

共同正犯脫離要件之 重塑與明確化 ——以最高法院見解為核心

秦偉翔*

要目

壹、前言	三、誤認共同正犯之脫離 必須以積極、主動之 客觀上行為為之
貳、案例事實與問題意識	
參、實務見解——關於共同 正犯脫離要件之抽象闡 釋	四、對於何以成立共同正 犯脫離之論理不當
肆、實務見解——對共同正 犯脫離之具體運用	五、小結
一、「脫離」用語使用之 混淆	伍、學說見解
二、混淆共同正犯脫離與 中止未遂之互動關係	陸、本文見解
	一、自罪責原則觀之
	二、自平等原則觀之
	三、自刑事政策觀點觀之

過訪談 11 位資深司法詢問員，勾勒出制度運行的實務樣貌與困境。文章指出，司法詢問員的專業介入確實能有效降低被害人焦慮並提升證詞品質，進而促進弱勢者的司法近用權。然而，實務上仍面臨區域資源與流程不一、酬勞標準分歧、詢問空間未標準化等種種挑戰。作者也提出相對應之具體政策建議，以期未來能針對前述困境逐一改善。

此外，蔡宗晃、蕭美齡與臧宥熏之「非行青年情緒、自尊與危險因子區辨之研究」，探討服役中之非行青年與一般青年在個人屬性、自尊及負向情緒上的差異。研究發現，非行青年普遍具備低社會自尊、高憂鬱傾向及低狀態焦慮等特質，容易將外在環境知覺為敵意，並透過偏差行為尋求補償性的自我肯定。該研究歸納出少年偏差行為之重要變項，為後續諮商輔導與心理衛生教育提供具啟發性的調整方向。

最後，在當前重刑化的政策視角下，楊士隆「長刑期受刑人收容之現況與衝擊：兼論合適處遇之可行方案」一文，剖析了長期監禁對受刑人身心健康、家庭關係及監獄管理等之多元衝擊。文章更借鏡了美國、英國與加拿大之法制與處遇經驗，提出妥善規劃生涯、施予特殊生活適應方案，以及擴大社會性處遇與監內決策參與等多元對策，緩解長刑期受刑人監禁痛楚並協助其復歸社會。

縱觀本期論文，無論是法律要件的重塑，或是對理論與受處遇者的反思與洞察，皆不約而同指出，法律制度與刑事政策的最終意義，在於維護社會秩序之同時，亦能顧及人性尊嚴。誠摯感謝本期作者的卓越貢獻，期盼這些研究成果能為我國刑事政策與犯罪防治實務，提供更具前瞻性的啟發。

執行主編群 謹識

2026 年 4 月

DOI: 10.6460/CPCP.202604_(43).0001

* 臺灣大學法律研究所刑法組碩士；臺灣桃園地方法院法官。

誠心感謝兩位匿名審稿人針對本文所提出之各式形式上或實質上的審查意見，一切都極具建設性且有助於本文之精進與修正，然本論文之文責自當由筆者自負全責。

四、與中止未遂之要件相
較
五、對於法益侵害風險降
低之判斷範圍

六、小結
柒、結論

摘 要

本文旨在藉由一則實例，探討「共同正犯之脫離是否以行為人循原先貢獻之路徑撤回物理、心理上助力為限？」之法律問題，分析並表明本文見解。於論證、回答前述問題過程中，將一併處理「共同正犯於著手後欲脫離犯罪共同體而為防免行為時，若未徹底解消原先之貢獻，然而殘存之貢獻已不足以形成功能性支配時，是否得主張無須對其他共同正犯後續實行行為既遂結果負擔正犯責任？」以及「共同正犯於著手後欲脫離犯罪共同體而為防免行為時，若僅向其他共同正犯表明退出之意旨解消主觀上犯意聯絡，而未有其他解除客觀危險之作為，是否即已足自共同正犯關係中脫離？」之法律問題，以釐清共同正犯脫離之要件。再者，本文並將提出可供實務案件操作之更細緻的共同正犯脫離審查基準，以釐清並細緻化共同正犯脫離之要件。此外，在研究實務判決中對於共同正犯脫離法理之適用時，發現存有若干經常出現之混淆或不當之處，故分析並提出建議。

關鍵詞：共同正犯、脫離、交互歸責、因果關係切斷、中止未遂

Reconceptualizing and Clarifying the Requirements for Withdrawal from Co-perpetration: A Focus on the Jurisprudence of the Supreme Court of Taiwan

Wei Hsiang, Chin*

Abstract

This article aims to examine the legal question of whether withdrawal from co-perpetration is limited to the actor retracting physical and psychological contributions along the original path of contribution, using a specific case as an illustration. It analyzes and presents the author's viewpoint on this issue. Furthermore, this article proposes more detailed criteria for reviewing withdrawal from co-perpetration, intended for practical application in legal cases, to clarify and refine the requirements for such withdrawal. Finally, through an examination of the application of the legal principles of withdrawal from co-perpetration in practical judgments, this article identifies several recurring confusions or inappropriate

applications, and subsequently offers corresponding analyses and recommendations.

Keywords: Co-perpetration, Withdrawal, Attribution of Liability Among Co-perpetrators, Severance of Causation, Desistance from Attempt

* Master of Laws (LL.M.) in Criminal Law, National Taiwan University; Judge at Taiwan Taoyuan District Court.

壹、前言

若行為人與某一犯罪共同體中之其他行為人存有犯意聯絡與行為分擔，依交互歸責之法理，原則上應為其他共同正犯之實行行為負責，即所謂「一部行為，全部責任」。惟若行為人於犯罪共同體著手後，欲反悔而自犯罪計畫中退出，實務見解自最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決起揭槩了明確的標準，容許行為人在滿足若干條件後得以自犯罪共同體中脫離。然而，若嚴格遵循前述標準，於若干個案中可能出現適用上的疑義，甚或導致不合理之結論。因此，本文將以從一則實例出發，探討應如何重塑與明確化共同正犯脫離之要件，以求在個案裁判中符合罪責原則與平等原則之誠命。

貳、案例事實¹與問題意識

一、乙與其所屬之犯罪集團計畫自寮國運輸第一級毒品海洛因至臺灣，要約甲參與犯罪，由甲負責提供其身分資料、身分證與健保卡翻拍照片、行動電話門號與 SIM 卡予乙（時點一）。乙遂以甲之名義辦理 EZ-WAY 進口快遞貨物實名認證完畢、以甲之名義為收件人，向中華郵政完成本案毒品包裹之投遞（時點二），而著手於犯罪之實行。

二、惟甲在提供前述個資後，方自覺不應犯下如此重罪而欲反悔退出計畫，惟不敢正面得罪乙與其所屬之犯罪集團，故選擇至警局向警方舉發本案犯罪計畫（時點三），警方於是決定待本案毒品自寮國起運（時點四），嗣後並運抵臺灣後，於海關處攔截本案毒品並循線逮捕乙（時點五），使本案犯罪計畫最終未能如乙原先預期之計畫遂行。

三、案經檢察官起訴，認為甲之部分涉犯運輸第一級毒品「既遂」罪，蓋甲與乙於犯罪共同體著手時（即時點二）存有犯意聯絡與行為分擔，依共同正犯交互歸責之法理甲與乙應負擔同一責任。又我國實務穩定見解咸認運輸毒品罪之成立，並非以所運輸之毒品運抵目的地為完成犯罪之要件，是區別該罪既遂、未遂之依據，應以已否起運為準，如已起運，其構成要件之輸送行為即已完成（最高法院 88 年度台上字第 2489 號判決意旨參照），從而，本案乙所主導之犯罪計畫於本案毒品於寮國起運時（時點四）即告既遂，是甲自仍應承擔既遂犯之刑責。

四、惟甲辯稱其於犯罪既遂前即已向警方舉報本案事實（時點三），故僅應承擔未遂責任。

五、此際，本案爭點厥為：甲於犯罪共同體著手後、既遂前，以非「循原先貢獻之路徑撤回物理、心理上助力（於本案情形，即是取回原先提供之個資、不再擔任本案毒品收貨人，並向乙表明欲退出計畫）」之方法，而係以其他方式替本案犯罪之遂行添以阻力（即向警方舉報），此際是否可

¹ 案例事實簡化並改編自臺灣高等法院 113 年度上訴字第 6907 號刑事判決。

認有實務、學說所稱之共同正犯脫離之適用，而僅成立未遂之責？

參、實務見解——關於共同正犯脫離要件之抽象闡釋

對於共同正犯於犯罪共同體著手後、既遂前，得否透過滿足一定要件而主張自犯罪共同體脫離，從而無須替其他共同正犯後續之實行行為負責此一爭點，傳統實務見解有採否定見解者²；然而晚近以來，最高法院判決穩定肯認即便係於整體共同犯罪計畫已達著手階段，其中之共同正犯在滿足若干條件後，仍得以解消共同正犯關係而無須對於其他共同正犯後續之實行行為負責，此即學說上所稱之「共同正犯之脫離」。

於前述肯認共同正犯脫離之判決中，最具標竿意義者應屬最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決，其經選為最高法院具參考價值裁判而迄今經引用逾百次，揭櫫：「複數行為人相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加功或參與，一般多認為難以除去該危險性」、「共同正犯行為階段如已推進至『著手實施犯行之後』，脫離者為解消共同正犯關係，不僅須停止放棄自己之行為，向未脫離者表明脫離意思，使其瞭解認知該

情外，更由於脫離前以共同正犯型態所實施之行為，係立於未脫離者得延續利用之以遂行自己犯罪之關係，存在著未脫離者得基於先前行為，以延續遂行自己犯罪之危險性，脫離者自須排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，始得解消共同正犯關係，不負共同正犯責任。」、「立於共同正犯關係之行為，複數行為人間之各別行為既然具有相互補充、利用關係，於脫離之後仍殘存有物理因果關係時固毋待贅言，甚於殘存心理因果關係時，單憑脫離共同正犯關係之表示，應尚難足以迴避共同正犯責任，基於因果關係遮斷觀點，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認清明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係（即須消滅犯行危險性，解消脫離者先前所創造出朝向犯罪實現之危險性或物理、心理因果關係效果，如進行充分說服，於心理面向上，解消未脫離共犯之攻擊意思，或撤去犯罪工具等，除去物理的因果性等），以解消共同正犯關係本身，始毋庸就犯罪最終結果（既遂）負責。」（粗體與底線為筆者所加，下同）。

於前述判決後，我國最高法院對於共同正犯脫離要件與效果之認定基本即依循前例，至多僅係所敘述使用的文字略有異同，以時序上距本文撰寫時點最近之最高法院 113 年度台上字第 2431 號刑事判決為例，其謂：「行為人欲解除共同正犯關係，非僅停止自己之行為，讓其他正犯明瞭知悉其脫離意思，尚須有效消除其先前對犯罪所提供物理上助力之

² 最高法院 96 年度台上字第 2883 號刑事判決意旨參照。

貢獻，使其他正犯無從再利用該貢獻續行犯罪行為，亦即達到其他正犯後續之犯行與其過去之貢獻間無因果關聯（因果作用）之程度，始得謂成功脫離共同正犯之結構，而無庸為其他正犯後續之行為負責。」³。

觀諸前述 2 則判決所揭示之要件，似均強調行為人須「逐一對應」地撤回原先所提供之助力與貢獻，此觀判決中使用「排除『該』危險」、「除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力」、「切斷自己先前所創造之因果關係」等文字，並強調除去物理助力與心理助力必須兼而有之等節均明，而學說對於此判決之理解與詮釋亦認：1、須停止放棄自己之行為；2、須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認明明瞭該情；3、除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係等，係各自獨立且必須併存之要件⁴。

此種觀點所設想典型之情形應如行為人先前提供犯罪用之工具、廠房，而於既遂前收回並告知其他共同正犯之案例。於前述情況之適用故無疑問，然於本文題設之情形，若嚴格依照前述最高法院判決揭櫫之要件為審查，甲既未向乙表明欲退出犯罪之旨，而未消除先前已提供之心理上助力，

³ 最高法院 112 年度台上字第 4352 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 2789 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 2945 號刑事判決、最高法院 113 年度台上字第 587 號刑事判決等判決均同旨。

⁴ 王皇玉，2018 年刑事實體法之回顧，臺大法學論叢，第 48 卷特刊，2019 年 11 月，頁 1699-1700。

復未取回個人基本資料亦未變更本案毒品之收貨人名義，而使原先所提供之物理上貢獻似也貫穿至本案既遂時，從而可能被認為無從適用共同正犯脫離之法理，因此仍須負擔既遂責任。然而如此之結論是否妥適，非無疑問。

誠然，經筆者以「共同正犯 脫離 著手」作為關鍵字檢索所有最高法院層級之判決，實乃不曾明確對前述爭點表明見解，蓋唯有如題設情形一般，出現行為人以非「循原先貢獻之路徑而撤回物理、心理上助力」之方法，替犯罪之遂行添以阻力之個案，方有機會令最高法院對此明確表態。然而迄今最高法院層級所審理之涉及共同正犯脫離此一爭點的案件中，在事實層次上行為人均係「既未告知其他共同正犯欲退出犯罪之旨，亦未對犯罪遂行施以任何阻力」之單純退出犯罪⁵，甚或仍為參與犯罪計畫之行為⁶，而未曾出現與題設情形得以等量齊觀之案件類型，因此亦無從窺見最高法院對於此爭點確切抱持何等態度。

⁵ 最高法院 109 年度台上字第 2945 號刑事判決、最高法院 110 年度台上字第 3337 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 4470 號刑事判決、最高法院 112 年度台上字第 4352 號刑事判決、最高法院 113 年度台上字第 2431 號刑事判決等。

⁶ 最高法院 111 年度台上字第 2789 號刑事判決、最高法院 112 年度台上字第 834 號刑事判決、最高法院 112 年度台上字第 5339 號刑事判決。

肆、實務解——對共同正犯脫離之具體運用

承前所述，自檢索最高法院判決後，發現並無精準對應本文所欲研究之個案類型。於是本文遂擴大檢索範圍，通過檢驗實務見解對於共同正犯脫離之具體涵攝，嘗試探尋實務對於要件解釋可能之傾向。

前述具標竿性意義之最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決早在民國 107 年間即發布，看似開啟了最高法院正面肯認共同正犯於犯罪共同體著手後仍得主張脫離之先河，然而細究自斯時起之實務見解，對於共同正犯脫離法理之適用幾乎仍是猶如一攤死水，且存在許多誤用、混淆之情事，分述如下：

一、「脫離」用語使用之混淆

經筆者以「共同正犯 脫離 著手」作為關鍵字檢索所有最高法院層級之判決，發現於最高法院層級之判決不曾有任何案例經法院正面肯認該案之共同正犯果真滿足法院實務所揭櫫之標準，從而自犯罪共同體脫離成功。

少數有提及該共同正犯成功「脫離」之判決，細究其案件事實，實乃均係指該行為人雖對犯罪共同體犯下之前案有犯意聯絡與行為分擔，從而應依交互歸責之法理承擔正犯之既遂責任；然而於其他共同正犯所犯下之後案著手時，該行為人因早已離開現場等理由而根本「無」犯意聯絡與行為分擔，並因此無須就後案負擔刑事責任，此與共同正犯脫離法理所欲處理之「行為人原先存在犯意聯絡與

行為分擔（無論係著手前或著手後），嗣後欲解消此關係」之情形迥然有別。

如最高法院 111 年度台上字第 2488 號刑事判決謂：「上訴人等既皆在場近距離見聞知悉，且係承繼其等一開始毆打施暴 B 男使其陷於不能抗拒之狀態，並接續為分工行為，更基於報復 A 女、B 男未妥善照顧劉玲怡之女之相同動機，復未有脫離或防免結果發生之行為（脅迫口交部分，甲○○已脫離），堪認其等就本件剝奪行動自由、加重強制性交等行為具有犯意聯絡（甲○○就脅迫口交部分並無犯意聯絡，應予除外）。」究其文義，以「脫離」一詞描述甲無須就部分行為論罪之原因，然而經對照案例事實，實則是指甲在其他共犯另行起意為此部分犯行時人早已離開現場，因此對該部分犯行自始不存在犯意聯絡。

而最高法院 111 年度台上字第 2120 號刑事判決認原審即臺灣高等法院 109 年度上訴字第 1182 號判決認事用法均無不當，而原審判決稱：「甲○○因覺販賣毒品之風險甚大，乃於 107 年 1 月 28 日離開上開租屋處，並將前揭工作手機留下而脫離戊○○、丁○○，戊○○、丁○○則仍持續基於共同販賣第三級毒品以營利之犯意聯絡，以上開門號工作手機與買家聯繫毒品買賣事宜，而於附表一編號 19 至 22 所示時間、地點，以各該所示價格販賣各該數量之愷他命予丙○○、己○○、乙○○。」等語，亦係以「脫離」一詞，描述甲僅須就「脫離」前之附表一編號 1 至 18 之犯罪事實負責，而對其他共同正犯後續附表一編號 19 至 22 之犯行無

須負責，然細究案例事實，判決意旨亦係指涉甲對於附表一編號 19 至 22 之犯行自始即無犯意聯絡，而非學理或前述最高法院判決所稱之共同正犯脫離⁷。

誠然，在日常通俗用語中本即會使用「脫離」一詞描述自團體離開之行為，然既然「脫離」與「共同正犯」在文脈中併陳對於刑事法學領域中有特殊之意義，而使「脫離」一詞某種程度上形成專有名詞，則法院裁判於用字遣詞之採擇上即應有意識的區分與釐清，於非真正討論學理上所謂共同正犯脫離之情況下避免使用使人誤會之用字，就如在日常通俗用語中亦會使用「某人著手進行某事」之描述，然而因為「著手」一詞在刑法領域中有固有的意義，故在判決中自不應留有混淆之餘地一般。是裁判者於撰寫時應予注意，而閱讀者在觀覽判決時亦須結合案例事實予以釐清。

二、混淆共同正犯脫離與中止未遂之互動關係

其次，若干下級審似未能正確掌握、釐清共同正犯脫離之法理，且混淆了其與中止未遂法理間之關係。

如臺灣高等法院 109 年度上訴字第 2754 號刑事判決謂：「基於因果關係遮斷觀點，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認清明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係。…（最高法院 106 年度台上字第 3352 號判決意旨參照）…可知歐陽磊確曾於 107 年 9 月間，向蔡維哲口頭表示要退出，並開始不支付房租等情為真，然歐陽磊僅係空泛口頭表示退出、消極地不支付房租，未見其有何積極撤去犯罪工具、充分說服或阻止未脫離者蔡維哲、陳啟為積極停止栽種、製造大麻之舉措，亦無為防止栽種、製造大麻結果發生之作為，揆諸上開意旨，歐陽磊亦不適用刑法第 27 條第 1、2 項之中止犯。」此判決於同一段落中併援引刑法第 27 條關於中止未遂之規定，以及最高法院對於共同正犯脫離之要件見解做為大前提，並以共同正犯脫離之要件進行審查後，得出被告不適用中止未遂之規定，此論理本身即存有對於法理的混淆。

質言之，我國現行法立法下就刑法第 27 條中止未遂之適用，文義上明確限於「結果未發生」類型之未遂犯，而不若德國法上尚明定有「縱使犯罪既遂，然犯罪之既遂與中止者先前之行為貢獻無關」者之情形⁸。然共同正犯脫離理論

⁷ 臺灣高等法院 113 年度上訴字第 5871 號刑事判決亦提及其中某同案被告（未經上訴，於原審即告確定）「斯時業已脫離共同犯罪行為」等語，然有趣的是該被告在原審甚至係被論以「既遂」之罪名。究其意旨應係指該被告與犯罪共同體有犯意聯絡之範圍僅止於犯罪計畫之前階段（將毒品自國外運輸至國內部分），而就後階段（國內之運輸階段）與其他共犯根本不存在犯意聯絡，惟仍使用了「脫離共同犯罪行為」等字詞描述之，可知當前實務對於「共同正犯」、「脫離」之字詞使用上，欠缺此係一具特別意義之專有名詞之敏感度。

⁸ 李進榮，論數人參與犯罪之中止（下），日新，第 6 期，2006 年 1 月，頁 120、123；徐育安，參與犯罪之脫離與中止——以我國與德國之法制為核心，成大法學，第 33 期，2017 年 6 月，頁 18-19、頁 29，其對實務條文規範之理解亦同此見解；此立法體例是否合理、解釋論上應如何處理本文認為容有討論餘地，然至少就現行法文義上即係如此。

所欲處理之情形往往係行為人於犯罪共同體著手後、既遂前退出犯罪共同體，此際是否仍應為其他共同正犯實行行為所生之結果（通常是既遂結果，方有討論是否得因脫離而僅負未遂責任之實益）負責。易言之，討論刑法第 27 條中止未遂適用與否之前提在於「既遂結果未發生」，反之，在有必要討論行為人得否主張共同正犯脫離之情形，前提往往在於「既遂結果已發生」，是此兩者法律概念之適用依條文文義某種程度上存在互斥關係。

我國學者亦明確指出：若數人參與犯罪出現退出之情形，會出現參與關係之脫離與中止，分屬不同的問題範疇，在要件上也有所不同。前者所要思考的是，參與犯罪之關係結構會在何種條件之下解除；而後者則是著墨於，何種行為人可獲得刑罰上的寬免⁹。況且，中止未遂與共同正犯脫離各有其法理基礎以及制度目的，本判決援引最高法院對於共同正犯脫離之要件，藉以討論行為人是否得主張中止未遂之減刑，其顯然混淆此二法律概念之內涵。

而臺灣高等法院 112 年度上訴字第 1427 號刑事判決同樣亦併援引刑法第 27 條之規定以及最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決關於共同正犯脫離之意旨，而得出被

⁹ 徐育安，同前註 9，頁 17-18；認為共同正犯之脫離與中止未遂之成立屬於兩個不同層次之類似見解：陳子平，共同正犯的脫離與中止——九十六年度台上字第二八八三號判決的評釋，月旦裁判時報，第 1 期，2010 年 2 月，頁 147-148。

告主張其行為構成中止未遂顯屬無據之結論，似亦有同樣之混淆¹⁰。

是以，法院對於共同正犯脫離在於刑事論罪上之定位，乃至於與中止未遂規定間之關係，應特別予以釐清，於討論順序上，於其他共同正犯之實行行為業已將犯罪推進至既遂結果時，應先審查行為人是否成功脫離而不負既遂責任；若認行為人僅須負擔未遂責任，則方可進一步討論此種「既遂結果已發生」之未遂犯，得否適用或類推適用關於刑法第 27 條中止未遂之規定。

三、誤認共同正犯之脫離必須以積極、主動之客觀上行行為為之

再者，前述最高法院對於「切斷因果」採取比較限縮之標準，似也影響某些下級審對於共同正犯脫離之認定。

如前述介紹之臺灣高等法院 109 年度上訴字第 2754 號刑事判決與臺灣高等法院 112 年度上訴字第 1427 號刑事判決於涵攝時稱：「僅消極地不支付房租」、「未積極撤去犯罪工具或充分說服他共同正犯」、「與『積極』防果行為阻止不法侵害發生，全然背道而馳」，又如臺灣高等法院高雄分院 111 年度上訴字第 47 號刑事判決稱：「之後完全未對

¹⁰ 若較為善意的理解此判決意旨，或可理解為：1. 被告之行為不符合最高法院實務揭櫫之共同正犯脫離要件，從而應負擔既遂責任。2. 既然應負既遂責任，則自無刑法第 27 條關於中止未遂規定之適用。在前述理解下即無違誤，然而就判決所使用之文字本身，似難認法院有意清晰的釐清兩個不同法律概念之間的互動關係。

本案有任何客觀上之行為」等用字，似都強調以「行為人防免行為之積極與否」、「有無客觀上行為」作為審查是否構成共同正犯脫離之理據。

然而，判斷是否成立共同正犯脫離之重點應在於比較與觀察行為人原先之貢獻以及著手後防免行為所增加與降低之危險性，至於是否「積極」、「主動」，有無「客觀上行為」均應非重點（詳見本文後述）。質言之，就如在審查犯罪成立之論罪時，肯認於特定情況下得以以不作為之方式為之，亦即肯認了即便是消極之不作為，亦可能影響法益侵害風險之變動。同理，既然審查是否構成共同正犯脫離之核心重點在於判斷行為人是否有效減低法益侵害風險，自亦不排除行為人可能透過消極不作為之方法為之。

舉例而言，若甲參與走私運輸槍械之犯罪共同體，參與謀議約定由運輸船隻開至近海後將槍枝拋至海面上，再由甲招募之車手出海將槍枝打撈上岸。惟於犯罪計畫著手後、既遂前，甲即深感反悔，然亦不敢向犯罪共同體之其他共同正犯表明，遂決議以消極不連絡車手之不作為方式，從而使犯罪計畫當日放任槍枝沉沒於海。此際雖形式上看似甲僅消極為之未有任何作為，然而其實際確實造成法益侵害風險降低（即一把槍械無法流入我國）。相較於其當時直接向他共同正犯表明欲退出，而使其他共同正犯有機會另尋他人接應槍枝，其實際所採取之行為所帶來之法益侵害危險降低程度，或有過之而無不及，自無否定其得以成立共同正犯脫離之可能性。

又如我國學者於解釋中止未遂之要件時，亦有指出：考量刑法第 27 條之立法目的，只要參與犯因己意並能讓犯罪結果不發生，防止不必限於積極作為上，即是參與犯的消極不作為足以支配結果的不發生，消極中止亦有中止未遂之適用¹¹，此亦正確指出消極之不作為亦可能使法益侵害結果不發生，與本文所採之見解亦足相呼應。

準此意旨，前述判決中提及「消極地不支付房租」之不作為，不應僅因被告並未有積極作為即否定其仍可能成立共同正犯之脫離，而係應細緻比較其前後行為間對於法益侵害危險之增減以定之。從而，法院若僅囿於形式，以行為人是否有積極、主動之行為作為得否主張共同正犯脫離之依據，此論理即屬率斷，而應回歸整體法益危險增減之觀察加以審酌。

四、對於何以成立共同正犯脫離之論理不當

此外，在下級審少數肯認共同正犯脫離之成立的判決中，也存在論理含糊不清之情況。

如臺灣士林地方法院 109 年度訴字第 1 號刑事判決謂：「雖已…著手犯罪，惟其於 105 年 11 月 7 日已任期屆滿卸任臨床藥學會理事長職位，是臨床藥學會於 105 年 12 月 9

¹¹ 黃惠婷，參與犯之中止犯問題，台灣本土法學雜誌，第 86 期，2006 年 9 月，頁 33。此見解雖係針對中止未遂，而非針對共同正犯脫離之要件所為，然其所處理之「能否以不作為之形式使結果不發生」之概念，亦是強調可以以不作為形式排除法益侵害危險，是於共同正犯脫離中，自亦得比附援引。

日以書面通知北市聯醫完成履約報驗並請款時，被告王春玉已無理事長職位而未遂。」、「被告王春玉就 R105076、R105080 標案之犯行，雖已著手於犯行之實行，然尚未詐得財物即已脫離共犯結構，乃未遂犯。」是該判決顯係以共同正犯脫離之法理，認被告於著手後脫離犯罪，而無須負擔最終之既遂責任。惟查細究案例事實，行為人在犯罪共同體著手於犯行時仍有犯意聯絡，且行為人先前亦對犯行有所貢獻而提升法益侵害風險，而其在著手後僅係自職務上卸任，此判決亦未敘明行為人有何消除先前影響力之作為或不作為，是何以得令其脫離於犯罪共同體，實令人困惑（此案之該被告未經檢察官上訴，是無機會令上級審對此表明意見）。

而臺灣高等法院臺中分院 103 年度上更(一)字第 36 號刑事判決謂：「既被告乙○○已明示表示脫離被告甲○○所屬製造毒品之共犯組織，則其心理因果性已然切斷；另被告乙○○所提供之物理助力為其原先負責搬運清洗製毒器具之行為，於被告甲○○嗣後將製毒原料、機器設備搬遷至他處而未告知被告乙○○致被告乙○○無從且不願繼續提供其原先負責之搬運清洗製毒器具之行為之際，其物理因果性亦已切斷。」此判決係極為少數肯認成立共同正犯脫離之實務見解，然有趣之處在於本判決中認為造成物理性因果切斷之行為，其實並非來自行為人本身，而係其他共同正犯將原料與設備搬遷至他處的行為。果嚴格依前述最高法院標竿性之見解，被告乙過去已經完成之搬遷與清洗設備之勞力其實已無從撤回，且亦未見乙有何作為或不作為以降低法益侵

害之危險，是理應無從成立共同正犯之脫離。本文固然肯認解消影響力之行為得以以不作為方式為之，然仍肯認應細緻比較行為人前後行為或狀態間對於法益侵害危險的增減，從而，本判決未深究被告乙先前所提供的助益，以及其隨後消極不作為間對於法益侵害危險之多寡，即率認得以成立共同正犯之脫離，論理實屬率斷。

五、小結

綜上所述，最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決雖早在 107 年即看似替我國開啟承認共同正犯脫離法理之先河，惟在實務適用上仍顯得明顯陌生。不僅成功主張之案例極為稀缺，於最高法院層級不曾有肯定共同正犯脫離成立之案例，於下級審亦幾稀（相對於認定不成立脫離之案件而言）。

且在若干與學理上所稱共同正犯脫離無關之案件類型中，法院判決仍併陳「共同正犯」與「脫離」之用字，可能造成混淆；在若干案件中，法院判決混淆了共同正犯脫離與中止未遂之法理，不當的以共同正犯脫離之審查標準，論證不成立中止未遂的結論；在若干案件中，法院誤認共同正犯之脫離必也以積極作為為之，漏未考量有些案件中以消極不作為亦可能使法益侵害危險下降，而有成立共同正犯脫離之餘地；而在少數肯認共同正犯脫離之判決中，亦存在論理欠缺細緻、與最高法院揭櫫之標準不符之情況，未能以審查共同正犯脫離之核心即比較法益侵害危險之高低作為論證理據，容有商榷餘地。

而自前述實務見解各種對共同正犯脫離之誤解或疏漏觀之，核心關鍵仍在於最高法院雖肯認共同正犯脫離成立之可能，然因其揭櫫之要件欠缺細緻，致使下級審在應用上產生困難與陌生，自有進一步釐清之必要。

伍、學說見解

早在 20 世紀末期，即有我國學者引進日本法之概念，主張共同正犯於著手後仍有脫離犯罪共同體之可能，其謂：「所謂共犯關係脫離論，顧名思義即是藉共犯關係的切斷，防止責任的擴散。既然共同正犯的人際關係的重點在於心理上以及物理上的犯罪能力的強化，則只要行為人能以真摯的意思切斷心理及物理上的連繫，則共同正犯的關係即從切斷連繫的時點起消失，切斷關係者只就切斷前的行為負責。」¹²。

而晚近以來，雖有主張共同正犯在著手於犯罪行為後的未遂階段，始退出犯罪，在評價上已無法擺脫共同行為決意，而只能依照數人參與犯罪的中止未遂規定探討是否減免其刑¹³，似否定著手後之共同正犯有脫離法理之適用者¹⁴，然多數學說意見仍對此採肯定之見解。

¹² 李茂生，共犯關係之脫離，月旦法學雜誌，第 21 期，1997 年 2 月，頁 89。

¹³ 許澤天，刑法總則，6 版，2025 年 6 月，頁 336。

¹⁴ 然同一學者於同一著作中，又介紹最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決關於共同正犯脫離之見解，並似對該判決採取肯定立場，且稱：「排除脫離者因先前貢獻產生的相互歸責，縱使先前貢獻仍有條件因果，亦不具備客觀歸責。」等語。從而，該學者真意究竟為何，有待釐清，見同前註，頁 464-467。

細究其等對此法理提出之要件與說明，有謂：「因果關係乃結果歸責之基礎，行為人誠摯地解消自己行為的貢獻力，切斷行為與結果之間的因果關係，在刑法上僅能論以未遂之責。」¹⁵、「脫離者若無排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，仍須負共同正犯的責任。」¹⁶、「脫離者若能切斷『物理性的因果力』與『心理性的因果力』，則依然得承認共同正犯關係的脫離，而對於其他共同正犯者所實現的結果不負擔責任，即得成立未遂犯。」¹⁷、「數人參與之犯罪著手之後，欲退出者若是未能成功清除其犯罪貢獻，以至於無法完全脫離參與關係，此時仍須就犯罪之既遂受到歸責，…。反之，退出者若能徹底消除其犯罪貢獻，完全脫離參與關係，即使其他成員

¹⁵ 王皇玉，刑法總則，9 版，2023 年 8 月，頁 478。

¹⁶ 張麗卿，刑法總則理論與運用，11 版，2023 年 8 月，頁 416；該學者於行文時先稱：「雖然，學理上有提『著手後脫離理論』者則認為，因為共同正犯的責任是一種責任的擴張，因此為了要防止責任過於外放，只要共同正犯之一人，能切斷心理上及物理上之因果力，可以允許共同正犯脫離。」等語，復提及：「但本書認為…」等語，就語義而言似有意反對「著手後脫離理論」之見解，然而其所提出之若行為人「排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為」方可脫離於犯罪共同體之見解，又直接脫胎自肯定著手後脫離理論之最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決，故本文仍將此學者見解理解為肯認共同正犯於著手後仍有脫離之可能，僅係就要件細節反對其他學者提出之看法。

¹⁷ 陳子平，同前註 10，頁 147-148；就此著作文義本身，作者僅係中立地介紹有此學說，而未具體表明個人意見支持此見解。然依該文註腳 3 所示之文字內容，作者自陳其是國內採此說者。

犯罪既遂，退出者仍得單獨地被評價為未遂犯，不受既遂結果之歸責。」¹⁸ 等者。

此外，學者亦有介紹德國學說於處理相似案件時所採取之見解，謂：「德國文獻上不乏從因果作用的角度說明此種中止類型¹⁹者，意即退出者於犯罪進入未遂階段後，致力防止果發生，雖犯罪仍然既遂，但該既遂與其過去之犯罪貢獻已無因果關連者。此一說明與我國學者所支持的因果切斷說大致相同，此看法可以溯源至德國聯邦最高法院於一九五一年所做出的判決（BGH NJW, 1951,410），其認為共同正犯若能消除自己所曾對於結果所施加的因果作用力（ursächliche Wirkung）者，得成立中止犯。」、「何謂『去除犯罪貢獻』，普遍認為此一概念在解釋上應從嚴，亦即必

¹⁸ 徐育安，同前註 9，頁 38。

¹⁹ 按：學者此處介紹者係德國法上在於處理相當於我國刑法第 27 條中止未遂時之相關見解，似與本文所欲處理之共同正犯脫離有別。然學者進一步主張：「第三種中止類型，多以去除犯罪貢獻（Neutralisierung des Tatbeitrags）名之。而此一要件所思考的，與我國學者所談著手後脫離參與犯罪關係問題，基本上是相同的，因為其所探討的是，在數人共同犯罪時，雖有部分成員進入未遂且達成犯罪既遂之目標，但是其他的參與者仍可藉由去除其自身之犯罪貢獻，而無庸一併擔負既遂之責，並進而成立中止之可能。」是以本文仍將其對德國法制之介紹並列於此章節，併此敘明。

須完全而徹底地清除行為對於犯罪既遂之影響力，方符合既遂『與中止者之前的行為無關』此一要素的要求」²⁰。

惟值得注意的是，在對於著手後脫離採肯定見解立場之學者曾對最高法院 96 年度台上字第 2883 號刑事判決進行評釋，該案案例事實與本文題設情形相當雷同，略以：被告甲與同案被告乙共同決議製作甲基安非他命，甲負責將原料運至山區據點並已參與製作的第一階段，嗣後因警方掌握甲疑似制毒之情資，甲始因此向警方檢舉並全盤供出犯罪計畫。惟警方循線至據點查獲乙時，其業已繼續進行犯罪計畫完成製作甲基安非他命之第二與第三階段，因而製作毒品既遂。

²⁰ 徐育安，同前註 9，頁 30-31。此處值得注意的是，雖說學者認為討論共同正犯脫離要件之「因果關係切斷說」與德國學說中關於中止未遂要件之討論脈絡本質上係屬同一，然而 2 法理在我國刑法體系下所討論之層次與效果均有不同，因此對於要件審查之嚴格程度而言，未必非得嚴守相同之標準。質言之，就討論層次而言，共同正犯脫離法理處理的是行為人是否無須替其他正犯後續實行行為之既遂結果負責，而中止未遂則係在確認行為人僅須負擔未遂責任之前題下，進一步討論是否得以適用中止未遂之優惠；就法律效果而言，以我國法為例，若行為人主張共同正犯脫離成功而僅須負擔未遂責任，依刑法第 25 條第 2 項規定其法律效果為「按既遂犯之刑減輕之」，而若成功主張中止未遂，依刑法第 27 條第 1 項、第 2 項規定其法律效果為「減輕或免除其刑」。又依刑法第 66 條規定：「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。」，因此主張中止未遂成功相較於主張共同正犯脫離成功，前者得以替行為人帶來更為優惠之減刑效果，從而或許可認對於後者要件要求之強度無須達前者之程度。此觀學者介紹德國法制上之所以強烈要求主張中止未遂時嚴格審查撤回貢獻此一要件之理由在於：「中止可享優厚待遇，對於脫離之要件亦應進行相當程度之限縮，須達到退出者之犯罪貢獻與其他參與者之犯罪行為已然毫無關連的程度，才能滿足脫離之要件，藉以避免中止效果輕縱犯罪人之爭議。」亦可見端詳。

對於前述個案，該學者表明：依照「因果關係切斷說（因果性切斷論）」的主張，即便警方已經掌握上甲製造毒品的行為，並且讓甲製作檢舉筆錄，而使其脫離毒品的製造；但是由於在此之前甲已經著手於製造毒品的犯罪行為之實行，且於脫離後並未積極防止乙繼續毒品的製造以及毒品的完成，即並未切斷其他共同者犯罪的實行及結果發生的因果力（無論是物理的或心理的因果力），因此並無法承認共同正犯關係的脫離，更無法承認中止犯的成立，甲依然須負既遂犯的罪責²¹。」該主張雖明謂此案例之情形即便依照肯定著手後共同正犯脫離之因果關係切斷說，仍無法成功主張脫離，然而，未見其說明何以甲向警方檢舉之行為不屬於其所稱之「積極防止乙繼續毒品的製造以及毒品的完成」之行為？又其所稱之積極防止行為標準為何？是否堅持必須循原先對犯罪貢獻之路徑撤回？若是，則本案中甲之貢獻係將原料載運至據點且已經進行第一階段之加工，此時應如何撤回貢獻？凡此種種問題都仍有待釐清。

是綜覽前述整理之學說見解，雖多數肯認共同正犯於著手後脫離法理之適用，然而就其要件內涵而言仍圍繞在「解消貢獻」、「排除危險」、「切斷因果關係」等較為概括之描述，而未超出前述最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決所提及之判斷標準，從而亦無從直接作為本文題設問題之解答，而有待進行進一步之研究與探討。

²¹ 陳子平，同前註 10，頁 149-150。

陸、本文見解

一、自罪責原則觀之

（一）共同正犯之交互歸責與罪責原則之緊張關係

「罪責原則為刑法之大原則。其含義有二，一為無責任即無刑罰原則；另者為自己責任原則，即行為人祇就自己之行為負責，不能因他人之違法行為而負擔刑責。」（最高法院 107 年度台上字第 1066 號刑事判決意旨參照）。然而，令共同正犯交互歸責之法理，將使行為人必須替其他共同正犯之實行行為負責，本質上即與罪責原則存有潛在之緊張關係，因此必須有更堅實之論理基礎方能正當化此歸責上之安排。

此觀學說上有提醒道：共同正犯之處罰，或多或少會有「擴張刑罰」的疑慮，因此刑法總則規範必須包括共同正犯之處罰依據，方能完全化解其處罰牴觸罪刑法定原則及明確性原則的質疑²²；共同正犯之法理基礎為何？為何可以將未完全實現構成要件之行為人，論以該罪既遂之正犯責任？考察此爭議可以找到關於共同正犯本質之思考²³；共同正犯的認定是一種責任的擴張，藉著行為人對於構成要件行為外的人際關係的主觀認識，令其負起若個別行動時則不會被歸責於其的責任²⁴等主張均明。

²² 林鈺雄，新刑法總則，9 版，2024 年 9 月，頁 415。

²³ 徐育安，共同正犯本質之探究——以德國法制與學說為核心，收錄於：甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（（上）），2012 年 4 月，頁 494。

²⁴ 李茂生，同前註 13，頁 89。

(二) 共同正犯交互歸責之正當性

對此，實務見解主要以：「共同正犯之行為人已形成一個犯罪共同體，彼此相互利用，並以其行為互為補充，以完成共同之犯罪目的。故其所實行之行為，非僅就自己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責。此即所謂『一部行為全部責任』之法理。」（最高法院 100 年度台上字第 5925 號刑事判決意旨參照），亦即是以「行為分擔」與「犯意聯絡」²⁵作為論證共同正犯交互歸責正當性之立基。

此外自前文所介紹之關於共同正犯脫離之最高法院見解亦可知，其等論理中屢屢提及「存在著未脫離者得基於先前行為，以延續遂行自己犯罪之危險性」、「除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係」、「消除其先前對犯罪所提供物理上助力之貢獻」等語，均可見最高法院咸認使共同正犯之間替彼此實行行為負責之正當性基礎在於，共同正犯間主觀上存有犯意聯絡而有互相利用成為一個整體性之犯罪共同體，並且在客觀上因行為分擔而對犯罪遂行造成「危險性」、「影響力」、「因果關係」、「助力」、「貢獻」。

²⁵ 學說上有認為應以「共同行為決意」稱呼共同正犯之間主觀上互相利用彼此遂行犯罪之狀態，蓋實務見解所慣用之「犯意聯絡」一詞容易徒生誤解，因在教唆犯和幫助犯與正犯之間亦可能存在犯意聯絡，卻不見得滿足成立共同正犯所需要的共同犯罪決意要件，亦即，單純對犯意有所聯絡尚亦不足以滿足共同正犯所須之主觀要求，見：許澤天，同前註 14，頁 323；林鈺雄，同前註 23，頁 447；林山田，刑法通論（下冊），增訂 10 版，2008 年 1 月，頁 78-79。

從而，於檢討共同正犯脫離之要件與門檻時，自應依循同樣討論路徑以釐清於何等情況下仍令行為人替其他共同正犯之行為負責始有正當性，倘若使該共同正犯承擔他人實行行為責任之正當性基礎已不復在，則自應認其已成功自犯罪共同體脫離。

(三) 行為分擔與犯意聯絡之判斷，均應以犯罪共同體著手時作為判斷基準時

此外尚須注意的是，在討論上述客觀層面之貢獻與影響時，實務與學說見解向來對成立共同正犯所需之貢獻「程度」有所要求，如最高法院 101 年台上字第 5199 號刑事判決謂：「多數人出於自己共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，互為補充而完成犯罪，即多數行為人基於犯意聯絡與行為分擔者，為共同正犯，學說上稱之為『功能性的犯罪支配』；在功能性犯罪支配概念下，多數人依其角色分配共同協力參與構成要件的實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯。」

學說上亦多有明確採功能性支配之理論者，並敘明行為人須達「功能上不可或缺²⁶」、「對於共同犯罪有重大貢獻²⁷」、「把事件掌握在自己手上的決定性人物²⁸」等。

²⁶ 林山田，同前註 26，頁 76。

²⁷ 林山田，同前註，頁 87。

²⁸ 林鈺雄，同前註 23，頁 419。

自此可知，於正面討論共同正犯之「論罪」時，所需之客觀要件並非該被告存有貢獻即已足，尚須檢驗其貢獻是否達上述實務與學說強調的程度，方能與狹義共犯（教唆犯與幫助犯）相分別。

此際即生一問題，亦即若行為人在犯罪共同體著手時所提供之貢獻確實有達功能性支配之行為品質，然而在後續嘗試自犯罪共同體脫離的過程中，雖未在犯罪既遂前將所貢獻之法益侵害危險除盡，然已降至未達功能性支配之程度，此際得否主張部分之共同正犯脫離，亦即，雖無須對其他共同正犯之後續實行行為承擔正犯責任，然仍須對後續的既遂結果負擔教唆犯或未遂犯之責任？

對此，國內文獻並無相關討論，本文目前傾向認為，對於行為品質於刑法論罪時之定性，應以為該行為作用至著手時點之時為斷²⁹，例如在單獨正犯案件中，判斷是否達成構成要件所欲規範之行為品質時，亦係以著手時為斷，舉例而言，甲為報私怨原先欲毒殺乙，將內含致死劑量之便當送達至乙桌上，完成犯罪計畫所需之一切行為且法益侵害時間

²⁹ 此際可能包含兩種不同之情形，其一係該行為所創造之風險直接導致法益危殆而達著手之狀態，例如欲開槍殺人而舉槍瞄準，此行為直接致使犯罪行為達著手之階段；其二係該行為尚須經相當時間、空間之流轉，乃至於他人行為之介入，終至法益危殆之著手狀態，例如欲郵寄炸藥包裹而殺人，在完成「寄出包裹」此一最後實行行為後，尚須經該包裹被送達被害人實際可得接觸之領域，斯時方達著手之階段。本文認為於兩種情形中，均應以著手時點作為判斷基準時，而審查行為人之行為為於作用於斯時之際，是否具備刑事實體法所要求之行為品質。

與空間均與被害人法益領域密接而達著手之程度。此時，若甲反悔而認為僅須使乙生病即足以報仇，故在乙食用前即將原先之便當換掉，改放上另一個下了未達致死劑量毒藥之便當，此案例中甲行為所生之危險雖看似有所降低，嗣後未達殺人罪構成要件所要求之行為品質，然因在著手實行之判斷時點時，甲之行為仍滿足前述之行為品質，故仍應認為其行為屬於「殺害」之實行行為，不因嗣後危險降低而有所不同（至多僅是後續危險降低使原先殺人結果不發生，不負既遂責任而已）。

同理，於判斷共同正犯之行為是否達功能支配時，本質上也是在判斷多數行為人之案件中各該行為人之行為品質是否滿足得以彼此交互歸責之程度，因此判斷基準時點亦應比照處理。從而，倘若在犯罪共同體著手時，共同正犯之行為若已達功能性支配之程度，無論該行為係直接作用在犯罪共同體行為著手之時，亦或是更早提供助力而該助力延續作用至犯罪共同體行為著手時，則其即已經滿足成立共同正犯所需之行為品質，不因嗣後貢獻程度有所降低而有不同。

因此，在判斷共同正犯於犯罪共同體著手後是否成立共同正犯脫離時，仍係建立在其已經滿足成立共同正犯之條件的前提下，去例外討論於達成何種要件下行為人得以免於受交互歸責。基於該行為人先前所創設之法益侵害危險仍在延續中，應認其必須排除其所貢獻之全部危險，方能主張成功脫離較為合理。

誠然，本文以單一行為人案件中以實行行為作為行為品質之判斷基準時，推導至多數行為人案件中對於共同行為分擔之客觀要件，而認亦應以該時點為判斷基準時，或有論者將認為前後二者間之理論基礎未必能相比擬。惟如學說於介紹共同正犯審查時其實多將成立普通構成要件與成立共同正犯關係之要件並列而以相同位階視之，有謂：我們需要觀察個別的行为是否都符合一部份的客觀構成要件要素，然後再觀察個別的行为人是否對自己的行為有認識與意欲。行為人除了有對於自己的個別行為的認識與意欲外，尚須審查是否對於雙方的存在關係有所認識與意欲³⁰。共同行為決意在概念上與行為人主觀構成要件大致重疊，差別僅在於前者側重在針對共同行為實行，後者係針對各罪的客觀構成要件內容，並因共同實行行為必須與構成要件結合，導致兩者在審查上難以區別³¹。

自前述學說介紹觀之，其等均將構成要件之成立與共同正犯關係之成立並列而論之，是以，應認為「構成要件之成立與否」與「共同正犯關係之成立與否」係 2 個平行存在於相同階層之要件而可等同視之，從而，於判斷構成要件是否成立之判斷基準時，於判斷共同正犯關係成立與否時，亦應有所適用。此不僅於前述之判斷共同正犯成立之客觀要素（是否達功能性支配）時有所適用，於判斷主觀要素（有無共同犯罪決意）時亦同（詳見下述）。

³⁰ 李茂生，同前註 13，頁 89。

³¹ 許澤天，同前註 14，頁 323。

此外，另有論者主張正因交互歸責之基礎在於「犯意聯絡」「與」「行為分擔」，故只要二者中失其一，論以共同正犯之正當性基礎即不復在，因此認為欲脫離者僅須向其他成員表明欲脫離之意並使其他成員明瞭，則此時已無共同犯罪決意，欲脫離者已不符合共同正犯之成立要件，後續若其他犯罪成員的行為導致犯罪既遂，即無法透過直接交互歸責原則而要求脫離者負責³²，亦即反對實務見解通說所認之尚必須於客觀面上切斷因果關係與影響力之立場，寬認行為人僅須向其他共同正犯表明欲脫離之意旨，即可構成共同正犯之脫離。

惟本文對此持反對見解，蓋一來，此見解內部即存在論理矛盾，亦即，犯意聯絡之成立固須共同正犯間雙向（或明示或默示³³）之合意，然犯意聯絡之解消其實僅須任一共同正犯存乎一心之心理狀態改變即已足，換言之，倘若共同正犯之一方無意續行雙方互相利用之關係，即無所謂犯罪共同體可言，而未必非得仰賴形諸於外之客觀行為亦未必需要雙方意思合致。是以，若論者果認為行為人僅須解消主觀上之犯意聯絡即可成立共同正犯之脫離，則其尚要求行為人須以客觀行為向其他成員表示欲脫離之意方可脫免於交互歸責，

³² 張叡文，論共同正犯之脫離及其相關爭議，玄奘大學法律學報，第 38 期，2022 年 12 月，頁 110-113。

³³ 王皇玉，同前註 16，頁 464；許澤天，同前註 14，頁 324；張麗卿，同前註 17，頁 413；古承宗，規範上的共同性與共同犯意聯絡／台高院 98 上訴 156，台灣法學雜誌，第 185 期，2011 年 10 月，頁 6。

即顯然矛盾³⁴（若係強調必須透過告知其他共同正犯而解消心理上因果，則係屬客觀層次之問題，而與論者所稱之主觀層面無涉）。

其二，在單一行為人之論罪探討時，同樣有主觀與罪責要件之要求，然而依照同時性原則，僅須在行為時存有主觀與罪責要件即已足，不因後續之事態變遷而有所更易（例如甲欲郵寄爆裂物包裹傷害乙，在為寄出之實行為時存有傷害故意且心智正常無刑法第 19 條之情事，然在既遂前之包裹運送途中主觀上打消傷害故意或因心智缺陷陷入不能辨識其行為違法，仍不因此阻卻甲成立犯罪之認定）。同理，於檢討共同正犯成立或脫離之要件時，主觀上共同行為決意固然是正當性基礎之重要立基，然僅須在為犯罪共同體不法行為實行時存在³⁵即已足，不因後續犯意聯絡之解消而影響共同正犯之認定。既然行為人在犯罪共同體著手之時點當下主、客觀均符合共同正犯成立之正當性基礎，而已滿足成立共同正犯之一切要求，則嗣後其欲解消此共同正犯關係時，自不能僅以消滅了一部分共同正犯成立之要件即謂成功³⁶。此際，基於防免法益侵害之

立場與政策目的，要求其須一併排除所有對於法益侵害之主、客觀擾動，應屬正當。從而，本文仍較支持最高法院見解尚要求客觀層面上之撤回影響力、消除危險性、阻斷因果關係之見解。

（四）一切足以抵銷原先貢獻危險之行為，均足成立共同正犯之脫離

是以，既然最高法院已認令共同正犯間交互歸責之基礎在於各該共同正犯先前替犯罪計畫貢獻之影響力、製造之法益侵害危險，則若於著手後該共同正犯已使法益侵害之風險降低至宛如其未曾參與犯罪一般（且亦經其主觀上解消犯意聯絡），即已足消滅成立共同正犯之正當性。

然而必須注意的是，降低法益侵害風險之方法未必限於循原先提供貢獻之路徑撤回之。以題設情形為例，甲係應乙之邀被動參與犯罪計畫，於計畫中並非佔據主導地位，又其係負責提供名義而承擔風險，既非有能力向上游取得毒品，亦非有管道向下游銷售毒品之人，於犯罪計畫中之角色相對可取代，其自己實行行為所提供之法益侵害風險相較整體犯罪計畫而言難謂甚高；反之，乙之犯罪計畫雖因本案毒品已自寮國起運而達既遂階段，然運輸計畫之後續尚包含在臺灣取得毒品甚或再為擴散之部分，仍會使法益侵害之危險更加擴大，是以甲向警方舉報之行為，使乙之犯罪計畫通盤破局，所消除之危險顯然較其原先所製造的更為顯著。果此，此際甲既主觀上已無利用乙遂行犯罪之意思，客觀上就整體觀察也使法益侵害之危險下降至較其參與犯罪計畫前相同

³⁴ 例如於題設情形中，甲雖未向共同正犯乙表明欲脫離之意，然站在上帝視角觀察伊其實已在犯行既遂前即已無與乙之犯意聯絡，若要從訴訟實務證明的觀點討論，伊向警察舉報之行為亦足證之，然依論者之前述見解，仍將使甲無法適用共同正犯脫離之規定，論理顯然矛盾。

³⁵ 許澤天，同前註 14，頁 324。

³⁶ 同此意旨：許澤天，同前註 14，頁 467-468。

甚或更低之程度，則令其須替乙之實行行為負責之正當性基礎即不復在，因此回歸罪責原則之基本法理，自應認甲已自共同正犯關係中脫離³⁷。

亦即，應從整體之觀點去觀察、評價行為人先前對犯罪所提供之貢獻，以及隨後行為所降低之風險，而無須拘泥於脫離行為排除風險之方法與形式，亦無須拘泥於物理、心理必須兼而有之，倘若後續就物理層面消弭的風險足夠大，縱使並未向其餘共同正犯表明退出犯罪之意旨或未循原先客觀路徑消弭風險，仍未必妨害共同正犯之成功脫離。

惟必須注意的是，承前所述，共同正犯脫離後所生之法律效果係使該成功脫離之行為人無須為「脫離後」之其他共同正犯之行為，承擔交互歸責後之全部責任。然而，對於「脫離前」該行為人行為之自己責任，以及與其他共同正犯間仍存犯意聯絡與行為分擔時之交互歸責，該成功脫離之行為人仍不得因此脫免於前述脫離前之責任，從而，該行為人仍至少須對該犯行承擔未遂之責任。

³⁷ 題設情形尚有另一爭點在於，本案甲為舉報之脫離行為時點（時點三），界於Y為投遞包裹之實行行為（時點二）以及因起運而既遂之時點（時點四）之間。從而，共同正犯脫離後之效果所謂之「不負共同正犯責任」，無須為其他共同正犯在脫離後所為其他行為所生之既遂結果負責故無疑問，然對於其他共同正犯在脫離前業已實行，惟脫離後方既遂（如題設情形）之情況，是否仍可謂該脫離之共同正犯無須負責，非無疑問。然此已逾本文所欲討論之範圍，且無礙於本文之論證，故僅於此留下此爭點意識，併此敘明。

二、自平等原則觀之

按相類事務應為相同處理之平等原則係憲法揭櫫之基本憲政精神，於刑事審判領域自亦應受此拘束。共同正犯脫離之審查核心應奠基在確認法益侵害風險是否回復至該共同正犯參與前之程度業已如前述，果此，則循原先之路徑撤回貢獻未必係最有效消弭風險之方式，實務見解既咸認前述情況得以適用共同正犯脫離之法理，然對於採取更有效解消風險方式對犯罪遂行施以阻力之被告卻仍令其須替他共同正犯之實行行為負責，自與平等原則之精神有違。

以題設情形為例，果甲採取最典型之循原路徑撤回貢獻之方式，即向乙表明欲退出犯罪計畫之旨、收回已提供之個資並變更本案毒品之收貨人，姑不論乙可能因為甲已知悉其完整犯罪計畫而自始不同意甲之退出，縱使乙果同意令甲退出，考量到乙業已於寮國取得海洛因而所費不貲，其極有可能不會僅因甲之退出就放棄整個犯罪計畫，更可能發生的情形是另尋他人擔任收貨之人頭最終仍遂行原犯罪計畫成功，於此種情況下，雖然形式上看起來甲「降低風險」、「切斷與犯罪既遂之因果關係」，而使乙另外開啟本質不同之法益侵害歷程，然而從實質角度觀察之，就整體社會而言仍持續受法益侵害之風險。

反觀，甲依題設之情形，以舉報之方法根本地阻絕犯罪計畫之遂行，反而對於社會而言是更有效降低風險之方法。然而，於前者情形實務既咸認可以構成共同正犯之脫離，若

於後者情形反而不許之，形同使在犯罪共同體著手後降低更多法益侵害風險的共同正犯反而必須承受更重的責任，自與平等原則有違³⁸。

三、自刑事政策觀點觀之

刑事審判的功能除了面向過去，處理與評價已發生之事件外，亦寓有看向未來，提供潛在的一般社會公眾行為指示、導引的機能。於所有涉及共同正犯著手後脫離之案件類型中，許多情況其實會面臨客觀、主觀上無從或不宜循原路徑撤回貢獻的窘況，例如提供製毒原料，已經製成半成品而

³⁸ 承蒙審查人提供意見，指出「循原有路徑之時可以很明確的認定原共同正犯已經抽離了原有貢獻，在循他路徑的狀況則無法確認原有貢獻是否仍然在犯罪的過程發揮作用，特別是該案例中實際的執行者已經利用原共同正犯所提供之貢獻使犯罪既遂並實現風險，此時如何可說原共同正犯以通報的方式降低了犯罪的風險？」之問題，對此，本文認為誠然，對於「循原路徑撤回貢獻」風險降低的觀察與檢驗較為容易（例如檢查借出的刀有無收回），而「循他路徑（如通報）撤回貢獻」是否降低風險在觀察與審查上確實較為複雜與困難，然並非客觀上不能。

本文認為可以採取的判斷架構係直接比較循 2 不同路徑的法益侵害危險，亦即，「循原路徑撤回貢獻」此一路徑係實務與學說向來承認的「行為人已足夠的降低危險，至可以脫離的程度」的情形，而若「循他路徑（如通報）撤回貢獻」的結果比起「循原路徑撤回貢獻」導致最終對於法益侵害的危險更低，則即可以證明「原共同正犯以通報的方式降低了犯罪的風險」。

至於如何「直接比較循 2 不同路徑的法益侵害危險」，本文上述在個案中操作，認為循原路徑撤回貢獻後，其他共同正犯仍有高度可能另尋他人續行犯罪計畫，反之循通報之路徑反而使其他共同正犯之犯罪計畫終局破局（即便該案例中實際的執行者持續利用該脫離之行為人先前之貢獻達成犯罪既遂，然阻止犯罪既遂後法益侵害持續被鞏固或擴大，仍屬降低法益侵害危險，詳見本文後述），從而證明循他路徑更降低犯罪之風險，即屬是例。

無從析離並收回、提供廠房作為犯罪空間之使用利益性質上無法撤回。又好比就心理上貢獻而言，不同階段之參與或離開犯罪之意思表示亦不能等量齊觀，質言之，在犯罪謀議時表明欲參與犯罪計畫所提供之心理貢獻，與犯罪計畫已經箭在弦上甚至已經啟動時表明要退出所撤回之心理貢獻，本質上就未必可相比擬³⁹。再如題設之情形，甲亦可能因擔心惹惱、得罪，甚至被乙及其所屬之犯罪團體要脅或傷害，因而不敢正面表明欲退出計畫與撤回貢獻。

在前述各種共同正犯因客觀、主觀因素而無從或不宜循原路徑撤回貢獻的情況中，若嚴格限縮得以主張共同正犯脫離之適用範圍，則形同積極的「鼓勵」（或至少消極的放任）該共同正犯在犯罪共同體著手後就「為惡務盡」，反正在評價上無論如何都得負擔既遂責任。誠然刑法本身設有自首等規定提供行為人及早投案之誘因，然而對行為人而言待犯行既遂後再自首亦無不可，因此在於鼓勵行為人在犯行發展的更前階段即排除法益侵害危險的目的上，使行為人得以適用共同正犯脫離之規定仍有其獨特之功能與意義。

是以，採取本文觀點而以較寬之標準認定撤回客觀貢獻之要件，可讓在犯罪共同體著手後、既遂前心生悔意之行為人有較為多元與彈性的排除法益侵害危險之選擇，從而達成及早降低風險之刑事政策效果。

³⁹ 類似見解：徐育安，同前註 9，頁 32。

四、與中止未遂之要件相較

按「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。」⁴⁰、「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，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。」⁴¹刑法第 27 條第 1 項、第 2 項分別定有明文，從而，無論係於單獨抑或多數行為人之情形，立法者均明文肯認以防止行為使「結果不發生」者，得享有中止未遂之減、免其刑之寬典。

而就所謂「防止行為」，無論係法條文字本身，抑或是實務、學說見解，均係以該行為是否有助於阻止結果發生為判斷依據，而未限制僅能以特定方式為之。例如倘若甲與乙共同商議犯罪計畫，約定由甲在飲料下毒、乙負責將該飲料送達至被害人使其飲用，但甲嗣後反悔欲使結果不發生，此際其當然得以選擇將該飲料取回之方法為之，然而仍不以此為限，若其選擇逕行通知被害人切勿飲用該飲料，甚或直接報警請求警方出面阻止乙，倘若果能阻止犯罪之既遂，均得依刑法第 27 條第 1 項前段之規定主張適用中止未遂之減刑規定。

而觀我國學者對於中止未遂要件適用之介紹，亦有表明：被告與共犯約定搶劫銀行，由被告負責勘查犯罪地形及偷竊機車供後續遂行犯罪之用，被告業已完成其所負責之事

項後欲阻止犯罪之發生，當可選擇以施用強制方式、通知警察或通知銀行等方式為之⁴⁰。又如果中途退出者採取報警或通知被害人方式防免，惟最後結果卻仍發生，則因警察基於保證義務以及被害人基於自我負責原則，風險承擔轉移至警察與被害人身上，故不應將結果的發生客觀歸責於放棄犯罪之參與者⁴¹。

誠然，共同正犯之脫離與中止未遂係 2 個各自有獨立要件、效果以及理論基礎之法律理論，不可混淆，惟不排除在要件解釋上存有彼此參照之空間。如前所述，共同正犯之脫離應以「撤回貢獻、排除危險」為要件與正當性基礎，此與中止未遂以「以防免行為使結果不發生」應可相比擬，蓋前者要求行為人排除法益侵害危險，後者要求行為人排除法益侵害結果，應僅是法益侵害風險發展階段的前後之別，而不存在本質上差異。此際，既然於審查行為人是否排除法益侵害結果時，並未限制行為人僅能以先前創造風險之路徑為之，而是廣泛接受行為人以各種有效防止犯罪結果發生之手段均可（甚至於準中止犯之情形，仍能抽象地判斷行為人採取的手段是否足夠「有效」），則在審查行為人是否排除法

⁴⁰ 黃惠婷，同前註 12，頁 35-36。

⁴¹ 黃惠婷，同前註，頁 37-38。惟本文認為是否果能認為行為人因報警或告知被害人，即當然認為阻斷行為人與結果之間之客觀歸責，仍有討論空間，應仍就個案上風險已經發展至何種階段、行為人何時與如何報警與通知等情狀個案判斷，不可一概而論，然此均不妨礙本文所欲強調之重點，即審查中止未遂要件時，對於防免行為之認定不侷限在行為人原先製造風險的方法，而係一切能夠有效阻止結果發生之方法均屬之。

益侵害危險時，自亦無需限縮行為人所能採取的手段，而係應寬認一切足以降低風險之方法均可屬之。

此處必須注意的是，本文於先前段落曾批判實務見解混淆「共同正犯之脫離」與「中止未遂」，然此處又認為二者間可相互參照，則是否也可以相同之取徑去理解前述受批評之實務見解？二法律概念間除了「結果是否發生」以外，是否仍有不同之處⁴²？

對此，本文首先指出，若法院真意果係「在審查中止未遂時，欲參照最高法院揭櫫之共同正犯脫離之要件，作為解釋中止未遂要件之依據與方法」，則其在判決中行文亦應明確敘明前述思考層次，而非如前述所介紹之判決中，逕先引最高法院關於共同正犯脫離之要件闡釋，嗣後直接得出不符合中止未遂之結論。

其次，果法院真欲在解釋中止未遂要件時，援引共同正犯脫離之要件加以參照，理論上並無不可。然在思考上必須注意，最高法院之所以有需要就共同正犯脫離之審查作出「撤回心理上、物理上貢獻」此一操作方法之闡釋，主要係因行為人已「切斷自己行為與既遂結果之因果關係」、「降低風險」之事實，均無從自一個具象的結果觀察得知（蓋最終犯罪結果既遂了），而係僅能抽象地想像風險的漲跌，因此必須建立一個較為迂迴的、輔助觀察的標準，揭櫫「撤回

心理上、物理上貢獻」即等於「切斷自己行為與既遂結果之因果關係」、「降低風險」。

然而，在於刑法第 27 條第 1 項前段、第 2 項前段所揭櫫之中止未遂時，因為法條明定以「因己意中止或防止其結果之發生」為要件，存在一個「結果未發生」之具象結果可供觀察，而非僅係對於抽象風險的想像，因此僅須直接審查行為人之防免行為是否導致結果不發生即可，而無須援引最高法院關於共同正犯脫離揭櫫之要件加以論證；反之，在第 27 條第 1 項後段、第 2 項後段所揭櫫之準中止未遂中，因以「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」為要件，從而其實仍是在抽象的想像防免行為對風險漲跌之影響，此時，在判斷真摯性之要件時，確實存有參照共同正犯脫離要件之空間，加以對真摯性的要件揭櫫更為明確、可供操作的審查標準。

直言之，可比較行為人原先行為所製造的法益侵害風險，以及防免行為所降低的法益侵害風險，若後者大於等於前者時則可認行為人之防免行為足夠「真摯」。舉例來說，甲欲下藥毒殺同事乙，將摻有毒藥之甜點作為伴手禮交至乙桌上而著手，後幡然悔悟，在乙食用前自己去將甜點取回，詎料其實早在甲取回甜點前，發覺甲犯罪計畫之同事丙即已傳訊息告知乙此情，故犯罪計畫自斯時起即無從既遂。此際，本案之結果不發生並非甲防免行為所致（而是丙介入之行為所生），然可考慮甲防免之行為確實循原先製造風險之路徑撤回，而認其具有真摯性；反過來說，倘若前例中甲與

⁴² 此處承蒙審查人提問，引領本文完善論述，十分感謝。

丙之行為交換（即甲選擇傳訊息告知乙勿食用該甜點，但其實該甜點早已被丙取走丟棄），雖非循原先貢獻路徑撤回，然仍可審酌其所採取手段對於法益侵害危險之消弭，與原先創造之風險相較，以決定是否足夠真摯。

五、對於法益侵害風險降低之判斷範圍

此外，在判斷法益侵害風險是否降低時，無須拘泥在「對於防止犯罪既遂」之貢獻上。質言之，我國實務向來承認既遂並非犯罪與法益侵害之終點，而係尚肯認於既遂後到「終了」前，法益侵害均仍有被鞏固或持續擴大（如繼續犯之情形）之可能。

如最高法院 106 年度台上字第 2695 號刑事判決即謂：「於應召女子與男客完成性交易，收取對價後，馬伕再將應召女子接回，應召女子就該次性交易所得與應召站業者拆帳，應召站業者媒介之性交易整個過程始告完結，犯罪始為終了。應召站業者既以應召女子完成性交易，並取得性交易對價為其犯罪之目的，應召站業者於捐客媒介之後，為促成性交易之順利完成，保鏢、馬伕等人員，續為犯罪之分工，此雖不影響於媒介行為既遂之認定，但就全部犯罪行為之完竣而言，實有待應召女子與男客為性交易，並取得對價，方為終了，以符應召站業者媒介性交以營利之犯罪目的。是在應召女子完成性交易並取得對價，犯罪尚未完結前，如有不具共同犯罪意思亦未參與媒介行為之人，基於幫助之犯意，參與構成要件以外之接送應召女子的協力行為，仍應依幫助

犯論處，核其所為，並非犯罪完成之事後幫助，其理至明。」此即係最高法院肯認，犯罪之既遂並非犯罪之完結，而在犯罪既遂後、終了前果有替犯罪計畫之完竣提供助力，亦得成立相續之幫助犯。

又如最高法院 102 年度第 14 次刑事庭會議決議第 4 號提案問題 3 中明確肯認於犯罪既遂後、終了前參與犯罪，且前行為之效果仍在持續中，如事中共同正犯利用該尚持續存在之前行為之效果，則其對前行為所生之結果亦具因果性，亦可能有相續共同正犯之適用，甚至於銀行法第 125 條第 1 項後段關於違法吸金金額加重要件之計算，亦應與其他共同正犯併計。

從而，最高法院既咸認犯罪既遂後不代表犯罪即告完成，而係在終了前均有使法益侵害被鞏固或持續擴大之可能，甚至據此使行為人承受犯罪成立與論罪之不利利益^{43、44}，

⁴³ 對於共同正犯於犯罪共同體犯罪既遂後、終了前，得否成立相續共同正犯此一爭點，學說上有所批判，如：蕭宏宜，共同正犯的概念內涵與實務發展，法令月刊，65 卷 2 期，2014 年 2 月，頁 86-87。

對此本文亦採相同見解，故於正文之段落援引實務見解僅係為即便依照實務法院之觀點，亦須講究邏輯一貫，而非認實務見解可採。此外，即便採學說見解，其等反對既遂後、終了前成立相續共同正犯之可能，亦係基於討論犯罪成立時，必須嚴守罪刑法定、罪責原則等刑法基本原則，而並非否定在犯罪既遂後，仍可能存在法益持續受擾動甚至侵害之風險。而在討論共同正犯脫離此一對被告有利之事項，亦無前述積極論罪時罪刑法定、罪責原則等之考量，是不影響本文結論。

⁴⁴ 對於共同正犯於犯罪共同體犯罪既遂後、終了前之情形，肯認可以成立相續共同正犯之見解：林山田，同前註 26，頁 79。

則在共同正犯脫離之認定上即應邏輯一貫將犯罪既遂後、終了前之法益危險狀態納入考量。

從而，於題設情形中甲對犯罪計畫所施以之阻力雖無足妨礙犯罪之既遂（因我國警方實難干預寮國當地毒品之起運），然乙之犯罪計畫並非一經既遂即告終結，而係待本案毒品運抵臺灣，經其收貨後加以處置方告終了，此時法益侵害亦方屬鞏固，因此，甲之防免行為既於犯罪終了前有效阻止計畫之遂行，自仍應將此階段減少之法益危險納入得否論以共同正犯脫離之考量。

於審查繼續犯之共同正犯脫離時，因此種犯罪類型於既遂後至犯罪終了前可能歷時非短，前述主張影響可能特別顯著。舉例而言，甲參與犯罪共同體計畫綁架被害人丙擄人勒贖，約定由甲提供房屋作為前期戰術布置之據點。於犯罪共同體著手後（例如至丙之學校外蹲點埋伏準備行兇）、既遂前，甲幡然悔悟報警告以上情，雖不及阻止丙遭綁架至關押處因而既遂，然警方立即趕到當地解救丙成功，而使繼續中之犯罪狀態告終亦使法益侵害不至繼續擴大。

此際依本文所提出之架構進行審查，應認甲所採取之防免方法雖無足阻止犯罪之既遂，惟在犯罪既遂後、終了前，仍對犯罪計畫之遂行添以阻力並阻止法益進一步受侵害，而應將此降低危險之貢獻納入考量。審酌甲原先提供之貢獻相對輕微且取代性高，相對之下其防免行為直接使被害人遭解救也免於遭勒贖，所帶來之法益侵害降低顯然大於其起初貢

獻之危險（主要基準）；且斯時其原先提供的貢獻即據點之使用利益業已無法撤回，又令其向其他共同正犯表明脫離犯罪之意思，亦可能無足妨礙犯罪計畫之遂行（蓋甲在計畫中所負責之工作業已完成），此時應認甲所採取之途徑在於降低危險之效果上比起循原途徑撤回更優（輔助基準），從而甲應得以主張共同正犯之脫離。

六、小結

（一）論證脈絡、結論與理由

綜上所述，本文認為依刑法罪責原則之精神，行為人本應僅須替自己之實行行為負責，令共同正犯交互歸責之法理事實上擴張行為人罪責之範圍，從而必須有正當性基礎。實務見解向來以犯意聯絡與行為分擔而成為犯罪共同體作為立基，並在承認共同正犯脫離的判決中揭櫫判斷是否無須替他共同正犯之行為負責之關鍵在於客觀上是否消除自己創造之危險。

依循前述脈絡，本文認為所謂「消除自己創造之危險」僅須以「消除與自己創造『等量』之危險」⁴⁵已足，而不以「消除與自己創造『相同』之危險」為限，從而共同正犯之脫離無須以循原路徑撤回貢獻為限。

理由在於：其一，以其他方法替犯罪遂行製造阻礙，所降低之法益侵害危險可能較行為人原先所貢獻的更多，此時仍令行為人因交互歸責而承擔他共同正犯行為之責任，與罪責原則有違；其二，以其他方法替犯罪遂行製造阻礙，所降低之法益侵害危險可能較循原路徑撤回貢獻所降低的更多，實務見解在咸認後者可以成立共同正犯脫離的情況下，否定

⁴⁵ 舉例而言，甲參與犯罪共同體約定製毒，約定由甲提供製毒必要的原料一，而由乙提供製毒必要之原料二，2 原料對於製毒結果均屬不可或缺而同等重要。於犯罪共同體先將原料一加入鍋內加熱而著手於犯罪行為後，甲幡然悔悟欲脫離犯罪共同體，向其他共同正犯表明欲退出之旨，並且將尚未加入之原料二帶離製毒工廠。

此際依照傳統的最高法院見解，可能認為甲並非循原路徑撤回貢獻（蓋其提供原料一之貢獻仍持續作用於犯罪共同體之犯罪計畫），因而認為甲不得主張成功自犯罪共同體脫離。然而，本文認為既然原料一與原料二同樣是犯罪計畫不可或缺之原料，則其將原料二取走之行為雖非「消除自己創造之危險」，仍屬「消除與自己創造『等量』之危險」，從而得以主張共同正犯之脫離。即便該犯罪共同體之其他共同正犯後續另循他管道再次取得原料二，與甲原先提供之原料一合成後而最終製毒既遂，甲仍無須因其他共同正犯於其脫離後之行為而交互歸責負既遂責任。

自前述案例中，在甲欲退出犯罪共同體時，無論係選擇攜走原料一或原料二，對於後續犯罪計畫之風險降低應屬等量，二者間的差異在於行為人所降低之風險是否係其原先所貢獻之「同一」風險，然無論自刑法客觀上評價法益侵害危險或主觀上評價行為人法敵對意識之觀點，前述差異均無足輕重。然若嚴格依照傳統見解，則會導出一者可以脫離而另一者不可的結論，更稽傳統見解與平等原則有違。

前者有此法理的適用，形同使降低更多風險之行為人承擔更重責任，違反平等原則；其三，於犯罪共同體著手後、犯罪既遂前，若行為人欲反悔退出犯罪共同體，很多時候可能面臨主觀、客觀上不宜或無從循原路徑撤回貢獻之情況，此時採取本文立場，將使此種行為人有誘因得以循其他路徑以降低法益侵害之風險，而寓有面向未來提供一般公眾行為導引的刑事政策意義；其四，參照對於中止未遂防免行為之解釋，學說與實務見解均咸認一切有效阻止法益侵害結果發生之手段均可屬之，則在判斷共同正犯脫離之是否有效撤回貢獻、排除危險要件時，自亦無庸限縮行為人所能採取之手段，而應寬認一切足以有效降低法益侵害危險之手段均無不可。

在具體操作上，考量前述最高法院 106 年度台上字第 3352 號刑事判決中亦有提及：「自須排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，始得解消共同正犯關係」之文字，究其將「排除該危險」與「阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為」並列，可將該判決解為：如循原途徑撤回提供之貢獻，即屬判決中所稱之「排除該危險」，而若以其他方式降低風險至較其創造之風險相當或更多時，則符合「阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為」之條件，而不生與實務際存之標竿性判決相扞格之情形。

（二）對個案裁判具體化操作之建議

個案裁判的具體操作上，可如本文前述所操作一般，先比較行為人於犯罪共同體著手後所採取之防免行為對於犯

罪遂行帶來的阻礙，以及其原先之貢獻造成之法益危險，若足認行為人降低之法益侵害危險已與原先創造之風險相當，或甚至使法益侵害危險降至更低之程度，則可認行為人業已脫離犯罪共同體（主要基準）。

若採前述之基準無法得出明確答案，則可再行比較行為人於犯罪共同體著手後所採取之防免行為對於犯罪遂行帶來的阻礙，以及其若循原路徑撤回貢獻所能減輕之法益危險，若前者與後者相當甚或更甚，則可舉輕以明重（即既然降低危險程度更低之行為人都已被認為得以主張共同正犯脫離，則使危險程度下降更多的行為人自應更得以主張），而認行為人業已脫離犯罪共同體（輔助基準）。

此處須額外注意者係，對於法益侵害風險降低之判斷時點範圍無須以既遂時前為限，倘若行為人之脫離行為對於犯罪共同體於既遂後之法益侵害鞏固、擴大的防免有所助益，亦應將其納入法益侵害風險降低之判斷範圍。

柒、結論

本文首先敘明問題意識，隨後爬梳實務見解對於此爭點之抽象闡釋與具體應用，並整理學說見解對此爭點之看法，然發現似均無法充分回應題設之問題，且發現實務判決中探討共同正犯脫離此一法律概念時所出現的若干缺漏，因此開展了後續之研究與論理。

在本文見解之段落中，分析了共同正犯成立使行為人間彼此交互歸責之正當性基礎，並以此推導得出審查共同正犯脫離之核心要素在於法益侵害風險之高低。以此作為核心，透過罪責原則、平等原則、刑事政策，以及與中止未遂要件相比較等觀點出發進行論證，認為共同正犯脫離要件中，切斷因果力之標準不應以循原路徑撤回貢獻為限，並以此為基礎，介紹本文認為適宜之主要基準與輔助基準作為個案操作上所使用，並且建議判斷法益侵害風險時不應拘泥於犯罪既遂時，而應參考實務見解對於犯罪既遂與犯罪終了時點之間之互動關係，認為若行為人有效防免犯罪既遂後、終了前之法益侵害危險，亦應納入考量。

於論理過程中，併討論了共同正犯犯意聯絡與行為分擔之判斷基準時應為何時之問題，本文主張應如同判斷單獨正犯構成要件之行為品質與主觀犯意之時點，以著手時作為判斷行為品質之時點，從而僅須犯罪共同體著手於犯行時存有犯意聯絡與行為分擔，即可初步建立交互歸責之正當性，後續若欲主張脫離，仍應解消與先前創造之等量法益侵害危險方可為之。

本文從題設之情況出發，並透過對於實務判決中對於共同正犯脫離此一概念之運用進行深入之審視，發覺實務上對於此一概念之運用仍有陌生與要件不夠精細明確之處，爰提出拙見，盼能提供實務在將來看待此一議題時能有多一些啟發。

此外如前所述，對於「行為人成功主張脫離後，對於他共同正犯在脫離前業已實行，惟脫離後方既遂（如題設情形）之情況，是否仍可謂該脫離之共同正犯無須負責？」以及「若行為人成功主張脫離而僅負未遂責任，然其他共同正犯仍將犯罪結果推進至既遂狀態，則行為人是否仍可主張刑法第 27 條中止未遂規定？」之爭點，本文僅提出爭點意識而尚未有效處理，有待後人繼續加以研究、琢磨。

參考文獻：

一、專書

- ☆ 許澤天（2025），《刑法總則》，新學林出版股份有限公司。
- ☆ 王皇玉（2023），《刑法總則》，新學林出版股份有限公司。
- ☆ 張麗卿（2023），《刑法總則理論與運用》，五南圖書出版股份有限公司。
- ☆ 林鈺雄（2024），《刑法總則》，元照出版股份有限公司。
- ☆ 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，元照出版股份有限公司。

二、期刊文章

- ☆ 王皇玉（2019），〈2018 年刑事實體法之回顧〉，《臺大法學論叢》第 48 卷特刊。
- ☆ 李茂生（1997），〈共犯關係之脫離〉，《月旦法學雜誌》第 21 期。
- ☆ 陳子平（2010），〈共同正犯的脫離與中止——九十六年度台上字第二八八三號判決的評釋〉，《月旦裁判時報》第 1 期。
- ☆ 徐育安（2017），〈參與犯罪之脫離與中止——以我國與德國之法制為核心〉，《成大法學》第 33 期。
- ☆ 徐育安（2022），〈共同正犯本質之探究——以德國法制與學說為核心〉，《甘添貴教授七秩華誕祝論集（上）》，承法出版。
- ☆ 古承宗（2011），〈規範上的共同性與共同犯意聯絡／台高院 98 上訴 156〉，《台灣法學雜誌》第 185 期。

- ☆ 張叡文 (2022), <論共同正犯之脫離及其相關爭議>, 《玄奘大學法律學報》第 38 期。
- ☆ 黃惠婷 (2006), <參與犯之中止犯問題>, 《台灣本土法學雜誌》第 86 期。
- ☆ 蕭宏宜 (2014), <共同正犯的概念內涵與實務發展>, 《法令月刊》, 65 卷 2 期。
- ☆ 李進榮 (2006), <論數人參與犯罪之中止(下)>, 《日新》第 6 期。



正向犯罪學的意義、 特徵與應用

許春金*、游伊君**、石嘉程***、
呂宜芬****、黃富源*****

要目

壹、緣起與背景	三、韌性與保護因子
一、緣起	四、接納社會學
二、背景	五、再整合性羞恥
貳、正向犯罪學的意義與特徵	肆、正向犯罪學之相關犯罪學實務應用
一、正向犯罪學的意義	一、犯罪預防也可以是一種正向犯罪學
二、正向犯罪學的特徵	二、犯罪終止與復元
參、與正向犯罪學相呼應的理論模式或觀點	三、修復式正義
一、正向心理學	四、問題解決法庭
二、和平建構犯罪學	

DOI: 10.6460/CPCP.202604_(43).0002

* 美國紐約州立大學奧本尼校區犯罪學博士，銘傳大學犯罪防治學系教授。

** 中央警察大學犯罪防治學系博士生，銘傳大學比較刑事司法研究中心助理研究員。

*** 國立臺北大學犯罪學碩士，台灣冤獄平反協會研究員。

**** 美國聖休士頓州立大學刑事司法學博士，中央警察大學犯罪防治學系助理教授。

***** 美國聖休士頓州立大學刑事司法學博士，銘傳大學犯罪防治學系教授。