

刑法總則 (二)

Criminal Code-general Principles (II)

第十一章 阻卻違法事由

授課教師：國立臺灣大學 法律學系 王皇玉 教授

本課程指定教材為：王皇玉編著《刑法總則》，修訂七版(新學林出版，2021)

【本課程由王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品請另行向權利人取得授權。】

第十一章 阻卻違法事由

壹、依法令之行為

一、基本概念

二、依法令之行為

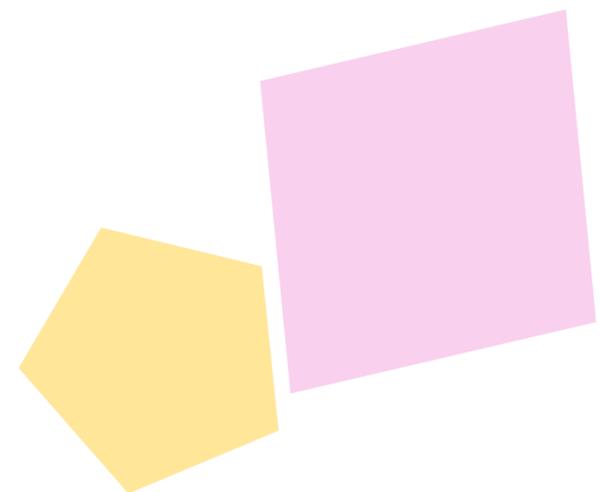
三、依所屬上級公務員命令之職務上行為

貳、業務上之正當行為

一、基本概念

二、「業務上正當行為」之解釋

三、醫療行為與「業務上正當行為」



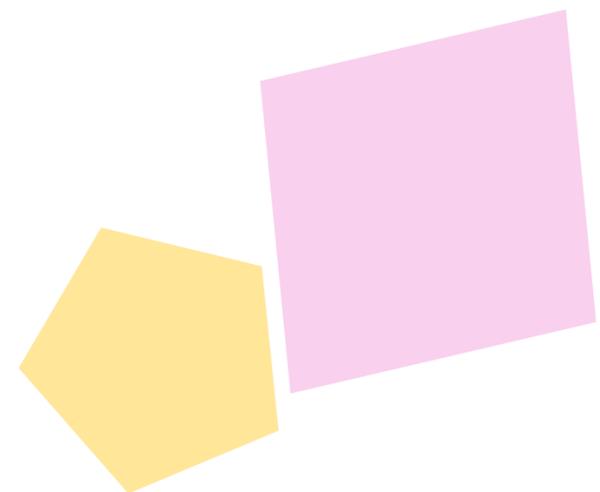
第十一章 阻卻違法事由

參、正當防衛

- 一、正當防衛的基本概念
- 二、正當防衛之要件

肆、緊急避難

- 一、緊急避難之基本概念
- 二、緊急避難之要件

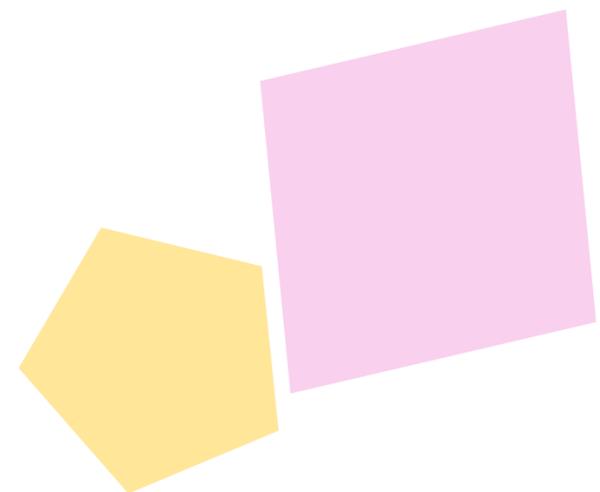


第十一章 阻卻違法事由

伍、得被害人承諾

- 一、「阻卻違法之承諾」與「阻卻構成要件之同意」
- 二、被害人之承諾
- 三、推測之承諾

陸、義務衝突



依法令之行為—基本概念

- 刑法第 21 條規定：

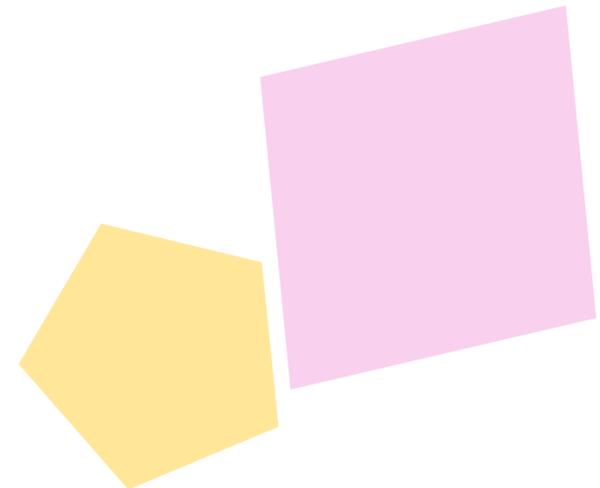
「依法令之行為，不罰。

依所屬上級公務員命令之職務上行為，
不罰。

但明知命令違法者，不在此限。」

依法令之行為—基本概念 (續)

- 依法令之行為得以阻卻違法性之理由在於「法律秩序的一致性與無矛盾性」。
- 法律秩序不可能一方面對某一行為的實施給予許可，另一方面卻處罰因此項許可所實施的行為，如此將造成整體法律規範的衝突與矛盾，且令人民無所適從。



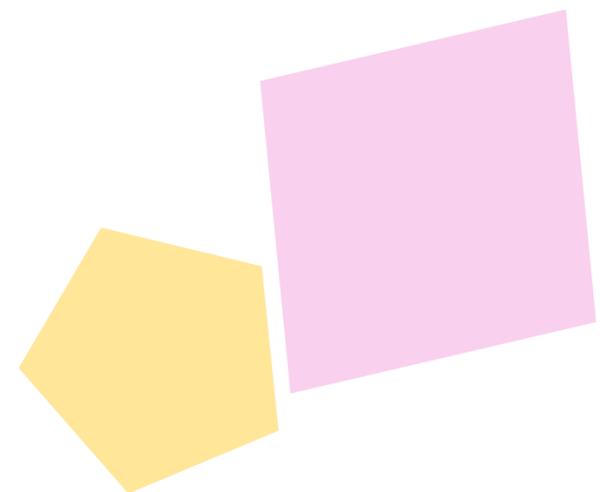
依法令之行為—基本概念 (續)

- 任何人依法令所為之行為，如依刑事訴訟法規定而逮捕現行犯，或公務員依法令或依所屬上級公務員命令之職務行為，如警察受檢察官指揮而執行搜索、扣押、監聽，均須以「整體法律秩序的一致性」之概念，排除該行為的違法性。

根據刑事訴訟法及相關成文法律所為之行為 (一)

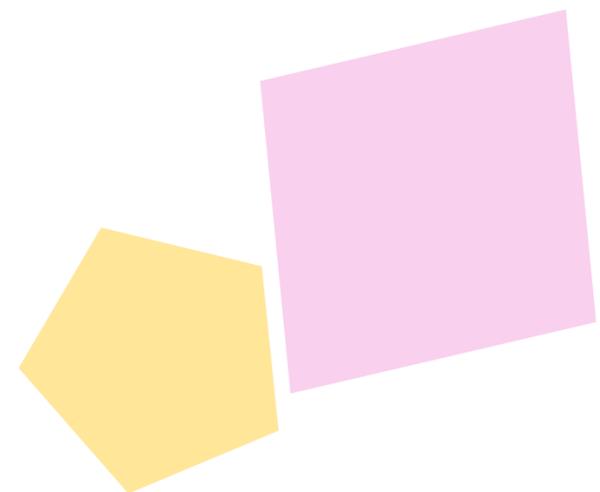
1. 逮捕現行犯：

- 刑事訴訟法第 88 條規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」
- 所謂現行犯之定義則為：「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」
- 「準現行犯」，亦即被追呼為犯罪人者，或是因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，亦得逮捕之。(刑事訴訟法 §88III)



根據刑事訴訟法及相關成文法律所為之行為 (一) (續)

- 逮捕之外，對現行犯痛毆數拳，或拘禁數日，則痛毆或拘禁部分不符合逮捕現行犯之法定要件，不得阻卻行為之違法性。
- 倘誤認他人現行犯或準現行犯而逮捕之，則屬容許構成要件錯誤之問題。



根據刑事訴訟法及相關成文法律所為之行為 (一) (續)

2. 刑事訴訟法上的搜索、扣押、拘提、逮捕等強制處分：

- 刑事訴訟法規定搜索、扣押、拘提、逮捕等強制處分，侵害人民人身自由、隱私權、財產權，其形式上該當強制罪、剝奪行動自由罪、侵入住宅罪不法構成要件。
- 惟司法警察或檢察官乃依刑事訴訟法規定而為，屬依法令之行為而得以阻卻違法。

根據刑事訴訟法及相關成文法律所為之行為 (一) (續)

- 如果強制處分不符合法定程序，

例如：

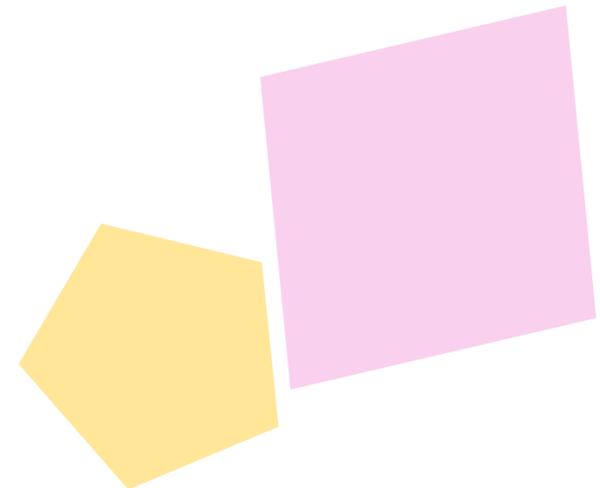
司法警察將被逮捕、拘提之被告拘留其人身自由超過法定 24 小時 (憲法 §8II，刑事訴訟法 §93)；

或是無搜索票之違法搜索等，仍應成立剝奪行動自由罪或違法搜索罪。

實務見解

- 【依法令之行為——30年上字第1070號判例】

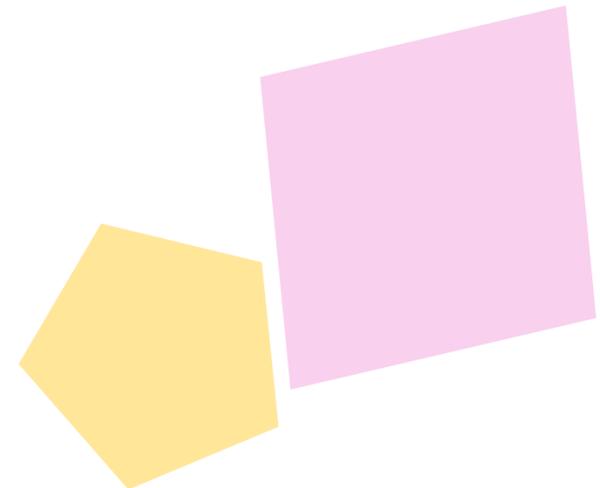
依法逮捕犯罪嫌疑人之公務員，遇有抵抗時，雖得以武力排除之，但其程度以能達逮捕之目的為止，如超過其程度，即非法之所許，不得認為依法令之行為。



實務見解 (續)

- 【依法令之行為—28 年上字第 3507 號判例】

販賣妨害衛生之飲食物品，刑法第一百九十一條定有處罰明文，上訴人所售賣之豬肉，既因顏色不同，有妨害衛生之嫌疑，被告為執行警察職務之公務員，將其帶局訊問後，責令保釋，顯係依法令之行為，自不能因其調查犯罪嫌疑，於短時間內限制其自由，遽以濫用職權或妨害自由罪相繩。



根據刑事訴訟法及相關成文法律所為之行為 (二)

3. 刑事訴訟法上之強制採證處分：

- 刑事訴訟法規定，檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為。
- 有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。(刑事訴訟法 §205-2)

根據刑事訴訟法及相關成文法律所為之行為 (二) (續)

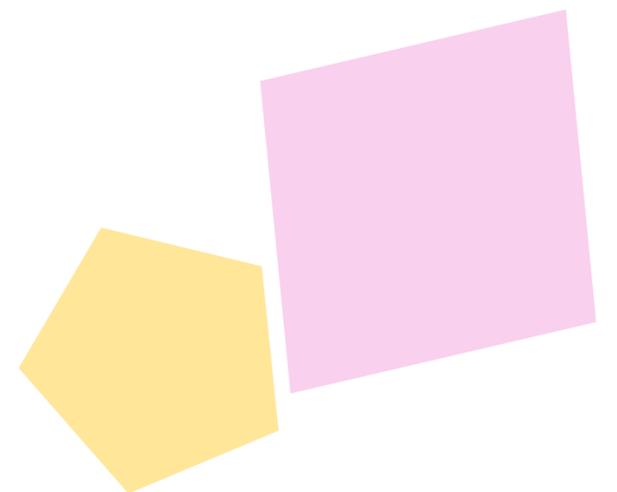
4. 刑事訴訟法上執行死刑之規定：

- 刑事訴訟法第 460 條以下定有死刑執行之相關規定，執行死刑之法警依法令執行死刑，該殺人行為得以阻卻行為之違法性。

根據民法所為之權利行為

1. 民法上之自助行為：

- 民法第 151 條：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限。」
- 自助行為雖侵害他人自由或財產法益，但在民法上不構成侵權行為而不負損害賠償之責；在刑法上亦屬依法令之行為。



根據民法所為之權利行為 (續)

2. 民法上占有人之自力救濟權：

- 民法第 960 條：「占有人，對於侵奪或妨害其占有之行為，得以己力防禦之。占有物被侵奪者，如係不動產，占有人得於侵奪後，即時排除加害人而取回之；如係動產，占有人得就地或追蹤向加害人取回之。」
- 占有人以己力防禦或排除侵奪之行為，可能具有強制罪構成要件該當性，但可以根據本規定而阻卻違法。

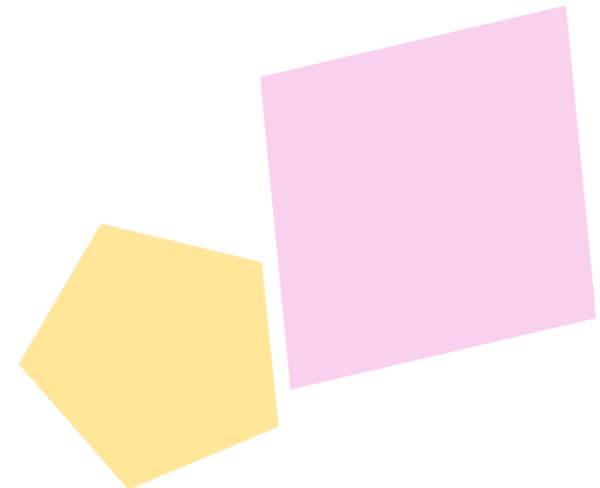
根據民法所為之權利行為 (續)

3. 父母對子女之懲戒權：

- 民法第 1085 條：

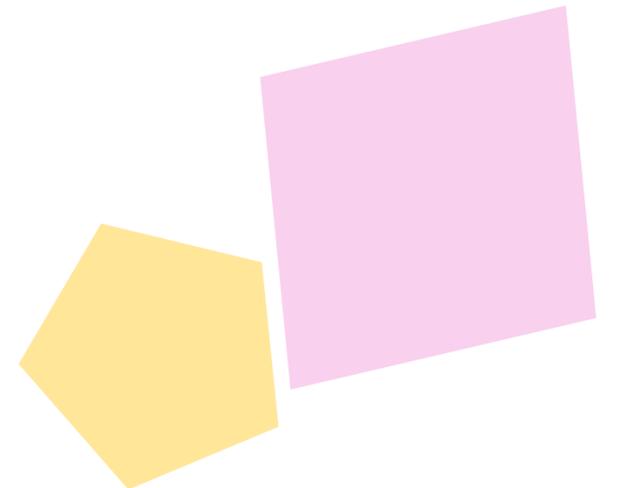
「父母得於必要範圍內懲戒其子女。」

- 父母對子女身體的懲戒(體罰)，應為「最後手段」，體罰行為始得阻卻行為的違法性。



依據其他法令之情形

- 醫師根據「優生保健法」進行之人工流產行為，可以阻卻墮胎行為之違法性。
(優生保健法 §9)
- 醫師根據「人體器官移植條例」而摘除活體器官之行為，可以阻卻傷害或重傷行為之違法性。(人體器官移植條例 §8)



依據其他法令之情形 (續)

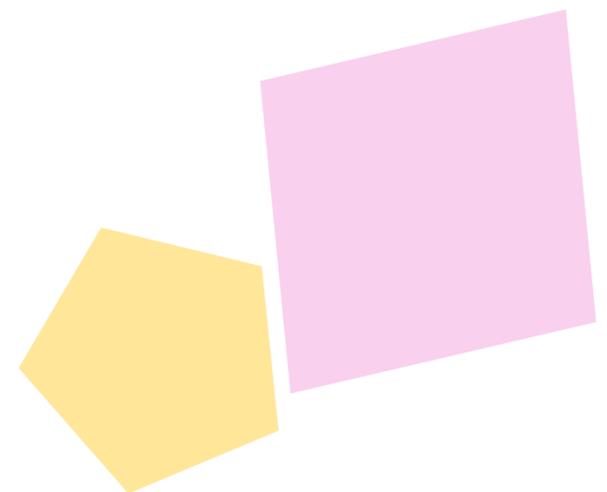
- 警察根據「警械使用條例」而使用警棍、警刀或槍械之行為，可以阻卻傷害或重傷行為之違法性。(警械使用條例 §3、§4)
- 警察根據「警察職權行使法」所為之攔停人車查證身分之行為，可以阻卻強制行為之違法性。(警察職權行使法 §8)
- 公務員根據「行政執行法」所為之查封財產、拘提管收行為或禁止為一定行為。(行政執行法 §16、§17、§17-1)

公務員之行政裁量

- 【行政裁量權—91年度台上字第7498號判決】

公務員依法行政固得阻卻違法，惟所謂依法行政得阻卻違法者，限其行政行為符合依法行政原則之謂，非謂有法可據，便不違法。

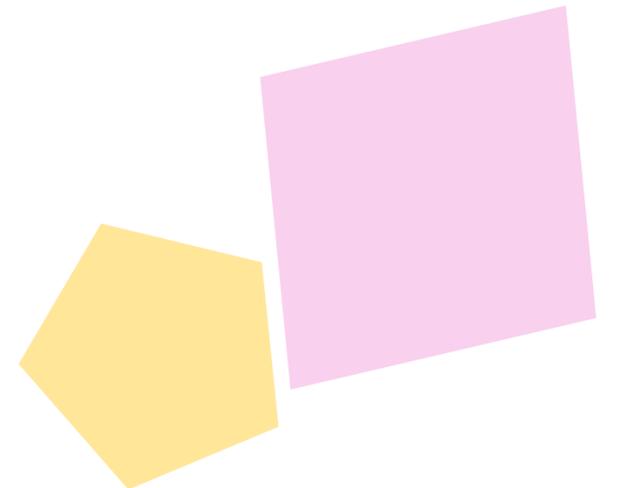
換言之，公務員依法行政時，須不違反依法行政原則之「法律優位原則」、「法律授權原則」、「法律保留原則」。



公務員之行政裁量 (續)

- 【行政裁量權—91年度台上字第7498號判決】

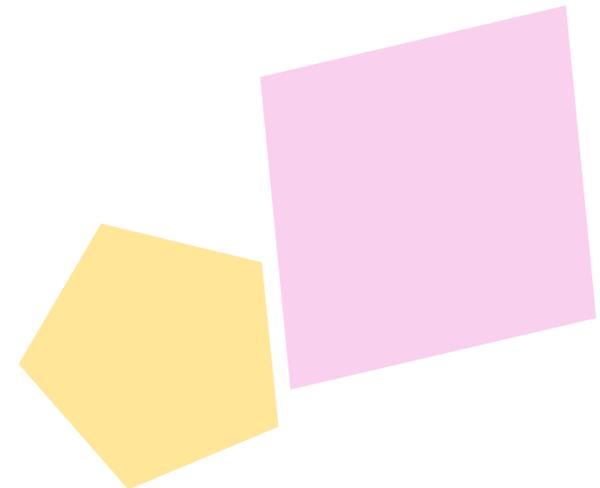
亦即公務員依法律優位原則，所適用之法令不得違背上位階之法律，且依法律授權原則，所適用之法律不得違反法律有關人民權利義務之規定，依法律保留原則，公務員行政於法律無規定須裁量行政時，應斟酌立法意旨，本諸公平、比例、誠信等法律原則而為裁量行政。



公務員之行政裁量 (續)

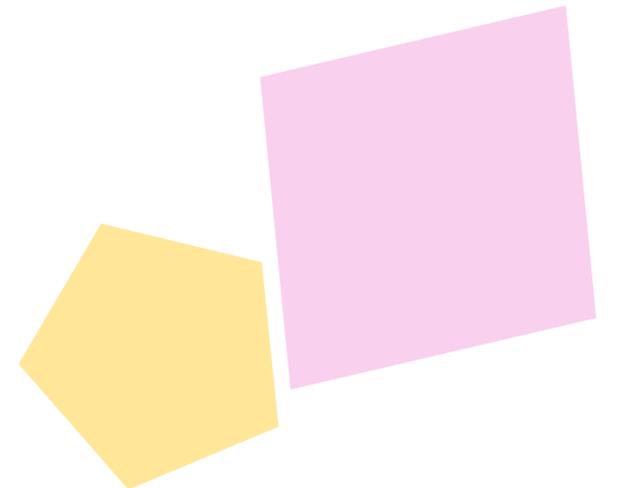
- 【行政裁量權—91年度台上字第7498號判決】

從而公務員適用法律所為之解釋，若顯然違反法律規定之本意，或其行政裁量權之行使，顯然違反法律公平誠信比例等原則，即難謂屬合法之依法行政，遽以主張阻卻違法。



依所屬上級公務員命令之職務上行為

- 刑法第 21 條第 2 項規定：
「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」
- 成立要件：
 1. 執行命令者應具公務員身分。
 2. 發布命令者應為上級公務員：
對下級公務員具有上下直接隸屬監督關係，且下級公務員對此命令有服從之義務。



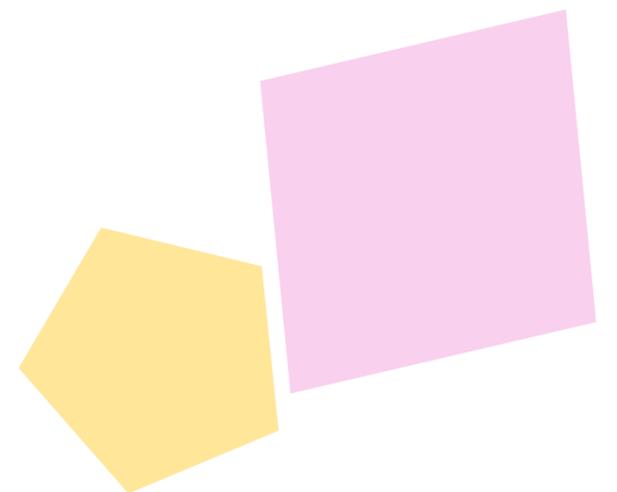
依所屬上級公務員命令之職務上行為 (續)

- 成立要件：
 3. 命令之內容必須屬於上下級公務員職務範圍內所執掌與得以執行之事項，如果命令之內容，為上下級公務員職務範圍以外之事項，則不得阻卻行為之違法性。(29年上字第721號判例)
 4. 公務員執行職務不得逾越命令之範圍，例如職務內容為查緝毒品，並無抵抗卻痛毆或開槍射殺，即屬逾越職務上之行為，不得阻卻行為違法性。

相關判決

- 【依上級公務員命令之行為—29年上字第721號判例】

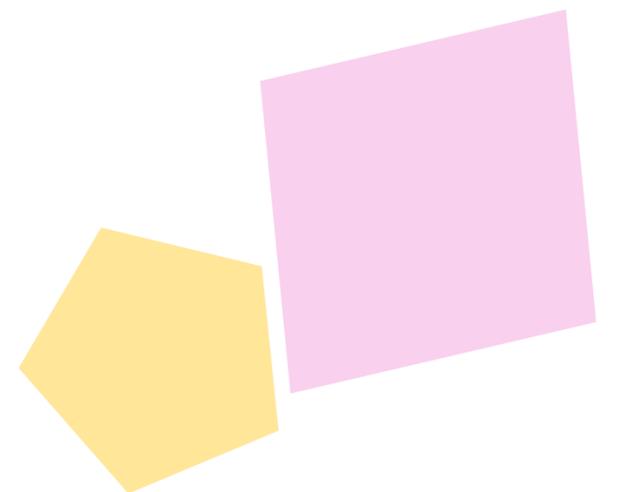
依上級公務員命令之行為，限於為其職務上行為，且非明知命令違法者，始在不罰之列，刑法第二十一條第二項規定甚明。



相關判決 (續)

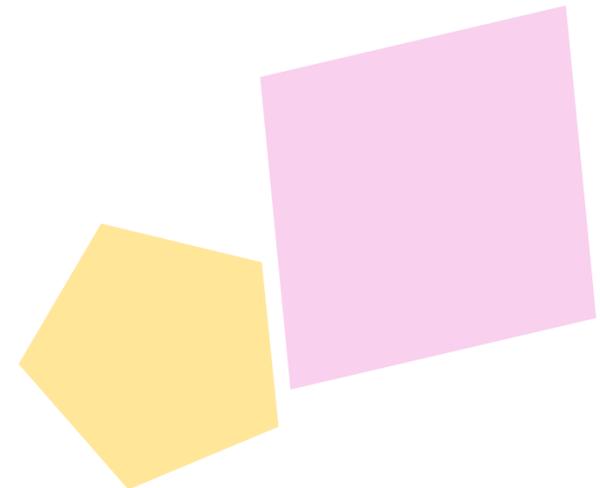
- 【依上級公務員命令之行為—29年上字第721號判例】

上訴人等將捕獲之匪犯某甲，立即槍決，固係奉有聯保主任之命令，但聯保主任對於捕獲之匪犯，並無槍決之權，既非上訴人所不知，此項槍殺之命令，亦顯非屬於上訴人職務上之行為，乃明知命令違法，任意槍殺，自不能援據刑法第二十一條第二項之規定，而主張免責。



明知命令違法

- 公務員依據所屬上級公務員命令之職務上行為，倘下級公務員明知命令屬違法命令，則不能阻卻違法。
- 「明知」，乃指刑法第13條第1項**直接故意**而言，僅有**間接故意**（未必故意），則仍得阻卻違法性。



明知命令違法 (續)

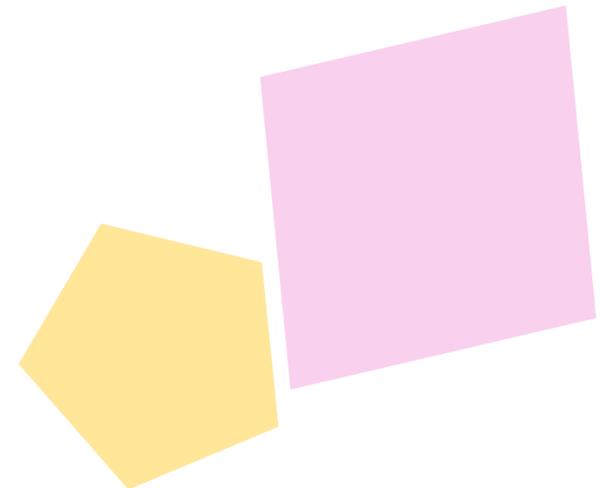
- 下級公務員對於命令是否違法，原則上採形式審查，例外則應進行實質審查。
- 形式審查，應從上級公務員命令之形式要件是否完備為斷，由於下級公務員根據行政組織、權限分級與行政效率之原因，具有服從上級公務員命令之義務，故只要該命令形式上符合法律上之程序與要件，下級公務員即可認定該命令屬合法，具有服從之義務，並得阻卻違法。

明知命令違法 (續)

- 長官命令顯然違背法令或超出其監督範圍，下級公務員即不應服從。

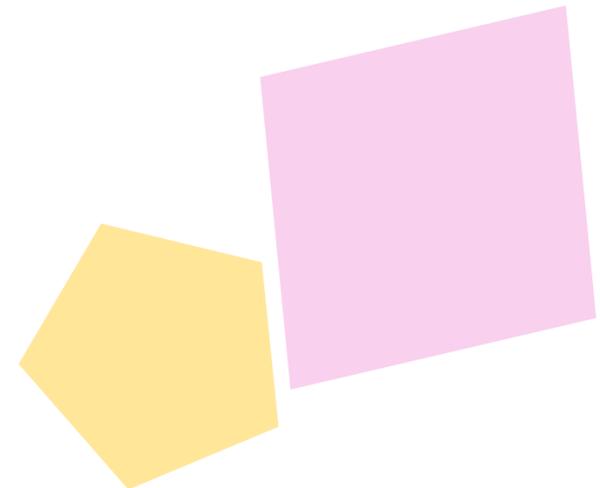
例如：上級公務員未實際辦理比價，即指示下級公務員製作內容不實之比價紀錄表，顯屬違法之命令，下級公務員卻仍配合執行，即屬明知命令違法而為不實之登載不實，自難免責。

- 此外，如下級公務員「明知」該命令顯然「實質違法」時，如下令凌虐人犯、暗殺政敵等，亦不能阻卻違法。



軍人之遵命與抗命

- 陸海空軍刑法第 47 條第 1 項就軍人違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有刑罰，故軍人在執行違法命令與抗命間會產生「義務衝突」。
- 因此實務見解認為，對於軍人是否明知命令違法，應採更高度密度之審查標準，且應審酌有無期待可能性而阻卻責任。



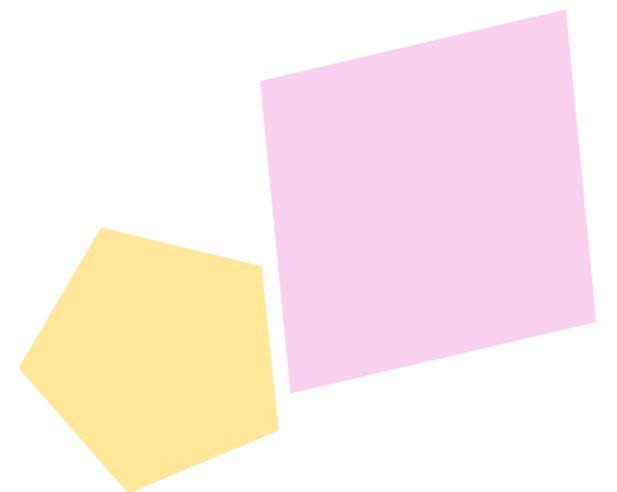
軍人之遵命與抗命 (續)

- 【軍人明知上級命令違法—102年台上字4092號判決】

惟按刑法第二十一條第二項規定：

依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。

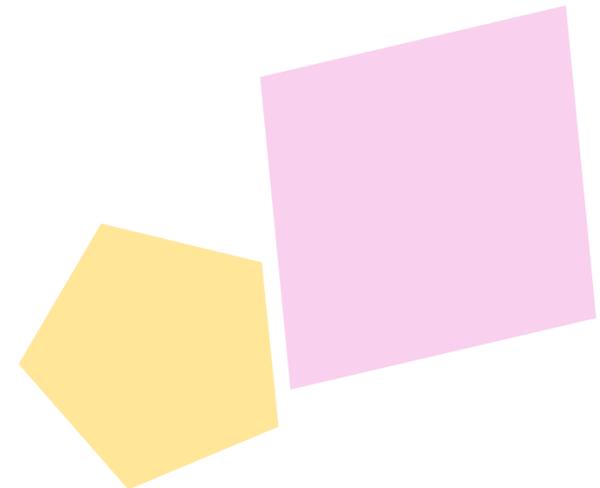
則以但書所定排除本文之阻卻違法事由之適用，應就明知命令違法為嚴格之證明。



軍人之遵命與抗命 (續)

- 【軍人明知上級命令違法—102年台上字4092號判決】

尤其軍人以服從為天職，陸海空軍刑法第四十七條第一項並就違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有處罰。



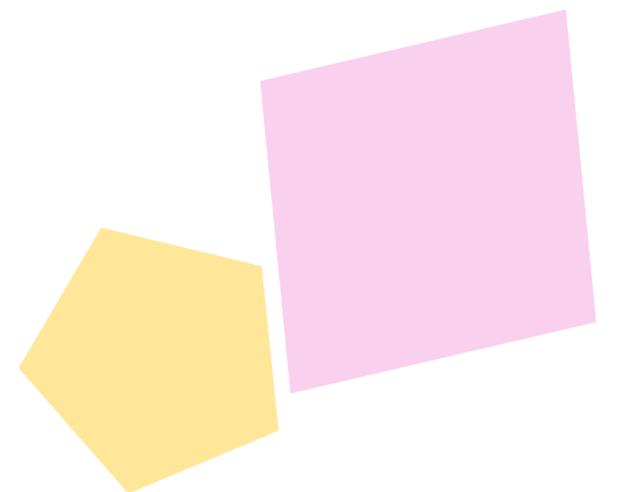
軍人之遵命與抗命 (續)

- 【軍人明知上級命令違法—102年台上字4092號判決】

於此，雖非可謂軍人排除上開刑法但書之適用，惟於判斷其是否明知上級命令違法時，自應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準，以免在違法執行與抗命間產生義務衝突。就具體個案，並應審酌有無期待可能性而阻卻責任。

業務上之正當行為

- 刑法第 22 條規定：
「業務上之正當行為，不罰。」
- 此乃承襲民國元年「暫行新刑律」第 14 條與民國 17 年舊刑法第 34 條規定而來，該規定為「依法令之行為或正當業務之合法行為，不罰。」
- 此乃模仿當時日本刑法第 35 條「依法令或正當業務所為之行為不罰」而來。

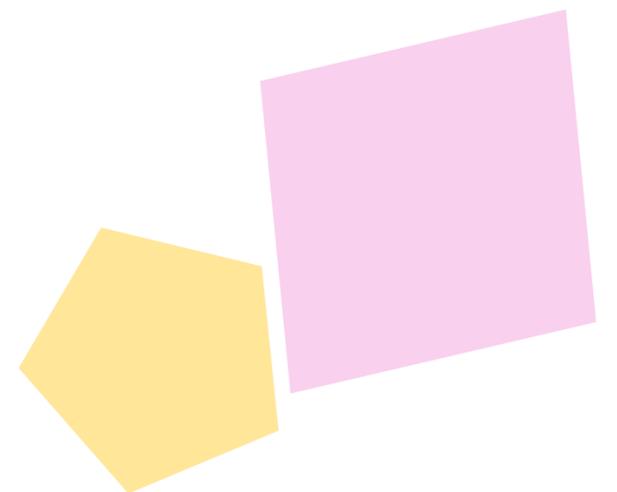


業務上之正當行為 (續)

- 民國 24 年修法時，將此一條文拆成兩條分別規定，亦即
第 21 條第 1 項「依法令之行為，不罰」，與
第 22 條「業務上之正當行為，不罰。」

業務上之正當行為 (續)

- 德國現行刑法中並無類似規定，此乃台灣、日本特有，但源自於十九世紀末德國刑法學者賓丁 (Binding) 的刑法教科書而來。

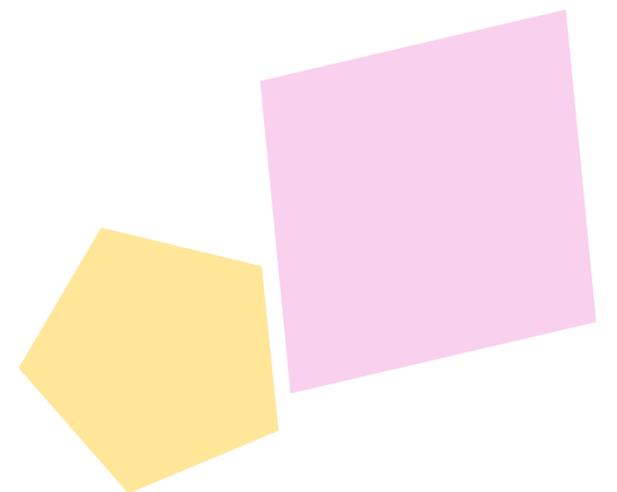


業務上之正當行為 (續)

- 書中將立法者、法官、擔任公職之人、檢察官、律師，及其他長期反覆執行特定業務之人所為的行為，

例如：警察執行逮捕命令必要時所進行的侵入住宅、強制或搜索行為，監所人員進行拘禁行為，船長的緊急處分權，家父長對家庭成員的紀律權與懲戒權等等，

均認為是基於「業務權」或「業務義務」而阻卻違法。



「業務上正當行為」之解釋

- 「業務」：

採「事實業務說」，只要根據社會生活上之地位，事實上反覆持續地從事特定之業務，即屬之。

「業務上正當行為」之解釋(續)

- 「業務」：

縱使從事此一業務並未取得主管機關之許可，仍得認為是本條之業務。

例如：

無照密醫為人開刀，雖違反醫師法第28條，應負無照執業刑責，但如所實施的開刀行為已得病人承諾且符合醫療常規，仍不成立傷害罪。故密醫雖不具醫師資格，如反覆為醫療行為，亦屬業務之人。



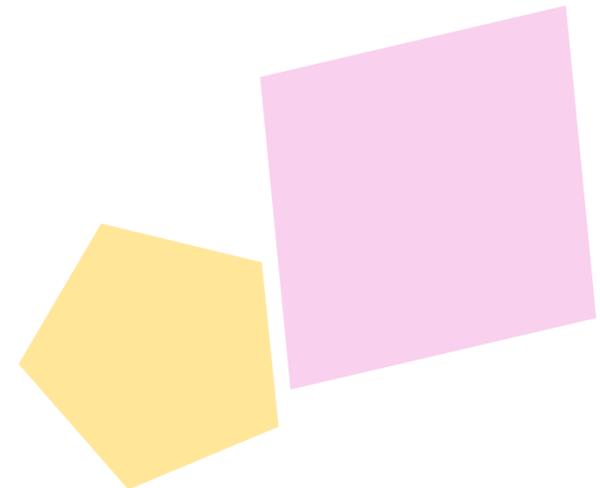
「業務上正當行為」之解釋(續)

- 「正當行為」：

必須依業務之種類性質，以及所用之方法是否合於一般習慣，及是否不超過業務範圍，而為決定。

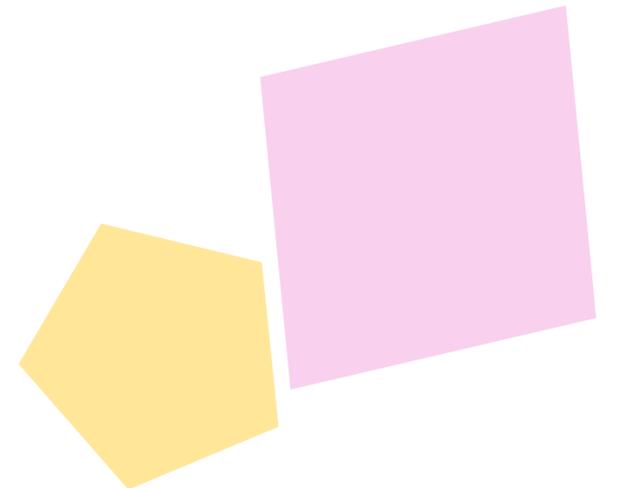
醫療行為與「業務上正當行為」

- 以業務上之正當行為而阻卻違法性，學說均以醫師醫療行為作為典型事例。
- 此外，亦有認為職業運動競賽活動或是新聞採訪活動，亦可根據本條阻卻違法性。



醫療行為與「業務上正當行為」(續)

- 醫療行為以業務上正當行為而阻卻違法，須具備以下四個要件：
 1. 出於醫療目的。
 2. 需得病人的承諾，亦即醫師應對病人進行說明之後，得到病人之同意(告知後同意)。



醫療行為與「業務上正當行為」(續)

- 醫療行為以業務上正當行為而阻卻違法，須具備以下四個要件：
 3. 具備醫療技術上之正當性，亦即符合醫療常規，臨床醫療判斷或以醫學上所承認之醫療指引進行。
 4. 需具有醫學上的適應性，亦即以治療、矯正、預防人體疾病傷害，緩解病痛為目的。

正當防衛

- 刑法第 23 條規定：

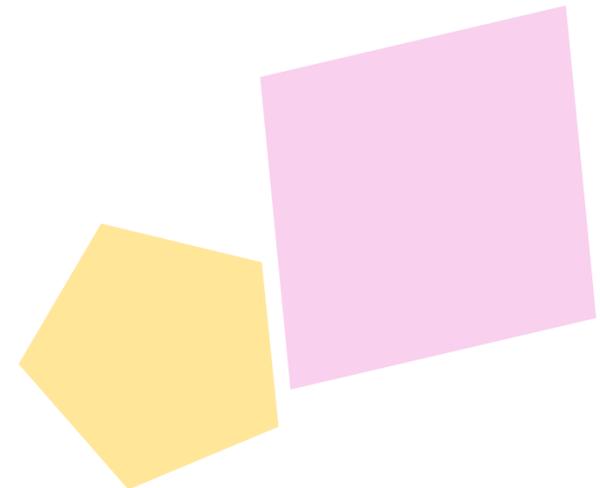
「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」

正當防衛 (續)

- **【角頭老大案】**

甲乙兩人均為艋舺地區角頭老大，因互搶地盤而結怨。一日，乙前去甲家尋仇，並持刀埋伏在門口外，想等甲一出門，就對甲加以砍殺。孰料甲透過門口監視錄影器看到乙，遂持槍從後門繞到乙旁邊，朝乙的手腳各開一槍，造成乙手腳殘廢。

試問甲之行為如何論罪？

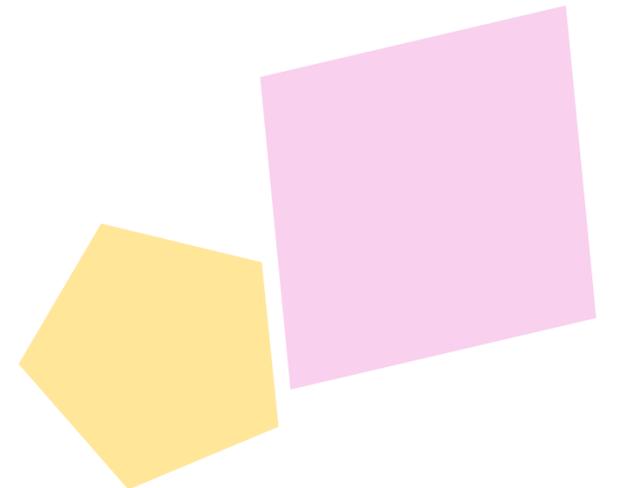


正當防衛 (續)

- **【柺杖防衛案】**

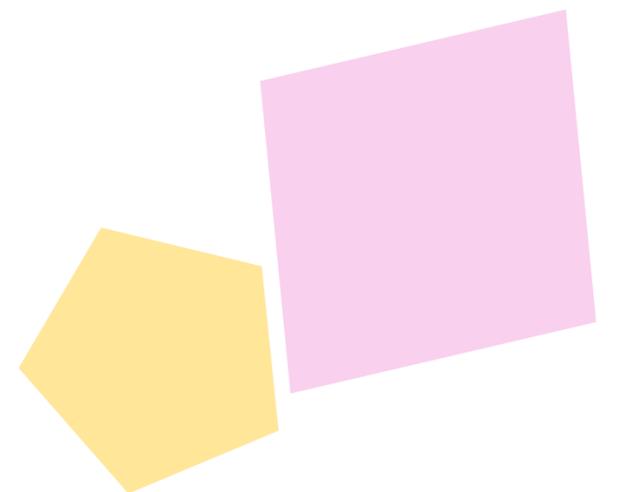
甲從銀行提領鉅款，步行回家時，歹徒乙突然從後拉扯甲的皮包，甲在防衛皮包之際，看見路人丙拿著柺杖經過，立即搶下丙的柺杖朝乙的頭部重擊，乙被打而摔倒在地昏迷。

試問甲之行為如何論罪？



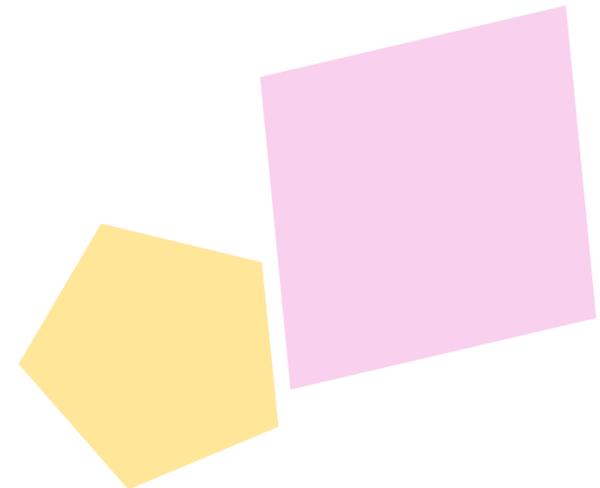
基本概念

- 正當防衛，本質上是對他人法益侵害行為，因為正當防衛者可能以殺人、傷害或強制手段阻止他正遭受的不法侵害。
- 惟防衛行為形式上雖牴觸個別刑法規範而符合不法構成要件，但從整體法秩序來看，此等行為卻不具違法性。
- 因為一個人對於遭受他人不法侵害時，應擁有自我防衛權，此乃根源於人類自然理性之要求。



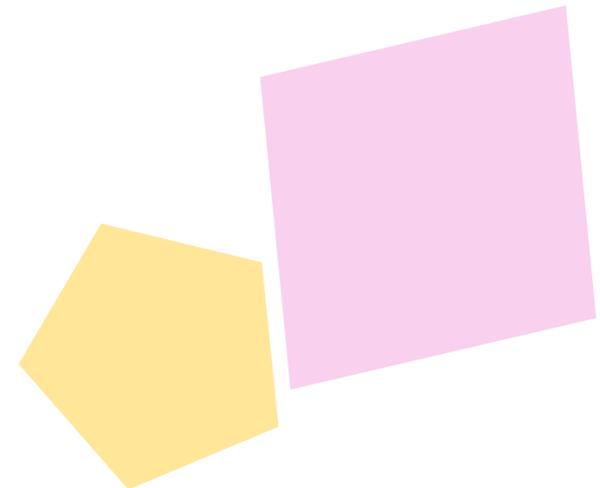
基本概念 (續)

- 法律規範不可能期待當一個人面對迫在眼前的不法侵害時，只能消極接受挨打或等待國家公權力救助而不加反擊。
- 因此，正當防衛權可以說是人類社會出於自然理性所容許的「正對不正」之行為。



基本概念 (續)

- 在犯罪行為的評價上，防衛行為即便具有不法構成要件該當性而有違法性的表徵，但如果該行為符合本條正當防衛之要件，則行為的違法性，可從反面方式加以排除。
- 亦即該防衛行為在法律的評價上欠缺違法性，屬「無罪」而不罰之行為。



正當防衛之要件

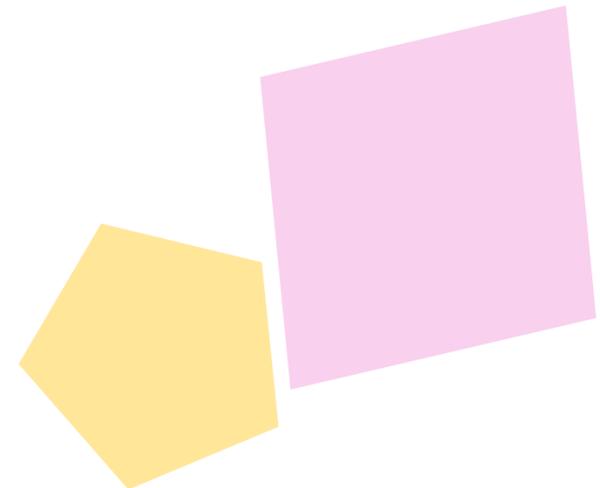
- 主觀上：
具有防衛之意思。
- 正當防衛之人為防衛行為時，主觀上必須具有防衛意思，此乃主觀阻卻違法要素。亦即防衛者必須認識正當防衛之客觀情狀，並因而為防衛行為。
- 防衛者主觀上欠缺防衛的意思，客觀上卻存在防衛的情狀，此等「偶然防衛」並不成立正當防衛。

正當防衛之要件 (續)

- 客觀上：
 1. 具有「現在」之侵害。
 2. 具有「不法」之侵害。
 3. 出於防衛自己或他人之權利。
 4. 防衛行為之實施。

具有「現在」之侵害（一）

- 侵害之現在性：
正當防衛客觀上應存在一個現在不法之侵害。
- 所謂「現在」之侵害，乃指侵害或攻擊直接迫在眼前、業已開始或正在繼續。

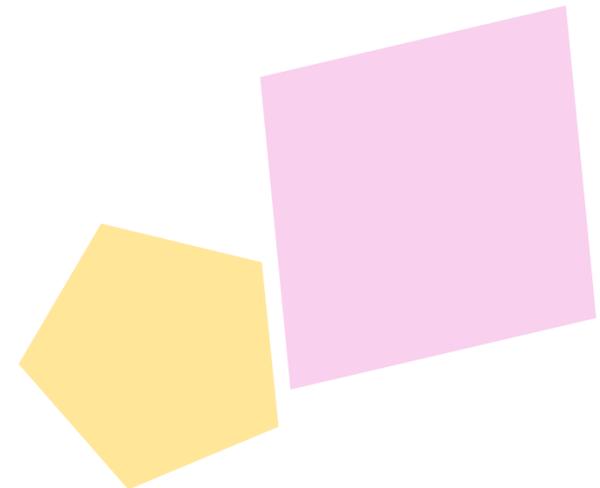


具有「現在」之侵害（一）（續）

- 防衛行為須對「現在」不法侵害為之，

理由：

侵害還未開始，尚無個人利益受侵害，防衛者只是對「未來」侵害的預防措施，惟對未來侵害的預防，應屬國家的任務，個人以攻擊或侵害他人法益的方式預防犯罪，非法秩序所允許。



具有「現在」之侵害（一）（續）

- 防衛行為須對「現在」不法侵害為之，

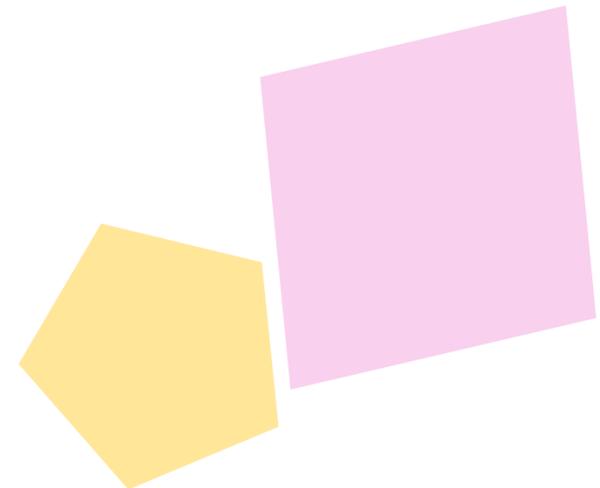
理由：

若侵害已經發生且結束，則屬「過去」之侵害，此意味個人利益損害已達一個無法透過防衛手段再加以挽救之地步，利益受損之情形既已形成，防衛已無法避免損害，倘再加以防衛，就成了報復行為。

具有「現在」之侵害（一）（續）

- 【現在不法侵害—98年度台上字第6558號】

正當防衛之要件，以遇有現在不法之侵害，始能成立，如不法侵害已過去而為報復行為，或預料有侵害而不法侵害尚未發生，則其加害行為，自無正當防衛可言。

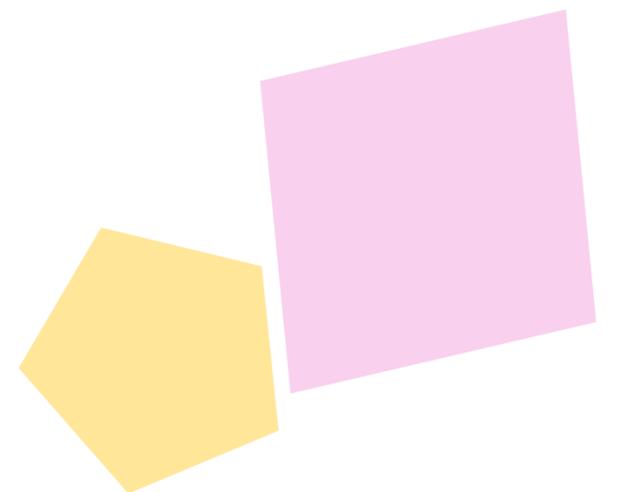


具有「現在」之侵害（一）（續）

- 不管是故意行為或是過失行為，防衛者均得主張正當防衛。不管是作為或不作為，防衛者均可行使正當防衛。

例如：

未經住居權人之同意而侵入住宅者，住居權人固然可以強制力驅趕入侵者；如進入住宅之初雖得到同意，然受住居權人退去之要求而仍以不作為方式留滯於屋內時，住居權人亦得以強制力驅趕。

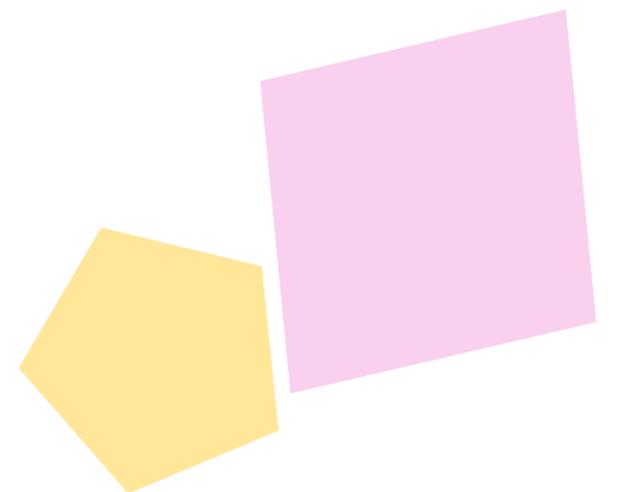


具有「現在」之侵害(一)(續)

- 侵害行為處於預備階段可否行使正當防衛？

未遂階段說(實務見解)：

侵害必須達著手程度，也就是進入未遂判斷程度，始得進行正當防衛。



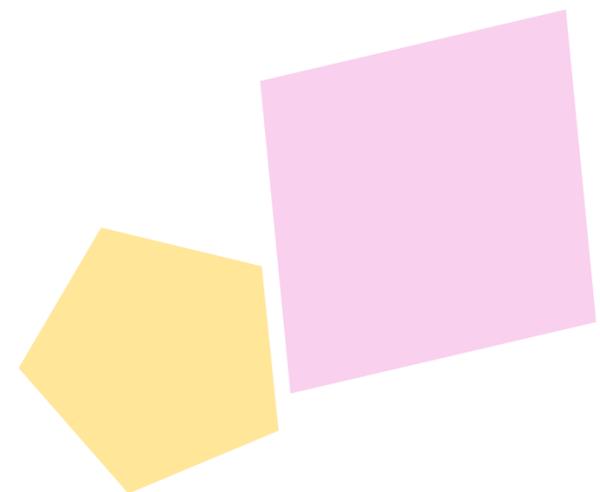
具有「現在」之侵害 (一) (續)

- 侵害行為處於預備階段可否行使正當防衛？

有效防衛說 (學說見解)：

此說從防衛是否有效的觀點出發，如果再遲就無法防衛或防衛起來更困難，就可算是現在不法侵害。

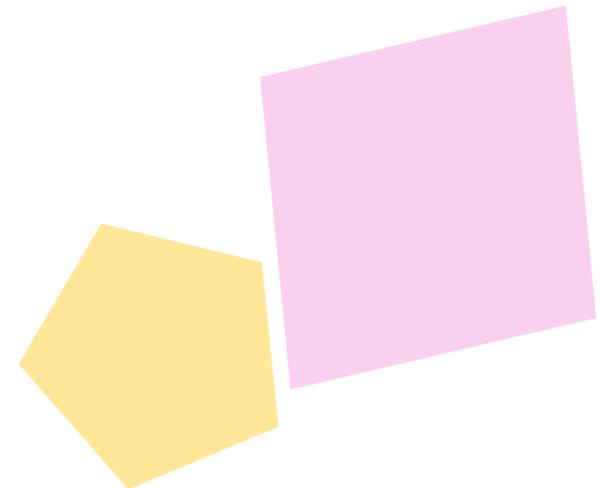
有效防衛的時點，並不以已達未遂程度為必要，即便著手前的預備階段，也可認為侵害已經開始。



實務判決

- 【現在不法侵害—27 年上字第 2879 號判例】

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。

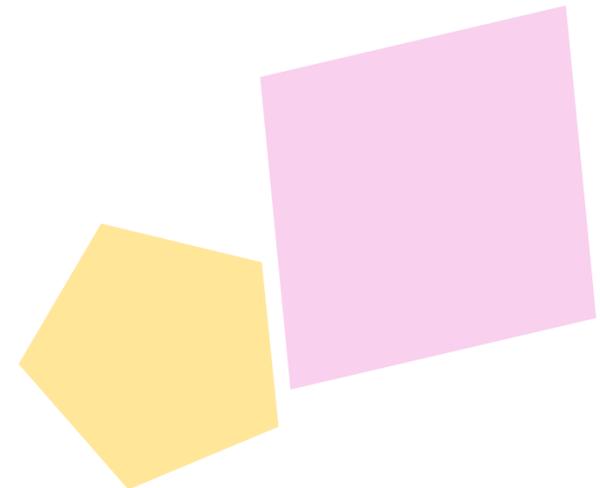


實務判決 (續)

- 【現在不法侵害——84年台上字第1057號判例】

按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。

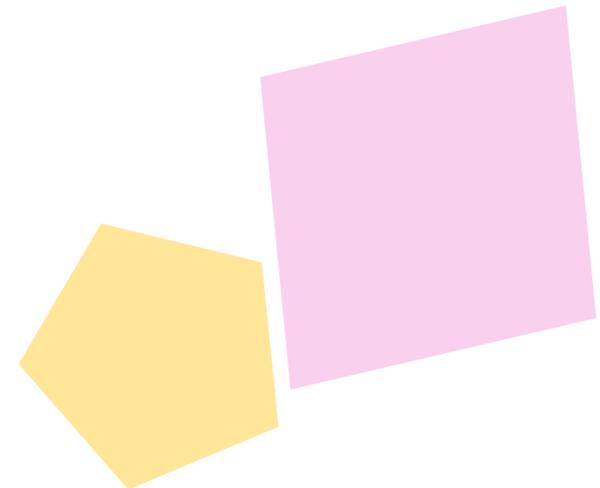
原判決事實欄記載上訴人與甲雙方發生爭吵，甲旋即手持鐵條欲毆打上訴人，上訴人為防衛自己不被傷害，乃撿取他人丟棄之木條加以抵擋防衛等語。



實務判決 (續)

- 【現在不法侵害——84年台上字第1057號判例】

是「被害人手持鐵條欲毆打上訴人，上訴人為防衛自己不被傷害」。甲既僅「欲毆打」上訴人而已，上訴人尚未「被傷害」，則不法侵害尚未發生，即無防衛之可言。

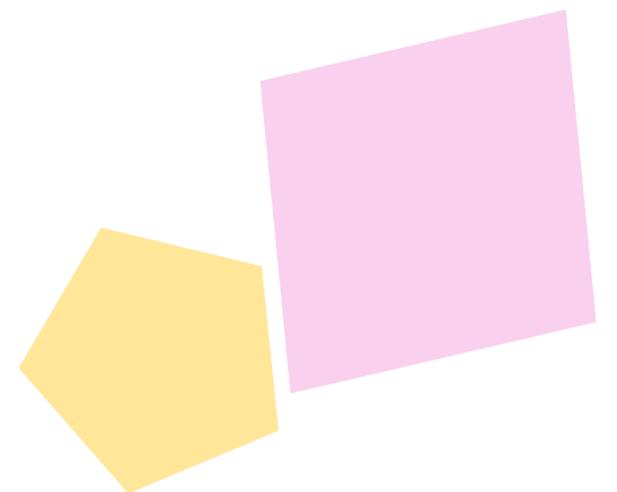


具有「現在」之侵害(二)

- 對繼續犯之防衛：

例如：

私行拘禁罪或侵入住宅罪，在限制他人行動自由或侵入他人住宅時，已可認定犯罪達既遂程度。然而犯罪雖達既遂，只要侵害者未放棄犯罪行為之繼續實施，對於防衛者而言，這種違法狀態之繼續，仍是一種現在不法之侵害，仍可行使防衛權。



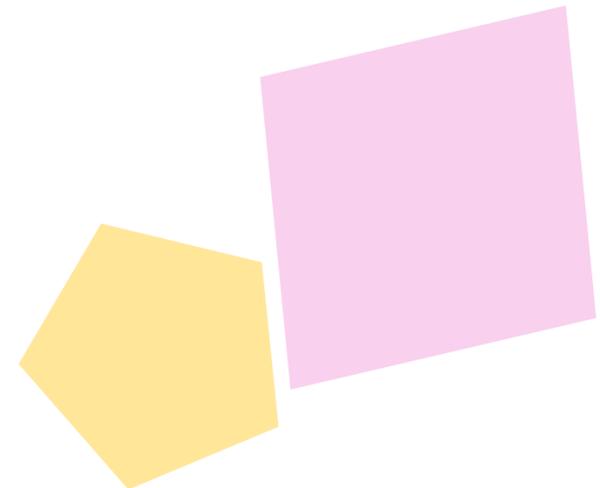
具有「現在」之侵害(二)(續)

- 對盜贓物之追回權：

狀態犯通常行為一旦造成法定違法狀態，犯罪即屬既遂，犯罪行為也屬終了。同時也意味著一個法律所要非難的利益受損狀態已然形成，理論上已無防衛可能。

例外：

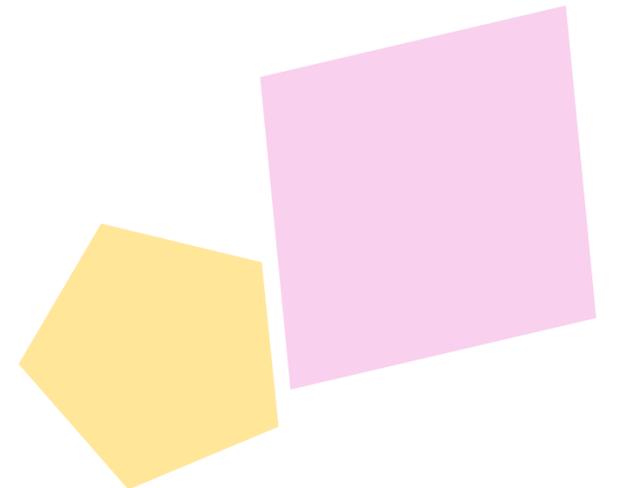
盜贓物被害人主觀上為取回自己財產，客觀上追捕竊賊之時點與侵害發生之時點仍有緊密連結關係，仍可行使正當防衛。



具有「現在」之侵害(二)(續)

- 對盜贓物之追回權：

此外，民法第 960 條第 2 項賦予動產被侵奪之人有就地或追蹤取回財物之權，故倘若竊盜、搶奪罪既遂之後，犯罪人尚未抵達安全地點之前(尚未建立穩固持有狀態)，應視為侵害還在進行中，財物所有權人(被害人)除可實行正當防衛外，亦可依民法第 960 條第 2 項規定就地或追蹤取回財物。



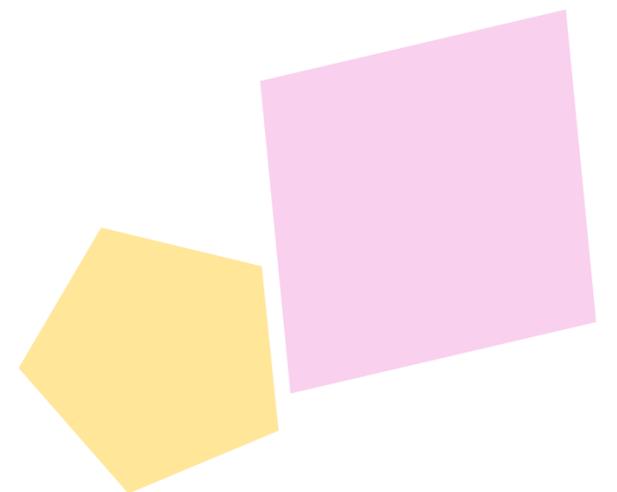
具有「不法」之侵害

- 所謂「不法」侵害，指違反法秩序之違法行為而言。

對於違法之侵害：防衛者無忍受義務而得防衛。

對於合法之侵害：不可主張正當防衛。

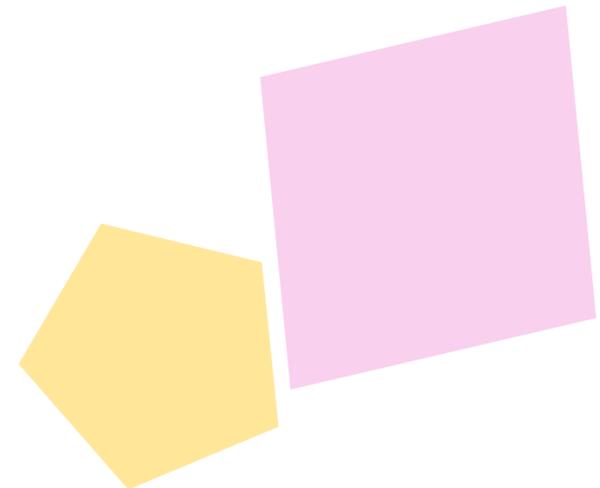
例如：對於公務員依法令之行為、對他人行使正當防衛或緊急避難之行為，均不得再主張正當防衛，因為正當防衛或緊急避難行為乃不具違法性之合法行為，故不存在「正對不正」之關係。



具有「不法」之侵害 (續)

- 【不得對合法行為正當防衛—102年台上字第3666號】

按刑法第23條規定正當防衛之要件，係以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為要件。又依法執行公務者，執行公務之際皆遵循法令，並未逾越法令授權範圍，其所為對於當事人亦非屬不法之侵害，則當事人就其不法行為，自難援以正當防衛阻卻其犯行之違法性。



具有「不法」之侵害 (續)

- 可否對無責任能力侵害者防衛？

對無責任能力人之行為，如小孩、精神病人、醉酒者的侵害，可否行使正當防衛，學說上有所爭議。

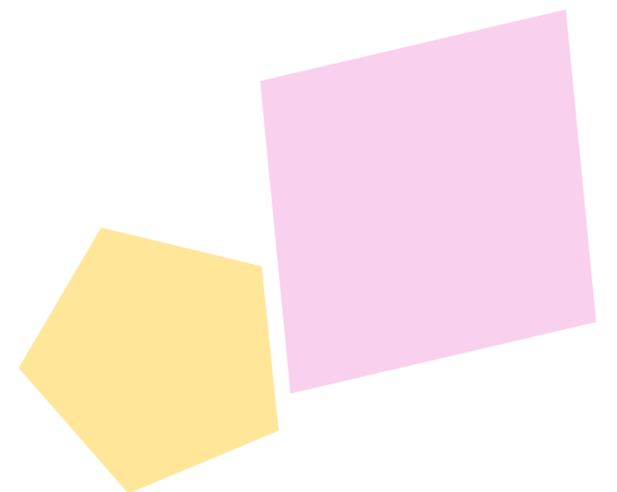
具有「不法」之侵害 (續)

- 可否對無責任能力侵害者防衛？

不法說 (多數說)：

不管侵害者有無責任能力，只要侵害行為是一個具構成要件該當性且具違法性之不法行為，即可主張正當防衛。

故果園主人對 7 歲孩童偷摘水果之行為，亦可行使正當防衛，例如以強制的手段將小孩驅離，惟防衛行為是以射殺的方式為之，即屬防衛過當。

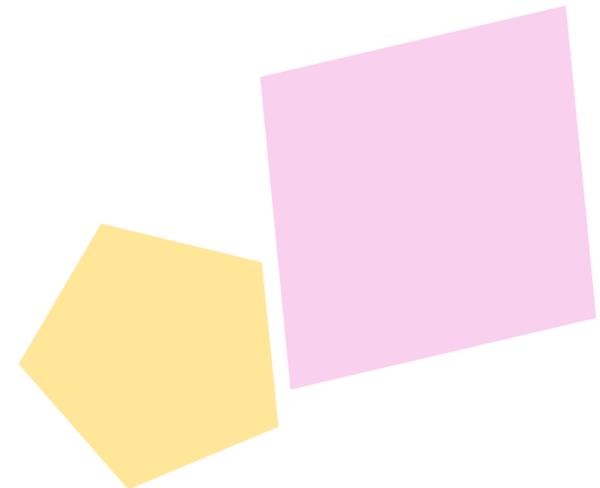


具有「不法」之侵害 (續)

- 可否對無責任能力侵害者防衛？

不法說 (多數說)：

德國實務判決中，某精神障礙者持自製火焰彈，闖進一所小學挾持孩童，並威脅要殺死孩童，結果遭警察射殺，本案被認為警察之殺人行為可以主張正當防衛。

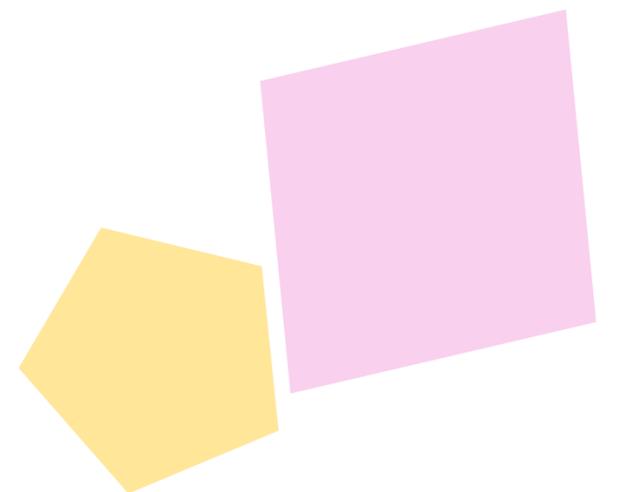


具有「不法」之侵害 (續)

- 可否對無責任能力侵害者防衛？

有責說：

正當防衛所要對抗的侵害行為，必須是一個有責的侵害，亦即侵害者必須具有責任能力，故不得主張對無責任能力之侵害者如孩童、精神障礙者、醉酒者等行使正當防衛，只能主張緊急避難。



出於防衛自己或他人之權利

- 侵害行為所侵害之權利，除了刑法上所保護的法益，如生命、身體健康、自由、名譽、財產、秘密、隱私等外，亦包含法律規範所承認之各種利益，例如持有或占有。
- 此外，不管是本人或他人之權利受到侵害，均可加以防衛。

例如：

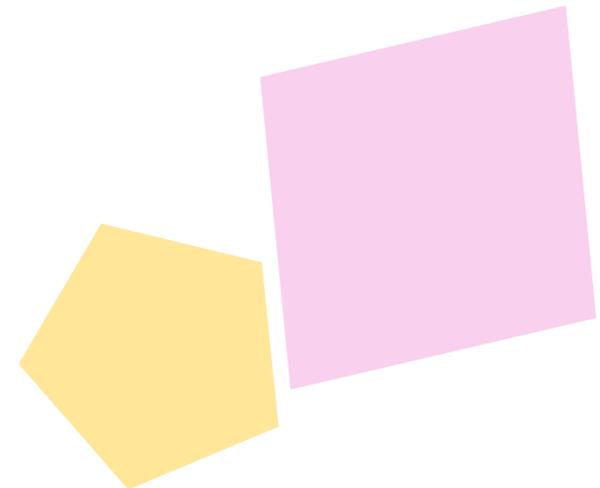
家暴夫正在痛毆妻子，兒子為防衛母親權利，持棍毆打父親。

出於防衛自己或他人之權利 (續)

- 所謂**權利**，不以自然人權利為限，法人權利受到侵害，亦可加以防衛。

例如：

公司或大學辦公室的電腦遭竊，保全人員發現竊賊而制止竊賊離去。



出於防衛自己或他人之權利 (續)

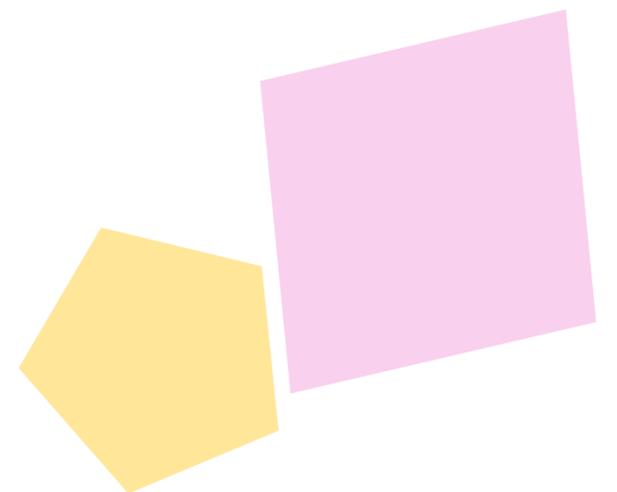
- 對公共利益或社會、國家法益不可防衛，個人不得假借維護公共利益或公共秩序為名而實施正當防衛。因為維護公共秩序乃國家之義務。

例如：A 政黨擁護者以擾亂社會秩序為由，毆打阻止 B 政黨人士之違法集會遊行，不成立正當防衛。

- 惟公共利益之侵害涉及特定或具體被害人之權利，仍應允許受侵害者加以防衛，例如放火罪被害人仍可行使正當防衛。

防衛手段

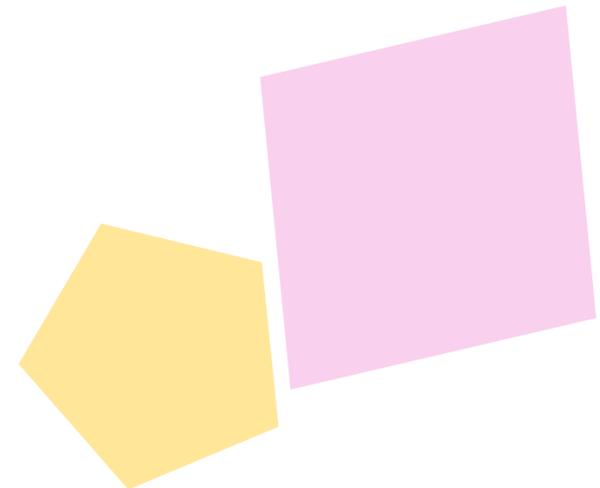
- 防衛手段須具有「必要性」：
防衛手段必須以足以排除、制止或終結侵害行為的方式為之。
- 此外，是否具有必要性，應就侵害或攻擊行為之方式、輕重、緩急與危險性等因素，參酌侵害或攻擊當時，防衛者可資運用之防衛措施等客觀情狀，以事前觀點加以判斷。



防衛手段 (續)

- 下列防衛行為具必要性：

夜間回家之單身女性，遇上搶匪，以防狼噴霧劑噴搶匪雙眼，導致搶匪眼睛失明。

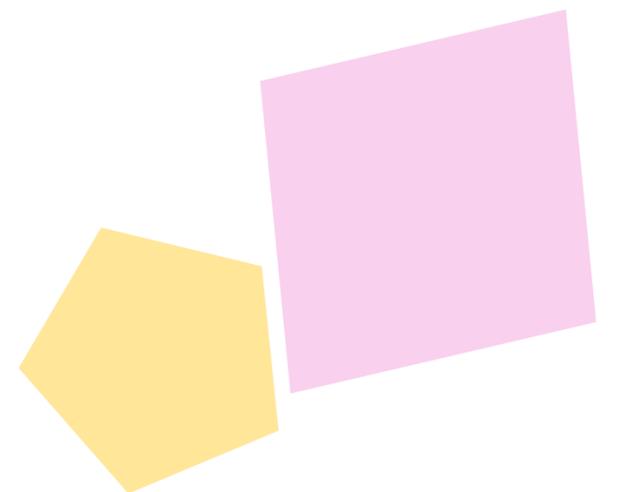


防衛手段 (續)

- 如果有數種防衛手段存在時，而各種防衛手段對於排除侵害都同樣有效，應盡量選擇造成損害較小的防衛方式，或是較為溫和的防衛方式。

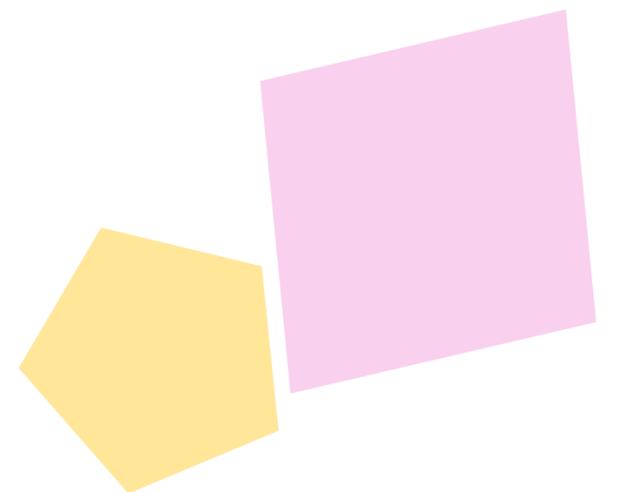
例如：

以槍射擊侵害者之腿部或手部，已足以排除侵害時，就不能以射擊致命部位或射殺侵害者方式防衛。



防衛手段 (續)

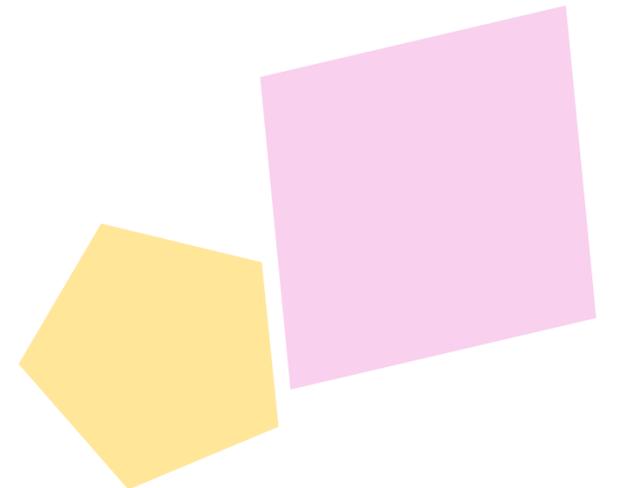
- 防衛行為**逾越必要性**，則屬「防衛過當」。
- 防衛過當行為並不能阻卻行為之違法性，仍屬違法行為，但可視情節而寬恕或減輕罪責 (§23 但)。
- 實務判決要求，防衛手段必須具「**權益均衡相當性**」。
- 亦即，如果防衛行為已經達到排除侵害之效果，防衛行為就應該停止。



相關判決

- **【權益均衡相當性—84年度台上字第3449號判決】**

倘若行為人所實施之反擊，就實施之時間以言，雖符合急迫性之條件，然於客觀上若不具備實施反擊之必要性，或實施之方法(或手段)，有失權益均衡之相當性，又該當某一犯罪構成要件者，即該當防衛過剩行為，構成阻卻責任之事由。



相關判決 (續)

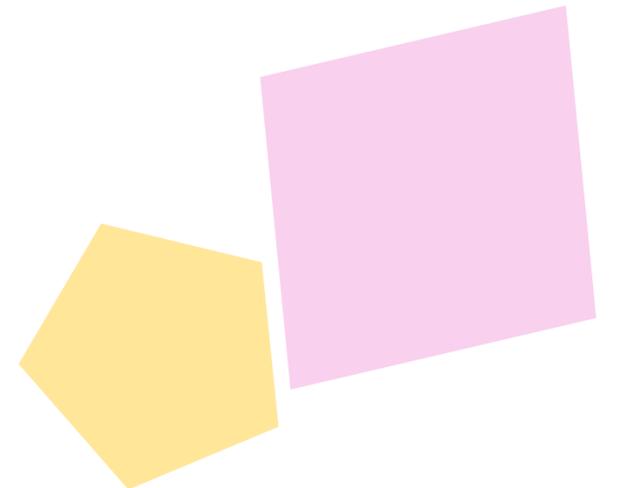
- **【權益均衡相當性—84年度台上字第3449號判決】**

而為行為阻卻責任應予審認之範疇，仍具備行為之違法可罰性，自亦應依法課予應負之刑責，此與正當防衛之阻卻違法，不具違法可罰性者，究有不同，不容混為一談。

相關判決 (續)

- **【權益均衡相當性—84年度台上字第3449號判決】**

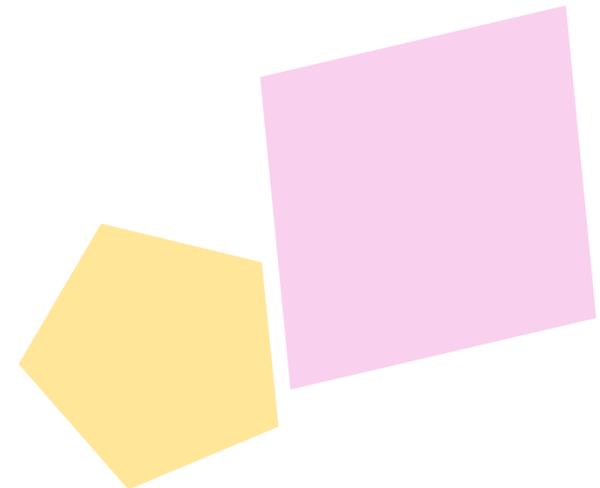
甲取出預藏手槍，先向天花板射擊一發，再射擊乙之右足一發，乙受創滑倒後，為防衛自己之性命，自地上以頭撲向甲使之倒坐於沙發上，同時奮力奪下甲之手槍，並向甲連續射擊三發，致甲死亡。



相關判決 (續)

- **【權益均衡相當性—84年度台上字第3449號判決】**

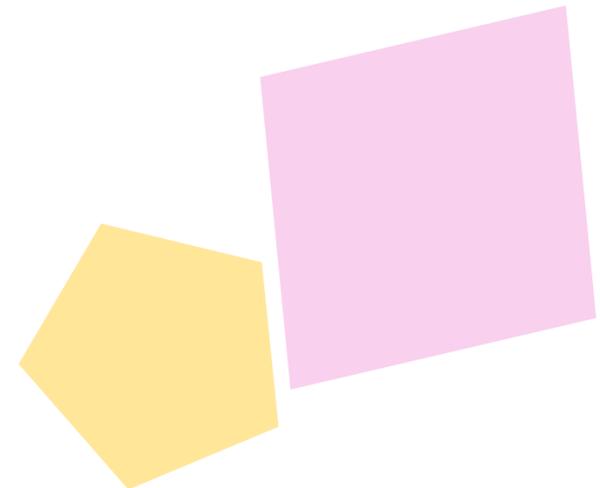
由於乙已將手槍奪下，侵害已被排除，倘進一步再持手槍對甲射擊三發致死，此一防衛行為即不符合權益均衡相當性，已屬防衛過當行為。



相關判決 (續)

- 【防衛行為—52年台上字第103號判例】

被告因自訴人壓在身上強姦，並以舌頭伸入口中強吻，無法呼救，不得已而咬傷其舌頭，以為抵抗，是被告顯係基於排除現在不法侵害之正當防衛行為，且未超越必要之程度，依法自屬不罰。



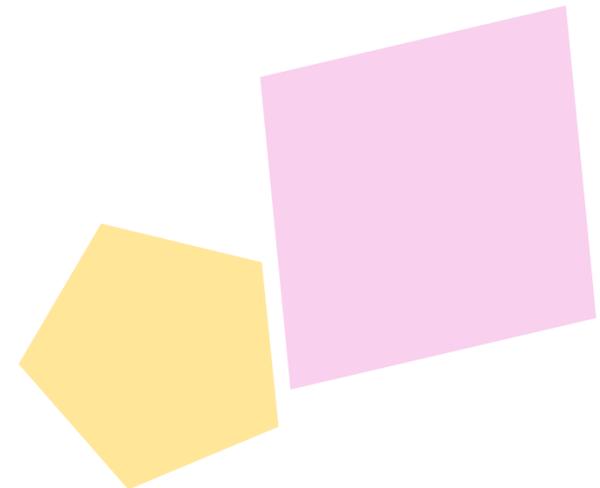
防衛行為之實施

- **互毆行為：**

不管是約定互毆或偶而互毆，由於雙方主觀上均是出於侵害對方的意思，性質上屬不正對不正之關係，故雙方均不得主張正當防衛。

- **實務見解 (30 年上字第 1040 號判例)：**

無從分辨何方先為不法侵害之互毆行為，雙方均不得主張防衛權，只有在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時，始得以正當防衛論。



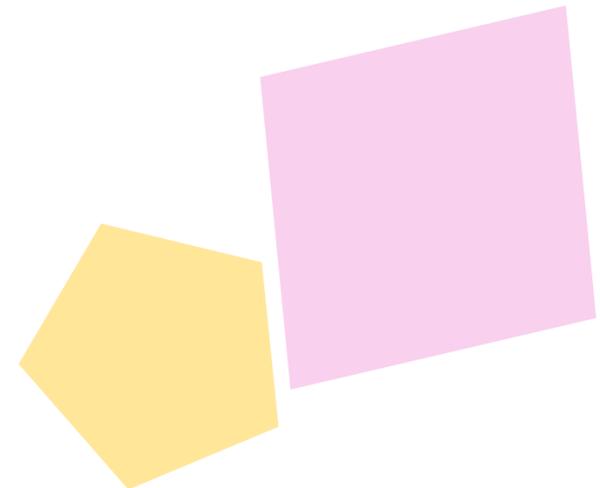
防衛行為之實施 (續)

- 【互毆行為—30年上字第1040號判例】

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。

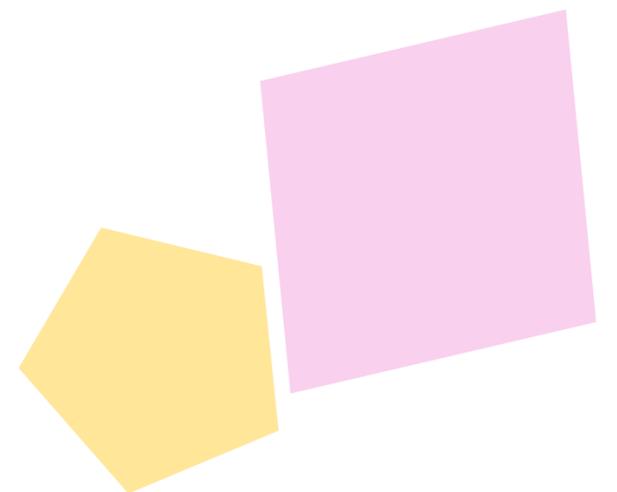
防衛行為之實施 (續)

- 防衛法益與侵害法益之間無須進行利益衡量，故對於搶奪財物者施以防狼噴霧劑，導致搶匪眼睛失明，即便維護的是財產法益，所侵害的是身體健康法益，仍符合正當防衛。



防衛行為之實施 (續)

- 但受害法益輕微情形，應從「**社會倫理性**」觀點判斷防衛手段與所維護之利益之間，是否具有「**極度失衡**」。
- 對於偷摘水果的小孩、在山林中迷路而誤闖他人私有道路的爬山者、偷竊輕微財物如啤酒瓶之竊賊，原則上應以示警方式，如鳴槍或出聲制止方式阻止侵害，不得以獵槍立即射殺，否則即屬「**極度失衡**」而不具「**社會倫理性**」之防衛過當。



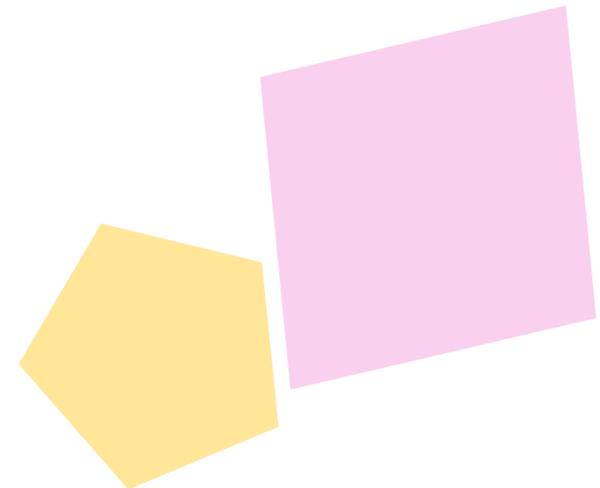
防衛行為之實施 (續)

- 防衛手段必須非屬「權利濫用」：

侵害情狀是由防衛者「故意」挑撥或挑釁而引起，防衛者想透過正當防衛做掩護，進行損害他人利益之行為，屬典型的權利濫用，不成立正當防衛。

例如：

甲知鄰居乙患有精神疾病，有人按門鈴，乙必持鐵棒開門並揮舞鐵棒，某日甲預藏鐵棒去乙家按門鈴，待乙開門揮棒時，甲以受攻擊為由而毆擊乙。

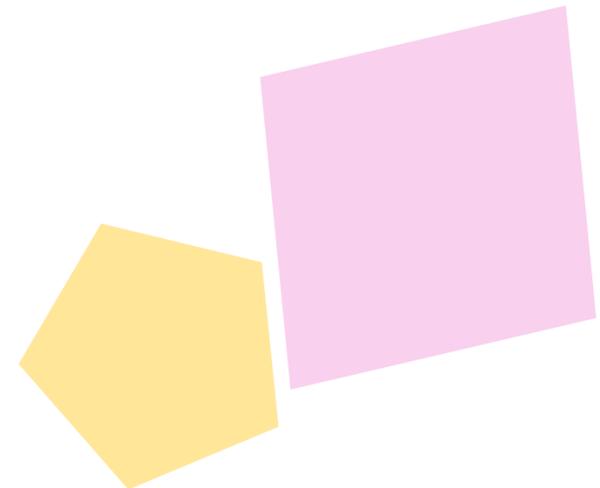


防衛行為之實施 (續)

- 防衛手段必須非屬「權利濫用」：

侵害情狀是防衛者「過失」挑撥而起，防衛者仍可主張正當防衛，但所採取的防衛手段必須有所限制。

防衛者的手段必須遵循迴避手段、保護自己的防禦手段、攻擊式防衛手段之輕重順序為之，不能一開始就採取攻擊式防衛。

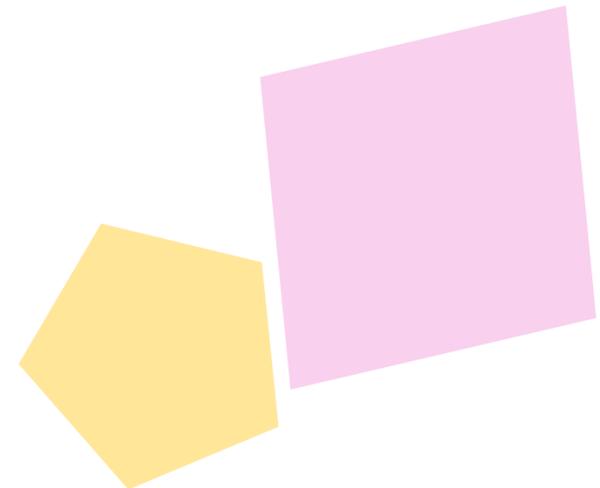


防衛行為之實施 (續)

- 防衛手段必須非屬「權利濫用」：
前行為屬具有社會相當性之行為，則不能認為是挑撥行為，仍可主張正當防衛。

例如：

甲要求乙將違規車輛移開，乙以甲口氣不好為由而痛毆甲，甲受毆後為了避免繼續挨打，伸手取地上的木棍反擊乙，甲仍可主張正當防衛。

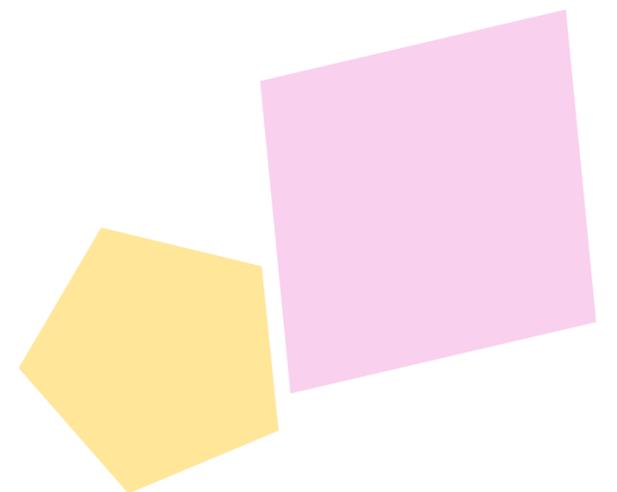


防衛行為之實施 (續)

- 防衛行為與社會倫理性之審查：

防衛行為僅需具有必要性，然德國學說另外發展出「社會倫理性」之審查。

此等社會倫理性之審查，爭議極大，如何審查，並無定論。



防衛行為之實施 (續)

- 社會倫理性審查之型態有以下兩種：
 1. 攻擊者是無責任能力或限制責任能力人者，防衛者應先採取迴避，或先召喚警察之方式為之。即使動用到武力，也應該採取損害較輕微的防衛手段。

防衛行為之實施 (續)

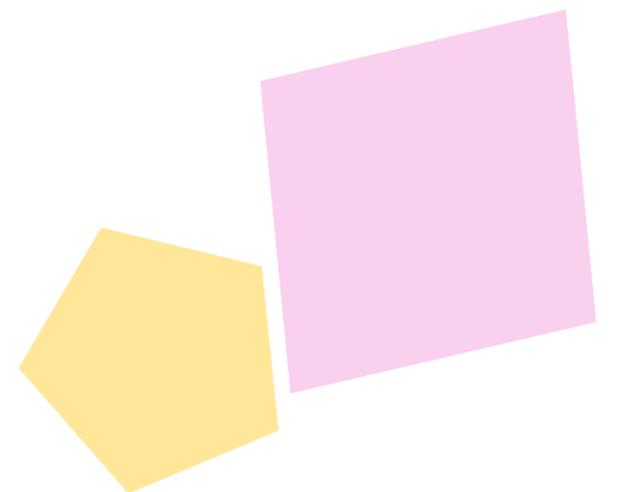
- 社會倫理性審查之型態有以下兩種：
 2. 侵害者與防衛者之間，如存在有**親密共同體或保證人關係**，如夫妻、父母與子女，則防衛者不得立即以致死方式防衛，而須**優先採取迴避或損害較輕微之方式防衛**。不過此一觀點在家庭暴力事件中並不適用，如德國曾有判決見解認為，長期受到丈夫暴力相向的妻子，在受暴情況下拿刀或槍殺死丈夫，仍屬於正當防衛。

防衛行為之實施 (續)

- 防衛行為波及第三人之情形：

1. 防衛行為利用第三人之身體或物品

例如：【拐杖防衛案】中，甲在被搶之際，看見路人丙持拐杖經過，搶下丙的拐杖朝乙的頭部重擊，甲對於侵害者乙之反擊行為，可主張正當防衛權，然而搶奪無辜路人丙的拐杖，不能對丙主張正當防衛，但屬為了避免自己之緊急危難而出於不得已之緊急避難行為。



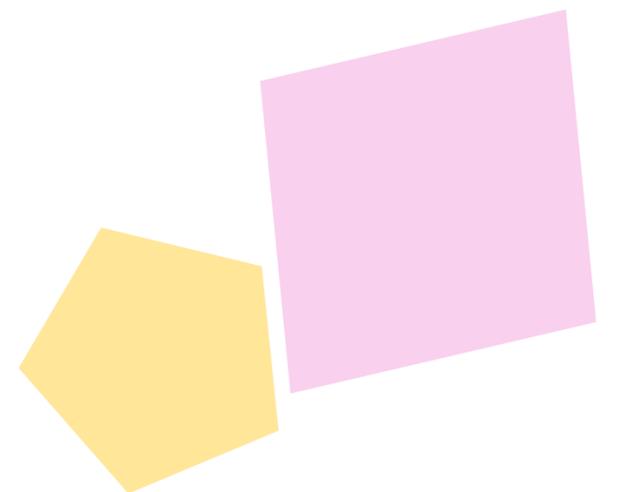
防衛行為之實施 (續)

- 防衛行為波及第三人之情形：

2. 防衛行為波及第三人

例如：

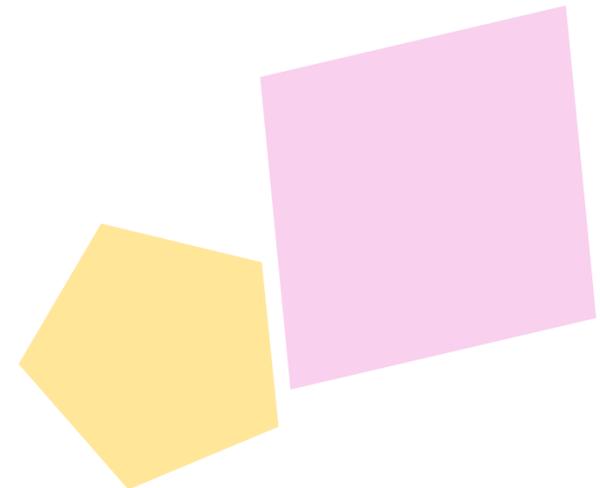
【拐杖防衛案】中，甲在搶奪路人丙的拐杖時，拉扯之際，使丙跌倒受傷，或拿拐杖攻擊搶匪乙時，不小心毀損旁邊路邊攤的物品，對於無辜第三人所造成之侵害(傷害、毀損)，仍可主張緊急避難。



緊急避難

- 刑法第 24 條規定：

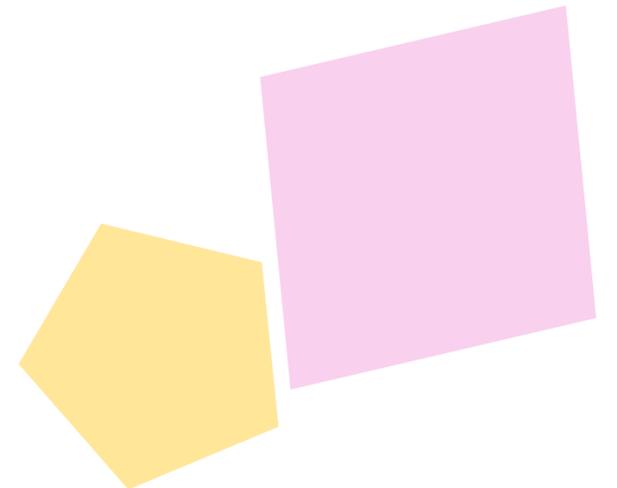
「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」



緊急避難 (續)

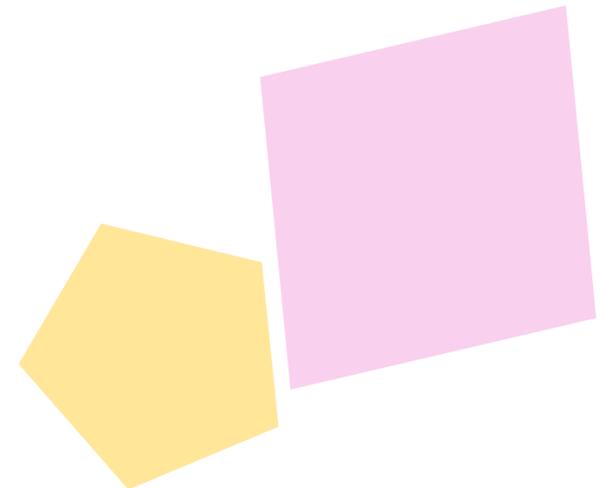
- 【雨傘刺狗案】甲豢養一狼犬名為 Lucky。Lucky 常在鄰居乙家門口便溺，乙對此犬厭惡至極。一日，Lucky 又在乙的家門口便溺，乙見狀隨即拿出雨傘打狗，孰料 Lucky 立即撲向乙，乙立即用雨傘用力戳刺了 Lucky 數下，Lucky 的主人甲看見，立刻拿出棒子打乙的手，防止乙繼續戳狗，結果造成乙手部骨折，Lucky 則流血不止而死亡。

試問甲、乙如何論罪？



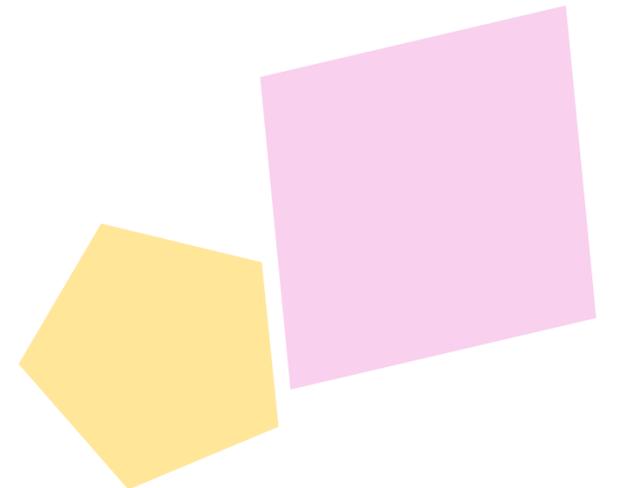
基本概念

- 緊急避難在德國刑法理論中，採「區分理論」，亦即某部分的緊急避難視屬「超法規阻卻違法事由」，某部分緊急避難則為「寬恕罪責事由」。



基本概念 (續)

- 德國於 1975 年修正刑法時，於刑法第 34 條中明文制定「阻卻違法之緊急避難」；
第 35 條中制定「寬恕罪責之緊急避難」兩種型態，
即根據「區分理論」而來。此與我國刑法不同。
- 我國刑法僅有「阻卻違法之緊急避難」，
如屬避難過當，則僅能減輕或寬恕罪責。

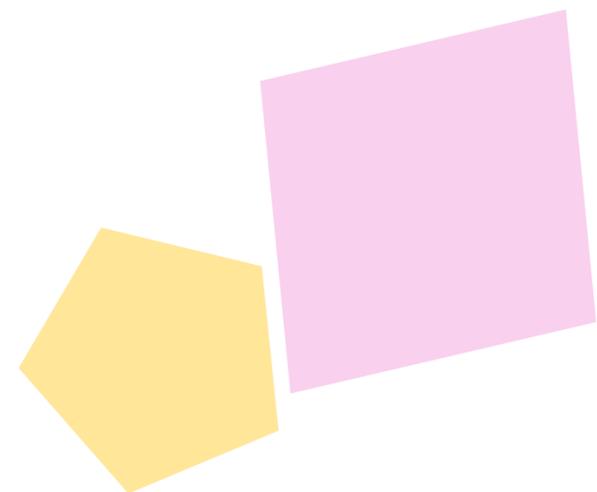


緊急避難阻卻違法之理由

- **利益衡量原則：**

如有兩相衝突的利益存在，行為人選擇破壞低價值法益而保全高價值法益，或是違反低階義務而履行高階義務時，應為法律規範所容許。

尤其是行為人所保護的利益與所侵害的利益，均歸屬於同一人，此等犧牲較小利益而維護較大利益的作法，應有阻卻違法的效果。



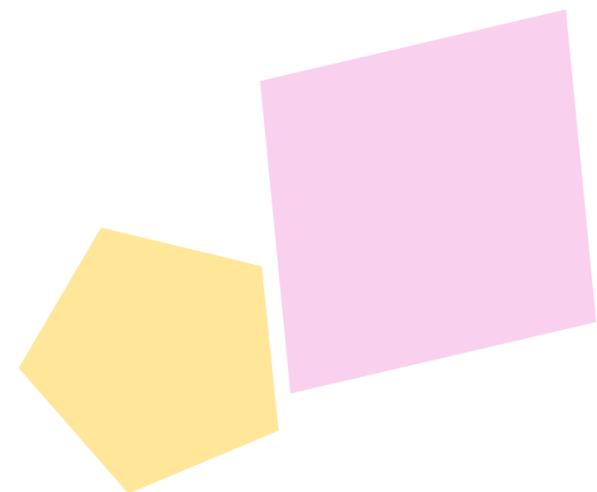
緊急避難阻卻違法之理由 (續)

- 利益衡量原則：

例如：

醫師在急迫情形下，為挽救危急病人生命，未得病人同意就進行手術治療(所保護的利益為生命，優越於所侵害的利益病人自我決定權)。

此外，醫師為了挽救懷孕婦女而為其進行墮胎手術，亦可根據衝突理論與利益衡量理論而阻卻違法。



緊急避難阻卻違法之理由 (續)

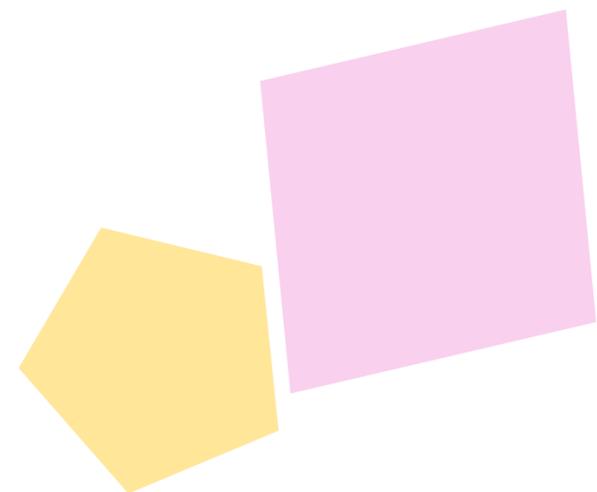
- 社會連帶性理論：

緊急避難與正當防衛不同地方是，緊急避難時所攻擊的對象，並非違法的侵害者，而是無辜之人。

例如：

自家電線走火，打破鄰居窗戶，拿鄰居的水管滅火；

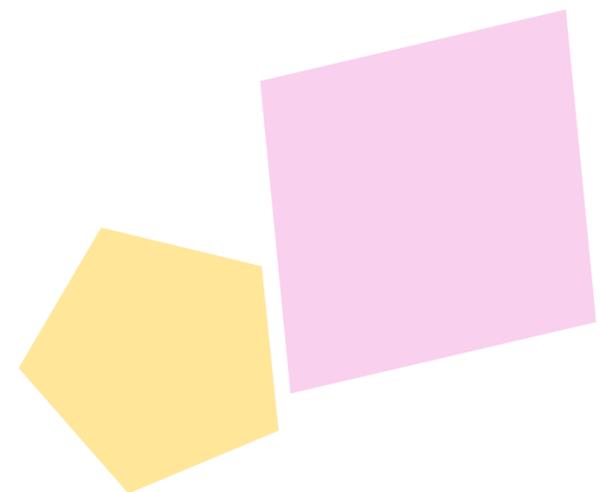
見有人溺水，立刻搶奪其他泳客的浮板丟到水裡去救人。



緊急避難阻卻違法之理由 (續)

- 社會連帶性理論：

允許緊急避難者以侵害他人法益方式避難，意味他人負有法律上容忍被侵害之義務，如鄰居必須容忍窗戶被打破、泳客必須容忍浮板被搶。

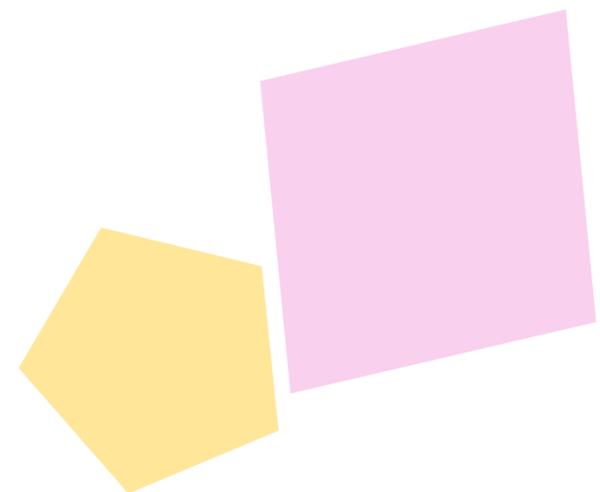


緊急避難阻卻違法之理由 (續)

- **社會連帶性理論：**

此等容忍義務，學說上發展出「**社會連帶性**」理論說明，亦即個人不可能獨立於社會之外而獨自生存，社會成員彼此之間具有共同生活的連帶性，每個社會成員都有義務為了保全他人利益，而犧牲自己較輕微的利益。

此乃基於人類不可或缺的**互助要求**，故個人危難應該各自承擔之個人主義想法，在此應該退讓。



我國緊急避難規定與立法理由

- 民國元年頒佈的「暫行新刑律」第16條，「避不能抗拒之危難，強制而出於不得已之行為，不為罪。」
- 立法理由為，「本條所規定，係不得已之行為或放任行為，與前條正當防衛情形不同，非由於趨斥他人侵害，乃由於水、火、雷、震及其餘自然之厄，或由於自力不能抵抗之人力強制，不得已而為之者，刑律即不加以罰，蓋本於法律不責人所不能之原則也。」



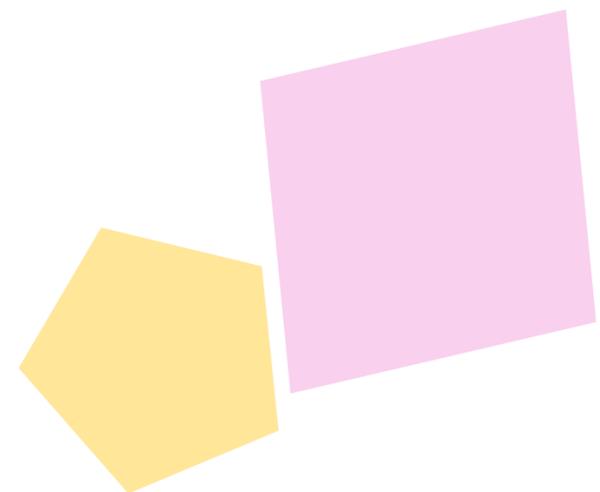
我國緊急避難規定與立法理由 (續)

- 民國 24 年緊急避難之立法理由：

「本條在學說上謂之放任行為，放任行為者，有責任行為而為法律所保護不處罰者之謂，人情當緊急時，因欲保護自己現時危難不得已而侵害他人法益者，亦所不免。例如屋將傾頽，己欲先出推他人落後而致死，又如甲乙同舟遇風將溺，甲獲木而浮乙奪之致甲溺死，此皆由救己情切，出於不得已，故法律以之為放任行為，斷為無罪。」

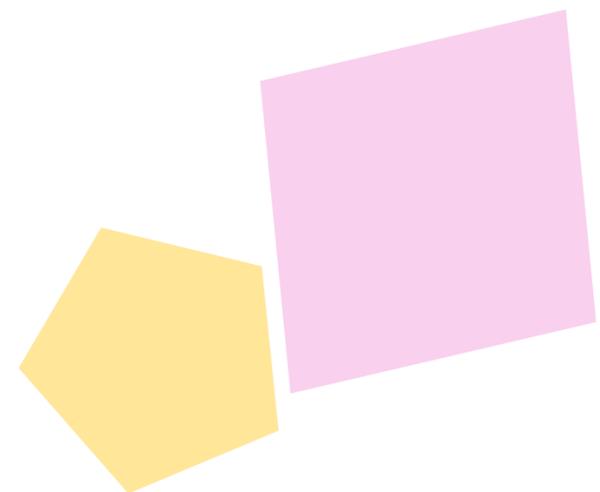
評論

- 我國刑法第 24 條之立法理由，將緊急避難不罰理由定位在「法律不責人所不能」，此乃阻卻罪責之「法律不能強人所難」的「期待可能性」法理，在德國刑法上，此等欠缺期待可能性的情形則明定為「寬恕罪責之緊急避難」。



評論 (續)

- 我國緊急避難之立法理由始於 19 世紀末期，此等立法理由實與目前德國法上基於「利益衡量」與「社會連帶性」法理的「阻卻違法之緊急避難」，並不相同。



評論 (續)

- 此外，立法理由中所提及之例子，如「屋將傾頽，己欲先出推他人落後而致死」，或「甲乙同舟遇風將溺，甲獲木而浮乙奪之致甲溺死」等例，乃將災難轉嫁給無辜第三者之行為，以今日學說與實務見解要求避難行為應符合「利益衡量」與「衡平關係」之標準來看，均屬避難過當行為，至多可以減輕罪責，而非無罪之阻卻違法行為。

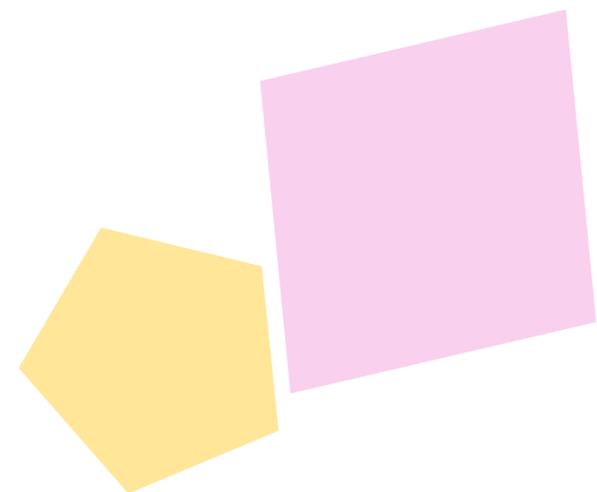
緊急避難之要件

- **主觀上具有避難之意思：**

行為人主觀上必須認識到緊急危難之存在，並出於避難的意思而為避難行為，始符合緊急避難之要件。

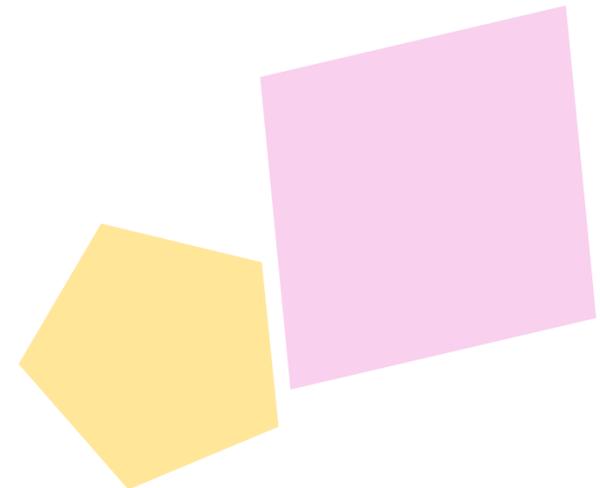
- **客觀上具有緊急危難之情狀：**

1. 需有「危難」之存在。
2. 危難必須「緊急」。
3. 緊急避難所要維護法益。



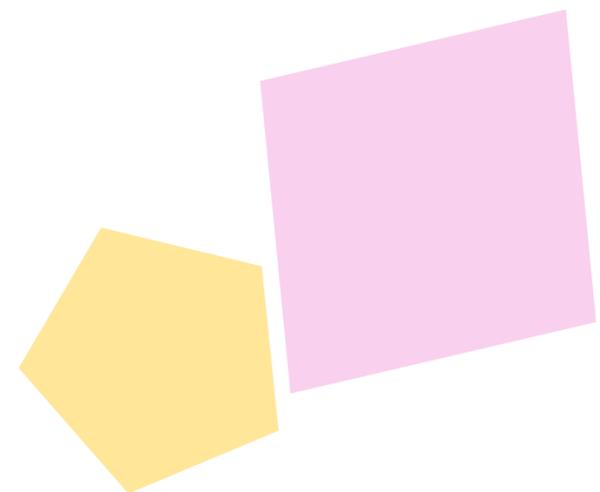
緊急避難之要件 (續)

- 實行緊急避難行為：
 1. 避難行為必須是客觀上「不得已」之行為。
 2. 特別義務者之特別規定。
 3. 避難行為必須符合「利益衡量」與「適當性」。
 4. 自招危難。



需有「危難」之存在

- 危難不管是天災(地震、水災、風災)，或人禍(火災、飛機失事、汽車駕駛失控、動物脫離主人監控而攻擊)等，均屬之。
- 危難可能是外來的，如受動物攻擊，地震時房屋倒塌；
也可能是受危難者自身內部所生，如因疾病而昏迷，醫師未經病人同意而緊急救治。



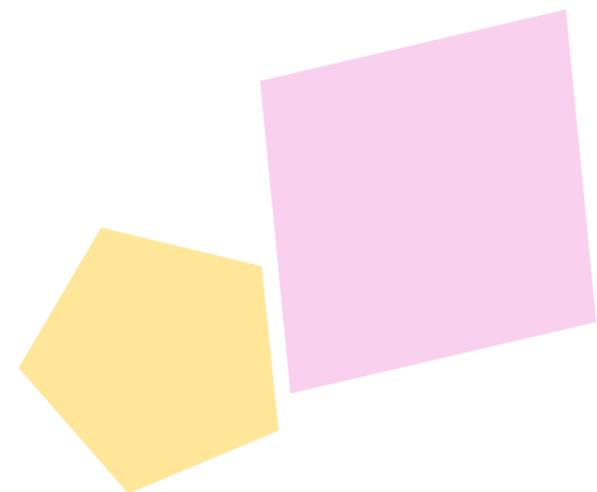
需有「危難」之存在(續)

- 對於他人合法之行為，不能進行緊急避難，例如警察合法逮捕犯罪人或進行搜索扣押，受處分人不得主張緊急避難。



危難必須「緊急」

- 緊急乃危險狀態放任其繼續發展下去，損害就會發生。
- 緊急避難的「緊急性」，與正當防衛現在不法侵害之「現在性」不同，不以迫在眉睫或即將發生之「明顯立即之危險」為必要，尚包含所謂「持續危險」。



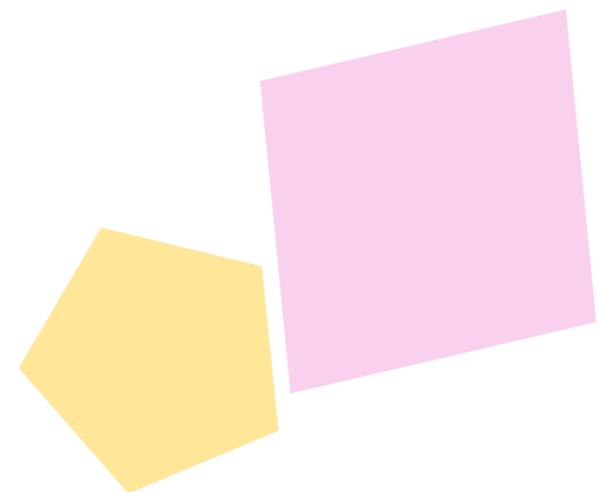
危難必須「緊急」 (續)

- 危難雖未立即出現，但客觀上足以認定放任危險狀態繼續發展，損害終將隨著時間推進而出現，亦屬之。

例如：

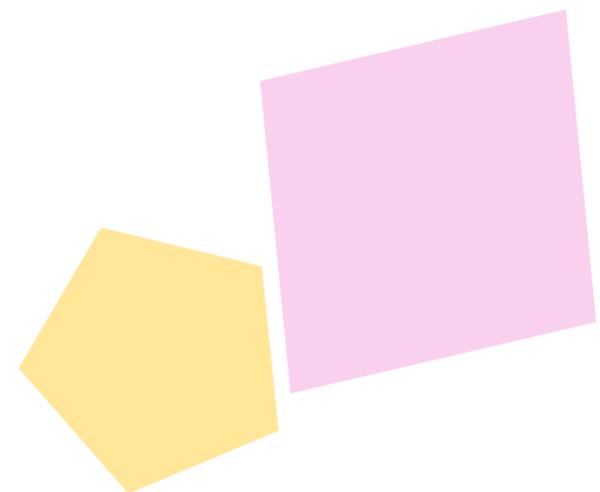
地震後正在慢慢傾倒中的危樓，屋主不願拆除，受波及的鄰居雇怪手拆除；

婦女子宮外孕，胎兒成長越大，懷孕婦女的生命危險越大。



危難必須「緊急」 (續)

- 家暴受虐者在挨打之際加以防衛，得以主張正當防衛，如果挨打過後，對已睡著之家暴者加以侵害，倘客觀上可以認定此等家暴行為乃持續不間斷地出現，亦可認為屬於「持續危險」，受虐者在家暴行為結束之後所為之行為，亦可認為處於「緊急危難」。



緊急避難所要維護之法益

- 從條文文義來看，允許以避難行為救助的利益，只限**生命、身體、自由、財產**等四種利益。此外，不管是自己或他人之利益受到危難，均得為避難行為。

緊急避難所要維護之法益 (續)

- 此四種利益是列舉規定，還是例示規定？
有以下三說：

1. 例示說：

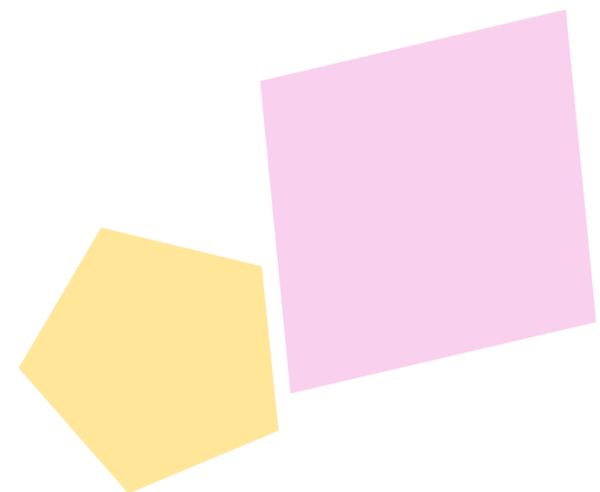
其他未明文規定之利益(名譽、隱私、信用)受危難，亦也可進行避難，例如被狗仔隊竊拍，立刻以強制力阻人竊拍或強行取走數位攝影機而刪除竊拍影像，亦可主張緊急避難。

緊急避難所要維護之法益 (續)

- 此四種利益是列舉規定，還是例示規定？
有以下三說：

2. 列舉說 (立法理由)：

避難行為僅能以維護條文中所列舉之四種法益為限，其他人格或權利遭受危難，不容許犧牲他人權利以保全自己。



緊急避難所要維護之法益 (續)

- 此四種利益是列舉規定，還是例示規定？
有以下三說：

3. 非列舉利益屬超法規緊急避難說：

避難者為維護「生命、身體、自由、財產」以外其他法益所採之避難行為，應屬超法規之避難行為，例如為了維護名譽而搶奪內容毀損其名譽之。

評論

- 立法理由採列舉說：

「因緊急情狀得以犧牲第三者之法益，以保全自己或他人之法益，故其適用範圍不得漫無限制，本案擬從多數國立法例，以關乎生命、身體、自由、財產為限。」

評論 (續)

- 批判：

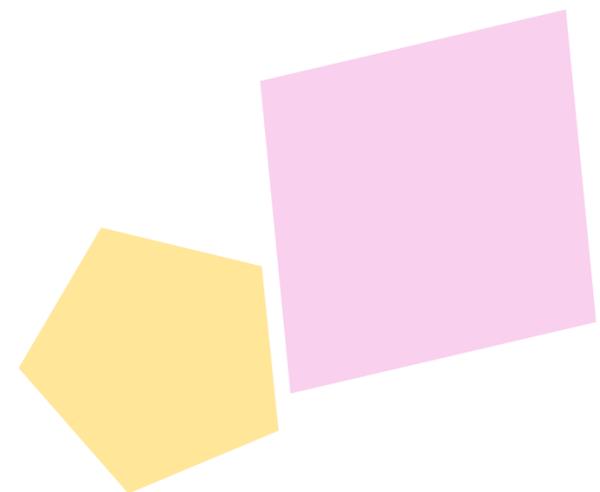
緊急避難阻卻違法之理由，主要考量利益衡平關係，也就是實質違法性之審查，故為了維護公共利益，並非不能避難。

例如：

為避免罹患開放性結核病的病人到處漫遊，而將病人暫時關在房間，以通知主管機關前來進行強制隔離處置。

評論 (續)

- 德國刑法上緊急避難，避難者得以保護的利益範圍，並無限制，生命、身體、自由、名譽、財產或其他利益，均可避難。
- 所謂其他利益，包含個人利益或一般性利益，甚至公共利益，如為了避免酒醉者駕車危害道路交通安全，而將他人車鑰匙取走不讓酒醉者開車，亦可主張緊急避難。

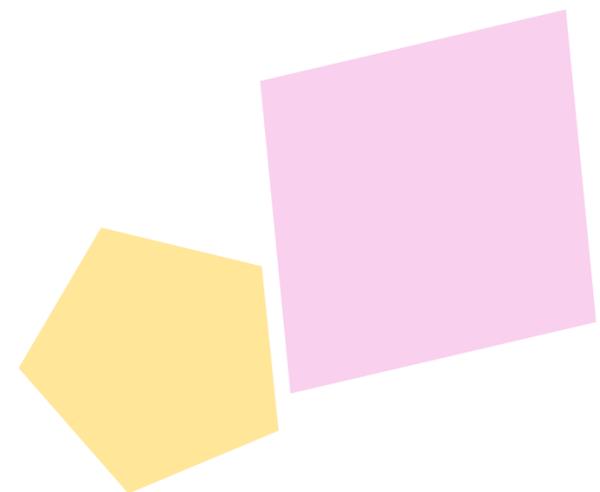


實行緊急避難行為

- 避難行為必須是客觀上「不得已」之行為：

「不得已」，乃避難行為必須是足以(或適合於)使利益免於緊急危難之有效手段。

再者，學說與實務上均要求，必須是「除此之外，別無他法」或「只此一途，別無選擇」之手段，倘若尚有其他手段足以避免危難，即不符合「不得已」之要求。



實行緊急避難行為 (續)

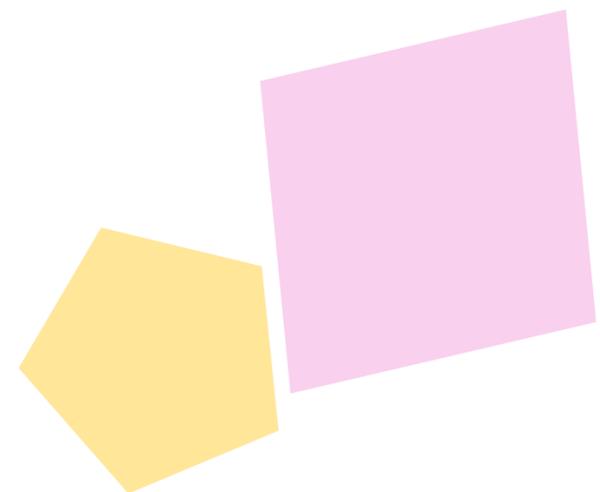
- 【「不得已」之行為—92年度台上字第4500號】

刑法第二十四條第一項前段緊急避難，以因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為為要件，所謂不得已之行為，即其行為之取捨，只此一方，毫無選擇餘地，或選擇之可能性者而言。如緊急危難發生之際，尚有其他方法可以避免自己或他人權益之危害者，即難謂為不得已。

相關判決

- 【遭討債與避難行為—94年度台上字第2324號】

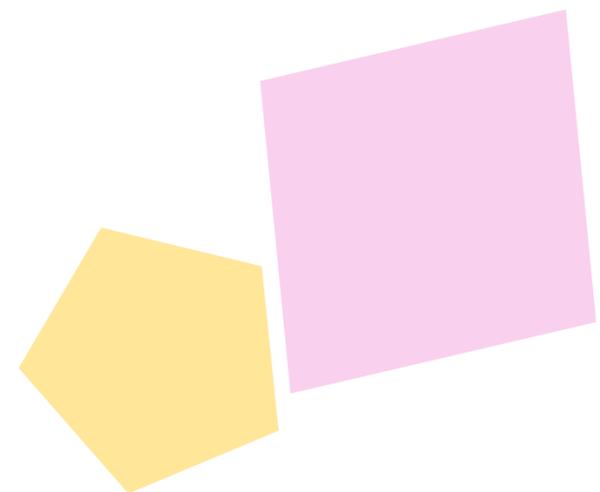
緊急避難行為，以自己或他人之生命、身體、自由、財產猝遇危難之際，非侵害他人法益別無救護之途，為必要之條件。



相關判決 (續)

- 【遭討債與避難行為—94年度台上字第2324號】

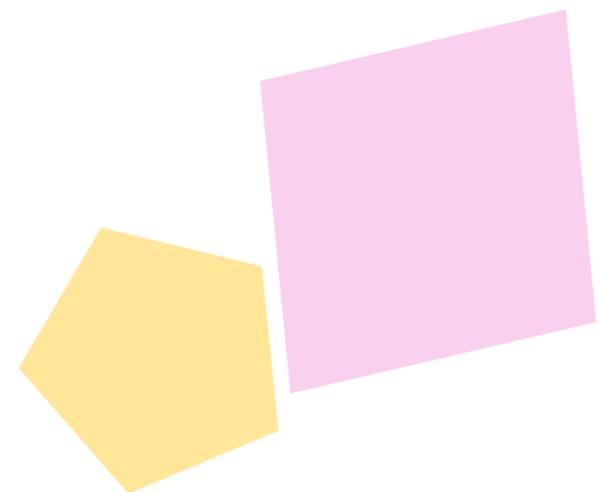
上訴人迭指遭地下錢莊人員毆打、威脅，縱令實在，非不得循法律途徑解決，要無甘冒刑章而替地下錢莊人員冒名申辦活期儲蓄存款帳戶及行動電話門號之理由，上訴人指其遭地下錢莊人員毆打、威脅，不得已始冒名向世華銀行營業部領取存摺、金融卡，主張有緊急避難之適用，應屬免罰云云，尚有誤會。



相關判決 (續)

- 【肇事逃逸與避難行為——臺高院 102 年度交上訴字第 49 號】

被告基於救助自己及同車友人之生命、身體及自由之主觀意思，不得已於知悉已不慎撞擊他人之情況下，猶駕駛系爭車輛逃離受多人棍棒攻擊之現場之行為，應屬必要且兼具實效，況衡量被告當時所受之危難及告訴人因車禍所受傷害，可見被告避難所保全之法益顯大於破壞之法益，而合於衡平性之手段。



特別義務者之特別規定

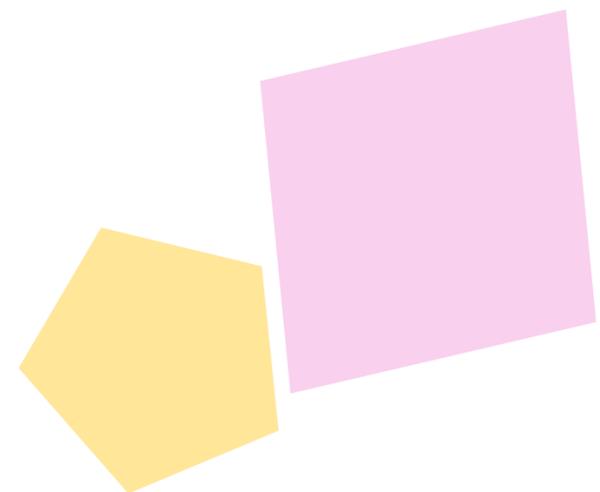
- 第 24 條第 2 項：

「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之」。

- 公務上或是業務上有特別義務之人，不得主張緊急避難，立法理由在於，軍人臨陣脫逃，船長見船將覆沒，自先脫逃，此為違背職務、業務上之特別行為，不得以不得已之理由，謂為無罪。

特別義務者之特別規定 (續)

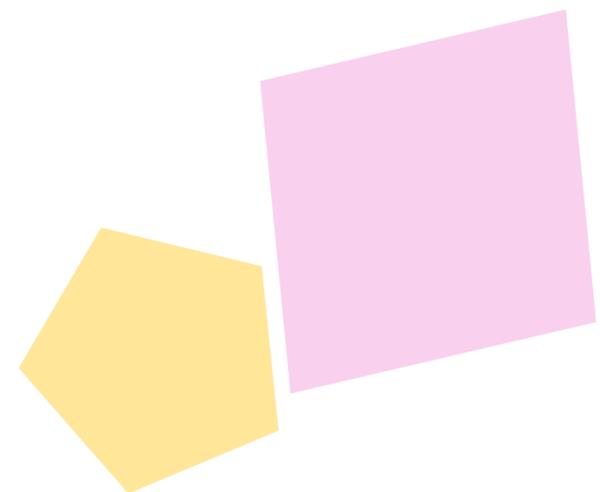
- 因公務或業務負有特別義務之人，例如軍人、警察、消防隊員、救生員、醫師、登山領隊等，對於其**職務上之通常危險**，**必須加以承擔**，不得為了避免自己危難而主張避難行為。惟如果特別義務者是為了避免「他人」之緊急危難時，仍可主張緊急避難。



特別義務者之特別規定 (續)

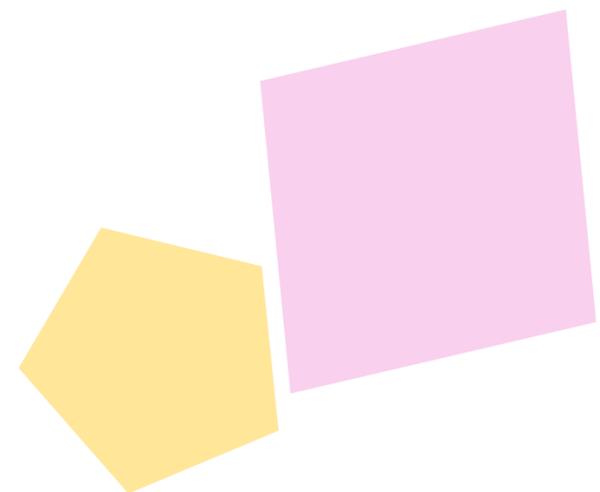
- 例如：

登山領隊甲見隊員乙高燒不退，同隊之人丙攜帶退燒藥卻堅不拿出以救治同伴，甲以強制力奪取丙之退燒藥，讓乙服下。甲之行為可能構成強盜行為，但得以主張緊急避難。



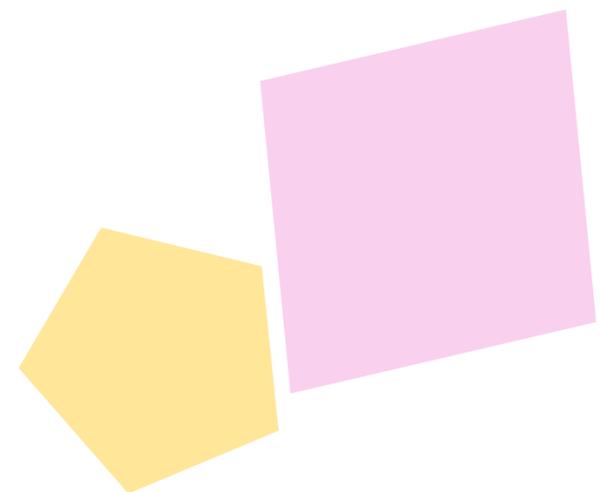
限縮解釋

- 公務上或業務上有特別義務者，解釋上應該嚴格，亦即業務之人僅能在符合特別義務目的之範圍內，且屬該業務行為之通常危險，始有限制主張緊急避難之餘地。



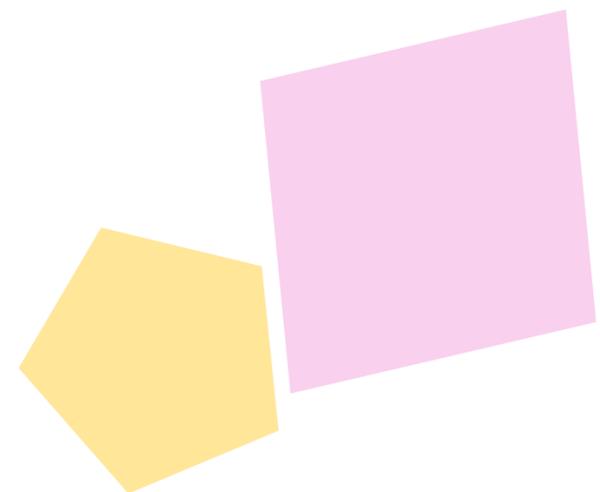
限縮解釋 (續)

- 例如：外科醫師之特別義務是藉由醫術救治病人，如果在開刀房開刀時，突然醫院大火，因病人身上插滿管線也來不及縫合，醫師與護理人員為免自己遭受生命身體危難，放下病人逃離火場，此處應認為醫師與護理人員仍有主張緊急避難之權利。
- 蓋醫護人員之特別義務在於診治病人，並未承擔火災現場救助他人之通常危險與特別義務。



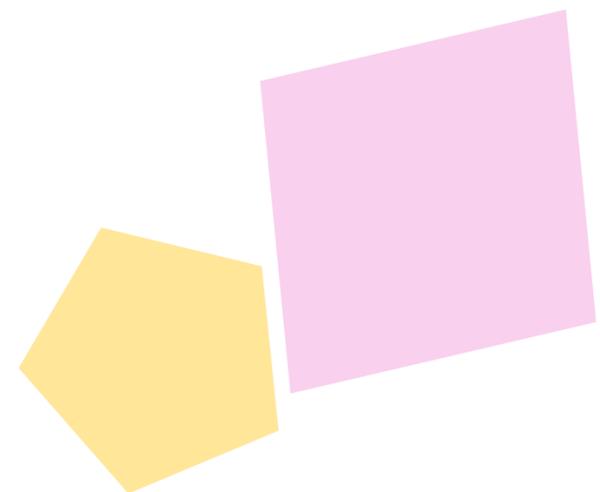
限縮解釋 (續)

- 此外，他人獲救機會的大小與可能性，亦應考慮在內。對於獲救機會不大，或是生命已無法挽救之人，負有特別義務者為防免自己生命、身體健康之危害而採取之不得已行為，即便無法阻卻行為違法性，也應考慮「期待可能性」而進一步判斷是否可論以避難過當而減輕刑責。



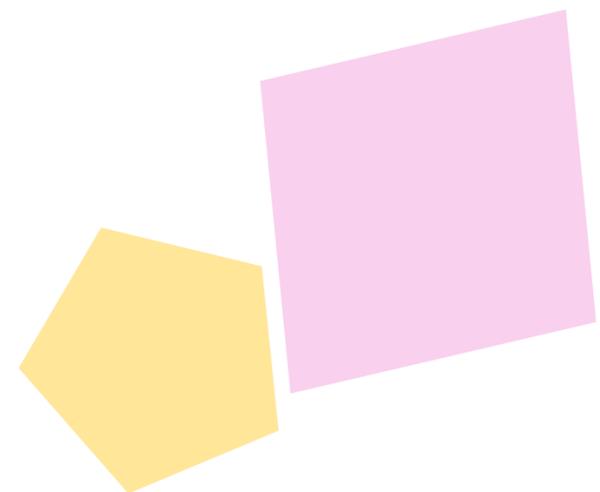
避難行為須符合「利益衡量」

- 避難行為應符合「利益衡量」，亦有稱為應具「**衡平性**」，亦即所要維護之利益，必須「**明顯大於**」或「**明顯超越**」所犧牲之利益時，始可阻卻避難行為之違法性。



避難行為須符合「利益衡量」(續)

- 法益價值高低比較，一般而言，人格法益應優於財產法益，故應依循生命法益、身體健康法益、自由法益、財產法益的位階關係加以判斷。

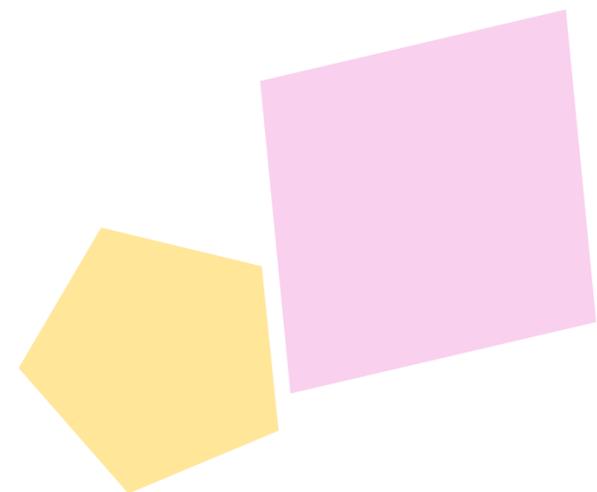


避難行為須符合「利益衡量」 (續)

- 為了保護具體的身體健康法益而侵害個人隱私秘密法益，亦屬保護較為優位之利益。

例如：

醫師知悉甲感染 AIDS，卻未告知性伴侶乙此事，且甲屢屢與乙進行危險性行為，醫師為了避免乙也罹患 AIDS，因而違反保密義務而告知乙，甲罹患 AIDS。

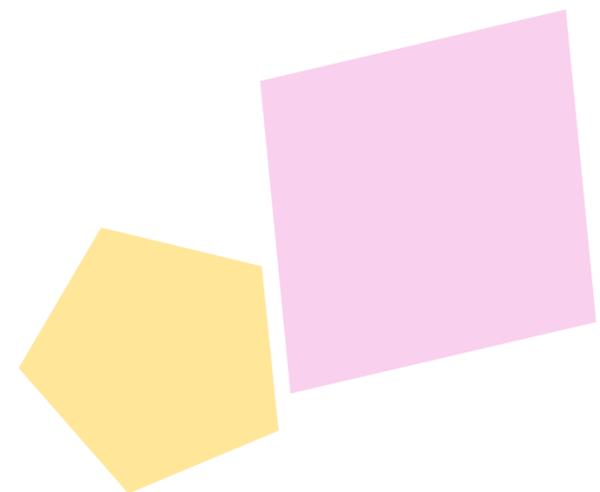


避難行為須符合「利益衡量」 (續)

- 保護**具體**的生命、身體法益，而侵害**抽象**的生命、身體法益，也是允許的。

例如：

為了趕去救人而超速行駛，此等超速行駛所要保護的是具體的生命身體法益，所侵害的是抽象的道路交通安全，此等情形，亦可主張緊急避難。



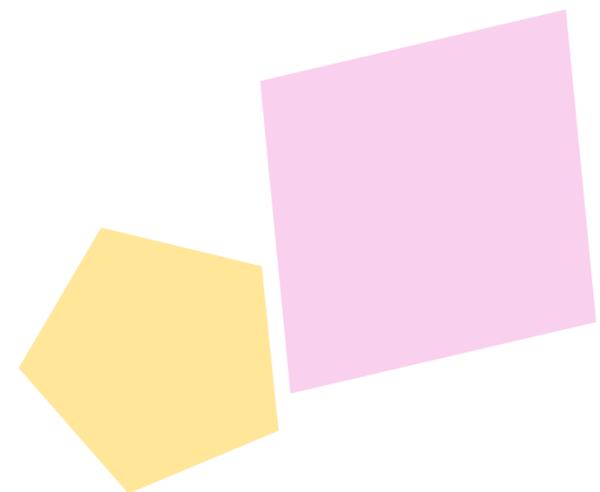
「防禦性避難」與「攻擊性避難」

- 防禦性避難：

指形成緊急避難之原因來自於避難行為所要侵害之人，因此所維護之利益與所侵害之利益歸屬於同一人。

例如：

甲到乙家作客，二人大打出手，甲為避免挨打，從二樓跳到一樓乙車車頂而毀損汽車。此是受避難者將危難轉嫁給危難製造者，符合利益衡量原則。



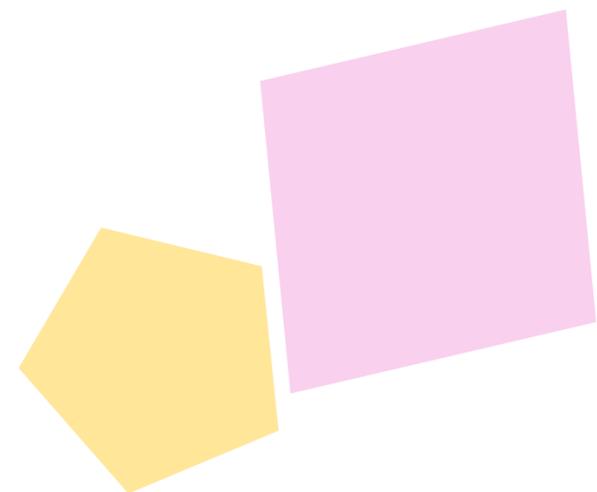
「防禦性避難」與「攻擊性避難」(續)

- 攻擊性避難：

指避難行為所要侵害之人並非緊急避難原因的形成者，而是無辜第三人。

例如：

登山者在山上迷路一週，飢餓失溫，見一上鎖工寮，打破窗戶進屋拿取乾糧食用。



「防禦性避難」與「攻擊性避難」(續)

- 攻擊性避難：

多數見解——仍可緊急避難。

少數說——

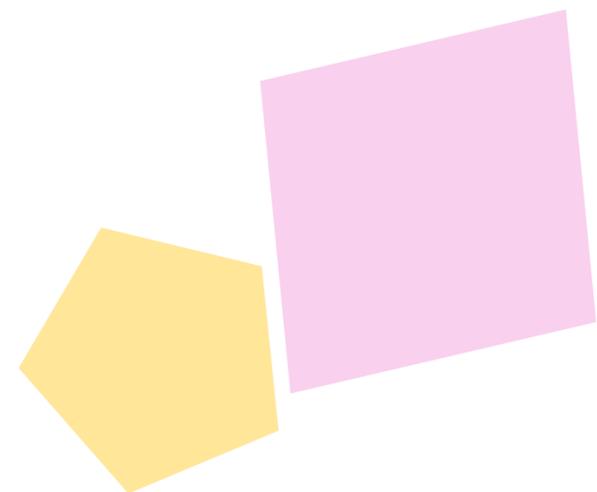
攻擊性避難行為中的無辜第三人，並無忍受侵害之義務，受危難者無權將危險轉嫁給無辜第三者承受，故此等攻擊性避難行為應不允許阻卻違法性，至多僅能作為減輕或免除罪責之事由。

適當性之判斷

- 以法益位階關係來進行利益衡量之標準，並非絕對標準。除了法益位階關係外，尚須考量避難手段在社會倫理上之適當性。

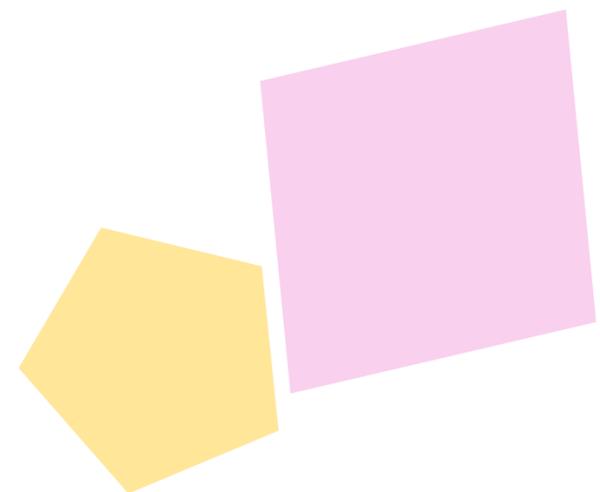
例如：

無資產的重病病人，即便欠缺醫藥費瀕臨死亡，倘以搶奪或強盜方式取得金錢，用以繳交自費特殊用藥之費用，該搶奪或強盜行為仍不得主張緊急避難。



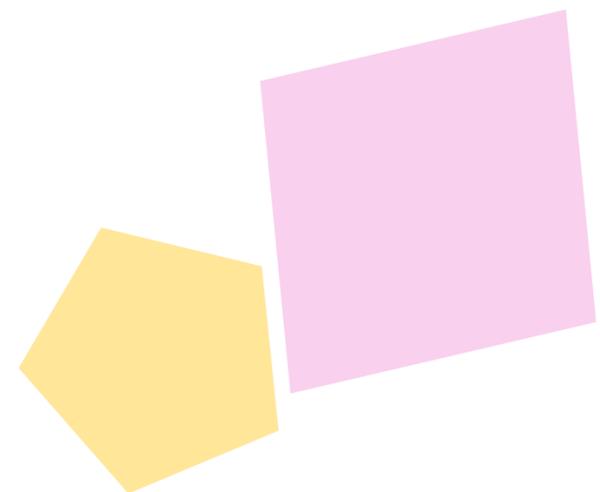
適當性之判斷 (續)

- 捐血、捐脊髓液或器官，乃個人道德上與良心上的決定，此等自我決定乃涉及憲法的核心價值，不能認為任何人對他人有此等一般性的救助義務，故**強迫捐血並不具有社會倫理上之適當性，不能主張緊急避難。**



適當性之判斷 (續)

- 惟如果是配偶間、父母與未成年子女間，或是在戰爭時期或前線戰場的軍人，本來就具有保證人地位，彼此之間具有特別的義務關係，故可例外地認為強制保證人捐血以挽救生命，得主張緊急避難。



自招危難

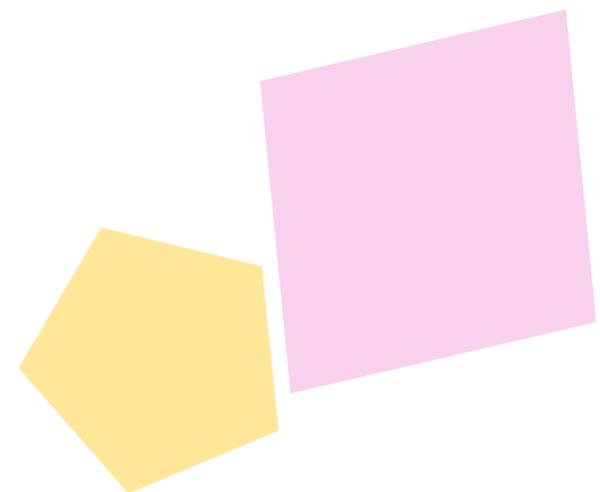
- 自招危難，乃指緊急危難之情狀乃因避難者本身之故意或過失行為所招致。

故意自招危難——

例如：【雨傘刺狗案】中，乙先以雨傘打狗，導致狼犬撲向乙。

過失自招危難——

例如：疏於維修車輛，導致煞車失靈，為了避免煞車失靈撞上前車，而緊急轉向衝向民宅，導致民宅毀損。



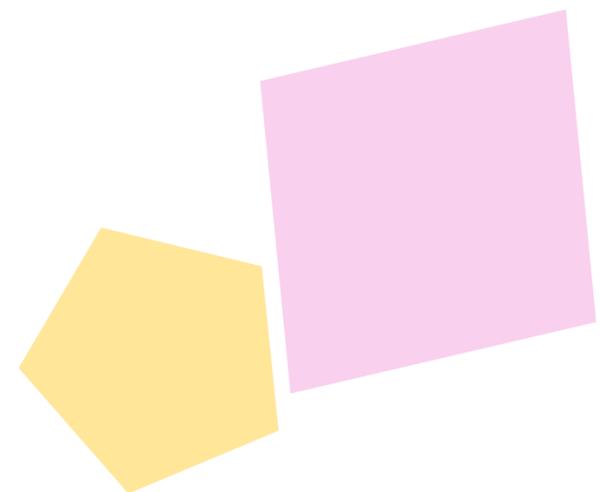
自招危難 (續)

- 實務見解 (59 年度台上字第 2505 號)：

自招危難不得主張緊急避難。

- 學說見解：

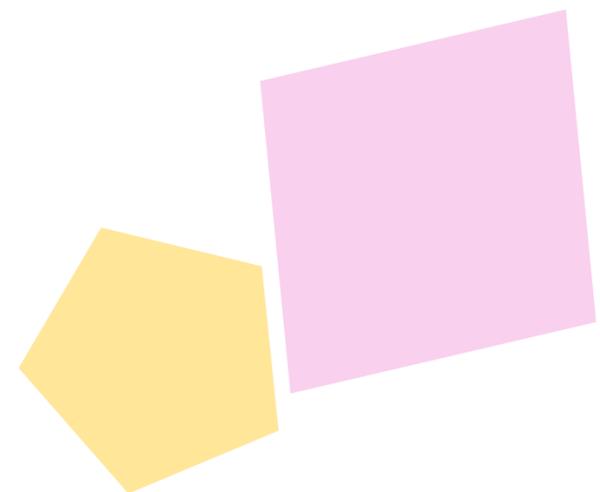
故意自招危難情形，不能主張緊急避難；
但過失自招危難，只要不涉及權利濫用，
仍應允許行為人主張緊急避難。例如甲
走路時，不小心踩到路旁的小狗，小狗
因疼痛而狂吠猛撲，甲仍可以主張避難
行為而攻擊小狗。



實務見解

- 【59 年度台上字第 2505 號】

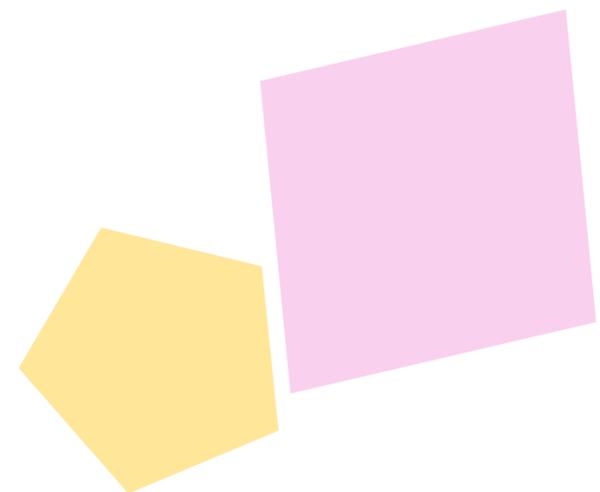
刑法上之緊急避難行為，須以災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，則其故意或過失之行為自應依法處罰，殊無主張緊急避難餘地。



實務見解 (續)

- 【72 年度台上字第 7058 號】

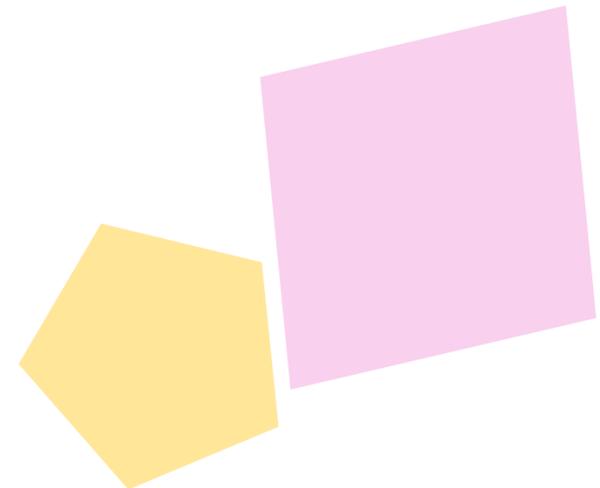
倘其危難之所以發生，乃因行為人自己過失行為所惹起，而其為避免自己因過失行為所將完成之犯行，轉而侵害第三人法益；與單純為避免他人之緊急危難，轉而侵害第三人法益之情形不同。依社會通念，應不得承認其亦有緊急避難之適用。



實務見解 (續)

- 【72 年度台上字第 7058 號】

否則，行為人由於本身之過失致侵害他人之法益，即應成立犯罪，而其為避免此項犯罪之完成，轉而侵害他人，卻因此得阻卻違法，非特有背於社會之公平與正義，且無異鼓勵因過失即將完成犯罪之人，轉而侵害他人，尤非立法之本意。至其故意造成「危難」，以遂其犯罪行為，不得為緊急避難之適用，更不待言。



【雨傘刺狗案】

- 行為人故意引發緊急危難並有意藉由避難行為，達到侵害他人法益之目的，則自招危難已成為行為人遂行犯罪行為的過程之一，自屬**權利濫用**而不允許主張**緊急避難**。



【雨傘刺狗案】(續)

- 「故意自招危難」，並不當然就是「權利濫用」。

例如：

【雨傘刺狗案】，並不屬權利濫用。惟乙故意以雨傘打狗，應可預見狗會反擊而咬人，乙自行製造出危難情狀，應不得以侵害他人法益的方式避難，而應選擇迴避，較符合衡平性。



【雨傘刺狗案】(續)

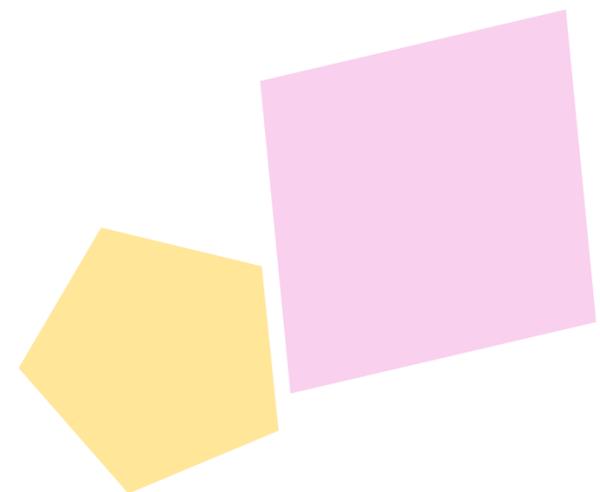
- 「故意自招危難」，並不當然就是「權利濫用」。

惟當狗被打而撲向乙時，要乙接受攻擊而不加以反抗，亦屬期待不可能，故如果乙立即將狂吠猛撲之狗擊傷或擊斃，固然不得主張緊急避難，但仍可以欠缺期待可能性為由而論以避難過當。



評論

- 不管故意或過失自招危難均不能阻卻行為之違法性，僅能寬恕罪責。
- 理由：
如果允許自招危難者主張緊急避難，由於避難行為屬不具違法性之行為，受侵害之人就不能再行主張正當防衛，會有輕重失衡。

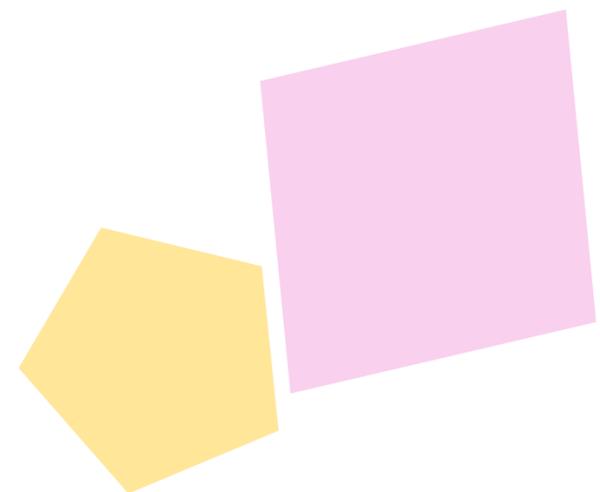


評論 (續)

- 例如【雨傘刺狗案】中，甲看見乙拿雨傘攻擊自己愛犬，立刻拿出棒子打乙，防止乙繼續戳狗，如果乙之自招危難行為可以主張緊急避難，則甲為防衛自己愛犬所為之毆打行為，即應成立傷害罪，且不得主張正當防衛，如此則不符合衡平原則。

評論 (續)

- 故應認為乙用雨傘戳刺狗之行為仍屬對他人財產之不法侵害，僅能論以減免罪責而不能阻卻違法，甲為防衛自己愛犬受侵害而毆打乙的傷害行為，仍可主張正當防衛而阻卻違法。

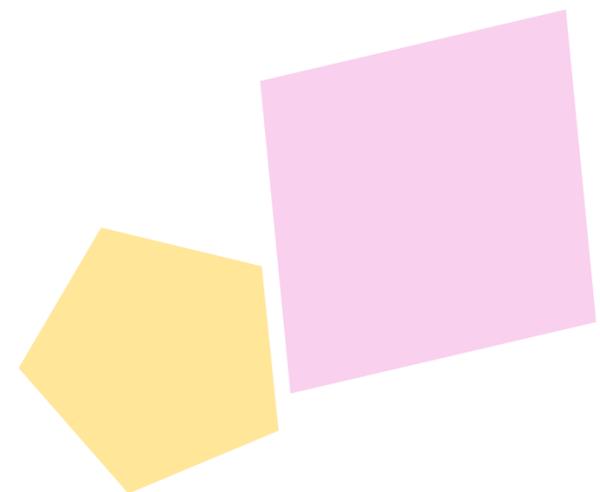


被害人之承諾

- **【欺瞞抽血案】**

醫師甲欺騙病人乙，聲稱抽血 50CC 是為了要健康檢查，乙因而同意抽血。但甲隱瞞沒說的真實目的，是要偷偷蒐集病人的血液以研究該病人是否具有特殊遺傳基因。

試問甲的行為是否成立傷害罪？



被害人承諾 (續)

- 被害人承諾，指被害人以承諾方式放棄自己所能處分之法益，相對的，他人建立在此等被害人承諾上的行為，可以根據「得被害人承諾」而阻卻行為違法性。

例如：

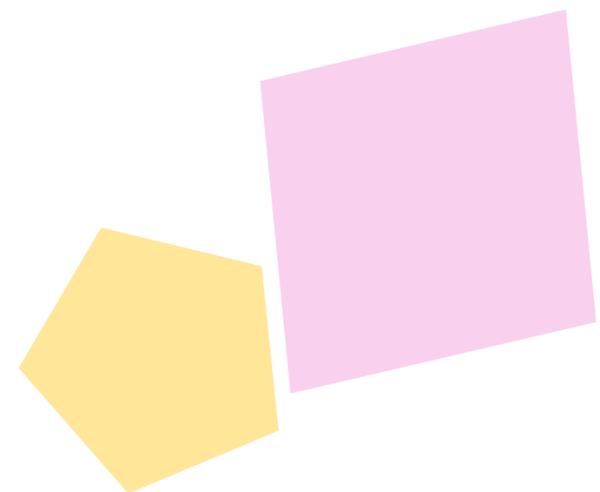
甲是拳擊手，要乙朝自己身上毆打一拳，乙果真痛毆甲一拳，乙之傷害行為得以阻卻違法；丙前往醫院進行健康檢查，同意護士丁抽血 10CC 以進行檢驗，丁之傷害行為得以阻卻違法。

被害人承諾 (續)

- 被害人承諾得以阻卻違法，乃源自拉丁法諺「被害人所同意發生的行為，不構成不法 (volenti non fit iniuria)。」
- 我國刑法條文中，就「被害人承諾」的要件與效果並無具體明文規定，因此被害人承諾屬刑法沒有明文規定的「**超法規阻卻違法事由**」。

承諾與同意之區分

- 被害人放棄法益保護的意思表示，在刑法學說上又區分為
「阻卻違法之承諾 (Einwilligung)」與
「阻卻構成要件之同意 (Einverständnis)」
兩種態樣。



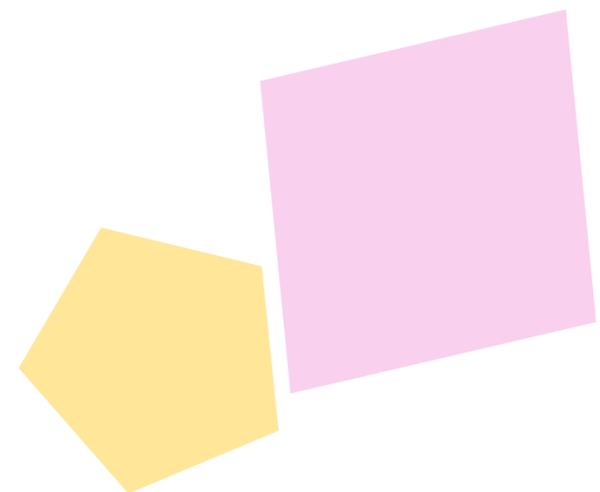
承諾與同意之區分 (續)

- 阻卻構成要件之同意，乃指某些犯罪行為之犯罪構成要件中，如已明示或性質上是以違反被害人意志為前提要件而制定，倘行為人的行為是在得到被害人同意之下所為，則此一同意在刑法解釋上所具有的作用，應該是排除犯罪構成要件該當性，而非以阻卻違法性來解釋。

承諾與同意之區分 (續)

- 例如：

略誘婦女罪 (§298) 之成立，以違反被害人的意思而置於實力支配之下為必要，如果得到被害人的同意，即不構成「略誘」。

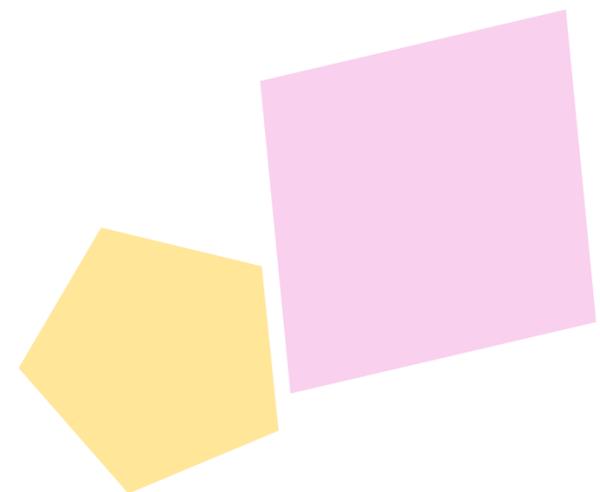


承諾與同意之區分 (續)

- 例如：

竊盜罪 (§320I) 之成立，必須以違反動產之持有人同意而取走他人之物為必要，如果事先得到持有人的同意，不構成竊盜罪的犯罪構成要件。

侵入住宅罪的「侵入」 (§306I)，如果得到住居權人之同意而進入住宅，應排除構成要件該當性。



被害人之承諾之要件 (一)

1. 被害人所放棄之法益必須是法律所允許：

- 被害人所允許處分、放棄之法益，僅限個人法益，不包括國家法益或社會法益等超個人法益。
- 就個人法益，刑法對生命法益採絕對保護原則，即便生命法益之持有者，也不得放棄自己的生命法益。

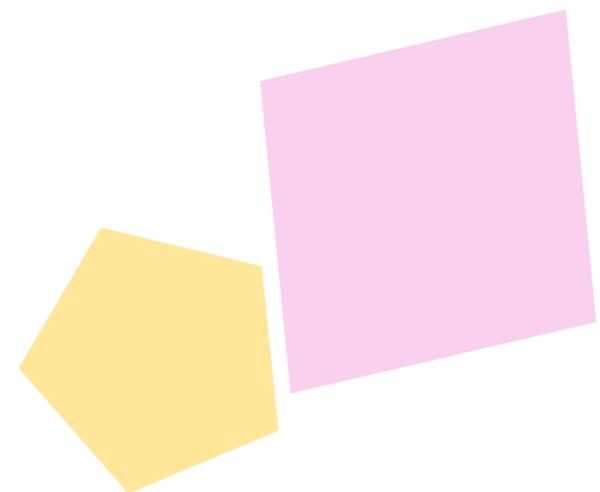
被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 我國刑法對於承諾囑託殺人行為，仍設有處罰規定，故得被害人承諾而殺人，仍不得阻卻違法性 (§275)。
- 對於身體健康法益，如果傷害程度達重傷者，被害人亦不得以承諾加以放棄 (§282)。
- 懷胎婦女並無胎兒生命法益之處分權，因刑法仍有自行墮胎罪與加工墮胎罪規定。

被害人之承諾之要件 (一) (續)

2. 被害人必須具備法益處分之權限：

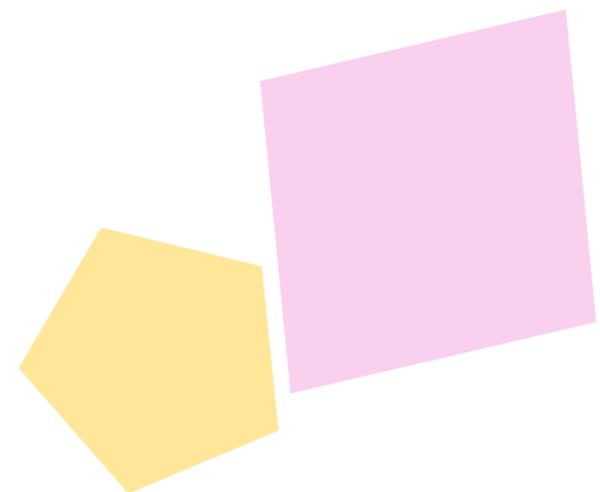
- 僅限法益持有者本人，才有權限以承諾方式放棄法益保護。財產法益之處分，應由單獨具有所有權之人，或有權處分法益之法定代理人，始得承諾放棄法益。



被害人之承諾之要件 (一) (續)

3. 被害人必須具有承諾能力：

- 承諾能力有無，不以成年為限 (20歲)，而是從實際狀況判斷被害人智識能力與判斷能力是否成熟，足以理解放棄法益保護的意義、效果與影響。



被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 18 歲之人去診所就醫縫合傷口，或與人打賭輸了被打耳光，如果本人理解傷害意義、風險與效果，則 18 歲人的承諾應屬有效。
- 反之，成年人倘對事理的認識能力與判斷能力顯然較常人有異，例如承諾時顯然處於精神狀態異常，則本人的承諾仍應屬有瑕疵而無效。

被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 本人欠缺承諾能力，例如嬰兒、幼童、受監護宣告之人等，得由法定代理人承諾。法代的同意，被假設是以被害人最佳利益為出發點，如果法代有濫用代理權限，屬代理權濫用，不阻卻違法。

例如：

家長簽寫同意書允許補習班體罰子女；
要求醫師對7歲兒子為變性手術；精神
分裂症之病人家屬同意以狗鍊長期鍊住
病人等。

被害人之承諾之要件 (一) (續)

4. 承諾必須出於被害人之自由意思：

- 被害人之承諾必須出於自由意思與具有真摯性。如處於受強暴、脅迫等受強制狀態下所為，則其承諾具有重大瑕疵，不具效力。
- 如果被害人的意思表示是出於錯誤或受到欺騙，區分以下情形分別判斷。

被害人之承諾之要件 (一) (續)

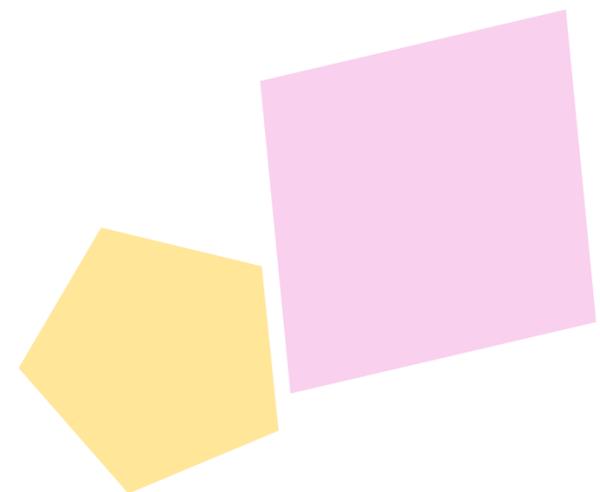
- 被害人動機錯誤或表達錯誤，承諾仍屬有效。

例如：屋主心中想要砍掉 A 樹，但卻對工人乙表達成將 B 樹砍掉；又例如甲要求醫師為其動臉部削骨手術，心中誤以為動過臉部削骨手術後，可以挽回先生的心，結果先生仍與外遇者繼續同居。被害人表意過程中表達錯誤，或做成意思表示的內在動機為何，外人無從察覺知悉，故該承諾仍屬有效。

被害人承諾之要件 (一) (續)

- 受到行為人欺騙的承諾：

被害人承諾放棄法益如果是受到欺騙或詐欺，其承諾是否無效，應視受到欺騙的內容是否與法益侵害的種類、方式、範圍或危險性有關，也就是必須判斷是否屬「**法益關連性**」之欺瞞。

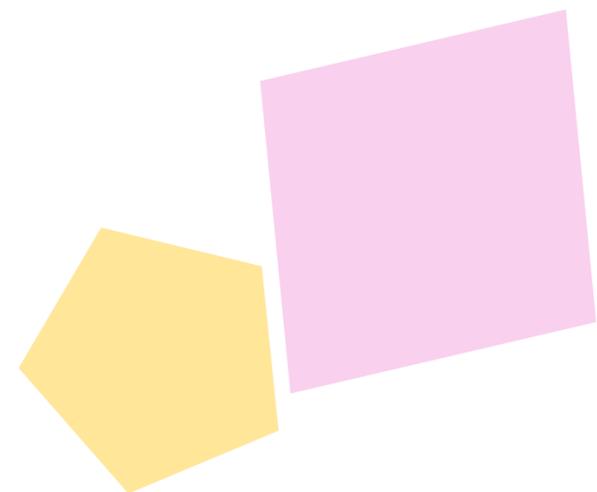


被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 受到行為人欺騙的承諾：
具「法益關連性」之欺瞞，將使受欺瞞之承諾無效。

例如：

病人答應注射鎮定劑，醫師卻在病人不知情下添加其他有害健康藥物。由於病人對於自己承諾放棄之身體法益侵害的範圍與危險性，受到欺騙，此等承諾應屬具有重大瑕疵而無效。



被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 受到行為人欺騙的承諾：

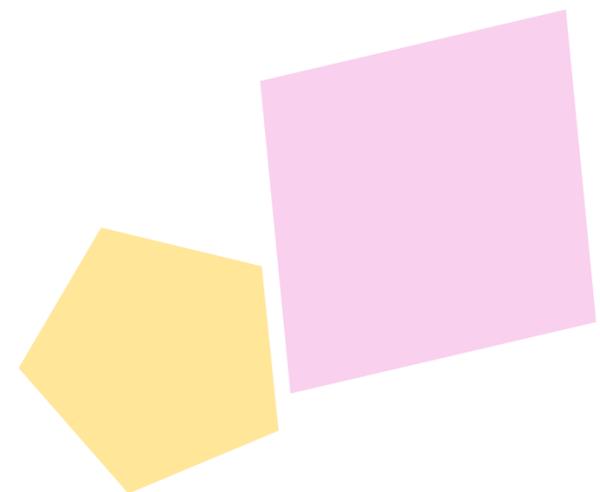
關於對價之欺瞞，例如：甲允諾乙，如果乙捐血 2000CC，就給付一千元，結果乙捐了血，甲卻拒不付款。此等對價之欺瞞，由於不屬「法益關連性」之欺瞞，故承諾捐血之意思仍屬有效，甲不成立傷害罪，惟仍成立詐欺罪。

被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 行為人的欺瞞，與法益侵害的種類、方式、範圍或危險性無關，而是與**侵害法益的目的**有關，倘此等目的欺瞞被評價為具有**重大性**時，則承諾亦屬無效。

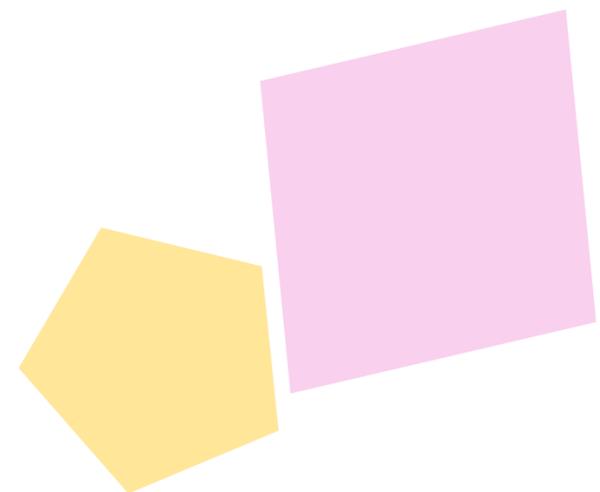
例如：

醫師告知母親捐腎可以救兒子一命，母親允諾而答應讓醫師摘下一顆腎臟，惟醫師的真實目的是將該腎臟高價賣到黑市，而非進行移植。



被害人之承諾之要件 (一) (續)

- 此時，醫師雖未對與法益侵害有關的摘除腎臟一事有所欺瞞，卻對摘除腎臟的目的有所欺瞞，此等欺瞞雖非「**法益關連性**」之欺瞞，但仍屬具有重大性之目的欺瞞。



【欺瞞抽血案】

- 【欺瞞抽血案】是所謂「目的外使用」，醫師甲以健康檢查之藉口騙取病人乙的承諾而抽血，但卻將血液做目的外使用。
- 乙對於以針筒抽血會對身體、健康法益所造成的損害、風險，雖然均有所認識，但對於抽血的真實目的無所知悉。此種情形，仍應認為病人的承諾具有重大瑕疵而為無效。

被害人之承諾之要件 (二)

5. 承諾必須於行為前表示：

- 被害人之承諾，必須在行為前表示，且在行為時必須仍存在，倘行為後才得到承諾，並不發生阻卻違法之效果。
- 惟被害人為承諾之方式，並不以明示方式為限，亦可以默示為之，亦即內心的意思即使未以口頭或書面明白表示，但透過表意人表現於外界的某些行為舉止，亦可推論表意人的內心意思。

被害人之承諾之要件 (二) (續)

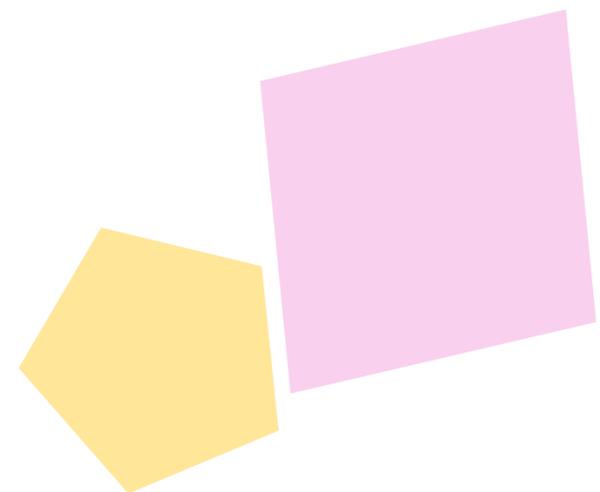
- 這種非明示的意思表示，可以稱為「默示」，或稱被害人以「可得推論」的方式將承諾的意思形諸於外界。

例如：

拳擊手上場打拳時，對於對手可以揮拳傷害自己一事，既未明文簽署書面同意，也未以口頭承諾，但只要拳擊手站上比賽台進行比賽，即可推論得知其承諾對手可以揮拳攻擊他。

推測之承諾

- 推測承諾是在事實上無法得到被害人承諾時，藉由各種客觀狀況盡可能去探求被害人本人的意思。
- 因此推測承諾雖有「承諾」之名，但並非被害人實際所為之承諾。
- 而是由行為人進行一種事前的概然率判斷，推論被害人在此情形下，必然會為相同的決定。

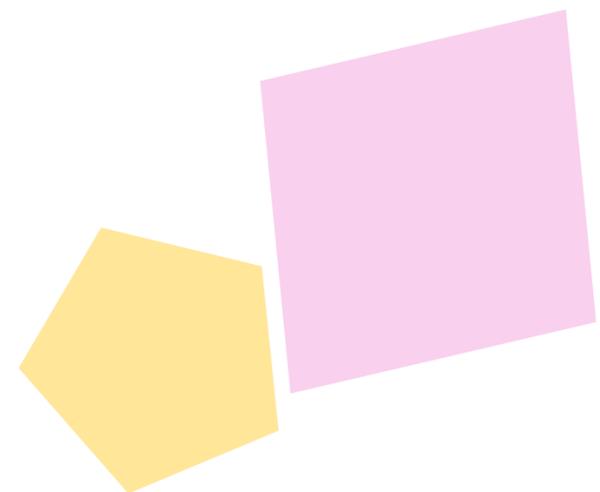


推測之承諾 (續)

- 故即使事後發現與被害人的真意相違背，亦不影響推測承諾之效力。

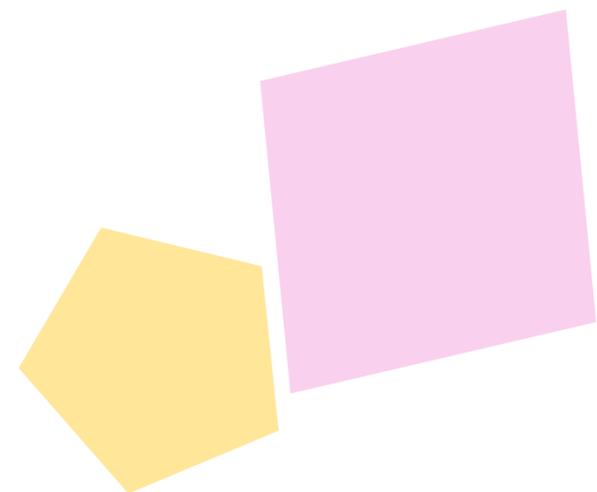
例如：

一樓店家甲出國旅遊，交代二樓鄰居代為關照房子。颱風過境，甲的招牌被吹得嚴重破損且搖搖欲墜，二樓住戶怕招牌掉落恐生意外，推測甲必然會同意卸除招牌，因而雇工將招牌拆除。



推測之承諾 (續)

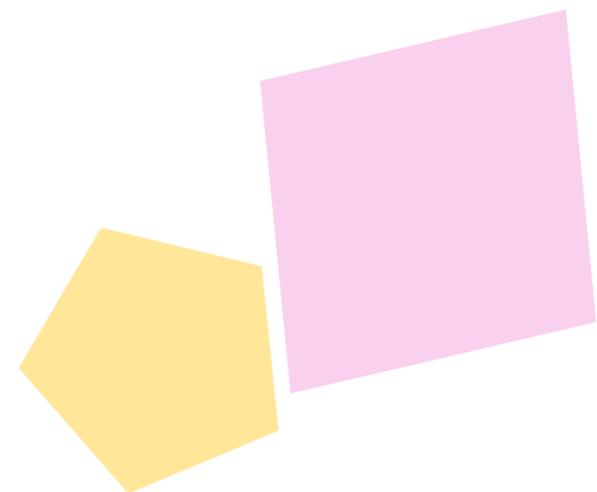
- 推測之承諾，在德國刑法上最常運用於醫療行為上，尤其是事實上無法給予承諾者，如昏迷、中風、心臟病發作、頭部受傷而無法言語。
- 但台灣較少運用於醫療行為上，因為台灣醫療法第 63 條規定得由家屬代為承諾。



義務衝突

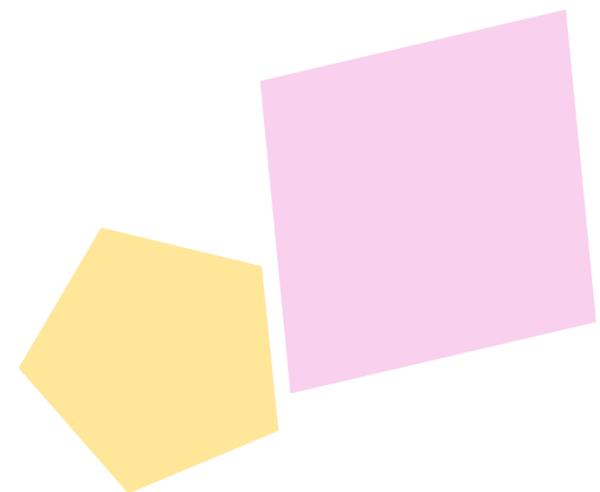
- 在不作為犯與過失犯之情形，較常出現的阻卻違法事由為「義務衝突」(Pflichtenkollision)。
- 義務衝突，乃行為人同時具有數個作為義務，然而僅能履行其中一個作為義務而無法履行另一個義務時，則可阻卻未履行之作為義務的違法性。

例如：某甲回到家中，發現家中失火，甲僅能救助自己的兒子，無法同時救助自己的父親，因而讓父親葬身火海。

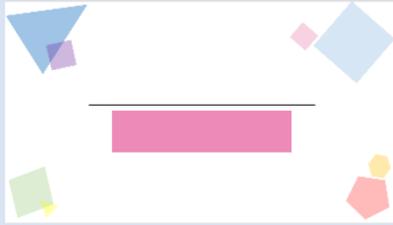
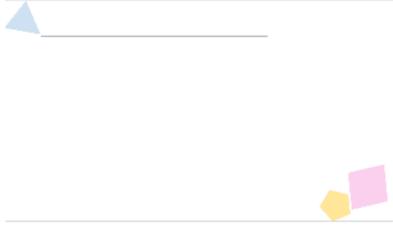


義務衝突 (續)

- 雖然甲對於父親與兒子均具有保證人地位，然而同時履行兩個作為義務是不可能而具有衝突時，甲可選擇僅履行其中一個作為義務，對於未履行之另一個作為義務，則可根據義務衝突而阻卻違法性。



版權聲明

序	頁	作品	版權標章	作者/來源
1	1			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
2	2-184			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
3	2-183	壹、依法令之行為……，則可根據義務衝突而阻卻違法性。		除法條、大法官釋字、判例等屬公共領域之作品外， 由所有權人王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品，請另行向權利人取得授權。 來源：王皇玉，刑法總則(修訂七版)，頁 267-316，2021 年 7 月，新學林出版。