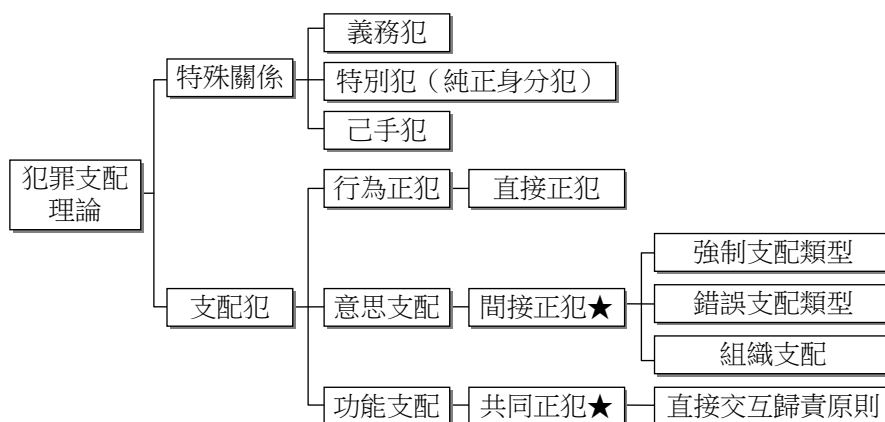




【體系導覽】

一、概述⁵：

- (一)關於犯罪參與的方式，我國刑法在體例上明確採取正共犯區分制，不過要注意的是，通說只有在故意犯是採取正共犯區分制，在過失犯又是單一正犯制，以下僅以通說的視角作說明。
- (二)而我國多數學說將此體例稱作「二元犯罪參與體系」，其將犯罪人區分為正犯與共犯兩類，正犯指的是實施不法構成要件之人，而共犯則是透過教唆或幫助方式實現不法構成要件之人，僅能以教唆犯或幫助犯處罰。接下來將介紹如何區分正犯與共犯。

⁵ 以下整理自王皇玉，刑法總則，2020年8月6版，頁411-430；林書楷，刑法總則，2018年9月，4版，頁299-311。

爭點限時通



【區分正共犯的標準⁶】

(一)主客觀綜合判斷說（實務見解）：

凡以自己犯罪意思而參與犯罪者，無論所參與的行為是否為構成要件的行為，皆屬正犯；只有「以幫助他人犯罪意思為構成要件以外的行為，才是從犯」。



實務怎麼說【最高法院25年上字第2253號判例】

現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。

(二)犯罪支配理論：

1. 在確認多數人參與犯罪之後，為了區分整個犯罪流程的A咖老大與B咖小弟（即正共犯），藉由「犯罪支配關係」的概念來證立正犯，亦即具有支配力的人在整個犯罪流程中，一定是不可或缺並具有關鍵影響力，是犯罪的「核心」人物，並非無關緊要的「邊緣角色」。他掌控並決定了整個犯罪，是否從事犯罪，如何進行犯罪，所以他是不法內涵最大的A咖，應

6 小提醒：如果題目是要考「正共犯的區分」爭點的話，由於犯罪主體的資格確認會影響到構成要件的審查內容，所以首先要在前審查階層（或客觀構成要件中的行為主體），來處理行為人在該條罪名之下是否成立正犯，再去開始構成要件的階層審查。如果得出的結論排除正犯的話，就要按照共犯的處理流程下去解題。如果還有其他更重要的爭點，就簡短的說明有此學說爭議即可。參照蔡聖偉，刑法解析方法論，元照，2020年8月，3版，頁189。

被評價成正犯。

2. 至於B咖，在不法構成要件實現的犯罪過程中，不具支配地位，對於如何實行構成要件該當之行為，原則上取決於正犯的犯罪意思做決定，僅擔任一個誘發或促成犯罪的邊緣角色⁷。
3. 其內涵又可分為行為支配（單獨、直接正犯）、意思支配（會在下面的間接正犯討論）與功能性支配。功能性支配，係指多數人出於共同犯罪的意思，共同實現犯罪行為，彼此之間所分配的行為與角色各不相同，不過對於構成要件的實現各自具有功能性的支配力，只要對於犯罪之完成有所貢獻，且對整個犯罪計畫的實現係不可或缺的角色，不管是在客觀上或主觀上的貢獻，即使未直接參與構成要件行為，僅是參與事前的謀劃、在現場擔任把風或事後主持分贓，應交互歸責給各個成員，成立共同正犯。

(三) 犯罪支配理論的例外⁸：

1. 不過要注意的是，犯罪支配理論是用在「支配犯」，在非屬支配犯的範圍則不適用，其中有「義務犯」（常舉的例子是背信罪：違反他人管理財產義務；肇事逃逸罪：違反救助義務；不作為遺棄罪：違反扶助義務）、「特別犯」（純正身分犯或不法身分）、「己手犯」（指的是親自為之者才會成立），可以說是更加嚴格的純正身分犯（常舉的己手犯例如，通姦、重婚、血親性交、偽證⁹、醉態駕駛）。因為立法

⁷ 許澤天，刑法總則，2020年8月，初版，頁280。

⁸ 這種特別犯的討論，行為主體的審查就已經先行確定，不用再討論上述關於正共犯的學說討論；但如果是一般犯的話，還是要先討論，然後再採一說做結甯。參照蔡聖偉，刑法解析方法論，元照，2020年8月，3版，頁189。

⁹ 參照101年度台上字第5863號判決意旨：「學說所稱『己手犯』，係指某些犯罪，在性質上必須具有某種特定身分或關係之人，直接親自實行構成要件行為，始能成立該犯罪之正犯。正犯以外之人雖可對之加工而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得

者已在特殊的情形明白指示具有特殊身分者才能成立該罪的正犯，不具該身分者最多成立共犯，例如公務員犯罪即為適例。

2. 所以，按上述說明，這些特殊的身分限制的犯罪，理論上不具身分者無法成立正犯（間接正犯、共同正犯），但是在純正身分犯（不法身分），因為刑法第31條第1項規定不具身分者也可以透過不法身分者「擬制共同正犯」。但無論如何不具不法身分者，是不會成立間接正犯的，因為條文只擬制了「共同正犯」，並沒有擬制間接正犯。還有己手犯，非親自為之者，也不會成立間接正犯與共同正犯。

二、間接正犯¹⁰：

間接正犯解題架構¹¹

- (一)先確認下手實施犯罪行為者之可罰性，如果不成立故意犯罪的話，接下來繼續檢驗幕後行為人是否成立具有利用關係的間接正犯；如果成立故意犯罪的話，還需要檢驗是否有成立正犯後正犯的概念。
- (二)幕後行為人的可罰性：
 - 1.構成要件：
 - (1)客觀構成要件：
 - ①審查特殊之行為主體：確認幕後行為人未親自以正犯方式實現所有客觀構成要件要素。
 - ②最接近構成要件實現之人之行為歸責給行為人（利用支配關係），確認是否具備認知或意志支配，可能尚需分辨間接正犯與教唆犯。（構成要件不該當、不具違法性或罪責、組織

為該罪之間接正犯或共同正犯，亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯，如偽證罪即是。」

¹⁰ 以下整理自王皇玉，刑法總則，2020年8月，6版，頁430-439。

¹¹ 參照許澤天，刑法總則，2020年8月，初版，頁305-306。

支配或錯誤支配，可作為輔助判斷標準。)

(2)主觀構成要件：包含了建構犯罪支配的事實。

2.違法性與罪責：與故意犯相同。

(一)內涵：

- 1.係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，間接實現構成要件。也就是說，藉由其個人優越意志，躲在幕後支配且操縱前台的工具，因此整個犯罪流程可以說是幕後操縱者意思支配下的創作物，幕後操縱者亦具有正犯性質¹²。
- 2.與教唆犯的區別：教唆犯依據「限制從屬性」，必須依存於一個正犯行為，且該正犯行為只要是故意為之，且有構成要件該當性與違法性即為已足，而不需要有責性。依據正共犯之區分，應依照現行通說「犯罪支配理論」，在個案中判斷支配者是否處於優勢地位加以區分。

(二)工具類型：

- 1.利用他人不具構成要件該當性的行為犯罪：行為人利用他人具有支配性的影響力，或有目的的欺瞞誘導，令他人為不具犯罪構成要件該當性的自傷行為。學說上亦有認為，對於強制他人採取自我損害行為，行為人所為之強制程度必須達到使他人免責的狀況才能構成間接正犯¹³。
- 2.利用他人無構成要件故意之行為犯罪：
 - (1)利用他人無故意或不知情的狀態而實行犯罪。例如，行為人將演員的假槍換成真槍有子彈，在不知情的狀況下開槍射死。
 - (2)利用他人犯輕罪之機會，以誤導或誘騙的方式，遂行自己犯

¹² 許澤天，刑法總則，2020年8月，初版，頁304。

¹³ 許澤天，刑法總則，2020年8月，初版，頁308。

重罪的目的。例如，甲拿一把刀給乙，叫他去砍丙一刀，乙本來就很討厭丙，想說給他砍一刀受點教訓，詎料，這把刀上有塗抹七蟲七花膏¹⁴，乙砍一刀本來只是普通傷害罪，現在是殺人罪。不過如果支配者誤以為被利用人是不知情，豈料被利用人知情且有故意的話，僅能認為支配者成立教唆犯而非間接正犯。

3. 利用他人合法之行為犯罪：此他人的合法犯罪包含合乎法令之行為或阻卻違法性之行為。

4. 利用無責任能力人或阻卻罪責之行為犯罪：

(1) 行為人利用無責任能力人實現犯罪：可能是欠缺意識的行為不法猶如錯誤支配；或欠缺決定合法行為的控制能力猶如強制支配，皆可成立間接正犯¹⁵。

(2) 行為人利用他人不可避免之禁止錯誤行為而犯罪：較早之前的實務見解有提到說，若他人誤信其所教唆之事項為合法行為而實施之，並無犯罪故意者，則授意人係利用不知情之人以實施自己之犯罪¹⁶。

(3) 強制他人為犯罪行為：行為人以強暴脅迫之方式，壓制他人的自由意思，令他人實現犯罪行為。例如，甲拿槍指著乙的頭，叫乙把丙從101丟下去，乙之行為不能夠依據緊急避難而阻卻違法，不過可以依照期待可能性來寬恕罪責；而甲利於優勢地位與意思支配操控丙為犯罪工具，應成立殺人罪的間接正犯。

14 七蟲七花膏乃是以七種毒蟲、七種毒花搗爛煎熬而成的奇毒，氣味辛辣刺鼻，毒性劇烈。此毒所用的七蟲七花，依人而異，南北不同，最具靈驗神效配製方法的共有四十九種，其中的變化異方則又有六十三種，須施毒者自解。若要解去此毒，需以毒攻毒，但若解方配製稍有誤差，中毒者立時喪命。來源自《倚天屠龍記》。

15 許澤天，刑法總則，2020年8月，初版，頁312。

16 參照28年上字第19號判例意旨。