

論幫助犯的歸責基礎： 走出中性幫助的迷霧

林道*

<摘要>

本文探討幫助犯的歸責議題，其中一般幫助的歸責要件在客觀與主觀上都有疑慮，實務與學說在客觀要件都沒有提出可以有效建立與判斷幫助行為本質或是幫助行為與正犯行為之間的不法關聯，促進公式或是具備因果關係的升高風險，結果判斷上皆顯恣意；主觀要件則因為對應客體的混淆，造成邏輯上的疑慮。

中性幫助方面，臺灣實務並沒有統一的中性幫助概念，歸責要件也欠缺完整性；德國實務雖有穩定見解，但因為欠缺明確的客觀要件，導致處理上必須單獨仰賴主觀要件決定可罰，相關學說討論也未提出合理的主張。為解決中性幫助難題，必須回歸一般幫助的討論，原因在於中性幫助其實只是凸顯一般幫助歸責的不足之處，因此若要適切評價中性幫助，應該處理一般幫助的歸責問題。

因此，本文從一般幫助犯的討論建立出新的歸責想法與要件，刑事可罰的幫助行為，係指其單向提供足以改變正犯犯罪計畫並因此提升整體犯罪風險的行為；相對的，若協助行為僅是填補原初正犯犯罪計畫的條件，則不屬於刑事可罰的幫助行為，仍屬法律所容許的風險。

* 輔仁大學法律學系助理教授；德國慕尼黑大學法學博士

E-mail: 163046@mail.fju.edu.tw

• 投稿日：08/25/2023；接受刊登日：03/27/2024。

• 責任校對：陳怡君、張馨麟、羅元廷。

• DOI:10.6199/NTULJ.202506_54(2).0003

關鍵詞：一般幫助、中性幫助、因果關係、風險升高、幫助故意、犯罪計畫

◆目次◆

壹、前言

貳、臺灣的幫助犯歸責討論

一、一般幫助的客觀要件

二、一般幫助的主觀要件

三、中性幫助

四、小結

參、德國的幫助犯歸責討論

一、一般幫助的客觀要件

二、一般幫助的主觀要件

三、中性幫助

肆、幫助犯歸責的再思考

一、擺脫矛盾的中性幫助概念

二、幫助犯的歸責基礎：單向性提供修正的犯罪計畫

三、重塑幫助犯歸責要件

四、幫助行為的既未遂判斷

五、案例解析

伍、結論

壹、前言

犯罪參與是刑法的困難課題，正犯與共犯的二元區分理論下，正犯、教唆犯以及幫助犯為相應處罰類型。其中正犯的歸責透過支配理論以及刑法分則的犯罪類型特定下相對清晰。相對的，共犯的歸責基礎與要件則有待更進一步的討論，而在部分案件為求符合法感的判決結果，幫助犯時常作為一種實質的犯罪截堵構成要件，無論在我國或是德國，幫助犯的法律規定皆抽象

與簡短，而必須借助實務與學說的發展，限制可罰範圍。我國刑法第 30 條第 1 項規定：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。」；德國刑法第 27 條規定則為：「故意幫助他人之故意違法行為者，為幫助犯。¹」無論是幫助行為的行為本質，或是幫助行為與正犯行為的關係，皆無法單從法條文字推導出足夠的可罰判斷標準。

為釐清幫助犯的刑事評價，需要同時考慮一般與中性幫助，研究實益除釐清釋義學難題外，就刑事司法的實踐角度而言，隨著分工社會與經濟發展，重要性更是不可同日而語，中性幫助的觀察視角也從傳統單純的案件，逐漸滲入經濟刑法的元素。在德國，中性幫助的討論除了經濟刑法以外，甚至包含二戰德國或是東德時期的犯罪行為。在臺灣，中性幫助的討論雖沒有在實務上持續發展，然而若是要完整討論幫助犯，仍是避無可避的重要議題。

日常生活或是商業活動經常需要他人的協助，而犯罪也是如此，例如在商店取得刀械，並使用該刀械殺人；在烘焙坊取得麵包後，並將麵包下毒以毒殺他人，商店與烘焙坊的售貨行為，便是中性幫助行為。因為確實協助到犯罪行為，倘店員對此也具備間接故意，按照一般幫助的要件，便會成立可罰的幫助犯，亦即，一般幫助的判斷要件會造成中性行為大範圍的成罪。因此，如何合理限制可罰範圍，便成為中性幫助的核心重點，倘若眾多中性行為處於刑罰風險，日常生活將窒礙難行；如果一律排除刑罰可能，又會造成法益的保護真空。對於中性幫助行為的定義，有限定在職業行為²；有認為只要協助行為有其他合法目的，亦屬之³。以正犯取得刀械為例，從正犯所

¹ 德國刑法第27條：「Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.」。

² Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 21; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 15; Hassemer, Professionelle Adäquanz (Teil I), wistra 1995, 41, 42.

³ Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, S. 4.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 220; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2022, § 42 Rn. 14 f.; Ambos, Beihilfe durch Alltagshandlungen, JA 2000, 721, 721.

屬的犯罪組織取得以及從商店購買，分別就屬一般與中性幫助。中性幫助的討論多認為有限制刑罰範圍的必要⁴，討論實益除了在於新興議題的對應，同時也因為中性幫助無論在學說與實務，都有別於一般幫助的要件限制，因此具有併同討論的必要性。

本文依序討論臺灣與德國對於幫助犯的學說與實務發展，先呈現臺灣於幫助歸責發展上的不足之處，再輔以德國相關討論加以補充。其中並透過實際的司法案件，了解實踐上的困難。討論客體則包含一般、中性幫助，原因在於中性幫助作為幫助犯的特殊類型，直接影響到幫助犯的可罰範圍，如何調整以及其正當性都值得討論。最後則是歸納分析以上研究成果，重塑幫助犯歸責要件。

貳、臺灣的幫助犯歸責討論

以下為幫助犯在臺灣的歸責討論，本文從幫助行為的行為本質與幫助行為與正犯行為的關係來切入客觀要件的討論。前者在於協助行為本身所具備的客觀危險性，後者則是協助行為和其從屬的正犯行為之間，究竟係建立出何種不法的歸責聯繫，例如因果關係就屬後者。

一、一般幫助的客觀要件

我國實務與學說對於一般幫助其實並沒有存在歸責上的太大歧異，故以下篇幅，以實務為討論主軸。於限制從屬說的理解下，未支配犯罪之人，對於不法正犯故意行為，提供了物理或心理上的貢獻，並產生實際上影響，便

⁴ 本文在定義上採取中性幫助即為職業幫助的看法。我國教科書基本上沒有清楚表現出，限定在職業行為的討論，而是著重在中性概念：王皇玉（2024），《刑法總則》，10版，頁504，新學林；林鈺雄（2022），《新刑法總則》，10版，頁488，元照；有強調職業概念：許澤天（2023），《刑法總則》，4版，頁377，新學林；不同處理方法可見Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht, 16. Aufl., 2023, S. 235 ff.。

是可罰的幫助行為，類型包含物理與心理、作為與不作為幫助，且正犯行為前或正犯著手後皆可提供幫助。客觀要件上，學說則著重於討論幫助行為與正犯行為之間是否應具備因果關係，及其並非條件理論的因果判斷理解，換句話說，我國學說對於幫助犯的客觀要件判斷上，強調「幫助」的關係意涵解讀，而不是透過行為危險性加以限制⁵。有學者將合法則因果關係使用在幫助犯，並認為只有在充分條件的最小必要部分，才屬於可加以歸責的幫助行為，但此說對於共犯和正犯要求一樣的因果關聯，同時論者也不排除物理幫助轉化為心理幫助的情形，形同架空物理因果法則⁶。

實務認為：「……其所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。⁷」實務僅要求幫助行為能夠對法益侵害具有直接重要的關係，類似德國促進公式。即使事後判斷該行為僅屬多餘或不能發生效力，也不會影響其可罰性。但問題如果不是不可或缺、未發生影響，為何能夠產生直接重要關係。我國實務判斷幫助行為，係以與正犯行為的關係為主要判斷基準，對於幫助行為本身的危險性質，如同學說一樣並沒有額外著墨。

也有不採取直接重要關係，而從因果關係論述可罰與否的判決⁸。「茲由於實務及學說均肯定幫助行為兼賅物質上或精神上之助力，且從即令物質

⁵ 王皇玉，前揭註4，頁499以下；林鈺雄，前揭註4，頁483以下；許澤天，前揭註4，頁372以下。

⁶ 蔡聖偉（2013），〈論幫助行為之因果關係〉，《政大法學評論》，134期，頁204以下，細緻呈現通說的因果關係，其分別透過幫助效力、正犯行為與結果，區別出未遂幫助與幫助未遂。

⁷ 最高法院102年度台上字第1650號刑事判決；最高法院107年度台上字第1094號刑事判決。

⁸ 最高法院109年度台上字第979號刑事判決。另有最高法院111年度台上字第1003號刑事判決採取德國見解，其認為幫助犯因果關係不屬於條件理論的強化或促進因果關係。

上之助力於犯罪實行時未生實際作用，仍非不得認為對行為人產生精神上之鼓舞以觀（例如提供鑰匙入室竊盜，但現場未上鎖，事後看來是多此一舉），可徵幫助行為對於犯罪結果之促進，並非悉從物理性或條件式之因果關係加以理解，尚得為規範性之觀察。換言之，若幫助行為就犯罪之實行，創造有利條件或降低阻礙，進而提升或促進結果發生之蓋然性而惹起結果，即堪認定其因果性貢獻之存在，進而可將法益侵害之結果，於客觀上歸責予提供犯罪助力之行為人，而成立幫助犯。」但判決對於因果關係的論述沒有提出具體能夠操作的客觀判斷標準，其將無法建立因果關係的物理性幫助案例，轉化為心理性幫助，並進一步無視物理與心理因果關係的分野⁹，甚至把風險升高的幫助行為直接認定為具有因果關係的行為，等於是混淆行為風險本質與行為關係兩者，此種想法也會造成未遂幫助的難以判斷。

另於判決中¹⁰，法院表示：「學理上所稱『幫助未遂』，係指幫助犯之未遂犯而言，因該幫助者之助力行為，對於正犯之著手實行行為或其結果之發生，不生助益作用，屬無效之幫助，缺乏危害性，故基於謙抑原則，刑法不予非難，……至以幫助他人犯罪之意思，於正犯著手實行前或實行中或結果發生前，提供犯罪構成要件行為以外之助力，倘於通常情況下，確足致犯罪結果易於發生，祇因正犯本身因素之障礙而未遂者，刑法仍予非難，該幫助之人依正犯從屬性原則，應成立正犯犯罪未遂之幫助犯。」不罰的未遂幫助與可罰的幫助未遂¹¹，兩者之間涉及刑罰發動界線，在此，判決似乎將前者藉由不能未遂的思考方式，將不罰的未遂幫助限制在欠缺危險性質的幫助行為，等於是在行為關係以外加入對行為危險性質的思考，但並沒有提出判斷標準。同時，共犯行為對於正犯行為效力判斷，應不適合與共犯行為本身的危險性混淆，例如提供危險器械，但正犯並未選擇使用的情形，雖屬不罰

⁹ 同樣見解，王皇玉，前揭註4，頁502；林鈺雄，前揭註4，頁486。

¹⁰ 最高法院96年度台上字第3759號刑事判決。

¹¹ 不罰的未遂幫助與可罰的幫助未遂與幫助既遂應該是比較通用且易於理解的方式。

的未遂幫助，但提供器械的行為本身也不會因為不被正犯使用而缺乏危害性。

綜上，一般幫助的客觀要件具有以下問題：首先，依賴共犯行為與正犯行為之關係決定客觀不法，但其判斷標準過於抽象。例如，因果關係雖不必同於正犯，但也無法確切得知需具備何種關聯。再者，因為對於因果關聯的不確定，導致判斷未遂幫助與幫助未遂的界線相對模糊。第三，在沒有辦法建立物理因果關係的情形，為確立幫助客觀可罰性，學說與實務都考慮將物理幫助行為轉化為心理幫助行為。第四，實務在沒有闡明共犯歸責判斷標準的情形下，似乎將正犯所使用之客觀歸責理論與自然因果關係的想法，在相當因果關係的框架內混合闡述使用，造成自然因果與規範性歸責的區分不甚清晰。亦即，實務在部分情形僅依靠因果關係，並且透過心理因果的轉化，強調行為間的不法聯繫；有時卻又近乎放棄因果關係，只強調類似風險升高的歸責思考。究竟因果關係與風險升高是擇一或並存，有待後續發展持續觀察。

二、一般幫助的主觀要件

幫助犯屬於共犯類型之一，其故意結構不同於正犯，必須具有所謂的雙重故意¹²。因為幫助行為從屬於正犯不法故意行為，幫助犯除了對於幫助行為具備故意以外，也必須對於被幫助的正犯行為具備既遂故意。其中，對於幫助行為的故意，要求幫助犯理解其行為的幫助效力；而對於正犯行為或正犯構成要件的實現，幫助犯則同樣必須具備該犯罪的既遂故意¹³。亦有認為，雙重故意的架構有質疑的空間，重點應該在於幫助犯對於正犯實現之構成要件或不法內涵的抽象化整體認知¹⁴。

¹² 最高法院110年度台上字第5770號刑事判決；最高法院111年度台上字第1026號刑事判決。

¹³ 林鈺雄，前揭註4，頁487；王皇玉，前揭註4，頁503。

¹⁴ 陳俊偉（2023），〈論提供帳戶行為的幫助詐欺或幫助洗錢故意〉，《台灣法律人》，26期，頁72。

實務認為：「刑法上所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，……是行為人對其幫助之行為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意。¹⁵」近期，最高法院 108 年度台上大字第 3101 號刑事裁定：「尚需具備幫助他人實現該特定不法構成要件之『幫助既遂故意』，惟行為人只要概略認識該特定犯罪之不法內涵即可，無庸過於瞭解正犯行為之細節或具體內容。此即學理上所謂幫助犯之『雙重故意』」。

我國實務對於幫助行為的故意強調對於因果關聯的認識，而對於正犯行為之故意，學說與實務見解並沒有相差太多，皆是在一樣的架構下，強調幫助既遂故意不用對於正犯犯罪有完全具體的理解¹⁶，但究竟要對於不法正犯行為或是構成要件有多具體的認知，並沒有明確的表示。我國實務對於正犯犯罪的故意具體認識程度應僅是構成要件程度的要求。亦有學說認為，幫助犯所認識的正犯不法內涵只需要大致符合侵害法益類型，例如提供帳戶，但正犯非將其用於詐欺而是恐嚇取財時，因為幫助犯已經理解到財產法益的侵害可能，仍可以肯認幫助恐嚇取財的成立¹⁷。亦有認為，幫助犯應該對於具體正犯行為實現與法益侵害可能性的升高有所認識，並根據自己協助能力認識到正犯實行犯罪的可能具體事項¹⁸，其屬於構成要件與正犯行為之間的具體化程度觀點。

我國關於幫助犯的主觀要件具有以下值得討論的問題：首先，在雙重故意的認識架構下，客觀要件會決定主觀要件認識對象，但因為因果關聯要求程度不明，導致主觀要件中的幫助故意應該認知到何種程度的因果關聯，有待釐清，這也會進一步影響到因為錯誤排除故意認定的範圍，倘若只要求風險升高的規範關係認識，則認識的對象僅為幫助行為的危險性；而若同時要求因果關係，則對於幫助行為與正犯行為之間的聯繫必須有所認識，此際差

¹⁵ 最高法院102年度台上字第1650號刑事判決；最高法院107年度台上字第1094號刑事判決。

¹⁶ 王皇玉，前揭註4，頁503；林鈺雄，前揭註4，頁487；許澤天，前揭註4，頁379。

¹⁷ 黃惠婷（2019），〈幫助故意〉，甘添貴（等著），《幫助犯》，頁13，元照。

¹⁸ 陳俊偉，前揭註14，頁68。

異對於故意成立有不小的影響。再者，雙重故意之中的幫助既遂故意，其認知對象與具體程度，討論上如果沒有清楚區分構成要件或是正犯行為的情況下，也無法向下發展出共犯所需掌握的具體認識程度，其認識程度從單純不法行為、構成要件、具體正犯行為，都有不同問題存在並值得討論。

三、中性幫助

（一）學說

中性幫助行為係指日常生活之中，行為人提供商品或服務並不是單純滿足犯罪目的，而是任何人向行為人提出要求都能獲得相應商品或服務的職業行為，該行為屬於生活常見的容許風險，而又被稱為中性行為。中性幫助行為的討論重點，即是職業行為的實施，若間接的協助侵害法益，是否應該如同幫助犯處罰，又是否需要額外的判斷要件。

德國關於中性幫助定義雖未統一¹⁹，但通常中性幫助行為係指職業典型行為²⁰。亦有認為中性幫助行為不僅包含職業行為，而是具備獨立合法目的的行為皆屬之：行為人對於無論正犯或是處於一樣地位而要求之人，都會採取一樣的回應措施，因為其行為自始具備獨立於正犯或是正犯行為之法律所容許目的²¹。後者的定義較為廣泛而包含非職業行為。基本上中性幫助行為的內在本質具有雙重意涵，一方面在一般情境下，該行為屬於容許行為；另一方面，在犯罪情境中，其協助了犯罪行為，而 2 個意涵相互矛盾²²。

¹⁹ Hartmann, Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?, ZStW 2004, 585, 598.

²⁰ Kudlich, (Fn. 2), S. 21; Wolff-Reske, (Fn. 2), S. 15.

²¹ Wohlleben, (Fn. 3), S. 4; Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 220, 231; Kindhäuser/Zimmermann, (Fn.3), S. 391; Ambos, (Fn. 3), S. 721.

²² Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 29.

我國學說對於中性幫助行為的定義大致與德國討論相同。部分限定在職業行為²³、部分則強調行為的日常性，擴大中性行為的範圍²⁴。我國實務則認為所有行為都可以稱為中性行為，例如：「實際上對犯罪產生助益之尋常職業、營業或商業上等行為或一般生活行為，是否因形式上中性之色彩而得排除可罰性，端視其主觀上有無為犯罪提供助力之認知與意欲而定……」²⁵。一般生活行為案例則包含：代為撥打電話²⁶、帶路行為²⁷、母子之間交付郵局帳戶與提款卡²⁸、非職業的駕車行為²⁹，其實以上僅為一般幫助行為，法院論述上卻使用了中性行為的概念，實屬不當。這也造成中性幫助在我國實務上的發展困難，因為討論對象並不同一，倘若一般生活行為也是中性行為，那麼所有幫助行為應該都是中性幫助行為。至今為止，無論德國或我國對於中性幫助的理解，不當的混淆判斷要素與判斷結果³⁰，亦即，要先確認屬於中性行為，才能套用中性行為特殊判斷要件，並且判斷可罰與否。但結論上，又以中性作為判斷結果，某程度甚至可以認為「中性」概念理解為「法律上容許的風險」。

²³ 蔡蕙芳（2019），〈P2P網站經營者之做為幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，甘添貴（等著），《幫助犯》，頁196，元照；古承宗（2019），〈中性職業行為與可罰的幫助〉，甘添貴（等著），《幫助犯》，頁39，元照；李錫棟（2017），〈中性幫助行為之可罰性判斷〉，台灣比較刑法學會（編），《國際刑事法學之新脈動：余振華教授六秩晉五壽誕祝賀論文集（第一卷）》，頁510，新學林。

²⁴ 黃惠婷（2019），〈中性行為之幫助性質〉，甘添貴（等著），《幫助犯》，頁32；林鈺雄，前揭註4，頁488；王皇玉，前揭註4，頁504。洪兆承（2012），〈從中性幫助論幫助犯的成立要件〉，《刑事法雜誌》，56卷3期，頁134；陳俊偉，前揭註14，頁58。

²⁵ 最高法院109年度台上字第979號刑事判決。

²⁶ 最高法院111年度台上字第788號刑事判決。

²⁷ 臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第1128號刑事判決。

²⁸ 臺灣嘉義地方法院110年度金訴字第146號刑事判決。

²⁹ 臺灣嘉義地方法院110年度訴字第263號刑事判決。

³⁰ Baun, (Fn. 22), S.233 ff.; Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 316 ff.; Kudlich, Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter, JZ 2000, 1175, 1180.

我國學說對於中性幫助的處理幾乎都未脫離德國學說框架，有從客觀歸責出發，有從故意處理，甚至有從違法性處理³¹，以下分述之。有認為在中性行為情形，為了避免不合理的大範圍允許協助犯罪，一律排除可罰性並不合理，同時為了避免過度行為干預，日常中的行為如果協助正犯犯罪行為的實施，應該在一般幫助犯的判斷架構下，增加幫助故意的成立門檻，僅達直接故意才可以透過幫助犯相繩³²。問題在於論者幾乎沒有限定中性行為的概念，導致所有幫助行為都可能落入其中，並在欠缺實際理據的情形下，排除間接故意的幫助犯可罰性。再者，直接故意的程度要求，是否係同時針對幫助故意與幫助既遂故意兩者也並不清楚。

亦有將客觀歸責的想法貫徹到幫助犯歸責之中，在共犯行為與正犯犯罪具備因果關聯的前提下，討論風險製造與特殊認知，前者可以排除大部分協助行為的可罰性，並在中性幫助情形，藉由主觀的風險認知決定可罰與否³³。但客觀歸責係創設用於正犯的理論，對於共犯應不能夠直接使用，邏輯上，共犯行為本來就一定不會製造與實現正犯風險。另有在共犯主觀知曉正犯犯罪決意以外，加上犯罪意義關聯的判斷，亦即幫助行為之目的是否僅為服務犯罪行為，進一步限縮可罰³⁴。也有單純以幫助犯主觀對於正犯犯罪的認知，來決定可罰性³⁵。這 3 個論述基本上同於德國通說見解，但相對德國見解，我國討論多並未陳述幫助犯僅具間接故意時的另一個補充判斷要件，即可得辨識的犯罪傾向。另有學者重新闡述客觀歸責在幫助犯的要件意義，並認為可得辨識的犯罪傾向可以作為製造風險的輔助判斷要件，在實現風險部分則

³¹ 蔡蕙芳，前揭註23，頁216-218、230。提出結合Hassemer的職業相當與我國業務上正當行為的阻卻違法事由作為可能的論證方式，但於同文後提出，這樣的思考方式將產生業務的重複與例外阻卻違法兩者間的矛盾，並認為採用主觀區分說仍較有說服力。

³² 蕭弘宜（2019），〈擇一故意與幫助故意〉，甘添貴（等著），《幫助犯》，頁17-23，元照。

³³ 林鈺雄，前揭註4，頁489-490。

³⁴ 黃惠婷，前揭註24，頁35-38。

³⁵ 王皇玉，前揭註4，頁504-505。

是討論正犯能否輕易取得替代協助行為³⁶。但若主觀認知必須作為客觀要件的判斷前提，則使得後續的主觀要件層次成為多餘，又正犯是否能夠自他處取得替代協助實則係一個假設因果流程，其作為補充判斷要素也不無疑問。即使論述方式不同，我國多數學說並不爭執中性幫助的可罰性，只是在論證進路上有不同的選擇，但多係透過幫助犯的主觀要件決定幫助犯的行為不法。

綜上，我國學說對中性行為的定義不一，但處理方式接近，即便論述路徑不同，幾乎都是在中性幫助情形，直接排除幫助犯僅具間接故意時的可罰性，唯有在具備直接故意的情況下，中性幫助行為才可以處罰。

（二）實務

1. ezPeer 案

臺灣司法實務上第一次使用中性幫助概念的案例為 2000 年的 ezPeer 案³⁷。簡化的案例事實為：被告設立公司並提供 P2P 服務，藉此收取會員費用賺取利潤。所謂的 P2P（Peer to Peer）服務是使用者之間，各自分享自己的資料給對方，P2P 軟體僅提供相關搜尋、指定下載位置，但被下載的資料並不會儲存在公司中央伺服器內。會員下載應用程式登入後，經由被告公司主機確認為有繳費之會員，方可開始使用被告公司提供之 P2P 服務，透過軟體搜尋功能的協助，會員可以搜尋到想要下載的檔案，軟體即會指定具有該檔案的主機，並透過軟體運作，讓下載順利完成³⁸。

³⁶ 洪兆承，前揭註 24，頁 178。

³⁷ 臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號刑事判決；臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3195 號刑事判決。ezPeer 一案僅有地院與高院對於幫助犯是否成立加以討論，本文也把討論焦點放置在此 2 則判決之中。

³⁸ 討論 ezPeer 之文獻可參照：蔡惠芳，前揭註 23，頁 191 以下；洪兆承，前揭註 24，頁 171 以下；古承宗（2021），〈論刑法上的間接侵害著作權〉，《月旦法學雜誌》，312 期，頁 134 以下；另相關 ISP 責任可見黃惠婷，〈幫助犯之幫助行為：兼探討網路服務提供者之刑責〉，《幫助犯》，甘添貴（等著），《幫助犯》，頁 135，元照。

該案涉及音樂公司的錄音著作權因為 ezPeer 所提供之檔案交換服務被大量非法重製與公開傳輸，究竟被告所提供之 P2P 服務能否該當著作權法第 91 條第 1 項重製罪、第 92 條公開傳輸罪之幫助犯，即為本文所關心的重點。另，使用 P2P 服務非法傳輸下載之會員分別成立著作權擅自重製他人著作罪或著作權擅自公開傳輸罪，先行敘明。

地方法院與高等法院判決皆認為被告提供 P2P 之服務並不成立侵害著作權之幫助犯：「查被告提供會員搜尋檔案之機制……等服務及簡化會員搜尋及下載檔案過程，固然對於上開會員犯上開著作權法上罪提供助力。惟被告提供之軟體既有多種用途而非專供會員違法侵害他人著作權從事犯罪為目的，是本案在此涉及之爭點乃『中性行為』（neutrale Verhaltensweisen）幫助之問題。按所謂的中性幫助，係指提供助力者的行為雖然可以用來幫助他人實現構成要件，但是助力行為本身可以是對任何人為之，助力的行為，相對於正犯行為人或正犯的行為有其獨立性，並非專為法律上不法的目的而為之，例如販賣斧頭予行為人，行為人持斧以殺妻，或者律師、會計師提供專業意見，顧客以該專業意見逃漏稅捐。而本案被告不論提供上開主要服務（提供 ezPeer 軟體），或是周邊服務（簡化下載程序），所提供的對象可以是任何會員，並非針對某特定會員，且其行為有其獨立性，可以使會員藉其提供的服務而下載、交換任何的檔案，其提供之助力並非專為犯罪而為之，業如上述，而此等特點，正符合『中性幫助』之行為態樣。……至於中性幫助行為是否構成刑法上幫助犯，其審查基準如何，我國實務及學說文獻上尚未見進一步討論，而德國學說上有藉用客觀歸責理論審查行為是否『製造法所不容的風險』，或審查是否符合客觀要件之『社會相當性』，而實務界則以主觀要件審查，對於我國刑法第 30 條幫助犯之『幫助故意』之認定標準容有參考價值，其實務認為：『如果正犯的行為客觀上顯示正犯就是要從事犯罪的行為，而提供助力者也知悉時，提供助力的行為才能評價為刑法規定之幫助行為；反之，相對地，如果提供助力者不知道正犯如何去運用其助力行為，或只是認為其助力行為有可能被用來作為犯罪時，則其助力行為仍然不能被評價為刑法規定之幫助犯』（BGHSt 46, 107, 112，轉引自

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001 年, 31 版, Rn.582 a 以下)。

³⁹」

法院第一次指出並定義中性幫助行為，認定被告行為屬之，同時在定義上，法院並不將中性行為限定在職業行為，而是擴大到具有其他合法目的之行為，皆屬於中性行為的範疇。判決並轉引德國基礎教科書，部分介紹德國實務處理中性幫助的判斷標準，但其引介並非完全。法院透過德國實務的處理公式，認為就卷內證據並無法證明被告提供之 P2P 技術只能用於侵害著作權，被告也不知道會員會如何利用其提供之服務，故可排除幫助犯可罰性。但事實上，如果我國法院如實參照德國實務見解，從被告服務主打可以下載音樂，甚至展示下載熱門音樂排行榜，應該可以建立出以下事實：即被告雖不確定會員一定會使用 P2P 服務來重製、公開傳輸非法錄音著作，但被告至少清楚了解會員侵害著作權的行為傾向，而因為此時行為刑事風險極高，被告也積極投入正犯行為之中，便可用幫助犯相繩。亦即，我國法院漏未處理的部分，恰巧為本案適用的特殊情形。同時本則判決直接認定中性幫助是一個要額外處理的幫助犯子類型，並提高中性幫助處罰的門檻。只有在幫助犯對於幫助既遂故意達到直接故意的程度，才具有可罰性，倘若只有間接故意，則排除幫助處罰。問題在於，實務並未釐清中性幫助作為解決問題的妥當性，直接認定職業或是具獨立合法目的之協助行為，可以排除間接故意時的可罰性，欠缺理由的不同對待一般與中性幫助。

在 ezPeer 案以及 kuro 案⁴⁰之後，著作權法第 87 條做了相應的修正，相關行為不再需要透過幫助犯的釋義來建立處罰基礎，而可以直接透過正犯化的新立法處罰。姑且不論修法內容是否妥洽，中性幫助在實務的發展卻因而受到阻礙，因為正犯化的立法，導致幫助犯的討論在此失去實益，後續中性幫助的實務發展也並不蓬勃。

³⁹ 臺灣士林地方法院92年度訴字第728號刑事判決；臺灣高等法院94年度上訴字第3195號刑事判決。

⁴⁰ 由於kuro案被告除提供P2P服務外，甚至自行提供未經授權的錄音著作供會員下載，故討論脈絡以侵害著作權的正犯為主，幫助犯的討論並非該案重點。

2. 二級電信案

在 ezPeer 案之後，真正處理到職業幫助行為的案例應屬二級電信案⁴¹。案例事實可以簡化為被告提供二類電信之網路話務系統，藉由程式和通路，服務需要節省大量通信費用的消費者。本案被告提供二級電信之網路話務系統予詐欺集團，詐欺集團亦使用該系統，大規模對中國民眾撥打電話，並顯示出詐欺集團要求的發號號碼、播放特定語音訊息進而實行詐欺行為。

地方法院認為：「按二類電信雖未為現行法令禁止或限制，為一合法之商業行為，固有可能遭詐欺集團成員不法利用之風險存在，然對於具有大量通話需求之合法業者，使用轉租門號之電信節費系統，可節省大量通信費用，仍有其社會交易活動之正當功能，是提供二類電信服務之行為即為學理上所稱之『中性行為』，亦即，此一行為是行為人面對任何人均會有相同反應之行為，該行為無關犯罪或犯罪人，而是為自身利益且為法律所容許的目的，並非專為法律上不法的目的而為之……」並隨即引用 ezPeer 案中所建立的判斷要件，就本案情形，法院認為屬中性行為，但被告對於詐欺集團所要從事之犯罪知之甚詳，並且主觀上有幫助他人詐欺犯罪之故意，進而肯認被告幫助詐欺未遂的可罰性⁴²。

地院對於中性幫助行為的含義不完全同於 ezPeer 案，本案對於中性幫助的定義採取了 Wohlleben 的看法⁴³，強調了行為的重複與目的獨立性，不過同樣不強調職業性質。本案亦使用德國判決見解判斷可罰基礎，卻未把握機會完整介紹德國實務判斷標準，僅僅是重述 ezPeer 案引入的標準。爾後高院判斷被告應成立共同正犯，原因在於被告於本案中提供二類電信服務的行為，直接協助詐欺構成要件的實行，依照實務主客觀擇一的看法，已經不僅該當幫助犯，而是屬於共同正犯。若依照功能支配下共同犯罪計畫與共同

⁴¹ 臺灣花蓮地方法院107年度訴字第80號刑事判決。被告另外因為相類似案件，亦涉及臺灣花蓮地方法院108年度訴字第209號刑事判決與臺灣花蓮地方法院110年度訴字第135號刑事判決。

⁴² 由於因果關係不能確認，僅成立幫助詐欺未遂。該案於二審臺灣高等法院花蓮分院108年度上訴字第18號刑事判決，則撤銷地方法院判決，改以共同正犯論罪。

⁴³ Wohlleben, (Fn. 3), S. 4.

行為實施的要件觀察，被告與詐欺集團之間亦具有相互交換的犯罪計畫溝通，被告並非僅是聽從詐欺集團的指示賺取服務費用，且被告操作程式支配整體詐欺犯罪的是否進行與如何進行，就此觀察被告行為應成立共同正犯，高院見解應屬正確⁴⁴。

關於中性幫助，我國似乎傾向透過正犯化的問題處理方式，不僅是 P2P 的平臺服務；逃漏稅相關的職業幫助，我國甚至在民國 79 年已經立法正犯化⁴⁵。綜上，實務主要問題如下：首先是中性行為的定義不明，造成討論對象的不同，無法凝聚出討論的範圍；再者，我國倘若要接受德國實務關於中性幫助的判斷要件，也應該通盤性的介紹，片面性的理解，反而會造成矛盾，甚至在個案產生適用的疑慮，而如果我國對於中性幫助行為認為有特殊解決的必要性，也應該要提出加重或減輕處罰的理由。最後，我國對於共同正犯的成立相對容易，當司法實務可以在說理上較為容易的成立共同正犯，幫助犯解釋疑義就相對不是討論的第一選擇；而幫助詐欺雖在我國實務扮演重要地位，卻未曾透過相關判決討論中性幫助⁴⁶。

四、小結

綜上，我國學說與實務在一般幫助與中性幫助分別呈現出以下問題值得進一步探討。首先在幫助犯的一般歸責情形，幫助行為與正犯行為間的因果關係要求不明，部分情境透過轉化為心理幫助的方式成立刑事責任，部分敘

⁴⁴ 由此可見，共同正犯與幫助犯的區別，對於犯罪判斷亦有重要功能，但囿於篇幅，本文將會把重點放在幫助犯本身的成立，兩者之間的區別有待日後研究，但基本方向應該是確立出兩者並非對方的截堵性構成要件，而是具有不同的歸責基礎。

⁴⁵ 稅捐稽徵法第 43 條：「教唆或幫助犯第四十一條或第四十二條之罪者，處三年以下有期徒刑，併科新臺幣一百萬元以下罰金。稅務人員、執行業務之律師、會計師或其他合法代理人犯前項之罪者，加重其刑至二分之一。稅務稽徵人員違反第三十三條第一項規定者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」其正犯化一般幫助，並加重中性幫助的刑責，此一作法與中性幫助釋義學發展背道而馳，但卻也較具道理。

⁴⁶ 例如協助帳戶辦理的行員、水電公司對於可能有電腦機房的異常情形有無申報、電信業者提供電信、網路服務，其實都可能落入中性幫助詐欺的討論範圍之內。

述則有將幫助行為推向危險犯思考的傾向，更直接的影響則是未遂幫助與幫助未遂、幫助既遂三者無法很輕易的區分；就主觀歸責部分，幫助既遂故意所需要認識到的正犯犯罪具體程度似乎沒有非常明確的標準，在客觀要件無法有效排除可罰性的困境，主觀要件變成決定幫助犯可罰與否的單一考量，這樣的情境在中性幫助行為更為明顯。目前我國對於中性幫助行為定義並無統一，討論對象欠缺聚焦，對於中性行為，則於普遍承認可罰性的前提下，偏向具體個案透過主觀要件加以評價。

參、德國的幫助犯歸責討論

確認完臺灣相關討論以及聚焦的問題核心後，以下則為德國學說與實務的相關討論，並依照前文脈絡映照比較出臺灣可能可以參考之處。

一、一般幫助的客觀要件

以下為德國一般幫助客觀要件的討論，包含通說與實務見解。

（一）因果關係與風險升高之綜合理論

Roxin 認為可罰的幫助係一個具備因果關係與升高風險的協助行為⁴⁷。如同正犯歸責一般，Roxin 同時使用行為關係與行為本質作為歸責的 2 個要素，亦即，幫助行為與正犯行為具有因果或是促進關係並不足以歸責，必須其行為也升高風險。幫助犯因果關係並非使用條件理論，論者對此僅要求：協助行為對於結果有所具體影響，包含導致結果出現的犯罪流程，即具有因果關係⁴⁸。因此幫助因果關係，只需對於犯罪流程、方式有所影響，並不要求實際發生效力。除了因果關係之外，協助行為必須升高風險，才屬於可罰的幫助行為。例如雖偷偷置換正犯的工具，但只是用同樣的工具取代，則並

⁴⁷ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 210.

⁴⁸ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 184; Roxin, Was ist Beihilfe?, in: FS für Kochi Miyazawa, 1995, S. 501.

未升高風險⁴⁹。只有當協助行為使正犯行為可能、更容易實行、加強或是確保，才屬於升高風險可罰的幫助。Roxin 不單單使用風險升高原則，而是同時要求因果關係與風險升高。

Roxin 認為幫助犯的風險升高判斷，係從事前角度（ex ante）判斷，即便事後觀察，該協助行為係屬多餘，也不影響其幫助可罰性。例如把風的人協助正犯安心無虞的進行竊盜，把風過程中並沒有值得警示正犯的情形發生，也就是說即便沒有把風的協助，也不會有他人發現犯案過程，即使如此 Roxin 仍強調，把風情形下的竊盜與不具把風情形下的竊盜並不相同，因為把風行為影響犯罪流程，因此具有因果關係，而把風行為也符合事前角度的風險升高，因此無論把風行為在具體個案中有無遭遇需警示狀況，在排除共同正犯的情形，就是可罰的幫助犯⁵⁰。

至於幫助既未遂的判斷，Roxin 則提出，觀察風險升高至正犯行為的哪一個階段，決定協助行為究竟是不罰的未遂幫助還是可罰的幫助未遂或是幫助既遂。不罰的未遂幫助，其因果關係與風險升高於正犯著手前即已中斷，例如正犯在獲得協助時即表示不使用該協助；幫助既遂則是風險升高的效果持續至犯罪既遂，無論從事後角度觀察，該行為是否必要，也不影響其幫助既遂的評價。幫助未遂則是升高風險效力直至著手階段，但未達既遂，例如行為人攜帶幫助犯提供的鑰匙，但卻未透過鑰匙打開大門，此時攜帶鑰匙有改變正犯行為的方式，但是其影響僅至著手階段，即便正犯犯行既遂，幫助犯也僅能被認定為幫助未遂⁵¹。

以上看法具有幾個疑點，當因果關係被理解為對於產生正犯行為結果的歷程關係，似乎無法產生篩選作用，因為所有的行為都能夠產生影響。風險升高的判斷，如果僅是透過事前角度觀察，不在乎真正對於正犯行為的影響，似乎將幫助犯的歸責實質轉化為危險犯⁵²，甚至接近抽象危險。根本上的問

⁴⁹ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 210 f.

⁵⁰ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 214.

⁵¹ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 215 f.

⁵² 另有看法認為幫助犯的客觀要件僅繫於風險升高，並排除因果關係的要求。可見 Schaffstein, Die Risikohöherung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht,

題是，這套類似於正犯結構的歸責方式，為什麼能夠在共犯使用，判斷門檻亦比正犯更低，對於本質上是處罰例外的共犯來說，論者主張的處罰要件，似乎不能與之相符。

（二）德國實務促進理論

德國實務的促進公式⁵³，其不以因果關係為必要，而繫於幫助行為與正犯行為之間是否存在促進關係。亦即：「當協助行為客觀促進正犯行為結果出現，協助行為便是可罰的幫助行為，並不要求協助行為與具體正犯行為結果間具有因果關係。⁵⁴」又或者表現為：「幫助犯的可罰性並不需要協助行為與正犯行為具有條件理論的因果關係，而是協助行為在犯罪著手與終了之間曾促進正犯行為，則為已足。⁵⁵」對於不用因果關係的理由，實務表示，雖然許多文獻曾對實務免去因果關係的判斷有所批評，但實際上，只有在極為罕見的案例，實務與學說才会有不同的認定結果，若案例事實沒有特殊到極端情形，則沒有必要，一定要求因果關係的存在⁵⁶。但在判斷上，實務對於行為或行為結果沒有很清楚的區分，所謂的促進效力，也並不明確。另有論者表示，具有促進但沒有因果關係的情形，其實殊難想像⁵⁷。

Motasadeq 案中，被告提供 911 事件正犯金錢以及協助隱藏其居留蹤跡，德國聯邦最高法院認定，協助行為對於正犯行為的預備有所促進，並認定為幫助謀殺既遂 246 次，因為當時飛機上有 246 位乘客⁵⁸。其認為：隱藏正犯預備階段的足跡與提供經濟協助，對於直至行為既遂所發生的具體事件流程，有所幫助，即便恐怖攻擊缺少被告協助也能實現，也不影響促進的認定

insbesondere bei der Beihilfe, in: FS für Richard M. Honig, 1970, S. 169, 174.

⁵³ RGSt 58, 113.

⁵⁴ BGHSt 46, 107, 109; BGH, NJW 2001, 2409, 2410.

⁵⁵ BGH, NStZ 2008, 284; RGSt 58, 113.; BGHSt 2, 130; 46, 107, 109; BGH, NJW 2000, 3010; BGH, NStZ 2007, 230, 232.

⁵⁶ BGH, NStZ 2007, 230, 232.

⁵⁷ Metzger, Strafrecht, 2. Aufl., 1933, S. 413.

⁵⁸ BGH, NJW 2007, 384.

⁵⁹。被告提供的協助對於構成要件行為的實行，事實上很難認定為在著手後的階段，具備促進的效力。但是彈性的「促進」定義，使得實務操作的空間非常巨大。

另於毒品運輸案件⁶⁰，正犯打電話給被告，要求被告到機場接送 2 名攜帶毒品入境的人，被告於電話中應允，並於約定的日子前往機場等待接頭。2 名攜帶毒品的人在入境時已經被逮捕，但是聯邦最高法院仍判處被告幫助毒品販運罪。聯邦最高法院認為，雖然沒有成功接送 2 名運輸人員，但是被告在電話當中應允的行為，已經促進正犯行為。等於法院透過促進公式以及協助行為的任意認定，擴大成立幫助犯的可能。在本案甚至是把不罰的未遂幫助，當作幫助既遂認定。

另在帝國法院時期，有 2 個案例，雖不具備因果關係，甚至沒有促進效果，但法院仍認定為幫助既遂。首先是鑰匙案，協助者提供竊賊鑰匙，正犯也使用了鑰匙，但鑰匙並未如預期發生效力，而後正犯使用其他方式進入建築完成竊盜，法院仍處以幫助竊盜既遂罪。因為即使沒有發生效力或是效力未持續至犯罪完成，但是正犯行為屬於自然意義的一行為時，仍然不排除幫助犯的可罰性⁶¹，亦即，帝國法院透過競合論述把幫助未遂當作幫助既遂處罰。另一則墮胎案，被告協助孕婦取得墮胎器具，但孕婦並沒有勇氣使用，只好透過醫師完成墮胎。法院認為，幫助犯不必是針對構成要件行為或是相關要件本身，可以僅僅是前階段的預備行為，甚至是在正犯具有犯罪決意之前提供亦可，必要的僅是正犯行為至少進行至著手階段，正犯行為的結果與幫助行為之間有因果關係的促進，並非必要，幫助犯的成立，不因對於正犯行為結果毫無影響而排除⁶²。雖然提供的器械沒有被使用，但法院並不是因為器具未被使用，而排除幫助可罰性，而是主張原先孕婦自己墮胎的行為與

⁵⁹ BGH, NStZ 2007, 230.

⁶⁰ BGH, NStZ 2008, 284. Dagegen BGH, NJW 2008, 1460.

⁶¹ RGSt 6, 169 f.

⁶² RGSt 58, 113 f.

後來醫生的行為並非同一行為，等於是透過競合的要素，排除幫助犯的可罰性。

帝國法院時期，促進公式往往是因為個案中的競合情形，才有論述上的一定合理性⁶³，但是在聯邦最高法院時期，並沒有掌握原先的論述脈絡，單純地強調促進公式，就會導致促進公式幾乎沒有限定幫助行為的判斷空間，使得德國實務在案例中，幾乎一定會成立客觀要件，而失去了篩選的功能。

綜上，德國和臺灣面臨相同的困境，首先是因果關聯沒有辦法找到一個適合的標準，德國實務嘗試以促進與否處理問題，但實際上少有真正藉由促進篩選掉的協助行為，也不乏有將物理幫助轉化為心理幫助的案例。而雖然學說同時關注協助行為本質及其與正犯行為的關係，並提出幫助行為在因果關聯以外應該要是一個升高風險的行為，但在把風等邊際案例，仍無法清楚區別，把風實際效力是否在評價上必須區分，倘若不必區分，則幫助犯則有落入危險犯的範圍可能。

二、一般幫助的主觀要件

以下透過雙重故意的論述框架闡述德國幫助故意的內容。

（一）幫助行為故意

德國實務趨向穩定見解，其對於幫助行為的故意表達為：幫助犯須知曉其協助行為能夠且適合促進正犯行為⁶⁴。有學說稱其為促進故意，因為在客觀層次的歸責，德國實務使用的是促進公式⁶⁵。由於促進公式欠缺篩選功能的問題，在實際案例因而不乏使用幫助行為的故意來排除可罰性的例子。例如帝國法院時期的另一起墮胎案，協助者提供了不適格的墮胎器具，法院並沒有透過客觀要件排除可罰，反而是透過主觀要件認為，幫助犯必須要知道

⁶³ 但因為同屬自然意義的一行為，就把對於正犯行為完全沒有助力的協助行為當作幫助行為評價，仍不是合理的做法。

⁶⁴ BGH, NStZ 2017, 274 f.

⁶⁵ Satzger, Teilnahmestrafbarkeit und Doppelvorsatz, JURA 2008, 514, 518.

其行為有助於正犯行為既遂⁶⁶。但實則是否有助於犯罪實現，應該是客觀要判定而非留待主觀解決的問題。

另有結合風險想法的判決，在估價造假案中，專業鑑定人造假鑑價報告並高估物品價值，正犯因此可以從信用合作社獲得較高額度的借款，因此成立幫助詐欺。此案是幫助故意的重要案例，法院表示：幫助犯係……自願提供重要犯罪工具並且知道，透過協助行為實現正犯行為的風險因此升高⁶⁷。

德國學說對於幫助行為故意並沒有太多的爭議，至多僅是著重點的不同。有從風險角度論述：幫助行為的故意就是對於協助行為的因果關係以及風險升高有所認識⁶⁸。也有從法條文字出發，認為幫助行為故意就是認識到協助行為能夠透過因果影響促進正犯行為⁶⁹；或幫助犯必須認識到協助行為促進正犯行為實行的可能⁷⁰；亦或是，幫助犯對於協助行為適合於促進正犯行為結果明知或認為可能⁷¹。綜上所述，幫助行為的故意，學說與實務其實僅差在認識因果關係的要求與否，但對於幫助行為效力，則一致要求幫助犯認識到協助行為對於正犯行為促進的可能性。

（二）正犯行為故意

由於共犯不具對犯罪的支配，共犯對於正犯行為的故意，不可能要求如同正犯的具體程度。又幫助犯可以在著手前或在犯罪實行中提供幫助，例如犯罪工具的協助取得，幫助犯往往於正犯犯罪時不在犯罪現場，則幫助犯在提供犯罪協助時，對於正犯行為的想像，在什麼樣的具體化程度，能夠符合幫助犯的主觀歸責，便是此處的核心議題。

⁶⁶ RGSt 56, 170.

⁶⁷ BGH, NJW 1996, 2517.

⁶⁸ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 186 ff., 210 ff., 221 ff., 270.

⁶⁹ Joecks/Scheinfeld, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl., 2020, § 27 Rn. 110.

⁷⁰ Satzger, (Fn. 65), S. 518.

⁷¹ Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2022, Rn. 1338.

對於正犯行為認知的具體化程度，可以從德國刑法第 257 條的「故意不法行為」，到正犯違犯的「構成要件」，甚至具體到個案實現的「正犯行為」，例如手法、流程等等。基本上，構成要件是抽象規範，正犯行為則屬於具體涵攝到構成要件的行為事件。舉例而言，殺人屬於殺人罪的構成要件，一般正犯僅需認知到其行為能夠殺人且侵害生命法益即可，此即為對構成要件相關事實的認識，如果要求到具體正犯行為的認識，則是對於正犯如何殺人必須有所認知。而為了限定幫助犯的可罰範圍，對於正犯行為的故意，亦即幫助既遂的故意，即有認為必須提高到具體被協助的正犯行為，而非僅係抽象構成要件。以下分就德國實務與重要德國學說見解討論。德國學說從故意具體化的要求低到高，分別有超法規基本構成要件說⁷²、風險思考與侵害法益說⁷³、構成要件說⁷⁴、正犯行為抽象想像說⁷⁵、正犯行為說⁷⁶，基於篇幅，本文僅介紹 Roxin 的構成要件說與 Satzger 的正犯行為說。

1. 構成要件說

Roxin 對於教唆犯提出核心不法範圍的具體認識程度，部分幫助犯也的確符合這樣的主觀認識要求，但是幫助犯並不需要具備那麼高的具體化認識，也能夠成立幫助犯的主觀不法。Roxin 認為，幫助犯僅需認識到正犯要進行的構成要件即可，因為相較於教唆犯作為挑唆引起犯罪的人，需要決定與瞭解正犯行為；幫助犯只是協助犯罪的角色，從刑罰程度觀察，幫助犯也不必具教唆犯的認識程度，但是幫助犯若僅認識到不法行為並不足夠，而必須是正犯要實現的構成要件⁷⁷。

⁷² Montenbruck, Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW 1972, 323, 344.

⁷³ Schünemann/Greco, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl., 2020, § 27 Rn. 65 ff.

⁷⁴ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 272 ff.

⁷⁵ Theile, Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz, 1999, S. 145 ff.

⁷⁶ Satzger, (Fn. 65), S. 522.

⁷⁷ Roxin, Zur Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes, in: FS für Hanns Karl Salger, 1995, S. 129, 136.

此說主要問題在於，在正共犯認識範圍不同時，仍沒有辦法提出判斷標準，例如幫助犯提供鑰匙，協助正犯竊盜，卻因為房內有人變成幫助強盜，如果搭配上前述論者的客觀要件，等於此類情形，完全依靠主觀要件決定評價結果，容易在判斷上陷入恣意的結果。將對正犯行為故意限制在構成要件不一定是錯誤的，但在判斷上應該要有更確實處理錯誤的做法。只需要認知到構成要件的具體程度，也會在部分案例中因為嚴重的法益侵害情形，產生質疑，例如前述 Motasadeq 案，即便幫助犯認知到有幫助殺人的可能，但對於實際侵害的生命法益數量，構成要件說也未提出相對應的說明。

2. 正犯行為說

Satzger 認為正犯行為故意，幫助犯和教唆犯要求並不相同，因為教唆犯引起犯罪，而幫助犯只是伴隨犯罪，因此對正犯行為認知的具體程度上，幫助犯小於教唆犯。共犯的處罰必須與其間接侵害法益和正犯行為緊密相連，共犯故意應該是要對於所有正犯行為的要素都有所認知，不僅是客觀也包含主觀，例如幫助竊盜的情形，幫助犯雖然自身不用具備不法意圖，但幫助犯應該要認知到正犯的不法意圖，而有疑慮的地方就在於究竟幫助犯對於正犯行為要認知到什麼具體程度⁷⁸。

Satzger 認為除了構成要件以外，雖然要認知到正犯行為，但需要認知到哪些正犯行為的具體化內涵，並沒有一個固定的答案，必須透過個案判斷。但其提出假設共犯在場的思考方式，來判斷共犯是否符合可罰的主觀要件。依照共犯是否在犯罪現場區分為以下 2 種狀況：在犯罪現場的情形，因為可以看到正犯行為如何進行，通常不會有對應的問題；若是共犯在著手之前就提供協助，但實行當下並不在現場，則可以思考，依據幫助犯提供協助行為時的認知，假設幫助犯在現場，是否能夠判斷出被自己協助的正犯行為，如果幫助犯能夠辨識出被幫助的正犯行為及其幫助效力，則符合具體化程度的要求⁷⁹。

⁷⁸ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl., 2022, § 16 Rn. 905; Satzger, (Fn. 65), S. 520.

⁷⁹ Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. 78), Rn. 905; Satzger, (Fn. 65), S. 522.

這個看法提出清楚可以操作的方式，但即使是幫助犯在現場的情形，也不一定就完全沒有錯誤的問題，犯罪工具的提供以及正犯真正的使用方式，都可能產生認識範圍不一的錯誤；論者在討論時把這個方法用在教唆犯和幫助犯，但對於其所主張的具體化要求程度不同，似乎不能從這個方法中找到差異。最後，為什麼是假設幫助犯在場，而不是假設一般人具有特殊認知的假設立場，因為當幫助犯具備低於一般人的判斷能力時，其對於判斷結果的影響，需要進一步的說明。但這個看法至少提示出，共犯認識正犯行為的部分，其實不僅僅具有客觀要件，還有主觀要件，例如不法意圖。

3. 德國實務

從帝國法院到聯邦最高法院，德國實務見解對於幫助犯所要掌握的正犯犯罪具體程度，並沒有很統一的見解，而是在不同案件，套用不同的原則，其所使用的標準包含：「核心要素」、「不法範圍」、「核心不法內涵與重要侵害方向」，不斷擴張對應範圍，更棘手的是，法院在判斷上並沒有很精確的區分構成要件或正犯行為 2 個概念。

帝國法院時期的 1 則判決，被告交付正犯手槍與子彈，認為正犯要從事不侵害人身安全的財產犯罪，但實際上正犯從事強盜式的恐嚇取財。帝國法院認定被告僅成立幫助重大竊盜未遂罪，而非從屬於正犯所犯強盜式恐嚇取財未遂罪。法院認為，幫助犯雖然要認識到正犯從事的構成要件核心要素，但其認識只需要符合構成要件外顯的重要部分，本質上不能與幫助犯所欲促進犯罪的不同，但幫助犯也不必針對正犯行為的每一個細節有所了解，而幫助犯在每個案件中所必須認識到的重要部分，需要個案判斷⁸⁰。

在另一個案件中聯邦最高法院重申了構成要件核心要素的想法。案件中被被告假冒博士協助詐欺，但正犯進行的是恐嚇取財⁸¹。法院依照前述看法也僅認定幫助詐欺而非幫助恐嚇取財。法院對於正犯行為的故意，僅僅要求幫助犯對於正犯實現的構成要件核心部分有所認識，對於具體正犯行為內容，

⁸⁰ RGSt 67, 343.

⁸¹ BGHSt 11, 66.

並不用有確切的掌握，不過在文字的使用上，該判決並沒有很清楚的區別正犯行為與構成要件。

鬧鐘案中，幫助犯被認定為幫助引爆炸裂物罪⁸²。被告替恐怖組織的炸彈攻擊，購買了一個鬧鐘，雖然不知道何時何處如何引爆，但被告知曉該鬧鐘會被用於炸彈製造，亦即，被告了解到促進的犯罪構成要件，但對於正犯行為如何進行，完全沒有頭緒。法院在此案並未使用構成要件核心要素說，而是直接使用 Roxin 用於教唆犯的要件，並提出幫助犯應該要對於正犯行為的核心不法內涵與重要侵害方向有所認知。問題是，如果真的採取這個看法，本案被告應該是不具備故意才對；如果採取構成要件核心要素的看法，本案仍可能可以該當主觀要件，因為本案被告知道正犯行為的核心不法內涵，雖其對於攻擊對象、範圍、大小，完全不理解，但若採用 Roxin 於教唆犯的主觀要件具體標準，反而難以成立幫助犯故意。

又另案中被告提供造假的鑑定報告，使正犯可以進行後續的財產犯罪。本案中，法院不僅使用了構成要件的核心要素，同時也使用了不法範圍作為故意具體程度的認定標準，因為幫助犯不必認識到具體的正犯行為，所以正犯後續使用鑑定報告去借款或是買賣，不是幫助犯必須認知到的範圍。本案被告了解到自己的造假文書能夠發生一定的詐欺行為，而其所估算的數字，正是財產不法侵害的範圍⁸³，此即滿足幫助犯的故意要求。因為本案涉及具體造假鑑價報告，對於後續財產損害，兩者能透過具體數字加以聯繫，或許法院才會認為需要增加不法範圍的描述，但直接將教唆犯的主觀要件套至歸責原因不同的幫助犯，並不妥適⁸⁴。

德國實務目前逐漸以「核心不法內涵與重要侵害方向」作為解釋正犯行為故意具體程度的內容，但卻反而導致判斷的標準浮動。其認為，幫助犯對於正犯行為的核心要素知曉，了解核心不法內涵與重要侵害方向，但不要求具體正犯行為細節；即使共犯主觀認知與正犯行為在細節上有所不同，但如

⁸² BGH, NStZ 1990, 501.

⁸³ BGH, NJW 1996, 2617, 2518.

⁸⁴ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 276.

果不法內涵和侵害方向在重要部分一致，仍成立幫助犯故意。在一起幫助強盜案，被告與正犯聊天時討論如何獲取錢財，其犯罪想法仍然相當模糊，甚至連基本計畫都沒有，最後被告表示：「明日我們再討論，我會帶另一個人一起來」。隔日，正犯與另一個人出現討論強盜計畫，但被告並未現身，也未參與討論，後期實行強盜行為，被告也未參與。聯邦最高法院卻認為，安排正犯與他人見面已經是一個幫助行為，在主觀要件上，法院也認為被告具備上述標準中的故意而肯認幫助強盜⁸⁵。事實上，被告也許可能有對於強盜罪的基礎認識（構成要件核心要素），但對於正犯行為、侵害方向完全沒有具體理解，如何該當標準中的故意，實有疑問。

德國實務發展是在原有核心要素的標準上逐漸擴張幫助犯認識的範圍，但運用上並沒有偏離當初帝國法院創設出來的構成要件核心要素說的看法，後期甚至將教唆犯的判斷內容引進幫助犯，但若真正按照後期聯邦最高法院的標準，其實反而會造成幫助犯在多數案件不可罰，究其作法，應該是盡可能地擴張認定標準，以藉此包含處理不同個案的彈性。

幫助故意與幫助既遂故意於德國的討論，值得我國借鏡，特別是在幫助既遂故意的判斷上，德國學說分別針對構成要件和正犯行為的具體程度有不同的主張，並提出判斷原則；德國實務則擴張判斷標準內涵，讓個案判斷時具備彈性，這對德國實務相當重要，因為客觀要件的促進公式並不具實質排除功能，幫助的可罰與否，相當程度取決於幫助故意的認定。

三、中性幫助

以下開展對德國關於中性幫助的研究，分別敘述重要德國學說與實務見解，雖然目前具有很多不同的學說討論，也有很多不同種解決模式⁸⁶，但囿於篇幅，本文選擇具有德國實務重要性以及具有指標性的原型學說。

⁸⁵ BGH, Urt. v. 31.10.2019 – 3 StR 322/19.

⁸⁶ 詳細整理可見Hillenkamp/Cornelius, (Fn. 4), S. 235 ff. 在德國學說的討論選擇上，作者以德國實務所參照的主要相關學說為主，故Jakobs的回溯禁止看法不在此處多做討論，相關敘述可參見 Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 24/15 ff.; Jakobs, Regressverbot beim Erfolgsdelikt – Zugleich eine Untersuchung zum Grund der

（一）Roxin 的犯罪意義關聯說

首先，Roxin 認為可罰的幫助行為係法律不允許且具因果關係的風險升高行為⁸⁷，但並不是所有具有因果關係的風險升高行為都可以被視為可罰的幫助行為，特別是在中性幫助的案例情形⁸⁸。在中性行為的定義上，Roxin 採取了 Wohlleben 的看法：「只要協助行為提供者針對處於所有正犯情形的人，都會同樣的提供協助，因為其協助行為自始獨立於正犯或正犯行為之外，而具有其他法律上正當目的。⁸⁹」

Roxin 對中性幫助區分為 2 種情形，即協助者是否知悉正犯的犯罪決意，或其僅僅是對於正犯的犯罪可能有所預見⁹⁰。當協助者確切知曉正犯的犯罪決意時，可罰性仍須考量「排他的犯罪意義關聯」是否在協助行為中展現，唯有協助行為對於正犯只有在犯罪行為的考量下具備意義，且協助者對此知曉，才是協助行為具有排他的犯罪意義關聯⁹¹。犯罪意義關聯本質上就是正犯的犯罪目的以及協助者的行為目的兩者之間的關聯，是否後者能夠獨立於前者，具有合法獨立的社會意義，或許才是犯罪意義關聯實際內涵⁹²。因此，如果協助者知曉正犯犯罪決意，且協助行為的目的和被促進的正犯行為為建構出犯罪意義關聯，則協助者的協助行為，即為可罰的幫助行為。Roxin

strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 1977, 1, 1 ff.另，Wolff-Reske, (Fn. 2), S. 128 ff.則以類似的社會角色期待開展論述。透過違法性的論述途徑則可見：Rackow, (Fn. 30), S. 531.

⁸⁷ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 201 ff.另有強調容許風險的看法，Kindhäuser, Analytische Strafrechtswissenschaft, 2021, S. 1290 f.

⁸⁸ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 218.

⁸⁹ Wohlleben, (Fn. 3), S. 4.

⁹⁰ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 220.同樣透過不同故意類型區分還有 Amelung, Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, in: FS für Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 9, 21.

⁹¹ Roxin, (Fn. 48), S. 513.

⁹² 在Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 222 ff., Rn. 231; Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: FS für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365, 379.中，Roxin提及，事實上並沒有真正的日常行為，而是由行為目的決定行為性質。或是在Roxin, (Fn. 48), S. 513.之中，提及幫助行為單獨為了犯罪目的。

認為，當協助者販賣錘子或是相關工具，且完全知曉正犯的殺人決意，則可以用幫助犯處罰。即使錘子或是相關工具，具有合法的使用可能，但在此一情形，因為殺人行為就是犯罪行為而不具有其他合法目的，協助行為亦僅指向協助正犯行為。同理，提供螺絲起子給竊賊、銀行行員協助匿名匯款於海外的行為，因為其行為意義就是為了協助逃漏稅，對於前述提及販賣麵包，而後作為下毒之用，Roxin 也肯認販賣行為的幫助可罰性⁹³。

當協助者僅僅是對於正犯的犯罪可能有所預見時，則因為信賴原則排除幫助可罰性。上述案例中的買賣相關工具，如果店員僅是預見工具有促進犯罪的可能性，尚不構成可罰的幫助犯。不過即使是在不知道正犯犯罪決意，而僅僅是預見犯罪可能時，仍有可能構成幫助犯。亦即，若於個案顯現可辨識的犯罪行為傾向，則不能主張信賴原則排除可罰。例如在街頭械鬥中，其中一個行為人滿身血跡走入商店要購買刀械，此時雖不確切知曉其犯罪決意，但正犯已經展現足夠清楚的犯罪行為傾向，多數一般日常商業交往行為情形，則因為沒有可辨識的犯罪行為傾向，多可藉此排除於幫助犯的可罰性⁹⁴。

以上理論被德國實務大致採納，雖然德國實務並沒有強調排他的犯罪意義關聯，但實質運用上，已經展現犯罪意義關聯的意涵。但 Roxin 的理論並非沒有可以討論的地方，分述如下：首先就是一般幫助與中性幫助的區別，如果所有行為都可能是中性行為，那麼是否仍有區分一般與中性的必要性，問題點在於，如果不把中性行為集中在職業行為的範疇，而是單純強調重複性，討論的焦點就會有模糊的可能。更重要的是，如果區別一般與中性幫助，此一學說也沒辦法很清楚地陳述，為什麼在中性幫助的情形，有限制可罰範圍的正當性，畢竟在法條文字之中，並不能輕易得出職業行為被排除的基礎。而按照此處的理論，中性幫助犯僅具備間接故意的情形，幾乎完全排除了處罰可能。

⁹³ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 222 f.

⁹⁴ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 241 ff. 不同見解認為間接故意不排除幫助犯可罰：Niedermaier, Strafloße Beihilfe durch neutrale Handlungen?, ZStW 1995, 507, 544.

第二，排他的犯罪意義關聯並不是一個可以清楚決定可罰與否的要素，也缺乏可以清楚判斷的要件。如同前文所述，其實 Roxin 對於犯罪意義關聯的實際理解，就是行為目的。雖然 Roxin 對此有所反駁，並駁斥並沒有陷入意念刑法的危險⁹⁵，但針對犯罪意義關聯亦不乏有反對的聲音⁹⁶，例如 Hoyer 就曾表示，不是所有案例都可以透過合法目的來排除可罰，例如協助者販賣打火機給放火罪正犯，難道可罰與否要決定於，該名正犯是不是具有抽菸習慣嗎⁹⁷？事實上，一個合法目的，總是可以透過想像建立出來，那麼單獨的犯罪目的就難以作為清楚區分處罰與否的判斷要件⁹⁸。而行為目的本身作為單獨判斷要件也是一件值得討論的事，因為行為不會具有目的，行為人才會具有目的，但行為的客觀危險性才應該是判斷行為處罰與否的關鍵，特別是在刑法作為法益保護法的前提立場下，即便主觀構成要件也是判斷犯罪與否不可或缺的一環，但當成立犯罪與否，完全取決於主觀要件，則無助於清楚劃分刑罰界線與限制刑罰權。

第三，在協助者僅預見具有犯罪可能的情形，為什麼可以透過信賴原則排除可罰。依照客觀歸責理論，信賴原則應該是處於客觀要件之事項，但在此卻又變成判斷完主觀之後的一項證立理據，同時，如果協助者已經對於犯罪可能有所知曉，又為何能主張信賴原則⁹⁹。而相關的輔助判斷，即可得辨識的行為傾向，究竟屬於客觀還是主觀要件，是要從客觀的風險加以判斷，還是一種新型態的故意要求，也具有討論的空間，而這項輔助要件，為什麼不能在知曉正犯犯罪決意時合併使用，也有疑問¹⁰⁰。就此可以發現，知道犯罪決意、預見犯罪可能、犯罪意義關聯以及可得辨識的行為傾向，這 4 個輔

⁹⁵ Roxin, (Fn. 3), § 26 Rn. 245.

⁹⁶ Kudlich, (Fn. 2), S. 122; Rackow, (Fn. 30), S. 145; Baun, (Fn. 22), S. 204 ff.

⁹⁷ Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, 9. Aufl., 2017, §27 Rn. 28.

⁹⁸ Rackow, (Fn. 30), S. 145.

⁹⁹ Otto, „Vorgeleistete Strafreitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in: FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 193, 210; Rackow, (Fn. 30), S. 187.

¹⁰⁰ Kudlich, (Fn. 2), S. 123.; Rackow, (Fn. 30), S. 189.

助判斷的要件，全部都是主觀要件，甚至是認識正犯主觀要件的共犯主觀要件。換句話說，Roxin 的中性幫助判斷理論，全部都是建立在主觀要件之上，因此，本文將此理論歸類為主觀理論¹⁰¹。

第四，這一套專門針對中性幫助的歸責方式，事實上採用的是類似判斷未遂犯罪的基礎，先主觀後客觀的判斷方式。但是否能同樣套用在故意幫助的情形，若沒有經過深入的理據檢視，其實具有不小的疑問。犯罪意義關聯理論，因為其偏向主觀的判斷色彩，對於實務困難案例時，給予比較大的個案判斷空間，或許也因此廣受實務接受。

（二）Hassemer 的職業相當說

Hassemer 認為中性行為係指協助行為雖然符合幫助犯的要件，但實際上不具備客觀幫助不法的行為，其通常也需要借助額外資訊才能建立幫助犯主觀不法¹⁰²。對於銀行行員提供的匯款服務，Hassemer 認為，並沒有不同於郵局或是鐵路公司所提供的服務，相關的商品或服務，事實上僅僅是日常生活中不具價值色彩的工具¹⁰³。Hassemer 以鎖匠為例，一個不知道犯罪計畫的鎖匠，替正犯打造了一把備用鑰匙，依照一般幫助犯歸責，必須等到主觀構成要件才能排除不法，其認為過晚也不適恰。Hassemer 自始認為，中性幫助案件應該要透過客觀構成要件中可以操作的要素來判斷是否處罰，同時，職業行為概念應該在這其中扮演一定的重要性，其希望透過以上目標，避免刑法成為意念刑法，並透過客觀要素確保行為刑法的實現¹⁰⁴。

因此，Hassemer 從 Welzel 的社會相當推演出職業相當性作為理論核心，由於社會相當理論過於寬廣與模糊，Hassemer 認為，可以透過職業領域作為劃分標準，在不同職業範圍之中其存有具體規範或規則，其不僅是描述性，

¹⁰¹ Auch Ambos, (Fn. 3), S. 723.; Weigend, Grenzen strafbarer Beihilfe, in: FS für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 197, 199.

¹⁰² Hassemer, (Fn. 2), 42.

¹⁰³ Hassemer, (Fn. 2), 41.

¹⁰⁴ Hassemer, (Fn. 2), 42 f.

而是具有規範性意義的規則¹⁰⁵。具體操作上，則會討論 2 個部分。首先，是否在職業領域中具有規範存在，以及刑法與這些專業規範的關係¹⁰⁶。其認為，這些專業規範對於解釋刑法有重要的指引功能，其並非否定刑法，而是在補充或具體化刑法規範¹⁰⁷。亦即，沒有違背職業規範的行為，也不該成立刑事不法。但在特定情形，這些專業規範並不能做為刑法解釋的指引，例如當專業行為去配合犯罪行為時，或是其規範在文義解釋、主觀歷史解釋、考慮到判例或其結果會產生抵觸情形時¹⁰⁸，此時就不會成為解釋刑法或是排除不法的依據。

職業相當性理論的缺點顯而易見，首先，論者將心力放在職業規範能否成為刑法規範的一部分，但這充其量只是次級規則而非初級規則的討論，對於刑法實際判斷可罰與否，成效相當有限。再者，即便不牴觸職業規則，也只能說明行為的一般性，無法說明其正確適法性，許多職業規則僅不過是涉及管理成效，而一個符合職業規則，被認為職業相當的協助行為，也難以說明為什麼可以排除刑事不法。該說也無法妥適說明，同樣行為分別由具有與不具有職業身分的人進行，為何就有不同評價¹⁰⁹。假設職業相當性是一項正確的概念，違反相關職業規則，也不一定就是觸犯刑法。而若真的把職業規則當作刑法的判斷要件，不可否認的是，即便是職業規則，也有可能涉及主觀的部分，那此時對於論者強調要在客觀層面處理不法的目標，顯然就是無法達成。更為實質的反對理由則在於，職業規則的判斷結果即便具有參考價值，其價值也存在於正犯不法的風險決定，而非共犯不法。原因在於職業風險的控管，決定出行為不法與風險容忍範圍，並且透過客觀歸責影響正犯成立，但共犯的不法必須藉由共同觀察正犯不法與其從屬的不法關聯，但這部

¹⁰⁵ Hassemer, (Fn. 2), 81; Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 1939, 491, 517.

¹⁰⁶ Hassemer, (Fn. 2), 82, 84.

¹⁰⁷ Hassemer, (Fn. 2), 85.

¹⁰⁸ Hassemer, (Fn. 2), 86 f.

¹⁰⁹ Löwe-Krahl, Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden, wistra 1995, 201, 205.

分也沒有辦法透過職業規則作出比刑法更具體的相關規定¹¹⁰。最後，刑法的獨立性與罪刑法定原則。若按照職業相當理論，刑罰發動與否，將會很大程度由刑法以外的規則決定，刑法從屬於一般職業規則，是否合理？幫助犯並不是空白構成要件，對於一般職業規則，也許在行政法或是民法體系有一定的重要性，但罪刑法定原則之下，對於刑罰的發動，不該繫於未經立法通過的文字或規範，至為灼然。

（三）Schumann 的連帶理論說

Schumann 認為，只有自己需要為了自己直接侵擾法益的行為負責，因此共犯透過正犯間接參與法益侵害的行為需要有另一套歸責基礎¹¹¹。對此，Schumann 藉由未遂犯罪的印象理論說明，共犯行為如同未遂行為造成法社會共同體難以忍受，因此具有處罰的正當性，此時共犯行為具有不能忍受的行為非價，因為共犯透過其行為與他人故意不法行為連帶¹¹²。對於判斷是否連帶，Schumann 提出幾項判斷要件：協助行為是否違反其他事實上或法律上規範；協助行為在時間與不法上與正犯行為的近接性；協助者對於正犯的理解；協助行為是否違反常態性¹¹³。本文一樣從協助行為性質與協助行為與正犯行為關係去檢驗這些要件，另外，Schumann 對於幫助犯並不區分中性幫助或是幫助，而是透過整合性的理論，同時處理一般與中性幫助的問題。

協助行為性質相關判斷包含，協助行為是否違反常態性以及協助行為是否違反其他事實或法律上規範。亦即在判斷協助行為有沒有違反職業上相當性。但 Schumann 也指出，即便是職業相當行為，也不足以完全作為無罪的

¹¹⁰ 以上問題同樣出現於我國透過業務上正當行為處理中性幫助的看法。

¹¹¹ Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S. 42; Auch Lesch, *Beihilfe durch „rollenadäquates“ Verhalten?*, in: *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag*, 2014, S. 448, 464.另有透過正共犯之間的心理聯繫建立連帶的想法，Schild Treppe, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, 1995, S. 29.

¹¹² Schumann, (Fn. 111), S. 49 ff.

¹¹³ Schumann, (Fn. 111), S. 57 f., 62 ff.

理據¹¹⁴。因此在共犯行為危險性的判斷上，論者並沒有提出新的論點，對於判斷成立共犯不法與否，也僅能發揮有限的效果。

在協助行為與正犯行為的關係上，Schumann 分別提出協助行為的獨立性：協助行為是否僅為他人提供以及能否與犯罪計畫互相獨立，及其與正犯行為的近接性，近接性的判斷包含了時間與不法內涵上 2 個部分¹¹⁵。因為協助行為是不是僅為職業行為，不僅僅取決於規範違反與否，更包含實質上的獨立性，即協助者是不是因為犯罪計畫而具有實現協助行為的動機，例如商店販賣有助於竊盜或是偽造文書的工具，在這些案子中，販賣行為僅僅是實現職業行為，因此協助行為並未與正犯行為連帶，而不具備幫助可罰性¹¹⁶。在近接性判斷上，首先是時間的討論，協助行為是於何時提供，如果僅是在不罰的預備階段，則該協助行為亦未產生可罰的連帶，必須有其他要件方可處罰；若是於著手或是實行階段，則因為其協助行為造成不可忍受的法印象，而可以認定具有連帶關係，在不法內涵近接上，Schumann 要求協助行為必須協助到正犯行為中的核心不法內涵，才具有可罰的連帶，例如在幫助詐欺的情形，如果只是協助運送貨品，而非詐術施行，則不屬於可罰的連帶¹¹⁷。

連帶理論問題如下：其透過未遂的法印象理論建構幫助犯處罰基礎，但卻忽視了兩者的不同，甚而在幫助犯理論的建構中，完全沒有提及故意的部分，而在未遂，正犯故意其實是非常重要的評價出發點。連帶概念和共犯從屬的關係，也並未加以敘述¹¹⁸。雖然 Schumann 提出許多判斷要件，但並沒有建立要件的優先適用性或判斷順序，自脈絡上判斷，似乎是只要符合其中一項就可以被認為具有可罰的連帶基礎，甚至在同樣的案件中，因為不同的判斷要件，會有不同的結果，例如商店販賣螺絲起子，在多數要件下不能處以幫助犯，但在不法內涵近接判斷下卻可能評價為幫助犯。

¹¹⁴ Schumann, (Fn. 111), S. 64.

¹¹⁵ Schumann, (Fn. 111), S. 64.

¹¹⁶ Schumann, (Fn. 111), S. 62 f.

¹¹⁷ Schumann, (Fn. 111), S. 57.

¹¹⁸ Rackow, (Fn. 30), S. 261.

關於時間的近接性，Schumann 忽略幫助行為的評價重點不是行為時點，而是幫助行為效力生效時點，販賣武器於犯行前一天或是犯行前半年，應該沒有刑事評價上的差異，因為評價重點在於是否為合法販賣以及是否於正犯行為實行時生效。如果於不罰的預備階段提供的協助都不能以幫助犯處罰，則實際上幫助犯大概會沒有成立的可能。不法內涵的近接性，更是一個難以操作的模糊要件，因為如何判斷分則犯罪的核心不法內涵，本身就是相當困難的問題。例如提供正犯相關被害人時間作息而非作案工具，此一協助行為能否被認定協助核心不法內涵實現，即有疑問。即便克服了不法內涵的定義問題，如果幫助犯的幫助行為要求直接針對正犯行為的不法核心內涵，那反而會造成幫助犯比共同正犯負擔更高的客觀刑事不法內涵，因為在判斷上，共同正犯的犯罪行為分擔，並不要求針對犯罪的核心不法內涵。另當協助行為涉及客製化的服務，此一協助行為的發起完全是因為正犯要求，是否屬於連帶，一方面，就顧客需求加以調整係客製化的重點，但卻又符合該職業行為常態，對此究竟可否連帶，也存有疑問。

（四）Frisch 的犯罪意義關聯說

Frisch 從行為不法與比例原則兩者出發限制刑罰權，透過行為非價限制結果非價以及使用比例原則考量刑罰適當性，也因此構成要件該當行為與不允許的風險製造成為 Frisch 歸責理論中的重心¹¹⁹。在幫助犯的情形，比例原則尤其重要，因為任何行為都可能促進正犯行為，假如因而設立一般性禁止的行為規範，會對於行為自由帶來不可忍受的限制¹²⁰。

就一般與中性幫助犯歸責方式，Frisch 區分為是否具備明顯的犯罪意義關聯，異其處理方式。Frisch 認為犯罪意義關聯是一項客觀要件，亦即一個行為，其意義只能在犯罪情境中解釋，該行為不具備其他合法的行為意涵，即屬協助行為具備明顯的犯罪意義關聯，雖然也可以透過主觀層面來理解犯罪意義關聯，但是行為的可罰與否，不應該取決於行為人的意念，協助行為

¹¹⁹ Frisch, Tatbestandmäßigen Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 23 f., 70 f.

¹²⁰ Frisch, (Fn. 119), S. 240 f.

性質與協助人的故意應該是獨立判斷，即便協助人透過邪惡的念頭進行允許的行為，該行為也不會因此而具備犯罪意義關聯，反之亦然¹²¹。具有明顯犯罪意義關聯的行為，其行為意義僅具促進犯罪之外，例如把風、造勢、不尋常的國外匯款¹²²。

協助行為不具備明顯的犯罪意義關聯時，則需要不同的歸責方式，該類型主要就是中性幫助，因為中性行為通常不具備明顯的犯罪意義關聯，即使協助者知道犯罪的可能，協助行為本身仍舊具備其他的合法行為內涵，而可以在非犯罪情境中解釋¹²³。而且這類協助行為，正犯可以輕易的從市面上獲取同性質的替代服務，因此犯罪意義關聯不能作為中性幫助的歸責基礎，而需要其他論述理據方能認定為不允許的風險製造¹²⁴。

對此，Frisch 提出德國刑法第 323c 條不為救助罪與第 138 條的社會連帶義務以及緊急避難作為論證中性幫助可罰依據，亦即，中性幫助行為在個案中，倘若正犯犯罪屬於這 2 條分則犯罪之範圍，不僅違反通報的誡命規定，協助者甚至促進正犯行為，此時協助行為不僅升高了法益破壞風險，更讓通報行為窒礙難行，所以協助行為就可以被視為刑法不允許的風險製造，成為可罰的幫助行為¹²⁵。Frisch 認為，緊急避難原則也是合理化處罰的原因之一，一般緊急避難承認危難時犧牲低價法益，拯救高價法益的正當性，同理，潛在法益受危難者，具有對協助者要求不作為的正當性，因為協助行為促進了正犯犯罪行為¹²⁶。也只有在具有緊急避難客觀情形時，才有正當性處罰不具備明顯犯罪意義關聯的協助行為¹²⁷，比例原則同時也可以提供例外狀

¹²¹ Frisch, (Fn. 119), S. 280, 283 f. 類似見解，Meyer-Arndt, Beihilfe durch neutrale Handlungen?, wistra 1989, 281, 287.

¹²² Frisch, Beihilfe durch neutrale Handlungen, in: FS für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag, 2002, S. 539, 545 f.

¹²³ Frisch, (Fn. 122), S. 546.

¹²⁴ Frisch, (Fn. 119), S. 296.

¹²⁵ Frisch, (Fn. 122), S. 549 f.

¹²⁶ Frisch, (Fn. 122), S. 550 f.; auch Hefendehl, Die missbrauchte Farbkopierer, JURA 1992, 374, 377.

¹²⁷ Frisch, (Fn. 122), S. 551 f.

況的指引，當協助行為的實施，不影響後續救助或通報義務履行時，前階段的協助行為就會因為整體風險的補償而不會是法所不允許的風險製造¹²⁸。

對於 Frisch 的幫助犯歸責理論，主要疑問分述如下。雖然 Frisch 從客觀層次理解犯罪意義關聯，但仍無法滿足法明確性的要求¹²⁹。因為協助行為只能被解釋為犯罪意涵，問題在於誰以及從什麼樣的標準去理解，對於 Frisch 提出的判斷輔助要件，充其量只是一個可能方向甚而一個法感的陳述。事實上，雖然 Frisch 提出，針對有無明顯犯罪意義關聯，套用不同的判斷模組，但在具有明顯犯罪意義關聯的情形，反而會變成協助第 323c 條、第 138 條所含犯罪類型以外才有討論實益，因為無論是否具有犯罪意義關聯，只要處於連帶義務犯罪範圍中，幾乎一定可以透過連帶義務的敘述成立正犯或共犯的可罰性。

再者則是對於不具犯罪意義關聯時的處理理據，緊急避難是一項允許侵害法益的例外規定，其目的是為了其他法益的拯救。幫助犯是屬於總則的一般性構成要件規定，甚至不是違法性規定，將例外作為一般處罰論證基礎，似乎存在矛盾。緊急避難對於拯救與犧牲法益有嚴格的規定，如果要在中性幫助情境使用，什麼樣的法益在什麼情形有拯救必要，勢必要作出更多的敘述，光是危難情形就不一定能在一般中性幫助案例中存在，更何況具體的法益權衡判斷。不救助與不通報罪屬於誡命規定，幫助犯屬於禁止規定，從前者推導後者的處罰基礎，充滿疑慮，甚至可以質疑，如果處於兩罪的保護範圍，是不是反而幫助犯的處罰範圍可以加以限制，因為此時已經有特定正犯化的規定，而無需借助共犯的處罰，甚至可以限縮幫助犯的適用空間。緊急避難、連帶義務分別具有不同的規範目的與法律原則，是否能將其融合為一，需要更多的論述。除此之外，2 個不作為罪與幫助犯的刑罰差異，一則有固定的法定刑，另一個則跟隨正犯的規定，能否直接作為基礎，本文亦深感疑惑¹³⁰。

¹²⁸ Frisch, (Fn. 119), S. 316 ff.

¹²⁹ Vgl. Kudlich, (Fn. 2), S. 105.; Baun, (Fn. 22), S. 194.

¹³⁰ Auch Baun, (Fn. 22), S. 194.

綜上，如同臺灣學說，不同學說對於中性行為的定義並不一致，其對於中性幫助的可罰性也並非單一性的處置，而是企圖在職業自由與法益保護之間找到合適的判斷要件。除了職業相當說之外，其餘學說實質上都是依靠著故意發展，即便有不同的客觀要件被提出，其判斷對象仍是幫助故意，而職業相當說亦可能因為職業規則的要求，而被實質轉化為主觀說，換句話說，目前主流的學說討論，中性幫助的可罰，其實均取決於幫助故意的認定。

（五）德國實務

相較於臺灣實務，德國自帝國法院時期起就有相關的案例持續發展¹³¹，但大量討論中性幫助且有穩定見解則是因為經濟犯罪的興起，包含逃漏稅、詐欺等，以下將介紹較具代表性或是近期的案例，並透過案例解析，探討德國實務的處罰要件判斷¹³²。

1. 隱匿匯款案

在稅捐案件使用 Roxin 見解¹³³的第一起判決涉及銀行行員的境外匯款行為¹³⁴。案例事實為行員為了因應稅務法律的變動，協助顧客匿名匯款至盧森堡與瑞士以躲避相關稅務，其匿名匯款手法為不直接從德國戶頭匯至外國戶頭，而是透過 2 次的紙上交易，先從德國戶頭領出現金，再把現金匯入外國戶頭，形成金流斷點，實際上並沒有任何現金從銀行領出，同時為了增加隱蔽性，匯款紀錄上只有參照號碼而沒有顧客姓名。

聯邦最高法院維持下級審見解並認為銀行行員成立逃漏稅的幫助犯。首先法院討論匯款行為本身的可罰性，但最終並未採取任何見解，反而是把問題轉向中性幫助的討論。就中性行為，聯邦最高法院表示：「針對中性、職業、專業相當行為的一般性排除可罰並不合理，日常行為與職業行為並不總

¹³¹ RGSt 37, 321; RGSt 39, 44; RGSt 60, 6.

¹³² 更多判決可參照 Schmorl, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 98 ff.

¹³³ 該見解首次係於德國實務 BGH, NStZ 2000, 34. 出現。

¹³⁴ BGH, NJW 1994, 2079.

是中性，幾乎所有行為都可以在犯罪情境中出現，中性概念並不適合單獨作為區分幫助行為可罰與否的要素¹³⁵。」對於中性幫助，德國聯邦最高法院所採取的見解：「若協助者明知正犯行動僅僅是為了犯罪的實現，協助者的行為即會被評價為幫助行為。此時協助行為失去日常性格，而與正犯連帶，且不再屬於社會相當的行為。相對的，如果協助者並不知道協助行為會如何被正犯使用，或只是覺得協助行為有可能協助犯罪，則其協助行為尚非可罰的幫助行為，除非，被協助人從事犯罪行為的風險極高，以至於協助人透過其行為協助可得辨認的犯罪傾向之正犯。¹³⁶」

德國聯邦最高法院雖然指出許多判斷國外匯兌行為合法性的理論，卻並不選擇其一，而是避開經濟刑法難題，直接選擇抽象的中性幫助作為處理問題的理據，不無疑問¹³⁷。同時也並未說明，銀行行員的哪些職業行為屬於中性行為，或是套用於律師案件的判斷公式，為什麼能夠毫無更動的適用於銀行案件。再者，德國實務判決很明顯的矛盾在於，如果認為中性行為不能作為判斷可罰與否的合適要素，那為什麼要在中性行為的框架下去解決問題。在論述中，日常行為與職業行為也分別呈現，但兩者的異同也疏於敘述。事實上，德國實務對於中性幫助的理解，也不當的混淆判斷要素與判斷結果¹³⁸。而德國實務判斷標準亦存有以下問題，如果所有行為都可以是中性行為，那為什麼對於中性幫助的判斷有需要額外的判斷要件；其二，對於協助者不完全知曉正犯犯罪（間接故意）時所使用的輔助要件，為什麼不能在直接故意時使用¹³⁹？最後，此案涉及專門職業人員的行為，但法院卻未曾討論該案被告是否違反相關行業規則。

¹³⁵ BGH, NJW 2000, 3010, 3011. 又德國實務該段敘述係參考Roxin, (Fn. 48), S. 515.

¹³⁶ BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

¹³⁷ BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

¹³⁸ Baun, (Fn. 22), S. 233 ff.; Rackow, (Fn. 30), S. 316 ff.; Kudlich, (Fn. 30), S. 1180. 某程度可以認為，德國實務把「中性」的結果概念理解為「法律上容許的風險」。

¹³⁹ Kudlich, (Fn. 2), S. 123; Rackow, (Fn. 30), S. 189.

2. 香菸機器案

本案亦涉及幫助逃漏稅，但不同的是，被告職業並非與稅務相關，而是單純的賣家。被告販賣 2 臺二手且目前不能使用的香菸製造機器予波蘭的香菸製造公司，被告除了機器的價金之外，也額外從公司獲取一筆錢財。被告販賣時知道，這 2 臺機器經過修理有相當高的可能性會秘密投入公司的香菸生產，以避免相關稅務義務¹⁴⁰。

聯邦最高法院認定被告幫助逃漏稅捐。法院認為，並非所有促進正犯行為的協助行為都會被處以幫助犯，特別是中性行為，判斷其合法與否需要個案價值判斷，依據上述的判斷公式，認為買方將來違背稅捐義務的風險極高，被告也透過協助行為協助了可得辨識行為傾向的正犯¹⁴¹。

如果對於故意的判定以及協助行為的理解，可以放大到本案中不可預期的未來香菸生產，那幾乎所有行為都可以無限制地成為幫助行為的討論客體。事實上，本案被告只是販賣 2 臺機器，其或許協助了納稅義務的形成可能，但是否能夠認定為幫助逃漏稅，則有疑問。在相類似案件中，法院曾採取不一樣的見解，該案涉及的是被告和建築工人簽訂房屋建造契約。即便被告知道建築工人就房屋建造的利潤不會如實繳交相關稅金，被告簽訂契約的行為也不會是幫助逃漏稅，聯邦最高法院認為：「單純訂立契約，並不與之後的逃漏稅形成幫助關係，因為建築工人的行為並不只是要逃漏稅，而是包含房屋建造。¹⁴²」如果房屋建造可以排除被告協助行為的犯罪意義關聯，那並無法解釋為何香菸生產不能也被視作獨立合法目的之行為。

3. 扣款服務案

本案類似我國二級電信案，詐欺集團透過電話實行詐欺行為，而為順利獲得款項，則委由本案被告之金融服務公司提供的直接扣款服務，向被害人扣取相應金額。被告公司內部查核時，發現詐欺集團要求的扣款服務具有不

¹⁴⁰ BGH, NStZ 2018, 328.

¹⁴¹ BGH, NStZ 2018, 328.

¹⁴² BGH, NStZ 1992, 498

尋常地拒絕付款率，因此被告與詐欺集團正犯通話並表示：「透過這些不尋常扣款拒絕比例，我知道你在做什麼，而且成效也不彰。」¹⁴³

邦法院認定被告成立幫助詐欺未遂，而聯邦最高法院則因為主觀要件證據不足判定無罪。聯邦最高法院在此判決將判定中性幫助行為可罰與否的判斷要件區分為客觀與主觀 2 個層面¹⁴⁴。在客觀層面，若被協助的正犯僅是要進行犯罪行為，則協助者的行為具備犯罪意義關聯，而屬幫助行為。主觀層面則是指在協助者僅對於正犯行為具間接故意的情形下，透過額外的要件來增加可罰性，因為單純的推測協助行為具有協助犯罪可能，並不足以讓日常、社會接納的協助行為可罰，而是要求被協助者從事刑事行為的風險極高，且協助行為促進了可得辨識具備犯罪傾向的正犯，才屬於可罰的中性幫助¹⁴⁵。

聯邦最高法院認為：「本案即使正犯僅是要從事犯罪行為，而會建立出幫助行為與正犯行為的犯罪意義關聯，但是主觀層面，被告與正犯的通話中提及的不尋常扣款拒絕，其發生具有許多原因，邦法院並沒有清楚闡明該扣款率和詐欺犯罪之間的連結關係，僅僅透過扣款拒絕比例，不能認為被告完全知曉正犯的犯罪行為，而就證據也無法證明被告具有辨識出正犯犯罪行為的可能。」¹⁴⁶

就此判決有 2 個部分可以討論，首先是判斷要件的層面切分，再者則是認定事實的部分。判決將犯罪意義關聯置於客觀層面討論，但事實上，實務的犯罪意義關聯本質上就是正犯的犯罪目的，且幾乎是由正犯主觀決定，至今為止也沒有學說可以清楚說明，犯罪意義關聯究竟要如何透過客觀要件清楚判斷。就間接故意部分，刑事行為的高風險與可得辨識的正犯犯罪傾向，同樣在判斷上也欠缺可以操作的客觀標準，而刑事行為的風險部分，實則應該是客觀層面的判斷問題，換句話說，聯邦最高法院對於相應的判斷對象名不符實。而認定事實部分，如果專業金融服務負責人，都無法從客觀財務報

¹⁴³ BGH, NZWiSt 2014, 139; Roxin, Strafbarkeitsprobleme beim Masseninkasso für betrügerische Gewinnspieleintragungsdienste, StV 2015, 447, 449.

¹⁴⁴ 但後續聯邦最高法院並沒有延續此判決中，區分主客觀層次的判斷方式。

¹⁴⁵ BGH, NZWiSt 2014, 139, 141.

¹⁴⁶ BGH, NZWiSt 2014, 139, 142.

表中獲取正確資訊，那究竟誰還能做到。學者更直指此案不僅僅具有可資辨認的行為傾向，從扣款失敗率更可以獲知，可資辨認的犯罪行為，應可認為被告該當幫助詐欺犯¹⁴⁷。

4. 律師寄信案

本案詐欺正犯架設網站提供伺服器服務的購買，但在網頁中，關於價格等關鍵資訊並無法輕易獲知，導致受騙的民眾會在不知情的狀況下訂閱服務，爾後，則由和正犯具有委任協議的律師，對受騙民眾寄出警告信函，要求支付款項或是退訂的相關費用¹⁴⁸。

邦法院判定律師寄發警告信函的行為係屬幫助詐欺，聯邦最高法院則撤銷該判決。聯邦最高法院認定，雖然被告客觀上促進了犯罪的進行，但在主觀上尚未有足夠的證據證明其中性行為成立可罰的幫助犯。邦法院有 2 點漏未討論，首先，針對正犯多次的先前民事訴訟與刑事調查與被告於本案中具備的主觀認識的關係，再者，則是律師業務行為的排除處罰可能。法院表示：「即便可能替當事人主張法律上有疑慮的權利，但因為被告係在行使其律師業務一環，也不會陷自己於刑事風險之中……律師屬於司法的一部，代表其委託人……邦法院對此也未曾考量。」

聯邦最高法院提出律師業務行為的特殊性，應值贊同，其屬於為數不多探討特定職業性質的判決，其餘判決多透過判斷要件，抽象且一般性的套用在所有職業行為之中。但法院又再次地透過主觀要件決定可罰與否，此外，相較於其他行業，法院對於律師執業的主觀判定，往往採取較為嚴格的看法，是否妥適，有考量的空間。

5. 家庭中性行為案

近期有一個非經濟行為的中性幫助案例，法院甚至稱之為典型家庭中性行為。簡化案例事實為被告為正犯的哥哥，某日被告收到弟弟的來電表示，目前車子拋錨在高速公路上，請哥哥幫忙。被告經營汽車修理廠多年，也常

¹⁴⁷ Roxin, (Fn. 143), S. 451 f.

¹⁴⁸ BGH, NStZ 2022, 226.

常為弟弟處理相關的車輛問題，被告知道弟弟目前正前往偷竊，但仍將車輛零件送達拋錨現場，並且電話教學如何安裝¹⁴⁹。

邦法院判定被告幫助竊盜，聯邦最高法院撤銷判決。聯邦最高法院認為，不具備充分的主觀要件，因為下級審未考量到，在拋錨情形替弟弟修車的行為可能屬於典型家庭中性行為，本案無法證明協助行為具有單獨的竊盜關係。亦即，修理車輛並不單獨只具有促進犯罪行為之目的，而是同時協助家人從拋錨的情境中解除，其協助行為在排除犯罪意義關聯後仍具有意義，因此必須重新審議有關被告的主觀要件。

聯邦最高法院創立了另一種型態的中性行為，而不是從被告原本具備的汽車修理職業行為出發，但同樣沒有清楚的定義，那些行為可以被視作典型家庭中性行為。同時，法院偏好透過主觀要件的有無來決定可罰與否，此一做法實際上有損法安定性的要求。事實上，法院也沒有透過這次機會去闡述，當一個具有職業行為背景的協助者，並不和被協助的人處於經濟上提供對價關係時，會不會影響行為的判斷，舉例而言，律師下班時替家人做法律諮詢，屬不屬於此處所說的典型家庭中性行為？

綜上，德國中性幫助實務判決可以得出幾項結論。如同臺灣實務一般，德國實務對於中性行為的定義，並不是完全的統一。中性行為、職業行為、日常行為甚至家庭行為，其精確的定義至今付之闕如。甚至在判斷中性行為以及最後的判斷結果，不當的混淆了判斷前要件與判斷結果，而中性意涵在某些情境也實質的成為法律上容許的代名詞。甚而在某些相似事實的案子，德國實務是否要使用中性幫助判斷要件，也無一定¹⁵⁰。

無論涉及什麼職業，德國實務偏向使用統一抽象的判斷標準，而非針對特定職業發展出不同的判斷要件。問題在於，經濟行為、非經濟行為，不同種類的犯罪之間，是否可以未經調整的一體適用，不無疑問。甚至在特定經濟刑法呈現出困難釋義問題時，實務也會傾向用中性幫助掩蓋真正的經濟刑

¹⁴⁹ BGH, NStZ-RR 2021, 7, 8，本案涉及多項案件事實，此處僅提及中性幫助部分。

¹⁵⁰ 鑑定價格故意案BGH, NJW 1996, 2517跟中性幫助案BGH, DNotZ 2001, 566.，前者法院透過故意判斷可罰性，後者則是用中性幫助判斷公式。

法難題。而實務對於同樣執行法律業務的律師，認定成立幫助犯的難度較高，透過證據證明排除主觀要件該當，否定可罰幫助犯的成立。

德國實務所採取的判斷公式具有以下問題。該公式是以 Roxin 的犯罪意義關聯看法而來，但實務卻加入了「社會相當」與「連帶」2 個概念，但對於如何使用，並未加以說明，或許在保留特殊案例時擴大或限縮解釋的可能性。判斷公式之中有客觀要件與主觀要件，但如何安置於犯罪判斷體系中，以及和原本一般幫助犯歸責理論如何競合，也未見實務加以解釋，大多的處理方式則僅僅是把一般與中性幫助犯 2 個歸責要件分別敘述之後，在就個案加以判斷，但詳細判斷流程與理據，並不充分。當中性幫助可罰性繫於行為目的時，實際上會因為永遠存在假設合法目的，而不能如實的操作這套理論。當合法目的與正犯犯罪故意同時存在時，是否具有犯罪意義關聯，而使協助行為成為可罰的幫助行為，也往往變成個案判斷。

肆、幫助犯歸責的再思考

在討論完臺灣與德國關於幫助犯的歸責想法之後，以下將先行討論中性幫助作為問題進路的適當性，釐清中性概念的本質與特殊對待的合理性。並根據論者個人意見發展出適當的幫助犯歸責要件，處理一般與中性幫助案例，最後則是檢視文中案例，確認理論的可行性。

一、擺脫矛盾的中性幫助概念

中性幫助自帝國法院判決起，討論已近百年。這段時間學說實務都曾嘗試要解決問題，但至今仍然沒有一個完整的解決方法，大部分的處理方式都是單獨透過主觀要件決定刑罰權的發動。筆者認為，因為中性幫助行為的概念自始就不是一項正確理解跟處理問題的進路，其僅是放大出一般幫助的歸責問題，所以才會導致欠缺合理的判斷方式，以下分述之。

首先是概念的確立，中性行為究竟是不是要限定在職業行為，還是只需具有額外合法目的之行為。至少從兩國實務可以發現，堅持前者的案例並不

多。但如果不限於職業行為，而著重在其餘合法目的，那麼其實所有的行為都屬於中性行為，亦即，相關處理中性幫助的理論，應該一體適用到一般幫助案例；若限定在職業行為，至今為止，未曾見職業行為認定與相關的限縮討論，因為不是所有協助者在工作範疇內提供的行為，都有必要稱為職業行為，就其提供協助的時間、場域，也可能決定是不是有必要稱為職業行為，但這些卻未曾成為討論重點。再者，職業所提供的協助行為具有刑法上的優惠對待，其實除了法感，找不到區別的正當性。職業、日常性都無法直接連接出刑罰的排除理據。甚至，職業行為相較一般行為，因為具有額外附屬刑法的規範，更容易成立正犯。但為什麼職業行為更容易成立正犯，卻在論述上限制共犯的成立，很明顯構成矛盾。中性做為概念也充滿疑點，因為中性與否，應該是經過判斷才知道，把判斷結果當作判斷標準，在邏輯上就是無限循環。

職業或社會相當性對於解決中性幫助也十分有限，首先是職業規範和刑法之間不存在絕對的相互關係，可能違反職業規範但不觸犯刑法，反之亦然。幫助犯作為總則規定，一體適用於所有刑法分則條文，倘若特定職業規範具有架空刑事不法內涵的可能，似乎不當且有違平等原則。假設將職業相當的看法與我國阻卻違法事由中的業務上正當行為結合，似乎會產生矛盾的解釋結果¹⁵¹。導致社會各行各業提供的服務或商品，其實是破壞法益，只是透過例外允許其法益侵擾，但上述提及的日常職業行為，無論在正犯或是共犯的範疇，都應該是原則合法，例外違法的樣貌。

中性幫助的討論始點，其實源自於幫助犯歸責要件的抽象性以及社會經濟發展的背景，為了限制幫助犯的適用範圍，而開啟了中性幫助的討論。實際上，或許我們應該討論的是，為什麼幫助犯的歸責要件過度抽象與簡短，當販賣工具、販賣麵包，都會包含在一般幫助犯的處罰範圍時，需要檢討的或許不是職業情形下的例外，而是為什麼這些法律與社會上理應容許的行為，卻在文義上該當了幫助犯的構成要件。甚至，如果嚴格討論所有可能促

¹⁵¹ 蔡蕙芳，前揭註23，頁230。

進犯罪的行為，則水電、租屋、手機、網路平臺等等，都應該成為中性幫助討論的範圍，但在實務上卻不是如此。

即便我們將中性行為限縮在職業行為，本文從幫助行為本質、幫助行為與正犯行為之間的關係 2 個觀察視角，亦認為中性行為不應該作為幫助可罰與否或是不同對待的分野。首先是幫助行為的性質，無論是一般或是中性，兩者俱為法律所容許的行為，至少不該當正犯行為，因為依照客觀歸責的理解，共犯行為無論如何必定未製造或實現正犯風險。一般或中性幫助行為兩者的差異僅在於判斷風險的源頭具有不同的標準，按照目前通說，正犯取得幫助犯提供的斧頭，刑事評價首先觀察幫助犯如何提供斧頭，是自己的斧頭出借或是從店裡售出。但其實這 2 個協助行為本質沒有不同，差異僅僅在於，從店裡售出的情境，比較有可能因為附屬刑法成立其他犯罪的正犯，此種情形也發生在其餘職業行為上，例如銀行業務行為等等。

真正的核心觀點在於，一般與職業幫助行為的分野，其實是建立在正犯風險管控的立場¹⁵²。因為無論是附屬刑法或是職業規範，都是在協助調配社會容許風險的正犯規範。但是這一套區分方式，並不該直接地套用在共犯判斷上。亦即，中性幫助其實是一個，因為未經調整而直接套用正犯風險管控與歸責概念到共犯歸責的產物。正犯行為的可罰與否，可以透過法益侵擾加以判斷，此時行為的危險性可以作為單獨的判斷要件，但是幫助行為的處罰，很明顯的不能單純透過行為風險或危險來理解，那麼作為判斷行為本質的風險來源，或許根本不適合在幫助犯的討論加以考量。以上介紹的理論中，也不乏透過幫助行為本質來處理可罰判斷。例如是否違反職業規範或是否同時違反誡命規定，但如上所述，職業規範是協助判斷正犯行為風險門檻，不通報與不救助罪也不對行為風險源有區分對待。因此從行為本質可以發現，一般幫助跟中性幫助根本不具有差異化對待的前提。

而從幫助行為與正犯行為之間的關係來理解的話，幫助行為是否由職業所提供，同樣不是評價重點。因為 2 種協助行為都可以獨立討論是否理解正犯犯罪決意。對於協助者提供協助行為的動機，無論是因為職業提供或是對

¹⁵² 相似看法，古承宗，前揭註23，頁43以下；古承宗，前揭註38，頁137以下。

於鄰居的友好展現，這兩者在刑法評價上，也看不出為什麼職業提供有不同對待的正當基礎。從共犯從屬性觀察，正犯行為與幫助行為之間也不會因為職業與否妨礙到從屬性的建立。

綜上，中性幫助行為的概念對於處理問題效果有限，職業協助也不能證立排除刑罰的正當性。因此，為了處理職業幫助所產生的幫助犯歸責問題，真正應該建立的是一般幫助犯的歸責理論。因為核心問題不在於從商店取得工具時，幫助犯的可罰範圍要不要調整，而是為什麼從商店取得工具，會落入一般幫助犯的歸責範圍。以下透過一般幫助歸責理論與要件的建立以及實際案例的檢討，一方面檢視本文見解的可行與否，另一方面則確認一般性的幫助犯處罰要件是否可以同時處理過往中性幫助的案例。

二、幫助犯的歸責基礎：單向性提供修正的犯罪計畫

正犯計劃殺害被害人，為了實現計畫，正犯告知鄰居並要求出借斧頭；在同一情境，正犯不是告訴鄰居而是販賣工具的店員，並購買斧頭。其分別就是一般幫助與中性幫助，各該的處罰疑慮已如上文呈現。但本文認為無論是從鄰居取得斧頭，亦或是從店家取得斧頭，兩者的協助行為，都不是刑法可罰的幫助行為，皆不應以幫助犯相繩，因為筆者認為，幫助犯的處罰基礎應該在於提出修正的正犯犯罪計畫並造成整體風險升高。

首先是本文討論的前提基礎，正犯與共犯兩者分別位於犯罪參與二元論的兩端，依照現行法與通說的看法，刑法處罰故意類型包含正犯、教唆犯與幫助犯，而過失則是採取正共犯一元論¹⁵³。依照限縮正犯的理解，唯有實現構成要件之人，方屬正犯，通說對於正犯的判斷，則是從支配概念出發，有效限縮並判斷出正犯品質的不法，而在正犯限縮的理解下，共犯的處罰係屬擴張刑罰範圍¹⁵⁴。就共犯的處罰基礎而言，通說一般是採取從屬的引起理論，

¹⁵³ Schild/Kretschmer, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 2023, vor §§ 25-31 Rn. 1 ff.; Schünemann/Greco, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl., 2021, vor § 25 Rn. 1 ff.; Roxin (Fn. 3), § 25 Rn. 1; Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. 78), § 16 Rn. 797.

¹⁵⁴ Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. 78), § 16 Rn. 800, 807; Roxin (Fn. 3), § 25 Rn. 4 f.

也因此只有在具備從屬關係的前提下，以幫助和教唆 2 種特定行為，才能夠例外加以處罰未製造正犯風險的行為¹⁵⁵。本文將在通說的理解下重新架構可罰的幫助行為不法樣貌，論述重點則是從屬的建立以及幫助行為不法的性質。

客觀歸責理論限制正犯行為不法，作為擴張處罰的幫助犯，其行為不法一定不可能達到正犯層級的製造與實現風險，但幫助行為必定是對於製造與實現正犯風險有所助益的行為，因此幫助行為的判斷，雖然無法直接透過行為本質決定，但可以加上正犯行為與共犯行為兩者之間的關係，綜合觀察。在此，本文並沒有要將正犯使用的客觀歸責直接使用於共犯判斷上，但會透過觀察正犯行為的風險狀態，決定共犯間接侵害法益行為的刑事評價。

因為共犯行為本質並非正犯行為，並沒有製造與實現法所不容許的風險，在幫助犯的情形，其係造成正犯風險行為更加可能、容易、加強或確保¹⁵⁶，因此幫助行為的風險判斷應該要回到正犯行為，是否因為幫助行為的效力，產生了刑事可罰的風險升高。關於風險的判斷上，原初犯罪計畫的風險值檢驗，並不考慮實現的困難度，僅考慮在完全實現的情形，亦即假設原初犯罪計畫完全實現，能夠對於法益造成多大的侵擾，相比幫助行為提供之修正的犯罪計畫，此時的風險判斷則是 2 個犯罪計畫相比，後者是否對法益造成了更大的侵害可能。

因此，一個可罰的幫助行為應該是提出正犯犯罪計畫的修正、升高原計畫整體風險並且促進構成要件實現的行為。犯罪計畫的修正必須具備危險關聯進而促進正犯行為實現。相較共同正犯在功能支配的角度下強調的共同犯罪計畫與共同行為實施¹⁵⁷，其建立起主體雙向性的不法關聯；幫助犯透過其幫助行為實現的僅僅是單向性的修正犯罪計畫提供，因為幫助行為不能如正犯一般，單獨透過行為本質決定可罰，其與正犯行為的關係也必須一併考量，

¹⁵⁵ Schild/Kretschmer, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 2023, vor §§ 26, 27 Rn. 15.

¹⁵⁶ Roxin (Fn. 3), § 26 Rn. 212.

¹⁵⁷ Schünemann/Greco, (Fn. 153), vor § 25 Rn. 175 ff.

可罰的犯罪計畫修正亦包含具體化犯罪計畫的可能，亦即，現存正犯計畫中仍屬缺失的部分。

刑事可罰的幫助，在筆者的理解應該具備對於犯罪實現增加或升高的正向效果。因此，滿足原本犯罪計畫中的條件，筆者認為並不屬於幫助犯的處罰範圍。填補條件並非幫助。這樣升高處罰門檻的做法，也比較可以貫徹刑法最後手段性的原則。當幫助犯藉由幫助行為透過修正計畫增加正犯計畫的整體風險，則以幫助相繩；當協助者僅僅是滿足原初犯罪計畫中的條件，並沒有改變犯罪計畫的整體風險，則不屬於幫助犯的處罰範圍。正犯的犯罪計畫具有一個原初性的風險評價，透過對於法益侵擾的可能性和嚴重程度，能夠加以衡量。不論犯罪計畫中的條件滿足的難度有多高，如果只是填補、滿足這些條件，並不足以當作幫助犯處罰。因為填補條件並沒有升高整體原初風險，只是讓原初風險值達到預期高度，並沒有擴大或升高整體風險可能。因此，可罰的幫助犯應該是將原初風險應然值，透過單向性的幫助行為整體性的提高、增強。

而即便本文將可罰幫助評價為犯罪計畫的修正，幫助犯對於犯罪仍不具支配，其雖提出修正的犯罪計畫，但是否採用，仍取決於正犯個人的支配決定，幫助犯不同於共同正犯的雙向形塑犯罪計畫，而是單向性的提出建議。因此，犯罪計畫修正的看法，仍沒有更動幫助犯僅作為犯罪邊緣人物的前提假設。

就此，交付危險器具，並不一定會成立幫助犯，端視正犯的犯罪計畫是否本來就打算使用該項危險器具。舊有觀點會認為提供器具一定成立幫助犯，但此時的協助行為只是讓原初犯罪計畫風險達到預期值，提供行為仍應該是法律所容許的行為，同時提供行為和正犯行為之間並沒有建構出足夠可罰的危險關聯。

單向性修正犯罪計畫觀點和共犯從屬概念也能相符。可罰的幫助行為只有在幫助犯改變正犯犯罪計畫並且促進正犯行為才能成立，透過犯罪計畫修正，正犯行為與幫助行為因此而建立了實質不法關聯，因為正犯實現了共犯的修正計畫，擴大了整體風險，正犯與共犯的不法透過計畫的修正結合並產

生實質的從屬關係。也因為修正的犯罪計畫，升高原初風險且實質促進犯罪，此時正犯的犯罪計畫與行為，對於幫助犯而言，已經不再是毫無關係的他人不法行為，而是自己也投入並升高風險的法益間接侵害行為，故可以用幫助犯評價。也因此，幫助犯的處罰才可以從屬於正犯所觸犯之罪，因為幫助犯透過單向性的風險升高計畫修正，和正犯行為建立起刑法不容許的危險關聯。

單純滿足原初犯罪計畫的填補行為，不足以建構出共犯處罰的依據，因為此時的協助行為和正犯行為之間不具備足夠的不法關聯，在現代分工社會中，就是法律所容許的風險行為。這樣的看法也可以適切處理心理幫助與物理幫助的問題，特別是增強犯罪決意的心理幫助案件，其在筆者的犯罪計畫修正說之下會完全的排除可罰性。讓促進犯罪決意的處罰標準回歸到教唆犯的門檻。因為增強犯罪決意，不過是讓原初犯罪計畫的風險值達到預期，但整體風險並未升高。

幫助犯提高處罰門檻，對於區分正共犯還有德國刑法第 323c 條、第 138 條，也有一定的幫助¹⁵⁸。事實上共同正犯和幫助犯一直以來都有區別上的困難，但是幫助犯的處罰強度其實並沒有與共同正犯相差過多，在德國難以成立共同正犯的情形，幫助犯會因為要件上的抽象，實質上的變成正犯的截堵性構成要件，那麼正犯或共同正犯的嚴格要件就會失去意義，因為總是可以成立幫助犯；臺灣則是因為共同正犯的容易成立，導致共犯的歸責要件，並不在討論的第一線。透過單向性的犯罪計畫風險升高修正，提高幫助犯的處罰標準，讓 2 個刑罰效果差異不大的犯罪類型，分別都有相應的要件要求，應該才符合邏輯。同時相對於共同正犯的共同犯罪計畫、共同行為分擔；幫助犯則是單向的犯罪計畫修正與對正犯行為的協助效果，也可以做出區別。倘若不將幫助犯的歸責門檻有意識的提高，那麼共同正犯成立與否的討論將會失去意義，因為再嚴格的功能支配或是時、地限制，也會因為容易成立的幫助犯要件，仍輕易落入犯罪參與的可罰範圍。

¹⁵⁸ 雖然臺灣目前沒有相關不作為的規定，但就理論討論上仍具一定實益。

德國刑法第 323c 條與第 138 條也有被刑法學者作為證立中性幫助的根據，但是這種看法混淆不同處罰基礎的犯罪類型。幫助犯應該只有在修正犯罪計畫並升高風險的情況下才應該被處罰，假設滿足原初犯罪計畫的條件，仍為法律上所容許的風險行為，已如前述。即便是在德國刑法第 323c 條、第 138 條的情形，這些填補行為也根本仍然是合法的行為，因為這時候的協助行為也不是評價的重點，重點是不作為的部分。這 2 條犯罪和正犯行為之間，不具有任何不法關聯，協助人也沒有行為支配，只不過是因為在立法要求下，協助人在此時具備通告或是救助的不作為義務，但評價的對象是不為通告或是不為救助，並非協助行為。協助行為在這個情形，也不會因為不作為的義務而變成法律所不容許的行為。典型的教科書案例，行為人想要毒殺太太，於是去烘焙坊購買麵包，希望下毒，行為人將此計畫告訴販賣麵包的店員，店員按照指示，提供了行為人要求的麵包。行為人按照計畫毒殺太太，店員販賣麵包的行為，只是滿足原初犯罪計畫的條件，並沒有改變犯罪計畫的原初風險，因此不屬於可罰的幫助行為；販賣麵包的行為，無論知不知道犯罪計畫，都是一個社會容許的風險行為，也不會該當任何的犯罪；只是在案例事實中，店員得知犯罪計畫後，具有通報權責機關的義務，因此可以透過德國刑法第 138 條處罰，但處罰的對象是其不作為，而非其販賣麵包的行為。如果案例事實更改為，店員得知計畫後，建議行為人不要購買麵包，應該購買蛋糕，掩蓋毒物的味道，這時候的建議行為，已經改變了正犯的犯罪計畫，並且升高了整體犯罪計畫的風險，而可以用幫助犯處罰，但要注意的是，店員被處以幫助犯的行為並不是其販售行為，而是其建議行為，販售行為無論如何都是一個合法的行為¹⁵⁹。

三、重塑幫助犯歸責要件

筆者對於幫助犯的處罰基礎有不一樣的詮釋，因此在幫助犯的要件判斷上，也應該有相應的調整，以下從客觀與主觀要件分述之。

¹⁵⁹ 有區分出建議與販賣行為，但對於幫助行為認定的不同看法，古承宗，前揭註23，頁44。

（一）客觀要件：以修正的正犯犯罪計畫為核心

客觀要件可以分為 2 個部分，正犯行為與幫助行為。

1. 正犯的故意不法行為

正犯的故意行為，基於限制從屬與法文字的要求，可罰的幫助行為必須從屬依附於一個不法故意行為之下，一個適格正犯行為也必須至少進入著手階段，倘若僅處於不罰的預備階段，則幫助行為無所附麗。關於這個部分其實要強調的有 2 個部分，「故意」的「正犯行為」。通常討論會集中在正犯行為，但其實正犯的故意也是應該被獨立討論的客體，雖然正犯故意對於正犯而言是主觀構成要件，但是從共犯的角度，他人的主觀要件，為自己的客觀要件¹⁶⁰，而這個觀察重點，也造成通說對於共犯故意理解上的邏輯矛盾。因此就正犯的故意行為部分，應該包含正犯故意以及正犯的不法行為。

2. 幫助行為

幫助行為的部分則為判斷要件的重點所在，在此之下應有 3 個項目分別判斷：是否存在整體風險升高的犯罪計畫變更？正犯是否實現該變更的犯罪計畫？所實現的犯罪計畫是否在構成要件行為之中發生效力？判斷流程首先是事前的（*ex ante*）價值判斷行為風險允許與否，接著則是事後的（*ex post*）實然判斷幫助行為的效力。

（1）提供升高風險的修正犯罪計畫

判斷協助行為是否升高風險，可以用類似於客觀歸責的負面排除法來討論。並不是每個提供犯罪計畫修正的行為，都能夠造成整體犯罪風險的提高。首先是不存在計畫變更，這是大部分舊有幫助犯以及中性幫助犯所涉及的協助部分，例如提供器械、給予鼓勵等等，這些協助行為雖然促進犯罪行為的實行，但實際上並未改變正犯犯罪計畫，此時就不是筆者觀點下幫助犯的範疇。

¹⁶⁰ Frisch, (Fn. 119), S. 284.

再者是雖然其建議改變正犯犯罪計畫，但是並沒有提高原初計畫整體風險。幫助的意涵在於正向有益的促進，倘若協助並未造成實質的風險應然值升高，亦不構成可罰的幫助犯。舉例而言，鄰居告訴即將前往竊盜的行為人，天氣炎熱，你最好帶瓶水，不然中暑就沒力氣竊盜了。行為人欣然接受建議帶了水壺前往，並順利完成竊盜。在舊有幫助犯的判斷基礎上，這是一個典型的幫助行為。雖然鄰居在個案中也真的改變了正犯的犯罪計畫，但是這個改變並沒有造成風險變化，一個有水壺的竊案跟沒水壺的竊案，並沒有風險重要性的區別，即便可能提出的質疑在於，行為人有水就不會中暑，因此有更好的完成犯罪的機會，也提高了風險。但事實上，行為人不會中暑展現出的犯罪能力，應該屬於原初犯罪計畫風險預估值之內，建議帶水壺並保持這個犯罪能力，並沒有讓原初風險值變化，此時鄰居的建議行為，只是讓原初風險有滿足的更大可能性，因此並未產生真正升高風險的犯罪計畫變更。

最後則是犯罪計畫改變的部分必須是正犯構成要件行為實行階段的改變，協助行為提出的犯罪計畫變更，必須是針對正犯行為，且其變更效力於實行階段發生。有名的藍色襯衫案¹⁶¹，行為人計畫毆打被害人，協助者提供一件藍色的襯衫給行為人，讓行為人在行為前後不易被認出。協助者在此改變了正犯的犯罪計畫，但是這個計畫更動不涉及傷害行為，也僅在著手前與既遂後發揮效力。因此這個協助並非可罰的幫助行為。

(2) 實行修正的正犯犯罪計畫

協助者提出一個升高風險的變更計畫，尚不足以作為幫助犯處罰，因為幫助犯僅是共犯，屈居於犯罪的邊緣角色，是否使用計畫，幫助犯不同於共同正犯，並沒有支配可能。透過以上的升高風險價值判斷，接下來要進行的就是實然面的效力判斷。該變更的計畫是否有被使用、執行、發生效力。例如協助者建議竊賊使用梯子進入目標房屋。竊賊根本不聽從這項建議，或是

¹⁶¹ RGST 8, 267, Vgl. Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl., 2019, § 26 Rn. 1 ff.

聽從這項建議，攜帶了梯子去現場，但因為發現大門敞開，根本沒有使用梯子，都可以在這個階段排除可罰性，其僅為不罰的未遂幫助。

(3) 修正的正犯犯罪計畫效力判斷

第三階段，相較於結果前的規範風險判斷，此處要處理的是實然的事後（*ex post*）效力判斷。幫助犯沒有辦法像正犯一樣透過條件理論或合法則理論判斷直接的因果關係，因為幫助行為的效力僅是一種間接甚至取決於正犯行為的弱效力。但我們仍然可以透過變更計畫的實現與否以及該計畫中的預期效力有無發生，和第一階段的升高風險做出比對，藉此來判斷一個類似因果關係的歸責聯繫。

如何判斷新的犯罪計畫是否在構成要件行為或結果中有無發生效力，則取決於新的犯罪計畫與最後實現的犯罪，兩相比較，是否相同？若是相同，則可以肯定協助行為的效力發生於正犯行為之中，而可以處以幫助犯，若不相同，則透過實現與否以及正犯既遂與否，可以分別評價為未遂幫助或幫助未遂。

例如行為人計劃殺害太太，協助者建議行為人使用槍械殺死太太，行為人按照建議取得槍械，並殺死太太，太太也死於槍擊之下，此時修正的犯罪計畫被正犯使用，也在具體構成要件行為與結果中產生效力，協助者因此屬於幫助殺人既遂；如果竊賊聽從建議攜帶梯子，並使用梯子，希望從窗戶進入目標房屋，但因為窗戶新加裝的防盜措施，而不能從窗戶進入，爾後行為人直接破壞大門進入完成竊盜。此時協助者的新犯罪計畫，被正犯所採納（攜帶梯子）並且在現場使用（使用梯子企圖從窗戶進入），但因為這項新的犯罪計畫，並未在最後的既遂犯罪中發生效力（實際上是從大門進入），協助者的計畫被使用但未實現效力，因此僅為幫助未遂。透過這項效力判斷，把風行為也可以比較適當的評價，例如協助者建議竊賊應該找一個把風的人，竊賊在此之前也未曾想過，接納建議後，竊賊找了一個人來負責把風，此時可以區分為 2 種狀況，一種是無人經過；一種是有人經過，把風發生效力。前者情形，因為效力沒有發生在構成要件實現過程中，建議把風的行為僅為幫助未遂，後者則因為實際效力，可以評價為幫助既遂。要注意的是，把風

的人，可能成立共同正犯，但不會成立幫助犯，因為把風的人只是協助實現犯罪計畫中的條件，並沒有提出修正的犯罪計畫。

（二）主觀要件：一階故意與二階故意的判斷框架

如同上述的客觀要件，幫助犯應該認知的對象亦包含：正犯行為、正犯故意、幫助行為三者。在進入細部的討論之前，應該對其分類有一個初步的介紹，本文認為，在共犯的歸責結構中，雙重故意的說法，並沒有很清楚的說明幫助犯的故意客體，筆者對此提出一階故意以及二階故意，表達共犯和正犯不同的故意結構與故意客體。所謂一階故意，就是傳統理解的故意，故意就是認識實現構成要件的事實與侵害法益的意欲，這種針對客觀行為的故意，就是一階故意。二階故意則是指故意認識的客體，並非傳統意義的客觀客體，而是主觀客體，雖然在理解上，對於共犯仍為客觀事項，但其內涵實質則為主觀內容，亦即，針對故意的故意，在共犯情形，則是指共犯對於正犯故意的故意，雖然正犯故意對於共犯而言是一項客觀事實，但因為涉及的內容純然是正犯的故意，因此產生了和一階故意不同的性質。透過這樣的區分，其實也可以比較清楚的理解共犯故意的客體與差異。

另外一項要說明的則是對於幫助犯的故意要求，本文認為僅需間接故意即可，部分有文獻認為要升高故意要求，處理中性幫助情形的做法，其實在邏輯上並不合理。事實上，幫助犯因為是犯罪的邊緣人物，不能支配掌控犯罪，對於犯罪的是否發生如何發生，都只有弱程度的掌握。換句話說，幫助犯先天結構上，就不可能對於正犯行為、正犯故意甚至是幫助行為有確切的認識。至多預見其會發生而已。即便幫助犯對於風險的升高有確切的認識，但是否實現升高風險的行為，仍然取決的正犯的犯罪決意，由於間接的特性，幫助犯先天上就不可能對要件中的故意客體具備直接故意的故意程度。

1. 對正犯行為的故意

對正犯行為的故意為一階故意，最大的爭議在於，共犯對於正犯行為的具體化想像程度，是實際具體的正犯行為，還是抽象的構成要件，依照本文所採取的犯罪計畫修正說，對於這個爭議，應可以順利地解決。

幫助犯所要認知的部分，包含原初犯罪計畫中，幫助犯認為可以修正的部分。這是一種抽象構成要件以上，具體正犯行為以下的認知程度，其不要求幫助犯對於正犯行為或正犯計畫完全的認知，但無論如何，就其被更動的原初部分，幫助犯應該要有所理解。只有在這樣的認知具體程度下，幫助犯才有可能提出升高風險的犯罪計畫變更。不可否認的是，本文也沒辦法提出具體程度的判斷門檻，只能個案透過以上方法來確認共犯的故意要件是否符合，雖然仍非十分具體客觀的操作手法，但筆者認為已經比現有方式更為具體且能操作，實際上幫助犯所要認知到的正犯行為，應會牽涉到犯罪計畫的變更程度、範圍、方式。

對於正犯行為的故意，也可以看出為什麼僅要求幫助犯具備間接故意即可，倘若要求的是直接故意，那將會導致，正犯其實對於犯罪只有間接故意的情形，共犯被要求更高的主觀歸責程度，並不合理。

2. 對正犯故意的故意

對於正犯故意的共犯故意屬二階故意，事實上這也不是筆者獨創，通說針對幫助犯是否知道正犯犯罪決意，分別處理不同情形的中性幫助，其中正犯犯罪決意其實就是這裡所指涉的對正犯故意的故意，究竟幫助犯知不知道正犯具備對於正犯行為的故意。筆者只是透過不同的分類，清楚地把這個認知要件放到主觀要件之中。筆者並不反對這項主觀要件，但筆者反對將這項要件作為判斷中性幫助可罰與否的唯一要件。從結構上可以發現，這不僅是一項主觀要件，還是一項認知主觀要件的主觀要件，雙重主觀的情況下，要如何透過客觀事實與物證確認，甚至作為區別可罰與否的重要判斷基準，其只會造成恣意與法安定性的破壞。

3. 對幫助行為的故意

幫助犯對於自己提出修正的犯罪計畫，其因為修正導致的整體風險升高，以及如何促進構成要件的實現，應該有所認識，亦即幫助犯應該知道修正計畫的效力以及其如何促進正犯行為。

對於變更計畫的風險認知，可以分為 2 個層次，第一個是應然層次，第二個是因為共犯結構所必須考量的間接性。幫助犯可以清楚知道自己的變更計畫，對於整體犯罪所能提高的風險，關於原初計畫與新計畫之間的風險差異，幫助犯可以透過物理法則建立起清楚的理解；但是幫助犯不是間接正犯或是共同正犯，變更的犯罪計畫是否採用、實現，實現過程是否順利，仍掌握在正犯手中。

四、幫助行為的既未遂判斷

首先區分正犯行為是否既遂，在既遂的情形。需要經過下面 3 個步驟判斷，亦即，是否存在風險升高的修正犯罪計畫提供，若否，則仍為法律所容許的行為，若是，則繼續判斷。新計畫是否經由正犯實現，若否，則僅為不罰的未遂幫助，若是，則繼續判斷。實現的新計畫是否在構成要件行為或結果中展現效力，若否，則為幫助未遂，若是，則為幫助既遂。

在正犯行為僅為未遂行為時，則需判斷是否存在風險升高的修正犯罪計畫提供，若否，則仍為法律所容許的行為，若是，則繼續判斷。新計畫是否經由正犯實現，若否，則為不罰的未遂幫助，若是，則為幫助未遂。透過筆者所提出的要件，也可以相比現行學說與實務，對於不罰的未遂幫助、可罰的幫助未遂與幫助既遂，作出較為清楚的區分。

以梯子案舉例：協助者告知正犯，行竊時攜帶梯子，正犯從之，並攜帶、使用梯子，從窗戶進入完成竊盜。此時為幫助既遂；倘若正犯於一開始就拒絕這項提議，或是在前往犯罪途中拋棄梯子，則俱為不罰的未遂幫助；如果正犯攜帶、使用梯子，欲從窗戶進入房屋，但因為防盜措施，無法順利從窗戶進入，只好從梯子走下，爾後破壞大門進入，完成竊盜，此時雖然存在一個升高風險的修正犯罪計畫，正犯也加以實行，但該項計畫的效力並未實現，結果前後的判斷，並不一致。雖然正犯係竊盜既遂，但此時幫助犯僅能被認定為可罰的幫助竊盜未遂；倘若正犯的竊盜僅達著手階段，則視該變更的犯罪計畫有無被正犯使用，分別判斷為不罰的未遂幫助或是可罰的幫助未遂。雖然幫助犯的評價跟隨正犯行為既未遂而有所不同，但是就幫助行為所提供

的幫助效力是否有確實發生在構成要件行為或結果中，也能夠有不同於正犯既未遂的評價結果。

五、案例解析

以下透過本文提及與幫助犯重要案例檢視筆者意見的可行性，即使本文不認為中性幫助是適合處理問題的進路，在案例的研析上，仍以一般幫助與中性幫助作為區分。

（一）一般幫助犯案例

協助者替正犯取得竊盜用的鑰匙、梯子、製造爆裂物的鬧鐘、方便殺人的毒藥或其他工具，皆屬於幫助犯的常見案例類型。不同於學說實務都成立幫助犯，依照筆者見解，以上的協助行為，都不會成立幫助犯。原因在於，協助者即使知道正犯的犯罪計畫，此時的協助行為也僅僅是填補原本犯罪計畫的條件，提供工具的行為，並沒有變更犯罪計畫而升高風險。因此在判斷要件的第一階段，亦即「協助行為提供修正犯罪計畫且升高整體風險」，就已經排除該當可能。即使這個協助行為所填補的條件相當的困難，但終究只有讓原本犯罪計畫的原初風險接近預期值，並沒有真正的升高整體犯罪計畫的風險。因此，不應該具有幫助可罰性，此時的協助行為，仍為法律所允許的行為。倘若立法者認為，對於這種知道他人犯罪計畫仍不阻止不救助的行為，有處罰必要，那可以另外參考德國刑法不救助、不通報罪，但即使我國有類似德國刑法第 323c 與第 138 條的規定，所評價的對象仍是協助者不救助、不通報的不作為，而非提供特定協助的作為行為。真正要處罰的幫助行為應該是透過提供正犯修正犯罪計畫，升高風險，是否由同一個人提供協助，並不重要，換句話說，提供刀械的人與告知正犯可以使用刀械犯案，後者在正犯不確定要使用何種方式犯案的情形，才是可罰的幫助犯，而提供刀械，通常只會是填補犯罪計畫條件，並不會涉及犯罪計畫的變更，除非這個行為同時具有默示的意思表示，讓正犯改變了犯罪計畫。

把風是另一個常見的幫助犯處罰類型，排除掉共同正犯把風情形，主要難解的問題在於，如果把風時根本沒有出現任何需要警報的跡象，是否能夠以幫助相繩，亦即一個事後觀察多餘的幫助行為，能不能作為幫助犯處罰。依筆者之見，如果協助者建議正犯，行竊時應該要有人把風，正犯從之，並要求他人為之把風，此時協助者的建議行為，具體改變了犯罪計畫，升高了整體風險，正犯也實現了這個計畫，但把風的效果有沒有在構成要件行為或結果中實現，則要看具體案件中，有沒有需要警報的情況出現，如果根本沒有人經過，則此時僅為幫助竊盜未遂，因為修正犯罪計畫的效力沒有出現在構成要件結果之中；如果出現需要警報的情況，把風的人也因此通報正犯，此時則幫助竊盜既遂無疑。需要補充的是，真正進行把風的人，應該是共同正犯或是不罰的行為，因為把風行為僅是填補犯罪計畫的條件，並不是改變犯罪計畫的行為。另外值得一提的是，部分見解把無效的把風行為當作增強犯罪決意的心理幫助行為，但如前所述，增強犯罪決意的心理幫助行為本質上就不會是一個改變犯罪計畫的並造成整體風險升高的行為，也無從作為幫助犯處罰，如此對於判斷幫助可罰的界線，也會相較通說更為清楚。

（二）傳統中性幫助犯案例

中性幫助最常見的討論就是購買刀械協助殺人行為、購買麵包協助下毒行為、或是前文中的販賣香菸機器幫助逃漏稅捐。依照筆者意見，三者都不是要處罰的幫助行為。無論店員是否知曉正犯的犯罪目的，販賣刀具、麵包、備用鑰匙、開鎖器具，都僅僅是在滿足原本正犯犯罪計畫中的條件，販賣行為不會改變正犯的犯罪計畫，就無從成為可罰的幫助行為。除非，協助者在販賣的過程中提出相關的建議，例如告知行為人，哪一把刀更適合殺人，哪一種麵包更適合配合毒藥，這時候，協助者的建議行為提供了犯罪計畫的修正可能，相較原初犯罪計畫風險，修正計畫升高整體風險，之後正犯並實現該計畫，此一計畫效力並具體呈現在構成要件行為與結果中，則協助者因為其建議行為和正犯行為建立出不法關聯，正犯的犯罪行為就可以例外擴張其處罰範圍到幫助犯。可以發現，依照筆者的建議，大部分的中性幫助犯會在

客觀要件就排除可罰性，主觀決定可罰性的情況相對稀少，對於法安定性也有一定的幫助。要注意的是，販賣行為無論如何都是法律所容許的行為，刑法所評價的對象是幫助犯的建議行為，因為其建議行為提供正犯犯罪計畫的修正可能，並升高了整體犯罪計畫風險。

在提供服務的情形，例如我國 ezPeer 案、二級電信案、德國隱匿匯款與扣款服務案。ezPeer 案要討論的應該是教唆犯的處罰，單就幫助犯的討論，則不具有可罰性，原因在於 P2P 服務在此僅是一項工具，如上述所說販賣或提供工具的情形，僅是在滿足正犯犯罪計畫的其中部分條件，這種填補條件的行為無從改變正犯犯罪計畫，而只有改變犯罪計畫的行為才能夠建立出幫助行為與正犯行為的不法關聯，也只有這樣才能例外把正犯的刑責擴大到第三人的處罰。二級電信案，同樣僅是在提供一定的服務，並且依照詐欺集團的指示，做出相對應的搭配，這種依照正犯要求的協助行為，則必定為滿足原初犯罪計畫的條件，則不會該當幫助犯的處罰，因為不存在升高風險的計畫變更。

就德國的隱匿匯款案，如果正犯不知道要如何完成隱匿匯款的步驟，也不清楚要如何才能逃漏稅捐，此時行員的隱匿匯款行為，就會是一個升高風險的犯罪計畫變更行為，因為其利用專業知識，把正犯犯罪計畫中尚缺乏或是仍須具體的部分建構出來，爾後正犯也實現其計畫，該計畫也發生在隨後的逃漏稅捐罪具體結果中，行員也具備幫助犯的主觀要件，則可以認定為幫助逃漏稅捐罪。行員是否有親自匯款並不重要，重要的是此案中，行員藉由匯款行為具體修正了犯罪計畫，所以才該當幫助犯的處罰。扣款服務案則因為其服務是原初正犯犯罪計畫中的一環，僅係填補犯罪條件，而不能以幫助犯處罰，這種結果也比較合乎現代分工社會下各種產品與服務提供的風險配置，該服務雖具風險，但屬於法律所容許的風險，不會因為協助者知曉了特定事實，就改變了該行為的危險本質。

另外在律師寄信案，應先檢討律師是否根本成立共同正犯，在排除共同正犯的情況下，則只有在律師提出由自己寄出警告函，並且正犯加以同意，則其建議行為便可以當作幫助行為處罰，因為此時律師的建議，提供犯罪計

畫修正的可能，其修正之計畫風險亦大於原本正犯所計畫之範圍，除非是共同正犯的討論，否則其寄出警告函的行為自始不是應該被評價的行為。在家庭中性行為案，被告提供零件與指示的行為只是修車行為，不涉及後續竊盜計畫，兩者無法產生建立共犯不法的實質從屬，即便修車行為產生了一定的現實歷程更動，但其必不涉及風險升高的犯罪計畫變更，因此不能以幫助犯加以處罰。

伍、結 論

本文結論如下：

1. 幫助犯的一般歸責要件中，客觀要件無法清楚決定促進或因果關係具備與否；主觀要件對於幫助犯必須要認識的故意客體，也有邏輯上的謬誤。同時中性幫助至今仍沒有相當完善的解決方式，原因在於這並不是一個適合處理問題的路徑，職業行為在正犯層次往往有更高的處罰密度，但在共犯層次，卻反被認為是一種排除可罰的原因。中性幫助的概念是因為正犯歸責與風險控管的想法不經調整直接套用到共犯判斷，但幫助行為可罰與否，實則與風險來源無關，經過仔細討論，核心問題在於幫助犯的一般歸責理論需要調整，而非職業行為具備不同對待的正當基礎。
2. 本文認為可罰的幫助行為係藉由提供修正的犯罪計畫並且升高整體風險的行為，倘若單純滿足原初正犯犯罪計畫的條件，此時仍為法律所容許的風險。
3. 幫助犯的客觀要件：正犯的故意不法行為、幫助行為，後者可以透過（1）協助行為提供升高風險的修正犯罪計畫，（2）實行修正的正犯犯罪計畫，（3）修正的正犯犯罪計畫效力判斷，加以處理；主觀要件可以透過一階與二階故意分別討論（1）對正犯行為的既遂故意、（2）對正犯故意的故意、（3）對幫助行為的故意。
4. 幫助犯的既未遂判斷，一方面繫於正犯行為既遂與否，另一方面則取決於，變更的犯罪計畫是否實施與發生效力。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉（2024），《刑法總則》，10 版，新學林。
- 古承宗（2019），〈中性職業行為與可罰的幫助〉，收於：甘添貴、黃惠婷、蕭宏宜、古承宗、蔡聖偉、吳天雲、蔡蕙芳，《幫助犯》，頁 39-45，元照。
- （2021），〈論刑法上的間接侵害著作權〉，《月旦法學雜誌》，312 期，頁 117-139。http://doi.org/10.3966/1025593131207
- 李錫棟（2017），〈中性幫助行為之可罰性判斷〉，收於：台灣比較刑法學會（編），《國際刑事法學之新脈動：余振華教授六秩晉五壽誕祝賀論文集（第一卷）》，頁 509-535，新學林。
- 林鈺雄（2022），《新刑法總則》，10 版，元照。
- 洪兆承（2012），〈從中性幫助論幫助犯的成立要件〉，《刑事法雜誌》，56 卷 3 期，頁 131-180。
- 許澤天（2023），《刑法總則》，4 版，新學林。
- 陳俊偉（2023），〈論提供帳戶行為的幫助詐欺或幫助洗錢故意〉，《台灣法律人》，26 期，頁 48-73。
- 黃惠婷（2019），〈中性行為之幫助性質〉，收於：甘添貴、黃惠婷、蕭宏宜、古承宗、蔡聖偉、吳天雲、蔡蕙芳，《幫助犯》，頁 29-38，元照。
- （2019），〈幫助犯之幫助行為：兼探討網路服務提供者之刑責〉，收於：甘添貴、黃惠婷、蕭宏宜、古承宗、蔡聖偉、吳天雲、蔡蕙芳，《幫助犯》，頁 115-139，元照。
- （2019），〈幫助故意〉，收於：甘添貴、黃惠婷、蕭宏宜、古承宗、蔡聖偉、吳天雲、蔡蕙芳，《幫助犯》，頁 6-13，元照。
- 蔡聖偉（2013），〈論幫助行為之因果關係〉，《政大法學評論》，134 期，頁 173-227。https://doi.org/10.3966/102398202013090134004

蔡蕙芳（2019），〈P2P 網站經營者之作為幫助犯足認與中性業務行為理論之適用〉，收於：甘添貴、黃惠婷、蕭宏宜、古承宗、蔡聖偉、吳天雲、蔡蕙芳，《幫助犯》，頁 191-234，元照。

蕭弘宜（2019），〈擇一故意與幫助故意〉，收於：甘添貴、黃惠婷、蕭宏宜、古承宗、蔡聖偉、吳天雲、蔡蕙芳，《幫助犯》，頁 14-23，元照。

二、德文部分

Ambos, K. (2000). Beihilfe durch Alltagshandlungen. *Juristische Arbeitsblätter*, 721-725.

Amelung, K. (1999). Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands. In E. Samson (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag* (S. 9-30). Nomos.

Baun, L. (2019). *Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen*. Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845296746>

Cirener, G./Radtke, H./ Rissing-van Saan, R./ Rönna, T./Schluckebier W. (Hrsg.) (2020). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (13. Aufl., Bd. 2). De Gruyter.

Erb, V./Schäfer, J. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum StGB* (4. Aufl., Bd. 1). C. H. Beck.

Frisch, W. (1988). *Tatbestandmäßigen Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. C. F. Müller.

----- (2002). Beihilfe durch neutrale Handlungen. In C. Prittwitz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag* (S. 539-558). Nomos.

Hartmann, A. (2004). Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 585-617. <https://doi.org/10.1515/zstw.116.3.585>

Hassemer, W. (1995). Professionelle Adäquanz (Teil I, Teil II). *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 41-46 und 81-85.

- Hefendehl, R. (1992). Die missbrauchte Farbkopierer. *Juristische Ausbildung*, 374-384.
- Heinrich, B. (2022). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl.). Kohlhammer.
- Herzberg, R. D. (1971). Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1-12.
- Hillenkamp, T./Cornelius, K. (2023). 32 Probleme aus dem Strafrecht: *Allgemeiner Teil* (16. Aufl.). Franz Vahlen.
- Jakobs, G. (1977). Regressverbot beim Erfolgsdelikt – Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1-35. <https://doi.org/10.1515/zstw.1977.89.1.1>
- (1993). *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch* (2. Aufl.). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110906424>
- Kindhäuser, U. (2021). *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Nomos.
- Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U./Saliger F. (Hrsg.) (2023). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. Aufl., Bd. 1). Nomos.
- Kindhäuser, U./Zimmermann, T. (2022). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (10. Aufl.). Nomos.
- Kudlich, H. (2000). Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter. *JuristenZeitung*, 1175-1180.
- (2004). *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*. Duncker & Humblot.
- Lesch, H. (2014). Beihilfe durch „rollenadäquates“ Verhalten?. In: K. Lüderssen/K. Volk/E. Wahle (Hrsg.), *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag* (S. 448-473). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845244099-448>

- Löwe-Krahl, O. (1995). Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden- die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen. *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 201-206.
- Metzger, E. (1933). *Strafrecht: Ein Lehrbuch* (2. Aufl.). Duncker & Humblot.
- Meyer-Arndt, L. (1989). Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrech*, 281-287.
- Montenbruck, A. (1972). Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 323-352. <https://doi.org/10.1515/zstw.1972.84.2.323>
- Niedermair, H. (1995). Strafloße Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 507-544. <https://doi.org/10.1515/zstw.1995.107.3.507>
- Otto, H. (1998). „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe. In A. Eser (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (S. 193-226). C. H. Beck.
- Puppe, I. (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung* (4. Aufl.). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845289595>
- Rackow, P. (2007). *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Peter Lang.
- Roxin, C. (1995). Was ist Beihilfe? In K. Hans-Heiner (Hrsg.), *Festschrift für Kochi Miyazawa* (S. 501-518). Nomos.
- (1995). Zur Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes. In A. Eser (Hrsg.), *Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes* (S. 129-137). Heymann.
- (1993). Zum Strafgrund der Teilnahme. In W. Küper (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag* (S. 365-382). C. F. Müller.
- (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (Bd. 2). C. H. Beck.

- (2015). Strafbarkeitsprobleme beim Masseninkasso für betrügerische Gewinnspieleintragungsdienste. *Strafverteidiger*, 447-451.
<https://doi.org/10.1515/stv-2015-0706>
- Samson, E. (1972). *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*. Metzner.
- (1974). Die Kausalität der Beihilfe. in: J. Baumann (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag* (S. 121-136). Mohr.
- Satzger, H. (2008). Teilnahmestrafbarkeit und Doppelvorsatz. *Juristische Ausbildung*, 514-523.
- Schaffstein, F. (1970). Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe. In: E. Barth (Hrsg.), *Festschrift für Richard M. Honig* (S. 169-184). Schwartz
- Schild Treppe, G. (1995). *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*. Stämpfli.
- Schmorl, A. (2022). *Die Grenzen der Beihilfesträfbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. Duncker & Humblot.
- Schumann, H. (1986). *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Theile, H. (1999). *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*. Peter Lang.
- Vogler, T. (1972). Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat. In H. Lüttger/H. Blei/P. Hanau (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag* (S. 295-316). De Gruyter.
<https://doi.org/10.1515/9783110907629-021>
- Weigend, T. (1998). Grenzen strafbarer Beihilfe. In A. Eser (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag* (S. 197-214). Nomos.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 491-566.
<https://doi.org/10.1515/zstw.1939.58.1.491>

Wessels, J./Beulke, W./Satzger, H. (2022). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (52. Aufl.). C. F. Müller.

Wohleben, M. (1996), *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. C. H. Beck.

Wolff-Reske, M. (1995). *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung: ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit*. Nomos.

Wolter J. (Hrsg.) (2017). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (9. Aufl., Bd.1) Carl Heymanns.

The Reconstruction of Attribution Elements in Accessory

*Tao Lin**

Abstract

This article examines the concept of general and neutral assistance. At present, both the objective and subjective criteria for liability of general assistance elicit ambiguity. For objective criteria, both legal practice and literature encounter challenges in establishing efficient criteria not only for objectively identifying the unlawful nature of aiding acts but also for establishing the causation between aiding acts and the principal offense. The determinations appear to be arbitrary, regardless of whether they focus on facilitating elements in legal practices or increased risk associated with a causal relationship. And for the subjective criteria, the inappropriate combination of the object of intention leads to a logical problem.

Regarding the concept of neutral assistance, there is no unified definition or comprehensive criteria for determining liability in Taiwan. On the contrary, the legal practices in Germany exhibit a relatively stable opinion; however, concerns arise due to the absence of precise objective criteria, leading to the consequence, that the judgement of liability relies solely on subjective criteria. Furthermore, the prevailing theory also fails to propose logical interpretations for neutral assistance. The challenges raised by neutral assistance require a critical review of the liability discussion of general assistance. This is because neutral assistance only exposes the problems within the criteria for attributing liability in cases of general assistance. Therefore, for a proper assessment of neutral assistance, it is important to address the issues related to the attributive liability discussion of general assistance.

* Assistant Professor at School of Law, Fu-Jen University; Dr. jur., Munich University, Germany.

E-mail: 163046@mail.fju.edu.tw

Consequently, this article presents new attributive perspectives and criteria that result from an examination of the liability of general assistance theory. Criminally punishable liability involves aiding actions that unilaterally provide the possibilities of modifying the criminal plan of the principal offender, thereby increasing the overall criminal risk. If the aiding actions merely fulfill the initial criminal plan conditions, they do not qualify as criminally punishable aiding actions and remain within the legally permitted realm of acceptable risk.

Keywords: General assistance, neutral assistance, causation, increased risk, intention of accessory, criminal plan

