行職務，應力求切實，不得畏難規避，互相推諉，或無故稽延。」你有切實執行職務的作為義務。當你不作為時，依同法第 22 條「公務員有違反本法者，應按情節輕重，分別予以懲處，其觸犯刑事法令者，並依各該法令處罰。」你就必須承擔行政或刑事責任的制裁，國家也可能擔負國家賠償的責任。

第一節 警察不作為的意義與範圍

第一項 警察的意義

探討「警察不作為」，應該先界定「警察」的意義與範圍。本文必須承認，在本論文中，「警察的意義」不該是個重要議題。為了判斷是否為適格的行為主體，刑法比較關注的，應該是「是否為公務員」，或「是否為具備某項職務的公務員」，但沒有哪個犯罪，限定必須具有警察身分才能觸犯。這裡討論警察意義，只是為了界定哪些事例，可以歸入「警察不作為」的範圍。

依警察法學者研究，警察的意義，可區分為學理上警察與組織法上警察；警察人員，也有組織法上意義與功能上意義的不同⁴。學理上的警察，乃將具有維持社會公共安寧，或公共利益為目的，並

⁴ 參閱李震山，警察行政法論—自由與秩序之折衝，元照，2007年9月，5-8頁；梁添盛，警察法專題研究（二），2004年9月，163-164頁；宮田三郎，警察法，信山社，2002年7月，8-9頁。

以命令、強制為手段等特質的國家行政作用，或國家行政主體，概稱為警察，是廣義的警察或實質意義的警察⁵。在此定義下，凡負有危害防止職權者，皆為功能上的警察機關。除一般理解的警察機關及其人員外，治安行政的情報、海巡、移民機關，法務行政中的調查局人員、檢察事務官、行政執行官⁶、監獄官等，立法行政中的駐衛警，司法行政中的法警，甚至凡有可能行使強制干預權力的建管、環保、社政、消防、戶政…等秩序機關或人員，乃至受託行使公權力的私人，都可以包括在內⁷。

組織意義的警察，是狹義的、形式意義的警察。限於警察法所明文規定的機關及人員⁸，不包括僅具警察作用或負警察任務的其他機關與人員。

警察與警察人員，概念不完全一致。「警察」常屬泛稱，「警察人員」則指具有警察法定身分者⁹。警察機關組織編制內的人員¹⁰，包括：

⁵ 參閱宮田三郎，警察法，信山社，2002年7月，7-8頁。

⁶ 釋字第588號（2005年）解釋理由謂：「憲法第8條第1項『非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕、拘禁』的『警察機關』，乃採廣義，凡功能上具有前述『警察』之意義、即法律規定以維持社會秩序或增進公共利益為目的，賦予其機關或人員得使用干預、取締之手段者，概屬相當，並非僅指組織法上之形式『警察』之意。」因此，行政執行法第19條第1項關於拘提、管收交由行政執行處，派執行員執行之規定，與憲法意旨尚無違背。

⁷ 參考李震山，德國警察制度之探討，中山社會科學季刊，6卷3期，1991年9月，16-17頁；林昱梅，德國營業法上之危害防止措施及行政救濟，逢甲人文社會學報，1期，2000年11月，296頁；江玉林，近代初期的警察，月旦法學教室，20期，2004年6月，116-123頁；江玉林，歐洲近代初期「警察」與「警察學」的考古，收錄於：刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，9-22頁。

⁸ 警察法施行細則第10條第1項規定：「本法第九條所稱依法行使職權之警察，為警察機關與警察人員之總稱。」警察職權行使法第2條第1項也規定：「本法所稱警察，係指警察機關與警察人員之總稱。」即採組織法上的警察意義。

⁹ 警察人員人事條例第3條：「本條例所稱警察人員，指依本條例任官、授階，執行警察任務之人員。」

¹⁰ 參閱李震山，警察行政法論—自由與秩序之折衝，元照，2007年9月，135-138頁。

一、具有警察官身分的警察人員。大部分為依警察人員人事條例第 3 條，及有關法規遴選任用或遴派的警察官，即經警察特考及格分發任用，得行使警察法第 9 條職權的警察人員。此外，尚有「未取得任官資格」，而依警察人員人事條例第 40 條之 1「暫支領警佐待遇人員」，於警察官監督下，協助執行勤務的警察基層人員¹¹。

二、在警察機關內服務，而不具有警察官身分的人員。為依警察人員人事條例第 39 及同條例施行細則第 18 規定，服務於警察機關的主（會）計、人事、文書、庶務及其他非執行警察勤務，而依各警察機關組織法規所定簡、薦、委任官（職）等一般行政人員。

三、依法聘用的警察教育人員，及各級警察機關組織法所規定技術職務人員。如技正、技士、技佐等技術人員；以及其他約聘僱用人員，如司機、工友、技工等。

四、依替代役實施條例第 4 條所定的服警察役人員。又依本條例第 18 條授權訂定的「內政部替代役警察役役男服勤管理要點」規定，各該役男也得執行特定警察勤務。

上述人員，若以「有無警察官身分」為標準，則組織意義的警察人員，應專指第一類人員；若以「得行使警察法第 9 條的警察職權」為標準，則應包括第一、四類人員。其他第二、三類人員，則屬服務於警察機關的一般行政人員或教育人員。另外，中央警察大學或台灣警察專科學校，未具警察官身分或一般公務員身分的「在學學生」，依學校指令支援勤務或實習，必要時也得行使警察職權，但此不包括為組織意義的警察人員，若有明確法令授權，在現職警

¹¹ 警察人員人事條例第 40 條之 1：「（第一項）中華民國八十七年以前入學之警察大學、警官學校學生，或中華民國八十八年以前入學之警察專科學校、警察學校學生，畢業後未取得任官資格者，得暫支領警佐待遇，於警察官監督下，協助執行勤務。（第二項）前項暫支領警佐待遇人員之勤務、任免遷調、獎懲考成、薪給、退休撫卹及其他相關事項之辦法，由內政部定之。（第三項）本條例中華民國九十六年六月十五日修正之條文施行前，經依有關法令進用之其他現職警佐待遇人員，準用前項辦法。」

察人員帶領指導下，此時為行政輔助者（Verwaltungshelfer，或譯為行政助手）身分¹²。

綜上所述，「警察」一詞，包含「警察機關」與「警察人員」兩層意義。警察人員，又有組織意義與功能意義的區分。「警察機關」不具犯罪能力¹³。基於個人責任原則，本文所謂「警察」，是指個別警察人員。一般人直接認知的警察，是組織意義上的警察。因此，本文探討的「警察」不作為，也以組織意義上「得行使警察法第9條的警察職權」的個別警察人員為限，包括：依警察人員人事條例有關法規遴選任用或遴派的警察官，及暫支領警佐待遇人員的警察基層人員，與依替代役實施條例所定的服警察替代役人員。

第二項 警察不作為的概念

第一款 警察不作為的意義與原因

警察不作為，是指警察人員應當履行某種法定作為義務，且有能力履行而不去履行，包括拒絕、放棄、推諉、不完全履行職責等情形¹⁴。造成警察消極不作為的因素很多，可能是面對政治力介入的無力感¹⁵，養成警察退縮不作為的反應；可能是出於對法律解釋

¹² 參閱李震山，警察行政法論－自由與秩序之折衝，元照，2007年9月，136頁。

¹³ 現行法制對於法人的制裁，係採折衷式。原則上認為法人並無犯罪能力，故在核心刑法中不設法人的處罰規定；惟就有效嚇阻法人違法的目的觀，則例外地在附屬刑法中設有法人的刑罰制裁規定。而這些刑罰條款，係併採行兩罰制與代罰制的立法例。警察機關是法人的機關，當然也無犯罪能力。參見林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-90頁；蘇俊雄，刑法總論II，修正版，1998年12月，50-60頁。

¹⁴ 國內沒有「警察不作為」相關的立法定義。參考中國大陸「瀋陽市公安局追究執法不作為責任暫行規定」（2006年10月10日頒布）第二條：「本規定所稱不作為，是指人民警察依法應履行某種法定職責或特定義務，而不履行或拖延履行該職責或義務的行為。前款所稱不作為，包括拒絕、放棄、推諉、不完全履行職責等情形。」資料來源：

（<http://www.shenyang.gov.cn/web/assembly/action/browsePage.do?channelID=1158644667232&contentID=1162256988786>）最後上網日期：2009年2月4日。

¹⁵ 例如中國國台辦官員張銘清（2008年10月）、陳雲林（同年11月）前後訪台，警方面對「抗議噶聲」的群眾，採取的保護措施，過或不及，警察永遠承受最多的指責。

警察不作為犯罪之研究

的錯誤認知而不作為¹⁶；也可能是抱著「多做多錯、不做不錯」的錯誤心態，尸位素餐；警察的不作為也可能就是犯罪的手段或對價¹⁷；基層員警不作為的原因，甚至可能是來自上級的授意，或揣摩上意的結果¹⁸。當然，警察的不作為也可能純粹就是惰懶、欠缺職業道德與工作熱情。

第二款 警察不作為的型態

從本質上看，不作為是對法定義務的一種否定。不作為不是什麼都沒有做，不是自然狀態中的空和無，而是沒有履行社會所期待的特定作為。例如，空中緊急事故時，機長被期待的是採取應變措施，捨此不為，縱使再怎麼虔誠地唸佛、禱告，仍是不作為¹⁹。在具體的現實社會關係中，不作為不僅可以表現為一定的行為，而且會有各種各樣的形式，既可以表現為不履行義務的消極行為，也可以表現為逃避義務、拒抗履行義務的積極行為。無論是消極地不履行義務，還是積極地逃避、抗拒履行義務，都是不作為的具體表現。

¹⁶ 例如誤以為傷害、毀損等告訴乃論之罪，須告訴權人提出告訴，始能逮捕現行犯。事實上，實務及通說見解均認為：現行犯或準現行犯，不問何人得逕行逮捕的規定，並未有告訴乃論與非告訴乃論之分，法無禁止自可逮捕；且告訴乃論係訴追條件而非偵查條件，犯告訴乃論罪之現行犯，未經告訴前其起訴僅屬與法不合，尚可逕行偵查，既可偵查犯罪，自得逮捕。

¹⁷ 例如接受賄賂而不取締犯罪或違規等。

¹⁸ 日本文獻分析，警察不作為之原因，最重要為「警察幹部直接參與、民事不介入原則、輕視輕微案件」，參閱來瀧三郎，腐蝕せる警察，社会批評社，2000年12月，147-152頁。國內，一份針對台北市員警所作的問卷調查結果，與前述日本文獻，不謀而合。其中「您認為員警同仁拒絕受理民眾報案最主要原因」，答案依序為：長官施壓（36.5%）、為了單位績效（29.6%）、個人怕麻煩不願意受理（16.3%）、警民認知不同（15.5%）、其他（2.0%）。資料來源：李金田，警察風紀與形象之探討，日新，2期，2004年1月，111頁。許多治安首長提出背離常理的政策（或口號），為了帳面上達到首長的要求，於是「上下交相賊」，結果犧牲的是公權力的形象與人民的信賴。

¹⁹ 2005年一架ATR型渦輪螺旋槳客機墜入義大利西西里島外海，造成十六人喪生。調查空難原因的檢察官認為，油錶故障是造成客機失事的部分原因，而機長遇事慌亂，只顧大聲禱告，未遵照緊急程序，採取應變措施，也難辭其咎。機長與副駕駛被義大利法庭判處十年徒刑。見中時電子報（<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090326/4/1gpmt.html>）。上網日期：2009年3月26日。

第一目 依不作為的形式區分

不管是「完全不作為」或「不完全作為」，未為社會所期待的「有效救援行動」²⁰，就是不作為。但在判斷行為人究竟出於故意或過失，或其不作為應該當何種罪名時，區分警察不作為的具體型態，仍有實質意義。警察不作為可類型化成下列幾種²¹：

一、擅離職守。警察不遵守法律、法規對其職責的要求，在執行職務的過程中擅自脫離工作崗位，因而沒有履行職責。簡單講，就是「該當班，卻翹班了」。例如：員警奉命擔任大型活動秩序維持職責，擅離崗位，導致民眾推擠造成嚴重傷亡²²。這種案例顯然是故意廢弛職務，對於災害的發生雖無預見，但有預見可能，應追究相關責任。

二、拒絕履行職責。警察雖然在工作崗位但不履行職責，對於已經接受對方提出聲請，要求其履行職權範圍相一致的法定職責而明示拒絕履行，或拖延履行的行為，亦即通常所說的表面上的「作為」，卻是實體上的「不為」。例如接受報案，拒絕採取必要措施，或陽奉陰違，敷衍應付。常見的例子就是警察「吃案」，應該依其實際情節，追究可能的責任。

三、未及時履行職責。警察雖然實施了一定的行為，但不是法律所要求或期待的行為，即履行職責不得力，或未在有效期限內依法履行職責。例如接到兇殺案報告，卻遲遲趕到現場，導致救治延

²⁰ 參見林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-177頁。

²¹ 參考邢曼媛，員警不作為犯罪的若干理論問題，山西高等學校社會科學學報，18卷12期，2006年12月，93-94頁。

²² 文獻（同前註，93頁）提到，中國太原市曾在公園舉行「煤海之光」燈展，遊人在公園中的橋上發生擁擠，但當時負責在橋上執勤的兩名員警擅離職守，擁擠的遊人沒有得到疏通，造成100餘人死亡的慘事。

警察不作為犯罪之研究

誤，破案時機也受影響。表面上看，雖然警察到了犯罪現場，但沒有及時到達，或未採取必要有效的因應措施，仍然是不作為。

第二目 依作為義務的內容區分

警察依功能區分，可分為司法警察與行政警察²³。在我國現行法體系，刑事法和行政法是二元性的架構，刑事法追究的對象是犯罪行為，行政法處理的主軸是社會的秩序與安寧。警察措施的發動，或為危害防止的行政警察作用，如犯罪預防、鎮壓、交通違規取締等，所依據者為警察法及一般行政法令；或為犯罪偵查的司法警察作用，如罪犯搜查、逮捕、犯罪證據搜索、扣押等，所依據者為刑事訴訟法等法令。警察同時背負著司法警察犯罪偵查，及行政警察保護個人自由權利、維護公共安全秩序的雙重任務，在兩個領域內各得實施包含強制處分在內的各項權限，各項處分也有相對應的法原理。面對兩項任務應為而不為，分別構成行政警察不作為與司法警察不作為。

區分司法警察不作為與行政警察不作為有實質意義。因為在執行危害防止任務的行政警察領域，基於行政便宜原則，我們通常承認警察有較大的裁量空間。如果警察的不作為無重大裁量瑕疵，即使造成犯罪構成要件結果實現，警察並無作為義務違反問題，應該不成立犯罪；但在犯行追緝的司法警察領域，警察協助檢察官偵查犯罪，應受法定原則衍生而出的追訴強制原則所拘束，恣意不作為，無異關閉刑事追訴大門，有可能觸犯相關法律責任²⁴。

²³ 警察活動主要分為兩類：為了預防犯罪發生以及維持治安等的活動稱為行政警察活動；搜查已發生的罪案及逮捕犯人等的活動則稱為司法警察活動。而於事前預防騷動及內亂為目的的公安警察活動，及鎮壓為目的的治安警察活動，則在廣義上已被包含於行政警察活動之中。但因為兩者是針對市民人權而行使的強大公權力，故常會作特別處理。參閱鄭善印，日本警察偵查犯罪職權法制之探討，刑事法雜誌，45卷6期，2001年12月，1-54頁；梁添盛，警察法專題研究（二），2004年9月，163-164頁。

²⁴ 參閱劉淑範譯，F.-L. Knemeyer講，德意志邦共和國憲法對於法治國家警察法之要求，憲政時

其次，因為司法警察與行政警察雙重身分，如果涉及同時兩義務競合時，選擇履行某義務，而對另一義務不作為，通常也可阻卻犯罪成立，此乃義務衝突問題。關於警察裁量與義務衝突，本文將留待第六章進一步申論。

第三項 警察不作為的法律責任概說

我國憲法第 24 條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法向國家請求賠償。」責任來自於義務的違反，沒有義務就不會有責任的問題²⁵。警察如因不作為而廢弛職務，侵害人民之自由或權利，或違反法律規定，依各種義務性質及違反類型不同，可能個別或同時擔負行政、民事、刑事及國家賠償等法律責任。

第一款 警察不作為的行政責任

警察不作為的行政責任，是指警察因違反其基於警察人員身分所應遵守的行政法義務，而生行政法上不利益，應受行政上的制裁。此種制裁，在學理上稱為「懲戒罰」²⁶。公務員行政責任的共同理由，是公務員懲戒法第 2 條所規定的：「一、違法。二、廢弛職務或其他失職行為。」依此，警察的不作為，如構成廢弛職務程度，為維持警紀及反映警察特有紀律文化，自應負相關行政責任，包括依公務員懲戒法所為的司法懲戒，或依警察人員人事條例及公務員考績法所為的行政懲處²⁷。

代，14 卷 4 期，1989 年 4 月，67 頁；陳志龍譯，*W.Hassemer* 著，刑事程序中的法定性與便宜性，*刑事法雜誌*，40 卷 3 期，1996 年 6 月，80-97 頁。

²⁵ 李惠宗，*行政法要義*，元照，2007 年 2 月，206 頁。

²⁶ 陳敏，*行政法總論*，3 版，2003 年 1 月，1062 頁。

²⁷ 所謂行政責任，國內通說均指司法懲戒與行政懲處二者。如陳敏，*行政法總論*，3 版，2003 年 1 月，1062-1067 頁；李惠宗，*行政法要義*，元照，2007 年 2 月，206-210 頁；陳新民，*行政法學*

第二款 警察不作為的民事及國家賠償責任

警察不作為的民事責任，係指警察人員違反職務作為義務時，因故意或過失的不法行為，致他人或國家權利受有損害時，所應負的民事上損害賠償責任。依民法第 186 條規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」但自國家賠償法公布施行後，公務員行使公權力，因故意或過失不法侵害人民的自由權利，都由國家擔負賠償責任，公務員本身對被害人的賠償責任，已告解除²⁸。

依國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」所謂「怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害」，指公務員依其職務，對於第三人有作為義務，竟不作為或遲緩行之，即屬怠於執行職務，若致人民權益遭受損害，國家應負賠償責任。

公務員的職務，如僅在於維持公共利益或行政內部秩序，人民因其執行而受有反射利益者，則其怠於執行尚不足以構成不法。但如其職務的執行，除為公共利益者外，同時也在保護相關第三人的

總論，三民，修訂 8 版，2005 年 9 月，242-251 頁；李震山，行政法導論，三民，增訂 6 版，2005 年 10 月，199-211 頁。獨城仲模教授認為，將司法懲戒與行政懲處歸為行政責任並不精確。行政責任應指一個公務員，無論政務官或事務官，在客觀上未依其法律上職責去履行其公務，當在客觀上發現有重大問題或瑕疵，但事實尚未清楚階段所應負的責任。例如一個主管其辦公環境髒亂、員工怠忽職守、行為散漫懈怠，但該等行為所造成的責任狀況尚未明確，此時該主管就必須負起綜合性的行政責任。見城仲模，公務員懲處制度之研究，月旦法學雜誌，32 期，1998 年 1 月，24 頁。

²⁸ 參閱陳敏，行政法總論，3 版，2003 年 1 月，1070 頁；陳新民，行政法學總論，三民，修訂 8 版，2005 年 9 月，252 頁；李震山，警察行政法論—自由與秩序之折衝，元照，2007 年 9 月，449 頁。

利益，則公務員怠於執行有關職務，而致受保護的第三人受損害者，也可能成立國家賠償責任。最高法院 72 年台上字第 704 號判例雖謂：「國家賠償法第二條第二項後段所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人有應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之行為者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。」但業經大法官釋字 469 號解釋闡明：「法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償。」此項賠償請求權，並不以被害人有公法上請求權存在，也不需經其請求公務員執行而怠於執行為必要²⁹。

依警察法第 2 條規定：「警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利。」警察任務主要在維護一般抽象公共利益，而非特定人的「危險防止與危險管理」職務，因此，交通警察怠於取締違規停車，致而發生經常性交通阻塞，也不

²⁹ 蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討—評大法官會議第四六九號解釋，台灣本土法學雜誌，1 期，1999 年 4 月，51 頁以下；羅明通，公法上請求權與反射利益之分界—兼論公務員怠於執行職務之意義，收錄於羅明通、林惠瑜合著：英國行政法上合理原則之應用與裁量之控制，1995 年，309 頁以下。

因此生國家賠償問題³⁰。警察職權的行使，原則上採便宜原則³¹，對於欲達成的行政目的，可以審時度勢，依裁量決定採取行為的時機與方法。警察如未採取行動，通常也屬合法，人民並不能因此請求國家賠償。但如人民生命、財產受到緊急的危害時，警察是否介入的裁量餘地減縮至零，即必須採取保護人民的措施，否則因怠於執行職務，構成國家賠償的不法行為³²。依日本實務見解，警察怠於適正行使偵查權，符合以下四個要件時，應負損害賠償責任：(一)國民的生命等受到具體迫切的危險、(二)警察對該狀況有所認知或容易認知、(三)警察權如行使可以迴避結果發生、(四)儘管警察權容易行使卻不行使，以致不能防止犯罪發生³³。應可供參考。

警察怠於執行職務，須與人民的自由或權利受損害有相當因果關係。例如警察不依規定巡邏，設有女子於該時段受強制性交，其間是否有相當因果關係？按巡邏旨在防止刑事案件發生，但刑事案件並非因為不巡邏所造成，而係歹徒所造成，不巡邏只是使刑案機

³⁰ 李惠宗，行政法要義，元照，2007年2月，696-697頁。

³¹ 參閱陳敏，行政法總論，3版，2003年1月，1092頁；陳新民，行政法學總論，三民，修訂8版，2005年9月，537頁。

³² 1999年10月26日日本埼玉縣桶川市，發生女大學生被前男友教唆他人殺害事件。殺害事件發生前，女子及其家人一再遭受監視、中傷、脅迫等糾纏行為，數度向當地埼玉縣上尾警察署求助，但未受到警察署重視，終至被殺事件發生。遺族以埼玉縣（埼玉縣警）為被告請求國賠，2006年8月30日最高裁判決確定，認定「上尾警察署在女子及家人受到名譽毀損等時，未開始必要偵查是極度不合理」，判決埼玉縣賠償慰撫金550萬元。「但否定搜查怠慢與殺人間的因果關係」。因為本案例，日本2000年5月18日通過「ストーカー規制法（ストーカー行為等の規制等に関する法律）」，同年11月24日施行。中文資料參考：陳秀峰，當愛情走樣時，有法度嗎？（上）—以日本「癡纏行為等管制法律」為例，司法周刊，1226期，2005年3月10日，2版。
<http://ja.wikipedia.org/wiki>（最後上網日期：2009年7月14日。）

³³ 這是埼玉縣女大學生國賠案例與另一件栃木縣上某上班族，被少年團體監禁私刑致死事件的警察國賠訴訟所揭示的標準。見2006年4月13日東京朝刊每日新聞。（最後上網日期：2009年7月14日。）
（<http://www.mainichi-msn.co.jp/shakai/jiken/news/20060413ddm012040149000c.html>）

率增加而已³⁴。似應採否定見解。又，「警察吃案」雖屬怠於執行「危險防止與危險管理」職務而具有違法性，但因人民的自由或權利遭受損害，係在案發時即已存在，警察未將民眾所陳報的案件列入紀錄，僅屬使「破案率降低至零」，而使報案民眾的損失無回復可能性，但此種狀態並非使人民的自由或權利，另外遭受一次損害，故也不成立國家賠償責任³⁵。

第三款 警察不作為的刑事責任

不是所有的警察不作為都構成犯罪，只有經過層層的要件檢驗，警察不作為才會被認定成立犯罪。在所有的犯罪中，絕大多數的犯罪以作為方式進行，以不作為方式進行者較少。但在公務活動中的犯罪，以不作為方式進行者相對較多。因為法律或者公務活動本身，要求從事某項公務的人員，應當履行某種特定義務的機會特多。行為人正因為具有履行這種特定義務的可能性而不履行，從而構成職務上的不作為犯罪³⁶。

著重於公務員與其職務間的關連性的犯罪，稱為職務犯罪³⁷。公務員的義務分成二大類³⁸：

第一類是身分上義務。依公務員服務法第5條規定，公務員應誠實、清廉、謹慎、勤勉，不得有驕縱、貪惰、奢侈、放蕩及冶遊、賭博、吸食煙毒等足以損失名譽的行為。例如某員警私生活不檢點，與人婚外情等，雖然跟職務沒直接關係，為建立公務員正面形

³⁴ 李惠宗，行政法要義，元照，2007年2月，670頁。

³⁵ 同前註，697頁。

³⁶ 孫力主編，公務活動中犯罪界限的司法認定，北京：中國檢察出版社，2000年10月，7頁。

³⁷ 甘添貴，刑法各論（上），五南，4版，1997年10月，44頁。

³⁸ 參閱施茂林，刑事職務規範與直覺判斷之迷思與辨正，日新，3期，2004年8月，90頁。

象，培養人民對公務執行的信賴，此等行為仍可能受到處分。

第二類是因職掌特定國家事務所負的義務。為有效、正確、公正執行公務，公務員執行職務時，應依法令及服從上級長官的指示，勇於任事（公務員服務法第 2 條，以下同）；並應絕對保守政府機關的機密，未得長官許可，不得任意發表有關職務的談話（第 4 條）；同時，應按時服勤務的義務；不得就主管事件，有所關說或請託；不得利用職務上機會與他人訂立互利契約，或利用其職務上的地位對屬下關說、請託或受贈財物；及不得就職掌事項要求、期約或收受賄賂等義務，亦不得動用公務或支用公款（第 6 條、第 15 條至第 19 條）。如有違反，可能觸犯貪污、瀆職犯罪。此等義務，就是建立在執行職務的關係上，故有文獻強調在公務員眾多義務中，「依法執行職務」乃本質上第一義務，也是國家設官分職，進用公務員原始的目的³⁹。

警察違反作為義務，而應受到刑罰制裁，可能因為違反身分上義務，例如違反財產來源不明說明罪⁴⁰；可能因為違反職掌執行特定國家事務所負的義務，後者是本論文所要探討的對象。因此，本文所謂「警察不作為犯罪」，是指警察違反職務上作為義務的犯罪，是一種職務犯罪。

「職務犯罪」一語，意義有廣狹不同。例如黃啟賓先生博士論文「警察職務犯罪之研究」⁴¹，對「警察職務犯罪」定義為：「現職警察人員因執行職務，或利用本身職務便利，造成其行為違反刑法中『瀆職罪』章相關規定，與貪污治罪條例第 4 條、第 5 條及第 6

³⁹ 陳新民，行政法學總論，三民，修訂 8 版，2006 年 1 月，174 頁；林紀東，行政法，三民，1992 年 9 月，260 頁。

⁴⁰ 2009 年 4 月 22 日修正增訂的貪污治罪條例第 6 條之 1。

⁴¹ 黃啟賓，警察職務犯罪之研究，中央警察大學犯罪防治研究所，2005 年博士論文。

條等規定，且其所作之行為不論故意或過失，均構成本研究所稱警察職務犯罪行為。」又如蘇峻瑩先生碩士論文「稅務人員職務犯罪之研究」⁴²，也以刑法及貪污治罪條例的收受賄賂罪為討論核心；再如柳晞春先生著「預防職務犯罪—反腐敗的理性選擇」⁴³，雖對「職務犯罪」一詞未明確下定義，但全書內容主要探討與公務員品操衍生的犯罪，故他們所採「職務犯罪」範圍應屬狹義，僅指刑法瀆職罪或貪污治罪條例的收受賄賂罪等。

另外，周淵、滕志強先生合著「職務犯罪預防」⁴⁴一書，對「職務犯罪」所下定義為：「職務犯罪是指國家工作人員或其他在社會團體、企業、事業單位中，依照法律、法規或組織章程等從事公務的人員，在履行職責過程中，利用職務上的便利條件，或者濫用職權，或者不正確履行職權，所實施的違背職責要求的，依照刑法規定應受刑罰處罰的行為的總稱。」其強調職務犯罪的特徵，一是犯罪主體的特殊性：即犯罪主體是國家任命與委託從事公務的人員。二是行為與職務的關聯性：即行為必須與行為人職務有密切的關係；三是職務犯罪行為方式的多重性：即利用職務、濫用職務、不履行或不正確履行職務，其行為方式可以是作為，也可以是不作為或是不正確作為。所採「職務犯罪」範圍屬廣義見解，泛指基於職務關係引發的各種犯罪。

本文認為職務犯罪的定義應採廣義⁴⁵，著重強調犯罪主體的特

⁴² 蘇峻瑩，稅務人員職務犯罪之研究，中央警察大學犯罪防治學系，1998年碩士論文。

⁴³ 柳晞春，預防職務犯罪—反腐敗的理性選擇，北京：法律出版社，2003年9月。

⁴⁴ 周淵、滕志強，職務犯罪預防，北京：中國檢察出版社，2004年1月，2頁。

⁴⁵ 有學者在白領犯罪概念下，區分「職務犯罪(occupational crime)」與「組織體犯罪(organizational crime)」二者，職務犯罪定義為：有合法職業之人，以個人利益為目的而犯職業上之罪，如業務侵占、從業員竊盜與收賄等。見前島賢士，銀行員の職務犯罪—銀行業界の業界下位文化と犯罪—，犯罪社會學研究，26期，2001年，94頁。

定性，及行為與職務的關聯性。因此，如果組織意義上的警察人員，對於與職務有關係的事項上，有作為義務而不作為，不管故意或過失所觸犯各項犯罪，就是本文所謂的警察不作為犯罪。但礙於研究時間與能力，研究範圍以刑法典（核心刑法）為限，不包括特別刑法與附屬刑法領域。

第二節 警察作為與不作為的區別

第一項 區別作為與不作為的重要性

刑法規定的犯罪有兩種基本形式，即作為和不作為。所謂作為，是指以積極的身體舉動實施刑法所禁止的行為。所謂不作為，是指不實施其依法有義務實施的行為。不作為雖然是犯罪行為的次要形式，但隨著社會競爭的日趨激烈，和各種矛盾糾紛的日益複雜化，這種犯罪在社會中也呈增多趨勢，亟待人們的關注。

不作為犯是否有實行行為，通說持肯定態度。不作為犯的實行行為，是指有能力實施，而沒有實施刑法規範所期待的行為，並以開始違反作為義務的時刻為著手，因為自這一時刻開始，行為人的不作為，即對法益的侵害和威脅，有直接緊迫的危險。

為什麼要區分作為與不作為？首先，處罰不作為犯以具有作為義務者為前提。傳統觀點認為，法律只能阻止人們幹壞事，卻不能強迫人們幹好事。任何人沒有侵害他人的權利，處罰作為犯較無爭議。但以刑罰威嚇，要求他人犧牲自己想做的事（包含不想做的事），積極注入能量，阻止構成要件結果發生，則需有特別理由⁴⁶。以自由為中心的近代刑罰制度，是為了防止人們實施某種作為而建

⁴⁶ 山口厚，刑法總論，（東京）有斐閣，2版2刷，2008年3月，74頁；中森喜彥，保障者說—その推移と意義—，現代刑事法，4卷9期，2002年9月，4頁。

立。處罰不作為是侵犯現代人奉為神聖的自由，並非每一個人都有保護他人法益的義務。處罰不作為，必須有法律上的作為義務為前提⁴⁷。

其次，作為犯與不作為犯本質上的差異，在評斷行為的著手、因果關係上，兩者的判準不同。不作為犯因為犯罪能量較低，社會非難性較輕⁴⁸，德國刑法第 13 條第 2 項明文規定，「得按作為犯的處罰減輕其刑」，甚至有學說主張，應修正為「應減輕其刑」者⁴⁹。

第二項 作為與不作為的區別標準

無行為即無犯罪。行為，包括作為和不作為兩種形式⁵⁰，與此對應，犯罪也可分為作為犯和不作為犯。作為是積極主動的主張；不作為是消極被動的克制⁵¹。作為犯是陽，不作為犯是陰⁵²。但是作為與不作為的區分標準，仍有仁智之見。

作為與不作為的區別中，劃分標準是關鍵。主要學說有：(1)動

⁴⁷ Puppe, NK, Rn.63 vor §13.轉引自楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I -犯罪論（2004 年第 5 版），北京：法律出版社，2006 年 2 月，73 頁。

⁴⁸ 參見林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，1-177 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月，538 頁。

⁴⁹ 中山研一，不作為による作為犯，『刑法改正の諸問題』，竹田直平、植田重正還曆祝賀，15-17 頁。轉引自楊建華，刑法總則之比較與檢討，三民，1988 年 9 月，97-106 頁。

⁵⁰ 英美法的概念裏，除作為與不作為外，有第三種行為形式，即所謂持有。作為的犯罪性蘊含行為主體本身的動作中；不作為犯的犯罪性取決於主體與法律要求間的義務關係；「持有」的犯罪性則在於主體對非法物品（如毒品、猥褻物品、槍枝）的支配狀態，對物品的控制狀態通常始於作為，如取得、收受等，以不作為（無動作之意）維護其存在狀態，具有作為與不作為相交融的特點。

持有行為形式的法制價值，在一些多發性和危害大的犯罪現象中，有的案件難以用傳統罪名治罪，持有罪名便成為最佳選擇。由作為或不作為構成的種種罪名，公訴機關必須證明既成事實的來源或去向，證明既成事實的來源或去向顯然難於證明事實本身。持有是一種現存純事實狀態，發現事實等於證明了事實，在司法實務中可以減輕公訴機關的證明責任。減輕證明責任，有助於增加刑法的威嚇效用。參閱儲槐植，美國刑法，北京大學出版社，2005 年 2 月，3 版，37-38 頁。

⁵¹ 鄧子濱譯，George P.Fletcher 著，反思刑法，華夏出版社，2008 年 4 月，307 頁。

⁵² 林東茂，山田師刑法思想，月旦法學雜誌，158 期，2008 年 7 月，119-123 頁。

靜說（或稱為能量說），動是作為，靜是不作為。作為是指積極地發生作用，不作為是消極維持原有狀態。(2)規範說（或稱為非難重點說），違反命令規範的是不作為，違反禁止規範的是作為。(3)混合說，主張作為是積極實施刑法禁止的行為，不作為是消極違反命令規範的行為⁵³。

依規範說，作為與不作為的區分，無關乎經驗觀察上身體動靜差別，而是對於行為的期待情緒，是一種價值判斷的結果⁵⁴。不作為是行為人未實施法秩序期待的特定行為，至於是否實施其他行為，則在所不問⁵⁵。人的身體現象，永遠同時是無數多的作為，及無數多的不作為⁵⁶。區分作為犯和不作為犯的評價標準，應是一定的法律義務。法律義務內容，要求行為人不為，行為人有所為，構成作為犯；要求行為人應為，行為人不為，構成不作為犯。簡言之，作為犯是「不應為而為」；不作為犯是「應為而不為」。這裏「為」與「不為」，不以純物理意義的身體動靜為標準，是特定舉止的社會意義⁵⁷，以行為人是否履行承擔的作為義務為依據。

部分有力見解則認為，作為和不作為的區別，應從實質上法律

⁵³ 關於區別「作為與不作為」學說見解，更詳細的區分有：一、以規範的區別基準者，包括（一）以社會意義為基準說（二）以作為優先說（三）以非難重點為基準說；二、以自然科學的區別基準者，包括（一）以身體運動為基準說（二）以注入能量為基準說（三）以因果性為基準說（四）以法益為基準說；也有三、強調不考慮區別的見解。關於學說見解比較，詳參山本紘之，作為と不作為の區別について一過失犯における區別を主眼としてと一，法學新論，113卷3.4期，2007年1月，515-542頁。

⁵⁴ 作為與不作為的區別，非關身體動靜，而是不為被期待的作為。同一身體動作（例如：未煞車而踩加油器），經常是作為與不作為兩立，問題在於與構成要件結果惹起間的關係，通常先判斷是否作為犯後檢討不作為犯。參閱：山口厚，刑法總論，（東京）有斐閣，2版2刷，2008年3月，77頁。

⁵⁵ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，72頁。

⁵⁶ 參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2版，2004年6月，208頁；蘇俊雄，刑法總論II，修正版，1998年12月，541-544頁。

⁵⁷ 參見林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-177頁。

禁止與要求的目的來判斷。作為係指積極製造因果流程的風險因素，或積極將減緩或阻止因果流程實現的作用因素排除。風險本來不存在，因行為人的行為而生，就是風險製造；風險本來已經存在，行為人將減緩或阻止因果流程的作用因素排除，就是風險升高。製造或升高風險，都是作為；而不作為係未消滅既有的風險，面對已經啟動的因果作用，採取不介入的態度，任由因果流程實現⁵⁸。

第三項 區別作為與不作為的特殊案例

大多數情形，作為或不作為的問題不難解答。通常，誰透過能量投入，啟動因果流程，或往一定的方向引導因果流程，就是「作為」；誰對事態任其發展，不動用介入的可能性，就是「不作為」。但在某些舉止方式有多重涵義的特殊情況，會遇到判斷上的困難。許多論述主要是為了處理如下幾種情況⁵⁹：

第一，在造成構成要件結果發生的諸要素中，混入了作為與不作為兩種形態，學者稱此為「不作為與作為並存的雙重行為」⁶⁰。應判斷對法益的侵害，哪一種形態在法律意義上比較重要。例如山羊毛加工案、夜間開車未點燈肇事案等。老闆將帶有病菌的羊毛，未先消毒（不作為），交由工人加工（作為），致工人因而感染死亡。

⁵⁸ 參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2版，2004年6月，212頁；許玉秀，最高法院78年台上字第3693號判決的再檢討-前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，287頁。

⁵⁹ 如林山田，刑法通論（下冊），元照，增訂10版，2008年1月，236頁以下；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，504-507頁；蘇俊雄，刑法總論II，修正版，1998年12月，541-544頁；黃惠婷，刑法案例研習（一），新學林，2007年5月，159-165頁；；佐久間修，不作為犯，收錄於：淺田和茂等共著，刑法總論，改訂版，青林書院，1997年，87-91頁；酒井安行譯，西原春夫監譯，*Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend* 著，*ドイツ刑法總論（第五版）*，（東京）成文堂，1999年4月，471頁；楊萌譯，*Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen* 著，*刑法總論 I - 犯罪論（2004年第5版）*，北京：法律出版社，2006年2月，73-74頁；李昌珂譯，*Johannes Wessels* 著，*德國刑法總論*，北京：法律出版社，2008年11月，424-427頁等。

⁶⁰ 林山田，刑法通論（下冊），元照，增訂10版，2008年1月，236-237頁。

造成工人死亡的直接原因是「交付行為」，羊毛「未事先消毒」，僅是行為人違反注意義務的內容。所以山羊毛加工案宜評價為屬作為犯。同樣地，未點燈（不作為）而開車（作為），刑法評價的重點是，行為人夜間不開燈竟仍「開車」這樣的行為，也屬積極作為。

第二，在救助被害法益的過程中，阻止他人或中斷自己，已經開始起作用的救援行動，造成構成要件結果發生，學者稱此為「以作為而違犯的不作為」⁶¹。例如，中斷自己或阻止他人拋繩入井中救人的案例。在以積極作為阻止他人救人，是以自己的作為，造成他人的不作為，而達成其犯罪目的，應評價為作為犯；中斷自己的救人行為，則以被救助人是否已因救助者的行為，情況更惡化而定。在對方未拉住繩索前鬆手，應評價為不作為；在對方已拉住繩索後鬆手，則使對方已燃起得生機幻滅，刑法評價的重點應在作為。

第三，通過飲酒、服麻醉藥或安眠藥，而達到無責任能力狀態，以確保行為時的不作為，即所謂原因自由的不作為（*omissio libera in causa*），例如故意喝醉酒而不扳轉火車軌道，導致火車事故。藉由先前的喝酒（作為）使自己陷於無行為能力（不作為），這種情形有如原因自由行為造成行為時無責任能力一樣，應一併考慮其應有所作為前的行為，雖也是「通過作為而不作為」，但事實上只涉及到純粹的不作為犯罪⁶²。

第四，現代醫學的發展，產生了維持病人生命的裝置器械。如果醫生或病患家屬關掉裝置，使藉此器械維持生命的人死亡，學者

⁶¹ 林山田，刑法通論（下冊），元照，增訂10版，2008年1月，240頁以下。

⁶² *Stuensee*, in: FS *Stree/Wessels*, S. 146ff. 轉引自楊萌譯，*Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen* 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004年第5版），北京：法律出版社，2006年2月，359頁；黃惠婷，刑法案例研習（一），新學林，2007年5月，164-165頁。

稱此為「因行為人而異的作為或不作為」⁶³。有治療義務的醫師，對於無治癒希望的病患，代表放棄繼續治療，是一種不作為；但其他第三人（例如想早日繼承遺產的兒子），是注入能量使死亡提早到來，是作為的殺人罪⁶⁴。

第四項 警察案例試析

警察實務的案例，也有值得討論作為或不作為性質者。以下擬從警察實務角度，探討某些現象（或案例）的屬性，也為下文的開展，做些概念的釐清。

警察「吃案」文化，積弊已久。拜媒體發達，各種案例，屢見不鮮。瀏覽網路，也知民怨甚深。所謂「吃案」，係指員警受理民眾告發或告訴犯罪事實，未依相關作業規定紀錄陳報、查察偵辦。其具體型態，可能包括單純隱匿不報、大案小報，甚且曾發生以舊式報廢或假造的三聯單，意圖蒙騙報案人的事例。「大案小報」等可能涉及以作為方式偽造文書，但其目的無非就是為了「吃案」，可謂是以「作為（大案小報）」為手段，來達到「不作為（「吃案」）」目的，是「通過作為而不作為」的警察職務上不作為態樣。

「包娼、包賭」是警察風紀敗壞的極致象徵。或個案，或集體貪瀆，每次爆發，總讓警察形象大傷。其犯罪型態無非是警察收受（或要求、期約）特定人物的賄賂或不正利益（作為），換取積極包庇或消極不取締（不作為）的對價，可謂是以「不作為（不取締）」為手段，來達到「作為（收賄）」目的，可歸類為「通過不作為而作為」的警察職務不作為類型。

⁶³ 林山田，刑法通論（下冊），元照，增訂10版，2008年1月，239頁。

⁶⁴ 武藤真朗，生命維持裝置の取り外し－わが国の學說の分析，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，361-383頁；林山田，刑法通論（下冊），元照，增訂10版，2008年1月，239頁。

又如 2007 年媒體上曾經沸沸揚揚的「員警抽單案」⁶⁵，即警察抽掉自動測速照相器所拍到的他人交通違規照片，違規車主因而不會收到告發單，可免於受罰。從外顯的動作觀察，「抽掉違規照片」是積極作為，但是拍到違規相片不等於處罰本身。依照通常處理流程，負責員警必須「洗出照片，清查車號，填寫告發單，寄出告發單」等一連串動作，才能完成處罰程序。「抽掉違規照片」意即「不依規定處罰」，社會非難的重點應該是不作為。交通違規僅是行政秩序罰，抽掉照片尚非「湮滅隱匿關係他人刑事被告案件之證據」⁶⁶，相關員警除了刑法第 138 條毀棄或隱匿職務上所掌物品罪外，另外可能成立第 131 條不作為公務員圖利罪⁶⁷。

本文研究目的，在探討「警察職務上的不作為」涉及的相關犯罪，固然以「不作為犯」為研究重心，但包括上述「通過作為而不作為」，或「通過不作為而作為」的案例，即使社會意義評價重心在「作為」部分，因與「警察職務不作為」關係密切，也會成為本文討論的對象。

⁶⁵ 高雄地檢署 2007 年年初偵辦一件交通工程弊案時，監聽到有員警受託抽走交通違規照片，致「證據消失」，車主免罰；高雄地檢署指揮警政署追查，發現高雄縣警局至少有廿多名官警涉案，並已移送十名官警法辦，半年來他們抽掉超過一百張的違規超速照片。警政署查出不少縣市警局有這種現象，擴大追查，警界一片風聲鶴唳。資料來源【<http://udn.com/2007/09/26> 聯合報】上網日期：2008 年 10 月 6 日。

⁶⁶ 日本新潟縣也曾發生抽單事件，交通隊長依電腦不正操作罪被逮捕，警察幹部被行政處分者 67 人，其中 50 人同時被移送檢方偵辦。日本超速是道路交通法規定的犯罪行為，相關員警另涉及湮滅刑事證據罪、使犯人隱避罪等刑責。參閱 <http://www.niigata-nippo.co.jp/kankin/k0815010.html>。上網日期：2007 年 11 月 20 日。正所謂有權力者必腐爛，此古今中外皆然。幫人抽單逃避告發，使跟警察有關係者免受處罰，看似小惡，其實已顛覆了處罰的公平正義。警察同仁宜警惕之。

⁶⁷ 本案於 98 年 1 月起已有判決出現。依高雄地方法院 97 年度訴字第 910 號刑事判決，就其中兩名警員分別依刑法第 138 條毀棄或隱匿公務員掌管物品罪判決有罪。法院並未討論是否為不作為犯，且認為不成立圖利罪之理由為：就違規採證相片之判讀或舉發，並非被告主管或監督之事務，就違規採證相片判讀或舉發之事務，以其身分而言，並不具影響力，以其職權而言，亦無可憑藉影響之機會。

第三節 警察不作為犯的分類與罪名

不作為犯，從不同角度切入，可有不同的分類方式。從犯罪結構的不同，可分為純正不作為犯和不純正不作為犯兩種；因支配不作為的原因力不同，可區分故意不作為犯與過失不作為犯；從參與的人數不同，可分為不作為單獨正犯、不作為共同正犯、同時犯與不作為共犯（幫助犯）等。這些區分方式，同樣可以適用於警察的不作為犯罪。以下先就前兩者論述，不作為正犯與共犯區分問題，留待第四章討論。

第一項 不作為犯的分類與比較

不作為犯的內涵，是輕視要求作為的誠命，是作為期待的落空⁶⁸。因此，只有負實施特定行為義務的人，才能實施不作為犯罪。不作為犯行為性的認定，是處以刑罰的基礎和前提。而不作為犯罪的作為義務來源，是不作為犯罪認定中的難題。

不作為犯分為兩種：少數的刑法條文明文，將這樣的作為義務，明示⁶⁹或默示⁷⁰在構成要件中，學說稱這類的「純正不作為犯」。絕大部分的不作為犯，卻是透過刑法第 15 條作為「轉

⁶⁸ 蔡震榮譯，Fritojof Halt 著，不作為犯，中央警大法學論集，6 期，2001 年 8 月，406 頁。

⁶⁹ 如刑法第 130 條（廢弛職務）、第 149 條（聚眾不遵令解散）、第 294 條第 1 項後段（不為生存所必要之扶助、養育或保護）、第 306 條第 2 項後段（留滯不退去）等。

⁷⁰ 部分條文很難從文字中讀出不作為的意涵，必須追溯到法條的規範目的來理解。例如刑法第 185 條之 4「肇事逃逸」，法規範要求的是積極救護傷者或管控交通危險，而非單純留在交通事故現場。學者把這類不作為犯稱為「隱性的不作為犯」。參閱林東茂，肇事逃逸—高等法院 89 年度交上訴字第 9 號判決評釋，台灣本土法學雜誌，16 期，2000 年 11 月，89 頁；蔡聖偉，不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51 期，2006 年 12 月，47-48 頁。另外，侵占罪也屬於「隱性的不作為犯」。參閱鄭逸哲，駕車肇事逃逸構成要件乃純粹處罰不服從的隱性不作為構成要件—評析嘉義地院 91 年度交訴字第 3 號判決和高等法院台南分院 91 年度交上訴字第 954 號判決，月旦法學雜誌，129 期，2006 年 2 月，205-217 頁。

接器」⁷¹，以不作為來觸犯以作為犯形式規定條文，學說稱此為「不純正不作為犯」。

德國學者 Luden 首先將不作為犯，區分為純正不作為犯和不純正不作為犯⁷²。純正的不作為犯的本質在於，單純對法律誡命的違反，不以侵害他人主觀權利為必要。不純正不作為犯的「不純正性」在於，行為人不限於純粹的不服從，而是以不作為實現通常由積極的作為才能實現的結果，根據這一觀點，不純正不作為犯也是「不純正的作為犯」⁷³。刑法上所談的不作為犯，大多數指不純正不作為犯。依據行為人決定不作為時的心理狀態是故意與過失，再區分成故意不純正不作為犯或過失不純正不作為犯。

純正不作為犯和不純正不作為犯，兩者的差別，既是形式，也是實質⁷⁴。形式上的差別在於，純正不作為犯有獨立的構成要件，作為義務來自刑法的命令性規範，僅僅以實定法特別規定的義務型態為限。這些規定限制所有人在某一特定情境下，須以特定的方式去行為。不純正不作為犯的作為義務來源，則是透過司法承認的方式，個別認定作為義務的種類、範圍，因此一直存在是否違反罪刑法定原則的緊張關係⁷⁵。

實質上的差別在於，純正不作為犯原則上是行為犯，不以實際危害發生為前提，只要不實施法律上期待的一定的行為，無論該不

⁷¹ 陳志龍，「故意不純正不作為未遂犯」，萬國法律，106期，1999年8月，62頁。

⁷² 參閱林山田，刑法通論（下冊），元照，增訂10版，2008年1月，233頁；林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-176頁；柯耀程，刑法概論，元照，2007年4月，135-136頁。

⁷³ 柯耀程，前揭書，136頁。

⁷⁴ 鄧子濱譯，George P.Fletcher著，反思刑法，華夏出版社，2008年4月，309頁；堀內捷三，刑法總論，有斐閣，2003年3月，54頁。

⁷⁵ 余振華譯，甘添貴監譯，川端博著，刑法總論25講，元照，1999年，15-18頁；佐伯仁志，不作為犯論，法學教室，288期，2004年9月，55頁。

作為是否導致一定結果的發生，都構成純正不作為犯；不純正不作為犯通常是結果犯，「保證人」被賦予避免結果發生的義務。結果的發生屬於構成要件，違反避免結果發生義務的保證人，應當承擔構成要件該當的刑法責任。純正不作為犯一般只有犯罪成立與否的問題，而不純正不作為犯在犯罪結果沒有發生的情況下，存有未遂形態。

第二項 純正不作為犯的警察職務犯罪

純正不作為犯，也稱真正不作為犯，指以法定的不作為形式實施的犯罪，以不履行特定義務為構成要件。純正不作為犯必須有法律的明文規定，對法定義務的違反，既是該類犯罪成立的前提，又是構成要件中的重要內容。所以，純正不作為犯中的「純正」，係指此類犯罪只能由不作為方式觸犯，而不得由作為方式完成，故可謂「具有不作為本質的不作為犯⁷⁶」。行為人只要不實施法律上期待的一定行為，無論該不作為是否導致一定結果的發生，都構成純正不作為犯罪，也就是說，純正不作為犯是行為犯。由於刑法條文中通常對純正不作為犯有明確的規定，所以對於它們的認定一般較無疑問。

純正不作為犯的警察職務犯罪，乃指警察人員於執行職務的關係上，違反法律所期待或命令的作為，以實現法定構成要件的犯罪行為。純正不作為犯，以法律有明定者為限，本來就數量就少，加上與警察職務有關的條件限縮，常見的純正不作為警察職務犯罪，例如：

⁷⁶ 林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月，233頁。

第一款 廢弛職務釀成災害罪

刑法第 130 條規定：「公務員廢弛職務釀成災害，處三年以上十年以下有期徒刑。」廢弛職務釀成災害罪，以對於某種災害有預防或遏止職務的公務員，廢弛其職務，不為預防或遏止，以致釀成災害，為其成立要件⁷⁷。

司法實務上，刑法第 130 條廢弛職務釀成災害罪，過去一直沉寂，但自 1995 年 2 月中發生台中市衛爾康西餐廳大火，造成 64 人死亡慘劇後，每遇社會注目的重大災害案件，本罪就會被拿出來「宣示」一番⁷⁸。諷刺的是，經常是雷大雨小。在媒體熱潮稍退後，最後的有罪判決率幾等於零⁷⁹，只不知問題是出在檢察官呼應輿論，降低心證門檻而浮濫起訴？還是本罪的構成要件太過嚴苛，好看但不好用？⁸⁰

警察工作也與災害預防或遏止有密切關聯。如衛爾康西餐廳大火案，警消分立前的台中市警察局消防隊⁸¹，承辦警員被依公安檢查未落實致釀大火；八掌溪案，隸屬警政署空中警察隊的值班直升機駕駛，因遲延出勤救災，均遭檢察官依公務員廢弛職務釀成災害

⁷⁷ 最高法院 30 年上字第 2898 號判例參照。

⁷⁸ 著名的案子除衛爾康西餐廳大火案外，尚有喧騰一時的八掌溪案、賀伯颱風來襲時的光復、土城水門抽水站案、中油高雄煉油廠氣爆案、和平醫院感染 S A R S 疫情案等。

⁷⁹ 中油高雄煉油廠氣爆案（高雄高分院 93 年度上更(二)字第 287 號）、和平醫院感染 S A R S 疫情案（臺灣高等法院 94 年度矚上訴字第 74 號刑事判決）等，因刑法修正，中油員工及公立醫院醫師不再具有公務員身分，而無罪；土城水門抽水站案一審曾判決有罪，高院更二審認定抽水站主任無廢弛職務情事，判決無罪（臺灣高等法院 91 年度上更(2)字第 752 號刑事判決）；衛爾康西餐廳大火案一審即認定廢弛職務與災害間無因果關係，判決無罪；八掌溪案一審就認定公務員無廢弛職務情事，98 年 2 月 17 日臺灣高等法院臺南分院 97 年度重上更(三)字第 207 號刑事判決，仍判決無罪。

⁸⁰ 有文獻因此指出，現行廢弛職務釀成災害罪規範功能不足。見王怡今，廢弛職務釀成災害罪之研究，輔仁大學法律研究所，1995 年碩士論文，79 頁。

⁸¹ 1994 年元月行政院會議決議：消防應與警察分立；1995 年元月立法院通過「內政部消防署組織條例」；1995 年 3 月 1 日正式成立內政部消防署，消防與警察正式分家。

罪起訴。更早案例有台南縣警察局因取締飆車，引發飆車族包圍警察局並燒毀交通隊事件；又有台北市政府警察局，因處理全民、大豐兩大計程車隊互爭排班地盤，引發街頭流竄鬥毆事件，皆有法界人士從執法觀點，認為警察處理該事件採取「打不還手、罵不還口」「不流血、不衝突」的態度，顯已構成廢弛職務釀災罪，因而「放話」不排除「起訴警察首長」⁸²。

雖然上述案件，最後皆不了了之，但個案事實不同，不能以此類彼，認定廢弛職務釀成災害罪已是具文。警察工作動輒攸關公共安全，執勤人員理應盡其職責，不容怠忽。警察人員如故意廢弛職務，雖對釀成災害的結果無所預見，例如，舉辦大型聚會活動，執勤員警對秩序管控漫不經心，造成群眾踐踏傷亡慘劇；或如颱風期間奉命執行封鎖危橋未落實，致人車墜溪等，皆因廢弛職務，釀成巨災，仍可能被依本罪究責。

第二款 公務侵占罪

侵占罪是古老傳統型侵犯財產所有權的犯罪。現行刑法中，規定普通侵占罪、公務公益及業務等加重侵占罪及侵占脫離持有物罪等三種。侵占罪是行為人違背物的返還、交付或特定處分。表面上看是一種作為犯，實質上應該是一種不作為犯，是違往返還作為義務的不作為⁸³，是「隱藏性不作為犯」或「偽裝的不作為犯」⁸⁴的概念。

本文認為，侵占罪本質上就是不作為犯，且是一種純正不作為

⁸² 印象中舊案，因年代稍久，詳細資料不詳。

⁸³ 鄭逸哲，侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件—評台灣高等法院九十二年度上易字第二七〇五號判決，月旦法學雜誌，112期，2004年9月，227頁。

⁸⁴ 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，163期，2008年12月，18-32頁。

犯⁸⁵。侵占罪的行為，只有不作為一種形態，也即有交還義務而「拒不退還」或「拒不交出」。行為人因代管而占有他人財物的行為，因拾獲、發現而占有他人遺忘物等，可以以語言直接明確表示，或單純以緘默方式表示；也可以以扣留、隱藏、轉移他人財物方式，或對他人財物進行處分，以至無法退還的方式，來表示拒不退還或拒不交出的意思。在後一種情況下，儘管行為人的行為，包含了所謂積極的、主動的因素，但本質仍是違反命令歸還的法律規範，其行為仍屬不作為。

警察實務上，曾發生員警將他人送警招領的財物據為己有⁸⁶；或將受託轉交民事和解賠償金私吞⁸⁷；或將執行職務過程中，依法查扣的證物、應沒收物等私下留用⁸⁸；侵占裁罰金⁸⁹。類似案例，時有所聞。

在日本，員警也有過類似不名譽事件。某警部補逮捕竊盜嫌疑犯，令其繳出其持有的金錶一個，及變賣贓物除蟲菊的現款若干

⁸⁵ 不同見解：未特別探討其究為作為犯或不作為犯者，例如呂有文，刑法各論，1992年5月，402-412頁；有認為其兼有作為犯與不作為犯兩種型態者，如甘添貴，體系刑法各論（2），2008年6月，239頁；褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），台灣商務印書，1989年5月，1169頁；黃惠婷，竊盜罪與侵占脫離物罪之區別，台灣法學雜誌，122期，2009年2月，109-114頁。

⁸⁶ 嘉義縣警局有貪心的員警，將高中生拾金不昧交給警方處理的6000元佔為己有，嘉義檢方認為其行為嚴重破壞警譽，甚至有反教育的影響，將他依貪汙治罪條例起訴，並向法官求刑6年及宣告褫奪公權4年。縣警局將這起案例列入教材，函報各單位引以為鑑，並將提報警政署納為全國教材，依規定報警政署予以停職。

參閱：「學生拾金不昧 警員貪心獨吞」2006年8月18日自由時報電子報。到訪時間：2008年9月21日。<http://www.libertytimes.com.tw/2006/new/aug/18/today-so2.htm>。

⁸⁷ 屏東縣警察局屏東分局某派出所警員真實案例。詳參臺灣高等法院高雄分院91年度重上更(五)字第83號刑事判。本案經多次更審，最後法院認定被告為依據法令從事公務之人員，利用職務上之機會，詐取財物，處有期徒刑7年6月，褫奪公權5年。

⁸⁸ 私吞報繳槍彈 警判刑9月。（<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/feb/22/today-so19.htm>）上網日期：2009年7月22日。

⁸⁹ 涉入板橋員警侵占裁罰金案的巡官陳○○，被判刑2年8個月。（<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090322/78/1gh81.html>）上網日期：2009年3月22日。

元，充作證據而予查扣。於其職務保管中，竟不辦理收存該款手續，也不解送警察局。

原審判以業務上侵占罪。被告上訴，理由主張：(1) 無侵占意思；(2) 意思未表現於外。判決意旨：「竟不辦理收存該款手續，也不解送警察局」，已表現出「不法所有意思」的事實。至其後是否花用該物，或有無作該物所有人的舉動，均不影響該罪成立。學者評釋認為：「手錶、款項擺放在抽屜內，既未花用也未佩帶，因此不能謂被告有積極的行為表示占有的意思，因此本案係依不作為表現占有的意思」⁹⁰。

員警辦理刑事案件犯罪偵查，應採何種方法雖未詳細規定，但刑事訴訟法、員警犯罪偵查規範，對於應採的處置、態度有詳細規定。雖因持有人的同意而得留存，但應報告移送，竟不作為，乃違反法律上的義務，此項不作為「足使外界認定被告占有的強力表徵」，被告主張無占有意思，抗辯「當時極為忙碌，致忘記辦理收存手續」；「完全忘記有金錶現金之事，之前以為已經將金錶現金解送，檢察署來函始知忘解證物，乃另行移送」，但這項供述，乃反證其缺乏遵守法律義務的意識；又被盜除蟲菊的被害人，曾請求發還被盜的對價—即本案的現金，但被告曾告知「該款已解送，已不在此」、「倘係贓物可即發還，但已變成現款，即不能發還」。如此說辭，得認被告有侵占意思的證據資料，因而判決成立業務上侵占罪⁹¹。

⁹⁰ 昭和 10 年 3 月 25 日大審判判決，刑事判例集 14 卷 325 頁。轉引自洪福增譯，瀧川幸辰著，不作為之侵占罪，收錄於『日本刑法判例評釋選集』，漢林出版社，1977 年 6 月，49-51 頁。

⁹¹ 洪福增譯，瀧川幸辰著，不作為之侵占罪，收錄於『日本刑法判例評釋選集』，漢林出版社，1977 年 6 月，51 頁。

第三項 故意不純正不作為犯的警察職務犯罪

不純正不作為犯，是指行為人透過不作為的方式，觸犯原以作為方式規範的刑法條款，實現了純正不作為犯以外的其他犯罪構成要件。理論上，除少數犯罪外⁹²，幾乎所有的作為犯，均得以不作為的方式實現。以下僅就實務上較常見聞的情形，說明警察可能觸犯的故意不純正不作為犯罪名。

第一款 凌虐人犯罪

刑法第 126 條凌虐人犯罪規定：「有管收、解送或拘禁人犯職務之公務員，對於人犯施以凌虐者，處一年以上七年以下有期徒刑。因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」警察有解送人犯職權，故得為本罪的行為主體。

本罪行為客體為人犯。人犯的概念，比犯人為廣，凡被管收、解送或拘禁者均屬之。因此，民事管收人、行政管束人、刑事被告、犯罪嫌疑人、受刑人等，均得為本罪客體⁹³。所稱凌虐，係指違背人道，損害被害人身體或人格的虐待行為而言。虐待手段，固以積極作為為常見，但以消極不作為方式也非不可想像⁹⁴。例如人犯病

⁹² 這些少數犯罪可以稱之為「純正作為犯」，例如重婚罪、通姦罪、竊盜等財產取得罪等。參閱林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-176頁；柯耀程，刑法概論，元照，2007年4月，135-136頁。另外，蔡墩銘教授認為：各種偽造罪變造罪或強暴脅迫犯，莫不要求須有積極身體動作與予實施方可想像。參閱蔡墩銘，刑法判例百選，月旦，1994年3月，118頁。Roxin指出竊盜罪不可能有「不作為的所有意圖」，但詐欺罪則有「不作為的獲利意圖」可能。見C. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn 140, 195. 轉引自蔡聖偉，不作為犯：第二講—論故意之不純正不作為犯（二），月旦法學教室，53期，2007年2月，59頁。

⁹³ 參閱甘添貴，刑法各罪（上），五南，4版，1997年10月，74頁；呂有文，刑法各論，1992年5月，43頁。

⁹⁴ 田宮裕、板倉宏，刑法各論，北樹出版，改訂版，2003年4月，250頁；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品，2版，2009年9月，42頁。

了，不給就醫；寒流來了，不讓人犯添加衣物等是。但若蓄意加強冷氣，使人犯寒冷受涼⁹⁵，則是作為犯。

第二款 公務員圖利罪

刑法第 131 條第 1 項公務員圖利罪規定：「公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金。」本罪尚未修正前，圖利罪構成要件的行為，僅規定「圖利」二字，極為抽象與簡略，不但是「不確定的法律概念」，而且是「規範或與價值有關的概念」⁹⁶。2001 年修正，希望將圖利行為的認定予以明確化，避免公務員動輒得咎，任何便民行為都被冠上圖利的罪名，進而使行政效率獲得提升⁹⁷。修正重點在於增加「明知違背法令」、「圖自己或其他私人不法利益」為法定構成要件，並將圖利罪修正為結果犯，刪除未遂犯的處罰。

有關警察業務的保安、正俗、交通、戶口查察、外事處理等事項，違反社會秩序處分，協助偵查犯罪，均為警察法定職掌，警察執行勤務，劃分勤區，刑事警察得配合警勤區劃分責任區，警察法第九條、警察勤務條例第六條分別定有明文。不只是積極行為，消極不作為也可能構成圖利罪的構成要件⁹⁸。如在法律上有積極作為

⁹⁵ 移民署台中市專勤隊爆發凌虐女收容人醜聞，科員馬○○因不滿女收容人吵到他，竟將空調調到最低溫攝氏十六度，再用電扇朝穿短袖短褲的收容人猛吹四十分鐘…，經台中地方法院檢察署偵查終結，依凌虐犯人罪嫌提起公訴，並求處有期徒刑一年六個月。

(<http://www.epochtimes.com/b5/7/12/11/n1938393.htm>) 最後上網日期：2009 年 7 月 23 日。

⁹⁶ 甘添貴，圖利與保密(上)，日新，第 4 期，2005 年 1 月，83 頁。

⁹⁷ 參閱柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析(上)(下)，月旦法學雜誌，80 期，2002 年 1 月，196-209 頁；81 期，2002 年 2 月，106-121 頁。

⁹⁸ 認為消極不作為不能成立圖利罪的文獻，如張秀鴻，刑法上公務員圖利罪構成要件之探討，國立中正大學犯罪防治研究所，2002 年碩士論文，13 頁。主張不作為能成立圖利罪的文獻，如李茂生，新修正公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91 期，2002 年 12 月，167 頁。

的義務，卻為自己或第三人圖不法利益，違反此項積極作為義務，而以消極不作為方法達到圖不法利益之目的者，例如警員有舉發轄區內違法經營色情行業的作為義務，消極的不予取締舉發，致該場所得以繼續營業而獲得不法利益⁹⁹；或如協助將交通違規被照相者「抽單」，使其免於處罰等，均得成立不作為的圖利罪¹⁰⁰。

第三款 公務員洩密罪

刑法第 132 條第 1 項：「公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。」是為公務員洩漏國防以外之秘密罪。

本罪行為客體為「國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品」，涵括範圍極廣。以警察為例，舉凡臨檢計畫、專案行動或相關偵詢筆錄等均屬之。洩漏、交付固以作為為常見，但有保守該等機密義務者，將該筆錄或計畫，隨意擺放桌上，見他人（如記者）翻閱查看而不加阻止，此即以不作為方式而觸犯洩漏國防以外秘密罪。

第四款 縱放人犯罪

刑法第 163 條第 1 項：「公務員縱放職務上依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃者，處一年以上七年以下有期徒刑。」所謂「依法逮捕、拘禁之人」，係指凡依法律拘束自由，置於公權力監督下者均屬之。逮捕，指剝奪自由尚未收容於一定處所，不問民事、刑事被告，或違反社會秩序者，依法拘提、管收、逮捕、解送，或拘留、

⁹⁹ 最高法院 81 年度台上字第 446 號、89 年度台上字第 5102 號判決參照；臺灣高等法院臺南分院八十九年度上訴字第一五七號刑事判決。

¹⁰⁰ 屏東縣警局兩名員警執行取締交通違規勤務時，因議員施壓而未開單告發超載砂石車司機，被涉依圖利罪嫌提起公訴。見 2009 年 3 月 24 日聯合電子報。

羈押、監禁、在外勞役之人等¹⁰¹。

本罪乃司法工作人員私自縱放在押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯的行為，其中不作為的表現，為明知人犯將脫逃而故不防止，如警察發現在押人員出逃，故意視而不見，聽而不聞，致使其逃走¹⁰²。但有主張，縱放必須具有積極的、直接的解放公權力拘束的行為，如消極不加阻止的不作為，僅能論本條項後段的「便利脫逃罪」¹⁰³。

第五款 使犯人隱蔽罪

刑法第 164 條第 1 項：「藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人或使之隱避者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」犯罪構成要件包括，行為人將人犯或依法逮捕拘禁的脫逃人，為「藏匿」或「使之隱避」的行為之一。所謂「藏匿」，係指行為人以積極作為將犯人收容於隱密處所，而使他人難以發現而言；所謂「使之隱避」，則指以「藏匿」以外方法，使其隱蔽逃避而言。另藏匿以外的方法使之隱避，須有指使或指示隱避之意旨¹⁰⁴，不限於積極作為，亦應包括消極的不作為，但消極的不作為，參酌刑法第十五條規定的意旨，必以行為人在法律上具有積極的作為義務為前提¹⁰⁵。故一般人知道犯人或脫逃者，卻不告知偵查機關的單純不作為，不成立本罪；但負有逮捕義務的警察，故意懈怠對犯人的逮捕時，

¹⁰¹ 最高法院 90 年台上字第 153 號判決參照。

¹⁰² 甘添貴，刑法各罪（上），五南，4 版，1997 年 10 月，176 頁；大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，3 版，2002 年 2 月，591 頁。

¹⁰³ 褚劍鴻，刑法分則釋論（上冊），台灣商務印書，5 版，1989 年 5 月，296-297 頁；呂有文，刑法各論，1992 年 5 月，100 頁。

¹⁰⁴ 最高法院 24 年度上字第 3518 號判例意旨參照。

¹⁰⁵ 最高法院 31 年度上字第 2324 號判例意旨參照。

依日本實務見解，是為透過不作為使犯人隱避罪¹⁰⁶。

警察故意以不作為，使犯罪者得以逃避法律制裁，固可成立使犯人隱避罪，但不能因此推論警察未「立即」逮捕犯人，一定成立本罪的不作為犯。依現制，警察並無微罪處分權，起訴裁量權（職權不起訴或緩起訴）專屬檢察官職權。對於犯罪者，警察應依法究辦，並無私下放縱權衡的空間。但任何公權力的行使，包括逮捕現行犯的強制處分，涉及人民的自由權利，都應該謹慎為之，尤其應遵守比例原則的限制。刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」雖此並非意謂警察得恣意決定，是否對現行犯開啟刑事追訴的大門，然而如考慮逮捕的代價太高，例如群眾事件中的現行犯，當場逮捕恐怕激化衝突，造成場面失控；或例如極度輕微的犯罪（例如僅偷挖兩顆波斯菊的婦女）¹⁰⁷，當場逮捕顯不符比例。紀錄蒐證，事後通知到案，當然無成立使犯人隱避罪的問題。

¹⁰⁶ 日本大判大正 6.9.27 刑錄 23 輯 1027 頁。轉引自：西田典之，刑法各論，弘文堂，1999 年 4 月，431 頁；大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，3 版，2002 年 2 月，595 頁。

¹⁰⁷ 台中縣豐原市某婦人因偷採 2 株波斯菊，被警方用手銬銬住，上腳鐐移送法辦，折騰 8 小時才獲釋。此案經批露，外界質疑警方執法不合比例原則。

有檢察官投書支持警察，認「該婦女因持鏟挖取，已構成刑法第 321 條之攜帶兇器竊盜罪，為『非告訴乃論罪』，且刑訴法第 231 條也規定警察於知有犯罪嫌疑時，應即調查。因此，警員依法即須逮捕該婦女，如不予處置，恐怕就要背負『吃案』的罵名。所以，不能只是因為挖取二棵波斯菊，價值不高，就苛責警員執法過當。」

有法學教授反對逮捕，主張：「警察既可掌控現場，於確認對象身分、保全證物後，似無需以現行犯逮捕。另如需續行偵查、追訴，亦可要求當事人稍後『自行到案』，或尊重其意願下『陪同到案』，相關逮捕強制或檢察官受理解送，乃執法『過剩』徒增民怨。另外，條文用語對於『現行犯』，並非均『應』逮捕，若警察現場處理過程已完成規範目的，雖未實施逮捕既無涉縱放人犯、隱匿證據，也無關吃案、瀆職等問題。」檢察官的說法，太言過其實。這裡的不逮捕，不表示吃案、不處理。後續發展，五名官警因本案被懲處。

相關資料：梁義順，花價雖不高 警察不辦算吃案，2009 年 2 月 8 日，聯合報民意論壇 (<http://forum.udn.com/forum/NewsLetter/NewsPreview?Encode=big...>)；林裕順，與檢警談現行犯，2009 年 4 月 7 日自由時報自由廣場 <http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/apr/7/today-o6.htm>。其他見 2009 年 2 月 9 日 聯合報電子報。(<http://udn.com/NEWS/SOCIETY/SOC6/4724891.shtml>) 最後上網日期：2009 年 7 月 28 日。

第六款 殺人罪、傷害罪

警察故意以不作為，使被害人死亡或受傷，可能成立不作為的殺人或傷害罪。將兩者併列，乃突顯不作為犯中，殺人或傷害罪區別上的難題。一個死亡結果的發生，可能是殺人既遂或傷害致死；一個受傷的結果，可能成立殺人未遂或傷害既遂。殺人罪與傷害罪的區別，應以有無殺人故意為斷。而殺人犯意存否，係隱藏於行為人內部主觀的意思，在作為犯的情形，被害人傷痕多寡、受傷處所是否即為致命部位、傷勢輕重程度、加害人下手情形、所用兇器為何，並與被害人是否相識、有無宿怨等情，雖不能執為區別殺人與傷害的絕對標準，然非不得審酌事發當時情況，觀其行為動機，視其下手情形、用力輕重、砍向部位的手段，佐以其所執兇器、致傷結果、與被害人的關係暨行為後的情狀等，予以綜合觀察論斷¹⁰⁸。

在不作為犯的領域裡，呈現的外觀表象，一樣都是冷峻地看待結果的實現，但殺人或傷害的犯意，仍需綜合外在的跡證判斷。警察押解兇手至犯罪現場模擬（勘驗），激憤的被害人家屬或社區民眾，摩拳霍霍，準備痛毆兇手。警察對於兇手有保護義務，如果警察與民眾同仇敵愾，放任民眾打傷兇手，負責勘驗的警察或檢察官，應成立不作為的傷害罪（至於是正犯或幫助犯，應進一步探討）¹⁰⁹。這種情形，最常看到的情節是群眾激憤辱罵，動手者趁隙偷施拳腳¹¹⁰，兇手頂多受點皮肉傷，論不作為的傷害罪是正確；但情報

¹⁰⁸ 參照臺灣高等法院 93 年度上訴字第 2742 號判決。

¹⁰⁹ 參閱林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，1-186 頁。

¹¹⁰ 每次遇到重大治安事件發生時，尤其在媒體慣於使用煽情式言論推波助瀾下，經常在社會上引起廣泛大眾同仇敵愾。不可否認，許多好發正義議論的人，可能真的是道德高超、潔身自好者。有宗教說「我們都是罪人。」即使不是教徒，但如果以較高的（道德上的或法律上的）標準自我檢視，許多人可能要慶幸自己僥倖避開法網的張羅。認識這一點，或許我們比較能同情被告，冷靜地看待法律對被告的審判。又，近來流行破案後的「現場模擬」，一大群人義憤填膺、追打嫌

顯示民眾備妥「鋤頭、扁擔」，意圖「車拼、輸贏」，警察仍放任為之，恐怕論以不作為的殺人或重傷害罪才合理。又如，據說監獄裡自有一套地下執法正義，尤其是對幼童犯強制性交者，往往會受到私刑制裁。常見的懲罰是用洗衣刷刷洗下體，監獄長官如果坐視，應論以不作為傷害罪；但如果其懲罰是要闖越十八銅人陣（如由十八個受刑人輪流毆打），長官如果容忍，恐非論以殺人罪，不足以彰顯其不法程度。

第四項 過失不純正不作為犯的警察職務犯罪

不作為犯無疑也可能出於過失。過失的不作為犯，也有純正與不純正不作為犯的區分可能。過失犯的處罰，以有明文者為限。德國有過失純正不作為犯的立法例¹¹¹，但我國尚乏明文，所以過失的不作為犯，僅有不純正不作為犯一類。

警察的不純正不作為過失，乃在執行職務中的警察人員，應當預見到自己的不作為，可能導致構成要件該當結果的發生，卻因為疏忽大意而沒有預見；或雖然已經預見結果的可能發生，卻過於輕信能夠避免的心理態度，導致原以作為犯規範模式的構成要件結果實現。前項討論的不作為洩密、縱放人犯與傷害等，警察也可能因為過失而觸犯，例如：隨意擺置重要機密文件，而致秘密外洩，觸犯不作為過失洩密罪（刑法第 132 條第 2 項）；羈禁處所破損，未及時發現修復，而致人犯脫逃；或人犯借口室外抽菸而「菸遁」¹¹²，

犯，彷彿是替天行道的正義使者，成了電視新聞裡不可缺少的場景。除了對於因為喪失至親而真情流露的部分人，應該給予體諒與理解外，其他人都應該做的是，虔誠地捫心自問，如果自己平常多關注發生在週遭的人或事，對於有難者即時伸出援手，就能消弭一場災難的發生。而不是在災難發生後，對於不可能抵抗的對手頻施偷襲，來滿足自己代表正義的表演慾。

¹¹¹ 德國刑法第 138 條第 3 項「因重大過失而怠於告發已知悉之犯罪」，為處罰過失純正不作為犯的立法例。

¹¹² 如「天兵警察 任嫌犯溜「菸」落跑」，2009 年 8 月 8 日 聯合報。

觸犯不作為過失致人犯脫逃罪(刑法第163條第2項);錯估形勢,未安排必要戒護警力,致現場模擬的兇手被群眾毆傷,觸犯不作為業務過失傷害罪(刑法第284條第2項)等是。另外,實務上曾多次發生的人犯自殺案,如果因為員警戒護不落實,導致逮捕或留置中嫌犯自殺,員警可能被追究不作為的業務過失致死罪(刑法第276條第2項)¹¹³。

第四節 警察不作為犯的構成要件

犯罪成立與否,必須先掌握事實,再作解釋¹¹⁴。一個行為符合法條所描述的情狀(包括刑法分則某罪的特別構成要件,及總則的一般構成要件),稱為構成要件該當性。構成要件該當的行為,被推定違法與有責,除非符合特定理由而阻卻違法或阻卻責任,否則就是犯罪成立¹¹⁵。作為犯的成立固是如此,不作為犯也是相同。

警察的不作為是否構成犯罪,也需要經過這樣的階層判斷。本節先討論警察不作為的構成要件該當性,阻卻犯罪的特殊情形,留待第六章探討。

(<http://udn.com/NEWS/SOCIETY/SOC7/5065092.shtml>)

¹¹³ 如臺灣高等法院94年度上訴字第680號刑事判決。本案係涉嫌多起假冒星探,誘騙少女性侵的嫌犯胡某,暫時被留置於刑事警察局拘留室內。胡某疑因畏罪,趁值班警員趴在值勤桌上睡覺,疏於注意拘留所內人犯動靜,在棉被內脫下內褲,將該內褲一端套住居留室外鎖鎖頭門把,一端套住自己脖子,用力往下坐的方式自殺,待值班警員發現胡某自殺後緊急送醫,仍不治死亡。檢察官起訴值班警員涉犯刑法第276條第2項業務過失致人於死罪嫌。一審地院判決警員無罪。檢察官不服上訴,二審高院改判決警員成立業務過失致人於死罪,處有期徒刑參月,緩刑貳年。

¹¹⁴ 林東茂,刑法綜覽,一品,6版,2009年9月,1-48頁。

¹¹⁵ 在通常情形,刑法的行為,一旦具備不法(構成要件該當性+違法性)及罪責(有責性)要件,即成立刑法上的犯罪。但部分例外情形,立法者在不法與罪責之外,「附加」其他影響犯罪是否成立或犯罪能否追訴的要件。例如客觀處罰條件、個人的刑罰阻卻或排除事由等。

第一項 警察純正不作為犯的構成要件

純正不作為犯，由刑法條文明定其作為義務，判斷「相對」比較容易，在犯罪的檢驗上，只要一一審查分則中規定的要件即可¹¹⁶。以警察是否觸犯廢弛職務釀成災害罪為例，依序應檢討的要件為：

第一款 警察是否具有防止該災害的職務

本罪行為主體為公務員，但何種公務員並無限制。多數認為不以有防止災害特別義務的公務員為必要，只要災害釀成，與其職務有關即可¹¹⁷。實務見解不盡相同。採肯定說者，強調須對某種災害有預防或遏止的職務，否則即不得為本罪的主體¹¹⁸；採否定說者：不以有特別義務為必要，但其災害釀成與其職務有關即已足¹¹⁹。惟本罪既係規範公務員廢職釀災，解釋上自以負有預防或遏止某種災害職務的特定公務員為當。

警消業已分業，消防公安檢查未落實致釀大火，不是警察失職。但大火發生時，警察未善盡管制、疏導職責致災害擴大，警察有責任；檢疫防疫，自有衛生機關主政，但疏於取締走私，致疫情蔓延，警察機關難辭其咎。總之，國家任官設職，公務員各有所司。包括檢疫、水利、消防、交通、營建、警察…等有關公共秩序、安全的公務機關人員，都必須善盡職責，避免因違反義務而觸犯本罪。

¹¹⁶ Heinrich, AT/2, Rn.881.轉引自蔡聖偉，不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51期，2006年12月，48頁。

¹¹⁷ 例如林山田教授即主張「凡具公務員身分者，即有可能成為本罪之行為主體，而不以對於災害負有防止義務之公務員為限」。參閱林山田著，刑法各罪論（下），2002年3月，修訂3版，96頁。

¹¹⁸ 最高法院30上字第2898號判例參照。

¹¹⁹ 司法院29年院字第2095號解釋。

第二款 警察是否廢弛職務

廢弛職務，即頹廢懈弛其法定職權，不以絕對消極性的不作為犯為限，即雖曾作為，而未竭盡其職責也包括在內¹²⁰。公務員的職務義務何在？公務員應對於何項災害負防止的義務？應達到何種程度，始為非廢弛職務？公務員執行職務，依據法令作為其職務範圍的界限，自應就其職務性質，依具體事實而為判斷。實務上認為監獄管理人任由人犯在牢中燒火煮食，致發生火災，燒死人犯，構成廢弛職務釀成災害罪¹²¹；又如衛生署檢疫人員明知流行病菌已漫延的地區，應負責接種疫苗或消毒環境，如未處理致漫延成災；水利局對各河川、堤防有修築補強義務，以為防汛準備工作，如果明知堤防已損壞，因疏忽未予修理，遇大雨洪水氾濫成災，致人民生命財產受損，亦構成廢弛職務釀成災害罪。

第三款 警察廢職結果是否釀成災害

純正不作為犯原則是「行為犯」，不待結果發生。但本罪公務員不作為導致災害發生為構成要件要素，屬於結果犯的立法方式¹²²，係一「特殊的」純正不作為犯規定¹²³。結果犯依法益或行為客體受侵害程度而言，可分為實害犯與危險犯。「災害」的解釋，有謂「從法定刑來看，指的應該是重大法益的災害」¹²⁴；但也有謂「實

¹²⁰ 參閱王振興著，刑法分則實用（第一冊），2版，1994年6月，355頁。

¹²¹ 院字第2095號解釋。

¹²² 參閱甘添貴，刑法各論（上），1990年10月，3版，85頁；林山田，刑法各論（下），2002年3月，修訂3版，94頁。

¹²³ 見林東茂，廢弛職務釀成災害罪，法學叢刊，215期（54卷3期），2009年7月，4頁。

¹²⁴ 參閱林山田著，刑法各罪論（下），2002年3月，修訂3版，97頁；黃榮堅著，刑罰的極限，元照，1999年4月，1版，76頁。

際受害人數多寡，及損失輕重如何，可以不拘」¹²⁵；或謂「本條所謂之災害，係一概括規定，雖未說明受害人數應有多寡，損害情形應有多重，然必其災害危及公眾，始足當之。」¹²⁶也有具體指出「是指二以上的公眾生命、身體或財產損害」¹²⁷者。

本文認為有關災害的意涵，只須會危及公眾安全即可，應該從事務的性質加以觀察，而非以人數的多寡進行檢驗¹²⁸。公務員的職務行為，無論係消防、飲水、檢疫及公共交通安全等，無不攸關人民法益保護，如僅以法益侵害結果作為處罰依據，對法益保護是否周全。因此，現行條文是實害犯的立法，行為人廢弛職務須致釀「災害」，才足以成罪。如此，是否足以規範在現代生活中大量出現的危險行為，有無改為危險犯的立法必要，實值立法者深思¹²⁹。

第四款 廢職與釀災間有因果且可歸責

本罪須災害的發生，與公務員的廢弛職務，有相當因果關係始能成立¹³⁰。亦即，災害的釀成，須與公務員不盡其職務上所應盡職責，具有因果關聯。因此，須災害得以預防或遏止，如公務員已竭盡其職責，而仍不免於災害發生，即不得謂為廢弛職務；即或廢弛其職務，然災害的釀成，係由於其他原因（如出於不可抗力等）致成災患者，亦非此所謂「釀成災害」。

¹²⁵ 韓忠謨，刑法各論，1977年版，62頁。

¹²⁶ 呂有文，刑法各論，1992年5月，51頁。

¹²⁷ 林東茂，廢弛職務釀成災害罪，法學叢刊，215期（54卷3期），2009年7月，12頁。

¹²⁸ 相同見解，見趙晞華，論刑法廢弛職務釀成災害罪-以八掌溪案判決為例，軍法專刊，51卷1期，2005年7月，29-44頁。

¹²⁹ 參考王怡今，廢弛職務釀成災害罪之研究，輔仁大學法律學研究所，1995年碩士論文。

¹³⁰ 29上字第2705、30上字2898號判例參照。

此處的因果關係，不僅是經驗上的因果（條件說），更重要的是需要有規範評價上的因果。也就是災害的發生，可以歸責到廢弛職務的行為上¹³¹。因此，在因果關係檢驗上所要考慮的有：（一）是否製造一個「不被容許的風險」，亦即行為人的行為對於行為客體是否製造了不被容許的風險；（二）是否「實現不被容許的風險」，亦即因廢弛職務所製造的風險有無被實現，釀成災害的死傷結果，可不可以當作是故意廢弛職務的成果而予以歸責；（三）此一結果是否存在於構成要件的效力範圍內，由此一廢弛職務行為所引起的結果，可不可以算是行為人的成果歸責給行為人。通過上述「客觀歸責理論」原則的檢驗，因果關係的檢驗才沒有問題。

第五款 警察有廢弛職務故意

依刑法第 12 條，刑法以處罰故意為原則，法有明文時始例外罰及過失。廢弛職務釀成災害罪，係處罰故意犯，即公務員須故意廢弛職務，始能成罪。倘因過失廢弛職務，致釀成災患者，因本罪不處罰過失犯，自難以本罪相繩¹³²。本罪的行為人須未預見災害的發生，亦即故意的範圍只及於「廢弛職務」部分，若是對於災害結果具備故意者，則應論以其他各罪的不純正不作為犯。換言之，行為人對其法定職務內容有所認識，進而決意廢弛的主觀心態，即具備本罪的構成要件故意。對釀成災害結果部分，行為人有認識的可能為已足¹³³。

¹³¹ 參閱張麗卿，公共安全疏失與刑事責任，法令月刊，46 卷 9 期，1995 年 9 月，12 頁；張麗卿，廢弛職務致釀災害的客觀歸責，收錄於氏著「新刑法探索」，元照，2006 年 8 月，2 版，114-148 頁；黃榮堅，衛爾康事件的基本刑法問題，收錄於氏著「刑罰的極限」，元照，1999 年 4 月，65-68 頁。

¹³² 參閱甘添貴，刑法各論（上），五南，1997 年 10 月，4 版 4 刷，85-86 頁。

¹³³ 韓忠謨，刑法各論，1977 年版，62 頁；褚劍鴻，刑法分則釋論（上），商務印書館，1987 年，151 頁；王怡今，廢弛職務釀成災害罪之研究，輔仁大學法律學研究所，1995 年碩士論文。

第二項 警察故意不純正不作為犯的構成要件

第一款 警察故意不純正不作為犯的客觀構成要件

第一目 結果或構成要件要素的實現

不作為犯罪，以行為人具有防止結果發生的義務存在為前提。不純正不作為犯的客觀構成要件要素，首先應該要有賦予特別作為義務者，避免結果發生的基礎的狀況存在，所謂造成構成要件當狀況或結果，期待或要求不作為者介入的狀態¹³⁴。以母親不哺乳殺死嬰兒為例，什麼時候可以認為母親已經開始著手殺人？在形成危害法益的性質，即一旦不餵養，對嬰兒的身體狀況，產生並非僅僅是不重大的影響，至遲在這個時間點，殺人的著手已經開始；甚至在這個時間點前，母親沒有做相應的預先安排，就把嬰兒扔下不管，放任事情發生，例如預計不回頭地離家而去，即使嬰兒尚未肚子餓，已經可以認定殺人的著手開始¹³⁵。

刑法第 15 條所稱的「犯罪結果」¹³⁶，應做廣義理解，是指分別個別條文中，所列出構成要件要素的實現，包括結果犯或行為犯，都可能透過不作為而使「犯罪結果實現」¹³⁷。警察不作為犯罪，是形式上符合某犯罪成立要件，實質上侵害法益，並可以歸咎於警察個人行為的犯罪。凡警察有作為義務，應為而不為，就是警察不作

¹³⁴ 吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（二），北海学園大学法學研究，44 卷 2 期，2008 年 12 月，234 頁。

¹³⁵ 參閱李昌珂譯，Johannes Wessels 著，德國刑法總論，（中國大陸）法律出版社，2008 年 11 月，452 頁，邊碼 745。

¹³⁶ 有學者謂：刑法第 15 條原條文「一定結果」改為「犯罪結果」反而不中性，「因為結果發生」，不一定就是「犯罪結果」，還要經過種種判斷，尤其是保證人地位。見張麗卿，刑事責任相關之立法修正評估，收錄於：新刑法探索，元照，2006 年 8 月，2 版，58-59 頁。

¹³⁷ 蔡聖偉，不作為犯：第一講一論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51 期，2006 年 12 月，52 頁。

為。但是，不管行政警察不作為，或是刑事警察不作為，都必須滿足刑法分則（或特別刑法、附屬刑法）中，某項犯罪構成要件或構成要件該當的結果，才可能構成警察不作為犯罪。

第二目 警察不為法所期待的行為（不作為）

沒有履行法定作為義務，是警察不作為犯罪成立的實質條件。不作為的行為方式，並非「無所為」，而是不著手從事法規範所要求的特定行為，由於此被期待的行為不出現，導致構成要件實現，或構成要件該當結果發生。因此，只有這種「有所不為」，在刑法評價上始可能構成不作為犯。

警察不作為，在促成某種犯罪結果的產生，過程中所起的作用，具有間接性、隱形性的特點¹³⁸。所謂間接，是指實際發生的犯罪結果，不是警察自己積極的作為所造成，而是與他人行為或自然現象因素相結合。所謂隱形，是指警察不作為本身不能單獨造成犯罪結果，必須配合其他條件仲介。不作為對犯罪結果的作用力是間接和隱形的，習焉不察，認知不足，是警察不作為犯罪的重要原因。

法規範所期待的作為，是能夠迅速而確實，有效防止結果發生的行為。這種應當的防止結果行為，必須就具體情況而定，特別是要依據發生結果的危險方式與危險的程度而定¹³⁹。在數個同等價值的防止結果可能性中，選擇一個行為，即為已足。但如果不選擇迅速有效防止結果的行為，仍構成過失的不作為¹⁴⁰。

¹³⁸ 邢曼媛，員警不作為犯罪的若干理論問題，山西高等學校社會科學學報，18卷12期，2006年12月，91頁。

¹³⁹ 參閱林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，244頁；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，548頁；大塚裕史譯，西原春夫監譯，*Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas* 原著（*Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996），ドイツ刑法總論（5版），成文堂，1999年4月，478-479頁。

¹⁴⁰ C. Roxin, *Strafrecht AT* II, 2003, § 31 Rn 180. 轉引自吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（二），北海学園大学法学研究，44卷2期，2008年12月，236頁。

第三目 警察有作為的可能性

警察必須有防止結果發生的事實可能性。換言之，警察必須是「不為」，而非「不能為」，始有成立不作為犯的可能。此一作為可能性，係指行為人在具體個案中，是否具有物理上的、現實上的作為可能性。與期待可能性，乃依行為人人格及心理狀態為判斷，殊不相同¹⁴¹。依據「逾越能力即無義務」(*ultra posse nemo obligatur*)的原則，必定是有履行義務能力的人，才可能違反作為義務，其行為也才可能具備行為不法¹⁴²。倘若法規範欲課予某人某項義務，其前提是有履行義務的能力及可能性，否則科予義務只是強人所難。

是否具備行為可能性，主要決定是由行為人主體條件，和行為時的客觀條件(如時間、地點)等¹⁴³。一般認為在下列幾種情況中，不存在行為可能性：一、無作為能力：如因昏迷、麻痺、抽搐或手腳被繩所捆綁等；二、生理缺陷：如聾啞、患病或其他身體殘疾等；三、空間的限制：例如遠在外地的父母，對在家中處於病危的孩子，客觀上不具備救助可能性；四、欠缺救助所必要之能力、經濟、知識或工具，如不會游泳，不會做人工呼吸、體力不足等¹⁴⁴。但是，義務人雖然本身不具有作為可能性，如果附近有防止結果發生能力的第三人可以求助，在這種情況下，則仍具有防止結果發生的事實

¹⁴¹ 蔡聖偉，不作為犯：第一講一論故意之不純正不作為犯(一)，月旦法學教室，51期，2006年12月，53頁。

¹⁴² 有文獻指出，在具體個案中是否違反保證人義務，在審查上必須先考慮事實上有無履行義務之事實可能性；其次則是從規範觀點審查，履行此一保證人義務，是否具期待可能性。因此，事實上的行為可能性與規範上的期待可能性，構成保證人義務的內在限制，從而也是成立不作為犯的限制。*Laufs/Uhlenbruck/Ulsenheimer*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, S. 1234f. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌，170期，2009年7月，139頁。

¹⁴³ 吉田敏雄，不作為犯的體系と構造(二)，北海学園大学法學研究，44卷2期，2008年12月，238頁；蔡聖偉，不作為犯：第一講一論故意之不純正不作為犯(一)，月旦法學教室，51期，2006年12月，53頁。

¹⁴⁴ 林山田，刑法通論(上)，修訂10版，2009年1月，245頁。

可能性。例如，汽車肇事後將人撞成重傷，流血不止，司機雖然本人不懂醫術，但附近有醫院，則仍具有防止結果發生的可能性。

在考量警察的不作為是否構成不作為犯罪，有無作為可能性，應該是一個重要判準。通常不會因為行為人具有身分而影響到作為義務的範圍，可是如果行為人基於某種特殊身分，使其能力明顯高於一般人時，則其義務履行範圍應較一般人為廣¹⁴⁵，警察受過專業訓練，配有警械武器等，對於犯罪或災害的抗制，應該有較高的作為能力。但如果逾越能力負擔部分，例如一個巡邏警員途遇一群人打架，他可能孤掌難鳴，生理條件上固然無力獨自制止犯罪，此時他的作為義務，乃是促使或請求支援以防止結果發生；如果警察主觀上欠缺有無作為能力、是否具備救助能力或工具等狀況的認識，例如接受報案，貿然前往，才發現警力或工具明顯不足以制止犯罪，此時固可以阻卻故意不作為犯罪，但依情節仍可能論以過失犯。

行為人對於防止結果之發生，有無事實可能性，有學者認除就生理的作為可能性外，尚須就行為人對於作為目的認知而判斷¹⁴⁶，例如在群眾事件中面對暴力攻擊的暴徒，警察避免刺激群眾激化衝突，對於現行犯暫時不予逮捕，採取蒐集證據，事後追捕的策略，此時公權力適度「軟化」或「撤退」，此乃比例原則精神的運用，應不至於構成犯罪¹⁴⁷。

第四目 警察有保證人地位

作為義務的來源，稱作保證人地位 (Garantenstellung)¹⁴⁸，有保證

¹⁴⁵ 吉田敏雄，不作為犯の體系と構造(二)，北海学園大学法学研究，44 卷 2 期，2008 年 12 月，238 頁。

¹⁴⁶ Armin Kaufmann 的見解，轉引自林山田，刑法通論(下冊)，增訂 10 版，2008 年 1 月，246 頁。

¹⁴⁷ 參閱李震山，警察任務法，4 版，1998 年 3 月，193 頁。

¹⁴⁸ 有稱為「責任義務人地位」，見黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，新學林，2009 年，

人地位者，始有作為義務¹⁴⁹。對警察的不作為犯罪，關鍵也在釐清作為義務的來源與界限。此一議題，將於第三章深入討論。

第五目 警察不作為與結果發生有因果關係與客觀可歸責性

因果關係是不成文的客觀構成要件要素。判斷因果關係，應區分「經驗上的因果」與「評價上的因果」。經驗上的因果，是一自然現象上的前因與後果，屬於感官經驗的範疇，必須價值中立地認識；至於評價上的因果，雖然也是以經驗上的因果為前提，但是「評價」係在於過問特定舉動的意義與價值¹⁵⁰。易言之，在因果關係的判斷上，應區分「結果的原因」與「結果的歸責」¹⁵¹。「因果的等價性」並非等同於「法的等價性」，這是要區分因果關係與客觀歸責的重要原因。

壹、警察的不作為與結果發生有因果關係

在作為犯的世界裡，有一個實在的因果關係。不作為犯的範疇裡，欠缺這個實存的因果關係，沒有一個經驗上的條件做為歸咎的基礎。純正不作為犯是單純舉動犯的另一個側面，不需要現實世界有任何結果發生。與此相對，不純正不作為犯「基本上」是結果犯。因此，在不純正不作為犯的因果關係判斷上，必須以行為人如果採取作為，履行救助義務後，結果幾乎可以確定不會發生者，始能將

1月，148頁；有稱為「止果義務人地位」，見劉幸義，不純正不作為犯的防止結果義務，台灣本土法學雜誌，40期，2002年11月，140頁。

¹⁴⁹ 學理上強調「保證人地位」與「作為義務」概念有別者，稱為區分說。依區分說，保證人地位是違法類型的構成要件，保證人地位錯誤屬於構成要件事實錯誤；而作為義務錯誤，則屬於違法性錯誤。對於保證人地位錯誤，阻卻故意成立；對於作為義務的錯誤，則不阻卻故意的成立。參閱山中敬一，刑法總論，（東京）成文堂，2版，2008年3月，237頁；余振華譯，甘添貴監譯，川端博著，刑法總論25講，元照，1999年11月，19頁。

¹⁵⁰ 林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-92頁；吉田敏雄，不作為犯的體系と構造（二），北海學園大學法學研究，44卷2期，2008年12月，241頁。

¹⁵¹ 林山田，刑法通論（上），修訂10版，2007年10月，224頁。

不作為所導致的結果歸責給行為人。不作為犯和結果間的因果關係，是一種「條件說」的反面思考¹⁵²。必須對於具體結果的發生，該不作為是不可想像其不存在；倘可想像行為人從事特定救助行為（即遵行法所誡命的義務），而具體結果會依然發生者，則不作為與結果間，即欠缺因果關係。用數字作量化理解，行為人的介入，必須「十之八九」或「幾近確定的高度可能性」能阻止結果發生¹⁵³，這就是通說所採取的「準因果關係」（或稱假設的因果關係）。

貳、結果發生可歸責於警察的不作為

客觀歸責理論係以因果關係存在為前提，獨立於因果關係判斷以外，評價行為人所造成的結果，是否可以被當作是他的行為作品。因此，確定警察不作為與結果間存有因果關係，仍應進一步判斷，警察造成具體結果的行為，在客觀上是否係可歸責，而應負刑法上的責任。

依 Roxin，客觀可歸責性的判斷有三個層次¹⁵⁴，分別是：（1）製造法所不容許的風險；（2）實現法所不容許的風險；（3）結果的發生，在構成要件的效力範圍內。客觀歸責理論是針對作為犯而產出，但在不作為犯的運用上，只需「微調」，蓋不作為犯並不是積極地製造不受容許的風險，而是消極地未排除或控制既存的風險¹⁵⁵。在這三個規則下，只有當警察的不作為，對於既存的風險未加

¹⁵² 張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學雜誌，57期，2000年2月，8-9頁。

¹⁵³ 日本最決平成元·12·15刑集43卷13號879頁。轉引自山口厚，刑法總論，2版，有斐閣，2008年3月，79頁；酒井安行，「不真正不作為犯」のいわゆる因果論的構成の可能性と限界，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，138頁。

¹⁵⁴ 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，2000年，123頁；川口浩一，不作為犯の「因果關係」と客觀的帰屬，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，125頁；山中敬一，刑法總論，（東京）成文堂，2版，2008年3月，240-242頁。

¹⁵⁵ C. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn 182. 轉引自蔡聖偉，不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51期，2006年12月，55頁。

排除或控制；且構成要件結果的發生，是因為該風險的實現；此一結果也在構成要件的效力範圍內時，構成要件結果的發生才能夠歸責給警察。因果關係的充足，只是前提要件，針對行為的歸責，重要的是警察的不作為「實現了規範保護目的內所不容許的風險」¹⁵⁶。

第六目 警察的「不作為」與「作為」等價

等價的問題，始終應是從法秩序立場而為價值論的衡量，不得混入單純倫理責任的觀點¹⁵⁷。對於純正不作為犯而言，由於刑法已經作了明確規定，沒有必要討論等價性問題。不純正不作為犯，是指以不作為的形式，觸犯通常以作為形式實施的犯罪。然而，作為可以直接引發向侵害法益方向發展的因果關係，並能夠支配、操縱這一因果關係，而不作為在自然意義上顯然不具備這一特性，由於不作為和作為在結構上存在差異，必須加入一定的要素，使得「不作為」在評價上，相當於以「作為」實現犯罪構成要件。

廣義的等價（同價值性），是指關於不作為的不法與責任，與該構成要件所規定的作為，應該有同等價值。狹義的等價，係指德國刑法第13條第1項規定：「未防止屬於法定構成要件的結果者，依本法罰之，但以依法應保證結果不發生，且其不作為與以作為實現法定構成要件的情形相當者為限。」¹⁵⁸所謂「依法應保證結果不發生」，即保證人地位；所謂「不作為與以作為實現法定構成要件的情形相當」，即等價（或稱相當）條款（Entsprechungsklausel）。

¹⁵⁶ 許玉秀，走出主觀與客觀的迷失，收錄於：主觀與客觀之間，1997年，14頁以下。

¹⁵⁷ 岩間康夫，同價值性論，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，107-115頁。

¹⁵⁸ 德國刑法第13條：「（第1項）依法有義務防止發生構成要件結果而不防止，且其不作為相當於以作為實現法定構成要件者，依本法具有可罰性。不防止刑法構成要件結果之發生者，唯有違法地不防止結果發生，且其不作為相當於以作為實現法定構成要件時，才依本法是可罰的。」（第2項）刑罰得依第49條第1項減輕之。」譯文參考：劉幸義，不純正不作為犯的防止結果義務，台灣本土法學雜誌，40期，2002年11月，138頁。

依德國通說見解，等價條款僅適用於某些特別行為範式的犯罪，例如詐欺罪、恐嚇罪及其他以強暴脅迫惑引誘為構成要件的犯罪類型¹⁵⁹。不作為必需與作為等價，是指「行為等價」，實施方法的等價，在「犯罪成立的行為」上作等價的評價，非以「結果的惹起或出現」為等價的評價¹⁶⁰。此類定式犯罪，其不純正不作為的認定，除不作為者有保證人義務為前提外，更須該違反義務的不作為，具有各該犯罪構成要件所規定的特別行為範式。除此以外的其他犯罪，等價條款的說法顯屬多餘¹⁶¹。

的確，絕大多數犯罪，均無實施方法的限制，行為人對於此等沒有限定實施方法的犯罪行為，只要具備保證人地位，則該不作為即與作為相當，學理上稱此為「第一層評價準則」。倘若在限定實施方法的犯罪類型中，則該不作為必須與構成要件所描述的作為，具有同樣的社會意義，始具有該構成要件所彰顯的特別行為非價。例如，在限定行為實施方法的詐欺罪中，由於被害人的財產損害必須由行為人的詐術所導致，因此，不作為是否可以被認定為詐術行為，必須探究其是否與積極傳遞錯誤資訊的詐術行為相當，並將這種等價性的判斷，稱為「第二等價準則」或特別行為非價¹⁶²。

¹⁵⁹ 李昌珂譯，*Johannes Wessels* 著，德國刑法總論，（中國大陸）法律出版社，2008年11月，423頁；楊萌譯，*Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlm* 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004年第5版），法律出版社，2006年2月，381頁；酒井安行譯，西原春夫監譯，*Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend* 著，*ドイツ刑法總論*（第五版），（東京）成文堂，1999年4月，491-492頁。

¹⁶⁰ 張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學雜誌，57期，2000年2月，9頁；蔡聖偉，不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51期，2006年12月，56-57頁。

¹⁶¹ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S.70. 轉引自許玉秀，論西德刑法上保證人地位之實質化運動，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，331頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，520頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2003年5月，238頁。

¹⁶² 參閱蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998年12月，571頁；林山田，刑法通論（上），修訂10版，2007年10月，226頁。

第二款 警察故意不純正不作為犯主觀構成要件

刑法第 12 條規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。」構成要件故意或過失，為主觀不法構成要件。故意的不純正不作為犯須審查哪些主觀要件，端視原本的犯罪構成要件，要求了哪些主觀要件而定。但不作為的故意，因為欠缺客觀上實現行為意志的積極行為表徵，所以不能直接移植關於作為犯的相關說明，而應做說理上適度修正。

故意不作為犯的主觀不法構成要件，乃指即行為人在主觀心態上，對於客觀不法構成要件的知與欲。不純正不作為犯的犯罪故意，同時具備認知要素和意志要素。與作為犯的構成要件故意相較，不作為犯的故意較特別的地方，就是行為人也必須要認識到實現不純正不作為犯特有要素的事實情狀。因此，與作為犯相較，不純正不作為犯的類型，多一些阻卻故意的構成要件錯誤。不作為犯罪的故意，所包含應認知的要素，屬於不作為犯客觀構成要件，包括構成要件該當結果、足以阻止構成要件該當結果發生的特定行為、不作為因果關係(行為犯除外)、具有保證人地位及具體的作為可能性等，都屬於行為人成立故意時所要認識的內容，如果欠缺此等認識，將形成足以排除不作為故意的構成要件錯誤¹⁶³。意欲要素體現為實現意志，但以容忍結果發生為已足。

行為人若積極希望犯罪結果實現，稱為「直接故意」(刑法第 13 條第 1 項)。故意不作為犯的直接故意，就是指行為人對於客觀不法構成要件有所認識，並進而決意不作為，而實現客觀不法構成要件，或使客觀構成要件該當結果發生的不作為故意。行為人主觀

¹⁶³ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlmann 著，刑法總論 I - 犯罪論 (2004 年第 5 版)，法律出版社，2006 年 2 月，383 頁；酒井安行譯，西原春夫監譯，Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend 著，ドイツ刑法總論 (第五版)，(東京)成文堂，1999 年 4 月，493-494 頁。

上並未積極希望犯罪結果發生，但就算其發生也不違本意，稱為「間接故意」（刑法第 13 條第 2 項）。故意不作為犯的間接故意，就是指對於其不作為將造成構成要件該當結果的發生，或實現客觀不法構成要件，雖有所預見，但仍決意不作為，聽任事態自然發展，終致實現客觀不法構成要件，或使客觀構成要件該當結果發生的不作為故意。

警察不作為犯罪，也必須出於故意或過失的心理態度。警察不作為的故意，是指執行職務的警察人員，認知到自己有作為的義務，自己如不作為，可能導致實現犯罪構成要件的結果，卻希望或放任這種結果發生的心理態度。要證明不作為犯的直接故意較困難，而以間接故意的不作為犯為常見¹⁶⁴。例如警察帶同嫌犯進行現場模擬，當民眾動手群毆嫌犯時，警察態度曖昧，輕聲勸阻，卻未採取必要制止動作，仍可能成立不作為傷害罪。

第三項 警察過失不作為犯的構成要件

過失不純正不作為犯的構成要件，乃結合過失犯的構成要件與不純正不作為犯的構成要件，故在構成要件該當性的判斷上，必須檢驗過失犯與不純正不作為犯的構成要件要素¹⁶⁵。包括：一、過失犯的行為不法與結果不法。二、構成要件該當結果的發生。三、不為期待的行為。四、防止結果發生的事實可能性。五、因果關係與客觀歸責。六、保證人地位。七、不作為與作為等價。

過失犯的種類，包括有疏忽大意的過失和過於自信的過失兩種。前者是應該預見而疏忽大意沒有預見，以至發生犯罪結果的情

¹⁶⁴ 參閱蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，574頁。

¹⁶⁵ 參閱林山田，刑法通論（上），修訂10版，2007年10月，231頁；參閱蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，478-499頁；張麗卿，樂極生悲，收錄於：新刑法探索，元照，2006年8月，2版，403-408頁。。

況；後者是已經預見而輕信能夠避免，以至結果發生的情況。過失不作為犯的主觀不法構成要件，乃有保證人地位的人，依客觀存在的具體情狀以及個人情況，對於其不作為可能導致的結果有認識義務，且有能力加以注意，但因未注意或為不足夠的注意，以致構成要件該當的結果實現¹⁶⁶。儘管過失行為也表現出外部與內在兩個方面，但根據客觀與主觀的構成要件，對案件事實進行劃分並不可取¹⁶⁷。過失行為人實現構成要件的意志，並沒有指向犯罪結果。因而，這種意志在刑法上的意義，不是直接源於其內容，而是與其應為的行為相比較的結果。

過失不作為犯的客觀構成要件，多數已於故意的不純正不作為犯說明，以下僅就過失的不純正不作為犯特別的要件說明：

第一款 過失犯的行為不法

所謂「行為不法」，係指任何人參與社會生活的各種活動之際，本應依循社會所共認的準則（成文的注意規則屬之，不成文而由各行業多年累積的習慣亦屬之），保持依據客觀情狀所應有的注意，克盡注意義務，以避免其行為發生危險，創造法所不容許的風險，而致破壞他人的法益。若未盡注意義務而創造法所不容許的風險，而致破壞他人的法益，即可認行為人有行為不法¹⁶⁸。

過失的不純正不作為犯，係居於保證人地位的行為人，因怠於

¹⁶⁶ 盧映潔，飲酒之「罪」，月旦法學教室，65期，2008年3月，12頁。

¹⁶⁷ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlm 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004年第5版），法律出版社，2006年2月，400頁。

¹⁶⁸ 林東茂、林鈺雄教授主張：過失犯罪的判斷，依客觀歸責理論即可充分判斷；張麗卿教授認為：客觀歸責理論可以補充過失犯判斷的輔助，但仍無法完全取代立法上對過失所提出的判斷標準，及目前實務對過失犯的認定。見林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-209頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，481頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月，3版，383頁。

履行其防止危險發生的義務，致生構成要件的該當結果。需要保護哪些利益、制止哪些危險，由保證人義務和注意義務決定，這兩種義務可能有重疊現象¹⁶⁹。過失犯的注意義務是其成立要件。

客觀注意義務的違反，是指行為人違反一般理智謹慎的人所應有的注意，有無客觀注意義務的違反，應以行為人的職業或類似性質交易範圍內的一般平均人的要求來決定¹⁷⁰。每一個過失犯都應該具備注意義務，只不過在是否具備注意義務的問題上，還需要進一步的解釋確定。刑法上所謂過失，是指行為人從事了一個破壞注意義務的行為，因而引致法規範欲保護的法益的侵害結果，而這樣的結果引致是可以預見以及可以避免的，並且行為人依照其個人主觀能力，亦即以個人的生理能力，以及到目前為止的個人經驗，是有能力履行規範所要求的注意義務，也有能力預見且避免上揭結果的發生。基此，過失行為的不法評價，是在於以法益保護觀點下的注意義務違反行為，從事某項生活事務的行為往來時的注意義務內涵，乃過失犯的不法基礎。

第二款 過失犯的結果不法

所謂「結果不法」，係指結果與行為間具備常態的關連性，而該結果屬於規範（注意規則）保護目的範圍，且結果可避免而言。結果可避免性，是指行為人違反行為人於個別情況下所應做到的注意，行為人主觀的認知能力與注意可能，以一般小心謹慎的理性主體為標準¹⁷¹。就法益侵害結果的實現而言，刑法非難行為人的理由，

¹⁶⁹ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlmann 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004 年第 5 版），法律出版社，2006 年 2 月，425 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月，579 頁。

¹⁷⁰ 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007 年 9 月，3 版，383-387 頁。

¹⁷¹ 張麗卿，「過失不純正不作為犯」，月旦法學雜誌，57 期，2000 年 2 月，9 頁。

警察不作為犯罪之研究

在於這樣的結果引致是可以避免的，而結果實現的可避免性之重要前提，在於結果發生的可預見性，也就是說當一個結果的發生是無法預見，則行為人在進行其行為時即無從納入考量中，自然也無法採取避免損害發生的措施，也就是沒有結果的可避免性¹⁷²。

再者，過失犯的結果發生，係因透過行為人的行為，使得目前的狀態產生改變，而終至法益損害或法益危險，所以過失犯的行為與結果發生間的因果關係，亦是過失責任成立的要件。

第五節 小結

總結上文，本文認為警察的作為或不作為，不應該從外顯世界的動靜判斷，而是應該從規範角度去思考。不管是屬於司法警察的不作為，或是行政警察的不作為；不管是完全不作為，或不完全作為，如果因此而符合犯罪成立要件，構成不作為犯罪，都是本研究所欲關照的對象。

或有人謂，基於刑法謙抑理論，或刑罰的最後手段性，針對警察的不作為，已有不同程度的行政懲處給予制裁；對於被害人，也有國家賠償法可以彌補；再追究警察不作為的刑事責任，豈非苛待警察，陷警察於極不利益境地。本文的想法是，本研究的重點不在刑事立法論上，換言之，本論文想要處理的問題，並非如何在刑法中，增加處罰條款以追究警察的不作為。而是從法解釋學的角度，去思考常見的警察不作為現象，有哪些刑法條款可運用加以制裁。如果警察的不作為，符合特別的及一般的犯罪構成要件，也無足以阻卻違法及阻卻責任事由，則沒有理由「獨厚」警察，坐視警察不作為豁免於刑法制裁。

¹⁷² 黃惠婷，刑法案例研習（二），新學林，2008年7月，144頁。

刑法是個處理惡緣之法。對於警察不作為犯罪者施予刑罰，固是破壞、拘束自由，深刻看，卻是創造自由，實現正義¹⁷³。本文相信，多數的員警是堅守本分，默默地奉獻心力於警察工作上。但不可否認地，仍有不少員警尸位素餐，消極怠惰，讓整體警察形象與榮譽，隨同蒙羞。因此，有必要正視這種警察不作為，追究相關責任—包括刑事責任。讓心存僥倖的員警知所警惕，使整個警察部門謹慎起來，勇敢接受工作上應有的壓力，使治安維護的工作，獲得品質提升，正是本研究所樂見的發展。

¹⁷³ 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南，3版，2007年10月，10-15頁。

警察不作為犯罪之研究

第三章 警察的保證人地位

不作為犯罪的成立，以行為人有作為義務為前提。作為義務的來源，是行為者居於保證人地位；作為義務的範圍和內容，是劃定不作為可罰與否的關鍵。純正不作為犯的法律誠命，刑法條文本身有明確規範，其行為主體沒有條件的特別限制，通常較無爭議；不純正不作為犯的可罰性，則是呼應國民質樸的法感情，基於經驗的、刑事政策上要求的產物¹，保證人地位的類型，必須倚賴司法實務與理論加以補充。保證人資格的認定，被喻為解釋學上最有爭議、最為灰暗的一角²。

作為義務，代表此人在一定的社會關係中，所處的地位及其應負的責任。警察因為工作特性，深入陰暗幽微，有機會接觸隱藏在社會角落的不幸與無奈。但防止別人的不幸，不全然是警察的責任。要追究警察不作為犯罪，首先應釐清警察是否有作為義務，而這義務必須是法律上的義務，而非僅是道德上的訴求，或僅是社會大眾對警察職業的單純期待。本章目的，即在探討警察作為義務的實質法理依據。

¹ Maurach, AT, 4 Aufl., S. 597.轉引自堀內捷三，不作為犯論，收錄於中山研一等編，現代刑法講座第一卷—刑法の基礎理論，成文堂，1980年7月，298頁；陳志輝譯，Bernd Schünemann 著，德國不作為犯法理的現況（上），軍法專刊，49卷5期，2003年5月，1頁。

² 林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-182頁。

第一節 保證人地位概說

第一項 保證人說的發展

第一款 保證人地位的意義

保證人地位，是泛指所有能夠導出，負有防止發生破壞法益結果義務的類型³，符合某一類型者，即屬具保證人資格而有作為義務。只有處於保證人地位者，才能夠成為不純正不作為犯的行為主體，所以不純正不作為犯是特別犯、義務犯⁴，或稱為純正的特別身分犯⁵。

不作為犯的行為人，必須在法律上居於保證人地位，此為判斷不作為與積極作為等價的「第一層標準」⁶。依通說，保證人地位是屬不純正不作為犯的客觀構成要件要素之一⁷。然而，這並不是想當然耳的結論。作為義務理論研究，大約從 19 世紀初德國開始。作為義務在犯罪理論體系的定位，學說史上曾有因果關係說、違法性說與構成要件說爭議。*Nagler* (*Johannes Nagler*, 1876-1951) 提出保證人說 (*Garantenlehre*)，才將保證人地位定位在構成要件階層。所以保證

³ 蔡聖偉，不作為犯：第二講—論故意之不純正不作為犯（二），月旦法學教室，53 期，2007 年 2 月，57 頁。

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年 9 月，508 頁；林山田，刑法通論（下冊），增訂 10 版，2008 年 1 月，248 頁。

⁵ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S.208. 轉引自蘇俊雄，刑法總論 II，自行發行，修正版，1998 年 12 月，563 頁；內田文昭，刑法概要上卷（基礎理論、犯罪論 1），東京青林書院，1995 年 4 月，319 頁。

⁶ 蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月，560 頁；大塚裕史譯，西原春夫監譯，Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas 原著 (*Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996)，*ドイツ刑法總論*（第 5 版），成文堂，1999 年 4 月，483 頁。

⁷ 通說認為，保證人地位是不作為犯客觀不法構成要件要素之一。但有少數說主張，應該把保證人地位定位為有責任要件，而不是不法要件。見黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2 版，2004 年 6 月，235 頁。

人說，被認為是不純正不作為犯理論史上的重要界碑。

第二款 保證人說的發展

第一目 「保證人說」前的階段

雖然文獻分析，早在羅馬法時期就有處罰不純正不作為犯的記載，但相關理論研究卻是近代以來才開展。德國學者 Westphal 通過分析，過去僅憑感覺和經驗，處罰的不作為犯的案例，首先得出不作為犯成立前提，是行為人具有負有特定義務的結論，但是他並沒有闡明此特定義務的具體內容⁸。Feuerbach 最早將作為義務理論化。他在自然法學說的基礎上，認為應當根據法律、契約這樣的刑法外事由，來判定有無作為義務。由自由的市民為了保護各人生命、身體、行動自由等，而締結契約組成的國家，應當以維持市民的權利為目的。或者說，應以保障市民，依照法規進行共同生活為目的。因此，超出法律規定的自由界限，侵害他人的權利，便違背國家目的。國家為完成使命，必須採取有效措施，防止這種侵害發生。最有效手段，便是針對侵害權利的行為，以法律宣告刑罰，並處罰一切違反刑罰法規的行為。同樣，市民間相互締結的契約，作為社會契約的原始形態，也賦予當事人權利和義務。於是，國家制定的法律，以及市民締結的契約，成為作為義務的來源⁹。19 世紀初，德國法學受自然科學「無中不能生有」觀點影響，不作為的因力問題最受關切。19 世紀末到威瑪時期（1919-1933）¹⁰前半，理論關

⁸ 堀內捷三，不作為犯論，青林書院，1973 年版，6-7 頁。

⁹ 松宮孝明、平山幹子譯，Günther Jakobs 著，刑法における作為と不作為，立命館法學，268 期，1999 年 6 月，221 頁；大塚裕史譯，Jescheck/Weigend 著，ドイツ刑法總論（第 5 版），成文堂，1999 年 4 月，483 頁。

¹⁰ 威瑪共和（Weimarer Republik）產生於 1918 年 11 月，德國第一次世界大戰戰敗投降，國內一場革命推翻了帝制，由前帝國議會裡最具勢力的社會民主黨倉促宣布成立一個代議的民主共和政治模式，他們稱之為威瑪共和，這是德國歷史上第一個民主共和政體，1933 年希特勒納粹政權

心的焦點，主要在於「法律義務與倫理義務的區別」與「不作為的因果關係證明」上¹¹。因為，以不作為形式，卻要適用作為的結果犯規定，先要證明不作為也能造成法定結果。學者透過「他行為說」、「先行行為說」、「干涉說」等，嘗試說明不作為的原因力。但這些學說，論證「不作為前的作為」，或妨害作為決意的「其他作為」或「意思活動」，都是從不作為以外去探求因果的起點，免不了被批判還是不能證明不作為本身的因果作用¹²。

另外，基於自由主義的要求，且為了與「倫理的義務」區別，此時作為義務來源僅限於法律與契約。德國學者 Stübel 從生活的實際感覺及法感情出發，認為因自己的前行為，而導致結果發生的人，負有防止該結果發生的義務。1884年10月21日德國帝國法院判例，首次確認先行行為與法律、契約，都是作為義務的事由¹³。自此以實務為中心而開展的「形式三分說」或「形式的法義務說」，成為主流見解¹⁴。

到了威瑪時代後期，漸漸感到形式的法義務說範圍太狹隘。實務基於「誠實信用原則」的一般民法契約條款，擴大認定「沉默」

掌控德國而壽終正寢。(資料來自 <http://tw.group.knowledge.yahoo.com/777-777/article/view?aid=131>)
上網日期：2009年3月1日。

¹¹ 參閱松宮孝明，「保障人」說について，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，167頁；日高義博，不純正不作為犯の理論，慶應通信，2版，1983年8月，15頁以下。

¹² 這些學說都從不作為以外的行為去說明因果關係，事實上否定不作為本身的因果關係。參閱酒井安行，「不純正不作為犯」のいわゆる因果論的構成の可能性と限界，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，136頁；平山幹子・不作為犯と正犯原理，成文堂，2005年11月，18頁。

¹³ RGS1 11,153。這個判決在以後的類似案件判決中，被稱為萊比錫法院判決規則。引自堀內捷三，不作為犯論，青林書院，1973年，12頁。

¹⁴ 齊藤信治，不真正不作為犯と作為義務の統一的根拠その他，（日本中央大学）法學新報，112卷11・12期，2006年11月，246-247頁。

成立詐欺¹⁵；納粹時代判例主張廢除「法與倫理的區別」，而以倫理的作為義務為不作為犯根據，如 1935 年「緊密共同生活體」判決¹⁶為其典型。其他如「健全的民族感情」、基督教的「鄰人愛」等，都可以導出作為義務來，同年刑法增訂第 323 條 C「不救助罪」¹⁷。為呼應實務，基爾學派主張廢除倫理義務與法的義務區別。作為義務由形式轉向實質，更可以實現刑法的法益保護機能，但卻容易模糊法律與道德的界限，不恰當地擴大作為義務的範圍，損害法的安定機能。

第二目 「保證人說」的開展

Nagler 提出保證人說時，學說史上有兩大思潮¹⁸。其一，當時通說乃違法性說。依此說，作為義務乃違法要素。作為義務違反，在違法性階段才考慮，因此無義務者的不作為，也會構成要件該當。作為犯構成要件該當時的違法推定機能，在不純正不作為犯無法適用，犯罪論體系上呈現不一致。其二，以民族共同體思想為基調的基爾學派 (Kieler Schule)¹⁹當道，強調廢除法律上義務與道德上

¹⁵ RGSt 64,277；RGSt 66,58 等參照。轉引自松宮孝明，「保障人」說について，刑法雜誌，36 卷 1 期，1996 年 8 月，175 頁。

¹⁶ RGSt 69,321。本案例是與看護契約無關係的女兒，因父親曾承擔照顧生病中伯母的責任，以同居中的親族為理由，認定女兒有看護義務。轉引自松宮孝明，「保障人」說について，刑法雜誌，36 卷 1 期，1996 年 8 月，175 頁。

¹⁷ 德國刑法典第 323 條 C 規定：「意外事故、公共危險或遇難時有救助的必要，依當時的情形又有可能，對自己並無重大危險，且不違反其他重要義務，而不救助者，處一年以下自由刑或並處罰金。」

¹⁸ 日高義博，保證者說の推移と問題点，收錄於：基本論点刑法，法學書院，1992 年 3 月，17 頁。

¹⁹ 所謂「基爾學派」，指 1933 年後，基爾大學的法律學系集中納粹政權所倚重的年輕教授和學者，依新執政者所計劃，廣泛從事所謂民族的法革新(völkische Rechtsemeruerung)工作。是納粹政權嘗試將一整個系，乃至一整所大學的學術完全意識型態化和政治化，以為其「御用」的結果。Dahm 和 Schaffstein 為其刑法理論代表人物。見鄭逸哲，德國刑法學者與納粹主義。摘自 (<http://www.geocities.com/CollegePark/Library/1933/Professor.htm>) 2009 年 8 月 8 日上網。

義務的區別，違反從民族的道德秩序義務的不作為，也成立不作為犯。

依犯罪三階層理論，構成要件既是不法行為的類型化，則該當構成要件的行為，通常具有違法性，此即構成要件的違法推定機能。如將不作為犯的作為義務，定位為違法性問題，意味不作為犯的判斷，行為即使構成要件該當，且無正當化事由(如緊急避險、義務衝突等)，仍不能肯定其不法，從而導致構成要件的違法推定機能，在不作為犯中不起作用。這樣「違法性說」與犯罪論體系間就產生矛盾。

為了既能夠限定作為義務的範圍，又能夠滿足構成要件的推定機能，並協調與犯罪論體系的關係，Nagler 提出「保證人說」。認為防止構成要件發生的法定義務叫保證義務，負有保證義務的人是保證人。不純正不作為犯的行為人，是否具有作為義務，關鍵要看行為人是否具有保證人地位。只有具有保證人地位的人，能夠盡義務卻怠於履行，從而發生犯罪結果的場合，才會出現與作為等價的問題。因此，保證人地位不是違法性問題，而是構成要件該當性問題，是實行行為問題。

保證人說確定兩個發展方向，一個是將不純正不作為犯可罰性，確定為構成要件理論；另一個是從社會防衛功能，確定保證人地位的法理基礎²⁰。至此「保證人說」成為通說，並成為立法的藍本，如德國刑法第 13 條規定：「行為人不防止屬於刑法的構成要件的結果，只有當他在法律上必須保證該結果不發生，並且當該不作為與通過作為實現法律的構成要件相當時，根據本法才是可罰的」。這裏的「依法應保證結果不發生」說的就是保證人地位；而

²⁰ 許玉秀，前行為保證人類型的生存權？-與加重結果犯的比較-，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，413頁。

「不作為與通過作為實現法律的構成要件相當」則是等價條款。

第二項 保證人地位的類型

第一款 從形式到實質的轉向

19世紀末到20世紀初，德國的判例和學說，把作為義務的依據，分為法律、契約、先行行為，形成對後世影響極大的形式三分說。日本刑法學的傳統觀點，從法令、契約（包括事務管理、條理）與習慣三方面，尋找作為義務的來源，也是深受德國學說的影響²¹。作為義務形式三分說，在德國、日本刑法學中，長期占主導地位。在我國，形式說也曾居於通說地位²²。

為保證人地位尋找實質法理依據，乃源自實質違法性說的實質違法觀²³。傳統作為義務的概念，範圍過於狹窄，無法充分發揮保護法益的需求。刑法理論乃擴展到實質的社會義務，將觀察重點放在社會秩序的需要上。同時，對於實質違法性理論的反省，促成所謂刑法的解放。基於刑法自覺，簡單說，就是刑法不應該隨著民法或其他法律而起舞，必須自己獨立決定不法的界線。

從實質義務論的角度，取代形式說的觀點，解釋保證人地位問題，已是當今共識。但如何從實質意義上認定保證人範圍？對此日本刑法學界存在激烈爭論，主要有以下見解²⁴：

²¹ 山口厚，刑法總論，有斐閣，2版，2008年3月2日，81頁；曾根威彥，刑法總論，弘文堂，3版，2001年4月，227頁。

²² 例如：陳樸生，實用刑法，3版，1977年，56頁以下；韓忠謨，刑法原理，15版，1982年，102-103頁；蔡墩銘，中國刑法精義，漢林，5版，1988年，118-119頁；高仰止，刑法總則之理論與實用，五南，1983年，192頁。

²³ 許玉秀，保證人地位的法理基礎，刑事法雜誌，42卷2期，1998年4月，41頁。

²⁴ 主要參考許玉秀，論西德刑法上保證人地位之實質化運動，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，325-377頁；佐伯仁志，不作為犯論，法學教室，288期，2004年9月，54-62頁；佐伯仁志，保障人的地位の発生根拠について，內藤謙等編：刑事法學の課題と展望，香川達夫博士古稀祝賀，1996年10月，95-119頁；神山敏雄，保障人義務の理論的根拠，收錄

第一目 重視先行行為的見解

此說認為作為義務的來源，是不作為者先前的原因設定的行為。目的在於限制不作為義務的範圍，重視不作為對因果發展方向的支配。通常只對自己行為產生的危險，才有責任防止由此所可能造成的侵害法益結果²⁵。然而特定情形下，基於社會分工，具有某職業身分者不履行職責，沒有先行行為，同樣會損害法益。這種情形一般認為可以構成不純正不作為犯。顯然此說範圍失之過窄。

第二目 重視現實、具體支配的見解

此說從對結果發生因果支配的實質觀點，尋求作為義務根據。行為人現實、具體地支配發生結果的因果關係，就產生作為義務²⁶。例如醫生有救死扶傷的義務，如果醫生拒絕出診，最終病人死亡，是否可認為違反刑法上作為義務，而成立不作為殺人呢？從社會一般觀念講，該醫生拒不出診，可向其他醫生求助，並不足以斷絕或延誤病人求生機會，病人生命保障，尚不具體依賴於該醫生的義務履行，因而不成立刑法上作為義務。

第三目 重視事實上承擔的見解

認為基於事實上的承擔，形成對法益的保護或侵害，依存於該不作為者的事實關係，就產生作為義務²⁷。本說既重視不作為支配

於齊藤誠二：變動期の刑事法學，森下忠先生古稀祝賀（上卷），成文堂，1995年7月，187-218頁。

²⁵ 日本學者採此說者，主要為日高義博教授。見氏著，不真正不作為犯の理論，慶應通信，2版，1983年8月，154頁以下。國內黃榮堅教授主張，危險前行為是保證人地位來源的「唯一」法理基礎，也採此說。見黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2版，2004年6月，253頁。

²⁶ 採此說者，主要為日本學者堀內捷三教授。見氏著，堀內捷三，不作為犯論，青林書院，1973年，253頁以下。

²⁷ 採此說者，主要為日本學者西田典之教授。見氏著，不作為犯罪論，收錄於芝原邦爾等編：刑法理論の現代的展開－總論I，日本評論社，1988年4月，89頁以下。

結果發生的實質性觀點，又以法益保護與行為人作為的依賴性予以限制。

第四目 重視社會期待的見解

本說從行為者與法益主體或危險的社會關係，法益保護強烈依存於行為者的作為，其保護是社會所強烈期待時，此時認為有保證人地位²⁸。本說的特徵，不只是從事實觀點，也從社會期待的規範性掌握法益依存性。但本說的缺點在，所謂社會期待的觀點，無非是社會道德規範，基準極不明確。

以上實質化理由，各有所本，在日本也各有支持者。在德國，爭議情形，不遑多讓。例如密切生活關係說、支配說、信賴關係說等，莫衷一是。其中 *Armin Kaufmann* 提出功能說，將保證人分為：法益保護性保證人與危險源監督性保證人兩大類。雖然這種分類方法被批評只有分類，沒有說明法理依據，但因其架構清楚明瞭，從社會功能關係與法益保護角度，提供明確判斷保證人地位途徑。至今德、日有不少功能說追隨者，在我國也是通說²⁹。

第二款 功能說保證人地位的類型

第一目 對特定法益的保護義務

壹、親密的共同生活關係或共同生活體

例如夫妻、父母子女、兄弟姊妹，或類似婚姻關係的同居人間等，對於生命、身體的急迫危險，相互負有保護義務的保證人地位。生活共同體關鍵，不在生活空間，而在成員間高度相互信賴關係。

²⁸ 採此說代表人物為日本學者神山敏雄教授。見氏著，保障人義務の理論的根拠，收錄於齊藤誠二：變動期の刑事法學，森下忠先生古稀祝賀（上卷），成文堂，1995年7月，187-218頁。

²⁹ 如林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，249頁以下；林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-183頁以下；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，509-516頁；蘇俊雄，刑法總論II，修正版，1998年12月，560-570頁。

因此，婚姻關係實際破裂的夫婦，即使同居一室，但喪失依賴，只有共同生活體外形，不負有保護義務的保證人地位³⁰。此處的共同體，乃具有目的性而產生，成員間形成信賴關係，包含在共同體生活中出現的「典型性」³¹危險狀況裡，提供相互協助和關心³²。因此，一般人冷血看著他人自殺，可能無罪；但若丈夫漠然眼看妻子自殺，見死不救，可能構成不作為幫助自殺罪（刑法§275）。

貳、危險共同體

所謂危險共同體，係指為達特定目的，組成的彼此信賴互助，並互負排除危難義務的團體。不管明示或默示，至少必須已經讓成員明白認知，他們在遇到危險時，相互扶持的意願。此一共同體，係基於共同克服某項危險任務，所形成的「特別信賴關係」。例如高峰登山隊、沙漠探險隊、深海潛水考古隊等。此等危險共同體的隊員彼此間，均互相居於保證人地位。臨時性遊戲團體、酒宴賓客、球賽觀眾，欠缺這種特別信賴關係，並非危險共同體。

參、事實上承擔保護義務者

自願承擔義務情形，只要事實上承擔保證結果不發生的義務者，即具保證人地位，不以當事人間契約有效成立為限。相反地，只有簽約或口頭約定，但事實上尚未承擔義務時，則尚不足以構成保證人地位。至於此等義務承擔有無酬勞；係一時或長久的承擔；係默許或明言承擔，均不影響保證人地位成立。如救生員、接受病

³⁰ 岩間康夫，夫婦間の保障人的義務—特に婚姻が破綻した場合における限界—，收錄於：過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，309-332頁。

³¹ 應限於制止生命、身體或其他人身法益的重大危險。參閱楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004年第5版），北京：法律出版社，2006年2月，372頁。

³² 李昌珂譯，Johannes Wessels 著，德國刑法總論，（中國大陸）法律出版社，2008年11月，435頁；堀內捷三，「緊密な生活共同体」概念，收錄於西田典之等編，判例によるドイツ刑法（總論），（東京）良書普及會，1987年4月，31-36頁。。

患為其醫治的醫生、登山隊嚮導、看顧嬰孩者等。如有人在池中呼救，救生員未加營救，溺水者死亡，救生員視其情況構成殺人罪或過失致人於死罪。

肆、結合保護義務的特殊公職或法人機構成員

國家設官分職，其目的在達成國家特定任務。公務員在其職責範圍內負保護義務。例如，依內政部消防署組織條例第二條：「內政部消防署職掌規劃及執行全國消防行政及災害防救事務，統一指揮、監督全國消防機關，執行消防及災害防救任務。」在直轄市、縣（市）政府，這些業務由消防局承辦。因此，消防人員對於消防、救災及緊急救護等工作，居於保證人地位。如接受火災通報不去救災者，可能因所生或所擴大的損害而負刑法上責任。法人機關成員，擔任結合保護義務特定職務時，在職責範圍內，例如公司監事對於公司財產或利益，居於保證人地位，如果放任董事掏空公司，可能成立背信等罪。

德國實例有遲延清除污水的市長，被依河川污染罪（德國刑法第324條第1項）³³不作為正犯判決有罪的例子（BGH NJW 1992, 3247）³⁴。學說對這個判決持反對意見，因為市長並非自願承擔保護義務；河川清淨狀態的保持與不可侵害性，並非依存於市長；市長也非基於危險源監督義務，因為污染危險來源，並非地方公共團體，而是發自利用者端。市長不作為，只須負公務員服務法責任已足³⁵。

³³ 德國刑法第324條第1項：「未經許可污染水域或對其品質做不利之改變者，處五年以下自由刑或罰金。」譯文參考蔡墩銘譯，德日刑法典，五南，1993年12月，153頁。

³⁴ 轉引自西原春夫監譯，Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas 原著（Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996）ドイツ刑法總論（第5版），成文堂，1999年4月，487頁。

³⁵ 西原春夫監譯，Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas 原著（Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996）ドイツ刑法總論（第5版），成文堂，1999年4月，487頁。

第二目 對危險源的監督義務

壹、為危險前行為的人

有文獻指出：「危險前行為保證人地位，是一個介於因果一元論和事後故意（*dolus subsequens*）、保證承擔和往來義務間含糊不清的混合產物，在理論史上扮演著頑強和可疑角色」³⁶。前行為製造了結果發生的臨近危險³⁷，造成他人或公共利益處於危險狀態，或自己控制領域下具有危險源，均可能侵害他人利益。在這些危險狀態下，製造危險源的人與其他受危險源威脅的人，就形成了特別密切關係。行為人的行為，造成法律保護利益一定危險，就產生積極行動防止結果發生的義務，有責任保證不會轉變為現實損害³⁸。危險前行為範圍大小則有爭議。有學者認為，足以導致構成要件該當結果發生者，即屬危險前行為；有認為前行為除具備導致結果發生迫切危險外，尚須違反保護他人的義務違反性，始構成保證人地位。通說主張，避免過度擴張責任範圍，應以後者（違背義務的危險前行為理論）為當³⁹。

貳、對於危險源負有監督或看管義務的人

所謂危險源，係指具有發生破壞法益較高危險的設備、放射性物質、爆裂物或動物，甚至是場所，負有防止發生破壞法益結果的

³⁶ 陳志輝譯，Bernd Schönemann 著，德國不作為犯法理的現況（上），軍法專刊，49卷5期，2003年5月，7頁。

³⁷ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Lüderssen 著，刑法總論 I — 犯罪論，中國法律出版社，2006年2月，367頁。

³⁸ 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，2006年12月，141-170頁；堀內捷三，「先行行為」，收錄於西田典之等編，判例によるドイツ刑法（總論），（東京）良書普及會，1987年4月，初版一刷，27-31頁。

³⁹ 此為目前國內通說。採此說者如：林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，254-257頁；林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-190頁以下；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，513頁；蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998年12月，569頁。

監督義務⁴⁰。例如汽車持有人，除須維持汽車可供行駛的安全狀態外，還有義務防止無駕駛能力，或欠缺相關常識的人使用；場所管理人，對於場所中發生重大法益侵害，有防止義務。若不阻止，對於所造成的結果亦須負責。例如夜店主人發現顧客在店中性侵害其他女客，因為被害者不易對外求助，店主人有必要介入阻止，否則有可能構成不作為強制性交幫助犯⁴¹。

參、管護他人的人

特定人有時也會成為危險源。例如有攻擊傾向的精神病患、監獄受刑人等。具有指揮監督他人權力地位(即犯罪防止義務)者，必須防止被監督人行為，造成第三人損害。因為一般人均信賴監督者，會管制被監督者行為，使不至於對一般人造成損害。

肆、商品製造者

商品生產銷售後，發現瑕疵，造成使用者生命或身體危害，如果商品製造，已經遵循當時相關客觀注意義務，基於可容許風險理論，其製造(作為)行為無可歸責。但此時商品生產者有義務回收，避免危害擴大，因為通常只有生產者最了解產品(如藥品的副作用)，因而有保證人地位⁴²。有問題的是，商品生產者，往往是法人(如某某股份有限公司)，但根據現行刑法，法人不受刑事責任。此時負保證人地位者，是能夠影響企業運作召回產品的具體個人⁴³。

⁴⁰ 吉田敏雄，不作為犯の體系と構造(四)，北海学園大学法学研究，45卷1期，2009年6月，96頁。

⁴¹ RGSSt 72,373.; OGHSt 1,87.; BGH NJW 1953,591.轉引自吉田敏雄，不作為犯の體系と構造(四)，北海学園大学法学研究，45卷1期，2009年6月，108頁，註189。

⁴² 北川佳代子，欠陥製品回収義務と刑事責任—市販後の製品回収義務をめぐるわが国の議論—，收錄於齊藤豐治等編，過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1卷)，成文堂，2006年06月，184-188頁。

⁴³ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I -犯罪論(2004年第5版)，北京：法律出版社，2006年2月，374-375頁；吉田敏雄，不作為犯の體系と構造(四)，北海学園大学

第二節 警察的保證人地位

第一項 警察保證人地位—功能說觀點

警察是否居於保證人地位，是警察不純正不作為犯前提。以下依功能說觀點，試析具體情形中，警察可能成立保證人地位的依據。

首先須說明者，保證人地位理論迄今未得到徹底解決的核心問題是，依據哪些標準，才能將不同樣態的義務加以區別⁴⁴，使得具體分析時，存在許多不確定性。又，由於保證人地位來源不只一種，具體個案判斷時，不同保證人地位，也可能產生競合關係。保證人地位是探討「有無」，而非「高低」判斷，即使數種保證人地位競合，此並非犯罪行為競合，不適用競合理論處理，至多僅能強化對該不作為的救助期待性⁴⁵。

第一款 危險共同體

理論上，除了密切生活共同體與商品製造者，與警察形成保證人地位較無關外，其他類型都可能具體形成警察保證人地位。例如，參加槍擊要犯緝捕的警察攻堅小組，彼此是危險共同體⁴⁶。因為基於約定或默契，成員間有患難與共的認識與決心，知道必要時需互相掩護，火力支援。有人開溜或刻意不支援火力，落單成員遭擊殺，開溜者可能成立不作為殺人罪（故意或過失應另行判斷）。

法學研究，45卷1期，2009年6月，101-102頁。

⁴⁴ 楊萌譯，前揭註，362頁。

⁴⁵ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，508頁；蘇俊雄，刑法總論II，修正版，1998年12月，570頁；洪兆承，評保證人地位法理基礎之規範化，東吳法研論集，2卷，2006年4月，275頁。

⁴⁶ 例子引自林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-189頁。同時參考林東茂，當愛已成往事—評臺北地院87年第1565號判決，收錄於林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南，3版，2007年10月，74頁，註18。

但這類型保證人地位，應建立在危急當下。勤務前，有人藉口肚痛，逃避出勤；勤務完畢，返回單位路上，隊友有人摔傷，其他人置之不理，因不是共同體任務的典型危險，不作為者欠缺同事愛，但沒有保證人地位。

第二款 自願承擔保護義務

警察拘提刑案兇手至犯罪現場模擬，激動氣憤群眾，動手毆擊兇手，警察有制止、保護義務。理由是，兇手被逮捕或羈禁，除失去身體自由，同時失去自我保護能力（例如逃跑或反擊），警察現實上接手管控風險職責，基於自願承擔保護義務而有保證人地位。同樣法理，警察有義務防止拘禁、控制下嫌犯自殺、自殘、急病，因為嫌犯處於孤立無援，失去週遭親友照護，警察有防止、照護的保證人地位。

除嫌犯本身，有時警察因逮捕嫌犯，而對第三人有保證人地位。例如：一名有毒癮媽媽，趁三歲女兒睡覺時，反鎖家門外出吸毒，卻被警察逮捕，依規定要移送矯治。她向警察說明原委，要求聯絡其他家人照料。警察撥打電話，無人接聽後，就此束手不管。三週後，小女孩腐爛身軀才被人發現⁴⁷。警察將媽媽逮捕後，小女孩陷入無人照料的立即危險，警察因為取代嫌犯管控風險，警察有保證人地位。有爭議的是，這類型保證人義務範圍多大？逮捕通緝犯後，嫌犯全家失去經濟來源，生活將陷入困頓，警察有防止義務嗎？本文認為，應該僅侷限急迫性、重大的危害，但不僅限於生命、身體法益危害。如嫌犯說被逮捕前，正在燒瓦斯煮開水未熄火，難道警察可以置之不理嗎？

⁴⁷ 這是發生在中國成都的真實案例。2003年6月4日，吸毒女李桂芳從獲知要被送去強制戒毒時開始，便向辦案民警多次訴說自己三歲的女兒李思怡被獨自留在家中，希望安頓好了孩子後再去戒毒，但並沒有得到辦案民警的重視。直至6月21日李思怡才被發現餓死在反鎖的家中。

第三款 危險源監控

對人與物的危險源監控義務，也是警察保證人地位來源重要原因。警槍是最典型危險物。警員攜槍返家，對於把玩槍枝客人有保證人地位，槍枝走火傷人，警員成立不作為傷害罪⁴⁸。

拘禁、留置的嫌犯，或有攻擊傾向的精神病患，可能加害自己，可能傷害別人。此時警察同時保護義務與監控義務競合，但以進入具體控制、支配狀態時為限。以精神病患為例，依精神衛生法第 32 條，警察機關於執行職務時，發現精神病患「有傷害他人或自己或有傷害之虞」者，應通知當地主管機關協助或共同處理；並應即護送就醫。一名精神病患病況不穩，家人通知衛生所及警、消人員，要將他護送到療養院。衛生所人員卻以「無立即危險」，拒絕依家屬意願送療養院，當天凌晨病患爬入 9 歲姪兒房內，將其掐死⁴⁹。警員等對死者有保證人地位嗎？對精神病患，警察的職責是「護送就醫」，是衛生局的職務協助機關。本案例主管機關既認定不需送醫，警員應無職務怠惰問題；精神病患尚未進入警察管控，員警應無保證人地位。

一旦護送就醫，警察對他有監控、保護義務。監護疏失，病患跳車致受重傷，護送的警員應負不作為業務過失重傷罪⁵⁰。護送中，萬一有攻擊傾向的病患掙脫逃跑，為避免其危及民眾生命，理應注意警告附近民眾防備，尋求支援，儘速將其尋回。如疏未採取任何措施而

⁴⁸ 例子引自林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，1-190 頁。

⁴⁹ 2009 年 5 月 1 日發生在台北縣三峽的真實案例：見自由電子報：「出事前一天精神不穩 衛所拒強制送醫」<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/may/2/today-so5-2.htm>；2006 年另一個個案引爆瓦斯，波及七名警消、瓦斯公司人員。見 2006 年 2 月 17 日 2006/02/17 聯合晚報。http://pschomedia.blogspot.com/2006/02/blog-post_114032592866093132.html 最後上網日：2009 年 8 月 10 日。

⁵⁰ 這是曾發生過的真實案例。參考林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，1-186 頁。

任其逃竄，對其所造成損害，警察有保證人地位⁵¹。

看守所內受羈押被告、監獄的受刑人，乃至被依法拘提逮捕的被告或犯罪嫌疑人，是被以強制方式加入特別權力的關係，因此與國家間產生公法上強制的、隔離的、非公用公營造物利用關係⁵²。羈禁中的被告或其他特別權力公法營造物關係下人物，管理的公務員對他們一方面有監督義務，一方面有保護義務。因為守衛人員對於的受拘禁者的，基於特別權威地位或命令權限，守衛人員對於受拘禁者的犯罪行為，例如竊盜他人財物，對於自己支配領域之危險源有監督義務⁵³，不加阻止，可能成立不作為幫助竊盜罪⁵⁴。

又，處於失去人身自由狀態的人，沒有能力保護自己、無從獲得外力支援，甚至只能任由拘束他自由的人擺佈，產生加強服從關係特別法律地位，也無行政程序法的適用⁵⁵。被依法拘提、羈禁的被告患病時，因為其服從特別權力關係，而致法益陷於危險狀態，此時因為其自力保護的可能性被排除或限制，國家必須提供必要的保護以彌補，因而肯定國家具有保護的保證人地位⁵⁶。

⁵¹ 有病患掙脫逃跑，跑至附近鄰家，將屋主殺死案例。刑事部分，檢察官認員警無過失而不起訴。國賠部分，一、二審原判決嘉義縣警局敗訴，應賠償家屬。最高院發回更審，認無相當因果關係，改判警局勝訴。參考臺灣高等法院臺南分院 94 年度上國更(一)字第 2 號民事判決。

⁵² 陳敏，行政法總論，3 版，2003 年 1 月，960、962、974 頁。

⁵³ Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht, 1986, S. 226 ff.; Hansm-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2001, §13 Rn. 35.轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47 卷 2 期，2008 年 2 月，51 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年 9 月，512 頁。

⁵⁴ RGSt. 69, 349. 轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47 卷 2 期，2008 年 2 月，51 頁。

⁵⁵ 行政程序法第 3 條第 2 項第 4 款：「犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所爲之行爲。」不適用行政程序法。

⁵⁶ Christof Sangenstedt, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, S. 563ff.轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47 卷 2 期，2008 年 2 月，51 頁；島田聡一郎，不作爲による共犯について（2 完），立教法学，65 期，2004 年 3 月，272 頁。

第四款 危險的前行為

警察的危險前行為，也可能是保證人地位來源。例如，使用警械，誤傷他人，對受傷者當然有義務送醫救治。然而，如果警察「依法」執行拘提、逮捕，嫌犯因抗拒或逃跑而受傷，依通說所主張的「違背義務危險前行為理論」，警察並無保證人地位，但對受傷的嫌犯，警察真的可以置之不理？

警察職權行使法第 5 條規定：「警察行使職權致人受傷者，應予必要之救助或送醫救護。」這裡的前行為，是「因果的」前行為，只須警察行使職權，是導致他人（包括職權行使的對象及不相關的第三人）受傷的原因，不管有無過失，警察就有施予「必要救助或送醫救護」的保證人地位。這強調警察危害防止的任務特色⁵⁷。

第五款 結合保護義務的特殊公職

國家設置公務員，原在使其執行職務，以完成國家特定目的，故公務員有執行職務義務，不言自明。但首先遇到一個爭議極大，且遠未釐清的問題是，公務員「是否」與及「在多大範圍內」，因為其所承擔的公法上義務，而成為刑法上受他保護法益的保證人⁵⁸。

多數的觀點，認為應取決於公法義務類型、主要任務範圍，在執行公務的框架內，在他們負責的範圍區域與任務界限，承擔防止犯罪行為，與保護個人或社會法益的義務⁵⁹。這裡僅能提醒，公法

⁵⁷ 蔡庭榕等，警察職權行使法逐條釋論，五南，2005年2月，102頁；李翔甫，警察法規，新學林，2008年9月，160頁。

⁵⁸ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I -犯罪論（2004年第5版），北京：法律出版社，2006年2月，364頁；李昌珂譯，Johannes Wessels 著，德國刑法總論，（中國大陸）法律出版社，2008年11月，437頁。

⁵⁹ 李昌珂譯，Johannes Wessels 著，德國刑法總論，（中國大陸）法律出版社，2008年11月，437頁。

責任與刑事責任，各有各的要件，兩者密切相關，但非等號⁶⁰。行政法上的義務，強調公務員事前行為規範的機能，重視客觀利益的衡量；刑法上的義務，則是重視行為人內心狀態的非難⁶¹，因為不作為實行行為性的要求，保證人義務必須符合具體危險性的要件⁶²。

雖然違反公法上作為義務，不能直接認定個別公務員應負刑事責任，但國家為了特定目的，而創設負有特別權限機關，公務員因為自由意思而加入成為機關一員，對於防止結果站在支配地位；或因為對法益保護的依存性，肯定其保證人地位。如對於結果的防止，除行政機關行使權限外別無他法，公務員因此擔負刑法不作為犯刑事責任，並非不可能⁶³。

維護治安是國家基本任務。國家設立警察的目的，最重要即在於維護治安。警察作為行政機關一環，其組織與活動應受法律規範。關係警察行政的法律全體，得總稱為「警察行政法」⁶⁴。屬於組織法或任務法性質的警察法，規定警察機關的設置、任務、職權

⁶⁰ 林幹人，國家公務員の作為義務，現代刑事法，4卷9期，2002年9月，21頁；林幹人，刑法の基礎理論，1995年9月，109頁；常岡孝好，行政の不作爲による刑事責任—行政法からの一考察，ジュリスト，1216期，2002年2月，24頁。

⁶¹ 見羅明通律師在「廉政肅貪法制問題研討會」上的評論發言。文刊刑事法雜誌，53卷4期，2009年8月，172頁。

⁶² 見神山敏雄，ホテル・デパート火災致死傷事故の實行行為性，收錄於：中山研一等編，火災と刑事責任—管理者の過失処罰を中心，成文堂，1993年7月，59頁以下。不同見解，強調有「抽象危險性認識或認識可能性」為已足。見高橋則夫，過失犯の行為規範に関する一考察，『過失犯論・不作為犯論・共犯論』，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年6月，11頁。

⁶³ 齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47卷2期，2008年2月，50頁；西原春夫監譯，Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas 原著（Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996）ドイツ刑法總論（第5版），成文堂，1999年4月，487頁。

⁶⁴ 警察行政法並非單一法律的名稱，而係學理上研究警察機關及人員，為達成任務，行使職權所依據或執行有關法律的總稱。內容可以涵括警察任務、組織、人員、作用、救濟等法領域。參閱陳立中，警察行政法，1992年，42-46頁；李震山，警察行政法論-自由與秩序之折衝，元照，2版，2009年8月，20-28頁；李震山，警察法論-警察任務編，正典，2002年10月，27-29頁。

及內部指揮命令關係等事項；對於未限制人民權利、自由的警察行政活動，即使沒有個別法律規定，本於為達成組織法規定的警察任務，也得於必要範圍內採取各項措施。但若涉及干預人民基本權利的作為，則仍須作用法的授權⁶⁵，例如警察職權行使法、刑事訴訟法及其他賦予警察職權法律⁶⁶。

警察職權行使法、刑事訴訟法等作用法，是賦予干預人民權利、自由的權力依據。權力不應該導出義務⁶⁷，警察作為義務的依據，不是作用法，而是規定警察任務的警察法。警察任務，係以行政組織法上警察機關為前提的概念，乃作為組織體的警察所應擔任的事務範圍⁶⁸。依警察法第 2 條及警察法施行細則第 2 條，警察主要任務為「依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害」；輔助任務為「依法促進人民福利」。實定法明示警察任務，有以下象徵意義：一、區隔警察機關與其他行政機關的關係，使警察的任務明確化；二、為達成警察任務，警察得實施必要的活動。若不涉及限制人民權利、自由，縱無個別的法律根據，亦得實施的必要活動；三、為完成任務應實行必要措施而未實行，警察將被追究責任；四、除法令另有規定外，警察不得從事與其任務無關的活動⁶⁹。這裡點出為完成警察得採取必要行動，「應實行而未實行」必要措施，

⁶⁵ 警察法、警察勤務條例僅是任務法、內部法性質，不足以作為發動干預人民權利的法律依據，這是另外制定警察職權行使法的原因。參閱李震山、H.Scholler 合著，警察法案例評釋，1988 年 7 月，91 頁。

⁶⁶ 例如道路交通管理處罰條例、社會秩序維護法、槍砲彈藥刀械管制條例，…等。

⁶⁷ 權力表示行動自由，義務表示行動不自由，因此「有權力者即有義務」是矛盾的推論。參考許玉秀，前行為保證人類型的生存權？—與加重結果犯的比較，收錄於氏著「主觀與客觀之間」，春風煦日論壇，1997 年 9 月，415 頁。

⁶⁸ 參閱梁添盛，重新釐定我國警察任務，中華警政學會會訊，2 期，2004 年 9 月，54 頁。

⁶⁹ 參照田村正博，警察行政法解說，東京法令出版，2001 年 2 月，4 版，24 頁。同時參考梁添盛，上揭文，54 頁。

將被追究責任，正說明有作為義務而不作為時的法律效果，所以警察作為義務的最終法源是警察任務。

警察法只是泛指警察機關整體作為義務來源，個別警察人員的作為義務，仍須視為達成警察任務，行使警察職權而具體進行的各種勤務、業務而定。各項勤務、業務的內容，決定於任務分配導引下的組織職掌與管轄範圍規定⁷⁰。警察任務是警察勤務的終極目的，警察業務是警察任務的實質工作，警察勤務是警察業務的具體行動⁷¹。警察任務、勤務、業務，三者密切關聯。

警察業務，即為達成警察任務，對人、地、時、物、事，依法實施維護、管理、禁制的警察活動，有主辦及協辦業務區別。警察勤務，係指警察機關為達成警察任務，對警察機構與警察人員，規劃編組，配以裝備，使其按分配的服勤時間，循不同勤務方式，執行各種維護治安效果的活動。警察勤務的運作，是在遂行警察法第2條的四大任務，法定的勤務執行方式有值班、臨檢、巡邏、勤區查察、守望、備勤等項，而依其種類概分為刑事、交通、行政、外事、戶口、保安…等。

警察主要任務，可化約為警察依法防止「公共性危害」任務。所謂公共性，即與公共秩序及社會安全有關者⁷²。但如果因此推論警察服務的對象，僅限「公眾」，制止針對個人法益的犯罪，不是警察的職責；不制止該等犯罪，也不會因此承擔保證人責任，則是過度解讀或「謬論」(ad absurdum)。畢竟，保護人民原即是「警察職

⁷⁰ 需依組織法令判斷，包括該機關組織條例、組織通則、辦事細則、分層負責明細表等決定。蔡震榮主編，警察法總論，一品文化，2009年7月，52頁。

⁷¹ 蕭玉文，警察勤務實用論，台灣警專教材，2005年2月，1-6頁。

⁷² 田村正博，警察行政法解說，東京法令社，4版，2001年1月，58頁；李震山，警察法論—警察任務編，正典，2002年10月，108頁；李震山，警察行政法論—自由與秩序的折衝，元照，2版，2009年8月，36頁。

責的重要組成部分」⁷³；從犯罪中保護人民，乃警察職務的本質要素⁷⁴。「保證發生危難的人，可以得到最親切迅速的救援，不正是警察制度存在的根本原因。」⁷⁵透過行政危害防止、刑事犯罪追緝、危害預防三大功能⁷⁶，應可肯定警察有保護人民的作為義務，使個人安全獲得保障，社會秩序得以維持⁷⁷。警察在此職責範圍內負保護義務，有保證人地位。

第二項 警察保證人地位的實質理由

自 Kaufmann 提出功能說以來，便成為普遍的通說。但是功能說並沒有說明，為什麼某些人具有排除某些危險來源的義務，只是提出一個形式上看起來便捷的分類方法。本文前款依據功能說的分類，說明警察在個別情況時，可能形成保證人的地位。本款將緊接說明形成警察保證人的地位的實質理由依據。

第一款 國家的保護義務

第一目 國家保護義務的意義

國家最重要的任務，包括維護人民基本生存、保障國家內、外安全與落實法治國家基本原理⁷⁸。國家設置各種行政機關，實施各

⁷³ BGSt 38,388 (390)，轉引自楊萌譯，Günter Stratenwerth、Lothar Lüderssen 著，刑法總論 I—犯罪論，中國法律出版社，2006 年 2 月，363 頁。

⁷⁴ 齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47 卷 2 期，2008 年 2 月，52 頁。

⁷⁵ 這是林東茂教授的用語。見林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，1-198 頁。

⁷⁶ 李震山，警察行政法論-自由與秩序的折衝，元照，2 版，2009 年 8 月，36 頁。

⁷⁷ 陳英淙，論警察之行政與司法性質，收錄於：陳英淙、黃惠婷編，法治國之警察理念與權限，元照，2007 年 6 月，180 頁；李震山，警察法論—警察任務編，正典，2002 年 10 月，47 頁。

⁷⁸ 松宮孝明、平山幹子譯，Günther Jakobs 著，刑法における作爲と不作爲，立命館法學，268 期，1999 年 6 月，267 頁；洪兆承，評保證人地位法理基礎之規範化，東吳法研論集，2 期，2006 年 4 月，275 頁。

種行政活動，其目的在擔當部分國家任務。傳統上，作為防衛權的基本人權，係針對禁止國家的干預而設，以保障個人免於遭受國家非法的限制。但個人自由遭受危害的威脅，除了來自國家機關外，尚可能來自其他私人，甚至是大自然的力量。

現今社會，由國家以外的私人，侵害權利自由的顯著例子並不少見。惡質的、有組織的犯罪集團橫行，頻發的近親者兒童虐待、家庭暴力事件，大型企業製造的環境污染等，在這些狀況因素下，也就是說，私人造成的權利自由侵害，藉由人權條款的第三者效力（Drittwirkung；third party effect）的觀點，必須藉由國家採取積極措施，保護個人自由權利，以落實基本權利的現實保障⁷⁹。「服從的目的是為了保護」，此一命題在國內安全也適用⁸⁰。此時，國家因為壟斷武力，使的人民受到攻擊時欠缺自我保護的能力，為有利於人民權利之故，國家必須承擔人民保護義務，這即是國家的保護義務（Schutzpflicht），國家的角色因此從人權的對立者，變成保護義務的保證人⁸¹。

第二目 國家保護義務的範圍

國家基本權保護義務，乃 1975 年德國聯邦憲法法院針對第一次墮胎罪判決⁸²為先例，而確立的基本權作用。一般保護義務的根

⁷⁹ 小林伸一，アメリカにおける憲法上の「政府に対し保護を請求する権利」と「政府の保護義務」をめぐる論議，日本法政学会法政論叢，34期，1998年5月，102-117頁；三宅雄彦，保障国家と公法理論：ドイツ規制緩和における国家任務の位置，埼玉大学社会科学論集，126期，2009年3月，31-65頁。

⁸⁰ 松宮孝明、平山幹子譯，Günther Jakobs 著，刑法における作爲と不作爲，立命館法學，268期，1999年6月，268頁。

⁸¹ Epping, Grundrecht, 2005, 2. Aufl. Springer-Verlag, Rn. 111.5 轉引自陳英淙、黃惠婷，法治國之警察理念與權限，元照，2007年6月，166頁；同時參照吳庚，憲法解釋與適用，三民，3版，2004年，132頁；謝榮堂、周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊，55卷3期，2009年6月，45-71頁。

⁸² BVerfGE 39.1. 參見小山剛，妊娠中絶立法と基本權（胎兒生命）保護義務—ドイツ「妊婦お

據，在基本法第 1 條第 2 項人性尊嚴的尊重保護義務上。保護義務的概念，乃基本權保護的法益，由國家以外的「第三者」侵害之虞時，國家必須採取積極作為來應付。保護義務是依據法治國的概念而來，但在聯邦憲法法院中，包括私立學校援助的判決（BVerfGE 75, 40）、代理商決定（BVerfGE 81, 242.），保護義務與社會國家原理連結，概念適用範圍有漸次擴大傾向⁸³。

保護義務的議題，是從國家以外的第三者，違法侵害基本權法益而開展。來自大自然的災害，是否也有保護義務理論的適用，學說有不同見解。否定說主張保護義務的根據，是國家權力獨佔結果，為了維護安全，免於其他人民的侵害而存在，因此自然現象的保護，不在這侵害的概念內。自然災害（特別是天災）誰也不能被歸責。但否定說也強調，如自然環境因人「加工」而生自然災害，則保護義務理論也可適用。總結否定說的見解就是，保護義務理論的適用範圍，僅限於「人禍」的類型⁸⁴。

多數見解採肯定說。第一種說法是，保護義務關心的是，「基本權法益的現實化」、「基本權法益侵害的保護」。至於基本權法益侵害起因，究竟來自於人或自然，根本不是發動保護義務所應考量⁸⁵；第二種見解強調，因為國家保護義務，是禁止人民自力救濟的補償，自然災害情形，限於事實上不可能自力救濟，因此而生保護必要性。依此說，國家保護義務，成了無法以自己力量防禦侵害下

よび家族扶助法」をめぐる憲法論を素材に－，名城法學，43 卷 1・2 期，1993 年，137 頁以下。

⁸³ 山崎榮一，日本における防災政策と基本權保護義務，大分大学福祉社会科学研究科紀要，4 期，2005 年 12 月，50 頁。

⁸⁴ J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, (1983) ,Rn 112.轉引自山崎榮一，上揭註，51 頁。

⁸⁵ J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (1992) ,S. 103. ; K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd III /1 (1988) ,S.735.轉引自山崎榮一，日本における防災政策と基本權保護義務，大分大学福祉社会科学研究科紀要，4 期，2005 年 12 月，51 頁。

的補充性原則⁸⁶。第三種說法是，自然災害是警察法上要求防禦的危險源 (Gefallenquelle)，所以當然也是對基本權利的危險源，而成為被國家義務保護的對象⁸⁷。

本文認為肯定說的第一說最可採。基本權是絕對的權利，所有的危險來源都應該保護。來自一般私人固然如此，來自自然災害也是一樣。尤其，對基本權最大的威脅，不是來自私人、也不是來自外國，而是來自我們人類尚未知的領域—夾帶無限力量的自然現象，才是最大危險源。對照 921 及中國汶川大地震、88 大水災，就知道此言非虛。因此，若說從自然災害的保護，是國家最優先的任務，絕非過言。

第二款 警察任務與國家保護義務

警察任務與國家目的，息息相關。基於國民主權的理念，保障人權是國家責無旁貸的使命，當然也是警察機關重要的職責。警察權力的發動，本身就是雙面刃。一方面固是保障人權，一方面可能侵害人權。因此，警察消極義務是，除非有法律依據，否則不得侵害人民自由、權利；警察積極義務是，因為警察享有動用國家公權力的權限，但也要擔負保護國民免於受害的義務⁸⁸。以下從警察保護義務的角度，探討警察不作為時，對一般人民成立保證人地位的實質理由。

第一目 法益保護的角度

並不是所有學說，都肯定警察對一般個人的保護義務。如

⁸⁶ G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, (1987), S. 127, 192. 轉引自山崎榮一，上揭註，51 頁。

⁸⁷ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd III./1 (1988), S. 735. 轉引自山崎榮一，日本における防災政策と基本權保護義務，大分大学福祉社会科学研究科紀要，4 期，2005 年 12 月，51-52 頁。

⁸⁸ 洪兆承，評保證人地位法理基礎之規範化，東吳法研論集，2 期，2006 年 4 月，264 頁。

Herzberg 認為，警察任務不在保護個人法益，否定警察的保證人地位。他認為基於自願承擔的保證人地位，根據法的、社會的評價，一定的人選擇就任結合較高責任的職業，其保證人地位的射程範圍，依不作為者的職業，委以對法益迫切危險的保護責任。警察被委以保護的範圍是公共安全性與秩序，依情形保護私人的義務，只不過是其職業義務的反射效果、附帶利益，主張警察對被犯罪威脅的人沒有保證人地位⁸⁹。又如，Rudolphi 認為，人民可以透過正當防衛權行使等，獨力守護自己，警察與他人並無從屬關係，因此不能認為警察有保證人地位⁹⁰。

但多數見解認為，個人法益受犯罪行為威脅時，同時也存在對公的安全性與秩序的危險；警察法上的「公共安全」，指的是「整體法秩序」，警察在保護「公共安全」法益時，不但會涉及集體法益，也會涉及個人法益，國家只有保護人民才有正當性⁹¹。國家的任務依公法義務的型態被委以警察，警察一旦就任，就概括承擔了保護人民的地位⁹²。因此警察本來的任務，就包括人民個人法益的保護⁹³。學說主要從以下論點，肯定警察的保證人地位：

⁸⁹ Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S.356. 轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作為と刑事責任，金沢法学，49 卷 1 期，2006 年 11 月，57 頁。同時參考吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（三），北海学園大学法學研究，44 卷 3/4 期，2009 年 3 月，464 頁，註 114。

⁹⁰ Z.B., SK §13Rn54c (Rudolphi)。轉引自島田聡一郎，不作為による共犯について（2 完），立教法学，65 期，2004 年 3 月，274 頁。

⁹¹ 謝碩駿，警察職權行使法第二八條第一項作為警察法上之概括條款，法學新論，6 期，2009 年 1 月，46 頁。

⁹² 基本上採肯定說學者如 Z.B., Jakobs, AT, S.832; Roxin, AT Bd II, S.441; 。轉引自島田聡一郎，不作為による共犯について（2 完），立教法学，65 期，2004 年 3 月，311 頁，註 402。

⁹³ 見 Heinz Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S.349ff.; Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht, 1986, S.105ff., 122 ff., 190 ff. 等文獻。轉引自齊藤彰子，前揭文，57 頁。另外，警察職權行使法第 28 條第 1 項除了「公共安全」及「公共秩序」外，同時揭櫫「個人生命、身體、自由、名譽或財產」等個人法益，也是警察要保護的法益。

壹、因為法益主體放棄私的保護措施

Schultz 認為，一般情形，面臨外部的危險時，法益主體無能力保護的內部危險存在時，乃發生法益侵害情事。內部的危險，是因為不作為者的因素造成的，不作為者應承擔結果責任。國家把任務交給警察承擔，人民信賴警察會履行任務，因而放棄私力的防衛措施。如此的內部危險，歸責於國家造成，所以肯定警察有不作為的保證人地位⁹⁴。

貳、因社會地位而賦予期待關係

Brammsen 認為，基於警察的特別社會地位，民眾與警察間存在互相的期待關係，因此賦予警察不作為責任的基礎。就是說，因為人民信賴警察有特別手段、介入權限與保護義務的特別社會地位，會在需要時適度介入保護，警察的設置，就是因為民眾需要而存在，所以警察有保證人地位⁹⁵。

參、因為國家權力的獨占性

國家因為權力獨占，人民因而自我保護的可能性遭到限縮，現行法秩序原則禁止私人自力救濟，正當防衛權或緊急避難權等，只是國家保護的縫隙間，作為所謂「應急手段的必要之惡」而已。相反地，警察有非常廣泛的介入權，國家為彌補人民自我防衛能力的限縮，警察負責這遂行國家任務的地位，因此承擔保護的保證人地位⁹⁶。

⁹⁴ Michael Schultz, Amtswalterunterlassen, 1984, S. 140ff. 轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47 卷 2 期，2008 年 2 月，52-3 頁；同作者，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，金沢法学（日本金沢大学），49 卷 1 期，2006 年 11 月，57-59 頁。

⁹⁵ Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantspflicht, 1986, S. 105ff., 122 ff., 190 ff. 轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，刑法雜誌，47 卷 2 期，2008 年 2 月，53 頁；同作者，公務員の職務違反の不作爲と刑事責任，金沢法学（日本金沢大学），49 卷 1 期，2006 年 11 月，59-61 頁。

⁹⁶ Michael Schultz, Amtswalterunterlassen, 1984, S. 140ff. 轉引自齊藤彰子，公務員の職務違反の不作

第二目 危險源監督的角度

相對於前者對人民法益保護角度，多數學說採肯定態度，警察對阻止一般人犯罪的監督型保證人地位，多數學說採否定見解。學說認為，對於第三者的犯罪行為，要追究不作為者的責任，法律上必須承認基於特別的命令權限，要求直接行為者在不作為者的支配下，類似特別權力關係那樣的支配地位。警察跟一般人民間，很難有這樣的支配關係⁹⁷。

本文認為這樣的區別並無道理。理由是，前述多數學說肯定警察有保護一般人民的保證人地位，但無監督一般人犯罪的義務。然而這經常是二合一的問題。我們既然肯定警察對人民的保護義務，當應防止他受到來自包括自然界，或其他第三人的侵害，自然警察也對可能犯罪的第三者有監督義務。

本文認為，當然應該肯定警察對可能的犯罪者有監督義務，至於是否能夠完全監督，則是作為可能性問題。因為作為可能性，在不純正不作為犯客觀構成要件要素的定位，仍有不同見解。有認為，作為可能性是判斷是否有保證人地位的因素之一，主張「逾越可能，即無義務」，採此說，警察當然無法監督到所有可能犯罪者，因此對犯罪者無監督的保證人地位。但多數見解認為，作為可能性與保證人地位，都是獨立的不純正不作為犯客觀構成要件要素。是否有作為可能，與是否有保證人地位有不同判準，兩者不相干。

以巡邏警員為例，應該認定他有監督犯罪者的義務，因此遇到可疑者，他可以盤查，必要時可以逮捕。至於執勤的時間裡，巡邏

為と刑事責任，刑法雜誌，47卷2期，2008年2月，52-3頁；同作者，公務員の職務違反の不作為と刑事責任，金沢法学（日本金沢大学），49卷1期，2006年11月，61-63頁。

⁹⁷ 齊藤彰子，公務員の職務違反の不作為と刑事責任，金沢法学（日本金沢大学），49卷1期，2006年11月，67頁，註51所引學說參照。

區內發生犯罪，他該被究責嗎？不該的理由，是沒有作為可能性，不是他沒有保證人地位。因為芸芸眾生，警察當然不可能監督到所有潛在的可能犯罪者。更何況預先把每一個人當作可能犯罪者，正違反法律的誡命⁹⁸。即使犯罪發生的時段，他偷懶翹班，因為很難證實他的不作為，與結果的發生有因果關係，除行政懲處外，他仍不需負刑責。但當一個犯罪情況具體明確或高度可能時，他已經沒有不作為的模糊空間了。以下是個真實案例：一個警大副教授外出，家裡來個闖空門的，機警鄰居發現，趕緊報警。警員來了，從頂樓查探，確定有人在內。按電鈴，裡面的人拒不開門。這名菜鳥警員既不敢破門，也沒耐心守株待兔。僵持四、五十分鐘後，藉口有其他勤務離去。鄰居透過大門貓眼察看，果然小偷盡情搜刮後，滿載而歸⁹⁹。這案例，警員有保證人地位，有作為可能性，也幾乎可以確定如採必要作為，可以阻止竊案既遂，警員應成立不作為幫助竊盜罪。

第三節 警察作為義務的界限

第一項 事務管轄與警察作為義務

管轄（Zuständigkeit）係指行政機關依法規所定，具有的權限（Kompetenz）。管轄一方面係機關處理行政事務的權力，另一方面則是對屬於本身任務範圍的事項，有予以處理的職責¹⁰⁰。在法治國家

⁹⁸ 有犯罪嫌疑才可以發動調查（刑訴§230、231）、有合理懷疑才可以發動盤查（警職法§6），說明警察不可以一開始把所有人當嫌犯懷疑。

⁹⁹ 參閱：蘋果日報「查竊『快閃』 警任賊從容逃」。上網日期：2009年07月03日。
（http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/31756706/IssueID/20090703）。

¹⁰⁰ 許文義，論機關間權限分配與職權行使－以入出國及移民法為例，月旦法學雜誌，66期，2000年11月，135頁。

要求下，任何機關欲達成其法定任務，基於組織法定原則，其權限行使，受到事務管轄與土地管轄的限制。行政機關的管轄權，依其組織法規或其他行政法規規定之。

依警察法第5條規定，警政署掌理下列全國性警察業務：(1) 關於拱衛中樞，準備應變及協助地方治安之保安警察業務。(2) 關於保護外僑及處理涉外案件之外事警察業務。(3) 關於管理入出國境及警備邊疆之國境警察業務。(4) 關於預防犯罪及協助偵查內亂外患重大犯罪之刑事警察業務。(5) 關於防護連跨數省河湖及警衛領海之水上警察業務。(6) 關於防護國營鐵路、航空、工礦、森林、漁、鹽等事業設施之各種專業警察業務。同法第8條也規定，直轄市政府設市警察局，縣(市)政府設縣(市)警察局(科)，掌理各該管區之警察行政及業務。警察署及各該警察局的所屬員警，再分別依其組織條例或組織規程等規範，執行各種警察業務。

公務員有依法令規定，及接受長官指派，而服勤務的義務，公務員必須全力投注於勤務中。所謂「全力」，乃以最大能力貢獻心力，以求在「質」上最大的貢獻，並非謂公務員對國家負有「無定量」的勤務¹⁰¹。

所謂無定量勤務，依傳統學說，有「量」與「種類」的不定量。所謂「量」的不定量，指勤務的分量是不限的。在民主理念不甚發達的時代，公務員的服勤量，全操在行政機關或長官，以職務命令或行政規則單方面規定，公務員本身只有接受命令餘地。但在講求民主、法治與人權的現代，公務員的人權理念，也要求公務員在執行職務的數量上應有限制。

在「種類」方面，公務員所執行的勤務，應與所任命擔任的職

¹⁰¹ 參照陳新民，行政法學總論，三民，修訂8版，2005年9月，232頁。

務一致，公務員可拒絕非其應執行的勤務種類。德國 Münster 邦行政法院 1970 年曾判決，一個警員拒絕在某由市長主持的追悼儀式中，擔任其中獻花人員。該警員辯稱，此獻花行為與其警察任務法的法定勤務不相符合，若是命其擔任獻花儀式場地外的交通指揮或秩序維護，本人將遵命執行云云。法院支持這種見解，認為公務員可拒絕執行與職責不符的任務¹⁰²。

第二項 土地管轄與警察作為義務

行政機關因受地域管轄限制，權限行使範圍，原則以其管轄區域內為限。行政職責也應受到地域管轄權的限制，因此作為行政主體具體體現的公務人員，在管轄權以外也不負有職責。既然不負有職責，那麼該公務人員的作為義務，在此情況下也隨之免除。

警察職權行使，與警察的管轄區域直接關聯。避免警察權限過度集中，有必要將警察權的執行作用，限定於其地域範圍內¹⁰³。但為確保警察行政的效率性，在與警察權分權旨趣不矛盾範圍內，遇有緊急處分的必要時，得跨越轄區行使職權¹⁰⁴。但並非所有的警察，在任何時地均為司法警察（官），必須依法令關於特定事項，得行司法警察（官）職權者，於其管轄區域內，方為司法警察（官）¹⁰⁵。各警察機關人員，依其組織法規所規定的犯罪偵查事項範圍，從事犯罪偵查時方具備司法警察（官）身分。以國道公路警察局為例，依內政部警政署國道公路警察局組織條例第 2 條第 1 項第 5 款規

¹⁰² G.P. Strunk, Beamtenrecht, 1980. S. 68.轉引自陳新民，前揭註，232-233 頁。

¹⁰³ 佐藤英彥，警察捜査の意義，收錄於：日本の警察—第 2 卷（刑事警察），立花書房，1993 年，45-97 頁。

¹⁰⁴ 內政部警政署為規範員警越區辦案，曾函頒各級警察機關通報越區辦案應行注意要點，其目的在發揮各級警察機關整體偵防力量，提升打擊犯罪能力及避免於越區辦案時，因執行配合不當，引致不良後果。

¹⁰⁵ 侯友宜，檢察官指揮調度員警協助辦案作為探討，日新，第 6 期，2006 年 1 月，91-94 頁。

定，國道公路警察局掌理國道公路範圍內，違法案件偵防，因此對於國道公路警察局人員，在國道公路範圍內，從事犯罪偵查方具備司法警察（官）身分；再以各港務警察局為例，依內政部警政署港務警察局組織通則第2條第1項第3款之規定，港務警察局掌理港區犯罪偵防及刑事案件處理事項，因此各港務警察局人員，在港區內從事犯罪偵查及刑事案件處理事項，方具備司法警察（官）身分，也在此範圍內才有犯罪追緝的作為義務。

第三項 勤務時間與警察作為義務

公務員在法定上班時間以外，是否負有行政職責？不能一概而論。公務人員依法享有休息的權利。不應當要求公務人員，無時無刻都處於一種履行職責的工作狀態。下班後，公務人員的職責原則上也暫時免除。但公務人員選擇加班，應當認為是工作的一種延伸，公務人員應當承擔職責要求的作為義務。依此，公務人員在職權（業務）管轄範圍外，或正常工作時間外，可以免除職責上的作為義務，此時不具保證人地位。

下班後的警察，所具有的是公民而非警察身分，他的權利和義務，相當於一般公民。作為公民，在有人受到危害而請求幫助時，道德上有義務伸出援手，但此種義務非法律義務。當然，作為具有警察身分的公民，畢竟與一般公民有所區別。因為他具有對抗犯罪的專門技術、知識、經驗，有更高的作為可能性；而且警察身分所代表的職業道德，他可能更被期待及時出手為人解危。但即使他選擇明哲保身，而非見義勇為，容或有道德上的瑕疵，但終無違反法律上的作為義務。當然，我們期待我們的員警，都具有高度工作熱誠與職業道德，而非只是抱著「當一天和尚撞一天鐘」，等待打卡下班的勢利鬼。上述說法，卻是強調「權利與義務對等」的法治社

會，合法、合理的結論。但這樣的結論，在中國大陸則非當然之理。

2005 年底，中國大陸一件真實案例，引發饒富趣味的討論。有位小姐被搶，一位身穿便服，開著警車的人正好經過，被害人攔了警車，要求協助追緝前面的搶匪。警員遲疑半秒後，把自己的手機遞給被害人，說：「我下班了，妳報警吧！」¹⁰⁶

依中華人民共和國人民警察法第 19 條規定：「人民警察在非工作時間，遇有其職責範圍內的緊急情況，應當履行職責。」一種見解認為，這一職責，應該是法律對作為整體的人民警察，也就是警察機關提出的要求。當然，整體的人民警察，是由個體人民警察組成的；整體人民警察的任務和職責，必須通過個體人民警察去實現。但個體人民警察與整體人民警察畢竟有別。質問「警察下班了，警察的職責也下班了？」是弄混了兩個概念：前一個「警察」是作為個體的警察，而後一個「警察」則是指警察機關。警察機關隨時都擔負維護社會治安，打擊犯罪的職責，因此勤務安排必須 24 小時銜接，避免警力保護出現空窗，使宵小有機可趁。但作為個體的警察，下班後他享有依法休息的權利，這是他的基本人權。

上述說法無疑是較符合人性，但是否符合法律文義，則令人存疑？如果把該條「人民警察」解釋是指整體警察機關，而非個別警察人員，則何以整體警察機關，有「在工作時間」與「在非工作時間」分別呢？所以該條文「人民警察」應是指個別警察人員。一般情形個別警察人員的作為義務，固然始於到班，終於下班。但法律並非不可以規定，某些特殊行業的人承擔特別義務的例外。當然，

¹⁰⁶ 楊炯虹，警察下班後拒絕出警不構成不作為；郭震、沈靜，人民警察非工作時間履行職責的思考；錢夙偉，警務人員下班後，能不能拒絕求助？；姜明安，公民請求警察保護權與警察休息權孰重孰輕？<http://218.22.42.86/epublish/gb/special/class000000022/20030201/hwz649453.htm>
http://article.chinalawinfo.com/article/jrtj/article_display.asp?ArticleID=31430
<http://218.201.11.68/classview.asp?id=5032&classid=6>；
<http://www1.nuc.edu.cn/fxx/news/flyd/20031110110215.htm>。上網日期：2007 年 11 月 10 日。

對於一個下班的警察，賦予「遇有其職責範圍內的緊急情況，應當履行職責。」是否懸義過高，是否合情合理？另當別論。純就依法論法，依上開人民警察法規定，中國一個下了班的警察，遇到職務上緊急狀態，本文認為仍有制止犯罪的作為義務。中國人民警察法這個條文，把警察變成是一個不定時，不定量的行業，對照他的薪水跟權力，本文認為極不合理。

本文認為，一個不是執行勤務中的警察，即使穿著制服或開著警車，不會因此就轉變有作為義務（當然違反服製規定、私用警車等，可以另外行政處罰）。警察的作為義務來源，不該建立在所謂民眾的觀感或認知上¹⁰⁷，否則「警察有無作為義務」，變成不確定的概念，而且也同時紊亂「道德義務」與「法律義務」的差別。

但某些例外情況，即使在非勤務時間獲知的犯罪係繼續犯¹⁰⁸，或從其反覆實施的情形判斷，預計在恢復職務執行後，犯罪仍可能持續進行的場合，則應該就公共利益與（警察）私人利益個案衡量。例如遇到類似德國刑法第 138 條不救助罪的重大法益¹⁰⁹或高額、高度不法的財產侵害等，因為公共利益較優越，則應在恢復勤務狀態後，有採取必要作為的義務¹¹⁰。

上述觀念，德國實務上有二案例可供參照。案例一，某警察勤

¹⁰⁷ 同樣見解見林東茂，廢弛職務釀成災害罪，法學叢刊，215 期（54 卷 3 期），2009 年 7 月，4 頁。不同見解見趙晞華，論刑法廢弛職務釀成災害罪-以八掌溪案判決為例，收錄於：軍法變革與人權保障，2007 年，313 頁。

¹⁰⁸ 松原芳博，繼續犯における作為・不作為一保管・所持を中心として，收錄於：過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006 年 06 月，287-307 頁。

¹⁰⁹ 德國刑法典第 138 條規定：對於下列犯罪行為（指內亂罪、外患罪、偽造貨幣罪、販賣人口罪、殺人罪、殘害人群罪、妨害自由罪、強姦罪、公共危險罪等重罪）之計劃或實施，於其尚未開始執行，或其結果尚可加以防止之前，已確然獲得情報，而怠於適時向官署告發或向因犯罪可能受威脅之人通報者，處 5 年以下自由刑或並科罰金。

¹¹⁰ 島田聡一郎，不作為による共犯について（2），立教法学，65 期，2004 年，273 頁。

餘時間至酒館訪友，知道熟識的店主人媒介賣春，卻擱置未予舉發，遭以幫助媒介賣春罪名起訴。後聯邦最高法院以其得知犯罪是在勤務時間外，「且對象犯罪尚非重大」為由，否定該警察「阻止媒介賣春罪」的保證人地位¹¹¹。案例二，負責經濟犯罪與電腦犯罪的警察甲，以妻子乙的名義，與妻子乙一同未得公務員法上兼業許可，未經許可而經營公司，甲未阻止乙公司業務上的詐欺、偽造文書罪，本案法院判決甲成立詐欺、偽造文書的不作為幫助犯¹¹²。

對於第一個案例，學說上有不少反對意見。1992年刑事第四庭「為了保護具有特別重要性的法益，甚至在私下得知的情況下，肯定警察有保證人地位」，雖然，最後聯邦最高法院以其「得知犯罪是在勤務時間外，且對象犯罪尚非重大」為由，結論上適當地否定該警察「阻止媒介賣春罪」的保證人地位。聯邦最高法院嘗試引申出，警察對於公共安全秩序的個人或集體法益，具有保證人地位，但Wagner一向依照危害法益客體的價值與危險的程度，要求「特別嚴重的危險情形」作為保證人地位的前提條件。賣淫案因為情節輕微，因而否定其保證人地位；Brammsen要求「存在著具有威脅的危險」、Sangenstedt強調「權力專斷的關聯性」，因此都否定該案警察的保證人地位¹¹³。

Schünemann也認為，在沒有學理監督下，實務最近愈來愈航向所謂刑事政策需求，走向無限擴張不作為犯的路線¹¹⁴。他批判最高

¹¹¹ BGHSt 38, 388. 轉引自島田聡一郎，不作為による共犯について（2），立教法学，65期，2004年，273頁。

¹¹² BGHNStZ2000,147.，轉引自島田聡一郎，上掲文，273頁。

¹¹³ 以上學者見解，摘自陳志輝譯，Bernd Schünemann 著，德國不作為犯法理的現況（下），軍法專刊，49卷6期，2003年6月，1-13頁。

¹¹⁴ 陳志輝譯，Bernd Schünemann 著，德國不作為犯法理的現況（下），軍法專刊，49卷6期，2003年6月，1頁。

法院僅從「警察的職業義務」引申出保證人地位，尤其不考慮警察的裁量權，因此避免過度擴張，必須限縮「並非所有公法上的行為義務，都會造成刑法上的保證人地位。在勤務外得知，於執勤時會繼續發生的刑事犯罪情況，只有在嚴重刑事犯罪時，才存在進行干預的保證人義務。也就是在個案中取決於公共利益與私人利益的整體衡量」¹¹⁵。

Schünemann 主張本案欠缺具體的支配關係、欠缺不作為與作為的等價，不成立不作為犯。但應該要進一步討論者，警察（不管身著便服或制服），如果經常光顧酒吧，並且依照和酒吧主人的肢體互動模式，可以認定為容忍在該處發生的賣淫行為，因此構成默示容任，可直接論以積極作為的心理幫助犯¹¹⁶。

第四節 小結

本章的目的，在探討警察保證人地位的實質依據。基於警察危害防止與犯行追緝的任務，本文認為警察有保護人民，免於第三者犯罪侵害的保證人地位。因此，例如在目睹竊盜行為發生時，警察有犯罪阻止義務，如果在場旁觀而不作為，可成立竊盜幫助犯。而這保證人地位背後的實質理由，一方面因為人民放棄私的防衛措施（自我保護喪失），因此信賴警察的保護（警察保護的期待），且國家因為權力獨占，因而需承擔保護人民的責任，而這保護人民的義務，乃透過職務規定的型態，交由警察來執行。因此，保護人民瀕臨危機的法益，乃警察公法上「本來的任務之一」¹¹⁷。

¹¹⁵ BGHSt38,391,392. 轉引自陳志輝譯，上揭文，2頁。

¹¹⁶ 陳志輝譯，Bernd Schünemann 著，德國不作為犯法理的現況（下），軍法專刊，49卷6期，2003年6月，2頁。

¹¹⁷ D. Kienapfel, F. Köpfel, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 29 Rn 3 f.; V. Krey, Deutsches Strafrecht

又，警察的作為義務有一定的界限，包括受到事務管轄、土地管轄與勤務時間的限制。因此，警察在勤務時間外，見聞某犯罪在進行中，即使是屬重大犯罪，也無立即阻止犯罪的義務。但對於重大犯罪仍有制止可能時，警察一旦返回勤務狀態，仍有犯罪制止義務。換言之，對於迫切侵害重大法益的「情報」，即使是在非勤務中得知，也不允許在回復勤務狀態時加以「忘卻」¹¹⁸。

AT, Bd. 2, 3, Aufl., 2008, §36 Rn 339.; K. Köhl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, §18 Rn 84. 轉引自吉田敏雄，不作為犯的體系と構造（三），北海学園大学法学研究，44 卷 3/4 期，2009 年 3 月，452 頁。

¹¹⁸ 我國實務也有類似見解，參照最高法院 97 年度台上字第 3516 號刑事判決。略以：原審以被告（某刑事組長）知悉該電子遊藝場有從事賭博行為，然其知悉並非係基於其職務上之知悉，故其應無告發之職務上之作為義務…。但最高法院認為，被告擔任刑事組組長，就轄區內刑事犯罪案件之偵辦，屬其業務範圍，則其放任轄區內之賭博犯罪行為而不予取締舉發偵辦，難謂非於職務上應為而不為…。

警察不作為犯罪之研究

第四章 警察不作為的正犯與共犯

警察不作為的型態很多，引發的法律問題，難以一概而論。以涉及的人數分，有可能僅警察單獨一人觸犯不作為犯；有可能與其他人互相作用，而產生如何評價不作為犯定位，例如警察目睹他人犯罪，卻放任不予阻止，涉及是否成立不作為的正犯（同時犯或共同正犯），或者共犯（幫助犯）的問題。以不作為方式參與他人的犯罪，不僅與參與犯¹的理論有關，同時與不作為犯的構造理論有關，呈現出複雜性。不作為犯與參與犯兩個領域交錯的結果，衍生基本問題如：以作為犯為基礎，發展出來的正犯與共犯區分理論，是否能適用於不作為犯？如果認定不作為的犯罪參與者，負有作為義務，該參與者構成正犯，還是共犯？如果認定其構成正犯，究竟是構成共同正犯還是同時犯？

不作為正犯與共犯的區分，早在 19 世紀末，德國就出現不作為幫助犯的判例。二次世界大戰後，諸多不作為正犯與共犯的學說，在德國陸續出現，不作為的正犯與共犯問題，漸成為德國學界爭論最為激烈的課題之一。日本深受德國理論影響，二戰後，日本不作為共犯判例增加，但僅限於不作為形式的幫助犯。日本學界也以實際判例出現的契機，廣泛探討不作為正犯與共犯的理論²。但綜

¹ 本文所指參與犯，並非等於德文 *Teilnahme* 所指的共犯(教唆犯、幫助犯)，而是 *Beteiligung*，即多數人參與犯罪的意思，包括多數人犯罪類型(共同正犯、教唆犯及幫助犯)，也即是 2005 年刑法修正前，學說所謂的「廣義共犯」的概念。

² 參閱神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，(東京)成文堂，1994 年 5 月，1 頁以下；曾根威彥，刑法の重要問題(總論)，2 版，成文堂，2005 年 3 月，322-327 頁；橋本正博，不作為犯と共犯，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点(第 3 版)，ジュリスト増刊，2000 年 11 月，118—119 頁；内海朋子，不作為の幫助をめぐる問題について，法学政治学論究(慶應義塾大学)，56 期，2003 年 3 月，1-29 頁。

觀德、日學說發展情形，仍是各抒己見，很難說已經形成共識。

國內對不作為正犯與共犯的區分理論研究，過去有如荒漠，但近年有日漸重視的趨勢³。這個議題，已不只是學者舞文弄墨的心智遊戲。網路普及後，針對服務業者提供平臺，供人下載影音資料⁴；或知悉他人利用此一平臺犯罪（例如侮辱、誹謗他人）未加刪除等，是否構成不作為犯罪問題，都是饒富實務意義的議題⁵；又如層出不窮的虐童案（強制性交、猥褻、傷害致死等），除了直接加害者外，進一步追究有保證人地位者的不作為責任，例如坐視配偶或同居人傷害自己幼兒的母親⁶，藉由刑法的一般預防作用，應該有助於阻遏、減少幼兒被害的犯罪發生！

³ 如余振華，不作為共同正犯比較研究，警大法學論集，創刊號，1996年3月，209-237頁；甘添貴，不作為與片面從犯，月旦法學教室合訂本（4）刑事法學篇，元照，2002年9月，80-81頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，529-531頁；徐偉群，不作為犯之共犯型態，輔仁大學法律學研究所1993年碩士論文；陳柏良，以比較法觀點論不純正不作為正犯與共犯之區分，軍法專刊，54卷3期，2008年6月，7-24頁；余振華譯，山中敬一著，不作為犯與作為犯之共犯關係，收錄於：刑與思，林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，93-105頁。

⁴ 士林地方法院92年訴字第728號刑事判決，針對提供網路平臺供下載影音檔案業者，判決不成立違反著作權法的不作為幫助犯。檢察官不服上訴，臺灣高等法院94年度上訴字第3195號刑事判決仍維持無罪判決。

⁵ 網路服務的提供者（Internet service provider，簡稱ISP），雖然沒有積極的行為參與，倘若ISP經由告知有使用者在其提供的網站上從事犯罪行為，但是卻沒有中斷其服務時，是否也應該加以處罰？針對此等網路犯罪，探討文獻有黃惠婷，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，5期，2000年7月，23-40頁；盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性，中正大學法學集刊，6期，2002年1月，3-31頁；蔡蕙芳，用戶著作權侵權之網路服務業者責任，科技法學評論，1卷2期，2004年10月，295-343頁；蔡蕙芳，P2P網站經營者之作為幫助犯責任與中性業務行為理論之適用，東吳法律學報，18卷1期，2006年8月，61-90頁；陳曉慧，從CompuServe案件看德國網路服務提供者責任，月旦法學雜誌，48期，1999年5月，109-120頁。

⁶ 參閱曹昌祺，兒童虐待與不作為之參與犯，刑事法雜誌，51卷5期，2007年10月，93-114頁；曾根威彥，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期，2004年9月，69-75頁；保条成宏，兒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—，中京法學，38卷2期，2003年11月，43-97頁。

第一節 不作為參與犯概說

不作為犯與參與犯交錯，包括三大類型：一、即以作為方式參與他人的不作為犯罪（包括以作為方式，教唆或幫助他人不作為犯罪）；二、不作為的共同正犯（包括以不作為方式，與他人作為或不作為共同正犯）；三、以不作為方式參與他人的作為犯罪（包括以不作為方式，教唆或幫助他人以作為方式犯罪）。

第一項 以作為形式參與不作為犯罪

以作為方式參與他人不作為犯罪，包括以積極作為，教唆有保證人地位者不作為；或以積極作為，幫助有保證人地位者不作為，是否構成教唆犯或幫助犯？通說認為，教唆他人不作為，或幫助他人不作為，都是現實上可能存在；且因為是以積極作為方式觸犯，教唆者或幫助者不需具保證人地位。例如，對於一個認真負責的員警，勸誘鼓動致使其廢弛職務釀成災害，雖教唆者不具防止災害職務的公務員身分，基於刑法第 31 條第 1 項規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」也可論以刑法第 130 條廢職釀災罪（純正不作為犯）的教唆犯；又如，對一個決意不將自己控制下的急病嫌犯送醫的員警，稱許他是「替天行道，實現公平正義」，強化其不作為的決意，可能成立傷害罪或殺人罪（不純正不作為犯）的幫助犯。

反對見解主要為 1950 年代末期的目的行為論者，代表人物為 Kaufmann、Wezel。如 Kaufmann，強調不作為是自然的、因果的「空無」，而與作為存在論上構造差異，立足於「不作為無故意論」的觀點，認為故意存在於對因果歷程的操控，當他人應作為而不作為

時，他人欠缺對因果歷程的操控，所以不存有「不作為故意」。不作為根本無故意可言，也就不構成所謂「誘使他人為行為的決意」或「強化行為人的決意」。貫徹這一想法，Kaufmann 主張包括共同正犯、間接正犯、教唆犯或幫助犯等，須以行為決意為要素的犯罪型態，都無法以不作為方式構成⁷。

但從現今學理角度，Kaufmann 的主張當然不恰當。不能僅從存在的、物理的行為構造來理解不作為犯。「故意」的內涵，已不再只從作為犯的架構來思考。只要行為人認識在不干預因果歷程下，構成要件該當的結果有發生的可能，行為人主觀上決定不去干涉某現實狀態，亦足以肯定不作為故意，所以應以通說見解為可採⁸。

第二項 不作為犯的共同正犯

第一款 不作為與不作為的共同正犯

二人以上正犯，基於共同行為決意，共同實行犯罪行為，是否成立不作為的共同正犯？除前述 Kaufmann 等的主張外，大多數學說肯定成立不作為共同正犯的可能性⁹。此又分為形式的共同正犯與實質的共同正犯兩種類型¹⁰。一類是，複數行為者的作為義務完全可以只依靠義務者中一人來履行，只要一人履行義務可以防止結果

⁷ Armin Kaufmann, Die Dogmatic der Unterlassungsdelikte, 1959, S.191.轉引自神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，（東京）成文堂，1994年5月，557頁以下。

⁸ 黃惠婷，繼續犯之參與犯，月旦法學教室，81期，2009年7月，18-19頁；曾根威彥，不作為犯と共同正犯，收錄於：過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，408-409頁；齊藤彰子，不作為の共同正犯（一），法學論叢，147卷6期，2000年9月，第104-109頁。

⁹ 林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，277-280頁；余振華，不作為共同正犯比較・研究（日文），中央警大法學論集，創刊號，1996年3月，245-246頁。

¹⁰ 曾根威彥，不作為犯と共同正犯，收錄於齊藤豐志等編：過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，406-408頁。

發生的場合。另一類是，複數的不作為者必須協力才能履行其義務，以避免結果發生的場合。學說稱前者為「形式的共同正犯」，後者為「實質的共同正犯」¹¹。

第一目 形式的共同正犯

「形式的共同正犯」是指，對於複數的不作為，完全不存在共同正犯的特徵，即因行為的分擔而導致的相互歸責。因為各個行為者，本來對全部結果就負有防止發生的責任，因而也不需考慮「部分行為全部責任」的原理。數人對於同一法益有保護義務，或對同一危險源負監督義務，卻透過明示或默示的共謀或意思聯絡而一致不作為，此時理論上可以成立不作為的共同正犯。例如：父親與母親共同基於殺害嬰兒的意思，彼此都持續不餵養嬰兒，達到使嬰兒死亡的目的。父親或母親中，只要有一人願意餵養嬰兒，則死亡結果就能避免。學者間有爭議，例如 Bokelmann 認為，在形式的共同正犯，複數不作為者可以作出共同的決心，如夫婦可以共同作出，不照顧新生兒使其死亡的決心。但是，該決心並非依靠二個不作為者分工實施，而是由各不作為者親自實現違法有責的全部構成要件，因此兩者構成同時犯¹²。也即父親與母親並非違反「共同對嬰兒的保護義務」，而是個別違反對嬰兒的保護義務，也無行為的分擔，因為任何一方都能單獨阻止結果發生，欠缺共同正犯「一部行為全部責任」的特徵，所以兩人是同時犯，而非共同正犯¹³。

¹¹ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，（東京）成文堂，1994年5月，311頁以下；曾根威彥，不作為犯と共同正犯，『過失犯論・不作為犯論・共犯論』，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，406頁以下。

¹² Paul Bockelmann, Strafrecht (AT), 2.Aufl., 1975, SS. 190~191.轉引自神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，（東京）成文堂，1994年5月，319頁。

¹³ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，（東京）成文堂，1994年5月，305、310頁。

的確，在這種類型裏，將兩人視為同時犯或共同正犯，似乎意義差別不大。不過，本文認為，將此視為同時犯，顯然無視於兩人基於犯意聯絡，而相互的心理促進作用。比起純粹同時犯，這種不作為的危險性較高。如果視為同時犯，例如父親只需給予嬰兒食物就不成立犯罪；或父親因故而不能給予食物時，因無作為可能性（結果迴避可能性），也可阻卻不純正不作為犯的成立。但如果認為成立共同正犯，即使父親因故不能餵養嬰兒，他也有義務要促使母親為之，否則仍可追究其不作為的刑事責任。因此區分不作為共同正犯或同時犯，仍深具意義¹⁴。本文認為，只要二人以上負有義務者，對於不履行其義務有共同決心時，就可以成立共同正犯。例如二名員警帶同嫌犯外出查贓，嫌犯逃跑，兩人基於事前或事中的默契，同時放棄追捕。這時各不作為者就是遵照事前的決心，在支持他方的同時，亦得到他方的支持。各行為人在共同實施的不作為行為不法範圍內，不僅對自己的行為，而且對他人的行為也應當負有責任，應成立共同正犯，而非同時犯。

第二目 實質的共同正犯

「實質的共同正犯」是指只存在於共同行為，才能履行共同義務的情形。對於結果的不發生，負保證人地位的多數人，共同擔負一個迴避結果的義務，共同怠於防止結果的發生，例如父母雙方共謀或意思聯絡，不將被倒壓大樹困住的小孩救出。如果必須合兩人力量才能將大樹移開，將父母分開單獨來看，獨自一人力量無法將大樹移開，欠缺作為的事實可能性，將不成立不作為犯。此時必須

¹⁴ 參考曾根威彥，不作為犯と共同正犯，收錄於齊藤豐志等編：過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，407頁。

將這種情形視為「共同的不作為」，而成立不作為的共同正犯¹⁵。

第二款 不作為者與作為者的共同正犯

作為犯與不作為犯，可否構成共同正犯？否定說主張，不作為犯的消極不作為，與作為犯的積極作為相形之下，應退居次要地位，因而不應與作為犯成立共同正犯，而以成立作為犯的幫助犯為妥¹⁶。

通說採肯定見解。不作為犯以不作為方式，在犯罪過程中實現其身為共同正犯所應該分擔的行為，主觀上與作為犯有共同犯罪的意思聯絡，並且該不作為的行為人具有保證人義務。如負有作為義務者，與他人事前或事中形成了共同犯罪的決意，由他人實施作為行為，有作為義務者實施不作為，這僅屬於實施犯罪時分工的不同，作為與不作為間完全可以作出平行評價，應當成立共同正犯¹⁷。例如兩個看守人犯的警衛，基於合意，一人將牢門鑰匙交給犯人；另一人違反其義務，不鎖上外面的大門，使犯人得以出逃。在此案例的情況下，兩個警衛，如果只依靠自己的行為，根本沒有辦法實現犯罪，他們必須共同實施各自的行為，才能完成犯罪。此時不作為者的不作為，在刑法上的價值，與作為者的作為完全相同，應當成立作為與不作為相結合的共同正犯¹⁸。

¹⁵ 臺灣高等法院 89 年上易字第 1545 號刑事判決曾謂：被告侯○○、侯○○、魏○○三人明知系爭房屋業經工務局勒令停止使用，仍提供他人經營酒吧業務，經制止不從，續予提供經營酒吧業務，核渠等所為，係犯建築法第九十四條之罪。且渠等三人係本於共同之不作為決意，自屬共同正犯。此判決應是認定被告三人為實質的共同正犯。

¹⁶ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1998, S. 640. 轉引自盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任的可能性，中正大學法學集刊，6 期，2002 年 1 月，10 頁。

¹⁷ Schönke/Schröder, Strafrecht AT, Kommentar, 1998, §25 Rn. 79. 轉引自盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任的可能性，中正大學法學集刊，6 期，2002 年 1 月，10 頁。

¹⁸ Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., 1984, S. 474. 轉引自神山敏雄，不作為をめぐる共

但在他人實施犯罪過程中，負有作為義務者有可能採取措施制止犯罪者的行為，或使犯罪者的行為變得困難，但因為某種原因而不實施積極的行為，如果不能認為雙方有犯意聯絡，不作為者如何評價，則涉及不作為正犯與不作為幫助犯的區別問題¹⁹，詳下文第二節。

第三款 是否承認不作為的過失共同正犯

如果數個有作為義務者，皆出於過失，因不作為而導致犯罪結果發生時，該數人是不作為過失的共同正犯，或同時犯？曾有真實案例²⁰：某糊塗派出所逮捕嫌犯，因派出所無拘留室設施，且無法將人犯立即解送分局。嫌犯留置在派出所期間，主管甲負責該派出所一切事務，卻未給員警必要指示；警員乙負責看守嫌犯，卻在嫌犯旁睡覺；警員丙當時擔任值班職務，負責管制該派出所人員的進出，同時有戒護嫌犯的職務，也未多加注意，與平日相同在值班檯旁睡覺。結果「眾警皆睡、嫌犯獨醒」，嫌犯因而脫逃。法院認定三人所為係犯刑法第 163 條第 2 項，公務員因過失致職務上依法拘禁的人脫逃罪的同時犯，而非共同正犯。

過失共同正犯是在討論過失犯中，是否可以成立共同正犯的問題，特別是在多人涉及過失犯罪，但不能確定因果關係時，被認為是避免形成處罰漏洞的一個有效方法²¹。只是通說認為，共同正犯

犯論，（東京）成文堂，1994 年 5 月，322 頁；林山田，刑法通論（下冊），增訂 10 版，2008 年 1 月，279 頁。

¹⁹ 蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月，622 頁。

²⁰ 參照板橋地方法院 86 年度訴字第 183 號刑事判決。又，臺北地方法院 89 年度易字第 940 號刑事判決也有類似情形。

²¹ 如著名的滾石案，案情略為：有兩個年輕人各自將一塊岩石延著斜坡往下推。一個坐在河邊的釣客被其中一塊落石砸中致死，但無法確定這塊致命的石頭究竟是哪一個人所推落的。按照德國

的成立，以犯意聯絡為前提，犯意聯絡僅限於故意犯罪，所以過失犯罪只能單獨為之，如兩人同時有過失，則以同時犯處理。如果行為人並非因為違法的意欲，而是因為未盡到法秩序所要求的注意義務，那麼就只有因為行為人自己，而不是他人違反注意義務所造成的損害結果，應歸責於行為人。即便他人所違反的注意義務，與行為人相同或有所關聯，也是如此²²。但是近年來，陸續有文獻要求引進過失共同正犯的概念²³。過失共同正犯的支持者，另從過失犯罪的特質，重新架構過失共同正犯的要件，以「共同注意義務」等概念來肯定過失共同正犯²⁴。

是否承認過失共同正犯的概念，應合併思考的問題，如承認這個概念有否實益、從現行法角度有無承認此項概念的可能性、及理

通說，這兩個當事人都必須被宣告無罪，因為不論是兩人之中的哪一人，都無法證明是他推的石頭造成了釣客的死亡。如果可以使他們成立過失共同正犯，那麼就可以把另一人的行為當作是他自己的行為一樣而予以歸責，其結果是，只要確定是其中一人的行為造成了釣客的死亡，就足以對這兩個人中的任何一個都處以過失致死罪。瑞士聯邦法院對於本案的判決正是如此。

但德國在類似案件中，卻拒絕採用過失共同正犯的概念。案情略為：兩名被告侵入工廠廠房意圖行竊。由於他們不敢把電燈打開，於是就輪流點燃火柴，並且把還在燃燒的火柴扔掉，其中有一支燒起了一捆原料，火焰延燒到另一捆原料，最後使得整個木造地板都起火了。事後已無法確定，火災是由誰所扔的火柴所引起。在本案中，Schleswig 邦高等法院明白拒絕採納過失共同正犯。轉引自王鵬翔譯，Ingeborg Puppe 著，反對過失共同正犯（Wider die fahrlässige Mittäterschaft），東吳法律學報，17卷3期，2006年4月，344頁。

²² 王鵬翔譯，Ingeborg Puppe 著，反對過失共同正犯（Wider die fahrlässige Mittäterschaft），東吳法律學報，17卷3期，2006年4月，343頁。

²³ 如陳子平教授認為，在採客觀的「行為共同說」為前提下，主觀要件並不以「共同實施犯罪的意思」為必要，僅以有「共同實施行為的意思」已足，故過失共同正犯仍有存在的可能。參閱陳子平，共同正犯與共犯論—繼受日本之軌跡及其變遷，五南，2000年10月，192-193頁。

²⁴ 如許玉秀教授認為：故意共同正犯所要求的犯意聯絡，其主要功能在於確定客觀的犯罪事實，進而確定歸責範圍。過失行為因為沒有意欲，無從為犯意聯絡，因而無法確定客觀犯罪事實的範圍，但行為人如果同屬一個義務團體，透過共同義務範圍可以確定違反義務所實現的構成要件範圍，因而可以確定造成法益的侵害範圍，共同過失犯的歸責範圍，即可依違反義務的範圍而決定，因此，過失犯可以成立共同正犯。見許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍-86年度訴字第1050號、87年度上訴字第4776號、86年度交訴字第57號、87年度交上訴字第137號、88年度交訴更字第1號等判決評釋，台灣本土法學雜誌，12期，2000年7月，110-111頁。

論基礎何在等問題²⁵。本文認為，現行刑法第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」共同行為分擔，固是共同正犯的成立要件，但所謂「共同犯意聯絡」則非法條明文要求；且於舊刑法及暫行新刑律中，均明文承認過失共同正犯²⁶。因此，即使承認過失共同正犯，也不致違背罪刑法定原則。在面臨像滾石案與火柴棒案中，因果關係難以證明的案例時，因無法知道究為何人造成過失結果發生時，就有適用實益。學者通說及司法實務見解均承認，如二以上的行為人對於加重結果的發生，具有預見可能性或有過失時，可以成立加重結果犯的共同正犯。加重結果犯綜合故意與過失本質，性質上屬於故意犯與過失犯混合犯罪型態，其中已經蘊含承認過失共同正犯的可能性²⁷。承認過失共同正犯的理論基礎，以滾石案為例，可確定的是其中某人所滾動的巨石擊中被害人，因而此人應論以過失致死的作為犯，而另外一個人所滾動的石頭雖未擊中被害人，但是這二個人在事前已經謀議（一起滾動石頭），未經查明就將巨石推落到山崖中，是製造風險的行為。因此一方對於他方的推落巨石行為，亦如監督危險源一樣，負有防止他人的推落巨石行為，造成法益損害的可能。這種保證人義務，不僅有義務防止自己所造成的危險實現，而且也有義務防止他人所造成的危險實現，在這裡是誰導致構成要件結果發生並不重要，因為每一個人都應該要採取有效的

²⁵ 參考甘添貴，正犯與共犯：第四講—過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室，18 期，2004 年 4 月，83-93 頁；余振華，論過失共同正犯之適法性，收錄於：刑法深思·深思刑法，元照，2005 年 9 月，191-218 頁；甘利航司，過失犯的共同正犯についての一考察，一橋論叢，134 卷 1 期，2005 年 7 月，22-40 頁；大谷實，刑法總論（第 3 版），成文堂，2008 年 3 月，232-234 頁。

²⁶ 參考余振華，論過失共同正犯之適法性，收錄於：刑法深思·深思刑法，元照，2005 年 9 月，198-199 頁；陳子平，共同正犯與共犯論—繼受日本之軌跡及其變遷，五南，2000 年 10 月，192-193 頁。

²⁷ 甘添貴，正犯與共犯：第四講—過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室，18 期，2004 年 4 月，89 頁。

防護措施。而這種義務的來源，也就是保證人地位而言，通常則被認為是危險前行為的保證人地位。所以對於這個因果流程，另外一人負有注意不使其傷及他人的義務，因此亦應論以過失致死的不作為犯²⁸。

第四款 是否承認不作為的間接正犯

所謂間接正犯，係指利用他人為工具，實現構成要件，以遂其犯意的正犯。行為人雖未親自實施犯罪，但自始至終具行為支配地位，與正犯無異。該第三人的行為，因欠缺構成要件該當性、違法性，或因欠缺罪責，故非正犯。間接正犯與直接正犯及共同正犯同屬於「正犯」，按照通說行為支配理論見解，行為人對犯罪事實居於支配地位，而與狹義共犯（即教唆犯和幫助犯）不同。其中間接正犯通常有兩個重要的角色，一為前台者（或稱為工具），一為後台者（即所謂間接正犯）。簡單說間接正犯就是借刀殺人的行為人，他對於犯罪事實的實現，並沒有親力親為，而是利用一個前台者去替他完成任務，這個前台者的行為「原則上」是不構成犯罪的²⁹。有疑問者，後台者是否可能經由不作為而支配前台者？少數說採肯定見解，如果不作為者有保證人地位，且肯定其不作為的利用行為時，承認不作為的間接正犯³⁰。例如，母親目睹自己的小孩，隨意摘取他人水果，如加嚇阻則能防止結果發生，卻心想可以省下等一下點心錢，而放任小孩竊取

²⁸ 反對過失共同正犯意見，如林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-267頁；林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，203頁。

²⁹ 前台者亦構成犯罪的情形，在學說上則迭有爭議。有認為後台者仍屬間接正犯者，亦有認為係屬正犯後正犯者（或稱為「正犯後的可罰正犯」）。

³⁰ 甘添貴教授主張，概念上可以有不作為的間接正犯，惟在實際上，因不作為而成立的間接正犯，並不多見而已。見甘添貴，間接正犯與己手犯之再認識，收錄於氏著：刑法之重要理念，瑞興圖書，1986年6月，197頁。

他人水果，應成立竊盜罪不作為的間接正犯。如果不能肯定「不作為的力」，僅是不作為的共犯（幫助犯）³¹。

通說採否定說。如 Roxin 主張，身分犯不分正犯與共犯，有保證人地位者，違反義務「全部是不作為正犯」³²；Jescheck 認為，對於應予監督的無責任能力人的行為不加防阻，保證地位者要負「完全責任」，所以應構成直接正犯而非間接正犯³³。林山田教授也謂：「間接正犯乃利用行為工具的幕後操縱者，這種操縱行為工具的行為，應以積極的作為操縱整個行為歷程，依其意思支配，掌握全局，而不能以不作為產生操縱作用，故無法以不作為方式成立間接正犯。」³⁴本文認為「不作為而有支配力」頗難想像，應以否定說為當。

第二項 以不作為形式的共犯

首先必須確認的是，不作為形式的共犯，理論上只能是片面共犯。因為如果甲在事前或在犯罪現場，與以作為方式實施犯罪的乙間，存在明示或默示的共謀或意思聯絡，則即便甲不阻止乙的犯罪行為，基於與犯罪結果間的心理因果性，理應將甲評價是作為的共犯，並不需要探究其作為義務³⁵。

³¹ 參閱內田文昭，刑法概要中卷（犯罪論（2）），青林書院，1999年4月，469頁。

³² C. Roxin, L K, §25 Rdn.201 ff., 206 ff., 216.轉引自內田文昭，刑法概要中卷（犯罪論（2）），青林書院，1999年4月，469頁。

³³ Jescheck, Lehrbuch, S.610.轉引自徐偉群，不作為犯之共犯型態，輔仁大學法律研究所，1994年碩士論文，56頁。

³⁴ 林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，277頁。

³⁵ 西田典之，不作為による共犯，法學協會雜誌，122卷4期，2005年4月，619頁；前田雅英，刑法總論講義，東京大學出版社，4版，2006年，515-516頁。

第一款 以不作為教唆

多數學者的通說，認為不作為不可能成立教唆犯³⁶。教唆行為必須以積極行為為之，蓋教唆犯係以故意教唆他人，使之為犯罪的決意，而實行違法的行為。故在行為結構上，必須透過心理影響的途徑，去促成被教唆者實行犯罪的決意為要件。如以不作為方式為教唆者，充其量僅止於就他人犯意的實行，有防止義務而未阻止，任其發生而已，與教唆犯的行為不法，本質上並不相符³⁷。我國最高法院 28 年上字第 3974 號判例：「被告令壯丁隊逮捕現行犯某氏，對於隊丁逮捕後之毆打某氏成傷，於法律上並無防止之義務，上訴意旨謂上訴人即非喝令毆打，亦應負不防止之責任，不免誤會。」也針對具有「保證地位者」，其不防止他人犯罪的不作為，否定成立教唆他人犯罪的可能。

第二款 以不作為幫助

行為人能否以不作為方式成立幫助犯問題，學說上有正反意見，但以肯定說為多數。幫助者若居於保證人地位，而負有保證人義務者，則可能以不作為成立幫助犯³⁸。幫助犯幫助行為的方式，固無限制，包括積極的作為及消極的不作為，其中消極的不作為，必須在法律上有防止他人為犯罪行為的義務，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的發生，始負不作為幫

³⁶ 鄭善印教授指出，為避免無限上綱，以致侵害罪刑法定原則，故不宜承認不作為教唆犯存在。見鄭善印，教唆犯之成立及其從屬性與獨立性之研究，收錄於：刑與思－林山田教授紀念論文集，元照，2008 年 11 月，334 頁。

³⁷ 蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月，619 頁；林山田，刑法通論（下冊），增訂 10 版，2008 年 1 月，280 頁；蔡墩銘，中國刑法精義，漢林出版社，5 版，1988 年 6 月，362-363 頁。

³⁸ 蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998 年 12 月，620 頁。林山田教授在其刑法通論（下冊）增訂 9 版，仍採基於保證人地位的幫助者，可成立不作為幫助犯見解（2006 年 6 月，247 頁），但在其刑法通論（下冊）增訂 10 版，改採 Roxin 見解，認不作為犯原則上只能成立正犯。見林山田，刑法通論（下冊）增訂 10 版，2008 年 1 月，281 頁。

警察不作為犯罪之研究

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的行為者，即不能遽論以幫助犯。積極幫助，始終需要對犯罪作出真實的貢獻。如果不制止他人犯罪、不阻止他人作出犯罪決意、不挫敗實行行為或至少沒有給實行行為增加困難，都很可能是通過不作為而實施的幫助犯³⁹。

第二節 不作為正犯或幫助犯區分標準

不作為犯的參與犯型態，乃是正犯、幫助犯區分理論的特殊問題。正犯與幫助犯的區分，向來是以作為犯為考慮基礎。探討不作為參與犯問題，不僅在回答可能或不可能，透過不作為構成某種參與犯型態；所要釐清的，更是在刑法上不作為與作為，是不是應該適用兩套不同的評價標準。

第一項 得否適用作為犯的區分理論？

對於作為犯的正犯與幫助犯區分理論，主要學說有形式客觀理論、實質客觀理論、主觀理論與犯罪支配理論等，這些理論是否仍可充分說明不作為犯領域的正犯與幫助犯區分，不無疑義。

第一款 客觀說

可分為形式客觀說和實質客觀說。形式客觀說主張，親自實行犯罪構成要件行為的全部或一部者者，為正犯；僅為犯罪構成要件的實現為資助或準備者，為幫助犯。實質客觀說強調對犯罪的實現予以重要原因者，為正犯；僅予以條件者，為幫助犯。

不作為犯，乃對於結果的發生，不採取防止措施，從外觀而言完全一樣。因此客觀說在說明不作為犯的正犯或幫助犯區分上，恐

³⁹ 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004 年第 5 版），北京：法律出版社，2006 年 2 月，396 頁。

怕無法派上用場。

第二款 主觀說

主觀說主張，正犯是以自己犯罪目的或利益為參與者；幫助犯是以為他人目的或利益而參與者。以德國「浴盆案」為例，甲女未婚生子，為恐遭父母責罵，故甲乃央求乙在浴盆中將該嬰兒淹死。德國聯邦帝國法院基於「利益說」的見解，認為甲於本案中具有較大的客觀利益，故為正犯；而乙因不具利益而為幫助犯。

用主觀說來說明不作為正犯與幫助犯的區分，則以意欲完成自己的犯罪而不作為者為正犯，以意欲加工他人的犯罪而不作為者為幫助犯。說理上比較能不勉強的是主觀說⁴⁰，但行為人的內心，外界無法探知，欠缺明確的判斷基準，容易流於法官恣意裁量，失去法的安定性。

第三款 行為支配論（主客觀混合理論）

因主觀說與客觀說，各有說理上難以克服的缺點，故德國學界遂發展出「犯罪(行為)支配說」。主張對整個犯罪過程，具有操縱性犯罪支配地位的人，為正犯；在整個犯罪過程中，擔任誘發或促成犯罪發生的邊緣角色者，為幫助犯。行為人只要在犯罪事件中，屬於操控性的宰制地位者，即為正犯。並細分為對犯罪為「行為支配」的直接正犯、對犯罪為「意思支配」（或稱為「幕後者的優越支配」）的間接正犯，及對犯罪為「功能支配」的共同正犯。依此等理論，無論共同正犯或直接正犯，皆係對於犯罪予以目的行為支配，此與教唆犯僅對目的實現的意思決定予以影響，幫助犯僅對目的行為的支配予以幫助而已，有所不同。

⁴⁰ 松生正光，不作為による関与と犯罪阻止義務，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，148頁。

以犯罪支配說，說明不作為參與犯的正犯與幫助犯區分，若是客觀難以識別何人支配犯罪，則行為人主觀上對於犯罪駕馭及企求犯罪目的程度，也成為角色判斷的基準。另德國學者 Gallas 也認為在作為犯正犯與幫助犯的區別理論中，居於有力地位的行為支配理論也能適用於不作為犯，其認為不作為「不是遂行事實的行為支配，而是相反的不實行可能的行為支配」⁴¹。

犯罪支配說，本質上是一種主、客觀混合理論，較能妥適地區別正犯與共犯，在德國成為多數學者所採的通說⁴²，在日本與我國，也有許多學者贊同⁴³。但在不作為幫助犯領域，支持該學說的學者並不多見⁴⁴。此乃因為，行為支配說是以作為為前提所構建的理論，作為者通過積極的作為，使事態朝著侵害法益的結果發展，因此，實現結果的是作為的行為支配，不作為中沒有這樣的行為支配。在不作為中，只有防止結果的可能性，以此斷定不作為者具有潛在的行為支配能力，從而認定不作為者是正犯，顯然不合理。

第二項 不作為犯正犯與幫助犯區分理論

如何區分不作為犯的正犯或幫助犯，學理上或從客觀的行為層面，或從主觀的意思立論，或綜採二者，以視行為人對於犯罪有無居於支配性的地位。對於不作為犯部分，學說強調不作為犯的獨特

⁴¹ 引自松生正光，不作為による関与と犯罪阻止義務，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，149頁。

⁴² 參閱黃惠婷，我國與德國刑法理論的發展，刑事法雜誌，40卷3期，1996年6月，46-47頁。

⁴³ 國內主要文獻如林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，530頁；黃惠婷，共同正犯與幫助犯之區別，收錄於：刑法案例研習（一），新學林，2007年5月，131-132頁；林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-256頁以下；林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，41頁以下。

⁴⁴ 國內文獻明確表達支持的立場者有：林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，530頁；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，621頁。

性，必須有獨立的判斷標準，不作為犯中區分正犯或幫助犯為不可能，或是不能將適用於作為犯的區分標準，完全借用以建立不作為正犯與幫助犯的區分標準。

第一款 原則正犯說

Kaufmann 主張⁴⁵，在不作為犯中，欠缺行為支配、欠缺因果性，保證人故意且違法地不阻止法益侵害結果，與不阻止自然現象無從區別，原則上均為正犯。另外，將不純正不作為犯歸類為義務犯的 Roxin，也持同樣的觀點。Roxin 認為，在義務侵害中，尋求不作為犯罪的本質，主張「義務犯」不適用共同正犯「功能支配」的法理，只要行為人違背義務，就可以論以正犯。違反義務的不作為構成要件，有時認為正犯，有時認為幫助犯是不可能的。不作為者只在下面的兩種情況下才能夠成為正犯。一是存在不作為構成要件，並且必須是通過不作為，具有獨立的實施該犯罪的可能性；二是要想判定不作為者是正犯，必須有結果防止義務。因此，在缺少兩要件之一時，才可以肯定不作為幫助犯。雖然有結果防止義務，例外不成立不作為正犯的情形有：親手犯、一身專屬的義務犯罪（例如偽證罪等）、以及取得罪（例如竊盜罪）⁴⁶等，才例外成立不作為的幫助犯⁴⁷。

⁴⁵ 引自松生正光，不作為による関与と犯罪阻止義務，刑法雜誌，36 卷 1 期，1996 年 8 月，143-144 頁；松宮孝明，不作為と共犯，收錄於：中山研一等編レグイジョン刑法 I 共犯論，成文堂，1997 年 11 月，186-191 頁；余振華，不作為共同正犯比較・研究（日文），中央警大法學論集，創刊號，1996 年 3 月，222 頁。

⁴⁶ 依 Roxin 意見，例如倉庫值班見他人竊盜倉庫內物品，卻不阻止，因為欠缺不法所有的意思，值班只能成立不作為幫助犯。C. Roxin, LK, 11Aufl. §25 Rn.209 ff.; C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. 2000, S. 479ff. 轉引內田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法學，34 卷 3 期，2001 年 7 月，659 頁。
林山田教授也認為只能成立幫助犯，其舉例「父親發現未成年兒子竊盜他人財物，卻不加以阻止」，當父親積極幫助時只成立幫助犯，不應因其消極不防止的不作為，轉變成正犯。見林山田，刑法通論（上冊）（下冊），增訂 10 版，2008 年 1 月，281 頁。本文認為竊盜罪非不得成立不作為正犯。例如搬家時，主人發現工人誤搬鄰人財物，卻不作聲而取得他人之物，應成立不作為竊盜罪間接正犯。

日本阿部純二、齊藤誠二教授，對該國通說、判例將「違反阻止正犯犯罪之法律上作為義務」以不作為的幫助犯論提出質疑。認為只有「有或無」作為義務，而無程度上的區別，違反作為義務者原則上成立正犯，只有在有義務者的不作為，不能實現構成要件時（例如己手犯、一身專屬義務犯罪、取得罪等），才例外論以幫助犯⁴⁸。

第二款 原則幫助犯說

現今，德、日多數學說認為，應將「不阻止作為的正犯行為」的不作為的參與，原則上認定為幫助犯。內藤謙教授指出，作為的正犯是「與結果發生具有直接的因果關係，並具有強烈的原因力者；而不作為的參與則是通過違反作為義務的不作為，以作為的正犯為仲介，僅對結果的發生具有間接的因果關係者。由於其原因力相對要弱，且只是發揮從屬性作用，而使得作為的正犯的實行變得更為容易」，因而屬於幫助犯⁴⁹。

內田文昭教授也指出，通常情況下，「作為」具有駕馭「不作為」的力量，因而作為的行為者屬於「正犯」，而不作為的保障人僅為「幫助犯」。例如對年僅 14 歲的兒子的盜竊行為放任不管的父親，即便是能盡力阻止兒子行為的「強力保障人」，也仍然僅屬於幫助犯⁵⁰。

⁴⁷ 松生正光，前掲文，145 頁；齊藤信治，不真正不作為犯と作為義務の統一的根拠その他，法学新報（日本中央大学），112 卷 11・12 期，2006 年 11 月，288 頁；內田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法学，34 卷 3 期，2001 年 7 月，23 頁。

⁴⁸ 阿部純二，不作為による從犯に関する最近の判例について，研修 639 号，2001 年，6 頁以下。

⁴⁹ 內藤謙，刑法講義總論（下），成文堂，2002 年，1433 頁。

⁵⁰ 內田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法学，34 卷 3 期，2001 年 7 月，12 頁以下。

第三款 作為義務區別說

本說主張以作為義務的類別，區分不作為參與犯應論以正犯或共犯。最廣泛被採用的區分方法，為違反法益保護義務者（Beschützergaranten），原則上為正犯；違反監督的保證義務者（Überwachungsgaranten），原則上為共犯。此見解最早由德國 Schroder 提出，受到德、日許多學者贊同。

日本中義勝教授認為，應區別「應避免結果發生的直接保障人義務」與「違反安全監護義務與安全管理義務為仲介，間接地誘發或促進結果發生的情形」，前者屬於「為正犯提供根據的義務」，而後者屬於「為共犯提供根據的義務」⁵¹。

學者山中敬一提出，應直接將違反法益保護義務與違反犯罪阻止義務（危險源監督義務），分別作為不作為的正犯與不作為的共犯（幫助犯）的根據，他指出二者的差別在於，在犯罪阻止義務的場合，行為人的實行行為一俟終了，則作為義務隨之消滅；相反，在法益保護義務的場合，只要未能確保不發生法益侵害，則作為義務依然延續⁵²。

第三項 本文見解

關於正犯與幫助犯區分理論，我國學界通說採犯罪行為支配理論，但司法實務則獨樹一格，採極度擴張的「主觀客觀擇一標準說」⁵³。從主觀標準，凡以正犯的意思，參與構成要件行為或構成要件以外行為，為正犯；以客觀標準，以幫助犯的意思，參與構成要件

⁵¹ 中義勝，共犯論上の諸問題，成文堂，1991年，323頁。

⁵² 山中敬一，刑法總論Ⅱ，成文堂，1999年，848頁；余振華譯，山中敬一著，不作為犯與作為犯之共犯關係，收錄於：刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，101頁以下。

⁵³ 24年7月民刑庭總會決議；25年上自2253號判例參照。

行為，仍為正犯；僅以幫助犯的意思，參與構成要件以外行為，始為幫助犯。這套標準並無排除不作為參與犯適用的設定，因此以正犯的意思，以不作為參與構成要件行為或構成要件以外行為，或以幫助犯的意思，以不作為參與構成要件行為，皆為正犯；如以幫助犯的意思，以不作為參與構成要件以外行為，始為幫助犯。

包括犯罪行為支配理論，或我國實務採取的「主觀客觀擇一標準說」，雖似言之成理，但客觀行為的「不作為」，恐難辨別犯罪支配為何人；或該「不作為」究係構成要件行為，或構成要件以外行為，最後恐怕都必須，探求行為人的主觀是正犯或幫助犯的意思；或行為人主觀上，對於犯罪駕馭及企求犯罪的目的程度，以決定究係正犯或幫助犯。如此，主觀說恣意、不明確的弊病，依舊如影隨形。

綜觀上述各種學說，基本上均不排除，以不作為方式參與他人犯罪者，可能成立正犯或幫助犯，僅爭執在何者為原則，何者為例外。本文認為，如能認定不作為的參與者，在事前或在犯罪現場，與以作為方式實施犯罪的正犯間，存在意思聯絡，不作為的參與者應論以共同正犯。在欠缺犯意聯絡情形下，我國雖否定片面共同正犯，但肯定片面幫助犯。幫助犯成立的主觀要件在於，只要幫助犯對正犯的行為存在認識，且具有幫助該行為的意思即可，並不以幫助犯與正犯間，存在相互的意思聯絡為必要⁵⁴。如果認定不作為的參與犯，與作為的正犯間，沒有犯意的聯絡，將不作為的參與犯以幫助犯處理，而非認定為正犯（單獨正犯、同時犯），比較符合有疑時唯有利於被告的罪疑唯輕原則，故本文認為原則幫助犯說為可

⁵⁴ 甘添貴，不作為與片面從犯，月旦法學教室合訂本（4）刑事法學篇，元照，2002年9月，80-81頁。

採。

第三節 相關實務見解

本文寫作過程，雖曾努力搜尋國內有關不作為參與犯的判例、判決，但發現案例極少，且已於本文探討相關觀念時論及，本節暫以日本相關實務見解為說明例證⁵⁵。日本實例其基本立場乃採：如認兩者有犯意聯絡，則為共同正犯；如無犯意聯絡，則認為不作為的參與者為幫助犯。

第一項 不作為共同正犯的實例

對於他人實施的正犯行為不予制止，如果在事前或在犯罪現場，與以作為方式實施犯罪的他人間，存在明示或默示的共謀或意思聯絡，基於與犯罪結果的心理因果性，理應不作為者以共同正犯處置，並不需要探究其作為義務。例如：

①在搶劫犯脅迫他人的時，被告人只是站立一旁不聞不問，判例認定其構成搶劫罪的共同正犯⁵⁶。

②母親將幼兒攢在取暖用桌子上加以殺害，父親並未予以阻止，判例認定該父親構成殺人罪的共同正犯⁵⁷。

③自己身邊的保鏢攜有槍支，暴力團組長卻並未阻止，判例認定其構成不法攜帶槍支罪的共同正犯⁵⁸。

⁵⁵ 以下案例，主要參考自西田典之，不作為による共犯，法學協會雜誌，122卷4期，2005年4月，425-434頁；西田典之，不作為による犯罪への関与について，收錄於：過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，429-438頁。

⁵⁶ 最判1948年6月23日刑集2卷7號711頁。

⁵⁷ 大阪高判2001年6月21日判夕1085號292頁。

⁵⁸ 最決2003年5月1日刑集57卷5號507頁。

第二項 不作為的幫助犯的實例

日本通說不承認有片面共同正犯，但肯定片面幫助犯。共同正犯相互間，必須存在意思聯絡，也就是存在共同實施犯罪行為的意思，並且相互利用另外一方的行為，而全員共同協力以實現犯罪事實⁵⁹。但不作為的幫助犯，可以是片面幫助犯，幫助犯的主觀要件，只要對正犯的行為，存在認識且具有幫助該行為的意思即可，並不以幫助犯與正犯間，存在相互的意思聯絡為必要⁶⁰。肯定不作為的幫助犯的判例，例如：

①投開票所主任甲，見乙陪同中風的丙到投票所，代其在投票用紙上填寫後代為投票。甲目睹這一選舉干涉行為卻並未加以制止。對此，日本大審院認為「不作為的幫助犯，由認識到他人的犯罪行為，卻違背法律義務，借自己的不作為，而使得該犯行得易實現而成立」，從而判定構成選舉干涉罪的幫助犯⁶¹。

②劇場的負責人甲，對乙女利用該劇場的舞臺，進行淫穢的脫衣舞表演，並未予以制止。最高裁判所認為，「甲作為劇場的負責人，目睹乙女的情形，卻僅僅只是對該被告乙女以及演出的被告丙輕微警告，使得該公開演出得以繼續進行，也就是使得原審所認定的各項犯罪行為，得以容易實施。因此，顯然其行為，幫助其他二名被告的公然猥褻行為」⁶²。

⁵⁹ 大判 1925 年 1 月 22 日刑集 3 卷 921 頁。轉引自西田典之，不作為による共犯，法學協會雜誌，122 卷 4 期，2005 年 4 月，419 頁。

⁶⁰ 甘添貴，不作為與片面從犯，收錄於：月旦法學教室合訂本（4）刑事法學篇，元照，2002 年 9 月，80-81 頁。

⁶¹ 大判 1928 年 3 月 9 日刑集 7 卷 172 頁。

⁶² 最判 1954 年 3 月 2 日裁判集刑事 93 號 59 頁。

③乙允許被告甲，將為其所有的空地，作為家庭菜園使用。並請甲在有人有意購買，或租借該空地時，代為通知。丙向甲提出請求，希望能讓其將該空地，作為臨時的材料堆放地，而搭建一間小房子。甲在未徵得乙同意的情況下，默認了丙的這一行為。其後，丙在該空地建造工廠用正式房屋，而竊佔乙的不動產，甲並未採取任何制止措施。對此，大阪地方裁判所指出，在本案中，甲與乙之間，存在乙拜託甲代為通知這一「信賴關係」，並且，甲在並無授權的情況下，允許丙暫時使用該空地。「綜合考慮被告甲與乙間的信賴關係，以及被告的先行行為，再考慮到甲僅費簡單勞力，即可通知乙，或者報警這一因素，可以說，在發現丙開始建造廠房這一行為之際，甲便負有採取措施，而毫不延遲地通知乙，或者報警，這一法定作為義務」，因此，甲構成不動產侵奪罪的幫助犯⁶³。

④被告甲女，帶著自己的子女丙等，一道與乙同居，並已為乙懷孕。甲知道乙平素常責打丙等小孩。在發案當天，甲明知乙正在責打丙（其時3歲），卻若無其事地在廚房準備晚飯。丙最終死亡。原審釧路地方裁判所指出，「要構成不作為的幫助犯，必須是對他人的犯罪行為，負有阻止其實施這一作為義務者，儘管幾乎可以確實阻止該犯罪的實行，卻放任不管」，並基於這一前提，進一步指出，「除被告人外，別無他人可以阻止丙不受乙的暴行」，因而認定被告負有阻止犯罪實行的義務，但因「被告當時處於極難阻止乙的暴行這一狀況下」，從而宣判甲女無罪⁶⁴。檢察官提出上訴。

與原審判決不同，札幌高等裁判所認為「負有作為義務者，

⁶³ 大阪地判 1969 年 4 月 8 日判時 575 號 96 頁。

⁶⁴ 釧路地判 1999 年 2 月 12 日判時 1675 號 148 頁。

本有可能通過一定的作為，而防止正犯的犯罪，雖然存在認識，卻並不實施這一作為，因而藉此使得正犯容易實施犯罪行為時，即成立不作為的幫助」。由於「可以阻止犯罪行為，而使得丙免受乙的暴行者，除了被告外別無他人」，因而「被告的上述作為義務極其強烈」，如果甲監視並制止乙，則本有可能阻止乙的暴行。因此，「甲的不作為，無疑使乙對丙的暴行更易實現」。從而認定甲構成傷害致死罪的幫助犯⁶⁵。

第四節 不作為幫助犯的成立要件

所謂不作為幫助犯，就是指負有阻止他人犯罪的義務，而故意不予阻止，從而幫助他人實施犯罪行為。不作為可以成立幫助犯，但因不作為犯本身具有特殊及複雜處，所以不作為幫助犯的成立與認定中，尚存在以下問題有待解決。

第一項 不作為幫助犯的作為義務

不作為幫助犯，是否也以存在作為義務為前提？學者 Roxin 主張，不作為幫助犯不以作為義務存在為前提。也即無作為義務的參與者，可成立不作為幫助犯。為說明這一理念，Roxin 創設一例子，略以：「在政治不安定期，暗殺集團欲刺殺某政要，但該政要住宅被警察嚴密保護，因此槍手預定從政要鄰宅內院，翻牆進入政要家執行刺殺計畫。預定實施暗殺計畫當天下午，該鄰居偶然間知悉此一計畫，因與該政要夙有積怨，故對該刺殺計畫也樂觀其成。在暗殺集團不知情下，該日早上開門外出，原本晚上會上鎖的門，返

⁶⁵ 札幌高判 2000 年 3 月 16 日判時 1711 號 170 頁。釧路地判與札幌高判的這兩個判決，詳細分析可參閱曹昌祺，兒童虐待與不作為之參與犯，刑事法雜誌，51 卷 5 期，2007 年 10 月，93-114 頁。

家後一直未加上鎖，果然暗殺集團利用此一通道，成功執行刺殺計畫。」⁶⁶

依 Roxin 的分析，鄰居早上把門打開，是符合社會相當性的行為，因此不具特別問題；問題的焦點在，平時晚上會鎖上的門未加閉鎖，因此評價的重點是不作為。近鄰關係一尤其大都會的情形，難以認為因此成立保證人地位；前行為（開門）具有社會相當性，因此該鄰居不具保證人地位。但因其不作為，使犯罪變得容易，及促進結果的實現，雖然鄰居沒有保證人地位，仍應該成立不作為的幫助謀殺罪⁶⁷。

對 Roxin「沒有保證人地位，也可以成立不作為幫助犯」的意見，學界通說採反對見解。神山敏雄教授批判「無視不作為犯應以作為義務存在的前提，不當擴大不作為犯的範圍」⁶⁸；內田文昭教授認為，鄰居「對於自己管理支配的場所空間，對將被利用作為犯罪媒介的危險性，充分瞭解該事實時，場所管理者有防止犯罪實行的保證人地位」⁶⁹。

本例，鄰居早上出門時，仍不知有暗殺計畫，知道犯罪計畫後，返家後「未鎖門」，果然暗殺集團利用此管道完成犯罪。因此本案例的關鍵在，屋主是否有鎖門防止他人被殺的作為義務。

房屋在特別情況下，可能是危險源，屋主有保證人地位。不是

⁶⁶ C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 485ff. 轉引自島田聰一郎，不作為による共犯について（2），立教法学，64期，2004年，245-246頁；也見於內田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法學，34卷3期，2001年7月，648頁。

⁶⁷ C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 485ff. 轉引自內田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法學，34卷3期，2001年7月，649頁。

⁶⁸ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，1994年5月，160頁以下。

⁶⁹ 內田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法學，34卷3期，2001年7月，651頁以下。

所有訪客在屋內摔倒，屋主都須負責，但如屋內有大窟窿，屋主未善盡提醒義務致訪客摔倒，屋主可能成立不作為傷害罪（或過失傷害罪）⁷⁰。我國早期判例也有屋主對屋內防盜設備，未善盡對住客的告知義務，住客觸電死亡，屋主因不作為而應負過失致死罪的事例⁷¹。

進一步的疑問是，屋主是否有義務防止他人自己在自己屋內，或利用自己房屋犯罪？德國早先採取較寬鬆的標準，但漸採限定的態度。例如 1966 年 7 月 5 日的判決「在四名熟客對另一名女客邀舞被拒，惱羞成怒下，將被害人頭髮、陰毛胡亂剪除時，被害者反射性防禦結果，陰部附近被剪刀刺傷。小吃店老闆娘在旁默認，被依危險傷害罪的共同正犯判刑」⁷²。法院的理由謂「被告在其經營的飲食店內，因為有處分權限，所以有維持秩序的義務。特別是如本件般，客人對其他客人施暴行時，有施加保護的義務。」⁷³

又如 1976 年 10 月 6 日的判決「屋主邀請被害人屋內共飲，後又加入兩名客人。被害人泥醉而躺於沙發上休息。客人中一人發現機不可失，從被害人上衣中拿取其皮匣中現金及金融卡。因金融卡可預借現金 3000 馬克，正犯向泥醉中的被害人逼問密碼，動手毆打被害人致鼻喉受傷，屋主發現但未阻止。被害人因泥醉，無法回

⁷⁰ 吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（四），北海学園大学法学研究，45 卷 1 期，2009 年 6 月，98 頁。

⁷¹ 「上訴人於房門外安設皮線銅絲，直達大門外之門框旁，通以電流為防盜之具，適有某甲寄宿其家，於夜間啓門小解，誤觸電絲，登時身死，此種設備，既足以危及生命，乃對於寄宿之外客，並不明白指示，致肇禍端，其應負過失致人於死之罪責，殊無可辭。惟上訴人於門外安設電線，係供防盜之用，縱有時構成防衛過當之殺人行為，但其防禦之盜賊，尚未因而觸電，即防衛過當問題並不發生，自不另成犯罪。」25 年上字第 1238 號判例參照。

⁷² NJW 1966,1763. (BGH, Urt.v.24.2.1982.) 轉引自松尾誠紀，「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 期，2003 年 3 月，167-168 頁。也見於島田聡一郎，不作為による共犯について（2），立教法学，64 期，2004 年，249 頁。

⁷³ 轉引自松尾誠紀，「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 期，2003 年 3 月，168 頁。

答。後因吸入性窒息死亡。」⁷⁴法院判決指出「主人延客入屋，認為有承擔保證人的正當化信賴根據，尤其是加害者並非是侵入的第三者，而是主人另外邀約的客人。但不是所有的犯罪行為，主人都有保證人地位。例如小暴行或打牌中小詐欺，主人應無防止義務。但如住居內強姦女客、殺害或本件強盜式恐嚇等重大犯罪，主人有阻止義務」，因此主人被依「伴隨致死的強盜恐嚇未遂罪正犯」論處⁷⁵。

又在1982年2月24日的判決「正犯與四名男生共同在路上毆打被害女生，並將她挾持上車。在車上雖欲圖性侵，但遭抵抗而未遂。正犯將該女帶至熟識友人屋內，在屋內強姦並毆打被害人。被害人曾向屋主夫妻求救未果。」⁷⁶法院則判決「不能單憑房屋的住居人就認定有保證人地位。必須房屋的特別性質或狀態，助成犯罪的實行，才生保護監督的義務。本例被告住居，並未超越住居的性質，不能認為是特別的危險源。」判決屋主夫妻無罪⁷⁷。

從以上三例，可看出德國實務朝向限縮的方向發展。不能直接將房屋視為危險源，必須在具體的犯行推移中，因住屋的特徵，對犯罪的促進發揮作用的「特別情事」，才認為屋主有監視的保證人

⁷⁴ BGHSt 27,10. (BGH, UrI.v.6.10.1976.) 轉引自松尾誠紀，「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期，2003年3月，168頁。也見於神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，1994年5月，24頁；島田聡一郎，不作為による共犯について(2)，立教法学，64期，2004年，249頁。

⁷⁵ 轉引自松尾誠紀，「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期，2003年3月，169頁。

⁷⁶ BGHSt 30,391. (BGH, UrI.v.24.2.1982.) 轉引自松尾誠紀，「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期，2003年3月，170-171頁。

⁷⁷ 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期，2003年3月，172頁。

地位⁷⁸。雖然有論者主張，基於「家是人民的堡壘」的觀念，就法秩序言，第三者或警察不易介入的特性，高度權利的反射效果，推論出屋主的保護義務⁷⁹。但權利導出義務的說法並不可行，且有混淆社會倫理義務與法律義務的嫌疑。

本文認為，不作為正犯以有作為義務存在為前提，不作為的幫助犯，也以參與者有作為義務為必要。回到 Roxin 創設的案例，鄰居並未因為房屋的特別情事（特別性質或狀態）而助成暗殺行動，應否定鄰居有保證人地位。本例，就暗殺部分，鄰居不成立不作為幫助犯。但就德國刑法言，有依第 138 條被追究對於重大犯罪不舉發罪的可能。

第二項 不作為幫助犯的幫助意思

幫助犯，係以幫助的意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪的行為者而言。簡言之，幫助犯必須認識到，其所為足以為正犯實現犯罪事實提供助力，始得令其負擔幫助的刑責。須行為人基於幫助正犯犯罪的意思，於行為前或實施中，給正犯以精神上或物質上的助力，而參與犯罪構成要件以外的積極或消極行為，以助成正犯犯罪的實施為要件。惟所謂認識正犯犯罪的實現，在認識的程度上，學說上有不同見解。多數說採因果共犯論⁸⁰，將共犯處罰的依據，歸諸於共犯因透過正犯而惹起結果。而幫助犯，係因其幫助行為，間接造成法益侵害。因此，所謂認識正犯犯罪實現，需認識

⁷⁸ Rudolphi, (Fn.46), §13 Rn.37.; Kühl, (Fn.52), §18 Rn.115.; Weigend, (Fn.73), §13 Rn.52. 轉引自吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（四），北海学園大学法学研究，45 卷 1 期，2009 年 6 月，98 頁。

⁷⁹ 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 期，2003 年 3 月，172 頁。

⁸⁰ 參考甘添貴，不作為與片面從犯，月旦法學教室（4）刑事法學篇，元照，2002 年 9 月，80-81 頁；黃惠婷，幫助行為與因果關係，臺灣本土法學雜誌，12 期，2000 年 7 月，142 頁。

或容忍構成要件結果的發生為必要。幫助犯除須認識，正犯已具實施犯罪的故意外，且須認識自己的行為，係在幫助正犯犯罪；更須認識正犯的犯罪行為，因自己的幫助可以助成其結果，而決定幫助的故意。

又幫助犯以加功於他人的犯罪，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。在他人實施犯罪行為之際，如果僅以消極態度不加阻止，而無助成實行犯罪的意思，以及便利其實施犯罪的行為，則不能論以不作為幫助犯⁸¹。

第三項 不作為幫助犯的幫助行為

不作為的幫助犯，是在他人實行犯罪前，或實行犯罪過程中，以不作為給予幫助，使他人易於實行犯罪，或者易於完成犯罪行為。不論是精神的、無形的幫助，抑或是物質的、有形的幫助，凡是便於他人實施犯罪的，均可成立幫助行為。

幫助犯幫助行為的方式，固無限制，包括積極的作為及消極的不作為。其中消極的不作為，必須在法律上有防止他人為犯罪行為的義務，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的發生，始負不作為幫助犯刑責。幫助行為是任何一種可以令正犯的犯罪結果，有可能、更擴大、更容易或更迅速實現的行為⁸²。

⁸¹ 最高法院 27 年上字第 2766 號判例。

⁸² 黃惠婷，幫助犯之幫助行為一兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學，5 期，2000 年 7 月，23-39 頁；緒方政勝，幫助の因果關係，同志社法學，44 卷 2 期，1992 年 7 月，128 頁。

為了避免將幫助犯的處罰，擴及於不處罰的未遂幫助，幫助犯的幫助行為，應與正犯的犯罪結果具有因果關係。幫助行為對犯罪結果的發生，只要有產生共同作用、提高犯罪的成功率、以及幫助效用持續到犯罪結果的發生，即可肯定二者的間具有因果關係⁸³。

第五節 小結

總結上文，警察的不作為，可能只涉及本身一人，而成立不作為單獨正犯；也可能與其他人互相加工，依情節可能成立不作為共同正犯、同時犯，或不作為幫助犯。

根據我國與日本實務，尚未發現警察因為不制止犯罪而遭判決有罪的實例，但就學理而言，警察因對於犯罪消極不予制止，有成立犯罪的可能。如果警察不制止犯罪的情形，能夠認定彼此有犯意聯絡，警察的不作為可能成立共同正犯；如果沒有犯意聯絡，可能成立不作為的幫助犯。不作為幫助犯仍以存在作為義務為前提，並以有幫助故意為必要，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，尚不能遽論以不作為幫助犯。

⁸³ 黃惠婷，幫助行為與因果關係，台灣本土法學雜誌，12期，2000年7月，141頁。

第五章 各種警察不作為的可罰性

對應警察勤務、業務的複雜性，警察職務不作為的表現型態，也是多式多樣，顯然不可能全部加以討論。本章選擇性針對四種警察不作為類型，分別探討其可罰性。包括「警察不受理」，探討警察吃案的相關法律責任；「警察不取締」，探討警察對外的犯罪取締告發義務；「警察不制止」，探討警察對內的犯罪制止舉發義務；「警察不救助」，探討警察追逐取締與人犯自殺的問題。

第一節 「警察不受理」的可罰性

第一項 「警察不受理」的意義與型態

所謂「警察不受理」，即俗稱「警察吃案」，意指員警處理民眾告訴或告發犯罪事實，或於執行勤務時發現犯罪事實，卻未依規定受理；或雖然受理，但是並未依「警察機關受理民眾刑案報案作業要點」、及「各級警察機關處理刑案逐級報告紀律規定」等作業程序，確實填報紀錄表，或依刑案通報單層級傳報，以致無法掌握犯罪真實狀況，造成刑事案件統計的誤差，或後續刑案追訴的困難¹。

警察不受理的情形，究竟有多嚴重？此有待更嚴謹的實證研究去釐清。不過，從媒體上，三天兩頭批露警察吃案的指控，想必類似的爭議，應非少數個案。監察院更於 2004 年 5 月，提案糾正警政署，包括「刑案匿報」等多項缺失²。許多人曾經向警察報案³時，

¹ 參考張容瑞，警員吃案既負刑責又遭懲戒，日新法律半年刊，創刊號，2003 年 8 月，125 頁。

² 糾正文見監察院網站。（http://www.cy.gov.tw/AP_Home/Op_Upload/eDoc/糾正案/93/093000046糾正警政偵防121.doc）最後上網日期：2009 年 9 月 21 日。

³ 「報案」一詞，不是法定用語，而是「告訴」、「告發」，或是單純通報犯罪發生的習慣泛稱。本文依需要，可能交替使用「報案」或「告訴」、「告發」等詞。

遇到警察推託、不願依照法定程序受理、登錄（本文稱這種情形為「匿報」）；或者看似受理，卻將案情恣意「降級」，如將搶劫扭曲為竊盜；殺人未遂、重傷害認定為傷害、糾紛，目的在降低轄區重大刑案發生數（本文稱這種情形為「大案小報」）；更離譜的是，曾有使用假的、或報廢的舊式三聯單，以欺瞞報案民眾⁴，表面好像已受理案件，但實際上未列入報案紀錄（本文稱這種情形為「偽造三聯單」）。這些現象，本文概括稱為「警察不受理」。

更多的情況是，除了命案等重大刑案或名流、巨賈的案子外，即使完成了報案手續，卻極可能就被束之高閣，存放在卷宗夾裡，無人聞問。有時候，因為類似情節的嫌犯被逮捕，可能換承辦員警暗示或誘導，希望被害人「一口咬定」對方就是嫌犯，一則警方可以清除積案；他則承辦警員可以擴大績效，記功嘉獎⁵。像這種雖然依規定受理報案，卻敷衍應付，未用心偵辦的情事，無非也是一種「實質不受理」。但這類型認定上難有明確標準，爭議極大。所以本文以下所討論的「警察不受理」，只限員警蓄意掩飾報案事實，以致無法真正呈現於相關刑案統計資料上的「匿報」、「大案小報」及「偽造三聯單」等三種情形。

⁴ 相關新聞報導見：「被搶報案拿偽造三聯單？被害人氣炸」<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/070606/8/ffep.html>；「警造假三聯單 吳育昇質疑有計畫吃案」<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/070606/1/fet6.html>。最後上網日期 2009 年 9 月 21 日。

⁵ 這裡說的是作者親身經驗。數年前某日傍晚，與太太外出用餐返家，就在住家巷口前，太太的皮包，被疾馳而過的機車騎士搶走。追趕不及，到管區派出所報案。員警一開始大發牢騷，「搶案很多，破案機會渺茫；即使破案，也不可能回復金錢損失。」但在作者的堅持下，完成報案手續。後來幾度詢問偵查進度，「當然」毫無進展。數月後，有機車搶匪失風被捕，員警到家裡來，帶著搶匪照片、機車型號等資料，要求配合作指認筆錄，只差沒明言哀求「幫我搞個績效吧！」雖不敢說這是實務機關的通病，但類似案例絕非少見。

第二項 警察匿報與隱匿刑事證據罪

第一款 湮滅刑事證據罪成立要件

第一目 湮滅刑事證據罪概述

刑法第 165 條規定：「偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據或使用偽造、變造之證據者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」本罪通稱為湮滅刑事證據罪，但其行為態樣包括：一為偽造、變造、湮滅或隱匿「他人刑事案件的證據」；二為使用「偽造、變造的證據」。

湮滅證據罪的保護法益，在保護國家偵查、審判及執行的司法權作用。避免行為人妨害關係他人刑事被告案件證據之完全利用⁶。申言之，制定本罪的目的，一方面在有效抗制犯罪，讓國家對違反刑事法的行為者，可以無阻礙地實施刑罰權；另一方面斷絕行為人藉由湮滅他人刑事證據，對犯罪者事後幫助，升高他人犯罪的風險；或避免因行為人湮滅有利被告的證據，而致被告受不合理的司法調查⁷。

本罪是「一般犯」，行為主體並無條件資格的限制，但警察假借職務上的權力、機會、方法犯本罪，依據刑法第 134 條，應加重其刑至二分之一。又本罪處罰湮滅「關係他人」的證據，必以所湮滅者，非其本人犯罪證據為要件，若是自己犯罪證據，縱與其他共

⁶ 參閱甘添貴，刑法各論（上），五南，1997 年 10 月，4 版，177 頁。

⁷ 湮滅刑事證據罪並不以對犯人有利而實施為必要，縱係於犯人不利益者，也得構成犯罪。見黃惠婷，湮滅刑事證據罪修法之芻議，月旦法學雜誌，158 期，2008 年 7 月，262-263 頁；甘添貴，刑法各論（上），五南，1997 年 10 月，4 版，177 頁。

犯有關，因欠缺期待可能性，也應排除本罪的成立⁸。

第二目 告訴、告發筆錄的證據法地位

在警察的犯罪偵查實務中，極大比例係經由人民主動報案而得知。警察主動查覺者，其實有限。犯罪調查與預防的任務，如無民眾主動告訴或告發，難以想像能實現警察摘奸發伏的目的。因此，對於察覺犯罪，扮演決定性篩選機制者，是人民，而非警察⁹。告訴、告發的提起，促成偵查的開端；告訴人、告發人可能提出確認特定嫌犯的重要證據。從這角度而言，告訴人、告發人同時是「偵查的協力者」。

犯罪被害人及其特定親屬等告訴權人，得提起告訴；不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發。告訴、告發的方式，係以書面或言詞對檢察官或司法警察官為之；其以言詞為告訴、告發者，應製作筆錄。現行刑事訴訟法無意對偵查開始予以嚴格限制。即使是匿名申告、報章、雜誌及電視的報導、街頭巷尾的傳聞，只要其內容「不是完全不可信的」¹⁰，就應該開始調查。告訴、告發的提出，只是犯罪偵查的開端。警察人員知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將情形報告該管檢察官，刑事訴訟法分別載有明文¹¹。以上規定賦予警察人員受理告訴、告發的義務，藉此防止警察人員任意吃案。

⁸ 十河太郎，自己の刑事事件に関する証拠偽造を他人に依頼した行爲と証拠偽造教唆罪の成否，60卷8期，2009年3月，425-442頁；松宮孝明，捜査機関に対する参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪，立命館法学，246期，1996年8月，498-513頁。

⁹ 參閱黃惠婷，未指定犯人之誣告罪的應刑罰性檢討，月旦法學雜誌，140期，2007年1月，152頁。

¹⁰ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995, S. 277.轉引自鄭逸哲，偵查之開始與罪刑法定主義，法令月刊，48卷12期，1997年12月，3頁。

¹¹ 刑事訴訟法第232-236、240、242條參照。

告訴、告發書狀或筆錄，均以指訴被告犯罪為目的，若被害人逕向法院提起自訴，因自訴人為刑事訴訟的原告，與被告完全站在對立的立場，自不得以證人視之¹²。現行刑事訴訟法並無禁止被害人、告訴人，於公訴程序中為證人的規定，法院為證明事實起見，認為有訊問必要時，自得依關於證人規定予以傳喚。但被害人就被害經過所為陳述，其目的在於使被告受刑事訴追處罰，與被告處於絕對相反立場，其陳述不免渲染、誇大，故被害人、告訴人或告發人縱立於證人身分，但與一般證人究竟不同，故其供述不宜遽採為被告有罪判決的唯一依據，仍應調查其他證據以資審認¹³。

司法審判有賴證據。凡將來有成為刑事案件可能性的證據，都是湮滅證據罪所欲保護的客體¹⁴。當犯罪被害人，向檢察官或司法警察機關，提出告訴或陳述被害事實經過時，會製作訊問筆錄或詢問筆錄。檢察官偵查終結提起公訴時，起訴書通常記載：「右揭事實，業據告訴人指訴歷歷」，將告訴人指訴作為證據資料。法院審判實務上，以證人身分傳喚被害人或告訴人到庭具結陳述，或以告訴人或被害人身分，傳喚到庭陳述被害經過，也以該陳述作為認定事實的證據資料。告訴人或告發人若非以證人身分，踐行具結等法定調查證人的證據程序，其陳述不具備證據能力¹⁵，也不能因為刑訴法第 159 條之 1 第 2 項「傳聞法則的例外」而取得證據能力¹⁶。但湮

¹² 惟有反對見解，主張被害人永遠具有證人適格，被害人並不因成為自訴人，而喪失其證人適格。見黃東熊，證據法綱要，中央警察大學，1996年5月，130頁。

¹³ 參照 32 上 657、52 台上 1300、院 115、245。

¹⁴ 黃惠婷，刑法案例研習（二），新學林，2008年7月，177-183頁。

¹⁵ 王梅英，告訴人在證據法上的地位，司法週刊，943期，1999年8月，3版；游淑惠，刑事程序中被害人地位之研究，2006年中正大學法律學研究所碩士論文，134頁；另參刑事訴訟法第158條之3、最高法院93年台上字第6578號判例。

¹⁶ 楊雲驊，告訴人的陳述與傳聞法則，月旦法學教室，15期，2004年1月，20-21頁。

滅證據罪所謂證據，乃刑事案件發生後，偵查或審判機關，據以判斷刑罰權有無的一切證據資料。不以有關犯罪之成否者為限，即有助於認定刑罰輕重的一切證據，也包括在內。其係人證或物證，有利或不利於被告，是否有證據能力，甚且證明力如何，均非所問¹⁷。因此，若有湮滅、隱匿告訴、告發筆錄者，仍得成立刑法湮滅證據罪¹⁸。

第三目 消極不受理是否湮滅、隱匿刑事證據

湮滅證據罪的構成要件行為，包括偽造、變造、湮滅、隱匿及使用偽、變造證據等五種，這些構成要件行為在解釋上並無困難。與警察匿報吃案有關者，可能是湮滅或隱匿行為。湮滅，乃湮沒毀滅，使證據效力喪失的行為；隱匿，乃指隱避藏匿，使人難以發現，時間久暫，並非絕對，以使他人不易發現已足¹⁹。湮滅或隱匿的證據，固以物證為常見，但也包括人證，例如將人證殺害或藏匿²⁰。

湮滅或隱匿證據，固然不限於積極作為，也包括消極不作為。但不作為，參酌刑法第 15 條規定，必以行為人在法律上具有積極的作為義務為前提。故員警保管、持有的他人刑事案件證據，見它

¹⁷ 甘添貴，刑法各論（上），五南，1997 年 10 月，4 版，186 頁；神例康博，搜查段階における参考人の隠匿と証拠隠滅罪の成立，西田典之、山口厚、佐伯仁志等編，刑法判例百選Ⅱ（各論，第 6 版），別冊ジュリスト，190 期，（東京）有斐閣，2008 年 3 月，254-255 頁。

¹⁸ 另有可能成立刑法第 138 條損毀公務上掌管之文書物品罪。

¹⁹ 板橋分局某偵查佐偵查酒駕案件，依法應函送地檢署，卻將公文帶回住所，隱匿時間將近 2 年，檢方依隱匿刑事證據罪起訴，一審法官認定警察只是積案太多，並非吃案，最後宣判無罪（見板橋地方法院 98 年度訴字第 701 號刑事判決），引發相當批評聲浪。

²⁰ 偵查階段將參考人（相關人證）藏匿，該當於隱匿證據。參閱日本最判昭 36. 8. 17. 1293。轉引自田宮裕、板倉宏，刑法各論，北樹出版社，2003 年 4 月，改訂新版，258 頁；神例康博，搜查段階における参考人の隠匿と証拠隠滅罪の成立，西田典之、山口厚、佐伯仁志等編，刑法判例百選Ⅱ（各論，第 6 版），別冊ジュリスト，190 期，（東京）有斐閣，2008 年 3 月，254-255 頁；松宮孝明，刑法各論講義，2 版，（東京）成文堂，2008 年 3 月，448-449 頁；陳子平，刑法第 165 條湮滅被告證據罪，月但法學教室，49 期，2006 年 11 月，16-17 頁。

傾倒散佚，有機會搶救卻放任不理，可以成立湮滅證據罪；有受理報案義務的員警，消極不予登錄，也非不可成立隱匿證據罪。

第二款 隱匿不報的實務見解

關於隱匿不報的情形，法務部曾有行政函釋²¹：司法警察於受理民眾報案時，將案情隱匿不報，未登載於職務上掌管的文書上，且未通報處理，是否構成刑事犯罪？討論意見認為，刑法第 213 條之罪，以公務員明知為不實事項，而登載於職務上所掌公文書，為其構成要件。如有應登載事項故意不予登載，並無登載行為，此與法條所定以登載行為為構成要件者有間，本諸罪刑法定原則，自不得認係成立上開法條之罪。但該司法警察雖無構成刑法第 213 條罪責，然其將所受理的刑事案件報案資料隱匿不報，應另觸犯刑法第 165 條的湮滅刑事證據罪²²。

實例上，屏東縣警察局一名警員，辦理刑事偵查案件，因積壓過久，恐受處分，竟將移送書及卷宗交由收發發文銷號後，未將案卷送交地檢署收文，而假借職務上的機會，將移送書及案卷隱匿。因而被屏東地方法院依刑法第 134 條、第 165 條公務員假借職務上機會，隱匿關係他人刑事被告案件證據罪，判處拘役五十日²³。復因該案，遭公務員懲戒委員會議決休職一年的處分²⁴。警員因為吃案，既負刑責又被懲戒，值得警界同仁引以為鑑。

²¹ 法務部 (84) 檢(二)字第 0602 號。資料來源：法務部公報，179 期，1995 年，49 頁。

²² 相同見解見張容瑞，警員吃案既負刑責又遭懲戒，日新法律半年刊，創刊號，2003 年 8 月，126 頁。

²³ 見台灣屏東地方法院 86 年度易字第 223 號刑事判決。類似個案，尚有板橋地方法院 96 年度易字第 2437 號刑事判決可供參照。

²⁴ 參考公務員懲戒委員會 87 年度鑑字第 8617 號議決書。

第三項 大案小報與公務員登載不實罪

第一款 大案小報的問題點

除了「匿而不報」外，另一種常見的「吃案」手法為「大案小報」。有批評稱：左右警察辦案的依據，不是刑事訴訟法與刑法，而是警察機關的績效評比制度²⁵。驅使警察奮力查案的動力，並非「公平正義」，而是「績效分數」時，影響所及是「非重點案件」，受理報案員警興趣缺缺，態度冷漠。破「大案」的基礎，在於辦理無數「小案」時，所累積的工作經驗與情報資訊。績效評比下的「選擇性办案」方式，不僅使警察喪失無數「办案基本動作」的訓練機會，更使警方無法窺知轄內的犯罪全貌，致在面臨「大案」時，陷入能力與資訊均不足之窘境。

又績效評比的計分方式，以警方移送書所載的罪名為準，嗣後檢察官或法官的偵審結果，並不影響警方原已取得的分數。結果造成警方在移送案件時常常誇大戰果，例如將妨害自由灌水成擄人勒贖，轉讓毒品灌水成販賣毒品，嚴重侵犯嫌疑人權。而就「大案小報」情形，司法警察於受理民眾報案時，唯恐係屬情節較為重大的案件，無法即時偵破致影響績效，故意將報案事實內容扭曲，例如，受理搶奪案件，故意以竊盜罪名予以記載層報上級。如此誤導後續的偵查，影響刑案統計的正確性，也破壞民眾對警察的信賴²⁶。

²⁵ 陳瑞仁謂：績效評比制度，是警界的地下刑事訴訟法。見陳瑞仁，如何由法制面提升警察辦案品質，刑事訴訟法改革對案系列研討會，月旦法學雜誌，56期，2000年1月，48頁。

²⁶ 施茂林，刑事職務規範與直覺判斷之迷思與辨正，日新，3期，2004年8月，94頁。

第二款 大案小報與登載不實罪

第一目 公務員登載不實罪成立要件

刑法第 213 條公務員登載不實文書罪，旨在保護公文書的正確性，以維護公文書公信力。本罪必該公務員明知為不實事項，並積極登載於其職務上所掌的公文書，即以積極作為的方式實行犯罪，始得成立。若僅明知其為職務上應登載事項，而故不為登載的消極不作為，因其並無登載行為，除視其情形成立其他罪名外，尚與該罪的構成要件有別²⁷；所謂明知不實事項而登載，祇須登載的內容，反於事實的真實性，而出於其直接故意者，即足當之。故公務員如明知他人製作的文書，其內容係登載不實的文書，而仍直接引用該文書，作為本身職務上所製作公文書的內容，已構成公務員登載不實文書罪。

第二目 大案小報的實務見解

針對大案小報問題，法務部曾研議²⁸：司法警察於受理民眾報案時，為恐情節較重大的案件無法即時偵破，影響績效，故意將報案內容扭曲，如受理報案是搶奪，故意記載竊盜，並以竊盜罪陳報上級，員警應否負刑責？主張否定說者認為，司法警察官、司法警察就犯罪調查，係居於輔助檢察官偵查地位。發覺有犯罪嫌疑，即得移送檢察官偵查。檢察官認有犯罪嫌疑，應依法提起公訴，至犯罪事實存否，則由事實審法院調查。殊難以刑事移送書所載的犯罪事實，嗣經法院審理結果判決刑事被告無罪，即令警局制作移送書的公務員，擔負公文書登載不實的罪嫌。採此說，員警受理報案時，

²⁷ 最高法院 97 年台上字第 3719 號判決；臺灣高等法院 96 年上訴字第 4395 號判決參照。

²⁸ 參閱法務部 (84) 檢(二)字第 0602 號。資料來源：法務部公報，179 期，1995 年，49 頁。

將大案以小案陳報，不構成刑法第 213 條罪責²⁹。

採肯定說者主張，刑法第 213 條原係以保護公文書的正確性為目的，所謂明知不實事項而登載，祇須登載的內容失真出於明知，並不問失真情形為全部或一部，亦不問其所以失真，係出於虛增或故減³⁰。故員警受理報案時，將大案以小案陳報，應處以刑法第 213 條罪責³¹。

依本文見解，上述二說似異實同，並不互相矛盾。民眾向員警所申告者，係犯罪「事實」，至於該事實應構成何種罪名，應尊重承辦員警本其專業知識，涵攝後成為犯罪「罪名」。即使日後與檢察官、法官認定的罪名不同，也不能因此認定員警大案小報，登載不實。這個道理，就像檢察官起訴後，遭法官變更罪名或判決無罪；一審判決後，遭二審撤銷改判。我們不能因此認為，法官必定高明於檢察官，或二審判決一定比一審正確。同樣地，警察、檢察官與法官，各有職司，任何人不得事後諸葛，以此非彼。

即使在民眾所申告的「犯罪事實」方面，員警也有審酌、認定的調查義務，一味抄錄、登載，反而是違反調查義務的實質不作為。因此，調查結果與民眾申告不同，應無登載不實問題。關鍵在於，不管罪名或犯罪事實，員警如果明知不實，卻故意出入，其不實登載部分，非不得追究其刑責。故員警職務所掌文書的記載內容，是否與民眾所申述事實有不符的情形？若有所不符，是否為其職務上認定事實判斷裁量的範圍？員警是否有明知為不實事項，而故為登

²⁹ 採否定說者，如最高法院 76 年度台上字第 7983 號判決。

³⁰ 最高法院 44 年台上字第 387 號判例參照。

³¹ 相同見解見張容瑞，警員吃案既負刑責又遭懲戒，日新法律半年刊，創刊號，2003 年 8 月，126 頁；施茂林，刑事職務規範與直覺判斷之迷思與辨正，日新法律半年刊，3 期，2004 年 8 月，94 頁。

載情事？乃攸關判斷員警是否有登載不實犯行，自須深入研求。

總而言之，刑法第 213 條的公務員登載不實罪，僅以明知為不實事項，而登載於職務上所掌的公文書，及足以生損害於公眾或他人為要件，並不因其是否負單純的抄錄、登載義務，或有無審酌認定的義務，而為區別³²。因此，警察人員製作筆錄時，其目的係在記載詢問的過程及內容，製作筆錄的員警，縱令認知受詢人的供述內容與真正的事實不符，仍有按其供述與予記錄的義務，因所記載者為受詢人的供述，不生登載不實問題，自不能令負公務員登載不實罪；然如製作筆錄的員警與受詢人，就與真正事實不符的虛構事實，事先勾串，而於製作筆錄時，就該虛構的事實，假受詢人的供述而為記載，如客觀上已足以生損害於公眾或他人之虞者，自非不可論以公務員登載不實罪³³。

又所謂明知不實事項而登載，祇須登載內容反於事實的真實性，而出於其直接故意者，即足當之。因此，對於檢察官交查案件，證人已應傳到案，懶於製作詢問筆錄，將之飭回後，卻回覆檢察官「證人無故不到訊」的偵查員，應追究公務員登載不實罪刑責³⁴。明知槍彈並非被告遭緝獲留置以前放置，而係在留置期間，始連絡友人購買、存放，以交警方追查製造績效，猶於檢查紀錄上，為反於事實的虛偽登載，雖曾呈由該管局長核判，無礙於成立公務員登載不實罪³⁵。但僅係所謂會簽者，有別於登載。會簽乃意見的表達，源於對法令認知所為的審查意見。易言之，乃公務員就其職務範圍

³² 最高法院 91 年台上字第 2864 號判決參照。

³³ 最高法院 95 年台上字第 5202 號判決參照。

³⁴ 參閱臺北地方法院 96 年度訴字第 732 號刑事判決。

³⁵ 最高法院 90 年台上字第 4406 號判決參照。

警察不作為犯罪之研究

內，本於其對法令規章的認識、了解，而為判斷及表達意見。至於表達是否妥適，有無錯誤，有待上級公務員的審查，自與登載不實有異³⁶。

第四項 假造報案三聯單與偽造公文書罪

第一款 報案三聯單的意義與目的

警政署為了刑案的正確統計，從 1995 年 7 月 1 日起，修正「警察機關受理民眾刑案報案作業要點」後，警察機關全面使用刑案報案三聯單。以「流水號」方式管制刑事案件受理情形，以避免吃案情形不斷發生。

所謂報案三聯單，係為了防杜員警匿報刑案，內政部警政署採用的一套完整機制³⁷：（一）警察機關受理刑案報案後，應開具報案三聯單並製作筆錄，一聯交報案人，一聯受理單位自存，一聯送勤務指揮中心建檔。（二）民眾報案後，可於二日後上網查詢報案資料，或逕向警政署及內政部警政署刑事警察局網站的留言查詢。

（三）為強化防弊機制，內政部警政署訂頒有「各級警察機關處理刑案逐級報告紀律規定」，針對刑案發生、破獲出現異常的單位，責由督察單位調查有無匿報、虛報刑案的不當行為，發現匿報、虛報從嚴查究各級主管責任。（四）藉由民眾監督及內部管理機制，防杜匿報、虛報。

³⁶ 最高法院 89 年台上字第 1722 號判決參照。

³⁷ 摘自：陳瑞南，防杜匿報 警政署全力以赴，警光雜誌，578 期，2004 年 9 月 1 日。
(http://www.police.org.tw/aspcode/01_mag_storypage01.aspx?oid=107007378&menu=2) 最後上網日：2009 年 9 月 30 日。

第二款 假造報案三聯單的刑事責任

第一目 問題緣起

警察匿報案件有其形成的歷史因素，雖然歷任警政首長均不斷強調嚴禁匿報刑案，但是警察吃案的傳聞，卻仍不時被揭露，嚴重戕害警察形象。「報案三聯單」的建置，正是要避免員警匿報吃案，但所謂「上有政策，下有對策」，新樣態的吃案手法，仍時有所聞。

常見有關三聯單的吃案手法，一種類型是，想盡辦法拒絕給予三聯單。例如：藉口「案情仍須調查」、「僅是民事案件」，而拒絕開給三聯單；託辭「三聯單用完了」、「三聯單主管鎖住、主管不在」，希望不耐路途奔波的民眾，不堅持報案；或僅發給「報案證明書」，卻佯稱是「報案三聯單」。另一種類型，甚且有拿偽造、舊式作廢的三聯單，胡弄報案人³⁸。第一種類型就是匿報，其可能刑事責任已於本節第二項討論。本款擬進一步討論者，乃偽造三聯單欺瞞民眾的可能刑責問題。

第二目 偽造文書罪分析

文書，在社會生活上扮演極為重要的角色。所謂文書，係指為了傳達一定意思內容，使其具有持續保存的功能，藉著符號或文字，將該意思內容記載於有體物上作為證明用，而該有體物即為文書³⁹。不僅法律的權利義務關係，即經濟交易等社會生活上重要的

³⁸ 台北縣三重分局某派出所，被指控居然給報案的被害人偽造的三聯單。見「被搶報案拿偽造三聯單？被害人氣炸 三重分局 欲蓋彌彰 吃案疑雲」
http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=aj100920070606172854；上網日期：2009年9月28日。

³⁹ 刑法上的文書，必須具有權利得喪變更的內容，可以在人際關係中有證明的功用。見甘添貴，偽造文書罪之本質與文書之概念，收錄於：刑法之重要理念，瑞興圖書，1996年6月，276頁；林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，2-280頁。

事實關係，一般均依賴文書所記載者，而為表示或證明其存在。因此，偽造文書印文罪，乃依保護文書印文的真正，以維持交往或交易的安全。偽造文書印文罪，雖多與財產犯罪有密切關連，然保護法益並非財產法益，而是著重在文書於社會生活上所具備的公共信賴性，藉以確保文書的公共信用，而求維持社會生活的安全。故偽造文書印文罪，係以公共信用為其保護法益。

壹、三聯單為公文書

刑法第 211 條：「偽造、變造公文書，足以生損害於公眾或他人者，處一年以上七年以下有期徒刑。」乃偽造變造公文書罪。所謂公文書，必須公務員本其職務所制作的文書，如與職務無關，縱為公務員所制作，亦非公文書。文書，一般係指以文字、符號為一定的意思表示，具有可視性、可讀性、存續性，且內容係法律上有關係的事項⁴⁰。

三聯單的意義已如前述。就製交給報案民眾的一聯，乃接受刑案報告的機關，已經登記、受理的意思表示，同時也給予民眾後續追蹤的憑據，與權利義務的發生變更或事實證明有關。三聯單符合文書的定義，且係受理員警職務上制作，故為公文書（刑法第 10 條第 3 項）。

貳、足以生損害於公眾或他人

偽造公文書的結果，必須足生損害於公眾或他人。所謂足生損害，指對公眾或他人有發生損害之虞，亦即法律上保護的利益可能受到損害，但不以確實受到實害為必要。所稱「公眾」，係指公益而言，國家及社會法益皆包括在內；所謂「他人」，指行為人以外

⁴⁰ 文書概念的詳盡討論，見甘添貴，前揭文，273-278 頁；吳耀宗，偽造文書罪之文書與準文書概念，收錄於：2008 年度警察執法專題研究年報，內政部警政署編，2008 年 12 月，145-201 頁。

的一切私益而言。偽造三聯單，損害報案者對所申告案件的追訴權益，同時損害警察機關對刑案統計的正確性，符合足生損害於公眾或他人的要件。

參、有形偽造與無形偽造

偽造文書罪所欲保護的對象，學說上向有形式主義與實質主義的對立⁴¹。「形式主義」乃指文書作成名義的真正。凡無製作權人，冒用他人名義作成文書者，即使其內容為真實，亦不影響本罪的成立。例如，德國、日本刑法。而「實質主義」則係認為指文書內容的真正。凡內容虛偽不實者，縱其有製作權限，名義屬實，亦應成立本罪。例如，法國刑法。形式主義，著重在處罰冒用作成名義的「有形偽造」；實質主義，則著重在製作權人偽造文書內容的「無形偽造」。文書的公共信用，固然重在作成名義形式上的真正，惟其內容實質的真偽，也不容忽視。因此，我國刑法依形式主義為基調，以處罰有形偽造為原則（刑法第 210 條至第 212 條），例外則及於無形偽造的處罰（刑法第 213 條、第 215 條）。同時，對於有形偽造，也依實質主義精神，以其「足以生損害於公眾或他人」為限，始予以處罰。若內容確為真實，縱有冒用名義情事，既不足以生損害於公眾或他人，即不予以處罰⁴²。

刑法第 211 條偽造公文書罪，係處罰有形的偽造，必須文書的名義人非屬真正，同時其內容也非真實，方為相當。此觀同法第 213、215 條的登載不實罪，就自己名義製作的文書，故為內容不實之登載，而屬於無形偽造特設處罰的規定，即足反證各該條規定以

⁴¹ 甘添貴，刑法各罪（上），五南，4 版，1997 年 10 月，322-323 頁；甘添貴，偽造文書罪之本質與文書之概念，收錄於氏著：刑法之重要理念，1996 年 6 月，270-272 頁。

⁴² 30 年上字第 465 號判例參照。

外的無形偽造，概在不罰之列⁴³。因此，公務員職務上所製作的公文書，有權登載而故意登載不實者，為刑法第 213 條的公務員登載不實罪；如果是無權製作而非法製作者，則屬刑法第 211 條偽造公文書罪之範圍，兩者迥然有別。

第三目 假造報案三聯單的刑事責任

所謂「偽造三聯單」，係受理刑案告訴、告發的員警，用假的、舊式作廢的三聯單冒充，以避免製給正式三聯單，以此模式達到吃案目的。這種情形，員警會成立偽造文書罪嗎？

雖然是假的三聯單，但其受理告訴、告發的人，是有權制作文書的員警，不符有形偽造，縱制作不實內容不實文書，與刑法第 211 條偽造公文書罪的構成要件不符⁴⁴。又，雖然員警並非填發正式三聯單，但既係本於職務上製作的文書，仍符合公文書的定義。且其填寫如正是報案人申告的內容，則也非於其職務上以自己名義，製作內容不實的公文書，所以也不符無形偽造，而不成立刑法第 213 條之公務員登載不實罪。

雖然依據上述分析，「偽造三聯單」固不能以偽造文書罪（刑法第 211 或第 213 條）相繩，但員警所以偽造三聯單，乃因為正式三聯單上面編排有流水號，受理的刑案，必須輸入電腦列管，會有後續的破案壓力。員警將報案人所申告的告訴、告發筆錄，乃至於報案時提供的證據資料加以隱匿，也是本節第二項「警察匿報」的一種型態，仍可能成立刑法第 165 條的隱匿刑事證據罪。

⁴³ 91 年度台上字第 7541 號；92 年度台上字第 921 號；95 年度台上字第 2714 號判決參照。

⁴⁴ 如果是非文書製作權人，則可能成立偽造公文書罪。報載某男子不滿有人在網路上批判他的攝影作品，氣憤地偽造某警察局報案三聯單上網，想讓批評者畏懼，被依偽造文書罪嫌移送法辦。見 2009 年 9 月 9 日 聯合電子報。<http://udn.com/NEWS/SOCIETY/SOC7/5124875.shtml>。最後上網日期 2009 年 10 月 1 日。另有變造三聯單內記載，成立變造公文書罪案例，見臺中地方法院 95 年度訴字第 816 號刑事判決。

第五項 小結

警察吃案，時有所聞。千夫所指，萬惡之源是被扭曲的績效評比制度。既知如此，為何不廢了績效評比制度？趨利而避害，好逸而惡勞，此乃人性。欠缺績效評比，失去努力誘因，員警可能消極怠惰，造成更全面性的不作為。因此，我們只能在維持現有制度下，配合其他制衡措施，力求發揮它最大正面價值，控制它最低負面作用。

從犯罪被害人角度，警察多破案就是保障人權，警察不破案或甚至吃案，即是未積極保障被害者人權的負面示範⁴⁵。每當警察被指控吃案的消息傳出，我們可以輕易地觀察到，警察機關一套應變的標準模式。首先否認到底，說是「溝通不良，民眾誤會」；被掌握的證據明確，賴不掉時，則是損害控管，棄卒保帥，說是「員警個別行為，將嚴予懲處」；更嚴重時，主管（官）連帶處分。雖然偶有事例被依刑法追究責任，但比起廣泛的吃案指控，有如鳳毛麟角。

本文無意美化刑罰的預防功能。更理想的方式是，透過教育的改造，加強員警職業倫理，培養同理心，受理報案時能更敬業，注意民眾權益的維護。但當吃案風氣高張，甚至蔚為風潮，警政機關有必要採取斷然措施，撥亂反正。為杜絕員警拒絕、推諉受理報案情形，應從嚴查究相關違失人員責任。除了行政責任外，若有匿報刑案情節重大，必要時，以「揮淚斬馬謖」精神，主動移送追究刑責，相信風行草偃，可以有效抑制警界吃案陋習。

⁴⁵ 李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討--行政法院八十八年度判字第四二九二號判決評釋，台灣本土法學雜誌，17期，2000年12月，74頁。

第二節 「警察不取締」的可罰性

第一項 「警察不取締」的意義

警察對於他人犯罪（或違序），未予查察取締的不作為，理論上應包括警察內部間與警察對外的兩種情況，這兩種情形的問題核心並不相同。前者，例如上級長官對部屬的犯罪，是否有制止的義務；或同僚間或部屬對長官犯罪，有無舉發義務的問題。後者，例如警察發現轄區內有犯罪或違序情事而不予告發；或對於正在進行中的犯罪卻坐視不管，可能涉及是否以不作為方式縱容犯罪或提供幫助；或以不取締作為交換賄賂的對價。為以下論說方便，本文把警察內部間不制止犯罪問題，稱為「警察不制止」（第三節討論），而將警察坐視外部間的犯罪或違序不管，稱為「警察不取締」。

所謂「警察不取締」，是指有取締犯罪或違序職權的員警，得知犯罪或違序情事發生，卻予放縱不取締告發的意思。這裡的不取締，概念上包括不制止正在發生的犯罪或違序，或不舉發已經發生的犯罪或違序。其不取締，容有不同的原因與目的，但經常被用來做交換賄賂或不正利益的對價。警察不取締，也可能是以不作為方式，縱容犯罪或提供幫助，而應該成立其他罪名。

第二項 作為賄賂對價的警察不作為

前美國洛杉磯警局 Willian Bratton 局長曾說：在美國「警察貪瀆是無法消滅」、「只要有警察在，就會存在貪瀆的可能性⁴⁶」。事實上，不只是美國的警察，包括各國警察，乃至掌控權力的政府各

⁴⁶ 語出 2005 年 7 月 26 日美聯社電「好警察壞警察」一文。轉引自邢泰釗，司法警察公務應注意之違法案例與實務，收錄於：廉政講義彙編，內政部警政署印，2007 年 1 月，2 頁。
www.ptc.moj.gov.tw/public/Data/881171258249.pdf 最後上網日：2009 年 9 月 16 日。

部門、各階層，都蘊藏貪瀆的風紀危機。警察因為分布最廣，與民眾接觸最頻繁，警察貪瀆問題容易被關注。警察機關對於貪瀆的指控，正確態度應該是：坦然面對問題，依法解決問題。

警察任務，在依法維持公共秩序，防止社會危害。警察為執行任務，必須經由各種勤務、業務的機會，藉由干涉、取締、處罰等手段，達到查察奸宄、摘奸發伏；取締非法，保障合法的使命。但因為警察掌握廣大的權力，容易造成不肖員警「以權換錢」，經由承諾不取締、不處罰，換取賄賂對價。例如，眾人皆知某處有色情交易或職業賭場，獨獨管區警察不知道，其間隱然存在某種地下經濟交易的疑問⁴⁷，對清廉吏治與警察形象，是一種重大傷害。

第一款 賄賂罪的保護法益

貪污收賄，是將法律與公平正義，出賣給賄賂的投標者(Bidder)⁴⁸。賄賂罪的保護法益，學說上存在不同說法⁴⁹，包括：人民對公務員執行職務的「廉潔性、公正性、無收買可能性」，及對公務員「依法行政」的信賴等⁵⁰。通說見解認為，處罰收賄罪的目的，非僅在

⁴⁷ 參考呂紹焯，性產業之經濟觀點，中國時報，2009年6月19日，15版。

<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,11051401+112009061900432,00.html>。最後上網日：2009年10月16日。

⁴⁸ Tom Barker, "Rookie Police Officer' Perception Occupatibon Deviance," Police Studies, 1983, pp. 30-37.轉引自吳國清，警察犯罪行為與犯罪預測，警學叢刊，29卷5期，1999年3月，88頁。

⁴⁹ 參閱柯耀程，賄賂罪成罪條件之認定－評彰化地方法院九十年訴字第一三四九號判決，月旦法學雜誌，110期，2004年7月，229頁；鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，月旦法學雜誌，2003年3月，94期，58-68頁；余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學雜誌，2003年3月，94期，69-83頁；高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，2003年3月，94期，34-45頁；曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，2007年12月，151期，233頁；中村芳生，いわゆる「不作為の職務關連性」についての最高裁決定(リクルート事件文部省ルート)-最高裁(2小)平成14.10.22決定 法律のひろば 56卷4期，2003年4月，69-77頁；中森喜彦，賄賂の対象としての公務員の不作為，法學論叢，田中成明教授還曆祝賀記念，156卷5.6期，2005年3月，59-67頁；平川宗信，賄賂罪の職務關連性，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点(第3版)，ジュリスト増刊，2000年11月，254-255頁。

⁵⁰ 柯耀程，賄賂罪成罪條件之認定－評彰化地方法院九十年訴字第一三四九號判決，月旦

於維護公務員執行職務的公正，同時也在確保社會一般人，對於公務員執行職務公正的信賴⁵¹。因此，公務員一有收賄情事，於其所為職務上行為的本身，有否違法或不當，並非決定其有無刑責的關鍵⁵²。

第二款 警察不作為的職務關聯性

賄賂罪的成立條件，包括：(一) 立於對向關係的行賄者與受賄者，行為主體不能同時身兼二種角色；(二) 行為具有交錯的合致關係；(三) 具有作為行為交錯媒介的賄賂標的⁵³。二種行為性質迥異的相對關係認定，則透過所謂賄賂標的（賄賂或是不正利益）作為連結⁵⁴。換言之，賄賂罪為對向犯，必須行賄與收賄行為有合致關係，且賄賂標的被證明確實存在，最重要的要件為對價關係的要求⁵⁵。也就是要求、期約、收受的賄賂，必須是公務員為職務行為，或者違背職務行為的報酬，並且雙方行為人都有認識，才能構成賄賂罪⁵⁶。

法學雜誌，110期，2004年7月，229頁；高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，2003年3月，94期，34-45頁。

⁵¹ 甘添貴教授特別指出，所謂公務員之廉潔性以及不可侵犯性，於現今著重保護人權的環境和人性尊嚴受到重視的時代，國家的威信似已不足成為保護法益，因此提出國民之信賴作為新的保護法益。見甘添貴，公務員之操守與刑事責任，月旦法學雜誌，1996年11月，18期，233-239頁。

⁵² 前田雅英，賄賂罪，警察學論集，48卷9期1995年9月，136頁；嶋矢貴之，賄賂罪，法學教室，306期，2006年3月，55頁。

⁵³ 柯耀程，賄賂罪成罪條件之認定—評彰化地方法院九十年度訴字第一三四九號判決，月旦法學雜誌，2004年7月，110期，221-229頁。

⁵⁴ 柯耀程，前揭文，225頁。

⁵⁵ 柯耀程，賄賂罪成罪條件之認定—評彰化地方法院九十年度訴字第一三四九號判決，月旦法學雜誌，2004年7月，110期，229頁。

⁵⁶ 收受賄賂罪的重點，在於「收賄者是否瞭解行賄者給付的目的」。見林志潔，美國貪污犯罪之立法與預防——以聯邦法規為中心，月旦法學雜誌，2007年4月，143期，227-242頁。

第一目 當作賄賂對價的不作為

所謂「對價」，就是「給付」與「相對給付」的關係。賄賂，是指金錢或以金錢可以計算的財物；不正利益，則是指賄賂以外，足以滿足需要或慾望的一切有形、無形利益。行賄者作出賄賂或不正利益的給付，交換公務員作為或不作為的相對給付。故賄賂罪的不法報酬，必須與公務員職務行為具有一定的對價關係，苟非關於職務行為或違背職務行為的報酬，即不得謂為賄賂⁵⁷。由此可見，公務員的收賄行為，須具有「職務關聯性」始得成立犯罪⁵⁸，但並不要求行為一定要影響到公務的實行，只要有此意圖而為賄賂或收賄的行為即已足⁵⁹。

作為行賄對價的公務員行為，包括積極作為與消極不作為⁶⁰。立法例上，日本刑法第 197 條之 3 規定，公務員關於職務上事項，收賄因而「不實施相當行為」，成立加重收賄罪；「因不為職務上相當行為」而收受賄賂，成立事後收賄罪；又，同法第 197 條之 4 斡旋收賄罪的賄賂對象，使其他公務員「不為相當行為」而斡旋，這些日本刑法條文，都是規範公務員不作為與收賄罪的關係。

其他國家的刑法，關於賄賂罪也有公務員的不作為與作為同視

⁵⁷ 88 年台上字第 6849 號判決參照。

⁵⁸ 曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，2007 年 12 月，151 期，233 頁；山中敬一，賄賂罪における職務關聯性，現代刑事法，39 期，2002 年 7 月，36-37 頁；星周一郎，警察官の職務權限：最決平成 17 年 3 月 11 日(刑集 59 卷 2 号 1 頁)，信州大学法学論集，8 期，2007 年 3 月，155-164 頁；平川宗信，賄賂罪の職務關連性，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点(第 3 版)，ジュリスト増刊，2000 年 11 月，254-255 頁。

⁵⁹ 林志潔，美國貪污犯罪之立法與預防——以聯邦法規為中心，月旦法學雜誌，2007 年 4 月，143 期，227-242 頁。

⁶⁰ 永井敏雄、伊藤雅人，中央省庁の幹部職員の不作為について収賄罪における職務關連性が認められた事例--(最高裁判所判例解説--平成 14.10.22,2 小決)，法曹時報，57 卷 4 期，2005 年 4 月，356-369 頁；中村芳生，いわゆる「不作為の職務關連性」についての最高裁決定(リクルート事件文部省ルート)--最高裁(2 小)平成 14.10.22 決定，法律のひろば，56 卷 4 期，2003 年 4 月，69-77 頁。

的規定。例如德國刑法第 336 條規定：「第 331 條至第 335 條中的職務行為或裁判行為，於其行為之不作為準用之」⁶¹。其中第 331 條至第 335 條，分別規定單純收賄、第三者行賄、枉法收賄、單純贈賄、枉法贈賄、及枉法收賄、枉法贈賄的重大犯罪等。透過刑法第 336 條明文規定，將以上這些罪的賄賂罪，對於公務員的不作為與作為相同對待。第 336 條係 1974 年依刑法施行法而新設，是來自 1962 年草案第 464 條，但 1922 年草案已經有不作為與作為等置的規定。這些規定，其實不過是將過去通說、判例的立場加以明文化而已⁶²。

我國刑法第 121 條規定「對於職務上之行為」、第 122 條規定「對於違背職務之行為」或第 123 條規定「預以職務上之行為」，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益為構成要件。雖未明文規範不作為，但學說或實務通說均採肯定見解，例如最高法院 58 年台上字第 884 號判例：「刑法上之賄賂罪，所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言。」這裡「不應為而為」是作為，「應為而不為」是不作為。所以，關於賄賂罪的構成要件行為，我國雖與德、日規範型式不同，但實質內容應無差異。

第二目 當作收賄對價的不作為案例

日本裁判例中，公務員不作為而成立賄賂罪的案例，如收取賄

⁶¹ § 336原文「Der Vornahme einer Diensthandlung oder einer richterlichen Handlung im Sinne der §§ 331 bis 335 steht das Unterlassen der Handlung gleich.」譯文參考：徐久生、莊敬華譯，德國刑法典，北京：中國方正出版社，2004 年 1 月，169 頁。

⁶² 轉引自中森喜彥，賄賂の対象としての公務員の不作為，法學論叢（田中成明教授還曆祝賀記念号），156 卷 5.6 期，2005 年 3 月，60 頁。

賂後，為使縣議會、村議會「流會」，而故意不出席會議⁶³；某市的民生科長，對該市水肥處理許可業者，將未加入該市聯合處理合作社的他市廢棄物，偷偷運入的行為，收賄而未採行政指導予以默許的案例⁶⁴；市議員受賄而避免對市府官員行使質詢⁶⁵，都是公務員不相當的不作為而違法的事例。有關警察不作為的案例，如犯罪偵查中的巡查，應嫌犯要求而停止對證物的扣押⁶⁶；舉發運送的走私物資與鐵路警備隊職務為密接關係的行為，因受請託、受賄而默許不予舉發⁶⁷等是。

我國裁判例中，也有許多警察收賄而不作為的例子。例如收受賄賂而不調查證據⁶⁸；依法令負責檢查走私的人員，明知為走私應稅物品，因受賄而放行⁶⁹；查獲犯罪，因受賄而未將其移送偵辦⁷⁰；收受賄賂而不取締色情行業⁷¹；收受賄賂而未辦理遣返，任令滯留不去⁷²等是。

⁶³ 大判明 44.6.20 刑錄 17 輯 1227 頁；大判大 5.11.10 刑錄 22 輯 1718 頁。

⁶⁴ 大阪高判昭 55.2.15。引自中森喜彦，賄賂の対象としての公務員の不作爲，法學論叢（田中成明教授還曆祝賀記念号），156 卷 5.6 期，2005 年 3 月，60 頁。

⁶⁵ 大阪高判昭 58.6.29。引自中森喜彦，賄賂の対象としての公務員の不作爲，法學論叢（田中成明教授還曆祝賀記念号），156 卷 5.6 期，2005 年 3 月，60 頁。

⁶⁶ 最決昭 29.9.24 刑集 8 卷 9 號 1519 頁。

⁶⁷ 最決昭 284.28 刑集 7 卷 4 號 887 頁。

⁶⁸ 最高法院 51 年度台上字第 1959 號判例要旨：上訴人為九如分駐所所長，奉檢察官批令會同當地法醫代為檢驗已埋葬之屍體，該上訴人於收受賄賂後，竟不代為開棺檢驗，僅命法醫開一檢驗證明書了事，此項消極之不作爲，似對於違背職務之行為收受賄賂後，已達到因而為違背職務行為之階段，不無刑法第一百二十二條第二項之適用。

⁶⁹ 最高法院 48 年度台上字第 266 號、76 年度台上字第 2917 號判例。

⁷⁰ 最高法院 50 年度台上字第 2012 號、80 年度台上字第 1552 號判例。

⁷¹ 最高法院 89 年度台上字第 2222 號判決。

⁷² 最高法院 80 年度台上字第 6130 號判決。

第三項 警察不取締與其他犯罪

第一款 警察不取締與公務員包庇罪

第一目 公務員包庇罪的意義

所謂包庇，乃指袒護不正當的行為。刑法上的公務員包庇罪，則指公務員對於他人犯罪，加以相當保護，使其不被阻撓或發覺，或從旁與予便利、援助等行為。例如刑法第 270 條的公務員包庇賭博罪，乃公務員與予賭博犯罪者以相當保護，排除外來阻力，而使其不易被發覺而言⁷³。

第二目 警察不取締可否成立公務員包庇罪

警察包庇他人犯罪，當然是一種「警察不取締」，但「警察不取締」，未必都成立公務員包庇罪。因為，學者通說⁷⁴與實務見解⁷⁵，均主張：刑事法上所謂「包庇」，係指對於他人的犯罪行為，加以包容庇護，以排除外來的阻力，使該犯人順利遂行其犯罪行為，而不易被發覺而言，性質上為幫助犯的另一種獨立處罰規定；此與藏匿犯人或使之隱避，係在他人犯罪行為完成後，妨害國家的搜查權者，迥然不同。換言之，所謂「包庇」，以積極庇護為限，例如將查緝行動事先洩漏⁷⁶，或在他轄跨區取締時出手阻攔⁷⁷等是。如僅單

⁷³ 現行法其他公務員包庇罪：例如刑法§231 III、§231 之 1 IV 使他人性交或猥褻之行為、§264 包庇鴉片、§296 之 1 包庇買賣質押人口、貪污§13、走私§10、組織犯罪§9、毒品§15 II、槍砲§16 等。

⁷⁴ 參照甘添貴，刑法各罪（上），五南，4 版，1997 年 10 月，464 頁；林山田，刑法各罪論（下），5 版，2006 年 11 月，464 頁；呂有文，刑法各罪，1992 年 5 月，291 頁；褚劍鴻，刑法分則釋論（下），臺灣高務印書館，5 版，2006 年 3 月，838 頁。

⁷⁵ 例如 47 年台上字第 1305 號；34 年特覆字第 229 號；34 年上字第 1069 號等判例。

⁷⁶ 最高法院 83 年度台上字第 2334 號判決參照。

⁷⁷ 最高法院 80 年度台上字第 297 號判決參照。

純縱容或消極不予取締的行為，尚難認為包庇⁷⁸。

第二款 警察不取締與不作為幫助犯

警察不取締，可能是作為交換賄賂或不正利益的對價；可能是作為圖自己或他人不法利益的手段（見第二章第三節）。當然也可能出於與利益無關的其他動機或目的。

例如，在激動民眾對現場模擬的嫌犯飽以老拳時，卻放任不予制止（或許是出於替天行道的義憤）；或眼睜睜看著歹徒破壞、砸毀收容院，卻坐視不管⁷⁹（也許是出於「活該，誰教平時不進貢！」的心態）。此時，依本文的見解（詳第四章的討論），除非認定警察與施暴者，事前或事中有犯意聯絡，而應該論以共同正犯外，否則，警察的不作為（不取締），無非就在變相鼓勵違法人員繼續施暴，好似告訴歹徒「即使你們做違法的事情，警察也不會阻止你們」，將潛在的不安，變成現實的侵害。應追究相關員警不作為幫助傷害罪，或不作為幫助毀損罪等刑責。

第四項 小結

警察對於發生在機關外部的犯罪或違序，依法有取締告發的義務。如果以不取締，作為交換賄賂或不正利益的對價，應論以違背職務收賄罪；如果藉由不取締，圖自己或犯罪者不法利益，可能成立公務員圖利罪；但單純不取締，依現行通說見解，因無積極庇護行為，尚難成立公務員包庇罪。又，依本文原則幫助犯說的立場，對犯罪者不予取締，除非可認定為有犯意聯絡而成立共同正犯，否則得論以不作為幫助犯。

⁷⁸ 最高法院 92 年度台上字第 788 號刑事判決、80 年度台上字第 297 號判決參照。

⁷⁹ 見第一章註 5 的案例。

第三節 「警察不制止」的可罰性

第一項 「警察不制止」的意義

所謂「警察不制止」，依本文的定義，乃警察機關內部間，對於他人的犯罪，未予制止舉發的意思。包括對於進行中犯罪的制止，與犯罪發生後的舉發。長官對於部屬、同僚間或部屬對於長官，是否有全面性的犯罪舉發制止義務？或是侷限於法律明文情形下，才有舉發義務？又如部屬實現犯罪結果，長官是否會因疏於監督，而成立監督過失？部屬對於長官，是否有進言義務？這些是本節所欲嘗試釐清的問題。

第二項 長官對部屬的犯罪制止義務

第一款 內部法關係與外部法關係

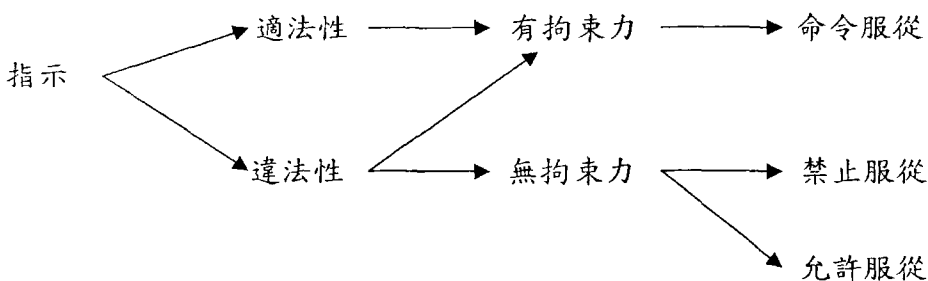
現代法治國家，所有的國家行為，都是在「命令」與「執行」的共同作用下實行。上級機關或上級公務員的「命令權限」，與下級機關或下級公務員「服從義務」，兩者呼應，正是國家行政機器得以發揮功能的基本條件⁸⁰。上級長官的監督範圍，可能透過法律規定或行政規則、職務命令、上級指令等而形成。依公務員服務法第2條：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」

「公務員的服從義務」與「上級職務命令的拘束力」，乃一體兩面。命令的拘束力與命令的合法性，是不同的兩個概念。命令形式合法，即使實質違法，原則上仍然具有公務員法(內部法)上的拘

⁸⁰ 蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，臺大法學論叢，37卷1期，2008年3月，167頁；同作者，論公務員依違法命令所為之職務行為，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，123頁。

束力，進而形成下級公務員的服從義務⁸¹。但這種命令與服從關係，僅有具備外部法效果⁸²，造成外界的變動，才有評價其刑法上意義的必要性。在特定的法律秩序中，認定某人對他人有命令指示權限時，往往會呈現特殊的法律問題（參閱下列圖一、圖二）⁸³。例如，基於內部法的指示服從關係，如果受監督者（屬官）的行為，因而該當犯罪構成要件時，首先引發的問題是，可否依據刑法第 21 條第 2 項「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。」而阻卻違法？其次，在屬官因指示而觸犯法律時，指示的授予者（上級長官），應論以教唆犯、幫助犯或共同正犯的刑事責任？再次的問題是，如果上級長官怠於行使其指示指揮權限，被動容忍其部屬，持續地違反犯罪構成要件行為時，在何種情形下，長官基於監督的保證人地位，應論以不作為的正犯或幫助犯？因配合本文探討主題，以下討論僅以第三個問題為限。

（圖一）內部法的指示服從關係

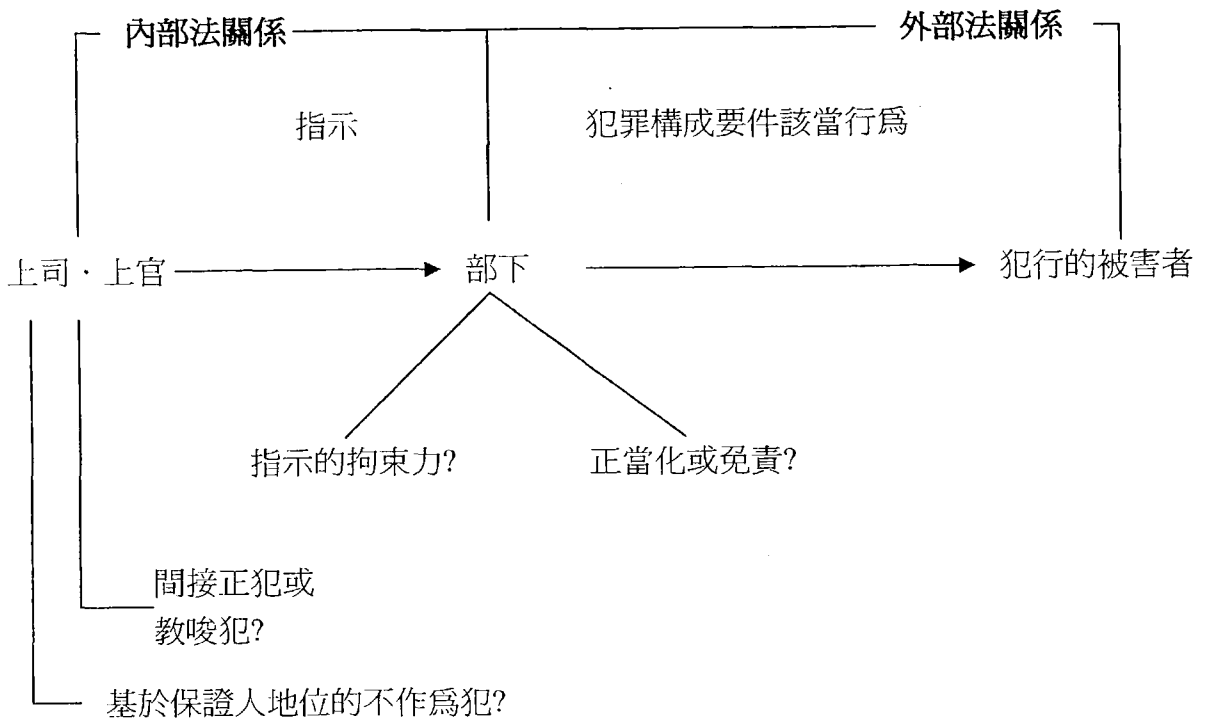


⁸¹ 蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，台灣本土法學雜誌，84 期，2006 年 7 月，124 頁。

⁸² 內部法與外部法的概念，參考程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，法學講座，16 期，2003 年 4 月，18-31 頁；蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討——評大法官會議第四六九號解釋，台灣本土法學雜誌，1 期，1999 年 4 月，51-63 頁。

⁸³ Hoyer 著，垣口克彥譯，指示關係內部における刑事責任，收錄於：Knut Amelung 編著，山中敬一監譯，組織內犯罪と個人の刑事責任，（東京）成文堂，2002 年 12 月，218-219 頁。

(圖二) 內部法關係與外部法關係



第二款 法律明文的制止舉發義務

第一目 德國刑法第 357 條

僅有少數立法例，明文規定上司對於下屬的特定犯罪，有制止或舉發的義務。例如，德國刑法第 357 條規定：「(第一項) 上司引誘或試圖引誘下屬犯瀆職罪、或容忍下屬犯瀆職罪，依其所引誘或容忍之罪處罰。(第二項) 受委託負責監督或管理其他公務人員事務，受監督或管理之公務人員犯瀆職罪，如其與監督或管理之事務有關者，適用第一項之規定。」⁸⁴其中第一項後段「容忍下屬犯瀆職罪」，是不作為正犯。此乃明文規定上司不僅不能以積極作為勸誘教唆下屬犯瀆職罪（第一項前段）；即連消極坐視下屬的特定犯罪，也應該受同等法律制裁。此處所謂犯瀆職罪，或稱為職務犯罪，

⁸⁴ 譯文參考：蔡墩銘譯，德日刑法典，五南，1993 年 12 月，167 頁；徐久生、莊敬華譯，德國刑法典，北京：中國方正出版社，2004 年 1 月，174 頁。

乃指德國刑法典第 30 章（第 331 條至第 358 條），包括貪污罪與濫用職權罪等，涵括各項公務員職務上的犯罪型態，其所謂「依其所引誘或容忍之罪處罰」，係指依其所引誘、容忍之罪的法定刑內科處刑罰⁸⁵。

第二目 我國貪污治罪條例第 13 條

我國貪污治罪條例第 13 條規定：「直屬主管長官對於所屬人員，明知貪污有據，而予以庇護或不為舉發者，處一年以上七年以下有期徒刑。公務機關主管長官對於受其委託承辦公務之人，明知貪污有據，而予以庇護或不為舉發者，處六月以上五年以下有期徒刑。」據此，警察機關直屬長官對於所屬人員，「明知貪污有據，不為舉發」者，可成立「不舉發貪污罪」。

本條乃誡命直屬長官，對其監督職務範圍內，應善盡舉發的責任。因為公務執行，往往不單由個人或少數承辦人員即可決定，特別是直屬長官對於行政政策或行政行為的決定，不但具有相當的影響力，更負監督指導責任。就發現公務員自身的違法情事而言，直屬長官應具有相當程度的可能性。縱然無法要求直屬長官應積極發現所屬不法，但賦予直屬長官在明知所屬貪污有據的情形下，應予舉發的責任，尚屬合理⁸⁶。所謂「直屬主管長官」，係指循行政系統有實際監督權責的人⁸⁷，通常對於所屬人員日常的業務處理、工作指派、勤惰管理等事項有監督權，對於所屬人員的考核獎懲、調遷

⁸⁵ 島田聰一郎，不作為による共犯について（2），立教法学，65 期，2004 年 3 月，271 頁；Hoyer 著，垣口克彥譯，指示關係内部における刑事責任，收錄於：Knut Amelung 編著，山中敬一監譯，組織内犯罪と個人の刑事責任，（東京）成文堂，2002 年 12 月，231-232 頁。

⁸⁶ 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學雜誌，94 期，2003 年 3 月，81 頁；同時收錄於氏著：刑法深思·深思刑法，元照，2005 年 09 月，395-414 頁。

⁸⁷ 行政院人事行政局（69）局參字第 28827 號。見人事行政法規釋例彙編（二），1995 年 8 月版，1327-1328 頁。

事項有建議的權責⁸⁸。所謂「舉發」，不以向檢察官或司法警察機關告發者為限，向主管長官、機關首長或上級長官舉發者，亦包括在內⁸⁹。刑法上的犯罪故意，只須對於犯罪事實有所認識，有意使其發生或其發生不違背其本意，仍予以實施為已足。但所謂「明知」，專指刑法第 13 條第 1 項的直接故意而言，若為間接故意或過失，均難繩以該條項之罪。

「不為舉發」與「包庇」或「庇護」不同。所謂「不為舉發」，係純正不作為犯型態，僅指消極不予舉報告發已足。法律課予舉發貪污犯罪的義務，若不盡此義務舉發，即構成本罪。但所謂「包庇」或「庇護」，則除不予舉發外，尚須有積極曲意包庇掩護，與予犯罪者以相當保護，並排除外來阻力，使他人犯罪行為得以順利進行，始足當之。若僅消極縱容，尚難以包庇或庇護罪律之⁹⁰。因此，構成要件行為為「包庇」者（例如刑法第 270 條公務員包庇他人犯賭博罪），單純不予舉發固不成立該罪；但構成要件行為為「不予舉發」者（如貪污治罪條例第 13、14 條），舉輕以明重，如有積極庇護情形，當然仍得以不舉發罪相繩⁹¹。

第三款 法律未明文的制止舉發義務

第一目 否定說見解

我國沒有類似德國刑法第 357 條的規定⁹²。對於上司以積極作

⁸⁸ 最高法院 84 年台上第 4586 號判決參照。

⁸⁹ 參閱：法務部（90）法令字第 004917 號函頒，檢察機關辦理貪污案件應行注意事項第 12 點，法務部公報，269 期，2001 年 11 月，86-91 頁。

⁹⁰ 24 年上字第 770 號判例、58 司法行政部研發字第 134 號函參照。

⁹¹ 最高法院 79 年度台上字第 4257 號判例。

⁹² 余振華教授主張，廢除貪污治罪條例回歸普通刑法，增訂直屬長官不為舉發罪之處罰，賦予直屬長官法律上配合國家發動刑罰權的義務與責任。余教授具體建議，增訂刑法第 134 條之 1 第 1

為，教唆勸誘部屬犯瀆職罪者，可以根據刑法共犯的規定加以處罰，應不致有處罰漏洞。但對於部屬犯罪，以不作為的方式坐視容忍，是否違反舉發義務而應追究刑責，乃有爭議。

站在否定說立場，可能主張的理由是，基於「明示其一，排除其他」的法理，既然我國現行法，僅就長官對部屬的貪污罪有舉發義務，應當否定上級長官對其他犯罪有制止舉發義務，否則乃違反罪刑法定原則。

第二目 本文見解

本文認為，否定說不可採。雖然僅貪污治罪條例就部屬貪污部分，明文賦予直屬長官有舉發義務，但本罪立法目的乃在於，為貫徹懲治公務員貪污的決心，依純正不作為犯方式立法，加強教示直屬長官舉發的義務，而非限制舉發義務的範圍僅止於貪污罪部分。再者，本文既然肯定，以不作為方式參與他人作為犯罪，得依其是否有犯意聯絡，而成立不作為共同正犯或幫助犯（詳第四章），因此，本文認為，除舉發部屬貪污的作為義務外，直屬長官對於部屬各種職務犯罪，本於監督職責而有適時制止的義務。

肯定直屬長官對部屬職務犯罪的制止義務，饒富實務意義。以警察常為人詬病的刑求為例，雖然刑求的指控，層出不窮，但因刑求而被追訴刑責的案例，屈指可數⁹³，本文認為，司法體系的縱容是最大原因，許多關於警察是否刑求的調查，完全是虛應故事，聊

項「直屬長官對於所屬人員，明知犯本章各罪有據，而予庇護或不為舉發者，處三年以下有期徒刑。」將直屬長官的舉發義務，擴大到整個瀆職罪章，此與德國刑法第 357 條規範相似，但法定刑「有期徒刑三年以下」，與德國「依所勸誘或容忍之罪的法定刑處罰」不同。本文認為余振華教授的意見比較合理，因為「庇護或不為舉發」部屬犯罪侵害的法益，與部屬瀆職、貪污所直接侵害的法益，顯難等同而論。參閱余振華，刑法深思·深思刑法，元照，2005 年 09 月，410-411 頁。

⁹³ 通常是事情鬧太大了，例如刑求凌虐致出人命，如王迎先案；或一案兩破致難以自圓其說，如士林分局偵辦新光吳如月豪宅強盜案。

備一格⁹⁴。即使偶有被迫訴刑責的案例，法院的態度也往往保守消極。以新光吳如月案⁹⁵為例，依第一審士林地方法院判決所認定的事實，警方案發後帶回被誤捕的少年，歷經數小時反覆訊問均未認罪，士林分局刑事組分隊長吳某不滿，「要求少年『不要再裝了，趕快承認！』且出掌毆打，威脅『不講沒關係，我自己做筆錄讓你翻不了身』，使少年遭受強暴、脅迫之強制力，不得已屈從而為不實之自白，行無義務之事」；分局長洪某雖在場，但「沒有證據有直接對少年施暴、脅迫」；刑事組長陳某「雖曾有拍桌子、大聲質問『你還不承認』之舉動，卻難認定直接妨礙少年之意思及行動自由，內容並非顯示欲加害意思，與強制罪之脅迫要件不符。」最後法院宣判，分隊長吳某因以強暴、脅迫使人行無義務之事，被判有期徒刑三月，緩刑三年；分局長與刑事組長二人則獲判無罪⁹⁶。

這判決當然難以令人信服。法官似乎「突然忘記」刑法有共同正犯或不作為犯的法理，恐難脫有曲意迴護，以減少打擊面的嫌疑。雖然法院認定下手實施強暴、脅迫者為分隊長一人，但依本文見解，分隊長與分局長、刑事組長三人有破案的共同目的，三人至少可認為有默示的犯意聯絡，分局長基於階級上的優勢，對現場情況有支配地位，刑事組長「拍桌子、大聲質問」已分擔部分實行行為，三人應成立「作為犯」強制罪的共同正犯。

⁹⁴ 例如，過去對於警察刑求的指控，法院的調查方式，經常是以證人身分，傳訊遭指控的員警到法庭上作證，以其否認刑求的證言，推論被告遭刑求的抗辯不成立，完全是徒具調查形式，虛應故事，違法經驗法則與論理法則。但刑事訴訟法 2003 年增訂第 156 條第 3 項「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」賦予檢察官對自白出於任意性有舉證義務，對改善刑求的現象，應能發揮一定功能。參閱林俊益，被告抗辯自白出於刑求之調查，月旦法學教室，10 期，2003 年 8 月，18-19 頁。

⁹⁵ 本案係 2000 年 3 月某日，新光集團吳如月於陽明山豪宅遭歹徒侵入強盜，轄區士林分局誤捕四名少年，發生一案兩破情形，事後衍生少年指控警察強暴脅迫取供的案外案。

⁹⁶ 參照臺灣士林地方法院 89 年度自字第 190 號刑事判決。本案因未上訴而一審判決確定。

退而言之，即使當時情形，不足以認為分局長與其他二人有犯意聯絡，但有監督權限的司法警察官員，卻未為刑求之阻止，應負相當的不作為犯刑事責任⁹⁷。基於對被刑求者的保護義務，或基於對濫用警察權力部屬的危險源監督義務，可肯定分局長有保證人地位。其不作為益發激勵部屬刑求的決心與強度，構成不作為強制罪的幫助犯。

第四款 監督過失

第一目 監督過失的意義

監督過失的概念，乃對於直接惹起結果的行為者，因處於監督者的地位，卻未盡其監督義務，而應負過失責任⁹⁸。日本自 1960 年代以降，因為經濟起飛，新技術開發運用，伴隨而生的公共事故不斷增多⁹⁹，監督過失乃因應這種現象，提出的一種過失犯罪理論¹⁰⁰。

監督過失分狹義和廣義兩種¹⁰¹。狹義的監督過失，乃上級監督者對下級的指揮、監督的不適當所構成的過失，通常發生在企業組織或公務體系中。廣義的監督過失，包含狹義的監督過失與管理過

⁹⁷ 蔡墩銘，刑求之調查，收錄於：月旦法學教室（4）刑事法學篇，月旦法學雜誌別冊，元照，2002 年 3 月，251 頁。

⁹⁸ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006 年 6 月，116 頁；山口厚，問題探求刑法總論，（東京）有斐閣，2000 年 4 月，171 頁；前田雅英著，吳昌齡譯，監督過失，刑事法雜誌，36 卷 2 期，1992 年 4 月，51 頁；森直樹，監督者の刑事責任に関する一考察（一），中京大学大学院生法學研究論集，8 期，1988 年 3 月，33 頁；井田良，火災事故における管理・監督過失，收錄於：犯罪論の現在と目的行為論，成文堂，1995 年 3 月，230-232 頁。

⁹⁹ 國內也有以監督過失為由，判決雇主未提供足夠安全措施致人死亡，而被追究業務過失致死的實例。見臺灣高等法院 91 上訴 3822 刑事判決。

¹⁰⁰ 余振華，論醫療過誤的刑事責任，收錄於：自由、責任與法，蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，元照，2005 年 8 月，35-60 頁；山中敬一著，陳運財譯，日本過失犯理論之發展及其現代之課題——大規模事故及刑事責任，東海大學法學研究，10 期，1996 年 3 月，392-396 頁。

¹⁰¹ 余振華，上揭文；山口厚，問題探求刑法總論，（東京）有斐閣，2000 年 4 月，174-175 頁。

失¹⁰²。管理過失，是指對機構、體制、設備等，因管理不完備，而與結果發生有直接聯繫的直接過失，通常是指違反安全確認的義務¹⁰³。

第二目 上級長官應否負監督過失刑事責任

警察機關因下屬失職犯錯，追究長官首長行政上連帶責任，情形非常普遍。但是否應適用監督過失的理論，以上級長官對於部屬的監督疏失，而論以過失犯，則有爭議。

有持反對說論點者，主張公家機關首長對下屬的選拔、任用、指揮，受公務員保障法等限制，其實可發揮監督空間極小；其次，警察是公職人員，他的職務是任用法的授權，而非他的上司或首長。上司不像私人企業能自主解雇職員、控制言行的權力¹⁰⁴，因此宜採否定見解。除非下屬的觸法行為，是基於上級指揮，或下級犯罪時他在現場而未制止，此時並非因為「監督過失」，而是因為自己指揮或參與的不作為而承擔責任¹⁰⁵。

監督過失，仍需具有一般過失犯的要件¹⁰⁶。通說主張監督過失是不作為犯，因此監督過失的判斷，其實就是過失不純正不作為犯成立要件的判斷¹⁰⁷。監督過失，並非是因為別人的過失而承擔刑責，

¹⁰² 但也有文獻認為，監督過失與管理過失沒有嚴予區分的必要。見大塚裕史，管理監督過失，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点（第3版），ジュリスト増刊，2000年11月，80頁。

¹⁰³ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，117頁；林幹人，刑法の基礎理論，東大出版社，1995年9月，97-119頁。

¹⁰⁴ Charles R. Swanson 著，馬瑞龍譯，美國警察行政學，中央警察大學印行，1990年9月，548頁以下。

¹⁰⁵ 山中敬一著，陳運財譯，日本過失犯理論之發展及其現代之課題—大規模事故及刑事責任，東海大學法學研究，10期，1996年3月，403頁。

¹⁰⁶ 相同見解，見甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，116頁。

¹⁰⁷ 余振華，論醫療過誤的刑事責任，收錄於：自由、責任與法，蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，元照，2005年8月，40頁；山中敬一著，陳運財譯，日本過失犯理論之發展及其現代之課題—

而是以本身監督懈怠做為處罰根據，是因為自己「居其位，卻不謀其政」，疏於監督被監督者行為，因而承擔的過失責任。本文認為，警務活動複雜多樣，有賴所有參與者各守其位，各司其職，扮演好自己的角色功能，如果上級長官未盡自己監督職責，致部屬因而觸犯刑責，非不能追究其監督過失刑責。

第三項 同僚間或部屬對長官的舉發義務

第一款 內部告發義務

與其他公務機關比較，警察單位是個內控相對嚴密的機關。論優點，成員間可以為團體的榮譽、績效而共同努力；論缺點，則是容易沆瀣一氣，實務上，明知其他員警有違紀或貪瀆情事，也以不主動舉發為做人處事原則¹⁰⁸。於是，上焉者，明哲保身，以「孤鳥」自許；下焉者，隨波逐流，同流合污，形成相互掩飾的機關次文化，及互不揭露的組織氣候¹⁰⁹，造成集體貪瀆情形，時有所聞。問題是，司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。並將調查結果報告檢察官及上級司法警察官，刑事訴訟法 230、231 條定有明文。因此，對於知道機關內部存在違法瀆職情事，是否選擇潔身自愛、不同流合污者已足？是否仍有舉發報告機關內部犯罪的義務？

第一目 一般告發義務規定

所謂告發，即指告訴權人、犯罪嫌疑人及偵查機關以外之人，

大規模事故及刑事責任，東海大學法學研究，10 期，1996 年 3 月，403-405 頁；佐久間修，管理、監督過失と過失犯の理論，現代刑事法，4 卷 6 期（總 38 期），2002 年 6 月，14 頁。

¹⁰⁸ 黃啓賓，警察職務犯罪之研究，中央警察大學犯罪防治研究所，2005 年博士論文，2 頁；楊明輝，警察職務犯罪預防機制之研究，台北大學犯罪學研究所，2006 年碩士論文，89 頁。

¹⁰⁹ 顧慕晴，我國公務人員貪污檢舉制度之研究—增強途徑之分析，文官制度季刊，1 期，2009 年 1 月，142 頁；王政 如何消除貪污—四種途徑之分析，文官制度季刊，1 期，2009 年 1 月，51-76 頁。

知他人有犯罪嫌疑，以言詞或書狀，將犯罪事實向檢察官或司法警察官舉發，俾得偵查究辦。刑事訴訟法第 241 條規定：「公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者，應為告發。」此為義務告發。相對於同法第 240 條規定：「不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發。」乃權利告發。

義務告發，乃賦予偵查機關以外的公務員，因執行職務關係，發現他人有犯罪嫌疑時，有協助國家追訴犯罪，查明真相的義務。將偵查機關排除在外的理由，乃偵查機關的公務員（如檢察官、警察）無本條所謂告發義務，因為其知悉犯罪，不僅需開啟偵查程序，並且有義務直接展開調查行動¹¹⁰。

一般私人知悉曾發生的犯罪行為時，即使是重大犯罪，也無提出檢舉的法律義務。但在德國，對其刑法第 138 條臚列的犯罪，確實知悉犯罪計畫或實行，在犯罪之實行或犯罪結果仍可避免時，有義務向相關當局或受威脅人告發¹¹¹。在我國，這些仍是屬於權利告發的範圍。

與刑事追訴無關的公務員，只在因執行職務而發現犯罪嫌疑，才有告發義務。但公務員如違反此告發義務，因該條並無法律效果規定，除可能構成行政懲處的理由外，仍應依其個別情節，判斷是否有刑事責任的問題。例如戶政人員於接受人民聲請時，如明知其為不實，確有犯罪嫌疑，例如發現其所持文件係偽造、變造者，應依照上開法條告發處理。如仍予登載在職務上所掌公文書，應負刑

¹¹⁰ Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1999 年 11 月，406 頁。

¹¹¹ 德國刑法第 138 條規定的所謂知情不舉罪，只在特定犯罪的實施過程中或者犯罪結果仍可避免時，已確實知道而不向官署或者受威脅者告發才構成犯罪。這些犯罪只限於特定的少數幾個性質嚴重的犯罪；是犯罪結果發生前不告發的行為，並沒有規定對於犯罪已經完成後的犯人，行為人負有告發或者扭送的義務。

法第 213 條之刑責¹¹²。但如是辦理監察、會計、審計、犯罪調查、督察、政風人員，因執行職務，明知貪污有據之人員，「明知貪污有據，不為舉發」者，可成立貪污治罪條例第 14 條的「不舉發罪」。

第二目 內部舉發犯罪的義務

原則上，每一個偵查人員（檢察官、司法警察官、司法警察）知悉犯罪，均有義務開始進行偵查程序¹¹³。不管是自己親身經歷的犯罪行為、或媒體報導，甚至是非完全不可信的傳聞¹¹⁴，知悉後均應進行偵查程序。

有爭議的是，偵查人員在職務外情況下，知悉某一犯罪行為時，是否也有義務進行偵查？德國聯邦最高法院判決揭示，依據德國刑事訴訟法第 152 條第 2 項¹¹⁵、第 160 條¹¹⁶、第 163 條¹¹⁷而成立，並且違反時將受德國刑法第 258 條 a¹¹⁸制裁的偵查義務，只有在依

¹¹² (47)台內戶字第 18765 號，資料來源：內政法令解釋彙編（戶政類），1995 年 9 月版，1866 頁。

¹¹³ 刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」。依此，檢察官知悉犯罪嫌疑，乃偵查的開始事由。其何以知悉，並不重要。檢察官並因此負有偵查義務，而無裁量的權限。同樣，司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，應即開始調查（刑訴法第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項）。參照鄭逸哲，偵查之開始與罪刑法定主義，法令月刊，48 卷 12 期，1997 年 12 月，3 頁。

¹¹⁴ RGSt 70,252. 轉引自 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1999 年 11 月，405 頁。

¹¹⁵ 德國刑事訴訟法第 152 條第 2 項：「除法律別有規定外，檢察官對於一切依法得訴追的犯罪，如有充分的事實依據，負有起訴之責任。」譯文參考司法周刊雜誌社印行，德國刑事訴訟法，1990 年 3 月，86 頁。

¹¹⁶ 德國刑事訴訟法第 160 條：「檢察官因告發或其他方法知有犯罪嫌疑者，得自行決定調查事實，以作為是否提起公訴之依據。（下略）…」譯文參考司法周刊雜誌社印行，前揭書，97 頁。

¹¹⁷ 德國刑事訴訟法第 163 條：「警察機關與官員應探知犯罪行為，並從速採取各項受准許之命令，以防證物之滅失。（下略）…」譯文參考司法周刊雜誌社印行，德國刑事訴訟法，1990 年 3 月，95 頁。

¹¹⁸ 德國刑法第 258 條 a 第 1 項：「參與刑事訴訟程序或宣告保安處分（第十一條第一項第八款）之公務人員犯第二百五十八條第一項之罪，或參與刑罰或保安處分執行之公務人員犯第二百五十八條第二項之罪，處六月以上五年以下有期徒刑。情節較輕者，處三年以下有期徒刑或罰金。」

犯罪行為種類及範圍，攸關公眾或全民利益時，方成立職務外知悉犯罪的偵查義務¹¹⁹。至於要將此準則具體化，可以參考刑法第 138 條所規定必須通報的犯罪為準；但有學者主張，對所有的重罪行為，均應成立偵查義務¹²⁰。

參考德國相關見解，警察因為執行職務而知悉的犯罪，即使是屬於機關內部的犯罪，也應該依法開始調查。例如因為偵辦刑案，意外發現自己的長官或同僚涉案，也應依程序追查或轉報；非因執行職務的關係，對於知悉的重大犯罪，或攸關公眾或全民利益的犯罪時，即使是自己的長官或同僚，也有舉發的義務¹²¹。

第二款 進言義務

第一目 進言義務的意義

所謂進言義務，是指在一個團體中，不負防止結果直接責任者，是否會因為怠於對直接防止結果責任者提供建言、意見，而應承擔不作為責任的問題，也就是透過進言義務為媒介，使沒有決定權限的部屬負不作為責任¹²²。

其中，第 258 條第 1 項為：「故意使他人因犯罪行為依法應受之刑罰處罰或保安處分（第十一條第一項第八款）全部或部分無效者，處五年以下有期徒刑或罰金。」第 258 條第 2 項為：「故意使對他人宣告之刑罰或保安處分之執行全部或部分無效者，處與第一項相同之刑罰。」譯文參考：蔡墩銘譯，德日刑法典，五南，1993 年 12 月，125-126 頁；徐久生、莊敬華譯，德國刑法典，北京：中國方正出版社，2004 年 1 月，174 頁。

¹¹⁹ RGHSt 5.225 (229); 12.227 (281). 轉引自 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1999 年 11 月，405 頁。

¹²⁰ Krey, Zur Problematik privater Erm. Des durch eine Straftat Verletzten, 1994, Rn. 209f. 轉引自 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1999 年 11 月，405 頁。

¹²¹ 內部舉發，經常會被污名化為是背叛組織、「抓耙子」、非道德的，因此企需重新建構社會的價值觀，只需是符合「一、關於重大危害行為的告發、二、告發的內容是真實的、三、告發的目的是正當的、四、欠缺其他解決的手段」等要件，則告發行為是正義的、是道德的，應該被激勵與讚賞。參考增淵隆史，道德的義務としての内部告発とその限界，(北海道大学哲学会) 哲学，41 期，2005 年 7 月，79-10 頁；柏葉武秀，ミスコンダクトと内部告発，哲學年報，55 期，2008 年 7 月，23-31 頁。

¹²² 齋藤彰子，進言義務と刑事責任，金沢法学，44 卷 2 期，2002 年 3 月，137 頁。

日本最早探討進言義務，是從所謂千日百貨公司大樓火災大型事故案¹²³的責任追究開始。一個大規模火災事故，往往糾葛著複雜的責任歸屬問題。據調查，此案係起因於3樓超市進行配電工程的監工，亂丟菸蒂引發大火。但百貨公司防火區劃不良、緊急逃生口不足、窗戶小造成援救困難，當時值宿的保全人員未及時通報消防單位、店員未適當引導避難等，都是火災擴大傷亡的因素之一。檢察官起訴百貨公司管理課長、沙龍店店主及火災事故時沙龍店在場負責人。大阪地方法院以大樓火災的責任追究困難，判決3人無罪。高院、最高法院上訴審判決3人有罪確定。

與進言義務有關的是百貨公司管理課長部分。依最高法院裁判認定，在施工的3樓，除了施工必要的最小限度外，應將防火區劃的防煙遮幕關閉；應該讓保全人員在施工現場監工；發生火災時應將大樓另一側防煙遮幕關閉；應建立發生火災之際，盡速與沙龍店聯絡的體制。因為管理課長有上述注意義務，最高法院判決「身為百貨公司管理課長，且為防火管理者，應該依自己權限，或要求上司管理部次長的指示」，履行採取上述措施的注意義務。因其違反義務而導致本件結果，故應負不作為過失責任¹²⁴。

上述判決涉及課長的注意義務，包括整個大樓防火管理體制的整備，而這並非一個管理課長的權限所能做到。但判決仍認定課長違反「向上司提供建言或意見，以加強防火管理體制的整備的義務」

¹²³ 昭和47年5月13日晚間10時，大阪市南區南波新地的住商大樓「千日百貨」(地上7層，地下1層)的3樓起火，瞬間大火四起，火舌與濃煙竄達7樓。7樓營業中的沙龍店裡的顧客、女侍、店員等逃生不及，造成死者118名，輕重傷42人，為戰後最慘的火災慘劇。此即大阪千日デパート火災案。最高裁平成2年11月29日，刑集44卷8號871頁。

¹²⁴ 最高裁平成2年11月29日，刑集44卷8號871頁。轉引自齋藤彰子，進言義務と刑事責任，金沢法学，44卷2期，2002年3月，137-138頁。

¹²⁵，基於違反所謂「進言義務」，成立不作為過失結果犯。

前述千日百貨公司大樓火災事故案發展出的「進言義務」，並未形成實務上的通例，反而在後續幾個判決，最高法院改採限縮態度¹²⁶。多數學說也採消極說，因為進言義務擴大負防火管理義務的人，無限度擴張處罰範圍之虞，且因此反成為部屬有監督長官的義務¹²⁷。但少數說主張，對於結果的不發生，有保證義務的人，不只是動用自己的權限與影響力，也包括對上司建言透過意思介入，因此肯定存在「進言義務」¹²⁸。

第二目 公務人員對長官有無進言義務

以上關於進言義務的討論，主要環繞在大火事故後的責任歸屬問題。在公務領域，是否也存有進言義務的問題？譬如歹徒挾持人質，控制大樓。現場指揮官下令強攻，歹徒頑抗，引發大樓火警，人質與住戶多人傷亡。如果事後認定指揮官錯估形勢，貪功冒進，可能被追究作為的業務過失刑責。但現場幹部或幕僚，沒有提供適當建議，協助長官做正確決策，是否可能因為違反「進言義務」，而被追究不作為過失責任？

關於上下級公務員指揮服從關係的探討，國內文獻目前關注的焦點，似乎仍集中於上級公務員違法的命令，下級公務員是否有服

¹²⁵ 井田良，火災事故における管理・監督過失，收錄於：犯罪論の現在と目的行爲論，成文堂，1995年3月，229-230頁。

¹²⁶ 如大洋デパート火災事件（最高裁平成3年11月14日，刑集45卷8號221頁）、川治プリンスホテル火災事件（最高裁平成2年11月16日，刑集44卷8號744頁）、ホテルニュージャパン火災事件（最高裁平成5年11月25日，刑集47卷9號242頁）。

¹²⁷ 米田泰邦，刑事過失論の今日課題（一），警察研究，63卷6期，1992年，22頁；山中敬一，デパートビル火災と管理監督過失，法學教室，129期，1991年，93頁；松宮孝明，「進言義務」と過失不作為犯--大洋デパート火災控訴審判決を素材に，南山法學，13卷1期，1989年8月，114頁。

¹²⁸ 井田良，火災事故における管理・監督過失，收錄於：犯罪論の現在と目的行爲論，成文堂，1995年3月，229-230頁。

從義務的議題上¹²⁹。實定法方面，公務員服務法第2條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」下級對上級的違法命令，可以陳述意見。又，公務人員保障法第17條規定：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。」而刑法第21條第2項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」歸納上開法條規定，本文認為：

（一）公務人員對於長官監督範圍內所發的命令，有服從義務。如果命令有違反刑事法律者，公務人員無服從的義務。如果明知命令違法而仍執行者，不得阻卻違法。

（二）如認為長官的命令違法，應負報告的義務或陳述意見。如長官認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員有服從義務，但所生的責任，由該長官自己負責。

（三）依（二）的反面解釋，如果認為長官命令違法，卻未報告或陳述意見；或長官接受報告後，未以書面確認命令，下級公務人員仍予執行者，則應與長官共同負責。

以上關於公法上的義務，當然不能與刑法上不作為犯的作為義務，直接等同視之，但至少是判斷時的重要參考。因此，對於前面的設例，公務員如果明知上級公務員命令違法時，並無服從義務。如果認為上級公務員命令可能違法時，應報告或陳述意見，如果違

¹²⁹ 蔡聖偉，論公務員依違法命令所爲之職務行爲，臺大法學論叢，37卷1期，2008年3月，165-223頁；蔡聖偉，論公務員依違法命令所爲之職務行爲，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，123-125頁。

警察不作為犯罪之研究

反此項「進言義務」，可能因其不作為而負刑責。但命令無關違法，至多僅是適當與否問題時，則無「進言義務」。否則，反成為部屬去審核長官決策適當與否，此與行政倫理違背，且可能造成行政效率的阻礙。

第四項 小結

本節「警察不制止」，探討警察機關對內的犯罪制止、舉發義務。依前開討論，本文認為直屬長官對於部屬的犯罪，除明知犯貪污罪的舉發義務外，其他關於職務上的犯罪，也有舉發義務。如果怠於行使監督職權，也可能被追究監督過失的責任。

其次，同僚間或部屬對於長官的犯罪，因執行職務關係而發現者，有舉發義務；即使非因執行職務關係而發現者，至少在重大犯罪或攸關公眾或全民利益的犯罪，仍有舉發義務。部屬對於長官的違法命令，有進言義務；至於不當但非違法命令，仍有遵守的義務。

第四節 「警察不救助」的可罰性

第一項 「警察不救助」的意義

所謂「警察不救助」，是指警察對於生命、身體陷於緊急危難者，有救助義務，卻未施加援救的意思。不管危難來自於人為或大自然，基於國家的保護義務（詳第三章第二節），國家機關有照顧的責任。但國家設官分職，各機關各有職司，照護人民危難，不全然是警察的義務。例如，員警發現轄區內有特別窮困，生活無以為繼的老弱，應該做的是通報社會局處或社福單位，請相關單位介入，施予必要救援。若有員警自掏腰包助人，那是美德，但非法定義務。

排除隨時可能出現的危難，保證遭受危難的人，可以得到最迅速親切的救援，這正是警察制度存在的根本原因¹³⁰。警察職權行使法第19條、第20條規定：對於有瘋狂、酒醉或意圖自殺、暴行或鬥毆者，得為管束，以救護其生命、身體的危險，或預防他人生命、身體的危險。必要時，並得對其使用警铐或其他經核定的戒具。雖依本文所確信「權力不應該導出義務」，警察職權行使法不能作為警察作為義務的直接法源（詳第三章第二節），但法條用語「得…」，有時是授權裁量，有時是權限行使的指示。尤其是危害防止的法規，須依法律的趣旨、目的，作合理解釋而「裁量收縮」¹³¹。因此，遇到上述意圖自殺等情形，警察有採取必要措施，救護其生命、身體的危險，或預防他人生命、身體危害的作為義務。

又如員警巡邏時，發現有人路倒昏迷，必須立即實施必要的救援。因為警察勤務條例第11條規定，巡邏的目的在「以查察奸宄，防止危害為主；並執行檢查、取締、盤詰及其他一般警察勤務」，防止危害是警察的法定任務之一，而生命、身體的危難，正是最核心的危難。

應受救助者的危難，可能源於自我引致，可能歸咎於警察使然。以下以曾經發生過的真實案例為基礎，分別探討警察追逐逃逸車輛、人犯自殺，分別與警察不救助的相關問題。

第二項 追車肇事與救助義務

第一款 案例簡述

曾有警車深夜巡邏，發現三名少女共乘機車，遂閃燈欲加攔

¹³⁰ 林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-198頁。

¹³¹ 宮田三郎，警察法，信山社，2002年7月，104頁。

檢。少女因恐無照及超載等違規事實被告發，拒絕停車受檢，加速逃去。警車因此響起蜂鳴器及警示燈在後緊追，狂飆十數公里。少女慌張，致機車失控衝入河中。警車上巡邏警察為恐將來責任追究，未加察視救助。收起蜂鳴器，關閉警示燈，悄然離開現場。次日，三名少女被發現時，已氣絕於河中¹³²。

第二款 追逐肇事的刑事責任

首先要為案例中的行為「定性」。這裡可能的犯罪構成要件行為，包括前半段的飛車追逐肇事行為，是作為犯；後半段的離去行為，是不作為犯。

第一目 不服稽查逃逸與警察執法

交通執法屬警察職權的一種¹³³。警察依據道路交通相關法規，藉由交通指揮整理、違規取締告發、移置保管車輛等稽查手段，以維交通順暢與用路人安全。交通執法所依據的法律，最重要者應屬道路交通管理處罰條例。另外，警察職權行使法第6條第1項第6款的「設置管制站」、第8條的「交通臨檢」以及第10條的「裝設監視器」等規定，有補充道路交通管理處罰條例不足的功能¹³⁴。

依道路交通管理處罰條例第7條之2，對各種交通違規的取締方式，包括當場製單舉發與逕行舉發兩種。以當場製單舉發為原則，僅在「當場不能或不宜攔截製單舉發」，且有該條第一項明列

¹³² 這是發生在深坑地區的一個陳年真實案例。當時筆者甫自警官學校（警大前身）畢業，分發台北市文山區警察專科學校服務。附近分局發生此案，只記的當時的感覺，只能用「震撼」二字形容，因此印象深刻。

¹³³ 參閱警察法第9條第7款：「警察依法行使左列職權：…七、有關警察業務之保安、正俗、交通、衛生、消防、救災、營業建築、市容整理、戶口查察、外事處理等事項。…」

¹³⁴ 鄭善印，警察臨檢法制問題之研究，收錄於：警察臨檢盤查與偵查犯罪權限系列，內政部警政署警政法學研討會，2001年6月，51頁；蔡震榮，交通執法與警察職權行使之探討，收錄於：警察職權行使法概論，元照，2004年12月，54頁。

七款事由之一者，得逕行舉發。得逕行舉發事由包括：「一、闖紅燈或平交道。二、搶越行人穿越道。三、在道路收費停車處所停車，不依規定繳費。四、不服指揮稽查而逃逸，或聞消防車、救護車、警備車、工程救險車之警號不立即避讓。五、違規停車或搶越行人穿越道，經各級學校交通服務隊現場導護人員簽證檢舉。六、行經設有收費站、地磅之道路，不依規定停車繳費或過磅。七、經以科學儀器取得證據資料證明其行為違規。」第七款科學儀器以固定式為主，例外得採移動式儀器蒐證。

道路交通管理之稽查，違規記錄，由交通勤務警察，或依法令執行交通稽查任務人員執行之¹³⁵。違規人排斥受處罰，或為避免更大不利益（例如害怕被查出通緝犯身分，或身上藏有其他犯罪跡證等），正符合趨利避害的人性，因此，選擇不服指揮稽查而逃逸的情形，應非難以理解。對於不服指揮稽查而逃逸者，得逕行舉發，但應記明車輛牌照號碼、車型等可資辨明的資料，以汽車所有人為被通知人製單舉發¹³⁶。對於得逕行舉發的違規事例，道路交通管理處罰條例並無不得追蹤稽查的明文，但依據交通警察實務手冊第三章第三節「稽查取締工作手則」第五點規定，要求員警對於不服從稽查逃逸車輛「非有載運重要案犯、或顯有犯罪嫌疑、或為贓車者，不得追蹤稽查。」這樣的規定，不難理解背後的道理。高速追逐告發，對執法者、違規者，乃至於其他用路人都造成生命、身體的高度風險，執法手段應該受比例原則的制約。

¹³⁵ 道路交通管理處罰條例第7條：「道路交通管理稽查，違規記錄，由交通勤務警察，或依法令執行交通稽查任務人員執行之。前項稽查，並得由交通助理人員協助執行；其設置辦法，由內政部會同交通部定之。」

¹³⁶ 道路交通管理處罰條例第7條之2第4項參照。

第二目 追逐肇事責任的實務見解

前述三名少女案例，發生年代已久，搜尋不易，判決結果不復記憶。但台中縣警察局曾有類似案例。本件案情略為：台中縣警察局交通隊警員，從事交通稽查巡邏勤務時，發現未戴安全帽交通違規的少女，少女因未戴安全帽且無駕駛執照，擔心遭警舉發而逃逸，警員騎車緊追。少女因處於遭警追逐的緊張情緒下，致無法充分操控所騎機車及注意車前狀況，不慎自後方擦撞當時正同向行駛於前方的自用小貨車，少女當場飛離機車，跌落地面，造成第六頸椎粉碎性骨折，合併脊髓損傷及四肢癱瘓等重大傷害。後台中地方法院判定該警員成立過失致重傷罪「處有期徒刑陸月，緩刑貳年」¹³⁷。案經被告上訴，臺灣高等法院臺中分院改判被告無罪而確定¹³⁸¹³⁹。

壹、地院判決理由摘要

(一) 交通警察係依法令執行職務的公務員，在執行取締勤務時，本質上係對當事人權益的侵害，自應謹守比例原則的界線。

(二) 依交通警察實務手冊第三章第三節稽查取締工作手則第五點規定，警察機關亦要求警員對於不服從稽查逃逸車輛，非有載運重要案犯、或顯有犯罪嫌疑、或為贓車者，不得追蹤稽查。

(三) 被告未選擇對受取締民眾侵害最小的手段，明顯已違反比例原則及交通警察實務手冊相關規定的要求，足見被告應有過

¹³⁷ 臺中地方法院 89 年度交易字第 180 號刑事判決；「交警緊追，女騎士撞車成殘」，見中國時報，2000 年 4 月 9 日，8 版。

¹³⁸ 參閱臺灣高等法院臺中分院 89 年度交上易字第 1992 號刑事判決。

¹³⁹ 本案另衍出案外案。同時執行巡邏勤務另輛機車警員，因在檢察官偵查時，證述「無追車情事」，被台中地院依偽證罪判處「有期徒刑捌月，緩刑參年」。同樣上訴高院後，獲判無罪確定。請參閱臺灣臺中地方法院 89 年度訴字第 1041 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院八十九年度上訴字第一四三六號刑事判決。

失。

(四) 被告執行取締的手段，既已超越舉發目的達成所必要的程度，自不具合法性，並非依法令的行為，不能以此解免過失的責任，且其過失行為與被害人受重傷害間具有相當因果關係¹⁴⁰。

貳、高院判決理由摘要

(一) 本件車禍的發生，雖係被告為取締告訴人違規，致告訴人快速逃逸，但車禍發生的直接原因，仍是告訴人自己無照駕駛，並違規超速追撞前行車所造成。

(二) 告訴人為規避被告舉發，在速限四十公里的路段，以時速七十公里的速度行駛，仍係違規行為，員警仍應依法取締。

(三) 於遭警員追捕取締時，是否停車受檢，或繼續逃避，告訴人既有完全的自由決定其行為，則因其自主行為所發生的結果，自應由告訴人負其責任。

(四) 警察於執行巡邏勤務時，發現有犯罪嫌疑或違反交通規則的人，為達舉發的目的，追蹤犯罪嫌疑人及違反交通規則的人，本為警察的例行公事。且在一般情況下，交通違規的人為逃避警方取締，高速逃離，而遭警方追逐時，通常不會發生追撞的結果，難認被告的追逐行為與告訴人的受有傷害有相當因果關係¹⁴¹。

第三目 正反意見分析與本文見解

支持有罪判決的理由為，警察職權行使法第3條第1項明文規定：「警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之必要限度，且

¹⁴⁰ 內容摘自臺中地方法院 89 年度交易字第 180 號刑事判決，判決查自司法院法學資訊系統。

¹⁴¹ 內容摘自臺灣高等法院臺中分院 89 年度交上易字第 1992 號刑事判決，判決查自司法院法學資訊系統。

應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。」未戴安全帽或機車超載，固然違規，但不服取締而逃逸，自可依道路交通管理處罰條例第7條之2逕行舉發。其逃逸取締部分，復可依道路交通管理處罰條例第60條第1項另行科罰。交通執法相關規定，對於不同情節，定有攔車告發、逕行舉發或追蹤緝捕的處置標準，對於明顯輕微的違規，採取高速追蹤的方式，無疑製造不容許的風險；對於攔檢不停車輛，應依對方以及現場情況作判斷，若可依規定逕行舉發，則不必追車。執行勤務，不得逾越比例原則¹⁴²。

相反意見認為，交通警察開車追違規人，沒有製造任何不容許風險。從道路交通處罰條第60條1款的規定來看，法律顯然要求交警對於違規人，在必要時可以尾隨取締。因為，如果任由違規人逃去，交通法規的此項規定，只適合用來對付乖順的違規人，而交通警察大概也沒有存在的必要了。所以，被追趕的違規人如果肇事，或者自己發生事故，都不可歸責交通警察¹⁴³。

就相同的事實描述，地院與高院對有無相當因果關係乙節，出現迥異的認定。相當因果關係說受到容易流於恣意的批判，自有道理¹⁴⁴。若以客觀歸責理論分析，逃逸者的受傷與警察追蹤稽查，當然有條件說的因果關係，但結果應歸責於警察的行為嗎？依客觀歸責理論，首先應判斷的是，警察追蹤稽查，是否製造法所不容許的風險？道路交通處罰條與交通警察實務手冊，關於稽查取締工作的規定，並非禁止追蹤稽查，毋寧是提供交通執法者裁量判斷時的參

¹⁴² 相同見解，見方文宗，交通違規取締程序與限制，律師雜誌，297期，2004年6月，85-93頁；方文宗，警察機關取締飆車範圍與限制，律師雜誌，292期，2004年1月，78-89頁。

¹⁴³ 林東茂，危險犯與經濟刑法，五南，2002年11月，310頁。

¹⁴⁴ 張麗卿，客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響—兼評最高法院九十六年度臺上字第五九九二號判決，法學新論，13期，2009年8月，1-29頁。

考，其目的不單在保護逃逸者的安全，也在保護執法者及其他用路人的安全。取締未戴安全帽與追逐受傷，似乎不合比例，但警察工作臨事判斷，往往取決瞬間。從結果論，回溯追究警察當初決策責任，應非公允。

退而言之，即使肯定警察追蹤稽查，逾越比例原則而為製造不被容許的風險，且果然導致結果的發生，仍應進一步探究，這種危險與結果的關係，是否在構成要件的效力所掌握的範疇內。本例如果警察因為追蹤稽查，而致車禍自己受傷或使他人受傷，逃逸者除原先的責任（未戴安全帽與不服取締而逃逸）外，因為這屬於專業人員（即警察）負責的範疇¹⁴⁵，不能另外歸責於逃逸者。衡平而言，因為追蹤稽查導致逃逸者受傷，或逃逸者致他人受傷，也屬於逃逸者自我負責的危險行為¹⁴⁶，而不能歸責於追蹤的警察。因為，只要粗具辨別能力者，應該知道高速逃逸所承擔風險，遠大於收到告發單的代價，其猶出於自由意願，決定自己的冒險行為，造成結果自不能歸責於警察。

對於積極任事的公務員所涉法律爭端，如果不是惡意濫用職權，多些體恤理解，對於整體公務員士氣，應有正面激勵作用。否則，所有公務員臨事苟且，不求有功，但求無過，終非國家之福，人民之福！林東茂教授一段文章，語重心長，發人深省。讀來心有戚戚。為精準表達，請容許筆者轉引這段文字完整內容：「警界普遍流傳一首打油詩：『苦幹實幹撤職查辦；東混西混一帆風順』，這首打油詩清楚表達了警界的價值觀，認真辦案隱含了太大的危險

¹⁴⁵ 張麗卿，客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響—兼評最高法院九十六年度臺上字第五九九二號判決，法學新論，13期，2009年8月，15頁；林東茂，從客觀歸責理論判斷交通事故的刑法責任，收錄於：危險犯與經濟刑法，五南，2002年11月，323-325頁。

¹⁴⁶ 張麗卿，前揭註，14頁；林東茂，前揭註，321-323頁。

性，工作含混反而是一種保障。當然，苦幹實幹不能忽視應有的法律程序與界限，否則可能引發人民意想不到的災難；不過，對勇於任事者所涉的法律爭議，如果朝其有利的方向推敲，才可以創造真正的喜悅，避免人民的災難發生。這樣，方能寄望有人為實踐正義而努力不懈，市民的身家安全才會有人奮力去保護；賣力工作者不致於心灰意冷，打混的人不會找到更堅強的藉口。」¹⁴⁷

台中縣警察局此一案例，肇因於違規者無視危險，超速逃匿，警員追蹤稽查，與其撞車受傷，即或有因果關係，但不能歸責於該警員，這一部分無罪，本文認為適當。

第三款 熄燈離去的刑事責任

採取相同於台中縣警察局案例的立場，追逐共騎少女墜河部分，也該無罪。該進一步探討的是，警車未施救援，悄然離去部分，應如何究責？

「收起蜂鳴器，關閉警示燈，悄然離開現場」的行為，是對無自救力人拒絕施援的表現，是一種不作為。即使在一般巡邏時，發現有人車禍受傷，警察都有協助救援的義務¹⁴⁸，更何況是因為行使警察職權而導致民眾受傷¹⁴⁹。本例警察有救助義務應可確定。對於危難的人，不及時伸出援手，在一般人容或只是道德的瑕疵¹⁵⁰，但

¹⁴⁷ 引述自林東茂，特殊辦案方式的法律難局，收錄於：一個知識論上的刑法學思考，五南，3版，2007年10月，306頁。

¹⁴⁸ 道路交通事故，原則上由警察機關處理，但救護權責機關為消防單位。警察機關獲知道路交通事故，應視情況儘速通報消防機關護送傷病患送達就近醫院、診所救治，並通知其家屬。參閱道路交通事故處理辦法（2006年7月1日起施行）第8條、第9條。

¹⁴⁹ 警察職權行使法第19條規定：「警察行使職權致人受傷者，應予必要之救助或送醫救護。」

¹⁵⁰ 在許多國家，這種情形也可能成立犯罪。如德國刑法第323c條規定：「意外事故、或公共危險或緊急情況時，有救助之必要，依當時情形又有可能，尤其對自己並無重大危險而且不違反其他重要的義務而不救助者，處一年以下自由刑或並科罰金。」此外，法國、義大利、俄羅斯、奧地利、加拿大、西班牙等國刑法典都有類似的規定。參閱楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlmann著，刑法總論 I - 犯罪論（2004年5版），（中國）法律出版社，初版，2006年2月，360頁。

對於有救助義務的警察人員，則應該考量是否成立肇事逃逸、有義務者遺棄或不作為殺人等罪的問題。

第一目 肇事逃逸罪

刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪，以駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸為要件。肇事逃逸罪自立法以來，是爭論最多的條文之一。爭議的焦點，如本罪的保護法益為何¹⁵¹；肇事是否須有過失¹⁵²；「致人死傷」是構成要件要素，還是客觀處罰條件¹⁵³等問題。為避免討論過於龐雜繁蕪，以下僅就本研究議題相關者論述之。

筆者，「開端、引起」也；肇事，則為「闖禍，引起事故」之義¹⁵⁴。肇事應該是指始作俑者，引發車禍事端者。學者主張，對車禍有過失者，離開車禍現場，才可能成立肇事逃逸罪¹⁵⁵，應該是最

¹⁵¹ 關於肇事逃逸罪的保護法益爭議，例如：甘添貴教授主張為不特定人或特定多數人生命，為社會的公共安全者（見甘添貴，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，30 期，2002 年 1 月，108-115 頁）；高金桂教授主張為「確認利益」，肇事人無論應否負民刑責任，即或有民事請求權，均有留滯現場並為陳述之義務，協助釐清肇事原因及責任歸屬（社會連帶義務）（見高金桂，有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合問題，月旦法學雜誌，121 期，2005 年 6 月，243-255 頁）；林東茂教授主張為主要在保護公共安全，次在保護當事人的財產權（見林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，2-265 頁。）立法理由則稱是「對被害人的救助義務」。

¹⁵² 如主張肇事，係指客觀上發生之交通事故，不需有過失要素（此為實務一向見解，如 89 年台上字第 7622 號判決、90 台上字第 2191 號判決）。但有學者批評，認為由於本條規定的肇事行為人之所以不能逃逸，都是起源於其對於該事故的發生可被譴責，類似於罪責身分。所以如果行為人對於肇事並無過失可言，其地位等同於旁觀者，過失致死的行為充其量也只是兩年以下的有期徒刑，但單純的旁觀後離去卻可以罰至五年以下有期徒刑，其輕重顯然失衡，因此如果不是行為人對於前行為的肇事有故意過失，其單純離開的行為不能構成本罪。（例如林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，2-266、267 頁）。

¹⁵³ 主張是構成要件要素者，如鄭善印教授（見鄭善印，違背義務遺棄罪與肇事逃逸罪之研究，收錄於：刑事法學之理想與探索（二），甘添貴教授祝壽論文集，2002 年 3 月，143-176 頁。）主張是客觀處罰條件者，如林鈺雄教授（見林鈺雄，從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性—評最高法院八十九年度台上字第七六二二號、九十一年度台上字第一三七號刑事判決，月旦法學雜誌，94 期，2003 年 3 月，253-270 頁；林鈺雄，肇事逃逸罪之成立要件，法學講座，10 期，2002 年 10 月，40 頁以下；薛智仁，論肇事逃逸罪之致人死傷要素—評臺灣高等法院臺南分院九十一年度交上訴字第九五四號判決，台灣本土法學雜誌，52 期，2003 年 11 月，216-232 頁。）

¹⁵⁴ 查自網路版重編國語辭典修定版（<http://dict.revised.moe.edu.tw/>）。查閱時間：2009 年 11 月 8 日。

¹⁵⁵ 林東茂，刑法綜覽，一品，6 版，2009 年 9 月，2-266、267 頁。

符合原始字義。問題是，一個車禍的發生，誰對誰錯，未必容易釐清。所以，我們才會在街頭上，經常看到爭得面紅耳赤，甚至揮拳相向的車禍兩造。如果一方自認沒錯，率而離去，即使事後判定錯在己方，則仍可以阻卻逃逸的故意。本罪又不罰過失，將使肇事逃逸罪功能大打折扣。因此，實務認為發生車禍事故的兩造，都應該留在現場，以便進一步釐清責任歸屬，見解應該可採。

雖然本文認為，警察基於追蹤稽查，導致逃逸者撞車、墜河，不可歸責於警察，但警察有留在現場的義務，悄然離去，應成立刑法第185條之4的肇事逃逸罪。

第二目 遺棄致死罪或不作為殺人罪

通常飛車墜河的人，因為身體受傷、昏迷，可能成為「無自救力之人」¹⁵⁶，未立即加以救援，因而死去，有救援義務者應負不作為殺人罪，或有義務者遺棄致死罪，乃須進一步判斷的問題。

刑法第293條、第294條，規定有遺棄罪的處罰。前者，通稱為「無義務者的遺棄罪」，後者為「有義務者的遺棄罪」。無義務者的遺棄罪，一般人均為適格的行為人，僅限於積極的移置行為，將無自救力之人移置於更危險的境地。若僅消極地離去，其不法內涵未達可罰性程度，尚不構成該罪。

「有義務者的遺棄罪」行為主體，為「依據法令或契約」，有「扶助、養育或保護義務」的人；行為態樣，包含作為的「遺棄」與不作為的「不保護」（不為其生存所必要的扶助、養育或保護）兩種¹⁵⁷。在作為犯方面，遺棄罪或殺人罪的判準較易掌握¹⁵⁸。將被

¹⁵⁶ 無自救力之人，指「無法自行排除生命危險，非待他人救助，不能維持其生命」；無自行維持生存所必要之能力者而言。林山田，刑法各罪論（上），2005年，5版，103頁；32年上字第2497號判例、89台上字第68判決參照。

¹⁵⁷ 甘添貴，刑法各論（上），三民書局，2009年6月，100頁；林美月子，保護責任の発生根拠，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点（第3版），ジュリスト増刊，2000年11月，136-137

害人放置於能夠容易獲得救助的場所，如車站、碼頭、街口等，應論以遺棄罪；如果係將無自救力之人，放置於不易獲得救助的地方，例如，將嬰兒棄置在深山內、將行動困難的老人棄置在荒野，則是成立故意殺人罪。

但在客觀面，不作為遺棄罪與不純正不作為殺人罪，兩者便無法區分。要區別行為人是殺人罪或是遺棄致死，只能從主觀上作判斷¹⁵⁹。通說認為遺棄罪為危險犯，其保護法益在於生命的危殆化，故遺棄故意與殺人故意的區別在於，遺棄故意係危險故意，行為人所認知到的是被害人死亡的可能，不需要到被害人會死亡的實害故意；而殺人故意是實害故意，必須預見到行為人的死亡。如果行為人具有殺人的實害故意，成立不作為殺人罪；只有在行為人僅具危險故意而沒有殺人故意時，才會成立遺棄罪¹⁶⁰。

所謂「遺棄故意」，是指行為人雖然容任一個危及被害人生命的緊急情況出現，但相信被害人並不會因而死亡。倘若行為人認為被害人會死亡，並且容任此結果發生，便是具有實害故意（殺人故意），即成立殺人罪¹⁶¹。本例警車熄燈離去，就是害怕將來被指認。飛車深夜墜入河中，未立即施加援救，可能喪命的結果不難想像，

頁。

¹⁵⁸ 林東茂，遺棄罪，月旦法學教室，83期，2009年9月，28-29頁。

¹⁵⁹ 十河太朗，不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界，同志社法學，311期（57卷6期），山中俊夫教授古稀記念論集，2006年2月，287-328頁。

¹⁶⁰ 另有學者主張：通說將遺棄罪與殺人罪兩罪，視為「互斥、排他關係」，依此，同一不作為不可能同時構成兩罪。然而，如將殺人罪與遺棄罪理解成一種包含關係，具體危險是達到實害所必經的先前階段，行為人主觀上的不作為殺人故意應該也包含了危險（遺棄）故意在內。依此看法，故意不作為殺人罪與消極遺棄罪兩者是透過同一個不作為所違犯，而兩罪所侵害的法益亦屬相同，所以係屬法條競合中的補充關係，只需論以殺人罪已足。參考蔡聖偉，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，2006年12月，162頁。

¹⁶¹ 參考蔡聖偉，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，2006年12月，161-162頁；十河太朗，不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界，同志社法學，311期（57卷6期），山中俊夫教授古稀記念論集，2006年2月，314-317頁。

警察不作為犯罪之研究

警察至少有殺人的未必故意，應可確定。

第三目 競合論

肇事逃逸罪與其他罪的競合問題，也是見解分歧。追本溯源，關鍵仍是肇事逃逸罪所保護法益認知的差異。本文認為，從體系上言，肇事逃逸罪既規定在公共危險罪章，其優先保護的法益乃在於公共安全，其他如被害人生命安全、民事求償權等，應僅是附加或次要的目的。

案例中，警察追蹤稽查，高速追逐少女墜河後，未加救援離去，應成立一個肇事逃逸罪。對於三名有救援義務的少女，容任死亡的結果發生，成立三個同種罪名想像競合的不作為殺人罪。不作為殺人罪與肇事逃逸罪保護法益不同，兩罪為異種罪名想像競合，最後應依殺人罪處斷¹⁶²。

第三項 人犯自殺與警察責任

依刑事訴訟法，警察有拘提、逮捕、解送人犯的職權；或依社會秩序維護法強制違序人到場（社會秩序維護法第42條）、依警察職權行使法強制帶所查證身分（警察職權行使法第7條）。人犯¹⁶³情緒激動，而有各種激情演出，這在警察實務工作上，絕非鮮事。其中最激烈的反應，莫若自殺。人犯自殺原因不一：可能恐繫牢獄，一死百了；可能含冤莫雪，以此明志；可能惺惺作態，卻弄假成真。以下藉由三個曾真實發生個案，分別檢討警察對人犯自殺的相關責任。在進入案例討論前，先就自殺與其加工行為，探討刑法上如何

¹⁶² 柯耀程，刑法競合論，元照，2001年5月，271-276頁；方文宗，肇事逃逸罪問題之研究，警察法學，2期，2003年12月，349-351頁。

¹⁶³ 這裡所稱人犯，是最廣泛的意涵。概念上可能包括：犯罪嫌疑人、被告、受判決人、受刑人，甚至包括違序人、受盤查人等。

評價？

人的生命，乃屬個人法益當中最為重要的價值。刑法對此最高價值的法益，採取絕對保護原則¹⁶⁴。因此，對於侵害個人的生命，或使其瀕臨危險的行為，莫不設有嚴密處罰規定，例如殺人罪、墮胎罪及遺棄罪均以保護生命為目標，前二者為實害犯，後者則為危險犯。

對於剝奪或危害他人生命的行為，刑法固有嚴格規範，但對於「自殺」行為，則為現行法所不罰。惟不可因而認定人有自殺的「權利」。對於一心求死的人，刑罰對其已失去作用。因此在立法例上，自殺為不處罰的行為。但對於他人自殺施予助力或促成，法律仍不能坐視，多數國家仍將其視為犯罪行為而加以處罰¹⁶⁵。

我國刑法第 275 條計有四種加工自殺犯罪型態。包括：對於原本無自殺意思的人，「教唆」使其產生自殺決意、對於已有自殺決意的人提供「幫助」(物質上或精神上)、受決意自殺的人「囑託」而殺之、得到他人「承諾」而殺害對方，學說上將之合稱加工自殺或助成自殺罪¹⁶⁶。實則，此四者可分為二類，其一是教唆或幫助使他人「自殺」，行為者僅是他人自殺的參與犯，宜稱之為自殺參與罪；另一類是受囑託或得承諾而「殺害他人」，宜稱之為同意殺人罪，兩類罪質顯有差異。依德國刑法立法例，僅處罰囑託殺人罪，參與他人自殺並非刑法處罰行為；多數西歐國家雖處罰自殺參與罪，但刑度遠低於受囑託殺

¹⁶⁴ 甘添貴，緩和醫療行為之適法性，月旦法學教室別冊—刑事法學篇，2002 年 9 月，46-47 頁；劉幸義，由法學方法論角度思考安樂死之難題，月旦法學雜誌，17 期，1996 年 10 月，87--93 頁。

¹⁶⁵ 黃惠婷，殺人罪的間接正犯或幫助自殺？，月旦法學教室，70 期，2008 年 8 月，12-13 頁；松尾誠紀，作為犯に対して介在する不作為犯(2)，北大法學論集，56 卷 6 期，2006 年 3 月，64-74 頁。

¹⁶⁶ 黃惠婷，殺人罪的間接正犯或幫助自殺？，月旦法學教室，70 期，2008 年 8 月，12-13 頁；陳子平，殺人罪？加功自殺罪？遺棄罪？，月旦法學教室，51 期，2007 年 1 月，58-62 頁；高橋則夫，同意殺人罪の成立要件，刑法の争点(第 3 版)，ジュリスト増刊，2000 年 11 月，130-131 頁。

人。但依我國刑法卻同等評價，似有不當¹⁶⁷。

第一款 搞軌案

第一目 案例概述

曾經轟動一時的所謂「鐵路怪客案」或稱「搞軌案」，發生於2006年3月某日，台鐵96次莒光號晚上在屏東內獅段出軌，造成嫁到台灣的越南籍新娘陳氏死亡。後來案情急轉直下，認為李姓兄弟涉嫌謀財害命，意圖詐領陳氏巨額保險金。2006年3月22日晚上，警方監控李氏兄弟。次日清晨弟弟李某自縊身亡。

第二目 監控不落實與警察責任

對於意圖自殺者，警察得予管束以救護其生命；必要時得施予警铐或其他核定之戒具，以避免其自殺；非進入不能救護時，得進入住宅、建築物或其他處所¹⁶⁸。此固為賦予警察管束自殺者的裁量職權，但若情況急迫，有即遭受危害之虞時，為履行國家保護義務，警察「應」即為管束的措施，裁量空間已受限縮¹⁶⁹。如果基於防止他人自殺的保證人地位者，在他人基於自由意識試圖自殺時，未加阻止；或在其自殺而陷於意識不明狀態時，未加救助時，如何評價保證人不作為的刑事責任？德國學理上有認為成立殺人罪、幫助自殺罪（在德國此為不可罰）、成立德國刑法第323條c的不為緊急救護罪、與不可罰等四種見解的爭議¹⁷⁰，本文無意在學理爭議上多作詞費，僅在下文論及時

¹⁶⁷ 甘添貴，刑法各論(上)，三民書局，2009年6月，34-38頁；林鈺雄，從行為觀點談安樂死之基礎類型，刑事法雜誌，42卷3期，1998年6月，45-73頁。

¹⁶⁸ 參閱警察職權行使法第19、20、26條。

¹⁶⁹ 李震山，自殺與管束，月旦法學雜誌，72期，2001年5月，22-23頁；蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶合著，警察職權行使法逐條釋論，五南，2005年2月，379頁。

¹⁷⁰ 神山敏雄，自殺不阻止をめぐる正犯と共犯の限界，收錄於：不作為をめぐる共犯論，(東京)成文堂，1994年5月，198-269頁；秋葉悦子，自殺関与罪に関する考察，上智法學論集，32卷2・3期，1989年3月，137-198頁。

略申己意。

「監控」係指對偵查的對象，實施跟蹤、監視也。跟蹤為「流動觀察」或「動態觀察」；監視則為「固定觀察」或「靜態觀察」，均為秘密而持續的觀察活動，以發現犯罪嫌疑人的不法行為，並掌握可能犯罪之證據及共犯，瞭解其活動情形，防止其逃亡或湮滅證據等，必要時得配合實施¹⁷¹，為警察實務上慣用的偵查手法之一。此與警察職權行使法所規定，基於犯罪預防的警察監視不同¹⁷²。論者有謂，跟監可能影響人民隱私權，應該經由法律明文授權為犯罪偵查的跟監，詳予規範實施程序與要件¹⁷³。對於較常採取的偵查手法，以類型化明文規範，是值得努力的方向。但不是任何偵查作為，皆須法律明文授權。對於未直接干預人民基本權利的偵查作為，基於偵查自主原則，允許偵查機關權宜應用，學者稱這種偵查手段為任意處分，未必皆須有法律明文。

在本研究第三章探討保證人地位時，本文肯定進入警察管控下的受拘禁人等，警察有保護的保證人地位，因為警察取代了受拘禁人親友等，對他的保護可能性。但在警方「監控」李氏兄弟的情形下，卻讓李氏弟弟上吊自殺，警方監控人員有罪嗎？在搞軌案的例子裡，本文認為警察尚無保證人地位。理由是，監控（跟蹤、監視）在刑訴法上沒有授權明文，實務上卻仍能運作的道理，就是它必須維持「有點黏（以便能持續、秘密觀察），但又不能太黏（不能已達到逮捕、搜

¹⁷¹ 參閱警察偵查犯罪手冊第 93 條，臺灣警察專科學校編印，2008 年 11 月，30 頁。

¹⁷² 警察職權行使法第 11 條第 1 項規定：「警察對於下列情形之一者，為防止犯罪，認有必要，得經由警察局長書面同意後，於一定期間內，對其無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，以目視或科技工具，進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動：一、有事實足認其有觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之虞者。二、有事實足認其有參與職業性、習慣性、集團性或組織性犯罪之虞者。」

¹⁷³ 李錫棟，跟監對基本權的干預，發表於 2004 年法律學術研討會，中央警察大學法律系，3 頁。

索等強度)」的界限，在這種情形下，本文不認為警察對於嫌犯已進入實質掌控支配地位，因此不具保證人地位。

第二款 偷蛋郎案

第一目 案例概述

黃某因涉嫌竊盜超商雞蛋，被逮捕並送回派出所。偵詢中黃某藉口上廁所大便，於廁所內用隨身攜帶鑰匙串所附的小瑞士刀自行刺頸，警察發現後送醫不治。家屬以警察搜身不確實、未盡戒護責任、未盡急救責任，故意破壞現場等為由，對相關員警提出共同殺人罪、凌虐人犯致死罪、第 130 條廢弛職務釀災罪、湮滅證據罪、業務過失致死罪、違背法令義務惡意遺棄致死罪的告訴。本案經檢察官以罪嫌不足不起訴處分。提起再議遭駁回後，聲請交付審判，復遭駁回其聲請。國家賠償訴訟，歷經一、二審，均告敗訴¹⁷⁴。

第二目 搜身不落實與警察責任

警察逮捕、拘提犯罪嫌疑人時，依刑事訴訟法第 130 條規定，固得對其身體、隨身攜帶之物件等加以搜索，然此乃係警察例外擁有強制處分權力的規定¹⁷⁵，並非其法律上的義務，且該條搜索的目的除保全證據外，亦在於防止犯罪嫌疑人持有危險物品，足以對員警造成危險¹⁷⁶，同時避免被拘捕人自殺等情事發生。

¹⁷⁴ 相關處分、判決資料如下：板橋地方法院檢察署 92 年度偵字第 7125 號、9662 號不起訴處分；台灣高等法院檢察署於 92 年度上聲議字第 5114 號處分書；板橋地方法院 93 年度聲判字第 6 號刑事裁定；板橋地方法院 94 年度國字第 1 號第一審判決；臺灣高等法院 95 年度上國字第 10 號民事判決。

¹⁷⁵ 柯耀程，刑事訴訟法：第三講：對物及處所之強制處分，月旦法學教室，81 期，2009 年 7 月，72 頁；黃翰義，論附帶搜索在我國刑事訴訟法上之檢討，月旦法學雜誌，120 期，2005 年 5 月，127-149 頁。

¹⁷⁶ 例如 2009 年 11 月 9 日深夜，台北市中山分局賴姓員警，深夜押解通緝犯返回派出所的途中，因為沒有替這名通緝犯上銬，又沒有搜身，遭到嫌犯預藏的尖刀猛刺，送醫宣告不治。見 <http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/091110/1/1unqw.html>。2009 年 11 月 10 日上網。

本例的關鍵，在於警察的搜身是否有疏失，導致人犯以隨身攜帶的小瑞士刀自刺身亡。每種強制處分的執行，都有其兩面性，一方面要確保處分的有效性，一方面要兼顧被處分人的人權，不得的逾越比例原則。雖然訴訟法定有附帶搜索的授權，但仍有實施時機、對象、範圍等的限制，不能因為未查扣之物，被用來行凶或自殺，即倒推反證當時未查扣一定是疏誤。案例中附在鑰匙串上的小瑞士刀，未必是明顯的危險物品；嫌犯要求上廁所的權利，也該被尊重。對於一心求死的嫌犯，即使沒有瑞士刀，他也可能以吞鑰匙方式自殺。所以，以實際發生的結果，回溯追究當初未查扣小瑞士刀是疏失，這樣推論並不公允。

第三款 星探之狼案

第一目 案例概述

曾犯多起假稱星探，誘騙少女性侵的胡姓男子（媒體稱為「星探之狼」），被留置於刑事警察局拘留所內。當日刑事局警員黃某負責凌晨四至八時值班勤務，卻未巡視拘留所，而趴在值班台睡覺。胡男「在棉被內脫下內褲，將該內褲一端套住居留室外鎖鎖頭門把，一端套住自己脖子，用力往下坐之方式自殺」。待警員黃某發現胡男自殺後緊急送醫，仍不治死亡。

地院認為「被告既無預見胡男自殺之可能，且其違反拘留規定之行止與胡男故意自殺且因而死亡之結果尚乏相當因果關係，殊難繩以被告業務過失致人於死之罪名」，判決黃姓員警無罪。檢察官上訴，高院認為「被告於值勤中趴在桌上睡覺，未能巡視留意胡永強之相關舉措，致不及阻止胡永強以內褲自殺，顯已違反上述（拘留所安全管理規定）規定，而有違背注意義務之過失責任，應成立

業務過失致死罪，判有期徒刑 3 個月，緩刑 2 年。」¹⁷⁷

第二目 值勤不落實與警察責任

為維護拘留所人犯的安全，執勤員警應不得擅離職守或在勤睡覺假眠，並隨時巡視拘留處所，注意被拘留人動態。拘留所勤務管理規定或拘留所安全管理規定，都有明文。值勤中趴在桌上睡覺，未能巡視留意被留置人相關舉措，顯然違反拘留所安全管理等規定。但因為違反這些管理規定，就要為人犯自殺承擔刑責嗎？¹⁷⁸

星探之狼的案例，果真如高院所認定，對人犯自殺有防止可能性嗎？當內褲可以作為自殺的工具（但又不可能禁止受留置人穿內褲），對一個一心想求死的人，真有防止可能性嗎？

第四款 對自殺者的救助義務

第一目 防止自殺者的義務

人有防止他人自殺的義務嗎？較極端的說法是：「自殺者乃係行為人基於自我選擇、自我決定而自戕生命，除教唆自殺或幫助自殺等加工自殺行為乃法所明禁外，原則上並無防止他人自殺的法律義務，除法律有特別規定外，亦無公務員有此種職務，至多為道德義務或行政上的誠命規範，及事後的救助義務，蓋行為人本身既已不愛惜自己生命，卻強求他人盡力防止其自殺，於法律評價上，顯非合理。」¹⁷⁹但我認為比較中肯的答案，應該是肯定的。

以配偶間的保護義務為例：德國許多學者認為，配偶間的保護

¹⁷⁷ 摘自：臺北地方法院 93 年訴字第 1625 號、臺灣高等法院 94 年度上訴字第 680 號刑事判決。

¹⁷⁸ 據說，這時段服類似勤務的人「不睡才怪」。如果他一如往常睡覺假眠，因為有人自殺，因此要擔負刑責，恐怕他只會覺得自己倒楣，而非自己做錯事。這是筆者上課中，徵詢有外勤經驗學生所得答案，不是嚴謹研究調查所得到的結論。

¹⁷⁹ 摘自臺灣板橋地方法院 93 年度聲判字第 6 號刑事裁定。

義務，是以應被保護者「來自外部的危險」為內容，不包括「本身自行招致的危險」，而完全否定配偶對一方自殺的保護義務¹⁸⁰。但德國法院曾判決，對於先生因為自殺而陷於意識不明狀態，太太看到後卻放置不理，判決成立故意殺人罪¹⁸¹。

本文認為，自殺者通常糾葛著複雜的個人、家庭因素，有可能採取適切的自殺防止措施嗎？當對這個解答存有疑問時，應該認為欠缺與作為等價的不作為，而否定另一方的保證人地位¹⁸²。但當生命的威脅迫切，採取有效的對應措施是可能時，對於對方的自殺行為，或自殺後的防止死亡結果發生，另一方配偶仍有保證人義務。

第二目 救助自殺者的義務

對於出於自由意志而自殺者，基於保護的保證人地位，仍有防止死亡結果發生的義務（但要嚴格檢驗有無防止可能性）。有文獻認為應該區分自殺者意識清楚狀態，與意思喪失狀態分別而論¹⁸³。在自殺者意識清楚狀態，若整個行為係出於自殺者意願，並純由自殺者自行實現，即不論在主觀或客觀上都是自殺者自己所為，則因自殺者本身並不成立殺人罪，所以其他的行為介入者，自然不能超出自殺者的角色，而另外成立作為犯的正犯¹⁸⁴。這時候，不制止他

¹⁸⁰ 例如 H. J. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, §13 Rn 52.; C. Roxin, Strafrecht AT, II, 2003, §32 Rn 46 f.; Th. Weigend, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, §13 Rn28. 轉引自吉田敏雄，不作為犯的體系と構造（三），北海学園大学法學研究，44 卷 3/4 期，2009 年 3 月，462 頁，註 93。

¹⁸¹ BGHSt 2. 150. 轉引自吉田敏雄，不作為犯的體系と構造（三），北海学園大学法學研究，44 卷 3/4 期，2009 年 3 月，462 頁，註 93。

¹⁸² 吉田敏雄，不作為犯的體系と構造（三），北海学園大学法學研究，44 卷 3/4 期，2009 年 3 月，449 頁。

¹⁸³ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，（東京）成文堂，1994 年 5 月，266 頁以下。

¹⁸⁴ 陳志龍，醫生對自殺者的保證人地位—探論行為歷程的轉換問題，月旦法學雜誌，72 期，2001 年 5 月，16 頁。

人自殺者，應論以不作為幫助自殺罪。德國幫助自殺不可罰，但如果自殺者是小孩、精神病患或因錯誤而自殺，因防止義務者的優勢行為支配，甚至可論以不作為殺人罪間接正犯¹⁸⁵。

其次，對於自殺者，因為自殺而陷於意思喪失狀態時，有保護的保證人地位者，則有予以救助的義務。對於前述三個案例，筆都認為員警不用為人犯自殺而承擔刑責，但理由不同。搞軌案，警察尚未建立支配地位而無保證人地位；偷蛋郎案，警察沒有違反注意義務；星探之狼案，則沒有防止結果的可能性。但自殺後，自殺者陷入昏迷狀態，如果能夠予以救助，卻不及時給予必要救助，則可能因為違反後階段的救助義務而擔負刑責。

第四項 小結

警察應該是救命天使，不該是索命夜叉！

對於警察自身造成的他人生命、身體危急狀態，例如追蹤稽查，使逃逸人受傷情形，雖然基於被害人自我負責，警察不需被歸責，但警察有後續的救援義務。對於人犯自殺的情形，應依其情節，分別考慮是否有防止可能性等問題，即使對於自殺部分警察無責任，但仍可能有後續的救援義務。

¹⁸⁵ Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., 1984, S.474-476.轉引自神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，（東京）成文堂，1994年5月，254頁

第六章 阻卻警察不作為犯罪成立事由

第一節 阻卻犯罪成立事由概說

就實質內涵觀察，犯罪乃具不法、罪責與應刑罰性等要素的刑事不法行為¹。不法行為經由法律規定，而賦予刑罰或保安處分法律效果者，即屬形式意義的犯罪。依通說所採的三階層理論，審查一個具有刑法上意義的行為是否構成犯罪，應經過構成要件該當性、違法性及有責性三階層的檢驗。構成要件由許多客觀的構成要件要素（如行為、行為主體、行為客體、結果、因果關係、行為時的特別情狀等）與主觀的構成要件要素（故意、過失與意圖等）所組成；違法性階層的任务，在於審視有無各類的阻卻違法事由（包括法定的與超法定的阻卻違法事由），足以排除行為的違法性；有責性的階層，則要檢驗有無阻卻或減免罪責的狀況（包括責任能力、責任型態、不法意識以及期待可能性的判斷）²。

警察的不作為，如果該當某罪的犯罪構成要件，就被假定已是違法、有責的行為，必須具備一定條件，始得以「阻卻」違法性或「阻卻」有責性。以下從警察實務的角度，探討可能援用阻卻違法與阻卻責任的事由。

¹ 見林山田，刑法通論（上冊），增訂10版，2008年1月，171頁。

² 參考呂秉翰，刑法犯罪論體系之流變，吳鳳學報，13期，2005年5月，328頁。

第二節 阻卻違法的警察不作為

第一項 不作為犯阻卻違法事由

違法性，乃指對於法規範的對立否定。亦即就整體法規範的價值觀，評價構成要件該當行為，經價值判斷，是否可認定該行為顯與整體法規範相對立衝突³。故行為具備構成要件該當性還不等於犯罪，是否構成犯罪，還須考察行為是否具有違法性。構成要件是違法行為的類型，如果行為符合構成要件，一般可以推定該行為屬於違法。但如果行為具有刑法上所規定，或法秩序所認可的阻卻違法事由，則該行為就不屬於犯罪。這種阻卻違法事由，包括正當防衛、緊急避險等法定的違法性阻卻事由，和義務衝突等超法定的阻卻違法事由。

不作為犯的違法性，與作為犯的違法性相同，係經由構成要件該當性而表徵於外，並經由阻卻違法事由而合法化⁴。即行為人的不作為，若經構成要件該當性的判斷，而可認定係構成要件該當的不作為，倘若未符合阻卻違法事由者，則該不作為即具違法性。相反的，如因有合法化事由存在，即可阻卻構成要件該當行為的違法性，而屬合法行為，阻卻犯罪成立。

一般違法性判斷法則，除從整體法律秩序觀點，認有法定阻卻違法事由或超法定正當化理由外，具有構成要件該當性的行為，即

³ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，120頁；井田良，違法性とその阻却，法學教室，339期，2008年12月，24-36頁；井田良，違法性阻却事由の理論，現代刑事法，2卷1期（總9期），2000年1月，82-90頁。

⁴ 見林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，266頁。但蘇俊雄教授認為，不作為犯無法以構成要件的實現，直接作為判斷其違法性的表徵。對法律上所期待的防止法益侵害結果的義務而言，不作為犯之構件規定，可謂相當不明確，故在推理上必須因法律規範的體系，去尋求補充。見蘇俊雄，刑法總論II，修正版，1998年12月，585-586頁。

可認定為具有違法性。惟由於不作為犯的特性，若干針對積極行為的阻卻違法事由，對不作為而言，自有其性質上受到限制處，適用上容有分析檢討必要⁵。

第一款 不作為與法定阻卻違法事由

在作為犯領域中的法定阻卻違法事由，原則上只要符合事實情狀，在不作為犯領域中，均有其適用。以在作為犯中經常適用的正當防衛為例，在不作為犯領域中，當不作為與正當防衛糾葛，產生兩個問題，如對不作為犯可否行使正當防衛？及可否以不作為方式主張正當防衛？

這兩個問題，解答都是肯定。前者，如主人再三表達送客，不識趣的客人仍耍賴滯留。主人只好使出「黃鶯別翅」，將其「請」出門外，是對純正不作為（刑法第306條第2項後段）的正當防衛，可以阻卻違法；後者，如竊賊入室，主人眷養的忠犬，迅速撲向歹徒。主人出於防衛的意思，不將之招回，導致竊賊被咬傷。此可主張正當防衛，阻卻不作為傷害的違法⁶。

理論上也不能排除警察的不作為，可主張正當防衛，而阻卻行為的違法性。就正當防衛的成立要件言，必須以行為人針對現在不法侵害行為，出自防衛意思而為攻擊。警察以「不作為」表示「防衛意思」，而不履行救助或防止義務，雖非絕不可能，但屬較難想像⁷。

⁵ 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，586頁。

⁶ 林山田，刑法通論（下冊），自行發行，增訂10版，2008年1月，266頁。但此例蘇俊雄教授認為，竊賊被咬傷是因自我招致，主人無防免結果發生的義務，應直接認為構成要件不該當，無需討論到阻卻違法問題。見蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，585-586頁。

⁷ 蘇俊雄教授曾舉不作為正當防衛的例子，謂：「學校的老師，在班上同學與校外流氓打架時，原有阻止傷害發生、保護同學安全之義務；惟因想勸架之結果，可能自己亦會遭受流氓分子的攻

不作為犯的防止義務，係屬法律所期待的義務。此等義務，均為法律活動上或業務關係上，基於保證人地位，為法律秩序所期待。故就具體防止結果的義務，如為法律秩序所免除，自應調整防止義務的要件，方不致於同時呈現矛盾的結構⁸。其他法定阻卻違法事由，如緊急避難、業務上正當行為、依法令或上級指揮等事由，主要係針對作為犯的情形而言。如有兩種以上義務同時存在，行為人無法選擇優先順序履行時，則屬義務衝突的問題。

第二款 不作為與超法定阻卻違法事由

自實質的違法性概念，自然導出違法性判斷，不應只侷限於法定阻卻違法事由的結論。構成要件該當行為，可能因為法定阻卻違法事由以外理由，經違法性判斷，而認定與法規範的價值體系並不對立，即構成要件該當的違法性，可能由刑法學說或判例所主張的合法化事由所阻卻，即所謂超法定阻卻違法事由。

體系中預留超法定阻卻違法事由的空間，是經過邏輯論證的必然表現⁹。藉由實質違法性建構超法定阻卻違法事由，在強調體系功能下，阻卻違法事由內容與範圍不斷成長。允許「超法定」的事由存在，因為是有利於被告的類推解釋，並未事後惡化行為人的法律地位，故與罪刑法定原則並不衝突¹⁰。但超法定阻卻違法事由，仍應該經由學說論述或實務運作，儘可能加以特定化¹¹，俾便法律的

擊，從而基於自己為免遭受可能攻擊的考慮，終於不為救助之義務。此時則有以正當防衛之事由，為阻卻構成要件該當情狀之違法性的評價意義。」見蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，584頁。但依本文見解，本例也可能直接援引欠缺作為可能性，而阻卻構成要件該當性。

⁸ 蘇俊雄，前揭書，586頁。

⁹ 李聖傑，刑事不法內涵的圖象，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，118頁。

¹⁰ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，177頁；林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月，314頁。

¹¹ 李聖傑，刑事不法內涵的圖象，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，118頁。

使用者知所遵循。目前較普遍被承認的超法定阻卻違法事由，包括有被害人承諾¹²、義務衝突等¹³。

本文認為，「被害人承諾」不是警察不作為的阻卻違法事由。例如，警察為求吃案，常見的託辭為說服竊盜案被害人「所失金額不多，如果堅持報案，將來必須奔波作證，得不償失」，換取被害人不報案的允諾。就竊盜案言，報案人是被害人；但就受理報案言，警察吃案違反的是對國家的職務義務，不能因為竊盜案被害人承諾，而阻卻吃案的違法性。

與作為相形下，不作為具有較低的不法內涵與罪責內涵，因此阻卻違法事由而合法化的可能性，較作為犯有擴張傾向¹⁴。其中義務衝突，是不作為犯最主要的超法定阻卻違法事由。

第二項 警察義務衝突

第一款 義務衝突的概念

所謂義務衝突，係指義務人同時面臨到數個應履行的義務，卻只能履行部分義務的緊急狀況¹⁵。義務衝突成立要件，包括：(1)

¹² 這裡學說分歧。多數說認為，被害人「同意」(Einverstaendnis)之法律效果為「阻卻構成要件該當性」，與被害人「承諾」(Einwilligung)之法律效果為「阻卻違法性」，二者概念不同。如蘇俊雄，刑法總論(Ⅱ)，1998年12月，修正版，247至256頁；林山田，刑法通論(上)，2008年10月，增訂十版，368-370頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月，3版，209頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，267頁。

但有認為被害人「同意」(Einverstaendnis)與被害人「承諾」(Einwilligung)，二者法律效果都是「超法定阻卻違法性」，見陳子平，刑法總論(上)，元照，2006年2月，267頁以下；另有認為被害人「同意」(Einverstaendnis)與被害人「承諾」(Einwilligung)，二者法律效果都是「阻卻構成要件該當性」，見林東茂，刑法綜覽，6版，2009年9月，1-139頁以下。

¹³ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，175頁以下；林山田，刑法通論(上冊)，增訂10版，2008年1月，314頁。

¹⁴ 林山田，刑法通論(下冊)，自行發行，增訂10版，2008年1月，267頁。

¹⁵ 有文獻主張，就作為義務與作為義務的衝突來說，刑法上本來就已經有不純正不作為犯的法理存在；而就作為義務與不作為義務的衝突間，其實根本就是一種法律間效力優劣解釋的問題，所

同時存在著數個互不相容的義務；(2) 被履行的義務應當是法律義務；(3) 衝突狀況的發生，不能歸責於行為人。即不能是由行為人故意或過失所造成¹⁶。

義務衝突阻卻違法事由的原理，類似緊急避難的利益衝突問題。緊急避難作為阻卻違法事由，基本概念就是利益衝突衡量。也即凡遇到不犧牲他人利益，即無法維護自己或第三人利益時，若以社會連帶思想言，基於保住較大利益考量，災難未嘗不可以轉嫁。但災難轉嫁的合理性，在利益間的衡平關係，也就是所要保護的利益，必須顯然大於所侵害的利益，否則沒有理由要無辜第三者代替承受災難¹⁷。

義務衝突也要考量法益價值判斷。當行為人同時面臨多數應履行的法律義務，若履行其中一個義務，就會犧牲另一個義務的履行；或要求行為人履行某一法律義務時，勢必將損害到第三人的利益，行為人此時究竟應如何抉擇，端視作為義務的位階關係。位階高低，取決於受危害法益的性質、行為人與受危害者的關係、危險的種類及危害的迫切性、拯救機會高低等，綜合判斷¹⁸。行為人於二個以上義務要求下，因無法全予履行，現實上僅得擇一為之，依學者多數見解，行為人於面臨義務衝突情況下，選擇較高度義務而捨低度義務；或兩個同等價值義務衝突下，選擇任何一個加以履行

以就算沒有義務衝突此一概念存在，也無礙於刑法解決相關法律問題之功能。見蔡奇曉，*逾越刑法正當性事由之法律效果檢討*，中正大學法律學研究所 2006 年碩士論文，154 頁以下。

¹⁶ 甘添貴，*義務衝突與阻卻違法*，收錄於：刑法案例解評，瑞興圖書，1999 年 1 月，98-102 頁；曾淑瑜，*論義務衝突*，法令月刊，49 卷 11 期，1998 年 7 月，24-25 頁。

¹⁷ 盧映潔、葛建成，*簡評醫療人球事件*，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，232-240 頁。

¹⁸ 甘添貴，*義務衝突與阻卻違法*，收錄於：刑法案例解評，瑞興圖書，1999 年 1 月，112-114 頁；黃惠婷，*緊急避難*，月旦法學教室，58 期，2007 年 8 月，17 頁；林山田，*刑法通論*（上冊）（下冊），10 版，2008 年 1 月，345 頁以下；林鈺雄，*新刑法總則*，元照，2 版，2009 年 9 月，524 頁。

者，均得阻卻行為的違法性¹⁹。然選擇低度義務而捨高度義務者，則不得阻卻違法。此際，該不作為充其量僅得視期待可能性的有無及程度，而適用罪責的減免²⁰。舉例而言，兩幼兒同時溺水，父親於僅能救起一人情形下，不管選擇救起哥哥或弟弟，對不救助另一人的不作為，並不具違法性；但如自己的幼兒與替人保管的皮包同時落海，父親於能救人情形下，選擇搶救皮包而不救人，仍不能阻卻違法。

第二款 義務衝突的型態

廣義義務衝突的形態，包括²¹：

¹⁹ 對於同等價值的義務衝突（或緊急避難），多數學說主張仍可阻卻違法，因為既然存在不可能同時履行的兩個同階義務，法律秩序已無法苛求人不能為，此時已無義務違反問題，採此說者，如甘添貴，義務衝突與阻卻違法，收錄於：刑法案例解評，1999年1月，111頁；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年6月，190頁；林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月，268頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，522-524頁；楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I - 犯罪論（2004年第5版），（中國大陸）法律出版社，2006年2月，185頁；王世洲譯，Claus Roxin 著，德國刑法學總論（第1卷），（中國大陸）法律出版社，2005年，502頁。

但有力學說主張，這種同階義務衝突不屬於阻卻違法的問題，而是應該從責任的層次解決，以保全被犧牲者的正當防衛權，及對惡意共犯不致形成處罰漏洞。見黃惠婷，強制性的緊急避難一評最高法院九十四年台上字第二三二四號判決，月旦法學雜誌，133期，2006年6月，210-220頁；黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證－，增訂2版，2009年1月，83頁；Wilfried Küper 著，吳俊毅譯，阻卻違法與阻卻責任區分的基本問題－緊急避難、義務衝突、依職務上命命的行為，刑事法雜誌，44卷2期，2000年4月，95-103頁；許澤天，義務衝突的研究－利益衝突與阻卻違法；期待可能與責任，刑事法雜誌，40卷3期，1996年6月，66-72頁。

²⁰ 甘添貴，義務衝突與阻卻違法，收錄於：刑法案例解評，瑞興圖書，1999年1月，91頁；甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（上），月旦法學教室（4）刑事法學篇，元照，2002年9月，42頁；林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月，268頁；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，587頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，522-524頁；山中敬一，刑法における義務衝突について，收錄於刑事法學之理想與探索（一），甘添貴教授祝壽論文集，學林，2002年3月，153-187頁。

²¹ 甘添貴，義務衝突與阻卻違法，收錄於：刑法案例解評，瑞興圖書，1999年1月，106-107頁；甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（下），月旦法學教室（4）刑事法學篇，元照，2002年9月，44頁；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，修正版，1998年12月，588頁；曾淑瑜，論義務衝突，法令月刊，49卷11期，1998年7月，23-24頁；曾根威彥，過失犯、不作為犯と共犯，收錄於：刑法の重要問題（總論），（東京）成文堂，2005年3月，2版，322-337頁；Ulfrid Neumann，井上宜裕譯，「救助利益の衝突という正当化事由——正当化的『義務衝突』の要素としての権利，義務及び利益」，立命館法学，307期，2006年，312-921頁；Walter Gropp 著，井上宜裕譯，『義務衝突』：義務の衝突もなければ、衝突状態にある義務もない，立命館法学，273期，2000年5

一、「作為義務」與「作為義務」的衝突：

此乃狹義義務衝突，指同時併存兩個不同位階的作為義務，而須擇一履行時，只有在行為人履行高階義務，而不履行低階義務的不作為，始阻卻違法²²。例如大樓火警發生，警消人員抵達火場，發現起火點在大樓東側，大樓西側則有受困民眾等待救援。此時，警消人員同時面臨「滅火」與「救人」兩個作為義務的衝突。撲滅火勢所保護的法益，為公共安全的社會法益。與救人以維護生命法益比較，當以生命法益優先保護。因此警消人員當以「救人」為優先考量²³。

二、「作為義務」與「不作為義務」的衝突：

此又稱義務緊急避難²⁴。行為人的不作為，造成法益破壞，如可認定係顯然小於行為人因履行誠命應為行為，而對第三人所造成的法益破壞，則其不作為得依緊急避難而阻卻違法²⁵。例如警察為援救遭綁票勒贖的人質生命，在事態急迫時，必要時甚至須對已被逮捕的綁匪實施刑求，以獲知人質下落。此時警察救援人質生命的作為義務，與不得強暴、脅迫取得非任意性自白的不作為義務，產

月，564-589頁。

²² 勝亦藤彥，作為義務と作為義務の衝突における独自性について－「作為義務と作為義務の衝突」と「作為義務と不作為義務の衝突」の關係，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，344-350頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，522頁；最高法院92年台非字第168號判決。

²³ 當然仍應綜合危害的迫切性、拯救機會高低等因素，決定具體救援措施的先後次序。參閱黃惠婷，緊急避難，月旦法學教室，58期，2007年8月，17頁。

²⁴ 有分為純正的義務衝突與假象的義務衝突。見李昌珂譯，Johannes Wessels 著，德國刑法總論，（中國大陸）法律出版社，2008年11月，447頁。

²⁵ 此即學者所謂「救助性刑求」。見吳俊毅，阻卻違法與阻卻責任區分的基本問題－緊急避難、義務衝突、依職務上命令的行為，刑事法雜誌，44卷2期，2000年4月，76-119頁；謝碩駿，擊落被恐怖份子劫持之民航客機，合憲嗎？－試評德國聯邦憲法法院「預防性擊落客機案」判決，月旦法學雜誌，149期，2007年10月，66-88頁。

生義務衝突²⁶。

三、「作為義務」與「自身利益」的衝突：

行為人若履行其作為義務，將危及或犧牲其自身法益者，其因不為應為的救助行為，致不能保護的利益，顯著小於自身的利益時，可依阻卻違法的緊急避難而合法化。

但應注意者，在公務上或業務上，負有承擔危險的特別義務者，對於自己生命、身體、自由、財產的緊急危難，面對該職務行為或業務行為所具有的通常危險，必須加以承擔而不得主張避難行為。因此刑法第 24 條第 2 項規定：「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」例如執勤中的巡邏警員，見歹徒持刀殺人，為避免自己生命的危難，竟迅速躲藏起來；又如消防隊員奉派救火，為避免自己身體的危難，拒不向前滅火。渠等職務上負有對抗危難的特別義務，故不得就其逃避行為主張緊急避難。

但此一承擔危險的法律義務，並非捨身取義的道德義務。倘若危難已經具體迫切地嚴重威脅到生命安全，縱使具有危險承擔義務，仍有可能主張阻卻違法的緊急避難。例如歹徒持槍掃射中，或火勢極端猛烈，端無要警員以身擋子彈，要消防隊員被火紋身的道理。此種具體迫切威脅生命安全的危難，仍得主張緊急避難²⁷。

²⁶ 有文獻從國家保護義務的角度，建構「救助性刑求」的合憲性，並從行政法的直接強制取得合法性，個案運用上則要求不足禁止、逾越禁止原則與程序正當等，認為「救助性刑求」可主張依刑法第 21 條第 1 項「依法令的行為，不罰。」取得正當性。見陳英淙、黃惠婷，法治國之警察理念與權限，元照，2007 年 6 月，165 頁以下。

另有文獻同樣從國家保護義務出發，取得合憲性基礎；以警察法概括條款取得合法性；從比例原則的操作，警持實施的具體措施（刑求），並未該當傷害罪的構成要件。見謝榮堂、周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊，55 卷 3 期，2009 年 6 月，68 頁以下。

²⁷ 林山田，刑法通論（上冊），增訂 10 版，2008 年 1 月，343 頁。

第三款 警察雙重義務（任務）的衝突

前述義務衝突的型態，在警察不作為的領域，也都可能面臨。另外，基於警察雙重任務的特色，警察可能面臨獨特的義務衝突問題，本款擬就此論述。

第一目 雙重任務競合適用利益衡量原則

警察維護治安任務，兼具行政危害防止與刑事犯行追緝兩大功能。危害防止任務為單純的行政作用，依據警察法令及一般行政法令；刑事犯行追緝任務乃輔助刑事司法作用，則依刑事法令，並接受檢察官指揮監督。故警察係一體兩用，法定本於行政權的警察人員兼為司法警察人員。危害防止與犯行追緝，在理論上有區分必要，但實務則屢發生任務衝突競合的現象²⁸。例如警察於巡邏時，發現有人縱火，此時警察應優先撲滅火勢（危害防止），或優先追捕縱火者（犯行追緝），這涉及兩個不同性質作為義務的衝突。此時如何衡量義務高低，將影響可否阻卻警察不作為的違法性，或僅能主張減免罪責？

警察因為雙重任務特色，當遇到任務競合時，就其義務內容分析，仍可歸類為作為義務與作為義務的衝突，或作為義務與不作為義務的衝突，解決雙重任務競合問題，仍可比照本項第二款所述，義務衝突型態的解決模式辦理。因此，當雙重任務競合時，利益衡量原則成為判斷優先取捨的標準。以前述警察巡邏時發現縱火案為例，將縱火者緝捕歸案，科以自由刑，所涉及者僅為犯罪嫌疑人的自由法益；未及時撲滅火勢，可能引發重大生命傷亡或財物損害，

²⁸ 鄭善印，日本法制上警察之行政質問與法偵查權之糾葛，收錄於：法與意--Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集，五南，2000年，457-490頁；李震山，警察行政法論-自由與秩序的折衝，元照，2版，2009年8月，335頁；蔡震榮等，警察法總論，一品文化，2009年7月，67-71頁。

此時應以防範火勢擴大任務優先。

第二目 偵查程序自由運用原則與微罪處理

在警察執行危害防止任務時，為避免法律適用過於僵化，影響積極保護人民權益及行政效率，法律賦予警察較大的決定空間，乃有裁量原則的適用²⁹。警察機關在一定範圍內雖有裁量權，但裁量必須受到合目的性、合義務性的限制，不得有逾越或濫用裁量權情形，否則仍屬違法。又裁量在特殊情況下，被限縮到只能作成某一決定，才被認為是無裁量瑕疵，學者稱此為「裁量權萎縮到零 (Ermessensschrumpfung auf Null)」³⁰。例如，對於瘋狂、酒醉或意圖自殺者，依警察職權行使法第 19 條規定「有下列情形之人，警察『得』管束之…」，似是賦予決定是否管束的裁量權，但依文義「非管束不能救護其生命」或「非管束不能救護其生命、身體之危險，或預防他人之生命、身體之危險」，在面臨生命、身體法益迫切危害時，顯然警察已無不採取管束的空間，否則構成警察不作為。

相對於危害防止任務以裁量為原則，警察的犯罪追緝任務，則受到法定原則的制約³¹。此項原則是為貫徹法律前人人平等，加強法律適用的公平性，強化一般預防功能，並避免檢察官或司法警察(官)濫用裁量權，恣意關閉刑事追訴大門。對於「微罪」，檢察官

²⁹ 蔡震榮、陳斐鈴，論警察裁量權，中央警察大學學報，46 期，2009 年 6 月，234 頁；謝碩駿，警察職權行使法第二八條第一項作為警察法上之概括條款，法學新論，6 期，2009 年 1 月，65 頁。

³⁰ 陳敏，行政法總論，3 版，2003 年 1 月，191 頁；李惠宗，行政法要義，五南，2 版，2005 年 10 月，162-164 頁。

³¹ 李震山，警察行政法論-自由與秩序的折衝，元照，2 版，2009 年 8 月，354 頁；陳志龍譯，W·Hassemer 著，刑事程序中的法定性與便宜性，刑事法雜誌，40 卷 3 期，1996 年 6 月，82 頁；蔡震榮譯，Edzard Schmidt Jortzig 著，警察對於刑罰追訴法定原則放棄的可能性，警學叢刊，20 卷 1 期，1989 年 9 月，137 頁以下。

警察不作為犯罪之研究

雖得依職權為不起訴或緩起訴處分³²。但刑事訴訟法的起訴便宜原則，僅適用於檢察官，警察並無適用可能，警察對於所謂微罪仍應追緝，以免法律適用因警察個人態度而失去控制³³。

警察在其管轄權內，對於該當犯罪構成要件的犯罪嫌疑人，應即依職權調查處理，並移送檢察官偵辦。對於法律爭議性問題的釐清，此項任務屬檢察官所獨有，嫌犯的行為是否可以阻卻違法或罪責？是否輕微而可以不起訴或緩起訴處分？現行法警察沒有微罪處分的授權。以上爭議，警察都可以不必明察，因為決定權屬於檢察官。

雖然依照法定原則，警察有採取犯行追緝干預措施的義務，但在採取一明顯干預措施，卻得因客觀理由，在時間上稍微遲延，暫時不必嚴格遵守法定原則，稱為偵查程序自由運用原則（Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens）³⁴，依此賦予警察在刑事偵查行為上一特別空間，以免忽略案情個別差異。因此，在對於顯然輕微的案件，警察在執法技巧上，例如以通知到案取代逮捕，但運用偵查過程自由原則，不得形成根本不追緝犯行（不作為）的狀況，否則，警察仍將因不作為而被追究責任。

³² 參閱刑事訴訟法第 253 條、第 253 條之 1 至第 253 條之 3、第 254 條。

³³ 李震山，警察行政法論-自由與秩序的折衝，元照，2 版，2009 年 8 月，354-356 頁。

³⁴ Schmidt-Jortzig, Möglichkeiten einer Aussetzung des Strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei, NJW 3/1989, S.134.轉引自李震山，警察任務法論，登文，4 版，1998 年 3 月，193 頁；蔡震榮譯，Edzard Schmidt Jortzig 著，警察對於刑罰追訴法定原則放棄的可能性，警學叢刊，20 卷 1 期，1989 年 9 月，136-144 頁。

第三節 阻卻責任的警察不作為

第一項 不作為犯阻卻責任事由

所謂「責任」或「罪責」，乃以構成要件該當的違法行為為依據，對於行為人予以價值判斷後，所認定的非難或非難可能性³⁵。當行為符合構成要件該當性，又無阻卻違法事由的情事，則可判斷為不法行為（廣義犯罪行為）。行為人必須具有罪責，違法的構成要件該當行為，始成為具有刑罰法律效果的犯罪行為（狹義犯罪行為）。「無罪責，即無刑罰」，刑罰乃以罪責為基礎，從而形成責任主義（責任原則）。

「責任」的內涵，在評價犯罪是否具備一定精神狀態，具有接受刑罰的資格（責任能力）與考量犯罪人犯罪時心理惡性的輕重，以決定刑責（責任條件）。警察的不作為，該當某罪的犯罪構成要件，且無阻卻違法事由後，進一步需判斷的是，這樣的不法行為，可否歸責於這個警察。對於不作為罪責的非難，原則上與對於作為的罪責非難相同，也以行為人具有責任能力與不法意識，以及不具減免罪責事由為先決條件。對於不作為犯，特別重要的是關於有無期待可能性問題。警察的不作為，如果該當某罪構成要件，且無阻卻違法事由的適用，能否主張欠缺期待可能性而阻卻責任？以下針對警察不作為與期待可能性的議題論述之。

³⁵ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，193-194頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年9月，276頁；黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證－，增訂2版，2009年1月，86-87頁；柯耀程，刑法概論，元照，2007年4月，244頁。

第二項 警察不作為與期待可能性

第一款 期待可能性的概念

所謂「期待可能性」，是指根據行為時的具體情況，能夠期待行為人實施合法行為的可能性。如果有期待可能性，即能夠期待行為人在行為時實施合法行為，行為人違反此期待，實施了違法行為，即產生責任；如果無期待可能性，即行為人在行為時，只能實施嚴重違法行為，不能期待其實施合法行為，此為阻卻責任事由，行為人不負刑事責任。

作為可能性指事實可能性，與期待可能性心理可能性不同³⁶。作為可能性，係指行為人在具體個案中是否具有物理上的、現實上的作為可能性，這種現實上作為可能性的存在與否，並不會影響對保證人地位及其所生義務的肯否判斷。而與期待可能性乃依行為人人格及心理狀態為判斷，殊不相同。少數學者認為無期待可能性屬於一種阻卻違法事由，例如法益衝突下，因為作為將危及自己法益者，即因無可期待性的阻卻違法而合法化³⁷；惟多數學者則主張無可期待性，宜做為減免罪責事由，可期待行為人實施合法行為，則其選擇實施違法行為，受到法律制裁，固難辭其咎；但如不能期待該人不為犯罪行為時，行為人縱為之，基於法律不能強人所難的思

³⁶ 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年9月，3版，232頁；蔡聖偉，不作為犯：第一講——論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，51期，2006年12月，53頁；吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（二），北海学園大学法學研究，44卷2期，2008年12月，238頁；平野龍一，刑法總論I，有斐閣，1972年，154頁。不同意見，林東茂教授主張，在故意的作為犯或過失犯中，無期待可能性固於罪責中探討，但於不作為犯則應於客觀構成要件中判斷。見氏著，刑法綜覽，6版，2009年9月，1-193頁；另有將期待可能性與作為可能性兩者並列為構成要件要素，見Haft, AT, 2004, S. 182 f.轉引自蔡聖偉，前揭文，53頁。

³⁷ Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1984, S. 690.轉引自林山田，刑法通論（上冊）（下冊），10版，2008年1月，272頁。

想，即不須就該行為負刑事責任³⁸。

第二款 期待可能性的適用範圍與判斷標準

第一目 期待可能性的適用範圍

期待可能性的概念，沿革自 1896 年德國帝國法院「癖馬繞韁案」判決³⁹。但發展至今，其適用範圍與判斷標準等，卻仍然眾說紛紜，莫衷一是。

依本文的理解，整個罪責的基礎，實際上就在探討所謂「他行為的可能性」，也就是立於刑法規範，期待行為人實施適法行為的可能性⁴⁰。年紀太小、精神障礙或心智缺陷、或無法正確認知法律規範的人，難以被期待會有合乎規範的行為，因此即使實施不法行為，因為欠缺實施適法行為的可能性，刑法因而明文排除或減輕罪責。本節討論的期待可能性，專指是否在明文規範的責任要件外(如責任能力、不法意識等)，另外承認「超法定阻卻責任事由」的「期待可能性」概念。

³⁸ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，220頁；林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-170頁；柯耀程，刑法概論，元照，初版，2007年4月，263頁；張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29期，2008年12月，59-60頁；張麗卿，無期待可能性，月旦法學教室，68期，2008年6月，18-19頁；船山泰範，期待可能性，收錄於：西田典的、山口厚編，刑法の争点(第3版)，ジュリスト增刊，2000年11月，86—87頁；林幹人，刑法總論，東京大學出版會，2000年9月，初版一刷，342-348頁；前田雅英，刑法總論講義，東京大學出版社，4版，2006年，428-436頁。

³⁹ 案例事實略為：「行為人多年以來受雇駕駛雙匹馬車，其中一匹馬具有以其尾繞住韁繩並用力壓低馬車的癖性。行為人多次要求換一匹馬，但是，雇主沒有答應他的要求。某日該馬劣性發作，車夫採取了所有緊急措施，但馬仍然撞傷他人。法院判決行為人無罪，理由是很難期待被告人堅決違抗雇主的命令，不惜失去職業而履行避免其已預見的傷害行為的結果發生的義務。」參考甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，2006年6月，222頁；張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29期，2008年12月，62-63頁；蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，法令月刊，41卷10期，1990年10月，137頁。

⁴⁰ 林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，1-170頁；張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29期，2008年12月，60頁。

反對承認「超法定阻卻責任事由」的「期待可能性」概念者，認為只有當立法者在成文法中針對各種欠缺期待可能性的情形設有明文規定時（如刑法第 23 條但書的防衛過當、第 24 條第 1 項但書的避難過當規定）才能考慮無期待可能性問題。如立法者並未設有特別規定，基於法安定性的理由，司法者不得將無期待可能性，當作超法律的阻卻或減免罪責事由來援用⁴¹。

無期待可能性的概念，可以恰當限制過失犯的注意義務的範圍，限制不作為犯的作為義務的範圍，通說因此接受期待可能性作為過失犯和不作為犯的超法定阻卻罪責事由⁴²；但也有不少學者主張，無期待可能性可以作為一個普遍的超法律阻卻罪責事由，包括故意犯與過失犯、作為犯與不作為犯，都有此一超法律阻卻罪責事由的適用⁴³。

第二目 期待可能性的判斷標準

採認期待可能性理論後，進一步的問題是，如何判斷是否存在「期待可能性」？主要學說包括⁴⁴：

(1) 行為人標準說：認為應該以行為人本人的能力為標準，判斷行為時，該行為人能否作出其行為外的適法行為。本說認為，因為判斷行為人有無期待可能性，當然不能脫離行為人自身，即使能夠說明期待一般人實施合法行為，只要不能期待於行為人時，就不

⁴¹ 韓忠謨，刑法原理，15 版，1982 年，180 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，1998 年，316 頁以下。

⁴² 林鈺雄，刑法總則：第十講一罪責（有責性），月旦法學教室，22 期，2004 年 8 月，18-19 頁；許玉秀，犯罪階層理論（上），台灣本土法學雜誌，23 期，1999 年 6 月，12-32 頁。

⁴³ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2004 年，221 頁；蔡墩銘，刑法精義，2005 年，2 版，268-269 頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），2006 年 9 月，3 版，668 頁以下；張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29 期，2008 年 12 月，83 頁。

⁴⁴ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2004 年，223-225 頁；張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29 期，2008 年 12 月，73-74 頁。

能對行為人進行譴責。反對者認為此說有削弱國民守法義務的弊端。

(2)平均人標準說：本說認為，應該將平均人，置於行為人實施犯罪的情況下，看是否能夠期待行為人實施合法行為，以社會的一般人為標準，根據社會的一般人，若處在行為人的立場上，是否可能作出合法行為的決意，來判斷期待可能性的有無。平均人標準說是通說，但平均人的概念模糊，以此說為判斷標準，不免曖昧不明。

(3)國家標準說：即從國家法秩序的立場出發，期待行為人作出合法行為，以此作為判斷期待可能性的標準。本說認為，法律規範體現著國家意志，應根據國家利益和法律秩序的要求，確定行為人當時是否有實施合法行為的可能。

以上三說，以行為人標準說妥當。因為責任是對該當構成要件且違法的行為的實施者，進行人格非難。所以，應當站在行為人的立場上，設身處地考慮其作出合法行為的可能性，使歸責更合乎情理，從這個角度看，有必要以行為人標準說判斷期待可能性的有無。

第三款 警察不作為與期待可能性

警察不作為，有無援引欠缺期待可能性而阻卻責任空間？北台灣宜蘭一名派出所主管，受迫於縣議員關說，放任酒駕嫌犯離去而遭起訴求刑。審判期日最後陳述時，他對法官哀求「我是身不由己」、「若被依貪污案判刑，我會當不成警察！」⁴⁵仍被依對主管事

⁴⁵ 公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款：「有下列情事之一，不得任用為公務人員：…四、曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。」

⁴⁶ 2009 年 6 月 29 日自由時報「身不由己 警官接受關說 貪污判刑」。最後上網日：2009 年 11 月 20 日 (<http://news.pchome.com.tw/society/libertytimes/20090629/index-12462264625779525002.html>)

務圖利的貪污罪判「1年10月徒刑、褫奪公權3年，宣告緩刑4年」⁴⁷。

南台灣高雄市市議員關說酒駕案不成，大鬧警局，被員警依妨害公務罪現行犯上銬逮捕，後勞動高層警官將之釋放。員警分別被依公務員縱放人犯罪、過失致人犯脫逃罪判刑確定⁴⁸。本案後續發展是，因高雄市議會杯葛警政預算，高雄市長帶同警察局長等高階警官前往陪罪，員警被申誠調職處分⁴⁹。

台灣地方制度生態，各級民意代表挾掌控警政預算，或藉由議會質詢刁難警政主管等權力，要脅關說各種違法、違規情事。部分警察主管藉由給予民意代表方便，企求順利通過預算經費，屈從地方惡勢力；基層員警或是避免因得罪民代，為長官帶來困擾而自找麻煩，或為自己做公關，累積人脈，以利將來職位調動升遷的助力。這樣的風氣，警察公平執法的威信腐損殆盡，難怪警政學者感嘆「警察沒有嚴正執法的空間」⁵⁰。

公務員屈從於地方民意代表惡勢力，配合行政致罹刑章的案例，俯拾可見。援引無期待可能性法理而免除責任的案例，卻不多見。台南高分院曾經在一個判決中揭示，鄉公所民政課長承辦採購案，配合鄉代會主席綁標圖利，指出「○○向民政課施壓一事，參酌當時台灣地方自治文化之生態，黑金政治充斥，以被告○○身為民政課課長，負責承辦採購設計事項，面對地方勢力龍頭鄉代會主

⁴⁷ 見臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 558 號刑事判決；臺灣高等法院 98 年度上訴字第 982 號刑事判決；最高法院 98 年度台上字第 5099 號刑事判決。

⁴⁸ 臺灣高雄地方法院 97 年度訴字第 802 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 97 年度上訴字第 1477 號刑事判決。

⁴⁹ 高市議員關說酒駕反被銬 員警縱放遭起訴（2007 年 8 月 29 日，法源編輯室）；員警拒絕關說遭懲處 內政部長盼撤銷處分（2006 年 2 月 23 日，法源編輯室）。

⁵⁰ 葉毓蘭，警察沒有嚴正執法本錢，蘋果日報，2006 年 5 月 22 日。<http://0rz.net/eb1pH>。

席之施壓，要其以全部身家性命及用以為生之工作職位與被告○○等人龐大地方勢力周旋，誠屬欠缺期待可能性。」⁵¹但經最高法院撤銷發回更審後，廢除無期待可能性的理由，仍做有罪判決⁵²。

的確，國家設置公務員，原就期待其依法行政，為民服務。如果動輒以遭受惡勢力威脅為由，就曲意配合，則國家權力如何運作？特別是警察機關或其他司法機關，本職就在打擊不法，對抗惡勢力。更不能以遭受不法勢力威脅為藉口，主張無期待可能性而欲免刑責，否則豈非宣告惡人當道，公平正義淪陷⁵³。

第四節 小結

警察不作為，如果該當某罪犯罪構成要件，還不能因此認定成立警察不作為犯罪，應該進一步判斷是否有阻卻違法或阻卻責任事由的適用，經過三階層的檢驗，才能確認警察的不作為成立犯罪。

不作為犯的違法或責任阻卻事由，原則上與作為犯相同。但不作為犯的超法定阻卻違法事由中，尤其是義務衝突問題特別重要。警察因為兼有行政警察危害防止與司法警察犯行追緝的雙重任務，每每發生兩個義務競合的現象。不過，解決途徑仍在於利益衡量。保護較大利益，犧牲較小利益，則可主張義務衝突阻卻違法。

不作為犯的超法定阻卻責任事由中，以期待可能性的探討最重要。警察不作為，可否主張無作為的期待可能性而阻卻責任？當然應視情節，個案判斷，不能一概而論。但不能以面臨民意代表，或

⁵¹ 參照臺灣高等法院臺南分院 92 年度上訴字第 1369 號刑事判決。

⁵² 相關判決見最高法院 93 年度台上字第 4511 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 97 年度重上更(二)字第 92 號刑事判決。

⁵³ 相同見解見張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29 期，2008 年 12 月，78-79 頁。

警察不作為犯罪之研究

黑金的惡勢力為由，輕易放棄依法行政，公平執法的立場。否則，豈非正義向邪惡低頭，執法者與邪魔共舞。

第七章 結論

本文係從刑法解釋學觀點，探討在現行刑法規範下，警察不作為現象，可能構成刑事不法，而應受到刑罰制裁的可能性。以下針對各章重點，做一歸納總結。

第一章緒論。本章包括研究動機、目的，研究方法、架構，並回顧中文有關文獻。說明嘗試從刑法理論與警察實務角度，探討警察作為義務的來源與界限、分析各種警察不作為可罰性，及說明可能阻卻警察不作為犯罪成立事由等為重心。

第二章警察不作為犯罪概論。關於「警察」的定義，本文指組織法意義上「得行使警察法第9條警察職權」的個別警察人員。所謂警察不作為，是指警察違反職務上的作為義務，凡警察有作為義務，應作為而不作為，就是警察不作為。關於作為與不作為的區別，本文採規範說觀點。警察的作為或不作為，不應該從外顯世界的動靜判斷，而是應該從規範角度去思考，以特定舉止的社會意義為依據。不是所有的警察不作為都構成犯罪，只有經過層層要件檢驗，即該當某罪犯罪構成要件，且無足以阻卻違法及阻卻責任的警察不作為，才構成警察不作為犯罪，因此本章同時探討警察純正不作為犯與不純正不作為犯的犯罪成立要件。

第三章警察的保證人地位。警察不作為犯罪，以警察有作為義務存在為前提。純正不作為犯的作為義務內容，直接明文規定在法條內，爭議較少；不純正不作為犯的保證人地位，一向是學說爭論焦點。本文認為，警察保證人地位的實質根源，在於國家保護義務。基於警察危害防止與犯行追緝的任務，警察有保護人民，免於第三

者犯罪侵害的保證人地位。警察的作為義務，受到事務管轄、土地管轄與勤務時間的限制，這是區別法律義務，或僅是道德義務的重要關鍵。

第四章警察不作為的正犯與共犯區分。警察不作為的型態，以涉及的人數分，可能成立不作為單獨正犯；可能與他人互相加工，涉及是否成立不作為正犯（同時犯或共同正犯）或幫助犯問題。學說上對此見解分歧，但本文採原則幫助犯說。如認定不作為參與者，在事前或在犯罪現場，與以作為方式實施犯罪的正犯間，存在意思聯絡，不作為的參與者應論以共同正犯；如欠缺犯意聯絡，則成立不作為幫助犯。

第五章各種警察不作為的可罰性。本文將「警察不作為」現象，類型化為「警察不受理」、「警察不取締」、「警察不制止」與「警察不救助」等四種。本文以「警察不受理」一詞，涵蓋「警察吃案」現象。「警察不受理」具體形式，包括單純不登錄、大案小報與偽造三聯單等態樣。依本文分析，單純不登錄與偽造三聯單，成立刑法第 165 條隱匿刑事證據罪（另應依刑法第 134 條「加重其刑至二分之一」）；大案小報，則構成刑法第 213 條公務員登載不實文書罪。本文以「警察不取締」一詞，詮釋警察對於發生在機關外部的犯罪或違序，予以放縱不取締告發。概念上包含不制止正在發生的犯罪或違序，或不舉發已經發生的犯罪或違序。警察如果以不取締，作為交換賄賂或不正利益的對價，應論以違背職務收賄罪；如果藉由不取締，圖自己或犯罪者不法利益，可能成立公務員圖利罪；但單純不取締，因無積極庇護行為，不成立公務員包庇罪。又，對犯罪者不予取締，如有犯意聯絡，可能成立共同正犯；否則得論以不作為幫助犯。所謂「警察不制止」，指警察機關內部間，對於長官或部屬的犯罪，

未予制止舉發。本文認為，警察機關直屬長官舉發部屬貪污，屬法有明文的作為義務外，對於部屬其他職務犯罪，本於監督職責，仍有適時制止的義務；上級長官未盡自己監督職責，致部屬觸犯刑責時，可追究其監督過失刑責。部屬因執行職務而知悉長官或同僚犯罪，應依程序追查或轉報；非因執行職務關係，對於知悉重大犯罪，或攸關公眾或全民利益的犯罪時，即使是自己的長官或同僚，也有舉發義務；對於長官的違法命令，有進言義務，至於不當但非違法命令，仍有遵守義務。所謂「警察不救助」，是指警察對於生命、身體陷於緊急危難者，有救助義務卻未施加援救。危難的源起，可能被受害者自我引致，可能因為警察使然。例如，警察追逐逃逸車輛，騎士受傷，本文認為基於被害人自我負責原則，警察不需被歸責，但警察有後續的救援義務。對於人犯自殺，應依其情節，分別考慮是否有防止可能性等情形。即使對於自殺部分警察無責任，但仍可能有後續的救援義務。

第六章阻卻警察不作為犯罪成立的事由。討論重點包括警察義務衝突與欠缺期待可能性等阻卻警察不作為犯罪成立的事由。警察不作為中特殊的阻卻違法事由，是因警察危害防止與犯行追緝雙重任務競合，所造成的警察義務衝突。判斷是否阻卻違法的標準，仍在於利益衡量原則。至於警察不作為阻卻責任事由，最重要在於期待可能性的審酌。犯罪構成要件該當，且無阻卻違法的警察不作為，已是不法。是否能進一步主張阻卻責任，應視個案情節具體判斷，但本文主張，不能因為民意代表刁難，輕易認為警察欠缺作為的期待可能性。

第七章結論。本章將各章要點簡單總結。

本文深信，要做一個好警察，最重要條件是熱誠、敬重這份職

業的使命。因為愚笨可以靠學習來填補；稚嫩可以累積經驗來改善。但一顆不敬業的心，則應該靠教育、勸導來改變；如果不能改變，處罰—甚至最嚴重的刑罰制裁，毋寧是必要的。警察不作為，不僅有損警察自身形象，同時也褻瀆法定職責，損害法律權威。本文透過警察不作為犯罪的特性分析，作者希望本著毋枉毋縱，正確地運用刑罰，懲治警察不作為犯罪，達到特殊預防的作用。讓尸位素餐的警察，在最短時間內受到懲罰，使國家、人民利益免受侵害；同時警示其他警察，發揮一般預防作用，警惕到只有「盲幹亂幹」，才會撤職查辦；「東混西混」，非但不會「一帆風順」，甚至可能構成犯罪，而為法律與正義所不容。

本文相信，犯罪而不受追訴，無異於鼓勵犯罪；僅依憑自律而無制裁，即等於無所依憑¹。雖然我們相信，大多數的警察同仁均能兢兢業業，戮力從公；但我們也不能容忍部分不愛惜羽毛的警察同仁，以不作為方式，破壞整體警察形象與信譽。嚴格追究警察的不作為，是樹立法律權威，重建民眾對警察的信賴，乃至對整個政府公權力信心的必要手段。因此，本文主張應利用各種警察教育機會，包括養成教育或在職訓練，除了學科或術科技能的增進外，尤其重要的是，培養員警敬業態度，及加強員警同理心訓練。從心作起，徹底改造警界消極敷衍的不良文化，養成任事主動積極，對民眾常保人性關懷的警察優良風氣，此為上策。其次，許多警察不作為，有可能出於習焉不察，有可能自以為惡小而為之，卻對於已觸法網而不自知。因此，經由過去曾發生的個案，做成案例宣導，讓員警心生警惕，達到犯罪一般預防作用，此乃中策。再次，對於警察不作為已該當犯罪構成要件情形，除了行政懲處外，應主動移送檢察機

¹ 這句話借用自網路上「還我偵查不公開」聯名告發活動聲明。

(<http://blog.yam.com/freemanspot/article/6149771>) 上網日：2009年11月20日。

關，以不護短、不逃避的態度嚴肅面對，此雖為下策，卻能釜底抽薪，展現警察機關整治員警不作為的決心。

（全文完）

警察不作為犯罪之研究

參考書目

一、中文書目

(一) 中文書籍 (依姓氏筆劃)

1. 王世洲譯, Claus Roxin 著, 德國刑法學總論 (第1卷), (中國大陸) 法律出版社, 2005年。
2. 甘添貴, 刑法各論(上), 三民書局, 2009年6月。
3. 甘添貴, 體系刑法各論(2), 瑞興, 2008年6月。
4. 甘添貴、謝庭晃, 捷徑刑法總論, 瑞興, 2006年6月。
5. 甘添貴, 刑法案例解評, 瑞興, 1999年1月。
6. 甘添貴, 刑法各罪 (上), 五南, 4版, 1997年10月
7. 甘添貴, 刑法之重要理念, 瑞興, 1996年6月。
8. 申智軍、吳培玉, 公安機關人民警察職務不作為論, (中國大陸) 群眾出版社, 2006年6月。
9. 余振華譯, 甘添貴監譯, 川端博著, 刑法總論, 元照, 2008年6月。
10. 余振華, 刑法深思·深思刑法, 元照, 2005年09月。
11. 余振華, 刑法違法性理論, 元照, 2001年3月。
12. 余振華譯, 甘添貴監譯, 川端博著, 刑法總論 25講, 元照, 1999年11月。
13. 吳麗琪譯, Claus Roxin 著, 德國刑事訴訟法, 三民, 1999年11月。
14. 呂有文, 刑法各罪, 5版, 1992年5月。
15. 李震山, 警察行政法論-自由與秩序的折衝, 元照, 2版, 2009年8月。
16. 李震山, 行政法導論, 三民, 修訂6版, 2005年10月。
17. 李震山, 警察法論-警察任務編, 正典, 2002年10月。
18. 李昌珂譯, Johannes Wessels 著, 德國刑法總論, (中國大陸) 法律出版社, 2008年11月。
19. 李惠宗, 行政法要義, 元照, 3版, 2007年2月。
20. 林山田, 刑法通論 (上冊)(下冊), 增訂10版, 2008年1月。
21. 林山田、許澤天, 刑總要論, 元照, 2006年8月。
22. 林山田, 刑法各罪論(上)(下), 5版, 2006年11月。
23. 林東茂, 刑法綜覽, 一品, 6版, 2009年9月。
24. 林東茂, 一個知識論上的刑法學思考, 五南, 3版, 2007年10月。
25. 林東茂, 危險犯與經濟刑法, 五南, 2002年11月。
26. 林鈺雄, 新刑法總則, 元照, 2版, 2009年9月。
27. 柯耀程, 通識刑法, 元照, 2007年9月。
28. 柯耀程, 刑法概論, 元照, 2007年4月。
29. 柯耀程, 刑法競合論, 元照, 2001年5月。
30. 柯耀程, 變動中的刑法思想, 瑞興, 1999年9月。
31. 徐久生、莊敬華譯, 德國刑法典, (中國大陸) 中國方正出版社, 2004年1月。

32. 徐久生譯，Franz v. Liszt 著，德國刑法教科書，(中國大陸)法律出版社，2000年5月。
33. 黃惠婷，刑法案例研習(二)，新學林，2008年7月。
34. 黃惠婷，刑法案例研習(一)，新學林，2007年5月。
35. 黃榮堅，基礎刑法學(上)(下)，元照，3版，2006年9月。
36. 黃榮堅，刑罰的極限，元照，1999年4月。
37. 黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照，1996年12月。
38. 黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證一，2版，2009年1月。
39. 陳英淙、黃惠婷，法治國之警察理念與權限，元照，2007年6月。
40. 陳新民，行政法學總論，三民，修訂8版，2005年9月。
41. 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品，2版，2009年9月。
42. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，3版，2007年9月。
43. 張麗卿，新刑法探索，元照，2版，2006年8月。
44. 許玉秀，刑法的問題與對策，春風煦日論壇，2000年11月。
45. 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇，2000年9月。
46. 許玉秀，主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月。
47. 楊萌譯，Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen 著，刑法總論 I-犯罪論(2004年第5版)，(中國大陸)法律出版社，2006年2月。
48. 褚劍鴻，刑法分則釋論(上)(下)，臺灣商務印書館，5版，2007年8月。
49. 蔡震榮主編，警察法總論，一品文化，2009年7月。
50. 蔡震榮，警察職權行使法概論，元照，2004年12月。
51. 蔡墩銘譯，德日刑法典，五南，1993年12月。
52. 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶合著，警察職權行使法逐條釋論，五南，2005年2月。
53. 鄧子濱譯，George P. Fletcher 著，反思刑法，華夏出版社，2008年4月。
54. 蘇俊雄，刑法總論 II，修正版，1998年12月。

(二) 中文期刊論文(依姓氏筆劃)

1. 王鵬翔譯，Puppe 著，反對過失共同正犯，東吳法律學報，17卷3期，2006年4月，343-392頁。
2. 王安異，先行行為之作為義務根據、限界及其認定，刑事法雜誌，50卷1期，2006年2月，90-116頁。
3. 王怡蘋，論 P2P 業者之責任——以 ezPeer 和 Kuro 為例，台灣科技法律與政策論叢，3卷1期，2006年3月，203-240頁。
4. 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌，170期，2009年7月，122-144頁。
5. 甘添貴，圖利與保密(上)(下)，日新，(上)4期，2005年1月，81-85頁；(下)5期，2005年9月，111-116頁。

6. 甘添貴，過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室，18期，2004年4月，83-93頁。
7. 甘添貴，共犯處罰的理論基礎，月旦法學教室，14期，2003年12月，75-82頁。
8. 甘添貴，正犯與共犯的界限，月旦法學教室，11期，2003年9月，76-86頁。
9. 甘添貴，「不作為與片面從犯」，月旦法學教室(4)刑事法學篇，元照，2002年9月，80至81頁。(原刊：月旦法學雜誌，2期，1995年6月，45-46頁)。
10. 甘添貴，「義務衝突之性質與解決原則(上)」「(下)」，月旦法學教室(4)刑事法學篇，元照，2002年9月，42-45頁。
11. 余振華，得被害人承諾之行為評價，收錄於：刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，147-169頁。
12. 余振華譯，山中敬一著，不作為犯與作為犯之共犯關係，收錄於：刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，93-105頁。
13. 余振華，論過失共同正犯之適法性，收錄於：刑法深思·深思刑法，元照，2005年09月，191-218頁。
14. 余振華，瑞士之過失共同正犯論，收錄於：刑法深思·深思刑法，元照，2005年09月，219-238頁。
15. 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學雜誌，94期，2003年3月，69-83頁。
17. 余振華，不作為共同正犯比較·研究(日文)，中央警大法學論集，創刊號，1996年3月，209-237頁。
18. 吳耀宗，偽造文書罪之文書與準文書概念，收錄於：2008年度警察執法專題研究年報，內政部警政署編，2008年12月，145-201頁。
19. 吳俊毅譯，Wilfried Küper 著，阻卻違法與阻卻責任區分的基本問題—緊急避難、義務衝突、依職務上命令之行為，刑事法雜誌，44卷2期，2000年4月，76-119頁。
20. 李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討—行政法院88年度判字第4292號判決評釋，台灣本土法學雜誌，17期，2000年12月，59-74頁。
21. 李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌，1期，1995年6月。
22. 邢曼媛，員警不作為犯罪的若干理論問題，(中國大陸)山西高等學校社會科學學報，18卷12期，2006年，91-94頁。
23. 邢曼媛、張惠芳，人民警察執行職務中的不作為犯罪研究，(中國大陸)山西警官高等專科學校學報，13卷3期，2005年，20-24頁。
24. 林東茂，遺棄罪，月旦法學教室，83期，2009年9月，28-29頁。
25. 林東茂，廢弛職務釀成災害罪，法學叢刊，215期(54卷3期)，2009年7月，1-17頁。
26. 林東茂，不作為詐欺—評最高法院93年臺上字第5678號判決，台灣本土法學雜誌，2005年4月，255-257頁。
27. 林東茂，不作為詐欺，月旦法學教室，2期，2002年12月，91-95頁。

28. 林東茂，肇事逃逸—高等法院 89 年度交上訴字第 9 號判決評釋，台灣本土法學雜誌，16 期，2000 年 11 月，89 頁。
29. 林東茂，當愛已成往事—評臺北地院 87 年第 1565 號不純正不作為犯判決，月旦法學雜誌，63 期，2000 年 8 月，152-158 頁。
30. 林東茂，刑法體系對於集團犯罪的回應，臺灣法學會學報，18 期，1997 年 11 月，179-227 頁。
31. 林昱梅，德國營業法上之危害防止措施及行政救濟，逢甲人文社會學報，1 期，2000 年 11 月，293-324 頁。
32. 柯耀程，(白手套)的悲歌，月旦法學教室，16 期，2004 年 2 月，14-15 頁。
33. 柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析(上)(下)，月旦法學雜誌，80 期，2002 年 1 月，196-209 頁；81 期，2002 年 2 月，106-121 頁。
34. 柯耀程，刑法行為評價架構的演變及省思，中正大學法學集刊，1 期，1998 年 7 月，163-198 頁。
35. 城兆毅，臥底偵查與法治國原則—論法治國採行臥底偵查程序之可行途徑，月旦法學雜誌，33 期，1998 年 2 月，92-108 頁。
36. 洪福增譯，瀧川幸辰著，不作為之侵佔罪，收錄於：日本刑法判例評釋選集，漢林出版社，1977 年 6 月，49-51 頁。
37. 洪兆承，評保證人地位法理基礎之規範化，東吳法研論集，2 期，2006 年 4 月，257-291 頁。
38. 高金桂，侵佔罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，163 期，2008 年 12 月，18-32 頁。
39. 高金桂，有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合問題—以台灣高等法院 89 年度交上訴字第 8 號刑事判決為基礎，兼論刑法第 2 條之適用問題，月旦法學雜誌，121 期，2005 年 6 月，243-255 頁。
40. 張麗卿，客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響—兼評最高法院 96 年度臺上字第 5992 號判決，法學新論，13 期，2009 年 8 月，1-29 頁。
41. 張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究，29 期，2008 年 12 月，57-85 頁。
42. 張麗卿，無期待可能性，月旦法學教室，68 期，2008 年 6 月，18-19 頁。
43. 張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學教室(4)刑事法學篇，元照，2002 年 9 月，26-27 頁。(原刊：月旦法學雜誌，57 期，2000 年 2 月，8-9 頁)。
44. 陳志輝，肇事逃逸罪與遺棄罪之競合關係—簡評最高法院 93 年度台上字第 6513 號判決，台灣本土法學雜誌，70 期，2005 年 5 月，238-241 頁。
45. 陳志輝，義務犯，月旦法學教室，23 期，2004 年 9 月，34-38 頁。
46. 陳志輝譯，Bernd Schünemann 著，德國不作為犯法理的現況，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，春風煦日論壇，2006 年 12 月，629-668 頁。(原刊載於軍法專刊，(上) 49 卷 5 期，2003 年 5 月，1-13 頁；(下) 49 卷 6 期，2003 年 6 月，1-19 頁。)
47. 陳志龍，論正當防衛後之積極救助義務，月旦法學教室，11 期，2003 年 9 月，

20-21 頁。

48. 陳志龍，醫生對自殺者的保證人地位—探論行為歷程的轉換問題，月旦法學雜誌，72 期，2001 年 5 月，16-17 頁。
49. 陳志龍，故意不純正不作為未遂犯，萬國法律，106 期，1999 年 8 月，60-64 頁。
50. 陳志龍，論醫療過失的不純正不作為犯，律師雜誌，217 期，1997 年 10 月，85-88 頁。
51. 陳志龍譯，W. Hassemer 著，刑事程式中的法定性與便宜性，刑事法雜誌，40 卷 3 期，1996 年 6 月，80-97 頁。
52. 陳子平，危險駕駛動力交通工具罪與肇事逃逸罪，月旦法學教室，76 期，2009 年 2 月，24-36 頁。
53. 陳子平，醫師違反緊急救治義務之刑事責任—與日本法之比較，月旦法學雜誌，158 期，2008 年 7 月，134-139 頁。
54. 陳子平，刑法第一六五條湮滅被告證據罪，月旦法學教室，49 期，2006 年 11 月，16-17 頁。
55. 陳子平，緊急避難之本質，月旦法學雜誌，84 期，2002 年 5 月，16-17 頁。
56. 陳子平，打擊錯誤與過失共同正犯之關連性—肇事逃逸罪與不作為殺人罪、違背義務遺棄罪之關連性，臺灣本土法學，18 期，2001 年 1 月。
57. 陳子平，論過失共同正犯，東海大學法學研究，10 期，1996 年 3 月，143-175 頁。
58. 陳柏良，以比較法觀點論不純正不作為正犯與共犯之區分，軍法專刊，54 卷 3 期，2008 年 6 月，7-24 頁。
59. 陳運財譯，山中敬一著，日本過失犯理論之發展及其現代之課題—大規模事故及刑事責任，東海大學法學研究，10 期，1996 年 3 月，391-409 頁。
60. 陳瑞仁，如何由法制面提升警察辦案品質，刑事訴訟法改革對案系列研討會，月旦法學雜誌，56 期，2000 年 1 月，46-75 頁。
61. 黃惠婷，繼續犯之參與犯，月旦法學教室，81 期，2009 年 7 月，18-19 頁。
62. 黃惠婷，殺人罪的間接正犯或幫助自殺？，月旦法學教室，70 期，2008 年 8 月，12-13 頁。
63. 黃惠婷，侵佔罪之侵佔行為與客體，興大法學，2 期，2007 年 11 月，215-237 頁。
64. 黃惠婷，緊急避難，月旦法學教室，58 期，2007 年 8 月，16-17 頁。
65. 黃惠婷，湮滅刑事證據罪修法之芻議，月旦法學雜誌，158 期，2008 年 7 月，262-267 頁。
66. 黃惠婷，強制性的緊急避難—評最高法院九十四年台上字第二三二四號判決，月旦法學雜誌，133 期，2006 年 6 月，210-220 頁。
67. 黃惠婷，阻卻構成要件之同意，月旦法學教室，33 期，2005 年 6 月，124-125 頁。
68. 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，134-139

頁。

69. 黃惠婷，不純正不作為犯之「著手」，臺灣本土法學雜誌，65期，2004年12月，205-210頁。
70. 黃惠婷，幫助行為與因果關係，臺灣本土法學雜誌，12期，2000年7月，137-142頁。
71. 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，5期，2000年7月，23-39頁。
72. 黃惠婷，我國與德國刑法共犯理論的發展，刑事法雜誌，40卷3期，1996年6月，42-54頁。
73. 黃榮堅，衛爾康事件的基本刑法問題，收錄於：刑罰的極限，元照，1999年4月，59-79頁。
74. 黃榮堅，論保證人地位，收錄於：刑罰的極限，元照，1999年4月，21-56頁。
75. 黃榮堅，不作為犯與客觀歸責，收錄於：刑法問題與利益思考，月旦，1996年12月，141-160頁。
76. 許玉秀，公務員圖利罪——評釋南投地方法院檢察署86年偵字第6003號不起訴處分暨臺北地方法院87年度訴字629號判決，臺灣本土法學雜誌，3期，1999年8月，92-99頁。
77. 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，刑事法雜誌，42卷2期，1998年4月，31-78頁。
78. 許玉秀，最高法院78年臺上字第3693號判決的再檢討—前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，281-323頁。
79. 許玉秀，論西德刑法上保證人地位之實質化運動，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，325-377頁。
80. 許玉秀，前行為保證人類型的生存權—與加重結果犯的比較—，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，379-429頁。
81. 許澤天，義務衝突之研究—利益衝突與阻卻違法；期待可能與責任，刑事法雜誌，40卷3期，1996年6月，55-79頁。
82. 曹昌棋，員警不作為之職務犯罪初探：以員警不制止犯罪為中心，警專學報，4卷2期，2007年12月，33-45頁。
83. 曹昌棋，兒童虐待與不作為之參與犯，刑事法雜誌，51卷5期，2007年10月，93-114頁。
84. 楊寶宏、劉海，試論人民警察不作為，西南政法大學學報，5卷1期，2003年，90-93頁。
85. 曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，當代法學，2007卷6期，2007年6月，233-239頁。
86. 彭美英，由刑法阻卻違法之概念論「國家有錯誤特權」，臺北大學法學論叢，63期，2007年9月，81-126頁。

87. 趙晞華，論刑法廢弛職務釀成災害罪—以八掌溪案判決為例，收錄於：軍法變革與人權保障，2007年，300-324頁。
88. 蔡震榮、陳斐鈴，論警察裁量權，中央警察大學學報，46期，2009年6月，233-248頁。
89. 蔡震榮，不作為犯，中央警大法學論集，6期，2001年8月，405-423頁。
90. 蔡震榮譯，Edzard Schmidt Jortzig 著，警察對於刑罰追訴法定原則放棄的可能性，警學叢刊，20卷1期，1989年9月，136-144頁。
91. 蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，臺大法學論叢，37卷1期，2008年3月，165-223頁。
92. 蔡聖偉，不作為犯：第二講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學教室，（一）51期，2006年12月，47-57頁；（二）53期，2007年2月，57-67頁。
93. 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，2006年12月，141-170頁。
94. 蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，台灣本土法學雜誌，84期，2006年7月，123-125頁。
95. 蔡蕙芳，P2P網站經營者之作為幫助犯責任與中性業務行為理論之適用，東吳法律學報，18卷1期，2006年8月，61-90頁。
96. 蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討—評大法官會議第四六九號解釋，台灣本土法學雜誌，1期，1999年4月，51-63頁。
97. 蔡墩銘，刑求之調查，收錄於：月旦法學教室（4）刑事法學篇，月旦法學雜誌別冊，元照，2002年3月，251頁。
98. 蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，法令月刊，41卷10期，1990年10月，137-139頁。
99. 鄧學仁，警察處理暴力介入民事案件之研究，收錄於：2008年度警察執法專題研究年報，內政部警政署編，2008年12月，1-51頁。
100. 劉幸義，不純正不作為犯的防止結果義務，台灣本土法學雜誌，40期，2002年11月，137-140頁。
101. 鄭善印、陳正資，警察職務協助及執行協助之現況與解決之道，收錄於：2008年度警察執法專題研究年報，內政部警政署編，2008年12月，267-308頁。
102. 鄭善印，教唆犯之成立及其從屬性與獨立性之研究，收錄於：刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，319-337頁。
103. 鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，月旦法學教室，94期，2003年3月，58-68頁。
104. 鄭善印，違背義務遺棄罪與肇事逃逸罪之研究，收錄於：刑事法學之理想與探索（二），甘添貴教授祝壽論文集，2002年3月，143-176頁。
105. 鄭善印，日本員警偵查犯罪職權法制之探討，刑事法雜誌，45卷6期，2001年12月，1-54頁。
106. 鄭逸哲，剖析「不純正不作為業務過失犯構成要件」—評台中地院89年度易字

第 2831 號判決和台中高分院 90 年度上易字第 548 號判決，月旦法學雜誌，158 期，2008 年 7 月，281-294 頁。

107. 鄭逸哲，駕車肇事逃逸構成要件乃純粹處罰不服從的隱性不作為構成要件——評析嘉義地院 91 年交訴字第 3 號判決和高等法院台南分院 91 年度交上訴字第 954 號判決，月旦法學雜誌，129 期，2006 年 2 月，205-217 頁。

108. 鄭逸哲，侵佔構成要件乃純正不作為身分犯構成要件——評台灣高等法院九十二年度上易字第二七〇五號判決，月旦法學雜誌，112 期，2004 年 9 月，223-233 頁。

109. 盧映潔，飲酒之「罪」，月旦法學教室，65 期，2008 年 3 月，12-13 頁。

110. 盧映潔，目擊與逃逸，月旦法學教室，45 期，2006 年 6 月，24-25 頁。

111. 盧映潔，論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護——兼評最高法院 92 年度臺上字第 5372 號、92 年度臺上字第 4552 號刑事判決，月旦法學雜誌，112 期，2004 年 4 月，234--245 頁。

102. 盧映潔，不作為犯之保證人地位，臺灣本土法學雜誌，34 期，2002 年 5 月，133-137 頁。

103. 盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性，中正大學法學集刊，6 期，2002 年 1 月，3-32 頁。

104. 盧映潔，論危險前行為的成立要件，月旦法學雜誌，78 期，2001 年 11 月，111-123 頁。

105. 謝碩駿，員警職權行使法第二八條第一項作為員警法上之概括條款，法學新論，6 期，2009 年 1 月，35-74 頁。

106. 謝榮堂、周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊，55 卷 3 期，2009 年 6 月，45-71 頁。

(三) 中文學位論文 (以年度順序排列)

1. 楊明輝，警察職務犯罪預防機制之研究，台北大學犯罪學研究所，2006 年碩士論文。

2. 林榮第，傳染病防治與相關刑事法律問題之探討，東吳大學法律研究所，2006 年碩士論文。

3. 蕭景徽，臺中縣警察局獎懲制度與員警效能關係之研究，逢甲大學公共政策研究所，2006 年碩士論文。

4. 黃啟賓，警察職務犯罪之研究，中央警察大學犯罪防治研究所，2005 年博士論文。

5. 王宗倫，論民眾不為醫療上急難救助之刑事責任，東吳大學法律學系，2005 年碩士論文。

6. 蔡奇曉，逾越刑法正當性事由之法律效果檢討，中正大學法律學系，2005 年碩士論文。

7. 顏瑞成，肇事逃逸罪之研究，台北大學法律研究所，2005 年碩士論文。

8. 陳慶順，警察人員獎懲法制之研究，中央警察大學警政研究所，2005 年碩士論文。

9. 林萍章，論醫療過失與刑事裁判，東吳大學法律研究所，2004 年碩士論文。

10. 葉文正，醫師不作為醫療的刑法問題，成功大學法律學研究所，2004年碩士論文。
11. 蔡志宏，刑法上義務衝突之研究，台北大學法律研究所，2002年碩士論文。
12. 謝涵機，我國現行警察人員獎懲制度之研究，台北大學公共行政暨政策研究所，2002年碩士論文。
13. 李昂杰，保證人地位，成功大學法律研究所，2001年碩士論文。
14. 何靜宜，瑕疵產品製造人之刑事責任，政治大學法律研究所，2001年碩士論文。
15. 蔡建興，論駕車肇事逃逸行為之可罰性，政治大學法律研究所，2000年碩士論文。
16. 何靜宜，瑕疵產品製造人之刑事責任，政治大學法律研究所，2000年碩士論文。
17. 劉維倫，論不作為詐欺，輔仁大學法律研究所，1999年碩士論文。
18. 王怡今，廢弛職務釀成災害罪之研究，輔仁大學法律研究所，1995年碩士論文。
19. 徐偉群，不作為犯之共犯型態，輔仁大學法律研究所，1994年碩士論文。
20. 鄭惠心，我國公務員懲戒權與考績權之研究—兼論警察人員之懲戒權與考績權，中央警察大學警政研究所，1992年碩士論文。
21. 邱子珍，我國警察人員對現行考核制度滿意程度之調查研究—以台北市政府警察局為實証單位，中央警察大學警政研究所，1990年碩士論文。
22. 蔡春富，從國家賠償法論警察不作為之違法性，中央警察大學警政研究所，1989年碩士論文。
23. 王偉益，我國現行警察人員獎懲問題之調查研究，中央警察大學警政研究所，1989年碩士論文。
24. 王寬弘，論警察之國家賠償責任，中央警察大學警政研究所，1988年碩士論文。

二、日文書籍部分

(一) 書籍(依漢字筆劃排序)

1. 大谷實，新版刑法總論講義，成文堂，追補版，2004年。
2. 大谷實，刑法講義各論，成文堂，2版，2002年。
3. 大塚仁，刑法概說(總論)，有斐閣，3版，2005年。
4. 大塚仁，刑法概說(各論)，有斐閣，3版，2002年。
5. 山口厚，刑法總論，有斐閣，2版，2008年。
6. 山口厚，問題探求刑法總論，有斐閣，2000年。
7. 山中敬一，刑法總論，成文堂，2版，2008年。
8. 日高義博，不真正不作為犯の理論，慶應通信，2版，1983年。
9. 內田文昭，刑法概要中卷(犯罪論2)，青林書院，1999年。
10. 內田文昭，刑法概要上卷(基礎理論、犯罪論1)，青林書院，1995年。
11. 平山幹子，不作為犯と正犯原理，成文堂，2005年。
12. 田村正博，警察行政法解說，東京法令社，4版，2001年。
13. 田宮裕、板倉宏，刑法各論，北樹出版，改訂版，2003年4月。
14. 西田典之等編，刑法判例百選I(總論)，有斐閣，6版，2008年。

15. 佐久間修，刑法講義（總論），成文堂，1997年。
16. 林幹人，刑法總論，東大出版社，2000年。
17. 林幹人，刑法の基礎理論，東大出版社，1995年。
18. 松宮孝明，刑事立法と犯罪體系，成文堂，2003年。
19. 岡本勝，犯罪論と刑法思想，信山社，2000年。
20. 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，成文堂，1994年。
21. 前田雅英，刑法總論講義，東大出版社，4版，2006年。
22. 宮田三郎，警察法，信山社，2002年。
23. 島田聰一郎，正犯・共犯の基礎理論，東大出版社，2002年。
24. 堀内捷三，刑法總論，有斐閣，2003年。
25. 堀内捷三，不作為犯論，青林書院，1973年。
26. 淺田和茂、齊藤豐治、松宮孝明、佐久間修、山中敬一等共著，刑法總論改訂版，青林書院，1997年。
27. 曾根威彦，刑法の重要問題（總論），成文堂，2版，2005年。
28. 諸澤英道，被害者學入門，（東京）成文堂，1992年。

（二）期刊論文（依漢字筆劃排序）

1. 十河太朗，自己の刑事事件に関する証拠偽造を他人に依頼した行為と証拠偽造教唆罪の成否，同志社法学，60卷8期，2009年3月，425-442頁。
2. 十河太朗，不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界，57卷6期，山中俊夫教授古稀記念論集，2006年2月，287-328頁。
3. 十河太朗，不真正不作為犯の実行行為性について，同志社法学，304期（56卷6期），大谷實教授古稀記念論集，2005年3月，707-740頁。
4. 十河太朗，内容虚偽の供述調書と証拠偽造罪，同志社法學，49卷2期，1998年2月，28-56頁。
5. 三宅雄彦，保障国家と公法理論：ドイツ規制緩和における国家任務の位置，埼玉大学社会科学論集，126期，2009年3月，31-65頁。
6. 小林伸一，アメリカにおける憲法上の「政府に対し保護を請求する権利」と「政府の保護義務」をめぐる論議，（日本法政学会）法政論叢，34期，1998年5月，102-117頁。
7. 小田直樹，不作為犯と正犯原理，刑法雜誌，44卷2期，2005年2月，257-260頁。
8. 山中敬一，不作為犯と作為犯の共犯關係，關西大學法學論集，58卷4期，2008年11月，457-478頁。
9. 山中敬一，不作為犯と作為犯の共犯關係，收錄於：刑與思—林山田教授紀念論文集，2008年11月，77-91頁。
10. 山中敬一，不作為による殺人，關西大學法學論集，56卷1期，2006年6月，34-134頁。

11. 山中敬一，不作為による幫助，收錄於渥美東洋等編：刑事法学の現実と展開，齊藤誠二先生古稀記念，信山社，2003年6月，331-362頁。
12. 山中敬一，刑法における義務衝突について，收錄於刑事法學之理想與探索（第一卷），甘添貴教授六秩祝壽論文集—學林，2003年3月，153-187頁。
13. 山中敬一，不作為犯論の体系的再構成，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，91-106頁。
14. 山崎栄一，日本における防災政策と基本権保護義務，大分大学福祉社会科学研究所紀要，4期，2005年12月，49-64頁。
15. 山口厚，不作為による殺人罪，法学教室，302期，2005年11月，98-104頁。
16. 山口厚，不作為犯論，法学教室，177期，1995年6月，61-67頁。
17. 山本紘之，作為と不作為の區別について—過失犯における區別を主眼としてと—，法學新論，113卷3.4期，2007年1月，515-542頁。
18. 丸山雅夫，監督過失（2），收錄於西田典之等編：刑法判例百選 I（總論），（東京）有斐閣，6版，2008年2月，118-119頁。
19. 丸山雅夫，作為犯と不作為犯，法学教室，137期，1992年2月，14頁。
20. 川端博，不真正不作為犯論（1）（2.完），現代刑事法，（1）5卷7期，2003年7月，81-88頁；（2.完）5卷10期，2003年10月，80-84頁。
21. 川口浩一，不作為犯の「因果關係」と客觀的歸屬，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，116-131頁。
22. 大塚裕史，不作為による幫助，收錄於西田典之等編：刑法判例百選 I（總論），有斐閣，6版，2008年2月，172-173頁。
23. 大塚裕史，管理監督過失，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点（第3版），ジュリスト増刊，2000年11月，80-81頁。
24. 内田文昭，不真正不作為犯における正犯と共犯，神奈川法學，34卷3期，2001年7月，637-723頁。
25. 内海朋子，不作為の幫助をめぐる問題について，（日本慶應義塾大学）法学政治学論究，56期，2003年3月，1-29頁。
26. 中川正浩，警察法2条の行為規範性、當為性、裁判規範性，警察学論集，60卷9期，2007年9月，103-124頁。
27. 山本光英，斡旋収賄罪についての一考察（一），山口經濟學雜誌，52卷3期，2004年3月，307-322頁。
28. 中森喜彦，賄賂の対象としての公務員の不作為，法學論叢，田中成明教授還曆祝賀記念号，156卷5.6期，2005年3月，59-67頁。
29. 中森喜彦，不作為犯論をめぐる諸問題：保障者說—その推移と意義—，現代刑事法，4卷9期，2002年9月，4-7頁。
30. 中村芳生，いわゆる「不作為の職務関連性」についての最高裁決定（リクルート事件文部省ルート）—最高裁（2小）平成14.10.22決定，法律のひろば，56卷4期，2003年4月，69-77頁。

31. 日高義博，管理・監督過失と不作為犯論，過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年6月，139-156頁。
32. 日高義博，不作為による幫助犯の成立を否定した事例—東京高判平11年1月29日（判時1683号153頁），現代刑事法，2巻11期，2000年11月，83頁。
33. 丹羽正夫，日本における薬害エイズ—厚生省職員の刑事責任をめぐる問題を中心に（現代犯罪の諸相），（新潟大学）法政理論，30巻3期，1998年3月，281-306頁。
34. 井上宜裕譯，Walter Gropp 著，『義務衝突』：義務の衝突もなければ、衝突状態にある義務もない，立命館法学，273期，2000年5月，564-589頁
35. 井上宜裕譯，Ulfrid Neumann，「救助利益の衝突という正当化事由——正当化的『義務衝突』の要素としての権利，義務及び利益」，立命館法学，307期，2006年，312-921頁。
36. 井田良，不作為犯と未遂論・共犯論，現代刑事法，5巻5期，2003年5月，99-105頁。
37. 天野淑子譯，Jeffrey S. Lubbers 著，アメリカにおける行政活動と司法審査，奈良法学会雑誌，17巻1・2期，2004年9月，115-133頁。
38. 北川佳世子，製造物責任をめぐる刑法上の問題点，早稻田法学，71巻2期，1996年2月，171-229頁。
39. 甲斐克則，公務員の不作為と刑事責任——薬害エイズ事件厚生省ルート最高裁決定——最二小決平成20・3・3，ジュリスト，1387期，2009年10月，181-186頁。
40. 甲斐克則，欠陥品の製造・販賣と刑事過失，過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第1巻），成文堂，2006年06月，157-180頁。
41. 甲斐克則，薬害と製薬会社幹部の刑事責任—薬害エイズ事件ミドリ十字ルート判決に寄せて，廣島法學，27巻2期，2003年11月，239-254頁。
42. 甲斐克則，薬害と医師の刑事責任—薬害エイズ事件帝京大ルート第一審無罪判決に寄せて—，廣島法學，25巻2期，2001年11月，69-90頁。
43. 田坂晶，重篤な患者への治療の中止と殺人罪の成否，同志社法学，60巻8期，2009年3月，443-頁。
44. 平山幹子，不作為の因果關係，収録於西田典之等編：刑法判例百選I（總論）（東京）有斐閣，6版，2008年2月，10-11頁。
45. 平山幹子，不作為犯と正犯原理，刑法雑誌，46巻3期，2007年4月，331-346頁。
46. 生田勝義，不作為による放火，現代刑事法，5巻7期，2003年7月，49-58頁。
47. 生田勝義，影響力の濫用とあっせん収賄罪，現代刑事法，39期，2002年7月，36-37頁。
48. 永井敏雄、伊藤雅人，中央省庁の幹部職員の不作為について収賄罪における職務関連性が認められた事例—（最高裁判所判例解説—平成14.10.22,2小決）。

- 法曹時報，57 卷 4 期，2005 年 4 月，356-369 頁。
49. 立石二六，期待可能性，収録於：西田典之、山口厚、佐伯仁志編，刑法判例百選 I（第 6 版），別冊ジュリスト，189 期，有斐閣，2008 年 5 月，124-125 頁。
50. 甘利航司，過失犯の共同正犯についての一考察，一橋論叢，134 卷 1 期，2005 年 7 月，22-40 頁。
51. 伊東研祐，不作為犯構成要件の特殊性とその要素の捉え方—特に不真正不作為犯について，法学セミナー，608 期，2005 年 8 月，112-116 頁。
52. 伊藤司，捜査段階における参考人の隠匿と証拠隠滅罪の成立，松尾浩也、芝原邦爾、西田典之等編，刑法判例百選 II（各論，第 4 版），別冊ジュリスト，143 期，（東京）有斐閣，1997 年 5 月，228-229 頁。
53. 西田典之，不作為による共犯，法學協會雜誌，122 卷 4 期，2005 年 4 月，417-441 頁。
54. 竹村和也，救助義務と悪しきサマリア人（Samaritan）の法，同志社法學，51 卷 3 期，1999 年 9 月，52-93 頁。
55. 吉田敏雄，不作為犯の體系と構造（一）-（四），北海学園大学法学研究，44 卷 1 期，2008 年 9 月，1-30 頁；（二）44 卷 2 期，2008 年 12 月，233-251 頁；（三）44 卷 3/4 期，2009 年 3 月，441-466 頁；（四）45 卷 1 期，2009 年 6 月，87-117 頁。
56. 佐伯仁志，不作為犯論，法学教室，288 期，2004 年 9 月，54-62 頁。
57. 佐伯仁志，保障人的地位の発生根拠について，内藤謙等編：刑事法学の課題と展望，香川達夫博士古稀祝賀，1996 年 10 月，95-119 頁。
58. 佐久間修，実行行為とその共同について—不真正不作為犯、間接正犯及び共同正犯の一断面，現代刑事法，5 卷 12 期，2003 年 12 月，81-89 頁。
59. 佐久間修，管理・監督過失と過失犯の理論，現代刑事法，4 卷 6 期，2002 年 6 月，12-18 頁。
60. 戒能民江，警察の介入姿勢の「変化」と「法は家庭に入らず」の維持，法学セミナー，550 期，2000 年 10 月，56-57 頁。
61. 林幹人，国家公務員の刑法上の作為義務，法曹時報，60 卷 7 期，2008 年 7 月，2099-2112 頁。
62. 林幹人，共犯と作為義務—最高裁平成 17 年 7 月 4 日決定を契機として—，上智法學論集，49 卷 3・4 期，2006 年 3 月，49-61 頁。
63. 林幹人，不作為による共犯，渥美東洋等編：刑事法学の現実と展開，齊藤誠二先生古稀記念，信山社，2003 年 6 月，317-330 頁。
64. 林幹人，国家公務員の作為義務，現代刑事法，4 卷 9 期，2002 年 9 月，20-25 頁。
65. 林弘正，児童虐待と不作為犯論，現代刑事法，4 卷 9 期，2002 年 9 月，32-38 頁。
66. 林弘正，児童虐待防止法，法學教室，255 期，2001 年 11 月，73-79 頁。

67. 松尾誠紀，作為犯に対して介在する不作為犯（1-6・完），北大法学論集，(1) 56 卷 5 期，2006 年 1 月，1-24 頁；(2) 56 卷 6 期，2006 年 3 月，51-101 頁；(3) 57 卷 1 期，2006 年 5 月，179-226 頁；(4) 57 卷 2 期，2006 年 7 月，171-187 頁；(5) 57 卷 4 期，2006 年 11 月，85-145 頁；(6・完) 58 卷 4 期，2007 年 11 月，1-34 頁。
68. 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 期，2003 年 3 月，159-222 頁。
69. 松宮孝明，犯罪体系論再考，立命館法学，316 期，2007 年，318-344 頁。
70. 松宮孝明，「不真正不作為犯」って何？，現代刑事法，6 卷 12 期（總 68 期），2004 年 12 月，110-118 頁。
71. 松宮孝明，不作為犯，刑法雜誌，41 卷 2 期，2002 年 2 月，269-272 頁。
72. 松宮孝明，不作為犯と因果關係論，現代刑事法，4 卷 9 期，2002 年 9 月，8-13 頁。
73. 松宮孝明、平山幹子譯，Günther Jakobs 著，刑法における作為と不作為，立命館法學，268 期，1999 年 6 月，256-275 頁。
74. 松宮孝明，「不真正不作為犯」について，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998 年 3 月，159-181 頁。
75. 松宮孝明，不作為犯と共犯，收錄於：レヴィジョン刑法 I — 共犯論，（東京）成文堂，1997 年 11 月，186-193 頁。
76. 松宮孝明，「保障人」説について，刑法雜誌，36 卷 1 期，1996 年 8 月，165-177 頁。
77. 松生光正，不作為による幫助—犯罪防止義務を否定した事例—東京高判平成 11・1・29 判決，法学教室，234 期別冊附録，2000 年 3 月，30 頁。
78. 松生光正，不作為による幫助—作為と同視し得ないとされた事例—釧路地判平成 11・2・12 判決，法学教室，234 期別冊附録，2000 年 3 月，31 頁。
79. 松生光正，不作為による関与と犯罪阻止義務，刑法雜誌，36 卷 1 期，1996 年 8 月，91-106 頁。
80. 松原芳博，不作為犯，法学セミナー，658 期，2009 年 10 月，94-99 頁。
81. 垣口克彦譯，Hoyer 著，指示關係内部における刑事責任，收錄於 Knut Amelung 編著，山中敬一監譯，組織内犯罪と個人の刑事責任，東京：成文堂，2002 年 12 月，218-249 頁。
82. 岩間康夫，夫婦間の保障人的義務—特に婚姻が破綻した場合における限界—，過失犯論・不作為犯論・共犯論，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006 年 06 月，309-332 頁。
83. 岩間康夫，製造物責任と不作為犯論，現代刑事法，4 卷 9 期，2002 年 9 月，26-31 頁。
84. 岩間康夫，参考人の虚偽供述と証拠偽造罪，松尾浩也、芝原邦爾、西田典之等編，刑法判例百選Ⅱ（各論，第 4 版），別冊ジュリスト，143 期，（東京）有斐閣，

1997年5月，230-231頁。

85. 岩間康夫，同価値性論（特集 不作為犯論の再構成），刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，107-115頁。

86. 武藤真朗，生命維持装置の取り外し—わが国の學說の分析，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，361-383頁。

87. 岡本勝，不真正不作為犯における構成要件と違法 収録於：犯罪論と刑法思想，信山社，2000年7月，99-143頁。

88. 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期，2003年11月，43-97頁。

89. 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期，2003年9月，45-51頁。

90. 神山敏雄，不作為による殺人共同正犯に対する幫助—名古屋地判平9・3・5判時1611・153—，現代刑事法，1卷第5期，1999年9月，73-78頁。

91. 神山敏雄，保障人義務の理論的根拠 収録於齊藤誠二等編：変動期の刑事法學，森下忠先生古稀祝賀（上卷），成文堂，1995年7月，187-218頁。

92. 神例康博，捜査段階における参考人の隠匿と証拠隠滅罪の成立，西田典之、山口厚、佐伯仁志等編，刑法判例百選Ⅱ（各論，第6版），別冊ジュリスト，190期，（東京）有斐閣，2008年3月，254-255頁。

93. 神例康博譯，Lothar Kuhlen 著，刑法の未來，鹿兒島大學法學論集，40卷2期，2006年3月，147-153頁。

94. 神例康博譯，Lothar Kuhlen 著，ロタクレン刑法上の製造物責任の必要性和限界，松山大学論集，14卷5期，2002年12月，79-105頁。

95. 星周一郎，警察官の職務権限：最決平成17年3月11日（刑集59卷2号1頁），信州大学法学論集，8期，2007年3月，155-164頁。

96. 前田雅英，不作為犯論の現況，法学教室，133期，1991年10月，48-52頁。

柏葉武秀，ミスコンダクトと内部告発，哲学年報，55期，2008年7月，23-31頁。

97. 島田聡一郎，国家賠償と過失犯—道路等管理担当公務員の罪責を中心として—，上智法學論集，48卷1期，2004年8月，1-56頁。

98. 島田聡一郎，不作為による共犯について（1），立教法学，64期，2003年12月，1-79頁；（2完），65期，2004年3月，218-316頁。

99. 島田聡一郎，不作為犯論，法学教室，263期，2002年8月，113頁。

100. 島田茂，ドイツ警察法における「犯罪の予防的制圧」の任務と権限，甲南法学，47卷1期，2006年9月，53-98頁。

101. 酒井安行，「不真正不作為犯」のいわゆる因果論的構成の可能性と限界，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，133至157頁。

102. 酒井安行譯，西原春夫監譯，Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend 著，ドイツ刑法總論（第五版），（東京）成文堂，1999年4月，491-492頁

103. 堀内捷三，先行行為，収録於西田典之等編：判例によるドイツ刑法（總論），

良書普及會，1987年4月，27-31頁。

104. 堀内捷三，緊密な生活共同体概念，收錄於西田典之等編：判例によるドイツ刑法（總論），良書普及會，1987年4月，31-36頁。

105. 常岡孝好，行政の不作为による刑事責任—行政法学からの一考察，ジュリスト，1216期，2002年2月，19-27頁。

106. 船山泰範，監督過失(1)，收錄於西田典之等編：刑法判例百選I（總論），（東京）有斐閣，6版，2008年2月，116-117頁。

107. 船山泰範，薬害エイズと過失犯，現代刑事法，4卷6期，2002年6月，19-38頁。

108. 船山泰範，期待可能性，收錄於：西田典之、山口厚編，刑法の争点（第3版），ジュリスト増刊，2000年11月，86-87頁。

109. 飯島暢，参考人の虚偽供述と証拠偽造罪，西田典之、山口厚、佐伯仁志等編，刑法判例百選II（各論，第6版），別冊ジュリスト，190期，（東京）有斐閣，2008年3月，254-255頁。

110. 渡邊卓也，電腦空間における接続業者の不作为と刑事的帰責，早稲田法学2002年，241-254頁。

111. 曾根威彦，交通事犯與不作为犯，月旦法學雜誌，151期，2007年12月，140-146頁。

112. 曾根威彦，不作为犯と共同正犯，『過失犯論・不作为犯論・共犯論』，神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，2006年06月，405-422頁。

113. 曾根威彦，児童虐待と刑法理論—不作为犯における共犯を中心として—，現代刑事法，6卷9期，2004年9月，69-75頁。

114. 曾根威彦，交通事犯と不作为犯，現代刑事法，4卷9期，2002年9月，14-19頁。

115. 清水晴生，具体的事実の錯誤・親族相盗例・不作为による関与と作為義務，白鷗法學，14卷1期，2007年5月，199-241頁。

116. 勝亦藤彦，作為義務と作為義務の衝突における独自性について—「作為義務と作為義務の衝突」と「作為義務と不作为義務の衝突」の關係，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一卷），成文堂，1998年3月，339-360頁。

117. 須之内克彦，中央省庁の幹部職員の不作为について収賄罪における職務関連性が認められた事例—リクルート事件文部省ルート上告審決定—最二小決平成14.10.22刑集56・8・690、判時1805・153、判タ1108・160，現代刑事法，5卷12期（總56期），2003年12月，70-75頁。

118. 奥村正雄，賄賂罪における「職務行為」の意義，月刊法学教室，215期，1998年8月，44-46頁。

119. 葛原力三，不真正不作为犯の構造の規範論的説明の試み—ドイツにおける最近の理論的動向 Freund 及び Vogel の見解を中心に，刑法雜誌，36卷1期，1996年8月，132-141頁。

120. 塩見淳，不作為による殺人罪が認められた事例——シャクティ治療殺人事件，ジュリスト，1313期，2006年6月，160-162頁。
121. 塩見淳，公務員の瑕疵ある職務行為と刑事責任，現代刑事法，6巻3期，2004年3月，69-76頁。
122. 塩見淳，不作為犯の不能未遂，法學論叢，148巻3・4期，2000年，277-294頁。
123. 塩見淳，不作為犯論，収録於：西田典之、山口厚編，刑法の争点（第3版），ジュリスト増刊，2000年11月，18-19頁。
124. 新藤宗幸，行政責任と刑事責任：HIV訴訟・松村ルートに関連して，立教法学，52期，1999年3月，16-43頁。
125. 福田平、大塚仁，最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・下)，現代刑事法，6巻9期，2004年9月，69-75頁。
126. 増淵隆史，道徳的義務としての内部告発とその限界，(北海道大学哲学会)哲学，41期，2005年7月，79-101頁。
127. 橋本正博，不作為犯と共犯，収録於：西田典之、山口厚編，刑法の争点（第3版），ジュリスト増刊，2000年11月，118-119頁。
128. 齊藤彰子，公務員の職務違反の不作為と刑事責任，刑法雑誌，47巻2期，2008年2月，50-63頁。
129. 齊藤彰子，公務員の職務違反の不作為と刑事責任，金沢法学，49巻1期，2006年11月，45-123頁。
130. 齊藤彰子，進言義務と刑事責任，金沢法学，44巻2期，2002年3月，133-171頁。
131. 齊藤彰子，不作為の共同正犯（一・二完），法学論叢，(一)147巻6期，2000年9月，102-121頁；(二完)，149巻5期，2001年8月，25-45頁。
132. 齊藤信治，不真正不作為犯と作為義務の統一的根拠その他，(日本中央大学)法学新報，112巻11・12期，2006年11月，245-313頁。
133. 橋爪隆，監督過失(3)，収録於西田典之等編：刑法判例百選I（總論），有斐閣，6版，2008年2月，120-121頁。
134. 鎮目征樹，刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開，本郷法政紀要（東京大学），8期，1999年，343-381頁。