



國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論制度缺失下的期待可能性

Reasonableness On the Defective Institution

張永政

Yung-Cheng Chang

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 107 年 1 月

January 2018



謝辭

進入臺大至今已十二年有餘，這樣漫長的學生生涯到現在終於要暫告一段落，心中百感交集，除了作為學生的身分外，這十二年來流轉於各個地方，扮演了不同的角色，從稚嫩的青少年到現在，每次的遷徙都是一種新的衝擊，在這些衝擊中造就了現在的我。

感謝我的指導老師王皇玉教授，總是對於陷入工作與論文泥沼予以正面關懷及鼓勵，不曾放棄，在與老師討論的過程中，每每都讓我對於刑法有了新的領悟，擴展了我在刑法領域的視野，讓我能以作為一個刑法組的研究生為榮。感謝我的兩位口試委員，李茂生教授及許恒達教授，對於我的論文給予精闢的建議，也提供了未來可以再深研的方向及目標。

感謝我的父母及家人，總是給我相當的自由，無條件支持我所做出的選擇，對我的付出，也總是不求回報。

感謝孟蕙，陪我一起走過了這一路來的茫然與無助，總是在我最無力的時候拉我一把，我們一起走過最深邃的低谷，但也慶幸能與你分享燦爛的驕陽。未來，無論白晝或黑夜，我們都將一起度過。

最後，感謝在這個過程中遇到的每一個人，無論是臺大的同學與學長姐、曾一起努力的社團夥伴、一起受訓的司法官學院同學以及地檢署的同事們，都讓我對於這個世界有了更加寬廣的認識；感謝每一件我所遭遇到事情，不論是好是壞，那些淬鍊而來的經歷，都是我據以勇敢向未來前進的動力。

2018 於南投市



中文摘要

在規範責任論下，罪責的核心內涵就是「期待可能性」，然而欠缺期待可能性因標準不明確以及法無明文而無法在實務上成為普遍接受的阻卻罪責事由。本文遂分析目前刑法已明文規定之阻卻或減輕罪責事由，並整理歸納目前有使用到期待可能性此一概念之實務判決，發覺近年來實務討論此一概念似有增加之趨勢，而且也有判決為此一概念提供了相當完整的基礎論述。

然而，因為期待可能性可能包括的範圍無窮無盡，本文從制度的缺乏及瑕疵著手，並重點專注在醫療領域，去探討若是行為人所組的組織、系統抑或是制度其本身具有缺失，導致該組織、系統抑或是制度成為法益侵害的元凶，在這種時候究竟要如何去評價行為人之罪責問題。

在現行法下，本文主張可以透過刑法第 57 條第 8 款、援引已經有立法基礎之系統性錯誤概念、或者直接將欠缺期待可能性作為超法規阻卻罪責事由以解決前開問題。但正本清源之道，行為人因為制度缺失而造成法益侵害的情況，仍以立法解決為宜。

關鍵詞：期待可能性、系統性錯誤、罪責、自由意志、醫療事故



Abstract

Under the normative responsibility theory, the central conception of responsibility(schuld) is Reasonableness (Zumutbarkeit), because of its uncertainty and without legislation, lack of reasonableness is not certified as a common reason to mitigative responsibility in practice. After analyzing criminal law and several judgements, we found that there are more and more judges take this conception in their judgements, it also provides a solid foundation for this conception.

The reason why people lack Reasonableness is countless, this thesis focusses on the defective institution, especially in the medical area. Discussing that if the reason of violation of rights comes from the defective institution, how to determine the responsibility of defendant.

On current law, we can through criminal article, 57, Subparagraph 8, cite the conception of Systematic error, or take lack of reasonableness as a reason to mitigative responsibility. But the direct way to solve this problem is to promote legislation.

Key word: Reasonableness (Zumutbarkeit)、Systematic error、Responsibility(schuld)、Free will、Medical accident



目錄

第一章緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究方法	5
第三節 論文架構	5
第二章 自由意志與罪責	7
第一節 自由意志初探	7
第一項 人是否有自由意志	7
第二項 決定論與非決定論	8
第三項 科學的驗證	11
第四項 小結	19
第二節 責任論	27
第一項 犯罪於罪責層次的檢驗	27
第二項 責任理論	30
第三節 期待可能性初探	36
第一項 期待可能性起源	36
第二項 作為超法規阻卻罪責事由？	37
第三項 期待可能性之判斷標準	41
第四項 小結	44
第三章 我國法下的期待可能性	46
第一節 刑法中的期待可能性	46
第一項 刑法總則的期待可能性	46
第二項 刑法分則的期待可能性	68
第三項 義務衝突	70
第二節 實務見解中的期待可能性	70
第一項 闡釋定義	70



第二項	肯定見解	71
第三項	保守見解	71
第四項	法規解釋輔助	72
第五項	作為免刑事由	74
第六項	軍事體系中的適用	76
第七項	基礎理論介紹	81
第三節	小結	88
第四章	制度缺失下的期待可能性	90
第一節	活在不完美世界的人們	90
第二節	制度缺乏與期待可能性	93
第一項	司法院大法官會議第 666 號解釋	93
第二項	立法者的回應	94
第三項	性交易專區的應然面	95
第四項	性交易專區的實然面	95
第五項	實務意見	96
第六項	小結	97
第三節	聚焦於醫療制度	98
第四節	愛滋器官移植案	102
第一項	案例事實	102
第二項	各機關報告之認定	103
第三項	本文評析	112
第五節	邱小妹案	120
第一項	案例事實	120
第二項	判決結果	121
第三項	本文評析	125
第六節	竹山護士打針案	132
第一項	案例事實	132



第二項	判決結果	133
第三項	本文評析	136
第七節	對於制度缺失的實務運用問題	138
第一項	刑法第 57 條第 8 款	138
第二項	援引「系統性錯誤」之概念	139
第三項	期待可能性作為超法規阻卻罪責事由	140
第五章	結論	141
參考文獻	145



第一章緒論

第一節 研究動機與問題意識

民國 100 年 8 月 23 日，臺大醫院爆發將愛滋病患之器官移植於受捐贈者體內之醫療事故，歷經近一年之調查後，監察院於民國 101 年 8 月 14 日通過對柯文哲醫師之彈劾，柯文哲醫師於同年 8 月 23 日於其臉書留下以下文字：「在這個案子中，我最堅持的信念就是這一點：『這個案子沒有壞人』。捐贈者的親友是慈濟功德會，他們充滿了愛心而捐出器官。開刀的醫生充滿了救人的熱情而徹夜工作，雖然結果大出預料之外，但這個案子真的沒有壞人。『互愛、互信、互諒』才是我們追求的社會，而非出事一定要找出一個壞人來嚴懲，這只會製造更多的分裂和仇恨，也沒有解決問題。」

自學習刑法以至於從事實務工作以來，雖然對於刑法上所謂的「法益」及構成要件、違法性及有責性等稍有領略。人們在社會之中，並非是依存著刑法而生存的，而是透過人們的互動，彼此產生一定的連結，在連結之中創造關係，並賴以生存並作為發展的後盾，進而拓展人們所能觸及的極限，追求更好的生活。在這個發展的過程中，由於人們之間的連結產生了更加複雜的互動，在長期運作之下，開始有了所謂的組織、系統或制度的存在，這些組織、系統或制度形成的目的雖然是為了人們更美好的生活，但是其本身在長久的運作之下，終究無法避免地會產生瑕疵，無論是不足或是不夠完美的地方，在其中依循著規律運作的人們，往往無法在法益侵害結果發生前發現這樣的不足或不完美，但在刑法的規範下，法益侵害的結果往往就是刑罰發動的開始，若無



法在刑罰發動時，從整個脈絡去發現組織或系統的不足或不完美，遵循著規律運作的人們，就代替了不完美組織、系統或制度受到刑罰，而組織、系統或制度的不完美仍聳立著，等待著下一個進入的人們，開始一個新的被害的循環。

在前面提到的愛滋器官移植案中，無論是監察院在 101 年 9 月 5 日的調查報告所提到該項調查之目的在於查明究係單純因素或系統性錯誤，或者是柯文哲醫師曾經在臉書提到的：「北歐國家已經比照飛安制度，設有獨立的醫療事故委員會，公平公開的調查過程，最後由國家承擔責任。反觀台灣這次的事件，制度殺人已經不是首見，尹監委出身的北榮也發生過瘧原蟲事件，最後逼死一名年輕的女住院醫師，你還不能體諒醫療意外事故往往是系統制度的問題嗎？」在本件醫療事故中，似乎存在著一個可能的狀況，即無論行為人及被害人，都活在一個有瑕疵的制度內，這樣的制度可能才是法益侵害真正的源頭，至於行為人，也只是剛好處於行為人位置上，而須受到究責。

在「失敗的力量」這本書中，提到即使是醫術高明的醫師執行例行性手術，也會因為無法預了的突發狀況失去一般的判斷能力：伊蓮是一名 37 歲女性，與她的丈夫馬丁育有一男一女，在 2005 年 3 月 29 日，伊蓮前往醫院接受將鼻竇問題一勞永逸的手術，該醫院擁有精良的設備，外科醫師愛德華擁有超過 30 年的經驗，麻醉醫師安德頓也擁有 6 年的經驗，所有人在當天都顯得輕鬆，因為這畢竟也只是個簡單的「例行性手術」。然而，隨著時間的推移，事情的發展在無意間超出一般的「例行」：

當天 8 點 35 分，安德頓醫師順利以麻醉劑讓伊蓮進入深沉的睡眠，然而，因伊蓮的下巴肌肉過於緊繃，安德頓醫師無法將



喉頭面罩置入伊蓮的嘴中，無法將氧氣打進氣道並往下進入伊蓮的肺中。

8 點 37 分，伊蓮的皮膚開始泛出藍色，氧氣濃度下降到百分之 75。

8 點 41 分，安德頓醫師開始使用氣管插管術 (tracheal intubation)，然而，安德頓醫師卻無法看到喉嚨後方的氣道，正常狀況，那是一個整齊、三角形的洞，但有些病患的氣道被嘴巴柔軟的上顎擋住了，安德頓醫師仍無法將管子插入氣道。

8 點 43 分，伊蓮的氧氣濃度下降到百分之 40，待命的麻醉醫師班尼斯特與愛德華醫師趕來支援，3 名護理師也在一旁待命。在這種情況，有種叫做「氣管切開術」(tracheostomy) 的最後手段可以使用，以確保伊蓮免於受到大腦損害。

8 點 47 分，其中 1 名最資深的護理師珍已取來氣管切開術的器具，告知 3 名醫師器具已經準備好，隨時都可以使用。然而 3 名醫師持續嘗試將管子插入伊蓮嘴巴後方隱蔽的氣道，珍不斷掙扎著是否要再提醒 3 名醫師有氣管切開術此一方式可以使用，然而 3 名醫師都是權威人士，肯定都考慮過使用氣管切開術，於是珍的聲音就一直出不來。此時，醫師們的心率明顯上升，觀察力限縮，這是典型生理學上面對高度壓力時的反應。

8 點 55 分，伊蓮的氧氣濃度終於回升至百分之 90，缺氧的時間共計 20 分鐘，對伊蓮的大腦產生嚴重的創傷、陷入昏迷，13 天後，伊蓮宣告死亡¹。

像是這樣的案例，以我國刑法的角度觀之，並非一難解的問

¹馬修·席德著，威治·朱詩迪、林祐丞譯 (2016)，《失敗的力量》，頁 8-14，臺北：商周。



題：3 位醫師均係反覆實施醫療行為之人，為從事業務之人，且其主觀上對於伊蓮死亡具有預見可能性，其客觀上作為或不作為與伊蓮之死亡具有因果關係，且 3 位醫師並不具有阻卻違法及罪責事由，故 3 位醫師均應成立刑法第 276 條第 2 項業務過失致死罪。

在經過漫長的訴訟程序後，或許纏訟，或許和解，或許在高等法院與最高法院之間來來回回，最終得到上開實體法上的結論。但是可以想到的，事件的最後就是 3 位醫師面對刑罰，當時究竟是什麼樣的原因造成 3 位資深的醫師無法想到護理師連工具都已經準備好的「氣管切開術」這件事，就在執行完對醫師的刑罰之後就畫下句點，也不再有人深究。

毋寧是，我們擁有一種找出代罪羔羊的強大本能，任何人讀了先前那段故事，很容易就能感受到滿腹憤慨，或許還會有更深的怒氣。為何醫師們不早一點嘗試氣管切開術？為何那名護理師不出聲？他們究竟在想什麼？我們對那名受害者的移情作用，從而產生了我們對造成她死亡的人那股憤怒²。但是這樣的憤怒或許止於對加害人的處罰，而未能從更上位的觀點去查看加害人所在的組織或系統是否確實存在著可以改進的地方，例如就本案而言，在醫師面臨意料之外的困境、突然陷於過大的壓力而失去原本的判斷能力時，是不是可能有立即的協助介入，無論是以任何方法或形式，以真正解決問題所在、自源頭降低法益侵害的危險？

當然在醫療專業領域的判斷，甚至是事後的改善機制，本文受制於欠缺相關醫療知識及專業，並不嘗試著要找出特定的方向

²馬修·席德著，威治·朱詩迪、林祐丞譯（2016），《失敗的力量》，頁 22，臺北：商周。



或是答案。但以刑法的觀點而言，我們究竟要怎麼樣去面對陷於組織、制度或是系統不完美下而受到刑罰追訴的人們？以「期待可能性」的概念去切入是不是可能是解決問題的一個方法？這樣的問題或許過於寬廣而虛無縹緲，但卻是本文長久以來想要深入研究的問題。參以近年來，「醫療崩壞」及「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」等爭議方興未艾，且醫療本身就是一個相當複雜的組織及系統，因此本文嘗試以醫療為核心，去探討醫療個案中，在組織、制度或系統確實有不足或瑕疵的情況下，其中的人們的不法行為，在刑法上究竟要如何評價。

至於本文所提到的「組織、制度或系統」文字，並未企圖嚴格定義其內涵及範圍，甚至在論述時三者互常有交錯使用的情況，無論使用的是組織、制度或系統的文字，本文想要表達的是相較於行為人這樣的單一個體，行為人身處的、無論以何種形式，具有固定規則或習慣的大架構，可能具有具體固定的名稱及組成人員，也有可能只是抽象、未完全明文規定、單純約定成俗的一套規則。

第二節 研究方法

刑法上的罪責與自由意志密切相關，本文先以科普之角度探討人類的自由意志，得出並選擇一個結論。之後以法學上的期待可能性之概念分析刑法總則及分則中與其相關之條文。再考察歷來實務見解對於期待可能性概念的接受程度與其困境，為期待可能性的實務運用提供基礎論述。最後分析探討數個可能具有制度缺失的醫療個案，行為人與組織、系統或制度可能的消長關係，及期待可能性概念在此種狀況下可能扮演的角色。

第三節 論文架構



第一章緒論，提出本文的研究動機，並介紹本文的架構。

第二章從自由意志開始談起，基於刑法上的「罪責原則」，人必須具有責任才有刑罰實施的可能，而責任來自於人們能夠自由地去選擇合法與不法的行為，也就是所謂的自由意志。基於上開推論，本章先就人們是否具有自由意志的這個命題從科普面及各方見解進行探討，並闡明本文就這個命題的想法與立場。之後再就刑法中的「罪責」進行剖析，帶出規範責任論下，罪責的核心概念也就是所謂的「期待可能性」，並就傳統上對於「期待可能性」的爭議、判斷標準等議題進行整理。

第三章自刑法總則、分則以至於實務見解全面回顧、剖析「期待可能性」此一概念，並就實務對此議題的最新看法與不同見解進行介紹，並就特定個案判決運用「期待可能性」概念進行分析，確認實務見解對此概念作為阻卻罪責事由的接受程度以及在實務上適用所面臨到的困境。

第四章先證立人們進入組織、制度或系統後，常成為組織、制度或系統的分分子，而受到控制，再從制度缺失的觀點切入「期待可能性」此一概念，證明在制度缺失的情況下確實會出現欠缺「期待可能性」之情況。再以「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」中提及的「系統性錯誤」作為橋樑，自實務案例中探討制度可能出現的瑕疵，探討「系統性錯誤」與「期待可能性」二者的關聯性，找出行為人因為「系統性錯誤」而受到刑事追訴，面對這樣的情況，目前法制可能的出路。

第五章結論，綜合前面討論之內容，並就本文所思考之「期待可能性」在制度缺失的情況，結合刑罰本身所應該具有目的之思考，作出結論。



第二章 自由意志與罪責

第一節 自由意志初探

第一項 人是否有自由意志

人是否為自由、具有自由意志？這個問題亙古至今，為許多哲學家及思想家所爭辯，在各個領域中各有支持與反對的見解，百家爭鳴，卻也得不到一個明確的結論，至今即使科學掛帥，人們亦傾向由科學方法來驗證原先所假設的問題，以更接近、甚至尋找到所謂的「真理」，但至目前為止，上開問題也無法從以科學驗證之方式得到一個確切的答案，反而在更多的科學驗證後，出現了更多可以探討、研究的議題。然而，討論的面向越多，所出現的理論與想法也更加歧異，呈現更加多元的論證過程及更多樣化的結論。

「人是否具有自由意志」這個問題本身並非刑法學問題，而是在心理學及一般哲學所應探討的學問³，然而在刑法的領域中，人是否具有自由意志這個問題直接關乎到刑罰發動正當性的基礎，亦即刑法中重要原則之「罪責原則」、或稱為「責任原則」，簡言之，就是「無責任，即無刑罰」之意⁴，因此自由意志問題對刑法而言，係應先決之問題⁵。

現代刑法上罪責，其基礎是建立在人具有自由意志、人不是被決定的「非決定論」的假設下，認為犯罪乃是犯罪人自由意志決定下的產物，能夠出於其本身的自由意志選擇要不要去做不法的行為，因此他必須對他自己違反刑法規範的行為，負法律上之

³陳首翰（1994），《原因自由行為理論之探討》，頁 9-10，私立東吳大學法律學研究所碩士論文。

⁴王皇玉（2017），《刑法總則》，頁 54，三版，臺北：新學林；林鈺雄（2016），《新刑法總則》，五版，頁 294，臺北：元照。

⁵陳首翰（1994），《原因自由行為理論之探討》，頁 10，私立東吳大學法律學研究所碩士論文。



責任⁶，也就是說，行為人必須有選擇合法行為的機會，卻仍從事不法行為之情形下，行為人才應該被責難，才具有罪責⁷。

另外以現今將「預防理論」作為刑罰目的主流思想而言，無論是殺雞儆猴的一般預防理論：經由刑罰對公眾所造成精神上的影響，對未來的犯罪形成預防效果，使潛在的犯罪人考量到後果而抑制犯罪的衝動⁸；抑或是教化特定犯罪人的特別預防理論：經由刑罰對個別行為人的影響，預防期未來再犯之可能⁹。若人們無法依其自由意志、自由地從刑罰的存在或實施本身，去改變他原本可能犯罪的想法，反而是仍舊不自由地去實施犯罪行為，前開「預防理論」之刑罰目的將自始客觀不能、無法達成。

反言之，若人本身是不自由的，人們所作所為都來自於「命中註定」，人們做出了違反刑法或者是任何侵害法益的事情也都是無法避免，即使施以最完美的處遇教化措施或最嚴峻之刑罰也都無從預防，那麼我們處罰這個行為人就失去了意義，現今的刑罰變成了一種單純洩憤的報復行為，刑罰的實施將以情緒滿足之應報理論為主要依據，換言之，就是符合人們當下最原始的報復本能而實施，最後終會朝向最嚴刑峻法的方向前進，而且如此作為將無助於犯罪的避免，以現今的刑罰理論及刑罰目的理論而言，刑罰便失去了存在的正當性¹⁰。

第二項 決定論與非決定論

壹、決定論的觀點

⁶王皇玉（2017），《刑法總則》，53-54 頁，三版，臺北：新學林。

⁷張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29 期，頁 58。

⁸高金桂（2013），〈自由與罪責〉，《軍法專刊》，59 卷 4 期，頁 149。

⁹高金桂（2013），〈自由與罪責〉，《軍法專刊》，59 卷 4 期，頁 150。

¹⁰刑罰失去了存在的正當性之後，刑罰依然會存在，但取而代之的理論基礎，或許就是人類的報復本能。



決定論，否定人具有自由意志，人並不具備自由的意思決定能力，近代更引進腦神經科學之研究，認為世界上所有的現象，都有其強制性之原因，人外在的展現，並不當然是意思自由之表現，而是大腦內部物質變動所必然發生的結果¹¹。決定論認為：整個世界都是依據一定的規則而運作，若是人類擁有足夠的實證依據及相對應的知識，將會發現所謂的「自由意志」，只是對於整個世界了解不夠透徹所產生的幻覺，這世界上一切事物都可以透過歸納之方式得到一套合理的運作方式，人類若真能感受到「自由意志」，也不過就是自然因果歷程的一種附隨現象¹²，人們所有的決定也不過是對於外在環境的機械反應。

近代以來，隨著自然科學的發展，人們對自然界因果現象有了更清楚的認識，以此為契機形成的決定論思想，衝破自古以來的「上帝決定論」的羈絆，開始在哲學思想領域佔居一席之地。這種機械的決定論根本否定人的自由，認為人在必然性面前是無能為力的，人總是盲目的受客觀必然性的支配和擺布，因此人的意志是不自由的，人的意志、性格、信念乃至人類的一切現象都處在必然性的因果鏈條之中。例如霍爾巴赫所說的，「人從生到死，沒有哪一個瞬間是自由的」。所謂人的自由，不過是「一種純粹的幻想」¹³。

在這種決定論的哲學思想影響下，人們開始運用自然科學的實證方法研究犯罪問題，發現人的犯罪行為並不是完全自由意志所決定的，人在某些情況下並不能自己決定自己的行為，人的遺傳因素有時會使人不自覺地實施某種行為。這種發現的過份誇大，

11高金桂（2013），〈自由與罪責〉，《軍法專刊》，59卷4期，頁153。

12高金桂（2013），〈自由與罪責〉，《軍法專刊》，59卷4期，頁153。

13張智輝（1996），《刑事責任比較研究》，頁75-76，臺北：五南。



導致了「天生犯罪人」的結論。學者們開始以決定論的哲學思想為基礎，否定自由意志存在及其對行為的支配作用，懷疑用自由意志來解釋刑事責任本質的合理性，轉而從社會防衛的角度論證人的刑事責任問題¹⁴。

當然這種對於自由意志全盤棄守的見解，也引來許多面向的批評，有見解認為這是不敢面對責任的開脫之詞，亦有認為這樣的想法其實與現實中，我們每天「不斷做出選擇」這樣的事實，顯然有違。

貳、非決定論的觀點

非決定論泛指與決定論相對立的觀點，用來解釋人類行為的原因，非決定論者認為，人類意志是絕對自由，因此人得毫無限制地在合法與不法間選擇¹⁵。

非決定論主張人具有選擇的絕對自由，人的本質就是通過自我選擇、自我設計、自我行動、自我創造而實現的。任何力量不能限制人的自由選擇。人之初，是空無所有，只是後來，人要變成某種東西，於是就按照自由的意志而造就自身。因此，自由是人與生俱來的，是和人的「在」同在的。人就是自由，人的存在與人的自由沒有區別¹⁶。

支持此理論的心理學家認為人在各種情境下所展現的各種行為，並非單純由物質或精神等因素所支配之結果，主要是出自於人所具有的自由意志所做之自由選擇，因此每個人的行為皆有很大的差異。換言之，同樣情境，不同的人可能就會有不同的行為，每個人一切行止來自於自我內心深處的自由。

¹⁴張智輝（1996），《刑事責任比較研究》，頁 76，臺北：五南。

¹⁵張麗卿（2016），《刑法總則理論與運用》，六版，頁 245，臺北：五南。

¹⁶張智輝（1996），《刑事責任比較研究》，頁 73，臺北：五南。



第三項 科學的驗證

壹、似曾相識的故事

在現代醫學和科學不斷進步的情況下，我們是不是有可能依據科學的驗證來證明人是否真的有自由意志？或者證明人其實是不具有自由意志的？既然我們開始能分析歸納大腦的哪一個部分與「意志」、「記憶」、「情緒」等一般認為是涉及人們心理層面的抽象狀態有關，而且腦部的損傷常常與一個人心理上的性格、認知的改變有所關聯，例如以下這則或許會讓人覺得似曾相似的故事：

歐佛特先生是名普通的中年人，曾經在監獄擔任輔導員，在取得碩士學位後，在維吉尼亞州的沙洛斯維任教，與第二任妻子安妮及 12 歲的繼女克麗斯汀娜關係良好，無任何精神病方面的紀錄，也沒有任何不良行為紀錄。然而，當歐佛特先生 40 歲之後，他的行為模式開始產生改變，開始積極收集兒童黃色照片及刊物，原本僅是單純的送克麗斯汀娜上床睡覺，後來歐佛特先生開始會觸摸、玩弄克麗斯汀娜，並且沉迷於光顧按摩院，最終克麗斯汀娜向輔導老師舉發歐佛特先生的惡行，歐佛特先生遭起訴之後，經法院送往強制治療，然而歐佛特先生在醫院治療時，仍對女護士有性騷擾行為，且有小便在自己身上的異常舉動，醫師發覺歐佛特先生如此不尋常的行為後，立即將他送去做大腦掃描，掃描結果發覺歐佛特先生的眼眶皮質底部不但長了一個大腫瘤，還壓迫到右前額葉皮質，手術割除腫瘤後，歐佛特先生的情緒、認知及性慾都回到正常狀態；然而，數個月後，歐佛特先生又開始了以上的異常行為，再次掃描其大腦，果然是因為腫瘤復發，



再次進行割除手術後，歐佛特先生已經過了 6 年的正常生活¹⁷。

貳、生理與心理的交互影響

是以，生理上的外在展現是免不了受到腦部結構的影響。那麼，既然我們對於生理與心理連結關係的知識日益完整，可以明確知道生理損傷的存在以及原因，以及可能可以觀察到的心理狀態，那麼我們對人的自由會不會有不同的看法¹⁸？我們對大腦功能與行為的知識已經經過相當研究，而且有相關文獻及實證資料足以佐證，既然我們已經知道大腦可能運作的機制及其與生理、心理狀態的相關性，例如小腦負責身體的協調、腦幹控制基本的生理功能、海腦迴控制記憶、大腦控制我們的認知及智慧，輔以對於腦部的檢查如 MRI 磁振造影、DSCT 電腦斷層掃描以及血液中各種數據及其判讀，是不是就能了解某個人某個時間點的生理狀態、以至於心理狀態？我們已經看到無數生物學上、基因上及大腦上的因素，綜合起來便產生暴力和犯罪，無論是萎縮的杏仁核或是低濃度的 MAOA，都與犯罪有相當高的關聯¹⁹。

如此科學的發展似乎是朝向「決定論」的方向去發展，使得現今刑罰的基礎面臨了相當大的挑戰。因此有論者主張，環境甚至機運可以透過表徵遺傳學的歷程而增加基因和生物上的改變，可以利用控制認知、情緒及行為危險因子的方式來控制暴力，像是醫藥界發展新藥來治療癌症一樣。在未來，在犯罪對社會所產生的壓力持續增加、相關防制犯罪的方法卻始終無法發揮作用的情況下，將會使政府被迫啟動如同以下的「朗布羅索計畫」：跨

¹⁷雷恩著，洪蘭譯（2015），《暴力犯罪的大腦檔案》，頁 404-406，臺北：遠流。

¹⁸葛詹尼加著，鍾沛君譯（2013），《我們真的有自由意志嗎？意識、抉擇與背後的大腦科學》，頁 219，臺北：城邦。

¹⁹雷恩著，洪蘭譯（2015），《暴力犯罪的大腦檔案》，頁 407，臺北：遠流。



領域的神經犯罪學家、統計學家和社會科學家聯手提高了機器學習統計技術下對於犯罪預測的準確率，在這個計畫中，所有 18 歲以上的男性只要花 5 分鐘進行大腦掃描並提供一滴血進行 DNA 檢測，提供其生理上的資訊，最後將這些數據與犯罪過的人作比較，進行社會與生物變項之間的交互作用，並不斷修正預測的正確性，最終已能明確篩選出具有特定高度犯罪的人們，再透過拘留、監視、監聽等方式降低這些人的犯罪率，當然這些人具有挑戰這樣預測是否準確的權利，另外，當犯罪發生後，自上開高度犯罪率的人開始鎖定對象而偵查，亦有事半功倍之效，就如同人們會接受癌症的掃描以避免死亡，我們也應該接受關於暴力的掃描以防止生命的流失²⁰。

當然也會有相反的見解認為：「假如不謹慎處理的話，神經生物的標記很容易被濫用，使無辜者被錯認為對社會有威脅。現在已有越來越多的數據可以幫助我們從生命的早期來阻止、診斷和治療反社會行為，我們需要社會大眾參與如何應用這些資訊的辯論，但更重要是如何避免濫用和誤用。神經生物學的研究提供了一個讓我們了解反社會和犯罪行為的機會，這個了解，應該用在造福那些有高犯罪風險的孩子身上，研發出針對他們個別需求的介入方法²¹。」亦即縱使神經生物學的研究提供了我們可以參考的方法，但這個方法仍應該以對高犯罪風險的人提供支持為首要選擇，而並非作為將刑罰前置的理由。我們可以想像不一樣的刑事司法體系，一種與決策的神經科學更密切相關的體系，這種法律體系不是要縱放任何人，而是更關心如何處理違法者，著眼於他們的未來，而不是只從過去種種認定他們一無是處，雖然為

²⁰雷恩著，洪蘭譯（2015），《暴力犯罪的大腦檔案》，頁 450-454，臺北：遠流。

²¹雷恩著，洪蘭譯（2015），《暴力犯罪的大腦檔案》，頁 472，臺北：遠流。



了社會的安全，我們必須讓犯罪人遠離街頭，但監獄中的處置不一定只是報復，反而可以是有實驗基礎且更有意義的戒治²²。

參、科學或偏見？

此外，各項生理的狀態、數據及其判讀，都免不了落入多數人平均總合的窠臼，而且數據本身縱使是客觀中立的，但是解讀上是否真的能毫不參雜解讀者個人的主觀意識，又或許這也只是一種「先畫靶、再射箭」的論證方式？同時這引發了另一個問題：為什麼這些生理數據會出現在法庭裡，甚至是直接立法明文規定？例如刑法的第 19 條精神障礙或其他心智缺陷之認定，關於行為人涉及精神障礙或其他心智缺陷的基礎事實狀況，如果經鑑定認為，行為人有生理或心理上的精神障礙心智缺陷存在，那麼法官得否認行為人對其行為依然具有不法認知及控制能力？

對此，德國實務認為，對於行為人之行為不法認知及行為控制能力的判斷，是法官專屬的職務，只不過也並未禁止鑑定人就個案表達其對此規範問題的看法。國內實務亦認為，對於心神喪失或精神耗弱的判斷，是法官職權內的問題，不得以醫學或心理學上的事實判斷代替法院的判斷，因此雖然醫學專家鑑定行為人之精神狀態，可以提供事實資訊，但是這一些資訊都只是法院做價值判斷時的參考資料而已。法院也可以綜合全部調查所得資料以判斷行為人於行為時有無心神喪失（或精神耗弱）的情形，並非必須有待於精神病科之醫學鑑定，始得據為裁判之基礎。只不過，行為人是否有足資認定心神喪失或精神耗弱的基礎事實，有賴於行為人精神狀態之事實上的認知，而此一事實之認知，如果不是精神病學之專業人士，予以診斷認定，往往不易判斷，所以

²²伊葛門著，徐仕美譯（2016），《大腦解密手冊》，頁 136，臺北：天下。



在法院無足資形成判斷之基礎事實認知的情形下，如非其鑑定意見本身有形式上可見的疑慮，應該依賴醫學鑑定，而不宜推翻鑑定所認定之事實²³。

然而在實際上，依實務工作者的想法，其實很難去區別其中的差異，尤其是精神障礙或心智缺陷如此高度專業領域的事務，很常迫使實務工作者「必須選擇去相信」專業鑑定的意見，想像中最完美的狀況就是：在個案中遇到這樣需要其他領域專業的判斷時，直接在辦案進行單上批「送某某機構或醫療院所鑑定」，期待該鑑定機構直接回覆「依據某某鑑定方法，本件被告行為時因某某精神障礙，致不能辨識其行為違法」，如此便可以直接切入問題的核心，並直截了當地解決這樣的問題，雖然或許會有人說這樣將司法一部分判斷外包的情況並不是我們所樂見，然而，在實務工作上，似乎是不得不然的選擇。

因此，我們很難不認為我們的文化裡確實有某樣東西，比科學家本身還相信如此的結果，這些結果到底是比較接近證據，還是比較像是受到偏見影響的東西²⁴。亦即我們固然有能力可以以科學方法去檢測、歸納出一定的生理狀態，然而那些科學檢驗下的結果，本質上就只是一些狀態的描述，比如說被告於行為當時吐氣酒精濃度達每公升1毫克，是否已達不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力或其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低之程度？該如何去理解與判讀？

肆、以酒後駕車為例

例如實務見解如臺灣高等法院 102 年度交上易字第 245 號刑

²³黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 643，臺北：元照。

²⁴參葛詹尼加著，鍾沛君譯（2013），《我們真的有自由意志嗎？意識、抉擇與背後的大腦科學》，頁 220，臺北：城邦。



事判決就引用相關的科學研究作為認定酒後駕車危險性之依據，其認為：

一、酒後駕車之立法目的

刑法第 185 條之 3 的立法目的在藉抽象危險犯之犯罪構成要件，以嚇阻酒後駕車者對公共交通領域之道路參與者潛在的生命、身體或財產造成危害，期能對維護交通安全發生積極作用，本不以發生實害為必要。

二、飲酒後之生理機轉

單次飲用酒精後之生理、心理變化，主要與代謝酒精的兩種主要酵素乙醇去氫酶（簡稱 ADH）及乙醛去氫酶（簡稱 ALDH）有關，ADH 作用乃將血液內之乙醇代謝為乙醛，因而決定酒精代謝之快慢，而 ALDH 則再將產生之乙醛進一步代謝，最後成為其他碳水化合物，而飲酒後會產生臉潮紅、頭痛、心跳加速等自主神經系統亢奮現象，主要乃與乙醛在血液中蓄積的程度有關。雖然 ALDH 的代謝能力會因個人體質而有所差異，故每個人飲酒後之生理反應不同，惟 ADH 則個別差異不大，因此同種族間之酒精清除率相近，一般而言飲用同量酒精後對每個人之身體影響應屬類似。此外，酒精使用後對身體的影響除自主神經系統亢奮與認知功能的暫時性缺損外，與駕駛能力有關者乃(1)對移動景物的追蹤能力，(2)經強光照射後恢復視力，(3)監視四周的注意力，而上述三種能力在夜間駕車時尤其重要（參照臺北醫學院附設醫院精神科主任蔡尚穎撰：酒精對人體生理與行為之影響）。

三、酒測值對生理狀態之影響



行為人飲酒後，如其呼氣酒精濃度達於每公升 0.5 毫克時，即有反應較慢、感覺減低及影響駕駛之輕到中度中毒症狀等情，此有行政院國軍退除役官兵輔導委員會臺北榮民總醫院 88 年 8 月 5 日（88）北總內字第 26868 號函附卷可證。

並根據臨床實驗證明，人類在飲酒過後，對駕駛車輛會產生兩項重要的影響（一）降低視覺圓錐角：一般人在平常狀態下的視覺圓錐角為 180 度，酒後的視覺圓錐角會縮減。（二）延長反應時間：酒精會使人體運動反射神經遲鈍。且以身體中酒精濃度與行為表現的關係，在呼氣酒精濃度為 0.55mg /L 時，行為表現或狀態為平衡感與判斷力障礙度升高，其肇事率為 10 倍。呼氣酒精濃度為 0.75mg/L 時，其肇事率為 25 倍（參照何國榮、黃易三、王銘亨：人體血液中酒精濃度與呼氣酒精濃度在實例上的探討）。

四、本文評析

上開見解將吐氣所含酒精濃度以每公升 0.55 毫克及 0.75 毫克作為肇事率提升為 10 倍及 25 倍之標準，然而我們固然可以從儀器檢測的方式去取得吐氣所含酒精濃度，然而該數字是否確實能對應到上開見解的結論呢²⁵？又若答案為是，是否適用於每個

²⁵實務上，關於酒後駕車另有一爭議是：若被告經酒測後，每公升吐氣酒精濃度若低於 0.25 毫克之法定標準，然已有其他事證證明被告駕車距酒測時已有相當時間，能否以「陳高村著、吐氣中酒精含量倒推計算過程」一文，依該文所揭渠之每小時每公升 0.0628 毫克代謝率回推行為人駕駛當下之吐氣酒精濃度？相關見解如臺灣高等法院臺中分院 103 年度交上易字第 1216 號刑事判決，其採否定見解認為：「上開交通部運輸研究所 77 年 8 月編印之駕駛人行為反應之研究--酒精對駕駛人生理影響之實驗分析，其實驗對象係採取『13 位大學以上程度之男性學生，平均年齡 24 歲、平均體重 62 公斤』進行實驗，其全部採樣之人數僅有區區 13 位，其採樣『量』究否可達國人平均代表性，實有疑問？又以該報告採樣年齡言，男性平均年齡為 24 歲，惟被告於本件行為時年齡係 29 歲，與前開研究報告之採樣年齡顯有差距，二者之關連性為何？再以前開報告



人的身上呢？如此僅係外在身體狀況之判斷就存有如此爭議，更何況是更複雜屬內在心理狀態的人是否具有自由意志這樣的問題。回過頭來看之前神經學家宣稱的高度準確率，究竟是科學上的真理？抑或是偏見使然？短時間內可能也很難有個定論。

另有觀點認為，從某個角度觀察，似乎是人們創造了一個「自己」的幻象，然後讓我們人類覺得有一個「我」可以「自由地」做出我們行動的決定。就很多方面來說，這是人類擁有的一個很棒的、正面的能力。隨著智力的增加，以及能看到立即可感知的顯著關係之外的能力，我們這個物種多久後才開始懷疑這一切的意義——生命的意義是什麼？提供了故事情節和敘述性，讓我們也都相信自己是以自由意志行動、做出重要決定的「我們」。這樣的錯覺是如此強大，以至於不論怎麼分析，都無法改變我們認為自己是出於自由意志、有目的地行動的感覺²⁶。科學上這些了不

中均係以「每公斤體重」為其飲酒量實驗之主要計算單位，復參酌『酒後駕駛對交通安全之影響』、『國人酒精濃度與代謝率及對行為影響之實驗研究』等專業文獻（警察大學交通學系暨交通管理研究所教授蔡中志著，刊於警光雜誌第 522 期第 21-23 頁、第 538 期第 56-57 頁），載有體重與呼氣酒精達每公升 0.25 毫克飲酒量計算參考之計算公式，並說明飲用酒量呼氣酒精濃度一般與體重成反比，如 50 公斤與 70 公斤的人飲用相同的酒量，50 公斤的人體內酒精濃度一定較高，是可認受測者之體重亦為酒精代謝率之為重要因素。故以前開『駕駛人行為反應之研究—酒精對駕駛人生理影響之實驗分析』報告之計算公式欲推算被告酒測前之呼氣酒精濃度，另亦應考量『被告體重』與前開計算公式志願者體重差距之因素。再者，飲酒後酒精代謝之快慢，實與飲酒人該時之身體之疲勞程度、腹中其他食物代謝情形等因素息息相關，本件被告於 103 年 3 月 30 日為酒精呼氣測試，然就被告於該日身體疲勞程度、腹中其他食物代謝情形等因素，亦無相關之研究、調查之資料足以憑佐。從而，起訴書及原審所引前開報告中『酒後每小時之血液酒精代謝率為每公合 13.2 毫克 (mg/dl/hr)（即每小時 0.0132%，呼氣所含酒精濃度每公升 0.0628 毫克）』之計算公式，實未就受測者之年齡、體重、身體疲勞程度、腹中其他食物代謝情形、飲酒之時間為參酌，其實驗之對象僅 13 人，代表性顯然不足，且計算公式之參考因素過於粗略，實無法僅以該『平均關值逕行計算』而倒推出本件被告真實之酒精呼氣濃度，依罪疑唯輕原則，自難以該酒精測試結果，再另以上開公式推算被告酒測前 11 小時 41 分之呼氣中所含酒精濃度，或據此認定其開車時呼氣中所含酒精濃度顯已逾每公升 0.25 毫克之標準，而為不利於被告之認定。」

²⁶葛詹尼加著，鍾沛君譯（2013），《我們真的有自由意志嗎？意識、抉擇與背後的大腦科學》，



起的成就，帶給我們的其實是一個無可動搖的事實：儘管我們活在一個決定論的宇宙中，我們就是應該對自己、對我們的所作所為負責任的「我」²⁷。

不過也有些人說，因為我們的腦會遵守物理世界的法則，所以就本質上而言，我們都是沒有意志的殭屍。科學家最常見的假設就是，我們只有在神經系統動作的事實發生後，才知道我們是誰、是什麼。然我們大多數人都太忙了，沒辦法抽出時間仔細思考這些說法，或者用這些論點給自己找麻煩²⁸。

第四項 小結

截至目前為止的結論是：現今科學雖然已經從各種神經生理學的角度挑戰了〈人具有自有意志〉的這個命題，但同時，科學截至目前為止，也沒有辦法證明人並沒有自由意志，科學的發展至今還是無法解決這個亙古的難題。然而，即使科學至今仍無法解決這個疑問，人文學者們依然必須找出一條可以依循的道路：

有論者認為，人的自由無法懷疑，若不能把人當作自由的，人們就無須負責，進而無法建立使用刑罰的正當基礎²⁹；亦有認為，人只要覺得自己是自由的，我們就要認為人是自由的，因為法律不是自然科學，法律的實現是真實世界的選擇，只要人覺得自己是自由的，而且這樣的認知也與一般經驗不相違背，其他一切科學、環境等等因素都可以忽略；更有認為，人只要存在、具

頁 127，臺北：城邦。

²⁷葛詹尼加著，鍾沛君譯（2013），《我們真的有自由意志嗎？意識、抉擇與背後的大腦科學》，頁 14，臺北：城邦。

²⁸葛詹尼加著，鍾沛君譯（2013），《我們真的有自由意志嗎？意識、抉擇與背後的大腦科學》，頁 15，臺北：城邦。

²⁹李文健（1997），《罪責概念之研究—非難的實質基礎》，頁 83，國立政治大學法律學研究所碩士論文。



有認識及意欲的能力，就證明了人的自由³⁰；也有見解認為：「自由意志是文明的發明，目的是要正當化生命的邪惡，從上帝之眼對人類的道德奮鬥冷眼旁觀，當代哲學家最大的發明就是把這個眼睛拿到了內心之中，產生了自由意志的概念。眼睛代表了觀看，觀看其實是監督。『自己』透過觀看『自己』被『自己』懲罰而獲得快感，成為一個不斷自我指涉的過程。透過自由意志的確立和絕對化，人在善與惡上的判斷成為絕對自發性的。原本是為要將猛獸從羔羊的群體之中排除的一個障眼法，因為實施的太成功，使所有人都忘記了他的過去，忘記了這個機制是從『神-人監督』的原始模型而來，這個自由意志的假設堂堂成為當代法律建制不可質疑的當然前提」³¹。

「Roxin認為，自由是規範的假設，意志自由的存在，在認識論及經驗論上既不可驗證，也無法駁斥，可能永遠都是無解，它的社會價值獨立於認識論上及自然科學上意志自由的問題。在這一點上，毋寧是說，人們必須相信有自由意志，並以此作為法的基礎」³²。

或許有些人會主張，當人類都是不自由之時，其實我們所做的一切其實也都無法掌握，包括「以刑罰處罰不自由的人」這件事，既然完全否定了人的自由性，那麼其實我們也不用太在意自己到底做了什麼，人類的處罰或不處罰，早就寫在上帝的筆記本裡，依照我們原始的直覺才是上帝的最佳代言人。況且刑罰的存在也是環境因素之一，從這個角度來看，對於一個侵害傾向的人

³⁰李文健（1997），《罪責概念之研究—非難的實質基礎》，頁 86-87，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

³¹李青筠（2005），《道德性與罪責—對尼采道德系譜學的一種解讀》，頁 89-90，國立臺灣大學法律學研所碩士論文。

³²李文健（1997），《罪責概念之研究—非難的實質基礎》，頁 88，國立政治大學法律學研究所碩士論文。



格，如果三年的刑罰無效，邏輯上的結論是可以考慮用五年的刑罰，而五年的刑罰無效，邏輯上的結論是可以考慮用十年的刑罰。結果是，對於一個侵害傾向的人格並不等於刑罰的無效以及刑罰應該被放棄。如果刑罰於此應該有所節制，理由並不是預防功能的問題，而是另有考量。質言之，所謂的「不自由」並不等於沒有改變（預防）的可能性³³。

對於這樣的說法，乍看之下似乎不無道理，但是也只是對於目前自己「可以選擇的方式」的全盤放棄與卸責而已。本文認為，雖然在現在這個時間點，我們沒有辦法確定人的自由與否，但是，人確確實實地存有痛苦及快樂等各種感覺，而這樣的感覺，雖然無法稱得上是一種可靠的方法，然而人畢竟是現實地活在現實世界，就無法迴避來自於現實所得到的感受，只要這個當下，我們都覺得刑罰施加在自己身上是一種痛苦的來源，那麼從這樣的起點出發，我們就無法將刑罰無節制地施展在人們甚至是自己身上，換句話說，假設人是不自由的，充其量也能推論我們不能濫用刑罰，不會得出我們可以放任自己處罰他人的行為這個結論，更精確地說，當我們證明人是不自由之時，我們就必須放棄現存的刑罰制度。反過來說，如果真有那麼一天我們真的可以證明人是不自由，屆時我們該如何面對犯罪以及刑罰的使用？本文認為，既然那時都已經不自由了，人們存在的意義本身就只是為了存在而已，無法自主選擇的人生，其實也就沒有任何的問題必須處理，更無須任何的目標去追尋。

2002 年由湯姆·克魯斯主演的電影〈關鍵報告〉，故事內容是西元 2054 年，科技發展至顛峰，但是因為化學物質的濫用，

³³黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 607，臺北：元照。



也產生了新的疾病，在某個地區出生的一批新生兒，因為在母體內遭遇嚴重的化學汙染，而產生了預知未來的能力。其中三位力量最穩定的孩子，被稱為「先知」。「先知」能偵查出人的犯罪企圖，並利用科技讀取他們腦波的畫面，所以在罪犯犯罪之前，就已經被犯罪預防組織的警察逮捕³⁴，這樣的內容係假設人在特定情況下必會做出特定的選擇，似乎也是否定了人在最重要的那個當下的自由意志，若未來在現實社會中，隨著科技的發展，真的產生了一套足以預測每個人行為模式的演算法，是不是足以作為提前逮捕行為人並施以刑罰之依據，如同本文前述有論者提出之「朗布羅索計畫」，屆時也必會重啟對於自由意志的激烈討論與攻防。

相同以預測人類行為用以達到特定目的電影在近年來亦非少見，如《美國隊長 2：酷寒戰士》(英語：Captain America: The Winter Soldier)，即是在描述劇中的反派組織「九頭蛇」滲透進入官方組織「神盾局」，並企圖掌控神盾局用以控制世界治安之「洞見計畫」，來遂行其政治目的，而所謂的洞見計畫，則是透過現今能取得所有的資訊，搭配一套特殊的演算法，從每個人的背景、信仰甚至是高中入學成績等等，來過濾出未來可能對人類安全產生危險的潛在威脅個體，並在計算出這些潛在威脅個人的當下，以配置於地球高空上的 3 台航空母艦，精準地消滅以維持安全與秩序，依據官方預測，消滅約 7000 萬個威脅(即 7000 萬人的生命)之後，即可以讓整個地球獲得相當時間的安全與秩序。

³⁴參考自維基百科，

[https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B0%91%E6%95%B0%E6%B4%BE%E6%8A%A5%E5%91%8A_\(%E7%94%B5%E5%BD%B1\)](https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B0%91%E6%95%B0%E6%B4%BE%E6%8A%A5%E5%91%8A_(%E7%94%B5%E5%BD%B1)) (最後瀏覽日：01/12/2018)



另外如《X戰警：未來昔日》(英語：X-Men: Days of Future Past)，在本片中人類於1963年發現有變種人的存在，對於變種人應該以何種方式面對仍存有爭議，然而，因為1973年的一個事件，人類對變種人產生了恐懼，催生了「哨兵計畫」，哨兵計畫所產生的哨兵機器人，能自行偵測、追蹤到變種人，並依該變種人之特殊能力，自行變化出足以克制之能力後予以殲滅，然而，哨兵計畫實行到最後，針對的不僅僅是變種人，最後連「有可能產生變種人基因」的普通人類也難倖免於難，造成相當大的災難，至2023年，殘餘變種人10餘人逃逸至中國長城附近的某寺廟，面對即將到來的哨兵機器人大軍，變種人們將金鋼狼送回1973年，希望能改變人類當下啟用哨兵計畫的決定。

上開3部電影，都探討到了自由意志與決定論的問題，一方面透過科技所產生出的「篩選方法」都已經到達高度可信賴的程度，但在電影裡面最終都是選擇相信人的自由及未來並非被宿命所控制，進而放棄該科技方法，避免了巨大的災難。面對對於人存在目的的疑惑，以及對於無法掌握未來的虛無飄渺感，人們總是傾向去計畫出一套可以依循的規則或行為模式，在規則訂定之後，可以簡化這些人生的難題，避免選擇帶來的不確定感與風險，但那些規則卻常常反過來成為了限制人們發展的理由³⁵，而人們會質疑的也不會是這些規則，而是沒有依循這些規則的他人、甚至是自己。另一方面，人們也常試圖交出自由以換取生命的穩定，然而卻忘了最重要的其實是當下的自己，自己才是生命的主體，真正的快樂來自於自己內心的真實感受。最後，所謂的自由，便在這些疊床架屋的規則及妥協中消失殆盡。

³⁵例如受教育本來有其重要的目的存在，然最後常常被援引作為壓制表意自由的工具。



或許到最後，關於人是否有自由意志這個議題，所有的爭議會回到一種類似於信仰的狀態³⁶，就如同基督徒相信耶穌基督、佛教徒相信佛祖、伊斯蘭教徒相信阿拉能帶領他們到更好的境界一樣，透過自我堅實的信仰來詮釋外在的世界及內心心靈的模樣。在人是否具有自由意志這個問題中，究竟要相信人是自由的，在不斷的犯錯與反省中找尋一條真正可以依循的道路，最終達到內心真正的自由，讓人類在物質的進步之外，也能在心靈層面不斷昇華。還是選擇一個依循自己與生俱來的報復本能，選擇相信除此之外再沒有更加解決這些惱人事件的方法，相信一切都是命中註定、而將自己作為人生的奴隸一般，在不斷的標籤與排除中，不斷地異化與被異化，否認任何擺脫命運操控的方法與可能，最終在一片荒蕪中留下踽踽獨行的「我」。人是否確實具有自由意志？同前所述，依目前推論的情況來看，無法從理論或科學得到一個確定的答案，最後終究也存乎於每個人內心自我定義為自由或是不自由的選擇。

但是在確認「人是不自由」的這件事之前，本文選擇相信人是自由的，用最簡單的想法去理解，當我們有選擇的機會，在深思熟慮之後做出了一個選擇，從結果來看，那些沒有被選到的選項註定永遠不會發生結果，也無從驗證當初另外一個選擇會產生什麼樣的結果，且自己是不是真的有可能選了另外一個選項，頂多只能靠著想像去推論那樣的選擇。但是，在我們知道我們其實有選擇的機會的同時，不就是一種自由的展現嗎？再者，我們可

³⁶關於信仰，實務見解如臺灣高等法院 103 年度上易字第 2390 號判決亦有著墨：「又宗教、民俗信仰，本即有超越理性、科學之特質，無法以一般科學知識來判斷，更難以當今之科技加以實證，對於宗教儀式所產生之效果，亦往往取決於信徒之主觀判斷，本不能僅以信徒認為未產生預期效果，遽認信徒因此受騙。」



以輕鬆地去使用自由這個概念，很輕易地去確認自由的相對性，例如我們會覺得民主國家的言論自由程度是超越獨裁國家的言論自由程度，在比較之中所認定出的不自由與較自由，也是一種自由的驗證。或許，以全能全知造物主的看法而言會認為人類以為自己有自由這件事無疑是活在自己的想像中的無知行為，但是人類從來就不是全知的，存在於宇宙之間的事，人類仍然無法了解的一定也比已經了解的來得多，但是我們願意相信自己是自由的，肯定自我的生命是由自己所掌握的，可以在這個世界上成為自己所想要變成的模樣，並勇於為自己的作為負責，也就是因為如此，我們可以更加相信所有積極正面的作為、相較於消極的不作為，是可以帶來一個更加美好的未來。

在上面這個前提之下，既然人是具有自由意志的，在面臨抉擇的關頭可以依據自己的心智、身處的環境、綜合理性、感性因子以及對於失去所掌握的資源及自由的恐懼做出選擇，如此，即使不從相信人為良善的角度出發，不選擇相信人性本善，亦能透過社會學、經濟學等各種理論促使人們依其自由意志做出某種決定，以找尋最大化的公共利益，因為人們就算不依憑著良知而作為，至少還有選擇為自己利益而行動的自由，那麼透過制度與法規的設計，樂觀一點去思考，我們終究還是可以找尋到一個兼衡公益與私益的方法，即使這必須經過很久的嘗試與不斷的錯誤，在過程中也必須時時反省與反思才能達成。在相關的制度與法規建立後，我們縱不期待每個人都是聖賢，但可以期望每個人在衡量其私益及公益之後，至少做出一個「合法」的選擇，可以期待一個在群體中的人，在做出選擇時，可以選擇不侵害群體利益的選項，並在每次選擇的當下，使個人能透過法律上的評價去理解



該項選擇對群體的意義，以期未來無論就其個人或整體社會，能在再度面臨選擇時，做出群體所期待的決定。



第二節 責任論

第一項 犯罪於罪責層次的檢驗

犯罪依通說見解，是行為人所為構成要件該當、具有違法性及有責之行為³⁷，刑法上構成要件是立法者對於行為人所為之特定行為之禁止規範，若行為人之行為在主觀上及客觀上與刑法條文所規定之構成要件相符，除滿足構成要件此一判斷層次外，亦先推定行為人之行為具有違法性；其次，違法性判斷的層次中，則是要進一步檢驗行為人構成要件該當之行為，在法律整體利益的評價上是否是屬於可以被容許的行為，在違法性判斷中，多以反面推翻的方式來檢驗行為人行為之違法性，其中包含刑法 21 條至 24 條規定之阻卻違法事由以及若干超法規阻卻違法事由³⁸；亦即不法構成要件與違法性兩個階層，主要判斷的是一個行為是否具「不法性」，只要一個行為具備構成要件該當性與違法性，即可稱此行為已違反刑法上的當為規範(Sollensnormen)與法律秩序，具有不法性³⁹，而成立刑事不法行為。

而刑事不法行為，從行為規範的角度來講，就是有必要加以預防的行為，也就是刑法所希望我們不要去實施、必須加以預防避免的行為，然而，刑罰侵害人民利益甚重，是不是從預防犯罪的目的就已經足以把全部的不法行為入罪化，而使不法行為之行為人接受刑罰的制裁⁴⁰？例如未滿 7 歲的小孩，即使有了偷竊、傷害等不法行為，雖然其行為仍會被評價為是不好的行為，但實際上多數人應不會認為有必要實施刑罰於這個小孩身上、有必要

³⁷黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 179，臺北：元照。

³⁸如強制罪之實質違法性之判斷、得被害人承諾等。

³⁹王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 313，臺北：新學林。

⁴⁰黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 592，臺北：元照。



將這個小孩送到監獄裡好好矯正教化⁴¹，其理由不外乎小孩年紀還小不知道自己正在實施不法行為、選擇不法行為的意思決定都有問題⁴²、未來還有很多改善的機會等，而其理由化為法律上的概念，毋寧就是認為未滿 7 歲的小孩即使有刑事不法行為，也無須擔負刑法上的罪責。

那麼當行為人通過違法性判斷之檢驗而被認為行為具有違法性後，究竟哪些行為人會被認為具有責任而應負責，哪些行為人會被認為不具有責任而毋庸負責？此即犯罪檢驗體系在「罪責」層次上所必須去檢視的問題，若行為人之不法行為被認定並不具有罪責，則不成立刑事上之犯罪，其所為充其量也僅是一於價值判斷上不被鼓勵的刑事不法行為⁴³；但若行為人之不法行為被認定具有罪責，則成立刑事上之犯罪，而須受刑罰之處罰。一般而言，構成要件與違法性之認定並不會因為行為人的不同而有不同的評價，但是對於行為人罪責之認定，則攸關行為人究竟是誰，換言之，構成要件與違法性之判斷毋寧是較於偏向行為本身，而有責任性之判斷則偏重於行為人本身，如同前述 10 歲小孩之例子，若行為人係一心智成熟之成年人，其在罪責之檢驗上，可能就有相反之結果而成立刑事上之犯罪，而必須對之施以刑罰。

亦有論者認為，「責任之有無或輕重，決定於應否對行為人予以非難及其非難之程度，而對行為人所欲之非難卻又決諸行為人所出現反對動機之強弱」⁴⁴，簡言之，即責任決定於行為人內心犯罪動機跟壓制該犯罪的動機在行為人內心強弱的程度，若壓

⁴¹參黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 592，臺北：元照；王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 313，臺北：新學林。

⁴²張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29 期，頁 60。

⁴³黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 592，臺北：元照。

⁴⁴蔡墩銘（1990），〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41 卷 10 期，頁 137。



制該犯罪的動機無法自由形成或難以形成，則法律對行為人為合法行為之期待性即會降低。

刑法上所謂的責任原則除了在處理犯罪是否會成立的問題外，亦有衡量到行為人的可責程度而決定刑度的功能，即學說所謂的「責任原則有兩個不同層次的意思」⁴⁵。換言之，第一層次意義的責任原則是「有責任能力」與「無責任能力」的問題，第二層次意義的責任原則即是量的差別，即確認行為人具有責任能力之後，究竟要給予多重的刑罰問題，我國刑法第 57 條所列舉之量刑事由中有數款即是此項責任原則所衍生之產物⁴⁶。

又本文雖選擇相信人有自由意志，而偏向採取「非決定論」之概念，然「非決定論」又可區分為「古典的非決定論」與「修正的非決定論」。古典的非決定論假設，每一個人都具有絕對的、不受限制的自由，並認為人不是被宿命所決定的，而是自己命運的主宰者，可以完全自由地選擇自己要做些什麼⁴⁷，完全不受任何外在因素的影響。「這種古典的非決定論，從今日的觀點來看，有著很大的問題，因為在古典的非決定論中，『人』被假設為是一種抽象的、原子式的，可獨立於社會、他人而自存的人。而且『人』被假設為具有不受環境因素、人格因素、心理因素影響的絕對自由的人。惟這種自由的概念，無疑是只存在於理性抽象思辨世界的產物，與現實世界中『人』的概念有所脫節。因為現實世界中，人的決定，往往受到個人生理、心理或環境因素的影響，不可能絕對地自由。由於古典的非決定論完全忽略人的自由意志

⁴⁵黃榮堅，(2012)，《基礎刑法學（下）》，四版，頁 593-594，臺北：元照。

⁴⁶刑法 57 條所列各款事由，除了行為人本身責任上的考量外，有時候還涉及刑事政策上的考量，例如犯罪後的態度其實與行為當下的責任能力並無關係，或許立法者是考量到行為人對於其行為之悔悟程度會間接影響接受刑罰時的教化程度，才將之納為量刑事由。

⁴⁷王皇玉 (2008)，〈原住民犯罪不法意識之研究-評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件〉，林山田教授紀念論文集著，《刑與思：林山田教授紀念論文集》，頁 133，臺北：元照。



會受到經驗現實世界各種因素的影響，可以說是一種不食人間煙火式的象牙塔式主張，因此已被現代行法理論所揚棄」⁴⁸。

「目前刑法上的罪責原則，是建立在『修正的非決定論』之基礎上。也就是認為，人固然不可能處於絕對自由的狀態，人所為的決定，會受到自己人格、心理因素的支配，或受到外在環境或社會條件的影響。然而人與其他動物最大的不同之處，在於其他動物的行為是完全受到生物原始的本能與慾望所支配，但是人在生理、心理或環境的影響下，還是保有一定的自由決定空間。因此，刑法上的罪責，固然不能以人具有絕對的、不受限制的抽象自由，作為其假設前提。但是仍然不能否認，只要是一個心智成熟與健全的人，儘管受到各種不同的內在因素或外在環境的影響，他仍然假設可以抱有某程度的自由空間，可以在種種制約之下，自由地在合於規範與違反規範之間進行決定與選擇，且盡量讓自己的決定以符合法規範的方向進行。換言之，刑法的罪責原則，乃是假設每一個心智成熟的成年人，仍有一個相對選擇的空間，且都有能力控制來自於人格、心理、環境影響下的衝動慾望，並將自己的行為控制在合乎社會規範與社會價值觀的範圍內。根據前述這種『修正的非決定論』，人被假設為即便受到種種外在環境與內在因素之影響，但還是可以控制自己的行為在合乎規範的範圍內」⁴⁹。

第二項 責任理論

關於責任理論，學說對於責任此一概念的觀察面向、著墨重

⁴⁸王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁313，臺北：新學林。

⁴⁹王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓-台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁262-263，臺北：元照。



點並不完全相同，本文嘗試自責任的本質及內容分類⁵⁰如下：

壹、以責任本質區分-道義責任論、社會責任論與法的責任論

一、道義責任論（非決定論的責任理論）

道義責任論，有學者又稱之為非決定論的責任理論，其認為由於人的意志可以決定自己的行為，因此他必須為自己所做的的事情負責，也因此刑罰的存在有其合理的基礎⁵¹。道義責任論假設世上每一個人都是理性的人，都具有自由意志，也由於人有自由意志，若行為人明明可以為合法行為，但卻仍捨棄不為而反為違法行為，其在道義上就具有可責性⁵²，責任就是對於實施違法的行為者倫理上之非難⁵³，因此人具有自由意志這一個概念，為刑罰提供了正當化的基礎。

修正的道義責任論則認為，行為人原則上固然具有自由意志，但也會受制於環境因素，故道義責任論以絕對的意思自由作為基礎並非妥當，且以倫理的角度理解刑法的責任並非妥適，責任應以相對的意思自由為基礎⁵⁴。

二、社會責任論（決定論的責任理論）

相較於道義責任論採取非決定論的立場，社會責任論則採取決定論的態度，然而即使否認人具有自由意志，社會責任論仍認為刑罰有存在的正當性。本說認為，人不具有自由意志，人之所以犯罪完全受環境及遺傳因素的影響，人的犯罪行為應該歸究給社會與遺傳，但是為了保全社會秩序，必須去除行為人的危險性

⁵⁰分類方式參考陳子平（2017），《刑法總論》，四版，頁 320-328，臺北：元照；陳友鋒（1993），《期待可能性—刑法上地位之回顧及展望》，頁 16-28，私立輔仁大學法律學研所碩士論文。

⁵¹黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 595，臺北：元照。

⁵²張麗卿（2016），《刑法總則理論與運用》，六版，頁 247，臺北：五南。

⁵³陳子平（2017），《刑法總論》，四版，頁 320，臺北：元照。

⁵⁴陳子平（2017），《刑法總論》，四版，頁 320-321，臺北：元照。



以防衛社會⁵⁵。其認為非決定論者對於刑罰正當性的立論是有問題的，因為如同自然科學研究所強烈顯示的，人的行為並非如我們所想像的自由，而是被制約出來的，因此如果以意志自由為責任的前提，刑罰根本就要喪失其正當性基礎，從此一角度而言，決定論者對於刑罰的存在勢必另有立足點，亦即刑罰純粹是社會控制取向的產物，簡單的說，為了社會安全，即使人不自由，還是必須有刑罰⁵⁶。

修正的社會責任論則改以「相對的意思決定論」為基礎，認為人具有外在自由，即不受強制之自由，此與道義責任論所稱人具有內在的自由不同，因而修正的社會責任論所依據的相對的意思決定論與絕對的意思決定論其實沒有本質上的差異⁵⁷。

三、法的責任論(法規範的責任論)

法的責任論主張，責任乃是指能從法的立場以刑罰非難違法行為人，即法的非難可能性：刑法上的責任，是從法的立場加以非難，而非從倫理或道義的立場。法的責任論認為「人的意思，受自然法則所支配，而非全然自由」，如此之想法接近社會責任論，與主張以絕對自由的道義責任論相異。然而，法的責任論另主張以「他行為可能性」作為責任非難之對象，但此種主張以自由意志為前提，反與道義責任論之主張相同。簡言之，本說主張基於以刑罰為手段之法的基礎去決定個案中的非難性⁵⁸。

貳、以責任內容之分類-心理責任論與規範責任論

一、心理責任論

心理責任論乃自 19 世紀至 20 世紀初葉中間流行之責任理論

⁵⁵張麗卿（2016），《刑法總則理論與運用》，六版，頁 248，臺北：五南。

⁵⁶黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 600，臺北：元照。

⁵⁷陳子平（2017），《刑法總論》，四版，頁 321-322，臺北：元照。

⁵⁸陳子平（2017），《刑法總論》，四版，頁 322，臺北：元照。



⁵⁹，其乃是承襲嚴格區分客觀「不法」與主觀「罪責」的古典犯罪階層理論而來⁶⁰。認為一個行為人所為的行為，所以必須受到法律的非難，主要是因為行為人內在心理的關係，亦即對於具有侵害性的行為，仍舊以行為加以實現，此種內在主觀的意思，乃是罪責所非難的主要內容。從而行為事實的主觀意思，乃是罪責判斷的核心條件，甚至可以說罪責就是行為人內在心理狀況的非難作用，即是將故意與過失，當作是責任判斷的基準⁶¹。

然而心理責任論到了 20 世紀初期，即因無法處理行為人主觀上具有故意但卻可免除罪責（例如避難過當）⁶²及無認識過失之情形，將責任能力認定是故意或過失的要件，而非罪責的要素⁶³等論理上難以成立之處，而遭致批評。且目前犯罪階層理論，皆將故意過失列入主觀構成要件，在構成要件或不法層次處理，而非等到罪責層次才處理⁶⁴，因此心理責任論亦不見容於現今之犯罪階層理論，顯已為現今學說所不採。

二、規範責任論

規範責任論，係對心理責任論之批評而展開之理論，今日其幾已代替心理責任論而居通說之地位⁶⁵，由德國學者 Frank 率先提倡⁶⁶。規範責任論認為罪責所要判斷與非難者，固然是在於行為人所為行為的主觀層面，但行為的意思決定與意識活動是罪責的非難對象，而不是罪責的本身，罪責的內涵，應該是對於行為

⁵⁹蔡墩銘（2013），《刑法總論》，修訂十版，頁 191，臺灣：三民。

⁶⁰王皇玉（2008），〈原住民犯罪不法意識之研究-評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件〉，林山田教授紀念論文集著，《刑與思：林山田教授紀念論文集》，頁 135，臺北：元照。

⁶¹柯耀程（2017），《刑法概論》，二版，頁 217-218，臺北：三民。

⁶²王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 318，臺北：新學林。

⁶³王皇玉（2008），〈原住民犯罪不法意識之研究-評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件〉，林山田教授紀念論文集著，《刑與思：林山田教授紀念論文集》，頁 136，臺北：元照。

⁶⁴林鈺雄（2016），《新刑法總則》，五版，頁 297，臺北：元照。

⁶⁵蔡墩銘（2013），《刑法總論》，修訂十版，頁 192，臺灣：三民。

⁶⁶王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 318，臺北：新學林。



人主觀的意識層面，所做的一種的規範可責性與非難性的判斷。行為人所為的一個行為事實，當行為的主觀決定的要件存在，必須加上規範的可責性與非難性判斷，方才能夠稱之為有罪責的成立，倘若欠缺可責性與可受非難性的判斷，即使行為事實僅有故意或過失，仍不能確認罪責的成立⁶⁷。規範責任論否定心理責任論將責任解釋為故意和過失的總和並將責任認定成一種心理事實，規範責任論認為責任反映了價值判斷與心理事實的具體結合關係，責任的本質是從規範的角度對心理事實加以非難的可能性。在規範責任論之下，認為罪責的核心理念其實是「他行為可能性」，因此才有期待可能性的概念⁶⁸。

三、小結

目前通說對於責任內涵的理解採規範責任論，在這樣的前提下，罪責的核心理念其實就是「他行為可能性」，換句話說，亦即能否期待行為人在個案中做出不侵害法益的決定，選擇其他方式之可能。一言以蔽之，所謂罪責最上層、最廣義的概念，就是「期待可能性」。因此一開始「究竟哪些行為人會被認為具有責任而應負責，哪些行為人會被認為不具有責任而毋庸負責？」這一問題，犯罪檢驗體系在罪責層次上即由「期待可能性」概念去檢驗之，而實際法律的運用層面，「期待可能性」此一概念所能適用之情狀即被立法者考量特殊情形而明定於刑事法典中，其餘實務見解亦有直接承認部分的阻卻罪責事由。

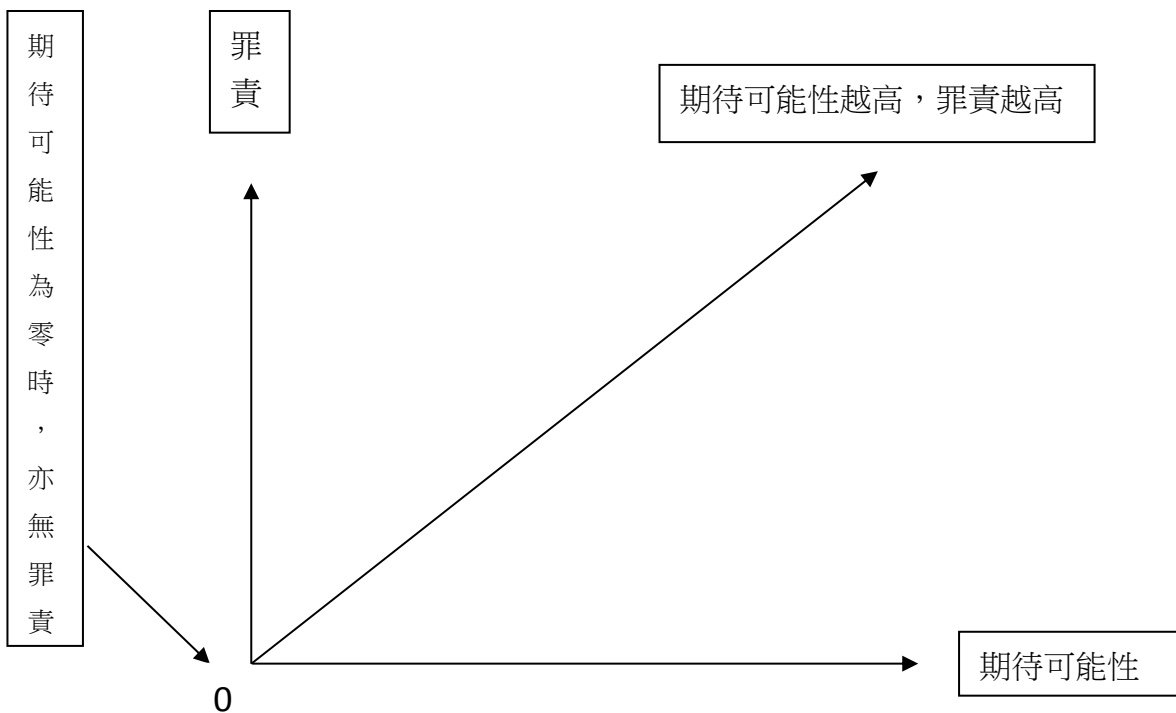
另外，所謂的期待可能性，本文認為，亦同前述學說認為責任意義具有兩層意義，第一層次意義的責任原則是「有責任能力」與「無責任能力」的問題，第二層次意義的責任原則則是量的差

⁶⁷柯耀程（2017），《刑法概論》，二版，頁 219，臺北：三民。

⁶⁸張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29 期，頁 72。



別，即量刑輕重的問題，已如前述。其實依本文之想法，責任之核心內涵既係期待可能性，期待可能性自然亦具有兩層意義，即「有期待可能性」及「無期待可能性」之罪責成立與否之層次，以及確認對行為人具有「期待可能性」後，我們對行為人之期待究竟有多大、用以決定其刑責多寡之層次，在理解上，本文亦繪製下圖表達此一概念。





第三節 期待可能性初探

第一項 期待可能性起源

期待可能性之思想起源於德國，德國實例最先承認期待可能性存在之判決，為一八九七年三月二十三日德國最高法院第四刑事庭對癖馬案(Leinenfaengesfall)所下之判決。上述案件之事實為：「被告自一八九五年十月以來即受雇於在 G 市經營街頭馬車業者之 K 為其馭者，而在左述期間被告驅馭雙匹馬之街頭馬車，其中一匹馬即所謂繞纏之馬(Leinenfaenger)。易言之，此匹馬常以馬尾繞纏，即以尾將纏抑至下面，並將纏貼緊其身體。此一惡習素為被告與僱主所知悉⁶⁹。且被告屢次告知業主，要求更換馬匹以免生危險，業主不允，被告迫於生計，只有繼續駕駛⁷⁰。一八九六年七月十九日被告驅馭由前述癖馬所駕駛之馬車，當該馬車奔馳於 P 至 G 之街道時，前述癖馬以其馬尾繞纏繩，被告試圖牽纏，但不發生效果，反而激怒該馬匹。被告完全失去控制，馬匹繼續疾驅，致使在路上行走之鍊鐵工被砸倒地軋斃於輪下，折骨受傷。」對此被告被依過失傷害罪提出公訴，但被判無罪，檢察官不服上訴，經德國最高法院以上訴無理由予以駁回，其根據在於：「承認被告違反義務之不注意，倘僅憑被告曾認識駕馭有惡癖之馬或纏路人予以砸傷一點，不能謂為妥當，更應以被告是否得基於其認識而向僱主提出拒絕駕馭此一癖馬為必要條件。然而被告服從僱主之命令，為其所負之義務，則其不可能違反僱主之命令而喪失其所得之職業。」此即以被告無期待可能性存在為理由，認為原判決認被告無罪，並無不當⁷¹。依據上開德國最

⁶⁹蔡墩銘(1990)，〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41卷10期，頁137。

⁷⁰褚劍鴻(1993)，〈期待可能性與司法實務〉，《政大法學評論》，48期，頁3。

⁷¹蔡墩銘(1990)，〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41卷10期，頁137。



高法院之見解，被告固具有對於該不受控制之「癖馬」傷害路人之預見可能性，該當過失傷害罪之主客觀構成要件，本案例中被告欲保全之財產利益並未大於路人之身體法益，不能主張緊急避難等阻卻違法之事由，然而，因難期待車夫在別無謀生能力與謀生機會之情形下，違反雇主之命令而拒絕駕駛該馬車⁷²，而認為被告欠缺期待可能性，於本案例中不具可責性而無罪⁷³。

第二項 作為超法規阻卻罪責事由？

期待可能性為一抽象的概念，一般見解對於能否以行為人之行為「欠缺期待可能性」為由作為超法規阻卻罪責之事由有所爭議，本文整理如下：

壹、肯定說

肯定論者認為，有鑑於現實世界的無限多樣性，立法者不可能將所有欠缺期待可能性的情形毫無遺漏地一一明文規定出來，而現今刑法界又以普遍承認期待可能性作為犯罪成立要件的價值，因此以肯定說為宜，亦即應在不純正不作為犯的罪責中，保留這一個超法律的阻卻罪責事由作為校正的原則⁷⁴，同時並節制刑罰之發動，且由於期待可能性實現法律的適用追求公平與合理的思想，並且體現了對人性的關懷，故成為罪責理論的一種趨勢。

期待可能性之適用並不限於法律明文規定如防衛過當或避難過當，若具體情形中不見可期待性的明文，縱使法律無明文，

⁷²張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29期，頁63。

⁷³至於本件之被害人鍊鐵工是否只能自認倒楣？本文認為，以我國的法律制度而言，刑事之訴追成果對於被害人固有「撫慰」之間接反射利益，但人民之間權利義務之衡平終究要回歸到民事法領域處理。

⁷⁴蔡聖偉（2008），《刑法問題研究（一）》，頁217，臺北：元照。



亦可適用期待可能性法理來阻卻或減免責任⁷⁵。且不只適用在過失犯罪，在故意犯罪的範疇裡，針對極其特殊的案例，例如毫無生計的山地原住民老人，找不到在山地捕捉野生動物或採集植物以外的謀生方法，因而有涉犯森林法、野生動物保育法等法律的風險，似乎也非不得依照期待可能性的概念減免罪責⁷⁶。

亦有認為，刑法以責任能力之存在為負擔刑事責任之前提，行為人所為之不法行為，原則上推定具有責任能力。然前開推定也僅係推定，非不得以無期待可能性為由推翻，倘能證明其在不正常之情況下才做出這樣的行為，對於不法行為係無可避免，對於此種無期待可能性之存在，應阻卻行為人的罪責才合理，因為法律不能強人所難，否則必陷人於罪，因此，期待可能性應該成為阻卻責任的事由⁷⁷，且期待可能性此一概念對於刑法有關責任規定所發生之空隙，可獲得合理的填補⁷⁸。

貳、否定說

當然也有反對見解認為，期待可能性偏重於犯罪人的立場，會產生弱化司法，降低刑法功能的作用⁷⁹，而且除了判斷標準不明的問題之外，恐怕會造成法秩序的崩潰，因為，每個社會人都有自己的「江湖」，人們應該盡量避免採取具有刑事追訴風險的犯罪行為。倘若法院能接受此等「苦衷」抗辯，刑法預防犯罪之功能可能就受到挑戰，縱然在特定個案中，多數民意認為應該放行為人一馬，但此種情形下仍依由具有民意基礎的立法者予以明

⁷⁵張麗卿（2008），〈無期待可能性〉，《月旦法學教室》，68期，頁19。

⁷⁶張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29期，頁81-83。

⁷⁷蔡墩銘（1990），〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41卷10期，頁139。

⁷⁸蔡墩銘（1990），〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41卷10期，頁137。

⁷⁹張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29期，頁61。



文立法，而並非由法官自行決定可罰與不罰⁸⁰。基於法安定性及法定阻卻罪責不得類推適用等理由，認為無期待可能性的類型僅以行法有明文規定者為限，例如防衛過當及不真正不作為犯的作為可能性等⁸¹。使用期待可能性此一概念作為超法規阻卻罪責事由，將造成司法權的擴張，更可能僭越立法權，與民主制度有所違背。

德國學說相當普遍的說法是，以無期待可能性作為阻卻罪責的要素，應該以法律有明文規定的項目為限，而不能作為一般的法則。理由一是期待可能性並沒有一個法定的、清楚的標準，所以容易導致法律的不安定。理由二是，一個非具體情況下的、普遍直接有效的無期待可能性概念的適用，會使得法規範因此喪失其鞭策人們履行法律期待的功能⁸²。

參、折衷說

亦有採折衷見解者，認為過失犯及不作為犯之情形，可以被承認為是一般性的阻卻罪責事由；而在故意犯中，由於會造成法不安定性(Rechtsunsicherheit)，所以無法被完整地適用⁸³。

肆、本文見解

本文認為，將欠缺期待可能性直接作為超法規阻卻罪責之事由，對實務工作者來說，確確實實地是一個相當難以操作的概念，適用上固然有其困難之處。然而，在刑法規定中，欠缺明確標準的概念其實並不在少數，舉例來說，刑法第 59 條規定：「犯罪之

⁸⁰許澤天(2010)，〈有待立法補充之免除罪責標準-最高法院九八年度台上字第六八〇六號判決簡評-〉，《台灣法學雜誌》，156期，頁273。

⁸¹黃榮堅(1998)，《刑法問題與利益思考》，頁74，臺北：元照。

⁸²黃榮堅(2012)，《基礎刑法學(下)》，四版，頁623-624，臺北：元照。

⁸³李文健(1997)，《罪責概念之研究—非難的實質基礎》，頁57，國立政治大學法律學研究所碩士論文。



情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」本條規定之要件僅有「犯罪之情狀顯可憫恕」及「科以最低度刑仍嫌過重」，但究竟如何屬「顯可憫恕」及「仍嫌過重」？實務見解如最高法院 51 年台上字第 899 號判例要旨認為：「刑法第 59 條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用，至於被告無前科，素行端正，子女眾多等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。」雖有增加「在客觀上足以引起一般同情」之積極要件，然仍為一相當抽象之標準，但實務上適用本條規定予以減刑者並非少數⁸⁴。因此可見，判斷標準不明確此一缺陷雖會產生困擾，但應不至於成為一個完全不適用一個概念的理由。

另「期待可能性」固未經過立法者之立法而成為成文法典的一個阻卻罪責概念，然而，基於刑法的預防目的而論，只要我們承認確實真的可能會出現「人在江湖，身不由己」、無法期待行為人放棄違法行為的情況，我們就無法忽略在這種情況下處罰行為人可能是不合理的問題。雖否定見解認為如此的作法可能會讓司法權流於恣意，然司法程序本身就能透過審級制度尋求救濟，可以降低恣意的風險。

且法律本身本來就不可能盡善盡美，人的行為本來就會超脫條文文字所能描述，此時為恐掛一漏萬，就必須有一概括性之法理予以涵蓋，否則將無期待可能性之行為人，用刑法加以處罰⁸⁵，不就正造成了刑罰的濫用了嗎？況且，既然在我國刑法法典中，

⁸⁴實務多將本條規定運用於販賣毒品之情形。

⁸⁵即使是免刑，本文認為判決中有罪的宣示也是一種懲罰。



確實有考慮到行為人特殊心理狀態、身分、親屬關係而異其罪責的法條規定，且實務見解在如教唆頂替之情況下亦創設欠缺期待可能性之見解⁸⁶，則考慮到現實社會的多樣性與日新月異，本文認為期待可能性此一抽象概念，除屬罪責之罪上位概念外，亦屬司法者得以在個案中據以阻卻罪責之依據，肯認「欠缺期待可能性」作為一個超法規阻卻罪責事由，應有其必要性。

第三項 期待可能性之判斷標準

有鑒於「期待可能性」判斷標準不明、欠缺法安定性的問題，學說上有提出下列幾說來作為有無期待可能性之判斷標準，茲分述如下：

壹、行為人標準說

此以行為人除實施該行為之外，是否有實施其他行為之可能性為標準，倘依行為人於行為時所存在之情況，有實施其他行為之可能性存在，即可期待其實施合法行為，而行為人未能符合其期待時，即應負責任，反之，行為人所處之具體情況，不能期待其實施其他行為時，則不能令其負責⁸⁷。

基於「非決定論」而提倡道義責任論者，多認為有無期待可能性之標準，應以行為人行為當時，其所處之具體情狀，是否有實行其他合法行為以代替違法之可能性為準，即針對個別之犯罪情節，做個別之判斷⁸⁸。

但是有學者認為依照本說將造成理解越多寬恕越多的缺點，讓責任判斷成為不可能，法秩序無法維持；法官的裁量權過大，

⁸⁶參本文第三章第二節第四項。

⁸⁷蔡墩銘（1990），〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41卷10期，頁138。

⁸⁸陳友鋒（1992），〈期待可能性-判斷標準之再檢討（上）〉，《軍法專刊》，38卷5期，頁19。



可能導致判斷上的極端化，形成因人而異之情形⁸⁹。亦有學者認為本說在邏輯上最大的問題是，當行為人的具體情形被考慮到百分之百的時候，對任何行為人為合法行為的期待可能性都是零，結果是刑事責任的完全落空⁹⁰。

貳、平均人標準說

此說以平均人代替行為人之立場，即平均人處於行為人之立場，平均人可實施其他行為時，則可期待行為人亦實施其他行為，是以違反此種期待之行為人，不能不負責任，反之，平均人處於行為人之立場，亦不可能實施其他行為時，則不應承認行為人之責任⁹¹。

另有反對見解認為平均人的觀念缺乏統一標準，概念不明確，若一次為標準對期待可能性的判斷是模糊的平均人並進步等一行為人對平均人具有期待對行為人不一定有期待⁹²。又平均人標準說在形式上可能悖離個人期待可能性的精神，而且所謂平均人的概念並不明確⁹³。

參、國家標準說

此以國家秩序為標準以考慮其具體之情況。易言之，對於何種情況法律上應承認期待可能性之存在，必須依照法律秩序之期待而定。國家之要求富有彈性，依歷史之進展而演變，惟是，對於期待可能性亦不能訂定固定之標準，亦即依時代之不同，其所要求之程度，隨之而異。國家為其本身之存在，可能提出對於平

⁸⁹張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29期，頁73。

⁹⁰黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁619，臺北：元照。

⁹¹蔡墩銘（1990），〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41卷10期，頁138。

⁹²張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29期，頁73。

⁹³黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁619，臺北：元照。



均人亦屬過分之無理要求。其既然屬於國家具體之要求，則國家構成員之人民，對於此種國家之要求，仍不能不服從⁹⁴。

有學者認為本說的缺點在於依法律與秩序期待的可能性來認定，似乎是以問題來回答問題，過於抽象，有很深的國家色彩與期待可能性的價值不符⁹⁵，其結果幾近於否定期待可能性之外，也被認為是一種循環論述⁹⁶。

肆、實務見解：採行為人標準說

實務見解如臺灣高等法院 102 年度上易字第 2792 號對期待可能性的標準亦有認為：「行為人的行為具備構成要件該當性，並且具有違法性後，在論其有責性時，行為人除了需具備責任能力，以及違法性認識或認識可能性外，對行為人而言，另外還需有為適法行為的期待可能性存在。因此，行為人在實施某違法行為時，在當時的具體情況，縱有故意或過失，倘依其周圍的環境情況或附隨的情事，無法期待其避開違法行為，而為適法行為時，仍不予責任的非難，無期待可能性得為責任阻卻事由。行為人是否有實施適法行為的期待可能性，**原則上採行為人標準說**，亦即以行為人個人通常的能力以及行為之際，行為人本身具體的事情為標準，判斷有否可能期待行為人為適法行為。」亦即罪責的判斷本應著重行為人本身，我們所應真正關注者，應該是行為人本人的特質以及其所屬環境，與其他人完全無涉，並不能以一個群體甚至是整個國家基於治理便利的標準去要求形塑、判斷行為人在特定個案中究竟有沒有期待可能性。

伍、本文見解

⁹⁴蔡墩銘（1990），〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41 卷 10 期，頁 138。

⁹⁵張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29 期，頁 73。

⁹⁶黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 619，臺北：元照。



本文認為，罪責層次處理的是在行為人的行為人具有構成要件該當性及違法性後，究竟以行為人的狀況而言，需不需要為其行為負責、負責的程度如何的問題，亦即在罪責層次，我們關注的是行為人本身的人格特質及其所遇到的所有情狀，所以當不同行為人做了相同的具構成要件該當性及違法性之行為時，有可能因為其個人的因素而異其罪責。

但是，有學者⁹⁷認為：刑法的存在本來就有其公益性，若過於側重行為人的立場，將無法彰顯刑法本身特定的價值選擇，且現行法上，透過刑法第 57 條、第 59 條及第 61 條之運用，應已足夠考量到行為人本身的情非得已，甚至可以讓行為人無須受到刑罰，而僅有形式上宣示有罪之免刑判決。毋寧是，期待可能性的概念也必須考量到國家所要達成的價值，這樣的價值無法因為個人而受到左右，然而，當多數人因為整個環境因素而有如此欠缺期待可能性的情形出現，讓因欠缺期待可能性而無罪的判決顯露出行為人所處環境的缺陷，此時在價值的衡平下才可能讓刑法選擇的價值有所退讓，因而，期待可能性的標準，應融合國家標準說及個人標準說二者之新國家標準說。

第四項 小結

多數學說均正面肯認「期待可能性」之概念，但是其標準不明確、個案中如何適用確實是實務上會遇到的困難問題。本文認為，除了必須仰賴司法權的自我節制與不斷檢驗外，既然於現行刑法條文中，考慮到期待可能性之條文已有數例，比較積極的做法是，我們似乎能以立法的方式將已經能預見到的欠缺期待可能性的情狀予以特別立法規定，使法院能在個案中，藉由立法者的

⁹⁷ 107 年 1 月 26 日口試時，李茂生教授所提出之見解。



授權，更能在關注行為人的情非得已，亦藉此能使法院在個案中更加的去審視立於訴訟主體地位的被告，其本身個人處境是否確實應受有刑罰，或者應受到刑罰、但是否能視其個人特殊的處境而減輕其刑。但若立法的方式已緩不濟急，本文認為，透過完整論述行為人當下所面臨到的情況，輔以「能不能期待行為人不去做違法的行為」之標準，若有降低或欠缺期待可能性之情形，爰引期待可能性之概念，減輕甚至是免除行為人之罪責，亦不是一個完全不可能實現的方法。



第三章 我國法下的期待可能性

第一節 刑法中的期待可能性

「期待可能性」雖為一抽象之法概念，我國刑事法典中亦未有該名詞之出現，但本文認為，我國刑法中有許多將此概念具體化之立法方式，包括刑法總則中關於責任能力的規定，這些明文規定排除罪責的事由，稱為「法定的阻卻罪責事由」⁹⁸，以及刑法分則中一部分關於不純正身分犯的規定，所謂不純正身分犯係指刑法原本有沒有具該特殊身分均一律處罰，但立法者預設行為人因為與被害人間之特殊情感、面臨之特殊情狀或是行為人行為時特殊的心理狀態，因而設有減輕或免除其刑的規定，以下分由刑法總則及刑法分則討論之：

第一項 刑法總則的期待可能性

壹、不作為犯

刑法第 15 條規定：「I 對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。II 因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」

本條規定雖未明示係罪責層次所判斷之要素，亦未明示係期待可能性的概念之一，學說上亦少有將不作為犯認為是罪責要件之見解，然對於一定法益侵害結果的發生而言，不論是作為或不作為，其實都有其因果關係及支配可能性。作為犯的情況是，因為作為而發生結果，而如果不作為就不會發生結果。不作為犯的情況是，因為不作為而發生結果，而如果作為就不會發生結果。兩相對照之下，我們就可以知道，不管是作為或不作為，到頭來

⁹⁸張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29 期，頁 61。



都是行為人以其行為的選擇對於結果的發生與否有其支配力。

問題是，是不是因為行為人的不作為和作為一樣有其支配力，所以就應該和作為的情形一樣負刑事責任⁹⁹？舉例來說，一個嗷嗷待哺的嬰兒因為某種因素而被留置在某大賣場中，起初嬰兒還未感受到飢餓而仍能安穩入睡，然而經過一段時間後，嬰兒因為感到飢餓而嚎啕大哭，此時許多路人經過，但都以「他的父母大概馬上就會回來了吧」為由而沒有積極介入照護。再經過相當時間，嬰兒已無足夠氣力以哭聲引其他人的注意，其中或有人認知到若不再介入照護該名嬰兒，將導致該名嬰兒之死亡，但抱持著「即使我不去救她，但是他的父母或其他人應該也會去幫他吧」的念頭而匆匆走過，最終嬰兒無人照護，餓死在攜來人往的大賣場中。在本例中，該名嬰兒的父母及路過之行人，對於嬰兒久未進食可能導致死亡一事均有所認識，而且其不作為均與嬰兒之死亡有因果關係，則該名嬰兒之父母及路過之行人，是否均該當不作為之殺人罪？

依據前開刑法第 15 條規定，路過之行人並未因自己行為致有發生犯罪結果之危險，在法律上亦無防止之義務，故應難以殺人罪責相繩之。更精確地說，我們並無法期待無危險前行為而欠缺保證人地位之路人，在該等情形下能積極作為以防止嬰兒死亡之結果發生，亦即我們對於路人欠缺在當時積極為照護行為之期待可能性。故刑法第 15 條規定要揭渠的其實就是一個概念：「除非不作為之行為人具有保證人地位，否則並無期待其積極作為之可能性。」因此刑法第 15 條應作為期待可能性下的一種概念，

⁹⁹黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 684，臺北：元照。



即所謂的保證人地位最終仍須以期待可能性作為檢驗標準¹⁰⁰。

另實務見解如最高法院 100 年度台上字第 2643 號認為：「刑法上之殺人罪，不論積極行為殺人，抑消極行為殺人，均以行為人有戕害他人生命之決意為其主觀要件，而刑法第十五條規定之不作为犯，則僅止於消極行為之犯罪與積極行為之犯罪，在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行為之意思要件，特設例外規定，故被告之行為縱令客觀上係違反法律上之防止義務，仍應視其主觀上之犯罪意圖，定其應負之刑責，非謂一有被害人死亡之結果，即必負消極殺人之責。至同條第二項所指之危險前行為，如係出於行為人故意犯罪之情形，對於防止其結果之發生並不具備保證人地位，於事實上亦無期待可能性，縱因自己之前行為在客觀上有發生一定結果之危險，仍無從課以防止危險結果發生之義務。」

上開實務見解有兩個層次的意義，第一個層次的意義是要將消極作為提升到與積極作為同樣的可責性的關鍵在於在於行為人具有「違反法律上之防止義務」之前行為，即學說上之具有保證人地位，也只在行為人有了「違反法律上之防止義務」之前行為，原本我們不期待行為人由消極轉為積極的情況，才會轉為期待行為人必須有一積極行為來防止危害的發生。

第二個層次的意義是，即使行為人已經造成所謂的危險前行為，若行為人主觀上係基於故意犯罪之意思，因其本身原即欲造成該實害之結果，若這時還要求行為人必須去防止實害結果之發生，邏輯上顯然是說不通且嚴重人格分裂的¹⁰¹，是我們實在難以

¹⁰⁰黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 718，臺北：元照。

¹⁰¹但是對於這樣嚴重人格分裂，或者稱之為「浪子回頭」的情況，刑法第 27 條設有中止未遂之減輕規定：「I 已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。II 前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為



期待行為人積極做出防止結果發生之行為，所以難認行為未防止結果之發生之消極作為構成不作為犯。上開實務見解無論對於第一層次或第二層次之判斷，皆係基於期待可能性之概念。

不過，對於上開實務見解第二層次的判斷，有見解認為，在故意犯罪後，若我們承認危險前行為此一保證人類型，就應該認為故意前行為也有可能會引起刑法上的作為義務，例如故意的前行為因故不成立犯罪，但行為人對於不成立犯罪的原因消失後，又故意不為救助措施的情形，舉例而言，行為人在無意識之無責任能力狀態下故意殺害被害人，在恢復意識後，仍不對陷入生命危險之被害人為救助¹⁰²，附此敘明。

貳、欠缺不法意識

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。」

不法意識則是指對於法律所不允許禁止事項，或是法律所要求的命令事項有所認識，而刻意採取對抗法律的態度，而為一定不法行為，是一種法律敵對的態度。行為人具有這種法律敵對的態度，有的是因刻意的對抗態度，故意行為的罪責屬之；也有的是因忽略或是欠缺必要的遵守關係，而導致於對法律規範的禁命與誡命的違反，過失罪責屬之。不論是何種行為，要科以一定的責任時，必須該行為人對於所為行為，在法律規範的意義上，已有對抗或是不遵守法律要求的態度與內在意識，倘若行為人不具有此種不法意識，則將無由判斷其罪責¹⁰³。不過本條條文內所謂

所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」

¹⁰²蔡聖偉(2006)，〈論故意不之不法前行為所建構的保證人義務〉，《東吳法律學報》，18卷2期，頁165。

¹⁰³柯耀程(2017)，《刑法概論》，二版，頁229-230，臺北：三民。



「知法律」，並不是行為人必須要對自己行為觸犯某一條法律文字有所認識，如果行為人構成犯罪必須以對於所觸犯的法條的認識為要件，絕大多數人的不法行為都無法構成犯罪。如此，刑法可以說是根本無法有其功能，而且更重要的是，這樣的要件並沒有意義，因為就我們對於一個人的合理期待而言，並不是說一個人要明白哪一條法律規定禁止殺人或放火，所以才去約束自己的行為，而是只要知道在法律上什麼樣的行為是可能被禁止的，那麼就應該約束自己的行為。基於此，所謂不法意識指的是行為人認識到，自己的行為「可能」為法律所禁止¹⁰⁴。

實務見解如臺灣高等法院 102 年度上易字第 2792 號認為：「按刑法第 16 條所規定之違法性錯誤之情形，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。然法律頒布，人民即有知法守法義務；是否可以避免，行為人有類如民法上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免。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。」

本條依前開實務見解，有正當理由而無法避免不知法律之情形屬阻卻罪責事由；而「不知法律係非無法避免」者，無法阻卻

¹⁰⁴黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 653，臺北：元照。



罪責，但可按其情節減輕其刑，然減輕與否，係法院職權裁量之事項，並非必然減輕其刑。細究其原因，應係認為有正當理由而無法避免不知法律之行為人，難以期待該行為人迴避該不法之行為，故概念上亦應屬期待可能性之一環。

參、未成年人

刑法第 18 條規定：「Ⅰ 未滿十四歲人之行為，不罰。Ⅱ 十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑。Ⅲ 滿八十歲人之行為，得減輕其刑。」

本條規定得考據自最早的大清新刑律第一次草案第 11 條規定：「凡未滿十六歲之行為不為罪，但因其情節，得命以感化教育。」

其沿革為「按唐律年七十以上，十五以下，及廢疾犯流罪以下收贖，八十以上，十歲以下，及篤疾犯反逆殺人應死者，上請。盜及傷人者亦收贖，餘皆勿論。九十以上七歲以下，雖有死罪，不加刑。即有人教令，坐其教令者。若有贓應備，受贓者備之。明律及現行律同。」立法理由則為「本調係規定凡未滿十六歲之行為，不問大小、輕重，均無刑事上之一切責任，罪之成否，以年歲為標準，在中國刑律，原分十五以下，十歲以下，七歲以下三項矜恤之例，各國亦皆有幼者無罪或減輕之規定，惟此制尚有四種區別也。從來學者恒依上表所揭之區別，謂年齡未及之人不能辨別是非，故無責任，其辨別心未充滿者，應當減輕，此第一種至第二種表之主義也。然此說近年已為陳腐，蓋犯罪如殺傷、賊盜之類，雖四五歲童稚，無不知其為惡事者，以是非善惡之知與不知而定責任年齡，不可謂非各國法治之失當也。夫刑者乃出



於不得已，而為最後之制裁也，幼者可教而不可罰，以教育涵養其德性，而誨其惡習，使為善良之民，此明刑弼教之義也。凡教育之力所能動者，其年齡依各國學校及感化場之實驗，以十六、七歲之間為限，故本案捨辨別心之舊說，而以能受感化之年齡為主，用十六歲以下無責任之主義，誠世界上最進步之說也。」又「因其情節而命以感化教育，蓋以未滿十六歲者，雖有觸罪行為，不應置諸監獄，而應置諸特別之學校。至感化場規則當另行纂定，不在刑律之內，所謂情節者，非指罪狀輕重而言，乃指無父兄，或有父兄而不知施教育者，感化教育者，國家代其父兄而施以德育是也。」¹⁰⁵

本條的立法目的除了保護未成年人、且未成年人尚有一定教育可塑性外，另一重要的原因應係因心智尚未成熟之未成年人，對於其為合法行為之期待不若成年人，然而，每人心智成熟度不一，若採個案認定，授權司法者於個案判斷「行為人是否心智已成熟」，或許會難以適用，故以年齡此一客觀標準，作為減輕或免除刑事責任之依據。

又刑法第 18 條第 1 項係阻卻責任事由，即只要是未滿 14 歲之犯罪行為人，因有本條之阻卻罪責事由，即不會構成任何的刑事犯罪；至十四歲以上未滿十八歲人之行為，屬於限制責任能力人，亦即犯罪行為人原則上仍然具有罪責而構成犯罪，只是可以依據個案的情況予以減輕其刑¹⁰⁶。

肆、精神障礙與心智缺陷

¹⁰⁵黃源盛（2007），《晚清民國刑事立法史料籍註與研究 I（上冊）》，頁 17-19，臺北：元照。

¹⁰⁶最高法院 95 年度台上字第 5603 號判決：「上訴人犯罪時為十四歲以上未滿十八歲之少年，依刑法第十八條第二項之規定，僅為『得』減輕其刑，並非『應』減輕其刑，而是否予以減輕，乃屬法院自由裁量之職權行使。」



刑法第 19 條規定：「 I 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。 II 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。 III 前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」

本條規定得考據自最早的大清新刑律第一次草案第 12 條規定：「凡精神病者之行為不為罪，但因其情節，得命以監禁處分。酗酒及精神病者之間斷時，其行為不得適用前項之例。」

其沿革為「按〈漢律〉，狂易殺人得減重論，見〈後漢書〉陳寵傳。狂易，謂狂而易性也。〈元典章〉四十二〈諸殺表〉內鬥殺心風者，上請。〈元史〉刑法志：諸病風狂，毆傷人致死，免罪，徵燒埋銀。唐明律無明文，本朝康熙年間，始定有瘋病殺人追取埋葬銀十二兩四錢二分之例，蓋准過失殺辦理。乾隆二十年定鎖錮之例，刪去收贖，改照鬥殺。」其立法理由為「本條係規定癡與瘋狂等精神病人雖有觸罪行為，全無責任。精神病人之行為非其人之行為，乃疾病之作為，故不應加刑。而應投以藥石，若於必要之時，可命以監禁，各國之規定皆與本條同。」

又「第二項酗酒之人，在病理上只屬一時之精神病，此種病係人力所自能裁抑，乃竟藉酗酒以逞非行，法律所不許也。若係全無意識之行為，而非出於故意者，可援第十三條斷為無罪，亦非以酗酒之故遂為無罪也。有間斷之精神病人，其精神有時與平生無異，故其非行亦非法律所許。其人為精神病者與否，審判官當召醫生至法庭鑑定之」¹⁰⁷。

¹⁰⁷黃源盛（2007），《晚清民國刑事立法史料籍註與研究 I（上冊）》，頁 19-20，臺北：元照。



民國 23 年制定之刑法第 19 條僅簡單規定：「 I 心神喪失人之行為，不罰。 II 精神耗弱人之行為，得減輕其刑。」本條規定過去常被批評欠缺明確的操作標準，甚至精神醫學界與法學界常有不同的判斷。舊法時代的實務見解常以 26 年渝上字第 237 號判例作為判斷心神喪失或精神耗弱之依據，「刑法上之心神喪失與精神耗弱，應依行為時精神障礙程度之強弱而定，如行為時之精神，對於外界事務全然缺乏知覺理會及判斷作用，而無自由決定意思之能力者，為心神喪失，如此項能力並非完全喪失，僅較普通人之平均程度顯然減退者，則為精神耗弱。」前開判例見解，除了無法充分掌握刑法「責任能力」的意義外，且運用上有著嚴重的規範上缺失。因為精神疾病患者大部分都是對外界事物有所知覺理會之人。若要嚴格審視「對於外界事務全然缺乏知覺理會及判斷作用」這句話之涵義，恐怕只有植物人或中風臥病在床之病人，才符合此項要求¹⁰⁸。

一直到民國 94 年刑法大修正時，才將本條制定如上條文，並增列原因自由行為之概念。關於精神狀態之責任能力判斷，立法例上有生物學的立法方式、心理學的立法方式以及混合的立法方式。生物學的立法方式，是在法條中明白訂定生理上的原因，如行為人具備此項生理上的原因，即不具責任能力，至於行為人的行為是否由於此項生理上的原因所致，則可置而不論，這種生物學的立法方式，判斷標準十分明確¹⁰⁹，在刑事立法史上，屬於較古老的法制¹¹⁰；心理學的立法方式是在法條中明定行為人在行

¹⁰⁸王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 323，臺北：新學林。

¹⁰⁹廖錦玉（1997），《責任能力的認定與精神鑑定》，頁 8，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

¹¹⁰吳翠萍（1995），《婚姻暴力下殺夫案件刑事責任之研究》，頁 84，私立東吳大學法律學研究所碩士論文。



為時的心理狀態如何，為其判斷有無精神障礙的基準，而判斷是否為無責任能力人，不以行為人的某種精神障礙為無責任能力的原因，而是以行為人的內心狀態為據，只要欠缺是非辨別力或行為控制能力的話，其刑事責任即受到影響，心理學立法方式以行為人的心理狀態為判斷基準，固甚契合實際，但心理學的探求在實務上的運作上十分困難¹¹¹，似乎有苛求司法者基於全知者之角度為判斷之荒謬。

現行刑法第 19 條前 2 項規定採取之混合立法模式，所謂混合的立法方式是並用生理學的立法方式及心理學的立法方式兩者，也可以說是兩階段判斷模式。第一階段是對於「因精神障礙或其他心智缺陷」之生理學與精神醫學所顯示之症狀，經由專家鑑定提供意見而進行判斷¹¹²；第二階段關於「不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力」之部分，則由法官從法律規範的評價觀點來判斷該行為人是否有選擇合法行為的能力¹¹³。此種立法方式，兼具前開二種立法方式之優點，而沒有其缺點，立論明確且易於運用¹¹⁴，一方面顧及行為人之生理上原因，他方面併及於其生理上原因影響及其心理上之活動，亦為多數國家立法例所採行¹¹⁵。

實務見解如最高法院 102 年度台上字第 4092 號認為：「刑事法上關於責任能力之規定，不外乎對於行為人期待可能性的要求，

¹¹¹廖錦玉（1997），《責任能力的認定與精神鑑定》，頁 8-9，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

¹¹²並非一定要送鑑定，如最高法院 96 年度台上字第 6992 號判決即認為：「行為人之精神狀態究竟如何，事實審法院非不得視個案情節，綜合其當時各種言行表徵，就顯然未達此程度之精神狀態者，逕行判斷，並非概須送請醫學專家鑑定，始得據為審斷之基礎。」然術業有專攻，原則上仍須依賴鑑定之事實。

¹¹³王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 324-325，臺北：新學林。

¹¹⁴張麗卿（1992），《精神疾病犯罪人處遇之比較研究》，頁 201，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

¹¹⁵廖錦玉（1997），《責任能力的認定與精神鑑定》，頁 9，國立政治大學法律學研究所碩士論文。



刑法第十九條第一項係行為時因精神障礙或其他心智缺陷，因而欠缺辨識能力（不能辨識其行為違法）或控制能力（欠缺依其辨識而行為之能力）之期待可能性，乃明文定其為無責任能力之人；至於同條第二項則屬於期待可能性降低之態樣，亦即行為人之辨識能力或控制能力並無不能或欠缺，但因其辨識能力或控制能力有顯著減低之情形，法律上乃賦予審判者減輕其刑之裁量，以示對一種特殊人格之尊重。」已清楚闡明本條規定係基於「期待可能性」之概念而產生。

刑法第 19 條第 3 項即學理上所謂「原因自由行為」之規定，在本條訂定前，實務見解如最高法院 28 年上字 3816 號判例即認為：「如被告於尚未飲酒之先，即已具有犯罪之故意，其所以飲酒至醉，實欲憑藉酒力以增加其犯罪之勇氣者，固不問其犯罪時之精神狀態如何，均應依法處罰。假使被告於飲酒之初，並無犯罪之意圖，祇因偶然飲酒至醉，以致心神喪失，或精神耗弱而陷於犯罪，即難謂其心神喪失之行為仍應予以處罰，或雖係精神耗弱亦不得減輕其刑。」本判例前半段認為行為人不能故意採取「自陷於心神喪失或精神耗弱」之方式，利用刑法第 19 條之規定來逃避其刑事責任，反之，假如並不是因為故意犯罪的最初動機而造成心神喪失或精神耗弱的情況，就可以依據本條規定減輕其刑。

其後，司法實務如臺灣高等法院高雄分院 94 年度上更(一)字第 347 號判決更闡明：「關於原因自由行為，行為人在實現構成要件之瞬間，雖無意思決定之自由，但在導致無責任能力或限制責任能力之原因設定階段，仍有意思決定之自由。又行為人是否具有責任能力，雖係以行為當時之精神狀態而作決定，惟該陷



於無責任能力或限制責任能力之狀態，係因行為人之故意或過失所造成，行為人因可歸責於自己之過錯，致自陷於精神障礙之狀態，而在精神障礙之狀態下實現不法構成要件，自應對其行為負責。況且，原因自由行為實含有前後相續而不可分之原因階段與行為階段，刑法對此等行為之評價，不應只限於行為階段，而應同時兼顧原因階段。」

在修法之後，最高法院 96 年度台上字第 6368 號刑事判決進一步闡釋刑法第 19 條第 3 項「原因自由行為」規定之內涵：「原因自由行為之行為人，在具有完全刑事責任能力之原因行為時，既對構成犯罪之事實，具有故意或能預見其發生，即有不自陷於精神障礙、心智缺陷狀態及不為犯罪之期待可能性，竟仍基於犯罪之故意，或對應注意並能注意，或能預見之犯罪事實，於故意或因過失等可歸責於行為人之原因，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態，致發生犯罪行為者，自應與精神、心智正常狀態下之犯罪行為同其處罰。是原因自由行為之行為人，於精神、心智狀態正常之原因行為階段，即須對犯罪事實具有故意或應注意並能注意或可得預見，始符合犯罪行為人須於行為時具有責任能力方加以處罰之原則。」

學說見解認為：「原因自由行為」是指，行為人於原因設定階段時，處於完全責任能力的狀態，故意或過失讓自己陷於精神障礙的狀態，而行為人在犯罪之際，則處於限制責任能力或無責任能力的狀態。是故，原因自由行為應包括前後緊密接續不可分的原因階段與行為階段，前階段行為人是自由的，後者則因行為人故意或過失自陷精神障礙而不自由，此二階段必須同時加以評



價¹¹⁶。關於原因自由行為的可罰性理論，大概有以下三說：

一、例外模式理論

例外模式理論乃源自於習慣法以及權力禁止利用的法理，只要行為人的責任能力發生障礙係可歸責於行為人，行為人就不能主張識別與控制能力有所欠缺而為無責任能力之抗辯，當然也不能享受無責任能力之減免刑罰待遇。換言之，對於原因自由行為仍應加以處罰，此乃「行為與罪責同時性原則」的例外，故稱「例外模式理論」¹¹⁷。然而，為何在這種時候突然可以承認這種例外狀況？以我國的情況而言，既然立法者已將此項概念明訂於刑法中，即已經承認原因自由行為的處罰，所以不違反罪刑法定原則¹¹⁸。

二、構成要件模式理論（前置理論）

構成要件模式理論，將行為人著手時點之認定往向前拉到原因階段，也就是提前到「自行招致無責任能力狀態」之當下。只要行為人在原因階段，對於後續不法行為之實行，有預見（故意）或具預見可能性（過失），就必須對其行為負責¹¹⁹。

三、間接正犯理論（工具理論）

間接正犯理論，認為行為人是藉由類似間接正犯對工具的支配而犯罪，也就是先前有責任能力的我，利用後來沒有責任能力的我，實施不法行為，簡言之，在一般的間接正犯，是利用他人為犯罪之工具以實現犯罪構成要件，而在原因自由行為，則是利

¹¹⁶張麗卿（2006），〈刑法第十九條之法理分析〉，月旦法學雜誌，136期，頁169。

¹¹⁷王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁329-330，臺北：新學林。

¹¹⁸林鈺雄（2016），《新刑法總則》，五版，頁313，臺北：元照。

¹¹⁹王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁330，臺北：新學林。



用自己無責任能力之行為為工具¹²⁰，因此原因自由行為仍具有可罰性。

近年來學界採例外模式者有增加的趨勢，其主要理由係依據立法理由之說法，與例外模式較為接近，且德國法上採取構成要件模式，是因為沒有相關的立法規範，且構成要件模式之論述將「行為時」前置至「自行招致責任障礙時」，有偏離法條文義之嫌¹²¹。

然學界多數見解均仍採構成要件模式理論，實務見解如前述96年度台上字6368號判決也是採取構成要件模式理論¹²²。然而間接正犯理論，其本質亦與構成要件模式理論相通，而具有進一步補充說明構成要件模式理論之作用。在構成要件模式理論下，原因自由行為之論罪，必須於「原因行為」（或稱「原因設定」）階段，對後階段之結果行為會造成法益之侵害一事，具有故意（認識或預見），或是預見可能性。如此，「原因行為」與後來的「結果行為」之間，才具有一個可以論罪的「責任內在關聯性」。因此，亦有學說認為，構成要件模式理論基本上就是藉由將「行為時點」向前推移的前置方式來認定責任，故即便刑法沒有增設原因自由行為的明文規定，仍然可以用法律解釋的方式達到論罪的目的¹²³。

亦即「真正犯罪行為的時間點是在行為能力人先前陷自己於無責任能力狀態的行為，而不是行為人進入無責任能力狀態之後的身體現象。如果借用間接正犯的概念，原因自由行為事實上就

¹²⁰黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁162，臺北：元照；林鈺雄（2016），《新刑法總則》，五版，頁314，臺北：元照。

¹²¹王皇玉，（2017），《刑法總則》，三版，頁334，臺北：新學林。

¹²²王皇玉，（2017），《刑法總則》，三版，頁330，臺北：新學林。

¹²³王皇玉，（2017），《刑法總則》，三版，頁330，臺北：新學林。



是先前有責任的我利用後來沒有責任的我來實現不法行為。後來沒有責任的我的身體現象只是自然過程的一部分，就好像行為人開槍扣扳機之後子彈在空中劃過的歷程一樣的意義。子彈的歷程雖然也是最後導致結果實現的必經過程，但是並非行為人的行為，因此原因自由行為的犯罪行為，只有原因行為是犯罪行為，而不是陷入無責任能力狀態後的行為，也不是從原因行為一直到陷入無責任狀態後的全部身體現象的過程。原因自由行為之所以成為一個概念，是因為對於犯罪行為時之掌握錯誤所致。如果不是有如此基本觀念上的誤會，原因自由行為的問題不是問題，而此一概念的存在，至多僅強調有其刑事責任的意義」¹²⁴。

而以罪責的觀點視之，罪責層次檢視的一直都是能不能期待行為人不要去做違法行為這件事，而行為人著手的當下究竟哪一個瞬間，存乎於行為人之決定，本文認為，透過前述學說對於行為時點之確認，原因自由行為此一概念於實際上似無存在之必要，而刑法第 19 條第 3 項之規定，也只是徒增法律適用上的混淆。

伍、瘖啞人

刑法第 20 條規定：「瘖啞人之行為，得減輕其刑。」

本條規定得考據自最早的大清新刑律第一次草案第 50 條規定：「凡聾啞者及滿八十歲之犯罪者，得減本刑一等或二等。」

其沿革為「按周禮三赦之法有蠢愚，鄭注：蠢愚，生而癡騃童昏者，實即指聾啞而言，嗣漢有師侏儒，晉有篤癡病，唐以後有篤疾，廢疾，蓋聾啞亦括於內，至八十以上，列代相沿皆同。」其立法理由為「聾啞、精神不完備者，八十歲以上精神漸昏耗者，

¹²⁴黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 650-651，臺北：元照。



二者自不能與普通之犯罪者同論，故酌量情節，減輕本刑一等或二等。」又「聾啞有生而聾啞者，有因疾病或受傷而聾啞者，生而聾啞乃自來痼疾，不能承受教育，能力薄弱，故各國等諸幼年之列，若因疾病或受傷而聾啞者，不過肢體不具，其精神知識與普通無異，則不能適用此例，即有可原情形，自有宥恕之例在也。」

另實務見解如司法院院字第 1700 號解釋及最高法院 75 年度台上字第 770 號判決或參照上述說明，均認刑法第 20 條所謂瘖啞人，係指出生及自幼瘖啞而言，瘖（聾）而不啞，或啞而不瘖，均不適用該條規定。

故本條之立法目的應係於行為人為天生聾啞者，因其學習規範之能力較為低下，是亦難期待其遵循規範之能力與常人一般，換言之，對於天生聾啞者，立法者已預設了對其期待可能性較低之立場。然參酌刑法第 18 條及前開最高法院 97 年度台上字第 5029 號刑事判決之見解，本條規定僅為「得」減輕其刑，並非「應」減輕其刑，而是否予以減輕，乃屬法院自由裁量之職權行使。

陸、防衛過當與避難過當

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。」

刑法第 24 條規定：「I 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。II 但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。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。」



民國 24 年刑法第 23 條及第 24 條訂定後，至今未有修正，其立法理由為：「學說上所謂正當防衛，各國刑法皆以不法之侵害為限。其侵害既屬不法，即未至不得已時，亦得防衛，與次條緊急狀態之行為微有不同。日本刑法擴充防衛之範圍，以不正之侵害為準，又恐防為誤用，遂加以不得已之條件。原案亦以不正之侵害為限，但遺漏不得已等字樣，其犯罪較日本更廣矣。就日本刑法而論，對於不法之侵害，亦須待至不得已時，方予以防衛，事實上既有所不能，而於立法者，保護法益之意，益有所未盡，故本案擬從多數國立法例，凡不法之侵害，即得正當防衛，於不得已之條件，概無所取。又原案防衛行為過當者，得減本刑若干等，修正案刪去得字改從必減主義，本案擬仍用得字以免藉口防衛而加以過當之危害，但防衛行為，法官於事後從容論斷有過當者，在犯人當時，急不暇待，或以為非過當，往往有之。且過當之程度，仍有輕重之分，若少有過當，即科以刑罰為免近苛，故本案於減輕後，增入或免除字樣，以便法官裁奪。」

一、構成防衛過當與避難過當之情形

正當防衛的積極要件有行為人具有防衛意思、面臨現在不法之侵害，消極要件為防衛行為並非欠缺必要性¹²⁵；緊急避難之架構大致同正當防衛，其積極要件有行為人具有避難意思、面臨緊急之危難，消極要件為危難行為並非欠缺必要性及衡平性¹²⁶。

無論是正當防衛或是防衛過當，其要件包括行為人必須具備防衛意思，且須面臨現在不法之侵害。二者之差別在於其防衛行

¹²⁵參王皇玉，(2017)，《刑法總則》，三版，頁 275-289，臺北：新學林；林鈺雄(2016)，《新刑法總則》，五版，頁 243-258，臺北：元照。

¹²⁶參王皇玉(2017)，《刑法總則》，三版，頁 292-303，臺北：新學林；林鈺雄(2016)，《新刑法總則》，五版，頁 263-270，臺北：元照。



為是否具有必要性，若具備必要性，則係阻卻違法之正當防衛，若不具備必要性，則係減輕罪責之防衛過當。至於防衛之法益與受到反擊之法益是否需具有衡平性，多數見解認為基於「正者無須向不正者低頭」之理由，認為防衛之法益原則上並不要需與受到反擊之法益需具有衡平性¹²⁷。司法院院字第 785 號解釋：「(十)在正當防衛，被侵害法益之價值必不相等，或輕於因防衛而受害之法益，在緊急避難所救護之法益其價值亦不必相等，或輕於因救護所損害之法益。」亦採此一看法。

緊急避難與避難過當，其要件均包括行為人必須具備避難意思，且須面臨避難之緊急危難情狀。二者差別在於其避難行為是否同時具有必要性及衡平性，若具備必要性，則係阻卻違法之緊急避難，若不同時具備必要性及衡平性，則係減輕罪責之避難過當。

二、防衛過當與避難過當

防衛過當與避難過當之法律效果，雖迭有究係違法性減少、責任減少或違法與責任減少之討論¹²⁸，但本文認為，上開規定是一種對防衛者與避難者寬容與寬恕的事由，並非阻卻違法事由，對於其減輕或免除其刑，主要理由也是在於「欠缺期待可能性」，亦即不可期待防衛者及避難者在危急之下，還能百分之百地做出符合法律規範所要求的必要性行為，因為防衛行為及避難行為常是處於非常態的狀態下所為，在該種特殊的情況下，會使人的決斷能力與對行為的控制能力低下，期待防衛者與避難者在該種情

¹²⁷王皇玉(2017)，《刑法總則》，三版，頁 286，臺北：新學林；許恒達(2016)，〈正當防衛與挑唆前行為〉，《月旦刑事法評論》，2 期，頁 105-106。

¹²⁸參張天一(2001)，《正當防衛原理與過當之處置方式》，頁 125-128，私立輔仁大學法律學系碩士論文；張喬崑(2008)，《正當防衛與防衛過當》，頁 156-158，私立東海大學法律學研究所碩士論文。



況下要跟一般狀態的普通人一樣做出合理合法的判斷，實屬強人所難¹²⁹。

三、防衛過當與期待可能性關係之探討

防衛過當，常常是民眾最容易被激起「正義感」的一種情狀，原因可能是多數民眾總期待以嚴厲的刑罰去處罰罪犯，然而透過法定的偵審程序，常常曠日廢時，且判決結果也不一定符合期待，因此防衛人即時、有效、嚴厲對犯罪人的反擊，往往容易獲得多數民眾的支持與同情，覺得自己當下在那個情境，一定也會這樣子反擊，數年前之「勇夫護孕妻」即是一例，本件即臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號判決中，也對於被告所提出「為保護自己與家人之安全而壓制被害人，乃一般人皆會為之舉動，無法期待伊不為防衛行為」之期待可能性抗辯有所回應，分析如下：

(一) 案例事實

何○翰於民國 103 年 10 月 25 日中午偕同孕妻伍○珊外出後，張○卿於同日晚間侵入何○翰住處行竊，後何○翰與伍○珊返家。何○翰進入屋內浴室時，發覺張○卿躲藏在浴室，張○卿隨即揮拳攻擊何○翰並試圖衝出浴室，何○翰即與張○卿扭打，張○卿遭推倒在浴室內淋浴間，何○翰隨即以左手壓制張○卿左側臉部，再跨至張○卿左側，同時以右手反向緊拉張○卿之衣領，於見張○卿呼吸困難、手部發抖、臉色蒼白後，仍持續壓制張○卿之臉部並緊拉其衣領，直至伍○珊報案、警員到場將張○卿上銬後，何○翰始放手，張○卿經送醫後不治死亡。

(二) 判決結果

¹²⁹王皇玉(2017)，《刑法總則》，三版，頁 349-349，臺北：新學林。



何○翰構成刑法第 284 條第 1 項過失致死罪。

(三) 法院見解

1. 被告具有過失且其過失行為與被害人之死亡有因果關係

依被告之智識及當時近身觀察被害人狀況應能注意其行為可能導致被害人死亡，故其主觀上具有過失；另被害人雖係因其本身冠狀動脈硬化性心臟病且同時被搗住口鼻及抓住衣領勒住頸部，造成窒息及心肌缺氧缺血之急性心肌梗塞而死亡，但被告之過失行為與被害人之死亡仍有相當因果關係。

2. 被告之防衛行為過當

本案被害人侵入住宅竊盜在先，遭被告發覺後反出拳攻擊，被告確實面臨現在不法之侵害。而被告採取左手推壓被害人左臉、再以右手反向拉緊被害人衣領之防衛手段，具所謂防衛行為必要性。被告第一時間遇到被害人襲擊，且其妻子懷有身孕，在實施反擊行為當時，防衛行為係必要。

但被告在發現被害人呼吸困難、手部發抖、臉色蒼白後，仍持續壓制被害人之臉部並緊拉其衣領，直至警員到場後始放手，終至被害人窒息死亡，實施之防衛方法，有失權益均衡之相當性而逾必要程度，屬防衛過當。

3. 被告之行為並非無期待可能性

被告另辯稱：伊為保護自己與家人之安全而壓制被害人，乃一般人皆會為之舉動，依據當時情況，社會無法期待伊不為防衛行為，而放任被害人對伊及伊配偶為可能之攻擊而不顧，是甚難期待伊不為壓制被害人之防衛行為，被告對於結果之避免，欠缺期待可能性，應無罪責云云。

然被告偕孕妻返家，驟然遭逢躲藏於其住處內之竊賊揮拳攻



擊，被告於遭此侵害之危急處境下，固難期待其不為防衛行為，然其既自承於防衛行為持續中，已見被害人有「掙扎且有喘不過氣的樣子、手也開始抖、臉色蒼白、比較沒有動作、感覺快沒力、快不行、且口罩下方流出紅紅的鼻血或檳榔汁」等情況，卻仍持續壓制被害人之臉部並緊拉其衣領，直至警員到場時，被害人已呈雙眼緊閉、膚色發黑、身體癱軟、無意識狀態而遭警員上銬後，被告始放手，則被告此等防衛方法，顯已逾越必要程度，其對於被害人死亡結果之發生，自應負其罪責，所辯對於結果之避免欠缺期待可能性云云，亦屬無稽。

(四) 本文評析

本件判決最終係以被告成立過失致死罪，判決被告有期徒刑 2 月併宣告緩刑 2 年。在構成要件層次，有學者認為被告之行為具有傷害之故意，因此其行為可能會該當刑法第 277 條第 2 項之傷害致死罪嫌¹³⁰，本文認為，判決中對於被告過失之描寫係著重於「應能注意其行為可能導致被害人死亡」，此點「致死」之過失固然並非爭議所在，然被告確實存在一個「以左手壓制張○卿左側臉部，再跨至張○卿左側，同時以右手反向緊拉張○卿之衣領」之客觀前行為，該行為是否尚不足以被評價係一傷害之行為，被告之行為進而無法該當傷害致死此一加重結果犯之構成要件，如同前開學者之見解，可能還是有一些疑慮。

法院於違法性層次認為：「實施之防衛方法，有失權益均衡之相當性而逾必要程度，屬防衛過當」，從判決使用之「權益均衡之相當性」文字觀之，似乎是認為被告的行為並不符合學說上的衡平性，因而有見解認為法院在本案中衡量利益是否均衡，顯

¹³⁰許恒達（2015），〈屋主的逆襲——再論延展型過當防衛〉，《月旦裁判時報》，41 期，頁 54-55。



然係增加了對正當防衛不當之限制¹³¹。

然而本文認為，依據整個判決的脈絡而言，是認為被告在發現被害人有「掙扎且有喘不過氣的樣子」等情形後，其行為才從正當防衛轉為防衛過當，法院應係認為在該等情況後，被告之防衛行為已經並非造成最輕損害的手段，因而欠缺防衛行為之「必要性」，不構成阻卻違法之正當防衛，因此，判決中雖使用了「權益均衡之相當性」之文字，但其所考量者似非保護之法益未大於侵害之法益，而僅係單純防衛行為欠缺必要性。

判決中很明確地以「被告掙扎且有喘不過氣的樣子」此一時間點，區分被告之防衛行為是否具有必要性，關鍵毋寧在該時間點之後，被告所處之防衛情狀已不存在，而在這樣防衛情狀中途消失的情況，有學者提出所謂的「延展型防衛過當」之概念，將被告之行為評價為接續之一行為，而非如德國通說將兩階段割裂處理¹³²。

此部分見解，判決中除文字之使用與一般學說有所差異外，本文贊同法院將正當防衛之情狀，在動態的事實變換中，認定被告之防衛行為確係一行為，而不會造成割裂適用上的混亂，並以法律要件之認定予以區分前後階段「有必要性」及「無必要性」，這樣的認定方法，其實比較符合現實，具有釐清事實之效果，且非全然緊守單一事實，僵化地適用法律。

在探討罪責的層次，對於被告防衛行為之部分固認為「難期待其不為防衛行為」，然正當防衛行為本屬阻卻違法事由，判決本處所指之期待應屬一般文義上之期待，而非罪責層次之期待可能性。既被告已於罪責層次提出欠缺期待可能性之抗辯，本件判

¹³¹張天一（2016），〈由「勒斃竊賊案」判決論過當防衛之判斷——評臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號判決〉，《月旦刑事法評論》，3 期，頁 104-105。

¹³²許恒達（2015），〈屋主的逆襲——再論延展型過當防衛〉，《月旦裁判時報》，41 期，頁 56-57。



決卻僅謂「此等防衛方法，顯已逾越必要程度，其對於被害人死亡結果之發生，自應負其罪責，所辯對於結果之避免欠缺期待可能性云云，亦屬無稽」，然而所謂「此等防衛方法，顯已逾越必要程度」應係指違法性層次中防衛行為欠缺必要性而不得主張正當防衛以阻卻違法之情形，僅係再度重申本件被告採取之防衛手段不構成正當防衛、無法阻卻違法，並未對於被告於罪責層次欠缺期待可能性之抗辯有所回應。

再防衛過當係屬罪責層次期待可能性降低的一種態樣，為刑法明訂的減輕或免除罪責事由，既防衛過當之概念法已有明文，雖被告於罪責層次係主張超法規之欠缺期待可能性之事由，然探求被告真意，應該是認為「為什麼可以期待我在那樣的情況下，還好好地選擇適當的防衛手段。」其抗辯範圍應包含期待可能性概念下、以防衛過當作為免除其刑之事由。

本件爭點既然在於究竟是否能期待被告於當時之情狀，做出合法之處置，即應以被告所處之情狀為基礎，論述其能力所可能達到的及無法達到的部分。然判決未對於**為何能夠期待**「被告於當時之情狀下，採取未逾越必要程度之防衛方法」此一爭點，進一步作較細緻之推斷及論述，而僅以被告所為逾越正當防衛之必要性為主要論點而駁斥被告於罪責層次之抗辯，論理上似乎不夠完整。

第二項 刑法分則的期待可能性

學說上就行為人之資格或身分，區分為純正身分犯及不純正身分犯。純正身分犯係指行為人之特別資格構成立法者「創設刑罰」的事由，因此，欠缺該特別資格者無法單獨構成此項犯罪（的正犯）。典型的純正身分犯，如具有特定公務員資格者才能構成



之收受賄賂罪、枉法裁判罪、濫權追訴罪等。不純正身分犯是某項犯罪之基本型態為一般犯，任何人皆能違犯，行為人之特別資格只是「加減刑罰」的事由，而非創設刑罰事由，所以無此特別資格者成立一般犯，有此特別資格者則成立不純正身分犯¹³³。

本文認為，在不純正身分犯中，於刑法分則以至於所有因行為人之特別資格、行為情狀或與被害人間特殊身分而「減輕或免除其刑」之規定，其中一部分之規定，是立法者基於期待可能性的考量而訂定的條文，例如刑法第 162 條第 5 項的近親犯便利脫逃罪及第 167 條近親犯藏匿人犯或湮滅證據罪，就是基於近親對於前開犯行，在其受惠目標係自己親屬時，難免徇私而觸犯法律，現實上，即在有該等身分之前提下，難以期待近親不予犯人任何形式之協助，故在近親觸犯前開犯行時，予以減輕或免除其刑之恩典。

另外刑法第 274 條生母殺嬰罪，相較於刑法第 271 條之一般殺人罪，多了行為情狀「生產時或甫生產後」及行為人身分「生母」之要件，而刑度僅係六月以上五年以下有期徒刑，顯然較依一般殺人罪最輕十年以上有期徒刑來的輕很多。本條之立法原因應係考慮母在生產時或甫生產後精神狀況不佳，且母會對自己子女下殺手，應會有不得已之原因，因而認為在該等假設之前提下，相較於一般殺人之犯行，對於法條所規範前開情形下之期待可能性有減少之情況，因而給予較一般殺人罪輕刑度之恩典。

此外，亦有其他刑事政策上的減輕或免除其刑，例如刑法第 166 條對於湮滅證據的自白，有學者見解不論是哪一種情況，不

¹³³林鈺雄（2016），《新刑法總則》，五版，頁 107-108，臺北：元照。書中係以「特別犯」之用語表示「身分犯」，然因學說上多使用「身分犯」之用語，故本文使用「身分犯」之用語。



妨都視之為廣義的責任概念上的減輕規定¹³⁴。

第三項 義務衝突

所謂義務衝突，係指同時有數個互不相容之義務存在，如履行其中一個義務，則勢必無法履行其他義務¹³⁵。學說上認為，如履行較高、較重要之義務，而侵害程度較低之義務，基於優越利益之原則，自得阻卻違反；但若所履行係較低之義務，而侵害程度較高之義務，則不得阻卻違法，至多僅能阻卻其責任¹³⁶。

第二節 實務見解中的期待可能性

「期待可能性」之概念並無明文存在於我國實定法中，然而因其係罪責之最上位、核心概念，在法定阻卻或寬恕罪責外，「期待可能性」概念其實還有補充罪責內涵的功能，我國實務見解出現「期待可能性」之用語亦並非少見，然實務對於「期待可能性」之態度有多種態樣，本文整理分析如下：

第一項 闡釋定義

關於「期待可能性」概念的意義，除學界已經有相當完整之定義外，於我國的實務見解中，亦對於此項概念有清楚的解釋及定義，如臺灣高等法院 101 年度上易字第 2061 號：「所謂期待可能性，指依行為當時之具體的情況，得期待行為人不實施違法行為，而為其他適法行為之義。如按行為當時之具體情況，並無期待可能性，即不能期待其不為此項行為，自不能令行為人負其責任。簡言之，有期待可能性，則有責任非難可能；無期待可能性，即無責任非難可能。」

¹³⁴黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 663-666，臺北：元照。

¹³⁵甘添貴（1998），〈義務衝突之性質與解決原則（上）〉，《月旦法學雜誌》，40 期，頁 14。

¹³⁶甘添貴（1998），〈義務衝突之性質與解決原則（上）〉，《月旦法學雜誌》，40 期，頁 15。



第二項 肯定見解

雖然「期待可能性」作為超法規阻卻罪責事由，並未獲得實務見解一致之承認，然實務見解如臺灣高等法院 102 年度上易字第 2792 號¹³⁷判決採肯定見解，並採取行為人標準說之標準，本件判決於論述大前提時明確表示：「又行為人的行為具備構成要件該當性，並且具有違法性後，在論其有責性時，行為人除了需具備責任能力，以及違法性認識或認識可能性外，對行為人而言，另外還需有為適法行為的期待可能性存在。因此，行為人在實施某違法行為時，在當時的具體情況，縱有故意或過失，倘依其周圍的環境情況或附隨的情事，無法期待其避開違法行為，而為適法行為時，仍不予責任的非難，無期待可能性得為責任阻卻事由。行為人有否實施適法行為的期待可能性，原則上採行為人標準說，亦即以行為人個人通常的能力以及行為之際，行為人本身具體的事情為標準，判斷有否可能期待行為人為適法行為。」

第三項 保守見解

相較於前開採取肯定見解之方式，亦有較保守之見解如最高法院 104 年度台上字第 3528 號判決：「刑事法學上所謂的『期待可能性』，一般在『罪責』或『有責性』的層次討論，乃責任要素之一，係指依行為時之具體情狀，可得期待行為人避免做出犯罪行為而為適法行為的可能性，為法理上創造之概念，法律並無明文規定，其是否屬『超法規阻卻責任事由』，尚有爭論。雖有認『期待可能性』作為『超法規阻卻責任事由』的適用，可實現法律追求公平合理之思想及符合刑法謙抑精神，展現人性的關懷，但亦有違及法律安定性的質疑。特別在故意作為犯的論證中，

¹³⁷ 本件即文林苑都更爭議案。事實概略為被告等人不願參與都市更新，為返回其住所，而毀損文林苑工地之圍籬 8 片及鐵橫桿 7 支。



對於符合犯罪構成要件並具違法性且無法定阻卻責任事由之行為，是否適用超法規之『期待可能性』以排除行為人罪責，尤應慎重，除非在極為例外之情形，於具體個案中慎重斟酌判斷之。否則在『期待可能性』概念不明確之情形下予以適用，將削弱刑法一般預防的作用，反而有害法治國家的刑事司法制度。」

第四項 法規解釋輔助

壹、以期待可能性概念限縮之例子

實務見解在教唆頂替及共犯湮滅證據之情況，直接運用期待可能性概念限縮犯罪主體，如臺灣高等法院 99 年度上訴字第 2691 號判決即認為：

一、犯人教唆頂替不罰

按犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列（最高法院 24 年上第 4974 號判例、同院 47 年台非字第 50 號判決）。

二、共犯湮滅證據不罰

同屬妨害司法罪章之刑法第 165 條所謂湮滅關係他人刑事被告案件之證據，必以所湮滅者**非其本人犯罪之證據為要件**，否則縱與其他共犯有關，亦難律以該項罪名。此觀於同法第 167 條就配偶及其他血親姻親等圖利犯人而犯該條之罪特設減免其刑之規定，則共犯為其本人之利益而犯時，並不包含在內，自可得當然之解釋（最高法院 25 年上字第 4435 號判例），亦認**共犯湮滅關係自己刑事案件之證據，為人情之常，無期待可能性**，而於立法時予以限縮。」



貳、以期待可能性解釋教唆偽證可罰

相較於前開犯人教唆頂替及共犯湮滅證據不罰之見解，**教唆偽證**是否也能因為行為人欠缺期待可能性而不罰？臺灣高等法院 101 年度上訴字第 1272 號判即認為：

一、教唆偽證使第三人侵害國家偵查、審判法益

按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果而言。被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。復按教唆他人犯罪者為教唆犯，應依其所教唆之罪處罰，刑法第 29 條定有明文，是教唆犯之可罰性，乃因第三人本無犯罪之意思，因教唆者之教唆始萌生犯罪之意思，故教唆犯於行為時，對於其所教唆之罪自有違法認識之故意與非難性，雖被告於自己之刑事案件中為虛偽之陳述，惟因對其行為無期待可能性，故其行為不罰，然倘被告除於自己刑事案件中本身為虛偽陳述外，尚教唆他人為同樣之虛偽陳述，就該第三人而言，已係侵害國家偵查、審判權之法益，而被告亦係基於侵害國家法益之另一目的而為，自與自己於刑事案件中為虛偽陳述、自行湮滅證據等情係基於行為之無可期待性不同。

二、與教唆頂替情況不同，不得援用

縱刑法第 164 條第 1 項、第 2 項分別規定「藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，或使之隱避者，處二年以下有期徒刑、拘



役五百元以下罰金」、「意圖犯前項之罪而頂替者，亦同」，惟刑法第 164 條第 1 項之頂替罪，須以指使或指示隱避為構成要件，即行為人須有主動之指使或指示犯人之行為，而非由於犯人之發動指使或指示隱避，縱最高法院亦著有 24 年上字 4974 號判例：「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列」，惟此判例乃針對刑法第 164 條第 2 項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證之免責事由，故自不得以為脫免自己罪責，而於自己刑事案件教唆他人偽證，亦認其行為無可期待性而不予不罰。

第五項 作為免刑事由

期待可能係罪責層次之概念，若行為人之行為欠缺期待可能性，期法料效果應該是不構成犯罪而應判決無罪，但實務見解有於個案中直接使用「期待可能性」概念判決免刑，如臺東地方法院 89 年度易字第 1 號判決，分析如下：

壹、案例事實

宋○蕙自外地到臺東縣成功鎮開設「帝王薑母鴨」店，經營小吃店生意。後李俊輝於 88 年 10 月 29 日，攜賭博性電動玩具「金象王」一台至宋○蕙店內，欲寄放擺設其內，宋○蕙雖不欲供其擺設，惟基於不想得罪本地人之想法，即消極性接受其寄放，將該機台擺設於店內，供該場所不特定之賭客賭博財物，二人言明李○輝定期前來收帳，與宋○蕙對分。

貳、判決結果

宋○蕙構成刑法第 266 條在公眾得出入之場所賭博財物罪，免刑。



李○輝構成刑法第 266 條在公眾得出入之場所賭博財物罪，處罰金。

參、法院見解：

一、被告二人所辯皆不足採，均構成刑法第 266 條在公眾得出入之場所賭博財物罪。

二、對於罪責層次之描述：

被告宋○蕙所以提供場所公然賭博，實係出外謀生，不敢輕易得罪本地民眾，不得已而以消極方式擺放賭博機具之犯罪動機，及被告不常將機具插電營業，犯罪後未久即為警查獲之犯罪所生危害尚屬輕微，面對此飲食業者之特殊壓力，實有不得不接受機台擺放之苦衷，足堪憫恕，本院認其所為犯行，已難有期待可能性，堪於罪責性要件層次減輕其刑，其不作為之犯罪情狀，無論自主觀及客觀上之觀察，既堪憫恕，應依刑法第五十九條之規定，酌減其刑，又本院認被告犯罪情節又尚輕微，即便減輕其刑仍嫌過重，被告實無另執行刑之必要，爰依刑法第六十一條第一款之規定，免除其刑，以勵被告自新。

肆、本文評析

本件判決中，在被告宋○蕙的量刑部分，明白地使用了「期待可能性」之用語，且明確認為被告所為「已難有期待可能性」，即被告已經完全欠缺為合法行為的期待可能性。就前開學理上討論之「欠缺期待可能性」之法律效果，應阻卻罪責，其結論應為無罪。然本件判決卻認定「被告行為已難有期待可能性」之法律效果為「於罪責性要件層次減輕其刑」，推敲其意，應係認為被告行為仍具有罪責，只是以期待可能性的觀點將其罪責降低至零而已，這樣的推論亦可從判決結果被告係獲得免刑之有罪判決而



佐證。然本文認為，法院於本案中其實已經注意到了被告欠缺期待可能性的這個事實，且將該概念明白載明於判決理由中，若依學說上之見解，或可在罪責層次以欠缺期待可能性為由阻卻其罪責，使被告獲得一無罪判決。但本件判決或許是囿於司法實務上現今對於期待可能性仍欠缺明白的承認，先例一開恐對未來有重大影響，故仍以免刑判決之方式使被告不用負擔實質上的刑罰。

第六項 軍事體系中的適用

在軍事體系中，因為嚴格的服從關係，使得下屬可以依其自由意志而行為的空間更受到限制，因此在軍事體系中的期待可能性，是一個值得探討的議題，本文整理 2 則關於軍事體系的判決，然法院對「期待可能性」之運用似有寬嚴不一之情形，分析如下：

壹、自費買裝備案

一、案例事實：

陳○銘係陸軍後備 908 旅通信連少校連長，潘○迪係該旅上尉輔導長，鍾德○璋及陳○楓分別係該旅的上士及中士。後備 914 旅通信連於 94 年間曾將 4 具「M13A1 式雙目望遠鏡」報准遺損核賠，但並無補新品或辦理除帳，嗣後備 914 旅通信連於 95 年被裁撤，相關裝備並於同年 9 月 26 日移交後備 908 旅。後來 98 年間，陳○銘想要再次報准遺損核賠，但因相關資料因年久遺失而屢未通過，為解決長期以來「有帳無料」的情況，自費 3 萬 4000 元請不知情之上士向民間軍用品社買了 4 具仿製之「TS-71 式雙目望遠鏡」，再指示鍾○璋於裝備檢查的時候，以「發現帳上的 M13A1 式雙目望遠鏡再經鑑定確認後其實是 TS-71 式雙目望遠鏡」之不實理由，辦理帳籍調整變更，鍾○璋並在後備 908 旅通信連主官保證書、軍品調查報告表及軍品調整報告表



等職務上所載公文書上記載上開不實內容，但鍾○章認為不妥而不在前開公文書上蓋章，另轉交不知情之陳○楓簽名蓋章，再轉交不知情輔導長潘○迪簽名蓋章。最後鍾○璋再製作呈文並蓋用單位印信並檢附上開登載有不實內容之公文書交陳○楓呈報。

二、判決結果

(一)一審判決(國防部高等軍事法院高雄分院 101 年訴字第 13 號判決)：被告陳○銘、潘○迪、鍾○璋及陳○楓均無罪。

(二)二審判決(國防部最高軍事法院 101 年度上訴字第 9 號判決)：被告陳○銘及鍾○璋均構成陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 4 款、刑法第 216 條、第 315 條之公務登載不實罪。被告潘○迪及陳○楓均無罪(被告陳○銘、潘○迪及陳○楓之部分於二審判決確定)。

(三)三審判決(最高法院 102 年度台上字第 4092 號判決)：關於鍾○璋部分廢棄。

(四)更一審判決(臺灣高等法院臺南分院 102 年度軍上更(一)字第 2 號判決)：上訴駁回(即維持被告鍾○璋一審無罪之判決)。

三、法院見解

本件被告陳○銘、潘○迪及陳○楓之部分於二審判決確定後，僅被告鍾○璋上訴最高法院。最高法院認為刑法第 21 條之規定在軍人身分時應從嚴認定該條之例外情形，採取更高密度之審查標準：「雖非可謂軍人排除上開刑法但書(指刑法第 21 條)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，即應採取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」。原因在於，軍人以服從為天職，同時軍人受有陸海空軍刑法第 47 條第 1 項違抗長官職權範圍內所下達與軍事有



關命令罪責追訴之可能，此外，法院亦明示本件亦應審酌有無期待可能性而阻卻責任之可能：「…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」。

本件經發交臺灣高等法院臺南分院更審後，其認為被告鍾○璋亦如同被告潘○迪及陳○楓，並不知陳○銘之命令確實違法，而以刑法第 21 條第 2 項前段之規定，駁回國防部高等軍事法院高雄分院檢察署檢察官之上訴，維持被告鍾○璋無罪之判決。

貳、詐領誤餐費案

一、案例事實

王○成與徐○發分別是聯勤第四地區支援指揮部綜合行政組中校組長及少校軍醫行政官。王○成為了避免「動員整備-國內旅費」預算 1 萬 5000 元之執行率未達 100%而遭檢討，並為了支領經費作為同仁聚餐或婚喪喜慶贈禮所用，便在歷次動員業務之誤餐費結報作業中，指示徐○發虛列並無出差誤餐之組內同仁。徐○發第一時間不願意配合並提出質疑，但在王○成以嚴厲口氣命令並表示有事會負責後，徐○發遂照王○成之指示辦理，因而以「以少報多」及「以無報有」之方法，虛報 1 萬 3500 元之誤餐費，並轉呈該管參謀長核可，再轉送國軍鳳山財務組審核，國軍鳳山財務組因而陷於錯誤，撥款前開虛報 1 萬 3500 元之誤餐費。

二、判決結果

(一)一審判決(國防部高等軍事法院高雄分院 95 年度訴字第 9 號判決)

王○成及徐○發均構成貪汙治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上之機會，詐取財物罪。



(二)二審判決(國防部最高軍事法院 95 年度上訴字第 19 號判決)

王○成構成貪汙治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上之機會，詐取財物罪。

徐○發構成刑法第 216 條、第 213 條行使公務員登載不實公文書罪¹³⁸。

(三)三審判決(最高法院 98 年度台上字第 6806 號判決)

上訴駁回即維持二審判決。

三、最高法院 98 年度台上字第 6806 號判決見解

本件被告徐○發以「上訴人係受長官王○成指示，且王○成表示要負起全部責任之情形下，不得已簽辦結報誤餐經費，以當時情況，做下屬之人實無拒絕可能，應認上訴人欠缺『期待可能性』而有阻卻責任之事由，不應令負刑責」作為其上訴第三審理由之一。

然最高法院就被告該部分「欠缺期待可能性之抗辯」則回應以「行為人受不法之強暴、脅迫而實行犯罪行為，倘無期待可能性，依學者通說，固應阻卻責任，惟仍以所受之強暴、脅迫，已致其生命身體受有危險，而臻於不可抵抗，而又不能以其他方法避免之情形，始足當之。查上訴人偽造誤餐費人員名冊及經費結報表，固係奉直屬長官王○成之指示所為，但以上訴人服務軍旅十餘年，曾經擔任少校連長、副營長、預防醫學官等職務，對於偽造誤餐費人員名冊及經費結報表係屬違法之行為，難認為上訴人所不知。而依上訴人所供，上訴人原本不願意偽造誤餐費人員名冊及經費結報表，係因王○成予以斥責並表示有事其會負責，上訴人祇好照做等語，亦顯無因受王○成之強暴、脅迫，致其生

¹³⁸詐取財物部分，無法證明與王○成有犯意聯絡，因此不另為無罪之諭知。



命身體受有危險，而已臻於不可抵抗，而又不能以其他方法避免之情形，難認『期待不可能』而得阻卻責任」。

參、本文評析：

上開自費買裝備案及詐領誤餐費案，其案例事實均發生於軍事體系之內，2 案例中之共犯都具有長官與部屬之關係，即自費買裝備案中少校連長陳○銘與中士鍾○璋；詐領誤餐費案中中校組長王○成及少校軍醫行政官徐○發，而部屬都是因接受長官的不法命令進而執行才遭起訴，2 案中最終都僅有部屬上訴到最高法院，因此判決一部分的重點便在於軍事體系內長官與部屬間上命下從的關係是否會影響部屬為不法行為的期待可能性。

軍事體系比起一般公務體系，不服從上級公務員之命令，可能頂多受到行政懲處，軍事體系內若不服從上級命令，可能構成陸海空軍刑法中的抗命罪而被判處刑罰，可見軍事體系是最嚴格要求上命下從的科層組織，其目的無非在於透過對軍職人員之服從教育，建立一有效指揮體系，如此方能完全發揮軍隊之機能，從而，下級軍職人員面臨上級違法之命令，其在罪責層次上之義務衝突情況比起一般公務員顯然更鉅，其罪責層次之「期待可能性」似乎更有討論之空間¹³⁹。

在自費買裝備案中，最高法院直接於判決中明白交代在該案之情形須審酌行為人鍾○璋是否具有期待可能性之情形，一方面可以得知其見解對於期待可能性概念於實際案例之適用、尤其是在軍事體系內之情形，係採取較開放、寬鬆之態度；而在詐領誤餐費案中，徐○發雖以其「欠缺期待可能性」為由作為上訴的理由之一，然最高法院於該案中採取「須被告受不法強暴、脅迫，

¹³⁹楊皓潔(2008)，〈從刑法期待可能性概念論軍職人員依上級違法命令之行為-以〈德國邊境圍牆守衛案〉為核心探討素材〉，頁1，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



已致其生命身體受有危險，而臻於不可抵抗，而又不能以其他方法避免之情形」之較保守、嚴格標準駁回徐○發此一部分之上訴理由，且對於軍事體系內上命下從要求較高之情況未置一詞。

若於自費買裝備案中，對期待可能性部分之見解採取詐領誤餐費案之嚴格標準，自費買裝備案之行為人顯然是不具備欠缺期待可能性而得阻卻罪責；反之，若於詐領誤餐費中，對期待可能性部分之見解採取自費買裝備案中之寬鬆標準，行為人或有可能以欠缺期待可能性為由阻卻或減輕罪責。最高法院上開二見解顯然對於期待可能性在軍事體系內之適用有不同之看法，然而，這也顯示了期待可能性此一概念在實務適用上的困難，即判斷標準極不明確之情況。

第七項 基礎理論介紹

實務案件中，被告援引期待可能性作為抗辯方法並不罕見，但若非特殊極端之案例，實務見解多未以較長篇之論述解釋為何被告此部分所辯並不可採，然亦有如臺灣高等法院臺南分院 104 年度交上易字第 606 號判決，對期待可能性之定義、起源、外國法、學說見解以至於個案如何操作，有完整之論述及介紹，分述如下：

壹、案例事實：

蘇○發在 104 年 5 月 2 日凌晨 0 時，在其所經營、位於嘉義市的海產店飲用威士忌後，在同日凌晨 1、2 時許，在嘉義市東區民族路、興中街交岔路口處時，聽聞施○慧呼救，經詢問後施○慧告稱檳榔攤店員小姐遭賀○中強制猥褻，賀○中並騎腳踏車逃跑。蘇○發旋即騎乘機車追捕嫌犯賀○中。嗣後蘇○發在嘉義市東區垂楊路與吳鳳南路交岔路口處，逮捕賀○中，並請路人報



警處理。警方抵達現場後，除將賀○中送辦外，另對蘇○發施以吐氣酒精濃度測試，測得其酒精濃度值為每公升 0.45 毫克。

起訴法條：第 185 條之 3 第 1 項第 1 款

貳、判決結果

一、獨任第一審判決(臺灣嘉義地方法院 104 年度嘉交簡字第 647 號):構成刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款，有罪。

二、合議庭第一審判決¹⁴⁰(臺灣嘉義地方法院 104 年度交簡上字第 44 號判決):無罪。

三、第二審判決(臺灣高等法院臺南分院 104 年度交上易字第 606 號判決):構成刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款，有罪但免刑。

參、合議庭第一審判決見解

一、被告所為不構成阻卻違法事由

刑事訴訟法第 88 條第 1 項雖有規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之」，可以據以為刑法第 21 條第 1 項依法令行為之阻卻違法事由。但在這個時候可能的阻卻違法行為，應該是逮捕過程中可能造成對現行犯剝奪行動自由或傷害之行為，並非係指被告於實施逮捕前之行為（如本件即為逮捕前之酒後騎車行為）均可阻卻違法。

二、明白承認期待可能性之概念

按犯罪乃不法且有責之行為，是一行為縱具備構成要件該當性與違法性，尚須該行為人具備有責性，行為人之行為方屬犯罪而得處以刑罰，是所謂「無責任即無刑罰」。而有責性之核心內涵在於「期待可能性」，亦即行為人在行為當時，如可期待為合

¹⁴⁰第二審合議庭認為不得以簡易判決處刑，改依通常程序審理，並自為第一審判決。



法之行為，卻選擇不法之行為，即屬有責任而應接受刑罰，反之，如無可期待為合法行為時，其行為即具期待可能性，法律無法強人所難，自不能否定其價值，從而不能科以責任，行為人即因而阻卻責任。

三、被告之行為欠缺期待可能性

被告屬當時現場唯一可能追躡、逮捕嫌犯賀○中之人；而追躡之手段，除騎乘上開機車外，無其他選擇；再強制猥褻犯行所侵害之法益程度，遠高於酒後不能安全駕駛動力交通工具犯行所侵害之法益程度；被告當時雖有飲酒，然自被告上開連串舉措觀之，自可推認其酒後應未失卻日常生活中應有之注意、判斷、行為能力。如罔顧被告當時酒後騎車之動機係為追躡、逮捕嫌犯賀建中，一味要求被告遵守刑法對於酒後不能安全駕駛動力交通工具之規範，並繩之以刑責，不僅過苛，日後更足以使有心見義勇為之人，面對他人危難、急需協助之際，臨危卻步，形成人人自掃門前雪，不管他人瓦上霜之冷漠。故而，揆諸前開「法不強人所難」之法理，被告既屬當時現場唯一可能追躡、逮捕嫌犯賀○中之人，而追躡之手段，除騎乘上開機車外，又別無其餘選擇之情境下，仍要求被告遵守上開刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款之規範，實無任何期待可能性。是被告就本件酒後騎車犯嫌，自得以阻卻其罪責

肆、第二審判決見解

一、規範責任論之核心概念即期待可能性

責任乃違法行為之非難，早先學界對罪責之看法採心理責任論，將責任之全部理解為事實與行為人意志間單純之心理聯繫，



然此容易導致對缺乏可責性之行為人論罪究罰，就該等理論上之重大缺陷，乃有規範責任論主張非難之認定尚需借助規範性之評價標準，認為責任之本質，非僅單純故意或過失之心理狀態，更是規範意義上之可責，責任之產生，乃心理事實與價值判斷之結合。規範責任論之理路，係認法律非僅是行為之評價規範，亦是意思決定之指導規範，要求並期待行為人能加以遵守，故責任之判斷取決於行為人是否決定違反規範，有意思決定自由卻選擇違反規範，自應予非難而產生責任；反之，苟行為人在意思不甚自由之特殊情況下，不能或較難期待其不選擇違法行為者，當即應阻卻或減免其責任。據此可知，符合規範行止之期待可能性，乃規範責任論之核心概念。

二、期待可能性概念不宜普遍承認，僅能作為刑罰節制原則

期待可能性概念，適於解釋所有阻卻罪責事由，但個案中是否會具有期待可能性，概念與標準模糊，要件與界限不明確，在不同判斷者及個案中常有不同標準，實務上難有一致性與確定性。而期待可能性不僅關係到責任之有無，亦涉及其輕重，是除非法有明文，否則基於法安定性之理由，司法者不得援引無期待可能性作為普遍適用之（超法規）阻卻罪責事由。充其量祇能當作一項刑罰節制原則，指示法官必須仔細周詳地考慮與罪責有關之個別情形，特別是在較具開放暨待填充性質之違反命令規範犯罪領域，例如：以注意義務為內涵之過失犯，或須界定作為義務範圍之不作為犯，蓋其均是違反命令規範所期待應為一定作為之犯罪，有須適當界定各該注意或作為義務範圍之必要。

三、考察德國法見解

考諸德國學術研究將罪責之觀察重心，從行為人之選擇自由，



移轉至行為人對行為之控制能力，改謂期待可能性僅是在個案中具調節作用之原則，亦即依據個案事實，對過失犯之注意義務與不作為犯之作為義務劃定界線，在解釋個別法條時發揮調整功能，藉以指示法官考慮具體案件中所有重要情況而為正確判斷。隨之，德國司法實務亦嚴格限制以無期待可能性作為超法規之阻卻責任事由，略以：將法定阻卻責任事由之無期待可能性理論，擴張適用於所有之故意行為，並非允當之看法，蓋從法理上之觀點而言，刑法在責任領域中，對於自由意志之形成，固然須有判斷標準，但應該是以法定之形式為原則。由於期待可能與否恆為責任非難之基礎，且已蘊含於各項責任相關規定概念中，倘再將之視為獨立之超法規阻卻責任事由，然其本身卻缺乏一致性之判斷標準，勢必會削弱刑法之一般預防功能。再者，在刑法體系上，阻卻責任事由規定本身即是責任推定之例外，不宜在此例外之上再設例外。

四、考察日本法見解

日本學界通說支持以欠缺期待可能性作為超法規之阻卻責任事由，然其司法實務並不明確支持。日本學界通說雖認為欠缺期待可能性得作為超法規之阻卻責任事由，且戰後初期若干下級審亦予肯定，而代表司法實務見解之最高裁判所固予認同，然並不持正面積極肯定之態度。故而，應不足謂日本司法實務明確肯認無期待可能性得為獨立之超法規阻卻責任事由。

五、考察我國見解

我國學界所採之規範責任論通說都認為期待可能性為責任要素，且不少學說贊成將無期待可能性列為獨立之超法規阻卻責任事由。但因為我國刑法並無明文，而且代表司法實務見解之司



法院解釋及最高法院判例，就此亦未有明白之肯認事例，因此期待可能性充其量僅得作為解釋特定犯罪適用範圍之法理依據，即在責任非難之個案判斷中，作為規範概念的調整原則。例如：刑法第164條藏匿人犯或使之隱避、頂替罪，法條本身就行為主體本未設限，然解釋上不包括犯人或脫逃人本身（最高法院24年上字第4974號判例）；同法第165條湮滅他人刑事證據罪，法條將行為客體自始限於「關係他人」之刑事證據，然解釋上該「他人」不包括共犯，亦即將共犯解釋為「非他人」而歸類為行為人己方（最高法院25年上字第4435號判例）；教唆他人為己有利之偽證，不罰（最高法院28年上字第312號判例）。以上見解，並非直接將期待可能性當作一項獨立之責任要素，而是將與行為人意志形成之相關要素，從期待可能與否之觀點加以限制，以求合乎人情與事理，而非得廣泛地作為一般普遍適用之超法規阻卻責任事由。

六、學說總結

不宜承認欠缺期待可能性得作為普遍適用於故意犯之超法規阻卻責任事由。

七、期待可能性的客體在於其犯罪行為本身

犯罪乃違反禁止規範，所期待行為人者，係不犯罪、不得酒後駕駛動力交通工具，亦即不實行合致構成要件之違法有責行為，期待可能性理論關注與探究之對象，始終且應該是「（合致構成要件之違法）行為本身」是否有阻卻或減免責任事由（酒後駕駛動力交通工具），而不在於其所欲達成他項事實之動機或目的（追捕準現行犯）。酒後騎駛機車追捕準現行犯並非法定超法規阻卻罪責事由），倘暫置無期待可能性得否為超法規阻卻責任事由之



爭議不論，於本件案發當時之具體情境下，縱使無被告以外之適當人選追捕行將逃逸無蹤之準現行犯，然追捕準現行犯並非被告之義務，即便其心理有不必要之道義歉疚，然並無不得不為之事實或規範等壓迫情境與心理，自無當為、須為且無其他合法方式可為之情況（無其他有效方法追捕準現行犯，並非期待可能與否之判斷對象）。期待可能性主要以他行為可能性（作為或不作為）作為參考基準，法規範期待處於酒後狀態之被告為適法行為之具體作法，不外放棄騎駛機車而已（不作為），別無其他，並無期待不可能之情形。換言之，被告因熱血驅使，酒後騎駛機車追捕嫌犯，並非處於非常態之不能自由選擇或無法自制而犯罪可言，尚不能因其道義上之高尚動機與目的，阻卻其公共危險罪責。

八、本案情形亦不適用義務衝突

追捕準現行犯並非被告之義務（除執勤中之警察外，對任何人亦同），然不得酒後騎駛機車則為被告應受之法律禁令，由是明顯可知對被告而言，並無作為義務（追捕準現行犯）與不作為義務（不酒後騎駛機車）衝突之問題。

而法益衝突或義務衝突之所以須權衡，無非是為了維持法秩序內在之一致使然，本件既無義務衝突，被告所面對者，僅僅是不得酒後騎車之禁令而已，別無非追捕嫌犯不可之誠命，就其違法行為之責任判斷，自無衡量法益輕重以定其期待可能與否之餘地。至多祇能斟酌被告事實上係就兩者比較考量後，賦予追捕嫌犯一事較重之份量以致犯罪，而得於觸法行為之罪責判斷上，予以減輕或免除。

舉例來說：倘於別無他法之情況下，酒後駕駛機動車輛救護傷亡，其所欲保全者，為生命、身體法益之緊急危難，苟救護之



對象為妻兒行為人因緊密生活關係，對之負有保證之保護義務，此方為義務衝突（亦為緊急避難）；苟對象為不相干之路人，則為緊急避難。藉由上述類似但本質不同之事例對照，益徵被告本件酒後騎駛機車追捕嫌犯，並無期待不可能之艱難情境。

九、對於原審援引期待可能性之概念之評析

第一審判決引用期待可能性之概念，已經欠缺法律依據，再者，第一審判決將重點擺在是否能有效追捕嫌犯，而非論述為何無法期待被告不騎車，亦有違誤。

十、本件情況處以最低度刑，猶嫌苛刻而屬過重，

本件被告造成的危害不高，且係為助益國家打擊犯罪，依刑法第59、61條之規定，免除其刑。

伍、本文見解

本件二審判決介紹了期待可能性的核心概念，並考察了德國、日本及我國之見解，並於個案的操作中，釐清了期待可能性關注的重點在於「能不能期待行為人不為違法行為」此一概念，將關注重點擺在究竟是什麼樣的理由，我們才不會去期待一個人放棄違法行為，而無須將其他外在一切、可能僅是量刑事由的環境因素考慮在內。

雖本件判決對於期待可能性的概念之適用，採取較保守的態度，認為期待可能性此一概念作為超法規阻卻罪責事由，因「概念與標準模糊，要件與界限不明確」，不得援引無期待可能性作為普遍適用之超法規阻卻罪責事由，與本文之見解不同，但就此一概念基礎的交代、回顧、比較法研究、論述及實際個案中適用的推論，提供了實務未來就此一概念再為發展、研究的基礎。

第三節 小結



在規範責任論下，罪責的核心概念就是期待可能性，依本文的想法，所有的法定阻卻或減輕罪責事由，都是期待可能性概念的落實，然而，現實上仍然存在著更多「行為人欠缺期待可能性、卻因其情狀並非法定阻卻或減輕罪責事由」之情況，導致行為人仍然需要受到刑罰處罰，如此之結果，已經與主流見解下規範責任論之內涵不符。

且參照前開實務見解，有部分見解雖已明白承認此一概念，然即以法未明文對期待可能性之適用採取較保守之立場。本文認為，在承認規範責任論下的罪責此一前提下，在立法論上，有必要欠缺期待可能性之情況予以明文規定，本文大膽提出立法論之芻議，就定義方面可將期待可能性之意義明文定義為：「依行為當時之具體的情況，得期待行為人不實施違法行為，而為其他適法行為」；就法律效果方面可以立法如下：「I 欠缺期待可能性之行為，不罰。II 期待可能性顯著降低者，得減輕其刑。」



第四章 制度缺失下的期待可能性

第一節 活在不完美世界的人們

在承認人有自由意志的前提下，每個人原則上都應該為自己的行為負責，但是在現代社會中，並無法直接地將這個人有自由意志，與這個人應該負責直接畫上等號，除了本文先前提到的責任能力及不法意識的問題外，更是因為在期待可能性的罪責架構下，人類其實是活在如前述的「修正的非決定論」中。

在高度分工、專業化的現代社會中，為因應各種生活需求而產生了「制度」，如醫療制度、法律制度、交通制度、軍事制度及公務員制度等等，而所謂的制度，是指一套穩定的規範系統，而規範係由人類生活中所因為人們互動、反覆出現的日常下所累積的規則、共同的策略及外在的物理環境組成¹⁴¹。制度係為更有效率地推行社會的需求所產生，制度本身都是中性的存在，需要由人去補充其內涵，但由於人只是有理性的意向，所以，加入組織而成為一員，並不能使人變為理性。人們在制度或組織內總是依循著一定的規則或是慣例活動，然而在制度的運作下，將使人的自由更受到壓迫，制度的決定也常常凌駕於個人的自由意志，因為人在組織裡將會被化作為一個行政的小分子，所做的決定受到組織所影響，經由分工、權威層級體制、溝通途徑、職前或在職訓練的過程，人被社會化地接受組織的目標，接受組織所提供的資料，而正確地做出合乎組織所需的決定，然而，這個決定本質是「組織的」而非「個人的」。因而是組織的理性加強，而非個人變為更理性，在這樣的模型之下，情境已被組織界定，組織

¹⁴¹Sue E. S. Crawford and Elinor Ostrom, *A Grammar of Institutions*, 89(3) *The American Political Sciences Review* 582, 582 (1995).



是情境的釋義者，人在決策過程中，只不過是組織的工具，也因為如此，組織的變數，如分工、溝通等，對人在組織裡的行為，有了絕對的控制¹⁴²。

在制度、系統或是組織的驅使、壓迫甚至是缺乏下而運作的人們，是不是也會無意間失去了意思決定的自由，或是找無管道無法實行其自由意志，因而欠缺了使其放棄違法行為的「期待可能性」。會這樣思考的原因除了制度本身在設計上就不可能毫無瑕疵以外，而且社會日新月異，生硬的制度不可能趕得上人類社會的變遷，無論是制度的欠缺或是瑕疵，在來不及改善的情況下，制度本身就很有可能成為法益侵害的元凶，而制度下活動的人們，受制於制度的運作，只能無辜地成為代罪羔羊。

在複雜的制度、系統或是組織中，系統內的任一構成要素與其他的要素之間會以非預期或察覺不出的形式而相互作用影響。雖然所有系統都有相互影響的要素存在，但是當一個能提供多種作用的某一要素失去作用時，或者是當所有互相依賴的要素也失去作用時，都會提高問題的嚴重性。複雜系統的特徵為具有專門化與互相依賴，也具有多重回饋、可以間接接收資訊的特點，而且因為其特殊性的緣故，所以在人員與資源的替代性及在分配上的變動就較少¹⁴³。複雜的相互作用會引起意外，是因為這些影響困擾著操作者；而緊密連結會導致意外，是因為事件太快得到解決以致於妨礙了錯誤被中止或妨礙了事件快速的恢復。所以，由於複雜性和連結的緣故，微小失誤也能夠引起很大的意外¹⁴⁴。

¹⁴²楊皓潔(2008)，〈從刑法期待可能性概念論軍職人員依上級違法命令之行為-以〈德國邊境圍牆守衛案〉為核心探討素材〉，頁25，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁴³L. T. Kohn, J. M. Corrigan, M. S. Donaldson (著)，鄭紹宇(等譯)，〈人會出錯-建立一套更健康的健康照護系統〉，頁59，臺北：合記。

¹⁴⁴L. T. Kohn, J. M. Corrigan, M. S. Donaldson (著)，鄭紹宇(等譯)，〈人會出錯-建立一套更健康的健康照護系統〉，頁59，臺北：合記。



由此可知，制度、組織或系統對人的控制超越人所能控制的自己，其可能產生的風險也超乎內部的人們所能掌握，並且常常凌駕於個人的理性選擇，有時候決定法益侵害的關鍵，就不在人本身，而在於制度。

當社會出現法益侵害的事件，而看似涉及刑罰的發動時，其實一直有這麼一種可能性存在：「出錯的是制度設計本身，而非像個螺絲釘般依循制度而行為的人們」。

因為引起系統失敗的複雜巧合其實很少被人們預知，所以，人們會在事後才對結果有所體悟，進而影響我們對於此過去事件的評價。事後認知的偏差(Hindsight bias)是指意外發生時，我們並未看到或了解的事情，但回顧起來卻可以發現當時有明顯的錯誤。事後認知的偏差也會誤導人們將意外的起因簡單化，或者是將單一元素視為起因，而忽略了可能是其他多重促成因子所導致。對於一個意外，當時的參與者們都可以提供自己的意見，但沒有一個人會有完整的資訊，這時透過事後認知的偏差就更容易得到簡單的解釋或是去歸責單一個體，但對於何者是真正出錯的環節卻還是難以定論¹⁴⁵。

若制度上確實存有缺陷，但卻仍執意以刑法處罰行為人，該行為人無異是制度下的犧牲者，同時也是整個社會發展下的祭品，如此之情形不僅逸脫了刑罰本身的目的，刑罰的實施無法達到預防犯罪的目的，造成刑罰的濫用，同時也忽略了最應該被解決的問題本身，整個社會將會一再地重蹈覆轍而不自知，在這種不自知中，也只會不斷地加強自己對於嚴刑峻罰的渴望，誤觸法網的行為人就如同古時要定時獻給河神的少女般，無意義地為整體社

¹⁴⁵L. T. Kohn, J. M. Corrigan, M. S. Donaldson (著)，鄭紹宇(等譯)，《人會出錯-建立一套更安全的健康照護系統》，頁 53，臺北：合記。



會犧牲，被利用作為其他人民證立自己是「守法好公民」的客體，且獻祭不定期發生，永無終結的一日。

如同大衛·葛蘭在其所著的〈懲罰與現代社會〉一書內所述：「現代懲罰跟社會行動所產生的慣性模式一樣，都會創設出自身存在的必要性以及現狀的合理性。認為現行懲罰方式理所當然，使得我們不再深思關於懲罰的問題，即便有所思考，亦僅依循某些狹隘的固定模式。對刑罰政策的探討完全以現行制度架構為前提，而非對現行制度架構提出質疑——我們思考如何最佳地管理監獄、安排緩刑或處以罰金，卻未探求一開始採用這些措施的原因。關於犯罪行為在社會中引起的問題，我們往往能夠方便地從懲罰制度中找到現成的答案，例如什麼是犯罪與該如何判刑、什麼程度的懲罰是適當的、可否透過懲罰來宣洩對犯罪者的憤怒、誰有權懲罰，以及懲罰者的權威來自何處等等。最後，這些困難且擾人的問題終將消失不見」¹⁴⁶。

第二節 制度缺乏與期待可能性

第一項 司法院大法官會議第 666 號解釋

舉例來說，關於之前引起廣泛討論的性交易究竟罰不罰的爭議，司法院大法官會議第 666 號解釋最終做出了舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款¹⁴⁷規定違憲之結論。其理由略為：「性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否

¹⁴⁶大衛·葛蘭著，劉宗為、黃煜文譯（2006），《懲罰與現代社會》，頁 6-7，臺北：商周。

¹⁴⁷舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款：「意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰。」



處罰之標準，法律上已形成差別待遇，系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致。再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」

第二項 立法者的回應

在本號解釋當中，大法官係以平等權角度出發，認為舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款罰娼不罰嫖之規定並非合理之差別待遇，因而以該規定違反憲法上之平等權為由宣告該規定違憲而無效，在解釋本文中對於性交易之限制是否有違自由權一事則未置一詞。立法者為因應本號大法官會議解釋，遂於民國 100 年 11 月 4 日修正社會秩序維護法第 80 及 81 條規定¹⁴⁸，並增設 91-1 條規定，明白採取娼嫖皆罰之立場，惟於直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其

¹⁴⁸最終修正通過者係行政院之版本，即「娼嫖皆罰」，然立法委員鄭麗文提出之草案係直接刪除舊社會秩序維護法第 80 條之規定，即「娼嫖皆不罰」；立法委員黃淑英提出之草案係修正為「罰嫖不罰娼」。



管理。

第三項 性交易專區的應然面

本文認為，既然立法者在社會秩序維護法第 80 條、81 條及 93-1 條當中承認性交易在特定情形下即在性交易專區內為性交易行為是可以被接受且合法的，因此應可推論立法者認為性交易這項行為本身屬人民自由權之一環，僅係因性交易本身之特殊性，為了避免在開放性交易同時造成其他如性剝削、人口販運之犯罪問題或國民健康之疑慮，因而必須將之納入性交易專區中加以管制。

既然依照前述推論，性交易確實屬於人民自由權之一部，本文亦認同性交易管制之必要，國家在這個時候就必須同時肩負起兩項義務：一為規劃得從事性交易之區域；另一為管理該性交易區域內之性交易，即同時實現人民之自由權及管制該自由權之行使。

第四項 性交易專區的實然面

惟自民國 100 年 11 月 4 日修正社會秩序維護法迄今已逾 6 年，這個議題雖然常常被提起討論，日日春關懷協會亦多次向政府請願¹⁴⁹，但至今仍未有性交易專區之設立，該修正條文雖授權地方自治團體得本於地方自主而設置性交易專區，然多數地方政府根本無意設置，若無專區，將會形同於完全否決性交易行為之合法性，且娼嫖皆罰¹⁵⁰，處罰的範圍遠遠超乎司法院大法官會議

¹⁴⁹自由時報網站，<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1942211>，(最後瀏覽日：01/12/2018) 2017-01-09 22:03 日日春赴北市府抗議籲設立合法性交易專區

〔記者陳紘甄／台北報導〕市長柯文哲上任後便雷厲風行掃黃，去年違法性交易取締件數達一九六〇人，罰鍰金額一一五〇萬，打破郝市府歷年紀錄。今早日日春協會至北市府抗議表示，嚴加取締反而逼迫性工作者在危險環境中生存，並高喊「柯文哲逼娼妓犯法」，呼籲柯「不能因個人好惡，迴避性別議題」，要求北市府設立合法性交易專區，正視性交易產業。

¹⁵⁰謝榮堂（2012），〈社會秩序維護法修正評釋—兼論釋字第六六六號〉，《月旦法學雜誌》，203 期，頁 45。



第 666 號解釋前「罰娼不罰嫖」之處罰範圍，可認是我國對於性交易之管制日趨嚴格¹⁵¹。

國家一方面承認性交易本質上屬於自由權之一環，另一方面卻又未給予人民實施自由權之管道，反而以更廣泛的行政罰加以處罰欲實踐性交易自由權之人民，似乎難以取得裁罰的合理基礎。本文認為，目前進行性交易之行為人，無論是娼是嫖，單純依照現行社會秩序維護法之條文文義解釋，應予處罰無誤，惟在相關制度(性交易專區及其管理辦法)未設立完全之前，處罰人民自由權之行使並不具有合理性，因為行為人僅係實現其與生俱來的工作權及性交易權，政府未明白規範該自由權究竟如何行使才能免除行政法上之制裁，在此政府怠惰而未建置相關制度，造成人民無所實踐性交易自由權之情況下，實難有對人民為合法行為(即在性交易專區內為性交易)的期待可能性。故本文主張性交易行為在相關性交易專區建立前，性交易之行為人無論是娼是嫖，皆應以「制度缺乏而欠缺期待可能性」為理由予以免責。

第五項 實務意見

實務見解如臺灣臺北地方法院 104 年度北秩聲字第 19 號裁定亦採相類似的見解，其於判決末段補充說明：「按行政機關可依法對意圖得利而為性交易之人實施各種健康檢查或宣導安全性行為等管理或輔導措施；亦可採取職業訓練、輔導就業或其他教育方式，以提昇其工作能力及經濟狀況，使無須再以性交易為謀生手段；或採行其他有效管理措施，司法院大法官釋字第 666

¹⁵¹但也有見解認為：「從社會秩序維護法的修法過程以觀，以管制取代全面處罰性交易行為，立法者對性交易提供合法化的基礎，甚至大法官釋字第 666 號解釋僅涉及提供性交易服務的行為管制的問題，但新修正的社會秩序維護法擴張至經營性交易場所的行為，認為在符合一定要件之下得合法經營性交易。因此，可以認為立法者對性交易行為之可罰性評價相較之前應較為輕。」王韻茹(2014)，〈性不性，行不行？/北高行 102 訴 1206 判決〉，《台灣法學雜誌》，244 期，頁 196。



號解釋可資參照。復按社會秩序維護法第 80 條第 1 款之修正理由略以：『…對意圖得利而為性交易之人，應積極施以職業訓練、輔導就業，使其不再需要以性交易作為謀生工具…本於『適度開放，有效管理』之原則，修正條文第 91 條之 1 授權地方政府得本自治原則，規劃得從事性交易之區域及其管理。惟於上開特定區域及目前依各地方政府娼妓管理自治條例管理之妓女戶之外，仍不得從事性交易，違反者，性交易雙方皆罰…』，社會秩序維護法第 80 條第 1 款雖已為相當之修正，惟因行政機關未有相配套之規劃，而逕加以非難，除加重第一線執法人員取締及勤務之負擔，且與前開大法官解釋保障人民工作權、生存權等意旨及該條修正理由所揭櫫『適度開放，有效管理』之原則有悖，附此敘明。」

第六項 小結

本件裁定主要雖係以無法證明受處分人有從事性交易之處罰行為為由而撤銷原裁罰之處分，惟在其文末補充說明「行政機關未有相配套之規劃」，意即行政機關在目前的現況下，對於性交易專區之設立應係有一定之作為義務，而該等行政怠惰既與大法官會議解釋及立法意旨不合，進而無法期待行為人合法地實踐其性交易自由權，則未來在性交易專區設立前，法院對於無論是娼是嫖的性交易行為，是否認為有前開因素而使其行政處罰欠缺正當性？據此，已有見解認為在性交易專區設立前，只要是不公然媒合而為之的性交易行為，交易雙方均不應處罰¹⁵²。而欠缺處罰正當性之理由是否即係本文主張之「制度缺乏而欠缺期待可能性」？實值持續探討及關注。

¹⁵²謝榮堂（2012），〈社會秩序維護法修正評釋—兼論釋字第六六六號〉，《月旦法學雜誌》，203 期，頁 45。



第三節 聚焦於醫療制度

然而，回到本文所欲探討的「期待可能性」此一概念，實務及學說雖不乏正面支持此一概念之見解，而且制度如同本文所舉的前開性交易專區案，確實有可能產生瑕疵與缺乏，然若直接援引此一概念於個案中確有產生「制度瑕疵或缺乏」的案件中，讓行為人以欠缺期待可能性為由而阻卻罪責，法理上雖未嘗不可，然實際上之運用，或許還是會有欠缺法律明確之疑義，對實務工作者而言，逕以引用為判決內容之依據，易生爭議。

然制度瑕疵或缺乏的情況一直都在，在目前現行法中，「制度缺失」並無明確之定義或明白訂於法典之中，然已有與「制度缺失」概念係極為相似之「系統性錯誤」法條用語。「系統性錯誤」此一用語已在 104 年 12 月 11 日訂定 104 年 12 月 30 日公布之生產事故救濟條例出現，並在該條例第 3 條第 4 款設有定義性之規定，該條例所定義之「系統性錯誤」，即指「指因醫療機構或助產機構之組織、制度、決策或設備設施等機構性問題，致醫療或助產行為發生之不良結果。」在醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案¹⁵³中，亦提及「系統性錯誤」的概念，「系統性錯誤」並有明白定義在該草案第 3 條第 4 款：「系統性錯誤：指因醫療機構之組織、制度、決策或設備設施等機構性問題，致醫療行為發生之不良結果。」另學說上亦有對「系統性錯誤」進行定義：係指很多的醫療事故並不是來自於特定醫師個人的過錯，而是來自於整個醫療機構系統發生的問題而導致的¹⁵⁴，亦有認為係指因為醫院管理，醫療政策或醫療資源問題，如人力或病床不足，

¹⁵³本文係以衛生福利部所公告之 103 年 5 月 29 日經立法院朝野政黨協商後草案為基礎，來源係衛生福利部網站，<https://www.slideshare.net/ROC-MOHW/ss-47504672>，（最後瀏覽日：01/12/2018）

¹⁵⁴陳聰富（2014），〈第二章醫療事故案件加害行為在哪裡〉，《醫療侵權行為之構成要件分析》，頁 14，臺北：元照。



照顧不週所造成的醫療糾紛¹⁵⁵。

另參以近年來臺灣醫療糾紛或事故，已經朝向「刑事化」的方向傾斜，雖醫療行為刑罰化並非是醫療環境惡化的主因，但醫界普遍認為其確係壓垮駱駝的最後一根稻草¹⁵⁶。有論者認為，醫學是試誤科學，而不是精密科學，醫師要了解一個疾病的原因及治療一個疾病，其實都是從不斷的錯誤中驗證與學習。從個案到群體，藉由統計分析，以機率的方式，來呈現醫學的知識，所以，不是醫學為什麼會犯錯，而是醫學本來就一直在犯錯¹⁵⁷。醫師執行醫療行為，是冒著每個病人都是不同個體而產生相對錯誤的風險中進行¹⁵⁸。

正是因為醫療中「試誤」的此一特性，對於醫學領域來說，比起對錯誤的究責本身而言，去找到錯誤是如何發生的毋寧是更加重要的目標。經由錯誤事件的分析可以學習到很多東西，以減少類似事件今後發生的可能性，去確定系統是否需要改善，以防止可能發生的潛在不良事件，更甚於責怪犯錯者。焦點由指責個人過去的錯誤，轉為防止未來錯誤的發生。這並不意味著個人可以粗心大意，人們仍然必須保持警覺，並對其行為負責，但當錯誤發生時，指責個人較少，以促使該系統更為安全，並防止他人犯同樣的錯誤¹⁵⁹。

因此有見解認為：錯誤公開及坦誠面對，被認為是預防錯誤

¹⁵⁵高添富（2014），〈系統性錯誤的醫療糾紛〉，《臺北市醫師公會會刊》，58卷12期，頁25。

¹⁵⁶王皇玉（2013），〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213期，頁73-74。

¹⁵⁷林杏麟、李維哲（2012），〈醫療行為以刑法究責之不合理性：醫學是試誤科學〉，《臺灣醫界》，55

卷2期，頁42。

¹⁵⁸王皇玉（2013），〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213期，頁78。

¹⁵⁹L. T. Kohn, J. M. Corrigan, M. S. Donaldson（著），鄭紹宇（等譯），《人會出錯-建立一套更安全的

健康照護系統》，頁5，臺北：合記。



的重要關鍵；其背後的理性邏輯在於通常願意面對錯誤的同時也代表想改進錯誤的意願。因之，在諸多減少醫療傷害及促進病人安全的策略中，鼓勵醫師和醫院公開、誠實地面對醫療過程中產生的錯誤，遂被視為錯誤發現及預防的重要基石。在醫療錯誤揭露機制中，伴隨著道歉的錯誤揭露是其中最重要的一環。蓋醫療錯誤發生後，道歉具有治療雙方當事人之作用；就醫師而言，可以減少其罪惡感；對病人而言，可以滿足資訊的需求，並且感受到尊重，從而促進原諒醫師的意願。藉由醫療錯誤的告知與預防，可以還原醫師在倫理守則上「病人捍衛者的角色」，使因醫療糾紛而緊繃的醫病關係由對立走向和諧¹⁶⁰¹⁶¹，道歉法之立法運動亦因應此一波醫療錯誤公開揭露等病人安全運動之需求而被廣泛提出及倡導¹⁶²。1987年，位於萊辛頓的榮民醫院，採取了一個風險管理的新政策，即鼓勵工作同仁向醫院管理委員會報告醫療上的錯誤，管理委員一旦收到報告，會立即調查發生錯誤的根本原因，若發現是系統性的因素，就會展開系統更新，配合主動向病人告知實情之政策，此政策實施後，醫院用以支付醫療賠償的金額大幅降低¹⁶³。

現代醫療行為，從病人進入醫療院所接受診斷到進行醫治等治療措施，必須透過醫療院所提供的醫療團隊進行專業上的分工合作，才有可能完成¹⁶⁴，換言之，醫療制度本身就是一個需要人

¹⁶⁰楊秀儀（2001），〈醫療糾紛與醫療無過失制度—美國經驗四十年之探討〉，《政大法學評論》，68

期，頁31-33。

¹⁶¹黃鈺嫻、楊秀儀（2014），〈訴訟外醫療糾紛處理機制—認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革

與啟示〉，《月旦法學雜誌》230期，頁157-158。

¹⁶²黃鈺嫻、楊秀儀（2014），〈訴訟外醫療糾紛處理機制—認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革與啟示〉，《月旦法學雜誌》230期，頁147-148。

¹⁶³黃鈺嫻、楊秀儀（2014），〈訴訟外醫療糾紛處理機制—認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革與啟示〉，《月旦法學雜誌》230期，頁148。

¹⁶⁴王皇玉（2005），〈整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—評台北地院九十一年訴字第



力、資源多重配合、支援的體系，在其制度設計的重要性上遠遠超過醫護個人的注意義務，從促進病患安全的角度來看，組織管理疏失可能招致醫療風險之提高，諸如醫院臨時欠缺必要的藥物、手術使用的麻醉儀器不合於使用狀態、醫療器材的消毒純度不合規定、注射針劑受到細菌汙染、醫院指派實習醫師為病患看診，或任由工作超時而精神狀態不佳的醫師負責手術工作、醫院發生無預期的火警等，不一而足。凡此因醫療機構系統上的問題，不乏形成醫療組織過失而肇生損害，醫療機構既為該危險源之製造者，唯有其本身才對危險發生具有相當的控制可能性。就此情形，若將組織之系統性錯誤完全委由個別受僱醫師承受，則形同解免醫療機構在法律上所應承擔之責任，反而無法促進病患安全¹⁶⁵。

既然現今醫療因為組織化、分工化，錯誤的發生和個人不一定高度相關，有時候反而是由於不良的系統和組織因素，若將醫療人員放置於一個一定會發生錯誤的系統和工作環境中，在事故發生時，很容易將原因歸咎於醫療人員，忽略了背後的系統性原因¹⁶⁶。

因此，本文擬以該醫療法上「系統性錯誤」之概念作為研究之重點，探討此一概念是否能與期待可能性之概念結合，是否有可能在刑事法領域中援引作為欠缺期待可能性的一個情況，以免個別之醫療專業者成為醫療制度缺乏或瑕疵下的犧牲者，且其犧牲就僅僅是獻祭般的犧牲，亦無法帶來任何避免未來危難的效果。

七三〇號判決》，《月旦法學雜誌》，127期，頁52。

¹⁶⁵吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2014），〈醫療糾紛請求權基礎、責任主體以及舉證責任轉換之實證分析〉，《月旦法學雜誌》230期，頁237-238。

¹⁶⁶黃鈺嫻、楊秀儀（2014），〈訴訟外醫療糾紛處理機制—認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革與啟示〉，《月旦法學雜誌》230期，頁165。



第四節 愛滋器官移植案

上開生產事故救濟條例及醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案對於「系統性錯誤」名詞定義之立法理由，均係以一百年國立臺灣大學醫學院附設醫院及國立成功大學醫學院附設醫院發生誤將感染人類免疫缺乏病毒器官用於手術移植之事件(HIV 錯誤移植事件)作為案例，然立法理由中雖直接以該事件作為系統性錯誤之例，然其過程、推論及其內涵究竟為何？於立法理由及立法院讀會資料中未見有說明之部分，故本文對該事件再為整理並分析如下：

第一項 案例事實

民國 100 年 8 月 23 日，一名住在新竹的男子墜樓後生命垂危，被輾轉送新竹南門醫院接受治療。家屬表達器官捐贈意願，因南門醫院係屬臺大醫院器官勸募網絡之合作醫院，因此，由臺大醫院器官捐贈小組接手後續器官捐贈之前置準備作業。

同日晚間，南門醫院將捐贈者之血液檢體送至臺大醫院，並由臺大醫院捐贈小組之協調師，將之交予該院緊急檢查室進行檢驗；另臺大醫院器官捐贈小組並於該檢體送達臺大醫院後，派遣專責團隊至南門醫院了解狀況，並向家屬確認意願與解釋。

嗣後臺大醫院協調師為確認捐贈者檢體之檢驗結果，以電話方式詢問該院緊急檢查室，並表明因在院外，無法至醫院資訊系統(HIS)查詢檢驗結果，請醫檢師於電話中告知，當時緊急檢查室醫檢師以口頭依序報告各項檢驗數據及結果，協調師並將其記錄於手寫檢驗報告單上，該手寫檢驗報告單上 HIV 篩檢結果記錄為 56.7 (-)¹⁶⁷。此錯誤的結果未經過器官移植小組負責醫師

¹⁶⁷當數值大於 1 時，即可能屬陽性反應，因此該手寫檢驗報告單上數值正確，惟應為陽性(+)反應。



即時檢視核對資料，於翌(24)日由該名協調師將捐贈者的 HIV 檢查結果註記為(-)，登錄至「財團法人器官捐贈移植登錄中心」的「器官捐贈移植登錄系統」(以下稱登錄系統)。

8月24日晚間，成大醫院及臺大醫院之器官摘取團隊陸續抵達南門醫院，分別自捐贈者摘取心臟、肺臟、肝臟及腎臟(2個)；各團隊於摘取器官後，隨即返院進行移植手術，並僅依據登錄系統之 HIV 檢查結果註記「(-)」作為依據，並於8月25日午前陸續完成。

8月26日上午，臺大醫院該名協調師於院外以電話聯繫同仁，協助於院內資訊系統查詢捐贈者之檢驗報告，並請其以電子郵件方式傳送；後於察看該檢驗結果時，始發覺報告中 HIV 之篩檢結果竟為陽性，立即將病人檢體再次送檢確認。經西方墨點法(Western blot for HIV-1 Antibody)檢驗確認為 HIV 陽性反應後，臺大醫院於同日晚間通知成大醫院，且兩家醫院即開始為5名受贈者使用抗 HIV 藥物¹⁶⁸。

第二項 各機關報告之認定

壹、行政院衛生署(現改制為衛生福利部)國立臺灣大學醫學院附設醫院及國立成功大學醫學院附設醫院將感染人類免疫缺乏病毒器官用於移植手術報告

一、人為瑕疵

(一)醫檢師部分：明知本次檢驗為捐贈個案所需，未能在與協調師進行口頭報告與覆誦結果時加予強調。

(二)協調師部分：僅以電話連絡取得之 HIV 檢查結果，並將檢查結果註記為(-)，並登錄於登錄系統中。

¹⁶⁸摘自行政院衛生署(現改制為衛生福利部)國立臺灣大學醫學院附設醫院及國立成功大學醫學院附設醫院將感染人類免疫缺乏病毒器官用於移植手術報告。



(三)臺大醫院捐贈小組醫師：對於摘取器官應施行之各項檢驗，均未親自參與，亦未親自判讀檢驗結果，逕由協調師登錄於登錄系統中。

二、醫院內部作業系統疏失

(一)臺大醫院器官捐贈小組並未納入該院行政管理體系：臺大醫院器官捐贈小組僅有 2 位協調師相互支援，案發時無人可支援查看檢驗報告，且協調師不隸屬於護理部門，亦無法請求該部門予以人力支援。

(二)器官之勸募與移植作業，流程規範及執行有諸多疏失：檢查結果並未曾由醫檢師或協調師直接告知醫師，未有重要資訊之再確認機制，亦未有明確規範。

對於檢驗之重大異常，部門與部門間缺乏警示與後續通報：檢驗部門對於檢驗危急值的管理流程與資訊系統設計上，缺乏相關通報、追蹤機制。

(三)臺大醫院對於器官摘取、移植手術，術前欠缺再確認及審閱病歷資料機制：該院摘取、移植作業標準程序未規範術前之再確認機制，移植團隊亦僅至登錄系統查看檢驗數值。

(四)協調師之專業訓練未落實：協調師初任時，僅由前協調師帶領實際業務，未依規定接受訓練並檢核學習成效。以致發生本件篩檢值 56.7 明顯與標準值 1 有差距，卻紀錄為陰性之情況。

貳、監察院調查報告

一、調查目的：確認本案究係單純因素或系統性錯誤、避免類似案例再度發生、建立病歷列管勾稽機制及探討人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例之適當性



二、對人之部分

(一)臺大醫院器捐勸募小組負責醫師：依據醫師法第 11 條第 1 項前段及人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 11 條之規定，在器官移植作業前，應先由醫師開立檢驗單並親自診斷器官捐贈者之人類免疫缺乏病毒檢驗結果，據以判定捐贈器官得否用於移植，以保護受贈者免遭感染。然器官勸募小組負責醫師開立之檢驗單，係授權該小組內勤之行政人員以負責醫師之密碼上電腦開單，亦授權協調師以其權限查詢相關檢查結果，則負責醫師未親自為之，有重大違失。

(二)協調師：僅依據口頭檢驗報告而未再次確認書面檢驗結果並請醫師判讀，且對於業務所需之各項醫學檢驗專業不足，致未能判讀 56.7 此一明顯異常之數值。

(三)醫檢師：未執行異常通報程序，在口頭通報上亦未善盡告知或特別提醒之責，醫檢師並在約詢時強調對協調師當日溝通態度及說話語氣不滿，故在電話聯繫時，未在口頭報告檢驗結果時將異常結果先行告知或特別提醒。

三、對機關之部分

(一)衛生署部分

1.財團法人器官捐贈移植登錄中心(下稱器捐登錄中心)無法有效受衛生署監督：器捐登錄中心之董事長，多年來由衛生署副署長兼任，則擔任該職務之人同時為監督者及執行者之角色，且器捐登錄中心之執行長並非專職且多年來為聘任具移植背景之醫師擔任，致使究責問題難以客觀且無法發揮醫學上之功能。



2. 移植器官分配原則不公：依據器官移植分配一般原則第 3 點之規定¹⁶⁹，對於移植器官之分配，拍有其分配順序，而該規則所訂之衡量順序依心、肝、肺、腎、胰臟及眼角膜而略有不同，但大致有「疾病等級」、「是否為勸募醫院」、「是否為相同網絡之器官勸募組織」及「等候時間」等考量因素，而為鼓勵醫院勸募，除心臟移植部分，疾病等級「1A」之排序大於「勸募醫院」及「相同網絡之器官勸募組織」之排序，其餘臟器部分，「勸募醫院」及「相同網絡之器官勸募組織」大於疾病等級，在此制度下，勸募醫院皆以增加合作醫院家數為目標，因只要合作醫院家數多且具有規模，即較易取得移植之器官，導致其他規模較小之勸募醫院之病人，不易接受分配器官。

3. 器捐登錄中心委託 10 家勸募網絡醫院以競爭方式運作，未必具備經濟規模：現行每年勸募及移植量，是否有足夠之經濟規模支持 10 家勸募醫院，不無疑問。

4. 器官移植醫院宜有管制機制及退場機制：移植醫院於 100 年 9 月 1 日之家數有 90 家，至 101 年 3 月僅剩 37 家，衛生署需對其品質進行把關，另每年捐贈人數約 210 人，受贈人數約 800 人，對於較少進行移植之移植醫院，有影響其移植醫療品質之虞，宜有退場機制。

¹⁶⁹器官移植分配一般原則之規定第 3 點：「器官移植分配考量影響器官移植之絕對因素及相對因素，訂定分配順序。

(一) 絕對因素：移植等候者需符合絕對因素之規定，始得接受器官分配。

(二) 相對因素：考量各項因素對不同器官影響權重之差異，訂定各項因素考量之優先次序。其分配順序依以下原則訂定：

1. 比較各相對因素中之先順位考量因素，屬優先者排序在前。

2. 先順位考量因素，無法分出順序者（同為優先或同為非優先者），則比較次一順位考量因素，次一順位考量因素屬優先者，排序在前。

3. 次一順位考量因素，無法分出順序者（同為優先或同為非優先者），則比較再次一順位考量因素，再次一順位考量因素屬優先者，排序在前。

4. 其他順位因素之考量，以此類推。

5. 分配順序排名在前者因故不能接受器官移植，由排名次一名者遞補之。」



5. 器捐登錄中心未對勸募網絡計畫及經費考核進行全面實地查核：各勸募醫院跨區勸募、制度自成一格：各勸募醫院之合作醫院常分布於全台台北、北區、中區、南區、高屏、東區等 6 區，造成捐贈器官跨區相互遞送，導致現行器官勸募跨區制度毫無效能。

6. 器捐登錄中心器官分配平台功能不彰：僅提供各院勸募器官登錄及進行器官分配功能，未有各勸募醫院登錄捐贈資料覆核及捐贈者移植相關病歷供器官受贈醫院查詢之機制，且受贈醫院若為跨院或非相同網絡之器官勸募組織，要在短時間內商洽原診治醫療機構提供病歷複製本或病歷摘要及各種檢查報告資料，在實務上有其難度。

7. 「協調師」之用語極為不妥：協調師即為國外所稱之「coordinator」，性質上應屬聯絡人，衛生署自創名詞賦予不必要之權威，極為不妥。

8. 小結

財團法人器捐登錄中心係由衛生署捐助成立之機構，專司國內器官勸募捐贈業務之執行，衛生署對其營運有主導權，且負有監督管理之責。然器捐登錄中心在組織上，人員異動頻繁，不利業務運作；在器官分配制度上，除心臟之分配外，勸募醫院或相同網絡之器官勸募組織優先於受贈者之疾病等級，對等候器官移植之病人而言，未必公允；且國內器捐案例有限，但勸募醫院及移植醫院家數相對較多，不利於醫療品質及經濟規模；又器捐登錄中心對於勸募醫院之查核，未審視相關作業之標準作業程序，復未對勸募醫院登錄資料之正確性建立把關機制，均應檢討改進。然國內器捐制度建立以來，透過捐贈器官之分配，確實造福許多



病患，允應肯定，但制度運作以來，亦衍生若干問題，然而，此一制度之建立，非一人獨立完成，且並非臺大醫院誤將愛滋感染者器官用於受移植病人之直接原因，故相關之缺失，難歸責於一人，惟衛生署為器捐登錄中心之主管機關，對於器官勸募業務存在之諸多缺失，未積極謀求解決之道，難脫未善盡監督職責之咎。

(二)臺大醫院部分

1. 未落實雙重確認機制且通報機制紊亂：依據臺大醫院之規定，發送報告之程序為先以電話通知器官捐贈小組成員、雙方確認覆誦報告，再將報告鍵入臺大醫院檢查檢驗報告系統以供查詢，然實際上器官捐贈勸募小組並無法在院方查閱電腦系統之檢驗報告、亦未有反應，另當日有 3 位醫檢師就當日送驗之檢體分別進行肝炎、愛滋與梅毒檢驗，並各自將檢驗結果通知器官捐贈小組成員，並報告鍵入檢驗報告系統，未有專人統一彙整報告機制。
2. 臺大醫院器官勸募小組人員異動頻繁、常有不足且並未納入該院行政管理體系：器官移植前端所需之器官勸募經費，係向登錄中心申請補助方式取得，勸募小組之協調師聘用有難度，相較於移植小組有 4 名護理人員、1 名書記負責行政業務，器官勸募小組人力顯較為不穩定，其經費來源亦不穩定，亦未能納入行政管理體制。
3. 器官捐贈移植運作業務，僅以專案委辦方式執行，未建立小組內部品質稽核制度，院方亦未定期進行外部查核作業

(三)行政院衛生署疾病管制局部分(現改制為衛生福利部疾病管制署)



對於愛滋病患資料與器官捐贈系統勾稽機制之建立過於消極：疾病管制局建有愛滋病患者資料庫，並有與血液基金會連線，其雖原以：

1. 該資料庫無法涵蓋尚未篩檢及以篩檢但處於空窗期感染者
2. 避免移植醫院過度仰賴該資料庫而疏於進行檢驗或查驗檢驗報告
3. 無法進行器官移植之條件限於庫賈氏病及愛滋病，與不可捐血的條件眾多之情形不同；等理由未將愛滋病患者與器捐登錄中心連線，然與本起事件發生後，即與器捐登錄中心連線，顯見過去對愛滋病患者資料與器官捐贈系統勾稽機制之建立，過於消極，亦有疏失。

參、柯文哲醫師於臉書上之回覆：

一、受贈愛滋器官之病患，並無證據證明確實受到感染

移植後初期測到受贈者體內有抗體，並不是感染造成的，而是捐贈者之抗體隨著器官移植到了受贈者身上，因此移植後初期在受贈者體內測到抗體，不能診斷為受到感染。在發現後 48 小時內開始投藥，也因為醫學的進步，目前抗愛滋病毒藥物相當有效，所以術後即使用最靈敏的方法也一直測不到病毒的存在，也就是說無法證明「有感染」。這些受贈者之追蹤研究是醫學上寶貴之資料，雖然陰錯陽差誤植愛滋器官，但如果後續的抗病毒治療有效，說不定和發現牛痘可預防天花一樣，造成醫學的意外突破，所以國內這次雖是意外事件，也可成為國際愛滋捐贈重要的醫學實證¹⁷⁰。

二、HIV 抗體檢驗值 56.7，數值本身並無意義

¹⁷⁰柯文哲臉書，<https://www.facebook.com/DoctorKoWJ/posts/269833696451951>，101 年 8 月 25 日發布（最後瀏覽日：01/12/2018）



Anti-HIV 用 ELISA (enzyme-linked immunosorbent assay) 作檢驗，只有檢驗值，無法判定「陽性」或「陰性」，必須有臨界點，作為比較才能判定。因為每批檢驗用的耗材不同，每次檢驗的條件不同，臨界點可能不同。因此單獨的『56.7』這個數字，並無法判定「陽性」或「陰性」。事實上，登錄系統上 anti-HIV 使用下拉選項，只有「+」「-」兩個選項，並不允許輸入數字。也就是說檢驗師只能報告「+」「-」，而不是報告數字，因為在這個項目，數字本身不具真正臨床意義。另外所謂判斷標準值「1」，是指該批號的 anti-HIV 檢測臨界點是「1」，而不是所有的都如此¹⁷¹。

三、臺大醫院並非全然未負起教育訓練之責

臺大醫院提供了直接從衛生署繼續教育積分管理系統下載的器捐協調師兩年中曾經接受的訓練課程項目共有 8 頁之多(講師時數 24 小時，學員時數 161 小時)，臺大醫院內部的訓練課程項目也有 6 頁，本案之協調師工作經驗有 2 年，亦曾直接處理三十名器官捐贈者(不包括其他 OPO 轉介之捐贈器官)。且其他 OPO 之協調師多為兼任，有些甚至不是護理人員，臺大醫院之編制及制度已相對完整¹⁷²。

四、出錯的關鍵

因為醫療使用端不知道到底檢驗室是如何表示其檢驗結果的，不確定是比例還是測量值，所以設計登錄系統時，anti-HIV 欄就只有「+」「-」兩個下拉選項，要求檢驗室不管用何種測定方法，反正就最後檢查結果做出判定，再據以輸入系統。以前也

¹⁷¹柯文哲臉書，<https://www.facebook.com/DoctorKoWJ/posts/269833696451951>，101 年 8 月 25 日發布(最後瀏覽日：01/12/2018)

¹⁷²柯文哲臉書，https://www.facebook.com/DoctorKoWJ/posts/270161766419144?comment_id=1135323&offset=0&total_comments=288，101 年 8 月 27 日(最後瀏覽日：01/12/2018)



是直接告訴「正」或「負」，此次檢驗人員報告數字 56.7，卻遲遲不能明確告知「正」或「負」，正是溝通出錯之關鍵¹⁷³。

五、未親自親自開立器官捐贈移植者血液檢體檢驗醫囑，及未親自判讀與複核檢體檢驗結果？

以和器官移植相似的捐血作為例子，這種特殊診療行為，捐贈者捐贈血液後，捐贈之血液必須作各種病毒之血清學檢查，通過檢查之後才能給各醫院申請使用。檢查項目有台灣官方統一之規定，捐贈之血液由工作人員直接依照規定作檢驗，並不需醫師開立檢驗單，事實上器官捐贈前之血清學檢查也有台灣官方之規定，即所謂之『急八項』：(anti-HIV, HBS, anti-HBS, anti-HBC, anti-HCV, STS, anti-HTLV-1, anti-HTLV-2)，這些是所有的器官捐贈者都要檢驗的項目，不會因人而不同。

另台灣的 OPO 制度以跨區醫療體系為主，而非以地區為準。其他地區醫院的捐贈者，不可能由台大總院的 OPO 負責醫師跑到當地開檢驗單，或者到當地看檢驗結果，實務上不可能作到的。再者，外院的捐贈者，甚至臺大醫院內的捐贈者，其主治醫師並非 OPO 負責醫師，他的檢查、檢驗，也不是 OPO 負責醫師能直接開立處方。捐贈者的檢體也可能送到外面獨立的檢驗所檢查，更沒有醫師開立檢驗單就直接執行了。

當時台大 OPO 之合作醫院遍及台灣各地，因此各地之檢驗結果出來後被迫要使用電話聯繫，因為工作人員不一定在現場，即使工作人員在現場也不具電腦權限去閱讀各醫院電腦上的檢驗結果。

為了效率考量，如果覺得資料不足，也是由移植醫師直接通

¹⁷³柯文哲臉書，

https://www.facebook.com/DoctorKoWJ/posts/270161766419144?comment_id=1135323&offset=0&total_comments=288，101 年 8 月 27 日發布（最後瀏覽日：01/12/2018）



知協調師加做哪些檢查，也沒經過 OPO 負責醫師去處理。所以移植前各移植醫師仍會檢視各自的器官功能。因此捐贈器官之使用當然不是器官捐贈協調師單方面決定，事實上也非器捐勸募小組負責醫師即能決定，依照國內之醫療常態，是否接受該器官？仍是移植醫師決定的。如果要所謂「器捐勸募小組負責醫師」對所有捐贈者，每一例親自開單，到現場檢視檢驗結果，並決定器官能否用於移植，在實務上，「器捐勸募小組負責醫師」是品質管理和行政業務監督為主¹⁷⁴。

六、「缺乏覆核機制」是此事件的主因

「缺乏覆核機制」正是當時制度的漏洞，過去二十年，有固定的血清檢查項目，依結果有固定的處置規則，和捐血流程相似。通過這些檢查後，再將各器官功能的檢查結果通知受贈者之醫療團隊，由其決定是否接受該器官。這種作業模式已使用近二十年了，因為電話聯絡互相溝通，有疑問可直接討論，一直被認為在簡單的幾個項目中不會出錯，所以才一直延用¹⁷⁵。

第三項 本文評析

我國器官移植之發展及法制，在亞洲向來居於領先之地位，也是亞洲第一個有法律明文允許腦死病人捐贈器官的國家¹⁷⁶，自移植之父李俊仁教授於 1968 年完成亞洲第一例腎臟移植至今，臺灣的器官移植雖然數量並未出眾，但相關法規的完備性、分配系統的專業與公平性、醫師的素質甚至是移植器官的存活率，都

¹⁷⁴柯文哲臉書，<https://www.facebook.com/DoctorKoWJ/posts/270691206366200>，101 年 8 月 29 日發布（最後瀏覽日：01/12/2018）

¹⁷⁵柯文哲臉書，<https://www.facebook.com/DoctorKoWJ/posts/270691206366200>，101 年 8 月 29 日發布（最後瀏覽日：01/12/2018）

¹⁷⁶張孟源、盧言珮（2011），〈臺灣器官移植制度困境與展望-從愛滋器捐事件談起〉，《臺灣醫界》54 卷 11 期，頁 37。



是亞洲模範生¹⁷⁷。財團法人器官捐贈移植登錄中心於 91 年成立，但因為缺少登錄系統，實際的業務無法展開。嗣後柯文哲接受衛生署醫政處委託，建立器官捐贈登錄制度的。器官捐贈移植登錄分配系統於 94 年開始施行，其中的器官檢驗程序、表格設計、器官配對規則、電腦系統軟硬體，以及器官勸募組織的制度主要都由柯文哲負責進行設計及協調，自此，臺灣的器官捐贈及移植制度在此後建立¹⁷⁸。

上開 HIV 錯誤移植事件，無論是行政院衛生署、監察院或是柯文哲醫師之見解，均認為制度並非完美而無瑕疵，本件因未有被害人提出刑事告訴之相關紀錄，故未有相關法院之見解。然本件事故之關鍵無非在於「為何經檢驗確為 HIV 陽性之結果，在紀錄上卻記載為陰性」，本件事故之當事人大致可以歸納為四個部分，分別醫檢師、協調師、移植醫師及器官勸募小組，醫檢師之工作主要即在於檢驗檢體，協調師之工作即在於協調相關事宜，移植醫師負責將摘取之器官移植至受捐贈人，器官勸募¹⁷⁹小組則負責事前事後之人員規劃。就其可能具有刑法上的過失而言，綜合以上之報告見解，醫檢師可能有已明知檢驗結果為 HIV 陽性，卻未直接告知協調師之過失；協調師可能有未能明白判斷該檢驗數值為 HIV 陽性而在器官捐贈登錄系統內記載為(-)之過失；移植醫師可能有未再確認移植器官是否未為 HIV 陽性之過失；器官勸募小組可能有未安排醫師開立檢驗單及判斷檢驗結果以致發

¹⁷⁷江仰仁（2012），〈器官移植的安全性—從愛滋移植風暴談起〉，《醫療品質雜誌》，6 卷 3 期，頁 37。

¹⁷⁸參考自維基百科，

https://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%87%BA%E5%A4%A7%E9%86%AB%E9%99%A2%E5%A4%B1%E8%AA%A4%E7%A7%BB%E6%A4%8D%E6%84%9B%E6%BB%8B%E7%97%85%E6%82%A3%E5%99%A8%E5%AE%98%E6%A1%88#cite_note-12（最後瀏覽日：01/12/2018）

¹⁷⁹勸募醫院：指在捐贈流程中辦理捐贈者偵測與評估、器官勸募並取得同意書、捐贈者照顧及維持、協助腦死判定程序、協助依法相驗並取得檢察官同意、捐贈者資料通報等作業之醫院。捐贈者所在之醫院若委託其他醫院完成上述作業流程者，該受託醫院則視為勸募醫院。



生本件事故之過失。

然而，如本文前述本件事故並未進入司法程序，上開過失亦僅係立於討論層次，但若深入檢視每個人的權責及其疏忽之處，會發現本件事故之發生，或者說是一連串的過錯所產生，又或者說是一開始對於過錯應該避免的人根本沒有特定明確至特定人身上所產生的，當個案中，分工、組織愈加繁複，對於特定的風險，制度上卻未有明顯承擔者時，事故常常就這麼發生。例如本案中，醫檢師或許會抗辯伊的職責只是將檢驗結果傳達予協調師等語；協調師或許會抗辯醫檢師未將具體的檢驗結果告知伊等語；移植醫師可能會抗辯伊都信賴器官捐贈登錄系統內所登載之檢驗結果等語；器官勸募小組可能會抗辯未由醫師開立檢驗單及判斷檢驗結果與結果的發生並不具有因果關係等語。上開抗辯乍聽之下並不全無道理，且行為人個人過失的認定存乎一心，然而，跳脫出個人的層次，以整個移植流程而言，即使限縮於直接原因，制度上可能也有以下的瑕疵：

壹、制度對於特定的風險或義務未訂有明確之承擔者時

本件究竟是何人需要對未能將愛滋檢驗結果正確登錄於器官捐贈登錄系統、或者為避免該等錯誤此一結果負起責任，已有如前述之渾沌不明之狀況，對於過失之認定採取較嚴格之態度，可能會認為前開人等都欠缺對實害結果的預見可能性沒有過失；反之，若對於過失採取較寬鬆之態度，可能會認為前開人等都對實害結果具有預見可能性而有過失。即使認為前開人等都具有過失，而欲將對前開人等施以刑罰，然而一般而言，醫療上的分工多半未行諸於文字，往往是約定俗成，且隨著人、時間、地點在



改變180。在制度上未明訂究竟是何人該承擔該風險時，是否能期待行為人在個案中縱有對結果的預見可能性，但在沒有明白定其義務的狀況下，個案中的行為人是否已經形成「保證人地位」而具有作為義務，因而得期待其主動去承擔起義務，並非無疑。

如心理學上的「責任分散效應」，其起源來自於1960年代的紐約某日夜晚，一名女子在大街上遭歹徒襲擊，過程中至少38位民眾發覺此事，然未有人即時伸出援手或嘗試介入，甚至也沒有任何一個仁打電話報警，女子最終遭歹徒殺害¹⁸¹。而研究發現，之所以會出現這樣意料外的情形，是因為當場的每個人都覺得其他人會協助該女子而認為自己不需要出手，造成集體不作為的情況。

而於本案之情形，因檢驗結果以現今實驗室水準，錯誤機會極小，然其結果又經常可以左右器官是否得以捐贈，理論上應該被最嚴格對待，但實際上卻也是最容易被忽略的，原因是所有環節的人員主觀上都非常相信其他環節的人員不可能犯錯¹⁸²。在前端的醫檢師會覺得後端的協調師及移植醫師應有能力發覺此一情形，在中端的協調師應會覺得檢驗結果茲事體大，前端的醫檢師若發現不良檢驗結果應會主動予以告知、否則在後端的移植醫師應該也會主動發現不良的檢驗結果，在後端的移植醫師會認為既然醫檢師已做出檢驗且檢驗結果已登錄於器官捐贈登錄系統中，則系統中呈現之情形應足以信賴。整個流程中充滿了各個行為階段行為人對於「別人應該會注意到」的想像，在這樣看似每

¹⁸⁰王暉智(2010)，〈醫療分工與責任的範圍—評台灣桃園地方法院九十五年度訴字第二七二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，176期，頁254。

¹⁸¹John M. Darley and Bibb Latané, *Bystander intervention in emergencies: diffusion of responsibility*, 8(4) *Journal of Personality and Social Psychology* 377, 377 (1968).

¹⁸²江仰仁(2012)，〈器官移植的安全性—從愛滋移植風暴談起〉，《醫療品質雜誌》，6卷3期，頁38。



個人都有能力、且都應該去負起風險預防責任的時候，反而造成了沒有人出面去避免個案中的風險。比起期待人們在責任分散效應產生時，勇於主動去履行或負擔責任，自一開始就鎖定好在制度中的人們各自所應該專注的義務與責任，比起期待制度中的人們全能地去注意每一個環節可能發生的問題，或許是更能避免風險的方法。

因此設計上，尤其像是醫療如此涉及高度專業、仰賴高度分工合作的領域，對於重要風險之所在，將「究應由何人擔負責任」一事明訂於制度運作所依據的規則中，將能提升對於制度中行為人的期待。而對於特定的義務或義務，制度上卻未訂有明確之風險預防者時，或許就會降低對行為人的期待可能甚至對行為人之行為欠缺期待可能性。

貳、缺乏覆核機制/風險多重避免機制

若經檢視事實與構成要件之該當性後，確實認定有特定人需要為前開不利益結果負責，固然應使其擔負罪責，然而器官之移植影響病患利益甚大，在制度未提供相當的機制避免錯誤時，是否適宜由單一特定人之單一判斷而肩負全部責任，並非毫無疑慮。

舉高鐵為例，西班牙高鐵曾於 2013 年 7 月 24 日發生重大事故，事故高鐵在即將要進入聖地亞哥-德孔波斯特拉的車站之前，在一個彎道處出軌，死亡人數 78 人，而依據媒體報導，司機表示火車通過彎道時的時速達 190 公里，然該處速度上限僅為時速 80 公里，後司機因上開事故遭起訴¹⁸³。以該個案而言，司機之超

¹⁸³維基百科，

<https://zh.wikipedia.org/wiki/2013%E5%B9%B4%E8%81%96%E5%9C%B0%E4%BA%9E%E5%93%A5-%E5%BE%B7%E5%AD%94%E6%B3%A2%E6%96%AF%E7%89%B9%E6%8B%89%E7%81%AB%E8%BB%8A%E4%BA%8B%E6%95%85>（最後瀏覽日：01/12/2018）



速行駛，其行為顯然對於事故之發生具有過失及因果關係。然而，在如此高風險之環境內，整個系統運作上是否適宜由單一特定人承擔該巨大之風險？亦即高鐵運輸係大眾運輸之一環，因大眾運輸之安全性涉及大眾之生命及身體法益，技術上應可有眾多裝置避免危害結果的發生，國家亦應該對於該危害結果設有一定的安全規定或機制，實在不應僅由司機一人決定全高鐵乘客之命運。

以我國高鐵為例，建有 ATC (Automatic Train Control) 列車自動控制系統，可根據前方列車的位置、行控中心的授權範圍以及路線等狀況，連續計算列車允許的速度，駕駛則依此速度平穩而有效率地將旅客送到目的地當偵測到目前列車速度超過可允許的速度時，ATC 將自動煞車減速以避免列車超速或與前方列車太靠近。此外，當發生如大地震、落石、邊坡滑動或異物入侵等可能直接影響列車運轉安全的狀況時，ATC 也會自動緊急停車，以確保列車運轉安全。另亦設有警醒裝置 (Vigilance Device) 以確保列車駕駛正常執行勤務，高鐵列車設置警醒裝置，系統作動間隔為 60 秒，如果駕駛 60 秒內不操作相關儀器 (包括汽笛定速按鈕、煞車控制把手牽引控制把手、車載電腦螢幕) 時，會啟動駕駛室內蜂鳴器及警示燈告警，如 5 秒內駕駛依然沒有反應，系統立即通知行控中心以及列車長進一步處理¹⁸⁴。

是以，當面臨重要法益的風險，我們固然能期待行為人以更謹慎的態度去避免危害結果，然而無論如何，人總是免不了出錯，風險無法完全免除，僅能予以嚴加管理，其原因來自於環境的快速變化，自然與人為風險本就充斥在人們的日常生活中¹⁸⁵。反面

¹⁸⁴ 臺灣高鐵官方網站，
<http://www.thsrc.com.tw/tw/Article/ArticleContent/9780e036-5fdb-4c48-8732-1242beafafbd> (最後瀏覽日：01/12/2018)

¹⁸⁵ 張婷 (2015)，〈台灣醫療機構系統性錯誤風險管理之法律觀-以傳染病防治為例〉，《司法新聲》115 期，頁 49。



來說，既然所面臨的是重要法益的風險，在制度或規則的設計上，即使必須花費更多人力與成本，若能為行為人提供足夠的支援及後盾以避免其單一錯誤即造成重大危害，其實也是保障了可能正在面對風險的自己。立基於「人免不了會出錯」這個前提下，在面對重要法益的風險時，我們就必須想出其他的方法以避免風險，本件愛滋器官移植事故，如同柯文哲所述，欠缺了覆核機制，即未有至少兩次確認記載之檢驗結果是否正確之機制。

因此有見解認為，必須要透過系統的面向減少醫療錯誤的發生，便需要在繁複的醫療流程中建構有效的防錯機制。西元 1990 年，美國學者 James Reason 提出著名的「瑞士乳酪理論 (Swiss cheese model)」，並藉此強調組織安全與事故預防的重要性。在諾大的組織中，要完成一項工作，可能會涉及許多不同的環節，彼此環環相扣，有如一層層的乳酪，而每一片乳酪上的空洞，代表著該環節可能存在的失誤點，這些空洞是動態的，時而開啟時而關閉。在一般情況下，各層的空洞不會恰巧在一直線上，此時縱然有風險存在，在順利地穿過了前幾個空洞後，也會被其中某一個環節擋下來，不會有損害結果的發生。然而，若是在偶然的情況下，各層的空洞恰好排成一直線，該風險便得以穿透每一個環節上的失誤點，進而造成病患的傷害¹⁸⁶。例如在醫院裡，醫生開的藥，藥名對不對、英文拼字對不對，或是它的劑量對不對，這是第一關，也許可能發生錯誤，但是發生錯誤沒關係，接著交給助理打字的時候，打字會不會打錯，這是另外一個可能會發生的風險。第三關到藥師那裡拿藥的時候，藥師也可能會犯錯，到了最後一關要交給病人，他最後再去 double check 一次，在每

¹⁸⁶陳甫倫(2013)，〈醫療機構民事責任之再思考〉，國立臺灣大學科際整合法律研究所碩士論文，頁 32-33。



一個動作，都會有一些風險存在，這些風險怎麼辦？每個步驟都可能有風險，最好的方法就是讓每一個起司轉的方向不一樣，然後透過很好的管制機制，就不會由前面的風險一直貫穿到最後導致損害發生。如果機構裡的組織不夠好，組織失靈、變差，有可能從前面的風險一直貫穿到最後，最後損害就發生，只能透過機構的改變，讓一些風險受到有效的攔截，這個機制只有在機構裡的運作才有辦法作成，醫師是沒有辦法獨自完成的¹⁸⁷。

本文認為，覆核機制確係避免風險之方法之一，係一有效的防錯機制，再次確認之後，應能有效降低風險結果之發生，另在本件事故發生後，人體器官移植條例於 100 年 12 月 6 日完成修法，而在該修正案三讀讀會時，立法委員黃淑英即表示「為了確保移植者的健康，增訂條文規定器官捐贈者所在之醫療院所應於器官移植手術前，提供捐贈者之相關書面檢驗報告與受移植者醫療機構，以避免重蹈此次之誤植事件。本次的修法可以改善目前器官移植作業流程的部分缺失，但是關於器官捐贈移植中心之定位、勸募中心的管理及器官移植的作業等事項，仍需要做檢討及改進。本席盼未來衛生署應儘速提出本法之完整修正草案，以健全我國器官移植之管理機制¹⁸⁸。」

立法院因而通過修正人體器官移植條例第 11 條：「I 摘取器官之醫療機構，應將完整之醫療紀錄記載於捐贈者病歷，並應善盡醫療及禮俗上必要之注意。II 器官捐贈者所在之醫療機構應於受移植者之醫療機構施行移植手術前，提供捐贈者移植相關書面檢驗報告予受移植者之醫療機構，受移植者之醫療機構並應併同受移植者之病歷保存。」是人體器官移植條例第 11 條之上開修

¹⁸⁷陳聰富(2015)，〈醫療機構法人組織與責任〉，陳聰富(等著)，《醫療糾紛處理之法制與實證》，頁 224-225，臺北：元照。

¹⁸⁸立法院公報處(2011)，《立法院公報》，100 卷 84 期，3936 號，頁 272，臺北：立法院。



正，讓整個風險非僅由器官捐贈者所在之醫療機構所單一承擔，本條條文之修正應亦有讓受移植者之醫療機構有再次檢驗移植相關書面檢驗報告，以避免類似事故發生之用意。

參、於罪責之評價

但若個案中對於重要法益的風險，仍然係由單一行為人承擔，最後不幸仍發生了實害結果，本文認為，若在制度未給予足夠的風險避免機制的支援下，行為人之行為固然免不了負擔刑責，然在罪責層次，似乎不宜由行為人承擔「全部」實害結果的責任，因為我們在現實上也很難想像並期待由單一行為人去承受制度建置不足的全部危害，因為行為人實際上也可能無法由其一人擔起全部責任。因此我們固然對於行為人迴避過失之行為具有期待可能性，然而對於全部實害結果，在制度建置不足之情形下，體系本身並沒有承擔起應該擔負的責任，考量到行為人承受了過度的風險，其於罪責層次之期待可能性應有降低之情況。

第五節 邱小妹案

發生於民國 94 年的邱小妹案，在當時的臺灣社會引起了廣泛的輿論，從家庭暴力、醫師醫德、醫院設備以至於整個緊急災難應變系統，都有著深刻的討論與反省，法學上醫師的親自診療義務、擲床義務及不作為因果關係的探討，更是諸多學者加以深研之處，本案可以探討的議題眾多，本文擬著重在該案之制度問題，分析該案判決即臺灣高等法院 96 年度醫上訴字第 3 號判決如下：

第一項 案例事實

林○男及劉○樺分別是臺北市立聯合醫院仁愛院區（下簡稱



「仁愛醫院」)的神經外科代總醫師及神經外科主治醫師，邱○仁在民國 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 20 分，毆打其女邱小妹之頭部，經警據報後呼叫救護車將邱小妹送往仁愛醫院醫治。凌晨 1 時 55 分，邱小妹抵達仁愛醫院急診室，經急診科主任李○州醫師診治並為初步處置後，在凌晨 2 時 5 分，通知 ON CALL 之林○男醫師要求會診，林○男則答以「先為女童插管」等語。

凌晨 2 時 25 分，李○州再與林○男聯繫，並告以「邱小妹之 CT 呈現右側硬腦膜下出血，腦中線外移，需要開刀」等語，林○男回覆以「神經外科加護病房均已滿床，為避免邱小妹於腦部緊急手術後無法進行術後監看及照護，建議將邱小妹轉院」等語。同時，臺北市災難應變指揮中心雖協助轉床，惟均未果。

凌晨 4 時 5 分，李○州第三度與林○男聯繫，並詢以「臺北市地區均無神經外科加護病房可收治邱小妹，可否加設加護病床，讓邱小妹在仁愛醫院進行緊急手術」等語，林○男仍回覆以「建議將邱小妹轉院」等語。

凌晨 4 時 14 分，林○男與劉○樺醫師聯絡，討論 3 分鐘餘後，仍決定將邱小妹轉院並告知李○州前開決定。後於凌晨 4 時 23 分，值班護理師與臺中童綜合醫院聯絡，該院表示有神經外科加護病房，李○州在未知會林○男及劉○樺之情形下，即決定將邱小妹轉往該院救治。邱小妹於同日上午 7 時 25 分送達童綜合醫院接受治療，然嗣後病情惡化，於 94 年 1 月 23 日完成腦死判定程序，其死因為頭部遭鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血，導致中樞神經性休克死亡。

第二項 判決結果

壹、被告不作為與邱小妹的死亡有因果關係



行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見：「就此病童而言，頭部遭受外力撞擊時已經造成嚴重的頭部外傷，包括直接腦損傷（手術時發現有腦挫傷）及硬腦膜下血腫壓迫引起的腦損傷（腦水腫），導致鉤回腦疝，壓迫腦幹，引起同側（右側）瞳孔散大，顯示腦幹損傷。後經氣管插管及降顱內壓藥物治療，腦幹受壓迫情況略有改善，至 07：30 轉院至臺中梧棲童綜合醫院，這期間病情未有明顯惡化，但腦幹仍然持續受到壓迫，儘早手術可以緩解血腫引起的腦部二度傷害，但不能改善腦部直接受到的傷害（外力直接引起的腦損傷，非血腫壓迫引起的二度腦損傷），對可能已經損傷的腦幹也益處不大，未必能挽救此病童，但可略為增加此病童存活的機會，不過亦有反而成為植物人之可能，未能儘早手術對其病情可能有些影響，對此病童死亡結果的影響不大。就該鑑定報告所言，儘早手術有增加邱小妹存活的機會，雖然影響不大，終究還是有影響，依照前述「幾乎可以完全確定」的最大可能性「擬制因果關係」，本件被告林致男、劉奇樺不立即進行手術之不作為與邱小妹的死亡有因果關係。

貳、未親自到場診療並無違反作為義務

依仁愛醫院「急診會診作業要點」第 4 點¹⁸⁹規定，被告林○男僅有必須回覆之義務，而非必須到院；且李○州醫師有足夠能力判斷邱小妹之病況及應採取手術治療之方式，被告未到場對於病情診斷並無造成影響；再李○州醫師聯繫被告林○男請求會診

¹⁸⁹照會之會診科別應於收到通知 30 分鐘內指派醫師前往急診科應診，或主動照會急診醫師討論病情及後續處置。



之目的並非在於病情判斷，而是腦神經外科能否提供後續手術治療。

參、被告無挪床之義務

雖檢察官認為另名病患陳榮坤病情並未惡化，被告林○男及劉○樺有挪床以救治邱小妹之義務，然陳榮坤既在加護病房，難保其病情不會有變化，難認被告等人有挪床之義務。

肆、被告無採取於急診室加床並施行手術之義務

加床並非僅增設一張通念之普通病床，相關設備亦必須能裝設方能發揮作用。仁愛醫院並無可適用的小兒呼吸器，且急診室與神經外科加護病房使用之電腦系統並不相同，無法在急診室安裝閒置未用之顱內壓監視器；再術後照顧比手術更重要，仁愛醫院並無設置小兒加護病房，欠缺對邱小妹術後照顧之能力，且被告林○男與劉○樺有究應加床與否，進行實質討論，並非對李○州醫師之建議消極置之不理。

伍、轉院建議不違反救治義務

醫師法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」參酌緊急醫療救護法第 35 條¹⁹⁰及醫療法第 73 條¹⁹¹之規定，病患若因人員、設備、專長能力，無法提供完整之治療時，即應安排病患轉診至適當之醫療機構接受救治，方符醫學倫理及病患之利益。本件被告林○男及劉○樺均有對李○州醫師之加床建議進行實質評估，再醫事審議委員會之鑑定意見與懲戒覆審委員會之決議亦均認為被告當時之轉院判斷並無不當，且對於邱小妹被轉往臺中童綜

¹⁹⁰醫院對緊急傷病患應即檢視，並依其醫療能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延；其無法提供適切治療時，應先做適當處置，並協助安排轉診至適當之醫療機構或報請救護指揮中心協助。

¹⁹¹醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當之急救，始可轉診。



合醫院並不知情，EOC轉診作業失靈，並非可歸責於被告林○男及劉○樺之事由，難認其有違反救治義務。

陸、對於醫療體系的觀察與檢討

一、小兒呼吸器及相關設備的欠缺

仁愛醫院在臺北地區已經算是大規模的醫院，竟然仍缺乏小兒呼吸器及相關設備，難將整個醫院對於醫療器材、相關設備的欠缺所應受的非難加諸於被告林○男及劉○樺。

二、「有特權、有管道，即可能有病床」之惡習仍存在

被告劉○樺於審判中坦言：如果當時知道邱小妹將轉往臺中童綜合醫院，我不會同意轉院，我們當時還有其他的方式，例如向主任或院長呈報，他們可以透過其他的管道再去設法找到臺北市醫學中心的病床等語。依據其所述推論，「有特權、有管道，即可能有病床」的醫界惡習仍屬存在，然難將上開惡習作為被告有罪之理由。

三、EOC調度系統失靈

案發當時，臺北榮總仍有加護病床，然EOC運作失靈，無法立即回覆本案醫師之需求，導致邱小妹被送往200公里以外之醫院，但該運作之失靈，亦不能歸責被告林○男及劉○樺。

四、醫療係團隊行為及醫德問題並不涉刑事不法行為

李○州決定將邱小妹轉往臺中童綜合醫院、被告林○男及劉○樺在決定轉院後未積極了解邱小妹轉往何醫院，均有可議之處，但僅係醫德問題，並非刑事不法行為。

五、醫療體系出現的問題不應由被告負刑事責任

本件當時仁愛醫院滿床、設備不足均是事實，難以期待被告無限制擴張其能量而加床，亦難期待冒遭挪床之病患生命危險之



風險擲床。在醫療體系本身出現問題的情況下，該不利益不應由被告承擔刑事責任。

陸、希波克拉提斯的誓詞與里見修二的理想

法院最後期待每個醫生皆以希波克拉提斯之誓詞為目標：

「准許我進入醫業時，我鄭重地保證自己要奉獻一切為人類服務... 病人的健康，應為我首要的顧念」為志，本件被告林○男及劉○樺對於邱小妹整個急救過程中，欠缺理想中醫師對病人應有的熱忱與關懷，固係事實。然就如日劇「白色巨塔」裡里見修二曾言「我認為，法庭不是譴責醫師的地方，而是讓醫療進步的地方，醫師擔心過度，就無法使醫療進步，萬一發生不幸的結果，醫生應坦然接受，並且追究其原因，醫療才能進步，法庭，就是這種地方。」

第三項 本文評析

本件判決就業務過失致死部分，認定被告林○男及劉○樺之不作為與邱小妹之死亡結果具有因果關係，然被告林○男及劉○樺之行為並不具有過失，因此就該部分判決 2 人無罪。本件判決值得加以探討之爭點甚多，大致有不作為因果關係之探討¹⁹²，本件判決中，法院採取的是「風險升高理論」之較寬鬆認定標準，即行為人有採取遵守注意義務的作為，被害結果可能不發生，行為人就必須為該被害結果擔負責任。但有學說認為，風險升高理論違反了罪疑惟輕原則，將「風險升高」視為「實現風險」，德國實務見解認為，在不作為結果犯之情形，應該採取「合法替代行為」理論，也有人稱之為「迴避可能性」理論，即以合乎注意

¹⁹²探討不作為因果關係之文獻：王皇玉（2009），〈德國醫療刑法論述概說〉，《月日法學雜誌》，170 期，頁 139-141；王皇玉（2012），〈醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起〉，《臺大法學論叢》，41 卷 2 期，頁 725-787。



義務的替代行為或合法替代行為來加以審查，若法益侵害之結果即使在行為人合乎注意義務的情形下，仍然幾近確定發生，則該結果在客觀上即不可歸責行為人；另外在過失不作為犯的因果關係部分，「準因果關係」理論則認為必須假設醫師予以作為的話，病人須達到確定或幾近確定不會死亡的程度，不作為與病人死亡結果才具有因果關係，而且「準因果關係」必須搭配「幾近確定」之嚴格標準，否則不作為犯即有淪為危險犯的可能¹⁹³。

另外尚有親自診療之是否必定要醫師親自到場¹⁹⁴、醫師未挪床、未加床及轉診決定是否違反救治義務¹⁹⁵，且上開爭點在醫療領域亦屬常見之討論，亦有相當之探討價值，然本文欲探討之重點在於：本件事故的發生，是否單純係被告林○男及劉○樺之個人行為所致。立基於法院之見解，本文認為本件中制度上可能出現了「體系無法提供行為人相對應的資源以對抗風險」之缺陷。原因在於依法院之見解：(一)仁愛醫院確實欠缺本件實施手術所必須之小兒呼吸器及相關設備；(二)EOC調度系統確實出現了失靈的情形，且依據法院之論述可推論，前開相關醫療設備欠缺及失靈與本件事故之發生應具有因果關係；(三)另據報載，被告林○男時任住院總醫師，每月須值班 15 天，已較每月合理之值班

¹⁹³王皇玉(2012)，〈醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起〉，《臺大法學論叢》，41卷2期，頁738-748。

¹⁹⁴探討親自診療義務之文獻：王皇玉(2011)，〈第八章醫師的說明與親自診察義務—從最高法院94年度台上字第2676號判決談起〉，《刑法上的生命、死亡與醫療》，頁247-288；吳俊穎、賴惠蔡、陳榮基(2013)，〈組織醫療行為的刑事過失責任釐清〉，《月旦法學雜誌》，202期，頁170-174；陳筱青(2008)，〈從法律、醫學倫理論醫療過失判決之正當性暨醫事法規之檢討—以醫療人球案為核心〉，頁70-77，國立臺北大學法律學系碩士論文。

¹⁹⁵探討挪床、加床及轉診義務內之文獻：王志嘉(2012)，〈末期病人醫療常規—臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上更(一)字第二號刑事判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，211期，頁244-245；王志嘉(2010)，〈論急救與建議轉診義務—臺灣高等法院96年醫上訴字第3號刑事判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，187期，頁219-236；廖建瑜(2012)，〈論醫師之轉診義務—評析臺灣高等法院高雄分院九十五年度重醫上更(三)字第二號刑事判決〉，《法學新論》，35期，頁121-152頁；陳筱青(2008)，〈從法律、醫學倫理論醫療過失判決之正當性暨醫事法規之檢討—以醫療人球案為核心〉，頁88-98，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。



日數 10 天多出 5 天¹⁹⁶。

壹、關於體系的可歸責性

進一步審視被告所在的體系或制度內，無論是自被告所在的醫療機構即仁愛醫院或者是與本件事故密切相關、政府所主導的 EOC 調度系統檢視，仁愛醫院及政府的建置不足均顯然有可歸責之處，且該責任並非單純之習慣或約定成俗，反而係來自於明確之法律明文規定，分述如下：

一、提供足夠設備之義務

如醫療法第 56 條第 1 項即規定：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」本條規定在解釋上自應包括足夠的設備，若該醫療機構未能具備前揭法條之要求，其利益自當不應由被告承擔。本件實施手術所必須之小兒呼吸器及相關設備不足，係一客觀事實，然該項不利益應歸責之對象應在於仁愛醫院，而非被告，該項設備之不足，自不應由被告擔負責任。

二、提供適當人數值班之義務

醫療法第 59 條亦規定：「醫院於診療時間外，應依其規模及業務需要，指派適當人數之醫師值班，以照顧住院及急診病人。」本條規定在解釋上自應包括醫院應提供足夠之醫師進行輪班，以讓每位值班醫師都有足夠的時間，不會過於密集值班而造成過度勞累，進而影響其專業判斷，導致不利益結果。本件被告林○男之值班日數顯然過高，以致未能適當地處理其值班業務，亦應屬被告所在之仁愛醫院所應負責之情事。

¹⁹⁶【大紀元 1 月 17 日報導】（中央社記者陳妍君台北十七日電）台北市副市長葉金川今天針對邱姓女童轉診案表示，合理的醫師值班天數應是每月十天，市立聯合醫院仁愛院區住院總醫師林○男每月須值班十五天，的確不合理，但這不能免除他不到場診察又不檢視邱姓女童電腦斷層 X 光片的疏失責任。大紀元，<http://www.epochtimes.com/b5/5/1/17/n783708.htm>（最後瀏覽日：01/12/2018）



三、EOC 調度系統發揮效用

本件案發時實施之緊急醫療救護法之規定¹⁹⁷，其立法目的在於「健全緊急醫療救護體系，提昇緊急醫療救護品質，以確保緊急傷病患之生命及健康」；而依該法第 2 條之規定，緊急醫療救護包含「離島、偏遠地區重大傷病患之轉診」及「醫療機構之緊急醫療」；復依同法第 4 條之規定，本法之中央主管機關為行政院衛生署及內政部，地方為直轄市、縣市政府；再依同法第 10 條及第 11 條之規定，直轄市及縣市消防機構內應設置救護指揮中心、且救護指揮中心之任務包括「聯絡醫療機構接受緊急傷病患。」

綜合以上規定，可推論得知本件中央或地方政府具有建置相關之救護指揮中心並聯絡醫療機構接受緊急傷病患或協助轉診之義務。依據法院前開認定：「案發當時，臺北榮總仍有加護病床，然 EOC 運作失靈，無法立即回覆本案醫師之需求」，救護指揮中心本應屬主管機關所擔負之責任，該無法立即尋求轉診之結果，亦屬可歸責於制度及組織之事由。

本件出現的三個體系上的瑕疵，再再都顯示了在本件中，體系無法提供被告相對應的資源以對抗風險，在該等前提之下，縱被告對於本件之不利益結果主觀上具有預見可能性，而其不作為與邱小妹之死亡具有因果關係，將前開體系內瑕疵所造成之不利益結果，全推由被告所承擔，顯然是相當有疑義的，且在特定出「戰犯」之後，常讓人忘了始作俑者其實是被告所在的醫療及構及 EOC 調度系統。

貳、關於被告個人的可歸責性

¹⁹⁷民國 91 年 1 月 8 日修正，91 年 1 月 30 日公布。



小兒呼吸器及相關設備的欠缺，係醫院管理階層之功課，也確實並非本件被告所能單獨決定，然該設備的欠缺確確實實地讓被告失去了部分選擇的可能，無法讓被告選擇勇於立即對邱小妹實行手術；另 EOC 調度系統出現的失靈，也確與被告無涉，但該系統的失靈，讓被告對於邱小妹轉診此一決策，無法第一時間發揮功能以驗證其決策是否反而是確實是對邱小妹最好的方案；制度上對於新進醫師過於密集的值班，未能提供足夠的休息的時間，而過勞與判斷力的降低的關聯已不證自明，現實上實難能以一般標準去期待過勞的醫師必須要有跟身心健全醫師一樣的判斷力。綜合以上三個因素，本件若法院認定被告林○男於前階段未親自看診等情確係具有過失，在犯罪的檢驗上，勢必會面臨到罪責層次的判斷：然而前開設備不足、EOC 調度系統失靈及值班時間過長，已大幅減縮被告作為醫師所能使用用以對抗病魔的武器。

在邱小妹過世後而受千夫所指之際，被告心中或許只會出現不完美個人與殘缺的系統不斷的對話與遺憾：「如果設備足夠，就可以馬上進行手術，邱小妹或許還有機會，好吧設備不夠，那麼 EOC 調度系統應該也可馬上為邱小妹找到一個適合手術的醫院。再不然，假如當初我不要這麼疲累，或許我可以做出更正確的決定。……但也有可能只是疲憊不堪的我選擇了一條極為輕鬆但卻極度冒險的路。」且反面檢視，體系已有缺失如前所述，無法提供相對應的資源造成的不利益，進而壓縮被告的決策空間，其罪責層次上之可歸責性在相較於相關制度或設備健全之情形下，顯然是大幅降低的，對於被告的期待可能性亦應有明顯的降低。因此本文認為，本件若被告係具有構成要件該當性及違法性，在罪責層次的評價上，因為對被告的期待可能性已經有顯著降低



的情況，因此其罪責亦應有減輕之情況。

參、小結

承前所述，醫療資源分配的問題，涉及政府、醫療機構及醫師個人三方面的問題，且互相牽引，若無政策明定落實的方法，基層醫師即使努力於盡可能合理的分配資源，仍會遇到瓶頸¹⁹⁸。

邱小妹案發生後，緊急醫療救護法在 96 年 6 月 8 日有大幅修正，並於修正草案總說明中提及邱小妹事件及 95 年 3 月救護車司機靠行載送病患致死事件¹⁹⁹，並闡明修法目的在於健全緊急醫療救護體系架構、提升政府機關對災難之監測與因應能力、實施因地制宜之緊急醫療救護實施方案、確保高級救護技術員施行緊急救護之品質、加強醫院醫療處理能力及各類機關設置救護車之管理²⁰⁰。該修正案第 5 條、第 6 條及第 9 條之規定，明訂中央政府應建立緊急醫療救護區域協調指揮體系並訂定全國緊急醫療救護計畫、組成區域緊急醫療應變中心（Regional Emergency Operations Center, R.E.O.C.），地方政府並應配合全國緊急醫療救護計畫、訂定因地制宜之緊急醫療救護實施方案；同法第 36 條及第 38 條並規定醫院應建立緊急傷病患處理作業流程及內部協調指揮系統，遇有緊急傷病患時應即檢視，並依其醫療能力予以救治或採取必要措施；若無法提供適切治療時，應先做適當處置，並協助安排轉診至適當之醫療機構或報請救災救護指揮中

¹⁹⁸陳筱青（2008），〈從法律、醫學倫理論醫療過失判決之正當性暨醫事法規之檢討—以醫療人球案為核心〉，頁 85-86，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。

¹⁹⁹臺灣高等法院臺中分院 96 年度醫上訴字第 14 號判決認定之事實摘要：「丙○○以駕駛救護車為業。王○嬌前因腦中風之病症，於民國 95 年 1 月 11 日在臺中縣梧棲鎮童綜合醫院進行氣切手術完畢，於同年 3 月間欲轉往所需費用較低之「仁惠護理之家」，由丙○○於 95 年 3 月 7 日上午前往接送。然丙○○在將王○嬌抬上救護車後，旋將車內事先備置之氧氣管直接插入王○嬌之氣切管，未使用 T 型管或復甦器，致使氧氣灌入王○嬌肺部只進不出，途中經甲○○發現王○嬌之臉部變黑察覺有異，丙○○見狀又將王○嬌送往梧棲鎮童綜合醫院急救，迄同日 12 時 30 分許王○嬌終因急性氣腫併多器官及呼吸衰竭而死亡。」

²⁰⁰立法院議案關係文書院總第 1155 號政府提案第 10591 號。



心協助，該項緊急醫療處理能力並應為分級評定。

上開緊急醫療救護法的大幅修正，其實也證明了本件被告所在的制度或體系本身本來就不完美，邱小妹已經在本件有瑕疵的制度或體系中成為受害者，既然本件無論從司法者或是從立法者的角度，都一再重申了被告所在的制度或體系有所缺陷，實無須硬要推出特定的行為人作為代罪羔羊，反而應該是透過這次的事件，重新去檢視體系出現的問題，並合理地分配資源將其未來可能再發生不利益結果的機會降低，這樣的作法，無論如何都是比找出代罪羔羊來處罰，更具公益性、更有利於未來風險的避免。

肆、後記

邱小妹案經改編，出現於 104 年的台劇〈麻醉風暴〉第 5 集中，該部分情節略為 2 年輕醫師原欲就轉診而來之肝臟撕裂傷病患進行緊急手術，在經知會院長的過程中，院長以 VIP 病房要留給特定病患、醫院設備不足之理由反對下，而將該病患再轉往其他大型醫院，該病患終因延誤救治而死亡。在媒體報導下，輿論譁然，指責聲浪不斷，院長要求 2 年輕醫師扛下責任，並保證鋒頭過後，再另行升遷 2 年輕醫師。案發之後，2 年輕醫師沮喪，聚在天台談話：

「我真的不懂，轉院制度就是這個樣子，為什麼出事情要我們扛」

「先別想那麼多嘛，相信老師，只要半年後我們考上了主治，還是可以回來醫院跟著他，這麼多年來醫療體制都是來這一套，出了事情，高層希望火不要繼續往上燒，當然是犧牲我們這些小的啊，很自私沒錯，但也沒辦法，這是體制下的 SOP，你懂不懂」

「難道我們什麼都不做，乖乖當體制下的犧牲品」

「不會的，你相信我，在未來，我們一定可以改變體制的，天黑，



也總有天亮的時候嘛」

然而半年後，2 醫師遲遲等不到原先院長所承諾的復職通知，另謀其他醫療機構的工作，亦因前開人球案的負面評價而不被接納，其中一名醫師留下「我等不到天亮了」的遺言後，在另名醫師面前自 2 人先前談話的天台上墜落，另名醫師也因此離開了醫界。

第六節 竹山護士打針案

發生於民國 91 年的竹山護士打針案，案發後南投縣衛生局局長及施打疫苗之護士，經臺灣南投地方法院檢察署檢察官以違反醫師法及業務過失致死罪嫌提起公訴，一時基層護理人員譁然，多拒絕在沒有醫師的情況下施打疫苗，對偏鄉地區的防疫工作產生困難，本文分析該案判決如下：

第一項 案例事實

廖○仁係南投縣政府衛生局局長，陳○珠係南投縣政府衛生局竹山鎮衛生所社寮衛生室護士。陳○珠在 91 年 7 月 24 日下午，在未經醫師親自診察及未有醫師處方之情形下，為徐○棟及陳○慧之子徐○助施打「日本腦炎疫苗」及「麻疹、腮腺炎及德國麻疹三種混合疫苗」各 1 劑。後來在注射疫苗 2 天後即同年 8 月 26 日晚間 9 點，徐○助開始發燒，到了同年 8 月 1 日晚上 9 點，徐○助依舊高燒不退而再行就診。至同年 8 月 5 日上午 10 時 45 分，徐○助大量吐奶及鼻孔流出褐色帶有腥味之液體且呼吸緩慢，經送往竹山秀傳醫院急救，在同日上午 11 時 45 分許宣告不治死亡。檢察官因而起訴廖○仁及陳○珠涉犯醫師法第 28 條未取得合法醫師資格、執行醫療業務罪及刑法第 276 條第 2 項業務過失致死等罪嫌。



第二項 判決結果

壹、一審判決(臺灣南投地方法院 95 年度訴字第 26 號判決)

廖○仁及陳○珠違反醫師法及過失致死部分均無罪

一、違反醫師法部分

廖○仁：公訴意旨僅認廖○仁「應配置合法醫生至南投縣竹山鎮社寮衛生室，竟未配置」，然法院認為廖○仁縱有「應配置合法醫生至南投縣竹山鎮社寮衛生室，竟未配置」之情況，然檢察官未有明確之推論下，自難認其該當「未取得合法醫師資格，執行醫療業務」之構成要件。

陳○珠：公訴意旨雖認行政院衛生署七十二年一月四日(七二)衛署醫字第四○五七七一號函釋：「學校保健員或衛生所之護士，依據衛生機關工作計畫或公函執行公共衛生預防接種工作，如：白喉、破傷風、日本腦炎、口服小兒麻痺等，可視同在醫師指導下或依據醫師處方執行醫療行為。」違反母法即醫師法第 28 條而無效，陳○珠不得據以依刑法第 21 條第 1 項之規定阻卻違法，但法院認為陳○珠並非法律專業，且自 72 年以來，護士未經醫師診察即予注射接種疫苗之作法行之有年，難認陳○珠對上開函釋之合法性有質疑，並援引刑法第 21 條第 2 項但書之規定及舉重以明輕之法理，認為陳○珠並非明知上開函釋合法，故仍能以刑法第 21 條第 1 項之規定阻卻違法²⁰¹。

二、業務過失致死部分

(一)無法證明被告 2 人有過失：

被告廖○仁並未有注射疫苗之行為，亦無證據與被告陳○珠

²⁰¹法院雖未直接認定上開函釋確實違反法律而無效，但從其論述而言，應係認為該衛生署函釋確有牴觸法律而無效之情形。



有犯意聯絡。被告陳○珠為本件被害人接種疫苗注射前，曾依規定詢問被害人之身體狀況，已盡其注意之義務，尚難認其有何過失。

(二)無法證明被害人之死亡與注射疫苗並有因果關係：

法務部法醫研究所認：「褐色腥臭液體即支氣管發炎過程中所形成之膿性分泌物。所以死者死因至為明確，即因反覆嘔吐吸入造成吸入性肺炎，和死亡當日所發生的一次大量吐奶吸入呼吸道，造成呼吸衰竭及呼吸道阻塞致死。鑑定並未發現死者有顱內出血及預防接種相關病變，故死亡原因與頭部外傷及預防接種無直接因果關係」及「疫苗接種之主要作用：產生抗體，可由血清中抗體力價上升得知，副作用之局部紅斑、皮疹、科氏斑點與亞急性腦炎在死者解剖當時皆未發現，無法與死因發生因果關係。台端所稱死者有發燒情形，是唯一與死因相關又可能和疫苗副作用有關聯的症狀。但是一般單純疫苗副作用所引起的發燒，發生及持續時日有一定，且在給予退燒藥物即可以有效退燒，由筆錄記載及台端陳情敘述可知，死者在七月二十六日（接種疫苗後二日）即出現發燒現象，並曾以直腸塞劑處置，後又赴診所就診治療，皆無效果，可見死者發燒的原因應為吸入性肺炎而非疫苗接種之反應。」

行政院衛生署醫事審議委員會認為：「經法醫解剖，發現全身僅右肺部病變，並未發現與預防接種有關的病變，死因為吸入性肺炎及凝乳塊吸入造成呼吸衰竭為意外死亡。經家屬及衛生室護士之陳述，和預防接種的記錄，再加上法醫解剖鑑定報告的結果，判斷此病童的死亡與預防接種無直接關係，而衛生室護士之處置也無疏失。」



國立臺灣大學醫學院認為：「本案發病時間距疫苗接種超過四十八小時，是疫苗所導致的機會不大，發燒持續十天也與疫苗所導致者不同。綜觀整個病程，病童似係罹患某種感染，肺炎是感染的表現之一，因而可能導致死亡。」

最終法院即以檢察官未能提出證據證明上開鑑定報告有何錯誤之處，亦未能證明被害人之死亡與施打疫苗具有因果關係，未認本件被害人之死亡與施打疫苗具有因果關係。綜合前開被告 2 人並無過失，判決被告 2 人均無罪。

(三) 法院之旁論

疫苗接種注射為一般性多數之醫療行為，目前衛生機關執行疫苗接種地點為衛生所、衛生室、各級學校，尚難與一般在醫院所為之醫療行為等同視之，且於各級學校注射疫苗時，人數眾多，如每位學生均需經醫師診察後，始可為疫苗接種，則非但耗時耗力，以防疫工作常具有時效性而言，則將使防疫工作更難以推動。國外雖有將防疫工作排除於醫師法之適用範圍或不認其為醫療行為之立法，然依我國中央法規標準法第十一條之規定，命令不得抵觸法律，則上開行政院衛生署七十二年之函釋，確有因抵觸法律規定而無效之疑慮，是為顧及防疫工作之需要、維護群眾之接種疫苗之安全及醫護人員執行業務之適法性，主管機關應及早透過修改法律之途徑，以為解決，併此敘明。

貳、二審判決(臺灣高等法院 95 年度上訴字第 771 號判決)

上訴駁回。

一、違反醫師法部分

傳染病防治法於 95 年 5 月 23 日，以本件事務嚴重打擊基層護理人員士氣，實際上易妨礙傳染病防治工作計畫之推動為由，



修正傳染病防治法第 4 條之規定，於該條第 3 項增訂「第一項所稱預防接種業務得由護理人員執行之，不受醫師法第二十八條規定之限制；其預防接種施行之條件與限制、預防接種紀錄之檢查與補行接種及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」之規定，其修法理由為：「根據醫師法第 28 條規定，在醫療機構於醫師指示下之護理人員、助產人員以及其他醫事人員得進行醫療行為，並得不受該法所規定之有期徒刑與罰金處罰。但從傳染病防治的實務角度而言，有些偏遠地區衛生所根本沒有醫師編制，如何執行傳染病預防接種工作？因此此一條文實有修正之必要。其次，護理人員在專業養成教育的過程中，的確有足夠訓練使其地以獨立執行預防接種業務，而且長期以來也是該項業務之實際執行者。為避免護理人員執行疫苗接種業務時有違反醫師法相關規定之虞，特增加本條第三項，明定護理人員得依中央主管機關所定辦法執行預防接種業務，不受醫師法第 28 條規定之限制。」

法院認為因立法院於 95 年 5 月 23 日三讀通過修正傳染病防治法第 4 條第 3 項規定，預防接種業務得由護理人員執行之，不受前開醫師法第 28 條醫師需在場規定之限制，依據刑法第二條第一項但書，適用最有利於行為人法律之結果，陳○珠縱不具醫師身分且亦未有醫師在場，亦不該當醫師法第 28 條之罪責。

二、過失致死部分

再經多次鑑定後，無法證明徐榮助之死亡與注射疫苗有因果關係

參、三審判決

維持二審判決。

第三項 本文評析

上開法院見解並未直接認定修法前僅由護士執行預防疫苗



業務是否違反醫師法之規定，而於旁論中婉轉表達「確有因抵觸法律規定而無效之疑慮」，然依其論述之方式，應係認為系爭行政院衛生署之函釋應屬無效，被告客觀上之行為確係違反醫師法之規定。最終係因為被告所為係依法令之行為且非明知該法令違法而認違反醫師法之部分無罪。

但是，現實上是否存在另外一種可能性，即在一般基層護理人員均非法律專業的情況下，在其執行業務時，心中有可能會想著「我是依據行政院衛生署七十二年一月四日（七二）衛署醫字第四〇五七七號函釋這項行政命令，來執行我的疫苗接種業務」嗎？抑或者是長久以來的傳承及機關文化，讓護理人員們直接認為其具有本項業務之適格呢？

此外，本件案發時係 91 年 7 月 24 日，臺灣南投地方法院檢察署檢察官係於 94 年 12 月對護士陳○珠提起公訴，一審判決日期為 95 年 3 月 6 日，前開傳染病防治法第 4 條之規定係於 95 年 5 月 23 日修正，於 95 年 6 月 14 日公布，於 95 年 6 月 16 日公布。且臺灣南投地方法院檢察署檢察官提起公訴時，造成嚴重之輿論反彈，醞釀聯合拒絕施打疫苗，至傳染病防治法第 4 條之修正生效時，約莫有半年的時間，多數護士是處於「已明知前開衛生署之函釋無效」之情況，則該段時間中若仍有護理人員堅守其所認定之職責而持續為民眾施打疫苗，則其刑事法上的評價又應該如何處理？

即護理人員無論是自始對於該函釋之合法性有所疑慮，抑或是前開修法前之半年空窗期，在護理人員對於其身分上之不適格已有認知，逕自施打疫苗，是否即會該當醫師法第 28 條之刑事責任？本文認為前開狀況下，其行為的確該當醫師法第 28 條之



構成要件，且亦具有違法性，然其行為並不一定具有罪責，一方面可能是其職務所產生的義務衝突之情況，另一方面係因當時制度顯然與現實實施之情況存有重大差距，此觀「從傳染病防治的實務角度而言，有些偏遠地區衛生所根本沒有醫師編制，如何執行傳染病預防接種工作？」²⁰²之立法院修法理由可證。故本文認為，護理人員施打疫苗應可認為係一制度之缺乏，係屬「制度的建置與實務情形存在顯著差異」之情況，在當中執行疫苗接種業務的護理人員，應欠缺期待可能性而阻卻其罪責。

第七節 對於制度缺失的實務運用問題

既然從前開愛滋器官移植案、邱小妹案及竹山護士打針案，我們可以發現醫療制度本身確實是很有可能發生問題的，無論是對於特定的風險或義務未訂有明確之承擔者、缺乏覆核機制/風險多重避免機制、體系無法提供行為人相對應的資源以對抗風險或制度的建置與實務情形存在顯著差異之狀況，而且該等制度的缺失會影響到行為人的選擇，進而造成不利益的後果或者擴大危害的範圍。

那麼，因為制度的缺失而誤觸法網的人們，本文認為其在罪責層次固然屬於減輕或免除罪責之情況，然在個案中，其法律上的依據究竟為何？本文認為將欠缺期待可能性作為法定阻卻罪責事由是正本清源之道，然而在現行法律架構下，若要真的找出減輕或免除行為人之罪責，可能有以下出路：

第一項 刑法第 57 條第 8 款

刑法第 57 條第 8 款規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，

²⁰²立法院議案關係文書院總第 1156 號委員提案第 6856 號



並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：八、犯罪行為人違反義務之程度。」本條以犯罪行為人違反義務之程度做為科刑輕重標準之規定，係於 94 年 1 月 7 日刑法修正時所增訂，其修法理由為：「近來處罰違反義務犯罪之法規日益增多，而已違反注意義務為違法要素之過失犯罪，如車禍案件及醫療糾紛案件，發生率亦有增高趨勢，犯人違反注意義務之程度既有不同，其科刑之輕重，亦應有所軒輊，又就作為犯與不作為犯而言，其違反不作為義務或作為義務之程度，亦宜審酌以為科刑之標準²⁰³。」

在解釋上，所謂的「違反注意義務之程度」應係指行為人於個案中對法益侵害輕忽的程度，依該輕忽的程度來決定其罪責、刑度多寡，而在制度出現缺失情況下，可歸責的事由眾多，不僅限於行為人，更有可能直接歸咎於制度或組織本身。在這種情況下，若在個案中，法院確已認定歸責的原因眾多，行為人固有疏失，然行為人的輕忽只是事件發生的原因之一，自難將所有的不利益化為刑度推由行為人獨自承擔，換言之，除行為人之過失外，體系同時存在著諸多瑕疵或可歸責事由時，行為人在罪責層次自能減輕其罪責。

第二項 援引「系統性錯誤」之概念

「系統性錯誤」之概念，雖僅生產事故救濟條例出現，然該條例第 3 條第 4 款既已設有定義性之規定，則應可先確認立法者確實認為「醫療機構或助產機構之組織、制度、決策或設備設施等機構性問題可能會造成醫療或助產行為發生之不良結果」，雖於該條例中，「系統性錯誤」僅再出現於該條例第 13 條第 3 項：

²⁰³立法院議案關係文書院總第 249 號政府提案第 8854 號



「中央主管機關向醫療機構或助產機構追償時，如醫療事故發生原因指向系統性錯誤者，醫療機構或助產機構於償還後，不得向醫事人員求償。」雖本條係民事領域僱用人與受僱人內部關係追償之特別規定，看似與刑事領域無涉，然其揭渠的概念是「假如是醫療機構需要負的責任，就不應該歸責到醫事人員身上。」此一準則既為立法者所肯認之價值，且「系統性錯誤」之概念與本文探討之醫療制度下的制度缺失大致相符，則在刑事個案中若經法院審理，發覺確有「系統性錯誤」之情況，則援引「系統性錯誤」之概念，作為量刑的一個事由，因而減輕或免除行為人之罪責，似難稱於法有違。

第三項 期待可能性作為超法規阻卻罪責事由

本文對期待可能性作為一個超法規阻卻或減輕罪責事由持肯定見解，亦不乏有實務見解對欠缺期待可能性作為超法規阻卻或減輕罪責事由採較開放之立場，因此在前開情形中，援引期待可能性作為超法規阻卻或減輕罪責事由，似乎是有可能實施的一個方法。

欠缺期待可能性判斷標準之要素不明確固然是個缺陷，因而造成法院可能在個案中難以適用的情況。然若法院於個案中，已能如前述醫療案件特別去說明行為人所處的制度、組織或體系確有瑕疵，並據以作為認定行為人於個案中欠缺期待可能性之理由，則法院所實踐之說明義務愈加完整，則前開「判斷標準之要素不明確」這個疑慮就會更加降低，屆時，直接援引期待可能性作為超法規阻卻或減輕罪責事由亦是可以選擇的一個方向。



第五章 結論

期待可能性之概念，係來自於目前主流見解「規範責任論」之責任內涵，有眾多學說見解認為欠缺期待可能性作為超法規之阻卻罪責事由並無不可，且此概念有彌補刑法條文立法技術本身闕漏的功能，有節制刑罰的功用存在，且此項概念，其實在關乎行為人特殊狀況之條文，無論是在於刑法總則的責任能力、分則中部分的不純正身分犯規定甚至是特別刑法中，亦可見一斑，毋寧可以這樣解讀：立法者本身其實也希望在無法以條文去完整規範的現實世界中，就已經出現的、常見的欠缺期待可能性或期待可能性大幅降低的情況²⁰⁴，予以減輕或免除其刑的特別處理，然而於現實中將所有欠缺期待可能性或期待可能性大幅降低之情況，予以條文化確實是有其困難存在的，但也並非完全無法努力而與時俱進。然而，在承認規範責任論下的罪責此一前提下，本文主張，在立法論上，有必要就欠缺期待可能性而減輕或免除之情況予以明文規定，以避免現實上行為人行為之行為欠缺期待可能性，然而因為該欠缺期待可能性之情狀未予立法規定，造成刑罰濫用之情況。

實務見解方面，除了早年已經援引期待可能性概念限縮教唆頂替、共犯湮滅證據行為人之穩定見解外，近年來實務見解對於期待可能性概念雖不能稱得上完全是採取肯定、開放的態度，但至少對於期待可能性此項概念，開始有所論述及表示，如前述之酒後追捕犯人案，雖該案中法院採取的是比較保守的見解，但是已經將期待可能性的基礎概念做了完整的介紹。然而從實務見解對於此項概念的運用，可以發現本項概念標準不明確之缺陷造成

²⁰⁴參第三章第一節第二項。



在實務運用之困難，如同前述之自費買裝備案及詐領誤餐費案²案之比較。因而，對此概念採較保守立場之實務見解，亦援引此原因，否定期待可能性在個案中作為超法規阻卻罪責事由的可能。

本文雖贊同將期待可能性的概念廣泛地運用在實務個案中，但因為前開標準不明確之缺陷，可能造成實務工作者運用上之困難。因此，本文嘗試就無窮無盡的可能性中去尋找一個突破點，提供一個存在的普遍現象，作為此項概念發展的可能基礎，因而選擇著墨於組織、制度甚至是系統的缺乏或瑕疵這個面向。然而，即使專注在這個方向，概念上依舊十分空泛而無法掌握，從而參照近年來醫療崩壞、六大皆空之情形，且生產事故救濟條例、醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案中亦提及類似於組織、系統甚至是制度的缺乏或瑕疵概念之「系統性錯誤」，從「系統性錯誤」背景之愛滋器官移植案中，推及於邱小妹案及護士打針案，我們都可以發現，行為人其本身的行為，在龐大的組織、制度或系統底下，可能都只是一個微不足道的配角，只是恰巧成為了應該負責的那個人，事故主要的原因可能都來自於組織、制度及系統內的缺乏或瑕疵，而這樣的情況，也常常被司法者於審判中所注視，並於判決中說明除了對行為人的處罰之外，有更多的環境因素需要被改善。

司法者係立於事故發生後，從「事後諸葛」的角度來審視事件的全貌，雖無法發現百分之百的真實，但若在這個過程中發覺了除了行為人以外的其他造成事故的原因，除了能在個案中基於期待可能性之原因予以衡平行為人之罪責外，其實也能透過判決的宣示去間接修正已經存在於組織、制度及系統內的缺乏或瑕疵，



如同邱小妹案判決中對於醫療體系的反思，或者是護士打針案判決中法院對於現行防疫工作適法性之旁論，其實在實際上都有這樣子的功能存在。

刑法雖具有維護社會秩序，預防犯罪與保護法益等任務，然而此等任務，不能期待只是透過刑法來實現，而是必須透過法治國之下各種維護法秩序的手段與制度之共同作用，甚至制定良善的社會政策、教育政策或福利政策，才有可能達成²⁰⁵。在人類現今的文明中，產生了許多因應現代生活而生的現代文明制度，司法制度就是其中一種，作為制度的一環，其本身即有它的極限存在，意即我們無法期待僅透過司法制度就要解決所有的社會問題，畢竟，當某個社會問題必須要動用刑罰來解決時，本身就代表這個社會的某個環節沒有辦法將生活在這個社會中的人穩定地放置於社會體制之中。

制度是人所訂定的，既然人不可能完美，由人訂定的制度就更不可能盡善盡美，當人進入制度之中，就僅是整個大制度下的一顆小螺絲釘，當制度出現了問題，無論是創立本身就存在的，還是因為社會變遷才產生的，表面上似乎使人有違反刑法之虞，我們就應該認真去審視制度與行為人之間的關係，確定行為人在制度的運作之下是不是有為合法行為的期待可能性，確認必須為該項問題負責者究竟是制度還是行為人，法益侵害的源頭才能算是真正被找到，也才有機會避免危害的再度發生。

刑罰制度有其一定的效果或作用，並非藉由刑法手段，就能達成所有目的。然而，許多人卻常盲目地相信或期待刑罰制度可

²⁰⁵王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁57，臺北：新學林。



以像萬靈丹一樣，解決所有社會問題或人際紛爭²⁰⁶。本文毋寧相信，在很多時候，刑罰的不實施，才能讓問題真正的被聚焦，如此才有讓問題被解決的契機，也是在良性的發現問題、解決問題的循環下，社會才能更加進步，從而受益的，將是每一個生活在這塊土地上的人們。

²⁰⁶王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，頁 57-58，臺北：新學林。



參考文獻

一、中文部分

(一) 書籍

- 王皇玉(2009)。《刑罰與社會規訓-台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》。臺北：元照。
- 王皇玉(2017)。《刑法總則》，三版。臺北：新學林。
- 林鈺雄(2016)。《新刑法總則》，五版。臺北：元照。
- 柯耀程(2017)。《刑法概論》，二版。新北：一品。
- 陳子平(2017)。《刑法總論》，四版。臺北：元照。
- 張苙雲(1986)。《組織社會學》。臺北：三民。
- 張智輝(1996)。《刑事責任比較研究》。臺北：五南。
- 張麗卿(2015)。《刑法總則理論與運用》。臺北：三民。
- 黃榮堅(2003)。《刑法問題與利益思考》。臺北：元照。
- 黃榮堅(2012)。《基礎刑法學(下)》，四版。臺北：元照。
- 黃源盛(2007)。《晚清民國刑事立法史料籍註與研究 I (上冊)》。臺北：元照。
- 蔡聖偉(2008)。《刑法問題研究(一)》。臺北：元照。
- 蔡墩銘(2013)。《刑法總論》，十版。臺北：三民。
- A. Raine (著)，洪蘭(譯)(2015)。《暴力犯罪的大腦檔案》。臺北：遠流。
- D. Eagleman (著)，徐仕美(譯)(2016)。《大腦解密手冊》。臺北：天下。
- D. Garland (著)，劉宗為、黃煜文(譯)(2006)。《懲罰與現代社會》。臺北：商周。
- M. S. Gazzaniga (著)，鍾沛君(譯)(2013)。《我們真的有自由意志嗎？意識、抉擇與背後的大腦科學》。臺北：城邦。
- L.T.Kohn, J.M.Corrigan, M.S.Donaldson (著)，鄭紹宇(等譯)(2010)。《人會出錯-建立一套更安全的健康照護系統》。臺北：合記。



(二) 專書論文

王皇玉(2008)。〈原住民犯罪不法意識之研究——評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件〉，收於：林山田教授紀念論文集編輯委員會(編)，《刑與思—林山田教授紀念論文集》，頁125-146。臺北：元照。

王皇玉(2011)。〈醫師的說明與親自診察義務—從最高法院94年度台上字第2676號判決談起〉，《刑法上的生命、死亡與醫療》，頁247-288。臺北：三民。

陳聰富(2014)。〈醫療事故案件加害行為在哪裡〉，收於：陳學德(編)，《醫療侵權行為之構成要件分析》，頁13-23。臺北：元照。

陳聰富(2015)。〈醫療機構法人組織與責任〉，收於：李詩應(等著)，《醫療糾紛處理之法制與實證》，頁223-252。臺北：元照。

(三) 學位論文

李文健(1997)。《罪責概念之研究—非難的實質基礎》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

李青筠(2005)。《道德性與罪責—對尼采道德系譜學的一種解讀》。國立臺灣大學法律學研所碩士論文。

吳翠萍(1995)。《婚姻暴力下殺夫案件刑事責任之研究》，私立東吳大學法律學研究所碩士論文。

陳友鋒(1993)。《期待可能性—刑法上地位之回顧及展望》，私立輔仁大學法律學研所碩士論文。

陳首翰(1994)。《原因自由行為理論之探討》，私立東吳大學法律學研究所碩士論文。

陳筱青(2008)。《從法律、醫學倫理論醫療過失判決之正當性暨醫事法規之檢討—以醫療人球案為核心》，國立臺北大學法律學系碩士論文。

陳甫倫(2013)。《醫療機構民事責任之再思考》，國立臺灣大學科際整合法律研究所碩士論文。



張麗卿（1992）。《精神疾病犯罪人處遇之比較研究》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

張天一（2001）。《正當防衛原理與過當之處置方式》，私立輔仁大學法律學系碩士論文。

張喬崑（2008）。《正當防衛與防衛過當》，私立東海大學法律學研究所碩士論文。

楊皓潔（2008）。《從刑法期待可能性概念論軍職人員依上級違法命令之行為—以〈德國邊境圍牆守衛案〉為核心探討素材》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

廖錦玉（1997）。《責任能力的認定與精神鑑定》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

（四）期刊

王皇玉（2005）。〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則——評台北地院九十一年訴字七三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，127期，頁50-63。

王皇玉（2009）。〈德國醫療刑法論述概說〉，《月旦法學雜誌》，170期，頁122-144。

王皇玉（2012）。〈醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起〉，《臺大法學論叢》，41卷2期，頁725-793。

王皇玉（2012）。〈原住民持有槍械問題之研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，5卷1期，頁1-37。

王皇玉（2013）。〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213期，頁73-91。

王志嘉（2010）。〈論急救與建議轉診義務——台灣高等法院九十六年醫上訴字第三號刑事判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，187期，頁219-237。

王志嘉（2012）。〈末期病人醫療常規——臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上更(一)字第二號刑事判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，211期，頁232-256。

王暉智（2010）。〈醫療分工與責任的範圍——評台灣桃園地方法院九十五年度訴字第二七二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，176期，頁253-264。



- 王韻茹(2014),〈性不性,行不行?/北高行 102 訴 1206 判決〉,《台灣法學雜誌》, 244 期,頁 195-197。
- 立法院公報處(2011)。《立法院公報》,100 卷 84 期,3936 號,頁 272。臺北:立法院。
- 甘添貴(1998),〈義務衝突之性質與解決原則(上)〉,《月旦法學雜誌》,40 期,頁 14-15。
- 江仰仁(2012),〈器官移植的安全性—從愛滋移植風暴談起〉,《醫療品質雜誌》,6 卷 3 期,頁 37-41。
- 吳俊穎、楊增暉、陳榮基(2014)。〈醫療糾紛請求權基礎、責任主體以及舉證責任轉換之實證分析〉,《月旦法學雜誌》,230 期,頁 221-247。
- 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基(2013),〈組織醫療行為的刑事過失責任釐清〉,《月旦法學雜誌》,202 期,頁 166-184。
- 林杏麟、李維哲(2012),〈醫療行為以刑法究責之不合理性:醫學是試誤科學〉,《臺灣醫界》,55 卷 2 期,頁 42-44。
- 許恒達(2014)。〈重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰〉,《台灣原住民族研究季刊》,7 卷 3 期,頁 121-152。
- 許恒達(2015)。〈屋主的逆襲——再論延展型過當防衛〉,《月旦裁判時報》,41 期,頁 49-59。
- 許恒達(2016)。〈正當防衛與挑唆前行為〉,《月旦刑事法評論》,2 期,頁 101-127。
- 許澤天(2010)。〈有待立法補充之免除罪責標準-最高法院九八年度台上字第六八〇六號判決簡評-〉,《台灣法學》,156 期,頁 272-275。
- 陳友鋒(1992)。〈期待可能性-判斷標準之再檢討(上)〉,《軍法專刊》,38 卷 5 期,頁 19。
- 高金桂(2013)。〈自由與罪責〉,《軍法專刊》,59 卷 4 期,頁 141-167。
- 高添富(2014)。〈系統性錯誤的醫療糾紛〉,《臺北市醫師公會會刊》,58 卷 12



- 期，頁 24-30。
- 黃鈺嫻、楊秀儀（2014）。〈訴訟外醫療糾紛處理機制——認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革與啟示〉，《月旦法學雜誌》，230 期，頁 140-171。
- 黃惠婷（2006）。〈強制性的緊急避難——評最高法院九十四年台上字第二三二四號判決〉，《月旦法學雜誌》，133 期，頁 210-220。
- 張麗卿（2006）。〈刑法第十九條之法理分析〉，《月旦法學雜誌》，136 期，頁 166-175。
- 張麗卿（2008）。〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，29 期，頁 57-85。
- 張麗卿（2008）。〈無期待可能性〉，《月旦法學教室》，68 期，頁 18-19。
- 張婷（2015）。〈台灣醫療機構系統性錯誤風險管理之法律觀——以傳染病防治為例〉，《司法新聲》，115 期，頁 47-62。
- 張天一（2016）。〈由「勒斃竊賊案」判決論過當防衛之判斷——評臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號判決〉，《月旦刑事法評論》，3 期，頁 94-109。
- 褚劍鴻（1993）。〈期待可能性與司法實務〉，《政大法學評論》，48 期，頁 3。
- 楊秀儀（2001）。〈醫療糾紛與醫療無過失制度——美國經驗四十年之探討〉，《政大法學評論》，68 期，頁 31-33。
- 葉嘉楠（2011）。〈邱小妹人球案之評析：高可靠度組織理論的觀點〉，《中華行政學報》，8 期，頁 261-279。
- 廖建瑜（2012）。〈論醫師之轉診義務——評析臺灣高等法院高雄分院九十五年度種醫上更(三)字第二號刑事判決〉，《法學新論》，35 期，頁 121-155。
- 蔡墩銘（1990）。〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，41 卷 10 期，頁 137-139。
- 蔡甫昌、劉宜廉、石崇良（2005）。〈轉送病患接受手術之相關倫理法律問題分析〉，《台灣醫學》，9 卷 2 期，頁 243-250。
- 蔡聖偉（2006）。〈論故意之不法前行為所建構的保證人義務〉，《東吳法律學報》，



18 卷 2 期，141-170。

謝榮堂（2012）。〈社會秩序維護法修正評釋——兼論釋字第六六六號〉，《月旦法學雜誌》，203 期，頁 33-46。

（五）網站資料

維基百科，《關鍵報告（電影）》。載於：

[https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B0%91%E6%95%B0%E6%B4%BE%E6%8A%A5%E5%91%8A_\(%E7%94%B5%E5%BD%B1\)](https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B0%91%E6%95%B0%E6%B4%BE%E6%8A%A5%E5%91%8A_(%E7%94%B5%E5%BD%B1))

維基百科，《臺大醫院失誤移植愛滋病患器官案》。載於：

https://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%87%BA%E5%A4%A7%E9%86%AB%E9%99%A2%E5%A4%B1%E8%AA%A4%E7%A7%BB%E6%A4%8D%E6%84%9B%E6%BB%8B%E7%97%85%E6%82%A3%E5%99%A8%E5%AE%98%E6%A1%88#cite_note-12

維基百科，《2013 年聖地亞哥-德孔波斯特拉火車事故》。載於：

<https://zh.wikipedia.org/wiki/2013%E5%B9%B4%E8%81%96%E5%9C%B0%E4%BA%9E%E5%93%A5-%E5%BE%B7%E5%AD%94%E6%B3%A2%E6%96%AF%E7%89%B9%E6%8B%89%E7%81%AB%E8%BB%8A%E4%BA%8B%E6%95%85>

台灣高鐵，《鐵路安全——列車自動控制系統》。載於：

<http://www.thsrc.com.tw/tw/Article/ArticleContent/9780e036-5fdb-4c48-8732-1242beafafbd>

陳紘甄（2017），《日日春赴北市府抗議籲設立合法性交易專區》。載於：自由時報網站，<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1942211>

103 年 5 月 29 日經立法院朝野政黨協商後之醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案，載於：衛生福利部網站，

<https://www.slideshare.net/ROC-MOHWS/47504672>



陳妍君 (2015), 《葉金川指林致男每月雖值班十五天但不能免責》。載於：大紀元時報, <http://www.epochtimes.com/b5/5/1/17/n783708.htm>

史振康 (2015), 《代誌大條！衛所護士打針 1 歲童猝死》。載於：TVBSNEWS, <http://news.tvbs.com.tw/life/413917>

(六) 其他

立法院議案關係文書院總第 1155 號政府提案第 10591 號。

立法院議案關係文書院總第 1156 號委員提案第 6856 號。

二、外文部分

Sue E. S. Crawford and Elinor Ostrom, *A Grammar of Institutions*, 89(3) *The American Political Sciences Review* 582, 582 (1995).

John M. Darley and Bibb Latané, *Bystander intervention in emergencies: diffusion of responsibility*, 8(4) *Journal of Personality and Social Psychology* 377, 377 (1968).