

兩岸犯罪參與制度之比較*

王 榮 聖 **

目 次

一、前言	(二)幫助犯
二、正犯參與型態	1.臺灣刑法
(一)共同正犯	2.大陸刑法
1.臺灣刑法	3.兩岸比較
2.大陸刑法	(三)脅從犯
3.兩岸比較	1.脅從犯之構成
(二)間接正犯	2.脅從犯之處罰原則
1.臺灣刑法	四、擬制參與型態
2.大陸刑法	1.臺灣刑法
三、共犯參與型態	2.大陸刑法
(一)教唆犯	五、結論
1.臺灣刑法	
2.大陸刑法	
3.兩岸比較	

關鍵字：正犯參與、共犯參與、擬制參與、從犯、脅從犯。

Keywords：Principal offender participation, Accomplice Offender participation, the Fiction participation of Accomplice, Accessory, Coerced Offender.

* 特別感謝匿名審查人在架構與內容上，對本文所提出深具建設性之具體指正。除論文體例架構因囿於撰寫及體系與用語比較上之困難，未能悉依審查建議而為調整外，餘均已依指正而為增修。

** 王榮聖，輔仁大學法學博士，玄奘大學法律學系助理教授。

摘 要

在兩岸犯罪參與制度上，因大陸刑法源自蘇聯，採主犯與從犯分別理論，以共同犯罪人在犯罪中之作用與分工為判斷標準，分為主犯、從犯、脅從犯及教唆犯等類型；但臺灣刑法則採德日刑法理論之正犯與共犯區別理論，正犯參與型態包括單獨正犯與共同正犯，共犯參與型態則有教唆犯與幫助犯。間接正犯，兩岸均無明文，但在理論與實務則予肯定。而基於身分關係所生之擬制參與型態，臺灣刑法第 31 條定有明文，大陸刑法則透過實務與學說予以肯認。

Comparative Study on the Cross-strait Crime Participations

Wang Jung-Sheng

Abstract

Comparison in cross-strait crime participations, because of the Mainland China criminal code was originated from the Soviet Union's criminal theory, the difference between Accessory and Principal was according to their functions and divisions in the crime. So the pattern of the crime participation can be divided into Principal, Accessory, Coerced Offender and Instigator. Comparatively, the Taiwan criminal law is based on Germany and Japan's theory, so it makes a distinction between the Principal Offender and the Accomplice offender. The patterns of the Principal offender participation include Single Principal Offender and Joint principal Offender. The pattern of the Accomplice Offender participation includes the Instigator and the Accessory. The Indirect Principal offender is affirmed both by theory and practice; even there is no regulation about it in cross-strait criminal codes. The pattern of the Fiction participation of Accomplice, which is based on the relationships of identifications, is regulated in Taiwan criminal code §31. Even it is not the same in Mainland China, but it is also approved both by theory and practice.

一、前言

所謂「犯罪參與」，乃指「數人以上共同參與犯罪」之型態而言。依我國現行刑法之規定，依其參與型態屬性之不同，吾人可將之分為「正犯參與型態」、「共犯參與型態」及「擬制參與型態」三種¹。在「正犯參與型態」中，以其所參與者之屬性皆屬「正犯」性質，類型上包括共同正犯、間接與犯、集團犯及對向犯等在內。在「共犯參與類型」，則以其參與者之屬性，係對於「正犯」之不同加工，而成立「共犯」，故型態上乃有教唆犯與幫助犯兩種類型。而「擬制參與類型」則指參與者之屬性係基於身分上之加工，而得成為犯罪主體之類型。

我國有關於犯罪參與之總則性規定，乃規定在刑法總則篇第四章正犯與共犯，亦即第28條至第31條之規定：

- 第28條 二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。
- 第29條 教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。
教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。
- 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。

幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。

- 第31條 因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。

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。

相對於此，以大陸1997年7月1日所公布施行之刑法為比較對象，依其刑法規定總則篇第二章第三節共同犯罪章之規定，主要有下列五條：

- 第25條 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。
二人以上共同過失犯罪，不以共同犯罪論處；應當負刑事責任的，按照他們所犯的罪分別處罰。
- 第26條 組織、領導犯罪集團進行犯罪活動的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。
三人以上為共同實施犯罪而組成的較為固定的犯罪組織，是犯罪集團。
對組織、領導犯罪集團的首要分

¹ 如此的區分，主要乃著眼於類型比較上之方便。在我國2006年7月1日公布施行的修正刑法中，對於第四章章名之更改，其立法理由即謂「由於我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且目前學說見解皆認正犯與共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯），爰將現行刑法之「共犯」章名，修正為「正犯與共犯」，以符實際。」即已將共同正犯與間接正犯劃入「正犯」範疇，而共犯參與類型則是最基本的參與型態。另外，所謂「擬制參與」則見於柯耀程教授對於刑法第31條之解釋時所使用之用語。蓋其認為「現行刑法第三十一條第一項之規定，原係將不具行為主體資格之參與者。擬制為適格參與者的規定，惟在犯罪類型的參與關係中，一般犯的參與類型認定，並毋須為任何的擬制作用，所需擬制的類型，應僅及於特別犯的類型。」故對於基於身分加工所成立的犯罪參與類型，本文爰予參酌，而謂之「擬制參與型態」。參 柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（上）》，作者出版，2006年3月初版第2刷，頁444。

子，按照集團所犯的全部罪行處罰。

對於第三款規定以外的主犯，應當按照其所參與的或者組織、指揮的全部犯罪處罰。

第 27 條 在共同犯罪中起次要或者輔助作用的，是從犯。

對於從犯，應當從輕、減輕處罰或者免除處罰。

第 28 條 對於被脅迫參加犯罪的，應當按照他的犯罪情節減輕處罰或者免除處

罰。

第 29 條 教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰。教唆不滿十八周歲的人犯罪的，應當從重處罰。

如果被教唆的人沒有犯被教唆的罪，對於教唆犯，可以從輕或者減輕處罰。

因此，若以前述吾人較為熟悉之三種犯罪參與型態為分類，而對二岸刑法之犯罪參與規範予以比較，吾人可予表列如下：

犯罪參與型態	犯罪行為類型	具體規定		備 註
		臺灣刑法	大陸刑法	
正犯參與型態	共同正犯	§28	§25 I ?	共同犯罪 = 共同實行犯罪？
	間接正犯	學說實務	學說實務	二岸均無間接正犯之明文。
共犯參與型態	教 唆 犯	§29	§29	大陸刑法乃是以其在共同犯罪中所起之作用，定其處罰。
	幫 助 犯	§30	§27	大陸刑法乃是以其在共同犯罪中所起之作用，定其主從。
	脅 從 犯		§28	此為大陸刑法獨有之規定。
擬制參與型態	身分加工	§31		此為大陸刑法所無，而由學說與實務以為補充。

詳言之，在「正犯參與型態」上，大陸刑法第 25 條第 1 項，是否相當於我國刑法第 28 條有關「共同正犯」之犯罪規定？亦即該條所謂「共同犯罪」是否即為「共同實行犯罪」之概念，更具體地說，大陸刑法是否具有「實行行為」之概念？其次，在「共犯參與型態」上，我國刑法第 29、30 條所規定之教唆犯與幫助犯，大陸刑法則規定在第 29 條與第 27 條。二者除教唆犯、幫助犯或從犯等用語相似外，在處罰上則完全不同。關於共

犯之處罰，我國乃從屬於正犯而定，但大陸刑法則均以其「在共同犯罪中所起之作用」而定其處罰輕重或犯罪主從，而帶有獨立性質。而有關第 28 條「脅從犯」之規定，更是大陸刑法所特有。再者，在「擬制參與型態」上，關於「身分加工」之犯罪類型，我國於刑法第 31 條設有明文，但大陸則無，亦即有關此種犯罪類型，均透過學說或司法實務而予補充或解決。

以下即依此三種犯罪參與型態，依次就

兩岸犯罪參與制度之相關規定予以比較論述²。

二、正犯參與型態

(一) 共同正犯

1. 臺灣刑法

所謂「共同正犯」，乃現行刑法第28條「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯」之謂。其乃相對於「單獨正犯」而言。單獨正犯乃指行為人單獨一人即可完成犯罪行為，但共同正犯則須由二人以上之共同參與，始得完成犯罪行為。向來，對於共同正犯本質之探討，往往集中於「共同性」問題之上。蓋，「犯罪行為之實現若係由二人以上所實現者，則判斷是否為共同正犯的基礎，乃在於其形成結構的共同性關係，倘若欠缺此種共同性關係時，則行為事實的實現，雖係由數人共同之作用所實現，仍舊無法將數人的關係稱之為共同正犯，…。是以共同正犯成立的前提，必須參與之人間具有共同性之存在，方得以論其參與關係為共同正犯³」。惟，共同正犯間所存在的「共同關係」係何所指，此涉及共同正犯之本質探討，首先應予究明。

(1) 共同正犯的本質理論

在學說上，如認其共同關係乃為「共同實施一定之犯罪」者，謂「犯罪共同說」；如認其共同關係乃為「共同實施一定之行為」者，謂「行為共同說」。前者，乃是古典學派客觀主義之產物，蓋所謂共犯乃二人以上共同實現特定之犯罪，亦即二人以上共同實施該當於一定構成要件之實行行為。故對於共同正犯之成立，行為人即需分擔部分構成要件該當行為之實行，始當足之。而對於共同正犯與從犯之區別，亦須依該分擔部分構成要件該當行為之實施有無，而為認定⁴。後者，則為近代學派主觀主義之學者所主張，而認為共犯乃二人以上依其共同行為而實現各自所企圖之犯罪。故對於共同正犯之成立，行為人之間自毋須有犯意聯絡，亦不須具有同一之罪名，而與單獨犯之成立幾無差異。

(2) 共同正犯的成立要件

再者，共同正犯之成立要件為何，因與「共同性」之認定基準有關，故須為探討。按，「共同正犯成立的前提，必須參與之人間具有共同性之存在，方得以論其參與關係為共同正犯。至於共同性如何形成？主要的觀察切入點，乃在於如何形成行為，畢竟數參與者所以為共同正犯者，乃在於其所實現之行為具有共同性關係，故而共同性的觀察，應從行為之形成為基準。而行為之形成，係

² 本文於審稿時，審查人在論文體例架構上建議本文可調整為「『壹、前言』、『貳、臺灣刑法犯罪參與制度』、『參、大陸刑法犯罪參與制度』、『肆、兩岸犯罪參與制度之異同』及『伍、結論』」，該建議本文完全贊同，甚至也是為文之初之架構編排思考之一。但本文為了提出「正犯參與型態」、「共犯參與型態」及「擬制參與型態」之分類方法，及體系、用語對比等考量，而予忍痛捨棄。

³ 柯耀程，前揭書，頁364。

⁴ 對此，完全犯罪共同說或嚴格犯罪共同說認為，共同正犯必須是數人共同實行特定之犯罪，而此特定犯罪，不但犯罪須特定，罪名亦須同一；但部分犯罪共同說則認為，數人所共同實施之犯罪，雖不屬於相同之構成要件，但在不同的構成要件之間，如有「同質重合」時，於此限度內，仍得成立共同正犯。目前我國實務仍採完全犯罪共同說之立場。參甘添貴，謝庭晃，《捷徑刑法總論》，瑞興圖書，95年6月修訂初版，頁266～267。

始於行為意思之決意，進而為意思範圍內之行為實現，故而共同性的認定基準，乃建立在三個條件之上，即共同意思、共同行為的範圍及行為人對等關係」⁵，因此，對於共同正犯之成立，在主觀要件上乃必須有「犯意之聯絡」，同時在客觀要件上亦須有「行為之分擔」始足當之。

主觀要件上所謂「犯意之聯絡」，其內涵乃指數參與者間「共同意思之形成」而言⁶。蓋，數參與者既共同為一定犯罪行為之實行，在其主觀上自須對於該欲為之行為有所合意⁷。而其共同意思形成之內容，依學者柯耀程氏之見解，應包括 1. 犯罪行為的類型與行為程度；2. 參與角色之行為分配認知；3. 地位對等的行為意思認知；4. 必須是一致對外的意思形成關係；及必須有 5. 貫徹意思實現的認知等五個部分⁸。

其次，共同正犯之數參與者既然就為一定犯罪行為之實行已形成「共同意思」，在客觀要件上，亦須要有「行為之分擔」⁹，亦

即對其「共同行為之範圍與內容」，有所分配與分工，以擔保其一定犯罪行為之實現。同時，在「行為人對等的連結關係」上，各參與者乃須立於同地位而為犯罪之實行，亦即各參與者基於角色之分配與行為之分工，乃有將他人行為之一部或全部，作為自身行為之全部或一部而為利用或補充，方能符合「一部行為全部責任」之歸責原則¹⁰。因此，共同正犯之各參與者，雖僅為部分行為之實行，但仍應就其全部行為負共同正犯之罪責¹¹。

2. 大陸刑法

相對地，在比較兩岸犯罪參與制度時，首先所遇到的難題即是，大陸刑法第 25 條第一項「共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪」之規定中所謂的「共同犯罪」究何所指，乃有先予究明之必要。

(1) 「共同犯罪」之概念

對此，大陸學者陳興良氏謂「共同犯罪，是我國從蘇聯刑法理論中引入的一個概念。

⁵ 柯耀程，前揭書，頁 364~365。

⁶ 30 年上第 2132 號判例：「共同正犯，必須有意思之聯絡，如實施犯罪時，一方意在殺人，一方意在傷害，即不能以其同時在場而令實施傷害者，亦負共同殺人責任」。

⁷ 對於共同意思之形成，73 年臺上字第 2364 號判例謂「意思之聯絡並不限於事前有所謀議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，且其表示之方法，亦不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦無不可。」，另最高法院 77 年臺上字第 2135 號判例認為「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。如甲分別邀約乙、丙犯罪，雖乙、丙間彼此並無直接之聯絡，亦無礙於其為共同正犯之成立」。

⁸ 柯耀程，前揭書，頁 365~367。

⁹ 最高法院 46 年臺上第 1304 號判例：「共同實施犯罪行為為共同正犯構成要件之一。所謂共同實施，雖不以參與全部犯罪行為為限，要必分擔實施一部分，始得為共同正犯」。

¹⁰ 此原則在本質上乃屬「連帶（團體）責任」之一種，惟其與古代之「團體責任」乃有所不同。前者包含「人與人」及「行為與行為」之結合，後者則僅為「人與人」之結合關係；雖亦屬「共同責任」之一種，但仍與「個人責任」原則不相違背。蓋在「行為人對等連結關係」上，行為人已將他人之行為作為自身行為之一部或全部而予利用或補充，故其所負者，仍屬「個人責任」之範疇。參甘添貴，謝庭晃，前揭書，頁 272。

¹¹ 28 年上第 3110 號判例：「共同實施犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責」。

大陸法系各國刑法，則區分正犯與共犯。廣義上的共犯包括共同正犯、教唆犯與幫助犯，狹義上的共犯指教唆犯與幫助犯。通觀大陸法系各國的共同犯罪理論，基本上是沿著正犯與共犯兩條線索建立起來的。盡管我國刑法統一規定了共同犯罪，但正犯與共犯的分析框架仍然可以貫通我國刑法中的共同犯罪理論。」¹² 另，該國另有學者謂「共同犯罪通常簡稱共犯，是一種特殊的犯罪型態，是由兩個或兩個以上的人聯合實施的犯罪，既可以共同犯一罪，也可以共同犯數罪。」¹³，「我國刑法採取了按照共同犯罪人的作用為主要標準，以共同犯罪人在共同犯罪活動中的分工為輔的方法進行分類，把共同犯罪人分為主犯、從犯；脅從犯和教唆犯四類。教唆犯是以分工為標準進行分類的，因此把它也作為一種特殊情況歸入共同犯罪人中並按其在共同犯罪中的作用予以處罰。」¹⁴ 再，大陸相關論著也有認為，以共同犯罪人之間有無分工為根據可將共同犯罪劃分為簡單共同犯罪與複雜共同犯罪。「簡單共同犯罪，是指二人以上共同故意實行犯罪的情況。在這種情況下，各共同犯罪人都是正犯（實行犯），故簡單共同犯罪在刑法理論上又叫共同正犯或共同實行犯。…。複雜的共同犯罪，是指二人以上共同犯罪中具有實行、教唆、

幫助等不同分工的情況。在這種情況下，存在著實行犯、組織犯、教唆犯與幫助犯之分，各自的行為以及故意的具體內容均存在差異。根據我國刑法的規定，對這幾種共同犯罪人應按其在共同犯罪中所起作用的大小，分別以主犯、從犯或脅從犯論處」¹⁵。

(2)共同犯罪的成立要件

由於刑法理論源由不同，兩岸刑法理論事實上是有些差距的，因此「共同犯罪」並不同於「共同正犯」，已如前述。惟大陸有學者認為「關於共同犯罪的構成要件，兩岸刑法學界都有較為詳細的論述，特別是大陸刑法，由於在大陸刑法中，犯罪構成是犯罪成立必不可少的主客觀要件的有機統一，對各種犯罪以及犯罪的各種型態的研究一直是刑法學界的重點，因此對共同犯罪的構成較之臺灣刑法學界也更為詳盡。在大陸刑法學界，幾乎所有的刑法學教科書或理論專著都對共同犯罪的構成要件有所論述。而在臺灣刑法理論中，有些對共同犯罪的構成要件進行了論述，有些只提及共同正犯的構成要件，其範圍顯然小於共同犯罪的構成要件。但無論其是以共同犯罪的構成要件還是以共同正犯的構成要件的面目出現，其具體內容卻是大同小異」¹⁶。強將學者有關「共同正犯」之部分論述比擬大陸刑法「共同犯罪」，

¹² 陳興良，《本體刑法學》，商務印書館，2003年2月北京第1次印刷，頁516。大陸刑法對於犯罪概念乃採蘇聯刑法理論，而以四要件說為實務通說之見解，亦即對於犯罪構成必須具備1.犯罪的客體要件、2.犯罪的客觀要件、3.犯罪的主體要件及4.犯罪的主觀要件等四個要件。但我國對於犯罪構成之判斷，則採構成要件該當性、違法性及有責性之三階理論。大陸刑法亦無所謂正犯與共犯之理論或規定，其主犯（包括教唆犯）、從犯之概念與正犯、共犯之概念亦不相當。故強加比擬，應屬不當。

¹³ 呂繼貴、寧青，《刑法比較》，福建人民出版社，1999年5月第1次印刷，頁113。

¹⁴ 同前註，頁122。

¹⁵ 陳明華主編，《刑法學》，中國政法大學出版社，1999年8月第一版第1刷，頁223～224。

¹⁶ 趙秉志主編、蔡墩銘校正，《兩岸刑法總論之比較研究》，五南圖書，民國87年9月初版1刷，頁407。此論述之謬誤，或由於早期兩岸欠缺學術交流，導致該作者對臺灣刑法源流及兩岸刑法理論不同論述基礎欠缺了解所致。臺灣刑法理論源於歐陸，參酌東瀛，順合國情，趕上潮流，立法先進，體制

實有誤解。

但無論如何，於探討大陸刑法共同犯罪之成立時，乃必須注意幾點：「一是共同犯罪的主客觀一致性。成立共同犯罪要求二人以上既要有共同故意，又必須有共同行為，而且二者之間須具有辯證統一關係。二是共同犯罪的整體性。即共同犯罪是二人以上在共同故意支配下實施犯罪行為所形成的一個有機整體，而不是各個人行為的簡單相加。三是共同犯罪類型，共同犯罪人的差異性。共同犯罪的類型不同，其社會危害性便不同；不同的共同犯罪人的社會危害程度也各不相同。如集團共同犯罪的社會危害性通常重於一般共同犯罪的危害性；主犯的社會危害性一般大於從犯的社會危害性」¹⁷。

由於目前大陸學者對於犯罪之構成，乃採蘇聯刑法理論之四要件說已如前述¹⁸。惟本文參考大陸刑法論著，均提出共同犯罪之特殊構成須具有三個要件，即主體要件、主觀要件與共同犯罪的客觀要件¹⁹。爰略述如下：

A. 主體要件

在犯罪主體上，依大陸刑法第 25 條第一項之規定，行為人必須是二人以上，才能成立共同犯罪。同時，也必須是二個以上達到刑事責任年齡、具有刑事責任能力之人共同實施犯罪²⁰，亦即，亦即，必須二人以上均滿 16 周歲，具有辨識和控制自己行為能力之

人，共同故意犯罪，始得成立共同犯罪。

再者，如有責任能力之人，教唆、幫助未達到刑事責任年齡之人或欠缺責任能力之人實施犯罪行為，乃為「間接正犯」，亦不構成共同犯罪。另外，在身分關係上，有些犯罪規定要求犯罪主體乃必須具有一定身分，如受賄罪之犯罪主體必須是國家工作人員，或強姦罪之犯罪主體必須是男性等，於此情形，該無身分之人雖不得成為該罪之犯罪主體，但仍得成立共同犯罪，而依其行為在共同犯罪之中所起的作用，分別定為教唆犯或從犯²¹。

B. 主觀要件

在犯罪的主觀要件上，在各個行為人間亦須有「共同犯罪故意」存在。所謂「共同犯罪故意」乃指各共同犯罪人透過意思聯絡，都認識到其所為之共同犯罪行為對社會所將產生的危害結果，並決意參與，希望或放任該結果之發生的心理狀態而言。因此，所謂「共同犯罪故意」即包含兩個內容，一為各共同犯罪人須具相同的犯罪故意；二是各個共同犯罪人之間也必須有犯意聯絡。於此仍應說明者乃，「相同犯罪故意是指各共同犯罪人均對同一罪或同幾種罪（共同犯數罪時）持有故意，且這種故意只要求在刑法規定的範圍內相同，而不要求故意的形式與具體內容完全相同。就故意形式而言，各共同犯罪人均為直接故意、均為間接故意以及部分人

民主。反觀大陸刑法理論採自社會主義之蘇聯，意識型態掛帥，罪刑法定、人權保障等思想，均待加強，實談不上立法進步或論述科學可言。所幸目前大陸學者不少負笈歐陸東瀛，眼界大開，對於大陸刑法趕上世界潮流，應多裨益。

¹⁷ 陳明華主編，前揭書，頁 214。

¹⁸ 參註 12。

¹⁹ 參呂繼貴·寧青，前揭書，頁 113 以下；陳明華主編，前揭書，頁 216 以下；趙秉志·蔡墩銘，前揭書，頁 407 以下；蘇長青·章志祥，《新刑法導論 上冊》，中國人民大學出版社，頁 120 以下；單民·劉方主編，《刑事司法疑難問題解答（刑法適用部分）》，中國檢察出版社，頁 126 以下。

為直接故意一部分人為間接故意時，只要是同一犯罪的故意，皆可成立共同犯罪。就故意的具體內容來講，相同的犯罪故意只要求各共同犯罪人具有法定的認識因素與意志因素，即使故意的具體內容不完全相同，也可以成立共同犯罪。例如，實行犯與教唆犯的故意，在具體內容上就不完全相同，但這種差異不影響二者成立共同犯罪」²²。

在主觀要件上，基於大陸刑法規定及刑法理論使然，下列情形，仍不得成立共同犯罪²³：

1. 共同過失犯罪不成立共同犯罪。蓋大陸刑法第25條第二項規定「二人以上共同過失犯罪，不以共同犯罪論處；應當負刑事責任的，按照他們所犯的罪分別處罰。」
2. 事前無通謀之窩藏、包庇行為及窩藏、銷贓行為不成立共同犯罪。蓋，前揭犯罪依大陸刑法第310條第二款規定「犯前款罪，事前通謀的，以共同犯罪論處」。但就該等犯罪事前通謀者，仍應成立共同罪。
3. 故意犯罪行為與過失犯罪行為不得成立共同犯罪。蓋此係由於共同犯罪須具對一定犯罪之故意與意思聯絡使然。同理，各共同犯罪人之間如欠缺意思聯絡，縱使二人以上同時或先後故意實施某種犯罪，以各自行為侵害同一對象，亦不得成立共同犯罪。
4. 二人以上所實施之不同犯罪如無同質重合之部分，即不得成立共同犯罪。蓋，既為不同犯罪，如其故意內容與行為性質不符合同一犯罪之構成，即不得成立共同犯罪。
5. 超出共同故意以外之犯罪，不得成立共同犯罪。其超過部分因欠缺意思聯絡，故應由行為人單獨承擔該部分之刑事責任。

C. 共同犯罪的客觀要件

共同犯罪的客觀要件乃是指各共同犯罪人必須具有共同的犯罪行為。所謂共同的犯

罪行為，「不僅指共同犯罪人都實施了屬於同一犯罪的構成的行為，而且指各共同犯罪人的行為在共同故意支配下彼此配合、相互協調、相互補充，形成為一個整體。…，各共犯人的行為作為一個整體與危害結果之間具有因果關係，因而也可以說各共犯人的行為與危害結果間存在因果關係」²⁴。

因此，在共同犯罪的客觀表現上，不同的行為形式，如作為與作為間，作為與不作為間或不作為與不作為間、不同的行為階段，如共同的實行行為間，共同的預備行為間或預備行為與實行行為間、不同的分工情形，如實行行為，組織行為，教唆行為或幫助行為間、或同時或先後所實施的犯罪行為，只要是在共同故意支配下，相互配合協調者，皆可能成立共同犯罪²⁵。

(3) 共同犯罪的歸責原則

「簡單共同犯罪，是指二人以上共同故意實行犯罪的情況。在這種情況下，各共同犯罪人都是正犯（實行犯），故簡單共同犯罪在刑法理論上又叫共同正犯或共同實行犯。…。複雜的共同犯罪，是指二人以上共同犯罪中具有實行、教唆、幫助等不同分工的情況。在這種情況下，存在著實行犯、組織犯、教唆犯與幫助犯之分，各自的行為以及故意的具體內容均存在差異。根據我國刑法的規定，對這幾種共同犯罪人應按其在共同犯罪中所起作用的大小，分別以主犯、從犯或脅從犯論處」²⁶，這大概是大陸學者對共同犯罪最單清楚的分類，吾人即依此分類，說明大陸刑法對共同犯罪之歸責原則：

A. 簡單共同犯罪之歸責

對於簡單共同犯罪，由於行為人乃是基於共同的故意實施犯罪行為，故在刑事責任之歸屬時，乃須遵循下列原則²⁷：

(a) 部分實行負全部結果責任原則

因各共同實行犯之間，基於對共同故意犯罪之意思聯絡，其相互間即有利用他人共同犯罪行為之全部或一部，作為自身行為之全部或一部之補充，而使得各個行為形成統一整體，因而即使部分行為人僅分擔部分行為之實施，對共同實行行為所造成之全部結果，也要負擔共同實行犯之責任。此原則乃與臺灣刑法理論之「一部行為全部責任」原則相同。

(b)區別對待原則

在前揭原則之下，對於各個共同犯罪之實行犯，仍應根據其於共同犯罪人在共同實行犯罪中所起的作用大小，而區別其究屬主犯、從犯或脅從犯，而依法定處罰原則分別予以處罰。因此，在多數主犯（從犯或脅從犯）之間，其各自所為之行為所造成的社會危害性如有不同，亦應予以區別對待而為處罰。

(c)罪責自負原則

共同犯罪人之間，乃基於其共同故意犯罪之意思聯絡，而實施共同犯罪，於該意思聯絡範圍之內，就全部結果負其責任。惟對

於他人超出意思聯絡範圍之外所為之行為，並無承擔責任之必要。

B.複雜共同犯罪之歸責

複雜的共同犯罪，是指二人以上共同犯罪中具有實行、教唆、幫助等不同分工的情況。在這種情況下，依照大陸刑法之規定，乃有實行犯、組織犯、教唆犯與幫助犯之分，其各自之行為與故意的具體內容均有所差異。故應按其在共同犯罪中所起作用的大小，分別以主犯、從犯或脅從犯予以論處。

3.兩岸比較

綜上所述，吾人可歸納出幾個結論：

- 1.大陸刑法理論與屬於歐陸法系的臺灣刑法理論源由不同。大陸刑法理論中，並無所謂正犯與共犯之概念。大陸學者所引用歐陸法系之共同犯罪理論與共犯區別理論對其刑法所為之說明，應屬曲附²⁸。
- 2.大陸刑法規定中之「共同犯罪」，其概念不等於「共同正犯」之概念。勉強地來說，其內容應包括歐陸法系之共同正犯、教唆犯及幫助犯等概念在內。²⁹
- 3.在大陸刑法之「共同犯罪」概念中，乃依

²⁰ 刑事責任年齡依大陸刑法第十七條規定「已滿十六周歲的人犯罪，應當負刑事責任。已滿十四周歲不滿十六周歲的人，犯故意殺人、故意傷害致人重傷或者死亡、強姦、搶劫、販賣毒品、放火、爆炸、投毒罪的，應當負刑事責任。已滿十四周歲不滿十八周歲的人犯罪，應當從輕或者減輕處罰。因不滿十六周歲不予刑事處罰的，責令他的家長或者監護人加以管教；在必要的時候，也可以由政府收容教養。」

²¹ 大陸刑法對有身分者同無身分者構成共同犯罪時，應如何定性，法無明文，乃係由相關司法解釋與刑法學說所構成。

²² 陳明華主編，前揭書，頁218。

²³ 同前註，頁219~220。

²⁴ 同前註，頁220~221。

²⁵ 同前註，頁221。

²⁶ 同前註，頁223~224。

²⁷ 同前註，頁224。

²⁸ 參註12。

²⁹ 大陸學者也有認為「…，對同共犯罪人之間的關係應當直接按照我國刑法的規定來認識和處理，而不能套用共犯從屬性說與共犯獨立性說的理論」，陳明華主編，前揭書，頁216。

各參與者之行為於共同犯罪中所起之作用，而區別其犯罪主體屬性，故對於主犯、從犯與教唆犯之區別，乃屬相對而不確定之概念³⁰。

詳言之，「主犯非同於正犯概念」。蓋所謂「主犯」乃指在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。依大陸刑法第26條第一項「組織、領導犯罪集團進行犯罪活動的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。」第97條「本法所稱首要分子，是指在犯罪集團或者聚眾犯罪中起組織、策劃、指揮作用的犯罪分子。可見主犯的概念包括1.首要分子與2.其他主犯兩類。前者，又可分為(1)犯罪集團的組織者、領導者及指揮者；(2)在聚眾犯罪中起組織、策劃、指揮作用的犯罪分子，而在這類的首要分子中，依其具體之規定，又可分為「主犯的首要分子」與「非主犯的首要分子」。因此，「首要分子不都是主犯，主犯也不都是首要分子。但犯罪集團中的首要分子都是主犯，聚眾犯罪中的首要分子只有其中構成共同犯罪的才是主犯，構成獨立犯罪的則談不上主犯。首要分子只是構成犯罪的要件，而不是主犯」³¹。後者，則「指除首要分子以外的在其他共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。所謂“其他共同犯罪中起主

要作用”的，主要是指在犯罪集團中起主要作用的、在聚眾犯罪中起主要作用的以及在一般共同犯罪中起主要作用的犯罪分子」³²。另外，依第29條第一項前段「教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰。」亦即，「對教唆犯的處罰應當依照其本身在共同犯罪中所起作用的大小來確定。教唆犯所起的作用如果大於實行犯，則作為主犯處罰，反之，作為從犯處罰。由此可知，教唆犯既可能是主犯，亦可能是從犯。也就是說，在大陸刑法中，主犯包括教唆犯」³³。而所謂「正犯」乃謂「構成要件行為之實行者」，其單獨實行者為「單獨正犯」，二人以上共同實行者為「共同正犯」，假非正犯之他人而實行者為「間接正犯」，與前揭「主犯」概念，不論行為人是否為構成要件行為之實行，只要在共同犯罪中「起主要作用者」，即為主犯，二者概念顯然不同。

(二)間接正犯

1. 臺灣刑法

間接正犯亦應屬於犯參與型態之一³⁴，而所謂間接正犯，乃指利用非正犯之他人而實現構成要件行為之行為人而言。間接正犯於臺灣刑法並無明文規範，仍係由學說或實

30 這種「相對而不確定的概念」不但不能直接反應實行犯和教唆犯在共同犯罪中所起的作用而不能清楚地說明他們的主從地位外，同時也易給司法專斷留有餘地，而帶有濃厚的主觀色彩。對此批評，參呂繼貴，寧青，前揭書，頁123。

31 呂繼貴，寧青，前揭書，頁123～124。

32 同前註，頁125。另參趙秉志，蔡墩銘，前揭書，頁422。

33 趙秉志，蔡墩銘，前揭書，頁423。

34 臺灣學者柯耀程氏認為「當數人為構成要件行為之實現時，其實現關係的存在形式，可以是等距的橫向關係，故而有共同正犯、正犯與幫助犯（特別是事中幫助）的參與形式存在；也可以是不等距的縱向關係，故而有間接正犯與教唆犯，或是一部分的幫助犯（特別是事前幫助的情況）之存在，而在不等距的結構關係中，屬於正犯類型者，當屬間接正犯。」參氏著，前揭書，頁377。於此，本文對於犯罪參與乃採較寬鬆的角度，即從形式上觀察，如有數人參與犯罪之情形，即列入犯罪參與類型之探討範疇。

務見解予以補充³⁵。然依最高法院向來之見解，均承認「間接正犯」之概念，如27年上字第672號判例即認「間接正犯係利用無刑事責任之人實施自己所欲犯之罪而成立，故必以被利用人之行為係犯罪行為為先決條件，如被利用人之行為不成犯罪，則利用者，自亦無犯罪之可言」，「教唆無犯罪意思之人使之實施犯罪者，固為教唆犯，若逼令他人犯罪，他人因慌於威勢，意思失其自由而實施者，在實施之人因無犯罪故意，既不構成犯罪，則造意之人為間接正犯而非教唆犯」（23年上字第3621號判例參照）。

間接正犯雖法無明文，卻為實務見解所採。惟學說所盛議之「正犯性」問題，並未因此而獲得解決。蓋，就間接正犯之行為外觀而言，其與直接正犯較無類似，卻近似教唆犯，因此，如何說明其正犯性及其與教唆犯之區別，即待究明。

(1)間接正犯之正犯性根據

關於間接正犯之正犯性根據，學說上大別有道具理論與行為支配理論等說法³⁶。前者乃認，間接正犯與直接正犯之最大差異乃在於行為人有否親自為實行行為之實行，惟如行為人乃將他人之行為，當作道具而予利用，而實現其犯罪時，在法規範之評價上，實與行為人親自實施，並無二致，故認其乃屬正犯之一種類型。後者，則以「行為支配」

之觀點切入，認為利用者支配被利用者之行為，乃與直接正犯具有相同之行為支配，故得認其為正犯。基於此不同之觀點，對於間接正犯之成立型態，亦有所不同。

(2)間接正犯之成立型態

基於「道具理論」之觀點，「間接正犯，即是將他人的行為當成道具般的加以利用，所以從被利用者的角度來觀察，被利用者的行為須具有道具性，也就是不能有太大的自主空間。反應在犯罪論上，被利用者的行為，須不能成立犯罪始可。…。但是利用被利用人的過失行為，或是被利用人的他故意行為，則因利用被利用人的行為仍不失為本罪的道具，所以利用人可以成立間接正犯」³⁷。故在其成立型態上，利用他人欠缺構成要件該當性之行為，如利用被利用者欠缺構成要件故意之情形，包括被利用人不知情、欠缺意思能力、意思受到壓抑、具有他罪故意或有過失等、或被利用者為有故意之道具，如被利用者有故意卻欠缺目的或身分之行為等，或利用他人欠缺違法性之行為、及利用他人欠缺有責性之行為等，皆得成立間接正犯³⁸。另，基於「行為支配理論」，以其「意思支配」關係予以認定時，則行為人基於強制關係、基於利用他人錯誤的情形、利用無責任能力人之行為，或基於組織性權力結構的意思支配關係，均得成立間接正犯³⁹。

³⁵ 原本刑總修正草案第28條第一項後段曾建議「利用正犯以外之他人以實施之者，亦同」，即屬間接正犯之規定，惟新修正刑法並未予納入，故有關間接正犯之問題，即須有賴於學說與實務之構成與發展。

³⁶ 對此，臺灣學者陳子平氏除了行為支配理論之外，也提出「實行行為性說」與「規範障礙說」以作為間接正犯正犯性取得之根據，前者認間接正犯具有與直接正犯相同評價之實行行為性；後者則以被利用者是否為利用者實現犯罪上之規範障礙為區別之基準。參陳子平，《刑法總論下》，作者出版，2006年2月初版第1刷，頁90以下。

³⁷ 甘添貴·謝庭晃，前揭書，頁261。

³⁸ 同前註，頁261～263參照。

³⁹ 柯耀程，前揭書，頁379～382參照。

2. 大陸刑法

大陸刑法學界雖普遍基於「道具理論」而承認「間接正犯」之概念，但對於間接正犯是否屬於犯罪參與型態之一，幾乎均持否定的看法，亦即，不成立共同犯罪，而應依照實行犯予以處罰。如「一個達到法定年齡、具有辨識和控制能力的人，利用沒有達到法定年齡、具有辨識、控制能力的人實施犯罪行為的，不構成共同犯罪。例如，某甲唆使自己不滿 14 周歲的兒子竊取他人數額較大的財物，由於後者不符合犯罪主體條件，只是某甲實施犯罪的工具，故這裏不存在共同犯罪，只有某甲的行為成立竊盜罪。這種情況在刑法理論上稱做間接正犯或間接實行犯」⁴⁰，或如「…。…教唆已滿 14 周歲不滿 16 周歲的人犯殺人等罪以外的罪或者教唆不滿 14 周歲的人實施危害行為的，因為被教唆者未達法定刑事責任年齡，不能成為犯罪主體，他們只不過是教唆犯的犯罪工具，所以教唆者不成立教唆犯，應單獨按照實行犯從重處罰」⁴¹。

三、共犯參與型態

(一) 教唆犯

1. 臺灣刑法

「在採取區分犯罪行為參與形式的體制中，共犯係有別於正犯之參與型態。向來在

刑法參與論學理的發展中，共犯常被作為負面性認定的類型，即對於犯罪行為之參與，以認定正犯為根本，僅於否定正犯成立時，始有共犯認定問題之成立。…。共犯問題之探討，亦僅於區分正犯與共犯之體制下，才有其實際效用」⁴²。「由於我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且目前學說見解皆認正犯與共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯），…。」⁴³，此修正理由之說明，即點出目前我國關於犯罪參與體系的概況。

依我國現行刑法第 29 條規定「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。」所謂「教唆」實指唆使他人產生犯罪之決意，並進而為犯罪行為之實行而言。因此，教唆的對象，在被教唆之時，須無犯意存在，而因行為人之唆使後，始生犯意，方得成立教唆。雖然，但教唆犯在我國向來所存在之爭議，乃有關於其立法原則，究係採「共犯獨立性說」抑或是「共犯從屬性說」之立場。

(1) 教唆犯的處罰根據

有關共犯本質理論，向來即有「共犯獨立性說」與「共犯從屬性說」之爭議。前者乃主觀主義之主張，認為，教唆犯依其教唆行為之實施，已足以將其主觀上之惡性，充

⁴⁰ 陳明華主編，前揭書，頁 217。相同之見解，另參蘇長青、章志祥，前揭書，頁 121。但單民、劉方主編，前揭書，頁 143 卻認為「教唆未達到刑事責任年齡、沒有刑事責任能力的人實施犯罪的，由於被教唆人沒有辨識或者控制自己行為的能力，實際上是作為教唆人實行某種犯罪的工具，這時，教唆行為實際上是一種間接實行行為，教唆犯屬於間接正犯，應當對教唆本人單獨以犯罪論處」，似乎將間接正犯作為教唆犯的行為類型之一，但究應論以教唆之罪之教唆犯或間接正犯，則未見說明。

⁴¹ 呂繼貴、寧青，前揭書，頁 132。

⁴² 柯耀程，前揭書，頁 388。

⁴³ 2006 年新修正刑法第四章章名修正理由參照。

分徵表於外，行為人一旦完成教唆行為，即已取得其犯罪性與可罰性，而與被教唆之他人是否成立正犯無關。後者，則係客觀主義之產物，認教唆犯之犯罪性與可罰性，乃從屬於正犯而存在。亦即，須被教唆之他人已成立正犯後，始得成立教唆犯並對之加以處罰。

而在共犯從屬性說之下，教唆犯既須從屬於正犯，則須從屬至何種程度，始得成立。因此，關於共犯從屬於正犯實行行為之程度乃有四種形式：

- 一、最小從屬形式：只要正犯行為具有構成要件該當性，共犯即成立；
- 二、限制從屬形式：正犯行為須具有構成要件該當性及違法性，共犯始得成立；
- 三、極端從屬形式：須正犯之行為具備構成要件該當性、違法性及有責性時，共犯始得成立；
- 四、誇張從屬形式：正犯行為不但須具備構成要件該當性、違法性及有責性，同時也要具有可罰性，共犯始得成立。

對此，新修正刑法第29條之修正理由即謂「一、關於教唆犯之性質為何，實務及學說之見解至為混亂，惟依現行教唆犯之立法理由『教唆犯惡性甚大，宜採獨立處罰主義。惟被教唆人未至犯罪，或雖犯罪而未遂，即處教唆犯既遂犯之刑，未免過嚴，故本案規定此種情形，以未遂犯論。』似可得知係採共犯獨立性說立場。二、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」。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

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，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。三、修正後之教唆犯既採共犯從屬性說之立場，因此，關於教唆犯之處罰效果，仍維持現行法第二項「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之」之規定，在適用上係指被教唆者著手實行，且具備違法性後，教唆者始成立教唆犯。而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。」至此，有關於教唆犯之立法原則爭議，方獲定論。

(2)教唆犯的成立要件

教唆犯立法原則，既已採取共犯從屬性說之「限制從屬形式」，則其成立要件，除了主觀上之教唆故意與客觀上之教唆行為外，亦需有正犯之實行行為為必要。詳言之：

A.主觀要件：須有教唆故意

教唆犯為故意犯，故主觀要件上，即須具備教唆之故意，始能成立。惟其教唆故意之內容，對於構成要件內容之實現是否應有所認識或予以容認之必要，素為聚訟所在。然以教唆犯之成立，在其主觀上既係意欲透過正犯行為之實行，以間接達成犯罪，故於其故意之內容上，除了教唆犯行為本身之故意外，對於因其行為所可能達成之犯罪內容亦應有所認識，故對於構成要件內容之實現，行為人即需對之有所認識或予以容認之必要。

B.客觀要件：須有教唆行為

教唆犯之教唆行為乃係其主觀惡性徵表之所在，雖其仍需藉由正犯之存在，始得成立，但客觀上仍須有教唆行為存在，始足當之。惟，何為教唆行為，法無明文，然只要行為人所為之行為，足以使被教唆者產生犯意時，即屬之。故不論作為或不作為、明示或默示，命令或請求均得成立教唆行為。此外，教唆之對象與教唆之犯罪均須特定，否則乃屬煽惑。

C. 正犯須已著手實行

對於教唆犯之立法主義，既採共犯從屬性說之限制從屬形式，則其存在必以正犯實行行為之存在為前提，且正犯行為僅須具有構成要件該當性與違法性為已足，不以有責性為必要。故被教唆之人縱因欠缺刑事責任能力而不成立犯罪，行為人仍得成立教唆犯。

(3) 教唆犯的成立範圍

在論理上，教唆行為的事態發展，吾人略可概分為下列各種不同進程：

- 一、未至教唆：即行為人雖已實施教唆行為，惟因其他因素，致被教唆者不知其教唆之存在。
- 二、失敗教唆：行為人已實施教唆行為，被教唆者亦已確實收到該訊息，惟予以拒絕。
- 三、無效教唆：行為人已實施教唆行為，被教唆人亦予應允，惟嗣後並未實行。
- 四、狹義教唆未遂：行為人已實施教唆行為，被教唆者亦已著手實行，惟未完成該犯罪。

惟如前揭修正理由所示「二、…。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，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。三、修正後之教唆犯既採共犯從屬性說之立場，因此，關於教唆犯之處罰效果，仍維持現行法第二項「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之」之規定，在適用上係指被教唆者著手實行，且具備違法性後，教唆者始成立教唆犯。而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。」故，依現行刑法規定，教唆犯成立之範圍，僅限於「狹義無效教唆」之情形，即被教唆人須已著手實行，且具備違法性後，行為人始成立教唆犯。而成立教唆犯後之處罰，則依其所教唆之罪，視被教唆人所實行之構成要件事實之既、未遂為斷。

2. 大陸刑法

(1) 教唆犯的性質

大陸刑法第29條「教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰。教唆不滿十八周歲的人犯罪的，應當從重處罰。如果被教唆的人沒有犯被教唆的罪，對於教唆犯，可以從輕或者減輕處罰。」這是大陸有關教唆犯的明文規定。其實將大陸刑法有關教唆犯之規定置於「共犯參與型態」中予以討論，是不恰當的。因為大陸刑法中，根本沒有正犯與共犯區別的概念⁴⁴，但本文基

⁴⁴ 雖然大陸學者陳興良將與犯認為「正犯，在我國刑法理論中稱為實行犯，指實行刑法分則規定的構成

於比較上之便利，仍然將之置於以我國法為分類的探討分類中，予以討論。

在大陸刑法中，所謂「共同犯罪人」，其內容乃包括主犯、從犯、脅從犯和教唆犯。其「刑法這樣分類主要是以共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用為分類標準，同時參照共同犯罪人在犯罪過程中的分工進行的分類。由於教唆犯必須以實行犯的存在為條件，沒有實行犯，也就沒有作為共同犯罪人的實行犯。因此，對於教唆犯，刑法又專門規定應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰」⁴⁵。所以，教唆犯究竟屬於主犯抑或是從犯，即須依其在共同犯罪中之作用而予認定。詳言之，如其於共同犯罪中實際所起之作用大於實行犯，即應被認定為「主犯」，反之，如其作用小於實行犯，則應屬於「從犯」，但更確切來說，教唆犯屬乎主犯或從犯的判斷，其實完全在於裁判者的主觀判斷上，而依照大陸司法的實踐經驗，「由於教唆犯是造意犯，是實行犯實施犯罪的最初動因，在共同犯罪中起著不可替代的作用。因此，教唆犯具有較大社會危害性，一般都應從嚴處罰」⁴⁶。依此，教唆犯與其他共同犯罪人之區別乃在於「(1)教唆犯是導致某一犯罪行為實施的犯意的製造者，在認識方面具有較深的主觀惡性；(2)教唆犯主要是通過他人的實行行為實現其犯罪意圖，在共同犯罪中處於幕後策劃者的地位」⁴⁷。

(2)教唆犯的成立要件

關於教唆犯之成立要件，依大陸學者通說，行為人必須在主觀方面必須具有教唆他人犯罪之故意，在客觀方面也必須實施教唆他人犯罪之行為存在，始得成立。

A.主觀方面，須有教唆他人犯罪之故意

所謂「教唆故意」係指唆使他人犯罪之故意，亦即，他人犯罪之意思，乃須由教唆犯之唆使所造成。因此，過失引起他人產生犯意者，並不構成教唆犯。教唆犯之所以必須負擔刑事責任的主觀基礎乃在於其所具有的「雙重心理狀態」，「即教唆者明知自己的行為是唆使他人犯罪的行為。明知被教唆者如果去實行自己所教唆的犯罪，犯罪的危害結果就會發生，而教唆者不僅希望或者放任被教唆者去實施其教唆的犯罪，而且希望或放任犯罪結果發生」⁴⁸。如此一來，如行為人預先認識結果不發生或自始即以被教唆者之實行行為未遂，而實施教唆行為時，此種「未遂教唆」之情形即不得以教唆未遂予以處罰。因此，就主觀部分而言，不論臺灣或大陸學界，均肯認教唆犯應有「雙重故意」的存在。但大陸學者更強調教唆犯故意內容所體現出的「從屬性與獨立性的統一」，亦即，「教唆犯的故意內容具有社會危害性，是主觀惡性的體現，具有獨立性；教唆犯又希望或者放任被教唆的人造成一定的危害結果，這又具有從屬性」⁴⁹。

B.客觀方面，須有教唆他人之行

要件行為的犯罪人」，「共犯，是相對於正犯而言的，指未參加實行刑法分則規定的構成要件行為的共同犯罪人」，但這僅是大陸學者中，大量引用歐陸刑法理論而為論述的結果，事實上，大陸大部分的論述，甚少直接使用正犯與共犯的用語。氏著，前揭書，頁520、528。

⁴⁵ 單民·劉方主編，前揭書，頁136。

⁴⁶ 同前註，頁144。

⁴⁷ 同前註，頁142。

⁴⁸ 呂繼貴·寧青，前揭書，頁130。

為存在

所謂「教唆行為」，乃指行為人實施了教唆他人犯罪之行為，亦即透過教唆行為之實施而引起或可能引起他人的犯罪故意而言。

「因此，教唆行為實際上引起了被教唆人的犯罪故意，被教唆人進而實施被教唆的犯罪行為（包括預備行為）的，則教唆行為與被教唆人的行為成立共同犯罪，該教唆犯便屬於共同犯罪中的教唆犯或簡稱為共犯教唆犯。如果行為人雖然實施了教唆行為，但被教唆人沒有犯被教唆的罪，則不發生共同犯罪的問題，該教唆犯就屬於非共同犯罪的教唆犯或簡稱為獨立教唆犯」⁵⁰。

另，教唆行為也必須教唆他人實施具體的犯罪行為，如果只是唆使他人實施違規行為或違反道德之行為或僅是泛泛地勸說他人去觸犯刑法或實施違反法律之行為，都不構成教唆犯，且教唆犯之行為亦具有不定型性，無論是慫恿、利用、收買、威脅、命令、誘惑等均屬之。

C. 是否須從屬於實行犯？

關於教唆犯之成立，在要件上是否須以被教唆之實行犯之存在為必要，少有學者論及。但如依前述大陸學者之見解「由於教唆犯必須以實行犯的存在為條件，沒有實行犯，也就沒有作為共同犯罪人的實行犯」⁵¹，似乎認為，在屬於「共犯教唆犯」之情形，應以被教唆之實行犯之存在為必要；但在「獨立教唆犯」之情形，則無此必要。然因大陸與臺灣所採之刑法理論並不相同，且大陸刑法並無正犯與共犯之概念，關於教唆犯之成立僅須具備主觀犯意與客觀行為即為已足，是

否有被教唆之實行犯存在，僅對其處罰有所影響，但與其成立無關，故解釋上，並不以被教唆之實行犯存在為必要，此亦為兩岸刑法關於教唆犯之成立不同處之一。

故，被教唆之對象，應為已達到法定年齡、具有辨認和控制行為能力且無被教唆犯罪之犯意存在之人，否則行為人並不成立教唆犯，而屬間接正犯之範疇。且所教唆之人亦須屬於無被教唆犯罪之意圖之人，否則行為人之行為應屬幫助性質，仍不成立教唆犯。但「如行為人將不具備犯罪主體條件的人誤認為是符合主體條件之人，或將已有犯罪意圖的人誤認為是沒有犯罪意圖之人而直接故意地實施教唆行為的，仍可成立教唆犯」⁵²。

(3) 教唆犯之處罰原則

依前揭大陸刑法第 29 條規定，對於教唆犯之處罰乃有三項原則：

A. 第 29 條第一款前段

依 29 條第一款前段「教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰」。此乃就「共犯教唆犯」而言，亦即，如教唆犯在共同犯罪中乃是起「主要作用」者，即為主犯，應以主犯論處；若是僅起了「次要作用」，則為從犯，應以從犯論處。

B. 第 29 條第一款後段

依 29 條第一款後段「教唆不滿十八周歲的人犯罪的，應當從重處罰」。教唆不滿 18 周歲之人犯罪，參照大陸刑法第 17 條有關刑事年齡之規定，可分為二種情形，一是教唆未滿 16 周歲之人犯罪；一是教唆 16 周歲以上，未滿 18 周歲之人犯罪。前者，與其說是教唆，倒不如說是「利用」，蓋未滿 16 周歲

⁴⁹ 同前註。另參趙秉志·蔡墩銘，前揭書，頁 428。

⁵⁰ 陳明華主編，前揭書，頁 231。

⁵¹ 參註 44。

⁵² 陳明華主編，前揭書，頁 232。

之人乃不具刑事責任之人，行為人對此等之人所為之教唆，毋寧是屬於利用行為，因此，行為人在此情形，應是屬於「間接正犯」之犯罪，即應依正犯而為處斷，故當從重處罰。後者，雖是對具有刑事責任能力之人所為之教唆，但該等人之辨識能力與控制行為能力究屬薄弱，而利用此思慮薄弱之人而為犯罪，正足以顯示教唆犯主觀重大惡性之所在，故乃予從重處罰。

臺灣刑法雖未有如此之規定，但在少年事件處理法第 85 條，則設有類似之規定。亦即，「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」。

C. 第 29 條第二款

依第 29 條第二款「如果被教唆的人沒有犯被教唆的罪，對於教唆犯，可以從輕或者減輕處罰」。所謂被教唆的人「沒有犯被教唆的罪」，乃包括前述「失敗教唆」、「無效教唆」與狹義教唆未遂」等在內，在此情形下，雖不成立共同犯罪，而是屬於獨立教唆犯，但「教唆犯完全符合我國刑法中犯罪未遂的構成特徵，所以應當認定為教唆未遂。由於教唆未遂的行為沒有造成實際的危害結果，或者屬造成危害結果，但與其教唆行為沒有因果聯繫的，對教唆犯可以從輕或者減輕處罰」⁵³。此規定亦是大陸刑法與臺灣刑法規定相左之處。

3. 兩岸比較

事實上，「兩岸教唆犯之本質並不相同」。我國刑法第 29 條規定「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，

依其所教唆之罪處罰之。」而大陸刑法第 29 條則規定「教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰。教唆不滿十八周歲的人犯罪的，應當從重處罰。」乍看之下，兩岸刑法對於教唆犯所為之定義似乎相同，但關於教唆犯之本質，二者並不相同。蓋，「大陸刑法對共同犯罪人的分類採作用分類法，教唆犯依其在共同犯罪中的作用處罰。也就是說，教唆犯既可能是主犯，也可能是從犯，從而與主犯與從犯的關係就是相互交叉，而不是相互獨立」⁵⁴。此與臺灣刑法理論所認為「教唆犯乃屬共犯」之認知即有不同。且，臺灣刑法在第 29 條之修正理由二中，亦謂「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」。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，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。」可見二者之成立要件與本質均非相同。

⁵³ 單民·劉方主編，前揭書，頁 144。

⁵⁴ 參趙秉志·蔡墩銘，前揭書，頁 428。事實上，大陸刑法對於教唆犯成立與否之判斷，乃是立於「獨立判斷」之立場，而視其對犯罪所產生之作用而定，可說是既獨立又從屬，但仍與共犯本質理論爭議無關。

(二)幫助犯

1. 臺灣刑法

(1)幫助犯之立法原則

現行刑法第30條第一項規定「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯」，「所謂幫助，是指於正犯實行犯罪時，從旁予以精神上之鼓勵或物質上之協助，而使正犯的犯罪更容易實現」⁵⁵而言。向來於學者通說或實務見解，即認為幫助犯之立法原則乃採「共犯從屬性說」之立場，且須達「極端從屬形式」，始足當之⁵⁶。惟於2006年之刑法修正時，於第30條之修正理由中，即認為「一、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，然第一項關於幫助犯之規定，與現行條文第二十九條第一項體例相同，在解釋上，亦滋生共犯獨立性說與從屬性說之爭。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，爰修第一項之文字，以杜疑義。二、『從犯』一語，常有不同解讀，關於教唆犯之理論，既改採從屬性說中『限制從屬形式』，已如前述，則『從犯』一語宜修正為『幫助犯』，以符本意。爰將第一項前段之文字，修正為『幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯』，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，或有第十九條第一項之情形而不罰，依幫助

犯之限制從屬形式，仍得依其所幫助之罪處罰之。三、由於幫助犯之不法內涵輕於正犯、教唆犯，在處罰效果上，仍維持『得減輕其刑』之規定為妥。」故，目前臺灣刑法有關教唆犯與幫助犯之立法原則已臻一致，而採共犯從屬性說之「限制從屬形式」之立場。且將「從犯」之用語修正為「幫助犯」。

(2)幫助犯之成立要件

臺灣刑法有關教唆犯與幫助犯之立法原則既均一致採共犯從屬性說之限制從屬形式之立場，則於幫助犯之成立，主觀要件即須具有幫助故意，客觀要件也要有幫助行為，同時更須有正犯之著手實行，始足當之。

A.主觀要件：須有幫助之故意

所謂「幫助之故意」，乃行為人除了認識自己的行為有利於正犯犯罪之實施外，對於所教唆之罪將產生之法益侵害或危險，亦須有所認識或予以容認。易言之，幫助犯之故意內容亦必須同時具備共犯與正犯之雙重故意存在，始得成立。幫助犯乃是故意犯，以其幫助故意之存在為必要，故並不成立「過失幫助犯」或「過失犯之幫助犯」。同時，因幫助者與被幫助者之間，亦不以犯意之聯絡為必要，故乃承認「片面幫助犯」之概念，此第30條第一項後段「雖他人不知幫助之情者」，亦得成立幫助犯之規定所由設。

B.客觀要件須有幫助之行為

對於幫助犯之成立，客觀上亦以幫助行為之存在為必要。惟所謂幫助行為，乃與教唆行為相同，均具有無定型性之性質，亦即，無論是屬於精神鼓勵之無形幫助或予以物質

⁵⁵ 甘添貴·謝庭晃，前揭書，頁285。

⁵⁶ 依民國28年7月最高法院民刑庭總會決議：「教唆之教唆，仍屬教唆犯，但以所教唆之人已向他人教唆其實行犯罪為要件，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」，對於幫助犯之成立，乃是以正犯構成犯罪為成立犯罪，而所謂「正犯構成犯罪」，乃須正犯之行為具有構成要件該當性、違法性及有責性為已足，亦即須達於「嚴格從屬形式」之程度。

協助之有形幫助、不管是積極作為或消極不作為、或是事前、事後為幫助，均屬之。而幫助與教唆之最大差別乃在於行為對象之不同，亦即，前者乃已具有犯意之他人，後者則為尚不具犯意之他人。

另外，其與共同正犯之區別，亦是探討焦點所在。惟依24年7月刑庭總會之決議，乃採主觀客觀擇一標準說，即「以自己共同犯罪之意思，實施構成要件之行為者，為正犯；以自己共同犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，始為從犯」之立場，此立場亦為2006年刑法修正時所採⁵⁷。

C.須有正犯之著手實行

現行法對於幫助犯之立法原則既已採共犯從屬性說之立場，其成立自以正犯之存在為必要。同時，對於從屬於正犯之程度既已改採「限制從屬形式」，則必須正犯之行為具有構成要件該當性與違法性，行為人方得成立幫助犯。

2.大陸刑法

(1)幫助犯之認定

大陸刑法第27條「在共同犯罪中起次要或者輔助作用的，是從犯」。依此規定，所謂「從犯」乃包括二種情形：「(1)在共同犯罪中起次要作用的從犯，即次要的實行犯。…。(2)在共同犯罪中起輔助作用的從犯，即幫助犯。」⁵⁸大陸學者陳興良氏亦認為「幫

助犯是指幫助他人犯罪的人。在大陸法系刑法理論中，幫助犯亦稱從犯。這裏的從犯，與我國刑法中的從犯有所不同。我國刑法中的從犯是共同犯罪人作用分類法的產物，包括幫助犯與次要的實行犯」⁵⁹。

「次要的實行犯」與「幫助犯」之區別，乃在於：前者，「是指雖然直接參加了實施犯罪構成客觀要件的行為，但衡量其所起的作用仍屬於次要實行犯。在共同犯罪中起次要作用，通常是指直接參加了實施犯罪的行為，但在整個犯罪活動中起次要作用。在犯罪集團中，聽命於首要分子，參與了某些犯罪活動，或者在一般共同犯罪中，參與實施了一部分犯罪活動，但不起主要作用的，一般屬於從犯」⁶⁰。後者，則指「沒有直接參加犯罪的實行，而是以各種不同的方法幫助實行犯，促成其犯罪結果。由於幫助犯在共同犯罪中只是居於輔助性的地位，因此不可能起主要作用，只能是從犯」⁶¹。

從犯乃是相對於主犯而言，在共同犯罪中，主犯乃是核心人物，共犯乃是依附於主犯而存在。故對於從犯之認定，甚至是幫助犯之認定，都必須「根據行為人在共同犯罪中所處的地位、對共同故意形成的作用、實際參與的程度、具體行為的態樣、及對危害結果所引起的作用等進行具體分析判斷，看其是否在共同犯罪中起次要作用或輔助作用」⁶²而定。

(2)幫助犯的處罰原則

對於從犯之處罰，大陸刑法第27條第二

⁵⁷ 參2006年刑法第28條修正理由二、(三)之說明。

⁵⁸ 蘇長青·章志祥，前揭書，頁125～126。

⁵⁹ 陳興良，前揭書，頁546。

⁶⁰ 蘇長青·章志祥，前揭書，頁125。

⁶¹ 同前註，頁126。

⁶² 陳明華主編，前揭書，頁229。

款規定「對於從犯，應當從輕、減輕處罰或者免除處罰。」蓋，從犯在共同犯罪中，其所起之作用，通常較主犯為小，對於人身的危險性和社會的危害性也較輕微，故其處罰也應較主犯為輕，並得依具體案件中，根據共同犯罪之性質、情節，及從犯在當中所起之作用，減輕或免除處罰。

除了前述總則中所規定對從犯處罰的一般性原則外，大陸刑法中亦存在有針對共同犯罪中之從犯明確為法定刑之規定者，如，第 120 條「組織、領導和積極參加恐怖活動組織的，處三年以上十年以下有期徒刑；其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制」或第 294 條「組織、領導和積極參加以暴力、威脅或者其他手段，有組織地進行違法犯罪活動，稱霸一方，為非作惡，欺壓、殘害群眾，嚴重破壞經濟、社會生活秩序的黑社會性質的組織的，處三年以上十年以下有期徒刑；其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利」等，其中所謂「其他參加者」即是指這些共同犯罪規定之從犯而言，其處罰即應依刑法分則之規定，而不再適用總則有關從犯之處罰條文。

3. 兩岸比較

實際上，「從犯非同於共犯概念」。蓋，依大陸刑法第 27 條「在共同犯罪中起次要或者輔助作用的，是從犯」，故「大陸刑法中的從犯包括兩種情況：一是在共同犯罪中起次要作用的犯罪分子，也就是雖然直接參加了實施犯罪構成客觀要件的行為，但其作用仍屬於次要的犯罪分子，即次要的實行犯；

二是在共同犯罪中起輔助作用的犯罪分子，也就是沒有直接參加犯罪實行行為，但為實行犯的犯罪創造條件的犯罪分子，即幫助犯」⁶³。而對於「共犯」之概念，臺灣於 2006 年 7 月 1 日之刑法修正，於第四章章名之修正理由中即謂「由於我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且目前學說見解皆認正犯與共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯）…」，而於第 28 條修正理由二、三亦稱「另依現行實務對於共同正犯與從犯之區別標準，其採「以自己共同犯罪之意思，實施構成要件之行為者，為正犯；以自己共同犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，始為從犯」之立場（主觀客觀擇一標準說）…」，可見所謂共犯，乃指「以幫助他人犯罪之意思，而實行構成要件以外之行為的間接參與實行者」而言，大陸刑法的「從犯」概念包括臺灣刑法理論中的「正犯」與「共犯（幫助犯、從犯）」二種概念在內，二者之範疇顯然不同⁶⁴。

(三) 脅從犯

1. 脅從犯之構成

大陸刑法第 28 條規定「對於被脅迫參加犯罪的，應當按照他的犯罪情節減輕處罰或

⁶³ 趙秉志·蔡墩銘，前揭書，頁 424～425；呂繼貴·寧青，前揭書，頁 126 亦謂「從犯有兩種情況：一是起次要作用的，即在犯罪集團或一般共同犯罪中，受他人指使參與直接實施犯罪，但在整個犯罪預備、實施和完成過程中起的作用是次要的。二是輔助作用，一般是指為犯罪提供一些幫助創造些條件，本身並不親自參加犯罪的實行」。

⁶⁴ 關於二者之差異，參 趙秉志·蔡墩銘，前揭書，頁 424 以下。

者免除處罰」，即所謂脅從犯之規定，這是大陸刑法所特有之規定。脅從犯乃是被迫參加共同犯罪之人，亦即，是在他人威脅之下，非自願性地從事犯罪。因此，行為人在共同犯罪中所起作用之大小即與脅從犯之成立無關⁶⁵，但會影響其處罰上之判斷。因此，在脅從犯的構成上，如行為人乃處於完全受強制而失去自由意思之判斷時，即不得成立脅從犯，蓋其主觀上並無犯罪之故意或過失可言。再，如有其他阻卻犯罪成立之因素，如正當防衛或緊急避難等事由存在時，亦不得成立脅從犯。

2. 脅從犯之處罰原則

依前揭規定，對於脅從犯「應當按照他的犯罪情節減輕處罰或者免除處罰」，蓋行為人並非自願參與犯罪之實施，故主觀惡性較小，理論上，其處罰自應較從犯為輕。因此，在具體案例中，亦應根據行為人被脅迫的程度與行為人在共同犯罪中所起之作用而判斷其究應減輕或免除處罰。

四、擬制參與型態

1. 臺灣刑法

對於犯罪的「擬制參與類型」，臺灣刑法於第 31 條第一項設有明文之規定，即「因

身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑」⁶⁶。依學者通說之見解，乃在肯認正犯與共犯間所具有之「身分的連帶作用」。亦即，在構成身分犯之情形，無一定身分或關係之人加工於具有一定身分或關係之人時，該無一定身分或關係者，雖不具備該特定關係或身分，但仍得依正犯或共犯予以處罰。例如，不具備公務員身分之妻子與具備公務員身分之先生共同收賄，或對之為教唆或幫助收賄時，該無身分之妻子，仍成立收賄罪之共同正犯、教唆犯或幫助犯。

惟如具備一定身分或關係之人加工於不具備一定身分或關係之人則無本條項之適用。但依其具體情形得成立間接正犯。如公務員利用其非公務員之妻子收受賄賂時，該公務員即得成立收受賄賂罪之間接正犯。

2. 大陸刑法

在大陸刑法當中，並未特別規定處理有關身分加工犯罪問題之明文，而大多仰賴學者論述或若干司法實踐而予補充，茲析述如下。

(1) 身分關係之分類

加工於具有一定身分之人，是否成立犯罪或得否影響其刑罰，大陸刑法無類似於我

⁶⁵ 惟有不同見解認脅從犯「在共同犯罪中起較小作用（次於從犯的作用）的共同犯罪人。要求脅從犯在共同犯罪中起較小的作用雖非刑法的明文規定，卻是對刑法條文進行解釋所得出的合理結論」，同前註，頁 230。

⁶⁶ 2006 年刑法修正第 31 條第一項之修正理由認，「二、現行法對共同實行、教唆或幫助者，雖無身分或其他特定關係，一律論以共犯，較有些國家之僅承認無身分或其他特定關係之教唆犯或幫助犯構成共犯者為嚴格（德國現行刑法第二十八條(1)所稱共犯，係指教唆犯或幫助犯而言，不及於共同正犯）。衡情而論，無身分或特定關係之共同正犯、教唆犯、或幫助犯，其可罰性應較有身分或特定關係者為輕，不宜同罰。再衡以第二項於對無身分或特定關係者之刑較對有身分或特定關係者之刑為輕時，對無特定關係之人科以輕刑之規定，益徵對無特定關係之正犯或共犯宜設減刑規定。惟又鑑於無身分或特定關係之正犯或共犯，其惡性較有身分或特定關係者為重之情形，亦屬常見。另除配合第四章章名之修正將第一項內之「共犯」修正為「正犯或共犯」外，並增設但書規定得減輕其刑，以利實務上之靈活運用」。

國刑法第31條之明文，但在司法實踐上，身分問題於具體適用上仍然有所差別。主要可分二類⁶⁷：

一、以身分的形成淵源為標準，可分為法律身分與事實身分。前者乃是基於法律賦予所形成之身分，如司法工作人員、盲人與軍人等。後者，則是基於一定事實狀況或關係所形成之身分，如親屬或監護關係等。

二、以身分對定罪量刑之影響為標準，可分為犯罪構成要件的身分、影響刑罰輕重的身分及排除行為犯罪性或可罰性的身分。犯罪構成要件的身分，又稱「構成身分」，乃指以該身分為犯罪構成之要件者而言，即「真正身分犯」是。影響刑罰輕重的身分，又稱「加減身分」，乃指以該身分為刑罰加重或減輕者謂之，即「不真正身分犯」是。排除行為犯罪性或可罰性的身分，又稱「消極身分」，指以該身分之人所實施之某些危害社會行為而不具有犯罪性或可罰性；如共同生活之家屬間之竊盜免除刑罰之例是。

惟，對於無身分之人能否與有身分之人共同構成身分犯之共同犯罪？以下爰依犯罪構成要件的身分、影響刑罰輕重的身分及排除行為犯罪性或可罰性的身分與共同犯罪之關係再為說明⁶⁸。

(2) 共同犯罪與身分關係

A. 共同犯罪與構成身分犯

一、無身分者加工於有身分者，得否構成有身分者之共同實行犯、教唆犯或幫助犯？

對此問題，司法實踐與刑法學界，普遍認為，無身分者可以構成有身分者實施之真正身分犯的教唆或幫助犯。例如，最高人民法院、最高人民檢察院、公安部《關於當前辦理強姦案件中具體應用法律的若干問題的解答》即指出「婦女教唆或幫助男子實施強姦犯罪的，是共同犯罪，應當按照他在強姦犯罪活動中所起的作用，分別定為教唆犯或從犯，依照有關條款論處」。另外，而在共同實行犯部分，則尚有爭議，惟理論上，對無身分者能夠參與真正身分犯之部分實行行為，得與有身分者成立共同實行犯；對無身分者不能參與真正身分犯之部分實行行為者，即不得與有身分者成立共同實行犯。因此，依大陸刑法有關共同犯罪之規定，在各個共同犯罪人（包括主犯、從犯、脅從犯與教唆犯）間，無身分者亦可以構成真正身分犯之主犯、從犯、脅從犯與教唆犯⁶⁹。

二、有身分者教唆、幫助無身分者或與無身分者共同實施有身分者之犯罪？

於此，應分不同情況予以認定：

1. 對於無身分者無論如何都不能實施的犯罪，有身分者不可能與之構成該罪之共同犯罪。
2. 對自然身分所構成的身分犯，無身分之人雖不能單獨成立該罪的實行犯，卻可以利用有身分者，實施該種犯罪，而構成該罪的共同犯罪。如，女子雖不能成為強姦罪之實行犯，但可利用男子成立該犯罪並構成強姦罪之共同犯罪。
3. 對由法律身分所構成的身分犯，不具有該種身分者雖不能構成某種犯罪的實行

⁶⁷ 單民，劉方主編，前揭書，頁146以下參照。

⁶⁸ 同前註，頁147～153參照。

⁶⁹ 同前註，頁148。

犯，但能夠實施其中部分行為。如國家工作人員甲，利用其非國家工作人員之妻子乙，收受賄賂。甲構成收賄罪的間接正犯，依收賄罪之主犯處罰；乙則分別情況，成立收賄罪的從犯或脅從犯。

B. 共同犯罪與加減身分犯

依大陸刑法之規定，影響刑罰輕重的身分有兩種：

一、身分不影響犯罪之性質，僅影響刑罰之輕重

如，有身分者與無身分者共同實施犯罪的犯罪性質相同，但有身分者因其身分得以加重或減輕其處罰，而無身分者則按通常之刑罰處罰。

二、身分影響犯罪的性質，也同時影響刑罰之輕重

此乃指「無身分者與有身分者共同實施某種行為，而在處罰上，分別構成不同的犯罪。但有身分者所犯之罪的法定刑較無身分者所犯之罪的法定刑為重。

1. 無身分者教唆、幫助有身分者實施或與之共同實施不真正身分犯之情形：

(1) 無身分者與有身分者共同實施不真正身分犯時，無身分者參與有身分者利用職務之便的犯罪行為，無身分者與有身分者構成不真正身分犯的共同實行犯，對有身分者依不真正身分犯之法定刑處罰，對無身分者則從輕處罰。

(2) 無身分者教唆、幫助有身分者實施不真正身分犯時，無身分者得成為不真正身分犯之教唆犯或從犯，依其所教唆或從屬之犯罪處罰之。

2. 有身分者教唆、幫助無身分者實施不真正身分犯之情形：

有身分者教唆或幫助無身分者實施某種

非身分犯之犯罪，有身分者應以非身分犯之教唆犯或從犯處罰，即有身分者按其教唆之犯罪定罪處罰。

C. 共同犯罪與消極身分犯

共同犯罪具有排除行為犯罪性或可罰性的身分，其情形主要有：

一、無身分者教唆、幫助有消極身分者或與其共同實施危害行為時，如果無身分者教唆、幫助缺乏刑事責任能力之有身分者或與其共同實施危害行為，因該缺乏刑事責任能力之有身分者乃為無身分之教唆者的犯罪工具，有身分者不成立犯罪，但無身分者構成間接實行犯或實行犯。

二、有消極身分者教唆、幫助無消極身分者實施或與之共同實施某種行為時，因在司法實踐中，對家庭成員之竊盜罪，一般不以竊盜罪處罰，故於此情形，有消極身分者雖然是無消極身分者實施犯罪行為之教唆者、幫助者或共同實施者，但因其具有家庭成員之身分而不以竊盜罪論處，但對非家庭成員之無消極身分者，仍應以竊盜罪論處，惟如所造成之危害性不大，亦可免除刑事責任。

五、結 論

綜上所論，在兩岸犯罪參與制度之比較上，由於刑法理論之源由並不相同，所發展出來的理論也大相逕庭。源自於蘇聯社會主義的大陸刑法理論，乃採主犯與從犯分別理論，亦即以共同犯罪人在犯罪中之作用為主要標準，並以其在共同犯罪活動中之分工為輔助標準，而將犯罪人分為主犯、從犯、脅從犯及教唆犯四種；但源自於德日刑法理論之臺灣刑法，則採正犯與共犯區分理論，正犯包括單獨正犯與共同正犯，共犯則有教唆

犯與幫助犯。而關於間接正犯之犯罪型態，兩岸雖均無明文規定，但在理論與實務見解上，卻都予以承認。另外，基於身分關係所生之擬制參與型態，臺灣現行刑法第31條乃有明文，但大陸刑法卻付之闕如，惟在司法實務與學說論述上，則兼容德日刑法理論之精神，予以承認。因此，在整個犯罪參與型態上，有其相似性，但在實際的意義與用語上，仍存有若干差異，茲列表如下，以為說明：

大陸分類	犯罪參與型態	臺灣分類
主犯	實行犯	正犯
	次實行犯	
從犯	教唆犯	共犯
	幫助犯	
	脅從犯	(無)

因此，在大陸刑法中所謂的「主犯」，其意義並不同於臺灣刑法中，以構成要件為判斷標準的「正犯」概念，更確切地說，就連「構成要件」與「實行」之概念亦不相同；同時，其所謂「從犯」，既不同於臺灣刑法之「共犯」概念，亦與專指幫助犯之「從犯」概念有所不同。蓋，大陸刑法所謂之「從犯」，概念上包含教唆犯、幫助犯及脅從犯在內，而教唆犯依其作用與分工而為判斷，或屬主犯，或為從犯。而脅從犯則是大陸刑法所特有之規定，但事實上，以被脅從之對象，其意志是否完全受壓制，臺灣方面依刑法理論即可解決該問題，即無逮乎明文之規定。

臺灣刑法因長久受德、日刑法理論之影響，在刑法之修正上，亦亦步亦趨，在法制

上應屬民主與進步。惟，大陸刑法師法蘇聯，其中即免不了政治思想之指導與凌駕，然近年來已多有學者留學德、日、英、法，實已為其刑法法制之改革，埋下契機。同時，由於兩岸學術交流之風日熾，法制比較乃屬必然，臺灣刑法或可資為借鏡。冀望不久的將來，大陸刑法理論亦能有更趨以人權保障與謙抑思想為根本原則之刑事制度的建立。

參考書目

1. 甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，瑞興圖書，2006年6月修訂初版。
2. 呂繼貴、寧青，《刑法比較》，福建人民出版社，1999年5月第1次印刷。
3. 柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（上）》，作者出版，2006年3月初版第2刷。
4. 陳子平，《刑法總論（下）》，作者出版，2006年2月初版第1刷。
5. 陳興良，《本體刑法學》，商務印書館，2003年2月北京第1次印刷。
6. 陳明華主編，《刑法學》，中國政法大學出版社，1999年8月第一版第1刷。
7. 單民、劉方主編，《刑事司法疑難問題解答（刑法適用部分）》，中國檢察出版社。
8. 趙秉志主編、蔡墩銘校正，《兩岸刑法總論之比較研究》，五南圖書，1998年9月初版1刷。
9. 蘇長青、章志祥，《新刑法導論上冊》，中國人民大學出版社。