

## 【刑法】補充資料

廖震 老師提供

### 【刑法近期重點實務見解】

#### 一、最高法院 109 年度台上字第 5037 號判決要旨：（闡述緊急避難之要件）

依當代刑法思潮，刑法第 24 條第 1 項「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑」有關緊急危難之規定，其前段、後段內容在犯罪評價上具有雙重性，前段規定阻卻違法事由之緊急避難，後段則是規定寬恕罪責事由或減輕罪責事由之過當避難。詳析刑法第 24 條第 1 項前段緊急避難之要件：（1）、客觀上須存有緊急之危難情狀，也就是對於行為人或他人生命、身體、自由、財產法益存有緊急性的危難。所謂之「緊急」，除了迫在眼前的危難，還包括持續性的危難之範圍，即該危難雖非迫在眼前，但隨時可能轉化為實際損害（例如結構不安全而隨時有倒塌危險的房子）；（2）、主觀上避難行為須出於救助意思，行為人認知到危難情狀而出於避難之意思；（3）、避難行為具備必要性且符合利益權衡，所謂必要性，必須是為達到避難目的而採取的有效手段，且選擇損害最小的手段；另受到利益權衡之限制，就被救助與被犧牲的法益加以權衡結果，被救助法益具有優越性，並且符合手段與目的相當性。只有在符合上開緊急避難要件時，始克阻卻違法而不罰。至於雖客觀存有緊急之危難情狀，主觀上亦是出於救助意思（符合上開（1）、（2）之要件），但是避難行為超過必要性或不符利益權衡（不符合上開（3）之要件），不得阻卻違法，惟符合刑法第 24 條第 1 項後段過當避難之要件，應視可非難性高低而判斷屬寬恕罪責或減輕罪責而異其法律效果。

#### 二、最高法院 105 年度台上字第 383 號刑事判決要旨：（自招危難不得主張緊急避難）

刑法上之緊急避難行為，須以災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，則其故意或過失之行為自應依法處罰，殊無主張緊急避難之餘地。即所謂「自招危難行為」不得主張緊急避難。

#### 三、最高法院 110 年度台上字第 2340 號判決要旨：（刑法第 304 條妨害人行使權利之說明）

刑法第 304 條強制罪所保護之法益，係人之意思決定自由與意思實現自由，其所謂之妨害人行使權利，乃妨害被害人在法律上所得為之一定作為或不作為，不論其為公法上或私法上之權利，均包括在內。而是否妨害人行使權利，必須檢驗是否有手段目的之可非難性，倘行為人之行為，已該當正當防衛、緊急避難，或為依法令之行為，即已阻卻違法，自係法之所許，難認係妨害他

人行使權利；即便行為人之行為不符合法定阻卻違法事由，仍應藉由對強制手段與強制目的之整體衡量，以判斷是否具有社會可非難性。倘依行為當時之社會倫理觀念，乃屬相當而得受容許，或所侵害之法益極其微小，不足以影響社會之正常運作，而與社會生活相當者，即欠缺違法性，尚難以該罪相繩。

#### 四、最高法院 109 年度台上字第 2925 號判決要旨：（刑法第 19 條與罪責之認定）

刑事法上犯罪之成立，以具備構成要件該當性、違法性及有責性（罪責）為要件，三者缺一不可。行為人藉該當構成要件之違法行為，表現其個人主觀上違反法律規範價值之可非難性或可責性，而應負擔刑事責任，並接受刑罰之制裁。故刑罰以罪責為基礎，無罪責即無刑罰。而罪責係以行為人之判斷能力為基礎，即其在意思自由之狀態下，具有正確判斷並辨別合法與不法之能力，竟違法行事，其行為即具可責性。又除了反社會人格違常以外，凡影響人類思考、情緒、知覺、認知及行為等精神狀態表現，致適應生活功能發生障礙者，皆為精神衛生法所定義之「精神疾病」（見精神衛生法第 3 條第 1 款規定）。然而，並非所有的精神疾病都可能影響人的知覺或現實感的判斷作用（例如精神官能症、酒癮、藥癮及衝動控制疾患等是），故刑法第 19 條關於精神障礙或其他心智缺陷者責任能力之規定，係以精神障礙或其他心智缺陷者，因知覺異常與現實感缺失，致辨識其行為違法之能力（辨識能力，知的要素），或依其辨識而行為之能力（控制能力，意的要素，即依其辨識進而決定自己行為的能力），於行為時是否屬不能、欠缺或顯著減低為斷。行為人所為之違法行為必須與其罹患之精神障礙或其他心智缺陷疾病所生知覺異常與現實感缺失之間，具有關聯性，始有阻卻責任可言。倘行為人非但具有正確理解法律規範，認知、辨識行為違法之辨識能力，而且具備依其認知而決定（選擇）是否為或不為之控制能力，縱經醫師診斷為精神疾病患者，仍應負完全之責任，並無同條不罰或減輕其刑規定之適用。上揭關聯性之認定，涉及行為人有無責任能力之調查，法院固應依其調查證據之結果予以判斷。然此一判斷過程，亦不免同時有依照行為人行為前（準備）、行為時、行為後（立即反應）等相關行為，涵攝精神疾病相關醫學症狀定義之必要，精神醫學之鑑定人做為「發現事實之當然輔助者」，鑑定意見對於不具有精神醫學專業之法官而言，自具有釐清事實之重要功能。當數個適格之鑑定人或機關之鑑定意見彼此互相歧異時，關於其間因醫學意見歧異而形成之爭點，事實審法院允宜傳喚正、反（或折衷）意見之鑑定人，各自說明其意見所憑之精神醫學診斷準則，及判斷本件符合或不符合診斷準則之過程，兼及於其對不同意見之看法，藉由審、檢、辯三方交互詰問程序，以逐步釐清事實，形成確信。若數個鑑定人或機關仍各持己見，法院亦無法形成心證，無妨尋求第三鑑定意見以協助法院正確認定事實（刑事訴訟法第 207 條參照）。法院採取或不採取任一意見，應說明其判斷是否符合精神醫學專業領域所普遍接受之診斷準則，及其試驗、操作或推論過程，是否均無瑕疵，且具有醫學合理性之理由。正、反或折衷意見，均無法說服法院形成有無責任能力之確信時，始依罪疑唯輕原則，而為有利於行為人之認定。

## 五、最高法院 110 年度台上字第 30 號刑事判決要旨：（刑法第 309 條公然侮辱罪要件之闡述）

法院於適用刑法第 309 條限制言論自由基本權之規定時，應根據憲法保障言論自由之精神為解釋，於具體個案就該相衝突之基本權或法益（即言論自由及人格名譽權），依比例原則為適切之利益衡量，決定何者應為退讓，俾使二者達到最佳化之妥適調和，而非以「粗鄙、貶抑或令人不舒服之言詞＝侵害人格權／名譽＝侮辱行為」此簡單連結之認定方式，以避免適用上之違憲，並落實刑法之謙抑性。具體言之，法院應先詮釋行為人所為言論之意涵（下稱前階段），於確認為侮辱意涵，再進而就言論自由及限制言論自由所欲保護之法益作利益衡量（下稱後階段）。為前階段判斷時，不得斷章取義，需就事件脈絡、雙方關係、語氣、語境、語調、連結之前後文句及發表言論之場所等整體狀況為綜合觀察，並應注意該言論有無多義性解釋之可能。例如「幹」字一詞，可能用以侮辱他人，亦可能作為與親近友人問候之發語詞（如：「幹，最近死到哪裡去了。」），或者宣洩情緒之詞（如：「幹，真衰！」）；於後階段衡量時，則需將個案有關之一切事實均納入考量。比如系爭言論係出於挑釁、攻擊或防衛；是自願加入爭論或無辜被硬拉捲入；是基於經證實為錯誤之事實或正確事實所做評論等，均會影響個案之判斷。一般而言，無端謾罵、不具任何實質內容之批評，純粹在對人格為污衊，人格權之保護應具優先性；涉及公共事務之評論，且非以污衊人格為唯一目的，原則上言論自由優於名譽所保護之法益（例如記者在報導法院判決之公務員貪污犯行時，直言「厚顏無恥」）；而在無涉公益或公眾事務之私人爭端，如係被害人主動挑起，或自願參與論爭，基於遭污衊、詆毀時，予以語言回擊，尚屬符合人性之自然反應，況「相罵無好話」，且生活中負面語意之詞類五花八門，粗鄙、低俗程度不一，自非一有負面用詞，即構成公然侮辱罪。於此情形，被害人自應負有較大幅度之包容。至容忍之界限，則依社會通念及國人之法律感情為斷。易言之，應視一般理性之第三人，如在場見聞雙方爭執之前因後果與所有客觀情狀，於綜合該言論之粗鄙低俗程度、侵害名譽之內容、對被害人名譽在質及量上之影響、該言論所欲實現之目的暨維護之利益等一切情事，是否會認已達足以貶損被害人之人格或人性尊嚴，而屬不可容忍之程度，以決定言論自由之保障應否退縮於人格名譽權保障之後。

## 六、最高法院 110 年度台上字第 4411 號判決要旨：（刑法第 16 條禁止錯誤之說明）

- （一）依刑法第 13 條規定，犯罪故意乃行為人認識構成犯罪之客觀事實，而決心予以實現或容認其實現，是犯罪故意須對於與犯罪構成要件合致之具體事實有所認識。對犯罪客觀事實認識錯誤，即所謂「事實錯誤」，將阻卻故意責任。惟若行為人對於具體事實之認識並無錯誤，但對於該具體事實在法律上評價亦即行為違法性之認識有誤，即所謂「禁止錯誤」，於行為人之故意責任則不生影響，僅得依刑法第 16 條規定，視其是否有無法避免之正當理由而免除其刑事責任，或按情節減輕其刑。又刑罰法律變更，係指法律本身文字上之變動，已致使法規範之評價範圍、成罪條件及法律效果發生實質上之改變。法律規定本身不能或不自為完整之規定，而藉助其他法律或行政命令補充以完足其構成要件，即所謂「空白刑法」，其用以使空白刑法完足之補充規範，不僅屬空白刑法之部分內容，且亦常由於其補充，使空白刑法之評價範圍、成罪條件及法律效果因此完足，而得以有效發揮完整之

規範效果，自應視之為空白刑法之一部分，故對屬空白刑法之補充規範不論係法律或行政命令認識錯誤，概屬違法性認識錯誤之範疇。藥事法第 83 條第 1 項處罰轉讓禁藥罪規定所指之禁藥，係藉由中央衛生主管機關以行政命令加以補充。甲基安非他命於民國 75 年 7 月 11 日經公告禁止使用而成為禁藥，其同時亦為毒品危害防制條例（下稱毒品條例）所管制之第二級毒品，轉讓甲基安非他命未達法定應加重其刑之一定數量者，仍應依上開藥事法轉讓禁藥罪論處，行為人苟已知所轉讓之客體為甲基安非他命，即應認其有轉讓禁藥甲基安非他命之故意，縱不知甲基安非他命業經公告為禁藥，亦僅屬違法性認識錯誤，對其故意之行為責任尚不生影響。

- (二) 依刑法第 16 條規定，違法性認識錯誤，依其是否因正當理由無法避免而免除或減輕刑責。行為人為恪守合法之要求，自應與時俱進，於行為前審查己身既有關於法秩序之信念，適時修正使之與法秩序客觀標準相契合，否則自應因其疏於審查行為違法性負責。故對行為人關於違法性認識錯誤有正當理由而無可避免之抗辯，自應依一般正常理性之人所具備之知識能力，判斷其是否已依符合客觀上合理期待之時機、方式等，善盡其探查違法與否之義務，舉如：考量空白刑法補充法規之倫理性與專業性、其公告後已施行期間之久暫，及違法性錯誤可能造成之危險大小等，其倫理性高而專業性低致容易或普遍為人所知、施行已久或造成之危險大者，較高之探查義務，應屬客觀上合理之期待。

## 七、最高法院 110 年度台上字第 3063 號判決要旨：（客觀歸責理論與過失犯之成立）

按刑法第 14 條第 1 項明定，行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。以行為人違反注意義務，且其違反與結果之發生具有因果關係，為擔負過失罪責之要件。而依當代刑法理論「客觀歸責論」之架構，過失犯之成立，若行為人藉由侵害行為（一）對行為客體製造了法所不容許的風險，（二）此不法風險在具體結果中實現了，且（三）此結果存在於構成要件效力範圍之內，則由此行為所引起的結果，始得算作行為人的成果而歸責予行為人。亦即行為人必須具備製造風險、風險實現及構成要件效力範圍之 3 項要件。審諸客觀歸責理論，本件堆高機因不具安全性，依法不得駕駛於道路，上訴人貿然於夜間駕駛依法禁止行駛於道路之堆高機上路，已然製造了法律所不容許的風險，而上訴人自身既未遵守交通規則，自不能主張信賴原則或可容許之風險；再者，堆高機車速緩慢、後方照明不足，車寬佔據大半車道，被害人未能預測前方之車道上有堆高機，導致碰撞進而死亡之結果，上訴人上開製造之風險與本件所生事故之死亡結果，具有常備關連性、結果之可避免性且於注意規範保護目的範圍之內，風險已然實現，且本件亦不屬他人（第三人）或自我（被害人）專屬負責領域，上訴人既製造風險、風險實現，且在構成要件效力範圍，依客觀歸責理論 3 階段之判斷，上訴人仍應負過失責任。

## 八、最高法院 109 年度台上字第 1680 號刑事判決要旨：（洗錢行為與加重詐欺行為之想像競合）

刑事不法利得不僅為犯罪之重要誘因，甚且經常成為維繫、茁壯犯罪組織之養分，為防堵不法所得資金進入合法商業領域，流通於正常金融管道，澈底杜絕其變裝化身成合法資金之機會，以落實犯罪防制，確保國家司法權之正確運作，維護社會治安及穩定金融秩序，故洗錢防制法於第 2 條明定洗錢行為之態樣，並於第 14 條、第 15 條規定其罰則，俾防範犯罪行為人藉製造資金流動軌跡斷點之手段，去化不法利得與犯罪間之聯結，漂白不法利得。洗錢行為旨在掩飾、隱匿犯罪及因而獲取之財產利益，自係以犯罪之不法所得為標的，雖須先獲取犯罪不法利得，然後始有洗錢可言，惟財產犯罪行為人利用人頭帳戶收取犯罪所得之情形，於被害人將款項匯入人頭帳戶之際，非但財產犯罪於焉完成，並因該款項進入形式上與犯罪行為人毫無關聯之人頭帳戶，以致於自資金移動軌跡觀之，難以查知係該犯罪之不法所得，即已形成金流斷點，發揮去化其與前置犯罪間聯結之作用，而此不啻為洗錢防制法，為實現其防阻不法利得誘發、滋養犯罪之規範目的，所處罰之洗錢行為。從而利用人頭帳戶獲取犯罪所得，於款項匯入人頭帳戶之際，非但完成侵害被害人個人財產法益之詐欺取財行為，同時並完成侵害上開國家社會法益之洗錢行為，造成詐欺取財行為最後階段與洗錢行為二者局部重合，二罪侵害之法益不同，偏論其一，均為評價不足，自應依一行為觸犯數罪名之想像競合犯，從一重處斷。至於使用人頭帳戶之規劃、籌謀，究在前置犯罪行為之事前或事中即預為進行，並不生影響。

## 九、最高法院 110 年度台上字第 3556 號判決要旨：（比較刑法第 185 條之 1 與第 185 條之 3）

（一）刑法第 185 條第 1 項之妨害公眾往來安全罪及第 185 條之 3 第 1 項之不能安全駕駛罪，雖均以公共交通安全為保護法益，惟二者不論構成要件或其法律效果，均不相同。前者，以損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險為要件，屬具體危險犯，以發生往來風險之結果為必要。其法定刑為「5 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 15,000 元以下罰金」；後者，乃以駕駛動力交通工具，而有吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上；或有前述以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛；抑或服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛等情形之一者為要件，性質上屬抽象危險犯，只須出現上述危險駕駛行為即為已足。其法定刑為「2 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以下罰金」。而所以於妨害公眾往來安全罪之外，另增訂不能安全駕駛罪，乃係鑑於酒醉或服用毒品等藥物而駕車者肇事案件占交通事故之比例甚高，雖道路交通管理處罰條例設有行政罰之規定，然仍不足以遏止，為維護交通安全，乃於民國 88 年 4 月 21 日修正刑法時特予增訂，再參酌刑法公共危險罪章有關交通犯罪原即有第 185 條妨害公眾往來安全罪之規範，以及該 2 罪法定刑輕重有別等情以觀，足徵第 185 條之 3 規定之增訂，乃立法者對於法益作「前置性之保護」，在法益尚未遭受現實侵害之前，即予介入，以求更周延之保護法益。因而就前開所列之危險駕駛行為予以刑罰制裁，以彌補修法增訂前無處罰依據之缺漏。從而，行為人如無以交

通工具作為妨害交通手段之意圖，而僅單純為第 185 條之 3 第 1 項各款所列之不能安全駕駛行為，自不該當同法第 185 條第 1 項之構成要件，尚難以該罪相繩。

(二) 刑法採附有例示情形之概括規定者，係以概括文義作為例示文義之補充規範。而概括規定屬不確定之規範性概念，為求實質之公平與妥適，自須依隨具體案件，斟酌法律精神、立法目的及社會需要等一切情事予以確定，而為價值補充，將不確定之法律概念具體化，並非為所有案件設定一個具體之標準。刑法第 185 條第 1 項妨害公眾往來安全罪之行為態樣包含損壞、壅塞及他法。所稱「損壞」、「壅塞」均為例示規定。前者，指對本罪客體進行破壞，使其喪失效用之行為；後者，乃以有形障礙物遮斷或阻塞，使公眾人車無法或難以往來之行為；至所謂之「他法」，則為概括規定，屬不確定之法律概念，依前開說明，自當斟酌法律精神、立法目的及社會需要，而為價值補充。就本案而言，斟酌本罪之立法目的在於保護公共交通安全，而非交通路面，以防止公眾因損壞或壅塞路面，遭受生命、身體或財產上之損失。並參照德國文獻及實務，認為駕駛人有意識地將交通工具作另類使用，以之作為阻礙交通之手段，而影響公眾往來之安全，始足評價為壅塞等情以觀，足見本罪在具體適用上，必須行為人主觀上出於妨害交通安全之意圖，客觀上嚴重影響交通安全，始足當之。是此所謂「他法」，當係指無關交通活動之侵害行為，或駕駛人非常態之交通活動，而造成與損壞、壅塞相類似，足以妨害公眾往來安全之行為，以避免過於空泛，而違反罪刑明確性原則。例如故意在路旁燒垃圾，引發濃煙，製造視覺障礙，汽、機車駕駛人故意在道路中長時作「之」字蛇形行進，或糾合多眾併排競駛或高速飆車等，以該汽、機車作為妨害交通之工具，達到相當於壅塞、截斷、癱瘓道路，致他人無法安全往來之程度者，始克當之，而非泛指所有致生公眾往來危險之行為。

#### 十、最高法院 110 年度台上字第 3955 號判決要旨：（刑法第 9 條外國裁判之效力之說明）

關於「外國裁判之效力」，因犯罪之審判，乃國家主權行使之表現，因此刑法之適用與審判權之行使，並無國家與國家間相互之替代性。故同一犯罪行為，除非兩國或地區間另有條約明定，否則即便曾經外國政府或地區加以起訴、審判及處罰，我國司法機關仍應依法予以追訴處罰（但刑法第 5 條至第 8 條之例外規定除外），不受外國裁判效力之影響。故刑法第 9 條規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」即在維護本國司法權之完整性，不受外國政府干涉，為國家對外主權獨立之重要表徵（另臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 75 條及香港澳門關係條例第 44 條亦有類似規定）。究其原因，乃係每個國家各有其維持刑罰之目的及保護之法益，尤其是嚴重侵害本國國家及社會法益之犯罪，若外國裁判未能達成本國原設刑罰之目的或其保護法益之任務，自應由本國自己行使及維護，以確保國家之存立與安全。惟若被告因同一犯罪行為已經外國裁判確定並受刑罰之執行，則對國家於犯罪處罰之利害關係與被告之人身自由間就必須有所調和，此即刑法第 9 條但書規定法院得視個案情形酌量是否免被告宣告刑之全部或一部之執行之意旨。換言之，刑法第 9 條對於「外國裁判之效力」，只是排斥在外國已執行之刑於本國重複執行，不涉及裁判上之

國際性「一事不再理」或「重複處罰」問題。但法院於裁量本案刑期、是否免其刑之全部或一部之執行或其多寡時，非不得參考外國司法制度及裁判之公正、良窳，暨監獄執行及效果之完善、缺漏與否，在裁判時予以適度調整。

-----

## 【模擬試題】

警員甲於週末深夜執行路檢勤務時，發現乙所駕駛的自用小客車排氣管經過改裝，聲浪頗大，遂示意乙靠邊停車接受檢查。乙雖然依指示將車輛靠邊，但並未降下車窗出示證件，亦未將車輛熄火。甲遂隔著車前擋風玻璃大聲要求乙立即將車輛熄火，並出示相關身分證明文件。警員丙聽到甲對乙喊話，遂上前至乙車旁協助執勤，突見乙俯身伸手打開副駕駛座前方置物櫃取出一黑色物品，丙大驚喊：「有槍！有槍！」甲見此情，為阻止乙繼續行動，遂抽出配槍朝該車輛之擋風玻璃射擊 2 發，子彈擊碎擋風玻璃後擊中乙，乙因此受傷，緊急送醫。事後調查發現該黑色物品並非槍枝，乃為乙之行動電話，且車上雖有零星小包裝安非他命，然並無其他刀械或槍枝。然乙因送醫即時，並無生命危險。則：本件警員甲之刑事責任為何？若經緊急送醫後，乙仍不幸因傷重身亡，甲之刑事責任又為何？（25 分）

### 【試題詳解】

#### （一）關於容許構成要件錯誤之成立

1. 刑法中所稱之錯誤，乃指行為人主觀上所認識之事實，與客觀現實所發生之情狀間，兩者不相一致，而可能導致刑事實體法於評價上產生誤差者稱之。
2. 依據刑法第 23 條之規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」此即法定阻卻違法事由中正當防衛之明文規定。按實務與學說多數說之見解，正當防衛之成立，通常要求客觀上應現在存在不法侵害而有防衛情狀，同時主觀上防衛人對此不法侵害明確加以認識，並決定採取反擊措施，且該反擊措施不過當為基本構成要素。
3. 則客觀上是否存在或發生不法侵害以構成防衛情狀，按**最高法院 111 年度台上字第 3235 號判決要旨**：正當防衛之成立，必須具有現在不法侵害之「防衛情狀」，及出於防衛意思，所為客觀、必要，非屬權利濫用之「防衛行為」。法文規定「現在不法侵害」之防衛情狀，侵害須具有現在性以及不法性，所稱之「現在」，有別於過去及未來的侵害，是指不法侵害已經開始而尚未結束之階段。包括不法侵害直接即將發生（迫在眼前）、正在進行或尚未結束者。倘若不法侵害已成過去或屬未來，自與法定防衛情狀不符，自無成立正當防衛可言。又對於「現在性」之開始時點，仍應進一步探討，區別現在侵害與未來侵害之分際，究竟何時算是不法侵害即將直接發生？解釋上，在不法侵害行為已經著手，固然存在現在不法之侵害；惟為避免法律釋義過於嚴格，造成受侵害者無法一或者難以有效且必要的防衛其法益，不法侵害行為在「預備最後階段（Endstadium der Vorbereitung）緊密相接到著手」之階段，同應認不法侵害已經開始，乃因倘將不法侵害行為嚴格限縮於著手實行階段，則一旦著手實行侵害，依其歷程發展，受侵害者之生命、身體健康等法益往往已然遭受侵害。故此時若已出現一個可以直接轉變為侵害的威脅狀態，侵害行為既在「預備最後緊接著手」之階段，為避免防衛者錯過採取適當防衛行為之有效時點，應認侵害即屬開始。
4. 承上開見解，如客觀上現在不法侵害並不存在，然行為人卻誤認存在防衛情狀，而基於防衛決意實施防衛行為者，屬於上開刑法錯誤中事實錯誤之領域，又因其涉及阻卻違法



事由客觀上存否之錯誤，故刑法學說上乃將其稱為容許構成要件錯誤，以與事實層面之構成要件錯誤與法律層面之禁止錯誤加以區別。

## (二) 誤想防衛屬於容許構成要件錯誤之典型

- 1.就容許構成要件錯誤而言，客觀上不存在現在不法侵害之防衛情狀，而行為人主觀上卻誤認此種情狀之存在而實施防衛行為，因而產生法益侵害結果者，即屬「誤想防衛」，而為容許構成要件錯誤之典型。
- 2.至於此等誤想防衛如何加以評價，按最高法院 106 年度台上字第 3989 號判決要旨之闡述：

「行為是否成立犯罪，係以不法與罪責為前提，故行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如欠缺實質的違法性，仍不成罪，故不論學術界或實務界，均普遍承認超法規阻卻違法事由。其中，得被害人承諾或同意，即是一例，於受保護之法益具有可處分性時（例如身體、自由、財產、隱私等），在一定要件下，容許被保護人基於自主決定權，捨棄法律的保護；而犯罪行為，既屬行為人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論之發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在（例如：誤想防衛、誤想避難、誤認得被害人承諾或同意等等）而為防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行為，依目前實務見解，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪。」故通常情形，誤想防衛得阻卻行為人主觀上故意，而另行檢討過失成立之可能性。

## (三) 警員甲刑事責任之檢討

- 1.自本題之事實而言，該可疑車輛之駕駛人乙雖不配合受檢，然其自車輛副駕駛座取出行動電話之行為，承上開實務見解，實不構成現在不法侵害之防衛情狀。警員甲因其同事丙之誤會，而導致其對客觀事實之誤認，遂開槍制止而造成乙受傷之行為，即成立誤想防衛之容許構成要件錯誤。
- 2.由於本件涉及警械之使用，乃參酌最高法院 96 年度台上字第 5765 號刑事判決要旨：「本件行為時之警械使用條例第四條規定：『警察人員執行職務時，遇有左列各款情形之一者，得使用警刀或槍械：……三、依法應逮捕、拘禁之人拒捕或脫逃時。……五、警察人員之生命、身體、自由、裝備遭受危害或脅迫時。……；第五條規定：『警察人員使用警械，應基於急迫需要為之，不得逾越必要程度，並應事先警告。但因情況危急不及事先警告者，不在此限。』因此當警察人員執行職務，而得使用槍械時，仍應基於急迫之需要，且不得逾越必要之程度，以防止濫用槍械而侵害人民權益。至於是否合於急迫之需要及必要之程度，則須綜合全部之主、客觀情況資以判斷，而非僅以事後察知之客觀事實以檢討判斷其是否合於槍械之正當使用。」似可認於射擊時警員甲乃基於制止乙行動之傷害故意，而非刑法第 271 條第 1 項之殺人故意，故實宜以傷害罪之構成要件論處。
- 3.復依據上開誤想防衛之評價方法，乃阻卻行為人之故意，而另行檢討是否成立過失；則警員甲誤想防衛之射擊行為，既然因過失造成乙身體之傷害，乃按刑法第 284 條第 1 項



前段之規定：「因過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或 10 萬元以下罰金」之過失傷害罪加以論處。

#### （四）如乙因射擊傷重身故之判斷

承上開說明，如乙因該等射擊行為之結果不幸傷重身亡，則按上開見解，仍阻卻警員甲之故意，不能論以傷害致死（刑法第 277 條第 2 項），宜依同法第 276 條之規定：「因過失致人於死者，處 5 年以下有期徒刑、拘役或 50 萬元以下罰金。」論以過失致死罪，較符法理之平。-----

## 【解題】

甲於身體檢查時，發現子宮有肌瘤，與醫師乙商議後，決定開刀割除子宮。惟乙在開刀時發現甲的盲腸亦有潰爛現象，乙未經甲同意，在割除子宮時，逕行將盲腸一併切除。甲事後經乙告知，始知盲腸亦被割除。甲對乙割除盲腸一事，提出告訴。問乙的刑責為何？（25分，101年地特四等法律廉政刑法概要第四題）

### 【解題思維】

行為人乃醫師乙。題目是問乙的刑責，故就乙所實行之全部行為均應加以檢討，以確立是否構成犯罪。從乙事實上實行的行為來看，乃包括對甲摘除子宮的行為以及「未經與病人甲商量，便切除甲潰爛的盲腸的行為」。解題的重點在於，這兩個行為必須要分別討論，最後再整合出行為人乙的罪責。那麼，醫師乙有沒有可能無刑事責任？或者於切除盲腸此一行為，因為未經病人甲同意，即不能主張業務上正當行為？那麼，本題是不是包裝成假裝要考告知義務，但其實是要考注意義務的試題？

### 【相關實務見解】

#### （一）醫療業務之執行

依據臺灣高等法院 102 年度醫上訴字第 14 號刑事判決之見解：

1. 「醫療業務」之界定：按未取得合法醫師資格不得擅自執行醫療業務，醫師法第 28 條前段定有明文。所稱「醫療業務」係指以醫療行為為職業，不問是主要或附屬業務，職業上予以機會，為非特定人之醫療行為均屬之。且醫療業務之認定不以收取報酬為其要件。上述醫療行為是指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果以治療為目的所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱，有行政院衛生福利部（由行政院衛生署改制，下均稱行政院衛生福利部）83 年 11 月 28 日衛署醫字第 00000000 號函明確釋義。
2. 按醫師法第 28 條所稱醫療業務之行為，係指以醫療行為為職業，不問係主要業務或附隨業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人之醫療行為均屬之，又所謂醫療行為，則凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療行為，或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為之處方、用藥、施術或處置行為均屬之。次按刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪之成立，乃行為人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。所謂詐術，係指傳遞與事實不符之資訊行為，包括虛構事實、歪曲或掩飾事實等手段，凡足以使人陷於錯誤之一切方法，均足當之，其詐術之內容，無論係有關事實之表示，抑或有關價值判斷或其他意見之表示，凡足以使人陷於錯誤者，均屬之。復按普通傷害罪係以傷害故意致生傷害結果為要件，而以燒燙傷自屬傷害結果。又醫療行為之實施，固以治療為目的，然本質上對於病患之身體或生理機能常具侵襲性，須得病患之承諾或可推測之承諾以阻卻其違法性。倘病患並



無承諾或可推測之承諾，或其承諾係受行為人之詐欺致陷於錯誤所為，仍不能阻卻傷害行為之違法性。

## (二) 推測之承諾的意義

依據臺灣雲林地方法院 108 年度訴字第 199 號刑事判決之見解：

所謂推測之承諾，係指法益持有者未在现场，或者未能及時趕到現場，或昏迷不醒，致不能取得其承諾或未能及時取得其承諾，但因為情況急迫，在法益或利益權衡下，應就有利於法益持有人的觀點，假設如果法益持有人在場或清醒，也會為承諾。（參閱林山田，刑法通論【上冊】，97 年 1 月，第 373 頁）

### 【學習要點】

(一) 實務或學說通常又把「推測之承諾」稱為「得被害人推測之承諾」。在解釋上，既然推測之承諾之性質屬於超法規阻卻違法事由，那麼在適用此一事由時，通常會要求比法定阻卻違法事由更精準且更穩健之要件檢討與論述，才能阻卻行為人侵害法益行為之實質違法性。按上開實務見解，行為人欲主張得被害人推測之承諾者，由於其內容之本質為假設性之承諾，故其客觀上應具備之要素如下：

- 1.客觀上存在急迫情形，不能等待被害人或權利人清醒或到場後方為承諾，必須立刻採取積極作為，方能阻止法益受侵害而得保全；
- 2.實行行為之目的，在於保護法益持有人之健全，故應就有利於法益持有人之觀點為考量；
- 3.假設法益持有人於知悉、掌握該等急迫情形存在，亦會明確承諾而要求或容許實行該等行為。

(二) 通常的檢討口訣是：「有急迫情形、有利被害人、假設之承諾。」

### 【試題詳解】

(一) 醫師甲對病人乙開刀摘除子宮之行為，不成立刑法第 278 條第 1 項之重傷既遂罪

- 1.依據刑法第 10 條第 4 項第 5 款之規定，重傷之傷害，乃包括行為人對於被害人實行毀敗或嚴重減損生殖之機能之行為。
- 2.另按同法第 278 條第 1 項之規定：「使人受重傷者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑。」
- 3.乙對甲施行子宮摘除手術，客觀上屬於女性生殖器官之摘取行為，主觀上亦有此等毀壞生殖機能之故意，其摘除手術行為，乃該當上開刑法第 10 條第 4 項第 5 款、第 278 條第 1 項重傷既遂罪之構成要件該當。
- 4.然此等摘除手術之施行，事先既經醫師乙與病患甲之間妥加溝通，並得到病患乙之同意而進行，依據最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決要旨：「經查，醫療法之制定目的在於促進醫療事業之健全發展，並合理分布醫療資源、提高醫療品質、保障病人權利、增進國民健康，按該法第 46 條第 1 項（現為醫療法第 63 條）：『醫院實施手術時，應



取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發病及危險，在其同意下，始得為之，但如情況緊急，不在此限。」參考立法意旨，醫療係高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人或其家屬通常須仰賴醫師之說明，始能了解醫療行為之必要、風險及效果，故醫師施行醫療行為時，應詳盡相當之說明義務。上開說明義務除過於專業或細部療法外，至少應包含：（一）診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。（二）建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。（三）治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。（四）治療之成功率（死亡率）。（五）醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明義務；於此，若醫師未盡上開說明義務，除有正當理由外，難謂已盡注意義務；又上開說明義務以實質說明為必要，難據貿然之簽名逕認已盡說明之義務。」亦即，就此子宮摘除手術而言，醫師乙已盡告知義務，且已盡實質說明之注意義務。則依據刑法第 22 條之規定：「業務上之正當行為，不罰。」醫師乙就此子宮摘除手術，顯符合醫療業務上之正當行為，故醫師乙就子宮摘除之手術行為，不成立刑法第 278 條第 1 項之重傷既遂罪。

## （二）醫師乙切除病患甲盲腸之行為，是否違反其醫療專業之注意義務，宜檢討之

1.就本件事實而言，醫師乙於施行子宮摘除手術中，發現病患甲之盲腸已經潰爛，則按臺灣臺中地方法院 101 年度聲判字第 25 號刑事裁定所採之醫療實務見解：「謝奇勳（涉案醫師）辯稱：伊於 98 年 5 月 26 日下午與張耀田討論病情後，二人都認為王昱奇可能是腹膜炎引起敗血症；所以伊與家屬解釋後，於同日下午 6、7 時進行第一次剖腹手術，發現大腸有輕微發炎；因王昱奇大腸尚未潰爛，且當時才剛急救完，血壓不穩定，短時間內如再進行切除手術，風險較高，所以伊決定不切除，用抗生素治療，應對王昱奇最有利；但後來觀察了 4、5 小時，因對王昱奇所進行的藥物治療無效，伊就決定切除乙狀結腸，切除後，王昱奇的生命跡象就穩定；所以伊認為二次手術是必要的等語。」可見醫療實務專業認為「發炎」與「潰爛」所用基礎治療方式不同，如僅為發炎，則得採取較為緩和而非侵入性之治療方式，如投用抗生素；而若腸道已經潰爛，則宜採取切除方式，避免形成感染重症，引發敗血症等嚴重併發症。

2.復依據最高法院 101 年台上 2637 號刑事判決要旨：

醫療係高度之專業，病人診治向來倚賴醫師專斷，但因醫療所生之危險，均由患者承受，故侵入性之檢查或治療，不可無視病患自律性之判斷，遂有「告知同意」法則之立法，以維護病人醫療自主權。按我國醫師法第 12 條之 1，固然規定醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應，醫療法第 81 條亦有應為告知之規定。被告自承於診療過程未為上開告知，故醫審會認有未善盡告知之疏失，然而被告未依規定告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬成立醫師過失責任之必然。醫療過失繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷，醫師於診療過程中，如未遵循醫療準則致生死傷結果，縱然事先已踐行告知同意，亦無阻卻違法；反之，如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡注意義務，



仍難謂與病人死傷之結果，有必然之因果關係。「檢察官認被告未踐行告知義務而有疏失，自有誤會。」亦即，如僅以單純未盡告知義務，即認有疏失而非屬正當醫療業務之執行，顯然誤解醫療專業對於注意義務與遵循醫療準則兩者之間之重要關聯。

- 3.承上開見解，既然病患主要之手術內容為子宮摘除，且醫師乙於子宮摘除之過程中發現病患乙之盲腸已經潰爛而非發炎；自客觀上而言，盲腸處於人體腸道之末端，與摘除子宮所遺留之體內傷口甚為接近，有無感染或引發併發症之風險，於醫療準則上仍容許醫師憑藉其專業判斷而為切除與否之考量，亦即，縱按最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決之意旨，亦得反面推知如有正當理由，則縱使未盡告知義務，仍得認醫師已盡醫療行為之注意義務。就刑法第 22 條而言，仍屬業務上之正當行為，而不構成犯罪。
- 4.換言之，就本件而言，醫師乙若發現盲腸潰爛而仍僅摘除子宮，進行下腹部縫合後，待病患清醒方為告知，不僅反於醫療專業之經驗法則，且更可能將病患暴露於感染與併發症之風險中，反而屬於違反醫療準則之行為。因此，承上開說明，醫師乙既已盡其醫療專業之注意義務，則仍得解為醫療業務之正當行使，就該切除盲腸之手術行為，仍不構成刑法第 278 條第 1 項之重傷罪。