

## 共同正犯之著手前脫離與打擊錯誤

編目 | 刑法

出處	月旦法學教室，第 212 期，頁 20~22	
作者	吳耀宗 中央警察大學法律系教授	
關鍵詞	共同正犯、著手前脫離、因果關係切斷說、打擊錯誤	
摘要	<p>一、共同正犯之著手前脫離，對後續犯罪，刑法上應如何歸責，就此須在共同犯罪決意範圍內，始符合共同正犯之交互歸責原理。如共同行為人著手以前已明確向其他行為人表示退出犯罪，不論其他行為人是否同意，且其客觀上對於犯罪的繼續施行不再有任何貢獻時，其對於其他行為人後續的犯罪實行，欠缺交互歸責基礎，自應不負擔共同正犯之責任。</p> <p>二、在共同正犯打擊錯誤情形，對原來所預定攻擊對象應成立未遂犯之共同正犯，但對誤擊對象，共同正犯可否成立過失犯，應個別認定。</p>	
重點整理	解析	<p>一、例題</p> <p>甲、乙、丙與張三有仇。某日甲等人得知張三將於飯店用餐，因而共謀殺害張三。甲持槍、乙持開山刀、丙持西瓜刀共同前往。剛抵達飯店，丙接聽手機後匆忙離去。甲、乙兩人對張三展開圍殺，張三躲避敏捷，只受到輕微槍傷；乙未砍中張三卻誤中一同用餐的李四，李四傷重，送醫不治。問甲乙丙三人的罪責如何？</p> <p>二、共同正犯之著手前脫離</p> <p>(一) 共同正犯中一人改變原來的犯意，在犯罪既遂前，退出原本預定共同犯罪之繼續實施，對後續犯罪，刑法上應對之如何歸責？</p> <p>(二) 關於此議題，近期實務見解有採主觀客觀擇一標準說，即「共同正犯... 在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯實行之行為，亦應共同負責，此即所謂『一部行為全部責任』之法理；且共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。行為人參與共同謀議後擬脫離犯罪者，如於著手前對其他共同正犯已提供物理上之助力，或強化心理之犯意，則須在客觀上明確解除前述對其他共同正犯之影響力，而切斷與其他共同正犯嗣後遂行犯罪結果之相當因果關係者，始得對該犯罪之結果免責，而不論以該罪之共同正犯」(參 108 台上 406、100 台上 5925)。</p>

## 重點整理

## 解評

(三) 另外，學者徐育安教授則認為，關鍵在於其是否仍符合共同正犯之歸責原理或者取決於正犯與共犯之區分標準。本文亦贊同此見解，蓋共同正犯之成立，客觀上須有犯罪行為分擔，主觀上須有共同決意，所謂「一部行為全部責任」，亦須在共同犯罪決意範圍內，始符合共同正犯之交互歸責原理。如果共同行為人著手以前已明確向其他行為人表示退出犯罪，不論其他行為人是否同意，且其客觀上對於犯罪的繼續施行不再有任何貢獻時，其對於其他行為人後續的犯罪實行，欠缺交互歸責基礎，自應不負擔共同正犯之責任。

### 三、共同正犯之打擊錯誤

在共同正犯打擊錯誤之情形，對原來所預定的攻擊對象固成立未遂犯之共同正犯，但對誤擊的對象，由於實務與通說均不承認過失之共同正犯，職故，共同正犯可否成立過失犯，應予以個別認定。

### 四、本例題簡答如下：

- (一) 甲、乙、丙主觀上對於殺人有共同犯罪決意，但客觀上有行為之分擔只有甲、乙，丙在著手前即離去，因此，可以肯定的是甲、乙二人為共同正犯，但丙是否屬共同正犯，容有討論空間。
- (二) 就殺害張三而言，因張三只受有輕傷，故甲、乙成立殺人未遂罪之共同正犯；就乙誤殺李四而言，乙成立過失致人死，甲對此誤殺一事，應探討殺人行為發生時，其是否有預見可能性，而由於殺人行為是在飯店裡進行，誤殺其他用餐客人，應在甲預見可能性範圍內，故甲亦成立過失致死罪。兩人所犯殺人未遂罪與過失致死罪，分別依想像競合，從一重處斷。
- (三) 丙有關殺害張三部分，是否已達完全脫離程度，由於題旨僅提到「丙持西瓜刀，共同前往殺人，剛抵達飯店，丙接聽手機後匆忙離去」等語，資訊有限，因此，可分別假設如下：
1. 如丙匆忙離去但未打消共同殺人犯意，如承認共謀共同正犯下，仍可能成立殺人罪之共同正犯；而若採犯罪支配理論者，如無從確定其犯罪支配作用為何，至多僅能成立共犯，反之亦然。
  2. 如丙匆忙離去有退出犯罪之意思且也有告知甲乙，至多僅能論以共犯，甚至僅能論以預備犯；
  3. 如丙在著手前之參與對於犯罪之繼續有重大貢獻時（如殺人計畫之主要策劃者、準備殺人的刀槍等），在未解消之情況下，則可成立共同正犯。
- (四) 至於丙有關乙誤殺李四部分是否成立過失致死，同樣亦係取決於丙對於此等誤殺有無預見可能性。

考題 趨勢	一、共同正犯其中一人在著手前退出犯罪，刑法應如何評價？ 二、共同正犯其中一人的打擊錯誤，其他共同正犯應如何評價？
延伸 閱讀	一、徐育安(2019)，〈參與犯罪之脫離與中止〉，《共同正犯專題(二)－加重、中止與脫離》。 二、李進榮(2017)，〈共同正犯在預備階段之脫離〉，《刑事法與憲法的對話》。 ※ <b>延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】</b> <u><a href="http://www.lawdata.com.tw">www.lawdata.com.tw</a></u> 立即在線搜尋！

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！