

# 論數人參與犯罪之中止(上)

李進榮

## 目次

### 壹、前言

- 一、新舊法規定
- 二、修正理由

### 貳、德國刑法規定

- 一、條文規定
- 二、立法理由
- 三、規範主體
- 四、排除情形
  - (一) 預備階段
  - (二) 行為貢獻效力直達既遂
  - (三) 「失敗未遂」

(未完待續)

## 壹、前言

### 一、新舊法規定

我國刑法於九十四年二月二日修正通過(但依刑法施行法第十條之一規定,自九十五年七月一日起施行),其中第二十七條原僅規定:「已著手於犯罪行為之實行,而因己意中止或防止其結果之發生者,減輕或免除其刑」,現修正為:

(1) 已著手於犯罪行為之實行,而因己意中止或防止其結果之發生者,減輕或免除其刑。結果之不發生,非防止行為所致,而行為人已盡力為防止行為者,亦同。

(2) 前項規定,於正犯或共犯中之一人或

數人,因己意防止結果之發生,或結果之不發生,非防止行為所致,而行為人已盡力為防止行為者,亦適用之。

### 二、修正理由

(前略,僅從本條第二項論起)「我國自暫行新刑律、舊刑法以迄於現行刑法,對於從犯及共犯中止未遂,雖無明文規定,惟實例及解釋則予承認。如大理院六年非字第六七號判例「共謀行劫,同行上盜,經抵事主門首,心生畏懼,即行逃回,事後亦未分得贓物者,既已於著手強盜之際,以己意而中止,則對夥犯入室後拒傷事主,自不負責。」及司法院院字第七八五號解釋「共同正犯、教唆犯、從犯須防止結果發生,始能依中止犯之例處斷」。關於從犯及共犯亦成立中止犯,固已為各國立法例、實例所一致承認,惟僅因己意中止其犯罪行為即足成立中止犯,抑須進而防止結果之發生,始成立中止犯,則實例態度並不一致。德國現行刑法第二十四條(2)規定「因己意而防止犯罪之完成」,即從後說。日本實例(日本大審院昭和九年二月十日第二刑事部判決)亦採後說。我國實務上見解初認僅「以己意而中止」即可依中止犯之例處斷,嗣後則進而認為「須防止結果發生之效果發生」,始可依中止犯之例處斷(註1)。按中止犯既為未遂犯之一種,必須犯罪之結果尚未發生,始有成立之可言。從

註1 最高法院五十二年臺上字第二二五五號判決,事實大略如下:甲與乙共同謀議,由甲虛構



肆、刑事法學論著



犯及共犯中止之情形亦同此理，即僅共同正犯之一人或數人或教唆犯、從犯自己任意中止犯罪，尚未足生中止之利益，必須經其中止行為，與其他從犯以實行之障礙或有效防止其犯罪行為結果之發生或勸導正犯全體中止。此項見解既已為實務界所採，殊有納入刑法，予以明文化之必要。再者，犯罪之未完成，雖非由於中止者之所為，只須行為人因己意中止而盡防止犯罪完成之誠摯努力者，仍足認定其成立中止犯，乃參照上開德國刑法條文，增訂第二項規定，以杜疑義。

上開修正理由明示本條第二項「數人參與犯罪之中止」乃參照德國刑法第二十四條第二項規定增訂，惟文字敘述略有差異。德國自一九七五年施行該條文迄今，學說及實務資料豐富，足供我國參考，因此，本文擬由介紹德國規定起，次論及該國學說與實務現狀，進而比較兩國規範差異，及我國新增規定之解釋適用。

## 貳、德國刑法規定

### 一、條文規定

德國刑法第二十四條：

(1) 自願放棄繼續實施犯罪，或阻止犯罪既遂者，不因未遂而受罰。如該犯罪縱無中止者努力，亦不能既遂，只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂，不罰。

(2) 數人參與犯罪，其中自願阻止犯罪既

遂者，不因未遂而受罰。如該犯罪縱無中止者努力，亦不能既遂，或犯罪之既遂與中止者先前之行為貢獻無關，只須中止者自願且認真地努力阻止犯罪既遂，不罰。

### 二、立法理由

#### (一) 立法前德國實務見解

本條係一九七五年修正時方加入，在未增列前，德國實務<sup>(註2)</sup>處理數人參與犯罪之中止態度，有似單獨犯之區分未了未遂與既了未遂：

1. 如參與犯尚未完成惹起結果所需全部，則僅僅單純「脫離犯罪」即為已足；

2. 反之，如其行為分擔已完整實施，或所實施者在與他人行為貢獻共同作用下，足以惹起結果，則要求參與犯須積極阻止犯罪既遂，或其所實施部分與犯罪既遂無因果關聯。

#### (二) 不能僅消極不作為

現行德國刑法規定基本上沿襲前述實務觀點，但鑒於數人參與犯罪所生危險較高，以及參與者在其他同夥仍繼續實施時「不能僅消極不作為」之刑事政策考量<sup>(註3)</sup>，獲得免罰要件嚴格許多，亦即中止者除使自己行為貢獻無害外，尚須阻止犯罪既遂，或至少須自願且認真地阻止犯罪既遂。

#### (三) 學者批評

但有學者認為：

1. 既然中止者先前行為貢獻與犯罪既遂無

被害人包攬訴訟之事實，作成告發申請書，投寄與被害人，並推由乙向被害人接洽取款。甲將申請書及未署名信件寄出後，旋因感不安，乃通知他人轉知被害人，勿理會該信，惟仍任乙按原定計畫以電話通知被害人如何付款，被害人不從，乙約被害人會面，被害人恐生意外，乃報警逮捕乙。最高法院認為，共同正犯須防止結果發生，始能依中止犯之例處斷。原判決既認上訴人於著手實施犯罪後，因心中不安，中止犯罪行為，並未防止其他共同正犯之進行，任由乙按計畫進行，縱因被害人報警逮捕乙，未達得財目的，既非由於甲防止行為致防止結果發生，自與中止犯之要件不符。第一審以中止犯論斷，原審未加糾正，竟予維持，均屬違法。

註2 Vgl.RGSt.38, 223; 47, 358; 54, 177; 55, 105f; 59, 412; BGH NJW1951, 410。

註3 Vgl.BT-Drucks.V/4095S.12。

關，仍要求其盡力阻止犯罪既遂，所牽涉係「他人所遺留之法震動印象」，就此「印象理論」而言（註4），甚有疑義，如「印象理論」不應淪為漫無邊際之「彌補受損法益說」，則前述規定應僅著眼「中止者本身」。

2. 要求參與者不得僅消極不作為，係因其行為貢獻常伴有「心理上影響」及「不負告發義務」（註5），惟如此一來，中止者係對「他人」，而非對「自己」行為負責，且變成有似「對抗犯罪者」。

3. 又承擔附屬或較不重要之參與者本應最容易放棄自己行為分擔，卻因難以阻止犯罪繼續實施，在依德國刑法第二十四條第二項回頭

無路下，可能蠻幹到底（註6）。

### 三、規範主體

德國刑法第二十四條第一項係規範「單獨正犯」中止，第二項則屬「參與犯」（Beteiligte）之中止規定。所稱「參與犯」者係指其可罰性經由參與他人犯罪而得出，或非僅憑自己行為即可，前者如教唆犯或幫助犯，後者為共同正犯。犯罪中如有正犯與共犯參與，例如甲借乙刀械，俾供其殺丙，則正犯（乙）之中止依德國刑法第二十四條第一項，幫助犯（甲）之中止則屬同條第二項範疇（註7）。

不過，有學者認為，前例中亦屬「數人參與犯罪」，正犯乙如放棄犯罪繼續實施，亦屬第

註4 有關未遂之刑罰理由，依時間先後可大別有下列三說：

1. 「客觀理論」：早期學說採行之，認為未遂之刑罰理由並非行為人意思，而係對構成要件所保護之行為客體造成危險。部分學者所主張之「構成要件欠缺說」（Mangel am Tatbestand）亦屬本理論，該說係指：僅限於「構成要件上之結果」未出現，始能構成未遂，倘行為主體、客體欠缺構成要件適格，則一開始即排除成立未遂可能，例如，非公務員對他人「刑求逼供」，或竊取自己所有物等，不構成刑求罪或竊盜罪未遂犯。自從一九七五年德國刑法第二十三條第三項「不能未遂」（完全不可能既遂，對行為客體毫無危險）明文處罰化後，本理論因與法律規定相左，已無學者主張。
2. 「主觀理論」：自帝國法院以降，德國實務奉行不渝，認為未遂之刑罰理由在於犯罪意思之顯現，至於行為能否對保護法益構成危險在所不問，所以手段或客體不適格，例如，以無害的藥劑墮胎（RGSt.8, 198），對未懷孕者施以墮胎（RGSt.34, 217），或對屍體謀殺（RGSt.42, 92）等均無礙未遂成立。然過度強調行為人主觀面可能不合理地提早著手始點，如帝國法院（RG DR1943, 747）認為將墮胎藥交給懷孕者並催促其服用，即已構成墮胎未遂罪。現行德國刑法第二十二條加入「著手」要件，即為克制「主觀理論」可能造成處罰過廣之缺失。另「不能未遂」行為人之主觀犯意實與「一般未遂」無別，依本說並無寬縱之理，但德國刑法第二十三條第三項卻規定「不能未遂」減輕或免除其刑，是本理論亦與「客觀理論」步入同樣後塵。
3. 「折衷理論」：主、客觀理論既有如斯缺失，折衷理論於焉產生，其中以「印象理論」最具代表性，該說以主觀理論為出發點，結合客觀要素，認為未遂之刑罰理由乃在於行為顯露之犯罪意思動搖社會大眾對法律適用之信賴，使法安定性的感覺及法和平性受到傷害。不論係行為人法敵對意思的顯露（主觀理論）或行為客體的危險（客觀理論），皆屬法動搖之印象理論所涵蓋的範圍，該說既能闡述「迷信犯」何以不成立未遂，亦能說明未遂得減刑之原因。再者，預備行為人之意思晦暗不明，容有各種解釋餘地，尚未達刑罰介入之程度，職是，刑法乃限於直接著手構成要件之實施始可能成罪；以及「不能未遂」雖無發生結果之危險，但已對法和平性造成干擾；諸此，均得藉由「印象理論」說明不罰或處罰基礎，其成為通說實不足為奇。（Vogler, LK10AufI. vor § 22.Rn.36-56）。

註5 依德國刑法第一三八條規定，知悉有人計畫或實施重罪（依德國刑法第十二條（1）規定係指最輕本刑為一年或一年以上自由刑之違法行為）而未舉發者，最重可處五年以下自由刑，甚至罰及過失！我國刑法並無類似規定，但已廢止之戡亂時期檢肅匪諜條例第九條規定，明知為匪諜而不告密檢舉或縱容之者，處一年以上七年以下有期徒刑。

註6 Vgl. Lenckner Gallas—Festschrift S.294；Vogler, LK10AufI. Rn.155-156。

註7 Vgl. Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11AufI. Rn.239-241。



二十四條第二項之「阻止犯罪」，可依第二項論以中止(註8)。對此，Roxin 反駁稱，未受人教唆或幫助之單獨正犯中止，固無疑義應適用德國刑法第二十四條第一項，則在正犯受教唆或幫助之情形，正犯之中止既與教唆或幫助者毫無關聯(中止係個人刑罰解除事由)，何以此際正犯中止反應適用第二項規定，於理未合。總之，受教唆或幫助之正犯如放棄犯罪之實施，或阻止犯罪實施，依第二十四條第一項處斷，至於教唆或幫助者之中止則應適用同條第二項規定(註9)。

另外，間接正犯如屬「正犯後正犯」類型，因有數可罰行為人參與，其中止亦有德國刑法第二十四條第二項適用，否則依同條第一項判斷即可，例如，利用精神病患犯罪之人，復誘阻該病患放棄實施，如該精神病患欠缺責任能力(不構成正犯)，則利用者得依同條第一項成立中止(註10)。

#### 四、排除情形

德國刑法中止規定僅限於「未遂」，即行為人之貢獻效力已達實行階段，不包括預備階段或效力已達既遂，後二者行為人縱有撤回自己行為貢獻或阻止他人實施犯罪，亦與中止規定無關，另在「失敗未遂」時，根本不成立中止犯，茲分述如下：

##### (一) 預備階段

案例一：甲將萬能鑰匙借乙，俾供其入內行竊之用。嗣甲心生猶豫，於乙動手前將該把鑰匙取回，乙乃使用其他工具達成原定犯罪計

畫。

本例中甲行為貢獻(提供鑰匙)尚未進入實行階段，即被有效撤回，因此，甲雖未阻止乙完成犯罪，或非自願取回鑰匙，亦即不符合德國刑法第二十四條第二項前段規定，仍不罰。此係基於德國刑法「預備行為原則上不處罰」而得結論，甚至甲雖將鑰匙借乙，但乙根本未著手實行竊盜，或乙另使用其他工具完成犯罪，甲依然不罰，總之，德國刑法第二十四條第二項於茲並無適用。

另行為人如在預備階段使其行為貢獻趨於無害(或無效)，亦無中止規定適用。例如：甲將其原提供乙之致命毒藥，換成無害粉末。行為人倘一開始即提供無用(或無害)資助，因欠缺幫助犯成立所必須之既遂故意，而不罰，則於事後但仍在預備階段內，使原行為貢獻趨於無害者，亦應作相同處理。甚至前例中，甲誤以為所替換之粉末係無害，實則仍屬致命毒藥者，仍因欠缺既遂故意，而不構成幫助犯，但可能成立過失致死罪(註11)。

##### (二) 行為貢獻效力直達既遂

案例二：甲要求乙返還所借供行竊用之鑰匙，乙不從，仍持該把鑰匙侵入住宅竊取財物。

本例中乙持甲所提供之鑰匙竊盜既遂，亦即甲行為貢獻效力逾越實行階段，已無中止規定適用，甲應論以竊盜既遂之幫助犯(註12)。

案例三：甲乙丙謀議搶劫銀行，三人有此構想已久，事先並竊得二部腳踏車作為交通工具，三人並至銀行外部觀察地形。案發當日乙丙騎乘前述腳踏車，甲徒步推著嬰兒車，內有

註8 Vgl. Herzberg, NJW1991, 1638; Haft, AT 7Aufl.S.233, 239; Weber, Jura 1983, 547。

註9 Roxin, FS für Lenckner, S.269。

註10 Roxin, a.a.O., S.270。

註11 Roxin, FS für Lenckner, S.267; AT II, S.575。但有反對說認為，甲原先以既遂故意提供致命毒藥，則隨之而來的客觀危險(如替換錯誤)當可預見，自應就最後結果負責(論以殺人或謀殺既遂之幫助犯)。Vgl. Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl.Rn.256。

註12 Roxin, FS für Lenckner, S.268; AT II, S.575

十五個月大之嬰兒，每人均身懷毒氣槍，一同前往作案銀行。三人原計畫乙丙先經由顧客走道進入銀行，持槍控制行員或顧客，甲則越過櫃檯，要求行員將隨身之塑膠袋裝滿現金。但事到臨頭，甲突然心生猶豫，並以口頭勸說乙丙放棄實施，隨即推著嬰兒車離開現場。乙丙置之不理，仍持毒氣槍進入銀行脅迫二名行員交出現款，期間甲曾折返查看乙丙情況<sup>(註13)</sup>。

此為德國實務案例，聯邦法院(Bundesgerichtshof, 以下簡稱BGH)判決如下(BGHSt.28, 346)：

1. 德國刑法第二十四條第二項中止規定，於甲並無適用，蓋其不欲繼續實施犯罪，並口頭勸說乙丙放棄實施時，並未逾越預備階段，而前述規定僅限於未遂階段中止。

2. 甲在預備階段所實施促進構成要件之幫助行為(如竊取腳踏車，至現場探查)，不因其放棄參與實行階段而失其意義，因此，甲雖未實施原分派之行為分擔，而由乙丙承擔構成要

件實現，仍屬參與既遂行為。本(刑一)庭贊同帝國法院(RGSt.54, 177; 55, 105; 59, 412)見解，即參與者雖在實行階段前努力勸說其他同夥放棄，後者雖表面聽從，卻仍繼續實施，並借助放棄實施者原先之行為貢獻，則該參與者應對犯罪既遂負擔保(einstehen)之責。而本案甲之勸說努力甚至未得乙丙之積極回應，其更應對強盜既遂負責。

3. 甲固應對既遂行為負責，然究係成立幫助犯或共同正犯，端視其有為自己犯罪意思，此須根據甲認知範圍之事實，以評價方式為之，如甲有無犯罪利益，或犯罪過程能否共同支配等均係其大者。本案之著手，實行及結果與甲意思無關乙節，雖未能改變甲實施行為貢獻時之主觀心態，但判斷甲犯罪屬性時，不能僅憑其未超出預備階段之心態<sup>(註14)</sup>。

對案例三，Roxin 評論如下：

本案甲於預備階段即已放棄犯罪實施，因此，並無德國刑法第二十四條第二項中止規定

註13 我國實務亦有類似案例。七十八年十月七日臺灣宜蘭地方法院法律問題：

「甲與乙有仇，乃至其友丙、丁處，邀二人與其聯手殺死乙，經丙、丁應允後，丁旋感不妥，而托詞未往，甲、丙尋得乙後即予圍殺致死，丁部分應如何處斷？」

研究意見：甲說：甲邀丙、丁共同殺乙，既經丁同意，即與甲、丙殺害乙之犯行間有犯意之聯絡，雖其事後反悔而未參與殺乙，惟依大法官會議釋字第一〇九號解釋，丁仍應與甲、丙共負殺人罪責。

乙說：按以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯，為大法官會議釋字第一〇九號解釋所釋明，本件丁雖曾應允殺乙，惟既未與甲、丙同往，亦無參與實施犯罪構成要件以外行為之情事，且丁既僅止於應允，並無與甲、丙謀議犯罪方法而推由甲、丙實施殺乙之行為，與上開解釋所列要件不合，自難以共謀共同正犯之責相繩。

座談結論：丁雖曾應允甲、丙聯手殺乙，惟其僅止於應允，並未進一步參與犯罪之謀議，亦無推由甲、丙實施，即利用他人犯罪作為自己犯罪之意思，故不成立犯罪。

司法院第二廳研究意見：同意座談結論。

註14 但在一九九九年三月十一日聯邦法院判決中(JR2000, S.70ff)，某人放棄犯罪實施，已為同夥知悉，卻仍應對同夥所實施之犯罪負責，與本案例見解相左。該案例事實如下：

「被告甲乙係兄妹，丙係二人父親。丙於一九九〇年乙十二、三歲時，曾對其性侵害。甲乙於一九九七年九月間論及此事，二人決議殺丙。某日丙邀甲乙小酌，甲即自家中取出二十五公分長之切麵包刀與乙坐計程車前往。當日夜晚十時三十分許，亦被邀來喝酒之鄰居離開後，乙迭聲催促丙至廚房，俾甲下手。惟甲卻告知乙，鄰居剛來過，此際殺丙易為人察覺，伊不願繼續為之，乙表示同意甲看法，但自己卻從廚房取出菜刀(刀刀長十三公分)





之適用，如甲能使其行為貢獻（竊得代步腳踏車、探查地形等）完全趨於無害，應當不罰。甲為阻止乙丙繼續實施強盜，其實可有諸多作為，如強力要求乙丙放棄，警告行員或告知乙丙所持有係危險性較小的毒氣槍等，甲既無功而返，倘再給予免罰優待，實有違「阻止犯罪方能免罰」之刑事政策。甲雖已抽手，但行為貢獻仍繼續作用至強盜既遂，自應就該既遂罪行負責，BGH 將其（如未放棄實施）本應論以「共同正犯」降至「幫助犯」，尚稱妥適<sup>註 15</sup>。

**案例四：**甲乙均係逃犯，相互約定為了脫免逮捕將不惜開槍，必要時連警察也殺，二人並各隨身攜帶手槍乙支。某日傍晚六時許，甲乙駕駛改裝的「戰車」在街上尋找毒品交易的機會，不久被兩個便衣警察攔下並要求出示身份證明，另外尚有兩個警察持槍在不遠處監視著。乙於攔下前已發現警車跟蹤，並曾示意甲注意。說這遲，那時快，甲立刻掏槍將站在乙前面的兩個警察射殺。槍響起時，乙未拔槍，反而立刻高舉雙手作投降狀，並向後退至車尾。甲接著又對聞聲趕至的警察開槍，不過未擊中，混亂中，乙趁隙溜走。甲對於乙在他開槍時的反應及溜走並不知情，一直以爲乙都在

近旁。

此亦為德國實務案例（BGHSt.37，289），乙對於邦法院（LG）因謀殺及謀殺未遂之終身監禁判決提起上訴，BGH 基於下列理由駁回乙上訴：

1.共同行為決意可經由當事人間明示或默示的（konkludent）行為得出。在本案，原審對於乙甲間是否有「為脫免逮捕不惜開槍」之口頭上約定雖不能確定，但由乙與甲開著「戰車」尋找毒品交易機會、乙本身的武裝（隨身攜帶左輪手槍），尤其乙和甲在所結成之犯罪團體中有相同地位等種種跡象顯示，兩者間至少存在著「默示的」共同行為決意。乙決定為了保護自己及別人脫免逮捕不惜開槍，反之，甲亦同。

2.共同行為實施，並不以每個行為人皆實施法定構成要件要素為必要。依 BGH 歷年判決，縱使其中一人尚屬預備階段，但經由其預備行為可對其他實行同夥增強決意時，亦可論以共同正犯（BGHSt.11，272；BGH NStZ1984，413；BGH StV 1986，384），職是，原審於確認乙與甲之間為脫免逮捕有「不惜開槍」之默示約定，即足認乙亦有共同行為實施，蓋乙已由該約定而對甲增強行為決意。

坐於丙沙發旁，揮舞著刀激動地與丙爭論當年性侵害事，丙懇求甲，但甲未干涉乙。就在甲未注意之際，乙突然基於殺人犯意，持刀朝丙下腹部刺沒入柄，丙尖叫並試圖逃跑，復被乙按回沙發，丙再試後終於逃脫，甲見狀亦跟隨而出，因未找著丙而作罷。翌日凌晨一時二十七分許，乙以電話向當地派出所值班員警自首稱，殺害自己父親。至丙所遭受刺傷並無生命危險，日後可痊癒。

原審因甲在預備階段即抽手，故不論甲參與殺人未遂罪，而僅成立德國刑法第三十條第二項「約定實施重罪」。BGH 基於下列理由撤銷原審判決：

- (1) 共同行為人因同夥中有人脫離，亦放棄犯罪實施，嗣基於新的行為決意，實施原犯罪計畫時，則前後二犯罪行為不同，亦即欠缺「犯罪行為一致性」（Tatidentität）。本案例中乙從未放棄殺人念頭，最後雖自己取得兇器，並親自下手殺父，然就甲觀點而言，乙嗣後所為並非重要的偏離，仍在原犯罪計畫範圍內（因甲乙並未對實行細節詳加討論，不排除乙親自下手的可能），非屬新的犯罪行為。
- (2) 甲雖未實施原約定之行為分擔，但本案之殺人未遂並非在「欠缺甲付出」情形下實施。依原審認定甲乙共同策劃殺父計畫，並一同前往父親住處，況甲於脫離後，仍隨時有介入乙實施之可能，甲既以共同行為人角色經由預備行為促進犯罪實施，即應論以共同正犯，而非僅如原審所稱「約定實施重罪」。

註 15 Roxin，FS für Lenckner，S.273ff；AT II，S.579。

3.原審認乙係為自己犯罪意思,而非為他人犯罪意思,亦即以共同正犯資格而非幫助犯身分參與犯罪乙節,並無不妥。當乙為警察攔下時,已知對方身分,此時可阻止甲開槍,卻未為之,乙「在場」即係對犯罪支配為必要的參與,至少對甲第一槍部份無庸置疑。其次,乙和甲均係逃犯而由警察追緝中,皆不欲被捕,乙係因犯罪結果對己有利而行為。

4.乙除對甲第一槍應負責外,後續幾槍,亦脫不了干係。原審雖無從判斷槍聲響起時,乙高舉雙手的用意究係希望甲勿繼續射擊,抑或對監視之警察示意不要開槍。然乙意思縱係前者,亦無礙其對甲後續開槍應負之責,蓋乙在甲開第一槍前所實施之行為貢獻,即心理上支柱,仍繼續發揮作用。乙放棄犯罪實施,只有當甲知情,且可對其後續行為發生影響時,始有法律上意義。但在本案中,甲對於乙在其開槍時之反應及溜走並不知情,直至犯罪結束,甲都以為乙在旁掩護,所以,乙對甲後續的開槍無由卸責。

對案例四, Roxin 評論如下(註 16) :

1.本案所涉及係當犯罪實施之際,有原先參與者脫離時應如何論罪問題。BGH 認為乙與甲為脫免逮捕,曾以默示的方式彼此允諾互相協

助,並將該允諾視為德國刑法三十條第二項所稱的「犯罪約定」,可資贊同。其次, BGH 未論及乙「中止」與否,並無不妥,一則本案屬既遂(二名執勤員警死亡),另亦與德國刑法第二十四條第二項共同正犯中止規定不符。

2.BGH 在本案中對共同正犯與幫助犯之區分係採「規範綜合說」(normative Kombinationstheorie)之判斷標準,亦即綜合犯罪利益、參與犯罪的範圍、犯罪支配、或至少對犯罪支配的意思等情形決定之。殊值注意者,除主觀說外,德國實務越來越強調犯罪支配在確定共同正犯時之份量。

3.乙對整個犯罪過程究竟有無「犯罪支配」?BGH 認為在襲警過程中乙「在場」,僅此即可認定其有犯罪支配。然乙自始至終均未履行約定之行為分擔,要說乙參與,僅有增強甲行為決意,此或可構成「心理上幫助犯」,但對「犯罪支配」仍嫌不足(註 17)。BGH 大概從「乙當時可阻止甲開槍,卻未為之」推論出乙犯罪支配,然似此「阻止結果發生之可能性」,幫助犯甚至路人皆有之(如報警)。實則,「犯罪支配」的概念並非「能否阻止犯罪結果發生」,而是「積極地導致犯罪現象之參與」。

4.通說認為共同正犯的成立包括「共同行為

註 16 Roxin, JR1991, 207。

註 17 另有反對說, Erb 即認為, 本文中乙連幫助犯亦不構成, 其論點大略如下:

乙源於犯罪約定對甲「心理上支柱」似可視為「幫助行為」而肯定之, 此種見解亦符合實務或學說因「客觀行為」不構成共同正犯後, 即改論以「心理上幫助犯」思考模式。但細繹乙與甲約定「為脫免逮捕, 必要時連警察也殺」, 並非為增強甲決心, 進而促進「主行為」完成, 而係創造日後「互助合作」之基礎。本案發展過程亦非如原先約定由二人相互合作完成, 卻由約定所生之心理上支柱促進由甲單獨實行之殺警行為, 茲生疑義: 乙與甲為前開約定時, 能否預見由此所生之心理上支柱, 亦即乙有無幫助故意?

幫助行為之「結果」不僅指(正犯)主行為之「構成要件結果」, 亦包括幫助行為對主行為之「促進效果」, 準此, 在幫助故意, 行為人除知悉其幫助行為可促使正犯實現不法構成要件外, 亦須認識正犯行為有既遂可能。對此, 本案無從確定乙可預見「其與甲之犯罪約定於日後甲開槍殺人時可生心理上之支柱效果」。與此相類之案例, 例如, 綁匪下手前即計畫取得贖金後將人質殺害, 但擄人後載往藏匿地點時, 人質因口鼻遭堵住窒息死亡; 綁匪之殺人「故意」既係針對「日後」, 則先前之死亡結果即非故意射程所及, 此雖涉及「正犯故意」, 與茲探討之「幫助故意」略有差異, 但二者應作相同處理, 即乙不具幫助故意。Erb. JuS 1992, 200f。





決意」與「共同行為實施」兩要件，但 BGH 卻稱：乙與甲間有為脫免逮捕不惜開槍之默示約定，即足以認為雙方有共同行為實施；將共同行為「決意」即視為共同行為「實施」，如此將抹煞後者獨自作為共同正犯成立要件之功能，亦與德國刑法第二十五條第二項文義不合，蓋該條對共同正犯係規定共同行為「實施」，而非共同行為「約定」（註 18）。

5. BGH 認為，乙係因犯罪結果對己有利而行為，有「正犯意思」；此委實難令人信服。首先，幫助犯與教唆犯對犯罪結果亦常有「利益」，否則不至於參與。更何況，乙對甲開槍所造成的結果是否真有利益，BGH 僅慮及乙因逃犯身分恐遭逮捕，但曾否想過乙可能更害怕捲入甲殺警之重大犯行與「終身監禁」，所以自始即放棄開槍襲警。且觀之整個過程，甲係處於支配地位，乙僅附屬在甲意思下，即或採「主觀說」，亦無從認定乙有「正犯意思」。

6. BGH 主張「乙放棄犯罪實施，只有當甲知情，且可對其後續行為發生影響時，始有法律上意義」；似乎認為倘甲知情，乙即不成立共

同正犯。實則，

(1) 如乙於甲開槍前，告知甲伊不願為之（如前述 BGHSt.28, 347），則乙連幫助犯亦不構成，蓋先前犯罪約定所生之「心理上增強」於預備階段即已不復存在，毋庸對犯罪結果負責。

(2) 如乙於甲開第一槍後，告知甲不願為之，則乙已撤回自己行為分擔，甲嗣後所實施既遂部分雖與被告無關，但因乙未阻止甲殺警既遂，亦未盡力阻止，不得依德國刑法第二十四條第二項中止規定享有免罰優遇。惟乙之心理上幫助，於甲著手之際係存在，對此仍應負責，乙僅應論以謀殺未遂（而非既遂）之幫助犯。

7. 本案乙與甲達成不甚清楚之「默示約定」，事到臨頭，乙立刻高舉雙手投降，連槍都未拔，「不法能量」（*kriminelle Energie*）遠低於甲，卻與之同論以謀殺及謀殺未遂罪，並科以終身監禁，乙在犯罪參與上與甲有如斯巨大差異，何以不能成立幫助犯，委實令人難解（註 19）。

註 18 Bloy 即認為本案 BGH 見解，與日本之「Kyobo Kyodo Seihan」（共謀共同正犯）概念相似。Vgl. Bloy, GA1996, S.434。

註 19 除 Roxin 外，Puppe 對本判決評論如下（NSStZ1991, 571ff）：

1. 本案例中 BGH 對乙內心真實的想法未有片言隻字，所有陳述皆係針對甲在案發前的行為而言。BGH 僅從甲開槍對乙有利去推論出乙的「正犯意思」，然整個襲警過程中，乙從未有採取行動的意思，遑論有為自己犯罪意思或脫免逮捕不惜開槍的決心。因此，乙與甲之間根本欠缺共同行為決意。
2. 其次，乙在犯罪現場與隨身攜有武器等對甲所生之「心理上支柱」並非行為貢獻，蓋「在場」是一種「狀態」（*Zustand*），而非「行為」，乙非刻意到現場助勢，亦即非故意對甲實施心理上支柱。至於乙所為何者可視為犯罪支配？答案是：沒有。
3. 共同行為決意或計劃之締結必須雙方都有真實的實行意思，僅一方相信他方有實行意思，尚有不足，如一方欺騙他方使其誤以為有實行意思，並不構成德國刑法第三十條所稱「約定實施重罪」，至多只能論以心理上的幫助犯。本案例中 BGH 認為，在案發前乙與甲曾有為脫免逮捕不惜開槍的約定，如是，亦不能遽下結論稱雙方有共同行為計畫，判斷的時間點應係實行開始時。實行階段的犯罪計畫共同體本身方係適當的歸責客體，蓋實際上分工合作將使共同正犯相較於單獨正犯有較大的危險性，所謂犯罪約定即係指「預備」的分工合作。因之，行為人不論是被迫或自願，在實行開始時已不再有犯罪意思，則不應論以（共同）正犯，本案例中乙亦同，此與乙之放棄實施究係不忍心對人開槍，抑或不遠處有警察舉槍向伊均無關。
4. BGH 從乙整體舉動推論出其有「默示」行為，並造成甲信賴，而須擔負刑責。在民法上，為默示之意思表示者，對為傳達特定條件所造成之信賴，應負保證責任，然此僅限於「真



**案例五：**甲交予乙其屋主住宅鑰匙，俾供乙複製，日後行竊之用。嗣甲心生後悔，乃要求乙承諾，不得實施前開犯罪計畫，乙佯諾，仍持該複製鑰匙入甲屋主家中竊取財物。

Otto 認為，本案中乙經由詐欺行為排除甲對犯罪現象之支配，使得甲行為與犯罪結果之歸責關聯中斷，甲毋庸對乙竊盜既遂負責（註 20）。

但 Roxin 認為，「歸責」依一般原理係指不被容許之風險實現，此在甲給予乙鑰匙時即可能構成。又中止免罰之規定並非基於「行為人已為表面上所必要」者，而須「翻轉危險」，即阻止犯罪結果出現。行為人通知警察或警告被

害人，如未能因而阻止犯罪，既應受罰，則在被騙誤以為已阻止犯罪之情形，又何獨不然？行為人已實施行為貢獻，犯罪過程脫離其掌握，欲再阻止犯罪，本就帶有僥倖成分，常須依賴其他同夥之善意，此項失敗風險應自行承擔。準此，甲應論以乙竊盜既遂之幫助犯。惟如乙確曾受甲勸說放棄犯罪實施，因乙此時尚未實施可罰行為（未進入未遂階段），甲不為罪，至乙嗣後另行起意，仍以上開複製鑰匙行竊時，此部分屬甲未參與之新行為，自無歸責甲問題（註 21）。

**案例六：**甲乙丙為暗殺某政要，乃由甲潛入演講會場安裝炸彈，嗣甲心生疑慮，擬拆除

正的法律行為」，而不能將之適用於「非真正法律行為」之犯罪約定，刑法上不應該存有所謂「默示」的共同行為決意，或是「江湖義氣」（Gauherehre），蓋在法律所禁止的犯罪約定中，如仍存在一般法律行為的「要求」（Gebote）或「禁止」（Verbote），於規範邏輯未合。因此，不應將「真正的法律行為」與「犯罪約定」等量齊觀，更無將一般法律行為原則類推適用至犯罪約定的情形，以所謂「江湖義氣」作為行為判斷的標準會使得法秩序陷於自相矛盾。一方對於他方在犯罪時將同行或給予協助之信賴，並無法律上或道德上保護之必要。總之，從「默示」的行為無從得出「共同正犯」與「心理上幫助犯」。

5. 某人因對方相信伊亦將共同參與犯罪而須負擔法律上責任，非因其對對方製造某種信賴，縱使知悉對方有此信賴而未辯駁，亦同，乃係以不被容許的方式對潛在被害人製造如下的風險：即對方將在此種信賴下對被害人實施不法行為。如要對他方的信賴負責，須在言語上為明白的承諾，或明顯地傳達將與之一同犯罪的訊息，至於單純的沈默或是其他行為，則須視情況依一般的溝通規則，而非誠信原則決定，如非信息交換則不屬之。例如，本案中如甲轉交左輪手槍予乙時，曾明白表示希望或是命令乙，為脫免逮捕必要時要善用之，而乙即沈默地將武器插入腰際，似此依一般的溝通規則可認為有所允諾，但本案中，乙與甲是否有信息交換，並不明確。

對於 Puppe 的論點，Hauf 批評如下（NStZ1994，264）：

1. Puppe 主張，並非預備階段的約定，而係實行階段之犯罪共同體方為適格之歸責客體，Hauf 認為此項觀點過於狹隘，蓋放棄實施者之前與他方約定犯罪所產生心理上的增強較諸實際上分工合作，才是數人共同犯罪之危險所在。與他人共同實施犯罪時，行為人自覺受拘束，但亦同時增加信心，所以共同正犯放棄犯罪實施之「心理上門檻」（psychologische Schwelle）較單獨犯要來的高。就此而言，BGH 理由稱「乙放棄實施，只有當甲知情」可資贊成。反之，共同正犯中有人放棄犯罪實施，但不為他方知悉時，當無礙於歸責。
2. 德國刑法第二十四條第二項規定，在數人共同犯罪時，其「中止」不罰之要件較同條第一項單獨正犯為嚴，僅消極地放棄實施，尚有不足，必須積極地防止犯罪結果發生，此正著眼於數人共同犯罪之危險性。同條第二項後段復規定：犯罪之無法既遂與中止者先前行為貢獻無關者，只須行為人主動努力阻止犯罪之完成，應免除其刑罰；反面解釋：行為人如不主動努力阻止犯罪之完成，仍應加以處罰，既與原先之犯罪實施無關，卻仍加以處罰，足證立法者的考量並非基於 Puppe 所稱「實行階段的犯罪計畫共同體」，而係該員對其他同夥之犯罪意思有所增強，使犯罪得進入實行階段，而犯意增強不限於實行階段的犯罪計畫共同體，於預備階段之犯罪約定，更應包括之。

註 20 Otto，JA1980，711。

註 21 Roxin，FS für Lenckner，S.275ff；AT II，S.581ff。





該顆炸彈，乙丙不從，為避免甲礙事，乃聯手綑綁之，最後炸彈順利引爆，暗殺成功。

Otto 認為，犯罪參與者因某人舉動而無法使自己行為貢獻趨於無害，係屬犯罪現象之支配為該人所排除，因此，犯罪參與者之行為與結果間之歸責關聯即告中斷。準此，本案中甲不因謀殺既遂而受罰，其既真摯地努力阻止既遂，謀殺犯行之實現即與其行為貢獻無關，甲至多論以未遂，並應適用德國刑法第二十四條第二項第二句之中止規定<sup>(註 22)</sup>。

但 Roxin 認為<sup>(註 23)</sup>：

1. Otto 所謂「歸責關聯中斷」，通常係指被害人拒絕或故意阻止搭救，即基於「參與自我危害」之不罰思想，與本案情形無關。

2. 本案犯罪結果係在甲所製造之風險中實現，甲具有可歸責性，既有「可歸責之結果」出現，甲即無「中止」可言。況中止努力既未成功，何能享有免罰優惠，如甲在無外力介入下，突然昏厥，以致無法拆除炸彈引信，自應對犯罪結果負責，則在有他人干涉下，何以應作不同認定？

3. 本案謀殺既因引爆甲所製造並安裝之炸彈而既遂，則 Otto 所謂「犯行之實現即與甲行為貢獻無關」，不知何解。又 Otto 稱「甲既真摯地努力阻止犯罪，既遂即與其行為貢獻無關」，似乎僅憑「真摯地努力」即推論出「無關」；如是，則德國刑法第二十四條第二項第二句之「無關」(Unabhängigkeit) 將失其獨立作為不罰要件之功能。

4. 甲既已在實行階段有重要行為貢獻，則應

論以謀殺罪之共同正犯，非徒幫助犯而已，且因甲未能成功使其行為貢獻趨於無害，不適用中止免罰之規定。

### (三)「失敗未遂」

「失敗未遂」(fehlgeschlagener Versuch) 指行為人於犯罪實行過程中認識到其手段不能達成構成要件結果，套句法蘭克公式<sup>(註 24)</sup>即「縱使吾欲為之，吾亦不能達成」。「失敗未遂」之判斷標準係行為人主觀認知，而非客觀上之實現不可能，如此方能與「不能未遂」有所區分。不過，當行為人發覺客觀上已不可能達到犯罪目標時，即從「不能未遂」轉變成「失敗未遂」。「失敗未遂」之行為人必然放棄繼續實行犯罪，故無所謂「自願」中止犯行，亦即「失敗未遂」根本不成立中止犯或準中止犯<sup>(註 25)</sup>。

♣ (未完待續)

( 本文作者現職為臺灣士林地方法院檢察署檢察官調法務部政風司辦事 )



無論你站在爭論的哪一邊，你都會發現有一些你希望站在自己這邊的人卻站在另一邊。——傑斯卡·海費茨

註 22 Otto, JA1980, 777。

註 23 Roxin, FS für Lenckner, S.276ff; AT II, S.582ff。

註 24 公式原文為：handelt freiwillig, wer sich sagt: Ich will nicht zum Ziel kommen, selbst wenn ich es könnte; unfreiwillig, Ich kann nicht zum Ziel kommen, selbst wenn ich es wollte (縱使吾能為之，吾亦不願為之(自願中止)及縱使吾欲為之，吾亦無法遂願(非自願中止)。德文及中文翻譯對仗優美，簡明易懂，迄今仍有相當適用性。

註 25 Vgl. Hans Lilie/Dietlinde Albrecht, LK 11Aufl. Rn.263。