

天主教輔仁大學法律學系博士論文

指導老師：甘添貴 教授

共同正犯概念之重塑

研究生：游明得 撰

中華民國一百零二年一月



# 目次

<b>第一章</b>	<b>緒論</b> .....	1
第一節	研究動機與目的.....	1
第二節	用語的釐清.....	3
第三節	問題提出與解決實益.....	5
<b>第二章</b>	<b>共同正犯概念的源起與形成</b> .....	9
第一節	犯罪行為人概念的討論.....	9
第二節	共同正犯的先決問題－「正犯」性的界定.....	17
第三節	共同正犯正當化的論證.....	36
第四節	共同正犯未來的建構方向.....	44
<b>第三章</b>	<b>共同正犯概念的現況與困境</b> .....	49
第一節	共同正犯概念的存在效益.....	49
第二節	極大化後的省思.....	68
<b>第四章</b>	<b>非典型共同正犯概念的解構</b> .....	77
第一節	「共謀共同正犯」的真實樣貌.....	77
第二節	「必要共同正犯」存否論.....	89
第三節	「身分的共同正犯」存否論.....	98
第四節	「共同正犯關係脫離理論」的原貌.....	124
第五節	相續共同正犯的檢討.....	134
<b>第五章</b>	<b>共同正犯概念的存與廢</b> .....	137

第一節	共同正犯概念正當性的省思 .....	137
第二節	獨立性思考的濫觴.....	139
第三節	解決的可能性之一—單一正犯理論(制度).....	142
第四節	解決的可能性之二—實質性支配的重為理解 .....	162
<b>第六章</b>	<b>共同正犯概念廢除後的重建.....</b>	<b>177</b>
第一節	共同正犯就是「單獨正犯質的集合」 .....	177
第二節	共同正犯部分相關概念的重新理解 .....	190
<b>第七章</b>	<b>結論.....</b>	<b>203</b>
第一節	本文的釋義結構.....	203
第二節	相關立法修正建議.....	208

# 目 次

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 用語的釐清.....	3
第一項 「參與犯」名詞的使用.....	3
第二項 「參與犯」的獨立性與從屬性.....	5
第三項 從因果關連到歸責關連.....	5
第三節 問題提出與解決實益.....	5
第二章 共同正犯概念的源起與形成.....	9
第一節 犯罪行為人概念的討論.....	9
第一項 討論犯罪行為人的實益.....	9
第一款 概念釋義—往昔相斥的緊縮與擴張行為人概念.....	11
第一目 追本溯源.....	11
第二目 緊縮的行為人概念.....	12
第三目 擴張的行為人概念.....	13
第二款 二組名詞命運非必然依存.....	14
第三款 從規範理論出發的重新理解.....	17

第二節 共同正犯的先決問題－「正犯」性的界定 .....	18
第一項 本文的基本立場－傳統的二元區分論體系.....	19
第二項 正犯性的認定－以區分論為前提.....	20
第一款 客觀理論.....	20
第一目 形式客觀理論.....	20
第二目 實質客觀理論.....	21
第二款 主觀理論.....	22
第一目 極端主觀理論.....	223
第二目 限縮主觀理論.....	25
第三款 綜合理論－兼論我國實務見解.....	28
第四款 犯罪支配理論.....	30
第一目 傳統定位的檢視.....	30
第二目 類型化的思考.....	31
壹、行為支配.....	32
貳、意思支配.....	33
參、功能的犯罪支配.....	34

第三目 對於 Roxin 教授之犯罪支配理論的一般性批評.....	34
第三項 正犯認定僅是共同正犯成立的關鍵門檻.....	35
第三節 共同正犯正當化的論證.....	37
第一項 共同正犯概念的出現.....	37
第二項 共同正犯基礎合理化的論述.....	38
第一款 犯罪共同、行為共同與共同意思主體說.....	39
第二款 從規範理論切入者.....	40
第三款 援引其他的刑法犯罪概念證立者.....	40
第一目 間接正犯說.....	40
第二目 相互教唆說.....	41
第四款 正當化的關鍵在於支配的強度.....	42
第四節 共同正犯未來的建構方向 .....	44
第一項 共同正犯為正犯及參與犯.....	44
第二項 共同正犯未來可能的建構方向.....	46
<b>第三章 共同正犯概念的現況與困境 .....</b>	<b>49</b>
<b>第一節 共同正犯概念的存在效益 .....</b>	<b>49</b>
第一項 問題的提出與一般的解決模式.....	49

第二項 犯罪行為人成立範圍的擴張.....	51
第一款 從行為方面的擴張－共同行為實施.....	52
第一目 共同實施行為的處罰始點.....	52
第二目 客觀面向的進一步擴張.....	54
第三目 鋪陳形式美感的刑法第 28 條應用.....	55
第二款 主觀要件認定的放寬－共同行為決意.....	59
第一目 串連起共同正犯的重要關鍵.....	59
第二目 主觀面向的進一步擴張.....	60
第三項 因果鏈認定上的寬鬆.....	63
第四項 自動升級的法律效果.....	65
第一款 教條式的法律效果.....	65
第二款 支撐基礎的正當性.....	66
第二節 極大化後的省思.....	68
第一項 擴大效應之後的反省.....	68
第一款 主觀面上的拉回.....	68
第二款 創新因果關係認定受到的質疑.....	69



第三款	法律效果昇級的內縮.....	70
第二項	現行犯罪理論修正的利與弊.....	71
第一款	原有正犯的判斷要件不容棄置.....	71
第二款	犯罪支配理論是對「支配」的弱化.....	72
第一目	功能性恐不足以說明「支配」.....	72
第二目	非純粹的正向影響.....	74
<b>第四章</b>	<b>非典型共同正犯概念的解構.....</b>	<b>77</b>
第一節	「共謀共同正犯」的真實樣貌.....	77
第一項	共謀共同正犯基本定義的歧見.....	77
第二項	概念存在正當性的基本質疑.....	79
第一款	未附理由的 2005 年修法理由.....	79
第二款	客觀要件的欠缺.....	79
第三項	諸般合理化的論據.....	80
第一款	從共同正犯的本質切入者.....	80
第一目	共同意思主體說.....	80
第二目	犯罪支配理論.....	81

第三目 從行為階段重新檢驗.....	81
第四目 從行為方式重為檢驗.....	82
第二款 針對共謀共同正犯量身定作者.....	83
第四項 共謀型態的處罰非以共同正犯為唯一選項.....	84
第一款 共同正犯已經薄弱的底限消蝕殆盡.....	84
第二款 支配重為觀察也只消除了部分疑慮.....	85
第三款 共謀共同正犯或許只是一種間接正犯的利用形式.....	86
第二節 「必要共同正犯」存否論 .....	89
第一項 必要共同正犯概念的基本射程.....	89
第一款 與任意共同正犯區隔的基礎.....	89
第二款 基本的型態－聚眾犯與對向犯.....	91
第三款 刑法分則結夥犯性質的重為分析.....	91
第四款 必要共同正犯內涵的變動.....	95
第一目 學說的方向.....	95
第二目 變動中的實務見解.....	97
第二項 必要共同正犯僅為純粹的分則構成要件解釋問題.....	98
第三節 「身分的共同正犯」存否論 .....	98

第一項 身分犯的諸般意涵.....	100
第一款 名詞使用上的異同.....	100
第一目 諸般不同名詞的解析.....	100
第二目 身分與其他特定關係.....	102
第二款 由定義引發適用範圍的不同.....	104
第一目 文字定義統一的迷障.....	104
第二目 真正的分歧點—正犯的質得否補充.....	106
壹、德國刑法第 28 條排除共同正犯的類型.....	106
貳、影響深遠的「義務犯」理論.....	107
一、基礎建構的質疑.....	108
二、重客觀輕主觀的質疑.....	110
第二項 刑法第 31 條身分犯共同正犯存在正當性的驗證.....	111
第一款 第 31 條的過去與現在.....	111
第二款 第 31 條第 1 項身分的共同正犯的正反意見.....	113
第一目 延續身分犯的不同理解所致.....	113
第二目 統一的實務見解.....	115

壹、統計樣本的基本分析.....	115
貳、歸納得出的原則.....	115
一、對於依法司法的尊重.....	115
二、對於共同正犯概念的借重.....	116
三、針對必要共同正犯的內縮.....	117
四、大量要求適用「從輕原則」的比較.....	118
第三項 身分的共同正犯重新理解與釐清.....	119
第一款 回歸身分犯與共同正犯的本質檢視第 31 條.....	119
第一目 第 31 條規定的一些內部矛盾.....	119
第二目 立法擬制規定不具正當性.....	121
第三目 從正犯質的要求切入.....	123
第二款 及早回歸正犯之正犯「質」的認定.....	123
第四節 「共同正犯關係脫離理論」的原貌 .....	124
第一項 學理上的「共同正犯脫離」理論.....	124
第一款 概念的內容.....	124
第二款 著手實行前的「脫離」 .....	124

第三款	著手實行後的「脫離與中止」	126
第二項	我國法上之「共同正犯中止未遂」現狀	128
第一款	2005年修法前	128
第二款	2005年修法肯認的「共同正犯中止未遂」規定	128
第三項	重新檢視「脫離」概念	130
第一款	著手實行前的脫離只是其他既有犯罪型態的涵攝	130
第二款	著手實行後的脫離是獨立的阻卻事由？	131
第一目	共同正犯脫離理論有其存在空間	131
第二目	「共同正犯脫離理論」為實質支配的反面論述	133
第五節	相續共同正犯的檢討	134
<b>第五章</b>	<b>共同正犯概念的存與廢</b>	<b>137</b>
第一節	共同正犯概念正當性的省思	137
第二節	獨立性思考的濫觴	139
第三節	解決的可能性之一—單一正犯理論(制度)	142
第一項	單一正犯理論的原型	143
第一款	基本論述	143
第二款	成立的核心—「歸責關連」	144

第三款	刑度的量處判斷—個別認定.....	146
第二項	其他類型化的發展—以奧地利發展的介紹為主.....	146
第一款	形式的單一正犯結構.....	147
第二款	功能的單一正犯結構.....	147
第一目	主張類型化的「功能性」見解.....	147
第二目	另一種類型化的主張.....	148
第三款	減縮的單一正犯結構.....	150
第三項	一元論與區分論非必然完全相斥.....	151
第一款	對於區分論的質疑.....	151
第二款	單一正犯制度建構上的難題.....	152
第四項	單一正犯理論下的「共同正犯」.....	154
第一款	單一正犯理論下理解的共同正犯型態.....	154
第一目	第一種理解—共同正犯為故意直接正犯的集合型態 .....	155
第二目	第二種理解—類同區分論的減縮單一正犯結構.....	157
第二款	單一正犯理論的未竟之功.....	157

第一目	區分論的抉擇.....	157
第二目	單一正犯理論觸發的解決方向.....	159
第四節	解決的可能性之二－實質性支配的重為理解.....	162
第一項	還原個人主義下的犯罪原貌.....	162
第一款	從刑法總則到分則的概略回顧.....	162
第二款	共同正犯獨立性的展現.....	165
第一目	已刪除的未遂教唆.....	166
第二目	比較法上不乏其例.....	167
第三目	參與犯獨立性的展現.....	167
第二項	犯罪論的判斷基礎就是犯罪的「支配」.....	169
第一款	對犯罪之支配是刑法歸責應有的基本原則.....	169
第二款	現行刑法的犯罪論要件就是支配的表徵（Indiz）.....	170
第三項	現行共同正犯概念的解構.....	173
第一款	操作上極度擴張的不當.....	173
第二款	現行刑法第 28 條僅具提示作用.....	174
第六章	共同正犯概念廢除後的重建.....	177

第一節 共同正犯就是「單獨正犯質的集合」 .....	177
第一項 單獨正犯的構成要件涵攝.....	177
第一款 涵攝的過程為支配的具體化.....	177
第二款 仍以構成要件為基本依歸.....	180
第二項 共同正犯廢除後的新樣貌—依行為階段切分論述.....	181
第一款 設定未遂的處罰始點.....	182
第二款 同時有未遂犯與既遂犯的行為人併存時.....	183
第一目 主觀面的要求—一般故意的認知.....	184
第二目 客觀面的判斷可能性—區分定式與不定式.....	184
壹、不定式構成要件.....	185
貳、定式構成要件.....	186
第三目 客觀面的判斷可能性二—採取定式的單一模式.....	189
第二節 共同正犯部分相關概念的重新理解 .....	190
第一項 概說.....	190
第二項 共同正犯週邊概念的重新演繹.....	191
第一款 過失的「共同正犯」 .....	191
第一目 過失的共同正犯就是過失的單獨正犯.....	191



第二目 重點在於過失認定的紛爭.....	191
第二款 結果加重的「共同正犯」.....	193
第一目 結果加重的基本結構.....	193
壹、爭議甚大的基本結構.....	193
貳、反對存在正當性的說法.....	195
第二目 結果加重的「共同正犯」肯定與質疑.....	195
壹、我國實務界的重視與發展.....	196
貳、肯定論者無法避免的內在瑕疵.....	197
第三目 癥結在結果加重犯的本身.....	198
第三款 不作為的「共同正犯」.....	198
第一目 非為單純兩種概念的結合.....	198
第二目 關鍵在於身分與不作為的判斷上.....	200
壹、保證人地位(或是作為義務)的「身分」認定.....	200
貳、其他不作為的要件亦須相同對待.....	201
<b>第七章 結論.....</b>	<b>203</b>
第一節 本文的釋義結構.....	203

第一項	無法正當化的基礎理論.....	203
第二項	現行操作極大化的瑕疵.....	204
第三項	共謀共同正犯的間接正犯性.....	204
第四項	必要共同正犯僅為個別構成要件的解釋.....	205
第五項	身分的共同正犯否定論.....	205
第六項	脫離與相續只是實質支配的正反論述.....	205
第七項	現行共同正犯概念的否定.....	206
第八項	排除單純僅止於預備程度者.....	206
第九項	定式犯罪解釋下的影響.....	207
第十項	「支配」概念的具體化.....	207
第二節	相關立法修正建議.....	208
第一項	刑法第 28 條是否有修正必要？.....	208
第二項	刑法第 31 條第 1 項身分犯規定部分.....	210

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

近年來引發熱烈討論的「徐自強擄人勒贖案」<sup>1</sup>，儘管該案最後在司法院大法官解釋釋字第 582 號針對訴訟法上「共同被告的自白效力」爭點，表達不同於以往的見解。但也突顯共同正犯概念延伸出在實體法上與訴訟法上<sup>2</sup>的諸般問題，已然驅使我們對於此一概念有重新檢視的必要。事實上，該案除了在實體法（如共謀共同正犯）外，在訴訟法（共同被告的自白），乃至刑事政策上（例如死刑的廢除），都顯現了有許多的問題待解決。而仔細觀察這些問題的源頭，其實多半源自於刑法第 28 條規範的「共同正犯」概念。本文研究的動機乃至目的，即在針對共同正犯在實體法上產生的眾多問題，作一統整式的回顧，並嘗試自不同的面向去解離此一在刑法上早已深信不疑的信仰。

首先，可以先來環顧一下，刑法上的「正犯與共犯」章節，不管是當中各個概念的定位（如是否要區分正犯與共犯，參見本文第二章第二節的基本介紹），或是各個概念的內涵（如本文第三章討論的共同正犯的擴張現象，又或是幫助犯的成立是否強調歸責關連<sup>3</sup>）等，一向是紛擾不斷。這是由於其本質為複數行為人併存的複雜型態所致。而複數行為人之間的關係如何，目前是以正犯與共犯須予區別的「區分論」佔有優勢<sup>4</sup>，據此，共犯常是居於次要的地位，而正犯相對則佔有優勢。這樣的現象不僅在犯罪進行上，甚而在論罪科刑上，正犯也始終是優先於共犯的認定<sup>5</sup>。就實證法而言，先為正犯的規

---

<sup>1</sup> 相關討論可以參閱

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E6%B0%91%E5%9C%8B%E6%AD%BB%E5%88%91%E5%88%B6%E5%BA%A6>（最後瀏覽日 2012/6/26）

<sup>2</sup> 何賴傑、黃朝義、李茂生，從徐自強擄人勒贖殺人案評析，月旦法學雜誌第 102 期，2005 年 7 月，第 209 至 232 頁，有完整且深入的刑事法層面討論。

<sup>3</sup> 參閱 Schild, in: NK-StGB, 2005, §27 Rn.4f 的討論。

<sup>4</sup> 僅參閱 Kindhäuser, in: LPK-StGB, 2006, vor §§ 25-31 Rn.1ff.

範，接續才輪到共犯，似乎已成當然之理<sup>6</sup>。

我國刑法在第 28 條以下規範的正犯與共犯體系，首先亮相的就是共同正犯。觀察這在立法者將正犯與共犯的基本認定委諸學說與實務補充，而只單就共同正犯加以規定，更可見其強調之意。也因此，學說與實務對此一概念作相較其他刑法概念的大肆擴張，也就不足為奇。因為再沒有比立法者的明文支持來得更有正當性了。

也因此，在「共同行為決意」，與「共同行為實施」要件的支撐與粉飾下，遂包裝出巨靈般的共同正犯概念，進而達到「一部行為，全部責任」的規範效果。而這樣的構思，不僅在台灣，在法制發展較為發達的德國，也同樣是依此趨向澎勃發展，無可遏抑。從而，最後幾乎演變成只要冠上行為分擔的標籤，就可以一律納入共同正犯範疇內，而將未完整實現犯罪者，一起給予相同的罪名論處。面對共同正犯如此無限擴張概念適用的趨勢，本文認為刑罰權的運用，由於必須符合法治國原則下國家高權行為以使人民可預測的本質限制。共同正犯概念已經演變成全部從集體性（或共同性）出發、解釋，而這似乎已經逐漸背離上述的刑罰權行使的前提要求。即使也已有為數甚多的文獻對於共同正犯提出質疑，但多半只集中於點的批評（參考本文第三章第二節），而欠缺憑此概念的全面性思考與反省。這也促使我們必須面對，也是本文的研究目的，即刑法的運用不是在於要如何擴張運用刑罰權去壓制人民，而應該是要如何合理地且妥適運用此一高權行為。

---

<sup>5</sup> Fahl/Winkler, Definitionen Strafrecht, 2008, S.18；蔡蕙芳，刑法實例解析－複數犯罪參與人之判斷，輔仁法學第 28 期，2004 年 12 月，第 283 頁。

<sup>6</sup> 如我國刑法第 28 條以下，先規範共同正犯，再為教唆犯與幫助犯的規定；德國刑法則是先在第 25 條規範了直接正犯、間接正犯，以及共同正犯，之後再在第 26 與 27 條依序規定教唆犯與幫助犯。

## 第二節 用語的釐清

### 第一項 「參與犯」名詞的使用

德國刑法在第 25 條以下，使用的標題雖然都是用 *Täterschaft und Teilnahme*（正犯與共犯）。但在第 29 條以下，是以參與行為（*Beteiligung*）與參與犯（*Beteiligten*）為規範用語。一般認為，這裡所指涉的「參與行為」，就是正犯與共犯的合稱，所以參與行為其實就是在討論複數行為人的參與形態<sup>7</sup>。至於「參與犯」則範圍較為限縮，而在部分的條文中，也會用來涵括相對較為狹義範圍者，如德國刑法第 29 條的教唆犯；此時共犯（*Teilname*）係指教唆犯與幫助犯，而參與犯（*Beteiligte*）則兼指共同正犯（*Mittäter*）及教唆犯、幫助犯三者<sup>8</sup>。

然而，德國多數學者對於 *Beteiligte* 的用法其實並未明確限縮範圍，有時也泛指所有的犯罪參與者<sup>9</sup>。本文認為，從整個廣義參與論觀之，真正有所謂參與型態的，大概也只有共同正犯、教唆犯與幫助犯；至於相近而可能會利用到他人的間接正犯，德國學者仍歸於單獨犯（*Alleintäter*）下，原因大抵是在於不論直接或間接正犯，都只是利用型態或工具，是直接或間接性質的理解而已，而與共同正犯或教唆犯與幫助犯等互相利用的情形不盡相同。因此，在德國法上，參與犯應是與參與論一般，都是廣義的指有複數人參與犯罪而言，只是在不同的條文中，有不同的強調意思。

至於我國學界，多半也認同以參與論（*Beteiligung*）為上位概念，其兼含了所有正犯與共犯層次的討論<sup>10</sup>。然而，對於「共犯」一詞的指涉範疇就有許

<sup>7</sup> 如 Kühl, *Strafrecht AT*, 2000, §20, Rn.1; Kindhäuser, *Strafrecht AT*, 2010, § 38 Rn.2f.

<sup>8</sup> 參閱 Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 2008, §29 Rn.3; Kindhäuser, *Strafrecht AT*, § 38 Rn. 17; Haft, *Strafrecht AT*, 2004, S.189.

<sup>9</sup> 如 Wessels/Beulke, *Strafrecht AT*, 2008, §13 Rn.515、526.

<sup>10</sup> 如陳志龍，「共犯」(?) 的刑事責任，載於現代刑事法與刑事責任/蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集，2002年3月，第6、7頁；黃常仁，刑法總論，2009年1月，第208頁；黃榮堅，基礎刑法學(下)，2006年9月，第791頁以下；陳子平，刑法總論，2008年9月，第441頁。

多不同意見。或認為參與犯僅指「教唆犯與幫助犯」，至於中文的「共犯」一詞，只是單指犯罪的共同，因此包括了上述的共同正犯、教唆犯與幫助犯的共同而言<sup>11</sup>。也有認為「共犯」是多數人的廣義參與，才是真正 *Beteiligung* 的同義字，至於「教唆犯與幫助犯」應稱為「從犯」較妥<sup>12</sup>。而單就共同正犯而言，早期學界認為（至少在 2005 年刑法第十六次修正前），共同正犯具有雙重身分，既是正犯，也是共犯<sup>13</sup>（參閱本文第二章第四節、第三項）。不過正犯與共犯雖然都是參與犯罪的人，但是兩者在犯罪的結構與從屬上都各有要件。由於通說認為在區分論下，這兩者是質上的不同（參見第二章第二節、正犯與共犯區分的討論），因此要讓共同正犯遊走在兩者之間，學說看法早有批評<sup>14</sup>。

綜上所述，本文以為由於名詞的翻譯是一種語言轉換上是否能得到共同認知的代名詞而已，因此以下採取比較異中求同的方式，先以有共識的文字為優先使用。首先，無爭議的 *Beteiligung*，也就是「參與（論）」係指涉本文以下所要談到的諸般正犯與共犯的類型，即使看來這個名詞只是一個事實性的內涵，看不出能代表什麼實際性的定義，不過至少是一個共識性的語言。次就正犯而言，由於已經有正犯與共犯區分理論的多所討論，因此「正犯」一詞指的也是一般常針對的單獨正犯、共同正犯，乃至間接正犯等。比較有問題的是「共犯」一語，單就其中文意思是指有複數人參與犯罪而言，故認為共同正犯能遊走在正犯與共犯之間，在中文上的認知並非全然無據。對此，關鍵就在於「共犯」一詞在中文上的多義性。參考德國法上的發展，本文以為，既然國內學者對於共犯已經有共識地僅指涉教唆犯與幫助犯<sup>15</sup>。故共犯一

<sup>11</sup> 陳志龍，「共犯」（？）的刑事責任，載於「現代刑事法與刑事責任/蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集」，第 6、7 頁。

<sup>12</sup> 閱黃榮堅，基礎刑法學（下），第 797 頁等。

<sup>13</sup> 韓忠謨，刑法原理，1982 年 4 月，第 271 頁；褚劍鴻，刑法總則論，1995 年 12 月，第 259 頁；陳子平，論共犯（含共同正犯）與預備罪之關連性，載於「罪與刑/林山田教授六十歲祝賀論文集」，1998 年 10 月，第 101 頁以下。

<sup>14</sup> 林山田，刑法通論（下），2008 年 1 月，第 29 頁

<sup>15</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006 年 6 月，第 248 頁；陳子平，刑法總論，第 441 頁；林東茂，刑法綜覽，2007 年，第 1-254 頁；許澤天，刑總要論，2009 年 2 月，第 176 頁

詞，就約定成俗，依 2005 年第十六次刑法典修正後所採用的方式，只指涉教唆犯與幫助犯。

最後剩下共同正犯的定位。共同正犯在本文定義下是屬正犯而非共犯。而若要討論複數人一起進行犯罪時如何決定論罪科刑等問題時，由於共同正犯、教唆犯與幫助犯有此一共同的特徵，這種廣義理解式的共犯意義，不妨在正犯與共犯的名詞外，另使用「參與犯」來涵括。

## 第二項 「參與犯」的獨立性與從屬性

討論獨立性與從屬性，向來都是只存在共犯的範疇中。實則，同為參與犯的共同正犯也有如此的討論可能（參考本文第五章第四節、第一項、第二款）。從而，本文在同時論及這共同正犯、教唆犯與幫助犯，是採取獨立性或從屬性的判斷時，即配合上述將共同正犯、教唆犯與幫助犯合稱為「參與犯」，而使用「參與犯的獨立性」與「參與犯的從屬性」的名詞。

## 第三項 從因果關連到歸責關連

犯罪如何成立，核心與基礎就是在於行為人的行為對犯罪的實現能夠具有「支配」。而其實支配已具體實踐在各個具體的刑法規範。也因此，符合刑法規範的犯罪行為，即可謂是對於犯罪的實現具有實質性的支配。但由於因果關連的用語受到因果關係本身只適用在結果犯的場域限制，而事實上因果關係，乃至於後來產生的客觀歸責理論，也都只是在表徵此一犯罪的支配而已，為求能使本文指涉的因果關連，可以不以詞害義而只限縮在部分犯罪型態，以下即以較為廣義的「歸責關連」稱之。

## 第三節 問題提出與解決實益

如同前述，我國刑法第 28 條共同正犯概念的存在，在刑法上一直是一個顛不可破的信仰：從其地位糾結在正犯與共犯之間，迄今都不乏學說認為其跨越有理；由於其仍歸正犯的一環，因此也佔有正犯判斷的犯罪支配類型中



的要角；而在成立要件上，替代（或修正）了原有的正犯行為與故意理解範疇，更進一步連因果鏈的成立都自立標準；最後在法律效果上，其操作也排除了個人主義的刑法本質，結果變成只要沾上共同正犯的邊，效果一律昇級（從未著手進展到未遂，從未遂進展到既遂）。從而，舉凡犯罪行為人達複數以上，共同正犯就如影隨形地影響著刑法的釋義（Dogmatik<sup>16</sup>）判斷。

然而，如果重新回到犯罪論的原始起點－對於個人責任的清算－加以省思，就不難發現，迄今形成如巨獸般的共同正犯概念，在四處修修補補的狀況下，是否仍能達成當初發展的初衷？抑或只是維持其形式上概念的美感，而不管其扭曲了原有架構到支離破碎？

問題的提出總應有適切的解決之道才有實益，而不論這樣的解決方式是否完美，至少就是一個面對問題的正確態度。而本文在解決模式上，除了借助德國文獻的「比較研究方法」外，主要是要借重對於現行共同正犯運作的「演繹方法」，呈現出共同正犯在現實操作上面臨與犯罪歸責原則的重大偏離，再依此提出本文的解決方式。

---

<sup>16</sup> Dogmatik 也有譯作論理學，教義學，乃至信條論。事實上這些也都是合理的翻譯。由於傳統對於 Dogmatik 解釋內涵（事實上 Dogmatik 這個字存來已久，只是一直在歷經不同的解釋而已），都不脫離概念法學的箝制，而認為 Dogmatik 就是「對於法律概念進行邏輯分析與切割→將分析結果整合於一個體系之內→再將分析結果運用於判決的說理之上」，像機器般地操作。如此的 Dogmatik 就是單純地在做法條文字的牽連，而不作更上層的價值思考，即使有時其因體系內的衝突而主張破壞式的刪除時也是一樣，這時的立場都只是基於法條體系內的拼湊與切割。雖然這個字的原本起源是自歐洲中古世紀教會對於聖經經義的解釋而來，重點在於不作價值體系外的懷疑，而只是作體系內的演繹；然而在經歷了不同時期的法學淬煉後，Dogmatik 也應與時俱進而有新意涵的賦予。從而，要使 Dogmatik 能脫離傳統十九世紀盛行的概念法學束縛之下，而給予真正該有的規範性（不是很僵硬地機械式複誦，而作有機的分析與反省）與實踐性（從真正的個案去適用與發展）的文字認知，則教義學與信條論的翻譯，會過於使人誤解法律僅只是將某種權威宣示逕直套用於具體個案，以及宗教與倫理意念的摻雜；甚至是失去了法律解釋中的規範性與實踐性，而無法與概念法學下的不合適看法加以區別。故相較之下，本文認為使用釋義學的修譯，毋寧是比較合宜的，其他相關討論可以參閱劉臺強，法律詮釋學之研究，文化大學法研所碩士論文，1998年6月，第40至41頁；同作者，法律知識論的建構－以法律釋義學的探討為基礎，輔仁大學法律學系博士論文，2008年1月，第109頁以下。



在問題的呈現上，本文將先介紹共同正犯概念在刑法上的起源，之後共同正犯在刑法上存在的效益，也就是共同正犯概念在現行刑法適用上的實然面，即為本文所提出問題所在的檢驗重點，本文並將置重於其修正原有犯罪論判斷上的部分，作一利弊分析。而在共同正犯的浮濫操作現狀下，本文將扭轉對共同正犯的原有操作，而回歸犯罪論基本的單獨正犯檢視。本文嘗試自刑法論理上更深層的建構基礎—「犯罪的支配」出發，重新檢示犯罪的支配原貌，並觀察其在實證上的落實，並且證立這其實就是立法者立法形成意志的貫徹。用支配來重新檢視共同正犯擴張上是否不當？進而是否須有修正共同正犯概念？甚至是廢除現行的操作模式？如果可能，回復單獨正犯的檢驗是否即足以解決共同正犯的諸般問題，進而可以解消其背離犯罪理論上的不當擴張？

上述所呈現的討論方式，除了可以更清楚共同正犯諸般問題解決的方向之外，也讓我們可以對於犯罪論的各個有更清楚的體認。而更可以讓我們在解決刑法各個概念所產生的內部衝突上，可以更積極去面對；而不至於再淪為各個概念之間「頭痛醫頭，腳痛醫腳」的窘境之中。



## 第二章 共同正犯概念的源起與形成

刑法的參與論（*Beteiligung*），談的就是參與犯罪的行為人不只有一人時在刑法上如何處遇的情形；如果從西方法制看來，可以上溯至羅馬法開始<sup>1</sup>。我國與德國、日本等歐陸法系國家<sup>2</sup>，當有複數的行為人參與犯罪之時，對於各個犯罪行為人，開始區分不同的形態而為處理。這些不同的參與形式在犯罪檢驗犯罪是否成立上，都多多少少地修正了原來刑法對於基本的犯罪成立（不論是二階論或是三階論）的要求。對於共同正犯的重視，這點也可以從各國法典的排序中大略窺見：如共同正犯通常是接在一般單獨正犯之後而為規定（如德國刑法第 25 條），不然就是將正犯認定委諸通說或實務的補充，而將共同正犯獨立加以規定（如我國刑法第 28 條、日本刑法第 60 條）。

現今毫無爭議的是，共同正犯具有正犯的本質，因此在論述共同正犯前，應對共同正犯如何自正犯衍生而出的背景有所交代。然而，何謂正犯？是否要進一步作正犯與共犯的區分？在法制史上延續至今，一直仍是爭論不休的話題，實有討論的必要。

### 第一節 犯罪行為人概念的討論

#### 第一項 討論犯罪行為人的實益

由於共同正犯是正犯的類型之一，自然也必須扮演著正犯都有的支配犯罪進行的核心角色<sup>3</sup>。而正犯是共同正犯的先決問題，不僅因為共同正犯是

<sup>1</sup> 早自羅馬法時期，就有在犯罪行為的實施中，區分不同的參與形式，但是發展成具有明確區分的形態定位與個別的定義，則是比較晚近的事，參閱 Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S.46ff.

<sup>2</sup> 至於英美法系對此一問題的處理，明顯不同，例如美國模範刑法典（U.S.C.）中的共犯與「共謀」概念。可以參閱林志潔，貪污共犯理論的再思考，*台灣法學雜誌*第 161 期，2010 年 10 月，第 45 頁以下的介紹；張明偉，*學習刑法—總則編*，2011 年，第 256 頁。

<sup>3</sup> 這是通說犯罪支配理論的說法，參考 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2000,

屬於正犯其中的一環；共同正犯的規範意義，也與一般的正犯不盡相同，而具有補充犯罪成立的意義（參見本文第三章第二節、第二項、第一款、第三目）。因此，要確定共同正犯前，必須先確立何為正犯。

形式上單就刑法構成要件而言，「實施犯罪行為的人（Täter）」雖然指的可能就是「正犯」。然而，正犯可能涉及的意涵甚多，在不同刑法理論體系內可能指涉的意義就不盡相同，如具體應用到一體正犯的一元論與區分理論時，這時正犯範圍的大小不僅有所區分，其概念的涵攝範圍也不盡相同。

對於以下要討論的「犯罪行為人」，德文為「Täter」，本文在修譯上，是以「行為人」稱之。因為是在決定正犯概念前，對於可能為犯罪行為之人<sup>4</sup>的描述。既然如此，自然不該在未確定正犯之前就限制其指涉範圍，乃至可能與其相對的共犯概念範圍。更何況依照通說正犯共犯區分論的論述方式，緊縮或擴張後的結果是指正犯，限制或擴張刑罰範圍事由是指共犯。自該用更上位的概念去定性未定位正犯或共犯前的「行為人」。因此以下在介紹何謂個別刑法法規範的「實施犯罪行為人」時，為避免此一在後階段會有爭議的正犯用語，先層升抽象簡化以「行為人」來加以論述<sup>5</sup>。

---

#### S.126.

<sup>4</sup> 德文的 Tat，一般是譯為「犯罪」，或是「行為」；而 Täter，則是自此轉變而來的「施行者」，國內的多數學說與實務，多修譯為「正犯」，並藉此與立於犯罪輔助角色的「共犯」相對應。同屬正犯與共犯區分論為主流的德國，Täter 或 Täterschaft 多半認為是僅指正犯。然而，從德文原文觀之，「行為人」一詞似乎更貼近詞意，而也與從事犯罪或行為之人的意涵相近，國內部分學者也採取如此看法。如柯耀程，單一行為人概念評析，載於「變動中的刑法思想」，2001年9月，第251頁以下。因此，Täter 應該在不同的理論前提架構之下有不同的認知才是。準此，本文以下在論及 restriktiver Täterbegriff 時，由於這時是超越正犯與共犯的區分與否之前的論述，故此時的 Täter 就翻譯為「行為人」。而在論及後述的一元論與區分論時，這裡的 Täter 則譯為「正犯」以與 Teilnahme 的「共犯」，相對視。故本文在下述的名詞使用上，對於 Täter 是採取「行為人」與「正犯」兩者不同地方不同的理解。

<sup>5</sup> 亦有以「犯罪人」稱呼者，如黃榮堅，基礎刑法學（下），2006年9月，第798頁以下。

## 第一款 概念釋義—往昔相斥的緊縮與擴張行為人概念

### 第一目 追本溯源

刑法主要在確立對於犯罪行為人所為的「行為」，應予如何處罰的根據<sup>6</sup>。因此，不論認為如何的行為才是要透過刑法犯罪理論所檢驗者，不可忽略的是，行為仍是由「行為人」所為。因此，如何的行為人才是刑法所要處罰的對象，仍是重要的基本論述。對此，學理上多半是以 1929 年德國學者 Zimmerl 所闡述出的「緊縮行為人(restriktiver Täterbegriff)」與「擴張行為人(extensiver Täterbegriff)」概念來作最基本的建構<sup>7</sup>。

至於另有學說認為下述的擴張與緊縮行為人看法，會與正犯及共犯區分的客觀理論、主觀理論的走向一致或有緊密關聯<sup>8</sup>。就此也可以看出，這是學理當年討論背景的相互影響<sup>9</sup>，不能否認其關連性，但要說緊縮行為人概念一定導出客觀理論，而擴張行為人概念會採用主觀理論，恐怕是一種過度的臆

<sup>6</sup> 這就是所謂的「行為刑法」，然而現行刑法是否全無例外，也不盡然。現行刑法仍有許多針對行為人「個人」處罰的規定，例如累犯。至於如此規定是否妥適，是另一個問題。中文文獻討論可以參見林鈺雄，保安處分與比例原則及從新從輕原則—評大法官釋字第 471 號解釋，載於「刑事法理論與實踐」，2002 年 6 月，第 283 頁以下；同作者，新刑法總則，2011 年 9 月，136 頁以下。

<sup>7</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，載於「刑法問題研究（一）」，2008 年 7 月，第 179 頁註 152。

<sup>8</sup> 如蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年 7 月，第 406 頁以下與洪福增，刑法之基本問題，1964 年 10 月，第 193 頁，就認為緊縮的正犯概念是正犯區分論中之客觀理論所採，擴張的正犯概念則是主觀理論所宗。只是這樣的說法也並不絕對，例如就有主張擴張行為人概念也能與形式客觀理論的說法相結合。所以至多只能說是概念上的投射或相互影響罷了，相關見解可以參閱 Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnamelehre, ZStW 49 (1929), S.49f; 蕭宏宜，間接正犯的成立範圍，成功大學法研所碩士論文，2001 年 7 月，第 20 頁註 56；蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 144 頁註 29；較為完整的連結與正反意見介紹可以參閱 Bloy, Die Beteiligungsform, S.115ff.

<sup>9</sup> 如 Jescheck/ Weigend, Strafrecht Lb, 1996, S.648f.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S.5 都指出主要是在等價理論的適用上；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，2009 年 1 月，第 208 頁註 4。

測<sup>10</sup>。

## 第二目 緊縮的行為人概念

所謂的緊縮的行為人概念，是從構成要件概念的形式論述出發，這也與當時通行的古典犯罪理論，對於不法構成要件的認定有關。亦即，這是依附在構成要件形式認定的核心基礎之上，所作的行為人解釋<sup>11</sup>。

其認為可罰的行為均屬立法者所定不法構成要件所描述的行為，故所謂行為人的概念亦應依附其上，行為人就是實現立法者所定不法構成要件之人<sup>12</sup>。從而，藉由他人之構成要件該當行為實現犯罪，而對於構成要件之實現僅具有原因力之人，就不會是實現犯罪的行為人<sup>13</sup>。至於在正犯與共犯區分的方向上，緊縮行為人概念則是推演出：親自實現的行為人才是刑法所要處罰的行為人，也就是現行體系中的正犯；而現行法中教唆犯與幫助犯之規定，也就是共犯，是一種非自我實現構成要件行為者，若要加以處罰，就是一種「擴張刑罰事由」<sup>14</sup>。

<sup>10</sup> 柯耀程，參與與競合，2009年10月，第11頁註6。

<sup>11</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第141至142頁。這時的構成要件概念是中性的無價值色彩的、罪刑法定原則判斷則是封閉式的，即並不容許對行為有利的類推等情形存在，而且是在構成要件的涵攝上也是謹守嚴格的形式論。

<sup>12</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, 2005, E2 Rn.5.

<sup>13</sup> 林山田，刑法通論（下），2008年，第31頁。一般認為，若未有法制的明文，此一概念無法合理的解釋間接正犯的情形，如余振華，刑法總論，2011年8月，第354頁；蔡墩銘，刑法精義，2002年2月，第306頁。如此看來，或認：「通說如果承認了正犯後正犯的概念，就等於是已經放棄了原先所主張親手實施構成要件者才是正犯的「緊縮行為人概念」，因為就正犯的構成而言，自己有沒有親手為構成要件之行為已經不再是重點，重點只在於幕後利用者是否支配了構成要件的實現。在這種情形下，已經很難繼續主張通說仍堅持著原初的緊縮行為人概念，更甚至是放寬承認了（蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第175至176頁）」。  
事實上，間接正犯當初依負責原則的原始形態，早就已經行為人（後台）不是親自實行犯罪者，這似乎已經是傳統緊縮行為人概念無法解釋的了，更遑論後來逸脫原始形態的「正犯後正犯」。

<sup>14</sup> 韓忠謨，刑法原理，1982年4月，第305頁註1；余振華，刑法總論，第354頁。對於通說的論述，有批評見解認為這裡若認為共犯不是行為人，根本無由成為刑法評價的對象，另外對於不是行為人之人的處罰，站在法定原則的要求下，不論是刑



### 第三目 擴張的行為人概念

擴張的行為人概念，其理論基礎在於「條件理論」的因果支配之上。從因果支配的理解上，行為人的概念不限於形式，是一種實質性的認定。故行為人是指所有惹起構成要件實現之人，但卻不限於實行構成要件該當行為之人<sup>15</sup>。只要是透過因果支配不法構成要件之實現，就是實現犯罪的行為人<sup>16</sup>。至於在正犯與共犯區分的方向上，傳統正犯為實現犯罪的主角，固屬此一概念下之行為人，而共犯性質的教唆犯與幫助犯亦就構成要件實現有因果的支配力，本質上亦屬行為人概念的射程範圍之內，只是共犯處罰的角色相對於正犯，是一種減輕的事由，是在行為人或正犯群中劃出另一塊處遇上較為輕微的場域，故在此概念下將現行法上關於共犯之規定理解為「限制刑罰事由」<sup>17</sup>。

此說內在的難處，顯而易見的是所有非立基於形式論所必須克服的，所謂實質的支配如何認定之問題。此外，一般認為此一說法也無法對於特別犯或己手犯等提出說明，因為這二種類型必須是具有一定資格之人或是由行為人親自實行犯罪或方屬正犯而較難有實質面來加以建構<sup>18</sup>。

---

罰擴張事由的說法或是獨立處罰的說法，都有恣意之嫌。故認知上，必須先將正犯與共犯立於行為人概念之下，參閱柯耀程，參與與競合，第6頁註4。這其實是解釋上的問題，通說的說法只是因為在名詞的使用上，先使用了正犯一詞，如果能先用上位一點兼含正犯與共犯意涵的用語，上述的質疑自然能減少。

<sup>15</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.8.

<sup>16</sup> 余振華，刑法總論，第354頁。從發展背景看來，緊縮行為人與擴張行為人概念同樣影響到了構成要件解釋方向。例如專注於文字的涵攝與否，就是緊縮行為人時期的產物；若是對於不定式構成要件，利用因果關係的反推者，則是擴張行為人概念的影響。參閱蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第30頁。

<sup>17</sup> 林山田，刑法通論（下），第32頁。不過另有以為此一名詞不當，因為共犯與正犯在此一概念底下都有被處罰，只是對於加工輕微者，作較輕的刑罰處罰而已，因此刑罰根本並未被「限縮」，參閱柯耀程，參與與競合，第9頁註5。

<sup>18</sup> 林山田，刑法通論（下），第32頁。

## 第二款 二組名詞命運非必然依存

當初發展這樣的解釋模式，只是要對於個別構成要件中的行為人如何界定，依不同情形，作出緊縮或擴張兩個不同的方向所作出的詮釋<sup>19</sup>，現今已經擴張成對於行為人界定的上位討論，並且進一步將涉及正犯共犯是否應予區分的看法，相互結合。傳統是將正犯與共犯的區分論與一元論，連同緊縮行為人與擴張行為人的概念兩者結合<sup>20</sup>。亦即，兩套理論是各自分流，前後呼應<sup>21</sup>；而將緊縮行為人概念與區分論作聯結認為：在緊縮行為人的概念下，衍生出的是正犯與共犯區分的區分論；而如果採取擴張行為人概念者，則傾向不區分正犯與共犯的一元論立場<sup>22</sup>。

然而仔細探究上述的行為人解釋概念可以發現，這兩組概念都是在解釋如何進一步導出現今刑法體系內的正犯與共犯體系，所以要說緊縮的行為人概念可以推導出正犯與共犯的區分論，而擴張的行為人概念則是單一正犯（一體正犯）的一元論，恐怕要對說法的源頭再作一些解釋才是。也或許在邏輯上，可以認為單一正犯理論以擴張正犯概念為前提，但是擴張正犯概念則不一定導致單一正犯理論的主張，兩者實有不同<sup>23</sup>；然而至少可以從在區分論下，擴張正犯概念對於教唆犯與幫助犯是稱為「限縮刑罰事由」，而緊縮正犯概念對於教唆犯與幫助犯是稱為「擴張刑罰事由」，可以知道兩者並無絕對的

---

<sup>19</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 144 頁註 27、第 179 頁註 152。更甚者，國內學者進一步據此闡釋，正犯共犯區分理論中的客觀與主觀說法，也依此加以推衍，參見蘇俊雄，刑法總論 II，第 405 頁以下。不過有中文文獻認為依世界各國立法趨勢以觀，這才是主流思考，參閱蔡墩銘，刑法精義，第 305 頁，由於未附佐證，無法得知推論的基礎樣本何在。

<sup>20</sup> Trifftere, Österreichisches Strafrecht AT, 2004, 1993, 16/14, 23.

<sup>21</sup> 黃翰義，刑法總則新論，2010 年 10 月，第 327 頁；蔡墩銘，刑法精義，第 304 頁以下。

<sup>22</sup> 如 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.10,25。一般會認為區分理論是源自於緊縮行為人概念，而單一正犯理論是源自於擴張行為人概念，兩者有緊密的依存關係。因此有認為採取緊縮行為人概念，必然會產生接納區分理論的結論，參考許玉秀，實質的正犯概念，載於「刑法的問題與對策」，1999 年 11 月，第 29 頁。

<sup>23</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），在 2003 年 5 月初版中第 288 頁註 22。



依存關係；只是一般學者也會把區分論下對於擴張正犯概念衍生出對教唆犯與幫助犯之「限縮刑罰事由」，緊縮正犯概念衍生出對教唆犯與幫助犯之「擴張刑罰事由」，認為是兩概念下的固有意涵。這樣看來，其實擴張或緊縮正犯概念，只是告訴我們什麼是犯罪行為人，進一步也就是確認了何謂正犯，而並不是在告訴我們，就有或是沒有教唆犯或幫助犯的生存空間<sup>24</sup>。對於這兩個概念不必然就會衍生出單一正犯的一元論與區分論，兩條截然不同的解釋之路<sup>25</sup>。也因此，目前包括不論國內外的多數學理看法，不是認為兩組概念不用各自比附援引<sup>26</sup>，就是認為其實不論緊縮或擴張的行為人概念，都是仍然是基於區分論的觀點而產生，所以將擴張或緊縮行為人概念的討論劃歸到區分論下的討論，而另外就一體正犯概念獨立介紹<sup>27</sup>。

最後，如果再上溯自學說提出的源頭解釋，就更能發現，其實此二概念的提出，目的只是要在當時形式構成要件嚴格判斷的立場下，討論何種情形是已經該當於構成要件的行為人而已<sup>28</sup>。而這些解釋在客觀歸責等理論提出之後，亦即構成要件理論等發展更為完備與複雜時，充其量只能當作理解的素

---

<sup>24</sup> 參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），第 798 頁註 7。

<sup>25</sup> 如此觀之，德國與奧地利各以緊縮或擴張行為人概念建構起區分制或一體正犯，也並沒有什麼值得詬病之處，因此以若有明文化的構成要件體系，就認為應以限縮行為人概念為準據，恐怕也是一種自相矛盾的說法，參閱柯耀程，刑法總論講義—修正法篇（上），2005 年 10 月，第 301 頁註 10。

<sup>26</sup> 如柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 304 頁：「採取何種行為人概念，與是否區分參與型態，並無一定之必然性關聯。在限制行為人概念下，可以作正犯與共犯的區分，當然也可以不作正犯與共犯之參與型態區隔……倘若有此種偏執的看法，則在擴張行為人概念下，對共犯的處罰是一種刑罰限縮事由的命題將不復成立，蓋既無共犯型態，何來對之處罰，更何來刑罰限縮事由呢？」。或是黃榮堅、基礎刑法學（下），第 799 頁註 11：「廣義犯罪人概念者是否要對教唆犯、幫助犯或共同正犯另為區分類型之規定，端視其對於這幾個概念之間不法或責任內涵是否有所差異而定。因此持廣義犯罪人概念者對於犯罪參與類型之處理，在邏輯上不一定是採取區分模式或不區分模式」。

<sup>27</sup> 如 Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2009, §13 Rn.506；林山田，刑法通論（下），第 30 頁；張麗卿，刑法總則理論與實用，2011 年 8 月，第 325 至 326 頁；靳宗立，犯罪參與論 I，2010 年，第 395 頁；余振華，刑法總論，第 353 至 354 頁。

<sup>28</sup> 參閱 Zimmer, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, S.39ff.

材與法制史的參考<sup>29</sup>，甚至只是純粹構成要件該當性的認識問題而已<sup>30</sup>。在目前的刑法參與論判斷上，明顯實益已經不大。也因此，學理上漸漸平息這兩組概念的爭執與討論<sup>31</sup>，或是重新尋找其他的出路，也就不足為奇了（參考本文下述第三款）。

實則，上述的二組概念，只是一個具有概念解釋意義的說法，更具體地說，僅係為後續的正犯與共犯區分論或一元論的概念，提供最早的解釋背景而已。這兩種概念都只是用來解釋構成要件而已，而是否只是對於行為人自己親自為之的文字掌握？這是不是另一個形式與實質認定之爭的著力點而已？從本文下述要介紹的其他省思說法，更可以得知。更由於後續討論的重心已經是在制度選擇上，因此，基於概念的功能性考量，對上述行為人概念，其實沒有必要再多花心力去關注。更何況，如果沒有這些解釋，似乎更可以適應且杜絕衍生的一元與二元體系根源爭議。因此，忘了上述爭執也無所謂，當可專注在處理正犯與共犯的相關問題之上。

綜合而論，行為人概念只是在告訴我們：什麼是刑法上要處遇的人。而基於罪刑法定原則的基本要求，這並不會也不能脫離對於構成要件的解釋。從而，如果認為緊縮或擴張行為人是對於何謂刑法上犯罪行為人的定性，似乎是過度擴張了其功能。本文以為，從此一概念的討論緣起，大概也是基於解釋行為人的形態，到底要有多大；而非確立其範圍為何。因為不論是擴張或緊縮行為人概念，都不會漏掉應同受處罰的共犯。因此可以如同其他早期發展的理論根據，如古典犯罪理論、物的違法觀<sup>32</sup>等，將其當作瞭解理論發展的背景知識即可；或是類如早期發展此一說法般，只是為了解釋行為人概念的寬窄而已。總之，不必過度追求。也或許可以這麼說，理論間的彼此思考背景接近，是有其時代背景。以傳統的自然法學背景衍伸出的思考，如古典

---

<sup>29</sup> 參閱 Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S.140 所闡述的諸般說法及蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 179 頁註 152。

<sup>30</sup> Schild, in: NK-StGB, 2005, vor §§25-31 Rn.79ff, 131f, 331ff.

<sup>31</sup> 如 Heinrich, Strafrecht AT-2, 2005, §33Rn. 1203；陳子平，刑法總論，2008 年 9 月，第 437 頁以下；黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，第 205 頁；林書楷，刑法總則，2010 年 3 月，第 270 頁以下等都放棄了對上述二組概念的介紹。

<sup>32</sup> 請參閱甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006 年 6 月，第 127 頁的介紹。

犯罪理論，與當時的構成要件概念，都是一種嚴格解釋的產物，自然導出限縮的行為人概念；而如同其他理論（如著手實行的實質客觀理論般）的發展一般，後來演變成實質的認定標準，這時出現以實質性的支配（或因果關係）來認定行為人，並且影響了後續正犯與共犯區分的主觀理論，乃至犯罪支配理論，當然也就不足為奇了。

### 第三款 從規範理論出發的重新理解

由於現今通說所理解的不法，不再限於結果不法，而包含了行為不法<sup>33</sup>。學說上自另一個角度「行為規範與制裁規範」區分出發，去理解行為人，這就是「規範理論」。規範理論主張，客觀上有沒有發生法益侵害以及結果，及該結果應否歸責於行為人的行為都和不法無關，而是僅涉及刑罰需求性高低的問題。法規範只能影響並在行為當時發揮作用，其所以控制的，永遠只是行為人的行為，至於緊接於行為之後的因果流程與結果，則是受到自然法則支配，不再是人類社會的法律規範所以禁止與影響的；行為後方發生的事實，只會影響需罰性的高低而已。

詳言之，刑法上的不法是指從事牴觸行為規範的行為，這也是刑法對於行為人施加處罰的理由。刑法所要處罰的行為人是將其牴觸行為規範決定付諸實行的人，至於行為規範的判斷雖然是抽象的規範，卻也須考量在個別情形下，個別行為人所須遵守的相關義務<sup>34</sup>。其藉由法益保護的迫切與否來進一步區分正犯與共犯<sup>35</sup>，如正犯（或直接正犯）是對於禁止規範（*Verbotnormen*）所保護的法益，其行為具有較為迫切的保護義務；相對於所謂的共犯禁止規範（*Teilnahmeverbotsnormen*）則較不具急迫性，處罰的基礎是由於他人違反義務行為所造成的危險之上，至於法益的侵害與否並不會單純取決於共犯的

<sup>33</sup> 參閱 Roxin, AT-1, 2006, §7. Rn.25 及余振華，刑法總論，第 220 頁以下。真正開啟行為不法與結果不法的區分要屬 v. Webers，相關介紹與分析，可參閱 Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973，尤其是 S.56 註 200 的分析。

<sup>34</sup> Stein, Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S.97.至於用規範呈現方式來理解現行的各種參與形式，可以參閱該書 S.221 以下，尤其是 S.259f 的整理。

<sup>35</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13, Rn.514 的介紹亦同。

決定之上<sup>36</sup>。簡言之，此一論述下的正犯與共犯區分，正犯的行為規範是建立在一人或數人的整體行為對於法益侵害的直接可能性上，至於共犯的行為規範則是透過他人或是幫助行為所衍生出對於法益侵害的危險上，而兩者的規範重點主要在於不同的行為義務違反（Verhaltenspflichtverletzung）之上<sup>37</sup>。

## 第二節 共同正犯的先決問題－「正犯」性的界定

前述行為人概念的發展介紹中，縱然不對其作理論選擇，甚至是立於比較忽視的立場，將其視為共同正犯發展的歷史討論軌跡。不過底下的區分就必須進一步做抉擇了。因為正犯的定位雖然可說在緊縮或擴張的行為人上並無影響，但是在要不要硬性分出次類型的共犯，並給予不同評價，則有區別。這也就是一般討論的單一正犯概念的一元論與正犯共犯區分論的不同。

因此，接續著何為刑法上的行為人概念解釋，接下來要作的第二個選擇，也就是確認共同正犯的核心－「正犯」質的確定<sup>38</sup>。首先要說明的是，這時正犯與共犯是否需要被區分，也就是一元論與區分論的分立，對本文主題共同正犯的討論其實影響並沒有想像中的大。因為不論採取一元論的單一正犯體系或是正犯與共犯不同的區分論，大概都沒有否認共同正犯的概念的存在，只是可能在認定的標準或範圍有所差距（參考本文第五章第三節、第四項）。本文下述作出的方向選擇，毋寧只是一種抉擇；思考的前提是，在現行法的體制下，如何能為現行的共同正犯作出新的合宜詮釋。

---

<sup>36</sup> Bauer, Vorbereitung und Mittäterschaft, 1996, S.17f, 進一步的描述與批評如在犯罪的實現可能性上，一個必要的行為方式也可能創設出對於法益保護最高急迫性的「幫助犯」等，可以參考 Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.24f.

<sup>37</sup> 如共同正犯就是違反了共同正犯的行為義務（Mittäterschaftliche Verhaltenspflicht），參閱 Bauer, Vorbereitung und Mittäterschaft, S.110f.

<sup>38</sup> 區分論下整個的參與犯體系，正犯都是主角，共犯只是在形塑出正犯之後剩下的配角，參閱 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S.283.



## 第一項 本文的基本立場－傳統的二元區分論體系

由於本文最後對於共同正犯認為是回歸仍然是「正犯」的本質。因此，有必要先說明的是，本文採取的正犯認定，到底是採取如何的立場。

首先，本文對於共同正犯的判準，不是一種超越現行法的看法，毋寧是一種自犯罪論出發，對於共同正犯的重新反省。依照本文看法，對於共同正犯不是重新定義，即使對於部分法條的文字與使用有修正必要，仍是植基傳統釋義學的反省而得出等同於單獨正犯的看法（參考本文第五章第四節）。因此，對於一元論與區分論的主張，既然是一種立法形式的選擇。在目前的實然立法制度下，本文仍然是依循著現行法的框架，認為共同正犯必須以對於犯罪構成要件的實現具有支配力的正犯為前提。也就是，在區分論的框架下，傳統的正犯範疇，定位是比較清楚，也是討論的焦點。雖有謂一元論與區分論所差者，其實不是正犯的定位，而是在正犯範圍的大小<sup>39</sup>。然而，對於共犯，嚴格來說並非不具犯罪構成要件實現的支配性，而是其支配性是展現在另有教唆或幫助犯須予滿足<sup>40</sup>，就此也與一般性的正犯規定不盡相同。由於其從屬性的影響，因此定位如何，就有極大差異，這同時也進一步影響到，其不法內涵的高低，以及量刑<sup>41</sup>。因此，本文是依循現行法的規範，而採取區分論的體系。至於更進一步關於教唆犯與幫助犯的共犯是否如何建構，則是另一個

---

<sup>39</sup> 這樣的理論現象批判可以參見柯耀程，參與與競合，第 25 頁；同作者，支配理論的緣起緣滅，月旦法學教室第 100 期，2011 年 2 月，第 213 頁。

<sup>40</sup> 這部分涉及共犯成立的細部討論，例如是否要以共犯從屬性當作上位正當化的原則，或只是當作檢示的標準之一；教唆與幫助犯是否限於故意、其因果關係與客觀歸責如何認定等，都是呈現其支配性的具體化討論。

<sup>41</sup> 從客觀角色認定上，正犯的行為不法內涵，應較共犯為高，參與角色自然能夠提供給審判者，作為論罪科刑時的參考指標。但如何確立參與者行為不法的內涵，則是規範認定標準構成要件的任務。關於不法與罪責的認定，不論是一元論或區分論，均是從個別行為人的行為不法內涵加以判斷。參與形態的確立，是作為判斷行為不法內涵的前提要件，而不法又為責任的認定基礎，故從參與型態到可罰性確認的關係，是嚴格邏輯順序的關係。總之，參與形式的認定，充基量僅為行為不法的前提而已，各行為人的不法內涵，仍不脫應個別自構成要件的規範標準中加以認定，參閱柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），第 321 至 322 頁。其並舉奧地利刑法第 12、13 條作為說明的佐證。

問題，不在本文的討論範圍中。

## 第二項 正犯性的認定—以區分論為前提

### 第一款 客觀理論

#### 第一目 形式客觀理論

此一觀點係純就構成要件該當行為之形式客觀面，來區分正犯與共犯。亦即，正犯是指自己實行一部或全部構成要件行為之人，共犯則係經由一個準備行為或支持行為參與他人實現構成要件之人<sup>42</sup>。這樣的說法是完全植基於構成要件的形式判斷，立場可謂受到當時古典犯罪理論、自然主義風潮下對於構成要件純客觀概念的影響<sup>43</sup>。

不過這樣的觀點由於侷限於形式論，能掌握的正犯範圍也相當狹窄，僅能及於直接正犯、單獨正犯、同時犯，至於間接正犯以及共同正犯則無法被列於正犯之列<sup>44</sup>。原因在於單就形式而言，間接正犯與共同正犯是沒法滿足直

---

<sup>42</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13 Rn.511.

<sup>43</sup> 林東茂，刑法綜覽，2007年9月五版，第1—253頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，第327頁。不過另有以為，此一論點以構成要件作為界線，而將共犯從犯罪行為加工的因果關係中劃分出來，主要係為限制因果理論在參與論中認定行為人的作用，蓋如以因果關係來判斷參與形態，因正犯與共犯在犯罪行為的加工上，均為等價條件，而將使得正犯與共犯無從區分，參見柯耀程，參與與競合，第8至9頁。對此，本文認為，實質客觀的觀點是對形式論者純依當時的嚴格意義罪刑法定原則下，所衍生出的結論有所質疑所提出的見解，應該不是真有基本預設要與其他理論作區隔才作出如此主張。

<sup>44</sup> 柯耀程，參與與競合，第14頁；同作者，刑法總論講義-修正法篇（上），第334頁：如依該理論之見解，唯有親自實現一部或全部構成要件之行為者，始為正犯，餘者為教唆犯或幫助犯。則共同正犯基於共同性所為分工之情況，對於未親自實行構成要件的行為人，則僅能認為幫助犯而已，乃造成共同正犯與幫助犯間區隔的難題。林鈺雄，新刑法總則，第414頁更指出此一論點無法把幫派首謀包納於共同正犯的概念；另黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，第208頁註4闡釋了對於間接正犯成立可否依此成立的質疑，蓋其類型在形式客觀理論的見解中並不存在，因為利用他人實現犯罪行為的幕後操控者，充其量僅能認為教唆犯。

接實現構成要件的要求。在非定式犯罪，這樣的形式推論也很難先論證出，構成要件規範的「行為」是什麼<sup>45</sup>？

這也影響早期延續到目前的思維：「分則的規定是正犯的構成要件」，「共犯至多只是修正構成要件而已」，「在客觀上親自實現分則構成要件該當行為之人恆屬正犯<sup>46</sup>」。事實上這樣的形式思維，除無法掌握共同正犯與間接正犯；乃至「對於刑法第 29 條以下，立法者採取的是共犯構成要件最大公約數之共同要件的提出，因此分則的構成要件不是只有正犯適用，共犯一樣可以，只是要搭配第 29 條以下一同檢視」。如此的解釋之下，形式判斷的上述思維觀點早已面臨崩解。

## 第二目 實質客觀理論

與上述相對，有以行為在客觀上的危險性或在因果關係上的份量為區分標準，來判斷正犯與共犯。此見解不受到所謂「構成要件行為」實行的限制，而係自行為在客觀上的危險性著眼。因為正犯相較於共犯，具有較高的危險性，故以行為在客觀的危險性或在因果關係上的分量來區分<sup>47</sup>。不過更精準的說法應是，實質客觀理論只是一個集合性的名詞<sup>48</sup>，是各個在實質內容上，以客觀標準為導向的理論綜合而得的概括見解<sup>49</sup>，底下其實是有許多不同見解存在。例如以客觀上的對於犯罪的因果貢獻是否立於主要角色，來區分正犯與

---

<sup>45</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht Lb, S.648f. ; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13 Rn.511.

<sup>46</sup> 林山田，刑法通論（下），第 37 頁。這也是德國刑法第 25 條第 1 項前段規定「親自違犯犯罪行為之人，依正犯處罰之」的基礎。

<sup>47</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht Lb, S.648f. ; 余振華，刑法總論，第 356 頁。

<sup>48</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 829 頁。這與著手實行判斷的「實質客觀理論」說法相似，早期並沒有嚴格區分這部分，不過在後來的學說發展上已經開始加以區別，這部分可以參考游明得，論刑法上著手實行的判斷—判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌，2005 年 6 月，第 157 至 167 頁。也因此，有人延伸認為實質客觀理論見解並非為區分正犯與共犯的完整見解，而僅係各種為填補形式客觀理論不足之個別論述觀點而已，其並非獨立之客觀理論，柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 346 頁。

<sup>49</sup> 柯耀程，參與與競合，第 14 頁註 9。

共犯的「必要理論 (Notwendigkeitstheorie)<sup>50</sup>」；從在犯罪行為「實行」之前或當中產生影響來判斷，若是事前參與者為共犯，事中參與者為正犯的「同時性理論 (Gleichzeitigkeitstheorie)<sup>51</sup>」；以及採取綜合判斷立場來判斷，對於犯罪進程給予影響力高低的「身體與心理媒介的因果關係 (Physisch und psychisch vermittelte Kausalität)<sup>52</sup>」；甚至是以在犯罪中居於優勢或從屬地位來區分正犯與共犯的「優勢理論 (Überordnungstheorie)<sup>53</sup>」等。

## 第二款 主觀理論

主觀理論者認為在客觀面上，正犯或共犯都是基於條件理論之因果關係，只要有條件關係都是等價，因此要從客觀面區分正犯與共犯實有困難。也因為由客觀上無從加以分界正犯與共犯，而必須由行為人之主觀面切入觀察<sup>54</sup>。主觀理論的發展可歸納為從純主觀，到因應現實檢驗客觀面向化，發展成以下的極端主理論與限縮主觀理論二個主要走向。

---

<sup>50</sup> 這是一個有長久歷史演進的說法，故在 Roxin 教授文中稱為「Die Lehre von der Notwendigkeit des kausalen Beitrages」，至於必要性理論的名詞是後來才比較確立，詳見 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.38ff.

<sup>51</sup> 最早的說法是將犯罪的參與分成事前 (concursum antecessens, vorhergehender)，事中 (concursum simultaneum, gleichzeitiger) 與事後 (concursum subsequens, nachfolgender) 的共同行為人 (Teilnehmer) 來討論，事後的形態後來被加以剔除。之後發展成在行為實行中產生影響為共同正犯的參與形態，而參與實行之前者則類如目前的幫助犯。詳見 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.41ff.

<sup>52</sup> 亦即，在犯罪實施的過程中給予因果鏈上的直接影響者，為正犯；若是只對於他人的自我行為導致結果產生的過程中給予助力者，只是共犯。詳見 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.44ff.

<sup>53</sup> 此一觀點在區分正犯與共犯 (尤其是共同正犯與幫助犯)，不是以一般或特定的標準或要素，而是綜合依個案中行為人究竟是佔有優勢或只是從屬的劣勢，來加以區分。詳言之，依行為在犯行中的整體評價，對於法益侵害，若行為人居於平等重要地位者，為正犯 (共同正犯)；反之，若只展現出從屬地位，則為共犯 (幫助犯)。詳見 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.49ff.

<sup>54</sup> 參閱 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S.5；林山田，刑法通論 (下)，第 51 頁。



## 第一目 極端主觀理論<sup>55</sup>

主觀理論基本上是以行為人主觀上的意思方向與內在立場區分「正犯意思 (anismus auctoris)」與「共犯意思 (anismus socii)」，並以此確立正犯與共犯<sup>56</sup>。然而，何謂正犯意思？何謂共犯意思？基本的極端主義立場認定的標準，是以正犯具有獨立的犯罪意思，共犯則是非獨立的犯罪意思加以區分。在犯罪意思上服從正犯的意思，是否以及如何實施犯罪，聽任正犯的決定<sup>57</sup><sup>58</sup>即為共犯。這也是德國實務上自帝國法院以來，就主張的見解<sup>59</sup>。以有名的德國浴盆案 (Badewannenfall) 為例<sup>60</sup>：一甲女未婚生子，生產完畢後央求其妹某乙為其將所產之子殺害。法院依主觀理論認定，甲女係基於為自己犯罪的意思，故為正犯，乙女則係為他人犯罪的非獨立犯罪意思，成立幫助犯<sup>61</sup>。另

<sup>55</sup> 有稱故意理論或故意說，如蔡墩銘，刑法精義，第 315 頁；林書楷，刑法總則，第 278 頁；余振華，刑法總論，第 356 頁。靳宗立，刑法總論 I，第 397 頁則名為犯意說。

<sup>56</sup> 柯耀程，參與與競合，第 15 頁。

<sup>57</sup> 如 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S.5；陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，月旦法學雜誌第 114 期，2004 年 11 月，第 40 頁。學理上也有人將這樣的解說內容歸於限縮主觀理論範疇，如黃惠婷，犯罪支配理論下的共謀共同正犯，台灣法學雜誌第 161 期，2010 年 10 月，第 73 頁就稱：「稍後修正的故意理論與利益理論……」。

<sup>58</sup> 另也有主張用「行為人以正犯意思實施行為者為正犯，以參與意思者實施犯罪者為共犯」，並舉我國實務 (司法院 28 年院字第 1905 號解釋) 中之「以自己犯罪之意思」為輔佐，如蔡墩銘，刑法精義，第 315 頁。主觀理論本來就是在討論何謂正犯與共犯意思，上述定義沒有進一步說明標準而單純以問答問，是一種沒有碰觸到核心的循環認證。至於後述舉我國實務見解的「以自己犯罪之意思」，也看不出所指為何，因為這樣的文字也根本模糊到不具可檢驗性。這部分的批評也可以參見黃榮堅，基礎刑法學 (下)，第 831 頁。但本文也要指出的是，黃榮堅教授的批評是針對上述文獻單純要以正犯與共犯意思來區分正犯與共犯者而言，一般的主觀理論，對於正犯與共犯是另有其認定的意涵，大概也不會有循環認證的問題。

<sup>59</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13 Rn.515.

<sup>60</sup> RGSt 74, 84，或參照 <http://www.jurakopf.de/liste-ausbildungsrelevanter-urteile/strafrecht/rgst-74-84-badewannenfall> (最後瀏覽日 2012/4/4)

<sup>61</sup> 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，月旦法學雜誌第 114 期，第 40

一個有名的例子為組織支配形式的史塔辛斯基案（Staschynskijfall）<sup>62</sup>：一名蘇聯情報機關的特派員某甲，依其派遣機關長官某乙的命令，將兩名流亡在德國的蘇聯人殺害。德國聯邦最高法院即依此理論主張，指使者是正犯<sup>63</sup>，特派員只是殺人罪的幫助犯<sup>64</sup>。

不過，這樣的說法批評聲浪也不小，如有認所謂的「為自己」犯罪或「為他人犯罪」的主觀意思，其實難以實證<sup>65</sup>。而且，所謂「正犯意思」，是一種心理上無從掌握的事實，必須藉助其他標準加以確定，這使得正犯與共犯變成可以互相替換的概念，而容易流於「法官恣意」。在澡盆案和史達辛斯基案中，法官即是為了避免對行為人科以重刑，而採取個案式的解決方法<sup>66</sup>。也有

---

頁。更細部分析為依當時德國法制，生母某甲可以論以謀殺罪的正犯，但可有生母殺嬰罪的罪責減輕事由以為調和；至於動手的妹妹某乙則可以成立上述二罪的幫助犯，參見林鈺雄，新刑法總則，第 415 頁註 11。

<sup>62</sup> BGHSt 18, 87，或參照

<http://www.jurakopf.de/liste-ausbildungsrelevanter-urteile/strafrecht/bghst-18-87-staschynskij-fall>（最後瀏覽日 2012/4/4）

<sup>63</sup> Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S.5。細言之，某甲係殺人之直接正犯，某乙則藉由其組織之權力結構，無條件地操控整個犯罪過程；至於實際下手的某甲，只不過是權力機器運作下隨時可替換的部分零件，也就是「組織支配（許玉秀，被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪，台灣本土法學雜誌第 27 期，2001 年 10 月，第 98 頁），應論以殺人罪之間接正犯。

<sup>64</sup> 參考林山田，刑法通論（下），第 39 至 40 頁及柯耀程，刑法單一行為人概念評析，第 252 頁註 3 的介紹。

<sup>65</sup> 參閱黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯觀念，載於「刑罰的極限」，1999 年 4 月，第 126 頁。而且也有人進一步批評或許可以依主觀解釋正犯，但對於共同正犯的共同性則無能為力，參考柯耀程，刑法總論釋義—修正法（上），第 351 頁。本文認為這樣的批評似乎是直擊到共同正犯橫跨正犯與共犯難以解釋之處，不過如果進一步思考共同正犯的規範意義，則共同正犯其實本質是正犯，只是在所謂「共犯（共同犯之）從屬性」上與共犯有重疊之處（進一步分析參見下述第三節），是在須他人行為以為配合之處有所交集。因此，嚴格來說，要區分出共同正犯是正犯而非共犯，不論是故意理論或是利益理論似乎都不難加以說明。不過，依照本文觀點，共同正犯只是正犯單純質的集合觀點，這樣的質疑其實意義不大。

<sup>66</sup> 如 Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13 Rn.515；而重點是讓可能完全實現構成要件的行為人只成立共犯，也忽略了構成要件的法定功能。其他可參考林鈺雄，新刑法總則，第 415 頁註 11；林山田，刑法通論（下），第 41 頁。

認為「在主觀理論提出的時代，貝林·李斯特的犯罪階層理論是當時的通說，依照該理論的想法，行為人所有心理因素屬罪責階層，區分共犯和正犯若只求諸於內心態度，似乎認為正犯與共犯的區別僅在於罪責高低，而不法程度並無不同，但是正犯和共犯的區分屬於不法的層次卻是現今的共識」<sup>67</sup>。

## 第二目 限縮主觀理論<sup>68</sup>

限縮主觀理論是繼極端主觀理論之後，德國聯邦最高法院在晚近發展出另一走向<sup>69</sup>。其嘗試將正犯與共犯意思的主觀判斷，加上了很多的客觀或一般人判斷的成分，藉此減低該理論純探究行為人主觀，在實證上的困難。以下本文採取了限縮主觀理論的用語，因為對於主觀理論的限縮，是長年支持主觀理論的德國實務新走向<sup>70</sup>。

不過，這裡的說法與標準其實有很多，如有以行為人參與犯罪之利益程度來判斷犯罪意思，正犯是指對於犯罪結果具有直接利益之人，共犯則是無犯罪之利益者<sup>71</sup>，這可以說是德國聯邦最高法院改變見解的開始。之後則逐漸形成傾向客觀性的標準，但主要是以行為人在犯罪行為實行時主觀上所可能想像到的所有情形為判斷背景，再佐以下述的判斷標準。其中最主要者如實現犯罪結果有無行為人自己的利益存在、行為人參與犯罪的範圍與程度，以

---

<sup>67</sup> 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，月旦法學雜誌第 114 期，第 40 頁。如果這是從現今的發展來看主觀理論不可採，恐怕也是一種有問題的批評，因為兩者的立足點不盡相同。從而，若不是主觀論者自己的相互矛盾，或是前提的不正確，則以現今的價值體系批評另一個架構不可採，恐怕有失偏頗。這也就是德沃金在法律帝國一書中所謂的「語義學之刺」，參閱黃經綸，對抗「敵人刑法」－淺析 Jakobs 的敵人刑法與德國法下客觀法秩序維持之衝突性，刑事法雜誌第 48 卷第 5 期，2004 年 10 月，第 90 頁。

<sup>68</sup> 有稱為利益理論或利益說，林山田，刑法通論(下)，第 40 頁；林書楷，刑法總則，第 278 頁；余振華，刑法總論，第 356 頁，靳宗立，第 397 頁。稱目的說者，如蔡墩銘，刑法精義，第 315 頁。稱緩和的主觀理論者，如 Heinrich, Strafrecht AT-2, §34 Rn.1228；林鈺雄，新刑法總則，第 393 頁。

<sup>69</sup> Hoyer, in: SK-StGB, 2001, §25 Rn.5f.

<sup>70</sup> 可以參考如影響間接正犯極為深遠的 Katzenkönig 案，BGHSt 35, 347.等。

<sup>71</sup> 林山田，刑法通論(下)，第 40 頁。

及行為人有無犯罪支配或是支配犯罪的意思<sup>72</sup>。至於以利益的歸屬為判斷，是其中的主流看法（下稱為利益理論）。所謂的限縮主觀理論的走向，是以客觀標準來限縮原來極端主觀理論的見解。但應如何理解此處的客觀？學說上隱然有不同的解釋方式：一是認為「將犯罪行為之實施應視為自己之利益者，為正犯；反之，如視之為他人之利益而為之者，則為共犯<sup>73</sup>」，這裡的利益歸屬似乎是純以行為人的主觀想像藍圖來加以判斷，而利益的判斷既然是以行為人的主觀來判斷，利益理論自然可視為極端主觀理論的補充理論<sup>74</sup>。另一則是將這裡的利益歸屬用客觀標準去理解：「以客觀的事實情況（如行為人對於實現犯罪結果有無自己的利益）作為判斷行為人主觀意思」<sup>75</sup>，「基於自己的利益與否，由於欠缺客觀上可合理驗證的表徵，因此在判斷上難免會因參與者客觀表徵的意志強度與種類以及各種利益的不同而受影響<sup>76</sup>」，也因此，「已經不是原來的極端主觀理論。所謂不是，不只是說標準有差異，而是標準所處的層次已經完全不同<sup>77</sup>」。這樣的說法，現實上的利益與犯罪參與程度等都只是用來判斷行為人究竟是優勢或從屬的犯罪意思（正犯或共犯意思）。

這兩種說法看來似乎不同，其實只是在方法上對於判斷背景與判斷標準沒有細說而已。限縮主觀理論不論是上述的何種的說法，其實都與極端主觀理論（故意理論）的走向相同，是在證立行為人究竟是正犯意思或是共犯意

---

<sup>72</sup> Haft, *Strafrecht AT*, 2001, S.191. ; Murmann, in : *SSW-StGB*, 2009, vor §§ 25 Rn.9ff. ; Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, S.17.

<sup>73</sup> 柯耀程，參與與競合，第 16 頁。也有分析：德國聯邦最高法院所採取的「規範的綜合理論」其實是介於原始的主觀理論和犯罪支配理論之間的一種理論，它保留了主觀理論中的正犯意思和自己利益作為重要的分界要素，並且以特別提及犯罪支配意思的方式顯現出故意說的特性。不過它將犯罪支配納為同等級的判斷標準，陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，第 41 頁。，SK- Hoyer, §25, Rn.6. 中更明白把限縮主觀理論的規範上綜合評價對象分類為主觀與客觀要素的考量，這時犯罪利益的歸屬是歸於主觀要素的部分。

<sup>74</sup> 林書楷，刑法總則，第 276 頁。

<sup>75</sup> 林鈺雄，新刑法總則，第 414 頁；林山田，刑法通論（下），第 40 頁。一樣是利益理論的解釋，這裡用的就是「正犯乃對於犯罪結果有直接的自己利益之人」，相較於前種說法，這裡少了「視為」的用詞。

<sup>76</sup> 余振華，刑法總論，第 357 至 358 頁。

<sup>77</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 832 頁。



思，就判斷標準而言，可以說一樣的都是故意理論的補充說法。本文認為，上述說法不同的是在於判斷背景的不同：第一種說法認為判斷背景以行為人的主觀為準，判斷標準則是以行為人認知的利益與參與程度來決定是正犯或共犯意思；至於第二種說法，判斷背景不限於行為人的主觀想像，至於利益歸屬等其他客觀標準判斷的是現實犯罪行為實施中的各種情形加以綜合，也就是「應是在行為人的想像範圍內所有情形的整體評價」<sup>78</sup>。因此，如果運用「判斷背景」與「判斷標準」分開的檢驗方法，就比較能精確得知兩種詮釋方法的不同何在。如果釐清了，那麼對於主張目前發展下的限縮主觀理論已趨近於實質客觀理論<sup>79</sup>，就不是令人意外的評論了。

所以就此也可以進一步知道，單純利益說的判斷到綜合評價其實是一個進程，更由於利益已是其目前判斷中的一環，所以要硬性區分此二者，看來只是具有法制進展過程描述的價值罷了。

然而，雖然此說嘗試降低主觀理論在判斷實證上的難處，而嘗試找到一個客觀屬向一點的標準。但仍無法避免以下的批評：區分正犯與共犯的標準，這個標準本身就是一個無法實證的概念。在可罰性的思考上，一個人如果支配了一個殺人的事實，甚至根本就是手裡拿著刀去殺人，是否因為所謂的為他人犯罪的主觀狀態，就可使他的行為變成不是殺人？相反的，一個人的行為如果對於結果的發生沒有作用，是否僅僅因為其主觀上的強烈意願就變成了殺人行為？如果是，那刑罰無異是針對單純的主觀意志。其次，刑法所要處罰的是侵害法益的行為，所以一個人要負擔較大或是較小的責任，應該是看他所造成之侵害的大小，而非需要考慮其自身得到多少的利益。換句話說，刑法的目的在於保護法益、避免法益的侵害，重點是從被害人的角度出發，至於行為人是否因此而得有利益，對於法益保護而言，是不重要的。刑法要處罰一個人，是因為行為人對於另一個人造成了損害，而不是處罰行為人得到利益，行為人主觀上的利益或情緒狀態，可能屬於量刑的範疇，卻與犯罪

---

<sup>78</sup> Jescheck/Weigend, *Strafrecht Lb*, S.654； Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, S.9f.； Murmann, in： *SSW-StGB*, vor §§ 25 Rn. 10.

<sup>79</sup> Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S.41.； 黃榮堅，*基礎刑法學（下）*，第 832 頁。

的構成無關。其實，有很多採取主觀理論的判決可能都是基於刑罰的考量，如浴盆案，並不是真的認為主觀理論可以成為一個共通適用的一般標準，而只是想幫忙減輕刑罰而已<sup>80</sup>。

事實上以利益理論來區分正犯與共犯，並不具有說服力。因為首先它違反刑法對於正犯規範，親自實施是客觀要素，如何依照主觀利益來加以確定，並不清楚<sup>81</sup>；此外，教唆犯或幫助犯通常對於犯罪結果亦有所謂的利益，否則他們就不會參與犯罪，所以利益理論的標準通常也適用於所有的參與犯罪之人，會明顯擴大正犯的範圍，而無法達到正犯與共犯區分之目的。最後，許多構成要件明白包括為第三人利益為之的情況，例如贓物罪或詐欺罪，但是行為人並不會因為基於第三人利益為之的情形，因而理所當然地不構成正犯<sup>82</sup>。

### 第三款 綜合理論－兼論我國實務見解

學說上在介紹客觀理論之後，常會再提出另一類的分類，即為「綜合理論」(Vereinigungstheorie)。不過其內容也同樣是百家爭鳴，而主要是擺盪在要揉合多少比例的主客觀要素之間<sup>83</sup>。延續本文在前述極端理論提出的判斷背景與判斷標準分離觀察的方式來看<sup>84</sup>，綜合理論應該只是將主觀與客觀的標準作一些合理性的轉換，而並沒有從一些新的角度來看這些問題。本文無意給予否定，但至少在分類或介紹上，這樣的混合式說法，實在不必特別為其

---

<sup>80</sup> 黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯觀念，載於「刑罰的極限」，第 126 頁以下。

<sup>81</sup> 林山田，刑法通論（下），第 40 頁。

<sup>82</sup> 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，月旦法學雜誌第 114 期，第 40 至 41 頁。

<sup>83</sup> 學說細部介紹可以參閱 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.57ff.；中文部分可以參考柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），第 338 至 340 頁。

<sup>84</sup> 早期並沒有嚴格區分這部分，不過在後來學說的發展上已經開始區分這些不同之處。例如可以參考刑法上判斷著手實行的諸般說法就可以窺知，參見游明得，論刑法上著手實行的判斷－判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌第 7 卷第 1 期，第 155 頁以下的學說分析。

歸類<sup>85</sup>。

當然，於此也不得不指出，或謂：「此種整合對於對於參與者之個別行為，作主觀與客觀的雙面觀察罷了！事實上並無所謂整合存在，只是為解決問題時，急病亂投醫的方式而已。因此綜合理論對於界分正犯與共犯，不但無有助益，反而製造出更多邏輯思維上的疑慮」<sup>86</sup>，這樣的批評的確切中綜合理論的缺點，只限於形式上檢驗層次，而且就是針對單純的文字組合式的說法，畢竟這樣的組合方式連個案解決的層次都還達不到。而我國實務見解卻似乎就落入這樣的窠臼之中：我國實務對於正犯與共犯的區別，其關鍵性的見解，應追溯至現行法公布施行後，27年7月刑庭總會所作成的重要決議。該項決議，迄今為止，仍為各審級法院奉為區別正犯與從犯標準之圭臬<sup>87</sup>。對此，本文認為這是相當形式的判斷，不僅不是實質客觀性的標準，甚至連融合主觀與客觀的層次都談不上，因此學者有謂這根本是「主觀，客觀擇一標準」<sup>88</sup>，且「客觀（所謂形式客觀論下的正犯構成要件）優先於主觀」<sup>89</sup>，其批評實切中要點。另一個實務在這裡可能產生的錯誤迷思是：與德國一般發展出的「主觀理論」，似乎有異曲同工之妙。然而，依著德國發展的軌跡，這裡的意思是正犯與共犯的區分標準而已，不會也不應成為正犯與共犯的成立標準<sup>90</sup>。

---

<sup>85</sup> 感謝高金桂教授在論文口試時提醒，綜合理論的接受程度實為其來有自。如在犯罪支配理論中，單獨正犯就揉合了行為支配與意思支配二種形態，而非指犯罪支配底下的次類型都是純粹不相關連的界分。另外，違法性的判斷中，若同時有多數的阻卻違法事由成立而為競合時，只會讓阻卻違法的效果上更加確認。凡此種種，都說明了綜合理論的「綜合」非可全然排斥。

<sup>86</sup> 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第340頁。

<sup>87</sup> 其細部標準為：(1)以自己犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者，為正犯。(2)以自己犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為者，為正犯。(3)以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者，為正犯。(4)以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為者，為從犯。

<sup>88</sup> 陳子平，論正犯與共犯之概念，政大法學評論第48期，第157頁。林鈺雄，新刑法總則，第416頁，也是對此標準採取同一的歸類標準。

<sup>89</sup> 這是本文的形容。黃榮堅，基礎刑法學（下），第831頁就指出，這裡是一種「混合」的說法：從其所使用的文字看來，此處所兼採之之主觀理論係屬極端主觀理論，而所兼採之客觀理論係屬形式客觀理論。

<sup>90</sup> 其他評析可以參考柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第293頁註2、352

## 第四款 犯罪支配理論

### 第一目 傳統定位的檢視

犯罪支配理論的用語其實早已受到廣泛的使用，自 Hegler、Welzel 以降許多人的說法都使用了相似用語，但內容並不一致<sup>91</sup>。所以首先要說明的是，本文以下所論及，在正犯共犯區分理論中目前居於通說地位的犯罪支配理論，是指由 Roxin 教授所主張者。

對於犯罪支配理論的定位，學說上的說法並不一致，或著眼於犯罪支配理論認定標準的客觀化，而認為是實質客觀理論中的一環<sup>92</sup>；也有認為犯罪支配理論「本質上是一種主、客觀的混合理論」<sup>93</sup> 或者是一種兼顧主觀主義與客觀主義的說法<sup>94</sup>。

犯罪支配理論的形式上定位或許沒有其下述內容或影響力來得重要，然而若能釐清一下此一理論發展在正犯共犯區分理論中的定位，當可更有助於我們明瞭正犯共犯區分理論的發展趨勢。

如果用判斷背景與判斷標準分離的方式去歸類，犯罪支配理論的判斷背

---

頁。

<sup>91</sup> 學說介紹可以參考 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.61ff；Stein, Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, S.188ff 及許玉秀，實質的正犯概念，載於「刑法的問題與對策」，第 33 頁以下。

<sup>92</sup> 如 Heinrich, Strafrecht AT-2, Rn.1206.；Renzikowski, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S.19f.；韓忠謨，刑法原理，1982 年 4 月，第 283 頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），第 839 頁；蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 154 頁；黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，第 210 頁；靳宗立，刑法總論：刑法基礎理論暨犯罪論，2010 年 9 月，第 397 頁；鄭逸哲，法學三段論下的刑法與刑法基本句型，2003 年 9 月，第 281 頁；黃惠婷，犯罪支配理論下的共謀共同正犯，台灣法學雜誌第 161 期，第 73 頁。

<sup>93</sup> 林鈺雄，新刑法總則，第 415 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，第 411 頁。這樣的說法大概是指犯罪支配理論的判斷背景是兼括行為人犯罪實施的主客觀綜合觀察而言。

<sup>94</sup> 余振華，刑法總論，第 358 頁；林東茂，刑法總覽，第 1—253 頁。



景是綜合行為人在實施犯罪行為時的主觀考量，與客觀的行為實施情狀。這點不但與客觀理論（不論是形式客觀或是實質客觀理論）著重於行為實施客觀面的說法並不相同，而與極端主觀理論注重行為人主觀意志層面也不盡相同，反而是與限縮主觀理論走向在觀察行為人在主客觀面的綜合評價比較合致。至於在判斷標準上，可以認為除了極端主觀理論之外，其餘的各種說法都有自己的客觀標準，只是這樣的客觀標準或基於一般人的觀點（實質客觀理論、限縮主觀理論與犯罪支配理論），或基於純客觀化者（如形式客觀理論）。

從而，如果試著將犯罪支配理論納入現有的體系定位中去歸類，那麼犯罪支配理論以行為人的犯罪行為主客觀面展現綜合而為客觀評價，是否具有犯罪核心角色的「支配」判斷方式，毋寧比較類同限縮主觀理論，以相同判斷背景的綜合評價方式，去判斷行為人是否具有正犯意思。從犯罪支配理論的定位也突顯出主觀理論的客觀化，乃至客觀理論的兼顧主觀背景判斷，都是現行正犯共犯區分理論的發展趨勢<sup>95</sup>。

## 第二目 類型化的思考

現今多數學者已然主張在判斷正犯與共犯時，必須要兼由主觀及客觀兩方面一併地綜合考量，即必須考慮主觀上的操控意思與客觀上參與行為在犯罪行為過程中的「分量」。因為如果不綜合行為人的主觀計劃與客觀行為，實難端量出行為人在整個犯罪進程中的「分量」。此中心思想就在於犯罪支配的概念，即找出什麼人對於整個犯罪構成要件的實現具有掌握力、相當的支配力（*In-den-Händen-Halten*），誰就是正犯<sup>96</sup>。簡單地說，就是要看誰在支配著整個事件的進行，誰對於犯罪具有現實影響力，這就是所謂的「犯罪支配理論」。亦即，多數人出於共同的行為決意，彼此分工協力，參與構成要件行為

---

<sup>95</sup> Küpper, Grenzen der normatивierenden Strafrechtsdogmatik, S.145ff. 即稱此為規範的行為人概念發展。從而，如黃榮堅，基礎刑法學（下），第 829 至 830 頁將犯罪支配理論與限縮的主觀理論都同認為是實質客觀理論中的一環，的確是一種正確的評釋。

<sup>96</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13 Rn.512；Thomas Fischer, StGB, 2001, vor §25 Rn.1b.

的實行，互為補充而完成犯罪，或是形式上雖無實行構成要件該當行為，但經由符合目的之角色分配而對於犯罪之完成有所貢獻，對於整個犯罪計畫的實施而言，係屬不可缺的工作分配，這就是犯罪支配的一般性說法。

犯罪支配理論進一步嘗試以具象化的類型來詮釋各種支配關係，尤其是Roxin教授更以許多的下位類型來證立其支配的開放性概念<sup>97</sup>，從二次世界大戰以後，已然引領為德國學界的主流<sup>98</sup>。然而，多數都不否認的是，「犯罪支配」的用語充其量只能當作在表達犯罪支配的核心內涵，並無法在具體個案上提供明確的標準<sup>99</sup>。

雖然有時候行為人對於犯罪構成要件的行為都沒有做，但是他如果對於犯罪事實的發生有支配控制的力量，那就還是正犯。由此，Roxin教授的犯罪支配理論進一步將支配型態區分為三種參考類型，來作類型化的探討

## 壹、行為支配

此種類型是最基本的正犯形態。亦即，若行為人完全由自己而無假手他人，單獨地實現不法構成要件，則為正犯。這是一種最基本形態的支配關係<sup>100</sup>。此一描述適用於單獨正犯、直接正犯，與同時犯<sup>101</sup>。

---

<sup>97</sup> 參閱 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.122ff.

<sup>98</sup> 參閱 Jescheck/Weigend, Strafrecht Lb, 1996, S.651f; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §13, Rn.513.

<sup>99</sup> 許澤天，強制支配－犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第21卷第3期，2010年1月，第50頁。

<sup>100</sup> 柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），第343頁；許澤天，強制支配－犯罪支配概念的具體續造，第50頁。

<sup>101</sup> 黃常仁，刑法總論，第215頁以下稱為「相互正犯」，其指出與共同正犯的差別在於同時犯的共同行為人之間欠缺共同行為決意。這樣看來似乎是要強調同時犯與共同正犯的差別，實則行為支配的原意只是從形式客觀的角度去認證正犯的成立，同時犯沒有共同正犯成立的必要或可能，因為就個別歸責為正犯為已足。

## 貳、意思支配

此一類型主要指的就是行為人利用他人充當犯罪的行為工具，以實現不法構成要件而成立的間接正犯。由於行為人濫用對於他人的強烈影響力，或利用他人無罪責的行為，或利用他人的不知、無知或錯誤，以達其犯罪目的。而被用充當行為工具之人，在意思決定上或意思活動上，並無自我決定的自由與空間；行為人隱身於幕後而居於優勢意思支配地位，操縱支配被利用者的意思決定與意思活動，進而達到一個跟親自實行構成要件該當行為等價的犯罪支配情狀<sup>102</sup>。

如此的說法最主要是針對早期主張的負責原則（*Verantwortungsprinzip*）所為闡釋，如行為人利用他人不構成犯罪的行為來實現犯罪構成要件；利用無責任能力人、無故意者或阻卻違法行為者之行為，以實施犯罪之情形。或是行為人對於某種犯罪事實利用刑法上無責任能力實施的場合。更甚而是利用非正犯之他人以實施犯罪行為者<sup>103</sup>。就此，意思支配毋寧提供了一個發展的新契機，即從支配的角度去重新理解，姑且不論是否承認意思支配的說法<sup>104</sup>，但利用他人者可以成立犯罪，至少被利用者已然可以不用是不構成犯罪的工具了<sup>105</sup>。

---

<sup>102</sup> 林山田，刑法通論（下），第 44 頁。Roxin 教授對此，有許多更精細地描繪：行為人基於其對他人的強烈影響力（如無罪責、錯誤）達成犯罪的目的，被利用人在意思決定與意思活動上並無自我決定之自由，行為人在幕後居於超越優勢的地位，操控被利用人（工具）實現構成要件。一般常見的是藉由強制，藉由被利用人的錯誤，與藉由權力機器形態為之，參閱 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.142ff；許玉秀，實質的正犯概念，第 42 頁。

<sup>103</sup> 參閱 Puppe, *Strafrecht AT-2*, 2005, §40 Rn.2ff；Jescheck/weigend, *Lb*, S.664；甘添貴，間接正犯與己手犯的再認識，中興法學第 24 卷第 3 期，1987 年 5 月，第 7 至 8 頁。

<sup>104</sup> 贊成者如林鈺雄，新刑法總則，第 421 頁；許玉秀，實質的正犯概念，第 43 至 44 頁。但其他學者則有不同的支配演繹看法如 Puppe, *Strafrecht AT-2*, §40 Rn.6f。

<sup>105</sup> 如甘添貴，正犯與共犯的界限，月旦法學教室第 11 期，2003 年 9 月，第 84 頁：「所謂間接正犯係利用他人作為道具，並區分兩種情形加以說明：在利用不知情的他人為道具的情形中，利用人（間接正犯）在主觀上具有直接實現構成要件的意思，亦即有直接侵害法益的意思，得認其具有直接的心理因果性；在客觀上作為道具的被利用人的行動，只是屬於利用人利用行為當然的延長，其因此而造成法益侵害或危險的結果，亦得認其具有直接的物理因果性。在有故意的道具的情形（如

### 參、功能的犯罪支配

多數人出於共同的行為決意，彼此分工協力，參與構成要件行為的實行，互為補充而完成犯罪，或是形式上雖無實行構成要件該當行為，但經由符合目的的角色分配而對於犯罪之完成有所貢獻，對於整個犯罪計畫的實施而言，係屬不可缺少的工作分配。在功能的犯罪支配，行為人雖未從事形式意義之構成要件該當行為，但在刑法評價上可能與實行構成要件行為相同，而構成共同正犯<sup>106</sup>。

而這裡主要是與幫助犯有所區別。亦即，在客觀上幫助犯除了未參與構成要件行為的實行外，在主觀上，幫助犯也未有參與共同之行為決意。故就整個犯罪過程而言，亦無功能的犯罪支配的地位。

#### 第三目 對於 Roxin 教授之犯罪支配理論的一般性批評

Roxin 教授主張的犯罪支配理論，是以下位的類型原則為主要的判斷標準。因為就犯罪支配理論的實質內容而言，它本來就不是一個具體的標準，它僅僅表達出，凡是具有犯罪支配的人，就是犯罪事實的核心人物，應論以正犯之責。但是到底什麼是犯罪支配？實際上是透過上述的「直接的行為支配」、「優越的意思支配」以及「功能性的犯罪支配」來進行補充，藉此以使犯罪支配的概念不流於空洞<sup>107</sup>。故於此之犯罪支配並非一個可直接包攝的描述性概念，而只是一個指導原則。犯罪支配不是可以透過特徵要素窮盡列舉者。犯罪支配毋寧是在支配理念指導下，根據不同的經驗現象，再繼續開展出不同下位具體類型的「類型思維」。其目的在協助法律適用者更能掌握其具

---

公務員利用知情而無公務員身分的妻子收受賄賂)，該公務員(利用人)在主觀上亦得認為具有直接實現構成要件的意思，亦即有直接使法益造成侵害或危險的意思，在客觀上，被利用人因無公務員的身分，並無義務違反性，不能成立正犯，故利用人的利用行為，亦可能直接發生法益侵害或危險的結果，仍得視其為正犯加以處罰」。亦請參閱蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 168 頁的詳細檢討與說明；林山田，刑法通論(下)，第 58 頁；陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1994 年，第 256 頁；黃常仁，刑法論總，第 222 頁以下。

<sup>106</sup> Roxin, Strafrecht AT-2, 2003, §25 Rn.28,38；林山田，刑法通論(下)，第 45 頁；林書楷，刑法總則，第 279 頁。

<sup>107</sup> 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，第 39 頁。

體適用基準，以得出行為人是否具有犯罪支配的答案<sup>108</sup>

但是，學理上對 Roxin 教授的犯罪支配理論批評聲浪其實不小。以下僅列出一些一般性的批評，其他如針對功能的犯罪等的進一步質疑，本文將在第三章第二節中再予闡述。例如有人指出，「犯罪支配理論根本沒有區分出正犯與共犯的形式，充其量只提供了一些具體性正犯的判斷標準，尤其是間接正犯<sup>109</sup>」；「犯罪支配理論其實並沒有給予正犯與共犯區分，在規範上的重要基礎，也就是在不法理論中沒有給予一個充足且一致的正犯概念建構<sup>110</sup>」；「犯罪支配理論在個別犯罪的關聯上有所欠缺，變成只是一個單純邏輯上的論據，也就是到底犯罪支配的成立要考量那些主客觀要素是沒有被定義清楚的，甚或只是傾向客觀面的考量而已<sup>111</sup>」；「事實上，共同正犯的各個行為人之間並無法支配其他行為人的自由，所謂功能的犯罪支配只是假像<sup>112</sup>」。

### 第三項 正犯認定僅是共同正犯成立的關鍵門檻

如前所述，正犯與共犯區分理論的發展一樣有著主觀與客觀判斷層次上的差別。從學說的演進史觀之，單純主觀或客觀面的要求都已遭到修正。因此不管是主流的犯罪支配理論或是修正主觀理論的限縮（或緩和）主觀理論，都已趨向判斷背景不區分主客觀一律包括，而判斷標準實質性的認定。至於犯罪支配理論儘管已是德國法上的通說，尤其是 Roxin 教授的說法，除了盡其所能地自正犯共犯區分的原始功能中，再極大地延伸到各種正犯概念的區分上。Roxin 教授的犯罪支配說法之所以通行，也在於其他理論多只描繪了正

---

<sup>108</sup> 許澤天，強制支配—犯罪支配概念的具體續造，第 50 頁。

<sup>109</sup> Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, S.21 尤其是其中引述了 Heinrich, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S.18ff 以下的見解。

<sup>110</sup> Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, S.22；Stein, Die strafrechtlich Beteiligungsformenlehre, S.197；Renzikowski, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S.19f.

<sup>111</sup> Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, S.40ff.；Freund, Strafrecht AT, 1998, §10, Rn.46f., 66.

<sup>112</sup> Denckner, Kausalität und Gesamttat, 1996, S.136.



犯的輪廓，而其再進一步自原本體系內區分出細部的正犯與共犯判斷標準，而不須再另外外求。

針對犯罪支配的說法，本文有一點須以澄清：本文的確贊同以「支配」的概念來證立正犯，但是支配的概念是可以透過現行犯罪論的諸般要件來加以支持與具體化<sup>113</sup>（詳細請參閱本文第五章），因此本文以下對於支配的具體化理解，是與通說（更精確說地說是 Roxin 教授）的犯罪支配理論有所差距（詳細請參閱本文第四章第四節、第二項、第二款）；至於犯罪支配理論如果要說真正具體找出了能夠支撐的正犯形態，本文也贊同部分學說所稱，大概只有間接正犯，尤其是在肯認了「正犯後正犯」概念之後的間接正犯，優勢的意思支配的確足以架構新的間接正犯<sup>114</sup>。

不過回到基本面的討論，就犯罪支配理論說法的內容，本文支持正犯除了形式標準之外，亦應就實質面之綜合考量來加以區分。因此，正犯的成立是在進入構成要件判斷的層次後，先綜合判斷形式與實質面對於犯罪是否居於樞紐地位。不過由於本文不支持共同正犯此一概念的規範，也不認為要以其他概念加以取代，故於此只要確認出正犯的區分基礎即可。犯罪支配理論或其他理論欲進一步正當化的共同正犯，本文基於共同正犯概念發展極度擴張化的反思（參閱本文第三章），則認為並無續予討論的必要。

然而，無可否認地，諸般正犯與共犯的區分理論其實都是在形塑刑法上的「正犯」射程範圍有多大而已。如果搭配本文第一節所描述的犯罪行為人概念，先確定了行為人，之後劃分出正犯概念，剩下的就是共犯概念，原本是一個無可厚非的作法，但問題就出在於共犯的附屬地位上。學說多半質疑這樣的發展是重正犯而輕共犯<sup>115</sup>，也因此學理上逐漸出現重新建構共犯基礎

---

<sup>113</sup> 其實即便是相同的「支配」一語，理解也可能有所不同，如許澤天，強制支配—犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第 31 卷第 48 頁註 20 中即表示，Roxin 教授中對於犯罪「支配」與部分學說理解成「透過因果關係支配不法構成要件實現」有所不同。其認為支配的對象應是行為，而非因果關係。

<sup>114</sup> 部分文獻也都與本文看法相同，如 Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, S.22,23, 及許玉秀，實質的正犯概念，載於「刑法的問題與對策」，第 44 頁。

<sup>115</sup> 柯耀程，參與與競合，第 26 頁：「確認正犯之後，並非不是正犯者，皆得以稱為

與發展的聲浪<sup>116</sup>。

### 第三節 共同正犯正當化的論證

#### 第一項 共同正犯概念的出現

共同正犯概念具體形象的出現，其實並不是如此必然。從歷史發展的軌跡看來，是在正犯與共犯區分的看法確立後才出現，而這也不是由德國法所首先形成<sup>117</sup>。觀察德國法制的發展，主要且具體形成共同正犯概念應是在 1851 年的普魯士刑法典<sup>118</sup>之後，此時共同正犯已列入正犯討論的範疇，而且對於數人聯合而共同地實行犯罪時，即認為應基於經協議所為之全部行為負責<sup>119</sup>。不過這時並不是單指共同正犯的情形，而是接近廣義共犯或參與犯的規範。

而真正將共同正犯概念列於刑法典中者，應屬德國在 1871 年的帝國刑法典第 47 條<sup>120</sup>。至於德國現行刑法第 25 條第 2 項：「Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter) (數人共同實行犯罪

---

共犯。參與理論固然是為區分正犯與共犯而創設，但究其面貌，參與理論充其量僅為稱為是一種正犯認定的理論，根本無法藉由參與理論的區分，真正確定非正犯者，在何種情況下，可以被認定為共犯。」

<sup>116</sup> 如柯耀程，共犯理念的重新建構，輔仁法學第 39 期，2010 年 6 月，第 101 頁以下。

<sup>117</sup> 楊建華，刑法總則之比較與檢討，1988 年 9 月，第 226 頁。更甚而是羅馬法時代即有的「共謀」，Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, S.46。

<sup>118</sup> 有關此一法典介紹，可以參考陳惠馨，1851 年普魯士刑法典—當代「德國刑法典」的基礎架構，月旦法學雜誌第 208 期，2012 年 9 月，第 258 頁以下。

<sup>119</sup> 參閱徐育安，共同正犯本質之探究—以德國法制與學說為核心，載於「甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）」，2012 年 4 月，第 488 頁。

<sup>120</sup> 參閱徐育安，共同正犯本質之探究—以德國法制與學說為核心，第 491 頁；Fuchs, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, 2010, S.131ff。國內也有學者認為自此，在德國法制上，正犯與共犯的區分逐漸形成，參見楊建華，刑法總則之比較與研究，第 226 頁。

者，皆為正犯【共同正犯】」，此一對於共同正犯的通行定義，則是在 1975 年方始修法確立。

目前我國相關共同正犯的發展，不論是參考德國或日本的法制，大都是依循著此一法制而延伸。值得一提的是，或謂：「我國唐律即有共犯觀念，認為『二人以上共同犯罪，以先創謀造意者為首犯，隨後者為從犯，從犯減一等處罰』，惟此所謂『造意』，與現行刑法『首謀』之意義相當，較現行法教唆之意義為廣」，所謂『從犯』，亦與現行法幫助犯之意義未盡相同」<sup>121</sup>。就此看來的確是與德國早期的普魯士一般法規定相仿<sup>122</sup>，不過本文認為充其量只能說是具備了正犯與共犯區分的雛形，實難以說是與現行（或現代）的共同正犯乃至於教唆犯或幫助犯的思維模式相近；更何況目前我國在正犯與共犯的發展早已是立於繼受而等待本土深化的現在進行式了。

## 第二項 共同正犯基礎合理化的論述

共同正犯概念的發展由來已久，對於概念基礎正當化的努力也一直沒有停過。雖然本文的目的是從現行共同正犯發展的制度現狀，回溯去檢討並反省共同正犯概念是否仍應存在，不過有關共同正犯正當化的基礎卻也不可忽視，因為至少可以檢視一下，這些說法是否仍能補足了本文對共同正犯發展現狀極度擴張現狀的質疑。

由於本文前述說明的犯罪支配理論中之「功能的犯罪支配」，已是形塑共同正犯正當化說法的大宗，本文在前述也已加以大致說明其意旨；故本文以下對於共同正犯發展正當化的詮釋，即不再對此多所著墨，而僅作一些其他說法的介紹與分析。

---

<sup>121</sup> 楊建華，刑法總則之比較與研究，第 226 頁。

<sup>122</sup> 這部分法制介紹可以參考徐育安，共同正犯本質之探究－以德國法制與學說為核心，第 488 至 489 頁的介紹。



## 第一款 犯罪共同、行為共同與共同意思主體說

承繼自日本學說的說法，主要是「犯罪共同說」與「行為共同說」兩種說法等來將共同正犯的存在正當化。

犯罪共同說，特別重視犯罪的定型性，而以特定犯罪的存在為前提，認為共同正犯，必須是數人共同實行特定的犯罪始能成立<sup>123</sup>。其中要求共同正犯間不僅犯罪須特定，罪名亦須完全一致，歸為「嚴格的犯罪共同說」或「完全犯罪共同說」或「犯意共同說」；而要求共同實行的特定犯罪有「構成要件重疊部分」，例如重質重合時，於此限度內仍肯定共同正犯成立者為「部分犯罪共同理說」，這是為了緩合完全犯罪共同說適用範圍過於狹隘的缺陷，所提出的修正見解<sup>124</sup>。

與此相對則是，以行為共同為基礎的「行為共同說」。其認為共同正犯的成立只須有實行行為的分擔即可，不必有意思的共同，因此既然不必有意思的共同，則共同正犯的成立只須有客觀的共同犯行即可<sup>125</sup>。其中也有細部區分為「以主觀主義為基礎之行為共同說」或「事實的共同說」，認為以事實之共同、因果關係之共同為已足；亦即，行為人係藉由他人的協助而更有效且更容易達成自己的犯罪目的，並依此行為的共同，相互以他人的行為作為自己的行為，其因此而發生的結果自應由各人承擔。至於「以客觀主義為基礎之行為共同說」，這裡的共同行為則理解為該當構成要件之行為，依此則共同正犯係與他人共同實現自己的犯罪行為，故共同正犯不必侷限於同一的犯罪，亦不以共通的犯罪意思存在為要必要，至於他人的行為是否該當同一構成要件，甚至根本不該當任何構成要件，亦得認為係具有實行行為的共同或利用的意義存在<sup>126</sup>。

<sup>123</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 266 頁。

<sup>124</sup> 陳子平，共同正犯之本質，載於「刑事法學之理想與探索（一）/甘添貴教授祝壽論文集」，2002 年 3 月，第 402 頁；余振華，刑法總論，第 387 至 388 頁。

<sup>125</sup> 余振華，刑法總論，第 389 頁。

<sup>126</sup> 陳子平，共同正犯之本質，第 405 至 406 頁；余振華，刑法總論，第 389 至 390 頁。

除了上述二個主流說法外，學說上也有人引進日本實務見解的「共同意思主體理論」。其主張共同正犯係特殊心理現象的共同意思主體的活動；屬於「異心別體」的數人，在實現一定犯罪的共同目的下結合而形成「同心一體」的共同意思主體。其針對共同正犯的判斷，並非個別性地掌握各個行為人的行為，而係掌握整個共同意思主體的活動。該主體中的一人或數人，在共同目的下實施犯罪時，應肯定其為共同意思主體的活動，效果則歸屬於構成員全體<sup>127</sup>。

## 第二款 從規範理論切入者

學理上對於共同正犯的正當化論證基礎也有自規範層面切入者。如有自一般預防角度出發，認為行為人的行為若已彰顯其規範的違反性，則進一步要檢驗的是，其行為相對於整體共同行為人所違犯的共同規範是否亦為必需<sup>128</sup>，共同正犯的正當性也存在於此。也有自共同行為人所參與的共同行為中所彰顯出對個別規範違犯性來當作論證基礎，亦即共同正犯違犯規範而應加以處罰的正當化基礎不是在於個別行為人的直接自身行為，而是其所擔負的共同行為分擔之上<sup>129</sup>。

## 第三款 援引其他的刑法犯罪概念證立者

### 第一目 間接正犯說

有主張將共同正犯彼此之間的關係與歸責認為是一種「間接正犯」形式。這主要是著眼在每個行為人都想要透過同夥的行為來完成自己的行動，因此也想將該行為歸責於自己<sup>130</sup>。這也可以反應在共同正犯的「一部責任全部責

---

<sup>127</sup> 余振華，刑法總論，第 390 頁。

<sup>128</sup> Lesch, gemeinsamer Tatenschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?, JA 2000, S.77f.與 Frister, zum strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme, Dencker-FS, 2012, S.123.

<sup>129</sup> 引自 Frister, zum strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme, Dencker-FS, 2012, S.124.

<sup>130</sup> 徐育安，共同正犯本質之探究－以德國法制與學說為核心，第 496 至 497 頁。

任」法律效果之上，因為對於客觀上其他共同行為人犯罪的完成，有相當地促進力道。不過一般多認為這是早期發展出此一看法的德國帝國法院對於正犯與共犯區分採取的是主觀理論，才能有如此寬廣的認定<sup>131</sup>。因為，其他犯罪行為人的自身行為也要負全部的責任主因在於對於犯罪貢獻的意思從屬上，共同實行行為的歸責非透過共同行為決意而不可得，此時也才能將共同行為人的行為交互歸責<sup>132</sup>。

## 第二目 相互教唆說

德國有部分學者提出，共同正犯的本質是一種相互教唆的情形。亦即，共同正犯為相互教唆加上行為實施之時的重要貢獻<sup>133</sup>。不過這在德國學說中同樣也是少數見解。此一理論自我國刑法第 29 條與德國刑法第 26 條，相同的教唆犯立法規定上推得，其論證共同正犯的正當性是植基於相互教唆之上。

相互教唆理論的關鍵就在於放棄教唆犯通往正犯大門這一部分，而著重在刑罰範圍相同這一點上<sup>134</sup>。儘管在教唆犯的不法層次區別上，相對於正犯，到共同正犯，在行為的參與，及故意的形態都不盡相同。然而從本質以觀，是可以透過形態的類似性讓共同正犯取得其正當地位。

在此理論之下，共同行為決意仍然是共同正犯的核心，而這也可以自相互教唆的型態加以理解，因為共同行為決意對於共同正犯而言是不可或缺的。而這與片面的合致意思並不相同，由於因為片面的意思合致並不能影響其他行為人，而只是在聽任他人的行為而已。教唆應是促使他人於此時產生

---

<sup>131</sup> Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 2008, §25 Rn.62.

<sup>132</sup> 可以參考 Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S.112f. 以下的解說。不過也可以想見對此理論的質疑應該也還是從支配下手，多半是指出：因為間接正犯是一種上下式的支配，而共同正犯充其量只是一種平行式的支配，理解上是兩種不同形態，Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, §25 Rn.62.

<sup>133</sup> Puppe, Der objective Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S.101, 111f; dies., Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, Spinellis-FS, S.920. (該文也收錄在 ZIS 6/2007, S.236)

<sup>134</sup> Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, S.920.

犯罪故意者，共同正犯雖然在先前已有犯罪協議，但此時協議尚非嚴格意義下的犯罪故意，而在犯罪實行時，臨門一腳令共同正犯產生犯罪故意之人，正是其他共同正犯成員<sup>135</sup>。

#### 第四款 正當化的關鍵在於支配的強度

首先，這些正當化共同正犯基礎的理論，都試著去合理化共同正犯的兩個主客觀要件(共同行為決意與共同行為實施)，以及共同正犯的法律效果(一部行為，全部責任)。不過，共同正犯的要件要有多少，其實是一個技術上的問題；從現實發展上，共同正犯已經在主客觀要件的要求上，發展到了相當細緻的討論。從而，這些正當化基礎的理論也不會(至少就目前發展的現狀而言)是在加強這些要件的正當性。比較值得關注的是，這些正當化理論如何給予共同正犯的法律效果產生鞏固的效果。

首先，可以看到所謂的犯罪共同，行為共同，乃至於共同意思主體說，對於彼此間的相互質疑都相當流於形式<sup>136</sup>。實際上這些說法都只是一種現象的描述性罷了。亦即，從犯罪層面、行為層面，乃至於同心合體概念的提出，這些文字上的堆砌都只是在說明，大家共同完成了一個犯罪，或是有共同的行為等，所以大家要共同地為可能成立的犯罪負「一致」的責任。問題是，為什麼大家共同完成就一定要一起負責？相較於現有的其他犯罪形態如教唆犯或幫助犯等，不也都是共同合作完成，為何所負的責任就會有層次上的差別？這些說法似乎都無法突顯為什麼在共同正犯的概念下就能被加以正當化。

至於從規範理論切入的想法，其實在討論犯罪行為人的概念就已經有人提出，這裡只不過是進一步在共同正犯中加以驗證。其想法是自一般預防角度出發，不過受到最大質疑的是不論是其中強調參與行為對共同規範的違犯

---

<sup>135</sup> 徐育安，共同正犯本質之初探—以德國法制與學說為核心，第 502 頁。

<sup>136</sup> 如有認為行為共同說僅以各自利用他人之行為，以實現自己之犯罪，則共犯間均得以因果關係之理論決之，如此勢必導致共犯(應是指共同正犯)規定無用論；而犯罪共同說又過分重視犯罪事實，而忽視行為人，參閱楊建華，刑法總則之比較與檢討，第 240 頁。

性，或共同行為所彰露出的個別規範違反性，其實都難以避免與刑法個人主義思維的扞格<sup>137</sup>。甚而也有直接提出批評而認為應與刑法的基本原則也就是法益保護再作聯絡，而強調證立共同正犯的正當性不僅單取決於共同行為對於規範的違反性，也應是對法益的保護而言實屬必要者方可<sup>138</sup>。

接著，如果無法正面建構，借助其他現有概念來比附援引也是一個可行的方式。不過就學理上主張的相互教唆理論，教唆犯則是在概念比對上就已經是體系上不同的說法，除非可以接受 Puppe 教授有關正犯與共犯體整體說法（事實上這非不可行），否則這樣的說法要一般性地普及是有一些困難存在<sup>139</sup>。

間接正犯的解釋，毋寧在現實上是困難比較少的方法之一。這主要是間接正犯本身就是著手實行階段欠缺形式行為的強勢支配，如果在這方面都能突破且承認，那麼要支撐多半在著手實行至少有共同參與行為的共同正犯，其實不是不可能。兩者間的緊密關係，也可以自「共謀共同正犯」討論中可以窺見（參閱本文第四章第一節）。不過如果探索到背後的真正原因，先觀察間接正犯早期的漏洞填補產生方式<sup>140</sup>，再觀察背後的實質討論或是正當化標準，就可知其實是支配概念的延伸討論。間接正犯本身當然是正犯的一種，而假手他人也是一種方式<sup>141</sup>，只是其利用的強勢性很明白彰顯出了對於犯罪成立的支配，也補足了很多形式上要求的不足。共同正犯與間接正犯若要說有區別，依通說看法，至多是支配力強弱的差別而已，尤其是共同正犯已經發展到客觀要件要求的極度薄弱地步（參考本文第三章第一節、第二項、第一款）。從而，與其用間接正犯說可能可以正當化共同正犯概念，不如說是因為支配彰顯的相似性。可以再用對犯罪成立的支配，來重新證立或驗證共同正犯是否夠資格成為刑法處罰的獨立類型。事實上在 Roxin 教授的犯罪支

---

<sup>137</sup> 如 Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin 1996, S.121ff.

<sup>138</sup> Frister, *zum strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme*, S.127.

<sup>139</sup> 反對者不是基於一般的狹隘性教唆概念，不然就是教唆犯的本質是共犯不是正犯等來加以質疑，如 Kühl, *Strafrecht AT*, 2000, §20 Rn.173.

<sup>140</sup> 可以參考蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 145 至 146 頁。

<sup>141</sup> 黃榮堅，*基礎刑法學（下）*，第 839 頁。



配理論中就同時列間接正犯與共同正犯為主要解釋的「二環」，也大致印證上述看法。

回歸犯罪「支配」的本身重新檢驗共同正犯，是在討論共同正犯正當化基礎中能夠獲致的結論。不過，本文在此也要指出，共同正犯概念發展的瓶頸其實並不在於原始建構基礎的欠缺，這從眾多學理與實務的支持說不斷推陳出新可以看出；相反地，共同正犯制度即便不再發展新的規範基礎詮釋，質疑此一制度存在正當性者也並不多。共同正犯真正的困境是在於其所發展巨大的體系已然背離正犯歸責的限度，本文第三章將以共同正犯的現狀與困境來加以開展。

## 第四節 共同正犯未來的建構方向

### 第一項 共同正犯為正犯及參與犯

前述的行為人概念或是正犯與共犯的區分，用簡單一點的語句來解析，其實都是在如何與「共犯」相切分之上。在我國法上，共同正犯有著特殊的地位，這不只是單純學理上的討論，也進一步影響到了實定法的適用，而其中的關鍵就是在於共同正犯行為人的複數性。這也進一步影響到了 2006 年生效的第十六次刑法修正。修法前的學說與實務看法，多數都是順應著修正前的法典章名僅有「共犯」，而認為：共同正犯具有傳統「正犯」性，劃分在是實行犯罪者，固無問題；但是由於共同正犯如同共犯，是以正犯加上共犯共同參與為特色，易言之，也是在行為人必有的複數性上，故給予共同正犯「廣義」共犯的地位。使其悠遊於正犯與共犯兩者名詞之間。當時認為，在共犯的定義上再區分為廣義共犯及狹義共犯，狹義共犯僅指教唆犯及幫助犯，而廣義共犯則除教唆犯及幫助犯外還包括共同正犯<sup>142</sup>。

上述說法看來清楚，不過仍存在了一些根本上的問題。即共犯的標準到

---

<sup>142</sup> 參閱甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 244 頁；蔡墩銘，中國刑法精義，1988 年 6 月，第 231 頁；蔡墩銘，刑法精義，第 325 頁；高仰止，刑法總則之理論與實用，1986 年 8 月，第 391 頁；楊建華，刑法總則之比較與檢討，第 230 頁等。

底是對於犯罪的支配性還是人數？廣義共犯的說法，很明顯有二個致命的缺陷：一是在正犯與共犯的區分如果是建立在互斥關係且不可能混淆的前提下，則廣義共犯是不可能存在的空間；二是，共犯的成立可能並非建立在人數上，否則同樣劃分在正犯範圍的間接正犯，也利用了他人而有行為人複數的情形<sup>143</sup>，不也應該具有廣義共犯的個性？

如果要讓共同正犯能存在於共犯的層次，那麼不是對於共犯的文字要有所調整，就其認為這是另一種的理解，而且勢必得就此找出另一個存在的基礎。而這也就是學說上普遍再提出「參與犯」說法（參閱本文第一章第二節）的起因。

2005年我國刑法修正，對於正犯與共犯章的名稱問題，就以「正犯與共犯」來改正長期的章名「共犯」指涉範圍可能大到包括共同的正犯，與真正的共犯。因此藉由立法者的立法形成，就正犯與共犯兩者並不相涉的本質，不無釐清<sup>144</sup>。此外，在名詞解析的部分也解決了長久以來從犯等於幫助犯，但是幫助犯的名詞使用卻高於從犯的畸形情形，從善如流地將第30條的從犯，一律改為幫助犯。

因此，從目前台灣學說與實務的現狀觀之，多數已然認為以往的廣義共犯說法，就是在混淆正犯與共犯之分界，故應認為共犯無廣義共犯與狹義共犯之分，共犯就僅僅是指教唆犯及幫助犯，而共同正犯則為共同違犯的「正犯」<sup>145</sup>。而這也是我國刑法2005年第十六次修正後採取的新立法方式，本

<sup>143</sup> 這在正犯後正犯概念出現後尤其明顯，因為利用人與被利用人都是具有歸責資格的「正犯」。

<sup>144</sup> 修正理由：「由於我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且目前學說見解皆認正犯與共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯），爰將現行法之「共犯」章名，修正為「正犯與共犯」，以符實際。」不過這樣的修正也不是我國法獨有，在德國法制上，自1871年的帝國刑法至1975年的德國現行刑法修正前，其章名也是以「共犯（Teilnahme）」名之，參閱 Fuchs, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, S.131ff.

<sup>145</sup> 僅參閱林山田，刑法總論（下），第28頁。

文從之。至於原本的廣義共犯範疇者，如前章所述，本文另以共同正犯與教唆犯及幫助犯，合稱為「參與犯」。然則，這只是為免以詞害義，也不是在否定共犯中文意涵上可以容認的多義性，而是為了在討論共同正犯的定位，並聚焦出與教唆犯及幫助犯相同性質的方便取樣。

## 第二項 共同正犯未來可能的建構方向

如果仔細觀察一下共同正犯與教唆犯、幫助犯放在一起觀察的「參與犯」共同特徵，就大致能發現這是以行為人複數為特徵的描述。只不過共同正犯彼此間是立於對等的地位，而教唆犯與幫助犯則是有主從關係<sup>146</sup>。然而，進一步要認識的是，行為人複數討論的背後基礎是什麼？是否只要是單純的行為人為複數就有歸於一類討論的必要？其中發現可以正視的標準，應是在於彼此的「從屬與補充」與否之上。在共犯（僅指教唆犯與幫助犯）的發展上，大家不約而同地就是以共犯從屬性為介紹的起點。這是因為，共犯除了自身存在已然正當化的處罰基礎外<sup>147</sup>，就是在討論彼此之間相互的依存關係。而這樣的關係除了從屬性之外，獨立性也從未被排除是選項之一<sup>148</sup>。但是，行為人複數的情形不是只有共犯，共同正犯也有如此的特徵。因此循著學理如此的發展軌跡在同屬參與犯的共同正犯中也可以進一步發現，共同正犯彼此之間是否一定是相互依存，而這是否就是從屬性的思考？共同正犯從發展至今，一直都是籠罩在從屬性質的共同合作的陰影之下，這不論是在犯罪共同、行為共同，乃至上述的功能的犯罪支配詮釋下，無不如此，因為如果不形式上綜合其他共同參與人的行為一起考量，是沒辦法正確定位出共同正犯的處罰。不僅如此，不論是「分擔協力」或「勇往直前」型（參見本文第三章第一節、第二項、第一款、第一目）也都是建立在視彼此的不法為補充的處罰基礎上。

<sup>146</sup> Puppe, Strafrecht AT-2, §38 Rn.1,4ff.

<sup>147</sup> Kindhäuser, Strafrecht AT, 2005, §38 Rn.8ff；許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，載於「罪與刑/林山田教授六十歲祝賀論文集」，1998年10月，第61頁以下。

<sup>148</sup> 如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第251頁；陳子平，刑法總論，第488頁以下，就有詳盡的學說介紹。



在此本文想提出的思考是，不論從廣義共犯與狹義共犯的名詞出發，或是自參與犯的角度去理解共同正犯的基礎發展，可以清楚地看到至少不會是以共同正犯之間的彼此從屬為唯一走向<sup>149</sup>。如此的趨勢走向也不單只是學說上不著邊際的討論，在實證法上也不乏其例，例如刑法第 31 條身分犯規定中第 1 項採取從屬原則，第 2 項採取獨立原則，就是一個很好的例證。所以是否仍舊可以說共同正犯跨足到（廣義）共犯的範疇，只是單純為了遷就共犯從屬性所致？而與獨立性的思考是否全然無涉？在本章介紹完共同正犯的形成與發展史，並接續第三章與第四章對於共同正犯的實證發展與操作後，在第五章將從另一個獨立性的正犯原始建構再對共同正犯作一解析。

---

<sup>149</sup> 如果從本來理解的參與犯來看，間接正犯也是一種行為人複數的參與形態。間接正犯從負責原則到意思支配的發展，學理早期是自共犯從屬性原則的補充類型去加以理解，不過現今已經是全然正犯的理解了。雖然學說上少見間接正犯再重新自從屬性與獨立性去理解，不過與本文後述觀點相近的是，間接正犯的利用他人目前學說上已多認同也是一種獨立支配的理解。



## 第三章 共同正犯概念的現況與困境

共同正犯概念的現實操作，無疑是共同正犯存在的最大價值，因為現實面的操作已經有刑法第 28 條給予實證上的支持。在依法司法的背景下，對於共同正犯的肯定，通說與實務是無後顧之憂地加以發展。

本文在第二章已就共同正犯的形成基礎理論加以回顧與分析，接續於本章要加以討論的，是現實面共同正犯概念的操作已經發展到了如何的境地。就此可以更清楚地觀察到共同正犯概念的利與弊，也當然可以促使我們在後續進一步思考概念存在的必要性。

### 第一節 共同正犯概念的存在效益

#### 第一項 問題的提出與一般的解決模式

共同正犯概念的存在效益，首先可用以下兩個案例來加以說明：

##### 【案例 1】

台灣人某甲與某乙，夥同在印尼才認識的大陸籍某丙與某丁，由於異國謀生困難，就商量好一起組成犯罪集團從事電話詐欺。集團分工上，由某甲先尋找在大陸的合適肥羊，再由某乙與某丙以角色扮演方式騙取被害人信任，最後由某丁負責收取被害人匯入其帳戶內的贓款。

##### 【案例 2】

某甲與某乙因為缺酒錢，也已向朋友借貸無門，一時惡向膽邊生，籌劃向台灣次富的某丙行搶。兩人依計在某丙開完股東會步行回家時，騎乘機車接近，由某乙在旁把風，某甲下手奪取某丙掛在脖子上的超大金飾。行動過程中，某丙掙扎，某甲遂揮動手上的特製扁鑽，劃到某丙的手臂，想藉此擺

脫某丙，沒想到單純的劃傷，卻讓某丙罹患蜂窩性組織炎，導致五天後截肢<sup>1</sup>。

從上述案例中，可以清楚發現有兩個傳統單獨正犯體系所無法解決的問題：一是行為人個別的行為都無法完整充足單一客觀構成要件的要求；二是法律效果也只能就個別行為加以論斷，無法劃一集團行為人的論罪。

對於這樣的結果，普遍認為，不論從犯罪的整體、行為的共同性甚或是共同意思主體說或是犯罪支配觀點<sup>2</sup>，若只依照個別行為部分加以歸責，實有違平等原則，或難以對犯罪加以完全清算<sup>3</sup>。對此，我們當然有權選擇要如何解決，如果也承認這是個待解決的問題。共同正犯概念發展就是為了填補這類漏洞。而學說與實務在此前提下，所共同建構的體系也已經相當複雜。本文以下描述所要呈現的是，這些不同說法之間，事實上都隱含了一些內部的矛盾，也就是要維持共同正犯擴張的存在效益，與現有犯罪論體系下的衝突。

以下可以先用通說的說法來檢視一下上述的兩個案例：

【案例 1】是一個想以共同正犯解決的典型案列，通說將各行為人的行為，視為一個犯罪集團的手足動作，如此行為之間可以互補，如詐欺罪中的施行詐術等要件都可以一併補足，因此共同行為人都必要就責任共同承擔。

至於【案例 2】的情形，則除了依共同行為決意的認知，也將把風行為這個嚴格構成要件意義外的行為，一併歸入（加重）搶奪罪的成立外<sup>4</sup>，還就產生重傷結果部分，進一步要突顯主觀面的共同行為決意：一旦部分行為人的行為逾越了原先犯罪集團的共同預設時，至少在故意犯的層次就未實行部分是不用負責的。

---

<sup>1</sup> 改編自最高法院 100 年度台上字第 6219 號與 82 年度台上字第 1200 號判決。

<sup>2</sup> 學說介紹請參閱陳子平，刑法總論，2008 年 9 月，第 473 頁以下；楊建華，刑法總則之比較與檢討，1988 年 9 月，第 239 頁以下。

<sup>3</sup> 僅參閱林書楷，刑法總則，2010 年 3 月，第 300 頁以下。

<sup>4</sup> 當然，某乙及某甲的行為是否因否認搶奪罪的立法正當性而認為此處可能成立強盜罪？而有沒有構成竊盜罪或強制罪等的可能？都是另外可以討論的問題，但也同樣必須用共同正犯的概念來加以解決。

依照通說，只要將多數行為人的行為合為一體觀察，上述兩個例子要讓行為人全部都可論以詐欺得利（或取財）罪既遂，或是（加重）搶奪罪既遂，其實都沒有什麼困難。至於【案例 2】中在共同行為決意外的行為人乙要為故意的傷害行為負責，即使依照一般的故意理論，也可得出一致的結論。

## 第二項 犯罪行為人成立範圍的擴張

如果共同正犯間彼此採取的是協力合作的方式，亦即，單一構成要件的行為是由各行為人的舉動合併觀察方得完成的情形<sup>5</sup>。此時，在嚴格的形式構成要件解釋年代，各行為人的行為可能都不足以涵攝或包攝於構成要件的行為規範之中<sup>6</sup>；因為刑法分則中所規範的犯罪，原則上是針對單獨犯（Alleintäter）所為的規定，共同正犯自然不可能滿足個別刑法條文中主客觀不法構成要件的要求。如此可能客觀構成要件或主觀構成要件的涵攝都不該當，導致犯罪行為人不止既遂犯，可能連未遂犯都無法成立，共同正犯概念自此因應而生。而其首要擴張的就是，以各共同行為人間的行為合併從屬為背景，來補足原本不足以成為正犯的行為與故意要求，進而達到犯罪行為人擴張的目的<sup>7</sup>。

<sup>5</sup> 這也是一般常見的「分擔協力型」，檢驗方式必須要將各行為人的行為合併觀察；至於若由一人率先完成犯罪而其他人仍在動手階段的「勇往直前型」，就得是將其他行為人的檢驗依附在先完成犯罪者身上，這部分可參閱 Fahl/Winkler, Definitionen Strafrecht, 2008, S.18；蔡蕙芳，刑法實例解析—複數犯罪參與人之判斷，輔仁法學第 28 期，2004 年 12 月，第 302 至 303 頁及許澤天，刑總要論，2009 年 2 月，第 188 至 189 頁的分析。「勇往直前型」除本文的二個案例外，另外可以回溯到大家熟悉，在清朝袁枚所著「子不語」一書中的「偷靴」故事：故事中第一個騙被害人把帽子丟出屋頂的人是一位行為分擔者，第二位讓被害人脫下交付鞋子之後把鞋子拿走的人，才是完整實現詐欺取財既遂罪規範的行為人。在檢討上，第二位行為人的行為要先於第一位檢討，如此方得依通說的共同正犯理論，讓第一位行為人也成立詐欺取財罪。

<sup>6</sup> 當時的刑法是從概念法學的角度去看待所有法學上的問題，參閱蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，刑法問題研究（一），2008 年 7 月，第 142 頁。

<sup>7</sup> 如最高法院 100 年度台上字第 7303 號判決：「共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所謀議，僅於行為當時有共同犯意之聯絡，不論明示通謀或相互間默示合致，均屬之；而行為分擔，亦不以每一階段皆有參與為必要，倘具有相互利用其行為之合同意思所

## 第一款 從行為方面的擴張－共同行為實施

一般強調的共同正犯成立要件，是就構成要件層面，分別從客觀面與主觀面兩者分別加以替代或修正<sup>8</sup>。也就是，以客觀上的「共同行為實施（*gemeinschaftliche Tatbegehung*）」及主觀上的「共同行為決意（*gemeinschaftlicher Entschluß*）」分別補足客觀構成要件中「行為」與主觀構成要件中「故意」的要求。

對於共同正犯的檢討，首先會面臨到的是，客觀構成要件「行為」如何包攝的難題：因為單從行為人的個別舉動是無法滿足構成要件的行為要求；通說於是以「共同的犯罪意思」，將共同行為人諸般舉動從屬串聯在一起加以認定。至於在違法性與罪責層次，共同正犯的成立，乃至其他的正犯與共犯一般，於此並無差異；共同正犯相較於其他犯罪形態不同之處主要是在構成要件該當性的層次。

就「共同實施行為」此一擴張要件的內涵，多數看法通常直接指稱：並不限於符合嚴格構成要件的行為才算是行為的分擔，事前的同謀、事中的指揮、事後的分贓，以及其他非屬構成要件的幫助行為，只要行為人是基於自己的犯罪之意思所為者，都算是行為的分擔<sup>9</sup>。這樣的說法固然可以符合對於行為人擴張的需求，但是可以檢視一下學說上其他的細部說法，就能發現其實基於對客觀行為質與量的要求的不一致，到底行為人的行為要到如何的程度，才能達到「從屬或視同」為其他行為人的共同行為標準，其實學理上並不一致。

### 第一目 共同實施行為的處罰始點

共同實施行為的處罰起點，學理上有二種主流的論述方式。一是從時間

---

為，仍應負共同正犯之責」（F1）（相關判決內容摘要請參見本文附錄）。

<sup>8</sup> 如 Welzel, StGB, 1965, S.97；Heinrich, Strafrecht AT-2, 2005, §34 Rn.1222ff.

<sup>9</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），2006年9月，第852頁的介紹以及我國司法院院字第1905號解釋。

點的切分論述：若部分行為人只參與了事前的準備、策劃、指揮或資助工作，而在犯罪構成要件實行行為並不在場者，是否也為這裡所謂的共同正犯實施行為<sup>10</sup>？另一則是從構成要件行為的參與與否，切分為以自己行為參與實施構成要件行為，或構成要件以外的行為<sup>11</sup>。雖然不論是何種說法，都是一種「形式」論證的方式，其目的都在於針對現有的實行階段行為或是構成要件的限制，提出鬆綁的說法，不過並沒有直擊到問題的核心。

因此，學理上進一步有從實質論的觀點，延續正犯與共犯區分的角度，來切入這一個行為定性的問題：有認為重要的犯罪協力必定要在實行階段出現方可；至於參與者不必一定要待在行為地，只要與其他參與者有一定程度連繫即可。也就是，其可以立於主控者的角色加以指揮與控制（如經由無線電或電話）<sup>12</sup>。而學說上的多數看法認為，若行為人於犯罪的預備階段有行為貢獻，而進一步在共同的行為階段其行為貢獻也產生影響，即強化了實施犯罪行為的共同行為人，其行為也就符合了這裡的共同行為實施要求<sup>13</sup>。上述是基於正犯判斷「客觀理論」的論述，若是延續在正犯與共犯區分中「主觀理論」的主張：正犯是為自己，共犯則是為了他人而犯罪，至於是否要在犯罪實行階段參與則不必強調；則共同實施行為在犯罪實行階段出現與否並非必要，即使是在單純的預備階段也已經足夠<sup>14</sup>。

環顧上述實質論的看法，除了主觀理論的論點外，其餘說法之間彼此差異其實不大，主要關鍵處其實是堅持在共同行為人要不要形式上在犯罪實行

---

<sup>10</sup> 學說介紹參見 Heinrich, Strafrecht AT-2, §34 Rn.1227-1229.

<sup>11</sup> 余振華，刑法總論，2011年8月，第385頁。

<sup>12</sup> 此即為「嚴格的犯罪支配理論（strenge Tatherrschaftslehre）」，如 Roxin, Strafrecht AT-2, 2003, §25 Rn.198f.

<sup>13</sup> 也有稱為「緩和的犯罪支配理論（gemäßigte Tatherrschaftslehre）」，如 Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2009, §13 Rn.528f；Cramer/Heine, in：Schönke/Schröder, StGB, 2008, §25 Rn.66ff，亦可參見 Bauer, Vorbereitung und Mittäterschaft, 1996, S.79ff 有相當詳盡的整理。

<sup>14</sup> 這是德國聯邦最高法院自正犯與共犯區分爭議以來，一向採取的立場，參見 BGHSt 32,168f.



階段有參與的舉動。通說的想法其來有自，因為本質上要限制共同正犯在實行階段才存在，就是一個必須論證說明之處，而這同時也糾結在形式限制的意義究竟為何？然而，就現實而言不可否認的是，通說的主張已然給了共同正犯更大的存在與擴張空間。

## 第二目 客觀面向的進一步擴張

上述的議題，延燒到了著手實行前階段一些具體化概念的討論，而其中最具擴張力道的要屬「共謀共同正犯」<sup>15</sup>與「預備罪的共同正犯」兩者。

基於現實的需求，我國於 1965 年司法院大法官釋字第 109 號中，就針對集團犯罪的形式，提出「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」的說法，可謂明白承認「共謀共同正犯」的概念。這個原本應該爭執很深的議題，在我國卻基於對大法官解釋效力最高性的信仰，而產生了極大的認同<sup>16</sup>。而這同時也強化了預備罪的共同正犯（乃至於陰謀罪的共同正犯）得以生存的立基點。

其實，如果從前述實質論的角度，討論共謀共同正犯能否成立其實是無可厚非地。因為畢竟討論的前提就是本文之前所談，當共同行為人著手實行前階段的行為進一步影響到實行階段時，是否仍可論以共同正犯。而不論是那一種說法，都不否認當犯罪已達著手實行階段時，會有共同正犯存在的底限。然而，要討論預備罪的共同正犯（乃至於陰謀罪的共同正犯）的議題，顯然有二個結構上的困難須加以克服：一是預備罪的共同正犯是設定在所有部分行為人都未達到著手實行的情形，這顯然連共同行為分擔要在實行階段具有影響力的概念預設內涵都達不到<sup>17</sup>；另外，預備罪的共同正犯存在效益，

<sup>15</sup> 張麗卿，刑法總則理論與運用，2011 年 8 月，第 334 頁也有相同看法。

<sup>16</sup> 如張麗卿，刑法總則理論與運用，第 334 頁；黃翰義，刑法總則新論，2010 年 10 月，第 354 頁。

<sup>17</sup> Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.189；林山田，刑法通論（下），2008 年，第 89 頁註 94；靳宗立，刑法總論，2010 年 9 月，第 413 頁；黃翰義，刑法總則新論，第 354 頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，第 334 頁；蔡墩銘，中國刑法精義，第 236 頁；楊建華，刑法總則之比較與檢討，第 251 頁。這點我國 2005 年新修正的刑法第 28 條立法理由也明白予以採斟。其他請參考本文第四章第一節的討論。



應如同其他共同正犯成立的主張一般，是要讓不能完全符合預備行為規定的行為人也能適用預備行為的規定<sup>18</sup>，如果主張預備犯是要符合嚴格意義的法定構成要件方得成立<sup>19</sup>，那麼預備罪的共同正犯根本沒有成立的空間，主張預備罪的共同正犯就如同本文下述第三目所質疑的，引用刑法第 28 條規定不過只是符合形式上的美感而已，並無實際可引用的可能存在。

因此，可以認為，在通說與實務擴張共同正犯範圍成立的客觀面向上的努力，至少已經跨出了行為人的行為可以不必全然符合嚴格意義的構成要件行為，或是行為人在犯罪的實行階段一定要出現在現場等的限制，而這些都可以成立共同正犯。

### 第三目 鋪陳形式美感的刑法第 28 條應用

共同正犯是否只要犯罪人數是二人以上，就毫無選擇地必須援引刑法第 28 條，才算歸責條文的完整適用？我國實務在「結夥犯的構成」<sup>20</sup>、「傷害時

---

<sup>18</sup> 如有名支持實行與實施字眼分野的司法院 31 年院字第 2404 號解釋中，即依 2005 修法前的刑法第 28 條舊條文而承認此一類型，此一見解迄今亦未遭到廢止。我國之所以一直認為實施包含「陰謀、預備、著手、實行」等階段，有認是受到清末日本修法顧問岡田朝太郎的影響，參閱岡田朝太郎，刑法總論，明治大學大正六年度（1917 年）講義錄，第 201 頁，轉引自陳子平，正犯與共犯，2005 年刑法總則修正之介紹與評析研討會論文集，法務部編印，第 103 頁。對此之批評可參考林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月，第 450 頁的質疑。

<sup>19</sup> 雖然預備本身能否符合明確性的要求就是一個值得討論的議題。如林山田，刑法通論（下），第 498 頁，及最高法院 22 年上字第 980 號判例；77 年度台上字第 2654 號判決：「上訴人等之取來槍彈，既係預備殺害吳某等，而其後見在場之黃某又誤其為尋仇之對象，則黃某當亦在上訴人等主觀上預備殺害之列，則其由預備進而實施殺人之行為，其預備殺人行為當應為後者之實施殺人行為所吸收，全體論以包括的殺人一罪，不因部分之人未遭殺害而有異，乃原判決竟謂其另應單獨成立一預備殺人罪，亦有未洽」；94 年度台上字第 3515 號（刑五庭）判決：「被告事前共謀犯罪或參與預備犯罪之行為，但於即將開始實施犯罪行為尚未著手之際，因反悔而拒絕參與實施犯罪之行為，並以行動阻止其他人實施犯罪之行為；縱其阻止行動無效，其他人仍下手實施犯罪行為而發生犯罪之結果，惟被告於其他人即將開始實施犯罪行為尚未著手之際，既已無與之共同犯罪之意思，亦未參與實施犯罪之行為，除法律有處罰該罪之陰謀或預備犯之規定，應論以該罪之陰謀犯或預備犯外，尚不能遽依該罪之共同正犯論擬。」等。

<sup>20</sup> 最高法院 26 年渝上字第 1285 號判例。

同時在場下手」<sup>21</sup>、「同時為掘墓盜取物」<sup>22</sup>、「有共同首謀、下手實施或在場助勢之人」<sup>23</sup>等案例，在共同行為人彼此之間就單獨犯的檢驗亦可成立的情形下，認為也須援引刑法第 28 條為歸責條文。這樣的堅持突顯出了一個重要的問題：如果個別行為人依基本的犯罪三階檢驗都能成立該罪時，要求共同正犯概念的援引是否只是為了維持形式的美感？

如果不管共同正犯立論基礎的爭議<sup>24</sup>，而純以共通說法之「犯罪支配理論」觀之，共同正犯的核心在於，每一個參與者，均居於犯罪支配之地位，屬於一種「共同體的犯罪支配」。亦即每一個參與者與其他參與者間，相互作用而共同支配整個犯罪過程，共同使犯罪容易完成或使被捕的風險降低，且在主觀上透過共同之行為決意形成一個「犯罪共同體<sup>25</sup>」。然而，既然是以「犯罪共同體」觀之，必然是要透過一定要件的修正才能突破個人歸責原則下的三階段理論所為清算原則。當個別行為人的行為在「質」的檢驗上，都能通過傳統犯罪三階段理論的檢討而成立犯罪時，所謂的共同正犯的上述要件是否需要被重複檢驗？換言之，如果數個犯罪行為人都個別地完成了犯罪，且是在一般認知的共同正犯「共同為之」的情狀下，那麼需不需要回頭再援引共同正犯的概念連結？如果不引，在實際判斷上是否會產生判斷不足的現象？

問題的關鍵就在於，共同正犯的作用是什麼？本文認為，通說基於「犯罪支配理論」下共同正犯的作用，就是在基於犯罪行為人的共同行為決意，就已有行為分擔者共同負擔整個犯罪成立的刑事責任。從而，如果在整個犯罪的成立檢驗上，個別的行為人已經足以歸責，實在不必也不能再援引共同正犯的概念。準此，如果對於基本的正犯成立要件已經足夠的話，則應不得再援引修正補充形態的共同正犯規定。也因此，如果對於個別犯罪已經成立

---

<sup>21</sup> 最高法院 30 年上字第 1613 號判例。

<sup>22</sup> 最高法院 57 年台上字第 3501 號判例。

<sup>23</sup> 最高法院 81 年台非字第 233 號判例。

<sup>24</sup> 陳子平，共同正犯與共犯論，2001 年 9 月，第 212 頁以下。

<sup>25</sup> 林山田，刑法總論（下），第 85 至 86 頁。

個別的正犯歸責者，則往昔認為仍然必須援引共同正犯規定的看法，顯然有重為斟酌的必要。

實務要求此處須援引刑法第 28 條，當然不是只要求單純條文的引用即可，而是必須檢驗是否符合相關共同正犯成立要件後，再引用其法律效果。但是，若個別行為人的行為已足以滿足刑法分則條文要件，也就是自身行為已符正犯「質」的要求時，何須多此一舉？這不論是在任意共同正犯或必要共同正犯中的「聚合犯」，都會得出相同結論。就算是在必要共同正犯的「對向犯」型態，此時有援引刑法第 28 條的可能。例如通說承認的公務員違背職務收受賄賂情形，必須同時有交付與收受的行為合致時才成立，若只有一方的收受賄賂行為，他造也有符合交付的構成要件要求時，似亦得援引共同正犯的規定才是完整有交付與收受「合致」情形<sup>26</sup>。不過上述的討論可能性，很快在實務見解中被明確加以否認<sup>27</sup>。其實不止實務界，部分學說在介紹共同行為的共同行為實施時，也並未釐清這部分<sup>28</sup>。

---

<sup>26</sup> 這裡當然有另外幾個前提也要解決：如刑法第 31 條規定共同正犯的正當性如何？必要共同正犯本身是否是共同正犯的形態之一，抑或是單純構成要件的解釋而已？對此，可以參考游明得，從身分犯的本質檢視刑法第 31 條身分犯共同正犯一以國內現況評析為主，中央警察大學法學論集第 12 期，2007 年 4 月，第 141 與 147 頁以下，及本文第四章第二節、二。

<sup>27</sup> 最高法院 81 年台非字第 233 號判例：「……『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。」

<sup>28</sup> 如韓忠謨，刑法原理，1971 年 4 月，第 299 頁；林書楷，刑法總則，第 306 頁；甘添貴，共同正犯之客觀行為，月旦法學教室第 12 期，1996 年 4 月，第 51 頁，認為行為人與他在共同犯罪決意下，分擔實行構成要件的全部行為，此時是「典型」構成共同正犯的情形。不過此一見解在之後已加以更改，而以「所謂不真正共同正犯，是指各共同行為人其各自本身的行為，均已完全實現犯罪構成要件，亦即各共同行為人對於特定犯罪，一齊合力實行犯罪構成要件的行為。所以，有否共同正犯的規定，對於行為人的責任，並無任何影響。」，此已較為傾向本文見解，參閱甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 269 頁。又如鄭逸哲，「共同正犯」論罪不得割裂，月旦法學教室別冊一刑事法篇，第 57 頁以下：「一般說來，就共

實則，在比較法上早已存在共識：只有在個別行為人的行為不足以滿足分則構成要件的要求時，才有援引共同正犯概念的必要<sup>29</sup>。所以如果數個犯罪行為人若已個別地完成了犯罪，且是在一般認知的共同正犯「共同為之」的情狀下，那麼需不需要回頭再援引共同正犯的概念連結？如果不援引，在實際判斷上是否會產生判斷不足的現象？通說基於「犯罪支配理論」中的功能犯罪支配所衍生的共同正犯，其作用在基於犯罪行為人的共同行為決意下，就有行為分擔者共同負擔整個犯罪成立的刑事責任<sup>30</sup>。從而，如果在整個犯罪的成立檢驗上，個別的行为人已經足以歸責者，實在不必也不能再援引共同正犯的概念<sup>31</sup>。

因此，我國實務與部分學說在極度擴張共同正犯適用的基本立場下，想要在只要有複數行為人存在的情形，就一律要求要援引共同正犯的做法，的確是沒有清楚意識到共同正犯的規範目的，而留下了一個內部矛盾的存在。

---

同正犯很少確切被告知他們個別做了什麼，而只是被告知他們一起做了什麼；換言之，我們並沒有被告知個別行為人所啟動的因果進程力為何，而是他們所啟動的因果進程度力一起的總合為何……就共同正犯根本不可能也不可以個別適用構成要件而論罪，而必須在向量和的事實基礎上，就共同正犯一併討論而進行構成要件適用，在「共同殺人構成要件」非「個別成員構成要件」，月旦法學雜誌第122期，2005年7月，第270頁中更明白表示了：「若A的『參與共同殺人既遂構成要件滿足性』和『殺人（既遂）構成要件滿足性』均作為構成要件該當性，將其就『一刀劈死C』的事實部分，發生一事二罰，因而應適用擇一關係原理，任擇其一作為構成要件該當性。」

<sup>29</sup> 如 Heinrich, Strafrecht AT-2, §34 Rn.1219; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, StGB, § 25 Rn.61.而 Haft, Strafrecht AT, 2004, S.201 更明白列出應先確認這一點，之後才可能進階進入共同行為決意與共同行為實施的檢驗。

<sup>30</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2000, S.275ff.

<sup>31</sup> 因此，最高法院 96 年度台上 5835 號判決（刑九庭）中主張：「按刑法第三十一條第一項，限於因身分或其他特定關係成立之罪，其無特定關係之人與之共犯時，始有其適用，如共犯二人均有同等之身分或其他特定關係而共同實施犯罪時，即應回歸刑法第二十八條之規定，要無適用同法第三十一條第一項之餘地。」延續上述看法，本文認為進一步地可能連援引第 28 條的共同正犯規定都無必要。

## 第二款 主觀要件認定的放寬－共同行為決意

### 第一目 串連起共同正犯的重要關鍵

共同正犯對於行為人範圍的擴張，另一個努力的成果，或是可以稱為擴張的主要支撐力道，就是行為人之間有沒有存在以共同協議為基礎的主觀認知。此一主觀上的要求，或稱為「共同行為計劃（gemeinschaftlicher Tatplan）」<sup>32</sup>，或稱為「共同實施犯罪意思」<sup>33</sup>，在我國實務稱為「犯意聯絡」<sup>34</sup>，是共同正犯處罰的主要聯結要素。蓋透過共同行為決意的串連，使得共同行為人間的行為得以完整被視為「一體」<sup>35</sup>，更進一步可以推論出所有行為人一體適用的法律效果<sup>36</sup>。如前所述，這是為了填補單獨犯的故意要求無法滿足所生<sup>37</sup>。

不過此一替代要件到底要放在共同正犯成立的主觀要件或是客觀要件中，學說上並不一致。由於共同行為的實施須以共同行為決意為基礎。因此，主張共同行為決意為共同正犯的主觀要件者，自然順勢將此當作共同正犯成立唯一的主觀要件－「故意」認知的內容<sup>38</sup>；而將共同行為決意當作客觀要件

---

<sup>32</sup> 如 Puppe, Strafrecht AT-2, 2005, S.111ff.

<sup>33</sup> 甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌第 11 期，1996 年 3 月，第 41 頁。

<sup>34</sup> 文字上的批評請參閱林山田，刑法通論（下），第 78 頁。

<sup>35</sup> 從而，超過共同行為決意以外的行為自然不能歸責到其他共同行為人，這是當然之理。

<sup>36</sup> 林山田，刑法通論（下），第 95 頁。

<sup>37</sup> 如所謂的構成要件故意必須存在於行為時，而分擔行為的把風或接送之人沒有自己實施不法構成要件行為，而構成要件故意也就沒有可依附的對象，供檢驗行為人於行為當下的心理狀態，參見古承宗，規範上的共同性與共同犯意聯絡，台灣法學雜誌第 185 期，2011 年 10 月，第 202 頁。不過如果再省視一下，共同正犯的單獨行為人可能不符合單獨犯的故意要求，應該是在行為人的單純主觀想像藍圖中就無法符合客觀構成要件行為實行的要求，這是基於主觀歸責下的解釋，而與有沒有客觀行為的依附沒有絕對關聯，這部分概念的闡釋請參考，蔡聖偉，客觀可歸責性與故意，刑事法雜誌第 39 卷第 3 期，1995 年 6 月，第 71 頁。

<sup>38</sup> 如 Kühl, Strafrecht AT, 2006, §20 Rn.104ff.; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, §25, Rn.70ff 等。



者，則著重於須先以共同行為決意為基礎，方得認出部分行為人的那些舉動是所謂的共同行為實施<sup>39</sup>。

於此雖然體系定位上有所論爭，但對於本文以下要論述的主軸而言，並無絕對關聯。因為即便將共同行為決意放在不同的構成要件範疇討論，可以發現所要認知到的事實部分是差異不大<sup>40</sup>。亦即，都是以「行為計劃」與「行為的分擔」<sup>41</sup>為主要的認知標的。如果是採取共同行為決意是主觀要件者，自然在此一併判斷；而如果將共同行為決意置於客觀要件檢討者，常是將行為計劃置於客觀要件，以此為判斷共同行為分擔的基礎，並另外在共同正犯的故意層次討論共同正犯對分工行為在整體犯罪中的地位認知。因此，單就以共同行為決意做為擴張行為人成立的基礎而言，並不存在本質上的差異。

## 第二目 主觀面向的進一步擴張

若要論及共同行為決意之於行為人成立範圍擴張的進一步效應，應是在「過失的共同正犯（*fahrlässige Mittäterschaft*）」與「相續（承繼）（*sukzessive Mittäterschaft*）共同正犯」的討論之上。先就過失的共同正犯承認與否而論，共同行為決意在此其實是吊詭地扮演著反對的阻力與承認的推力，正反二個角色的重疊。就反對的阻力而言，單就形式要件的推衍，共同正犯成立所需的共同行為決意怎麼看都是一種（近似）故意的認知，而與過失的共同正犯的過失，是以「非故意」<sup>42</sup>為基礎有所扞格，就不可能是建立在共同行為決意

<sup>39</sup> 如 Hoyer, in: SK-StGB, 2001, §25 Rn.130 等。

<sup>40</sup> 不過至少可以確定的是，有無共同行為決意與是否有責任能力，是兩個截然不同的議題，在犯罪階層的畫分上也是相當清楚地。可惜的是，我國實務見解對此有認為無責任能力是無法產生共同行為決意，而在構成要件該當性層次一開始就加以排除。如最高法院 28 年上字第 3242 號判例與 28 年 7 月 11 日的刑事庭決議。學理上的評論可以參見林山田，刑法通論（下），第 77 至 78 頁；蔡墩銘，刑法精義，2002 年 2 月，第 328 頁；鄭逸哲，法學三段論下的刑法與刑法基本句型，2003 年 9 月，第 286 至 287 頁。

<sup>41</sup> 也就是「行為分配的認知」，參閱柯耀程，參與與競合，2009 年 10 月，第 52 頁。

<sup>42</sup> 甚而有人認為犯罪支配理論本身就是基於限制行為人概念與故意犯的產物，要移植到過失犯的身上是很有問題的，參閱 Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S.55f.至於這個實證法的要件，所產生互斥構成要件的諸般

之上<sup>43</sup>。然而，就規範的必要性觀點，論者以為過失的共同正犯往往對於複數行為人同時有預見可能性的疏虞，並一起造成了法益侵害（可參見下述因果關係層次介紹的落石案）時，若堅持故意犯才會構成共同正犯，而拒絕在過失層面也能產生一種相互歸責的效果，毋寧是一種漏洞的放任<sup>44</sup>，也因此過失的共同正犯概念有越來越多人採取的趨勢<sup>45</sup>。而正因共同行為決意要件的阻隔，使得過失的共同正犯的承認者必須另闢蹊徑<sup>46</sup>，就此而論，未嘗也不是共同行為決意此一要件的推力所致。不過不論出於何種承認的理由，至少對於傳統囿限於故意犯層次的共同正犯（或是整個正犯與共犯區分論），已經是跨足擴張到過失犯的範疇了。

另一個值得討論的議題就是「相續共同正犯」。共同正犯的歸責範疇是否

---

問題，是另一個值得討論的課題，請參閱蔡聖偉，論排他互斥的犯罪構成要件，東吳法律學報第 21 卷第 4 期，2010 年 4 月，第 91 頁以下的評釋。

<sup>43</sup> Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.242; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997 S.283; 余振華，刑法總論，第 398 頁。

<sup>44</sup> Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S.118ff; 甘添貴，過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室第 18 期，2004 年 4 月，第 88 頁。

<sup>45</sup> 參閱 Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.242; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.300f 以下的歸納：「由於故意與過失各有其違反的行為規範，從而在正犯與共犯的過失犯間自然也要加以區別。」又如傳統建構共同正犯成立正當性的犯罪共同說或共同意思主體說，因認數人成立共同正犯必以其相互間之主觀聯繫為必要，進而否定過失共同正犯；至於行為共同說則以數人之共同行為為表徵其間共通惡性，故無論為故意或過失均無礙於共同正犯之成立，參見陳友鋒，數人參與下之結果加重犯一兼評最高法院 100 年度台上字第 6904 號判決，載於「100 學年度中國文化大學刑事法研究中心—數人犯罪學術研討會」，2012 年 6 月，第 19 至 20 頁的介紹。

<sup>46</sup> 如 Otto, Strafrecht AT, 1996, §21 Rn.15ff 先承認過失的共同正犯概念，再進一步推衍出作為犯的共同正犯成立上應有一致的標準，而故意或過失或過失只是結構上的些許不同：其故意是對於參與行為會引起法益侵害危險的惹起或昇高有認知，而過失則是有預見的可能。又如 Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S.300f：「若有多數行為人同時產生對結果的效應時，即得考量過失共同正犯。成立的前提為具有參與者都彼此認可為一份子的共同行為規劃(Handlungsprojekt)」另外也可以參考 Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, S.118ff. 與 Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S.195 其中對於諸般不同說法的介紹。

要延燒到在實行後才加入的行為人？一般採取肯認的看法認為，不論是在「行為實行中」<sup>47</sup>，或是在「犯罪既遂後而行為尚未終了之前」<sup>48</sup>，一旦形成共同行為決意而加入的行為人，依此也都成立共同正犯<sup>49</sup>。我國實務上也承認上述概念<sup>50</sup>。然而，即便相續共同正犯存在的實益，也肩負了共同正犯的行為人擴張的責任，但是相續共同正犯對於之前未參與的部分，相續行為人是否要負責？而就之前相續行為人未參與的行為部分，如果要相續行為人也要負責的話，必定要有一個相同對待的理由。這個關鍵在於相續行為人的行為客觀面是否也達到了支配未參與部分犯罪構成要件的實現。學說與實務對此意見相當分歧，有基於「共同行為決意既及於全部，自然應該一體負責<sup>51</sup>」，或「後來共同決意的形成時已決定利用已成立之條件<sup>52</sup>」等理由來加以肯定；而否定見解則多半基於回溯禁止的理由<sup>53</sup>，認為既然在加入前已經過去的事實，自然

<sup>47</sup> 陳子平，刑法總論，第 530 頁。

<sup>48</sup> 參閱林山田，刑法通論（下），第 79 頁。

<sup>49</sup> 參閱林山田，刑法通論（下），第 79 頁。

<sup>50</sup> 早期實務界是以「行為人的決意是在行為中方成立者亦屬共同正犯」來加以說明，如已被停止援用的最高法院 28 年上字第 2397 號、30 年上字第 870 號，73 年度台上字第 1886 號與 73 年台上字第 2364 號判例。但是之後的判決中則已經針對此一概念加以闡釋，且均採取肯定的看法，如最高法院 76 年度台上字第 4155 號、94 年度台上字第 5166 號（刑一庭）、96 年度台上字第 3468 號（刑六庭）、97 年度台上字第 1509 號（刑十一庭）、97 年度台上字第 5288 號（刑九庭）、98 年度台上字第 4230 號（刑三庭）、98 年度台上字第 7972 判決（刑三庭）、99 年度台上字第 4997 號判決：「共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立」（刑一庭）等。

<sup>51</sup> 韓忠謨，刑法原理，第 300 頁：「凡屬共同正犯，對於共同意思範圍內之行為均應負責，在相續的共同正犯之情形下自亦相同，故對於發生共同犯意以前其他共同正犯所為的行為，苟有加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，則該行為即在共同意思範圍之內，應共同負責。」；洪福增，繼承之共同正犯，刑事法雜誌第 7 卷第 1 期，1963 年 2 月，第 15 頁。

<sup>52</sup> 陳子平，刑法總論，第 534 頁。這似乎也是近期我國最高法院所傾向的看法，如最高法院 94 年度台上字第 5166 號判決（刑一庭）、97 年度台上字第 1509 號判決（刑十一庭）、97 年度台上字第 5288 號（刑九庭）判決、98 年度台上字第 4230 號判決（刑三庭）等。

<sup>53</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006 年 6 月，第 275 頁；許玉秀，刑法第四章



不可以再對於相續行為人加以歸責。

綜觀前述見解，其實不論是肯定或否定的見解，都只是基本立場的標籤而已，相關立場都有埋下例外的伏筆。例如肯定說的見解一再表示：「對於發生共同犯意以前其他共同正犯所為之行為，苟有就既成之條件加以利用而繼續共同實施犯罪之意思，則該行為即在共同意思範圍以內，應共同負責<sup>54</sup>。」；而否定說也不忘補充：「前行為人的行為繼續發生可以讓行為人加以補充、利用之因果力時，則前行為人與後行為人對於前行為與後行為皆存在相互利用、補充關係，亦得成立共同正犯<sup>55</sup>。」不論所謂正反意見，至少都不是全然地區分為有與無的光譜；因此，至少得到一個小結是：透過相續共同正犯，共同行為人的擴張又再往前跨了一步。

### 第三項 因果鏈認定上的寬鬆

共同正犯在客觀的行為與主觀的故意上被廣泛地修正，以符合從屬認定下擴張的需求。而共同正犯的成立，雖以共同行為實施與共同行為決意為主軸，不過在其餘的犯罪成立要件上，仍然不得欠缺，因果關係的認定就是其中的一環。那麼，自然就不能忽視非原生於因果鏈放寬的要求，而是另外從過失的共同正犯中移植出的擴張現象－因果關係認定上的翻新。

詳言之，為避免共同行為人間的個別行為無法全然滿足原設定於單獨犯的構成要件行為要求，因此對於結果犯，如何認定行為與結果間的因果關係聯結，學說上就採取了另一種寬鬆得多的認定標準，而無須檢驗所有犯罪參與者之個別行為分擔是否對於結果之發生具備必要的因果關係<sup>56</sup>。據此，每一

---

緒論及第二十八條至第三十一條註釋，行政院國家科學委員會專題研究計劃成果報告，1997年9月，第44頁以下；黃惠婷，在構成要件形式上完成後之共同正犯與幫助犯成立之可能性，刑事法雜誌第41卷第2期，1997年4月，第166頁。

<sup>54</sup> 如最高法院94年度台上字第5166號（刑一庭）判決。

<sup>55</sup> 陳子平，刑法總論，第534頁稱為「限定否定說」。

<sup>56</sup> 古承宗，規範上的共同性與共同犯意聯絡，第202頁。從而，在擇一因果關係之例，若

個參與行為人，都是結果的共同肇因者。在個案中先確認共同實施關係後，就不必再證明個別行為人的犯罪分工是否與結果有關係，而只須就整體犯行加以判斷與結果間的因果關係即可<sup>57</sup>。

要修正共同正犯中的因果關係檢驗，這個想法是源起於承認過失的共同正犯上。其原始想法是出於瑞士聯邦法院的「滾石案」<sup>58</sup>，至於引起更多討論的則是德國聯邦最高法院的「皮革噴霧劑案 (Lederspray-Fall)」<sup>59</sup>中，這兩個案例所累積對於「過失的共同正犯」成立基礎的討論。經由這二個案例，在德國不論是在學界或是實務界<sup>60</sup>，就過失的共同正犯概念的正當性已逐漸開始被承認：因為如果光判斷個別行為與結果之間的事實關聯，那麼滾石案中，個別行為人在鑑識技術不夠發達的情形下，傳統的因果關係判斷成立就有困難而須論以無罪收場<sup>61</sup>；至於在皮革噴霧劑案中，則一步提出以共同行為人的

---

下手兩人是具有共同實施關係者，即使無法證明係何人之藥導致結果，亦可將二人論以殺人既遂，蓋共同正犯間彼此相互歸責，參見許澤天，共同實施犯罪者，皆為正犯，法學講座第 17 期，2003 年 5 月，第 64 頁。

<sup>57</sup> 參見許澤天，共同實施犯罪者，皆為正犯，第 64 頁。

<sup>58</sup> Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S.178 Fn.148。其案例情形為有二行為人臨時起意，個別從山上推石頭下來，沒想到有一位遊客在山下被大石壓死。在當時的鑑識技術下。由於無法確定是那一顆大石壓死了被害人，由此就衍生出了對過失的共同正犯概念的承認。中文文獻可參考林東茂，刑法綜覽，2003 年(該書在之後的版本就刪除了有關此一案件的評析)，第 165 頁的介紹。

<sup>59</sup> BGHSt 37, 106 德國聯邦最高法院在該案件中，主要是針對不作為犯的討論：某一商業公司的董事會，因為作出決定不回收有瑕疵的產品，違背應回收產品的保護義務，因而導致消費者的身體健康受損。德國的學說與實務據此認為，個別共同行為人(董事)的行為義務已經被限縮為，為了達成全體董事間有關回收的命令及執行的實現，去做的所有可能或可得預想的情形；所以全體一起為了不履行回收義務而加以負責。案例中的因果關係，是以共同正犯的歸責為基礎，而以一體檢驗所有董事(共同行為人)的行為的方式來檢驗是否成立因果關係，而由全體為之的行為並不能排除不加以考慮，造成這樣的結果自然不能免除，亦可參考 Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S.282f 的解說。中文文獻可以參考彭文茂，不法集體決議的因果關係與刑事歸責，台北大學法學系碩士論文，2006 年 6 月，第 20 頁以下的整理。

<sup>60</sup> 相關實務見解的整理可以參閱 Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S.45ff.

<sup>61</sup> 因此，林鈺雄，新刑法總則，第 505 頁說明：過失的共同正犯的討論實倒在於補

整體行為為判斷是否成立犯罪的基準，不然以個別不同意見的投票行為要如何判斷與結果間的因果關聯，就是一個難題<sup>62</sup>。不只如此，學說上也有進一步提出對於故意及過失的共同正犯，都可以一體適用上述的創新因果關係<sup>63</sup>，從而以在因果鏈上的關聯與發展，已然是一個助長共同正犯判斷擴張的新趨勢<sup>64</sup>。

## 第四項 自動升級的法律效果

共同正犯存在的最大效益，其實不在要件認定上的放寬。實則前述諸般擴張共同正犯的行為規範，目的都是讓所有的共同行為人得一併適合相同的制裁規範，也就是適用相同的法定相對刑度；不過基於罪責考量的個別性，共同行為人最後科刑時仍然必須個別考量<sup>65</sup>。

### 第一款 教條式的法律效果

通說與實務認為共同行為人間一旦成立共同正犯，則會適用法律效果一「一部行為負全部責任」。基於共同正犯的交互歸責原則或是相互行為歸責

---

強「事實不明時的罪疑唯輕問題」，就此一案例而言，可謂相當剴切平釋。

<sup>62</sup> 這裡也涉及了集體決議與義務犯的關係，可以參閱彭文茂，不法集體決議因果關係與刑事歸責，第 200 頁以下的討論。

<sup>63</sup> 如 Dencker, Kausalität und Gesamtat, S.157ff，又如 BGH NJW 1966, 1823ff 的平底鍋案：長期受到丈夫虐待的母親與繼女，在二人都知彼此有殺丈夫的意思下，某日繼女先攻擊了丈夫之後，之後母親再利用了丈夫昏迷機會下手。儘管這個案倒可能有客觀歸責中風險實現的非常態關聯，而阻卻了客觀構成要件的該當；不過如果利用了上述共同正犯的創新因果關係判斷，至少在共同正犯中，證明個別犯罪行為與結果之間的因果關係是多餘的，Puppe（王鵬翔譯），反對過失共同正犯，東吳法律學報第 17 卷第 3 期，2006 年 4 月，第 350 頁。

<sup>64</sup> 較為全面性的說法整理可以參閱 Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, S.86ff.

<sup>65</sup> 罪責考量的個別性可以參閱 kindhäuser, LPK-StGB, 2006, Rn.1；鄭逸哲，法學三段論下的刑法與刑法基本句型，2003 年 9 月，第 286 頁；張麗卿，刑法總則理論與實用，第 335 頁。我國實務亦採取相同看法，如最高法院 47 年台上字第 1249 號判例，近年來的實務見解則有如最高法院 99 年度台上字第 5176 號判決（E2），100 年度台上字第 2493 號（F9）（相關判決內容摘要請參見本文附錄）。

<sup>66</sup>，通說與實務認為，由於每一個犯罪的共同行為人，均係共同決意的實現者  
<sup>67</sup>，只要共同參與者的其中一人已經達到著手實行階段，則全體共同參與者均應視為已經著手於犯罪行為。至於共同正犯中的任何一個行為人所實行的行為若已使共同的犯罪既遂，雖其他行為人的行為尚未完成或仍屬未遂階段，甚或未達著手實行的行為階段，但全體共同正犯仍均成立既遂犯。詳言之，共同正犯間，若部分行為人著手視同全部著手；若共同行為人間一部分人達到既遂，則視同全體既遂<sup>68</sup>。

## 第二款 支撐基礎的正當性

如果共同正犯的存在效用，是要將不構成單獨犯的共同行為人也能適用相同的法律效果，那麼在本文前述談到為了共同正犯所生的眾多要件鬆綁(或是突破)都通過之後，似乎也沒有理由不讓共同行為負擔一樣的責任。然而，共同正犯所談的法律效果擴張，不僅是在上述的劃一參與行為人的法律效果，更是促成法律效果的進一步昇級：因為既遂與未遂如果只是構成要件數量的多寡，而非代表結果產生與否時<sup>69</sup>，藉由共同行為間上述行為與因果關係等的補足，尚可理解；然而，若讓未達到著手階段的行為人也能夠適用著手實行後的未遂規定，意即從不罰跨越到可罰的界限時<sup>70</sup>，這樣的擴張就須另有強力理由的支撐，而這與本文前述論及的行為人範圍擴張相關問題皆有關聯。

---

<sup>66</sup> Kindhäuser, Strafrecht AT-2, 2005, §40,Rn.2.

<sup>67</sup> 如最高法院 82 年度台上字第 1200 號判決：「按共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。因而共犯中之一人所引起之加重結果，自應同負加重結果之刑責。」；99 年度台上字第 3180 號判決(刑四庭)，100 年度台上字第 6219 號判決(刑五庭)：「雖上訴人對本件強盜犯行，僅負責把風、騎車接應葉佳昇，並未實際下手強盜被害人財物，然此舉係其二人於強盜財物過程中之犯罪分工，其二人自應在犯意聯絡範圍內之行為，同負全部責任。」

<sup>68</sup> Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, §25, Rn.62；林鈺雄，新刑法總則，第 450 頁；靳宗立，刑法總論 I，2010 年，第 412 頁。實務見解則多半只有直接說明效果，而未再附加理由說明，如最高法院 29 年上字第 3617 號判例。

<sup>69</sup> 黃榮堅，基礎刑法學(下)，第 503 頁。

<sup>70</sup> 林山田，刑法通論(上)，第 465 頁。

因此，一般說法所論述的共同正犯要在法律效果作進一步地昇級，勢必要有不同對待的理由。對此，多數仍是以共同正犯成立的基礎理論來加以證立，因為共同正犯彼此之間有不法的互補，因此在實質上看作整體來加以評價<sup>71</sup>，或是以共同意思決定為基礎<sup>72</sup>。也有自支配的角度來證立，認為行為人間如果要為他人行為負全部的責任，是因為形式上的一部行為在實質上卻有全部的因果關係（如流氓首領的指使行為），否則就沒有負全部責任的法理基礎存在<sup>73</sup>。

對於學說所提出的理由，如果仔細加以檢視可以發現，第一個理由其實是一種循環論證，因為共同行為決意本身就是共同正犯成立的要件之一，拿要件來回答要件成立後方有的法律效果，實在是一種不附理由的回答；第二個說法的支配概念，本身是建立在一元體系之上，與通說體系採二元論前提有所不同，其主張非不可採，只是要有更多體系的說明與轉換。至於以犯罪支配等支撐共同正犯概念來證立其法律效果，看似完整，但能否支撐到跨越可罰與不可罰的界限，實也需要更進一步的說明才是。

綜合言之，通說與實務均無異議地，在共同正犯的法律效果上，再次基於行為人間從屬的基本立場，而作了法律效果的擴張與昇級，使得共同正犯概念使用得到了極大化的效果。

---

<sup>71</sup> 林山田，刑法通論（下），第 100 頁；余振華，刑法總論，第 381 頁；陳子平，刑法總論，第 503 頁。

<sup>72</sup> 引自黃榮堅，基礎刑法學（下），第 857 頁所論述的通說立場。

<sup>73</sup> 黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯觀念，載於「刑罰的極限」，第 137 頁註 41；同作者，基礎刑法學（下），第 859 頁以下。



## 第二節 極大化後的省思

### 第一項 擴大效應之後的反省

#### 第一款 主觀面上的拉回

對於共同行為決意的內容，學說上多半是基於釋義的立場，闡述基於文字理解與體系地位上，該要件的基本內涵為何。這都是基於肯定共同正犯，而為共同正犯概念擴張所做的鋪路。然而，學說上早已有一些反省的聲浪出現，認為這些現象應有一些內部的節制。例如有針對該要件的內容提出「目的性」要求的內部限縮。亦即，犯罪計劃的內涵必須要有共同的犯罪目的為前提，而且這樣的目的還必須是跟犯罪有關的目的才行。如果共同正犯，只是為了共同的「犯罪外」目的，而用了犯罪的手段而已，則不符合這裡的共同行為決意的要求。例如一堆年輕人約定，要一起去偷錢，他們的共同目的只是要一起去一趟旅行；此時還達不到共同正犯的主觀要件要求，充其量只能各自負責成立單獨正犯<sup>74</sup>。

如此要求，對於普遍擴張共同正犯的氛圍而言，適時地給予了一個制約，儘管不一定贊成以行為人的「目的」作為限縮共同正犯主觀要件的想法<sup>75</sup>。除此之外，也有人提出，要符合「對等地位的行為意思」、或「一致的對外意思」等<sup>76</sup>，凡此種種都是一種學說上對於共同行為決意內涵的限縮。學說上這樣的主張，可以提供我們好好思考的是，以單純的共同行為決意或共同行為計劃，是否即可簡單而清楚地建構共同正犯的處罰根基？至少在學理上，就此已經提出一些修正或限縮了。

---

<sup>74</sup> Puppe, Die gemeinsame Tatplan der Mittäter, Spinellis-FS, 2001, S.921. (該文也收錄在 ZIS 6/2007, S.237)

<sup>75</sup> 至少從我國刑法第 13 條而言，是否可以如同德國學說上區分出目的性故意（也就是意圖）的類型，並自行為人目的的存在與否來判斷故意的類型，本身就是一個值得討論的議題了。相關討論可以參考 Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S.255ff.

<sup>76</sup> 柯耀程，參與與競合，第 53 頁。

## 第二款 創新因果關係認定受到的質疑

如果前述過失的共同正犯所建構出鬆綁因果鏈認定的走向，已經跨越到故意犯的場域，那麼這股力道以後將會更增強整體共同正犯的擴張。不過這並非絕對，因為對此的質疑聲浪其實不小。以滾石案而言，就有直陳這是往昔在無法確定事實底下，躲避罪疑唯輕的說法<sup>77</sup>，更精確地說，可能根本牴觸了無法確認事實下的罪疑唯輕判斷，甚至是基於個人情形分別衡量的罪責原則<sup>78</sup>。

對於皮革噴霧劑案，簡單但不清楚的判斷因果關係方式，或許更是一種違反實質平等的處遇。例如當初投贊成回收產品的董事，大概怎麼樣也不心服地會以明明我是持相反立場，怎麼一樣要被處罰<sup>79</sup>？學說上對此也有許多的反對立場，例如指出這個獨有從共同正犯延伸出來討論的問題，根本只是一般性的構成要件問題，而非單純發生在共同正犯範圍而已，因為這本質上就是累積因果關係討論中的一環<sup>80</sup>，更進一步提出只要延續其最低限度條件的因果關係判斷方式，以行為人的投票行為是否是達到最低通過門檻票數為基準<sup>81</sup>，就可在現有刑法論理中得到清楚的解釋。

---

<sup>77</sup> 林鈺雄，新刑法總則，第 443 頁。如果在現行的鑑識水準下，事實是否還會如此認定？

<sup>78</sup> 許澤天，擇一因果一條件理論之省略公式與因果律公式，法學講座第 19 期，2003 年 7 月，第 58 頁註 24 中所列薛智仁老師的見解。

<sup>79</sup> 如 Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S.116,122f，就認為就算有因果關係，這些董事大概也不具備過失概念中的避免可能性。

<sup>80</sup> Puppe, Die gemeinsame Tatplan der Mittäter, S.928. (該文也收錄在 ZIS 6/2007, S.239f.)

<sup>81</sup> Puppe, 反對過失共同正犯，第 11 頁以下。另外，dies., Die gemeinsame Tatplan der Mittäter, S.928 以下也有說明，人們可以此方法，根據案件的事實，得到有權投票的董事的數字，而據相關規範得出要達成違法決議所需的足夠條件。A 的投票行為須是這些足夠最低條件中的必須組成要件，因為其餘構成最低條件的人數沒有他們的投票行為對於整體而言也可能是不夠的。



從而，也可以發現，當一個創新標準的提出，所造成的負面效應多於正面時，是否應該只站在其成立犯罪檢驗的快速性而不再加以質疑，顯然需要加以省思。

### 第三款 法律效果昇級的內縮

針對法律效果的昇級，本文前述已經指出「一部行為全部責任」，在判斷上雖然可以提供快速便利的法定刑提昇效果，但是在跨越的可罰性界線這部分，是否可以不具懷疑地一概加以接受<sup>82</sup>？學說上已有人清楚提出，共同正犯的法律效果提昇應有其內部限縮，如只承認共同行為人都進入了可罰的未遂，而其中有人率先達到既遂時，全部共同行為人都負擔既遂責任的型態，而未提及到<sup>83</sup>或是反對<sup>84</sup>僅部分行為人著手實行，則全部行為人都成立未遂的效果。

就此可以觀察到，在共同正犯最引以為傲的法律效果提昇層面，其實也已受到質疑，而進一步產生內部自我限制。這更進一步必須思考，共同正犯已經在上述幾個擴張的重心，或多或少採取了自我限制的調整與質疑，而在其他方面例如客觀歸責，難道就沒有問題了嗎？而當觀察這些問題時，不禁要提出一個深沉的省思：共同正犯的發展至今，還能毫無懷疑地認為它存在的利多於弊嗎？

---

<sup>82</sup> 如靳宗立，刑法總論 I，第 411 頁中就表示共同正犯的法律效果，有抵觸「個人責任原則」的疑慮。這樣的說法如果是在指涉完整的犯罪檢驗，實可贊同；但若是僅指罪責層次的判斷，如前所述，通說與實務本來就都採取共同行為人罪責個別性的判斷，則似無違反的疑慮才是。

<sup>83</sup> 如韓忠謨，刑法原理，第 299 頁

<sup>84</sup> Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.199.

## 第二項 現行犯罪理論修正的利與弊

### 第一款 原有正犯的判斷要件不容棄置

如果共同正犯的成立需要至少在構成要件的階段作一些修補補，那麼一定是原來在檢討正犯的標準出了什麼問題。通說藉由犯罪支配理論來建構，並且提出了「功能性犯罪支配」來進一步類型化。從上述的論述方式一貫下來，就好像只有從犯罪支配才能順利推出共同正犯建構的基本要件：共同行為決意與共同行為實施。然而，共同正犯要件如共同行為實施等的承認卻早在第二次世界大戰後成為主流的犯罪支配理論提出以前，就已經是公認的共同正犯成立要件了<sup>85</sup>。

共同正犯極力地擴張其適用似已背離了個人主義下發展的刑法既有理論體系。傳統以個人行為清算為原則發展的犯罪論，已因共同正犯概念與效果的極度擴張而面臨崩潰。本文認為，如果行為人個人行為依據犯罪成立要件逐一檢驗，已不足以符合對於法益侵害的清算，那麼應是基本原則或要件要被重新檢驗或建構的問題，而不是本末倒置地單純依據法感而將有「可能」成立犯罪之人，逐一拉入到共同正犯的場域中一起論罪科刑。共同正犯的檢討實應回歸原始的個人行為責任的檢驗，亦即，共同正犯應是正犯「質」的集合，每個行為人都具有正犯的質時，這個集合的量才足以支撐<sup>86</sup>。

這時不妨重新再思考一下，傳統一般正犯判斷的要件之間是如何作內部連結？犯罪支配的提出，是否本身就是印證行為人的行為是否支配了犯罪諸般要件的產生？也就是說，是否如行為、結果的涵攝乃至因果關係與客觀歸責的要求，都只是在一步步印證行為人的行為是否對犯罪的成立是否有所「支配」而已<sup>87</sup>。而是否只是偏離了軌道，要另外去以此證立共同正犯修正要

---

<sup>85</sup> 如 Beling, Die lehre vom Verbrechen, 1906, S.397 已論述共同行為實施的要件了。

<sup>86</sup> 游明得，從身分犯的本質檢視刑法第 31 條身分犯共同正犯—以國內現況評析為主，中央警察大學法學論集第 12 期，2007 年 4 月，第 149 頁以下。

<sup>87</sup> 從黃榮堅，基礎刑法學（下），第 863 頁註 116：「從結論來看，犯罪支配理論以行為人在現實中對於實現犯罪的支配力作為負責的依據，是一個正確的基本方向。只不過

件的正當性？

## 第二款 犯罪支配理論是對「支配」的弱化

### 第一目 功能性恐不足以說明「支配」

犯罪支配的內涵必須同時針對客觀及主觀的背景觀察，只有當行為人事實上具有優勢並且是有意識地投入時，才可以說是對於行為過程的支配和目的之操控。行為人必須要認知到自己所具有的優勢。依此，正犯係指對於整個犯罪過程具有操控主宰的支配地位，依其意願能阻止或加速整個犯罪過程之進行，屬於核心人物。共犯則不具支配地位，是否以及如何實行構成要件行為乃由他人決定，只是邊緣角色<sup>88</sup>。這類同於 Roxin 教授在客觀歸責一般展現的「上位指導概念→下位類型化展現」思維<sup>89</sup>，先確立了行為人間的功能性犯罪支配，也就是視其他共同參與者的行為為自己的不法；再接下來透過「共同行為決意」，與「共同行為實施」等再作進一步的共同正犯「功能性犯罪支配」具體呈現。如此觀之，功能性的犯罪支配充其量只是對於共同正犯的成立基礎提供了一個上位原則的正當化，具體如何功能支配，事實上還是取決於共同正犯原有要件（如共同行為決意等）的檢視。

犯罪支配在先天上就有一些缺陷。因為類型化的思考，本來就有其極限，而這正是類型化的難處。從事類型化，也不見得就能達到區分的目的，更何況 Roxin 教授區分出的三種類型，本質上就是一個類型化的說明而已，是一個先肯定各種正犯類型後，再試圖給予正當化基礎的後設性理由。單就共同

---

在既有的因果關係概念之外，對於所謂支配力和共同正犯、教唆犯、幫助犯之間的對應關係的說法過於僵化而不切實際」提供了一個思考方向，至於支配概念是否一定要與因果關係劃上等號，是另一個問題。這部分的討論可以參考蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，第 44、67 頁與許澤天，強制支配—犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第 21 卷第 3 期，2010 年 1 月，第 48 頁中，對此的論辯。

<sup>88</sup> Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.27.

<sup>89</sup> 參考 Hoyer, in: SK-StGB, vor §1, Rn.62ff 對客觀歸責概念判斷的解說。

正犯的「功能性犯罪支配」而言，如果不是先承認了共同正犯的概念，也不一定設定以功能性的整體概念來加以解釋；易言之，是功能性的犯罪支配後設補充了共同正犯概念的正當性，而不是創設了共同正犯。更何況，犯罪支配原則在其認為例外之義務犯，更衍生了不少問題。

延續上述的觀點，可以重新檢視一下犯罪支配理論。犯罪支配理論本來就不是一個具體的標準，因為它僅表達出，凡是具有犯罪支配的人，就是犯罪事實的核心人物，應論以正犯之責，但是到底什麼是犯罪支配，實際上是透過「直接的行為支配」、「優越的意思支配」以及「功能性的犯罪支配」來進行補充，藉此以使犯罪支配的概念不流於空洞<sup>90</sup>。本文並不是說支配概念不可行，而是認為這裡的支配根本沒有說清楚。

詮釋共同正犯正當性的說法，當然不只有功能性的犯罪支配。事實上，諸般說法如犯罪共同或行為共同等，也都是在盡力去合理化共同正犯的正當性。功能性的犯罪支配乃至於整個犯罪支配的特色，相較於早期其他區分正犯與共犯的說法，主要不同點是在判斷背景上的綜合主客觀情形來加以判斷在犯罪判斷上的「量」是否重要<sup>91</sup>。然而，犯罪支配的「支配」說法，事實上本來就是犯罪是否成立的重要支柱。易言之，行為人以行為實現了法律保留下所制定的刑法規定，而在論理上是否構成這些具體的條文，進行的犯罪階層檢驗，其實就是在具體檢示行為人是否支配了整個犯罪的實現。各項犯罪要件（廣義）的檢驗，不過都是將支配細緻化罷了。因此，功能性犯罪支配的說法充其量不過是提出了一個新的說詞：在共同正犯的成立上，不僅要同時檢驗主客觀面，更需實質上兩者都是具支配的重要性。事實上，從新古典犯罪理論以來，對於犯罪階層的發展，整個不法都同時兼顧了主客觀的判斷背景：如主、客觀構成要件及主、客觀的違法要素等，犯罪支配理論只是同時呼應了如此的趨勢；更何況，「量」的重要性，也早自諸般實質客觀理論開始提出時，就已經確立的方向。從而，對於共同正犯成立的檢驗上，功能性

---

<sup>90</sup> 許澤天，強制支配－犯罪支配概念的具體續造，第 8 頁；陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，第 39 頁。

<sup>91</sup> Heinrich, Strafrecht AT-2, §34 Rn.1206.

的犯罪支配其實沒有提供新的說法或標準。

既然其類型化只是形塑出較為具體的支配形態，看來不須借助功能性的概念，共同正犯的擴張也一樣在進行。這樣的支配概念不僅沒有強化共同正犯的判斷，反而要兼顧解釋之下，等於是一種對於支配概念的弱化。

也因此，本文以下將該 Roxin 教授提出犯罪支配下的三種類型認為毋寧只是供作參考之用，作用只是在於強調某些類型的特殊之處，雖然這與 Roxin 教授的主張是背道而馳地。舉例而言，意志的支配並不限於間接正犯的情形，一個人可以用各種方法來支配犯罪事實的進行，可能是行為強一點也可能是意志強一點，主觀面和客觀面可以互補。一個竊盜集團中，有人專門負責下手拿東西，那在客觀面他的貢獻就比較多，有些人負責計畫、參與精神上的支持，雖然在客觀上，尤其是犯罪構成要件行為的實行沒有參與，但是在其他的部分則參與的相當多，只要是有助益於整個犯罪構成事實實現的行為，都是一種貢獻，是可以互補的。至於決定行為人具有支配地位之後，是否為共同正犯或間接正犯等，只要再依各自的要件觀察即可。因此，功能性的犯罪支配，毋寧應認為只是共同正犯論述上的必要條件，但非為充足條件。

## 第二目 非純粹的正向影響

再者，在犯罪支配理論的例外，除了對於身分犯是犯罪支配例外的質疑之外：另一個例外己手犯問題也不少：除了普遍定義上的分歧之外，單就己手犯要排除那些犯罪形態，就是接下來要處理的大爭論<sup>92</sup>：而在與本文有關的共同正犯討論上，多數支持犯罪支配論者會將己手犯排除在共同正犯的成立之列<sup>93</sup>；其中更有直接表明，己手犯非親身實施者，不能成立任何一種正犯，不論是直接正犯，間接正犯、單獨正犯或共同正犯，至多僅能成立教唆或幫助性質之共犯<sup>94</sup>。然而，己手犯只憑著要行為人自己實施犯罪行為方得成立的

---

<sup>92</sup> 排除間接正犯是最基本的，至於其他如共同正犯等，也有主張加以排除適用者，參見林山田，刑法通論（下），第 65 頁；同作者，刑法各罪論（下），2005 年 9 月，第 218 頁。

<sup>93</sup> Haft, Strafrecht AT, S.196.

<sup>94</sup> 參閱林鈺雄，新刑法總則，第 417 頁。

定義，就要排除共同正犯形態，顯然也無法說明，已經實施了「部分」行為之參與者，明明已經對於犯罪有了實質性的支配，何以會被排除在正犯甚至是共同正犯的門外？本文以為，己手犯要說是一種犯罪支配判斷的例外，也有在論述上加以補充的必要。

綜上所述，犯罪支配理論不論是支配的本身，或是功能性犯罪支配的類型，乃至於身分犯與己手犯的二種例外情形，在解決共同正犯的許多問題上，都只是治絲益綦，造成的影響恐怕不是全然正面，而是帶來了更多說不清的問題。





## 第四章 非典型共同正犯概念的解構

在共同正犯現實面操作的檢示之後，另外值得重新檢驗的是，究竟刑法上是不是有那些原本歸於或冠上共同正犯字眼的犯罪型態是自始即可排除於共同正犯的討論之列？本文以下將就傳統列於共同正犯環節中討論的：「共謀共同正犯」、「必要共同正犯」、「身分的共同正犯」、「共同正犯關係脫離理論」與「相續共同正犯」，來逐一檢驗並釐清其是否應歸於共同正犯的討論範圍，抑或只是另一種犯罪型態的重現而已。

### 第一節 「共謀共同正犯」的真實樣貌

#### 第一項 共謀共同正犯基本定義的歧見

共謀共同正犯，又稱「同謀共同正犯」<sup>1</sup>，一般是指行為人只參與謀劃犯罪，而在之後著手實行階段未有共同實施的行為者<sup>2</sup>；也有區分成「支配型」與「對等型」的具體類型來加以描述上述定義<sup>3</sup>。多數則是只以司法院大法官解釋釋字第 109 號後段之「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」為其基本闡釋<sup>4</sup>。

若由以上的定義描繪，可以歸納出共謀共同正犯的三樣基本特徵：要件

---

<sup>1</sup> 如蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年 7 月，427 頁。

<sup>2</sup> 林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月，第 476 頁，不過其進一步說明共謀共同正犯在客觀面並未參與構成要件與構成要件外的行為；靳宗立，刑法總論，2010 年 9 月，第 413 頁。

<sup>3</sup> 如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006 年 6 月，第 277 頁，文中將共謀共同正犯區分為支配型（黑幫中的大哥與小弟）與對等型（複數行為人扮演的角色對等），來加以論述。

<sup>4</sup> 如張明偉，學習刑法—總則編，2011 年 1 月，第 248 頁；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，2009 年 1 月，第 216 頁；柯耀程，共同正犯形成之判斷，東海大學法學研究第 25 期，2006 年 12 月，第 32 頁；黃翰義，刑法總則新論，2010 年 10 月，第 354 頁。

上為有事先的謀議行為，以及在著手實行階段的欠缺參與行為，效果上則認為可以引用共同正犯的法律效果「一部行為，全部責任」。就要件而言，學說與實務不太一致（或是不太清楚）的是：行為人在著手實行階段分擔的角色為何？是單純地沈默與放任？或是仍有指揮？甚至實施的是非構成要件規定形式的行為而已？就效果而言，共謀共同正犯在多數見解下，是可以使得只有純粹在比預備更早階段的參與行為，一路追及到適用終點時既遂犯的責任，而這樣的催化效果，主要是由於我國司法院大法官自 1965 年即明確加以承認<sup>5</sup>。因此多數學說與實務在闡釋共謀共同正犯時，常是承認多於質疑。

至於適用共同正犯法律效果上的質疑，本文在第三章（第一節、第二項、第一款、第二目及第四項）中已經提出，雖然這是針對共同正犯提出的一般性批評，但於此自亦適用。那麼本文以下要重新檢驗的，不只是共謀共同正犯是否符合共同正犯的主客觀要件的要求，更深層的考量是，共同正犯依另一種型態成立正犯，在歸責上是否比只堅持成立共同正犯來得更加妥適？

---

<sup>5</sup> 目前我國實務見解也仍延續如此看法，如最高法院 94 年度台上字第 1742 號判決（刑一庭）：「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，其中，同謀共同正犯，在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實施之行為，亦應共同負責；至於共同之犯意聯絡，不論明示通謀或相互間默示合致，均屬之；又同謀共同正犯，因其並未參與犯罪構成要件之實施行為，僅係以其參與犯罪之謀議為其犯罪構成要件之要素，須以嚴格之證據證明其參與謀議，此與一般參與分擔犯罪構成要件行為之共同正犯，對其事前有無參與犯罪之謀議，無須嚴格證據證明者不同，從而同謀共同正犯如何參與謀議及參與共同謀議之範圍如何，自應於判決之事實欄明白認定，並於理由欄內說明其所憑之證據及認定之理由，否則即有判決不備理由之違法。」，或是 98 年度台上字第 472 號判決（刑七庭）：「二人以上以共同犯罪之意思，事前同謀，推由其中部分之人實行，其未參與實行之共謀者，因為學說上所稱之共謀共同正犯，依司法院釋字第一〇九號解釋，仍成立共同正犯。但未參與實行之共謀共同正犯，因祇有犯罪之謀議，而無行為之分擔，僅以其參與犯罪之謀議為其犯罪構成要件之要素，則渠等之間如何為犯罪之謀議、如何推由其中部分之人實行？即為決定該同謀者，是否成立共謀共同正犯之重要依據，自應於事實明白認定，方足以資論罪科刑。」

## 第二項 概念存在正當性的基本質疑

### 第一款 未附理由的 2005 年修法理由

如果不是普遍地對於共謀共同正犯的存在正當性有所質疑，實務上不會在早期就透過司法院大法官釋字第 109 號加以肯認。之後在 2005 年刑法第 28 條的修正理由中，則是進一步加以確認：「1.所謂「共同實行」犯罪行為，無論「實質客觀說」或「行為(犯罪)支配理論」，均肯定共謀共同正犯之處罰；2.日本立法例對於共同正犯之成立要件，亦規定為共同「實行」而承認共謀共同正犯之處罰，德國通說採取行為(犯罪)支配理論，亦肯定共謀共同正犯之存在；3.依現行實務對於共同正犯與從犯之區別標準(主客觀擇一標準說)，更肯定共謀共同正犯之存在」。

司法院大法官在當年的解釋文中並未詳述何以共謀共同正犯為共同正犯，而可引用共同正犯的法律效果，而相隔多年後的 2005 年修法理由中同樣也未予以釐清。立法理由中顯而易見的矛盾是，立法說明首先否定了陰謀與預備罪之共同正犯之可罰性，卻又承認單純參與「共謀」者，仍屬「共同實行」的態樣，顯然是自相矛盾的說法<sup>6</sup>。如果按照實務對於「實行」與「實施」的語意理解，那麼在罪刑法定原則之下，共謀共同正犯應是明文所不罰的才是<sup>7</sup>。

### 第二款 客觀要件的欠缺

如果只參考司法院大法官釋字第 109 號的定義，則共謀共同正犯只要有事前的謀議行為，在共同行為人為著手實行時，不僅不須有構成要件的行為，甚至連構成要件外的行為也不必有。那麼接下來最重要的問題是，是否可依

---

<sup>6</sup> 如有認為立法者認為其高明的修改了一字，也無礙於共謀共同正犯之處罰，是自相矛盾的修法理由。如林山田，2005 年新刑法總評，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年 2 月號，第 88 頁；同作者，刑法通論（下），第 89 至 90 頁。

<sup>7</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），2006 年 9 月，第 855 頁；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，第 217 頁。

據實務見解，在著手實行階段沒有任何行為助力的行為人也能成立共同正犯，而與其他在此階段有參與的行為人成立相同罪名？

對此，欠缺共同正犯必備的客觀要件是此處質疑的主要力道<sup>8</sup>。另有進一步指出「共謀共同正犯已完成放棄第 28 條所要求之客觀要件—共同實行犯罪之行為，故屬（入罪）類推之例；且謀議與行為分擔性質不同，無法補正客觀要件的欠缺；共謀的本身包含相互教唆與幫助，共謀共同正犯的承認加劇了正犯與共犯區分的困難<sup>9</sup>。」

### 第三項 諸般合理化的論據

前已論及，我國通說與實務幾乎都採取共謀共同正犯肯定的結論。然而，也因為其具有一些先天上無法符合共同正犯客觀行為要求的缺陷，因此學說上合理化的論述就多圍繞在共同正犯的補強之上。本文以下將針對學說上的諸般補強說法，區分成從共同正犯本質的闡述，與特別為了共謀共同正犯所提出的說法，分別加以介紹。

#### 第一款 從共同正犯的本質切入者

##### 第一目 共同意思主體說<sup>10</sup>

學說上有承繼日本早期學說而提出，以兩個以上的行為人就特定犯罪之實現形成一定的謀議，於該謀議下，各行為人即形成「同心一體」的「共同意思主體」，凡參與共謀者即可評價為共同正犯的「共同意思主體說」<sup>11</sup>。此

<sup>8</sup> 如洪福增，成立共同正犯之要件，載於「刑法判解研究」，1967年10月，第101頁；蔡墩銘，刑法精義，2002年2月，第332頁。

<sup>9</sup> 黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，第217頁。

<sup>10</sup> 參閱甘添貴，共謀共同正犯與共犯的區別--最高法院98年度臺上字第877號刑事判決評釋，法令月刊第61卷第2期，2010年2月，第61-262頁；何賴傑、黃朝義、李茂生，從徐自強擄人勒贖殺人案評析，月旦法學雜誌第102期，2005年7月，第221頁以下。

<sup>11</sup> 這是由日本實務界草野豹一郎所創，曾經是日本實務上相當重要的參考依據，詳

時倘若參與行為人不一定全部有共同實行的手段，或者並非完全下手實行而遂行犯意。亦即共同謀議而由其中一部分人下手實行。其態樣雖有所不同，但二者均是同心協力的作用，其價值並無相異。因此無論係其中的任何一種情形，原則上應認為有共同正犯的關係<sup>12</sup>。也有針對正犯共犯區分的形式客觀理論的反省，而自實質客觀理論角度切入詮釋此一理論認為「共謀行為是一個實質的評價上的實行行為或準實行行為，而這個共謀行為正是處罰參與共謀者的客觀基礎，取代了以往的形式實行行為分擔要件。」

## 第二目 犯罪支配理論

對於共同正犯的理解，德國通說是以 Roxin 教授的犯罪支配理論中之「功能的犯罪支配」來加以詮釋（參閱本文第二章第二節、第二項、第四款）。由於德國法上並沒有特別針對共謀共同正犯的型態加以討論，因此國內有相當多的說法，是將共謀共同正犯的定義，以功能的犯罪支配重為檢驗。其基本立場認為「從正犯與共犯區分理論發展進程到主客觀綜合理論的犯罪支配理論以觀，雖然功能支配不要求共同正犯必須直接實施構成要件行為，但是透過支配要素的要求，共同正犯絕不可能僅以共同謀議參與犯罪的實施，而仍然必須在實行行為過程，確保犯罪計劃的實現。如不僅僅為犯罪的謀議策劃，更須進行有效的監督和掌控犯罪行為的流程<sup>13</sup>」。

## 第三目 從行為階段重新檢驗

學說上有依行為人參與階段的不同，而認為「策劃與指揮其他行為人實行共同犯罪的共同正犯」，或「參與謀議並視他人的實行行為為自己實行的共同正犯，或在預備階段提出重大貢獻的共同正犯」，類如我國共謀共同正犯的形式似乎仍可成立共同正犯<sup>14</sup>。因為「雖然未參與實行階段的行為人在實行階

---

細可以參考余振華，刑法總論，第 393 頁。

<sup>12</sup> 余振華，刑法總論，第 393 頁。

<sup>13</sup> 參閱許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌第 92 期，2003 年 1 月，第 46 至 47 頁。

<sup>14</sup> 林山田，刑法通論（下），2008 年 1 月，第 84 至 86 頁。這似乎是自林山田教授刑法通論第八版之後才確立的看法，觀察林山田教授早期則是認為「共謀共同正犯」此一名詞的使用容有疊床架屋，畫蛇添足之虞，因為其計劃犯罪的行為已經



段具有較弱的支配地位，但在刑法的評價上仍應兼顧行為人跟其他正犯共同一致的行為決意，以及他在預備階段的犯罪重大貢獻。職是之故，判斷共同正犯的客觀要件是否具備的問題，必須定位在每一個參與者彼此之間共同行為決意，以及在共同行為決意的前提下，每一個參與者在整體犯罪過程中的角色貢獻，絕不可機械式地強分預備與著手實行兩個行為階段，而忽視實際上的彼此協力互助過程<sup>15</sup>」。

#### 第四目 從行為方式重為檢驗

學說上或也有依支配的型態區分而重為檢驗：「被歸類在共謀共同正犯概念下的犯罪類型，例如不在犯罪現場但透過無線電遙控指揮犯罪，已經透過成立共同正犯加以規範，又例如享有組織性權力機器的犯罪集團首領命令下屬犯罪，也可以透過間接正犯加以解決，沒有另創共謀共同正犯概念的必要。對於不具意思支配的幫派首領要手下犯罪，雖然不能論以共同正犯，只能論以教唆犯，也不會有刑事政策上不利益的問題<sup>16</sup>」。

亦即，幕後黑手可能以兩種形式出現，第一種是犯罪組織的首領，以暴

---

可以視為「共同之行為實施」，而可涵攝於一般的共同正犯概念之下，參閱林山田，刑法通論，第5版，第303頁以下。然而，要說明的是，林山田教授其實是反對共謀共同正犯的用語與類型區分。因為實務傳統定義的共謀共同正犯係「以自己犯罪的意思事先同謀，推由他人實施，而自己並未參與共同行為實施的共同正犯」，其難與欠缺成立共同正犯的客觀要件而不能成立共同正犯的行為人做適度的區別，致容易造成概念的混淆，有所不當。因此，關於共同正犯的種類，不宜取實務的分法，區分為實行為的共同正犯與共謀共同正犯，參閱林山田，刑法通論（下），第93至94頁。

<sup>15</sup> 蘇俊雄，刑法總論II，第428頁；黃惠婷，犯罪支配理論下的共謀共同正犯，台灣法學雜誌第161期，2010年10月，第71頁以下。從這樣的觀點看來，上述說法與其說是完全反對或贊成共謀共同正犯理論，不如認為主張者認為要在個案中檢驗犯罪支配理論下，是否能通過共同正犯的功能性犯罪支配的檢驗，肯定者才是「共同正犯」。

<sup>16</sup> 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，月旦法學雜誌第114期，2004年11月，第30頁。張永幸，「共謀共同正犯」究係「正犯」抑或「共犯」？，高雄大學法律學研究所碩士論文，2009年，第153至154、167頁與此結論類似，認為在支配型可以成立間接正犯，但在協力型，則另外認為可能成立教唆犯「或幫助犯」。

力或強制手段控制其手下，其手下僅屬組織性的權力工具，因為欠缺他行為可能性，所為犯罪不具罪責，但是該首領可以因為具有組織性的支配力，屬於具有優越意思支配的間接正犯下位類型；第二種情形是，犯罪幕後人物雖然沒有像上述犯罪組織首領一樣具有組織性的犯罪支配，但是其不僅參與犯罪謀議之形成，而且在他人實施犯罪過程中，也居於犯罪指揮地位，居中進行指揮協調。其雖然沒有參與犯罪構成要件行為之實施，但是擔任居間指揮協調之行為其實就已經滿足共同正犯的客觀行為分擔要件，因此屬於共同正犯類型之一。透過以上的組織支配間接正犯和視他人之實行為自己實行之共同正犯，應該已經能解決「幕後黑手」的處罰問題<sup>17</sup>。

## 第二款 針對共謀共同正犯量身定作者<sup>18</sup>

有自另一個正犯型態－間接正犯，而為共謀共同正犯尋找出路：二人以上之行為人對於特定犯罪的實現形成一定的謀議，而此謀議即會在共同行為人間產生拘束力。未參與著手實行的行為人，即會本於謀議的此一拘束力，利用著手實行的行為人實現犯罪的構成要件，自應評價為共同正犯的「間接正犯類似說」；或是從統一性的觀點將各項分工、分擔觀察成一個「協同力」，自然就顯出重要意義。所以各個人的行為，並非分別各自依其形式判斷，而是就各個人的行為與全體間關聯進行實質評斷，各共犯係對於因分工、分擔而統一實現的結果，負擔自身的責任，而推論出的「(修正的)間接正犯類似說」<sup>19</sup>。

另有主張「包括的正犯說」，將共同正犯的正犯性判斷，與實行行為的判斷分離。其認為共同正犯重視的是參與者彼此之間的心理影響，所以只要有

<sup>17</sup> 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，第 35 頁。

<sup>18</sup> 這部分的整理可以參考甘添貴，共謀共同正犯與共犯的區別--最高法院 98 年度臺上字第 877 號刑事判決評釋，第 61-262 頁；陳子平，刑法總論，2008 年 9 月，第 535 頁以下；余振華，刑法總論，第 393 頁。

<sup>19</sup> 名詞歸類係參考何賴傑、黃朝義、李茂生，從自強擄人勒贖殺人案評析，第 229 頁。內容請參閱陳子平，論共謀共同正犯，中央警察大學法學論集第 2 期，1997 年 3 月，第 402 至 404 頁。如果仔細觀察其論述內容，這樣的說法似乎比較接近前述其他說法如共同意思主體說等綜合體，而非修正了如何的間接正犯理解模式。



較強的因果性根據，則縱未為實行行為，也有可能為客觀行為所歸責。且行為人間存有「相互利用補充的關係」，即使沒有分擔實行的行為，也足以印證其正犯性<sup>20</sup>。

也有根據日本實務多年來所持的肯定見解，與日本學說發展，導出綜合性判斷的「實質的實行共同正犯說」。其認為共謀行為是一個實質的、評價的實行行為（或準實行行為），而此一共謀行為正是處罰參與共謀者（共謀共同正犯）之客觀基礎，取代以往的形式實行行為分擔要件。此理論基本上是綜合以往有關處罰共謀共同正犯之理論，如共同意思主體說、間接正犯類似說等，不外在解釋共同謀議者間的交互心理狀態（或影響程度），且更進一步提出客觀要素。認為客觀要素存在於「各個共謀者客觀上利用科學經驗法則測定（或推測）所得『心理性影響力』，亦即『客觀上得觀察到的心理性交互影響程度』」，並肯定共謀行為的客觀心理因果性（客觀物理因果性）<sup>21</sup>。

## 第四項 共謀型態的處罰非以共同正犯為唯一選項

### 第一款 共同正犯已經薄弱的底限消蝕殆盡

如果綜合學理上對於共謀共同正犯採取的全面肯定、全面否定或是區分「支配型與協力型」討論來看，可以發現即使是採全面否定者，也只是對於通說定義的最極端類型（在著手實行時沒有任何的參與行為）加以反對，若是著手實行階段共謀者已有參與時（不管是構成要件或構成要件外的行為），即便是全面定否共謀共同正犯的觀點，也不反對於此仍可成立共同正犯。

然而，承認共謀共同正犯的背後原因為何？一言以蔽之，就是想藉由共同正犯便利的法律升級效果，一舉提前到將只參與著手實行前階段的行為人，也一併與動手實行者負相同責任。由於對於共同正犯「一部行為，全部責任」法律效果的省思，本文在前述第三章第一節、第四項中已經提出，共謀共同正犯概念的出現只是促成本文的質疑再進一步推至高峰：因為若是行

<sup>20</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 279 頁。

<sup>21</sup> 何賴傑、黃朝義、李茂生，從自強擄人勒贖殺人案評析，第 223 至 224 頁。

為人所參與的是連預備階段都還不到的共謀行為，竟也能因此再度跨越未遂這條可罰的線，而與其他著手實行者負相同責任。

因此，如果就具備主客觀等要件的共同正犯，適用「一部行為，全部責任」的共同正犯法律效果本屬無可厚非，問題就出在於，共謀共同正犯在客觀面向可能根本就不符合對於共同正犯的要求，尤其是多數的說法幾乎是肯定行為人只要有先前的謀議行為，到著手實行階段則連構成要件外的行為都不用<sup>22</sup>。

## 第二款 支配重為觀察也只消除了部分疑慮

多數證立共謀共同正犯的說法，都是盡力模擬出一個在主觀或客觀面得以延伸出適用共同正犯的原理。換言之，都是以肯定為前提的操作。然而，犯罪支配理論者的主張則不是如此，因為如果採取從犯罪支配理論重為檢驗共謀共同正犯是否得以存在的角度，就可以知道此種說法，本質上只是在重新論述或確認共同正犯概念的外沿如何，而不是如通說與實務一般，在前提上就肯認了共謀共同正犯存在的正當性。本文以為，共謀共同正犯是否應予承認的討論，其實是早期形式客觀觀察下，沒有符合構成要件定型性則對行為人難以歸責的產物，這與間接正犯的形成過程甚為類似<sup>23</sup>。也因此，在進入對犯罪構成與否多採取實質涵攝的現代，共謀共同正犯雖不應全為否定，但是也不全然可以照單全收。至少以犯罪支配為起點的說法，似乎是一個較為可以接受的標準。順著這樣的軌跡思考，依 Roxin 教授主張的犯罪支配理論，共謀共同正犯是否成立，根本不用另立類型，只要討論是否有犯罪支配→共同行為決意→有無「參與實行構成要件行為者」、「參與實行構成要件以外行為者」、「參與犯罪實行的策劃、準備或資助行為且有實質貢獻」即可<sup>24</sup>。故能

<sup>22</sup> 林鈺雄，新刑法總則，第 445 至 447 頁。

<sup>23</sup> 對此可以參考蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，載於「刑法問題研究（一）」，2008 年 7 月，第 145 至 146 頁。

<sup>24</sup> 於此只是依著共同正犯自身的立論基礎來加以闡示，這並不代表本文是持全然贊同的立場。不過若依照本文第六章第一節的觀點，在非定式構成要件是有可能在結論上與此相同，只是這是依照單獨正犯的判斷所得，也不是藉由共同正犯的中介來加以推得。

排除的，大概只有非犯罪組織或計畫首腦的情形，才是單純的事前同謀未達支配<sup>25</sup>。

### 第三款 共謀共同正犯或許只是一種間接正犯的利用形式

上述比較可行的犯罪支配說法，雖然已經網進了大部分共謀共同正犯的可能產生型態至共同正犯中，但真正難以解決的，恐怕還是國內對於共謀共同正犯的定義：行為人根本在著手實行時沒有出現，或連構成要件外的參與行為都談不上時。當然，如果採取對於著手實行階段只要有實質貢獻的「緩和的犯罪支配理論」，要再塑造出此種共謀共同正犯型態的處罰正當性，在學理上也不是不可能<sup>26</sup>。只是如本文自第三章以下所確認出的共同正犯處罰範疇，共謀共同正犯如同一般正犯型態般已經是一再退讓、擴張到逸脫個人責任主義的刑法甚遠。

---

<sup>25</sup> 林鈺雄，新刑法總則，第 449 頁。由於 Roxin 教授的犯罪支配不是唯一的一種支配說法，因此也可以觀察一下其他自實質的犯罪支配論述的觀點：「所謂不法構成要件的實現，本來就包含了任何方式的支配不法構成要件實現的行為。行為人和其他行為人之間的協議行為，只要行為人在現實關係上有足夠的支配因素作基礎，例如權威地位、親密的感情、利誘或脅迫等等，本來就可能促使不法構成要件的實現，本來就可能是一種道地地地不法行為。因此，所謂的共謀共同正犯是不是也會構成共同正犯，答案應該是肯定的，是有可能構成共同正犯的。至於在具體個案當中的行為人是否果真因為共謀而構成共同正犯，還要看具體的情形而定。組織領導人的共謀，毫無疑問的是共同正犯，因為領導人說話就算數。至於裡頭的小弟，除非有擔任其他的行動，否則嘴巴上出什麼主意，大致上也還很難說他們的共謀就可以支配什麼犯罪行為，所以這種不足以形成因果關係的共謀自然也不足以構成共同正犯」，黃榮堅，基礎刑法學（下），第 861 至 862 頁。

<sup>26</sup> 如「幕後黑手可能以兩種形式出現，第一種是犯罪組織的首領，以暴力或強制手段控制其手下，其手下僅屬組織性的權力工具，因為欠缺他行為可能性，所為犯罪不具罪責，但是該首領可以因為具有組織性的支配力，屬於具有優越意思支配的間接正犯下位類型；第二種情形是，犯罪幕後人物雖然沒有像上述犯罪組織首領一樣具有組織性的犯罪支配，但是其不僅參與犯罪謀議之形成，而且在他人實施犯罪過程中，也居於犯罪指揮地位，居中進行指揮協調。其雖然沒有參與犯罪構成要件行為之實施，但是擔任居間指揮協調之行為其實就已經滿足共同正犯的客觀行為分擔要件，因此屬於共同正犯類型之一。透過以上的組織支配間接正犯和視他人之實行為自己實行之共同正犯，應該已經能解決「幕後黑手」的處罰問題」，陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，第 35 頁。

從而，本文借助學理上區分共謀共同正犯的型態為「協力型」與「支配型」，再重新解析一下共謀共同正犯。在著手實行前有謀議行為，而在著手實行階段沒有參與行為者，如果是以彼此平等的「協力型」支配關係，那麼由於協力的基礎根本不存在，自然難以稱得上有通說所謂不法相互補充，或是交互歸責的共同正犯存在。換言之，立於平等地位的共謀共同正犯型態，如果不是在著手實行時至少有足以表徵構成要件實現的舉動存在，依據通說的想法並不足以成立共同正犯<sup>27</sup>，至多僅個別能成立陰謀或預備犯。附帶一提，由於本文第五章以下對於共同正犯是採取回歸個別正犯的判斷原理判斷，這樣的共謀行為人除非有個別符合陰謀、預備，乃至著手實行的要求，不然也欠缺對於構成要件基本輪廓的實現，不會成立共同正犯而與其他實行行為人負相同責任。本文與上述結論雖然相近，但論理有所不同，併予敘明。

至於較為常見基於組織支配的「支配型」共謀共同正犯，依照上述觀點也應一貫地認為不會成立共同正犯。然而，要另外說明的是，此種情形不必然地與不會成立其他正犯的型態負相同之責。而這也就是近期胃納了「正犯後正犯」型態後的間接正犯<sup>28</sup>。

按，傳統の間接正犯是以負責原則(Verantwortungsprinzip)為基本理解，從而所利用的「工具」必須是欠缺罪責或其他犯罪論上可以阻卻犯罪情形者<sup>29</sup>。然而在正犯後正犯(Der Täter hinter dem Täter)概念被普遍承認後<sup>30</sup>，間接正犯的支配已然有了新風貌。藏身於幕後的利用人，以其處於優勢的高權地位，在某種程度上控制了被利用者—也就是前台的實際行為之人<sup>31</sup>。這樣的

---

<sup>27</sup> 柯耀程，共同正犯形成之判斷，東海大學法學研究第 25 期，第 32 頁似與本文意見相同。

<sup>28</sup> 黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，第 218 頁；同作者，間接正犯與正犯後正犯，1998 年 7 月，第 106 頁以下。

<sup>29</sup> 傳統說法僅參閱甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 256 至 258 頁。

<sup>30</sup> 另可參閱 Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S.119ff, 黃惠婷，正犯背後之正犯，載於「刑事法學之理想與探索(一)/甘添貴教授祝壽論文集」，2002 年 3 月，第 2 頁以下。

<sup>31</sup> Stein, Die starechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S.199ff; Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.106f.

意思支配（Willensherrschaft）已然是考慮利用者與被利用者間的實質心理上衍生的強制，而這並不需要在著手實行階段有任何的參與為已足。這其中又以組織支配（Organisationsherrschaft）扮演了重要的要角，而這也就是共謀共同正犯下的主要要處理的型態。因此，對於「支配型」的共謀共同正犯，真正要處罰到利用的行為人，適用的不是共同正犯的歸責原理，而應是間接正犯才是。

事實上，支持共謀共同正犯合理化的正當依據，其中部分學者就是主張「間接正犯類似說」的說法<sup>32</sup>，只是以類似稱之，是因為「共謀共同正犯之擔當實行者與間接正犯之被利用者間有主體性之差異，然從整體犯罪之結構以觀，兩者間僅屬量之差異而非質之差異<sup>33</sup>」。其實對於共同正犯的本質採取間接正犯的理解方式，學說上也所在多見<sup>34</sup>。因此，本文認為不用類似，而是可以在支配型態時直接援用<sup>35</sup>，只是也不能以此來解釋所有的共同正犯型態。因為至少立於平等地位的共同正犯，不一定可全然成立優勢的（意思）支配，自然也不應類同於間接正犯在著手實行階段要件來得寬鬆<sup>36</sup>。

也因此，本文認為通說與實務定義下的共謀共同正犯，不是不符合共同正犯的規範意義，就是根本已是間接正犯的展現。從而，共謀共同正犯已非是一種非典型的共同正犯，而可排除於共同正犯的討論之列。

---

<sup>32</sup> 如川端博著，余振華譯，刑法總論第 25 講，1999 年 11 月，第 298 頁；同作者，刑法總論，2008 年 6 月，第 331 頁。

<sup>33</sup> 陳子平，論共謀共同正犯，警大法學論叢第 2 期，第 403 至 404 頁；同作者，刑法總論，第 546 頁以下。只是有基於負責原則下的間接正犯概念而加以否定者，如甘添貴，共謀共同正犯與共犯的區別--最高法院 98 年度臺上字第 877 號刑事判決評釋，第 61-263 頁。或如黃惠婷，犯罪支配理論下的共謀共同正犯，台灣法學雜誌第 161 期，第 77 至 78 頁中認為：「間接正犯利用者與被利用者對犯罪之認知或意思支配是上下層級現象，所以被利用人對法益的侵害直向歸責於利用人，利用人的行為卻不會歸責於被利用人，可謂『一廂情願的轉化』」。

<sup>34</sup> 如 Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S.112ff.

<sup>35</sup> 相同見解如 Roxin, Strafrecht AT-2, §25 Rn.210.

<sup>36</sup> 間接正犯是以優勢的支配介入，自然比較可以不必對於在著手實行時著墨太多的客觀性要求，但立於彼此同地位的共同正犯則非有此對觀不可，這是從支配力不同下，所應有的差別待遇。



## 第二節 「必要共同正犯」存否論

### 第一項 必要共同正犯概念的基本射程

#### 第一款 與任意共同正犯區隔的基礎

必要共同正犯乃指刑法分則及其他刑罰法規在設定某一犯罪類型時，預想須有二人以上之行為人互相參與實施，且以此為必要始能實現犯罪的犯罪型態<sup>37</sup>。從中更區分出了聚眾犯與對向犯的概念<sup>38</sup>。這是一個長期被依附在本文主軸之「任意共同正犯」底下的產物。而如果純從形式觀之，那麼只要刑法分則規定了行為人為複數的型態，似乎就落入必要共同正犯的討論範疇。不過本文認為背後一定有一些立論基礎才能合理化其處罰基礎。一般而言，學理上提出了三個說法來加以詮釋：須「複數行為人的存在，也就是數人共同加工者」<sup>39</sup>，「以另一人為行為客體為主的『與人相關』必要性」，「必要相

<sup>37</sup> 參閱洪福增，論必要共同正犯，刑事法雜誌第 29 卷第 2 期，1985 年 4 月，第 35 頁；蔡墩銘，中國刑法精義，第 229 頁；甘添貴，刑法總論講義，第 205 頁。

<sup>38</sup> 這個區分已經長期延用至今，僅參考 Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht AT, 2003, §32 Rn.66ff。中文部分可以參考蔣薇君，論對向犯，中正大學法研所碩士論文，2006 年 8 月，第 12 頁以下的整理。

<sup>39</sup> 如蔡墩銘，中國刑法精義，第 229 頁，認為刑法分則中所規定的共犯中亦有任意共同正犯者，並舉舊法第 222 條的輪姦罪及第 321 條的結夥犯為例。對於蔡墩銘教授所舉之例，甘添貴，刑法總論講義，第 205 頁認為輪姦罪為必要共同正犯，而洪福增，論必要共同正犯，第 35 頁認為結夥犯是必要共同正犯。對於同一例子在相同的定義下卻有不同的解讀，原因可能是出在必要共同正犯的「行為人複數之要件」是「只要立法者在構成要件中加規定即可成立」，或者還必須「在本質上必須行為人複數方能成立犯罪」，對此看法並不一致所造成。按，必要共同正犯係相對於任意共同正犯的單獨性，所以在行為人複數的概念上自然是必須在犯罪的本質上就必須是如此，而不是只要立法者在構成要件中設計行為人為複數，就一律認為是必要共同正犯。由於舊法輪姦罪的本質為強姦罪，而強姦罪在犯罪的成立並不須行為人以複數為之，所以輪姦罪仍然為任意的共同正犯；同樣的，結夥犯為普通竊盜罪的加重型態，而普通竊盜罪並不需要行為人複數為之方可成立，所以結夥犯在本質上似乎也應是任意共同正犯。（其他檢討詳見後述第三款）

對人有特定程度之共同加工行為的『與行為相關』必要性<sup>40</sup>」

如果逐一檢視上述的說法，可以發現這些說法多多少少都有一些內部矛盾的存在：如「須複數行為人的存在」的要件的確可以表徵出聚眾犯的特徵，但對於對向犯而言恐怕就無能為力<sup>41</sup>。至於「與人相關」的解釋，是指必須是存在另一位相對人，這反而是比較傾向對向犯的理解，反映在聚眾犯上則是在具備最低的人數上<sup>42</sup>。最後，「與行為相關」的解釋基礎，是建立在其他的行為人共同加工之上，看來似乎合理，主要是看該犯罪類型是否其他人的共同加工是不可欠缺的，然而其解釋所謂的「加工行為」其實是極度寬鬆<sup>43</sup>。

本文以為，必要共同正犯的作用，如果只是一種立法形式預設的犯罪型態，去依照個別條文為解釋本無不可。必要共同正犯值得注意之處，就在於自身與任意共同正犯的排斥性，亦即其成立不必也不能援引刑法第 28 條。因此，上述的三種說法，主要仍是以必然的人數上多數為判斷基準，因為這三種說法中都無可避免這樣的論述前提，只是或多或少必須牽就對向犯在某些犯罪型態中的特殊規定。此外，上述的三種說法也都不排除其基礎正當性論述，與實定法上該行為類型是否可罰，在判斷上是兩回事<sup>44</sup>。因此，對於必要共同正犯本文以為，只要堅守本質上的人數複數性，因為這就不必要借助任意共同正犯的擴張性，再搭配個別案中的構成要件解釋，必要共同正犯仍可保有與任意共同正犯的互斥性，因為這是本質上的必然。至於須有其他行為客體「與人相關」，本可透過構成要件解釋即可證立，而「與行為相關」要強調共同的加工合作，只是使得與任意共同正犯的區分上更加治絲益棼罷了。

總之，必要共犯為刑法分則已預定之複數正犯型態，所以各個行為人間都是正犯，此與刑法總則的任意共同正犯是以個別分則的行為人單數條文為

---

<sup>40</sup> 參閱 Sowada, Die notwendige Teilnahme als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992, S.24ff.

<sup>41</sup> 林書楷，論犯罪之典型共同加工，輔仁大學法研所博士論文，2005 年 7 月，第 33 頁。

<sup>42</sup> Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht AT, §32 Rn.71.

<sup>43</sup> 林書楷，論犯罪之典型共同加工，第 37 頁。

<sup>44</sup> 林書楷，論犯罪之典型共同加工，第 36、38 頁



基礎，而納入分擔行為者之基礎並不相同。故刑法總則篇關於共同正犯規定基本上不適用於必要共同正犯，而必須求之於各個法條間之解釋。

## 第二款 基本的型態－聚眾犯與對向犯

學說上對於必要共同正犯之分類通常分為「對向犯」及「聚眾犯」兩種<sup>45</sup>，前者為犯罪之成立非有相對的二人以上基於意思之合致不可，而後者為犯罪之成立以有相同目的之多數人為要件<sup>46</sup>。前者則如第 239 條的通姦罪與第 121 條以下的賄賂罪，後者如我國刑法第 149 條的聚眾不解散罪等。

就聚眾犯與對向犯的分類，學說分類認為一是方向上的並行，一是方向上的對立。這樣的區分其實是沿襲民法契約行為與共同行為概念思維而來。在刑法上究竟有無意義，其實有待商榷，因為一方面對向犯的成立雖然形式上觀察其特徵是需要他方的配合，不過這與聚眾犯的構造事實上也差不多，都是方向一致地完成犯罪，原則上也都需要一方以上的人配合<sup>47</sup>。此外，對向犯也非必是配合的兩方都要處罰，如行賄與收賄行為立法上就採取個別處罰。故在實質的處罰上對向犯也與聚眾犯相似，只有符合個別法條規定型態方始成罪。又如販賣或散佈猥褻物品之買或看的人呢？多數文獻都認為若未處罰的對向部分就不能用共犯如幫助散佈罪來處理。然而，不論是對向犯或聚眾犯其實都是方向上一致的「聚眾」類型而已；故特別要分出所謂意思一致的對向犯，就定義與實質面觀察而言，都是不能一貫的說理，故區分成聚眾犯與對向犯是沒有意義的。而即使分則中規範了聚眾犯的類型，也只能算是為了實際上的因素，而便利地規定複數行為人的集合而已，並不是在事實上有什麼舉證困難所做的「便宜規定」<sup>48</sup>。

<sup>45</sup> Kindhäuser, Strafrecht AT, 2005, §38 Rn.6.學說的整理可以參閱蔣薇君，論對向犯，第 29 至 40 頁。

<sup>46</sup> Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1901, S.1、122.

<sup>47</sup> 這點自 Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, S.1、122 的介紹似乎也不否認，兩者的差別在於參與人加工方向的不同。然而，若只剩下加工方式的不同，這樣的形式區分還有什麼意義存在？

<sup>48</sup> 游明得，從身分犯的本質檢視刑法第 31 條身分犯共同正犯—以現況評析為主，

### 第三款 刑法分則結夥犯性質的重為分析

我國學說及實務皆認為結夥犯係聚眾犯的型態之一<sup>49</sup>。結夥犯在犯罪的成立是以我國刑法第 321 第 1 項第 4 款條為起始，延伸到同性質財產法益犯罪的第 326 條與第 330 條，甚至是新增訂的刑法第 222 條第 1 項第 1 款（儘管人數上第 222 條第 1 項第 1 款不同於其他結夥犯，只要二人以上為已足）。這類規定一般說法是因行為人的人數優勢上影響，所以我國自早期學說開始，多認為是聚眾犯的型態之一<sup>50</sup>。由於德國與我國規定不盡相同，其係以集團犯罪的型態規定，不過其主張仍有相當參考價值：一方面基於集團成員相互之間意思的聯繫而產生「以連續犯竊盜罪及強盜罪為目的的集團」，此種犯罪集團違犯犯罪之可能性的升高，故結夥犯其實從刑事政策上有其存在的理由，因為人數眾多，同心一體彼此間責任擴散、減輕，犯罪的勇氣會大量升高，如此被害人相形之下風險也就提高，尤其是在共同正犯過剩的情形，甚至會因多數人之間的糾結鼓勵下產生新的犯意，引發更多的犯罪產生，在犯罪心理學上確有其存在的支撐地位<sup>51</sup>；二方面，有多數人所參與之竊盜也會對於被害人產生具體危險<sup>52</sup>。此外，結夥犯從刑事政策上有其存在的理由，因為人數眾多，同心一體彼此間責任擴散、減輕，犯罪的勇氣會大量升高，如此被害人相形之下風險也就很高，尤其是在共同正犯過剩的情形。

結夥犯到底是不是聚眾犯，乃至於是不是必要共同正犯？可以從幾個角度切入思考，首先不論是基於必要共同正犯成立，論述基礎的人數上必然要

---

中央警察大學法學論集第 12 期，2007 年 4 月，第 142 頁註 47。

<sup>49</sup> 中文文獻部分至早可追溯到梁恆昌，刑法各論，第 384 頁；洪福增，結夥三人以上竊盜之擬律，載於「刑法判解研究」，第 377 頁及最高法院 51 年台上字第 1816 號判例。

<sup>50</sup> 參閱趙平原，共同正犯、結夥犯及其相關問題，軍法專刊第 32 卷 4 期，第 21 頁以下；鄭健才，結夥犯與共同正犯，軍法專刊第 36 卷第 4 期，第 2 頁以下。

<sup>51</sup> 感謝高金桂地授剴切地指正本文陳述不足之處，並提供上述肯定意見的補強。

<sup>52</sup> 參閱 Samson, in: SK-StGB, 1991, §244 Rn.17.; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 2008, §244 Rn.23f.; Kudlich, in: SSW-StGB, § 244 Rn.30 至於集團的成立下限究竟是二人或三人，目前多認為是三人以上，其演變請參考 Kudlich, in: SSW-StGB, § 244 Rn.29 的介紹。

多數，或是必定要有行為人的共同加工互補，使用結夥犯規定的犯罪者如竊盜罪與強制性交罪，其犯罪型態無不是單獨犯即可構成並達到法益侵害之目的，因此結夥犯的本質如同前述，能不能符合必要共同正犯的形成基礎即有疑義。至於必要共同正犯採行的目的，如前所述，就是在排除任意共同正犯的適用；然而，多數是把結夥犯與相關有關任意共同正犯下位概念放在一起討論，如共謀共同正犯是否要加以排除適用，所思考的前提就是認為這樣的必要共同正犯屬性不明<sup>53</sup>。如此觀之，結夥犯要說是必要共同正犯中之一環實屬牽強<sup>54</sup>。

確定結夥犯不屬於必要共同正犯後，以下至多只能說這是刑法上任意共同正犯在人數上的修正<sup>55</sup>，換言之，是立法者之立法形成下裁量的特殊情形，其成立仍須限於一定人數（如三人）以上其本質上仍為任意共同正犯，因此要成立，也須其他的任意共同正犯的要件符合後，才有依該條法定刑量處的可能<sup>56</sup>。而要援引刑法第 28 條規定，或是排除同謀共同正犯<sup>57</sup>，都是次要的

<sup>53</sup> 如甘添貴，刑法各論（上），2009 年 6 月，第 237 頁，以及最高法院 76 年台上字第 7210 號判例等。

<sup>54</sup> 至於學說上另有以實害犯而非危險犯的方式去理解結夥犯者，如林書楷，論犯罪之典型共同加工，第 43 至 44 頁。充其量只是在強調本罪的危險不能逕自推論出即含有危險犯的性質，而是實害犯，對結夥犯定性為必要共同正犯與否似乎助益並不大。

<sup>55</sup> 這樣的看法在國內已經越來越多，如林山田，刑法各罪論（上），2005 年 9 月，第 353 頁；林東茂，加重竊盜，月旦法學雜誌第 71 期，2001 年 4 月，第 159 頁；柯耀程，結夥「三缺一」，月旦法學教室第 113 期，2012 年 3 月，第 68 頁；古承宗，結夥三人與共同正犯—最高法院 89 年度台上字第 7351 號判決，月旦裁判時報第 13 期，2012 年 2 月，第 68 頁；游明得，加重竊盜罪之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，1997 年 6 月，第 115 頁以下。就算是第 222 條第 1 項第 1 款的情形也是如此，如林山田，刑法各罪論（上），第 236 頁；盧映潔，刑法分則新論，2011 年 9 月，第 355 頁。

<sup>56</sup> 不過也有自另外的角度切入思考，賦予結夥三人型態的結夥犯新的意涵：其認為結夥犯所蘊涵的抽象危險性無法自共同正犯概念中推導出，真正的結夥犯規範意義應在於「針對犯罪實行（著手至既遂階段）提供幫助之人，並不包括教唆犯，預備階段與事後的幫助等參與型態。」這時若有共同正犯的成立，只是單純現象的重疊而已，參閱古承宗，結夥三人與共同正犯—最高法院 89 年度台上字第 7351 號判決，第 72 至 76 頁。

<sup>57</sup> 如最高法院 76 年台上字第 7210 號判例。

「合不合適」，而不是「能不能」如此解釋的問題了。

最後，由於本文在第五章以下對於共同正犯概念採取否定立場，若套到此處去理解結夥犯，就應是結夥犯中的個別且獨立的行為人均構成普通竊盜罪等基本犯罪，且人數達到二人或三人以上時，方得強制成立現行之加重型態的結夥犯<sup>58</sup>。

此外，法務部於 2011 年 11 月為因應當時跨國詐欺案提出「集團性犯罪」的加重，尤其是針對詐欺罪<sup>59</sup>。此類「集團犯」定位與立法正當性如何？按，此種立法是一種針對個案犯罪的加重處罰修正。立法者出發點是在強制提高法官對於集團性詐欺的量刑，進一步也可規避個別犯罪是否成立共同正犯，乃至共犯等的審查，而一律以人的集合方式產生危險而升高處罰層次。立法者的立法形成原本應予尊重，但是加重處罰仍須充分且具備妥當性。如此以人的集合為基礎，超越一般犯罪的共同正犯規定，而另立加重規定加以處罰，實在欠缺正當性。此外，此種立法也是將在我國刑法中屬於例外的「行為人刑法」轉化為刑法處罰的原則，在我國刑法採取行為刑法的基本立場實證上

---

<sup>58</sup> 至於第 321 條第 1 項第 4 款依此是否就有存在的正當性，則是另一個問題。由於結夥三人為妨害自由罪的預備，就前述傷害罪與妨害自由罪的處罰都只到未遂，財產法益相較於身體法益及自由法益而言，重大性更加不如，所以理論上應該也只能罰到未遂，但是在此處複合性法益保護的條文之下竟然比單純的傷害罪及妨害自由罪之處罰更加提前至預備，顯然違反前述依法益的重大性所樹立的處罰標準，無法通過比例原則的檢視，從而其存在的正當性似乎也必須重新再作檢視。可以參考游明得，加重竊盜罪之研究，第 204 頁以下。至於對於第 222 條第 1 項第 1 款的加重必要，質疑更是不在少數，如「因新法的不當規定，卻使得這二人可成立加重強制性交罪，而且要科以較普通強制性交罪更重的刑度，新法規定實增刑事司法上的困擾」，林山田，刑法各罪論（上），第 236 頁；另外也有針對第 222 條第 2 項的未遂規定與第 1 款是否要引用共同正犯間的矛盾情形，而加以否定者，參閱林東茂，評刑法修正—妨害性自主罪，載於「一個知識論上的刑法學思考」，2002 年 3 月，第 177 至 178 頁。

<sup>59</sup> 相關新聞介紹「法務部正計畫提高『集團性詐欺』的刑度，以遏止犯罪」，可以參考 <http://tw.news.yahoo.com/%E9%81%8F%E6%AD%A2%E8%A9%90%E6%AC%BA%E7%8A%AF%E7%BD%AA-%E6%B3%95%E5%8B%99%E9%83%A8%E7%A0%94%E6%93%AC%E8%AA%BF%E9%AB%98%E5%88%91%E5%BA%A6-10000566.html>（最後瀏覽日 2012/9/7）。感謝論文發表會中周成渝教授與鄭善印教授對此一問題的提示並揭示思考方向。



實生扞格。

## 第四款 必要共同正犯內涵的變動

### 第一目 學說的方向

基於必要共同正犯與任意共同正犯的互斥性，必要共同正犯本應就各該行為人分別為構成要件行為行為的涵攝，而不得依照任意共同正犯的成立原則對於非為構成要件行為者，依其共同之行為決意而論以相同罪名<sup>60</sup>。不過另有補充認為，若是該行為態樣相同的數行為人之間有符合共同正犯要件的情形時，仍不排除刑法第 28 條任意共同正犯的適用<sup>61</sup>。例如對向犯的賄賂罪，共同受賄人之間或共同行賄人之間仍然可以因為共同之行為決意，及共同之行為實施而橫向成立收賄罪或行賄罪的共同正犯。又或是第 149 條的首謀、在場助勢亦得依個別情形成立共同正犯者。只是各類型間並無縱向「任意共同正犯之適用」<sup>62</sup>。

<sup>60</sup> 參閱甘添貴，刑法總論講義，第 206 頁。

<sup>61</sup> 如甘添貴，必要共犯與總則共犯規定之適用，載於「刑法案例解評」，1999 年 1 月，第 169 頁。

<sup>62</sup> 靳宗立，刑法總論 I，第 408 至 409 頁。實務上亦可參見最高法院 99 年度台上字第 1294 號判決 (E8)：「二人以上基於共同犯罪意思之聯絡，朝同一目標共同參與犯罪行為之實行者，固應成立刑法第二十八條之共同正犯。惟二人以上彼此基於「互相對立」之意思經行為合致而成立犯罪者，則屬學理上所稱之「對向犯」。「對向犯」因行為人各有其目的，各就其行為負責，其行為縱有合致，但彼此間並無共同犯罪之目的，亦即並無共同犯意之聯絡，即無適用上開規定論以共同正犯之餘地。又刑法第三百四十二條第一項之背信罪，係因身分而成立之罪，必須以為他人處理事務為前提；而所謂為他人處理事務云者，係指受他人委任而為其處理一定事務而言。申言之，受任人為他人（即委任人或本人）處理事務，基於雙方之內部關係（即委任關係），在法律上即發生誠實（處理委任事務）之義務；受任人意圖為自己或第三人不法之利益，故意違反此項義務，致損害委任人之財產或其他利益者，始發生背信罪責之問題。故行為人原則上必須具有「受委任為他人處理事務」之身分，始得以成立背信罪；而無此身分之人，依同法第三十一條第一項規定，雖亦得與其他具有此身分之人成立本罪之共同正犯，然必須無此身分者與有此身分者，具有共同犯意聯絡及行為分擔，彼此朝同一犯罪目的，共同對於有此身分者基於委任關係所處理之事務，意圖自己或第三人之不法利益，或損害本人（即委任人）之利益，而為違背其任務之行為，始足當之。若無此身

這個問題可分成兩個層次來論述，第一是行為態樣相同的數行為人間是否須依刑法第 28 條成立共同正犯？第二個層次則是關鍵，即必要共同正犯中的共同加工者，雖未為完整的構成要件行為，是否可以依照共同正犯的法理成立相同的罪名？這個問題的解析本文在第三章第一節、第二項、第一款、第三目中已經闡明：就第一個層次而言，根本沒有援引刑法第 28 條任意共同正犯的必要，因為行為態樣相同的數行為人既然可以依照個別正犯質的規定去加以檢驗盡相符合，談論是否要再引用第 28 條任意共同正犯的規定，就根本沒有必要<sup>63</sup>。至於第二個層次，就通說否定必要共同正犯能援引任意共同正犯規定的原意應是避免做犯罪型態的跳躍，也就是認為只有符合首謀或在場助勢者才會成立該類型犯罪，而不會將未參與首謀或在場助勢者，也可能依照共同正犯原理涵攝進來<sup>64</sup>。本文以為不論是以通說肯認必要共同正犯的本質

---

分者與有此身分者行為雖有合致，但雙方各有其目的，彼此係居於相互對立之「對向關係」，而無共同犯意聯絡與行為分擔者（即「對向犯」），除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難論以背信罪之共同正犯。」，100 年度台上字第 7162 號判決等（相關判決內容摘要請參見本文附錄）。

<sup>63</sup> 不同見解請參考林書楷，論犯罪之典型共同加工，第 71 頁。

<sup>64</sup> 實務上就對向犯的立場表達較為明確，如最高法院 91 年度台上字第 3929 號判決（刑十庭）：「共犯在學理上，有任意共犯與必要共犯之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施者，當然有刑法總則共犯之適用，後者指須有二人以上參與實施始能成立之犯罪而言。必要共犯，尚可分為二人以上朝同一目標共同參與犯罪實施之『聚合犯』，及二個或二個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之『對向犯』。『對向犯』因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，當然無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。又貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，係屬身分犯，以依據法令從事公務之人員為犯罪主體，無此身分者，依同條例第三條之規定，固亦得成立本罪之共同正犯，然必無此身分者與有此身分者，並非互相對立之『對向犯』，而係彼此有犯意聯絡及行為分擔，朝同一目的，共同對於有此身分者所主管或監督之事務，直接或間接圖得該有此身分者本人或圖得其他第三人不法之利益，始足當之；若該有此身分者所圖利之對象，即係該無此身分者，則二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難以上開圖利罪之共同正犯論處，此觀之同條例第十一條之行賄罪，其法定刑遠較上開圖利罪為輕，無此身分者，就違背職務之行為行賄時，僅論以較輕之行賄罪，未行賄時，殊無反論以較重之圖利罪自明」，又如 90 年度台上字第 459 號（刑九庭）、91 年度台上字第 1907 號（刑十庭）、91 年度台上字第 6756 號（刑六庭）、91 年度台上字第 7130 號（刑八

仍在於行為人的複數型態上，或是立法者已就首謀與在助勢，甚至是交付賄賂等型態加以定明在該類型犯罪中有不同層次罪刑的歸責以觀，立法者都應是有意排除任意共同正犯的使用<sup>65</sup>。本文與通說結論雖屬一致，但強調的是，這是針對該類型犯罪構成要件的規範目的得出的特殊解釋，而不是如通說牽就所謂的必要共同正犯與任意共同正犯的互斥性所得出。

## 第二目 變動中的實務見解

必要共同正犯在實際應用上的現狀是，實務上普遍認為其應排除在身分的「共同正犯」適用之列。然而，最近部分最高法院的判決已經採取限縮方向而明白指出，僅有必要共同正犯中的「聚眾犯」方有身分的「共同正犯」的適用，「對向犯」則在排除之列，這是實務自為的內部限縮解釋<sup>66</sup>。就一般學理上的討論而言，不論是本文上述認為「聚眾犯」與「對向犯」的內部分類無區分必要；或是比較貼近一般說法的「聚眾犯乃是刑法分則中以個別構成要件所預定之共同正犯類型」，而「對向犯才是相對於傳統正犯與共犯的特殊犯罪類型」<sup>67</sup>。至少實務上的見解顯然較之以往，顯然作了較為細膩的區

---

庭)、94年度台上字第6008號(刑一庭)亦同。

<sup>65</sup> 認為仍有依第28條任意共同正犯成立的觀點，請參閱林書楷，論犯罪之典型共同加工，第71至72頁的整理。

<sup>66</sup> 如最高法院81年度台上字第233號判決：「共犯在學理上，有『任意共犯』與『必要共犯』之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用；後者係指須有二人以上之參與實施始能成立之犯罪而言。且『必要共犯』依犯罪之性質，尚可分為『聚合犯』與『對向犯』，其二人以上朝同一目標共同參與犯罪之實施者，謂之『聚合犯』，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第二十八條共同正犯之規定。而『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，當無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地」；相同文字闡述者如最高法院96年度台上字第2454號(刑六庭)判決，相同意旨者如96年度台非字第80號(刑四庭)判決。

<sup>67</sup> 參閱蔣薇君，論對向犯，第33、159頁的整理。



分，應值肯定。

## 第二項 必要共同正犯僅為純粹的分則構成要件解釋問題

從本文上述對於必要共同正犯類型的解構：首先是聚眾犯與對向犯二者無法區分。再明顯發現學說與實務原先極力二分的任意與必要共同正犯體系，努力的方向已因必要共同正犯自身類型的崩解再度受到考驗，最後回到是否必須是就個別法條的解釋立場作個別規定不同的解讀。這個問題在不具可罰性的對向犯更加明顯，可以明確發現要建立起「一般性理論模式」的困難，以致於依照個別構成要件解釋的方向是不得不然之結果<sup>68</sup>。

本文認為，必要共同正犯的本身與任意共同正犯並無關連，因為兩者建立的基礎從形式上，一是針對個別行為人犯罪在總則新增的共同行為模式處罰規定，一則是在分則中的本質多數行為人的犯罪型態；就算在規範意義上，任意共同正犯是將實施不完全符合構成要件意義行為的行為人一起納入歸責範圍，與必要共同正犯是在分則中設定處罰起點的模式也並不一致。從而，如果要一直執著在原本納入必要共同正犯討論範疇的犯罪，如聚眾不解散罪，乃至不違背職務的行賄罪等要不要成立任意共同正犯；不如將這類犯罪卸下「共同正犯」的歸類外衣，回歸最原始的個別分則構成要件解釋，討論上才不會受到不必要的限制。也因此，本文將這類原先劃歸必要共同正犯討論的犯罪，排除於共同正犯的討論圈中。

## 第三節 身分的共同正犯存否論

2006年7月1日施行的第十六次刑法修正，第31條僅修正部分文字。首先可以假設的是，立法者僅修正第31條的部分文字，前提應是對於此一規定原則上予以肯認，並認為只要作部分微調即可。然而，歸納第31條在學界

---

<sup>68</sup> 參考林書楷，論犯罪之典型共同加工，第130至136頁；許澤天，對向犯之研究，成大法學第19期，2010年6月，第72頁。

提出的諸般看法中，不只對於基本的身分如何定義，勉強只能算是有形式上的文字共識；對於法條規範重點的正犯與共犯，從共同正犯到教唆犯與幫助犯是否可以依據立法形成而擬制成立；乃至第一項的構成身分，與第二項的加減身分，何以處理方式不一致？在在都有人提出質疑。是法條的構造有根本性的問題，或只是台灣學界常見的因為繼受背景的不同所導致？都有進一步探究的必要。

本文將僅針對身分犯中與本文主題有關且爭議最大的部分－共同正犯的擬制而為討論。至於共犯部分雖然學理上共識度較高，不致有全然否定理論上正當性的情形，但仍涉及相當多的基本問題有待釐清，則不在論述範圍內<sup>69</sup>。

在討論的層次上，以下將先就國內身分犯用語上的歧異與內容先為統整與定性，待解析出各名詞間的異同後，也等於是確立了一定的溝通語言。之後即為分析國內對於身分犯定義的諸般說法，如何推衍出對於無身分者與有身分者間共同實行犯罪時，是否成立共同正犯的肯定與否定見解。最後回歸我國刑法第 31 條規定現行法的實然面，嘗試就「從犯罪成立的基本構成理解下的身分犯」，與「共同正犯應是正犯如何的集合」兩個面向，來重新理解身分的共同正犯，並依此檢驗該條文的規範正當性。

---

<sup>69</sup> 對於身分犯共犯的成立，國內多數的看法倒是頗為一致地認為共犯部分基於共犯從屬性，根本不須為任何擬制，無身分或特定關係之人即可成為有身分或特定關係之人成立之罪的共犯，參閱林山田，刑法通論（下），第 146 頁；柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），2005 年 10 月，第 443 頁；陳志龍，「共犯（？）的刑事責任」，載於「現代刑事法與刑事責任/蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集」，第 12 頁。不過，這樣的看法在單一正犯概念（Einheitstäterschaftsbegriff）下顯然多餘且不一致。而即使在正犯與共犯區分論下，這裡的看法也並非如此必然，如許玉秀教授即認為「將對因果流程有物理上的操控和支配，比擬為對因果流程沒有物理上的支配，而論以教唆行為或幫助行為，何嘗不是擬制？」，參見許玉秀，刑法第 31 條第 1 項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？台灣本土法學雜誌第 85 期，2006 年 8 月，第 133 至 134 頁。對此，本文認為共犯從屬性不是一個可以無限上綱的共犯支撐概念。教唆犯與幫助犯，即使在區分論大框架下，也都發展出其個別的內涵與要件而待檢討，而只有在各個成立要件都合致時才能正式宣告共犯的成立。換言之，非正犯者，不能就單純地用惡性較低一律劃歸共犯且保證成立。從而，形式上以共犯從屬性為名，實際上卻只以「非正犯即歸入共犯」的過於簡約看法，而不管現實上是否另外符合共犯的個別成立要件，就可以直接論斷第 31 條共犯的成立「是屬當然，無待明文」，恐嫌速斷。

## 第一項 身分犯的諸般意涵

### 第一款 名詞使用上的異同

#### 第一目 諸般不同名詞的解析

我國刑法第 31 條條文文字如何註解，一般用語上相當複雜而不統一。這裡指的倒並不是法條用語，而是學說上使用用語不一致的複雜情形。至於實務上，一貫地尊重立法形成下的法條文字與多數學說的用語，稱本條為「身分犯」的規定<sup>70</sup>。

歸納起來，有關第 31 條的「因身分或其他特定關係成立之罪」，其稱呼國內相關文獻大抵有「身分犯」、「特別犯」，以及「義務犯」三組名詞的出現。「特別犯」的名詞，由於我國刑法典中所無，觀察使用學者的論著<sup>71</sup>，可以合理地推論，這應是繼受多數德國學者對於德國刑法第 28 條等之論述所致<sup>72</sup>。

<sup>70</sup> 早自最高法院 43 年台非字第 14 號判例即已採用如此用語，迄今如最高法院 94 年度台上字第 3190 號判決（刑五庭）、94 年度台上字第 2040 號判決（刑六庭）、95 年度台上字第 4365 號判決（刑二庭）、95 年度台上字第 4037 號判決（刑六庭）、95 年度台上字第 1594 號判決（刑一庭）等，也都未有更改。觀察上述案件的分布情形，多集中在貪污案件，也就是貪污治罪條例的審理上。雖然貪污治罪條例第 3 條另行規範非公務員與公務員共同違犯時論罪科刑的處斷依據，不過由於該條文大致上與刑法第 31 條意旨相似（「與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷」），故不影響這裡的判斷；除此之外，樣本實例中亦有涉及背信罪，或是商業會計法範疇，在過濾上樣本數不致太過單一而有所偏，併予敘明。

<sup>71</sup> 如黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，第 258 頁以下；林山田，刑法通論（下），第 142 頁以下；蘇俊雄，刑法總論 I，1995 年 10 月，第 133 頁。而劉幸義，法律概念、類型與分類－以行為主體要素為例，載於「法與義－Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集」，2000 年 5 月，第 9 頁，雖稱為特定關係犯，不過依其後所附原文，亦應指特別犯，只是名詞的侈譯不同而已。

<sup>72</sup> 如 Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §1 Rn.38f; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 2008, vor §13 Rn.131。德國學者這部分主要是在論述，立法者在法條中限定行為主體特定資格的「特別犯（Sonderdelikte）」，而此係與一般行為人都能違犯的「一般犯（Allgemeindelikte）」概念相對。在德國特別犯的適用根據為德國刑法第 28 條：「I 若共犯（教唆犯或幫助犯）欠缺正犯可罰性基礎之特別的個人要素（第 14 條第 1 項）時，根據第 49 條減輕其刑。II 法律規定特別的個人要素致刑有加重、減輕或免除時，僅適用於具備該要素之參與者（正犯或共犯）。」

亦即，相對於一般人都可以違犯的犯罪，特別犯的特別之處就是在於對行為人設定了特定的行為主體資格，而只有符合者，方得成立該條所制訂的犯罪正犯。這裡的資格，基於對德國刑法文字的理解，可能是特別的個人特質，關係，或是情狀，甚至是一定的行為人主觀情狀<sup>73</sup>。以我國法而論，就如第 272 條的「直系血親尊親屬」<sup>74</sup>。

至於「義務犯」，則是由德國刑法學者 Roxin 教授所倡導，其用意即在取代德國學者慣用的特別犯<sup>75</sup>。其主張的義務犯，不僅文字與特別犯不盡相同，內涵上也有差異。國內學者對於義務犯的熱衷與引薦，由文獻量的逐漸增多可見一斑<sup>76</sup>。義務犯的想法從支配犯與義務犯的區別出發，認為兩者都是在劃定正犯的範圍，只是支配犯是從正犯與共犯慣用的犯罪支配理論可以得出，而義務犯則非符合從具體事物中所得出的「特別義務」而不可得，從而只要違反特別義務，不論是否有現實上的犯罪支配，就是違反同為正犯型態的義務犯<sup>77</sup>。義務犯的正犯性就是限於顯現出對於特別義務有所違反者身上<sup>78</sup>。而這裡所謂的立法者要求的特別義務，例如公務員身分、背信罪（這在德國刑法第 266 條文字中被特別突顯）中行為人的財產照顧義務等。

---

<sup>73</sup> 參閱 Köhl, *Strafrecht AT*, 2000, §20 Rn.13ff; 柯耀程，*刑法總論釋義—修正法篇（上）*，第 424 頁更參照德國法的形成背景，強調特別犯之所以特殊是在於「行為主體作為不法形成之要件」與「行為的判斷必須取決於行為主體之資格」，上述的雙重要求。

<sup>74</sup> 參閱林鈺雄，*新刑法總則*，第 487 頁。至於相對的「一般性的行為要素」，如我國刑法第 321 條的「兇器」等，就沒有類此的要求。

<sup>75</sup> 參閱 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2000, S.352ff; ders., *Strafrecht AT-1*, 2006, §10 Rn.129.

<sup>76</sup> 如許玉秀，實質的正犯概念，收錄於「*刑法的問題與對策*」，1999 年 8 月，第 48 頁以下；陳志輝，義務犯，*月旦法學教室*第 23 期，2004 年 9 月，第 34 頁以下；同作者，身分犯的實質不法內涵，*台灣本土法學雜誌*第 84 期，2006 年 7 月，第 120 頁以下；許恆達，身分要素與背信罪的共同正犯—Roxin 構成要件理論的檢討（上）（下），2002 年 6 月，2002 年 8 月，*萬國法律*第 123、124 期等。

<sup>77</sup> 參閱 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.353f，至於其他人的說法可以參閱 Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, S.29ff 的介紹

<sup>78</sup> 參閱 Roxin, *Strafrecht AT-1*, 1997, §10 Rn.129.至於義務犯的具體內容與實例在以下述（二）、1、（2）.中會有更進一步的說明。

對於「身分犯」，這裡比較沒有爭議的是，這是我國多數刑法學者所使用的名詞<sup>79</sup>。而這應該是因為我國刑法第 31 條立法者直接在法條中規定「身分」兩字而來。

值得注意的是，若說三組名詞的主張者，都是以此來表彰對於第 31 條的使用，也不盡然。例如有將特別犯視為不同於一般犯的特別注意行為人的特別個人要素者，而身分犯就是單指其中基於一定的身分關係的類型而已<sup>80</sup>。同時使用特別犯與義務犯者更是不在少數，不過在此情形多是將特別犯指向刑法第 31 條，而義務犯則是援引德國 Roxin 教授的見解，當作是一種與特別犯有一定重疊關係的概念<sup>81</sup>。因此，在討論第 31 條的相關文獻中，三組名詞的混用情形，亦屬常見。

由於名詞使用上的混亂，因此本文就刑法第 31 條的性質為討論前，自有必要對於溝通名詞的使用作一整理。至於名詞使用上有如此差異產生，就前述本文所為名詞產生的背景簡述，大致可以得出一個清楚的輪廓—是繼受外國法律概念所致。至於本文就此的文字使用，仍是選擇沿襲國內多數的使用方式，稱第 31 條的規定為「身分犯」。

## 第二目 身分與其他特定關係

一般而言，對於第 31 條的「身分」，多數說法認為如同字面文義呈現般，是指專屬於行為人一身所具備之資格、地位或狀態而言，其中有出於自然方式產生者，如男女性別；也有出於法律之規定者，如最典型的公務員、醫生等<sup>82</sup>。至於特定關係，則是除身分外，附隨於行為人之特定事實、特殊狀態

---

<sup>79</sup> 如韓忠謨，刑法原理，1975 年 4 月，第 323 頁；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 291 頁；蔡墩銘，刑法精義，第 355 頁；林東茂，刑法綜覽，第 1-230 頁；陳子平，刑法總論，第 614 頁；許玉秀，刑法第 31 條第 1 項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？台灣本土法學雜誌第 85 期，第 131 頁註 1 等。

<sup>80</sup> 如柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 425 頁。

<sup>81</sup> 如林鈺雄，新刑法總則，第 418 至 420 頁。

<sup>82</sup> 參閱洪福增，論共犯與身分（上），刑事法雜誌第 8 卷第 1 期，1964 年 2 月，第 17 頁；張麗卿，刑法總則理論與實用，2011 年 8 月，第 370 頁。



及地位之情形<sup>83</sup>，或是存在於行為人與他人或事物間的關係或狀態，如自己持有他人的物等<sup>84</sup>。不過值得觀察的是，不再硬性區分身分與特定關係，而直接將二者劃上等號作一致性的理解者，已有越來越多的趨勢<sup>85</sup>。

相較於身分犯的其他問題，基本的身分與其他特定關係爭議並不大。不過若要說爭議不大，也僅止於對於身分或其他特定關係單純的定義解釋。如果是要具體化到對個別分則條文檢驗，何為身分及特定關係？則一致性就不是那麼高了。然而，這裡也必須要注意的是，所謂身分或其他特定關係，多數學說都是對於第 31 條的文字作定義，然後輔以些許固定的例子，至於真正對於分則規定作地毯式搜尋與定性者，國內其實並不多見<sup>86</sup>。這些看來適切的定義，其實不過是一些文字迷障的堆砌。亦即，上述所謂的定義文字是就法條文字作字面的演繹而已，這些結論是否具重覆可驗證性或可成為清楚的檢

---

<sup>83</sup> 參閱洪福增，論共犯與身分（上），刑事法雜誌第 8 卷第 1 期，第 17 頁；黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，第 260 頁；肯定扶養義務亦為特定關係者，如曾淑瑜，扶養義務順序與遺棄罪，月旦裁判時報第 3 期，2010 年 10 月，第 108 頁以下。

<sup>84</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 292 頁；余振華，『共犯與身分』之比較法考察，以德國、日本及我國刑法為中心，載於「共犯與身分」，2001 年 11 月，第 98 頁。

<sup>85</sup> 如蔡墩銘，刑法精義，第 335 頁；許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，載於「刑事法之基礎與界限/洪福增教授紀念專輯」，2003 年 4 月，第 477 頁；劉幸義，法律概念、類型與分類－以行為主體要素為例，第 7 頁。本文認為，在概念涵攝時，放棄在身分與特定關係兩者間硬性的區分，至少是一個回歸正確討論方向的起步，因為這裡的概念邏輯上本來就難以切分；更重要的是，要硬性切分解釋例示與原則概念意義恐怕並不大，而是要勉強維持形式上的美感作用大於實際。在刑法領域中，如此定義涵攝切分的爭論其實還並不少，如最高法院 81 年 5 月 19 日第 3 次刑事庭會議決議，對於「樓梯間」客觀上應為刑法第 321 條第 1 項第 1 款中的「住宅」或是有人居住之「建築物」，大費周章地召開會議以求取統一見解（其實就算是行為人誤認樓梯間為建築物，由於住宅與建築物這兩個要素在此類構成要件下，其實也是等價，而仍構成故意既遂犯，相關討論可以參考 SK-Ruldophi, §15 Rn.28d.

<sup>86</sup> 如黃榮堅，共犯與身分，載於「刑事思潮之奔騰/韓忠謨教授紀念論文集」，2000 年 6 月，第 201 頁。211 頁以下；同作者，基礎刑法學（下），第 822 頁以下；許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，第 477 頁以下。



驗標準，是相當令人存疑地，在個別條文定性的檢討上也相當窒礙難行<sup>87</sup>；尤其，不以法條為依歸作解釋，而專作單純抽象概念的分析，在實證上是否具經濟性是值得懷疑地。然而，對於分則個別條文的定性雖不可避免，卻不是本文主軸身分的共同正犯所必須細予討論者。因此，上述僅對於國內的說法作一些必要的介紹。

## 第二款 由定義引發適用範圍的不同

### 第一目 文字定義統一的迷障

國內許多文獻，常只說明身分犯的構成是以具備身分為前提，之後就一股腦地直接切入第 31 條的適用，中間並未獨立論及身分犯本身的特殊性何在。而從單純文義解釋的角度，面對身分或特定關係差異不大的文字定義，再順著不論是身分犯、義務犯，或是特別犯的名詞使用，都一樣是指向第 31 條的適用；兩相搭配下，這樣的法律適用問題與差異性應該不大才是。然而，從使用身分犯名詞主張者一般是完全服膺刑法第 31 條的擬制規定—構成身分適用從屬性的原則成立正犯與共犯，加減身分則是採取獨立性的原則成立正犯與共犯。而援用「義務犯」與「特別犯」說法的學者，則多半提出了對於第 31 條擬制成立共同正犯的質疑，甚至依此證立第 31 條不是應修正，而是應該全數刪除<sup>88</sup>。爭論的關鍵就在於對身分犯基礎理論的立足點不同。而如前所述，這是受到了德國刑法第 28 條規定與相關討論的影響。因此，如果不能明瞭論述背後主張的背景基礎，則單自國內多數學者對於第 31 條的名詞釋義文字中，不但無法窺其全貌，更無法因此明瞭身分犯到底有什麼特別之處，

---

<sup>87</sup> 黃榮堅教授就清楚指出，所謂的特別關係概念並未清楚定義，故也找不到一個共通的法律上理由來賦予特別的法律效果，而如此等於是一個恣意的法律原則創設，參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），第 820 頁。這確實是一個根本待釐清的問題，否則只要法條不是以一般人的稱呼，或是省略主詞方式加以規定者，就都可能是「身分或特定關係」，如刑法第 333 條第 2 項的「船員與乘客」就是一例。

<sup>88</sup> 參閱林山田，刑法通論（下），第 146 至 147 頁；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 445 頁；許澤天，對向犯之研究，第 74 頁。這包括了對於擬制身分犯共同正犯的否定（應予刪除），與認為共犯規定利用共犯從屬性已可解決（無庸贅文規定）兩個面向。

要特別規範無身分者與有身分者間正犯與共犯的處遇；而這樣的立法形成，是否妥適？

其實，名詞的使用，毋寧只是一種語言溝通的橋樑而已，並無一定的對錯。從而，只要是用大家都能接受的文字來加以稱呼，那麼刑法第 31 條要使用上述何組名詞，甚至是以其他的名詞來加以稱呼，因為指涉客體早已確定，就不是那麼重要。本文在此一開始就分析國內學者對於第 31 條名詞的使用，用義也並不在評釋名詞的使用何者較妥<sup>89</sup>，而是試圖從名詞的使用中，分析主張者的名詞使用是否另有特別義涵，而這與刑法第 31 條的關係如何。進一步說明的是，由於我國法律體系與思維長期地受到外國法的影響<sup>90</sup>，因此觀察不同名詞間的使用背景，更可清楚得知主張者的思考與受到的影響，而這對於問題本身的思考，更有追本溯源的助益。

其次，在破除文定義統一的迷思後，應從目的探討的角度，自相關蛛絲馬跡中解析身分犯概念參考援引的基礎與完整的說法。本文認為，各種不同

---

<sup>89</sup> 可另外許玉秀，刑法第 31 條第 1 項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，第 131 頁中對諸般名詞使用的評釋。

<sup>90</sup> 對於此一不爭的事實，論者也常有以我國的法學思考常是以外國法的引薦為第一優先。然而，在法學先進國家，比較法學已非只是單純遇到問題的求助性質；更甚者，這是一個藉由比較得出不同解決方法，以為本土法制深化的重要依據。至於可否繼受，前提應在於問題的深入分析，與參考繼受法制解決困難的背景，最後從目的著眼。重要的是，這不應是一種獨立的解釋方法，而是一種目的思考下的輔佐解決之道，對此可以參考吳志光，繼受外國憲法釋義學的他山之石經驗——以東歐民主轉型國家為例，憲政時代第 30 卷第 1 期，2004 年 7 月，第 47 至 53 頁以下，以東歐為例的實際經驗為驗證；其實這也就是所謂的「真正的法繼受應是富有創造力的『再造』，而非奴僕式的『模仿』」，Häberle, Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, S.1035，轉引自陳愛娥，繼受法國家中的法比較——以憲法解釋作為觀察對象，月旦民商法雜誌第 4 期，2004 年 6 月，第 6 至 12 頁。法制的參考（這比繼受一語來得更為適切）不只是發展中國家的共通經歷，在德國也早已有專責的機構從事研究（如有名的 Max-Planck Institute (MPI) 中就有歷史悠久的國際刑法研究所，<http://www.mpicc.mpg.de>）。我國法學發展至今，學術能量累積的質或是量都已相當可觀，可惜不論是學習者或是教授者，都習以為常地，以外國法的釋義學為論述中心，在本文所要探討的身分犯也是如此，而這單就名詞使用就可見一斑。比較理想的方法應是，學習相關參考法制背景的分析，與與解決方法如何產生與操作，而不是對於他人解決的答案照單全收。

說法之間除非有自相矛盾，或與我國法律體系明顯相違者，否則各種說法間都有其存在價值。因此，本文的目的只是在找出合於刑法犯罪論，且重備重覆可驗證性的說法，尚無意否定一部或全部的現在任何說法。

## 第二目 真正的分歧點－正犯的質得否補充

如果跳脫第 31 條身分犯文字使用的迷思，那麼真正環繞在刑法第 31 條第一項的問題就不是在於何謂身分犯，而是是否可以成立身分的「共同正犯」。這裡的關鍵就在對於所謂正犯核心概念的認知。易言之，所謂的身分犯、特別犯、義務犯，不過都是表示要對於正犯的成立範疇做一定的限縮，形式上已然清楚。然而概念的核心是要對正犯的限縮堅持到如何程度？是否可以到補充在正犯質上的不足？實質面的法律效果要擴張到多大？就此，以下的二個比較法上的情形，顯然也有再予以澄清的必要。

### 壹、德國刑法第 28 條排除共同正犯的類型

首先，從本文對於身分犯定性的許多不同名詞來源的介紹與歸納，很明顯可以看出，這裡受到德國刑法第 28 條規定的影響很深。雖然，德國刑法第 28 條所謂的特別犯規定，在條文中使用的文字為「正犯處罰基礎之特別的個人要素（besondere persönliche Merkmale）」，這與我國身分犯中的「身分或其他特定關係」文字不甚相同。當然，文字的理解是否相同，與能不能因此比附援引，本身就是語意學上值得討論的議題。本文在此也無意因為條文文字的不同，就全然否定對於德國學說見解的援引。只是要說明的是，德國的文字規定，導致該國學者慣於就各種與人有關的不法與罪責要件逐一檢驗是否是與法條文字相符的特別犯，這甚至是包括了對於主觀構成要件的討論<sup>91</sup>；而在我國，由於「身分或其他特定關係」在文字上毋寧較傾向於客觀面條件的具備與否，因此要如同德國一般討論甚至到主觀構成要件（如意圖）是不是所謂的身分要件，顯然就文義射程範圍上是有相當程度困難<sup>92</sup>。

<sup>91</sup> 參閱 Hoyer, in: SK-StGB, §28 Rn.23f.; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, §28 Rn.11.

<sup>92</sup> 不過國內還是有部分的想法是傾向包含此一部份，如許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，第 485 頁；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 292 頁。

其次，除了文字不同之外，德國刑法第 28 條與我國規定區別最大的是，該條排除共同正犯的成立。這與我國在第 31 條明文肯定共同正犯的成立截然不同。換言之，在德國立法者對於近似我國身分犯的特別犯規定，就有身分與無身分者共同實行的犯罪，是直接排除共同正犯成立的可能性，而我國刑法則恰為肯定之。

## 貳、影響深遠的「義務犯」理論

Roxin 教授所主張的義務犯理論，其概念射程，從名詞的使用，到基本標準的建立，甚至上溯至正犯與共犯的區分，有其一貫的體系探討，因此義務犯理論對德國學界產生了相當大的衝擊<sup>93</sup>。長期繼受德國法制的我們，自然也不免受到如此效應的影響。

義務犯理論中的首波影響，是自支配犯與義務犯的區分開始。這裡也再次涉及到由 Roxin 教授集其大成的正犯共犯區分理論—「犯罪支配理論」(參閱本文第二章第二節、第二項、第四款)，其原則與例外的討論。Roxin 教授的犯罪支配理論也明白承認只能適合於支配犯，而無法合理解釋義務犯<sup>94</sup>。但是，如同之前在義務犯概念介紹時所論及：在義務犯中，就只針對滿足於刑法之外所設定的特定義務者，方可成立義務犯的正犯<sup>95</sup>。故在義務犯理論中是不用再檢驗是否具備犯罪支配，而僅依義務之滿足與否為其成立正犯的「唯一」決定標準<sup>96</sup>。

---

<sup>93</sup> 連向來自成體系的 Jakobs 教授等也對此發表看法即可得知，參閱 Jakobs, *Strafrecht AT*, 1993, 7/70f., 21/115f.

<sup>94</sup> 事實上犯罪支配理論引以為傲的支配犯與義務犯的區別，也正是其受到大力批評之處，於此可參考 Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, S.54f.

<sup>95</sup> 參閱 Roxin, *Strafrecht AT-1*, Rn.129.

<sup>96</sup> 然而，在義務犯概念場域中有關正犯的一些型態理解，已經與傳統犯罪支配理論下的類型有所不同。首先，就共同正犯而言，在犯罪支配理論下的共同正犯是建立在功能性的犯罪支配之上，進一步的成立要件也就是通說賦加的「共同行為決定與行為分擔」。然而義務犯的共同正犯卻須一律限縮在全體行為人都先具有義務犯正犯資格，因此義務犯的共同正犯可謂是單純正犯「質的集合」，而不似犯罪支配理論下只要有共同支配就得被論以共同正犯（這裡不妨參考 Wessels/Beulke, *Strafrecht AT*, §13 Rn.520 用義務是否有無「優先」於是否有支配存在）。因為這裡



在義務犯理論中，除了強調不適用通說的犯罪支配理論判斷其正犯性之外，另一個重要的論述當然就是行為主體資格性的要求，而這其實在其欲取代的傳統特別犯概念中就已經是如此了。換言之，只有單獨違反刑法以外的特別義務方能成立正犯，這是附加的行為主體資格性要求，一旦行為人欠缺此等特殊的義務時，即便具有犯罪支配，至多也只能成立共犯<sup>97</sup>。

然而，即便是使用特別犯或是身分犯名詞者，其實或多或少都受到義務犯理論的影響。因此，上述義務犯主張的核心概念，就隨著國內部分學者的主張依附在我國刑法第 31 條的論述下開展，如此對於不具備身分者不能因為與有身分者的共同實行犯罪，而一併被論以身分犯共同正犯的罪與刑，這樣的說法產生自然就不足為奇了。

儘管如此，本文認為義務犯理論與其他理論一樣並非全然完美，至少有以下二項值得提出質疑之處<sup>98</sup>：

## 一、基礎建構的質疑

義務犯中闡釋義務的定位，部分是求諸於刑法之外的其他法領域，如公

---

的共同正犯由於都要具備義務犯正犯的質才能構成，因此與「犯罪支配理論下」的共同正犯不盡相同。次就間接正犯而論，犯罪支配理論下的間接正犯是一種意思性的支配，最基本的型態當然就是，利用（支配）無故意或有其他阻卻犯罪成立情形的「工具」為之。而在義務犯的場合則不必要求到有意思支配整個犯罪的遂行，只要正犯的資格能滿足義務的要求，且利用一個類似的工具，即使不到意思支配的地步也能成立「間接正犯」。因此同樣地，這自然也不是典型「犯罪支配論」下的間接正犯。綜合上述，可以得到一個較為清楚的輪廓：義務犯不是不能成立共同正犯與間接正犯，只是建立的基礎與支配的要求上，不是典型犯罪支配理論要求下的傳統型態。至於義務犯的共同行為人間同時滿足義務犯的正犯性要求，也同樣也都具有功能的犯罪支配時，難道就不能稱作共同正犯了嗎？間接正犯的情形也是一樣。因此，本文認為義務犯理論並不是全然否定共同正犯與間接正犯的成立，只是認為已非全如犯罪支配理論下所衍生的型態而已。

<sup>97</sup> Roxin, in : LK-StGB, 1993, §25 Rn.37; Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, S.147ff.

<sup>98</sup> 除了本文以下提出的義務犯內部的幾項質疑之外，也有學者就我國實證法的第 31 條加上司法院大法官釋字第 109 號解釋，認為義務犯並無援引的必要，參閱陳志輝，義務犯，第 37 至 38 頁。不過，其批判的重點僅針對義務犯主張的實益一解決不具資格之故意犯罪工具問題此點上。

法上的公務員義務，職業法上的緘默義務和民法上的財產照顧義務<sup>99</sup>。然而，依附在德國刑法第 28 條「特別的個人要素」文字下所發展出的義務概念，竟以刑法之外的義務來作刑法內的約制，其正當化的基礎何在？亦即，義務犯是以犯罪構成要件中其他一般性的客觀構成要件，再加上義務的要素要求，形成義務犯的獨特處罰基礎，而這所謂的獨特也不過就是加上了一個或數個的要件。但是這樣造成犯罪成立上的難度，或者說是限縮對於行為人權利遭受國家公權力刑罰權干預的基礎，竟然是不在受到最多制約要求的刑法本身；縱然其義務基礎也常是刑法以外經長久累積形成具有法意識的概念，卻也不能免除對於主要的刑法處罰基礎，卻求諸於刑法之外的概念來填補，所可能造成的疑慮。由此觀之，國內有學者主張 Roxin 教授的義務概念已經有了轉變且避免使用「違反刑法以外的特別義務」就不足為奇<sup>100</sup>。

不只如此，在一些傳統認為是義務犯的適例者，也受到了質疑。以侵占罪為例，對於侵占罪的持有關係，傳統都認為是所謂的義務犯的一環<sup>101</sup>，這尤其是在我國刑法第 335 條，其類同德國舊刑法第 246 條侵占罪形式，都是要求行為人先存在持有關係下，尤其明顯<sup>102</sup>。然而，不僅對於持有關係歸類為這裡的義務，或甚至是持有關係的要求本身，早就受到根本性的質疑<sup>103</sup>。德國更在 1988 年的第 6 次刑法改正中，已經將侵占罪修正為截堵構成要件性質的補充構成要件<sup>104</sup>，其成立已經不以先有持有關係為前提。故即使是 Roxin

---

<sup>99</sup> 參閱 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.354.

<sup>100</sup> 參閱陳志輝，義務犯，第 35 至 36 頁的分析。

<sup>101</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.354.

<sup>102</sup> 只不過我國認為這叫作身分犯而已，如鄭逸哲，侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年 9 月，第 223 頁以下；林東茂，刑法綜覽，2007 年 9 月，第 1-255 頁；司法院 31 年院字第 2353 號解釋，最高法院 28 年上字第 2536 號判例，70 年台上字第 2481 號判決，87 年度台上字第 3321 號判決（刑一庭），89 年度台上字第 2108 號判決（刑六庭）、94 年度台上字第 2014 號判決（刑一庭）等。

<sup>103</sup> 如 Charalmbakis, Der Unterschlagungstatbestand de lege lata und de lege ferenda, 1985, S.32f.; 黃榮堅，基礎刑法學（下），20 頁；同作者，財產犯罪與持有關係，台灣本土法學雜誌第 5 期，1999 年 10 月，第 140 頁以下。

<sup>104</sup> 參閱林山田，刑法各罪論（上），第 419 頁註 1 的介紹。



教授也只能主張，所謂的財產照顧義務，只能存在於該國侵占罪修正後的第二項「若行為人係受委託者」的情形<sup>105</sup>，而這已非原先主張持有關係是這裡義務的原貌。從此可以看出，在個別例子上，特別義務的成立也是爭議甚多。

## 二、重客觀輕主觀的質疑

對於義務犯另有一項受到的質疑是，這是否為一極度側重客觀面的看法？如果是，則義務犯的成立是否只要單單檢驗客觀上義務之是否具備，若是沒有，就一定不成立義務犯的正犯？這個問題在不能未遂的情形尤其明顯<sup>106</sup>。試以我國刑法第 121 條違背職務收受賄賂罪為例，若行為人不具備公務員身分卻誤認為自己是公務員，並進而收受賄賂時，行為人是否可能成立收受賄賂罪的不能未遂？

對此，德國學說上多數還是持肯定的看法，因為行為主體的資格要求和其他的構成要件要素一般，自然也應依學理上對於反面構成要件錯誤的處理般，成立不能未遂<sup>107</sup>。然而，以 Roxin 教授為首的許多學者卻極度側重於義務的客觀性，而認為對於義務產生錯誤者，充其量只不過是不處罰的幻覺犯<sup>108</sup>。對於此一義務犯領導學者的主張，目前雖然還不至於是德國學界的多數說，但也有一定分量。然而值得質疑的是，即使將義務的要求界定在客觀構成要件的層次，也應立於其他構成要件一般的地位，至少這是一個可以理解

---

<sup>105</sup> 參閱 Roxin, *Strafrecht AT-2*, §27 Rn.58.

<sup>106</sup> 此處的不能未遂概念，並不全然指的是我國刑法第 26 條的情形。德國刑法的不能未遂只是一種泛稱，泛指一切自始即因事實條件而註定無法既遂的情形，並沒有因其無法既遂而連結任何特殊的法律效果，只有其中「出於重大無知」而不能既遂的類型才能適用德國刑法第 23 條第 3 項「必減免」的特別規定。相關法制介紹可參見 Heinrich, *Strafrecht AT-1*, Rn.668；蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂的修法，載於「刑法問題研究（一）」，2008 年 7 月，第 90 頁以下。由於不能未遂具體類型與判斷標準，德國刑法的條文與學說與我國國內目前通行的學說與實務，乃至 2005 年第 16 次刑法修正的刑法第 26 條規定，是有相當差距，因此在此只援引德國學界就此對於不能未遂的問題以為突顯，至於進一步此類錯誤是否於我國亦能成立不能未遂，則另需進一步的檢討與分析。

<sup>107</sup> 僅參閱 Eser, in: Schönke/Schröder, *StGB*, §22 Rn.75.

<sup>108</sup> 參閱 Roxin, *Unterlassung, Vorsatz u. Fahrlässigkeit, Versuch u. Teilnahme in neuen StGB*, *JuS* 1973, S.327ff；Baumann/Weber /Mitsch, *Strafrecht AT*, S.606.

的基本假設。如果未附理由，或是僅以這是刑法外的義務，就要將其無限上綱到極致要求其客觀性，從而客觀上不具備者就是不能成立正犯，而不管是不是行為人另外在主觀想像上有另為處理的必要，恐怕也是一種不能令人信服的差等待遇<sup>109</sup>。

## 第二項 刑法第 31 條身分犯共同正犯存在正當性的驗證

### 第一款 第 31 條的過去與現在

2006 年 7 月 1 日施行的刑法第 31 條，相較於過去的舊條文，修正了三個地方。首先，配合共同正犯定位的單一化，揚棄傳統廣義與狹義共犯的用語，直接將正犯與共犯間的區分線加以明確定性。

第二個修正則是配合傳統實務與學說上對於實施及實行的區別，而自第 28 條以下，將共同正犯的成立，均限定在實行的場域之中<sup>110</sup>。

---

<sup>109</sup> 蔡聖偉，不能未遂，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1995 年 6 月，第 203 至 305 頁也有詳盡的分析。

<sup>110</sup> 我國學說與實務對於實行與實施的區分可說是特別有心得。多數說採取形式區分觀點者認為，一般認為所謂實行乃指始於著手，終於行為終了之構成要件實行行為。而所謂實施，大凡實現犯罪之客觀外在行為均足當之。不論是著手前的預備、陰謀，即教唆、幫助行為、間接正犯的利用行為，共謀共同正犯間之事前共謀行為都是實施。通說的說法，將實行限於著手後的構成要件實行部分，本文可以理解。不過若認為教唆、幫助，乃至間接正犯的利用行為，是實行外的實施，本文則不能贊同。良以教唆或幫助本身仍是構成要件行為的一種，勉強可稱為共犯構成要件行為；而間接正犯的利用行為，更是直接是可以涵攝到構成要件行為的類型之一。因此，大致可以同意的是，修正新法下的實行能排除的，大概只有陰謀與預備行為了。實務見解部分，則是以司法 31 年院字第 2404 號為本：「刑法第 28 條所謂實施，係指犯罪事實之結果直接由其所發生，別乎教唆或幫助者而言，即未著手實行前犯陰謀預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現行刑法上乃專就犯罪行為之階段而言，用以別乎陰謀預備著手各階段之術語」。然而目前的新近實務見解，從最高法院 94 年第 11 次刑事庭決議廢除的三則判例，可以明顯看出已向新法的實行意涵靠攏，最高法院 95 年度台上字第 3251 號判決（刑十一庭）亦遵循此一趨勢，明定將共同正犯限定於著手實行後方可能為之。如果要以此來分析德國法制，德國刑法第 25 條有關共同正犯部分，使用的是 *begehen*，由於德國多數說見解傾向認為犯罪著手實行前之參與，也可能構成共

第三個部分則是新修正時，狗尾續貂地加上了「但得減輕其刑」的刑罰減輕依據。從修法理由觀之，增加減輕規定的出發應是要稍微弭平平等原則檢驗的質疑<sup>111</sup>。不過，同樣的，這也應是植基於肯定身分的共同正犯立場下才可能有的規定。不免令人懷疑的是，如果肯認身分的共同正犯類型，等於認為已經可以通過平等原則的檢驗，何必要再「減輕」其刑？立場是否互相矛盾？此外，如果增列但書規定是仿自德國刑法第 28 條第 1 項，那更是忽略了本文所提出：德國法與學說實務間根本一致否定身分的共同正犯的成立，如此繼受的基礎何在？另外一個學說上沒有討論到的盲點是，普遍均認為刑法第 31 條第 1 項的構成身分只有加重的情形。然而，邏輯上（甚至是未來的刑法規範）未必沒有因為行為人特別的行為主體資格限制而「減輕其刑者」，如此則但書的基本預設豈非落空？最後，即便是立於有益解釋的立場，對於無身分的共犯是否有必要再作第二道的減刑考量，此是否合於共犯的相關理論？恐怕都相當難以自圓其說<sup>112</sup>。

綜上，單就第 16 次刑法修正的第 31 條的修正整體而論，恐怕是解決的問題比產生的還要多。

---

同正犯，就此意義而言，*begehen* 似乎較近似於我國法的「實施」。若依少數說認為共同正犯的客觀行為分擔必須侷限在犯罪行為的實行階段，則 *begehen* 就較近似於我國法的「實行」。德國多數說的看法值得借鏡的是，從實質面的犯罪支配切入理解共同正犯的「實行」行為，而不是如我國通說與實務般著重於實施與實行形式區分而已。從本文下述以支配的概念來重新理解，甚至是拆解共同正犯，實質論者的理解的方向是值得贊同，至於本文下述不採取犯罪支配者的主張，是另一個問題。這樣看來，2005 年第 16 次刑法修正，全面性地就實施與實行的嚴格分野，至少就共同正犯而言可以說是一種錯誤的修正方向。

<sup>111</sup> 參閱甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，載於「共犯與身分」，2001 年 11 月，第 287 頁所提出，無身分者加工於有身分者的行為，科以正犯之刑，是一種違反平等原則的違憲條文。

<sup>112</sup> 尤其是教唆犯依照刑法第 29 條第 2 項並非必減，何以於身分犯的共犯就可一律加以減輕？相關評論的文獻可以參考許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌第 92 期，第 44 頁；同作者，刑法第 31 條的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，第 135 頁；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），第 453 頁；林山田，刑法通論（下），第 147 頁；許澤天，對 2005 年 1 月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」、「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年 2 月，第 118 頁。

## 第二款 第 31 條第 1 項身分的共同正犯的正反意見

我國學說與實務對於身分的共同正犯分歧的論述，多數都是針對第 31 條第 1 項的構成身分而言，如果是第 2 項的加減身分，就幾乎都一致地贊同立法者否定有共同正犯的成立空間。然而，這個問題是否要如此切割，也需要再進一步的討論。

另外，如果是全然立於實然面的現行實證法角度，那麼這個問題也根本沒有討論的實益，最多只有解釋的空間。因為第 31 條自現行刑法 1935 年公布至今，從來都是持身分的共同正犯的肯定立場而未有改變。而主要職司法律制度守護的實務界，也堅守依法司法的原則，並未試圖挑戰該類型在立法形成下的合法性。然而，這個問題在學界引發的討論卻是空前熱烈，如果約分成二分的肯定、否定說法（雖然一般而言這樣的分法相當粗糙），這樣的極端立場也確實存在。

### 第一目 延續身分犯的不同理解所致

持身分的共同正犯肯定論者雖然多數也是基於實證法<sup>113</sup>有規定而為肯定<sup>114</sup>，不過主張理由倒是相當多元。或有認為身分的共同正犯的成立是因為，身分犯才可能實施身分犯的構成犯罪事實，才會導致所要保護的特定法益受害與才能操控特定法益受害的因果流程。後者更是一般與身分犯的共同歸責

---

<sup>113</sup> 參閱林東茂，刑法綜覽，第 1-255 頁。

<sup>114</sup> 又如陳子平，刑法總論，第 620 至 622 頁；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 293 頁；蔡墩銘，刑法精義，第 358 頁。不過在上述學者著作的文字分析中，是區分為「非身分者加功於身分者的情形」、「身分者加於非身分者的情形」，並認為在後一種情形下，非身分者的定位上有爭議，甚至是認為此與第 31 條第 1 項的適用無關。參酌日本刑法第 65 條的規定：「I 加功於因犯人身分構成之犯罪行為時，雖無該身分，仍以共犯論……」（轉引自陳子平，刑法總論，第 625 頁），大致可以理解這樣分析模式的來源何在。然而，若是對照我國第 31 條第 1 項的文字規定方式，本文認為，我國刑法規定的文字只就有身分與無身分共同為之的情形而為規範，卻看不出來是以何者從屬於何者來加以規定。因此，在我國刑法規定下，恐怕不需要再作上述類型的區分討論，甚至是摒棄某一種類型在第 31 條的討論之外。從黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，第 259 至 260 頁的討論，與本文看法似乎相同。



基礎，也因此第 31 條擬制的是對於法益的侵害而不是流程，其擬制具有正當性<sup>115</sup>。也有解釋這是我國特別不從違反義務著眼，而係採法益侵害的角度所致<sup>116</sup>。另有認為，若是基於不法要件理解下的身分，這樣的立法才具有正當性<sup>117</sup>。多數的國內學者則是認為立法者並不是不瞭解這裡的難處，也因此才作出這樣的擬制規定，以防止在這裡有漏逸的正義而為防堵<sup>118</sup>。

持身分的共同正犯否定論者，則多數是援引前述在身分犯的本質中所提及，德國刑法學界的特別犯概念<sup>119</sup>或是義務犯的看法。大致的理由也是在主張行為主體的資格在此種類型中有特別的要求，因此不具備此種身分者，不能成立正犯，自然也就不能成立複數正犯集合的共同正犯<sup>120</sup>。而由於理論上的必然，因此第 31 條的身分也不能被擬制或轉移，因為這是刑法犯罪型態的構成的本質問題，即使是立法者也不得隨意介入而為擬制<sup>121</sup>。不過也有基於

---

<sup>115</sup> 參閱許玉秀，刑法第 31 條第 1 項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，第 132 頁。不過，這裡將其意見列於此只是要突顯表示對於第 31 條身分犯共同正犯的贊同立場。事實上許玉秀教授有自己完整的一套判斷 31 條第 1 項與第 2 項的標準與解釋（就是個人責任原則的理解而已），參閱同作者，從共犯與身分論不法與罪責的區分，第 488 頁。

<sup>116</sup> 參閱花滿堂，論不能犯、違法性錯誤、共犯與身分之修正，司法周刊第 1288 期，2006 年 5 月，第 15 頁。

<sup>117</sup> 參閱黃榮堅，共犯與身分，第 208 頁以下；同作者，基礎刑法學（下），第 820 至 821 頁。不過黃榮堅教授根本上還是採取第 31 條無庸規範的看法，這裡列入只是基於其對身分犯共同正犯並不反對的立場，突顯其肯定見解而已。至於其標準是以不法要件的方式證立第 31 條身分犯的正犯，而不是單純在所謂身分或特定關係上打轉，更不是在構成身分或加重身分的區分旋渦中徘徊。更重要的是，以單一正犯的角度去理解者本來就沒有正犯與共犯的區別，因此這裡主要不是在證立共同正犯，而是可以證立單一正犯概念下的「正犯」。

<sup>118</sup> 如韓忠謨，刑法原理，第 322 頁。

<sup>119</sup> 參閱林鈺雄，新刑法總則，第 487 至 489 頁。

<sup>120</sup> 陳志龍，「共犯」（？）的刑事責任，載於現代刑事法與刑事責任/蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集，2002 年 3 月，第 11 至 12 頁。

<sup>121</sup> 參閱林山田，刑法通論（下），第 146 至 147 頁；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，第 260 頁；陳志龍，「共犯（？）的刑事責任」，第 12 頁；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 430 頁；許澤天，對 2005 年 1 月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」、「正犯與共犯」章修改之評釋，第 118 頁；許澤天，對向犯之研究，第 74 頁。

無身分者的擬制規定，根本就違反憲法上的平等原則要求為否定理由<sup>122</sup>。

## 第二目 統一的實務見解

我國的實務操作，向來是全然服膺刑法第 31 條第一項對於身分的共同正犯的肯定規定，也向未見有實務見解對此有質疑甚或是加以挑戰者。

### 壹、統計樣本的基本分析

對於實證法律概念的研究，在傳統的國內研究，多集中在最高法院的判例、司法院的大法官解釋或是具有一定拘束力的決議。囿於最高法院的判例決議等在實務金字塔頂的實質拘束力，本文以下也將以最高法院對於身分的共同正犯的概念討論為本，討論近幾年見解更加成熟的最高法院「判決」見解。而由於最高法院是法律審，除非在事實認定上有重大違反的經驗法則與論理法則，法律審只針對法律部分加以審酌。從而，本文以下討論除了介紹最高法院原來具有拘束性的法律見解外，除非在事實的認定上有重大的價值，否則只限於法律部分而不作其他蔓枝的討論。

最後，在樣本選擇的關鍵詞上，本文是最基本的「第三十一條&共同正犯」一語作為基礎，而由於目的在於突顯修法後的實務見解，本文的採樣樣本將以 2005 年刑法第十六次修正後為起點至 100 年度為範圍，也就是最高法院 95 至 100 年度的案件為樣本進行歸納，將其中基本闡釋法條基本立場、特殊見解，甚至是有相衝突的情形，嘗試歸納並加以分析。

### 貳、歸納得出的原則

#### 一、對於依法司法的尊重

如前所述，我國的實務操作，對於第 31 條的身分的共同正犯，向來沒有如學說般提出反對見解，而這在本條經歷過 2006 年 7 月 1 日的本條修正之後，依然沒變。綜觀以往的實務見解，只有對第 31 條作涵攝的動作<sup>123</sup>，而從

<sup>122</sup> 參閱甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，第 287 頁。

<sup>123</sup> 從最高法院 24 年上字第 5290 號判例討論侵占與業務雙重身分的問題、25 年第 2



來沒有以實務上操作過於複雜等因素來加以反面檢視<sup>124</sup>，甚至提出質疑等反對立場。

本文以下所整理近年來的實務見解，也都是延續著如此的基本立場。從而，對於身分的共同正犯的肯定，不論是歷來的實務見解，或是文中所立的最高法院判決（至少下述的判決，不論是有沒有提及第 31 條的法律見解，至少都會引用該條條文），甚至是各庭之間，也都一致而未有質疑者。

## 二、對於共同正犯概念的借重

不論學界或是實務都一致同意，第 31 條已經透過「共同實行」與「仍以正犯或共犯論」，推導出身分的共同正犯的成立。至於這裡的共同正犯，究竟是指第 28 條的「任意共同正犯」，或是兼括分則的「必要共同正犯」？超越了傳統的學說討論僅侷限在任意共同正犯，我國實務見解進一步對於第 31 條是否適用在必要共同正犯有更深一步的探討。

然而，在成立任意共同正犯上，並不是如此地理所當然。而除了本文主要討論，對於不具備身分者，是否能成立共同正犯的前提之外；在實務上另外成立例證較多者為，在最高法院的判決中大量延伸地援引了任意共同正犯最重要的要件：「共同行為決意」（犯意聯絡）及「共同行為實施」（行為分擔），作為身分的共同正犯的成立要件。如我國實務上對於身分的共同正犯，除了援引第 31 條或與其相同規定意旨的貪污治罪條例第 3 條為成立的根據之外；由於具有共同正犯性質，逐更進一步要求必須具備第 28 條共同正犯的一般要件—共同行為決意，與共同行為實施。顯然實務見解在內化此身分的共同正犯的適用上，因應現實上的具體適用情形，兼顧實證上可能涉及的共同正犯

---

次刑事庭決議針對侵占罪的持有關係，到 82 年第 2 次刑事庭會議討論銀行法第 125 條第 2 項關於非銀行法人之行為負責人應受處罰之規定是否亦為第 31 條之規範範圍，都是秉持對於法條肯定前提的詮釋立場。

<sup>124</sup> 其實從實務的立場，有簡約而可不必多作嚴格審查的好用法條，即可對於不具身分且只有部分行為分擔者加以入罪，也實在沒有必要多此一舉。

要件<sup>125</sup>。換言之，實務上認為，身分的共同正犯，亦須符合任意共同正犯的成立要件方可。可以參考下述 96 年度台上字第 5671 號（B5），96 年度台上字第 5638 號（B6），96 年度台上字第 5716 號（B7），96 年度台上字第 2906 號判決（B10），98 年度台上字第 7259 號（D2），100 年度台上字第 5659 號（F4），100 年度台上字第 4291 號（F5）（相關判決內容摘要請參見本文附錄）。不過，可惜的是，進一步討論細節問題的判決並不多見，如行為人在「共同行為實施」中缺席者（即所謂的「共謀共同正犯」或其他非在實行階段參與者），是否亦得成立身分的共同正犯，僅有 99 年度台上字第 8093 號判決（E1），100 年度台上字第 4902 號判決（F6）等少數判決加以肯認，且並未深入敘明承認理由。

### 三、針對必要共同正犯的內縮

在身分的共同正犯的成立範圍上，實務上另外有一些內縮的標準存在<sup>126</sup>。如前所述，比較重要者為必要共同正犯的情形，實務上普遍認為其應排除在身分的共同正犯適用之列。理由在於這並非第 28 條的任意共同正犯概念射程所得賅括，自然也不會存在於第 31 條或是與其相同規定意旨的貪污治罪條例第 3 條內<sup>127</sup>。

不過，這樣的論述涉及了兩個問題：一為貪污治罪條例第 3 條與刑法第 31 條之間是否有一般性的特別法優先於普通法的問題；另一則為，必要共同正犯是否亦應在第 31 條的共同正犯概念界定範圍內，此即為前述所論。就第

---

<sup>125</sup> 如最高法院 87 年度台上字第 626 號判決（刑九庭）、87 年度台上字第 3826 號判決（刑八庭）、91 年度台上字第 1907 號判決（刑十庭）、91 年度台上字第 7130 號判決（刑八庭）等。

<sup>126</sup> 參閱花滿堂，該不能犯、違法性錯誤、共犯與身分之修正，第 16 頁以下的分析。該文中舉出另一個內縮情形為己手犯，其所列實務見解為最高法院 67 年 9 月 19 日第 10 次刑庭總會決議的「重婚」行為。惟有關結婚行為究竟是否為己手犯，本身就是一個極具爭議的問題，學說上有認為這是將結婚效力歸屬誤為犯罪型態的本質，是一種錯誤的認知，參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），第 818 至 819 頁的分析。

<sup>127</sup> 如最高法院 86 年度台上字第 77 號（刑九庭）、87 年度台上字第 626 號判決（刑九庭）、88 年度台上字第 3633 號判決（刑十一庭）、91 年度台上字第 791 號判決等（刑十二庭）。

一個問題，大概就是涉及刑法與單行刑法間的競合，一般學說與實務多半是直接援引「特別法優先於普通法的概念」加以解決<sup>128</sup>，但是也有認為這樣的區分是過於硬性而不具任何理由者<sup>129</sup>。對此，我國實務仍然是依循著與通說相同的步伐，並且強力地在判決中指摘未適用此一原則係有違誤者。如 96 年台上字第 309 號（B 17）與 95 年台上 7141 號判決（A1），即以貪污治罪條例第 3 條另有規定，而不能適用刑法第 31 條。然而，這樣過度簡化特別法優先的適用原則，而全然不顧貪污治罪條例第 2 至 3 條的文字僅有「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」、「與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷」，過於簡略而不完整，且用語亦不符正犯與共犯的區分型態，單依該不夠明確化的規定要取代刑法第 31 條的適用，顯有再為斟酌之必要。

#### 四、大量要求適用「從輕原則」的比較

在刑法經歷 2005 年的重大且全面性的總則修正，刑法第 2 條改採「從舊從輕原則」，而刑法第 31 條不論是在構成要件改為「共同實行」，或是法律效果加上了「得減輕其刑」，都涉及了這裡的討論，因此最高法院在 2006 年之後大量出現此一法律關鍵的指正，如最高法院 97 年度台上字第 1807 號判決（C9）：「刑法第三十一條第一項有關「身分」之法定減輕原因，是否在「從舊從輕」之綜合比較範圍內。而刑法第三十一條第一項，已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」，較有利於行為人。」，相類判決更是不勝枚舉，如 98 年度台上字第 5596 號，（D4）98 年度台上字第 3318 號（D6），98 年度台上字第 2532 號（D7），99 年度台上字第 1919 號（E6），100 年度台上字第 3945 號（F5），100 年度第 7 號（F10）等。不過實務上普遍討論此一問題是，忽略了一個重要的關鍵，即為上述所提，與「特別法優先於普通法」之間的適用關係。

<sup>128</sup>參閱甘添貴，罪數理論之研究，2006 年 4 月，第 83 至 85 頁；林山田，刑法通論（下），第 330 頁以下。

<sup>129</sup>如黃榮堅，基礎刑法學（下），第 962 頁以下。

### 第三項 身分的共同正犯重新理解與釐清

對於身分的共同正犯的承認與否，如果要做一番釐清，本文認為要從兩個角度切入：一個當然就是本文討論重心之一的身分犯意涵。按，概念自定義到適用的一貫推衍本來就是法律釋義學的重要一環，這裡自然也不例外，而這時實證法的規定不只是參考而已，更是檢驗的標的；因此，身分犯的定義是否可以發展擴張到不具身分者亦得成立共同正犯，自然成為首先必須重新省視者。另一則是學說上很少討論到的共同正犯成立範圍問題，討論的原因在於即便肯認身分犯可能成立共同正犯，但接續下來不可避免的是，如此的共同正犯是否合於要求？而當綜合上述兩個問題一併檢示時，更會發現在現行實證法與通說見解操作下，當結合身分犯與共同正犯兩個層次的擴張時，以個人責任清算為基礎的犯罪論恐怕已經面臨崩解或動搖。如果是，那麼最後應該如何去重新理解「身分犯」的「共同正犯」，則是本文最後要提出說明的。

#### 第一款 回歸身分犯與共同正犯的本質檢視第 31 條

##### 第一目 第 31 條規定的一些內部矛盾

第 31 條的條文本到底是不是一個矛盾的產物，涉及了兩個檢討客體，一是就構成身分與加減身分分別為不同的處理方式，是否矛盾？二是對於身分的正犯若認為具備身分方得成立，則擬制無身分者成立是否也是一種矛盾？

就第一個問題，學說上早有提出，第一項就構成身分採從屬原則，第二項加減身分採獨立原則。一樣是身分要件，只是一為刑罰處罰的基礎，一為加重減輕的基礎，如果對於犯罪的構成可以採取從屬原則，那麼舉重以明輕，對於刑度的輕重也沒有理由排斥從屬原則；反之亦然<sup>130</sup>。這裡學說上當然也

<sup>130</sup> 參閱陳子平，論刑法第 31 條之身分或特定關係，載於「共犯與身分」，第 5 頁；花滿堂，論不能犯、違法性錯誤、共犯與身分之修正，第 16 頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），第 823 頁。黃榮堅教授在其書第 2 版與第 3 版修正了部分文字，從使用「共犯」從屬性與獨立性，更改為單純只有從屬性與獨立性。主要的原因，

有一些的不同看法，認為上述所指的矛盾根本不是矛盾，因為根本與共犯獨立論等無涉<sup>131</sup>。本文認為，第 31 條的第 1 項與第 2 項的文字確實存在著從屬性與獨立性原則的矛盾。亦即單純以構成與加減身分情形的不同（也就是純正身分與不純正身分），實在找不出理論上的區分點，可以因此推導得出就要有效果上的差等待遇；尤其對當事人而言，同樣因為身分關係但卻導致構成身分（第 1 項）與加減身分（第 2 項）適用不同法條，更因此產生了刑罰的加重或減輕效果，恐怕更是直接感受刑罰效果的當事人所不能理解的。況且，光以構成身分與加減身分為由就要作出區別，則根本是沒有說明理由，這樣的差等待遇確實並沒有針對事物本質作出說明。因是之故，這裡法律效果中區分從屬性與獨立性的適用矛盾確實存在。而接續就身分的共同正犯，也會衍生出的矛盾是：既然身分犯的構成是傾向從屬性而以身分的成立為前提，那麼何以第 1 項要擬制無身分者成立共同正犯，第 2 項卻放棄而傾向獨立性？

至於第二個問題，就是一個刑法理論是否要被貫徹的議題。堅持特別犯或義務犯理論者，當然可以大方依據外國現有既專且精的文獻中，提出否定的看法。然而，真正的情形是，其實不須外求，藉由犯罪構成的基本要求，就可以完全推導出此一結論。

對於犯罪構成的基本要求，主要為構成要件該當性、違法性與罪責三者的具備，而就身分的共同正犯而言，主要涉及的就是構成要件該當性的判斷上。如果依照本文對於構成要件該當性的內涵理解，是以客觀構成要件與主觀構成要件為兩大主幹，且兩者除了一些例外情況如客觀可罰性條件等外，原則上是具有互相對視關係者<sup>132</sup>。而原則上在客觀構成要件中的各個構成要

---

可能是共犯兩字的範圍已經不能涵蓋共同正犯。不過在其單一正犯概念下檢視第 31 條，討論不法身分與罪責身分可否透過他人實現，已經是整個犯罪論內化的問題，這之中自然不需要（也不能）再借用共犯兩字。在德國，也有認為與我國第 31 相仿規定「模式」的德國刑法第 28 條，彼此之間也是充滿矛盾，這樣批評也值得參考，參閱 Hoyer, in: SK-StGB, §28 Rn.4.

<sup>131</sup> 參閱許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，第 462 頁。

<sup>132</sup> 參閱 Ruldophi in: SK-StGB, vor §1 Rn.34ff, §16 Rn.1；林山田，刑法通論(上)，第 279 頁。就算是二階理論者，也大致是依循著如此的方向檢討，參閱黃榮堅，基礎刑法學(上)，第 226 頁以下。



件要素都是等價，不論是行為主體、行為、行為特別情狀，乃至於刑法典上未有明文的因果關係與客觀歸責都是如此。因此，身分資格既是屬於對於行為主體資格要求的一環<sup>133</sup>，也應如同其他客觀構成要件般作相同的看待，而這不管在客觀面的地位，或是主觀上有誤認時都是如此。而身分犯的要求既然是客觀構成要件中的一環，則自然成為該類型正犯（尤其是故意既遂犯）成立時，不可或缺的要素。如果沒有特別的理由，身分要素實在沒有理由被抽離出來特別看待。

## 第二目 立法擬制規定不具正當性

從理論上而言，不論是前述一般所認知的身分犯定義，或是本文下述的主張身分構成要件只是單純且一般的客觀構成要件，一種行為主體的資格限制而已；身分的共同正犯的證立除了在所有行為人都具有特定的「身分」之外，根本無法得出無身分者可以因為與有身分者的共同實行，就可依附成立身分犯共同正犯的結論。從而，以下應該進一步檢討的就是，實證法上的如此矛盾是否只要有立法擬制就具有正當性？由於刑法的條文建構必須有刑法犯罪論為支撐，而不是單純制定法條就取得正當性。而有犯罪理論的支持，是形式論下的實證法典犯罪處罰取得實質正當性的重要基礎。故即使法條文字已經予以規定，若在犯罪論的理論上若找不到適當的立足點，或已經失去其支撐點時，該法條的規定就該被考慮加以刪除。從而，在刑法犯罪論的釋義與現行規定兩者間產生衝突時，如果不能作有益現行法解釋的調和時，犯罪論解釋的一貫性毋寧是優先選項。回到第 31 條，其理論的一貫性與現行規定上的衝突已經顯而易見，再加上實在無法得知，何以立法者獨厚同為客觀構成要件的身分資格要求？而其他的客觀構成要件，甚至是加重構成要件（如刑法第 222 條、321 條）何以就在排除之列？就算本文贊同這裡的身分的共同正犯能夠擬制，對於其他要件在理論上要如何自圓其說？若單純以立法者已經規定來作形式上的回答，充其量不過是循環論證罷了！因此，而解決方式為應嚴守刑法分則規定間對個別犯罪的行為主體資格要求，因刑法第 31 條有關身分的共同正犯的擬制，在對於身分犯理解的一貫下，應不具存在的正

---

<sup>133</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.397f.



當性<sup>134</sup>。

此外，身分犯（此處主要是針對義務犯理論的主張）也不應成為犯罪支配下的例外。這裡的思考反而應該為：犯罪支配理論既然已經是是否成立正犯所檢驗的前提要件，更不應在此被弱化。身分犯的出現於此毋寧是一加一的效應，也就是在原本的一般性正犯客觀構成要件之外，再加上身分資格的要求，而既然是賦加的要件，沒有理由反而要讓其成立更加寬鬆，而在犯罪支配上讓步。因此，身分的正犯除強調身分資格的要求必須具備之外，本文認為對於犯罪具有現實支配的強度要求，也就是犯罪支配，同樣也不能少。

本文以為，如果身分要件只是客觀構成要件之一，而客觀構成要件就是判斷正犯成立的基礎，那麼要求特別注重身分資格的身分犯，其成立上必須符合身分要件，是構成要件該當性的基本要求，不必引進特別犯或義務犯的整套論述亦可得出。而如果也能認同身分關係與其他客觀構成要件係屬等價，那麼身分犯被特別賦予擬制的效果，相較於其他等值的客觀構成要件而言，就是一種不符合事物本質的差別待遇；至少，還需要更堅強的說理才能肯定這樣的特殊擬制，否則否定毋寧是目前的合理選項。準此，可以拋開身分犯等諸般名詞與定義交錯綜橫的迷思，一樣可以得出：對於有行為主體特殊資格要求的犯罪型態，除非具備該客觀構成要件，否則非得成立故意既遂犯。至於未遂犯的部分，亦同於一般的錯誤法則處理，都不必強調這裡具有極端客觀性。

如果再參照本文第五章及第六章所闡釋的以個人主義為發展依歸，進而廢除共同正犯，而回歸單獨正犯質的立場，來檢驗身分的共同正犯，則也唯

---

<sup>134</sup> 相同結論者，如柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 440 至 445 頁。不過學理上也有肯定立法者可以擬制的見解，如許玉秀，刑法第 31 條第 1 項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，第 133 頁。對於這樣的見解當然應予以尊重，只是立法者可以擬制的情形是否有一定的界限存在？若有，而標準何在？雖然其認為「一般教唆犯既沒有必減也沒有得減其刑的規定時，和一般犯的教唆犯沒有兩樣的身分犯教唆犯，無論是必減或得減的優待，都顯然是『不平等』。」但既然第 31 條可以擬制身分犯的共同正犯，為何不能再擬制但書的量刑減輕規定？立法者的擬制究竟應該如何被切割才具有正當性，上位標準為何，是須要再進一步釐清與說明。

有符合身分特別資格要求的正犯，才有可能具備正犯的質，也才能成立符合本文所理解「共同正犯僅為單獨正犯質的集合而已」主張。而這本來就是犯罪論概念下應有的概念外延。據此推論，這裡更強化了對第 31 條身分的共同正犯的否定。亦即，身分的共同正犯所要求者，是身分犯質的集合，故不具備身分的身分資格要求者，不僅不能成為正犯，當然也談不上有什麼共同正犯的存在可能。而這本是個人主義犯罪論下應有的結論。

綜上，可以得到的第一個結論是，現行的第 31 條第一項身分的共同正犯規定其存在欠缺正當性，主因當然是身分犯成立上的基本要求。

### 第三目 從正犯質的要求切入

然而，這樣的結論若建立在現行通說複雜建構下的共同正犯，是否仍然有可能因為擴大的共同正犯概念而有不一樣的結果？亦即，是否可能因為共同正犯的擴張而使得無身分的正犯有可能被擬制成與有身分者一般的犯罪？至於共同正犯，由於其本質仍是正犯之一，既然身分等資格在正犯範疇就已確立是不能被擬制的，即便援用共同正犯法理，當然也不能跨越這條界線。所以，其實還不須援引到本文對於共同正犯概念的質疑，就可以否定身分的共同正犯概念的確立。而只要回歸最基本的獨立判斷原則：有身分者成立該事由的正犯，沒身分者就不能成立正犯，也不須特別區分這部分的身分究竟是加減或是構成要件。因此，身分的共同正犯也是可以排除在共同正犯討論範疇內的「非典型共同正犯」。

### 第二款 及早回歸正犯之正犯「質」的認定

如果不是先贊同本文對於身分犯與共同正犯所提之看法，反而是全部回歸現行第 31 條規定與通說對共同正犯成立範圍的說法，那麼可以清楚地發現，無身分者的行為可以被擬制成有身分者的正犯，且不須配合一般共同正犯內縮的犯罪現實支配的檢驗，最後再搭配通說下的共同正犯是只要沾到邊的行為人就可以一併論處。那麼個人責任主義下的犯罪論檢驗，到底還有多大作用，已經不言可喻。

## 第四節 「共同正犯關係脫離理論」的原貌

### 第一項 學理上的「共同正犯脫離」理論

#### 第一款 概念的內容

「共犯關係之脫離」，學理上的討論植基於 2005 年修法之前的刑法典文字般，是採取廣義共犯的理解方式，而包括了「共同正犯、教唆犯與幫助犯」的情形。由於本文的主題為共同正犯，而不涉及教唆犯與幫助犯，因此以下討論僅止於「共同正犯關係的脫離」。

至於討論共同正犯關係脫離的實益在於：對半途脫離共同正犯圈子的行為參與者，是否能夠脫離共同正犯的「共同責任」，而脫免於與其他共同行為人負同一刑責。就此，一般學理上的論述，可分為「著手實行前的脫離」，與「著手實行後的脫離」，兩者分別以觀。

#### 第二款 著手實行前的「脫離」

「著手實行前」共同行為人的脫離，可以說是討論上爭議較少的型態。主因在於著手實行前的共同正犯脫離，恰好避過了共同正犯的兩個核心難題：一是共同正犯至少須有部分共同行為人已經開始著手實行，這是通說對於共同正犯的基本定義（參見前述本文第三章第一節、第二項、第一款），著手實行前的脫離至少是在其他共同行為人在進入著手實行階段就已為脫離；另一則是基於共同正犯的「一部行為，全部責任」法律效果，因為一旦進入到這個層次，所有共同行為人則是同一命運，著手實行前的脫離也因此可能不受到此一原則的拘束<sup>135</sup>。

學理上在討論此一概念時多以「共謀共同正犯」的承認為前提，並依此

---

<sup>135</sup> 不過也正因為如此，著手實行前共同行為人的脫離，還能夠稱為「共同正犯」的脫離嗎？

推論出在著手實行前階段討論共同正犯脫離的正當性<sup>136</sup>，因為著手實行前脫離的型態如果沒有成立共同正犯的可能，是沒有討論實益。從而，討論共同正犯著手實行前的脫離，其實也就是在討論「共謀共同正犯」的脫離<sup>137</sup>。學理上往昔只要求此時「脫離者於共謀後、著手實行前向其他共同者表達脫離的意思，並獲得其他共同者的瞭解時，對於之後其他共同者所產生的結果，即不須負責任。」亦即，脫離者此時只要放棄即可；近來則參考日本學說認為，要達到共謀共同正犯的脫離必須符合「真摯意切斷心理及物理上的聯繫」雙重要件的要求<sup>138</sup>。至於脫離後只須就個別脫離前的行為是否符合陰謀或是預備罪的規定，加以歸責即可<sup>139</sup>。

由此，判斷是否成功脫離共謀關係，即以脫離者是否切斷心理的因果性及物理的因果性為基準。一般而言，表示脫離之意思並為他人明白時，其他人係基於新形成的共同意思繼續實行時，應可認為已切斷心理的因果性。而於脫離者有提供實質上助益時，更須消除其物理上因果的影響<sup>140</sup>。例如共謀竊盜的案例中，若脫離者有提供被害者家裡的鑰匙時，除表明脫離之意思外，並應取回鑰匙始構成脫離<sup>141</sup>。

而共同正犯脫離理論所要求的「真摯意切斷心理及物理上的聯繫」雙重要件，對下述兩種共同正犯類型要求的程度上並不相同。學說上認為在「協力型」，共同行為人只要表達放棄犯罪的意思，使其他行為人基於「另外經過限縮而形成的另一嶄新共同實行意思」遂行犯罪行為，脫離者對他人之後的

---

<sup>136</sup> 陳子平，共同正犯的脫離與中止，月旦裁判時報創刊號，2010年2月，第146頁。

<sup>137</sup> 參考蕭仁豪，共犯中止與共犯關係之脫離，輔仁大學法研所碩士論文，2001年8月，第91頁以下的介紹。

<sup>138</sup> 此即，日本學說主流之「因果關係切斷論」，參見陳子平，共同正犯的脫離與中止，第146及147頁；同作者，著手實行前共同正犯關係之脫離，月旦法學雜誌第203期，2012年4月，第169頁。

<sup>139</sup> 陳子平，共同正犯的脫離與中止，第146頁；同作者，著手實行前共同正犯關係之脫離，第170頁。

<sup>140</sup> 余振華，刑法總論，第437頁。

<sup>141</sup> 蕭仁豪，共犯中止與共犯關係之脫離，第86至87頁。

行為即不負共同責任；但若是「支配型」，例如組織犯罪的情形，則對脫離者另外要再要求到有阻止其他共同行為人為進一步的犯罪行為地步，並且阻止成功時，才算得上是脫離共謀共同正犯的犯罪集團<sup>142</sup>。

值得一提的是，在德國部分學說與實務上也有討論「共同犯罪約定的解除（Aufkündigung des gemeinsamen Tatplans）<sup>143</sup>」，與日本學說的共同正犯脫離理論相似者。其說法為，在共同行為決意成立後，只要在未達著手實行前表示取消者，是有可能透過此一概念來免除共同正犯的責任<sup>144</sup>。其內部要求為，必須至少當一個共同行為人反對共同行為決意的內容而想脫離時，且一定同時要對其他行為人有產生影響，也就是讓其他人有認知到時，才能成立<sup>145</sup>。此時將僅就共同行為人在取消前業已參與部分行為加以歸責<sup>146</sup>。

### 第三款 著手實行後的「脫離與中止」

首先，主張在著手實行後仍有共同正犯脫離可能者，勢必無法避免的是與共同正犯之中止的區隔上。主張者認為由於共同正犯關係之脫離是探討得否論以共同正犯責任之問題，在犯罪的所有階段都可能發生，而共同正犯中止的議題僅會在著手後中止時發生，則兩者可能會在著手後中止的情況產生重疊<sup>147</sup>。但是，討論此處共同正犯脫離的實益可以突顯，中止未遂是以犯罪未發生既遂為前提，而共同正犯關係之脫離則可能處理到發生犯罪既遂結果

---

<sup>142</sup> 參閱陳子平，刑法總論第 634 至 635 頁；同作者，著手實行前共同正犯關係之脫離，第 173 至 174 頁。

<sup>143</sup> 本文原譯為「共同行為計劃的取消」，感謝高金桂教授的指正，採取教授建議更為貼近原文的翻譯。

<sup>144</sup> 參閱 Heinrich, Strafrecht AT-2, 2005, §33 Rn.1234f.

<sup>145</sup> Heinrich, Strafrecht AT-2, §33 Rn.1234; Frister, Strafrecht AT, 2006, Rn.26/30; Kühl, Strafrecht AT, §20 Rn.105.

<sup>146</sup> Frister, Strafrecht AT, Rn.26/30。至於在德國實務上或有認為是基於沒有共同行為決意的主觀要件支撐，或是基於限縮主觀理論下的綜合判斷，認為此時可能成立幫助犯。

<sup>147</sup> 陳子平，刑法總論，第 638 頁；同作者，著手實行前共同正犯關係之脫離，第 173 頁則表明，仍有成立普通未遂與中止未遂的可能。



時，出於己意中止之共同正犯應負何責之問題。亦即，共同正犯關係脫離理論在共同行為人著手實行前脫離之情形，及著手實行後中止並盡力防果，但結果仍發生之情形有其討論實益<sup>148</sup>。

綜合上述說法可知，承認共同正犯關係脫離之規範意義係乃在防止共同正犯責任的擴散，使該脫離者僅負脫離前共同正犯之責任，至脫離後，因其他共同正犯所實行或所發生之犯罪結果，則不再負責。至於判斷的標準，目前學說上已同於著手實行前的脫離，一樣就主觀面心理素質的要求與客觀面因果的切斷為合併的判斷標準：不論著手實行或後脫離者若能切斷「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之脫離，而對於其他共同正犯所實現之結果不負擔責任。

比較法上，跟著手實行後之共同正犯脫離概念類似者，為德國刑法第 24 條第 2 項後段「其他共同正犯的進行已與先前之犯罪貢獻者無關者，不罰。」的規定。其內部要求為，要視行為人已否解除其影響力而與其他人之犯罪已然完全切割而無影響，例如除了要表明無意繼續參與之意外，另須使其他共同行為人停止或為其他犯罪行為<sup>149</sup>。亦即，除了要能去除掉自身行為貢獻相對於結果的因果關連之外，也必須是抵銷可能產生的影響或效應<sup>150</sup>。此外，須予說明的是，在德國法上，中止未遂是解除刑罰事由，因此論及此處的中止，相對於共同正犯脫離而言效力更強，是屬「不罰」的未遂；至於共同正犯脫離的法律效果僅是排除了脫離者同負既遂之責而已。但回歸我國刑法第 27 條規定以觀，不但沒有德國法上此部分文字的相類規定，我國法上的中止未遂也只是必減免而非全然地解除刑罰事由。因此，就我國法而言，若與共同正犯脫離理論相較，在其他共同正犯仍未遂的情形，中止未遂就具有必減免的優勢，不過若是有部分共同正犯既遂時，共同正犯脫離理論即區隔出其可達到免於負既遂之責，而這是中止未遂概念所無法達成的。

<sup>148</sup> 參閱蕭仁豪，共犯中止與共犯關係之脫離，第 86 至 87 頁及第 117 至 118 頁。

<sup>149</sup> 徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止，台灣法學雜誌第 181 期，2011 年 8 月，第 205 至 206 頁。

<sup>150</sup> Fad, Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, 2005, S.101; Lackner/Kühl, StGB, 2001, §24 Rn.27.



## 第二項 我國法上之「共同正犯中止未遂」現狀

### 第一款 2005 年修法前

2005 年修法前之刑法第 27 條就一般中止犯規定為：「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。」而就複數行為人如共同正犯之中止未遂，則未有明文規定，應如何適用，通說及實例均認為，應將共同正犯關係之共同行為人視為一體，而就舊刑法第 27 條規定之中止犯成立要件，排除加以適用<sup>151</sup>。當時的多數看法也都認為，共同正犯中的一人必須有效地阻止其他正犯繼續實施犯行，或有效地阻止犯罪的完成，始足以全盤排除共同犯罪的危險性，而能成立中止未遂<sup>152</sup>。

### 第二款 2005 年修法肯認的「共同正犯中止未遂」規定

2005 年刑法第 16 次修正時，增訂了此一通說與實務都承認的情形<sup>153</sup>，而於修正新法第 27 條第 2 項規定：「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。」，其中並同時規範了共同正犯之中止未遂及準中止未遂。

我國刑法第 27 條第 2 項規定了共同正犯的一部中止情形，其意義除了限定以既了未遂的情形方可成立外，並未對於共同正犯的其他情形有任何的排除。可以先從通說建構下的共同正犯來說明這樣的規定是否合理：從本文第三章闡述的通說發展，共同正犯自共同行為實施，共同行為決意，乃至因果

---

<sup>151</sup> 韓忠謨，刑法原理，第 325 頁。實例如司法院 21 年院字第 785 號解釋。

<sup>152</sup> 僅參考林山田，刑法通論（下），第 104 至 105 頁。

<sup>153</sup> 學說與實務肯認的部分是在於對共同正犯中止概念的存在，至於這部分是否要以實證法加以規定，則並不一致。由實務罕見地帶頭向前衝，如最早的司法院 21 院字第 785 號解釋，中期的最高法院 52 年度台上字第 2255 號，57 年度台上字第 348 號，近期的最高法院 77 年度台上字第 4409 號判決等。學界則有韓忠謨，刑法原理，第 325 頁；林山田，刑法通論（下），第 105 頁等則認為無待法之明文。

關係的極度性擴張，一路建構下來的共同正犯概念已然是一個所謂的整體性判斷，在在都突顯出，對共同正犯行為人間個別性的忽視。從此出發，共同正犯的中止未遂自然也是應觀察「整體」的共同正犯行為是否已經到達既了或未了階段，來決定中止未遂的行為人只要放棄或須有積極的防止行為。然而，刑法第 27 條第 2 項卻顯然放棄了這樣的考量，而一律以既了未遂的方式來加以規範。新法的立場也是以共同正犯的「整體性」考量為出發點，但為何要放棄共同行為仍有未了未遂的成立空間，頗為耐人尋味。而即使可以忽視上述因為共同正犯的共同行為而產生對中止行為，區分為未了未遂與既了既遂程度的要求，接下來也必須面對「己意中止」如何能用共同性來加以理解的難題？新法規範並沒有對此加以碰觸，顯然可能意識到如果不以行為人的個人考量實在難成形塑出「己意」的判斷。如果重新檢視了新法對於共同正犯中止未遂的主客觀面是：以共同性來做為中止行為的外在界限，卻仍保留個別性的己意中止判斷如此，隨意組合出的型態是否還能符合中止未遂是基於個人性的考量，實在值得質疑？因此，本文認為，以預設行為人一體的方式，使得中止未遂在共同正犯間限於須有積極行為加以防止既遂情形產生，其實是一種過度的要求；此與中止未遂原本即以個別行為人在犯罪中，因己意中止的情形而給予寬免的待遇有所背道而馳。所以除了解釋實定法上是刻意將共同正犯中止未遂限縮在既了未遂，是立法者的有意區別外，恐怕要找到實質理由支撐也有困難<sup>154</sup>。

至於應否根本性地去除共同正犯規定，回歸基本的中止未遂判斷，才能免除中止未遂在遇到共同正犯時也可能侵蝕殆盡的危險，則是另一個問題，也是本文第五章以下要處理部分。

---

<sup>154</sup>共同正犯的中止，或許也是通說一個無法掩蓋的爭點，因為單獨犯的己意中止或為阻止的行為不能滿足時，基於不當的法律責任擴張，所以導致必須限縮原中止犯的範圍；在德國，或有認為這已是違反平等原則，參閱 Schmidhäuser, Strafrecht AT, 1984, S.637f.

### 第三項 重新檢視「脫離」概念

#### 第一款 著手實行前的脫離只是其他既有犯罪型態的涵攝

共同正犯脫離理論在著手實行前適用的立論基礎是在於共謀共同正犯的承認之上。由於本文已在前述表達對於共謀共同正犯概念的否定立場（參考上述第一節、第四項）。因此，在「協力型」共同正犯已被否定前提下，除非可以順利地將「支配型」的共同正犯也順利轉換成是間接正犯的「脫離」，否則著手實行前的共同正犯脫離是沒有依附的客體能存在。事實上，討論著手實行前的共同正犯脫離，就等於在討論個別行為人是否符合預備或陰謀而已。由於通說與實務並不承認陰謀與預備罪的共同正犯的成立，再加上學說上多半也不承認陰謀犯與預備犯有中止的情形，因此若是有陰謀犯與預備犯到中途，卻想退出，就只是能否涵攝到各個犯罪的陰謀犯與預備犯的概念中，如此而已。

退一步言，就算依照犯罪支配理論（不論是嚴格或緩和的認定標準），在著手實行階段未完全參與的行為人，只要具有一定程度促使犯罪實現的「支配」，就能成立共同正犯。共謀共同正犯的討論此時就只是共同正犯實質化的延伸，所以只是構成要件實行行為的長度（或是影響）的認定而已<sup>155</sup>。就此，既然共謀共同正犯肯定論者極力在建構與著手實行後與一般共同正犯相同對待的論理基礎，那麼在此特別要討論著手實行前如何脫離也並無意義，因為不論是著手實行前或著手實行後都沒什麼差別，都只是在討論犯罪支配的有無而已，而只要如同下述的著手實行後的脫離採取一致且單一標準即可。這時特別討論著手實行前的脫離並無意義。

---

<sup>155</sup> 如林山田，刑法通論（下），第 88 頁。

## 第二款 著手實行後的脫離是獨立的阻卻事由？

### 第一目 共同正犯脫離理論有其存在空間

著手實行後討論共同正犯的脫離，其實才是共同正犯脫離理論的主要討論場域。該理論主張如果能夠切斷脫離行為人與其他共同正犯間物理性與心理性的因果力，那麼就能對其他共同行為人所為的既遂結果不負擔責任，亦即得成立未遂犯；而也不排除，若另外符合中止未遂的要件者，亦得成立中止未遂<sup>156</sup>。

由於我國學說與實務幾乎一致認為中止未遂的極限在於其他共同正犯尚未達到既遂<sup>157</sup>。因此，在著手實行後共同正犯要能不負既遂之責，除了最基本行為人都是普通（障礙）未遂外，大概除非有「中止未遂」<sup>158</sup>與「共同正犯脫離」這二種情形時。而針對這二種事由的法律效果，以我國法而言，可以再交叉比對一下再進一步切分出：一、如果共同正犯間皆只達未遂時，在符合中止未遂時尚可生必減其刑（比較法上德國法是不罰）的效果，而符合共同正犯脫離理論時的效果，多數認只是「對於其他共同者或正犯所實現之結果不負擔責任，亦即得成立未遂犯<sup>159</sup>」；二、一旦有部分共同正犯達到既遂時<sup>160</sup>，此時依我國法的中止未遂規定<sup>161</sup>，則無能為力做其他減輕，但若依共

<sup>156</sup> 陳子平，刑法總論，第 638 頁

<sup>157</sup> 如林鈺雄，新刑法總則，第 451 頁；陳子平，刑法總論，第 638 頁；最高法院 94 年度台上字第 3515 號判決、99 年度台上字第 6492 號判決等。

<sup>158</sup> 當然我們也不排斥成立共同正犯不能未遂，乃至中止的不能未遂成立可能，只是比較難想像的是，共同正犯間單獨存在個別行為人的重大無知情形。

<sup>159</sup> 僅參考陳子平，刑法總論，第 638 頁。

<sup>160</sup> 徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止，第 204 頁以下即將問題導正到這裡的討論應是看其他共同行為人是否既遂，而不是單看「結果」是否發生：「即便結果發生，若其欠缺與行為之間的歸責關連，不論根據的理由為無相當因果關係抑或是客觀不可歸責，都將排除結果之歸責，在此種情形下當然不應否定中止未遂成立之可能。審查的重點終究還是：該行為是既遂還是未遂。」；亦可參考甘添貴，中止犯之基本理念，載於「刑法之重要理念」，1996 年 6 月，第 167 至 168 頁；蔡聖偉，絕命醫療站（上），月旦法學雜誌第 173 期，2009 年 10 月，第 302 頁。

<sup>161</sup> 對照德國刑法第 24 條規定，中止未遂在德國是一種刑罰解除事由，且依其刑法

同正犯脫離的理論（或是援引德國法第 24 條第 2 項後段規定<sup>162</sup>）則能達到脫離行為人阻卻其負擔共同正犯的既遂責任。從而在著手實行後，若是有共同行為人達到既遂時，共同正犯脫離理論甚至比起共同正犯的中止未遂更能達到阻卻共同正犯「一部行為，全部責任」擴張的效果。

至於共同正犯脫離其成為獨立的個人阻卻刑罰事由，其理由其實在刑事政策中可以尋得<sup>163</sup>。如自 Roxin 與 Jakobs 教授的犯罪學思想中可以得知，若一旦有行為人脫離，會產生連鎖效應使得人數再減少，可能最後只剩一兩個人或甚至全部會放棄，對被害人法益侵害風險相對就降低；此外，自 Roxin 教授的個別預防觀點<sup>164</sup>，必要性降低則可以減輕或免除其刑，而若自 Jakobs 教授強調的一般預防觀點<sup>165</sup>，既然脫離者不再續行犯罪行為，罪責的減輕或免除也不會造成國民對法秩序效力的信賴感減損。

---

第 24 條第 2 項後段規定之「……或其進行已與先前之犯罪貢獻者無關者，不罰」，學理上也多認為既使共同正犯犯罪達於既遂時，也可能成立中止犯，這部分的型態與我國法有相當落差。參考 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, §24 Rn.98; kudlich/Schuhr, in: SSW-StGB, § 24 Rn.50, 中文部分可以參考徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止，台灣法學第 181 期，第 204 頁以下所為分析。

<sup>162</sup> 如徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止，第 205 頁以下，也將其與當作是一種著手實行後「共同正犯脫離」的看法。

<sup>163</sup> 感謝高金桂教授指出本文下述的思考方向與建議。

<sup>164</sup> 如 Roxin 教授的負責性概念，就是切斷意志自由與罪責概念的關係，以此取代通說的責概念；而負責性概念其中除了可非難性之外，還加上了必須有刑罰制裁的預防必要性，藉此與刑罰目的理論接軌。細部地說，其認為罪責階層，其實包括了「欠缺罪責」與「欠缺預防必要性」兩種類型，前者如欠缺責任能力或不可避免的禁止錯誤等排除罪責由；後者則如過當防衛或過當避難等，乃是從預防目的觀念出發，而認為該等情形欠缺處罰必要性之寬恕罪責事由，詳細可參閱 Roxin, Strafrecht AT-1, 2006, §19 Rn.3 及黃榮堅，基礎刑法學（下），第 647 頁。

<sup>165</sup> Jakobs 教授提出的「機能罪責論」，認為罪責概念就只在確認行為人對於法律敵對的態度。其以「實定法之一般預防的必要性」來判斷罪責之有無，以行為人攻擊法益之行為背後所代表對於法規範的否定態度，藉由對行為人的處罰來維持規範，進而達到一般預防的功能；罪責的觀察重點已經自傳統的規範非難轉移至有無預防的可能。參閱 Jakobs, Strafrecht AT, 17/18ff 以及黃榮堅，基礎刑法學（下），第 645 頁。



## 第二目 「共同正犯脫離」為實質支配的反面論述

如果共同正犯脫離理論的確能在某些情形上發揮其效用，那麼也不得不正視，能不能加以引進與引用。尤其我國部分學者已經認為共同正犯脫離的名詞不限於日本法上的共同正犯脫離理論，從德國刑法第 24 條第 2 項後段亦可窺得相同軌跡<sup>166</sup>。除此之外，也有學者煞費苦心，以兩者結合而成立準中止的方法加以引進<sup>167</sup>。

實則，日本法上討論共同正犯的脫離有其理由，因為日本跟我國一樣中止未遂是必減或免除其刑；相較於德國，其中止未遂法律效果是不罰。因此日本法上發展出可以脫離處罰圈的共同正犯脫離理論誠可理解。不過確有不同的，共同正犯中止與共同正犯脫離的論理方式並不相同，前者是從固有的中止未遂規定切入再於共同正犯處加以修正適用，後者則是另外創設欲徹底自實質的因果支配來解除共同正犯的擴張效果。除了比較兩者的法律效果與適用範圍外，要強將兩者各有基礎背景的論述混為一談，甚至是比較孰優孰劣，實在有所困難。

本文認為，共同正犯的脫離概念，毋寧是想自共同正犯的實質支配著眼，重新解構非具實質支配的共同正犯，只不過支配的客體仍然侷限於共同行為人之間。這樣的論述要存在也不是不可能，除了能以法理方式引進之外，至少這也是一種有利於行為人「出罪」的類推適用，成立上並不是太過困難<sup>168</sup>，因此要以共同正犯的脫離現行法沒有規定來加以拒絕，是一種形式上的否定

<sup>166</sup> 而配合德國法上對於中止犯是採取不罰的效果更具實益，如徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止，第 204 至 205 頁。

<sup>167</sup> 共同正犯中之一人在著手後切斷因果關係而脫離，其他人係基於另外新形成之共同意思繼續實行並既遂之情形，雷同於（脫離者）犯罪進行時因另一個無關的犯罪人（其餘共犯者的新共同實行意思及行為）的介入而導致因果關係進行上的障礙，應屬障礙未遂，若脫離者亦為真摯的防果努力，此時基於刑事政策上之作用，或主張應可適用準中止之效果，可參閱，李茂生，共犯關係之脫離，月旦法學雜誌第 21 期，1997 年 2 月，第 89 頁。

<sup>168</sup> 學界普遍承認有利於行為人的類推適用，請參考甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 20 頁；許澤天，刑法總論，第 43 至 44 頁。



而已。

由於本文下述（參考本文第五章第四節）否定現行共同正犯概念的存在，並嘗試重新以現行犯罪論上的三階理論（也就是對犯罪成立支配的檢驗）等來理解各個正犯間應有的歸責界限，而共同正犯脫離理論思考的基礎與本文相距不遠，也是一種以實質的支配為出發，排除不應屬於共同正犯歸責圈的行為態樣<sup>169</sup>。因此，本文毋寧將該理論理解成「以欠缺實質支配為標準而排除共同正犯成立」的討論類型之一。該理論在判斷是否成立共同正犯的支配上，自主觀與客觀同時切入觀察的因果關係遮斷說法，不管夠不夠具體，或能不能為學理所完全接受，至少已經作出與本文一樣，對於犯罪成立的支配具體化作出了努力。而這似乎從犯罪成立的支配上本應如此。

也因此，共同正犯脫離理論應該也只是一種非典型共同正犯概念內的犯罪型態，而加以解構或排除而已。蓋如果通說及實務對於現行法第 28 條共同正犯是一種努力擴張的建構，那麼共同正犯脫離（理論）充其量也只是在提醒，那些是根本上就應該被排除在共同正犯的歸責圈之外的犯罪型態。

## 第五節 相續共同正犯的檢討

對於在行為實行階段中才加入的共同行為人者，一般稱為「相續共同正犯」。若與共同正犯脫離理論相對照，相續共同正犯是在判斷行為人加入後是否要為之前未參與的其他共同行為人行為負責，而共同正犯脫離則恰為在行為人放棄犯罪行為的續行後，是否要為之後其他共同行為人的犯行負責。兩者互為映襯，其實都是犯罪的實質支配是否存在的細部討論情形。

相續共同正犯討論的提出，是在共同正犯的客觀性擴張下，相續者是否需要為之前未參與部分加以負責？在解決的方法上，不論是肯定或是否定的說法，其實都留有一個重大的關鍵待填補或是反轉成為另一種結果。不論說用上用的文字是「利用」或是「因果力」乃至於「相互的補充關係」等<sup>170</sup>，

<sup>169</sup> 余振華教授在論文口試時指出，日本文獻中所指的「因果性的遮斷」，其實也是在指支配的欠缺，兩者的基本論理是差相彷彿的，其說法與本文的理解相似。

<sup>170</sup> 由此觀之，彭文茂，不法集體決議的因果關係與刑事歸責，台北大學法學系碩士論文，

都不能抹煞其實這個關鍵也就是本文強調的「支配」。

本文認為，相續共同正犯的犯討論，也是自共同正犯的實質支配著眼，重新檢示接續行為的共同行為人，對之前已完成的犯罪部分是否具有實質的支配。如果有，就應該也加以負責。因此，相續共同正犯應該也是一種非典型共同正犯概念內的犯罪型態，而只是在討論原有的犯罪實質支配是否存在而已。

最後，由於在本文的理解下，共同正犯概念不需要存在，所以相續共同正犯的還原，自然就應以個別行為人的個別行為對於構成要件是否能夠實現，可以實現到如何的程度，來當作唯一的判準<sup>171</sup>。

---

2006年6月，第165頁：「相續共同正犯在嚴格確定成立要件的情形下並沒有任何意義，而也不是共同正犯的例外情形，因為仍然要從其成立要件來進行檢驗，充其量其僅具一種共同正犯的不同實行手段而已。」其看法認為相續共同正犯不必特別予以處理，只要依共同正犯的要件判斷即可，在方向上與本文看法相差不遠，只是本文強調的是回歸「單獨正犯」而非共同正犯的本質判斷。

<sup>171</sup> 參考本文在第六章的論述可知：由於通說下的相續共同正犯仍然是採取共同行為人的擴張立場。在此，則必須固守單獨正犯的本質判斷：如果相續行為人在一個共同犯罪體中，是嗣後才加入者，則歸責上首先應視其違犯的是定式構成要件犯罪，或是不定式構成要件犯罪。如果是前者，則應僅就其參與部分獨立判斷應負責部分為已足；如果是後者，則可依照構成要件涵攝的實質性判斷角度，觀察是否對整體構成要件的實現具有因果關連，如果有，則自然也須負責。但這是基於個人主義犯罪論下判斷所應得的結論，倒不是本文在此另立了新標準，以取代原先相續共同正犯型態的結論。



## 第五章 共同正犯概念的存與廢

刑法所規範對犯罪的處罰，泰半是植基於法益保護<sup>1</sup>的利益衡量之上。換言之，唯有利大於弊之下，這才是一個有意義，而且有正當性的國家行使刑罰權的高權行為。共同正犯概念的產生從犯罪行為人的產生，到歸於正犯的認定，雖然其中爭議頗多，且一路跌跌撞撞，至少在正犯的基礎上尚可安身立命。然而，共同正犯在接下來技術面上的操作，就為了效果上的便利，而不斷修正擴大適用範圍；然而幾乎所有對其正當化的論據，都是先承認此一概念的規範，然後再由「果」回溯至「因」地加以包裝。從本文第二章至第三章所論述的共同正犯概念，可以看出已然從顛不可破，演變到概念的處處補遺；從處處擴張，到不斷地作內部限縮。於今已經碰到一個不得不解決的瓶頸：到底應該繼續捉襟見肘地不斷跌跌撞撞走下去？或是該回到犯罪論的原貌重新省思其出發處一單獨犯的歸責是否可採？更或是選擇另一條不同於現有正犯共犯區分論的路來走？

### 第一節 共同正犯概念正當性的省思

首先可反思的是，本文在第二章第四節、第二項所介紹的共同正犯正當化理論，是否可以填補由目前的共同正犯極大化後，所產生難以回復的黑洞？本文在前述已經提及，傳統的犯罪共同、行為共同乃至共同意思主體說已經難以說明共同正犯的原始型態，更遑論是在主客觀後都擴張操作下的現行共

---

<sup>1</sup> 法益保護真是刑法的任務嗎？可以參考 Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Emperische und dogmatische Fundamente, 2005, S.135ff 以下的反思。中文文獻如鄭善印，刑法的目的只有法益保護嗎？—以日本刑法學說為觀察核心，載於「現代刑事法與刑事責任/蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集」，1997年2月，第649頁以下；高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，2003年2月，第104頁以下。也有從法制的回顧去重新觀察法益概念者，如許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌第197期，2011年10月，第134頁以下；或是自實質法概念切入重新定義法益概念者，如周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，台大法學論叢第41卷第3期，2012年9月，第1016頁以下。

同正犯概念。

此外，如果藉由相類似概念的比對，也可以發現，大概只有「間接正犯」是比較可能的正當化選項。換言之，回到共同正犯的規範意義是在於把原不符合嚴格構成要件的行為人給拉進處罰圈中，其特徵是行為人的未完全實現構成要件行為等的要求，所以共同正犯等於是界於直接正犯與間接正犯之間的一個中間類型。或許會有人用間接正犯與共同正犯的兩種型態支配力並不相同或不對等來加以詮釋，不過這只是一直著墨在形式上的區別，顯然也沒有碰觸到問題實質核心的說法。但是，共同正犯也就是因為是中間類型，是否能類同間接正犯再延續此一主觀（意思）支配概念，就需要再加以深思。間接正犯藉由對於前台的意思支配要來證立共同正犯不是不可能，只是必須找出背後的原因為何？本文以為，這裡的關鍵在於對犯罪成立的支配之上。間接正犯與共同正犯的特徵都在利用他人以完整實現犯罪，如果真要說到支配力的形式區別，大概也只能說是間接正犯利用的可能是不成立犯罪者或有部分的減輕刑罰事由者，而共同正犯利用者，多半是在犯罪檢驗層次上能獨自達到不法要求者。仔細探究的話，兩者不是在形式要件的多或少，或者要件的是否相同之上。真正的判斷，其實是在對於犯罪成立的支配判斷上，如果參酌基本型態採取負責原則的間接正犯，與主客觀要件都嚴格要求的共同正犯，就可以比較清楚地看出，間接正犯顯然是需要比較強的支配力，因為被利用者自己本身是某種程度欠缺犯罪成立的要件，這也是為何意思支配能興起的原因。相較於共同正犯在利用他人這點，被利用者的他人自己對於犯罪已有相當程度的獨立與支配，支配的要求是明顯不像間接正犯這般強烈<sup>2</sup>。至於由於共同正犯就在於個別行為人未完整完成客觀構成要件，因此 Roxin 教授在犯罪支配理論中就利用了一個與他人互為使用的結合規範概念來建構共同正犯的正當性，然而其批評之多，同樣也是利弊互見。

然而，目前這樣的態勢已經有了一些轉變，而關鍵就在共同正犯的擴張效應上：共同正犯已然脫離了主觀與客觀要件所能控制的範疇，再加上法律

---

<sup>2</sup> 如果以形式上犯罪要件堆疊的多寡來表徵支配力的強弱，則間接正犯由於支配上的強勢，對其拘束的成立要件要求相對地少了一些；反觀共同正犯在支配上與間接正犯是量上的差別，因此規範的成立要件相對就多了一些。

效果上可因為共同正犯的成立就輕易地跨過可罰的未遂這一條線，因此，共同正犯在支配犯罪成立上的強大，藉由不受到要件上的監督與制約可知，與間接正犯已然相差不大。因此，不僅上述一般對於間接正犯支配形式上的區分快不存在，就連實質判斷上可予區分的界線恐怕也早已模糊化了。綜上，似乎只能退到最後一步，如果共同正犯要援用間接正犯來加以證立其正當性，而事實上共同正犯早已發展到與間接正犯相差無幾時，這樣的討論是否還具有意義？

上述諸般正當化共同正犯概念的說法，不是根本無法說明，就是對現狀的共同正犯已經沒有援引「類似」概念說明的必要。一言以蓋之，共同正犯的各項合理化論據也已無法填補這個操作上的黑洞了。

既然共同正犯已經擴張到無法全然獨立合理加以看待時，就應該要考慮回歸刑法正犯基礎重新檢討支配的本身，以及共同正犯在犯罪論上應該如何再重新建構，這就是本文下述主要討論的方向。

## 第二節 獨立性思考的濫觴

共同正犯發展至今，其實可以發現其發展的瓶頸（也是中心思維），就是一種共同犯罪行為人間的「從屬」判斷。共同正犯在我國 2005 年刑法修正前，是屬廣義共犯範圍中的一環，而與狹義共犯相同，必然以行為人複數為成立的前提。而通說似乎沒有將共同正犯與狹義共犯特別切割，反而是把共同正犯納進來，在廣義共犯名詞的大框架下，將「共犯之間彼此從屬」的特性，在共同正犯上發揮得淋漓盡致。這可從共同正犯歸責主流的犯罪支配理論，乃至共同實施行為、共同行為決意的「共同性」，甚而到了創新因果關係所為一系列地擴張，都很清楚呈現這樣的軌跡。

不過，狹義共犯受到「從屬性」的支配，雖然已經是一個學說上的共識，但共同正犯是否一定也是？又或者，這就是廣義共犯（參與犯）的共同存在基礎？凡此種種，實在有好好釐清與建構的必要。如果配合本文用語的思考，



討論上不如改用「參與犯的獨立性」與「參與犯的從屬性<sup>3</sup>」的討論，解釋上得同時包含共同正犯，教唆犯與幫助犯，來得適切。

然而，依個人主義發展下的刑法原理，在單純的共犯層次可以理解的是，至少處罰基礎是在於前台的正犯，至於後台的教唆犯或幫助犯是一種不得不然的補充類型，雖然已有認為共犯是一種獨立的處罰類型<sup>4</sup>。不過多數學說與實務見解仍不否認的是，其處罰的基礎較之正犯仍有相當差距<sup>5</sup>。然而，對照共同正犯雖始終徘徊在從屬性的考量之下，卻已經是具犯罪支配性質的正犯層次了。

在此要先指出的是，如果本來就有另外一個不同於「從屬性」的「獨立性」思維模式存在。而事實上這在同屬參與犯的共犯中已經是一個值得被承認的想法，那麼同屬參與犯下的共同正犯，是否仍須堅守從屬性，而不再加上任何的反思？本文以為，從屬思維下的共同正犯，既然已在存在效益上受到許多質疑，就不妨重新思考，繼續走行為人間彼此從屬的路，真的是如此必然嗎？這會不會只是在往昔對於構成要件判斷，採取形式嚴格認定的標準<sup>6</sup>，因此認為就會產生獨立判斷行為人的行為必然產生漏洞的誤認？如果換個切入角度，從個別行為人的行為來獨立判斷，再輔以一定程度的支配概念，是否一樣會有處罰上的漏洞？

---

<sup>3</sup> 如學說上也有認為：「從屬云者，乃指共同加功於犯罪之各人間互相依倚或一方依附於他方之關係，就法律所定各種共犯（廣義）之涵義而言，不僅教唆犯幫犯助有其從屬性，即共同正犯相互間，亦不免此從屬關係。申言之，法律認某一犯罪者構成共同正犯，至少須以另一共同加功者之存在為前提。倘二人中有一方不成為共同實施者。則他方亦無共同正犯之可言……此種從屬性，乃共犯之本質使然，實無可避免，堪稱為共犯（按：應為廣義）概念上的從屬性」，韓忠謨，刑法原理，1982年4月，第290至291頁。

<sup>4</sup> 這在單一正犯理論或是採取共犯獨立性觀點下特別明顯，參考黃榮堅，基礎刑法學（下），2006年9月，第890頁。

<sup>5</sup> 也因此，對於在狹義共犯中討論共犯獨立性選項的可能，就有論者提出相當的質疑，其根本立場在於共犯只有從屬性，根本沒有獨立性存在的空間，如柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），2005年10月，第293頁。

<sup>6</sup> 許澤天，刑總要論，2009年2月，第65頁。

參與犯的獨立性想法其實不是全然地無的放矢，在實證上或是學理上都可見其蛛絲馬跡。例如，在刑法第 31 條規範的身分犯效果上，刑法第 31 條的立法呈現出的是第 1 項構成身分適用從屬性的原則成立正犯（共同正犯）與共犯，第 2 項加減身分則是採取獨立性的原則來認定正犯（共同正犯）與共犯的構成<sup>7</sup>。可見在共同正犯採取獨立性的說法並不是不存在。另外，也可以發現，許多時候，學理在討論共犯<sup>8</sup>或是 *Teilnahme* 時，在不同場域有時是混雜共同正犯，乃至整個正犯共犯體系一起論之。如有時在正式與共犯區分理論處使用了 *Teilnahme*，其採取的是比較廣義的看法，包含所有的正犯與共犯<sup>9</sup>。可見參與犯的獨立性思維並非罕見，只是有時通常是藏身在「廣義共犯」一詞的掩飾下。綜上所述，參與犯下的三種形態，其實都有從屬性與獨立性的討論。而這也正應和了本文想探討的－除了從屬性之外，共同正犯有另外獨立性思考的空間嗎？

不過，參與犯的獨立性討論毋寧只是一個抽象的表象概念，也是一個上位的思考原則。這應只是促使我們有另一個不同於現狀的思考方向。但這樣的方向也催化了接下來應思考的兩個面向：第一個要思考的是，共同正犯若採取獨立性，未來走向應如何細部建構？是走單一正犯方向，抑或二元的區分論仍有可走的路？如果必然得走向單一正犯理論方可獲致，等於宣告許多在正犯共犯論上的實質論看法都不約而同是在為其鋪路，因為若要採取實質

---

<sup>7</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 823 頁就明白指出上述獨立性與從屬性交錯的矛盾處。至於承認身分的共同正犯與否就是另外一個問題了，對此請參見本文第四章第三節的討論。

<sup>8</sup> 如川端博著，余振華譯，集中講義刑法總論，2008 年 6 月，第 325、328 頁；韓忠謨，刑法原理，第 262 頁以下。

<sup>9</sup> 如 Kienapfel/Höpfel, *Strafrecht AT*, 2005, E2 Rn.10ff； Fuchs, *Österreichisches Strafrecht AT-1*, 2004, 32/9ff； Triffere, *Österreichisches Strafrecht AT*, 2004, 1993, 16/12ff. 又如 Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S.5； Jescheck/Weigend, *Strafrecht Lb*, 1996, S.650 在說明正犯與共犯區分的主觀理論之時，認為這裡與擴張行為人概念結合，所有行為人都等價，故用 *subjektive Teilnahmelehre* 稱之，這時的共犯是廣義式地理解。而黃榮堅，基礎刑法學（下），第 823 頁在論述刑法第 31 條時，認為我國法第 1 項採取共犯從屬性原則，第 2 項採取獨立性原則，這時共犯一詞也都包含了共同正犯、教唆犯與幫助犯。

認定的角度，則單一正犯理論更具有正當性，這時在實定法採取的區分論立法制約可否完全突破，就是無可迴避的難題。至於第二個要思考的是，如果回到區分論中繼續鋪陳，那麼進一步獨立性下的支配要如何釐清，就是釋義學上得解決的問題了。

本文以下首先將論述，單一正犯制度的發展是否仍限於只是單純因果鏈上的驗證？而新的發展又是如何？可否依此證立共同正犯獨立性？如果不行，接下來才是本文論述與續為建構的獨立性實質支配立場。

### 第三節 解決的可能性之一—單一正犯理論（制度）

單一正犯，又稱一體正犯<sup>10</sup>或統一正犯<sup>11</sup>。是一個學理上並非罕見，甚至在實定法上也早有採用的看法<sup>12</sup>。其基本的原理就是係指在立法上並不區分參與形式的制度，故又被稱作「一元之參與體系」。

此一理論的基本看法認為，犯罪行為人在刑法制裁體系上，並無區分正犯與共犯之必要，每個對於構成要件之實現有因果貢獻者，均為正犯。質言之，所謂的教唆行為、幫助行為或共同正犯、間接正犯的行為人，都是犯罪行為人。並且在犯罪類型上，也沒有必要為了限縮刑罰目的而另外有所謂教唆與幫助犯。犯罪的類型只有一個，就是正犯。至於單一正犯理論並不是完全不處罰教唆犯與幫助犯，而是用正犯的架構去理解教唆犯與幫助犯<sup>13</sup>。

單一正犯理論其實應用最廣者並不是在刑法的領域，而是在行政犯中<sup>14</sup>。

---

<sup>10</sup> 如黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯概念，載於「刑罰的極限」，1999年4月，第122頁。

<sup>11</sup> 如蘇俊雄，刑法總論II，1977年7月，第400頁；陳子平，刑法總論，第437頁。

<sup>12</sup> 如柯耀程，參與與競合，2009年10月，第33頁註3中就列出採用此一制度的國家有奧地利、挪威、丹麥、瑞典、義大利、巴西等。

<sup>13</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第287至288頁。

<sup>14</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2009, §13 Rn.506.

而在刑法範疇中的應用，也不是在故意犯中，而是在過失犯之中<sup>15</sup>。

## 第一項 單一正犯理論的原型

### 第一款 基本論述

單一正犯理論認為對於構成要件的實現具有因果貢獻的行為人，均為正犯，亦即對於犯罪結果製造了不能想像其不存在的條件的行為人，皆構成正犯<sup>16</sup>。故教唆或幫助他人犯罪之人，亦為正犯，只是在量刑上可能有所區別。至於共同犯罪之人的加功性質是故意、過失、能否避免，以及是否有責，參與程度是預備、著手或既遂，皆非所問<sup>17</sup>。

---

<sup>15</sup> 如 Frister, Strafrecht AT, 2006, 25/5；Heinrich, Strafrecht AT-2, 2005, §28 Rn.994；Kindhäuser, in：LPK-StGB, 2006, vor §§ 25-31 Rn.2f.而 Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, S.923（同時收錄在 ZIS 6/2007, S.236）就指出：「從傳統犯罪理論以來，對於過失犯採取一體正犯概念，這是一個很舊的思維。傳統認為正犯與幫助犯等的區別，只存在於故意犯，對過失犯則沒有意義。而這不僅適用在犯罪支配理論，對主觀理論同樣有其適用。」；中文文獻可參考蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，第 402 頁；陳友鋒，數人參與下之結果加重犯—兼評最高法院 100 年度台上字第 6904 號判決，載於「100 學年度中國文化大學刑事法研究中心—數人犯罪學術研討會」，2012 年 6 月，第 25 頁；林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月，第 404 頁註 3 表示：「就過失犯的成立要件而言，只要行為人違反注意義務且具因果關係及客觀歸責的方式，實現了過失型態的犯罪構成要件，就成立過失犯，因此，也毋庸再加以區分。複數過失犯之間，最多成立的是同時犯關係。就此而論，可以說過失犯只有正犯（直接、單一正犯）可言，本質上就是採取了單一正犯原則」；至於林書楷，刑法總則，2010 年 3 月，第 272 頁雖主張：「在過失犯中，實際上僅有『過失正犯』一種型態，刑法並不承認有過失教唆或過失幫助的概念」，不過參酌該文第 284 頁對於過失間接正犯，第 303 頁對於過失共同正犯皆採否定見解，這裡的正犯也是以直接且單一的過失犯來加以理解。對於上述見解，本文僅指出，從本文下述第四節、第二項中所介紹的單一正犯理論發展可知，至少在單一正犯理論中居於主流地位的功能性單一正犯結構中，對於共同正犯，乃至間接正犯並非一律只以「正犯」二字帶過，而是多有討論。因此將過失犯歸入單一正犯制度內討論，目前應大致只能獲致就無須再區分正犯與共犯的結論，如果要說在正犯場域中就全然不須再區分共同正犯或間接正犯，事實上也並不盡然。

<sup>16</sup> Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT-1, 32/23f.

<sup>17</sup> 許玉秀，實質的正犯概念，載於「刑法的問題與對策」，1999 年 8 月，第 11 至

單一正犯理論相較於傳統的二元區分理論具有相當多的優勢，尤其是其自實質面的觀察，是區分論形式區分正犯與共犯所難以成就者。主張者即認為區分理論由於必須區分正犯與共犯，在法理上探討各種區分標準極端抽象，使得正犯、共同正犯、教唆犯、幫助犯的概念，被架構成一個法理的階層共犯體系，而這種法理的階層共犯體系完全無法解決一些非典型的正犯、教唆犯和幫助犯型態。這可藉由本文在第二章第二節介紹極端主觀理論時所談到的「史達辛斯基案」來加以說明：單一正犯理論認為區分論者，將明顯的正犯行為論以幫助犯，對史達辛斯基案如採單一正犯理論，因為既不區分正犯與共犯，可以對於有因果關連之人認定為正犯，進一步再於量刑上依其不法與罪責內涵，分別科以適當的刑罰；如認為史達辛斯基係受上級長官的命令而實施殺人行為，其罪責內涵較小，自可論以較輕的刑罰，這是比較圓滿的解決方式。此外，設例為教唆人不知被教唆人為精神病患，而唆使其實施殺人行為，教唆人能否論以教唆既遂，一向在德國刑法學說上極具爭議，因為教唆者既無正犯意思，而不能論以間接正犯，也因被教唆者不構成犯罪，在「共犯從屬性」的限制下，亦難論以教唆既遂。單一正犯論者即認為不論被教唆人能否構成犯罪，教唆人都應論以殺人既遂，因為教唆人在單一正犯理論下，無所謂「共犯從屬性」的適用<sup>18</sup>，完全依自己的不法與罪責負擔刑事責任。因此，若為了衡量每個參與者的不法及罪責內涵，以便給予適當的刑罰，也不是非用到區分理論不可<sup>19</sup>。

## 第二款 成立的核心－「歸責關連」

在不法層次的考量上，對於構成要件實現有因果關係的行為，就可列為正犯。因果關係的內涵到底為何？首先可以比較清楚的是，這與條件理論的

---

12 頁。

<sup>18</sup> 或是相較於區分論之「質」的從屬性，這裡只有「量」上從屬性的差別，參閱 Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT-1, 32/150；Triffere, Österreichisches Strafrecht AT, 16/25.

<sup>19</sup> 參見許玉秀，實質的正犯概念，第 11 至 12 頁中所引述 Kienapfel 的見解。



因果關係是有關連的<sup>20</sup>，甚而就是條件公式所判斷出來的因果關係，而以所有不可想像其不存在的條件都有可能構成<sup>21</sup>。然而，時至今日，在客觀歸責澎渤發展下，因果關係對於結果歸責而言只是必要而非充分條件，故這裡的正犯核心認定，除了因果關係外，應當再加上客觀歸責<sup>22</sup>。然而，接著下來會再碰到第二個需要考量的問題是，因果關係加上客觀歸責判斷的組合，會讓本文對於正犯認定只限於結果犯嗎<sup>23</sup>？這樣的結論當然不會是肯定的。只是，在證立上要如何說理才具正當性？或以「只要廣義地去理解其所稱的法益侵害結果或構成要件結果，將之理解為『構成要件的實現』或『構成要件該當性』，自然就可以將此適用到每一種犯罪類型<sup>24</sup>」。本文則認為因果關係或是客觀歸責都是證立犯罪整體「支配」的「例證」之一而已，因此自然不需要倒果為因，只因為因果關係與客觀歸責的先天限制在結果犯的範疇，就要反推回構成要件的本身去加以配合。本文認為，在結果犯因果關係與客觀歸責自然是重要的「支配」表徵，而在舉動犯的層次，只要其行為與犯罪構成要件實現有「支配」上的必然關聯時，自然也是正犯。從而，從支配觀念去加以個別印證構成要件的原定設定即可，並不因為多了或少了因果關係或是客觀歸責的要件要求，在結論上就會有所差異。

也因此，本文以下在證立單一正犯理論的因果關係時，因已經不限於單純條件理論的因果關係而含有客觀歸責概念，因此另採取「歸責關連」的廣義式稱呼，來概括其支配關係，沒有者則是對於犯罪構成要件的實現不具支配；而只有要歸責關連者就是犯罪，而且是正犯。而這樣的論述前提是沒有

---

<sup>20</sup> 其實就算是擴張行為人概念，乃至在正犯共犯區分中的實質客觀理論，因果關係的判斷都曾出現其重要身影。

<sup>21</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，載於「刑法問題研究（一）」，2008年7月，第177頁。

<sup>22</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第176頁。當然，對於客觀歸責論採取質疑或否定看法者也不在少數，這時要不要再另外加上客觀歸責的要求是可以再另外討論的議題。不過這並不影響本文對於須有歸責關連認知的的基本立場，因為畢竟有沒有加上客觀歸責只是法制演變下，在犯罪成立技術上要件多寡的問題而已。

<sup>23</sup> Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), S.43.

<sup>24</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第176頁。



正犯與共犯的區別<sup>25</sup>。

### 第三款 刑度的量處判斷—個別認定

首先，在以歸責關連來定性犯罪行為人，也就是單一正犯理論下的正犯後，接下來要處理的則是釐清刑度如何裁量。單一正犯論者咸認，這是依照行為人在整個犯罪過程中的份量、重要性，在刑罰裁量時法官才要去加以評價的問題<sup>26</sup>。在設定犯罪的成立層次時並不必特別認定惡性的高低，這是相對於區分論中一開始就要作高惡性的正犯，與惡性較低的共犯歸類上的差別。不過其實不管採取區分論或單一正犯理論，其實量刑問題從來未曾消失。至於一般通說常提到對於單一正犯理論(制度)的批評，認為只是把問題推到量刑去<sup>27</sup>；本文以為，問題就是問題，其實不管採取哪一種體系，量刑的問題一定存在，問題的重點只是在於，怎樣可使得量刑更客觀、更精確<sup>28</sup>，如此而已。

在德國的刑法修正過程中，也曾考慮過單一正犯制度的採行；可是在經歷了深入的討論後，而予以否定。不過德國在其「秩序違反法(Ordnungswidrigkeitenrecht)」，則基於行政制裁制度宜較刑事制裁制度簡化的理由，而採行單一正犯制度。至於在歐陸法系國家的刑事立法例上，則有許多國家如奧地利刑法係採行單一正犯制度。

## 第二項 其他類型化的發展—以奧地利發展的介紹為主

單一正犯理論的原型，毋寧只是一種最單純或是最理想的型態，在比較

---

<sup>25</sup> 黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯概念，第 126 頁。

<sup>26</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.29，這也是奧地利刑法第 13 條明文規定：「Waren an der Tat mehrere beteiligt, so ist jeder von ihnen nach seiner Schuld zu bestrafen.」。不過蔡墩銘，刑法精義，2002 年 3 月，第 314 頁表示：「其理論(按，指單一正犯理論)出發點在於一切之因起者，均應成為正犯，受同一刑罰之科處」。這裡的「同一刑罰」，如果指的是量刑上的同一，就恐怕是一種誤認。

<sup>27</sup> 林山田，刑法通論(下)，2008 年 1 月，第 34 頁。

<sup>28</sup> 黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯概念，第 126 頁註 6。

法上則發展出一些更細膩化，且區分類型化的方式來加以對待的型態出現。

## 第一款 形式的單一正犯結構<sup>29</sup>

形式單一正犯結構者主張一種完全的形式齊頭平等概念，而且是自犯罪的成立到論罪都是一致地。在此種架構之下，認為正犯的概念僅有一個，也就是在參與形式上僅有一種正犯的概念，從而不論是在參與型態上，或是在刑罰裁量上均為單一。在此種單一型態結構中，所有加功於犯罪行為之人，依條件理論之等價觀點，均視為同等程度之行為人。因此所有正犯或共犯之概念上區分，如共同正犯、同時犯、教唆犯、幫助犯等，均屬多餘。而由於加功行為等價的關係，使得單一行為之人不法及罪責之認定，亦歸於單一。由於正犯對於犯罪事實之加功，不論全部或一部，均以犯罪事實全部之不法視為正犯之不法。且在歸責上也不需要依個別加功行為，為不同罪責之認定。

## 第二款 功能的單一正犯結構<sup>30</sup>

### 第一目 主張類型化的「功能性」見解

在單一正犯理論中，有一類的主張是將行為人的型態再予類型化處理。不過其類型化是不同於區分論的一種硬性的適用，而是依照個別情形予以歸類，並給予適當的刑罰<sup>31</sup>，這也就是所謂「功能的單一正犯結構」。

論者認為行為人之類型化，還是以法律等價的基礎為立足點，但並非如條件理論所稱，所有加功於犯罪行為者在作用上均為同等價值。其認為每一位加功於犯罪事實實現之人，在法律意義下均為正犯。但其個別之加功並非如形式的單一正犯結構一般，只有單一的形式而應將之類型化。亦即，「功能

---

<sup>29</sup> 參閱 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.32；柯耀程，刑法單一行為人概念評析，載於「變動中的刑法思想」，2001年9月，第262至263頁。

<sup>30</sup> 參閱 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.33, E3 Rn.1ff, E4 Rn.1ff, E5 Rn.1ff；柯耀程，刑法單一行為人概念評析，第263至264頁。

<sup>31</sup> Trifftere, Österreichisches Strafrecht AT, 16/19ff.

性的單一正犯架構」，雖認為犯罪事實實現的形式，依其結構、任務即在刑事政策上之要求，應均為同等份量的正犯形式。但由於加功程度的不同，在概念上，仍應將行為人之參與形式加以區分。

此一主張者將正犯形式予以類型化，以犯罪事實實現態樣加以區分為三種類型<sup>32</sup>：第一類為「直接正犯（*unmittelbare Täterschaft*）」，即直接實現構成要件之行為人；第二類為「惹起正犯（*Verlassungstäterschaft, Bestimmungstäterschaft*）」，即促成或惹起他人實現犯罪行為者；第三類為「協助正犯（*Unterstützungstäterschaft, Beitragstäterschaft*）」，即提供他人實現犯罪事實助力之人。此種單一正犯的架構，不但使得各行為人之行為不法得以各自定位，且同時可以解決故意犯及過失犯之參與問題，只是沒有正犯與共犯的階級化名詞加以制約而已。

細緻一點的說法是，這個單一正犯體制對傳統區分論中的間接正犯、教唆犯及幫助犯，統稱為「間接正犯」。對於直接正犯的概念，其認為功能性的單一正犯體系和共犯體系相同，例如竊盜罪中的犯罪實施方式是「拿走」，兩種共犯體系中的直接正犯都是破壞他人持有並建立新的持有而滿足「拿走」這個實施方式的人。對於傳統の間接正犯則區分為「惹起正犯」和「協助正犯」。依循著前述所論及單一正犯理論的共同原理，此類單一正犯結構上仍本於單一正犯基礎的歸責關連，作類型式的擴張解釋。由於各種不同的犯罪實施類型，在評價上、本質上及責任上，都屬於同一等級的正犯類型，應該適用相同的法定刑，因此，即使對個別的犯罪實施方式，作概念上的層級區分，這個正犯體系，依舊屬於單一的正犯體系<sup>33</sup>。

## 第二目 另一種類型化的主張

不純粹只有比較法上的引介，我國國內也有學者明白支持單一正犯理

---

<sup>32</sup> 多半認為這是奧地利刑法第 12 條所採的標準，請參考 Fuchs, *Österreichisches Strafrecht AT-1*, 32/33f, 33/1ff, 25ff, 40ff；Triffere, *Österreichisches Strafrecht AT*, 16/31ff.

<sup>33</sup> 許玉秀，實質的正犯概念，1999 年 8 月，第 15 至 16 頁。

論，並正式應用在正犯與共犯犯罪體系定位者<sup>34</sup>。首先，其對於單一正犯基本論述較之上述並未有不同的看法，故即使是教唆或幫助行為，只要是與構成要件之實現有歸責關連者，即可認定為正犯的行為<sup>35</sup>。不過教唆犯與幫助犯仍有類型化的理解必要，只是並非如同區分論是一種形式且硬性的區分。其早先認為教唆犯應為正犯的規定型態，而將幫助犯理解為未遂犯。至於幫助犯的因果關係的要求，不是客觀上的因果關係，而是行為人主觀上對於其行為與實害結果之間的因果關係認知，至於客觀上，按照條文文字所顯示，只要有幫助行為，即可構成幫助犯（既遂）<sup>36</sup>。因此，幫助犯之概念實質上相當於未遂犯。不過後來則變更見解，雖然一樣採取單正犯結構下的類型化的理解方式，只是認為教唆犯是在不法層次上屬於特殊型態的正犯，而不用再作特殊處理（這點其實在立法上也早予肯認），至於幫助犯則是在罪責層次上屬於特殊形態的正犯<sup>37</sup>。而除了幫助犯是基於罪責概念上的特殊減輕事由而有特別規定意義外，其他規定均屬多餘<sup>38</sup>。依其基本論點觀之，仍區分出歸類的類型，而將成立與量刑作一些精緻的區分。其說法似乎較為接近目前也是單一正犯理論通說的功能性單一正犯趨勢。

---

<sup>34</sup> 在其設計藍圖中，間接正犯是指利用他人行為實現不法者，只要客觀上與主觀上支配（因果關係）不法構成要件的實現，就是間接正犯，至於他人行為是否構成犯罪、是否有故意、是否不法，在所不問。依此，通說所說的間接正犯固然是此處的間接正犯，教唆犯、幫助犯與共同正犯，也是利用他人行為實現不法的間接正犯特別類型之一。而間接正犯的罪責，要從自身情形來判斷，無法間接實現；所謂間接，指的是實現不法的間接，參見黃榮堅，基礎刑法學（下），第 844 至 845 頁。

<sup>35</sup> 如黃榮堅，基礎刑法學（下），第 876 頁：「由於教唆犯本來就是正犯的一種，對於間接正犯而言屬於不法的行為，換成用教唆犯的名目來論罪也依然是不法。」

<sup>36</sup> 參考黃榮堅，論共犯，載於「刑事法學之理想與探索（一）/ 甘添貴教授六秩祝壽論文集」，2002 年 3 月，第 337 至 342 頁。

<sup>37</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 908 頁。另觀察幫助犯減輕的最大理由可能在於「處於對於犯罪事實決定權之人際關係上的局外人地位」，參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），第 896、902、908 頁。

<sup>38</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 809 頁。

### 第三款 減縮的單一正犯結構

也有一種單一正犯理論的主張，是比較偏離原來單一正犯的基本架構，稱為「減縮的單一正犯結構」。其出發點與功能性的單一正犯架構相同，認為個別行為人的行為所顯示之不法內涵，在法律上的評價並不相同。但其異於功能性架構者，則在於其對於功能性單一正犯架構於概念上區分行為人形式，認為應為不同之處理。主張者認為即使在單一正犯制度中，亦應有從屬關係的存在。對於惹起正犯與協助正犯的成立，亦應從屬於直接正犯之故意不法行為上，也就是應具有限制從屬性<sup>39</sup>。很明顯的是，這類說法是作了傾向區分理論的思考，而且在奧地利屬於單一正犯的立法規定形式下，也等於是一種撞衝該國現行立法形式的見解。此一說法是從「質」的參與犯從屬性加以詮釋，區分出三種正犯型態：直接正犯、決定正犯，和加功正犯，此三種不屬於同一等級的階層。其中決定正犯和加功正犯對直接正犯而言，具有有限從屬性<sup>40</sup>，他們在法的評價上是不等價的。此種單一正犯概念，實際上是依照共犯體系中的限制從屬概念解釋法條，使得原本的單一正犯概念縮水，即所有正犯等價的正犯概念變成有部份正犯在法律上受較低的評價，故又有稱為「限縮的正犯體系」。根據此種說法，區分直接正犯和另外兩種共犯的型態，採用共犯體系所使用的「犯罪支配」，而且在故意犯方面，只有當直接正犯是故意犯時，另外兩種正犯型態才能構成犯罪<sup>41</sup>。

減縮的單一正犯理論為了能更明確地界定各種行為人形式，乃將犯罪事實支配理論的標準，導入單一正犯概念之中。其認為對於犯罪事實加功的份量，必須於劃分之行為人形式中，加以考量，而由於加功程度在事實上存有差異，故於同一參與型態中，仍有概念的差異存在，欲釐清此種差異，則需藉助支配理論及從屬性的觀念。然而，也因為如此的主張招致許多批評，如

---

<sup>39</sup> 參閱 Trifftere, *Österreichisches Strafrecht AT*, 16/35ff；柯耀程，刑法單一行為人概念評析，第 265 頁。

<sup>40</sup> Trifftere, *Österreichisches Strafrecht AT*, 16/33f；Kienapfel/Höpfel, *Strafrecht AT*, E2 Rn.41a.

<sup>41</sup> 許玉秀，實質的正犯概念，第 17 至 18 頁。



或以因其認定在單一行為人制度中，仍應有從屬性之存在與適用，且藉助支配理論的觀點，企圖將行為人的概念，完全加以涵蓋，卻使得單一正犯的特色更形喪失，而且使得單一制與區分制的界線，變得更加不確定<sup>42</sup>。

### 第三項 一元論與區分論非必然完全相斥

#### 第一款 對於區分論的質疑

對於現行千瘡百孔的正犯與共犯區分論，學說上其實有很大的批評聲浪，而多半是針對其區分的硬性規定可能造成的類型不正義之上，這也正是單一正犯理論產生欲救其弊的原因。如針對區分論之「所謂正犯是對於犯罪實現具有關鍵性的支配力，而共犯則只是處於邊緣不重要地位者，因此有硬性限縮刑罰的必要」，單一正犯論者就認為，姑且不論這樣的區別根本就牴觸了該國刑法的規定；根本問題是，事實上果真所謂正犯就有比較高的支配力，而教唆犯與或幫助犯就僅僅居於不重要地位？既然透過教唆的方式來實現利益侵害，有完全一樣的因果關係，也有完全一樣的支配可能性，還能有什麼理由說這樣的行為比起其他的動手方式就一定要減輕？而且所謂支配力高低關係有無數多的種類，實在無法一概而論，以所謂正犯的支配力就高於幫助犯的支配力這樣一個簡單規則可以整理清楚<sup>43</sup>。

除此之外，一般也認為區分論有兩個內部的極限存在：第一為這是針對故意犯發展出來的體系，對於過失犯則是每一個透過侵害注意義務而可客觀歸責之方式加工於實現構成要件的人，都是過失犯罪的正犯，過失犯的參與型態原本就是單一正犯的態樣<sup>44</sup>。由此推衍，可以產生否認過失的共同正犯、過失教唆與過失幫助的結論。至於身分犯<sup>45</sup>，與不作為犯的參與等特殊型態犯

<sup>42</sup> 相關評析參閱柯耀程，刑法單一行為人概念評析，第 265 頁。

<sup>43</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 834 至 835 頁。

<sup>44</sup> 柯耀程，刑法單一行為人概念評析，第 251、253 頁。

<sup>45</sup> 身分犯的部分可以參考本文第三章第三節的討論，這主要是糾結在身分的共同正犯是否要加以承認，以及共犯的從屬性及獨立性同時併存的法律效果等難題上討論。



罪<sup>46</sup>，也同樣是傳統區分理論下難以解決的難題<sup>47</sup>。

## 第二款 單一正犯制度建構上的難題

在突破區分論的硬性區分正犯與共犯此點上，單一正犯理論當然是一個相當好的選項<sup>48</sup>。因為單一正犯理論不像區分論般堅持本質上的從屬性，以及一開始就依正犯與共犯作制式性的刑罰區分<sup>49</sup>。此外，單一正犯理論的發展其實已經頗為多元。尤其是類型化的想法已經不時出現在新的思論發展中。而在諸般類型化發展的呈現上，多數還是贊同「功能的單一正犯結構」。其佔有通說地位主要理由在於「明確性」，而這事實上仍必須寄託在構成要件實現是否能明確確定之上。因此，或認在法理的層面上，其比形式的單一正犯體系，具有下列優點：第一，區分各種不同的犯罪實施方式，便能維持傳統上對構成要件的解釋。傳統上是從直接正犯的角度解釋構成要件。形式的單一正犯體系則是從廣義的正犯概念，根據「共同作用」解釋構成要件。從而，在形式單一正犯概念之下，所有正犯皆為直接正犯；而在功能性的概念之下，還區分出「間接正犯」，「間接正犯」之下更區分出「惹起正犯」和「協助正犯」兩種類型。如此一來，形式的單一正犯體系中，法治國的構成要件明確性所受到的破壞，可以降到較低的程度。奧地利中支撐單一正犯的學說也普普遍主張單一正犯概念有類型化的分類，如誘發型正犯、利用型與共同實行型的正犯都是需要加重罪責的評價，支持型正犯則予減輕。所以其隱約還是接受了區分制的說法。第二，區分不同的正犯類型，則共犯體系中所謂的「無效的幫助」，就可以不在處罰之列。但理由並不盡然存在「共同作用」這個層面

---

<sup>46</sup> 可參閱 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2000, S.458ff; Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT-1, 33/56, 37/90ff; Frister, Die Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 5/2011, S.392ff.

<sup>47</sup> 柯耀程，刑法單一行為人概念評析，第 252 頁；徐偉群，不作為之共犯型態，輔仁大學法律研究所碩士論文，1994 年 6 月，第 149 頁以下。

<sup>48</sup> 因此有謂，我國刑法脫逃罪中的諸般規定，就是一種單一正犯的立法型態。

<sup>49</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.11ff, 27ff.

上，而主要是由於對未遂概念作狹義的定義所致引<sup>50</sup>。

不過，單一正犯理論也不是全然完美，其自身受到的質疑也不在少數。例如區分論者對於單一正犯理論就提出一些實質性的批判：如行為人參與犯罪之種類及重要性，仍屬重要，但最後卻完全委由法官考量，有違法治國原則之罪刑法定原則。而將犯罪判斷實質轉嫁給法官，而須全部個案判斷，將導致共犯從屬性之放棄，而使共犯之未遂成為可罰；或者犯罪之本質並非僅止於法益侵害之惹起，行為態樣亦屬重要等<sup>51</sup>。也有認為在單一正犯理論中，行為既未遂的判斷並不需取決於直接正犯的行為，而是以行為人自己的行為為準，這與傳統既未遂的判斷標準並不相符。因為若就惹起行為與協助行為人其行為既未遂仍以個別行為人的行為而非以直接正犯為準者，則將使基本法理有所動搖<sup>52</sup>。此外，單一正犯制度的採用，學說上認為會使得構成要件的界分功能受到動搖，如納入了未遂教唆與未遂幫助的處罰型態，也會造成不當的可罰性擴張。

不只如此，檢視上述的單一正犯理論發展，可以發現一個明顯的趨勢，

---

<sup>50</sup> 許玉秀，實質的正犯概念，第 15 至 16 頁。

<sup>51</sup> 轉引自林鈺雄，新刑法總則，第 410 頁註 4。

<sup>52</sup> 柯耀程，參與與競合，第 44 至 45 頁。對此，學理上已有不同意見：「正犯行為既然是行為人利用自己、利用他人或任何外在世界實現構成要件，則無論如何，著手的標準一定是以行為人本人的行為為準，與被利用人的行為是否著手無關。亦即，行為人本人對利益侵害失控的行為時間點是可刑罰性的起點。此一標準，可以適用於任何情況。只是，共同正犯之個別行為人的著手時點，可能一致，但也可能不一致。結論是，共同正犯之著手，必須就各個行為人分別判斷」（黃榮堅，論共犯，第 351 頁；同作者，基礎刑法學（下），第 869 頁）。不過從本文認為犯罪的既遂與未遂純粹是構成要件的充足與否的問題，而這些要件的多寡就是行為人支配犯罪與否的具體展現，因此應視整體犯罪要件的是否實現展現其支配，而不是以單一部分或行為人的行為為準才是。這在區分論或一元論的判斷上也不會有什麼差別。因此，要單以有沒有考量到直接正犯的行為就說會影響到既未遂的判斷，甚至是撼動其法理，是可以再做一些斟酌與思考。此外，在減縮的行為人概念也都部分承認惹起行為人的從屬概念，也可以據此得知，參與犯從屬性與單一行為人概念已然可以切割。而綜觀單一行為人理論的所有發展也可知，此一理論目前大概只剩下不硬性區分行為人的薄弱功能，可堅持與區分論有所不同，更為明顯。

即參與形式與不法的構成係屬兩回事。蓋細緻發展下的單一正犯理論，認為參與的形式是可以區分，這種個別行為的不法，同時使得責任個別化的構想，更為明確與落實。換言之，可以區分不法的類型來定其責任，但實在不必受到這些規則不當的進一步的硬性制約<sup>53</sup>。然而，由於傳統原型的單一正犯理論有適用上明確性不足的缺憾，因此上述功能的單一正犯結構提供了相當程度的明確性，相對地提供了一個較為精確的判斷模式。不過難以避免的是，仍不能避免的構成要件規定擴張之弊：如何時應視為直接正犯，何時應視為協助正犯<sup>54</sup>？

至於最接近區分論說法的限縮單一正犯結構，即便在奧地利，附和者也屬少數。因為限縮的單一正犯結構，乍看像是單一正犯與區分論的折衷之道。然而，一旦認同各種正犯之間有從屬性存在，或是實質區分上已經與區分論無異，其實已等同於放棄單一正犯理論，因為只剩唯一一點形式的堅持－區分上的標準並不硬性，看來也只具宣示的意義罷了。尤其在奧地利刑法明文採用單一正犯概念之下，這種詮釋方法也顯然和法律規定相悖<sup>55</sup>。

## 第四項 單一正犯理論下的「共同正犯」

### 第一款 單一正犯理論下的共同正犯型態

由於共同正犯原來即是區分論下的理論產物，因此本文要說明的是，這裡只是指出對於類如傳統區分論下的共同正犯型態，在單一正犯理論下文獻上所提出的理解如何？要如何加以處理？倒不是在單一正犯結構下一定也有

---

<sup>53</sup> 柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），第 322 至 323 頁。

<sup>54</sup> 柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），第 328 頁。這種批評是沒有意義的，因為明確性是一種相對的要求而已，雖然明確與否本身並無一定的標準，這仍是一定價值判斷大量介入之處，但是至少得具備最低限度的明確性。至於構成要件明確的要求，要求的自然不可能是絕對明確，故自然不會阻止規範性構成要件要素等不確定法律概念的使用，但是至少要有一定程度的明確性存在，這是自明之理，參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），第 147 頁以下。

<sup>55</sup> 許玉秀，實質的正犯概念，第 17 至 18 頁。

相同須予特別處理的概念存在，先予敘明。

在傳統單一正犯理論下其實也論證了「共同正犯」的類似存在空間。因為在區分論下產生的共同正犯概念，其規範意義在於將同為正犯的犯罪行為人，透過共同正犯要件的聯結，讓其歸責基礎同一。單一正犯理論雖然拋棄（或是簡單化）了正犯與共犯間的區分，但是對於有多數行為人時對於有參與者是否也接受相同的處罰規範，仍然有另外處理空間。換言之，雖然在單一正犯理論下成立者都是正犯，而且是只要有實質歸責關連者就會是正犯，但是進一步是要歸於那一個法條處罰下的正犯，例如是預備犯？未遂犯？或是同為既遂犯？也確實可為進一步的檢視，究竟要到如何的參與程度才能論以相同歸責條文的「正犯」。即使其原本行為只能該當於未遂，是否有可能基於共同正犯概念，讓其進入既遂犯的直接正犯？至於個別行為人在確立同一歸責基礎後要如何量處刑罰，本來也就是一個不必統一的個別化考量，則不在此討論之列。

綜上，純就理論推衍而言，就區分論中，共同正犯概念很重要的一部分是，對於未為形式上符合構成要件的行為人，也可以因此列入該罪的正犯（而非共犯）加以處罰；而單一正犯理論下則因為全部都是正犯，因此只要檢視是否有意思的共同或是行為的分擔，此種共同協力之下，是否可成為該罪的共同的「正犯」即可<sup>56</sup>。

### 第一目 第一種理解－共同正犯為故意直接正犯的集合型態

在多數人基於共同行為決意與行為分擔下的情形，在單一正犯理論下是如何看待？以下可以參考一下在奧地利單一正犯制度的現實發展。在奧地利居於通說地位的「功能的單一正犯結構」中，共同正犯被理解成一種較為不同的概念意涵，即限於為有許多以共同的故意<sup>57</sup>協力為全部或一部為犯罪行為加以實行的「直接正犯」<sup>58</sup>，此時各個行為人即成立該罪的直接正犯。不過也

---

<sup>56</sup> Trifftere, Österreichisches Strafrecht Strafrecht AT, 16/59.

<sup>57</sup> 而且這裡的共同故意也必須是能夠符合個別正犯的故意要求，參考 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E3 Rn.5.

<sup>58</sup> Trifftere, Österreichisches Strafrecht AT, 16/60；也就是所謂的 unmittelbarer

有一股不同的聲音是，不論是直接正犯、惹起正犯或是協助正犯，都可以在此故意協力的前提下，被視為是直接正犯<sup>59</sup>。

所以若觀察共同正犯概念討論情形在此的投射，可說在功能性單一正犯結構下就此是聚焦在「直接正犯」的集合形態，而既然限於直接，因此也多集中討論在成立的行為人必須是在「實行階段」有如何的參與上；只要是在這個階段有實際參與者，而不是只有單純待在現場者，就能成立共同正犯。論者並以此對照德國法上連同幫助行為，甚或是預備階段行為都可涵括的不當延伸<sup>60</sup>。從而，在此種單一正犯制度中，若行為人的行為只是僅止於預備階段，大概也只能是單純的惹起或是協助正犯，是夠不上進入這裡討論的進入直接共同正犯範圍<sup>61</sup>。

本文前述歸類在採取功能的單一正犯結構的國內學說，也進一步提出類同上述奧地利學者對於共同正犯的理解，其認為共同正犯的本質為「與其他單獨正犯共同犯罪的單獨正犯」<sup>62</sup>。至於共同犯罪的意思是「以犯罪協議為基礎的不法行為分擔。此處所謂犯罪協議，指的是一個行為，而不是類似通說所謂犯意聯絡概念所指的純粹主觀狀態。至於不法行為分擔，只要能夠支配不法要件的完全實現的行為，包含單純的犯罪協議，都算是。並且也必須是能夠支配不法要件的完全實現行為，才算是<sup>63</sup>。」若達到這裡的要求，自然也就成為該罪的正犯。

---

Mittäter，亦可參考 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E3 Rn.4.

<sup>59</sup> Trifftere, Österreichisches Strafrecht Strafrecht AT, 16/60，而這樣的見解也被質疑為是不當地擴大直接正犯的場域，因為會混淆了直接正犯是在實行階段有實行行為（Ausführungshandlung）的參與。

<sup>60</sup> 參閱 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, 2005, E3 Rn 6.至於這樣的批評是不是一個合宜的方法論上評釋，仍有討論空間，因為兩者的基本立場根本不同。

<sup>61</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, 2005, E3 Rn8，至於其他細部犯罪型態如繼續犯中如何認定可以參閱 ders, Strafrecht AT, E3 Rn.13f.

<sup>62</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 859 至 860 的論述。

<sup>63</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 861 頁。



## 第二目 第二種理解—類同區分論的減縮單一正犯結構

在奧地利的學說中，也不乏有全然傾向使用區分理論下的共同正犯要件內涵者，例如其也主張同於區分論下的主流見解：須具備共同的行為決意（gemeinsamer Tatschluss）與實行行為的分擔（arbeiteilige Tatausführung）<sup>64</sup>，並以此來建構共同正犯，或是直接共同正犯。而且也以同樣的在區分論中使用，對於結果的交互歸責（wechselseitige Zurechnung）為論述基礎，來證立共同行為人間要對彼此的不法行為加以負責<sup>65</sup>。對上述見解，在奧地利反對聲浪其實不小，其批評最主要在於這已是違反奧地利刑法第 12 條以下所規定的正犯型態，而根本已經類同德國刑法第 25 條，或是減縮的單一正犯結構思維<sup>66</sup>。

## 第二款 單一正犯理論的未竟之功

### 第一目 區分論的抉擇

對於單一正犯理論的實踐一般多以我國實證法上並不採用（其實也只有故意犯的領域）而加以否定<sup>67</sup>。對照目前我國的現行實證法，對於故意犯也確實是採取區分理論，至於過失犯則是採用單一正犯的體系，可見採用何者尚非具有絕對的不可變性<sup>68</sup>。

---

<sup>64</sup> Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT-1, 33/11f, 而且行為分擔是採取嚴格意義的直接正犯定性，因此必須行為人在實行階段確有參與行為，而非只是單純在場而已。

<sup>65</sup> Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT-1, 33/ 13 中就明白說明由上述兩要件產生了一個整體行為，而且透過其他共同行為人在實現犯罪上的共同貢獻也可以歸責到共同正犯身上。而這全是由於有了行為分擔的先前合意認知所導致。

<sup>66</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E3 Rn.12.

<sup>67</sup> 如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006 年 6 月，第 251 頁；林山田，刑法通論（下），第 34 至 35 頁；張麗卿，刑法總則理論與實用，2011 年 8 月，第 327 頁；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 292 頁；靳宗立，刑法總論 I，2010 年 9 月，第 396 頁。

<sup>68</sup> 這個問題也不是只有我國或德國法制才有，在奧地利也有認為該國刑法第 12 條只適用於故意犯，而惹起與協助正犯是否能在過失犯中存在提出質疑者，如



區分論下介紹的正犯概念，都是先將正犯定性為與構成要件實現有關者，換言之，是直接或間接為構成要件的實現者，之後在論及正犯與共犯的區分時，再依相關理論仔細形塑正犯為犯罪的主宰者或支配者<sup>69</sup>。然而，本文也不得不承認，這樣的定義其實充滿高度不確定性，充其量只是具有說明特徵的特性而已；此外，要如何區分直接或間接實現構成要件，這涉及對於構成要件的涵攝，提出來作為定性的標準，徒然突顯有許多先決問題不能解決，反而不能創設一個能夠拿來檢驗的判斷標準，這也是一種循環論證。就此觀之，在邏輯上，單一正犯體系提出的標準，作為共同的參與犯界分標準，其定義刑法對人的可罰性在於，與構成要件實現有「歸責關連」者，之後再依各項正犯與共犯區分標準進而加以切分，是一個讓概念論述有益化的說法。

如果要單就單一正犯一元論與正犯共犯區分論兩者作單純的優缺點總合的比較<sup>70</sup>，或者是就比較法上採用國家的多寡作一種數據上的角力，太過經濟化的比較方式有時只是治標不是治本。因為即使不得不承認，從犯罪行為人的認定，到正犯共犯的區分，一路綜觀其發展，實質論的路幾乎都或多或少在促使，區分論的硬性區分界線已然難以支撐。不過，就此也必須認知到一個現實是，單一正犯理論的一元論與正犯共犯區別的區分論，是一個大方向的選擇，縱然可能因為共同正犯概念在實質的基礎認知有問題，或是技術面操作上的泛濫與不符類型正義的要求，然而在目前現實立法選擇的大方向下，必須考量的是一在區分論的大纛下，是否全部無路可退<sup>71</sup>？對此，本文不採取悲觀的單純否定論點，亦即，只想否定共同正犯概念的存在。毋寧而認為從實質支配的觀點可以重新釐清共同正犯面臨的問題，甚至面對的方式就是去除掉此一概念，回歸正犯本質的思考（參考本文下述第四節）。

因此，本文在此將先就一元論與區分論的採用，此一先決問題作出決定，

---

Trifftere, Österreichisches Strafrecht AT, 16/106ff.

<sup>69</sup> Wesels/Beulke, Strafrecht AT, §13 Rn. 508ff.

<sup>70</sup> 兩者的比較可以參考 Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E2 Rn.38 所作整理。

<sup>71</sup> 至於共同正犯也同樣存在若是立法者作出選擇後的立法形成，何以本文就可以直接否定？本文在下述將會解釋，本文只是將條文文字依正確的目的觀做出有益的解釋，並不主張一定要加以刪除。

這時不妨引用文獻上的說法來加以說明<sup>72</sup>：如能對於單一正犯體制所面臨難題，作一番妥適的解決，則單一正犯體制基於其便利性的優勢，實不失為刑法參與論中，相當值得採行的制度。其一方面可免除區分論在區分正犯與共犯之苦，而使適用法律之人能將精力集中在犯罪事實的釐清上，另一方面更可避免將不必要的心思耗費在參與型態的辯證上，專心致力於個別行為不法與行為人責任的認定上。對於單一正犯制度的介紹，並非企圖作變更參與體制的訴求，毋寧是提供一個法律修正時可資思考的題材，且提供一個不同體制的思維方式<sup>73</sup>。亦即，一元論與區分論的辯證，主要僅是為觀察參與角色，是否要做參與範圍與程度之硬性區隔，究竟採取何種制度，這只是立法的權衡關係而已，並無必然的對錯關係<sup>74</sup>。至於選擇區分論之後，正犯與共犯之間的關係如何？是單純惡性高低<sup>75</sup>？至於進一步之間要如何建構彼此的要件，則是另一個問題，不在本文討論之列。

## 第二目 單一正犯理論觸發的解決方向

觀察前述單一正犯理論（或是功能的單一正犯結構）下的共同正犯概念，其實就是一種直接正犯「質」的集合。從其相關共同正犯的討論多集中在具有協力本質的正犯如何是在實行階段有參與的行為，與是否要延伸到預備等階段的行為等可以看出，其本質上就是在討論如何成立直接正犯所要求的「品質」之上。對此，其實可以進一步思考的是，如果單一正犯理論的本質是不作硬性的正犯與共犯區分，則堅持區分論下的共同正犯型態在單一正犯制度

---

<sup>72</sup> 柯耀程，刑法總論釋義－修正法篇（上），第 329 頁。

<sup>73</sup> 更何況單一正犯結構在比較法上是有明文支持的，如前述奧地利刑法第 12 條：「Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.」

<sup>74</sup> 柯耀程，參與與競合，第 44 頁。

<sup>75</sup> 這此都會影響到了參與犯競合時的決斷方向，如有認為正犯與共犯區分的概念，用非互斥的包攝關係來定義，換言之，正犯是最大的大圓，教唆犯與幫助犯是次之的小圓，從而，若有參與犯間的競合情形時是一種補充關係；而在間接正犯與教唆犯的錯誤時，也能依此僅在小的範圍內論以教唆犯，參閱林鈺雄，新刑法總則，第 411 頁以下。

下，只是一種「直接正犯」的集合，而排除其他也在「正犯」之列的惹起與協助正犯，基礎何在？如果這是因為惹起或協助正犯是類同教唆犯與幫助犯的角色，所以加以排除，那麼如此如此思維邏輯與區分論又有何異？單一正犯理論相對於區分論優勢的硬不硬性區分，終究不過只是文字上的強調罷了，這兩組理論的走向越來越趨向是量上的區分了。而事實上在德國法上（或是區分論下）發展極致的共同正犯，文獻上已然指出其延伸範圍之大，更甚而將原本屬於幫助行為者也能依此納進正犯範疇，無異已然類同形式的單一正犯結構，而難用區分論加以支撐了<sup>76</sup>。而觀察單一正犯理論下對於共同正犯其實也有不同的思維存在，更甚而有人主張（也就是減縮單一正犯結構）是將區分論下的諸般說法與效果論證一併移植到此。因此，在單一正犯理論下是否可以完全合理解釋或解決共同正犯在區分論下的不當變形，實在也有相當疑問。

上述單一正犯理論下主流說法的共同正犯，是在證明單一正犯理論有討論與考量共同正犯的空間，只是單一正犯理論簡約化了這裡的思考。然而，這樣的文字組合其實是有趣的，因為既是「單獨」的直接正犯，何來「共同」判斷之可言；而且，透過所謂的共同協力，除非可以證明已然符合直接正犯的單獨性要求，不然也不會成立共同直接正犯。但這透露出一個更吊詭的問題：是不是單一正犯理論在定性直接正犯的標準有了問題，不然何必共同性也能成立具有單獨性的直接正犯？於此引發了一個重要的思考，那就是背後的原則是什麼？對此，本文認為關鍵在於共同正犯就是「犯罪之支配」概念下正犯品質的確立，而且不論是「單獨」或是「共同」都是在表徵對於犯罪成立的支配。也只有自此切入，才能在文字上較為合理解釋，因為不論是「單獨」或是「共同」都呈現出了對於同一犯罪成立上的支配<sup>77</sup>。詳言之，直接正犯在奧地利刑法上的定性是直接符合構成要件規定預設的犯罪型態，而構成要件規定就是立法者基於立法形成裁量下，所表現對於犯罪構成各種可能性支配的基本預設，因此符合構成要件的行為，同時也是支配犯罪成立的行為。綜上，單一正犯理論下的共同正犯討論或許有諸般不同的前提問題以

---

<sup>76</sup> Kienapfel/Höpfel, Strafrecht AT, E3 Rn.6.

<sup>77</sup> 至於支配的程度與範圍如何，本文在下述第四節有進一步的理解與建構。

致不能解決目前在區分論下碰到的問題，但是其引發的「支配」思維，是第一個可以提供進一步思考的方向。

不只如此，單一正犯理論也觸發了重新理解共同正犯的第二個思考基礎，也就是參與犯的「獨立性」。參與犯的獨立性在單一正犯理論可謂發揮地淋漓盡致。因為不論是直接正犯，惹起正犯或協助正犯，無一不是在證立其正犯的獨立地位，都是一種個別的獨立判斷。而在共同正犯也是如此，透過共同的協力概念，也是要將各個單獨正犯的概念加以補強，不管同不同意這裡能不能補強，也不論這裡的補強是不是符合支配的想法，至少在此一結構下，是一直強調透過共同協力的概念也能成立單獨正犯質的集合，而這就是共同正犯「獨立性」的強調。

因此，本文在選擇了接納區分論的現狀後，接下來要面對的問題是，如果採取區分論，是不是一定得接受現行的共同正犯現狀？這裡的答案當然是否定的。不過本文以為，即使單一正犯結構下討論的方式其實也是類同區分論，盡力地在排除某些在區分論上是（狹義）共犯的犯罪型態罷了；在相關在區分論中需要討論的共同正犯成立上的主客觀要件，乃至法律效果等等，單一正犯理論已然無可避免也必須陷入此一泥沼難以脫身。而雖然單一正犯理論無法合理或完全釋疑對於共同正犯現狀的質疑，但不可以否認的是，其專注於正犯本質與範圍大小的討論，卻是一種十分集中焦點討論的正確方向。而就此可以獲致另外在區分論重新檢驗共同正犯概念的一些參考（或者也可以說是主要）思維－參與犯獨立性與犯罪的支配。

最後，本文也要指出，本文下述基於區分論下依實質性支配重為解構共同正犯的想法不僅限於正犯與共犯不同的區分論，進一步也可以適用在單一正犯理論中。

## 第四節 解決的可能性之二－實質性支配的重為理解

### 第一項 還原個人主義下的犯罪原貌

#### 第一款 從刑法總則到分則的概略回顧

所謂的犯罪，從刑法典觀之，可謂是立法者對特定行為的處罰規則。只是在法典技術上為避免重覆規定，而將一些共通規定依公因數的方式提前規定，進而依此區分為總則與分則的架構。至於總則與分則地位係屬平行，甚至分則由於受到罪刑法定原則的支持，更顯其基本性與優越性。從而，以下犯罪原貌的檢示，也大致是依照總則與分則的諸般規定而為呈現。

首先，在總則最受重視也是國內盛行的犯罪論架構，並非本土原創，而是承襲自德國的刑法理論而來。而德國的犯罪論檢驗架構，主要是自德國 v. Liszt 教授以降，才有了較為清楚的輪廓。隨後並衍生了許多的理論演進與內涵變動，這主要是指部分主觀要素與客觀要素的增加，以及在不同階層間移動的對應情形<sup>78</sup>。然而，不論是在所謂的古典或新古典，乃至目前仍居通說地位的目的行為犯罪理論架構。順著其中的脈絡加以檢驗，都可以清楚發現，這都是基於「個人主義」下的產物。

進一步而言，整個刑法發展的總則體系原貌，不管是在上述所論犯罪成立基本要求的三階理論，或是之後有複數人加入時的正犯與共犯理論，乃至在論罪清算時的競合論，都可以看得出是以「一個個人」的行為為檢驗標的<sup>79</sup>，而這就是個人主義下發展出的個人行為清算的基本原則<sup>80</sup>。從基本的構成要件該當性、違法性與罪責觀之，三階理論檢驗下的犯罪理論是一切犯罪檢驗的

---

<sup>78</sup> 參閱林東茂，一個知識論上的刑法學思考－刑法體系的思想根源探索，載於「一個知識論上的刑法學思考」，2002年3月，第25頁以下的整理。

<sup>79</sup> 如果從另一個角度看，這是行為刑法的呈現；至於另一個相對的行為人刑法，更是以個人為觀察的標的。

<sup>80</sup> 這甚至可以上溯至憲法層次，參閱 Dencker, Kausalität und Gesamttat, Berlin 1996, S.121, 127.



基本要求<sup>81</sup>（儘管國內另外引進德國與三階理論略有差異的二階理論，不過多數都有共識，對於犯罪的檢驗都只是技術上的差別而已<sup>82</sup>）。而就構成要件該當性起始，其切分出主觀與客觀部分，各要件的檢驗，無非是從行為人的個人行為開始回溯：自行為主體，因果關係與客觀歸責，乃至以個人腦中意象為涵攝標準的故意過失等，都是以個人的行為，以及透過行為所表象出的意念為判斷標的，更重要的是，這基本上就是預設成單一行為人的單一行為的判斷，而一旦碰到另有行為人或是行為的複數化時，唯一途徑就是另作一獨立全然無涉的個別判斷；這在罪責檢討時更應是如此。

至於犯罪論的另一判斷重點—正犯與共犯理論，也應是如此，這單就行為人若是複數時，就可能要切分出惡性首要的正犯，與惡性次之的共犯，兩種基本的層次；而再從其中又細分出不同的次類型<sup>83</sup>，主要目的仍在做行為人個人的論罪層次上的定位。至於競合論（或罪數論）是在處理個別行為人間所為的行為，從行為的個數認定到如何論罪的問題，其理論的產生背景就是在處理個人行為間或是構成的犯罪複數化的情形，也因而其以個人單一行為為判斷主軸，顯而易見。

而最後階段的量刑，不論是自刑法第 57 條在文字上所宣示的個人責任考量用語，或是自量刑的前提考量—行為人罪責的本質，可說是最不具爭議地

---

<sup>81</sup> 參閱林山田，刑法通論(上)，2008年1月，第167頁以下；Otto, Strafrecht AT, 1996, §5 Rn.25ff.

<sup>82</sup> 參閱黃榮堅，基礎刑法學(上)，第188頁以下；Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S.5ff.

<sup>83</sup> 這裡必須就兩個概念加以澄清。首先是就單一正犯理論而言，良以單一正犯的判斷只是簡單化正犯與共犯間的關係，故單一正犯並非就是脫離個人主義概念下的思考。其判斷主軸仍是就個人的行為論其罪與刑，所差者只是不作技術性的正犯共犯次類型區分。另一個則是幫助犯，對於幫助犯是否要有與正犯犯罪結果產生共同作用及提高正犯犯罪結果的成功率，此作用並持續到結果發生時，如此的「因果關係」，在學界是一個具有相當爭議的問題，從而，這裡對於幫助犯的因果關係要求不論是否持肯定論，都對於幫助犯的促進作用加以肯認，只是對於正犯行為的重要性程度上的要求不同而已，因此其異於正犯的存在與檢討，也是一個既成的事實，再怎麼從屬都不會失其「存在的獨立性」。因此，這二個概念都不會成為這裡的例外。



依個別性判斷即可。這反映在不論是在單一正犯理論或是區分論，在三階或是二階論，甚而是本文討論核心的共同正犯現狀，乃至其他的正犯與共犯型態，在罪責層次都不約而同肯認必須基於個別行為人個別考量判斷<sup>84</sup>。尤其在2005年的第十六次刑法修法前後，這樣的想法更為明顯地被加以強調。

綜上，就刑法總則而言，迄今這樣的個人主義主軸仍未變更。至於刑法分則，若從刑法第100條以下的個別條文觀之，除了少數以複數行為人規範的類型外（如本文第三章第二節必要共同正犯的聚眾犯與對向犯，或是聚眾鬥毆罪<sup>85</sup>），也幾乎都是以行為人個人的行為規範為規定準則<sup>86</sup>。因此，單就我國刑法典而言，個人主義的立法現象也的確存在。

若以刑法以外之其他附屬刑法而言，也似乎尚未得見有例外的情形產生；換言之，個人責任清算原則也依然在此被遵行。比較得值得討論的為「組織犯罪防制條例」，該法規定只要對於犯罪組織發起、主持、操縱或指揮者，依該法第3條即可論罪；而在第4條以下，更對於公務員，及參與組織後所犯之罪與刑法犯罪競合者，可加重處刑至二分之一。因此，若排除是否可基於危險犯或其他立場來加以解釋組織犯罪防制條例的正當性，或甚至是質疑其根本立法的正當性者，則組織犯罪防制條例容或為個人主義下的例外，相信這也是這必須另立特別法規範的主要原因之一；然而，也由於其逸脫個人

---

<sup>84</sup> 可以參考林山田教授主持，第一審法院刑事判決之研究—以台北地院八十年度刑事判決為例，1996年6月國科會研究計劃，第54頁等。

<sup>85</sup> 若真要論例外，刑法第283條的聚眾鬥毆罪可能是一個比較夠得上資格的規定。不過學說上為了避免在沒有辦法證明個人行為的因果關係之情形下論罪，會有違背個人責任原則的疑慮。因此努力自危險犯的角度來建構聚眾鬥毆罪的立法正當性，並此從附帶的解決證明的問題，而無損於個人責任原則，參閱黃榮堅，收錄於「薛智仁/參與群毆行為之處罰基礎與立法」，2002年9月，序。

<sup>86</sup> 然而這裡要區別的是，本文所指的個人主義下的犯罪論原貌是針對行為人的行為清算而言。至於因為行為人的行為造成法益的侵害；侵害的客體法益究竟是立於個人主義，或是有團體主義的類型，這是另一個問題。這個問題涉及的層面頗為複雜，甚至是牽涉到刑法立法的根本性問題，可以參考游明得，論一行為誣告數人的競合處斷—以保護法益為中心，刑事法雜誌第47卷第5期，2003年10月，第91頁以下，有一些討論與介紹。

主義的立法方式遭受的質疑與修正層面也最大<sup>87</sup>。因為此處對行為人責任的清算只須行為人加入一定的犯罪組織即得成立，而不再有其他的要求或限制，如此的立法設計自然是以複數行為人存在為前提，更且預設加入後會有一定的法益侵害情事發生的「危險」。從而，如此的規定已經等同是集團責任的清算，因為只要是加入組織就等於是與可能的集團犯罪劃上等號，這樣的立法方式顯然已經逸脫了刑法典原始預設的個人責任清算。如果上述的質疑可以成立，那麼普通刑法第 154 參與犯罪結社罪也難以卸除這裡的質疑<sup>88</sup>。

從以上實證法的檢驗可知，不論是刑法典，或是相關的刑事法領域，個人主義的立法方式，毋寧都是刑事法立法的基礎，也是本質；至於些許的例外，只是基於特殊刑事政策下的產物，並未抹煞對此原則的肯定立場。

## 第二款 共同正犯獨立性的展現

個人主義刑法的歸責一旦被確立後，接下來可以進一步檢示在共同正犯，乃至參與犯，是否有獨立性思維存在。其實如前所述，這點在單一正犯理論中已被適度強調<sup>89</sup>，因為其認為共同正犯是直接正犯的單獨正犯質上的集合。然而，到最後單一正犯理論卻與區分論一樣功敗垂成，因為到最後功能性的單一正犯結構也是藉由共同行為決意或是共同故意的主觀要件，與共同行為分擔的客觀要件，共同交織出所謂的「共同協力」，來建構其論述質的集合下的共同正犯。這就是共同正犯，乃至整個參與犯從屬性思維的制約。不過，不可否認的，其強調直接正犯質的集合，這說法已然是共同正犯獨立性

---

<sup>87</sup> 在德國這樣的法案（組織對抗法），其質疑的聲浪也是不斷。可以參考林東茂，德國的組織犯罪及其法律上的對抗措施，載於「危險犯與經濟刑法」，1996年11月，第190頁以下。

<sup>88</sup> 然而，組織犯罪與間接正犯下的組織性權力工具概念也不盡相同，在一般正犯範圍下的組織性權力支配，仍是必須檢驗其正犯所具備的所有要素，所特別的是其藉由組織的集團方式為之，這只是方法上的特別，並不是本質上的要求有了什麼特殊的改變，可參考 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.242ff.

<sup>89</sup> 如未遂與故意在單一正犯體系中也都特別討論其個別性，可參考 Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT-1, 33/72, 34/1f.

的展現<sup>90</sup>。

本文認為，在傳統個人主義下的刑法立法方式下，對於行為人個人責任的清算，自然也應是個別化的方式，這不論是共同正犯或是教唆犯乃至幫助犯，應該都是一致地。對於共同正犯往昔都是基於從屬性的概念，再輔以整體行為的考量，來支撐起這一個看似穩固的強大變體概念。不過在其極大建構下，本文要嘗試依個人主義刑法的架構，重新回歸獨立性的判斷，用單獨正犯的概念去逐一檢視並重新建構此一思想。而如本文之前所述，參與犯的獨立性在刑法第 31 條的法律實證中，早有例證。

另外，在傳統認為是從屬性的共犯領域，獨立性思維也早已是屢見不鮮的了。例如在共犯處罰基礎上，共犯在法益侵害已有採取獨立性的看法。對此，最早認為是從正犯可罰性加以借用，後來已多採罪責參與理論（讓正犯陷入罪責），目前則多採共犯肇因理論（有惹起法益侵害事實）<sup>91</sup>。嚴格從屬的時代背景是古典犯罪論體系（客觀不法理論加心理罪責概念），這時採取罪責參與理論，是可以理解的，因為從客觀面看不出來區別。後來進展到限制從屬的體系（主觀不法理論，規範罪責理論），這時採取的肇因理論，是以共犯自己對犯罪仍有實質支配的想法，其發展方向認為正犯與共犯兩者的差異只在其對於法益侵害事實的影響、支配程度而已<sup>92</sup>。

另一個有名的例子為未遂教唆：

---

<sup>90</sup> 至於整個的參與犯獨立性，在單一正犯理論下，由於全部型態都是正犯，即便在惹起或是協助正犯有一些討論要件上的修正，原則上個別獨立判斷的特徵仍是維持，而未改變。因此在其體系中，參與犯獨立性是無庸置疑地。

<sup>91</sup> 參閱陳子平，刑法總論，第 484 頁以下；林書楷，刑法總則，第 314 頁以下。

<sup>92</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 163 頁。當然，也有認為，共犯處罰基礎何在的討論，與之後共犯如此處罰的獨立性與從屬性是兩個不同的命題，不必要強行牽扯在一起，如柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），第 320 頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），第 888 頁：「處罰教唆犯只有一個理由就是，教唆也是製造利益侵害的一種手段，而和所謂共犯獨立原則或共犯從屬原則都沒有關係。在此一認知下，教唆既遂的意義是行為人事實上透過教唆行為實現了利益侵害。但是和一般未遂犯相同的，其教唆行為的重演可能實現利益侵害。」

## 第一目 已刪除的未遂教唆

傳統認為，由於共犯必須從屬於正犯，故以所教唆之人尚未著手實行犯罪為前提之「未遂教唆」<sup>93</sup>，即非共犯。有認此是立法者將保護法益之刑法防衛線往前移動，故本質上屬於預備犯，而與教唆犯形成保護法益之前階與後段的關係<sup>94</sup>。然而，2005年刑法第十六次修正時，卻將此一早存在於我國刑法典中之規定加以刪除，其刪除的理由即為「共犯獨立性說之立場側重於處罰行為人之惡性，而與現行刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違」。

## 第二目 比較法上不乏其例<sup>95</sup>

在德國法上除了處罰未遂教唆外，可罰性更擴張至「參與之未遂」(VersucheBeteiligung)，其規定如下：(一)意圖使他人形成犯重罪(法定刑一年以上自由刑之罪)，或對他人教唆犯重罪而未遂者，依該罪之未遂罪處罰，但得依第49條第1項(裁量減輕)之規定減輕其刑，第23條第3項(不能未遂得減輕或免除刑罰)準用之；(二)對他人之請求犯重罪的請求表示承諾，或與他人已完成犯重罪之約定者，亦同。此一條文所處罰之參與未遂包括：(一)未遂的間接正犯；(二)未遂教唆；(三)對他人犯罪之請託表示同意者；(四)已與他人完成犯罪之約定者(相當於陰謀犯)。就此可見，德國對未遂參與之可罰性遠較我國現行法未遂教唆更為廣泛。

## 第三目 參與犯獨立性的展現

首先，這樣的說法到底是不是參與犯獨立性的規定，學說上其實有不同的看法。有主張採教唆犯獨立處罰原則之主張，這是以歷史解釋為出發點。而在修法前的實務及通說則是以文義解釋為出發點，認為現行法之教唆犯是

---

93 有稱為單純教唆，如許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，法學講義第14期，2003年2月，第58頁。

94 許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，第58頁。

95 高金桂，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌第130期，2006年3月，第210頁。

採從屬性為原則，獨立處罰為例外<sup>96</sup>。

不過這樣的糾結，其實是因為從早期一直認為，共犯具有的宿命：處罰上的從屬。但事實上上述看法可以藉由文獻上的說法來做進一步的釐清：不管是採取獨立形式或從屬形式，都只是一個籠統的說法。在所謂從屬原則的泛稱之下，關於共犯的處罰界線有無數多的問題。當中的每一個問題，都必須有個別的思考理由及論斷。換句話說，採取從屬原則也好，採取獨立原則也好，都不是處理任何一個共犯問題的理由，而是處理共犯相關個別問題之實質思考後的結論<sup>97</sup>。而且通說早先排斥質的參與犯獨立性說，論者什麼時候在什麼地方說過對於共犯的處罰是不需要有特定行為？並且參與犯獨立性說的基本精神正是要從教唆或幫助者的角度去要求其自身行為對於利益侵害的因果關係，而不是如從屬原則所設想的可以把對於共犯的刑罰正當性依附在正犯的可罰性上面<sup>98</sup>。因此，本文認為第 29 條修法理由中以一句我國共犯的處罰不採共犯獨立性的判斷就抹煞了未遂教唆的立法，是有再斟酌的餘地，因為共犯的處罰，至少從處罰基礎重新檢視，實在不必（也不能）全以共犯從屬性為依歸，更甚而從支配的角度去理解，共犯的處罰基礎本身就是「獨立性」的展現<sup>99</sup>。

---

<sup>96</sup> 參閱高金桂，論不能未遂與未遂教唆，第 209 頁的整理。該文中也進一步指出：「在這個偶然的幸運外，也有不幸。即於未遂教唆之情況下，教唆犯依第 29 條第 3 項（按，2005 年修法前舊法）論以教唆未遂，但若正犯已有預備行為，正犯已非未至犯罪，斷無第 2 項適用之可能。而若依從屬性原則，則應論以預備犯之教唆犯。則在整個犯罪參與升高（相對於未遂教唆）之情形下，教唆犯反而處罰較輕，則勢必影響刑法之公平正義。更何況，於教唆雙重故意的情況下，具備使正犯形成犯罪決意之故意及使犯罪既遂之故意，並非只存在使正犯預備之故意。這樣的立法疏失，實務上基於適用法律之困境，不得不將正犯之預備行為擬制為「未至犯罪」，有違罪刑法定原則之疑，但也維護了實質正義。」

<sup>97</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 889 頁。

<sup>98</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 890 頁。

<sup>99</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 890 頁。其更認為雖然修正前刑法第 29 條第 3 項有「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論」的規定，然而本項的用意是在強調，這種情形也可以是教唆犯之未遂概念的一種情形（但是並非全部）。本項規定的用意並不是說，教唆犯之未遂概念就只限於未遂教唆的情形，也不是說，未遂教唆是例外的被納入教唆未遂概念的範疇。因此該項未遂教唆的規定是法理下



## 第二項 犯罪論的判斷基礎就是犯罪的「支配」

若從上述犯罪階層理論的回顧，可以知道個人主義的立法內容仍拘束著現行刑法犯罪體系，則諸般犯罪要件的檢驗是否就是犯罪支配的展現？而且僅能以此為限？如果加上參與犯的獨立性，這樣的答案會更清楚，因為即使是共同正犯，也應該是個別單獨正犯「質」的集合。以下就來證立這樣的說法。

### 第一款 對犯罪之支配是刑法歸責應有的基本原則

犯罪如何成立，一言以蔽之，就是行為人的行為對其能夠具有「支配」。這裡的支配用語本身當然是不夠清楚，不過若就其已展現在刑法中的各項歸責標準，已經堪稱具體。本文嘗試說明，犯罪的支配是犯罪成立的背後原則，也是檢驗犯罪要件能否有存在正當性的重要標準。必須說明的是，本文主張的支配概念是一種犯罪成立上的實質支配，與 Roxin 教授的「犯罪支配」理論說法不盡相同：Roxin 教授主張的犯罪支配重點指的是在犯罪中行為人是否居於核心地位，若肯認則可得出是正犯的結論；本文主張的「實質支配」觀點則是嘗試自現行刑法的條文與犯罪三階理論涵攝相符合者，印證其具有犯罪成立上的實質支配，而為正犯。

其實，犯罪的支配不只是在區分正犯與共犯的問題上有其意義，也是每一個現代法治國刑法的基本指導原則<sup>100</sup>。犯罪的支配概念就是對於犯罪成立上可支配性（Beherrschbarkeit）的延伸，也就是檢驗是否為犯罪行為人的標

---

當然的提示規定，而不是特別規定，參見黃榮堅，基礎刑法學（下），第 889 頁註 170。贊同此概念者不在少數，不過理由各有不同，有認為是保護上填補漏洞的規定，如林山田，刑法通論（下），第 125 至 126 頁。也有認為「但未遂教唆並非只存有內部的主觀惡性，在主觀惡性支配下已形諸於外部之教唆（或陰謀）行為，特別是在被教唆人已形成犯罪決意時，已形成對法益或客體之抽象危險，且此等風險也已脫離教唆者之支配控制的範圍，在刑法上並非無評價的必要性」，如高金桂，論不能未遂與未遂教唆，第 210 至 211 頁。

<sup>100</sup> Küpper, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S.92.



準<sup>101</sup>。犯罪的支配事實上已不限於正犯與共犯間的區分，而是涉及到在犯罪行為人的構成上該有那些（要素）的要求<sup>102</sup>。甚至可以說，整個犯罪成立與否的判斷都是建立在支配之上，因為如果為了一個行為所無法支配的利益侵害事件去處罰行為人，這樣對於刑法預防目的之達成是沒有意義地<sup>103</sup>。

而事實上這與擴張或緊縮行為人概念，乃至一元論與區分論的區分，都沒有必然的關連。換言之，這是一種對於犯罪成立的普世價值。這不是單一正犯概念所特有的，毋寧這是刑法犯罪歸責的核心。至於前述在單一正犯中談到成立核心為「歸責關連」其實也就是一種支配的連結。因為實現不法事實的支配者應為不法事實所包含的利益侵害或利益侵害的危險負責，這是符合刑法歸責的基本理念。因此就犯罪的構成而言，全部犯罪類型的支配力關係都是一樣的：都是有因果關係（連），也都是有支配力<sup>104</sup>。

## 第二款 現行刑法的犯罪論要件就是支配的表徵（Indiz）

刑法上所有的犯罪成立要件，都要受到上述犯罪的支配原則制約。以下可以重新來一一檢示，這些要件所透過出的內涵。如犯罪的審查結構是從抽象到具體，在前審查階段是在確認最根本的支配，亦即要將不受人力所控制的事件自始排除在刑法的歸責體系之外。接下來，在構成要件該當性的審查層次，除了在構成要件的諸般規範下審查構成要件的涵攝之外<sup>105</sup>，進一步在

---

<sup>101</sup> Küpper, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, S.92, 而這早在 Welzel, StGB, 1965, S.66 中即已提及，犯罪支配是歸責的基本原則。

<sup>102</sup> Küpper, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, S.92.

<sup>103</sup> 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 152 頁。

<sup>104</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第 833 至 834 頁。

<sup>105</sup> 就不法構成要件該當性而言，只要行為人可以支配不法構成要件的實現，就是行為該當於不法構成要件。至於行為人在形式上到底是用什麼樣的舉動去讓它實現，並不重要。無論是直接正犯、間接正犯、正犯後正犯、共同正犯或同謀共同正犯，其可罰性的理由就是行為人支配利益侵害。如果行為欠缺支配力，無論在形式上套用什麼名稱，都欠缺可罰性。相反的，如果行為對法益侵害有支配力，原則上行為人即應就其所支配的法益侵害範圍內負責，參考黃榮堅，終極指令，月旦法學教室第 44 期，2006 年 6 月，第 62 頁。

構成要件中近來也逐漸加上了客觀歸責此一從風險反面排除不具支配風險成立的不成文要件<sup>106</sup>。至於主觀構成要件的主观故意，其認知的犯罪內容也必須對犯罪支配的因果過程有所認知，藉以排除主觀上根本不具支配力的處罰<sup>107</sup>。

次就阻卻違法事由而言，如緊急避難行為是在排除受到威脅的危險，是一種反面排除法益可能受到的侵害風險，排除於受侵害風險的支配之外，因此此類情形得以減輕刑罰<sup>108</sup>。而罪責則是表達行為與行為人之間的聯結，自然也是在判斷行為人的不法行為，要不要由行為人來加以承擔。亦即，就是基於法規範的期待，看看是否可期待行為人不為不法的利益侵害行為，如果行為人明明是期待其不為而仍為者，自然也應對其具有支配的利益侵害加以負責。

此外，犯罪的支配認定，即使在不同類型的構成要件實現上也都是一種支配的表徵：不論是既遂犯或是未遂犯，陰謀犯或是預備犯，既然各有構成的要件可予認定，自然對於該種型態的犯罪成立而言，也都是一種犯罪成立上的支配<sup>109</sup>。

即使如此，本文最終要回歸且面對的課題是，共同正犯既然在我國刑法第 28 條已為規範，且在實際應用上也在主客觀要件，乃至法律效果上都有完整建構，如果從本文上述的標準而言，共同行為人間可謂對於犯罪成立之支配已然完整。如此，本文主張廢除的切入點何在？本文以為，關鍵在於共同正犯的目前發展，產生與其他既有犯罪概念間的內部矛盾與衝突。

由於共同正犯對於支配如果是透過其本身建構出的要件來加以延伸，則這樣的基礎是牴觸了對於構成要件的原始預設，這裡最明顯的例子就是出現

---

<sup>106</sup> 參閱蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 152 至 153 頁的分析。

<sup>107</sup> Küpper, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, S.92f.

<sup>108</sup> Küpper, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, S.94.

<sup>109</sup> 因此，蔡墩銘，刑法精義，2002 年 2 月，第 303 頁認為，既遂犯相對於未遂犯，與正犯相對於共犯般，是基本的犯罪行為人型態。而正犯須著手於實行，在預備或陰謀中無正犯之存在。上述見解與本文見解並不相同，甚至與通說的差異甚大，須予辨明。

在法律效果面的「一部行為，全部責任」之上；尤其是如果一部分行為人僅只於預備階段，而另一部分人有共同行為決意的行為已達到著手實行之時，則全部共同行為人都可以論以該罪的未遂犯（參考本文第三章第一節、第四項、第二款）。對於犯罪的處罰，排除有受到明確性質疑的預備犯乃至於陰謀犯外，則以進入著手實行的未遂為一般犯罪行為處罰始點<sup>110</sup>，也因此，共同正犯的支配在通說與實務的建構藍圖中，是可以輕易跨過這條單獨正犯創設的處罰始點，而這個原本放諸四海而皆準的界線，卻可以藉著他人的動作而加以超越，甚而基於交互歸責而負擔相同責任（如果其他共同行為人也已經到達既遂程度時）。這中間一旦有支配性衝突到底為何一律劃歸共同正犯而讓其佔盡優勢，原因其實並沒有被好好釐清<sup>111</sup>。

另一個雖然沒有形式要件以為支撐，卻也是具有極度爭議的例子，即為共同正犯特殊的整體行為因果關係認定（參考本文第三章第一節、第三項）。因果關係向來是結果犯中所公認的不成文構成要件要素，近來更在客觀歸責加入後，讓「歸責關連」這個場域的討論更趨熱烈。而傳統不論是因果關係，乃至客觀歸責，也都是個人主義刑法下的產物，也都是是在檢驗個別行為與結果之間的「支配」。如今要加入脫離了原始的支配出發點，更加脫離了參與犯獨立性的要求下，這樣的歸責關連之間的衝突要如何說理，顯然也突顯出了問題的冰山一角。

---

<sup>110</sup> 游明得，論刑法上著手實行的判斷—判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌第7卷第1期，2005年6月，第154頁。

<sup>111</sup> 如果參考一下文獻上（黃榮堅，基礎刑法學（下），第611頁）提出的「就行為規範而言，既然人自知著手之後對於結果發生與否已然失控。則行為規範必須傳遞給人的訊息是不管後果如何，人必須做對的事。則對於客觀上的既遂另為加重刑罰的考量，或是對於未遂犯的選擇性處罰以及減輕規定，並非不法概念的問題，而是對於不法行為的刑罰必要性考量的問題。」，以未遂犯與既遂犯具有相同客觀不法的前提下，如此對於未遂犯的解釋或許可以比較合理為共同正犯正當性論證模式。因為共同正犯無論再怎麼內縮，基本對於未遂的要求都是一個合理的必要起點，而且不論基於何種立場，未遂也還是一個基本的要求。若從擴張行為人概念而言這是一個合理的支配，而自緊縮行為人概念而論，也是具有實證法的支持。只是不可否認的是，這裡的要求，已經脫離了一般對共同正犯效果的一體原則了。也因為如果堅持到未遂犯才有正當性。而回歸對於未遂的最基本要求，也已越來越趨近本文對共同正犯就是單獨正犯「質」的集合立場了。

不過要說明的是，本文所謂的「支配」並不全然一定要符合所謂構成犯罪之要件所需的所有細節，但是以此為出發點並當作內部制約則是一個必然的論據。在綜觀刑法中很多的「形式論」與「實質論」的爭執討論<sup>112</sup>中就可得見。對此，也可以透過身分犯的成立來加以說明。Roxin 教授的犯罪支配理論中認為身分犯（此處主要是針對義務犯理論的主張）不是支配犯中的一環，而是侵犯了特定義務<sup>113</sup>，因此歸責基礎不應以犯罪支配為主，而應專視是否有身分或義務的存在。本文並不贊同如此說法，而認為應以上述以法規為基本內涵的支配概念出發，認為身分犯實不應成為犯罪支配下的例外。這裡的思考反而應該為：犯罪支配理論既然已經是正犯檢驗的先鋒部隊，就不應在此被弱化。身分犯的出現於此毋寧是一加一的效應，也就是在原本的一般性正犯客觀構成要件之外，再加上身分資格的要求；而既然是附加的要件，就沒有理由反而要讓其成立更加寬鬆，而在犯罪支配上讓步。因此，身分犯的正犯除強調身分資格的要求必須具備之外，本文認為對於犯罪具有現實支配的強度要求，也就是犯罪支配，同樣也不能少。而這也才符合罪刑法定原則針對國家性的要求<sup>114</sup>，因為如果身分犯相對於一般犯罪的額外身分要求，不是促使司法者多考量一些要素，讓犯罪的成立上更加謹慎，那麼就對於是對平等原則要求的一種漠視了。

### 第三項 現行共同正犯概念的解構

#### 第一款 操作上極度擴張的不當

共同正犯概念操作上在主客觀要件，乃至於法律效果的擴張上，已經是

---

<sup>112</sup> 以下可以隨手舉出跟本文主題共同正犯有關者，如正犯共犯區分理論中的「形式客觀理論」與「實質客觀理論」，乃至更上位的「擴張行為人概念」與「緊縮行為人概念」。其他領域如著手實行認定標準的「形式客觀理論」與「實質客觀理論」也是。不過根本在於所謂的「形式」，是語言論述的問題，而不是全然的認定狹義所致。

<sup>113</sup> 對此，可以再參閱 Arana, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S.35ff, 71ff，所介紹的義務犯的傳統思考，以及對其創制基礎的重新檢示。

<sup>114</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 19 頁；許澤天，刑總要論，第 41 頁。

極盡其所能，在法律概念的擴張面能及於如此地廣，相較刑法其他概念實在罕有其匹，而這在本文第三章中已經充分闡示。回到犯罪論的判斷立場，通說顯然想單單利用共同行為決意，來串連出一連串的犯罪支配，就此而論，共同正犯的建構顯然是不能令人同意的，即使或有引述間接正犯的意志支配有很強的主觀支配關係來加以解釋，都不是一種能完整令人信服的說法。

另外，即便本文認定以支配概念可以主導犯罪的成立與否，且對於犯罪支配理論陳述的支配觀點是可以贊同，這也並不表示共同正犯的角度已經被全然接受。良以支配充其量只是一個上位的指導原則，不代表下位的具體看法要一併繼受。這跟承認客觀歸責時，很多次原則不須一併全部繼受道理相近。所以接受「支配」概念的說法，但是不一定要接受共同正犯概念。

至於本文在此要剝切指出，現行共同正犯概念已經到達應予廢除的地步，主因是技術面上操作的極度擴張所致。就此，已經是重度偏離對於正犯應有的基本要求，而已無法用支配或其他更具說服力的方式來證立其正當性。不僅如此，共同正犯概念的擴張效果與其他同受支配的下位概念間的衝突越來越大，也根本到了難以收拾的境地。

## 第二款 現行刑法第 28 條僅具提示作用

如果重新檢示早已存在在犯罪論中的一些基本價值：犯罪的支配，共同正犯獨立性，與個人主義刑法的本質。也贊同本文對於共同正犯不再繼續盲從，一方面維持現有趨勢繼續擴大，也放棄為其再找正當化的基礎而努力的基本立場，那麼現行共同正犯概念是到了該被廢除的地步，就不是一個令人驚訝的說法了。

不過這樣的廢除，並不代表所有的共同正犯現狀都一律被抹煞，也不代表共同正犯所有解決的問題或產生的效應都全部被捨棄。本文的立場為，傳統共同正犯的概念是有改弦更張的必要，而其方法就是將偏離的標準完全回歸對於正犯的最基本，也是最真實的理解－共同正犯只是單純單獨正犯「質」



的集合。逸脫這個標準以外者，就不應在正犯處罰之列<sup>115</sup>。也因此，共同正犯不必也不能逾越個別單獨行為人的行為可能造成的支配。而如前所述，這在擴張或緊縮行為人的立場都是一致的<sup>116</sup>。也可以參考一下功能性的單一正犯結構中的論述，來作一些釐清。亦即，共同正犯在客觀構成要件上的檢驗是與單獨正犯相同，端視在構成要件的實現上是否有支配而論（不管是不是有直接符合構成要件定型的行為）。即使碰到的是後來才加入者，也是視其對於參與部分是否有歸責關連而已<sup>117</sup>。

從而，共同正犯已可謂不過是各個分別具有個別犯罪的單獨正犯性質的人數上集合而已。在此，要注意的是各個單獨行為人對於各該犯罪皆為獨立判斷，能否支配各該犯罪的實現。至於所謂的「犯罪支配」，如同本文前述，這本來就是個別犯罪中應有的判斷基準，不是在正犯共犯區分領域所獨享。至於支配如何在共同正犯中實現與理解原則上應扣住個別性的前提來加以演繹，而不是全然地變調與模糊化，細部部分本文在第六章將有接續的說明。不過本文在第六章的檢驗可能與通說傳統對於共同正犯創制出的範圍多所牴觸，這是長久囿於共同正犯整體性思考下的積習弊病，是回歸單獨正犯應有

---

<sup>115</sup> 再加上本文仍然支持區分論的基本立場，因此這裡的共同正犯新理解，也會排除教唆犯與幫助犯，因此這是相對於正犯而有所不同的共犯型態，這部分是基於區分論下的應然，倒不是採酌了本文對共同正犯的理解就會與通說及實務有所不同。就此我國實務見解也早有體認，如最高法院 25 年上 6616 號判例：「刑法第 28 條之共同正犯，以二人以上共同實施犯罪行為為條件，教唆犯則係教唆人實施犯罪行為，與共同實施之正犯有別，二人以上共同教唆，雖應就教唆行為共同負責，仍不適用第 28 條之規定。」及 73 年台上 2616 號判例：「教唆犯並非共同正犯，上訴人夫妻如屬共同教唆偽證，應就教唆行為共同負責，並無適用刑法第 28 條之餘地，原判決主文揭示上訴人共同教唆偽證字樣，並於決論欄引用刑法第 28 條，殊嫌錯誤。」

<sup>116</sup> 本文雖然採取的是區分論的立場，不過並不因此認為正犯與共犯就具有硬性區分的本質，尤其是就支配概念而言更是如此。學說上就有指出：「共犯對於法益侵害事實究竟是僅具較低的支配力，還是根本不具支配力，涉及到如何理解支配力的概念。如果將支配力理解為因果關係，那麼共犯自然也具有支配力。但如果所指的是成立正犯所須具備的支配程度。那麼透過定義就已經排除了共犯具支配力的可能性，但這只是定義的問題，沒有實質的意義了」，蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 163 頁註 93。

<sup>117</sup> 參閱 Trifftere, Österreichisches Strafrecht AT, 16/133.



且應得出的結論。要強調的是，重新檢驗只是回復問題應有的解決樣貌，而不是另一種共同正犯的證立或再一次地修正。

至於現行刑法第 28 條是否有刪除的必要？從本文對於共同正犯的理解觀之，該法條僅具有提示的效果，提示司法者共同正犯只是兩人以上共同實行犯罪，且皆為「單獨正犯」，如此而已。甚而如果我們要賦予其新的積極存在價值，毋寧可以認為這是對於本文立場的呼應，訓示了不應忽略個別正犯成立的獨立性，以及刑罰判斷的個別性。

## 第六章 共同正犯概念廢除後的重建

本文在前述提出了對現行通說與實務肯認的共同正犯概念之質疑，並進一步認為實證法上的刑法第 28 條僅具提示作用，即只是在提示司法者在裁判時要確認共同正犯只是兩人以上共同實行犯罪，且皆為「單獨正犯」而已。然而，共同正犯的重點毋寧是必須面對部分行為人未為合致所有構成要件的要求時，應如何作最後的論罪科刑認定。因此，以下將就本文想法共同正犯僅為單獨正犯質的集合，在刑法各構成要件的判斷上如何加以落實作出說明。

此外，本文最後也將針對一些衍生的共同正犯相關概念，如相續共同正犯、過失的共同正犯與結果加重的共同正犯，乃至於不作為的共同正犯等，在本文對於共同正犯重新理解的基礎下，是否呈現不同的樣貌。

### 第一節 共同正犯就是「單獨正犯質的集合」

#### 第一項 單獨正犯的構成要件涵攝

##### 第一款 涵攝的過程為支配的具體化

共同正犯的許多問題其實都是出在構成要件涵攝的迷思之上，就因為個別行為人的行為通常會不符合形式構成要件內容，而須作另一種形式的擴張，而這個中間概念就是共同正犯。共同正犯因為早期以形式觀點來判斷構成要件的涵攝與否，以致認為產生了許多犯罪的處罰「漏洞」，也才有之後依共同性的擴張之舉。其實這也是很多實質論觀點產生的原因，前提因為對於構成要件涵攝等認知上的狹隘且形式要求，以至於太過於看重形式而無法超越，以致於必須藉由實質性的思考來加以突破，這樣的思考邏輯過程基本上就是為了填補形式涵攝不足所可能產生的處罰漏洞。如正犯共犯區分居於通說的犯罪支配理論也就是因為，形式客觀理論的認定上太過堅持形式的判斷，才應運而生。

這樣的「形式→實質」循環在共同正犯尤其嚴重，因為原先以為就單獨正犯在形式上無法涵攝的問題，在此都可藉由實質判斷「共同性」的觀點來一一補足，更甚而加以極大化。而只要有共同行為決意，即使參與的行為不符構成要件的要求也沒關係，更進一步加大了能夠適用共同正犯法律效果的空間。但是，事實是否真的是如此？是不是因為對於形式的理解出了問題，以致認為就要如此擴張實質性的認定來加以補救？如果我們再仔細回顧一下刑法的法制發展，就會發現這不是共同正犯所獨有，而根本是一個法制背景的問題：因為如今對於構成要件的涵攝觀點早已有了位移。

良以德國刑法在第十九、二十世紀初，整個是籠罩在法實證主義的氛圍之下，因此絕對且形式的思維被視為是唯一，且如此細膩的狹義觀點也被認為是最具有保護性而不會被濫用的操作方式。這時構成要件的提出被認為可以解決任何問題，因為這樣的概念提出讓司法者有所依歸，且讓人民對於自身行為是否違法，具有相當可預測性。因此，當時不只著手實行是採取形式客觀理論，連間接正犯的產生，也是因為此氛圍下採取緊縮行為人概念所致<sup>1</sup>。而今實質性的認定方式已無可避免地成為主流，因為認知到刑法犯罪成立的核心在於支配，而如前所述，所有構成要件的設定不過都是在表徵支配的產生與否。因此與其堅持在形式的狹義認定，不如回歸本質去作更符合犯罪支配的犯罪成立涵攝。而如果能夠理解這樣的理論發展趨勢，則上述犯罪支配論的產生，乃至其他如共犯從屬性採用限制從屬性等，都只是在輔助我們可以重新去思考構成要件的涵攝不再是形式的判斷方式而已。

回到本文的主軸，本文主張的共同正犯質僅為單獨正犯質的集合，原則是建立在犯罪三階理論的檢討之上，看似是一種傳統的形態，但由於配合構成要件設定的三階理論本身就是支配概念的彰顯<sup>2</sup>，因此在支配概念的串連

---

<sup>1</sup> 參閱蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，載於「刑法問題研究（一）」，2008年7月，第141至142頁。

<sup>2</sup> 本文在此無意否定二階論的判斷方式，畢竟其與三階論並無本質上的差別，而只是另一種合於犯罪的支配原則之檢驗而已。相關三階論與二階論的歸納與分析，可以參考黃榮堅，基礎刑法學（上），2006年8月，第198頁以下；同作者，刑法解題－關於不法意識及犯罪結構，載於「刑法問題與利益思考」，1996年3月，

下，最後就會根結到如何涵攝構成要件才是正確。依目前的實質判斷立場，對於行為人概念並不堅持採取緊縮行為人概念，而對於正犯共犯區分則採取實質客觀理論（如犯罪支配理論）的趨向，綜合以觀，自然正犯就不會是要狹義且完全形式判斷是否完整實現客觀構成要件者<sup>3</sup>。如此則傳統共同正犯的產生原因是因為狹義且形式認定構成要件，而產生個別行為人行為無法完全符合構成要件的說法，在現今對構成要件採實質性涵攝觀點下，自然也就無所附麗了。

從而，本文以下的構成要件涵攝就不會侷限於形式判斷，而將以實質性的支配判斷為出發，來解離並重建共同正犯廢除後的新秩序。不過，這並不代表本文在涵攝的判斷過程中不會受到構成要件規定的制約，這毋寧只是解釋上的實質化而已<sup>4</sup>。

---

第 165 頁以下；同作者，故意的定義與定位，載於「刑罰的極限」，1999 年 4 月，第 360 頁以下；同作者，論正當防衛，載於「刑罰的極限」，1999 年 4 月，第 105 頁以下。

<sup>3</sup> 因為可能的犯罪行為模式相對於不法構成要件的本身，永遠是開放的，亦即，不法構成要件本身是定型的，但是實現不法構成要的態樣則是沒有定型，參閱黃榮堅，論偽造文書之行使行為—評 92 年度台上字第 2293 號等判決，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年 1 月，第 75 頁。另外，在蔡聖偉譯，Ingeborg Puppe 著，法學思維小學堂，2010 年 1 月，第 50 頁中也提示：法律上的定義多半都是將各個要素串連起來，而這些要素的意義比起這個（被定義之）概念在日常生活用語中的意義還要來得不清楚，更不明確且更不精準。而法律上的概念本來就是不精確的，而且它們也不需要精確。

<sup>4</sup> 如部分學說所論，不法構成要件的存在本身是固定的，但使不法構成要件完全實現的現實方法有無限多，因此我們不能限制，用什麼方法使不法構成要件實現才是具備不法構成要件該當性，參閱黃榮堅，論偽造文書之行使行為—評 92 年度台上字第 2293 號等判決，第 80 頁。就此另以刑法第 25 條的著手實行判斷再搭配教唆犯為例，更可以突顯參與犯判斷的獨立性，與涵攝的實質判斷：現實世界中事物現象繁複不一，因此利益侵害失控的概念有無限多種落實的形式，從而判斷個案之著手時，對於個案的具體觀察與思考是必要的工作。假設有某甲教唆某乙殺害某丙，那麼某甲是什麼時候到達對於侵害某丙生命法益失控的階段？對於此一問題，答案是不一定。很顯然的，某甲剛開口的時候，某乙還不理解某甲確實要說什麼，當然某甲不至於到達利益侵害失控的階段。即使某甲把教唆的話講完了，也不一定就是教唆的著手，因為殺人的事非同小可，大概沒有幾個被教唆人聽過教唆人的教唆後不假思索的就會去殺人。至少，被教唆人總必須再確認教唆人的

## 第二款 仍以構成要件為基本依歸

犯罪構成要件可依是否限定行為模式，分為「定式構成要件」與「非定式構成要件」<sup>5</sup>。前者是指在構成要件中就描繪了較為明確的行為方式與內容<sup>6</sup>，例如刑法第 339 條第 1 項除了成文的施行詐術外，也含有不成文的財產交付等要件；而刑法第 320 條第 1 項的「竊取」也是以「未得同意之破壞他人持有，進而移轉於自己或第三人持有」限定其行為規範的內容<sup>7</sup>。後者則是在構成要件中並未要求特定的行為模式者，如刑法第 271 條殺人罪的「殺」與第 277 條的普通傷害罪的「傷害」<sup>8</sup>。此時構成要件的行為並未被詳細描述清楚，而必須透過因果關連等來加以確定<sup>9</sup>。儘管定式與不定式，本質上仍只是立法

---

意思，而教唆人也必須再確認被教唆人的意願，意思合致之後才会有利益侵害的失控。當然，情形也可能有不同，幫派的老大不管直接或間接傳話叫小弟去做事的時候，大概話講出去之後利益侵害就已經失控了。至於以書信教唆他人犯罪的情形也是如此的不能一概而論，而是要看書信內容怎麼寫，是試探的性質或是命令的性質，以及雙方平常的交往關係或習慣如何。不過不管怎麼樣，教唆犯就是用自己的行為在製造利益侵害，所以所謂對於利益侵害的失控，邏輯上指的當然是教唆者對於利益侵害的失控，而並不是被教唆者對於利益侵害的失控。此一基本原則在現實上的意義是：教唆者對於利益侵害的失控不必然，並且經常不等同於被教唆者對於利益侵害的失控，參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），2006 年 9 月，第 885 頁以下。

<sup>5</sup> 學說上對此一分類討論較多者，是有關不純正不作為中的等價條款（die Entsprechungsklausel）場域中，因為一般多認為這是對於「定式犯罪」的限制，如 Kühl, Strafrecht AT, 2007, §18 Rn.123f；Jescheck/Weigend, Strafrecht Lb, 1996, S.629f.

<sup>6</sup> 參考以下的論述，可以更加清楚：「什麼是構成要件行為？在『定式犯罪』（或稱限定行為模式之犯罪）的類型或許還能回答這個問題，因為法條中的確有描述特定的行為模式（構成要件行為，像是詐欺罪的施行詐術或是竊盜罪的竊取行為。但是在非定式犯罪的類型，例如殺人或傷害等罪，法條中並未要求特定的行為模式，自然也就無法確定構成要件行為之可言。」（蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，載於「刑法問題研究（一）」，2008 年 7 月，第 155 頁）

<sup>7</sup> 有關犯罪構成要件說明請參閱甘添貴，刑法各論（上），2009 年 6 月，第 216 至 217 頁。

<sup>8</sup> 盧映潔，刑法分則新論，2011 年 9 月，第 451、473 頁。

<sup>9</sup> 林山田，刑法各罪論（上），2005 年 9 月，第 62 頁。



明確性的反射，兩者也僅是量上的差別，但除了模糊的灰色地帶之外，這道鴻溝仍然是一條現實上極具應用性的概念分野<sup>10</sup>。

至於藉由上述的分類進一步想要提示的是，縱然構成要件的解釋或涵攝具有犯罪成立的絕對強制力，不過構成要件本身所產生的約制效果，於此也不能忽略。因為這是立法者所展現的立法形成，而基於法治國原則下，依法司法原則本應有其尊重。也因此，本文下述對於共同正犯概念廢除後的重整，在處理上，會注入上述的構成要件分類標準的可能性。亦即，原則上會從實質性的構成要件涵攝出發，而原先在共同正犯就予以肯認成立部分，多半是也會在非定式構成要件的層次得到肯定。至於在回歸單獨正犯判斷後，會排除許多在原先共同正犯領域已成立共同犯罪的情形，而這泰半是集中在定式構成要件的層次。這也是因為立法者在定式構成要件中展現其立法約束的意志，相較於在非定式構成要件的授權，來得限制嚴格得多。

也因此，本文在文中將依此區分成承認定式與不定式分類，與全然是定式構成要件判斷，兩種不同的可能解決模式分別加以陳述。在採取定式與不定式犯罪兩分下，共同正犯在不定式犯罪的確會有類如傳統肯定論的共同負責情形出現，不過這純然是因為對於構成要件「行為」的開放性所致；而如果採取的是構成要件全然定式的看法，則基於構成要件認知前提的限制，傳統共同正犯間一律依各自的行為判斷是否為未遂或既遂，而不受其他共同行為人的影響。

## 第二項 共同正犯廢除後的新樣貌—依行為階段切分論述

以下要先予說明的是，在共同行為人間若行為實施處於相同階段時，如都同為預備、未遂或是既遂，本即不須藉由共同正犯而成立任何共同犯罪，於此自然也排除在本文下述，對共同正犯原先可能成立範圍的重新檢驗上。

---

<sup>10</sup> 不過也不能否認的是，這樣的分類也存在著互斥構成要件所可能衍生的處罰漏洞問題，對此可另外參閱蔡聖偉，論排他互斥的犯罪構成要件，東吳法律學報第21卷第4期，2010年4月，第87頁以下；同作者，未遂犯的「前審查要件」，載於「甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）」，2012年4月，第407頁以下。

因此，本文下述共同正犯廢除後的重整論述，就會集中在共同行為人的行為階段不同時的情狀：如部分行為人為預備，而其他部分行為人為未遂甚至既遂者。

## 第一款 設定未遂的處罰始點

首先，本文在前述（第五章第四節、第二項）已經表達，未遂犯為處罰始點的這條線，可謂是正犯單獨判斷是否處罰的起點，故應該固守這條最基本的處罰之線而不得任意加以逾越。因此若是共同行為人間，有人僅止於陰謀犯或預備犯的程度時，該行為人是不能藉著構成要件的涵攝或是依與其他共同行為人間彼此的利用關係，就加以提升到未遂，乃至於既遂的處罰層次<sup>11</sup>。而這在僅止於陰謀行為的部分行為人，雖然甚難想像，解釋上亦同在排除可能提升到預備犯之列。附帶論之，這時是否成立預備犯甚至是陰謀犯，排除對此種概念應否存在的質疑而單就實證法而言，只是而且也只能依個別行為人的個別行為判斷是否符合陰謀或預備的相關規定。

至於陰謀犯與預備犯的規定，在本文設定刑法處罰始點在於著手實行的未遂時，就應將其定位在立於補充性質的例外處罰規定。而此不只限於本文探討的共同行為人的情形，在其他單獨正犯時，上述標準亦係放諸四海而皆準。從而，陰謀犯與預備犯的刑法規定，應只有限定在特殊的情形，才有例外提前處罰的必要。至於現行法中陰謀犯與預備犯的規定是否符合例外規定仍須具有的明確性，與必要性的要求，是另一個問題<sup>12</sup>，本文在此不作蔓枝的

---

<sup>11</sup> 這也是一種刑法上的有力說法，參閱 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2000, S.300ff; Puppe, Die gemeinsame Tatplan der Mittäter, Spinellis-FS, 2001, S.931. (該文也收錄在 ZIS 6/2007, S.237)

<sup>12</sup> 一直以來對於預備乃至陰謀規定的妥適性早有質疑，而論述的切入角度即為現行法上所設的處罰預備犯或陰謀犯規定，皆因欠缺要件明確性而有違罪刑法定的要求，如王榮聖，預備罪之研究，中興大學法研所碩士論文，1995年6月，第10頁以下；柯耀程，刑法「原因自由行為」可罰性問題探討，載於「變動中的刑法思想」，2001年9月，第194頁註5；陳友鋒，刑事不法的形式審查—構成要件的該當判斷（上），華岡法粹第35期，2006年7月，第136頁等。因此多半只能基於例示性的描述來確立，如（一）基於實行特定犯罪意思而預備或持有武器或犯罪工具；（二）在犯罪處所、滯留

討論。

不過，要進一步說明的是，這樣的否定看法是專就一般的參與犯而論，若是此處預備行為之人已對其他行為人具有意思支配的優勢地位之時，就不排斥仍有另依「間接正犯」而為成立相同罪名的空間（參考本文第四章第一節、第四項、第三款的共謀共同正犯）。

## 第二款 同時有未遂犯與既遂犯的行為人併存時

此處論及的情形為所有的共同行為人都已進入到未遂的層次，只是其中有行為人進一步完全實現犯罪而達到既遂。從而，本文在廢除了共同正犯概念後，應如何處理這裡的情形？是否仍得依共同行為人間的相互利用關係，而交互歸責讓所有行為人成立該罪的既遂犯？如果是，那麼與傳統的共同正犯又有何異？對此，本文將依循單獨犯的檢驗方式，重新將此種情形切分並加以歸類。

不過以下論述主要是針對於不法構成要件的層次，這是因為違法性及至

---

或隱匿於計畫犯罪之處所；(三)探詢或製造犯罪機會；(四)準備參與犯罪之人，即招募參與犯；(五)排除犯罪障礙或安全措施，例如將看守之犬加以毒殺；(六)練習犯罪之技術，例如測試武器之效能同時強化犯罪技術之精準；(七)尾隨被害人前往犯罪地行進；(八)安排脫逃之措施，參考高金桂，論不能未遂與未遂教唆，2006年3月，月旦法學雜誌第130期，第204至205頁。然而，從明確性與否切入是否能完整呈現對此概念的質疑，其實仍有相當的討論空間，主因在於明確性與否的「相對性」上，因為很難在絕對明確與不明確劃上一條清楚的界分線，因此儘管單陰謀或是預備此等十分簡易的文字難以透過出立法者切實的處罰意志，但至少法律保留的基本底線已然守住，要進一步否定其規定，除了非難其文字使用的不確定之外，勢必要有更多的理由來加以建構，就此陳志輝，預備犯之可罰性及其界限，載於「犯罪實行理論」，2012年4月，第9至10頁與本文看法相同。也就是，要從更根本處著手來加以思考。學說上據此加以延伸：如果自刑罰的目的在於確定具有侵害法益意義之行為，進而達到預防功能，在陰謀與預備犯沒法子達到如此的基礎標準時，根本解決之道是，廢除刑法上全部（形式）預備犯與陰謀犯的規定；若該預備行為真的有較高的危險性，另以立法形式加以犯罪化，成為獨立的構成要件，參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），第504頁；蔡聖偉，從刑法總則檢視分則的立法，載於「刑法問題研究（一）」，2008年7月，第448至449頁。德國文獻部分可以參考 Naczyk, in: NK-StGB, 2005, §22 Rn.33; Herzberg, in: MK-StGB, 2003, §22 Rn.119.

罪責，應就行為人個別判斷早有共識，就此則無須再多所說明。

## 第一目 主觀面的要求—一般故意的認知

在行為人的主觀面，於此判斷上並未有差別，也因為在共同行為人間的故意乃至於意圖，不論是未遂犯或是既遂犯，主觀面的要求都是相同的<sup>13</sup>。因此，在主觀面並無區別的必要。這裡的理由當然就是因為未遂犯與既遂犯，在犯罪構成要件的主觀認知層次上是相同的。至於所謂的共同行為決意的共同正犯內在主觀要求，由於本文不採取共同正犯的概念，因此也無須在此採行。

由於對於犯罪成立主觀面的要求，在未遂與既遂的主觀是一致的，即須對所有構成要件事實有認知<sup>14</sup>，這也包括下述的定式構成要件與不定式構成要件的所有事實上的認知。因此在主觀面的要求，至少就故意等主觀構成要件而言，於此不用作特別的對待或處理<sup>15</sup>。

## 第二目 客觀面的判斷可能性—區分定式與不定式

本文與傳統共同正犯處理方式的最大不同，會是在客觀構成要件的層面。如同前述，本文以下將採取實質支配的判斷角度來觀察「個別」行為人的行為是否足以實現整體構成要件，不過在客觀面的判斷上存者了二種可能，關鍵就在於是否採取定式構成要件與不定式構成要件的分類，而作不同的理解。以下先呈現採取肯定定式與不定式構成要件區分看法可能獲致的結

---

<sup>13</sup> Heinrich, Strafrecht AT-1, 2005, §21 Rn.656f.

<sup>14</sup> 因為一如未遂犯在刑法體系上存在所顯示的道理，基於犯罪預防的技術需求，所謂不法行為所指的並非客觀上使不法構成要件完全實現的行為，而是主觀上使不法構成要件完全實現的行為，否則對於全部的未遂犯都喪失了刑罰的依據，因為事實上，全部的未遂犯都是客觀不能。參見黃榮堅，論偽造文書之行使行為—評92年度台上字第2293號等判決，第75頁。

<sup>15</sup> 就此也可以回頭檢視通說對於共同行為決意的定位（本文第三章第一節、第二項、第二款），主張置於客觀要件者，應是也是著眼於主觀要件中未遂犯與既遂犯的要求相同，所以若要串連各個破碎的行為，多出的共同行為決意自然只能置於客觀要件中。

論。

## 壹、不定式構成要件

由於不定式構成要件並不限定行為人的行為模式，因此自然不能用傳統形式的認定方式來確定構成要件的涵攝結果。因為構成要件的内容於此只是一種相對性明確，立法者選擇留給司法者一定程度的操作空間。從而，就不定式構成要件的涵攝，本文所採用的標準，雖然也一樣是實質性的判斷，也就是端看行為人的個別行為能否支配構成要件的結果產生，或是構成要件的實現<sup>16</sup>，然而相較下述的定式構成要件，在操作上毋寧更須著重該罪制訂的目的等加以考量，相形之下在構成要件形式上的拘束，是較少的。

因此，由於不定式構成要件不限定行為模式，其構成要件的涵攝將會衍生出多種可能，而涵攝的標準如前所述，就是只要是可以支配犯罪構成要件實現者，也就是具有構成要件實現的歸責關連者都是。舉例說明，如傳統累積因果關係之例，若以同時犯的方式違犯，在通說中可能是客觀歸責中欠缺風險實現的「非常態關連」情形，而僅得成立未遂犯<sup>17</sup>；然而若是共同為之，則單獨觀察每一個人的行為，不論是在條件理論因果關係下的判斷已對於構成要件的結果發生具有支配性，或再從客觀歸責理論觀之，也應是具有客觀歸責例外屬性的特殊主觀認知<sup>18</sup>，在風險實現上並無誤差，因此自可認為都須

---

<sup>16</sup> 就此觀之，下述「共同正犯的定義是，與其他單獨正犯共同犯罪的單獨正犯，共同犯罪的意思是，以犯罪協議為基礎的不法行為分擔。」（黃榮堅，基礎刑法學（下），第 861 頁），或是其他功能性單一正犯結構對於共同正犯的詮釋；在此範圍內本文認為是有立基之點。甚而可以更進一步地說，這裡基於不定式構成要件性質與構成要件涵攝的實質性，不必多作強調也本應可推出此種結論。

<sup>17</sup> 如某甲與某乙分別要下毒殺某丙案例，但兩人都只下了不足量的毒藥，沒想到合起來的分量卻剛好足以毒死某丙，一般認為若是同時犯的情形則某甲與某乙僅成立我國刑法第 271 條第 2 項的普通殺人未遂罪。但若某甲是某乙是以共同行為決意為基礎的共同實施行為，則兩人皆須負同條第 1 項的殺人既遂之責，僅參閱許澤天，擇一因果—條件理論之省略公式與因果律公式，法學講座第 19 期，2003 年 7 月，第 62 頁。

<sup>18</sup> 客觀歸責之特殊主觀認知部分，可以參照林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月，第 179 頁的介紹。



負既遂之責<sup>19</sup>。

## 貳、定式構成要件

在定式構成要件中因為立法者已經設定了行為模式，因此在為行為的構成要件涵攝時，自然不能加以忽略此一特徵。往昔也多因定式構成要件中的先天限制，再加上形式且狹隘解釋構成要件雙重影響下，共同正犯於此就有很大的操作空間，因為共同正犯可以以共同行為決意為基礎，來突破構成要件的諸多限制。

就如同本文在第三章中所論及，學說及實務對於共同正犯在客觀面的補強，其實是相當不遺餘力地。尤其在定式構成要件中，論者就有提出共同參與的行為必須是就犯罪而言的重要行為<sup>20</sup>，也就是必須對於犯罪的實現具有實質重要性者；或是提出以客觀性的犯罪協議為基礎予以開展的見解<sup>21</sup>，都是一種限縮並加強客觀上延伸正當性的說法。這些說法的共同特色就是，試圖給予其他行為人在構成要件涵攝上的不足給予補強，讓共同行為人也受到一樣的歸責。不過回歸最基本的思考是，如果行為根本無法涵攝到構成要件中，為何要加以補足？意義究竟何在？

對此，本文選擇第一種可能性，即回歸構成要件的本質加以思考，在定式構成要件部分考量並接受立法者的訓示，因為既然立法者在此種規範中明白且以較為嚴格的方式表達其所欲達成的規範效果，那麼自然應受到該有的

---

<sup>19</sup> 本文在第五章第三節曾舉出，學理上或有在單一正犯的討論中指出，單一正犯的標準有問題之處在於既、未遂的認定上，其批評單一正犯理論以自身行為來判斷，難以既未遂的法理相吻合，參閱柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），2005年10月，第327頁。這裡也可以補充，若再從支配的角度切入，對於正犯，不管是自己實行或是利用他人，如果不從自身的行為判斷出發，而全然寄生在他人的犯罪判斷之上，恐怕才是也與既未遂的法理相違背，因為支配是取決於自己行為的判斷，他人的行為至多只是輔助判斷而已。

<sup>20</sup> 這就是功能性犯罪支配的立場，參閱 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.300ff.

<sup>21</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），第861頁。即使這是在單一正犯理論下的主張，不過在區分論中，就承認共同正犯與支配概念的前提下，這樣在客觀上已經有一定程度限縮的主張，則仍然具有相當的參考性。

尊重。而這可以導出以下的結論：在定式構成要件中，即使其他共同行為人有以共同行為決意為基礎的行為個別分擔，也無法據此涵蓋所有的構成要件，而視為完全構成要件的實現。這也可以說是，本文在廢除共同正犯概念後，回歸基本的單獨正犯判斷的最原始型態。詳言之，不論是如何地為實質判斷構成要件涵攝，立法者在定式構成要件中所決定正犯應具備的完整構成要件性要求是具有絕對性的價值提示，而這也是定式構成要件中基於參與犯獨立性所應接受的結論。

本文此處的主張，是與傳統持共同正犯肯定看法的通說與實務相差甚遠。本文採酌的理由如下：首先，在解釋上，未遂犯與既遂犯毋寧只是犯罪成立要件多寡的問題而已<sup>22</sup>。不論是既遂犯或是未遂犯都不應偏離原本犯罪的處罰目的，因此既遂犯與未遂犯不是一個截然兩分而有本質上差別的兩組概念。這點也可以藉由學理上的多數說法對於未遂犯與既遂犯兩者間的關係是採取不真正競合的「競合解決論<sup>23</sup>」得到一些印證。其次，在量刑上，未遂犯的刑罰也不必然是輕於既遂犯，而是採取個案情形判斷，這自我國刑法第 25 條第 2 項規範的法律效果是「得」按既遂犯之刑減輕，非為必減，亦可得知。最後，基於構成要件的明確性有針對國家的特性存在，要求明確之目的在讓人民對於國家的高權處罰行為會有可預測性，因此在立法者已經明白限定行為模式的定式構成要件型態，自然就應受到該構成要件的拘束而不得任意加以擴張或有所逾越。

---

<sup>22</sup> 參閱黃榮堅，論偽造文書之行使行為—評 92 年度台上字第 2293 號等判決，第 80 頁。或是也可以依循著蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，第 179 頁註 50，從規範論的角度來解析：「法規範只能夠在行為時發揮作用，其所以禁止或影響的，永遠只是行為人的『行為』。至於緊接於行為之後所發生的因果流程與結果，則是受到自然法則的支配，而不再是人類社會法律規範所能禁止或影響者。用比喻的方式來說，法律只能夠禁止一個人開槍，而沒有辦法阻止已經被擊發的子彈繼續前進，沒法辦法阻止它擊中被害人。因此，一個行為的不法要素應該是在行為當時便已被確定，至於行為後才發生的事實（如因果流程以及隨後被引起的結果），只會影響到需刑罰性的高低，僅受到偶然的自然因素左右。」

<sup>23</sup> 對於未遂犯與既遂犯之間的關係，究竟是要採取「構成要件解決論」或是「競合解決論」，可以參考蔡聖偉，未遂犯的「前審查要件」，第 405 頁的討論。

以下可以再以本文第三章所提示的兩個案例，依照本文立場來重新思考一下<sup>24</sup>。在【案例 1】中，由於某乙與某丙為施行詐術的主行為人，而某甲與某丁雖未充足構成要件白要求，但在各行為人均已為著手實行下<sup>25</sup>，加上無阻卻違法與罪責事由存在，應只有而且也僅止於成立詐欺（得利）罪的未遂犯。至於【案例 2】的情形，動手的某甲就普通搶奪罪及加重搶奪罪部分，其行為已經符合構成要件的要求，且無阻卻違法與罪責事由存在，因此可以成立既遂犯，但是某乙的把風行為則至多應只有產生財產法益的直接危險而為未遂<sup>26</sup>，且僅止於未遂而已。原因在於搶奪罪是定式構成要件，立法者已然限定了如何的行為方式才是完整實現構成要件，也才會成立既遂犯。至於進一步某甲產生的重傷結果責任，某甲固然應基於傷害致重傷罪的結果加重規定而須加以負責，某乙則可以行為時無法預見而無故意來加以免除<sup>27</sup>。

---

<sup>24</sup> 至於通說立場的解釋請參考本文第三章第一節、第一項。

<sup>25</sup> 至於依照「主客觀混合理論」的說法，這裡全部行為人的行為應該都是依照行為人於行為時腦中的藍圖判斷，已具備對保護法益的直接危險等，也就是已經達到著手實行的程度。主客觀混合理論的內涵等可以參考游明得，論刑法上著手實行的判斷－判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌第 7 卷第 1 期，2005 年 6 月，第 158 至 159 頁

<sup>26</sup> 不過加重搶奪罪的立法正當性本身就有相當多的問題，這部分的討論可以參閱游明得，加重竊盜罪之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1997 年 7 月，第 180 頁以下。

<sup>27</sup> 至於可否依結果加重犯的規定讓某乙也對此負責，是共同正犯在結果加重犯中如何實踐的問題，可參閱本文第六章第二節的論述，結論也是單獨的結果加重犯成立要件依個別判斷具備與否。然而此處另一個值得討論的問題是，在論罪上，加重搶奪罪並沒有結果加重犯的規定，所以最後是否會是刑法第 326 條第 1 項加重搶奪行為的既遂犯再加上第 325 條第 2 項重傷結果，兩者組合下的結果加重犯？即使認為這裡成立強盜罪，問題也一樣存在。這個競合上可能產生的問題，事實是不當的結果加重犯此一競合上的特別規則立法所致。

### 第三目 客觀面的判斷可能性二—採取定式的單一模式<sup>28</sup>

雖然區分定式與不定式犯罪的區分，在學理上討論刑法分則各個犯罪時，隱然是一個常用的說法與理解方式。不過其區分界限仍然有其詮釋上的極限與歧義性存在，而且欠缺實證上的明確支持。因此，既然立法者在刑法規範中已然明白表達其所欲達處罰的行為模式，儘管在理解或釋義上對個別定式的構成要件內容解釋可能有歧義性的存在，但要貫徹回歸原始單獨正犯的解釋，則可能有的行為互補，進而交互歸責使共同行為人負擔同一之罪名，就應該被加以排除。換言之，構成要件應係「全為定式」的解釋，而不論是如何地為實質判斷構成要件涵攝，立法者在構成要件既然已經全部設定有規範的「定式」，據此所決定正犯應具備的完整構成要件性要求也就具有絕對性，而不可藉由他人的行為來加以補充。

上述兩種可能性的判斷會有差別之處主要會是在殺人與傷害罪等認為是不定式犯罪的判斷上，因為這類犯罪在可能性一中是允許有以實質判斷互補的可能性，而在可能性二中是全然加以排除。事實上，上述二種可能性的判斷與結論，與傳統完全肯定且擴張共同正犯的說法已經全然不同，甚而可能性二的說法更是全然與通說在各個問題的判斷上背道而馳而無交集的空間。從而，回到本文第三章所提示的兩個案例，採取定式的單一模式與前述第二目中的判斷過程與結論也均相同，不會有所更動。

由於定式與不定式構成要件的界限其實並不是如此清楚，而且限定行為模式與否都可能只是釋義者的自行臆測，尚非現行刑法理論上的必然區分，則定式與不定式構成要件的區分可能不是在理解構成要件上的唯一選項。從而，如果要一貫延伸本文對於傳統共同正犯概念的否定立場，則針對構成要件作全然限定模式的思考則勢不可免。

---

<sup>28</sup> 感謝指導教授甘添貴教授就此提出指正：「有關定式與不定式構成要件的劃分：前者是立法者限定行為模式，如竊盜或搶奪等；後者則是不限定行為模式，如殺人與傷害。是引自何處的見解？即使是限定行為模式的說法，如搶奪有各種方式，詐欺如電話等都可以，與殺人與傷害何異？如果區分沒有意義就不要強加引進。」本文將此思考加以貫徹出另一種客觀判斷全依定式的可能性，並作兩案並陳。

## 第二節 共同正犯部分相關概念的重新理解

### 第一項 概說

本文在前述第一節討論的是，在共同正犯概念解消後，一些原本納入共同正犯延伸處罰者，是否仍有擴張空間，重點置重於如何重新為構成要件的涵攝。不過，本文最後要處理的，將是一些零星的週邊概念。這些衍生於共同正犯概念中（如相續共同正犯），或是與共同正犯的成立原本有一些衝突者（如過失的共同正犯與結果加重的共同正犯），在本文的立場下，應重新呈現出如何的樣貌，則是本文以下的闡述重點。

至於一些本文在前述已經論述過的概念如「預備罪的共同正犯」<sup>29</sup>，與在通說立場下，從基本要件即可加以否定者之「片面共同正犯」<sup>30</sup>，本文下述則不再加以討論。

---

<sup>29</sup> 本文於第三章第一節、第一項、第一款、第二目中已經說明，不但在第 28 條的立法理由中已然明白否定預備罪的共同正犯的成立，且如果主張預備犯是要符合嚴格意義的法定構成要件方得成立，那麼預備罪的共同正犯也根本沒有成立的空間。更重要的是本文主張著手實行為單獨正犯處罰始點，因此預備罪的共同正犯，不僅不是共同正犯，充其量不過是單獨正犯一般處罰類型以外的例外處罰規定，是另一種形式的「單獨正犯」。

<sup>30</sup> 問題的分析與解說可以參考余振華，刑法總論，第 408 頁以下。通說建構下的共同正犯是以共同行為決意為串連的基礎，所以若是共同行為人間沒有共同意思的交流根本就稱不上是共同正犯，因此片面共同正犯在通說的立場下，認為是共同行為人沒有彼此間的瞭解與共識，本來就不會成立共同正犯，如林山田，刑法通論（下），2008 年 1 月，第 78 頁以下就極力主張傳統通說與實務使用「犯意之聯絡」名詞指向概念意涵之不足；通說見解可以參考 Schönke/Schröder/Cramer/Heine, StGB, 2008, vor §§25 Rn.80f；不過衍生出此一問題的重要不同見解，認為只要有「配合決意（Einpassungsentschluss）」為已足的看法可以參閱 Jakobs, Strafrecht AT, 1993, S.617f，中文文獻則可以參考李進榮，共同正犯之未遂，政治大學法律學研究所碩士論文，1998 年 1 月，第 158 至 162 頁的介紹。由於本文則因為根本上否定共同正犯概念的存在，自然也不會依據所謂的「共同行為決意」而認為於此欠缺相互瞭解的「片面」，因此採行否定成立共同正犯。



## 第二項 共同正犯週邊概念的重新演繹

### 第一款 過失的「共同正犯」

#### 第一目 過失的共同正犯就是過失的單獨正犯

過失的共同正犯是一個在傳統共同正犯範疇中討論熱烈的議題，除了傳統因為共同正犯的「故意性」而加以否定之外，試著為其重建標準的文獻也不在少數<sup>31</sup>。不過本文基於對共同正犯概念的否定，因此也無庸承認過失的共同正犯存在的必要<sup>32</sup>。

從而，過失的共同正犯概念在本文的立場下，已經轉為對個別行為人成立單純過失犯與否的認定。傳統認為過失的共同正犯產生緣起係為了個別因果關係認定上所可能產生的「漏洞」，在本文立場下，基於對罪疑唯輕與罪責原則的認知，這本是刑法上應該堅持的基本原則，試著要去硬性填補才是違反刑法上的釋意規則；而這樣的「漏洞」本身是否可稱為漏洞，更是一個值得反省之處。至於以所謂的創新因果關係說法來加以強化，則根本是違反個人主義刑法下的個別判斷原則，似乎也並不足採。

綜上，過失的共同正犯的討論重心，在本文的討論脈絡下，應該脫離原先尋找能加以涵括在共同正犯內的新形成標準，而回歸到更基本的「過失」認定爭議之上。

#### 第二目 重點在於過失認定的紛爭

既然論及過失犯的個別單獨正犯認定，這裡也很難避免須先確立過失的

---

<sup>31</sup> 如 Häring, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte, 2005, S.362ff; 也有從風險來源的掌握為出點來加以建構者，如 Sánchez Lázaro, Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte, 2007, S.44ff.

<sup>32</sup> 也有學者基於單一正犯理論下的思考，而與本文相同，採取過失共同正犯否定論，且回歸基本的過失犯個別認定的看法，參考黃榮堅，論共犯，載於「刑事法學之理想與探索」(一)/甘添貴教授六秩祝壽論文集，2002年3月，第350至351頁；同作者，基礎刑法學(下)，第868頁。

內涵如何。不過本文無意在此作理論或標準選擇的完全論述，因為本文所要處理的核心是在於共同正犯的解構，過失犯如何認定就只是次要，而不須在此勉強要樹立一致性的看法。從而，以下僅為略述過失認定的要素選項，及其在法制上的演變經過。

在古典犯罪理論時期，過失概念僅存身於罪責階層。而此即為本文在之前所論述，十九、二十世紀時的法實證主義影響所致。最著名者為當時採取的是因果行為論與心理罪責論，過失既然是一種純然的主觀心態，自然會被歸類於罪責中<sup>33</sup>。當時的過失內涵是「能注意卻未注意」，是行為人主觀上對於法益漠視的一種心理態度<sup>34</sup>。

之後目的行為論出現，對傳統的過失概念產生了相當的衝擊，而衍生了所謂的「雙重審查體系」。此時，發展為在不法的檢驗要素中出現了過失專有的「注意義務」要素。論者更進一步將客觀之注意義務違反定位成「構成要件要素」<sup>35</sup>。上述兩種立場共同的地方，就是透過客觀注意義務的侵害來建構過失犯的行為不法，而將行為人的個別能力當作罪責要素（主觀之注意義務違反性、主觀之預見可能性及避免可能性）<sup>36</sup>。

近年來由於學理上對注意義務的極大化下，已然扭曲原來為了避免產生處罰漏洞的原意，故反對注意義務為過失處罰的要素之一說法，已然十分高漲<sup>37</sup>。這時有兩個發展方向十分值得注意，同時也是目前過失概念發展的兩大主流。一為將「主觀之預見可能性」由罪責階層層升至不法階層，以行為人個別之預見能力當作（主觀）構成要件要素<sup>38</sup>。另一則是近年來已在構成要件

---

<sup>33</sup> 如韓忠謨，刑法原理，1982年4月，第83、179頁以下。

<sup>34</sup> 國內有文獻稱其為「舊過失論」，如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2006年6月，第106頁；廖正豪，過失犯論，1993年8月，第69至70頁。

<sup>35</sup> 參閱 Welzel, StGB, 1965, S. 136 f.

<sup>36</sup> 國內有文獻據此稱為「新過失論」，如余振華，刑法總論，2011年8月，第175至176頁；廖正豪，過失犯論，第70頁以下。

<sup>37</sup> 如黃榮堅，基礎刑法學（上），第410頁以下。

<sup>38</sup> 或稱為「個別化理論」（die individuelle Theorie），如黃榮堅，基礎刑法學（上），396頁以下；許玉秀，探索過失犯的構造—行為人能力的定位，載於「主觀與客

中取得相當主導地位，也是本文在判斷因果關連的重要原素－客觀歸責論的影響。論者甚至宣稱要以此完整取代傳統過失要素的檢驗<sup>39</sup>。不過本文也要指出，這兩個發展走向不是全然互斥且須擇一，而是在採取個別化理論之時，也可能同時採用了客觀歸責這個概念；至於客觀歸責能否全面取代過失概念的認定，則是另一個未來發展十分令人關注的走向了。

綜上可知，所謂過失的共同正犯概念，在卸除掉「共同正犯」這道令人束縛的桎梏後，其實就只是過失的個別認定而已，因為過失的共同正犯，也不過就是在討論過失犯的個別質上的集合。因此，依照本文重新理解傳統過失的共同正犯的發展後，應導正為其實只是在討論個別過失犯的成立，而非如何成立過失的「共同正犯」。

## 第二款 結果加重的「共同正犯」

### 第一目 結果加重犯的基本結構

#### 壹、爭議甚大的基本結構

我國通說一向認為，結果加重犯是綜合故意與過失的不法構成要件。對於基本構成要件須出於故意，對於加重結果則是限於過失<sup>40</sup>。我國刑法第 17 條即就此加以規定主觀要件的限制。至於客觀要件的構成，則於分則中分別加以規定。

至於我國實務，對於基本構成要件行為與結果間的連結，歷來均以刑法

---

觀之間」，1997 年 9 月，第 203 頁以下。

<sup>39</sup> 參閱 Roxin, Strafrecht AT-1, 2006, §24 Rn.10.

<sup>40</sup> 參閱林山田，刑法通論（下），2008 年 1 月，第 205 頁。學理上也有以德國法的情形為例，認為結果加重犯包括「故意加故意」的型態，因為德國刑法第 18 條規定，行為人對於加重的結果至少應有過失，才能成立結果加重犯，故應包括過失、輕率，甚至未必故意，參考許玉秀，最高法院 78 年台上字第 3683 號判決的再檢討—前行為保證人地位與客觀歸責理論初探，載於「主觀與客觀之間」，第 292 頁註 7。

第 17 條的「能預見」為依歸，而未明認，結果加重犯的加重結果以過失為證立的要件<sup>41</sup>。並嘗試為此與故意加以劃分。亦即，故意的預見是「主觀上有預見」，而此處的預見則是「能預見的客觀情形而言」<sup>42</sup>。因此，一般認為我國實務對於結果加重犯並不要求後一型態須為過失。對於「能預見」的實際判斷準則，參考部分文獻的理解，已十分接近相當因果關係的展現<sup>43</sup>。

除此之外，依著行為與結果之間的因果關連基本要求，這裡也普遍認為基本構成要件行為與加重結果間應具備因果關係及客觀歸責<sup>44</sup>，而實務上也呼應而以相當因果關係而為判斷<sup>45</sup>。此外，另有援引德國刑法第 18 條的類似立法與實務發展，另主張基本犯罪與加重結果間也必須具備危險關係之「直接關連性」<sup>46</sup>。

---

<sup>41</sup> 如最高法院 24 年上字第 1403 號判例、29 年上字第 1011 號判例、47 年台上字第 920 號判例，及 88 年度台上字第 3569 號判決（刑二庭）等。

<sup>42</sup> 如前述的最高法院 47 年台上字第 920 號判例、91 年度台上字第 50 號判例，且此一用語直到 93 年度台上字第 260 號（刑十二庭）、94 年度台上字第 3074 號（刑九庭）、95 年台上字第 1716 號（刑八庭）、99 年度台上字第 174 號（刑十三庭）判決中最高法院仍予援用，而未有改變。

<sup>43</sup> 如褚劍鴻，刑法分則釋論（下），2004 年 2 月，第 953 至 954 頁：「如當時行為人不能預見其發生，則對於結果，無因果關係之聯絡，即無加重結果處罰之適用」；同作者，刑法總則論，1995 年 12 月，第 130 頁：「但所謂能預見，在行為人有此預見，固可構成，即可能預見，而不注意者亦屬之，故應包括過失之情形在內。」

<sup>44</sup> 僅參考林鈺雄，新刑法總則，第 97 頁。

<sup>45</sup> 如最高法院 92 年度台上字第 5223 號判決（刑十庭）只說明了因果關係的要求，但是最高法院 32 年上字第 1206 號判例，與 88 年度台上字第 3596 號判決（刑八庭），甚至是新近的 95 年度台上字第 1716 號判（刑八庭）決等，則直接說明應採取相當因果關係。

<sup>46</sup> 蔡蕙芳，結果加重犯的共犯問題，月旦法學雜誌第 118 期，2005 年 3 月，第 20 頁；同作者，德國法上結果加重犯歸責理論之研究—以傷害致死罪為例，載於「Lothar Philipps 七秩祝壽論文集」，2004 年 3 月，第 264 至 276 頁。主要著眼點在基本行為與加重結果之間存在特別的風險關係，尤其存在於故意基本行為與過失加重結果的組合，參閱林鈺雄，新刑法總則，第 93 至 94 頁；黃惠婷，結果加重犯的直接關聯性，台灣本土法學雜誌第 69 期，2005 年 4 月，第 170 頁以下。這裡的「直接性」可以參考黃榮堅，犯罪的結合與競合，載於「刑法問題與利益思考」，1996 年 3 月，第 501 至 502 頁所舉之例：「被毆打而逃跑之婦女，從陽

## 貳、反對存在正當性的說法

如果單從實定法已加以規定結果加重犯的型態，那麼肯定結果加重犯的存在，並沒有問題。但是若自實質面去思考，會發現結果加重犯其實隱含問題不少本質上的問題。學理上就有以「欠缺加重理由」、「違背公平原則」等瑕疵，而提出以德國法上「輕率過失」立法為參考的補救措施<sup>47</sup>。也有主張廢除我國刑法第 17 條，而個案式地限於同一客體情形方得成立結果加重犯的看法出現<sup>48</sup>。來正當化或否定結果加重犯，這種競合上特別規則的採用。

### 第二目 結果加重的「共同正犯」肯定與質疑

結果加重犯的複雜，其實是在於基本行為與加重結果之間的連結如何能夠承受重刑的負載，其飽受批評之處也是在此。如果加上共同正犯型態的介入，狀況就變得更難收拾。因為共同行為人間對於加重結果若要負責，是要採取如何的要求，才能既符合共同正犯擴張上的便利性，又能兼顧結果加重犯前後風險的關連？而難題又出在基本行為與加重結果間通說認為是以「過失」作為串連要素。

結果加重的共同正犯是否可以加以肯認，在學說上有認為，基於對過失的共同正犯的反對，就加重結果部分，既然是過失犯，也就各自判斷各個行為人是否符合結果加重犯之成立要件，尤其是各該行為人對於加重結果無預

---

台墜落而死亡，則行為人不負傷害致死罪之責任，因為傷害致死罪的規定，是用來防止因傷害行為致生加重結果的特別危險。因此如果死亡結果的發生，是由被害人自己或第三者的行為而來，而不是直接由傷害行為獨特的危險所造成，自然不能要求行為人就加重結果而負責。」來加以理解。至於德國法上的諸般說法可以參閱趙彥清，結果加重犯的歸責基礎，政治大學法研所碩士論文，1999 年 7 月，第 71 頁以下的整理。

<sup>47</sup> 也就是把輕率過失的概念輸入結果加重犯的規定當中來解決問題，參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），第 425 頁以下。相關介紹可參考陳友鋒，數人參與下之結果加重犯—兼評最高法院 100 年度台上字第 6904 號判決，載於「100 學年度中國文化大學刑事法研究中心—數人犯罪學術研討會」，2012 年 6 月，第 13 頁。

<sup>48</sup> 柯耀程，論加重結果犯，載於「變動中的刑法思想」，2001 年 9 月，第 187 至 190 頁。



見之可能性<sup>49</sup>。而也有與實務採取相同的認定方式，認為可以成立結果加重的共同正犯者<sup>50</sup>。而在德國法上早期也是多採取肯定的看法<sup>51</sup>。

## 壹、我國實務界的重視與發展

我國早期實務是採取過失要件忽略的看法，即若是結果加重犯有可能係二人以上的共同基本構成行為所造成者，只要能認定被害人的加重結果與共同正犯的共同基本構成要件行為具有因果關係，且各行為人均具基本構成要件之共同行為決意者，即可以成立本罪的結果加重的共同正犯，而無必要認定被害人的加重結果究係何行為人所加的傷害所導致<sup>52</sup>。不過近來已經有所改變，是以個別行為人客觀上之「能預見」認定為基礎，若具備者可連同之前的基本故意犯罪，再整合出可以成立結果加重的「共同正犯」<sup>53</sup>。

---

<sup>49</sup> 如陳友鋒，數人參與下之結果加重犯一兼評最高法院 100 年度台上字第 6904 號判決，第 24 頁；林鈺雄，新刑法總則，第 454 頁。換言之，這裡是沒有結果加重犯的共同正犯之可言。

<sup>50</sup> 如黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，2009 年 1 月，第 214 至 215 頁。德國傳統見解也是以就基本構成要件共同行為人有故意與共同行為決意，再加上對加重結果各有過失來建構，如 Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S.186 所示。

<sup>51</sup> 參閱 Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, S.186，不過如此看法早有學者多所質疑了，參閱 Renzikowski, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.295f 的整理。

<sup>52</sup> 如最高法院 69 年台上字第 931 號，最高法院 27 年上字第 755 號，43 年台上字第 221 號判例，69 年台上字第 1931 號判例等。學說上有以「兩人共同實施基本犯罪時，發生重結果的高度危險事態，都共同存在於行為人全體，且共同行為人既共同實施含有發生重結果高度危險的基本犯罪，違反以一般為標準的客觀注意義務，可以視為是個別行為人所共同具有。因此，行為人中一部分人的過失而發生重結果時，其他共同行為人對於重結果的發生，得認為是違反客觀注意義務，而成立構成要件的過失。」，參閱甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 274 至 275 頁。

<sup>53</sup> 最高法院 91 年台上字第 50 號判例：「共同正犯在犯意聯絡範圍內之行為，應同負全部責任。惟加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍；是以，加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言。從而共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預

## 貳、肯定論者無法避免的內在瑕疵

如果排除對結果加重的共同正犯立法正當性的質疑，那麼進一步才需要思考其成立共同正犯的可能。若單就基本構成要件的故意形式，一般而言，成立共同正犯是沒有困難地。重點就在於沒有行為依附，而只是單依一個主觀過失就要建構出加重結果的共同歸責，此點備受質疑。這裡的內在矛盾其實已經不言可喻。此外，傳統對於過失的共同正犯採取否定論<sup>54</sup>，也促成了成立上的障礙，因為結果加重犯要成立，必須是對加重結果有預見可能性或過失的存在，而承認結果加重的共同正犯不啻與上述的通說立場相反。這樣的看法，即使依實務見解對於加重結果部分犯只依刑法第 17 條要求為「客觀上能預見」即可，上述瑕疵仍然無法避免。因此，不論是基於通說的過失的共同正犯否定論，或是如本文前述建構的過失犯只是過失的單獨正犯個別判斷，這裡都沒有共同正犯能存在的空間<sup>55</sup>。

因此，與其要強硬再以共同體的概念去理解整個結果加重犯，然後慎重其事地為其能否裝扮上共同正犯的亮麗外衣而大費周章，本文認為，不如回歸最基本的正犯主觀意思在個別情形有無可能認知，為其一貫的判斷標準<sup>56</sup>。從而，行為人於共同行為決意的範圍內，實施共同行為若因此產生加重結果，而且這個加重結果又為其他行為人所能預見者，則共同正犯中的各個正犯均應共同負擔結果加重犯的刑事責任。這也與目前最高法院的實務見解結論相近。不過如果結果加重的共同正犯已然走到如此的困境，且個別性已突顯到如此地步，那麼堅持要成立結果加重的「共同正犯」，來補充彼此行為的不法性，

---

見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷。」，之後的最高法院如 99 年度台上字第 4997 號判決（刑一庭），100 年度台上字第 6904 號判決（刑十一庭），也多遵循此一立場，其他實例可以參考林鈺雄，新刑法總則，第 455 頁註 66 的整理。

<sup>54</sup> 僅參閱甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，第 273 頁。

<sup>55</sup> 當然如果是採取許玉秀教授的看法認為結果加重犯不限於故意加上過失的單一型態，是否仍能依通說觀點自己加以否認則有討論餘地。

<sup>56</sup> 參閱謝開平，穩步向前—最高法院九十二年度刑事實體判決回顧，台灣本土法學雜誌第 65 期，2004 年 12 月，第 156 頁。

意義何在，恐怕更值深思。

### 第三目 癥結在結果加重犯的本身

由於本文對於共同正犯此一概念是採取否定的看法，而認為只要回歸個別單獨正犯的解釋即可。在結果加重犯，也只要採取個別性的故意基本構成要件行為，加上過失導致加重結果產生，各行為人均個別且獨立判斷即可。因此，國內多數說法與近期實務的「判斷方法」，在判斷的方向上，本文可以贊同，不論對於加重結果是採取過失概念的賦加，或是立法條文第 17 條「能預見」的限縮，只要是個別性的判斷都行。不過對於「判斷結果」通說與實務認為須援引共同正犯的成立，本文以為不論是單純理論的推衍，或是現實的要求上都根本沒有必要，因為共同正犯的本質就是單獨正犯質的集合而已，故上述的判斷只要基於正犯的個別性要件斷即可<sup>57</sup>。從而，於此要成立共同正犯自然不在本文的同意之列，須予辨明。

### 第三款 不作為的「共同正犯」

#### 第一目 非為單純兩種概念的結合

刑法上的不作為（尤其是不純正不作為犯），本來就是饒富爭議的議題<sup>58</sup>，如

---

<sup>57</sup> 如陳友鋒，數人參與下之結果加重犯—兼評最高法院 100 年度台上字第 6904 號判決，第 25 頁該文提出的結果加重犯的改造意見：「在數人參與下之結果加重罪，源於對本法第 17 條之重新建構使然，應認並無第 28 條至第 30 條規定之適用餘地。實定法上，數人參與而違犯結果加重罪者，應視之為同時犯進行定罪科刑。立法論上，則建議考慮全面捨棄正犯共犯二元體系，並進一步將第 17 條明定為單一犯罪類型之可行性」，與本文的結論相近，但推論過程則容有不同。

<sup>58</sup> 尤其是作為與不作為根本上是否要予以區分此一爭議。實則，作為與不作為的區分，在早期，還是基於一種身體動靜而來的區分，這是一種自然上的區分。不過到晚近，這已經是刑法上的概念演繹：作為是一種違反刑法上的禁止義務，不作為（純正不作為犯）是一種違反刑法上的誠命義務；至於不純正不作為犯純粹是構成要件行為的演繹問題。說穿了，都是一種刑法上的義務的違犯，只是語言邏輯使用上的不同。只是，侷限於傳統的不作為認定上居於弱勢的看法，通說與實務才進一步一直發展出要強化不作為與作為等價的要件。事實上，作為與不作為，可說都是一種刑法上的行為型態，是否有一定要如何區分的實益存在？也頗值懷

果再加上共同正犯，問題看來似乎就更加複雜。這裡的複雜因為同時發生在共同正犯的主觀與客觀要件認定上。先就主觀要件而言，兩人以上的共同行為人，必須先肯定有形成「共同的不作為決意」的空間，接下來才有可能再面對客觀要件的「共同不作為」的檢驗。對此，學說上多半不否認有成立的可能<sup>59</sup>。至於往昔覺得有所困難，原因在於對於不作為概念認定上的狹隘所致，因為早期對不作為認為是以身體的靜止為標準，就此要成立所謂「不作為」的共同行為決意乃至共同行為的實施，自然是相當困難<sup>60</sup>。然而現今的不作為犯概念（更精確地說是指不純正不作為犯），已然位移為「應為而不為」的規範層次<sup>61</sup>，此自我國刑法第 15 條亦可以印證<sup>62</sup>。

---

疑。而也正因如此，因此有雙重行為概念討論的產生。因此，不妨重新思考作為與不作為事實上可能都只是解釋上的問題而已。或者也可以採取另一種參考定式與不定犯罪（構成要件）規定模式的思維：立法者原始的作為或不作為（純正不作為犯）規定意願須予尊重；只有當立法者在部分犯罪的構成上有意模糊時，針對分則的不定式犯罪，此類犯罪是以結果加因果關係限縮出實行行為的態樣；這時作為型態固然可能，不作為的型態以刑法第十五條的保證人地位，也可加以推導出。而若兩者都可能時，即可以法條競合來加以解決。故若是不定式犯罪類型，這時才有解釋的空間，而且解釋上也不是一分為二，而是兩者都有可能構成的競合問題。至於定式犯罪則是依法條形式直接判斷是作為犯或是不作為犯，沒有不作為的成立空間。最後，可以參考黃榮堅，基礎刑法學（下），第 731 頁所做出的註解：「所謂作為與不作為，是對於該當於不法要件之行為的描述而已。作為與不作為的概念並不是不法要件的一部分，和犯罪的罪名無關。因此對於同一行為，基於作為概念所構成的過失致人於死罪，和基於不作為概念（不純正不作為犯）所構成的過失致人於死罪，罪名都一樣是過失致人於死罪。」更可以促使我們深刻反省上述作為與不作為硬性區分是否是為應然？

<sup>59</sup> 參閱余振華，刑法總論，第 406 頁；林山田，刑法通論（下），第 277 至 278 頁。不過學說上普遍也指出，如果不作為的共同行為人間都已具備了身分與其他要求的要求，這裡也沒有討論共同正犯成立的必要，如 Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 2008, §25 Rn.79；Roxin, Strafrecht AT-2, 2003, §31 Rn.173.

<sup>60</sup> 可參閱 Roxin, Strafrecht AT-2, §31 Rn.171 的提示說明。

<sup>61</sup> 參閱 Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S.44ff；Bottke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S.142ff.

<sup>62</sup> 此外，許玉秀，最高法院七十八年台上三六九三號判決的再檢討—前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探，第 287 頁：「不作為所發揮的是不干擾的功能，這個不干擾的功能，在自然的觀念上，就是沒有作用的意思，如今這個無的作用，竟被評價為有，完全因為這裡的不作為不被認為是自然概念的不作為緣故…違反義務的不作為不是自然



上述所談到的是不作為犯與不作為犯，通說肯認有共同正犯的成立空間。另外，比較有爭議的是，作為犯與不作為犯間是否可能構成共同正犯，有基於不作為犯都可能構成，自然就此加以肯定<sup>63</sup>，也有認為不作為本即落居補充地位，認為此時不作為部分充其量只成立幫助犯<sup>64</sup>。

## 第二目 關鍵在於身分與不作為的判斷上

對於上述通說的討論議題，本文認為已經配合不作為由自然概念轉為規範概念，也因此，不純正不作為的共同正犯討論的方向至少是先已有一個有共識的基礎上發展。不過要根本解決不作為的共同正犯概念，要從兩個方面著手：

### 壹、保證人地位(或是作為義務)的「身分」認定

然而，對於不作為犯與不作為犯間是否有成立共同正犯的空間，真正該討論的問題在於：如果認為不作為成立上所要求的作為義務或保證人地位也是一種特定關係的「身分」<sup>65</sup>，則不具身分者是否可以成立共同正犯？學理上所舉之例多半是各共同行為人間身分的要求已然具備，接著下來才檢示有無共同行為決意與共同的不作為。問題是，如果保證人地位或是作為義務，此一「身分」要求已然具備，則共同行為決意與共同不作為的認定問題也早已解決大半，討論的實益又有何在？因此，這裡的問題可以解析為，如果共同行為人間其不作為的身分要求已然具備，那麼討論的實益不大，因為這等於是在討論，除了身分以外其他要件是否可以借助共同正犯的不法加以補足，而這其實就是在討論單純的共同正犯，而不是在另立標題討論「不純正不作為的共同正犯」。

對此，本文在第四章第三節已然說明，單就身分的要件欠缺是否可能被補正？從構成要件的等價性以觀，僅就身分特別擬制已經是一種不平等，而且從本文解

---

概念上的無行為，而是規範概念上的有行為。」實可謂相當清楚的註腳。

<sup>63</sup> 如 Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, §25 Rn.79; Roxin, Strafrecht AT-2, §31 Rn.174; 林山田, 刑法通論(下), 第 279 頁; 余振華, 刑法總論, 第 407 頁。

<sup>64</sup> 如 Jescheck/Weigend, Strafrecht Lb, 1996, S.681f.

<sup>65</sup> 林山田, 刑法通論(下), 第 143 頁。Puppe, in: NK-StGB, 2005, §§28,29 Rn.72; Murmann, in: SSW-StGB, 2009, § 28 Rn.8.



析共同正犯是單獨正犯質的集合本質以觀，欠缺身分的共同行為人也斷無因與有身分之人共同為之，即取得身分欠缺瑕疵補正的效果。這不管是在定式或不定式構成要件也都沒有作不同處理的空間。因此，如果具備了身分要素，才算是對犯罪具有實質性的支配。

綜上所述，若不作為的共同正犯不是在上述前提身分已然具備，而是要藉由不純正不作為的共同正犯概念來加以補足身分，在本文的立場下，恐怕是一種不具正當性的說法<sup>66</sup>。

## 貳、其他不作為的要件亦須相同對待

摒除對於身分的處理，接下來要判斷其他不純正不作為犯的成立要件，如作為可能性、等價性乃至因果關係與客觀歸責等<sup>67</sup>。這些要件（尤其是作為可能性與等價性）主要是在呈現不作為在規範層面上的支配性，也是共同不作為決意與共同不作為之上。依我國學說與實務的見解，這些要件的欠缺當然可以借助共同正犯的概念來加以補足<sup>68</sup>。從而，不論是不作為犯與不作為犯的組合（如第三章第一節、第三項中提及的「皮革噴霧劑案」），或是作為犯與不作為犯的組合，都當然可以想像出共同行為人間的共同「不作為」決意，與共同的「不作為」，來搭配組合成立共同正犯，而使其負擔同一責任<sup>69</sup>。

然而，在本文基於共同正犯否定的立場下，不管是德國法上基於義務犯理論，主要只置重於上述壹的個別保證人地位判斷；或是如我國法般，全部不純不作為犯的要件都可以加以補足的看法，這些所謂的不作為擴張顯然也都具有正當性欠

---

<sup>66</sup> 也可以觀察到在德文文獻中普遍未提到此類情形，這是因為德國刑法第 28 條本來就排除了身分的共同正犯的成立，因此在德國沒有討論的必要，在我國則有刑法第 31 條第 1 頁的擬制，須予辨明並有說明的必要。

<sup>67</sup> 許澤天，刑總要論，第 301 至 308 頁。

<sup>68</sup> 至於保證人地位或是作為義務在我國通說與實務的觀點，因為有刑法第 31 條第 1 項的支持，對於欠缺者也是可以加以補足。

<sup>69</sup> 於此的討論與德國法上實有不同，在德國法上，由於義務犯理論的出現，這裡的判斷普遍只要看共同行為人自身有無違反保證人地位的義務，而不須再檢示是否有所謂的行為分擔或犯罪貢獻，Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, §25 Rn.78f; Roxin, Strafrecht AT-2, §31 Rn.172f.

缺的瑕疵。因此本文毋寧主張應回歸個別不純正不作為犯的要件作行為人的個別認定，因為這是刑法犯罪論判斷的最基本要求，而此時各個構成要件係屬等價，也不會有「義務」一定凌駕或取代共同不行為「分擔」的特別考量。更甚而如此個別等價性要件的判斷，也可以排除在保證人地位或是作為義務上的擬制爭議，因為於此自然是以個別正犯是否能符合所有構成要件的質規定為基準。

因此，不作為的共同正犯，也只是（或應是）單純不純正不作為犯的個別檢驗而已。

# 第七章 結論

## 第一節 本文的釋義結構

本文「共同正犯概念之重塑」，提出重塑的動機只是想從目前學術與實務發展出發，將以刑法第 28 條為實證基礎的「共同正犯」概念，重新作一釐清，並提出共同正犯的本質應該回歸最基本的「單獨正犯」之「質」的理解。

### 第一項 無法正當化的基礎理論

在論述的架構上，本文於起始第二章討論的是先於共同正犯而可以上溯至羅馬法的參與概念。在談論何為共同「正犯」前，一般慣於對「行為人」的概念以緊縮行為人概念與擴張行為人概念來加以闡述。然而這二組概念，只是一個具有概念解釋意義的說法，更具體地說，僅係為後續的正犯與共犯區分論或一元論的概念，提供最早的解釋背景而已。行為人概念只是在訴求：什麼是刑法上要處罰的人。而基於罪刑法定原則的基本要求，這並不會也不能脫離對於構成要件的解釋。至於接下來在正犯性的認定上，本文在檢視了形式客觀理論、主觀理論，與包含犯罪支配理論的實質客觀理論後，主張由學說的演進史觀察可知，單純主觀或客觀面的要求都已遭到修正。因此嗣後不管是主流的犯罪支配理論或是主觀理論中的利益理論，都已逐漸趨向判斷不區分主客觀而一律包括在判斷背景之內，至於判斷標準則是採取實質性的認定。至於犯罪支配理論儘管已是德國法上的通說，尤其是 Roxin 教授的說法。本文也自許多面向提出對其理論本身的質疑，尤其是其理論大概只能說是具體描繪且建構了間接正犯的型態，其他類型的解釋多半只有驗證或附合了現行的操作型態而已。至於共同正犯的諸般正當化理論，由於所謂的犯罪共同，行為共同，乃至於共同意思主體說，這些文字上的堆砌都無法單純說明何以要處罰共同正犯，而即使援引間接正犯或相互教唆的說法，也只是更加治絲益棼罷了。

## 第二項 現行操作極大化的瑕疵

接續的第三章本文則主要在闡述，共同正犯在現狀擴張發展上的極大化。亦即，共同正犯目前是依附在四大支柱之上發展：共同行為實施、共同行為決意、創新的一體認定因果關係，以及「一部行為，全部責任」的法律效果，來加以建構與支撐。在共同行為實施面向衍生出「共謀共同正犯」與「預備罪的共同正犯」兩者的承認與爭執；在共同行為決意則是衍生出「過失的共同正犯」與「相續共同正犯」的承認；至於由過失的共同正犯發展出依共同行為一體性所作的因果關係認定，則是一種補充刑罰漏洞下的產物，這些種種都在促成共同正犯最極致的法律效果：只要共同行為人的其中一人已經達到著手實行階段，則其他共同行為人也均應視為已經著手於犯罪行為。至於共同正犯中的任何一個行為人所實行的行為若已使共同的犯罪達到既遂，雖其他行為人的行為尚未完成或仍屬未遂階段，甚或未達著手實行的行為階段，但全體共同正犯仍均可成立既遂犯。共同正犯最大的成與敗其實也就在此。因為凡此種種，都進一步突顯出了共同正犯背離了個人主義下發展的刑法既有理論體系。傳統以個人行為清算為原則發展的犯罪論，已因共同正犯概念與效果的極度擴張而面臨崩潰。問題的關鍵其實在於，如果行為人個人行為依據犯罪成立要件逐一檢驗，並不足以符合對於法益侵害的清算，那麼應是基本原則或要件要被重新檢驗或建構的問題，而不是本末倒置地單純依據法感而將有「可能」成立犯罪之人，逐一拉入到共同正犯的場域中一起論罪科刑。

## 第三項 共謀共同正犯的間接正犯性

至於有一些冠以共同正犯外衣的概念，本文認為其實應該排除在共同正犯的討論之列：首先，如通說與實務定義下的「共謀共同正犯」，不是構不上共同正犯的規範意義，就是根本已是間接正犯的展現。因此，共謀共同正犯已非為非典型的共同正犯，而可排除於共同正犯的討論之列。

## 第四項 必要共同正犯僅為個別構成要件的解釋

其次，與本文主題任意共同正犯其實並無關連的「必要共同正犯」，通說的必要共同正犯概念充其量只是個別分則構成要件解釋，實難以一般性的模式加以貫穿解釋，因此本文主張也應將這類原先劃歸必要共同正犯討論的犯罪，排除於共同正犯的討論圈中。

## 第五項 身分的共同正犯否定論

至於我國刑法第 31 條第 1 項規範之「身分的共同正犯」，由於其本質仍是正犯，而既然身分等資格在正犯範疇就已確立而不能被擬制的，即便援用共同正犯法理，也不能跨越這條界線。所以，其實還不須援引到本文對於共同正犯概念的質疑與拆解，就可以否定身分的共同正犯概念的確立。因此，身分的共同正犯也是可以排除在共同正犯討論範疇內的「非典型共同正犯」。

## 第六項 脫離與相續只是實質支配的正反論述

「共同正犯的脫離理論」則是一個也須排除在共同正犯討論範疇的議題。由於共同正犯脫離理論其思考的基礎也是一種以實質的支配為出發，而排除不應屬於共同正犯歸責圈的行為態樣。因此，本文毋寧將該理論理解成「以欠缺實質支配為標準而排除可成立共同正犯的討論類型之一」。共同正犯脫離理論應該也只是一種非典型共同正犯內的犯罪型態，而且是致力解構或排除共同正犯的適用。因為如果通說及實務對於現行法第 28 條共同正犯是一種努力擴張的建構，那麼共同正犯脫離理論充其量也只是在提醒，那些是根本上就應該被排除在共同正犯的歸責圈之外的犯罪型態。相對地與其相對應的相續共同正犯則是在討論那些應納入處罰。



## 第七項 現行共同正犯概念的否定

由上述共同正犯問題的諸般剖析可知，共同正犯已經到了不得不改弦更張，重新形塑的時刻。本文除了提出，共同正犯其實是單獨正犯質的集合的基本觀點外，也過犯罪實質支配的觀點重新加以驗證，之後在同時有未遂犯與既遂犯的行為人併存時，也提出在定式與不定式構成要件的分類下，後者仍有單獨正犯間相互支援及授與不法的可能存在，不過這不是遷就原本發展的共同正犯概念所做的折衷，而是基於犯罪實質支配與立法規定形式下，所應為的當然解釋。而若是採取只有構成要件只有定式性的前提，完全否定有單獨正犯間相互支援與授與不法的可能存在就是必然的結論了。

本文自第三章共同正犯概念的現狀與困境以下，先推衍出否定共同正犯概念的操作，基本的建構則是以參與犯的獨立性為判斷基礎。而如果再參酌單一正犯理論下主流說法的共同正犯，是在證明單一正犯理論中有討論與考量共同正犯的空間，只是單一正犯理論簡約化了這裡的思考。於此也可以得到在不同體系但同樣是支持犯罪檢驗成立的兩個重要概念：「支配」思維，與共同正犯「獨立性」的承認。從而，共同正犯已可謂只是個別犯罪的單獨正犯性質的人數上集合而已。只要注意的是各個單獨行為人對於各該犯罪皆為獨立判斷，能否支配各該犯罪的實現即可。至於現行刑法第 28 條是否有刪除的必要？從本文對於共同正犯的理解觀之，該法條已僅具有提示的效果，唯一功用在提示司法者共同正犯只是兩人以上共同實行犯罪，且皆為「單獨正犯」，如此而已。甚而如果要賦予其新的積極存在價值，毋寧可以認為這是對於本文立場的呼應，而訓示（或是提醒）不應忽略個別正犯成立的獨立性，以及刑罰判斷的個別性。

## 第八項 排除單純僅止於預備程度者

在進一步具體判斷上，本文就構成要件涵攝不會侷限於形式判斷，而將以實質性的支配判斷為出發，進一步再搭配其他的構成要件概念，來解離並

重建共同正犯廢除後的新秩序。從而，若是共同行為人間，有人僅止於預備犯的程度時，該行為人是不能藉著構成要件的涵攝或是依與其他共同行為人間彼此的利用關係，就加以提升到未遂，乃至於既遂的處罰層次。真正與以往共同正犯概念存在時的判斷，產生較大差異的情形為所有的共同行為人都已進入到未遂的層次，只是其中有行為人進一步完全實現犯罪而達到既遂之時。

## 第九項 定式犯罪解釋下的影響

由於區分為定式構成要與不定式構成要件的理解下，會呈現有不同的認定標準：不定式構成要件由於不限定行為模式，其構成要件的涵攝將會衍生出多種可能，而涵攝的標準如前所述，就是只要是可以支配犯罪構成要件實現者，也就是具有使構成要件實現的歸責關連者。而在定式構成要件部分則側重於立法者規定的制約，因為既然立法者在此種規範中明白且以較為嚴格的方式表達其所欲達成的規範效果，那麼自然應受到該有的尊重。故在定式構成要件中，即使其他共同行為人有以共同行為決意為基礎的行為個別分擔，也無法據此涵蓋所有的構成要件，而視為完全構成要件的實現。

本文基於定式與不定式構成要件的劃分純然是對立法者的臆測與假借，而且其區分上界分線的難以劃定，因此採取客觀構成要件只有定式可能性的觀點。從而，即使其他共同行為人有以共同行為決意為基礎的行為個別行為分擔，也無法據此涵蓋所有的構成要件，而視為完全構成要件的實現，將是唯一可能得出的結論。而行為人的個別行為在犯罪階層檢驗將僅止於未遂，也不會藉由其他共同行為人的行為互補而達到既遂的層次。

## 第十項 「支配」概念的具體化

本文嘗試重新解離與建構，儘管借助了許多現行法的概念，如歸責關連、三階理論的檢驗標準，參與犯的獨立性，實質性的構成要件涵攝標準，乃至定式不與定式構成要件等來加以佐證，但是要依「支配」概念重新形塑出真正更合宜的共同正犯原貌，本文仍無法避免在論述上也有一定程度的模糊空

間，例如不論是對於支配文字本身的定性、支配範圍的外圍究竟如何，更甚而是定式與不定式構成要件區分的一線之隔上。本文只是期待以拋磚引玉的思考，藉由對於刑法典範中的共同正犯概念加以重塑的方式，為已經僵化已久的刑法論理體系注入一些新的活力。更期望能讓長期慣於權威思考引領的法學思維，由此再獲得一絲重新呼吸的空間，那怕呼吸的空氣與素材其實並未有多大改變。不過，至少已由此得到法學討論的真正價值所在一對概念本質的反覆論證及獲致與犯罪論其他面向的一致性。

## 第二節 相關立法修正建議

### 第一項 刑法第 28 條是否有修正必要？

如果依照本文的觀點，現行法第 28 條是否有急切更動的必要？答案應是否定的。因為刑法第 28 條不論是依照 2005 年第十六次刑法修正前使用「實施」，抑或是修正後使用了「實行」的用語，從本文的立場觀之，應都只是在設定對於單獨正犯的處罰始點<sup>1</sup>。只是，前者依照我國通說與實務的理解，包含了著手實行前的行為，而後者只限於著手實行後的舉動。因此，若單自文字上的劃分而論，修正後的「實行」用語，毋寧是比較接近本文第六章第一節、第二項中所設定的處罰始點—著手實行後的未遂。因此，現行的刑法第

---

<sup>1</sup> 不過立法理由中則明確指出，這是立法者的有意區別：「一、現行條文「實施」一語，實務多持三十一年院字二四〇四號解釋之意旨，認其係涵蓋陰謀、預備、著手、實行概念在內（即承認陰謀共同正犯、預備共同正犯），非僅侷限於直接從事構成犯罪事實之行為，故解釋上包括「共謀共同正犯」。……（二）近代刑法之基本原理，強調「個人責任」，並強調犯罪係處罰行為，而非處罰行為人之思想或惡性，即重視客觀之犯罪行為。陰謀犯、預備犯之行為，既欠缺如正犯之定型性，就陰謀犯而言，行為人客觀上僅有互為謀議之行為，主觀上具有一定犯罪之意思，即得成立。倘承認預備、陰謀共同正犯之概念，則數人雖於陰謀階段互有謀議之行為，惟其中一人或數人於預備或著手階段前，即已脫離，並對於犯罪之結果未提供助力者，即便只有陰謀行為，即須對於最終之犯罪行為，負共同正犯之刑責，如又無中止未遂之適用，實有悖於平等原則，且與一般國民感情有違。故有修正共同正犯之參與類型，確定在「實行」概念下之共同參與行為，始成立共同正犯，為杜爭議，爰將「實施」一語，修正為「實行」。」

28 條規定，只是重申了單獨正犯處罰的本質，是設定在進入未遂之後。就此，有無此一特殊規定，都不會影響本文於此處罰始點設定的理解。

然而，同為對於犯罪行為提早處罰的預備與陰謀罪規定應如何定位？本文於第六章第一節、第二項、第一款已經說明，如果摒棄其正當性的質疑而不論，單就概念的定位，至多也只是具補充性質的例外處罰規定。從而，與本文設定著手實行為共同行為人處罰的始點，也並不相悖，第 28 條自然也不須對此做任何相對應的修正。

至於共同行為人雖為單獨正犯質的集合，在某種特殊情形，的確是可以作一些不同的處理。依本文第六章第一節、第二項、第二款、第二目的分析，依循著支配概念的理解，即使在不定式構成要件的規定下的確是可以透過實質的構成要件涵攝來使共同行為人負擔同一之責。不過這並非是一種單獨正犯質的集合的例外處遇，毋寧是不定式構成要件本身在構成要件涵攝上的特殊性所致。換言之，問題不是出在共同行為人的特性，而是構成要件規定本身的特殊性，這部分也無須修正第 28 條。

最後，現行刑法第 28 條是否有刪除必要的議題？從本文對於共同正犯的理解，該法條僅具有提示的效果，即提示司法者共同正犯只是兩人以上共同實行犯罪，且皆為「單獨正犯」。甚而如果要賦予其新的積極存在價值，毋寧可以認為這是對於本文立場的呼應，訓示了不應忽略個別正犯成立的獨立性，以及刑罰判斷的個別性。至於在提示刑法處罰始點為著手實行，乃至於就不定式構成件，仍有共同行為人的行為可以共同負責此點，如前所述，都是刑法釋義上的必然，自然無須再加以修法解釋，無須實定法的驗證。即使就第 28 條依上述觀點再加以修正其文字，不過是另一次呈現提示規定而已。

針對本文在第四章第二節、第一項、第三款所論述的結夥犯，由於本文認為結夥犯的規定只是第 28 條在分則犯罪中處罰人數上的修正。換言之，其本質仍是共同正犯，只是必須三人以上方能構成。如果延續本文對於共同正犯概念的新內涵，結夥犯也的確在成立的形式上沒有規定的必要。唯一存在的實益就是，如此的人數上硬性限制正當性是否存在？就此，本文也採取否定的立場。因此，結夥犯的規定不會如同刑法第 28 條般只成為單純的訓示規

定，而可悉數刪除，而且刪除後不是結夥的犯罪型態即不處罰，而只是回歸單獨正犯的歸責情形判斷，而且沒有強制加重處罰的情形存在而已。

綜上所述，本文建議現行刑法第 28 條實可予以刪除，因為透過解釋已可得出與本文相同結論；如果仍予保留，也只是對於共同正犯為單獨正犯質的集合定義的再一次肯認而已。至於結夥犯部分則可以全數廢除。

## 第二項 刑法第 31 條第 1 項身分犯規定部分

我國在 2005 年刑法第十六次修正時將刑法第 31 條第 1 項修正規定為：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」其間修正了兩個重要的部分：一為「配合傳統實務與學說上對於實施及實行的區別，而自第 28 條以下的諸般規定，將共同正犯所有可能成立的情形，均限定在實行的場域之中」；另一則為「加上『但得減輕其刑』的刑罰減輕依據」（要件的評析請參閱本文第四章第三節、第二項、第一款）

刑法第 31 條第 1 項中的「共同實行」即為肯定「共同正犯」成立的擬制規定，而由於本文採取身分的共同正犯成立與擬制的全然否定立場（理由請參閱本文第四章第三節、第三項），因此就該項的「共同實行」一語建議應予刪除。至於該項文末的「得減輕其刑」，從其文字排放順序可知應是同時針對共同正犯與共犯規範兩者，在身分犯的加工參與下均可減輕。

就此，本文以為單就共犯部分的減輕如果基於共犯從屬性立場，原本似乎即可取得其正當性，然而並非如此。蓋若依其文字上的敘述，則似乎是對於無身分的共犯在第 29 與 30 條的規範層次外，再作第二道的減刑考量，就此是否合於共犯的相關理論？再者立法者早於刑法第 29 條第 2 項教唆犯的法律效果中宣示，教唆犯是比照正犯的法律效果量處而非必減，則何以於身分犯的共犯就可例外地予以減輕？凡此種種，皆透露出減輕其刑就共犯層次並不具正當性<sup>2</sup>。至於針對共同正犯的減輕，同樣由於本文主張刪除身分的共同

<sup>2</sup> 另外一個學說上沒有討論到的盲點是，一般認為第 31 條第 1 項的構成身分只有加重的



正犯的擬制部分規定，則其減輕勢將無所附麗。綜上，「得減輕其刑」在身分的共同正犯與共犯上均不適宜，此一部分規定實可加以刪除。

總結前述，本文建議刑法第 31 條第 1 項可修正為：「因身分或其他特定關係成立之罪，其教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」

---

情形。然而，邏輯上（甚至是未來的刑法規範）未必沒有因為行為人特別的行為主體資格限制而「減輕其刑者」，如此則但書的基本預設豈非落空？最後，即便是立於有益解釋的立場，恐怕都相當難以自圓其說。



附錄：第四章第三節、第二項、第二款、第二目判決  
摘錄整理

**A**：九十五年度

**B**：九十六年度

**C**：九十七年度

**D**：九十八年度

**E**：九十九年度

**F**：一百年度

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
A1	95,台 上,7141 951222	六(林增福)	圖利，判5年6月  <b>撤發</b>	對於自己監督事 務，直接圍標圖利  他人	1.公務員對監督之事務直接圖利 罪，雖係身分犯，然若無身分者與 有此身分之公務員，彼此之間有共 同圖利自己或他人之犯意聯絡及 行為分擔，按諸刑法第三十一條第 一項及貪污治罪條例第三條之規 定，自應論以圖利罪之共同正犯。 本件被告林宏南雖無公務員身 分，然依原判決認定之事實，林宏

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>南既提供系爭四項採購案之材質、規格、單價予林逢春，林逢春並應林宏南之要求，迴避政府採購法之規範，明知違背法令而圖利林宏南（或興倉公司）等情（見原判決第三頁倒數第六行以下）。如果無訛，則林宏南與具有公務員身分之被告林逢春二人之間，似有犯意聯絡，且為達犯罪之目的，彼此並有相互配合之行為分擔，原判決未論其為林逢春之共同正犯，於法尚有未合。</p> <p>2.被告所犯之法條，起訴書中雖應記載，但此項記載並非起訴之絕對必要條件，是凡起訴書內敘明之事實，無論已否記載所犯罪名之法條，均應認為已經起訴。經查本件起訴書之犯罪事實欄內，已載明被告林逢春「與林宏南共同基於圖利林宏南之犯意聯絡」（起訴書第二頁第八至九頁），而共同實施本件圖利之犯行等旨（見上開起訴書之犯罪事實欄），則關於被告林宏南涉嫌共同圖利部分，起訴書內既已敘明其犯罪事實，雖未引用此部分之所犯法條（起訴書就林宏南部分，僅引用政府採購法第八十七條第四項之起訴法條），究不能謂為</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					未經起訴。
A2	95,台上,6750 951207	八(張淳淙)	共同公務員利用職務上之機會，詐取財物， 7年6月  <b>撤發</b>	不實登載統一發票	1.統一發票性質上係商業會計法第十六條所稱之原始憑證，商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員，倘以明知為不實之事項，而填製統一發票，同時該當於刑法第二百十五條之業務上登載不實文書罪及商業會計法第七十一條第一款之犯罪構成要件，依特別法優先於普通法之法律適用原則，應論以上揭違反商業會計法罪，且因該罪係屬身分犯，其不具有該身分之人而與具有該身分之人共同犯罪時，當有刑法第三十一條關於身分犯規定之適用。  2.且未就陳映蓉與其等四人具有犯意聯絡及行為分擔，上訴人二人與王明火、王重欽係屬間接共同正犯之情形予以說明，難認無判決理由未備之違失。
A3	95,台上,3507 950629	一(董明霽)	共同行使公務員登載不實公文書，2年  <b>駁</b>	影印報驗事件登載不實	又原判決理由欄論述援引刑法第三十一條第一項之規定，僅於據上論結欄漏未援引上開條文，但此單純漏引此法條之訴訟程序違法，與判決主旨不生影響，依刑事訴訟法第三百八十條規定，尚不得據為適法



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					之第三審上訴理由。
A4	95,台上,3077 950608	十二（林永茂）	共同連續依法受託代他人處理會計事務之人員利用不正當方法，致使會計事項發生不實之結果，2年  <b>撤發</b>	逃漏稅	「核被告所為，係犯稅捐稽徵法第四十三條第一項之幫助他人逃漏稅捐罪及商業會計法第七十一條第五款之利用不正當方法，致使會計事項發生不實之結果罪。……被告雖非會計人員，然其與具有受託處理會計事務身分之鄭水吉共犯商業會計法第七十一條第五項之罪，依刑法第三十一條第一項之規定，仍應成立共同正犯」（原判決正本第七頁）。但原判決於理由欄五、僅載謂：「被告將『綠坊企業行』之刷卡機供金皇家、金蒂大舞廳之顧客消費刷卡，其刷卡之款項，先行匯入鄭水吉之同居女友王素芬在彰化銀行東高雄分行所申設帳號00000000000000000000帳戶內，王素芬再自其帳戶內提領刷卡款項交給鄭水吉，鄭水吉自行扣除百分之六至百分之八不等之報酬後，鄭水吉再與上開舞廳會計人員拆帳，嗣再與甲○○拆帳等情，復據證人王素芬、馬銀穗及同案被告鄭水吉分別於鄭水吉另案偵查中證述明確（原判決正本第六頁至第七頁），而對於原判決事實認定「鄭水吉係金皇家大舞廳副總經理，受託代金皇家大舞

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					廳、金蒂大舞廳，處理會計事務之人員」，及「鄭水吉於自行扣除百分之六至百分之八不等之報酬，將餘款項交付上開二家舞廳，供不知情之會計人員作帳，致使會計事項因不正當方法，發生不實之結果」等，與上訴人應否成立商業會計法第七十一條第五款罪名之構成要件事實，原判決並未說明其認定所憑之證據及理由，自有判決理由不備之違誤。
A5	95,台上,2924 950526	十(洪清江)	共同業務登載不實於會計憑證上，各處3到5月，得易科罰金  <b>撤發</b>	共同填製不實之會計憑證	原判決就甲○○等行為既適用上揭商業會計法第六十六條論罪處刑，且認甲○○等依刑法第三十一條第一項規定與東港信合社負責人郭廷才為共犯，主文內竟論知甲○○等共同連續主辦會計人員，以明知為不實之事項，而填製會計憑證罪，自有理由矛盾之違誤。
A6	95,台上,2014 950420	一(董明霽)	共同業務侵占，7月與4月  <b>駁</b>	業務侵占公司財產	刑法第三百三十六條第二項之罪，以侵占業務上所持有之物為其構成要件，即係因其業務上持有之身分關係而成立之罪，與僅因身分關係或其他特定關係而致刑有重輕之情形有別。因而無業務關係之人，與有業務關係者共同侵占，依同法第三十一條第一項規定，仍應以業務

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>上侵占之共犯論。原判決事實欄記載，甲○○為精冠公司之負責人，負責公司之財務，乙○○為該公司之會計，二人共同意圖為自己不法所有之犯意聯絡，由甲○○指使乙○○在該公司之相關帳冊虛列向原判決附表一所示鄭福等人借款，再藉支付如原判決附表二所示支付利息及附表三所示返還借款之方式，將其業務上所持有之精冠公司款項侵占入己等情。因就此部分論上訴人等共犯業務上侵占罪，並於理由內說明上訴人等，有犯意之聯絡及行為之分擔，為共同正犯。乙○○雖非持有精冠公司被侵占款項之人，惟其與有該身分之甲○○共犯業務侵占罪，依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共犯論，於法自屬有據。</p>
A7	95,台上,1349 950316	十一（謝俊雄）	共同運輸及販賣毒品，各處15年與無期徒刑  駁	共同運輸及販賣海洛英	<p>所犯刑法第二百二十四條罪部分，上訴人雖不具船舶船長之身分，但與具有船長身分之藍淳淵共同為之，依刑法第三十一條第一項之規定，仍為共同正犯。</p>
A8	95,台上,16 950105	二(紀俊乾)	共同公務員登載不實  駁	共同登載不實的驗收報告	<p>驗收紀錄非屬上訴人職務上所掌之公文書，但其與簡大程間既有犯意之聯絡及行為之分擔，即應依刑法</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					第三十一條第一項規定，以共同正犯問擬，原判決論以刑法第二百十三條公文書不實登載罪之共同正犯，自屬正當合法。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
B1	96,台上,6799 96.12.6	十(謝俊雄)	共同連續公司負責人，公司應收股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，判6月，得易科罰金  <b>撤發</b>	違反公司法登記	關於法定加減原因（如身分加減），係在「從舊從輕」之比較範圍內。原判決理由說明：「甲○○（即上訴人）雖非公司負責人，惟其與同案被告即前揭公司登記負責人黃吉昌、王智偉、傅治程、林淵正、田進財、邱定軒、薛詠泰……等人間，有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯」（見原判決第八頁第十一行至第十五行）。如果無訛，則刑法第三十一條第一項有關「身分」之法定減輕原因，即在「從舊從輕」之綜合比較範圍內。而九十五年七月一日施行之刑法第三十一條第一項，已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」，較有利於行為人。倘若上訴人有刑法第三十一

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					條第一項之適用，則原審漏未就此部分列入綜合比較之範圍，亦有未合。
B2	96,台上,6841 96.12.6	八(陳正庸)	共同犯行使業務登載不實文書罪，判6月，得易科罰金  撤發	共同行使不實公文書	被告行為後，刑法於九十四年二月二日修正公布，於九十五年七月一日施行。其中刑法第二十八條修正限縮於共同實行犯罪行為者，始成立共同正犯，並排除陰謀犯、預備犯之共同正犯。是修正後共同正犯之範圍已有減縮，自屬法律變更，應依修正後刑法第二條「從舊從輕」原則比較新舊法之適用。乃原判決僅就刑法第三十一條第一項予以比較，並未就刑法第二十八條修正前後予以比較適用，即併引修正後刑法第二十八條及修正前刑法第三十一條第一項論被告與張能輝等人為共同正犯，將修正前後刑法關於正犯規定割裂適用，適用法則自有不當。
B3	96,台上,5794 96.10.31	七(張淳淙)	共同公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，判2年6月  撤發	公務員登載不實	1.刑法第二百十三條之公文書不實登載罪，係屬身分犯，以有登載職務之公務員，明知為不實之事項，而登載於所掌之公文書為成立要件之一。故有登載職務之公務員與無上開身分之人，「共同明知」為不實之事項，而登載於所掌之公文書時，依同法第三十一條第一項之規定，該無身分之人固得成立本罪之共同正犯。 <b>【肯定現行法的立場】</b>  2.然苟無上開身分之人，係利用不知情之有登載職務之公務員，將不實事項，登載於所掌之公文書時，

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>如該行為與同法第二百十四條所規定：「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書」之構成要件該當，自應依法論以該罪，尚難認其應成立第二百十三條公文書不實登載罪之間接正犯。</p> <p>3.共同正犯之成立，以有犯意聯絡與行為分擔為要件，此項要件，除應於事實欄內詳加記載外，並應於理由欄內逐一說明其認定此項事實所憑之證據，方足資為論罪科刑之根據。原判決並未清楚說明。</p>
B4	96,台上,5835 961031	九(洪清江)	違反廢棄物清理法第四十六條第二款，各處 2年10月，1年2月  <b>撤發</b>	違法而為廢棄物之清除、貯存、處理	<p>1.按刑法第三十一條第一項，限於因身分或其他特定關係成立之罪，其無特定關係之人與之共犯時，始有其適用，如共犯二人均有同等之身分或其他特定關係而共同實施犯罪時，即應回歸刑法第二十八條之規定，要無適用同法第三十一條第一項之餘地。</p> <p>2.又廢棄物清理法第四十六條第二款規定：事業負責人或相關人員未依本法規定之方式貯存、清除、處理或再利用廢棄物，致污染環境，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。故該條款不限於事業負責人身分者始有其適用，即事業相關人員亦屬該條款所定因身分關係而成立之犯罪主體。原判決認定乙○○為本件大順公司所營事業之相關人員（見原判決第</p>



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					十九頁第十一、十二行），則甲○○與乙○○均屬廢棄物清理法第四十六條第二款所定因身分關係而成立犯罪主體，該二人既然共同實施犯罪，逕依刑法第二十八條之規定論處即可，原判決竟又認乙○○雖非大順公司之負責人，援引刑法第三十一條第一項規定，論以共同正犯，自有適用法則不當之違誤。
B5	96,台上,5671 961025	六(孫增同)	公務員共同登載不實，各判1年1月到1年2月  駁	公務員虛報出差費	1.如無職掌製作公文書權限之公務員，利用有此權限之他公務員之不知其事項之為不實而使之登載，該使為登載之人雖亦具公務員之身分，僅能論以刑法第二百十四條之使公務員不實登載罪，無論以同法第二百十三條之公務員登載不實罪之間接正犯之餘地。  2.上訴人甲○○為市代會主席，本有監督經費報銷之職權，授意虛報在先，復知情而於該公文書「主席」欄位故為蓋章核銷以完成該報銷程序在後，同犯本罪併與癸○○有犯意之聯絡及行為之分擔，皆為共同正犯，而子○○與己○○、乙○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、辛○○、壬○○等人，依刑法第三十一條第一項之規定，仍應負共同正犯責任。
B6	96,台上,5638 961025	十(謝俊雄)	經辦公用工程，收取回扣，分別處4年到12年等	公務員共同經辦公用工程，收取回扣	1.刑法第三十一條第一項，已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
			撤發		<p>身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」，較有利於行為人。倘若楊長福、陳錦德、楊素楨、何澤焜、陳麗雪、李克珍、葉美惠、楊金泰等人，果有刑法第三十一條第一項之適用，則原審漏未就此部分為「從舊從輕」之比較，即有未合。</p> <p>2.關於共同正犯之結構，未到場參與討論之洪本成、楊鴻源、巫鈞榮、陳淑珍，與其餘到場參與討論者，是否有「犯意之聯絡及行為之分擔」？即與事實之認定，不相適合，有理由矛盾之違誤。</p>
B7	96,台上,5716 961025	十二（洪文章）	共同為§213，處1年6月與1年2月 撤發	公務員登載不實而放任森林遭竊取	<p>刑法第二百十三條之公務員登載不實罪，為身分犯，犯罪主體須為公務員，無公務員身分者，必須有刑法第三十一條第一項規定之情形，始有其適用。原判決認潘盈彰、徐乙民與任職台東縣海端鄉公所主管水土保持及林木申請採伐、檢驗、放行等業務，為依據法令從事公務人員之林務技士謝其信將不實之事項，於其所主管職務上所掌之國有木竹搬運許可證及採伐申請書等公文書上為不實之登載，潘盈彰、徐乙民就各自部分與謝其信分別有犯意之聯絡與行為之分擔，均為共同正犯（見原判決第十一頁第十九行至第二十行），惟上訴人潘盈彰、徐乙民並無公務員之身分，原判決未說明其等有刑法第三十一</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					條第一項規定之情形，而與有公務員身分之人共犯該罪及其理由，難謂無不適用法則及判決理由不備之違誤。
B8	96,台上,5223 960928	六(呂潮澤)	共同連續對於依據法令從事公務之人員，關於違背職務之行為，交付賄賂，1年2月  <b>撤發</b>	違背職務交付賄賂	1.刑法第二百五條之從事業務者登載不實罪，係以從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾或他人，為構成要件，屬於身分犯之一種。故非從事該項業務之人，除有與特定身分、關係者共犯情形，得依刑法第三十一條第一項規定處理外，即無成立該罪之餘地。 2.本件進口報單究係何人本於其業務上之行為關係所應製作之文書，其他非從事該項業務之人如何得與從事業務之人成立共同正犯，原判決並未於事實欄明白認定
B9	96,台上,3224 960615	五(林增福)	共同未經許可，擅自經營期貨經理事業，7月  <b>撤發</b>	未經許可，擅自經營期貨經理事業	按因身分或其他特定關係成立之罪，無身分或特定關係之人本無成立該犯罪之餘地，惟如其與有身分或其他特定關係之人共同實行、教唆或幫助者，依刑法第三十一條第一項之規定，仍以正犯或共犯論。而期貨交易法第一百十二條第五款之未經許可，擅自經營期貨經理事業、期貨顧問事業罪，並非因身分或其他特定關係，始能成立之罪，自無庸援引適用刑法第三十一條第一項資為論以共同正犯之法律依據。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
B10	96,台上,2906 960531	五(邵燕玲)	共同行使業務上登載不實文書，處6及4月，得易科罰金  撤發	共同對病歷等文件登載不實並使用	<p>上訴人黃文財關於行使業務登載不實文書之犯行，與具備特定身分之上訴人林昭俊、陳淑娟共同實施犯罪，依刑法第三十一條第一項規定，仍以共犯論，是上訴人等三人就行使業務上登載不實文書、偽造私文書、詐欺取財等犯罪之實施，具犯意之聯絡及行為之分擔，應論以共同正犯（原判決第十五頁第六至九行）。惟依原判決事實所載，除認定上訴人黃文財交出其全民健康保險卡外，並未認定其對偽造私文書、業務上登載不實文書等犯罪，有分擔參與實施何種行為，原判決以其對之均有行為分擔，而論為共同正犯，亦嫌失據。再原判決事實認定：上訴人林昭俊、陳淑娟及不詳姓名年籍之人，利用職務之便，於前開業務上作成文書為不實之登載，及盜用印章而偽造私文書等情。惟並未詳予認定該三人係如何參與犯罪、各自分擔何種行為，其事實之記載已欠明確，致適用法律是否正確？本院無憑判斷；又對如何認定有該不詳姓名年籍之人參與犯罪一節，判決理由亦未置一詞；且既認該不詳姓名年籍之人參與犯罪行為之實施，則有無共犯關係？亦未於理由內予以說明論列，而僅論上訴人等三人為共同正犯。其事實之認定及理由之說明，不相一致，併有判決矛盾之違背法令。</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
B11	96,台 上,2454  960503	六(呂潮澤)	共同連續商業 負責人，以明知 不實之事項，而 填製會計憑 證，1年2月  駁	共同填寫不實會 計憑證	共犯在學理上，有任意共犯與必要 共犯之分。前者指一般原得由一人 單獨完成之犯罪而由二人以上共同 實行者，當然有刑法總則第二十八 條共同正犯之適用；後者指法律就 某一犯罪構成要件規定須有二人以 上參與實行始能成立之犯罪而言， 尚可分為二人以上朝同一目標共同 參與犯罪實施之「聚合犯」（如結 夥三人以上竊盜），及二個或二個 以上之行為人，彼此相互對立之意 思經合致而成立犯罪之「對向犯」 （如賄賂罪、賭博罪）。除「對向 犯」因行為者各有其目的，各就其 行為負責，彼此間並無犯意之聯 絡，而無刑法第二十八條共同正犯 之適用外，「聚合犯」自亦為共同 正犯之一種，應適用刑法第二十八 條。商業會計法第七十一條第一項 第一款之不實填製會計憑證罪，係 屬任意共犯之身分犯，其無該條款 所定身分關係之人，如與有此身分 關係之人有犯意聯絡與行為分擔， 依刑法第三十一條第一項規定，仍 以共同正犯論。
B12	96,台 上,2142  960420	五(林增福)	背信  撤發	對祭祀公業的財 產處理	未有任何有關的討論

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
B13	96,台非,80 960419	四(莊登照)	無罪  撤發	違法超貸	<p>1.又背信係因身分而成立之罪其共同實施或教唆幫助者，雖無此項身分，依刑法第三十一條第一項之規定，仍以共犯論，本院二十八年上字第三〇六七號判例意旨可資參照。</p> <p>2.本件非對向犯，自有第三十一條之適用。原審未依刑法第三十一條之規定，撤銷第一審諭知被告羅福助、林錦源背信無罪部分之判決，改判論處被告二人以背信罪之共同正犯，遽而駁回檢察官此部分之第二審上訴，自有判決不適用法則之違誤。</p>
B14	96,台 上,1499 960322	六(呂潮澤)	利用職務上之 機會，詐取財 物，7年  撤發	偽造單據報銷	<p>刑法第二百十五條之從事業務者登載不實罪，係以從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾或他人，為構成要件，屬於身分犯之一種。故非從事該項業務之人，除有與特定身分、關係者共犯情形，得依刑法第三十一條第一項規定處理外，即無成立該罪之餘地。原判決以：上訴人雖非從事業務之人，但與馮東風共犯業務文書登載不實犯行，依刑法第三十一條第一項規定，論以共同正犯（見原判決第十六頁倒數第二行至第十七頁第一行）。惟刑法部分條文已於九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行，其第三十一條第一項，除將「共同實施」修正為「共同實行」，並增列但書規定「得減</p>



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					輕其刑」，係身分法定減輕原因，自屬法律有變更。原判決於為新舊法之比較適用時，漏未綜其全部罪刑之結果而為比較，自無從逕為正確之法律適用。
B15	96,台上,1232 960309	九(洪清江)	共同連續行使公務員證載不實文書，2年  <b>駁</b>	行使河川地種植使用證書等登載不實文書	原判決並說明黃明喜為公務員，分別與無公務員身分之劉德仁、案外人黃錦水及曾三星，就公務員登載不實事項於公文書並據以行使部分，有犯意聯絡及行為分擔，應負共同正犯之責，業已指明此部分係有公務員身分之人與無公務員身分之人共同犯罪之情，此即刑法第三十一條第一項規定之內容，雖未引用該條文，亦與判決本旨無影響，自非適法之上訴第三審理由。
B16	96,台上,922 960214	十(謝俊雄)	共同運輸第一級毒品，處15年到無期徒刑  <b>駁</b>	共同運輸海洛因	未有任何說明
B17	96,台上,309 960118	十二(林永茂)	修正前貪污治罪條例第四條第一項第三款，各處2年10月  <b>撤發</b>	對於經辦公共工程偷工減料	無公務員身分者，與依據法令從事公務之人員共犯貪污治罪條例之罪者，依該條例第三條規定，亦依本條例處斷，此為刑法第三十一條第一項之特別規定。原判決認定梁進財、吳振河係未具公務員身分，而與具公務員身分之邱和貴、謝文政共同有本件之經辦公用工程，有偷工減料之舞弊情事犯行；倘屬無訛，自應援引上開條例第三條之規定，不能依刑法第三十一條論以共同正犯。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
C1	97,台 上,6055 971127	二(莊登照)	共同違反銀行法第二十九條法律另有規定外，非銀行不得經營收受存款業務之規定，其犯罪等，各判5、6、8年  撤發	違反銀行法存放款規定	原判決認均應論以共同正犯（見原判決第十九頁第二二至二五行），但並未說明何以渠二人並未具備贏家生活公司「法人之負責人」之身分，仍須與丁○○、乙○○、己○○、戊○○等人共同就該公司違法經營收受存款業務之犯罪事實負其刑責之理由，復未引用刑法第三十一條第一項之規定，作為論究之依據，難謂無判決不適用法則及理由不備之違誤。
C2	97,台 上,6802 971125	二(石木欽)	共同利用職業上之機會詐取財物，判1年，得易科罰金  撤發	公務員與非公 務員共同利用機會 詐取財物	1.無公務員身分者，與公務員共犯貪污治罪條例之罪者，依該條例第三條規定，亦依本條例處斷，此為刑法第三十一條第一項之特別規定。原判決既已引用該特別規定，資為乙○○、丙○○依貪污治罪條例論罪之依據；乃理由卻又說明其二人雖無公務員身分，但與依據法令從事公務之甲○○共同犯罪及幫助甲○○犯罪，依刑法第三十一條第一項規定，應論以共同正犯及幫助犯，並引用該條文，自屬贅餘。又丙○○既係依貪污治罪條例第三條規定，論其以該項利用職務機會詐取財物罪之幫助犯，自應適用刑法第三十條第二項依正犯之刑減輕之規定，減輕其刑，原判決適用刑法第三十一條第一項但書減輕其刑，有適用法則不當之違

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					法。 2.共同實行犯罪行為，始由共同正犯各負全部責任。原判決既認定丙○○為幫助犯，非共同正犯，即無各負全部責任可言。乃竟就該一百萬元，對其亦論知連帶追繳沒收，尤有未合。
C3	97,台上,5527 971031	三(林增福)	共同公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，判5年2月  <b>駁</b>	公務員登載不實	上訴人要求陳勳璋、楊淑芬配合填製內容不實之估價單及統一發票，並持以向三重市公所行使，就行使內容不實之估價單及統一發票部分，分別與陳勳璋、楊淑芬有犯意聯絡及行為分擔。又戴錦程係三豐公司之負責人，為商業會計法第四條所定之商業負責人，且係從事業務之人，以填製三豐公司之會計憑證及估價單為其附隨業務，上訴人要求戴錦程配合填製內容不實之估價單及統一發票，並持向三重市公所行使，就行使內容不實之估價單及統一發票部分，亦與戴錦程有犯意聯絡及行為分擔。上訴人雖不具商號負責人及從事業務之人之身分，然依刑法第三十一條第一項規定，無礙共同正犯之成立。
C4	97,台上,4459 971030	五(陳正庸)	共同連續犯銀行法第一百二十五條第一項後段之非法經營銀行業務罪，判8年6月  <b>駁</b>	違法經營銀行業務	銀行法第一百二十五條關於非銀行經營收受存款業務犯行之刑罰規定，其犯罪主體，自然人個人與法人併列規定，並非代罰或轉嫁性質，因此，凡參與吸金決策之法人董事長或董事，固應論以銀行法第一百二十五條第一項之罪責，而知情承辦或參與吸金業務之職員，苟

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					與法人之負責人或董事有犯意聯絡或行為分擔，依刑法第三十一條第一項規定，亦應論以銀行法第一百二十五條第一項之共同正犯。甲○○上訴意旨以其並未經手財務或不具金融機構負責人或經理人身分，不符合銀行法處罰規定云云，殊屬誤解
C5	97,台上,4492 970918	四(張淳淙)	公務員與非公務員共同登載不實，各判1年6月與1年4月  <b>撤發</b>	共同連續公務員明知不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾	刑法第二百十三條之公文書不實登載罪，係屬身分犯，以有登載職務之公務員，明知為不實之事項，而登載於所掌之公文書為成立要件之一，已如前述。故有登載職務之公務員與無上開身分之人，「共同明知」為不實之事項，而登載於所掌之公文書時，依同法第三十一條第一項之規定，該無身分之人固得成立本罪之共同正犯。然苟無上開身分之人，係利用不知情之有登載職務之公務員，將不實事項，登載於所掌之公文書時，應論以同法第二百十四條之使公務員登載不實罪，尚難認其係同法第二百十三條公文書不實登載罪之間接正犯。
C6	97,台上,3566 970731	十(謝俊雄)	共同犯公務員縱放人犯罪，各處9月與7月  <b>撤發</b>	共同縱放大陸偷渡客	刑法第二百十三條之公務員明知不實而登載罪，係指公務員於其職務上所掌之公文書故為不實之登載而言，其犯罪主體為職掌製作公文書之公務員。至同法第二百十四條之使公務員登載不實罪，其犯罪主體則為凡使公務員為不實登載之人均屬之，包括其身分亦為公務員之人在內。故如無職掌製作公文書

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>權限之公務員，利用有此權限之他公務員之「不知其事項為不實」，而使之登載，足以生損害於公眾或他人，該使為登載之人雖亦具公務員之身分，惟亦僅能論以刑法第二百十四條之使公務員不實登載罪，無論以同法第二百十三條公務員明知不實而登載罪間接正犯之餘地。惟若無職掌製作公文書權限之公務員與有此權限之公務員之間，對於有此權限者所登載之事項，「皆明知為不實」，而有登載於公文書上之犯意聯絡與行為分擔，徵諸刑法第三十一條身分共犯之規定，與共同正犯間相互利用以達功能性支配之法理，皆應論以刑法第二百十三條公務員登載不實事項罪之共同正犯。</p>
C7	97,台上,2956 970627	六(洪清江)	不具公務員身分之人與公務員共同藉勢又藉端勒索財物罪刑，判處6年  <b>撤發</b>	共同藉勢勒索財物	關於法定加減原因（如身分加減），係在「從舊從輕」之比較範圍內。而刑法第三十一條第一項，已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」，較有利於行為人。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
C8	97,台上,2396 970605	九(洪文章)	非公務員與受 公務機關委託 承辦公務之人 共同利用職務 上機會詐取財 物罪，累犯，判 3年  撤發	共同利用職務上 機會詐取財物	依刑法第三十一條第一項之規定，其與林豐一有犯意聯絡、行為分擔，應依修正後刑法第二十八條論以共同正犯(見原判決第十七頁倒數第五行至十八頁第十一行)，就本件公務員身分及共同正犯之新舊法比較適用，係採行為後修正之新法。惟又以上訴人行為後，九十四年一月七日修正公布之刑法，自九十五年七月一日施行，修正後之刑法刪除第五十五條關於牽連犯之規定，則上訴人所犯貪污治罪條例第五條第一項第二款之詐取財物、刑法第二百十六條行使公務員登載不實文書二罪具有牽連犯之關係，依修正前即行為時之規定，應從一重之公務員詐取財物罪處斷，倘依修正後之刑法既已刪除牽連犯之規定，則所犯上述各罪應依數罪併罰之規定分論併罰；而認比較新舊法之規定，修正後之規定並非較有利於被告，依刑法第二條第一項之規定，應適用行為時之法律，即適用修正前刑法第五十五條牽連犯之規定，從一重之公務員詐取財物罪處斷(見原判決第十六頁第十三至二十二行、第十八頁倒數第二行至十九頁第一行)，就本件是否適用牽連犯規定，係採行為時之舊法。則原判決就公務員身分、共同正犯及罪數之認定，顯屬割裂適用法律，而與判決理由所稱「本於統一性與整體性而為新舊法之比較」(見原判決第十五頁第三至四行)相互矛盾



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
C9	97,台上,1807 970430	三(莊登照)	共同連續公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，各判9月與1年  <b>撤發</b>	經辦公用工程，有舞弊情事	刑法第三十一條第一項有關「身分」之法定減輕原因，是否在「從舊從輕」之綜合比較範圍內。而刑法第三十一條第一項，已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」，較有利於行為人。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
D1	98,台上,7799 981224	十三(賴忠星)	共同連續依據法令從事公務之人員，對於主管之事務，明知違背法令，直接圖私人不法利益，各判5年1月，5年10月等  <b>撤發</b>	共同連續依據法令不依規定招標方法圖利他人	刑法第三十一條第一項已於九十五年七月一日修正公布實行，自原規定「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論」，修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行教唆幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」，比較新舊法結果，新法既有「得減輕其刑」之規定，修正後之規定顯較有利於行為人。原判決認定丙○○、丁○○雖無公務員身分，惟與有公務員身分之甲○○、乙○○共同圖利媚之蒂公司，及共同行使公務員登載不實文書

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					罪，依貪污治罪條例第三條規定、刑法第三十一條第一項規定，仍應以共同正犯論刑法第二百十三條公務員職務上登載不實罪，係以公務員明知為不實之事項，而故意登載於其職務上所掌之公文書而言，其犯罪主體為職掌製作公文書之公務員；至同法第二百十四條使公務員登載不實文書罪，係利用公務員不知情或受欺罔，而將不實之事項登載在職務上所掌公文書，其犯罪主體為凡使公務員為不實登載之人均屬之，包括其身分亦為公務員之人在內。故如無職掌製作公文書權限之公務員明知為不實之事項，竟利用有此權限之他公務員而使之登載，該使為登載之人雖亦具公務員之身分，僅能論以刑法第二百十四條之使公務員不實登載罪，應無論以同法第二百十三條之公務員登載不實罪之間接正犯之餘地。
D2	98台上,7259 981203	八(洪文章)	連續幫助納稅義務人以不正當方法逃漏稅捐罪，判4月  駁	幫助逃漏稅	因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論，但得減輕其刑，刑法第三十一條第一項定有明文。又商業會計法第七十一條第一款之罪，雖以行為人具有「商業負責人」、「主辦及經辦會計人員」或「依法受託代他人處理會計事務之人員」之身分，為其要件；但未具上述身分之人，若與具有上述身分之人共同實行該項犯罪者，依刑法第三十一條第一項規定，仍

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					應論以該罪之共同正犯。
D3	98,台上,6346 981029	十三(賴忠星)	共同遺棄致死,判6年6月  撤發	對於無自救力之直系血親尊親屬,依法令應扶助、養育及保護,而不為其生存所必要之扶助、養育及保護,因而致人於死	依民法第一千一百十五條第一項各款及第二項所定同一順序之扶養義務人有數人時,固得成立本罪身分犯之共同正犯,但不同順序之扶養義務人,如其後順序扶養義務人所負之扶養義務,尚未開始,則其身分條件既未成就,除符合刑法第三十一條第一項規定者外,自無由與前順序之扶養義務人成立本罪之共同正犯。
D4	98,台上,5596 980930	九(邵燕玲)	共同連續公務員登載不實,判4年  駁	共同連續公務員明知為不實之事項,而登載於職務上所掌之公文書,以利工程發包	1.刑法第二百五條之從事業務者登載不實罪,係以從事業務之人,明知為不實之事項,而登載於其業務上作成之文書,足以生損害於公眾或他人,為構成要件,屬於身分犯之一種。故非從事該項業務之人,除有與特定身分、關係者共犯情形,得依刑法第三十一條第一項規定處理外,即無成立該罪之餘地。原判決以:上訴人雖非從事業務之人,但與馮東風共犯業務文書登載不實犯行,依刑法第三十一條第一項規定,論以共同正犯(見原判決第十六頁倒數第二行至第十七頁第一行)。惟刑法部分條文已於九十四年二月二日修正公布,九十五年七月一日施行,其第三十一條第一項,除將「共同實施」修正為「共同實行」,並增列但書規定「得減輕其刑」,係身分法定減輕原因,自屬法律有變更。原判決於

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>為新舊法之比較適用時，漏未綜其全部罪刑之結果而為比較，自無從逕為正確之法律適用。</p> <p>2.無職掌開標紀錄之鄉長蔡慈賢（由原審法院另案審理）共同基於犯意聯絡，由林明暉為不實之登載，上訴人亦為共同正犯，因認上開辯護意旨亦無足取各等情。俱依憑卷證資料論述明確、指駁綦詳</p>
D5	98,台上,4810 980827	六(陳俊雄)	無罪 駁	公務員登載不實圖投標廠商	<p>刑法第二百十三條之公務員登載不實罪，係以公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人，為構成要件，屬於身分犯之一種。故非公務員或無該職務之公務員，除與有該身分及特定關係之公務員共同實行犯罪，依刑法第三十一條第一項規定得成立共同正犯外，無成立該罪之餘地。至於同法第二百十四條之使公務員登載不實文書罪，係行為人使不知情之公務員受到欺瞞，而在職務上所掌公文書為不實登載，凡使公務員登載不實者，均為該罪之犯罪主體，無論公務員或非公務員均包括在內。從而，非公務員或無此職務之公務員，倘利用不知情而有此職務之公務員，將不實之事項登載於其職務上所掌之公文書者，僅成立刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪，不能論以同法第二百十三條公務員登載不實罪之間接正犯。</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
D6	98,台上,3318 980612	三(林增福)	論公務員犯經辦公用工程收取回扣罪，判14年；另一被告犯貪污治罪條例第十一條第一項之交付賄賂罪，判8月；另一被告以，判2年  部分撤發，部分駁	共同利用經辦工程機會收取回扣	按刑法第三十一條第一項於九十五年七月一日修正施行，由原定之「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論」，修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」其立法理由以：「衡情而論，無身分或特定關係之共同正犯、教唆犯、或幫助犯，其可罰性應較有身分或特定關係者為輕，不宜同罰。再衡以第二項對於無身分或特定關係之人科以輕刑之規定，益徵對無特定關係之正犯或共犯宜設減刑規定。惟又鑑於無身分或特定關係之正犯或共犯，其惡性較有身分或特定關係者為重之情形，亦屬常見……增設但書規定得減輕其刑，以利實務上之靈活運用。」比較修正前後之規定，以修正後之規定較有利於被告。又依貪污治罪條例第十九條所定「本條例未規定者，適用其他法律之規定」，則於適用貪污治罪條例第三條而論處罪刑之情形，亦有上開刑法第三十一條第一項但書之適用。原判決就刑法第三十一條第一項之修正，並未併予比較新舊法之適用（原判決第十七頁倒數第二行至第十八頁第一行），資為綜合比較全部修正情形之適用之事由之一，難謂適法。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
D7	98,台上,2532 980507	十二（黃一鑫）	共同犯貪污治罪條例第四條第一項第三款，各判12年，10年6月  撤發	共同連續經辦公用工程，以洩露底價及選定特定陪標廠商方式舞弊牟利	修正後刑法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新法第二條第一項之規定，為「從舊從輕」之比較。且比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因(如身分加減)與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。其中關於法定加減原因(如身分加減)，係在「從舊從輕」之比較範圍內。原判決事實認定上訴人等有上開犯行，並於理由貳、五說明：核上訴人等所為，均係犯貪污治罪條例第四條第一項第三款之經辦公用工程，以洩露底價及選定特定陪標廠商方式舞弊牟利罪。上訴人等就上揭犯行，有犯意之聯絡及行為之分擔，為共同正犯。甲○○、乙○○雖非屬公務員(身分公務員)，然依同條例第三條之規定：與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷，依法自應論以犯同條例第四條第一項第三款之共犯等語(見原判決第五至五六頁)。如果無訛，依上開說明，刑法第三十一條第一項有關「身分」之法定減輕原因，即屬「從舊從輕」之綜合比較範圍內。而刑法第三十一條第一項已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」較有利於行為人。原判決關於鄭焜熔、乙○○部分就刑法第三十一條第一項但書修正前後規定未予新舊法比較，亦非適法

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
E1	99,台上,8093 991223	七(洪文章)	違反商業會計法第七十一條第一款之明知為不實事項，而填製會計憑證  駁	違法製作會計憑證核銷	對原判決此部分所為說明，徒依個人主觀意見，任意主張判決理由不備或調查職責未盡云云，乃為對法律適用之顯然誤解，客觀上要難據以辨認原判決已具備違背法令之形式要件。又以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦為共同正犯，對於全部行為所發生之結果，亦同負責任。而統一發票為商業會計法第十五條第一款所稱證明會計事項之經過，而為造具記帳憑證所根據之原始憑證，為商業會計憑證。凡商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員，以明知為不實事項，而填製會計憑證者，即該當商業會計法第七十一條第一款之罪。良以

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>商業會計法第三十三條明定：「非根據真實事項，不得造具任何會計憑證，並不得在會計帳簿表冊作任何記錄。」倘明知尚未發生之事項，不實填製會計憑證，即符合本法第七十一條第一款之犯罪構成要件，立法認上開行為當然足生損害於他人或公眾，不待就具體個案審認其損害之有無，故毋庸明文規定，否則不足達成促使商業會計制度步入正軌，商業財務公開，以取信於大眾，促進企業資本形成之立法目的，反足以阻滯商業及社會經濟之發展。從而商業會計人員等主體，就明知尚未發生之事項，一有填製會計憑證之行為，犯罪即已成立。該罪固以商業負責人等為犯罪主體，屬於身分犯，但因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行或教唆、幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論，刑法第三十一條第一項定有明文。依原判決認定事實，上訴人為累積日後向宜協公司購買自己研究計畫教學所需「真空鍍膜設備」經費，與宜協公司蔡在演均明知宜協公司與上訴人並無實際交易供貨，而推由蔡在演配合在上訴人研究及主持之國防大學理工學院九十二至九十四年度研究計畫經費額度內，提供填製不實之商業會計憑證，並指示不知情之公司會計人員，先後開立不實統一發票交付上訴人，以利其以假結報方式，套領結報經費等情，原判決因而以上訴</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					人與蔡在演間具有以明知為不實事項，而填製會計憑證之概括犯意聯絡，認上訴人雖不具商業負責人身分，仍應論以共同商業負責人以明知為不實之事項，而填製會計憑證罪，於法要無不當。
E2	99台上,5176 990819	五(陳正庸)	公務員假藉職務上之權力、機會共同意圖他人受刑事處分，向該管公務員誣告，判4年6月又公務員交付關於中華民國國防以外應秘密之文書，判1年；偽證判2年，執行6年4月。公務員鉅載不實部分，判9月與7月。  駁	共同誣告他人犯罪	1.量刑輕重為事實審法院之職權，且刑法上之共同正犯，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌刑法第五十七條各款情狀，為各被告量刑輕重之標準，並非必須科以相同之刑。 2.修正前刑法第三十一條第一項規定「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」（該條項於九十四年二月二日修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」）原判決於理由四、(二)已說明丙○○雖不具公務員身分，然與具有公務員身分之甲○○有共同之犯意聯絡及行為分擔，依上述規定，亦為共同正犯。丙○○雖未實際參與製作不實筆錄，然其既與甲○○有正犯關係，原審因而按甲○○之特定身分關係，對丙○○一併論以刑法第二百十六條、第二百十三條罪責，於法自無違誤
E3	99,台	七(林永茂)	共同犯行使公	不實核銷	商業會計法第七十一條第一款之

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
	上,4554 990715		<p>務員登載不實文書罪，判1年6月</p> <p><b>撤發</b></p>		<p>罪，係以商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員，明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊之行為，為其成立要件，此罪係以身分關係而成立，其共同實施者，雖無此特定關係，依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共同正犯論。2.甲○○是否與柯銘章有犯意之聯絡及行為之分擔，而應論以該罪之共同正犯？原判決就上開事項未予查明，於理由內亦恣置未論，自有違誤。</p>
E4	99,台 上 ,3567 990610	九(邵燕玲)	<p>乙以公務員假藉職務上之機會，犯毀棄公務員職務上掌管之公文書罪，判2年。另論甲○○以與公務員共同犯公務員登載不實罪，判2年6月。</p> <p><b>駁</b></p>	共同毀棄招標文件	<p>1.公務員登載不實罪之成立，既以具有公務員身分，且負有掌管該項登載不實公文書之職務者為前提要件，則原判決理由就路標工程部分，敘明：甲○○、丙○○雖均係公務員，惟其等並未具職務上掌管開標結果紀錄表之公務員特定關係；丁○○並非公務員，但其等與具有公務員身分且職務上掌管上開公文書之乙○○，共同為上開登載不實之行為，甲○○、丙○○、丁○○三人不論依修正前或修正後刑法第三十一條第一項規定，均應以共同正犯論等旨。核無不合。乙○○、丙○○二人上訴意旨執此指摘原判決有理由矛盾之違法云云，並非上訴第三審之適法理由。</p> <p>2.行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>法律，刑法第二條第一項定有明文。又有關新舊法之比較，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。原判決已說明：丙○○等人行為後，刑法相關規定已有變更，並自九十五年七月一日施行。本件經綜合比較上開規定結果，乙○○、丙○○、丁○○三人以整體適用修正前刑法規定較為有利，故應依刑法第二條第一項規定，適用修正前刑法之規定。丙○○上訴意旨以原判決未依修正後刑法第三十一條第一項但書規定減輕其刑，有判決不適用法則及理由不備之違法云云，要非適法之第三審上訴理由</p>
E5	99,台上,3180 990527	四(張淳淙)	甲乙共同為公務員假借職務上之權力、機會及方法，使公務員登載於職務上所掌之公文書，；乙○○共同明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，各判1年與9月	工程圍標	<p>投標廠商對於政府相關機關所經辦發包之公共工程進行借牌圍標，而承辦之公務員亦事先知情而從旁予以配合，則該公務員既已知悉陪標廠商所提出之標單，並非出於己意參與競標，而係由借牌圍標者所操控，縱該發包流程仍具備「形式」之競標程序，因其業已破壞「實質」競標之功能，公務員自應就其將非實質競標之不實開標、決標流程事項，登載於職務上所掌管之相關公文書之行為，負刑法第二百十三條之公務員登載不實事項於公文書罪責。而刑法第二百十三條之公務員</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
			<b>撤發</b>		登載不實罪，固係以公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人，為構成要件，屬於身分犯之一種。然非公務員或無該職務之公務員，若與有該身分及特定關係之公務員共同實行犯罪，依刑法第三十一條第一項規定，仍得成立該罪之共同正犯。又共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，原不必每一階段均參與，即應對於全部所發生之結果，共同負責。
E6	99,台上,2059 990408	二(莊登照)	上訴人丁○○、丑○○部分判處丁○○非公務員，共同與公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪刑，判10年6月；丑○○公務員，對於公務員關於違背職務之行為期約賄賂罪，判10月 <b>部分撤發，部分駁</b>	稱有考上警察大學門道收賄	而共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內。戊○○與郭振源間彼此雖無直接之聯絡，但戊○○係透過鄭達麟與郭振源有收受賄款之犯意聯絡，進而朋分所收受之部分賄款，仍無礙於其為收受賄賂罪之共同正犯。
E7	99,台上1919 990331	十二(黃一鑫)	甲○○、乙○○共同連續商業負責人以明知	通謀簽訂虛增買賣金額之土地買賣契約	修正後刑法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
			<p>為不實之事項而填製會計憑證罪，判甲○○，3年6月；乙判9月</p> <p style="text-align: center;"><b>撤發</b></p>		<p>後，應適用新法第二條第一項之規定，為「從舊從輕」之比較。且比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因(如身分加減)與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。其中關於法定加減原因(如身分加減)，係在「從舊從輕」之比較範圍內。原判決事實認定甲○○有填製不實會計憑證犯行，並於理由參、二、(一)說明：核上訴人等與虛增土地價款及在會計憑證、總分類冊上為不實之登載，係犯行為時商業會計法第七十一條第一款之填製不實會計憑證及帳冊罪。上訴人等與謝麗月間有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯；甲○○雖非公司負責人，亦非主辦會計，惟依刑法第三十一條第一項規定仍應論以共同正犯。如果無誤，依上開說明，刑法第三十一條第一項有關「身分」之法定減輕原因，即屬「從舊從輕」之綜合比較範圍內。而刑法第三十一條第一項已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論，但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」較有利於行為人。原判決關於甲○○部分就刑法第三</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					十一條第一項但書修正前後規定未予新舊法比較，亦非適法。
E8	99,台上1294 990304	八(洪文章)	共同背信罪，判 8月  <b>撤發</b>	業務登載不實徵 信貸款	二人以上基於共同犯罪意思之聯絡，朝同一目標共同參與犯罪行為之實行者，固應成立刑法第二十八條之共同正犯。惟二人以上彼此基於「互相對立」之意思經行為合致而成立犯罪者，則屬學理上所稱之「對向犯」。「對向犯」因行為人各有其目的，各就其行為負責，其行為縱有合致，但彼此間並無共同犯罪之目的，亦即並無共同犯意之聯絡，即無適用上開規定論以共同正犯之餘地。又刑法第三百四十二條第一項之背信罪，係因身分而成立之罪，必須以為他人處理事務為前提；而所謂為他人處理事務云者，係指受他人委任而為其處理一定事務而言。申言之，受任人為他人（即委任人或本人）處理事務，基於雙方之內部關係（即委任關係），在法律上即發生誠實（處理委任事務）之義務；受任人意圖為自己或第三人不法之利益，故意違反此項義務，致損害委任人之財產或其他利益者，始發生背信罪責之問題。故行為人原則上必須具有「受委任為他人處理事務」之身分，始得以成立背信罪；而無此身分之人，依同法第三十一條第一項規定，雖亦得與其他具有此身分之人成立本罪之共同正犯，然必須無此身分者與有此身分者，具有共同犯意聯絡及行

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>為分擔，彼此朝同一犯罪目的，共同對於有此身分者基於委任關係所處理之事務，意圖自己或第三人（即委任人）之利益，而為違背其任務之行為，始足當之。若無此身分者與有此身分者行為雖有合致，但雙方各有其目的，彼此係居於相互對立之「對向關係」，而無共同犯意聯絡與行為分擔者（即「對向犯」），除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難論以背信罪之共同正犯。</p>
E9	99, 台上922 990210	七(林永茂)	<p>共同違反從基於內線交易罪，判3年乙○ ○公務員圖利，判9年6月</p> <p><b>撤發</b></p>	<p>散布影響股市的不當消息</p>	<p>行為時證券交易法第一百五十七條之一第一項第三款（下稱第三款）係規範「基於職業或控制關係獲悉消息之人」之內線交易；同條項第四款（下稱第四款，即現行法同條項第五款）則係規範「從前三款所列之人獲悉消息之人」之內線交易。違反上開兩款規定者，固均應依同法第一百七十一條第一項第一款處罰，然上開兩款規定，所規範之犯罪主體不同，應係因不同之特定關係而成立之犯罪。無第三款關係者與具第三款關係者共同實行內線交易，依刑法第三十一條第一項前段之規定，固仍以第三款之共同正犯論；然無第三款關係者倘係從具第三款關係者獲悉消息之人，則其所實行之內線交易，第四款既有獨立處罰之規定，則只能論以第四款之罪，未可概以第三款之共同正犯論擬</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
E10	99，台上 448 990121	八(洪文章)	共同犯銀行法第 125 條第 1 項之非法經營銀行業務罪；另與法人負人共同犯銀行法第 125 條第 1 項之非法經營銀行業務罪，各處 1 年 6 月與 1 年 10 月  <b>撤發</b>	非法經營銀行存放款業務	銀行法第一百二十五條非銀行經營收受存款業務罪，明定個人或法人犯之者，均為處罰之對象，該條第三項規定：「法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。」所稱之行為負責人，係指實際參與違法吸金決策之法人負責人而言，至非法人之負責人而知情且參與吸金決策或執行吸金業務者，則依刑法第三十一第一項之規定，與有身分之人，論以共同正犯。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
F1	100,台 上,7303 1001229	九(賴忠星)	公務員收賄罪，判 6 年、5 年 1 月、10 年 6 月等  <b>撤發</b>	共同連續依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之人員，對於違背職務之行為，收受賄賂	1.共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所謀議，僅於行為當時有共同犯意之聯絡，不論明示通謀或相互間默示合致，均屬之；而行為分擔，亦不以每一階段皆有參與為必要，倘具有相互利用其行為之合同意思所為，仍應負共同正犯之責。  2.原判決援引貪污治罪條例第十二條第一項減輕其刑，又依刑法第三十一條第一項但書遞予酌減其刑，並審酌刑法第五十七條各款所列情狀，量處有期徒刑三年，再依中華民國九十六年罪犯減刑條例減其宣告刑二分之一，顯仍在法定刑範圍內，於法並無違誤，亦無違

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					比例原則。。
F2	100,台上,7162 1001222	七(石木欽)	共同違背職務行為收受賄賂罪，判6月與10月  撤發	雲林縣政府九十三年度重陽節致贈六十五歲至七十九歲老人敬老禮品，不實評選	1.共犯在學理上，有任意共犯與必要共犯之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實行者，當然有刑法總則共犯之適用，後者指須有二人以上參與實行始能成立之犯罪而言。必要共犯，尚可分為二人以上朝同一目標共同參與犯罪實行之「聚合犯」，及二個或二個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「對向犯」。「對向犯」因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間並無犯意之聯絡，當然無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。又貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，係屬身分犯，以依據法令從事公務之人員為犯罪主體，無此身分者，依同條例第三條之規定，固亦得成立本罪之共同正犯。然必無此身分者與有此身分者，並非互相對立之「對向犯」，而係彼此有犯意聯絡及行為分擔，朝同一目的，共同對於有此身分者所主管或監督之事務，直接或間接圖得該有此身分者本人或圖得其他第三人不法之利益，始足當之，若該有此身分者所圖利之對象，即係該無此身分者，則二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>責，彼此間即無所謂犯意聯絡與行為分擔，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難以上開圖利罪之共同正犯論處。。</p> <p>2. 修正後刑法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新法第二條第一項之規定，為「從舊從輕」之比較。且比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因(如身分加減)與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。而刑法第三十一條第一項已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論，但得減輕其刑」，自以修正後之「得減輕其刑」較有利於行為人。</p>
F3	100,台上,6006 1001103	五(邵燕玲)	共同犯銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營銀行業務罪，判 6 年、4 年與 7 年 6 月等  部分撤發，部分	違法吸金之累犯	銀行法第一百二十五條第三項規定，法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人，係指因法人負責人有違反銀行法第二十九條第一項規定之行為，始予以處罰，並非代罰或轉嫁性質，因此，凡參與吸金決策或執行之法人董事長或董事，應論以同法第一百二十五條第一項之罪，其具有犯意之聯絡，行為之分



編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
			駁		擔者，均成立共同正犯。知情承辦或參與吸收資金業務之職員，苟與法人之行為負責人或董事有犯意聯絡或行為分擔，依刑法第三十一條第一項規定，亦應論以該罪之正犯。原判決理由載述：旭亨公司所犯而應處罰行為負責人部分，因屬轉嫁罰之規定，受轉嫁處罰之複數行為負責人間，游彩賢等三人彼此應無共同正犯可言（見原判決第二〇頁第六至九列）。並以游彩賢等三人所犯銀行法第一百二十五條第一、三項之罪，一為本身所犯之罪，一為法人犯罪之轉嫁處罰，執為其等三人所犯前述二罪應予分論併罰之論據（見原判決第二一頁，倒數第六至三列）。揆之前揭說明，俱有適用法則不當之違法。
F4	100,台上,5659 1001013	四(洪文章)	甲○犯對於非主管事務圖利罪，判1年緩刑4年；乙○○無罪。  <b>撤發</b>	詐領公務車維修費	宋華本身對岸巡總局公務車之維修與維修費用之簽核報支，雖無從事該項職務之身分關係，但其與具職務身分關係之鍾一良間，就行使公務員登載不實公文書罪，有犯意聯絡與行為分擔，應依其行為時刑法第二十八條、第三十一條第一項規定，論以共同正犯。
F5	100,台上,4291 1000908	八(石木欽)	共同犯銀行法第125條第1項之非法經營銀行業務罪，各判5年、6年、1年10月等。	違法吸金類型	修正後刑法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新法第二條第一項之規定，為「從舊從輕」之比較。且比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
			撤發		犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因(如身分加減)與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。其中關於法定加減原因(如身分加減)，係在「從舊從輕」之比較範圍內。而刑法第三十一條第一項已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論，但得減輕其刑」，自以修正後之「得減輕其刑」較有利於行為人。原判決理由敘明俞光隆、高顯澄雖均非順得隆公司之負責人，然與具負責人身分之萬明潔、吳思龍共同實行本件違反銀行法之犯行，依刑法第三十一條第一項規定，均為共同正犯，亦應論以銀行法第一百二十五條第一項之罪（見原判決第六十頁倒數第九行以下至第六一頁第二行）。就刑法第三十一條第一項之修正，並未一併列為綜合比較全部修正情形之適用之事由，難謂適法
F6	100,台上,4902 1000908	三(謝俊雄)	共同連續背信，判6月、5月、4月等  駁	違法農會貸款	1.刑法第三百四十二條之背信罪，須以為他人處理事務為前提，所謂為他人云者，係指受他人委任，而為其處理事務而言。故背信係因身分而成立之罪，無身分者固得與有身分者共同實行犯罪而成為共同

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>正犯，惟有身分者若係為圖無身分者之不法利益，而該無身分者並未參與犯罪構成要件之行為，其純屬對立之共犯，不得僅憑該無身分者獲有不法之利益，即以共同正犯論處。故無身分者若否認與有身分者有犯意聯絡、行為分擔，法院自應在事實欄具體認定其有犯意聯絡之犯罪構成事實，並在理由內說明其依據，方為合法。</p> <p>2. 上訴人等雖未受豐原農會、豐原信用合作社委任處理事務，但與受豐原農會、豐原信用合作社委任處理貸款事務之各級承辦人，有犯意聯絡、行為分擔，依刑法第三十一條第一項規定，亦應論以共同正犯。</p> <p>3. 共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責，不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。又關於犯意聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立。且數共同正犯之間，原不以直接發生犯意聯絡者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內。從而除共謀共同正犯，因其並未參與犯罪構成要件之實行而無行為之分擔，僅以其參與犯罪之謀</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					<p>議為其犯罪構成要件之要素，故須以積極之證據證明其參與謀議外，其餘已參與分擔犯罪構成要件行為之共同正犯，既已共同實行犯罪行為，則該行為人，無論係先參與謀議，再共同實行犯罪，或於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與，均成立共同正犯。上訴人等既以共同犯罪之意思而參與，並已分擔實行部分行為，且相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，則無論渠等間共同謀議之具體態樣為何，均應成立共同正犯。從而原判決縱未詳細說明上訴人等與其餘共同正犯之間如何謀議所憑之證據，亦與判決之結果無影響，不能據為上訴第三審之理由</p>
F7	100, 台上 3945 100721	十(賴忠星)	<p>共同連續違反證券交易法第171條第1項第2款規定，各判1年10月、8月等</p> <p><b>部分撤發，部分駁</b></p>	違法製造假交易	<p>刑法修正之比較適用，於比較時應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。呂木村、王演芳、王百祿等人行為後，刑法於九十五年七月一日修正施行。其中刑法第三十一條修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。既規定「得減輕其刑」，是否減輕其刑，事實審法院自有裁量之權。原判決以修正前刑法之牽連犯、連續犯等</p>

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
					規定，較修正後規定應一罪一罰而言，修正前刑法顯對呂木村等人較有利，乃綜合全部罪刑之結果而為比較，整體適用較有利被告之修正前刑法規定，並無違誤
F8	100,台上 3590 1000630	五(林永茂)	共同違反貪污治罪條例第4條第1項第3款， 判5年、3年  <b>撤發</b>	共同依據法令從事公務之人員經辦公用工程有舞弊	貪污治罪條例第十九條規定「本條例未規定者，適用其他法律之規定」，則本件違反貪污治罪條例案件，自有刑法總則規定之適用。又上訴人等行為後刑法總則有修正，刑法第二條第一項改採為「從舊從輕」，於比較時，應就有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。而刑法第三十一條第一項，已從「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」。自以修正後之「得減輕其刑」，較有利於行為人。
F9	100, 台上 2493 1000512	六(洪文章)	共同媒介營利性交判9年6月  <b>部分撤發，部分駁</b>	媒介大陸女子來台從事性交易	共同正犯雖應就全部犯罪共負刑責，但非謂必須科以相同之刑罰。是法院仍應斟酌各行為人參與犯罪之程度，與各該行為人特具之科刑時應審酌之各項因素結果，量處適當之刑。

編號	案號	庭別	罪名及結果	案情（處斷）	重點摘錄
F10	100·台上 7 1000105	七(洪文章)	共同連續違反修正前商業會計法第 71 條第 1 款，各判 1 月 15 日，緩刑 2 年  <b>撤發</b>	違法製作不實會計憑證	上訴人等行為後，刑法第三十一條第一項已於九十四年二月二日修正公布，並於九十五年七月一日生效施行，新法於該項後段所增列得減輕其刑之但書規定，較舊法有利於行為人。原判決於比較新舊法適用時，漏未將此部分修正情形一併列入比較及說明，遽依修正前刑法第三十一條第一項論斷，亦嫌理由欠備。





## 中立參考文獻（按作者姓名筆劃排列）

### 一、中文書籍

甘添貴，刑法各論（上），台北，三民書局股份有限公司，2009年6月初版。

甘添貴，罪數理論之研究，台北，自版，2006年4月初版。

甘添貴，捷徑刑法總論（與謝庭晃合撰），台北，自版，2006年6月增訂二版。

余振華 譯/甘添貴 監譯，川端 博，刑法總論二十五講，台北，元照出版公司，1999年11月初版。

余振華 譯/甘添貴 監譯，川端 博，集中講義刑法總論，台北，元照出版公司，2008年6月初版。

余振華，刑法總論，台北，三民書局股份有限公司，2011年8月初版。

林山田，刑法通論（上）（下），台北，自版，2008年1月增訂十版。

林山田，刑法各罪論（下），台北，自版，2005年9月增訂五版。

林東茂，刑法綜覽，台北，一品文化事業有限公司，2007年9月五版。

林書楷，刑法總則，台北，五南圖書出版公司，2010年3月初版。

林鈺雄，新刑法總則，台北，自版，2011年9月三版。

柯耀程，刑法總論釋義，修正法篇(上)，台北，自版，2005年10月初版。

柯耀程，參與與競合，台北，自版，2009年10月初版。

洪福增，刑法之基本問題，台北，三民書局股份有限公司，1964年10月初版。

高仰止，刑法總則之理論與實用，台北，五南圖書出版公司，1986年8月。

高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，台北，自版，2003年2月初版。

- 張明偉，學習刑法，總則編，台北，五南圖書出版公司，2011年1月初版。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用，台北，五南圖書出版公司，2011年8月。
- 許澤天，刑總要論，台北，自版，2009年2月二版。
- 陳子平，刑法總論，台北，自版，2008年9月二版。
- 陳子平，共犯處罰根據論－共犯論之研究（一），台北，自版，1992年3月初版。
- 陳子平，共同正犯與共犯論－繼受日本之軌跡及其變遷，台北，五南圖書出版公司，2001年9月。
- 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，台北，自版，1994年再版。
- 黃常仁，刑法總論，邏輯分析與體系論證，台北，自版，2009年1月二版。
- 黃常仁，間接正犯與正犯後正犯，台北，漢興書局有限公司，1998年7月初版。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上）（下），台北，自版，2006年9月三版。
- 黃翰義，刑法總則新論，台北，元照出版公司，2010年10月初版。
- 楊建華，刑法總則之比較與檢討，台北，自版，1988年9月初版。
- 靳宗立，犯罪參與論 I，刑法基礎理論暨犯罪論，自版，2010年9月初版。
- 廖正豪，過失犯論，台北，三民書局股份有限公司，1993年8月初版。
- 褚劍鴻，刑法總則論，台北，自版，1995年12月增訂十版。
- 蔡墩銘，中國刑法精義，台北，自版，1988年6月五版。
- 蔡墩銘，刑法精義，台北，自版，2002年2月初版。
- 蔡聖偉 譯，Ingeborg Puppe，法學思維小學堂，台北，元照出版公司，2010年1月初版。
- 鄭逸哲，法學三段論下的刑法與刑法基本句型，台北，自版，2003年9月增

修二版。

**盧映潔**，刑法分則新論，台北，新學林出版股份有限公司，2011年9月四版。

**薛智仁**，參與群毆行為之處罰基礎與立法，台北，學林文化出版公司，2002年9月初版。

**韓忠謨**，刑法原理，台北，自版，1982年4月增定15版。

**蘇俊雄**，刑法總論 I，台北，自版，1995年10月初版。

**蘇俊雄**，刑法總論 II，台北，自版，1997年7月初版。

## 二、中文期刊雜誌

甘添貴，間接正犯與己手犯的再認識，中興法學第 24 卷第 3 期，1987 年 5 月，第 1 至 29 頁。

甘添貴，共同正犯之主觀犯意，月旦法學雜誌第 11 期，1996 年 3 月，第 41 至 42 頁。

甘添貴，共同正犯之客觀行為，月旦法學教室第 12 期，1996 年 4 月，第 50 至 51 頁。

甘添貴，中止犯之基本理念，載於「刑法之重要理念」，1996 年 6 月，第 125 至 159 頁。

甘添貴，必要共犯與總則共犯規定之適用，載於「刑法案例解評」，1999 年 1 月，第 160 至 172 頁。

甘添貴，共犯與身分之檢討與省思（與靳宗立合撰），載於「共犯與身分」，2001 年 11 月，第 263 至 314 頁。

甘添貴，正犯與共犯的界限，月旦法學教室第 11 期，2003 年 9 月，第 76 至 86 頁。

甘添貴，共謀共同正犯與共犯的區別--最高法院 98 年度臺上字第 877 號刑事判決評釋，法令月刊第 61 卷第 2 期，2010 年 2 月，第 55 至 64 頁。

古承宗，結夥三人與共同正犯，最高法院 99 年度台上字第 7351 號刑事判決，月旦裁判時報第 13 期，2012 年 3 月，第 66 至 77 頁。

何賴傑、黃朝義、李茂生，從徐自強擄人勒贖殺人案評析，月旦法學雜誌第 102 期，2005 年 7 月，第 209 至 232 頁。

余振華，『共犯與身分』之比較法考察—以德國、日本及我國刑法為中心，載於「共犯與身分」，2001 年 11 月，第 49 至 100 頁。

吳志光，繼受外國憲法釋義學的他山之石經驗—以東歐民主轉型國家為例，憲政時代第 30 卷第 1 期，2004 年 7 月，第 45 至 87 頁。

- 吳耀宗**，不能未遂之「無危險」之認定，月旦法學教室第 82 期，第 12 至 13 頁。
- 李茂生**，共犯關係之脫離，月旦法學雜誌第 21 期，1997 年 2 月，第 90 至 95 頁。
- 林山田**，2005 年新刑法總評，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年 2 月，第 146 至 171 頁。
- 林志潔**，貪污共犯理論的再思考，台灣法學雜誌第 161 期，2010 年 10 月，第 82 至 86 頁。
- 林東茂**，德國的組織犯罪及其法律上的對抗措施，載於「危險犯與經濟刑法」，1996 年 11 月，第 169 至 234 頁。
- 林東茂**，加重竊盜－實務相關見解評析，月旦法學雜誌第 71 期，2001 年 4 月，第 155 至 162 頁。
- 林東茂**，一個知識論上的刑法學思考－刑法體系的思想根源探索，載於「一個知識論上的刑法學思考」，2002 年 3 月，第 23 至 58 頁。
- 林東茂**，評刑法修正－妨害性自主罪，載於「一個知識論上的刑法學思考」，2002 年 3 月，第 167 至 188 頁。
- 林鈺雄**，保安處分與比例原則及從新從輕原則－評大法官釋字第 471 號解釋，載於「刑事法理論與實踐」，2002 年 6 月，第 283 至 300 頁。
- 花滿堂**，論不能犯、違法性錯誤、共犯與身分之修正，司法周刊第 1288 期，2006 年 5 月，第 10 至 20 頁。
- 周漾沂**，從實質法概念重新定義法益，以法主體性論述為基礎，台大法學論叢第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，第 981 至 1053 頁。
- 柯耀程**，刑法單一行為人概念評析，載於「變動中的刑法思想」，2001 年 9 月，第 249 至 276 頁。
- 柯耀程**，刑法「原因自由行為」可罰性問題探討，載於「變動中的刑法思想」，



2001年9月，第191至216頁。

**柯耀程**，論加重結果犯，載於「變動中的刑法思想」，2001年9月，第151至190頁。

**柯耀程**，人頭帳簿，月旦法學教室第36期，2005年10月，第24至25頁。

**柯耀程**，參與論(一)，犯罪參與的基礎概念，月旦法學雜誌第158期，2008年7月，第249至261頁。

**柯耀程**，參與論(二)，參與結構與參與制度，月旦法學雜誌第162期，2008年11月，第167至176頁。

**柯耀程**，共同正犯形成之判斷，評刑法修正後之適用與釋字第109號之重新詮釋，東海大學法學研究第25期，2009年12月，第1至37頁。

**柯耀程**，共犯理念的重新建構，輔仁法學第39期，2010年6月，第101至140頁。

**柯耀程**，支配理論的源起與發展，月旦法學教室第100期，2011年2月，第206至213頁。

**柯耀程**，結夥「三缺一」？，月旦法學教室第113期，2012年3月，第67至75頁。

**洪福增**，論共犯與身分(上)，刑事法雜誌第8卷第1期，1964年2月，第14至24頁。

**洪福增**，成立共同正犯之要件，載於「刑法判解研究」，1967年10月，第92至107頁。

**洪福增**，結夥三人以上竊盜之擬律，載於「刑法判解研究」，1967年10月，第375至378頁。

**洪福增**，論必要的共犯，刑事法雜誌第29卷第2期，1985年4月，第33至54頁。

**徐育安**，共同正犯之既遂、脫離與中止，台灣法學雜誌第181期，2011年8

月，第 202 至 206 頁。

**徐育安**，共同正犯與客體錯誤，月旦法學教室第 108 期，2011 年 10 月，第 39 至 41 頁。

**徐育安**，共同正犯本質之探究－以德國法制與學說為核心，載於「甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）」，2012 年 4 月，第 485 至 506 頁。

**高金桂**，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌第 130 期，2006 年 3 月，第 200 至 211 頁。

**高金桂**，正犯行為之減縮，月旦法學教室第 86 期，2009 年 12 月，第 22 至 23 期。

**許玉秀**，探索過失犯的構造－行為人能力的定位，載於「主觀與客觀之間」，1997 年 9 月，第 179 至 218 頁。

**許玉秀**，最高法院七十八年台上三六九三號判決的再檢討－前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探，載於「主觀與客觀之間」，1997 年 9 月，第 281 至 324 頁。

**許玉秀**，刑法第四章緒論及第二十八條至第三十一條註釋，行政院國家科學委員會專題研究計劃成果報告，計劃編號，NSC-85-2417-H-004-002-C4，1997 年 9 月。

**許玉秀**，共犯的競合（與徐育安合撰），刑事法雜誌第 43 卷第 4 期，1999 年 8 月，第 1 至 31 頁。

**許玉秀**，實質的正犯概念，載於「刑法的問題與對策」，1999 年 11 月，第 1 至 64 頁。

**許玉秀**，被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪，台灣本土法學雜誌第 27 期，2001 年 10 月，第 96 至 104 頁。

**許玉秀**，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌第 92 期，2003 年 1 月，第 39 至 48 頁。

- 許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，載於「刑事法之基礎與界限 / 洪福增教授紀念專輯」，2003年4月，第455至498頁。
- 許玉秀，刑法第31條第1項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，台灣本土法學雜誌第85期，2006年8月，第131至135頁。
- 許恆達，身分要素與背信罪的共同正犯－Roxin構成要件理論的檢討（上），2002年6月，萬國法律第123期，第109至116頁。
- 許恆達，身分要素與背信罪的共同正犯－Roxin構成要件理論的檢討（下），2002年8月，萬國法律第124期，第104至107頁。
- 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌第197期，2011年10月，第134至151頁。
- 許澤天，對向犯之研究，成大法學第19期，2010年6月，第45-77頁。
- 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，載於「罪與刑/林山田教授六十歲祝賀論文集」，1998年10月，第61至98頁。
- 許澤天，單純教唆－刑法第二十九條第三項之論證，法學講義第14期，2003年2月，第53至64頁。
- 許澤天，共同實施犯罪者，皆為正犯，法學講座第17期，2003年5月，第57至64頁。
- 許澤天，擇一因果－條件理論之省略公式與因果律公式，法學講座第19期，2003年7月，第50至62頁。
- 許澤天，對2005年1月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」、「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌第67期，2005年2月，第103至119頁。
- 許澤天，強制支配－犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第21卷第3期，2010年1月，第43至70頁。
- 陳子平，著手實行前共同正犯關係之脫離－九十四年度臺上字第三五一五號與九十五年度臺上字第三二五一號刑事判決之評析，月旦法學雜誌第

203 期，2012 年 4 月，第 167 至 168 頁。

**陳子平**，論正犯與共犯之概念，政大法學評論第 48 期，1993 年 9 月，第 119 至 164 頁。

**陳子平**，論共犯（含共同正犯）與預備罪之關連性，載於「罪與刑/林山田教授六十歲祝賀論文集」，1998 年 10 月，第 101 至 130 頁。

**陳子平**，共同正犯之本質，載於「刑事法學之理想與探索（一）/甘添貴教授祝壽論文集」，2002 年 3 月，第 389 至 443 頁。

**陳子平**，共同正犯的脫離與中止—九十六年度臺上字第二八八三號判決的評釋，月旦裁判時報創刊號，2010 年 2 月，第 144 至 150 頁。

**陳友鋒**，刑事不法的形式審查—構成要件的該當判斷（上），華岡法粹第 35 期，2006 年 7 月，第 233 至 158 頁。

**陳志輝**，義務犯，月旦法學教室第 23 期，2004 年 9 月，第 34 至 38 頁。

**陳志輝**，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為，月旦法學雜誌第 114 期，2004 年 11 月，第 30 至 46 頁。

**陳志輝**，身分犯的實質不法內涵，台灣本土法學雜誌第 84 期，2006 年 7 月，第 120 至 122 頁。

**陳志輝**，預備犯之可罰性及其界限，載於「犯罪實行理論」，2012 年 4 月，第 3 至 40 頁。

**陳志龍**，犯罪之成立與量刑，由構成要件要素與責任要素之不同論罪之成立及量刑的具體化，律師通訊第 131 期，1990 年 8 月，第 36 至 45 頁。

**陳志龍**，「共犯」（？）的刑事責任，載於「現代刑事法與刑事責任/蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集」，1997 年 2 月，第 1 至 16 頁。

**陳惠馨**，1851 年普魯士刑法典—當代「德國刑法典」的基礎架構，月旦法學雜誌第 208 期，2012 年 9 月，第 258 頁以下

**曾淑瑜**，扶養義務順序與遺棄罪，月旦裁判時報第 3 期，2010 年 10 月，第

108 至 113 頁。

**陳愛娥**，繼受法國家中的法比較－以憲法解釋作為觀察對象，月旦民商法雜誌第 4 期，2004 年 6 月，第 5 至 15 頁。

**游明得**，論一行為誣告數人的競合處斷－以保護法益為中心，刑事法雜誌第 47 卷第 5 期，2003 年 10 月，第 81 至 116 頁。

**游明得**，論刑法上著手實行的判斷－判斷標準與客體的綜合分析，法官協會雜誌第 7 卷第 1 期，2005 年 6 月，第 154 至 167 頁。

**黃惠婷**，在構成要件形式上完成後之共同正犯與幫助犯成立之可能性，刑事法雜誌第 41 卷第 2 期，1997 年 4 月，第 164 至 171 頁。

**黃惠婷**，幫助犯之幫助行為，兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月，第 23 至 40 頁。

**黃惠婷**，正犯背後之正犯，載於「刑事法學之理想與探索（一）/甘添貴教授祝壽論文集」，2002 年 3 月，第 369 至 387 頁。

**黃惠婷**，結果加重犯的直接關聯性，台灣本土法學雜誌第 69 期，2005 年 4 月，第 170 至 174 頁。

**黃惠婷**，犯罪支配理論下的共謀共同正犯，台灣法學雜誌第 161 期，2010 年 10 月。

**黃經綸**，對抗「敵人刑法」－淺析 Jakobs 的敵人刑法與德國法下客觀法秩序維持之衝突性，刑事法雜誌第 48 卷第 5 期，2004 年 10 月，第 88 至 111 頁。

**黃榮堅**，刑法解題－關於不法意識及犯罪結構，載於「刑法問題與利益思考」，1996 年 3 月，第 161 至 214 頁。

**黃榮堅**，故意的定義與定位，載於「刑罰的極限」，1999 年 4 月，第 345 至 399 頁。

**黃榮堅**，從破壞性教導行為看共犯觀念，載於「刑罰的極限」，1999 年 4 月，第 119 至 138 頁。

- 黃榮堅**，論正當防衛，載於「刑罰的極限」，1999年4月，第81至118頁。
- 黃榮堅**，財產犯罪與持有關係，台灣本土法學雜誌第5期，1999年10月，第140至145頁。
- 黃榮堅**，共犯與身分，載於「刑事思潮之奔騰 / 韓忠謨教授紀念論文集」，2000年6月，第195至226頁。
- 黃榮堅**，論共犯，載於「刑事法學之理想與探索」(一)/甘添貴教授六秩祝壽論文集」，2002年3月，第325至368頁。
- 黃榮堅**，論偽造文書之行使行為，評92年度台上字第2293號等判決，臺灣本土法學第54期，2004年1月，第63至80頁。
- 黃榮堅**，終極指令，月旦法學教室第44期，2006年6月，第62至63頁。
- 趙平原**，共同正犯、結夥犯及其相關問題，軍法專刊第32卷4期，1986年4月，第20至25頁。
- 劉幸義**，法律概念、類型與分類－以行為主體要素為例，載於「法與義－Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集」，2000年5月，第1至14頁。
- 蔡惠芳**，刑法實例解析，複數犯罪參與人之判斷，輔仁法學第28期，2004年12月，第279至313頁。
- 蔡惠芳**，德國法上結果加重犯歸責理論之研究－以傷害致死罪為例，載於「Lothar Philipps 七秩祝壽論文集」，2004年3月，第264至276頁。
- 蔡惠芳**，結果加重犯的共犯問題，月旦法學雜誌第118期，2005年3月，第18至29頁。
- 蔡聖偉**，評2005年關於不能未遂的修法，載於「刑法問題研究（一）」，2008年7月，第61至316頁。
- 蔡聖偉**，論間接正犯概念內涵的演變，載於「刑法問題研究（一）」，2008年7月，第137至184頁。
- 蔡聖偉**，絕命醫療站（上）－透過不可歸責之途徑所發生的結果與中止，



月旦法學雜誌第 173 期，2009 年 10 月，第 297 至 304 頁。

**蔡聖偉**，論排他互斥的犯罪構成要件，東吳法律學報第 21 卷第 4 期，2010 年 4 月，第 87 至 117 頁。

**蔡聖偉**，未遂犯的「前審查要件」，載於「甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）」，2012 年 4 月，第 395 至 414 頁。

**鄭健才**，結夥犯與共同正犯，軍法專刊第 36 卷第 4 期，1990 年 4 月，第 2 至 7 頁。

**鄭善印**，刑法的目的只有法益保護嗎？—以日本刑法學說為觀察核心，載於「現代刑事法與刑事責任/蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集」，1997 年 2 月，第 649 至 668 頁。

**鄭逸哲**，「共同正犯」論罪不得割裂，月旦法學教室別冊，2011 年，第 57 至 58 頁。

**鄭逸哲**，侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年 9 月，第 223 至 233 頁。

**鄭逸哲**，刑法第 28 條例外作為「共同強制性交構成要件」的「實定法解釋源」，台灣本土法學第 95 期，2007 年 6 月，第 154 至 156 頁。

**謝開平**，共同正犯與個人減免刑罰事由，法學講座第 22 期，2003 年 10 月，第 37 至 43 頁。

**謝開平**，穩步向前—最高法院九十二年度刑事實體判決回顧，台灣本土法學雜誌第 65 期，2004 年 12 月，第 149 至 167 頁。

### 三、中文學位論文

王榮聖，預備罪之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1995年6月。

李鳳瑜，中止犯規定修正後之法解釋與運用，中央警察大學政策研究所碩士論文，1997年6月。

李永瑞，正犯與共犯區別理論之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，1999年7月。

李進榮，共同正犯之未遂，政治大學法律學研究所碩士論文，1998年1月。

林書楷，論犯罪之典型共同加工，輔仁大學法律學系所博士論文，2005年7月。

邱群傑，共同正犯之研究－以聚眾犯為研究中心，文化大學法律學研究所碩士論文，1999年6月。

林冠宏，共犯處罰根據之研究－以2005年刑法總則修正為核心，台北大學法律學研究所碩士論文，2008年1月。

洪任賢，共同犯罪錯誤之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，1999年1月。

施勇全，過失共同正犯問題之研究，成功大學法律學研究所碩士論文，1999年1月。

徐偉群，不作為之共犯型態，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994年6月。

席時英，身分關係與論罪科刑之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2005年6月。

張永幸，「共謀共同正犯」究係「正犯」抑或「共犯」？，高雄大學法律學研究所碩士論文，2009年1月。

彭文茂，不法集體決議的因果關係與刑事歸責，台北大學法律學研究所碩士論文，2006年6月。

**游明得**，加重竊盜罪之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1997年6月。

**楊芳賢**，論身分犯之正犯與共犯，中興大學法律學研究所碩士論文，1990年2月。

**馮聖晏**，犯罪之組織支配，政治大學法律學研究所碩士論文，2010年7月。

**趙彥清**，結果加重犯的歸責基礎，政治大學法律學研究所碩士論文，1999年7月。

**劉臺強**，法律詮釋學之研究，文化大學法律學研究所碩士論文，1998年6月。

**劉臺強**，法律知識論的建構－以法律釋義學的探討為基礎，輔仁大學法律學系博士論文，2008年1月。

**蔡聖偉**，不能未遂，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1995年6月。

**蔡薇君**，論對向犯，中正大學法律學研究所碩士論文，2006年8月。

**蕭仁豪**，共犯中止與共犯關係之脫離，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2001年8月。

**蕭宏宜**，間接正犯的成立範圍，成功大學法律學研究所碩士論文，2001年7月。

# 德文參考文獻

## 一、德文書籍

**Arana, Pariona** : Täterschaft und Pflichtverletzung : Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Baden-Baden 2010.

**Bauer, Claudia** : Vorbereitung und Mittäterschaft ( bei Herrschaftsdelikten ) , München 1996.

**Baumann/ Weber/ Mitsch** : Strafrecht Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Bielefeld 2003.

**Beling, Ernst** : Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

**Berz, Ulrich** : Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, München 1986.

**Bloy, René** : Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin 1985.

**Bottke, Wilfried** : Täterschaft und Gestaltungsherrschaft : zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, Heidelberg 1992.

**Buser, Torsten** : Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, Berlin 1998.

**Charalmbakis, Aristotelis** : Der Unterschlagungstatbestand de lege lata und de lege ferenda, Berlin 1985.

**Dencker, Friedrich** : Kausalität und Gesamttat, Berlin 1996.

**Fad, Frank** : Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, Berlin 2005.

**Fahl/Winkler** : Definitionen Strafrecht, 2. Aufl., Berlin 2008.

**Fischer, Thomas** : Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl., München 2001.

**Freudenthal, Berthold** : Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Breslau 1901.

- Freund, George** : Strafrecht Allgemeiner Teil : personale Straftatlehre , Berlin ; Heidelberg 1998.
- Frisch, Wolfgang** : Vorsatz und Risiko : Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes : zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellung, Köln 1983.
- Frister, Helmut** : Strafrecht, Allgemeiner Teil : ein Studienbuch, 3,Aufl., München 2006.
- Fuchs, Helmut** : Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Grundlagen und Lehre von der Straftat, 6. Aufl., Wien ; New York 2004.
- Fuchs, Thomas** : Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.Mai 1871, 1c. Aufl., Mannheim 2010.
- Goes, Claus-Jürgen** : Der Rücktritt des Tatbeteiligten, Berlin 1982.
- Gropp, Walter** : Deliktstypen mit Sonderbeteiligung : Untersuchungen zur Lehre von der "notwendigen Teilnahme, Tübingen 1992.
- Jakobs, Günter** : Strafrechts Allgemeinet Teil, 2.Aufl., Berlin 1993.
- Haft, Fritjof** : Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2004.
- Häring, Daniel** : Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte, Basel 2005.
- Haas, Volker** : Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen : zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, Berlin 2008.
- Heinrich, Bernd** : Strafrecht - Allgemeiner Teil II— Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikt, Irrtums-, Beteiligungs- und Konkurrenzlehre, 1.Aufl., Stuttgart 2005.
- Herzberg, Rolf Dietrich** : Täterschaft und Teilnahm : eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen , München 1977.
- Hoffmann-Holland, Klaus** : Der Modellgedanke im Strafrecht : ein kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellverschen, Tübingen

2007.

**Jähnke/Laufhütte/Odersky (hrsg.)** : Leipziger Kommentar Großkommentar, 11.Aufl., Berlin 1993.

**Joecks/Miebach (hrsg.)** : Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band1, 1.Aufl., Munchen 2003.

**Jescheck/ Weigend** : Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin 1996.

**Kamm, Simone** : Die fahrlässige Mittäterschaft, Berlin 1999.

**Knauer, Christoph** : Die Kollegialentscheidung im Strafrecht : zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft , München 2001.

**Kienapfel/Höpfel** : Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Wien 2005.

**Kindhäuser, Urs** : Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Baden-Baden 2005.

**Kindhäuser, Urs** : Strafgesetzbuch Lehr-und Praxiskommenar, 3.Aufl., Baden-Baden 2006.

**Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (hrsg.)** : Strafgesetzbuch, Band1, 2.Aufl., Baden-Baden 2005.

**Kraatz, Erick** : Die fahrlässige Mittäterschaft : ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs , Berlin 2006.

**Kühl, Kristian** : Strafgesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 2000.

**Küpper, Georg** : Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin 1990.

**Lackner/Kühl** : Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München 2001.

**Langneff, Katja** : Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Aachen 2000.

**Lázaro, Sánchez** : Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte : die Zuständigkeit für



die Risikoquelle als Täterbegriff, Berlin 2007.

**Puppe, Ingeborg** : Strafrecht Allgemeiner Teil II : im Spiegel der Rechtsprechung, Baden-Baden 2005.

**Renzikowski, Joachim** : Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997.

**Rinck, Klaus** : Der zweistufige Deliktsaufbau, Berlin 2000.

**Rotsch, Thomas** : Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft : Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen 2009.

**Roxin, Claus** : Strafrecht Allgemeiner Teil Band I -Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006.

**Roxin, Claus** : Strafrecht Allgemeiner Teil Band II -Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.

**Roxin, Claus** : Täterschaft und Teilnahme, 7. Aufl., Berlin 2000.

**Roxin, Claus** : Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts : 100 Entscheidungen für Studium und Referendariat mit Fragen und Antworten, München 1998.

**Rudolphi/Horn/Samson** : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2005.

**Sánchez-Vera, Javier** : Pflichtdelikt und Beteiligung : zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlin 1999.

**Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme** : Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte : die Zuständigkeit für die Risikoquelle als Täterbegriff, Berlin 2007.

**Satzger/Schmitt/Widmaier/Murmann** : Strafgesetzbuch : Kommentar ,1. Aufl.,

Köln 2009.

**Schönke/Schröder** : Strafgesetzbuch : Kommentar, 28. Aufl., München 2008.

**Schild, Wolfgang** : Täterschaft als Tatherrschaft, Berlin; New York 1994.

**Schroeder, Friedrich-Christian** : Der Täter hinter dem Täter : ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft , Berlin 1965.

**Sowada, Christoph** : Die notwendige Teilnahme als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Berlin 1992.

**Stein, Ulrich** : Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin 1988.

**Walter, Tonio** : Der Kern des Strafrechts : die allgemeine vom Verbrechen und Lehre vom Irrtum, , Tübingen 2006.

**Weezel, Alex van** : Beteiligung bei Fahrlässigkeit : ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln, Berlin 2006.

**Weisert, Daniel** : Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung, Berlin 1999.

**Weißer, Bettina** : Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, Berlin 1996.

**Welzel, Hans** : Das deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 9.Aufl., Berlin 1965.

**Wessels/Beulke** : Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat und ihr Aufbau , 39. Aufl., Heidelberg 2009.

**Zielinski, Dienthart** : Handlungs-und Erfolgswert im Unrechtsbegriff : Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss , Berlin 1973

## 二、德文期刊雜誌

**Frister, Helmut** : Zum strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme, Dencker-FS, 2012, S.119ff.

**Frister, Helmut** : Die Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 5/2011, S.392ff.

**Johannsen, Erik** : Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung, ZIS 12/2011, S.1001ff.

**H. Lesch, Heiko** : Gemeinsamer Tatenschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft ?, JA 2000, S.73ff.

**H. Lesch, Heiko** : Strafbare Beteiligung durch berufstypisches Verhalten ?, JA 2001, S.986ff.

**Mosenheuer, Andreas** : Unterlassen und Beteiligung, ZIS 2/2010 , S.349ff.

**Nepomuck, Lutz** : Antstiftung und Tatinteresse, ZIS 4/2010, S.349ff.

**Puppe, Ingeborg** : Der objective Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S.101ff.

**Puppe, Ingeborg** : Die gemeinsame Tatplan der Mittäter, Spinellis-FS, 2001, S.915ff. ( = ZIS 6/2007 S.234ff. )

**Roxin, Claus** : Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts ?, in: Empirische und dogmatische Fundamente, 2005, S.135ff.

**Roxin, Claus** : Unterlassung, Vorsatz u. Fahrlässigkeit, Versuch u. Teilnahme in neuen StGB, JuS 1973, S.327ff.

**Stübinger, Stephan** : Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrer Fahrlässiger Taten, ZIS 7/2011, S.602ff.

**Zimmerl, Leopold** : Grundsätzliches zur Teilnamelehre, ZStW 49 ( 1929 ), S.39ff.