

刑法判解

無責任能力人不列入共同正犯

最高法院 100 年度台上字第 3336 號判決

【實務選擇題】

甲(25 歲)、乙(17 歲)、丙(13 歲)共同竊取史塔克停放在 W 超市外之鋼鐵衣，試問下列敘述何者正確？

- (A) 丙可論以竊盜罪之共同正犯。
- (B) 甲成立加重竊盜罪之共同正犯。
- (C) 甲、乙論以竊盜罪之共同正犯。
- (D) 丙可論以加重竊盜罪之間接正犯

答案：C

【裁判要旨】

刑法上之犯罪成立要件，其中何種人之行為得為受非難評價之資格，乃構成犯罪主體要件之一；而責任能力即行為人能否賦予犯罪之資格，亦即該「行為人」有無刑罰之感應能力，得科予刑事制裁之歸屬責任，又係刑法上責任能力規定之重要因素。是依行為人之年齡多寡，作為區分責任歸屬及其範圍之責任年齡，亦為責任能力有無之判別準據之一。未滿十四歲之人，因其心智發育未臻成熟，欠缺判斷不法與控制自我行為之能力，無由期待其適法行事，故刑法第十八條第一項明定：未滿十四歲人之行為，不罰；將之屬於無刑事責任能力之人。縱其有「參與」犯行，其所「參與」之行為，仍不受非難評價。是共同正犯數行為人中，若有未滿十四歲之人，「參與」實行犯行者，仍應將該無責任能力人之「犯行」，剔除於外，不予計入共同正犯人數之列。

【裁判分析】

一、共同正犯

共同正犯依刑法 28 條之規定，乃二人以上基於共同實行犯罪之意思，而共同實施犯罪行為，雖共同者僅實行犯罪之一部分，仍必須就發生犯罪結果負全部責任，此乃所謂「一部行為全部責任」。

【高點法律專班】

二、無責任能力人與共同正犯

(一)計入正犯人數者，不以具備完全責任能力為必要，故完全責任能力與限制責任能力者間，有成立共同正犯之可能，而少年事件處理法第 85 條成年人與未滿 18 歲之人共同實施犯罪者，加重其刑二分之一之規定，亦可佐證；另本判決針對十四歲以下之人，認為其無是非辨識能力及駕馭能力，故一律不計入共同正犯之人數(註 1)。

(二)學說上，陳子平老師認為，即使是未滿十四歲之人，應視其有無責任能力人，有無是非辨識能力及駕馭能力，以決定利用者成立間接正犯或教唆犯；林鈺雄老師認為，若有責任能力者利用並支配無責任能力人犯罪，由於僅前者成立(間接)正犯，故不生共同正犯之問題。上述之看法似都同意本判決之見解。惟黃榮堅老師有不同看法，其認一個人要利用他人實現不法，所利用者僅可能是他人之事實行為，而不是他人的有責性事實，因此共同犯罪是共同為不法行為的意思，以此基礎，刑法第 28 條的意義是共同為不法行為者，如果自身的行為也具有有責性，那麼就構成正犯，故即使有責任能力人甲與無未滿 14 歲之乙共同犯罪，甲還是可以成立共同正犯(註 2)，而不是指只要不具備有責性，就不算入正犯之人數。

三、加重強制性交之共同犯之與加重竊盜之結夥三人

(一)刑法第 222 條規定二人以上共同犯之為加重強制性交，若參與之二行為人中有一人屬無責任能力人時，有學說認為亦能符合本款規定而加重，其因略為：行為人數越多，被害人遭受的侵害越劇烈，尤其性交之定義在納入口交、肛交等類型後，行為已成多樣化(註 3)，又有責任能力人利用無責任能力人加入實施強制性交行為，既已使強制性交之犯行容易實現，故應論以加重處罰。

(二)刑法第 321 條 1 項 4 款之結夥三人以上，該結夥三人是否包括無責任能力者？實務 37 年上字第 2454 號判例認為，無責任能力人不能算入結夥之人，至於理由則未明。然而多數學說皆持肯定立場，有認為結夥中之人是否具備責任能力為個別判斷之問題，不影響結夥之行為態樣；亦有認為不論有無責任能力，其結夥分擔犯罪行為，即已使法益之侵害易於實現，故應可成立結夥三人以上之加重強盜罪，唯無責任能力人欠缺責任成立，自無以刑法制裁之可能。

【關鍵字】

共同正犯、無責任能力、辨識能力、駕馭能力、間接正犯。

【相關法條】

刑法第28條、222、321條。

【參考文獻】：

- 1.林鈺雄，《新刑法總論》，2011年9月，3版，頁440-455。
- 2.黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2012年，4版，頁810-811。
- 3.陳子平，《刑法總論》，2008年9月，2版，頁464-505。
- 4.陳子平，《刑法各論(上)》，2013年，頁218-220、431-433。

【注釋】

- 註1：依少年事件處理法27條3項，對未滿14歲之行為人，少年法庭不能移送刑事案件之該管檢察官(非少事法第65條以下之少年刑事案件)。
- 註2：惟黃師亦指出，實務上會轉換論甲間接正犯或就其他數人論以共同正犯，所以除名稱外，實際論罪結果差異不大。
- 註3：此為甘添貴老師之見解，惟筆者不了解性交行為多樣化與無責任能力人要不要算入共同正犯的關聯性為何。轉引自陳子平，刑法各論(上)，頁219。又陳子平老師在此認為基於28年台上3242號判例，實務應認為此之共同犯之不能算入無責任能力人。惟筆者認為本條之共同犯之與28條之共同正犯，其意義及處理是否必須相同?仍有思考空間。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！