

刑法判解

論正犯與共犯之區辨

最高法院98年度台上字第877號判決

【事實摘要】

本案上訴人即行為人甲，為索討債務人乙積欠其新台幣5300萬元之債務，遂與丙共同謀議，一方面由丙負責查探乙在證券公司進出股市之記錄，預定於發現乙有大量股票釋出、收取股款時，即進行擄人逼債行動；另一方面甲、丙則共同唆使丁找人進行綁架乙之行動。丁因而夥同戊、己、庚等共六人，策劃綁架事宜。某日，丙告知丁：「乙賣出股票得款5000餘萬元」、「時機已經成熟」，丁遂指示戊、己、庚以謊稱「調查員辦案」為由，持類似槍枝之物，將乙強押至某地私行拘禁。

【裁判要旨】

本案事實情節複雜，並涉及許多實體法、程序法、證據法則之爭執點，現已經最高法院第四度發回更審（更四審尚未判決），以下僅就本文欲討論之「共謀共同正犯」認定方式部分，摘錄高等法院更三審之判決見解，與最高法院之判決見解如下：

一、高等法院見解（台灣高等法院97年度重上更(三)字第64號刑事判決）：

本案關鍵在於行為人甲與丙共同教唆丁，由丁找人綁架乙並私行拘禁一事。甲既與丙共同教唆原無犯意之丁，綁架乙並私行拘禁，甲所為係犯刑法302條第1項、第29條之教唆私行拘禁罪。

二、最高法院見解（最高法院98年度台上字第877號判決）：

最高法院首先指出「教唆犯」與「共謀共同正犯」之不同：「共謀共同正犯係以自己共同犯意之意思，事先同謀，而由其中一部分人實行犯罪行為而言。至本無犯罪之意思，因他人之教唆，始起意犯罪，該教唆之人除於教唆後，又進而實行犯罪行為者，因其教唆行為已為實行行為所吸收，應論以正犯外，則僅論以教唆犯。因之教唆犯與共謀共同正犯，就其均未實行犯罪行為而言，固屬相同，然其區別為教唆犯係教唆原無犯罪意思之人，使萌生犯意，並因之實際已實行犯罪者；而共謀共同正犯則係以自己

共同犯罪之意思，事先同謀，而僅由其中一部分人實行犯罪行為，就其未下手實行之人，即應論以共同正犯。」

因此，最高法院就本案認為，行為人甲既係為向乙索討積欠自己之債務，始與丙共謀索債方法，並因而教唆丁進行擄人逼債，則甲應係為自己犯罪之意思而為犯罪謀議。因此，雖然甲並未實際出面實行擄禁乙之行為，仍屬「以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而僅由其中一部分人實行犯罪行為」，甲應成立私行拘禁罪之共謀共同正犯。原判決論以該罪之教唆犯，要與所認定事實不相符合，而有判決適用法則不當之違法。

【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。⁵⁰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」。⁵¹

二、本則最高法院判決與學說對正犯、共犯區別之意見

就本題事實而言，行為人甲究應成立共謀共同正犯或教唆犯，依最高法院判決之見解，區分標準在於行為人甲主觀上的「犯罪意思」，究係「以自己犯罪之意思」，抑或是「教唆他人犯罪之意思」？若是前者，甲成立共同正犯；若屬後者，甲僅為教唆犯。本案最高法院之見解，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

⁵⁰ 蔡墩銘，《刑法總論》，頁267-269，2007年10月7版。

⁵¹ 林鈺雄，《新刑法總則》，頁425-427，2006年初版。

說：⁵²

(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。

上述理論中，今日學者通說乃採「犯罪支配理論」，認為可兼顧行為人之主觀心態與客觀行為，始能做出適切的正犯、共犯區別。⁵³惟本案最高法院則明顯係採取「主觀理論」，並且係以「行為人甲有索討債務之利益」一事，作為認定甲乃為自己犯罪之意思、故應為正犯之依據，此為本案最高法院判決又一與學說意見不同之處。

⁵² 以下學說整理自林山田，《刑法通論（下冊）》，頁25-32，2005年9月9版。

⁵³ 林山田，《刑法通論（下冊）》，頁31，2005年9月9版。

【考題分析】

甲與丁因大樓管理事務結怨，放風聲要找人教訓丁。有時值缺錢的某乙聞訊，主動找上甲，表示可以為甲教訓丁。甲即與乙約定，先付前金十萬元，事成後再給付餘款二十萬元，要取丁「一手一腳」。乙於是進行籌畫，並且為周全計，另外找了丙共同執行行兇事宜。乙、丙二人於夜間至丁的店家找到丁，先圍毆丁，丁激烈反抗，乙、丙二人進而以所持利刃猛刺丁背部、腹部等多處要害，並割斷丁四肢，傷及大動脈，丁流血過多而致死亡。隔日乙前往向甲索取二十萬元餘款，甲質問乙：「怎麼搞的？我只說要修理他，昨晚他已經往生了！」不過還是給乙二十萬元。案發後，乙、丙準備潛逃出國，於是二人又向甲勒索跑路費八十萬元，否則將把實情全部抖出來。甲因恐自己涉案事情曝光，交付八十萬元。乙、丙得款後，還來不及出境就被警方逮捕。甲、乙、丙三人刑事責任如何？

(98台大法研B卷①)

◎答題關鍵

本題主要爭點在於甲（和被害人丁有仇）與乙（缺錢）「約定」要取丁「一手一腳」之事，甲與乙究為教唆犯或共同正犯？又乙、丙在實際下手時，逾越甲、乙的「約定」致丁死亡一事，甲是否亦應負責等。

由於甲只有參與謀議，而未分擔實行行為，且甲對於丁的傷亡又有利益（報仇），則依上開實務見解，甲即可能成立共謀共同正犯；惟實際解題時，考生仍應將多數學說對於共謀共同正犯之批評一併作答，並指出若依通說所採之犯罪支配理論，此處可能會導致不同結論。

【參考文獻】

1. 蔡墩銘，《刑法總論》，頁267-269，2007年10月7版。
2. 林山田，《刑法通論（下冊）》，頁25-32，2005年9月9版。
3. 林鈺雄，《新刑法總則》，頁425-427，2006年初版。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！