

裁判字號：最高法院 105 年台上字第 88 號刑事判決

裁判日期：民國 105 年 01 月 13 日

裁判案由：家暴傷害致人於死等罪

最高法院刑事判決

一〇五年度台上字第八八號

上訴人 王慧瑩

選任辯護人 嚴庚辰律師

上訴人 李易哲

選任辯護人 簡承佑律師

張育誠律師

上列上訴人等因家暴傷害致人於死等罪案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇四年八月二十七日第二審判決（一〇四年度上訴字第二八六號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署一〇三年度偵字第八七六、三三九五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於甲○○共同傷害致人於死部分撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分（即上訴人甲○○共同傷害致人於死部分）

一、原判決認定甲○○（行為時尚未成年）有其犯罪事實欄（下稱事實）二所載之與上訴人丙○○（丙○○此部分之上訴因不合法律上之程式而駁回，詳後述）共同傷害甲○○年僅 2 歲之女兒 A 童（人別資料詳卷）致 A 童於死、共同對 A 童施以凌虐妨害 A 童身心自然發育及共同非法剝奪 A 童行動自由之犯行，均甚為明確，因而撤銷第一審關於甲○○該部分之無罪判決，改判論甲○○以共同傷害致人於死罪（與共同妨害幼童發育罪，依法規競合法理，適用傷害致人於死罪論處）及共同剝奪人行動自由罪，依想像競合犯之規定，從一重之共同傷害致人於死罪處斷，處有期徒刑 8 年 6 月。固非無見。

二、惟按以消極之不作為方法，實現犯罪構成要件之不作為犯，有純正不作為犯（如刑法第 149 條聚眾不解散罪、第 294 條第 1 項消極遺棄罪等）及不純正不作為犯之分，應予區別。不純正不作為犯，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，與因積極行為發生結果者同。」係以人之行為發生一定之結果，有因積極行為引起，有因消極之不作為引起，無論作為或不作為，法律上之效果相同，但犯罪之成立，除在客觀上，應有積極作為或消極不作為之犯罪行為外，並應在主觀上有故意過

失，始足當之，故該條項乃意指消極行為之犯罪與積極行為之犯罪，在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行為之意思要件，特設例外規定（本院29年上字第2776號判例意旨參照），是被告之行為縱令客觀上係違反法律上之防止義務，仍應視其主觀上犯意之有無及其內容為何，定其應負之刑責。又刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實行犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。此為現行實務上一致之見解。是就共同正犯與從犯之區別，係採主觀（是否以合同之意思即以自己共同犯罪之意思而參與）、客觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說（參見民國94年2月2日修正公布之刑法第28條之修正立法理由）。而就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人（即立於保證人地位者，下以此稱之），若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上亦難認有幫助之犯意（如對故意作為犯之作為無認識等），則在有過失犯處罰明文規定情形下，視其對故意作為犯之犯罪所造成之結果，是否符合應注意、能注意而不注意之過失要件，論以過失犯。至於本院27年上字第2766號判例意旨所稱：「…若於他人實施犯罪之際，僅以消極態度不加阻止，並無助成正犯犯罪之意思，及便利其實施犯罪之行為者，即不能以從犯論擬。」係指對他人犯罪侵害法益之結果，法律上無防止其結果發生義務者之情形而言，對有刑法第15條規定適用而立於保證人地位者，無援用之餘地。次按刑法第13條第1項、第2項雖分別規定行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生

而其發生並不違背其本意者，以故意論。前者為確定故意（直接故意），後者為不確定故意（間接故意）。惟不論係何者，皆係針對「構成犯罪之事實」而言，此「構成犯罪之事實」包括正犯、幫助犯乃至於教唆犯之構成犯罪事實，而非僅限於正犯者。本院101年11月27日101年度第11次刑事庭會議決議所謂有意思聯絡之行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，可成立共同正犯，乃係指各該行為人均符合上開共同正犯之要件時，縱其等彼此間聯絡之犯意態樣，有直接故意及間接故意之別，仍不影響共同正犯之成立，要非變更前開實務所採之共同正犯、從犯之區分標準。經查：

- (一)、原判決事實二認定甲○○就丙○○於102 年11月中旬至12月初某日起迄同年12月23日止，在其二人同居之處所，對A童接續毆打（傷害）、凌虐、剝奪行動自由之犯行，與丙○○有犯意聯絡（見原判決第2至3頁），並於論罪時說明對丙○○所為傷害致人於死之傷害犯行及剝奪人行動自由之犯行，甲○○與丙○○均有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯（見原判決第17頁，理由參、(四)）。然依原判決認定之事實，客觀上對A童為故意毆打（傷害）、凌虐、剝奪行動自由等積極作為者，僅丙○○一人，甲○○對A童並無任何積極作為之侵害行為，原判決雖謂：甲○○對A童有保護義務，既知悉僅口頭制止無法阻止丙○○繼續對A童施虐，即負有救護A童免於遭受丙○○虐打對待甚至走避上開受虐環境之作為義務，而當時又無不能救護之情形，竟坐視不救，僅從事無效之口頭制止行為，未為任何讓A童脫離遭虐環境之積極作為，致A童終遭虐打致死，甲○○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，要與積極行為發生結果者同，即與結果間有相當因果關係，甲○○就丙○○上開行為自應負相同之正犯罪責等語（見原判決第11至12頁，理由貳、一、(三)之4）。惟此顯係僅以刑法第15條第1 項規定之不純正不作為犯客觀要件而論，就甲○○主觀上犯意之內容為何，並未說明。且依原判決之認定，甲○○未將A童帶離遭丙○○持續毆打、施虐及剝奪行動自由之環境，乃未為有效防止結果發生之行為，係屬違反作為義務；然甲○○終究並非著手對A童為積極傷害、施虐及剝奪行動自由等作為之人，其違反之義務，係未使A童脫離上述受虐環境之作為義務，是其未為有效防止或阻止結果發生之不作為，縱認應與在物質上或精神上積極給予丙○○實現上揭犯罪之助力等價，然仍無以逕行將之評價為與丙○○所實行之犯罪構成要件行為相當，自難遽認甲○○之不作為係屬參與丙○○所為相關故意犯行之構成要件行為。原判決另又引用本院上揭決議，而抽象載稱：甲○○主觀上對A童遭丙○○虐打、限制人身自由及飲食之事實既然有所認知，仍容任該事實持續發生，顯然有「即使如此亦無所謂」之間接故意，其與丙○○就上開行為之實施，自得合而為一，形成犯

罪意思之聯絡，且係以消極不救助行為參與上開犯罪行為，應與丙○○就上開犯行成立共同正犯云云（見原判決第11至12頁，理由貳、一、(三)之4）。此項論斷，不僅將間接故意與共同正犯之犯意聯絡之認定，混為一談，且就甲○○對丙○○所為上揭故意作為犯行，與丙○○之間是否有以自己共同犯罪意思而參與之犯意聯絡一節，仍無一語論及。以上，原判決均非無理由欠備之可議。

- (二)、原判決事實一(一)記載：於丙○○接續對A童施以毆打、凌虐，限制A童每日只能食用5片吐司，並常以鞋帶綁住A童雙手、以鞋帶或背包肩帶將A童綁於同居處所之衣帽架上之期間，甲○○起初有口頭制止，然見丙○○不予理會，甚至變本加厲後，即不再加以阻止，而係俟丙○○出門上班後，將A童解除綑綁，或在有多餘金錢時，會購買其他食物餵食A童；迨至102年12月23日上午，丙○○上班前循往例以鞋帶將A童捆綁於同居處所衣帽架，甲○○如同以往，待丙○○出門上班後，將A童鬆綁，同日晚間6、7時許，丙○○回至同居處所時，見A童未捆綁於衣帽架而大怒，再次將A童捆綁於衣帽架，徒手毆打A童臀部及大腿等處，並以硬底拖鞋大力揮打A童頭部，直到甲○○予以制止，始行停手，其後甲○○餵食A童吐司並哄A童睡覺，此時A童已略呈癱軟狀，待A童睡著後，丙○○與甲○○二人出門前往網咖，至翌(24)日凌晨3、4時許返回租屋處，丙○○見A童睡在其床鋪位置並且尿床，一時大怒，再徒手毆打A童臀部及腹部，甲○○出言制止，丙○○將A童抱到浴室，以毛巾塞住A童嘴巴，並以鞋帶將A童綁在浴室淋浴用水龍頭處沖水，繼續徒手毆打A童腹部及屁股，並對A童稱：「妳那麼想死，我送妳去見閻王」（然A童年僅2歲餘，尚無法理解上開言詞內容，故不構成恐嚇危害安全罪），直至A童氣息微弱始行罷手，將A童抱出浴室交給甲○○，期間甲○○除在浴室外拍門口頭制止，並未為任何救護A童之作為等情（見原判決第2至3頁）。依原判決此一認定，甲○○係無自救力之A童之母，依法負有養育、保護A童之義務，其在丙○○對A童長期施以身心凌虐及傷害時，所為相關口頭制止、購物餵食A童、解開A童或拍門制止之動作，皆屬無效之防止或阻止行為，乃在能使A童脫離如此環境（如離開丙○○或向警方、親友求援）之情況下，未採取使A童脫離該環境之保護作為，其此項不作為，在客觀上，究屬刑法第294條第1項消極遺棄罪之純正不作為，或係同法第15條第1項所定不純正不作為犯之不作為，仍欠明瞭，亟待釐清。縱如原判決理由所載（見原判決第8至11頁），係屬後者，然甲○○既有上述制止、購物餵食等動作，102年12月23日，丙○○並因甲○○之出言制止，而將A童抱至浴室毆打，避開甲○○口頭制止之干擾。如此是否猶能認甲○○就丙○○該等故意作為之犯罪，與丙○○間有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡

，亦顯非無疑。原判決對上開各情未詳加調查、根究明白，遽論甲○○以上揭傷害致人於死罪名之共同正犯，亦有調查未盡及理由不備之違誤。

三、甲○○上訴意旨執以指摘，尚非全無理由，且其違背法令影響於甲○○上開部分事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分（即丙○○部分及甲○○共同遺棄屍體部分）

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為丙○○係成年人，有事實二所載之傷害A童致死、對A童施以凌虐妨害A童身心自然發育、非法剝奪A童行動自由之犯行，丙○○與甲○○有事實三所載之共同遺棄A童屍體之犯行，均甚為明確，因而撤銷第一審關於丙○○部分之科刑判決及甲○○相關部分之無罪判決，改判分別論丙○○以成年人共同傷害兒童致死罪（與妨害幼童發育罪，依法規競合法理，適用傷害兒童致死罪論處）及成年人共同剝奪兒童行動自由罪，依想像競合犯之規定，從一重之成年人共同傷害兒童致死罪處斷，處有期徒刑13年，又論丙○○、甲○○以共同遺棄屍體罪，處丙○○有期徒刑7月、甲○○有期徒刑8月；並定丙○○應執行刑為有期徒刑13年4月。已敘述其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。對於丙○○、甲○○所為辯解認非可採，亦於理由內予以指駁及說明。

二、上訴意旨略稱：

(一)、丙○○部分

(1)A童之頭部雖曾遭丙○○毆打，然A童於上開期間並無明顯病症、異狀或疼痛產生，仍得站立，且反應力及活動力均屬正常，則一般人依此客觀事實得否預見倘再毆打A童之頭部或其他身體部位，或雖未再毆打A童，然A童因自己哭鬧，即會致生死亡結果，乃非無疑。惟原判決就丙○○之傷害犯行及A童之死亡結果間是否具有因果關係，而應負加重結果犯罪責，未詳予調查釐清，遽為丙○○有罪認定，有應於審判期日調查之證據而未予調查及理由不備之違法。(2)丙○○於案發時見A童呼吸心跳停止，即施以心肺復甦術急救，足認其良心未泯，並於偵、審時坦承客觀事實，感到悔悟，且與告訴人即A童生父乙○○達成和解及賠償損失，家人對丙○○亦多有關懷教誨，顯有堪值憫恕之處。惟原判決未審酌及此，認丙○○所犯之罪行，不符合刑法第59條酌減其刑規定之要件，則其量刑難認已合於比例原則、平等原則及罪

刑相當原則，有判決不適用法則之違法等語。

(二)、甲○○部分

(1)甲○○眼見A童死亡，心理遭受莫大打擊，已無任何心思預見丙○○對A童屍體會作何種處置，難認甲○○對此於客觀上有違反法律上之防止義務，主觀上有以不作為方式實行犯罪之故意。惟原判決以甲○○容認丙○○遺棄A童屍體為由，遽以其客觀上違反法律上之防止義務，而論以不作為犯，有理由不備之違法。(二)不純正不作為犯之認定與行為人犯意之判斷並無絕對關係，縱認甲○○於本案成立不作為犯，然其不作為應僅認與積極作為相同評價，尚難認其與丙○○係基於共同犯意而實行犯行。惟原判決未詳予敘明所憑理由，僅以甲○○違反作為義務為由，就遺棄A童屍體部分，認甲○○與丙○○間有共同之犯意聯絡及行為分擔，而論以共同正犯，亦有理由矛盾及不備之違法等語。

三、惟查：

(一)、刑法上之加重結果犯，係以行為人對於加重結果之發生客觀上有預見之可能，能預見而不預見者為要件。刑法第277條第1項前段之傷害致人於死罪，係對於犯普通傷害罪致發生死亡結果所規定之加重結果犯，依同法第17條規定，以行為人能預見其重傷害結果之發生而不預見為要件，此所謂能預見，係指客觀情形而言，與加害人本身主觀上有無預見之情形不同。原判決以A童屍體經法醫師解剖及檢查鑑定結果略以：發現A童身上存有多處鈍（瘀）傷，分佈於頭部及四肢，其雙側手腕皮膚顏色較為深沈且呈帶狀，應考慮被捆綁而掙扎所遺留下痕跡，其身體多處之瘀痕，為不同時間之傷害，與受虐兒常為多次且輕微之傷害形態不相違背，切開其頭部皮膚，出現帽狀腱膜瀰漫性出血，於左後枕部有血腫，頭骨無骨折，且未出現明顯器械傷，應考量因人力多次拍打頭部導致腦水腫，造成中樞神經壓迫而休克（神經性休克）死亡，死亡方式為他殺等語。法醫師劉景勳於檢察官偵訊時亦證稱：從A童頭部瀰漫性出血來看，其以前就已被打過很多次，剛開始受傷腦水腫還不嚴重時，小孩腦部可以承受比較大壓力，可能在2、3天腫到一定程度後才會出現症狀，若沒有治療，之後超過腦部可承受壓力時，就可能死亡，若頭部已受傷再打其他部位，小孩哭鬧，導致身體裡鹽份被帶出體外，會影響身體離子平衡，也會加速腦水腫等語。併綜觀丙○○持續毆打傷害A童之行為，已可認定A童係遭丙○○於上開期間多次毆打身體及以硬底拖鞋大力揮打頭部造成腦水腫，最終導致神經性休克死亡。丙○○長期虐打A童之行為確係造成A童死亡結果之原因，二者間存在相當因果關係。而參以A童年齡不及3歲，體型弱小，身體器官、機能並非健壯，依一般生活經驗法則，對於外來攻擊之抵禦能力顯然遠低於成人，而丙○○毆打之部位乃生命中樞之頭部，為脆弱致命部位，如持續遭外力毆擊，有可能因顱內出血或傷及

神經而發生死亡結果，此為一般人於客觀上所得認識，丙○○屬正常智識之人，對此當有認知，就其多次虐待A童會導致A童發生死亡之加重結果，客觀上應能預見等由，因認A童之死亡結果雖非丙○○主觀上所預見，其仍應負傷害致人於死之罪責。已依卷內證據資料，詳為說明，其此部分論斷，無理由不備或調查未盡之違法可言。丙○○上訴意旨(1)顯係對原判決已說明之事項，徒憑己意，漫事爭執，尚非適法之第三審上訴理由。

- (二)、採證認事、取捨證據及證據證明力之判斷，乃事實審法院之職權，苟其採證認事之論斷無違證據法則，即不容任意指為違法。原判決係依憑丙○○所為伊將A童屍體丟棄於水圳中等語之自白，佐以證人即於水流中發現A童屍體之黃吉生之證詞，雲林縣警察局虎尾分局元長分駐所102年12月30日受理各類案件紀錄表、A童屍體發現地點之現場圖、Google示意圖、現場照片，並參酌甲○○相關之供述等證據資料，綜合判斷，本於事實審推理之作用，認定甲○○確有事實三所示之與丙○○共同遺棄A童屍體之犯行。並說明：甲○○承認其全程目睹丙○○將已失去呼吸心跳之A童及衣物放入袋內攜出之經過，丙○○亦證稱：發現A童無法恢復呼吸及心跳後，甲○○抱著A童問伊要怎麼辦，伊說如果送醫可能會讓伊等行蹤曝光，甲○○沈默快5分鐘，伊說不然伊把屍體處理掉，甲○○沒有說話，伊就幫A童換穿粉紅色洋裝及襪子，拿棉被袋將A童放進去，之後就攜出騎車找尋棄屍地點等語，參諸丙○○將A童屍體攜出前，並未聯繫殯葬業者，或為辦理後事之準備，且時值深夜，火葬場尚未運作等情觀之，丙○○攜帶A童屍體外出，應僅有棄屍一途，甲○○為具正常智識之人，對此情當有所認知，縱使丙○○對甲○○當場之詢問未予明確之回答，亦無法為甲○○有利之認定。甲○○既為A童之生母，對A童屍體負有安葬之義務，其知悉丙○○要遺棄A童屍體，依刑法第15條第1項規定，即有阻止丙○○為上開作為之義務，甲○○於第一審亦曾供稱：當時（丙○○抱A童屍體出門之前）沒有阻止丙○○，也沒有要求丙○○火化或埋葬等語，足見甲○○應防止而未防止。且甲○○於知悉丙○○要遺棄A童屍體之情形下，卻容任丙○○將A童屍體置入袋內於深夜攜出，顯就丙○○遺棄屍體行為，與丙○○間達成默示之合致，而有共同犯罪之意思聯絡，自應與丙○○負共同正犯之責等情。所為此部分論斷，俱有卷內證據資料可資覆按。查：甲○○既有安葬A童屍體之義務，又開口詢問丙○○要怎麼辦，已在徵詢丙○○如何處理A童屍體，丙○○復已明白告知若將A童送醫可能會讓伊等行蹤曝光，並稱：不然伊把屍體處理掉云云，甲○○縱未答話，亦可證其對丙○○欲將A童屍體棄於不易為人發覺之處，已有認識，且顯無何不能出言阻止或表達意見之情事存在，惟其仍任由丙○○將A童攜出，在丙○○將A童屍

體攜出前又不為任何提議，自足認其就丙○○遺棄A童屍體之行為，與丙○○達成共同犯罪意思之默示合致，乃以自己共同犯罪之意思，不為任何阻止之動作，以資配合，縱認其不為阻止之配合動作，非屬遺棄屍體之構成要件行為，然依前述共同正犯與從犯區別標準之說明，甲○○就丙○○遺棄A童屍體之犯行，仍應成立共同正犯。原判決理由載稱甲○○與丙○○間就遺棄A童屍體犯行有默示合致，理由縱較為簡略而已，仍與判決不備理由或理由矛盾之違法情形，尚有未合。甲○○此部分上訴意旨，係就屬原審採證認事職權之行使，徒憑自己之說詞，而為事實上之爭執，不能認係適法之第三審上訴理由。

(三)、刑法第59條減輕其刑之規定，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用，此屬事實審法院得依職權審認、裁量之事項。原審認丙○○本件犯行，並無客觀上足以引起一般同情及情輕法重之處，無適用刑法第59條酌減其刑規定之餘地，已詳述其理由（見原判決第18至19頁，理由參、(七)），不生違背法令之問題。丙○○上訴意旨(2)亦非上訴第三審之合法理由。

四、其餘上訴意旨亦係就屬原審自由判斷證據證明力職權之適法行使，任意指摘，均不能認係適法之第三審上訴理由。本件關於丙○○部分及甲○○共同遺棄屍體部分之上訴，顯俱屬違背法律上之程式，均應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十三 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 卿

法官 楊 力 進

法官 王 復 生

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 十五 日

V