

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 109 號

解釋日期：民國 54 年 11 月 03 日

資料來源：司法院大法官會議解釋彙編 第 219 頁

司法院大法官解釋（一）（98 年 10 月版）第 269-275 頁

相關法條：中華民國刑法 第 28 條

解 釋 文： 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。本院院字第一九〇五號、第二〇三〇號之一、第二二〇二號前段等解釋，其旨趣尚屬一致。

理 由 書： 共同正犯，係共同實施犯罪行為之人，在共同意思範圍內，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，其成立不以全體均行參與實施犯罪構成要件之行為為要件；參與犯罪構成要件之行為者，固為共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯，使之對於全部行為所發生之結果，負其責任。本院院字第一九〇五號解釋，係指事前同謀，事後得贓，推由他人實施，院字第二〇三〇號解釋之一，係謂事前同謀，而自任把風，皆不失為共同正犯。院字第二二〇二號解釋前段所謂警察巡長與竊盜串通，窩藏贓物，並代為兜銷，應成立竊盜共犯，如係以自己犯罪之意思，並參與其實施，則屬竊盜共同正犯。上述三號解釋，雖因聲請內容不同，而釋示之語句有異，但其旨趣，則無二致。應併指明。

不同意見書：

大法官 曾繁康

金世鼎

景佐綱

本件分為一、對來文之分析二、有關問題之研討三、對本解譯文暨理由書之批評四、不同意見人擬具之解釋文暨理由書四部分，依次說明如左：

一 對來文之分析

據最高法院呈，對本院院字第一九〇五號，院字第二〇三〇號之一及院字第二二〇二號前段等解釋發生疑義，聲請解釋，其要點有二：（

- 一) 共同正犯之成立應否以參與實施犯罪構成要件之行為為要件。(
- 二) 上開三號解釋旨趣是否一致。茲就此兩點分別言之。

(一) 第一點

關於共同正犯之成立應否以參與實施犯罪構成要件之行為為要件之問題，在程序上應就最高法院來文所列三號解釋有關之處加以解答。蓋因該院對於上開解釋發生疑義聲請解釋，自不能超出有關各該號解釋問題之外而為解答。

又查來文所舉第一九〇五號、二〇三〇號之一及二二〇二號前段等解釋對於共同正犯之成立均以事前同謀為要件，謀議為著手犯罪前之行為，並屬於犯意，如僅因謀議而構成共同正犯顯與刑法處罰犯行之根本原則相反，不無使人困惑難明。而第二〇三〇號解釋之一除事前同謀外併舉有「並於實施犯罪之際擔任在外把風」之事實，把風為著手後實施之行為，此三號解釋互相參證，尤不能不使人對於前二號解釋所持之基本原則發生疑義。是以最高法院難免因此對於共同正犯之成立是否以參與實施犯罪構成要件之行為為要件而發生問題。在實體上關於本項問題應就上開分析，與各該號解釋有關部份解答之。

(二) 第二點

關於來文所列三號解釋之旨趣是否一致問題，係指各該號解釋所舉基於事前同謀而成立之共同正犯所依據之基本原則是否一致而言。故本問題應就此基本原則加以研求。

又查本院院字第一九〇五號、二〇三〇號之一、及二二〇二號前段等解釋所持之基本原則不甚一致令人發生疑義之處，已於第一點分析明白。關於本點所謂旨趣不甚一致問題，在實體上即應就此原則是否一致為之解答。

二 來文上有關問題之研討

查共同正犯在法例上所採之主義不甚一致，有客觀主義、主觀主義、共同意思主體說及折衷說之分，而關於共同正犯之成立亦有由於事前同謀者，臨時合議者，暗默之認識者，或繼承他人之犯意者之別。依刑法第廿八條之規定，共同正犯必須共同實施犯罪之行為，與主觀主義共同正犯僅問各犯人是否有共同之意思不同，顯係採客觀主義。關於共同實施犯罪之行為之意義，在學說上頗有爭執，有主張所謂「實施」與刑法第廿五及廿七條所謂「實行」雖用語微異，而意義實同者，即謂於實現分則或特別法各本條所定犯罪構成要件之事實各犯人有加功行為即為「實施」。亦有謂著手之行為及實施時重要援助之行為



亦為「實施」而應論以共同正犯者。本院院字第二四〇四號解釋則以「實施」係指犯罪之結果直接由其所發生者而言。但著手前之行為，亦認為「實施」，而有別「實行」。

實施與完成亦有別，只於該要件事實之實現，各犯人參加已足，不必均由各犯人完成，故二人以共同施行成立犯罪之同種類部份，固為共同實施，又二人施行成立犯罪行為之異種類部份，亦為共同實施。

至共同實施之行為是否限於共同實施同一之犯罪行為，法條雖屬不明，在以前客觀說則採肯定說，例如強竊盜之把風以前客觀說均只認為幫助，不認為正犯。又已共同著手殺人，一人既遂，一人未遂，以前均謂應分別論罪。惟近來各國判例鑒於刑法對於共同正犯所以為之特別規定，用以別於單獨正犯者，原以注重其共同責任，非以注重其個人責任，故在解釋上多認為應從社會觀念，而對於犯人共同之意思亦不可完全不問，對於以前客觀說之主張乃有所修正，只須為同一犯罪及參與實施，至其行為之種類及效果則可不問。我國大理院及最高法院亦均持此見解。

共同正犯既須各犯人共同實施犯罪，故僅參加謀畫，而於著手以後之行為並未參加者，前大理院及最高法院在舊刑法時代雖亦認為共同正犯，但以臨時共同到場為條件。「參照十九年非字第一六三號判例（註一）十九年上字第七三六號判例（註二）十九年上字第一九五六號判例（註三）」

自現行刑法施行後，本院及最高法院對於前項見解有所變更事前參與謀議，臨時並未到場者，亦認為共同正犯，並不以臨時共同到場為成立共同正犯之條件「參照廿四年上字第八九〇號（註四），本院院字第一九〇五號及二二〇二號前段解釋」。此項意見雖與刑法處罰犯行一般原則不符，但由其視參與謀議與分擔實施犯罪行為同等重要之點，顯係採共同意思主體說，在理論上固難謂為無據。而與刑法不設處罰同謀犯之特別規定以便普遍適用之意旨，亦相符合也。故自現行刑法施行以來，在我國判例解釋上，對於一般共同正犯與同謀共同正犯所採之基本原則及主義並不一致，一則注重著手前之謀議，一則注重著手後之實施，一則採客觀主義與主觀主義之折衷說，一則採共同意思主體說。

三 對本解釋文暨理由書之批評

（一）解釋文

本解釋文將「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者」與「以自己共同犯罪之意思事先同謀而由其一部份人實施



犯罪之行為者」並列，而均認為共同正犯。此兩種共同正犯其基本區別何在及與最高法院來文所列三號解釋之關係如何，在解釋理由書中並未闡明，但就理由書全文觀之，似藉此以表明共同正犯之種類者。至與上開三號解釋之關係如何，則無以瞭解。惟據原提案人之說明，謂前一種係指院字第二〇三〇號之一解釋所舉之共同正犯而言，後一種係指其他二號解釋所舉之共同正犯而言。但查院字第一九〇五號、第二〇三〇號之一及第二二〇二號前段各解釋均係以事前同謀為犯罪之事實基礎，均為同謀共同正犯，自無疑義。院字第二〇三〇號之一解釋雖於事前同謀外，並「於實施犯罪之際擔任在外把風」，然於其同謀共同正犯之成立並無影響。蓋同謀為其犯罪之基本，縱未參與把風，亦不阻礙同謀共同正犯之成立，與一般共同正犯顯不相侔。本解釋文認為係另一種共同正犯，而與同謀共同正犯並列，似有誤會。

查判例解釋對於共同正犯所共同實施之行為，雖不以犯罪構成要件之行為為限，但在原則上即對於一般共同正犯必須為著手後所實施之行為，而在例外上即對於事前同謀之共同正犯必須為著手前之謀議。又判例解釋對共同正犯所採之主義對於一般共同正犯係採客觀主義與主觀主義之折衷說，而對事前同謀之共同正犯係採共同意思主體說。院字第一九〇五號、第二〇三〇號之一及第二二〇二號前段等解釋所舉之共同正犯均係基於事前同謀犯罪之事實而成立之共同正犯，就其發生之事實及採用之原則暨主義，則其旨趣均屬一致。果如本解釋文所認定院字第一九〇五號及第二二〇二號前段解釋所舉之情形解為事前同謀之共同正犯，而第二〇三〇號之一為一般共同正犯，縱其見解正確，則其所依據之基本原則，必不一致，而其旨趣難謂為一致。則其所謂上開三號解釋之旨趣尚屬一致，亦不知究係指何種旨趣而言。

本會議之任務在解釋憲法及統一法令歧見，以便主管機關之適用，並非通常一般問題之解答。縱如本解釋文認定來文所列各號解釋之旨趣為一致，而對於各該號解釋之維持，亦應有所指明，本解釋文未曾有所指示，似亦有欠完善。

（二）關於解釋理由書方面

本理由書對於解釋文所舉「以自己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份人實行犯罪之行為者均為共同正犯」部分，大體抄錄原文，並未說明理由似有補充之必要。否則，使人固無以瞭解解釋文之論據，且在



實質上難免與大法官會議法第十七條大法官會議議決應附具解釋理由書之規定有違。

又對於有關三號解釋之旨趣問題，僅謂「雖因聲請內容不同而釋示之語有異，但其旨趣則無二致」。所謂「其旨趣在解釋文中從文義上固無從瞭解究竟係指何種旨趣而言，前在解釋文中已有所批評。而在理由書中從文義上亦復無從探求，似亦有補充之必要。」

四 不同意見人擬具之解釋文暨理由書

（一）解釋文

共同正犯之成立，不以參與構成犯罪要件之行為為要件。二人以上事前共謀犯罪，其僅參與謀議者，應與遂行犯意者負共同正犯之罪責。本院院字第一九〇五號、第二〇三〇號之一及第二二〇二號前段等解釋與上開原則並無牴觸，均應予以維持。

（二）解釋理由書

查刑法第二十八條對於共同正犯之為特別規定，而有別於單獨犯罪者，原以注重犯人之共同責任。如係為達成同一犯罪之目的，各犯所實施之行為有互相利用補充之作用，不問其行為之種類及價值，對於既成之事實，皆應負全部責任。故共同正犯之成立，不以參與實施犯罪構成要件之行為為要件。二人以上事前同謀犯罪，於同謀之後雖未著手於犯罪行為之實行，然參與謀議，與分擔實行，其任務之重要，並無異致，自應負共同正犯之罪責。

本院院字第一九〇五號解釋，因事前同謀，並基於前開原則，而認為應成立共同正犯。院字第二二〇二號解釋前段雖泛指為共犯，但如係以共同犯罪之意思參與謀議，其為竊盜共同正犯，自無疑義。而其所以認為應成立共同正犯者，亦不外前開原則。至院字第二〇三〇號解釋之一對於事前同謀之後，並擔任在外把風者亦認為共同正犯，其情形與前開二號解釋雖稍有不同，然與其所依據之原則，則難謂有二致。上開三號解釋所持之原則，前後既屬一貫，並無牴觸情形，均應予以維持。

附註：

註一：一九年非字一六三號判例 刑法第四十二條之共犯，以共同實施犯罪之行為為要件。如果僅係事前同謀及予以實行之便利，並未參與實施，固不得以共同正犯論罪；但如原審及初判所認事實，被告對本案不僅事前同謀，暨臨時將被害人誘約至某地方，與某甲等會面，即於某甲等實施殺害之際，亦同在场，假使該被告係屬從場監視，則當時雖未下手殺人

，而此種監視之行為，究不外分擔實施之一部，自不得不負共同殺人之責，初判未就此點注意，遽依從犯之例論科，原覆判竟予以核准，實難謂非違法。

註二：十九年上字七三六號判例 如果逆料有打架之舉動，如傷人結果，亦為該上訴人所預見，事前參與計謀，臨時共同到場，雖未下手實施，亦難免共犯之責。

註三：十九年上字一九五六號判例 查上訴人臨時喝令，雖未動手，然既在場指揮，自係實施正犯，與教唆不同，原審認為教唆犯，以第一審認係共同正犯為不當，依刑法第四十三條判決，不無誤解。

註四：二十四年上字八九〇號判例 他人犯罪已決意，仍以犯罪意思促其實現，如就犯罪實行之方法以及實行之順序有所計劃，則其所計劃之事項，已構成犯罪行為之內容，直接干與犯罪之人，亦不過為履行該項計劃之分擔，其擔任計劃行為，即與加工於犯罪之實施者初無異致，即應認為共同正犯。

附件：一、據本院刑三庭庭長陳樸生簽呈稱：「查刑法第二十八條規定：『二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯』。究竟共同正犯之成立，應否以參與實施犯罪構成要件之行為為要件，司法院院字第一九〇五號解釋：『事前與盜匪同謀，事後得贓，如係以自己犯罪之意思，推由他人實施，即應認為共同正犯』。院字第二〇三〇號解釋：『事前同謀，事後分贓，並於實施犯罪之際，擔任在外把風，顯係以自己犯罪之意思，而參與犯罪，即應認為共同正犯』。院字第二二〇二號解釋：『來文所述警察巡長與竊盜串通窩藏贓物，並代為兜銷，如果該警察巡長與竊犯，係屬事前通謀，應成立刑法上竊盜共犯』。其旨趣不甚一致，適用時不無疑義，簽請核轉司法院釋示」等情。

二、據簽前情，理合呈請鈞院解釋示遵。

參考法條：刑法 第 28 條 (83.01.28)