

刑法總則 授課大綱 (4)
(高雄市立空中大學)(為環保考量，請自行列印)

主講教師：陳昱沂律師
日期：109.01.05
佳合律師聯合事務所
(07) 215-6256
0932-882953
e-mail : ice59@seed.net.tw

注意成績

- 一、 如果您的期中成績仍是沒有成績者，表示您「還沒以繳作業代替考試」、「雖已繳作業，但是屬於相互抄襲」、「雖已繳作業，但內容不是本課程」………。若是不及格的分數，表示您沒有引用正確之條文。以上情形都敬請務必於109年1月10日中午12點前儘速補繳（會重新給分數），若仍逾期不繳，學期成績就不及格了！
- 二、 網路閱讀佔30%，最後計算的日期：109年1月10日。

期末考 (40%)

- 一、時間：第4次大面授上課最後30分鐘。
- 二、範圍：該次上課內容，考1題實例題（當場發試題及答案卷）（試題不是本次大綱的實例題，請勿事先寫）。
- 三、可攜帶幸運符、十字架及任何資料。
- 四、不能來參加考試者之補救措施：
 - （一）請就本次授課大綱之2題【實例題】（全部2題都要寫，包括各小題），撰寫答案（請使用三段論法的答題方式），以E-mail方式繳交。
 - （二）最後繳交期限：109年1月10日中午12點前繳交，逾時即無成績，學期成績就不及格了。

繳交作業代替考試的實例題

- 一、A與朋友在餐廳聚餐狂飲高粱酒（已經超過法定酒測標準值），在步出餐廳時，見B飛車搶奪C的皮包，A乃見義勇為、騎車追趕並壓制B於地上，5分鐘後警方前來處理。則A可否就「酒後不能安全駕駛（假設構成要件該當）」，主張阻卻違法？

二、A 帶狗狗至公園，B 見可愛而過來逗狗狗玩耍，A 則交待狗狗仍有野性，要注意安全，之後即與朋友在旁聊天。B 因過份挑弄，狗狗乃大吠且咬了 B 一口，之後並追趕 B，B 在奔跑過程中，撿起木棍打死狗狗。A 乃對 B 提出毀損罪之告訴，則 B 可否主張因緊急避難而阻卻違法？

阻卻違法

一、 犯罪之審查：行為該當構成要件→違法→有責

(一) 違法性：行為破壞社會秩序，而具有可非難性。

(二) 設定構成要件時，即已考慮「此行為會破壞社會秩序」，所以行為一該當構成要件，原則上即具有違法性。例外則是少數有阻卻違法（排除違法性）之情形。因此，除非該事件（或題目）有涉及到阻卻違法之可能，否則毋須再討論違法性。

二、 阻卻違法之事由，包括：

(一) 法律規定：正當防衛、依法令之行為、業務上之正當行為、正當防衛、緊急避難。

(二) 超法規的事由：實質違法性、得被害人之同意（例如：體育活動）.....

1. 最高法院 74 年台上字第 4225 號判決：

行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三百三十五條第一項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。

2. 最高法院 106 年台上字第 3989 號判決：

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。

三、 依法令之行為：

(一) 例如：依法逮捕，阻卻「妨害自由」罪。

(二) 刑事訴訟法§90：

被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度。

(三) 但若過當，則非屬之：

最高法院 30 年上字第 1070 號判決：

依法逮捕犯罪嫌疑人之公務員，遇有抵抗時，雖得以武力排除之，但其程度以能達逮捕之目的為止，如超過其程度，即非法之所許，不得認為依法令之行為。

(四) 是否過當？依「比例原則」判斷之。

（其他阻卻違法事由是否過當？也是依比例原則作判斷）

(五) 比例原則

1. 借用行政程序法§7：

行政行為，應依下列原則為之：

一、採取之方法應有助於目的之達成。

二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。

三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。

2. 例如警車追捕過程中，造成對象或第三人民眾傷亡，此時至少要考量：

(1) 對象是刑事案被告(現行犯、嫌疑人)或只是交通違規？

(2) 可否採取聯絡警網追捕或其他之方式，而避免快速追車？

(3) 是否太超速或太危險行駛（市區？郊外？）？

(六) 警員開槍之阻卻違法：

最高法院 73 年台上字第 4994 號判決：

原判決既認為被告使用槍枝擊斃死者之行為，係符合警械使用條例第四條第一項第五款、第八條之規定，即依同條例第十一條規定為依法令之行為，是被告之行為係依刑法第二十一條第一項之規定為不罰，核與第一審判決認為被告開槍擊斃死者係正當防衛且未過當，依刑法第二十三條之規定其行為不罰，適用法則顯屬不同，乃原判決未依法撤銷改判，竟予維持，自難謂無不適用法則之違誤。

(七) 民法§152：

依前條之規定，拘束他人自由或押收他人財產者，應即時向法院聲請處理。

前項聲請被駁回或其聲請遲延者，行為人應負損害賠償之責。

四、業務上之正當行為：

(一) §22：

例如：醫療行為。

(二) 但是醫療之失誤行為，是否也須負刑事責任？或是只要負民事賠償責任即可？

1. 醫療法§82(1)(2)：

醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。

醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任。

2. 醫療法§82(3)：

醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。

3. 醫療法§82(4)：

前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。

4. 醫療法§83：

司法院應指定法院設立醫事專業法庭，由具有醫事相關專業知識或審判經驗之法官，辦理醫事糾紛訴訟案件。

(三) 但必須是合法的業務，才可能阻卻違法：

例如：殺手、詐騙集團，不能阻卻違法。

五、 正當防衛

(一) §23：

(二) 「正」對抗“不正”



A的行為雖造成B的損害，但衡量法益，而不處罰A。

(三) 必須是「現在」的不法侵害，如果是「尚未發生」或是「已經結束」，都不可以主張正當防衛。

1. 最高法院 27 年上字第 2879 號判決：

刑法上之正當防衛以遇有現在不法之侵害為前提，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言。本件被告因見被害人身帶尖刀勢欲逞兇，即用扁擔打去，奪得尖刀將被害人殺斃，是被害人只帶刀在

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。

2.最高法院 30 年上字第 1040 號判決：

正當防衛必須對於現在不法之侵害始得為之，侵害業已過去，即無正當防衛可言。至彼此互毆，又必以一方初無傷人之行為，因排除對方不法之侵害而加以還擊，始得以正當防衛論。故侵害已過去後之報復行為，與無從分別何方為不法侵害之互毆行為，均不得主張防衛權。

3.最高法院 26 年渝上字第 1520 號判決：

刑法上之防衛行為，祇以基於排除現在不法之侵害而不超越必要之程度為已足，不以出於不得已之行為為條件，上訴人因耕種縣政府調解撥歸其耕種之祭田，某甲以其尚未履行調解條件為詞，突用袖藏石灰揚迷其目，復用所荷鐵鎬，向其頭部猛擊，上訴人先閉目躲閃，幸未受傷，當即反手以防身矛槍扎傷某甲左腿，為原判決認定之事實，是當時某甲既無不再鎬擊，或不能再加鎬擊之情形，則其不法之侵害，不得不謂為尚屬現在，上訴人用矛反擊，自屬正當防衛權之行使。

4. A 與 B 發生口角，B 乃撿起地上的木棍，並向 A 大吼大叫，A 擔心受到攻擊，乃先下手為強，突然向前並以拳頭攻擊 B 的臉部而奪下木棍。則 A 可否主張是正當防衛之行為？

(四) 誤想防衛：

1.最高法院 29 年上字第 509 號判決：

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。

2. 最高法院 106 年台上字第 3989 號判決：

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。

（五）防衛行為不能過當（要符合比例原則，合理必要）：

A 持刀，B 持棍，對峙叫罵，後來 B 揮棍攻擊 A，若 A 持刀：

1. 砍傷 B 的手。
2. 刺向 B 的心臟。

六、緊急避難：

（一）§24(1)：

（二）比較：

正當防衛：是在防止「不法」的侵害。正對不正。

緊急避難：是在避免危難，危難的來源可能沒有不法。

（三）例如：

1. A 被狗追，故意推倒（毀損）B 的物品以作阻隔。
2. 甲見乙屋火災，故意打破丙屋之玻璃，取出滅火器而滅火。
3. 最高法院 33 年非字第 17 號判決(1)：

被告雖係依法拘禁之人，於敵軍侵入城內情勢緊急之際，為避免自己之生命危難，而將看守所之械具毀壞，自由行動，核與緊急避難之行為並無不合，其毀壞械具，亦難認為過當，自不應成立刑法第一百六十一條第二項之脫逃罪。

(四) 例外不能主張緊急避難：

§24(2)：

(五) 爭議：因故意或過失而自招危難，可否主張緊急避難？

1. 全面否定說。

2. 全面肯定說。

3. 區分說：

故意：否定（因為禁止濫用權利）

過失：肯定（但有爭議）

(六) 避難行為的衡平性：

A B 同時落海，A 有救生圈，則 B 可否搶下 A 的救生圈而主張緊急避難？

→ 因為 A B 的生命都是平等的，B 不能將危難轉由 A 來承擔，所以 B 不可以主張。

(七) 誤想緊急避難：

A 與愛犬快速追逐玩樂，但 B 誤以為 A 正遭到危難，乃持木棍打死小狗。

則 A 是否成立毀損罪？

(八) 偶然緊急避難：

A 因無聊，想打小狗以作發洩，在巷口見一小狗（B 的小狗）狂奔，乃追上並持木棍打死小狗，此時 C 突然出現謝謝 A 英勇救人。則 A 是否成立毀損罪（是否阻卻違法）？

期末考試

最後 30 分鐘，考題、答案卷另發