

七 無認識過失vs.有認識過失



關鍵實務	最高法院 56 年台上字第 1574 號判例													
關鍵說明	<p>懈怠過失與疏虞過失雖同為犯罪之責任條件，然前者係應注意能注意而不注意，對於犯罪事實之發生並無預見，後者則為預見其發生，而確信其不發生，對於犯罪事實之發生本有預見，由於自信不致發生疏於防虞，終於發生，二者態樣顯不相同，故刑法第 14 條第 1 項、第 2 項分別予以規定，以示區別。</p> <p>◎ 整理</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>無認識過失</th> <th>有認識過失</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>別稱</td> <td>懈怠過失</td> <td>疏虞過失</td> </tr> <tr> <td>條文</td> <td>刑法第 14 條第 1 項</td> <td>刑法第 14 條第 2 項</td> </tr> <tr> <td>區別</td> <td>行為人應注意能注意而不注意，對於犯罪事實之發生並無預見</td> <td>行為人對於犯罪事實之發生本有預見，由於自信不致發生疏於防虞，終於發生</td> </tr> </tbody> </table>			無認識過失	有認識過失	別稱	懈怠過失	疏虞過失	條文	刑法第 14 條第 1 項	刑法第 14 條第 2 項	區別	行為人應注意能注意而不注意，對於犯罪事實之發生並無預見	行為人對於犯罪事實之發生本有預見，由於自信不致發生疏於防虞，終於發生
	無認識過失	有認識過失												
別稱	懈怠過失	疏虞過失												
條文	刑法第 14 條第 1 項	刑法第 14 條第 2 項												
區別	行為人應注意能注意而不注意，對於犯罪事實之發生並無預見	行為人對於犯罪事實之發生本有預見，由於自信不致發生疏於防虞，終於發生												

八 交通領域中「信賴原則」之適用前提及其運用

100 普考法律政風 

關鍵實務	最高法院 84 年台上字第 5360 號判例、最高法院 100 年度台上字第 2864 號判決
關鍵說明	<ol style="list-style-type: none"> 最高法院 84 年台上字第 5360 號判例（適用前提） 汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。 最高法院 100 年度台上字第 2864 號判決（運用） 汽車駕駛人雖可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，而對於不可知之對方違規行為並無預防之義務。然因對於違規行為所導致之危險，若屬已可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有

注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。

筆者碎碎念

「信賴原則」常運用在道路交通事故與醫療行為分工合作時過失責任之認定。就交通事故而言，當道路交通參與者自己遵守交通規則，謹慎、小心地駕駛時，即有權信賴其他道路交通參與者也能謹慎、小心地駕駛。在此信賴基礎上，善盡注意義務的道路交通駕駛人，其駕駛行為即未製造法所不容許之風險，因此即便過失導致法益侵害結果產生，亦不負過失之責。

而學說上對於信賴原則存在的目的，有非常深刻的討論，值得大家參考⁵：在現代社會生活模式中，為了共同生活更大的利益，我們不可避免地利用風險工具從事行為，或是進行風險行為。在這些行為模式裡，只要遵守了共同團體的避險規則，原則上我們也可以期待他人也會遵守同樣規定，而這種期待應該受到保護。因此，如果結果的發生，顯然是因為他人違背這樣的期待，即便行為人有實行風險行為，也不應認為該行為具備不法，此即信賴原則所欲表彰之價值。

九 醫療過失之判斷標準

104 原特一般行政（三等）



關鍵實務	臺灣高等法院 97 年度醫上訴字第 5 號判決
關鍵說明	行為人所應具有之注意程度，應依客觀標準認定之。此之客觀標準係指一個具有良知理性且小心謹慎之人，處於與行為人同一之具體情狀下所應保持的注意程度。就醫師言，應以「醫療成員之平均、通常具備之技術」為判斷標準。在我國實務操作上，則以「醫療常規」名之，苟醫師以符合醫療常規之方式對病人為診療行為，即難謂其醫療行為有何未盡到注意義務之情形，自不能以過失犯相繩。

筆者碎碎念

在過失犯的考題中，「交通」和「醫療」兩種類型的考題是最常出現的。套用過失犯審查體系加以思考，這兩種型態在考試時的論述重點，

5 更詳細的說明，可參考李聖傑，交通事故中過失行為的刑法處遇思考，收錄於：刑事法學的新視野，2011年5月初版，頁132-133。

筆者圖示如下：



UNIT

2 違法性

一 「實質違法性」之意義




關鍵實務	最高法院 74 年台上字第 4225 號判例、最高法院 96 年度台上字第 6117 號判決
關鍵說明	<p>1. 最高法院 74 年台上字第 4225 號判例</p> <p>(1) 行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質違法性，仍難成立犯罪。</p> <p>(2) 上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖然該當刑法第 335 條第 1 項侵占罪之不法構成要件，但因其侵害之法益極輕微，依照一般社會倫理觀念，尚難認有科以刑罰之必要，應認為欠缺實質違法性，而不應以刑法相繩。</p> <p>2. 最高法院 96 年度台上字第 6117 號判決</p> <p>行為雖已該當於某項刑事犯罪構成要件之規定，但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者；則對此項該當於刑事犯罪構成要件之行為，如不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序時，始能視為無實質之違法性，難認已構成該項刑事犯罪。</p>

二 依所屬上級公務員命令而為職務之行為

101 身特書記官（四等）、101 普考法律廉政

關鍵實務	最高法院 20 年上字第 1052 號判例、最高法院 29 年上字第 721 號判例
關鍵說明	<p>1. 最高法院 20 年上字第 1052 號判例 下級公務員於其職務內事項，固有服從上級公務員命令之義務，若其命令之形式要件未備，而聽從實施，即不得主張為依法令執行職務之行為。</p> <p>2. 最高法院 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……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 21 條第 2 項之規定，而主張免責。</p>

 筆者碎碎念

能依刑法第 21 條第 2 項本文阻卻違法的情形，實務見解認為，必須具有兩個要件：

1. 「命令」必須具備形式要件，例如下命令時必須核發書面，不得僅以口頭下令之情形。如果欠缺形式要件，自始不能主張本項規定阻卻違法。
2. 即便命令合法，但若有本項但書「明知命令違法」的情形，亦不能主張阻卻違法。

上面所附兩則判例，即是分別闡釋這兩個要件，大家可以對照一下！

但有學者⁶認為，這種「原則上僅需形式審查，但若下級公務員明知命令實質違法時，則不能阻卻違法」的操作，將會導致下級公務員無所適從的矛盾：既不能對命令進行實質違法的審查，又需承擔其不利益。因此，比較好的審查方式應該是：下級公務員原則上僅需進行形式審查（亦即可「推定」形式要件具備的命令係屬合法），但對於命令**實質違法極其明顯或重大的例外情形**（例如凌虐人犯），下級公務員亦得進行實質審查（即推翻前開之「推定」）。

6 林鈺雄，新刑法總則，2014 年 9 月四版，頁 280。

三 正當防衛(1)——防衛情狀：不法侵害之認定

101 身特一般行政（三等）、102 原特一般行政（三等）

關鍵實務	最高法院 104 年度台上字第 2543 號判決
關鍵說明	刑法第 23 條……所稱不法之侵害，祇須客觀上有違法之行為存在，即得以己力行使防衛權而排除侵害，並不以侵害之大小與行為之輕重而有區別。

四 正當防衛(2)——防衛情狀：現在性之認定

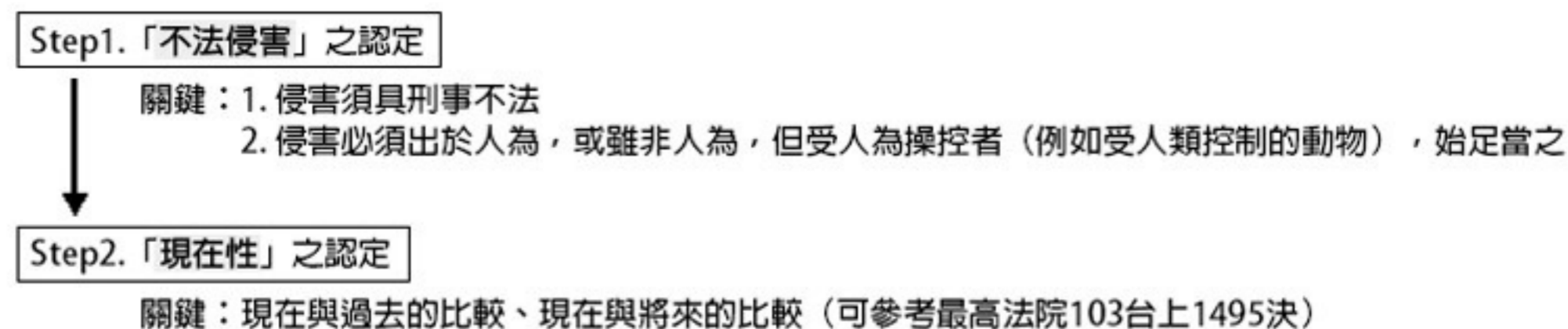
94 高考法制（三級）、98 原特法警（四等）、98 高考法制（三級）、
101 地特一般行政（三等）、101 身特一般行政（三等）、102 身特一般行政（三等）、
102 原特一般行政（三等）、104 高考一般行政（三級）

關鍵實務	最高法院 103 年度台上字第 1495 號判決
關鍵說明	刑法第 23 條……所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之「時間性」要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言。

筆者碎碎念

關於防衛情狀的認定，雖然條文寫「現在不法侵害」，但筆者習慣先認定「不法侵害」，再認定「現在性」，原因無它，如果一個行為不構成侵害，那即便具現在性要件，仍屬枉然。正當防衛存在的目的，就是讓私人在以己力消除侵害源時，能被刑法評價為合法行為，不違犯刑事法規，因此，找到這個「侵害源」是當務之急。至於這個侵害源被添加什麼形容詞（例如條文說的「現在」），就不是必須先判斷的了！

基此，筆者畫個圖，來說明「現在不法侵害」這個防衛情狀要件的思考順序：



⚠ 考試怎麼寫**· 涉及「不法侵害」的考點，怎麼寫？**

按正當防衛以客觀上有現在不法侵害，而行為人於相同有效下選擇最小侵害手段，同時主觀上具備防衛意思為要件。而該侵害行為限於「人為」的侵害，且依刑法第 23 條之文義，該侵害必須具備「不法」，僅人類之行為才有合法與不法之評價。惟在動物攻擊他人的案例中，若該動物係基於人類有意識有目的之操縱，此時動物即屬工具，受到人類的直接支配，亦得成為正當防衛的對象。

· 涉及「現在性」的考點，怎麼寫？1. 沒有特別考「有效理論⁷」時，可以寫

按正當防衛以客觀上有現在不法侵害，而行為人於相同有效下選擇最小侵害手段，同時主觀上具備防衛意思為要件；復按所謂「現在」，指已經開始但尚未結束。

2. 考到「有效理論」時，可以寫

就現在性要件而言，其意指侵害者之法益正遭受侵害，然學說上曾提出的「有效理論」，認為即使侵害尚未發生，然對於防衛者而言，若不對該尚未發生、但迫在眼前之危險進行防衛，將錯失最後有效之防衛時點，應認為該侵害即屬現在。

五 正當防衛(3)——防衛行為：過當之認定

93 司特（四等）、100 司特（三等）、100 調查局（調查工作組）（三等）、
101 司特（四等）、101 律師、102 司特（四等）、103 檢察官（財經實務組）、
104 原特一般行政（三等）、104 原特法警（四等）

關鍵實務	最高法院 103 年度台上字第 1495 號判決
關鍵說明	<ol style="list-style-type: none"> 1. 防衛過當，指防衛行為超越必要之程度而言。 2. 防衛行為是否超越必要之程度，須就實施之情節而為判斷，即應就不法侵害者之攻擊方法與其緩急情勢，由客觀上審察防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之。

7 所謂「有效理論」（又稱「有效防衛說」），係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，即可算是現在不法侵害。相關論述，可參考王皇玉，刑法總則，2016 年 9 月二版，頁 273。

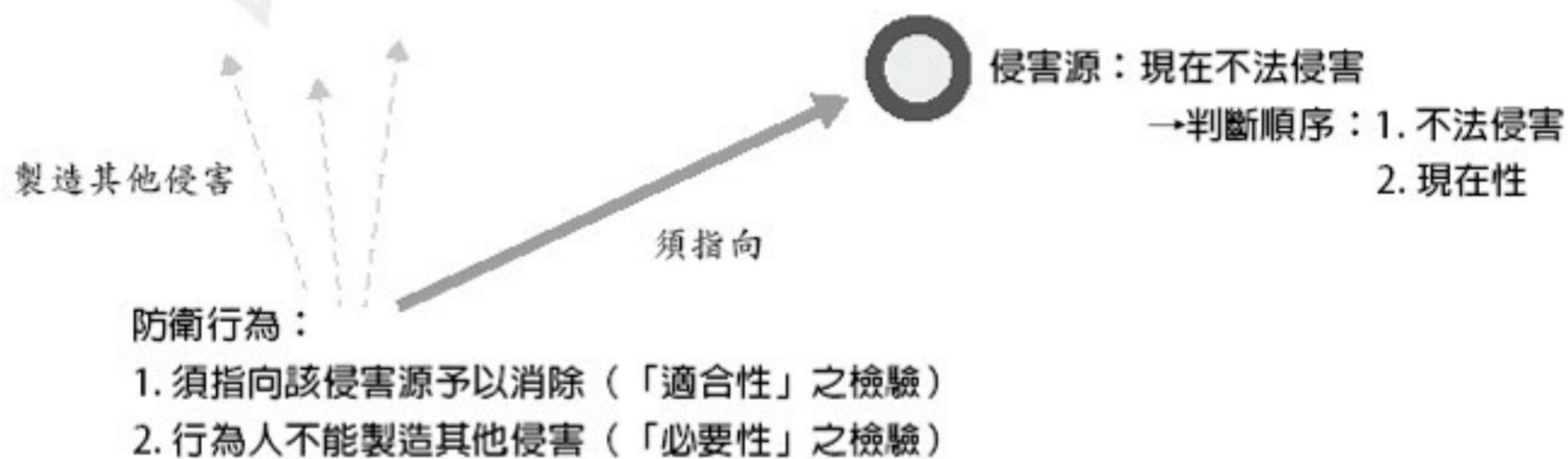
筆者碎碎念

「防衛過當」在實務上的理解就是「防衛行為超越必要程度」，但學說對於防衛過當的理解可豐富了！筆者簡單整理多數學說對於防衛過當的理解：

- 防衛行為過當＝逾越
1. 適合性（適當性）：即行為不適合消除侵害源
 2. 必要性：即行為非最小侵害手段
 3. 合宜性：即行為屬於學說上所稱之四種「社會倫理限制」⁸
 - (1) 微財侵害
 - (2) 對於兒童或其他顯無責任能力人之攻擊行為
 - (3) 緊密的親屬關係
 - (4) 挑唆防衛⁹

在討論完防衛行為過當與否的問題後，正當防衛基本的考點皆已說明完畢，筆者最後用下面這張圖統整一下：


若製造其他侵害源，該防衛行為即非消除侵害源之「最小侵害手段」，欠缺必要性，屬防衛行為過當，無法依刑法第23條本文正當防衛阻卻違法，應繼續審查罪責階層，視情況依刑法第23條但書得減免其刑



8 此為德派學說見解，實務與日派學者並不採之，考試時可斟酌回答。

9 挑唆防衛可分為「意圖式挑唆防衛」與「非意圖式挑唆防衛」，學說認為，意圖式挑唆防衛屬正當防衛權的濫用，將導致防衛權喪失，故不得主張正當防衛；惟非意圖式挑唆防衛仍有成立防衛過當之可能。相關論述，可參考林書楷，刑法總則，2016年9月三版，頁154-156。

六 正當防衛(4)——互毆、報復行為與正當防衛

100 退役轉任（法律政風）（三等）、94 司法官 


關鍵實務	最高法院 30 年上字第 1040 號判例、最高法院 102 年度台上字第 2052 號判決
關鍵說明	<ol style="list-style-type: none"> 最高法院 30 年上字第 1040 號判例 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。 最高法院 102 年度台上字第 2052 號判決 互毆係屬多數動作構成單純一罪而互為攻擊之傷害行為，縱令一方先行出手，而還擊之一方，苟非單純對於現在不法之侵害為必要排除之反擊行為，因其本即有傷害之犯意存在，則對其互為攻擊之還擊行為，自無防衛權可言。

⚠ 考試怎麼寫

· 涉及「互毆可否主張正當防衛」的考點，怎麼寫？

- 按實務認為，於互毆情形，由於雙方主觀上存在傷害故意，欠缺防衛意思，故互毆雙方均不得主張正當防衛（最高法院 30 上 1040 例參照）。
- 然學說認為，必須區分互毆之原因異其處理。若互毆雙方係事前約定，同為互毆，則因雙方自始欠缺防衛意思，無法主張正當防衛；然若雙方係偶然互毆，則須考量個案中是否存在一方先為不正之行為，倘若存在，則對該不正行為所為之反擊，仍屬防衛行為，若行為人主觀上亦出於防衛意思為之，則仍成立正當防衛。

七 緊急避難(1)——緊急避難之成立要件

96 高考法制（三級）、104 高考一般行政（三級） 


關鍵實務	最高法院 24 年上字第 2669 號判例、最高法院 92 年度台上字第 4500 號判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度交上易字第 147 號判決
關鍵說明	<ol style="list-style-type: none"> 最高法院 24 年度上字第 2669 號判例 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。

2. 最高法院 92 年度台上字第 4500 號判決

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。

3. 臺灣高等法院臺中分院 103 年度交上易字第 147 號判決

刑法第 24 條第 1 項……之構成要件，除行為人主觀上需具備避難意思外，客觀上亦應具有緊急避難之情狀，即法益受侵害之緊急迫切狀態，且緊急避難行為須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。

 筆者碎碎念

與「防衛過當」相同，緊急避難也有討論過當的問題，稱為「避難過當」。在實務上的理解就是「避難行為非不得已之行為」，但學說對於避難過當的理解不止於此，筆者簡單整理如下¹⁰：


避難行為過當＝逾越

1. 適合性（適當性）：即行為不適合消除危難源
2. 必要性：即行為非屬「不得已」
3. 衡平性：即行為未通過「優越利益衡量」

Q：利益如何衡量？——從法益的位階順序來思考！

A：(1)個人專屬法益（ex.生命、身體、自由）>個人非專屬法益（ex.財產）

(2)個人專屬法益位階排列：生命法益>高度屬人性法益（ex.身體、性自主）>一般屬人性法益（ex.自由）

 考試怎麼寫

· 涉及「緊急避難」的考點，怎麼寫？

1. 簡短版

按刑法第 24 條第 1 項之「緊急避難」，客觀上必須存在避難情狀，且行為人基於避難意思所為之避難行為必須符合適當性、必要性及衡平性（優越利益衡量原則）之要求，始能依刑法第 24 條第 1 項前段緊急避難之規定阻卻違法。

10 相關論述，可參考林書楷，刑法總則，2016 年 9 月三版，頁 249。