

一九九八年五月



間接正犯

與

正犯後正犯

黃常仁◎著

間接正犯與正犯後正犯

著作者／黃常仁

出版者／漢興書局有限公司

地址：台北市中華路一段 85 巷 16 號 1 樓

電話：(886 2)2383-2187

傳真：(886 2)2375-9158

劃撥：18006318 漢興書局有限公司

局版合業字第 5318 號

製 版／信利製版有限公司

裝 訂／信和裝訂有限公司

版 次／1998 年 7 月初版一刷

定 價／180 元 ISBN 957-8821-26-3

§本書若有缺頁或破損請寄回本社更換§

序言

一九九六年與一九九七年間，在余赴德進修之際，即著手收集相關資料並撰寫有關「間接正犯」與「正犯後正犯」的問題，並也先後寄回台灣發表（「正犯後正犯」－間接正犯之理論發展：刊登於東吳法律學報第十卷第二期，一九九七年七月；「間接正犯」論：刊登於軍法專刊第四十三卷第十二期，一九九七年十二月）。

返台後，實有感於此之兩篇論文具有不可

分割性；同時，更認為應將國內學界與實務的見解，一併納入分析比較討論，方更具其價值與意義。基於此，遂再度以專論方式並以：「間接正犯」與「正犯後正犯」為題，進行合訂與增修的工作。

增修部分，除納入我國實務與學界見解外，也另增「己手犯與間接正犯」「純正特別犯與間接正犯」二單元。同時，為貫穿本文並使其更為明瞭、一致，遂也先後、其中或多或少以不同的論述方法為之。

本書得以順利付梓，有賴東吳大學法律系碩乙組陳玫杏、廖先志兩位同學的協助（電腦打字、排版、校對……等等），特此致謝。最後，尚期方家不吝指正，則吾人是幸！法學教育是幸！

黄常仁 谨誌

一九九八年五月

目錄

第一部分：「間接正犯」

壹.引言 / 3

貳.「正犯」與「狹義共犯」的區別學說 / 7

一.形式客觀說 / 8

二.主觀說 / 10

三.實質客觀說 / 13

1.舊實質客觀說 / 13

2.新實質客觀說 / 15

四.小結／ 17

參.「間接正犯」／「工具適格」／「支配錯誤」／ 19

一.「間接正犯」的概念與意義／ 20

二.「工具適格」／ 22

1.被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺「客觀構成要件」／ 22

2.被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺「主觀構成要件」／ 23

3.被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺「違法性」／ 27

4.被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺「有責性」／ 30

(1)無責任能力人／ 31

(2)限制責任能力人／ 33

(3)禁止錯誤／ 36

5.利用他人之過失行為／ 39

6. 犯罪工具與犯罪被害人具備同一性之特殊狀況 / 41

三. 「錯誤支配」 / 43

1. 「幕後者」誤認，「實施者」係具有完全責任能力人 / 44
2. 「幕後者」誤認，「實施者」係一欠缺責任能力人 / 45
3. 「幕後者」誤認，「實施者」係善意第三人 / 46
4. 「實施者」逾越「幕後者」的授意範圍 / 49
5. 「實施者」的「客體錯置」 / 50

肆. 間接正犯的未遂始點 / 54

伍. 「不作爲」與「間接正犯」 / 60

陸. 「己手犯」與「間接正犯」 / 63

柒. 「純正特別犯」與「間接正犯」 / 67

捌.結論 / 73

第二部份：「正犯後正犯」

壹.引言 / 101

貳.用語緣起與問題爭點 / 103

參.個案類群發展與互異見解評析 / 106

一.利用所謂「層級上構成要件錯誤」／ 107

1.主張「間接正犯」者／ 108

2.主張「教唆犯」者／ 109

3.小結／ 109

二.利用所謂「對人或對物之錯誤」或「利用他人之犯罪決意」／ 112

1.主張「相互正犯」者／ 113

2.主張「狹義共犯」者／ 114

3.主張「間接正犯」者／ 115

4.小結／ 115

三.利用所謂「組織支配」／ 118

1.德國學界對於「組織支配」所創設之理論基礎／ 120

(1) Roxin / 120

(2) Schmidhäuser / 121

2.反對見解／ 122

(1) Jescheck / 122

(2) Jakobs / 124

(3) Bockelmann / 125

四.誤導或利用「加重構成要件錯誤」／ 127

肆.結論 / 130

參考書目 / 140

第一部分： 「間接正犯」

壹、引言

「間接正犯」("mittelbarer Täter")是乃相對於「直接正犯」("unmittelbarer Täter")。此之兩種正犯型態，雖在我現行刑法並無明文規定，但我學界¹與實務²均承認此等正犯型態（尤其在較具爭議性之「間接正犯」）。然為使其具有法律上的明文依據，我刑法修正草案即增訂「直接正犯」與「間接正犯」並於其草案理由書中，作如是云：「以期使教唆犯、幫助犯之意義更臻明確，遂於第 28 條第 1 項增訂直接正犯與間接正犯之規定。」³同時，又謂：「單獨正犯尚有直接正犯與間接正犯之別，間接正犯與教唆犯、幫助犯之分界如何，易生疑義。為期概念明確，以符罪刑法定之趣旨，爰參考西德立法例，增訂自任犯罪之實施者，為正犯（直接正犯）利用他人以實施者，亦同（間接正犯），以杜爭議⁴」。

固然，德國現行刑法於其刑法典（StGB）第 25 條第 1 項（§25 Abs.1）將學理上所稱之「直接正

犯」與「間接正犯」，作如是規定：「自任刑罰行為或藉由他人犯之者，以正犯罰之。」（"Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht."）但此等簡要規定是否即可如我刑法修正草案所期待的，當可杜絕正犯與狹義共犯（教唆犯、幫助犯）之區別爭議（尤其在間接正犯與教唆犯），又可使教唆犯、幫助犯的意義更臻明確。事實上，問題並非如此單純。首先，問題的焦點乃在於：「間接正犯」所能規定的含量有多廣，其與教唆犯的「灰色地帶」又何在？處理此一焦點問題之前，又勢必要追溯、探討向來有關區別正犯與狹義共犯之區別學說，因為間接正犯與教唆犯恰分屬正犯與狹義共犯之範疇問題。

其次，德國法對於「狹義共犯」（教唆犯、幫助犯）的規定，係採所謂「限制從屬性」（"die limitierte Akzessorietät"）之立法例⁵，而吾國刑法對於「狹義共犯」究係採「限制從屬性」抑或「嚴格

從屬性」("die extreme Akzessorietät") 之立法例，並非當然無疑。若係採「嚴格從屬性」之立法例⁶，則是否將影響間接正犯的評價基礎與範圍；若是，則間接正犯與教唆犯的分界問題將更形模糊，同時在立論上也有其某種程度上的困難與矛盾之處。此一部份將於第(參)節中，逐一探討說明之。

以下即先探討向來有關區別正犯與狹義共犯之爭議學說，方有助於說明「間接正犯」所能規定的含量。

貳、「正犯」與「狹義共犯」的區別學說