

法事由，但是如果就這樣認定他的行為構成犯罪，好像也有點奇怪；另外如果案例改成是一個精神障礙的人破壞別人的花瓶，狀況大概也是一樣的，也就是說看起來好像他就是做了件壞事，但刑法上是否要苛責行為人呢？

對此，如果行為人是在沒有任何特殊情形下做了壞事，那麼我們的確應該苛責他，但如果有特殊情事發生，讓行為人無可避免的去做壞事，那麼刑法就不會再去苛責行為人了。在罪責這個階層，核心的概念就是「期待可能性」。也就是說在行為人面臨的那樣的特殊情況下，法秩序還能不能合理期待行為人做出正確的行為模式選擇：也就是不要去做壞事？打個簡單的比方，郭文傑就讀的西有大學的刑法老師做了規定，任何人只要一堂刑法課沒到，就扣平時成績五分，某天郭文傑竟然沒有來上課，老師很生氣的扣他成績五分，下堂課郭文傑到課時，老師就問他說：「我課上得如此好，你上一次怎麼沒來？」郭文傑回答說：「我媽媽病危，我帶她去醫院。」在這樣的情形下，如果刑法老師還是執著的要依照他原先的處罰規定扣郭文傑成績五分，那麼各位讀者可以想想的是，等到下次要上課時，如果郭文傑的媽媽又病危，郭文傑果真就會記取教訓，選擇去課堂上課了嗎？還是他依然還是會因為媽媽病危的關係，選擇不去上課而是帶他母親到醫院看病呢？

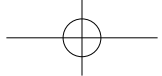
那麼簡單介紹完不法與罪責的概念後，稍微來個統整吧！

所謂不法，指的就是無正當理由的利益侵害；而罪責，指的就是期待可能性的概念。

改為：之

那麼我們要關注的下個問題是，區分不法與罪責到底用意，或者是實益何在呢？這裡我覺得舉得最好的例子¹，莫過於黃榮堅教授在刑法總則課堂上解說過的：每個人在小時候都有被師長處罰的時候，有時候可能會認為自己根本就沒有做錯。在這種情形，如果旁邊有人幫自己求情說：「小孩子不懂事，做錯就算了，不用計較啦！」可能自己還會很不服氣，甚至不領情的抗議：我根本就沒做錯！在這裡，我們就看到了兩種不同內容的抗辯，一種是自己的主張的抗辯（沒有做錯事），另一種則是旁人替自己求情所提出的（小孩子不懂事，就原諒他吧）。雖然兩種抗辯被接受時，結果可能都一樣，都是讓自己不會受到處罰，但是在事理上的意義卻是大不相同。

1 摘錄自蔡聖偉，刑案例解析方法論，2020年8月三版，頁80-81。



釋字第 636 號解釋理由書

本條例第二條第三款規定之欺壓善良、第五款規定之品行惡劣、遊蕩無賴均屬對個人社會危險性之描述，其所涵攝之行為類型過於空泛，非一般人民依其日常生活及語言經驗所能預見，亦非司法審查所能確認，實務上常須與強暴、脅迫、恐嚇等行為或與同條文其他各款規定合併適用。此基本構成要件所涵攝之行為內容既不明確，雖第五款另規定「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣」，亦不能使整體構成要件適用之範圍具體明確，因此上開欺壓善良及品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符。

釋字第 777 號解釋文

中華民國 88 年 4 月 21 日增定公布之刑法第 185 條之 4 規定：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。」其中有關「肇事」部分，可能語意所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。

2. 法律效果明確

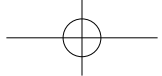
不允許絕對不定期刑，允許相對不定期刑（亦即法定刑設定一定的範圍，在此範圍內再由法官依照個案情節科處合乎罪責的宣告刑，例如強制性交罪之刑度為 3 年以上 10 年以下有期徒刑）³。

(三)類推適用禁止原則

刪除

法律通常很難規定得盡善盡美，若因立法者的疏忽，出現一些應加以規範而未及加以規範的法律漏洞，此時司法適用者即可能適用類推適用方法來填補法律漏洞。類推適用在民法雖然常見，惟

3 林鈺雄，新刑法總則，2022 年 9 月十版，頁 45。



壹、地的適用效力

地的適用效力所要探討的就是案例的犯罪事實有無中華民國刑法適用，而在處理刑法地的適用效力問題時，主要需注意的就是地的適用效力是有順序的。

在順序上，首先要先從屬地原則開始判斷，若無屬地原則的適用，再接著看看案例描述的犯罪事實有無補充原則（屬人原則、保護原則、世界法原則）的適用，若以上皆屬否定，那案例的犯罪事實就確定無中華民國刑法的適用囉！

一、屬地原則

刑法第3條：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」（國旗主義）

二、隔地犯

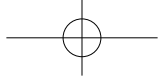
刑法第4條：「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」（隔地犯）

在隔地犯這個概念之下，最需要注意的爭點就是隔地犯這個概念在遇到透過網路傳播的犯罪時，必須予以限縮適用此點，以下即透過李聖傑老師的文章詳細地跟各位說明。

李聖傑，【網際國界——隔地犯的適用思考】 **增字：地**

經由網際網路的連結所顯現的資訊傳播，早已超過固有的領域主權的控制與支配，如果只以傳統隔地犯的規定理解行為與結果地，亦即認為將可以取得該網路資訊的位置解釋為犯罪結果地，是一種過度僵化且使得規範目的失焦的文義解釋。換言之涉及到網路犯罪之管轄判斷，隔地犯所擴大的領域管轄必須適當的限縮運用，特別是應該考量網路的全球化特質，除非藉由網路所散布的內容違反當今人類社會的普遍價值（例如散布真實兒童性虐待的照片，鼓勵殘害人群的訊息），或是確實侵害保護原則所呈現的特定利益，否則不能只以該資訊得以在我國領域內瀏覽，即認為犯罪結果地在我國而有我國刑法適用¹。

1 李聖傑，網際國界——隔地犯的適用思考，月旦法學教室，110期，2011年12月，頁36-38。



CHAPTER 5

客觀構成要件論

這種情形若套用條件因果關係的公式，對於被害人的死而言，甲乙投放毒物的行為，均為被害人的死亡結果不可想像其不存在的條件，都會肯認有條件因果；只是在客觀歸責處，會因為反常的因果歷程而阻卻客觀歸責，兩人皆僅論故意殺人未遂。

2. 擇一因果關係

例如：甲乙兩人在互不知情的情形下，各自在被害人的飲料中投入足以致死的毒物，被害人因而中毒身亡。

這時依照條件理論判斷，若甲不下毒，乙下的毒亦可將被害人毒死，則即使欠缺甲的行為，死亡結果依然會發生，則難道甲的行為與被害人的死亡結果欠缺條件因果關係？

因為通說認為這樣可能無法令偉大的社會大眾信服（違背國民的法感情），所以認為條件因果關係在擇一因果關係這種情形時，必須作修正，即下述通說：

二個以上的原因同時造成結果之發生，而每個原因皆足以造成結果之發生，此時在數個同時產生作用之原因中，其對結果的發生存有擇一關係時，即使可想像擇一原因不存在，具體結果仍舊發生，每一條件仍是結果之原因。

3. 超越的因果關係

指第一個條件並未對結果發生作用，而結果之發生是因為後來其他因素之介入所獨立造成的。

處理作法為依條件因果關係理論判斷，即可認第一個條件其行為和結果無因果關係。第一個行為既然和結果發生之間並無條件關係，即無因果關係可言，後來介入之真正的因果關係自然也無所謂超越。

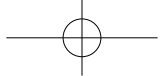
增字：因果

(三)相當因果關係理論

係指依一般人之經驗法則，這個犯罪流程有沒有超乎我們的想像。實務見解向來都是以相當因果關係來判斷行為人的行為與結果間是否具有關聯性。可參考以下的實務見解！

最高法院 76 年台上字第 192 號判例

所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，在此環境，有此行為之同一條件，



貳、補充——開放性構成要件

需要說明者係，一般的犯罪構成要件皆為閉鎖性構成要件，也就是在違法性只要審查檢驗我們接下來會介紹的阻卻違法事由即可。惟有一些犯罪構成要件（開放性構成要件）比較特別，除了要檢驗阻卻違法事由之外，尚須正面審查違法性，因為其與一般犯罪構成要件顯有不同，故以下先予以介紹之。

- 一、開放性構成要件與閉鎖性構成要件最大的不同在於，閉鎖性構成要件具構成要件該當性之行為具有表徵違法性的功能。但所謂的開放性的構成要件則欠缺表徵違法性的功能，故不能因為具有構成要件該當性，就認為具有違法性。而是在構成要件該當性之後，再進一步的從正面審查違法性之有無。
- 二、目前刑法上屬開放性構成要件者，最重要的即係刑法第 304 條之強制罪。學說上對於要如何正面審查強制罪的手段目的間是否具有可非難性的方法，提出不少判準（此部分詳見刑法分則強制罪之部分），最主要的方法即係「欠缺關聯原則」。也就是去審查手段和目的間是否具合理的內在關聯性，若得出否定的結論時，即認為具有違法性。

改為：照

- 三、而在阻卻違法事由此部分，我們會依~~該~~該阻卻違法事由有無被成文地規定在中華民國刑法典裡，進而區分成「法定阻卻違法事由」及「超法規阻卻違法事由」。

(一)法定阻卻違法事由

刑法第 21 條之依法令之行為、刑法第 22 條之業務上之正當行為、刑法第 23 條之正當防衛、刑法第 24 條之緊急避難。

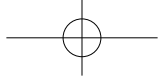
(二)超法規阻卻違法事由

得被害人承諾、推測承諾、義務衝突、可罰的違法性。

參、法定阻卻違法事由

一、正當防衛（刑 § 23）

刑法第 23 條：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」



(10) 緊急協助與強加防衛

需注意的是，受侵害的權利亦包含他人的個人權利，對此我們將其稱為「緊急協助」。於緊急協助的情形必須要尊重被防衛者的意願，所以如果他人不願意防衛者救助自己的權利，就不存在一個需要保護的個人權利，而不應容許強加介入的防衛。然而如果被害人的法益是其無法自由處分的生命或重大身體法益時，則維護法秩序有效性的公共利益價值已超過個人權利的保護，此時即可不顧被防衛者的反對意願，而為防衛行為¹⁵。

2. 防衛行為

(1) 須對加害人為之：

對非侵害者之第三人不能主張正當防衛，而只可能援用緊急避難，且對於合法之行為（例如正當防衛、緊急避難）即不得主張正當防衛！

(2) 適當且必要之防衛手段：

正當防衛不考慮衡平性。（利益衡量原則）

(3) 補充文章——古承宗，【正當防衛之「為達（防衛）目的所需」要件】

① 所涉爭點：

甲面對乙之現在不法侵害，不採取奪棒的方式，反而直接推倒乙致其受傷，甲的防衛行為是否合於「為達防衛目的所需」之要求？

② 重要考題：

Q 甲、乙因停車糾紛而有口角爭執，乙趁甲準備離開停車場前往賣場時，從車內取出鋁棒，試圖阻攔甲的行動。當乙持鋁棒朝甲的肩部攻擊時，具有身形及體態優勢（身高 178 公分、體重 120 公斤）的甲即時舉起左臂向乙推去。乙倒地而受有傷害。試問甲的防衛行為是否合法（刑 § 23）？

【月旦法學教室¹⁶】

改為：16

15 許澤天，刑法總則，2022 年 7 月三版，頁 141-142。

16 古承宗，正當防衛之「為達（防衛）目的所需」要件，月旦法學教室，190 期，2018 年 8 月，頁 21-24。

增字：犯

者事前勸阻或事後救助受害者，此一作為義務只是限制挑唆者的一般行動自由，在違反作為義務時負起不純正不作為的刑事責任。而若禁止挑唆者實施防衛手段，是在迫使挑唆者捨棄法律所賦予之主觀權利，必須忍受不法侵害所帶來的法益風險，同時在實施防衛手段時，必須額外承擔故意作為犯的刑事責任，如此的限制所傳達的意思就是，國家不僅放任不法侵害，還反過來制裁行使權利的公民，徹底顛覆了國家保障人民權利的任務²¹。

②挑唆行為本身即可構成犯罪——原因不法行為理論

薛智仁教授贊同挑唆行為可以直接作為刑法上歸責的對象，以下即予以分析挑唆行為的客觀不法與主觀不法。

A. 客觀不法：

挑唆行為與受害者的傷害結果具有因果關係，挑唆行為亦可認定有製造法所不容許的風險，其中最為重要的是，挑唆行為雖然創造了受害者自陷風險的條件，不過其行為意義並不在協助受害者實現其自主利益，實施不法侵害的自主利益亦不被法秩序所承認，並非足以衡平行為人所製造的法不容許之風險的正面效益，故不應適用被害人自我負責原則阻卻歸責²²。

B. 主觀不法：

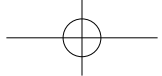
關鍵是在於挑唆者對於引發正當防衛情狀而傷害受害者的事實有無預見或預見可能性²³。

又必須附帶探討的是，基於故意與行為同時存在原則，需挑唆行為也是著手實行傷害的行為時，挑唆者對於實現傷害構成要件的事實認知，才是建構故意不法的傷害故意，則問題就是，挑唆行為就是傷害行為

21 同前註 11，頁 23-24。

22 同前註 11，頁 38-40。

23 同前註 11，頁 40。



侵害者如此合法的正當防衛行為進行「防衛」？但是這樣的批評過度概括。原因不法行為理論承認挑唆行為可能是不法行為，至多是肯認挑唆行為構成不法侵害，但並不當然就肯定其屬於「現在」不法侵害。正當防衛之侵害現在性，係以侵害在客觀上對他人法益造成具體危險為標準，該侵害是否為著手並不重要。所以，即使挑唆行為已經是殺人或傷害行為之著手，只要在客觀上尚未使他人陷入生命或身體的具體危險，就仍然屬於將來不法侵害，對之不得實施正當防衛，原因不法行為理論就此並未導致自相矛盾的結果²⁸。

2. 許恒達，【正當防衛與挑唆前行為】

(1) 許恒達教授認為挑唆防衛可以根據意圖式挑唆防衛與非意圖式挑唆防衛，而異其法律效果²⁹：

意圖挑唆者透過前階段行為，惹起被挑唆者的不法行為，該惹起不法侵害的意圖式行為，本身對防衛情狀與有責任，此時防衛者可歸責的參與了不法侵害者破壞的協和關係，防衛者當然不能再立即適用原有協和關係破壞時的防衛權能，而不能再毫不遲疑的展開反擊行動。此時應遵守三階段理論，若防衛者沒有遵守，則不能阻卻違法，僅能討論防衛過當。

(2) 而在非意圖式的挑唆情形，只要挑唆者欠缺利用防衛情狀達成侵害他人的目的，規範上就沒有任何限制其面對不法侵害時防衛權能的正當理由，實不應該承認非意圖式挑唆防衛能產生任何限制防衛手段的法律效果，此時仍應賦予防衛者一般的防衛權能。欠缺明確意圖的挑唆前行為，尚難與接續出現的不法侵害情狀及防衛手段串聯，因此該挑唆前行為必須理解為獨立事件，既然是獨立事件，當然沒有挑唆者對於防衛情狀出現的與有責任，也不存在限制後

改為：的出現

28 同前註11，頁52-53。

29 許恒達，正當防衛與挑唆前行為，月旦刑事法評論，2期，2016年9月，頁120-127。

小的手段；另受到利益權衡之限制，就被救助與被犧牲的法益加以權衡結果，被救助法益具有優越性，並且符合手段與目的相當性。只有在符合上開緊急避難要件時，始克阻卻違法而不罰。至於雖客觀存有緊急之危難情狀，主觀上亦是出於救助意思（符合上開(1)、(2)之要件），但是避難行為超過必要性或不符利益權衡（不符合上開(3)之要件），不得阻卻違法，惟符合刑法第 24 條第 1 項後段過當避難之要件，應視可非難性高低而判斷屬寬恕罪責或減輕罪責而異其法律效果。

1. 緊急避難情狀

(1) 危難之存在：

天災、人禍均屬之。惟對於他人合法之行為，例如警察合法逮捕犯罪人，受處分人即不得主張緊急避難。

(2) 危難需緊急：

指一個危險狀態倘放任其繼續發展下去，損害就會發生。
（包含持續性危險）

(3) 緊急避難所要維護之法益

① 例示說³²： 改為：益

緊急避難所要維護之法義，縱為刑法第 24 條未明文規定之利益，如名譽、隱私、信用，受危難者亦可進行避難行為。

王皇玉：是否得主張緊急避難阻卻違法，重點是在是否得通過利益衡量（衡平性）的檢驗，因此條文中所舉之四種法益應屬例示規定。

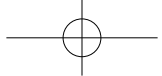
② 列舉說：

避難行為僅能以維護條文中所列舉之四種法益為限。（林東茂、立法理由、實務）

列舉說的詳細說理：

刑法第 24 條緊急避難得保全的法益僅限於生命、身體、自由、財產法益。因為緊急避難原本即為正對正的概念，其係以危險轉嫁的方式侵害無辜第三人的法益而保全自己的法益，所以應該嚴格限縮於為保全自己重大法益，也就是

32 許澤天，刑法總則，2022 年 7 月三版，頁 169。



(三)精神障礙或心智缺陷

1. 刑法第 19 條第 1 項：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」
2. 刑法第 19 條第 2 項：「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。」

(四)瘡啞人

刑法第 20 條：「瘡啞人之行為，得減輕其刑。」此所謂瘡啞人，係指出生即瘡啞者而言，瘡而不啞、啞而不瘡，均不適用本條。

貳、原因自由行為

一、基本概念

原因自由行為，乃指行為人因自己的故意或過失，使自己陷於無責任能力或限制責任能力之狀態，而在此狀態下為犯罪構成要件該當之行為。行為人於原因設定階段是自由的，然於行為時卻是處於欠缺罪責之狀態。

二、原因自由行為可罰性之理論

改為：學

(一)構成要件模式（其又分成前置理論、工具理論這兩個^次說）

1. 前置理論

原因自由行為之可罰性，應將行為提前至自陷行為本身，認其為構成要件行為之開始。

2. 工具理論

認為行為人是藉由類似間接正犯對工具的支配而犯罪，即行為人利用自己無責任能力之行為為工具而實現犯罪。（一個清醒的我，利用一個不清醒的我去犯罪）

(二)例外模式理論

1. 只要行為人的責任能力發生障礙，可歸責於行為人自己形成的原因，行為人就不能援引排除責任能力之抗辯，原因自由行為之處罰，乃行為與罪責同時性之例外。

五、補充文章——薛智仁，【論原因自由行為之處罰基礎】

(一)所涉爭點

對於原因自由行為之處罰理據，究竟應該採取例外模式，抑或是應該採取構成要件模式？

(二)文章摘要

1. 薛智仁教授認為原因自由行為之處罰理據應採取「不法前置模式」。此模式認為，行為人並不僅以結果後行為實現犯罪構成要件，而是也透過原因行為實現犯罪構成要件，透過結果後行為所實現之犯罪構成要件，亦可歸責於原因階段的自陷~~經~~神障礙或其他舉動，行為人在此時亦對於犯罪構成要件之實現有故意或過失，即可成立犯罪，透過將實現犯罪構成要件的行為前置到行為人有責任能力的原因前行為階段，即可符合行為時與責任能力同時存在原則³。
2. 對不法前置模式可能存有的質疑⁴
 - (1)刑法第 19 條第 3 項的條文規定，已經確立立法者明白採取罪責前置模式（例外模式）。
 - (2)不法前置模式無法適用於己手犯，這會造成處罰漏洞。
 - (3)不法前置模式將構成要件行為前置到原因行為後，會使結果行為喪失不法侵害的特性，導致相對人無法對結果後行為適用正當防衛。
 - (4)在原因前行為與構成要件的實現之間，通常無法證明因果關係是存在的，對於排除操控能力的原因行為如何導致結果行為，缺乏有效的因果法則加以解釋。
 - (5)不法前置模式可能過度前置犯罪的著手時間點。
3. 對可能質疑的回應⁵
 - (1)從立法理由僅能推知，立法者肯定原因自由行為的可罰性，但並無指定罪責前置模式作為原因自由行為處罰基礎的意思。且法條文義也只是說故意或過失自陷責任能力缺陷不得

改為：精

3 薛智仁，論原因自由行為之處罰基礎，中研院法學期刊，21 期，2017 年 9 月，頁 29。

4 同前註 3，頁 31-39。

5 同前註 3，頁 32-49。

當情境而被抵銷，故其不法僅止於行為不法，即行為人違背法規範的主觀意思而已，此情形猶如未遂犯一般，因此應援引未遂之法則，僅依未遂處罰之。

三、許恒達教授見解：阻卻違法說¹⁷

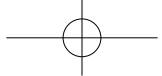
在偶然防衛之情形，排除結果不法應無疑義，問題在於，是否在偶然防衛之情形，也可以排除行為不法？通說見解似乎認為行為不法只須考察行為人主觀犯意，惟許恒達教授認為，結果不法是以達成可歸責的損害為非難中心，而行為不法則是著重在可引起法益危險之行為，真正能引發法益危險、從而證成行為不法的關鍵因素，應該不是行為人主觀內在犯意，而是行為人已實行的客觀行動，也就是說要從行為當時已實現的客觀行動為判斷對象，並輔以一般化危險標準的判斷標準，才能從已實行的行動推測有無進一步衍生至損害的可能性。若從此以觀，偶然防衛之情形，因客觀上存在著防衛情狀，使得相對人部分法益已被懸置於法秩序外，則既然自始不存在實現結果不法的可能性，行為人也不可能在存有防衛情狀的景況下，帶來任何值得非難的法益危險性，故應直接否認其行為不法，從而產生阻卻違法的效果。

若採取所謂阻卻違法說，則阻卻違法事由根本不需要考慮主觀要件，只要客觀要件能夠符合法律規範，或是符合實質意義的客觀優越利益考量，就可發生阻卻違法的效果。在偶然防衛的情形下，縱使行為人主觀上不具防衛意思，只要客觀上存有防衛情狀，手段也屬合法反擊方式，就可以直接阻卻違法。此說核心理由有二：第一，形式上以觀，法定阻卻違法事由均未規範主觀要件，若認為需要主觀要件，恐怕在除罪效果上，加諸立法文字不存在的限制；第二，從實質面以觀，阻卻違法的原理在於優越利益，只需要客觀上存在適宜阻卻違法的情狀，而行為人採取客觀上符合優越利益考量的手段，就應該完全符合優越利益的要求，進而可以判定阻卻違法。

改為：分

改為：情

17 許恒達，論偶然防衛，台灣法律人，39期，2024年11月，頁119-120、128；許恒達，誤想／偶然過當防衛，月旦法學教室，272期，2025年6月，頁56。

**解析**

處理選擇要素錯誤此問題的關鍵在於：相關的選擇要素應評價成一個單一（選言描述）的構成要件要素？還是數個獨立的構成要件要素？原則上同一條文中的選擇要素應定性成一個（選言描述的）構成要件要素，其實質上是要表達單一概念，而非要創設數個罪名。依此，相關的選擇要素便可共同組成一個故意既遂犯的不法歸責基礎，客觀與主觀只需在這個選言描述的要素內合致對應即可。例如刑法第 165 條的湮滅和隱匿即屬此類。

反之，若每個選擇要素都各自具備獨立的構成要件要素的資格，則數個獨立的構成要件串連在同一條文中仍不應失去其獨立性（最典型的範例即為形式結合犯²³，此時發生在其間的錯誤即會阻卻故意既遂犯的成立。

此處為註23

拾參、誤想過當防衛²⁴

這種情形指的是個案中不存在任何的不法侵害，但行為人誤以為他人攻擊自己，因而誤以為有防衛情狀而實施反擊，但誤想防衛者反擊手段逾越了該「誤以為存在」不法侵害的必要性界限，因而可能涉及「過當」的防衛手段。

一、例如：沉睡中的甲誤以為臨時提早返家的妻子乙是竊賊，因此使用合法持有的十字弓將乙射殺，甲在射殺時並不知悉「竊賊」的可能反應，也未曾考慮及其反擊手段可能逾越防衛的合法界限。

二、處理方式

（一）首先要先知道，防衛過當其減刑的法律依據，應一併考量防衛情狀與防衛意識共同產生的不法縮減作用，以及防衛者因為受侵害而產生的恐懼、害怕、激動等關涉期待可能性的因子，所以防衛過當的法定減刑，實屬出於不法與罪責的雙重縮減。

23 同前註 18。

24 許恆達，論誤想防衛，中研院法學期刊，18 期，2016 年 3 月，頁 166-170。

(二)但在誤想防衛過當案例中，因為客觀上根本沒有現在不法侵害，所以行為人所逾越的也不是嚴格意義下的必要性界限，而是逾越主觀想像上的必要性界限，所以在這種情形，只單純涉及誤想防衛，而可以把行為人的刑責調降為過失犯。至於防衛過當爭議（反擊手段逾越了主觀想像不法侵害的必要性界限），倘若欠缺客觀的防衛情狀，卻採取超出自行假設防衛情狀必要界限的反擊手段時，既無任何縮減不法的理由，自不得適用刑法第 23 條但書減免刑責。

三、有關誤想防衛、延展型防衛過當、誤想防衛過當這三者很容易搞混，楊過我以下就用表格幫各位加以整理，希望大家不要再搞混它們各自的法律效果囉！**鴿咪！改為：啾**

	誤想防衛	延展型防衛過當	誤想防衛過當
定義	客觀上無現在不法侵害之防衛情狀，惟主觀上具有防衛意識之情形。	原存有客觀上防衛情狀，惟隨著時間上的推移使得防衛情狀消失，而行為人於此時實行防衛行為。	個案中不存在任何不法侵害，但行為人誤以為他人攻擊自己，進而反擊，惟行為人反擊手段逾越了該誤以為存在不法侵害的必要性界限。
法律效果	不成立故意犯，轉論過失犯。	適用刑法第 23 條但書防衛過當之法律效果，得減免其刑。	適用誤想防衛之法律效果，但不得適用防衛過當之法律效果。
原因	採取負面構成要件要素理論、限制罪責理論或限縮法律效果之罪責理論會得出轉論過失犯之結論。	因此時仍存在防衛過當得減免其刑之理由，亦即具備不法與罪責雙重減輕之情形。（至少在最初開始，客觀上的確是有出現過防衛情狀）	得適用誤想防衛之效果是因為此情形仍屬於客觀上自始至終皆不存在防衛情狀，但具備主觀上之防衛意識之情形。而之所以不得主張防衛過當，係因此情形客觀上自始至終皆無防衛情狀之出現。

境而被抵銷，故其不法僅止於行為不法，即行為人違背法規範的主觀意思而已，此情形猶如未遂犯一般，因此應援引未遂之法則，僅依未遂處罰之。 改為：缺

(三)管見認為既然行為人已欠缺主觀之阻卻違法要素，其行為即無法阻卻違法，客觀上存在著阻卻違法要素僅能於量刑上做考量，在犯罪之成立上並無任何特殊之效果，故採既遂說。若採此說，行為人之行為無法阻卻違法。

三、無阻卻罪責事由，甲成立本罪。

Q 行為人在其所欲殺害之人（例如其政敵）所擁有的汽車上裝置炸彈，但是其後開車而被炸死的卻是第三者（例如該政敵的妻子）。²⁷
【台灣法學雜誌²⁸】

解析

一、客體錯誤說：

此說認為只要實際被攻擊的對象是合於行為人對於因果鏈的設計，就應論以客體錯誤。既然在汽車炸彈案中，依照裝置的設計，是要炸死第一個步入汽車的駕駛者，而既然之後正是第一個步入汽車的人被炸死，此時就不應阻卻行為人故意既遂之責任。

二、打擊錯誤說：

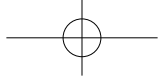
在汽車炸彈案中，行為人於行為時，事實上就是沒認識到後來會是另一個人步入汽車內，因此對其應無故意可言，故本案應屬打擊錯誤。

三、不區分說：

既然構成要件對於行為客體以種類作為規定內容，則對於故意當然也只要求對於此一種類有所認識即可，故於此案例中不應阻卻行為人之故意既遂責任。

28 例題及以下的見解整理，可參徐育安，刑法故意與錯誤理論之發展與重建——以構成要件錯誤為核心，台灣法學雜誌，400期，2020年9月，頁95-97、113。

29 徐育安，刑法故意與錯誤理論之發展與重建——以構成要件錯誤為核心，台灣法學雜誌，400期，2020年9月，頁95-97、113。



阻礙、(3) 從客觀視角判定侵入保護法益周邊與否⁸。

四、複行為犯的未遂標準

最高法院 111 年度台上字第 5588 號刑事判決所涉及的案例事實主要是：行為人先在遠端向相對人傳送脅迫的惡害通知，但因時間、空間距離甚遠，必須遞延實行性交行為，倘若後段的性交行為，無法在前段的脅迫行為實行後立即發動，則是否還能認定整體罪名的未遂？此問題涉及到複行為犯的核心非難，亦即複行為犯前、後段行為與保護法益的關係並不相同，前段行為實行完，往往只是創造出足可侵害法益的有利機會，僅實行前段行為，其實無法損害複行為犯構成要件的保護法益，例如強制性交罪其保護法益為性自主權，這種保護法益的侵害有賴後段行為「性交」的實行，方能實現損害，性自主法益受到干擾的核心關鍵，並非前段先創造有利性交機會的強制或違反意願行為，而是後段利用前段有利機會所實行的性交行為。故倘若採取許恒達教授之見解，本例的情形並無法論以強制性交罪的未遂犯⁹。

改為：五

四、表格整理

學完未遂犯的處罰理由以及著手理論後，以下就由楊過老師我用表格幫各位整理一下吧！

未遂犯之處罰理由	客觀未遂理論	主觀未遂理論	印象理論
處罰原因	行為之高度危險性	法敵對意志	造成社會大眾震撼印象
未遂犯之法律效果	必減	與既遂犯同	富有彈性（得減）
有利論據	刑法第 26 條修法理由	無 （較無學者採取）	現行刑法第 25 條第 2 項條文
著手理論	形式客觀說、 實質客觀說	主觀說	主客觀混合理論

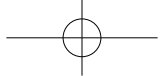
改為：六

五、刑法分則重要犯罪的著手時點

以下茲就筆者覺得重要的犯罪著手時點的實務見解做摘錄，供各位

8 許恒達，密切關聯行為與複行為犯的著手實行時點－評最高法院 111 年度台上字第 5588 號刑事判決，新學林法學，1 期，2024 年 2 月，頁 171。

9 許恒達，密切關聯行為與複行為犯的著手實行時點－評最高法院 111 年度台上字第 5588 號刑事判決，新學林法學，1 期，2024 年 2 月，頁 173。



條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。

貳、理由：

一、系爭規定涉及沒收犯罪所得部分，無涉罪刑法定原則

按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之剝奪或限制，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。罪刑法定原則為憲法之重要原則，乃現代法治國之根基。無法律規定者，行為即不構成犯罪，亦不得對該行為科處刑罰。

憲法罪刑法定原則所稱之刑罰，簡言之，係指國家為對從事刑事違法且有責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處遇，例如剝奪人身自由或財產。是國家對於人民之任何不利益處遇，是否具刑罰之性質，須視是否與上開所描述刑罰之概念要素相符而定。

申言之，立法者依其所欲達成之目的，對國家基於違法行為干預人民自由或財產之措施，於法制度之形成上，享有一定之立法裁量空間。判斷立法者制定之措施是否屬刑罰或類似刑罰，不應僅因該措施係規範於刑法典中而定，亦不應僅著眼於該措施使人民遭受財產或經濟上不利益，而須綜觀該措施之性質、目的及效果，是否等同或類似刑罰（司法院釋字第 751 號及第 808 號解釋參照），不受立法者對該措施所下定義之拘束，亦不拘泥其條文是否使用刑罰相關用語。若該措施之性質、目的及效果，並非等同或類似刑罰，即無涉罪刑法定原則。

刪除

（一）由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得之沒收不具刑罰性質【45】

就沒收犯罪所得之性質言，沒收犯罪所得係藉由沒收之手段，以衡平因違法行為所生財產秩序之干擾，故為避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪所得，致顯失公平正義，其得予沒收之犯罪所得，僅須係因違法行為所生，即為已足。換言之，行為僅需具刑法構成要件該當性及違法性，縱不具可責性，因該行為而生之犯罪所得，仍應予以剝奪，以回復犯罪行為前之合法財產秩序。是沒收犯罪所得，並非非難行為人或第三人有何違反社會倫理之犯罪行為，此與刑罰係基於制裁個人犯罪行為而設，行為人須因違法且有責行為始受刑事制裁有異。犯罪所得之沒收，有別於刑罰，此其一。

就受沒收犯罪所得宣告之主體言，依刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項