

三、作為義務（保證人地位）之根據（通說）

（一）法律（含法律之精神）或命令之規定

例如：民法第1114條至第1117條之規定，最近親屬間（父母子女間、配偶之間、兄弟姐妹間等）互負扶養之作爲義務。又如：民法第1084條第2項：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。」因有法律明文規定作爲義務，故具保證人地位之人無選擇權。

（二）依法律行為而自願承擔義務

例如：依契約或無因管理¹而自願承擔義務，前者如褓母對所照護之嬰幼兒有照護義務、救生員對泳客有救護義務；後者如甲溺水，乙救之（無因管理），但發現係仇人，又棄之。

（三）依習慣或法理

又細分如下：

1. 危險源監督

例如：養猛獸或蓋核電廠，行爲人均有監督義務。

2. 危險共同體

指二人以上共同從事具有侵害生命、身體法益危險性之行爲，其彼此間倘具有遇危險即互相扶持之意願（明示或默示），即具有特別信賴關係，故彼此間有作爲義務。例如：登山隊員間（但犯罪團體成員間並非危險共同體）。

3. 安全照顧義務

由僱傭關係而來。此在一方提供勞務，而一方給付報酬之類型最常見，例如：採集中管理之高雄捷運泰勞某甲病重，雇主某乙視而不救，仍令其工作，壓榨該勞工→勞工果過勞死；或勞工在興建中之高樓鷹架施工，鷹架突然斷裂，勞工懸在半空中，雇主有救護可能，但心想該勞工知悉其另有犯罪，不如讓勞工氣力用盡，自然掉落→勞工果氣力用盡，墜落而亡。

¹ 指未受委任並無義務而為他人管理事務。此準用委任關係規定。民法第172條至第178條參照。

4. 因誠信原則而生之告知義務

行為人在從事法律行為時，如對自己之資力有告知之義務，卻不盡其法律上應盡之告知義務時，有可能成立詐欺取財罪之「不純正不作為犯」²。例如：(1)甲向乙買房地，按諸社會交易習慣，乙對於其上開房屋所設定之負擔，基於誠實信用之交易原則，當有據實相告之義務，俾買賣雙方得斟酌究係承受抵押債務或於過戶時塗銷抵押權設定登記，惟倘乙隱瞞上開房地上有抵押權設定之事實，致使甲陷於錯誤交付全數之價金，購得殘餘價值無幾之房地，乙之不作為，自屬實施詐術。(2)但如某甲至銀行提領七萬五千元，但行員誤給七十五萬元，某甲發現，不告知而收下，是否構成詐欺罪之不純正不作為犯（不作為欺罔）？一般認為，不作為欺罔告知義務之有無，必須在對方發生錯誤之前即已有之，亦即須因其不告知以致對方發生錯誤者，始足當之，倘因他人錯誤而交付財物，受之者如無乘機詐欺，即無告知義務，要難以詐欺罪相繩，僅生民法上不當得利而已（陳樸生教授）。實務判決如下：

◎實務見解◎

- ⁶台灣高等法院88年上訴字第130號判決：詐欺取財罪之「施用詐術」得否以「不作為」之方式為之（意即是否有刑法總則所稱之「不純正不作為犯」之適用），固然依通說之見解，行為人在從事法律行為時，如對自己之資力有告知之義務，卻不盡其法律上應盡之告知義務時，是有可能成立詐欺取財罪之「不純正不作為犯」，但是其先決條件，應該是行為人有告知之義務存在，而到底有何種情況下，行為人對其資力有告知之義務，事實上須由個案來逐一認定，而無一個抽象的標準可資遵守。
- ⁶台灣高等法院87年上易字第3989號判決：刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪之成立，以意圖為自己或他人不法之所有，施用詐術使人將本人或第三人之物交付為要件，而何種行為該當於詐術行為之實施，其具體方式亦不外二種情形：(1)其一為「締約詐欺」，即被告於訂約之際，使用詐騙手段，讓自訴人對締約之基礎事實發生錯誤之認知，而締結了一個在客觀對價上顯失均衡之契約。其行為方式均屬作為犯，而詐欺成立與否之判斷，也著重在被告取得物品之過程中，有無實施該當於詐

² 按行政院版之前述財產來源不明罪草案將「說明義務」當成該純正不作為犯之作為義務，與不純正不作為犯之保證人地位依據之一之「因誠信原則而生之告知義務」存有相似理念。

騙行為之積極作為。(2)另一形態則為「履約詐欺」，意即被告於訂立契約、而取得投資款之際，自始即抱著將來無履約之誠意，打算只收取告訴人給付之款項，將之據為己有，無意依約履行依合夥契約應盡之分配利潤義務。其行為方式多屬不純正不作為犯，詐術行為之內容多屬告知義務之違反，故在詐欺成立與否之判斷，是偏重在被告取得物品後之行為，而由事後之作為反向判斷其取得財物之始，是否即抱著將來不履約之故意。

- *台灣高等法院82年上易字第103號判決：按刑法上之詐欺罪，必須行為人自始意圖為自己不法之所有，行使詐術使被害人陷於錯誤而為財物之交付或以此得財產上不法利益，始能構成，且所謂之詐術，並不以欺罔為限，即利用人之錯誤而使之交付，亦不得謂非詐欺。事實上之不告知，有時雖亦可認係詐術之手段，即依事實上之不告知，使對方陷於錯誤而交付財物，亦可成立詐欺罪；然於社會交易上，事實之不告知並非在任何場合均值以刑法非難之；依一般不作為犯之原則，須法律上負有告知義務者，始克相當。惟是否具有法律上之告知義務，非就公序良俗之評價標準或基於倫理、道德、宗教、社會等理由而認定之防止或作為義務，均可認於法律上即負有告知義務，以免有違刑法罪刑法定主義之原則，即仍須視其不告知之程度是否已逾交易所容認之限度，是否逾越社會上可認相當之範圍。

(四)違背義務之危險前行為（先行行為）

刑法第15條第2項：因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。所謂「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者」即學說所稱的危險前行為（先行行為）。而該危險前行為必須違背義務，否則仍無作為義務。例如開車撞到人，其違背義務，有防止其傷亡之義務。但如因正當防衛傷人，不須將該人送醫（無防果義務）。

(五)有力說看法

上述有關作為義務之根據，黃榮堅教授認為，刑法第15條第1項所稱對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同；其先決條件，又以同條第2項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者（危險前行為），始負防止其發生之保障義務。質言之，倘若行為人並無為「自己之行為」之並提條件，縱有發生一定結果之危險情形，仍不得課未為行為人之防止發生危險結果之保障義務。亦即，無論是上述(一)至(三)所介紹的任何一項作為義務之根據（法律或命令、法律行為、危險源監

督、危險共同體、安全照顧義務、告知義務等），其前提必須是危險前行為所導致，因為只有危險前行為才是行為人自己所能支配，因為製造風險，必須消滅風險。例如：兄弟姐妹關係，並非自己所能支配，所以會成為兄弟姐妹，反而是被父母支配（因父母生下來），此為宿命，不具保證人地位；又如父母子女間，父母對子女有支配關係，具保證人地位³，但子女成年後，已可自己負責，即無保證人地位，但若子女對父母，不具支配關係，無保證人地位。否則若無限制擴張保證人地位概念，與刑法第15條第2項之規定有違背，有違罪刑法定主義。但危險前行為仍須有尺度，否則亦屬氾濫，學說上有下列數說：

1. 因果之危險前行為理論

倘危險係因自己行為所製造，則行為人須消滅風險（缺點：責任能力太寬，不論前行為是故意、過失、違法與合法均屬之，易入人於罪之嫌，例如：因正當防衛而傷人，實無必要課以防果義務。）

2. 違背義務之危險前行為理論

保證人地位並非皆如因果之危險前行為理論所指涉之範圍，而必須限於違背義務始有作為義務，例如：因正當防衛而傷人，即無防果義務，若不將之送醫，亦無妨（我國通說採之，但缺點：保證人地位太嚴格，例如：因施工而在馬路挖洞，並無違背義務，難道可以不補洞或警告用路人？）

3. 反危險前行為理論

此說反對危險前行為可以是保證人地位，就危險前行為本身即可追究行為人之行為責任，無須以後面之不作為追究行為人之責任（缺點：例如：因正當防衛傷人而不送醫，怎可追究行為人責任？或前行為是過失撞人致重傷，其接下來之行為是故意不救護，只追究其過失行為嗎？）

4. 有預見可能性及期待可能性之危險前行為理論

即必須行為人對於因自己行為致有發生一定結果之危險有預見可能性

³ 但養父母對養子女無保證人地位，因該養子女之出生不是養父母可控制支配。故養父母見養子女將死仍可救而不救，果然死亡，不構成殺人罪之不純正不作為犯，但仍構成刑法第294條所規定依法令或扶助、養育或保護之違背義務遺棄罪。

（預防將來風險之發生⁴），並且有期待可能性，始負防止其發生之義務。蓋有預見可能性即表示自己能支配，而若無期待可能性⁵，則亦無由強加行為人有防果義務，例如：(1)危險之製造須由被害人（例如：前例之正當防衛而傷人）或第三人（例如：甲推乙去撞某物，該物之物主無須負責，應由第三人甲對乙之傷害負責；汽車製造商不須就買車之車主駕車撞傷人負救護義務）負責；(2)或屬容許風險範圍，即無保證人地位。

實務見解

- 最高法院81年台上字第437號判決：刑法上之殺人罪，必須行為人有戕害他人性命之決意為其構成要件之一，不論積極行為殺人，抑消極行為殺人均屬之；同法第十五條第一項所稱對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同；其先決條件，又以同條第二項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者，始負防止其發生之保障義務。質言之，倘若行為人並無為「自己之行為」之並提條件，縱有發生一定結果之危險情形，仍不得課未為行為人之防止發生危險結果之保障義務，其理甚明。道路交通管理處罰條例第六十一條第一項規定：「汽車駕駛人，駕駛汽車肇事後，應即時處理，不得駛離；……同條第二項規定汽車駕駛人，如肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要措施，並向警察機關報告，不得逃逸……」之此項處置義務之違反，應否負刑事責任，仍應以其有無刑法第十五條第二項「負防止其發生之義務」為斷。被告等對本件汽車肇事並無可歸責之過失責任，又無自己為一定行為情形，依上說明要難遽課以有救護或防止一定結果發生之防止保障義務。又刑法第二百九十四條第一項之遺棄罪，被告等既無遺而棄之積極行為，又在法令、契約上無為其生存必要之扶助、養育或保護義務，而不予必要之扶助、養育、保護之不作為情形，與該條項之罪無涉。
- 最高法院85年台上字第2065號判決：刑法第二百九十四條第一項之遺棄罪，須對於無自救力之人，依法令或契約應負扶助、養育或保護之義務而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護為其構成要件；又同法第十五條第一項所定對於一定結果之發生，應負能防止而不防止之責任，亦須以法律上有防止之義務者為限。同條第二項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者，始負防止其發生之義務。申

⁴ 注意，不是預見該前行為本身之危險，此由刑法第15條第2項規定可知。

⁵ 此一期待可能性之要求，與本書前述作為能力應屬同一概念，黃榮堅教授將之合一探討，本書及通說則另行探討，是宜注意。