

刑事法判解

間接正犯與正犯後正犯

臺灣高等法院高雄分院110年度上易字第62號刑事判決

【實務選擇題】

甲以重金誘惑剛滿十三歲的少年乙前往丙家中殺害丙，惟乙到達丙家時，適丙外出，而有丙之友人丁來訪，乙將丁誤認為丙，持刀將丁殺死。請問：倘若依據我國實務之見解，以下之敘述，何者正確？

- (A) 乙為打擊錯誤，成立殺人未遂罪
- (B) 甲成立殺人罪之間接正犯，乙不成立犯罪
- (C) 乙為客體錯誤，成立殺人既遂罪
- (D) 甲成立殺人罪之教唆犯，乙成立殺人未遂罪

答案：B

【裁判要旨】

1.按刑法理論中之間接正犯，係指利用或透過他人作為犯罪工具，而實現自己之犯罪，雖然典型之間接正犯，通常係指利用不知情之人以遂行犯罪，但從犯罪支配之角度而言，間接正犯既係藉由被利用者之認知盲目，而處於優越地位（「認知之優越性」或「意思的優越性」）來引導、利用他人實行犯罪，則此種優越地位，自亦有可能係透過他人故意之犯罪行為，以達到間接正犯之犯罪目的（即正犯後正犯之型態）。

2.按刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，其存在之目的，在於避免對於同一不法要素過度評價，則自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關聯性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。如具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段無從區隔者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相俾，而依想像競合犯論擬。被告以一行為同時寄交中信帳戶及郵局帳戶之提款卡、密碼予「潘OO」，而同時實施幫助詐欺、幫助洗錢及詐欺取財之部分行為，該三罪間具有行為重疊及部分合致之情形，依前說明，應認被告乃一行為觸犯幫助詐欺

罪、幫助一般洗錢罪及詐欺罪，且侵害數被害人之財產法益，屬想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重之幫助一般洗錢罪處斷。

【爭點說明】

早期，在共犯從屬理論是採取「嚴格從屬理論」的前提下（正犯必須為構成要件該當、具有違法性及罪責的行為），再加上採取「緊縮行為人」（親手實現不法構成要件之人是刑法上的行為人）概念，使得利用無責任能力及不具故意、過失者為犯罪行為之人，因為正犯為無責任能力人或不具故意、過失者而無法從屬其罪責，而不成立犯罪。為彌補此一漏洞，才由實務及學說演變出間接正犯的概念。在間接正犯的理論基礎上，發展出「負責原則」及「犯罪支配理論」。

傳統學說對於間接正犯的理解，係以「負責原則」為基礎，認為被利用人必須在法律上完全無法為自己負責，而具有工具性的情況下，利用人方須負起正犯之責。例如：(1)無刑事責任能力者；(2)他人欠缺違法性；(3)無犯罪故意之人；(4)受詐欺之人；(5)受強制之人；(6)發生不可避免禁止錯誤之人。

惟「犯罪支配理論」興起後，聚焦在利用人對於被利用人因果流程的操控，達到與親自實行構成要件該當之意思支配，而非被利用人是否可以單獨為自己行為負責，作為間接正犯的判斷標準。因此，被利用人無論是否構成犯罪，利用人皆需為其操控被利用人行為的因果流程所形成之「意思支配」負擔正犯責任。

在犯罪支配理論的理解下，利用人即得利用具有犯罪故意且須負完全刑事責任之人作為犯罪工具，以達到犯罪目的，稱為「正犯（被利用人）後正犯（利用人）」。因此，同一犯罪的二個犯罪參與者，皆可能被當作該罪之正犯處罰。

承認「正犯後正犯」的概念，其實已經大幅度逸脫原先間接正犯的內涵（利用不構成犯罪之人為犯罪工具），演變成只要利用人透過他人之手作為犯罪工具，即可成立間接正犯，重點只是在利用人是否支配犯罪構成要件實現的流程而已。

【相關法條】

刑法第29條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！