

刑法第三十一條的存廢與立法問題

編目：刑法

主筆人：榮台大

壹、前言

刑法第 31 條擬制共同正犯的立法向來受到學說上的批評，本文試圖在眾多學說的討論中理出一條較容易理解的路徑。

貳、反對與批評意見

一、擬制共同正犯欠缺擬制基礎

從犯罪支配的角度來看，不具備特定身分者，即使對於身分犯犯罪之實現具有行為支配，也無法充實身分犯特殊的不法內涵而成立正犯；無身分者對於身分犯犯罪之實現即使具有意思支配，在法律沒有特殊規定的情況下，他不可能成立犯罪，或只能論以身分犯之教唆犯。既然無身分者具有行為支配或意思支配時，皆無法成立身分犯犯罪之正犯，為何無身分者與有身分者共同實行，擁有功能性的犯罪支配時，即能彌補身分資格的缺憾，而成立身分犯的共同正犯，此種共同正犯的擬制無理論基礎，而且違反罪責原則，因為身分犯所要求的特殊不法內涵，只有具備資格者才能填充之，無身分資格者無論單獨直接實行、透過優越意志掌控，或與有身分者共同合作，都無法補足這項缺憾，這是基於罪刑法定原則的要求^{註1}。總而言之，刑法第 31 條第 1 項擬制共同正犯的立法違反罪刑法定原則與罪責原則。類似的見解亦認為，身分犯行為主體資格為基礎要件，不具備構成要件所要求的行為主體之人，無法成立構成要件所揭示的犯罪類型，而且這種主體資格無法以任何方式加以擬制。因此，如果無行為主體資格之人與適格之行為主體共同實施犯罪行為，本質上既非正犯，自無法透過任何法律的擬制而成為共同正犯的參與形式。若行為人對於身分犯之成立事實予以加工，可能的思考就是將其論

^{註1}陳志輝，〈身分犯的實質不法內涵〉，《台灣本土法學》，第 84 期，2006 年 7 月，頁 120-121。

以共犯，因為共犯的成立無須考量參與者的特定身分關係，只需要依照共犯從屬性論以共犯即可^{註2}。立法者雖認為無身分之人得以減輕其刑，但是先將無身分資格者先擬制為共同正犯，再給予「得減輕其刑」的評價，實為畫蛇添足之舉^{註3}。

若從個人責任原則與共同正犯歸責基礎的角度來看，共同正犯的效果是一部行為全部責任，也就是一部既遂全部既遂，這使得共同正犯的概念被擴張。共同正犯應該是正犯「質」的集合，必須參與者都具備正犯的特質，才有可能成立既遂，那麼參與犯罪的所有人必須同時具備正犯的不法與罪責，不得相互補充。由此推論，身分犯的共同正犯也必須具備這項條件，若是無身分或特定關係之人與有身分或特定關係之人共同實行，因為無身分之人不具備正犯的特質，因此不可能成立正犯，自然不可能成立共同正犯^{註4}。

學說上亦有從平等原則與權力分立的角度切入，認為刑法對於無資格者與有資格者做出同為正犯的評價，使兩者獲得同樣的處罰，顯有不妥，且不宜透過法律規定使不具行為主體資格的參與者擬制為純正身分犯的共同正犯，刑法第 31 條第 1 項擬制共同正犯的規定應該刪除^{註5}。

二、擬制共犯畫蛇添足

不具備行為主體資格之人的教唆或幫助行為，使用一般的刑法理論就可以因其參與犯罪而論以身分犯的教唆犯或幫助犯，無須法律明文規定，因為共犯並非不法構成要件的行為主體，無資格者雖無法成立正犯，卻可以依附在正犯而成立共犯。簡言之，無資格者原本即有成立共犯的可能性，無須透過法條規定擬制為共犯，將無身分者擬制為共犯只會造成誤解，使人誤會無資格者性質上本非共犯，而是因為法條的擬制規定始為共犯，因此第 31 條第 1 項的立法是多餘的贅文。此外，無行為主體資格的參與者構成共犯時，其可非難性不如具有特定資格的行為人，法律效果應該低於具備身分的行為

^{註2}柯耀程，〈參與擬制規範之檢討—評刑法修正草案第三十一條之修正〉，《台灣本土法學雜誌》，第 45 期，2003 年 4 月，頁 107。

^{註3}林鈺雄，《新刑法總則》，2011 年 3 版，頁 483-484。

^{註4}游明得，〈從身分犯的本質檢視刑法第三十一條身分犯共同正犯—以國內現況評析為主〉，《警大法學論集》，第 12 期，2007 年 4 月，頁 150-151。

^{註5}林山田，《刑法通論（下冊）》，2008 年 10 版，頁 146-147。

人，而修正為「應減其刑」。刑法第 31 條的條文內容應該修改成「因身分或其他特定關係成立之罪，其無身分或特定關係之教唆或幫助者，**減輕其刑**。」^{註6}

三、第三十一條第二項條文文義違反邏輯結構

就一般的刑法理論而言，不具加重、減輕或免除刑罰資格的行為人，即應成立基本構成要件的罪名，科以通常之刑，無須明文規定。刑法第 31 條第 2 項「科以通常之刑」的條文文義有造成他人誤解的嫌疑，也就是認為無特定資格之人與有特定資格之人形成正共犯的結構，係建立在加重、減輕或免除其刑的變體構成要件之上，而非建立在基本構成要件之上。正確的理解應該是，具有該特定資格之人，始能適用加重、減輕或免除其刑的法律效果，如此方能將參與者正確定位在基本構成要件之上，因為在法律邏輯上，變體構成要件的適用是以成立基本構成要件為前提。未來修法可以考慮將條文內容修正如下：「因身分或其他特定關係，致刑有加重、減輕或免除之規定者，僅適用於具備加重、減輕或免除其刑之身分或特定關係之正犯或共犯。」^{註7}。

四、條文內部互相矛盾

刑法第 31 條第 1 項的規定代表利用正犯或其他正犯所具備的構成要件該當性而適用他們所該當的犯罪條文，此一規定所採取的立場是從屬原則；相對地，刑法第 31 條第 2 項規定行為人不可以利用正犯或其他正犯所具備的構成要件該當性而是用他們該當的犯罪條文，此一規定否定從屬原則的適用。邏輯上，按照罪刑相當原則，若犯罪構成與否可以採取從屬原則，那麼舉輕以明重，刑度輕重也應該適用從屬原則；相對地，對於刑度的輕重採取獨立原則的話，那麼舉輕以明重，對於犯罪的構成與否亦該採取獨立原則。本條條文的內容卻一部分採取從屬原則，一部分又否定從屬原則，體系上自相矛盾^{註8}。

進一步檢驗實務見解在刑法分則上的運用，將會發現實務上從條文的文義解釋導致了相當荒謬的結論：「侵占罪之持有關係。為特定關係之一種。如持有人與非持有人共同實施侵占持有他人之物。依刑

^{註6}林山田，《刑法通論（下冊）》，2008年10版，頁146-147。

^{註7}林山田，《刑法通論（下冊）》，2008年10版，頁151-153。

^{註8}黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2012年4版，頁776。

法第三十一條第一項第二十八條。均應論以同法第三百三十五條之罪。至無業務上持有關係之人。對於他人之業務上持有物根本上既未持有。即無由觸犯同法第三百三十五條之罪。若與該他人共同實施或教唆幫助侵占者。依同法第三十一條第一項規定。應成立第三百三十六條第二項之共犯。」(司法院院解字第 2353 號解釋)。簡言之,不具業務身分的侵占物持有者論以刑法第 335 條普通侵占罪,而不具業務關係亦不具持有關係者,反而論以刑法第 336 條第 2 項業務侵占罪,前後結論顯然輕重失衡^{註9}。

參、支持見解

一、擬制共同正犯的擬制基礎—對因果流程的操控

在罪刑法定原則的要求下,一般犯正犯就是實施構成要件行為事實的人,也就是操控侵害法益的因果流程之人,換言之,操控法益受害的因果流程是正犯歸責的法理依據;身分犯正犯是立法者為具備某種義務關係的人構想的法益受害事實,他們必須在犯罪行為實施之前,和法律所保護的特定法益處於某種特定關係,也就是對特定法益具有保護義務,違反保護義務之人就應該被歸責為正犯,換言之,只有具備特定關係的人才能侵害立法者所要保護的法益,才可能操控法益受害的因果流程。而所謂法益受害的因果流程,包含了兩個部分:一個是對法益的侵害、一個是支配法益受害的因果流程。在身分犯當中,不具備身分資格的人不可能有能力造成法益受害,例如:沒有守密義務的人,不可能違反保守秘密義務的忠誠、不具備公務員身分的人,不能實施侵害公眾法益的瀆職行為。但是,這不代表沒有保密義務的人,沒有能力使秘密廣為人知;同樣地,也不表示不具公務員資格的一般人,無法使公務忠誠受到違背。換言之,對因果流程的支配與操控,是一般犯與身分犯正犯的共通歸責基礎,因為沒有具備身分犯所要求的身分者,也能做到構成要件行為所需要的自然意義因果支配^{註10}。

正因為沒有身分的人不能單獨充實身分犯構成要件所要求的不法內涵,藉由與有身分之人共同實施犯罪,他的行為才可能具備身分犯

^{註9}黃榮堅,《基礎刑法學(下)》,2012年4版,頁776,註71。

^{註10}許玉秀,〈刑法第三十一條第一項的擬制共同正犯欠缺理論基礎?〉,《台灣本土法學雜誌》,第85期,2006年8月,頁131-133。

構成要件所要求的不法內涵，而之所以能夠與有身分之人共同滿足這項要求，是因為沒有特定身分的人也有能力滿足操控或支配因果流程的正犯歸責條件，因為具備此項條件但欠缺第二項歸責條件：身分，所以需要擬制。如果達到操控因果流程實現的程度時仍論以教唆犯或幫助犯，則也是一種擬制。申言之，教唆和幫助行為並不能滿足實施犯罪構成要件行為的要求，但是都參與了實施構成要件行為的因果流程，以正犯的構成要件加以處罰，就是擴張正犯的處罰。立法者當然也能主張行為人不具備與法益的特殊關係，因此只論以教唆犯或幫助犯，例如：德國刑法第 28 條第 1 項的規定。教唆犯與幫助犯的處罰依據在於他們沒有支配或掌控犯罪因果流程，而不是處於不能掌控因果流程的地位；相對地，無身分之人若掌控法益侵害的因果流程，將他們評價為沒有操控因果流程的教唆犯和幫助犯，正是一種擬制^{註11}。

違反罪責原則的質疑，指的就是違反罪刑相當原則，也就是認為違反平等原則。而不平等之處在於有身分的正犯與無身分的共同正犯在量刑上沒有差異，但是依照「實施法定構成要件」這個正犯歸責標準，沒有實施構成要件的共犯與沒有身分的一般人所具備的規範意義相同，質疑刑法第 31 條第 1 項法定刑輕重的問題，應該同時檢討教唆犯的量刑。刑法第 31 條第 1 項但書的規定即使採「必減」規定，也還仍會和一般犯教唆犯與幫助犯的量刑扞格。申言之，一般犯的教唆犯無法減輕時，身分犯的教唆犯無論獲得得減或必減的優待，都是不公平的；當一般教唆犯沒有必減獲得減其刑的規定時，身分犯的擬制共同正犯竟然得減或必減，增加了第二個不平等；當一般犯的幫助犯只是得減輕，身分犯的擬制共同正犯獲得得減或必減的對待，則是第三個不平等^{註12}。

二、擬制共同正犯的擬制基礎—共同放射效應

依照身分犯對於行為主體的資格要求，無資格的人沒有理由成立任何形式的正犯，但是若無法對共同參與關係的無身分之人論以共同正犯，則將形成無法可適用的狀況。因此，無身分之人與具有特定

^{註11}許玉秀，〈刑法第三十一條第一項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？〉，《台灣本土法學雜誌》，第 85 期，2006 年 8 月，頁 133。

^{註12}許玉秀，〈刑法第三十一條第一項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？〉，《台灣本土法學雜誌》，第 85 期，2006 年 8 月，頁 134。

資格之行爲人共同形成犯罪意思，且有效地實現身分犯之構成要件，在共同性關係下，顯然已經實現共同正犯所要求的共同性。在身分犯類型中，真正的核心角色仍爲有身分之人，兩者透過整體共同意思之形成，並由具有行爲主體資格者以適格的行爲實現構成要件，那麼在共同正犯的認定上，係一種有行爲主體資格的行爲人的結合效應，不具主體資格者之所以得以視爲共同正犯，是因爲此等行爲共同性放射效應所涵攝之故，因此身分犯的共同正犯，參與者的角色並非擬制而成，而是一種涵蓋關係，此種涵蓋關係將所有行爲人納入同一參與角色來觀察，進而將對於正犯處罰之刑罰放射至不具有身分關係之人身上。因此，刑法第 31 條第 1 項所應擬制的對象並非角色，而是刑罰放射性要求之規範，藉由此項規範確認不具行爲主體資格者處罰的正當性依據^{註13}。

肆、反對意見的反駁

無論是「對因果流程的支配與操控」或者是 Schünemann 教授的「對造成結果的原因有支配」，都是有待進一步補充的評價概念。在一般犯中，正犯的歸責基礎在於犯罪支配，在身分犯當中則是控制支配。犯罪支配與控制支配雖然都是現實的支配，但在細部內涵上仍有差別：犯罪支配指行爲人在「犯罪當下」對於自己身以體舉動、他人的意思決定，或犯罪參與分工有實際的操控；控制支配則是指行爲人在犯罪「發生前」對法益的無助狀態有支配，或對危險來源有支配。不具備特定身分要求的人，儘管他們有能力在犯罪當下操控或支配因果流程，但是始終無法在犯罪發生前就操控或支配因果流程，將不具備特定身分之人擬制成正犯使用了類似推論，雖然二者是實際的、現實的支配，但是內容卻是不相同的^{註14}。

此外，批評刑法第 31 條第 1 項欠缺擬制基礎的主張並非以德國刑法第 28 條第 1 項作爲基礎，因爲該規定體現個人責任原則，針對不具特定身分的教唆者或幫助者予以減刑而已。在德國法中，並沒有哪一條條文明文或規定無身分的參與犯罪人只能成立教唆犯或幫助犯，這個結論是基於

^{註13}柯耀程，〈特別犯類型之共同正犯認定〉，收錄於：《台灣刑事法學會編著：共犯與身分》，2001 年 11 月，頁 129-131。

^{註14}陳志輝，〈身分犯之正犯的認定—以德國義務犯理論爲中心〉，《政大法學評論》，第 130 期，101 年 12 月，頁 12-13。

罪刑法定原則的要求，也就是身分犯的行爲主體必須具有特定的身分資格。而將無身分之人擬制爲教唆犯和幫助犯是對行爲人有利的擬制，不在禁止之列；相對地，將不具備特定身分資格之人擬制成正犯，是不利於行爲人的擬制^{註15}。

針對違反平等原則的批評，恐有誤解教唆犯刑事責任的真義。教唆犯得否依正犯之刑予以減輕，無論在德國法或我國法，皆無明文規定，因此教唆犯應規定爲得依正犯之刑予以減輕的情形，是個不存在的議題^{註16}。

^{註15}陳志輝，〈身分犯之正犯的認定—以德國義務犯理論爲中心〉，《政大法學評論》，第 130 期，101 年 12 月，頁 13-14。

^{註16}陳志輝，〈身分犯之正犯的認定—以德國義務犯理論爲中心〉，《政大法學評論》，第 130 期，101 年 12 月，頁 14。