

刑法總則 (二)

Criminal Code-general Principles (II)

第十章 違法性之基本概念

授課教師：國立臺灣大學 法律學系 王皇玉 教授

本課程指定教材為：王皇玉編著《刑法總則》，修訂七版(新學林出版，2021)

【本課程由王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品請另行向權利人取得授權。】

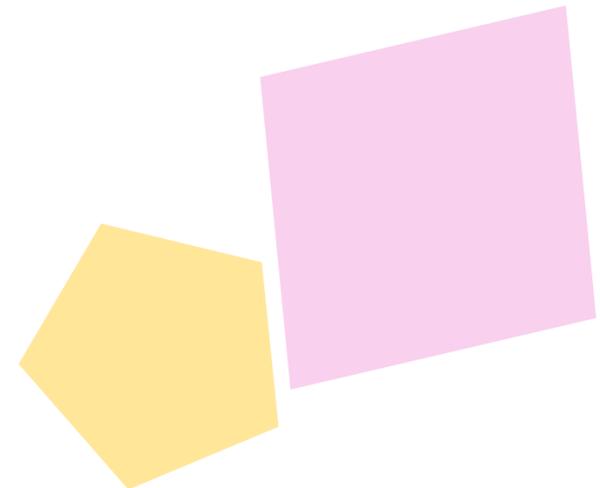
第十章 違法性之基本概念

壹、違法性與阻卻違法事由

- 一、不法構成要件與阻卻違法事由之關係
- 二、阻卻違法事由的來源

貳、實質違法性，社會相當性與可罰違法性

- 一、實質違法性
- 二、社會相當性
- 三、可罰違法性



第十章 違法性之基本概念

參、主觀與客觀阻卻違法要素

一、基本概念

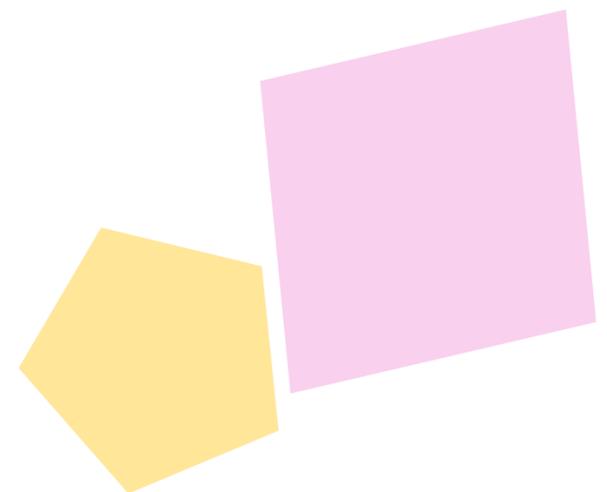
二、偶然防衛與偶然避難之爭議

肆、容許構成要件錯誤

一、基本概念

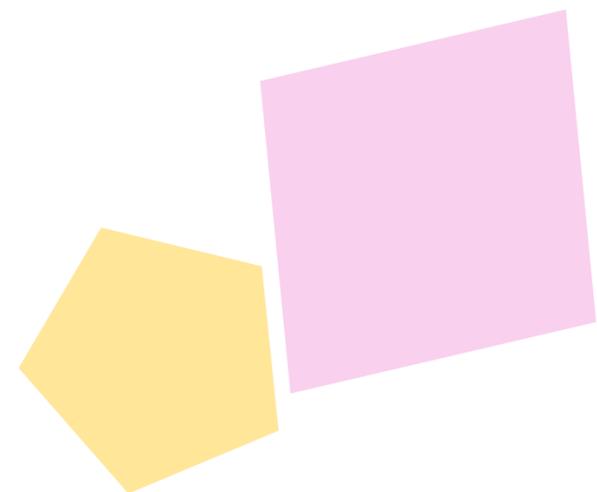
二、各種不同理論

三、我國實務見解



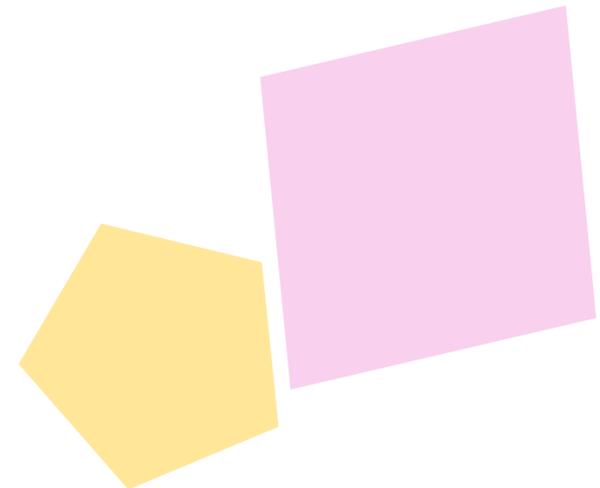
構成要件與阻卻違法事由之關係

- 犯罪構成要件的作用在於定義犯罪行為，提供侵害法益行為的處罰依據，以及判斷一個行為是否侵害個別的刑法規範。
- 阻卻違法事由並非從個別規範出發，而是站在**整體法秩序**的評價層次，宣稱一個侵害法益且具構成要件該當性的行為，乃法律秩序所容許而不應處罰。



構成要件與阻卻違法事由之關係 (續)

- 違法性的審查是將一個具構成要件該當性之行為，放到整體法律秩序中以不同的角度或標準檢驗，以確認是否屬於刑法所應非難的行為。
- 審查方式乃以反面方向去排除或阻卻構成要件該當行為所具有的違法性表徵。

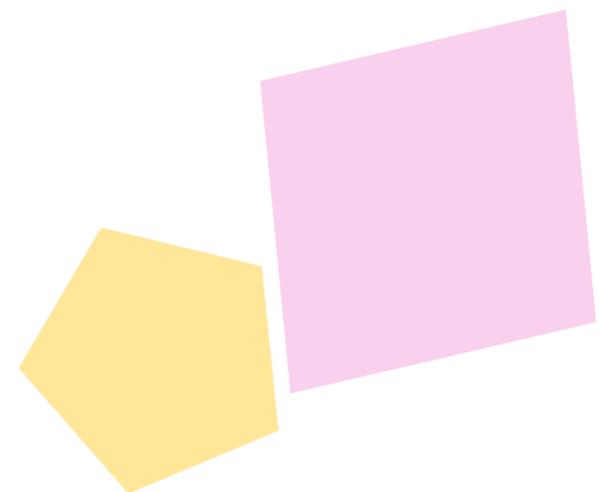


構成要件與阻卻違法事由之關係 (續)

- 我國刑法學說稱「阻卻違法事由」
- 德國學說則稱為：
 - 「正當化事由」(Rechtfertigungsgründe)
 - 「合法化構成要件」(Rechtfertigungstatbestand)
 - 「容許構成要件」(Erlaubnistatbestand)

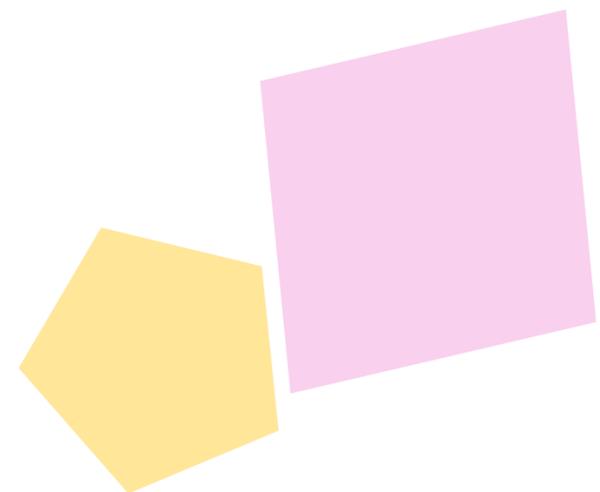
阻卻違法事由的來源 (一)

- 阻卻行為違法性的事由，究竟從何而來？
- 以正當防衛為例，世界各國刑法典中均以法律明文規定其為阻卻違法事由，然而正當防衛並不是因法律創設才有的權利。歐洲羅馬法時代的十二木表法中，即有正當防衛的規定。
- 羅馬時代法學家西賽羅 (Cisero) 稱，「正無須向不正迴避低頭」的私人自我防衛權利，乃人類「天生的權利」，也是「自然的權利」。



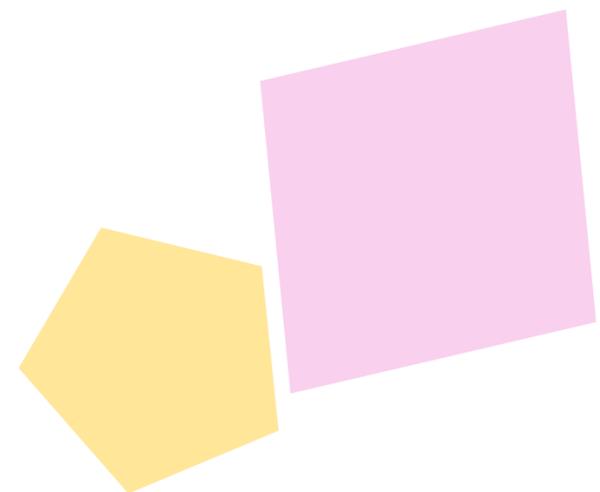
阻卻違法事由的來源 (一) (續)

- 此外，戰爭中殺敵行為或是佔領他人土地，一直是國際法上所肯認的合法行為。
- 船長在船舶航行中，為維護船上秩序，對船員與船客擁有緊急處分權，則為習慣法與國際公法所承認之合法行為。
- 父母對子女、教師對學生所擁有的教育權與懲戒權，則被認為是來自於習慣法的合法化事由。



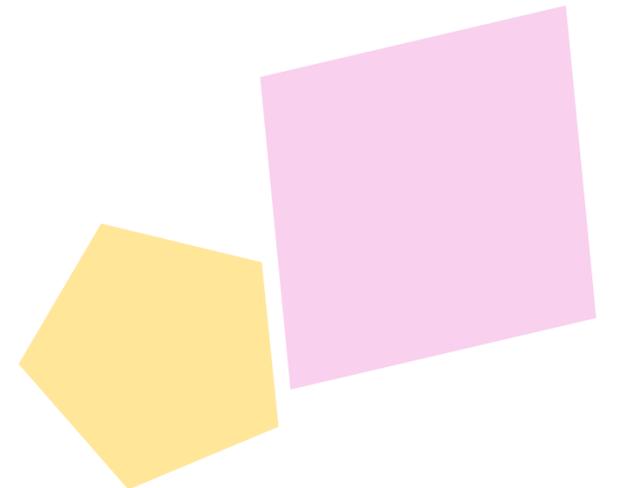
阻卻違法事由的來源 (二)

- 正當化事由的來源，雖可追溯至國際法、習慣法或人類自然的權利或共同承認的社會價值。
- 但有些習慣法上承認的正當化事由，會隨著法制化的進程，以成文法律的面貌出現。
- 也就是透過成文法律，賦予正當化事由更清楚的適用要件，如此即會成為法律所明定的「法定阻卻違法事由」。



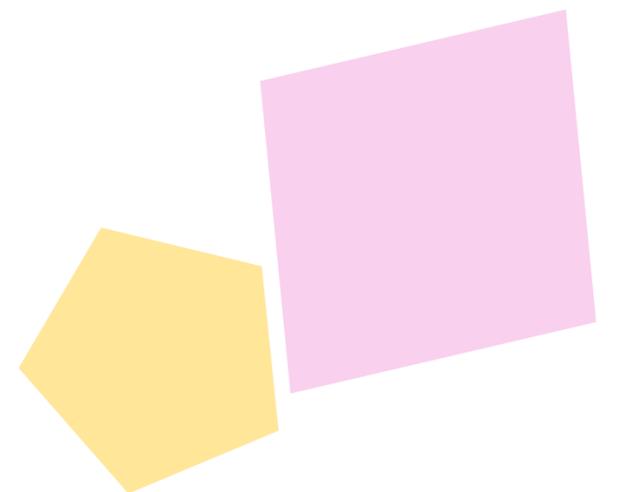
阻卻違法事由的來源 (二) (續)

- 例如刑法上所定之下列阻卻違法事由：
 1. 依法令之行為 (§21I)
 2. 公務員依上級命令的職務行為 (§21II)
 3. 業務上之正當行為 (§22)
 4. 正當防衛 (§23)
 5. 緊急避難 (§24)



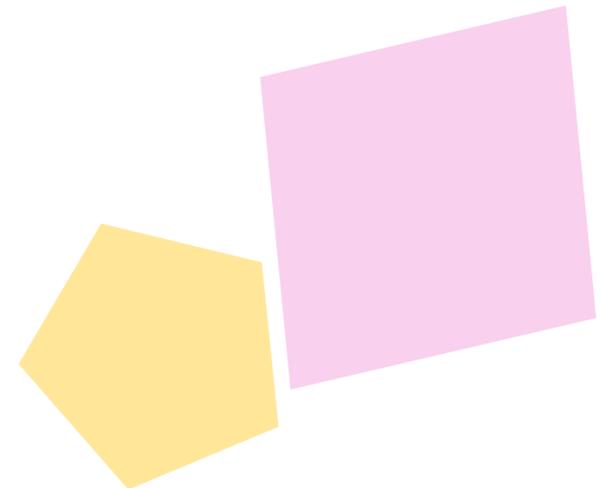
阻卻違法事由的來源 (二) (續)

- 除刑法所定之法定阻卻違法事由外，
 1. 民法上的「自助行為」(民法 §151)、
 2. 「占有人之自力救濟」(民法 §960)，
 3. 刑事訴訟法上的「現行犯之逮捕」(刑事訴訟法 §88) 等，亦屬法定阻卻違法事由。



阻卻違法事由之流變

- 過去認同的正當化事由，亦會隨社會主流價值變遷或歷史、社會的演變，在今日被視為不正當，或適用上有更嚴格之要件。
- 例如：家長對子女的**管教權**與教師對學生的**懲戒權**，以現在觀點，暴力式、體罰式的管教或懲戒，已被認為對兒童身心發展有負面影響。



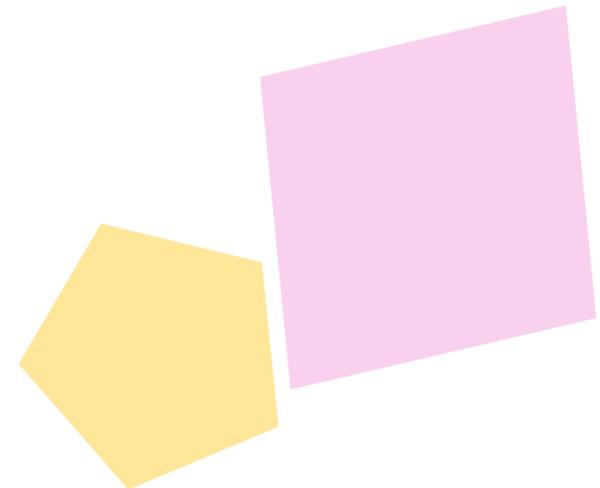
阻卻違法事由之流變 (續)

- 民法固然規定，父母對未成年子女有保護、教養權 (民法 §1084II)，且在必要範圍內可以懲戒其子女 (民法 §1085)。
- 惟父母對未成年子女之懲戒權，仍必須在必要範圍內，以適當方式，且非出於純粹惡意的方式管教。
- 此外，對身體懲戒的體罰行為，必須具「最後手段」始能阻卻行為的違法性。



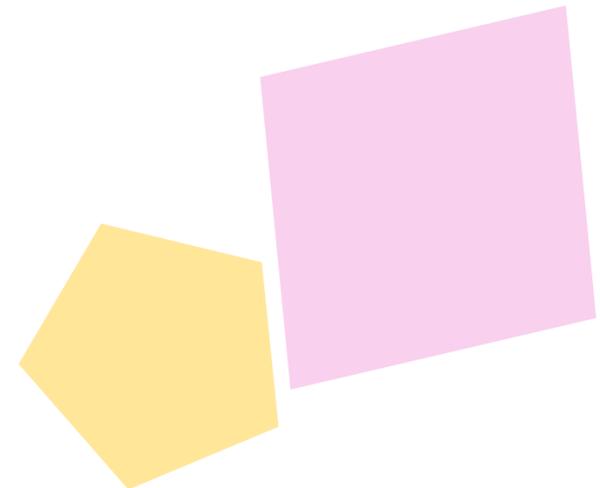
阻卻違法事由之流變 (續)

- 教師對學生的體罰權，已非目前社會所認同或允許的權利，因此體罰行為已逐漸被學說認為是不得阻卻違法的行為。
- 如果父母對子女的體罰是一種惡意、不適當且去人性尊嚴的侵害，甚至應認為符合「凌虐」之要件，當無阻卻違法的餘地。



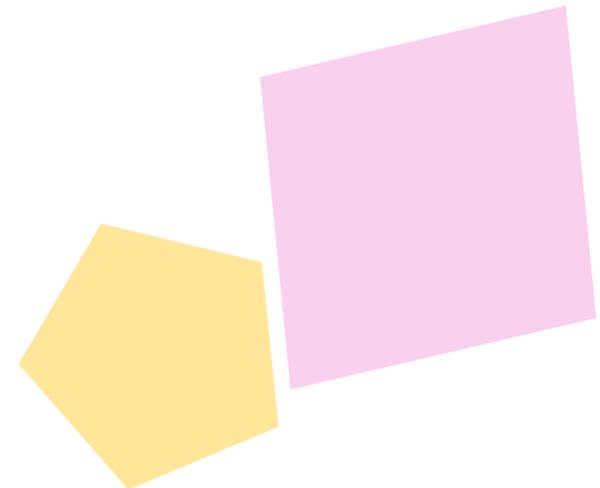
實質違法性

- 新古典犯罪理論在違法性階層的修正，認為不法構成要件本具有價值判斷，故行為之違法性審查，並非機械式地僅是從反面方式尋找阻卻違法事由而加以排除。
- 應允許從正面方式，實質地檢驗一個構成要件該當性的行為是否實質地侵害了法益或造成法益之危險，也就是進行「實質違法性」之審查。



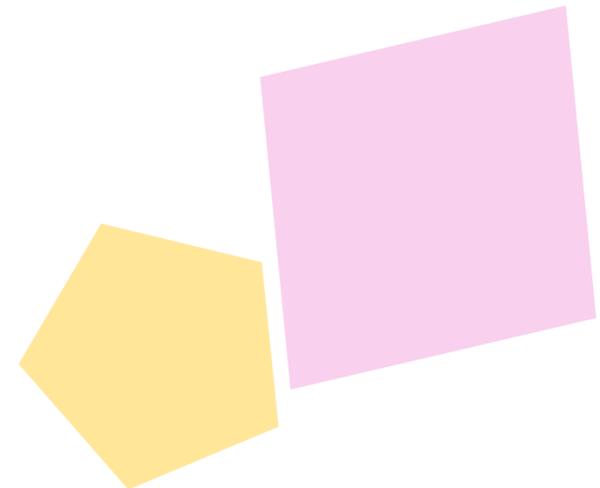
實質違法性 (續)

- 實質違法性之審查，乃是建立在行為不法性之本質是具有不同程度的差別與層升性之概念。
- 不僅不同的犯罪形態，其不法內涵有高低不同的程度上差異；即使相同的犯罪形態，也因犯罪情節之不同，而有不同程度之不法內涵。
- 如果行為根本未侵害任何利益時，則即便具有構成要件該當性，亦不具實質違法性。



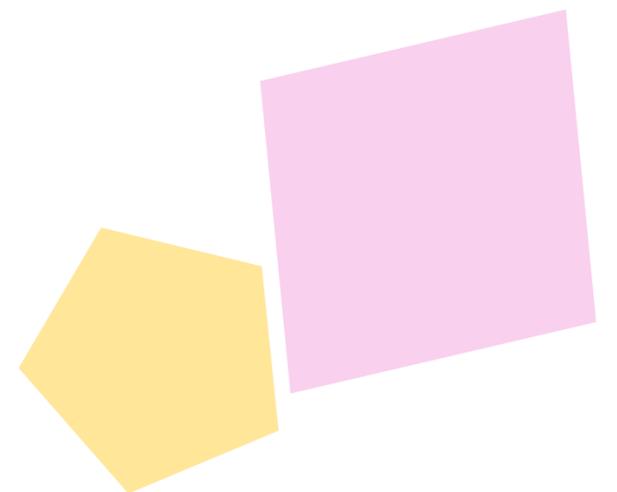
社會相當性

- 社會相當性是德國學者魏采爾 (Welzel) 在 1930 年代末期所提出之概念。
- 所謂社會相當性的行為，乃是在歷史所形成之共同生活的社會倫理秩序範圍內所實施的行為。這樣的行為與社會生活相結合，且是在歷史所形成的社會倫理秩序中所被容認，應屬規範上被認可的行為，因此不能認為是犯罪行為。



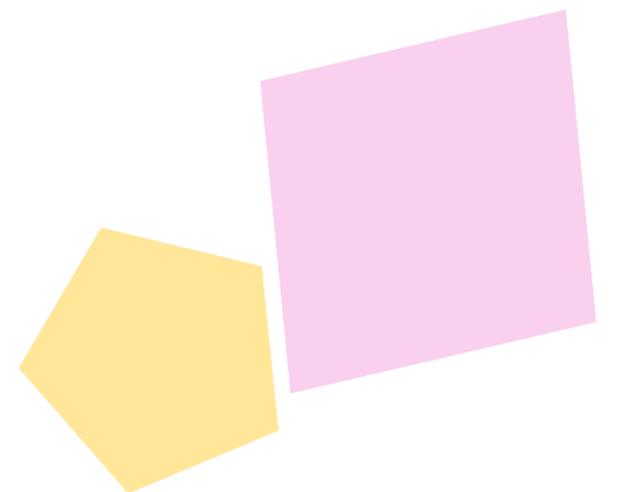
社會相當性 (續)

- 德國實務承認之社會相當性之案例，例如罷工或封鎖工作場所，對爭取改善勞動條件而言，乃具社會相當性之手段。
- 魏采爾對於社會相當性應該放在構成要件層次審查，還是放在違法性層次審查，一直沒有定論。
- 直到 1956 年修訂之第 4 版刑法總則教科書中，魏采爾才將「社會相當性」視為阻卻違法事由。但至今仍有爭論。



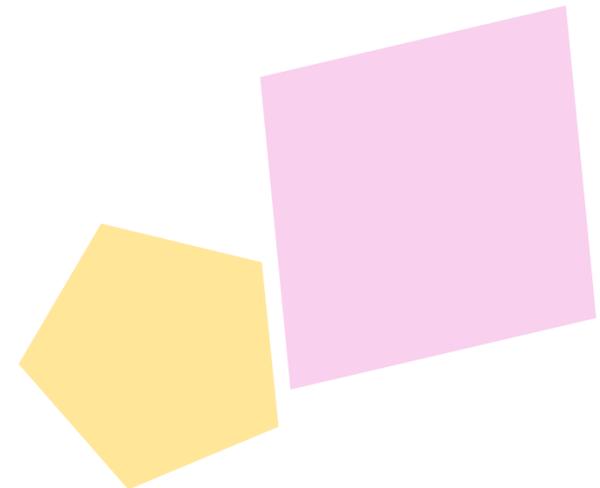
社會相當性 (續)

- 我國刑法學說上亦有以社會相當性來判斷實質違法性有無之看法，認為醫療上為發明新藥之臨床試驗行為，出於醫療必要而殘人肢體行為，在康樂活動上的賽拳柔道行為等，均未超乎社會相當性範圍，故不具有傷害罪構成要件相當性。



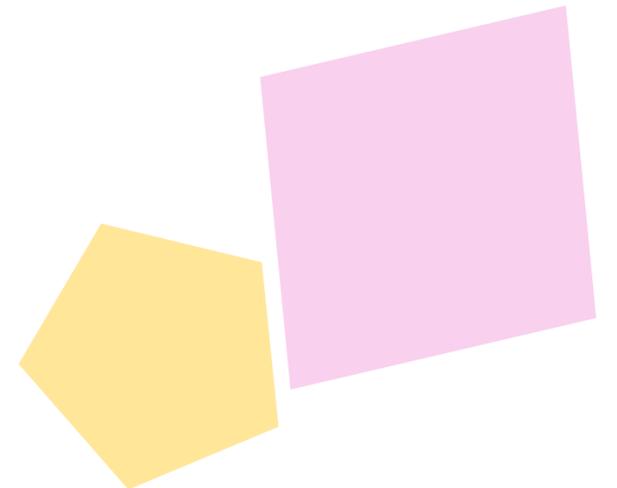
可罰違法性

- 可罰違法性是日本刑法理論從實質違法性發展出來之概念，亦有認為此乃從「刑法謙抑性」的思想所產生。
- 可罰違法性是指具有值得處罰程度之違法性，尤其行為的質與量必須要能符合刑事制裁的要求，始能加以處罰。如果行為的違法性欠缺符合刑事制裁要求的質與量，則犯罪不成立而不處罰。



可罰違法性 (續)

- 例如竊取他人一張紙，撿拾一塊錢，應認欠缺可罰違法性而不成立犯罪。
- 近年來，亦有學說主張可運用於有利益衝突的社會抗爭運動，衡量是否違法性已達可罰程度。



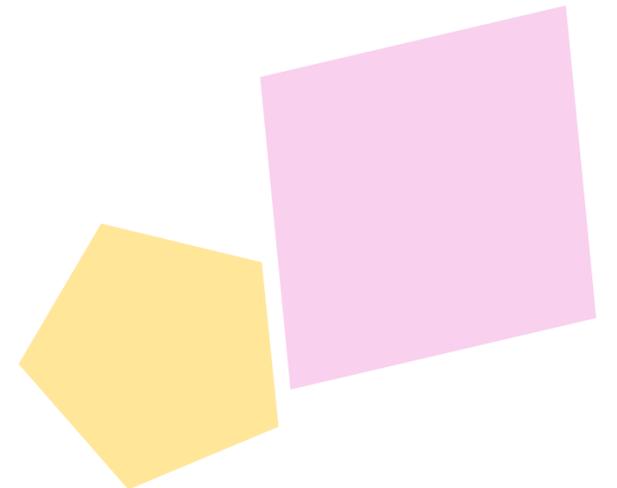
可罰違法性 (續)

- 判斷基準：

若行為具有

1. 「被害法益之輕微性」(結果無價值之判斷) 或
2. 「行為逸脫社會相當性程度之輕微性」(行為無價值之判斷)，

則可認定不具有可罰違法性。

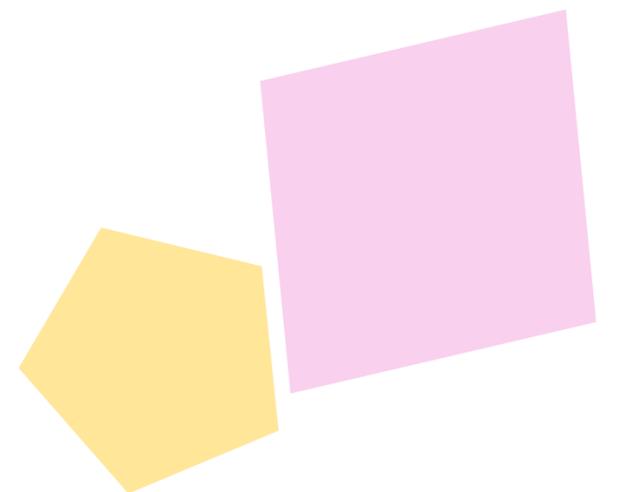


可罰違法性 (續)

- **判斷流程：**

當行為具備**構成要件該當性**之後，該行為即具有**形式違法性**。

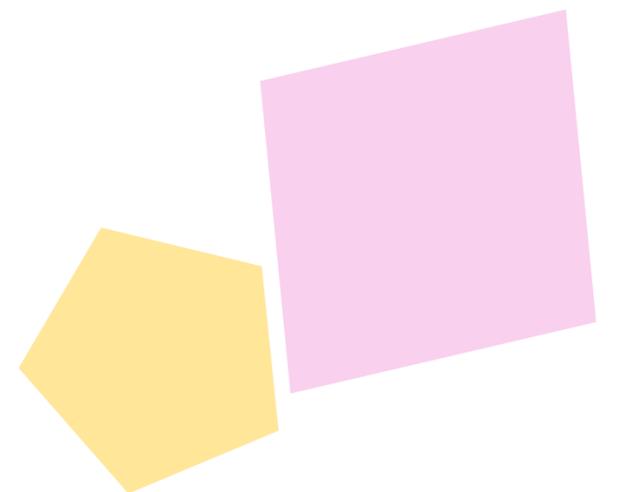
接著則是依據**法定阻卻違法事由** → **超法規阻卻違法事由** → **可罰違法性之順序**，依序加以審查。



我國實務與學說見解

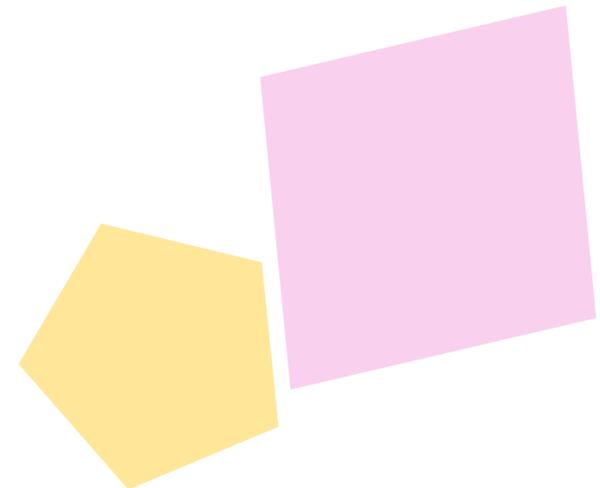
- 【可罰違法性—74年台上4225號判例】

行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三百三十五條第一項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。



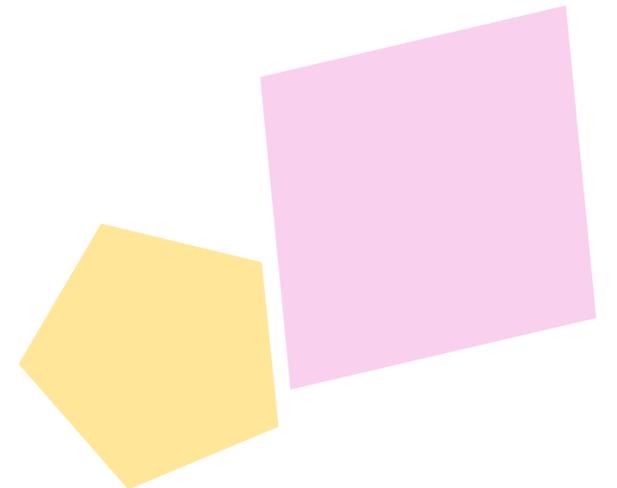
我國實務與學說見解 (續)

- 【可罰違法性—74年台上4225號判例】
且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。
- 前開判例要旨中，並未出現「可罰違法性」之用語，而是使用「實質違法性」一語，惟目前刑法學說均將此一判例視為我國實務承認「可罰違法性」理論之判決。



阻卻違法事由之結構

- 阻卻違法事由，其成立要件為如下：
客觀上—須具有阻卻違法事由所描述之情狀（客觀阻卻違法要素）。
主觀上—須出於防衛意思或避難意思（主觀阻卻違法要素）而為之。
- 兩者皆備，足以阻卻行為之違法性；兩者之一有所欠缺，則不能成立該阻卻違法事由。

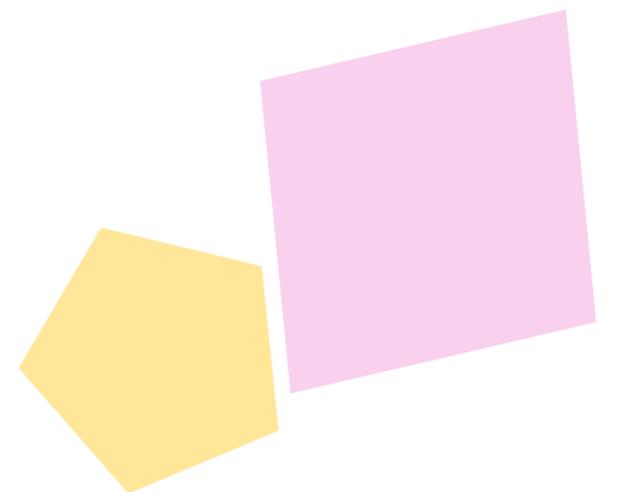


阻卻違法事由之結構 (續)

- **欠缺主觀違法要素**：偶然防衛，偶然避難。
- **欠缺客觀違法要素**：誤想防衛，誤想避難 (容許構成要件錯誤)。

客觀與主觀阻卻違法要素

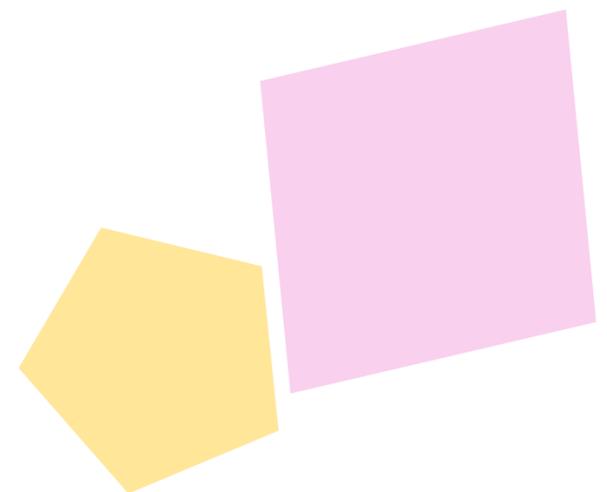
主觀阻卻 違法要素	客觀阻卻 違法要素	法律效果
O	O	阻卻違法事由成立。
X	O	偶然防衛、偶然避難， 不能阻卻違法。
O	X	誤想防衛、誤想避難， 不能阻卻違法；多數見 解認為阻卻故意責任， 僅能論以過失。



偶然防衛與偶然避難之爭議

- **【夫妻反目案】**

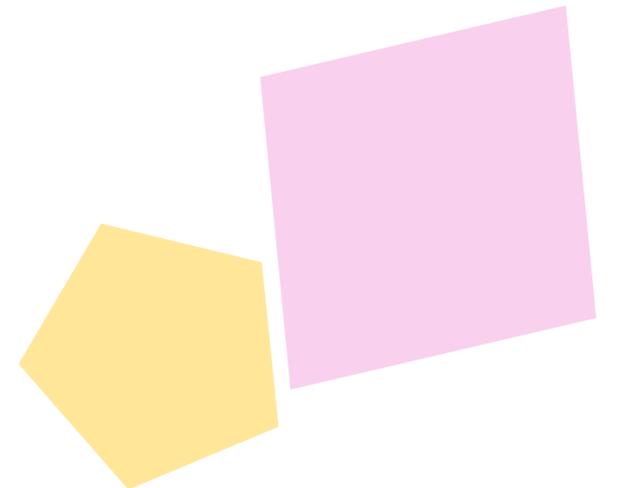
甲女與乙男為夫妻，兩人反目已久。一日甲乙在爭吵之後，甲回到臥室，乙亦追隨進入臥室。甲見乙向前朝自己傾身，以為乙要上前擁抱以求和。然甲見乙身無防備，遂將已備好的手槍對準乙腹部射擊，乙當場倒地死亡。事實上乙當時手握刀子，準備在傾身之際刺殺甲。甲於射殺乙男時，對乙手握刀子一事毫無所知。



偶然防衛與偶然避難之爭議 (續)

- 爭點所在：乙傾身之際已著手於殺甲，對甲而言，此際客觀上存在一個現在不法侵害之正當防衛情狀，惟甲在乙傾身之際的射殺行為，**主觀上並無正當防衛的認識與意欲**，故甲射殺乙之行為，並不符合正當防衛之要件，不得阻卻殺人罪之違法性。

惟甲之行為應該如何論罪？



偶然防衛之論罪方式

- 既遂解決理論 (德國實務見解)：
甲女應以殺人既遂罪處罰。
- 理由：對甲而言，客觀上雖存在著正當防衛之情狀，然而甲主觀上並無正當防衛的意思，此等偶然之防衛，並不符合正當防衛之要件，不可阻卻違法，故甲之行為既具有殺人罪構成要件該當性與違法性，應成立殺人既遂罪。

偶然防衛之論罪方式 (續)

- **未遂解決理論 (僅學說採納)：**
甲固不符合正當防衛要件而不能阻卻殺人罪違法性，但應可援引未遂犯之法理，僅論以殺人未遂。
- **理由：**刑法上的「不法概念」，乃由「結果無價值」與「行為無價值」所組成。阻卻違法事由之要件強調必須同時具備客觀阻卻違法要素與主觀阻卻違法要素。

偶然防衛之論罪方式 (續)

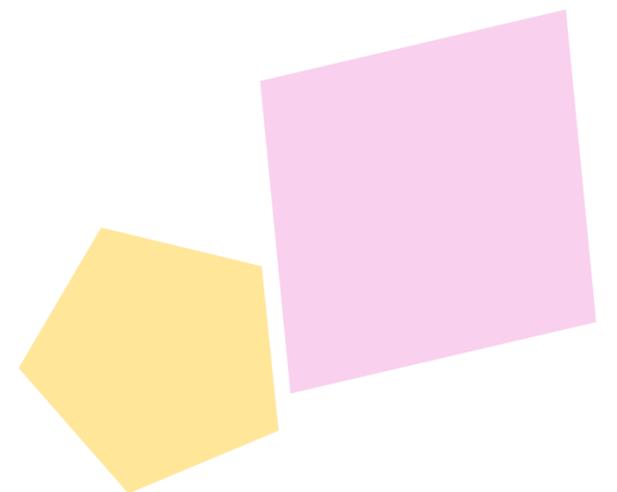
- 其理由在於，對於「結果無價值」的排除，必須客觀上有阻卻違法情狀存在；對於「行為無價值」的排除，則必須行為人主觀上對阻卻違法情狀有所認識，並基於此認識而行為。
- 倘行為人並非出於防衛之意思而殺人，主觀上乃以侵害法益的意思而行為，故具有「行為無價值」，但客觀而言，並不具有「結果無價值」，此與未遂犯情形一樣，故應論未遂。

容許構成要件錯誤

- **【手摸皮夾案】**

甲與乙結下樑子。甲天天攜帶手槍防身避免乙尋仇。一日甲見乙走來，見乙伸手觸摸口袋，以為乙要掏槍射殺自己，甲快速拔槍射擊乙。乙中彈倒地死亡，甲才發現乙沒帶槍而是伸手拿皮夾。

試問：甲之行為應如何論罪？

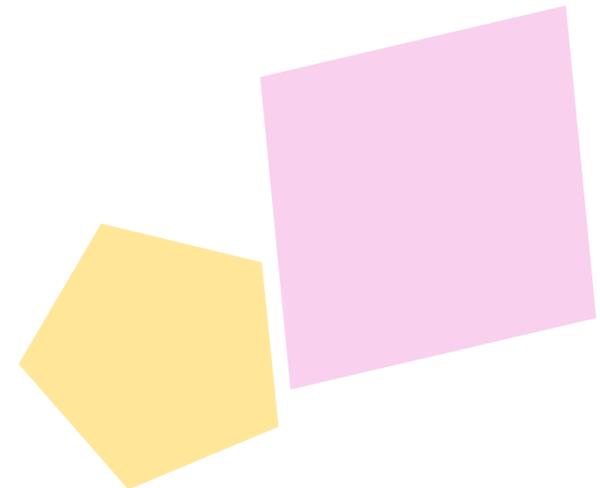


容許構成要件錯誤 (續)

- **【救援小狗案】**

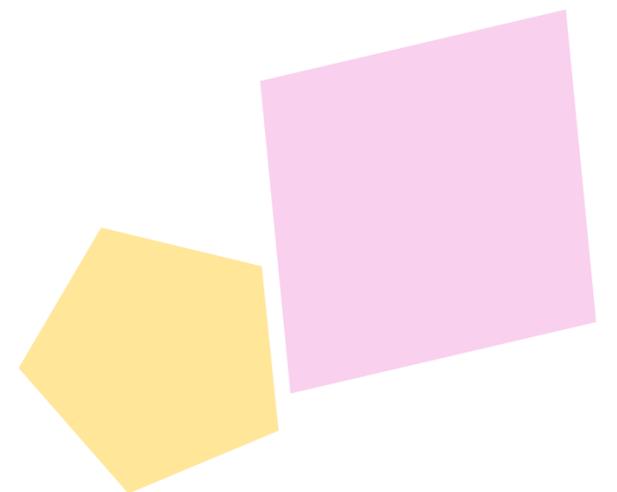
甲覬覦鄰居養的名犬已久，見鄰居出國數日，狗吠聲不斷，遂報警稱鄰居虐狗。警察乙前來訪視，甲告知應破門救狗，乙怕狗被虐死，遂破門而入將狗救出，交給甲保管。

試問：甲、乙各犯何罪？



容許構成要件錯誤 (續)

- 容許構成要件：乃指「阻卻違法事由」。
- 容許構成要件錯誤：乃客觀上並不存在阻卻違法事由情狀，但行為人主觀上卻誤以為有此客觀情狀存在，亦即對於成立阻卻違法事由的客觀要素是否存在，主觀上有所誤認。
- 【手摸皮夾案】屬之，又稱為誤想防衛。
- 此外亦有可能是發生誤想避難，如【救援小狗案】或誤想承諾等情形。



容許構成要件錯誤 (續)

- 容許構成要件錯誤，基本上行為人之行為為可以被認為欠缺不法意識，故大致上來說，行為人應否定其為故意犯，但應進一步地審查是否成立過失犯。
- 惟行為人可以排除故意責任的理由為何，在學說上可分為「故意理論」與「責任理論」兩大派，但「責任理論」又區分成許多不同說法，以下分別介紹之。

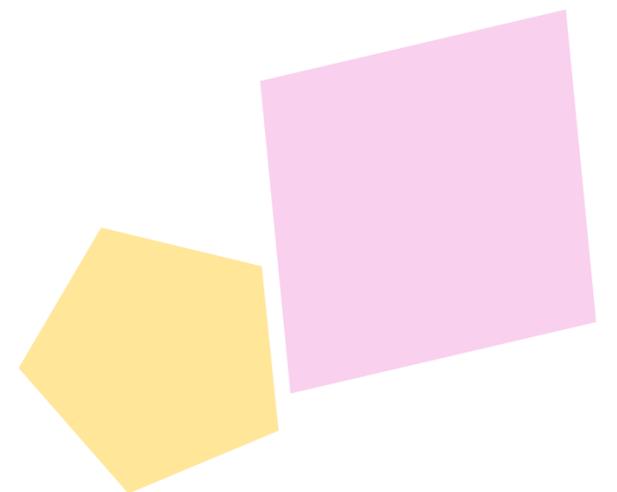
法律效果—各種不同理論

- **犯罪二階層理論：**

歸類為「構成要件錯誤」，應排除構成要件故意，但可論過失。

- **故意理論 (學說不採)：**

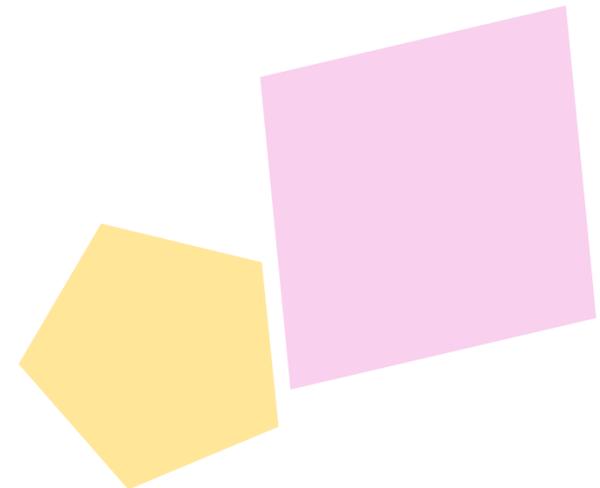
故意理論乃古典犯罪理論產物，行為人如果欠缺不法意識，且不管此等欠缺不法意識的狀況是因事實錯誤、法律錯誤、構成要件錯誤、禁止錯誤，甚或容許構成要件錯誤等造成，均否認故意存在。



法律效果—各種不同理論 (續)

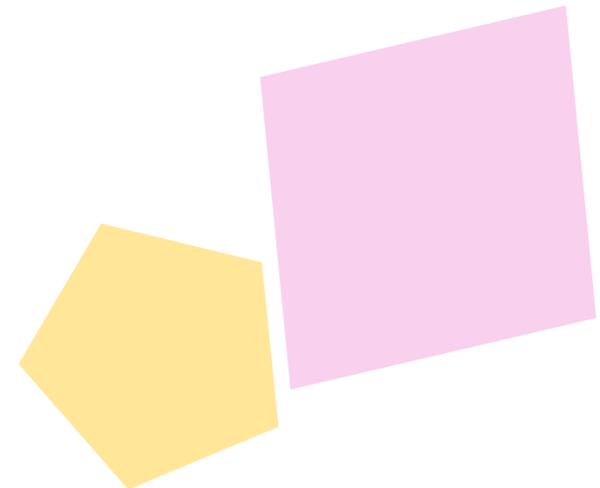
- **嚴格責任理論：**

構成要件故意僅包含「認識」與「意欲」兩要素，「不法意識」非故意應有的內容，而是構成要件故意以外的「故意責任」要素。欠缺不法意識，並不影響構成要件故意，僅會影響故意責任的成立。



法律效果—各種不同理論 (續)

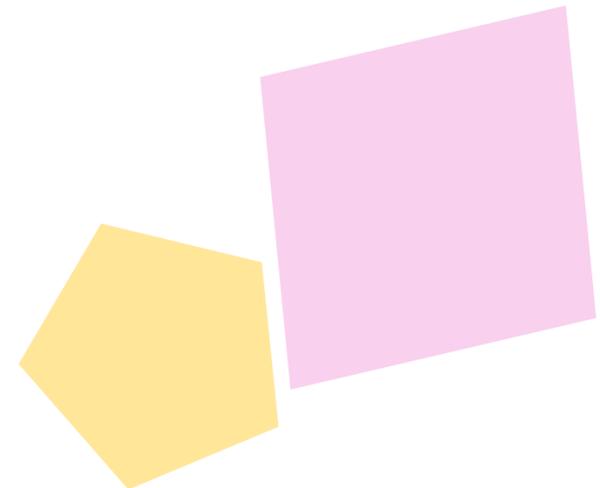
- **限制責任理論 (德國實務見解)：**
意指責任理論在容許構成要件錯誤情形，應受到限制而不適用，主張應「類推適用」構成要件錯誤而阻卻故意，論以過失。
- **限縮法律效果之責任理論 (德國與我國學說採之)：**
容許構成要件錯誤屬獨立的錯誤類型，具構成要件故意，但阻卻故意責任，僅論以過失。



我國實務見解

- 【錯覺防衛—29 上字第 509 號判例】

被告充當聯保處壯丁，奉命緝捕盜匪，正向被人誣指為匪之某甲盤問，因見其伸手撈衣，疑為取槍抗拒，遂向之開槍射擊，當時某甲既未對被告加以如何不法之侵害，則被告之防衛權，根本無從成立，自無防衛行為過當之可言。



我國實務見解 (續)

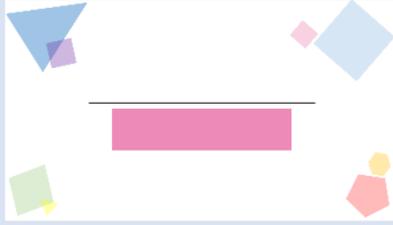
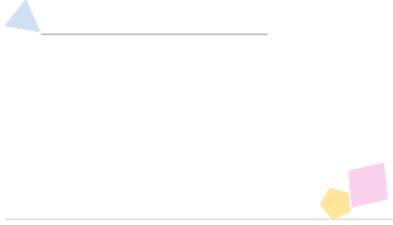
- 【錯覺防衛—29 上字第 509 號判例】

至被告因見某甲伸手撈衣，疑其取槍抗拒，誤為具有正當防衛權，向其槍擊，固係出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與過失致人於死之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤。

我國實務見解 (續)

- 前開判例認為，行為人倘係出於錯覺防衛 (誤想防衛) 而殺人，難認為有犯罪之故意，而應論以過失致死之責。
- 此見解是建立在故意理論還是責任理論之基礎而來，判例內容並未詳述。
- 惟從結論上來看，與德國學說見解中之二階層犯罪理論、故意理論、限制責任論及限縮法律效果之責任理論之結論相同。

版權聲明

序	頁	作品	版權標章	作者/來源
1	1			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
2	2-44			楊曜宇，自行創作 Microsoft Office 2016 PowerPoint 設計主題。 本作品以創用 CC「 姓名標示-非商業性-相同方式分享臺灣 2.0 版 」授權釋出。
3	2-43	壹、違法性與阻卻違法事由.....限制責任論及限縮法律效果之責任理論之結論相同。		除法條、大法官釋字、判例等屬公共領域之作品外，由所有權人王皇玉教授授權使用，您如需利用本作品，請另行向權利人取得授權。 來源：王皇玉，刑法總則(修訂七版)，頁 247-266，2021 年 7 月，新學林出版。

