

(文接上期)

二、正犯與幫助犯間應否變更起訴法條？

倘檢察官起訴認被告係詐欺取財罪之共同正犯，然經法院審理結果認為被告僅係詐欺取財罪之幫助犯，是否須依刑事訴訟法第 300 條之規定變更起訴法條？最高法院 95 年度台上字第 354 號判決及臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 28 號研討結果固採肯定說¹⁵，然本文認為，共同正犯與幫助犯間，犯罪之態樣或結果雖有不同，惟其基本事實均相同，本不生變更起訴法條之問題（最高法院 96 年度台上字第 2061 號、97 年度台上字第 202 號判決意旨參照，司法院 76 年 10 月 29 日 (76) 廳刑一字第 1983 號函亦同此見解）。最高法院 95 年度台上字第 354 號判決雖謂：「本件公訴意旨係認上訴人涉有上開罪名之幫助犯罪嫌，原判決既改依共同正犯論擬，則其所適用關於共犯之法條，已由刑法第 30 條變更為同法第 28 條，自應依刑事訴訟法第 300 條之規定為起訴法條之變更（本院 30 年上字第 1574 號判例意旨參照）」，而援引最高法院 30 年上字第 1574 號判例意旨，認共同正犯與幫助犯間須變更起訴法條。惟最高法院 30 年上字第 1574 號判例謂：「（舊）刑事訴訟法第 292 條所謂得就起訴之犯罪事實變更檢察官所引應適用之法條，係指法院於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律而言，故同一殺人事實，檢察官以教唆犯起訴，而法院認為正犯或從犯者，仍不妨害事實之同一，即得變更檢察官所引應適用之法條。」係指檢察官以教唆犯起訴，而法院審理結果認為係正犯或從犯者，須變更檢察官所引應適用之法條而言，並未言及共同正犯與幫助犯間須變更起訴法條之問題。職是，最高法院 95 年度台上字第 354 號判決援引同院 30 年上字第 1574 號判例意旨，而謂共同正犯與幫助犯間須變更起訴法條，似有未當之處。

三、幫助犯有無刑法第 28 條之適用？

稅捐稽徵法第 43 條第 1 項「幫助逃漏稅捐罪」有無刑法第 28 條之適用？

按刑法第 28 條之共同正犯係指 2

幫助犯之判斷標準及其在實務上之相關問題

文／孫啟強

下

人以上共同實行犯罪之行為者而言，而幫助他人犯罪，並非實行正犯，在事實上雖有 2 人以上共同幫助實行犯罪，要亦各負幫助責任，仍無適用該條之餘地¹⁶。此項通說之法律見解，就現行刑法之適用而言，尚無爭議。

茲有疑義者，乃稅捐稽徵法第 43 條第 1 項之「幫助犯第 41 條（逃漏稅捐）或第 42 條（匿報、短報、短徵或不為代徵或扣繳稅捐）之罪」，究係「幫助犯」抑或「獨立正犯」之規定，有無刑法第 28 條之適用？則有不同之見解：

採「獨立正犯」說者認為，稅捐稽徵法第 43 條第 1 項之「幫助犯第 41 條或第 42 條之罪」，為特別刑法明文規定以「幫助犯罪」為構成要件之犯罪類型，亦為稅捐稽徵法之特別規定，屬於一獨立之犯罪型態，性質上乃係實行犯罪之正犯，與刑法上幫助犯之具從屬性者不同，不必有「正犯」之存在亦能成立犯罪，自亦不得適用刑法第 30 條第 2 項「幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕」之規定¹⁷。依此說見解，稅捐稽徵法第 43 條第 1 項之「幫助犯第 41 條或第 42 條之罪」，既非屬於「幫助犯」，而係「獨立正犯」之規定，則依刑法共同正犯之理論，其自有刑法第 28 條共同正犯之適用。

至於採「幫助犯」說者則認為，稅捐稽徵法第 43 條第 1 項之「幫助犯第 41 條或第 42 條之罪」，性質上係屬「幫助犯」，縱有數人幫助他人以不正當方法逃漏稅捐，仍應各負其幫助逃漏稅捐罪責，而無適用刑法第 28 條之餘地¹⁸。

按幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯，刑法第 30 條第 1 項前段定有明文，是幫助犯之成立要件有 4：（一）被幫助人；（二）幫助人須有

幫助行為；（三）幫助行為與正犯之實行行為間須具有因果關係；（四）幫助人須有幫助故意，已如前述。本文認為，稅捐稽徵法第 43 條第 1 項規定：「教唆或幫助犯第 41 條或第 42 條之罪者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣 6 萬元以下罰金。」係以「教唆或幫助犯第 41 條或第 42 條之罪」為該罪之類型及罪名，已將「教唆或幫助」明文規定為該罪之犯罪構成要件，屬於一獨立之犯罪型態，不必有「正犯」之存在亦能成立該罪，與刑法上之幫助犯須具有從屬性者不同，亦顯與上開所述幫助犯之成立要件有間，足認其性質上係屬實行犯罪之正犯，依刑法共同正犯之理論，其自有刑法第 28 條共同正犯之適用。

四、事後幫助是否成立幫助犯？

實務見解認為，刑法上所謂幫助犯者，係指於他人實施犯罪之前或犯罪之際，予以助力，使之易於實施或完成犯罪行為之謂，故以「事前幫助」（或「事先幫助」）及「事中幫助」為限；若於他人犯罪行為已經完成後，始予以助力，即學理上所謂「事後幫助」，除法律別有處罰規定外，並不成立幫助犯。質言之，僅「事前幫助」（或「事先幫助」）及「事中幫助」得成立幫助犯，「事後幫助」並不能成立幫助犯¹⁹。

學說亦認為，幫助犯係依附於正犯而成立，故其犯罪行為介入正犯的犯罪實行，必須於正犯的犯罪行為終了以前，始能成立幫助犯，否則，假如正犯的犯罪行為業已終了，即無由構成幫助犯，故不存在所謂的事後幫助犯。通說認為幫助行為之時期，可分為 2 種類型：其一為預備的幫助犯（事前的幫助犯或事先的幫助犯），即在正犯實行犯罪之前，即給予正犯助

力，惟預備的幫助犯之成立仍以正犯實行行為之存在為必要；其二為事中幫助犯（伴隨的幫助犯），即在正犯實行犯罪之同時，給予正犯助力。至於所謂「事後幫助犯」已非可罰之幫助犯，僅於刑法分則另設有獨立處罰規定時，始得以正犯論處之，例如刑法第 164 條藏匿人犯罪、第 165 條湮滅他人刑事被告證據罪、第 349 條第 1 項收受贓物罪等²⁰。

須特別注意者，學說固多認為，於正犯犯罪終了前，均有成立幫助犯之可能，然從幫助行為須具備使正犯主行為成為可能、減輕正犯實現犯罪困難或使正犯犯罪造成更大損害之實質內涵來看，當正犯已完成構成要件形式上所要求之舉動，而在等待因果歷程發展致結果發生，或者僅為違法狀態繼續存續之期間，得否構成幫助行為，學說上仍有質疑之看法²¹。職是，就此點而言，承認所有犯罪終了前之幫助行為均可構成幫助犯之多數見解，似有違反罪刑法定主義之嫌。

五、「過失犯之幫助犯」與「過失幫助犯」

幫助者與被幫助者間之關係，以二者是否故意或過失而言，有下列 4 種組合：（一）幫助者與被幫助者均為故意犯；（二）幫助者與被幫助者均為過失犯；（三）幫助者為故意犯，被幫助者為過失犯，此即過失犯之幫助犯；（四）幫助者為過失犯，被幫助者為故意犯，此即過失幫助犯。上開類型（一）幫助者與被幫助者均為故意犯，則幫助者可成立幫助犯，洵無爭論；上開類型（二）幫助者與被幫助者均為過失犯，則幫助者不成立幫助犯，亦無疑義。較有爭議者厥為上開類型（三）過失犯之幫助犯及類型（四）過失幫助犯，茲略論如下：

學者通說認為，關於過失犯之幫助犯部分，學理上雖非不可想像，然而過失行為須於犯罪結果發生之後始予以認定，故於幫助之際，尚不知必有犯罪結果之發生，是以不能認為對於他人之過失犯罪予以幫助²²。例如將汽車借予他人駕駛，駕駛者於駕車時因違規之過失而撞死行人，駕駛者雖應成立過失致死罪，然車主並不成立幫助犯。

(文轉三版)

註釋

¹⁵ 臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會彙編，臺灣高等法院編印，2012 年 1 月，第 726-729 頁。

¹⁶ 33 年上字第 793 號判例、99 年度台非字第 360 號、95 年度台非字第 248 號、95 年度台上字第 6767 號、93 年度台上字第 2142 號、82 年度台上字第 6084 號、72 年度台上字第 7115 號判決意旨參照。

¹⁷ 92 年度台上字第 2879 號、82 年度台上字第 2032 號、78 年度台上字第 1968 號、77 年度台上字第 4697 號、72 年度台上字

第 3972 號判決意旨參照。

¹⁸ 99 年度台非字第 360 號判決意旨參照。

¹⁹ 29 年上字第 1674 號、28 年上字第 1156 號、23 年上字第 5511 號、22 年上字第 996 號判例、99 年度台上字第 2043 號、98 年度台上字第 5456 號、97 年度台上字第 3884 號、96 年度台上字第 4747 號、91 年度台上字第 1373 號、76 年度台上字第 8191 號、74 年度台上字第 6362 號、71 年度台上字第 843 號判決意旨參照。

²⁰ 林山田，註 4 書，第 133 頁；陳子平，刑

法總論（下冊），初版第 1 刷，2006 年 2 月，第 195-196 頁。

²¹ 黃惠婷，幫助犯之參與時點，台灣法學雜誌，第 123 期，2009 年 3 月，第 127 至 131 頁；黃惠婷，繼續犯之參與，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，第 18 至 19 頁。

²² 參閱蔡墩銘，註 13 書，第 348 頁。另陳子平教授認為不應承認過失犯之幫助犯，參閱氏著，註 20 書，第 215 頁。黃常仁教授亦認為，因為幫助犯必須針對「他人之故意違法行為」提供助力，因此刑法上

並無所謂對於「他人之過失違法行為」提供幫助者，參閱氏著，註 4 書，第 252 頁，註 61。惟有肯認成立「過失犯之幫助犯」者，參閱林錦村，過失幫助犯與過失犯之幫助犯，司法周刊，第 1190 期，2004 年 6 月 24 日，第 2、3 版。

²³ 參閱張麗卿，刑法總則理論與運用，四版第 1 刷，2011 年 9 月，第 379 頁。另蔡墩銘教授認為，如以過失幫助正犯，由於幫助者欠缺幫助之故意，故亦不成立幫助犯，參閱氏著，註 13 書，第 349 頁。



(文接二版)

至於過失幫助犯部分，實務及學者通說亦認為，因為幫助者為幫助行為時，須認識幫助者在從事犯罪，且其幫助行為足以幫助他人實現構成要件，故無過失幫助之問題，若因過失而幫助他人犯罪，並不成立幫助犯，此應為獨立過失犯之問題²⁴。

本文認為，幫助犯成立要件之一，係被幫助人須實現「故意」之「不法構成要件行為」，亦即被幫助人之行為須具備故意犯之構成要件該當性及違法性，而過失犯罪在本質上並非行為人事先所得預料及掌控，是幫助人自無由成立「過失犯之幫助犯」。再者，因為幫助犯之成立須有幫助之故意，亦即必須認識正犯之犯罪行為而予幫助者，始足當之，故亦不承認有「過失幫助犯」之存在。

六、預備犯有無幫助犯？

預備犯（含陰謀犯）之幫助行為可否成立幫助犯？學說上有不同見解。採否定說者認為，幫助犯之法文規定為「實行犯罪行為」，所謂實行，須該當於基本犯罪構成要件之行為始足當之，故被幫助之正犯行為，須已達著手實行之階段，始能成立幫助犯，預備行為既尚未達著手實行之階段，自不包含在內；且預備行為本即欠缺法的定型性，如處罰其幫助行為，顯然有害於法的安定性，是預備犯之幫助犯並無處罰之必要²⁵。惟採肯定說者則認為，預備犯與其基本構成要件之關係，屬於一種修正的形式，其本身亦為犯罪構成要件之規定，預備行為即為預備罪犯罪構成要件之實行行為，被幫助之正犯行為，既已達值得處罰之預備行為的危險程度，而予以處罰，則其幫助行為亦予以處罰，依共犯從屬性原則，實屬自然之理，否則，正犯依預備罪處罰，其幫助者未予處罰，實質上亦難謂為恰當²⁶。

論者認為，犯罪行為之處罰，以既遂犯為原則，未遂犯為例外，而對於預備犯之處罰，更屬於例外中之例外，在現行刑法上，除內亂罪及外患罪外，僅有放火罪、殺人罪、強盜罪及擄人勒贖罪等有處罰預備犯之規定。蓋預備行為，既尚未達到著手實行之階段，距離法益之侵害仍屬遙遠；且預備行為之行為型態，與人民之日常生活或工作頗難辨識，故刑法對於預備行為，原則上否定其可罰性。幫助犯之可罰，乃係因其透過正犯而間

接對於法益造成侵害或危險，如正犯行為僅止於預備階段，則幫助犯對於法益之威脅，較之預備犯更屬遙遠，基於刑法謙抑性之理念，並無處罰之必要²⁷，本文從之。

七、幫助犯之成立時點為何？

幫助犯係從屬於正犯而成立，以正犯已經犯罪為要件，故幫助犯並非其幫助行為一經完成，即成立犯罪，必其幫助行為或其影響力持續至正犯實施犯罪始行成立，有關追訴權時效，告訴期間等，亦自正犯完成犯罪時開始進行，至於法律之變更是否於行為後，有無刑法第 2 條第 1 項所定之新舊法比較適用，應以該時點為依據²⁸、是否合乎減刑要件，有無減刑條例等相關法律之適用，亦應以該時點為準據²⁹。

八、「幫助犯之未遂犯」與「未遂犯之幫助犯」之區別標準為何？

就共犯之既未遂理論而言，幫助行為所協助的正犯行為既遂者，則成立幫助犯的既遂；幫助行為所協助的正犯行為未遂者，則成立幫助犯的未遂。至於已完成的幫助行為究竟成立幫助犯的既遂或未遂，亦應以正犯的既未遂為判斷標準，即正犯既遂者，則幫助犯亦既遂；正犯未遂者，則幫助犯亦未遂³⁰。

而學理上所稱「幫助未遂」，係指「幫助犯之未遂犯」而言，因該幫助者之助力行為，對於正犯之著手實行行為或其結果之發生，不生助益作用，屬無效之幫助，缺乏危害性，故基於謙抑原則，刑法不予非難，未若刑法修正前第 29 條第 3 項對教唆犯之未遂犯設有獨立處罰規定。至以幫助他人犯罪之意思，於正犯著手實行前或實行中或結果發生前，提供犯罪構成要件行為以外之助力，倘於通常情況下，確足致犯罪結果易於發生，祇因正犯本身因素之障礙而未遂者，刑法仍予非難，該幫助之人依正犯從屬性原則，應成立正犯犯罪未遂之幫助犯。是究屬「幫助犯之未遂犯」或「未遂犯之幫助犯」，端以幫助者之助力行為，在客觀上是否確能給予正犯有效之助益，作為區別之標準³¹。例如丙既開車幫助製造毒品之正犯甲、乙逃離現場，又幫助搬移遮掩製成之半成品「滷水」，在客觀上自足認其行為屬於製造毒品成功之助力，僅因遭警破獲，致正犯甲、乙無法完成毒品製造之行為而已，則丙之行為

並非「幫助犯之未遂犯」，而係「未遂犯之幫助犯」，自應論以幫助製造毒品未遂罪。

九、幫助犯就正犯犯罪所用之物或因犯罪所得之物，應否併為沒收之宣告？

按所謂幫助犯係指就他人之犯罪加以助力，使其易於實施之積極的或消極的行為而言，其犯罪態樣與實施犯罪之正犯有異，其所處罰者，乃其提供助力之行為本身，而非正犯實施犯罪之行為，因此，幫助犯並不適用責任共同之原則，對正犯所有供犯罪所用或因犯罪所得之物，無庸併為沒收之宣告³²。刑法關於沒收之規定業於 104 年 12 月 30 日修正，於 105 年 7 月 1 日施行，修正之立法理由中固謂「沒收為獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果」³³，惟此僅係立法者將沒收之屬性予以重新定位而已，對於「幫助犯不適用責任共同之原則」並不生影響。從而，本文認為，不論在沒收之規定修正施行之前或之後，幫助犯就正犯犯罪所用之物或因犯罪所得之物，均無庸併為沒收之宣告。

肆 結論

刑法第 30 條第 1 項前段規定：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。」準此，幫助犯之成立要件有 4：一、被幫助人；二、幫助人須有「幫助行為」；三、幫助行為與正犯之實行行為間須具有「因果關係」；四、幫助人須有「幫助故意」。

關於正犯與共犯（含幫助犯與教唆犯）之區別理論，學說大致有下列 4 種理論：一、形式客觀說；二、主觀說；三、犯罪（行為）支配說；四、主客觀擇一標準說。其中犯罪（行為）支配說為學理通說，至於我國實務區別正犯與幫助犯之判斷標準，除少數採取犯罪（行為）支配說中之功能支配概念作為判別基準外，通說係採取主客觀擇一標準說，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯；其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，苟其所參與者，係犯罪構成要件之行為，亦屬正犯；若所參與者為犯罪構成要件以外之行為，則為幫助犯。

關於上開所列幫助犯在實務上之相關問題，茲將本文見解小結如下：

一、幫助犯所認識之犯罪內容與正犯所發生事實彼此間之構成要件不

同，而有輕重之分時，依「所犯重於所知，依其所知」之法理，不應論以較重之罪之幫助犯。

二、共同正犯與幫助犯間，犯罪之態樣或結果雖有不同，惟其基本事實均相同，不生變更起訴法條之問題。

三、刑法第 28 條之共同正犯係指 2 人以上共同實行犯罪之行為者而言，而幫助他人犯罪，並非實行正犯，在事實上雖有 2 人以上共同幫助實行犯罪，要亦各負幫助責任，並無適用該條之餘地。至於稅捐稽徵法第 43 條第 1 項規定：「教唆或幫助犯第 41 條或第 42 條之罪者」，已將「教唆或幫助」明定為該罪之犯罪構成要件，屬於一獨立之犯罪型態，不必有正犯之存在亦能成立該罪，與幫助犯須具有從屬性者不同，其性質上係屬實行犯罪之「正犯」，依刑法共同正犯之理論，其自有刑法第 28 條共同正犯之適用。

四、幫助犯係指於他人實施犯罪之前或犯罪之際，予以助力，使之易於實施或完成犯罪行為之謂，故以「事前幫助」及「事中幫助」為限；若於他人犯罪行為已經完成後，始予以助力，即學理上所謂「事後幫助」，除法律別有處罰規定外，並不成立幫助犯。

五、幫助犯成立要件之一，係被幫助人須實現「故意」之「不法構成要件行為」，而過失犯罪在本質上並非行為人事先所得預料及掌控，是幫助人自無由成立「過失犯之幫助犯」。再者，因為幫助犯之成立須有幫助之故意，亦即必須認識正犯之犯罪行為而予幫助者，始足當之，故亦不承認有「過失幫助犯」之存在。

六、預備犯（含陰謀犯）之幫助行為不成立幫助犯。

七、幫助犯係從屬於正犯而成立，以正犯已經犯罪為要件，故幫助犯並非其幫助行為一經完成，即成立犯罪，必其幫助行為或其影響力持續至正犯實施犯罪始行成立。

八、幫助犯之既遂或未遂，應以正犯之既遂或未遂作為判斷之標準。而幫助行為究屬「幫助犯之未遂犯」或「未遂犯之幫助犯」，端以幫助者之助力行為，在客觀上是否確能給予正犯有效之助益，作為區別之標準。

九、幫助犯就正犯犯罪所用之物或因犯罪所得之物，無庸併為沒收之宣告。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

註釋

黃常仁教授認為，因為幫助犯必須基於故意，故刑法上並無所謂「過失幫助」，參閱氏著，註 4 書，第 252 頁，註 61。林鈺雄教授亦認為，因為幫助者必須認知到其行為足以幫助他人實現故意不法犯罪構成要件，據此，因過失行為促進他人犯罪行為者，不成立幫助犯，參閱氏著，註 4 書，第 481 頁。至於實務見解則請參

閱 18 年院字第 74 號解釋、20 年上字第 1022 號判例、72 年度台上字第 6553 號、86 年度台上字第 4824 號判決。

²⁴ 參閱植松正，刑法概論 I（總論），勁草書房，昭和 49 年，第 374、383 頁；大塚仁，刑法概論（總論），有斐閣，昭和 61 年，第 272、278 頁。轉引自甘添貴，預備罪之教唆犯或幫助犯，月旦法學教

室，第 48 期，2006 年 10 月，第 19 頁。

²⁵ 參閱平野龍一，刑法總論 I，有斐閣，昭和 47 年，第 350 頁；大谷實，刑法講義總論，平元，成文堂，第 413 頁；內田文昭，刑法 I（總論），青林書院，昭和 61 年，第 315 頁。轉引自甘添貴，註 24 文，第 19 頁。

²⁶ 甘添貴，註 24 文，第 19 頁。

²⁷ 96 年度台非字第 312 號判決意旨參照。

²⁸ 86 年度台上字第 22 號判決意旨參照。

²⁹ 林山田，註 4 書，第 136-137 頁。

³⁰ 96 年度台上字第 3759 號判決意旨參照。

³¹ 88 年度台上字第 6234 號、89 年度台上字第 6946 號、95 年度台上字第 4813 號判決意旨參照。

³² 立法院公報，第 104 卷第 98 期，院會紀錄，第 265 頁。