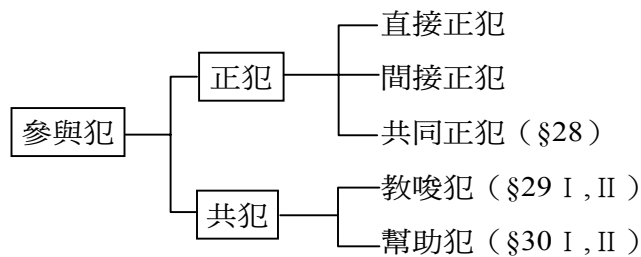


第七章 正犯與共犯

壹、正犯與共犯的基本概念

〔圖表〕



一、犯罪參與形態概說

在整個犯罪過程中，往往有兩個以上的行為人以各種不同的參與方式參與犯罪 (Beteiligung)。

例如：A 唆使 B 竊取 C 車，D 將 C 車的複製鑰匙提供給 B，B 持該鑰匙開走 C 車。在整個竊盜過程事件中，就有直接竊車的 B、唆使 B 竊車的 A、提供工具的 D 介入其中。

從竊盜罪的構成要件 (§320 I) 來分析，B 毫無疑義的是「竊取他人之動產者」，但並未動手開走汽車的 A 與 D，可否被評價為「竊取他人之動產者」，就會有解釋上的疑問，從而引申出刑法犯罪參與問題的出發點。

對此，各國立法例上有從因果關係條件理論的觀點出發，認為每個對不法構成要件實現上有因果關係的人都是正犯，即以擴張正犯概念為基礎的單一正犯原則 (Einheitstäterprinzip)；以及相對的從實施不法構成要件行為與主體限制的緊縮正犯概念角度，採取正犯與共犯的區別制 (dualistisches Beteiligungssystem)⁹⁹。本法自立法以來，就採行區別制。

在採取區別制的前提下，正犯包括：直接正犯、間接正犯與共同正犯 (§28)；共犯包括：教唆犯 (§29) 與幫助犯 (§30)。並且，由於共犯不是構成要件的行為主體，必須連結其所教唆或幫助的他人 (正犯) 違法行為，始能實現自己的犯罪，並得以該罪的法定刑處罰。因此，採行區分制下的犯罪參與結構，一定是採取共犯從屬性 (Akzessorität der Teilnahme) 原則。

並且，由於從屬條件的限制，如要求正犯主行為要具備違法性或罪責、正犯主觀必須具有故意等，使得共犯的成立範圍受到一定程度的限制。因此，採行正犯與共犯區別體制下的刑法，對於多人參與犯罪的可罰範圍要比單一正犯來得限制。

⁹⁹ 參閱林山田：通論下冊，30 頁以下；Baumann/Weber/Mitsch, AT § 28 Rn. 10; Wessels/Beulke, AT Rn. 505 f.

二、正犯是構成要件的行為主體

刑法上的正犯 (Täter)，是指刑法各罪不法構成要件的行為主體，即如法條上所稱的殺人「者」 (§271 I)、傷害人之身體或健康「者」 (§277 I)、遺棄無自救力之人「者」 (§293 I) 等等。因此，行為人至少必須著手實行不法構成要件行為才能在刑法上評價為正犯，也才有依附其上的共犯。此一正犯概念係從狹義角度出發理解，即所謂的正犯的構成要件關聯性 (Tatbestandsbezogenheit der Täterschaft)，學理上稱為緊縮正犯概念 (restriktiver Täterbegriff)，或譯為限制正犯概念¹⁰⁰。

據此，在概念上不應有所謂的預備犯的正犯，只在預備階段的犯罪參與，乃係先於正犯與共犯的犯罪參與前階段 (Vorstufen der Beteiligung)¹⁰¹。此處，遭 2005 年新修法刪除的未遂教唆 (舊§29 III 前；德刑§30 I 參照)，以及德國刑法共同正犯前階段 (德刑§30 II)，即是針對此犯罪參與前階段的刑法規範。

在法律適用上，現行法總則已無對此犯罪參與前階段

¹⁰⁰ 參閱林山田：通論下冊，30 頁以下；Kühl, AT § 20 Rn. 5; Wessels/Beulke, AT Rn. 508.

¹⁰¹ 參閱許澤天：林山田教授生日祝賀論文集，87 頁以下，以及台灣本土法學第 67 期，116 頁；Roxin, AT-2 § 28 Rn. 1 ff.

的相關規定，只能援引分則各罪中處罰預備行為的規定來分別處理各個參與人的可罰性。

例如：A 與 B 謀議殺害 C，並開始調查 C 的生活起居，以便著手；但在著手前，C 死亡，兩人遂作罷。A 與 B 均不成立殺人預備罪的共同正犯，但各自就其個別準備行為負責，而可能個別成立殺人預備罪 (§271 III)。

三、正犯與構成要件類型

依照構成要件在行為主體資格以及是否要求親手實行的差別要求，可將正犯概念做如下解析：

(一)一般犯

在不限定主體資格範圍的一般犯 (Allgemeindelikte) 的構成要件中，正犯是從實施構成要件行為來加以判定。例如：殺人罪的正犯是實施殺人行為者，條文所稱的殺人者，即是實施殺人行為的人。並且，所謂的實施，不僅僅是親手實施，尚且包括共同實施與利用他人的實施。因此，正犯可分成直接正犯、間接正犯與共同正犯。

(二)純正特別犯

純正特別犯 (Echte Sonderdelikte)，又稱純正身分犯，

係限定行為主體資格範圍的構成要件，正犯必須具備構成要件所要求的身分或特定關係（§§121, 316, 342）。

因此，受賄罪（§121 I）的正犯必須是「公務員」，背信罪（§342 I）的正犯必須是為「他人處理事務」的人。而不具此身分或特定關係的人，並無法因其參與犯罪而成立間接正犯或共同正犯（注意：刑法第三十一條第一項的仍以「正犯」論）。

(三)親手犯

親手犯 (Eigenhändige Delikte)，有稱己手犯，係強調行為己手性的構成要件，正犯必須是親自直接實施構成要件行為的人（§§168, 230, 237），方足以顯露該罪的特殊行為非價性。

因此，偽證罪（§168）的正犯是「虛偽陳述」的人，血親為性交罪（§230）的正犯是「為性交」的人，重婚罪（§237）的正犯是「重婚」的人。據此，親手犯在概念上不可能存在間接正犯的實施態樣。並且，未直接親手實行不法行為的人，只能因其參與成立教唆或幫助的共犯。

四、共犯是從屬於正犯的參與者

共犯 (Teilnehmer)，並非不法構成要件的行為主體，僅