臺灣高等法院刑事判決

112年度上易字第876號

上　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　IK○○ ○○○（中文名：李○○）

選任辯護人　林恩宇律師(法扶律師)

上列上訴人因被告違反保護令案件，不服臺灣新北地方法院於中華民國112年4月26日所為111年度易字第879號第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第22042號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、檢察官起訴意旨：

被告IK○○ ○○○ （中文名：李○○，以下以中文名稱之)之前為告訴人乙○○的配偶，2人具有家庭暴力防治法第3條第1款所定的家庭成員關係。詎被告明知她已經臺灣新北地方法院（以下簡稱新北地院）於民國111年3月4日核發111年度家護字第123號民事通常保護令（以下簡稱本案保護令），令她應於111年4月30日前，遷出告訴人位於新北市○○區○○路00號0樓的住處（以下簡稱告訴人住處），並應自111年5月1日起，遠離告訴人住處至少100公尺，保護令有效期間2年，竟仍基於違反該民事通常保護令的犯意，迄未搬離上址，並遠離告訴人住處至少100公尺，而違反本案保護令，經告訴人訴由新北市政府警察局中和分局（以下簡稱中和分局）報告臺灣新北地方檢察署（以下簡稱新北地檢署）檢察官偵辦。綜上，檢察官認被告所為，是違反家庭暴力防治法第61條第4款的違反保護令罪嫌。

貳、無罪推定、證據裁判、舉證責任等原則及證據能力的處理：

一、刑事訴訟法第154條第2項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」同法第301條第1項亦規

定：「不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決。」據此可知，法院判處被告無罪的原因，可分為不能證明被告犯罪與行為不罰二種情形。前者是因被告被訴犯罪，尚缺乏確切的積極證據足以證明被告犯罪，基於證據裁判主義及無罪推定原則，自應諭知無罪的判決，以免冤抑；後者的「行為不罰」，指行為人欠缺實體刑法的犯罪成立要件而不構成犯罪，如法律並無處罰的明文規定（刑法第1條）、行為本身不成立犯罪（構成要件並不該當）、欠缺客觀之可罰性條件的構成要件該當行為（如刑法第283條聚眾鬥毆罪的「致人於死或重傷」）或刑法分則特別規定的不罰事由（如刑法第310條第3項、第311條）。另外，無罪責並不構成犯罪，依目前規定行為人無罪責而應諭知無罪的情況，包括：行為具有阻卻違法的事由（如刑法第21條第1項依法令的行為、第22條業務上的正當行為、第23條前段正當防衛行為與第24條第1項前段緊急避難行為），以及行為人無責任能力（刑法第18條第1項未滿14歲之人的行為、第19條第1項因精神障礙或其他心智缺陷致無責任能力）、不可避免的禁止錯誤（刑法第16條前段）等阻卻罪責事由。又刑事訴訟法上所謂「認定犯罪事實的證據」，是指足以認定被告確有犯罪行為的積極證據而言，該項證據必須適合於被告犯罪事實的認定，始得採為斷罪資料。如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制的方法，以為裁判基礎。

二、刑事訴訟法第308條規定：「判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載」。據此可知，無罪的判決書只須記載主文及理由，而其理由的論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可；所使用的證據資料，也不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力的傳聞證據，也可以作為彈劾證據使用。是以，無罪的判決書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，原則上無須於理由內論敘說明。基此，本件

被告所為，既然經本院認定他的行為應諭知無罪，自不再論述所援引有關證據資料的證據能力問題。

參、檢察官起訴時所憑的證據資料、被告的辯解：

一、檢察官起訴意旨所憑的證據資料及上訴意旨：

㈠檢察官起訴意旨所憑的證據資料：

被告於警詢及偵訊時的供述、告訴人於警詢及偵訊時的證述、新北地院111年度家護字第123號民事通常保護令。

㈡檢察官上訴意旨：

違反保護令之罪並不是純屬個人法益，無法依照得被害人承諾而阻卻違法。而被告已經員警告知保護令內容且收受，且被告從96年起就結婚在臺灣生活，中間也經過調解程序再到離婚，客觀上沒有可以避免的正當理由，而有不知所為為違法的狀況，並無法阻卻罪責。原審認事用法核有違誤，請將原判決撤銷，更為適當合法的判決。

二、被告及辯護人為她所為的辯解：

㈠被告辯稱：

我嫁給告訴人時，告訴人說我嫁來臺灣不用工作、只要在家照顧小孩。我來臺灣後生了4個小孩，告訴人卻又去照顧別人的小孩，我不願意家裡有別人的小孩，因此常與告訴人爭吵，法院卻判決我們離婚，4個小孩都給告訴人，又要我搬出去，對我實在不公平。何況我們的小孩還小，需要媽媽照顧，我不想離開家，告訴人於本案保護令核發後，也同意我可以繼續住、幫忙照顧小孩，我不可能會離開我的小孩，我是為了照顧小孩。

㈡辯護人為被告辯稱：

被告確實有違反本案保護令的事實，但員警於111年3月21日當面告知保護令內容後，被告已於111年4月18日得告訴人同意，可以繼續居住於告訴人住處，員警當時所告知違反本案保護令的效力者，並未包含「得告訴人同意」的法律上效果。而保護令得否因告訴人同意而阻卻違法，我國專業的法律實務工作者尚認有疑義，而召開法律座談會予以討論。由

此可知，縱使是我國具一般智識程度的民眾，亦不見得瞭解本案保護令是否會因告訴人同意而影響其效力，遑論身為烏茲別克共和國籍且無法閱讀中文的被告。是以，被告縱使無從依告訴人同意而得阻卻違法，她欠缺不法意識的程度實屬無法避免，又有正當理由，應免除她的刑事責任。

肆、本院認被告對於她的行為的違法性產生錯誤，具有不可避免之禁止錯誤的阻卻罪責事由，她所為並不違反家庭暴力防治法第61條第4款之違反保護令罪的理由：

一、檢察官、被告與辯護人不爭執事項：

㈠被告與告訴人於96年4月25日結婚，2人婚後育有4名未成年子女江○A（女，00年0 月00日生）、江○B（男，00年0月0日生）、江○C（男，000年00月0日生）、江○D（女，000年00月0日生）（以下簡稱江○A等4名子女），經告訴人於110年1月6日對被告訴請離婚及酌定子女親權，雙方於110年4月1日經法院調解離婚，經新北地院以110年度家親聲字第206號、110年度家財訴字第17號裁判由告訴人單獨任江○A等4名子女的親權，告訴人並應給付被告夫妻剩餘財產差額新臺幣（下同）46萬3,223元，經臺灣高等法院於111年5月31日，以111年度家上字第37號判決駁回被告的上訴而確定。

㈡告訴人曾經以被告實施家庭暴力，向新北地院家事庭聲請民事通常保護令，經新北地院核發本案保護令，裁定命被告不得對告訴人及江○A等4名子女為騷擾行為，並應於111年4月30日前，遷出告訴人住處，且應自111年5月1日起，遠離上述住處至少100公尺，及於111年12月31日前完成認知教育輔導24小時，經員警於111年3月21日當面告知被告上述內容，被告卻仍未遷出或遠離告訴人住處，經告訴人於111年5月26日18時32分左右報警處理，員警獲報至新北市○○區○○路00號0樓樓梯間，見被告對告訴人咆嘯，遂將被告以現行犯逮捕。

㈢告訴人於本案保護令核發後，另於111年4月18日與被告簽立寄居同意書，約定如被告遵守同居守則，告訴人同意被告可

繼續寄住於告訴人住處。

㈣以上事情，已經告訴人於警詢、偵訊及原審審理時證述屬實，且有本案保護令（偵卷第21、22頁）、中和分局保護令執行紀錄表（偵卷第23頁）、家庭暴力通報表與中和分局錦和所受理民眾110報案案件單（偵卷第24、25頁）、臺灣高等法院111年度家上字第37號民事判決（原審審易卷第23-32頁）、被告與告訴人訂立的西元2022年4月18日同意書（原審審易卷第95頁）、原審於111年12月12日就員警據報前往現場所攝得的密錄器影像勘驗筆錄（原審易卷第39-41頁）等件在卷可證，且為檢察官、被告及辯護人所不爭執，這部分事實可以認定。

二、法院依法核發的民事保護令，既經公權力強力介入，而具有公共利益的強制力，即非被害人所得任意處分。本案保護令核發後，告訴人雖同意被告繼續居住於他的住處，被告未依照本案保護令意旨遷出並遠離告訴人住處，並不因此而阻卻違法：

㈠犯罪的成立，必須具備構成要件該當、違法性及罪責等3要件，缺一不可。所謂的「構成要件」，區分為客觀構成要件及主觀構成要件，如行為人的客觀行為符合法定的構成要件要素，即該當客觀構成要件；主觀構成要件則可分為對應於客觀事實的「故意」及不需要客觀事實對應的「意圖」，通常行為人主觀上意識到他的行為將會引致、實現符合客觀要件的事實時，行為人即具有故意。只是，在社會日常生活中，行為人的行止雖然具有構成要件該當性，在特定條件下這種行止是社會或法律所允許，而且是社會共同生活所必須者，這種構成要件該當行為即不具違法性，不構成犯罪；而只要具備構成要件該當的行為，一般即認為具備違法性，必須有「阻卻違法事由」或「超法規阻卻違法事由」的存在，始得認為不具違法性。至於罪責部分，一般認為包括責任能力、責任條件（不法意識）及期待可能性。其中所謂的「不法意識」，或稱違法性認識，指行為人對於法規範的認識，

亦即行為人對他所為是法律所不容許的認識；如果行為人對於他的行為的違法性產生錯誤，即屬於「禁止錯誤」的問題。

㈡**拉丁法諺有云：「被害人所同意發生的行為，不構成不法(volenti non fit iniuria)」。我國刑法條文中，就「被害人承諾」的要件與效果並無具體明文規定，因此被害人承諾屬刑法沒有明文規定的「超法規阻卻違法事由」**。被害人承諾之所以得以阻卻違法，在於每一位公民均可自由地支配其生活，而法律設置不法構成要件的目的，在於用以保護特定法益，當法益持有者對其有處分權限的法益，基於其自我決定權，承諾他人可以加以侵害者，則這種捨棄法律保護本質的承諾，即足以使禁止規範不再生效，而排除侵害法益行為的違法性。**雖然如此，同意只能涉及個人法益，且只有當同意人僅僅是相關法益的主體時，此等同意才會受到重視。這意味凡同時攸關國家、社會等超個人法益的事物時，被害人並無處分的權限，其承諾即無阻卻違法性的可能**。而家庭暴力防治法第17條規定：「法院對相對人核發第14條第1項第3款及第4款之保護令，不因被害人、目睹家庭暴力兒童及少年或其特定家庭成員同意相對人不遷出或不遠離而失其效力。」立法者之所以作此規定，在於為確實落實防治家庭暴力事件，乃強制規定中央及地方政府機關應研擬各項政策、成立防治基金、防治委員會，並統合警政等機關設立防治中心，執行各項防治家庭暴力事件措施，並藉由法院核發要求加害人遵守各項保護被害人及其家庭成員處遇的民事保護令與違反保護令罪的刑事處罰等機制，以保護被害人的身心安全，降低家庭暴力事件對於社會的傷害程度，期使家庭暴力事件不再發生。由此可知，家庭暴力防治法所規範的家庭暴力事件，其保護法益並非僅限於被害人的人身安全，並及於國家或社會的公共利益甚明。是以，法院依法核發的民事保護令，既經公權力的強力介入，而具有公共利益的強制力，並非被害人所得任意處分，則命相對人遷出住居所的保護

令，縱使得被害人同意可以不遷出，或於保護令有效期間內遷回住居所，相對人既就保護令的內容已有認識而仍不遠離或進入被害人的住居所，不問其目的為何，均構成該法第61條第4款的違反保護令罪。

㈢本件告訴人於本案保護令核發後，另於111年4月18日與被告簽立寄居同意書，約定如被告遵守同居守則，告訴人同意被告可繼續寄住於告訴人住處等情，已如前述不爭執事項（肆、一、㈢）所示。然而，依照上述規定及說明所示（肆、二、㈠與㈡），被告對告訴人及江○A等4名子女的家庭暴力行為，既經法院依法核發本案保護令，命被告應於111年4月30日前，遷出告訴人住處，且應自111年5月1日起，遠離上述住處至少100公尺，其保護法益並非僅限於告訴人及其子女的人身安全，並及於國家或社會的公共利益，即非告訴人所得任意處分。被告既已經員警於111年3月21日當面告知本案保護令內容，於案發之時卻仍未遷出或遠離告訴人住處，不問她的目的為何，自應該當家庭暴力防治法第61條第4款的違反保護令罪之構成要件。是以，被告成立家庭暴力防治法第61條第4款之罪與否的關鍵，在於被告對於她的行為的違法性是否產生錯誤，而得適用「禁止錯誤」相關規定。

三、被告為烏茲別克共和國人，且無法閱讀中文，告訴人既然同意被告繼續居住於他的住處，她有正當理由對於自己行為的違法性產生錯誤，且她欠缺不法意識的程度實屬無法避免，基於無罪責並不構成犯罪的法理，自應諭知被告無罪：

㈠刑法上所稱的「錯誤」，泛指行為人的主觀認知與客觀存在或事實狀況不一致的情形。依目前的刑法學理論，錯誤基本上可分為「構成要件錯誤」與「禁止錯誤」。其中所謂的「構成要件錯誤」，是指行為人在行為時未能正確認識某個法定的構成要件要素，本質上屬於事實錯誤（例如，誤人為狗而殺之，不成立故意殺人罪）；**所謂的「禁止錯誤」，是指行為人未認識到他的行為乃刑法所禁止之事，行為人因這**

錯誤而欠缺不法意識，他主觀上認為是合法的行為，在客觀事實上卻是法律規定加以處罰的行為，這與「構成要件錯誤」有所不同。「禁止錯誤」下的行為人完全清楚自己所從事的行為，僅是誤認他所從事的行為是法律所允許，又分區分為：直接禁止錯誤、阻卻違法事由錯誤。「直接禁止錯誤」是指行為人對於行為之違法性認識的錯誤，例如：行為人不知有禁止規範存在、誤認禁止規範已失效、誤認禁止規範不適用於他的行為；「阻卻違法事由錯誤」是指行為人關於阻卻違法事由存在與否產生錯誤，包括兩種主要類型，一是誤認存在某項阻卻違法事由（容許錯誤，如行為人誤以為正當防衛行為可以任意使用各種防衛手段，本質上是法律錯誤類型），一是誤以為存在某個可以阻卻違法事由的前提事實（間接禁止錯誤，如行為人誤以為存有不法侵害的情狀而實施正當防衛行為，本質上是事實錯誤類型）。

㈡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。」本條文為我國刑法對於「禁止錯誤」的明文規定。**其中的「除有正當理由而無法避免」，究竟應該以通常一般人不免有此誤認而信為正當，也就是其欠缺違法性認識已達於不可避免的程度時，始足當之？還是應該以行為人個人自身的原因，以為判斷？**刑法第16條原規定為：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」94年2月2日修正公布現行刑法第16條規定的時代意義，在於隨著社會的不斷進步與刑法干預社會生活範圍的不斷擴大，大量技術性規範與行政控制性規範逐步演化為相對固定的刑事法律規範，甚至已經成為某種犯罪不可缺少的構成要件。在這種情況下，對於特定技術範圍內或特殊行政要求範圍內的某些誤解或認識錯誤，就有可能遠遠超出社會最低道德要求的範疇，甚至超出社會一般常識的範疇。此時，不論行為人是否具備瞭解、遵守特殊規範的現實可能性，一概將所有的行為人都視為絕

對相同的認識主體、行為主體與責任主體，由其承擔相同的既定刑事政策，極可能是不公平的要求。據此，從立法理由所提及「期待可能性」的論點出發，本院認為如果行為人能夠證明自己的行為，是產生於自己對法律無可避免的誤解，因此認為自己的行為可以合法完成或符合法令時，基於無罪責並不構成犯罪的法理，就不應對此行為負刑事責任。因為，就像「**對於某些疑難問題的解釋，就連最有經驗的刑法學家也不能作出明確的答覆**」時，要求行為人必須明確無誤的為其所應為，顯然是一種無法期望的苛求。是以，**刑法第16條關於「有正當理由無法避免」的判斷，可審酌行為人的情狀及行為當時的客觀情狀，包括自行為人主觀上是否已盡查詢的義務，以及客觀上基於行為人的社會地位、能力及知識程度，在通常可以被期待的範圍內，予以綜合判斷。**

㈢在法有明文，且最高法院98年度台上字第6320號刑事判決已敘明：「依家庭暴力防治法第17條之規定，命相對人遷出被害人住居所或遠離被害人之保護令，不因被害人同意相對人不遷出或不遠離而失其效力」等意旨的情況下，臺灣高等法院暨所屬法院101年法律座談刑事類提案第19號何以仍提出：「……某甲於上開保護令之有效期間內即101年5月20日，因某乙經營資源回收業，經某乙同意而再遷回上開住所居住，協助某乙處理大量資源回收物品，則某甲之行為是否違反家庭暴力防治法第61條第4款之違反保護令罪？」的法律問題供研討，此乃因在無違罪刑法定原則的前提下，法本應與時俱進，最高法院的判決先例並非不容挑戰的無上法旨；而且自古以來，基於被害人承諾所為的行為，皆排除犯罪的成立，前述家庭暴力防治法的規定已悖離拉丁法諺或一般的人情事理（common sense）。再者，前述家庭暴力防治法的立法意旨，乃是希望藉由法院核發要求加害人遵守各項保護被害人及其家庭成員處遇的民事保護令與違反保護令罪的刑事處罰等機制，以保護被害人的身心安全，固具有規範目的上的正當性與管制手段上的合比例性，但其本質實屬行

政控制性規範逐步演化為相對固定的刑事法律規範，已經超出社會一般常識的範疇，依照上述說明所示（肆、三、㈡），一般民眾本有可能出現誤解或認識錯誤的情況，則辯護人辯稱：「我國專業的法律實務工作者尚認有疑義，而召開法律座談會予以討論」、「縱使為我國具一般智識程度的民眾，亦不見得瞭解本案保護令是否會因告訴人同意而影響其效力」等意旨，即有相當的憑據。

㈣縱使是我國具一般智識程度的民眾，都可能誤認法院核發保護令後，因被害人同意而繼續居住，可以阻卻違法等情，已如前述；再者，被告為烏茲別克國人，與告訴人結婚後，雖取得我國居留身分，但因無法返回烏茲別克辦理手續，迄今仍未取得我國國籍，依被告所述（原審卷第152頁），她的父母已過世，2個妹妹嫁到韓國，弟弟在美國上班，在烏茲別克已無親人等情，可知被告除告訴人及未成年子女外，在臺灣舉目無親，且不諳中文，對於我國法律規定僅能仰賴他人口語轉述，相較於大陸、越南、日本或韓國等外籍配偶，不但言語隔閡，且在臺灣缺乏同鄉互助或心理依慰，更無其他諮詢管道，實難以期待她有諮詢相關法律知識的管道，而盡其查詢義務的可能；又被告與告訴人育有江○A等4名未成年子女，雖經法院裁判離婚，並將江○A等4名子女的親權行使單獨判由告訴人行使，但被告基於為人母與生俱來的慈愛本能、天性，當認為自己負有繼續撫育未成年子女的義務（此由被告於本院審理時一再供稱：「我不可能會離開我的小孩，我是為了照顧小孩」等語，亦可得見）；加上被告之前雖於107年1月26日因不滿告訴人不願提供機票錢讓她返國探親，而持刀威脅殺害子女，但由該家庭暴力事件通報表的記載（原審易卷第35頁），可知被告「疑似罹患精神疾病」，且被告自110年起即經診斷「疑似患有思覺失調症」，卻並未規律回診治療，這有被告的診斷證明書在卷可參（原審易卷第129頁），可見被告長期受精神疾病困擾；另告訴人於原審審理時已證稱：我有同意被告可在保護令通

過後繼續居住，因為我也付不出法院裁判離婚的費用(按：指剩餘財產分配46萬3,223元)，但既然2人已沒有婚姻關係，被告想繼續住就當作收房租，如果被告將來要跟我索討離婚的費用，我要主張被告繼續住的房租來補貼等語（原審易卷第100頁），可知告訴人確有同意被告可繼續居住於他的住處；何況被告婚嫁來臺、取得居留證等程序既然都是由時為配偶的告訴人代為辦理，她獲得告訴人承諾，可於本案保護令核發後繼續在告訴人住處居住，當無懷疑告訴人的承諾未能阻卻違法之理。是以，本院審酌以上情事，認被告因不知法律，誤以為可合法繼續居住或不用遷離為有正當理由，且無法避免，依照上述規定及說明所示（肆、三、㈠與㈡），基於無罪責並不構成犯罪的法理，自應諭知被告無罪，檢察官的上訴意旨並不可採。

伍、結論：

綜上所述，本案保護令核發後，告訴人同意被告繼續居住於他的住處，被告未依照本案保護令意旨遷出並遠離告訴人住處，雖然並不因此而阻卻違法；但被告是烏茲別克國人，且無法閱讀中文，又經診斷「疑似患有思覺失調症」，加上告訴人自陳無資力支付法院判決夫妻剩餘財產差額供被告遷出另行租屋，或購買機票讓被告返回烏茲別克，甚至同意被告繼續居住於他的住處，可知被告有正當理由對於自己行為的違法性產生錯誤，她欠缺不法意識的程度實屬無法避免，則依照上述無罪責並不構成犯罪的說明，自應諭知被告無罪。檢察官上訴意旨未能再積極舉證被告確有起訴意旨所指的犯行，已經本院論駁如前所述。原審同此見解而為無罪諭知，經核並無違誤，檢察官猶執前詞指摘原審判決認事用法違誤，其上訴理由並不可採，應予以駁回。

陸、法律適用：

刑事訴訟法第368條。

本件經檢察官邱蓓真偵查起訴，於檢察官詹啟章提起上訴後，由檢察官李奇哲在本審到庭實行公訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　27　　日

刑事第八庭　審判長法　官　廖建瑜

法　官　林呈樵

法　官　林孟皇

本正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　邵佩均

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　27　　日