

# Teilnahmeprobleme bei Selbstbegünstigung 教唆他人隱匿自己和教唆他人 自行隱匿是否成立犯罪？

許 玉 秀

## 目 次

一· 實例見解	隱匿之不成罪
二· 學說見解	(4) 刑罰的應罰性 (Strafwuerdigkeit) 和刑罰的必要性 (Strafbeduerftigkeit) 各有所本
三· 本文見解	(5) 為何教唆他人隱匿自己即屬防禦之濫用
1· 從屬性說和主觀說的結論理應一致	4· 教唆他人隱匿自己不成立教唆犯：較低的不法內涵
2· 從屬性說和主觀說呈現形式邏輯的推論方式	5· 教唆他人自行隱匿不成立教唆犯：欠缺不法內涵
3· 教唆他人隱匿自己若干實質法理論據之檢討	6· 教唆他人自行隱匿不能成立間接正犯
(1) 何以教唆他人隱匿自己之共犯行為等於自行隱匿之共犯行為	
(2) 一般性理念不適於作為具體法理依據	
(3) 近親隱匿人犯的免罰依據在於自行	

自己為犯罪行為之後藏匿自己，不構成刑法第一六四條之藏匿人犯罪，他人藏匿自己則構成該罪，教唆他人藏匿自己是否因屬「教唆他人犯罪者，為教唆犯」而成立刑法第一六四條之教唆犯？反之，教唆他人自行隱匿，該他人不構成第一六四條之罪教唆人是否因此不成立教唆犯？同理，自己湮滅關係自己刑事案件之證據，不構成第一六五條之妨害刑事證據罪，他人湮滅關係自己之刑事案件之證據，則構成該罪，於此教唆他人湮滅自己刑事案件之證據，是否成立妨害刑事證據罪之教唆犯？教唆他人湮滅關於他自己刑事案件之證據，該他人不構成妨害刑事證據罪，教唆人是否亦不成立教唆犯？在教

唆沒有具結能力的証人為虛偽陳述時，也存在相同的問題。

## 一、實例見解

我國實例上對於上述兩種情形，一向採取否定立場。例如教唆依法不能為証人之人為虛偽陳述、教唆他人自行隱匿之情形，皆認為正犯不能成立犯罪，教唆犯亦不成立（註一）。又如教唆他人頂替自己以便自行隱匿，雖該他人成立刑法第一六四條頂替人犯罪，教唆犯亦在不罰之列（註二）。由於實例的不罰見解並未附述理由，學說上或贊同或反對，立論互殊。

## 二、學說見解

陳樸生氏認為教唆他人頂替自己，以便隱避，所教唆之行爲，於教唆者不成立犯罪，不能認為有教唆他人犯罪之故意；教唆無具結能力之証人爲虛偽陳述，被教唆人不成立犯罪，亦不應認其有教唆故意。氏乃以教唆犯欠缺教唆故意，支持實例見解（註三）。以教唆犯之教唆故意立論，應屬所謂共犯主觀說的立場。然而同樣持主觀說之立場，韓忠謨氏卻有不同結論。氏認為教唆犯之成立，應就教唆行爲自身之性質決定，雖然教唆他人代爲隱匿關係自己刑事案件之證據，被教唆人成立犯罪，然若教唆人自行隱匿不成罪，教唆他人代爲之反不免於刑責，殊非情理之平，依法律精神以觀，不應成罪；於教唆無具結能力之証人偽証時，被教唆人雖不成罪，教唆人唆使他人犯罪，不可謂非惡性之表現，就其自身行爲而言應成立教唆犯（註四）。

另有自教唆犯從屬性觀點立論者。鄭健才氏和林山田氏認為，依教唆犯從屬性以論，教唆他人頂替自己以便隱避，或教唆他人隱匿關係自己刑事案件之證據，因被教唆人成立犯罪，教唆無具結能力之証人偽証，則被教唆人既不成罪，教唆人亦不成立教唆犯（註五）。

針對教唆他人頂替自己以便隱匿之例，學說上曾於共犯之主客觀說和教唆犯之獨立從屬性之外，探討教唆行爲應否處罰之實質法理基礎。主張不成立教唆犯之理由略有：

1. 教唆他人頂替自己，乃是自行隱避之延伸，而自行庇護自己，乃是人情之常；
2. 教唆他人頂替自己，以求隱避，係自己藏

匿自己的一種態樣；

3. 使犯人不教唆他人頂替自己，實屬不可期待；
4. 教唆他人頂替自己，猶如配偶近親之藏匿人犯行爲，具備阻卻刑罰之條件。

主張應成立教唆犯之理由亦有：

1. 自行隱避乃防禦行爲，非權利行爲，而係放任行爲，如進而教唆他人頂替自己，則爲防禦之濫用，逾越法律放任防禦之界限；
2. 被教唆之人多爲社會上之弱者，每出於利誘勢迫或屈於威勢，不敢不代爲頂替，教唆他人頂替自己，猶如犧牲他人以倖免刑責，而該他人卻難逃罪罰。（註六）

## 三、本文見解

1. 從屬性說和主觀說的結論理應相同

綜合學說上的立論點有二：一爲教唆犯應從屬於正犯，一爲教唆犯之成立與否採共犯主觀說。主觀說，其實即獨立性說，因此，學說上的爭執，仍係獨立性說與從屬性說之爭。以從屬性而言，教唆他人藏匿自己，正犯成立犯罪，教唆犯自亦成立犯罪；教唆他人自行藏匿，無正犯之可言，教唆犯自無所附麗，其邏輯關係並無瑕疵。自獨立性說觀之，教唆犯之成立與否，應與被教唆人之行爲分別以觀，而取決於教唆犯之教唆犯意，則究竟教唆他人自行藏匿，有唆使他人犯罪之惡性表現？抑是教唆他人藏匿自己，有唆使他人之惡性表現？認爲教唆無具結能力人虛偽陳述，因他人之行爲並非犯罪，故教唆人無教唆犯之故意，其理淺顯易明。然而認爲教

唆他人頂替自己，雖他人之行爲構成犯罪，因乃教唆他人頂替自己以便自行隱匿，教唆人亦無教唆犯罪之故意，其說理不無勉強之處。因爲於此不過係爲自己利益教唆他人犯罪，如何能謂即無教唆犯罪之故意？至於認爲教唆無具結能力人虛偽陳述，雖所教唆者非犯罪行爲，教唆人仍有惡性表現；而教唆他人代爲隱匿關係自己刑事案件之證據，因教唆人自行隱匿罪証不成罪，教唆他人代爲之反成罪，情理不平，故教唆人不成立教唆犯之見解，顯已悖離主觀說之立場，說理亦屬牽強。

其實，自主觀說（獨立性）之觀點而言，亦可認爲教唆他人自己隱匿罪証或自行隱匿，因被教唆人所爲非犯罪行爲，教唆人並無教唆他人犯罪之意思，自無教唆犯罪之惡性表現；而教唆他人代自己隱匿罪証或藏匿自己以使隱避，則因有教唆他人犯罪之故意和行爲，就教唆自身而言，已有惡性表現，應成立教唆犯。因此，無論係採共犯從屬性說或共犯獨立性說（主觀說），結論可以完全相同。

## 2. 從屬性說和主觀說呈現形式邏輯的推論方式

在從屬性說（客觀說）和主觀說（獨立性說）的結論應無不同的情形下，主觀說所呈現的不同結論，顯示主觀說或客觀說之論據，並非解決問題的著力點。而就從屬性和獨立性說的結論可以完全一致而言，更可見試圖以從屬性或獨立性說解決問題，誠難奏效。箇中原因在於從屬性說和主觀說之論據，乃形

式邏輯的思考方式，其形式邏輯關係的演練容無暇疵，究竟僅表現形式正義。學說上針對教唆他人隱匿自己罪証之行爲，有自行隱匿不成罪，教唆他人代爲之反不免於刑責，殊非情理之平，依法律精神以觀，不應成罪之語（註七）。顯示形式邏輯的推演，與實質正義理念有違，所以試圖以實質之理由平衡（矯正）形式邏輯可能造成的不正義。而實例上認爲「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行爲，則教唆他人頂替自己，以便隱避，當然亦在不罰之列。」（24上4974），所顯示的「直覺的正義」，更說明依據「自然的理念」，當然不應處罰，只是「想當然耳」的結論，毫無引據，以致有理反成無理。

由於從屬性說和主觀說形式邏輯的說理失敗，必求實質法理依據，方能獲得真解。

## 3. 教唆他人隱匿自己若干實質法理論據之檢討

### (1) 何以教唆他人隱匿自己之共犯行爲等於自行隱匿之正犯行爲

所謂「殊非情理之平」或「當然亦在不罰之列」，均爲未附理由的「空言抗辯」。僅僅說出結論，未說明原因。前述自實質觀點檢討教唆他人頂替自己之諸種立論之中，認爲此例乃自庇護自己之延伸者，和此例屬於自己隱匿自己的一種態樣者，皆將教唆他人頂替自己，納入「自行隱匿」的概念之中。將「教唆他人隱匿自己」，解釋爲自行隱匿的一種方式，而擴張「自行隱匿」之概念，無異認爲自行隱匿包括單純自行隱避行

爲，以及參與他人隱匿自己之行爲兩種，而將「參與他人犯罪行爲之共犯行爲」，當作「自己爲正犯行爲」看待。亦即，教唆他人隱匿自己之共犯行爲＝自行隱避之正犯行爲。至於爲何教唆他人隱匿自己之共犯行爲和自己隱匿自己之正犯行爲，應受相同評價，則毫無交待。

(2) 一般性理念不適於作爲具體法理依據

認爲不使犯人爲頂替自己的教唆，乃無期待可能的主張，亦係將自行隱匿乃人情之常的道理，擴及於教唆他人隱匿自己之情形：既不能期待犯人不自行隱匿，即不能期待犯人不教唆他人隱匿自己。此種概念擴張之形式，與上述「教唆他人隱匿自己係自行隱匿之延伸」，所使用之擴張方法，如出一轍。而真正的問題，爲何教唆他人隱匿自己和自行隱匿同樣期待不可能？同樣沒有交待。至於引用無期待可能性爲據，亦陷入以一般性理念空泛論理之通病。一般性理念，例如民法上的公序良俗、公法上的公共福利，社會安全等等，僅能作爲最高指導原則，無法引用爲具體法理依據（註八）。

(3) 近親隱匿人犯的免罰依據在於自行隱匿之不成罪

阻卻刑罰論者認爲，犯人自己隱匿或教唆頂替，對國家司法機能，不得謂無妨害，固應屬違法行爲，惟此行爲苟由犯人爲之，則猶如由犯人之近親、配偶爲之，其可罰性應予排斥。此種主張僅係比附近親配偶隱匿人犯阻卻刑罰之規定以爲論據，但何以教唆他人隱匿自

己，得以比附近親，配偶之隱匿行爲而阻卻刑罰，則未申論（註九）。緣近親，配偶之身份所以得爲阻卻刑罰條件，乃比附犯人自行隱避不成罪之法理而來，教唆他人隱匿自己之行爲，若欲有所比附，亦應比附自行隱避之行爲，何須捨近求遠，比附近親、配偶之隱匿行爲？

(4) 刑罰的應罰性（Strafwuerdigkeit）和刑罰的必要性（Strafbeduerftigkeit）各有所本

主張教唆他人隱匿自己應成立教唆犯者，或認爲被教唆人多居弱勢出於利誘勢迫而爲頂替他人之犯行，教唆人犧牲他人，以圖倖免，如反能免責，事理難平。此種立論著重於刑事政策的考量。所謂被教唆人每居弱勢，出於不得已，無非係臆測假設之詞，刑事處罰之法理依據，豈可建立在臆測假設之事況上面？可能的犯罪現象和犯罪原因，或可作爲考慮是否值得動用刑罰，亦即刑罰的必要性（Strafbeduerftigkeit）的依據，卻不可據以決定行爲的應罰性（Strafwuerdigkeit）（註十）。

(5) 爲何教唆他人隱匿自己即屬防禦之濫用？

以防禦之濫用主張應罰者，認爲犯人自行隱避非權利行爲，乃放任行爲，因係自我防禦得以免罰，如教唆他人頂替自己，已逾越防禦範圍。和期待可能性說相比，放任行爲已屬更形式的說法，因爲可以進一步追問，爲何法規範要放任自行隱匿的行爲？期待不可能即成爲可能的答案。而解決本文問題的鎖鑰

，尚不在此，乃在於為何自行隱匿是被放任的防禦行為，而教唆他人隱匿自己即屬防禦的濫用？如前面所分析者，教唆他人隱匿自己，乃是以共犯行為參與他人之犯罪行為。因此癥結所在，仍是自行隱匿之正犯行為是否與以共犯行為參與他人隱匿人犯行為相同？

#### 4. 教唆他人隱匿自己不成立教唆犯：較低的不法內涵

上述之檢討分析顯示：教唆他人隱匿自己是否成立教唆犯之答案隱藏於自行隱匿的行為結構和教唆他人隱匿自己的行為結構之中。從自行隱匿之為放任行為，係人情之常，係不可罰，以及不自行隱匿乃無期待可能等等實質的法理基礎著眼，實已捨近求遠。自行隱匿不可罰本是無需繼續探討之前題，否則欠缺共識，即無解決問題之基本條件。逾越這個前提而作進一步法理探討，以求「教唆他人隱匿自己」能有所比附，反而誤入歧途。

教唆他人隱匿自己之行為，如前所述，乃參與他人隱匿人犯之共犯行為，而自行隱匿，則是隱匿人犯之正犯行為。若與他人共同隱匿自己，同樣是參與他人隱匿人犯之正犯行為。自行隱匿之「正犯行為」既然不予處罰，參與他人隱匿人犯之共犯行為，自然亦無處罰的道理。蓋正犯行為侵害法益的作用力較大，其不法內涵較共犯行為的不法內涵高，高不法內涵之行為既不處罰，舉重以明輕，斷無處罰低不法內涵之行為之理。實例上「想當然耳」的法理依據在此。本文因此支持實例見解。至於正犯

與共犯不法內涵之比較，和共犯從屬性理論無關。

#### 5. 教唆他人自行隱匿不成立教唆犯：欠缺不法內涵

就不法內涵而言，自行隱匿之行為既不成立犯罪，在實定法上即無不法內涵。在法秩序中，自行隱匿之行為乃屬放任行為，放任行為係符合容許規範的行為，自亦無不法內涵。則教唆他人自行隱匿，乃是教唆他人為欠缺不法內涵之行為，而「教唆」乃是使原無犯罪意思之人，形成犯罪意思而為犯罪之行為，其與「被教唆者之行為欠缺不法內涵」係不可同時並存的矛盾概念。被教唆之他人的行為既無不法內涵，即無「教唆」之可言。因此，教唆他人自行隱匿不成立教唆犯。

#### 6. 教唆他人自行隱匿不能成立間接正犯

鄭健才氏認為，若採主觀說，則教唆無具結能力之人偽証，實應成力間接正犯，不過為不能未遂耳。韓忠謨氏則認為偽証罪乃親手犯，因而教唆無具結能力之人偽証，不能成立間接正犯（註十一）。以偽証罪係親手犯為由，否認教唆無具結能力之人偽証之間接正犯性格，尚可言之成理。惟卻無法否認教唆他人自行隱匿，教唆他人自行隱匿罪証之行為有成立間接正犯之可能，因為二例皆非親手犯。

無論教唆犯和間接正犯之區別，是以直接正犯之行為成立犯罪與否為準，抑或以直接正犯之行為係刑事違法行為（*rechtswidrige Handlung*）為準，無論間接正犯所利用之人，是無責任能

力、或無身分、或被脅迫、或欠缺不法意圖、或具有阻卻違法事由，間接正犯的正犯性格，建立在被利用人的工具性（註十二），以及被利用人的行為具有客觀不法內涵上面。而客觀上，被利用人的工具性，往往與他的行為是否具有客觀不法內涵息息相關，因為使人為欠缺不法內涵的行為，與利用他人為犯罪工具的概念不相符合。所謂欠缺客觀不法內涵，與具備阻卻違法事由乃兩回事。具備阻卻違法事由的行為，客觀上仍然具有不法內涵，不過行為人具備阻卻違法的事由而已。一般所謂利用他人合法行為為工具的間接正犯，乃指利用他人具備阻卻違法事由的行為，以遂犯罪

之目的，例如利用警察逮捕現行犯的行為而妨害自由，利用他人正當防衛的行為而遂殺人的目的（註十三）。本文所檢討的自行隱匿，自行隱匿罪證以及無具結能力之人偽証等行為，並非僅僅是欠缺某一構成要件要素的要件不合致的行為，或具備阻卻違法事由的行為，而是在客觀上欠缺不法內涵，與法的價值不相衝突，為法所放任的適法行為（註十四）。因此，教唆罪之人自行隱匿，自行隱匿罪證或無具結能力之人偽証，並非使人形成犯罪意思而為犯罪行為，固不得以教唆犯稱之；因為他人的行為欠缺客觀的不法內涵，亦無利用他人為犯罪工具的事實，不能論以間接正犯。

## 註 解

- 註一：大理院七年非字第六十八號；最高法院二十八年上字第三一二號，四十七年台非字第五〇號。
- 註二：最高法院二十四年上字第四九七四號
- 註三：陳樸生，實用刑法（七十七年八月十二版），頁一七三，一七四。
- 註四：韓忠謨，刑法原理，頁二八一。
- 註五：鄭健才，刑法總則（七十七年四月版），頁二二二至二二三；林山田，刑法通論（七十七年三版增訂版），頁二二二。林著舊版（七十五年再版）則持相反見解，認為教唆他人自行湮滅罪證，就教唆人而言，係湮滅他人刑事案件證據，應成立教唆犯；教唆他人頂替自己以便隱避，乃屬自行隱避，不成立教唆犯，顯採主觀說。
- 註六：參見蔡墩銘，最高法院刑事判決研究，頁七十二以下。
- 註七：同註四。
- 註八：以一般性理念作為法理依據，猶如直接以稻穀作飯，以麥穗作饅頭，或粗糙難以下嚥，或不成其形。參見許玉秀，論西德刑法上保證人地位之實質化運動，東海學報第二十八卷（七十六年），頁三八〇。
- 註九：蔡墩銘，前揭書，頁七十五。
- 註十：Hsue(許玉秀)，*Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?* 1986, S. 8, 165ff.
- 註十一：鄭健才，前揭書，頁二二二；韓忠謨，前揭書，頁三二六，註六十五；蔡墩銘，刑法爭議問題研究，頁二四八。
- 註十二：Jescheck, AT, 4. Aufl., 1988, S. 601 (3. Aufl., S. 540)。
- 註十三：Jescheck, aaOS. 604; Schoenke/ Schroeder/Cramer, StGB, § 25 Rdn. 26 ff.; Samson, SK, § 25 Rdn. 32; Roxin, LK, § 25 Rdn. 55, 63; Jakobs, AT, 21/81f.; Wessels, AT, 17 Aufl., 1987, S. 152。
- 註十四：劉秉鈞，論教唆犯與間接正犯，刑事法雜誌第三十二卷第五期（七十七年十月），頁六十一。劉文所引兩例中，德儒梅次格（Mezger）係就利用他人阻卻違法的行為而言，日本判例（大判昭9. 11. 26 集13. 1598）則是針對本文所論的欠缺客觀不法內涵的行為而論，二例並不相同。日本判例說理雖嫌粗糙含混，結論則可接受。