

# 最高法院一一一年度台上字第三五五四號判決

■ 焦點判決編輯部

【主旨】延續實務見解，表示刑法第 16 條是違法性錯誤（或稱禁止錯誤）規定，認為法律頒布，人民即有知法守法義務，對於行為是否涉及不法有所懷疑時，負有諮詢義務，不可擅自判斷，若行為人主張依本條規定以免除刑事責任，應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。

【概念索引】刑法／刑事責任

【關鍵詞】諮詢義務

【相關法條】刑法第 16 條

【說明】

## 一、爭點與選錄原因

### （一）爭點說明

違法性錯誤能否作為阻卻責任事由之前提。

### （二）選錄原因

對於是否涉及不法有所懷疑時，人民負有諮詢義務。

## 二、相關實務學說

### （一）相關實務

最高法院 111 年度台上字第 5697 號刑事判決亦有此見解：「刑法第 16 條規定：『除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。』對違法性錯誤之情形，採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。而法律一經頒布或修正，人民即有知法守法義務；是否可以避免，行為人必須善盡相當查證義務，不可擅自判斷，任作主張。稽之卷附內政部警政署刑事警察局鑑定書，送鑑手槍及子彈均具殺傷力。未經許可持有具殺傷力手槍、子彈為非法行為，為法律之明文規定，係一般社會公眾周知之事。是以，原判決援引第一審判決而載敘：上訴人因恐仇家尋隙，向真實姓名年籍不詳綽號「阿坤」之人，借得上開槍彈而持有，用以防身。上訴人為智識正常且具有相當社會經驗之成年人，非法持有具殺傷力之槍、彈，極易滋生社會重大危安事件，對於公共秩序之危害，自無不知之理等旨。

依原判決所說明上訴人知悉持有扣案槍彈係非法行為，而仍非法持有之情節，難認上訴人有何欠缺違法性認識之情形，自無刑法第 16 條減輕或免除其刑之適用。」

## （二）相關學說

學說上認為有兩種判準：第一種係依照行為人的社會地位及能力，在可期待的範圍內，判斷是否意識到自己的行為違法。當行為人對其行為違法有所疑慮，也不能恣意猜測，而是負有「查詢義務」。其應查詢相關實務解釋或法令函示，必要時向專業人士（限於有權限、專業、不偏頗的人或機關，例如律師、主管機關）諮詢，且行為人必須信賴該諮詢，方可主張欠缺不法意識係不可避免而阻卻罪責。第二種判準有兩個步驟：首先確認具體個案中是否存有促使被告思考、查詢行為合法與否的具體因素。所謂具體因素，像是(1)行為人對於其行為是否違法存有懷疑時。(2)對於某一領域具有其特殊的法規範，當行為人欲進該領域活動時。(3)行為人認識到其行為將對社會大眾帶來嚴重的損害時。若沒有任何因素促使行為人思考其行為之合法性，行為人也的確因此未意識到自己的行為違法，該禁止錯誤即評價為不可避免。

### 【選錄】

刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」此即有關 **違法性錯誤（或稱禁止錯誤）**之規定，係採**責任理論**，亦即依**違法性錯誤**之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑。然法律頒布，人民即有知法守法之義務，因此行為人對於行為是否涉及不法有所懷疑時，負有諮詢之義務，不可擅自判斷，任作主張，必要時尚須向能夠提供專業意見之個人（例如律師）或機構（例如法令之主管機關）查詢，而行為人主張依本條之規定據以**免除其刑事責任**，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷。

### 【延伸閱讀】

• 薛智仁，禁止錯誤之法律效果——為故意理論辯護，政大法學評論，142 期，2015 年 9 月，149-226 頁。