

身分犯之正犯的認定

——以德國義務犯理論為中心

陳志輝*

要目

壹、問題提出	(一)支配犯與義務犯
貳、無身分資格之人成立身分犯之正犯？	(二)認定義務犯之正犯的標準以及該標準的轉變
一、刑法第31條第1項規定的形成歷史	(三)二種立論正犯性的義務
二、刑法第31條第1項之適用範圍及其正當性	(四)義務犯理論的實益；解決不具身分資格之故意犯罪工具問題
參、支持擬制共同正犯規定具備正當理論基礎的見解	二、對Roxin義務犯理論的正面評價
一、見解分析	三、對Roxin義務犯理論的反對見解和其評價
二、本文看法	(一)整體否定義務犯概念的看法
肆、尋找認定身分犯正犯的理論基礎	(二)對於義務犯理論的其他批評
一、Roxin的義務犯理論	四、Jakobs的義務犯概念
	(一)見解分析

* 政治大學法律學系助理教授，德國慕尼黑大學法學博士。本文作者由衷感謝匿名審稿委員惠賜許多具有建設性的寶貴意見，使本文得以一一補足闕漏之處。當然，文中所有闕漏及錯誤，完全是作者的個人責任。

投稿日期：一〇一年三月二十三日；接受刊登日期：一〇一年五月十七日

責任校對：阮玉婷

(二)批 評	二、Roxin義務犯理論的內部體系衝突
五、Schünemann的保證人身分犯理論	三、義務理論的毀棄
(一)以對結果造成的原因有支配當成不作為犯上位的等價準則	四、義務概念的模糊不清以及邏輯上陷入循環論證
(二)以保證人身分犯取代義務犯	五、保證人身分犯概念是認定身分犯實質不法內涵的金鑰
(三)組織犯是獨立的犯罪分類	陸、刑法第31條第1項規定於我國實務上的運用
(四)小結——一元化的正犯理論	柒、結 論
伍、本文見解	
一、從刑法以外義務導出刑法上的義務？	

摘 要

身分犯的正犯，原則上只限定於具備特定身分資格之人。但是透過我國刑法第31條第1項的規定，將身分犯的正犯擴及至不具身分資格之人，此種擴張是否具有正當性，本文將從立法史的角度進行分析，並整理相關支持此項擬制正犯規定的見解。此外，既然不具身分資格之人無論如何都無法成立身分犯之正犯，這代表無身分資格之人與有身分資格之人在不法內涵上有所區別，因此本文嘗試從德文文獻中嘗試找出身分犯的實質不法內涵，評析各種解決方案，確立身分犯的實質不法內涵應以何種標準來確立。

關鍵字：身分犯、義務犯、保證人身分犯、正犯

壹、問題提出

身分犯，又被稱為特別犯¹，係指並非任何人都得以成為犯罪主體，而是只有具備特定行為主體資格之人，始能成立該罪正犯之犯罪規定。例如刑法瀆職罪，規定只有公務員才能成為行為主體；在背信罪中（第342條），只有為他人處理事務之人才屬背信罪之適格主體；洩漏業務秘密罪（第316條）的適格行為主體，僅限於具備醫師、藥師、律師等資格之人。換言之，不具備上述資格之行為人，不能夠成立身分犯之正犯。惟依據我國刑法第31條第1項規定，沒有身分或特定關係之人，可以因為與有身分或特定關係者共同實行犯罪，而被論以共同正犯，這涉及到為何無身分資格之人可以因為共同參與有身分資格之人的行為，而滿足身分犯的要件，成立身分犯的正犯。本文擬先從刑法第31條第1項的形成歷史出發²，進而檢討此項擬制正犯之規定的正當性。其次，既然無身分資格之人無論如何都無法成立身分犯之正犯，這代表無身分資格之人與有身分資格之人在不法內涵上有所區別，因此緊接著嘗試找出身分犯的實質不法內涵。其中最具有代表性的見解是德國學者Roxin教授

¹ 例如參照林山田，刑法通論上冊，頁256，2008年10版；林鈺雄，新刑法總則，107頁，2011年3版。特別犯用語是對德文Sonderdelikt的直譯，然而在德文的用語中，使用所謂的Sonderdelikt，對德國人是清楚的，但是對於中文譯成「特別犯」，對中文使用者卻未必清楚。特別犯究竟特別在哪裡？是行為特別？結果特別？因果流程特別？行為主體特別？還是犯罪情節特別？（類似的批評已見於，許玉秀，刑法第31條第1項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，台灣本土法學雜誌，85期，頁131註1，2006年8月）有鑑於身分犯用語在我國已廣被使用接受，因此在本文仍使用身分犯一詞。結論上相同的見解，參照游明得，從身分犯的本質檢視刑法第31條身分犯共同正犯——以國內現況評析為主，警大法學論集，12期，頁121，2007年4月。

² 刑法第31條第2項之規定涉及個別行為人之責任歸屬問題，與本文討論主題無關。

所提出、欲取代身分犯的義務犯理論，本文將予以詳細介紹並分析贊成或反對該理論的所有見解，同時也一併討論Jakobs教授對於義務犯理論的進一步發展。另一個對身分犯研究具有代表性的見解是Schünemann教授所提出的保證人身分犯理論。本文評析各種解決方案後，進一步確認身分犯的實質不法內涵應以何種標準來確立。最後，回應文首的問題提出與立法沿革，本文分析新刑法修正施行後（二〇〇六年七月一日以後）我國最高法院之裁判，以檢討刑法第31條第1項新規定的實際運用情形。

貳、無身分資格之人成立身分犯之正犯？

一、刑法第31條第1項規定的形成歷史³

大清新刑律

第33條第1項：「凡因身分成立之罪，其加功者雖無身分，仍以共犯論。」

暫行新刑律（一九一一年至一九二八年）

第33條第1項：「凡因身分成立之罪，其教唆或幫助者，雖無身分，仍以共犯論。」

舊刑法（一九二八年至一九三五年）

第45條第1項：「因身分成立之罪，其共同實施或教唆、幫助者，雖無身分，仍以共犯論。」

一九三五年至二〇〇五年修正前之刑法

第31條第1項：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實

³ 更詳細的論述，可參照許玉秀，刑法第4章緒論及第28條至第31條註釋，行政院國家科學委員會研究計畫成果報告（計畫編號：NSC-85-2417-H-004-002-C4），第31條，頁4-5，1997年。

施或教唆、幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」

二〇〇五年修正後之新刑法（二〇〇六年七月一日開始施行）

第31條第1項：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行或教唆、幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」

現行刑法第31條第1項擬制無身分者成立共同正犯之規定，可追溯自大清新刑律第33條第1項「凡因身分成立之罪，其加功者雖無身分，仍以共犯論」。大清新刑律此項規定，實際上受到起草者日本學者岡田朝太郎影響，殖入日本刑法相關立法例規定⁴。民國初年的暫行新刑律第33條第1項承繼此項規定，只是進而將「加功者」明定為教唆犯和幫助犯。一九一九年的「改定刑法第二次修正案」於此項規定中加入「因身分成立之罪，其『共同實施』者，雖無身分，仍以共犯論」，後來即形成舊刑法第45條第1項之規定。現行刑法第31條第1項內容上延續舊刑法的規定，只是在身分之外增列「特定關係」，不過「身分」之意義可以被「特定關係」包含，因此身分僅為特定關係之例示，特定關係在補充「身分」二字之不足⁵。實質內容上，只有舊刑法針對暫行新刑律有重大修正，在第45條第1項加上無身分之共同實施者，也就是無身分之人與有身分之人可以成立身分犯罪的共同正犯，而不是僅能成立教唆犯與幫助犯。立法者為何作如此修正，理由已不可考，文獻上有認為，與有身分之人共同實施身分犯的無身分之人，能否成立身分犯罪的

⁴ 自日本明治41年（1908年）以來，日本刑法第65條第1項規定一直未有更改，即「加功於因犯人身分構成之犯罪行為時，雖無該身分，仍以共犯論」。

⁵ 例如參照楊建華，刑法總則之比較與檢討，頁271，1988年。另有學者將「身分」二字採廣義解釋（陳子平，刑法總論，頁612，2008年增修版），泛指「犯人一身所具有之資格、地位或狀態」，「身分」為「身分或其他特定關係」之簡稱，二者見解並無實質差別。

共同正犯，解釋上不無疑義，似有特設規定之必要，因此明定無身分者可以因與有身分者共同實施，而成立身分犯罪的共同正犯⁶。於二〇〇六年七月一日施行之新刑法配合第4章章名之修正，將第31條第1項內之「共犯」修正為「正犯與共犯」，並增設但書規定得減輕其刑，其立法理由認為，因為無身分或特定關係之共同正犯，其可罰性應較有身分或特定關係者為輕，不宜同罰。

二、刑法第31條第1項之適用範圍及其正當性

從以上的立法沿革分析可以得知，無身分者參與身分犯之犯罪，並不是理所當然地可以成立正犯，而是經過舊刑法在第45條第1項中增設，無身分者之共同實施才得被論以身分犯之共同正犯。然而，現行刑法第31條第1項的適用範圍如何，無身分者參與身分犯之犯罪究竟應被論以正犯或共犯，依據無身分者之參與行為態樣，可能出現四種排列組合可能：第一、無身分者教唆、幫助有身分者實現身分犯犯罪，無身分者應被論以身分犯之正犯；第二、無身分者教唆、幫助有身分者實現身分犯犯罪，無身分者應被論以身分犯之教唆犯或幫助犯；第三、無身分者與有身分者共同實行身分犯之犯罪，無身分者應被論以身分犯之共同正犯；第四、無身分者與有身分者共同實施身分犯之犯罪，無身分者僅能被論以身分犯之教唆犯或幫助犯。這四種可能性可用下表簡化顯示：

⁶ 韓忠謨，刑法原理，頁323-324，1997年。

案例類型		不具身分或特定關係之人			
		1	2	3	4
行為方式	教唆／幫助	○	○		
	共同實行			○	○
成立身分犯之 正犯或共犯	教唆犯／幫助犯		○		○
	(共同)正犯	○		○	

關於第一種情況，無身分者教唆、幫助有身分者實現身分犯犯罪，無身分者應被論以身分犯之正犯，除非我們改採單一正犯理論，將無身分者之教唆認定成促成正犯，將無身分者之幫助認定成支援正犯，否則在現行法區分正犯與共犯的前提下，無法得出上述結論。關於第二種情形，無身分者教唆、幫助有身分者實現身分犯犯罪，無身分者應被論以身分犯之教唆犯或幫助犯，這會是一種累贅的立法，因為無身分之教唆犯或幫助犯，本屬可能存在，無待明言規定⁷，本來就可以各依刑法第29條或第30條，分別論以教唆犯或幫助犯；反而會因為第31條第1項的立法，讓人誤以為無身分資格者本非共犯，而是由於該規定，被擬制成教唆犯、幫助犯⁸。因此，此種文句的解讀脈絡僅能當作立法者的貼心提醒。至於第三情形，無身分者與有身分者共同實行身分犯之犯罪，無身分者應被論以身分犯之共同正犯，這是我國實務向來認定第31條第1項的主要適用範圍。學說上多認為，這是透過法律的規定，把本來無法成為不法構成要件行為主體的無身分資格之參與者，擬制成身分犯犯罪

⁷ 已見於韓忠謨，同前註，頁324。

⁸ 有力的質疑，已見於林山田，刑法通論下冊，頁146，2008年增訂10版。

的正犯⁹。第四種情形的結論正好和第三種情形結論相對立，堅持身分犯正犯之成立，一定得滿足身分資格之要件，無身分者即使與有身分者共同實行犯罪，亦即與有身分者主觀上有共同犯罪決意，客觀上有共同行為實行，對於犯罪擁有功能性的犯罪支配，無身分資格之人也無法成立身分犯的共同正犯，只能成立教唆犯或幫助犯¹⁰。

從第三種和第四種情形結論之對立，我們觀察到一個有趣的現象：無身分資格者，即使對於身分犯犯罪之實現具備有行為支配（*Handlungsherrschaft*），不能成立身分犯之正犯。例如在公家機關擔任清潔工作的清潔工，單獨收受民眾所提出的賄賂，並不會因此成立收受賄賂罪，因為其欠缺公務員資格，只能視其有無詐欺故意和不法意圖，而成立詐欺罪。其次，無身分者對於身分犯犯罪之實現即使具有意思支配（*Willensherrschaft*），除非法律另有處罰規定，否則並不成立犯罪或僅能論以身分犯之教唆犯。例如不具證人身分之第三人，明知被傳喚之證人證言有誤，證人雖不欲出庭應訊，無證人身分者卻慫恿證人出庭陳述，證人因此講出悖於真實之陳述。無證人身分者雖然對於整個偽證事實具有意思支配，但是因為不具備證人身分，既無法成立偽證罪之間接正犯，也因為證人欠缺偽證故意不成立偽證罪，無身分者之教唆偽證因無可附麗之正犯違法行為，而無法成立偽證罪之教唆犯。非公務員即使透過暴力迫使公務員收受賄賂，也無法因此成立收賄賂罪之間接正犯，但是並不妨礙公務員違犯故意違法之收受賄賂行為，非公務員因此成立收受賄賂罪之教唆犯。法律另有處罰規定之情形者，例如非公務員明

⁹ 例如參照韓忠謨，同註6，頁323。

¹⁰ 持此項見解者，有林山田，同註8，頁146-147；黃常仁，刑法總論，頁259-260，2009年增訂2版。

知不實之事項讓公務員登載在其職務上所掌管之文書，非公務員成立刑法第214條之犯罪。既然無身分資格者即使具有犯罪支配概念下的「行為支配」或「意思支配」都無法成立身分犯犯罪之正犯，何以無身分資格者卻可因為與有身分者共同實行，擁有「功能性的犯罪支配」，而彌補身分資格之缺憾，成立身分犯之共同正犯，此種共同正犯之擬制，已被批評缺乏理論基礎之正當性¹¹，或甚至認為，即便立法者透過立法擬制，充其量不過是以答案來回答問題的循環論證罷了¹²。學說上另有從憲法平等原則觀點出發，認為無身分者加功於有身分者，本質上不能成立身分犯之共同正犯，應與有身分者為不同之處理，立法者竟予相同之處理，又無合理之理由，有違憲之虞¹³，此項觀點頗值贊同。我們也可以從罪責原則觀點來質疑此種擬制共同正犯的規定，因為身分犯所要求的身分資格意謂著一種特殊的不法內涵，只有具備此種特殊不法內涵之人才能成為身分犯之正犯。不具備此種不法內涵之人，無論是透過單獨直接行為實行、優越意志掌控，或者與有身分者的分工合作，都無法補足身分資格（特殊不法內涵）不具備的缺憾，這是基於罪刑法定主義的要求，身分犯的行為主體必須具有特定的主體資格。立法者僅在新刑法第31條第1項但書增設「得減輕其刑」之規定，理由是「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」，此屬欠缺理論基礎之杜撰¹⁴，既然無身分者欠缺立法者在身分犯構成要件中所要求的特定資格（特定不法內

11 黃常仁，同前註，頁260。

12 游明得，同註1，頁146。

13 甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，載：共犯與身分，頁287，2001年。

14 許澤天，對2005年1月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「共犯與正犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，67期，頁118，2005年2月。

涵），無身分者應獲得必減輕其刑的待遇，而非僅是減輕其刑。

參、支持擬制共同正犯規定具備正當理論基礎的見解

一、見解分析

許玉秀教授曾撰文支持¹⁵，刑法第31條第1項的擬制共同正犯規定具有理論基礎的正當性。許文所持的理由主要有三點：(一)操控法益受害的因果流程（包括兩個部分，一個是對法益的侵害，一個是支配法益受害的因果流程），是對正犯歸責的法理依據。而身分犯中，只有具有特定關係的人才可能實施身分犯的構成犯罪事實，才可能導致所要保護的特定法益受害，甚至才可能操控特定法益受害的因果流程。「對因果流程的支配與操控」，是一切正犯的歸責基礎，也是一般犯與身分犯的共同歸責基礎。不具備特定身分要求的人，之所以能夠與有身分的人共同滿足身分犯的特定不法要求，正是因為沒有特定身分的人，也有能力滿足「操控或支配因果流程」這個正犯的基本歸責條件。至於其所欠缺的「身分」歸責條件，則透過「擬制」來滿足¹⁶。(二)欠缺理論基礎的批評，是以德國刑法第28條第1項的規定作為批評基礎，因為依照該規定，沒有身分的參與犯罪人只能成立教唆犯或幫助犯。但是，如果參與因果流程的程度到達掌握因果流程的實現時，也只是論以教唆犯或幫助犯，則也是一種擬制¹⁷。我國立法者選擇將對因果流程有物理上的操控與支配，擬制為對法益有侵害能力的人，就正犯的第一個歸責基礎在於因果流程的支配而言，不但有理論基礎，而且理由正當，

¹⁵ 許玉秀，同註1，頁131以下。

¹⁶ 許玉秀，同註1，頁132-133。

¹⁷ 許玉秀，同註1，頁133。

尤其符合Schünemann教授的正犯理論，以「對造成結果的原因有支配」作為一切正犯，包括作為犯、不作為犯、一般犯與身分犯的歸責基礎¹⁸。(三)針對擬制共同正犯違反罪刑相當原則的質疑，許文認為必須對教唆犯未規定得依正犯之刑予以減輕的情形一併討論，否則對於刑法第31條第1項舊規定的未減其刑或新規定的得減輕其刑，逕行指摘違反平等原則，有失公平¹⁹。

二、本文看法

首先，「對因果流程的支配與操控」或者以Schünemann的用語「對造成結果的原因有支配」，固然是一切正犯的歸責基礎，也是一般犯與身分犯的共同歸責基礎，然而「對造成結果的原因有支配」這個概念就如同「犯罪支配」一樣，也是有待進一步補充價值的評價概念，透過行為支配、意思支配以及功能性的犯罪支配將犯罪支配概念予以具體類型化。同樣的，「對造成結果的原因有支配」也是一個有待進一步補充價值的評價概念，在一般犯中，正犯的歸責基礎在「犯罪支配」，在身分犯中，正犯的歸責基礎在「控制支配」（或可譯為「操控支配」）。犯罪支配或控制支配雖然都是實際的支配、現實的支配，但仍然有所區別。犯罪支配指行為人在犯罪「當下」對於自己身體舉動、他人的意思決定，或犯罪參與分工有實際的操控，例如，行為人持刀殺害被害人、行為人利用不知情的他人下毒毒殺被害人，或者行為人在犯罪現場指揮他人殺害被害人等，行為人對造成結果的原因的支配時間點都在「犯罪當下」；控制支配指行為人在犯罪「發生前」對法益的無助狀態有支配，或對危險來源有支配，例如醫師於病患病歷被揭露「前」對病

¹⁸ 許玉秀，同註1，頁134。

¹⁹ 許玉秀，同註1，頁134。

患病歷實際的掌控現象；工程承攬人於建築危險產生「前」，對違背建築術成規的情事有所掌握等，行為人對造成結果的原因的支配時間點在「犯罪發生前」。換言之，犯罪支配和控制支配之間內容其實有所歧異，但是它們都可以被歸類在「對造成結果的原因有支配」概念下。不具備特定身分要求的人，儘管他們有能力在犯罪當下「操控或支配因果流程」，但是始終無法在犯罪發生前就「操控或支配因果流程」，因此，將不具備特定身分要求的人「擬制」成正犯，在法學方法上運用了類似推論，類似推論的基礎在於，在身分犯中不具備特定身分要求和在一般犯中行為人一樣，都「操控或支配因果流程」，但二者雖然都屬於實際的、現實的支配，內容卻是不相同的²⁰。

其次，許文認為，批評將不具備特定身分要求的人「擬制」成正犯欠缺理論基礎，是以德國刑法第28條第1項的規定作為批評基礎，因為依照該規定，沒有身分的參與犯罪人只能成立教唆犯或幫助犯。此點，本文認為也不具說服力。德國刑法第28條第1項的規定內容為：「因特別之個人身分（第14條第1項）而成立之罪，共犯（教唆犯或幫助犯）無此身分者，依第49條第1項減輕其刑」，該規定充分體現個人責任原則，針對不具特定身分的教唆者或幫助者予以減刑而已。在德國刑法中，事實上並沒有哪一條條文明文或實質上規定「沒有身分的參與犯罪人只能成立教唆犯或幫助犯」，這個結論是基於罪刑法定原則的要求，身分犯的行為主體必須具有特定的主體資格，所以沒有身分的參與犯罪人不能成立身分犯之正犯。至於許文進一步質疑：「如果參與因果流程的程度到達掌握因果流程的實現時，也只是論以教唆犯或幫助犯，則也是一種擬制」。本文承認，這確實是一種擬制，但是這是對於行為人有利的

²⁰ 進一步的分析，請參照本文肆、五。

擬制，不在禁止之列。然而，將不具備特定身分要求的人「擬制」成正犯，是不利於行為人的擬制，擬制的核心理由是無身分資格者在「犯罪發生時」操控或支配因果流程，但是這始終無法與具身分資格者在「犯罪發生前」操控或支配因果流程相比擬。

最後，許文並未直接針對將不具備特定身分要求的人擬制成正犯違反罪刑相當原則的觀點進行回應，認為應對教唆犯未規定得依正犯之刑予以減輕的情形一併討論，才屬公平。這項看法恐有誤解教唆犯刑事責任的真義。教唆犯之處罰，依照我國刑法第29條第2項的規定，依其所教唆之罪處罰之。換言之，教唆犯刑事責任依其所教唆之罪的法定刑而定²¹。教唆犯得否依正犯之刑予以減輕，法無明文規定。德國刑法亦無明文規定，僅在第26條規定「教唆犯之處罰與正犯同」。德國通說對於此段規定文字的解讀認為²²，教唆犯既然是按照正犯的刑罰範圍予以處罰，在具體個案中，其處罰可能低於正犯，也可能高於正犯。因此，教唆犯「應」規定得依正犯之刑予以減輕的情形，根本就是個不存在的議題。

肆、尋找認定身分犯正犯的理論基礎

在處理無身分資格者參與身分犯犯罪不應成立共同正犯的問題結束後，本文要進一步探詢，立法者在身分犯中所要求的身分或特定資格究竟具有何種不法內涵，足以將無身分者隔絕於教唆犯或幫助犯的圍牆內，而無法進入正犯的領域，與具有身分資格之正犯有難同擔。

²¹ 僅參照林山田，同註8，頁122。

²² Schünemann, in: Leipziger Kommentar, StGB Großkommentar (以下簡稱為LK), 12. Aufl., 2007, § 26 Rn. 106; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007, § 26 Rn. 17.

一、Roxin的義務犯理論

(一)支配犯與義務犯

義務犯（Pflichtdelikte）的概念係由德國Roxin教授於一九六三年在其教授資格論文「正犯性與犯罪支配」裡首倡²³。Roxin把犯罪行為的正犯定義為「具體行為事件的核心人物」或「關鍵角色」²⁴。他認為，在大部分的犯罪中，係透過犯罪支配（Tatherrschaft）²⁵這個要素來表明核心人物的特徵。凡是對於構成要件的實現擁有犯罪支配之人，就是正犯。犯罪支配又分別以行為支配（Handlungsherrschaft）、意思支配（Willensherrschaft）或功能性的犯罪支配（funktionelle Tatherrschaft）三種不同的現象形式出現。換言之，正犯不一定親自地實施構成要件行為（直接正犯的情形），他也可以藉由強制、錯誤或組織性的權力工具（organisa-

²³ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl., 1963, S. 352 ff.; 國內文獻對此概念的介紹迄今仍屬有限，首見於陳志輝於1994年在中德西刑法研討會的發問和Roxin教授的回答，參見中德西刑法學研討會特刊，政大法學評論，50期，頁194，1994年5月；隨後的中文初步引介，參照許玉秀，實質的正犯概念，載：刑法的問題與對策，頁48，1999年。

²⁴ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 25 ff., 108, 335 ff., 527.

²⁵ Tatherrschaft這個用語，中文文獻出現過「行為支配」的譯法（首見於周治平，刑法研究，頁257-262，1967年；使用相同譯語者，參照蔡墩銘，刑法基本問題研究，頁36-46，1976年；蘇俊雄，刑法總論II，頁410，1997年），這個譯法不能說是錯誤，但是不夠妥當，因為固然Tat這個德文單字的意思是「犯罪行為」，但是如果考慮到Tatherrschaft的其中一個下位概念是Handlungsherrschaft時，將Tatherrschaft譯為「行為支配」，就不知道應該將Handlungsherrschaft譯為何種用語才好。有鑑於Tatherrschaft是外延較寬廣的上位概念，所以其適當的譯語是「犯罪支配」，行為支配（Handlungsherrschaft）則是專指行為人親自實施構成要件行為的情形。我國學者有將Tatherrschaft一詞譯為「犯罪事實支配」，亦值贊同（參照柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇上，頁340，2005年）。

torische Machtapparate) 而擁有意思支配的方式(間接正犯的情況), 或者藉由分工合作的方式, 和其他人共同對犯罪的實施產生影響(共同正犯的情況), 透過後兩種方式, 正犯也支配了構成要件的實現²⁶。Roxin把這一類的犯罪稱為支配犯(Herrschaftsdelikte)²⁷, 不限定特定行為主體的犯罪規定, 例如殺人罪、傷害罪即屬之。

不過, Roxin進一步指出, 犯罪支配並不是一個可以被普遍適用的原則²⁸, 因為在有些刑法處罰規定中, 犯罪支配不能被援引作為確定正犯的標準。例如在脅迫取供罪(德國刑法第343條)的情形, 普通人強制警察對犯罪嫌疑人脅迫取供, 雖然不具公務員身分之普通人對於整個事件具有犯罪支配(亦即具有意思支配), 但是普通人不會是脅迫取供罪的正犯, 因為此項構成要件的前提要件是, 犯罪主體必須為公務員²⁹。這一類犯罪組群就是「身分犯」, 身分犯之正犯只限於顯示出特定身分(正犯資格)之人³⁰。

此外, Roxin認為, 如果進一步考量上述案例中決定正犯的觀點, 就可以顯示出, 將某人判定為正犯的認定指標, 既不是公務員身分, 也不是抽象的資格, 而是從理解該項具體法律事物中所得出的特別義務, 只有有意識地違反某項特別義務之人, 才能構成正犯。例如職務傷害罪(德國刑法第340條, 我國無此規定, 相當於

²⁶ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 527 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 27 f.; 有關在作為犯中, 犯罪支配是通行的正犯標準, 僅參照Roxin, in: Leipziger Kommentar, StGB Großkommentar (以下簡稱為LK), 11. Aufl., 1992, § 25 Rn. 7 ff., 34 ff. (本註解引用兩筆Roxin文獻, 下列註腳有標示LK者, 指刑法注釋書, 未標示LK者, 指Roxin的刑法教科書)。

²⁷ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 354 f.; Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 267

²⁸ Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 36.

²⁹ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 352.

³⁰ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 128.

我國刑法第277條傷害罪結合第134條非純粹瀆職罪），公務員在具體情況中藉由實施職務而違犯傷害罪；基於公法上的義務要求，公務員在實施職務時，不能放任為傷害行為，違反此項義務就把行為人提升為加重構成要件的正犯。又例如依照洩漏業務上所知悉的機密罪（德國刑法第203條第1項第1款和第3款規定），醫生和律師必須違反從具體生活中所衍生出來的緘默義務，才能夠成為該罪的正犯³¹。因為這些身分通常都具有刑法以外的義務地位，所以Roxin認為，比身分犯更好的稱呼方式應該是「義務犯」³²。

(二) 認定義務犯之正犯的標準以及該標準的轉變

依照Roxin原先的看法，義務犯所指涉的義務並不是從刑法規範本身所衍生出來的義務，因為從刑法規範本身所衍生出來的義務存在於任何一種犯罪之中（例如刑法禁止殺人、傷害），尤其也可以延伸到不具特定資格的教唆犯和幫助犯，因為如果教唆犯和幫助犯不被理解為刑法義務所規範的對象時，那麼就無法證立教唆犯和幫助犯的可罰性。決定正犯性的要素應該是「違反刑法以外的特別義務」（die Verletzung der außerstrafrechtlichen Sonderpflichten），此項義務之違反雖然不必然延伸到每一個參與犯罪之人，但是它對於構成要件的實現是必要的。因此，義務犯所指涉的義務總是涉及邏輯上處於刑法規範之前的義務，一般而言，這些義務是源自於其他的法領域。例如公法上的公務員義務、職業法上的緘默義務和民法上的照顧財產義務，即屬這類的義務³³。

³¹ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 353.

³² Roxin, aaO. (Fn. 30), § 10 Rn. 128; 對於義務犯概念的中文介紹，首見於陳志輝，義務犯，月旦法學教室，23期，頁34-38，2004年9月；簡體中文文獻上對此項議題的討論，則有何慶仁，義務犯研究，2010年。

³³ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 354.

Roxin以違反刑法以外的特別義務來表明這種犯罪類型的正犯特徵，並對義務犯得出以下的定義：義務犯所指涉的構成要件是，在其中正犯僅能夠是具有特定義務地位之人，以及違反前置於構成要件的刑法以外特別義務之人³⁴。義務犯的特性就在於，單獨違反刑法以外的特別義務就足以證立正犯，無庸取決於其他要素（例如犯罪支配）；相反的，行為人欠缺構成要件特殊的義務地位時，即使具有犯罪支配，也僅能認定為成立教唆犯或幫助犯³⁵。

義務犯概念在經歷三十多年的發展後，其定義產生了些微的變化。Roxin在其二〇〇〇年出版的第七版專論「正犯性與犯罪支配」中明白地承認，「就連我也懷疑起來，是不是如同我原先所認為的，所有創設可罰性的特別義務都是刑法以外的特別義務」³⁶。所以，Roxin在其甫於二〇〇三年五月出版的刑法總則第二冊的教科書中³⁷，已經避免使用「違反刑法以外的特別義務」作為義務犯的正犯標準，取而代之地，他使用「與結果有關地違反構成要件特別義務」（die erfolgsbezogene Verletzung der tatbestandsspezifischen Pflicht）或「違反創設正犯性的義務」（die Verletzung der täte-

³⁴ 從以下的出處歸納得出：Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 352 ff.; Roxin, 問題研討五，政大法學評論，50期，頁194，1994年5月；Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 37.

³⁵ Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 37.

³⁶ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 697; Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 742.

³⁷ 這裡之所以特別指出Roxin的刑總教科書第二冊，其原因是Roxin的刑總教科書第一冊之第一版係於1992年出版，中間雖然經過二次的改版（分別是1994年和1997年），但是第二冊（探討正犯與共犯、未遂、不作為犯和競合論等主題）卻間隔超過10年才問世。他的刑總教科書應該是目前德國刑法學界中廣度、深度最受好評的學術著作。

rschaftsbegründenden Pflichten) 作為認定義務犯之正犯的標準³⁸。不過如果我們仔細觀察Roxin教授在其刑法總則教科書中各處的用語，其中仍出現不一致的地方，例如在某些段落仍零星地出現「刑法以外的特別義務」這類用語³⁹，因此無法遽然判斷Roxin是否全然放棄以「違反刑法以外的特別義務」作為判定義務犯之正犯的標準。前後二種表達方式的時間差距長達四十年，然而本文認為，新的表達方式比起舊的表達方式在內容上並沒有其他新意，因為兩種表達方式同樣都是從義務理論中滋長出來。

(三) 二種立論正犯性的義務

Roxin把立論正犯性的義務分為兩種。一方面涉及到表徵涉及正犯特別不法的義務，例如瀆職罪（德國刑法第331條以下）的公務員身分、洩漏業務上所知悉之秘密罪（德國刑法第203條）的職業上緘默義務、背信罪（德國刑法第266條）或侵占罪（德國刑法第246條第1項第2款）的照顧財產義務。另一方面，有一些義務的作用是用來把構成要件限制為立法者眼中典型的行為人，例如肇事逃逸罪（德國刑法第142條）中事故肇事人的等待義務，或妨害強制執行罪（德國刑法第288條）中強制執行債務人的財產準備妥當義務（Vermögensbereithaltungspflicht）。不過，Roxin強調，這二種義務的區分對於義務犯的認定並不重要，在這兩類犯罪組群中，正犯和共犯的劃分方式是一樣的，都是以有無違反創設正犯性的義務為準。這二種義務的區別實益在於有無德國刑法第28條第1項無特定資格之共犯減輕刑罰規定之適用，只有在第一類的義務犯規定才有德國刑法第28條第1項的適用，無身分或特定資格的共犯減輕

³⁸ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 271 ff.

³⁹ 例如參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 27 Rn. 61.

其刑，第二類義務犯之共犯，不得適用德國刑法第28條第1項之規定減輕其刑⁴⁰。

四、義務犯理論的實益；解決不具身分資格之故意犯罪工具問題

Roxin認為，承認義務犯尤其可以解決具有身分資格之行為人欠缺犯罪支配的情形，亦即此人藉助不具身分資格之故意犯罪工具（qualifikationsloses doloses Werkzeug）成立間接正犯的情形⁴¹。Roxin提出以下的案例：身處美國的財產管理人請求一位不具身分資格的第三人，將其受委託的財產轉移到國外，兩人再分贓。第三人雖然擁有單獨的犯罪支配，但是不會是正犯，而僅是幫助犯，因為第三人欠缺創設正犯性的資格。至於管理人雖然沒有犯罪支配，但是因為他違反其所背負的民法忠誠義務，所以成為整個事件的核心人物⁴²。另一個案例：公務員促使一個不具公務員身分之人，導致發生法律上不被容許的結果，雖然他不具有犯罪支配，他是德國刑法第348條公務員登載不實罪（類似於我國刑法第213公務員登載不實罪條）的間接正犯，但是直接為行為而不具公務員身分之人因為欠缺正犯資格，所以僅是幫助犯⁴³。簡言之，不具身分資格之人單獨從事犯罪實施並且因此擁有犯罪支配，有身分資格者利用無身分資格者成立間接正犯，因為即使有身分資格者不具犯罪支配，只要違反構成要件特別義務而對結果發生影響，就是正犯⁴⁴。Roxin

⁴⁰ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 273.

⁴¹ Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 134; Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 275.

⁴² Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 360 f.; Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 37.

⁴³ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 361; Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 134.

⁴⁴ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 275; 贊同其見解者，有Blei, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, § 71 II 1b; Cramer, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, in: Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 395 f.; Ebert, Strafrecht Allgemeiner

認為⁴⁵，德國實務和通說見解始終也都接受這樣的看法，犯罪支配理論毫無例外地適用是行不通的。

二、對Roxin義務犯理論的正面評價

義務犯理論發展至今，除了受到Hardwig、Langer和Gössel的否定批評外⁴⁶，以及Schünemann欲以支配理論取代義務理論之外，幾乎沒有受到太大的反對。文獻上，雖然有部分持保留態度或予以簡略批評⁴⁷，不過義務犯理論仍有越來越多的支持者⁴⁸，然而大部

Teil, 3. Aufl., 2001, S. 195 f.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 32; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 21 Rn. 104, 116 ff.; Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 163 f.; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 25 Rn. 44; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Aufl., 2002, Rn. 521.

⁴⁵ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 275.

⁴⁶ Hardwig, Über den Begriff der Täterschaft, - Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschrift von Claus Roxin "Täterschaft und Tatherrschaft", JZ 1965, S. 667, 669 f.; Hardwig/Buschendorf, Nochmals: Betrachtungen zur Teilnahmelehre JZ 1967, S. 86 ff.; Langer, Das Sonde-rverbrechen, Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1972, S. 223-227; Maurach/Gössel, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl., 1989, § 47 Rn. 91.

⁴⁷ Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1971, Rn. 851-857; Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1976, Rn. 794-800; Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981, Rn. 793-798; Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, § 12 Rn. 38-41; Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 230-241; Otto, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, JURA 1987, S. 246, 255 f.; Seier, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JA 1990, S. 383; Bottke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, - Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, 1992, S. 109-118; Samson, in:

分的支持意見多半沒有進一步論證就承認義務犯概念，因此一一陳述這些單純附和性的贊同意見應該是沒有必要的。根據Roxin教授的評估，Jakobs教授的見解是義務犯理論發展以來迄今最重要的進一步發展，因此本文在分析結束對於Roxin的義務犯理論之評價後，緊接著在下一段落分析Jakobs和他的學生Sánchez-Vera對義務犯理論的另一種論述⁴⁹。

三、對Roxin義務犯理論的反對見解和其評價

歷年來針對義務犯概念所提出的批評數量上為數不少，義務犯理論能否通過所有反對意見的考驗，有待進一步檢驗。本文首先分析Hardwig、Langer和Gössel整體否定義務犯概念的意見。接下來分

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱為SK), 5. Aufl., 1993, § 25 Rn. 108 f.; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱為SK), 7. Aufl., 2000, § 25 Rn. 21-25; Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1998, § 10 Rn. 49; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 27-30, 172 f., 284; Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2002, Rn. 92.

⁴⁸ Blauth, „Handeln für einen anderen“ nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968, S. 76 ff.; Blei, aaO. (Fn. 44), § 71 II 1b; Cramer, aaO. (Fn. 44), S. 395 f.; Ebert, aaO. (Fn. 44), S. 43, 191; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001, § 10 Rn. 39; Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1998, S. 195; Herzberg, aaO. (Fn. 44), S. 33; Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 21 Rn. 116 ff.; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, § 20 Rn. 14; Cramer/Heine, aaO. (Fn. 44), vor §§ 25 ff., Rn. 84, § 25 Rn. 78, 在此處把義務犯承認為通說；Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S. 70 ff., 72; Wessels/Beulke, aaO. (Fn. 44), Rn. 521; Tröndle/Fischer, aaO. (Fn. 22), vor § 25 Rn. 1b; Heinrich, Rechtsgutzugriff und Entscheidungssträgerschaft, 2002, S. 9 ff., 305 ff.; Joecks, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱為MK), 2003, § 25 Rn. 43.

⁴⁹ Jakobs和Sánchez-Vera對於義務犯概念的解讀，在簡體中文文獻上也有獲得肯定的意見，參照何慶仁，同註32。

析其他學者的意見，不過因為他們的意見彼此或多或少有所重疊，因此本文不打算依照作者別一一分析陳述，而是將他們的見解予以適度歸類整理，予以分析式的論述⁵⁰。

(一) 整體否定義務犯概念的看法

1. 基於犯罪支配原則的地位思維 (Hardwig)

Hardwig在評論Roxin的教授資格論文時⁵¹，批評義務犯概念是獨立的類型，他堅持傳統的見解，認為即便在義務犯這類的犯罪，仍然應該額外要求犯罪支配。他認為Roxin所創造出來的義務犯類群「過於僵化和公式化」(zu starr und schematisch)，所以尤其對於義務作為犯(Pflichtbegehungsdelikte)會產生錯誤的解決方案⁵²。Hardwig舉例提出，有兩名財產管理人，其中的A僅止於準備階段的參與，但是另一名B則本身從事有損財產的交易行為，Hardwig認為，儘管A違反他的特別義務，A仍然只是背信罪之共犯，因為A相對於處於核心領域的直接行為人B而言，A只不過是事件的邊緣角色⁵³。Hardwig再以另一個案例說明他的立論：郵局員工P1未經授權打開一個包裹，員工P2遞給他一把剪刀。P1違犯德國刑法第354條舊條文之侵犯郵政秘密罪；然而P2雖然也違犯特別義務，P2只是幫助犯。在這些案例中，所涉及的行為人定位問題都應該依照犯罪支配的原則來解決⁵⁴。即便是依照德國刑法第354

⁵⁰ 文獻上首見於Chen, Das Garantensonderdelikt, 2006, S. 38-68.

⁵¹ Hardwig, aaO. (Fn. 46), S. 667, 669 f.; Hardwig/Buschendorf, aaO. (Fn. 46), S. 86 ff.; Roxin對其的反駁，參見Roxin, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, S. 293 ff.

⁵² Hardwig, aaO. (Fn. 46), S. 667.

⁵³ Hardwig, aaO. (Fn. 46), S. 667, 670.

⁵⁴ Hardwig, aaO. (Fn. 46), S. 667, 670.

條舊條文明顯的文義⁵⁵，德國立法者把共同的參與行為等同於正犯（「故意允許他人有如此的行為，或故意給予幫助者」），Hardwig認為也不能印證Roxin的理論，而是在違反特別義務的情形中有其特殊意義，因為不然公務員將會相互推諉責任⁵⁶。

然而本文認為Hardwig的見解是站不住腳的，因為他從犯罪支配原則出發的地位觀點，並不能通過上述兩項規定文義的考驗。在背信罪中，並沒有描述特定的行為方式，所以財產管理者的行為，無論是違反義務的不作為，還是單純的參與行為，都可以被涵攝在背信罪的構成要件中。Hardwig忽略一項觀點，相對於受保護的法益言，財產管理人A是保證人，在法律上他必須擔保他所照顧的財產利益不會受到任何的不利益。A雖然僅有從事預備行為，但是他不僅做出一個不受處罰的積極預備行為（因為背信罪不處罰預備犯），同時也成立出具有正犯性質的不作為犯罪行為。所以僅對A論以背信罪之幫助犯，是不恰當的。同樣的，如果Hardwig想要把上述郵局員工P2僅論以幫助犯，類似的指責也會出現在郵局員工P2的案例，不過Hardwig並沒有這樣做，因為他清楚地辨認，立法者把純粹的幫助行為等同於正犯。Hardwig只是想要駁斥Roxin的論點：違反特別義務的人一律是正犯。不過，雖然Hardwig的犯罪支配原則觀點在上述兩項規定中是錯誤的，但是Hardwig的質疑並非完全毫無價值，因為他解決了下列的問題：如果我們肯定Roxin的觀點，特別義務之人成立何種類型的正犯？直接正犯、間接正犯或者是不作為正犯呢？Roxin認為是間接正犯，這項見解具有說服力

⁵⁵ 源自1871年5月15日德國帝國刑法典的德國刑法第354條舊條文規定為：「郵政公務員，在法律規定以外的情形下，將委託給郵政的信件或包裹打開或管束，或故意允許他人有如此的行為，或故意給予幫助者，處三個月以上五年以下自由刑」。我國刑法無此規定。

⁵⁶ Hardwig/Buschendorf, aaO. (Fn. 46), S. 86-87.

嗎？這個問題我們待會即將予以解答。

2. 與德國刑法第28條第2項和第30條第1項相衝突（Langer）？

Langer也完全拒絕Roxin的義務犯概念⁵⁷，他的批評可以歸納為以下兩點，第一點，他認為義務犯概念與實定法不符。一方面，他認為義務犯概念與德國刑法第28條第2項的規定⁵⁸相衝突，因為他認為第28條第2項的規定明顯地規範身分資格只存在於共犯的情形，有別於法條的明文規定，具有資格的共犯不應該被論以正犯⁵⁹。Bottke⁶⁰也以另一種論證方式質疑義務犯理論與德國刑法第28條規定相衝突，他認為依照第28條規定，違反特別義務只影響刑罰裁量，立法者所陳述的意旨是，第28條規定的重要性不在於證立正犯性。

不過，本文認為不論Langer或Bottke的立論都是不具有說服力的。Langer的立論是尚待被證明的循環論證，因為正如同Langer的學生Deichmann⁶¹本身也承認，德國刑法第28條第2項的功能不在於區分正犯與共犯，而是以區分正犯與共犯為前提，處理依照一般理論具有正犯共犯關係基礎下，特別身分要素的從屬性問題⁶²。Bottke的看法雖然沒有像Langer一樣陷入循環論證，但是也是不適

⁵⁷ Langer, aaO. (Fn. 46), S. 223-227.

⁵⁸ Langer原文提到的條文是德國刑法第50條第3項舊條文的規定，這條規定後來在1969年7月4日被第二次刑法改革法修正刪除，變成現在的德國刑法第28條第2項規定〔規定特別身分要素加重、減輕或排除刑法的規範，僅適用於具有這些要素的參與者（正犯或共犯）〕。

⁵⁹ Langer, aaO. (Fn. 46), S. 224.

⁶⁰ Bottke, aaO. (Fn. 47), S. 118 f.

⁶¹ Deichmann, Grenzfälle der Sonderstrafat, Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten, 1994, S. 17.

⁶² 參照Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 739 Fn. 752.

當的⁶³，因為Bottke只看見第28條的刑罰裁量效果，但是忽略了依照第28條第1項的清楚文義⁶⁴，特別身分要素所具有的創設正犯性之效果。所以Bottke不當地得出一個結論，他認為同位階的警察如果促使其同事違犯職務傷害罪，僅應該被論以職務傷害罪之教唆犯，這雖然違反德國刑法第340條的文義，但是依其看法就一般語言適當性、接近事實而言是有意義的⁶⁵。然而這種看法是不正確的，因為一個警察在職務上讓一個不具備身分資格之人違犯傷害，這位警察是德國刑法第340條的行為人，不需要援用德國刑法第28條的規定，只有下手實行的不具身分資格之人必須援引德國刑法第28條第2項的規定，但是後者的幫助犯角色與德國刑法第28條第2項規定毫無關係⁶⁶。

此外，Roxin正確地提出反駁Bottke的觀點⁶⁷，若依照Bottke到處使用界定正犯概念的「形成性支配（Gestaltungsherrschaft）」⁶⁸標準，形成性支配可以用來解釋所有的正犯形式，若甚至不作為之人可能是正犯，那麼如果在作為義務犯的情況中，正犯性應該連結適用於支配犯的犯罪支配標準，那就會是矛盾的。因為具有特別義務之人透過積極行為造成構成要件結果，也一樣具有形成性支配。

Langer另一方面認為，義務犯的概念也違反德國刑法第30條第1項的規定，因為有身分資格之人無效地教唆違犯義務犯，也違反特別義務，所以正確結論來說，應該被論以犯罪未遂之正犯。如果

⁶³ 參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 286.

⁶⁴ 德國刑法第28條第1項規定：「共犯（教唆犯、幫助犯）若欠缺創設正犯可罰性的特別身分要素（第14條第1項），依第49條第1項減輕其刑」。

⁶⁵ Bottke, aaO. (Fn. 47), S. 120.

⁶⁶ 參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 286.

⁶⁷ 參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 287.

⁶⁸ Bottke, aaO. (Fn. 47), 文中處處可見。

所有輕罪之未遂都被認為是可罰的話，這將會不當地擴張德國刑法第30條第1項的適用範圍⁶⁹。Hoyer有類似的批評，義務犯中並非違犯特定的特別義務就已經夠了，始終需要對法益至少有抽象危害的妨礙才足夠。例如在背信罪的情況中，行為人不僅要違反財產照顧義務之外，而且也要因此對其所維護的財產利益產生不利益。因為在實害犯或具體危險犯、甚至是抽象危險犯的情況中，正犯違反特別義務只不過證立一部分的構成要件不法。為了成為整體構成要件事件的核心人物，必須始終至少以抽象危險的形式對法益有所妨礙⁷⁰。不過本文認為這些批評一樣是錯誤的，因為把正犯性的標準與刑罰根據相互混淆。Roxin對此提出了正確的反駁意見，義務違反只不過提出正犯性的標準，而不是提出刑罰根據。義務犯的處罰根據也是一樣在法益侵害，只有對構成要件法益之侵害有直接的接置行為才能證立未遂犯的可罰性⁷¹。Joecks也一樣批評Hoyer，認為Hoyer忽略了背信罪隱藏著不作為犯，只要具有忠誠義務之人沒有阻止第三人造成不利益，他就會受到責難，因此會被論以背信罪的正犯⁷²。至於不當地擴張德國刑法第30條第1項的適用範圍也是不具有說服力的，因為在一般犯的情況中，犯罪支配原則決定了正犯的判定標準，德國刑法第26條和第27條的共犯規定以及第30條的重罪未遂規定毫無疑問也有所適用。只要確立犯罪支配原則不適合用於決定義務犯的正犯問題，那就絕對無法排除，檢驗上述規定的適用範圍。事實上涉及將具有身分資格之人的共犯行為升級成正犯。在某些刑罰構成要件中立法者明顯地（例如德國刑法第120條第2項

⁶⁹ Langer, aaO. (Fn. 46), S. 224.

⁷⁰ Hoyer, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 25 Rn. 22-25.

⁷¹ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 739 Fn. 752.

⁷² Joecks, in: MK, aaO. (Fn. 48), § 25 Rn. 43.

公務員縱放人犯罪、第340條職務傷害罪）或默示地（例如德國刑法第266條背信罪、第266b條持卡人濫用支票卡或信用卡罪、第319條建築危險罪）規定這種正犯升級，這符合義務犯理論。即便立法者沒有規定這種正犯升級，我們也可以從個別的正犯地位中，得出有身分資格之人的共犯行為至少可以證立出不作為正犯，因為分析個別具有身分資格之人之後，可以得知那個身分資格地位就是一種保證人地位，當然這需要進一步研究各別構成要件的不法結構，須另為文分析⁷³。

第二點，Langer認為個別義務犯構成要件的文義也無法解決義務犯的概念分類。他用兩項理由說明這項批評，其一，他正確地指出個別義務犯構成要件不一致的法條文義；其二，存在著與義務犯一樣有相對應構成要件的一般犯，例如德國刑法第120條第1項普通縱放人犯罪相對於第120條第2項公務員縱放人犯罪。這減弱了個別義務犯構成要件的說服力⁷⁴。

然而，本文認為最後一項批評也是不適當的，因為這將誤解了一般縱放人犯罪的本質。根據法條文義，自我脫逃並未包含於縱放人犯罪的構成要件之中⁷⁵。相對於不受處罰的自我脫逃的共犯行為，本質上來說，誘使或支助的違犯方式被提升為獨立的構成要

⁷³ 對於個別構成要件之行為主體不法結構的分析，可參照Chen, aaO. (Fn. 50), S. 172 ff.

⁷⁴ Langer, aaO. (Fn. 46), S. 225.

⁷⁵ 自我脫逃在我國屬於犯罪，在德國不屬於犯罪，參照BGHSt 4, 400; Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 2000, § 45 Rn. 55; Horn, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱為SK), 6. Aufl., 1997, § 120 Rn. 8; Zielinski, in: Alternativkommentar (以下簡稱為AK), 1986, § 120 Rn. 8; Bubnoff, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 120 Rn. 34; 不同見解，參照Schmidhäuser, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 1983, § 22 Rn. 20, 認為僅排除罪責而已。

件⁷⁶。所以德國刑法第120條第1項普通縱放人犯罪本質上是一般犯（支配犯），雖然表面上看起來它具有義務犯的結構，但是這只是一個偶然，它與降低義務犯存在的說服力毫無關係。

3. 犯罪支配是不可被放棄的正犯標準（Gössel）

Gössel也拒絕義務犯的概念。首先，他在專業術語上駁斥義務犯概念，根據Gössel所支持的規範理論的基礎，每一個行為人都用其違反規範的行為違犯了前置於法條和構成要件之前的義務，就這點而言，義務犯和支配犯是沒有不同的。一直到違反規範行為的可罰性透過法定構成要件限制在特定的行為主體（例如公務員）時，才允許使用特別義務之人。其次，Gössel指出義務犯概念陷於一種矛盾，因為Roxin一方面分配給構成要件正犯要素，另一方面又把擁有創設正犯性的特別義務前置於構成要件之前。最後，Gössel認為，Roxin理論的重要性僅在於行為主體本身。犯罪支配對於義務犯也是不可被放棄的正犯標準，犯罪支配始終是必要的，但是非充分的正犯要素⁷⁷。所以他強調，無論是不純正不作為犯或是背信罪的情形，他都不承認義務犯的存在。

本文認為，Gössel的批評一部分應該被反駁，一部分應予以肯定。Gössel的第一個批評是正確的，因為Roxin所指稱的義務，依照Roxin比較新的專業術語，他稱之為建構構成要件的或證立正犯

⁷⁶ 通說如此認為，參照BT-Drs. 7/550, S. 220; Bubnoff, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 120 Rn. 2a; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 26. Aufl., 2007, § 120 Rn. 8; Siegert, Strafrechtsreform im Einführungsgesetz?, IV. Die Gefangenenbefreiung, JZ 1973, S. 308-309; Ostendorf, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱爲NK), 2. Aufl., 2005, § 120 Rn. 13; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., 2002, § 92 Rn. 5; Arzt/Weber, aaO., 45/58; 不同意見參照Zielinski, in: AK, aaO. (Fn. 75), § 120 Rn. 8.

⁷⁷ Maurach/Gössel, aaO. (Fn. 46), § 47 Rn. 91.

性的義務（die tatbestandskonstituierenden bzw. Täterschaftsbe-gründenden Pflichten）⁷⁸，只有特定具有身分資格之人才能侵犯。從第一眼看來，字面上這些義務雖然與前置於法條和構成要件之前的義務相區別，也和從行為規範導出、就法益侵害而言涉及每一個人的義務有別，但是如果Roxin堅持有兩種創設正犯性的義務⁷⁹，但是這兩種義務的區別和義務犯之認定無關，那麼Gössel的批評就是合理的，因為例如德國刑法第183條男性曝陰行為罪的規定，其主體範圍之限制係從立法者眼中所看到的社會實際片段所產生，實際上描述一種刑法上涉及每一個人的命令⁸⁰，不過依照Roxin的看法仍屬義務犯。然而，這其實涉及適用於男人也適用於女人的義務，亦即不應該透過曝陰行為來騷擾其他人。這種不曝陰義務和從行為規範所導出的義務並沒有任何不同。

Gössel的第二個批評，本文認為直擊義務犯之要害，因為構成要件之前的刑法以外特別義務創設正犯性，並非是一種論證，而是一種主張而已。Roxin本身已經產生質疑，創設正犯性的特別義務是否都是刑法以外的義務⁸¹。即便Roxin在其刑法總則第二冊教科書中⁸²，使用「與結果有關地侵害構成要件特別義務或創設正犯性義務」的用語，來取代侵害刑法以外特別義務的描述，也一樣是循環推論⁸³，因為正犯性的確定正好取決於違反創設正犯性的義務。

本文認為Gössel的第三個批評也是不正確的。因為，Gössel同

⁷⁸ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 271 ff.

⁷⁹ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 273.

⁸⁰ Roxin, in: LK, aaO. (Fn.26), § 28 Rn. 67; Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 273.

⁸¹ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 742.

⁸² Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 268, 271, 273.

⁸³ 參照Kaufmann, Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung, FS-Gallas, 1973, S. 1 ff., 13.

意Stratenwerth的看法，如果構成要件透過非常一般性的行為（例如背信罪）造成結果的發生作為犯罪行為，那麼就可以肯定幕後者的正犯性，Gössel形成一種前後不一貫的現象，因為一位財產管理人促使不具身分資格之人對其所維護的財產利益造成損害，他並不具有犯罪支配，然而依照Gössel的觀點，他卻是背信罪的正犯。這個例子只能夠證明Roxin的基本原則⁸⁴，犯罪支配不是普遍性的原則。

(二)對於義務犯理論的其他批評

1. 適切的批評

(1) 背信罪是義務犯中最沒有爭議的案例

Roxin把背信罪稱為最典型的義務犯⁸⁵，在背信罪中，透過許多不同態樣的作為或者也可以透過不作為，違反義務而損害財產，無庸取決於外在的構成要件實現。因為根據清楚的背信罪文義，以有損財產的方式違反構成要件特別義務者，就是正犯。甚至一部分的反對意見支持者也承認這項觀點⁸⁶。

Stratenwerth雖然原則上爭執義務犯概念，但是他本身也例外地承認⁸⁷，對於像背信罪這一類沒有描述特定犯罪行為，而是任何一種違反特別義務都會受處罰的構成要件，可以適用義務犯概念。就這點而言，Samson也同意Roxin的意見⁸⁸。Bloy也同樣遵循

⁸⁴ Roxin, in: LK, aaO. (Fn.26), § 25 Rn. 36.

⁸⁵ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 271.

⁸⁶ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 281, 284.

⁸⁷ 最早出現在Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 1. Aufl., 1971, Rn. 856; AaO. (Fn. 47), 2. Aufl., 1976, Rn. 799; AaO. (Fn. 47), 3. Aufl., 1981, Rn. 797; AaO. (Fn. 47), 4. Aufl., 2000, § 12 Rn. 40.

⁸⁸ Samson, in: SK, aaO. (Fn.47), § 25 Rn. 109.

Stratenwerth的意見，並且持折衷的見解⁸⁹。Bloy認為，除了犯罪支配以外，他想要把擁有特別義務也承認為創設正犯性的基本要素，他在此區分三種不同的犯罪層級：純粹的犯罪支配犯（*reine Tatherrschaftsdelikte*）、純粹的義務犯（*reine Pflichtdelikte*）以及混合的義務犯與支配犯（*gemischte Pflicht- und Herrschaftsdelikte*）。在最後的犯罪類型中，累積同時出現犯罪支配和擁有特別義務才能證立正犯性。只有放棄描述特別行為類型的規定，而且限制於特別義務違反的描述，例如像是背信罪，才會被Bloy歸類成義務犯。根據Seier的看法⁹⁰，只有在兩點保留前提下，義務犯概念才沒有問題。第一，對於涉及的法益必須有真正的特別義務，構成要件的非價必須正好存在於特別身分的義務違反；第二，特別義務之人可以透過任何一種行為實現構成要件。背信罪滿足這兩項前提。即便是Gössel也認為背信罪是義務犯，雖然他明白地強調，他並不承認純粹義務犯的存在。因為Gössel認為，Stratenwerth適切地指出，如果構成要件以非常一般性的描述行為造成結果發生作為之犯罪行為（例如像背信罪），通常就可以認定幕後者的正犯性⁹¹。最後，Otto也承認背信罪是義務犯⁹²。因為雖然他認為犯罪支配以及特別身分是證立身分犯正犯性的共同要素，但是Otto在背信罪中並沒有承認這項要求，而是贊同Roxin的意見，Otto認為財產管理者V促使一位故意的不具身分資格之人，從V所管理的財產中拿出一些賣掉，利益歸己，V是背信罪的正犯，因為V負責管理財產的完整性。由於V違反財產照顧義務，損害應該歸咎給V。

⁸⁹ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 230.

⁹⁰ Seier, aaO. (Fn. 47), S. 383.

⁹¹ Maurach/Gössel, aaO. (Fn. 46), § 48 Rn. 57.

⁹² Otto, aaO. (Fn. 47), S. 257.

有爭論的是Roxin所持的結論，他把有身分資格之人任何方式的共同參與論以間接正犯。與Roxin的意見不同，Stratenwerth⁹³、Herzberg⁹⁴、Bloy⁹⁵和Sánchez-Vera⁹⁶都想要把具有身分資格之人促使他人或幫助他人損害託付給他的財產，論以直接正犯。

(2)指出各別義務犯構成要件的法條文句不一致

Langer已經指出⁹⁷，如果每一個特別義務的違反實際上都是創設正犯性的，那麼把具有身分資格之人的幫助行為各別納入法定的行為描述中，一方面是多餘的（überflüssig），因為涉及的行為原本就會被本來的犯罪描述包含在內；另一方面是誤導的（irreführend），因為透過納入，沒被提及的幫助形式就一定會被提出詢問。Hoyer雖然沒有爭執義務犯概念的必要性，但就這點而言，Hoyer贊同Langer的批評並且具體提出質疑：「如果Roxin的替換觀點是正確的，那麼在某些義務犯的規定中，明顯地把非犯罪支配的犯罪參與等同於犯罪支配的參與（例如：德國刑法第340條職務傷害罪規定『違反或讓其被違犯』），就根本是多餘的」，「在其他的義務犯中則放棄這樣的等同對待的描述，也同樣是前後不一貫的」⁹⁸。Bloy認為，正犯性仰賴純粹的義務違反絕對不是理所當然的，因為在德國刑法第120條第1項和第2項（縱放人犯罪與公務員縱放人犯罪）以及第340條職務傷害罪擴增的部分如果被排除，

⁹³ Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 1. Aufl., 1971, Rn. 856; AaO. (Fn. 47), 2. Aufl., 1976, Rn. 799; AaO. (Fn. 47), 3. Aufl., 1981, Rn. 797; AaO. (Fn. 47), 4. Aufl., 2000, § 12 Rn. 40.

⁹⁴ Herzberg, aaO. (Fn. 48), S. 33 Fn. 64.

⁹⁵ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 238 Fn. 203.

⁹⁶ Sánchez-Vera, aaO. (Fn. 44), S. 161 ff.

⁹⁷ Langer, aaO. (Fn. 46), S. 224 f.

⁹⁸ Hoyer, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 25 Rn. 21.

規範就會因此毫無意義⁹⁹。義務犯理論失敗於混合的義務和支配犯，其構成要件具有特別的違犯方式，例如脅迫取供罪（德國刑法第343條第1項）以及公務員登載不實罪（第348條第1項）。在這些構成要件中，犯罪行為在法條上被進一步的描述：只有身體上的虐待、其他的使用暴力、威脅施以暴力和精神上的虐待才能構成德國刑法第343條第1項的強制行為；只有虛偽登記法律上重要的事實以及虛偽記載入公共登記冊內，才能構成德國刑法第348條第1項之犯罪行為。也就是說，犯罪行為並非完全透過違反義務來加以闡明¹⁰⁰，所以讓其違犯以及支助這一類的犯罪行為，並不能等同於作為¹⁰¹。結論上，Bloy贊同Schroeder¹⁰²的看法，特別義務犯的創造只能夠限縮可能正犯之人的範圍，並沒有放棄犯罪支配的要求。

針對這項批評，Roxin認為，這只是出於修辭學上的緣故，沒有在所有的義務犯都設有這種同等對待的條款¹⁰³。不過本文認為，Roxin的解釋欠缺說服力，因為正如同Hoyer¹⁰⁴已經提出的適切批評，就體系的法條解釋而言，比較容易理解認為，把具身分資格之人的共犯行為納入法定犯罪行為的描述之中，只有在德國刑法第340和344條才會是多餘的。從實際上來看，在構成要件中沒有把非犯罪支配的犯罪參與等同於犯罪支配的參與，這一類的義務犯在刑法分則中是多數；法條中明示（例如德國刑法第97條洩漏國家機密罪、第120條第2項公務員縱放人犯罪、第206條第2項第3款侵害郵政或通訊秘密罪、第340條職務傷害罪、第344條訴追無辜者罪及

⁹⁹ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 230 f.

¹⁰⁰ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 231.

¹⁰¹ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 232.

¹⁰² Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S. 87.

¹⁰³ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 744.

¹⁰⁴ Hoyer, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 25 Rn. 21.

第357條第1項誘使下屬犯罪)或默示(第171條侵害照顧或教養義務罪、第266條背信罪、第319條建築危險罪、第356條背叛當事人罪)規定了這一類的等同對待的義務犯是少數，這清楚地顯示出修辭學解釋是站不住腳的，因為立法者在大部分的義務犯中放棄把具身分資格之人的共犯行為納入法定犯罪行為的描述，如此的修辭學差異必然是立法者嚴重的錯誤。如果把具身分資格之人的共犯行為納入在法定犯罪行為的描述中應該是有意義的話，那麼根據反面推論，在大多數義務犯的情況中，具身分資格之人的共犯行為就不能依作為正犯而被處罰。

綜上所述，依照法定犯罪行為描述的種類，身分犯區分為兩類，一類納入具身分資格之人的共犯行為，另一類沒有納入具身分資格之人的共犯行為。這兩類都被Roxin稱之為義務犯的犯罪規定之間，因為不同犯罪行為描述所產生的內部矛盾如何被排除，仍尚待解釋，但絕非只是出於修辭學的理由。

(3)質疑具有身分資格之人的參與行為在義務犯中被當成間接正犯

Roxin想要在義務犯的情形中擴張間接正犯的成立要件，藉此得出兩種間接正犯的概念，雖然德國立法者在德國刑法第25條第1項的規定中並沒有明定間接正犯的要件，邏輯上似屬可行，但是本文基於以下兩點理由對此項作法持質疑態度。

首先，間接正犯的概念將會透過兩種完全不同的構想來論述，亦即犯罪支配與違反特別義務。在二者之間欠缺像作為犯與不作為犯之間所要求的足夠的類似性。相反的，只要「透過第三人」的表面行為就足以形成間接正犯的類型概念，這將會不當地擴張間接正犯概念，因為依照Roxin的定義，一位公務員非強制地影響具有身分資格之人，讓他把法律上重要的事實虛偽登記在土地登記簿內，那麼這位公務員可以被論以間接正犯。

若公務員非強制地促使無身分資格的故意犯罪工具，將法律上

重要的事實虛偽登記在土地登記簿內，Roxin認為，應對公務員論以德國刑法第348條公務員登載不實罪之間接正犯。更精確檢視Roxin的解決方案，方法論上其實趨近於過去德國通說¹⁰⁵對同一個問題的解決模式。因為過去德國通說擴張犯罪支配的原始意義，以規範的方式證立犯罪支配，而Roxin則是擴充間接正犯的範圍¹⁰⁶。就這點而言，Schünemann也贊同Roxin的解決方案，因為他認為，透過使用不具身分資格之故意犯罪工具的間接正犯概念正是處於「透過第三人違犯」的核心概念之中¹⁰⁷。這兩種解決方式都嘗試把不同的犯罪事實涵攝在同一個概念之下。此外，Roxin的解決方案根本就不是一項新發明，而是結論上可追溯至德國帝國法院的判決（RGSt 28, 109 f.）¹⁰⁸。這項判決涉及德國刑法第348條第2項的舊規定，認定公務員故意透過不具公務員資格的故意第三人，使其偽造公務員職務上被託付或職務上掌管文書者，將被論以第348條第2項之間接正犯。該判決雖然沒有解釋如何立論間接正犯的可罰性，但是有鑑於當時盛行¹⁰⁹於帝國法院判決的（現在被認為是過時的¹¹⁰）主觀理論，也就不意外該項判決以主觀理論為出發點，認定促使他人為之的公務員因具有正犯意思而應被論以間接正犯。引人注意的是，這一個以主觀理論為基礎的解決方案在文獻上也有許多支持者¹¹¹，儘管這些支持者一直強烈駁斥主觀理論。

¹⁰⁵ 僅參照Jescheck/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, § 62 II 7, S. 670 Fn. 33有進一步的例證。

¹⁰⁶ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 385; Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 134.

¹⁰⁷ Schünemann, in: LK, aaO. (Fn. 22), § 288 Rn. 39.

¹⁰⁸ Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 134 Fn. 205.

¹⁰⁹ Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 14. 有進一步的例證。

¹¹⁰ 僅參照Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 30 ff.

¹¹¹ 參照v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21-22. Aulf., 1919, S. 211 Anm.

其次，我們可以不用變更間接正犯的要件，解決不具身分資格之故意犯罪工具的難題。一方面，在以任何一種行為就違反義務的構成要件中，例如背信罪，或者將不具犯罪支配的共同參與明示或默示地等同於作為正犯來處理的構成要件中，都應該論以直接正犯，因為並不是透過第三人的共同參與才違反義務，而是透過具有身分資格之人的共同參與行為直接地違反義務¹¹²。Sánchez-Vera也適切地指出¹¹³，間接正犯的概念並不適合用來解釋具有身分資格之人的直接責任。因為義務涉及保護託付給義務之人法益，無庸考慮危險從哪裡來或以何種方式威脅法益。

另一方面，即便構成要件帶有特別的侵害行為時，例如脅迫取供罪（德國刑法第343條），也毫無問題可以把具有身分資格之人的共犯行為論以正犯，而不用變更間接正犯的要件，因為正如同Schmidhäuser在一九七五年就已經確認¹¹⁴，並且獲得Samson的同

10; Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 26. Aufl., 1932, S. 331; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1931, S. 107 f.; 結論上同意帝國法院判決有：v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. 2: Das Verbrechen Allgemeine Lehren, 1930, S. 474; Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 428.

¹¹² Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 1. Aufl., 1971, Rn. 856; AaO. (Fn. 47), 2. Aufl., 1976, Rn. 799; AaO. (Fn. 47), 3. Aufl., 1981, Rn. 797; AaO. (Fn. 47), 4. Aufl., 2000, § 12 Rn. 40; Herzberg, aaO. (Fn. 48), S. 33 Fn. 64; Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 238 Fn. 203; Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, 1994, S. 170 Fn. 14; Beleza, Die Täterstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 273 f.

¹¹³ Sánchez-Vera, aaO. (Fn. 44), S. 162 f.

¹¹⁴ Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, § 14 Rn. 51; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, § 10 Rn. 97.

意¹¹⁵，特別義務之人具有保證人地位。如果第三人在其職務範圍內進行干預，根據保證人地位他有義務予以阻止。根據十四世紀的哲學家兼修士奧坎的威廉（William of Occam）提出的「奧坎剃刀原則」（Occam's razor），「假如一個問題有很多種解決辦法，選最簡單的那個」，所以我們不應該放棄較簡單的解決模式。也就是說，我們應該直接從法條文義論以直接正犯或根據保證人地位得出不作為正犯，不應該反而論以較複雜的、一個無法與原始間接正犯概念相比較的變形間接正犯概念。因此，本文認為Roxin擴張間接正犯概念的解決方案是多餘的。

(4) 檢驗不作為來論證限制身分犯正犯的實質基礎（Seier）

Seier想要借助不作為的檢驗來證明限制身分犯正犯範圍的實質理由¹¹⁶。根據他的看法，義務犯的概念只有在兩項條件下是沒有問題的。第一項條件是：對涉及的法益具有真正的特別義務，其次，構成要件非價必須存在於特別屬人的義務違反。如果立法者之所以將可罰性限制在特定典型的行為人範圍，是因為其他人的違犯是稀少的、非典型的，這類的構成要件就欠缺特別屬人的義務違反。他舉德國刑法第283條破產罪和第288條阻撓強制執行罪為例，債務人對債權人的財產並不具有特別的忠誠義務。不作為檢驗是一項指標，用來檢驗相關的刑罰規範是否含有真正的特別義務。強制執行的債務人不具有保證人地位，所以無法透過不作為來阻撓強制執行。

本文認為，Seier所提到的真正的特別義務和個別屬人的義務違反，看起來像是用來取代Roxin的刑法以外特別義務，然而還是建立在義務理論之上。不過正如同Seier正確的指出，借助不作為的

¹¹⁵ Samson, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 25 Rn. 109.

¹¹⁶ Seier, aaO. (Fn. 47), S. 383.

檢驗，來證明身分犯正犯限制的實質理由，依其看法，只有保證人才擁有真正的特別義務或特別屬人的義務地位，那麼他的看法實質上就會趨近於Schünemann的支配理論（參照本文肆、五）。至於Seier所提到的個別刑罰規定無法通過不作為的檢驗，亦即是否德國第288條也可以透過不作為來違犯，限於本文有限的篇幅，需要另行為文分析¹¹⁷。

2. 不適切的批評

(1) 義務犯理論違反類推禁止原則

Stratenwerth原先肯定義務犯概念¹¹⁸，認為義務犯有別於支配犯，有不同的正犯概念，僅根據正犯資格來認定正犯，而非如同過去通說看法¹¹⁹，擴張犯罪支配的概念，認為除了控制事件的流程外，仍須具有行為人的資格。Stratenwerth認為過去通說的看法不過是一種表面的解決（Scheinlösung），將特別義務的要求轉化成支配的要素，但是和原始的犯罪支配標準的含義大相逕庭。然而Stratenwerth在其第四版的教科書中，取消對義務犯概念的正面評價，轉向原則上拒絕義務犯的概念¹²⁰。他提出的說明是，義務犯概念明顯違反罪刑法定原則，因為具身分資格之人的任何一個、即便是最遙遠的行為參與，都會被論以正犯。一個單純促使他人為虛偽記載之人，並沒有為記載（德國刑法第348條公務員登載不實罪）。在相同的方向上Seier強調，特別義務之人任何一個行為就必須足以實現構成要件，是為了承認義務犯概念。如同在德國刑法第

¹¹⁷ 德文文獻上的詳細分析，參照Chen, aaO. (Fn. 50), S. 211 ff.

¹¹⁸ Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 1. Aufl., 1971, Rn. 853; AaO. (Fn. 47), 2. Aufl., 1976, Rn. 796; AaO. (Fn. 47), 3. Aufl., 1981, Rn. 795.

¹¹⁹ 僅參照Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 102; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 104.

¹²⁰ Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 4. Aufl., 2000, § 12 Rn. 40.

343條脅迫取供罪和第348條公務員登載不實罪的情況下，一旦規定了特別的行為態樣，就會清楚明確地顯示出，只有在特定的攻擊形態，違反特別義務才會構成要件合致。人們如果將行為的類型毫不猶豫地擴張到「唆使」（*verleiten*）或支持（*fördern*），就違反罪刑法定原則¹²¹。Krey同樣也認為，Roxin的觀點違反德國基本法第103條第2項的禁止類推原則。因為至少對作為犯來說，其可罰性透過積極作為，德國刑法第25條的文義顯示出，犯罪行為的違犯意謂著以犯罪支配的方式實現犯罪構成要件¹²²。

針對上述的批評，Roxin提出反駁，認為德國刑法第25條第1項的文義已經清楚地指出，行為人不必然親自地實現犯罪行為，行為人也可以透過第三人實現犯罪行為。Stratenwerth的意見是以錯誤的前提為根據，誤以為間接正犯的前提要件必須都是都一樣，無論是支配犯或義務犯。這是一種沒有法律根據地將犯罪支配概念絕對化¹²³。犯罪支配原則具有毫無例外的效力，這對立法者而言是不理智的¹²⁴。站在創造一個新類型的間接正犯概念的立場來說，違反類推禁止原則的顧慮確實已經消除，不過，這項看法卻會衍生出另一個問題，亦即一個新的間接正犯概念，這個概念不但不適當而且多餘，已經在本文上述的二、1、(3)處已經確認了。既然本文認為新的間接正犯概念係屬多餘，要如何消除違反類推禁止原則的顧慮呢？這項顧慮可以透過證明具有身分資格之人擁有保證人地位，可被論以不作為正犯而消除¹²⁵。

¹²¹ Seier, aaO. (Fn. 47), S. 383.

¹²² Krey, aaO. (Fn. 47), Rn. 93.

¹²³ Roxin, aaO. (Fn. 36), 7. Aufl., 2000, S. 701.

¹²⁴ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 279 Fn. 368.

¹²⁵ 這需要對涉及義務犯的刑法分則規定詳細分析其不法結構，已超出本文的研究範圍。德文文獻上的詳細分析，可參照Chen, aaO. (Fn. 50), S. 172 ff.

(2) 解決不具身分資格的故意犯罪工具難題的尷尬情況

有關不具身分資格之故意工具問題，Gallas指出，解答僅在於具有身分資格之幕後者的正犯性，他在整體事件中具有支配地位。他雖然不是直接行為人的主人，但是他主宰犯罪行為。如果沒有幕後者，直接行為人的行為在刑法上就不具重要性。幕後者的角色不只侷限於喚起幕前者的犯罪決意，此外，幕後者根據他的身分資格掌握了是否造成犯罪事件。他的唆使行為等於擁有犯罪支配，等於親自從事構成要件行為¹²⁶。Jescheck同意Gallas的想法，規範性地論證犯罪支配概念，認為具身分資格的幕後者具有「社會的」(soziale)或「規範心理學的」(normativ-psychologische)犯罪支配。沒有幕後者的參與，犯罪中間人根本無法違犯犯罪行為，刑法上重要的事實是構成要件中所要求的身分資格。幕後者在法律上的必要影響，亦即對幕前者的心理影響，就足以認定具有犯罪支配¹²⁷。

這項論證不具有說服力。首先，把特別義務的要求轉化成支配要素，這不過就是如同方才Stratenwerth所說的，是一種表面的解決，忽略了犯罪支配標準的原始意義。其次，這項論證含有循環論證¹²⁸。因為使用一位不具身分資格的故意工具是否引發「一項刑法上重要的事件」，正是有疑問的。即便Gallas補充說明，在此涉

¹²⁶ Gallas, Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 136 = Gallas, aaO. (Fn. 119), S. 101 f.

¹²⁷ Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 105), S. 670.

¹²⁸ 參照Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 253-258, 747; Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 137; Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 277; Herzberg, aaO. (Fn. 48), S. 32; Freund, aaO. (Fn. 47), § 10 Rn. 73; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 511 f.; Samson, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 25 Rn. 109; Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 21 Rn. 104; Otto, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2000, § 21 Rn. 94; Maurach/Gössel, aaO. (Fn. 46), § 48 Rn. 56.

及一種獨特的違犯方式，與其說接近間接正犯，不如說更接近共同正犯，從犯罪支配理論的觀點來說，這個考量也不能證明接納正犯性，因為，姑且不論行為人欠缺身分資格，共同正犯的前提是，幕後者對犯罪支配有部分的參與。不過，這項前提是不具備的，因為幕後者的舉動僅是教唆。

在解決這項難題上，Stratenwerth顯露出令人值得注意的狼狽。他在一九七一年的第一版教科書中宣傳一個完全不同的概念，他認為具有身分資格之人促使不具身分資格之人違犯身分犯的實行行為，實現了一種介於教唆犯和正犯之間的混合類型，所以把具有身分資格之人論以教唆犯是適當的¹²⁹。但是這項建議所遭受的異議，正如同Stratenwerth曾經對Roxin所提出的質疑是一樣的。依照Stratenwerth的理論，一個如此的參與形式——肇事者（Verursacher），既不是正犯也不是教唆犯，卻如同教唆犯來處罰，明顯地違反了類推禁止¹³⁰。雖然Straftenwerth在一九七六年的第二版教科書中承認了這個錯誤¹³¹，不過他轉變至一個難以忍受的結論——不論具有身分資格之人或不具有身分資格之人基本上都不處罰¹³²。這項結論是不正確的，正如同Roxin正確指出，因為據此每一個具有身分資格之人只要利用一個不具身分資格之人來實行構成要件行為，就不會被處罰了。這在刑事政策上是難以忍受而且絕非

¹²⁹ Stratenwerth, 1. Aufl., aaO. (Fn. 47), Rn. 854.

¹³⁰ 參照Roxin, Buchbesprechungen: Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1971, ZStW 84 (1972), 993, 1008 f.; Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 748; Herzberg, aaO. (Fn. 44), S. 34; Samson也認為Stratenwerth的混合參與形式是法律所不熟悉的。參照Samson, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱爲SK), 1. Aufl., 1975, § 25 Rn. 35.

¹³¹ Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 2. Aufl., 1976, Rn. 798.

¹³² Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 2. Aufl., 1976, Rn. 799; AaO. (Fn. 47), 3. Aufl., 1981, Rn. 797.

立法者所想要的結論¹³³。Stratenwerth看來自己也發現他的解決方案有問題，所以在其第四版的教科書中，完全刪除原先「不處罰」的建議。至於不具身分資格之故意工具的難題如何解決，他在第四版教科書中沒有表示任何意見。

Bloy認為Roxin對於不具身分資格之故意工具難題的解決方案，只有在純粹的義務犯中是具有說服力的¹³⁴。在混合的義務犯與支配犯情況中，Bloy贊同Stratenwerth在第三版教科書所支持的結論（不過在第四版被刪除），認同在動用不具身分資格之故意工具的情況中，具身分資格之人和不具身分資格之人都不處罰，雖然他有注意到Roxin強調刑事政策上是難以忍受的結論¹³⁵。他認為這涉及一項刑法上不重要的混和形式的參與角色¹³⁶。將具有身分資格之人論以教唆犯，是不被考慮的，因為這將會違反禁止類推原則¹³⁷。對於這項難題，Otto得出一樣的結論，他認為此處有處罰漏洞，必須由立法者加以填補¹³⁸。

本文認為，無論是Stratenwerth、Bloy或是Otto都沒有提出令人滿意的解決方案，在這裡是否真的存在著處罰漏洞，本文緊接著在以下的(3)將予以分析說明。

(3)在義務犯中，特別義務之人的不作為正犯性受限於等價條款
①Schmidhäuser所發展以及被Samson接納的觀點¹³⁹，被援用來

¹³³ Roxin, aaO. (Fn. 24), 2006, S. 749.

¹³⁴ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 238.

¹³⁵ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 239-241.

¹³⁶ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 237.

¹³⁷ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 240.

¹³⁸ Otto, aaO. (Fn. 47), S. 246, 255 f.; Otto, aaO. (Fn. 128), § 21 Rn. 96.

¹³⁹ Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, aaO. (Fn. 114), § 14 Rn. 51; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, aaO. (Fn. 114), § 10 Rn. 97; Samson, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 25 Rn. 109.

解決特別義務之人的不作為正犯性，遭受Stratenwerth的批評。Stratenwerth認為，只有在（純正）身分犯的構成要件已經包含不作為，或者可想像不作為對應於所要求的作為，才可以論以不作為正犯。因此，沒有阻止不實登載的公務員，並沒有透過不作為違犯公務員登載不實罪¹⁴⁰。Bloy同意Stratenwerth對於實現德國刑法第13條第1項等價條款（Entsprechungsklausel）的質疑，而否定不具身分資格之人的不作為正犯性。他提出的理由是，在混合的義務犯和支配犯中，存在於身分資格特質當中的個別義務的違反，尚不足以證立不作為正犯性。一個公務員不阻止他人於登記簿中不實登載，尚不足以成立德國刑法第348條第1項公務員登載不實罪的不作為正犯。不過Bloy認為，如果違犯之人是公務員自己的未成年子女時，應肯定透過不作為成立公務員登載不實罪¹⁴¹。

換言之，Stratenwerth和Bloy並沒有爭執，在純粹的義務犯中，從具有身分資格之人的特質衍生出保證人地位和不作為正犯性。就這點而言，他們的看法值得贊同。他們質疑的是，在所謂的混合的義務犯與支配犯情況中，僅僅從具身分資格之人推導出不作為正犯性。根據他們的見解，原因在於未實現等價條款。究竟等價條款具有何等重要性，其價值何在，本文立即將在下述②中進一步分析。不過，上述Bloy的論述已經令人懷疑，何以對於公務員登載不實罪，從公務員的身分資格中無法導出不作為正犯性，因為不滿足等價條款，但是公務員不阻止其未成年子女的不實登載，卻沒有等價條款的問題，公務員可成立不作為正犯。

¹⁴⁰ Stratenwerth, aaO. (Fn. 47), 3. Aufl., 1981, Rn. 798; AaO. (Fn. 47), 4. Aufl., 2000, 12/41.

¹⁴¹ Bloy, aaO. (Fn. 47), S. 240 f.

②等價條款的重要性具有爭論而且很少被解釋清楚¹⁴²。有一部分的見解甚至認為它是完全沒有功能的¹⁴³。Seelmann把等價條款解釋成要求特別深入地檢視行為的需罰性¹⁴⁴，結論上也是趨近於認為等價條款是毫無用處的。因為即便沒有等價條款的要求，在確定保證人地位時，我們本來就要作這樣的檢視¹⁴⁵。

通說的立場是行為方式等價理論（die Lehre der Modalitätenäquivalenz）¹⁴⁶。在純粹結果犯的情況中（殺人罪、普通傷害罪、毀

¹⁴² 參照Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), S. 287, 312; Seelmann, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱為NK), 1995, § 13 Rn. 67; 對這個問題的爭論情形有詳細的論述，參照對此主題的唯一一本專論：Nitze, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, S. 26 ff.; Roxin對這個主題的處理也極具說服力(Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2000, S. 577 ff. = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 218 ff.)

¹⁴³ Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 249; Nitze, aaO., S. 111, 189.

¹⁴⁴ Seelmann, in: NK, aaO. (Fn. 142), § 13 Rn. 70.

¹⁴⁵ Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 579 = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 224.

¹⁴⁶ BGHSt 28, 300, 307; Freund, aaO. (Fn. 47), § 6 Rn. 8; Gropp, aaO. (Fn. 48), § 11 Rn. 79 ff.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, § 15 Rn. 77 f.; Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 29 Rn. 7, 78 ff.; Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 105), S. 629 f.; Jescheck, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 13 Rn. 5; Köhler, aaO. (Fn. 128), S. 230; Krey, aaO. (Fn. 47), Rn. 374 f.; Lackner/Kühl, aaO. (Fn. 76), § 13 Rn. 16; Kühl, aaO. (Fn. 48), § 18 Rn. 122.; Maurach/Gössel, aaO. (Fn. 46), § 46 Rn. 55 f.; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 63 f.; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下簡稱為SK), 7. Aufl., 2000, § 13 Rn. 18; Stratenwerth, 4. Aufl., aaO. (Fn. 47), § 13 Rn. 62; Tröndle/Fischer, aaO. (Fn. 22), § 13 Rn. 17; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001, § 13 Rn. 4; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der

損罪），沒有進一步地描述構成要件合致的行為，保證人的不為阻止始終與積極的作為等價，因此等價條款沒有獨特的意義¹⁴⁷。在定式行為的犯罪中則有所不同，在其中除了結果發生外，還要求特定的行為方式（例如詐欺罪的「詐術」、強制罪的「強暴」或「脅迫」）。在這類犯罪中，不作為應該如同構成要件所描述的作為一樣，顯示出相同的社會意義內涵，保證人地位不足以決定等價與否。根據這種看法，不作為是否與積極的詐欺或是強制行為等價，屬於分則構成要件解釋的問題。

然而本文認為通說的見解欠缺說服力，因為，肯定等價條款的要求，其內容要件為何一直沒有被解釋清楚。刑法典中並沒有指出必須顯示不作為犯罪事實的狀態要素，以便與構成要件合致的作為等價。因此也就不意外，新近文獻¹⁴⁸出現讓法官個案進行評估的想法再度復甦，這個想法趨近於整體觀察理論（Gesamtbetrachtungslehre），委由法官在個案中進行整體觀察評估，因為有危害法安定性之虞，應該被予以駁斥。

在單純利用被害人已經存在之錯誤的情況中，德國實務和通說正確地否定不作為詐欺之刑責¹⁴⁹，其理由並不在於未實現等價條

Unterlassung, 1968, S. 18 ff.; Wessels/Beulke, aaO. (Fn. 44), Rn. 730.

¹⁴⁷ 少數見解認為，即便在純粹的結果犯中，等價條款也是不可被放棄的，參照 Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 712, 717; Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 219 ff.; Henkel, Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1961, S. 178 f.; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 322.

¹⁴⁸ 例如 Baumann/Weber/Mitsch, aaO. (Fn. 146), § 15 Rn. 79.

¹⁴⁹ OLG Düsseldorf NJW 1969, S. 623 f. (m. Anm. Deubner); OLG Köln NJW 1980, S. 2366 f. (mit Bespr. Volk, JuS 1981, S. 880); OLG Köln JZ 1988, S. 101 ff.;

款，而是不作為之人欠缺保證人地位。在強制罪的情況中，其透過「暴力」或「帶有令人不悅惡害的威脅」之行為態樣來表明犯罪類型的特徵，當某人承擔保護他人免受攻擊（強制），其有可能阻止結果之發生，然而卻讓強制行為發生時，也不需要不阻止事件發生與積極導致之間的等價¹⁵⁰。有文獻曾經把以下這則德國聯邦最高法院判決理解成有關等價條款的判決¹⁵¹，這則判決（BGHSt 29, 300 ff.）涉及卡車駕駛利用非其負責的故障速度紀錄器偽裝較低的速度，不過，實際上這項判決在檢驗卡車駕駛的保證人地位，其保證人地位被完全否定¹⁵²。

BGHSt 39, 392, 397 ff. (m. Anm. Naucke, NJW 1994, S. 2809; C. Joerden, JZ 1994, S. 422 ff.); BGHSt 46, 196, 202 f. (m. Anm. Hefendehl, NSTZ 2001, S. 281 ff.; Ranft, JuS 2001, S. 854 ff.; Joerden, JZ 2001, S. 614 ff.); Bockelmann, Strafrecht Besonderer Teil/1, Vermögensdelikte, 2. Aufl., 1982, S. 67 f.; Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl., 1999, Rn. 363; Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 1978, § 263 Anm. 4 b cc, S. 831; Gössel, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 1996, § 21 Rn. 65; Maaß, Betrug verübt durch Schweigen, 1982, S. 41 f., 108; Otto, aaO. (Fn. 76), § 51 Rn. 20; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2002, § 13 Rn. 12; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 25. Aufl., 2002, Rn. 507; Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl., 2003, § 7 Rn. 28; Tröndle/Fischer, aaO. (Fn. 22), § 263 Rn. 21, 28; Schünemann, aaO. (Fn. 22), S. 313 f.; Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 582; Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 233; Tiedemann, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 263 Rn. 64; Cramer, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001, § 263 Rn. 22.

¹⁵⁰ 參照Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 582 = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 234.

¹⁵¹ 例如參照Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 105), S. 629; Rudolphi, in: SK, aaO. (Fn. 47), § 13 Rn. 18; Lackner/Kühl, aaO. (Fn. 76), § 268 Rn. 9. 保證人的單純不作為——不排除故障的機器，與德國刑法第268條第3項的干擾作用不具等價性，因為後者以人為的干預記錄過程作為前提。

¹⁵² 參照Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 582 = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 235; 結論上也是相同的，參照Puppe, in: NK, aaO. (Fn. 76), § 268 Rn. 43.

比較具有說服力的是Roxin¹⁵³的折衷解決方案和Schünemann¹⁵⁴的意見。根據他們的看法，法律上有擔保結果不發生的義務時，原則上就會形成不作為與作為之間的等價，因此，在大多數的犯罪中等價條款是多餘的。Roxin根據學理和立法史的發展，具有說服力地解釋來駁斥行為方式等價理論¹⁵⁵。從形式法律義務理論推演出保證人地位的時期，行為方式等價理論有一定的正當性，因為一項（民法或公法上的）義務可以從法律、契約或危險前行為中得出，不用考慮所涉及的不作為必須與作為等同對待。在這種前提下，將等同對待的標準歸結在等價條款上就會有意義¹⁵⁶。因此，我們可以如此理解等價條款的重要性，它係用來限制從形式法律義務理論導出的保證人地位。不過，在形式法律義務理論當前普遍被放棄的時代中¹⁵⁷，從一開始就依照對於等同對待具有重要性的觀點來確定保護保證和監督保證¹⁵⁸，在通常的情況下，已經沒有留下什麼等待等價條款來檢驗¹⁵⁹。此外，根據Roxin的看法，這項立法史的發展，亦即德國刑法第13條第2項針對不純正不作為犯減刑可能性

¹⁵³ Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 580 ff. = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 228 ff.

¹⁵⁴ Schünemann, aaO. (Fn. 22), S. 287, 312-314; 不過Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 579 Fn. 13 = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 225 Fn. 367, 不恰當地將Schünemann的意見歸入為行為方式等價理論。正確的歸類例如參照Lackner/Kühl, aaO. (Fn. 76), § 13 Rn. 16.

¹⁵⁵ Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 580 f. = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 228 f.

¹⁵⁶ 參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 228.

¹⁵⁷ 有關駁斥形式法律義務理論的詳細論述，參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 10 ff.

¹⁵⁸ 對此問題的討論已超出本文範圍，對此詳細的討論可參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 17 ff.

¹⁵⁹ Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 580 f. = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 228 f.

規定的制訂，也使得會導致不處罰的等價條款變成多餘¹⁶⁰。

因此，本文認為，等價條款原則上是多餘的¹⁶¹，等價條款只有在所有意圖的犯罪（例如竊盜罪）、親手犯、與作為行為人有關的加重要素的犯罪（德國刑法第211條謀殺罪的「殘忍的」和「掩飾」）、加重結果犯等，才具有重要性。這個問題需要進一步的研究，但是已超出本文的研究範圍¹⁶²。

(4)把違反刑法以外的特別義務當成「魔術公式」（Freund）

Freund認為，批判性的觀察者無法避免會產生以下印象，只有犯罪支配的空洞形式可以根據需求，透過違反刑法以外特別義務的魔術公式變換至義務犯理論¹⁶³。

然而本文認為Freund的批評是不具有說服力的。因為他本身也落入他想要指責他人的魔術公式罪惡。我們可以援用Schünemann¹⁶⁴對於Freund的特殊負責性（Sonderverantwortlichkeit）¹⁶⁵標

¹⁶⁰ Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 581 = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 229.

¹⁶¹ 至於進一步證明在各別具體刑法分則中，例如公務員職務登載不實罪或脅迫取供罪，等價條款是多餘的，可參照Chen, aaO. (Fn. 50), S. 63-67.

¹⁶² 對此進一步的深入研究參照Roxin, aaO. (Fn. 142), S. 583-586 = aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 239-249; Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 371 ff.; Schünemann, aaO. (Fn. 142), S. 287, 312-314; Arzt, Mord durch Unterlassen, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 855 ff.; Ingelfinger, Die Kröperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen und die Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB, GA 1997, S. 573 ff.

¹⁶³ Freund, aaO. (Fn. 47), 1998, § 10 Rn. 49.

¹⁶⁴ Schünemann, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, in: Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, - ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, hrsg. von Enrique Gimbernat u.a. Madrid-Symposium, 1995, S. 51 ff.

¹⁶⁵ Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 116 ff., 139 ff.

準的批評。特殊負責性構成了結果犯的本質，並表明了作為和不純正不作為的共同處罰基礎。有鑑於特殊負責性在語意學上內容是空洞的，而且可以任意形成下位類型，比起違反刑法以外特別義務的標準，特殊負責性的標準還更清楚地顯示出魔術公式的性質。Freund認為，把刑法以外特別義務融入於刑法構成要件中，很少如同支配概念般的成功，所以，只要適當地理解犯罪支配作為正犯性的標準，義務犯概念就是多餘的¹⁶⁶。然而只要Freund在不具身分資格的故意工具情況中，藉用特別的義務拘束（*besondere Pflichtbindung*）來證明具身分資格之人之唆使行為的正犯可罰性¹⁶⁷，那麼Freund始終是承認義務犯概念的。

四、Jakobs的義務犯概念

（一）見解分析

1. 區分組織管轄犯和體制管轄犯

Jakobs於一九八三年在其第一版刑法教科書的前言中表示¹⁶⁸，在有必要對所有的刑法概念進行再規範化以及功能化的情況下，作為犯和不作為犯之間的對立已經失去清楚的界限，因為不論作為犯還是不作為犯，二者都是以組織管轄或體制管轄作為基礎。Jakobs的出發點為，人可以形塑（組織）世界，但是始終生活在一個帶有體制制度而被塑造出來的世界中。所以穩固的規範期待可以與兩種不同的對象範圍發生關係，而穩固的規範期待對於實現社會接觸是必要的¹⁶⁹。

¹⁶⁶ Freund, aaO. (Fn. 47), § 10 Rn. 49.

¹⁶⁷ Freund, aaO. (Fn. 47), § 10 Rn. 74.

¹⁶⁸ Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., 1983, S. VI.

¹⁶⁹ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 1 Rn. 7.

一方面，有必要期待所有的人有秩序地處理其組織領域，並避免產生外部影響，造成他人的損害。此種期待的穩定不僅是不可避免的，因為沒有人可以共同支配所有的組織領域，而且因為法的緣故，沒有人可以如此廣泛地支配自己的組織。此種期待只有一種消極內涵：「組織領域應該被分開來」。對於期待失望所形成的犯罪稱為「支配犯」（Herrschaftsdelikte）或是「基於組織管轄所生的犯罪」（Delikte kraft Organisationszuständigkeit）¹⁷⁰。依照Jakobs的見解，組織領域指，為了避免他人受到損害，行為人有必要耗費精力，因為凡是利用行為自由之人，就應該承擔精力的耗費¹⁷¹。組織領域的範圍取決於一個已經被做成的作為或不作為的可能影響¹⁷²。所以不僅作為支配犯被列入基於組織管轄所生的犯罪，基於危險前行為、往來義務或承擔的結果避免義務而衍生之保證人地位，這類的「不純正不作為犯」也被列入組織管轄犯¹⁷³，因為它們的處罰理由都是相同的：在發展組織領域時需顧及他人（Rücksichtnahme auf andere bei der Gestaltung eines Organisationskreises）¹⁷⁴。

另一方面，也有必要期待基本的體制制度能合於秩序地有效運作。此種期待具有一種積極的內涵：體制會在個別之人的組織領域內受到調整。對於這種期待的失望所產生的犯罪，稱之為義務犯或基於體制管轄所生之犯罪¹⁷⁵。這些義務與體制制度密切連結，應

¹⁷⁰ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 1 Rn. 7.

¹⁷¹ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 28 Rn. 14.

¹⁷² Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 29 Rn. 29, 38, 這個觀點進一步被Jakobs的學生Timpe進一步的發展（Strafmilderungen des Allgemeiner Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, S. 176 ff.）；也參照Hüwels, Fehlerhafter Gesetze-svollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986, S. 69 f.

¹⁷³ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 23 Rn. 24, § 28 Rn. 13 f., § 29 Rn. 29 ff., 46 ff..

¹⁷⁴ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 28 Rn. 14末段。

¹⁷⁵ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 1 Rn. 7.

該是透過行為人的法律地位與法益之間的關係而決定體制管轄之有無¹⁷⁶。擔保體制的義務在於擔保利益或擔保危險不發生，違反這些義務所表徵出的不純正不作為犯在義務犯中的作為找到對應。依照Jakobs一開始的看法，父母子女關係、婚姻、特別的信賴關係以及先天的國家義務被稱為體制制度¹⁷⁷。但自從德國婚姻改革法實施容易離婚的制度後，從婚姻關係導出保證人地位的作為等價性就令人質疑¹⁷⁸，因此Jakobs後來就把婚姻從體制列表中刪除¹⁷⁹。

2. Jakobs與Roxin的構想之間的差異

雖然Roxin所發展出來的義務犯概念被Jakobs所接受，但是二位德國學者所發展出來的概念不僅在論證上有所區別，在概念範圍上也有差別¹⁸⁰。Roxin認為¹⁸¹，違反義務只不過是區分正犯與共犯的決定性因素，不過Jakobs卻認為¹⁸²，違反義務構成了犯罪的刑罰基礎，因為犯罪的實質內涵並不是在法益侵害，而是在違反規範（Normverletzung）。

根據Jakobs的想法，作為保證人之正犯有義務在體制上使利益獲得保障，這類的犯罪都屬於義務犯，不僅所有的基於體制管轄而衍生保證人義務的不純正不作為犯屬於義務犯，也包括所有因為體制管轄所衍生之保證人所違犯的作為犯¹⁸³。例如，父母親殺害其

¹⁷⁶ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 7 Rn. 70 f.

¹⁷⁷ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 7 Rn. 70 f., 詳細細節參照§ 29 Rn. 57 ff.

¹⁷⁸ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 29 Rn. 58 Fn. 117.

¹⁷⁹ Jakobs, Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 35, Anm. 76.

¹⁸⁰ Jakobs指導的學生Javier Sánchez-Vera已經指出有此區別（aaO. (Fn. 44), S. 34-37）。

¹⁸¹ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 267 ff.

¹⁸² Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 1 Rn. 9, § 2 Rn. 2.

¹⁸³ 參照Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 7 Rn. 70, § 21 Rn. 115 ff.

未成年子女是義務犯，不論雙親參與的程度為何（教唆、幫助或積極的殺害），雙親始終是正犯¹⁸⁴，因為他們的行為違反保護子女的體制上特別義務。相較於Roxin的構想，Jakobs藉由引入體制概念而擴張了義務犯的範圍。不過必須注意的是，針對上述雙親殺子女的例子，如果雙親提供工具讓子女自殺，Jakobs認為雙親的刑事責任會被論以殺人（義務犯）之間接正犯¹⁸⁵，不過他的學生Sánchez-Vera認為¹⁸⁶，因為直接違反義務，所以應論以直接正犯。本文認為後者的見解是比較前後一貫的。

此外，Jakobs進一步區分義務犯（狹義的身分犯）和廣義的身分犯（Sonderdelikte im weiteren Sinn）¹⁸⁷，在廣義的身分犯中，刑法上所制裁的義務既不是體制上應被保障之關係的一部分（例如公務員、軍人、父親、母親、監護人、信賴接收者等等），也沒有把有義務之人納入體制中（例如偽證罪的證人或洩漏業務機密罪的輔佐人）。這些刑法上制裁的義務只不過是孤立的義務（isolierte Pflichten）（例如德國稅務法第370條財產法債務人的給付義務），孤立的義務並沒有證立義務之人的法律地位¹⁸⁸。根據Jakobs的看法，廣義身分犯之所以限制正犯範圍，是因為根本只有如此或以實際上重要的方式才有可能合致構成要件行為，或者因為只有某些人可以用特別容易或實際上顯著的方式攻擊利益。例如侵占罪的基本類型（德國刑法第246條第1項舊規定）、肇事逃逸罪（第142條）、縱放人犯罪（第121條）、危害船舶（第297條舊規定）、曝陰行為（第183條）、無權使用質物（第290條）、阻撓強制執行

¹⁸⁴ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 21 Rn. 116.

¹⁸⁵ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 21 Rn. 116.

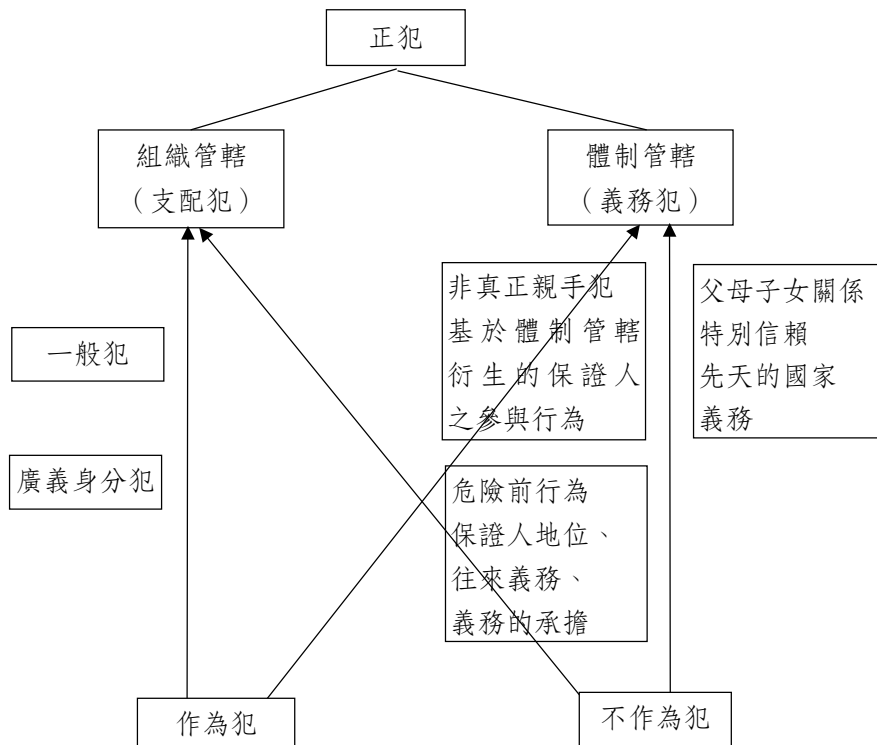
¹⁸⁶ Sánchez-Vera, aaO. (Fn. 44), S. 162-164.

¹⁸⁷ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 23 Rn. 24.

¹⁸⁸ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 25 Rn. 46.

(第288條)、破產(第283條)等。所有基於組織管轄衍生保證人義務的不純正不作為犯，依照其處罰基礎，應該被判定為作為支配犯，所以它不屬於義務犯的範圍，而是屬於廣義的身分犯。因此，依照Jakobs的看法，由於受到體制的限制，義務犯的範圍被局部的限縮。

Jakobs的正犯概念可以用下列圖表予以表明¹⁸⁹：



¹⁸⁹ 許玉秀教授曾經繪製出Jakobs的正犯概念圖(參閱許玉秀, 實質的正犯概念, 刑事法雜誌, 41卷6期, 頁41, 1997年6月)。不過, 許教授所繪製的圖表就如同Herzberg一樣(Herzberg所犯的錯誤, Puppe早已正確的指出, 參閱in: NK, aaO. (Fn. 76), § 28 f. Rn. 118), 對Jakobs的正犯概念有部分的誤解, 誤將基於組織管轄所衍生的保證人義務等同監督類型的保證人地位, 以及誤把基於體制管轄所衍生的保證人地位等同於保護類型的保證人地位。

(二) 批評

Jakobs構想的出發點在於，刑法的實質正當性不是奠基於法益保護，而是在規範的確保。這個出發點不僅僅是循環論證，因為正如同Schünemann所批評的¹⁹⁰，不過是違反規範的另一種描述罷了，只是形式地和實證地提示刑法規範的整體性，換言之，透過規範違反性循環定義違反規範的行為；另一方面，也違背在民主法治國中透過法益保護呈現、幾乎沒有爭議的刑法功能¹⁹¹。除此之外，組織管轄或體制管轄的概念也同樣令人感到有疑問。Schünemann所提出的批評¹⁹²極具說服力，本文從之，並將對於組織管轄和體制管轄概念的批評整理如下：

1. 對於組織領域概念的批評

Jakobs創造出「組織領域」的表達，乍聽之下是社會學的概念，但是其實不是。因為在社會學中，人們把組織理解成社會的部分系統，系統的目標是達到特別的目的，系統擁有一個相對的被強烈形式化的內部結構，而且透過超個人的紀律標記出與個體結構上的區別，不過Jakobs卻把組織等同於人的發展，使用「組織犯」作為支配犯的同義字。組織領域看起來好像趨近支配的構想，將組織領域延伸到可能的犯罪結果，並且因此延伸到危險前行為的單純原

¹⁹⁰ Schünemann, aaO. (Fn. 164), S. 51.

¹⁹¹ 僅參照Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 201 ff., 218; Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 16; Roxin, aaO. (Fn. 30), § 2 Rn. 1 ff. 以及§ 2 Rn. 28 Fn. 69有進一步的例證。

¹⁹² Schünemann, aaO. (Fn. 164), S. 50-62; Schünemann, aaO., S. 19 f. 在此之前的批評，參照Sangenstedt, Garantstellung und Garantspflicht von Amtsträgern, Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantstellung, 1989, S. 350 ff.

因結果¹⁹³。然而，根據Schünemann的適切批評¹⁹⁴，以上所提及的組織領域定義，很明顯僅涉及對前行為的法律評價，根本就不涉及透過前行為所造成的狀況以及在前行為中所發生的不作為的存在論結構。在危險前行為保證人地位中，Jakobs將一個個體所造成的、但是在其支配領域外所發生的事件，也同樣稱為這個個體的「組織領域」，藉由這種方式，Jakobs放棄他原先存有的想法，比較與積極作為在「支配」以及「塑造世界」方面的共同點，而認為組織管轄的表達方式更適合作為德國刑法第13條第1項對應條款的定義。組織領域被如此地定義，組織領域掌握避免他人損害的必要動力，正因為行為人如此運用行動自由，以致於沒有行動，就可能無法避免他人的損害，則行為人就應該採取行動。這是危險前行為保證人地位的規範性前提要件，但是絕對無法證明作為和不純正不作為有充分的相似性，因為在作為的情況中，無可爭辯地涉及到對空間對象的支配領域。然而，這種思維一出自身體組織領域的行動，行為人就應該負責，完全就是一種不受限制的危險前行為保證人地位，這僅是一個純粹的決斷而非論證。

2. 對於體制管轄概念的批評

依照Schünemann的看法¹⁹⁵，將「體制管轄」概念導入刑法中是更令人質疑。Jakobs連結刑法以外，亦即民法法規，不僅在方法學上，也在內容層面上受到Schünemann的批評。援用父母親或監護人在民法上權利義務的規定清楚地顯示出，為了填補空洞的公式，Jakobs必須從法實證主義中尋找救兵，因為刑法欠缺解答，就

¹⁹³ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 29 Rn. 39 f.

¹⁹⁴ Schünemann, aaO. (Fn. 164), S. 57; Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, aaO. (Fn. 191), S. 19.

¹⁹⁵ Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, aaO. (Fn. 191), S. 19 f.

這件事情而言，他嘗試動用其他的法領域。不過，動用其他法領域內容上是不具有說服力的，因為正如同Schünemann引用Schaffstein和Nagler¹⁹⁶在一九三〇年代的著作所指出的，民法上的義務無法引起刑法上的義務。這點對Jakobs而言，完全不會是問題，因為他誤以為完全可以一般性地從單純的違反規範中導出刑罰。Jakobs將體制管轄概念連結於刑法以外的法律體制，被評判為退步至過時的形式法律義務理論。

此外，相較於組織概念，因為體制概念的內容具有更高的抽象程度，所以它不適合為不作為之刑法上的作為等價性提出標準，也不適合解釋身分犯正犯範圍被限縮的原因¹⁹⁷。依照Jakobs的看法，體制概念是在社會科學的意義下，被理解呈社會中持續且法律上受到承認的關係形式，這種關係形式奪走了個別之人的愛好，共同建構起體制概念。但是如果我們進一步深入研究Jakobs援引的出處¹⁹⁸，還有兩句話必須被考慮：「凡是要把體制一詞引入社會科學的人，是難有成果的。這些也對問題史少有貢獻，因為有許多語意學上非常接近的詞語」。如果我們從一個如此模糊的概念（如體制）從社會學移轉到刑法學，期待會有耀眼的前途，恐怕必然會大失所望。在Jakobs所指的社會關係形式中，有一連串主題相關連的規範被確立和被貫徹，所以正如同Schünemann正確指責的，體制管轄不外就是被規定之行為的任何一種社會規範（還尚未成為一種法規範）。但是當然不是任何違反法規範或甚至是違反社會規範，

¹⁹⁶ Schaffstein, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, in: Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 70 ff.; Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111, 1938, S. 1, 59.

¹⁹⁷ Schünemann, aaO. (Fn. 164), S. 60 f.

¹⁹⁸ Dubiel, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976, 關鍵字Institution Nr. 5.

就已經建構起不純正不作為犯，正如同僅就純正不作為犯的存在足以證明，為什麼Jakobs要限制在對社會存在具有基本重要性的體制上，例如父母子女關係婚姻關係以及特別信賴。透過這種方式，一方面Jakobs淡化他的基礎分類，因為「特別信賴」根本就不是具體的社會體制，只不過是最不同的社會互動的部分觀點而已。另一方面，Jakobs所稱之「對社會存在具有基本的重要性」，是一個極不明確的區分公式，也開啟了一項錯誤的觀點，因為對不作為的作為等價性而言，並不是取決於體制的應保護性，而是取決於受威脅法益的應受保護性。登山嚮導這個體制雖然在當代的休閒社會中是必要的，但是早在十九世紀（在當時，只有怪人才會登山）就已經從承擔無助法益的保護中得出危險共同體的保證人地位，完全與所追求目的之合法性無關。即使禁止登山，登山嚮導仍具有保證人地位，然而，Jakobs要求危險共同體所追求的目的具有合法性¹⁹⁹，因此透過體制的應保護性來取代理行為人與法益之間的關係作為等價性的標準。同樣的混亂出現在婚姻關係，Jakobs原來認為，即便沒有實際的共同生活，婚姻關係也會證立引發保證人地位的義務²⁰⁰；不過，自從婚姻法改革之後，離婚變得比較容易，所以Jakobs後來就改變見解²⁰¹，刪除婚姻關係可以證立保證人地位的作為等價性。

套用Schünemann的話語²⁰²總結如下：如果Jakobs想要讓社會體制就已經足夠，對此論以具有基本重要性的體制和特別的信賴，那麼首先Jakobs就沒有忠實於他自己規範主義的構想，因為在人類

¹⁹⁹ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 29 Rn. 71.

²⁰⁰ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 29 Rn. 64.

²⁰¹ Jakobs, aaO. (Fn. 179), S. 35 Fn. 76.

²⁰² Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, aaO. (Fn. 191), S. 19 f.

關係中，他把人進一步區分為個體（*Individuen*）和人格者（*Personen*），只有對人格者才有特別的信賴；其次他必須從社會學、經驗式的前提得出法律效果，這點將會導致他自己本身嚴格批判的自然主義者的錯誤結論。

3. 對於義務犯概念擴張的批評

最後的一項批評是關於擴張義務犯的範圍至所有基於體制管轄所衍生之保證人所違犯的作為犯。

如果我們如同Jakobs的學生Sánchez-Vera一樣的看法，一位父親把刀子遞給謀殺兒子的兇手，這位父親會因為直接違反屬於父母子女關係的特別義務而成立義務犯，而必須被論以直接的作為正犯，這將會違犯禁止類推適用的基本原則。因為有別於在無可爭論的義務犯情形中（例如德國刑法第340條職務傷害罪或第266條背信罪），明確地把共犯提升為正犯，基於反面推論的緣故，在這些案例中並無此類規定，因此直接作為正犯的可能性被排除了。相反的，對這一類的案例，Jakobs不認為成立直接正犯，而認為成立間接正犯²⁰³，結論上他贊同Roxin的解決方式，雖然有資格之人利用不具資格的故意犯罪工具的情形中，他前後不一致地否定有身分資格之人成立間接正犯²⁰⁴。不過，本文認為上述的解決方案都不值得喝采，因為借助一個偏離「犯罪支配理論」的「特別的間接正犯概念」是不適當的而且是多餘的。套用Sánchez-Vera在其博士論文一再引用²⁰⁵ Radbruch著名的一段話²⁰⁶：「法律可能會比立法者聰明，它甚至必須比立法者更聰明」，比較適當的解決方案在不純正

²⁰³ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 21 Rn. 116.

²⁰⁴ Jakobs, aaO. (Fn. 44), § 21 Rn. 104.

²⁰⁵ Sánchez-Vera, aaO. (Fn. 44), S. 7, 62, 226.

²⁰⁶ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973, S. 207.

不作為犯。一位遞刀子給作為正犯的父親，不僅成立積極的幫助犯，也同時成立不作為正犯。二罪處於想像競合關係，但是因為不作為正犯本身又違犯幫助犯（或教唆犯）的緣故，排除德國第13條第2項的減刑可能性。

五、Schünemann的保證人身分犯理論

為了確實理解Schünemann保證人身分犯理論，有必要概覽他的整體正犯概念。Schünemann的正犯構想試圖將Roxin所發展出來的二元正犯概念，以現實支配（aktuelle Herrschaft）的共同標準構建成單一的一元正犯概念。換言之，以「對造成結果的原因有支配」作為共同標準，在作為犯中，依行為人在犯罪當時是否擁有犯罪支配來決定是否成立正犯，在不純正不作為犯和保證人身分犯中，則是在犯罪發生前，行為人是否控制某一社會領域（危險源或無助的法益客體）來決定是否成立正犯。

(一)以對結果造成的原因有支配當成不作為犯上位的等價準則

Schünemann於一九七一年在德國哥廷根大學的博士論文「不純正不作為犯的基礎與界限」中，發展出「對造成結果的原因有支配」作為等價原則，其思想起源是，依照作為犯的構成要件處罰不作為的理論基礎在於，不作為正犯對於法益侵害的事件擁有一個地位，這個地位類似於作為犯正犯基於犯罪支配所擁有的地位²⁰⁷。這種「對造成結果的原因有支配」必須存在於對社會領域有支配（控制），行為人在這個社會領域中實現侵害法益的因果歷程。在透過積極作為身體舉動的犯罪支配的情況時，我們可以說，事件是

²⁰⁷ Schünemann, aaO. (Fn. 162) S. 232 ff., 236 ff.; 總結的看法可參照Schünemann, aaO. (Fn. 164), S. 72.

行為人的傑作。兩大類保證人地位（對造成結果的重要原因有支配²⁰⁸以及對被害人的無助狀態有支配²⁰⁹）也是從這個前提推演出來，從其中衍生出來的具體保證人地位類型（例如對危險的狗、危險的工廠設施或危險精神病患的監督類型保證人地位；媽媽對新生嬰兒、醫生對病人或登山嚮導對沒有經驗的登山客之保護類型保證人地位），也都被傳統見解完全承認。但是，因為傳統見解並沒有擁有一個統一的保證人理論，所以即使沒有支配結果的原因和沒有真正的作為等價性存在，傳統見解也絕對無法阻止我們「發明」新的保證人地位²¹⁰。

(二)以保證人身分犯取代義務犯

對於身分犯，Schünemann²¹¹一開始也是支持Roxin的見解，認為決定身分犯正犯性的標準在於違反刑法以外的法律義務，刑法以外的特別義務標明了構成要件的特徵，並且完全取代適用於支配犯的歸責標準－犯罪支配。不過，後來Schünemann強調²¹²，在身分犯中，除了少數例外以外，作為前提要件的特別行為人之資格總是

²⁰⁸ Schünemann, aaO. (Fn. 162), S. 294 ff., 323 ff., 327 ff.

²⁰⁹ Schünemann, aaO. (Fn. 162), S. 334 ff., 342 ff., 348 ff.

²¹⁰ 中文翻譯請參照政大法學評論，50期，頁195，1994年5月。

²¹¹ Schünemann, aaO. (Fn. 162), S. 370.

²¹² 此項看法首見於 Schünemann, Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, Zeitschrift für Schweizer Recht 1978, S. 131, 153 ff.; 其後參照 Schünemann, Die Bedeutung des „Besonderen persönlichen Merkmale“ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, JURA 1980, S. 568, 582 f.; Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 92 ff.; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentar und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1986, S. 293, 334 ff.; Schünemann, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 14 Rn. 14 ff., 67 ff.

與保證人地位產生關連，無論是監督危險源或是對受保護法益的無助狀態有支配。因此，從刑法的觀點來說，Roxin所提出的刑法以外特別義務並非屬於前提要件，而是這種支配地位的附帶現象（Epi-Phänomen）而已。換言之，刑法以外的特別義務並不是刑法法律義務的基礎，而只是間接證據而已，在個案中可能會欠缺刑法以外的特別義務²¹³。

在更精確的檢驗後顯示出，Roxin當作前提的刑法正犯概念相對於民法或刑法的從屬性只有在以下之處才具有重要性，當犯罪行為如同德國刑法第266條背信罪第1款的濫權構成要件一樣，必須顯示出法律行為的品質時。但是在德國刑法第266條第2款的背信構成要件中，並沒有民法上從屬地處罰違反民法上的義務，因為也可以透過「事實上的忠誠關係」（*tatsächliches Treueverhältnis*）證立正犯的資格。凡是對他人的財產透過信賴行為所授與的保護地位和接近地位之人，若不忠實的實施保護地位，就會被依背信構成要件處罰。所以背信構成要件的正犯資格結構上符合「因為他人的信賴行動對受害者的部分無助狀態有支配」而衍生之保證人地位。

德國刑法第203條的洩漏業務機密罪，也是可以用「對法益客體的無助狀態有支配」來解釋為什麼立法者限制洩漏業務機密罪的行為主體。洩漏業務機密罪的行為主體，不僅僅包括違背刑法之前的醫師緘默義務之人，也包括醫生的佐理人或醫生死後從遺產得知之人。因為社會上必然對醫生開放自己的隱私領域，刑法的保護就建立在對法益客體無助狀態有支配的安置上，正犯範圍的限制與主體是否有職業法上的特別義務無關²¹⁴。這導致Schünemann跳脫

²¹³ 中文翻譯請參照同註210，頁416。

²¹⁴ Schünemann, GA 1986, aaO. (Fn. 212), S. 293, 333; Schünemann, in: LK, aaO. (Fn. 22), § 14 Rn. 17.

「刑法以外的特別義務」，而是以信賴行為和保護義務之有無作為決定身分犯正犯的標準。

從以上的論述可以得知，Schünemann不是如同Roxin把身分犯理解成義務犯，而是理解成保證人身分犯²¹⁵。在保證人身分犯中，正犯資格始終與具備保證人地位相連結，不論有資格之人積極為之或者在其支配範圍內讓法益侵害發生，有資格之人都是正犯。

(三)組織犯是獨立的犯罪分類

在支配犯中，Schünemann原則上贊同Roxin的見解，區分為三種現象形式：行為支配、意思支配以及功能性的犯罪支配。但是相對於Roxin將組織犯歸類於意思支配的下位概念，Schünemann則把組織支配當成一個獨立的犯罪組群，與犯罪支配犯、保證人身分犯併立。Schünemann進一步把組織犯分成兩種類型。第一種組織犯存在於所有的非犯罪組織，在這類組織中，正犯透過支配經營的流程而違犯犯罪。第二種組織犯符合Roxin所發展出來的因組織系的權力機器而擁有之犯罪支配。這二類組織犯的正犯都是透過組織支配表明特徵。德國通說把德國刑法第284條賭博罪和第287條非法經營樂透罪解釋成身分犯，認為如果舉辦者或主導者是法人或人合團體時，適用德國刑法第14條第1項；不過Schünemann的看法和德國通說有所不同，他認為犯罪構成要件所描述的營運活動從一開始就僅適用於那些整體操控那些營運活動的人，這通常是從他們在營運等級的地位中得出來的。這些特別的組織犯不是身分犯，但是有別於巨型的其他犯罪，這些組織犯沒有連結於（個別行動犯）行為人的特定個別行為，而是連結於整體營運流程。單獨或與其他對這些

²¹⁵ 這個用語首次出現在Schünemann, JURA 1980, aaO. (Fn. 212), S. 576 f., 582 f.; 其後見Schünemann, GA 1986, aaO. (Fn. 212), S. 334 f.; Schünemann, in: LK, aaO. (Fn. 22), § 14 Rn. 12, 17.

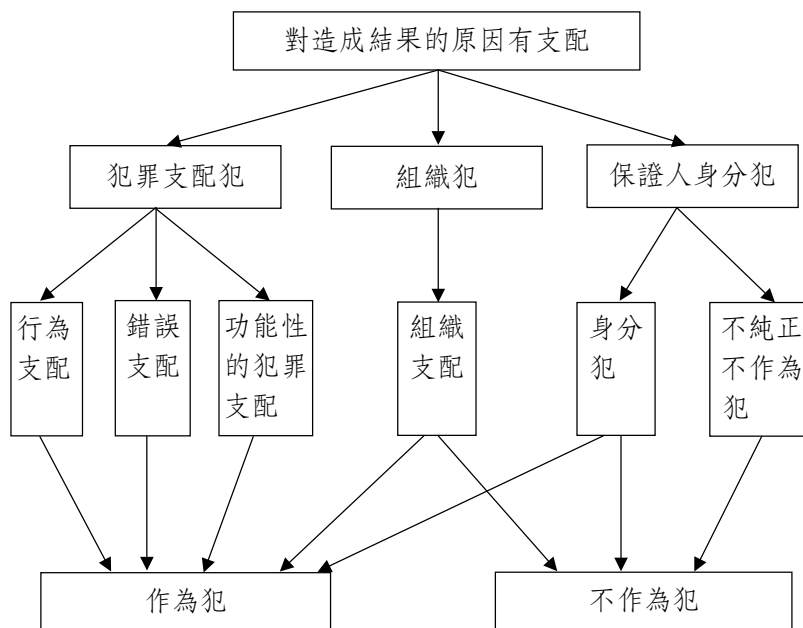
流程具有決策權的人，才是正犯，亦即，領導經營組織的人才是正犯。說的更清楚一點，組織犯的歸責基礎在於對組織活動的事實影響力，形式的地位是不重要的²¹⁶。在組織犯的情況，無須援引德國刑法第14條，因為直接從組織支配得出正犯性。所有針對營運流程的犯罪應該都被解釋成組織犯，這尤其是適用於德國刑法第284條賭博罪、第287條非法經營樂透罪、第327條非法營運核能設施罪的規定，因為舉辦賭博或樂透、營運設施、出口違禁物等，通常涉及一個分工組織內複雜的流程，以致於犯罪行為不是可見於單純的身體執行，而是在實施組織的領導和決策力。德國刑法第327條的設施也不是由任何一位在其間活動的勞工，也不是由企業所有人經營，而是從在經營等級中對於領導這項設施一開始就有權責的人，一直到企業頂端對此具有決策權的人²¹⁷。

(四)小結——一元化的正犯理論

Schünemann借助支配構想建構出一元化的正犯理論，以「對造成結果的原因有支配」表述一般的正犯結構，在作為犯透過犯罪支配表明正犯特徵，在不純正不作為犯和保證人身份犯則是控制支配，在組織犯則透過組織支配。他的正犯概念可以透過以下圖表表示：

²¹⁶ Schünemann, in: LK, aaO. (Fn. 22), § 14 Rn. 21.

²¹⁷ Schünemann, in: LK, aaO. (Fn. 22), § 14 Rn. 21; Schünemann, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, in: Schmoller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 437; Roxin反對將組織支配的想法擴張至經濟企業中 (aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 129 ff.)。在此處無法針對此項議題進行更深入的討論，對此文獻上的深入討論，請參照馮聖晏，組織支配之研究，政治大學法律研究所碩士論文，2010年。



伍、本文見解

一、從刑法以外義務導出刑法上的義務？

Roxin早在其第一版「正犯性與犯罪支配」的專書中清楚指出，在義務犯中，行為人違反了刑法以外的特別義務，所以Roxin把刑法上的歸責問題建立在純粹的民法關係之上。但是這個觀點從一開始就是有問題的，因為自從Bruns在一九三八年提出「從民法的思維中解放刑法」(Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken) 這一本書，純粹地刑法從屬於民法已經不再具有說服力。一個建立在違反刑法以外義務的正犯要素，無法與以保護法益為目的的刑法相契合，因為如果刑法從屬於民法或從屬於公法，而

民法或公法的規範目的卻不一定是保護法益。Roxin在發展客觀歸責理論時，完全沒有受到這種思維的影響，因為我們無法將一個純粹民法的建構納入客觀歸責理論中。同樣的，一個純粹民法上的建構物對於正犯性的判斷而言也是過於寬廣。

當Roxin剛剛發展義務理論時，把不純正不作為犯認為是義務犯，這在當時可能具有說服力，因為當時形式法律義務理論還沒有被駁倒，但是現在我們已經無法再頑固地以為，形式法律義務理論還可以被支持，關於這一點，Roxin和Schünemann都已經清楚地指示出來，所以也就不再可能基於過去的涵義將不純正不作為犯界定成義務犯。更何況Roxin在其刑總教科書第二冊中，對於不純正不作為犯完全同意「支配造成結果的原因」理論，所以如果要前後一致的話，Roxin必須放棄早期的想法—把狹義的身分犯理解成刑法以外的義務犯。這點也可以從Roxin自己已經提出的想法中推導出來，因為他認為在身分犯中，行為人無論是透過作為還是不作為實現構成要件是不重要的：Roxin正好因此提出一個關鍵性的指導原則，亦即身分犯就是保證人身分犯，保證人身分犯有別於支配犯，在保證人身分犯中，只有保證人需保證法益免受侵害，不具身分者無須擔保法益免於受損。其理由在於，不具身分者通常沒有足夠的管道接近法益，或是一種如此的管道對無身分者而言屬於一般性的行為自由。

二、Roxin義務犯理論的內部體系衝突

Roxin的義務犯理論存在著嚴重的內部體系衝突，因為一方面誠如前面已經提到的，他把立論正犯性的義務分為兩種，在這兩種義務犯中，區分正犯和共犯的標準是一樣的²¹⁸，但是另外一方

²¹⁸ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 273.

面，他在其刑法總則教科書第二冊中提到，Schünemann²¹⁹對於不純正不作為犯理論所提出來的解釋準則是最具有說服力的²²⁰，根據Schünemann的想法，對於造成結果的原因有支配是保證人地位的核心要素，這和適用於作為犯的犯罪支配具有充分的近似性（hinreichende Ähnlichkeit）。Roxin認為，我們可以用「控制支配」（Konkrollherrschaft）來掌握所有的保證人地位，不論是對於保護類型的保證人地位（保護支配）或是監督類型的保證人地位（監督支配），控制支配和作為犯中的犯罪支配非常近似，所以可以符合法律所要求的等價性要求²²¹。在義務犯中，作為和不作為的區分沒有任何實益，所以沒有等價的難題，因為在義務犯中，控制支配這項標準已經彰顯出作為不作為的等價，也就是說，義務犯正好在作為犯和不作為犯之間搭起一座橋樑²²²。既然Roxin認為義務犯的正犯判斷取決於控制支配，也就是說義務犯的義務其實就是保證人義務，那麼義務犯更精確或更正確的名稱應該是「保證人義務犯」（Garantenpflichtdelikte）。但是Roxin所舉的某些義務犯規定並非涉及保證人義務，而是立法者基於頻率原則（Häufigkeitsprinzip），把行為人的範圍侷限在典型的行為人，其實屬於涉及任何人皆可違犯的義務。在這一類的義務犯中，區分作為和不作為是具有重要意義的，例如德國刑法第183條的曝陰行為罪，按照Roxin的分類，若要前後一致應該也是屬於義務犯²²³，因為男性不允許以曝陰行為來騷擾他人，這也是創設正犯性義務的下位類型。但是一名男子只是在旁觀看另一名男子對他人進行曝陰，沒有予以

²¹⁹ Schünemann, aaO. (Fn. 142), S. 294.

²²⁰ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 19.

²²¹ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 19.

²²² Roxin, aaO. (Fn. 26), § 32 Rn. 20.

²²³ 參照Roxin, aaO. (Fn. 26), § 25 Rn. 273; Roxin, in: LK, aaO. (Fn. 26), § 28 Rn. 67.

阻止，並不會因為單純其男性的身分就應該受處罰，他的行為是不罰的。這一點同樣適用於德國刑法第297條舊條文規定（旅客危害船隻罪），旅客並不會因為看著他人把走私物品藏在他的行李箱裡而沒有阻止，就因此而受處罰。所以Roxin如果要堅持在義務犯中區分作為和不作為是沒有實益的，而且這項基本認知是正確的，那麼就必須把他所謂的第二類的義務犯排除在義務犯的範圍之外，它們只不過是純粹的身分犯、廣義的身分犯而已²²⁴。

三、義務理論的毀棄

只要我們把純粹的身分犯從義務犯的範圍中排除，實在沒有理由繼續保持義務犯的概念，因為Roxin既然贊同Schünemann的想法，肯認「對於造成結果的原因有支配」是不純正不作為犯的上位的等價準則，義務理論就會被淘汰。隱藏在義務理論背後的是奠基於支配構想的保證人義務，因此可以說Roxin實際上已經放棄義務犯的概念。雖然Roxin在關於德國刑法第14條代理人責任的可罰基礎問題上拒絕接受保證人理論，而堅持義務承擔理論（*Theorie der Pflichtenübernahme*）²²⁵，因為他認為並不是所有正犯性的資格地位都可以立論出保證人地位。Roxin舉例指出，德國刑法第288條的債務人義務根據德國刑法第14條可以被代理人所接收，但是這並不涉及保證人地位，所以不能適用德國刑法第28條第1項的規定，而獲得減刑的優待²²⁶。但是在還沒有進一步檢驗德國刑法第288條之前，就否定從債務人的資格得出保證人地位，這是有問題的，因為

²²⁴ 相同的看法，參閱Cramer/Heine, aaO. (Fn. 44), § 25 Rn. 84a; 尚未作出決定者，參閱Joecks, in: MK, aaO. (Fn. 48), § 25 Rn. 43.

²²⁵ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 27 Rn. 98.

²²⁶ Roxin, aaO. (Fn. 26), § 27 Rn. 99.

誠如Roxin自己所強調的，這涉及個別構成要件解釋的問題²²⁷，當然這個條文的檢驗需要另外為文討論²²⁸。

四、義務概念的模糊不清以及邏輯上陷入循環論證

Roxin最近使用與結果有關地違反構成要件的特別義務或創設正犯性的義務作為認定義務犯正犯的標準，如此一來，他反而會陷入一種模糊不清的狀態，到底是刑法以外的義務還是刑法的特別義務，而刑法的特別義務正好是從構成要件中滋生出來，所以不外就是特別的刑法違法狀態。Roxin的體系因此會陷入一種無可救藥的含糊不清的狀態。此外，Roxin使用違反創設正犯性的義務作為判定義務犯正犯的標準，也將會陷入一種邏輯上的循環論證，因為創設正犯性的意義本身就是一個待解釋的定義，我們要詢問的答案是在身分犯中如何認定正犯，Roxin的回答卻是，違反創設正犯性義務者就是身分犯的正犯。

即使Roxin援引Jakobs和Jakobs的學生Sánchez-Vera的看法支持自己的見解，他也好像聲請傳喚證言毫無用處的證人一樣，因為Jakobs在其正犯理論中，從未以事件支配（*Geschehensherrschaft*）作為法益侵害的歸責標準，而是一再地援用內容空洞的表達，這點當然跟違反任何一種義務的觀點可相配合。但是這跟Roxin的想法無法配合，因為Roxin的犯罪支配理論和控制支配一樣，都是連結現實的事件支配而為法益侵害負責的基礎。

²²⁷ Roxin, aaO. (Fn. 24), S. 386.

²²⁸ 對於德國刑法第288條行為主體範圍限制的不法結構分析，請參照Chen, aaO. (Fn. 50), S. 211 ff.

五、保證人身分犯概念是認定身分犯實質不法內涵的金鑰

解決絕大部分身分犯規定的關鍵在於，從身分關係中推衍出的保證人地位。這完全吻合Schünemann所發展出來的保證人身分犯理論。雖然Schünemann把自己對身分犯發展出的保證人理論界定成Roxin義務犯理論的進一步發展，但是經過更精確地分析觀察，Schünemann的保證人理論是以刑法上的支配關係來取代刑法以外的義務，依其看法，義務只不過是支配的結果，支配的結果不具有刑法以外的重要性，不過是將從構成要件中得出的違法性進行再一次地說明。在保證人身分犯中，支配關係理解成行為人在犯罪發生之前對於某一特定生活領域的控制，此即身分犯正犯的前提要件。保證人身分犯理論嘗試對身分犯的正犯資格限制尋找出其實質理由，這種理論嘗試是跟Roxin的構想是吻合的，因為Roxin完全放棄形式法律義務理論，並且接受Schünemann的支配想法：「支配造成結果的原因」作為不純正不作為犯的法理基礎。從這個觀點來看，Roxin必須接受保證人身分犯的概念，這樣才是前後一貫的結論。

陸、刑法第31條第1項規定於我國實務上的運用

透過以上的分析，我們已經充分認知認定身分犯正犯的理論基礎，以及我國刑法透過第31條第1項擬制不具身分或特定關係之人成立身分犯正犯的不妥之處。本文最後將分析新刑法修正施行後（二〇〇六年七月一日以後）我國最高法院之裁判，以檢討刑法第31條第1項新規定的實際運用情形

由於刑法第31條第1項明文規定，因身分或特定關係成立之罪，其共同實行者，雖無特定關係，仍以正犯論，所以我國實務向

來毫不質疑刑法第31條第1項的存在正當性，直接承認此種擬制共同正犯。此外，我國實務所承認的擬制共同正犯類型，不僅包括不具身分資格之人透過與有身分資格之人的「共同實行」而成立「實行共同正犯」，也包括「共謀共同正犯」，所以不具備身分資格之人，只要與有身分資格之人共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實行犯罪行為者，就可以被論以該身分犯規定之共謀共同正犯。因此，針對身分犯之犯罪，透過刑法第31條第1項之規定，無身分或特定關係之人不僅以「實行共同正犯」的面貌出現，也可以用「共謀共同正犯」的面貌來出現。例如，行為人A為使帳料相符以資掩飾，竟與公務員B共同謀議，並指示B為不實之登載，除填製不實之清點紀錄簿，用以抽換原先據實登載之清點紀錄簿外，另於他日推由B在清點紀錄簿上，為不實之登載。若可證明A事先與B謀議，且就應如何為犯罪行為有所指示，則A顯居於支配地位，屬於共謀共同正犯，依刑法第31條第1項規定，因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行者，雖無特定關係，仍論以刑法第213條公務員登載不實罪之共同正犯²²⁹。即便我國實務判決從證據法的角度限縮共謀共同正犯之成立，認為共謀共同正犯在何時、在何處與下手實行犯罪行為之正犯如何謀議，須以積極之證據加以嚴格證明²³⁰，仍然改變不了正犯概念被極端擴張的現象。這種極端擴張正犯的概念在身分犯上尤為嚴重。

為了觀察新修正之刑法第31條第1項在我國實務判決中具體實踐情形，本文以「刑法第三十一條第一項」作為檢索關鍵字，搜尋法源法律網裁判書檢索系統，檢索期間從二〇〇六年七月一日起迄今的最高法院判決，共得一百五十二筆判決。一一檢視各項判決

²²⁹ 參照最高法院98年度臺上字第158號判決之犯罪事實。

²³⁰ 例如參照最高法院95年度臺上字第738號、100年度臺上字第4902號判決。

後，本文歸納得出三項重點：第一、應進行刑法第31條第1項前後修正比較，因為刑法第31條第1項於二〇〇六年七月一日修正，審酌無身分及特定關係之正犯、教唆犯或幫助犯，其可罰性較有身分或特定關係者為輕，增列但書「但得減輕其刑」之規定，所以無身分或特定關係之人，依修正前刑法第31條第1項規定，不得減輕其刑，依修正後規定得減輕其刑，比較結果，應以修正後規定有利於行為人。倘若二審判決認刑法第31條擬制共同正犯規定，於新規定修正施行後並未比較有利於上訴人，而未綜合此項修正為比較時，則屬有瑕疵²³¹。

第二、進行新、舊刑法之比較時，不能割裂適用，逕以修正後刑法第31條第1項為有利於行為人，依修正後刑法第31條第1項但書規定減輕其刑，而是應該綜合罪刑有關之一切情形，比較其全部結果，而整體適用新法或舊法，不容分割適用²³²。

第三、有關刑法第31條第1項但書「但得減輕其刑」之具體適用，該條規定之修正理由表示，無身分或特定關係之共同正犯、教唆犯或幫助犯，其可罰性通常應較有身分或特定關係者為輕，惟又鑑於無身分或特定關係之正犯與共犯，其惡性較有身分或特定關係者為重之情形，亦屬常見，故增設但書規定得減輕其刑，以利實務上之靈活運用。我國實務判決也依循上述修正理由認為，該規定

²³¹ 參照最高法院101年度臺上字第1605號、101年度臺上字第379號、101年度臺上字第265號、99年度臺上字第1919號、99年度臺上字第1701號、99年度臺上字第1247號、98年度臺上字第7799號、98年度臺上字第3318號、98年度臺上字第2532號、97年度臺上字第1807號、97年度臺上字第492號、97年度臺上字第358號、96年度臺上字第5638號判決。

²³² 參照最高法院101年度臺上字第1422號、101年度臺上字第585號、101年度臺上字第445號、100年度臺上字第7162號、100年度臺上字第3945號、98年度臺上字第1261號、97年度臺上字第1299號、96年度臺上字第6841號判決。

「並非必減，而是屬法院得依職權裁量之事項，若二審判決審酌後未加適用予以減輕其刑，並無違誤」²³³；上訴人之「上訴意旨若以原判決未依修正後刑法第31條第1項但書規定減輕其刑，有判決不適用法則及理由不備之違法云云，要非適法之第三審上訴理由」²³⁴。例如甲係勸說公務員丙接受乙行賄之關鍵，丙之所以同意違法放行，與甲身為大伯（即其未婚夫之兄），丙因而聽從兄長之言至有關係，足認甲之可罰性未較有身分關係之丙為輕，因此不依刑法第31條第1項但書減輕其刑，二審判決既已敘明不予減輕之理由，甲上訴意旨執此指摘，要非合法之第三審上訴理由²³⁵。

至於是否必須於判決理由內載明是否依新修正刑法第31條第1項規定減輕其刑，我國實務判決則有歧見。否定看法認為，二審判決依職權裁量結果既未依刑法第31條第1項減輕其刑，即無敘明其理由之必要，自不得據為適法之上訴理由²³⁶；持肯定看法之判決認為，「原判決既認定『鏡面水庫工程』雖非甲主管或監督之事務，惟其與具有主管事務權限之乙間，就洩密及圖利犯行皆有犯意聯絡及行為分擔，故均為共同正犯，並於據上論結欄引用刑法第11條前段、第31條第1項之條文。則甲有無刑法第31條第1項減輕其刑規定之適用，原判決理由欄未予說明，亦欠妥適」²³⁷；「原判決既認定午係不具辦理電腦閱卷等相關工作之身分，因與甲基於共同收受賄賂等之犯意而收受賄賂，仍屬收賄等罪之共同正犯。則原判決就午得否依新修正刑法第31條第1項規定減輕其刑，自應於理由

²³³ 參照最高法院101年度臺上字第516號判決。

²³⁴ 參照最高法院99年度臺上字第3567號、99年度臺上字第285號判決。

²³⁵ 參照最高法院97年度臺上字第4771號判決。

²³⁶ 參照最高法院100年度臺上字第6017號判決，結論上亦同，最高法院99年度臺上字第285號判決。

²³⁷ 參照最高法院100年度臺上字第1920號判決。

中載明，乃原判決未予寬減，復未說明不予減輕之理由，自有判決理由不備之違誤」²³⁸。

在最高法院的裁判中，刑法第31條第1項規定「得減輕其刑」的具體應用如下。只有非常少數的案例，無身分或特定關係之共同正犯，不依刑法第31條第1項但書規定減刑。在檢索所得的全部判決中，僅有一例明白表示不予減刑，並沒有如同修正理由所述，無身分或特定關係之正犯與共犯，其惡性較有身分或特定關係者為重之情形，亦屬「常見」的情形。這件唯一的案例是前總統陳水扁貪瀆案，吳淑珍、蔡銘哲雖無公務員身分，惟最高法院判決認為，吳淑珍為本件犯罪之主導者，蔡銘哲則從中聯絡、協調，情節重大，均不宜依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑²³⁹。

在大多數檢索所得的判決中，對於無身分或特定關係之共同正犯，則依刑法第31條第1項但書規定減刑。包括：

一、未具公務員身分之行為人與具依據法令從事公務並有調查犯罪職務之人，共同對於違背職務之行為要求賄賂，對未具公務員身分之行為人，依刑法第31條第1項減輕其刑²⁴⁰。

二、被告等17人雖非公司之負責人，但與具有公司負責人身分之甲、乙共同實施違反銀行法第125條之犯罪，依刑法第31條第1項之規定，均為共同正犯，並均依同條項但書之規定，減輕其刑²⁴¹。

²³⁸ 參照最高法院96年度臺上字第5537號判決。

²³⁹ 參照最高法院99年度臺上字第7078號判決。

²⁴⁰ 最高法院101年度臺上字第348號判決，類似的判決參照最高法院100年度臺上字第7303號判決（二審判決為臺灣高等法院99年度重上更(一)字第號刑事判決）。

²⁴¹ 臺灣高等法院98年度上訴字第3750號刑事判決，經最高法院101年度臺上字第316號判決駁回上訴確定。

三、行為人就某集團之吸金業務並無任何決策、主導權，其可罰性較具有身分、特定關係，擔任集團執行長及主要吸收資金團隊之負責人為輕，依刑法第31條第1項但書之規定，予以減輕其刑二分之一²⁴²。

四、丙雖不具有公務員身分，但其與具有公務員身分之甲、乙共犯公務員登載不實公文書罪，仍應依刑法第31條第1項規定論以該罪之共同正犯，並依同條項但書規定減輕其刑²⁴³。

五、行為人與商業負責人共同連續以其他不正當方法致使財務報表發生不實之結果（商業會計法第71條第5款），處有期徒刑貳年，依刑法第31條第1項但書規定，減輕為有期徒刑壹年²⁴⁴。

柒、結 論

一、無身分或特定關係之人與有身分或特定關係之人共同實行身分犯之犯罪，並非從一開始就理所當然可以被論以正犯，從立法史的研究結果顯示出，在一九二八年舊刑法施行前，無身分或特定關係者之參與，確實存在著僅能被論以教唆犯或幫助犯的空間。一九二八年舊刑法第45條第1項中增設相關文字後，無身分者之共同實行才得被論以身分犯之共同正犯。

二、究竟身分犯中受限制的行為主體資格具有何種實質不法內涵？德國Roxin教授提出義務犯理論，藉此表徵身分犯的行為主體以違反刑法以外的特別義務為特色，刑法上的歸責就會建立純粹的民法或行政法的關係上。本文藉由分析各種支持和反對義務犯理論

²⁴² 最高法院100年度臺上字第4032號判決。

²⁴³ 最高法院99年度臺上字第556號判決。

²⁴⁴ 臺灣高等法院100年度重上更(二)字第21號刑事判決，經最高法院100年度臺上字第6866號判決駁回上訴確定。

的見解，釐清義務犯理論的實際內涵和定位後，發現義務犯理論仍存在著許多疑點。尤其Bruns早於一九三八年出版「從民法的思維中解放刑法」一書，純粹地刑法從屬於民法已經不再具有說服力。以違反刑法以外的特別義務來解釋身分犯的正犯性，與保護法益為目的的刑法顯得格格不入，因為刑法所從屬的民法或公法，其規範保護目的不見得是保護法益。有鑑於Roxin一方面把不純正不作為犯列為義務犯的一種，另一方面，他又揚棄形式法律義務理論，認為Schünemann的支配思維是解釋不純正不作為犯之處罰基礎最具有說服力的說法，Roxin若繼續堅持以違反刑法以外的特別義務來界定身分犯之正犯，就會顯得前後矛盾。

三、Jakobs和其學生Sánchez-Vera的義務犯概念，也無法為義務犯概念找到出路，因為其刑法思維建構在一套封閉的且循環論證的刑法體系中，這偏離了我們現行遵循之保護法益的刑法體系。他們所發展出的正犯理論，基於組織管轄所生之正犯和基於體制管轄所生之正犯，本文認為都不具說服力，因為組織領域這個概念不外等同於完全不受限制的危險前行為保證人地位，而其本身就是一個令人質疑的概念；此外，體制管轄的概念建立在刑法以外的體制上，這意謂著退化成過時的形式法律義務理論。

四、即便Roxin後來提出新的表達方式，無論是違反創設正犯性義務與結果有關地違反構成要件的特別義務，都各有其問題。前者陷入循環推論，因為義務犯的正犯性標準建立在創設正犯性的義務之上。後者構成要件特別義務一詞仍難免於空洞，若指涉刑法以外的義務，一樣有上述悖離法益保護原則的顧慮；若指涉從構成要件中產生，亦即無異於一種特殊的刑法違法性，如此理解的義務概念，不僅出現在身分犯，也同樣出現在一般犯。唯一有意義的理解，是將構成要件特別義務理解成保證人義務，如此實際上將意謂著放棄義務犯概念，接受保證人身分犯概念。

五、對身分犯正犯範圍之限制，只有保證人身分犯理論能夠提出具有說服力的解釋。保證人身分犯的特徵是，在構成要件中，其正犯僅限定於擁有特定保證人地位並違反保證人義務之人。身分犯之正犯是指在犯罪發生前，對於某一生活領域有所掌控之人，無論是對於法益的無助狀態有支配，或對於危險來源有支配。在保證人身分犯中，具有身分或特定關係者，無論是透過作為、不作為或是參與行為（教唆、幫助），都會實現構成要件，被論以正犯。保證人身分犯理論也解決了身分犯出現形態不一致的問題。只有少數的身分犯在構成要件中明文或默示地規定，具有身分或特定關係者的不作為或參與行為和作為等同對待；在多數的身分犯規定中，雖然立法者未予規定，但是具有身分或特定關係者的參與，都可被論以不作為正犯。

六、對於我國刑法第31條第1項規定「得減輕其刑」之具體實踐，我國實務裁判雖然在論理上遵循修法理由立場，認為無身分或特定關係之共同正犯、教唆犯或幫助犯，其可罰性通常應較有身分或特定關係者為輕，惟又鑑於無身分或特定關係之正犯與共犯，其惡性較有身分或特定關係者為重之情形，亦屬常見，故增設但書規定得減輕其刑，以利實務上之靈活運用。然而，只有極少數案例，對無身分或特定關係之共同正犯，不依刑法第31條第1項但書規定減刑。但在大多數檢索所得的判決中，對於無身分或特定關係之共同正犯，實際上均依刑法第31條第1項但書規定減刑。

七、將無身分或特定關係者之共同參與，擬制成立共同正犯，欠缺理論上的正當性，有違罪責原則。因此，本文建議立法修正我國刑法第31條第1項，修正後之文字內容為：「教唆犯或幫助犯若欠缺創設正犯可罰性的身分或特定關係，減輕其刑」。

參考文獻

一、中 文

1. 中德西刑法學研討會特刊，政大法學評論，50期，1994。
Special Issue for Taiwanese-German-Spanish Criminal Law Symposium, Cheng-chi Law Review, no. 50, 1994.
2. 甘添貴、靳宗立，共犯與身分之檢討與省思，載：共犯與身分，頁263-314，2001。
Gan, Tian-Gui, Jin, Zong-Li, Review and Introspection on Conspirators and their Status, in *Conspirators and their Status*, pp. 263-314, 2001.
3. 何慶仁，義務犯研究，2010。
He, Qing-Ren, *Studies on Offenders of Breach of Duty*, 2010.
4. 周冶平，刑法研究，1967。
Zhou, Je-Ping, *Studies on Criminal Law*, 1967.
5. 林山田，刑法通論上冊，10版，2008。
Lin, Shan-Tien, *Criminal Law: General Principles (I)*, 10th ed., 2008.
6. 林山田，刑法通論下冊，增訂10版，2008。
Lin, Shan-Tien, *Criminal Law: General Principles (II)*, 10th ed., 2008.
7. 林鈺雄，新刑法總則，3版，2011。
Lin, Yu-Hsiung, *Criminal Law: General Principles*, 3 th ed., 2011.
8. 柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇上，2005。
Criminal Law: General Principles, Amendments (I), 2005.
9. 許玉秀，刑法第31條第1項的擬制共同正犯欠缺理論基礎？，台灣本土法學雜誌，85期，頁131-135，2006。
Hsu, Yu-Hsiu, Does Article 31 Section 1 of the Criminal Code Lack a Theoretical Foundation?, *Taiwan Law Journal*, no. 85, pp. 131-135, 2006.
10. 許玉秀，刑法第4章緒論及第28條至第31條註釋，行政院國家科學委員會研

- 究計畫成果報告（計畫編號：NSC-85-2417-H-004-002-C4），1997。
- Hsu, Yu-Hsiu, Comments on Chapter 4 Introduction and Article 28 to 31 of the Criminal Code, Research Report of National Science Council, no. NSC-85-2417-H-004-002-C4, 1997.
11. 許玉秀，實質的正犯概念，載：刑法的問題與對策，頁1-64，1999。
- Hsu, Yu-Hsiu, The Concept of Substantial Principal Offender, in Problems and Countermeasures of Criminal Law, pp. 1-64, 1999.
12. 許澤天，對2005年1月刑法總則篇「刑事責任」、「未遂犯」及「共犯與正犯」章修改之評釋，台灣本土法學雜誌，67期，頁103-119，2005。
- Hsu, Tze-Tien, Comments on the Reform of “Criminal responsibility”, “Attempt” and “Perpetrator and Participator” in the General Provisions of Criminal Code, Taiwan Law Journal, no. 67, pp. 103-119, 2005.
13. 陳子平，刑法總論，增修版，2008。
- Chen, Tz-Ping, Criminal Law: General Principles, 2d ed., 2008.
14. 陳志輝，義務犯，月旦法學教室，23期，頁34-38，2004。
- Chen, Jyh-Huei, Offenders of Breach of Duty, Taiwan Jurist, no. 23, pp. 34-38, 2004.
15. 游明得，從身分犯的本質檢視刑法第31條身分犯共同正犯——以國內現況評析為主，警大法學論集，12期，頁113-153，2007。
- You, Min-Der, Examining the Co-conspirators of the Status Criminal in Article 31 of the Criminal Code in Terms of the Nature of Status Criminal: Concentrating on Commenting on the Domestic State, Central Police University Law Review, no. 12, pp. 113-153, 2007.
16. 馮聖晏，組織支配之研究，政治大學法律研究所碩士論文，2010。
- Feng, Sheng-Yen, Studies on Organizational Control, Master’s Thesis, Graduate Institute of Law, National Chengchi University, 2010.
17. 黃常仁，刑法總論，增訂2版，2009。
- Huang, Chang-Jen, Criminal Law: General Principles, 2d ed., 2009.

18. 楊建華，刑法總則之比較與檢討，1988。
Yang, Jian-Hua, Comparisons and Reviews on General Principles of Criminal Law, 1988.
19. 蔡墩銘，刑法基本問題研究，1976。
Tsai, Tun-Ming, A Study on Basic Questions of Criminal Law, 1976.
20. 韓忠謨，刑法原理，1997。
Han, Chung-Mo, Criminal Law: General Principles, 1997.
21. 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1997。
Su, Jun-Hsiung, Criminal Law: General Principles II, 1997.

二、外文

1. Alternativekommentar, Albrecht, Hans-Jürgen u.a., Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, §§ 80-145d, 1986.
2. Androulakis, Nikolaos K., Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963.
3. Arzt, Gunther, Mord durch Unterlassen, in: Schünemann, Bernd u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 855 ff.
4. Arzt, Gunther, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Juristische Arbeitsblätter 1980, S. 712 ff.
5. Arzt, Gunther/Weber, Ulrich, Strafrecht Besonderer Teil, 2000.
6. Baumann, Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977.
7. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995.
8. Beleza, Pizarro Teresa, Die Täterstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?, in: Schünemann, Bernd u.a. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 267 ff.
9. Blauth, Peter, „Handeln für einen anderen“ nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968.

10. Blei, Hermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983.
11. Bloy, Rene, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985.
12. Bockelmann, Paul, Strafrecht Besonderer Teil/1, Vermögensdelikte, 2. Aufl., 1982.
13. Bottke, Wilfried, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, - Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, 1992.
14. Chen, Jyh-Huei, Das Garantensonderdelikt, 2006.
15. Cramer, Peter, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, in: Kaufmann, von Arthur u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 389 ff.
16. Cramer, Peter/Heine, Günter, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010.
17. Deichmann, Marco, Grenzfälle der Sonderstrafat, Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten, 1994.
18. Dubiel, H., in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976.
19. Ebert, Odo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2001.
20. Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1931.
21. Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 1998.
22. Freund, Georg, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992.
23. Gallas, Wilhelm, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968.
24. Gallas, Wilhelm, Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954.
25. Gössel, Karl Heinz, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2: Straftat gegen materielle Rechtsgüter des Individuums, 1996.
26. Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001.
27. Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1998.

28. Hake, Manfred, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, 1994.
29. Hardwig, Werner, Über den Begriff der Täterschaft, - Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschrift von Claus Roxin “Täterschaft und Tatherrschaft”, JZ 1965, S. 667 ff.
30. Hardwig, Werner/Buschendorf, Ernest, Nochmals: Betrachtungen zur Teilnahmelehre, JZ 1967, S. 86 ff.
31. Heinrich, Manfred, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002.
32. Herzberg, Rolf Dietrich, Täterschaft und Teilnahme, 1977.
33. Henkel, Heinrich, Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1961, S. 178 ff.
34. Hüwels, Hermann, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, die Organisationszuständigkeit und die institutionelle Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht, 1986.
35. Ingelfinger, Ralph, Die Kröperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen und die Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB, GA 1997, S. 573 ff.
36. Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1983.
37. Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
38. Jakobs, Günther, Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996.
39. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
40. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, §§ 1-51 StGB, 2003.
41. Kahlo, Michael, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990.
42. Kaufmann, Arthur, Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung, FS-Gallas 1973, S. 1 ff.
43. Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.
44. Krey, Volker, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl., 1999.
45. Krey, Volker, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2002.

46. Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002.
47. Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 26. Aufl., 2007.
48. Langer, Winrich, Das Sonderverbrechen, Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1972.
49. Leipziger Kommentar, in: Jähnke, von Burkhard/Laufhütte, Heinrich W./Odersky, Walter (Hrsg.), StGB Großkommentar, 11. Aufl., 1992.
50. Leipziger Kommentar, in: Jähnke, von Burkhard/Laufhütte, Heinrich W./Odersky, Walter (Hrsg.), StGB Großkommentar, 12. Aufl., 2006.
51. Maaß, Wolfgang, Betrug verübt durch Schweigen, 1982.
52. Maurach, Reinhard/Gössel, Karl Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl., 1989.
53. Mezger, Edmund, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949.
54. Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil, Vermögensdelikte (Kernbereich), Teilband 1, 2. Aufl., 2003.
55. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003.
56. Nagler, Johannes, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111, 1938, S. 1 ff.
57. Nitze, Paul, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989.
58. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1995.
59. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005.
60. Otto, Harro, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, JURA 1987, S. 246 ff.
61. Otto, Harro, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2000.
62. Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., 2002.
63. Preisendanz, Holger, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, 30. Aufl., 1978.
64. Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973.
65. Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2002.
66. Renzikowski, Joachim, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997.

67. Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl., 1963.
68. Roxin, Claus, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, S. 293 ff.
69. Roxin, Claus, Buchbesprechungen: Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1971, ZStW 84 (1972), S. 993 ff.
70. Roxin, Claus, Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2000, S. 577 ff.
71. Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000.
72. Roxin, Claus, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003.
73. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003.
74. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006.
75. Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006.
76. Rudolphi, Hans-Joachim, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und Gedanke der Ingerenz, 1966.
77. Sánchez-Vera, Javier, Pflichtdelikt und Beteiligung, Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999.
78. Sangenstedt, Christof, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenstellung, 1989.
79. Schaffstein, Friedrich, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, in: Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 70 ff.
80. Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975.
81. Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 1983.
82. Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984.
83. Schroeder, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter, 1965.
84. Schünemann, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971.
85. Schünemann, Bernd, Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, Zeitschrift für Schweizer Recht 1978, S. 131 ff.
86. Schünemann, Bernd, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979.
87. Schünemann, Bernd, Die Bedeutung des „Besonderen persönlichen

- Merkmale“ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, JURA 1980, S. 568 ff.
88. Schünemann, Bernd, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), S. 287 ff.
 89. Schünemann, Bernd, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentar und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1986, S. 293 ff.
 90. Schünemann, Bernd, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, S. 201 ff.
 91. Schünemann, Bernd, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, in: Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unerlassungsdelikte, - ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, hrsg. von Enrique Gimbernat u.a., Madrid-Symposium, 1995, S. 49 ff.
 92. Schünemann, Bernd, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, in: Schmoller, von Kurt u.a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 437 ff.
 93. Schünemann, Bernd, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Schünemann, von Bernd u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1 ff.
 94. Seier, Jürgen, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JA 1990, S. 342 ff.
 95. Siegert, Rainer, Strafrechtsreform im Einführungsgesetz?, IV . Die Gefangenenbefreiung, JZ 1973, S. 308 ff.
 96. Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001.
 97. Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010.
 98. Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1971.
 99. Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1976.
 100. Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981.
 101. Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000.
 102. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1975, § 25.

- 103* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1993, § 25.
- 104* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1997, § 120.
- 105* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2000, § 25.
- 106* Timpe, Gerhard, Strafmilderungen des Allgemeiner Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983.
- 107* Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007.
- 108* v. Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Bd. 2: Das Verbrechen Allgemeine Lehren, 1930.
- 109* v. Liszt, Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21-22. Aufl., 1919.
- 110* v. Liszt, Franz/Schmidt, Eberhard, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932.
- 111* Wagner, Heinz, Amtsverbrechen, 1975.
- 112* Welp, Jürgen, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.
- 113* Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.
- 114* Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Aufl., 2002.
- 115* Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 25. Aufl., 2002.

The Concept of the Principal Offender on Crimes Demanding the Perpetrator's Special Status (*Sonderdelikte*): A Study on Offense of Duty

Jyh-Huei Chen *

Abstract

The offenders of *Crimes demanding the perpetrator's special Status* are in principle limited to persons who have the specific identity or qualification. However, according to Article 31, section 1 of the Criminal Code of the Republic of China, perpetrators, who take part in the commission of the offense, which has been established on the basis of personal or other special relationship due to one of the perpetrators' special status, shall be considered as principal offenders, even including the ones without special status. This means, the designation of a principal offender could be expanded to a person without special status. Is this expansion justified? This thesis tries to analyze Article 31, section 1 of the Criminal Code from the view of legislative history and the arguments in favor of its justification. In addition, any extraneous person

* Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. of Law, Ludwig-Maximilians-University München, Germany.

Received: March 23, 2012; accepted: May 17, 2012

should never be classified as the principal offender of *Crimes demanding the perpetrator's special Status*. It means that there exists an essential distinction in the illegal connotation between perpetrators with or without special status. Therefore, this thesis attempts to find out the substantive illegal connotation of *Crimes demanding the perpetrator's special Status* and evaluate various possible solutions in order to elaborate which kind of standards could be built up for the substantive illegal connotation of *Crimes demanding the perpetrator's special Status*.

Keywords: Crimes Demanding the Perpetrator's Special Status, Offense of Duty, Crimes Demanding the Perpetrator's Special Guaranteed Status, Principal Offender