

《刑法概要》

- 一、幫派分子甲知其仇敵某乙於某日某時某處海邊將乘膠筏潛逃出境，遂攜帶私藏德製HK USP制式手槍（有效射程不超過450M）前往，奈何到現場時，乙已搭載膠筏遠離岸邊快達1公里之處。憤怒的甲對著遠邊某乙的小黑影拿槍狂轟，大罵「給我去死」，直至彈匣子彈用完為止，然乙完全毫髮無傷。試問某甲之殺人罪責應如何論斷？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於不能未遂的理解。
答題關鍵	依據題目，已經暗示甲持射程450公尺的手槍，當然無法射中距離1公里遠的乙，甲雖大罵給我去死，是誤導大家討論構成殺人未遂罪之描述。冷靜下來想，就跟在台北的甲對著台南的乙開槍一樣，根本不可能射中，就會知道題目想考的是無危險的不能未遂。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第二回，旭律編撰，頁37。 2.《刑法爭點解讀》，高點出版，旭律編著，頁3-86，2018年11月（5版）。

答：

- (一)甲開槍殺乙的行為，為不能犯（刑法第26條），而不構成刑法第271條第2項故意殺人未遂罪。
- 主觀上，甲明知並有意槍殺乙的行為，具有殺人故意；客觀上，依主客觀混合理論，依甲主觀犯罪藍圖，業已開槍再以一般人觀點判斷，將對乙的生命法益造成危害，已該當殺人犯罪之著手，惟未發生乙死亡結果，犯罪構成要件未既遂。
 - 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
 - 然有疑問者在於，甲對射程外的乙開槍之行為，既然行為不能發生犯罪結果，是否屬於無危險的行為，而得適用不能未遂不罰之法律效果？
 - (1)依實務多數見解，係採取具體危險說之看法，並認為有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷。依此，不論依照客觀一般人或行為人主觀上特別認知，對於手槍的射程距離僅有450公尺，再依客觀一般人知識經驗，本即無法對於1公里外之乙造成生命危險，而屬於無侵害法益危險之不能未遂。
 - (2)然管見以為，未遂行為之所以被認為侵犯法律之意義薄弱，是奠基於一般社會大眾主觀上對其行為之危險認知（發生結果可能性之認知），唯有行為人出於「重大無知」，將本質上不可能達到既遂之行為誤以為可能導致既遂，並進而實行客觀上完全欠缺危險性的行為，始能受不能未遂之評價而邀刑罰之寬容。基此，以甲主觀上對於槍枝射程距離為450公尺為判斷背景，於行為當時，以一般人角度均不可能射擊到1公里外的乙，屬於重大無知的不能未遂，為不罰的不能未遂。
 - (3)此外，有學者認為，刑法第26條的不罰，是指「不構成犯罪」，並且因為手槍射程不足的行為，根本沒有製造法所不容許的風險，既不存在構成要件行為，根本沒有著手，也無所謂未遂可言，因此欠缺應罰性，犯罪不成立。此見解殊值傾聽。

綜上，甲上開行為為不能未遂，不罰。

- 二、假釋犯甲義氣相挺友人乙，於半夜無人時分，使用一己名牌打火機點燃自製的汽油彈，焚毀停在路邊的乙的仇家丁之豪華名車，後，前往乙家告知此事，乙聽聞後，與丙共同協議，為免甲入監，趁警方偵查尚不知何人縱火時機，由無前科之丙前往警局，以丙一己名義自承縱火乙事，乙亦在協議之下將甲之打火機擦拭乾淨去除指紋後交付予丙當作丙的犯案證物。試問乙、丙之罪責應如何論處？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗頂替罪己手犯性質及湮滅證據罪中，關於「他人刑事被告案件」解釋。
答題關鍵	本題必須注意頂替罪既然具有己手犯性質，則不可能成立共同正犯關係，頂多只能成立共犯而已；此外，湮滅證據罪關於「他人刑事被告案件」，有實務及學者的不同看法，分列兩說後闡述自己的見解，即能獲得高分。
考點命中	《刑法爭議研究》高點出版，旭律師編著，頁11-48~49，2018年11月（5版）。

答：

(一)丙自承縱火一事，構成刑法第164條第2項頂替罪。

- 1.客觀上，丙前往警局承認犯罪，係意圖使犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，為使甲免於被追訴、處罰，進而有頂替行為；主觀上，丙明知並有意為頂替行為，具有本罪之故意，該當本罪構成要件。
- 2.丙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(二)乙擦去指紋的行為，構成刑法第165條湮滅證據罪。

1.客觀上，乙擦去指紋行為的時點，在於偵查機關尚未發動偵查之前，是否該當湮滅「關係他人刑事被告案件之證據」？

(1)依實務見解，認為所謂「他人刑事被告案件」係指因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之他人刑事被告案件（99台上6857決）。基此，既然甲放火行為尚未開始偵查，即不符合本罪「他人刑事被告案件」，乙擦去指紋行為，不該當湮滅證據。

(2)惟管見以為，**保護國家之刑事司法作用**，在解釋上，不必因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之案件；**被告於著手犯罪後之證據，如有為湮滅等行為人，即應構成本罪**。基此，乙將甲放火的證據湮滅，自然該當本罪之構成要件。

2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(三)丙與乙協議擦去指紋行為，刑法第165條湮滅證據罪之共同正犯（刑法第28條參照）。

1.客觀上，丙與乙共同協議擦去指紋的行為，具有行為分擔；主觀上，丙除明知並有意與乙共同為擦去指紋行為外，亦具有犯意聯絡，該當本罪之構成要件。

2.丙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成湮滅證據罪之共同正犯。

(四)乙與丙協議頂替行為，構成刑法第164條第2項頂替罪之幫助犯（刑法第30條參照）。

1.客觀上，有疑問者在於，乙與丙共同協議為甲頂替行為，乙是否構成頂替罪之共同正犯？

(1)管見認為，頂替罪僅有承認犯罪且為頂替之人方能構成頂替罪，屬於己手犯，乙無法與實際犯頂替行為之丙共同為頂替行為，不成立共同正犯。

(2)又乙與丙協議頂替行為，將使得丙更容易實現頂替罪之要件，已足以增加正犯力量；主觀上，乙亦具有幫助故意及幫助既遂之雙重故意，該當本罪之幫助犯。

2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成刑法第164條第2項頂替罪之幫助犯。

三、乙女以自己名義與所得收入購入一台中古車，並全權委由其夫甲代為購置與安裝行車紀錄器，甲男以自己錢財完成之。後，二人感情生變分居，甲男仍常至乙女居所以乙女之車接送小孩。一日甲男心念一轉，懷疑乙女因外遇而分居，遂趁接送小孩時，將行車紀錄器SD記憶卡的檔案予以複製至自己的筆電，並從中發現乙女與他人通姦的影音證據。甲男遂以儲存於筆電的檔案為證據對乙女提出妨害婚姻的告訴。試問本案甲的罪責應如何處斷？（25分）

命題意旨	本題為最高法院「107台上1096決」值得參考價值判決的案例事實，旨在測驗考生對於違法搜索罪及無故取得電磁紀錄罪的理解。
答題關鍵	因為題目有暗示甲乙二人的關係：「分居中」、「甲開車接送小孩」等關鍵，即在暗示是否有不依法令違法搜索SD卡，及「無故」取得電磁紀錄的行為。此外，由於無故取得電磁紀錄罪構成要件設有「致生損害」要件，必須討論該要件的性質。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁159。 2.《刑法爭點解讀》，高點出版，旭律師編著，頁8-34，2018年11月（5版）。

答：

(一)甲取得SD卡行為，不構成刑法第307條違法搜索罪。

1.客觀上，甲取得SD卡的行為，是否該當違法搜索他人之車的構成要件？

(1)早期實務見解認為，認為必須以有搜索權之人違法搜索為要件，若無搜索權之人，僅能成立刑法第306條侵入住居罪（32非265例）。

(2)惟管見認為，既然本罪立法體例並非置於瀆職罪章，且條文「不依法令搜索」的要件，只是為了使依

法令搜索之人有阻卻違法性的空間，公務員的搜索行為只是例示情況，不能據以排除一般人違法搜索行為。又上開判例經105年第15次刑事庭會議決議宣告不再援用後，實務見解改採否定說，認為刑法第307條已不限於有搜索職權之人始可成立，一般人亦得成立違法搜索罪。

(3) 基此，甲與乙雖處於分居狀態，但乙同意甲得以使用該車接送小孩，本即具有駕駛該車且使用行車紀錄器之權限，並非不依法令搜索，不該當本罪之構成要件。

2. 甲不構成本罪。

(二) 甲取走SD卡，不構成刑法第320條第1項竊盜既遂罪。

1. 客觀上，甲雖取走乙的SD卡，屬破壞他人持有建立自己持有的竊取行為；主觀上，甲亦明知並有意為竊盜行為，然甲取走SD卡係為取證，並未對該卡片具有「所有意圖」，而欠缺本罪之特殊主觀構成要件，不該當本罪。

2. 甲不成立本罪。

(三) 甲複製SD卡資料，不構成刑法第359條無故取得電磁紀錄罪。

1. 客觀上，行車紀錄器資料是屬於儲存於乙汽車電腦中之電磁紀錄，而甲竟然將複製該電磁紀錄，是否該當「取得」行為？

(1) 刑法第359條係以「無故取得」，而非財產犯罪之「竊取」用語，即有意區隔兩者之不同。上揭所稱「取得」他人電磁紀錄，乃指透過電腦的使用，以包括複製在內的方法，將他人的電磁紀錄，移轉為自己所有的情形。故在「無故取得」電磁紀錄的行為態樣中，縱使原所有人仍繼續保有電磁紀錄的支配占有狀態，然如行為人藉由電腦設備的複製技術，使自己同時獲取檔案內容完全相同、訊號毫無減損的電磁紀錄，仍該當此罪的成立（107台上1096決）。

(2) 基此，甲複製電磁紀錄而移轉為自己所有，雖不影響乙電子紀錄，仍該當本罪之取得要件。

2. 此外，甲上開行為是否「致生損害於乙」？

(1) 實務見解認為，刑法第359條屬於結果犯，必須該行為已致生損害於公眾或他人之結果，始構成本罪（104台上2335）。基此，甲取得該電磁紀錄內容，係以女通姦資料，通姦本即屬違法行為，並未生損害於乙，而不該當本罪之構成要件。

(2) 惟管見以為，既然妨害電腦罪章所保護者為社會大眾對於「電腦與網路安全機制的信賴」，則所謂「致生損害於公眾或他人」是行為人之行為產生的外在效果，是否「足以」造成信賴崩損的危險即可。

(3) 基此，乙得以信賴行車紀錄器之資料不會任意遭他人取用，既然甲任意取用電磁紀錄，已使乙對於電腦機制失去信賴，且主觀上，甲亦明知並有意為取得電磁紀錄之行為，該當本罪之構成要件。

3. 而於違法性，有疑問者在於，甲為蒐集通姦證據，而取得電磁紀錄之行為，是否該當無故要件？管見認為，夫妻雖有忠貞義務，但不得藉口懷疑或有調查配偶外遇之必要，即認有恣意取得他人行車紀錄器資料，率謂其具有法律上之正當理由。

4. 又甲得否因通姦行為舉證有其困難，主張其取得電磁紀錄係屬緊急避難行為？管見認為，甲僅是單純懷疑妻子有「可能」有外遇，惟其所保權之利益係「證明利益」，非屬緊急避難所承認之「生命、身體、自由、財產」法益，自不得主張構成緊急避難。

5. 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

四、某甲驅車與女友某乙至一海邊散心，突某乙另一曖昧男友丙亦出現在該處，甲丙雙方一言不合大打出手，糾打成一團，兩人四肢互有挫裂傷，突丙猛地踹倒某甲後，揮拳對準甲之臉部猛撲而上，甲見狀不妙，順手抄起置於車門置物格中乙之不鏽鋼保溫杯，一面以左肩承受丙之攻擊時，一面以保溫杯奮力往丙之後腦勺猛擊，致丙盧內出血昏迷倒地，保溫杯凹損。甲見狀急拉去看顧丙的乙驅車離去，丙最後於人跡鮮少的海邊無人救助傷重而亡。試問某甲之罪責？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗甲毆打丙的行為是否有防衛過當，及甲因基於正當防衛而傷害丙的前行為，是否能夠建構保證人地位的問題。
答題關鍵	必須特別討論的是，甲毆打丙能否主張正當防衛。另外，因為甲的正當防衛而傷害丙的前行為，是否使得甲具有作為義務，其不作為而離去，是否構成不作為遺棄致死罪？
考點命中	1. 《高點·高上刑法講義》第 回，旭律編撰，頁131。

2.《刑法爭點解讀》，高點出版，旭律編著，頁2-8~9、3-43~44，2018年11月（5版）。

答：

(一)甲以保溫杯毆打丙致顱內出血，不構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。

- 1.客觀上，甲以保溫杯毆打丙的行為，與丙流血結果間，具條件關係與客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
- 2.惟有疑問者在於，甲得否主張係因遭受丙之侵害而正當防衛阻卻違法？
 - (1)依題示，甲丙兩人係為偶然互毆，只要客觀上下手在後，且出於防衛意思之人自得主張正當防衛（30上1040例）。
 - (2)雖然客觀上無法得知甲丙二人誰下手在後，惟基於罪疑唯輕原則應推定甲客觀上下手在後。基此，丙對甲揮拳之行為，係構成故意傷害罪之現在不法侵害，對該不法侵害，甲自然得主張正當防衛予以反擊。

綜上，甲構成本罪。

(二)甲打壞乙的保溫杯的行為，不構成刑法第354條毀損器物罪。

- 1.客觀上，甲弄壞乙的保溫杯致令不堪用；主觀上，甲明知並有意弄壞乙保溫杯，具有本罪之故意。
- 2.又甲係於遭遇緊急危難時，為保全自己的身體或生命法益，將所遭遇之緊急危難風險轉嫁予無辜第三人乙，進而犧牲乙財產法益，可通過法益權衡檢驗，因而甲得主張緊急避難阻卻違法。
- 3.甲無阻卻罪責或減輕罪責事由，甲構成本罪。

(三)甲離去致丙死亡的行為，構成刑法第294條第2項不作為遺棄致死罪。

- 1.客觀上，若甲未離去而救助丙，丙即不會死亡，具有假設因果關係，惟甲離去行為，屬於未消滅丙死亡風險的不作為，是否構成不為生存所必要扶助之遺棄致死罪？亦即，甲基於正當防衛故意傷害丙，是否負有防止結果發生之作為義務？涉及刑法第15條第2項危險前行為之解釋。
 - (1)對此，有認為只要行為人的行為是足以發生被害人構成要件結果的危險，已屬不作為犯的危險前行為，甲必須踐行其救助丙之作為義務。
 - (2)惟管見認為，建構危險前行為的保證人地位，而有救助義務的基礎在於行為人的「前行為之義務違反性」，因此甲之前行為既然為正當防衛之行為，不具有義務違反性，對丙自無踐行救助義務之必要。
- 2.因此，甲既然無保證人地位，自不構成不作為遺棄致死罪。

【版權所有，重製必究！】