



犯罪參與論

巫聰昌 著

第27條 已着手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。第28條 二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。第29條 教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。第30條 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。幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。第31條 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。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。第32條 刑分為主刑及從刑。第33條 主刑之種類如下：一、死刑。二、無期徒刑。三、有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。四、拘役：一日以上，六十日未滿。但遇有加重時，得加至一百二十日。五、罰金：新臺幣一千元以上，以百

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=14629>

犯罪參與論



巫聰昌 著



元照出版提供 請勿公開散布

元照出版公司

自序

犯罪之參與關係，是由二人以上之行為人，藉由相異之功能性分工，形成之結構性犯罪參與。基於結構性之犯罪參與，各別之參與人本身，不同之功能性分工，交織形成之犯罪共同體。然分工之行為內容相異，功能性之加工作用不同，造成之法益侵害事實，固係共同之遂行分工作用結果。惟個別之行為分工，之於構成要件之內容，不同之功能性作用加工，形成之不法內涵差異，亦造成犯罪之共同體，參與人各別之相異可罰性。至於，如何辨識犯罪之參與關係，參與人之功能性個別角色，以為刑法之非難評價基礎，即是犯罪參與論之核心任務。

參與論之存在，並非用於行為人，可罰性之犯難評價，而是用於不法之實行，有無刑法之適用論斷。此係，二人以上之行為人，以個自之功能性分工，形成之結構性犯罪參與關係，各別參與人之不法實行態樣，基於功能性之分工差異，衍生不同之加工行為類型。不同類型之行為加工，造成之法益侵害實現，固然是各別參與人，功能性之作用交織總和結果，但不因之代表，個別之實行客觀不法內涵，皆係相等。當然，亦不代表，個別之不法實行，皆得逕為刑法適用。畢竟，複數之行為人，形成之功能性犯罪參與，係以個自之不法分工，交織並集成之結構性犯罪實行，而非意指所有之參與者，皆須直接參與構成要件之內容遂行。

參諸刑法之規範，凡有直接加工於構成要件之內容，遂行法益之侵害實現者，方係刑法之適格行為人，始有刑法非難評價之適用餘地。若係藉由他人之實行媒介作用，間接之不法加工方式，實現法益之侵害結果，概因未有構成要件之內容，功能性之著手加諸，本然即應不受刑法之評價非難。然而，犯罪之參與關係，係由二人以上之行為人，以個自之功能性不法分工，作用加工於構成要件之

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=14629>

內容，遂行共同指向之犯罪實現。其中，部分犯罪之參與結構行為人，基於功能性之分工緣故，會以間接之不法作用方式，共同加工於不法之侵害實現。或是，藉由他人之直接功能性加工，實行之媒介作用，遂行特定之法益侵害實現。如何將間接之不法實行參與人，納入刑法之非難評價範疇適用，即係參與論之存在目的。

以功能性之參與角度，詮釋犯罪之參與關係，切入之角度、立論之推演，有些異於學理與實務之歷來觀察，但刑法所稱之犯罪，現實就是構成要件之內容，客觀之具體實現結果。功能性之參與論，即係以構成要件為中心，觀察參與犯罪實行之參與人，之於構成要件之內容實現，功能性之分工作用，為之「正犯」或「共犯」角色定性。或許能為區分制之行為人概念，面臨之現實困頓突破，提出不同之觀點思維，亦為撰寫本書之初衷。

亞聰昌 謹識於

臺中 2022年5月25日



元照出版提供 請勿公開散布

目 錄

自 序

第一章 導 論

第一節 緒 言	1
第二節 犯罪之參與論本然	2
第三節 犯罪之參與理論再思考—代小結	5

第二章 犯罪參與基礎認識

第一節 前 言	13
第二節 功能性分擔之參與論	15
第一項 共同參與	17
第二項 間接參與	18
第三項 教唆參與	19
第四項 幫助參與	20
第五項 簡 析	22
第三節 確認各別行為人之可罰性	24
第一項 共同參與	25
第二項 間接參與	26
第三項 教唆參與	27
第四項 幫助參與	29
第四節 相互依附形成之參與結構	31
第一項 故意依附行為之參與結構	31
第一款 正犯與共犯之參與結構關係	32
第二款 參與行為之不法等價	34
第三款 參與者間之事實依附性關係	34
第四款 特定共犯之類型化	35
第二項 非故意依附行為之參與結構	36

第五節 參與結構之主觀要件解析.....	37
第一項 犯罪之實現認識.....	38
第二項 特定參與之依附故意.....	40
第三項 依附特定行為之參與認知.....	41
第六節 參與結構之形成分析.....	41
第一項 正犯之故意參與.....	42
第一款 決意形成階段.....	42
第二款 著手實行階段.....	43
第三款 構成要件內容實現階段.....	45
第二項 共犯之故意參與.....	47
第三項 參與之客觀表現.....	48
第一款 正犯之參與行為分工.....	48
第二款 教唆之參與行為形式.....	49
第三款 幫助之參與行為形式.....	50
第七節 參與結構之脫離分析.....	51
第一項 正犯之參與脫離.....	51
第一款 共同參與.....	51
第二款 間接參與之脫離.....	53
第二項 共犯之參與脫離.....	55
第一款 教唆參與.....	55
第二款 幫助參與.....	56
第八節 小 結.....	57

第三章 參與形成之基礎理論

第一節 前 言.....	59
第二節 行為人概念.....	62
第一項 限縮行為人概念.....	63
第二項 擴張行為人概念.....	65
第三項 簡 析.....	68

第三節 參與理論	70
第一項 客觀理論	71
第一款 形式客觀理論	71
第二款 實質客觀理論	72
第二項 主觀理論	73
第一款 故意理論	73
第二款 利益理論	73
第三項 綜合理論	74
第四項 犯罪支配理論	75
第一款 行為支配理論	75
第二款 意思支配理論	76
第三款 功能性支配理論	76
第四款 簡 析	77
第五項 實務見解	78
第六項 本文立場	79
第四節 小 結	80
第四章 參與之結構與體系	
第一節 前 言	83
第二節 形成參與之構造類型	85
第一項 基本結構	85
第二項 正犯參與結構	86
第三項 共犯參與結構	88
第四項 簡 析	91
第三節 參與體系	92
第一項 單一制參與體系	94
第一款 形式單一正犯體系	94
第二款 功能性單一正犯體系	95
第三款 減縮單一正犯體系	97
第二項 區分制參與體系	98
第三項 參與體系之定位	100

第四節 參與體系評析—代小結	102
第一項 參與體系之評析	102
第二項 功能性分工參與體系之可行性再思考	104

第五章 參與理論效應

第一節 前言	107
第二節 參與行為之可罰性確認	108
第一項 責任本質	109
第一款 行為之責任形成	110
第二款 責任原則之於參與論應用	112
第二項 參與行為人之各別可罰性認定	113
第三節 參與形成之於犯罪類型分析	115
第一項 犯罪類型區分	116
第一款 狀態犯	116
第二款 繼續犯	117
第三款 行為結構差異	118
第二項 犯罪類型區分意涵	119
第一款 相繼參與之形成可能判斷	119
第二款 脫離參與之界限解析	120
第三款 參與脫離與中止之形成界限差異	121
第四節 相繼之參與形成	121
第一項 新的參與關係形成	123
第一款 擴張之參與結構關係	123
第二款 結構關係之重新建構	124
第三款 結構之擴張限制	126
第二項 相繼參與之最後界限	129
第五節 脫離參與之解析	130
第一項 參與關係之改變	132
第一款 減縮之參與結構關係	132
第二款 脫離參與者之於既有參與關係分析	134
第三款 脫離參與與參與中止之概念差異	136

第二項 脫離參與之最後界限.....	137
第一款 共犯參與結構之脫離最後界限分析	137
第二款 正犯參與結構之脫離最後界限分析	139
第六節 相繼與脫離之參與人行為評價分析	140
第一項 相繼參與之事後加入評價關係	140
第二項 脫離參與之行為重新評價結構	141
第七節 小 結	142

第六章 相繼參與之處理

第一節 前 言	145
第二節 相繼之參與結構	146
第一項 相繼參與之形成結構限制	146
第二項 相繼參與之形成要件	149
第一款 主觀要件	149
第二款 客觀要件	150
第三節 相繼參與之結構分析	152
第一項 參與行為人量增之結構關係	153
第二項 相繼參與人之事後加入評價關係	154
第四節 相繼參與類型化探討	155
第一項 相繼之共同參與	156
第二項 相繼之幫助參與	158
第三項 相繼之間接參與	161
第四項 相繼之教唆參與	162
第五節 相繼參與之問題核心	164
第一項 行為之不法評價	165
第二項 責任之範圍確認	167
第六節 相繼參與者之責任認定	168
第一項 學說見解	168
第一款 責任認定與犯罪類型之關係	170
第二款 肯定說	171
第三款 否定說	172

第四款 折衷說	173
第五款 本文立場	176
第二項 實務觀點	177
第一款 法院判決	177
第二款 評析	177
第七節 小結	178

第七章 脫離參與之處理

第一節 前言	183
第二節 參與脫離與中止之辨正	185
第一項 形成之要件差異	185
第一款 脫離參與	185
第二款 參與中止	186
第二項 形成之界限不同	188
第一款 脫離參與	188
第二款 參與中止	189
第三項 之於既有參與關係結構差別	190
第一款 脫離參與	190
第二款 參與中止	190
第四項 刑法體系之定位差別	191
第五項 簡析	192
第三節 脫離參與之架構解析	193
第一項 參與關係之結構質變	194
第二項 脫離參與人之行為重新評價	195
第四節 脫離效應之論理依據	196
第一項 法理基礎	197
第二項 學理見解	199
第一款 意思聯絡欠缺說	200
第二款 參與關係脫離說	201
第三款 因果關係遮斷說	202
第四款 本文立場	204
第三項 簡析	205

第五節 脫離參與之具體判斷	206
第一項 脫離參與之認定依據	207
第二項 脫離參與之判斷基礎	210
第三項 脫離參與之行為評價	211
第六節 脫離參與人之責任認定	214
第一項 脫離參與之形成要件	215
第一款 共同性意思形成階段	215
第二款 不法實行階段	216
第三款 犯罪既遂階段	218
第二項 脫離參與者之責任範圍確認	219
第三項 脫離參與之行為類型確認	220
第一款 共同性意思形成階段	220
第二款 不法實行階段	222
第三款 犯罪既遂階段	224
第四項 簡析	224
第五項 實務觀點	225
第一款 法院判決	225
第二款 評析	225
第七節 小結	226
第八章 共同參與之相繼與脫離	
第一節 前言	229
第一項 共同參與之概念	229
第二項 共同參與之本質	232
第一款 犯罪共同說	232
第二款 行為共同說	233
第三款 共同意思主體說	235
第四款 本文立場	235
第二節 共同參與之成立要件	236
第一項 共同意思之形成	236
第二項 共同行為之範圍與內容	238

第三項	行為人之地位對等結構	240
第四項	不法結果之共同結構	240
第五項	行為人責任評價各別	241
第三節	共謀參與之辨正	242
第一項	未實行不法之分擔參與	243
第二項	共謀參與之形成要件	244
第三項	共謀參與之判斷本質	245
第四項	本文立場	246
第四節	相繼之共同參與處理	247
第一項	結構之實質變動	248
第一款	不法共同性之基礎改變	249
第二款	既有犯意之內容實質擴充	250
第三款	功能性之結構調整	252
第二項	相繼參與人之責任判斷	253
第五節	共同參與之脫離處理	255
第一項	結構之實質變動	255
第一款	結構基礎改變	257
第二款	共同犯罪合意之內容實質減縮	258
第三款	功能性結構之調整填補	259
第二項	共同參與之脫離處置核心	260
第一款	著手實行前之脫離論斷	262
第二款	不法實行階段之脫離評價	263
第六節	小 結	265

第九章 間接參與之相繼與脫離

第一節	前 言	269
第一項	間接參與之概念	270
第二項	間接參與本質	272
第一款	正犯「間接」參與特性	273
第二款	幕後正犯－制從指揮者角色	275

第三款 直接行為人—執行者地位	276
第四款 參與關係之一人結構實質	277
第二節 間接參與結構解析	278
第一項 間接參與之形成類型	278
第二項 單向意思傳導結構	282
第三項 制從指揮行為結構	283
第四項 違法連帶評價關係	283
第五項 行為人責任評價各別	285
第三節 間接與教唆之參與辨正	286
第一項 制從者與肇端者之差異	286
第二項 自己與他人之犯罪不同	287
第三項 一人實質結構與數人參與關係之差異	288
第四節 相繼之間接參與探討	289
第五節 間接之參與脫離解析	292
第六節 小 結	293

第十章 共犯參與之相繼與脫離

第一節 前 言	297
第一項 共犯參與結構分析	299
第一款 共犯獨立性說	300
第二款 共犯從屬性說	300
第三款 本文立場	304
第二項 形成共犯之參與要件	305
第一款 從屬性之關係概念	305
第二款 從屬性之內容形成	307
第二節 區分制參與體系之共犯定性困境	313
第一項 教唆與共謀之參與模糊界限	314
第二項 幫助與共同參與之區隔模糊	317
第三項 簡 析	318
第三節 法定類型之共犯參與	319
第一項 教唆參與	320

第二項 幫助參與.....	322
第四節 非特定類型之共犯參與.....	324
第五節 相繼之共犯參與處理.....	327
第一項 教唆之相繼參與.....	327
第一款 形成之可能性判斷.....	327
第二款 相繼參與者之行為評價.....	329
第二項 幫助之相繼參與.....	330
第一款 相繼參與之形成界限.....	330
第二款 相繼參與者之行為評價.....	331
第六節 共犯參與之脫離處理.....	332
第一項 教唆參與之脫離處置.....	332
第一款 脫離參與之形成要件.....	333
第二款 脫離之行為評價.....	336
第二項 幫助參與之脫離處置.....	338
第一款 參與脫離之形成要件.....	339
第二款 脫離之行為評價.....	340
第七節 小 結.....	342
第十一章 結 論	
第一節 參與理論之困頓.....	348
第二節 參與理論之重新思考.....	353
參考文獻	
一、中文部分.....	357
(一)教科書.....	357
(二)專 書.....	357
(三)期刊文獻.....	358
二、外文部分.....	358
(一)教科書.....	358
(二)專 書.....	360
(三)期刊論文.....	361

第一章

導 論

第一節 緒 言

假設甲單獨一人於夜間，侵入乙之住宅竊取財物，對於甲之行為評價，就刑法而言，甲於夜間侵入住宅，竊取他人財物之行為，主觀上具有竊盜之故意，客觀上又有取走財物之結果，滿足刑法第302條第1項竊盜罪之構成要件，同時又該當刑法第321條第1項第1款之加重構成要件，以加重竊盜罪論之，乃當然之結果。如果是由甲單獨一人侵入乙之住宅，著手竊取財物，丙於屋外為甲把風，對於甲、丙二人之行為，應該如何評價，即無法如僅有甲之一人單獨入室行竊般，直接就行為作刑法非難之價值判斷。申言之，刑法是以構成要件內容之該當行為，作為非難之評價客體，但丙於屋外之把風行為，並非竊盜之構成要件內容行為，本然應非屬刑法之評價對象。然丙之把風行為，對於甲遂行取走他人財物之目的行為，具有降低被發現風險之助益，若不將之列入刑法評價，又與人民之法律感情相違。如何確認數行為人形成之參與結構類型，以區分不同加工行為之功能性地位，作為各自不法內涵之評價基礎，即為刑法參與論之任務。

案例中之數行為人，在刑法採單一行為人之體制下，例如奧地利、義大利等，數行為人不作之區分，皆以行為主體論之，差別僅在有責性之評價上，分別依據行為之不法內涵，為不同之責任論斷。易言之，在單一行為人體制下，不為參與之結構區分，凡有加工作用於構成要件之內容實現者，概以行為人論之，差別只在個自行為不法內涵之評價不同。相對於，採區分行為人法制，例如德國、日本及我國，處理上就會複雜許多。亦即，必須先為判斷行為人間，於事前有無預為犯意之聯絡，答案如是肯定者，方能以共同參與之行為人論之，並視個自行為之加工作用，分別作成不同之不法內涵評價。若係否定者，須觀察個自行

為之功能性，加工作用於構成要件之內容，與法益侵害之結果實現間，究竟是為直接或間接性之作用，以釐清何者為「正犯」或「非正犯」。再由彼此間之功能性角色，形成之行為分工關係構造，確認參與之結構類型後，以為個自行為之不法內涵非難評價基礎。易言之，單一制下之數行為人，「正犯」或「非正犯」之區分，於可罰性之非難評價效益方面，成效作用似乎不大。此係，行為人之不同犯罪參與類型，行為之不法性格均為等價，差別只在不法內涵之評價不同。反觀，區分制下數行為人之「正犯」或「非正犯」區分，不僅具有功能性地位之確認意義，且是參與結構類型之定性基礎，更涉及個自行為於不法內涵之非難評價差異。

區分行為人制下，於數人共同加工構成要件實現之情形，行為人之功能性角色認定，旨在確認行為人間以分工行為，形成犯罪之功能性參與結構，以為參與關係類型之定性根本，並憑之以為論斷個自行為之不法評價。亦即，區分制將參與關係中之數行為人，作成「正犯」與「非正犯」之界分。嚴格以論，僅係就參與人之分工角色，以為行為人之參與類型，於行為加工作用部分之概念區隔。畢竟，實現構成要件內容之各別行為人，皆係獨立性格之行為人，但無上下隸屬之關係存在，其差別只在功能性行為之加工作用不同而已。至參與關係之角色概念區隔，意在確認各別行為人之功能性地位，並形成之參與行為事實結構，以為參與人不法內涵之可罰性評價參據。易言之，參與論之於區分行為人制之意義，旨在確認數行為人間，不同之角色分工行為，於形成之參與事實結構中，所分擔之功能性加工作用。對於構成要件之內容實現而言，究係居於主要或核心之地位，或僅為輔助或間接之角色，以為參與結構類型之定性確認，及其個別行為不法內涵之評價論據，為其主要任務。

第二節 犯罪之參與論本然

我國對於數人形成之犯罪參與制度，與德國、日本相同採取區分行為人制，將參與結構關係中之行為人，區分為「正犯」與「共犯」。於此體例之下，凡於數人參與犯罪之情形，係以確認行為人間之主、從角色關係，視為首要之任務。此係，既有之行為人認定意象，係以有否著

手於構成要件之內容實行者，作為判斷之認定基準。若以前揭入室行竊之事案為例，甲係著手構成要件內容實行之人，甲方為竊盜之行為人，丙之「把風」行為，故有益於竊盜行為之實現，但非構成要件之內容行為。如何將丙納入竊盜行為之涵攝範圍，則須藉由參與論之操作，方得將之為可罰性之射程擴張。是以，現行之參與論操作，核心問題乃集中於正犯認定之上，蓋數行為人中之正犯角色，只要先能為確認者，其餘行為人之共犯身分，即能相應認定¹。然參與論之存在，係以解構各別之參與行為人，其功能性行為之分工作用，以辨識形成之參與結構關係定性之用。再以各自功能性之角色定位，確認行為可罰性之不法內涵，但非用以區隔行為人，於參與結構中之主從關係。亦即，參與論者，係工具作用之理論性格，用以釐清共同犯罪中之數行為人，各自功能性角色之定位，以評價個別行為不法內涵基礎之用，故論斷數行為人於參與結構中之主從地位，似非參與論之主要任務。

參與關係中之行為人，各自以不同之加工行為，造成構成要件之內容實現，不同行為人之角色認定，必須透過個別之分工行為，對於構成要件之內容實現，具有何種功能性之加工作用，方得據以評價論斷。亦即，參與關係形式上，固係由人組織形成之犯罪行為共同體，但其實質係由行為人，以個自不同之分工行為，交織構成之功能性行為結構。是

¹ 法院判決：臺灣臺北地方法院109年聲字第1869號刑事判決：「……刑法上之幫助犯，以正犯已經犯罪為構成要件，故幫助犯無獨立性，如無他人犯罪行為之存在，幫助犯即無由成立；幫助犯係從屬於正犯而成立，以正犯已經犯罪為要件，故幫助犯並非其幫助行為一經完成，即成立犯罪，必其幫助行為或其影響力持續至正犯實施為其要件；我國刑法就幫助犯言，係採共犯從屬性說，並不認幫助犯之幫助行為，為實行行為，是以幫助行為之是否既遂，仍應以正犯之實行行為為準（最高法院60年台上字第2159號判決、86年度台上字第22號判決及82年度台上字第6104號判決意旨可資參照）。……綜上所述，公訴人認被告幫助林○○以護照抵充債務罪，因幫助犯係從屬於正犯而成立，以正犯已經犯罪為要件，被告所幫助之林○○，既無構成以護照抵充債務罪，已如前述，自無從對被告以幫助犯相繩。是公訴人所提證據，既不足證明被告有本件幫助以護照抵充債務之犯行，揆諸上揭法條及說明所示，自應認不能證明被告犯罪，而應為被告無罪之諭知。」本件判決，對於幫助行為既未遂之判斷，係以正犯行為之際未遂為斷，惟從判決之理路觀察，對於非正犯即學理稱之共犯認定操作程序，係依循學理之操作方式，先確認參與關係數行為人中之主從地位後，再將其他行為人作非正犯之認定，並行為不法內涵之評價。

4 ● 犯罪參與論

以，參與理論之存在，對於參與類型之認定，不是用以解決「人之參與」問題，而是透過不同之分工行為解構，對於構成要件內容實現之「功能性」作用，以論斷「行為參與」之加工作用角色，進而援以論斷行為之可罰性評價基礎。就以前揭甲、丙二人共同實行入室行竊為例，甲是實行竊盜構成要件內容之行為人，其行為以刑法第320條第1項規定論處，似無疑義。但丙「把風」的部分，並非刑法竊盜構成要件之內容行為，究應如何評價，則須透過參與理論之操作，方得論斷丙之「把風」行為，是否為刑罰可歸責之客體。亦即，甲、丙二人之個自行為，客觀上是同時存在之獨立行為，如果將參與論定性在解決「人之參與」問題，則甲係實現構成要件內容之行為人，以竊盜行為「正犯」論之，自當毫無疑義。問題是行為人係各自獨立存在之行為主體，本然即無相互隸屬之問題，必須把丙放進與甲之竊盜關係行為中，方得將丙之非構成要件內容行為，合理解釋係為有助於降低甲不法之行為，不為發現風險之幫助行為。故而，丙係甲竊盜行為之共犯，司法實務亦係採取如此之認定模式。依此之認定模式，固然符合正犯獨立性、共犯從屬性之學理論述，但基本上係從「人之參與」角度，觀察參與行為人間之分工互動關係，以確認彼此之主從地位，再循跡將個自行為作成不同程度之非難非價。

惟若參照刑法中關於參與關係之規定²，例如第29條第1項：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」之規定。行為人之所以為教唆犯之評價，係因於行為人將主觀上造成特定犯罪之故意，轉換成客觀挑起他人犯意之唆使行為，致他人因而形成犯罪之決意並為實行，行為人方

² 我國刑法係於第四章將參與結構之相關規定，以正犯與共犯名之，但所謂的「犯」者，本質上，係造成特定構成要件實現之行為人，因渠之行為造成法益侵害事實，經判斷該當刑法規範之特定要件之行為類型，並對之進行評價後，得出須使之承擔法律上不利利益之認定結果。易言之，所謂的「犯」者，係將造成法益侵害事實之行為人，經抽象判斷、具體適用，認定是有刑法「構成要件」之該當後，得出之評價結果。故而，行為人之客觀行為，若非有落入刑法評價必要者，對於刑法而言，僅係單純之社會事實現象，更非法定刑罰之適用對象。是以，行為人應論以何種類型之「犯」，行為是否為「構成要件」評價之作用對象，方為認定之核心。從而，現行刑法將參與的評價規範，名之以正犯與共犯，似將參與結構之形成，定性為「人之參與」而非「行為參與」的結構關係。

得以教唆犯論之。申言之，參與之結構形成，並非是因行為人存在形成之參與關係，而係行為人以不同角色之功能性分工，加工作用於特定之構成要件內容，終至法益侵害實現之行為分工結構。是故，參與關係者，應是由個自不同之功能性分擔行為，形成之行為人角色參與事實結構。至參與論之存在，正是以參與者之加工行為形式，以界分其於結構中之功能性角色，並確認分工作用形成之參與類型後，援之用以刑法之可罰性評價基礎，作為其主要任務。亦即，刑法之可罰性基礎，並非建構於對行為人非價之上，而係行為人實行之客觀行為，係逾越刑法規範容許性之負面行為，致使之具有不法行止內涵。又因之發生對法益造成侵害之客觀事實，形成「行為非價」與「結果非價」之綜合性判斷。如與參與論對照，參與體系之本然，係就行為人於參與關係中，作功能性之角色界分，但功能性之角色區分，涉及對加工行為之價值判斷，而加工行為之判斷，又牽連刑法之評價作用關係。此一前提，必須形成之參與關係，是為刑法之法定參與類型，且具有不法內涵作用之行為，並對法益侵害之結果造成，復有不法之非價關連性者。行為人方為適格之參與者，並有功能性之角色界分必要，故參與體系與責任形成之危害性確認，係對行為人「行為非價」之不法內涵判斷。綜上，參與理論之本然，並非係就參與構成要件內容實現之數行為人，辨別孰為主孰為從之地位區分，而是依其不同之加工作用行為，確認對於構成要件內容實現之功能性角色，所應受到刑法之不利益評價地位。亦即，參與論之本然，純然是判斷犯罪之參與者，因其分工之行為加入，形成之何種參與類型。再依個自參與行為之功能性作用，論斷行為之不法非難內涵，以為可罰性之評價參據基礎。

第三節 犯罪之參與理論再思考—代小結

參與理論之主要任務，係為界分參與關係中，行為人於結構中之功能性角色，作為可罰性之判斷基礎。是以，參與理論關注者，係以構成要件為中心，以觀察參與結構中之行為人，功能性之角色分工行為，加工作用之實質內涵，對於不法侵害事實造成之效應。然參與體系之主要功課，係將行為人之功能性角色，依行為加工作用於構成要件之內容形

6 ● 犯罪參與論

式，界分為核心角色－正犯（直接行為人）與周邊角色－非正犯（或共犯，間接行為人），故側重於行為就構成要件內容造成之形式作用。易言之，參與體系之作用，係確認參與關係中之行為人，是否係刑法應予評價之行為主體。亦即，參與關係中之行為人，固得以客觀行為推論行為人之主觀犯意，然其主觀犯意之不法性，是否足以視為係刑法之故意或過失要件，使之成為刑法適格之行為主體。假設答案是肯定者，進而區分各別行為人與參與結構中，是為直接造成構成要件內容實現之人，或係間接造成法益侵害結果之人，即為參與體系於參與結構中之「外部界限」判斷作用。

至於，參與理論，係依參與體系界分之行為人形式，判斷行為之於構成要件內容實現，功能性分工之作用程度，具有之不法性實質內涵，以為可罰性之非難判斷參據。申言之，參與結構之形成，係由參與關係中之數行為人，依據各自擔負不同之分工角色，再以相異之功能性行為，分別加工作用於構成要件之內容，共同造成法益侵害之結果實現。其中，部分行為是作用於構成要件之內容，例如前揭示例中甲之行竊行為，有者則係以構成要件內容外之加工行為，如前揭示例中丙之把風行為。如此由不同之功能性分工行為，組構而成之犯罪參與結構，經參與體系認定各別之行為人，均係應受刑法不利益評價之行為主體。再由不同之功能性分工行為，組建而成之犯罪參與結構，判斷究屬何種之犯罪參與型態，即為參與理論之「外部界限」判斷功能。亦即，透過參與理論之作用，旨在界分以不同之功能性角色，分工組建成之參與結構，應係共同參與、間接參與、教唆參與或係幫助參與之類型，以為個自加工行為不法內涵之評價參據，即係參與理論之效用。然不論參與體系或參與理論，係以構成要件之內容為中心，以判斷各別行為人於參與關係之角色地位，及個自功能性行為組構形成之參與類型，但未涉及行為之不法內涵評價。換言之，參與體系或參與理論者，是為犯罪參與類型之判斷方法，並非不法內涵之歸責原則，二者之不同僅在，參與體系之核心，在行為人之參與角色界分，而參與理論所重者，則是犯罪之參與類型判斷，二者應係前提與本體之關係³。請勿公開散布。

³ 在「行為刑法」的概念下，行為造成構成要件內容的實現，是由行為人對於法

參與體系之根本，係將參與關係之行為人，依其行為加工於構成要件內容之形式，將行為人界分為核心角色—正犯（直接行為人）與周邊角色—非正犯（或共犯，間接行為人），以說明參與行為之作用定位。以區分制參與體系而言，因刑法之構成要件設計，皆係針對直接行為人—正犯而設，故將直接實現構成要件內容之行為人，以正犯論之，似較無爭議之處。然參與關係中，部分之行為人，係透過他人之行為媒介作

敵對的主觀意識，於客觀造成不法侵害的結果，但行為係一種事實的概念，國家欲對之以刑罰相繩，顯然無法想像，只能透過對於行為人的科責，方能實現由其主觀發動造成客觀不法事實之制裁效果。嚴格言之，行為人於國家刑罰權實現的程序中，是透過對於行為人財產、自由或生命權利的剝奪或限制，以實現對行為不法內涵的歸責，行為人於制裁實現的過程中，不過是扮演刑罰實施的必要媒介承擔角色而已。在參與結構中，數行為人以各自不同之行為，加工作用於構成要件之內容，共同促成法益侵害結果的實現，然加工行為的方法萬端，凡有促進構成要件實現之行為，皆得以成為適格之加工行為，故於確認參與類型之前，界分行為人於形成參與關係的功能性角色，即成為必要的前提工作，參與關係即是辨明行為人角色之工具。透過參與關係以構成要件為中心之作用，將行為人實施各自不同功能性作為，區分為是構成要件之核心行為，或是構成要件外之周邊行為，即可先定位行為人的功能性角色，此係確認行為人為構成要件之適格行為人，對其行為方有不法內涵評價之必要，否則，非適格之行為人，如心神喪失或14歲以下之人，縱其行為造成法益侵害之結果，因欠缺辨識能力之故，只能以不幸之行為事實論之，無法對之實行不法內涵之論斷。既然參與關係，是以構成要件為核心，對行為人行主觀有否可為故意或過失之歸責，以定刑法行為人之適格性，具有參與結構形成檢驗之攔阻作用，方會將參與關係定性為參與結構的「外部界限」。經評斷為刑法上之適格行為人，其行為即具有不法性，至應為何種不法程度之評價，則須視其行為對於法益侵害造成之結果，反映行為人對於法敵對意識的程度而定。在參與結構中，各別行為人以各自不同之功能性行為，加工作用於構成要件之內容，共同促成不法侵害結果的實現，各自功能性角色的分擔，客觀可以反映出行為人主觀法敵對意識的程度，但於此之前，首要判斷數行為人不同的功能性地位，究係結合組織形成何種的犯罪參與類型，參與理論即是參與類型評斷之處理原則。參與理論係以適格行為人，其行為係於參與關係中，擔負何種功能性地位為論斷基礎，藉由功能性行為分擔之解析，確認何者為直接作用於構成要件之行為，何者間接作用於構成要件之行為，再藉由其間接作用之行為，究係指向於行為人之上，或是指向於構成要件內容之判斷，即能作為共同參與、間接參與、教唆參與或幫助參與類型的評價基礎。參與理論在參與關係中，檢視各別行為人各自不同之加工行為，以認定行為分擔之功能性後，並作為參與類型之論斷參據，涉及參與關係中功能性行為類型之定性，參與理論實具有參與結構類型區分「外部界限」之效應。參見龜井源太郎，正犯と共犯區別するということ，2005年1月初版1刷，弘文堂，34頁以下。

用，將行為間接加工作用於構成要件之內容，本身並未親自為構成要件內容之實行，原則上應非刑法概念之適格行為人。但間接之行為人，係以行為依附於正犯行為之上，故衍生出「從屬性原則」，以說明間接行為之依附功能性，並認定間接之行為人，係依附於正犯之行為而存在。同時，因其屬於參與結構中，構成要件內容以外之功能性地位，乃周邊角色，並以非正犯或共犯論之。至此，區分制之參與體系，以從屬性原則，認定間接行為人為參與結構中，立於非正犯或共犯之地位，其作用僅止於界分行為人之參與形式，並未觸及參與關係中，正犯與非正犯或共犯，行為之不法內涵評價問題。

參與關係，是由參與結構之各別行為人，以行為形成交錯複雜之犯罪實行結構，若以參與者為中心觀察者，對構成要件內容之加工作用，可區分為以正犯角色，或非正犯（共犯）角色形成之參與結構。但數人參與同一構成要件之內容實現，通常會出現二者夾雜形成之行為錯綜結構，不論是單一制參與體系，或是區分制參與體系，皆是以構成要件內容為中心，企圖將參與行為人加以界分，以為行為可罰性之非價判斷參據。然於論理之發展上，皆出現無法克服之障礙，致於學理之探討上，無法究論二者之優勝劣敗，得出應採用何種參與體系為當之局面。

我國刑法係繼受於大陸法制，對於犯罪之參與型態，係採取區分制參與體系之立法模式，並將參與結構中之行為人，界分為正犯與非正犯（共犯）。再以參與者不同之參與行為形式，造成行為不法內涵之程度差異，作成不同之可罰性判斷。再於行為之不法評價階段，以界分之功能性角色作為客觀認定之依據，將不同形式之功能性行為內涵，於刑罰論斷時反映其中之具體差異性。然重要之前提，在得以將正犯與非正犯（共犯）作明確之界分，惟區分制參與體系派生之參與理論，於論理之演繹部分，卻非以構成要件之內容為觀察，係依行為人之加工作用行為形式，以認定參與者應居於結構中之功能性地位，究為直接行為人或係間接行為人，並從中界分正犯與非正犯（共犯）。亦即，區分制之參與體系，是以行為人為觀察中心，先界分出正犯後，再以排除方式，反向認定非正犯（共犯）之存在。

刑法之責任原則，係將行為之不法程度內涵，客觀反映在刑罰之上，故同樣之不法行為，將因行為人違反規範之期待程度高低，而有不

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=14629>

國家圖書館出版品預行編目資料

犯罪參與論／巫聰昌著.-- 初版.--
臺北市：元照，2022.09
面；公分
ISBN 978-957-511-826-6（平裝）
1.CST：刑法 2.CST：共犯
585.16 111012689

犯罪參與論

5C306RA

2022年9月 初版第1刷

作者 巫聰昌
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 480 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-826-6

犯罪參與論


個人責任原則，係現代刑法之基本法理，任何人僅為自己之不法行為，受刑法之非難評價，毋庸為他人之行為違法，負擔刑法之不利益歸責。單獨正犯之情形如此，數人參與犯罪之實行，形成之犯罪共同體，亦應如此。是以，參與理論之任務，應本於行為人之犯罪實行，非難之評價獨立性角度，觀察參與犯罪之各別行為人，不同之功能性參與分工作用，以真確正犯與共犯之角色定性，辨證個別之不法責任形成基礎。據此，藉由本書之內容論述，期能提供刑法之學習者，得以綜觀犯罪之參與論全貌，有助於司法之實務工作者，實現犯罪之各別參與人，行為責任個別之論理目標。



元照網路書店



月旦品評家

 元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw