

# 《刑法概要》

一、何謂「親手犯」，並請自現行刑法試舉一規定分析並說明之？與其相對的概念為何？討論親手犯有何實益？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對親手犯概念之理解。
答題關鍵	精確地定義親手犯與非親手犯之概念，及其區分實益，並舉例說明。
高分閱讀	金律師著，《刑法總則經典題型(2010)》、《刑法經典題型精解(2011)》、《刑法精要(2011)》。

## 【擬答】

(一) 親手犯之意義與舉例：

所謂**親手犯**，亦稱「**己手犯**」，係指行為人必須**直接且親自實施**犯罪構成要件行為，始能構成的犯罪，**不能假手他人實施**。因此，只要不是親自實施者，就根本不可能成立正犯(包括直接正犯、間接正犯、共同正犯)，至多只能成立共犯(包括教唆犯、幫助犯)。例如通姦罪(刑§239)，一定要有配偶之人親自實行與人通姦之行為，才可能成立犯罪。

(二) 親手犯之相對概念：

親手犯之相對概念為「**非親手犯**」，也就是「**一般犯**」，意指法定之犯罪構成要件，並未限定必須直接且親自實施犯罪構成要件之行為，始能成立之犯罪型態。於非親手犯，行為人親自實施犯罪行為，固得成立該當犯罪之正犯，縱行為人與他人基於共同犯罪行為之決意(**犯意聯絡**)，透過彼此的分工合作，功能上的互補，互將他行為人所為之行為，視同自己行為之部分實施(**行為分擔**)，以實現共同的犯罪目的，亦得成立正犯(即**共同正犯**)；再者，行為人未參與犯罪行為之實施，僅居於幕後，利用他人之行為以為自己犯罪之行為工具，以實現自己犯罪行為之目的者，亦得成立正犯(即**間接正犯**)。例如殺人罪(刑§271)，行為人得親自實行殺害他人之行為，亦得與他人聯手殺害被害人，更得利用他人以殺害被害人。

(三) 討論親手犯之實益：

如果行為人所參與的犯罪性質係屬「親手犯」(或謂「己手犯」)者，只要其欠缺「**親手性**」，即無理由構成共同正犯。因為，於親手犯，只有具構成要件適格的行為人親自而且直接地實施構成要件該當的行為，始能構成犯罪。**如果數人共同參與犯罪性質係屬「親手犯」的犯罪類型，縱使某一參與者對於親手犯之犯罪構成要件的實現，居於「意思支配」或者「功能支配」的犯罪支配地位，只要該參與者欠缺「親手性」，即無由以構成要件主體適格者的身分自行實施犯罪者，就不能成立正犯(包括間接正犯、共同正犯)，只能成立共犯(教唆犯或幫助犯)。**

二、甲係詐騙集團首腦，被警查獲，甲欲掩飾犯行，乃燒燬家中相關名冊、帳簿，並教唆其友乙銷毀相關電腦檔案資料，乙立即銷毀之。試問：甲、乙之刑責？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於刑法湮滅刑事證據罪之理解，為萬年考古題。
答題關鍵	明確涵攝湮滅刑事證據罪以及教唆他人湮滅刑事證據罪之構成要件要素。
高分閱讀	金律師著，《刑法總則經典題型(2010)》、《刑法分則經典題型(2011)》、《刑法經典題型精解(2011)》、《刑法精要(2011)》

## 【擬答】

(一) 乙之刑責：

本題，乙係否係集團之成員，其所銷毀之相關電腦檔案資料，究僅關係甲犯罪之證據，或亦關涉乙自身犯罪之證據，題意不明，故以下區分二種不同情形論述之：



1. 乙銷毀關係甲涉案之相關電腦檔案資料，成立刑法第165條之湮滅刑事證據罪。因為，客觀上，依題示，甲係詐騙集團之首腦，並已被警查獲，故甲係涉及刑事案件之被告，而係爭之相關電腦檔案資料，若關係甲涉案之事實者，則屬在刑事訴訟中可以做為認定甲犯罪事實之基礎的「關係他人刑事被告案件之證據」；乙銷毀關係甲涉案之相關電腦檔案資料，乃是使該證據在客觀上，根本不能再被發現之湮沒毀滅關係他人刑事被告案件之證據的行為。主觀上，乙有湮滅關係他人刑事案件被告案件之證據的故意，故該當本罪。
2. 乙銷毀可能使自己亦涉嫌犯罪之相關電腦檔案資料，不成立刑法第165條之湮滅刑事證據罪。因為，依實務，所謂「刑事被告案件」，指因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之案件（參照最高法院24年度總會決議）。惟通說見解，則認為本罪所稱之刑事被告案件，係指實質上業已發生之刑事案件，至於已否開始刑事追訴程序或已否繫屬於法院，均非所問。本文從通說之見解，認為乙縱未受刑事之訴追，但依前開假設，乙若亦涉嫌犯案，則該相關電腦檔案資料即屬關係乙自身之刑事被告案件之證據。而如果該相關電腦檔案資料屬關係乙自己可能涉案之證據者，則非關係他人刑事被告之案件之證據，即不能該當本罪之客體，從而乙銷毀可能使自己亦涉嫌之相關電腦檔案資料之行為，不該當湮滅刑事證據罪。

(二)甲之刑責：

1. 甲自行燒燬家中相關名冊、帳簿之行為，不成立湮滅刑事證據罪(刑§165)。因為依判例，所謂湮滅關係他人刑事被告案件之證據，必以所湮滅者非其本人犯罪之證據為要件，否則縱與其他共犯有關，亦難律以該項罪名。本題，甲所燒燬家中相關名冊、帳簿之行為，固係湮滅刑事被告案件證據之行為，但因斯等證據，乃關係甲本人犯罪之證據，而非單純關係「他人刑事被告案件」之證據，故無由該當本罪之構成要件，甲所為自不能成立本罪。
2. 甲教唆乙銷毀關係甲自己涉案之相關電腦檔案資料，不成立刑法第165條、第29條之教唆他人湮滅刑事證據罪。蓋若乙之銷燬之相關電腦檔案資料，係關係甲犯罪之證據者，則乙銷燬關係甲涉案之相關電腦檔案資料的行為，將成立湮滅他人刑事證據罪，業如前述。而乙之所以會產生湮滅他人刑事證據的犯意，乃是受甲之教唆所引起。惟依實務及通說之見解，認為犯罪行為人湮滅自己犯罪之證據，本不構成犯罪。而犯人教唆他人湮滅關係自己刑事案件之證據，此為人情之常，此種利用他人，乃自行湮滅證據之一態樣，無期待可能性，自不成立犯罪（參照71.9司法業務研究會第二期）。
3. 甲教唆乙銷毀關係乙自己涉案之相關電腦檔案資料，不成立刑法第165條、第29條之教唆他人湮滅刑事證據罪。因為基於教唆犯從屬性原則，倘被唆人所為不構成犯罪者，教唆者亦不成立犯罪。而承前述，正犯（即被教唆人）乙銷燬關係乙自己涉案之相關電腦檔案資料的行為，並不成立犯罪。職是，甲教唆乙湮滅乙自己之犯罪證據之行為，因被教唆者（乙）所為不該當湮滅刑事證據罪之構成要件，甲之教唆行為即無所附麗，自亦無由成立本罪之教唆犯。

三、A 與 B 共謀殺甲，某日撞見甲與其友人乙正在路邊聊天，於是同時朝甲開槍，A 的槍雖擊中甲之手臂，B 的槍卻意外擊中乙之心臟，乙當場斃命。試問：A、B 之行為應如何處斷（25 分）

命題意旨	本題屬於較為傳統的出題方式，事實簡單清楚、數個爭點相當明確，僅需依照基本概念作答即可。
答題關鍵	本題涉及共同正犯之要件與效果、打擊錯誤與過失犯的檢驗，這些爭點的基本觀念都相當重要，考點呈現的方式也非常明確。然而表達上不一定容易，在作答上必須稍微用心，才能在一定時間內完整的提綱挈領地表現出來。
高分閱讀	任律師，《刑法講義》第二回，P.40 以下。

【擬答】

一、A、B 共同開槍殺甲之行為，成立刑法 271 條第 2 項的殺人未遂罪之共同正犯（刑法 28 條參照）

(一)A 之部分

1. 構成要件該當性：

主觀上 A 出於殺甲之意思，客觀上 A 開槍射擊甲屬殺人行為之著手實行無疑，然而甲並未死亡，構成要件並未完全實現，不法構成要件該當。

高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

2.A 無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)B 之部分

1.構成要件該當性：

主觀上 B 與 A 共謀殺甲，具有共同意思聯絡，客觀上 B 同步開槍射擊甲，具有共同行為分擔，構成要件該當。

2.B 無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)小結：A、B 依照上開說明成立本罪之共同正犯，基於共同正犯一部行為、全部責任的法理，依法共負刑責。

二、B 槍意外擊中乙心臟之行為，成立刑法 276 條第 1 項的過失致死罪。

(一)構成要件該當性

1.客觀上 B 之開槍行為，導致乙因心臟遭槍擊中因而死亡，槍擊行為與死亡結果間具有條件因果關係與客觀歸責。B 非出於擊殺乙之故意，僅得退而討論過失。就構成要件過失的部分，B 開槍所為係屬犯罪行為，應認具有注意義務之違反無疑，且一般人對於開槍之流彈波及他人應得預見，具有構成要件過失，不法構成要件該當。

2.B 開槍未中甲而誤中乙，學理上一般認為係屬手段錯誤之「打擊錯誤」，學說有採具體符合說者，結論亦同，在此一併予以說明。

(二)B 無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)附帶一提的是，我國實務見解不承認所謂過失共同正犯，惟學說亦有採「過失共同正犯理論」者，其認為 A、B 共同開槍射擊甲而誤中乙，若 A、B 具有共同注意義務之違反、預見可能性，即得論以過失共同正犯，行為人共負過失之責，在此一併予以說明之

三、競合：A 開槍之行為論以殺人未遂罪無疑，B 開槍之一行為，侵害甲、乙之生命法益，屬於想像競合犯（刑法 55 條參照），應從一重處斷。

四、甲見乙家門前狗籠內的狗兒長相可愛，乃興起逗弄之意，雖狗籠上貼有字樣警告「內有惡犬，請勿騷擾」，惟其認為係乙為遏止狗被偷的唬人字句，並不以為意。甲不停逗弄該犬，終致其兇性大發，恰狗籠並未關緊，該犬衝出籠外撲向甲攻擊，甲為自保，順手拾起木棒，打死該犬，試問甲之刑責為何？其抗辯緊急避難有無理由？（25 分）

命題意旨	本題僅涉及單一爭點，且幾乎在題目裡面就直接問出來了，因此僅需依照緊急避難之基本概念作答即可，無需討論額外之問題。
答題關鍵	本題涉及過失自招危難得否阻卻違法，在作答上為求完整，依照三階理論，將架構清楚的展現，並且自然需要將肯、否兩說分別予以論述說明，方得獲取高分。
高分閱讀	任律師，《刑法講義》第一回，P.120 以下。

【擬答】

一、甲打死該犬之行為，不成立刑法 354 條毀損器物罪。

(一)構成要件該當性

客觀上甲使用木棒攻擊，可評價為毀損行為，且犬隻在刑法上屬於「他人之物」，甲將犬隻打死，使其該犬喪失寵物之功能而得致致令不堪用，毀損行為及結果間具有條件因果關係及客觀歸責；主觀上甲對上開事實明知並有意使其發生，具有毀損故意，本罪構成要件該當。

(二)違法性：

1.依照題示，甲欲主張緊急避難作為抗辯。就危難情狀而言，犬隻撲咬應屬緊急危難、甲持木棒打死犬隻亦屬有效且最小侵害之避難手段，具緊急避難手段之適當性與必要性，且甲之生命、身體法益應大於乙之財產，而認具有衡平性，似得主張緊急避難。

2.惟該緊急避難係甲主動逗弄犬隻而來，對此學理上一般稱為「過失自招危難」。對於過失自招危難得否阻卻違法，容有爭議，以下析述之。



## (1)否定說：

我國實務見解多採否定說，其認為危難之所以發生，乃因行為人自己過失行為所惹起，依社會通念，應不得承認其亦有緊急避難之適用。否則行為人由於本身之過失致侵害他人之法益，即應成立犯罪，而其為避免此項犯罪之完成，轉而侵害他人，卻因此得阻卻違法，有背於社會之公平與正義，且無異鼓勵因過失即將完成犯罪之人，轉而侵害他人（72 年台上字第 7058 號判決可得參照）。

## (2)肯定說：

學說見解有認為，相對於故意自招危難，過失自招危難其既非出於不法目的，僅是可歸咎其粗率的行為，導致引起的避難行為（木棒擊狗行為），關鍵應該是對於避難手段之衡平性予以嚴加審查。若認前開過失行為應予非難（逗弄行為），則應以前過失行為論罪，而非一律否定阻卻違法之緊急避難，即所謂「人有權避難，但無權製造災難」。

## (3)本文採取肯定說，考量生命、身體法益具有一身專屬性，遠大於乙之財產法益，自仍應得主張緊急避難阻卻違法，故甲不成立本罪。

