

## 刑事法判解

## 論正犯與共犯之區辨

最高法院105年度台上字第2708號判決

## 【實務選擇題】

甲與乙在珠寶店佯裝欲購買珠寶，當店員丙拿出1枚鑽戒供選購時，甲故意與丙搭訕，乙趁丙不注意以假鑽戒調包得手，丙收回鑽戒時察覺遭調包，卻已不見甲、乙蹤影。下列敘述何者正確？

- (A) 甲、乙成立詐欺罪的共同正犯。
- (B) 甲、乙成立竊盜罪的共同正犯。
- (C) 乙成立詐欺罪的正犯，甲成立詐欺罪的幫助犯。
- (D) 乙成立竊盜罪的正犯，甲成立竊盜罪的幫助犯。

**答案**：B

## 【裁判要旨】

共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與；共同正犯間，非僅就其自己實施之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實施之行為，亦應共同負責；共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內；又共同正犯不限於事前有協議，即於行為當時有共同犯意之聯絡者亦屬之，且表示之方法，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致亦無不可。事中共同正犯，即學說所謂之「相續的共同正犯」或「承繼的共同正犯」，乃指前行為人已著手於犯罪之實行後，後行為人中途與前行為人取得意思聯絡而參與實行行為而言。共同犯意不以在實行犯罪行為前成立者為限，若了解最初行為者之意思，而於其實行犯罪之中途發生共同犯意而參與實行者，亦足成立；故對於發生共同犯意以前其他共同正犯所為之行為，苟有就既成之條件加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，則該行為即在共同意思範圍以內，應共同負責。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 【學說速覽】

## 一、我國學說與實務對共謀共同正犯概念的齟齬

針對上述裁判見解，主要爭點在於「共謀共同正犯究應如何認定？」而現今我國實務普遍承認共謀共同正犯之主要論據，乃司法院大法官釋字第109號解釋：「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。」之見解。

學者對釋字第109號解釋則多採取反對之意見。有學者認為，共謀共同正犯僅有意思之聯絡，而無共同行為之實施，亦即只有主觀要件而無客觀要件，因此將謀議行為比擬為共同行為，在理論上殊嫌牽強。亦有學者指出，單純的事前同謀者，若非犯罪組織或計畫首腦，根本不會達到犯罪支配的程度，也不是決定性人物，至多僅能論以教唆或幫助犯，不能純以其「共謀」，即論以負全部責任之「共同正犯」。

## 二、實務與學說對正犯、共犯區別之意見

依最高法院判決之見解，即學說上所稱之「主觀理論」，同樣亦為我國學者通說所不採。

按，關於正犯與共犯之區別理論，歷來學說爭議甚多，可大別為以下各說：

## (一) 形式客觀理論：

1. 正犯：行為人做了構成要件的一部或全部。
2. 共犯：行為人做的是讓構成要件可以順利成立的支持或準備行為，而非構成要件本身描述的行為。

## (二) 實質客觀理論：

1. 正犯：對於構成要件的實現，有較高的危險性或較重的因果關係上之份量。
2. 共犯：危險性較低或因果關係上較輕微。

## (三) 主觀理論：

1. 正犯：以正犯意思而犯罪，且欲將犯罪當作自己的犯罪之人。
2. 共犯：以共犯意思而犯罪，且將犯罪當作他人的犯罪，而欲加以誘發或協助其發生之人。

至於何謂「將犯罪當作自己的犯罪」？主觀理論者往往採取「利益理論」判斷，亦即對犯罪結果有直接利益之人，為正犯；反之則為共犯。

(四) 犯罪支配理論：

行為人在整體犯罪過程中，居於「支配之操縱性地位」者，為正犯；反之即為共犯。所謂「犯罪支配」包括行為支配、意思支配、功能支配，行為人只要具備任一種支配都會成立正犯。

【考題分析】

甲和乙有竊盜的犯意聯絡，與行為分擔，故成立竊盜罪的共同正犯。

【關鍵字】

正犯、共同正犯、犯意聯絡、行為分擔。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！