



《高大法學論叢》

第 11 卷第 2 期 (03/2016), 頁 141-192

# 刑法共同正犯概念之理解新義 —第 28 條的現在與未來

游明得<sup>\*</sup>

## 摘 要

現行刑法第 28 條的應用修正了許多單獨犯成立的要求，如共同行為決意修正了主觀構成要件；共同行為實施與整體性之因果關係認定，修正了客觀構成要件。而在該條文的使用時機，學說與實務普遍認為不只是共同行為人實現了部分構成要件的要求，甚至行為人已經完整實現構成要件者，在論罪上也必須適用此一條文。然而，刑法第 28 條的適用時機，對於共同行為人自身行為即能符合犯罪論檢驗成立單獨正犯者，應加以排

---

<sup>\*</sup> 開南大學法律學系助理教授，輔仁大學法學博士。

投稿日期：03/26/2015；接受刊登日期：01/04/2016  
責任校對：張鉉宜，葉蕙禎

除，而只針對未完整實現單獨正犯者方可適合，如此也才符合共同正犯的規範目的。除此之外，綜觀共同正犯諸般問題的發展，共同正犯實應依正犯的本質重新省思其存在正當性。本文主張以刑法第 28 條為實證基礎的「共同正犯」概念，應該回歸最基本的「單獨正犯」之「質」的理解，這是目前第 28 條所可能存在的基礎。此外，本文對於如此「質」的判斷，也區分為定式構成要件與不定式構成要件作不同處理：在不定式構成要件，只要是可以支配犯罪構成要件實現者，也就是具有構成要件實現的歸責關連者，此時個別行為人共同為之，即有可能獲致劃一論罪的結論。至於在定式構成要件中，即使其他共同行為人有以共同行為決意為基礎的行為個別實施，也無法據此涵蓋所有的構成要件，而視為完全構成要件的實現。

# **The New Understanding of Joint Principal Offenders in the Criminal Law- The Present and Future of the Article 28**

**Ming-De Yu\*\***

## **Abstract**

The New perception of Joint Principal Offenders in Criminal Law- Initiate Article 28 In Current Criminal law Article 28, the precise moment to initiate shall be based upon whether the Joint Principal behaviors itself satisfied the requirement as an self-independent conductor, so as to rule out as an Joint Principal Offenders. Generally speaking, Joint Principal Offenders should be grounded and reestablished by the essence of “principal offender.” This article will address that the joint Principal Offenders in Article 28 ought to be redefined through the basic quantity of “principal offender” and that is the only existence reason for the Article 28. Moreover, this article will divide “principal offender” s

---

\*\* Assistant Professor, Department of Law, Kainan University; Doctor of Law, Fu-Jen University.

quantity” into finite and infinite requirements ; infinite refers to as for those who can mandate and practice the requirements, in other words for those individual behaviors to commit the offense collectively. As to infinite, even other collective behaviors collectively taking responsible according to a mutual consensus, it cannot comprise the overall requirements, thus it can’ t be considered as to implement the complete inquiry.

# 刑法共同正犯概念之理解新義

## —第 28 條的現在與未來

游明得

### 目 錄

壹、緒言

貳、浮濫的刑法第 28 條使用

一、刑法第 28 條的規範目的

二、現行我國學說與實務的操作—要件過濾功能已然喪失

三、回歸正軌的操作

參、共同正犯理解的新選項

一、共同正犯為「單獨正犯質的集合」

二、前提限制—設立未遂為處罰之始點

三、依構成要件性質而為不同判斷

肆、結語

關鍵字：共同正犯、共同行為決意、共同行為實施、單一正犯、犯罪的支配

Keywords: joint principal offenders, decision in joint action, committing joint action, single principal offender, domination of crime



## 壹、緒言

我國刑法第 28 條一直是個高使用率的條文，至於使用率高的主因，不全然是因為現實社會環境中共同犯罪的型態比例高居不下，另一個重要的原因是在實際的應用時，實務上為求能更廣泛地適用，而逸脫了該條文（或概念）原本的規範目的，僅在將未完成行為的行為人一併列入處罰，而大肆地擴張其適用範圍，此一現象即在本文的第一個討論主題—刑法第 28 條的浮濫使用中，可以得到印證。

不過，問題不僅於這些技術上操作的層次，因為即便釐清了上述的釋義學上的這些縱向問題，也就是連不連貫的問題，而依本文建議除去了理論上前後不一貫之處，接下來還是無可避免地得面臨一個最基本的省思：共同正犯概念存在的本身到底有沒有實益？從而，修正部分見解的本身是否只是治標而未自根本整治，是本文第二個命題，也是本文的核心之處。以下將先就學說與實務在部分刑法第 28 條使用時機的不一致上加以釐清，之後再續為作更本質的思考，即以實質的犯罪支配等相關概念來解構，並重新思考共同正犯概念是否可以有不同內涵的理解新選項<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 本文多數觀點係源出游明得，共同正犯概念之重塑，2013 年博士論文。惟

## 貳、浮濫的刑法第 28 條使用

### 一、刑法第 28 條的規範目的

我國刑法第 28 條直接且只規定了共同正犯的概念操作依據，這是類似於日本刑法的規定。相較於德國刑法第 25 條第 1 項先規定正犯，再另外於同條第 2 項規範共同正犯，德國刑法顯然更為強調共同正犯是屬正犯的補充型態。共同正犯既然是正犯的補充規定，而且效果上立法者均明認是等於正犯看待，則自然不能避免要就其為何同等看待的平等基礎來加以檢視，而這也就是共同正犯規範目的之所在。雖然在語意上，討論共同正犯的「規範目的」，與共同正犯的「本質」<sup>2</sup>，其實二者都可涵括而難以脫離。不過，本文第一個主題討論主要是集中在共同正犯的使用時機與共同正犯的「規範目的」形式操作上是否有衝突，因此以下也僅著墨於此。

一般對於共同正犯的規範目的，除了說明是要將有共同行

---

本文的兩大主軸「第 28 條的使用時機」及「共同正犯之支配理解新義」皆已再重新處理，尤其是後者區分定式與不定式犯罪作不同對待，與當初博士論文結論方向已有不同，合先敘明。

<sup>2</sup> 參見游明得（2012），〈共同正犯正當化論據的檢視〉，《玄奘法律學報》，18 期，頁 59 以下。

為決意與共同行為實施的共同行為人，擔負相同的責任之外<sup>3</sup>，在說明其規範基礎如「犯罪支配」、「相互的交互歸責原則」、乃至「犯罪共同說」後，即補上其法律效果「一部責任，全部責任」<sup>4</sup>，一併論述。然而，為什麼要規範共同正犯？其目的在於，要讓只實施部分犯罪行為的行為人，也能負責全部的刑事責任<sup>5</sup>。因此，行為人在實施犯罪行為時，即使只擔負了部分的構成要件實現，其他不足部分也能透過如心使臂的功能性理解，由其他共同正犯補足完成，從而擔負如同自己單獨實現罪之責。

## 二、現行我國學說與實務的操作—要件過濾功能已然喪失

我國學說與實務，目前對於共同正犯的使用可謂是極度發揚光大。尤其是我國學說<sup>6</sup>與實務<sup>7</sup>均主張，即使共同行為人自

---

<sup>3</sup> 張麗卿（2014），《刑法總則理論與運用》，增訂四版，頁 335-336，台北：五南。

<sup>4</sup> 林書楷（2014），《刑法總則》，二版，頁 334，台北：五南。黃翰義（2010），《刑法總則新論》，頁 350，台北：元照。林鈺雄（2014），《新刑法總則》，四版，頁 440，台北：作者自版。靳宗立（2010），《刑法總論 I》，頁 407，台北：作者自版。

<sup>5</sup> 黃常仁（2009），《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，二版，頁 214，台北：新學林。余振華（2013），《刑法總論》，修訂二版，頁 388，台北：三民。

<sup>6</sup> 如韓忠謨（1982），《刑法原理》，增訂十五版，頁 299，台北：作者自版。

身已然完整實現所有的構成要件，在歸責的法條上仍須援引刑法第 28 條。順著如此的邏輯不難發現，學說與實務主張第 28 條成為歸責條文的使用時機，其實是不管共同行為人是否只實現部分構成要件，或是共同行為人自身已經完整實現構成要件的要求，只要是共同行為人參與犯罪的完成，在歸責上就一定要援引刑法第 28 條<sup>8</sup>。

---

林書楷，同前註 4。陳子平（2015），《刑法總論》，三版，頁 517，台北：元照。靳宗立，同前註 4。

<sup>7</sup> 如最高法院 26 年渝上字第 1285 號、最高法院 30 年上字第 1613 號、最高法院 57 年台上字第 3501 號及最高法院 81 年台非字第 233 號判例等。至於最高法院 28 年上字第 3242 號判例讓無責任能力人被排除於共同正犯行列即使符合本文的結論，因為參與的無責任能力人既然已經完整參與實施犯罪行為，自無成為共同正犯的空間，但論理上也應是在罪責層次被阻卻，而非如該判例中是以「無責任能力人欠缺意思聯絡，而不算入共同正犯人數之列」。新近的最高法院 101 年第 11 次刑事庭決議（11/ 27/ 2012），原有意將共同行為決意解釋成行為人間若是基於不同型態時不可能合致，不過這要以理論上的不可行結論來達到減輕部分行為人的責任（類似思維也出現在德國實務在區分正犯與共犯上所提出的「主觀理論」上，如 RGSt 74, 84 澡盆案例，可以參照 Wessels/ Beulke/ Satzger, AT, 2014, §13 Rn.515 f.），動機雖然可以理解，但不如回到本文上述的共同正犯規範目的思考：「寄」、「收」包裹的行為如果都可以算是運輸行為，則個別行為人既然已經自己實現構成要件的行為，理應個別判斷各自歸責，不必再如決議原想努力的方法般迂迴，一樣可以達到如此效果。

<sup>8</sup> 甘添貴（1996），〈共同正犯之客觀行為〉，《月旦法學教室》，12 期，頁 51，其認為行為人與他人在共同犯罪決意下，分擔實行構成要件的全部行為，此時是「典型」構成共同正犯的情形。不過此一見解在之後已加以更改，

據此，會有二個問題亟待釐清：一為如此操作與共同正犯的規範目的是否相符？二是原本承認的共同正犯要件是否需要修正？不然客觀要件的「共同行為實施」<sup>9</sup>就喪失其意義：因為「共同實施」的前提是行為人未完整實現構成要件，如果只實現部分構成要件的行為人，與已經完整實現者，都要適用「共同行為實施」的要件，則此一要件的過濾功能不啻已然喪失。亦即，因為共同正犯要求要有基本的「實施」，未達此標準者當然會被排除。但是超過基本實施額要求的部分，是否當然無庸懷疑而納入共同正犯的處罰範疇？其實仍有思考的空間。

---

而以「所謂不真正共同正犯，是指各共同行為人其各自本身的行為，均已完全實現犯罪構成要件，亦即各共同行為人對於特定犯罪，一齊合力實行犯罪構成要件的行為。所以，有否共同正犯的規定，對於行為人的責任，並無任何影響。」參閱甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，增訂二版，頁 269，台北：作者自版。又如鄭逸哲（2011），〈「共同正犯」論罪不得割裂〉，《月旦法學教室別冊—刑事法篇》，頁 57；同作者（2005），〈「共同殺人構成要件」非「個別成員構成要件」〉，《月旦法學雜誌》，122 期，頁 270。至於蔡聖偉（2014），《刑法案例解析方法論》，頁 292-294，雖已意識到本文下述意見，但仍是傾向通說的肯定見解。

<sup>9</sup> 至於實施行為介入的時點在此，是採取「嚴格的犯罪支配理論（strenge Tatherrschaftslehre）」，如 Claus Roxin, *Strafrecht AT-2*, 2003, §25 Rn.198 f 或是「緩和的犯罪支配理論（gemäßigte Tatherrschaftslehre）」，如 Wessels/Beulke/ Satzger, a.a.O. (Fn. 7.), §13 Rn.528 f; Cramer/ Heine, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 29. Aufl., 2014, §25 Rn.66 ff。這部分可以參考 Claudia Bauer, *Vorbereitung und Mittäterschaft*, 1996, S. 79 ff，或是林書楷，同前註 4，頁 344 的整理。

### 三、回歸正軌的操作

本文上述就學說與實務對刑法第 28 條使用時機的擴張，所提出的二點質疑，就法釋義的觀察，其實是一個相互牽制，而可以合併觀察的問題。首先，就最基礎的共同正犯要件檢驗而言，一般都認可的「共同行為實施」，是要求共同行為人需要具有基本的行為實施，如此才可以負擔共同的犯罪不法歸責<sup>10</sup>。就未達實施下限要求者而言，固然可以被排除；然而，超過下限而完整實現犯罪的人，是不是也能視為一併通過該要件的要求？本文以為，即使在文義上不能排除，單純的分擔要求是僅止於下限的過濾而已，不過如果參酌共同正犯的規範目的，是在將未達正犯要求的人，拉入正犯的處罰圈中，則另將該要件訂立一個上限為亦排除完全實現構成要件者，也並無不當之處。當然，如果不如此迂迴，而是透過規範目的直接加以排除，也不是不行，只是在概念的一貫上，總是留下少許可以補正的遺憾。

本文論點，其實比較法上早已存在共識：只有在個別行為

---

<sup>10</sup> 這是學說與實務上的共同看法，僅參見林山田(2008)，《刑法通論(下)》，增訂十版，頁 80，台北：作者自版；陳子平，同前註 6，頁 520。以及最高法院 20 年非字第 137 號判例。

人的行為不足以滿足分則構成要件的要求時，才有援引共同正犯概念的必要<sup>11</sup>。因為如果個別行為人的行為已經滿足了分則構成要件的要求，即已為單獨正犯，此時實無援引共同正犯概念成立同一罪名之必要。文獻上更有明確指出應先確認此點過後，之後才可能進階進入共同行為決意與共同行為實施的檢驗<sup>12</sup>。

從而，我國普遍認為就刑法第 28 條的適用範圍，完整實現犯罪者在歸責上亦應納入的看法，不但使得共同正犯的客觀成立要件喪失其過濾功能，因為只能指涉到不及，而無法處理到超過要求的部分；更重要的是，這也與共同正犯的規範目的有所相違，因為在此實在沒有必要疊床架屋突破傳統的正犯犯罪論確認其成立後，再多此一舉依共同正犯理論而給予相同的正犯待遇。而且，既然多餘，援不援引都無差別，不如去除此一維持形式上美感的方式，讓單獨犯的成立更加單純化。也因此，以下討論的第一個命題，應可得出下述的結論：只要共同行為人自身能符合犯罪論檢驗成立單獨正犯者，即應排除共同正犯的適用。

---

<sup>11</sup> Bernd Heinrich, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2014, §34 Rn.1219; Cramer/ Heine, a.a.O. (Fn. 9), § 25 Rn.61.

<sup>12</sup> Fritjof Haft, *Strafrecht AT*, 9. Aufl., 2004, S. 201.

## 參、共同正犯理解的新選項

本文上述所舉只是共同正犯在概念應用上的冰山一角，縱然技術上的操作可以透過補充來加以消弭其瑕疵，不過於此也可以促使我們更認真且全面性地思考共同正犯的存在價值。本文以下的最後結論雖未完全主張廢除刑法 28 條的共同正犯概念，不過搭配運作上以定式與不定式構成要件的模式加以處理，刑法第 28 條存在的也應只有揭示共同正犯為單獨正犯質的集合此一訓示意義。

### 一、共同正犯為「單獨正犯質的集合」

#### (一) 與構成要件判斷的難以切割

共同正犯的許多問題其實都是出在構成要件涵攝的迷思之上，就因為個別行為人的行為通常並不符合構成要件規定內容<sup>13</sup>，而須作另一種形式的擴張，而這個中間概念就是共同正犯。

---

<sup>13</sup> 蔡聖偉，同前註 8，頁 292-293，其將共同正犯分成三種檢討類型，除本文上述排除而以單獨正犯即可解決的第一種類型外，其餘二種類型需要援引共同正犯概念的參與者，都是未完整實現構成要件所規範的行為者。

本文主張共同正犯僅為單獨正犯質的集合，原則上是建立在犯罪論的要件檢討之上<sup>14</sup>。不過無可避免的是，最後仍會連結到如何涵攝構成要件方為正確。依目前學理發展，對於行為人概念並不堅持採取形式判斷的「緊縮行為人概念」，而對於

---

<sup>14</sup> 值得一提的是在單一正犯架構下，尤其是通說的「功能性單一正犯」，對於是否成立共同正犯，集中在討論是否為「直接正犯」的集合形態上。其思維也類如本文一般，將共同正犯認為是一種直接正犯「質」的集合，如 Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht AT*, 2004, 16/59; Kienapfel/Höpfel/ Kert, *Strafrecht AT*, 14. Aufl., 2013, E3 Rn.5。實則在單一正犯下也類同本區分論的討論，關鍵應在於單一正犯制度也認為，共同正犯就是「犯罪之支配」概念下正犯品質的確立，因為不論是「單獨」或是「共同」都是在表徵對於犯罪成立的支配。

詳言之，直接正犯在奧地利刑法上的定性是直接符合構成要件規定預設的犯罪型態，而構成要件規定就是立法者基於立法形成裁量下，所表現對於犯罪構成各種可能性支配的基本預設，因此符合構成要件的行為，同時也是支配犯罪成立的行為。而這與本文思考的大方向，犯罪的實質支配並不相違。

即便如此，本文仍要強調，本文其實還是自區分論的基礎對於共同正犯，乃至其他正犯與共犯的問題加以處理。本文之所以舉出單一正犯制度下對共同正犯的理解，事實上，從相關文獻中可以看出，單一正犯制度主流看法對共同正犯的理解，也不脫區分論之自主觀面與客觀面分別切入的模式。因此，在自兩大方向皆對共同正犯的概念詮釋逐漸靠攏的情形下，單一正犯制度中獨立性與犯罪之支配性，僅是觸動本文在區分論下思考「共同正犯為單獨正犯質的集合」的背景之一。新近對於單一正犯制度的介紹，與進一步衍生的規範功能刑法理論介紹可以參閱 Thomas Rotsch, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, 2009, S. 151ff, 419ff.

正犯共犯區分則採取實質性判斷的實質客觀理論（如犯罪支配理論）的趨向，自然正犯就不會是要求完全形式判斷是否完整實現客觀構成要件者<sup>15</sup>。從而，本文所謂的構成要件涵攝自然也不會侷限於形式判斷，而將以實質性的支配判斷為出發，來解離並重建共同正犯廢除後的新秩序。不過，這並不代表本文在涵攝的判斷過程中完全不會受到構成要件規定，此一立法裁量法治國原則下的制約。

## （二）實質性支配「表徵」在構成要件之上

本文主張的支配概念是一種犯罪成立上的實質支配，與Roxin教授的「犯罪支配」理論說法不盡相同<sup>16</sup>。因為犯罪的支

---

<sup>15</sup> 因為可能的犯罪行為模式相對於不法構成要件的本身，永遠是開放的，亦即，不法構成要件本身是定型的，但是實現不法構成要件的態樣則是沒有定型，參閱黃榮堅（2004），〈論偽造文書之行使行為—評92年度台上字第2293號等判決〉，《台灣本土法學雜誌》，54期，頁75。

<sup>16</sup> Roxin教授的犯罪支配理論雖然在德國與我國目前都居於領導地位，但其慣於以具象的下位類型判斷的方式，即使具體，但也因為常流於空泛而招致批評。例如有認為如此的判斷方式並沒有給予正犯判斷上的一個完整的規範統一基準，如 Volker Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, S. 22; Ulrich Stein, *Die strafrechtlich Beteiligungsformenlehre*, 1988, S. 197; Joachim Renzikowski, *Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 19 ff. 更直接而且精準地提出批評，認為這樣的理論只有真正解決了間接正犯的歸責而已，如 Volker Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, S. 21. 或是與本文有關的共同正

配實際上不只是在區分正犯與共犯的問題上有其意義，也是每一個現代法治國刑法的基本指導原則<sup>17</sup>。

犯罪的支配概念就是對於犯罪成立上可支配性（Beherrschbarkeit）的延伸，也就是檢驗是否為犯罪行為人的標準。犯罪的支配事實上已不限於正犯與共犯間的區分，而是涉及到在犯罪行為人的構成上該有那些（要素）的要求。甚至可以說，整個犯罪成立與否的判斷都是建立在行為人的行為是否能支配的遂行之上，因為如果為了一個行為所無法支配的利益侵害事件去處罰行為人，這樣對於刑法預防目的之達成是沒有意義的<sup>18</sup>。

其次，本文主張的實質支配，就是建立在諸般判斷要件是

---

犯之「功能性犯罪支配」，有人指出所謂功能性，即便像我們理解的是個別行為人間彼此有意識地組合成一個整體，仍然是一種假象，因為那是一種合作，而非支配，如 Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S. 136。而要區分共同正犯與幫助犯，也不是單純功能性支配一語所可以解決的，參考 Martina Baunack, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe*, 1999, S. 22 ff; Claus-Jürgen Goes, *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, 1982, S. 37 ff. 其他一般性的批評，可以參考游明得，同前註 2，頁 78 以下。

<sup>17</sup> Georg Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, S. 92, Welzel 更早已提出，在刑法中犯罪支配是對行為人歸責的基本原則，參閱 Hanz Welzel, *StGB*, 1965, 9. Aufl., S. 66.

<sup>18</sup> 蔡聖偉（2008），〈論間接正犯概念內涵的轉變〉，《刑法問題研究一》，頁 152，台北：元照。

否齊備之上。事實上，刑法犯罪論中要件的檢驗，都是在呈現行為人的行為是否對犯罪的成立是否具有支配。這些要件所透露出的內涵，如犯罪的審查結構是從抽象到具體，在前審查階段是在確認最根本的支配，亦即要將不受人力所控制的事件自始排除在刑法的歸責體系之外。具體而言，在構成要件該當性的審查層次，除了在構成要件的諸般規範下審查構成要件的涵攝之外，進一步在構成要件中也逐漸加上了客觀歸責此一從規範性的風險概念切入，排除不具支配風險成立的不成文要件<sup>19</sup>。至於主觀構成要件的故意，其認知的犯罪內容也必須對犯罪支配的因果過程有所意識，藉以排除主觀上根本不具支配力的處罰<sup>20</sup>。

次就阻卻違法事由而言，如緊急避難行為是在排除受到威脅的危險，是一種反面排除法益可能受到的侵害風險，使法益保護的客體受侵害風險的支配能被加以排除，因此這類情形得

---

<sup>19</sup> 客觀歸責從規範性的風險角度切入行為與結果的關連，雖亦已成為德國與我國學術界的有力且多數看法，不過這樣的說法也不是全然無質疑者，如 Frisch 著，蔡聖偉譯（2011），〈客觀之結果歸責－結果歸責理論的發展、基本路線與未決之問題〉，《法學新論》，32 期，頁 10 以下；Christoph Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 2004, S. 154 ff.

<sup>20</sup> Georg Küpper, a.a.O. (Fn. 17.), S. 92 f.

以阻卻犯罪的成立<sup>21</sup>。而罪責則是表達行為與行為人之間的聯結，自然也是在判斷行為人的不法行為，要不要由行為人來加以承擔。從而基於法規範的期待，看看是否可期待行為人不為不法的利益侵害行為，如果行為人明明是期待其不為而仍為之者，自然也應對其具有支配的利益侵害加以負責。

除此之外，不論是既遂犯或是未遂犯，陰謀犯或是預備犯，既然各有構成的要件可予認定，自然對於該種型態的犯罪成立而言，也都是一種犯罪成立上的支配。從而，犯罪的支配認定，即使在不同類型的構成要件實現上也都是一種支配的表徵。

### （三）共同正犯落實上的內部矛盾

然而，進一步要澄清的是，構成要件雖然是推知犯罪的實質支配是否具備的主要論據標準，但卻並非是唯一<sup>22</sup>。

本文所謂的「支配」雖並不全然一定要符合所謂構成犯罪

---

<sup>21</sup> Ebd., S. 94.

<sup>22</sup> 相續共同正犯毋寧也是一個值得我們思考的議題：因為後加入的行為人到底要如何就未形式上參與的部分共同負責，肯定者的看法多半也是從支配與否切入思考，詳細論述可以參考謝開平（2010），〈相續共同正犯應否對加入前之行為負責—評最高法院九十八年臺上字第四二三〇號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，2期，頁145以下對此正反不同說法的介紹與評釋。

之要件所需的所有細節，但是以此為出發點並當作內部制約則是一個必然的論據，這在共同正犯概念的應用中尤其明顯。原因在於，共同正犯在透過學理與實務的極度的擴張操作下，已然使其與刑法其他既有犯罪概念間產生了橫向關係聯結上的矛盾<sup>23</sup>。例如，共同正犯特殊的「整體」行為因果關係認定。此類因果關係的判斷，要從共同行為人間的整體行為來綜合判斷行為與結果間的歸責關連；而這與傳統討論之因果關係，乃至客觀歸責，都是個人主義刑法下的產物發展方向有所不同<sup>24</sup>。如今要易弦更張地採取傾向團體性認定的看法，勢必得有更強大的說理過程，而不能只憑實際上的利益平衡需求就可以達成<sup>25</sup>。不過，本文於此要再說明的是，由於共同正犯概念僅係

---

<sup>23</sup> 參見游明得（2012），〈共同正犯概念的現況與困境〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，〈甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集(上)〉，頁510以下，台北：承法。

<sup>24</sup> 古承宗（2011），〈規範上的共同性與共同犯意聯絡〉，《台灣本土法學雜誌》，185期，頁202。於此另外涉及與過失共同正犯的討論，文獻上已累積了相當的數量，中文部分可以參考彭文茂（2006），〈不法集體決議的因果關係與刑事歸責〉，頁20以下，國立台北大學法學系碩士論文。外文文獻可以參考Daniel Häring, *Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte*, 2005, S. 362 ff; Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte*, 2007, S. 44 ff; Erick Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006, S. 86 ff.

<sup>25</sup> 學理上即有認為「共同正犯此種個別行為，全部負責的處理模式，明顯與責任原則有違，而有封建主義時期團體主義的色彩」、「是以關於共同正

對單獨正犯於構成要件該當層次上的修正，所以本文所觀察背離個人主義方向<sup>26</sup>的發展也止於此；至於違法性與罪責的判斷，本係依個別行為人的行為分開判斷，不在上述指涉之列。

另一個重要的例證為共同正犯法律效果面的「一部行為，全部責任」之上。由於共同正犯對於犯罪的支配如果是透過其本身建構出的要件來加以延伸，則這樣的基礎其實是牴觸了對於構成要件的原始預設。尤其是如果一部分行為人僅止於預備階段，而另一部分人有共同行為決意的行為已達到著手實行之時，則全部共同行為人都可以論以該罪的未遂犯。重點應在於，對於犯罪的處罰，排除受到明確性質疑的預備犯乃至於陰謀犯外，則以進入著手實行的未遂犯為一般犯罪行為處罰始點<sup>27</sup>。也因此，共同正犯的支配在通說與實務的建構藍圖中，若是可以輕易跨過這條單獨正犯創設的處罰始點，在藉由他人的動作配合下而加以超越，亦即基於交互歸責而負擔相同責任，肯定

---

犯的本質，歷來即在探討如何克服與個責任原則衝突的問題」，斬宗立，同前註 4，頁 407-408。

<sup>26</sup> 不過是否如此，只是本文的觀察與推論，亦有不同見解提出：「即便採取共同正犯的歸責模式，也不表示責任就是共同責任的概念，而牴觸個人主義的刑法原則。從法制史的發展，或近代學說上的一致性看法，也不會推導出共同正犯的責任牴觸個人責任原則」，併予敘明。

<sup>27</sup> 游明得(2005)〈論刑法上著手實行的判斷—判斷標準與客體的綜合分析〉，《法官協會雜誌》，7卷1期，頁154。

的原因其實並沒有被好好加以說明。

尤其是以未遂犯與既遂犯具有相同客觀不法的前提下<sup>28</sup>，更可以證立本文的看法。因為共同正犯無論再怎麼內縮，對於未遂的要求都是一個合理的必要起點，而且不論基於何種立場，未遂也還是一個基本的要求。而這不論是自擴張行為人概念而言，未遂已然是一個合理的支配；甚而是自緊縮行為人概念而論，未遂的要求在實定法上也已有刑法的諸多規定加以支持。只是不可否認的是，如果堅持到未遂犯才有正當性，且回歸對於未遂是處罰的基本要求，則已越來越趨近本文對共同正犯就是單獨正犯「質」的集合立場了，因為一旦共同行為人都達到未遂犯的層次，不啻自己已具備單獨處罰的資格了。

## 二、前提限制—設立未遂為處罰之始點

首先，未遂犯為處罰始點的這條線，可謂是正犯單獨判斷是否處罰的起點，故應該固守這條最基本的處罰之線而不得任意加以逾越。因此若是共同行為人間，有人僅止於陰謀犯或預備犯的程度時，該行為人是不能藉著構成要件的涵攝或是依與其他共同行為人間彼此的利用關係，就加以提升到未遂，乃至

---

<sup>28</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，三版，頁574，台北：作者自版。

於既遂的處罰層次<sup>29</sup>。從而，若是共同行為人的行為僅止於陰謀行為，雖然甚難想像，解釋上亦應排除可能提升到預備犯之列。至於個別行為人是否成立預備犯甚至是陰謀犯，只能依個別行為人的個別行為判斷是否符合陰謀或預備的相關規定。

至於陰謀犯與預備犯的規定，在本文設定刑法處罰始點於著手實行的未遂時，就應將其定位在補充性質的例外處罰規定。而此不只限於本文探討的共同行為人的情形，在其他單獨正犯時，上述標準亦係放諸四海而皆準。從而，陰謀犯與預備犯的刑法規定，應只有限定在特殊的情形，才有例外提前處罰的必要<sup>30</sup>。

---

<sup>29</sup> 這也是一種刑法上的有力說法，參見 Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., 2006, S. 300 ff; Ingeborg Puppe, *Die gemeinsame Tatplan der Mittäter*, in: Jakobs(Hrsg.), *Spinellis-FS 2001*, S. 931.

<sup>30</sup> 至於現行法中陰謀犯與預備犯的規定是否符合例外規定仍須具有的明確性，與必要性的要求，是另一個問題。一直以來對於預備乃至陰謀規定的妥適性早有質疑，而論述的切入角度即為現行法上所設的處罰預備犯或陰謀犯規定，皆因欠缺要件明確性而有違罪刑法定的要求，如王榮聖（1995），〈預備罪之研究〉，頁 10，國立中興大學法律學研究所碩士論文。柯耀程（2001），〈刑法「原因自由行為」可罰性問題探討〉，《變動中的刑法思想》，頁 194 註 5，台北：元照。陳友鋒（2006），〈刑事不法的形式審查—構成要件的該當判斷（上）〉，《華岡法粹》，35 期，頁 136 等。因此多半只能基於例示性的描述來確立，如（一）基於實行特定犯罪意思而預備或持有武器或犯罪工具；（二）在犯罪處所、滯留或隱匿於計畫犯罪之處所；（三）探詢或製造犯罪機會；（四）準備參與犯罪之人，即

不過此處要再說明與共謀共同正犯間的連結。對此，依照前述的犯罪支配性的概念，重新理解共謀共同正犯：學理上有從行為類型「協力型」與「支配型」來解析共謀共同正犯，就

---

招募參與犯；(五)排除犯罪障礙或安全措施，例如將看守之犬加以毒殺；(六)練習犯罪之技術，例如測試武器之效能同時強化犯罪技術之精準；(七)尾隨被害人前往犯罪地行進；(八)安排脫逃之措施，參考高金桂(2003)，《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，頁204-205，台北：作者自版。

然而，從明確性與否切入是否能完整呈現對此概念的質疑，其實仍有相當的討論空間，主因在於明確性與否的「相對性」上，因為很難在絕對明確與不明確劃上一條清楚的界分線，因此儘管單陰謀或是預備此等十分簡易的文字難以透露出立法者切實的處罰意志，但至少法律保留的基本底線已然守住，要進一步否定其規定，除了非難其文字使用的不確定之外，勢必要有更多的理由來加以建構，就此陳志輝(2012)，〈預備犯之可罰性及其界限〉，國立政治大學法學院刑事法學中心，李聖傑、許恆達主編，《犯罪實行理論》，頁9-10，台北：元照，與文中看法相同。也就是，要從更根本處著手來加以思考。學說上據此加以延伸：如果自刑罰的目的在於確定具有侵害法益意義之行為，進而達到預防功能，在陰謀與預備犯沒法子達到如此的基礎標準時，根本解決之道是，廢除刑法上全部(形式)預備犯與陰謀犯的規定；若該預備行為真的有較高的危險性，另以立法形式加以犯罪化，成為獨立的構成要件，參閱黃榮堅，同前註28，頁480。蔡聖偉(2008)，〈從刑法總則檢視分別的立法〉，《刑法問題研究一》，頁448-449，台北：元照。德國文獻部分可以參考 Zaczek, in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen, NK-StGB, 4. Aufl., 2013, §22 Rn.3 f; Beckemper, in: von Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 2. Aufl., 2014, §22 Rn.8.; Rolf Dietrich Herzberg, in: Joecks/ Miebach, MK-StGB, 2003, §22 Rn.119 f. 以下的分析(於 Herzberg/ Hoffmann-Holland, in: Joecks/ Miebach, MK-StGB, 2011, §22 Rn.114.)。

「協力型」而言，在著手實行前有謀議行為，而在著手實行階段沒有參與行為者，如果是以彼此平等的「協力型」行為模式，那麼由於協力的基礎根本不存在，自然難以稱得上有通說所謂不法相互補充，或是交互歸責的共同正犯關係存在。換言之，立於平等地位的共謀共同正犯型態，如果不是在著手實行時至少有足以表徵構成要件實現的舉動存在，實不足以成立共同正犯，至多僅個別能成立陰謀或預備犯。此亦符合本文上述所提及：未遂犯為處罰始點的這條線，可謂是正犯單獨判斷是否處罰的起點，故應該固守此一最基本的處罰之線而不得任意加以逾越。至於較為常見基於組織支配的「支配型」共謀共同正犯，要處罰的其實是利用工具的行為人，故應適用的不是共同正犯的歸責原理，而應是間接正犯<sup>31</sup>。

### 三、依構成要件性質而為不同判斷

本文與傳統共同正犯處理方式最大的不同，將會是在構成要件的層面。亦即，構成要件一般認為存在了二種模式：即定式構成要件與不定式構成要件的分類，而作不同的理解。

按，犯罪構成要件可依在條文文字中是否對行為模式先行

---

<sup>31</sup> 游明得(2013)，〈共謀共同正犯理解的新選項〉，《真理財經法學》，11期，頁121以下。

確定其外沿，分為「定式構成要件」與「非定式構成要件」<sup>32</sup>。前者是指在構成要件中就描繪了較為明確的行為方式與內容<sup>33</sup>，例如刑法第339條第1項除了成文的施行詐術外，也含有不成文的財產交付等要件；而刑法第320條第1項的「竊取」也是以「未得同意之破壞他人持有，進而移轉於自己或第三人持有」限定其行為規範的內容<sup>34</sup>。後者則是在構成要件中並未要求特定的行為模式者，如刑法第271條殺人罪的「殺」與第277條的普通傷害罪的「傷害」<sup>35</sup>。此時構成要件的行為方式並未被詳細描述清楚，而必須透過因果關係等中間概念來加以確定<sup>36</sup>。儘

---

<sup>32</sup> 學說上對此一分類討論較多者，是有關不純正不作為犯中的等價條款（die Entsprechungsklausel）場域中，因為一般多認為這是對於「定式犯罪」的限制，如 Wessels/ Beulke/ Satzger, a.a.O. (Fn. 7.), §14 Rn.730; Jescheck/ Weigend, Strafrecht Lb, 5. Aufl., 1996, S. 629 f.

<sup>33</sup> 參考以下的論述，可以更加清楚：「什麼是構成要件行為？在『定式犯罪』（或稱限定行為模式之犯罪）的類型或許還能回答這個問題，因為法條中的確有描述特定的行為模式（構成要件行為，像是詐欺罪的施行詐術或是竊盜罪的竊取行為。但是在非定式犯罪的類型，例如殺人或傷害等罪，法條中並未要求特定的行為模式，自然也就無法確定構成要件行為之可言。」（蔡聖偉，同前註18，頁155。）。

<sup>34</sup> 本罪相關犯罪構成要件說明請參閱甘添貴（2013），《刑法各論（上）》，修訂三版，頁218-221，台北：三民；陳子平（2013），《刑法各論（上）》，頁397-398，台北：作者自版。

<sup>35</sup> 盧映潔（2015），《刑法分則新論》，十版，頁487、509，台北：新學林。

<sup>36</sup> 林山田（2005），《刑法各罪論（上）》，增訂五版，頁62，台北：作者自版。

管定式與不定式，實證上並未能在立法上作明確的區分，甚而我們也必須承認定式與不定式僅是量上的差別。但除了模糊的灰色地帶之外，這道鴻溝仍然是一條現實上極具應用性的概念分野<sup>37</sup>。本文以下將以上述構成要件分類標準加以出發，並依此區分對共同正犯加以重新建構。

由於立法者在定式構成要件中展現其立法約束的意志，相較於在非定式構成要件的授權，來得限制嚴格得多。若從本文主張之實質性的構成要件涵攝出發，則原先在共同正犯就予以肯認成立部分，大多會在非定式構成要件的層次也會得到都會成立的結論。至於會排除許多在傳統共同正犯領域將成立共同犯罪的情形，則多半會集中在定式構成要件的層次。

此外，如果共同行為人間所實施的行為處於相同階段時，如都同為預備、未遂或是既遂時，不論是依照傳統的共同正犯概念，或是本文的下述觀點推衍，自身已經足以充足該犯罪構成要件的要求，因此也都不須藉由共同正犯來加以輔助成立罪名上的統一。

---

<sup>37</sup> 不能否認的是，這樣的分類也存在著互斥構成要件所可能衍生的處罰漏洞問題，對此可另外參閱蔡聖偉（2013），〈論排他互斥的犯罪構成要件〉，《刑法問題研究二》，頁 40 以下，台北：元照。蔡聖偉（2012），〈未遂犯的「前審查要件」〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）》，頁 407 以下，台北：承法。

(一) 不定式構成要件範疇中的涵攝

首先，舉一傳統累積因果關係之例來做說明：設某甲與某乙分別要下毒殺某丙，但兩人都只下了不足量的毒藥，沒想到合起來的分量卻剛好足以毒死某丙。對此，一般以為若是某甲與某乙兩人之間沒有串連，而是同時犯的情形時，則某甲與某乙僅成立我國刑法第 271 條第 2 項的普通殺人未遂罪。但若某甲與某乙是以共同行為決意為基礎而共同實施行為，則兩人皆須負同條第 1 項的殺人既遂之責<sup>38</sup>。詳言之，若個別行為人係以同時犯的方式而生犯罪結果時，在傳統說法（也就是刑法第 28 條的共同正犯操作方式），可能是因客觀歸責中欠缺風險實現的「非常態關連」情形，而僅得成立普通殺人罪之未遂犯，這點本文與傳統共同正犯概念的結論並無不同。然而若行為人之間是共同為之，本文的判斷則是，在單獨觀察每一個人的行為，由於不定式犯罪要件的開放性，不必預先判斷或涵攝是否符合構成要件行為概念上的外沿。此時重點應在於，在行為與結果的歸責關連上，不論是在條件理論因果關係下的判斷已對於構成要件的結果發生具有支配性，或再加上客觀歸責理論判斷觀之，也應是具有客觀歸責例外屬性的特殊主觀認知<sup>39</sup>。此

---

<sup>38</sup> 參見許澤天(2003)〈擇一因果—條件理論之省略公式與因果律公式〉，《法學講座》，19期，頁62。

<sup>39</sup> 客觀歸責之特殊主觀認知部分，可以參照張麗卿(2014)，同前註3，頁

時，客觀構成要件該當。至於行為人主觀上之認知亦無誤差，在風險實現上亦已實現，因此具備主客觀構成要件該當性，再加上無阻卻違法與罪責事由存在，行為人的行為違法且有罪責。綜上，在犯罪的實質支配上，某甲與某乙分別都應負既遂之責。這與援用傳統共同正犯概念的結論雖然相同，但論理過程卻有差異。

由於不定式構成要件並不限定行為人的行為模式，因此自然不能用傳統形式的認定方式來確定構成要件的涵攝結果。因為構成要件的内容於此只是一種相對性明確，立法者選擇留給司法者一定程度的操作空間。從而，就不定式構成要件的涵攝，本文所採用的標準，雖然也一樣是實質性的判斷，也就是端看行為人的個別行為能否支配構成要件的结果產生，或是構成要件的實現<sup>40</sup>。甚而可以更進一步地說，這裡基於不定式構成要件性質與構成要件涵攝的實質性，不必多作強調也本應可推出此種結論。不過重要的是，在採取定式與不定式犯罪兩分的前

---

142；林鈺雄，同前註 4，頁 179 的介紹。

<sup>40</sup> 就此觀之，下述「共同正犯的定義是，與其他單獨正犯共同犯罪的單獨正犯，共同犯罪的意思是，以犯罪協議為基礎的不法行為分擔。」（黃榮堅，同前註 28，頁 810），或是其他功能性單一正犯結構對於共同正犯的詮釋，在此範圍內是有立基之點。甚而可以更進一步地說，這裡基於不定式構成要件性質與構成要件涵攝的實質性，不必多作強調也本應可推出此種結論。

提之下，共同正犯在不定式犯罪中的確會有如同以往共同負責情形出現，不過這純然是因為對於構成要件「行為」的開放性所致，而不是應用到傳統共同正犯成立的諸般要件所造成。

相較於本文下述的另一種型態「定式構成要件」犯罪，不定式犯罪在操作上毋寧更須著重該罪制訂的目的等加以考量，在構成要件的形式拘束顯然較少。因此由於不定式構成要件犯罪不限定行為模式，其構成要件的涵攝將會衍生出多種可能，而涵攝的標準只要是可以支配犯罪構成要件實現者，也就是具有構成要件實現的歸責關連者都可以通過其檢驗。

## （二）嚴守份際的定式構成要件涵攝

有關定式構成要件犯罪可舉一例加以說明：「設某甲與某乙二人合意至某丙家中竊取財物，二人到達目的地後一起躍入某丙家中，依原先分工之計劃由某甲下手至某丙房內偷走保險箱，某乙則在客廳內把風。兩人合作之後順利竊得某丙家中財物。此時某甲與某乙應如何論罪？」

首先，在定式構成要件犯罪中因為立法者已經設定了具體的行為模式，因此在為行為的構成要件涵攝時，自然不能加以忽略此一特徵。往昔也多因定式構成要件中的先天限制，再加上形式且狹隘解釋構成要件雙重影響下，才有了共同正犯這個能有很大操作空間的概念。其產生的主要原因，就是要使共同

正犯可以由共同行為決意為基礎，來突破定式構成要件的諸多限制。

學說及實務對於共同正犯在客觀面的補強，其實是相當不遺餘力地。尤其在定式構成要件中，論者就有提出共同參與的行為必須是就犯罪而言的重要行為<sup>41</sup>，也就是必須對於犯罪的實現具有實質重要性者，是一種限縮並加強客觀上延伸正當性的說法。此類說法的共同特色就是，試圖給予其他行為人在構成要件涵攝上的不足予以補強，讓共同行為人也受到一樣的歸責。不過回歸最基本的思考是，如果行為根本無法涵攝到構成要件中，為何要加以補足？意義究竟何在？

對此，本文選擇回歸構成要件的本質加以思考，在定式構成要件犯罪既然立法者在此種規範中明白且以較為嚴格的方式表達其所欲達成的規範效果，那麼自然應受到該有的尊重。而這可以導出以下的結論：在定式構成要件中，即使其他共同行為人有以共同行為決意為基礎的個別行為實施，也無法據此涵蓋所有的構成要件，而視為完全構成要件的實現。詳言之，不論是如何地為實質判斷構成要件涵攝，立法者在定式構成要件中所決定正犯應具備的完整構成要件性要求是具有絕對性的價值提示。因此，上述案例依本文的判斷標準，某甲自身即可通

---

<sup>41</sup> 這就是功能性犯罪支配的立場，參閱 Claus Roxin, a.a.O.(Fn.29.), S. 300.ff.

過竊盜罪的檢驗而成立該罪的正犯；但是某乙則除構成侵入住宅罪既遂外，至多僅能成立竊盜罪（含普通竊盜與加重竊盜罪）的幫助犯，而不能論以共同正犯。關鍵即在於某乙的行為無法符合竊盜罪的構成要件行為「竊取」的要求，因而不得成立該罪的正犯。原因在於，在定式犯罪之下，實無法為相互補充的共同正犯互相歸責之認定，更遑論再進一步討論共同行為決意與共同行為實施等要件。從而，在定式構成要件的預設前提下，共同行為人間即使彼此為相互歸責的利用關係，將成立未遂犯而非一般認知依共同正犯概念而都成立既遂犯。

接下來要澄清的問題是，只處罰到未遂犯於是否有評價不足的問題？在解釋上，未遂犯與既遂犯毋寧只是犯罪成立要件多寡的問題而已<sup>42</sup>。不論是既遂犯或是未遂犯都不應偏離原本犯罪的處罰目的，因此既遂犯與未遂犯不是一個截然兩分而有

---

<sup>42</sup> 參見黃榮堅，同前註 15，頁 80。或是也可以依循著蔡聖偉，同前註 18，頁 179 註 50，從規範論的角度來解析：「法規範只能夠在行為時發揮作用，其所以禁止或影響的，永遠只是行為人的『行為』。至於緊接於行為之後所發生的因果流程與結果，則是受到自然法則的支配，而不再是人類社會法律規範所能禁止或影響者。用比喻的方式來說，法律只能夠禁止一個人開槍，而沒有辦法阻止已經被擊發的子彈繼續前進，沒法辦法阻止它擊中被害人。因此，一個行為的不法要素應該是在行為當時便已被確定，至於行為後才發生的事實（如因果流程以及隨後被引起的結果），只會影響到需刑罰性的高低，僅受到偶然的自然因素左右。」

本質上差別的兩組概念。這點也可以藉由學理上的多數說法對於未遂犯與既遂犯兩者間的關係是採取不真正競合的「競合解決論」<sup>43</sup>得到一些印證。其次，在量刑上，未遂犯的刑罰也不必然是輕於既遂犯，而是應採取個案情形判斷，這自我國刑法第 25 條第 2 項規範的法律效果是「得」按既遂犯之刑減輕，非為必減，亦可得知。最後，基於構成要件的明確性有針對國家的特性存在，要求明確之目的在讓人民對於國家的高權處罰行為會有可預測性，因此在立法者已經明白限定行為模式的定式構成要件型態，自然就應受到該構成要件的拘束而不得任意加以擴張或有所逾越。

## 肆、結語

刑法所規範對犯罪的處罰，泰半是植基於法益保護<sup>44</sup>的利

---

<sup>43</sup> 對於未遂犯與既遂犯之間的關係，究竟是要採取「構成要件解決論」或是「競合解決論」，可以參考蔡聖偉，同前註 37，〈未遂犯的「前審查要件」〉，頁 405 的討論。

<sup>44</sup> 法益保護真是刑法的任務嗎？參見 Claus Roxin, *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: Hefendehl, *Emperische und dogmatische Fundamente*, 2005, S. 135 ff 著，許絲捷譯(2012)，〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 227-280，台北：元照以下的反思。中文文獻如鄭善印（1997），〈刑法的目的只有法益保護嗎？—以日本刑法學說為觀察核心〉，蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集編輯委員會主編，《現代刑事法與刑事責任—蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集》，頁 649 以

益衡量之上。而投射到憲法上，這也是一種基本權利相互衝突的情形，因此利益衡量自然有其重要性。此外，刑罰權的運用，也必須符合法治國原則下使人民可預測的本質限制。這些的本質都是以人民的權利保障書而出發，而非專以處罰人民為目的。可惜的是，共同正犯概念原先制訂是想讓對犯罪的實施有支配關係的行為人，在沒有完整實施嚴格意義的構成要件行為下，仍能受到應有制裁；而現行的操作已經逐漸背離了上述的要求，並且會讓人有走向專以處罰人民為首要目標的錯誤印象。共同正犯不應在高使用率的實然下，繼續屈就如此的負面評價。這也促使我們必須面對，是否應給予同正犯概念一個合理妥適運用的新面貌了。

依此，本文提出共同正犯理解的新選項，其實毋寧只是回歸正犯思考的本質，而以共同正犯為單獨正犯質的集合觀點為出發，再依單獨犯的判斷方式重新加以理解。之後進一步再區分為定式與不定式構成要件犯罪，作不同的建構，而背後實質的判斷標準就是犯罪的實質支配。這樣的操作背景不全然是以外國法制與學說為唯一的論述基礎，其實更想達到的是刑法本土化思考的落實<sup>45</sup>。即便如此，其中部分論述也其實仍有一些

---

下，台北：國際刑法學會中華民國分會、財團法人刑事法雜誌社基金會。  
高金桂，同前註 30，頁 104 以下。

<sup>45</sup> 有關刑法之繼受應有的態度，參見謝開平（2012），〈刑法之比較與繼受—

問題，如在與間接正犯的區分，或是改成共犯唆使時是否會有不同結論等待釐清；不過仍期待以此為出發，能給予傳統深信不疑的刑法舊命題，賦予新的思維空間，即便這樣的選項不必然成熟而且妥適。

---

代序》，《刑法之比較與繼受》，頁 4-5、11，台北：元照。



## 參考文獻

### 一、中文部分

Frisch 著，蔡聖偉譯（2011）。〈客觀之結果歸責—結果歸責理論的發展、基本路線與未決之問題〉，《法學新論》，32 期，頁 1-44。

Frisch, Wolfgang, trans. Tasi, S. W. (2011). Objective Attribution, *Journal of New Perspectives on Law*, 32, 1-44.

Roxin 著，許絲捷譯（2012）。〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 227-280。

Claus Roxin, trans. Hsu, S. J. (2012). Latest Discussion on Legal Interest, *The Taiwan Law Review*, 211, 227-280.

王榮聖（1995）。《預備罪之研究》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

Wang, R. S. (1995). *The Research of Preparatory Crime*, Law Centre Law Lab of National Chung Hsing University.

古承宗（2011）。〈規範上的共同性與共同犯意聯絡〉，《台灣本土法學雜誌》，185 期，頁 199-205。

Ku, C. C. (2011). The Sameness of Regulations and the Connection of Joint Intention , Taiwan Law Journal, 185, 199-205.

甘添貴(1996)。〈共同正犯之客觀行為〉，《月旦法學教室》，12期，頁50-51。

Gan, T. G. (1996). The Joint Principal Offenders' Objective Act, Taiwan Jurist, 12, 50-51.

甘添貴(2013)。《刑法各論(上)》，修訂三版。台北：三民。

Gan, T. G. (2013). The Theory of the Offenses in the Criminal Law., 3rd ed., Taipei: San Min.

甘添貴、謝庭晃(2006)。《捷徑刑法總論》，增訂二版。台北：作者自版。

Gan, T. G./ Hsieh, T. H (2006). Criminal Law: General Principles, 2nd ed., Taipei: Self-published.

余振華(2013)。《刑法總論》，修訂二版。台北：三民。

Yu, Z. H. (2013). Criminal Law: General Part, 2th ed., Taipei: San Min.

林山田（2008）。《刑法通論（下）》，增訂十版。台北：作者自版。

Lin, S. T. (2008). *Criminal Law: General Principles, Part II*, 10th ed., Taipei: Self-published.

林山田（2005）。《刑法各罪論（上）》，增訂五版。台北：作者自版。

Lin, S. T. (2005). *The Theory of the Offenses in the Criminal Law*, 5th ed., Taipei: Self-published.

林書楷（2014）。《刑法總則》，二版。台北：五南。

Lin, S. K. (2014). *The General Principles Of Criminal Code*, 2nd ed., Taipei: Wunan.

林鈺雄（2014）。《新刑法總則》，四版。台北：作者自版。

Lin, Y. S. (2014). *New General Principles Of Criminal Law*, 4th ed., Taipei: Self-published.

柯耀程（2001）。〈刑法「原因自由行為」可罰性問題探討〉，《變動中的刑法思想》，頁 191-216。台北：元照。

Ke, Y. C. (2001). On Punishability of “Actio Libera in Causa”, pp. 191-216, Taipei: Angle Publishing.

高金桂（2003）。《利益衡量與刑法之犯罪判斷》。台北：作者自版。

Gao, J. G. (2003). *The Interest Measurement and the Criminal Judgement*, Taipei: Self-published.

陳子平（2015）。《刑法總論》，三版。台北：元照。

Chen, Z. P. (2015). *Criminal Law, General Part, 2nd ed.*, Taipei: Angle Publishing.

陳子平（2013）。《刑法各論（上）》。台北：作者自版。

Chen, Z. P. (2013). *The Theory of the Offenses in the Criminal Law, Vol. I*, Taipei: Self-published.

陳友鋒（2006）。〈刑事不法的形式審查－構成要件的該當判斷（上）〉，《華岡法粹》，35期，頁123-158。

Chen, Y. F. (2006). A Formal Compliance Rule of Criminal Offenses-A Judgment of Conformation to the Constituent Elements of an Offense, *Hwa Kang Law Review*, 35, 123-158.

陳志輝（2012）。〈預備犯之可罰性及其界限〉，國立政治大學法學院刑事法學中心，李聖傑、許恆達主編，《犯罪實行理論》，頁3-40。台北：元照。

Chen, Z. H. (2012). The Punishability and Limit of the Preparatory Crime, Execution Theories of Crime, pp. 3-40, Taipei: Angle Publishing.

許澤天（2003）。〈擇一因果—條件理論之省略公式與因果律公式〉，《法學講座》，19 期，頁 50-62。

Hsu, T. T. (2003). The Alternative Causation: Abridging and Causation Formulae of the Conditional Theory, Law Forum, 19, 50-62.

張麗卿（2014）。《刑法總則理論與運用》，增訂四版。台北：五南。

Chang, L. C. (2014). Theory and Application of the General Criminal Law, 4th ed., Taipei: Wunan.

彭文茂（2006）。《不法集體決議的因果關係與刑事歸責》，國立台北大學法學系碩士論文。

Peng, W. M. (2006). Causation and Criminal Attribution of the Illegitimately Collective Decision, National Taipei University Department of Law Master's Thesis.

游明得（2005）。〈論刑法上著手實行的判斷—判斷標準與客體的綜合分析〉，《法官協會雜誌》，7 卷 1 期，頁 154-167。

Yu, M. D. (2005). On Judgement of Execution: General Analysis of Standards and Objectives of the Judgement, *Journal of Judges Association*, 7(1), 154-167.

游明得（2012）。〈共同正犯概念的現況與困境〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）》，頁 507-539。台北：承法。

Yu, M. D. (2012). The Reality and Dilemma of the Joint Principal Conception, A Research Collection in Honor of Professor Tian-Guei Gan's 70th Birthday (Volume I ), pp. 507-539, Taipei: Angle Publishing.

游明得（2012）。〈共同正犯正當化論據的檢視〉，《玄奘法律學報》，18期，頁 59-98。

Yu, M. D. (2012). Examine the Legitimate Basis of Joint Principal Offenders, *Hsuan Chuang Law Journal*, 18, 59-98.

游明得（2013）。〈共謀共同正犯理解的新選項〉，《真理財經法學》，11期，頁 105-136。

Yu, M. D. (2013). The New Option of Understanding "Conspiracy Joint Principal Offenders", *Aletheia University Journal of Financial and Economic Law*, 11, 105-136.

- 黃常仁（2009）。《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，二版。  
台北：新學林。
- Huang, C. R. (2009). *Criminal Law Introduction: Logic Analysis and System Demonstration*, 2th ed., Taipei: Sharing Publishing.
- 黃榮堅（2004）。〈論偽造文書之行使行為—評 92 年度台上字第 2293 號等判決〉，《台灣本土法學雜誌》，54 期，頁 63-80。
- Huang, J. C. (2004). On Execution of Writ Forgery, *Taiwan Law Journal*, 54, 63-80.
- 黃榮堅（2012）。《基礎刑法學(下)》，三版。台北：作者自版。
- Huang, J. C. (2004). *Basic Criminal Law, Part II*, 3rd ed., Taipei: Self-published.
- 黃翰義（2010）。《刑法總則新論》。台北：元照。
- Huang, H. Y. (2010). *The General Principles of Criminal Law*, Taipei: Angle Publishing.
- 靳宗立（2010）。《刑法總論 I》。台北：作者自版。

Jin, Z. L. (2010). *General Principles, Part I*, Taipei: Self-published.

鄭善印（1997）。〈刑法的目的只有法益保護嗎？－以日本刑法學說為觀察核心〉，蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集編輯委員會主編，《現代刑事法與刑事責任－蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集》，頁 649-668。台北：國際刑法學會中華民國分會、財團法人刑事法雜誌社基金會。

Cheng, S. Y. (1997). *Protection of Legal Interests: Based on Japanese Criminal Law Research, Modern Criminal Law and Criminal Responsibility-A Research Collection In Honor Of Professor Duen-Ming Tsai*, pp. 649-668, Taipei: The Taiwan/ ROC Chapter, International Association of Penal Law and Criminal Law Journal.

鄭逸哲（2005）。〈「共同殺人構成要件」非「個別成員構成要件」〉，《月旦法學雜誌》，122期，頁 264-275。

Cheng, Y. C. (2005). *The Constituent Elements of Joint Homicide but the Ones Of Singular Member*, *The Taiwan Law Review*, 122, 264-275.

鄭逸哲（2011）。〈「共同正犯」論罪不得割裂〉，《月旦法學教室別冊—刑事法篇》，頁 57-58。

Cheng, Y. C. (2011). Punishing Joint Principal Offence Jointly, *Taiwan Jurist*, 57-58.

蔡聖偉（2014）。《刑法案例解析方法論》。台北：元照。

Tsai, S. W. (2014). *Criminal Cases Solution Methodology*, Taipei: Angle Publishing.

蔡聖偉（2008）。〈從刑法總則檢視分則的立法〉，《刑法問題研究一》，頁 413-453。台北：元照。

Tsai, S. W. (2008). Examination General Criminal Law from Legislation of Specific Offences, *Issues of Criminal Law I*, pp. 413-453, Taipei: Angle Publishing.

蔡聖偉（2008）。〈論間接正犯概念內涵的轉變〉，《刑法問題研究一》，頁 137-184。台北：元照。

Tsai, S. W. (2008). The Transformation of the Indirect Principal Offense, *Issues of Criminal Law I*, pp. 137-184, Taipei: Angle Publishing.

蔡聖偉（2012）。〈未遂犯的「前審查要件」〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，《甘添貴教授七

秩華誕祝壽論文集（上）》，頁 395-414。台北：承法數位文化。

Tsai, S. W. (2012). “Preliminary Examination” of the Attempted Offence, A Research Collection in Honor of Professor Tian-Guei Gan’s 70th Birthday (Volume I ), pp. 395-414, Taipei: Cheng-Fa Digital Publishing.

蔡聖偉（2013）。〈論排他互斥的犯罪構成要件〉，《刑法問題研究二》，頁 137-184。台北：元照。

Tsai, S. W. (2013). The Incompatibilities among Criminal Offenses, Issues of Criminal Law I, pp. 137-184, Taipei: Angle Publishing.

盧映潔（2015）。《刑法分則新論》，十版。台北：新學林。

Lu, Y. C. (2015). The Specific Provisions of Criminal Law, 10th ed., Taipei: Sharing Publishing.

韓忠謨（1982）。《刑法原理》，增訂十五版。台北：作者自版。

Han, Z. M. (1982). Criminal Law Principles, 15th ed., Taipei: Self-published.

謝開平（2010）。〈相續共同正犯應否對加入前之行為負責—評最高法院九十八年臺上字第四二三〇號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，2 期，頁 145-150。

Hsieh, K. P. (2010). Successive Joint Principals are Liable for Acts Before Join Or Not, *Court Case Times*, 2, 145-150.

謝開平（2012），〈刑法之比較與繼受—代序〉，《刑法之比較與繼受》，頁 3-14。台北：元照。

Hsieh, K. P. (2012). Comparison and Reception of Criminal Law, *Comparison and Reception of Criminal Law*, pp. 3-14, Taipei: Angle Publishing.

## 二、德文部分

Bauer, Claudia (1996). *Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschafttsdelikten)*, München.

Baunack, Martina (1999). *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe*, Berlin.

Dencker, Friedrich (1996). *Kausalität und Gesamttat*, Berlin.

Goes, Claus-Jürgen (1982). *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Berlin.

Haas, Volker (2008). Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, Berlin.

Haft, Fritjof (2004). Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München.

Häring, Daniel (2005). Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikte, Basel.

Heinrich, Bernd (2014). Strafrecht-Allgemeiner Teil , 4. Aufl., Stuttgart.

Herzberg, Rolf Dietrich (1977). Täterschaft und Teilnahm: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München.

Hübner, Christoph (2004). Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, Berlin.

Jescheck/ Weigend (1996). Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin.

Joecks/ Miebach (2003). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 1. Aufl..

- Joecks/ Miebach (2011). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 2. Aufl..
- Kienapfel/ Höpfel/ Kert (2013). Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil, 14. Aufl., Wien.
- Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen (2013). Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 4. Aufl..
- Kraatz, Erick (2006). Die fahrlässige Mittäterschaft: ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, Berlin.
- Küpper, Georg (1990). Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin.
- Puppe, Ingeborg (2001). Die gemeinsame Tatplan der Mittäter, in: Jakobs, Spinellis-FS, S. 915-944.
- Renzikowski, Joachim (1997). Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen.
- Rotsch, Thomas (2009). Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft: Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen.

Roxin, Claus (2003). Strafrecht Allgemeiner Teil Band II  
-Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München.

Roxin, Claus (2005). Rechtsgüterschutz als Aufgabe des  
Strafrechts?, in: Hefendehl, Emperische und dogmatische  
Fundamente S.135-150. ,

Roxin, Claus (2006). Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl.,  
Berlin.

Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme (2007). Täterschaft beim  
Fahrlässigkeitsdelikte: die Zuständigkeit für die  
Risikoquelle als Täterbegriff, Berlin.

Schönke/ Schröder (2014). Strafgesetzbuch: Kommentar, 29.  
Aufl..

Stein, Ulrich (1988). Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre,  
Berlin.

Triffterer, Otto (2004). Österreichisches Strafrecht allgemeiner  
Teil , Wien; New York.

von Heintschel-Heinegg (2014). Beck'scher Online-Kommentar  
StGB, 2. Aufl..

Welzel, Hans (1965). Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung, 9. Aufl., Berlin.

Wessels/ Beulke/ Satzger (2014). Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau , 44. Aufl., Heidelberg.

