

第7章

正共犯

【體系圖】



第1節 正 犯

考點1 共同正犯

▶ 階層定位 構成要件

CASE 慣竊甲、乙某日在街上，先由甲向丙搭訕聊天，分散丙的注意力，再由乙趁丙不注意的時候偷走丙包包中的皮夾。

實戰模版

客觀上，甲、乙就(搭訕並趁機偷走丙包包中皮夾)之共同實行「行為分擔」；主觀上，甲、乙對(竊盜)之實行亦具「犯意聯絡」，又二人(分別分散被害人之注意力及偷走皮夾)而對犯罪之實行具功能性支配之補充地位，按第28條及不法連帶之「一部行為全部負責」原則，成立共同正犯。

【簡略版】

客觀上，甲、乙就(搭訕並趁機偷走丙包包中皮夾)之共同實行「行為分擔」；主觀上，甲、乙對(竊盜)之實行亦具「犯意聯絡」，又二人(分別分散被害人之注意力及偷走皮夾)而對犯罪之實行具功能性支配，成立共同正犯。

筆者的話

共同正犯本身的審查就比較複雜一些，如果同時又碰到其他比較特別的犯罪審查體系，比如未遂犯，則建議統一將共同正犯的審

查分開獨立到前面，待審查完後，再另外審查未遂犯的部分，否則極為容易不知道要怎麼融合這兩個不同體系的主客觀審查，最後寫到錯亂或開花。

106台上137決

共同正犯，係共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立不以全體均參與實行犯罪構成要件之行為為要件。且共同正犯之意思聯絡，並不以數人間直接發生者為限，間接之聯絡者，亦包括在內，復不限於事前有所謀議，僅於行為當時有共同犯意之聯絡，於行為當時，基於相互之認識，不論明示通謀或相互間默示合致，以共同犯罪之意思參與，均屬之；而行為分擔，亦不以每一階段皆有參與為必要，倘具有相互利用其行為之合同意思所為，仍應負共同正犯之責；蓋共同正犯，於合同意思範圍內，組成一共犯團體，團體中任何一人之行為，均為共犯團體之行為，他共犯均須負共同責任，初無分別何一行為係何一共犯所實行之必要。

考點2 共謀共同正犯

▶ **階層定位** 構成要件（緊接在共同正犯之審查後面）

CASE 曾在丙家擔任幫傭的乙深知丙家的日常作息及家中格局，便與甲商討潛入丙家行竊的時機，計畫當日趁丙一家外出時，由甲潛入丙家，由乙一邊以手機指揮甲前往丙藏匿私房錢及名錶的保險箱，再透過甲高超的技巧破解保險箱密碼，成功得手現金數百萬及名錶勞力士滿天

星。

實戰模版

又乙雖未參與甲之共同實行，惟其（於事前以其知悉丙家日常作息而與甲共同商討潛入丙家行竊的時機，並於行竊當下以手機指揮甲前往丙藏匿私房錢及名錶的保險箱），即可認已補足物理上未到場實行之構成要件行為，而其功能性支配之補充地位，成立「共謀共同正犯」，若依釋字第109號解釋所採之「主客觀擇一說」為判斷，結論亦同。

筆者的話

共謀共同正犯比較常見於僅參與前階段犯罪計畫擬定的人。實務之所以要如此擴張地使用主客觀擇一理論，主要是因為有太多詐騙集團後面的首腦都是只有參與事前的計畫階段，若不承認共同共謀正犯，將難以對此等「藏鏡人」加以制裁。

釋字109號

共同正犯，係共同實施犯罪行為之人，在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立不以全體均行參與實施犯罪構成要件之行為為要件；參與犯罪構成要件之行為者，固為共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯，使之對於全部行為所發生之結果，負其責任。

110台上2460決

按共謀共同正犯係以自己犯罪之意思而事先參與謀議，推由其他共同正犯實行犯罪構成要件行為，而必須就其他共同正犯所實行之行為，在謀議之範圍內共負全部責任。

考點3 過失共同正犯

▶ 階層定位 構成要件

CASE 建築工人甲、乙為了節省時間，一同商議將建材從三樓往樓下丟，不料恰好砸中了樓下路過的行人丙，丙當場死亡。

實戰模版

【通說及實務】

- (一)或有認為，若行為人間存有「共同注意義務之違反」，亦即客觀上從事之行為具有「共同連帶之社會共同性」，且主觀上亦有實施共同行為之認識，則可作為共同正犯之成立基礎。
- (二)惟本文以為，上開見解就共同注意義務違反之論理，仍難以建構具有犯意聯絡強度之主觀意思，故僅能視個別行為人是否有注意義務之違反，而各自成立過失犯之同時犯。
- (三)職此，(縱甲、乙一同商議將建材丟往樓下，但仍難認對於砸中行人丙具有犯意聯絡強度之主觀意思，故應甲、乙是否對於工地下方會有行人路過，而對於不得往樓下丟擲建材有注意義務之違反，而各自成立過失

犯之同時犯。)

【許恒達師】¹

- (一)肯定說認為，若行為人間存有「共同注意義務之違反」，則可作為共同正犯之成立基礎；否定說則以過失犯欠缺共同正犯之「犯意聯絡」為論。
- (二)本文以為，倘行為人間客觀上從事之行為具有「共同連帶之社會共同性」，且主觀上亦有實施共同行為之認識，即可論以過失之共同正犯，避免因違反注意義務者不明而依罪疑唯輕，皆論以無罪之處罰漏洞，故以肯定說可採。
- (三)職此，(甲、乙同為建築工人，其客觀上從事之建築工作具有「共同連帶之社會共同性」，且主觀上亦有共同將建材往樓下丟擲之認識，從而應人二人成立過失致死罪之共同正犯。)

筆者的話

其實若從刑法第28條的文義解釋：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯」來看，條文並未對於共同正犯的主觀要件做出限制，「犯意聯絡」與「共同實行決意」都是學說實務所額外發展的，所以筆者還是會比較支持肯定說的。

另外，可能會有的人會認為肯定說可能有過度擴張刑罰適用，從而有違反「刑罰謙抑原則」的疑慮，不過刑罰謙抑原則（或說刑罰的最終手段性、補充性）從來都不能作為考試論理的依據，因為這個原則只是告訴我們能不用刑罰就盡量不要使用，但並沒有

¹ 許恒達，論瑕疵商品與共同過失責任——以最高法院九十八年臺上字第三一二五號刑事判決及其歷審見解為討論中心，興大法學，第10期，2011年11月，第1~47頁。