

**【實務見解】**

96台上1271決

按犯罪之行爲，係指發生刑法效果之意思活動而言；自其發展過程觀之，乃先有動機，而後決定犯意，進而預備、著手及實行。次按犯罪型態有一人單獨爲之者，有二人以上爲之者；依行爲時刑法§28規定「二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。」其參與犯罪構成要件之行爲者，固爲共同正犯；至於以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行爲者，亦爲共同正犯，對於全部行爲所發生之結果，亦同負責任（司法院釋字第109號解釋理由參照），此即學理所稱之「共謀共同正犯」。又94年2月2日修正公布，自95年7月1日起施行之刑法§28雖將「實施」修正爲「實行」，排除「陰謀共同正犯」與「預備共同正犯」，但仍無礙於「共謀共同正犯」之存在。故參與共謀者，其共謀行爲，應屬犯罪行爲中之一個階段行爲，而與其他行爲人之著手、實行行爲整體地形成一個犯罪行爲。

101台上680決（101.2.15刑8庭）

95年7月1日施行之刑法§28排除陰謀犯、預備犯爲共同正犯，其修法原理乃數人雖於陰謀、預備之階段有共同參與之行爲，惟於著手實行犯罪構成要件行爲前，即已脫離者，對犯罪結果如令負共同正犯刑責，實有悖於平等原則，且與一般國民感情有違，故確定在「實行」概念下之共同參與行爲，始成立共同正犯。而上開排除之「預備共同正犯」，係指法無處罰預備犯之情形而言，如法律已將預備階段獨立成罪者，其共同參與該犯罪構成要件之行爲者，仍應論以該罪之共同正犯。預備犯「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權，或爲一定之行使」之罪者，公職人員選舉罷免法§99Ⅱ有處罰之明文規定，則共同實行該犯罪者，自應論以共同正犯。



* 上開實務見解認爲立法者否認預備共同正犯，係指法無處罰預備犯之情形，筆者認爲明顯與立法理由不同，不過上開判決之結論筆者是同意的。

**評析**

此次修法將「實施」改爲「實行」立法理由認爲，不應承認「陰



(二)應注意的是，共同正犯中之一人原本僅欲為基本犯罪，但卻因過失致加重結果發生，其他共同正犯，是否亦必須負加重結果犯之刑責？此問題通說認為，若加重結果之發生其他行為人有預見可能性時，則應成立加重結果犯之共同正犯，否則僅就基本犯罪負共同正犯之責任。

* 加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍。又加重結果犯對於加重結果之發生，並無主觀上之犯意可言，共犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見，而非以各共犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷（93台上260決）。

貳、共同正犯之錯誤

一、構成要件錯誤

(一)數行為人發生構成要件錯誤時，若已阻卻故意之成立，則已無法具備共同正犯之主觀要件，當然不能成立共同正犯。至多，僅能成立過失犯之同時犯（或單獨正犯）。

例如：甲與乙欲殺丙，推乙在丙出沒之電玩店射殺丙，但因槍法失準射中旁邊之丁。

此例，為打擊錯誤的情形，甲與乙對於丙成立殺人未遂罪此部分可以成立共同正犯。而對丁之死亡，乙成立過失致死罪，但甲是否成立過失致死罪呢？我們認為甲與乙共謀殺丙，推乙在人潮眾多之電玩店射擊丙，對於乙之失準而波及第三人應有預見可能性，故甲亦應成立過失致死罪。國內因不承認「過失之共同正犯」，故甲、乙為過失之正犯。

(二)數行為人發生構成要件錯誤時，若不阻卻故意的成立，例如：等價客體錯誤的情形，學說上有認為，因為共同正犯的知與欲相同，因此，應如同單獨正犯之錯誤定其法律效果（林鈺雄，總則，450頁），是以，在等價客體錯誤的情形，對於共同正犯的成立不生影響。不過另有認為應以客體錯誤有無逾越共同正犯間的犯罪計畫為斷，共同正犯



之一人雖因客體錯誤而行動，但未逾越共同正犯間的協議時，該錯誤對於其他共同正犯就不具有重要性，反之則應認為已逾越共同決意之範圍，應認為係打擊錯誤（徐育安，法學教室108，40、41頁）（這個問題請再參酌間接正犯與教唆犯客體錯誤的問題）。

二、違法性錯誤（禁止錯誤）

違法性錯誤若採故意理論，則因欠缺不法意識已阻卻故意，則無法形成共同正犯之關係。但若採取罪責理論，因不阻卻故意的成立，只影響罪責。是以尚有成立共同正犯之可能，但應分情形討論。

- (一)如全體行為人皆發生違法性錯誤，則尚可成立共同正犯，只不過全體行為人之罪責皆受影響。
- (二)如一部分行為人有違法性錯誤，而其他行為人並不知情，卻共同實施犯罪，則亦可成立共同正犯，而有違法性錯誤的行為人之罪責受影響，無違法性錯誤之行為人應負完全之罪責。
- (三)如一部分行為人有違法性錯誤，而其他行為人知情，且利用違法性錯誤之行為人實施犯罪，則此種情形無法形成共同正犯關係，而是間接正犯之範圍。

第六節 身分犯與共同正犯

* 刑法 § 31：

- I 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。
- II 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。

* 修正前刑法 § 31：

- I 因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。
- II 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。

新刑法對於 § 31 I 由「實施」改為「實行」，以配合 § 28 之用語，並將無身分之人增加減刑之規定。



教唆者，傳統上認為則涉及到堅定正犯之犯罪決心之精神幫助犯；倘若行為人進而參與犯罪行為之分擔，則屬共同正犯，若僅從旁予以助力，則仍屬幫助犯，而非教唆犯。學說上亦有認為，對於已有犯意之人為教唆，屬於修正前刑法 § 29 III 未遂教唆之範圍。（蘇俊雄，總論 II，441頁；黃榮堅，同此結論，基礎刑法學（下），361頁；林山田，通論（下），10版，128頁）

2. 另應注意的是，對已有決意的正犯，擴大決意的內容或範圍，應屬於教唆或是幫助，則有爭議，學說上有認為若唆使行為使原本計畫犯罪行為之非價內涵具體提升，則仍屬於教唆。另有學說認為，對於已有犯罪決意之正犯，只能因為另外引起其他異質犯罪之決意，方能構成教唆，否則祇能成立幫助犯。例如，唆使已有竊盜決意的正犯攜帶兇器。（王效文，法學教室113，34、35頁）
3. 教唆行為可能對於一人，亦可能對多數人為之，但必須對特定人或得以特定之人為之，行為人之教唆行為若係對於不特定之多數人為之者，則非教唆，除可能構成煽惑他人犯罪或違法抗命罪（刑 § 153）外，並不能成立教唆犯。亦有認為教唆行為之內容，必須針對特定之犯罪，否則應屬煽惑他人犯罪，至於如何才算特定之罪，則可能有爭議。
4. 教唆行為之方法，無論為以利相誘、言詞激將、請求、指令或其他方法，均在所不問。惟行為人假如以強暴、脅迫等強制手段，迫使他人不得不聽命行事，或以詐欺手段，使他人陷於錯誤而著手實行，則此等行為已非教唆行為，而屬具有意思支配之間接正犯。
5. 教唆行為以唆使他人實施故意犯罪為限，假如教唆他人實施過失犯罪者，即無由成立教唆犯，因為過失犯罪在本質上並非行為人在事先能夠掌握者，故未能事先教唆而後實施。

問題

教唆者是否必須與被教唆者有心理接觸，才能成立教唆犯（片面教唆是否承認）？