

刑法判解

共同正犯、同時犯與犯意變更

最高法院100年度台上字第4946號判決

【實務選擇題】

甲與A向來王不見王。某日，甲因其小弟遭A毆打一事，與A相約在河堤談判，預計趁此時機痛揍A一頓，並將此計劃與小弟乙、丙商討，命二人到場參一腳。談判當日，甲、乙與A皆準時到場。在談判途中，因A作勢從口袋掏出藍波刀，甲、乙見狀大怒，乙遂制住A，甲則掏出手槍將A射擊，A當場死亡。此時，方向感極差的丙姍姍來遲，告知方才迷路，聽到槍響始找到集合點。試問：各行爲人之責任之敘述，下列何者正確（持有槍械部分不論）？

- (A) 甲乙構成共同殺人既遂罪，丙無罪。
 (B) 甲乙丙構成共同殺人既遂罪。
 (C) 甲之行爲構成殺人既遂罪，乙則成立傷害未遂罪，丙無罪。
 (D) 甲之行爲構成殺人既遂罪，乙丙成立傷害未遂罪。

答案：A

【裁判要旨】

共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行爲當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，且其表示之方法，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦無不可。依原判決認定之事實，上訴人與李○○、田○○因友人遭蕭博文毆打事，原出於傷害犯意，持槍前往案發地點與蕭博文、賴韋翔等人談判，其間因見蕭博文作勢從身上掏出手電筒型信號槍，乃變更犯意，基於共同殺人之概括犯意聯絡，射殺賴韋翔，則上訴人與李○○、田○○既基於傷害犯意，夥同分持槍、彈前往與蕭博文等人談判，待見蕭博文有作勢掏槍動作，乃改而萌生殺人犯意，此項犯意變更，雖係當場即時為之，非出於事先謀議，然渠等三人延續原先共同犯意，同時臨場為該犯意提升之一致反應，並分持槍、彈朝人身要害射擊，自對彼此殺人行爲有共同之認識及合意，此與「同時犯」係數人於同時同地「個別起意」為犯罪行爲，自屬有別。

【學說速覽】

我國刑法係以二元犯罪參與體系為基礎，採區分共犯與正犯之立場。在以限縮正犯概念為前提之理解下，刑法基本上以處罰親自實施構成要件行為者為原則（即正犯），例外時處罰範圍擴張至教唆行為及幫助行為者（即共犯），因此即有建立正共犯區別標準之必要，在此，相關理論眾多，目前多數係採犯罪支配說，依此說，正犯乃是以故意支配整個犯罪流程，為決定性角色者，至於無犯罪支配者，則為共犯。其支配的具體類型有三：1.行為支配；2.意思支配；3.功能支配。欠缺上述三種支配者，即非犯罪行為之正犯，應接續檢視是否構成共犯。

著眼於功能支配觀點當中的分工合作關係，成立的是共同正犯關係。共同正犯之成立要件及責任範圍為本文所要釐清的重點之一。簡言之，行為人對於犯罪參與到何種程度，會被認定為共同正犯？

共同正犯之成立要件為二人以上，以共同之犯罪決意或共同之犯罪計畫，各自分擔犯罪計畫之一部，而共同實現犯罪之人，皆為共同正犯¹。至於我國法中對於共同正犯之處罰基礎則規定於刑法第28條，依照該條，二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。依此，共同正犯之成立須具備：

一、共同行為分擔：

係指行為人各自承擔了實現犯罪計畫某些必要的貢獻，處於互相補充的分工合作關係，在此的重點為行為人貢獻到何種程度屬於共同行為分擔（已不僅是幫助），是否以參與構成要件行為為必要？

二、共同行為決意：

此意為為共同正犯以二人以上有共同故意，共同決意之表示，不以明示通謀為必要，即默示合致亦屬之。至於此項決意之形成時點，通常係犯罪之前，但在犯罪行為實行中亦有可能臨時起意，擴張原有犯罪計畫。

相對於此，可進一步推知，數人於同時同地「個別起意」為犯罪行為，自非共同行為決意，僅屬同時犯，其刑責各自判斷。此外，由於過失行為並無成立共同行為決意之可能，是若二人以上共同過失造成之犯罪行為，至多只能成立過失犯之同時犯²。

¹ 林鈺雄，新刑法總則，2011年9月3版，頁440。

² 是否承認過失之共同正犯為一個爭議已久的問題，在此不擬深論，可進一步參閱甘添貴，過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室，第18期，2003年4月，頁83以下；陳子平，論過失共同正犯，東海法學研究，第10期，1996年3月，頁143以下。

依此，例題中的甲萌生殺人犯意，將A擊斃，構成刑法第271條殺人罪。至於乙之論罪，雖然原先計劃僅欲傷害A，然在犯罪實施當中，原共同行為人犯意變更，臨場為犯意提升之一致反應，雖非當場即時明示，但由題意可知，甲乙已達成默示之合意，仍合乎「共同行為決意」之要件。因此，乙成立殺人罪之共同正犯。

至於丙之論罪則較為複雜。依照釋字109號之見解，以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯。其中的「事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪」即所謂之共謀共同正犯，也就是此處的丙。然而，是否可能因單純的「共謀」階段，不論實行行為有無，直接論以共同正犯？這必須回到根本概念加以檢驗。共同正犯除了共同行為決意外，尚須承擔實現犯罪計畫某些必要的貢獻，參與構成要件行為當然為其典型；而參與實行構成要件「以外」之行為者，只要其行為與構成要件之實現有密不可分之功能支配，亦論以共同正犯；至於僅參與謀議者，若其對於犯罪流程仍有關鍵性貢獻，在與其他行為人的相互作用下，共同促成了犯罪，此時當不能僅因其在犯罪構成要件實行時，並不在場即否定共同正犯之責任。因此，重點實在於判斷行為人對於犯罪流程之支配力有無，而非實行構成要件時在場與否，若純依釋字意旨，在行為人的責任判斷上孔過於武斷。回到本題，丙在事前雖與甲、乙共同商討犯罪計畫，然在當日卻未到場參與構成要件或構成要件以外行為（如把風）之實施，且由題意觀之，其對於犯罪過程並無決定性的貢獻，僅為邊緣角色，因此不能論以殺人罪之共同正犯。此外，若接續檢討幫助犯之構成要件，由於丙對於整體犯罪之實現亦無何物質或精神上之幫助，故亦不成立本罪之幫助犯。

【關連性試題】

一、甲、乙二人共謀殺丙，先由甲擬妥殺丙計畫後，交由乙執行，但乙未依甲所擬計畫執行，結果未能將丙殺害。問甲、乙二人應負何種刑責？（89律師）

◎答題關鍵：

由於著手實行殺人行為者為乙，屬於正犯，因此作答時宜先討論乙之罪責，結論為成立殺人未遂罪。其次則討論甲之責任，此處甲擬妥殺丙計畫後，交由乙執行，合乎釋字109號所稱之「事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為」之共謀共同正犯，但答題時應進一步論述此處論罪之正當性基礎實係因甲對於犯罪流程之關鍵性貢獻。

二、「共同正犯」與「對向犯」皆屬二人以上實行犯罪行為所成立的犯罪參與型態，試問二者形成結構有何差異？
(97高考)

◎答題關鍵：

近年較少出現單純申論題，選入此題用意在於幫助讀者復習基本觀念。宜分點方項寫出共同正犯及對向犯之概念，對向犯係「刑法分則」之多數行為人概念，在構成要件的設計，雖僅預定一人行為，但為了實現特定構成要件之內容，必須有對向關係之他方一定行為協助的必要，故亦稱必要共犯。至於共同正犯與對向犯之區別，在於對向犯並無刑法總則中多數行為人規定之適用，其理由有在於「對向犯」之行為各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯(81年台度非字第233號判例參照)。

【關鍵字】

犯罪支配、共同正犯、犯意變更、共謀共同正犯。

【相關法條】

第28條

二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。

第271條

殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，新刑法總則，2011年9月三版。
2. 黃榮堅，基礎刑法學，2006年9月三版
3. 甘添貴，正犯與共犯：第一講——共同正犯的本質，月旦法學教室，第6期，2003年4月，頁133以下。
4. 柯耀程，共同正犯形成之判斷——評刑法修正後之適用與釋字第109號之重新詮釋，東海大學法學研究，第25期，2006年12月，頁1-38。