

第四章 犯罪參與之分析與檢討

據法院之判決認為，被告 Y1、Y3 至 Y15 與 X，就背信罪分別具有犯意聯絡及行爲分擔，爲共同正犯；另被告 d1、d5 與 X 共謀向台中商銀非法攫取龐大之資金核其所爲，係犯刑法之背信罪，該等雖非受台中商銀委任處理事務之人，惟依刑法第三十一條第一項規定，並與該公司董事長 X 有犯意聯絡及行爲分擔，均爲共同正犯；又被告 Z2、Z3、Z4 非台中商銀人員雖非受台中商銀委任處理事務之人，惟依刑法第三十一條第一項規定，並與該公司董事長 X 有犯意聯絡及行爲分擔，均爲共同正犯；而被告，地院認爲其違反教唆刑法第二百五條業務上文書登載不實罪，而高院卻認爲其負責該項登載業務之人 Y16 間，有犯意聯絡及行爲分擔應論以共同正犯且被告 Y1 利用不知情之邱 O O 銷毀文書，應論以間接正犯；在被告 Z3、Z4、Z7、Z8，地院認爲其等與被告 X、Z1、Z2、Z5、Z6 等人係共同違反犯證券交易法第一百五十五條第一項第四款之規定，但高院卻認爲渠等係幫助犯。由上述之論罪中有關共同正犯、幫助犯、教唆犯、間接正犯及身分犯等問題即爲犯罪參與問題，故本論文將就犯罪參與問題檢討如次。

第一節 犯罪參與之概說

我國法對於違法實現構成要件之多數行爲人，規定於刑法第四章，定名爲共犯。傳統通說將此共犯區分爲必要共犯與任意共犯二種概念，其屬最廣義之共犯。必要共犯乃指犯罪在性質上非有二人以上之共同實施不能成立者而言，又稱刑法分則之共犯；任意共犯是指原由一人單獨實施之犯罪而由二人以上共同實施而言，其又稱爲刑法總則之共犯¹。

在任意共犯之下再區分爲廣義共犯與狹義共犯二種概念，前者即刑法所規定之三種共犯形式—共同正犯、教唆犯與從犯；後者即僅指教唆犯與從犯。而所謂教唆犯係指以故意誘發他人實施犯罪行爲之人，又稱爲造意

¹ 郭君勳，案例刑法總論，1988年11月，頁420-421；陳子平，刑法總論（講義綱要），1996年9月，頁267；蔡墩銘，中國刑法精義，1993年3月，頁221、229。

犯；另所謂從犯則指以故意幫助他人實施犯罪行為之人，又稱為幫助犯²。至於正犯一詞，傳統通說，多界定為以自己之行為實現構成要件者，亦即採取實行行為之人，或出於自己之意思從事實行犯罪構成要件行為之人而言。

然而，以自己之行為實現構成要件者之正犯，是以實現構成要件之性質所為之定義；而二人以上共同協力加功以實現構成要件者之共犯，係以人數來加以定義。但二個不同標準作為界分觸犯了邏輯思維上之謬誤，因不同之標準即應有不同之界分結果，若將二個不同之標準併列在一起者，將會產生共同正犯是共犯之荒謬結論³。

是故，本文以為將數人以上違犯犯罪行為定名為共犯，在文義上易發生混淆且無法得見其本意，又必須透過前後文義或者另外加以說明後，始能理解參與犯之問題。而在學說解釋下，又發生邏輯荒謬情況。可見以廣義共犯一詞定義並不妥當。因此，將描述犯罪過程中多數行為人參與之現象，應使用參與犯一詞，而在參與犯之概念下，再區分出正犯與共犯之概念⁴，教唆犯及幫助犯仍稱為共犯⁵。正犯與共犯皆是數人實現構成要件，正犯是以自己之行為實現構成要件者；共犯是對正犯之行為實施加工之行為。不再用廣義共犯與狹義共犯作為區別標準。在新刑法已將章名更改為正犯與共犯，其立法理由謂，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。其已掌握參與犯之不同類型，是屬正確之修正。

² 郭君勳，前揭書，頁 507、532；蔡墩銘，中國刑法精義，1993 年 3 月，頁 239、249；褚劍鴻，刑法總則論，1989 年 12 月，頁 271、281。

³ 陳志龍，共犯的刑事責任，現代刑事法與刑事責任，頁 1 以下。

⁴ 同此意者，如林山田，刑法通論（下），增訂六版，1998 年 10 月，頁 357。

⁵ 但陳志龍教授不同意見認為，應將德文 *Teilnehmer* 一詞翻譯為參與犯，始較適當，故傳統通說所稱之正犯與共犯之正確名詞應為正犯與參與犯，即參與犯係指教唆犯與幫助犯兩種情形。參見陳志龍，共犯的刑事責任，收錄於「現代刑事法與刑事責任」，1997 年 2 月，頁 12、6-8。

第二節 一般犯之犯罪參與

一、正犯與共犯之區別理論

我國刑法對於正犯與共犯與德、日相同，都是採取二元之參與體系⁶，而非單一正犯之概念⁷，故有區別正犯與共犯之必要，因此本論文將於下討論之：

(一) 早期見解

學說上有依主觀之立場或據客觀之觀點，或採折衷之見解，其區別約有以下分類：

1、行為說，以犯罪之實行行為為區別之要點，即凡實施構成要件之行為者為正犯，而實施構成要件以外之行為者為共犯。

2、時期說，著重行為之時間，即在實施行為之際參與行為者，不問其為構成要件或非構成要件之行為，皆為正犯；若在實施行為之前參與犯罪行為者，為共犯。

3、實質說，著重對於犯罪之完成有無重要之影響，而作區別之標準，即對於犯罪之結果予以重要之影響者為正犯，否則為共犯。

4、意思說，乃依據行為人之意思，為決定共同正犯之準繩，即凡以自己犯罪之意思而參與犯罪行為者為正犯；凡以幫助他人犯罪之意思參與犯罪行為者為共犯。

5、共同關係說，著重行為人在犯罪行為中之地位，即立於主動之地位者為正犯；立於被動之地位者為共犯。

以上各說，以行為說及意思說為早期學界通說，其中以行為說為主流。亦即其並未完全採取主觀理論，對於正犯之認定，除了主觀外仍應視

⁶ 即非統一正犯概念，乃將共同參與犯罪之數人，依其參與的態樣，區分為正犯與共犯二種，而在刑罰上給予不同之評價。

⁷ 又稱統一或包括正犯概念，乃將共同參與犯罪之數人，一律都視為正犯，而後再依其加功之程度及性質，分別予以量刑。

其行爲是否符合犯罪構成要件⁸。

(二) 近期見解

1、客觀理論

(1) 形式客觀說

最早爲學理所接受之參與理論，應推形式客觀說。形式客觀說主要係以構成要件所描述之行爲，作爲認定之標準，依其見解，完全或一部實現犯罪類型構成要件行爲之人，即爲正犯；其餘之參與者，皆爲共犯。亦即凡對於犯罪構成要件所規定之行爲加以實現者即爲正犯，如所實施者爲構成要件以外之行爲，而對於該犯罪行爲之發生具有直接或間接之作用者，僅成立共犯⁹。然而此說卻無法正確說明間接正犯與共同正犯之問題。

(2) 實質客觀說

在實質客觀說中有必要性理論、同時性理論與優勢理論，此等理論乃爲補充形式客觀說的不足¹⁰。

必要性理論，係指舉凡對於犯罪事實具有不可或缺之加功者，均爲正犯，其所謂不可或缺者，乃指如無其加功，則犯罪事實無由發生而言，其餘加功者，則爲共犯。但此理論對界定正犯、間接正犯及教唆犯，仍鮮有助益。

同時性理論，係謂於犯罪行爲之同時對於該犯罪事實爲加功之人，均應視爲共同正犯之參與型態，至於犯罪行爲前之加功者，則視爲幫助犯，亦即正犯僅成立於對犯罪事實加功之同時，如係於犯罪行爲前之加功行爲，僅成立共犯之行爲。雖較必要性理論有明確標準，但對於區別間接正犯與其他共犯型態上，依舊助益不大。

⁸ 蔡墩銘，最高法院刑事判決研究，國立臺灣大學法學叢書（三六），1989年，頁88-89。

⁹ 柯耀程，共犯成立基礎與處罰基礎，收錄於氏著「變動中的刑法思想」，1999年9月，頁188-189。柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁226。

¹⁰ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁228。

優勢理論，認為共同正犯與幫助犯之間的區別，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，共犯所加犯之犯罪事實部分應為侷限且附屬之部分。但如何確定究竟係優勢或是附屬，則未有明確說明。

2、主觀理論

主觀說是以因果關係理論中之條件理論為基礎，認為所有之條件都是發生結果之原因，既然都是原因，則其皆具有等價值性。因此，由於詮釋正犯與共犯之差異性在客觀理論下仍無法獲得解決，故有朝向主觀層面發展，認為應從行為人內在心理因素為探索謂稱為主觀理論。其是從參與者之主觀層面，如意思、動機、意圖探求，又因主觀意思認定的出發點不同，有從犯罪意思的故意出發、有從行為人利益考量出發，而分有故意說與利益說之見解。

(1) 故意說

故意說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，亦即共犯對於犯罪行為係任由正犯對之加以實現¹¹。另有學者謂，行為人以正犯之意思而犯罪，且將犯罪當做自己之犯罪為正犯；以共犯之意思而犯罪，且將犯罪當作他人之犯罪為共犯¹²。

(2) 利益說

利益說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¹³。

¹¹ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁229；

¹² 蔡墩銘，中國刑法精義，頁223；李永瑞，前揭論文，頁59。

¹³ 林山田，前揭書，頁365；柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法

以主觀理論區分正犯與共犯仍有缺陷處，依其觀點區分正犯與共犯係在參與者主觀意思。但主觀要素的認定就是一個相當困難的問題，行為對於結果的直接關係雖是為他人而為犯罪行為，但間接卻是為自己之利益時，則乃屬共犯否？又主觀的判斷是以行為人之主觀判斷或是依審判者之主觀認定？因此，主觀理論仍未能提供一個妥善的判斷標準。

3、折衷理論

(1) 綜合說

綜合理論是以確定正犯為其理論的出發點，不過意見仍然相當分歧。究是應以主觀理論為主、客觀理論為輔，或是以客觀理論為主，而輔以主觀理論？又其認定標準究竟何時應以主觀理論，何時以客觀理論並不明確，此易流於恣意的判斷，另在方法學上主觀理論與客觀理論，仍尚未有一共同的基礎，故以結合主觀與客觀的綜合理論尚難作為界定正犯與共犯的理论基礎。

(2) 犯罪支配理論

Hegler 在其所發表「犯罪的要素」一文中，首先將犯罪事實支配的概念導入刑法法理之中。不過其僅將之做為刑法上的責任前提，並非將此一概念用於界定正犯與共犯的參與型態¹⁴。

最先將犯罪事實支配用於界定正犯與共犯者，應推 Hermann Bruns。Bruns 認為正犯之成立至少應以犯罪事實支配可能性為先決條件，但 Bruns 並未說明界定正犯與共犯之實質內涵，以犯罪事實支配的觀點究竟何在？而真正使得犯罪事實支配理論在參與論，發揮其界分作用者，應推 Welzel 之闡釋。

Welzel 對於犯罪事實支配理論，透過目的行為論及所謂現代行為人概念賦予其實質之內容。Welzel 認為應將故意犯與過失犯做一區分。過失犯對所發生結果雖有共同加功，不過因所有條件均等價，故對於過失犯於適

的思與辯」，2003年12月，頁229。

¹⁴ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁233-234。

用擴張正犯之概念，應傾為單一正犯之原則。但是對於故意犯而言，正犯應具備對於犯罪事實之目的性支配，亦即對所發生及將發生之事實均具有目的性之認知，而共犯對犯罪事實本身的目的性並不具支配，僅對其參與之部分有支配而已。歸納 Welzel 之見解，其認為應具有主觀、客觀之正犯條件及目的的事實支配與親自實現犯罪事實等始能成立正犯¹⁵。

將犯罪支配理論更加精緻者為 Roxin，Roxin 在其主要論文「正犯與犯罪事實支配」一書中，特就犯罪事實支配理詳加探討。其認為正犯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了具體犯罪事實的核心角色。而對於故意犯，犯罪事實支配主要由三主要支柱建構而成，即行為支配、意思支配及功能支配，茲分述如次。

A、行為支配

行為支配，指行為人親自以自己之行為實行構成要件行為之直接正犯，或者行為人獨自而無他人之參與，而實現構成要件行為之單獨正犯，即屬行為支配，行為人自應負正犯之刑事責任¹⁶。其主要係針對親手且具目的性之構成要件實現而言，亦即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，必定具備共同之行為支配，方足以成立共同正犯。若此數人雖共同引起犯罪結果發生，但彼此間對此一共同作用並無認識與意欲（欠缺犯意之聯絡或共同之犯罪決意），其屬各自獨立違犯同一犯罪破壞同一法益所構成之同時犯而非共同正犯。

B、意思支配

意思支配，係指行為人透過其對於他人優越之意思支配，利用他人之行為以實行構成要件，因而實現其犯罪，故而應負正犯之刑事責任。其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（垂直之歸屬原則）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，亦即將被利用者之行為作為利用者之行為，而歸屬於利用者¹⁷。易言之，凡事實情狀係藉由強制、錯誤、利用優勢認知支配及組織型態機制

¹⁵ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁234-235。

¹⁶ 林山田，刑法通論（下），增訂六版，1998年10月，頁368；李永瑞，前揭論文，頁90-91。

¹⁷ 楊芳賢，論身分犯之正犯與共犯，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1990年2月，頁35；李永瑞，前揭論文，頁91。

所為者，幕後之人即具有意思支配，而成爲間接正犯。

C、功能支配

功能性支配，乃指在犯罪實行上依分工之共同合作而具有共同之犯罪支配。亦即二人以上之行爲人基於共同之行爲決意，對於犯罪之實行，依據其功能分工合作，爲實行行爲之分擔，而相互利用或補充彼此之行爲以實現犯罪，因而皆負正犯之刑事責任¹⁸。該標準主要係爲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（水平之歸責原則），如功能性支配確立，則所有參與者皆爲共同正犯。換言之，在功能犯罪支配概念下，多數人共同協力參與構成要件之實現，其中有行爲人雖未從事構成要件該當行爲，可是其在刑法評價上，若與實行構成要件該當行爲等價者，仍有可能成立共同正犯¹⁹。

（3）規範連結理論

爲德國實務上在一九七五年後所發展出來之理論，用以替代主觀理論；依此理論，正犯與共犯之區分，應兼顧主觀要素及客觀要素，客觀要素主要包括犯罪支配及犯罪參與之範圍，主觀要素包括是否涉及犯罪之利益及犯罪支配之意思，此等要素之評估，須就個案之所有情狀而爲評價的整體考量，但此理論並無法清楚說明主觀規準與客觀規準之間的關係²⁰。

4、小結

共同參與犯罪者，其彼此相互間，不僅在其主觀面或客觀面均有其相互交錯性。顯已非純主觀或純客觀學說所可釐清界定的。因此以折衷說之犯罪支配理論較可採，而在折衷說之綜合與規範連結理論如前所述皆有其缺失所在，當然犯罪支配理論也有其不足處，例如，其不能適用於過失犯，其涵義不明確，屬一開放性之概念，須依個別情況而定。但仍屬目前較可接受之理論。

¹⁸ 林山田，刑法通論（下），增訂六版，1998年10月，頁369-370；李永瑞，前揭論文，頁97。

¹⁹ 林山田，前揭書，頁370。

²⁰ 高金桂、呂秉翰，論間接正犯之「支配利用關係」，收錄於刑事法學新趨勢—Lothar Philipps 教授七秩祝壽論文集一，2004年3月，頁309。

二、正犯之類型

由犯罪支配理論之行爲支配、意思支配與功能支配三型態中，可知正犯之類型有直接正犯、單獨正犯、間接正犯與共同正犯，而直接正犯是自己親自直接去實行構成要件行爲，單獨正犯是獨自一人去實現犯罪行爲較無爭議，以下就間接正犯與共同正犯探討之。

（一）間接正犯

1、概說

間接正犯係直接正犯之相對概念。間接正犯係指行爲人利用他人作爲犯罪之行爲工具，而爲自己實現不法構成要件，以遂其犯意之正犯，而利用人與被利用人之間形成幕後者與工具人之關係。利用人居於幕後，而能確實認識事實並依其支配意思掌握整個犯罪過程，其對於犯罪具有認識及意思支配之優越性，處於支配性地位。易言之，間接正犯於實行構成要件該當時，是利用人爲工具²¹，經由他人之行爲去實現不法構成要件，不用親自去實行即能如同自己親自動手一樣。

2、間接正犯之類型

間接正犯之類型，由於採取之分類標準不同，有許多之分類²²，而在德國刑法文獻上，如前所述 Roxin 將犯罪支配理論於其書中特就犯罪事實支配理詳加探討，除將犯罪支配分類表現直接正犯之行爲支配、表現在共同正犯之功能支配及表現在間接正犯之意思支配三種類型外，並將間接正犯之意思支配開展爲三種類型，即基於強制之意思支配—逼迫下手者實現構成要件之強制支配；基於錯誤之意思支配—詐術使他人陷於錯誤，使其在不知情之情況下爲自己執行犯罪計畫；基於組織權力結構之意思支配—組織之下令者，藉著其對執行者的指令下達來完成犯罪，且因執行者具有

²¹ 其非屬一般機械性之工具，否則若單純將他人身體當做機械性之工具而加以利用者則爲直接正犯。

²² 高金桂、呂秉翰，前揭文，頁 319-322。

隨時可替換性，故犯罪之完成並不取決於執行者之個別性²³。本文僅就對第三種，基於組織權力結構之意思支配說明如次。

通常於組織權力結構之意思支配，其內部或外觀上，均會存在一種命令上之從屬關係，基於組織權力結構之意思支配乃幕後者可藉其權力組織指揮之意思支配乃幕後者可藉其權力組織指揮某項不法行為之執行與實施；且在無損於實施者之犯罪支配下，幕後者亦擁有自己之犯罪支配（力）。因該權利組織乃在確保命令之執行，下手實施者僅是權利機器運作下一個隨時可以替換之輪軸而已，組織成員拒絕受命或執行失利，可由他人取代其地位，故與直接行為人之個別化無關。從而，具有命令之指揮權限者及具有對命令貫徹之犯罪支配力。就此，即可藉由組織上之權力結構運作，而論科其間接正犯之地位與刑責²⁴。但是就此情形有學者認為可用共同正犯處理即可²⁵。

而由 Roxin 之犯罪支配之概念推演，間接正犯之法理依據是意思支配，共同正犯是功能性支配，組織支配當然是間接正犯。但其並未說明為何組織支配不能作為共同正犯功能性支配之一種類型。因此就此有學者²⁶提出「直接的或輾轉之決意形成」、「利用關係輪替之可能性」兩種方式作為區分間接正犯或直接正接正犯之標準，茲分述如次。

（1）直接的或輾轉之決意形成

共同正犯之間，對於構成要件之實現雖然不必全部親自為之（角色分配），但必定要有共同一致之行為決意，這一致之決意來自於各個行為人彼此之直接謀議，僅是單方面之同意、支持或執行，並非構成共同正犯之主觀要件之共同決意；至若輾轉之決意形成，在組織支配關係下，層級性之優越之意思支配關係，可形成連鎖性之間接正犯，或多層級之間接正犯。

²³ 許澤天，利用他人錯誤之間接正犯—兼談誤想防衛與防衛必要性，法學講座，第二十一期，2003年9月，頁55-56。

²⁴ 黃常仁，間接正犯與正犯後正犯，1998年7月，頁120-121。

²⁵ 黃常仁，前揭書，頁122-126。

²⁶ 高金桂、呂秉翰，前揭文，頁318—319。

(2) 利用關係輪替之可能性

共同正犯基於功能性犯罪支配，每一個行為人皆是實現構成要件不可或缺之角色，此角色之分配乃具有相互利用之關係。至於間接正犯之支配關係，因主要是意思之支配，所以在客觀上就有限定有不可或缺之角色存在，被利用者隨時得由其他人來加以取而代之，亦即間接正犯之支配利用關係具有輪替之可能性。

Roxin 認為，在組織支配關係下，組織之領導人，一旦下令或同意下級建議，則無論其是否對執行者有直接之指示，只要任務之執行具有替代之可能性，上級仍得成立間接正犯。但若是任務特殊，上級指令特定之成員執行犯罪行為，仍得成立教唆犯。

不過由組織支配或功能性支配之概念尚非明確，故須配合其他具體之參照標準來加以考量應屬必要。因此，於組織支配關係中，依上級之指令所實現之犯罪構成要件，究屬成立間接正犯或教唆犯仍有討論之空間。

由上述之分類，可知其已不同於典型之間接正犯之範圍，有擴大之趨勢。一般之間接正犯之利用行為中所利用支配之行為工具，均不具備任何故意犯罪之可罰性，但現在一些被利用者之行為可能已經具備所有故意犯罪要素，而非單純屬於行為人之行為工具，縱使如此亦能使利用者成立間接正犯之可能。而在此幕後之利用者仍有成立間接正犯之可能性情形下，便形成了正犯後正犯之學說。

3、實務見解

實務是承認間接正犯之概念，例如最高法院八十七年台上字二九三六號裁判謂，刑法上所謂間接正犯，係指犯罪行為人不親自實施犯罪，而利用無責任能力人或無犯罪意思之人實施犯罪而言。從而有責任能力並有犯罪意思之利用者，與無責任能力或無犯罪意思之被利用者之間，無成立共同正犯之餘地；又如，最高法院八十四年上易字六四〇六號刑事裁判謂，按所謂間接正犯，係指利用無刑事責任能力或無犯罪故意人或阻卻違法行為者之行為，以達其犯罪目的之情形，即間接正犯之成立，以有「利用」他人之故意與行為為前提；另於最高法院八十六年台非字第二六五號刑事

裁判謂，所謂間接正犯，係指犯罪行為人不親自實施犯罪，而利用無責任能力人或無犯罪意思之人實施犯罪而言，故必須被利用人之行為成立犯罪時，該利用者始能依間接正犯論處。

由上可知，我國實務是肯定有間接正犯之適用，然而卻有些矛盾處，例如，其一方面肯認間接正犯之存在，但卻又認為間接正犯之成立應以被利用人成立犯罪為前提。此將完全混淆間接正犯發展理論之原意—在於補充共犯從屬性之下可能發生之漏洞，而該等見解卻反而使用共犯從屬性之概念，要求就行為工具之評價為犯罪時，始有間接正犯之適用。然而間接正犯處罰之理由，並不在於其使被利用人陷於罪責或不法（或甚被利用人可能根本就無罪責或不法可言），亦非其係間接引起犯罪結果，而是間接正犯係直接、確定引起犯罪結果，因而如同正犯而被處罰。因此，間接正犯之不法即係其本身之不法，絕非由他人傳沿而來，任何從屬形式皆不足以說明間接正犯之本質²⁷。

（二）共同正犯

1、概說

共同正犯係單獨正犯之相對概念。共同正犯係指兩個以上之行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實施構成要件之一種參與犯，以有別於單一行為人之單獨犯罪而成立之單獨正犯。即兩人以上之行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同犯罪以達成其共同之犯罪目的。由於每一個參與者均係共同決意之實踐者，故在刑法評價上各自成立正犯，刑法第二十八條規定，二人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯。共同正犯係正犯之一種態樣，其本質仍屬正犯而非共犯。各個正犯在客觀上雖有各不相同之行為，但在刑法上之處罰應互相承擔彼此之刑事責任。

²⁷ 何賴傑，間接正犯與教唆犯之區別，台灣大學法律學研究所碩士論文，1991年6月，頁157。

2、成立要件

共同正犯須有兩個以上之行爲人，具有共同之行爲分擔及共同之行爲決意始能成立。亦即行爲人除有複數外，且複數行爲人彼此間，在客觀上須有共同之行爲實施，在主觀上有共同實施犯罪之意思。分述如下，

(1) 客觀要件 共同行為之分擔

各個參與者基於共同之行爲決意，依照共同行爲決意中角色之分配而分擔犯罪行爲之實施，以其自己之行爲參與實施構成要件行爲或構成要件以外之行爲皆可能成立。換言之，行爲人只要基於共同之行爲決意而參與一種行爲或某一階段行爲，即可認爲參與共同行爲之實施²⁸。

(2) 主觀要件 共同行為之決意

係指各個行爲人主觀上須對於犯罪之實施形成共同行爲之意思決定，亦即兩個以上之行爲人於實施某犯罪時，彼此認識對方的行爲，並且有互爲利用互相補充之意思，亦即兩個以上之正犯，出於違犯特定犯罪之故意，彼此聯絡謀議或計畫，在有認識與有意願地交互作用下所成立之共同一致之犯意。換言之，除了實施特定犯罪之故意外，尚包括基於犯罪計畫與實施犯罪所必要之角色分配，其中須能夠顯示出各個行爲人均有將整個犯罪行爲之成敗繫諸於彼此相互間協力之意思²⁹。

3、法律效果

各個行爲人因共同之行爲決意，並共同實施犯罪行爲，形成一個犯罪共同體，而成立共同正犯，其在刑法評價上，自應就共同實施之全部行爲及結果，共同擔負全部刑事責任，即是一部行爲負全部責任。其負全部責任之原因在於，形式上之一部行爲上在實質上卻有全部之因果關係，否則即無須負全部責任之法理基礎。

²⁸ 林山田，前揭書，頁 401-402。

²⁹ 林山田，前揭書，頁 399。

三、一般犯之共犯

(一) 共犯處罰根據

1、責任共犯說

責任共犯說認為共犯之處罰根據乃在於，共犯誘惑正犯犯罪，使其墮落而陷於責任與刑罰，亦即共犯除加工於正犯所侵害法益外，更在於誘使正犯墮入腐化之罪惡深淵，使其遭受責任非難與刑事處罰³⁰。因此，共犯之成立乃從屬於正犯之責任。但責任共犯說乃以倫理秩序違反為犯罪之本質³¹，然現今則認犯罪之本質在於法益之侵害，故與刑法之機能有所不符。

2、不法共犯說

由於德國刑法於一九四三年修改刑法，將原來所採之極端從屬形式（嚴格從屬性）改成限制從屬形式，使得原本採極端從屬形式而有實定法解釋依據之責任共犯說難以自圓其說，因此，為調和刑法所採之限制從屬形式，學者乃將責任共犯說所強調之誘惑要素改以社會完整性之侵害。此說將共犯之處罰根據仿之於共犯不僅因惹起犯罪，亦因陷正犯於不法，使其處於與法敵對之事實狀態，依此侵害正犯之社會完整性。亦即共犯因藉由驅使正犯為犯罪行為，引起正犯反社會之狀態，擾亂社會和平而應受處罰³²。但同理於責任共犯說，本說著重在正犯本身之利益或正犯本身之社會完整性上，與保護法益之刑法意旨有所違反。

另有學者以行為無價值為共犯之不法內容。認為共犯之處罰根據，乃在於共犯透過誘使正犯為違法行為，而誘發或促成社會所不容許之行為，亦即因惹起正犯之行為無價值而應受處罰³³。

³⁰ 王詠寰，從犯之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1990年5月，頁91；許澤天，共犯之處罰基礎與界限，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月，頁38。

³¹ 何賴傑，前揭論文，頁184。

³² 陳子平，論未遂教唆之可罰性，東吳法律學報，第八卷第一期，1993年3月，頁215、248以下。

³³ 陳子平，共犯處罰根據論，共犯論之研究，1992年3月，頁34。

3、惹起說

(1) 純粹惹起說

此說主張，共犯之所以受處罰是由於共犯本身侵害刑法分則所保護之法益³⁴。亦即，共犯之所以受處罰，乃因其本身侵害了構成要件所要保護之法益。因此，共犯之不法乃由於本身行為而來，並非從屬於正犯之不法。總言之，對共犯之處罰是因其本身惹起法益侵害。但此說無異承認無正犯之共犯，並使違法本質近乎主觀之違法性，不但與現行法不符且造成可罰範圍之擴張³⁵。

(2) 修正之惹起說

此說主張，共犯之處罰根據在於，共犯參與正犯之法益侵害，並非其本身侵害法益。共犯之不法乃從正犯主行為之不法所導出，同時取決於正犯主行為之不法³⁶，而形成共犯從屬性原則。換言之，在共犯從屬性之下，共犯之違法性導源自正犯之違法性，共犯本身並不具有獨立之違法要素。其雖符合共犯從屬性之原則，但在所謂之陷害教唆之情形，一般而言陷害教唆並不具可罰性，然從此說卻無法推論之。而既然行為人已惹起他人著手之未遂，何以不構成教唆犯之未遂³⁷？

(3) 折衷惹起說

Roxin 認為共犯在法律意義上須侵害一個對共犯來說亦應受到之保護法益。但完全透過從屬性原則共犯之不法是不正確，因法律對於法益所提供之保護，有可能只針對正犯，而不包括共犯，故共犯之不法是脫離正犯

³⁴ 陳子平，論未遂教唆之可罰性，東吳法律學報，第八卷第一期，1993年3月，頁252。

³⁵ 陳智勇，未遂教唆可罰性之探討，台北大學法學系碩士論文，1999年，頁73。

³⁶ 許澤天，共犯之處罰基礎與界限，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月，頁38。

³⁷ 許澤天，共犯之處罰基礎與界限，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月，頁44。

不法而存在。不過共犯不法基本上是透過正犯不法來加以決定的，因從屬性對於共犯之處罰，具有法之決定性，而從共犯刑罰範圍依照正犯主行為之刑罰範圍決定之觀點可知，正犯行為之不法，劃定共犯不法之上下限。

因此，共犯可稱為從屬之法益侵害，亦即從屬之攻擊構成要件所保護之法益。換言之，法益侵害概念表達共犯之處罰基礎，亦提供共犯具有獨自不法要素之論證。總之共犯之不法有相當程度是從主行為之不法所導出，共犯只是一個具有補充性質之次要概念。此說介於純粹惹起說與修正惹起說，認為共犯之不法，一部分是因本身所固有；另一部分源自於正犯³⁸。

(4) 不法連帶說

基於個人責任原則，行為人只需對自己實行犯罪之行為負責，無庸對行為人能預見或有所預見將引起他人或第三人損害之違法行為負責。但共犯並非自己去實行犯罪行為，為何對其處罰？其處罰正當性基礎為何？原因在於共犯引起主行為人之構成要件該當且違法之法益侵害結果，乃因共犯行為所具有之特殊行為無價值，使共犯行為呈現出法社會所無法忍受之壞榜樣。亦即共犯之行為無價值即與主行為之不法產生連帶關係。換言之，共犯藉自己之故意貢獻，與他人之不法產生連帶關係，使自己與他人之不法有所勾結，對法之適用效力，造成社會之心理危險，足以震撼得以確保法和平之公眾感覺，而呈現出社會所不能容忍之壞榜樣，因此，共犯必須承受主行為之不法。不過此故意在教唆他人犯罪而言，須能透過明示或可推知之聲明，而顯露出要求他人實施犯罪之意思內容，才是以無法忍受之方式，干擾法和平與他人不法勾結之不法連帶；而於幫助他人為犯罪行為而言，不僅在於故意提供一個有助於他人犯罪之因果貢獻，更須有明顯支持不法，以構成他人不法核心角度協助他人犯罪之不法連帶為前提，否則若僅是日常行為並不在可罰幫助之範圍內³⁹。

然而對於前述之見解，亦有異說，認為若共犯所引起之結果，是存在於主行為人之負責領域，則無法理解為何共犯之貢獻被視為法社會所無法

³⁸ 陳智勇，前揭論文，頁 58；許澤天，共犯處罰基礎與從屬性，收於罪與刑—林山田教授六十歲祝賀論文集，1998 年 10 月，頁 72。

³⁹ 參閱許澤天，共犯處罰基礎與從屬性，收於罪與刑（林山田教授六十歲祝賀論文集），1998 年 10 月，頁 70-72。

忍受之壞榜樣？一個在評價上與法益侵害脫節之行爲，如何能產生社會心理危險？若刑法評價上，單純與他人不法之連帶，或使自已之行爲勾結，根本是不具可罰性。尚且若是將所謂之社會心理危險，或是法之適用效力損害等概念脫離於法益侵害外，則無法看出處罰共犯之合理基礎⁴⁰。

（二）共犯之成立基礎

在正犯與共犯區別中之主觀理論或共犯處罰根據之純粹惹起說，認爲共犯之所以受處罰，乃因其本身侵害了構成要件所要保護之法益。即共犯之不法乃由於本身行爲而來，因此有共犯獨立性說之提出。而在客觀理論或共犯處罰根據之修正純粹惹起說，認爲共犯之行爲既非實行行爲或構成要件行爲，倘無有實施構成要件行爲之正犯存在，難以依刑法分則各本條之構成要件，以處罰其行爲，故共犯須從屬於正犯之行爲始成立，故有共犯之從屬性說之問題。

而德國學者 Maurach 將共犯從屬性區分爲從屬性之有無的問題，與從屬性之程度的問題。前者指共犯之成立，是否以正犯著手實行犯罪行爲爲必要，即共犯從屬性與共犯獨立性之論爭；後者指共犯之成立，以正犯具備何種程度之犯罪要件爲必要。而論理上，後者以前者之問題爲前提⁴¹。茲討論如次：

1、從屬性之有無

（1）共犯獨立性說

此說認爲犯罪乃惡性之表現，故在數人共犯之情形，一人之犯罪不應從屬於他人而成立。易言之，教唆犯與從犯各有其固有之反社會性，亦即教唆犯或幫助行爲本身，應認爲具有可罰性。依此理論，教唆行爲或幫助行爲無異於實行行爲，均可獨立予以處罰。惟是，不僅教唆或幫助行爲有效，被教唆者或被幫助者因而爲犯罪之實施時，應予以處罰，即教唆或幫助行爲無效，被教唆者或被幫助者未因而爲犯罪之實施，亦應予以處罰。

⁴⁰ 許澤天，共犯之處罰基礎與界限，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月，頁57。

⁴¹ 李永瑞，前揭論文，頁123。

(2) 共犯從屬性說

此理論認為教唆犯或從犯之成立，須正犯已有實行行為之實施，或至少已著手於實行行為，在後者之情形，教唆犯或從犯雖不從屬於正犯之實行行為，但卻直接從屬於定型之正犯實行行為，而成立其犯罪。

(3) 小結

刑法乃以法益之保護為首要任務，唯有法益遭受侵害或威脅，始有予以刑法制裁之必要。因此，刑法所處罰之行為，自應與法益之侵害有直接或間接之關係。而共犯獨立性說，強調行為人之惡性，認為共犯行為是共犯惡性之表現，而加以處罰，其與上述之刑法之基本原則並不符。況且，若將共犯獨立於正犯之主行為外，不受正犯主行為之限制，則共犯之成立，究竟以何種標準認定，將有問題。因此，在從屬性之有無上，應以共犯從屬性說為妥當。

2、從屬性之程度

德國學者 M.E.Mayer 早在一九一五年即將之分為四個從屬形式加以討論，第一是最極端從屬形式（最嚴格從屬性），除正犯須違法且有責地實現構成要件外，更須具備其他可罰性，亦即正犯一身之刑罰加重或減輕事由，亦會影響共犯之成立；第二是極端從屬形式（嚴格從屬性），以正犯行為須具備構成要件該當性、違法性及可責性為必要；第三是限制從屬形式（限制從屬性），以正犯之行為只須具備構成要件該當性及違法性，不以具可責性為必要；第四是最小從屬形式，以正犯單純地實現構成要件為已足⁴²。茲將其內容陳述及檢討如下：

(1) 最極端（最嚴格）從屬形式

共犯之成立，不僅正犯須具備構成要件該當性、違法性及有責性等犯

⁴² 李永瑞，前揭論文，頁 123-124。

罪之成立要件，猶須具有其他可罰性要件。然而可罰性之阻卻多屬於一身事由，即一身阻卻刑罰事由，只有符合法律所規定之身分，始有適用，無此身分者是無法適用，因此，誇張從屬形式使正犯之身分資格（即基於身分之阻卻刑罰事由）亦適用於無身分之共犯，是不妥當的。

（2）極端（嚴格）從屬形式

正犯之行爲倘具備構成要件該當性、違法性與有責性等犯罪成立要件時，則共犯亦應隨之成立。因此，正犯若無責任能力人或因禁止錯誤等情形而不具罪責，共犯即無由成立。此不僅造成可罰性之漏洞且與個人責任原則所強調之犯罪參與者責任獨立原則不相符合⁴³，因此，此見解仍不妥當。

（3）限制從屬形式

只要正犯之行爲具備構成要件該當性及違法性，雖缺少有責性，亦可使共犯成立，亦即共犯不從屬於正犯之有責行爲。此見解可避免前見解之漏洞且與符合個人責任原則。亦爲德、日學者通說所採。

（4）最小從屬形式

只要正犯之行爲具備構成要件該當性，則共犯即可成立。依此則協助他人爲正當防衛者，被協助者雖可阻卻違法，但仍有構成要件該當性，則協助者仍可成立幫助犯。惟此主張將造成可罰共犯之範圍過分擴大，其不當顯而可見。

德國刑法於一九四三年起將教唆犯、從犯之成立以正犯之可罰行爲爲必要之規定，修正爲以刑罰所威嚇之行爲，限制從屬形式乃成爲通說；戰後西德於一九七五年所施行之新刑法總則，更以教唆犯、從犯乃以故意實行違法行爲爲所教唆、幫助之內容，使得採取限制從屬形式之旨趣更加明確。而共犯之不法，基本上是根據正犯之不法所決定；共犯之違法性，是由共犯之行爲非價與結果非價構成，共犯之行爲非價是由共犯之故意與共

⁴³ 林山田，刑法通論（下），增訂六版，1998年10月，頁373。

犯之行爲所組成，共犯之結果是透過正犯之實行行爲而實現。亦即可罰之共犯，是以正犯之實行違法行爲爲前提，共犯應從屬於正犯之違法行爲。因此，關於從屬性之程度問題，以限制從屬形式爲是。而於我國新刑法亦採此見解，於刑法第二十九條之修正理由謂，爲符合現代刑法思潮之共犯從屬性思想，故改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬性說中之「限制從屬形式」。

四、參與犯之檢討

（一）共同正犯與從犯之區別

幫助犯係以幫助他人犯罪之意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪之行爲者而言，若再進而參與構成犯罪事實之一部或全部之實施者，則視有無共同行爲決意，而有可能成立共同正犯。

民國二十四年七月之最高法院二十四年度總會決議是最早、最典型關於共同正犯與從犯之問題，其謂在犯罪者實施犯罪行爲前有所參與，其參與者之行爲究竟認爲從犯之行爲，抑應認爲共同正犯之行爲，應視左列情形而定：

（1）他人已決意犯罪，如以犯罪意思助成其犯罪之實現者，或與以物質上之助力（如貸與兇器而爲有形之幫助行爲），或與以精神上之助力（如頌揚犯罪行爲或預祝其犯罪成功而爲無形之幫助行爲），皆爲從犯；他人犯罪雖已決意，若以犯罪意思促成其犯罪之實現，如就犯罪實行之方法犯罪實施之順序而有所表示，應認爲共同正犯，不能認爲從犯，蓋在如斯情形之下，其表示之意見已構成犯罪者實施犯罪行爲之內容，不啻加工於犯罪之實現也。

（2）上述之「助成」及「促成」情形，應以程度之高低（程度高爲正犯，程度低爲從犯）及其行爲是否構成實施犯罪行爲之內容爲標準。

因此，最高法院多數判例見解，認爲行爲人以自己犯罪之意思，即以正犯之意思而參與犯罪，無論行爲人所參與者係犯罪構成要件之行爲或犯罪構成要件以外之行爲，皆爲正犯；亦即行爲人雖以幫助他人犯罪之意思參與犯罪，但其所參與者，爲犯罪構成要件之行爲，仍爲正犯，只有在以幫助他人犯罪之意思參與犯罪且實施犯罪構成要件以外之行爲者，始爲幫

助犯。

而在採犯罪支配理論之學說下，對於共同正犯與從犯之區別，須同時有主觀犯意與客觀行為，而做綜合判斷。換言之，幫助犯與共同正犯，若在客觀上皆未參與構成要件該當行為之實行，其表徵相同，但是在主觀上，幫助犯與其所幫助之正犯間並未有共同行為之決意，而在整個犯罪過程亦無功能之犯罪支配，始可能為幫助犯。

（二）間接正犯與教唆犯之區別

1、概說

間接正犯與教唆犯之區別，在教唆犯與正犯同罰時是較顯現不出其實益，惟於被利用人未為任何犯罪行為時，兩者始會顯出區別之重要性。教唆犯與間接正犯在刑法制定前即已存在，尤其間接正犯一般公認並非法規之產物，其係為彌補刑法規定之不足，而由判例、學說逐漸演變而成。

在十九世紀初期，德國之間接正犯犯罪型態係與教唆犯犯罪型態混合為一，其後因有教唆犯規定，始逐漸與教唆犯概念有所區別。因此可知，間接正犯概念理論之發展係受到教唆犯規定之影響，惟兩者並非本質相同而為互通之概念。一般雖主張間接正犯係為彌補極端從屬形式所產生之處罰漏洞而由學說演變而成，然是因當時德國刑法法典只規定教唆犯，因而學者於論述間接正犯時，即不得不參酌教唆犯規定而為解釋⁴⁴。然我國對此似不明瞭，因而在實務上，如前所述在適用間接正犯時常依教唆犯之本質而為解釋，其即將間接正犯之犯罪型態係與教唆犯犯罪型態混合為一。而今對間接正犯已有清楚之認識，即應發展出完整之犯罪概念，與教唆犯清楚之分別，而不應再受教唆犯性質之影響。

2、兩者之區別

（1）德國實務

德國現行刑法雖有間接正犯及教唆犯之規定。然其等制定經過一些演變而使得間接正犯與教唆犯有較明確化之區別，茲將其大略過程陳述如

⁴⁴ 何賴傑，前揭論文，頁 184。

次。

一八七一年德國刑法制定之初，曾詳細規定教唆行爲之方式，以此作爲間接正犯與教唆犯之區別標準。然而在現行德國刑法則刪除了此些關於教唆行爲方式之規定。**Cramer** 認爲現行法之規定始爲正確，因間接正犯與教唆犯之區別標準，並不只是其行爲方式不同，即使間接正犯之行爲在現象學上（即純粹外觀上）與教唆犯之圖像更接近時，其仍爲間接正犯而非教唆犯⁴⁵。

一九一三年及一九一九年德國刑法草案除了刪除教唆犯之行爲方式規定外，一方面仍採極端從屬形式，另一方面則將不能包含於教唆犯之犯罪形式以間接正犯之設計予以明文規定。草案理由係以主觀說作爲間接正犯與教唆犯之區分標準，即教唆犯係加功於他人之行爲犯意，而間接正犯則以自己犯罪之意思而利用他人（以他人爲道具），惟草案規定本身則係以被利用人之特性（有無故意、有無責任）作爲區別之標準，因而即不免產生判斷上之困難。況且草案所承認之間接正犯之情形，只有盲目道具即行爲人係背後者之盲目之道具，其因陷於錯誤而爲之行爲，自己完全不認識外，不再承認其他間接正犯。使得一些原本屬間接正犯者只能依教唆犯之規定處罰，但是教唆犯只處罰故意教唆，對於一些原本過失間接正犯卻不得處罰⁴⁶。

作爲現行德國刑法基礎之一九六二年草案，除於第二十九條明文規定「假手他人以實行之」爲間接正犯外，另於理由書亦肯認行爲支配說作爲正犯與共犯之區別標準。德國刑法不再將間接正犯納入教唆犯之範疇內，而肯認間接正犯之存立價值。因此被用人係無責任能力人時，利用人即有可能係教唆犯或間接正犯，其決定標準，乃在於利用人有無行爲支配⁴⁷。

（2）德國學說

學者 **Spendel** 係以形式否定說作爲區別間接正犯與教唆犯，即間接正犯之成立，必須被利用人不能作爲故意正犯處罰，反之，教唆犯之成立，則是被利用人本身亦作爲故意正犯而處罰，因而利用負正犯責任之人而實

⁴⁵ 何賴傑，前揭論文，頁 174。

⁴⁶ 何賴傑，前揭論文，頁 174-175。

⁴⁷ 何賴傑，前揭論文，頁 176。

行犯罪行為者，即為教唆犯而非間接正犯。然而其見解乃建立在極端從屬形式時，教唆犯之成立。惟德國刑法既採限制從屬形式，則被教唆人不負正犯之責時，仍能成立教唆犯，因而形式否定說實已無法作為間接正犯與教唆犯之區別標準⁴⁸。

另學者 Drost 認為間接正犯與教唆犯不但兩者之故意有所不同，且其客觀構成要件，即對被利用人之影響方式亦有所不同。教唆行為之本質，係引起他人行為之決意，只要概念上可能產生心理影響之任何行為方式，皆可該當於此處之行為決意之引起。反之，對間接正犯而言，被利用人對犯罪之心理態度如何，完全不必考慮。亦即間接正犯只是利用人之一定外在行為而遂行自己之犯罪決意而已。故被利用人是否有行為決意，是否有過失，是否違法或有責任，是否為直接正犯或幫助犯或根本無罪責等，皆與間接正犯無關。亦即惟有基於利用人自身之行為，始能正確判斷間接正犯與教唆犯之區別所在⁴⁹。

（3）我國實務

對於教唆犯之規定，在暫時新刑律時期，稱教唆犯為造意犯，而於新刑律第三十條規定，「教唆他人使之實行犯罪之行為者，為造意犯，依正犯之例處斷。教唆造意犯者，準造意犯論。」此規定認為教唆犯係採共犯從屬性說。而在舊刑法時期，舊刑法將暫時新刑律之共犯罪章名修訂為共犯，並於修正理由中說明教唆犯、從犯係從屬性質，明確採取共犯從屬性說。

惟受到主觀共犯論之影響，認為教唆犯惡性重大，宜採獨立性處罰主義，故現行法從共犯從屬性說改採共犯獨立性說。在最高法院於 24 年刑庭總會決議中作出見解謂，1、教唆犯以教唆行為終了時即為犯罪成立。2、教唆犯在新刑法內規定為獨立犯罪，以其教唆時為犯罪行為時。明顯表示採取共犯獨立性說。然而在二〇〇五年元月之新刑法第二十九條之修正理由中謂，教唆犯如採共犯獨立性說之立場，實側重於處罰行為人之惡性，此與現行刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違，更不符合現代刑法思潮之共犯從屬性思想。因此，新刑法已改採共犯從屬性說。

⁴⁸ 何賴傑，前揭論文，頁 176-177。

⁴⁹ 何賴傑，前揭論文，頁 181。

至於間接正犯如前所述在實務界向來採取肯定之立場，而在修正草案第二十八條第一項後段規定，「自任犯罪行為之實施者，為正犯；利用正犯以外之他人以實施之者，亦同」。有意將間接正犯明文化，但或許立法者認為時機尚未成熟，或使其有更彈性之發展空間，二〇〇五年元月之新刑法並未採納。而在適用間接正犯時，如前所述仍未脫離共犯從屬性之概念，亦即仍受共犯從屬性之影響。

(4) 我國學說

由 Roxin 區別正犯與共犯之犯罪支配理論中，知犯罪事實支配之三大支柱為行為支配、意思支配及功能支配。行為人透過其對於他人優越之意思支配，利用他人之行為以實行構成要件，因而實現其犯罪，為意思支配。而藉由利用優勢認知支配所為者，幕後之人即具有意思支配，而成為間接正犯。

學者⁵⁰指出其區別處在於，教唆犯雖在客觀上之犯罪背後亦有類似間接正犯有幕後者之狀況，而此教唆者對被唆者之意思決定或多或少有相當程度之重大影響，但是行為人尚未達意思支配之程度，換言之，對於最終實行與否或實行之意思決定及意思活動被教唆者仍具有相當自我決定的自由。亦即區分間接正犯與教唆犯之所在，就在於意思支配的程度，前者已達意思支配之境，完全淪為犯罪之行為工具，後者則否。

3、小結

間接正犯與教唆犯之區別標準須以利用人之行為作為判斷標準，即在主觀意思方面，間接正犯對整個犯罪事實（包括被利用人之特性）皆有所認識，且有掌握事件進行之意思，並欲將犯罪結果視為自己所有。教唆犯則只是意在引起被教唆人之犯意，對於其後之犯罪進行，並無支配之意，只委由被教唆人進行。被教唆人心理上雖受到教唆者之影響，惟不必與教唆人有犯意之合致。而在客觀行為方面，視是否能支配被利用人之行為。間接正犯是對被利用人有無責任能力之心理狀況、有無反對動機、有無規範意識等皆能所認識，而對整個犯罪事件之進行亦能控制；至於教唆犯則

⁵⁰ 高金桂、呂秉翰，前揭文，頁 9-10。

對犯罪結果之發生無法控制，犯罪只能交由被唆人自行完成。

第三節 身分犯之犯罪參與

就刑法分則所處罰之犯罪行爲，以可能違犯之行爲主體作爲區分標準分爲一般犯與特別犯。一般犯，指任何自然人皆可違犯之犯罪；而特別犯即身分犯，係相對於一般犯而言，係指具有構成要件所特別加以規定或依事理所必要之特定關係之人，始得違犯之犯罪或以身分區分不法輕重之構成要件。本文將就身分犯探討如次。

一、身分之意義

民國元年，暫行新刑律第三十三條第一項明文規定，「因身分」成立之罪，其教唆或幫助者雖無身分，仍以共犯論。民國五年修正刑法草案第三十四條第一項以及民國七年之刑法第二次修正案第三十八條第一項之規定，仍同。民國八年改定刑法第二次修正案時（舊刑法），第四十五條第一項規定，因身分成立之罪，其共同實施或教唆幫助者雖無身分，仍以共犯論。民國十七年舊刑法第四十五條第一項規定，仍沿襲之。民國二十四年的刑法，即現行刑法在第三十一條第一項明文規定，「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。

從立法沿革觀之，我國暫行新刑律係由日本學者岡田朝太郎所起草，故暫行新刑律以及舊刑法均與日本刑法之立法例相類，亦即在條文中均僅規定「身分」一詞。因此暫行新刑律以及舊刑法中所規定「身分」之意義，一般係採日本實務判例及學者通說對日本刑法第六十五條所認定之概念而爲補充解釋⁵¹。

然而，我國現行刑法第三十一條將身分概念加以修正爲「身分或其他特定關係」與暫行新刑律以及舊刑法所規定「身分」相較以觀，係比較類似於德國立法例。因之，以下先從日、德相關部分加以探討，再回觀我國之學說與實務見解。

⁵¹ 參照王觀，中華刑法論總則中卷增訂六版，1933年10月，頁650；郭衛，刑法總則釋義下冊，1932年再版，頁371以下；余振華，「共犯與身分」之比較法考察—以德國、日本及我國刑法爲中心，收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身分」，2001年11月，頁84。

（一）比較法 以日本及德國刑法為探討

1、日本刑法第六十五條之身分

日本刑法第六十五條第一項規定，「加功於因身分構成之犯罪時，無身分者仍以共犯論，但得減輕其刑」。第二項則規定，「因身分而致刑有輕重時，無身分者科通常之刑。」

所謂「身分」，其原本係指「構成社會關係之人類地位的上下序列」，亦有認為係指「身世、境遇」⁵²。倘若思考身分之語意，則依據其本質要素，應認其係指「社會生活上之地位」，亦即若將身分做狹義之解釋，則其意味著對應於社會生活上特定任務之地位。而該任務究竟所指為何？在解釋上將產生廣義與狹義之差。換言之，依據該種解釋時，將關係著身分是否可包含行為人「境遇」之單純「狀態」在內⁵³。

依日本判例見解⁵⁴，認為身分係指「不限於男女之性別、國內外人之別、親屬關係、公務員資格關係等，凡有關一定犯罪之犯人所處之人的關係之特殊地位或狀態而言。此採取相當寬廣之定義，因此判例肯定「構成身分」者，如製作虛偽公文書之公務員、偽證罪之依法宣誓之證人、收賄罪之公務員、強姦罪之男性、背信罪之為他人處理事務者等，肯定「加減身分」者，如常習賭博罪之常習性、業務墮胎罪之醫師、甚至麻藥取締法第六十四條第二項之營利之目的⁵⁵亦包括在內。

2、德國刑法二十八條的「特定之個人本身要素」

德國刑法第二十八條第一項規定，正犯之刑罰取決於特定之個人本身的要素（第十四條第一項），共犯（教唆犯或幫助犯）缺少此特徵者，依第四十九條第一項減輕處罰。第二項則規定，法定刑因行為人特定之個人要素而有加重、減輕或免除者，其規定只適用於具有此特徵之參與者（正

⁵² 根據「廣辭苑」之解釋，對於「身分」最先提及者乃「身世、境遇」，而在「國語大辭典」亦解為「（1）身世、境遇，（2）社會之地位、社會之序列，（3）人在法律上之地位或資格。」若依據日常習慣用語，則其係指「人身之資格、貴賤貧富之位置。」從以上幾種解釋以觀，仍以「身世、境遇」係最主要之釋義。

⁵³ 余振華，前揭文，頁 70。

⁵⁴ 陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身分」，2001 年 11 月，頁 18。

⁵⁵ 該法相當於我國之毒品危害防制條例第五條「意圖販賣持有毒品罪」之「意圖販賣」。

犯或共犯)。

所謂特定之個人本身的要素(besondere persönliche Merkmale)依德國刑法第十四條規定,係指特別之個人本身的屬性、關係或事態(狀態)。所謂屬性,係指如年齡、男女性別、懷孕等狀態,而與行為人之本質具有不可分之精神的、身體的、法律的要素;關係,係指如擔當公務者、法官、軍人等資格、親屬關係、與他人之委託關係等,而與他人、機關、物之外在的關連;事態(狀態),係指屬性、關係以外之所有人的要素,如動機、心情等主觀要素、營業性、常習性等⁵⁶。

惟於德國並非將所有有關行為主體之屬性或事態皆認為該當特別之個人本身的要素,例如,強姦罪及裸露性器官之行為罪之男性、交通肇事逃逸罪之事故參與者,服用藥物駕駛交通工具罪之駕駛者等等,雖皆屬於行為人地位與事態(狀態)之要素,然通說見解卻不認為該當於特別之個人本身的要素;再者,偽證罪等證人、鑑定人,不純正不作為犯之保障人地位,背信罪之與他人之信託關係,多數說雖理解為特別之個人本身的要素,然亦有否定之見解⁵⁷。

近來德國有以違反特別義務來說明「特定之個人要素」,而且逐漸受到重視,尤其是 Roxin 教授所強調的「義務犯」,但是本身究竟是如何?也是一個問題。犯罪本質一般而言是法益侵害,則義務犯在此之下又是如何定位乃有爭議。

(二) 我國法關於「身分或其他特定關係」

1、有關身分(或其他特定關係)之解釋

如前立法沿革所述,我國「暫行新刑律」以及「舊刑法」僅規定「身分」二字,當時學說見解,有主張身分者,「係指犯罪人之特殊地位,特有關係以及各種狀態者」⁵⁸。亦有主張「身分二字,即資格意。其範圍甚廣。不特指特別資格。即凡刑法規定之主觀事項,亦包含在內。至因特別身分而構成犯罪者…。刑律之加重減輕免除事項,亦有以身分為緣由者

⁵⁶ 陳子平,論刑法第三十一條之身分或其他特定關係,收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身分」,2001年11月,頁9。

⁵⁷ 陳子平,論刑法第三十一條之身分或其他特定關係,收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身分」,2001年11月,頁9-10。

⁵⁸ 王觀,中華刑法論總則中卷增訂六版,1933年10月,頁650。

⁵⁹」。由此可知，法條雖僅規定身分二字，然學說如前所述係因繼受日本，受日本的影響頗大而採相當廣義之見解。

現行刑法第三十一條增修為「身分或其他特定關係」，學者之見解，有謂「刑法上之所謂身分，不限於男女之分、內外人之別、親屬關係、公務員資格等，乃汎稱犯人關於一定犯罪行為之人的關係之特殊地位或狀態。此種地位或狀態之形成，有基於自然關係者，有源於法令或契約者，有來自血緣關係者，種種不一⁶⁰」。另有謂「按刑法上身分或特定關係之含義極廣，乃泛指犯罪主體一身所具備之資格、地位、性質及對於他人之關係」⁶¹。尚有謂刑法上之身分，係指行為人本身所具有之特定資格或特定條件，此等資格來自下列關係，有來自自然關係者，如男女性別；另來自血緣關係者，如親屬身分；亦來自法令或契約者，如公務員身分、契約行為之相對人⁶²。還有學者從行為主體與行為客體之關係，將身分分為兩種，一為有對應關係之身分，即身分涉及行為主體與行為客體之特殊關聯性者，如刑法第二百七十二條之直系血親尊卑親屬關係及第二百七十四條之母親與嬰兒關係；一為無對應關係之身分，即行為主體與行為客體無特定之關聯性，如瀆職章中之「公務員」身分⁶³。

亦因本條文之增修是參照德國，故近來有學者之見解偏向德國實務及通說所主張的「行為關係的要素」與「行為人關係的要素」為區別標準，「刑法第三十一條只規定特殊的人之要素，而非責任要素（責任要素之規定，例如，無責任能、減輕責任能力、禁止錯誤、阻卻責任事由）…刑法第三十一條只適用於行為人有關之人的要素，至於與行為關連之人的要素，則非刑法第三十一條所要適用的對象」⁶⁴。

而我國實務對此並無定義，僅對個別問題加以說明，但是卻是意見相左。如八十年台上字第九號判決與八十六年上易字第六六五三號，關於公司法第十五條第三項有關身分犯之規定是否有刑法第三十一條第一項連帶性作用之適用，前者採否定說，後者採肯定說。

⁵⁹ 王選，刑法總則，朝陽大學法律科講義，1927年，頁165。

⁶⁰ 周治平，刑法總論四版，1968年，頁438-439。

⁶¹ 梁恆昌，共犯與身分關係之探討，刑事法雜誌，第二卷第二期；刑法總則論文選輯（下），蔡墩銘主編，1984年，頁648。

⁶² 褚劍鴻，刑法總則論，1989年12月，頁301。

⁶³ 高金桂，不純正身分犯之「身分」在刑法體系上之定位問題，收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身分」，2001年11月，頁144。

⁶⁴ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1992年，頁272-273；蘇俊雄，刑法總論II，1997年，頁438、439。

2、身分或其他特定關係兩者的關係

我國現行刑法第三十一條第一項規定「因身分或其他特定關係」一詞用語，倘若認為刑法第三十一條所規定之「身分」與暫行新刑律以及舊刑法之「身分」意義相同的話，則在現行刑法中增列「其他特定關係」是否有重覆之虞？倘若「身分」之定義不明確，「特定關係」恐將因身分概念之模糊化而有成爲贅詞，不如僅僅用暫行新刑律、舊刑法或日本現行刑法第六十五條之「身分」用語較明確。反之，倘若認為「身分」亦屬於「特定關係」概念之一種，則其所規定之「其他特定關係」一詞之意義將更形擴張，可解釋其作用係用補充身分涵義之不足。然倘果如此，則避免適用上及解釋上之困難，規定「特定關係」不就已足了？茲針對學說上對「身分」與「其他特定關係」之不同闡釋及主張，分述如下：

(1)「特定關係」包含「身分」，但「身分」不包含「特定關係」

「身分」與「其他特定關係」二者用語，並非重覆，根據在於刑法上除自然或法律規定之身分外，尚有附隨於行爲人之特定事實或特殊狀態及地位之情形。刑法常以之爲犯罪構成要素，例如承攬人、工程人、監工人、懷胎婦女、持有他人之物之人、將受強制執行之債務人、依法逮捕拘禁之人、從事業務之人，此等情形既不如身分之觀念固定，是否包括於「身分」之內，難免發生疑義，故現行刑法予以明文規定⁶⁵。

(2)「身分」與「其他特定關係」係完全相異

此見解的學者認為，所謂身分，係指行爲人本身所具有之特定資格或特定條件，此等資格來自下列關係，有來自自然關係者，如男女性別；另來自血緣關係者，如親屬身分；亦來自法令或契約者，如公務員身分、契約行爲之相對人。而所謂「其他特定關係」，則係指身分外行爲人所具有之一切特殊地位、狀態或事實而言，例如，侵占罪之持有人、墮胎罪之婦女、遺棄罪中就無自救力人於法令或契約上負扶助、保護、養育義務之人

⁶⁵ 褚劍鴻，刑法總則論，1989年12月，頁301；韓忠謨，刑法原理，1968年2月，頁228；楊大器，身分犯罪與其共犯之刑事責任，軍法專刊第二十四卷第一期，頁11。

等等⁶⁶。

(3) 「身分」包括「其他特定關係」

此見解之學者認為，為避免刑法第三十一條所規定「身分」與我國暫行新刑律第三十三條、舊刑法第四十五條與日本現行刑法第六十五條規定「身分」作同一文義之解釋，而提出之補充解釋。我國暫行新刑律第三十三條、舊刑法第四十五條與日本現行刑法第六十五條均只規定「身分」，而無「特定關係」之明文，乃為補救立法之疏漏起見，在適用上固不得不解釋「身分」包括「其他特定關係」在內；惟此係不得已之措施，未可因之而誤會「身分」當然包括一切之「特定關係」也。我國現行刑法於「身分」之外，復有「其他特定關係」之規定，實有所見，非贅文⁶⁷。

(三) 小結

依立法沿革可知，此條款先是繼受日本，後參照德國增修，於比較法中見日、德的見解也是莫衷一是，使得我國學說見解更顯複雜。依日本判例見解認為係指「不限於男女之性別、國內外人之別、親屬關係、公務員資格關係等，凡有關一定犯罪之犯人所處之人的關係之特殊地位或狀態而言」，此採取相當寬廣之定義。而依據德國法第二十八條規定之「特定之個人本身的要素」，且據德國法第十四條規定係指個人本身的屬性、關係或事態，其定義仍很廣，而且日本的「身分」、德國的「特定之個人本身的要素」「屬性、關係或事態」及我國的「身分或其他特定關係」的用語，都是很抽象的名詞，所以無法明確加以定義。僅能從我國現行刑法第三十一條第一項先曰「身分或其他特定關係」，而在第二項曰「特定關係」相比較之下，「身分」應為「特定關係」的下位概念。而暫行新刑律以及舊刑法之「身分」應較現行刑法之「身分」的範圍為廣。在類型化有困難之情況下，遇有爭議時，僅能由個案中依刑法解釋加以檢驗。

⁶⁶ 高仰止，刑法總則之理論與實用，1986年，頁425；陳樸生，刑法總論，1993年1月，頁244。

⁶⁷ 洪福增，論身分與共犯，收錄於刑法之基本問題，1964年，頁240。

二、身分犯之種類

我國通說將身分犯依構成身分、加減身分為構成要件要素分為純正身分犯與不純正身分犯，並認為刑法第三十一條第一項及第二項，分別係有關無特定關係之人參與違犯純正身分犯或不純正身分之規定，其是否妥當？誠有爭議。茲將純正、不純正身分犯討論並檢討如次：

（一）純正身分犯

係指以一定之身分或特定關係，為其犯罪構成要件，如無該身分或特定關係，則不成立犯罪。亦即行為主體之資格係在於創設刑罰意義之身分犯。至於行為主體之範圍，有局限於具有一定之客觀行為人要素者，始得予以違犯，否則若未具有此等要素之人予以違犯，則無法成立犯罪；亦有認為係指行為主體之範圍，局限於具有特定義務之主體者，而此一義務之違反乃其可罰性所以構成之犯罪行為。兩者之不同在於，前者並未強調行為主體之特別義務，而後者則是以行為主體所承擔之義務之違反作為純正身分犯之決定因素。

而此義務之違法，其義務究指為何？若指犯罪行為在行為客體之實害或危險之結果非價與危害行為客體之行為本身之行為非價之二者結合之不法形象見解，其只強調刑法義務違反，忽略法益之保護，僅片面之觀點並無法確實掌握身分犯之犯罪本質⁶⁸。但是本文以為若只具有一定之客觀行為人要素者，皆能違犯，其範圍過於廣泛，有擴大處罰之效果，況且身分犯之構成要件往往以行為人本身所具有之義務資格加以創設且表面上具有一定之客觀行為人要素者亦並非皆為身分犯，例如在舊法之姦罪之姦淫要素，一般認為男女性器官之結合，方為姦淫，而認為本罪為純正身分犯，但事實上本罪並非只有男性始能為該罪之行為主體，女性若與男性協力分工亦可能成立本罪之共同正犯⁶⁹。因此，本文認為純正身分犯之犯罪行為主體範圍應僅局限具有特定義務之人始為違犯。

⁶⁸ 楊芳賢，前揭論文，頁 24。

⁶⁹ 林山田，前揭書，頁 451。

（二）不純正身分犯

無一定身分或特定關係，亦足以構成犯罪，僅於刑罰之重輕或應否免除其刑，有所影響而已。亦即不純正身分犯係指行為主體之資格只在於加重、減輕或免除刑罰意義之身分犯。若不具該特定資格者，只能成立基本構成要件之罪，論以通常之罪或科以通常之刑。例如，刑法第二百七十二條第一項殺害直系血親尊親屬罪之直系血親卑親屬、刑法第二百七十四條第一項生母殺嬰罪之生母、刑法第三百二十四條第一項親屬間竊盜之直系血親或配偶或同財共居親屬、刑法第一百三十四條之不純正瀆職罪之公務員等。

（三）身分犯之適用問題

一般認為第三十一條第一項之情形僅限於處理純正身分犯之問題，是否正確？蓋在純正身分犯，肯定無身分者得參與有身分者之構成要件行為，有成立純正身分犯之共同正犯或共犯之可能，為何在不純正身分犯，無身分犯者即無從成立不純正身分犯之共同正犯或共犯之可能？或許以為依第二項規定，論以普通犯之共同正犯或共犯即可。然而犯罪是否成立，與應適用何罪名是為兩事。因此，第三十一條第一項之對象，不僅包含純正身分犯，亦包括不純正身分犯。

至於不純正身分犯共犯問題僅有第二項之適用嗎？依罪刑法定原則，刑罰之有無，以犯罪論之成立為前提。在採三階層之體系下，有構成要件、違法性及罪責之別，惟犯罪行為發生參與問題者，僅在構成要件階層，至於違法與罪責，則屬評價之判斷之問題，其判斷對象則係具備構成要件該當之行為與行為人；在刑罰論上，關於刑之加減或免除，更係以成立之具體犯罪為對象之評價判斷。身分犯之身分，僅屬構成要件主體資格問題，至於其他違法身分、責任身分及刑罰加減、免除等身分，則應屬第三十一條第二項之處理範圍。因此，第三十一條第二項，並非處理犯罪成立問題，而是於犯罪成立後，針對行為人之身分，如何評價其犯罪行為之最終適用罪名及其處罰效果⁷⁰。

⁷⁰ 甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身

三、身分犯之正犯與共犯

(一) 身分犯之正犯

1、身分犯之間接正犯

(1) 有身分者利用無身分者

A、純正身分犯之情形

我國刑法第三十一條第一項是否適用於有身分者利用無身分者之情況？有肯定與否定說，但本文以為在現行法第三十一條第一項就此未有明文規定之下，基於罪刑法定原則與刑法謙抑思想，以否定說為當。而在否定見解之下，其解決方式如何？有不同看法，茲陳述如下：

a 有身分者為教唆犯，無身分者為從犯

此說認為基本上以教唆犯之成立要件作為被教唆者之犯罪實行，亦即從教唆者之立場加以考察則非犯罪之實行，然若由教唆者自身加以考察則為犯罪之實行。但是無身分者為從犯，其所幫助者究為正犯？抑或教唆犯？若為教唆犯，則不是成立教唆犯之從犯乎？然在無幫助教唆犯之處罰明文，即令成立教唆犯之從犯問題仍不能解決；若認幫助者為正犯，則在此種情形之下，並無正犯之存在，顯無從予以幫助，無正犯謂有共犯亦有未當⁷¹。

b 有身分者為間接正犯，無身分者為從犯

此說認為基本上乃以無身分者欠缺構成要件上所定之資格，因此縱使無身分犯知情，亦非身分犯之實行者，毋寧此係所謂無身分而有故意之工具，是則無身分者該當於從犯，利用道具之身分者則為間接正犯⁷²。

c 有身分者為間接正犯，無身分者為無罪

此說認為無身分者並不受有身分者之身分所影響，而因無身分者尚未

分」，2001年11月，頁301-302。

⁷¹ 蔡世祺，共犯與身分—以刑法第三十一條為中心，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1995年，頁163-164。

⁷² 甘添貴，刑法總論講義，1988年，頁239；陳世煌，貪污犯罪之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1988年，頁161。

充足構成要件故不成罪。然有身分者是利用無身分者之無身分而有故意之道具犯罪應成立間接正犯⁷³。此亦為正犯後正犯型態之一。

d 有身分者與無身分者均不罰

此說認為無身分者對於真正身分犯之客觀犯罪構成要件之實行雖有故意，但是欠缺身分要件。即無誘致此項犯罪所必須之違法目的，既缺乏抽象之違法性即無可罰，依教唆犯從屬於正犯之從屬性立場，有身分者亦不能論以教唆犯，故雙方均不罰⁷⁴。

e 有身分者與無身分者成立共同正犯

此說主張從正犯概念觀之，間接正犯係利用他人而為正犯，並非共犯，乃被利用者並非對於行為動機形成反對動機，且無身分者除單獨實施不構成該罪外，從法秩序之立場言，其與有身分者同為刑法禁止之對象，得期待其形成反對動機者，即從共犯概念觀之，身分犯之身分於共同正犯亦有其適用，自應成立共同正犯⁷⁵。但有身分者與無身分者其違法性評價往往有其程度上之差別，以之作同等看待有失均衡⁷⁶。

以有身分者為教唆犯，無身分者為從犯或有身分者與無身分者成立共同正犯皆有如上述所敘不妥之處；至於有身分者與無身分者均不罰，則法定原則無從貫徹；無身分者縱使無特定之身分之資格仍可成立共犯，而有身分者利用有故意之工具，依前所述仍可能成立間接正犯，故本文認為以有身分者為間接正犯，無身分者為從犯或無罪之見解較可採。

B、不純正身分犯之情形

我國刑法第三十一條第二項是否適用於有身分者加工於無身分者之情況？有肯定與否定說，茲將其見解說明如下：

a 否定說認為並無刑法第三十一條第二項之適用，而有身分者加功於無身分者，於不純正身分犯其處理方式，應依刑法第二十九條、第三十條教唆犯、幫助犯加以論處。

b 肯定說認仍有刑法第三十一條第二項之適用，但適用情況又有兩種見解，

⁷³ 蔡墩銘，刑法總論，1993年1月，頁245-246；郭君勳，前揭書，頁440。

⁷⁴ 陳樸生，刑法專題研究，1988年，頁427；楊芳賢，前揭論文，頁46。

⁷⁵ 陳樸生，刑法專題研究，1988年，頁428。

⁷⁶ 蔡世祺，前揭論文，頁165。

(a) 身分犯成立無身分犯之共犯，但依第三十一條第二項以較重身分犯之共犯處罰。因刑法第三十一條第二項並未規定何人加功於何人，且本條項僅規定之科刑，除無身分或無特定關係之人，科以通常之刑外，反面解釋，有身分或有特定關係者，即應科以因身分或特定關係而加重或減輕之刑抑或免除其刑。不純正身分犯之犯罪類型，與通常犯罪類型之情形並無不同，其所規定之刑責，與一般犯罪相同不特適用於實行正犯，且亦適用於教唆犯及從犯，並無理由將之僅限適用於實行正犯之情形。

(b) 身分者依第三十一條第二項該當身分犯之共犯。本說認為刑法第三十一條第二項之規定係屬共犯獨立性之理論，以共犯之身分為準，並不受正犯者身分之影響。因之，無身分者加功於有身分者之犯罪行為，固應成立無身分之犯罪之共犯，科以無身分者之刑，既有身分者加功無身分者之犯罪行為，亦應成立有身分犯罪之共犯，科以有身分者之刑。

c 小結

肯定說之(b)是以文理解釋而言，並將第二項認為共犯獨立性說，犯罪之成立須以正犯之行為具備構成要件該當性、違法性及罪責方屬之，而今正犯之行為即具非身分性，則有身分者教唆無身分者，正犯既無身分，只能依刑法第二十九條之規定，有身分者自應成立有身分者之教唆犯；另就有身分者之幫助無身分者言，正犯既無身分，是其所違犯者乃普通之犯罪，則有身分者之幫助，依刑法第三十條，自亦應從屬無身分之正犯而成立無身分之幫助犯⁷⁷。然同樣是共犯，卻有不同之處理情況，故本說不妥當。而肯定說中之(a)是以解釋論而言，並將第二項為共犯從屬性說之見解相結合，本文以為此說較有理，且與正犯後正犯立場亦較為一致。

(2) 無身分者利用有身分者

無身分者利用有身分者，得否成立身分犯之間接正犯？學說上有肯定、否定及折衷說，陳述如下：

A 肯定說

認為按刑法規定因某種身分成立之犯罪，其共同實施者雖無身分仍成

⁷⁷ 蔡世祺，前揭論文，頁 172。

立共犯，換言之，即無身分者與有身分者共同實施因身分成立之犯罪，其無身分者仍為共同正犯，而此旨趣推而言之，共犯之情形如此，間接正犯自可適用同一之解釋。其認為一切犯罪皆可成立間接正犯，縱使以一定之身分為成立要件之犯罪，若無身分之人，利用有身分而無犯罪責任之人而為實施者，該無身分者仍為間接正犯。

B 否定說

純正身分犯之本質在於具備一定資格之人始須負擔一定義務，故僅該負擔義務人違反義務時才成罪，無身分者既非負擔義務之主體，自不會成立該項犯罪，且除非刑法另設規定（如，刑法第二百十四條使公務員登載不實罪），則利用人之行為無從論罪。

C 折衷說

認為一切犯罪基於刑法第三十一條之規定，即係無身分者亦均有成立直接正犯之可能，且犯罪之成立以責任能力人有具惹起客觀之犯罪事實（即法益之侵害）為要件，而就間接正犯而言，利用者之本身具有故意及責任能力，同時被利用者之行為即係客觀之犯罪事實，既以自身之有責行為惹起客觀之犯罪事實，則犯罪之要件即屬具備，縱或利用者欠缺某種犯罪成立要件之身分，只須被利用者有此身分，當無礙於犯罪事實之內容，仍不得不負正犯之責。簡言之，無身分之利用人是否成立間接正犯，應視其所實施純正身分犯罪之保護法益及義務有無被違反或被侵害之可能，而為決定，若有義務被違反或被侵害之可能時，仍應成立間接正犯。

D 小結

肯定說有混淆間接正犯與直接正犯之嫌。如在前一般犯之間接正犯所述，間接正犯係根據垂直之歸屬原則，將被利用者之行為作為利用者之行為，而歸屬於利用者；而共同正犯則係根據水平之歸責原則，將犯罪參與者依共同決意所為之分工行為，歸責於其他參與者，兩者是不同的。何況兩者之要件亦不相同。因此，僅因無身分者亦均有成立共同正犯之可能，而推謂無身分者亦均有成立間接正犯之可能，其顯不妥當。

至於折衷說除有肯定說之問題外，以義務之違反如係刑法上之義務，則由於通說係以義務違反作為行為非價，法益侵害作為結果非價，二者結合才構成行為不法，割裂強調義務違反，並不足以確切表明身分犯之行為不法，故本說亦不妥當。因此，無身分者利用有身分者，無法成立身分犯

之間接正犯。除非刑法對此有特別規定者（例如使公務員登載不實罪），則不在此限。

2、身分犯之共同正犯

（1）無身分者參與有身分者違犯不純正身分犯

無身分者與有身分者只要彼此係基於共同之犯罪決意而有共同之犯罪實行，則有身分者雖成立不純正身分犯，而無身分者由於欠缺身分，不成立不純正身分犯而僅成立一般犯，但仍無礙於其成立共同正犯。因為不純正身分犯與一般犯乃根據相同之刑法上之禁止，僅是其非價之位階有所不同，故刑罰亦有不同而已⁷⁸。而在不純正身分犯，無身分者與有身分者共同實施犯罪，所形成犯罪結構，應建立在基本構成要件之上，故應成立基本構成要件之犯罪，後再針對具有身分者，適用變體之構成要件，以加重、減輕或免除其刑。

（2）無身分者參與有身分者違犯純正身分犯

共同正犯的共同性係從共同意思之形成，建構共同適格之行爲展現於外，方得以成爲共同正犯之形式。共同正犯並非行爲人資格所得以形成，故而雖數人中有特別犯適格之行爲主體，但如無適格之行爲展現，仍舊無由成立共同正犯⁷⁹。故而，數人欲成立特別犯之共同正犯，除共同正犯共同性之基本條件，即形成共同之犯罪意思，依此共同意思形成共同之行爲並展現於外之外，更需要該共同形成之行爲必須爲適格之行爲，亦即需由得以實現特別犯類型所要求之行爲主體爲之，如此之行爲方屬於適格之行爲始能成立共同正犯⁸⁰。因此，無身分者若觸犯與有純正身分犯始能構成本罪之規定者顯然是無法形成共同正犯不法之評價。但我國卻透過刑法第三十一條之規定將無身分者與有身分者可以共同違犯本罪者，應對刑法第三十一條做如何詮釋始能合理妥當？有以下之說法，陳述如次：

⁷⁸ 楊芳賢，前揭論文，頁 55。

⁷⁹ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003 年 12 月，頁 253。

⁸⁰ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003 年 12 月，頁 253。

A、共同正犯主體資格之擬制

對身分犯而言，因其不具有特定之行爲主體資格，理應無由成立任何正犯形式，但其係與具有特定行爲人資格之人共同形成犯罪意思，且有效地實現特別犯之構成要件，在共同性關係下，顯然已經實現共同正犯所要求之共同性，其所欠缺者，僅行爲主體之資格而已，此時如從支配理論功能性支配觀察，犯罪類型已然實現，且該實現關係，係基於特殊之功能性分配關係，並不違反共同性成立之要求，理應成立共同正犯型態，然因其中有不具有特定行爲人資格者，故其共同加功的參與關係，顯然無法成立正犯。然其共同意思形成，透過共同之意識活動實現特別犯構成要件，且彼此間亦非上下隸屬或是支配被支配的關係，故型態上似乎是接近共同正犯的型態，惟因不具行爲人資格者，並非正犯，故僅能以法律將其共同性關係擬制爲共同正犯。但是，值得深思者，如行爲人不具有正犯之資格，不論法律如何擬制，該行爲人仍舊難以取得行爲主體之資格與地位⁸¹。

B、刑罰放射效應

在共同正犯之認定上，係一種由具有行爲主體資格之行爲人的結合效應，不具主體資格者之所以得以視爲共同正犯，參與角色並非得以擬制所成，而係一種涵蓋關係，此種涵蓋關係，將所有行爲人納入同一參與角色（正犯），故而對正犯處罰之刑罰放射效應至不具有身分關係之人身上。亦即刑法三十一條第一項所應規範者，並非參與角色之擬制，而是刑罰放射效應之規範。但此種處罰的正當性關係，如僅建構在放射之涵蓋效應上，顯然有所不足⁸²。

C、行爲主體資格作爲罪責事由

將行爲主體區分爲不法身分與罪責身分二者，認其分別影響構成要件之成立與罪責之加重、減輕。然實難想像公務員傷害與教師傷害有何不同。行爲主體於刑法之中，其概念只有構成要件最初所應加以確認之要件，於犯罪中，行爲主體特定資格確認後，始檢視其它構成要件該當與否。只有適格之行爲主體所爲之行爲，才屬刑法上有意義之行爲⁸³，因此，行爲主體資格不得作爲罪責事由。

⁸¹ 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁255。

⁸² 柯耀程，特別犯類型之共同正犯認定，收錄於氏著「刑法的思與辯」，2003年12月，頁257。

⁸³ 柯耀程，參與擬制規範之檢討—評刑法修正草案第三十一條之修正，台灣本土法學雜誌第四十五期，頁107。

D、小結

所謂之擬制共同正犯而論，由於其已忽略定位在構成要件之正犯概念，使無法成爲構成要件之行爲主體之參與者，被視爲構成要件之行爲主體（正犯），實不符構成要件之解釋。有學者曾謂，「事實上無身分者與有身分者共同實施因身分成立之犯罪亦屬常見，又不得不與其他正犯同其處罰，故刑法上對無身分之共同正犯，殊有特設規定之必要」⁸⁴。但以此擬制立法之實質法理基礎，亦非正確與充分之理由⁸⁵。因此，目前尚無說法可以解釋爲何無身分者可以擬制成共同正犯之理由，僅能勉強解釋它是爲了刑事政策之考量，若始終仍無法找到自圓其說之理論根據，實有將此部分刪除，找尋另外之解決方式。在未尋得解決之道前，僅依德國學者 Roxin 之見解，對無身分者論以幫助犯而已。

（二）身分犯之共犯

1、純正身分犯之共犯

在純正身分犯之教唆犯與幫助犯，不管有身分或無身分，皆依共犯從屬性原則引用刑法第二十九條與第三十條加以處理即可。但通說似以現行法之規定，認爲不具身分者與具有身分者之教唆或幫助，具有身分者，即可經由此規定，擬制爲該罪之教唆犯或幫助犯。判例亦有持此見解⁸⁶。然而事實上，純正身分犯雖然須具有特定資格始能實現該罪之構成要件，不過此指的是成爲該罪之行爲主體即正犯而言，至於共犯並非刑法規定之不法構成要件之行爲主體，縱使不具身分仍可成立共犯。因此，無身分者原本即可能成立共犯，不需透過刑法第三十一條第一項之擬制規定，況且此規定還會讓人以爲無身分者本非共犯，而是因條文規定關係的謬誤。另外，無身分之共犯，因其可責性低於有身分之行爲者，故在法律效果上應低於具有身分者，而應減輕其刑。有見於此，在新刑法第三十一條之修正理由中謂，衡情而論，無身分或特定關係之教唆犯、或幫助犯，其可罰性應較有身分或特定關係者爲輕，不宜同罰。再衡以第二項於對無身分或特定關係者之刑較對有身分或特定關係者之刑爲輕時，對無特定關係之人科

⁸⁴ 韓忠謨，刑法原理，1992年，頁323。

⁸⁵ 林山田，前揭書，頁454。

⁸⁶ 二八上四一七九，上訴人對於公務員侵占公款，爲之浮開發票，係無身分之人幫助有身分之人犯罪，依刑法第三十一條第一項，應以幫助侵占公務上持有物罪論處。。

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。故於新刑法第三十一條第一項增設但書規定得減輕其刑之規定。

2、不純正身分犯之共犯

依德國通說見解，認為不純正身分犯規定是對共犯從屬性原則之調和，或甚至是一種突破或修正，尤其是對於限制從屬性原則之一種突破或修正⁸⁷。而就理論上而言，共犯中不具加重、減輕或免除刑罰資格之行爲人，本即可成立構成要件之罪名，科以通常之刑，無待明文規定。亦即在不純正身分犯上，無身分者教唆或幫助有身分者或有身分者教唆或幫助無身分者，所形成之犯罪結構應建立在基本構成要件之上，故應成立基本構成要件之罪，再針對具有身分者，適用變體之構成要件，以加重、減輕或免除其刑⁸⁸。因此，現行刑法第三十一條第二項規定「…其無特定關係之人，科以通常之刑。」故無身分者，則依刑法第三十一條第二項予以處理。

另外，現行刑法第三十一條第二項規定「…其無特定關係之人，科以通常之刑。」所稱之「科以通常之刑」，應指科以通常之罪與刑，包括定罪與科刑，故在此等共犯之中，對於無身分或其他特定關係之人，應論以通常之罪名，並依此罪名而科刑。

第四節 檢討

一、前言

在本案例以 X 爲例，不管是地方法院或高等法院皆認為，X 與被告 Z2、Y10、Y11、Y3，並分別與被告 d1（C1 案之部分），與林勝吉（C6 公司之部分），與陳東霖（C7 公司之部分），與林政權（C3 公司之部分），與龔慶安（元裕公司之部分），與陳森榮（C4 公司之部分），與 d2（C2 公司之部分），與 d5（C5 公司之部分）均具有犯意聯絡及行為分擔，應論

⁸⁷ 高金桂，綜合研究紀錄，收錄於台灣刑事法學會叢書「共犯與身分」，2001 年 11 月，頁 225。

⁸⁸ 林山田，前揭書，頁 458。

以背信罪之共同正犯。此為我國實務上最高法院歷來一個統一性的看法。其認為，所謂的背信罪是屬於純正身分犯，因此可以適用刑法第三十一條第一項的規定，所以和有任務之人具有犯意聯絡與行為分擔的行為人，雖然沒有背信罪所謂特定的身分存在，但是可以透過刑法第三十一條第一項的規定，成立背信罪的共同正犯⁸⁹。此見解亦是承實務一貫之看法，而對於刑法第三十一條之問題，本文已在前述論及無正當法律依據。那麼在德國之實務及學說是如何之見解？將陳述如次。

二、德國

德國聯邦最高法院（BGH）在一九六〇年的判決中指出背信罪是屬於義務犯的領域，不適用犯罪支配以作為行為人成立正犯的依據⁹⁰。一旦排除了犯罪支配的概念，那麼自然亦不可能成立共同正犯。

至於德國學者 Roxin 曾謂，刑法追索的真正行為人是所謂的正犯，在構成要件的理論之下，正犯指的就是實現構成要件之人。然而，因為構成要件的類型不同，所謂實現構成要件意義會有不同的認定標準。因此行為人在如何的情況下實現了構成要件，須視行為人實現的構成要件之類型加以認定，Roxin 區分了三種不同類型的構成要件，分述如下：

（一）支配犯的構成要件：其實現構成要件的方法就是所謂的犯罪支配，而犯罪支配包括了行為支配、意思支配及功能支配等三個類型。

（二）義務犯的構成要件，是透過行為人具有特定義務的違反性以認定正犯是否成立，義務犯不適用犯罪支配以認定構成要件的實現。

（三）親手犯的構成要件，其實現構成要件的方法在於行為人親手為構成要件該當行為之實施。

Roxin 架構了一套認定正犯的三元標準，而標準的取決是以構成要件的類型為核心而建立起來的。至於共同正犯的問題，Roxin 直截地把重點

⁸⁹ 例如最高法院 28 年上字第 3067 號判例：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規定，仍以共犯論。被告某甲受某乙委託，代為買賣煤炭，其買進與賣出均屬其事務處理之範圍，某甲因買進數不足額，於賣出時勾同某丙以少報多，自應成立背信之罪。某丙雖未受某乙委任，且係於某甲賣出煤炭時始參與其事，亦無解於背信罪之成立。

⁹⁰ 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），萬國法律，第一二四期，2002 年 8 月，頁 104。

歸給了支配犯的次類型，只有在行為人所實現的構成要件是支配犯的前提下，才有成立共同正犯的可能性，如果行為人實施的犯罪構成要件是義務犯或親手犯的構成要件，則無身分者不可能成立以功能支配的共同正犯⁹¹。背信罪是義務犯的構成要件，在義務領域中認定正犯是透過特定義務的違反，而不是透過任何的犯罪支配，因此以功能支配為正犯成立論據的共同正犯在背信罪中不可能成立的。

三、問題

義務犯果真不適用犯罪支配理論？義務犯只能成立正犯，不能成立共同正犯或間接正犯？無特定身分之人，不能成立共同正犯，而兩個有義務人為犯意聯絡及行為分擔亦不能成立共同正犯？

義務犯一詞由 **Roxin** 所提出，此一概念主要是為了解決無身分卻有故意之道具的案型。其意義是，違反構成要件所規定之刑法以外特別義務之人，其乃作為犯領域中有些犯罪，其構成要件之實現是以行為人負有「先於構成要件存在之刑法以外之特別義務」為前提，例如德國刑法第二百六十六條之背信罪⁹²。義務犯不需要對構成要件有實際之支配，只要違反特別擁有之義務，即可滿足構成要件，而被論以正犯；原則上，亦只會被論以正犯⁹³。

Roxin 雖然認為義務犯不適用犯罪支配，但並未正面交代其理由，僅是藉由舉例，間接說明此一論點之必要性：一個受託處理財務之人，不親自為背信行為，而指使他人為有害委託人的處理財務行為，例如某個財產管理人在國外，以瓜分託管人財產為餌，請求不具管理人身分之第三人將託管人之財產移轉至國外，亦能成立背信罪之間接正犯，該他人則成立幫助犯。此時，對財產移轉造成託管人損害之事實具有支配力的，是不負託管人義務之第三人，此時財產管理人之教唆行為與第三人之移轉行為之間，並不構成所謂之功能支配，因此兩人不會成立共同正犯，在此情形下，若仍以犯罪支配作為界定正犯與共犯之標準，則因管理義務人不具犯罪支配，而實際具犯罪支配者卻沒有管理義務，兩者皆不構成正犯，從而亦不

⁹¹ 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)，萬國法律，第一二三期，2002年6月，頁114-115。

⁹² 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，頁99。

⁹³ 許玉秀，實質的正犯概念，收錄於刑法的問題與對策，2000年，頁49。

構成共犯（從屬性原則），最後，將得出沒有人構成犯罪之結論。如此，顯然於理不合，因依立法者之立法意旨，此時之財產管理人理應為背信罪所欲處罰之對象，由此證明，犯罪支配理論在此並不可行。唯有捨棄犯罪支配，改以義務違反作為決定正犯之標準，才能得到合理之結果⁹⁴。

四、小結

然而，依刑法之獨立觀，刑法以外義務之違反，僅是民事不法或行政不法之認定標準，尚不一定構成刑事不法，換言之，刑事不法之認定，仍應取決於刑法不法理論本身。職是，僅僅刑法以外義務之違反，並不足以作為其正犯性之決定要素。即使不作為犯之作為義務，亦係因屬於刑法上之義務而得承認之。換言之，背信罪等所謂義務犯，並非單純違反此等義務而已，仍須係因違反刑法規範之義務，始足以構成犯罪⁹⁵。易言之，關於犯罪之本質，基本上應以法益侵害說為基礎，同時在以行為人違反一定義務為中心要素之犯罪，應以義務違反說併為考慮，以此掌握所謂義務犯之犯罪性質，較為妥當⁹⁶。

因此，本文認為無身分犯者，因無法該當該罪之構成要件，故無法與有身分者成立共同正犯，但是有身分犯者，既然已可該當該罪之構成要件並成立該罪，則有身分者與有身分者，只要有符合共同正犯之要件，有犯意之聯絡及行為之分擔即可能成立共同正犯。

⁹⁴ 徐偉群，不作為犯之共犯型態，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994年，頁168-169。

⁹⁵ 楊芳賢，論身分犯之正犯與共犯，中興大學碩法律學研究所士論文，1990年2月，頁42。

⁹⁶ 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，頁86。