

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授 李聖傑博士



論共犯從屬性

研究生 陳力揚 撰

中華民國九十九年元月

謝 辭

本論文能夠完成，最應感謝者莫過於恩師李聖傑教授。自研究所跟隨老師以來，深受老師開放式學風的薰陶，老師總以開放而又嚴謹的對話討論，不斷刺激我能從各種角度去反思既有框架。老師對學術的專注與堅持，更令我不敢懈怠，盡力完成本論文，希望能夠不辜負老師的期待。研究所期間深受老師學術上的提攜與生活上的照顧，難以一一盡述，實是得之於師者太多，能回饋者甚少，希望本論文的提出能回報老師之付出於一二。

同時感謝口試委員段重民教授及許澤天教授，兩位老師在百忙之中審閱本論文，提出諸多寶貴建議與鼓勵，本論文如能更為完善，皆應歸功於老師們的細心指正。本論文同時受許澤天教授對共犯理論見解之啟發，對此多有討論，得蒙許老師當面費辭指教，心中無限感激。

另外更要感謝政大刑法中心的師長與同學，謝謝許玉秀教授在公務繁忙之餘仍不時關心學生論文進度，並提供文獻資料，使本論文內容能夠更為豐富完整；謝謝何賴傑教授總是以幽默而又堅定的語氣催促我早日完成論文，老師幽默寬厚的身影總是帶給我溫暖的力量，讓我繼續堅持下去。也謝謝永宏學長、怡宏學長、敏超學長、俊傑學長、邦峻學長、昭龍、自強、時嘉、昇峰、秋伶、怡君、柏良、梓榕以及柏均，不管是在課堂上的交相辯難，或是共同舉辦參與過的研討會活動，是你們交織激盪出的美麗火花，讓我的研究所生涯如此精彩。政大刑法中心對我而言就像一個大家庭，衷心感謝我能夠是其中的一份子。

本論文後期在司法院服役期間完成，除了得以利用司法院豐富的圖書資源之外，更應該感謝司法院民事廳的師長，謝謝吳景源法官、李錦美法官、吳光釗法官、李國增法官、吳金龍法官、吳麗惠法官以及陳幸潔書記官的照顧與鼓勵，讓我能夠安心利用空閒時間完成論文，這段在司法院安靜唸書寫作的日子，令我無限懷念。

也要感謝奧地利友人謹宜，在政大風零樓語言交換的日子，讓我得以紮實的唸了點德文，是本論文得以完成的幕後功臣。並謝謝大學好友施勇全，憶起當年一起偷溜進研討室討論刑法的日子、兩個不知天高地厚的小伙子，這些畫面總能讓我微笑的想起那些單純無畏的勇氣。

特別感謝葦怡，除了在本論文寫作期間一直充當我對話討論的良師益友，讓我游離的思緒能化為具體的文字，更謝謝這些年來我們一同經歷過的旅程，生命轉彎的地方如此洶湧深刻，人生五味俱在其中，謝謝一起經歷了這一切的妳。

最後要感謝我的父親陳錫隆先生及母親鄧金英女士，離家在外這麼多年，是你們無怨無悔的付出支持著我，在我身形飄離的時候，是你們無語的寬慰支撐著我，你們樸實堅毅的身影是我永遠的依靠，更是我始終追尋的榜樣。

把能說的說出來，把不能說的藏諸於心，不強作知之之解，但存可疑之處，希望本論文對於共犯從屬性之討論能有微薄的貢獻。

陳力揚 2011.02

摘要

從共犯從屬性所提出「共犯之成立以正犯行為之存在為必要」的基本命題，可推導出「共犯不法從屬」以及「共犯不法不能獨立存在」等共犯性質。由此可知，共犯從屬性並不僅是形式上的共犯成立要件問題，更在實質上涉及共犯不法的特殊性質。因此對於共犯從屬性法理基礎的探討，毋寧應從共犯概念的最上位問題出發，亦即共犯概念究竟從何而來，對於共犯為何要加以處罰？

基此，本文首先討論共犯在犯罪體系中的定位問題，以確定在討論共犯犯罪結構時應有之出發點。在此基礎上，本文進一步討論共犯之處罰基礎，亦即針對共犯在犯罪體系上之特殊地位，探討其處罰根據何在，藉此形塑共犯不法的內涵，以獲得對於共犯不法從屬性質的理解。承此結論，本文繼續說明「共犯成立以正犯行為存在為必要」此命題之法理依據，並據此討論：一、共犯從屬型態；二、未遂教唆之體系定位以及；三、預備犯之共犯等共犯從屬性適用問題。本文最後則處理共犯從屬性於身分犯罪之適用問題，以期能就刑法第 31 條尋得與共犯從屬性相符之處理方案。

目 錄

第一章	緒論	1
第一節	問題提出	1
第二節	討論架構	3
第二章	共犯之犯罪體系定位	4
第一節	數人參與犯罪的評價問題	4
第二節	犯罪參與的評價模式	4
第一項	單一正犯體系	5
第二項	二元參與體系	6
第一款	從限縮正犯概念出發的區分體系	6
第二款	從擴張正犯概念出發的區分體系	7
第三項	檢討	8
第一款	單一正犯體系弱化構成要件功能	8
第二款	擴張正犯概念與實定法規定不符	10
第三節	從限縮正犯概念出發的共犯體系	11
第三章	共犯處罰根據理論	13
第一節	罪責共犯理論及不法共犯理論	13
第一項	罪責共犯理論	13
第二項	不法共犯理論	15
第二節	純粹惹起理論	17
第一項	Lüderssen 的共犯構成要件理論	17
第二項	Schmidhäuser 的共犯犯罪理論	20
第三節	從屬性導向惹起理論	22
第四節	從屬的法益侵害理論	24
第五節	共犯處罰根據理論之檢討	27
第一項	對「罪責共犯理論」及「不法共犯理論」之檢討	27
第一款	學說批評	27
第二款	本文意見	29
第一目	「個人社會完整性」非我國共犯規定之保護法益	29
第二目	對於學說批評之檢討	31
第二項	對純粹惹起理論之檢討	33

第一款	共犯行為無法實現（正犯）構成要件的法益侵害.....	33
第二款	共犯構成要件理論與實定法規定不符.....	34
第三項	對「從屬性導向惹起理論」及「從屬的法益侵害理論」之檢討.....	38
第一款	「勿助人為惡」的刑法誡命.....	39
第二款	「勿助人為惡」的理由及其在刑法上的規範構造.....	41

第四章 共犯從屬性.....45

第一節	緒論—共犯從屬性的多義性.....	45
第二節	共犯從屬性與共犯獨立性之爭.....	46
第一項	立法意旨探討.....	46
第一款	舊刑法時期（1928-1935）：採共犯從屬性立場.....	46
第二款	原刑法時期（1935-2006）.....	47
第一目	教唆犯採獨立性立場.....	47
第二目	幫助犯採從屬性立場.....	50
第三款	現行法時期（2006）：採共犯從屬性立場.....	51
第二項	實務見解.....	52
第一款	原刑法時期.....	52
第一目	教唆犯規定.....	52
第二目	幫助犯規定：採幫助犯從屬性之立場.....	53
第二款	現行法時期：採共犯從屬性立場.....	54
第三項	學說觀點.....	54
第一款	原刑法時期：對教唆犯的歧異理解.....	55
第一目	採教唆犯獨立性之立場.....	55
第二目	教唆犯之成立具獨立性，但處罰兼含從屬性.....	56
第三目	從屬性為原則，獨立性為例外.....	57
第四目	採教唆犯從屬性之立場.....	59
第二款	現行法時期：採共犯從屬性之立場.....	61
第四項	共犯從屬性與共犯獨立性法理基礎之檢討.....	62
第一款	客觀主義與主觀主義之爭？.....	63
第一目	客觀主義與主觀主義概述.....	64
第二目	主觀主義未能解釋原刑法第 29 條規定.....	65
第三目	客觀主義未能說明共犯從屬性.....	66
第二款	法治國構成要件明確性原則之要求？.....	67
第三款	應以共犯處罰根據理論為依據.....	68
第一目	對共犯獨立性之法理依據.....	68
第二目	對共犯從屬性之法理依據.....	69

第四款	小結	70
第三節	共犯從屬型態	70
第一項	四種從屬型態介紹	71
第二項	共犯從屬型態之演變趨勢	72
第一款	德國立法例及學說觀點之演變	72
第二款	我國立法例、實務及學說觀點之演變	73
第三項	從共犯處罰根據理論之檢討	75
第一款	罪責共犯理論與不法共犯理論之觀點	75
第二款	純粹惹起理論之觀點	75
第三款	從屬性導向惹起理論及從屬的法益侵害理論之觀點	76
第四款	小結	79
第四節	未遂教唆之體系定位	79
第一項	未遂教唆之概念界定	80
第一款	用語辨異	80
第一目	我國學說用語介紹	80
第二目	用語檢討	80
第二款	未遂教唆之類型介紹	82
第二項	德國學說對未遂教唆體系定位之理解	83
第三項	未遂教唆於我國刑法規定之體系定位	84
第一款	原刑法時期	84
第二款	現行法時期	85
第五節	預備犯之共犯	87
第一項	原刑法時期	87
第一款	問題提出	87
第二款	學說觀點	87
第三款	本文意見	88
第一目	採原刑法教唆犯獨立性之觀點	88
第二目	採共犯從屬性及未遂教唆之觀點	89
第二項	現行法時期	91
第一款	問題提出	91
第二款	學說及實務見解	92
第三款	本文意見	93
第五章	共犯從屬性於身分犯罪之適用	95
第一節	問題提出—共犯從屬性的鬆動?	95
第二節	身分要素之意義及其與共犯從屬性之關係	98
第一項	我國對身分要素之理解	98

第二項	德國對特別個人要素之理解.....	99
第一款	「行為關連」與「行為人關連」的區分.....	101
第二款	「法益關連性」與「高度個人性」的區分.....	104
第三款	「功能性本質要素」及「純粹類型化要素」作為一般個人要素.....	105
第四款	「特別義務要素」及「純粹罪責及純粹可罰性要素」作為特別個人要素.....	106
第一目	<i>Roxin</i> 的看法.....	107
第二目	<i>Puppe</i> 的看法.....	111
第三項	對身分要素及其與共犯從屬性關係之檢討.....	113
第一款	對身分要素的理解方式.....	113
第二款	身分要素與共犯從屬性之關係.....	114
第一目	對「功能性本質要素」之檢討.....	114
第二目	對「特別義務要素」之檢討.....	115
第三目	對「純粹罪責及純粹可罰性要素」之檢討.....	117
第四目	小結.....	117
第三節	身分要素於第 31 條之適用關係.....	117
第一項	我國通說立場—純正身分與不純正身分.....	118
第二項	德國學說觀點.....	119
第一款	<i>Roxin</i> 的看法.....	120
第一目	德國刑法第 28 條第 1 項之身分類型及適用關係.....	120
第二目	德國刑法第 28 條第 2 項之身分類型及適用關係—特別義務要素的刑罰移用方案.....	121
第二款	<i>Puppe</i> 的看法.....	122
第一目	「特別義務要素」應屬於「構成刑罰原因的特別個人要素」.....	123
第二目	「純粹罪責及純粹可罰性要素」應屬於「加減或免刑的特別個人要素」.....	124
第三項	檢討—刑法第 31 條作為限制從屬性的展現.....	125

第六章 結論..... 129

參考文獻..... 133

第一章 緒論

第一節 問題提出

所謂共犯從屬性，係指共犯（教唆犯及幫助犯）之成立，必須依存於正犯犯罪行為：假如正犯行為既遂，則共犯成立既遂罪之教唆犯或幫助犯；假如正犯行為未遂，則共犯成立未遂罪之教唆犯或幫助犯；假如正犯根本未有犯罪之著手實行，則共犯即無從成立¹。相對的則是共犯獨立性的概念，共犯之成立不以正犯行為之存在為必要，教唆或幫助行為一經實施，即足以成立共犯而為可罰²。

在我國原刑法時期（1935-2006），共犯應採從屬性或獨立性向來為實務及學說爭議焦點所在。持共犯獨立性者，每以原刑法第 29 條第 3 項³為依據，主張正犯縱然未至犯罪，但教唆行為本身仍然足以成立教唆犯之未遂而為可罰。持共犯從屬性者，或將原刑法第 29 條第 3 項解釋為共犯從屬性之例外規定，或認為此係對於所謂「未遂教唆」的特別處罰規定。共犯從屬性與共犯獨立性兩說相持不下，亦造成我國共犯規定解釋適用的混亂。有鑑於此，立法者為符合「現代刑法思潮之共犯從屬性思想」⁴，遂修正原刑法共犯規定，於現行法明文採取共犯從屬性中之限制從屬形式，並刪除原刑法第 29 條第 3 項規定。學者因此認為，此後對於共犯規定已不再是從屬性或獨立性的爭執，而應著重於對共犯從屬性的正

¹ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 48。

² 陳子平，刑法總論，2008 年，頁 488。

³ 原刑法第 29 條第 3 項：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者，為限。」

⁴ 現行法第 29 條修法理由：「……共犯獨立性說之立場，……不符合現代刑法思潮之共犯從屬性思想，故改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬性說中之『限制從屬形式』。依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為之存在為必要，而此正犯行為則須正犯者著手於犯罪之實行行為，且具備違法性，始足當之，至於有責性之判斷，則依個別正犯或共犯判斷之，爰刪除現行條文第 3 項失敗教唆及無效教唆之處罰。」

確理解與適用⁵。

在共犯從屬性下，對於共犯行為之論罪科刑必須建立在正犯行為的不法評價上，換言之，共犯不法必須取決於正犯不法。然而，根據行為刑法的觀點，個人係因自己行為的不法而受非難，基此，共犯不法亦應從自己的教唆或幫助行為而來，則共犯不法如何能夠「從屬於」正犯不法？所謂從屬性之性質究竟為何？再者，從個人責任原則以觀，個人僅對自己行為負責，不必為他人行為負責，則共犯不法之基礎又如何能夠建立在正犯行為的不法上？如此有無違反個人責任原則之疑慮？此外，從行為不法的角度而言，在實施犯罪行為後，縱然犯罪結果並未發生，行為人仍具有可罰之基礎而足以成立未遂犯。然而，在共犯從屬性原則下，共犯不法無法獨立存在，換言之，單純教唆或幫助行為的實施本身並無不法可言，尚須待正犯實行犯罪行為後，為教唆或幫助之人始有成立共犯之餘地。基此，在教唆犯或幫助犯中，並無所謂教唆犯或幫助犯的「未遂犯」概念可言，其間道理何在，亦值探究。諸此疑義，可知所謂共犯從屬性並非自明之理，對其法理基礎，殊有進一步討論之必要。

此外，在共犯從屬性原則下，共犯所從屬之正犯行為究應具備如何之要件內涵？又當正犯行為僅止於預備犯階段時，共犯是否可罰？或者當正犯尚未有犯罪行為之實行時，對於教唆行為——即所謂「未遂教唆」之情形——應如何評價？尤其是，在涉及身分要素之犯罪類型，無身分之共犯應如何論罪科刑，此即刑法第31條之爭議問題。在原刑法時期，該條即為共犯從屬性適用爭議之所在，現行法既承襲原來條文之規範架構，可預見爭議仍將繼續存在，因此亦有進一步釐清之必要。諸此問題，除涉及共犯從屬性之應用，更為我國常見的爭議，本文在探詢共犯從屬性法理基礎後，亦將一併處理。

⁵ 林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁452。

第二節 討論架構

從共犯從屬性所提出「共犯之成立以正犯行為之存在為必要」的基本命題，可推導出「共犯不法從屬」以及「共犯不法不能獨立存在」等共犯性質。由此可知，共犯從屬性並不僅是形式上的共犯成立要件問題，更在實質上涉及共犯不法的特殊性質。因此對於共犯從屬性法理基礎的探討，毋寧應從共犯概念的最上位問題出發，亦即共犯概念究竟從何而來，對於共犯為何要加以處罰？

基此，本文第二章首先討論共犯在犯罪體系中的定位問題，以確定在討論共犯犯罪結構時應有之出發點。在此基礎上，本文第三章進一步討論共犯之處罰基礎，亦即針對共犯在犯罪體系上之特殊地位，探討其處罰根據何在，藉此形塑共犯不法的內涵，以獲得對於共犯不法從屬性質的理解。承此結論，本文第四章繼續說明「共犯成立以正犯行為存在為必要」此命題之法理依據，並據此討論：一、共犯從屬型態；二、未遂教唆之體系定位以及；三、預備犯之共犯等共犯從屬性適用問題。本文第五章則處理共犯從屬性於身分犯罪之適用問題，以期能就刑法第 31 條尋得與共犯從屬性相符之處理方案。

第二章 共犯之犯罪體系定位

第一節 數人參與犯罪的評價問題

在法治國原則下，對於犯罪行為人的處罰，形式上必須符合罪刑法定原則，實質上必須符合法益保護目的。為此，立法者乃將各種侵害法益的行為態樣加以類型化，成為刑法分則各罪的構成要件類型，此即刑法所禁止之犯罪行為，亦為刑法對犯罪行為人的處罰基礎。

在行為人一人單獨實施犯罪之情形，直接依照刑法分則規定論罪科刑，固無疑問，並不產生所謂正犯或共犯之問題。然而，在數人共同參與犯罪之情形，對於各人的行為應如何評價，則非無疑。例如在強盜集團之情形，有人負責把風，有人協助壓制被害人，有人搜刮財物，有人事後接應，或者整個犯行係由他人之教唆或策劃而來。換言之，犯罪固然因所有參與人共同加工而成，但各人的行為或者僅實現了部分構成要件，或者根本不屬於構成要件所描述的行為，對犯罪的貢獻程度也各有不同。面對各式各樣的參與行為，究竟如何之行為才應該對犯罪結果負責？又應該負什麼樣的責任？對於各種行為是否又有區別評價的必要？從這些問題，因此形成對於多數人共同犯罪時的特別評價模式。

第二節 犯罪參與的評價模式

對於數人參與犯罪，應如何評價各參與人之刑事責任，涉及學理上「參與理論」的問題，大陸法系國家之立法例可大致歸納為兩種規範模式⁶，一為不區分犯罪參與類型，對所有參與人作單一評價的「單一正犯體系

⁶ 柯耀程，刑法總論釋義（上），2005年，頁292；陳子平，刑法總論，2008年，頁437以下；同作者，論正犯與共犯之概念，政大法學評論，第48期，1993年9月，頁120。

(Einheitstätersystem)」，另一則為將犯罪參與人區分為正犯與共犯的「二元參與體系 (dualistisch Beteiligungssystem)」，又被稱為「區分體系」，以下析述之。

第一項 單一正犯體系

法制上採行單一正犯體系者，可以奧地利刑法典為代表⁷。根據奧地利刑法第 12 條規定：「不僅直接行為人實行犯罪行為，教唆他人實行犯罪行為或幫助犯罪實行之人，亦同。」基此，刑法分則各罪所指涉之犯罪行為人，除了直接行為人之外，也包括了教唆或幫助他人實行犯罪行為之人。單一正犯體系以條件因果關係為理論基礎，認為所有促成犯罪結果實現的行為，在評價上均為等價，因此在數人參與犯罪之情形，只要是對構成要件實現具有因果貢獻之行為，即可該當構成要件，成為刑法上的犯罪行為人⁸。單一正犯體系對於刑法分則構成要件的涵攝範圍作廣義理解，並且不作參與型態的區分，各參與人並無主從的區別，都是正犯，並且是單獨正犯。至於各參與人不同程度的行為貢獻，則與構成要件的該當判斷無涉，僅反應於量刑階段，委由法官依照具體個案裁量評價⁹。相較於區分體系，單一正犯體系自認其優點在於簡化法律的適用，使正犯與共犯在規範上多樣且複雜的體系結構設計變得多餘¹⁰。

我國學者有支持單一正犯體系者，其認為，不法構成要件的意義就是在確定不法侵害的標準，只要行為人對於不法構成要件的實現有其因果關係，即為該當不法構成要件的正犯。至於行為人藉以實現不法構成要件的方式，不管是完全利

⁷ 柯耀程，刑法總論釋義（上），2005 年，頁 292；Roxin, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 2.

⁸ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 33；柯耀程，刑法總論釋義（上），2005 年，頁 312；陳子平，刑法總論，2008 年，頁 438；許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，2000 年 11 月，頁 7、10；Roxin, in: LK, 1993, vor § 25, Rn. 3.

⁹ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 34；柯耀程，刑法總論釋義（上），2005 年，頁 312；陳子平，刑法總論，2008 年，頁 438；許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，2000 年 11 月，頁 11；Roxin, in: LK, 1993, vor § 25, Rn. 3.

¹⁰ Roxin, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 2.

用自己的身體、部分利用別人的身體，或是人體以外的物體，純屬技術問題，就法益保護目的而言，並無區別評價的意義¹¹。基此，不論是所謂教唆或幫助行為，重點在於是否屬於法益侵害行為，因此僅以正犯的規範架構加以理解即為已足，並無另外區分共犯概念類型的必要¹²。

第二項 二元參與體系

德國刑法典及我國刑法典採取二元參與體系¹³，將犯罪參與人區分為正犯與共犯，並分別規定其法律效果。在區分體系下，對於刑法分則構成要件所能包含的處罰對象，學說上則有「限縮正犯概念」以及「擴張正犯概念」兩種對立觀點，並因此導致對於共犯體系定位的不同理解。

第一款 從限縮正犯概念出發的區分體系

限縮正犯概念（restriktiver Täterbegriff）從所謂構成要件理論的觀點出發，認為刑法分則構成要件所指涉的行為對象，僅限於直接實行法定構成要件所描述行為之人，如果僅僅對於構成要件的實施具有因果關係，而非親自實施者，則非構成要件所能掌握的行為人¹⁴。基此，教唆或幫助他人實行構成要件行為之人，並非刑法所得處罰的對象，因此實定法必須另外針對教唆犯及幫助犯制訂處罰規定。就此而言，共犯規定在性質上應屬於「刑罰擴張事由」¹⁵。

¹¹ 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，頁283；同作者，從破壞性教導行為看共犯概念，收錄於：刑罰的極限，2000年4月，頁123。

¹² 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，頁287-288。

¹³ 現行法第四章章名修正理由：「我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，……爰將現行法之『共犯』章名，修正為『正犯與共犯』，以符實際。」

¹⁴ 許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，2000年11月，頁28-29。

¹⁵ 林山田，刑法通論（下），2008年，頁31；許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，2000年11月，頁28-29；陳子平，刑法總論，2008年，頁444-445；蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報，第19卷第3期，2008年1月，頁44；Hoyer, in: SK,

限縮正犯概念與構成要件理論相結合，其所掌握的正犯範圍，也隨著對構成要件詮釋方法的不同而有所改變。從早期的古典犯罪階層體系，立基於科學實證主義的價值精神，嚴守構成要件文義界線，僅有親手實現構成要件文字所描述行為之人，始該當構成要件而為正犯¹⁶。但隨著犯罪階層體系的轉變，構成要件擺脫機械式的形式思考，導入規範的價值觀點，今日刑法對於所謂構成要件行為的理解，乃係藉助於「犯罪支配」的評價概念來作實質認定，正犯不再僅侷限於親手實施之直接正犯，也包含假手他人實施不法構成要件的間接正犯，以及與他人共同行為而對犯罪過程具有犯罪支配的共同正犯等類型¹⁷。

第二款 從擴張正犯概念出發的區分體系

擴張正犯概念（*extensiver Täterbegriff*）與單一正犯體系相同，以條件因果關係為理論基礎，凡是對於構成要件結果的發生具有因果貢獻之人，皆屬於刑法分則構成要件所指涉的犯罪行為人，換言之，都是正犯。在此理解下，實施教唆與幫助行為之人，對於構成要件的實現同樣具因果貢獻，因此本質上亦屬於正犯。就此而言，實定法在正犯之外，另外針對教唆及幫助行為所設計的共犯規定，性質上即屬於刑罰限縮事由¹⁸。

在擴張正犯概念下，由於所有造成構成要件結果實現的客觀條件皆屬等價，因此對於正犯與共犯的規範上區別，唯有從其主觀面加以尋找，因此有與主觀理

2001, vor § 25, Rn. 2ff., vor § 26, Rn. 1; *Roxin*, in: LK, 1993, vor § 25, Rn. 12.

¹⁶ 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報，第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 43-44。

¹⁷ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 40 以下。對正犯概念內涵轉變的詳細介紹，可參閱：許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，2000 年 11 月，頁 32 以下。

¹⁸ 林山田，刑法通論（下），2008，頁 32；陳子平，刑法總論，2008，頁 445；同作者，論正犯與共犯之概念，政大法學評論，第 48 期，1993 年 9 月，頁 132；蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報，第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 44；蘇俊雄，刑罰總論 II，1998，頁 406；*Roxin*, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 4; *ders.*, in: LK, 1993, vor § 25, Rn. 9.

論相結合之傾向¹⁹。據此，所謂正犯乃係指自任「主角意思」之犯罪參與人，而共犯則係以「配角意思」參與加工者²⁰。

第三項 檢討

第一款 單一正犯體系弱化構成要件功能

在單一正犯體系下，固然沒有所謂共犯的概念，但這並不意味著，在區分體系下被評價為共犯的教唆與幫助行為並不受處罰。蓋單一正犯體系藉由條件因果理論，把所有對於構成要件實現具有因果貢獻的參與行為，都評價為刑法分則各罪所直接掌握的犯罪行為。相較於區分體系，在單一正犯體系下的正犯概念，所能涵攝的事實範圍顯然較為廣泛。基此，單一正犯體系並非放棄對於教唆或幫助行為的處罰，而只是將其納入正犯範圍。因此就相同範圍的行為事實而言，單一正犯體系確實簡化了法律適用，但這個「優點」卻同時也是單一正犯體系最為人所詬病的缺點：

一、破壞罪刑法定主義

基於罪刑法定主義的要求，立法者將犯罪行為類型化而形諸於刑法分則構成要件規定，形成犯罪判斷的標準與界線。因此刑法上所稱之竊盜行為，根據竊盜罪構成要件之描述，必須是「竊取」他人動產之行為。如果把「把風」或「出借萬能鑰匙」的行為也作為「竊取」行為而加以處罰，無異直接背離罪刑法定主義的基本要求。單一正犯體系經由追究因果關係的源頭，過度簡化構成要件，因此破壞了法治國原則所重視的構成要件界線²¹。

¹⁹ 林山田，刑法通論（下），2008，頁 38；蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報，第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 44；蘇俊雄，刑罰總論 II，1998，頁 406；Schünemann, in: LK, 2005, vor § 25, Rn. 13.

²⁰ 林山田，刑法通論（下），2008，頁 39；蘇俊雄，刑罰總論 II，1998，頁 408。

²¹ 林山田，刑法通論（下），2008，頁 33；Jakobs, AT, 1991, § 21, Rn. 6; Roxin, AT/ 2, 2003, § 25,

二、弱化構成要件功能

構成要件的功能除了形式上得以滿足罪刑法定主義之外，實質上更具有表徵不法評價的意義。犯罪行為之所以有異於日常一般行為，除了其惹起法益侵害結果之外，更在於行為手段具有刑法上的不法價值。以向來被認為是「限定行為方式」的財產犯罪為例，對於同樣造成他人金錢損失的行為，之所以有民事不法或刑事不法的區別，正是由於其行為方式不同所致。因此單一正犯體系單純利用對於構成要件結果的因果關係來掌握並評價犯罪行為人，顯然忽略構成要件也具有表徵行為不法的意義，因此弱化了構成要件功能。

同樣的，在身分犯的情形，依照通說，應以行為人的特定身分資格作為構成要件適用前提，身分要素更意味著特別不法的評價意義。然而，對於構成要件之適用資格，單一正犯體系以因果關係作為唯一標準，這不但忽視了身分要素對於行為人所表彰的特別不法意義，更與身分犯的基本概念相衝突²²。

三、粗糙的量刑標準

區分體系依照參與人的犯罪貢獻程度作出不法類型的區分（正犯、教唆犯與幫助犯），具有在不法階段決定刑罰標準的功能。相對的，單一正犯體系不區分參與類型，因此也沒有區分不同行為貢獻的刑罰標準²³。相較之下，單一正犯體系顯然擴大了法定刑的適用彈性，降低法律效果的明確性²⁴。

此外，對於各參與人不同程度的行為貢獻，單一正犯體系雖然不在不法

Rn. 3; *ders.*, in: LK, 1993, vor § 25, Rn. 5f.

²² 林山田，刑法通論（下），2008，頁33；*Roxin*, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 3f.

²³ 但奧地利刑法第15條第2項排除了所謂未遂幫助犯的可罰性，與其採行單一正犯體系之立場有所矛盾，參見：*Roxin*, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 3.

²⁴ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 3; *ders.*, in: LK, 1993, vor § 25, Rn. 6f.

評價階段作區別，但仍然認為在應該在量刑階段給予不同的處刑對待。然則，這種不同的量刑需求，豈非正是由於各參與行為在不法評價上有所不同所致？不同的量刑對待所反應出來的既然是不法程度的差別，理應在不法評價階段認定之。單一正犯體系對此留待量刑階段始行處理，不免令人有捨近求遠，體系錯置之感。況且，單一正犯體系既然無法提出不法的區別標準，卻冀望於量刑階段能夠適當的區別並評價各人之不法，亦恐屬空中樓閣，此由單一正犯體系迄今仍無法於量刑領域發展出比較精緻的評價標準，可見一斑²⁵。

第二款 擴張正犯概念與實定法規定不符

擴張正犯概念與單一正犯體系相同，利用條件因果關係來解釋刑法分則構成要件所得包攝之行為人範圍，因此也同樣具有破壞罪刑法定主義與弱化構成要件功能之不當。

再者，對於正犯與共犯的區別，擴張正犯概念認為不在於各參與人的客觀行為有別，而在於其主觀意思不同。然而，根據我國刑法規定，正犯為實行犯罪行為之人，共犯則為教唆或幫助他人犯罪之人，換言之，正犯與共犯的區別正是由其客觀行為態樣不同而來。就此而言，擴張正犯概念顯然難與現行法規定相符。

Roxin 亦指出²⁶，擴張正犯概念無法解釋德國刑法典所採納之區分體系，因為依照擴張正犯理論之觀點，既然每個肇因者都是正犯，則理論上並無另外設定教唆犯與幫助犯之必要。此外，擴張正犯概念也與法律規定不符，蓋根據德國刑法第 25 條²⁷正犯規定，正犯並非被描繪為肇因者，而是「實行」犯罪行為之人，

²⁵ 許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：刑法的問題與對策，2000 年 11 月，頁 19。

²⁶ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 25, Rn. 4.

²⁷ 德國刑法第 25 條：「自己或透過他人實行犯罪行為之人，以正犯（Täter）論處（第 1 項）；數人共同實行犯罪者，皆以正犯論處（共同正犯）（第 2 項）。」

其行為方式並不包含教唆及幫助。其次，根據德國刑法第 26 條²⁸及第 27 條²⁹規定，教唆犯及幫助犯以故意的主行為為前提，對於非故意主行為的教唆或幫助，縱然教唆或幫助之人是故意的惹起犯罪結果，仍然不在處罰之列，而這顯然有違條件因果理論之立場。最後，擴張正犯概念無法說明身分犯，蓋這類犯罪不以肇因，而以特定的身分資格作為正犯前提，因果關係理論顯然無法滿足這種構成要件類型之需求。鑑於我國刑法典就正犯與共犯規定與德國刑法典之規定相類，因此 *Roxin* 對於擴張正犯概念的批評同樣也可以適用於我國法，擴張正犯概念難以採行，應堪認定。

綜上所述，對於數人參與犯罪之評價模式，單一正犯體系以條件因果關係為理論基礎，導致構成要件過度簡化，有違罪刑法定主義之保障功能；以擴張正犯概念為基礎的區分體系除承襲相同缺失外，其對於正犯與共犯的區分界線更與實定法規定不符，兩者皆有未恰。其中僅有以限縮正犯概念為基礎的區分體系能夠掌握構成要件之規範功能，並得符合我國實定法規定，以之作為我國處理多數人共同參與犯罪的評價模式，應為可採。

第三節 從限縮正犯概念出發的共犯體系

為維護法治國原則下犯罪行為定型性的要求，並得同時兼顧我國刑法規定，對於數人參與犯罪之評價模式，應以從限縮正犯概念出發的區分體系為可採，對於共犯體系之建構，即應以此為基礎。在限縮正犯概念下，刑法分則構成要件所指涉包含之行為對象，僅限於正犯，亦即實行構成要件行為之人。教唆或幫助行為則非刑法分則構成要件所指之犯罪行為，換言之，共犯乃構成要件規範以外之人，教唆或幫助行為原本並不可罰。基此觀點，刑法總則關於正犯之規定，僅屬

²⁸ 德國刑法第 26 條：「故意教唆（bestimmen）他人為故意實行之違法行為者，以教唆犯論處，教唆犯之處罰與正犯同。」

²⁹ 德國刑法第 27 條：「故意對他人故意實行之違法行為提供幫助者，以幫助犯論處（第 1 項）；幫助犯依正犯之刑處罰，並依第 49 條第 1 項減輕其刑（第 2 項）。」

於闡述性之規定，不具有創設刑罰之功能。相對的，由於共犯並不屬於實現刑法分則構成要件之人，對於共犯的處罰並無法訴諸刑法分則規定，因此刑法總則之共犯規定即具有創設刑罰之效力，共犯規定作為所謂刑罰擴張事由³⁰。

從刑法分則構成要件之觀點而言，教唆或幫助行為並非刑法上的法益侵害行為，此等行為並無不法可言。如今雖然藉由刑法總則之共犯規定而作為其形式上的處罰根據，但在以刑法分則構成要件作為法益侵害判斷標準的前提下，共犯行為與法益侵害之間的關係，亦即其實質上之處罰根據何在，仍有待釐清。再者，共犯概念並非天生，對於共犯之處罰基礎亦無法憑空得來，毋寧應與實定法所規定之共犯型態相配合。根據我國刑法共犯規定，所謂共犯行為係指教唆或幫助他人實行犯罪行為之行為，可見在規範構造上，共犯行為並非完全獨立的犯罪行為，而與正犯行為有著某種程度的依附關連。共犯處罰根據與共犯規範結構兩者之間因此具有交互作用，藉由實定法規範之共犯型態，得以探詢共犯處罰根據之方向，而藉由共犯處罰根據之釐清，更可進一步細緻化共犯之犯罪體系，以下進一步探討共犯處罰根據，藉此釐清共犯與正犯兩者在規範構造上的關連意義。

³⁰ Herzberg, GA 1971, S. 2.

第三章 共犯處罰根據理論

共犯處罰根據乃是區分正犯與共犯理論下的產物³¹，並且嚴格來說，是以限縮正犯概念為基礎之區分體系下的產物。蓋在擴張正犯概念下，共犯與正犯皆因刑法分則構成要件規定而為可罰，並無另外討論共犯處罰根據之必要。但在限縮正犯概念底下，共犯並非刑法分則構成要件所能掌握之行為對象，因此共犯行為是否侵害刑法所保護之法益而須加以處罰，亦即其處罰根據何在，即有討論必要。

學說上所提出之共犯處罰根據理論³²，大致上可區分為「罪責共犯理論 (Schuldteilnahmetheorie)」³³、「不法共犯理論 (Unrechtsteilnahmetheorie)」³⁴、「純粹惹起理論 (rein Verursachungstheorie)」³⁵、「從屬性導向惹起理論 (akzessorietätsorientiert Verursachungstheorie)」³⁶以及「從屬的法益侵害理論 (Lehre vom akzessorisch Rechtsgutsangriff)」等幾種看法，以下析述之。

第一節 罪責共犯理論及不法共犯理論

第一項 罪責共犯理論

罪責共犯理論也被稱為腐化理論，其認為，共犯的處罰根據不在於惹起構成

³¹ 許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 81。

³² 關於各種共犯處罰根據理論之立場分類，可參閱：陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 6 以下。

³³ 國內學說有稱為「罪責加工理論」，參見：許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 82。

³⁴ 國內學說有稱為「不法加工理論」，參見：許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 82。

³⁵ 國內學說有稱為「純正的肇因理論」，參見：許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 84。

³⁶ 國內學說有稱為「從屬取向的肇因理論」，參見：許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 85。

要件該當結果，而在於誘惑正犯，使正犯腐化墮落並陷於罪責非難³⁷。這種處罰根據被認為與與古代道德神學之「精神殺人 (Seelenmord)」有所關連，易言之，誘惑者為實施精神殺人之人，教唆犯因此是對正犯賦予精神上之侵害作用而受處罰³⁸。

罪責共犯理論可分為早期的「純粹罪責共犯理論」與後來的「雙重性質理論」。前者主張，教唆犯因為使正犯陷於罪責非難與刑法處罰而為可罰，因此教唆犯之處罰根據在於誘惑、腐化要素。後者則主張，教唆者除了使正犯陷於罪責與刑罰之外，也因為參與正犯的法益侵害而受處罰³⁹。持雙重性質理論的 *H. Mayer* 即謂：「教唆犯除侵害法益之外，更侵害正犯，具有雙重犯罪之型態。如果認為犯罪的本質在於對倫理秩序的侵害，則毋寧應該認為誘惑要素比起客觀的法益侵害更為重要。因此，教唆犯的行為雖然與正犯行為相異，但從誘惑的觀點而言，教唆犯應與正犯具有相同程度的犯罪性。」⁴⁰ 據此，教唆犯的處罰基礎在於：一、使正犯腐敗；二、作為法益侵害的惹起者。*H. Mayer* 雖主張教唆的雙重性質，但由於以違反倫理秩序作為犯罪本質，特別強調誘惑要素，因此與純粹罪責共犯理論並無太大差異。

總結來說，罪責共犯理論認為正犯與共犯是完全不同性質的犯罪行為，正犯侵害了刑法分則上所保護之法益，而共犯則是侵害了正犯。共犯的不法並因此具有獨立性，係屬於獨立之犯罪行為。我國有學說認為，在現行刑法中，聚眾犯罪之首謀者比下手實施者之法定刑為重，即屬於罪責共犯理論之遺跡⁴¹。

³⁷ 許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 82 以下；*Hoyer*, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 7; *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 16; *ders.*, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 10.

³⁸ 陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 20 以下。

³⁹ 陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 22 以下。

⁴⁰ *H. Mayer*, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 334. 轉引自：陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 22。

⁴¹ 許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 83。

第二項 不法共犯理論

在 1943 年以前，德意志帝國刑法典第 48 條規定，教唆犯必須教唆他人犯下「可罰行為 (strafbare Handlung)」，第 49 條則規定，幫助犯必須幫助他人犯下「重罪或輕罪 (Verbrechen oder Vergehen)」。嗣經 1943 刑法轉換規則 (Strafrechtsangleichungsverordnung) (1943-1975) 之修正，第 48 條修正為，教唆犯僅須教唆他人犯下「受刑事制裁之行為 (die mit Strafe bedrohten Handlung)」，第 49 條修正為，幫助犯僅須幫助他人犯下「受刑事制裁之重罪或輕罪行為」。對此修正，根據德國學說的解讀，共犯所教唆或幫助的正犯行為，從原本必須是構成要件該當、違法且有責之行為，轉變成僅須具備構成要件該當性及違法即為已足，不以正犯行為具有罪責為必要⁴²。但如此一來，對於主張正犯必須陷於有責或可罰的罪責共犯理論來說，顯然難以再與實定法規定相符。因此為了配合實定法之修正，遂對罪責共犯理論加以調整，進一步衍伸出「不法共犯理論」⁴³。

不法共犯理論主張，共犯的處罰根據在於，共犯促進正犯涉入不法，致使正犯為社會所排斥，藉此侵害正犯。例如某人教唆一個外觀上與常人無異的精神病患實施犯罪行為，雖然正犯因欠缺罪責能力而不會受到罪責非難及刑事處罰，但由於正犯仍然實施了不法行為，因此仍將遭受刑事偵查，以及諸如保安處分或社會異樣眼光等不利益，這將導致正犯脫離社會正軌，造成正犯的「社會解離 (sozial Desintegration)」，本說因此也被稱作為「瓦解理論 (Desintegrationstheorie)」⁴⁴。

支持不法共犯理論的德國學者 Less 即認為，教唆犯之所以受處罰，除了因為惹起犯罪行為之外，更在於使一個法律成員 (Rechtsgenossen) 陷於不法，使

⁴² Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 32.

⁴³ 陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 28；許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 83；Maurach/ Gössel/ Zipf, AT/ 2, 1989, § 50, Rn. 53; Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 16f.

⁴⁴ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 17.

其處於和法敵對的事實狀態，並因此侵害其社會完整性（sozial Integrität）⁴⁵。*Less* 指出，教唆犯所侵害的，是一個在刑法分則構成要件所保護法益之外獨立且特別的法益—「人格之尊重與自由發展」，亦即教唆犯違反了應尊重他人人格的義務。換言之，教唆犯誘使他人形成犯罪意思，干擾被教唆者「良心上的安寧（Gewissenfrieden）」，危及其所享有之社會尊重，介入並侵害了他人的人格發展⁴⁶。職是之故，縱使在被教唆者處於無責任能力或阻卻罪責之情形，仍無礙於教唆行為對被教唆者人格尊重之侵害。基此，對於教唆犯的處罰，以使正犯陷於不法即為已足。

同樣的，*Trechsel* 持不法共犯理論的觀點，認為教唆犯的處罰根據在於為他人設定原因，促使其實施構成要件該當且違法的行為，而使他人陷於社會解離⁴⁷。被教唆者由於受到誘惑而犯罪，被迫脫離有秩序的社會，其將被排除於社會組織之外，而與整個社會對立。這種社會解離的狀態，對犯罪者來說就是一種惡（Übel）。被教唆者將在社會大眾面前失去名譽、尊敬，而陷於自暴自棄⁴⁸。在教唆人唆使無罪責能力之人為犯罪行為之情形，被教唆者將可能遭受刑事追訴或處分等不利益，同樣會導致該無罪責能力人與社會關係的惡化，換言之，仍屬於使其陷於社會解離之狀態⁴⁹。依此，*Trechsel* 透過「使正犯陷於社會解離」來取代「使正犯陷於罪責與刑罰」，將教唆無罪責能力人犯罪的行為，也包含在處罰之列，以符合實定法之規定。不過，*Trechsel* 也承認，罪責共犯理論或不法共犯理論並不適用於幫助犯。因為在教唆犯的情形，教唆犯作為犯罪原因的設定者，沒有教唆犯就沒有正犯，但在幫助犯的情形，正犯已經自己先行決意犯罪，正犯

⁴⁵ *Less*, ZStW 69 (1957), S. 47.

⁴⁶ *Less*, ZStW 69 (1957), S. 52.

⁴⁷ *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 32.

⁴⁸ *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 12.

⁴⁹ *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 55.

之所以陷於社會解離並不是因為幫助犯的緣故⁵⁰。

第二節 純粹惹起理論

純粹惹起理論基本上認為，共犯的處罰基礎在於教唆或幫助行為自己惹起了構成要件結果，造成法益侵害。共犯與正犯行為之間只是單純的事實上利用關係，因此正犯行為在刑法上所受評價與共犯無涉，共犯不法不依賴於正犯不法而得獨立存在。本說以 *Lüderssen* 與 *Schmidhäuser* 之學說為代表。

第一項 *Lüderssen* 的共犯構成要件理論

支持純粹惹起理論的學者可以 *Lüderssen* 為代表。*Lüderssen* 認為共犯的處罰基礎在於共犯自己行為所惹起的法益侵害，因為共犯行為造成法益侵害，所以共犯行為具有不法⁵¹。在此認知下，*Lüderssen* 認為共犯的行為毋寧也必須是構成要件行為，因為刑法上的不法存在與否，僅能從刑法分則的構成要件得出，正犯行為的構成要件該當性行並不能成為共犯的不法依據，重要的是，法益侵害在共犯個人的情形也必須是構成要件該當的⁵²。

由於構成要件該當性不僅是正犯的處罰根據，而且也是共犯的處罰根據，*Lüderssen* 因此認為共犯有自己的「共犯構成要件 (Teilnahmetatbestand)」。刑法分則之構成要件不僅描繪了正犯，而且——雖然是不完整的（否則刑法總則關於教唆與幫助之規定即成為多餘），但是在其核心中——也描繪了以共犯型態對於犯罪的參與協力⁵³。在肯認刑法分則包含了正犯與共犯構成要件規定的立場下，*Lüderssen* 認為必須在構成要件不法的領域中找到區分正犯與共犯的標準，但 *Lüderssen* 也承認，對此並無法期待一個普遍性的解決方案，毋寧是，總是僅能

⁵⁰ Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 107ff.

⁵¹ Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25ff., 119ff.

⁵² Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25.

⁵³ Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 29.

針對個別的犯罪來做出決定⁵⁴。在此基礎上，*Lüderssen* 分析刑法分則之規定，檢討適合共犯的構成要件要素，以探詢共犯的構成要件內容。*Lüderssen* 尤其從法益保護的立場出發，探討刑法分則規定應如何解釋，對共犯來說始具有應受保護之法益存在⁵⁵。

舉例來說，在共犯參與他人自殺行為的情形，對自殺者而言，自殺行為並不屬於侵害他人生命法益之殺人行為，因此自殺者並不該當德國刑法第 212 條之普通殺人罪⁵⁶。但對於教唆或幫助自殺的共犯來說，自殺者的生命乃屬於應受保護的他人生命法益，因此共犯透過教唆或幫助他人自殺而侵害他人之生命，仍應該當於教唆或幫助殺人之共犯構成要件而應受處罰⁵⁷。又例如在德國刑法第 323 條 c 之情形，當行為人面對不幸事故、公共危險或緊急危難時，依照要求或根據情況而能期待行為人進行救助，特別是當行為人不存在著顯著危險而且又不違背其他重要義務時，行為人卻不為救助者，應處一年以下自由刑或罰金，因此如果共犯教唆正犯不救助陷於生命危險之第三人，對正犯來說，其不救助行為僅屬於單純不作為，有別於積極的殺人行為，是其行為不受殺人罪之評價，僅能以德國刑法第 323 條 c 不為救助罪論處，相較於殺人罪，其法定刑將受到大幅減輕。但對於共犯而言，教唆他人不為救助的教唆行為乃是以積極的作為來侵害一個對共犯而言仍應受保護的生命法益，故教唆人仍應以教唆殺人罪論斷⁵⁸。相反的，例如在教唆人教唆他人竊取自己所有之動產，即所謂陷害教唆的情形，在此僅有正犯侵害他人財產法益，滿足竊盜罪之構成要件，但對於教唆者而言，由於其本身即為動產所有人，其教唆行為並未侵害對其而言應受保護之法益，故不負教唆竊

⁵⁴ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 119.

⁵⁵ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 119ff.

⁵⁶ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 3.

⁵⁷ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 168, 214f.

⁵⁸ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 192.

盜之罪責⁵⁹。

從上述例子可知，是否具有對共犯來說應受保護之法益存在，以及侵害該法益的共犯應受如何之不法評價，皆從共犯本身的角度獨立判斷，不受正犯行為評價的影響。在此立場下，*Lüderssen* 持共犯不法獨立性的看法，認為共犯不法係因自身行為而來，並非從正犯行為的不法導出。*Lüderssen* 因此認為，所謂共犯從屬性僅能被看作「事實上的依賴性（faktische Abhängigkeit）」，換言之，對共犯來說，所必須存在的僅僅是一個被參與的「特定行為」，而未必是「正犯行為」，共犯可罰性依賴於正犯行為的存在，僅是純粹事實上的性質⁶⁰。

對於共犯行為的不法而言，重要的是透過對他人行為的加工而間接侵害一個（對共犯而言）受保護的法益，共犯所參與之特定行為在刑法上的評價與共犯不法的判斷無關。基此，*Lüderssen* 除了主張共犯不法獨立性之外，也導出不法相對性的概念。*Lüderssen* 認為，對於同一個結果的惹起，依照該結果所被歸責對象的不同，才能導出各該行為係屬合法或不合法的結論，一個本身就是合法或不合法的結果，這樣的命題是不存在的⁶¹。*Lüderssen* 藉此反對當時德國判決及通說所持的從屬性導向惹起理論：「共犯必須對該（由正犯所為之）法益侵害負責，儘管從共犯的角度而言，這個法益侵害完全不是構成要件該當且違法」的看法⁶²。

在純正身分犯的共犯問題上，*Lüderssen* 肯定無身分共犯的可罰性。舉例而言，瀆職罪所欲保護的「公務執行的純潔性（Reinheit der Amtsführung）」，對於不具公務員身分的共犯來說亦屬於應受保護的法益。因此共犯本身雖然無法單獨侵害該種法益，但藉由公務員的行為，無身分共犯仍舊能夠間接的侵害該法益⁶³。至於共犯為何能夠如同在一般犯的情形，透過對他人（公務員）行為的加工

⁵⁹ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25, 167.

⁶⁰ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25, 119.

⁶¹ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 64.

⁶² *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 69, 71, 74f.

⁶³ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 137.

來「間接的」侵害法益，*Lüderssen* 認為理由在於，這個加諸於正犯行為上的身分資格限制只是「純粹事實上的性質」⁶⁴，因此共犯並非是藉助於公務員身分行為的不法來侵害公務執行純潔性之法益，而仍然是透過事實上的利用他人身分行為來自己侵害法益。

第二項 *Schmidhäuser* 的共犯犯罪理論

Schmidhäuser 也支持純粹惹起理論，其認為共犯係因自己的法益侵害行為而具有不法內涵，因此 *Schmidhäuser* 使用共犯犯罪（Teilnehmerdelikt）的概念，凸顯共犯係與正犯犯罪（Täterdelikt）獨立平行的犯罪型態⁶⁵。*Schmidhäuser* 對於不法理論的核心，係傾向行為不法的立場，而不重視結果不法。基此，*Schmidhäuser* 認為共犯犯罪的處罰根據，在行為不法及罪責上，與正犯犯罪的處罰根據是相同的，兩者均係以自己被不允許之侵害法益的意志行為（Willensverhalten）作為不法，並且以相應的侵害法益的精神表現（geistig Verhalten）作為罪責⁶⁶。因此如同正犯一般，共犯也具有自己的獨立犯罪行為，共犯並不是參與了他人不被允許的行為，而是以不被允許的型態來參與他人的行為，換言之，並不是說正犯侵害了對法益的尊重請求，然後共犯才參與其上，而應該說，共犯行為本身也侵害了對法益的尊重請求。共犯乃是藉由其意志行為喚起或支持他人的不法行為，以侵害對法益的尊重請求，因此共犯犯罪的不法核心內涵，在於該「共犯行為」的行為非價，而不在於該「正犯行為」的結果非價⁶⁷。

對於共犯從屬性的理解，*Schmidhäuser* 將正犯行為看作是共犯犯罪結果不法的一部份，並從純粹應罰性的角度詮釋結果不法，藉此說明共犯處罰應受正犯行為拘束的意義。*Schmidhäuser* 認為，根據德國刑法第 26 條、第 27 條規定，對於

⁶⁴ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 137; *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 15.

⁶⁵ *Schmidhäuser*, StuB AT, 1984, § 10, Rn. 9.

⁶⁶ *Schmidhäuser*, StuB AT, 1984, § 10, Rn. 9.

⁶⁷ *Schmidhäuser*, LB AT, 1975, § 14, Rn. 57.

共犯的處罰，原則上固然以存在正犯違法行為為前提，但根據德國刑法第 30 條第 1 項規定⁶⁸，凡是教唆他人為「重罪行為」⁶⁹者，縱然無正犯行為的存在，其教唆行為亦屬可罰，由此得以證明教唆行為本身就是違法可罰的。實定法之所以將正犯行為納作共犯成立要件，不過在表達除了共犯行為本身外，另外還要求一個結果不法來作為共犯的應罰性前提，這純粹是基於應罰性限制的考慮，此正如同在正犯結果犯情形下，也要求必須要有犯罪結果的發生一樣⁷⁰。

Schmidhäuser 基於共犯行為的自我負價值 (Eigenunwert) 立場，認為教唆犯及幫助犯的不法核心應放在不被允許的法益侵害，以及因此而來的行為非價上：教唆犯乃係不被允許且故意的教唆他人為違法行為，幫助犯則是不被允許且故意的對他人的違法行為提供幫助⁷¹。德國刑法第 26 條及第 27 條將正犯開始實施違法行為作為教唆犯及幫助犯的可罰性前提，僅意味著共犯犯罪具有結果犯的結構。如同殺人罪的可罰性是以被害人的死亡結果為前提，教唆犯及幫助犯的可罰性則是以違法正犯行為結果為前提，所謂共犯從屬性的意義僅止於此⁷²。此外，刑法關於教唆犯及幫助犯的規定不包含獨立的犯罪構成要件，因此德國刑法第 26 條及第 27 條總是必須結合刑法分則各處罰規定來提出，這僅是單純立法技術性質的從屬性⁷³。

在純正身分犯的共犯問題上，*Schmidhäuser* 早期曾否定無身分共犯的可罰性：「如果一個特別個人義務的違反，對於該不法構成要件是本質上重要的，則對於不負義務之人，縱然其參與負義務之人的不法行為，也不能以共犯處罰之；因為他僅是以一般的方式 (in der allgemeinen Weise) 來侵害法益，而這正是法律

⁶⁸ 德國刑法第 30 條第 1 項：「教唆他人實施重罪而未遂者，依該重罪之未遂論處，並依第 49 條第 1 項減輕處罰。得適用第 23 條第 3 項之規定。」

⁶⁹ 根據德國刑法第 12 條第 1 項規定，重罪係指最低本刑一年或一年以上自由刑的違法行為。

⁷⁰ *Schmidhäuser*, StuB AT, 1984, § 10, Rn. 9; *ders.*, LB AT, 1975, § 14, Rn. 57.

⁷¹ *Schmidhäuser*, StuB AT, 1984, § 10, Rn. 10.

⁷² *Schmidhäuser*, StuB AT, 1984, § 10, Rn. 10.

⁷³ *Schmidhäuser*, StuB AT, 1984, § 10, Rn. 10.

所不處罰的」⁷⁴。但由於德國刑法第 28 條第 1 項⁷⁵明文承認在此情形下無身分共犯的可罰性，因此 *Schmidhäuser* 後來不得不改變見解，接受這類共犯的可罰性，但其仍舊聲明這是「不合理的」⁷⁶。

第三節 從屬性導向惹起理論

從屬性導向惹起理論為德國學界通說⁷⁷，主張共犯行為本身並無不法，共犯之所以可罰，乃在於惹起了他人的不法行為。共犯不法係由正犯行為的不法所導出，正犯的不法被「轉給 (übertragen)」共犯，共犯行為因受正犯不法之歸責而具有不法。本說認為共犯不法的存在及共犯不法的程度皆應從屬於正犯不法來決定，共犯不法無法單獨存在，持共犯不法從屬性的立場。

依照 *Jescheck* 的看法，共犯並非自身侵害了構成要件規範，共犯的不法乃在於其協助正犯違反規範，共犯不法之理由及其程度因此必須取決於正犯行為的不法，唯有從屬性導向惹起理論能夠完全符合德國實定法規定⁷⁸。*Maurach/ Gössel/ Zipf* 認為，共犯並非獨立的構成要件，而係透過與他人犯行的聯繫而依附其上的關係概念 (Bezugsbegriff)。共犯本身並不存在，只有參與他人行為的共犯存在，共犯係構築在該由正犯所實現的構成要件上所形成的刑罰擴張事由，共犯處罰根據在於對於他人構成要件不法的倡議或支持⁷⁹。*Lackner/ Kühl* 總結通說為「教唆犯及幫助犯促進或共同惹起了由正犯所實行的違法行為」⁸⁰。*Roxin* 認為從屬性

⁷⁴ *Schmidhäuser*, LB AT, 1970, § 14, Rn. 98.

⁷⁵ 德國刑法第 28 條第 1 項：「如果共犯（教唆犯或幫助犯）欠缺構成行為人可罰性的特別個人要素（第 14 條第 1 項），則依照第 49 條第 1 項減輕其刑」

⁷⁶ *Schmidhäuser*, LB AT, 1975, § 14, Rn. 85.

⁷⁷ *Jescheck/ Weigend*, AT, 1996, § 64 I 2; *Kindhäuser*, AT, 2002, S. 382f.; *Kühl*, AT, 2000, § 20, Rn. 132; *Lackner/ Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, vor § 25, Rn. 8; *Maurach/ Gössel/ Zipf*, AT/ 2, 1989, § 50, Rn. 57; *Schönke/ Schröder/ Cramer/ Heine*, Strafgesetzbuch Kommentar, 2000, vor §§ 25ff., Rn. 17.

⁷⁸ *Jescheck/ Weigend*, AT, 1996, § 64 I 2.

⁷⁹ *Maurach/ Gössel/ Zipf*, AT/ 2, 1989, § 50, Rn. 45f., 57.

⁸⁰ *Lackner/ Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, vor § 25, Rn. 8.

導向惹起理論樹立了一個任何持共犯不法獨立性立場所不能取代的命題：「沒有構成要件該當之未遂或既遂結果的從屬惹起，就沒有共犯」⁸¹。

在從屬性導向惹起理論下，對共犯不法來說，重要的是正犯行為有無不法，至於正犯行為所侵害的法益對於共犯而言是否同屬應受保護之法益，則屬無關緊要。因此在所謂陷害教唆的情形，只要正犯的著手行為是可罰的，則縱使教唆者小心的排除正犯最終的法益攻擊，但仍無法藉此排除其應成立教唆犯的可罰性，蓋依照不法從屬理論一貫的觀點，共犯仍然必須對正犯的未遂不法負責⁸²。

在純正身分犯的共犯問題上，基於共犯不法從屬於正犯不法，無身分之共犯自得從有身分之正犯取得不法，因此從屬性導向惹起理論毫無疑問的可獲得無身分共犯應為可罰之結論⁸³。

本說亦為德國實務所採⁸⁴，從帝國法院時期開始，德國實務判決即謂：「依照刑法第 48 條規定（按：現行德國刑法第 26 條），被教唆之行為就教唆者而言係屬他人之行為，教唆犯因此具有非獨立的性質，可罰要素存在於正犯行為一方者即為已足，不以在教唆犯本人親自實行該行為時亦屬可罰為必要」⁸⁵，換言之，共犯行為本身並非犯罪實行行為，對於共犯行為之評價應從屬於正犯行為之評價而定，與該共犯親自實行該犯罪行為時是否可罰之判斷無涉。依此觀點，在犯人教唆他人藏匿自己⁸⁶，以及被拘禁人教唆他人使自己脫逃之情形⁸⁷，帝國法院率皆肯定各該教唆犯之可罰性。德國聯邦法院也承襲帝國法院之見解，謂「教唆犯的本質乃在於……違法行為的惹起」⁸⁸。對此 *Lüderssen* 即謂，德國實務判決認

⁸¹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 27.

⁸² *Hoyer*, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 15.

⁸³ *Hoyer*, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 15.

⁸⁴ RGSSt 5, 227; 15, 315; 59, 34 ; BGHSt 4, 355.

⁸⁵ RGSSt 59, 34.

⁸⁶ RGSSt 50, 364; 63, 373.

⁸⁷ RGSSt 61, 31.

⁸⁸ BGHSt 4, 355.

為共犯處罰根據在於惹起對刑法分則所保護法益的侵害，並且該法益侵害僅須對於正犯而言係屬違法即為已足⁸⁹。

第四節 從屬的法益侵害理論

從屬的法益侵害理論嘗試去發展一個介於純粹惹起理論與從屬性導向惹起理論之間的綜合體，因此亦被稱為「混合的惹起理論」⁹⁰。從屬的法益侵害理論認為共犯行為的不法來自兩方面，一方面從屬的來自於正犯行為不法，另一方面則是獨立的來自於共犯自己的法益侵害⁹¹。本說以 *Roxin* 所提出的理論說明最為完整且具代表性。

Roxin 認為，共犯乃係參與一個故意實行的構成要件該當且違法行為，以藉此故意侵害法益之人。換言之，共犯處罰根據在於，共犯以自己不該當於構成要件的行為，對他人的構成要件該當行為加以參與協助，藉此間接的侵害構成要件所保護的法益⁹²。

Roxin 進一步分析，只有當共犯侵害了一個對他而言也是受保護的法益時，才存在著法律意義上的共犯，例如在被害人要求他人殺害自己，正犯卻僅止未遂階段的情形，生存的教唆人並不因其教唆行為而具有可罰性，蓋因自殺之不可罰，以致於教唆人自己的生命法益對自己而言應該是不受刑法保護的。其次在陷害教唆的情形，如果依照傳統的從屬性導向惹起理論，由於教唆人已經故意的惹起正犯的未遂行為，基於共犯不法從屬於正犯不法，因此教唆人仍應負教唆未遂之罪責。在此情形下，唯有透過對共犯法益侵害的要求，才能獲致教唆人不可罰的結論，蓋教唆人雖然惹起正犯的未遂行為，但其將在法益侵害發生前阻止之，換言之，教唆人不是要攻擊構成要件所保護之法益，而是正好要去阻止該法益的

⁸⁹ Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 71.

⁹⁰ Hoyer, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 17.

⁹¹ Hoyer, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 17; Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 11.

⁹² Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 1.

侵害⁹³。

Roxin 認為，如果完全依照從屬性原則來說明共犯不法，也就是共犯不法完全源自於正犯行為不法的見解，這是不正確的。從上述教唆他人殺害自己以及陷害教唆兩個例子可知，雖然正犯實現了自己可罰的不法，但共犯仍然是不可罰的。從共犯本身也必須侵害一個對他而言應受保護的法益觀之，共犯不法在此範圍內毋寧是獨立於正犯不法而存在。此外，對於在身分犯情形下的共犯可罰性來說，這也是不相衝突的，因為身分犯構成要件所保護之法益雖然不受無身分之人所支配，但也能為其以非正犯的方式來加以侵害⁹⁴。

再者，從屬的法益侵害理論要求共犯必須具備獨立的法益侵害要素，這點雖然沒有在德國刑法中被明確提及，但仍然可從一般歸責原則中獲得解釋。根據歸責原則，僅有當結果是以一個不容許風險的創造為基礎時，該結果才能被歸責。因此共犯必須故意的行為，其所創造的不容許風險將呈現為獨立的法益侵害，而這對共犯的可罰性正是不可或缺的⁹⁵。

但另一方面，共犯的不法基本上應透過正犯的不法來決定。對共犯而言，參與正犯故意行為雖然並不總是足夠的，但始終是一個必要條件。就共犯處罰的構成來說，這個依存性不是單純事實上的性質，而毋寧是具有法律上的決定意義，因此可罰的共犯至少應以正犯行為的未遂為前提。就此而言，共犯不法獨立性的主張顯然難以解釋此一命題。再者，從教唆犯與幫助犯的刑度範圍指向正犯的刑度範圍這點來看，這也顯示了共犯不法的上下界線乃係由正犯不法所劃定。共犯自己的不法要素（如同其強度及危險性）乃是在正犯行為所劃定的範圍內發揮作用⁹⁶。

⁹³ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 8; ders., in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 2.

⁹⁴ Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 3.

⁹⁵ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 9.

⁹⁶ Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 4.

Roxin 又解釋道，從屬性拘束（Akzessorietätsbindung）的目的論意義在於共犯行為的法治國輪廓。因為每個任意的、對結果有因果關係的行為都能夠是共犯參與行為，就此而言，透過正犯構成要件行為對共犯行為的拘束意義，可防止因為脫離構成要件之共犯概念所造成的可罰性擴張。另一方面，在身分犯的情形，假如人們要求在共犯個人也應該具備如同正犯行為的特定不法要素（例如公務員身分）的話，將造成無身分共犯不可罰的結論，就此而言，藉由使共犯不法從屬於正犯不法的主張，即可避免由此而來的可罰性限縮⁹⁷。

最後，在共犯不屬於正犯性質的前提下，共犯是一個「次順位」的概念。由於共同正犯也是參與其他行為人故意且違法的構成要件實現，而間接正犯在許多情形下也是如此，但他們卻不因此成為共犯，所以在各個參與人的參與行為被認可作為共犯之前，總是必須先確定其不該當於「首要的」正犯概念。不過相反的，並非每個非正犯的參與行為就是共犯，因為這個參與也可能由於欠缺故意的正犯行為或欠缺獨立的法益侵害而是不可罰的，因此共犯是一個具有獨立性質的次順位概念⁹⁸。

對於以上構想，Roxin 稱之為「從屬的法益侵害理論」，亦即對構成要件所保護的法益進行從屬的侵害。「法益侵害」的概念說明了共犯處罰的理由，並且對於共犯不法的獨立要素提供了內容根據。另一方面，加上「從屬的」形容詞，可以清楚表達出，唯有透過實行構成要件該當行為的正犯，才可能存在著可罰的共犯，因此共犯也導源自正犯行為的不法。此外藉著共犯僅在於補充主要的正犯，因此相對來說共犯僅僅是一個次順位的概念。總結而言，共犯不法乃係由法益侵害的獨立要素及導源自主行為不法的從屬要素混合而成⁹⁹。

在我國學說對共犯處罰根據理論的討論中，本說支持者日眾，從屬的法益侵

⁹⁷ Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 5.

⁹⁸ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 10.

⁹⁹ Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 7.

害理論有成為我國通說的趨勢¹⁰⁰。

第五節 共犯處罰根據理論之檢討

第一項 對「罪責共犯理論」及「不法共犯理論」之 檢討

在 1943 年德國刑法修正後，德國學界普遍認為罪責共犯理論僅具有歷史與刑事政策上的意義，而不能再與現行實定法規定配合¹⁰¹。我國現行法明文採取限制從屬性之立場，當可獲致相同結論，因此以下僅就不法共犯理論作為討論重點。

第一款 學說批評

不法共犯理論主張，共犯之所以受處罰，並非因為侵害了刑法分則各罪所保護之法益，而係因為侵害了正犯，亦即，使正犯陷於社會解離的不利益。學說對不法共犯理論則有如下批評：

一、法益內容不明確

不法共犯理論將正犯視為受侵害之對象，藉由使正犯涉入不法行為，共犯侵害了正犯的「人格尊重」、「良心安寧」、「社會完整性」等人格利益。然則，這些概念內涵相較於刑法分則上所保護之法益，顯得不確定且難以掌握，可能隨著每個人的價值信念不同，而產生不同的評價浮動。這些價值所

¹⁰⁰ 我國學界採此說者：林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 48、103；柯耀程，刑法總論釋義（上），2005 年，頁 410；陳子平，刑法總論，2008 年，頁 486-487；許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 89；黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學，第 21 期，2001 年 4 月，頁 6 以下。

¹⁰¹ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 16.

受到的影響程度難以驗證，似乎難以成為刑法所要保護的法益¹⁰²。

二、無法解釋幫助犯的處罰基礎

在幫助犯的情形下，正犯已有犯罪決意，換言之，正犯自己已經先決定成為背離於社會的犯罪人，因此不會由於幫助犯而陷於社會解離¹⁰³。況且在正犯收買幫助犯的情形，並非幫助犯侵害了正犯，反而應認為是正犯侵害了幫助犯¹⁰⁴。支持不法共犯理論的 *Trechsel* 也承認其理論不適用於幫助犯，理由即在於幫助犯並未參與正犯之犯罪決意，充其量僅加強正犯之犯罪決意，因此對於正犯的社會解離沒有影響。*Trechsel* 對於幫助犯之處罰根據仍採惹起說之立場，認為係因對正犯行為的實行提供因果貢獻之故¹⁰⁵。而 *Less* 也表明，教唆犯應與幫助犯分離，教唆犯乃是犯罪行為的特殊型態¹⁰⁶。不法共犯理論因此未能將共犯處罰根據作統一處理。

三、混淆教唆犯與間接正犯之區分界線

不法共犯理論認為教唆犯誘使他人形成犯罪之意思，而侵害其人格之自由發展，也就是控制他人之自由意思，而加以侵害之。但這種情形亦屬於間接正犯的現象，並且使人「陷於不法」也屬於間接正犯之特徵，因此本說將造成兩者之混淆¹⁰⁷。

四、混淆教唆犯與「煽惑他人犯罪」罪之分界

¹⁰² 陳子平，刑法總論，2008年，頁483；同作者，共犯處罰根據論，1992年，頁24-25、30、33；許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁75-76。

¹⁰³ 黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學，第21期，2001年4月，頁6；*Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 18.

¹⁰⁴ 陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁26。

¹⁰⁵ *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 107f.

¹⁰⁶ *Less*, ZStW 69 (1957), S. 54ff.

¹⁰⁷ 陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁30。

一般正犯也具有侵害他人社會完整性之現象，此非教唆犯所獨有。況且不法共犯理論將共犯的處罰重點放在共犯對正犯的侵害上，如此將導致正犯所從事的具體犯罪行為，在共犯可罰性問題上，退居於次要地位。基此，在煽惑他人從事任一犯罪行為之情形，由於也將使得被煽惑者遭到社會的排斥與隔離，因此煽惑者亦可被視為教唆犯，如此一來將造成教唆犯與刑法分則「煽惑他人犯罪」正犯區分界線的混淆¹⁰⁸。

五、無法解釋共犯刑度範圍為何依照正犯刑度範圍來決定

根據不法共犯理論，共犯的處罰應依照所引起的正犯社會解離程度而定，引誘一個品行端正之人必須被較嚴重的處罰，而收買一個已經陷於社會解離的常業犯罪者則僅受到輕微的處罰。但根據實定法規定，教唆犯及幫助犯之刑度範圍皆依正犯刑度範圍而定，且立法者對於正犯犯罪行為法定刑度的設計基礎，乃是針對刑法分則各罪所保護法益之重要性而定，而非從正犯之社會解離程度來決定，因此本說對於共犯刑度範圍之構想顯然難以與實定法規定相符¹⁰⁹。

第二款 本文意見

本文同樣反對不法共犯理論作為共犯處罰根據，但理由毋寧在於，「個人之社會完整性」是否作為我國共犯規定所保護之法益，立法者無疑已作出了否定的價值選擇，至於上述學說對不法共犯理論之批評指摘，本文認為亦有值得檢討之處，茲分別析述如下：

第一目 「個人社會完整性」非我國共犯規定之保護法益

¹⁰⁸ 陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁33；許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁75。

¹⁰⁹ 陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁33；許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁75；蔡聖偉，論間接正犯概念內涵之演變，東吳法律學報第19卷第3期，2008年，頁57；Roxin, AT/2, 2003, § 26, Rn. 19.

對於「個人社會完整性」法益內涵不明確的批評，首先，就其與刑法分則法益類型之差異性而言，這類法益類型與刑法分則一般常見的法益類型固然有著相當差異，但在共犯作為構成要件以外之人的前提下，共犯處罰基礎本就不限於刑法分則所設定之法益內容。況且不法共犯理論並非以保護刑法分則所定法益為目標，此為該理論之前提立場，因此不能以不法共犯理論所設定之法益內涵不同於刑法分則所設定之法益內涵，率爾推論該種法益不能存在或該理論之不正確。其次，就其利益內涵之抽象模糊而言，不法共犯理論所持之法益內涵固然有著相當程度的抽象性，但欲藉此論證其當然不具有刑法法益適格，亦非容易。況且不法共犯理論可利用評價上的連結關係以使法益內容相對明確，亦即，使他人陷於不法行為者，在評價上即等同於侵害了他人的社會完整性法益，如此一來，即可在技術上解決由於利益內涵抽象，所帶來法益侵害認定困難的問題，同時也可以避免因為保護內涵過於抽象所導致刑罰範圍膨脹的問題。因此本文認為，最核心與最前階的問題毋寧在於，我們是否將「個人社會完整性」作為刑法共犯規定所要保護的法益價值，換言之，這其實不是利益內涵抽象與否的問題，而是價值選擇的問題。

對此，我國立法者無疑已做出否定的回答，蓋根據少年事件處理法第 85 條第 1 項規定：「成年人教唆、幫助或利用未滿十八歲之人犯罪或與之共同實施犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一」，考其立法意旨，乃因少年涉世未深、智慮淺薄，易受外界刺激誘惑而傾向犯罪邊緣，自毀前途而不自知。正由於少年可塑性大，虞犯性高，故必須加以保護，避免任其踏入歧途，如成年人有意利用少年犯罪，陷少年於罪惡深淵者，有違保護少年之意旨，因此在刑法一般處罰規定之外，另外加重其刑¹¹⁰。簡言之，本條立法目的乃在「遏阻成年人誘惑智慧未開之少年步入犯罪歧途」¹¹¹。由此可知，立法者雖然肯定個人之社會完

¹¹⁰ 劉作揖，少年事件處理法，1996 年，頁 342、344；黎文德，成年人幫助少年犯罪，月旦法學雜誌，第 85 期，2002 年 6 月，頁 24。

¹¹¹ 司法院（78）廳刑一字第 1692 號函：「少年事件處理法第 85 條規定成年人與少年共同實施

整性值得作為刑法上的保護價值，但其法益範圍則有所限縮，受保護之人僅侷限於「少年」。由此反面解釋，可知一般個人之社會完整性並不作為我國刑法上受保護之法益，究其理由，除了立法者所為之價值宣示以外，或許亦可從自主原則的觀點加以說明。蓋一般成年人作為對其行為自我決定並自我負責之個體，對其社會生活如何經營，應屬於自我負責之領域。教唆或幫助人雖倡議及支持他人之犯罪行為，但該犯罪行為之決行，毋寧更係基於該他人之自我決定而來。因此縱然正犯實行犯罪行為而使自己陷於社會解離之不利狀態，亦屬於正犯應自我承擔之範圍，對此即不認為有應受刑法保護之必要¹¹²。由此應可認定「個人社會完整性」並非我國刑法共犯規定所欲保護之法益，因此不法共犯理論即無法作為我國刑法共犯規定之處罰根據。

第二目 對於學說批評之檢討

不法共犯理論固然難以作為共犯處罰根據，但本文認為學說上針對不法共犯理論之批評亦有值得釐清檢討之處，析述如下：

一、有認為不法共犯理論無法解釋幫助犯的處罰基礎，換言之，未能將共犯處罰根據作統一處理。但本文認為這項批評的正確與否，尚須視對於所謂「社會解離」作何解釋而定。蓋誠如 *Keller* 所言，幫助犯也促進了正犯的犯罪生涯（*kriminell Karriere*）¹¹³。藉由幫助行為的助力，將使正犯之犯罪行為成為可能，或更容易實行，或強化犯罪損害，或確保犯罪成果。在此意義下，

犯罪，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一，乃欲遏阻成年人誘惑智慧未開之少年步入犯罪歧途，故為貫徹法律之精神，應從寬解釋，認為凡在實質上與少年共同實施犯罪行為之成年犯即包括在內，不因所犯之罪名係必要共犯或任意共犯而有所區別」。

¹¹² *Roxin* 認為正犯通常是自己對其決意與行為負責，正犯為犯罪行為的決意應屬於自我危害（*Selbstgefährdung*），不應歸責予共犯，參見：*Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 20*。國內學者亦有認為基於個人自由意志，每個人對自己的社會解離應自行負責，參見：黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學，第 21 期，2001 年 4 月，頁 6。

¹¹³ *Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 164*, 轉引自：*Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 18*。

幫助犯毋寧也助成了正犯的犯罪行為，使其與社會的敵對程度更強，社會解離之程度更深，因此同樣可認為是侵害正犯之人。我國少年事件處理法第 85 條第 1 項除規定教唆行為之外，對於幫助行為亦同在處罰之列，即認為幫助犯同屬陷少年於罪惡深淵之人，可資為證。

二、有認為不法共犯理論將混淆教唆犯與間接正犯之區別者，但本文認為此項批評或有誤解。蓋在不法共犯理論下，教唆犯與間接正犯所侵害之法益具有質的不同，換言之，教唆犯與間接正犯概念在規範上並不會互相吸收或包含，而毋寧是併存的關係。基此，並不能說，「間接正犯」具有陷人於不法的「教唆犯性質」，而應該說，該利用「陷人於不法」來犯罪之人，同時具有間接正犯與教唆犯之性質。例如在正犯後正犯的情形，行為人利用他人犯罪之同時，亦使他人陷於不法行為，則行為人既因侵害刑法分則構成要件所保護之法益而該當間接正犯，亦將同時因侵害他人社會完整性之法益而該當教唆犯，二者毋寧係處於想像競合之關係。

三、另外認為本說將混淆教唆犯與刑法分則「煽惑他人犯罪」罪之分界者，本文認為此項批評亦有所偏。蓋「煽惑他人犯罪」罪所保護者乃社會秩序法益，至於是否陷被煽惑者於社會解離，可在所不問；不法共犯理論下共犯規定所保護者乃他人社會完整性之法益，社會秩序是否因他人犯罪行為而遭破壞，可在所不問。換言之，二者所保護之法益具有質的不同，教唆犯與「煽惑他人犯罪」罪在規範上並不會互相吸收或包含，而是併存的關係。煽惑他人犯罪之人，如其煽惑行為達於教唆之程度，且有人因其煽惑行為而涉入不法，毋寧亦可成立教唆犯，二者同樣處於想像競合之關係。

四、又有認為本說難以解釋共犯刑度範圍為何依從於正犯刑度範圍之實定法規者，就此而言，本文認為不法共犯理論對此亦非毫無解釋空間。蓋根據不法共犯理論，共犯刑度固然應以正犯之社會解離程度作為依歸，惟倘如 Keller 所言，正犯之社會解離在法律上被評價性及抽象性的歸納估計，其程

度則取決於正犯行為的嚴重性而定¹¹⁴。在此理解下，似亦非不能將正犯之社會解離程度與正犯行為之社會侵害性作評價上的連結。例如根據少年事件處理法第 85 條第 1 項規定，對於促成少年犯罪之成年人，其處刑乃係「依其所犯之罪，加重其刑至二分之一」，亦即其刑罰加重之程度將取決於其原本所犯之罪的刑罰範圍，而其所犯之罪某種程度上又係取決於少年所犯之罪。因此在我國實定法上，對於使少年陷於社會解離部分之刑度範圍，某種程度上也是取決於少年所犯之罪。職是之故，不法共犯理論對於本項批評亦非毫無解釋餘地。

綜上所述，從我國立法者所為之價值宣示可知，我國刑法共犯規定之規範目的並不在於保護一般個人之社會完整性法益，因此不法共犯理論難以作為共犯處罰根據。至於學說上針對不法共犯理論之批評，或屬仁智之見，未必是不法共犯理論在論理上有所矛盾，對此亦應予以說明。

第二項 對純粹惹起理論之檢討

第一款 共犯行為無法實現（正犯）構成要件的法益侵害

純粹惹起理論以共犯侵害刑法分則構成要件所保護之法益作為共犯處罰根據，在刑法作為法益保護法的思潮下，純粹惹起理論的主張固然值得贊同，然而在構成要件刑法的規範構造下，純粹惹起理論卻無法達成其所設定的目標。蓋根據刑法構成要件之設計，法益並非任一存在之物，而是僅存在於刑法構成要件之中；所謂法益侵害並非係對於外在現象世界的單純因果性變動，而係以滿足構成要件所描述之行為方式（行為不法）所造成的利益侵害（結果不法），唯有構成要件所規範之行為，才能於評價上獲得構成要件所設定的法益侵害意義，如果為構成要件規範以外之行為，即無侵害構成要件法益之可能。例如某甲遭欠債一百

¹¹⁴ Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, 163f., 轉引自：Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 19.

萬元，如果是單純因為相對人債務不履行所致，則某甲雖然有一百萬元的財產損失，但這並不是刑法財產犯罪所指的財產法益侵害。但相對的，如果是遭詐欺行為所致，則該財產損失，就會成為刑法詐欺罪意義下的財產法益侵害。換言之，現象世界中同樣的一百萬元損失，隨著其所造成之方式不同，在規範上的評價意義也不同，並且唯有透過詐欺罪構成要件行為所產生的損害結果，才會被評價為詐欺罪所指的財產法益侵害。再以人之生命遭受侵害的情形為例，設有某甲邀某乙兩夜同遊，不意某乙竟遭閃電擊斃，在本例中不論某甲有無使乙遭受雷殛的主觀期盼，甲的行為自始非屬殺人罪構成要件意義下的殺人行為，乙的死亡也不能被認為是殺人罪構成要件意義下的生命法益遭受侵害，充其量僅能稱為是不幸結果的發生¹¹⁵。基此，由於教唆與幫助行為並非構成要件行為，因此縱然造成外在現象世界的因果變動，其所造成的結果對共犯而言也不能被評價為刑法上的法益侵害，充其量僅係刑法規範以外的「不幸事件」。從另一個角度觀察，如果一個外在世界變動的結果係屬於侵害法益的構成要件結果，那麼該法益侵害並不能被歸責予共犯，因為共犯行為並非是構成要件規範所及之行為。綜上所述，共犯行為乃係作為在構成要件規範以外之行為，因此根本無法「碰觸到」在構成要件內的所謂法益侵害，換言之，所謂的法益侵害或構成要件結果，並無法經由構成要件以外的行為而被「純粹的惹起」。

第二款 共犯構成要件理論與實定法規定不符

由於共犯行為無法實現（正犯）構成要件的法益侵害，為能使共犯行為在評價上具有法益侵害之意義，純粹惹起理論因此主張共犯具有自己獨立的「共犯構成要件」，共犯係因實行自己之構成要件行為而侵害了共犯構成要件之法益。但本文認為所謂共犯構成要件理論尚有可議，應不可採：

¹¹⁵ 行為與結果間的因果關聯充其量僅能理解為一種事實上的「不幸事件」，唯有通過刑法歸責檢驗才具有刑法上「不法」的意義，參閱：李聖傑，人算不如天算—因果（不幸）與歸責（不法），月旦法學教室，第38期，2005年12月，頁22。

一、共犯構成要件理論已非法律解釋，而屬於法律創造

純粹惹起理論提出「共犯構成要件」之主張，雖名為保護刑法分則構成要件之法益，但實際上乃係捨棄刑法分則構成要件之法益範圍，自我界定新的法益內容，換言之，其所保護的法益已非刑法分則構成要件原本所設定的法益。舉例來說，在教唆他人自殺的情形，由於殺人罪構成要件原本所設定的法益範圍僅及於侵害他人生命之情形，對自己生命之侵害並不屬於殺人罪所界定的法益侵害，德國通說即認為教唆或幫助他人自殺毋寧是不可罰的¹¹⁶。然而，在 *Lüderssen* 之共犯構成要件理論的法益設定下，教唆他人自殺者亦屬於對生命法益的侵害，因此教唆者仍該當於教唆殺人罪。同樣的，在德國刑法第 323 條 c 不為救助罪之情形，構成要件所要求的乃係正犯在面對危難事故時的一般救助義務，所保護的法益與殺人罪的法益截然不同，但 *Lüderssen* 認為在教唆他人不救助陷於生命危險之第三人的情形，教唆者亦屬於對生命法益之侵害，因此亦該當於教唆殺人罪。在這些情形下，*Lüderssen* 對於所謂侵害法益的認定，無疑是在殺人罪原本所保護的法益範圍外，自我定義新的法益內容，再將該法益論述為共犯之處罰根據，此形同是為了共犯的處罰必要，始創造出新的法益內涵的自我證立。誠然，在某種利益確實有保護必要的前提下，本文並不反對為此創造出新的法益內容，但本文毋寧傾向於對該種法益在刑法分則作逐條式的修正或新增，例如在教唆他人自殺之情形，如果認為確實有利益保護之必要，可如同我國刑法第 275 條規定，單獨將之新增為新的犯罪類型。況且，比較我國刑法第 275 條加工自殺罪與第 282 條加工自傷罪之規定，前者有處罰未遂犯之規定，後者不僅沒有處罰未遂犯，更只有在自傷者成重傷之情形，始對加工者予以處罰。相較於此，共犯構成要件理論顯然不作如此細膩的區分。由此可知，基於各種利益保護必要性的不同，在刑法分則對各該法益作逐條式的區分規定無疑是

¹¹⁶ Herzberg, ZStW 99 (1987), S. 68; Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 3.

更細膩精緻的作法。*Lüderssen* 透過將刑法總則之共犯規定與刑法分則構成要件作結合解釋的方式，在原本構成要件範圍以外，重新創造出新型態的（共犯）構成要件，換言之，*Lüderssen* 乃係對刑法分則構成要件涵攝範圍作總則式的擴張，而非分則式的修正或新增。這對於法益的保護而言，無疑是過於粗糙躁進的作法，過度擴張刑法可罰性範圍，非但有違反罪刑法定主義的疑慮，在刑事政策上亦不可採¹¹⁷。

二、共犯構成要件內容不明確

除了與實定法規定不符，共犯構成要件由於欠缺實定法基礎，亦使得其內容極不明確，並且 *Lüderssen* 也無法在理論上提出統一的解釋標準¹¹⁸。由於刑法分則構成要件乃係專為正犯而設，為了闡明共犯構成要件之內容以及共犯與法益侵害之間的關係，因此只能對刑法分則各罪之各個構成要件要素作分析評價，以瞭解各該要素是否適合共犯，但如此之評價結果並無法克服個人價值之恣意性，換言之，共犯構成要件的內容將隨著學者個人之見解而異，並無法作為法律適用的明確標準¹¹⁹。

三、無法解釋共犯從屬性

在共犯構成要件理論下，共犯不法係基於共犯自己的構成要件行為而來，與正犯不法無涉。*Lüderssen* 即持共犯不法獨立性的主張，共犯行為本身即為可罰，共犯可罰性不以正犯行為的實行為前提，共犯也不依賴於正犯行為的刑法上評價。對共犯而言，所需要的僅僅是一個被參與的「特定行為」，因此在教唆殺人的情形，共犯才能夠利用殺人行為（該當殺人罪構成要件行為）、自殺行為（不該當殺人罪構成要件的行為）或不為救助行為（該

¹¹⁷ *Herzberg* 即批評 *Lüderssen* 的見解，是出於刑事政策目的性以及正義理念的自由的法律創造，參見：*Herzberg*, GA 1971, S. 3；*Roxin* 亦認為純粹惹起理論過於擴張可罰性，在刑事政策上難以採行，參見：*Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 13.

¹¹⁸ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 119.

¹¹⁹ 陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁47。

當其他構成要件的行為)來實現自己侵害法益之目的。*Lüderssen* 根本否認從屬性具有規範上的意義，將之理解為僅是純粹事實上的性質。

另一支持純粹惹起理論的 *Schmidhäuser* 從行為不法的角度來解釋刑法上的不法概念，共犯因違反自身的規範誡命而不法，因此共犯可罰性同樣不以正犯行為的存在為前提。對於德國實定法要求「違法的正犯行為」的從屬性規定，*Schmidhäuser* 將之視為共犯犯罪結果的一部分，並從純粹可罰性限制的角度加以解釋。但 *Schmidhäuser* 除了對不法的解釋有所偏頗之外，蓋犯罪結果應屬不法的一部份，而不僅是一個單純的可罰性條件，行為不法並未能完整說明不法概念¹²⁰。此外，*Schmidhäuser* 亦無法說明其對於正犯與共犯分別要求不同性質之犯罪結果的理由，蓋正犯以法益侵害作為其犯罪結果，但共犯為何卻是以「違法的正犯行為」作為其犯罪結果？*Schmidhäuser* 為了迎合實定法規定而勉強做出的解釋，難謂合理。再者，從 *Lüderssen* 所舉的例子可以看出，共犯的犯罪結果毋須以從屬性的方式來認定，換言之，從屬性之功能不在於判斷共犯之犯罪結果，因此 *Schmidhäuser* 對從屬性的解釋並不適當¹²¹。

此外，我國學說持純粹惹起理論觀點者，認為為確保法治國的構成要件明確性原則，共犯仍應從屬於正犯所實施的構成要件行為¹²²。但如此一來，豈非意味著對於共犯行為的法益侵害判斷必須依賴於正犯的法益侵害判斷（構成要件該當判斷），此說是否能與純粹惹起理論之基本論旨相契合，尚值檢討。

四、無法解釋身分犯中無身分共犯之可罰性

¹²⁰ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 14; *ders.*, AT/ 1, 1997, § 10, Rn. 94ff.

¹²¹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 14.

¹²² 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁84-86。

相對於在一般犯領域造成可罰性的過度擴張，純粹惹起理論在身分犯的領域中則被認為造成可罰性的過度限縮。例如在無身分資格者教唆法官為枉法裁判或醫師洩漏業務秘密之情形，在純粹惹起理論下該無身分之人應不可罰，因為其雖然故意惹起結果，但卻由於缺少行為人資格而無法滿足身分犯犯罪的不法要求¹²³。然而，這與實定法規定顯然有所不符，因為我國刑法第 31 條及德國刑法第 28 條對於無身分之共犯皆設有處罰規定。在此問題上，*Schmidhäuser* 明白承認純粹惹起理論無法解釋實定法對於身分犯共犯之處罰規定，其認為身分資格對於身分犯犯罪的不法構成是不可或缺的，無身分之人以一般方式所惹起的「法益侵害」，那正是法律所不處罰的¹²⁴。另一方面，*Lüderssen* 雖然肯定無身分資格之共犯的可罰性，但其理論構成卻甚有疑問，例如在瀆職罪的情形，*Lüderssen* 認為共犯乃是透過事實上的利用他人身分行為來達成自己侵害「公務執行純潔性(Reinheit der Amtsführung)」法益之目的¹²⁵，對此 *Roxin* 則批評道，該利用關係如果僅是事實上的性質，則共犯行為本身仍無法獲得「公務不法(Amtsunrecht)」的評價意義，顯然尚未能滿足瀆職罪所要求的不法¹²⁶。*Lüderssen* 之所以得肯認無身分共犯之可罰性，無疑係將身分犯犯罪之法益內涵過度簡化的結果。

綜上所述，純粹惹起理論在許多方面皆與實定法規定不符，尚難採行。

第三項 對「從屬性導向惹起理論」及「從屬的法益侵害理論」之檢討

從屬性導向惹起理論主張共犯不法是從屬於正犯不法而來，從屬的法益侵害理論則號稱是介於「純粹惹起理論」以及「從屬性導向惹起理論」之間的混合惹

¹²³ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 15.

¹²⁴ *Schmidhäuser*, LB AT, 1970, § 14, Rn. 98.

¹²⁵ *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S 137.

¹²⁶ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 15.

起理論，主張共犯不法是由「法益侵害的獨立要素」以及「導源自正犯行為不法的從屬要素」混合而成。然而，在從屬的法益侵害理論下，共犯不法基本上仍然是透過正犯不法來決定，換言之，共犯行為無法單獨侵害法益，而必須透過從屬於正犯不法行為始能獲得法益侵害之判斷。由此以觀，從屬的法益侵害理論對於共犯不法的規範建構，毋寧是傾向從屬性導向惹起理論的觀點，並在此基礎上作進一步的修正，兩者有脈絡上的關係，因此本文對從屬性導向惹起理論以及從屬的法益侵害理論一併檢討。

第一款 「勿助人為惡」的刑法誡命

我國學者許澤天教授¹²⁷反對「從屬性導向惹起理論」以及「從屬的法益侵害理論」所主張的不法從屬理論，其認為，從個人責任原則的觀點出發，教唆、幫助到正犯完成犯罪的過程，正犯所從事的構成要件行為乃係在想像上可與共犯行為分離的「結果」，因此雖然正犯行為是共犯成立上的必要結果，但刑法上對於正犯行為的評價，並不能直接反射到對於共犯本身行為之評價，正如同一個死亡結果的發生，並不意味著所有導致死亡結果發生的行為都是違法且有責的¹²⁸。所謂「由正犯不法導出共犯不法」的主張並無理由，蓋所有遭受國家刑罰制裁之行為人，都是因為自己的責任而承受處罰，共犯的責任基礎當然是建立在自己行為的不法內涵上，而無法從他人的不法所導出。同樣的法益侵害結果，對於主行為人來說或許是不法的，但對於教唆者或幫助者而言，則可能並無不法，完全必須依照個別行為人的條件，判斷結果對於個別行為人的意義。換言之，對共犯而言，只有在該共犯個人的主、客觀行為條件是屬於違法且有責時，由其所引發或促進的正犯行為才具有「結果」歸責意義，因此將共犯不法取決於他人行

¹²⁷ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁79以下。

¹²⁸ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁79-80。

為是否具有不法的從屬性見解乃違反個人責任原則¹²⁹。不論是正犯或共犯，受國家處罰之前提皆在於，被處罰者本身違法且有責的以其行為實現被刑法宣告為可罰的不法事實情狀。從屬性導向惹起理論對於共犯處罰根據的說明，因此只是描述的共犯構成要件之前提，而無法說明處罰共犯的實質理由¹³⁰。

上述學說所持個人責任原則的立場固然值得贊同，但本文認為其對從屬理論的批評尚有進一步檢討之空間。在從屬性導向惹起理論下，共犯行為本屬構成要件以外之行為，卻因為加工於他人的不法行為而具有不法，因此被認為共犯不法導源於正犯行為之不法。簡言之，一個本來不是壞事的行為，因為鼓吹或協助別人作壞事，所以跟著被認為是一種壞事。這種推論的背後隱藏著一個價值命題：「除了自己不要作壞事之外，也不要促進別人作壞事」。在此意義下，如果把從屬理論單純理解為「將刑法對於正犯行為的評價直接反射為對於共犯行為的評價」，毋寧是有所偏失。嚴格來講，所謂的「共犯不法從屬於正犯不法」並非共犯不法的由來，充其量僅係基於共犯不法之由來所得出的適用結果。共犯行為從原本不具有刑法意義的事實行為，轉變為受刑法規範評價的不法行為，與其說是因為從屬於正犯不法，不如說是因為「勿助人為惡」這個價值命題的緣故。在這個價值標準下，對於共犯不法的判斷因此必須以「他人作壞事」——亦即正犯的不法行為（犯罪行為）——作為前提。並且反過來說，如果他人並沒有作壞事，或所作的並不是壞事，基於共犯行為原本即屬於構成要件以外之行為，因此共犯的促進行為本身即無刑法上的不法意義可言。再者，由於共犯的不法基礎在於「促進他人作壞事」，因此對於共犯不法之評價自然必須與他人所為之壞事的評價——即對於正犯行為的刑法上評價——有所關聯。職此之故，在共犯不法的判斷結構上，應該說共犯不法之評價必須顧及正犯行為在刑法上的評價意義，而不能說對於正

¹²⁹ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁80。

¹³⁰ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁80。

犯行為的刑法評價直接反射成為對於共犯行為之評價。最後，共犯的不法基礎在於自己違反「勿助人為惡」的誡命要求，因此也沒有違背個人責任原則的問題。

第二款 「勿助人為惡」的理由及其在刑法上的規範構造

在從屬性導向惹起理論下，共犯不法乃是基於「勿助人為惡」這個價值命題而來，但如果不去思考此命題背後的理由，而完全貫徹共犯不法從屬理論，將會產生不合理的結果，例如在教唆他人對自己為犯罪行為，或者在臥底警察為陷害教唆之情形，教唆人或者本身即為被害人，亦即法益持有者，或者其目的正在於防止法益侵害，而不在於製造法益侵害，因此一般咸認為此處之共犯應不可罰¹³¹，但如依照從屬性導向惹起理論，卻仍將得到共犯可罰的結論，顯不合理。

為什麼不允許助人為惡？因為會促進他人的惡行，造成更大的損害。基此，共犯規定背後的目的顯然也在於保護利益，*Roxin* 因此認為共犯的處罰根據在於從屬的法益侵害。對於共犯不法的構成，分別可以從刑法保護法益的要求以及共犯侵害法益的歸責結構兩方面加以觀察。

首先就法益保護的要求而言，刑法分則各罪所保護之法益作為一種普遍價值，毋寧要求人人皆應予以尊重，共犯也不例外。刑法如果僅處罰實行法益侵害行為之人，卻不處罰助成他人實行法益行為之人，對於保護法益之價值宣示無異產生漏洞。因此刑法分則各罪之法益，原則上對共犯而言亦皆屬於應受保護的法益，此所以在身分犯之犯罪中，無身分之共犯亦為可罰。但在少數情形中，根據構成要件保護目的之解釋，特定法益對於共犯而言是不受保護的。例如在共犯本身即為被害人，亦即法益持有人之情形，由於自損行為欠缺保護必要性，這種法益對共犯而言即不受保護。但在共犯本身非屬法益持有人之情形，則尚難一概而論，例如在犯人教唆他人隱蔽自己之情形，有認為自行隱蔽既不為罪，舉重以明

¹³¹ 黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學，第 21 期，2001 年 4 月，頁 8；*Hoyer*, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 32; *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 8, 28, 44; *ders.*, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 2, 34。

輕，教唆他人隱蔽自己因此亦不為罪¹³²；然而在教唆他人為自己之刑事案件作偽證之情形，或有認為犯人不據實陳述既不為罪，因此教唆他人為自己之案件偽證亦在不罰之列¹³³，但也有認為，犯人自己不實陳述雖不為罪，但如進一步教唆他人偽證，已逾越法律對被告的保障範圍，仍應以教唆偽證罪相繩¹³⁴。何種法益對共犯而言始為不受保護之法益，雖然仍有爭議，但無論如何，如果一個法益對共犯來說是不需要保護的，則共犯參與於正犯之規範違反也不會違反被侵害規範的保護目的¹³⁵，共犯行為即無不法可言。此外，共犯不法的基礎既然在於法益侵害，則在陷害教唆之情形，其行為之目的並不在於法益侵害，因此亦不可罰。

其次就共犯侵害法益的歸責結構而言，**教唆或幫助行為對正犯行為的助力，固然有使正犯行為在現實上造成更大的損害的效果，但在刑法構成要件的設計下，法益侵害只能從正犯行為所惹起的構成要件該當性加以界定，因此共犯行為**

¹³² 最高法院 24 年上字第 4974 號判例：「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列。」我國學說討論可參見：許玉秀，教唆隱匿是否成立犯罪，收錄於：刑法的問題與對策，2000 年 11 月，頁 149 以下。德國學說討論可參見：Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 34, 其中 Roxin 舉犯人教唆他人縱放自己為例，根據德國刑法第 121 條規定，犯人自行脫逃並不為罪，因為其處於一個類似緊急避難的情境，國家的拘禁力對於他人的攻擊應受刑法上保護，但對於犯人則否，因此犯人對此之攻擊並不具有刑法上的重要性，基此，教唆他人縱放自己的犯人應該也要得出不可罰之結論，

¹³³ 司法院 (81) 廳刑一字第 13529 號函：「查犯人為虛偽之陳述在刑法上並非處罰之行為，某甲教唆某乙為自己之刑事案件偽證，旨在脫免自己之罪責，參照最高法院二十四年上字第四九七四號判例意旨『犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列』，則某甲為脫免自己之刑責教唆某乙為自己之刑事案件偽證，亦應在不罰之列，……。」

¹³⁴ 最高法院 97 年度台上字第 2162 號判決：「按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果而言。被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院二十四年上字第四九七四號判例謂『犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己，以便隱避，當然亦在不罰之列』，乃針對刑法第一百六十四條第 2 項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證罪之免責事由。」

¹³⁵ Hoyer, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 16; Roxin, in: LK, 1993, vor § 26, Rn. 8.

在現實上所促成的損害效果，在規範上只能從正犯行為的不法侵害之中獲得彰顯。換言之，正犯行為由於獲得共犯行為之助力，而產生更大的（刑法上）侵害，這個存在於正犯構成要件判斷之中的「侵害」也被歸責於在正犯背後的加工者。從屬的法益侵害理論因此謂，對於構成要件所保護之法益，共犯行為乃係為「從屬的侵害」，換言之，共犯必須透過正犯行為的不法而獲得法益侵害的意義。就此而言，正犯與共犯在法益侵害的歸責結構上顯然有很大的不同。就正犯來說，以同樣是本身沒有親自或沒有完整實現構成要件行為的間接正犯及共同正犯為例，學說上藉由行為歸責（*Handlungszurechung*）的概念，使其滿足在構成要件上的行為實行性，因此間接正犯與共同正犯仍係在構成要件的範圍內，直接受到構成要件結果的歸責而為法益侵害¹³⁶。相對的，就共犯來說，由於共犯行為並非構成要件行為，因此其對於構成要件所保護法益的侵害被認為乃是透過從正犯不法的不法歸責（*Unrechtszurechung*）而來¹³⁷。這種共犯行為與構成要件法益侵害之間的歸責連結乃是構成要件外的歸責，並以實定法上之共犯規定作為這種歸責理論之依據。

在上述共犯歸責結構的理解下，如果說共犯的不法是部分從屬的來自於正犯行為，部分獨立的來自於自己的法益侵害，毋寧容易造成誤解。蓋共犯從屬於正犯不法乃是共犯不法歸責結構之一環，而共犯行為的法益性侵害則是在從屬於正犯不法的歸責判斷後得出的評價結果，二者在共犯不法上乃係密不可分的一體，而非謂二者可各自獨立構成一部分的共犯不法。對於共犯不法，因此正是只能說是從共犯行為自己的「從屬的法益侵害」而來。

在從屬的法益侵害理論下，共犯不法必須從屬（依賴）於正犯不法，如果正犯行為不具有不法，則共犯亦無從獲得法益侵害之歸責，並且基於共犯行為本屬構成要件規範以外之行為，共犯行為即無不法可言。再者，由於共犯行為乃是在

¹³⁶ Hoyer, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 3.

¹³⁷ Hoyer, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 4f.

正犯不法的範圍內發揮作用，因此正犯不法也形成了共犯不法的界線範圍，如果正犯不法止於未遂階段，共犯行為僅在此不法範圍內發揮作用，則共犯行為在評價上即為對於正犯未遂的教唆或幫助，而如果正犯不法達於既遂階段，共犯行為在評價上即為對於正犯既遂的教唆或幫助。並且由於共犯不法的範圍基本上決定自正犯的不法範圍，且共犯刑度範圍應根據共犯不法範圍而決定，因此共犯之刑度範圍即得比附援引正犯之刑度範圍¹³⁸。

此外，在構成要件要求特別的不法要素，例如不法意圖要素或特別的身分要素之情形，從共犯處罰根據以觀，共犯係因助人為惡而為可罰，而非本身實現該惡行，因此並不要求共犯本身必須具備該種要素，是故無不法所有意圖之人仍可成立竊盜罪之共犯，無公務員身分之人亦可成立瀆職罪之共犯。最後，共犯藉由對於正犯行為的加工，促成正犯行為的法益侵害，在現實上，共犯行為固然可能對於最後的損害結果具有原因力，但共犯行為的法益侵害意義是由正犯不法而來，而非從構成要件結果而來，因此在共犯因果關係的判斷上，共犯行為與構成要件結果之間有無因果連結在評價上是不重要的，毋寧應著重於共犯行為對正犯行為的因果作用力內容¹³⁹。

綜上所述，從屬的法益侵害理論在形式上符合實定法之規定，實質上亦符合犯罪理論，以之作為共犯處罰根據理論，應為可採。

¹³⁸ 此處係指法律對共犯刑度範圍的一般抽象決定而言，在對共犯行為為具體的量刑判斷時，自然是在共犯的法定刑度範圍內，依照共犯行為自己的加工程度而定，而與正犯行為無涉。

¹³⁹ 共犯因果關係並非本文討論重點，本文僅點出討論共犯因果關係應有之出發點，避免討論方法的錯誤，其詳細內容則有待另文探討。

第四章 共犯從屬性

第一節 緒論—共犯從屬性的多義性

從共犯處罰根據理論的討論可知，由於在刑法構成要件的設計下，共犯行為本身無法實現構成要件之法益侵害，共犯行為的侵害意義只能在正犯行為的不法評價中彰顯，因此共犯不法必須從正犯不法歸責而來。共犯的犯罪體系結構乃是在共犯不法之如此特質上展開，因此共犯行為在許多方面必須指向正犯行為¹⁴⁰，對於共犯行為之評價在許多方面也必須從屬於正犯行為之評價而來¹⁴¹。

針對共犯行為對正犯行為的從屬關係而言，我國學者有引進日本學說之分類，認為所謂共犯從屬性可分三種類型，即實行從屬性、要素從屬性以及罪名從屬性¹⁴²。所謂「實行從屬性」，乃係指共犯之成立，是否以正犯著手於犯罪之實行為必要的問題（即從屬性的有無）；所謂要素從屬性，乃指共犯所從屬之正犯行為究竟應具備何種程度之犯罪要件的問題（即從屬性的程度）；所謂罪名從屬性，則指共犯所成立之罪名，是否必須與正犯之罪名相同的問題。但這種分類的脈絡關係如何並不清楚，並且這三種類型似無一定關聯，例如縱然在採行所謂實行從屬性之情形下，共犯罪名亦未必要與正犯罪名相同¹⁴³。實則，在共犯從屬關係中，首重者應為共犯不法從屬性之法理基礎，對此已由從屬的法益侵害理論所確立，至於其他共犯與正犯行為之間的關係不過為共犯不法性質的應用結果，尚難謂這三種類型即得代表所有共犯與正犯之間的從屬關係。基此，本文對於共犯從屬性應否作如此分類，尚持保留態度，毋寧在確立共犯不法從屬的法理基

¹⁴⁰ 例如在主觀方面，共犯故意的認識對象必須指向正犯行為；在客觀方面，共犯行為的因果作用對象在正犯行為（而非構成要件結果）。

¹⁴¹ 例如共犯行為必須依存於正犯行為，從正犯不法的歸責中獲得法益侵害意義，正犯不法並因此形成共犯不法之界線範圍等。

¹⁴² 洪福增，刑法的基本問題，1964年，頁190以下；陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月，頁9。

¹⁴³ 例如在正犯過剩行為之情形，可參見：林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁468。

礎（參見本文第三章第四節之介紹說明及第三章第五節第三項之檢討）後，針對我國常見之個別從屬問題作討論。

對於共犯之各種從屬關係，在我國學說中爭議最大者，毋寧在於共犯之成立是否應以正犯行為之著手實行為必要，我國學說對此向來聚焦在教唆犯應採獨立性或從屬性之討論¹⁴⁴。採教唆犯獨立性者，以原刑法第 29 條第 3 項規定為依據，認為教唆犯之成立不以正犯行為之存在為必要；採教唆犯從屬性者，認為教唆犯之成立以正犯著手於犯罪之實行為前提，原刑法第 29 條第 3 項不過為例外規定。至我國現行法則於立法理由中對於共犯明文採取所謂限制從屬性之立場，並刪除原刑法第 29 條第 3 項規定。現行法雖已確立共犯從屬性之方向，但我國學說對於共犯從屬性及獨立性的理解有其獨特性，於新法下應如何銜接適用，仍有討論必要。以下首先介紹共犯獨立性與共犯從屬性在我國之爭議情況，並究明其理論依據。之後接著討論共犯所從屬之正犯行為應具備如何之犯罪內涵。最後則說明在共犯從屬性下，當不存在著正犯行為時，對於教唆行為應如何評價，即原刑法第 29 條第 3 項所謂未遂教唆犯之體系定位問題；以及當正犯尚未達於著手階段時，對共犯應如何評價，亦即預備犯之共犯問題。

第二節 共犯從屬性與共犯獨立性之爭

共犯應採獨立性或從屬性，我國學說及實務之立場皆甚為分歧。為便於掌握我國刑法共犯規定，以下首先分析立法意旨，其次介紹實務及學說見解，最後檢討其法理基礎。

第一項 立法意旨探討

第一款 舊刑法時期（1928-1935）：採共犯從屬性立場

¹⁴⁴ 對於幫助犯則相當一致的採取共犯從屬性之立場。

第 43 條 教唆他人使之實施犯罪之行為者，為教唆犯。教唆教唆犯者，亦同（第 1 項）。教唆犯處以正犯之刑（第 2 項）。

第 44 條 幫助正犯者，為從犯（第 1 項）。教唆從犯者，以從犯論（第 2 項）。從犯之刑，減正犯之刑二分之一。但於實施犯罪行為之際，為直接及重要之幫助者，處以正犯之刑（第 3 項）。

第 46 條 知正犯之情而幫助正犯者，雖正犯不知共同之情，仍以從犯論。」

我國舊刑法於第六章「共犯」之章名修正理由論及共犯性質：「共犯最主要之意義，為主觀說與客觀說所公認者，即一切共犯除原案第 29 條第 1 項共同正犯外，皆有附屬之性質，其罪之成立，一以正犯為準。雖或因特種情形，如原案第 29 條第 2 項科以正犯之刑，然其性質仍為從犯。又第 30 條教唆犯，科以正犯之刑，然其性質仍為教唆犯。原案準正犯論及依正犯之例處斷等字樣，於共犯之意義，未能顯達，故本案於各條擬改為處以正犯之刑。」修正理由明確指出，教唆犯與幫助犯具有附屬之性質，其犯罪之成立皆以正犯為準，由此可知我國舊刑法係採共犯從屬性之立場¹⁴⁵。

第二款 原刑法時期（1935-2006）

第一目 教唆犯採獨立性立場

第 29 條 教唆他人犯罪者，為教唆犯（第 1 項）。教唆犯依其所教唆之罪處罰之（第 2 項）。被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限（第 3 項）。

我國原刑法第 29 條立法理由謂：「本法以教唆犯惡性重大，宜採獨立處罰主義，故改為依其所教唆之罪處罰之。但被教唆人未至犯罪，或雖犯罪而未遂，即

¹⁴⁵ 陳子平，共同正犯與共犯論，2000 年，頁 254。

處教唆犯以既遂罪之刑，未免過嚴，故規定以未遂犯論。」可知立法者對於教唆犯改採共犯獨立性之立場。對於所謂共犯獨立性之內涵，申言之：

一、對於教唆犯之成立，根據第 29 條第 1 項「教唆他人犯罪者，為教唆犯」規定，在文義解釋上有二種可能，一為只要為促請他人犯罪之教唆行為者，即成立教唆犯；另一則為須教唆他人為犯罪者，亦即尚須有他人犯罪之存在，始成立教唆犯。對此疑義，從立法理由「被教唆人未至犯罪或雖犯罪而未遂，即處教唆犯以既遂罪之刑，未免過嚴，故本案規定此種情形，以未遂犯論」等語，可知立法者乃係採前者之立場，亦即在教唆行為本身完成時（縱然被教唆人尚未為犯罪行為，或雖已為犯罪行為而未遂），教唆犯即行成立而為可罰，此亦符合教唆犯獨立性之解釋。此外，在教唆行為本身尚未完成之情形，立法者並未設有處罰規定¹⁴⁶。

二、對於教唆犯之處罰，根據第 29 條第 2 項「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」規定，在文義上有二種解釋可能，一為依照「教唆人所教唆之罪」處罰，例如教唆殺人者，即依教唆殺人罪論處，不論被教唆人已否實行犯罪行為或其犯罪行為是否既遂；另一則為依照「被教唆出來的犯罪」處罰，亦即依正犯所犯之罪處罰，例如在被教唆人殺人既遂之情形，教唆人即依照殺人既遂罪之教唆犯論處，在被教唆人殺人未遂之情形，則依照殺人未遂罪之教唆犯處斷，至於在被教唆人未有犯罪行為時，教唆人即無從處罰。對此疑義，參酌立法理由「造意犯之處分有二說：第一說，造意犯之刑，以造意之本人為標準。第二說，以被教唆者之刑為標準。……夫刑律上之處分，非可假定者，須定真正之事實以察之，犯意雖決於造意之人，而事實出於被教唆之手，故本條（按：舊刑法第 43 條）取第二說。惟本法以教唆犯惡性甚大，宜採獨立處罰主義，故改為依其所教唆之罪處罰之」等語，可知本條係採前者之立

¹⁴⁶ 我國實務即認為，在教唆意思到達被教唆人之前，教唆行為仍屬未完成，不能以教唆犯之未遂犯論罪，參見：最高法院 39 年台上字第 123 號判例：「某甲教唆某乙殺人之函件，既未到達某乙之手，尚難以未遂犯論罪。」

場，依照「教唆人所教唆之罪」來處罰教唆犯。此外，所謂「依其所教唆之罪處罰」，自然是指以某既遂罪之教唆犯加以處罰，蓋教唆犯必然是教唆他人為「既遂犯罪」，倘若僅係教唆他人為「未遂行為」者，因為並無法益侵害之可能，根本非屬犯罪行為¹⁴⁷。

三、對於第 29 條第 3 項規定，參酌立法理由「惟被教唆人未至犯罪，或雖犯罪而未遂，即處教唆犯以既遂罪之刑，未免過嚴，故規定以未遂犯論」等語，可知立法者乃係考量到，在教唆犯造成不同結果之情形，倘一律依同條第 2 項處罰，恐有處罰過嚴之弊，因此在被教唆人未至犯罪，或雖犯罪而未遂之情形，乃對於教唆犯給予未遂犯之刑罰對待。因此本項所謂「被教唆人雖未至犯罪」，應解釋為被教唆人尚未產生犯罪實害的情形，即「被教唆人未至犯罪既遂」，如此即可包含「被教唆人未至犯罪」以及「雖犯罪而未遂」等情形¹⁴⁸。又本項所謂「仍以未遂犯論」在解釋上有二種可能，一為教唆犯論以「其本身之未遂犯」，例如在被教唆人尚未著手殺人之情形，教唆犯應論以教唆殺人（既遂）罪之教唆未遂犯；另一則為論以「其所教唆之未遂罪之教唆犯」，例如在上述同樣之情形，教唆犯應論以教唆殺人未遂罪之教唆犯。就此疑義，參酌本項但書「但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限」規定，可知立法者乃係採前者之立場，蓋倘欲採後者之立場（對教唆人論以某未遂罪之教唆犯），本來即以該罪有未遂犯之處罰規定為前提，並無另外制訂但書之必要。因此本項規定乃是在區別教唆犯本身之既未遂，當教唆犯所欲實現之犯罪結果發生時，教唆犯即為既遂，否則即為未遂，犯罪結果是否發生則以正犯行為之是否既遂作為連結。

¹⁴⁷ 此與陷害教唆之情形不同，陷害教唆人雖欲使被教唆人之行為止於未遂階段，但仍係教唆他人為既遂犯罪，其間差異，不可不辨。

¹⁴⁸ 簡言之，在被教唆人未至犯罪既遂之情形皆包含在內，例如在被教唆人未有行為、或至陰謀、預備或未遂等階段者皆屬之，學說上亦持如此理解者：陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 20；同作者，共犯處罰根據論，1992 年，頁 133

綜上所述，立法者對教唆犯採獨立性之立場。對於教唆犯之成立，依照第 29 條第 1 項規定，教唆犯於其教唆行為完成時即行成立，不以正犯行為之存在為必要。對於教唆犯之處罰，依照同條第 2 項之規定，依其所教唆之罪處罰之，而非依正犯所犯之罪處罰之。由於教唆犯必然是教唆他人為既遂犯罪，因此乃是論以所教唆之既遂罪之教唆犯。惟在最後未發生法益侵害結果，亦即正犯根本未實施犯罪行為或犯罪而未遂之情形，則依照同條第 3 項規定，於教唆犯所教唆之罪有處罰（正犯）未遂犯之情形，對教唆犯處以所教唆之（既遂）罪之教唆未遂犯。

第二目 幫助犯採從屬性立場

第 30 條 幫助他人犯罪者，為從犯。雖他人不知幫助之情者，亦同（第 1 項）。
從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之（第 2 項）。

對於幫助犯係採從屬性或獨立性，立法理由並未說明。有學者從第 29 條第 1 項「教唆他人犯罪者，為教唆犯」以及第 30 條第 1 項「幫助他人犯罪者，為從犯」二者體例用語相同之觀點，認為幫助犯亦採獨立性說¹⁴⁹。惟本文以為自立法意旨以觀，毋寧認為共犯仍延續舊刑法第 44 條之精神採幫助犯從屬性說。首先，法諺有云「明示其一者，排除其他」，立法者既獨謂「教唆犯惡性重大，宜採獨立處罰主義」，顯然不認為幫助犯有採獨立處罰主義之必要。其次，自第 30 條第 2 項「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」規定，可知幫助犯並不像教唆犯有獨立的處罰規定（第 29 條第 2 項），幫助犯之處罰乃係依存於正犯之處罰規定，由此並可反推共犯之成立以正犯行為達到刑法上之可罰階段為必要，舉例來說，當正犯殺人既遂時，幫助之人論以殺人既遂罪之幫助犯，對其刑度範圍則按正犯之刑減輕之；當正犯殺人未遂時，幫助之人論以殺人未遂罪之幫助犯，對其刑度範圍同樣按正犯之刑減輕之；惟當正犯未進行殺人行為時，幫助之人根本

¹⁴⁹ 陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 131。

無從按正犯之刑決定其刑度範圍，此時對於幫助犯即無從處罰，換言之，當正犯行為不具有處罰規定時，幫助犯即無從存在。最後，幫助犯並無如同第 29 條第 3 項之規定。綜上所述，立法者對幫助犯係採從屬性之立場，應堪認定。

第三款 現行法時期（2006）：採共犯從屬性立場

第 29 條 教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯（第 1 項）。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之（第 2 項）。」

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（第 1 項）。幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之（第 2 項）。

觀諸第 29 條修法理由：「教唆犯如採共犯獨立性說之立場，實側重於處罰行為人之惡性，此與現行刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違。更不符合現代刑法思潮之共犯從屬性思想，故改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬性說中之『限制從屬形式』。」以及第 30 條修法理由：「關於現行幫助犯之性質，實務及學說多數見解，認係採共犯從屬性說之立場，……依學界通說既認幫助犯應採共犯從屬性說之『限制從屬形式』，使教唆犯及幫助犯之從屬理論一致，爰修第 1 項之文字，以杜疑義。」等語，立法者對教唆犯及幫助犯統一採取從屬性之立場。在法律適用上：

- 一、教唆犯及幫助犯之成立，以正犯行為之著手實行為必要，此觀第 29 條修法理由：「爰刪除現行條文第三項失敗教唆及無效教唆之處罰，並修正要件為『教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯』，亦即被教唆者未產生犯罪決意，或雖生決意卻未實行者，教唆者皆不成立教唆犯。……被教唆者著手實行，且具備違法性後，教唆者始成立教唆犯。」等語即明。
- 二、對於教唆犯及幫助犯之處罰，依照正犯行為所實行之罪名處罰，此有第 29 條修法理由：「成立教唆犯後之處罰，則依教唆犯所教唆之罪（如教唆殺人

者，依殺人罪處罰之)。至於應適用既遂、未遂何者之刑，則視被教唆者所實行之構成要件事實既遂、未遂為斷。」可資參照。因此教唆犯不再有區分教唆犯本身既未遂之處罰規定(例如教唆殺人罪之教唆既遂犯或教唆殺人罪之教唆未遂犯)，其以何種罪名處罰一律視正犯行為之罪名而定，例如正犯為殺人既遂者，教唆人即以殺人既遂罪之教唆犯處罰；正犯為殺人未遂者，教唆人即以殺人未遂罪之教唆犯處罰之。

第二項 實務見解

第一款 原刑法時期

第一目 教唆犯規定

一、採教唆犯獨立性之立場者

(一) 最高法院 24 年度總會決議(十一):「教唆犯之成立:(一)教唆犯以教唆行為終了時即為犯罪成立。(二)教唆犯在新刑法內規定為獨立犯罪，以其教唆時為犯罪行為時(按:本則決議於民國 95 年 8 月 22 日經最高法院 95 年度第 16 次刑事庭會議決議，法律已修正，本則決議自 95 年 7 月 1 日起，不再供參考)。」本則決議對於教唆犯之成立，採取教唆犯獨立性的立場，於教唆行為本身完成時即成立教唆犯，毋待正犯行為之存在¹⁵⁰。

(二) 最高法院 88 年度台上字第 7554 號判決:「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之。刑法第 29 條第 1 項(按:應為第 2 項之誤)定有明文。是以教唆犯所負之

¹⁵⁰ 持教唆犯獨立性立場者尚有:最高法院 80 年台上字第 4237 號判決:「基於教唆犯獨立處罰之本旨，教唆犯應以教唆行為終了，為教唆成立之時;教唆之教唆犯，則以所教唆人已向他人『教唆』其實行犯罪，為成立之要件(參看本院 24 年 7 月總會決議、28 年 7 月 25 日決議)，不能以被教唆人已實行犯罪而有結果或甫至犯罪被獲，為教唆犯成立之時。」以及最高法院 81 年台上字第 276 號判決:「教唆犯為獨立犯罪，以其教唆時為犯罪行為時，教唆行為終了，即為犯罪成立。」

罪責，純以其所教唆之罪定之，倘被教唆者實施之犯罪，與教唆之罪同一，教唆犯應負該相同之罪責，固無疑問，惟如被教唆者實施之犯罪逾越教唆範圍，教唆犯自不負相同之罪責。」本則判決對於教唆犯之處罰採獨立性說，依其本身所教唆之罪定之，不從屬於正犯所犯之罪責。

二、採教唆犯從屬性為原則，獨立性為例外之立場者

最高法院 27 年上字第 1511 號判例：「依刑法第 29 條之規定，教唆犯在原則上應按照正犯之犯罪體樣而處罰，故正犯之犯罪如屬未遂，則教唆犯亦應依同條第 2 項論以未遂，與第 3 項所稱被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論之例外規定無涉。」本則判例對於教唆犯之成立與處罰，採從屬性為原則，獨立性為例外之立場。其認為依照第 29 條第 2 項之規定，教唆犯原則上依照正犯所犯之罪來處罰，亦即在正犯既遂罪時，教唆犯論以正犯既遂罪之教唆犯；在正犯未遂罪時，教唆犯則論以正犯未遂罪之教唆犯。教唆犯之處罰既然依隨於正犯所犯之罪，則教唆犯之成立必然亦從屬於正犯行為之犯罪階段而定，因此在正犯行為未至犯罪階段之情形，教唆犯即無從成立，此時則依照同條第 3 項規定，例外的從獨立性的立場，對教唆犯以未遂犯處罰之。惟究係論以正犯既遂罪之教唆未遂犯，或論以正犯未遂罪之教唆犯，從本則判例之用語難以斷定，惟倘自獨立性之觀點，自以前者為當。另外對於原則（從屬性）與例外（獨立性）的分界，本則判例乃係以正犯行為的存在與否作為區分標準¹⁵¹。

第二目 幫助犯規定：採幫助犯從屬性之立場

對於幫助犯規定，我國實務見解相當一致的採取從屬性的立場，幫助犯之成立以正犯著手實施犯罪行為為必要，如無他人犯罪行為之存在，幫助犯即無由成

¹⁵¹ 其他類似見解：最高法院 28 年上字第 19 號判例：「教唆犯，除其所教唆之罪有處罰未遂犯之規定外，必須正犯受其教唆而實施犯罪始能成立，……。」

立，此分別有最高法院 19 年非字第 151 號判例¹⁵²、最高法院 20 年上字第 792 號判例¹⁵³、最高法院 28 年度決議（三）¹⁵⁴、最高法院 60 年台上字第 2159 號判例¹⁵⁵、最高法院 82 年度台上字第 6104 號判決¹⁵⁶、最高法院 83 年度台上字第 1747 號判決¹⁵⁷以及最高法院 86 年度台上字第 22 號判決¹⁵⁸可資參照。

第二款 現行法時期：採共犯從屬性立場

在現行法時期，我國實務見解對於教唆犯及幫助犯皆採取從屬性之立場，共犯之成立以正犯行為之存在為必要，此有最高法院 96 年度台上字第 6958 號判決¹⁵⁹以及最高法院 96 年度台非字第 312 號判決¹⁶⁰可資參照。

第三項 學說觀點

¹⁵² 最高法院 19 年非字第 151 號判例：「刑法第四十四條第 1 項之從犯，因幫助正犯而成立，苟無正犯之存在，即無從成立從犯。」

¹⁵³ 最高法院 20 年上字第 792 號判例：「查從犯成立之要件，必須正犯有著手實施犯罪之行為，且其行為達於可罰之程度，始能構成。」

¹⁵⁴ 最高法院 28 年度決議（三）：「教唆之幫助與幫助之教唆及幫助之幫助，均屬犯罪之幫助行為，仍以正犯構成犯罪為成立要件。」

¹⁵⁵ 最高法院 60 年台上字第 2159 號判例：「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。」

¹⁵⁶ 最高法院 82 年度台上字第 6104 號判決：「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。」

¹⁵⁷ 最高法院 83 年度台上字第 1747 號判決：「刑法上之幫助犯，以正犯已經犯罪為前提要件，故幫助犯無獨立性，係從屬於正犯而成立，如無他人犯罪行為之存在，幫助犯即無由成立。」

¹⁵⁸ 最高法院 86 年度台上字第 22 號判決：「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犯罪始行成立，有關追訴權時效，告訴期間等，亦自正犯完成犯罪時開始進行，是否合乎減刑要件，有無減刑條例等相關法律之適用，亦應以該時點為準據。」

¹⁵⁹ 最高法院 96 年度台上字第 6958 號判決：「刑法第 29 條業於 94 年 2 月 2 日修正，95 年 7 月 1 日起實施，教唆犯已改採共犯從屬性說之立場，須被教唆者著手實行犯罪行為，且具備法性後，教唆者始成立教唆犯。」

¹⁶⁰ 最高法院 96 年度台非字第 312 號判決：「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犯罪始行成立，有關追訴權時效，告訴期間等，亦自正犯完成犯罪時開始進行，至於法律之變更是否於行為後，有無刑法第 2 條第 1 項所定之新舊法比較適用，亦應以該時點為準據。」

第一款 原刑法時期：對教唆犯的歧異理解

對於幫助犯規定，國內學界幾乎皆採取從屬性之立場¹⁶¹。但對於教唆犯規定，雖然立法理由明白採取獨立性之立場，學說上則意見紛歧，或者認為採教唆犯獨立性者¹⁶²；或者認為雖採獨立性，但未能貫徹，而兼具有從屬色彩者¹⁶³；或者認為原則上採從屬性，但第 29 條第 3 項例外採獨立性者¹⁶⁴；或者認為採從屬性者¹⁶⁵，茲舉其中具代表性之學說說明如下。

第一目 採教唆犯獨立性之立場

持教唆犯獨立性說者，如韓忠謨教授認為，關於教唆犯之性質，向來有主觀說及客觀說二種理論，前者謂教唆犯係獨立之犯罪，後者認為教唆犯從屬於正犯而成立，被教唆者不成立犯罪時，教唆者亦無犯罪可言。至我國刑法則以教唆行為創造他人犯意，惡性甚深，對於犯罪之完成具有無形之原因力，且舊律對於共犯罪之處罰亦向來以造意者為首，故酌採主觀說之精神，認教唆犯有相當的獨立性¹⁶⁶。依此，對於教唆行為之性質應注意者：1. 在被教唆者未因教唆而產生犯

¹⁶¹ 採幫助犯從屬性立場者：甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996 年，頁 32；陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 280；褚劍鴻，刑法總則論，1989 年，頁 258、282；蔡墩銘，刑法精義，2000 年，頁 323；同作者，刑法總則爭議問題研究，1988 年，頁 295；同作者，中國刑法精義，1986 年，頁 249；韓忠謨，刑法原理，2002 年，頁 292；蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 450。唯一的例外，僅陳子平教授採取獨立性之立場，參見：陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 130。

¹⁶² 高仰止，教唆犯論，收錄於：刑法總則論文選輯（下），1984 年，7 月，頁 634；陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 130 以下；楊大器，刑法總則釋論，1994 年，頁 205；褚劍鴻，刑法總則論，1989 年，頁 272；韓忠謨，刑法原理，2002 年，頁 306。

¹⁶³ 周治平，刑法總論，1972 年，頁 375；蔡墩銘，刑法總則爭論問題研究，1988 年，頁 296；同作者，中國刑法精義，1986 年，頁 239-240。

¹⁶⁴ 甘添貴，刑法案例解評，1999 年，頁 180；林鈺雄，新刑法總則，2009 年，頁 451；陳樸生，實用刑法，重訂初版，1991 年，頁 274 以下；楊建華，刑法總則之比較與檢討，1982 年，頁 257；蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 440。

¹⁶⁵ 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 419；許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 84 以下。

¹⁶⁶ 韓忠謨，刑法原理，2002 年，頁 306。

罪決意、或雖已一度決意而又斷念於犯罪、或者雖生犯罪決意，但卻未為犯罪之實施者，均屬第 29 條第 3 項所稱「未至犯罪」之情形，教唆者均應成立教唆未遂犯，換言之，教唆行為之本身得成立未遂犯。2.被教唆者雖因教唆而為犯罪之實施，若其實施行為未至於既遂，教唆行為仍為未遂。3.被教唆者因教唆而實施犯罪既遂者，教唆犯亦成立既遂¹⁶⁷。

又如褚劍鴻教授認為，刑法對於教唆犯，採共犯獨立性說，以其惡性重大，對社會之危害，遠過於從犯，故認為獨立犯罪，應予獨立處罰，不認為係從屬之犯罪。此觀民國 24 年刑法第 29 條第 1 項之修正，使教唆犯不再以被教唆者實施其所教唆之犯罪行為為要件，只須有教唆之故意與教唆之行為，即可成立教唆罪，顯見其行為之獨立性。同條第 2 項之修正，表明教唆犯之處罰，依其所教唆之罪定之，意在說明以教唆行為之本身為主體，而避免舊刑法之規定，處以正犯之刑而具有從屬正犯之意義。且同條第 3 項之規定更明確表示，教唆犯之處罰採獨立主義¹⁶⁸。

從上述可知，本說認為教唆犯惡性重大，以主觀說作為其處罰論據，教唆犯之成立以教唆行為本身為斷，毋須依賴於正犯行為之存在；對教唆犯之處罰則依其本身所造成之結果，分別論以教唆犯之既遂或未遂，而不依從於正犯所犯之罪處罰之。

第二目 教唆犯之成立具獨立性，但處罰兼含從屬性

本說以蔡墩銘教授之見解為代表。蔡墩銘教授認為，教唆犯之成立，自我國刑法教唆犯之規定以觀，被教唆人已為犯罪之實行者，則為教唆之既遂，如被教唆人未有犯罪之實行者，則屬教唆未遂。職是之故，被教唆人是否為犯罪之實行，僅對於教唆犯之既遂或未遂有所影響，但對於教唆犯之成立，似無影響。職是之

¹⁶⁷ 韓忠謨，刑法原理，2002 年，頁 306。

¹⁶⁸ 褚劍鴻，刑法總則論，1989 年，頁 272。

故，只要有教唆行為，不問被教唆者是否為犯罪之實行，教唆犯皆可成立，並且依其所教唆之罪處罰之¹⁶⁹。又對於教唆犯之可罰性，鑑於其獨特之罪惡性，是其成立並無從屬於正犯實行之必要，只要其所為之教唆行為足使他人產生實行犯罪意思，即應認為有予以處罰之價值，故教唆犯之獨立性，自較為可採。然而對於教唆犯之處罰，我國刑法並未完全貫徹教唆犯獨立性之主張，而仍考慮被教唆人之行為，例如被教唆人犯罪未遂或未至犯罪時，對於教唆犯皆論以未遂，由此足證被教唆人所實施之行為對於教唆犯應負既遂或未遂責任仍具相當影響¹⁷⁰。

本說認為在教唆犯的成立上，係採獨立性之立場，但對於教唆犯之處罰，則兼有從屬性的性質，被教唆人實施犯罪行為之既未遂將影響教唆犯應負既遂或未遂罪責。但本文認為，自第 29 條第 3 項觀之，在犯罪結果未發生（被教唆人行為未遂或未著手實行）時，教唆犯負未遂罪責，在犯罪結果發生（被教唆人行為既遂）後，教唆犯始負既遂罪責，可知教唆犯既未遂之標準，不在於正犯行為之既未遂，而在於教唆犯所教唆之犯罪結果是否發生。雖然說在強調處罰教唆犯惡性的前提下，以所教唆之犯罪結果發生與否，而非以教唆行為本身之完成與否，來作為教唆犯既未遂之標準，於論理上非無瑕疵可指，但無論如何，根據條文規定，教唆犯之既未遂並非從屬於正犯行為而來，無寧應認為係根據其所教唆之犯罪結果而定。職是之故，教唆犯之處罰仍具獨立性，而非兼含有從屬性之性質。

第三目 從屬性為原則，獨立性為例外

採本說者，如陳樸生教授認為，共犯獨立性說以教唆或幫助行為本身即為犯罪之實行行為，其利用正犯之行為，本質上與利用自然事實無異。正犯與共犯實現構成要件之態樣互異，其犯罪性及可罰性亦各自獨立。共犯已否著手於犯罪行

¹⁶⁹ 蔡墩銘，中國刑法精義，1986 年，頁 239。

¹⁷⁰ 蔡墩銘，刑法總則爭論問題研究，1988 年，頁 296；同作者，中國刑法精義，1986 年，頁 239 以下。

為之實行，以其本身之行為為準，故教唆或幫助，亦罰其未遂¹⁷¹。共犯從屬性說則基於限縮正犯概念，認為正犯係親自實施刑法各本條構成要件之行為。共犯之可罰性則以其對正犯之依存性而來。故共犯之成立與否及可罰性之有無，應以正犯為前提，具有從屬性¹⁷²。我國刑法第 29 條第 1 項既明定，教唆他人犯罪者，為教唆犯。其所謂他人犯罪，係指被教唆者所實行之犯罪，顯與教唆行為有別。故共犯之成立，以有實行行為之存在為前提，即從屬於正犯而成立。如與正犯分離，即非犯罪行為。因認其從屬，實具有實行性之意義在。是教唆犯之成立，係以正犯已著手於犯罪行為之實行為前提¹⁷³。至於被教唆者未至犯罪，教唆者根據第 29 條第 3 項規定，仍以所教唆之罪之未遂犯論處，則係採獨立處罰主義之例外規定¹⁷⁴。

蘇俊雄教授則以共犯處罰根據論中惹起理論之觀點闡述共犯從屬性，共犯之可罰性係透過其教唆或幫助行為而促進他人實行犯罪行為，從而構成共犯責任。共犯並非自己違反犯罪構成之規範，而是參與其他正犯者破壞規範的不法行為。因此共犯行為的不法內容與範圍，必須從屬於正犯實施犯罪之程度與違法內容。故教唆或幫助犯本身之行為，並無單獨存立之可能，而必須以正犯行為之存在為前提¹⁷⁵。我國刑法於民國 24 年修正之際，另考慮教唆行為在主觀上所表現的惡性重大，且對於法益侵害之發生，恆居於發跡指使的地位，因此基於預防犯罪的刑事政策考量，乃將之由對正犯的從屬關係中解放出來，承認其獨立處罰之需要性。第 29 條第 3 項之規定，係專就被教唆人尚未至於著手階段時，對於教唆犯認為已獨立構成犯罪之情形而言；至若被教唆人已著手犯罪之實施時，教唆行為的未遂或既遂，則按正犯實施行為的未遂或既遂之階段而定，可謂仍受從屬性的

¹⁷¹ 陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 246。

¹⁷² 陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 246。

¹⁷³ 陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 274。

¹⁷⁴ 陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 275。

¹⁷⁵ 蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 431-432。

限制¹⁷⁶。

綜上所述，本說將第 29 條第 1 項及第 2 項作教唆犯從屬性之原則規定，同條第 3 項則作為教唆犯獨立性之例外規定，於正犯未實施犯罪行為時，教唆犯仍得獨立成罪，並按未遂犯加以處罰。然則，共犯從屬性認為共犯行為本質上並非犯罪行為，共犯獨立性則認為共犯行為本身即為犯罪行為，兩者乃是基於對共犯性質的不同理解而來。本說同時以兩種不能兼容的觀點來評價共犯行為，雖謂兩者處於原則與例外之關係，但如此不但未說明兩者者得以併存之理由，反而更突顯出兩種立場的難以調和，形成共犯性質在理論上的矛盾¹⁷⁷。

第四目 採教唆犯從屬性之立場

持教唆犯從屬性說者，如林山田教授認為，傳統見解以教唆人惡性甚深，故應獨立處罰之觀點，忽略了基於參與犯之結構而生的共犯從屬性概念，故不宜採行¹⁷⁸。基於共犯處罰根據論中惹起理論的觀點，共犯經由誘發或推促他人之犯罪，而成為刑法所處罰之行為。這些可罰行為在本質上乃是參與他人的構成要件實現，經由刑法總則之特別規定而成立犯罪，因此共犯必須依存於正犯行為始足以成罪，此即共犯之從屬性¹⁷⁹。基此，對於教唆犯之處罰應依正犯所犯之罪而定，在被教唆人犯罪行為既遂時，教唆人成立教唆既遂犯，在被教唆人之犯罪行為未遂時，教唆人成立教唆未遂犯（第 29 條第 2 項）¹⁸⁰。至於在被教唆人未有犯罪之情形，即所謂的未遂教唆犯（versuchte Anstiftung），則係以第 29 條第 3

¹⁷⁶ 蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 435-436。

¹⁷⁷ 相同之批評：陳子平，共同正犯與共犯論，2000 年，頁 284；許澤天，單純教唆，法學講座，第 14 期，2003 年 2 月，頁 62。

¹⁷⁸ 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 419。林山田教授早期曾採行共犯獨立性之觀點，參見：林山田，刑法通論，五版，1996 年，頁 317。

¹⁷⁹ 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 372-373。

¹⁸⁰ 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 427、429-430。

項針對本質上不屬於教唆未遂犯之未遂教唆犯加以規定¹⁸¹。

此外，許澤天教授則從法治國構成要件明確性原則之觀點而認為應採共犯從屬性。該說以純粹惹起理論的立場出發，認為共犯之處罰基礎在於法益侵害，共犯具有獨立的不法內涵，並無所謂的共犯不法導源自正犯不法的概念¹⁸²。但基於法治國原則之考量，其認為共犯可罰性之成立與否，仍然必須從屬於正犯所實施的構成要件行為。因為如謂在教唆自殺或教唆不為救助之情形，教唆人亦得成立教唆殺人罪，則將毀壞構成要件明確性原則。蓋因刑法分則構成要件所禁止的事物根本尚未發生，因此不能將構成要件所設定之刑罰適用到任何人身上。縱使被害人的死亡與教唆人具有因果關係，仍不意味著即得以殺人罪的法律效果來制裁教唆人¹⁸³。因此為了避免刑法將所有與結果具有因果性的行為，包括地視為共犯，造成刑罰過度浮濫，共犯仍必須從屬於正犯的構成要件行為，使刑法分則構成要件內容得以拘束總則共犯規定的成立範圍，以確保法治國的構成要件明確性原則¹⁸⁴。其認為第 29 條第 1 項表明共犯之成立以正犯著手實行犯罪為前提；第 2 項則表明教唆犯的處罰與正犯相同，這兩項構成教唆犯之規定¹⁸⁵。至於第 29 條第 3 項則規定未遂教唆的處罰，未遂教唆在本質上並非教唆犯，而係屬於刑法防衛界線提前的「預備犯規定」¹⁸⁶。

綜上所述，本說或從共犯處罰根據論之觀點，或從法治國明確性原則之觀

¹⁸¹ 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 428-429。

¹⁸² 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 81-83。

¹⁸³ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 85。

¹⁸⁴ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 86。

¹⁸⁵ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 89。

¹⁸⁶ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 91。

點，推導出共犯從屬性之立場。至於在被教唆人未有犯罪行為之情形，咸認為應屬未遂教唆之情形，應以第 29 條第 3 項作為其處罰依據，並有以預備犯之性質加以解釋者。

第二款 現行法時期：採共犯從屬性之立場

國內學說對於現行法採取共犯從屬性，多持肯定之態度，認為共犯之成立，以正犯著手實行犯罪行為為前提，對於共犯之處罰，依正犯所犯之罪而定¹⁸⁷。至其理由，有認為從法治國刑法的不法構成要件角度來說，共犯行為本身並非刑法分則構成要件所描述之行為，無法逕依構成要件論罪科刑，共犯不像正犯在實施犯罪上具有獨立性。基於惹起理論的觀點，共犯乃係經由誘發或推促他人之犯罪，始成為刑法所處罰之行為。因此共犯必須依存於正犯行為，始足以成罪，並按照處罰正犯之法律效果處罰，共犯具有從屬性的本質，所謂的共犯獨立性乃不可想像之事¹⁸⁸。至於原刑法第 29 條第 3 項乃係針對未遂教唆犯之處罰規定，並

¹⁸⁷ 甘添貴，刑法總則修正重點評述，收錄於：自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年 8 月，頁 25 以下；余振華，教唆未遂之廢止與間接正犯之界定，收錄於：台灣刑事法學會編，刑法總則修正重點之理論與實務，2005 年 9 月，頁 283 以下；林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 165 以下；同作者，刑法通論（下），十版，2008 年，頁 114 以下、頁 136 以下；林鈺雄，新刑法總則，2009 年，頁 452；陳子平，新刑法總則之理論基礎——正犯與共犯，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 190 以下；許澤天，對 2005 年 1 月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 114 以下；鄭善印，正犯與共犯概念之修正對於實務運作之衝擊，收錄於：台灣刑事法學會編，刑法總則修正重點之理論與實務，2005 年 9 月，頁 273 以下。

¹⁸⁸ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 48-49；同作者，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 165。由此觀之，林山田教授似從共犯處罰根據論中惹起理論的觀點來解釋共犯從屬性，惟林山田教授其後又稱：「共犯從屬性是採行正犯與共犯區別制的產物，其與共犯本身是否具有獨自可罰性的共犯的刑罰理由問題，是兩回事」，參見：林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 49-50，又似乎將共犯從屬性與共犯處罰根據脫鉤解釋。並且其認為「共犯的成立與處罰，有無以正犯的行為必須已達著手實行的行為階段為必要，係屬刑事立法政策上的考量與抉擇，而非單純從共犯應採共犯從屬性說的立場，就要推衍到共犯成立以正犯著手犯罪的實行為必要的結論」，參見：林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 127；同作者，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 169，由此觀之，其反而近似於獨立性之觀點，似與惹起理論中

非共犯之規定，而只涉及犯罪參與的前階段問題，性質上應屬於預備犯¹⁸⁹。

此外亦有從主觀主義以及客觀主義的觀點分別來闡釋共犯獨立性及共犯從屬性者。其謂共犯獨立性說以近代學派之主觀主義思想為基礎，著重處罰行為人的反社會惡性，當共犯實施共犯行為時，即已顯現其反社會性格而為可罰，因此共犯之成立，不以正犯著手於犯罪之實行為必要¹⁹⁰。相對的，共犯從屬性說以古典學派之客觀主義思想為基礎，共犯行為對於法益之侵害僅有潛在、抽象的危險性，其完整之違法性及犯罪性必須從已經具有顯在、現實危險性之正犯實行行為而來，因此共犯之成立必須從屬於正犯行為始可¹⁹¹。在二元犯罪參與體系下，正犯與共犯行為二者具有本質上的差異，正犯所實施之行為始具有侵害法益之顯在、現實危險性，共犯行為則僅具有侵害法益之潛在、一般危險性，因此僅存在共犯行為時，由於尚未具有值得處罰未遂犯之顯在、現實的危險性，故必須等待正犯著手於犯罪之實行後，始具有處罰未遂犯之可罰性，因此應以共犯從屬性之見解較為可採。至共犯獨立性說，則因違反以保護法益為目的的現代刑法思潮，已不可採¹⁹²。

第四項 共犯從屬性與共犯獨立性法理基礎之檢討

從上述介紹說明可知，在我國原刑法規定下，共犯之成立是否應以正犯著手於犯罪實行為必要，亦即共犯規定究係採從屬性或獨立性之立場，不管在實務上或學界皆有強烈爭議。此外，對於共犯從屬性與獨立性之理論脈絡，我國學說上的討論亦呈現相當混亂之現象。傳統學說對於共犯獨立性乃是從主觀主義的立場出發，相對的，對於共犯從屬性則以客觀主義為理論基礎。晚近學說則有從共犯

從屬性導向惹起理論或從屬法益侵害理論之論旨有違。

¹⁸⁹ 林山田，刑法通論（下），2008年，頁50。

¹⁹⁰ 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月，頁13。

¹⁹¹ 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月，頁14。

¹⁹² 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月，頁15-16。

處罰根據論中惹起理論之觀點來理解共犯從屬性者，此外亦有將共犯從屬性與共犯處罰根據論脫鉤處理，另外從法治國構成要件明確性原則之角度闡述者。在現行法下，透過修法理由之說明，固然確立了共犯從屬性的方向，我國實務及學界對此亦多表贊成，然則，對於共犯從屬性之理論基礎究以何者為當，仍未予釐清，而有進一步討論之必要¹⁹³。

第一款 客觀主義與主觀主義之爭？

由於受到原刑法第 29 條立法理由「教唆犯惡性重大，宜採獨立處罰主義」等語影響，我國傳統學說認為當時修法精神乃係由原來客觀主義的立場轉向主觀

¹⁹³ 我國傳統學說對於共犯性質，或有從「犯罪共同說」與「行為共同說」之立場加以說明。所謂犯罪共同說，認為共犯乃係二人以上，基於一個犯罪意思，共同加工實現一個犯罪事實者。其各人犯罪之意思，在於共同完成一個犯罪事實。此說以客觀之犯罪事實為共同關係之基礎，被認為屬於客觀主義下之見解。依此說，就犯罪事實結果之發生，為直接重要之行為，可獨立完成犯罪者，為正犯；對於犯罪事實結果之發生，僅處於間接協助加工，從屬於他人行為而成立犯罪者，為共犯。相對的，所謂行為共同說，認為共犯乃係二人以上，以各自犯罪之意思，各自完成其犯罪者。各人因其共同之行為，侵害同一法益，故為共犯，換言之，只須有行為之共同，不須有意思之共同。此說以犯罪行為乃行為人反社會性之表現，被認為屬於客觀主義下之見解。依此說，刑罰係針對行為之惡性予以處罰，故對於教唆犯及幫助犯，係針對其教唆與幫助之惡性予以處罰，自應獨立成立犯罪，無所謂從屬性。對此參見：甘添貴，刑法之重要理念，1996 年，頁 30 以下；褚劍鴻，刑法總則論，1989 年，頁 251 以下。從這種觀察角度出發，似亦可獲致共犯從屬性或獨立性之理論基礎。但我國學者對此批判道，所謂犯罪共同說與行為共同說乃係源自於法國刑法之共犯理論，此乃用以討論包含共同正犯、教唆犯及幫助犯等行為之性質，而共犯從屬性說與共犯獨立性說則係源自德國刑法之共犯理論，專就教唆犯及幫助犯討論之。二者之體系既不相同，其說明之對象及方法亦有差異，乃係各自獨立併存的共犯本質論。職是之故，「如有謂共犯從屬性說係由犯罪共同說所確立，共犯獨立性說係以行為共同說為基礎之論調，故非妥當；所謂以犯罪共同說與行為共同說為方法論，而以共犯從屬性說與共犯獨立性說為本質論之說明，亦屬不當」，對此參見：洪福增，刑法的基本問題，1964 年，頁 188-190。由此可知，在我國將共同正犯劃歸於正犯範疇之刑法體系下，毋寧係傾向德國刑法體系，實不應再以所謂「犯罪共同說」或「行為共同說」作為共犯之理論基礎。我國學界早期之所以引進「犯罪共同說」與「行為共同說」之理論，乃係因繼受日本法學共犯理論，而日本法學理論又混有法國法學思想之故，此見洪福增教授所言「日本之刑法理論，雖多受德國法學之影響，惟關於共犯理論則混有法國法學之思想，因此其共犯理論頗具複雜性」等語即明，參見：洪福增，刑法的基本問題，1964 年，頁 188。有鑑於此種學說在目前我國共犯理論的討論中已不具有重要性，本文以下不再對此學說作檢討。

主義¹⁹⁴，因此對於共犯從屬性或共犯獨立性之理論基礎，每多從客觀主義與主觀主義之角度加以探討，認為共犯從屬性是源自於古典學派之客觀主義思想，而共犯獨立性則以近代學派之主觀主義思想為依據¹⁹⁵。

第一目 客觀主義與主觀主義概述

客觀主義以古典學派為理論背景，發端於啟蒙時期的理性主義思想，將刑法自宗教與君權解放，反對罪刑之擅斷與苛酷，主張罪刑法定主義¹⁹⁶。其表現在犯罪理論即為重視外在行為結果的行為刑法，以行為及結果實害為刑法不法評價之對象，強調犯罪之定型性，以構成要件為刑法理論之指導觀念，主張構成要件理論¹⁹⁷。

主觀主義則以近代學派為理論背景，以科學實證主義為基礎，重視社會之防衛與保全，強調矯正行為人的反社會性或危險性¹⁹⁸。其表現在犯罪理論則為重視行為人內部精神事實的行為人刑法，以行為人的反社會性格或犯罪之危險性為刑法不法評價之對象，認為犯罪乃行為人惡性之表徵，不重視犯罪之定型性，因

¹⁹⁴ 我國學者並認為，根據民國 23 年 12 月 27 日立法院院長孫科針對當時修正通過之刑法請當時國民政府主席林森所公布所寫之立法院呈文所載「……23 年 10 月 6 日據該委員等呈稱『……。至本會此次修改刑法標準有可得而言者，即年來刑事學理闡發益精，國際刑法會議，復年年舉行，因之各國刑事立法政策，自不能不受其影響。變動較大者，為由客觀主義而側重主觀主義，由報應主義而側重防衛社會主義，……』」等語，更明白表示刑法修正案之精神係由客觀主義而傾向主觀主義，參閱：陳子平，共犯處罰根據論，1992 年，頁 100。

¹⁹⁵ 王和雄，從共犯從屬性說與獨立性說論教唆之未遂與未遂之教唆，法學叢刊，第 17 卷第 2 期，1972 年 4 月，頁 91 以下；甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996 年 6 月，頁 31-32；同作者，刑法案例解評，1999 年，頁 175-176；周治平，刑法總論，1972 年，頁 374 以下；陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 13-16；韓忠謨，刑法原理，2002 年，頁 306。

¹⁹⁶ 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996 年 6 月，頁 3。

¹⁹⁷ 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996 年 6 月，頁 12-14。

¹⁹⁸ 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996 年 6 月，頁 12。

此對於犯罪之客觀要素，輒使用行為之危險性或侵害性等概念¹⁹⁹。

基此認識，在共犯的成立問題上，我國學者因此認為，如基於客觀主義之觀點，由於共犯行為本身對於法益侵害僅具有潛在、一般的危險性，共犯之犯罪性叫正犯為低，因此必須等待正犯著手實行，發生值得處罰之具體危險後，共犯行為始具有違法性，此即共犯從屬性²⁰⁰。相對的，如基於主觀主義之立場，由於共犯實施其教唆或幫助行為的本身即足以顯現其反社會惡性，因此縱使無正犯行為之存在，共犯行為亦具有犯罪性而為可罰，此即共犯獨立性²⁰¹。

然則，以客觀主義及主觀主義作為共犯從屬性及獨立性之法理基礎，本文認為頗有可議之處。

第二目 主觀主義未能解釋原刑法第 29 條規定

我國傳統學說認為主觀主義以行為人之「惡性」，而非行為人之「惡行」，作為可罰性標準，此即行為人刑法。然則，在以保護法益作為刑法規範目的的前提下，由於單純的行為人惡性或反社會性格，根本不可能產生法益侵害，必定是先有法益侵害行為，才有討論行為人惡性的問題，因此行為人之主觀若脫離客觀上之行為，即無刑法上評價之重要性，更遑論作為刑法上之可罰性基準。事實上，即使是倡導行為人刑法的德國刑法大師 *v. Liszt*，亦從未認為行為人可以取代行為而成為刑法可罰性之判斷基礎²⁰²。*v. Liszt* 並未擺脫行為為基點，只不過認為傳統

¹⁹⁹ 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996年6月，頁13-14；陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁135。

²⁰⁰ 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996年6月，頁31-32；陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月，頁14-15。

²⁰¹ 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：刑法之重要理念，1996年6月，頁32；陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月，頁16。

²⁰² *Roxin* 即謂：「*Franz von Liszt* 從來沒有認為，刑法的可罰性應以追求（現實的或僅是潛在的）行為人的存在型態或內心態度，來代替對行為的追求」，參見：*Roxin*, AT/ 1, 1997, § 6, Rn. 4.

刑法理論過於忽略行為人在個別行為的動機及因此表露的人格²⁰³。準此以觀，如認為在主觀主義下，藉由行為人的惡性即可單獨構成共犯的可罰性基礎，毋寧是對行為人刑法概念的誤解。行為人刑法不可能完全脫離行為刑法而單獨存在，對行為人的「惡性」，即主觀不法的評價，始終必須以行為人的「惡行」，即侵害法益之客觀不法行為為前提²⁰⁴。單純的主觀惡性，無法得出其行為可罰之結論，換言之，主觀主義並無法得出共犯獨立性之主張。

此外，縱認主觀主義為可採，但根據主觀主義之觀點，教唆人一經行為即足以表徵其惡性，理論上即應成立教唆既遂犯，教唆犯的評價應與其所造成的外在客觀結果無關。但根據我國原刑法第 29 條規定，教唆犯不但仍有既未遂的區分，教唆犯之既未遂更與被教唆人之犯罪行為程度有關，與主觀主義論旨明顯不符。由此可知，主觀主義無法解釋原刑法第 29 條規定，實難作為原刑法共犯獨立性之法理依據。

第三目 客觀主義未能說明共犯從屬性

客觀主義以行為之法益侵害性作為刑法可罰性基礎，並以構成要件作為處罰界線，此即行為刑法。但根據此標準，共犯行為或者因為屬於法益侵害行為而為可罰，或者因為不屬於法益侵害行為而不可罰，如何從中得出「共犯行為本來不可罰，卻因他人之法益侵害行為而為可罰」之從屬性結論，實令人費解。對此，客觀主義論者雖有謂共犯行為本身並無不法，因此其不法必須依據有現實危險性

²⁰³ 林鈺雄，新刑法總則，2009 年，頁 135。

²⁰⁴ 誠如許玉秀教授所言：「主觀不法理論……古典的意義乃為，刑法制裁的對象是行為人的主觀不法，又稱行為人的惡性，故亦有行為人不法之稱，現代的意義則是，行為的不法來自行為人的不法意志支配；客觀不法理論……古典的意義是刑法制裁的對象是行為而不是行為人，必定有行為才能被處罰，現代的意義則是……主觀不法的有無，取決於行為的客觀不法特質。……行為人的惡性還是透過行為才能呈現」，參見：許玉秀，刑法導讀，新學林分科六法—刑法，2006 年，頁 53，由此可知，行為人之主觀固然能對行為賦予不法之意義，但對行為人主觀之評價前提，則在於其行為具有客觀上的不法。

之正犯實行行為而來，故共犯之成立，必須從屬於正犯行為始可云云²⁰⁵，惟其理論基礎何在，仍有待進一步檢討。事實上，在正犯與共犯區分體系下展開討論之共犯處罰根據理論，同樣是以客觀主義亦即行為刑法之觀點作為基本價值前提，然則，其中有推導出共犯從屬性者，亦有推導出共犯獨立性者。由此可知，在客觀主義下亦未必能得出共犯從屬性之結論。單純從客觀主義並不能掌握共犯規範結構的特殊性，自然無法據此說明共犯從屬性之理由。所謂共犯從屬性係以客觀主義為根據之說法，顯然有論證上的過度跳躍。

綜上所述，主觀主義或客觀主義並無法作為共犯獨立性或共犯從屬性之法理基礎，對於共犯獨立性或從屬性之爭，應與主觀主義及客觀主義之討論無關。

第二款 法治國構成要件明確性原則之要求？

我國學者許澤天教授從法治國構成要件明確性原則之觀點來解釋共犯從屬性之必要性²⁰⁶，使共犯從屬性之存在理由脫離共犯處罰根據理論。但在此理解下，對於其所謂共犯從屬性在共犯犯罪體系上之性質應作如何定位，實有待進一步的釐清。

首先，該說認為，倘若沒有所謂的殺人行為，當然也不存在有所謂的教唆或幫助殺人，因此共犯必須從屬於正犯所實施的構成要件行為²⁰⁷。依此說法，則刑法上法益侵害的有無，顯然必須藉助於正犯行為的構成要件該當判斷而定，因此共犯是否以教唆殺人之手段而侵害生命法益，即必須從屬於正犯行為的構成要件該當判斷。在此理解下，共犯從屬性似乎作為共犯不法的來源，性質上應屬於共犯之不法要素，但在此同時，倘若從屬性係作為共犯不法的來源，該說在理論

²⁰⁵ 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 15；同作者，刑法總論，2008 年，頁 488。

²⁰⁶ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 84 以下，亦可參見本文第四章第二節第三項第一款第四目之介紹說明。

²⁰⁷ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 85。

上即有違背其所持純粹惹起理論基本立場之疑慮。

其次，該說又認為，從屬性的目的在於維持刑法構成要件界線，避免將所有與結果具有因果關係的行為，包括地視為共犯，而造成刑罰過度浮濫²⁰⁸。該說以限縮共犯可罰性，維持構成要件界線相對明確性的訴求作為共犯從屬性之理由。依此，共犯從屬性在犯罪理論上的地位既不屬於不法要素，亦不屬於罪責要素，而應認為屬於客觀處罰條件。然而在此理解下，所謂「共犯之成立以正犯構成要件行為之存在為前提」的要求，在犯罪理論上即不能被認為係基於共犯從屬性而來，而是單純由於客觀處罰條件之限制所致，或者說，在犯罪理論上即無另外提出共犯從屬性概念之必要。

綜上所述，基於法治國構成要件明確性原則所提出的從屬性要求，在性質上無異於用來限制共犯可罰性的客觀處罰條件，並無法說明在共犯理論下共犯從屬性的特殊地位，因此亦難以據此作為共犯從屬性之法理依據。

第三款 應以共犯處罰根據理論為依據

共犯之成立是否應以正犯行為之存在為必要，乃共犯成立要件之問題，對於共犯行為應具備如何之成立要件，自應求諸於共犯處罰根據理論。

第一目 對共犯獨立性之法理依據

在共犯處罰根據理論中，罪責共犯理論、不法共犯理論以及純粹惹起理論皆持共犯不法獨立性之主張，共犯之成立不以正犯行為之存在為必要。

就罪責共犯理論而言，我國學說有認為，由於我國原刑法共犯規定強調共犯之惡性，認為共犯之所以罪不可赦，係因共犯有製造犯罪或犯罪者之心態，因此

²⁰⁸ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁86。

勉強可歸類為傾向罪責共犯理論²⁰⁹。然則在罪責共犯理論下，共犯所侵害者乃「正犯」，換言之，共犯行為與正犯行為所侵害之法益有別，因此在行為人為教唆或幫助行為後，進而實施犯罪行為之情形，對行為人論罪科刑應認為係一行為觸犯數罪名之想像競合，這顯然與我國通說²¹⁰認為應屬於法條競合之理解大不相同。基此，尚難以罪責共犯理論作為我國原刑法教唆犯獨立處罰主義之法理依據。對於不法共犯理論，基於同樣理由，亦難採行。

至於純粹惹起理論，其雖然認為共犯行為也是因為侵害刑法分則上之法益而為可罰，但其對構成要件之解釋已逾越法條範圍，屬於學說所創之法律政策理念，難與實定法相符，因此亦難以之作為我國原刑法教唆犯獨立處罰主義之法理依據。

綜上所述，在共犯處罰根據理論中持共犯獨立性觀點之學說，尚無得以解釋我國原刑法之教唆犯獨立性規定者。

第二目 對共犯從屬性之法理依據

在共犯處罰根據理論中，從屬性導向惹起理論及從屬的法益侵害理論皆持共犯不法從屬性之立場，共犯之成立以正犯行為之存在為必要。鑑於從屬的法益侵害理論乃係作為對從屬性導向惹起理論進一步闡述與修正的實質理論²¹¹，無疑以從屬的法益侵害理論更能說明共犯從屬性之法理依據。

在從屬的法益侵害理論下，共犯行為本屬構成要件以外行為，因此單純共犯行為的本身並無刑法上的意義，共犯的處罰根據乃是藉由加工於他人行為而促成

²⁰⁹ 陳子平，共犯處罰根據論，1992年，頁138。

²¹⁰ 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1997年，頁457-458；實務上同此見解：最高法院22年上字第681號判例、最高法院43年台上字第396號判例：「教唆他人犯罪後，又進而實施犯罪行為者，其教唆行為已為實施行為所吸收，應以實施正犯論。」最高法院24年上字第3279號判例：「如在正犯實施前，曾有幫助行為，其後復參與犯罪構成要件之行為者，即已加入犯罪之實施，其前之低度行為應為後之高度行為所吸收，仍成立共同正犯，不得以從犯論。」

²¹¹ 參見本文第三章第五節第三項之分析說明。

對第三人的更大損害而來。然則，在刑法構成要件的規範設計下，有刑法意義的損害只能在正犯行為的構成要件該當性之中加以界定²¹²，因此共犯行為在現實上所促成的損害效果，在規範上只能從正犯行為的「不法侵害」之中獲得彰顯。換言之，正犯行為由於獲得共犯行為之助力，而產生更大的（刑法上）侵害，這個存在於正犯構成要件判斷之中的「侵害」也被歸責於在正犯背後的加工者。基於此，共犯行為本身並無不法，共犯不法之成立，必須以其加工對象為「正犯的不法侵害行為」，因此共犯之成立即以正犯行為之存在為必要。

綜上所述，從屬的法益侵害理論能合理的提供共犯從屬性的法理基礎，以之解釋我國現行法關於共犯從屬性之規定，應為可採。

第四款 小結

在我國原刑法時期，對於第 29 條及第 30 條之共犯規定有諸多疑義，除了在立法理由中單獨針對教唆犯採所謂獨立處罰主義，對幫助犯仍維持從屬性之立場，而造成共犯性質之割裂外，也造成我國學說對共犯規定解釋的混亂。在現行法下，修法理由明確採行共犯從屬性的立場，藉此對共犯性質將可望有統一的理解。然則，在共犯從屬性原則下，我國學說對於共犯從屬性之法理基礎仍然莫衷一是，本節對此作進一步的討論，並認為我國傳統學說所持客觀主義之見解並不宜作為共犯從屬性之依據，而應以共犯處罰根據理論中從屬的法益侵害理論作為其法理上之依歸。

第三節 共犯從屬型態

根據實定法上之共犯規定，共犯以教唆或幫助正犯行為為其犯罪型態，而在共犯從屬性下，共犯之成立更以正犯犯罪行為之存在為必要，因此正犯行為應具備如何之要件內涵，尚有進一步討論之必要。以下首先介紹 *M. E. Mayer* 所提出

²¹² 參見本文第三章第五節第二項第一款之分析說明。

的四種共犯從屬型態，其次說明各種從屬型態在立法例及學說上之發展，最後則從共犯處罰根據理論之觀點，探討應以何種共犯從屬型態為可採。

第一項 四種從屬型態介紹

對於共犯所教唆或幫助之正犯行為應具備如何之條件，德國學者 *M. E. Mayer* 首先於 1915 年，配合正犯行為在犯罪階層體系上之評價型態，提出四種不同程度的共犯從屬型態²¹³：

- 一、最小從屬型態 (minimal akzessorische Form)：共犯所從屬的正犯行為僅須具備構成要件該當性即為已足。*M. E. Mayer* 認為最小從屬型態在立法上並不可行，因為如果把一個對於合法行為的參與也看作是可罰的，顯然並不合理，例如教唆他人行使正當懲戒權之情形等是。
- 二、限制從屬型態 (limitiert-akzessorische Form)：共犯從屬的正犯行為，除須該當構成要件之外，更必須具有違法性。*M. E. Mayer* 認為這是最好的從屬型態，惟未為當時之德意志帝國刑法典所採納。
- 三、極端（嚴格）從屬型態 (extrem-akzessorische Form)：共犯所從屬的正犯行為必須違法且有罪責地實現法定構成要件，亦即正犯行為須具備完全的犯罪要素 (Verbrechenscharakter)。此為當時之德意志帝國刑法典所採納，但在極端從屬性下，如果有責任能力人幫助無責任能力人犯罪，將不受處罰，因此形成重大的處罰漏洞。
- 四、誇張從屬型態 (hyperakzessorische Form)：共犯除了必須從屬於正犯完全的犯罪行為之外，共犯也從屬於正犯的個人身分，因此存在於正犯個人的刑罰加重或減輕事由，也對共犯發生加重或減輕刑罰之效果。這種從屬型態被當

²¹³ *M. E. Mayer, AT, 1915, S. 391.*

時德意志帝國刑法典第 50 條²¹⁴明確的拒絕。

第二項 共犯從屬型態之演變趨勢

第一款 德國立法例及學說觀點之演變

在 1943 年以前，根據德意志帝國刑法典第 48 條規定，教唆犯須教唆他人犯下「可罰行為」；第 49 條規定，幫助犯須幫助他人犯下「重罪或輕罪之犯行」。當時之判決實務及學界通說皆認為此以正犯違法且有罪責地實行構成要件行為為必要，即採取極端從屬型態²¹⁵。

然而，德國學說批評極端從屬型態將會造成處罰漏洞，例如教唆或幫助孩童或精神病患等無罪責能力人犯罪之情形，雖然仍係對於刑法上所非難之行為加以促進，但由於正犯係無罪責地實現構成要件，依照極端從屬性原則，教唆或幫助之人將無法以共犯處罰。為了填補此一漏洞，先是有間接正犯概念之提出，用以處罰挑唆無罪責能力人為犯罪行為之幕後者²¹⁶。然則，間接正犯概念在義務犯及己手犯之情形，對於不具身分資格之教唆人並無適用餘地²¹⁷。況且，對於性質上應屬共犯之教唆行為卻論以間接正犯，在概念上不免有所混淆。此外，對於幫助無罪責能力人為犯罪行為之人也始終無法以間接正犯之概念加以處罰²¹⁸。

有鑑於極端從屬型態所造成之處罰漏洞並非間接正犯概念所能填補，德國刑法遂於 1943 年起改採限制從屬型態，歷經 1975 年之刑法修正，於今日德國刑法

²¹⁴ 當時之德意志帝國刑法典第 50 條規定：「如果法律依照犯下該行為之人的個人身分或關係來加重或減輕行為的可罰性，則該特別行為情狀歸責予具有該身分或關係之正犯或共犯（共同正犯、教唆犯、幫助犯）。」本條規定相當於今日德國刑法第 28 條第 2 項以及我國刑法第 31 條第 2 項規定。

²¹⁵ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 32.

²¹⁶ 對於間接正犯概念之起源，可參閱：蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 43 以下。

²¹⁷ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 33.

²¹⁸ M. E. Mayer, AT, 1915, S. 391.

第 26 條、第 27 條分別規定教唆犯及幫助犯乃係教唆或幫助他人之「故意犯下的違法行為」，並同時於第 29 條規定：「各參與人 (Beteiligte) 不考慮他人之罪責，僅依自己之罪責而受處罰。」依此，對共犯之處罰僅以正犯行為具有不法性，亦即客觀及主觀構成要件該當且無阻卻違法事由即為已足，不以正犯行為具有罪責為必要²¹⁹。德國學說認為限制從屬性是適當的，其一方面以法治國的方式將共犯的處罰限制在正犯構成要件不法的存在上，另一方面則填補了極端從屬性所造成的處罰漏洞²²⁰。限制從屬性正展現了「不法從屬，罪責獨立」之原則²²¹。

至於最小從屬型態及誇張從屬型態，根據德國學者之觀察，其既不曾為德國實定法採行，亦未曾為學說所考慮²²²。

第二款 我國立法例、實務及學說觀點之演變

根據我國原刑法第 29 條教唆犯規定，立法意旨係採獨立處罰主義，在此前提下並無討論共犯從屬型態之餘地。至於原刑法第 30 條幫助犯規定雖採從屬性之立場，但立法理由亦未論及共犯從屬型態之問題。

我國實務持共犯從屬性立場者，則採極端從屬性之觀點，認為正犯行為須達於於可罰之程度，正犯以具有責任能力為必要²²³。至於對無責任能力人為教唆或幫助之人，則認為應論以間接正犯²²⁴。

²¹⁹ Hoyer, in: SK, 2001, vor § 26, Rn. 27, 34f.

²²⁰ Roxin, AT/ 2, 2003, § 26, Rn. 34.

²²¹ Puppe, ZStW 120 (2008), S. 507; dies., in: NK, §§ 28, 29, Rn. 10.

²²² Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 31.

²²³ 最高法院 20 年上字第 792 號判例：「查從犯成立之要件，必須正犯有著手實施犯罪之行為，且其行為達於可罰之程度，始能構成」；最高法院 70 年台上字第 4082 號判決：「所謂教唆犯者，係對於有責任能力之特定人，於其無犯意或犯意尚未確定之際，教唆其實行犯罪。」

²²⁴ 33 年院字第 2713 號解釋：「使令無刑事責任能力之人吞服鴉片治病，其目的既在治病，自不能認為有違法性，其持有鴉片部分，應成立何項罪名，參照本院院字第 2606 號解釋自明。至吞服鴉片之人即無責任能力，該使令吞服之人，自不發生教唆或幫助之問題，若明知他人素有煙癮，而使之吞服鴉片抵癮，如吞服者未達責任年齡，則使令之者即為吸食鴉片之間接

我國學說持共犯從屬性立場者，則從法條規定「教唆他人『犯罪』」、「幫助他人『犯罪』」之用語，認為原刑法規定應係採極端從屬性²²⁵。但鑑於在極端從屬性下，倘正犯僅因其實現構成要件的違法行為，欠缺罪責要素時，則教唆或幫助行為並無從附麗而成為共犯，因此不免成為無法加以制裁之行為，而與社會正義理念不合，因此輒認為宜改採限制從屬性²²⁶。

在原刑法時期，採納限制從屬性已為國內通說見解²²⁷，現行法順應此潮流，於修法理由中明白表示採取限制從屬性之立場²²⁸。至於法條規定之所以仍舊採取教唆或幫助他人實行「犯罪行為」之用語，而不規定為「違法行為」，根據參與修法之學者的說明，乃是基於法律明確性之要求，使條文內容得以符合一般人之形式理解，至於在限制從屬性下，正犯行為必須具備「構成要件該當性」及「違法性」等要件，則屬實務及學說解釋適用之範圍²²⁹。基此，對於現行法所稱之「犯罪行為」，即應理解為在犯罪體系上具備構成要件該當性及違法性之正犯行

正犯，否則應分別情形，以幫助或教唆犯論擬」；司法院（78）廳刑一字第 1692 號函釋：「某甲僅有一犯罪行為、侵害單一法益，係屬單純一罪，其教唆某乙竊盜，應負教唆刑責。其利用無責任能力之某丙竊盜，應負間接正犯刑責。」

²²⁵ 林山田，刑法通論，1998 年，頁 374；陳樸生，實用刑法，1991 年，頁 247；蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 435-436。

²²⁶ 林山田，刑法通論（下），六版，1998 年，頁 374；高金桂、呂秉翰，論間接正犯之「支配利用關係」，收錄於：刑事法學新趨勢—Lothar Ohliphps 教授七秩祝壽論文集，2004 年 4 月，頁 312；蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 436。

²²⁷ 參見：林鈺雄，新刑法總則，2009 年，頁 452。

²²⁸ 現行法第 29 條修法理由：「教唆犯如採共犯獨立性說之立場，……更不符合現代刑法思潮之共犯從屬性思想，故改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬性說中之『限制從屬形式』。依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，而此正犯行為則須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性（即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性），始足當之，至於有責性之判斷，則依個別正犯或共犯判斷之」；第 30 條修法理由：「依學界通說既認幫助犯應採共犯從屬性說之『限制從屬形式』，使教唆犯及幫助犯之從屬理論一致，爰修正第 1 項之文字，……並明示幫助犯之成立，亦以被幫助者著手犯罪之實行，且具備違法性為必要。至於被幫助者是否具有『有責性（罪責）』，皆不影響幫助犯之成立。因此，如被幫助之人未滿十四歲或有第 19 條第 1 項之情形而不罰，依幫助犯之限制從屬形式，仍得依其所幫助之罪處罰之」。

²²⁹ 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 32。

為²³⁰。

第三項 從共犯處罰根據理論之檢討

對於共犯從屬型態之選擇，立法例及學說在極端從屬型態及限制從屬型態之間徘徊，最後基於極端從屬型態將造成處罰漏洞之理由，而以限制從屬型態為目前主流趨勢。由此論述脈絡可知，所謂處罰漏洞係指法律規定有應處罰而未處罰之情形，究竟何種共犯從屬型態將造成處罰漏洞，其前提則必須先界定應處罰之範圍，而對於共犯行為應處罰之範圍如何，毋寧應求之於共犯處罰根據理論，因此對於共犯從屬型態之選擇，毋寧即應以共犯處罰根據理論作為判斷標準。

第一款 罪責共犯理論與不法共犯理論之觀點

首先就罪責共犯理論與不法共犯理論而言，本說認為共犯處罰基礎在於使正犯陷於罪責非難或社會解離，因此分別要求正犯行為必須受到犯罪階層體系上「有責」或「違法」之評價，其中不法共犯理論更為因應德國刑法 1943 年之修正而提出。然則，本文並不認為此二說得分別對應於極端從屬性及限制從屬性之共犯從屬型態。蓋根據罪責共犯理論與不法共犯理論，共犯行為本身即為犯罪行為，共犯不法具有獨立性，並不依賴於正犯行為而存在，「正犯」乃共犯行為所造成之犯罪結果，在本說下，所應討論者乃共犯究應造成如何之犯罪結果，但卻沒有討論共犯「從屬型態」之餘地。

第二款 純粹惹起理論之觀點

其次就純粹惹起理論而言，我國學者許澤天教授支持本說，並從使共犯可罰界線明確之觀點，認為共犯應從屬於該當構成要件之正犯行為，換言之，採納最

²³⁰ 惟學說上仍有批評條文用語並未能彰顯出正犯行為應具有構成要件該當性及違法性之限制從屬性特質，反而近似於極端從屬性之規定，參見：林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 116、136；同作者，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 167；許玉秀，刑法導讀，新學林分科六法—刑法，2006 年，頁 91。

小從屬型態，使共犯不致於淪為不受構成要件拘束之單純肇因者。其認為最小從屬型態已足以使拘束正犯範圍的分則構成要件，同時拘束住共犯之可罰性範圍，全然符合構成要件刑法的要求，並能合理的評價共犯行為本身的不法與罪責²³¹。然則，本文認為此說並不可採，蓋所謂刑法分則構成要件之拘束功能應係指廣義構成要件而言，包括了刑法分則所規定的所有可罰性前提要件，例如犯罪階層體系意義下的（狹義）構成要件、違法性、有責性以及客觀處罰條件或其他個人一身專屬的刑罰加重減輕事由等皆屬之²³²，因此倘從構成要件拘束功能之立場出發，未必必須侷限於最小從屬性，反而是各種從屬型態皆無不可。再者，如謂共犯必須從屬於正犯構成要件該當行為，將有違反純粹惹起理論基本論旨之疑慮。蓋在純粹惹起理論下，共犯不法具有獨立性，共犯一經行為即有不法，正犯行為對共犯而言不過是用以達成犯罪結果的中間利用過程，僅屬於事實上之性質，不具有規範上的意義，共犯行為之法益侵害性乃係根據自己行為之主客觀情狀判斷而定。因此倘依該說所言，為拘束共犯可罰範圍，而使共犯行為從屬於正犯構成要件，如此一來豈非意味著共犯的法益侵害判斷必須從屬於正犯的構成要件該當判斷？此似有違純粹惹起理論而不可採。實則，在純粹惹起理論下，如欲限制共犯行為的可罰範圍，或許可將正犯構成要件之發生作為共犯行為的客觀可罰條件，以使正犯之構成要件該當判斷與共犯行為本身的法益侵害判斷相分離，但在此理解下，對於正犯構成要件之要求在犯罪體系上即不能被稱為是共犯從屬性的要求。綜上所述，在純粹惹起理論下，既然不能承認共犯從屬性具有規範上的意義，自然亦無討論共犯從屬型態之餘地。

第三款 從屬性導向惹起理論及從屬的法益侵害理論之觀點

²³¹ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年，頁94-95。

²³² 林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁127。

在共犯處罰根據理論中，應進一步討論共犯從屬型態者，唯有持共犯不法從屬性的從屬性導向惹起理論與從屬法益侵害理論。由於本文認為此二說具有脈絡關係，從屬法益侵害理論乃係作為對從屬性導向惹起理論進一步闡述與修正的實質理論，因此以下著重於從屬法益侵害理論之觀點加以檢討。

根據從屬法益侵害理論，共犯不法並不具有獨立性，共犯不法乃是由於促成正犯犯罪行為，使正犯造成更大的侵害而來。而在傳統三階層犯罪階層體系下，一個犯罪行為尚可被分析為構成要件該當、違法以及具有罪責三個層次的評價意義。因此應以如何之共犯從屬型態為可採，即應視各該階層之評價意義而定。

當行為人之行為該當構成要件時，即意味著其行為侵害了刑法所保護的法益²³³。因此一個構成要件該當行為原則上即具有違法性，然而當在具體個案中存在著正當化事由時，構成要件行為因為符合整體法規範秩序而得以阻卻違法²³⁴。換言之，一個阻卻違法行為雖然仍具有法益侵害性，但在整體法價值之衡量下，該行為乃是受法律所允許的合法行為。當行為具有構成要件該當性及違法性時，行為始為不法，亦即具有違反法秩序的規範意義²³⁵，白話來講，就是「作了壞事」。罪責則被置於與不法相對的位置，罪責階層乃是在判斷行為人就其不法行為，是否具有個人之可非難性²³⁶，白話來講，就是「是否要求個人對於這件壞事負起責任」。一個阻卻罪責之行為意味著，行為人僅係出於法律之寬恕始不可罰，但其行為仍然屬於不法而為法律所不允許。最後，只有當行為該當構成要件且違法，並具有罪責時，才是刑法上可處罰的犯罪行為。

在對犯罪階層之評價意義作此理解下，首先就共犯應否從於正犯行為之罪責要素而言，鑑於正犯之罪責與其行為之外在侵害性無涉，加以共犯不法之基礎在

²³³ 對於構成要件之意義及功能，參見：林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁128；Roxin, AT/ 1, 1997, § 7, Rn. 6, § 10, Rn. 20.

²³⁴ 林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁220-221；Roxin, AT/ 1, 1997, § 7, Rn. 7.

²³⁵ 林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁288。

²³⁶ 林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁288；Roxin, AT/ 1, 1997, § 7, Rn. 8.

於藉由其教唆或幫助行為以促成正犯行為對於他人的侵害，因此對共犯不法的構成而言，顯然不以所加工之正犯行為具有罪責為必要。

其次，對於屬不法範疇以外的正犯個人加重減輕或免除刑罰事由而言，基於同樣的理由，亦應排除於共犯不法的從屬之列。

至於構成要件該當性，這表徵著正犯行為的法益侵害性，無構成要件該當即無刑法上之侵害可言，因此共犯不法自然應以正犯行為具備構成要件該當性為必要。

至於共犯不法應否從屬於正犯行為之違法性，我國學者許澤天教授²³⁷持反對意見，其認為，一個行為是否合法，乃是決定於法秩序對於個別行為的主、客觀情狀判斷，正犯之阻卻違法事由並不必然是共犯之阻卻違法事由，尤其是在共犯並未認知正犯之阻卻違法情狀下而為教唆或幫助之情形為然，共犯的違法性判斷並不依存於刑法對他人行為之判斷，因此共犯不應從屬於正犯行為之違法性。然則，本文對此見解並不認同，蓋「共犯不法應否從屬於正犯行為之違法性」與「正犯與共犯行為之阻卻違法事由應分別判斷」是兩回事，本文固然贊同兩者之阻卻違法事由應分別判斷，但共犯從屬型態毋寧是在確定共犯不法基礎的問題，而只有在確定共犯不法基礎後，才有判斷共犯行為是否阻卻違法之問題。使共犯從屬於正犯行為違法性，並不意味著同時使共犯的阻卻違法判斷從屬於正犯。對於共犯行為之不法基礎，本文認為假如使其單純從屬於正犯行為的構成要件該當性，除將造成不合理之結果，更有違刑法規範目的，並不可採。蓋就前者而言，例如在教唆或幫助父母對子女行使正當懲戒行為之情形，父母之傷害行為因民法懲戒權之規定（民法第 1085 條）而阻卻違法，但教唆或幫助之人卻必須成立共犯，顯不合理²³⁸。就後者而言，共犯之處罰基礎在於促進正犯行為使其造成社

²³⁷ 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 92-93。

²³⁸ 林鈺雄，新刑法總則，2009 年，頁 452；*M. E. Mayer, AT, 1915, S. 391.*

會上更大的侵害，但假如一個「侵害」並不是社會所禁止或反對的侵害，反而是為社會所允許或甚至是鼓勵的，則對於如此「侵害」(實則為社會所追求的利益)之促進行為並無禁止之必要。蓋此時之共犯行為並非助人為惡，反而是「助人為善」。對是否屬於「侵害」的不同理解的原因乃在於，單純由構成要件所界定的「侵害」是單面向的，亦即對法益的侵害，但刑法上真正要禁止的則是從整體法規範秩序為多面向判斷而來的「侵害」，亦即通過違法性階層之檢驗而獲得的具有刑法上「不法」意義的侵害。基此，從刑法規範目的以觀，對於共犯之處罰根據毋寧應更詳細的描述為：勿促進正犯行為以造成對他人更大的「不法侵害」。因此對於共犯從屬型態之選擇，本文認為應以限制從屬型態為可採。

第四款 小結

對於 *M. E. Mayer* 所提出之四種共犯從屬型態，最小從屬型態及誇張從屬型態甚少受到支持，在立法例及學說上受到重視者乃極端從屬型態及限制從屬型態，並且基於極端從屬型態將造成處罰漏洞，目前德國及我國立法趨勢及主流學說皆以限制從屬型態為可採。本文從共犯處罰根據理論中從屬的法益侵害理論之觀點，配合對犯罪階層評價意義之理解，認為共犯不法基礎在於促成正犯對他人的不法侵害，因此就共犯從屬型態而言，應以限制從屬型態為可採。

第四節 未遂教唆之體系定位

在共犯從屬性下，教唆犯之成立以正犯著手實行犯罪為前提，正犯如未著手，即無成立教唆犯之餘地。我國現行法基於共犯從屬性之理由，刪除原刑法第 29 條第 3 項規定，使單純之教唆行為不在處罰之列²³⁹。然則，德國刑法第 30 條第 1 項對此情形仍設有處罰規定，則我國法刪除第 29 條第 3 項規定是否適當，

²³⁹ 第 29 條修法理由：「依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，……爰刪除現行條文第 3 項失敗教唆及無效教唆之處罰，……亦即被教唆者未產生犯罪決意，或雖生決意卻未實行者，教唆者皆不成立教唆犯。」

仍有討論必要。

第一項 未遂教唆之概念界定

第一款 用語辨異

第一目 我國學說用語介紹

針對教唆人已完成教唆行為，但被教唆人卻未著手實行犯罪之情形，我國學界用語迄未統一。

承襲德國法之學說將此情形稱之為「未遂教唆 (Die versuchte Anstiftung)」，藉以區別在被教唆人已著手但尚未既遂，教唆人成立本罪未遂之教唆犯，即「教唆未遂」之情形²⁴⁰。

承襲日本法之學說對此則認為係「教唆未遂」型態之一，其所稱教唆未遂包含三種情形：一、「失敗教唆」，指教唆人雖已實施教唆行為，卻未能惹起被教唆人之犯罪決意，可謂教唆行為本身失敗而終了之情形；二、「無效教唆」，指被教唆人雖生犯罪決意，甚至已為預備行為，卻未著手實行之情形；三、「狹義之教唆未遂」，指被教唆人雖生犯罪決意且已著手實行，卻未達到既遂之情形²⁴¹。在教唆行為已完成但被教唆人尚未著手犯罪之情形，應屬於上述教唆未遂中之「失敗教唆」或「無效教唆」。

第二目 用語檢討

²⁴⁰ 林山田，刑法通論（下），2008年，125；林鈺雄，新刑法總則，2009年，頁465；柯耀程，刑法總論釋義（上），2005年，頁414；黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第66期，2008年4月，頁84。

²⁴¹ 王和雄，從共犯從屬性說與獨立性說論教唆之未遂與未遂之教唆，法學叢刊，第17卷第2期，1972年4月，頁94；甘添貴，刑法案例解評，1999年，頁180以下；余振華，教唆未遂之廢止與間接正犯之界定，收錄於：刑法總則修正重點之理論與實務，2005年9月，頁290；周治平，刑法總論，1972年，頁414；陳子平，刑法總論，2008年，頁556；褚劍鴻，刑法總則論，1989年，頁275。

按法律術語之功能，除用以指稱一定之法律事實，更有對該事實作法律評價之意義，故對於一法律事實應以如何之法律術語指稱之，應視其在評價體系上之地位而定。根據我國原刑法立法意旨，對教唆犯採獨立性之立場，教唆人完成教唆行為後即成立刑法上之教唆犯而為可罰，對教唆犯評價之區別重點在於被教唆人犯罪之既遂與否，而不在被教唆人著手與否：倘被教唆人犯罪既遂，教唆人論以所教唆罪之教唆既遂犯（原刑法第 29 條第 2 項）；倘被教唆人犯罪未遂（含未著手實行犯罪），教唆人論以所教唆罪之教唆未遂犯（原刑法第 29 條第 3 項）²⁴²，因此在原刑法評價體系下，對於教唆行為已完成但本罪尚未著手之情形，稱之為教唆未遂並無不妥，亦切合該行為在法律上之評價。然而在現行法修正後，對教唆犯改採共犯從屬性之立場，對教唆犯之處罰應取決於正犯所犯本罪而定：倘被教唆人犯罪既遂，教唆人論以本罪既遂之教唆犯（簡稱為教唆既遂）；倘被教唆人犯罪未遂，教唆人論以本罪未遂之教唆犯（簡稱為教唆未遂）；倘被教唆人未著手實行犯罪，則教唆人不成立教唆犯。依照現行法之評價體系，教唆行為已完成但被教唆人尚未著手之情形，既不成立教唆犯，評價上自不應與教唆未遂犯同列，因此對此情形，本文認為應如同德國學說之討論²⁴³，另以未遂教唆稱之為妥。

此外應附帶說明者，承襲日本法之學說有將「Anstiftung zum Versuch」²⁴⁴翻譯為「未遂教唆」，用以指稱「教唆人自始意圖使被教唆人之犯罪終了於未遂之階段而為教唆」之情形²⁴⁵。然則，所謂 Anstiftung zum Versuch 在德國學說上係指教唆行為完成後，被教唆人犯罪未遂之情形，即教唆未遂之意²⁴⁶，與教唆人

²⁴² 對此可參見本文第四章第二節第一項第二款第一目之說明。

²⁴³ Roxin, AT/ 2, 2003, § 28, Rn. 9ff.

²⁴⁴ Anstiftung zum Versuch 照字面翻譯即為「對未遂之教唆」。

²⁴⁵ 余振華，教唆未遂之廢止與間接正犯之界定，收錄於：刑法總則修正重點之理論與實務，2005 年 9 月，頁 291；陳子平，刑法總論，2008 年，頁 563；同作者，論未遂教唆之可罰性，東吳大學法律學報，第 8 卷第 1 期，1993 年 3 月，頁 216。

²⁴⁶ 相對的，教唆既遂則是 Anstiftung zur vollendeten Tat，意指對於既遂行為的教唆。

意圖陷害被教唆人而挑唆犯罪並使其止於未遂階段之情形完全無關。因此上開學說把教唆人意圖使被教唆人止於未遂階段的情形稱為「未遂教唆」，應有未恰。對此情形，基於教唆人目的僅在於陷害被教唆人，內心並無實行犯罪之真意，因此應稱之為「陷害教唆」或「虛偽教唆」為當。

第二款 未遂教唆之類型介紹

所謂未遂教唆所指涉之行為情狀，根據學說上之整理分類，可歸納為下列幾種情形²⁴⁷：

- 一、失敗教唆 (Die mißlungend Anstiftung)：教唆他人犯罪後，被教唆人不為所動或嚴詞拒絕等情形。
- 二、無效教唆 (Die erfolglose Anstiftung)：教唆他人犯罪後，被教唆人雖產生犯罪決意，但可能因放棄犯罪計畫或著手前即已失敗，而未達於著手階段之情形。
- 三、不能教唆 (Die untaugliche Anstiftung)：被教唆人在受教唆之前已有從事該犯罪之行為決意，或者教唆人所教唆之行為是無法實現之情形。
- 四、無作用之教唆 (Die unwirksame Anstiftung)：教唆他人犯罪後，被教唆人雖產生犯罪決意，但卻又打消念頭。其後，被教唆人又產生一個與先前教唆無關的新犯罪決意。由於教唆與正犯犯罪行為欠缺因果關係，教唆人僅成立未遂教唆。
- 五、不完全之教唆 (Die unvollkommene Anstiftung)：被教唆人未理解教唆人真實之犯罪意思，在欠缺故意之情形下實現被教唆之行為。由於被教唆人欠缺故意，不成立犯罪，教唆人無從成立教唆犯；且教唆人不知被教唆人誤解其

²⁴⁷ 許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，法學講座，第14期，2003年2月，頁59-60；黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第66期，2008年4月，頁82-83；Roxin, AT/ 2, 2003, § 28, Rn. 9; ders., in: LK, 1993, 30/12.

意，欠缺利用他人錯誤之意思支配，亦不成立間接正犯。因此，教唆人僅就其教唆行為成立未遂教唆。

六、質的正犯逾越 (Der qualitative Täterexzeß)：教唆對某特定人為犯罪行為，被教唆人卻決定對第三人實行之情形。正犯的逾越行為不能歸責給教唆人，教唆人僅就其教唆行為負未遂教唆之責。

七、部分既遂的教唆 (Die teilweise vollendete Anstiftung)：教唆實施加重構成要件行為，然而被教唆人卻僅實施基本構成要件行為，由於被教唆人未著手於加重行為，教唆人就此部分之教唆僅成立未遂教唆。

第二項 德國學說對未遂教唆體系定位之理解

德國刑法第 30 條第 1 項²⁴⁸係對於未遂教唆之處罰規定。據此，未遂教唆之成立，以所教唆之罪為最輕本刑一年以上有期徒刑之重罪 (Verbrechen) 為限，對教唆人所教唆之罪設有範圍限制；對未遂教唆之處罰，依所教唆重罪之未遂規定處罰²⁴⁹，並應減輕其刑，有別於教唆犯之處罰；未遂教唆規定在法條安排上，獨立於德國刑法第 26 條教唆犯規定，另外制訂於德國刑法第 30 條第 1 項，並不屬於教唆犯規定之下位類型。

對於德國刑法第 30 條第 1 項規定，德國學說²⁵⁰認為未遂教唆並不是未遂犯的特別型態，也不屬於教唆犯規定，其在犯罪體系上應該獨立屬於預備犯之性質。蓋條文中儘管有提到「未遂」，但由於未遂犯必須要求實現構成要件之直接著手行為，未遂教唆行為顯然不具有此種性質。從構成要件實現的觀點而言，未

²⁴⁸ 德國刑法第 30 條第 1 項：「教唆他人實施重罪而未遂者，依該重罪之未遂論處，並依第 49 條第 1 項減輕處罰。得適用第 23 條第 3 項之規定。」

²⁴⁹ 根據德國刑法第 23 條規定：「重罪之未遂一律處罰，輕罪未遂之處罰以法律有特別規定者為限 (第 1 項)。未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之 (第 2 項)」，德國刑法對於重罪之未遂犯一律加以處罰，並得按既遂犯之刑減輕。

²⁵⁰ Roxin, AT/ 2, 2003, § 28, Rn. 2.

遂教唆行為並不是著手行為，而僅是一個預備行為。其次，依照共犯從屬性，教唆犯之成立以正犯行為之存在為前提，但未遂教唆對此要件顯然亦有欠缺，因此教唆人雖然促使他人實行犯罪，但仍不能被評價為「教唆犯」。

基此，對於未遂教唆行為之處罰基礎，毋寧應從預備理論之觀點檢視之。申言之，未遂教唆並非構成要件之實行行為，但藉由其煽動行為，對特定法益之侵害啟動了不再可控制的因果流程，而具有法益侵害的特殊危險性，與預備犯相當。因此立法者針對重要法益（重罪）之保護，將未遂教唆視為預備犯的特別危險型態而以刑法加以處罰²⁵¹，此觀點亦為德國判決實務所支持²⁵²。

在未遂教唆應屬於預備犯性質的理解下，德國刑法第 30 條第 1 項對未遂教唆之處罰規定，等於在刑法總則制訂了一般性的重罪預備犯處罰規定。然則，如此之立法在刑事政策上是否適當並非毫無爭議，德國學說即有認為，對未遂教唆行為之處罰是警察精神之表現，過度提前刑法之防衛界線，並違反明確性原則²⁵³。基此，未遂教唆雖然以預備犯之性質作為其在犯罪體系上之定位，然則對於如此性質之未遂教唆應否處罰、如何處罰，以及其刑度範圍為何，仍有待刑事政策之考量與抉擇。

第三項 未遂教唆於我國刑法規定之體系定位

第一款 原刑法時期

在我國原刑法時期，根據第 29 條立法意旨，教唆犯採獨立處罰規定，教唆行為完成後即成立教唆犯，基此，在我國並無另外討論未遂教唆之犯罪體系地位的餘地，蓋所謂「未遂教唆」應被歸屬於教唆犯之範疇。然則，鑑於主觀主義對

²⁵¹ Kühnl, AT, 2000, § 20, Rn. 244; Roxin, AT/ 2, 2003, § 28, Rn. 5;.

²⁵² BGHSt 9, 134; 14, 379; 類似的 BGHSt 10, 389, 轉引自：Roxin, AT/ 2, 2003, § 28, Rn. 2.

²⁵³ 學說介紹可參見：Roxin, AT/ 2, 2003, § 28, Rn. 6. 此外，Jakobs 甚至認為應完全廢除德國刑法第 30 條規定，參見：Jakobs, ZStW 97 (1985), S. 751ff.

教唆犯之理論構成有所不當，我國學說有認為應從共犯從屬性之觀點來詮釋教唆犯規定，因此將第 29 條第 1 項及第 2 項作為教唆犯處罰根據，同條第 3 項則作為未遂教唆之規定，並將第 3 項但書「但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者，為限」解釋為對未遂教唆處罰之限制規定，以表明立法者僅針對重要法益之保護，始設此預備犯處罰規定²⁵⁴。

對此解釋觀點，鑑於第 29 條第 1 項及第 2 項法條文義並無明顯獨立性或從屬性之色彩²⁵⁵，因此以從屬性之立場加以詮釋尚無不合。然則，如將第 29 條第 3 項解釋為未遂教唆之規定，本文認為將與未遂教唆之理論基礎有所扞格。首先，未遂教唆之體系地位與教唆犯截然不同，未遂教唆屬於預備犯性質，教唆犯則屬於共犯之性質，今將未遂教唆制訂於教唆犯規定中，於法條體系之安排顯有不當。其次，未遂教唆既屬預備犯性質，其處罰即應與預備犯相當，但第 29 條第 3 項卻規定教唆人應依未遂犯之刑處罰，則未遂教唆既受相當於未遂犯之處罰，又如何能謂其屬於預備犯之性質？此明顯與未遂教唆之預備犯理論不合。對此扞格，實非解釋論所能解決，有待立法修正。因此在我國原刑法時期，尚難以將第 29 條第 3 項解釋為係對於未遂教唆之處罰規定。

第二款 現行法時期

在現行法下，教唆犯規定改採共犯從屬性之立場，因此在正犯尚未著手於犯罪之情形，單純的教唆行為並不成立教唆犯，立法者因此刪除原刑法第 29 條第 3 項規定，將此等行為除罪化²⁵⁶。對此修正，國內學說多持反對意見，認為原

²⁵⁴ 林山田，刑法通論（下），1998 年，頁 428 以下；許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，法學講座，第 14 期，2003 年 2 月，頁 58；同作者，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998 年，頁 90-91。

²⁵⁵ 許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，1997 年，第四章緒論，頁 91。

²⁵⁶ 現行法第 29 條修法理由：「依限制從屬形式之立場，共犯之成立以正犯行為（主行為）之存在為前提，……爰刪除現行條文第三項失敗教唆或無效教唆之處罰，……亦即被教唆者未產生犯罪決意，或雖生決意卻未實行者，教唆者不成立教唆犯。」

刑法第 29 條第 3 項固然不屬於教唆犯，但應解釋為對未遂教唆之處罰規定，新法忽略了未遂教唆屬於對重大犯罪之預備行為的特定類型，本身有獨立的處罰基礎。自預備犯的觀點而言，未遂教唆之處罰與共犯從屬性無關，縱無正犯行為之存在，亦無礙未遂教唆犯之成立。因此新法在未衡量未遂教唆行為本身對法益危害性之情形下，斷然以共犯從屬性為由刪除未遂教唆規定，誠屬理由不備，將造成法益保護之漏洞²⁵⁷。至於少數支持本項修正之學者，或有認為未遂教唆行為本身既非構成要件行為，亦欠缺從屬關係，故不可罰²⁵⁸；或有認為陰謀、預備行為對法益之侵害僅具有抽象之危險性，對該行為之處罰僅應限於重大犯罪之情形，故未遂教唆不應處罰²⁵⁹；亦有認為未遂教唆係屬於教唆犯獨立處罰之規定，屬特別預防思想的極端表現，故不可罰者²⁶⁰。

本文認為，現行法將未遂教唆行為排除於教唆犯規定外，有釐清共犯體系之效，固值贊同。惟誠如未遂教唆之預備犯理論所闡述者，**未遂教唆行為之特殊危險性在於藉由煽動他人犯罪而開啟了不再可控制的法益侵害可能，其危險性甚至高於尚能控制自己行為風險之普通預備犯。試想，尚能控制自己行為風險之普通預備犯尤為可罰，則令風險控制脫離掌握之未遂教唆何以不可罰？**因此德國刑法認為未遂教唆行為在刑事政策上仍有處罰必要。我國立法者就此未加衡量，逕予刪除未遂教唆行為之處罰規定，顯有未周。至於少數支持未遂教唆除罪化之學說意見，或者一方面肯認對預備犯之處罰，另一方面卻否定危險性高於普通預備犯之未遂教唆之處罰必要性，在價值判斷上有所矛盾；或者有仍舊從教唆犯之觀點

²⁵⁷ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 127；同作者，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 168-169；同作者，2005 年新刑法總評，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 89；高金桂，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌，第 130 期，2006 年 3 月，頁 210；許澤天，對 2005 年 1 月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 117；黃榮堅，基礎刑法學（下），2006 年，頁 890；黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第 66 期，2008 年 4 月，頁 84。

²⁵⁸ 柯耀程，刑法總論釋義（上），2005 年，頁 410。

²⁵⁹ 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第 19 卷第 3 期，2008 年 1 月，頁 25。

²⁶⁰ 林東茂，刑法總則修正評介，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 70。

來理解未遂教唆者，皆難謂有當。

第五節 預備犯之共犯

對於有處罰預備犯之犯罪，如果正犯行為僅止於預備階段而成立預備犯，則教唆或幫助之人得否成立預備犯之共犯？這在原刑法時期及現行法時期皆有爭議，但由於問題背景有別，因此兩者產生爭議的理由亦有所不同，以下析述之。

第一項 原刑法時期

第一款 問題提出

在原刑法時期，當正犯成立預備犯時，學說上的爭議迭在於，對於教唆之人究應論以前階段預備罪之教唆犯或後階段本罪之未遂教唆犯？爭議之產生，係由於持共犯從屬性及未遂教唆觀點者認為，當正犯已有預備行為時，根據從屬性原則，對教唆之人應論以預備犯之教唆犯，然則，當正犯未有任何犯罪行為時，根據原刑法第 29 條第 3 項未遂教唆規定，教唆之人反而應以未遂犯罰之，如此豈非輕重倒置，有失公平？

第二款 學說觀點

學說上因此有認為，為維護實質之公平正義，應將正犯之預備行為擬制為「未至犯罪」，對教唆人仍應以未遂教唆論處²⁶¹；或者認為，所謂教唆他人犯罪，係指已達於著手階段之正犯行為，而不包括其他可罰行為，在預備階段並無規範上之正共犯概念，因此縱然被教唆人已有預備行為，仍無共犯從屬性之適用，教唆人仍應以未遂教唆處罰²⁶²。

²⁶¹ 高金桂，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌，第 130 期，2006 年 3 月，頁 209。

²⁶² 許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，法學講座，第 14 期，2003 年 2 月，頁 64。

但相反的，亦有認為該教唆人應論以教唆預備犯者，蓋縱然是預備犯，只要行為人實現法定構成要件，就是一種形式上的既遂犯，既然是既遂犯，自然屬於第 29 條第 1 項的犯罪，有共犯從屬性的適用。況且在被教唆人達於預備階段時，正犯論以刑罰較輕的預備犯，背後之教唆人反而論以較重的未遂犯處罰，如此又豈得情理之平²⁶³？

第三款 本文意見

本文認為這個爭議問題其實是個「假問題」，學說上之所以產生爭議，在於其討論方式錯誤。實際上，不論根據原刑法意旨採教唆犯獨立性之觀點，或從學說立場採共犯從屬性之觀點，當正犯行為達於有處罰規定之預備階段時，教唆人皆應依第 29 條第 3 項以未遂犯罰之，並無疑義，以下分別說明。

第一目 採原刑法教唆犯獨立性之觀點

根據原刑法立法意旨，教唆犯採獨立處罰主義，教唆人完成教唆行為後即成立教唆犯，第 29 條第 3 項包括被教唆人未有犯罪行為或雖著手犯罪而未遂之情形，因此當被教唆人成立預備犯時，教唆人當然仍依第 29 條第 3 項規定以未遂犯罰之，並無疑義²⁶⁴，判決實務同此見解²⁶⁵。

²⁶³ 黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第 66 期，2008 年 4 月，頁 86、87。

²⁶⁴ 陳子平，刑法總論，2008 年，頁 568。

²⁶⁵ 最高法院 64 年度第 7 次刑庭庭推總會決議（二）：「

甲教唆乙持刀至丙家殺丙，乙行至半路，即被警查獲，致未達成殺丙之目的，已被判處預備殺人罪刑確定，對甲究應以教唆殺人未遂罪論？抑應以教唆預備殺人罪？有下列兩說：
討論意見：

甲說：主張應以教唆殺人未遂罪論者，謂：現行刑法對教唆犯係採獨立處罰主義，故刑法第二十九條既規定『教唆犯依其所教唆之罪處罰之』又規定『被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論，但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限』，本件被教唆人乙雖被判處預備殺人罪確定，但教唆犯甲係教唆乙殺人，並非僅教唆其預備殺人，乙之被判處預備殺人罪，於教唆犯甲無涉，其未達成殺人之目的，實與『未至犯罪』無殊，故應依刑法第二十九條第三項論甲以教唆殺人未遂論，否則被教唆人未至犯罪者，教

第二目 採共犯從屬性及未遂教唆之觀點

採共犯從屬性及未遂教唆觀點之學說之所以產生爭議，係因其陷於一個錯誤的前提問題：教唆人究應成立預備罪之教唆犯或本罪之未遂教唆犯？如此之提問，將造成非此即彼之回答，換言之，學說在論證應成立未遂教唆時，即必須論證不成立教唆預備，反之亦然。然則，根據共犯從屬性之標準，在正犯成立預備犯時，教唆人當然成立預備犯之教唆犯；根據未遂教唆之標準，教唆人完成教唆行為後，亦當然成立未遂教唆犯。換言之，根據各該判斷標準，教唆人既成立教唆預備犯，亦成立未遂教唆犯。因此，為了論證一方之成立，而否定他方之存在，皆是說理上的扭曲。

舉例來說，為了論證教唆人應成立未遂教唆，學說上有以「預備行為應擬制為未至犯罪」或「共犯從屬性應以正犯著手為限」等理由來否定成立教唆預備犯

唆犯尚應論以教唆殺人未遂罪，而已至預備殺人階段者，反論教唆犯以教唆預備殺人之輕罪，輕重倒置，殊不近情。

乙說：主張應以教唆預備殺人罪論者，謂：現行刑法對教唆犯係採相對獨立處罰主義，並非採絕對獨立處罰主義，蓋如採絕對獨立處罰主義，則被教唆人雖屬殺人未遂，甚至未至犯罪，教唆犯均應依其所教唆之罪即教唆殺人既遂罪論，惟其係採相對獨立處罰主義，故教唆犯應按被教唆人之犯罪態樣而處罰，故被教唆人犯罪既遂，教唆犯固應依教唆犯罪既遂論，被教唆人犯罪未遂，教唆犯亦依教唆犯罪未遂罪論，被教唆人僅至預備犯罪，如有處罰預備犯之規定，教唆犯亦依教唆預備犯罪論，倘法律無處罰未遂犯預備犯之規定，則被教唆人固不成立犯罪，即教唆犯亦應論知無罪，且如認本件甲無教唆乙預備殺人之意思，則亦難認定其有教唆殺人未遂之意思，法律既明定『被教唆人雖未至犯罪』，教唆犯始得以未遂犯論，本件被教唆人乙既已至犯罪，情形不同，在罪刑法定主義之原則下，裁判上殊無權比附援引，依刑法第二十九條第三項論擬，仍應論為教唆預備殺人罪。

決議：現行刑法對教唆犯係採獨立處罰主義，故刑法第二十九條既規定『教唆犯依其所教唆之罪處罰之』又規定『被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論，但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限』，本件被教唆人乙雖被判處預備殺人罪確定，但教唆犯甲係教唆乙殺人，並非僅教唆其預備殺人，乙之被判處預備殺人罪，於教唆犯甲無涉，其未達成殺人之目的，實與『未至犯罪』無殊，故應依刑法第二十九條第三項論甲以教唆殺人未遂（同甲說）。

（按：本則決議於民國 95 年 8 月 22 日經最高法院 95 年度第 16 次刑事庭會議決議，法律已修正，本則決議自 95 年 7 月 1 日起，不再供參考）。

者。然則，將預備行為「擬制」為未犯罪並無理論基礎，完全是不附理由的論證。再者，共犯從屬性的適用亦非以正犯之著手行為為限，蓋依共犯從屬性的理論基礎，共犯不法在於促成正犯的不法侵害行為，換言之，只要正犯行為具有不法，共犯即得從屬而為可罰。在刑法對預備犯有處罰明文的情形下，正犯的預備行為當然也屬於不法行為，故教唆人當然可從屬於正犯不法的預備行為而成立教唆預備犯。反過來說，當刑法對未遂犯無處罰明文時，縱然正犯為著手行為，共犯也無從從屬而成立未遂犯之教唆犯²⁶⁶。上揭否定成立預備犯之教唆犯的理由皆有不備，應難採行。

相對的，為了論證教唆人應成立預備犯之教唆犯，學說上有以「預備犯也是既遂犯」的理由來否定成立未遂教唆者。但此說倘為可採，則未遂犯豈非也是既遂犯？預備犯、未遂犯以及既遂犯豈非即無從區分？如果認為犯罪階段之區分仍有必要，則將預備犯看作（形式）既遂犯的說法不過種文字遊戲，並無實質意義，亦無足採。

事實上，教唆人應成立預備犯之教唆犯或本罪之未遂教唆犯，並非是彼此衝突之選項。正如同正犯著手於殺人行為而達於既遂之情形，並非正犯成立殺人既遂後，就否定其殺人未遂之存在，兩者毋寧是依各該標準皆行成立後，再依競合理論加以處理。同樣的，「未遂教唆乃教唆未遂犯（正犯未遂）與教唆既遂犯（正犯既遂）的過程階段，倘若有教唆未遂或教唆既遂的適用，則基於補充關係的理由，不必再適用未遂教唆」²⁶⁷。由此可知，問題不在於教唆人應成立預備犯之教唆犯或本罪之未遂教唆犯兩者之中的何者，真正的問題在於教唆人成立各該犯

²⁶⁶ Stratenwerth/ Kuhlen, AT/ 1, 2004, § 12, Rn. 128: 「共犯所促成的正犯行為必須達到一個特定的實現階段：正是刑法上重要之不法所展開的階段。因此當正犯行為既遂時，共犯的可能性完全不成問題。相反的。如果正犯行為僅達到未遂或甚至預備的階段，則共犯的可罰性顯而易見地以此為前提，即未遂或一例外地—預備被置於刑罰之下時」，據此，當正犯行為達於刑法上重要的不法階段時，亦即刑法設有處罰規定時，共犯即得從屬而為成立。因此即使正犯行為僅達於預備階段，只要刑法設有預備犯之處罰規定，教唆之人仍得成立預備犯之教唆犯。

²⁶⁷ 林山田，刑法通論（下），十版，頁126。

罪後，應如何競合處理。對此，鑑於未遂教唆行為本身即屬於對本罪法益侵害之預備犯，而預備犯之教唆犯不過是本罪預備犯的共犯，因此本文認為基於法條競合之補充關係，應適用本罪之未遂教唆加以處罰。

另外，學說上有質疑正犯論以刑罰較輕的預備犯，而背後之教唆人反而論以較重的未遂犯，如此是否有輕重失衡之嫌？對此應辨明者，當正犯論以預備犯時，背後之「教唆犯」仍係論以預備犯之教唆犯，並無輕重失衡。至於被以本罪未遂犯之刑加以處罰者，乃係「未遂教唆犯」，由於未遂教唆犯在性質上並不屬於預備犯背後之共犯，因此並無處罰必須要輕於預備犯的道理。事實上，鑑於未遂教唆犯之處罰根據在於，其對於法益之侵害啟動了不再可控制的因果流程，危險性甚至高於尚能控制自己行為風險之普通預備犯，因此對未遂教唆犯之處罰重於普通預備犯，實屬合理，並無輕重失衡之疑慮²⁶⁸。

第二項 現行法時期

第一款 問題提出

在現行法下，對於共犯規定採共犯從屬性之立場，修法理由²⁶⁹謂共犯之成立以正犯「著手實行」犯罪行為為必要，因此當正犯僅止於預備階段時，教唆人並無法成立預備罪之教唆犯。由於立法者將共犯從屬性之適用限制在以正犯之著手實行為前提，加以現行法就未遂教唆並無處罰規定，因此當正犯僅成立預備犯時，教唆之人既不會成立本罪之未遂教唆，也不會成立預備犯之教唆犯，相較於原刑法時期，學說咸認為此將造成處罰漏洞²⁷⁰。

²⁶⁸ 類似看法：許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，法學講座，第14期，2003年2月，頁64。

²⁶⁹ 現行法第29條修法理由：「依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為為主行為之存在為必要，而此正犯行為則必須正犯者著手於犯罪之實行行為，……始足當之，……被教唆者……雖生決意卻未實行者，……不成立教唆犯」。

²⁷⁰ 林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第135期，2006年8月，頁

第二款 學說及實務見解

為了填補處罰漏洞，學說上有認為，如將正犯之實行行為解釋為包含陰謀、預備行為在內，則教唆人仍可成立預備犯之教唆犯²⁷¹，判決實務同此見解²⁷²。

167；許玉秀，刑法導讀，新學林分科六法—刑法，2006年，頁92；黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第66期，2008年4月，頁87。

²⁷¹ 甘添貴，預備罪之教唆犯或幫助犯，月旦法學教室，第48期，2006年10月，頁18；陳子平，刑法總論，2008年，頁570，惟在結論上，甘添貴教授及陳子平教授對於所謂正犯之實行行為仍採嚴格解釋，認為不包含陰謀及預備行為在內，故在現行法下並無成立預備犯之教唆犯的餘地。

²⁷² 民國95年5月4日臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案第29號：
法律問題：甲教唆乙殺害丙以報前仇，乙允其所請，前往商店購買兇刀1把及頭套1個準備殺人，隨即為警查獲，試問甲是否成立預備殺人罪之教唆犯？

討論意見：

甲說：甲不成立預備殺人罪之教唆犯。

理由：

(一)修正刑法第29條第1項規定：「教唆他人『使之實行』犯罪行為者，為教唆犯。」依修正理由之說明：「修正後之教唆犯改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬性說中之『限制從屬形式』，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，而此正犯行為則必須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性（即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性），始足當之。」如被教唆者雖生決意卻未實行者，教唆者並不成立教唆犯。本題甲教唆乙殺害丙以報前仇，乙允其所請，前往商店購買兇刀1把及頭套1個準備殺人，惟並未著手「殺人罪之實行行為」，故甲並不成立預備殺人罪之教唆犯。

(二)刑法第271條第3項雖設有預備殺人罪之規定，但甲是教唆乙犯殺人罪，並非教唆乙犯預備殺人罪，故甲仍不成立預備殺人罪之教唆犯。

(三)「實行行為」之概念須具備以基本構成要件為基礎之行為類型性，始有其實質性，因預備犯乃屬欠缺類型性之行為，若亦肯定其「實行行為性」，則實行行為之概念，將明顯成為空洞無實質內容之概念；從而刑法第29條第1項「使之實行」之規定，應以著手實行之實行行為為限，並不包括預備罪。

(四)預備罪，可分為從屬的預備罪（例如，殺人罪或強盜罪之預備罪等）與獨立的預備罪（例如刑法第199條偽造通用貨幣預備罪等等），前者，係屬於無定型之行為，是以無法肯定該預備罪之教唆犯，至於後者，由於該預備行為已經被類型化（構成要件化）而有其定型性，因此得肯定該預備罪之教唆犯。如是旨所示，本題乙所犯是刑法第271條第3項、第1項之預備殺人罪，係從屬的預備罪，並無教唆犯之問題，故甲不成立預備殺人之教唆犯。

乙說：甲成立預備殺人罪之教唆犯。

理由：

但學說上亦有認為，新法既然不處罰相當於預備犯之未遂教唆，則似乎可以進一步考慮廢除所有的預備犯，如即可排除所有爭議，也更能落實罪刑法定原則之明確性原則²⁷³。如依此說，自無再成立預備犯之共犯的餘地。

第三款 本文意見

本文認為，立法者將「實施」改成「實行」之目的正是要排除陰謀及預備行為（參見第 28 條修法理由），況且第 29 條修法理由更已明白指出，共犯之成立以正犯行為之著手為必要，可見立法者係有意排除對預備犯之教唆犯的處罰，而既為立法者之有意選擇，即無所謂處罰漏洞可言。因此認為實行行為包含陰謀、預備行為在內之見解應不可採，蓋此非但對同一用語作不同解釋，造成體系紊亂，更有違反罪刑法定原則之疑慮。

在現行法下，不處罰教唆預備犯並非法律漏洞，不處罰未遂教唆才算是法律漏洞。因此就填補法律漏洞的立場而言，並不能說，鑑於現行法不處罰未遂教唆，而要考慮廢除預備犯規定，反而應該說，基於對預備犯仍有處罰規定，因此應考慮新增對未遂教唆的處罰。

（一）修正刑法第 29 條第 1 項規定：「教唆他人『使之實行』犯罪行為者，為教唆犯。」其中「使之實行」一詞，於解釋上應包括「陰謀」、「預備」在內，是以被教唆者雖僅止於陰謀或預備階段，但法律有處罰陰謀或預備之行為時，被教唆者成立陰謀罪或預備罪，教唆者亦應成立陰謀罪或預備罪之教唆犯，是以如題旨所示，甲教唆乙殺害丙以報前仇，乙允其所請，前往商店購買兇刀 1 把及頭套 1 個準備殺人，隨即為警查獲，乙成立刑法第 271 條第 3 項、第 1 項預備殺人罪，甲亦應成立預備殺人罪之教唆犯。

（二）甲說拘泥於文義，不知陰謀犯、預備犯亦屬於犯罪行為之一種，自有不當。

審查意見：採乙說。

研討結果：

（一）討論意見乙說理由（二）刪除。理由（一）第 3 行第 2 句起「於解釋上應包括……在內」修正為「如採修正構成要件之形式理論，於解釋上應可包括……在內」。

（二）經以甲說及修正後乙說表決結果：採修正後乙說。

²⁷³ 許玉秀，刑法導讀，新學林分科六法—刑法，2006 年，頁 92。同樣從現行法既然不處罰未遂教唆之觀點，認為應同時檢討預備犯之可罰性者，黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第 66 期，2008 年 4 月，頁 90。



第五章 共犯從屬性於身分犯罪之適用

第一節 問題提出—共犯從屬性的鬆動？

在限制從屬性下，共犯不法從屬於正犯不法，因此對於共犯之論罪科刑將從屬於正犯行為之不法範圍，其法理基礎已如前述。然而，根據刑法第 31 條規定，在正犯所犯之罪涉及身分要素（簡稱身分犯罪）之情形，卻似乎有不適用共犯從屬性的傾向？首先自第 31 條第 1 項而言，在身分要素作為構成刑罰要素之情形（簡稱構成身分），對於共犯之論罪，固然仍依正犯所犯之罪而定，然而對於共犯之科刑，卻於第 29 條及第 30 條外另設有「得減輕其刑」之規定。換言之，在共犯之科刑範圍上有因為構成身分而「緩和」共犯從屬性之傾向。其次自第 31 條第 2 項而言，在身分要素作為加重、減輕或免除刑罰要素之情形（簡稱加減或免刑身分），共犯僅依基本構成要件論罪科刑，並不從屬於因正犯身分而來的特別構成要件。換言之，對於加減或免刑身分，則完全排除共犯從屬性之適用。

現行刑法第 31 條係承襲原刑法第 31 條而來²⁷⁴，學說上認為原刑法第 31 條規定的問題在於，該條第 1 項採取共犯從屬性之立場，第 2 項卻採取共犯獨立性之立場，因此本條規定對於共犯性質似有立場矛盾之疑慮²⁷⁵。換言之，若貫徹共犯從屬性，則不應有第 2 項「科以通常之刑」之規定；若貫徹共犯獨立性，鑑於無身分之人無法滿足構成要件中對身分要素之要求，則第 1 項之情形應不可罰。然則，現行法對於共犯規定既然明文採取從屬性原則，則以共犯獨立性來詮釋第 31 條第 2 項之作法已不可採²⁷⁶。基此，現行法為何仍維持原刑法規定架構，

²⁷⁴ 現行法主要係增設第 1 項「但得減輕其刑」之但書規定。

²⁷⁵ 余振華，共犯與身分之比較法考察，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 52；花滿堂，論不能犯、違法性錯誤、共犯與身分之修正，收錄於：新修正刑法論文集，2006 年 7 月，頁 156-157；陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 5；黃榮堅，共犯與身分，收錄於：刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000 年 6 月，頁 203。

²⁷⁶ 其實在原刑法時期，分別以共犯從屬性及共犯獨立性來詮釋原刑法第 31 條第 1 項及第 2 項

對於第 31 條與共犯從屬性之關係又應作如何理解，顯然仍有進一步討論之必要。

如以德國法為比較觀察對象，德國刑法第 28 條對於身分犯罪之共犯設有與我國刑法第 31 條類似之規定，因此也產生與我國相同的問題。根據德國刑法第 28 條規定：「共犯（教唆犯或幫助犯）如欠缺構成行為人可罰性之特別個人要素，依第 49 條第 1 項減輕其刑（第 1 項）。法律如規定特別個人要素有加重、減輕或排除刑罰之情形，該規定僅適用於具有該特別個人要素之參與人（正犯或共犯）（第 2 項）。」據此，在第 1 項構成刑罰的特別個人要素之情形，無身分之共犯應減輕其刑；在第 2 項加減或免刑的特別個人要素之情形，無身分之共犯僅適用基本構成要件論罪科刑。對此情形，德國學說稱之為從屬性的鬆動（Akzessorietätslockerung）²⁷⁷或突破（Durchbrechung）²⁷⁸。對於第 1 項之情形，也稱為構成刑罰之特別個人要素的「半從屬處理（semiakzessorisch Behandlung）」²⁷⁹。在德國刑法上，特別個人要素為何排除共犯從屬性歸責原則的適用，同樣充滿爭議²⁸⁰。從共犯處罰根據理論的觀點而言，德國刑法第 28 條被認為有著無解的內部矛盾²⁸¹。

根據從屬的法益侵害理論之觀點，共犯由於加工於正犯不法行為而為可罰，因此共犯不法從屬於正犯不法，至於共犯在個人特別資格上的欠缺，德國學說僅令其在量刑上發生作用²⁸²。在此理解下，德國刑法第 28 條第 1 項規定尚為可採。然而，在第 2 項之特別個人要素屬於不法要素之情形，卻產生違反限制從屬性的現象。蓋德國通說認為，共犯在此情形僅以基本構成要件，而非正犯所實現的特

規定之作法亦不可採，惟此並非本文討論重點，況且在現行法下既然已不再有所謂共犯獨立性，則如此觀點適當與否的問題即不再有討論實益。

²⁷⁷ 國內學說有譯為「從屬性之鬆解化」，參見：蘇俊雄，刑法總論 II，1997 年，頁 438 頁。

²⁷⁸ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 4; Schönke/ Schröder/ Cramer/ Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 2000, § 28, Rn. 1, 3; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 1.

²⁷⁹ Puppe, ZStW 120 (2008), S. 504; dies., in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 8

²⁸⁰ Puppe, ZStW 120 (2008), S. 504; Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 1, 4.

²⁸¹ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 18; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 2.

²⁸² Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 18; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 2.

別構成要件加以論罪科刑。由此似顯示出，共犯不法並非由正犯行為的特別身分性質所導出，而僅係由正犯的單純行為性質所構成²⁸³，換言之，對於正犯之不法身分要素並不從屬。由此以觀，從屬的法益侵害理論僅能解釋德國刑法第 28 條第 1 項規定，卻無法滿足同條第 2 項規定²⁸⁴。

另一方面，如果根據純粹惹起理論的觀點，共犯的責任基礎不在於其所惹起正犯行為的不法，而僅在於共犯自己行為及所造成的結果，因此共犯不法獨立於正犯不法。基此，例如在一般人教唆公務員為職權傷害行為之情形，正犯固然成立德國刑法第 340 條職權傷害罪²⁸⁵，然而對無身分之共犯來說，其行為僅實現普通傷害罪的不法，因此僅能論以德國刑法第 223 條普通傷害罪²⁸⁶之教唆犯。就此而言，對於無身分之共犯，德國刑法第 28 條第 2 項規定應以自身所滿足之基本構成要件加以論罪科刑，可謂符合純粹惹起理論之觀點。然而，純粹惹起理論卻無法解釋同條第 1 項之規定，因為例如在德國刑法第 336 條²⁸⁷枉法裁判罪之情形，對於無身分之共犯來說，其個人並無法實現構成要件的不法，因此應該獲得共犯不可罰的結論，但德國刑法第 28 條第 1 項規定卻使共犯從屬於正犯不法而為可罰。由此以觀，純粹惹起理論雖能說明德國刑法第 28 條第 2 項規定，卻無法解釋同條第 1 項規定²⁸⁸。

據上所述，對於身分犯罪之共犯，共犯從屬性之適用似乎遭到限制。從法律效果來看，我國刑法第 31 條第 1 項規定「得」減輕其刑，可認為包含了對於構

²⁸³ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 18; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 2.

²⁸⁴ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 18; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 2.

²⁸⁵ 德國刑法第 340 條：「公務員在執行公務或與其公務有關之事務時，自己或令他人實施傷害行為者，處三個月以上五年以下自由刑。情節較輕者，處三年以下自由刑或罰金（第 1 項）。」

²⁸⁶ 德國刑法第 223 條：「不法傷害他人身體或損害其健康者，處三年以下自由刑或罰金（第 1 項）。」

²⁸⁷ 德國刑法第 336 條：「法官、公務員或仲裁人在領導或裁判案件時，為有利於一方當事人或不利於一方當事人而枉法者，處一年以上五年以下自由刑。」

²⁸⁸ 持純粹惹起理論觀點的 Schmidhäuser 即認為德國刑法第 28 條第 1 項規定是不合理的，參見：Schmidhäuser, AT, 1975, § 14, Rn. 84f.

成身分為「從屬」及「半從屬」處理的規定²⁸⁹，第2項規定「科以通常之刑」，可認為係對於加減或免刑身分為「不從屬」處理的規定。在同屬身分要素之情形下，為何區分構成身分以及加減或免刑身分而適用不同之法律效果？此等要素是否突破共犯從屬性之適用？其理論基礎何在，則為本章討論重點。以下首先從學說上對身分要素的討論出發，以理解身分要素在犯罪理論上應有的面貌，並著重身分要素在犯罪階層體系上之定位，藉此分析其與共犯從屬性之關係，並據此基礎進一步探究身分要素於第31條應如何適用，以釐清共犯從屬性在身分犯罪是否遭到限制適用的疑義。

第二節 身分要素之意義及其與共犯從屬性之關係

第一項 我國對身分要素之理解

對於第31條所稱「身分及其他特定關係」，我國傳統學說認為²⁹⁰，刑法上所謂身分，係指關於一定犯罪行為中，行為主體所必須具備之資格、性質、特殊地位或關係等。這種地位或狀態之形成，有基於自然關係者，如男女性別、本國人與外國人之別、親屬關係等是；有源於法律或契約者，如公務員、證人之身分，律師、醫師業務上之關係，雇用人與受僱人、委任人與受任人之關係等；此外尚有附隨於行為人之特定事實、特殊狀態或地位之情形，刑法亦往往以之作為犯罪之構成要件要素，如承攬工程人、監工人、懷胎婦女、將受強制執行之債務人、從事業務之人、有配偶之人，以及依法令或契約負有扶助養育或保護之關係，為他人處理事務之關係、持有他人之物之關係、對於公務、業務或因公益所持有之

²⁸⁹ 德國刑法第28條第1項規定無身分之共犯「應」減輕其刑，自法律效果而言，係屬於所謂「半從屬處理」之規定，與我國刑法第31條第1項規定略有不同。

²⁹⁰ 洪福增，刑法之基本問題，1964年，頁239-240；周治平，刑法總論，1972年，頁438；楊大器，刑法總則釋論，1994年，頁222-223；褚劍鴻，刑法總則論，1989年，頁301；蔡墩銘，刑法精義，2000年，頁355。

物之關係等是。甚至其他有關刑之重輕或免除，例如一身的阻卻刑罰事由等，亦係特定關係之一種。此等特定關係，較身分關係更為擴張，用以補充身分涵義之不足，故刑法特於「身分」之外，附加「其他特定關係」補充之，舉凡公務上、法令上、業務上以及契約上所發生之特定關係，均屬之。對於身分要素的涵義，我國判決實務大致上採取相同見解²⁹¹。

但我國學說有認為²⁹²，第 31 條僅在處理「身分犯」之共犯問題，因此第 31 條意義下的身分要素應僅限於犯罪論體系內之要素，而不包括刑罰論範疇之要素。蓋身分犯所要求者，乃構成犯罪類型之行為主體資格，這類身分要素專屬於犯罪論之範疇。至於刑罰論範疇之身分，諸如累犯、自首、自白或親屬間竊盜之親屬身分等，這類要素雖然係在描繪行為人之個人情狀，但因與犯罪行為性質無涉，故不屬於第 31 條所稱之身分要素，應依照共犯從屬性之一般原則處理。對此看法，本文認為，由於身分犯係學說中尚在發展之概念，對其概念內涵未必有一致的理解，且實定法規定亦未必專門針對學理上之特定概念而設，因此對於第 31 條所指涉之身分要素，本文毋寧仍作較廣義之理解，認為包含所有涉及行為人性質、資格或情狀之要素，並不侷限於學理上之身分犯概念。

第二項 德國對特別個人要素之理解

在介紹德國刑法第 28 條意義下之特別個人要素之前，首先應說明德國學說

²⁹¹ 台灣高等法院台南分院 86 年度上易字第 1839 號判決：「按無身分或其他特定關係之人，與有身分或特定關係之人，共同實施因身分或其他特定關係成立之罪，應構成該罪之共同正犯，固為刑法第 31 條第 1 項所明定。惟該項規定僅限於因『身分』或『其他特定關係』成立之罪，其無特定關係之人與之共犯，別無處罰法條時，始有其適用。所謂『身分』，本屬特定關係之一例，指專屬於行為人主體所具之特定資格，如公務員、仲裁人、軍人、有投票權人、男女性別、親屬關係、承攬工程人或監工等是；『其他特定關係』，則指除身分外之一切具有人的關係之特殊地位或狀態，如持有關係、懷胎婦女、接受強制執行之債務人或為他人處理事務者等是。」

²⁹² 甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 267-268、279；陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 39。

對於特別個人要素相關概念的理解。

德國學說認為，凡是指涉行為人之個人身分、資格、特徵或情狀等等之要素，即為「個人要素 (persönliche Merkmale)」，與此相對的則是「本質要素 (sachliche Merkmale)」²⁹³，用以指稱根本於行為人無關，而僅僅在表明行為過程 (Tathergang) 之要素，例如德國刑法第 211 條謀殺罪²⁹⁴中「危害公共安全之手段」等是，本質要素自然與德國刑法第 28 條之適用無關²⁹⁵。

在個人要素中，又區分為「特別 (besondere)」個人要素以及其他一般個人要素，其中僅有特別個人要素始適用於德國刑法第 28 條規定，一般個人要素仍依共犯從屬性處理²⁹⁶。舉例來說，在客觀要素中，例如德國刑法第 183 條曝陰罪²⁹⁷，「男性」身分雖然屬於個人要素，但教唆男性為曝陰行為的女人，依照德國通說並不受德國刑法第 28 條第 1 項減輕其刑之優待，「男性」此一身分因此不屬於德國刑法第 28 條的特別個人要素。相反的，在德國刑法第 218 條墮胎罪²⁹⁸，當一般人教唆孕婦墮胎時，孕婦該當於第 218 條第 3 項孕婦墮胎罪之正犯，但教唆人仍依照第 218 條第 1 項普通墮胎罪之教唆犯處罰，「孕婦」身分因此屬於德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素。在主觀要素中也有類似的情形，例如德國刑法第 242 條竊盜罪，「侵占意圖 (Zueignungsabsicht)」雖然被看作個人要素，但當欠缺侵占意圖之人教唆他人為竊盜行為時，教唆人依竊盜罪之教唆犯論處，

²⁹³ 德文 sachlich 有「實質性的、客觀的」之意，國內文獻有將 sachlich Merkmal 譯為「本質要素」，參見：許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 470，本文從之。

²⁹⁴ 德國刑法第 211 條：「謀殺者，處終身自由刑 (第 1 項)。謀殺者係指出於殺人嗜好、為性慾之滿足、出於貪欲或其他卑劣動機，殘忍 (heimtückisch) 或殘暴 (grausam) 或藉由危害公共安全之手段或意圖助成或掩飾其他犯罪行為而殺人之人 (第 2 項)。」

²⁹⁵ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 25.

²⁹⁶ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 24.

²⁹⁷ 德國刑法第 183 條：「男子以暴露生殖器侵擾他人者，處一年以下自由刑或罰金 (第 1 項)。」

²⁹⁸ 德國刑法第 218 條：「墮胎者，處三年以下自由刑或罰金 (第 1 項)。孕婦犯此罪者，處一年以下自由刑或罰金 (第三項前段)。」

不受德國刑法第 28 條第 1 項減輕其刑之優待。相反的，德國刑法第 211 條謀殺罪中「卑劣的動機」則普遍被認為是特別個人要素，因此欠缺該要素之教唆人僅依照德國刑法第 212 普通殺人罪之教唆犯處罰²⁹⁹。

究竟如何之個人要素方屬於德國刑法第 28 條意義下之特別個人要素，德國刑法第 14 條對此有進一步的說明。根據該條規定，所謂特別個人要素乃係指特別的個人「特質 (Eigenschaft)」、「關係 (Verhältnis)」或「情狀 (Umstand)」。

所謂特質係指，與行為人的本質相結合，與個人不可分離之特徵，例如性別等是。所謂關係係指，個人與他人或物之間的關係 (Beziehung)，例如公務員身分以及其他構成正犯性的義務地位 (täterschaftsbegründende Pflichtenposition) 等是。所謂情狀則泛指個人特質及關係以外之個人情狀，包括有時間上持續性的常業性 (Gewerbsmäßigkeit) 以及習慣性 (Gewohnheitsmäßigkeit) 要素，也包括短暫出現的內心態度，例如德國刑法第 211 條謀殺罪之「殺人嗜好」、「性慾之滿足」、「貪慾」或「卑劣的動機」等要素³⁰⁰。其中「情狀」此一特徵直至 1968 年始明文納入德國刑法典³⁰¹。

然則，德國學說認為，對於特別個人要素的認定，條文的定義仍然是不清楚的，迄今仍具有強烈爭議，「就達成共識仍然非常遙遠」³⁰²。以下即介紹德國實務及學說之看法。

第一款 「行為關連」與「行為人關連」的區分

這個分類標準係由德國判決實務發展而成³⁰³，並為德國學說所採納³⁰⁴，為

²⁹⁹ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 27.

³⁰⁰ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 23. 我國文獻對此的介紹可參閱：高金桂，不純正身分犯之「身分」在刑法體系上之定位問題，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 143。

³⁰¹ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 23.

³⁰² Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 27.

³⁰³ BGHSt 6, 260; 22, 375; 23, 39; 39, 328. 對於德國判決實務的分析整理，可參見：Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 28ff.

目前主流理論。德國聯邦法院將個人要素區分為「行為關連 (tatbezogen) 要素」與「行為人關連 (täterbezogen) 要素」，其中僅有行為人關連要素適用德國刑法第 28 條，至於行為關連要素仍根據共犯從屬性一般原則處理。基此，常業性³⁰⁵、習慣性³⁰⁶、累犯性 (Rückfall)³⁰⁷、公務員身分³⁰⁸以及背信罪中的受託身分³⁰⁹等要素從帝國法院時期即被評價為特別個人要素，自然屬於行為人關連要素。至於在血親性交罪，由於本罪之處罰基礎在於「一個應該被防止性關係的領域中的客觀侵害。這不是標記著行為人，而是標記著行為」³¹⁰，故血親身分應屬於行為關連要素。至於謀殺罪中，「為掩飾其他犯罪之意圖」³¹¹被解釋為行為人關連要素；「殘忍 (heimtückisch)」³¹²及「殘暴 (grausam)」³¹³要素則屬於行為關連要素；「卑劣動機」早期被認為是行為關連要素，「因為它讓行為顯得特別嚴重，此外它有時也闡明了行為人的性格」³¹⁴，但後來則被歸類為行為人關連要素，因為「行為人的動機存在於他個人之中而不在其他地方」³¹⁵。殘忍及卑劣動機的區別在於，「前者是以行為實行方式的特別可非難性為根據，後者則是以行為人的內心態度為根據」³¹⁶。

³⁰⁴ Hoyer, in: SK, 2001, § 28, Rn. 18ff.; Jescheck/ Weigend, AT, 1996, § 61 VII 4 a; Kühl, AT, 2000, § 20, Rn. 154; Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, § 28, Rn. 3f., 6; Maurach/ Gössel/ Zipf, AT, 1989, § 53, Rn. 148; Schönke/ Schröder/ Cramer/ Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 2000, § 28, Rn. 10, 15ff.

³⁰⁵ RGSt 23, 378; 25, 266; 26, 3; 36, 154; 61, 268; 71, 72, 73.

³⁰⁶ RGSt 23, 378; 25, 266.

³⁰⁷ RGSt 23, 378; 54, 274, 275.

³⁰⁸ RGSt 55, 181, 182; 63, 31, 35; 101, 104; 68, 90, 91; 75, 289.

³⁰⁹ RGSt 72, 326, 328.

³¹⁰ BGHSt 38, 326.

³¹¹ BGHSt 23, 39.

³¹² BGHSt 23, 103, 105.

³¹³ BGHSt 24, 106, 108.

³¹⁴ BGHSt 17, 217.

³¹⁵ BGHSt 22, 275, 378.

³¹⁶ BGHSt 25, 287, 289.

對於行為關連及行為人關連要素的區分，德國學說³¹⁷特別強調不應理解為主觀要素屬於行為人關連要素，客觀要素屬於行為關連要素，因為主觀要素如同故意、竊盜罪的侵占意圖以及詐欺罪的得利益圖等，即屬於行為關連要素；相對的，客觀要素如同孕婦、公務員身分及生母殺嬰罪³¹⁸的未婚母親身分等，即屬於行為人關連要素。

本說雖然是德國主流理論，但也受到強烈的批評。*Roxin*認為，所謂行為關連性或行為人關連性在大多數情形下根本無法分開，以致於一個要素應認為是行為關連的或行為人關連的，僅能透過感覺來評價，而無法接受理性的審查³¹⁹。例如在枉法裁判罪之情形，如果排除掉公務員身分，則根本不存在刑法上重要的行為，就此而言，公務員身分應屬於行為關連要素，但另一方面公務員身分當然也標明了行為主體的資格，就此而言則是屬於行為人關連要素。背信罪的「財產照顧義務」也是同樣的情形，蓋受託身分不但建構了行為的事實內容，同時也描繪了行為人的特性。所謂行為關連或行為人關連毋寧是一體的兩面，難以區分³²⁰。再者，德國判決實務認為卑劣動機「僅存在於行為人個人之中」，因此認為應屬於行為人關連要素，然則，曝陰罪的男性身分以及竊盜罪的侵占意圖同樣僅僅存在於行為人個人，但卻屬於行為關連要素。由此以觀，本說顯然無法對於如何之個人要素方屬於特別個人要素做出合理解釋³²¹。*Schünemann*並批評，這種區分標準在實際的判決上僅僅是充作空洞的公式，呈現出一種冗言堆砌（Pleonasmus）³²²。*Puppe*則批評道，作為構成要件要素，其必定是行為關連的，因為在行為刑法下，一個不去描述行為特性，而是僅描述行為人特性的構成要件

³¹⁷ *Hoyer*, in: SK, 2001, § 28, Rn. 23; *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 41; *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 33; *ders.*, in: LK, 1993, § 28, Rn. 24; *Schünemann*, in: LK, 2005, § 28, Rn. 33.

³¹⁸ 舊德國刑法第 217 條：「母親於生產時或甫生產後，殺死其非婚生子女者，處三年以上自由刑。情節較輕者，處六月以上五年以下自由刑（按：本條於 1998 年刪除）。」

³¹⁹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 32f.; *ders.*, in: LK, 1993, § 28, Rn. 28.

³²⁰ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 32f.; *ders.*, in: LK, 1993, § 28, Rn. 28.

³²¹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 32f.; *ders.*, in: LK, 1993, § 28, Rn. 28.

³²² *Schünemann*, in: LK, 2005, § 28, Rn. 33; *ders.*, GA 1986, 338.

要素是不合法的，因此行為關連與行為人關連二者擇一的區分顯然是不適當的³²³。

第二款 「法益關連性」與「高度個人性」的區分

德國學說上另一種廣泛流傳的意見則認為，在個人要素中，應以法益關連性（Rechtsgutsbezogenheit）來作為行為關連要素的標準。相對的，行為人關連要素則與法益侵害無關，而僅在描述「高度個人義務的違反」、「社會道德之卑劣性程度」或「行為的特別道德非價」等，這種要素才屬於特別個人要素³²⁴。例如在德國刑法第 267 條偽造文書罪³²⁵中，「在法律交往中為欺騙」之意圖要素由於涉及法益侵害（往來證明的純潔性）而屬於行為關連要素，偽造文書罪的教唆犯因此不適用德國刑法第 28 條。相反的，德國刑法第 211 條謀殺罪中「卑劣動機」則與生命法益的侵害無關而屬於行為人關連要素，因此欠缺該動機之教唆犯即可依德國刑法第 28 條獲得刑罰之減輕³²⁶。

但這種區分標準立刻遭到質疑，因為在特別個人要素中最不具爭議的例子，即公務員身分之情形，其顯然是與法益侵害相關的，但卻不能被認為是行為關連要素。從公務員身分而來的不法內涵在於對公務執行及公務威信純潔性之公共利益的危險或侵害，如果缺少公務員身分，則根本不存在著瀆職罪的法益侵害。公務地位的濫用因此不僅是行為人的身分，而且也當然涉及到法益³²⁷。由此以觀，以法益關連性作為區分標準的嘗試顯然同樣未能成功。

³²³ Puppe, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 29; dies., in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 16.

³²⁴ Hoyer, in: SK, 2001, § 28, Rn. 21, 27; Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, § 28, Rn. 4; Schönke/ Schröder/ Cramer/ Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 2000, § 28, Rn. 16, 20.

³²⁵ 德國刑法第 267 條：「意圖在法律事務交往中進行欺騙而偽造、變造文書或使用偽造、變造之文書者，處五年以下自由刑或罰金（第 1 項）。」

³²⁶ 參閱：Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 34; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 34.

³²⁷ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 35f.; Schünemann, in: LK, 2005, § 28, Rn. 35.

第三款 「功能性本質要素」及「純粹類型化要素」作為一般個人要素

本說為 *Herzberg* 所提出。*Herzberg* 原本的構想是將個人要素區分為「價值關連 (wertbezogen)」與「價值中立 (wertneutral)」要素。前者涉及不法與罪責的內涵，立法者藉由這種要素表現出行為的可罰性，這種要素才是德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素。相對的，後者不涉及不法或罪責內涵，僅僅在排除非典型的法益侵害，而不在表達對於構成要件限制的非價區別 (Unwertdifferenz)³²⁸，例如在德國刑法第 288 條妨礙強制執行罪³²⁹中的債務人身分、第 142 條筆事逃逸罪之筆事者身分以及第 183 條曝陰罪之男性身分等是³³⁰，這類要素仍依共犯從屬性之一般原則處理。

然而，所謂「價值中立要素」之用語遭到一致的反對³³¹。因為一個要素如果不具有彰顯不法或罪責的功能，則根本不必出現在構成要件之中³³²。反過來說，出現在構成要件中的要素，則根本不可能是價值中立的，立法者如果使用特定要素去設定犯罪類型，即同時表達了只有該類型之行為才具有可罰性，非屬該類型之行為即不具可罰性，因此這種要素也應該是「價值關連」的³³³。

有鑑於此，*Herzberg* 後來表示，所謂價值關連及價值中立之用語顯然是一個「術語上的失策」³³⁴。*Herzberg* 如今認為，在個人要素下，「功能性本質要素 (funktionell sachliche Merkmale)」及「純粹類型化要素 (rein typisierend

³²⁸ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 68ff., 84.

³²⁹ 德國刑法第 288 條：「在自己將受強制執行之際，故意妨礙債權人債權之實現，出讓或消除其部分財產者，處二年以下自由刑或罰金（第 1 項）。」

³³⁰ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 82ff.

³³¹ 參見：*Roxin*, in: LK, 1993, § 28, Rn. 45; *Schünemann*, in: LK, 2005, § 28, Rn. 39.

³³² 許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 466。

³³³ *Roxin*, in: LK, 1994, § 28, Rn. 45; *Schünemann*, in: LK, 2005, § 28, Rn. 39.

³³⁴ *Herzberg*, GA 1991, 173.

Merkmal)」僅屬一般個人要素，應排除德國刑法第 28 條之適用。

所謂功能性本質要素係指，其本來是屬於本質要素之性質，但單純基於「語言上的理由」，而被以個人要素的形式表達³³⁵。例如曝陰罪之男性身分即屬於此類要素，根據 *Herzberg* 的理解，該罪指的其實是：「某人藉由男性的曝陰行為來騷擾他人」，基此，則女性該當於本罪的間接正犯也是可能的³³⁶。同樣的，肇事逃逸罪的肇事者身分應作為「肇事者距離事故地點的客觀距離」來理解；重婚罪的已婚身分同樣是一個本質性的，目的在禁止重婚的要素，這類要素皆不屬於特別個人要素³³⁷。

至於純粹類型化要素則係指，其透過個人要素的使用來勾勒構成要件輪廓，藉此作為「特定犯罪形象的直觀描摹」，由於其目的並不在表達正犯與共犯之間特別的非價區別，因此也不屬於德國刑法第 28 條之範疇³³⁸。*Herzberg* 認為德國刑法第 288 條妨礙強制執行罪的債務人身分、第 323 條 a³³⁹ 自醉行為的個人迷醉狀態、第 316 條酒醉駕車罪之駕駛人身分、第 173 條血親性交罪之血親身分以及第 263 條詐欺罪的得利意圖皆屬於純粹類型化要素³⁴⁰。

第四款 「特別義務要素」及「純粹罪責及純粹可罰性要素」 作為特別個人要素

Roxin 與 *Puppe* 原則上贊同 *Herzberg* 以所謂「功能性本質要素」及「純粹類型化要素」來詮釋一般個人要素性質之觀點。至於特別個人要素之性質，*Roxin*

³³⁵ *Herzberg*, GA 1991, 169ff.

³³⁶ *Herzberg*, GA 1991, 170f.

³³⁷ *Herzberg*, GA 1991, 170f.

³³⁸ *Herzberg*, GA 1991, 173ff.

³³⁹ 德國刑法第 323 條 a：「故意或過失藉由飲酒或其他麻醉手段使自己陷於迷醉而在此狀態下實施違法行為且由於迷醉而陷於無責任能力致不可罰者，處五年以下自由刑或罰金（第 1 項）。」

³⁴⁰ *Herzberg*, GA 1991, 177ff.

與 *Puppe* 則以「特別（加重）義務要素」及「純粹罪責及純粹可（免）罰性要素」的觀點加以說明。不過其中針對「特別義務要素」與共犯從屬性之間的適用關係，*Roxin* 與 *Puppe* 的看法則有所不同，以下分別說明。

第一目 *Roxin* 的看法

Roxin 認為，德國刑法第 28 條規定的理由在於，由於行為人的個人特別情狀，造成正犯與共犯間的非價上落差超越了一般的正犯與共犯關係，因而突破共犯從屬性的一般原則。基此，*Roxin* 認為德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素應包含：一、不依賴於不法的罪責、責任及可罰性要素（*unrechtsunabhängigen Schuld-, Verantwortlichkeits- und Strafbarkeitsmerkmalen*）；二、加重的義務地位要素（*qualifizierten Pflichtenstellungen*）³⁴¹。

一、「純粹罪責及純粹可罰性要素」及其與限制從屬性之關係

就不依賴於不法的罪責要素及可罰性要素而言，*Roxin* 以下列要素為例，如謀殺罪中「殺人嗜好」、「為性慾之滿足」、「貪欲」、「卑劣動機」或「為助成或掩蓋其他犯罪行為之意圖」等要素，屬於特別提高罪責之要素；墮胎罪中「孕婦」身分則屬於減輕罪責之要素；德國刑法第 90 條 a³⁴² 之「惡意（*Böswilligkeit*）」、第 315 條 c 第 1 項第 2 款³⁴³ 之「輕率（*Rücksichtslosigkeit*）」等要素，屬於較為少見的構成刑罰罪責要素；此外，常業犯、慣犯及中止犯等要素，屬於其他超然於不法的可罰性或免罰性要素。*Roxin* 認為這類要素是沒有爭議的，蓋根據限制從屬性原則，共犯並不從屬於正犯行為之罪責要

³⁴¹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 51.

³⁴² 德國刑法第 90 條 a：「在集會中散發文書（第 11 條第 3 項），公然實施下列行為者，處三年以下自由刑或罰金：(1)侮辱或惡意蔑視德意志聯邦共和國或其邦或憲法秩序者，或(2)毀棄德意志聯邦共和國或其邦之象徵、國旗、國徽或國歌者（第 1 項）。」

³⁴³ 德國刑法第 315 條 c 第 1 項第 2 款：「有下列行為之一，因而危及他人身體、生命或貴重物品者，處五年以下自由刑或罰金：(2)具有下列嚴重違反交通規章及輕率情形：(a)未注意優先行駛權；(b)錯誤超車或在超車時錯誤駕駛；……（下略）。」

素或個人免刑事由，就此而言，德國刑法第 28 條規定共犯的不從屬處理並無疑義³⁴⁴。

二、「特別義務要素」及其與限制從屬性之關係

其次就個人的加重義務地位要素而言，*Roxin* 認為正可藉此說明，在不法要素之情形，德國刑法第 28 條之所以突破限制從屬性適用的理由。*Roxin* 舉純正瀆職罪為例，在一般人教唆法官為枉法裁判之情形，教唆人藉由加工於法官的枉法行為而侵害司法公正性法益，依照限制從屬性即應論以枉法裁判罪之教唆犯，然而與一般犯之情形不同者在於，枉法裁判罪中的法官身分使得正犯處於一個承擔特別責任的社會角色，並提高其行為非價（*Handlungsunwert*），然而教唆犯在這個特別行為非價上並不起作用。基此，法官職務地位的濫用建構了特別的不法，枉法裁判罪的犯罪角色及刑罰尺度皆為此而設，因此無特別義務地位的教唆犯在量刑上即必須減輕，進而產生限制從屬性鬆動的現象³⁴⁵。

Roxin 認為加重義務要素也同樣適用於不純正瀆職罪，例如在一般人教唆公務員為職權傷害行為（德國刑法第 340 條）的情形，職權傷害罪的刑度設計乃是考慮到，公務員因為違反作為國家代理人之特別義務所生的特別不法，但這在量刑上並不能被歸責於無身分的教唆犯，因此對於教唆犯刑度的決定，根據德國刑法第 28 條僅應適用德國刑法第 223 條普通傷害罪的刑度³⁴⁶。

³⁴⁴ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 52ff.

³⁴⁵ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 55.

³⁴⁶ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 56. *Roxin* 並引用 *Vogler* 的說明：「對於義務違反的特別應罰性，更深入的理由在於行為人所處的社會關係。這個（獨立於刑法的）社會角色創造出一個信賴構成要件（*Vertrauenstatbestand*），其讓違法顯得特別應受譴責……。僅有公務員而非一般人所享有的個人信賴（*persönlichen Vertrauen*），其所造成質的區別正當化了在瀆職罪中從屬性的鬆動或突破」，以此來強化其理論基礎，參見：*Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 57.

在瀆職罪以外，Roxin 認為其他的加重義務地位也都屬於德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素，例如德國刑法第 203 條洩密罪中所規定的職業上保密義務，保密義務與特別被強調的職業信賴發生聯繫，該信賴的濫用則構成了特別的行為非價，而這種特別的行為非價正是一般人所欠缺的。德國刑法第 266 條背信罪之財產照顧義務以及第 246 條侵占罪之受託身分也都屬於特別個人要素。在這兩種情形，行為人受有一般人所欠缺的特別信賴，而當行為人違背該信賴將導致一個超越純粹損害的特別不法。在無身分之人的情形，由於不受有特別信賴，因此應依德國刑法第 28 條第 1 項或第 2 項規定減輕其刑³⁴⁷。

三、「純粹類型化要素」作為一般個人要素

但 Roxin 也認為，並不是所有的義務地位都屬於加重的義務地位，有些個人要素的作用僅止於把構成要件範圍侷限在立法者眼中的典型行為人，而不在表達被加強責任的社會角色。例如 Herzberg 所舉功能性本質要素中的「男性」（德國刑法第 183 條曝陰罪）及「肇事者」（德國刑法第 142 條肇事逃逸罪）身分，Roxin 認為，由於這類要素所描述對象以外之人的行為支配是如此罕見以及非典型，以致於立法者基於刑法的不完整性（fragmentarisch Natur）而放棄對無身分者的處罰³⁴⁸。Roxin 認為在純粹類型化要素中也可以發現相同的特質，因此其將 Herzberg 所提出的這兩種要素群簡單概括為「純粹類型化要素」一種類群³⁴⁹。Roxin 認為，這種個人要素並不寓含有特別的不法，因此僅屬於一般個人要素，對於無身分之共犯則依照共犯從屬性之一般原則處理。例如在德國刑法第 288 條規定禁止債務人妨礙強制執行之情形，Roxin 認為對此僅能以一般義務犯（schlichtes Pflichtdelikt）視之，蓋

³⁴⁷ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 58.

³⁴⁸ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 50.

³⁴⁹ Roxin, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 50.

債務人之身分地位並不是個被加強社會責任的角色，因此不是特別信賴的承擔者。債務人僅有義務不去藉由隱匿財產來損害債權人，就如同他也有義務不去為一般的傷害、毀損及詐欺行為。立法者將行為主體限制於特定身分，理由僅在於犯罪的類型化，藉此對行為事件作清楚描述。從這類義務犯的形成理由以觀，無身分之共犯並無基於身分資格之不法落差而減輕其刑的理由³⁵⁰。在德國刑法第 142 條肇事逃逸罪的情形亦同，肇事者並沒有特別的職業身分或信賴身分，而僅負有「不要藉由未經許可離開肇事地點來損害他人」的一般義務，因此肇事者之身分也不屬於德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素³⁵¹。這些行為人標記所描繪的都不是先於刑法的特別義務，而是刑法上的各人誡命（Jedermann-Gebot），行為主體資格之所以仍受限制，乃是出於刑事現象學的考量，亦即為了清楚勾勒犯罪輪廓之目的³⁵²。

根據 *Roxin* 的觀察³⁵³，德國聯邦法院雖然仍堅持行為關連與行為人關連要素之區分標準，但已經有從義務的性質作為其實質內涵的傾向：「在透過義務所標記之要素的領域中，對於界線之確定，近來決定性的是，該要素所規定的是何種類的義務。如果規定的是一個先於刑法的特別義務，則毋寧是行為人的個人性被標記，因此該要素是行為人關連的。相反如果涉及到 *Roxin* 所指意義下的『刑

³⁵⁰ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 59.

³⁵¹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 60.

³⁵² *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 61. *Roxin* 將義務犯區分為一般義務犯與特別（加重）義務犯，兩者之義務來源及內涵皆有不同，前者來自刑法上對於各人之普遍義務誡命，義務者並不承擔特別之社會信賴及由此而來的特別責任，這種義務要素的性質與刑法其他一般要素並無不同，不具此種義務身分之人之所以無法成立正犯，乃是基於條文用語的理由；後者則來自刑法以外，基於社會關係所形成而為刑法所採納之個人特別義務誡命，此造成對義務者的特別信賴及因此而來的特別非價及特別責任，無此義務身分之人既然不受如此規範之要求，即因此無法成立正犯。基於這兩種義務犯的義務性質有別，其共犯也將受到不同評價，一般義務犯之共犯適用限制從屬性原則，依照一般共犯規定（德國刑法第 26 條、第 27 條）處理即可，特別義務犯之共犯則有突破限制從屬性之傾向，除一般共犯規定外，更必須適用德國刑法第 28 條，無身分之共犯將進一步獲得減輕其刑之優待。對於 *Roxin* 義務犯概念之介紹，中文文獻可參閱：陳志輝，身分犯之實質不法內涵，台灣本土法學，第 84 期，2006 年 7 月，頁 120 以下；同作者，義務犯，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，頁 34 以下。

³⁵³ *Roxin*, AT/ 2, 2005, § 27, Rn. 61.

法上各人誠命』，則毋寧是行為被標記，並且該要素是行為關連的」³⁵⁴。

第二目 *Puppe* 的看法

Puppe 同樣從「特別義務要素」及「純粹罪責及純粹可罰性要素」的觀點來詮釋特別個人要素的實質內涵。*Puppe* 認為對於純粹罪責及純粹可罰性要素為不從屬的處理並無疑義³⁵⁵，以下不再贅述。但對於特別義務要素與共犯從屬性之間的關係，*Puppe* 則持與 *Roxin* 不同的看法。

一、「特別義務要素」及其與限制從屬性之關係

Puppe 分析特別義務要素，認為其特徵在於，不涉及諸如勿侵害他人法益或違反刑法的各人義務（*Jedermanns-Pflicht*），而是涉及一個僅針對行為人的個人特別義務³⁵⁶。特別義務人必須獨立於特別犯構成要件（*Sonderdeliktstatbestand*）之外而處於一個對於他所侵害法益的先於刑法而構成的義務地位³⁵⁷。這個義務地位經由特別的信賴而為法律制度所標記，例如瀆職罪的公務員身分經由公法上的任命所構成，背信罪的忠實義務則是透過法律或契約來形成³⁵⁸。由於不能找到區分特別義務要素與其他個人要素的普遍超實證標準，*Puppe* 認為特別義務的根據必須在實證法中尋找³⁵⁹。但這不意味著，可罰性建立在諸如民法上法律義務的單純違反。先於刑法所構成的法律義務僅僅是一個出發點，在此基礎上，立法者再來決定在什麼情形下對於該義務的違反才具有應以刑法規制的可罰性³⁶⁰。對於特別義務要素，*Puppe* 認為其始終結合著一個由法律所賦予的特別權力地位

³⁵⁴ BGHSt 42, 1, 轉引自：*Roxin*, AT/ 2, 2005, § 27, Rn. 61.

³⁵⁵ *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 11f.

³⁵⁶ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 30.

³⁵⁷ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 33; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 61.

³⁵⁸ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 31; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 61.

³⁵⁹ *Puppe*, ZStW 120 (2008), S. 512; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 61.

³⁶⁰ *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 62.

(Machtstellung)，因此具有特殊的雙重地位：「一方面義務地位給予義務承擔者關於法益的權力，使其能夠以無身分之人所不能的方式去攻擊法益。但無身分之人藉由對於有身分之人行為的參與協助，得在有身分之人的權力地位濫用上起作用。另一方面，有身分之人經由其特別地位而負有義務去保護法益，此義務使得有身分之人有特別的理由去尊重法益，並且在其違反義務要求時，因此提高罪責。但無身分之人在罪責提高這部分則不起作用。對特別義務要素的半從屬處理因此獲得解釋」³⁶¹。換言之，特別義務要素包含屬於不法性質的「權力地位」以及屬於罪責性質而作為罪責提高事由的「高度個人特別義務 (höchstpersönlich Sonderpflicht)」，其中僅有基於權力地位所造成的不法可歸責於無身分之共犯，至於正犯本身的高度個人特別義務則與共犯無涉³⁶²。相較於 *Roxin* 認為義務地位所形成的特別行為不法不能歸責於無身分之共犯，因此形成共犯從屬性的鬆動，*Puppe* 則認為，不能歸責於無身分共犯者乃係特別義務要素中屬於罪責性質之部分，因此義務要素的半從屬性質正好是「不法從屬，罪責獨立」之限制從屬性原則的展現³⁶³。

二、「功能性本質要素」作為一般個人要素

Puppe 也認為，並不是所有出現在刑法構成要件中的身分地位都屬於特別個人要素，其以 *Herzberg* 所提出「功能性本質要素」的概念來說明一般個人要素的性質。*Puppe* 認為功能性本質要素與特別義務要素相同的是，僅有具身分之人才能以構成要件該當之方式侵害法益，其他行為參與人只能是教唆犯或幫助犯。至於與特別義務要素不同的地方則在於，功能性本質要素並沒有使該身分承擔者負有特別被提高的個人法律義務，因此不屬於德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素³⁶⁴。*Puppe* 以曝陰罪的男性身分為例，僅

³⁶¹ *Puppe*, ZStW 120 (2008), S. 512.

³⁶² *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 18f., 30; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 8ff., 54.

³⁶³ *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 10.

³⁶⁴ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 35; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 58.

有男性能夠作為直接行為人以滿足曝陰罪構成要件，理由並不在於男人具有特別的法律地位或權力，而是僅有男人才能透過曝陰行為來引起客觀上的侵害效果，女性的曝陰行為則無此效果。基此，由於將行為主體限定為男性的理由並不在於男性違反了被託付的特別義務，而純粹是字面上的表達方式所使然，因此 *Puppe* 也認為，在女人促使男精神病患為曝陰行為的情形，否認女性得成立曝陰罪間接正犯的看法其實並沒有實質上的理由³⁶⁵。

第三項 對身分要素及其與共犯從屬性關係之檢討

第一款 對身分要素的理解方式

對於我國刑法第 31 條所稱「身分及其他特定關係」，我國傳統學說認為係指描述行為人之身分、資格、地位、特質、狀態或關係等諸如此類個人情狀之要素類群。這顯然是從社會意義的觀察角度所獲得的理解，在此理解下，所謂身分要素僅屬於一具有社會意義的描述概念，並無法彰顯其在犯罪理論上的特性或特定評價關係，因此亦難以藉此獲得其與共犯從屬性適用關係的判斷。本文認為，毋寧應藉由對於身分要素為犯罪理論觀點上之分析，身分要素始得顯出具有刑法意義的價值內涵，以及隨之而來在犯罪體系上的相應地位，於此始有探究其與共犯從屬性之間適用關係的可能。

我國學說大多從各種社會意義的觀察角度，例如基於自然關係而來的性別身分、基於法律關係而來的公務員身分，或者基於契約關係而來的業務身分等，以之理解我國刑法第 31 條意義下的身分要素，並無一套刑法上統一認定身分要素的標準³⁶⁶，已如前述。德國實務及通說見解則以所謂行為關連性或行為人關連

³⁶⁵ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 35; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 58.

³⁶⁶ 我國學說近來有開始從不法與罪責的概念來詮釋身分要素於犯罪體系上之地位者，參見：許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 455 以下；黃榮堅，基礎刑法學（下），2003 年，頁 299 以下；同作者，共犯與身分，收錄於：刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000 年 6 月，頁 208

性來區分並理解德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素。然則，如此之判斷標準同樣不是犯罪階層體系上的價值座標，因此也無法獲得其與共犯從屬性適用關係的清楚理解。蓋誠如 *Puppe* 所言：「在從屬性的界線下，不是涉及行為或法益關連性與行為人關連性之間的對立，而是涉及不法與罪責之間的對立」³⁶⁷。共犯從屬性在犯罪階層體系上既然被理解為「不法從屬，罪責獨立」，則對於身分要素亦應給予犯罪階層體系上之評價定位，兩者始有互相溝通理解的可能。

就此而言，本文認為德國學說所提出「純粹類型化要素」、「功能性本質要素」、「特別（加重）義務要素」以及「純粹罪責及純粹可罰性要素」之身分類型，既能從刑法觀點說明身分要素之特質，亦得相應賦予其在犯罪體系上之地位，以之詮釋我國刑法第 31 條「身分要素及特定關係」概念，應為可採³⁶⁸。

第二款 身分要素與共犯從屬性之關係

承上述本文對身分要素所採之類型區分，以下進一步檢討各該身分類型與共犯從屬性之關係。

第一目 對「功能性本質要素」之檢討

本文認為「純粹類型化要素」及「功能性本質要素」應屬同一類型的身分要素，這兩種用語乃係對於同一要素從兩個不同觀察面向而來的表達，前者強調要

以下。然則，其作法毋寧是對我國傳統學說所承認之各個社會意義上之身分要素逐一檢驗後，賦予其屬於不法要素或罪責要素之評價定位，但同樣未能提出如何認定身分要素的刑法上統一標準。

³⁶⁷ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 29.

³⁶⁸ 雖然「純粹類型化要素」及「功能性本質要素」根據德國學說的討論僅屬於一般個人要素，而非德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素，然則，我國學說對於刑法第 31 條之身分要素並未有一般身分要素或特別身分要素之區分，而既然所謂「純粹類型化要素」、「功能性本質要素」、「特別義務要素」以及「純粹罪責及純粹可罰性要素」同樣係在詮釋行為人身分在刑法上的特質，因此本文認為同時以這些概念來理解我國刑法第 31 條所稱「身分及其他特定關係」之意義，並無不可。此外應說明者，本文並不排除在這三種身分類型（純粹類型化要素與功能性本質要素應歸為同一類，下詳）之外，另有其他身分類型之可能。

素的功能面向，後者則強調要素的性質面向。申言之，「純粹類型化要素」用來指稱該要素在刑法上的功能，亦即該要素僅係出於清楚描繪犯罪事實的用語上理由，始作為描述行為主體資格的身分要素，其功能純粹在於將犯罪定型化，而不具有表達特別之不法或罪責的意義。基此，這種身分要素在性質上與其他同樣在建構犯罪類型的「本質要素」無異，因此從性質面向而言，即應稱為「功能性本質要素」。有鑑於本文目的在探討身分要素與共犯從屬性之關係，著重身分要素在犯罪體系上之性質理解，因此對於此類要素，本文採取「功能性本質要素」之用語。在我國刑法中，諸如重婚罪之已婚身分、血親性交罪之血親身分等皆應屬於此類要素³⁶⁹。

在此理解下，所謂「功能性本質要素」與其他一般要素無異，自應依照共犯從屬性的一般原則加以處理。再者，有鑑於這類要素的作用在於建構犯罪類型，而在行為刑法下，構成犯罪類型者乃不法要素之功能，因此這類要素應屬於不法要素，即應為完全從屬的處理。

第二目 對「特別義務要素」之檢討

「特別義務要素」乃因行為主體之身分資格具有特別的不法及罪責意義，其身分資格始被提出成為構成要件要素。這類要素的情形通常是，對於某一社會角色（之功能），由於社會上有特別信賴之需求，因此對其課予加重之義務而成為刑法上的特別誡命。相較於刑法上的其他一般誡命，違反特別義務者因此具有特別被提高的不法及罪責。從這類義務身分之性質以觀，不處於該身分地位之人並不承擔相應之義務責任，欠缺身分資格之人即非該犯罪之評價對象，易言之，無身分者無法成為特別義務犯罪之行為人（正犯），學理上身分犯之概念應當僅限於此。屬於此類要素者例如瀆職罪之公務員身分，洩密罪之醫師、律師身分以及

³⁶⁹ 對於我國刑法分則各罪之身分要素應分別屬於何種身分類型，則非本文所能盡述，本文僅得舉學說上較無爭議者為例，以下對特別義務要素及純粹罪責要素之舉例亦同。

背信罪之受託人身分等是。

就其與共犯從屬性之關係而言，*Roxin* 認為正犯因違背其身分義務而具有特別的行為不法，如此之行為不法並不歸責於共犯，這使得正犯與共犯間的非價上落差超越了一般正犯與共犯的關係，因此形成共犯從屬性的鬆動，共犯必須減輕其刑。相對的，*Puppe* 並不認為正犯行為之不法不能歸責予共犯，所不能歸責予共犯的僅僅是正犯的罪責。有鑑於這類犯罪的刑度乃是根據正犯特別被提高的不法及特別被提高的罪責來設計，且共犯的刑度範圍乃是按正犯刑度範圍決定，因此對於不從屬於正犯罪責之共犯，其刑度標準即必須為進一步的減輕，故獲得共犯必減輕其刑之結論。*Puppe* 將此稱之為不法及罪責混合要素的半從屬處理，而其原理正好是限制從屬性原則之展現，並無所謂從屬性鬆動之情形。

就 *Roxin* 與 *Puppe* 對特別義務要素與共犯從屬性關係的不同看法而言，本文毋寧支持 *Puppe* 的看法。蓋特別義務身分固然是對於「特定」義務人的誡命要求：受有要求者始為身分犯罪之行為人，不受要求者則根本無違犯之可能，特別義務身分並因此提高其行為之不法與罪責評價，但這種特殊性僅係針對構成要件內部之行為人而言，與處於構成要件外部之共犯無涉，並不因此改變共犯從屬性之適用原則。共犯本來就不是因為直接違反刑法分則構成要件誡命而不法，共犯行為之所以不法，乃係因加工於他人之不法行為所致。換言之，即使在特別義務要素之情形，共犯不法的來源仍然是基於違反「勿促進他人不法」的一般誡命，與特別義務要素所帶來的特別誡命要求無關。由此觀之，*Roxin* 認為正犯之特別行為不法為共犯所不能從屬，似乏根據。況且，基於不法的「不可分性」³⁷⁰，如果共犯無法從屬於正犯行為完整的不法，則共犯所從屬者根本就不是一個不法行為，理應得出共犯不可罰之結論，而非僅獲得刑罰之減輕。依此，*Puppe* 的看法顯然較為可採，從限制從屬性的觀點而言，特別義務要素相較於一般不法要素，其特殊性在於具有特別提高行為人罪責非難之性質，因此導致特別義務要素的半

³⁷⁰ 黃榮堅，基礎刑法學（上），2003年，頁156。

從屬性質。

第三目 對「純粹罪責及純粹可罰性要素」之檢討

「純粹罪責及純粹可罰性要素」乃係超然於不法性質之要素，純粹基於行為人個人罪責或其他特別情狀之考量，而給予加重、減輕或免刑之對待。這類要素使得行為人個人有不同於一般正犯之特別評價，因此也被認為屬於特別個人要素。屬於此類要素者，例如殺害直系血親尊親屬罪的卑親屬身分、生母殺嬰罪之生母身分以及自首身分等是。就其與共犯從屬性之關係而言，鑑於其性質與不法無關，因此根據限制從屬性原則，對於此類要素自然應為不從屬之處理。

第四目 小結

從上述分析可知，就身分要素與共犯從屬性之適用關係而言，並不能說，身分要素應排除共犯從屬性之適用，而應該說，基於身分要素性質之不同，將導致不同的適用結果：

- 一、「功能性本質要素」，這類身分要素的功能純粹在於建構犯罪類型，對行為人身分資格的限制並不具有特別的非價意義，屬於不法性質要素。根據限制從屬性原則，應為完全從屬的處理。
- 二、「特別義務要素」，這類身分要素除構成構成犯罪類型外，更加重有身分者之不法及罪責，屬於不法與罪責雙重加重之混合性質要素。根據限制從屬性原則，應為半從屬的處理，亦即共犯仍從屬於正犯罪名，但共犯的刑度範圍則應為進一步的減輕。
- 三、「純粹罪責及純粹可罰性要素」，這種要素超然於不法，屬於廣義罪責之性質。根據限制從屬性原則，應為不從屬的處理。

第三節 身分要素於第 31 條之適用關係

我國刑法對於應適用第 31 條第 1 項及第 2 項之身分要素，分別規定為「構成身分」以及「加減或免刑身分」，與學理上所討論之身分要素類型有所不同，但就法律效果而言，第 1 項規定對無身分之共犯「得減輕其刑」，可包含對身分要素為從屬處理及半從屬處理的法律效果，第 2 項規定對無身分之共犯「科以通常之刑」，則屬於對身分要素為不從屬處理的法律效果。以下即探討學理上所區分的身分類型應如何適用於刑法第 31 條，對於構成身分及加減或免刑身分又應如何理解。由於本文對身分要素之理解主要承襲自 *Roxin* 及 *Puppe* 的看法，以下除說明我國通說立場，主要則以 *Roxin* 及 *Puppe* 就身分要素於德國刑法第 28 條適用關係之分析為討論重點。

第一項 我國通說立場——純正身分與不純正身分

「純正身分」與「不純正身分」是我國學說對於第 31 條第 1 項及第 2 項身分最常見的理解³⁷¹。行為主體之資格如在於創設刑罰意義者，即屬於純正身分，例如瀆職罪之公務員身分³⁷²、偽證罪之證人身分等是，無此身分之共犯應適用第 31 條第 1 項規定；相對的，特定行為主體之資格乃是在一般犯罪之外，另造成加重、減輕或免除刑罰效果者，即屬於不純正身分。換言之，就不純正身分犯而言，總是存在著一個一般犯作為對應，例如第 272 條之卑親屬身分³⁷³、第 134 條之公務員身分³⁷⁴、第 264 條公務員包庇鴉片罪及第 270 條公務員包庇賭博罪之公務員身分³⁷⁵等是，無此身分之共犯應適用第 31 條第 2 項規定。

學說上有認為，對於純正身分犯之共犯，其所依據之理論係共犯從屬性說，

³⁷¹ 林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 143、148；周治平，刑法總論，1972 年，頁 446；陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 46；褚劍鴻，刑法總則論，1989 年，頁 302；蔡墩銘，刑法精義，2000 年，頁 356。

³⁷² 蔡墩銘，刑法精義，2000 年，頁 355。

³⁷³ 褚劍鴻，刑法總則論，1989 年，頁 303。

³⁷⁴ 蘇俊雄，刑法總論 II，1998 年，頁 438。

³⁷⁵ 蔡墩銘，刑法精義，2000 年，頁 355。

因此導致從屬處罰之法律效果，對於不純正身分犯之共犯，所依據之理論則係共犯獨立性說，因此導致不從屬的法律效果³⁷⁶。然則，何以純正身分要素即適用共犯從屬性，不純正身分要素即適用共犯獨立性，其法理依據何在，未見說明。更何況同時以共犯從屬性及共犯獨立性來說明共犯性質，無疑是立場的跳躍，將造成對共犯性質理解之割裂與矛盾³⁷⁷。再者，現行法已一律採取共犯從屬性之立場，因此此說已無參考價值。

純正身分與不純正身分的區分雖然號稱我國通說見解，但從所謂「純正」及「不純正」之用語並無法理解其在犯罪理論上所具有的評價意義，因此亦難以說明其與共犯從屬性適用關係的理論連結。學說上即批評這種區分「在法理上並無意義」³⁷⁸，「是毫無是毫無內涵的技術性用語」³⁷⁹，「何以屬於純正身分犯之情形，無身分之人即從屬於有身分之人之罪刑，屬於不純正身分犯之情形，則獨立科處通常之罪刑，實質理由並不清楚」³⁸⁰。純正身分與不純正身分的區分純粹是從法條規定的分類直接反射出來的循環概念，未有進一步理論內涵的闡述，應難採行。

第二項 德國學說觀點

對於德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素，*Roxin* 及 *Puppe* 皆以「特別義務要素」及「純粹罪責及純粹可罰性要素」加以理解。然則，這些學理上所發展出來的身分類型應如何適用於德國刑法第 28 條規定，*Roxin* 及 *Puppe* 卻有完

³⁷⁶ 蔡墩銘，刑法精義，2000 年，頁 357、360。

³⁷⁷ 余振華，共犯與身分之比較法考察，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 97 黃榮堅，共犯與身分，收錄於：刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000 年 6 月，頁 203。

³⁷⁸ 黃榮堅，共犯與身分，收錄於：刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000 年 6 月，頁 210。

³⁷⁹ 許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 472。

³⁸⁰ 陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 6、44。

全相反的作法。簡言之，*Roxin* 透過解釋德國刑法第 28 條以配合各該身分要素的不同需求，*Puppe* 則是透過對各該身分要素的解釋使其適應德國刑法第 28 條規定，以下分別說明。

第一款 *Roxin* 的看法

第一目 德國刑法第 28 條第 1 項之身分類型及適用關係

德國刑法第 28 條第 1 項的特別個人要素乃係作為構成刑罰原因之要素，就此而言，*Roxin* 認為其中屬於特別義務要素之性質者，例如純正瀆職罪的公務員身分、背信罪的財產照顧義務等是；其中屬於純粹罪責及純粹可罰性要素性質者，例如德國刑法第 90 條 a 之「惡意」、第 315 條 c 第 1 項第 2 款之「輕率」等是³⁸¹。

鑑於特別義務要素具有混合不法及罪責之雙重性質，依照限制從屬性原則，其適用德國刑法第 28 條第 1 項規定為半從屬之處理並無疑義。

但就構成刑罰之罪責要素而言，德國學說上的爭議在於³⁸²，究竟應適用德國刑法第 28 條第 1 項使無身分共犯減輕刑罰，或者應考量無身分共犯之罪責尚未達到構成要件所要求的程度，因此適用德國刑法第 29 條而使無身分共犯不可罰？*Roxin* 認為無疑應採用前者的處理方式，蓋在此情形下，無身分共犯藉由加工於正犯構成要件行為而侵害法益，此正與共犯處罰根據理論相符³⁸³。況且罪責原則僅表明，無罪責無刑罰，各人應依其個人之罪責受處罰，但罪責原則並沒有說，只允許處罰具有如同正犯般罪責之人。至於無身分之共犯雖然不承擔因正犯身分而來的特別罪責，這種共犯與正犯之間的罪責差距，正可透過德國刑法第

³⁸¹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 53, 64.

³⁸² 參見 *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 9, 11.

³⁸³ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 12.

28 條第 1 項減輕刑罰之規定來考量³⁸⁴。

第二目 德國刑法第 28 條第 2 項之身分類型及適用關係—特別義務要素的刑罰移用方案

德國刑法第 28 條第 2 項的特別個人要素乃係作為加重、減輕或免除刑罰原因之要素，就此而言，*Roxin* 認為其中屬於特別義務要素之性質者，例如不純正瀆職罪的公務員身分、侵占罪的受託人身分等是。特別義務要素在此僅作為加重刑罰原因之要素，並不具有減輕或免除刑罰之性質³⁸⁵；至於其中屬於純粹罪責及純粹可罰性要素者，例如謀殺罪中「殺人嗜好」、「為性慾之滿足」、「貪欲」、「卑劣動機」或「為助成或掩蓋其他犯罪行為之意圖」等，或者常業性及慣犯性要素等，此乃係作為加重刑罰原因之要素；墮胎罪中「孕婦」身分則係作為減輕刑罰原因之要素；中止犯之「己意中止」身分則係作為免除刑罰原因之要素³⁸⁶。

就純粹罪責及可罰性要素而言，其適用德國刑法第 28 條第 2 項並無疑義，蓋根據限制從屬性原則及罪責原則，無身分之人無須為他人個人上所滿足的特別罪責要素或可（免）罰性要素負責，自然僅依照基本構成要件論罪科刑。

但在特別義務要素的情形，如果適用德國刑法第 28 條第 2 項規定，對於無身分共犯依照基本構成要件論罪科刑，形同對特別義務要素為不從屬之處理，將與限制從屬性原則有違。為了解決這個矛盾，*Roxin* 因此在特別義務要素的範圍內，將德國刑法第 28 條第 2 項規定解釋為單純的量刑規則，而非構成要件使用規則。詳言之，對於無身分之共犯，僅就科刑部分依照基本構成要件決定其刑度範圍，但論罪部分，仍應論以加重構成要件之共犯。至於加重構成要件之其餘法律效果規定，例如追訴時效、告訴乃論，或者得否因被害人同意而阻卻構成要件

³⁸⁴ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 13.

³⁸⁵ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 55ff., 77; *Schünemann*, in: LK, 2005, § 28, Rn. 42.

³⁸⁶ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 74ff.

或阻卻違法等，也應適用於無身分之共犯³⁸⁷。

Roxin 認為這不但有理論解釋的價值，也有重要的實務意義。舉例來說，假設有示威遊行為了獲得政治上的影響力而同意讓警察毆打，該示威遊行者的朋友因此教唆警察為傷害行為，在警察成立德國刑法第 340 條職權傷害罪正犯之情形下，假如認為教唆人僅應論以德國刑法第 223 條普通傷害罪之教唆犯，此時由於普通傷害行為得因被害人同意而阻卻違法，則該教唆人將不可罰。相對的，如果將德國刑法第 28 條第 2 項在特別義務要素的情形下解釋為單純的量刑規則，則該教唆人將論以德國刑法第 340 條職權傷害罪之教唆犯，並且無法基於被害人同意而阻卻違法，其僅能由於欠缺因警察身分而來的特別不法而獲得刑罰減輕，亦即依照普通傷害罪之刑度範圍科刑³⁸⁸。*Roxin* 總結道，德國刑法第 28 條第 2 項僅在規定，在科刑時應該考慮哪一個刑度範圍，至於要適用哪一個構成要件作為判決基礎，不是源自德國刑法第 28 條第 2 項規定，而是源自於與共犯處罰根據相結合的限制從屬性³⁸⁹。

然則，*Roxin* 針對加重刑罰性質之特別義務要素所設計的刑罰移用方案，遭到德國學說普遍的批評。其被認為不但割裂了德國刑法第 28 條統一表達的法律效果規定，更明顯與法律文義不符，*Roxin* 的刑罰移用方案已非單純的法律解釋，而應屬於法律的修正³⁹⁰。

第二款 *Puppe* 的看法

³⁸⁷ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 19ff., 81; *ders.*, in: LK, 1993, § 28, Rn. 3ff.

³⁸⁸ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 20.

³⁸⁹ *Roxin*, AT/ 2, 2003, § 27, Rn. 22.

³⁹⁰ *Jakobs*, AT, 1991, § 23, Rn. 34; *Jescheck/ Weigend*, AT, 1996, § 61 VII 3; *Lackner/ Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, § 28, Rn. 1; *Maurach/ Gössel/ Zipf*, AT, 1989, § 53, Rn. 128ff.; *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 38f.; *Schönke/ Schröder/ Cramer/ Heine*, Strafgesetzbuch Kommentar, 2000, § 28, Rn. 28; *Schünemann*, in: LK, 2005, § 28, Rn. 9; *ders.*, GA 1986, 340.

Puppe 認為 *Roxin* 所設計的刑罰移用方案並不可行，並且正顯示出，與其透過對德國刑法第 28 條的解釋來適應各種不同構成要件情況的需求，毋寧應採取相反的出發點，亦即透過對各個構成要件的解釋使其適應德國刑法第 28 條的指導原則³⁹¹。

第一目 「特別義務要素」應屬於「構成刑罰原因的特別個人要素」

Puppe 認為，在特別義務要素之情形，如果想要對無身分共犯作相同的處理，則必須把所有的特別義務要素都理解為德國刑法第 28 條第 1 項下的構成刑罰原因之特別個人要素，而不再去區分所謂純正或不純正特別犯³⁹²。*Puppe* 舉不純正瀆職罪為例，德國通說將不純正瀆職罪的公務員身分視為加重刑罰的特別個人要素，而非構成刑罰的特別個人要素，*Puppe* 認為這完全是出於對構成要件的不精確理解使然。蓋不純正瀆職罪與一般犯罪的區別，除了行為人因公務員身分而承擔特別義務之特別個人要素之外，更在於行為人必須濫用其職務地位以為犯罪行為。職權濫用賦予這個行為一個附加的不法內涵，使其有別於一般犯罪行為，因此人們如果刪去（*streichen*）個人義務違反要素，仍然不會獲得一個一般犯罪，而是獲得一般犯罪的特別情況，亦即在公務地位利用下的犯罪行為³⁹³。*Puppe* 藉此說明瀆職罪的高度個人義務應作為德國刑法第 28 條第 1 項下構成刑罰的特別個人要素，而非德國刑法第 28 條第 2 項意義下的單純加重刑罰要素，*Puppe* 並因此宣稱，所謂不純正瀆職罪之概念並無存在必要³⁹⁴。總結而言，*Puppe* 認為，不是因為是構成刑罰的特別個人要素，所以要半從屬的處理，而是因為該要素性質上應為半從屬的處理，所以它是德國刑法第 28 條第 1 項意義下構成刑

³⁹¹ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 23; *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 39.

³⁹² *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 39.

³⁹³ *Puppe*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 23; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 40.

³⁹⁴ *Puppe*, ZStW (120) 2008, S. 518f.; *dies.*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 23; *dies.*, in: NK, §§ 28, 29, Rn. 39.

罰的特別個人要素³⁹⁵。

第二目 「純粹罪責及純粹可罰性要素」應屬於「加減或免刑的特別個人要素」

在純粹罪責要素的情形，*Puppe* 否定有所謂構成刑罰性質的罪責要素。因為罪責要素如果適用於德國刑法第 28 條第 1 項而為半從屬的處理，則正犯的罪責至少應部分地被歸責予共犯，這將與限制從屬性及個人責任原則相矛盾³⁹⁶。此外，從更上位的行為刑法之觀點，*Puppe* 認為也不應允許這類要素的存在。蓋在行為刑法下，罪責必須針對不法而發，如果立法者使行為的可罰性依賴於特別罪責要素，豈非意味著，立法者認為該行為的不法尚未達於應以刑法處罰的程度。對於一個不具有刑法上不法的行為，立法者不能由於行為人出於特別可非難的內心動機而使之成為可罰，否則將淪為思想刑法。藉由行為責任原則，因此得以證立「不存在構成刑罰性質之罪責要素」這個命題³⁹⁷。

基此，*Puppe* 認為純粹罪責或純粹可罰性要素應屬於德國刑法第 28 條第 2 項下的加減或免刑之特別個人要素，並且因此是不從屬的處理。其中屬於加重刑罰性質之純粹罪責要素者，例如謀殺罪中出於貪欲或卑劣動機要素等是；屬於減輕刑罰性質之純粹罪責要素者，例如義憤殺人的義憤動機要素等是。這些動機對於行為的不法並無影響，僅影響對於行為人的罪責非難。基於罪責個別原則，如此之動機要素僅被歸責於基於此動機而行為之人，不論其為正犯或共犯³⁹⁸。此外，屬於純粹免刑要素者，例如中止犯或刑事豁免權之情形等是，這些免刑事由超然於行為，因此也超然於不法與罪責，這類要素僅適用於自身滿足該要素之

³⁹⁵ *Puppe*, ZStW (120) 2008, S. 519.

³⁹⁶ *Puppe*, ZStW (120) 2008, S. 521; *dies.*, 2005, AT/ 2, § 43, Rn. 38ff.; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 19ff.

³⁹⁷ *Puppe.*, ZStW (120) 2008, S. 521; *dies.*, AT/ 2, 2005, § 43, Rn. 25, 41; *dies.*, in: NK, §§ 28, 29, Rn. 20.

³⁹⁸ *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 11.

人，因此也與限制從屬性原則相符³⁹⁹。

Puppe 總結道，構成要件要素可區分為三種類型：不法要素、罪責要素以及不法與罪責之混合要素。依照不法的共同性（*Gemeinsamkeit*）原則，不法要素是完全從屬的。純粹罪責要素則標記了行為的態度及動機，依照個人責任原則，罪責要素是不從屬的。在行為刑法下，罪責要素只能是加重或減輕刑罰要素，但絕不能是構成刑罰要素，這些要素根據德國刑法第 28 條第 2 項是不從屬的。行為人的特別義務地位則是混合性質的高度個人要素，根據不法共同（*Unrechtsgemeinschaft*）及罪責分離（*Schuldtrennung*）兩個原則，其依照德國刑法第 28 條第 1 項為半從屬的處理。上述原則使德國刑法第 28 條第 1 項與第 2 項的單一處理成為可能，並得與限制從屬性原則並行不悖的適用⁴⁰⁰。

第三項 檢討—刑法第 31 條作為限制從屬性的展現

根據我國刑法第 31 條第 1 項規定，對於構成身分應為從屬及半從屬之處理，根據第 2 項規定，對於加減或免刑身分應為不從屬之處理。因此我國刑法第 31 條是否得與限制從屬性相符，重點即在於對構成身分以及加減或免刑身分如何解讀。

如果採 *Roxin* 所主張的，認為在這兩類身分的情形都包含有屬於「特別義務要素」及「純粹罪責要素」性質之身分要素，則在加重身分屬於特別義務要素性質之情形下，除非採取 *Roxin* 所設計的刑罰移用方案，否則必然形成與限制從屬性相矛盾的現象。然而，本文並不贊成 *Roxin* 的作法。首先就第 31 條的解釋適用而言，罪刑分離的處理模式不但形式上違反罪刑法定原則，實質上也違反罪刑

³⁹⁹ *Puppe*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 12.

⁴⁰⁰ *Puppe*, ZStW 120 (2008), S. 525; *dies.*, in: NK, 2005, §§ 28, 29, Rn. 81. 但 *Puppe* 同時也認為，由於特別義務要素及純粹罪責要素承擔不同的非價性質，並分別依照德國刑法第 1 項及第 2 項為完全不同的處理，因此對這兩種要素採用相同的標記「特別個人要素」，是立法技術上的錯誤政策，參見：*Puppe*, AT/2, § 43, Rn. 26.

相當原則⁴⁰¹。我國學說⁴⁰²及實務⁴⁰³即反對將第 31 條第 2 項解釋為單純的量刑規定，而認為論罪亦應包括在內。其次就特別義務要素的區分而言，*Roxin* 將特別義務要素區分成構成身分或加重身分而適用不同的減刑模式，然則，作此區分的理由除了配合實定法規定之外，似乎缺乏進一步的理論基礎⁴⁰⁴。事實上，從理論一貫的觀點而言，特別義務要素既無區分成構成身分或加重身分的必要，也沒有分別適用不同減刑模式的理由。基此以觀，*Roxin* 所設計的刑罰移用方案，除了形式上與實定法規定不符，在理論構成上也有所不備。

本文支持 *Puppe* 的主張。有鑑於法條上構成身分及加減或免刑身分之用語只是對於身分要素從法條規定方式所作的形式描述⁴⁰⁵，在未能確定比較基準的前提下，一要素究竟應屬於構成身分或加減身分，只是一個相對性的描述概念，並無規範上的意義，既難藉此理解其在犯罪體系上的性質，亦難作為連結不同法律效果的價值標準。對於所謂構成身分及加減或免刑身分性質之理解，毋寧應從其所連結之法律效果規定，反推兩項身分要素所應具備之實質內涵。

在此理解下，從第 31 條第 1 項「得減輕其刑」的法律效果觀之，可認為所謂構成身分應包含：一、性質上應從屬處理的「功能性本質要素」；二、性質上

⁴⁰¹ 許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 495。

⁴⁰² 余振華，共犯與身分之比較法考察，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 98；高金桂，不純正身分犯之「身分」在刑法體系上之定位問題，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 147；陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 38；許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 495；楊大器，身分犯罪與其共犯之刑事責任，軍法專刊，第 24 卷第 1 期，1978 年 1 月，頁 14；蔡墩銘，刑法精義，2000 年，頁 359。

⁴⁰³ 最高法院 78 年台上字第 2834 號判決：「按刑法第 31 條第 2 項規定『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。』此項規定，非僅為特定關係之人定科刑之標準，即論罪亦包括在內，此細繹該條項規定之意旨自明。」

⁴⁰⁴ 余振華，共犯與身分之比較法考察，收錄於：共犯與身分，2001 年 11 月，頁 60。

⁴⁰⁵ 對於構成身分與加減身分之法條用語的討論，可參閱：許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 472-474。

應半從屬處理的「特別義務要素」⁴⁰⁶。再從第 31 條第 2 項「科以通常之刑」的法律效果觀之，可認為所謂加減或免刑身分應包含性質上為不從屬處理的「純粹罪責及純粹可罰性要素」。以下進一步說明各該身分類型與所謂構成身分及加減或免刑身分之連結關係

就「功能性本質要素」而言，這類要素的功能在於勾勒犯罪輪廓，建構犯罪類型，作為構成身分並無疑義。

其次就「特別義務要素」而言，在所謂純正身分的情形，通說同樣理解為構成身分，並無疑義；至於在所謂不純正身分之情形，以第 270 條公務員包庇賭博罪為例，雖然通說輒認為此應屬於加重身分，但這種認知毋寧是從第 270 條規定「公務員……依各該條之規定加重其刑至二分之一」而來。從刑度輕重之觀點而言，公務員包庇賭博罪與一般賭博罪相比固然是加重處罰，但倘從不法類型之觀點，公務員包庇賭博罪在處罰公務員包庇行為，一般賭博罪則在處罰賭博行為，兩者之不法態樣迥然不同，無從比較。由此可知，所謂構成身分或加減身分僅是相對性的概念，如果從特別義務要素作為建構義務犯犯罪類型之充要元素的觀點來看，特別義務要素永遠都應屬於構成身分。基此，特別義務要素應作為構成身分，而非加重身分，亦堪認定。

最後就「純粹罪責及純粹可罰性要素」而言，誠如 *Puppe* 所指出的，在行為刑法下，不允許有所謂構成刑罰的罪責要素的存在。所謂「純粹罪責及純粹可罰性要素」，乃是已經成立的不法之上，更基於個人之罪責或其他可罰情狀而加重、減輕或免除其刑，由此以觀，這類要素自然應屬於加減或免刑身分。

綜上所述，刑法第 31 條第 1 項所稱之構成身分，包含「功能性本質要素」及「特別義務要素」等身分類型。刑法第 31 條第 2 項所稱之加減或免刑身分，

⁴⁰⁶ 在此理解下，第 31 條第 1 項包含「完全從屬」及「半從屬」兩種性質的身分類型，因此對於無身分共犯得否減輕其刑，則端視正犯身分屬於何種性質而定，因此規定「得」減輕其刑之法律效果，供作選擇適用。

包含「純粹罪責及純粹可罰性要素」等身分類型。共犯依其所參與身分犯罪類型之不同，根據限制從屬性原則，將分別得到「完全從屬」、「半從屬」及「不從屬」之適用結果，相應的即為刑法第 31 條所規定「以一般共犯處理」、「另減輕其刑」或「科以通常之刑」之法律效果。由此觀之，共犯從屬性在身分犯罪中非但未受限制，刑法第 31 條規定反而得以完全作為限制從屬性原則之適用展現。



第六章 結論

對於本文所獲得的研究成果，分點說明如下：

- 一、共犯從屬性以「共犯之成立以正犯行為之存在為必要」為基本命題，由此可推導出「共犯不法從屬」以及「共犯不法不能獨立存在」等共犯性質。對於共犯從屬性之研究，因此須求諸於共犯不法性質之探討。
- 二、對於共犯不法性質之構成，首應求諸於共犯在犯罪體系之定位。對此，為維護法治國原則下犯罪行為定型性的要求，並得同時符合我國實定法規定，應以從限縮正犯概念出發的區分體系為可採。基此，共犯乃刑法分則構成要件規範以外之人，其教唆或幫助行為原本並不可罰。刑法總則共犯規定雖然作為共犯的形式上處罰根據，但共犯既然作為構成要件以外之人，則共犯行為對於刑法所保護法益處於如何之侵害關係，亦即共犯行為之實質處罰根據何在，即有進一步討論必要。
- 三、對於共犯處罰根據，應以「從屬的法益侵害理論」為可採。共犯不法係基於刑法所提出「勿助人為惡」的規範誡命而來，目的同在於保護刑法分則構成要件所保護之法益。基此，共犯不法的判斷必須以「他人作壞事」—亦即正犯的不法行為—為前提。如果正犯未有不法行為，基於共犯行為本為構成要件以外之行為，因此共犯行為即無刑法上的不法意義可言，此即共犯不法從屬的由來。
- 四、對於共犯侵害法益的歸責結構，首先必須確認，正犯所侵害的法益，對於共犯而言亦屬同樣應受保護的法益。其次，由於在構成要件刑法下，法益侵害只能在構成要件之中尋找，因此共犯透過正犯行為所促成的現實上損害效果，其規範上的意義只能在正犯行為的不法侵害之中獲得彰顯。共犯行為的法益侵害性透過從正犯不法的不法歸責（Unrechtszurechung）而來。這種共犯行為與法益侵害之間的歸責連結乃是構成要件外的歸責，並以實定法上之

共犯規定作為這種歸責理論之依據。

五、在從屬的法益侵害理論下，共犯不法從屬於正犯不法，共犯行為在正犯不法的範圍內發揮作用，因此正犯不法形成了共犯不法的界線範圍。如果正犯不法止於未遂階段，共犯行為僅在此不法範圍內發揮作用，則共犯在評價上即為對於正犯未遂犯的教唆犯或幫助犯；如果正犯不法達於既遂階段，共犯在評價上即為對於正犯既遂犯的教唆犯或幫助犯；如果正犯未有不犯，則共犯行為亦無不法可言。

六、就我國原刑法時期（1935-2006）教唆犯規定而言，立法意旨雖採獨立處罰主義，但仍兼顧客觀結果，此非傳統學說所謂主觀主義所能解釋。從德國學說所討論之共犯處罰根據理論以觀，亦無得與我國原教唆犯規定相通者。

七、現行法採共犯從屬性的立場，共犯之成立以正犯行為存在為必要，對此應以從屬的法益侵害理論作為法理依據。

八、對於共犯從屬型態的選擇，在從屬的法益侵害理論下，共犯不從屬於正犯罪責要素並無疑問，較有疑義者應為「限制從屬限制」與「最小從屬性」之爭。從犯罪階層之意義來看，構成要件階層所界定的「侵害」僅有單面向的意義，但刑法真正要禁止的是從整體法秩序觀點為多面向判斷而來的「侵害」，亦即通過違法性檢驗而來的刑法上不法侵害。在此理解下，教唆或幫助一個阻卻違法行為並非是「助人為惡」的行為，反而可能是在助人為善。從刑法真正所禁止的並非單純構成要件該當行為，毋寧是不法行為的規範目的而言，共犯所加工之正犯行為應以具有不法為必要，換言之，應以限制從屬性為可採。限制從屬性並表彰「不法從屬，罪責個別」之意義，與個人責任原則相符。

九、對未遂教唆之處罰而言，現行法將未遂教唆行為排除於教唆犯規定外，有釐清共犯體系之效，固值贊同。然則，考慮到未遂教唆行為屬於預備犯之性質，

未遂教唆行為藉由煽動他人犯罪而開啟了不再可控制的法益侵害可能，其危險性甚至高於尚能控制自己行為風險之普通預備犯。在此理解下，尚能控制自己行為風險之普通預備犯尤為可罰，則令風險控制脫離掌握之未遂教唆何以不可罰？我國立法者就此未加考慮，在刪除原刑法第 29 條第 3 項規定後，並未另外針對未遂教唆行為制訂處罰規定，亦有未周。

十、對於預備犯共犯之處罰，在原刑法時期，國內學說對此問題之處理方式似有所偏。蓋預備犯之共犯應如何處罰，問題應在於教唆人成立未遂教唆犯及預備犯之教唆犯後，應如何競合處理。對此，鑑於未遂教唆行為本身即屬於對本罪法益侵害之預備犯，而預備犯之教唆犯不過是本罪預備犯的共犯，基於法條競合之補充關係，應適用本罪之未遂教唆加以處罰。至於在現行法時期，有鑑於立法理由明文指出，共犯之成立以正犯行為之「著手」為必要，可見立法者有意排除對預備犯之共犯的處罰。實務見解將預備行為解釋為犯罪實行行為，納入對預備犯共犯之處罰，顯然有違立法意旨。

十一、共犯從屬性於身分犯罪如何適用，為我國與德國向來的難題，究其原因在於未能掌握身分要素之概念內涵，導致未能釐清身分要素在犯罪評價上的意義，以致於與共犯從屬性原則未能作出理論上的銜接。本文參考德國學說見解，認為刑法上之身分要素可包含「功能性本質要素」、「特別義務要素」以及「純粹罪責及純粹可罰性要素」幾種類型。

十二、所謂「功能性本質要素」係立法者單純用以建構犯罪類型之要素，例如重婚罪之已婚身分、血親性交罪之血親身分等是。其性質與其他一般要素無異，並不具有特別的非價性質，此外，鑑於其功能在建構犯罪類型，故應屬於不法性質之要素。根據限制從屬性原則，對此要素應為完全從屬的處理。

十三、所謂「特別義務要素」乃係基於行為人特殊社會地位而來的身分要素，基

此身分，行為人將承擔刑法上的特別誡命要求，例如瀆職罪之公務員身分、洩密罪之職業身分、背信罪之受託身分等是。特別義務要素在刑法上具有同時加重行為人不法與罪責的特別非價意義，屬於不法與罪責雙重加重之混合要素。根據限制從屬性原則，對此要素應為半從屬的處理，亦即對於無身分之共犯應減輕其刑。

十四、所謂「純粹罪責及純粹可罰性要素」乃係超然於不法，純粹基於行為人個人罪責或其他特別情狀而來的身分，例如殺害直系血親尊親屬罪的卑親屬身分、生母殺嬰罪之生母身分以及自首身分等是，這類要素也使得行為人個人有不同於一般正犯之特別評價。鑑於其無涉於不法的性質，根據根據限制從屬性原則，對此要素應為不從屬的處理。

十五、本文從刑法第 31 條所規定的法律效果相應賦予其各項身分所應有的評價內涵，因此刑法第 31 條第 1 項所稱之構成身分，應包含「功能性本質要素」及「特別義務要素」之身分類型。刑法第 31 條第 2 項所稱之加減或免刑身分，則包含「純粹罪責及純粹可罰性要素」之身分類型。根據限制從屬性原則，各該身分類型將分別得到「完全從屬」、「半從屬」及「不從屬」之適用結果。基此，在刑法第 31 條第 1 項之情形，何時方得對於無身分之共犯減輕其刑，端視正犯身分屬於何種性質而定，法律效果因此規定「得」減輕其刑，供作選擇適用。至於在刑法第 31 條第 2 項之情形，令無身分之共犯「科以通常之刑」，亦符合該要素應為不從屬處理之性質。在此解釋方法下，刑法第 31 條正足以完全作為限制從屬性原則之展現。

參考文獻

一、中文期刊

1. 王和雄，從共犯從屬性說與獨立性說論教唆之未遂與未遂之教唆，法學叢刊，第 17 卷第 2 期，1972 年 4 月。
2. 甘添貴，預備罪之教唆犯或幫助犯，月旦法學教室，第 48 期，2006 年 10 月。
3. 甘添貴，刑法總則修正重點評述，收錄於：自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年 8 月。
4. 甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，收錄於：台灣刑事法學會編著，共犯與身分，2001 年 11 月。
5. 甘添貴，古典學派與近代學派於現代行法理論之影響，收錄於：氏著，刑法之重要理念，1996 年 6 月。
6. 余振華，教唆未遂之廢止與間接正犯之界定，收錄於：台灣刑事法學會編，刑法總則修正重點之理論與實務，2005 年 9 月。
7. 余振華，「共犯與身分」之比較法考察，收錄於：台灣刑事法學會編著，共犯與身分，2001 年 11 月。
8. 李聖傑，人算不如天算—因果（不幸）與歸責（不法），月旦法學教室，第 38 期，2005 年 12 月。
9. 林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月。
10. 林山田，2005 年新刑法總評，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月。
11. 林東茂，刑法總則修正評介，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月。

12. 花滿堂，論不能犯、違法性錯誤、共犯與身分之修正，收錄於：司法院編，新修正刑法論文集，2006年7月。
13. 高仰止，教唆犯論，收錄於：蔡墩銘編，刑法總則論文選輯（下），1984年，7月。
14. 高金桂，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌，第130期，2006年3月。
15. 高金桂、呂秉翰，論間接正犯之「支配利用關係」，收錄於：刑事法學新趨勢—Lothar Ohlipp教授七秩祝壽論文集，2004年4月。
16. 高金桂，不純正身分犯之「身分」在刑法體系上之定位問題，收錄於：台灣刑事法學會編著，共犯與身分，2001年11月。
17. 陳子平，論共犯之獨立性與從屬性，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月。
18. 陳子平，新刑法總則之理論基礎—正犯與共犯，月旦法學雜誌，第135期，2006年8月。
19. 陳子平，論刑法第三十一條之身分或其他特定關係，收錄於：台灣刑事法學會編著，共犯與身分，2001年11月。
20. 陳子平，論正犯與共犯之概念，政大法學評論，第48期，1993年9月。
21. 陳子平，論未遂教唆之可罰性，東吳大學法律學報，第8卷第1期，1993年3月。
22. 陳志輝，身分犯之實質不法內涵，台灣本土法學，第84期，2006年7月。
23. 陳志輝，義務犯，月旦法學教室，第23期，2004年9月。
24. 許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003年4月。

25. 許玉秀，實質的正犯概念，收錄於：氏著，刑法的問題與對策，修訂再版，2000年11月。
26. 許澤天，對2005年1月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「正犯與共犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，第67期，2005年2月。
27. 許澤天，單純教唆—刑法第二十九條第三項之論證，法學講座，第14期，2003年2月。
28. 許澤天，共犯之處罰基礎與從屬性，收錄於：罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年10月。
29. 黃榮堅，共犯與身分，收錄於：林山田編，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000年6月。
30. 黃榮堅，從破壞性教導行為看共犯概念，收錄於：氏著，刑罰的極限，初版二刷，2000年4月。
31. 黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第66期，2008年4月。
32. 黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學，第21期，2001年4月。
33. 楊大器，身分犯罪與其共犯之刑事責任，軍法專刊，第24卷第1期，1978年1月。
34. 鄭善印，正犯與共犯概念之修正對於實務運作之衝擊，收錄於：台灣刑事法學會編，刑法總則修正重點之理論與實務，2005年9月。
35. 黎文德，成年人幫助少年犯罪，月旦法學雜誌，第85期，2002年6月。
36. 蔡聖偉，論間接正犯概念內涵的演變，東吳法律學報第19卷第3期，2008年1月。

二、中文書籍

1. 甘添貴，刑法案例解評，1999年。
2. 林山田，刑法通論（上），十版，2008年。
3. 林山田，刑法通論（下），十版，2008年。
4. 林山田，刑法通論（下），六版，1998年。
5. 林鈺雄，新刑法總則，二版，2009年。
6. 周治平，刑法總論，五版，1972年。
7. 洪福增，刑法之基本問題，1964年。
8. 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），初版，2005年。
9. 陳子平，刑法總論，二版，2008年。
10. 陳子平，共同正犯與共犯論，初版，2000年。
11. 陳子平，共犯處罰根據論，1992年。
12. 陳樸生，實用刑法，重訂初版，1991年。
13. 許玉秀，新學林分科六法—刑法，七版，2006年。
14. 許玉秀，刑法第四章緒論及第 28 條至第 31 條註釋，國科會專題研究計畫 NSC-85-2417-H-004-002-C4，1997年。
15. 黃榮堅，基礎刑法學（上），初版，2003年。
16. 黃榮堅，基礎刑法學（下），初版，2003年。
17. 楊大器，刑法總則釋論，修訂十九版，1994年。

18. 楊建華，刑法總則之比較與檢討，1988年。
19. 褚劍鴻，刑法總則論，增訂八版，1989年。
20. 劉作揖，少年事件處理法，增訂再版，1996年。
21. 蔡墩銘，刑法精義，初版三刷，2000年。
22. 蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，1988年。
23. 蔡墩銘，中國刑法精義，四版，1986年。
24. 韓忠謨，刑法原理，增訂再版，2002年。
25. 蘇俊雄，刑法總論（II），1998年。

三、德文期刊

1. *Herzberg*, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, in: GA 1991, 145 ff.
2. *Herzberg*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, in: ZStW 99 (1987), S. 49 ff.
3. *Herzberg*, Die problematic der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht, in: ZStW 88 (1976), S. 68 ff.
4. *Herzberg*, Anstiftung und Beihilfe als Starftatbestände, in: GA 1971, S. 1 ff.
5. *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung, in: ZStW 97 (1985), S. 751 ff.
6. *Less*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, in: ZStW 69 (1957), S. 43 ff.

7. *Puppe*, Jedem nach seiner Schuld – Die Akzessorietät und ihre Limitierung, in: ZStW 120 (2008), S. 504 ff.
8. *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger und des Wiener Kommentars, 2. Teil, in: GA, 1986, S. 293 ff.

四、德文書籍

1. *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2001.
2. *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
3. *Jescheck/ Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
4. *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2002.
5. *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000.
6. *Lackner/ Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., 2001.
7. *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967.
8. *Maurach/ Gössel/ Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II ,7. Aufl., 1989.
9. *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil – im Spiegel der Rechtsprechung, Band II , 1. Aufl., 2005.
10. *Puppe*, in: Normos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005.
11. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II , 1. Aufl., 2003.
12. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I , 3. Aufl., 1997.

13. *Roxin*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1993.
14. *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil - Studienbuch, 2. Aufl., 1984.
15. *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch, 2. Aufl., 1975.
16. *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch, 1. Aufl., 1970.
17. *Schönke/ Schröder/ Cramer/ Heine*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2000.
18. *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2005.
19. *Stratenwerth/ Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I , 5. Aufl., 2004.
20. *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967.

