

刑事法判解

承繼共同正犯的責任範圍

最高法院107年度台上字第2316號刑事判決

【實務選擇題】

某派出所所長甲因市長A致電關切其友人的三萬元酒駕違規罰單，而將罰單取走交給屬下乙改為較輕違規事項罰單，並自付罰款結案。關於前述甲、乙的行為，下列敘述，何者正確？

- (A) 甲乙成立偽造公文書罪之共同正犯
- (B) 甲乙成立公務員登載不實罪之共同正犯
- (C) 甲成立湮滅罪證罪
- (D) 甲乙成立湮滅罪證罪之共同正犯

答案：B

【裁判要旨】

依事中共同正犯（即學說所謂之「相續的共同正犯」或「承繼的共同正犯」）理論，行為人於參與共同非法經營銀行業務前，對先前他共同正犯已實現構成要件之犯罪行為，因不在其合同意思範圍之內，且此部分之法益侵害已經結束，其無從再參與該先前之全部或一部犯罪行為，此部分違法吸金所取得之財物或利益等，既非其犯罪所得，即不應計入。惟在他共同正犯犯罪既遂後而行為尚未終了之前加入，且前行為之效果仍在持續中，如事中共同正犯利用該尚持續存在之前行為之效果，則其對前行為所生之結果亦具因果性，即須負責。故行為人加入時，其他共同正犯先前之違法吸金行為雖已完成，但如被害人僅繳交原約定之部分存款或投資款項，其餘部分係在行為人加入後始給付或由行為人收取完畢。因行為人係利用其他共同正犯之行為，使非銀行經營收受存款等業務罪之不法構成要件完全實現，此時即該當非銀行經營收受存款等業務罪構成要件之不法行為，就犯罪所得自應合併計算。

【爭點說明】

事中共同正犯，即學說所謂之「相續的共同正犯」或「承繼的共同正犯」，乃指前行為人已著手於犯罪之實行後，後行為人中途與前行為人取得意思聯絡而

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

參與實行行為而言。事中共同正犯是否亦須對於參與前之他共同正犯之行為負擔責任，學理上固有犯罪共同說（肯定）、行為共同說（否定）之爭議，但共同正犯之所以適用「一部行為全部責任」，即在於共同正犯間之「相互利用、補充關係」，若他共同正犯之前行為，對加入之事中共同正犯於構成要件之實現上，具有重要影響力，即他共同正犯與事中共同正犯對於前行為與後行為皆存在相互利用、補充關係，自應對他共同正犯之前行為負責；否則，事中共同正犯對他共同正犯之前行為，既未參與，亦無形成共同行為之決意，即難謂有行為共同之存在，自無須對其參與前之犯罪行為負責（102年第14次刑事庭會議）。

因此，刑法之承繼共同正犯，基於凡屬共同正犯對於共同犯意範圍內之行為均應負責，而共同犯意不以在實行犯罪行為前成立者為限，若了解最初行為者之意思，而於其實行犯罪之中途發生共同犯意而參與實行者，亦足成立；故對於發生共同犯意以前，其他共同正犯所為之行為，苟有就既成之條件加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，則該行為即在共同意思範圍以內，自應共同負責（102年台上字第1358號判決）。

然而，針對承繼共同正犯的實務見解認為：「共同犯罪計畫形成時，半途加入者已決定利用既存的條件狀態承繼共同實行，自應就共同犯罪計畫的意思範圍內，共同負責」。學者認為上開判決不僅招致不當的回溯歸責外，尚違反罪刑法定主義，且變相承認事後故意的概念。

舉例而言，甲基於強盜故意，制伏被害人後，知情而半途加入的乙，取其財物的案例，理應與甲在制伏被害人「前」，知情而半途加入的乙有所區別。就前案而言，由於甲侵害他人自由法益的強制行為已經既遂，乙只成立竊盜罪，而非成立強盜罪的共同正犯。若認為半途加入的乙必須透過承繼共同正犯的概念操作，將其主觀犯意溯及至參與前，從而擬制出共同犯罪決意，則將招致不當的回溯歸責外，尚違反罪刑法定主義，且變相承認事後故意。基此，承繼共同正犯的概念已無使用必要。

【相關法條】

刑法第28條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！