第5章 參與犯

解題懶人包

解題思維 [1]

【共同正犯架構】

1.複雜的共同正犯程序：

⇨Step1：單獨正犯審查

先對於距離結果最近或完成最多構成要件者為審查，因為這個正犯解決之後，很多關係都可以簡單的被釐清。

⇨Step2：其他參與人的可罰性

(1)構成要件該當性：

①確認參與人之正共犯特質。

➡爭點：正共犯區分（頁 5-5）。

②未單獨完成全部的構成要件行為（不然就是單一正犯）。

③檢驗是否可將最接近構成要件實現之人之行為歸責於其他參與人（是否有共同分擔構成要件以及是否有共同行為決

1 許澤天（2024），刑法總則，新學林，第5版，頁316、334、357。

意）。

➡爭點：共謀共同正犯？（頁 5-8）。

④主觀要件：僅檢討特殊主觀要素，因為故意已經在共同行為決意中檢驗。

(2)違法性。

(3)罪責。

2.單純的共同正犯程序：

僅需一同審理所有之正犯，開標通常以：甲、乙、丙共同施行××行為，成立刑法第〇〇條與第28條之××罪共同正犯。（審查步驟同其他參與人的可罰性以下。）

(1)構成要件該當性：

①確認正共犯特質。

②檢驗是否多數人可共同交互歸責：是否有共同分擔構成要件以及是否有共同行為決意。

③主觀要件：僅檢討特殊主觀要素，因為故意已經在共同行為決意中檢驗。

(2)違法性。

(3)罪責。

【間接正犯架構】

⇨Step1：檢驗直接正犯之可罰性

直接正犯之檢驗，同一般正犯之檢驗。若直接正犯成立犯罪，則可以思考，該幕後之人可否成為間接正犯。

⇨Step2：檢驗間接正犯之可罰性

(1)若直接正犯成立犯罪，討論此時間接正犯是否應負責。

➡爭點：討論正犯後正犯。

(2)構成要件該當性：

①確認幕後者是否非親自以實施構成要件方式為之（若是：應進行共同正犯審查）。

②檢驗是否有利用支配關係：若無，非間接正犯而可能是教唆、幫助犯。

【判斷要素】：

A.強制支配。

B.錯誤支配。

C.組織支配。

③主觀要件：僅審查特殊主觀要素。

(3)違法性。

(4)罪責。

【教唆犯、幫助犯架構】

⇨Step1：檢驗直接正犯之可罰性

同普通正犯之檢驗方式。

⇨Step2：其他參與犯之可罰性

(1)討論該參與犯乃正犯或正犯。

(2)若屬於共犯：

①構成要件該當性：

A.客觀要件：

(A)有一不法正犯供其從屬（且至少須未遂）。

➡爭點：從屬性與獨立正犯。

➡爭點：刑法第29條第3項（頁5-41）。

(B)共犯完成其行為（教唆／幫助）。

➡爭點：幫助行為之因果關係（頁5-48）。

➡爭點：片面教唆犯（頁5-42）。

➡爭點：心靈幫助犯（頁5-47）。

B.主觀要件：

(A)針對主行為既遂之既遂故意。

(B)針對共犯行為的故意。

②違法性。
③罪責。

得分練功坊

◆ 第28條

二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。

一、正共犯概說：

(一)二元體系[2]：

1.單一正犯：於有些國家之中，並不區分正犯、共犯，且其正犯之定義，不一定要行為人親自實行構成要件所描述之行為，只要行為人對於構成要件的實現有給予原因力，就屬於正犯。不同人之間為不同貢獻力之行為時，其法定刑相同，而僅是在量刑上加以參酌。

2.二元體系：然而有些國家（例如：本國）對於參與犯之類型採取二元犯罪體系，將犯罪人區分為正犯、共犯兩類，二者具有不同不法內涵。

(二)名詞定義[3]：

1.正犯：

(1)直接正犯：所謂之直接正犯，係指行為人親自實行構成要件行為者。

(2)間接正犯：所謂之間接正犯，係指行為人利用他人為行為工具者。

---

2 王皇玉（2022），刑法總則，新學林，第8版，頁429-431。

3 王皇玉（2022），詳前揭註2，頁425-426。

(3)單獨正犯：一人單獨實現構成要件行為。

(4)共同正犯：兩人以上一同實現構成要件行為。

2.**共犯**：

(1)廣義共犯與狹義共犯：

①廣義共犯：指數人共同犯罪之情形，包含共同正犯、教唆犯、幫助犯三者。

②狹義共犯：狹義共犯則是單指教唆犯與幫助犯此二者不可單獨存在，需依附在正犯者。

(2)任意共犯與必要共犯：

①任意共犯：此係指可以選擇一個人單獨完成，或與他人分擔實施皆可者。

②必要共犯：必要共犯則是指一定要一同分擔實施者，又以其目標之走向區分為聚合犯與對向犯：

A.聚合犯：聚合犯係指二人以上朝同一目標共同參與犯罪，例如：公然侮辱等。本質上就是一個共同正犯。

B.對向犯：對向犯則係指兩個以上的行為人彼此相互對立之意思，經意思表示合致而成立之犯罪。對向犯之行為人，因為各有目的，各就其行為負責，彼此間意思合致，並非基於犯罪聯絡，原則上不適用刑法第28條之共同正犯之類型。

3.**同時犯**：同時犯係指兩人以上各自獨立實現犯罪構成要件，雖行為時間與空間具有重疊關係，但是行為人彼此之間獨立犯罪而無犯意聯絡者。

(三)正共犯之區分：

此處之正共犯，係指正犯與狹義之共犯，共同正犯仍屬於正犯：

1.**形式客觀理論**[4]：

(1)判斷方式：形式客觀論之區分方式，乃是視是否已經實施構成要件之一部或全部者，肯定則論以正犯，否定則論以共犯。

(2)缺點：缺點在於標準過於形式化，且難解釋間接正犯之情形。

2.**主觀理論**：在主觀理論中，正犯與共犯之區分以行為人之主觀意思為斷，正犯者係指為自己犯罪之意思，而共犯則係指參與他人犯罪之意。缺點在於，完全以行為人之意思，忽略客觀層面上是否已經完成構成要件行為，若已經實現全部的要件，卻仍僅論共犯，將違反犯罪之解釋原則。

3.**犯罪支配理論**[5]：根據犯罪支配理論，所謂之正犯，係指對整個犯罪過程，具有操縱性犯罪支配地位之人。至於共犯，則是取決於他人之意思，自己並非核心角色。

(1)行為支配：以自己的行為單獨完成犯罪者，通常指直接正犯之支配類型。

(2)意思支配：行為人無親自行為，而是利用他人為工具遂行犯罪者，通常用於間接正犯。

(3)功能支配：多數人基於共同犯罪之意思，共同實現犯罪，而各自行為，對犯罪構成要件結果有功能性支配力者，通常用於共同正犯。

對於犯罪支配，又可分為較寬鬆之犯罪支配與較嚴格之犯罪支配。所謂較嚴格之犯罪支配，限於著手實行犯罪行為後，始可能支配，而不承認預備階段之支配者，而較寬鬆之支配則包含預備階段之支配可能[6]。

---

4 王皇玉（2022），詳前揭註2，頁431-432；許澤天（2024），詳前揭註1，頁306。

5 王皇玉（2022），詳前揭註2，頁433-442；許澤天（2024），詳前揭註1，頁308。

6 許澤天（2024），詳前揭註1，頁309-310。

4.主客觀擇一說：實務則採取主客觀擇一說，僅須合乎客觀理論或主觀理論皆屬之。

實務面面觀

【釋109】

以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或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為者，均為共同正犯。本院院字第1905號、第2030號之1、第2202號前段等解釋，其旨趣尚屬一致。

【29院2030】

事前同謀，事後分贓，並於實施犯罪之際，擔任在外把風，顯係以自己犯罪之意思而參與犯罪，即應認為共同正犯。

【109台上3223】

共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該犯罪之實行有共同犯意聯絡，而各自本於共同之犯意，分擔犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯罪。而此共同正犯之犯意聯絡，固不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內，然此共同正犯間之行為決意，仍以有認識犯罪須繫諸共同正犯間彼此協力才能完成，或認識到自己分擔的行為對其他共同正犯具有相互協力、互為補充之作用為必要，如共同正犯中之部分成員未與其他成員形成共同行為之決意，即難謂有行為共同之存在，自無須對其他成員之犯罪行為負責。

原判決已敘明上訴人係分別與劉○舜、謝○雄、何○間，各就其等參與之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯（見原判決第8頁）。是依原判決確認之事實，劉○舜、謝○雄、何○除與上訴人間各自有犯意聯絡外，並未認知有其他人參與本件犯行，而與之有犯意聯絡或行為分擔，依上開之說明，原判決並無適用法則不當之違法。

爭點提示 共謀共同正犯之容許性[7]

(一)定義：

所謂之共謀共同正犯，係指基於相同犯意，參與事前之謀劃，而未親自實行犯罪而言。

(二)爭議：是否承認共謀共同正犯？

1.肯定說：

(1)採取緩和的犯罪支配理論者，由於其認為行為人在整體參與過程中有重要貢獻，縱使僅參加謀議（預備階段），依然合乎功能支配，而有承認共謀共同正犯之可能。

(2)實務亦依據主客觀擇一說之想法原則上採取肯定說。然而為了避免過度擴張共同正犯而架空幫助教唆成立之可能，實務上在共謀共同正犯之判定中，以是否有將犯罪的計畫具體擬定，例如：實施方法、實施人數等，若有之，則認為該共謀者已經達重要之分工，而可能成立之[8]。

2.否定說：然而若採取較嚴格之犯罪支配論者，因為謀劃者尚未著手，不可能成立共同正犯。

二、共同正犯：

◆ 第28條

二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。

(一)共同正犯要素：

1.原則：

---

7 許澤天（2024），詳前揭註1，頁309。

8 許澤天（2024），詳前揭註1，頁311-312。

(1)要件：須合乎以下兩個要件：

①共同行為決意：兩個以上之行為人間，必須具備共同行為決意，或共同行為計畫，才能成立共同正犯。然而雖然二者以尚須具備共同決意，然而決意程度並不須完全相同，實務見解即有認為，某人屬於直接故意、而另一人屬於間接故意，亦屬之。又共同決意建立在兩人以上真摯之約定，所謂之真摯約定，係指於行為當下有明示或默示表達共同實施特定犯罪，並對此提供客觀貢獻之彼此想法一致即可[9]。

②共同行為實行：除了共同決意之外，亦須因此從事共同行為實行。而所謂之實行行為是否限於構成要件行為之分擔，又或是包含事前決意、策畫？須視前開正共犯區分採取何種理論，將有所不同。

爭點提示　附加性共同正犯與擇一性共同正犯[10]

(一)附加性共同正犯：

例如：數人約定同時朝被害人開槍，則不論幾發子彈、也不論是誰打到，每個約定的人皆成立殺人罪，理由在於，從事前觀察角度，數人個別實施的分工均屬重要，具有對犯罪實現的功能性支配。

(二)擇一性共同正犯：

例如：數人基於共同行為，分別堵在不同出入口，若發現被害人，行為人就開槍射殺，則未下手之人仍在他人著手時，扮演重要功能支配的角色，所有人成立殺人罪之正犯。

(2)法律效果：對於具有共同行為決意，且共同為行為實施者，其

9　許澤天（2024），詳前揭註1，頁317-318。

10　許澤天（2024），詳前揭註1，頁329。