


想請問純正身份犯一定是己手犯嗎,再請問己手犯一定會有特殊身份嗎(己手犯是否為身份犯?)能否以案例解析

 匿名 (進階會員) 刑事犯罪 / 刑法原則 2021-06-03 13:35

 洪品毅 (認證法律人)

讚：4 留言：0
2021-06-12 09:08

論身分犯之犯罪參與^[1]

身分要素區分理論

(一) 純正與不純正身分之區分：

首先純正身分犯與不純正身分犯的區分，係通說上用來區分刑法第31條兩項規定的適用範圍。

身分有無在於建構犯罪者，適用第1項，此種身分稱為構成身分要素，此種犯罪為純正身分犯^[2]。例如，受賄罪中的公務員資格、枉法裁判罪中的法官資格、背信罪中的為他人處理財產事務資格，以及不純正不作為犯中的保證人資格^[3]。

而身分有無，僅是刑罰輕重而已，應適用第2項，此種身分稱為加減身分要素，此種犯罪為不純正身分犯^[4]。例如，生母殺嬰罪中之生母資格、殺直系血親尊親屬罪中之直系血親卑親屬資格。

(二) 不法與罪責身分之區分：

少數說認為，身分要素無論是構成身分要素，抑或加減身分要素都不重要，重要的是，不法要素與罪責要素的區分^[5]。只要是不法要素，皆能透過他人加以實現，而罪責要素僅有行為人個人能夠實現。因此，刑法第31條可謂是錯誤立法，應對刑法第31條作成合於刑法理論的解釋，或是根本刪除之。

對於刑法第31條為合理的解釋^[6]，係指：第1項僅適用於不法身分要素，即使參與者無特定身分，其仍成立本罪。因此，當身分要素是罪責要素時，無此身分者，仍不應論以此罪。第2項僅適用於罪責要素，即參與者無特定身分，始論通常之罪（刑）。因此，當身分要素是不法加重或減輕要素時，無此身分者，仍論以加重或減輕之罪。

主體要素

(一) 正犯參與者

在刑法總則，當認定行為人是一個正犯時，其須實現犯罪之構成要件事實，無論他是親自為之（直接正犯），亦或利用他人為之（間接正犯），單獨為之（單獨正犯）亦或夥同他人為之（共同正犯）。

接下來則是討論，在刑法分則當中，立法者針對個別刑法分則的條文，使用「某某人」（例如公務員）概念，則其他犯罪參與者本身欠缺此種身分，如何該當本罪之主體要素？

1. 採取通說的理解，則應先探究是純正或不純正之區分

純正者，依照我國學說見解認為行為人縱使具備犯罪支配，但未具備純正身分犯的法定行為人資格者，則仍舊不能成立正犯^[7]。惟依我國刑法第31條第1項「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行...者，雖無特定關係，仍以正犯...論。但得減輕其刑。」即共同參與者仍成立本罪，但得減輕其刑。因此，適用法條的結果是，主體要素仍然該當^[8]、^[9]。本條僅「擬制擴張」共同正犯，而不及於間接正犯，因此無身分者藉由有身分者實施犯罪，是不能透過本條加以論處^[10]。

不純正者，我國刑法第31條第2項「...其無特定關係之人，科以通常之刑。」即參與者僅成立普通之罪^[11]。

2. 採少數說見解

應先探究不法要素與罪責要素之區分：如為不法要素，則行為人縱使欠缺身分，亦能藉由其他有該身分者而實現之；如為罪責要素，則須由行為人親自使之實現^[12]。

以業務登載不實罪（刑法第215條）為例，多數說認為「從事業務之人」為本罪之身分要素，且為純正身分犯，因此，無業務身分者與有業務身分者共同對於業務上文書登載不實，後者論以本罪，前者則依照刑法第31條第1項亦論以本罪，但得減輕其刑。又無義務身分者利用有業務身分者對於文書登載不實，無業務身分者不成立本罪之正犯，蓋第31條第1項並無擬制間接正犯規定，其最多僅能論以本罪之教唆犯或幫助犯。

惟依照少數說觀點，應先探究「從事業務之人」究竟是不法要素，抑或罪責要素。論者認為，其係罪責要素，蓋任何人對於他人業務上文書加以登載不實，皆會造成法益侵害，而立法者之所以將本罪限定於「從事業務之人」，乃是因為對於無業務身分者無從期待其保證業務文書記載之真實。因此，無業務身分者即不可能成立本罪之正犯（且基於共犯的限制從屬性理論，其亦無從成立共犯，容後詳述）^[13]。

(二) 共犯參與者

1. 採取通說的理解

若欲採行通說標準（認為身分要素是「構成身分要素」與「加減身分要素」的區別），則應探究犯罪構成要件之主體要素，究竟是構成身分要素抑或加減身分要素，而分別援引第31條第1項或第2項，加以論罪。

有認為無資格者原本即有可能成立共犯，無須透過法條規定，是第31條第1項對於幫助犯、教唆犯之立法，係屬多餘贅文^[14]。另有認為刑法第31條第2項起到共犯之犯罪審查中變更罪名的效果，即教唆或幫助他人違犯加重、減輕之罪，原應成立此罪之共犯，惟依照本條規定導正為成立一般罪之共犯^[15]。

2. 採少數說的理解

若採行少數說之見，認為身分要素是「不法要素」與「罪責要素」的區別，則應探究犯罪之主體要素究竟

是不法要素抑或罪責要素，而分別基於共犯限制從屬性理論，加以論罪。

己手犯的要素定位與其承認與否

(一) 己手犯概念的提出

次而討論的是，立法者使用的「行為概念」，是否限於行為人親自為之，抑或可藉由他人的手來實現之。以下舉例：殺人行為、竊取行為：這些概念本身，並未限制行為人必須用拳頭打死被害人或偷走被害人的皮包，反而其藉由「一系列工具」（例如，槍、定時炸彈、幼童）亦可實行犯罪。是此種犯罪便得成立間接正犯或共同正犯。

多數說提出「己手犯」概念，認為特定犯罪的行為一定要由人親自為之^[16]，例如，醉態駕車罪中之駕駛、偽證罪中之虛偽陳述等，即無藉由他人之手實現的可能。此種犯罪下的正犯，僅能是行為支配（即單獨正犯），而不得是意思支配（即間接正犯）或功能支配（即共同正犯），因此，也被歸類在廣義的純正身分犯下^[17]。

(二) 「己手」要素定位

關於行為人須親自實行這樣的意涵來說，己手犯應非身分犯，而是對於犯罪行為模式的限制。

(三) 己手犯概念的否認

然而多數說並未提出界定「己手犯」的標準，其究竟是應然命題，抑或實然命題。若為應然者，自須找到其概念目的與定義^[18]（僅承認行為支配之犯罪構成，是己手犯概念的法律效果），抑或為實然者—依據經驗無從由他人代為實施可能性者，則依賴人類經驗加以認識其可^[19]、^[20]，爭論莫衷一是。

依照少數說的觀點，己手犯的概念是不應採取的，蓋刑法既然以保護法益為其目的，則無論行為人親手破壞法益，或協同他人或利用他人為之，都是破壞法益的行為，皆應受到處罰^[21]。以偽證罪為例，甲命令乙於法庭上具結並作出偽證，乙成立偽證罪；至於甲，依照己手犯概念，其不成立本罪之間接正犯，依照法益侵害觀點，甲命令證人虛偽陳述是破壞法益，成立本罪^[22]。

註腳

[1] 本文之註釋，若無記載年份、出版日期者，即以本文刊登日期前該著作最新之出版日期與版次為準。

[2] 林山田，刑法總論（下），頁143；許澤天，刑法總則，頁358、359；林鈺雄，刑法總則，2016年9月，5版，頁108、487。

[3] 許澤天，刑法總則，頁357；林鈺雄，刑法總則，頁419。

[4] 林山田，刑法通論（下），頁148；許澤天，刑法總則，頁358、361；林鈺雄，刑法總則，2016年9月，5版，頁108、487。

[5] 論者對於刑法第31條之批評，參見，黃榮堅，基礎刑法學（下），頁775以下。

[6] 張天一，「雙重身分犯」之概念，月旦法學教室，第183期，2018年1月，頁26；黃榮堅，基礎刑法

學（下），頁777。

- [7] 林山田，刑法通論（下冊），頁46、144；許澤天，刑法總則，頁359；林鈺雄，刑法總則，2016年9月，5版，頁417、487。
- [8] 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，頁210；柯耀程，參與論（七）—特殊參與關係的分析檢討，月旦法學雜誌，第172期，2009年9月，頁266。有學者認為將共同正犯納入第31條第1項係屬立法錯誤，如林山田，刑法通論（下），頁146-147；黃常仁，刑法總論，頁260；柯耀程，參與論（七）—特殊參與關係的分析檢討，月旦法學雜誌，第172期，2009年9月，頁267。
- [9] 有認為應修正為「...以具有該身分論。」始能說明主體要素如何在犯罪審查中該當，參照，鄭逸哲，修法後的「正犯與共犯」構成要件適用與處罰（下），月旦法學教室，第41期，頁93-94。此意見可資贊同。
- [10] 林山田，刑法通論（下冊），頁148；許澤天，刑法總則，頁363。
- [11] 論者批評此規定僅是反應刑法分則個別規範間的「特別—補充」法條競合關係，於正犯上無特別明文的必要。參照，鄭逸哲，修法後的「正犯與共犯」構成要件適用與處罰（下），月旦法學教室，第41期，頁93。
- [12] 黃榮堅，基礎刑法學（下），頁768以下。
- [13] 黃榮堅，基礎刑法學（下），頁772-773。
- [14] 林山田，刑法通論（下），頁146；鄭逸哲，修法後的「正犯與共犯」構成要件適用與處罰（下），月旦法學教室，第41期，頁94；柯耀程，參與論（七）—特殊參與關係的分析檢討，月旦法學雜誌，第172期，2009年9月，頁267；雖有認為「仍以共犯論」之文字係屬多餘，但仍肯定本條使身分教唆犯的法定刑低於一般的教唆犯，而使身分幫助犯的法定刑得再度減輕，有其實益。參照，許澤天，刑法總則，頁359、360。
- [15] 鄭逸哲，修法後的「正犯與共犯」構成要件適用與處罰（下），月旦法學教室，第41期，頁93。
- [16] 亦有稱之為親手犯，如林山田，刑法通論（下），頁47、65。
- [17] Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, §173, Rn. 8.轉引自，張天一，論「己手犯」，月旦法學教室，第9期，頁94；林鈺雄，刑法總則，頁108、417；實務同見，僅參照最高法院102台上4738刑事判決：「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。」
- [18] Roxin提出的判準是若非親自為之，即無從彰顯本罪之行為非價，為純正己手犯，是此種犯罪其無成立間接正犯或共同正犯可能。另認為構成要件行為要素的表面解釋為限於親自實行，但實質上著重法律課予特定義務的不履行，為不純正己手犯，行為人是否具備此種義務，始為重點，例如偽證罪之真實陳述義務，而非是否親自實行。Roxin, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1993, §25, Rn. 44；Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, S. 410ff. 轉引自，張天一，論「己手犯」，月旦法學教室，第9期，頁96。
- [19] 德國學界提出的「身體活動理論」（Körperbewegungstheorie）即是植基於經驗所獲致，認為特定犯罪在成立上要求一定的身體活動，則行為人唯有藉由自己的身體活動始能該當該罪之行為要素。

同樣的，字義理論（Wortlauttheorie）要求藉由一般語言習慣及文法上，判斷該罪之行為要素是否具有親自實行性，也是植基於經驗式的認定。上開理論之介紹，參照張天一，論「己手犯」，月旦法學教室，第9期，頁94以下。

[20]多數說認為重婚罪屬於己手犯，蓋結婚僅能由夫妻當事人親自為之。惟黃榮堅教授基於實然面向提出結婚作為一種事實行為，仍有證人、古時父母參與可能，非要夫親親自為之。參照，黃榮堅，基礎刑法學（下），頁760-761。

[21]張天一，論「己手犯」，月旦法學教室，第9期，頁101；黃榮堅，基礎刑法學（下），頁768以下。

[22]柯耀程，刑法釋論，2014年，頁592-593。

► 純正身分犯，不純正身分犯，犯罪參與，己手犯
