

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

共犯犯罪判斷體系的精緻化 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 95-2414-H-004-016-
執行期間：95年08月01日至96年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：李聖傑

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理：陳力揚、林昱廷

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96年10月31日

共犯犯罪判斷體系的精緻化

計畫中文摘要

犯罪階層體系作為犯罪檢驗的工具，有助於落實罪刑法定原則，並保障裁判公平。1881年德國刑法學者Liszt在其刑法教科書當中，將犯罪判斷區分為違法性和罪責，德國刑法對犯罪成立的判斷也因此進入的階層體系的思考，隨著構成要件的提出，其與違法性和罪責成為順序審查的三階層犯罪要件，犯罪判斷體系的_{操作}可以節省判斷精力以及避免遺漏，使犯罪事實和犯罪構成要件之間有緊密的結合。將各種案例放入犯罪階層體系檢驗，同時可以期待相類似的案例得到可能一致的判斷，進而維護裁判公平。除此之外，犯罪階層體系的應用也有助於學術研究成果的累積與對話，因為對體系構造與內涵的爭執，往往可以進一步促進對概念定位或理論內涵的反省，並據以檢驗刑法各種認知理論之存在功能。

歷經百餘年的發展，正犯的犯罪判斷，尤其是故意作為犯的部分，已發展出精緻的犯罪階層體系。但在共犯（教唆犯與幫助犯）部分，學者間的討論顯然相較於正犯的判斷檢驗還有很大的補充空間。一般認為共犯有別於正犯，由於行為人並非構成要件所描述的行為主體，其行為亦非所謂正犯構成要件行為。對於共犯之處罰，尚須透過刑法總則之連結以擴張構成要件涵攝範圍，而無法直接適用刑法分則各罪之構成要件。然而共犯構成要件之判斷，其具體內涵為何，又應該呈現出何種體系結構應用，在相關文獻的討論卻明顯不足，因此如何結合既有之犯罪階層體系以深化共犯之犯罪判斷內涵，確實是值得進一步思考的研究重心。

關鍵字：共犯、幫助犯、教唆犯、共犯行為、正犯單一、犯罪階層、犯罪判斷體系

壹、前言

雖然在法制史的發展過程中，「造意為首」的想法似乎支配著教唆的處罰，但是就現行刑法共犯的規定，共犯的處罰並沒有能夠規範這一類型的行為。共犯似乎理所當然的被區隔為「教唆犯」與「幫助犯」兩種類型，至於共犯與正犯間應該有何等從屬關係，則眾說紛紜。反而最根本之共犯處罰基礎依據，未見深入討論，究其根本，其實在於共犯在犯罪體系中的定位不明。

隨著刑法不法理論的發展，在現今目的理性之犯罪理論的體系思考下，行為的可非難性主要來自於法益侵害，就共犯處罰基礎而言，也應該思考其與正犯非難基礎的一致性，因此將法益保護建構為共犯犯罪判斷之核心概念，有其存在的適當基礎。當今刑法體系，法益是否受到侵害，已有犯罪階層體系作為個別正犯行為的評價體系，同樣的，共犯也應有其個別的犯罪行為評價體系，而非借用、甚或是於正犯犯罪判斷體系當中找尋棲身之地，共犯犯罪判斷體系的精緻化思考由是而生。

貳、研究目的

刑法犯罪階層體系歷經百餘年的發展，正犯的犯罪判斷，已發展出精緻的犯罪階層體系。但在共犯部分顯然還有很大的補充空間。一般認為共犯有別於正犯，由於行為人並非構成要件所描述的行為主體，其行為亦非所謂正犯構成要件行為。對於共犯之處罰，尚須透過刑法總則之連結以擴張構成要件涵攝範圍，而無法直接適用刑法分則各罪之構成要件。然而共犯構成要件之判斷，其具體內涵為何，又應該呈現出何種體系結構應用，在相關文獻的討論卻明顯不足，本研究計畫欲釐清共犯犯罪體系建構上應有之方向，並探究刑法於犯罪歸責設計上之一般原理與侷限，以期提供思考共犯犯罪體系應注意之理論觀點，而進一步深化共

犯犯罪體系之內涵與發展方向。

參、研究方法與文獻探討

本研究計畫從共犯問題之核心爭議，即共犯獨立性原則與從屬性原則作為共犯犯罪判斷體系之出發脈絡。蓋共犯犯罪體系之建構即對共犯行為歸責體系之建構，而於今日之刑法體系，多已贊成以法益侵害作為共犯之處罰基礎，所爭執者，僅在於共犯之犯罪成立應否依附於正犯之犯罪判斷結果，獨立性與從屬性顯現出兩種不同的歸責觀點，因此在共犯體系的精緻化上，首需確立共犯應有之歸責方向。至於相關文獻的篩選，則綜合析論國內外學者對獨立性與從屬性法理基礎之探討，惟因國內相關文獻所著重者在於此二原則於犯罪判斷應用結果上的差異，而未深入探究背後所代表之歸責上意義，因此本計畫將捨棄技術上應用分析，直接探討其於歸責體系上所代表之意義。

先就共犯獨立性原則言之，獨立性乃謂共犯有獨立的犯意與犯行，共犯犯罪行為之判斷與正犯行為之判斷無涉，無論正犯是否從而實施犯罪，於共犯之成立並無影響。持共犯獨立性理論之學者認為共犯的處罰基礎在於透過自己行為對法益之侵害，而不在於參與他人的法益侵害，只是共犯的法益侵害行為是以他人之不法行為為指向的方式來實施。並強調共犯行為本身即具有固有不法，主張共犯不法構成要件的獨立性。

支持獨立性之代表學者 Lüderssen 認為共犯不僅在責任階層，甚至在構成要件及違法性階層皆為獨立，主張獨立的共犯構成要件（Teilnahmetatbestand）。蓋刑法上不法的存在與否，僅得從刑法分則之構成要件加以確定，共犯乃實施自己之構成要件而侵害法益，對自己之不法負責。構成要件該當性不但為正犯的處罰根據，亦係共犯的處罰根據，Lüderssen 據此觀點分析刑法分則上各罪之構成要件，以探詢共犯不法構成要件之內容，特別著眼於構成要件上之法益是否因侵害

者為共犯而受保護。Lüderssen 此種將正犯與共犯的法益侵害個別掌握的看法，導出不法的相對性的問題。德國判例、通說認為：「一個法益侵害，只要從正犯來看是構成要件該當且違法的，即使從共犯來看不屬於構成要件該當且違法，共犯亦需對該法益侵害負責。」但 Lüderssen 認為：「不法概念是相對的。同一結果的惹起，係根據結果與責任歸屬人的關係而成為違法或不違法。單純指稱一個結果是違法的結果或不違法的結果，這種事並不存在。」因此共犯只有在係自己以構成要件該當且違法的方式來侵害法益時，始應對該法益侵害負責。

至於從屬性原則主要係指共犯本身並無直接實施犯罪構成要件之行為，犯罪之發生厥以正犯行為而起，故共犯之成立，應從屬於正犯之犯罪行為，若正犯並未實施犯罪行為，共犯行為雖已完成，共犯仍不構成犯罪，正犯未遂者，共犯即未遂。析論之，從屬性具有雙重意義，即共犯之犯罪判斷從屬於正犯之犯罪判斷，以及共犯之處罰從屬於正犯之處罰。

支持共犯從屬性的學者將從屬性理解為基於構成要件明確性而來的「法的依存性」，結合共犯所惹起的法益侵害與正犯所實行的構成要件該當且違法的行為而成為共犯的不法內涵。至於共犯固有的法益侵害與共犯的不法依存之間的關連，德國刑法學者 Samson 則設定為以正犯行為的未遂作為共犯可罰性前提的實行從屬性。惟 Samson 的主張雖有助於構成要件明確性的維持，但能否有效說明共犯不法從屬於正犯不法卻有疑問。因為共犯不法由正犯不法導出是從屬性程度的問題，不能由從屬性有無的判斷直接導出。

肆、結果與討論

共犯從屬性與獨立性的差異不僅顯現在共犯的犯罪判斷是否須依賴於正犯行為，更重要的在於兩者對共犯歸責結構的不同立場。

持獨立性之學者認為共犯的處罰基礎既然在於法益侵害，則共犯之犯罪判斷在歸責結構上亦顯現於法益侵害與共犯行為間之規範關連性即可，縱然於現實上，單獨之共犯行為本身不足以造成法益侵害，必然需藉助正犯之手為之，惟此僅為事實上的依存，不具有規範意義。對於共犯行為之犯罪判斷，始終必須建立在共犯行為與法益侵害間之歸責關係，兩者間並無法透過正犯之犯罪判斷結果作為中介橋樑加以連結，蓋正犯之犯罪判斷結果如何，始終係屬於對正犯行為的規範評價，僅對該正犯而發，該評價結果並非一客觀存在之具體現實，並無法直接過渡而納入共犯之歸責結構。故對於共犯犯罪判斷體系之建立，應朝向共犯行為與法益侵害間歸責關連之精緻化發展。

至於贊成從屬性之學者，則認為共犯行為既然於現實上必須藉助於正犯之手為之，則應賦予該存在現象一規範上之意義，較為主流之意見認為基於法治國構成要件明確性原則，既然分則之構成要件是針對正犯行為而為描述，則對共犯之處罰若欲維持明確性之界線，則應使之從屬依附於正犯行為，從屬性由此取得規範上之意義，對正犯行為的評價判斷因此成為共犯犯罪體系的評價要素之一。惟從構成要件明確性原則導出共犯從屬性其實頗為牽強，蓋欲求共犯行為之明確性，應從共犯行為於規範上應有之形象與要件出發，雖採認從屬性原則，惟此僅係將正犯之犯罪判斷結果納入共犯犯罪體系之判斷，至於對共犯行為本身之闡明以及共犯行為與法益侵害間之關係說明則無任何助益，甚至從屬性原則之引用，在無意間已改變了刑法對犯罪行為的一般歸責結構，而此顯無法援引構成要件明確性成為其法理基礎。觀察刑法上犯罪判斷之一般歸責結構，乃是掌握一法益侵害變動，在透過歸責性之評價後，歸由某人之行為來承擔，惟共犯之犯罪判斷若需納入從屬性的思考，則共犯行為與法益侵害變動間之歸責判斷即非完全考量共犯行為與法益間之關係，而尚須納入正犯行為之評價上意義，換言之，他人行為之評價上結果因此成為共犯行為與法益歸責間之影響因素，惟他人行為之評價上結果，其意義應僅止於規範對該他人行為之評價意見，尚無法成為一具體存在之

現實而得直接援引至他人之評價體系，從屬性原則顯未考慮在不同人之間之評價系統差異，逕將他人評價系統上之價值結論當成一客觀存在之現實，導入共犯之價值體系，從屬性原則因此成為一結論性之適用原則，無法成為不同評價系統如何得互相援引而成為彼此之歸責要素之法理基礎，因此也不足以說明共犯之犯罪體系確應納入正犯犯罪體系考量之正當性何在。

參考文獻

一、中文（書籍與期刊）

1. 台灣刑事法學會編著，《共犯與身分》，初版，2001.11。
2. 許玉秀，《犯罪階層體系及其方法論》，初版，2000.09。
3. 川端博著、余振華譯，《刑法總論二十五講》，初版，1999.11。
4. 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畫成果報告，1997.09。
5. 黃村力，《刑法總則比較研究—歐陸法比較》，初版，1995.05。
6. 陳子平，《共犯處罰根據論》，初版，1992.03。
7. 蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，初版，1968.03。
8. Schünemann 著，陳志輝、彭文茂、莊華宇、吳俊毅、李立暉合譯，2006.12：〈在萊比錫和維也納刑法注釋書中所呈現出刑法修正後的德語區刑法學〉，《不疑不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑法論文選輯》，2006.12，頁 303 以下。
9. 許玉秀，2006.08：〈刑法第三一條第一項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？〉，《台灣本土法學》，85 期，2006.08，頁 131 以下。
10. 陳子平，2006.08：〈新刑法總則之理論基礎—正犯與共犯〉，《月旦法學》，135 期，2006.08，頁 173 以下。
11. 陳志輝，2006.07：〈身分犯的實質不法內涵〉，《台灣本土法學》，84 期，2006.07，頁 120 以下。

12. 許澤天，2005.02:〈對二〇〇五年一月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋〉，《台灣本土法學》，67期，2005.02，頁103以下。
13. 陳志輝，2004.11:〈共謀共同正犯與共同正犯之參與行為—評最高法院九十二年臺上字第二八二四號判決〉，《月旦法學》，114期，2004.11，頁30以下。
14. 陳志輝，2004.09:〈義務犯〉，《月旦法學教室》，23期，2004.09，頁34以下。
15. 鄭逸哲，2004.09:〈侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件—評臺灣高等法院九十二年臺上易字第二七〇五號判決〉，《月旦法學》，112期，2004.09，頁223以下。
16. 許澤天，2003.09:〈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》，21期，2003.09，頁50以下。
17. 許澤天，2003.07:〈擇一因果—條件理論之省略公式與因果論公式〉，《法學講座》，19期，2003.07，頁50以下。
18. 張天一，2003.07:〈論己手犯〉，《月旦法學教室》，9期，2003.07，頁91以下。
19. Schünemann 著，陳志輝譯，2003.06:〈德國不作為犯學理的現況（下）〉，《軍法專刊》，49卷6期，2003.06，頁1以下。
20. Schünemann 著，陳志輝譯，2003.05:〈德國不作為犯學理的現況（上）〉，《軍法專刊》，49卷5期，2003.05，頁1以下。
21. 許澤天，2003.05:〈共同實施犯罪者，皆為正犯〉，《法學講座》，17期，2003.05，頁57以下。
22. 劉幸義，2003.05:〈刑法修正草案「共犯」章之評析〉，《台灣本土法學》，46期，2003.05，頁99以下。
23. 柯耀程，2003.04:〈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》，45期，2003.04，頁99以下。
24. 許玉秀，2003.04:〈從共犯與身分論不法與罪責的區分〉，《刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯》，2000.04，頁455以下。
25. 許澤天，2003.02:〈單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證〉，《法學講座》，14期，2003.02，頁53以下。
26. 徐育安，2003.01:〈教唆犯（2）—教唆犯之主觀要件〉，《法學講座》，13期，2003.01，頁45以下。
27. 許玉秀，2003.01:〈檢視刑法共犯章修正草案〉，《月旦法學》，92期，2003.01，

頁 39 以下。

28. 徐育安，2002.12:〈教唆犯（1）—教唆犯之客觀要件〉，《法學講座》，12 期，2002.12，頁 44 以下。
29. 許恒達，2002.06:〈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》，123 期，2002.06，頁 109 以下。
30. 許恒達，2002.06:〈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》，124 期，2002.08，頁 104 以下。
31. 陳子平，2001.08:〈從共犯論觀點回顧與展望我國百年刑法〉，《月旦法學》，75 期，2001.08，頁 24 以下。
32. 黃惠婷，2001.04:〈由教唆犯本質論虛偽教唆〉，《台灣本土法學》，21 期，2001.04，頁 1 以下。
33. 陳子平，2001.01:〈打擊錯誤與過失共同正犯之關連性肇事逃逸罪與不作為殺人罪、違背義務遺棄罪之關連性〉，《台灣本土法學》，18 期，2001.01，頁 173 以下。
34. 黃惠婷，2000.12:〈共同正犯與幫助犯之區別〉，《台灣本土法學》，17 期，2000.12，頁 141 以下。
35. 黃惠婷，2000.07:〈幫助犯之幫助行為—兼探網路服務提供者之刑責〉，《中原財經法學》，5 期，2000.07，頁 23 以下。
36. 黃惠婷，2000.7:〈幫助行為與因果關係〉，《台灣本土法學》，12 期，2000.7，頁 137 以下。
37. 陳志龍，2000:〈構成要件理論的變遷〉，《刑事思潮之奔騰》，2000，頁 52 以下。
38. 許玉秀，1999.08:〈共犯的競合〉，《刑事法雜誌》，43 卷 4 期，1999.08，頁 1 以下，亦收錄於氏著，《刑法的問題與對策》，2000.11，修訂再版，頁 171 以下。
39. 黃榮堅，1999.08:〈圖利罪共犯與身分〉，《台灣本土法學》，3 期，1999.08，頁 184 以下。
40. 許澤天，1999.04:〈教唆或幫助欠缺故意之行為〉，《軍法專刊》，45 卷 4 期，1999.04，頁 33 以下。
41. 鄭逸哲，1998.10:〈一切犯罪莫非結果犯〉，《軍法專刊》，44 卷 10 期，1998.10，頁 5 以下。

42. 許玉秀，1997.12：〈實質的正犯概念〉，《刑事法雜誌》，41 卷 6 期，1997.12，頁 1 以下，亦收錄於氏著，《刑法的問題與對策》，2000.11，修訂再版，頁 1 以下。
43. 黃惠婷，1997.10：〈教唆犯成立要件的探討〉，《刑事法雜誌》，41 卷 5 期，1997.10，頁 54 以下。
44. 鄭逸哲，1997.10：〈教唆犯之「罪實」與罪責〉，《月旦法學》，29 期，1997.10，頁 93 以下。
45. 柯耀程，1997.06：〈公務員圖利罪及其參與關係之思辯〉，《全國律師》，1 卷 6 期，1997.06，頁 7 以下。
46. 陳子平，1997.06：〈我國近代教唆犯、幫助犯之發展過程〉，《刑事法雜誌》，41 卷 3 期，1997.06，頁 111 以下。
47. 黃惠婷，1997.04：〈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》，41 卷 2 期，1997.04，頁 164 以下。
48. 陳子平，1997.03：〈論共謀共同正犯〉，《中央警察大學法學論集》，2 期，1997.03，頁 361 以下。
49. 黃惠婷，1997.03：〈在犯罪實行階段之共同正犯與幫助犯的區別〉，《中央警察大學法學論集》，2 期，1997.03，頁 407 以下。
50. 黃惠婷，1996.12：〈論在犯罪預備階段之共同正犯與幫助犯〉，《刑事法雜誌》，40 卷 6 期，1996.12，頁 22 以下。
51. 柯耀程，1996.08：〈刑法單一行為人概念評析〉，《刑事法雜誌》，40 卷 4 期，1996.06，頁 45 下，亦收錄於氏著，《變動中的刑法思想》，2001.09，修訂二版，頁 249 以下。
52. 柯耀程，1996.07：〈刑法參與論單一行為人體制之評釋〉，《法學叢刊》，41 卷 3 期，1996.07，頁 72 下。
53. 黃惠婷，1996.06：〈我國與德國刑法共犯理論的發展〉，《刑事法雜誌》，40 卷 3 期，1996.06，頁 42 以下。
54. 柯耀程，1996.04：〈共犯成立基礎與處罰基礎〉，《法學叢刊》，41 卷 2 期，1996.04，頁 75 以下，亦收錄於氏著，《變動中的刑法思想》，2001.09，修訂二版，頁 217 以下。
55. 陳子平，1996.03：〈論過失共同正犯〉，《東海大學法學研究》，10 期，1996.03，頁 143 以下。

56. 陳子平，1996.03:〈日本刑法共犯論之基礎〉，《東海大學法學研究》，10期，1996.03，頁375以下。
57. 陳子平，1995.08:〈刑法修正草案—第四章「正犯與共犯」之評釋〉，《中國比較法學會會報》，16期，1995.08，頁498以下。
58. 黃榮堅，1995.06:〈從破壞性教導行為看共犯觀念〉，《刑事法雜誌》，39卷3期，1995.06，頁1以下，亦收錄於氏著，《刑罰的極限》，2000.04，初版二刷，頁119以下。
59. 巴齊卡魯波著、劉秉鈞譯，1994.05:〈正犯與共犯理論中之主觀與客觀（要素）〉，《政大法學評論》，50期，1994.05。
60. 陳子平，1993.09:〈論正犯與共犯之概念〉，《政大法學評論》，48期，1993.09，頁119以下。
61. 曾根威彥著、陳子平譯，1993.04:〈日本刑法理論之開展〉，《法學叢刊》，38卷2期，1993.04，頁93以下。
62. 陳子平，1993.03:〈論未遂教唆之可罰性〉，《東吳法律學報》，8卷1期，1993.03，頁215以下。
63. 許玉秀，1990:〈教唆他人隱匿自己和教唆他人自行隱匿是否成罪〉，《東海法學論叢》，6期，1990，頁27以下，亦收錄於氏著，《刑法的問題與對策》，2000.11，修訂再版，頁149以下。
64. 許玉秀，1990:〈間接幫助犯〉，《東海法學論叢》，6期，1990，頁21以下，亦收錄於氏著，《刑法的問題與對策》，2000.11，修訂再版，頁161以下。
65. 大野幸吉著、曾桂香譯，1958.10:〈教唆犯之從屬性與間接正犯〉，《刑事法雜誌》，1958.10，2卷10期，頁145以下。

二、西文（書籍與期刊）

1. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006.
2. Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36. Aufl., 2006.
3. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 1. Aufl., 2004.
4. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996.
5. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.

- Aufl., 1991.
6. *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme. 1967.
 7. SK(Systematischer Kommentar) - StGB, §§28 – 31, 7. Aufl., 35. Lieferung, 2001.
 8. SK(Systematischer Kommentar) - StGB, §§26 – 27, 7. Aufl., 34. Lieferung, 2000.
 9. SK(Systematischer Kommentar) - StGB, §§25, 7. Aufl., 32. Lieferung, 2000.
 10. LK(Leipziger Kommentar) - StGB, §§28 - Vor §31, 11. Aufl., 16. Lieferung, 1994.
 11. LK(Leipziger Kommentar) - StGB, §§25 - 27, 11. Aufl., 8. Lieferung, 1993.
 12. *Dencker*, Beteiligung ohne Tät, Lüderssen-FS, 2002, S. 525ff.
 13. *Charalambakis*, Zur Problematik der psychischen Beihilfe, Roxin-FS, 2001, S. 625ff.
 14. *Wohlers*, Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß §27 StGB, NStZ 2000, S. 169ff.
 15. *Wohlers*, Gehilfenschaft durch „neutrale“ Handlungen – Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichen bzw. berufstypischen Verhalten?, SchwZstW 117(1999), S. 425ff.
 16. *Jakobs*, Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 253ff.
 17. *Herzberg*, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, S. 145ff.
 18. *Herzberg*, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat, JuS 1987, S. 617ff.
 19. *Herzberg*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987), S. 49ff.
 20. *Wolter*, Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS 1982, S. 343ff.
 21. *M. K. Maye*, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, S. 252ff.