

刑事不純正不作為過失傷害案件之保證人地位探討

朱政龍

一、案例事實

臺灣臺北地方檢察署於 2018 年 7 月，有針對一對夫婦帶著一雙幼子逛街時，小孩在店內嬉鬧，不慎撞到兒童積木區旁的木製平台，造成額頭撕裂傷。事後夫婦控告該店的負責人及店長涉嫌業務過失傷害罪，但該署認定小孩因打鬧奔跑脫離父母視線而跌倒受傷，與賣場有無擺設警語等保護措施無相當因果關係，因此依刑事訴訟法第 252 條規定予以不起訴處分。臺北地檢署指出，2018 年 7 月轄區內有夫婦帶兩名兒子逛街，全家搭乘電扶梯上樓，孩子們抵達後立刻跑向兒童遊戲區，卻不慎撞到兒童積木區旁的木製平台。夫婦認為負責人及店長在兒童積木區旁設置木製平台，卻沒在平台裝設防撞材質或其他保護措施，也沒張貼警語，害小孩撞上受傷，涉嫌業務過失傷害罪。按從事業務者，因業務上過失傷害人者，依行為時刑法第 284 條規定，可處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。臺北地檢署偵查後認為，業者在該處設置的兒童休憩區，只提供靜態的積木遊戲，沒有動態活動，而該處是提供步行參觀、試穿、結帳的賣場空間，孩子因打鬧奔跑、脫離父母視線範圍而跌倒受傷，與

賣場有無擺設警語、木製平台旁有無裝設防撞材質等保護措施無相當因果關係。臺北地檢署表示，夫婦的指訴已逾越負責人及店長就展場設置的注意義務範圍，兩人並無過失。此外，也查無其他積極證據認定兩人有何犯行，因此依刑事訴訟法第 252 條規定，對負責人及店長予以不起訴處分。(改編自法源編輯室 2019.07.30 新聞)(類似案例可參照臺灣臺北地方法院 104 年度易字第 986 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 1154 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 462 號刑事判決)

二、純正不作為犯與不純正不作為犯

作為與不作為是兩個相對的概念，作為指積極地行動已完成犯罪構成要件的事實，例如刑法第 271 條第 1 項的殺人罪，犯罪行為人必須積極的有殺人的作為，才有可能構成犯罪；不作為係指犯罪行為人違反法律上期待其應作為而卻不作為，導致最後法益被侵害之結果事實發生。

刑法上大多數的罪名都是以積極的作為犯居多，而以不作為的方式構成犯

罪行為構成要件的不作為犯，學理上又可區分為純正的不作為犯與不純正的不作為犯兩種。

所謂的純正不作為犯，係指法條對於犯罪構成要件的描述，本質上就僅能以不作為的方式來完成者。例如刑法第149條的聚眾不解散罪，聚眾行為本身雖然是一種積極的作為，但刑法要處罰的是「已受該管公務員解散命令三次以上而不解散」的行為，所以是一種純正的不作為犯。

另外還有例如，刑法第294條的違背義務遺棄罪：「對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處六月以上、五年以下有期徒刑。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。」這裡的第二項因違背義務之遺棄行為致人於死，與不作為殺人（不純正不作為犯）的區別，在於前者行為人主觀上是本於違背義務之遺棄故意，但造成致人於死的加重結果而已；而後者是本於殺人的故意而不作為（例如救生員見妻子的情夫溺水，本於殺人故意不予救援）。

所謂的不純正不作為犯，則是指此類犯罪雖然通常是經由「作為」來實現，但是在某些情況下，持續的「不作為」也將導致同樣的法益侵害結果發生。法

律因此期待具備某些特定條件的行為人在這個時候必須相對採取積極作為的義務，以避免犯罪結果發生，例如上述的殺人罪，一般都是由積極的殺人「作為」造成，不過假設例如負責照顧幼童的人故意不讓幼童進食，造成幼童餓死，則這種「不作為」就會構成殺人罪的不純正不作為犯。

三、刑法上過失傷害罪之除罪化芻議

刑法第284條規定：「因過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金；致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。」立法院並於2019年5月29日三讀通過刑法修正案，刪除同條第2項的業務過失傷害罪（同時也刪除刑法第276條第2項的業務過失致死罪），其修正理由謂「對防免發生死亡或傷害結果之注意義務與程度，從事業務之人與非從事業務之人皆相同，基於刑罰平等原則，刪除業務過失相關罪名之規定，並提高普通過失相關罪名之法定刑。」

按刑法所謂之業務，係指以反覆實施同種類之行為為目的之社會活動，且一人不以一種業務為限，如一人同時兼有二種或二種以上之業務，在某一種業務上有過失，仍應負業務上之過失責任（最高法院69年台上字第4047號刑事判例要旨參照）過往法律上對於從事

「業務」(「業務」為罪責要件)之人，係考慮業務行為之危險性及發生實害頻率，高於一般過失行為，且其後果亦較嚴重；又從事業務之人對於一定危險之認識能力較一般人為強，其避免發生一定危險之期待可能性亦較常人為高，故其違反注意義務之可責性自亦較重。因此就業務過失造成之死傷結果，應較一般過失行為負較重之刑事責任。惟學說認為從事業務之人因過失行為而造成之法益損害未必較一般人為大，對其課以較高之注意義務，有違平等原則，又難以說明何以從事業務之人有較高之避免發生危險之期待。此外，司法實務適用之結果，過於擴張業務之範圍，已逾越立法目的。故以提高法定刑之方式，讓法官得依具體個案違反注意義務之情節，量處適當之刑，已足資適用，爰刪除原關於業務過失致死傷之規定。(引用自法務部網站)

由於普通傷害罪本身的法條構成要件僅有「因過失傷害人者」幾個字，除致成「重傷」(刑法第10條第4項有定義)之外，並未區分傷害的嚴重程度，事實上，其法條構成要件以刑事法律的罪法定原則審視，構成犯罪的門檻非常低，其實有欠明確。人們日常生活的閃失並不是那麼容易避免，由於多數人都很難保證自己一輩子不會因為一個疏忽造成他人傷害，因此，普通過失致傷害罪使社會中相當多數的人每天都曝露在成為罪犯的風險當中；對普通過失傷

害的加害人而言，刑事處罰將構成一生的犯罪紀錄，僅因一個閃失而要付出一生的前科污名，乃至未來在求職、出國，以及其他社會往來遭受阻礙的代價，實為難以承受之重。

一般普通過失傷害案件，以車禍為例，大多數駕駛人肇事均非惡意為之，且大多數情形雙方均有過失，但肇責較多的一方常遭遇被害者「以刑逼民」的方式，被獅子大開口索賠不合理的賠償金額，需背負非常大的財務賠償金錢壓力與刑事前科的污名，往往被脅迫於不合理的條件下和解。因此建議普通過失傷害案件應加以除罪化，回歸民事損害賠償審理。

在制度上將「普通過失致傷害罪」除罪化，讓當事人與司法聚焦在「損害如何填補」，不但能大幅緩解許多高風險職業者所遭受的威脅，同時也普遍地緩解個人、社會、各種職業分工、司法與國家資源的無謂消耗。「普通過失致傷害罪除罪化」應該是司法改革應該考慮的一個解決方案。「普通過失」除罪化，並不是主張過失全部除罪。它僅僅是指將「普通過失」除罪，把刑罰限用在「重大過失」和「故意」的情況。同時，它也不是主張普通過失「完全沒有法律責任」，而是主張應該聚焦在民事責任來處理。(引用自：微罪除罪化作為司法減量的方法：妨害名譽、通姦與過失致傷害，徐偉群／中原大學法學

院財經法律學系副教授、司改會常務執行委員，財團法人民間司法改革基金會，<https://www.jrf.org.tw/articles/1267>)

四、不純正不作為過失傷害之保證人地位與注意義務之區辨

不純正不作為犯的處罰基礎，在於現實中，雖然我們總是希望有人見義勇為，但此種道德層次的盼望，並不能且不應轉而將所有置身事外的人都當作罪犯看待。但若行為人的身分特殊，或行為人與被害人間具有特定密切關係，或是行為人製造了某種危險的情境等，為了維護團體生活的最大利益，法律上期待這些行為人擔負起阻止結果發生的義務，並將他們的「不作為」視同（評價）以「作為」方式違背法令的誡命，這些行為人就因此具有所謂的「保證人地位」。換句話說，只有具備「保證人地位」的行為人，才是法律規範要求必須「有所為」之人，也只有當此類行為人完全不作為時，才會因為「不作為」而構成犯罪。

在刑法上並不是每種消極不作為都能構成犯罪，除了刑法明文規定的不作為行為外，其他情況都必須要消極不作為的人具有「保證人地位」，才能成罪。

比較常見的保證人地位可能來自於：

- 一、基於法令，例如消防隊員在執行公務時，依法令有救助的義務。
- 二、基於自願承擔保護義務，例如保姆

對於所照顧小孩的保護義務。

- 三、基於密切的生活關係，例如家長對小孩的保護照顧義務。
- 四、基於危險共同體，例如朋友相約一起登山，彼此間的照顧義務。
- 五、基於危險源的監控義務，例如獒犬等大型犬的主人，對於被咬傷者的救助義務。
- 六、基於危險前行為，例如開車不小心撞傷人，駕駛對傷者的救助義務。
- 七、基於場所管理者，例如商業場所（如賣場、餐廳），管理者有維護消費者在場所內活動安全的義務。

具有保證人地位是構成不純正不作為犯的前提，實務上常見的案例，多半集中在「危險源監督者」及「危險前行為」這兩種態樣。

刑法第 15 條（作為義務）之規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」；同法第 14 條（注意義務）：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」

注意義務之法源依據來自刑法第 14 條第 1 項規定，以社會共同生活領域中之各種安全或注意規則，來檢視行為人有無注意不讓法益侵害發生之義務，進而決定其行為應否成立過失犯。學說上認為，概念上不應將不純正不作為犯之「保證人地位」（作為義務）與過失犯之

「注意義務」相互混淆，不能以行為人一有違反「作為義務」（構成「保證人地位」）即認為一定違背「注意義務」。但過往法院判決的實務見解大都將「保證人地位」與「注意義務」兩者混為一談；這可能是囿限於「保證人地位」此一名詞導致誤以為負有保證人地位者必須負擔絕對無過失的擔保責任。

例如最高法院 103 年度台上字第 4019 號判決：「不作為犯責任之成立要件，除須具備作為犯之成立要件外，尚須就該受害法益具有監督或保護之義務，此存在之監督或保護法益之義務狀態，通稱之為保證人地位（或稱責任義務人地位）。而於過失不作為犯，即為有無注意義務之判斷，此種注意義務之來源，除上揭刑法第十五條訂明之法律明文規定及危險前行為外，依一般見解，尚有基於契約或其他法律行為、習慣或法律精神、危險共同體等來源。」；。最高法院 97 年度台上字第 3115 號判決：「刑法上過失不純正不作為犯之成立要件，係指行為人怠於履行其防止危險發生之義務，致生構成要件該當結果，即足當之。故過失不純正不作為犯構成要件之實現，係以結果可避免性為前提。因此，倘行為人踐行被期待應為之特定行為，構成要件該當結果即不致發生，或僅生較輕微之結果者，亦即該法律上之防止義務，客觀上具有安全之相當可能性者，則行為人之不作為，即堪認與構成要件該當結果間具有

相當因果關係。」

惟新近之法院判決實務見解開始就「保證人地位」（作為義務）與行為人的「注意義務」兩者區分概念，不可同日而語。

例如，最高法院 107 年度台上字第 4276 號判決：「刑法上之「過失不純正不作為犯」，係結合不作為犯與過失犯二者，以「作為義務」與「注意義務」分別當成不作為犯與過失犯之核心概念。「作為義務」其法源依據主要係依刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」乃以行為人是否具有「保證人地位」來判斷其在法律上有無防止犯罪結果發生之義務，進而確認是否應將法益侵害歸責予行為人之不作為。而「注意義務」其法源依據主要來自同法第 14 條第 1 項規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」係以社會共同生活領域中之各種安全或注意規則，來檢視行為人有無注意不讓法益侵害發生之義務，進而決定其行為應否成立過失犯。是上述兩種義務法源依據不同，處理問題領域亦有異，或有重合交錯之情形，惟於概念上不應將「作為義務」與「注意義務」相互混淆，而不能以行為人一有違反「作為義務」即認違背「注意義務」。換言之，保證人地位僅是行為人「作為義務」之理由，無法直接從保證

人地位導出「作為義務」之內容。至行為人是否違反「注意義務」仍應以行為人在客觀上得否預見並避免法益侵害結果為其要件。非謂行為人一經立於保證人地位，即應課予杜絕所有可能發生一切危害結果之絕對責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性，亦即須以該結果之發生，係可歸責於保證人之過失不作為，方得論以過失不純正不作為犯。」

五、結論

最後結論的部分，則來討論不純正不作為犯與保證人地位之間的因果關係問題。過去實務見解均以不作為犯之不作為與法益侵害結果間以相當因果為標準判斷其因果關係。例如最高法院 85 年度台上字第 1544 號判決：「刑法上不作為犯之過失犯，係指行為人對於構成犯罪事實之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止之情形。凡行為人對於構成犯罪事實之發生，居於可防止之地位而不防止，其不防止之行為，即與結果間有相當因果關係」、83 年度台上字第 4471 號判決：「刑法上過失不純正不作為犯之成立要件，係居於保證人地位之行為人，因怠於履行其防止危險發生之義務，致生構成要件之該當結果，即足當之……前開房屋自七十年一月間起，上訴人即任令其荒廢，未注意管理、維護，致磚牆倒塌傷人當場死亡，上訴人自有過失，而上訴人過失與被害人吳○死亡間，顯有相當因果關係」

但學說通說認為，不純正不作為犯與犯罪結果之間的因果關係，與作為犯不一樣，它是一種「規範評價上的因果關係」，也就是它是一種「假設的因果關係」，意思係指犯罪結果之不發生，履行作為義務（履行保證人義務）是否為不可想像其不存在的條件，亦稱之為「合法則的條件因果關係」。實務上判斷的標準，以行為人履行作為義務後，法益侵害的結果可「確定」或「幾近確定」不會發生為要件。具代表性的實務判決如最高法院 106 年台上字第 3780 號判決：「對於具保證人地位者之不作為結果加以責難之可罰性基礎，在於不作為與作為具有等價性。而刑法對於不作為犯之處罰，並非僅在於不履行作為義務，還須考慮如予作為，能否必然確定防止結果發生，而非無效之義務，以免僅因結果發生之「可能性」，即令違反作為義務之不作為均負結果犯罪責，造成不作為犯淪為危險犯之疑慮。從而，必行為人若履行保證人義務，則法益侵害結果「必然」或「幾近」確定不會發生，始能令之對於違反作為義務而不作為所生法益侵害結果負責，且此所謂「必然或幾近確定」可以避免結果不發生，應由檢察官負舉證責任。」故案例事實中檢察官作出不起訴處分，也就不足為奇了。

本文作者：
國泰世紀產物保險公司
總機構法令遵循主管