

## 刑法判解

## 禁止錯誤之避免可能性

## 最高法院100年度台上字第156號判決

## 【實務選擇題】

甲是一名長久生活在荷蘭鄉村的老人，年約65歲，鮮少與外界接觸，更沒有離開過其出生的家鄉，平常閒暇放鬆時有吸大麻來提神的習慣。某日，甲有感自己年歲已大，想趁還活著的時候出國看一看，故到台灣旅遊，卻在入境台灣機場時，被航警以違反毒品危害防制條例逮捕。甲稱：大麻在其國家為合法持有物品，不知在台灣是違法的，且出國前並無被任何機構告知不得攜帶。試問以下選項何者最為適當？

- (A)甲欠缺不法意識，故不成立犯罪。
- (B)甲欠缺不法意識，屬可避免之禁止錯誤，仍不得減輕其刑。
- (C)甲欠缺不法意識，因荷蘭吸食大麻係屬合法，按其生活環境判斷，依一般社會通念甲應屬不可避免之禁止錯誤，甲不成立犯罪。
- (D)甲具有不法意識，甲成立持有二級毒品罪。

**答案**：C

## 【裁判要旨】

刑法第16條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。然法律頒布，人民即有知法守法義務；是否可以避免，行為人有類如民法上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免。行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，例如在其本國施用大麻合法之外國人第一次攜帶大麻入境之行為，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷。

## 【裁判分析】

不法意識又稱為違法性認識，指行為人瞭解、知悉其所為之不法行為，在法律上是被禁止的。不法意識是犯罪成立要件中之罪責要素，當行為人誤解法規範而欠缺不法意識，就是所謂的禁止錯誤。禁止錯誤得否阻卻罪責，必須觀察其避免可能性而定，不可避免之禁止錯誤阻卻罪責，可避免之禁止錯誤無法阻卻罪責，僅得減輕其刑。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。」訂有明文。

實務上發生禁止錯誤的案例，其避免與否的判準大致歸納如下：

- 一、採納自然犯與法定犯的區分，認為自然犯具有普遍的惡性，發生禁止錯誤時，欠缺不法意識皆屬可避免。
- 二、人民有知法之義務，所謂正當理由乃是依一般社會通念，通常人在相同情形之下，亦無法避免誤信。

學說上則有下列看法：

第一種判準<sup>2</sup>：依照行為人的社會地位及能力，在可期待的範圍內，判斷是否意識到自己的行為違法。當行為人對其行為違法有所疑慮，也不能恣意猜測，而是負有「查詢義務」。其應查詢相關實務解釋或法令函示，必要時向專業人士（限於有權限、專業、不偏頗的人或機關，例如律師、主管機關）諮詢，且行為人必須信賴該諮詢，方可主張欠缺不法意識係不可避免而阻卻罪責。

第二種判準有兩個步驟<sup>3</sup>：首先**確認具體個案中是否存有促使被告思考、查詢行為合法與否的具體因素**。所謂具體因素，像是(1)行為人對於其行為是否違法存有懷疑時。(2)對於某一領域具有其特殊的法規範，當行為人欲進該領域活動時。(3)行為人認識到其行為將對社會大眾帶來嚴重的損害時。若沒有任何因素促使行為人思考其行為之合法性，行為人也的確因此未意識到自己的行為違法，該禁止錯誤即評價為不可避免。

若個案中存有具體事由，接著要檢視行為人是否曾經透過查詢，盡力確認行為的合法性。如果行為人已盡充分的努力查詢、釐清行為的合法性，但最後仍誤信合

<sup>2</sup> 張麗卿，無法避免的禁止錯誤，台灣本土法學雜誌，73期，2005年8月，140頁。

<sup>3</sup> 黃惠婷，錯誤：第二講禁止錯誤，月旦法學教室，74期，2008年12月，61、62頁；蔡聖偉，非法持有管制空氣槍的犯罪故意——評高雄地方法院99年度訴字第1746號刑事判決，月旦裁判時報，14期。

法，則禁止錯誤亦屬不可避免。

**【關鍵字】**

不法意識、禁止錯誤、法律錯誤、避免可能性。

**【相關法條】**

刑法第16條。

**【參考文獻】**

1. 張麗卿，無法避免的禁止錯誤，台灣本土法學雜誌，第73期，2005年8月。
2. 黃惠婷，錯誤：第二講禁止錯誤，月旦法學教室，第74期，2008年12月。
3. 蔡聖偉，非法持有管制空氣槍的犯罪故意—評高雄地方法院99年度訴字第1746號刑事判決，月旦裁判時報，第14期。

**【高點法律專班】**

版權所有，翻製必究！