

## ►►► Topic5 其他阻卻違法事由

### 一、依法令之行為

#### (一)法理基礎<sup>84</sup>

1. 法秩序一致性：如果某行爲在其他法律領域合法，那在刑法領域也應評價爲合法，否則會有評價矛盾的情形。例如民法第 151 條規定自助行爲不負損害賠償責任，此時刑法就不能另行評價剝奪行動自由罪或強制罪，否則會讓人無所適從。
2. 刑法之最後手段性：由於刑法的制裁效果相較其他法律領域而言，具有高度強制性與嚴厲性，故唯有當其他較刑罰溫和的法律制裁手段無法發揮功效時，始能動用刑罰加以制裁。

#### (二)重要的「依法令之行爲」

##### 1. 逮捕現行犯

國家雖然獨占犯罪之追訴，但於緊急情況下不及救助法益侵害時，賦與人民緊急逮捕他人之權限，如刑訴第 88 條第 1 項規定，人人都能逮捕現行犯。但因其程度以能達逮捕之目的爲止，如超過其程度，即非法之所許，不得認爲依法令之行爲<sup>85</sup>。

##### 2. 自助行爲（自救行爲）<sup>86</sup>

(1)法理基礎：自助行爲的保護重心是保全民事請求權的可能，只要民事債務人可能影響民事債權人實現權利，又符合民法第 151 條所規定：「不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行或其實行顯有困難」之情形，債權人得即時拘束債務人之自由，或押收、毀損債務人之財物。

##### (2)成立要件：

- ①自助行爲人有民事請求權。
- ②情況急迫，民事請求權陷於無法實現的危險。

84 整理自吳耀宗，依「違法的」法令之行爲，月旦法學教室第 133 期，2013 年 11 月，頁 31。

吳耀宗老師認爲，如果行爲人依違法的法令而行爲，仍不得阻卻違法，至多影響罪責（依刑法 § 16 加以判斷）。

85 最高法院 30 年上字第 1070 號判例參照。

86 整理自許恒達，〈論自救行爲〉，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，2012 年 4 月初版，頁 298-327。

③手段須具適當性、必要性：當自助行為能達成保全民事財產權目的（適當性），同時也是影響最輕微者（必要性），並依民事訴訟法第 537 條規定向法院聲請暫時處分即可，不必考量個案優越利益原則。

### 3. 依所屬上級公務員職務上命令之行為（刑 § 21 Ⅱ）<sup>87</sup>

行政機關具有上、下隸屬關係，倘若不讓職務命令對下級產生拘束力，將癱瘓整個行政階級組織。換言之，只有透過具有拘束力的命令，才能建構下級公務員之服從義務<sup>88</sup>。在此前提上，下級公務員便能信賴上級長官的決定，此為學說所稱「合法性之推定」。其前提是：命令須具備「形式合法要件」因為，當一個命令連最基本的形式要件都不具備時，下級公務員自然就沒有值得信賴之基礎。而所謂「形式合法要件」，包含：

- ①發布職務命令之長官對於具體行為有法定的命令權限
- ②命令的內容須為上級公務員監督權限範圍
- ③命令本身必須具備法定程式

然須注意，依刑法第 21 條第 2 項但書規定，下級公務員須非明知。亦即欠缺刑法第 13 條第 1 項直接故意，始能生阻卻違法之效果。

## 二、超法規阻卻違法事由

### (一) 得被害人承諾<sup>89</sup>

#### 1. 被害人必須具備法益處分之權限

原則上只有法益持有人「本人」有權以承諾方式放棄法益保護。

#### 2. 被害人所放棄之法益必須是法律所允許

被害人所允許處分之法益僅限於個人法益，不包括超個人法益；此外，個人法益得以處分的範圍亦有限制，僅限於生命法益、重大身體法益以外之法益類型始能處分。

<sup>87</sup> 蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，台大法學論叢第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 168-199。

<sup>88</sup> 最高法院 102 年度台上字第 3578 號判決：「依法令之行為，不罰。依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。刑法第二十一條定有明文。一般公務員，受行政一體、上命下從之拘束，其依法行政，須受公務體系之監督。於非明顯違反法令情況，就具體個案之法律見解，負有遵守行政一體原則之義務。」

<sup>89</sup> 王皇玉，刑法總則，2019 年 8 月五版，頁 309-312。

(3) 被害人必須具有承諾能力：

承諾能力有無之判斷，並非以刑法上具備完全責任能力為標準，亦不以民法成年之規定（年滿 18 歲）為限，須依個案判定行為人是否具有成熟的智識能力與判斷能力，得以理解放棄法益保護的意義。不過，倘若被害人本身欠缺承諾能力，在特定情況下得由「法定代理人」代為承諾，然該法定代理人須以被害人最佳之利益為考量而為承諾，如果該法定代理人濫用代理權限，此時該代理即屬無效，法定代理人代為承諾之行為無法阻卻違法。

(4) 被害人必須出於自由意思而為承諾：

如果是受到強制（例如強暴、脅迫）狀態下而為承諾，應認為該承諾具有重大瑕疵，無法阻卻違法。

(5) 必須於行為前表示承諾：

被害人承諾的時點須在行為「前」為之，且該承諾必須持續作用至行為時，才能發生阻卻違法之法律效果。

(二) 推測之承諾<sup>90</sup>

所謂「推測之承諾」，係指法益持有者未在現場，或者未能及時趕到現場，或昏迷不醒，致不能取得其承諾或未能及時取得其承諾，但因為情況急迫，在法益或利益權衡下，應就有利於法益持有人的觀點，假設如果法益持有人在場或清醒，也會為承諾。

(三) 義務衝突<sup>91</sup>

所謂「義務衝突」，乃同時有數個不相容的義務存在，如履行其中一個義務時，勢必無法履行其他義務而言。

---

90 臺灣雲林地方法院 108 年度訴字第 199 號判決參照。此判決係參閱林山田，刑法通論，2008 年 1 月增訂十版，頁 373。

91 臺灣新竹地方法院 105 年度訴字第 388 號判決參照。

**15** 依所屬上級公務員命令之職務上行為 1、緊急避難 ►►► 考.古.題

甲是某機關新進公務員，入職後第 2 個月，直屬長官乙直接交給甲新臺幣 2 萬元，告知是 A 廠商負責人代為轉交之入職慶祝禮金，且說明此一科室裡的每一個新進人員都有收過 A 廠商之禮金，甲擔心不收禮金會觸怒長官，遂將禮金收下。事隔數月之後，乙指示甲查驗 A 廠商進口貨櫃，甲發現貨櫃內物品與 A 廠商當初報關之貨品名稱與數量，全然不符，甲原本要記載查驗不合格，但乙威脅甲如不放行該貨物，將舉發甲收了 A 廠商 2 萬元，甲迫於無奈與恐懼，遂記載查驗合格而放行該批貨物，A 廠商也因此逃漏新臺幣 50 萬元之關稅。試問：甲之行為如何論罪？（25 分）

【108 高考—一般行政（三級）】

**分析** Analysis.

本題乍看之下很像在考刑分瀆職罪章的爭點，但仔細看題目後發現，主要測驗兩個阻卻違法事由：甲能否主張刑法第 21 條第 2 項依所屬上級公務員命令阻卻違法，以及刑法第 24 條緊急避難？須分別討論，才能獲得不錯的分數。至於瀆職罪章犯罪們的構成要件，就稍微論述一下即可，毋需花費過多的篇幅撰寫。

**擬答** 本題字數 1239  
Answer.

| 第一閱<br>分 數 | 題<br>號 |                                     | 第二閱<br>分 數 |
|------------|--------|-------------------------------------|------------|
|            |        | (一) 甲收了 A 廠商 2 萬元，可能成立刑法（下同）第 122 條 |            |
|            |        | 第 1 項違背職務收受賄賂罪                      |            |
|            |        | 1. 不法構成要件該當性                        |            |
|            |        | 客觀上，依題意，甲為某機關新進公務員，應屬第 10           |            |
|            |        | 條第 2 項第 1 款前段之身分公務員，其收受 A 廠商禮       |            |
|            |        | 金之行為，以便 A 通過貨物查驗，係針對甲違背職務           |            |
|            |        | 上行為收受賄賂，係違背職務收受賄賂之行為，侵害             |            |

|  |                                                                                                                                                               |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | 公務執行之公正性。主觀上，甲對於上述客觀事實有認知與意欲，具有收受賄賂之故意，構成要件均該當。                                                                                                               |
|  | <b>2. 違法性</b>                                                                                                                                                 |
|  | 甲能否主張第 21 條第 2 項依所屬上級公務員命令阻卻違法？                                                                                                                               |
|  | (1) 按學說認為，關於該項之成立要件，就主體部分：發布命令者為上級公務員，且對下級公務員有上下隸屬之關係，就客體部分，命令的內容必須是在上下級公務員職務範圍內，且須符合形式合法要件（如書面做成）。此外，下級公務員須非明知該命令違法。所謂「明知」，即指第 13 條第 1 項直接故意 <sup>92</sup> 。 |
|  | (2) 查本題甲擔心不收禮金會觸怒長官，遂將禮金收下，係明知收受禮金並不合法，仍執意為之，故不得主張第 21 條第 2 項本文規定阻卻違法。                                                                                        |
|  | <b>3. 罪責</b>                                                                                                                                                  |
|  | 甲無阻卻罪責事由，成立本罪。                                                                                                                                                |
|  | (二) 甲記載查驗合格而放行該批貨物，可能成立第 213 條公務員登載不實罪                                                                                                                        |
|  | <b>1. 不法構成要件該當性</b>                                                                                                                                           |
|  | 客觀上，甲為公務員，具有記載、查驗貨物是否合格之法定職務權限，惟其於職務上製作文書之上記載 A 廠商貨物查驗合格，屬登載不實之行為，已足生損害於公眾。主觀上，甲明知上述登載不實之事項足生損害於乙，仍意欲為之，具登載不實之直接故意，構成要件均該當。                                   |
|  | <b>2. 違法性</b>                                                                                                                                                 |
|  | 甲能否主張第 24 條第 1 項緊急避難阻卻違法？                                                                                                                                     |

92 王皇玉，刑法總則，2019 年 8 月五版，頁 272-273。

|  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>依題意，乙威脅甲如不放行該貨物，將舉發甲收了 A 廠商 2 萬元，甲迫於無奈與恐懼，遂記載查驗合格而放行該批貨物，是否屬於「不得已」之避難行為？學說認為必須是為達避險目的所為之必要手段，只有立即犧牲第三人的利益才能保全自己或他人的利益，才是第 24 條第 1 項規定之「不得已」<sup>93</sup>。然本題並不存在此情形，故甲不得主張緊急避難阻卻違法。</p> <p><b>3. 罪責</b></p> <p>甲無阻卻罪責事由，成立本罪。</p> <p>(三) 甲之登載不實，使 A 逃漏新臺幣 50 萬元之關稅，可能成立第 131 條公務員圖利罪</p> <p>1. 客觀上，甲為公務員，其違背法令，對於其主管之事務，因記載貨物查驗內容不實而直接圖 A 之不法利益，A 因而獲得該利益。主觀上，甲明知其登載不實之效果將使 A 逃漏稅，仍意欲為之，具圖利之直接故意，構成要件均該當。</p> <p>2. 甲無阻卻違法與阻卻罪責事由，成立本罪。</p> <p>(四) 競合與結論</p> <p>1. 就違背職務收受賄賂罪及圖利罪而言，實務認為圖利罪係「概括規定」，只有在不該當瀆職罪章之其他罪名時，才會論以圖利罪<sup>94</sup>，故本題僅論違背職務收受賄賂罪即足。</p> <p>2. 又甲以一個收受賄賂及登載不實之接續行為，觸犯數罪名，同時侵害執行職務公正性、公共信用法益，其成立之罪應依第 55 條規定，論以想像競合犯。</p> |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

93 許澤天，刑法總則，2020 年 8 月初版，頁 159。

94 最高法院 51 年台上字第 750 號判例：「刑法第一百三十一條之罪，係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行為不合刑法各條特別規定者，始受本條之支配，若其圖利行為合於其他條文之特別規定，即應依該特定條文論擬，不得適用本條。」

## 16 依所屬上級公務員命令之職務上行為 2 ►►► 考. 古. 題

某市政府工務局違建拆除大隊隊長甲，接獲拆除 B 宅危樓違建之上級長官命令，甲經形式審查後，認命令完全合法，乃按時帶隊前往執行公權力。不料，甲竟錯將 A 宅當成拆除令上之 B 宅而加以夷為平地。試問：甲之行為應負何刑責？（25 分）

刑法第 353 條：毀壞他人建築物、礦坑、船艦或致令不堪用者，處六月以上五年以下有期徒刑。因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。

【108 地特一法律廉政（四等）】

### 分析 Analysis.

本題在不法構成要件該當性與違法性都有考點：不法構成要件該當性測驗「等價客體錯誤」的意義與法律效果；違法性則測驗「依所屬上級公務員命令之職務上行為」的意義與法律效果。整體而言並不算難，但筆者覺得這個組合是蠻新鮮的，讀者可以練習看看！

### 擬答 Answer.

| 第一閱<br>分數 | 題號 |                                                                         | 第二閱<br>分數 |
|-----------|----|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
|           |    | (一) 甲誤拆 A 宅 · 可能成立刑法（下同）第 353 條第 1 項毀損建築物罪既遂                            |           |
|           |    | 1. 不法構成要件該當性                                                            |           |
|           |    | (1) 實觀上 · 甲拆除 A 宅 · 使 A 宅之居住功能與效用喪失殆盡 · 該當「毀壞」之要件 · 足以生損害於 A ·          |           |
|           |    | 客觀構成要件該當。                                                               |           |
|           |    | (2) 主觀上 · 甲誤 A 宅為 B 宅而拆除之 · 此一等價客體錯誤能否阻卻毀損建築物之故意？依學說 <sup>95</sup> 見解 · |           |

95 許澤天，刑法總則，2020 年 8 月初版，頁 243。

|  |                                                                                                                                   |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | 甲心中有關客體同一性之錯誤想像，僅屬無關故意成立之動機錯誤，不影響甲毀損他人建築物之故意，仍該當主觀構成要件。                                                                           |
|  | 2. 違法性                                                                                                                            |
|  | 依題意，甲經形式審查後，認為命令完全合法而拆除房子，卻不慎拆除 A 宅，能否依第 21 條第 2 項阻卻違法，分析如下                                                                       |
|  | (1) 按實務認為，由於下級公務員對上級公務員之命令有服從義務，故如非明知命令違法，應屬合法（最高法院 102 台上 3578 決參照）；學說 <sup>96</sup> 亦指出，下級公務員原則上僅須形式審查，例外明知命令重大實質違法的情形，才需要實質審查。 |
|  | (2) 依題意，下級公務員甲經形式審查後，認命令完全合法，係依當時客觀情況認為該命令具備形式合法性；且甲亦非明知上級公務員命令違法，依第 21 條第 2 項本文規定不罰。                                             |
|  | (二) 結論                                                                                                                            |
|  | 甲之行為不成立毀損建築物罪。                                                                                                                    |

## 實務見解 Extension.

### 最高法院 102 年度台上字第 3578 號判決

依法令之行為，不罰。依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。刑法第二十一條定有明文。一般公務員，受行政一體、上命下從之拘束，其依法行政，須受公務體系之監督。於非明顯違反法令情況，就具體個案之法律見解，負有遵守行政一體原則之義務。

96 林鈺雄，新刑法總則，2019 年 9 月七版，頁 280-281。