

## 第五章 德國法中性業務理論之演繹

### 5.1 中性行為的定義

關於中性行為的定義如下：「實施者假使面對與犯罪人相同情況的其他人也會從事的行為，因為其行為自始是為了實現獨立於犯罪或犯罪人之外，而且並非法所不許可目的之自我目的。」<sup>167</sup>此為德國學說上為多數學者所接受的說法。

而所謂的業務上中性的行為，通常定義為「日常生活中反覆進行的典型業務行為」<sup>168</sup>。因為這些業務上中性的行為所提供的商品與服務是現在社會生活所不可或缺，也都可能被利用來犯罪<sup>169</sup>，所以如果只因其行為對犯罪有實質上的助力便論以刑事之幫助犯，則對於日常的商業性行為會造成很大的影響，所以需要特別的理論來決解這樣的一個問題。而中性業務行為理論正是這個理論。

### 5.2 中性業務行為理論



#### 5.2.1 背景知識

在了解中性業務行為理論之前，必須對於傳統的幫助犯理論有所了解，方能知道其中的差別，而在討論 P2P 網路服務業者的幫助行為時，又會討論到作為的幫助與不作為的幫助，所以對於不作為犯，有關的部分亦須有所認識。

##### 1. 傳統刑法幫助犯之理論

刑法第 30 條第一項前段：「幫助他人犯罪者，為從犯。」法條的用語相當精簡，然而在傳統刑法理論，其構成要件為(A)故意違犯的主行為，即正犯的主行為，該主行為必須是一個故意的行為，如果沒有故意的刑事違法行為，則幫助行為無從依附<sup>170</sup>，自無法成立幫助犯<sup>171</sup>。(B)幫助行為，所謂的幫助行為可以是物質的提供也

<sup>167</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 65。

<sup>168</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 65。

<sup>169</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 72。

<sup>170</sup> 又稱爲幫助的從屬性

<sup>171</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 132

可以是精神上的支持，只要是基於幫助故意的行為而讓主行為的不法構成要件更易於實現或使結果的損害更大即屬之，故可稱為幫助行為<sup>172</sup>。另外幫助行為不必要是積極的作為，亦可是消極的不作為，惟消極的不作為幫助，必須居於保證人地位方能成立<sup>173</sup>。關於保證人地位詳見下文不作為犯的相關理論。(C)幫助行為與主行為的因果關係，關於這個問題一直是學說上的爭議，有認為主行為行為結果發生的原因，必須包含幫助行為，如此幫助行為方能成立幫助犯，否則屬不罰的未遂幫助行為；亦有認為幫助行為與主行為行為結果之間不需要有因果關係，只要是幫助行為，即便是無效的幫助亦可成立幫助犯<sup>174</sup>。(D)幫助故意，即幫助者必需是主觀上基於幫助他人犯罪的故意而為幫助行為方能成立幫助犯<sup>175</sup>。其中幫助故意包含初步幫助故意及幫助既遂故意<sup>176</sup>。

## 2. 不作為幫助犯之相關理論

本文所討論的不作為犯是指不純正不作為犯，即「對於構成要件該當結果的發生負有防止義務之人，不為其應為的防止行為，致發生跟以作為的行為方式實現不法構成要件情況相當的不作為犯」<sup>177</sup>。而不作為犯的不法構成要件，除了原來犯罪行為的不法構成要件，如不作為殺人依然要該當殺人罪的不法構成要件，此外依刑法第 15 條第 1 項之規定：「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。」尚要該當主觀不法構成要件<sup>178</sup>及下列客觀不法構成要件：(A)構成要件該當結果的發生<sup>179</sup>，即實害結果或危險結果的發生，蓋不作為犯本質上為結果犯，要有一定的結果發生方能該當<sup>180</sup>。(B)不為期待應為的行為<sup>181</sup>，即行為人不為法律上所要求或期待應為的行為，而所謂的為應為的行為是指行為人盡可能「迅速而確實地防止構成要件該當結果發生的行為」，反言之，行為人可以迅速確定地防止構成要件該當結果發生卻選擇效果緩慢的結果防止行為，即屬不為期待應為的行為<sup>182</sup>。(C)防止結果發生的事實可能性<sup>183</sup>，法諺云：「任何人均無義務為不可能之事。」行為人如果沒有能力去防止結果發生，自不應課予

<sup>172</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 132

<sup>173</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 133

<sup>174</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 138

<sup>175</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 136

<sup>176</sup> 學說上稱為雙重幫助故意，詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 136

<sup>177</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 211

<sup>178</sup> 例如故意的不作為犯在主觀上要有不作為故意(可以是直接故意或間接故意)，否則僅可能成立過失的不作為犯或不成立犯罪。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 236-9。

<sup>179</sup> 就法條解釋而言，這裡的「構成要件該當結果的發生」可以對應刑法第 15 條第 1 項內容中所謂「對於一定結果的發生」的法文意義。

<sup>180</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 221

<sup>181</sup> 就法條解釋而言，這裡的「不為期待應為的行為」可以對應刑法第 15 條第 1 項內容中所謂能防止而「不防止」的法文意義。

<sup>182</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 222

<sup>183</sup> 就法條解釋而言，這裡的「防止構成要件該當結果發生的事實可能性」可以對應刑法第 15 條第 1 項內容中所謂「能防止」而不防止的法文意義。

義務，所以凡舉無作為能力、生理的缺陷、空間的限制、欠缺救助所必要的能力、經驗、知識或工具<sup>184</sup>等，都可認為行為人無防止結果發生的事實可能性，因而即便有義務而不作為，亦不被認為構成不作為犯。最後所謂的可能性是指防止構成要件結果發生的事實可能性，而非必然性，所以不必一定能防止結果發，只要可能防止，就該當防止結果發生的事實可能性<sup>185</sup>。(D)不作為與結果之間具有因果關係與客觀可歸責性。不作為犯的本質是結果犯，則行為人的不作為與結果間自應有因果關係與客觀歸責方能論行為人之不作為必須對不法結果負責<sup>186</sup>。(E)行為人居於保證人地位，刑法第 15 條第 1 項內容中所謂「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務」是指行為人有防止結果發生的法義務，包括保護、預防、監督或看管等<sup>187</sup>此法義務是因為行為人居於保證人地位而生之義務，而構成保證人地位的情況包括有(甲)因保護義務而構成保證人地位，如依法令的規定<sup>188</sup>、契約的約定<sup>189</sup>、生活或危險共同體的成員<sup>190</sup>或公務員或法人機關的成員<sup>191</sup>而有保護義務之人因而產生的保證人地位。(乙)因防害義務或監督義務而構成的保證人地位，如為危險前行為之人<sup>192</sup>、對於危險源負有監督或看管義務之人<sup>193</sup>或商品製造者<sup>194</sup>等都可算因防害義務或監督義務而構成保證人地位<sup>195</sup>。(F)不作為必須與作為等價<sup>196</sup>，即「不作為而實現不法構

<sup>184</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 223

<sup>185</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 224

<sup>186</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 224-5

<sup>187</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 226

<sup>188</sup> 如民法第 1084 條第 2 項及第 1116 之 2 條父母對於未成年子的保護義務，特別法中又如會計師法第 17 條第 24 條規定會計師承辦財務報告的查核或簽證的忠實義務等，其他法規例子詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 228。

<sup>189</sup> 又有稱此為自願承擔保護或幫助義務之人，然而只是契約上有承擔義務，如實際上尚未承擔保護義務或幫助義務者，尚不足成立保證人地位。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 230。

<sup>190</sup> 生活共同體是指如配偶、父母、子女、兄弟姊妹、類似婚姻關係的同居人等其相互之間的對於生命或身體的急迫危險互負有保護義務而成立的保證人地位，詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 230。而危險共同體，舉例而言，登山隊、探險隊、考古隊…等為達特定目的而組成的彼此信賴互助，以排除危險的團體，詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 231。

<sup>191</sup> 此指公務員就其職務範圍內所負的保護義務而成立的保證人地位，如警察對其轄區內就職責範圍內對人民身家安全有保護義務因而成立保證人地位。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 231。

<sup>192</sup> 所謂的為危險前行為之人，學說認為在解釋上應指行為人之前行為具備下列兩個要件(1)其前行為有導致結果發生的迫切危險，(2)且此前行為已對保護他人法益規範的義務有所違反。反言之，符合客觀注意義務或具有阻卻違法事由的前行為都不能算是危險前行為而不致形成保證人地位。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 231-2。另外刑法第 15 條第 2 項規定：「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。」學說上認為亦屬危險前行為的一種，而在邏輯的一貫上，法文上所謂的「自己行為」亦應具備上述的兩個要件方屬一致而合理。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 234。

<sup>193</sup> 所謂的危險源是指有可能會發生破壞法益結果的較高危險之人或物，如精神病患、爆裂物或有攻擊性的動物等。而對於危險源有看管或監督義務者如精神病院的醫生、爆裂物的所有人或兇猛動物的所有人等。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 235。

<sup>194</sup> 商品製造商依消費者保護法第 7 條第 1 項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」同法第 10 條第 1 項前段規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。」皆規定商品製造商對於消費者應有的保護義務。惟此保護義務是否可以擴及第三人無疑問。

<sup>195</sup> 詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 227-35。

成要件與以作為而實現不法構成要件，在刑法上的非難判斷上，彼此相當<sup>197</sup>」，此要件比較重要的是在判斷刑法有特別規定行為實施方法的犯罪上<sup>198</sup>，其他的無特別規定者，只要行為人具保證人地位此要件即屬該當<sup>199</sup>。

### 5.2.2 中性業務行為理論

中性業務行為在原來刑事幫助犯的理論下，因為確有幫助行為，而幫助行為與結果間通常也可認有因果關係，所以接下來只能考慮行為人主觀上是否有幫助之故意，其故意可以是直接故意或未必故意。也就是說，在未必故意的情況下，行為人不需對於特定的犯罪行為有認識而幫助之，只要認為其行為有過半的可能幫助他人犯罪且仍決議行之，即可成立未必故意的幫助犯<sup>200</sup>。

然而「大多數人應會同意，中性業務行為與一般的幫助行為有所不同，屬正式社會日常運作重要環節，如果不加以特殊考量，仍依據傳統幫助犯理論來論罪，處罰範圍將會過大，進而影響社會經濟生活。」<sup>201</sup>，故德國學者提出中性業務行為理論加以處理。惟如何適用中性業務行為理論，大致上可以在客觀不法構成要件、主觀不法構成要件與違法性三個部分來適用，而就德國的學說來說明，可大分為客觀理論與主觀理論來討論<sup>202</sup>，其中須特別說明以免混淆的是客觀理論主要是以客觀面來判斷是否適用中性行為理論，不必然是適用在客觀構成要件不該當；而主觀理論是以行為人主觀上的認知<sup>203</sup>，來處理如何適用中性業務行為理論，也不必然是適用在主觀構成要件不該當，本文分述如下：

#### 1. 客觀理論

<sup>196</sup> 有論者認為這裡「不作為必須與作為等價」的要件在法文的解釋上對應於刑法第 15 條第 1 項內容中所謂的「與因積極行為發生結果者同」。惟本文認為，該法條所謂的「與因積極行為發生結果者同」是指罰則而言，蓋一個完整的法條會有要件部分和結果或罰則部分，如認為刑法第 15 條第 1 項內容中所謂「與因積極行為發生結果者同」是要件部分，則該法條就沒有結果或罰則部分，文意上會不合邏輯，本文認為把此要件當作學理上所公認的不成文要件即可，不必強解釋入法條。

<sup>197</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 235

<sup>198</sup> 例如詐欺罪中，行為人必須實施詐術使人陷於錯誤，而不作為可否算是實施詐術使人陷於錯誤，則需視當時的情況而定，不能一概而論。詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 236。

<sup>199</sup> 林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁 236

<sup>200</sup> 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》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 66。

<sup>201</sup> 然而亦有學者反對，認為不需要對中性業務行為作特別的考量，其理由是基於法的一致性與安定性，中性業務行為與一般幫助犯都以相同的標準去審查，至於中性業務行為因具有社會相當性或較輕的罪責則，故在量刑時為特別的考量即可。詳見蔡蕙芳，〈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》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 66。

<sup>202</sup> 本文的對德國法中性業務行為理論介紹的分類參考學者蔡蕙芳教授的分類，詳見蔡蕙芳，〈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》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 66。

<sup>203</sup> 就行為人主觀上的認知來處理如何適用中性業務行為理論的想法，和美國法下第 9 巡迴法院以主觀認知來處理如何適用 Sony doctrine 有異曲同工之妙。

客觀理論大致上是用客觀上的事實來認定是否中性業務行為，如為中性業務行則可能可以在客觀不法構成要件上認為中性業務行為不是幫助行為，或不具客觀歸責或不具違法性而不成立幫助犯，分成四說，如下：

### (1) 中性業務行為非幫助行為

因為中性業務行客觀上是一個具有「社會相當性」或「職業相當性」的行為，如菜刀攤販出售菜刀給上門的顧客，布商賣布給製衣師傅等屬日常的典型業務行為，如認為此可成立幫助犯的幫助行為，則社會的經濟生活必大受影響，每個商業行為都有可能成為刑事幫助犯。在交易上都要詳加確定對造不會利用自己所提供的產品或服務來犯罪，其結果會使交易行為非常的不經濟，交易成本增加了許多不必要的負擔，所以應而認為，中性業務行為不是幫助行為，客觀不法構成要件不該當，不成立幫助犯<sup>204</sup>。其中「社會相當性」是指該行「只要沒有逾越通常的社會秩序範圍，仍屬於社會上運作的正常與可被接受的狀態」；而「職業相當性」要依各個職業不同而分別判斷<sup>205</sup>。依這樣的理論來作解釋，一個賣球棒的商人，在明知道顧客來買球棒的目的就是要拿去聚眾鬥毆，然而其業務上日常的交易行為就是賣球棒給要買的人，所以即使他知道球棒將用於不法，商人出賣球棒的行為也不是幫助行為而不會構成刑事的幫助犯。由這個例子，我們可以看出來，這個理論把日常的交易行為，與交易後他人的行為完全切開，不論他人交易後將借用該商品或服務為何等之犯罪行為也不論提供者知不知情，都與提供商品或服務之人無關<sup>206</sup>。

### (2) 無因果關係

中性業務行為之所以不該當刑事幫助犯之客觀不法構成要件，除了上述認為中性業務行為並非幫助行為故不法構成要件不該當外，另有二說從因果關係中著手<sup>207</sup>，其一是無客觀歸責性說<sup>208</sup>：因為中性業務行為所創造者係法所容許的風險，即日常生活中反覆進行的典型業務行為，依客觀歸責理論，並未製造法所不

<sup>204</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁68。

<sup>205</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁68。

<sup>206</sup> 就法理上而言，這樣的一個解釋方法不是不能成立，只是道德上說不過去，雖說法律是最低的道德標準，但這樣的一個解釋方法，可能還是低於一般人所能接受的最低道德標準，畢竟我們還是希望商人是有人良心的，在賺錢之餘也能盡一般社會義務，在明知他人將用其商品或服務去從事犯罪行為時，能拒決提供商品或服務，而不能因為商人做的只是商業行為，所以就算知情也不必負責。故本文認為這樣的釋太過偏袒提供服務或商品之人，而且法律應該鼓勵人守望相助，而不是要人各家自掃門前雪，休管他人瓦上霜，況且提供商品或服務之人，以此商品或服務向社會大眾賺取金錢，自是應該會社會多負一些責任，特別是與該商品或服務有關之事務。

<sup>207</sup> 惟從因果關係著手，則在作爲的幫助犯之客觀不法構成要件上，必須承認「幫助行為與主行為的行為結果間須有因果關係存在」是客觀不法構成要件之一方有意義，並此說明。

<sup>208</sup> 林山田，《刑法通論(上冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁196

容許之風險，故無客觀歸責性，而不該當客觀不法構成要件<sup>209</sup>。其二是回溯禁止說<sup>210</sup>：該行為本身有自己的目的，提供商品或服務者，其行為的目的是獲取對價給付，而非幫助犯罪，依回溯禁止原則，隔絕中性業務行為與他人犯罪行為的關係，故無客觀歸責性，無因果關係而不該當客觀不法構成要件。

### (3) 中性業務行為無違法性

本說並不在客觀不法構成要件上著力，反而認為中性業務行為確實已該當幫助犯之客觀構成要件，主觀上有切確的認識或過半犯罪可能的認識即至少有未必故意，故不法構成要件應屬該當，惟中性業務行為有社會相當性或職業相當性，所以屬業務上正當的行為<sup>211</sup>，因而不具違法性，可作為阻卻違法事由，而不成立犯罪。然而須特別注意的是，行為人之行為除客觀上須為中性業務行為外，在主觀上亦必須有此認知，方可阻卻違法性，如行為人主觀上已被證明有違法之意圖，則不能認為是中性業務行為而阻卻違法性。最後，並不是任何業務行為都可以稱為業務上正當之行為，這必需視實際情況而定，判斷的標準，除了個案審酌<sup>212</sup>外，通常必須檢視該行業之行規或政府之相關法規命令而定，並不能泛言業務上之行為必屬業務上正當行為而可阻卻違法性。

## 2. 主觀理論

由於幫助行為是否與正犯犯罪構成要件的實現上要有因果關係，本有爭論<sup>213</sup>，約可分為「肇因理論」即必須有因果關係；和「促進理論」即不需有因果關係。如採促進理論<sup>214</sup>，因為幫助行為與主行為的行為結果間不需要有因果關係，則上述之客觀理論中以無客觀歸責而無因果關係故不成立幫助犯的說法即不能處理中性業務行為的問題。故有學者提出主觀理論<sup>215</sup>。

在促進理論下，客觀上幫助行為與正犯犯罪構成要件的實現上不須要有因果關係。而主觀上，所謂的幫助故意是指有促進的故意。依此，事業經營者僅係為了經

<sup>209</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁68。

<sup>210</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁68。

<sup>211</sup> 我國刑法第22條亦規定：「業務上之正當行為，不罰。」屬阻卻違法事由。

<sup>212</sup> 以違法性的位置來阻卻犯罪的成立，在理論上要個案審酌，權衡日常業務行為所獲取的利益與因提供商品或服務而讓主行為利用以爲犯罪行為所造成的法益損害。而這樣個案彈性的權衡理論，很類似美國法下第7巡迴法院對Sony doctrine的解釋。當然也會有相同的批評。

<sup>213</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁63。在我國法下，幫助行為對於主行為的行為結果是否要有因果關係亦有爭論，詳見林山田，《刑法通論(下冊)》，增訂八版，自版(2002)，頁138。

<sup>214</sup> 爲德國實務所採。

<sup>215</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁69。

營事業而提供他人商品或服務，如果僅是知道他人有犯罪之計劃或可能利用其商品或服務為犯罪行為，因為提供商品或服務之人完全沒有任何促進他人犯罪意思，自不該當幫助故意，故主觀構成要件不該當，不成立幫助犯。然而提供商品或服務者是否沒有促進的意思，其細部之論述，可分為「確知」他人將利用其提供之商品或服務為犯罪行為或「僅視為可能」將有犯罪行為利用其提供之商品或服務來進行<sup>216</sup>。

### (1) 確知的情形

提供商品或服務者「確知」正犯已有犯罪的決意，仍提供商品或服務時，在此情形下必須討論提供商品或服務的行為是否與主行為有「犯罪關連性」。

所謂的犯罪關連性，學說上的判斷方法是如果「扣除掉正犯的犯罪行為，提供商品或服務行為就沒有其他意義」時，屬可罰的幫助行為；如果「不必依賴正犯的犯罪行為，提供商品或服務行為本身已有意義」，則屬不可罰的行為<sup>217</sup>。

如提供商品或服務行為唯一的意義是供他人犯罪之用，則可認為具有犯罪關連性，蓋這些交易活動表面上為日常生活中反覆進行的典型業務行為，但出賣人因為已確知購買者的使用目的，該行為的無害性已經喪失，不再影響行為的可罰性<sup>218</sup>。例如賣刀者明知他人為犯罪之目的而購買刀子，仍賣之，即屬本例，而賣刀者自該當幫助犯，蓋其刀子被買下唯一的目的就是被拿去犯罪，如果買受人沒有要拿刀子去犯罪就不會買其刀子，所以賣刀子的行為已喪失其社會的相當性或無害性，自屬幫助行為有幫助故意而可成立幫助犯。

反之，如提供商品或服務行為主要目的是對他人所從事合法行為資以助力，此合法行為對正犯利用此助力的目的便不具犯罪關連性。例如送便當給正在犯罪的行為人食用，雖然犯罪行為人因食用便當而有力氣犯罪，但吃便當本身有滿足食欲之合法目的，詳而言之，扣除掉犯罪行為，送便當給犯罪行為人食用，還是有滿足食欲的合法目的，即使沒有犯罪行為，行為人還是要進食，故不能論送便當者為其後犯罪行為之幫助犯<sup>219</sup>。

### (2) 懷疑的情形

<sup>216</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁70。

<sup>217</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁70。

<sup>218</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁71。

<sup>219</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁71。

提供商品或服務者「懷疑」正犯有可能利用其助力犯某罪。然而，在這個情形下，依照「信賴原則」即每個人都可以信賴他人不會故意實行犯罪行為。除非他人的行為呈現出「明顯的犯罪傾向」，否則應可信賴他人不會故意實行犯罪行為。故提供之助力屬法所容許之風險，不具客觀歸責性<sup>220</sup>。故是否有幫助之未必故意之判斷不再是過半的發生可能性，而是所幫助的個別行為人是否可以信賴或者反面言之，是否有明顯的犯罪傾向，知有明顯的犯罪傾向而仍幫助之者方有刑事幫助犯之未必故意。所以即便其中性之業務行為所提供之商品或服務在統計上有過半的使用者會用以為犯罪行為，但只要在出賣之當下，買受人無明顯之犯罪傾向，出賣人之幫助行為即不得論以刑事幫助犯之未必故意，因而不成立幫助犯。另外是否有明顯的犯罪傾向必須就確實的事實根據來證明有高度之犯罪可能性，如果只是可疑外觀則尚不足認定有明顯的犯罪傾向<sup>221</sup>。

### 5.3 小結—對德國中性業務行為理論的討論

#### 5.3.1 對客觀理論的討論

客觀理論似乎無法區別利用中性業務而去幫助犯罪和真正中性業務行為。蓋其判斷上只視客觀上是否為業務之中性行為，只要是中性之業務行為即認為並非幫助行為或未造成法所不容許之風險或依回溯禁止原則無客觀歸責性而認為客觀不法構成要件不該當或認為中性業務行為具有社會相當性或職業相當性，因而不具違法性故不成立幫助犯。舉例言之，賣刀者明知欲買刀者將有犯罪之行為仍將刀賣與之，甚至於對於買刀者的犯罪行為亦有促進幫助之欲意，然因為其賣刀行為客觀上為業務上之中性行為，如不論主觀上的認知為何，本例之賣刀者可主張其行為屬業務之中性行為具有社會相當性或職業相當性並非幫助行為亦無違法性，或為日常生活反覆進行之典型業務行為，故並未造成法所不容許之風險而無因果關係，或者賣刀有其自我營利之目的，應依回溯禁止原則而無因果關係，因而客觀不法構成要件不該當，不構成犯罪。

然而支持客觀理論者會有如下論點反駁：1. 知道將有犯罪行為而仍幫助之，已不屬中性業務行為，不具社會相當性或職業相當性，非不能論以幫助行為，且有明顯的違法性。2. 僅管其幫助行為為業務上之中性行為，但仍不得主張並未造成法所不容許的風險，因為知將有犯罪情事而幫助之本身就是一個有高度風險之行為。

對於上開反駁，本文認為這樣的論述似乎是很有說服力的，然而一旦如此解釋其理論就不能再說是純就客觀上判斷，蓋已需從行為人的主觀面向了解是否有促進犯罪或幫

<sup>220</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁72。

<sup>221</sup> 蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁73。



助犯罪之主觀不法意圖。且判斷客觀上是否為幫助行為或是否有因果關係卻必須先判斷主觀上有無促進或幫助之欲意，與刑法不法構成要件分主客觀討論的理論不合，在邏輯上似有所混淆。另外，一牽涉到主觀的判斷，這樣客觀理論運作上最大的優點即不需去判斷主觀就失去了，還有會有與主觀理論相同的批評，即實務上可以預期遇到的問題是主觀認知的難以證明，尤其是在 P2P 網路傳輸服務業者的幫助重製罪之幫助意圖的認定上，因為其犯罪的過程是電腦全自動化，如無其他的佐證實難以將電腦自動化的行為說有 P2P 網路服務業者的主觀不法意思。最後，我國關於幫助行為是否要與正犯之不法構成要件該當結果有因果關係與德國學說有相同的爭議，所以客觀理論在學說上除了直接認為業務上之中性行為非幫助行為或無違法性外，欲以無客觀歸責而不能論有因果關係來阻確客觀不法構成要件的該當亦是有爭議的，並此說明。

### 5.3.2 對主觀理論的討論

就主觀理論而言，其將確知有犯罪行為的情形下細分幫助行為是否有犯罪關連性來收縮傳統幫助犯的範圍；而在懷疑有犯罪行為的情形下，以信賴原則為基礎，去區分是否有明顯的罪傾向，如果有，則同樣看是否有犯罪關連性來決定是否成立幫助犯，如果沒有明顯的犯罪傾向，則有信賴原則之適用，即未創造法所不容許之風險，而無客觀歸責性，客觀構成要件不該當。這樣的一個理論本文認為其似有邏輯上不合理之處，蓋之所以要提出主觀理論就是因為認為幫助行為與主行為之行為結果不需有因果關係，然而以信賴原則來處理，原則上就是在處理客觀歸責的問題，而客觀歸責的問題就是因果關係的問題，所以在大原則下似有抵觸。不過本文認為，這樣的解釋在肇因理論下便說得通了，所以亦不失為被告方的抗辯之一。另外本文認為信賴原則在促進理論下亦可用在主觀上的解釋，即提供商品或服務之人因為信賴他人不會利用其商品或服務從事犯罪行為，故可主張其無促進之意思，自無幫助之故意。其次，本理論會出現實務上的問題，就是依本理論主觀要件實不易證明，因為所謂明顯犯罪傾向，依本理論並不能以統計上多數或過半數的使用者用以為犯罪行為即認定買受者有明顯的犯罪傾向(中性業務行為理論正是要解決這類的問題，如果統計上有過半數使用者用以為犯罪行為即可認定買受人有明顯犯罪傾，即論以出買行為有未必故意，則中性業務行為理論等於未決解任何問題)，一定要個別的買受人，當下有一定的事證可證明有明顯之犯罪傾向且為出賣人所知，方能論出賣人提供商品或服務之行為構成未必故意之幫助犯。所以即使有概括的過半侵權認識也不成立幫助犯之未必故意，只要提供商品或服務之人並無侵權意圖，則買受者用以為侵權之行為是買受者自己犯法，提供商品或服務之人有權依信賴保護原則推定買受者不會以之用來犯法。然而因為主觀意圖的難以證明，會使理論的實務操作上，因為法律必須顧慮到合法使用者的利益，變成只要有實質非侵權用途，就不能論以有侵權之故意。且即便告知有過半侵權使用也不能禁止該產品，因為提供商品或服務者還是受到信賴保護。所以在這個理論下，要證明提供商品或服務者確知受助力者之犯罪目的或明顯的犯罪傾向，而仍提供商品或服務，方能論以未必故意之幫助犯，因此著作權人告知 P2P 網路服務業者其網路上有過半的侵權行為發生並不能要求 P2P 網路服務業者停

止其網路服務，法院也不能論以幫助犯之責，只有當著作權人發現特定行為人正欲為非法重製等侵害著作權的犯罪行為或有明顯傾向將為非法重製等侵害著作權的犯罪行為，此時通知 P2P 網路服務業者，如 P2P 網路服務業者還是任其發生或稱以其網路服務幫助其發生，才有可能成立刑事幫助犯。

### 5.3.3 對於判斷違法性的討論

前述德國法下中性業務行為理論把阻卻違法性的見解歸類到客觀理論中，首先，就客觀理論的阻卻違法性說而言，此理論尚有一些問題待解決，第一是業務上正當行為的範圍在那？目前對於 P2P 網路服務業並無相關的職業規則或法律規定。第二是如果提供商品或服務者利用其業務上正當行為故意為幫助侵權的行為，要如何處理？本文認為關於這個問題決解的方法略以：1. 業務之正當範圍，學說上提出必須依據客觀事實與一般社會通念，參酌專門職業的知識、技術與經驗，依據相關法令的規定，就業務性質、目的與執行業務之方法，推行綜合判斷<sup>222</sup>。看是否該行為是社會上「相當」、「適當」、「正當」之行為。因為上述方法仍有些抽象，另有學者建議，所謂是否社會上「相當」、「適當」或「正當」可以依利益衡量的方法來判斷<sup>223</sup>，以追求社會的最大利益為依歸，決定何謂社會上「相當」、「適當」或「正當」之業務行為。惟一旦要用利益衡量的方法決定什麼是合法什麼是非法就會出現更多的不確定性，也有全部因素無法完全納入衡量的問題，也就是有美國法下第 7 巡迴法院會遭遇並受批評的問題。2. 另外在實務上比較可操作的方式是對特定的專門技術如 P2P 網路服務去成立官方或非官方的委員會邀請 P2P 網路服務業的代表、其他與 P2P 網路傳輸服務產業業務有相關的組織如 IFPI 或唱片業之公會、專家及學者…等，共同討論決定何謂正當之業務行為。例如要求所有的 P2P 網路傳輸服務必須加裝過濾程式、必須加裝某一種 DRM 系統…等。有一個共同的標準就可以依此標準決定何謂業務上正當行為，何謂非業務上正當行為，如其他有爭議的行為涉及專業的考量亦可函請該委員會判斷。

其次，違法性的判斷原則上也應分為主觀與客觀，而上述的判斷基本上都基於客觀的判斷，與傳統刑法理論對於違法性亦分為主觀與客觀判斷似有不合，本文認為如能對違法性做主觀與客觀的判斷，則對於以無違法性來阻卻犯罪的說法會有更細膩的操作，而不是該產品或服務只要有實質上非侵權使用就一律判斷不能論以侵權責任，且在所明訂的規範標準下亦必然會減少許多利用該產品或服務會侵權或犯罪行為之人數。而在違法性的階段考慮主觀要件指該業者即便客觀上都符合業務正當行為之標準，只要主觀上有犯罪或侵權之意圖亦不能阻卻違法性。當然知道有人會利用其產品或服務為侵權或犯罪行為不能即論以有幫助犯罪之主觀違法意圖，一樣要確知或高難懷疑某特定人或可得特定之人將有侵權或犯罪之行為方可論以業者在主觀上有幫助犯罪之主觀違法意圖而不能論以業務正當行為阻卻違法性。

<sup>222</sup> 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》，第 18 卷第 1 期，頁 61，頁 85。

<sup>223</sup> 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003。