

誤想防衛之成立要件與法律效果

—最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決評析

編目：刑法

出處	月旦裁判時報，第 40 期，頁 63~71
作者	王皇玉教授
關鍵詞	容許構成要件錯誤、誤想防衛、禁止錯誤、阻卻違法事由、罪責
摘要	誤想防衛係指行為人誤認有正當防衛存在，客觀上卻不存在正當防衛情狀，本文以此問題為核心，探討容許構成要件錯誤的法律效果。學說與實務上對容許構成要件錯誤的處理爭議在於，行為人因為欠缺客觀阻卻違法事由而不能阻卻違法，但主觀上的法敵對意識又與一般的故意犯罪有明顯落差，此時應適用何種理論？本文認為，按現在學界通說理論架構，從行為人的責任範圍討論，乃較為可行之方向，其中又以限縮法律效果之責任理論較為可採，蓋行為人主觀上仍展現出法忠誠性，與禁止錯誤有間，另一方面，以故意犯論罪也有輕重失衡之虞。當回歸有責性層次後，先阻卻其故意責任，再討論有無過失，也較切合現今犯罪三階層理論架構之模式。
重點整理	<p>壹、本案簡介</p> <p>一、案件事實</p> <p>被告甲為漁船船長，基於船員工作不認真、謀議罷工與恐嚇等理由，又懷疑船上殺魚刀遺失與船員有關，遂陸續將船員 A、B 與 C 關入船艙內，其中 A 更因健康狀況惡化未獲適當醫療而休克死亡。被告甲主張，拘禁船員係為了防免船員對於自身安全有所危害的行為，即使客觀上沒有防衛情狀，仍有正當防衛之意思，應成立誤想防衛。</p> <p>二、歷審法院見解</p> <p>按本案一審判決^{註1}，甲對 A 成立私行拘禁致死罪，對 B 與 C 則屬誤想防衛而無罪。經上訴後，二審判決^{註2}撤銷無罪部分，將 B、C 部分亦改判成立私行拘禁罪，理由為甲對 B、C 可能危害自</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">歷審判決與重要爭點</p>	<p>己的想法純屬臆測且無正當理由存在。又經上訴最高法院^{註3}後，判決發回更審，理由略謂甲主觀上將殺魚刀之遺失與 B、C 難以管理與謀議罷工情勢加以連結，是否與誤想防衛無關仍有研求之餘地。</p> <p>更審判決^{註4}則仍論處甲私行拘禁致死罪與私行拘禁罪，再上訴最高法院^{註5}後，遭駁回上訴，本案法院認為，雖學說上有認為誤想防衛應阻卻罪責故意，但亦有學說認為在重大案件應適用嚴格罪責理論，以禁止錯誤討論，以免造成可罰性漏洞，最高法院在本則判決中採取後者說法。</p> <p>貳、爭點說明</p> <p>本案的爭點在於，被告甲主張將船員 A、B 與 C 關入船艙內的行為，乃為了防免這 3 名船員對自己危害的正當防衛行為，雖然客觀上船員 3 人對甲並未實施現在不法侵害，應無防衛情狀存在，但若肯認甲確實有正當防衛之意思時，應如何認定其刑事責任？</p> <p>所謂容許構成要件錯誤，係指行為人對於阻卻違法事由存在之事有所誤認，亦即主觀上之認知該當阻卻違法事由，惟客觀上欠缺得使阻卻違法事由成立的情狀。以正當防衛為例，行為人主觀上認知有正當防衛，客觀上卻不存在防衛情狀時，此種容許構成要件錯誤的類型，又被稱為「誤想防衛」。</p> <p>依照通說的犯罪要件體系審查，只要主觀與客觀之阻卻違法事由無法兩者兼備，行為人便不得主張阻卻違法，此時行為人的法律效果即有爭議，蓋其主觀上具備阻卻違法的認知，與一般犯罪行為人在法敵對意識的層次上即有落差，若仍論故意犯罪，是否妥適？若認為不應以故意犯論處行為人之罪責，又該如何運用犯罪理論審查行為人的刑事責任？</p>
	<p style="text-align: center;">誤想防衛之相關學說</p>	<p>壹、學說理論介紹</p> <p>一、二階層理論</p> <p>與通說採取的三階層理論相比，二階層理論的特色在於只區分不法與罪責，不法要件由正面不法與負面不法所組成^{註6}，各有主觀與客觀之分。</p> <p>按照此說的架構，容許構成要件錯誤的情形係欠缺主觀的負面不法要件，由於此時行為人主</p>

【高點法律考班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>誤想防衛之 相關學說</p>	<p>觀上僅具正面不法而欠缺負面不法，不構成犯罪故意，僅能討論是否成立過失犯。</p> <p>二、故意理論 根據古典犯罪理論的看法，故意是責任存立與否的判斷標準，不但包含對構成要件的認知與意欲，還及於明知違法而為之的不法意識。按照故意理論，容許構成要件錯誤的情形，應認為欠缺不法意識，因而阻卻行為人之犯罪故意。</p> <p>三、嚴格責任理論 與上開故意理論相比，責任理論否定將不法意識作為構成故意的要件之一，而僅以認知與意欲作為故意的內容。此說堅守犯罪三階層理論的架構，容許構成要件錯誤不能主張阻卻違法，仍成立故意犯，至多只能在有責性的範圍中，探討是否該當禁止錯誤^{註7}之規定，視此錯誤是否屬於具有正當理由而無法避免，以決定阻卻故意責任或是僅減輕其刑。</p> <p>四、限制責任理論 本說認為，責任理論在特定情形中有其無法貫徹之處，特別在容許構成要件錯誤的情形中應受到限制。當行為人誤認自己有正當防衛等阻卻違法事由存在時，此時容許構成要件錯誤與構成要件錯誤的情形，雖然要件不相同，但仍有其相似性，故應類推適用構成要件錯誤的法律效果阻卻故意，再討論是否具有過失。</p> <p>五、限縮法律效果之責任理論 按照責任理論的檢驗，容許構成要件錯誤的案例中，行為人仍具有構成要件之故意。本說認為，容許構成要件錯誤不能直接類推適用構成要件錯誤的情形，但法律效果上仍可援引。由於在有責性層次中，行為人主觀並未展現法敵對意識，可非難的程度較故意犯罪者為低，據此，雖然不能阻卻行為人的構成要件故意，但能阻卻行為人的故意責任，接著再繼續檢驗是否有過失犯之成立即可。</p> <p style="text-align: center;">貳、比較分析</p>
--------------------	-----------------------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

	<p>誤想防衛之 相關學說</p>	<p>簡言之，從嚴格責任理論中，會得出容許構成要件錯誤不能阻卻責任，僅能討論禁止錯誤的法律效果，除此之外，其他四種理論都會得出阻卻行為人故意的結論，差別在於，二階層理論是從不法要件直接阻卻故意，故意理論與限縮法律效果之責任理論則從責任層面阻卻行為人的故意，至於限制責任論是用類推構成要件錯誤的方式阻卻行為人之犯罪故意。</p> <p>從論者採取各說的情形觀察，由於今日刑法學界通說採取的是犯罪三階層理論，較少採取二階層理論，同時也幾乎不再採取古典犯罪學派對於故意的定義方式，故上開二階理論與故意理論較不適合處理容許構成要件錯誤之問題。限制責任論乃德國實務界與部分學說所採取之見解，而限縮法律效果責任理論則屬德國通說之見解，另外，採取嚴格責任理論也僅有少數學者。</p>
<p>重點整理</p>	<p>誤想防衛 問題檢討</p>	<p>壹、我國實務見解分析</p> <p>實務判例中對誤想防衛有表達較為清楚的見解者，可見於最高法院 29 年上字第 509 號判例：「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。」實務見解雖多未明確表達採取上開哪一種學說，但認為容許構成要件錯誤可阻卻行為人故意者，應屬我國實務見解之多數說。本案第一次由最高法院作成的 101 年度台上字第 6411 號判決即偏向採取此說，由判決所述「其是否有誤想防衛之情形而無私行拘禁之犯罪故意」可見一斑。</p> <p>另外可能認為屬於否定上開見解的實務判例，包括最高法院 27 年上字第 2879 號判例：「被害人只帶刀在身，並未持以行兇，即非有不法之侵害，被告遽用扁擔毆打，不得認為排除侵害之行為。」及最高法院 28 年上字第 2363 號判例：「被害人於上訴人等搜捕之際，已經逃避，並無何種不法侵害情形，本不發生防衛問題，雖上訴意旨謂，如不開槍鎮懾，萬一該匪乘黑夜開槍狙擊，豈不盡遭毒手等語，然於彼方之加害與否，尚僅在顧慮之中，即非對於現在之不法侵害，加以防衛。」</p> <p>王皇玉教授分析，該二則判例旨在說明無防衛情狀存在時不得主張正當防衛，卻未提及誤想防衛之法</p>

【高點法律考試】
版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>誤想防衛 問題檢討</p>	<p>律效果，無法成爲支持否定阻卻故意見解的判例。最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決表示，在一些重大案件中應採取嚴格罪責理論，否定排除行爲人故意之可能性，應當屬於我國實務與學說上較爲少數之見解。</p> <p>貳、本文見解</p> <p>王皇玉教授主張，基於下述理由，容許構成要件錯誤應以限縮法律效果之責任理論探討其法律效果，肯認行爲人主觀故意與成立客觀構成要件，並因欠缺客觀阻卻違法事由而不能阻卻違法，但在責任層次可能可以阻卻故意責任，並論以過失犯。</p> <p>一、容許構成要件錯誤並非禁止錯誤</p> <p>禁止錯誤係指行爲人不知法律，因而欠缺不法意識，然而容許構成要件錯誤的成因並非行爲人不知法律規定，反而是知道法律規定，並因爲認爲自身行爲係合於法律規定的阻卻違法事由，並進行行動的情形。前者係法律上的錯誤，後者僅屬事實上之誤認，本質上即有不同，故嚴格責任論將容許構成要件錯誤以禁止錯誤處理的看法，法理上將有不合理之處。</p> <p>二、容許構成要件錯誤不會造成可罰性漏洞</p> <p>以本文所評釋的最高法院 102 年度台上字第 3859 號爲例，有論者認爲，若將容許構成要件錯誤以過失犯處理，將在重大案件造成可罰性漏洞。</p> <p>王皇玉教授指出，上開質疑實屬多慮，蓋容許構成要件錯誤並非一經行爲人主張有所誤認時即得阻卻故意責任，而應回歸個別阻卻違法事由要件檢驗。</p> <p>以誤想防衛爲例，需從行爲人所誤認之事實出發，首先需檢驗是否具有現在不法侵害之情事存在，若有，再探討行爲人所採取的手段是不是具有必要性的防衛行爲，才能阻卻故意責任並檢討有無過失犯之成立。</p> <p>本案中，即便從甲的想像出發，船員 A、B、C 對甲的危害不但還未發生，也尙不至有高度可能性即將發生之程度，並不存在現在不法侵害；另一方面，將船員禁錮於船艙數十日之久，</p>
-------------	----------------------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	誤想防衛 問題檢討	已逾越防衛手段的必要性，因此，甲不得主張誤想防衛阻卻故意。
考題趨勢	一、容許構成要件錯誤之問題，應於犯罪階層理論之中的何種階層解決為妥？ 二、我國實務見解對於容許構成要件錯誤之處理模式，多數見解與少數見解之差異何在？	
延伸閱讀	一、吳耀宗，〈此郎非狼〉，《月旦法學教室》，第 122 期，2012 年 12 月，頁 27-29。 二、陳子平，〈正當防衛、誤想防衛與緊急避難〉，《月旦法學教室》，第 104 期，2011 年 06 月，頁 99-104。 三、黃惠婷，〈錯誤：第三講：正面阻卻違法事由錯誤〉，《月旦法學教室》，第 76 期，2009 年 02 月，頁 74-87。 四、高金桂，〈利用誤想防衛之間接正犯〉，《月旦法學教室》，第 64 期，2008 年 02 月，頁 12-13。 ※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！	

註 1：台灣高雄地方法院 99 年度訴字第 1050 號判決。

註 2：台灣高等法院高雄分院 100 年度上訴字第 530 號判決。

註 3：最高法院 101 年度台上字第 6411 號判決。

註 4：台灣高等法院高雄分院 101 年度上更(一)字第 109 號判決。

註 5：最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決。

註 6：參考通說採取的三階層理論，大致上可將二階層理論指涉的正面不法要件理解為犯罪構成要件，而負面不法要件理解成阻卻違法事由。

註 7：刑法第 16 條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！