

刑法總則 (二)

Criminal Code-general Principles (II)

第十四章 正犯與共犯—基本概念

授課教師：國立臺灣大學 法律學系 王皇玉 教授

本課程指定教材為：王皇玉編著《刑法總則》，修訂八版(新學林出版，2022)

【本課程由王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品請另行向權利人取得授權。】

第十四章 正犯與共犯—基本概念

壹、正犯與共犯之基本概念

一、修法情形

二、正犯與共犯之用語

三、同時犯

四、任意共犯與必要共犯

五、二元犯罪參與體系與單一正犯概念

第十四章 正犯與共犯—基本概念

貳、正犯與共犯之區分

一、區分正犯與共犯之理論

二、實務見解

三、特殊犯罪構成要件之犯罪型態與犯罪支配的例外

(一) 己手犯

(二) 純正身分犯 (特別犯)

(三) 義務犯

第十四章 正犯與共犯—基本概念

參、間接正犯

一、基本概念

二、間接正犯之工具類型

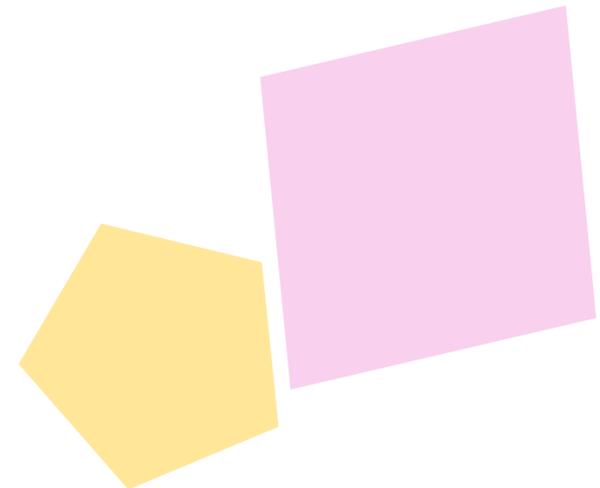
三、間接正犯的擴張—正犯後正犯

四、間接正犯之著手判斷

五、間接正犯之逾越與錯誤

正犯與共犯之基本概念

- 95年7月刑法修正之前，第28條以下條文是針對數人一起犯罪而定，因此罪章名定為「共犯」。
- 此處所稱之「共犯」，是用以與一人單獨犯罪的「單獨正犯」有所區別的犯罪型態。
- 數人共同犯罪之「共犯」主要有三種型態，亦即共同正犯，教唆犯與幫助犯。



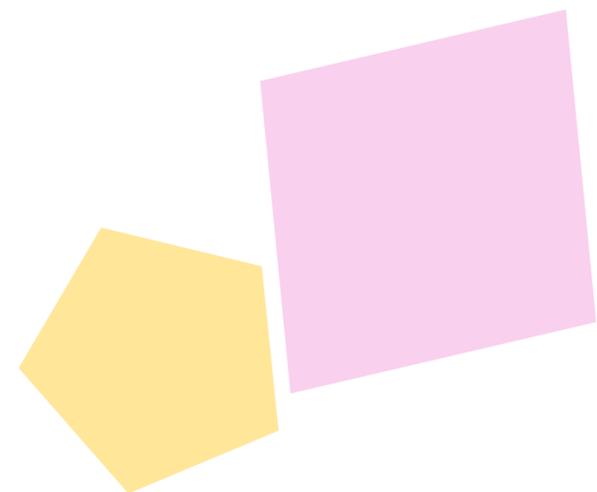
正犯與共犯之基本概念 (續)

- 然而，數人共同犯罪中，就共同正犯而言，雖是兩人以上共同實現不法構成要件，但每個共同正犯之本質仍為「正犯」，此與具有從屬性質而附隨於正犯存在的教唆犯或幫助犯，並不相同。
- 因此原罪章名中「共犯」條文包含具「正犯」性質的共同正犯，並不恰當。
- 民國 95 年 7 月刑法修正之後，第四章的罪章名因而修改為「正犯與共犯」，其中「正犯」指的是「共同正犯」，「共犯」則是指教唆犯與幫助犯。



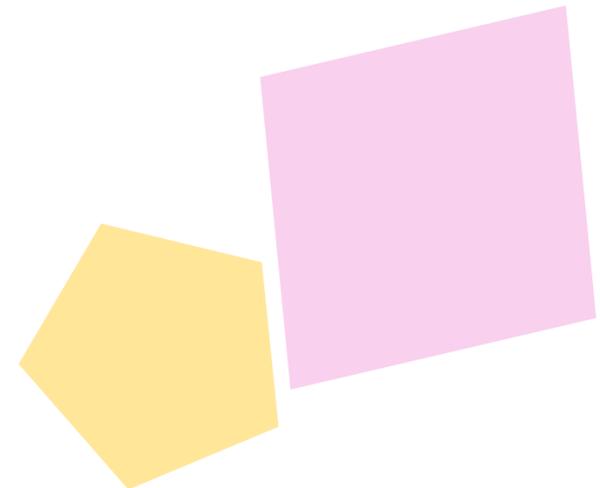
正犯

- 正犯，德文稱為 Täterschaft，在刑法評價上，指的是直接或間接實現不法構成要件之人。
- 此外，正犯可以單獨一人實現不法構成要件，亦可數人共同實現不法構成要件。
- 不管何種情形，只要是在整個犯罪過程中居於「犯罪支配」（或稱「行為支配」）之人，均屬正犯。



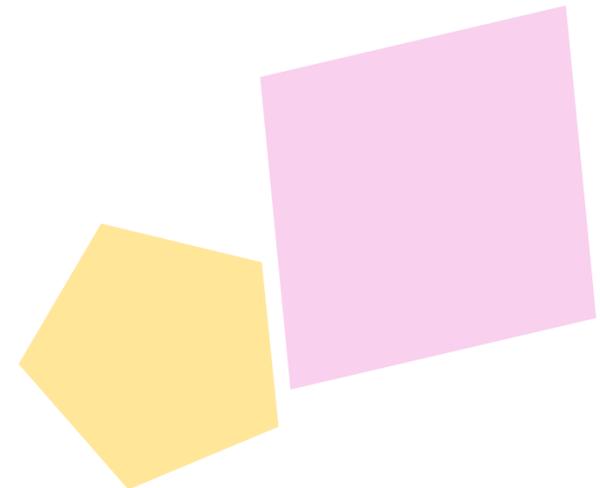
正犯 (續)

- 正犯又可分為以下四種型態：
 1. 直接正犯：行為人「親自」實施不法構成要件的行為。
 2. 間接正犯：利用他人為行為工具(道具)而間接實現不法構成要件。
 3. 單獨正犯：一人單獨實現不法構成要件。
 4. 共同正犯：兩人以上共同實現不法構成要件。



共犯

- 刑法學說上向來將共犯區分為「廣義共犯」與「狹義共犯」兩類：
 1. 廣義共犯：指數人共同犯罪之情形，包含「共同正犯」、「教唆犯」與「幫助犯」三者。德國刑法上又將廣義共犯稱為 *Beteiligung*。
 2. 狹義共犯：意指本身不能獨立存在，必須從屬或附麗於一個正犯行為，始能成立的教唆犯與幫助犯，德國刑法上又將狹義共犯稱為 *Teilnehmen*，亦即參與犯。



共犯 (續)

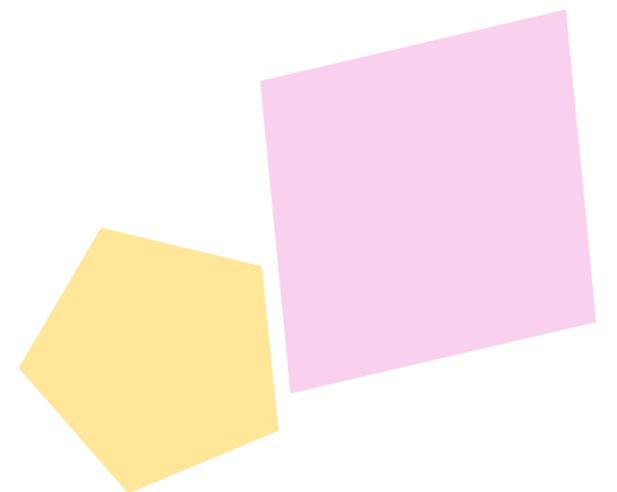
- 民國 95 年 7 月刑法修正後，刻意將**共同正犯**定性為「**正犯**」，因此修法後刑法條文中之「**共犯**」，均指狹義共犯，亦即教唆犯與幫助犯。

同時犯

- 同時犯，乃指兩人以上各自獨立實現犯罪構成要件，雖行為在時間與空間上具有重疊關係，但是行為人彼此之間是獨立犯罪，並無互相聯繫，亦即並無犯意聯絡或行為分擔情形，故彼此間不成立共同正犯，而是各自成立單獨正犯。
- 例如：
 - 互不相識的兩名竊賊，不約而同在同一時點侵入某倉庫偷竊，各自成立竊盜罪；
 - 數人同時在夜店施打海洛因，各自成立施用一級毒品罪。

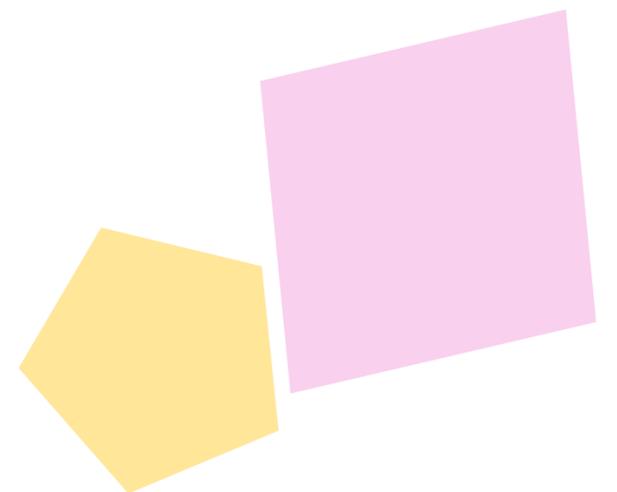
同時犯 (續)

- 在過失犯情形，亦常出現同時犯。
- 例如：
甲將汽車併排停放，後方機車騎士乙超速行駛，不及煞停，撞上甲車而倒地，導致機車所載乘客丙與路人丁均受傷。就丙與丁之受傷，甲、乙各自應負過失傷害之責。



任意共犯與必要共犯

- 刑法第 28 條所規定的共同正犯，是針對「任意共犯」所為之規定。
- 但刑法分則的規定中，有許多犯罪類型，其犯罪構成要件的設定上必須是由數人共同違犯，始可成立，因此，此類數人必須共同為之始可成立之犯罪，又稱為「必要共犯」。



任意共犯與必要共犯 (續)

- **任意共犯**，乃指某些犯罪可以由單一行為人為之，亦可由數人共同實施。例如殺人罪，傷害罪，強制罪或普通竊盜罪等。
- 此等犯罪如由行為人一人單獨為之，稱為「單獨正犯」；如由數人共同為之，且該數人具有犯意聯絡與行為分擔，則根據刑法第 28 條成立「共同正犯」。
- **必要共犯**，乃條文所規定之犯罪構成要件，必須由數人共同為之，始能該當犯罪構成要件，又可區分為「聚合犯」與「對向犯」兩類。



聚合犯

- 聚合犯，乃指二人以上朝同一目標共同參與犯罪，例如公共場所聚集三人以上不遵令解散罪(第 149 條)；參與犯罪結社罪(第 154 條)。
- 聚合犯之犯罪型態，常針對犯罪參與程度而有輕重不同之刑罰規定，例如：首謀者、下手實施者或在場助勢者。
- 「聚合犯」本質上仍屬共同正犯，故法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，各依法律規定處罰，並不適用刑法總則共犯之規定。惟倘同屬首謀者，則仍有適用第 28 條共同正犯規定之餘地(81 年台非字第 233 號判例)。



對向犯 (對合犯)

- 兩人以上行為人，彼此以相互對立之意思，經意思表示合致而成立之犯罪，例如：賭博罪、賄賂罪、重婚罪、血親性交罪、販賣毒品罪等。

對向犯 (對合犯) (續)

- 必要共犯，屬為了保護社會法益或國家法益等超個人法益之犯罪。必要共犯從行為人的意思表示方向，固可區分為聚合犯與對向犯，然從法益侵害觀點來看，不管是聚合犯或對向犯，法益侵害的方向是一致的。
- 例如：**賭博**，雖參與者基於各自的計算在對賭，但就社會法益之侵害來看，參與賭博之人的行為方向與故意方向，並沒有對立，均是朝向侵害社會法益的方向為之。
- **行賄罪與收賄罪**之情形亦同，雖然行賄者與收賄者是以相互對立之意思，經合致而成立收賄罪或行賄罪，但行賄與收賄的行為方向都是朝向侵害國家法益。

對向犯之處罰

- 對向犯之雙方，均屬侵害社會法益或國家法益之犯罪人，雙方均非被害人，然雙方是否均受刑事處罰，或法定刑是否相同，則由立法政策決定。
- 例如：
 - 重婚罪中，重婚者與相婚者均受相同之刑罰（第 237 條）。
 - 公務員瀆職罪中，公務員「違背職務」收受賄賂，不管收賄行為或行賄行為均加以處罰，惟刑罰有高低不同（第 122 條）。
 - 販賣毒品罪中，刑法僅處罰販賣者，對於買受毒品者，另以持有或施用毒品罪加以處罰。

對向犯之處罰 (續)

- 對向犯之行為人，因各有其目的，各就其行為負責，彼此間之意思合致，並非所謂的犯意聯絡，故無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地，亦不能以教唆或幫助處罰。
- 惟收賄者若有數人，數人間仍可根據刑法第 28 條成立收賄罪之共同正犯。

【必要共犯】81年台非字第233號判例

- 「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**」，例如：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28條共同正犯之規定。

【必要共犯】81年台非字第233號判例(續)

- 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，例如：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28條共同正犯之餘地。



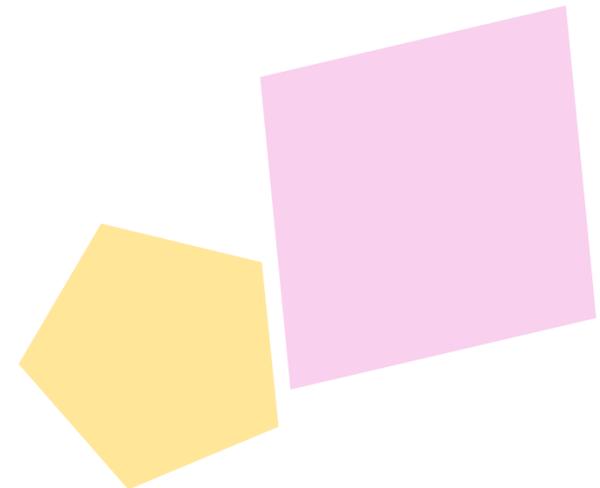
二元犯罪參與體系與單一正犯概念

- 犯罪參與的立法方式，我國刑法是建立在「二元犯罪參與體系 (Dualistisches Beteiligungssystem)」之概念上。
- 二元犯罪參與體系是將犯罪人區分為「正犯」與「共犯」兩類，正犯與共犯各有不同的不法內涵。
- 此外，德國與日本刑法也與我國刑法一樣，採取「二元犯罪參與體系」的立法模式。



二元犯罪參與體系與單一正犯概念 (續)

- 除了「二元犯罪參與體系」立法模式之外，刑法學說上也有另一種理論，認為行為人只要對於不法構成要件之實現賦予原因力，或其行為與不法構成要件實現具有因果關係者，均應以正犯看待，此一見解由德國學者 Eberhard Schmidt 所提出，又稱為「單一正犯概念 (Einheitstäterbegriff)」。

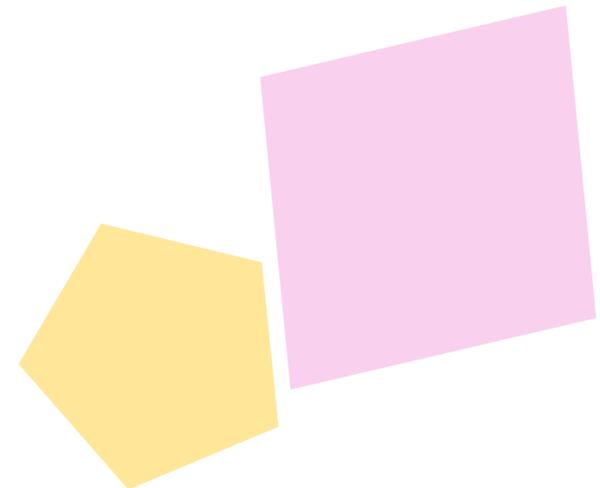


二元犯罪參與體系

- 二元犯罪參與體系，將犯罪人區分為正犯與共犯，「正犯」指的是實施不法構成要件之人。
- 如果是透過教唆或幫助方式實現不法構成要件，均非「正犯」，而是「共犯」，僅能以「教唆犯」或「幫助犯」方式處罰。
- 二元犯罪參與體系認為，正犯與共犯之不法內涵不同，成立要件亦不相同，因此兩者之間的區分，學說上又發展出客觀理論、主觀理論與犯罪支配理論等不同見解。
- 二元犯罪參與體系，正犯僅指實施不法構成要件之人，因此學說上亦有稱此為「緊縮正犯概念」或「狹義犯罪人理論」。

單一正犯概念

- 單一正犯概念，所謂正犯，不一定要行為人親自實施不法構成要件所描述的行為，只要行為人對於不法構成要件的實現給予原因力，亦即具有因果關係上的貢獻，即屬正犯，且各人是否成立犯罪，各自認定，並無從屬問題。



單一正犯概念 (續)

- 只要能支配不法構成要件實現的人，不管是透過什麼方式或管道去，是直接單獨由自己親自實施、利用他人實施、教唆他人實施，抑或幫助他人實施，只要和不法構成要件的實現有因果關係，均應認為行為人的行為實現了不法構成要件，因此均為正犯。
- 此乃將正犯概念擴張到每一個對犯罪之完成具有因果關係支配可能性之人，故又可稱為「擴張正犯理論」。
- 德國刑法雖不採，但德國之「社會秩序違反法」為求處罰方式之簡化，則採之。

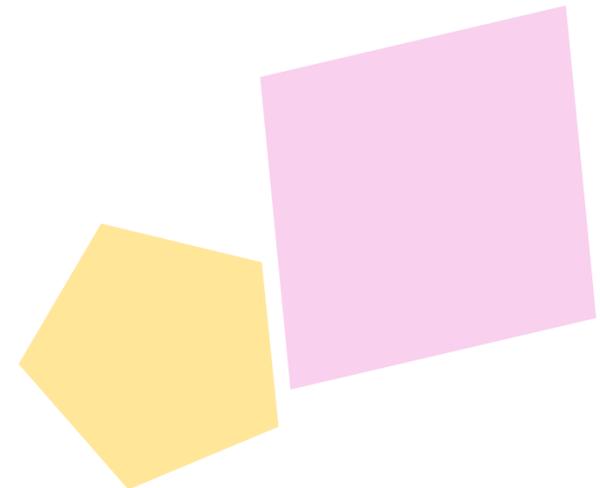
正犯與共犯之區分

- **【竊盜把風案】**

甲、乙、丙共同前往某銀行行竊，三人謀議由甲入內破壞保險箱行竊，乙在外把風與注意保全人員動向，丙則負責開車，且於行竊完畢後接應甲、乙與贓款。

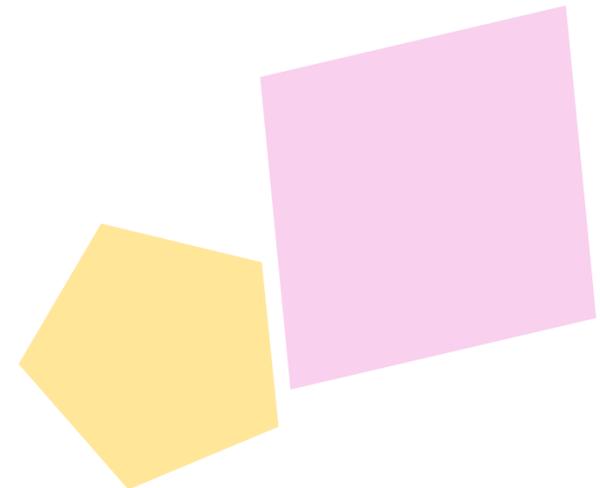
- 試問：

甲、乙、丙各觸犯何罪？



正犯與共犯之區分 (續)

- 我國刑法立法模式，採行「二元犯罪參與體系」，將犯罪人區分為正犯、教唆犯、幫助犯三種類型，並分別給予不同的刑罰規定。
- 其中教唆犯和幫助犯又稱為「共犯」。然而正犯與共犯應如何區別，刑法理論上有客觀理論、主觀理論與犯罪支配理論不同看法。



形式客觀理論

- 最古老的區分共犯、正犯之理論，為德國刑法學者比客麥耶 (Birkmeyer) 所提出，在 19 世紀末 20 世紀初由刑法學者貝林、封·李斯特等人所引用，約在二次世界大戰之前的 1930 年代之前盛行，但現已式微。
- 純粹以犯罪構成要件在形式客觀上所描述之條文文義作為判別標準，不考慮行為人主觀意思。
- 正犯：自己親自實行一部或全部犯罪構成要件行為之人。
- 共犯：以支持或幫助行為，參與他人犯罪構成要件之人，也就是對犯罪構成要件之實現提供支持或準備行為，但自己並未實行一部或全部構成要件行為。

對形式客觀理論之批評

- **【竊盜把風案】**

本案例中，僅有親自實行一部或全部竊盜罪構成要件之甲成立正犯，負責把風的乙與負責開車接應的丙，由於並未實行竊盜罪犯罪構成要件之一部或全部，故均僅成立幫助犯。

對形式客觀理論之批評 (續)

- 批評：

1. 標準過於形式化，所能掌握的正犯範圍太狹隘，例如：無法解釋「間接正犯」，亦即利用他人作為犯罪工具的幕後者或後台者，自己沒有直接或親自實行構成要件之一部或全部，因此無法論以正犯；
2. 縱然參與犯罪之策劃、成員之招募與訓練，且對犯罪具有全部支配能力，由於並未親自實行犯罪構成要件之一部或全部，即不會成立正犯。例如：詐騙集團首腦自己並不親自為詐騙行為或取款行為，故不成立詐欺罪之正犯。

主觀理論案例

- 主張正犯、共犯的區分，不能根據外在行為的客觀面加以判斷，應以行為人的**主觀意思**為斷，也就是以行為人主觀的意思方向、內在心理想像或內在立場，作為區分正犯或共犯之標準。
- 據此，正犯，乃行為人以正犯意思，亦即以「為自己犯罪的意思」而有所行為之人；共犯，則是以共犯意思，亦即「以參與他人犯罪的意思或為他人犯罪的意思」而犯罪之人。

主觀理論案例 (續)

- **【案 1】**

德國過去實務判決，甲女未婚生子，因而想殺害甫初生嬰兒，但產後虛弱無力，甲女之姊乙出於同情與幫助妹妹完成心願，將嬰兒溺斃於浴缸，判決認為姊姊乙乃出於為他人犯罪的意思而殺人，故僅成立殺人罪之幫助犯。

- **【案 2】**

蘇聯情報機關之特務員甲，接獲上級機關暗殺命令，前往德國，將兩名流亡在德國的蘇聯人殺害。德國法院認為，甲之殺人行為乃受蘇聯國家機關之壓力，下屬有不得不遵守的服從義務，此外，甲欠缺為自己利益而犯罪之意思，故僅成立殺人罪之幫助犯。

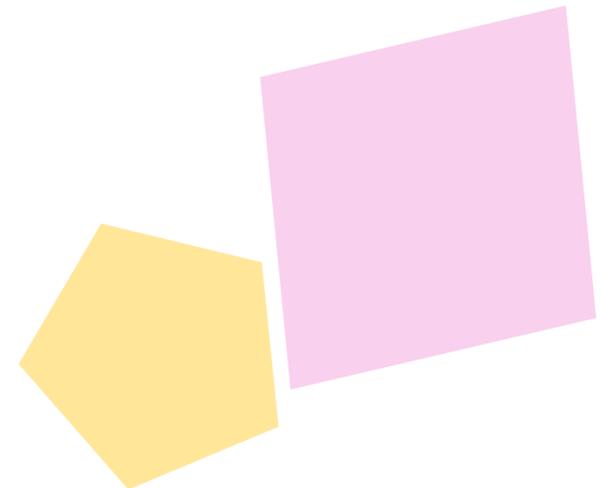
對主觀理論批評

- 批評：

主觀理論對正犯與共犯之區分，過於重視行為人的主觀層面，完全忽略行為人在客觀面上有無實行犯罪構成要件，以至於對親自實行不法構成要件之人，仍允許成立共犯。

蓋犯罪之成立，是由主觀構成要件與客觀構成要件所組成，行為人縱然出於為他人犯罪的意思而殺人，但行為人自己已實現全部的犯罪構成要件，倘仍僅成立殺人罪之幫助犯，將使正犯與共犯之認定，違反了犯罪構成要件之解釋原則。

- 主觀理論目前已無學說採之。

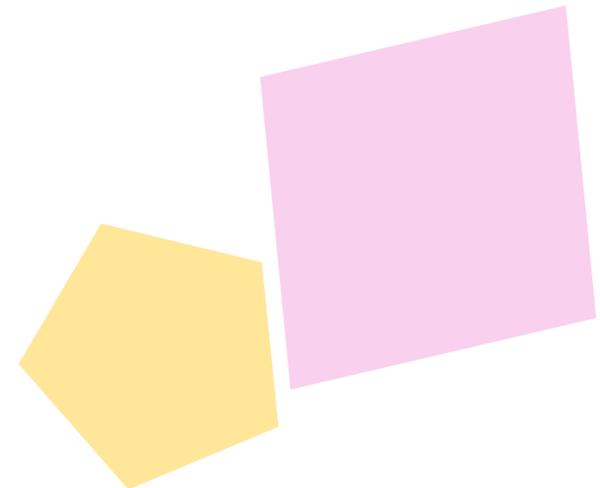


犯罪支配理論

- 兼具主觀與客觀之理論，為目前德國刑法學說區分正犯與共犯之通說：
- **正犯**，指對整個犯罪過程具有操縱性之**犯罪支配地位**之人。亦即，對於**是否**從事犯罪、**如何**進行犯罪，屬具有決定性或影響力的角色，而且犯罪之結果，就是他犯罪支配下的作品、傑作 (Werk)。
- 在主觀面上，正犯可根據他的主觀意思，決定實現、阻止、繼續或加速不法構成要件之完成，然而，共犯則無法做這樣的支配。

犯罪支配理論 (續)

- 共犯，乃犯罪過程當中不具支配地位的角色，對於是否與如何實行不法構成要件該當之行為，原則上取決於他人之意思決定。
- 共犯在犯罪過程當中，只具邊緣地位，而不是核心角色，或是僅擔任誘發或促成犯罪的角色。



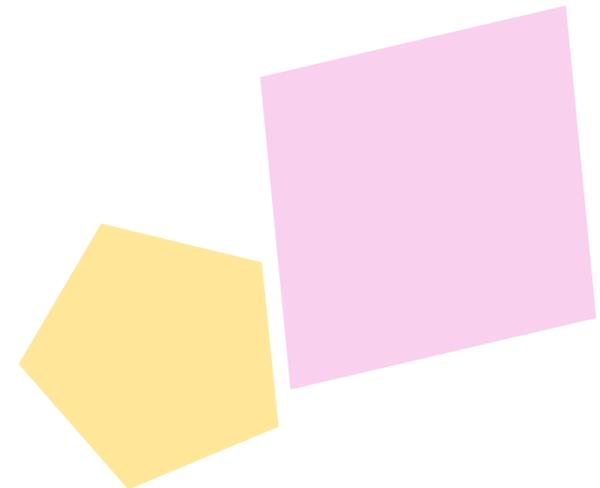
犯罪支配的型態有三類

一、行為支配：

行為人以自己之行為，單獨且直接地實現犯罪構成要件，亦即對犯罪之構成要件之實現具有直接的行為支配力，通常屬「直接正犯」型態。

• 例如：

甲將嬰兒放置於浴缸溺斃。



犯罪支配的型態有三類 (續)

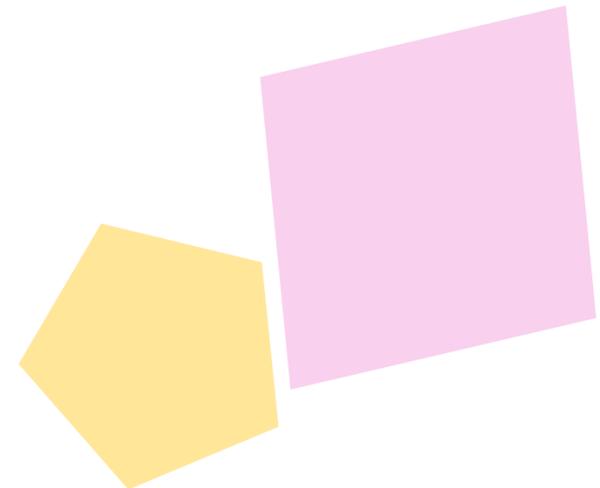
二、意思支配：

行為人不親自實現犯罪構成要件，而是利用別人充當工具，間接遂行自己犯罪意思，亦即對於犯罪構成要件之實現具有意思支配力。

- 例如：

老師自己不親自體罰，命令 10 歲的 A 同學打 B 同學一巴掌。

- 意思支配乃用以作為「間接正犯」之解釋理論。



犯罪支配的型態有三類 (續)

三、功能性支配：

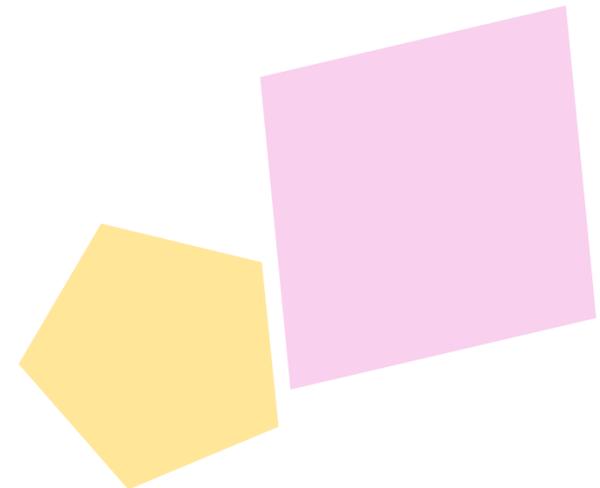
多數人出於共同犯罪的意思，共同實現犯罪行為，彼此之間所分配之行為與角色雖各不相同，但對構成要件之實現各自具有功能性的支配力。

- 此乃用以解釋「共同正犯」之理論。

竊盜把風案與功能性支配

- **【竊盜把風案】**

本案例中，甲、乙、丙共同謀議偷竊銀行，各人分配到的工作與角色各不相同，甲入內破壞保險箱，乙在外把風，丙則負責開車，甲、乙、丙三人各自扮演不同的角色，對於整個竊盜罪的實現各自具有功能性的支配關係，彼此分工協力，共同實現與完成不法構成要件，故甲乙丙三人應負竊盜罪共同正犯之責。



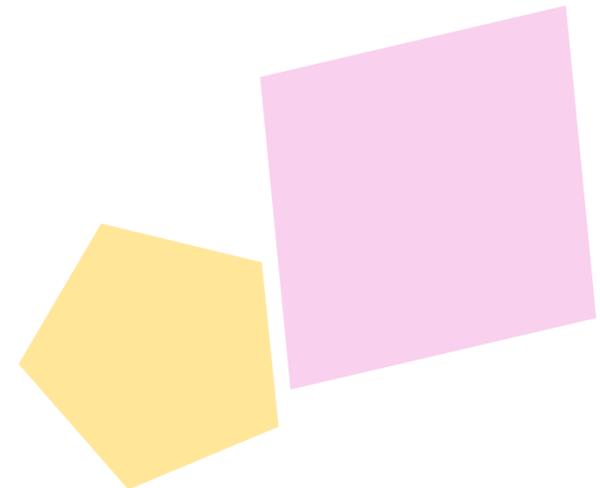
竊盜把風案與功能性支配 (續)

- 數人共同犯罪，各人所分配角色、擔任行為雖有不同，但只要對於犯罪之完成有所貢獻，且對整個犯罪計畫的實現，屬不可或缺之角色，不管是在客觀行為上或主觀心態上，具有功能性的支配力，即便未直接為構成要件行為，僅是參與事前的謀劃、督導、組織；在現場擔任把風、開車、通風報信；或僅在事後主持分贓，仍應論以正犯。
- 在功能性支配概念之下，所有犯罪成員之間的責任，應該「直接交叉歸屬」於彼此，故數人之間成立共同正犯。



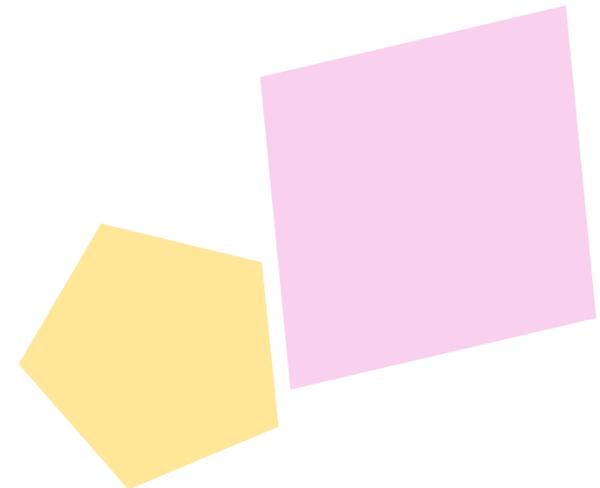
我國實務立場

- 我國實務見解關於共犯與正犯之區分，主要採取主觀與客觀之綜合判斷：
- 凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論所參與者是否為犯罪構成要件之行為，皆屬正犯；
- 以幫助他人犯罪之意思而參與，但所參與者乃犯罪構成要件之行為，仍屬正犯。
- 惟有以幫助他人犯罪之意思而參與，且所參與之行為屬犯罪構成要件以外之行為者，始成立幫助犯。



我國實務立場 (續)

- **【共同正犯】**
29 年院字第 2030 號解釋。
- 事前同謀，事後分贓，並於實施犯罪之際，擔任在外把風，顯係以自己犯罪之意思而參與犯罪，即應認為共同正犯。



實務見解

- 【正犯與共犯之區分—24年度7月刑庭總會決議(十二)】

區別正犯及從犯之標準如下：

- 一、以自己犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者為正犯。
- 二、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。
- 三、以幫助他人犯罪之意思而參與，其所參與之行為，為犯罪構成要件以外之行為者，為從犯。
- 四、以自己犯罪之意思而參與，其所參與之行為，為犯罪構成要件以外之行為者，為正犯。

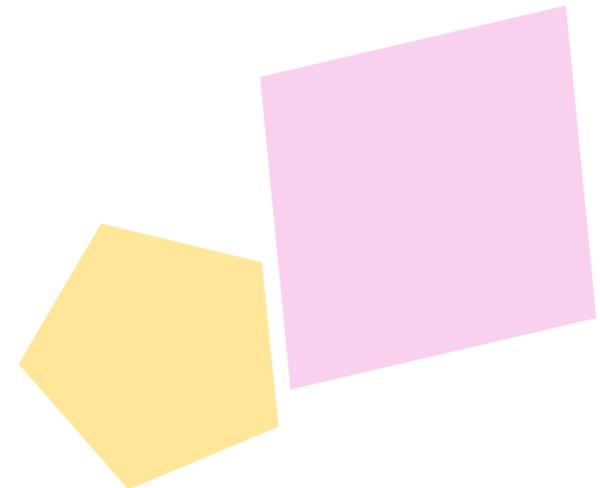


實務見解 (續)

- **【幫助犯—30年上字第1781號判例】**

刑法上之從犯，係指僅以幫助之意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪構成要件之行為者而言，如就構成犯罪事實之一部，已參與實施，即屬共同正犯。亦即，原則上以行為人主觀上是否是為自己犯罪，或有犯罪利益為判斷標準。

- 只要是為自己犯罪的意思，都算是正犯。如果有為他人犯罪之意思，但自己卻為犯罪構成要件之行為，則仍然是正犯。



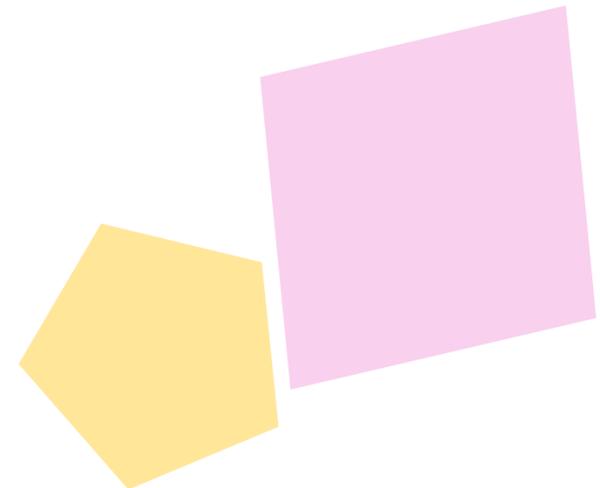
犯罪支配的例外

- 【公務員收賄案】

甲為負責公共工程招標之公務員。建商乙私下與甲接觸，希望甲事先透露工程招標之評審委員名單，並允諾給予50萬元報酬。甲與其妻丙商量，丙建議甲接受賄款。甲遂透過其妻丙交給建商乙評審委員名單，乙則將賄款50萬元交給丙。

- 試問：

甲、丙各觸犯何罪？

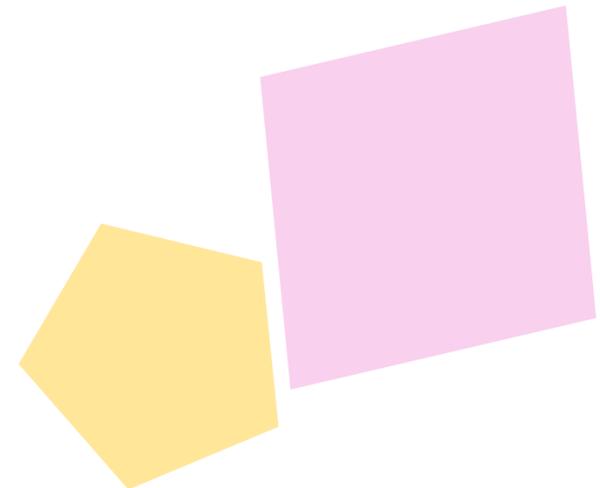


犯罪支配的例外 (續)

- 犯罪支配理論認為，有三種例外的犯罪型態，行為人無法藉由意思支配的方式成立間接正犯，也無法以功能支配的方式成立共同正犯。此三類例外犯罪類型，分別是**己手犯**、**特別犯(身分犯)**與**義務犯**。
- 例如：
身分犯中，不具該身分或資格者，原則上不能成立正犯(包含單獨正犯、共同正犯或間接正犯)。
- 但我國刑法與德國刑法不同，另外定有明文規定，將不具有特定身分資格之人，規定為可與有特定身分資格之人成立共同正犯(第31條第1項)。

己手犯

- 己手犯 (eigenhändige Delikte)，亦稱親手犯，乃指行為人必須親自直接實行犯罪行為，才能成立犯罪，也才具有本罪特殊的行為非價。
- 並未親自直接實行犯罪行為之人，不能成為正犯，也無法利用他人作為行為工具而成立間接正犯，亦無法與他人共同違犯而成立共同正犯。



己手犯 (續)

- 未親自直接實行犯罪之人，僅能成立本罪之教唆犯或幫助犯，例如：重婚罪、血親性交罪、偽證罪、醉態駕駛罪。
- 例如：
偽證罪，律師甲明知證人乙對被告的不在場事實有所誤解，但仍唆使乙上法庭陳述，乙因而在法庭具結且陳述被告不在場，使被告獲得無罪。甲並非親自具結陳述之證人，即便甲利用乙為工具，仍不成立偽證罪之間接正犯。

實務見解

- 重婚罪，除為行為之當事人外，亦不容第三人分擔實施而成立共同正犯。
- 【重婚罪為己手犯—67年度第10次刑事庭庭推總會議決議(一)】

結婚為男女當事人二人之行為，不容第三人分擔實施。父母同意其子女重婚，並為主婚，既非分擔實施重婚行為，亦非以自己共同重婚之意思而參與(重婚行為除當事人外非第三人所能參與犯罪)，只是對其子女之重婚行為，事前事中予以精神上之助力，僅能構成重婚罪之幫助犯，如子女原無婚之意思，則父母之造意可構成重婚之教唆犯，而不成立共同正犯。

純(真)正身分犯(特別犯)

- 刑法分則上之犯罪型態，如未限定行為主體之資格者，稱為一般犯，亦即任何人均可違犯該犯罪；倘立法者在該犯罪之不法構成要件中，就行為主體設定應具有特定身分或資格者，始可違犯，則此等犯罪型態稱為「純正身分犯」，亦有稱為「純正特別犯」。
- 例如：
公務員瀆職罪章中的公務員收受賄賂罪、公務員圖利罪、刑法第316條業務之人洩密罪。



純(真)正身分犯(特別犯)(續)

- 純正身分犯，應以行為人具備該條文所設定之身分或資格者，始可成立正犯。
- 惟其如不親自實行犯罪，而是利用無此身分資格者實行犯罪，亦可成立間接正犯，
- 例如：
【公務員收賄案】中，甲可交代不知情也不具公務員身分之兒子丁，前往乙的工程公司收受賄款，甲仍成立公務員收受賄賂罪的間接正犯。



純正身分犯與間接正犯

- 純正身分犯中，僅有具特定身分資格者，始能成立正犯。
- 只要不具有特定身分資格者，則無法直接或間接成立純正身分犯之犯罪。

純正身分犯與間接正犯 (續)

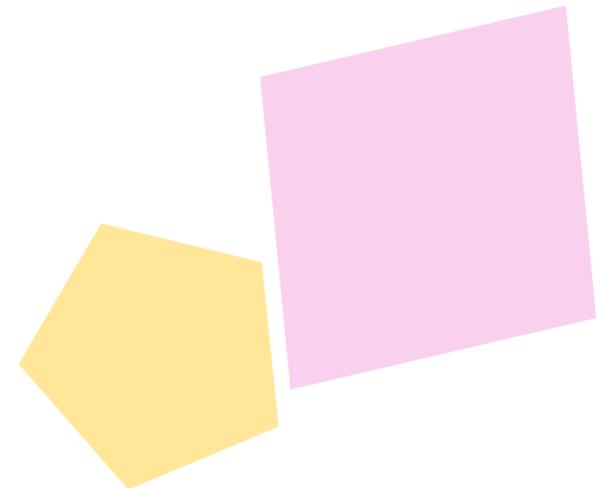
- 例如：
【公務員收賄案】中，假設妻子丙對建商乙宣稱可以事先得知公共工程之評審委員名單，要求建商給予50萬元之洩漏秘密費。建商乙將款項交給丙後，丙藉故向不知情之公務員丈夫甲刺探名單，並將內含名單的牛皮紙袋寄給乙。
- 由於丙本身不具有公務員身分，故並不成立公務員收受賄賂罪之直接正犯或間接正犯。
- 惟如果法律另有明文處罰間接正犯之規定者，則可根據該條文加以處罰，例如：第214條使公務員登載不實罪。

純正身分犯與共同正犯

- **德國學說：**
純正身分犯中行為主體之身分，乃處罰之基礎，也是創設刑罰之理由，因此只有具備該特定身分者，始能實現不法構成要件而成立正犯。
- 無身分者即便具有犯意聯絡或行為分擔，亦無法與有身分者成立共同正犯，僅能成立教唆犯或幫助犯。
- **【公務員收賄案】**
本案例中，公務員甲與其妻乙共同謀議收賄，但僅甲可以成立收賄罪之正犯，乙僅成立收賄罪之教唆犯或幫助犯。

純正身分犯與共同正犯 (續)

- **我國刑法：**
有別於德國刑法學說，針對純正身分犯之共同正犯問題，另外制定規定(第31條第1項)：「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。」
- 故無身分者與有身分者共同實行犯罪，無身分者仍「以正犯論」。



實務見解

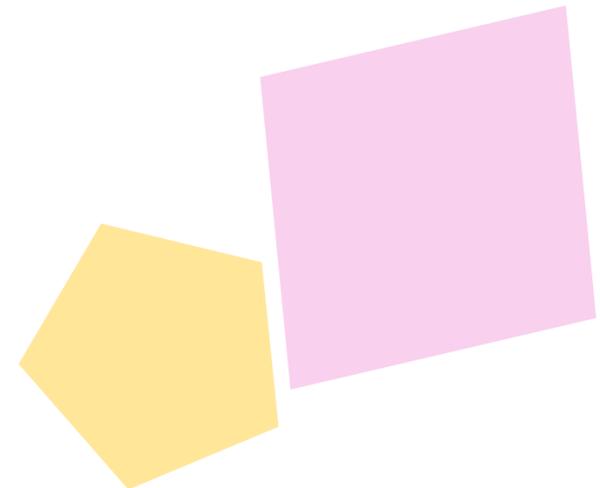
- 【身分犯之共同正犯—70年台上字第2481號判例】

共犯中之林某乃味全公司倉庫之庫務人員，該被盜之醬油，乃其所經管之物品，亦即基於業務上關係所持有之物，竟串通上訴人等乘載運醬油及味精之機會，予以竊取，此項監守自盜之行為，實應構成業務上侵占之罪，雖此罪係以身分關係而成立，但其共同實施者，雖無此特定關係，依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共犯論。

實務見解 (續)

- **【公務員收賄案】**

本案例中，甲與其妻丙討論收賄事宜，並接收丙之建議，由丙出面受取賄款並交付名單，甲與丙乃共同實行第 122 條第 1 項違背職務收賄罪，丙雖無公務員身分，亦根據第 31 條第 1 項規定，與甲成立第 122 條第 1 項之違背職務收賄罪之共同正犯。

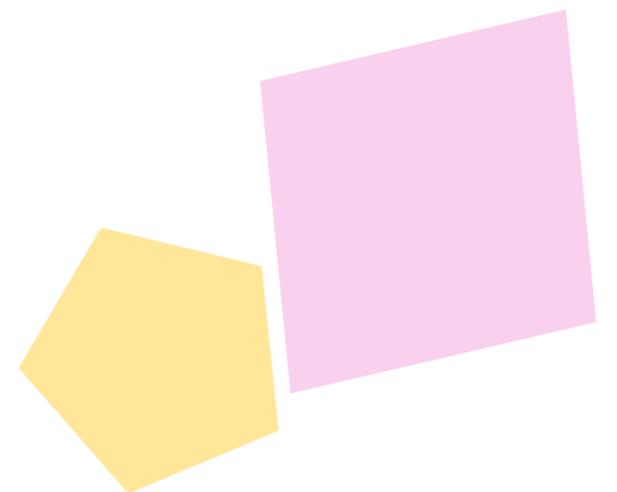


義務犯 (一)

- 義務犯，乃負有特別義務者，不履行或違反犯罪構成要件上所設定之特別義務時，始能成立的犯罪。
- 義務犯此一概念屬於刑法學說尚在發展中之概念，義務犯之犯罪型態有時與純正身分犯重疊，例如：有認為公務員犯罪(即職務犯)或業務洩密罪，亦屬義務犯。
- 目前德國學說上列舉出來的義務犯，例如：
違反為他人管理財產義務之背信罪；
駕駛車輛肇事後，違反留在現場之義務而離去的肇事逃逸罪；
違反親屬間扶助義務之遺棄罪。

義務犯 (二)

- 義務犯之正犯，僅限於負有特別義務者，始可能成立，其他不具有特別義務者，由於沒有違反義務之可能，故不能成立本罪之共同正犯或間接正犯，僅能成立教唆犯或幫助犯。



義務犯 (二) (續)

- 例如：
某甲開車肇事，坐在副駕駛座的妻子乙下車察看，發現甲撞傷人，但乙卻欺騙甲說沒有發生什麼事，告訴甲可以將車子開走，甲信以為真而將車子駛離肇事現場。乙並非駕車之人，故乙利用不知情之甲違犯肇事逃逸罪，並不因此成立肇事逃逸罪之間接正犯。
- 假設甲已知肇事撞傷人，再與乘客乙討論一番，雙方達成駕車逃逸的決議，仍僅有甲成立肇事逃逸罪之正犯，乙不能成立肇事逃逸罪之共同正犯，但可以成立該罪之教唆犯。

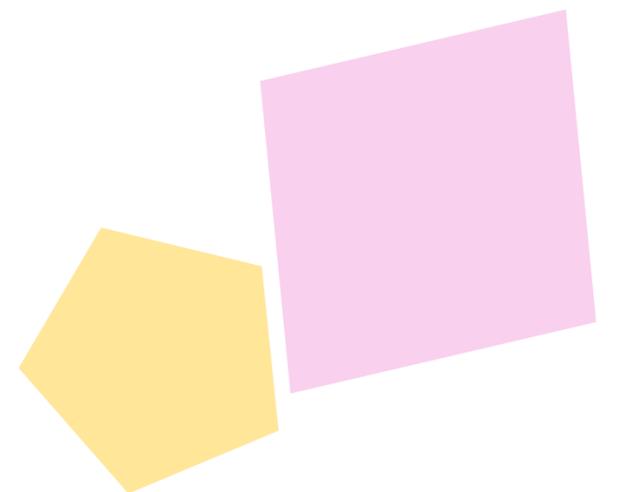
間接正犯

- **【利用小孩放火案】**

甲被某工廠老闆解雇，懷恨在心，想要放火燒工廠洩憤。某日見工廠附近有一名身形瘦小的少年乙，認為乙應該未滿 13 歲，遂想利用乙縱火。甲將打火機與一罐汽油交給乙，告訴乙只要點燃汽油瓶丟向工廠，就可獲得 1,000 元酬勞。乙按甲的話做，果真引發工廠火災，後來警方逮捕甲和乙，甲才發現乙已滿 20 歲。

- 試問：

甲、乙各犯何罪？



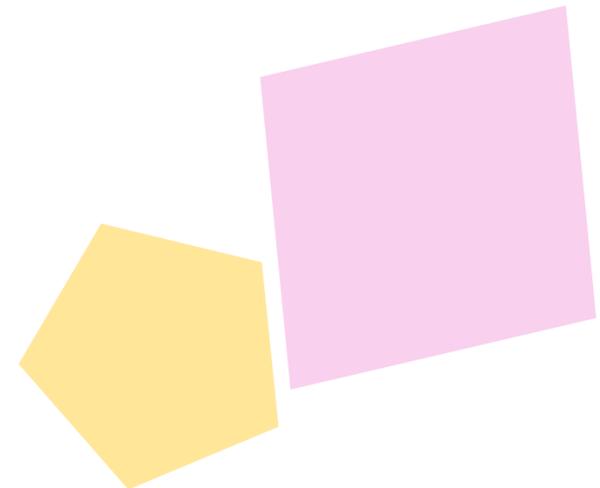
間接正犯 (續)

- **【注射毒針案】**

甲要毒殺乙，想透過不知情的護士丙對乙注射胰島素時，在胰島素內混入毒藥，將乙毒殺。甲把混入毒藥的針劑交給護士丙，結果護士丙前往病人病房途中時，針劑竟然掉到地上，丙赫然發現與平常的針劑不合，才察覺是毒針。

- 試問：

甲的行為如何論處？

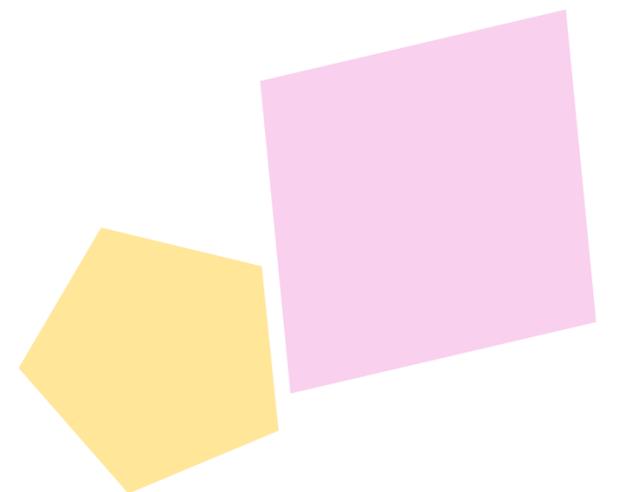


基本概念 (一)

- 間接正犯，是指行為人不親自為犯罪行為，而是作為犯罪背後的支配操縱者，利用他人為犯罪工具，間接實現犯罪構成要件。
- 犯罪行為就如同人類其他行為一樣，一個人遂行犯罪行為，可以透過自己的手親自為之，亦可透過工具武器為之，或自己訓練的狗去咬人，當然也可以把 10 歲之人作為工具而遂行犯罪行為。

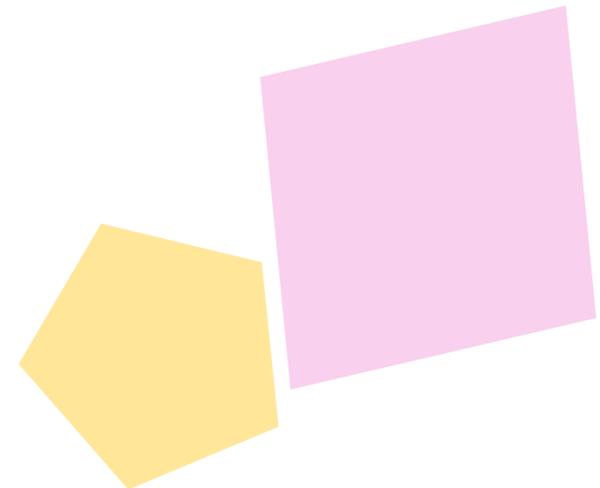
基本概念 (一) (續)

- 如果利用他人為工具而犯罪之人，可以排除刑責，將會有處罰上漏洞。
- 例如：
父親要 10 歲的小孩將路邊停放的腳踏車牽走，由於父親沒有「親自」偷竊，所以不構成犯罪，10 歲的兒子因為是無責任能力人，所以也不構成犯罪，則此一偷竊腳踏車行為將會變成無法可罰。



基本概念 (二)

- 德國刑法對間接正犯有處罰明文：
德國刑法第 25 條第 1 項，「行為人自己或經由他人實行犯罪構成要件，為正犯」。
- 我國現行刑法，並無間接正犯之明文規定。

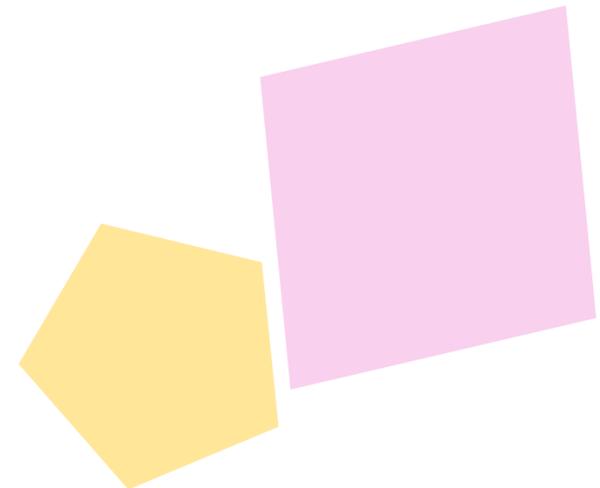


基本概念 (二) (續)

- 但實務與學說均承認此一概念：
行為人不親自實現犯罪行為，而是利用他人為工具，間接實現犯罪行為，仍應成立犯罪。
- 因為，行為人雖未親自實現犯罪，但仍為犯罪歷程的幕後操控者，亦即藉由其個人的優越意思，躲在幕後並支配操縱前台的「工具人」，因此整個犯罪過程，應視為幕後操縱者(後台者)意思支配下的創作物(傑作)，因此幕後操縱者本身亦具有正犯性。
- 為了與直接親自實現犯罪構成要件之直接正犯有所區隔，利用他人為工具而實現犯罪構成要件之人，則稱為「間接正犯」。

間接正犯之工具類型與擴張

- 間接正犯中被支配操縱之「工具人」，最早是指無責任能力人與欠缺責任條件之人(欠缺故意或過失之人)。
- 近年來，德國學說藉由犯罪支配理論中的意思支配概念，逐步擴大間接正犯範圍，認為不管被利用者在刑法上是否負擔刑責，幕後支配者只要對犯罪歷程居於支配地位，具優勢認知或居優勢意志的優勢地位者，即可認為該犯罪行為乃優勢地位之「後台人」所支配。



間接正犯之工具類型與擴張 (續)

- 間接正犯之工具類型：
 - 一、利用他人不具構成要件該當性之行為犯罪。
 - 二、利用他人無構成要件故意之行為犯罪。
 - 三、利用他人合法之行為犯罪。
 - 四、利用他人無責任能力或阻卻罪責之行為犯罪。
- 間接正犯的擴張—正犯後正犯
 - 一、錯誤支配 (利用他人等價客體錯誤)。
 - 二、組織支配。

利用他人不具構成要件該當性之行為犯罪

- 行為人利用對他人具有支配性的影響力，或有目的性的欺瞞誘導，令他人為不具犯罪構成要件該當性之自殺或自傷行為。
- 例如：
甲想要殺盲人乙，誘騙乙去觸碰高壓電，甲乃利用乙不具犯罪構成要件該當性之自我傷害行為，遂行其殺死或傷害乙之犯罪目的。

利用他人無構成要件故意之行為犯罪

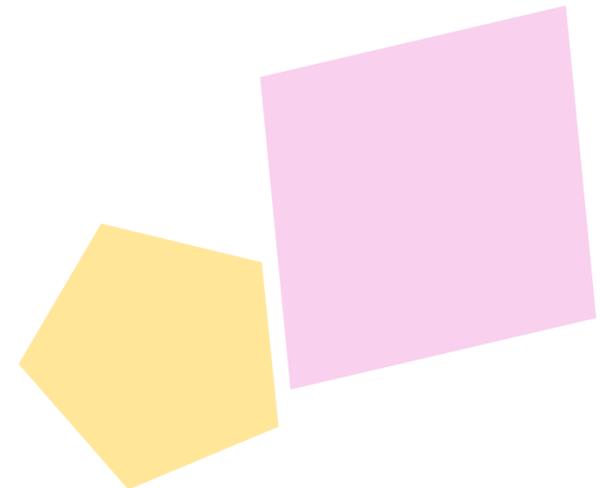
一、利用他人無故意或不知情的狀態而實行犯罪構成要件。

• 例如：

甲將毒藥放進茶水中，令不知情的菲傭端去給A飲用；

兇手乙將演員甲的假槍換成真槍，不知情的演員甲因而開槍射死丙；

丁以禁藥製造減肥藥物，透過無知的藥房通路販賣，以達到詐欺取財之目的。

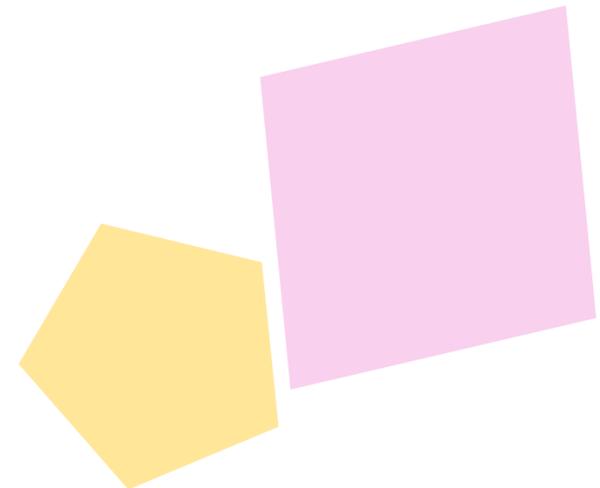


利用他人無構成要件故意之行為犯罪 (續)

二、利用他人犯輕罪之機會，以誤導或欺騙方式遂行自己犯重罪之目的。

• 例如：

甲欲殺害住在倉庫中的流浪漢乙，唆使不知情的丙放火燒倉庫，丙本意只想犯放火罪，並無殺人意思，甲藉由欺騙丙而達到殺死乙之目的。此際甲成立放火罪教唆犯與殺人罪之間接正犯，依第 55 條想像競合從重處斷。



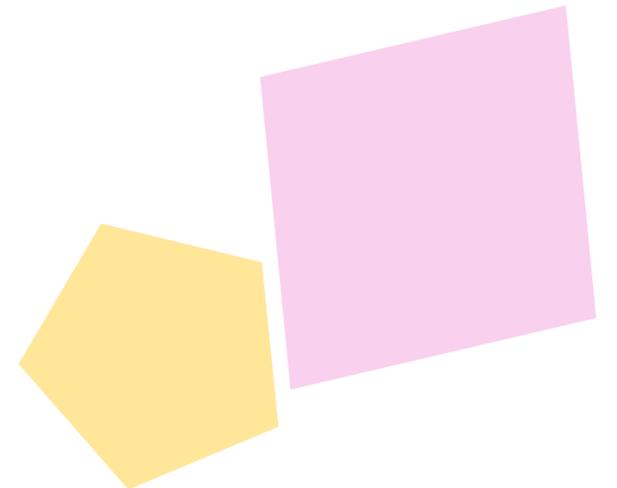
利用他人無構成要件故意之行為犯罪 (續)

- 但假如甲誤以為菲傭不知情，令菲傭端去給被害人飲用，知情的菲傭不動聲色，依照指示將毒茶端給被害人喝，甲是否成立殺人罪之間接正犯？
- 由於甲對菲傭並未真的實踐以優勢地位而為犯罪支配，故僅能認為甲成立教唆犯，而非間接正犯。



利用他人合法之行為犯罪

- 行為人利用他人合法之行為犯罪，他人之合法行為包含合乎法令之行為或具阻卻違法性之行為。
- 例如：
甲在警察乙經過時，追呼丙為犯罪人，使警察乙將丙當成準現行犯而逮捕，亦即甲利用警察乙之合法逮捕權，遂行剝奪A行動自由之目的。



利用他人無責任能力或阻卻罪責之行為犯罪

一、行為人利用無責任能力人實現犯罪構成要件。

• 例如：

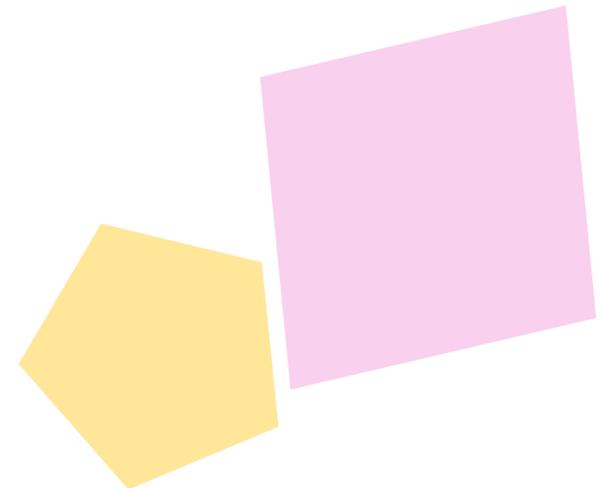
老師不直接體罰學生，而是命令 10 歲的甲打乙同學一巴掌；
利用未滿 12 歲之人把停在路邊的腳踏車偷走。

利用他人無責任能力或阻卻罪責之行為犯罪 (續)

二、行為人利用他人不可避免之禁止錯誤行為而犯罪。

• 例如：

寵物店老闆明知某種貓頭鷹是保育類野生動物，雇用不知此一禁止規定的原住民到山裡去捕捉貓頭鷹，因行為人係以其意思支配整個犯罪歷程，故成立間接正犯。



利用他人無責任能力或阻卻罪責之行為犯罪 (續)

三、強制他人為犯罪行為。

- 行為人以強暴脅迫方式，壓抑他人的意思自由，強令他人實行犯罪構成要件。
- 例如：
第 11 章提及的【強制丟人案】，幫派老大甲拿著手槍強迫丙將老闆乙綑綁，並從窗戶丟出去，甲不親自實行妨害自由或殺人行為，而是利用受丙來實現犯罪構成要件(丙之妨害自由或殺人，不能根據緊急避難而阻卻違法，僅能寬恕罪責)。
- 甲立於「優勢地位」以「意思支配」來操控丙。

間接正犯與教唆犯之區分（一）

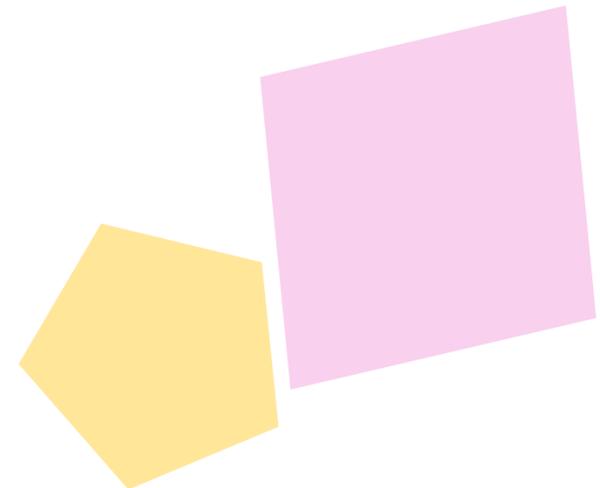
- 利用無責任能力人而犯罪，乃刑法學說上最早發展的間接正犯型態。
- 然而利用無責任能力或阻卻罪責之人的行為而犯罪的間接正犯型態，有時會與教唆犯類似而難以區分。

間接正犯與教唆犯之區分（一）（續）

- 教唆犯之成立，不管德國刑法或我國刑法均採「限制從屬性說」，亦即教唆犯所從屬依存的主行為，只要是故意違犯，且具有構成要件該當性與違法性，即已足夠，不以具有責性或罪責為必要。
- 在限制從屬性說的觀點下，教唆一個無責任能力人為刑事違法行為，亦有可能成立教唆犯。
- 惟目前正犯與共犯之區分採行「犯罪支配理論」，是否成立間接正犯或教唆犯，應從犯罪支配理論出發，在個案中判斷支配者是否處於「優勢地位」加以區分。

間接正犯與教唆犯之區分 (二)

- 成年人甲命令 10 歲的小孩乙去放火，或誘騙給予好處而利用 10 歲之人竊盜，通常未滿 14 歲之人的識別能力與判斷能力均不成熟，認知與意思決定容易受到他人操控，故利用、命令、誘騙或強迫未滿 14 歲之人實行犯罪構成要件，通常均應成立間接正犯而非教唆犯。



間接正犯與教唆犯之區分 (二) (續)

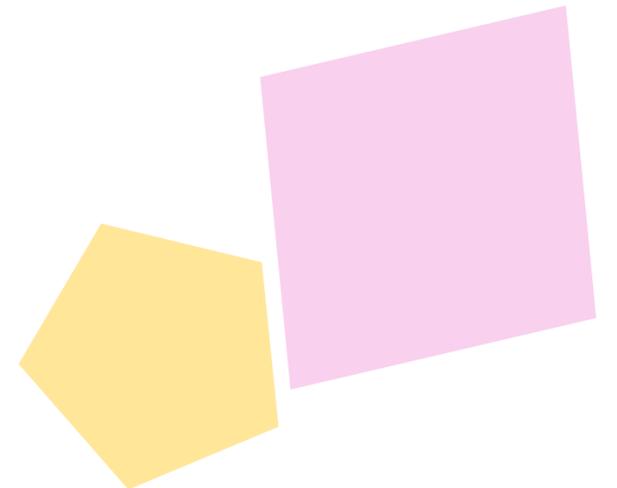
- 不同意見亦有認為：
教唆 13 歲少年縱火，倘其仍有決定是否犯罪及如何犯罪的能力，則行為人並不具有意思支配力，理論上仍應成立教唆犯。
- 假如，甲誤以為乙是有責任能力之人，因而教唆乙去放火，結果乙其實是欠缺責任能力之精神障礙者，如何論罪？
- 甲對於乙不具責任能力一事，毫無知悉，即難認定甲對乙有藉意思支配，使工具人實現犯罪構成要件的主觀認知，故甲不成立間接正犯，僅能認為甲的提議，誘發乙產生放火犯意，故甲成立放火罪之教唆犯。

【利用小孩放火案】

- 如果行為人對於所利用工具人之年齡有所誤認，例如：【利用小孩放火案】中，甲誤認乙只有13歲，乙實際上已經年滿20歲，則甲應成立間接正犯或教唆犯？
- 由於教唆犯或間接正犯區別標準在於犯罪支配可能性之認定，間接正犯也由於對犯罪歷程具有支配性，故其不法內涵較僅屬共犯性質的教唆犯為高。
- 從犯罪支配概念下的「優勢認知」或「優勢地位」來看，甲因乙身形瘦小而誤認乙未滿14歲，但由於乙已成年，應認為甲無法透過「意思支配」來操縱乙的行為，故甲允諾給予1,000元，只能認為是一種誘發乙放火犯罪動機的教唆犯。

間接正犯的擴張——正犯後正犯

- 間接正犯的歸責理論是建立在犯罪支配理論上，也就是透過對工具的「意思支配」此一概念來建立居於幕後的後台者之歸責。
- 「意思支配」，通常必須是後台者利用優勢地位或優越知識對前台者或工具人進行犯罪支配。
- 然而，如果工具人本身亦形成自己的犯罪意思，則後台者對工具人仍然可以認為具有意思支配操縱嗎？



間接正犯的擴張——正犯後正犯 (續)

- **傳統間接正犯理論：**

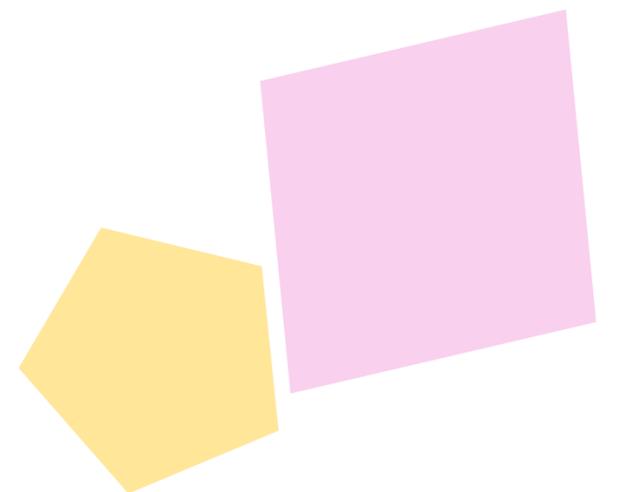
間接正犯作為工具之被利用者，其本身應屬不負刑事責任之人，例如無責任能力人。一旦被利用人自己產生自己的犯罪意思，即應論以教唆犯而非間接正犯。

- **德國較新見解：**

以犯罪支配理論中的意思支配概念，重新詮釋間接正犯，擴大了間接正犯的範圍，亦即工具人不再以無責任能力或不需負刑事責任者為限。

正犯後正犯

- 類型一：
錯誤支配 (利用他人等價客體錯誤)。
- 行為人透過他人的錯誤來為進行操縱與行為支配，亦即透過知識上的優越認知 (知識上的落差) 進行犯罪支配。



正犯後正犯 (續)

- 例如：
甲知悉殺手乙要前往小橋邊殺害戴眼鏡的平頭男，甲的仇人丙也是戴眼鏡的平頭男，甲遂誘騙丙前往小橋邊，殺手乙果真一看到戴眼鏡的平頭男就開槍射殺。
- 殺手乙即便發生等價客體錯誤，但仍然成立殺人罪之直接正犯。
甲獲知殺手乙打算殺人，並誘騙仇人丙到現場，且果真丙遭到乙射殺，由於甲對乙殺丙之全部殺人歷程，具有優勢認知，且基於此一優勢認知進行意思支配，故應認為甲成立殺人罪之間接正犯。

正犯後正犯 (續)

- 類型二：
組織支配。
- 幕後者(具有命令指揮權限者)藉由組織上的權力結構，下令執行犯罪行為。
- 其特色是：
 1. 執行者不是在錯誤或受強制的情形下去完成任務。
 2. 下令者可能與執行者互不認識。
 3. 執行者具有可替換性，也就是權力機構運作下隨時可替換的零件。

正犯後正犯 (續)

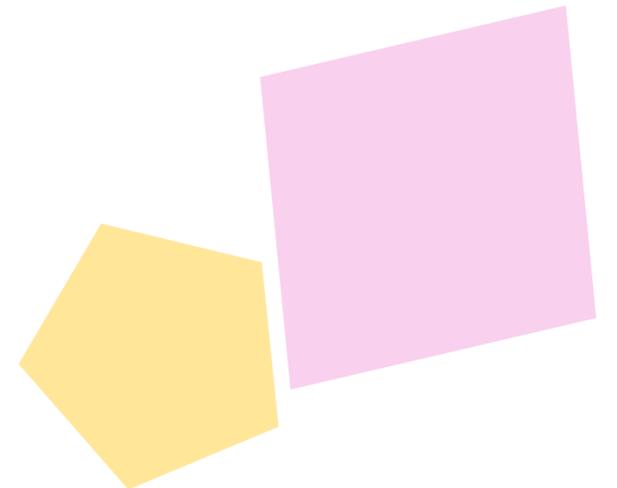
- 組織支配下，執行者固然成立直接正犯，但組織中的下命令者，也成立該犯罪行為的間接正犯。例如某恐怖組織首腦甲下達追殺A作家之命令，而由執行小組成員乙前往執行暗殺行動。A因乙暗殺而死，乙構成殺人罪的直接正犯，甲則成立間接正犯。
- 我國實務見解：
應成立教唆犯或共同正犯(有犯意聯絡)。

間接正犯之著手判斷（一）

- 「工具著手時點說」：
指應以被利用的行為工具開始著手實行時為準。
- 根據此說見解，【注射毒針案】中，只要護士丙還在前往病房的途中，毒針還沒施打於乙身上，間接正犯甲即屬尚未著手，故不成立殺人罪。
- 學說認為，此一認定間接正犯的標準雖不合理，惟我國刑法修正後，對於教唆犯與幫助犯的著手認定，是以被教唆者與被幫助者之著手為著手，因此間接正犯的著手時點亦不得不採取一貫之立場，以被利用者之著手為著手。

間接正犯之著手判斷 (二)

- 「支配者之利用時點說」(多數說)：
以支配者開始其利用行為時，或稱利用者放任犯罪進行時，即屬著手，無須等到工具開始著手時才算著手。
- 故【注射毒針案】中，應認為在甲「交付」摻有毒物之胰島素針劑時，就算利用工具犯罪，且達到放任犯罪開始之著手時點，故應屬已達著手實行殺人罪。



間接正犯之著手判斷 (二) (續)

- 批評：
著手的時點過於前置，例如：甲令 10 歲小孩乙過馬路到對面商店偷東西，乙過馬路後看見電玩店就停下來，竟忘了要去偷東西。如採此說，則甲仍應成立竊盜未遂罪，實有不當。
- 修正見解：
從個案中是否已進入實質的犯罪支配為斷，亦即在支配者對工具加以利用時，是否所保護之法益已達直接危險的階段，且犯罪歷程是否可以認定已開始進入行為人的掌握支配狀態為斷。

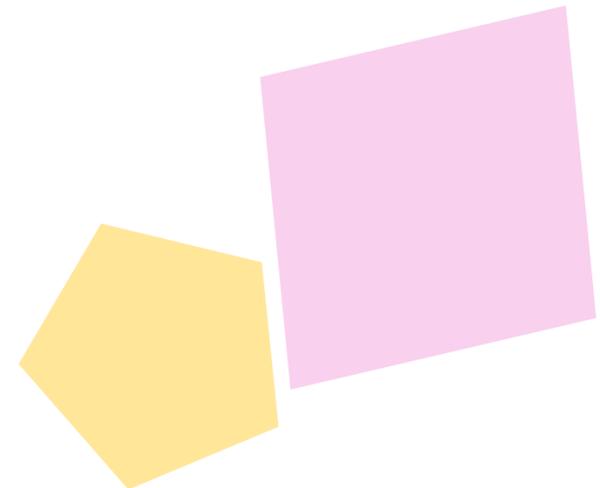


行為工具逾越支配者之犯罪意思

- 間接正犯所利用的犯罪工具，如果逾越間接正犯的犯罪意思，就逾越部分之犯罪，間接正犯對此無意思支配，故無庸負擔刑責。
- 例如：
甲利用無責任能力之 13 歲乙去縱火，乙縱火時被抓，竟與警察發生打架事件，由於乙與警察互毆之行為，並非支配者甲意思支配的範圍，故甲對乙毆打警察行為，無庸負間接正犯之責。

行為工具發生打擊錯誤

- 行為人利用他人為犯罪工具，結果犯罪工具在執行犯罪行為時，發生打擊錯誤，應如何論罪？
- 例如：
甲要縱火燒乙的住宅，要無責任能力之10歲少年丙將汽油彈丟到乙家中，結果丙丟得太偏了，將汽油彈誤丟到隔壁丁家去。

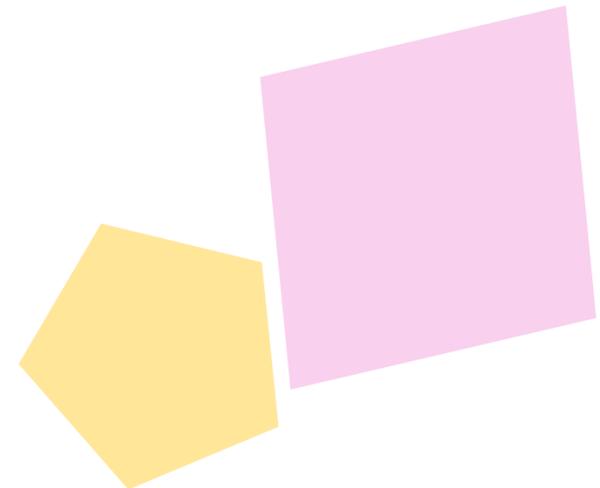


行為工具發生打擊錯誤 (續)

- 工具人因技術因素誤丟汽油彈，屬打擊錯誤，此等工具人之打擊錯誤，對支配者而言，亦屬**打擊錯誤**。目前通說對打擊錯誤的處理，對於目的客體，以未遂論處，對於失誤而侵害之客體，則成立過失犯。
- 因此，甲應論以一個第 173 條第 3 項放火罪未遂 (就乙之住宅) 和第 173 條第 2 項之失火罪 (就丁住宅) 的想像競合。
- 惟學說上亦有認為，對於打擊錯誤之論罪方式，認為應該比照等價客體錯誤，故仍應論以故意放火罪。

行為工具發生等價客體錯誤

- 行為人利用他人為犯罪工具，結果犯罪工具在執行犯罪行為時，發生客體錯誤，此際應如何論罪？
- 例如：
甲要縱火燒乙的住宅，要無責任能力之10歲少年丙將汽油彈丟到乙家中，結果丙看錯門牌號碼，將汽油彈丟到隔壁丁家中。



行為工具發生等價客體錯誤 (續)

- 工具發生之客體錯誤，學說認為應以支配者的打擊錯誤來處理。
- 由於間接正犯之被利用者，本身屬行為工具，倘行為工具發生錯誤，就如同甲所發射的工具發生偏差或失誤情形一樣，屬後台者的「操控失誤」，而非客體錯誤。因此論罪上，對於目的客體，以未遂論處，對於失誤而侵害之客體，則成立過失犯。
- 因此，甲應論以一個第 173 條第 3 項放火罪未遂 (就乙之住宅) 和第 173 條第 2 項之失火罪 (就丁住宅) 的想像競合。



相關條文—第四章 正犯與共犯

- 第 28 條

二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。

- 第 29 條

1. 教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。

2. 教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。

相關條文—第四章 正犯與共犯 (續)

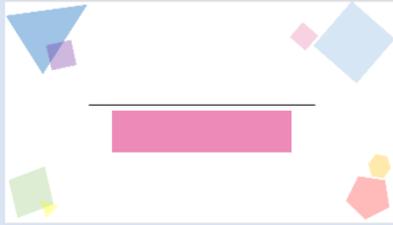
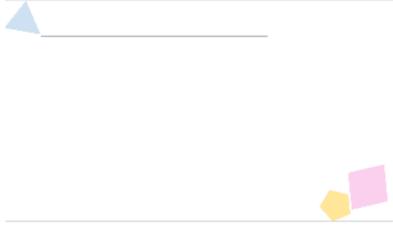
- 第 30 條

1. 幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。
2. 幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。

- 第 31 條

1. 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。
2. 因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。

版權聲明

序	頁	作品	版權標章	作者/來源
1	1			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
2	2-99			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
3	2-98	壹、正犯與共犯之基本概念……科以通常之刑。		除法條、大法官釋字、判例等屬公共領域之作品外， 由所有權人王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品，請另行向權利人取得授權。 來源：王皇玉，刑法總則(修訂八版)，頁 423-452，2022 年 8 月，新學林出版。