



刑事法類

最高法院一一二年度台上字

第三〇五一號判決

【主旨】詳述身分犯意義，並區分純正身分犯與不純正身分犯，而後者之區分，在刑法第31條有適用上之差異。

【概念索引】刑法／正犯與共犯

【關鍵詞】身分犯

【相關法條】刑法第31條

說明

一、爭點與選錄原因

（一）爭點說明

純正身分犯與不純正身分犯之區分內涵。

（二）選錄原因

闡釋純正身分犯與不純正身分犯之區別及刑法第31條之適用。

二、相關實務學說

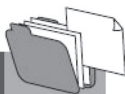
（一）相關實務

最高法院112年度台上字第2168號刑事判決亦有相類見解：「刑法上之身分主要可分構成身分與加減身分，前者指構成要件上之身分，以具一定身分為可罰性基

礎者，如公務員貪污之各種犯罪所規定之身分（學理上稱之為純正身分犯），其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定身分，依刑法第31條第1項規定，仍以正犯或共犯論，並得減輕其刑；後者以具一定身分為刑之加重減輕或免除原因者稱之，如殺直系血親尊親屬罪所定之身分（學理上稱之為不純正身分犯），其無特定身分之人，依刑法第31條第2項之規定，科以通常之刑。依貪污治罪條例第2條、第3條規定，公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷。與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷。是則，無公務員身分之人與具有公務員身分之人共犯貪污罪時，依第3條規定，固應依貪污治罪條例處斷，但仍有刑法第31條第1項規定之適用。依刑法第31條第1項但書，仍以正犯或共犯論之無此公務員身分之人，得減輕其刑之規定，雖屬於法院裁判時得依職權為裁量之事項，但在量刑裁量時如有與罪刑相當、比例原則及公平原則相悖之情形，法院即應受合義務性裁量之拘束，而有裁量酌減其刑之義務。」

（二）相關學說

學說見解有參考德國刑法第14條的設計，作為我國未來在刑法修正時參考借



鏡。此一因身分關係的要求所帶來的法律漏洞，並無法透過刑法第31條第1項的適用來獲得解決。談論「法人責任」之問題縱有成立該罪所必要的身分或特定關係，亦無法在事實上與代表人成立該項所謂的「共同實行」、「教唆」或「幫助」等犯罪參與的關係，自無法使代表人因此受罰，如能比照前述德國立法，在我國刑法總則中制定相類似的「為他人行為」規定，則可避免漏洞。

◎選錄

刑法上之身分犯係指因具備特定關係者始能成為該罪之適格行為人，例如利用職務上之機會，以詐術使人將本人或第三人財物交付罪中之公務員、背信罪中之為他人處理事務之人等。身分犯又區分為因身分創設可罰性的純正身分犯（例如利用職務上之機會，以詐術使人將本人或第三人財物交付罪）與因身分加重、減輕或免除可罰性的不純正身分犯（例如殺害直系血親尊親屬罪）。關於與純正身分犯共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，依刑法第31條第1項規定，仍以正犯或共犯論，但得減輕其刑；至與不純正身分犯共同實行、教唆或幫助者，因無特定關係，依刑法第31條第2項規定，則仍科以通常之刑。又貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上之機會，以詐術使人將本人或第三人財物交付罪，凡公務員假借職務上之一切事機，以欺罔手段使人陷於錯誤而交付財物者，即屬當之。該罪既係因身

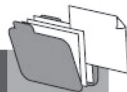
分創設可罰性的純正身分犯，若無身分者與有此身分之公務員，彼此之間有共同利用職務上之機會，以詐術使人將本人或第三人財物交付之犯意聯絡及行為分擔，依刑法第28條及貪污治罪條例第3條規定，即應論以該罪之共同正犯。

◎延伸閱讀

- 許澤天，為他人行為的立法——身分犯的漏洞填補，月旦法學教室，149期，2015年3月，27-29頁。
- 邱忠義，貪污罪中之公務員身分認定——兼評最高法院的統一解釋法令與檢察一體統一追訴及裁量標準的功能，檢察新論，17期，2015年1月，3-22頁。

▣最高法院——三年度台上字第六六號判決

【主旨】對於犯罪所得沒收，從「為了犯罪」、「事實上支配處分權」等學理觀點，表示：行為人未經許可，擅自經營期貨經理事業，因而募集之資金，即屬「為了犯罪」而獲取之財產利益，除已實際合法發還被害人者外，均應予以沒收；況經營期貨經理事業既係受他人全權委託以從事期貨交易，顯係運用募得資金從事資本利得或財務操作以投資獲利，而對於所募得之款項具有事實上之處分支配權，該募得之款項屬犯



罪所得。

【概念索引】刑法／沒收

【關鍵詞】經營期貨之犯罪所得

【相關法條】刑法第38條之1

◎說明

一、爭點與選錄原因

（一）爭點說明

經營期貨經理事業而募集之資金是否屬於犯罪所得。

（二）選錄原因

以學理觀點闡釋「為了犯罪」、「事實上支配處分權」，解釋經營期貨之犯罪所得沒收問題。

二、相關實務學說

（一）相關實務

臺灣高等法院111年度金上訴字第2號刑事判決亦有相似之見解：「被告非法經營期貨經理事業及全權委託投資業務之行為，乃法所明文禁止，其非法代操股票及期貨交易所獲取之投資金額共258萬2,000元，皆屬其犯罪直接利得，且已具有事實上處分權限，則除其中18萬元業因其另犯侵占罪而予宣告沒收、追徵外，其餘240萬2,000元犯罪所得，亦應宣告沒收、追徵，始能達澈底剝奪犯罪行為人實際犯罪所得之立法目的。」

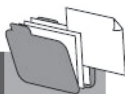
（二）相關學說

學說有認為在財經犯罪領域的犯罪所得沒收，實務見解應考慮統一採取「淨額

原則」，扣除交易本金成本及相關稅費、規費、手續費後計算其差額作為犯罪所得的金額予以沒收。證券交易法第171條第7項關於犯罪所得沒收的規定，宜將「犯罪所得」再修正為與同條第2項犯罪所得加重條款一致的「因犯罪獲取之財物或財產上利益」用語，以明示不論是在犯罪所得沒收、抑或是在犯罪所得加重條款的計算上，都是一律採用「淨額原則（差額說）」來計算的立場。現行金融八法中關於犯罪所得計算上的諸多紛亂，實有透過整體包裹立法的方式予以統一明定清楚之必要。

◎選錄

犯罪所得之沒收，旨在剝奪犯罪行為人因犯罪而增加財產利益，以減少犯罪行為人再度犯罪之誘因，並宣示行為規範之有效性，藉以達成犯罪預防之效果。我國刑法沒收新制係採相對總額原則，而非淨利原則或絕對總額原則（憲法法庭111年憲判字第18號判決理由參照），依相對總額原則，於決定是否宣示沒收及沒收之數額時，需進行兩階段之判斷，即先判斷有無犯罪所得（哪些財產利益與犯罪具有直接關聯性？），其次判斷犯罪所得之範圍（應否扣除犯罪支出成本？），刑法第38條之1立法理由業謂：「基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。」即犯罪之支出成本不予扣除，故判斷之重點厥為前者，即財產利益與犯罪之直接關聯性有無。又所



謂犯罪所得，可分為行為人為了犯罪(für die Tat)而取得之財產利益，以及產自犯罪(aus die Tat)而取得之財產利益。於前者之情形，只要取得財產利益之行為本身係法律所禁止而屬犯罪者，行為人為了遂行該犯罪而取得之財產利益，即屬犯罪所得；於後者之情形，則應探究犯罪構成要件之規範保護目的，倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，所得財產利益均足以反映犯罪之不法內涵，則沾染不法範圍及於全部所得，其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除，反之，若取得利益之交易自身並非法所禁止，則沾染不法之部分僅止於因不法行為而取得之獲利部分，並非全部之所得，於宣告沒收犯罪所得時，即應扣除屬於中性成本之支出或屬於中性利益之所得。又所謂「取得」，係以行為人對於該財產利益有無事實上之支配、處分權為斷，與法律上之權利歸屬如何，並無關涉。經營期貨經理事業，須經主管機關之許可並發給許可證照，始得營業，期貨交易法第82條第1項定有明文，又未經許可，擅自經營期貨經理事業者，同法第112條第5項第5款定有處罰明文，所謂期貨經理事業，依同法第87條及期貨經理事業管理規則第2條規定，則指接受特定人委任從事全權委託期貨交易業務，包括為進行期貨交易之募集資金行為在內，是行為人若未經許可，擅自經營期貨經理事業，因而募集之資金，即屬為了犯罪而獲取之財產利益，依

前開說明，自應視為犯罪所得，除已實際合法發還被害人者外，均應予以沒收；況經營期貨經理事業既係受他人全權委託以從事期貨交易，顯係運用募得資金從事資本利得或財務操作以投資獲利，而對於所募得之款項具有事實上之處支配權，該募得之款項自屬刑法第38條之1第1項所指之犯罪所得。

◎延伸閱讀

- 許絲捷，經濟刑法中的阻卻違法事由，月旦法學教室，239期，2022年9月，36-49頁。

最高法院——三年度台上字

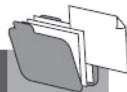
第三三九號判決

【主旨】刑法第286條第1項（第3項）之罪所保護之法益，非僅止於兒少之身體健康，反而著重在兒少身心之健全發展，而第277條第2項前段之傷害致死罪，保護法益為被害人之身體健康。兩者所保護之法益，不具同一性。故行為人所為，同時該當成年人故意對兒童犯傷害致死罪及妨害未滿18歲之人身心之健全或發育致死罪之構成要件時，應依想像競合犯，從一重罪處斷。

【概念索引】刑法／傷害罪

【關鍵詞】想像競合

【相關法條】刑法第286條



◎說明

一、爭點與選錄原因

（一）爭點說明

刑法第286條第1項、第3項之保護法益為何？

（二）選錄原因

刑法第286條之保護法益與第277條第2項傷害致死罪之競合問題。

二、相關實務學說

（一）相關實務

臺灣高等法院112年度上訴字第4965號刑事判決亦有以實例 支持此見解：

「……是被告所犯上開接續傷害兒童致死罪及接續凌虐妨害幼童發育致死罪，因其行為部分重合，應認為一行為侵害數法益之想像競合犯。又因傷害兒童致死經依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項之加重，屬分則加重，其法定最輕本刑加重至2分之1為有期徒刑10年6月，高於凌虐妨害幼童發育致死罪之有期徒刑10年，應從一重之傷害兒童致死罪論處。

刑之加重雖第286條第3項前段之罪係以被害人年齡未滿18歲為其構成要件，亦即針對被害人為兒童或少年所設之特別處罰規定，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書，自毋庸依同條前段規定加重其刑。但被告對鄭童所犯刑法第277條第2項前段之傷害致死罪，仍應兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項本

文加重其刑。又因想像競合之輕罪其法定最輕本刑具有封鎖效用，本案被告之刑，依刑法第286條第3項規定，應為10年以上有期徒刑。」

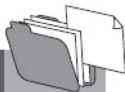
（二）相關學說

學說認為第286條凌虐幼童罪從保護法益觀點來看，要將「反覆延續性」當作犯罪成立的必要條件；意思是，單一偶發的行為尚不足以滿足構成要件的要求。單次、偶發性的毆打或施虐行為，僅能評價為傷害行為或強制行為，而無法該當於需反覆延續的「凌虐」行為，競合部分，則同實務見解，採取想像競合。

◎選錄

刑法第286條第1項原規定：「對於未滿16歲之男女，施以凌虐或以他法致妨害其身體之自然發育者，處5年以下有期徒刑、拘役或5百元以下罰金。」嗣於民國101年12月5日修正為：「對於未滿16歲之人，施以凌虐或以他法足以妨害其身心之健全或發育者，處5年以下有期徒刑。」

（其立法理由謂：「將妨害身心之健全或發育之行為納入本罪之處罰態樣，同時修正本罪法定刑下限，刪除拘役及罰金刑，以達到處罰凌虐幼童少年行為人之目的。」），再於108年5月29日修正為：「對於未滿18歲之人，施以凌虐或以他法足以妨害其身心之健全或發育者，處6月以上5年以下有期徒刑。」（其立法理由謂：「為促進兒童及少年身心健全發展並保護其權益，聯合國《兒童權利公約》



(Convention on the Rights of the Child) 已由我國透過制定《兒童權利公約施行法》予以國內法化，該公約保護對象係以未滿18歲者為對象；另鑒於《兒童及少年福利與權益保障法》第2條亦規定18歲以下為兒童及少年，且同法第49條禁止對其身心虐待。為使本法與《兒童權利公約施行法》及《兒童及少年福利與權益保障法》對兒童及少年之保障規範有一致性，爰修正本條第1項前段，將受虐對象年齡由16歲以下提高至18歲以下。」立法委員之提案說明謂：「本罪之成立以造成妨害被害人身體自然發育之結果為要件，在認定上過於嚴格，亦很難有明確判斷標準，是以，實務上成立本罪之案例並不多見。又傷害幼童少年精神健康之凌虐行為，亦不在本罪規範之範圍，對於幼童少年之保護確有疏漏不足之處。故將行為結果，修正為『足以妨害其身心之健全或發育者』，而不以實際上造成妨害其身心之健全或發育之結果為必要……」），並增訂第286條第3項之加重結果犯（犯第1項之罪，因而致人於死或重傷者）。

綜觀我國刑法第286條的修法歷程，參酌保護兒少免於遭受虐待，以健全兒少身心發展，已係普世價值（《兒童權利公約》第19條第1項及《兒童權利公約施行法》第1條參照），足見現行刑法第286條第1項（第3項）之罪所保護之法益，非僅止於兒少之身體健康，反而著重在兒少身心之健全發展。是刑法第286條第3項前段

之妨害未滿18歲之人身心之健全或發育致死罪，主要保護法益為兒少身心之健全發展，而同法第277條第2項前段之成年人故意對兒童犯傷害致死罪，保護法益為被害兒少之身體健康。兩者所保護之法益，不具同一性。再者，傷害行為僅屬積極凌虐之一種行為態樣（刑法第10條第7項規定及其立法理由參照），且刑法第286條第1項之罪之成立，以「足以妨害其身心之健全或發育」為要件。觀察成年人故意對兒童犯傷害致死罪與妨害未滿18歲之人身心之健全或發育致死罪之構成要件，概念上係處於部分重合而非包攝關係。如一個行為形式上同時該當兩罪之構成要件，尚無在犯罪評價上僅依其中一個刑罰法規加以一次評價，足可評價所有的不法侵害內涵，充分保護法益之安全，為免過度評價，在解釋上應認僅成立一罪名之法條競合之情形。故行為人所為，同時該當成年人故意對兒童犯傷害致死罪及妨害未滿18歲之人身心之健全或發育致死罪之構成要件時，應依想像競合犯，從一重罪處斷。

◎延伸閱讀

- 蔡聖偉，2019年傷害罪章修法評釋（二）——關於群毆助勢罪、傳染性病罪與妨害未成年人身心健全及發育罪部分，裁判時報，101期，2020年11月，79-92頁。

（本文已授權收錄於月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；更多裁判分析►月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）