

# 共同正犯形成之判斷

## —評刑法修正後之適用與釋字

### 第一〇九號之重新詮釋—

柯耀程\*

目	次
壹、引言	二、共謀或實行的參與判斷
貳、參與理論的簡介	(一)所有行為人皆參與行為之實行
一、客觀理論	(二)基於分工而有未參與行為之實行
二、主觀理論	肆、修正法與釋字第一〇九號之詮釋
三、綜合理論	一、「實施」改為「實行」之意涵
四、支配理論	二、「共謀」與「實行」共同正犯之成立基準
參、共同正犯形成之關係	伍、結語
一、共同正犯形成的基本前提	
(一)共同意思之形成	
(二)共同行為的範圍與內容	
(三)行為人對等的連結關係	

中文關鍵詞：共同正犯，實施，實行，共同性，構成要件實現

Schlüsselwort: Mittäterschaft, Durchführung, Ausführung,  
Gemeinsamkeit, Tatbestandsverwirklichung

\* 中正大學法律系教授。

投稿日期：95年9月29日，審查通過日期：95年11月20日。

## 中文摘要

數人加功於一個犯罪行為事實之上，其參與關係究竟皆為正犯？抑或是有正犯也有共犯？其區隔判斷的標準，到底在那裡？這是參與區分制參與理論所存在的根本問題。參與理論雖然嘗試將正犯與共犯加以區分，但對於同一種參與形式的正犯概念，要判斷是否成立共同正犯，卻又是另外一個問題。對於共同正犯類型的判斷，從大法官釋字第109號解釋之後，向來都有「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」之分，在意義上，似乎將共同正犯的結構，區隔成「預備階段」與「實行階段」。然而，共同正犯的形成是否可能發生在單純「共謀」的階段，倘若欠缺實行的關係，是否仍舊可能發生共同正犯的問題？這是值得思考的問題。

為釐清共同正犯判斷的問題，刑法修正時確實也作相當程度的檢討，但最終修法時，卻不是作概念上的澄清，而僅是將法律文字從「實施」改為「實行」，是否這樣的修法，就能夠釐清共同正犯形成的判斷問題？就能夠解決對於「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」區分的迷思？還是必須從概念的根本性問題著手，方得以得出判斷共同正犯的標準，進而確認形成共同正犯的條件。這都是修法之後，必須審慎檢討的問題。本文嘗試從共同正犯形成的結構關係著手，分析其刑成關係與條件，並對於「共謀」與「實行」共同正犯的形成，重新作一個基本的詮釋。

## Auszug

Wenn mehrere an eine Straftat beteiligen, kommt eine Frage in Betracht, ob die mehrere Beteiligte all als Täter anzusehen sind, oder

noch möglicherweise die unterschiedliche beteiligungsform vorliegt. Was aber das Kriterium der Unterscheidung von Beteiligungsform ist, ist die grundlegende Problematik der Beteiligungslehre im Differenzierungssystem. Obwohl die Beteiligungstheorien die Unterscheidung zwischen der Täterschaft und der Teilnahme versuchen, ist aber die Entscheidung zur Struktur der Mittäterschaft in einer gleichartigen Täterschaftsform eine andere Frage. Seit die Aufklärungsentscheidung vom Grandgericht Nr. 109 liegt die Unterscheidung von der Form der Mittäterschaft in " Verabredungsmittäterschaft „, und " Ausführungsmittäterschaft " vor. Diese Unterscheidung scheint im Sinne der Gestalt von der Mittäterschaft die Handlung in zwei Phasen, nämlich in Vorbereitung und Ausführung, zu trennen. Danach ist die Frage denkbar, ob die Gestalt der Mittäterschaft auch im Verabredungsstadium gebildet werden kann, nämlich die Mittäterschaft noch vorliegen kann, wenn es die Ausführungshandlung fehlt.

Um die Aufklärung der Frage über die Struktur und die Gestalt der Mittäterschaft herbeizuführen, fanden mehrere Diskussionen in der Reformszeit des Strafrechts statt. Aber der Würfel ist nicht darin gefallen, den Begriff der Mittäterschaft klarzumachen, sondern nur das gesetzliche Wort " durchführen „, zum " ausführen „, zu ändern. Ob das Reformgesetz die Frage lösen kann, die Gestalt der Mittäterschaft klar zu nehmen und die Unterscheidung von der Verabredungsmittäterschaft und der Ausführungsmittäterschaft klarzu machen, ist es noch nicht unproblematisch. Darauf zu

beantworten muß es sich auf den grundlegenden Begriff über die Mittäterschaft ansetzen, um die klare Kriterien der Mittäterschaft auszufinden.

Dieser Aufsatz versucht die Lösungsmöglichkeit zu finden, die Gestalt der Mittäterschaft zu analysieren und die Kriterien zur Bildung der Mittäterschaft herauszustellen. Darüber hinaus kann die Beziehung zwischen “ Verabredungsmittäterschaft ” und “ Ausführungsmittäerschaft ” durch eine systematische Untersuchung klar erklärt werden.

## 壹、引言

數人加功於一犯罪行為時，因加功程度之差異，有係行為直接針對於構成要件行為者；有係加功於構成要件以外之行為者；有係根本未有任何行為存在者；或者數人之行為同時加功於一行為為客體，而造成一侵害關係，但其彼此間並無任何犯罪意思之連結，僅是時間湊巧同時實現而已；或者數人所加功之行為，行為並非加功於同一行為客體之上，但行為所形成之違法關係，卻是針對同一規範所禁止事項之違反。同樣都是數人共同在做一件違反刑法規範之事，而在諸多不同情狀之下，孰者得視為共同正犯？孰者不能？又在犯罪行為中，雖然有數人之加功，但其參與

<sup>1</sup> 在數人同時參與一犯罪事實的情況，非必然即得成為共同正犯，因犯罪事實的結構關係不同，行為主體角色亦有所差異。例如數人雖同時實現同一犯罪事實，且其行為為客體一致，但因其並未具有任何行為共同性關係存在，僅能成為所謂「同時犯」，非為共同正犯；又在各種犯罪類型中，有一種形態其形成結構，必須要求數人共同為之，其犯罪方得以成立，學理稱之為「必要共犯（notwendige Teilnahme）」，其中有一種類型，數行為人雖共同加功於同一犯罪事實，且所侵害之法益一致，但彼此行為方向完全不同，且無任何

形態可能為共同正犯，亦可能非共同正犯；而非共同正犯之情形下，各人可能係正犯形態，也可能是共犯（特別是幫助犯）。如何對於此種糾結問題加以釐清，則屬在解決參與問題行為人可罰性之前，必須先加以確認者。諸多參與形態認定的問題，並非新近才發生，而是相當古老的未解問題。雖然學理對於此類問題之探索不遺餘力，而且或許多少有些發現，也建構若干判斷之標準，但成果仍舊差強人意。

2005 年刑法大幅度的修正，對於正犯規定的第二十八條，原本的構想，是將可能存在的正犯類型，一併納入法律規定之中，遂有「自任或利用他人實行犯罪行為者，為正犯；二人以上共同實行犯罪行為者，皆為正犯」之構想，但通過的法律規定，卻只是輕描淡寫地將原有規定中的「實施」修正為「實行」，固然從文字概念上來看，「實施」與「實行」，有其概念及適用範圍的差異性，但是否因此而使得共同正犯的判斷，出現不同的認定關係？在實務的認定與學理的分析上，確實造成若干概念解讀上的困擾，殊有值得檢討與釐清之必要。

## 貳、參與理論的簡介

我國刑法對於參與論的態度，一直以來都是採取區分的體制，亦即在行為人的參與關係中，依其所為對於犯罪事實成立的

---

犯罪意思之聯絡關係。此種犯罪類型雖要求必須有數人共同加功於同一犯罪事實，但數人之角色亦非共同正犯，僅為特殊參與關係下之「對向犯」而已。不論是「同時犯」或是「對向犯」，其均屬於數人加功於同一行為之情形，各人均為刑法意義下之正犯，但卻無法視其為共同正犯。因此，雖有數人共同加功於同一犯罪事實，欲成立共同正犯，仍須有特定條件之要求，在學理上對於共同正犯的認定，恐需在理論依據上，再加以補強說明，否則仍舊無法明確釐清其成立的基本關係。

作用，區分為正犯與共犯。所謂正犯的參與型態者，簡單地說，就是參與的主要角色，刑法評價的基礎對象；而在共犯的類型中，則區分為教唆犯與幫助犯，其在參與角色中，屬於周邊的角色。參與論所處理的主要問題，乃在將數人參與一犯罪行為之個別角色，明確加以定位，以提供決定可罰性判斷之依據。但從所有學理的闡述內容觀察，理論的重點，似乎都僅單純落在區隔正犯（Täterschaft）與共犯（Teilnahme）的問題上，對於個別參與形態的成立，以及參與形態成立之基礎與差異性，則較少論及，遂使得汗牛充棟的參與理論，所能真正解決參與角色認定問題，顯得少的可憐。是此，宜先從參與理論分析著手，觀其不足，以為理論填補之依據。

學理上對於參與形態區分的觀念，其實早在羅馬法時代，即已出現，然而，此一時期雖有參與形態之差異存在，但並無任何區分基礎的論據，且對於不同參與形態之處罰，並無差異性，故其參與形態之區分，僅具有形式之意義而已<sup>2</sup>。真正體系性分析參與形態，並建構區分標準者，應是十八世紀後期以後之事<sup>3</sup>，此一時期以後，學理對於參與形態之區分，可謂進入百家爭鳴，大放異彩的時期，從行為人概念分析的輪廓確認，到客觀理論、主觀理論、綜合理論，乃至二十世紀後漸成主流的支配理論不斷提出，使得解決區分正犯與共犯參與形態的標準，不斷創新，立論之基礎更趨嚴謹。其主要者，乃有主觀理論與客觀理論間辯證的問題存在，茲分述之：

<sup>2</sup> Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht 1985, S. 46ff.

<sup>3</sup> Vgl. Bloy, aaO., S. 64.

## 一、客觀理論

刑法犯罪行為參與論的發展觀之，最早為學理所接受之參與理論，應推形式客觀理論（formal-objektive Theorie）。形式客觀理論主要係以構成要件所描述之行為，作為認定之標準。依其見解，完全或一部實現犯罪類型構成要件之人，即為正犯；其餘之參與者，皆為共犯。也就是凡對於犯罪構成要件所規定之行為加以實現者，即為正犯，如所實施者為構成要件以外之行為，而對於該犯罪行為之發生具有直接或間接之作用者，僅成立共犯。形式客觀理論因受到 Birkmeyer 的推促，以及 Beling、M. E. Mayer 和 v. Liszt 等人之發展，在 1915 至 1933 年間成為學理及實務上判斷參與型態的主要見解<sup>4</sup>。形式客觀理論認為，凡對於構成要件所規定之行為為實施之人，不論其主觀意思為何，均應視為正犯。至於刑法中所規定之教唆犯或幫助犯之成立，僅於其所加功之行為為構成要件以外之行為為限。從形式客觀理論的見解，可以很明顯地看出，其以構成要件做為界線，而將共犯從犯罪行為加功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型態，因正犯與共犯在犯罪行為的加功上，均為等價條件，而將使得正犯與共犯無從區分。然而，以是否親自實現構成要件，作為客觀區分的界線，而對於未親自實施構成要件之行為人，全然視為共犯，則有其缺陷存在，其無法對於利用他人實現犯罪之人，作有效且完全的評價，以現代的眼光觀察，對於間接正犯的情況，僅能將其視為共犯的型態罷了。事實亦是如此，蓋間接正犯的類型在形式客觀理論的見解中並不存在，在利用他人實現犯罪行為的幕後操控

<sup>4</sup> Vgl. allezu Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., S. 14 ff.

者，充其量僅能認為教唆犯而已，因間接正犯既未親自實施構成要件之行為，依形式客觀理論的見解，其不能成為正犯，只能視其為共犯型態。如以現代學理的觀點，形式客觀理論對於間接正犯的詮釋，根本無能為力。對於形式客觀理論另外一個疑慮，則發生在共同正犯的認定上。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，對於未親自實施構成要件的行為人，則僅能認為幫助犯而已，乃造成共同正犯與幫助犯間區分的難題。

為解決此種對於共同正犯與幫助犯間界定及參與形態認定上之不足，於是乃有所謂「實質客觀理論（material-objektive Theorien）」<sup>5</sup>的提出。嚴格而言，實質客觀的說法，並非區分正犯與共犯的理論，而僅是為解決形式客觀理論所無法解決的問題而已，亦即在形式客觀理論中，對於共同正犯與幫助犯的區隔難題，在實質區分共同正犯與幫助犯的個別見解中，最主要的說法有三：

1、必要性理論：依實質客觀理論中「必要性理論（Theorie der Notwendigkeit）」的見解，舉凡對於犯罪事實具有不可或缺之加功者，均為正犯，其所謂不可或缺者，係指如無其加功，則犯罪事實無由發生而言。其餘之加功者，則為共犯<sup>6</sup>。必要性理論雖可解決部份共同正犯在形式客觀理論上認定的困難，以及提供界定

<sup>5</sup> 其實實質客觀理論本身並非獨立之理論，而係由各個在實質內容上，以客觀標準為導向之理論，綜合而成的見解，具代表性之理論有：1、「必要性理論（Notwendigkeitstheorie）」，2、「同時性理論（Gleichzeitigkeitstheorie）」3、「優勢理論（Überordnungstheorie）」，以及由 Frank（代表者）所提出的「生、心理探尋因果（physisch und psychisch vermittelte Kausalität）」之見解。Dazu Roxin, aaO., S. 38ff.

<sup>6</sup> Roxin, aaO., S. 38f.



共同正犯及幫助犯的一個判斷標準，但對於界定正犯、間接正犯及教唆犯，仍鮮有助益。

2、同時性理論：依「同時性理論（Theorie der Gleichzeitlichkeit）」之見解認為，如於犯罪行為之同時對於該犯罪事實為加功之人，均應視為共同正犯之參與型態，至於犯罪行為前之加功者，則視為幫助犯，亦即正犯僅成立於對犯罪事實加功之同時，如係於犯罪行為前之加功行為，僅成立共犯之行為<sup>7</sup>。相較於必要性理論，同時性理論對於認定共同正犯，的確提供一較為明確之標準，即犯罪行為實行之時作為認定點，但在區別間接正犯與其他共犯型態上，依舊助益不大。

3、優勢理論：所謂「優勢理論（Theorie der Überordnung）」認為，共同正犯與幫助犯間的區別，並非根據固定之標準，而係依各種不同之具體情況加以判定。共同正犯與共犯最大的區分標準，應在於對於犯罪事實，孰者具有優勢關係，共犯所加功之犯罪事實部份應侷限於附屬之部分<sup>8</sup>。此種論點雖然提供一個區分正犯與共犯的可用標準，但如何確定究竟係優勢或對等，抑或是附屬，則未有一明確之說明，無異係未解決問題，卻又製造另一新問題，且該問題更為棘手。

## 二、主觀理論

由於客觀理論在詮釋正犯與共犯之差異性時，仍有力有未逮之處，遂使得區分認定的觀點，朝向主觀層面思考，認為區別正犯與共犯不應從客觀層面著手，而應從行為人內在心理因素為探察標準，乃有所謂主觀理論（subjektive Theorien）之提出。其認

<sup>7</sup> AaO., S. 41f.

<sup>8</sup> AaO., S. 49f.

為犯罪行為參與的類型從客觀層面並不能提供一判斷之標準，唯有從參與者主觀層面，如意思、動機、意圖等，方能確立個別犯罪行為參與之類型。在主觀理論的見解中，因對於主觀意思認定的出發點不同，有從犯罪意思的故意出發、亦有從行為人利益考量出發之觀點，主要見解有故意理論（Dolustheorie）及利益理論（Interessentheorie）兩種見解。前者認為區分正犯與共犯之主要標準，乃在於「意思」之特別形式，也就是參與者究係以正犯之意思，抑或是從犯之意思為行為之加功。故意理論認為共犯在整個犯罪事實中，相對於正犯係以一非獨立，且僅具有附屬意思，而為行為之加功，其本身係從屬於正犯之行為，也就是共犯對於犯罪行為，係任由正犯對之加以實現；而利益理論認為區分正犯與共犯之主要標準，應在於對於結果利益，究竟是歸屬於誰，如將犯罪行為之實施視之為自己之利益者，為正犯，反之，如視之為他人之利益而為之者，則為共犯<sup>9</sup>。利益理論在其實質內容中，其實並未超出故意理論的範圍，向來均將之視為故意理論的補充理論。

當然，主觀理論對於界分正犯與共犯仍有其缺陷存在。依其觀點，正犯與共犯之區分，主要係在於參與者主觀意思的不同。然而，主觀要素的認定，即是一個相當困難的問題，特別是在臨界的問題上，也就是如行為對於結果的直接關係，雖是為他人而為之犯罪行為，但間接卻是為自己之利益，則究竟可否仍舊僅視為共犯？此外，從主觀理論的觀點認定，如係為他人犯罪的意圖，勢必使得即使親自為構成要件實現之人，淪為共犯，這樣的結果必然與構成要件設置之本旨相違背。而且，主觀的判斷究竟是將重點置於何處？係從行為人主觀上判定？或是以審判者的

<sup>9</sup> Aao., S. 51ff., 55ff.

主觀認定為基準？則顯得相當游移不定，將其作為正犯與共犯的判斷基礎，似乎仍有不足。因此，主觀理論的論點，仍未能提供一個妥善的判斷基準，其理論的內容，仍有令人質疑之處。

### 三、綜合理論

由於客觀理論與主觀理論對於區分正犯與共犯觀點的差異，對於判斷所得之結果，必然產生不同。客觀理論將區隔的重點放在構成要件實現的客觀面觀察，而對於行為主觀面，則全然置之不理；而主觀理論則反過來，將基準置於主觀面的判斷，無視於客觀構成要件的實現關係。如依此二理論個別判斷，其所得之結果，必然產生南轅北轍、互不相容之結果。為說明之便，在此以德國司法審判歷史上相當著名的案例「澡盆案（Badewannenfall）」<sup>10</sup>作為分析，即可瞭解主觀、客觀理論間，對於區分正犯與共犯之差異。如從客觀理論的觀點，則下手實施之人，應成立正犯，未下手實施構成要件行為之人，僅能成立共犯，則案中下手殺害嬰兒之人，即成立殺人罪（應稱為謀殺罪）之正犯，而未下手，但卻是始作俑者的母親僅成立殺人罪之教唆犯而已。反之，如從主觀理論之觀點判斷，則殺害嬰兒係母親的意思，下手殺害者，僅係以幫助她完成該殺害嬰兒的行為而已，

<sup>10</sup> 德國帝國法院時代的判決，RGSt 74. 84ff. 該案的事實如次：一位未婚生子的母親，因恐社會輿論與經濟壓力，乃決意將其甫出生之嬰兒殺死。然自己因產後虛弱，加上自己下不了手，遂電請其妹妹代為行事。並告知其妹，可以利用其為嬰兒洗澡時，將嬰兒在澡盆中溺死，且佯稱嬰兒係出生後自然死亡。她因不忍心見其姊為一個非婚生嬰兒如此痛苦，遂答應其要求，而將嬰兒溺斃。之後東窗事發，二人均得接受法律之制裁。然而，卻產生認定上之爭議，該未婚母親及其妹妹究應各自成立何種參與類型？此一問題從帝國法院（Reichgericht）一直延續到聯邦最高法院（Bundesgerichtshof）都有爭論。

正犯應為該嬰兒之母親，幫其下手殺害者，僅成立幫助犯而已。如從法定原則及構成要件設置的意旨，加以審查，則實現構成要件之行為者，應為正犯，固無問題，但以客觀理論之見解，將使得幕後操控之人，無法以正犯論之，反而使其規避刑事責任，此殊非刑法之目的所在。反之，如將正犯認定標準置於主觀意思上，則對於雖親手實現構成要件行為，但卻係為他人所為之人，僅為幫助犯，無異係將構成要件之規定摒棄。因此，不論係主觀理論或客觀理論，在解決正犯與共犯區分的問題上，均有其不充分之處，且各有所偏，並不能真正提供一個完整而正確的判斷標準。為進一步調和主、客觀理論對於判斷正犯與共犯結果的差異，學理上遂進一步將主觀理論及客觀理論加以整合，而提出所謂折衷式見解的「綜合理論（Vereinigungstheorie）」。

綜合理論仍舊係以確定正犯為其理論的出發點，惟各家意見仍然相當分歧。最主要之爭議乃在於究竟應以主觀理論為主、客觀理論為輔，抑或是以客觀理論為主，而輔以主觀理論？德國學理上，早期以 Stübel、Haupt、v.Bar 等人<sup>11</sup>為核心的見解，則以客觀理論為主，而以其他理論為輔，綜合成認定正犯與共犯之綜合理論；而其實務上之見解，則係以主觀理論為核心，輔以客觀理論。雖然綜合理論有其避免形成認定偏差的優點，但仍不免有實用及方法上之疑點。首先，在認定標準上殊難有一確定之認定基準，其認定標準始終都游移於主觀及客觀之間，究竟何時應以主觀理論，何時以客觀理論之觀點為基準，並不明確，如此易流於

<sup>11</sup> 即使其均由客觀理論出發，但實質見解內容仍有差異，如 Stübel 係以形式客觀理論為主軸，輔以同時性理論及調和生、心理因果理論作為認定之標準，而 Haupt 則認為行為階段之行為實施者均視為正犯（形式客觀理論），而準備階段之加功者僅為幫助犯。至於中間範圍內之加功者，則輔以故意理論認定之。而 v.Bar 則以形式客觀理論為基礎，輔以故意理論及同時性理論，作為認定之標準。Dazu vgl. Roxin, aaO., S. 57ff.

恣意的判斷。其次，在方法學上亦有漏洞，基本上，整合必須建立在一致性的共同基礎上，然而，主觀理論與客觀理論間，卻找不出此一共同的基礎，二者可謂「水火不容」。如此的整合，不禁令人懷疑，究竟整合主觀及客觀理論的基礎何在？要如何在主觀與客觀上加以整合？此似乎是毫無交集的整合關係，其整合似乎僅取決於偶然而已。或許此種整合係對於參與者之個別行為，作主觀及客觀的雙面觀察罷了！事實上並無所謂之整合存在，只是為解決問題時，病急亂投醫的方式而已。因此整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。故而，對於界分正犯與共犯的理论基礎，不得不另闢途徑。

#### 四、支配理論

由於以往理論對於參與形態區分的缺陷，乃促使得學理對於參與論（Beteiligungstheorie）問題，更審慎加以思考，於是乎在學理的思辯上，乃有所謂「犯罪事實支配理論（Tatherrschaftstheorie）」的問世。惟「犯罪事實支配（Tatherrschaft）」的概念，並非一開始即用於詮釋參與形態之問題，而是用於作為犯罪行為可罰性之判斷方法上。首先將「犯罪事實支配」一詞導入刑法基本概念中者，應回溯至 1915 年德國刑法學者 Hegler<sup>12</sup>，其雖將「犯罪事實支配」視為犯罪主體的要素，惟 Hegler 僅將之做為刑法上的責任前提（Voraussetzung der Schuld），而非將此一概念用於界定正犯與共犯的參與形態。最先將「犯罪事實支配」用於界定正犯與共犯者，應推 Hermann Bruns。依照 Bruns 的基本構想：正犯之

<sup>12</sup> Hegler 在其所發表「犯罪的要素（Die Merkmale des Verbrechens）」一文中，首先將犯罪事實支配的概念導入刑法法理之中。Vgl. Hegler, ZStW 36(1915), S. 19-44, 184-232.

成立，至少應以犯罪事實支配可能性為先決條件<sup>13</sup>。然而，Bruns 並未進一步說明，以犯罪事實支配的觀點，作為界分正犯與共犯之實質內涵，究竟何在？真正使得犯罪事實支配理論在參與論中，發揮其界分參與形態作用者，應歸功於 Welzel 的闡釋。Welzel 對於犯罪事實支配理論，透過其目的行為論（finale Handlungslehre）及所謂現代行為人概念（moderner Täterbegriff）賦予其實質之內容。並且將故意犯與過失犯做一嚴格的區分，而認為一個共通性的行為人概念是不存在的。對於過失犯而言，雖多數人對所發生結果共同加功，但由於所有條件均等價，故要對其界分正犯與共犯是不可能之事。因此，Welzel 認為對於過失犯應適用擴張行為人之概念，而傾向單一行為人之原則。反之，對於故意犯，Welzel 則認為正犯者，應具備有對於犯罪事實之目的性支配（finale Herrschaft），也就是對於所發生及將發生之事實，均具備有目的性之認知；而共犯則僅對其參與具有支配，而非對於犯罪事實本身的目的性支配<sup>14</sup>。綜合 Welzel 之見解，其認為正犯之成立應具備四個要件：即 1、目的性事實支配；2、客觀之行為人條件；3、主觀之行為人條件及 4、親自實現犯罪事實<sup>15</sup>。如此四項條件有所欠缺，則充其量僅能成立共犯，也就是共犯係參與主行為，而非實現主行為的一種參與類型<sup>16</sup>。

犯罪事實支配理論雖為現今德國刑法學理所認同，亦為用於界定正犯與共犯之通說，但從其發展的軌跡來看，學理對於犯罪事實支配概念的見解，並不一致<sup>17</sup>。Roxin 在其主要論文「行為人

<sup>13</sup> Vgl. Roxin, aaO., S. 61.

<sup>14</sup> Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 98ff., 111ff.

<sup>15</sup> Welzel, aaO., S. 100f.

<sup>16</sup> Aao., S. 111.

<sup>17</sup> 犯罪事實支配理論的見解甚為歧異，幾乎是眾說紛紜，莫衷一是，關於各家之見解請詳見 Roxin, aaO., S. 68ff.

與犯罪事實支配 (Täterschaft und Tatherrschaft) 」<sup>18</sup>一書中，特就犯罪事實支配理論詳加探討，並將之發展得更加精緻。依 Roxin 的見解，正犯係具體犯罪事實的核心角色 (Zentralgestalt)，此一核心角色係藉由犯罪事實支配要素、特別義務之侵害及親手實施建構而成。對於故意犯而言，犯罪事實支配主要由三主要支柱建構而成<sup>19</sup>：1、行為支配<sup>20</sup> (Handlungsherrschaft)；2、意思支配<sup>21</sup> (Willensherrschaft)；3、功能性支配<sup>22</sup> (funktionale Herrschaft)

<sup>18</sup> Roxin 的 Habilitationsschrift 「行為人與犯罪事實支配」一書，1962 年出版，但歷久不衰，至 1995 年已有六版問世。該書仍為探討犯罪行為參與問題不可或缺之必備文獻，可謂之為經典之作。

<sup>19</sup> Roxin, aaO., passim, insbesondere S. 527ff.

<sup>20</sup> 所謂「行為支配」之意者，係以構成要件實現，作為正犯成立的判斷標準，所以實現構成要件者，必須是由行為人之行為來實現，故而所有正犯類型的判斷基礎，乃在行為支配的作用上，亦即所有正犯類型的存在，最根本者，必須存在有正犯的行為支配，以此為基礎，方得以延伸至其他正犯類型的判斷。故而行為支配者，其主要係針對親手且具目的性之構成要件實現而言，詳言之，任何犯罪行為的實現，必然有行為支配存在，特別在判斷參與者僅有一人時，更為明顯，如有數人時，則對於實現構成要件之人，必定具備有行為支配存在。

<sup>21</sup> 稱「意思支配」者，主要係作為認定間接正犯之標準，亦即如參與者具有縱向的前後關係存在時，對於幕後者的參與型態，必須透過意思支配基準來認定。凡事實情狀係藉由強制、錯誤、利用優勢知識及組織型態機制所為者，幕後之人即具有意思支配，而成為間接正犯。

<sup>22</sup> 「功能性支配」係作為共同正犯判斷之標準，該標準主要係為認定共同正犯之犯罪事實支配之共同性，亦即多數參與者間，具有對等的橫向參與關係，如功能性支配確立，則所有參與者，皆為共同正犯。在功能性支配的基礎上，欲判斷多數人皆為共同正犯的情形，必須滿足下數四個條件：1、各正犯間具有行為形成的共同性，亦即從犯罪決意的共同形成，必須存在者彼此間的意思形成共同性關係；2、具有行為承擔的共同性關係，亦即構成要件行為的實現，必須具備共同性存在，即使正犯彼此間具有行為的分工關係，個別分工行為共同組成構成要件行為實現之全體，其中如有所欠缺時，則原行為共同性關係，即遭破壞，是以，分工關係僅是行為共同性下的行為分配形式而已；3、正犯間地位對等，亦即各正犯間的結構形成關係，均屬對等，並無相互間支配的問題存在；4、歸責關係對等，亦即所有之參與人，對於所實現之構成要件行為，具有同等承擔責任的關係，不論個別所為之行為是否屬於構成要件之行為部分，其所實現之行為，共同歸責於所有之人。

基本上，支配理論者，雖然被視為區分正犯與共犯的理论，但其所側重者，仍在於以界分正犯為主，對於共犯的認定，仍舊相當模糊。依 Roxin 之見解，共犯係相對於正犯之次要概念（sekundärer Begriff），其對於犯罪事實並不具有支配性、不具特別義務，且非親手為構成要件之行為者<sup>23</sup>。Roxin 更進一步地說明共犯存立可能性之情形，其認為對於親手犯（Eigenhandsdelikt），原則上並不生共犯之情形，而對於義務犯（Pflichtsdelikt）則有共犯存在之可能<sup>24</sup>。從犯罪事實支配理論中可以得出一簡略的結論，即正犯者係犯罪事實的核心角色，也就是對犯罪事實之發生、其歷程及結果具有支配之人，而共犯則為犯罪事實之邊緣角色（Randrolle）。從構成要件所規定的犯罪事實觀之，具體事實中唯有實現構成要件之主行為（Haupttat）存在時，方能顯示有所謂的核心角色，如此邊緣角色方才有附麗之主體。因此，依犯罪事實支配理論之見，共犯僅是伴隨正犯而存在，在學理上雖可想像無正犯之共犯，例如甲以故意幫助乙竊取某物，惟事實上該物係乙所有，而乙卻誤己物為他人之物而竊取之，因乙在此並非竊盜罪構成要件之竊取行為，故不成立竊盜罪之正犯。惟甲在觀念上似亦為共犯之類型<sup>25</sup>，但在犯罪事實支配理論中，此種無正犯之共犯，並不存在。雖然，犯罪事實支配理論對於界分正犯與共犯，有其優於其他理論的優點，但其發展至今仍有其侷限性，其對於義務犯（Pflichtsdelikte）與特別犯（Sonderdelikte）之參與問題，仍未能提供完善之解決方法，特別是涉及構成要件成立關係的正犯與共犯之界分，這一個難題即

<sup>23</sup> Roxin, aaO., S. 528.

<sup>24</sup> AaO.

<sup>25</sup> 無正犯之共犯雖在學理上可以想像，但在現行法規定之下，並無任何實用意義，故而學說上甚少有論述之價值。如承認無正犯之共犯事實存在，則將使得共犯從屬性原則的基礎產生動搖。



使是 Roxin 也必須承認<sup>26</sup>。

另一派之學者，如 Lüderssen 則認為無正犯之共犯，不但可以想像，且其存在也是可能的。Lüderssen 從條件理論觀點出發，認為共犯之行為對於構成要件所定之事實及結果的發生，與正犯行為同樣加入一個條件，故而共犯並非從屬於正犯之主行為而存在，正犯之行為僅是在共犯行為及所生結果間的一個串連作用而已，並不影響共犯存在。從 Lüderssen 的觀點觀之，無疑係認為共犯毋需從屬於正犯之主行為，其本身具有獨立性存在。惟 Lüderssen 此種見解乃使得正犯與共犯之區分色彩漸漸消退，而傾向單一行為人之結構，蓋共犯既然有獨立性，而毋須正犯主行為之存在，則對於構成要件行為即可獨自完成，無疑係承認共犯正犯化，而使得共犯存在基礎更形薄弱<sup>27</sup>。

嚴格而論，參與理論不論是客觀理論、主觀理論，乃至綜合理論，甚至支配理論，對於數人參與關係而成立共同正犯的判斷，或多或少容有不足之處。對於共同正犯的形成結構，有必要進一步分析觀察。

## 參、共同正犯形成之關係

稱共同正犯者，係指一個構成要件的行為事實，由二人以上共同加以實現之謂，由這樣的單純概念中，可以再次分析出二個根本的問題：一、二人以上共同參與犯罪行為之實現者，如何確立數人之參與關係，果真具有共同的效應？亦即如何判斷二人以上對於一個犯罪事實的實現，確實是屬於共同正犯，而非其他的

<sup>26</sup> Vgl. Dazu Lackner, 2c vor § 25.

<sup>27</sup> Darüber vgl. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht 1985. S. 176ff.

參與類型？此乃共同正犯形成的判斷基礎問題，亦即共同性的判斷關係；二、構成要件的犯罪事實實現，究竟是由所有參與之人，皆為構成要件之行為而實現者？或是係由一部份之行為人所為之實現者？倘若構成要件之行為事實，係由一部份人之行為所實現，則在何種條件下，全部之參與人得被視為共同正犯？此即共同正犯參與程度判斷問題，也就是「實行共同正犯」與「共謀共同正犯」爭議的問題。茲將問題個別分析如次：

## 一、共同正犯形成的基本前提

犯罪行為之實現若係由二人以上所實現者，則判斷是否為共同正犯的基礎，乃在於其形成結構的共同性關係，倘若欠缺此種共同性關係時，則行為事實的實現，雖係由數人共同之作用所實現，仍舊無法將數人的關係稱之為共同正犯，例如行為人甲開車撞傷丙之後，隨即將丙送醫急救，但因診治的醫生乙有嚴重的醫療疏失，最後導致丙身亡。對於丙身亡一事，雖然甲與乙之行為都有作用，且發生死亡是二人之共同作用所致，但因甲、乙二人欠缺共同性關係存在，僅能一個別的行為，作個別之評價；又如甲乙二人都想要置丙於死地，在一個偶然的情況下，甲乙同時發現丙，乃個別舉槍加以射殺，甲乙二人都擊中丙之致命部位，而導致丙當場斃命，雖然丙之致命，係同時由甲乙開槍所殺，但如甲乙未具有共同性之存在，也不算共同正犯，充其量僅能視之為同時犯，而個別論以單獨正犯。是以共同正犯成立的前提，必須參與之人間具有共同性之存在，方得以論其參與關係為共同正犯。至於共同性如何形成？主要的觀察切入點，乃在於如何形成行為，畢竟數參與者所以為共同正犯者，乃在於其所實現之行為

具有共同性關係，故而共同性的觀察，應從行為之形成為基準。而行為之形成，係始於行為意思之決意，進而為意思範圍內之行為實現，故而共同性的認定基準，乃建立在三個條件之上，即共同意思、共同行為的範圍與內容及行為人對等關係，茲分述之：

### (一)共同意思之形成

共同性形成的基礎，乃在於二人以上基於共同實現行為的意思，亦即行為人必須在主觀上對其所欲為之行為，達成合意，也就是數人經由意思之磋商，而形成共同一致的行為意思。共同意思的形成，固係基於行為人間之合意，但依實務之見解，並不要求形成共同決意與合意的關係，須限定於積極的事前共謀關係，即使是消極的默認其他行為人的意思，亦屬之；另對於共同意思形成的方式，也不限定在行為人面對面直接的意思磋商關係，即使間接地為一定意思之聯繫，而達成合意者，亦屬於共同之決意<sup>28</sup>。此一共同意思形成的時點，在基礎的共同正犯關係而言，必須是在共同行為著手之前，即已成形，其共同意思形成的內容，應包括五個部分：1、**犯罪行為的類型與行為程度**；亦即數人之共同行為必須設定在一定的範圍與程度，此係數人共同的部分，倘若超出此一共同意思的範圍所為者，則非屬於共同行為意思的部分，其超出部分，僅能視為個別的意思，對於行為的歸責，也只能為個別的歸責。例如甲乙丙三人共同謀議竊盜，其共同意思為竊盜之意思，倘若甲為竊盜行為之時，見有無法搬走之物，而出於毀壞之意思，而加以損毀，則毀損之意思，乃非共同意思之範圍，是屬於超出共同意思以外的個人意思，故所為之毀損行為，僅能視為甲個人之行為，而非甲乙丙之共同行為。又甲乙丙

<sup>28</sup> 參見最高法院 73 年台上字第 2364 號、77 年台上字第 2135 號判例。

三人共同謀議強盜，強盜行為著手而取得財物既遂後，其中乙見被害人頗具有姿色，乃心生淫亂之意，而對被害人為強制性交，此時強盜意思外之強制性交意思，並非三人之共同意思，而是屬於乙個人之意思，故甲乙丙三人為強盜罪之共同正犯，雖其中乙又犯強制性交罪，但此為乙之個人意思，並非三人之共同意思範圍，由乙自行承擔強盜強制性交之罪責，甲丙則依強盜罪之共同正犯處斷，故而，共同意思必須設定行為的類型與程度；2、**參與角色之行為分配認知**：即數人在犯罪行為之中，個別分配之行為部分為何，此乃行為實現的分工關係，在這樣的分工關係下，行為人彼此間的行為部分，乃成為維繫整體行為實現的重要一環，而個別分工的行為者，則係受到共同意思的指導，故而共同意思的內容中，角色行為的分配關係者，亦必須包含其中；3、**地位對等的行為意思認知**：共同正犯因其地位為對等的關係，其與犯罪事實的實現，係各行為人立於等距的行為意思，所形成之共同意思者，倘若未具有此種行為事實等距的意思認知，則非屬於共同正犯之共同意思，例如雖數人共同為一行為的情況，而其中有人之意思形成並非自由，而是立於他人意思之下，不得不共同為之的意思者，則雖是數人所為，依具體的情狀，或可成為間接正犯的結構關係，但因欠缺等距之認知，故仍非屬於共同正犯；4、**必須是一致對外的意思形成關係**：共同正犯所形成的意思內容，必須是所有行為人的意思共同對外，亦即行為人皆共同以其以外之對象為行為客體，不能以共同參與之行為人為行為對象，否則即無法成為共同正犯，倘若是以對內的行為意思者，則依具體之情狀，或可能成為對向犯的類型，但卻非屬於共同正犯的參與關係。由於共同正犯的形成要求，係所有行為人以一致對外的行為意思，所為對外之侵害關係，其共同參與此種關係之

人，方得以成為共同正犯，故而共同行為意思的內容，亦須設定為一致對外的關係；5、貫徹意思實現的認知：如果從單獨之行為觀察，行為必須是行為人意思發動，且必須展現於外之意識活動；如僅係單純內在思維或內心之想法，其未展現於外，是不能加以評價的。此種基本法理對於共同正犯之要求，亦無例外，在結構上共同正犯得以成立的基本前提要件，乃在於有數人共同加功於一犯罪事實之上，所不知者，僅在於該數人是否具有共同性關係存在，因此欲決定共同性存在與否，或許可以功能性支配作為輔助見解，但其根本論據，仍在形成同一犯罪意思的共同性，而單純意思形成尚不能作為評價之基礎，必須該共同意思形成共同行為時，方得以成立共同性關係<sup>29</sup>。因此，共同正犯必須建構在共同意思已形成共同行為而展現於外時，方有可能成立。此乃「意思形成行為」而為評價客體之根本要求。

在通常共同正犯的意思形成關係上，本然性的共同正犯，其行為意思必須是在行為著手之前即已確認，且在行為實行之過程中，並未發生異於合意的轉換（即所謂之另行起意），始足以該當共同正犯之共同意思之要求。惟當數人共同決意，行為進入著手階段，而未達終了之際，有人以參與之意思加入共同行為之中，其雖非自始為參與共同意思之形成，而是事中才加入行為之中，此乃學理所稱「相繼參與（sukzessive Beteiligung）」的關係。

<sup>29</sup> 對此一意思實現的認知要求，大法官會議釋字第一〇九號解釋，所為之論述，顯有不足之處，蓋其將共謀與實行者，皆視為共同正犯，殊不知如行為人僅是共謀者，亦即具有形成共同意思的參與狀態，但卻欠缺在實行之共同行為實現者，則該共同意思已經修正，雖犯罪事實亦經實現，但行為共同性的結構，已非當初意思共同所形成者，故實不應將共謀者，亦如釋字第一〇九號解釋一般，被視為與實行共同正犯之共同正犯形式。Vgl. Roxin, aaO., S. 294。其對於共謀而未為共同支配實行行為者，雖共同意思屬於共同正犯所不可或缺之前提，但其欠缺實現之共同支配關係，亦不認為得成立共同正犯。

相繼參與者，既未參與共同意思之形成，也未在行為之初確認其參與角色及分工關係，僅是中間加入而已，在這種情狀下，要能成為共同正犯的關係，必須其加入之意思，得以融入原本的共同意思之中，否則仍舊僅能視為個別之行為而已<sup>30</sup>。相繼參與要成為共同正犯者，必須滿足二個條件：1、加入人係以加入的意思，而為行為之參與，亦即加入人在主觀上，必須接受既有的行為意思，且其加入之行為意思，係融入既有的行為意思之中，亦即接受既有存在的行為意思，且未對既有的意思予以變更；2、原參與人對於加入人之參與，並無反面之意見，不論是正面接納的肯定，或是默認其加入，而成為其參與關係的一員均可。倘若非於行為實行之初，即已參與，而是事中才加入者，其得以與既有的參與者成立共同正犯，必須滿足此二條件，否則單向的加入關係，仍無法被視為相繼共同正犯。

## (二)共同行為的範圍與內容

共同性從決意之後，必須有為構成要件行為之實現，方得以成為刑法判斷對象，而在共同正犯的形成關係，係從共同之行為決意，而形成彼此間所欲實現之行為及所欲犯之罪。經由各行為人合意之後，其所定調之行為的範圍，乃至於實行方式及侵害關係者，乃共同性判斷的客觀基礎，行為之實現必須受到共同性的節制，倘若超出共同行為以外之行為者，則超出部分已非屬於原共同性形成的範圍，依具體情狀可能會發生者，或為原共同性之

<sup>30</sup> 雖然學理與實務都承認「相繼共同正犯 (sukzessive Mittäterschaft)」的概念，但對於相繼關係的判斷，卻鮮少加以界定。實務見解參見最高法院 73 年台上字第 1886 號、73 年台上字第 2364 號、77 年台上字第 2135 號判例是；學理參見林山田，刑法通論（下），八版，2003 年，頁 88；Roxin, Strafrecht AT II, S. 90-93；Roxin-LK, Rn. 192ff. zu §25；Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 678.

變更，而產生出另一共同性的意思與行為，例如甲乙丙三人原共謀為恐嚇取財之行為，而於行為著手之後，發現無法達成恐嚇取財的目的，必須採取更為強烈的目的，方有取財之可能，於是乃於恐嚇取財之行為中，轉換成為強盜行為，乃至於擄人勒贖行為者，此時行為人間彼此犯罪意思的決意，已經轉變，且行為的內容也有所不同，但行為人間仍舊合意於轉變的意思與行為，故此種共同性之轉變，而形成另一新的共同意思與行為的情況，其既屬原行為共同性範圍內之共同正犯，也是新生犯罪行為的共同正犯，在論斷上，二者屬於個別獨立的關係，此時甲乙丙三人乃成為「數人共犯數罪」之共同正犯。

由於共同正犯是數人共同實現犯罪行為，其不同於單獨正犯者，乃因其對於構成要件行為事實的實現，係分由數人共同致力完成，而共同完成一行為事實者，乃是將一構成要件的行為實現，採取分工的方式來共同完成，此種行為實現的分工關係，必須是在共同性範圍內，而為使得行為更容易實現，或在實現行為時降低阻礙的風險，所為整體行為實現與擔保的工作分配。其可能的情狀有二：1、數人分工行為都是構成要件實現之行為：亦即數人基於共同性的形成，而為的分工關係，都是指向構成要件之實現，也就是分工關係，是以構成要件的行為，作為犯罪行為分工的基準，由每一個行為人實現一部份的構成要件行為，整體組合而成一完整之構成要件行為，例如甲乙丙丁四人基於共同之決意，而欲犯闖空門大搬家，其個別分配行為的範圍為：甲負責搜刮保險櫃內之財物，乙負責音響設備，丙丁負責家電用品，四人合力共同實現闖空門大搬家，其四人係基於共同犯罪意思，而形成行為實現的方向與內容，進而個別分配行為部分，個別行為人各依其分工之行為而作為，將個別行為整合，則為共同性基礎

的整體共同行為。又如甲乙丙三人共同犯強盜罪，甲乙二人制伏被害人，並將被害人抓住，丙為其身上財物之搜刮，此時所有行為人所為者，都屬於構成要件之行為，所有參與之人均屬同一共同性下之正犯；2、部分為構成要件之行為，部分為非構成要件之行為：分工關係除具有利於構成要件之實現者外，尚有降低行為阻礙風險的分工情形，亦即在共同性的基礎下，行為人對於構成要件實現的行為，以及阻礙構成要件實現之行為，乃至於防止被發現之行為，作個別行為之分配，行為著手之際，各行為人各依其所分配之行為，而各自就定位，例如甲乙丙丁共議行竊，其行為分配者，由甲乙入屋行竊，丙負責把風（降低行為實現阻礙之風險），而丁則負責開車接應（降低被發現或被捕的危險），分工已定，行竊之際個人各就定位，最終順利行竊得手，此時僅甲乙為構成要件之行為（行竊），而丙丁所為者，則非構成要件之行為，但個別行為乃形成整體構成要件之行為，故甲乙丙丁四人仍為竊盜罪之共同正犯。

在概念上不可混淆者，雖然共同正犯在行為實現的範圍與內容上，常是基於分工關係，共同合力為構成要件行為之實現，但分工關係是共同性之下的行為分配關係，並非是由分工而形成共同性，亦非由分工關係而形成共同正犯。基本上，分工關係是屬於行為人間基於共同合意的共同決意之後，形成所欲實現之行為，而對於行為實現的計畫，採取個別分擔一部份的行為，以共同形成整體行為的關係，分工關係的實現，主要係以行為已進入實行階段為主，亦即分工關係是屬於共同性範圍內的行為實現分配關係，其必須是在共同性的範圍內，方得以視為分工關係，如欠缺共同性的基礎，根本無由產生分工的問題。



### (三)行為人對等的連結關係

共同性的基本前提條件者，乃在於行為主體在角色的定位上，彼此對等的關係，亦即各行為人之間並無上下隸屬或控制關係，更無作為他人行為工具的情形存在，在參與的角色上，所有參與人具有同等的地位，而基於彼此間角色與行為分工的互補，以共同遂行其行為。其對於行為實現的角色關係，並非建立在其他共同行為之人的行為支配之上，而是因其行為角色的作用，而促使行為得以實現。基於此種對等地位，各行為人間在刑法的歸責問題上，也是對等的評價關係，亦即每一個共同參與之人，所承擔的行為責任都是一樣的。

## 二、共謀或實行的參與判斷

在判斷共同正犯的形成關係時，由於數人對於共同行為之實現，並未要求每一個人均需為構成要件行為之實行，故從行為決意開始，即會有共同正犯判斷的問題，倘行為人雖有參與共同意思之形成，但卻未有行為之實行時，是否仍舊得以將其視為共同正犯，在概念上，乃產生「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」之辯證關係，其中最主要的判斷準據者，應屬大法官會議釋字第○九號解釋<sup>31</sup>。就大法官解釋的意旨觀察，其係同時肯定共同

<sup>31</sup> 該號解釋之內容為：以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。其解釋理由書中謂：共同正犯，係共同實施犯罪行為之人，在共同意思範圍內，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，其成立不以全體均行參與實施犯罪構成要件之行為為要件；參與犯罪構成要件之行為者，因為共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯，使之對於全部

正犯包括「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」，惟此種見解卻受到審判實務的質疑，並在適用特定類型上，予以限縮。最高法院在 76 年台上字第 7210 號判決意旨中指出：刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括共謀共同正犯在內。司法院大法官會議釋字第一〇九號解釋「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯」之意旨，雖明示將「同謀共同正犯」與「實施共同正犯」併包括於刑法總則第二十八條之「正犯」之中，但此與規定於刑法分則或刑法特別法中之結夥犯罪，其態樣並非一致，此為本院最新之見解。雖然最高法院將適用共同正犯的類型，設定在刑法分則與刑事特別法的結夥規定上，但此類結夥規定，本質上都是共同正犯的概念，所不同者，僅在於設定最低參與人數而已，其所謂「態樣並不一致」的說法，恐非妥適<sup>32</sup>。

行為所發生之結果，負其責任。從此，在學理與實務的適用上，乃肯定共謀與實行者，均得成為共同正犯，但在詮釋與類型的判斷上，乃產生概念上之偏差。顯然對於釋字第一〇九號解釋，必須重新加以審視與詮釋。

<sup>32</sup> 最高法院雖稱該號判決為其最新之見解，但從理論的基礎上來看，確有二處令人質疑之處：1、其認為分則或特別法所規定之結夥類型，在參與的態樣上，不同於刑法第二十八條正犯之規定，顯然並不正確，蓋在分則與特別法中，關於聚眾或是結夥的規定者，都是基於共同正犯的法理基礎而存在，態樣上並無不同，所不同者，僅是參與人數之最低限制而已；2、其認為要成立共同正犯，必須是在行為實施之時「在場」，固然對於構成要件所設定成罪基礎的規定，在行為形成的要求上並無瑕疵，但如將其擴張到共同正犯認定時，顯然係採用「同時性理論」的認定基礎，這樣雖能解決結夥的判斷，但對於結夥以外之共同正犯認定，就會發生失誤，例如甲乙丙丁戊五人共謀犯竊盜罪，而由甲乙丙丁四人結夥實行，而由戊負責行為後之接應，並為銷贓的行為，則甲乙丙丁四人確實需要要求到場，但對於不在場的戊，仍舊屬於結夥關係的共同正犯。故而，對於共同正犯的認定，在共謀與實行的關係中，確實分則與特別法中所設定的條件，的確要求須為在場，但此種在場的關係，並不能放射到全部共同正犯的關係。

這樣的極端式之爭議，是否果真切中問題的核心？恐仍有疑慮，畢竟共同正犯所以為正犯之參與型態者，應非僅是單純之意思合意的關係而已，如將行為人僅至共同意思形成的階段，即視之為共謀共同正犯，恐在概念上已經發生謬誤。畢竟行為人間欠缺意思實現的認知關係，不但無由成為共同正犯的類型，根本上連刑法評價關係都未成立，何來有「共謀共同正犯」的問題存在？蓋刑法會發生有參與型態的判斷問題者，必須刑法的評價關係，已經進入不法階段，亦即必須有構成要件的實現判斷問題存在；而會有構成要件實現關係的判斷者，當然須有行為已經進入著手階段，倘若未有行為存在，根本無所謂構成要件該當判斷的問題，自然也無由發生參與關係判斷的問題，是以捨棄行為是否已經實行，而單純從概念上認定「共謀」者，是否能成立共同正犯？顯然毫無意義。

從「未有行為即無參與關係」的命題來看，檢討共同正犯彼此間的關係，究竟是實行的共同正犯？或是參與者僅是意思形成的共謀關係，而成立之共同正犯？在基礎條件上，都必須有行為的實現為基礎，倘若未有構成要件該當的行為存在，不只檢討「共謀」關係，會失其意義，且根本也無由出現「實行」共同正犯的可能。故而，論述共謀或是實行的參與關係時，都是存在有一定之構成要件行為，作為回溯認定的基礎，亦即判斷「共謀」或「實行」共同正犯的意義，乃是邏輯上「後判（ex post）」的思維關係，並不是單純從概念上來詮釋而已。單純在行為前的意思或計畫，倘若沒有行為加以實現，其雖有意思形成，卻無行為的存在，仍舊不能認為有參與關係存在，必須在意思形成之後，而將此共同意思轉化為行為，才會有參與關係形成之可能。故而，共謀或是實行的關係，並非形成共同正犯的認定基礎，而應僅是付諸行

為之分工關係的問題而已。在意思轉化為行為的參與程度上，可以分為二種形成結構關係：

### (一)所有行為人皆參與行為之實行

行為人彼此間基於共同行為意思之形成，而在分工的行為分配上，必須為特定之構成要件或是構成要件以外行為之實行者，其在整體行為事實的實現上，皆有為一定之行為，亦即在行為實現的過程中，行為人皆有為整體行為之一部行為，不論所為者是構成要件行為部分，或是非屬構成要件行為之阻礙排除行為，或是接應行為，其在犯罪行為實現的同時，都有承擔部分之行為，此時其在共同正犯形成型態的概念上，或許得以稱之為「實行共同正犯」，所不同者，僅在於其所實行者，為構成要件或非構成要件之行為而已<sup>33</sup>。

### (二)基於分工而有未參與行為之實行

數人間先有犯罪意思之形成，而基於共同形成的犯罪意思，而為行為實現的分工，其中有人必須負責為構成要件行為之實行者、有為排除構成要件行為實現之阻礙者、亦有為便於遂行其行為實現之工作者，當然也有為整體計畫之聯繫與贓物通路之安排者，不一而足。對於有參與行為之實行者，不論是否在犯罪行為實行的現場，其共同正犯的角色，當屬於實行共同正犯；但對於不在犯罪行為實行現場之人，亦非不能成為共同正犯，倘若其對於整體犯罪行為的實現，參與共同意思之形成，並為行為計畫之共同擬定，而且對於共同意思之實現，亦屬於其實現之意思者，

<sup>33</sup> 誠如林山田教授所稱「參與實行構成要件行為之共同正犯」與「參與實行構成要件以外行為之共同正犯」，二者皆屬於實行共同正犯。參見林山田，同前註30，頁93。

雖其所參與的階段，或許僅止於共同意思之形成，以及行為計畫擬定的階段，但因之後行為實現，回溯及共同性形成的過程，其亦屬之，此方得以稱之為「共謀共同正犯」。因此，「共謀共同正犯」的形成條件有四：1、具有形成共同意思的參與；2、具有認同共同性的關係，並受其拘束者；3、參與意思指向行為之實現；4、確實有合於共同性的行為實行。唯有合於此四項條件的要求下，對於僅參與意思形成關係的參與人，方得以共同正犯認定之，倘若雖參與共同意思之形成，但卻不願受共同性之拘束，亦即這是別人的行為意思，不是自己的行為意思，也就是其對於共同意思的形成，僅是意見提供而已，則共同正犯的關係，並不能將其算入在內。

對於「共謀」或是「實行」共同正犯的認定者，其共同的前提關係，都是須有構成要件的行為實現關係存在，亦即行為僅於著手之後，方會有共謀或實行判斷的問題出現，沒有構成要件的行為存在時，既無實行共同正犯存在的問題，自然也沒有檢討共謀共同正犯之餘地<sup>34</sup>。

## 肆、修正法與釋字第一〇九號之詮釋

刑法修正將原本共同正犯的規定，從「實施」改成「實行」，其所觸及到的問題有二：1、是否限縮共同正犯成立的範圍？蓋「實施」的概念，本是以行為之整體為範圍，而「實行」者，則僅限於行為進入著手以後的關係，二種概念有範圍之差異，是否會影響到共同正犯的判斷關係？2、釋字第一〇九號解釋，是否

<sup>34</sup> 對於修法的批判見解者，參見林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學雜誌 67 期，2005 年 2 月，頁 88。

須加以調整？蓋釋字第一〇九號解釋本就是對於共同正犯統一性判斷的見解，其中包括有「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」之分，二者雖概念有別，但都合於共同正犯之類型，惟將文字作修正後，是否使得釋字第一〇九號解釋，特別是關於「共謀共同正犯」的認定，也須隨之變動？抑或是釋字第一〇九號解釋的真正意涵，在刑法修正後，仍有其指導性之意義存在，只是必須重新解讀與詮釋而已？

## 一、「實施」改為「實行」之意涵

2005年刑法修正時，將第二十八條的規定，從「實施」修改為「實行」，固然這樣的修正，有檢討的聲音存在，但應不影響學理對於參與關係形成的基本態度。一般而言，稱「實施」者，係指行為從陰謀、預備、著手、實行都包括在內；而稱「實行」者，僅限於行為著手乃至既遂終了之謂。固然從個別概念的檢視，發現「實施」概念不同於「實行」，但是否因此即會使得共同正犯的形成判斷，也隨著概念的差異，而有不同範圍的關係？值得進一步深思！

參與關係的形成，其根本的思維，乃在於存在著刑法評價的可能性關係，而此種評價可能性，係以行為人所為之行為，有構成要件的評價關係存在為前提，換言之，刑法對於行為的評價者，必須有實現構成要件之行為開始，亦即必須有行為之實行，而進至構成要件得以評價的階段，倘若行為根本未進入構成要件得以評價的階段，即在著手以前的行為，則應非屬於刑法判斷的範圍，既無行為得以被評價的可能性存在，自然也就不會發生所謂參與關係的問題，此種未涉及構成要件得以評價的情形，不但

不會出現任何正犯的參與形式，連單獨正犯都構不成，更不可能有所謂共同正犯存在之可能性。從而，以構成要件評價存在的可能性來觀察，未涉及著手之行為，亦即未進入不法階段的行為，構成要件本無法判斷（陰謀或預備犯的問題，是屬於相當奇怪的規定！），不但無法評價為不法，更無從認定其參與關係，何來得以在構成要件以前，即先使得共同正犯的參與型態形成？這是思維邏輯上，相當難以詮釋的問題。因此，對於認定共同正犯的參與關係，雖然法律規定從「實施」改為「實行」，儘管個別單純的概念有所差別，但對於參與型態的判斷，實行與實施在評價的基準界定上，應作同樣概念之解讀。惟我國刑法之中，因有預備犯、陰謀犯的規定存在，而這些類型，都是基本犯罪型態著手前的規定，即無法與著手概念相容，連帶也造成實行與實施概念上的差異，癥結問題所在者，應非實行與實施概念的問題，而是預備犯與陰謀犯存在的問題，倘若刑法之中，不再有預備犯及陰謀犯，則實行與實施的概念，將可以趨同。

## 二、「共謀」與「實行」共同正犯之成立基準

刑法參與關係的判斷，不論是那一種正犯的關係，或是共犯的形成關係，都必須所存在的客觀判斷標準，亦即所存在之行為，被構成要件評價為不法，如此方有參與型態形成的可能。須知，參與型態並非獨立存在的概念，稱「甲與乙為共同正犯、或是甲為正犯而乙為共犯」，這樣的說法，在刑法的理念中，是毫無意義的。蓋根本無從得知，其是何罪的共同正犯？或是何罪的正犯與共犯？參與關係的形成，必須是附屬於構成要件得以存在的基礎上，而會落入構成要件評價者，自然須行為人有一定之行

為存在，且此行為已經進入構成要件之評價範圍，亦即已經屬於進入著手階段為限，從而在進入構成要件評價之前的行為，或是事實上存在的結構型態，如事先集會而謀議，卻未有具體的實現行為，都稱不上是正犯或共犯的結構關係。因此，參與關係的形成，具有絕對性的構成要件附屬性的關係，倘無構成要件得以適用的前提存在，自然無法判斷行為人所犯何罪，當然無由發生參與型態的問題。

從而，判斷共同正犯的形成，不論所規定的法律條件為「實施」或是「實行」，在形成的判斷上，都必須存在有行為人之行為不法，倘若不具有構成要件適用的不法判斷關係存在，刑法既無評價對象加以評價，更無由發生以行為實現構成要件為基礎的參與關係，遑論有共同正犯的存在。以這樣的思維來解讀大法官釋字第一〇九號解釋，該號解釋的意旨，雖然揭示共同正犯的類型，包括「共謀共同正犯」及「實行共同正犯」，然而，對於共同正犯的類型存在意義，在該號解釋中，根本不能單純從個別概念來解讀，而認為即使只是單純的共謀，亦得以成立共同正犯，這樣的解讀方式，恐有誤解共同正犯存在的意義，乃至於全盤曲解參與關係的根本概念。

不論是共同正犯也好，任何正犯與共犯形式也罷，參與型態的形成，基本的條件必須先有構成要件的存在，若無構成要件之存在，則根本無由形成任何參與關係，既無正犯、也無共犯存在之可能性，亦即參與者，是指得以成立犯罪之行為之參與，而不是僅是人與人間的一種集合關係而已。故而共同正犯的成立，自然必須先有構成要件之存在，而構成要件會存在，自然是基於行為的實現所致，是以參與關係必須有實現構成要件之行為存在，倘若無行為之存在，自然也不會出現任何之參與形式。從而，解



讀「共謀共同正犯」時，就不能單存從「共謀」二字來詮釋，而須從參與關係來觀察，亦即所謂「共謀共同正犯」者，乃因基於共謀，形成行為實現之共同性，而因行為實現的分工關係，致使真正為行為之人，僅是所有具有共同形成實現行為關係之行為人中的一部份人，對於未具體參與行為實現者，反溯到參與關係形成之初，而認定其係行為共同性形成的一份子，而以此認定其仍舊為共同正犯，並賦予「共謀共同正犯」之概念，這樣的概念並非只是謀議即行成立，仍舊必須俟謀議行為被實現後，方有將未親自實行行為之人，定以「共謀共同正犯」之餘地。

因而，釋字第一〇九號解釋關於共同正犯判斷的關係，並不會因刑法第二十八條之修正，而發生判斷上之質疑，乃至發生參與型態判斷的轉變。甚至更嚴格來說，刑法第二十八條將「實施」修正為「實行」，在決定共同正犯的型態時，並不會因「實施」與「實行」概念有異，即發生不同判斷之結果。

## 伍、結語

刑法參與論在刑法的領域中，本就是一個令實務頭痛難解，令學理絞盡腦汁、費心苦思的區塊，從羅馬法迄今，經歷二十餘世紀，其存在的問題，並未有稍減的趨勢，學理不斷努力，企圖將一個單純的存在面向，反應到規範的層面。從羅馬法時代的參與型態作概念之區分，但不作處罰區分的認知，而到參與型態區分、並作處罰之區分，再到參與型態分與不分的辯證，但處罰已經區分的演變過程，時至今日，參與的問題，雖是古老的問題，但在學理論證上，卻是始終歷久彌新，而且有方興未艾之勢。目前參與論辯證的問題，不外有二：1、所採取的行為人概念之區

隔，時至今日行為人概念，漸漸成為「限縮行為人概念」與「擴張行為人概念」之爭寵局面，而在立法體例上，則是參與單一制與區分制的制度差異關係，雖然採取單一制的國家，認為其所採用的行為人概念，為擴張行為人概念；而採取區分制的國家，則傾向於採用限縮行為人概念，但這樣的認知，恐怕也有誤解。蓋行為人概念應僅是一種判斷的方法而已，究竟要不要對於行為人的認定加以限制，本來就僅存有二種思考的關係，亦即「要」與「不要」對於參與犯罪行為事實實現之行為人，加以概念或範圍上之限制，如要加以限制，應以何種條件來限制？如此之思考而已。故而，採取要限制者，其限制的最佳條件，當然是以規範來作範圍之界定條件，亦即以構成要件作為限制的基準界限，從而具有受法定原則指導的刑法實定體制，因具有明確的構成要件存在，以之作為行為人概念的限制，通常在這樣的制度前提下，其所採用的行為人認定的概念，都是屬於限制性之行為人概念。唯有不具有刑法實定法的體制中，因未有明確的刑法規定作為界限，通常所採用的是不受限制的行為人概念，此種行為人概念，乃是以客觀行為事實存在的因果律，作為判別的基礎，故而，單一體制的體例中，並非一定就是採用擴張行為人概念，這是邏輯方法上，必須先予以確認者；2、採取單一制或是區分制的迷思，這是一個相當難以決定的問題，到底在參與論中，採取不區分參與型態，而作統一形式認定的體制？或是對於參與關係層次的差異，而作區分參與型態的體制？這是一個令人躊躇難決的抉擇問題，如果採取單一體制，則不同的參與關係與參與程度，勢必無法直接從參與型態之中，得到明確的認知，僅能就個別具體的參與程度，來論斷其罪刑；反之，如欲採取區分的體制，首先面臨的問題，則是要如何來區隔不同的參與型態？這確實是兩難的問

題，是以參與論所存在者，都是難題，也就是因為都是難題，才會激發起解決難題的意志，正所謂「死灰燼熄、迸出火花」的決心。這樣的排難決心，造就出參與論豐富而多元的論述成果。雖然仍有相當多的問題待解，但參與論文獻之豐富，論述方向的多元，確實相當令人振奮。

然而，在區分體制的思維下，為確實區隔正犯與共犯的參與形式，學理從形式客觀理論的分析，到主觀理論的嘗試，乃至企圖將可能性的理論整合的綜合理論，更至二十世紀提出支配理論的見解，對於參與型態的區分，確實不斷在往前邁進，但遺憾的是，所有區分的焦點，雖然是立基於正犯與共犯的區分，但學理理論論述的主軸，卻都是放在正犯的界定上，不論客觀、主觀、綜合或是支配理論，其重點都是在於如何確認正犯的角色，乃至於參與理論發展至今，獨缺判斷共犯形成的共犯理論<sup>35</sup>，故現存的參與理論，充其量都僅是正犯理論而已，其對於確認共犯的參與關係，根本無能為力。這是未來在刑法參與論中，值得進一步努力開發的區塊。

我國刑法參與關係，向來採取區分的體制，在參與的形式上，區分為正犯與共犯的關係，當然在檢討行為可罰性的前提條件，必須先對於參與的關係，先行判斷，惟在區分判斷的理論，發展迄今，仍舊存有相當大值得思考與開發的空間，且區分參與關係之後，並不能從區分的關係中，得出個別可罰性的推論，仍須再做可罰性的判斷，顯然區分的問題，已經令人精疲力竭，再

<sup>35</sup> 此處所言之「共犯理論」，係專為判斷共犯的形成關係，所發展的體系性見解，其不同於一般參與理論之稱謂，一般對於參與理論，有稱之為共犯理論，在採取區分體制的立法例中，將參與理論稱作共犯理論，並不妥當，故而，本書所稱共犯理論者，在概念上，應是指專為判斷共犯而成的學理見解而言。目前在刑法學理中，這一部份是缺乏的。

加上可罰性的判斷，無怪乎刑法參與論是一個刑法領域中的恐怖地帶。這樣的體制，在 2005 年刑法修正時，仍舊未予撼動，體例上參與關係依舊維持區分的體制。

刑法第二十八條的規定，在學理的詮釋與法律規範的意旨，均是指數人實現犯罪行為的正犯認定基準規範，但在參與的結構關係中，既然區分為正犯與共犯，自然必須將正犯的類型，至少對於基礎的正犯類型，在條文的規定中標示出來，概念上，基礎的正犯類型有三：即 1、單獨正犯；2、共同正犯；3、間接正犯，固然單獨正犯可能不是參與的關係，但卻是參與關係的形成基礎，實應加以規定，蓋如甲教唆乙犯竊盜罪，則竊盜罪所犯者，僅有乙一人，如乙未有單獨正犯之規定，如何顯現出甲與乙之間之參與關係？故第二十八條的規定，至少宜將三種基本正犯類型，加以明文規定。確實在修正草案中，多數的版本都有如此之修正建議，但修正法通過者，卻幾乎完全未加以更動，僅作文字上之修正，而將「實施」改成「實行」，這是相當令人失望的修正<sup>36</sup>。

在條文文字內容中，將「實施」改為「實行」，其立法理由中指稱，是為了否認「陰謀共同正犯」與「預備共同正犯」，固然這樣的構想，其意可取，但其行有誤。蓋對於所謂共謀共同正犯的詮釋，不論實務或是學理上多有誤解，所謂共謀共同正犯的認定者，並非單純從其是否共謀為審查，而是應從行為實現之後，回溯判斷共同正犯的共同性形成關係，究竟僅止於實行之人，或是仍有其他具有共同意思形成，而具有共同性關係，僅因分工未參與實行之人，如對於共謀共同正犯的理解，倒回此種後判的結構關係，則實施或是實行，根本無關乎共同正犯判斷的問

<sup>36</sup> 同樣批判見解者，林山田，同前註 34，頁 88。

題。會發生問題的癥結所在，並非在於刑法第二十八條的規定，而是在於犯罪類型的構成要件中，仍舊存在著預備犯及陰謀犯的謬誤規定，倘若這些規定未加以刪除，僅在第二十八條中作文字的遊戲，問題仍舊無法解決。

對於實務運作與學理詮釋而言，法律的修正，造成對於共同正犯判斷與適用的質疑，同時也對於原本具有法律適用指標性的釋字第一〇九號解釋，發生類型的疑慮。事實上，刑法對於參與關係的修正，不論是作文字的修正，或是規範內容的調整，對於具體適用的問題，變動並無如疑慮般大，將「實施」改成「實行」，是否就意味著共同正犯僅有「實行共同正犯」，對於在釋字第一〇九號解釋中，所揭示的「共謀共同正犯」，是否就此銷聲匿跡？恐非如此！

返本還原地從參與關係與型態的形成觀察，參與關係是附屬在構成要件的實現上，方得以成立，在這樣的前提下，行為實現構成要件的關係，就成為判斷參與問題的絕對基本前提，以這樣的思維來省察共同正犯，乃至於解讀釋字第一〇九號解釋，自然就能撇開單純文字概念的束縛，而得以較為精確作類型之認定。

## 參考文獻

### 一、中文部分

1. 林山田，刑法通論（下），八版，2003年。
2. 林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學雜誌67期，2005年2月，頁73-102。

### 二、德文部分

1. Bloy, René, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht 1985.
2. Hegler, August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), S. 19-44, 184-232.
3. Jescheck, H.-H./Weigend, Thomas, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996.
4. Lackner, Karl, StGB Kommentar, 19. Aufl., 1991.
5. Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000.
6. Roxin, Claus, Strafrecht AT Bd. II, 2003.
7. StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994.
8. Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.