

刑事法判解

誤想防衛

臺灣高等法院臺南分院107年上易字第80號刑事判決

【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】

刑法關於犯罪之故意，係採希望主義；行為人對於構成犯罪之事實預見其發生，且其發生不違背犯人本意，為不確定故意；倘對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而在犯人主觀上確信其不致發生者（有認識過失），始以過失論（最高法院22年上字第4229號判例），此乃本於故意採希望主義之前提立論；詳言之，不確定故意與有認識過失，雖均曰「預見」，實則前者之行為人，對於構成犯罪之事實，主觀上預見其發生，而此發生不違背本意，存有「認識」及容任發生之「意欲」要素；後者之行為人對於構成犯罪之事實，雖然主觀上預見可能發生，卻具有確定其不會發生之信念，亦即只有「認識」，但欠缺「希望」或容任發生之「意欲」要素；理論上二者以「意欲」之有無為斷，然此意欲之具體內容，實際上為行為人主觀心理狀態表現，與其謂為「意欲之有無」，毋寧謂之為「意欲之強弱階層關係」（《刑法通論》第十版，林山田著），即故意與過失犯，在理論上雖可區分，但實際上並非平行之犯罪形態，過失犯實為意欲程度較低之評價結果。此強弱階層觀念之區別概念，植基於古典犯罪理論將罪責故意、罪責過失均列於罪責要素（我國最高法院二十九年上字第五〇九號判例意旨以行

為人出於誤想防衛，並無犯罪故意，成立過失罪責，即仿此立論）；然隨著目的行為論影響之目的犯罪理論，即認為過失乃不僅是一種意欲強弱階層之罪責要素，更是一種不法要素；以不確定故意、有認識過失二者相較，前者以預見其發生，後者為預見其可能發生；前者為容任其結果發生而不違反其本意之目的性，後者為確信其結果不發生，即以某種確信形式表達並無意欲其發生之較弱意欲之目的性，因之；以此目的性犯罪理論為前提，不確定幫助故意之檢驗，依序應為：其一，過失犯行為人對主觀上預見其能發生（預見可能性），較之不確定故意之「預見其發生」，後者存有蓋然性較高之評價，如依經驗法則、論理法則，可以預料得見如何之行為，將會有侵害法益之一定違法結果發生（即高度蓋然性），即屬預見其發生；其二，行為人對結果之已預見，倘未曾以【質疑、檢驗或表達反對意志之目的性活動】，亦即對將來可能性結果，未曾表達「不同意」之意志（《過失犯論》，Roxin著，王世洲譯，〈德國刑法學總論〉第1卷，頁291），即應評價為容任其結果發生不違本意，而論以不確定故意。

【爭點說明】

1. 所謂「誤想防衛」，係指行為人對於阻卻違法事由之前提事實要件認識錯誤，且其誤認係對自己有利，亦即行為人誤以為有阻卻違法之前提事實情狀存在，但實際上該情狀並不存在，進而採取防衛行為之情形。

2. 誤想防衛在法律上之評價

(1) 阻卻構成要件故意

二階理論認為犯罪成立要件包括整體不法構成要件與罪責兩部分，而關於整體不法構成要件之內涵，則包含了正面不法構成要件要素與負面不法構成要件要素，行為人主觀上必須對此兩者均有正確的認識，倘若對於任何一部分的事實狀況有所誤認，便會因為欠缺不法構成要件故意而不成立故意犯罪。

(2) 嚴格罪責理論

此理論認為不法意識是一個獨立的罪責要素，欠缺不法意識概屬罪責層次的問題，毫無例外，故所有關於不法意識的錯誤都會產生排除罪責的效果。

(3) 限縮法律效果之限制罪責理論，重製必究！

此理論乃從故意在犯罪階層體系之雙重定位出發，認為容許構成要件錯誤不會影響構成要件故意，只會影響罪責故意，亦即犯罪類型係在罪責層次

影響故意犯罪的成立，而非在不法層次阻卻構成要件故意。

3.小結：在三階層犯罪理論下，由於嚴格罪責理論不區分容許構成要件錯誤與禁止錯誤、容許錯誤，悉以排除罪責來處理，屢遭質疑，故多數學者採取限縮法律效果之限制罪責理論。

【相關法條】

刑法第23條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！