

刑法判解

偽證罪無共同正犯

最高法院102年度台上字第4738號判決

【實務選擇題】

依實務見解，下列何敘述錯誤？

- (A) 甲教唆乙於丙為被告之刑事審判中，以證人身分為虛偽陳述，甲可能成立偽證罪之教唆犯。
- (B) 甲幫助乙於丙為被告之刑事審判中，以證人身分為虛偽陳述，甲可能成立偽證罪之幫助犯。
- (C) 甲利用乙於丙為被告之刑事審判中，以證人身分為虛偽陳述，甲可能成立偽證罪之間接正犯。
- (D) 甲利用乙對丙女為強制性交，甲可能成立強制性交罪之間接正犯。

答案：D

【裁判要旨】

偽證罪係屬學說上所謂之「己手犯」，「己手犯」之特徵在於正犯以外之人，雖可對之加功而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，亦即該罪之正犯行為，唯有藉由正犯一己親手實行之，他人不可能參與其間，縱有犯意聯絡，仍非可論以共同正犯。

【裁判分析】

一、共同正犯

依我國刑法第28條，二人以上，以共同犯罪之決意，各自分擔犯罪計畫之一部，而共同實現犯罪之人，為共同正犯。學說有認為其成立基礎，在於犯罪支配理論中的功能支配觀點，也就是透過分工合作與角色分配，各自取得犯罪支配地位，也是因為如此，所以可將其視為單一犯罪整體，適用一部行為全部責任之法理，即使各個共同正犯只有施行犯罪行為之一部，但仍能將他共同正犯之犯罪結果視為自己之作品，而直接的交互歸責。

而在司法院釋字第109號解釋出現後，以主、客觀擇一理論，認為以自己共

同犯罪之意思，參與實施構成要件以外之行為，仍為共同正犯而承認共謀共同正犯（也就是共同正犯可以只有參與主觀的犯罪計畫之謀議，而客觀上並未共同實施實行行為），而實務以此見解，開展我國各式各樣的共同正犯。

二、己手犯之意義

其指行為人必須直接親自實施構成要件行為始能構成的犯罪，不能假手他人為之。其法理基礎在於行為人必須親自實施構成要件行為，才能滿足該要件所特定之不法內涵，職是之故，非親身實施者，不能成立正犯、共同正犯或間接正犯，最多只能成立教唆或幫助犯等共犯。

三、己手犯之類型

典型的犯罪如刑法第239條之通姦罪，有配偶之人需親自與配偶以外之人性交方能構成通姦罪，無法假手他人或利用間接正犯的方法為之，但第221條之強制性交罪則非己手犯，故雖非親自實施性交，仍有可能構成強制性交之共同正犯，而且亦有可能利用無責任能力人為強制性交之行為，而構成該罪之間接正犯。其他類型尚有重婚罪、偽證罪等。

又有認為己手犯可分成形式己手犯與實質己手犯。形式己手犯指法律上已排除間接正犯之行為類型之犯罪，例如：刑法第213條之公務員登載不實罪與第214條之使公務員登載不實罪，後者乃前者之間接正犯形式。

實質己手犯乃實質上完全排除間接正犯犯行之犯罪，可分為純正己手犯與不純正己手犯，前者指及任何型態都不可能以間接正犯加以施行之犯罪，如刑法第168條之偽證罪，已具結之證人不可能利用他人加以偽證，而非具結證人之他人，亦不可能利用具結之人觸犯此類犯罪。至於不純正己手犯，即能成立犯罪者利用無法成立犯罪者實施犯行時，可以成立己手犯，但反過來，不具有特殊身分者利用有身分者，則不能成立該犯罪，例如刑法第122條之公務員收賄罪，公務員可利用不具身分的妻子實行犯罪而成立正犯，但不具公務員身分的妻子即使利用具公務員身分的丈夫，則無法成立犯罪。

【關鍵字】

己手犯、正犯與共犯、偽證罪、通姦罪、犯罪支配。

【相關法條】

刑法第28、31、168、213、214、239條。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，《新刑法總論》，2009年9月，2版，頁105-106、411-450。
2. 陳子平，《刑法總論》，2008年，頁468-469。