

## 刑事法判解

## 容許構成要件錯誤之法律效果

## 最高法院106年台上字3989號刑事判決

作者：旭台大

## 【實務選擇題】

警員甲見A形跡可疑，乃攔下查驗證件身分，A伸手掏摸大衣口袋，甲誤以為A要取槍，遂開槍射擊，致其死亡。隨後發現，A只是欲取口袋中之香菸。下列敘述，何者正確？

- (A) 甲係誤想防衛應阻卻殺人故意，僅成立過失致死罪。
- (B) 甲雖係誤想防衛，仍應成立故意殺人罪。
- (C) 甲雖應成立故意殺人，但僅負過失致死之罪責。
- (D) 甲係依法執行職務，雖屬故意殺人，但可阻卻其違法性。

答案：A

## 【裁判要旨】

## 【106台上3989決】

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。從而，苟被告於法院審理中，已就各該阻卻違法事由存在與否，有所主張，則對於此種特別例

外情形的具體個案，自應詳加說明其判斷的理由，以昭折服。若無之，尚存有判決理由不備之可議。

## 【裁判分析】

### 一、實務分析

事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行為者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如：本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛<sup>1</sup>，學說稱之為「容許構成要件錯誤」。簡言之，行為人主觀上具有正當防衛之意思，惟客觀上並未存在「防衛情狀」或「防衛行為」。

誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果，分述如下：

#### (一) 故意理論

依照故意罪責理論，於古典犯罪論體系中，故意（包含知、欲及不法意識）仍屬罪責要素的前提下，採此說者認為容許構成要件錯誤，行為人於行為時不知道其防衛行為係法律所禁止，因而欠缺不法意識，本質上屬於對法律評價誤認的禁止錯誤，阻卻故意。

#### (二) 嚴格罪責理論

在故意（知、欲）已移至構成要件階層前提下，採此說者認為不法意識非主觀構成要件之部分，而係屬於罪責層次的問題，因此誤想避難行為人之行為仍屬故意，只是欠缺不法意識，應將之視為禁止錯誤，依刑法第16條規定，視該錯誤是否屬於行為人可避免之錯誤而異其法律效果。

#### (三) 限制罪責理論

採此說者認為容許構成要件錯誤，屬於行為人對事實面的誤認，應「類推」構成要件錯誤，因而阻卻構成要件故意，並「可能」<sup>2</sup>成立過失犯。

<sup>1</sup> 於此係以誤想防衛為例，至於誤想避難亦為相同論述。

<sup>2</sup> 是否構成過失犯，仍需逐一檢視過失犯之要件後方能認定。

## (四) 限制法律效果的罪責理論

在採限縮法律效果之罪責理論者<sup>3</sup>，認為容許構成要件錯誤並不影響構成要件故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。最高法院29年上字第509號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿。

## 【29上509例】

防衛是否過當，應以防衛權存在為前提，若其行為與正當防衛之要件不合，僅係錯覺防衛，當然不生是否過當之問題。被告充當聯保處壯丁，奉命緝捕盜匪，正向被人誣指為匪之某甲盤問，因見其伸手撈衣，疑為取槍抗拒，遂向之開槍射擊，當時某甲既未對被告加以如何不法之侵害，則被告之防衛權，根本無從成立，自無防衛行為過當之可言。至被告因見某甲伸手撈衣，疑其取槍抗拒，誤為具有正當防衛權，向其槍擊，固係出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與過失致人於死之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤。

## (五) 負面構成要件要素理論

此說係源自於犯罪二階論觀點，並認為阻卻違法事由係一立法技術的負面表列，屬於負面的不法要件。亦即，「非正當防衛」係屬於構成不法的要素之一，行為人需對其有所認識，倘於行為人誤想防衛情狀下，其主觀上認知事實為「合於正當防衛」之事實，非屬於構成不法之「非正當防衛」要素，行為人並無故意<sup>4</sup>。因此，在容許構成要件錯誤情形下，行為人有避難或防衛意思，當然欠缺不法構成要件故意，而可能成立過失犯罪。

## 二、考題分析

本題行為人甲主觀上誤以為A取槍欲射擊而予以反擊，具有正當防衛之意思；惟客觀上A只是伸手取香菸，而無現在不法侵害，屬於容許構成要件錯

<sup>3</sup> 林東茂教授認為，應以此說可採。原因在於，除可有效掌握幫助犯或教唆犯外，更可以維持故意與過失雙重評價的功能。林東茂，《刑法綜覽》，一品，2012年，頁1-285。

<sup>4</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，元照，2012年，頁246-247。

誤，且依實務見解，容許構成要件錯誤之法律效果，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。基此，選項(A)正確。

**【關鍵字】**

正當防衛、容許構成要件錯誤

**【相關法條】**

刑法第23條

**【高點法律專班】**

版權所有，重製必究！