

《刑法》

一、試申論下列問題：

(一)何謂「共犯連帶性」？並說明我國司法實務見解。

(二)甲誤信乙之行為是屬「正當防衛」之行為而施以助力，其本人並無違法之認識，是否仍應負幫助之罪責？

(三)學說上有謂「共同正犯」不是「共犯」，請附理由說明其是否正確？(二十五分)

【擬答】

- (一)1.所謂共犯連帶性是指共犯(教唆犯、幫助犯)的犯罪本質在於共犯參與了他人的犯罪行為，必須以共犯的參與行為所施加之人(正犯)確實構成犯罪，則共犯的可罰性才有可能存在，如果該參與行為所施加之人不構成犯罪時，共犯的可罰性就不具正當性。換言之，共犯連帶性的意義即在共犯的處罰原則上以正犯的存在為前提。
- 2.共犯在犯罪理論上依多數說的看法是擴張刑罰事由，因此必須有正犯的存在而對之施加助力，刑罰的擴張才有理論的依據，故共犯和正犯在討論上是一體成形的，學說上有以「共犯連帶性」或「共犯從屬性」稱之，至於連帶從屬的方式為何，則有四種看法：(1)共犯必須從屬於正犯之不法、罪責及刑罰；(2)共犯必須從屬於正犯之不法及罪責；(3)共犯只須從屬於正犯之不法；(4)共犯僅須從屬於正犯之構成要件該當之行為。上述四種說法國內傳統上採取第二種看法，一般稱為嚴格從屬性，亦即必須正犯構成犯罪，共犯才能成罪，惟德國通說則採第三說，一般稱為限制從屬性，共犯僅須從屬正犯之刑事不法行為即可。
- 實務見解以為法條規定「教唆他人『犯罪』」和「幫助他人『犯罪』」而非「刑事違法行為」，故原則上採取嚴格從屬性說。
- 但是在教唆犯，刑法第二十九條第三項則有例外，被教唆人若未構成犯罪，如該罪有處罰未遂時，教唆者可成立未遂，此條可說是從屬性(連帶性)之例外。
- (二)1.依本題所言，甲誤信乙的行為是正當防衛行為，故可見正犯乙的行為並非具有正當防衛的要件而可以阻卻違法，故至少為刑事違法行為。
- 2.甲對乙的行為施以助力，客觀構成要件上已為幫助行為，而正犯的行為至少具有違法性，該當於幫助犯的客觀要件，主觀構成要件上可認為某甲知其所為是幫助乙的行為，而且也認識到甲本身的幫助行為可以達到一定的幫助目的，具幫助故意。甲又不具其他阻卻違法事由，但在罪責階層則須討論是否具有規範上認識錯誤的問題，亦即甲在對乙施助力力的時候，是否認為其所為者是合法的行為？就本題觀之，甲主觀上認為乙是合法的正當防衛行為，幫助合法的行為並不是規範上所禁止的行為，故可認為甲在主觀上是不具有違反規範的認識，換言之，甲在罪責層次上可能會不具不法意識，至於不具不法意識的效果則視其是否可避免而定，如可避免，則至多減免罪責，但是仍成立幫助犯，如不可避免，則阻卻罪責，不構成犯罪。
- (三)1.共同正犯是否為共犯，學說上有各種不同的看法，有認為所謂共同正犯本身具有對於犯罪行為的支配性，亦即功能支配，和共犯(教唆犯、幫助犯)不具犯罪支配的前提本不相同，故共同正犯是道地的正犯而不是共犯。
- 2.但學說上亦有認為，正犯一語是相對於參與犯(教唆犯、幫助犯)，是以行為介入之性質做區分。而所謂共犯一語是相對於單獨犯，區分的標準是參與犯罪的行為人數目。因此共同正犯是多數行為人犯罪時，其中某部分(或全部)均具有犯罪支配的現象，是以，以人數而論，共同正犯是共犯。以性質而論，共同正犯是正犯。正犯與共犯是二個不同區分標準下之問題，不能合一思考。
- 3.至於傳統的說法則認為共犯可分為廣義與狹義兩種，廣義的共犯概念包含共同正犯與教唆犯、幫助犯，狹義共犯概念則專指教唆犯和幫助犯。故共同正犯在傳統概念下屬於廣義共犯概念，但不屬於狹義共犯概念層次下的共犯。
- 4.管見以為傳統見解只就廣義和狹義兩者概念作一個區分，沒有提出實質上的說理：為什麼廣義共犯可以包含共同正犯，而狹義共犯則不包含共同正犯。為了避免溝通上之困難，似乎以第二種學說上之看法較為可採。

二、電影導演在鬧街拍片。場景是：持刀歹徒追殺少女為使場面逼真，導演不告知路人；路人果然驚懼，紛紛走避。追逐中，有見義勇為的路人甲出現，將「歹徒」打傷。圍觀者喝彩，扮演歹徒的乙，則對甲提出告訴。問甲有罪否？(二十五分)

【擬答】

- (一)甲將扮演「歹徒」之乙打傷，已符合了三階層犯罪理論下之傷害罪客觀構成要件，甲亦認識到其行為可能導致乙受傷，且有意欲的為之，而甲是誤以為扮演歹徒之乙真的在追殺少女，而不知在拍電影，此種情形，甲是否成立犯罪，有二個應注意之問題。茲分述如下：
- 1.甲可否主張正當防衛而阻卻違法：對於他人遭受不法侵害時，採取救助手段，可主張正當防衛，並無問題。是以，

此題涉及的是，正當防衛客觀要件中之「侵害」的存在，如何判斷，有下列二種看法：

- (1)侵害是否存在應以防衛時(行為時)一般人立於防衛者之角度來觀察，如一般人均會認為，已有受侵害的可能，即使事後判斷並無侵害之可能，亦認為客觀上侵害已經存在。本題如採此說，因導演為使場面逼真，並未事先告知路人正在拍片，路人果然驚懼，是以，雖然事後認定並無侵害之可能，然一般人立於甲之立場均會認為歹徒在追殺少女，因此已可認為侵害之存在，而本題，甲僅打傷乙，其手段應屬適當且必要，故甲可主張正當防衛，阻卻傷害罪之違法性。而不成立傷害罪。
- (2)侵害是否存在應以事後的角度來觀察，是否會造成法益之損害。本題若採此說，則乙追殺少女的情節，只不過是在拍戲，並無法益損害之可能，是以侵害並未存在，則甲之行為不符合正當防衛之要件。然甲因為誤以為扮演歹徒之乙真的在追殺少女，而不知在拍電影，誤以為「侵害的存在」而為防衛行為之誤想防衛，此種錯誤，學說稱為「容許構成要件錯誤」，如何處理，為本題應注意的第二個問題。
- 2.甲之誤想防衛(容許構成要件錯誤)應如何處理：有關誤想防衛(容許構成要件錯誤)之處理，學說上有下列之看法：
 - (1)故意理論：此說認為誤想防衛之行為人欠缺不法意識，應阻卻故意之成立，本題若採此說，則甲不成立故意傷害罪，但因甲加以注意應可避免誤認，是可構成過失傷害罪。
 - (2)嚴格罪責理論：此說認為誤想防衛之行為人欠缺不法意識，不阻卻故意，但會影響罪責，若錯誤是不可避免則阻卻罪責，若是可避免則減免罪責。本題若採此說，甲加以注意應可避免誤認，是以甲應成立傷害罪但可減免刑罰。
 - 一般限制罪責理論：此所認為，誤想防衛(容許構成要件錯誤)與構成要件之錯誤同屬事實面之錯誤，且構成要件與阻卻違法事由，都是在確定行為是否具有不法，本質上並無不同，故誤想防衛(容許構成要件錯誤)可類推構成要件錯誤，阻卻故意之成立。本題若採此說，則甲不成立故意傷害罪，但甲因加以注意應可避免誤認而，是可構成過失傷害罪。
 - (4)限制法律效果之罪責理論：此說認為，誤想防衛(容許構成要件錯誤)，並不能阻卻三階論下之構成要件故意，但可阻卻故意罪責，而不能以故意犯之刑罰量刑，而應適用過失犯之刑罰。本題若採此說，則甲成立故意傷害罪，但應適用過失傷害之刑罰。
 - (5)負面構成要件理論：此說將刑法分則之構成要件，及阻卻違法事由(負面構成要件)和為一整體之不法構成要件，因此行為人誤認了正當防衛之客觀事實，誤以為侵害的存在，所以欠缺了構成要件故意。本題若採此說，則甲不成立故意傷害罪，但甲因加以注意應可避免誤認而，是可構成過失傷害罪。

綜上所述，因採取學說的不同，甲可能成立故意傷害罪或過失傷害罪。

- (二)結論：管見認為正當防衛既然分為客觀要件及主觀要件，則客觀上侵害是否存在，似應以事後客觀的判斷為妥，是以本題甲應不能主張正當防衛，而應認為係誤想防衛。而行為人甲因誤認了事實，其法律上之評價當會產生問題，以欠缺不法意識，處理此問題亦無意義，故應以行為人欠缺故意(或故意罪責)較為可採(上述(3)、(4)、(5))，實務見解亦同。故本題甲應成立過失傷害罪。

三、試就數罪併罰與常業犯之性質與處斷，以法官獨立審判(至少在一定程度、範圍內)且具有司法審查權的立場，論常業犯之規定是否違反「重罪重罰，輕罪輕罰」的分配正義(iustitia distributiva; austeilende Gerechtigkeit)概念？

參考資料	高點王政大老師新編講義第四回第 10 頁及 26-29 頁完全命中
------	-----------------------------------

【擬答】

- (一)所謂的「分配正義」為亞理斯多德在其倫理學中對於正義概念的分類，「分配正義」係指團體對於多數的成員，按個人的能力與功績，行賞罰分配的原則。現代刑罰的應報理論乃認為刑罰是基於分配正義的觀點，對於行為人所為之不法侵害之行為給予等價侵害的刑罰。故就此觀之，行為人所為的行為對於法益的侵害較重者，立法者基於分配正義，應將之設定為重罪，並給予較重之刑罰；相對而言，如所侵害之法益較輕者，立法者應設定為輕罪，並給予較輕之刑罰。其中中心思想乃為刑罰和法益侵害之間必須具有等價性。
- (二)數罪併罰依現行刑法之規定，係指裁判確定前基於數行為所犯之數罪(不符合牽連犯及連續犯之規定)，該數罪如能於同一訴訟程序中接受裁判時，法院在同一判決中，就其所犯之數罪，分別定罪科刑。數罪併罰在犯罪宣告上為數罪，而各罪由法官在法定刑範圍內予以宣告刑。但其處罰方法上則視宣告刑之種類而由法院為一執行刑之量定(刑法五十一條)。法官對於數罪併罰之案件，就行為人所為之數法益侵害對之為數罪之宣告，並依刑罰之目的性及法益侵害之輕重，而為宣告刑之決定與執行刑之選擇，故就該部分而言，法官乃以獨立審判之前提而為數罪併罰上罪與刑之認定，在法官認定為重罪時，依分配正義為重刑，在法官認定為輕罪時，依分配正義為輕刑。
- (三)至於常業犯乃指行為人意圖於一定期間內取得固定之收入來源，而以反覆同種類之犯罪行為為之。只要行為人基於常業之意思而為犯罪行為，而刑法上有處罰常業者，即不論行為人之犯罪次數，一律論以常業犯而宣告一個罪。就該規定言之，行為人所為之同種類數行為，若刑法並無常業犯之規定時，行為人所為同種類之數罪，原應論以連續犯(在具有概括故意或整體故意時)或以數罪併罰處理，姑且不論連續犯的規定是否妥當，就常業犯和數罪併罰在效果上而言，在「罪」

的層次上，數罪併罰係以數罪為犯罪宣告之依據，但常業犯則不論其法益侵害的輕重，只宣告一個罪，這與「罪」之概念係用以彰顯侵害法益之次數及侵害法益強度之理解，以符合分配正義的觀點不相一致。就「刑」的層次而言，數罪併罰在量刑上的彈性很大，有期徒刑可以達到20年，但是常業犯的刑度上則相對地限縮，不會到20年，這亦與分配正義下，強調就法益侵害的大小而量定刑罰輕重之觀念不相一致。

- (四)法官在刑法上擔任論罪科刑的任務，可以就法益侵害的次數及侵害大小，而為犯罪之宣告及刑罰輕重之裁量，其任務之達成係以獨立的職權而認定。然常業犯本來在刑法的設計上原則上是可以數罪併罰來處理，法官在此可以就法益侵害之多寡，而為數次犯罪宣告的決定與刑罰輕重的衡量，但是常業犯只基於「常業」這樣的概念就將罪數宣告成一罪，刑罰的空間亦予以萎縮，這和分配正義下的重罪重罰，輕罪輕罰概念不相一致，換言之，常業犯的規定造成法官獨立審判(罪數與刑種的認定)的妨害，強迫法官只能為一罪一刑的認定，使法官無法為具體罪刑的衡量，違反了分配正義的刑罰理念。
- (五)因此，法官在遇到具有常業犯要件該當的案例時，理應發揮其司法審查權的立場，予以質疑常業犯規定的妥適性，並就分配正義在憲法上實踐的「平等原則」對之向大法官聲請解釋。

四、某大觀光飯店開設於某觀光景點之海岸邊，飯店負責人某甲委託包商埋設暗管，將飯店未經處理之廢水直接排入遊客眾多的海水浴場水域內。經附近居民檢舉後，環保局派專員乙、丙二人前往稽查。某甲央求乙、丙二人通融，乙、丙不允。某甲不滿，揮拳毆打乙、丙二人成傷，並丟下一句話，要乙、丙二人小心。試問某甲之刑事責任如何？(二十五分)

【擬答】

- (一)某甲排放廢水，可能構成刑法一九○條之一第一項投棄排放有毒物質罪。
本罪客觀上以投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險為要件，因之本題中未經處理的廢水直接排入遊客眾多的海水浴場內，該廢水為有害健康之物，污染海水浴場而該當於本條的其他水體，而未經處理的觀光飯店廢水對於不特定多數人有可能造成不特定多數人健康與生命的侵害，亦已致生公共危險，故客觀構成要件該當，主觀上必須對於其行為及不特定多數人生命與健康的侵害可能性有認識，某甲放流的是未經處理的廢水，就一般人而言應該可以認識到其中有對生命健康的侵害，而放流的地點是海水浴場，亦可認為在其中有不特定的多數人遊玩，有可能造成其損害，故主觀構成要件該當。沒有其他的阻卻違法及阻卻罪責事由，某甲構成本罪。
- (二)某甲排放廢水，可能構成刑法一九○條之一第二項的加重投棄排放有毒物質罪。
本罪客觀上和第一項的行為態樣相同，但是必須是廠商、事業場所負責人或監督策劃人員因事業活動而為者，某甲為觀光飯店負責人，屬事業場所負責人，而排放行為亦為因飯店事業而為者，故客觀上該當構成要件，主觀上某甲對其身分和事業活動有認識，主觀構成要件該當，無其他阻卻違法或罪責事由，構成本罪。
- (三)某甲打乙、丙，可能構成兩個刑法二七七條一項的傷害既遂罪。
客觀上某甲打乙丙而使乙、丙兩人成傷，主觀上某甲有認識其行為及結果，構成要件該當，無其他阻卻違法或罪責事由，某甲構成兩個傷害既遂罪。
- (四)某甲打乙、丙，可能構成刑法一三五條一項的妨害公務罪
本罪客觀上必須在公務員依法執行職務時，施強暴脅迫之行為，乙、丙為環保局專員，為公務員，而前往某甲的觀光飯店稽查時不同意某甲要求的通融，可認為在依法執行職務時，而某甲毆打乙、丙兩人，為強暴的行為，故客觀構成要件該當，主觀上某甲對乙、丙的公務員身分和執行職務的事實有認識，並知其為強暴行為，主觀構成要件該當，無其他阻卻違法或阻卻罪任事由，某甲構成本罪。
- (五)某甲對乙、丙說要其小心，可能構成兩個刑法三○五條之恐嚇危害安全罪
本罪客觀上以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全為要件，甲要乙丙小心，為對其生命、身體或其他法益安全所為的惡害通知，至於是否為現在或未來之惡害則不是本罪所強調的重點所在，而某甲所為惡害通知的對象有二，故某甲該當二次本罪的客觀要件，某甲認識其行為，又無其他阻卻違法或罪責事由，構成兩個本罪。
- (六)競合：某甲一行為構成兩個傷害罪和妨害公務罪，想像競合，依妨害公務罪處斷，而另一行為成立兩個恐嚇罪部分和妨害公務罪為牽連關係，再依較重的妨害公務罪處斷。至於一九○條之一第一項和第二項為一行為侵害一法益，法條競合，論以第二項之罪，再和妨害公務罪數罪併罰。