

東吳大學法學院法律學系碩士班
碩士論文

寬恕罪責事由及其錯誤之研究—以緊急避難為中心
Misidentification about the Subject of Excuse for Necessity

指導教授： 蔡聖偉 博士
研究生： 陳奕廷

中華民國九十九年七月

論 文 摘 要

「寬恕罪責事由」於刑法的體系定位及其概念內涵，在國內尚未有深入的研究，本論文即以寬恕罪責事由為主題，除了探討寬恕罪責事由背後的理論依據外，更就其發生「錯誤」之情形加以分析。為了限縮討論範圍，本論文選擇以寬恕罪責事由中的「緊急避難」為研究核心，並附帶釐清其與正當防衛間的關係。

第壹章部分，涉及本論文之研究動機、目的、與方法，並取得用語上的共識。

第貳章部分，將先以簡單的篇幅介紹通說見解對眾多負面事由的基礎概念。在此將簡介阻卻違法事由、排除罪責事由、寬恕罪責事由等等。

第參章部分，聚焦於「寬恕罪責事由」。從罪責的實質非難基礎，深入探討寬恕罪責事由的本質與定位。

第肆章部分，進入有關「緊急避難」的說明。本論文將使用相當大的篇幅來檢討緊急避難作為阻卻違法事由或寬恕罪責事由的本質意義以及成立要件，並就我國與德國思考角度的相異之處，提出分析、批評與立法建議，而為發生錯誤的情形立下討論基礎。

第伍章部分，針對「錯誤理論」進行概略的說明。由錯誤所涉及的犯罪階層、錯誤所誤認的對象、錯誤係有利或不利於行為人三者，共同建構錯誤可能發生的類型與區塊。

第陸章部分，重心將移至寬恕罪責事由的錯誤問題，本論文按德國文獻的討論方式將寬恕罪責事由錯誤分為「寬恕要件前提事實錯誤」與「寬恕規範錯誤」兩者，並針對兩種錯誤型態詳加討論。

第柒章部分，提出本論文的研究心得與結論。

關鍵詞：阻卻違法（排除不法）事由、排除罪責事由、減輕罪責事由、寬恕罪責事由、他行為可能性、預防必要性、雙重罪責降低理論、區分理論、社會連帶性原則、自主原則、阻卻違法的緊急避難、寬恕罪責的緊急避難、防衛過當、避難過當、減輕不法事由、錯誤理論、寬恕要件前提事實錯誤、寬恕規範錯誤、誤想（偶然）避難過當、誤想（偶然）避難救助、構成要件故意的促進效用。

Abstract

Fixed position and conception of the “Excuse” in criminal system are not thoroughly, carefully researched in Taiwan, so “Excuse” is the theme of this study. In addition to explore the basis for “Excuse”, this study also analyses the situation about “the mistake of Excuse.” In order to limit the range of discuss, this study chooses one of the Excuse—Necessity—to be the main theme, and differentiate between Necessity and Self-defense additionally.

In Chapter One, introduces the motivation, the purpose, the method of this study.

In Chapter Two, will briefly introduce the “Negative Subject” in prevailing opinion, here are the ground of legal justification, precluding culpability, exculpation and so on.

In Chapter Three, will focus on Excuse. From the basis of substantial reproach about the guilt, deeply into the nature and position of Excuse.

In Chapter Four, introduces the subject of Necessity. This study will spend large scale discussing with the elements of Necessity, which to be a ground of legal justification, or a ground of exculpation.

In Chapter Five, introduces the “Mistake Theory”, by the questions: Which plane does the mistake happen? What object does the mistake connect with? Is the mistake in favor of perpetrator? we can recompose the system of “Mistake Theory.”

In Chapter Six, the discussing barycentre will move to the Mistake of exculpation. This Mistake can divide into two groups: the Mistake of exculpation about fact or about law. This study will fallow the grouping and analyze them.

In Chapter Seven, there are my fruitful results and conclusion.

Key words:

the ground of legal justification, the ground of precluding culpability, the ground of exculpation, other-action-ability, preventive requirement, the theory of double-mitigate guilt, different theory, solidary principles, autonomous principles, Necessity of legal justification, Necessity of exculpation, excessive self-defense, excessive Necessity, the ground of mitigate injustice, Mistake theory, Mistake of exculpation about fact, Mistake of exculpation about law, imaginary excessive Necessity, imaginary supportive Necessity, the promoting effect of subjective element of an offense

寬恕罪責事由及其錯誤之研究－以緊急避難為中心

要 目

第壹章	緒論.....	1
第一節	研究動機、方法與架構.....	1
第二節	用語之釐清.....	4
第貳章	犯罪結構與犯罪判斷中的負面事由.....	7
第一節	犯罪理論概說.....	7
第二節	違法性階層的負面事由.....	12
第三節	罪責階層的負面事由.....	13
第四節	違法性與罪責階層以外的其他負面事由.....	14
第參章	寬恕罪責事由之意義、本質與區辨.....	16
第一節	負面違法事由與負面罪責事由的區分實益.....	16
第二節	對區分負面違法事由與負面罪責事由的不同看法.....	22
第三節	寬恕罪責事由的本質.....	32
第四節	寬恕罪責事由與其他負面事由之區辨.....	51
第肆章	緊急避難的本質爭議與成立要件.....	53
第一節	緊急避難的歷史發展與現今之定位.....	53
第二節	緊急避難作為阻卻違法事由.....	77
第三節	緊急避難作為寬恕罪責事由.....	90
第四節	我國法上緊急避難立法形式的檢討.....	98

第伍章	錯誤理論的體系架構	126
第一節	錯誤理論概說	126
第二節	關於「構成要件階層」的錯誤	132
第三節	關於「違法性階層」的錯誤	143
第四節	關於「罪責階層」的錯誤	152
第陸章	寬恕罪責事由的錯誤	153
第一節	寬恕要件前提事實錯誤	153
第二節	本文對寬恕要件前提事實錯誤的看法	162
第三節	寬恕規範錯誤	180
第柒章	總結	186
主要參考文獻		193

詳 目

第壹章 結論	1
第一節 研究動機、方法與架構	1
第二節 用語之釐清	4
第一項 廣義構成要件與狹義構成要件	4
第二項 緊急行為相關概念的分類與名稱	6
第三項 負面違法性事由與負面罪責事由	6
第貳章 犯罪結構與犯罪判斷中的負面事由	7
第一節 犯罪理論概說	7
第一項 不法與罪責之區分	7
第二項 漸進式的犯罪判斷方法.....	9
第二節 違法性階層的負面事由	12
第三節 罪責階層的負面事由	13
第四節 違法性與罪責階層以外的其他負面事由	14
第參章 寬恕罪責事由之意義、本質與區辨	16
第一節 負面違法事由與負面罪責事由的區分實益	16
第一項 對於「雙軌制裁體系」的意義	17
第二項 對於「犯罪參與理論」的意義	18
第三項 對於「可否發動正當防衛」的意義	19
第四項 對於「錯誤理論」的意義.....	21
第二節 對區分負面違法事由與負面罪責事由的不同看法	22
第一項 法外空間說.....	22
第二項 行為責任說.....	23
第三項 刑事不法排除事由說	24
第四項 對上述見解之評析	26

詳目

一、 針對「法外空間說」	26
二、 針對「行為責任說」	29
三、 針對「刑事不法排除事由說」	30
第三節 寬恕罪責事由的本質	32
第一項 罪責的實質非難基礎	32
一、 有無「他行為可能性」	33
二、 有無「法所不容許的意念」	34
三、 作為「個人性格的擔保」	34
四、 有無「一般預防的必要性」	35
五、 有無「對規範的反應能力」	36
第二項 本文對於「罪責實質非難基礎」的綜合評析	36
一、 建構罪責的抽象理由	36
二、 建構罪責的實質理由	38
第三項 本文對於「寬恕罪責事由」的詮釋	40
一、 無爭議的「排除罪責事由」之情形	40
二、 有爭議的「寬恕罪責事由」之情形	41
(一) 寬恕罪責事由所具備的不法減輕屬性	41
1、 肯定說之理由	41
2、 否定說之理由	42
(二) 寬恕罪責事由在罪責階層之定位	42
1、 以「他行為可能性」為基礎之看法	42
2、 以「廣義罪責說」為基礎之看法	43
(三) 本文之評析與立場	44
1、 肯定寬恕罪責事由應具備不法減輕屬性	44
2、 肯定寬恕罪責事由不影響他行為可能性	45
3、 肯定寬恕罪責事由並無預防必要性	46
《圖表 3-1：雙重罪責降低》	47
第四項 本文對於「罪責層次」的重新建構	48

《圖表 3-2：罪責層次的內涵》	49
《圖表 3-3：負面罪責事由》	51
第四節 寬恕罪責事由與其他負面事由之區辨	51
第肆章 緊急避難的本質爭議與成立要件	53
第一節 緊急避難的歷史發展與現今之定位	53
第一項 一體性理論與區分理論之爭	55
一、 一體性理論	55
(一) 全然寬恕罪責說.....	56
(二) 全然阻卻違法說.....	57
二、 區分理論	59
(一) 作為阻卻違法事由的根據	60
(二) 作為寬恕罪責事由的根據	60
1、 心理壓力理論	60
2、 雙重罪責降低理論.....	61
第二項 從德國現行法的角度觀察	62
一、 否定區分理論的看法	64
二、 學說上針對「作為阻卻違法事由根據」所發展的其他理由	65
(一) 功利性原則	65
(二) 國家主義式的解釋.....	65
(三) 社會連帶性原則.....	66
三、 學說上針對「作為寬恕罪責事由根據」所發展的其他理由	67
(一) 以「功能罪責概念」排除罪責.....	67
(二) 以「欠缺預防必要性」排除負責性.....	68
四、 綜合評釋	68
(一) 針對「否定區分理論的看法」	68
(二) 針對「作為阻卻違法事由的根據」	69
1、 討論層次的混淆.....	69

詳目

2、 對於各說的批評與本文看法	71
(三) 針對「作為寬恕罪責事由的根據」	73
1、 「心理壓力」說法上的混淆	73
2、 「不法降低」存在與否的爭論.....	74
3、 本文看法	74
第三項 從我國現行法的角度觀察.....	75
一、 第 24 條僅作為寬恕罪責緊急避難之依據.....	76
二、 第 24 條僅作為阻卻違法緊急避難之依據.....	77
三、 第 24 條同時作為阻卻違法與寬恕罪責緊急避難之依據.....	77
第二節 緊急避難作為阻卻違法事由	77
第一項 客觀上存在避難情狀	78
一、 危難的意義	78
二、 危難所針對的對象	78
二、 危難的緊急性	79
第二項 客觀上存在避難行為	80
一、 實效性.....	80
二、 必要性.....	80
第三項 客觀上通過利益衡量	81
一、 衡平性.....	81
(一) 衡平性的衡量標準.....	81
1、 攻擊型緊急避難.....	81
2、 防衛型緊急避難.....	82
(二) 衡平性的衡量因素.....	83
1、 法益位階關係	83
2、 法益受影響的程度以及損害發生的可能性	84
3、 處於特別義務地位.....	84
4、 自招危難	85
5、 強制狀態下的避難行為	86

二、 相當性.....	87
(一) 涉及人性尊嚴	88
(二) 法律上已預作規定.....	89
第四項 主觀上具備避難意思	89
《圖表 4-1：阻卻違法緊急避難的要件整理》	90
第三節 緊急避難作為寬恕罪責事由	90
第一項 客觀上存在避難情狀	90
一、 保護法益之限縮 — 限於「生命、身體或自由」	91
二、 避難救助之限縮 — 限於「親屬或親密夥伴」	92
第二項 客觀上存在避難行為	93
第三項 主觀上具備避難意思	94
第四項 仍有預防必要性的法定排除事由	95
一、 自招危難.....	95
二、 處於特別義務地位	95
三、 與法定排除有關的「避難救助」	96
(一) 與「自招危難」相關.....	96
(二) 與「處於特別義務地位」相關.....	97
《圖表 4-2：寬恕罪責緊急避難的要件整理》	98
第四節 我國法上緊急避難立法形式的檢討	98
第一項 正當防衛與緊急避難在立法形式上的異同.....	98
一、 正當防衛體系架構簡介.....	98
(一) 正當防衛的成立要件.....	99
《圖表 4-3：正當防衛體系簡整》	100
(二) 不成立正當防衛後的額外考量：防衛過當	100
1、 防衛過當的意義與類型	100
2、 所謂「逾越正當防衛」的意義.....	102
3、 合宜性中的「權利濫用」界線.....	103
《圖表 4-3：防衛過當與違反合宜性之關係》	103

詳目

二、 緊急避難與正當防衛的差異	104
(一) 阻卻違法緊急避難的「必要性」	104
《圖表 4-4：無法阻卻違法之正當防衛與緊急避難之比較》	105
(二) 阻卻違法緊急避難的「利益衡量」	105
1、 利益衡量的內涵	105
2、 利益衡量的雙重交互檢驗	107
(三) 不成立阻卻違法緊急避難後的額外考量	108
1、 必要性的逾越：避難過當	108
2、 利益衡量的違反：寬恕罪責緊急避難	108
第二項 對於我國緊急避難立法形式的檢討	109
一、 早期學說見解的看法與演變	109
二、 近期採取區分理論的看法與困境	112
(一) 區分理論的基本特徵	112
(二) 採取緊急避難與避難過當二分法的難題	113
三、 本文見解	113
(一) 「過當」概念的廣義解釋	113
(二) 利益衡量的量差關係	115
(三) 避難過當的法律評價	117
1、 作為「減輕不法事由」	117
2、 作為「寬恕罪責事由」	118
(四) 對於我國現行條文的檢討	119
第三項 緊急避難行為的漸進式法律評價	122
一、 確認「不法」	122
(一) 排除不法（阻卻違法）	123
(二) 減輕不法（部分阻卻違法）	123
1、 僅客觀不法或主觀不法的個別排除	123
2、 客觀不法與主觀不法的同時減輕	124
(三) 小結	124

二、 確認「罪責」	125
第五章 錯誤理論的體系架構	126
第一節 錯誤理論概說.....	126
第一項 從「錯誤所涉及的犯罪階層」作區分	127
第二項 從「錯誤所誤認的對象」作區分	128
第三項 從「錯誤係有利或不利於行為人」作區分	129
第四項 小結	130
《圖表 5-1：錯誤理論體系簡表》	132
第二節 關於「構成要件階層」的錯誤.....	132
第一項 事實面錯誤 — 禁止要件前提事實錯誤.....	132
一、 單一完整不法內的錯誤：禁止事實錯誤.....	133
(一) 有關行為客體的錯誤.....	135
(二) 有關因果歷程的錯誤.....	136
1、 單一行為的因果歷程偏離	136
2、 複數行為的因果歷程偏離	138
二、 複數完整不法間的錯誤：減輕禁止事實錯誤	139
第二項 規範面錯誤 — 禁止規範錯誤	141
一、 正面禁止規範錯誤	141
二、 反面禁止規範錯誤	142
第三節 關於「違法性階層」的錯誤	143
第一項 事實面錯誤 — 容許要件前提事實錯誤.....	143
一、 正面容許要件前提事實錯誤	143
(一) 學說紛爭	143
1、 負面構成要件理論.....	143
2、 限制罪責理論	144
3、 指示法律效果的罪責理論	144
4、 嚴格罪責理論	145

(二) 本文立場	146
1、 對指示法律效果的罪責理論與嚴格罪責理論的批評	147
2、 對負面構成要件理論與限制罪責理論的選擇	148
二、 反面容許要件前提事實錯誤	149
(一) 學說紛爭	149
1、 負面構成要件理論	149
2、 未遂說	149
3、 既遂說	150
(二) 本文立場	150
第二項 規範面錯誤 — 容許規範錯誤	151
第四節 關於「罪責階層」的錯誤	152
第陸章 寬恕罪責事由的錯誤	153
第一節 寬恕要件前提事實錯誤	153
第一項 正面寬恕要件前提事實錯誤	154
一、 早期德國學說見解	154
(一) 著重「行為人心理上是否承受過度動機壓力」的解釋（心理壓力說）	154
(二) 著重「行為人有無依法規範行為之期待可能性」的解釋（期待可能說）	155
二、 早期德國實務見解（事實錯誤說）	156
三、 近期德國見解	157
(一) 類比「原因自由行為」的解釋（原因自由說）	157
(二) 等同「正面容許規範錯誤」的解釋（規範錯誤說）	158
(三) 認為是「新型態錯誤」的解釋	158
1、 強調「構成要件故意之促進效用」的解釋（促進效用說）	159
《圖表 6-1：構成要件故意的促進效用》	159

詳目

2、 強調「不法與罪責雙重減輕」的解釋（雙重減輕說）	161
3、 強調「有無預防必要性」的解釋（預防必要說）	161
第二項 反面寬恕要件前提事實錯誤	162
第二節 本文對寬恕要件前提事實錯誤的看法	162
第一項 對於前述各種解釋方法之評釋	162
一、 僅觀察罪責階層之片面正確性	163
（一） 學說上對於各種說法的批評	163
1、 心理壓力評價方式的游移	163
2、 期待可能性與預防必要性功能上的過載	164
（二） 小結	165
二、 對於事實錯誤或規範錯誤的誤解	166
（一） 規範錯誤說於問題定位上的錯謬	166
（二） 規範錯誤說於處理方式上的錯謬	167
三、 對於正面事實錯誤的不當詮釋	167
（一） 已經過時的事實錯誤說	167
（二） 不切實際的原因自由說	168
（三） 過於籠統的雙重減輕說	168
四、 解決方案的找尋	169
（一） 促進效用說的反省	169
（二） 問題的重新定位	170
第二項 先後關注「不法與罪責階層」的解釋方法	170
一、 不法階層	170
（一） 正面錯誤	171
1、 行為人誤以為存在排除不法事由，實際上卻存在減輕不法事由	171
2、 行為人誤以為存在減輕不法事由，實際上卻不存在任何事由	172
3、 小結	174

《圖表 6-2：不法階層之正面事實錯誤類型》	175
(二) 反面錯誤	175
1、 行為人誤以為存在減輕不法事由，實際上卻存在排除不法事由	175
2、 行為人誤以為不存在任何事由，實際上存在減輕不法事由	176
《圖表 6-3：寬恕要件前提事實錯誤：不法階層》	177
二、 罪責階層	177
(一) 正面錯誤 — 行為人誤他人為自己親屬或親密夥伴	178
(二) 反面錯誤 — 行為人誤自己親屬或親密夥伴為他人	179
《圖表 6-4：寬恕要件前提事實錯誤：罪責階層》	179
三、 多重錯誤的同時發生	179
第三節 寬恕規範錯誤.....	180
第一項 德國學界見解	181
一、 正面錯誤	181
二、 反面錯誤	182
第二項 本文見解	183
一、 正面錯誤	183
二、 反面錯誤	184
《圖表 6-5：寬恕規範錯誤》	185
第七章 總結.....	186
一、 犯罪的漸進式判斷方法	186
二、 對寬恕罪責事由的理解	186
三、 對緊急避難的詮釋	187
四、 對緊急避難條文的試擬	188
五、 錯誤理論的體系結構與名稱	189
六、 寬恕要件前提事實錯誤	190

詳目

七、 寬恕規範錯誤..... 191

主要參考文獻..... 193

第壹章 結論

第一節 研究動機、方法與架構

不法與罪責乃是構成犯罪的必要條件，對於不法或罪責的本質、核心加以探究的理論可以稱之為「不法理論」與「罪責理論」。針對罪責這個階層，一般學習上都是籠統地用「期待可能性」或「可非難性」來做詮釋；而犯罪的審查上，則是考量有無「排除罪責事由」以及「寬恕罪責事由（國內學說或稱為減免罪責事由）」兩者，尤其後者的概念、要件或檢驗方式，無論在國內的學說或實務上都顯得十分陌生，甚至可以說是亟待開發的學術新大陸。

反之，「錯誤理論」則一直都是刑法問題研究中的熱門話題，但同時也是為刑法研究者所準備的理論迷宮，許多初學者在學習錯誤理論時，常常會被繁多的學說與實務見解攪亂了理解方向，最終不是覺得體系十分紊亂，就是惶惶然不知該依循何說¹。在通說見解受到目的行為理論的影響以後，逐漸加入主觀化判斷的不法階層便成為了錯誤理論的主要戰場，尤其是嚴謹區分主、客觀要件做判斷的構成要件階層，更是由主觀故意與客觀情狀的對應問題中，逐步發展出許多錯誤的類型與解決方案，是以學說習慣上將此類「對構成要件要素所表徵的事實情狀」所發生的錯誤稱為「構成要件錯誤」。至於另一種與構成要件要素所表徵之事實情狀無關的類型，而是「對構成要件要素所彰顯的規範價值」發生誤認之情形，係探究行為人是否具備不法意識，而在罪責階層予以解決，學說上習慣將此類錯誤稱為「禁止錯誤」。

儘管構成要件錯誤與禁止錯誤的二分結構似乎十分明確，然而在主、客觀要件判斷的思潮也蔓延到違法性階層後，本於「容許要件（阻卻違法事由）」本質上的特殊性，學說在此產生了極度混亂與紛雜的討論，有認為應採取類似構成要件錯誤的解決方案，亦有認為應採取禁止錯誤的思考方法，更有認為不應比附援引現存的錯誤處理方式，而要為違法性階層設計專屬的錯誤規則。這部份國內教科書與學術專論都有詳細的說明與介紹，本文只是要點出錯誤理論的討論，在脫離構成要件階層的範圍後，似乎就不再是

¹ 筆者時常戲稱刑法體系中有兩個常常令人迷失方向的大迷宮，一個是「錯誤理論」，另一個則是有過之而無不及的「競合理論」。

那麼的清楚明瞭，原因在於容許要件與構成要件（或稱禁止要件）有著不同的思維模式，連帶地影響發生錯誤時的法律效果。就此而言，錯誤理論實際上與犯罪階層體系的理解有絕對的關聯性，甚至是息息相關的。

同樣的錯誤問題也發生在一個國內學說上幾乎沒有關注過的階層，也就是本文一開始所提到的罪責階層，不受到關注的可能理由是：罪責階層是法律適用者針對行為人主觀態度的評價，並不若不法階層有主觀與客觀要件的要求，因此難以想像會發生主、客觀不一致的錯誤現象。然而我們若將觀察焦點轉移到德國，便會發現德國文獻中有相當的比例都會談到關於罪責階層的錯誤，除了前面曾經提過與不法意識有關的禁止錯誤外，還有另一個關於「寬恕罪責事由」的錯誤，舉例如下：

【案例 1】：在一場船難中，甲為了能抓住甲板以延長漂浮的時間，與乙發生激烈爭奪，並出於殺人的故意而攻擊乙，最終造成乙溺斃於深海之中。然而當時剛好有搜救船正在不遠處，縱使無須奪取甲板，依照正常搜尋程序甲也可以安全獲救。

【案例 2】：女殺手甲用手槍威脅彪形大漢乙，逼迫乙刺殺丙，乙認為甲與自己在體型上相差懸殊，以及甲所持之手槍根本就是一個沒有威脅性的玩具槍，因而判斷甲之行為全然不構成威脅；雖然如此，但由於乙與丙積怨已深，乙仍然決定痛下殺手。事實上，女殺手甲除了殺人經驗豐富外，所持也是極具殺傷力的真槍，甲根本就沒機會也沒能力反抗²。

從這裡的比較更可以知道國內學說沒有發展罪責層次錯誤的另一個理由：就是幾乎沒有專論或教科書深入探究過寬恕罪責事由的本質與學說爭議，也因此必須依循犯罪階層體系來理解的錯誤理論，便失去了討論空間。

是以，本論文便以「寬恕罪責事由及其錯誤」為研究範圍，希望可以為國內學說與實務見解長久以來的空白提供一個可能的發展方向。按國內學說所承認的寬恕罪責事由有「正當防衛過當」與「緊急避難過當³」兩者，由於正當防衛過當在國內已經有學者嘗試豐富其內容並發表有數篇學位論文⁴，然而緊急避難過當卻仍是未經開發的處女地，因

² 本案例參考自 *Bachmann, Irrtümer im Bereich der Schuld*, JA 2009, S. 512。

³ 德國學說則稱之為「寬恕罪責的緊急避難」。

⁴ 以此為主題且較深入探討的學位論文，可以參閱張天一，正當防衛原理與過當之處置方式，輔仁大學

此本文選擇以緊急避難過當作為研究核心。惟正當防衛過當與緊急避難過當同屬寬恕罪責事由，交互比較與參照援引勢屬不可避免，故本論文也將多少附帶地提及正當防衛過當的概念。要特別說明的是，囿於寬恕罪責事由的概念發展與筆者外語能力的因素，本論文乃以我國與德國的學說見解為主軸，而未參考其他非德語系國家的文獻資料。

在論文架構部分，既然寬恕罪責事由與阻卻違法事由、排除罪責事由、個人排除或解除刑罰事由、客觀處罰條件等等，均並為刑法體系中的負面事由，本論文將先以簡單的篇幅介紹通說見解對眾多負面事由的基礎概念（第貳章）。在對於眾多負面事由有基本的輪廓後，本論文將聚焦於「寬恕罪責事由」身上，除了說明寬恕罪責事由與阻卻違法事由的區分實益，並整理德國學界曾經提出過的不同看法；之後更從罪責實質非難基礎的角度，深入探討寬恕罪責事由的本質與定位，最終提出筆者自己的建構與詮釋（第參章）。

接下來，本論文便針對在寬恕罪責事由中極富爭議的「緊急避難」問題加以探討，從緊急避難的歷史發展出發，途中經過不斷的思想轉型與要件重構，最後激盪出「一體性理論」與「區分理論」之爭。德國無論學界通說或實定法的立法態度，均是採取區分理論的立場而將緊急避難分為「阻卻違法的緊急避難」以及「寬恕罪責的緊急避難」⁵，我國學界通說亦是主張區分理論的立場，將刑法第 24 條第 1 項本文理解為「緊急避難」，作為阻卻違法事由，而第 24 條第 1 項但書的「緊急避難過當」，則作為寬恕罪責事由。雖然都是主張採取區分理論，惟兩國在要件設計上卻大不相同，因此本論文將使用相當大的篇幅來檢討緊急避難作為阻卻違法事由或寬恕罪責事由的本質意義以及成立要件；並相互比較兩國思考角度的相異之處，就不同設計所可能導出的結論或影響，提出分析、批評與建議（第肆章），並為發生錯誤的討論立下基礎。

當確認寬恕罪責事由實際的體系定位後，便可以進入錯誤理論的相關問題。首先，本論文先簡介現今錯誤理論的體系，並由「錯誤所涉及的犯罪階層」、「錯誤所誤認的對象」、「錯誤係有利或不利於行為人」三者，共同建構錯誤可能發生的類型與區塊（第伍章）。再者，由於寬恕罪責事由錯誤在國內幾乎沒有文獻涉及，因此必須藉助德國學說

碩士論文，2001 年；張喬歲，正當防衛與防衛過當，東海大學碩士論文，2005 年；蔡奇曉，逾越刑法正當性事由之法律效果檢討，中正大學碩士論文，2006 年。

⁵ 德國現行刑法第 34 條（阻卻違法）與第 35 條（寬恕罪責）。

與實務見解的論辯加以釐清問題所在；本論文按德國文獻的討論方式將寬恕罪責事由錯誤分為「寬恕要件前提事實錯誤」與「寬恕規範錯誤」⁶兩者，並針對兩種錯誤型態詳加討論。最後，本論文將提出對於該等錯誤的理解方式與處理方法（第陸章）。

第二節 用語之釐清

第一項 廣義構成要件與狹義構成要件

從歷史演進的角度出發，「構成要件 (Tatbestand)」在早期的德國刑法學中，係泛指所有可罰性的前提要件，換言之，即構成刑罰法律效果的一切法律要件，諸如我們現在所理解的不法構成要件、違法性要件、罪責要件與客觀處罰條件等，意義上可說相當於「犯罪成立要件」⁷。至 1906 年德國刑法學者 *E. Beling*，提出較為完整的犯罪理論，認為「違法性 (Rechtswidrigkeit)」與「罪責 (Schuld)」兩者應屬於各種犯罪行為所必須共同具備的成立要件，故應該將之區分開來，與原本的「構成要件」形成犯罪判斷的「古典三階層體系」⁸。在確立犯罪三階層體系 (dreistufiger Deliktsaufbau) 之下，構成要件即非泛指所有的「犯罪成立要件」，而必須與違法性以及罪責作區分，因此將判斷犯罪成立與否的第一階層構成要件稱之為「狹義構成要件 (Tatbestand i.e.S.)」；相對地，將原本泛指所有可罰性的前提要件稱之為「廣義構成要件 (Tatbestand i.w.S.)」。⁹

現行刑法法典區分為「刑法總則」與「刑法分則」兩部分，前者乃規定犯罪成立的共通一般要件，後者為各種不同犯罪的個別特別要件，將現行刑法法典體系套用在「廣義構成要件」下，可知廣義構成要件涵括了刑法總則與刑法分則的「一般與特別『犯罪成立』要件」。「狹義構成要件」僅指判斷犯罪成立與否的第一階段，在法典體系當中，

⁶ 這裡的分類與用語類似於阻卻違法事由的錯誤，分為「容許要件前提事實錯誤」與「容許規範錯誤」兩者。

⁷ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，241 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，頁 119。

⁸ 關於刑法犯罪階層的內容與演變，可以參見許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇—刑事法叢書系列編號 6，本書有詳盡的介紹可供參考。亦可參閱蔡聖偉，客觀可歸責性與故意—不能未遂之再研究，刑事法雜誌第 39 卷第 3 期，65-69 頁。

⁹ *Ebert*, AT, 1993, S. 32；林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，241 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，119 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，作者自版，1995 年，69、70 頁。

同樣也涵括了刑法總則與刑法分則的要件，但不同於廣義構成要件的是，狹義構成要件限縮在「一般與特別的『構成要件該當層次』要件」，而非全部的犯罪成立要件。於是乎，當我們在討論刑法總則當中的「構成要件故意或過失」，即為「一般狹義構成要件」；反之，刑法分則當中的「竊取」、「施用詐術」等要件，則是「特別狹義構成要件」。

在討論一個問題時，必須先將用語給釐清，否則將會陷入雞同鴨講的窘境。例如在檢驗刑法第 273 條第 1 項的義憤殺人既遂罪時，關於本罪的廣義構成要件為「某人當場激於義憤而殺人」，然而本罪的狹義構成要件則是「某人當場殺人」。因為若詳細地去拆解義憤殺人既遂罪之法條，「人（行為人與被害人）」、「殺（行為）」、「死（結果）」與「因果關係以及客觀可歸責性（不成文要件）」均係與不法相關之構成要件要素；至於「當場激於義憤」則是與期待可能性有關之罪責要素¹⁰，所以狹義構成要件並不包含之。縱然學說上在討論刑法分則構成要件時，多直接使用「狹義構成要件」的理解方式，惟在論及「基本構成要件（Grundtatbestand）」與「變體構成要件（modifizierter Tatbestand）」時，習慣性地論述方式卻又採取「廣義構成要件」的理解¹¹，舉例來說，第 271 條第 1 項的殺人既遂罪，相對於第 273 條第 1 項的義憤殺人既遂罪乃基本構成要件，後者則為變體（減輕）構成要件¹²。

刑法學理上的「構成要件」用語雖具有歷史背景的意義，惟廣義的構成要件乃犯罪體系尚未成熟之前的概括用語，現今實在毋須繼續沿用，否則將造成討論上的混亂與困難。因此本文認為應可將原先所理解的廣義構成要件更名為「犯罪成立要件」，如此一來，「構成要件」就無廣義與狹義之別，而係專指學理上所稱的「狹義構成要件」；就此構成要件再依據規定於總則或是分則，定名為「一般構成要件」與「特別構成要件」，可收簡明易懂之效¹³。附帶一提，構成要件該當性與違法性均是確認有無不法之階層，

¹⁰ 有不同見解認為依「違法為客觀、責任為主觀」之犯罪判斷原則，「義憤」乃客觀上足以引起一般人之公憤，是依客觀判斷，係為特別減輕違法性要素，而與本文之定位不同。詳請參見甘添貴，刑法體系各論（第一卷），作者自版，1999 年，49-50 頁。

¹¹ 同樣地，在提及構成要件之違法要素時，將之區分為「真正構成要件違法要素」與「不真正構成要件違法要素」，也是採取廣義構成要件的理解方式。請參見林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，133-135 頁。

¹² 林山田，刑法各罪論（上），作者自版，2006 年，74、77、81 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，127-130 頁。

¹³ 至於前述的基本與變體構成要件，可以改稱之為「基本犯罪成立要件」與「變體犯罪成立要件」。

而構成要件該當性在三階理論之下，乃作為犯罪類型（Deliktstypus）的外部輪廓，也就是形式上典型的不法內容。職是之故，本文為討論上的便利，將所有構成要件該當性階層與違法性階層之要件統稱為「不法要件」，有必要區分時，便以「構成要件」或「違法性要件」稱之。

第二項 緊急行為相關概念的分類與名稱

在面臨法益受到侵害的緊急情況下，為了保全自己或他人的法益而犧牲第三人法益之行為，學說上稱為「緊急行為」，通常緊急行為可以包括正當防衛、緊急避難、自救行為與救助行為等概念。其中自救行為專指「為自己」而發動的緊急行為，救助行為則是指「為他人」而發動的緊急行為¹⁴，乃是從「為誰發動」的角度所作的區分；至於正當防衛與緊急避難則是從「所面臨之緊急狀態」作分類，前者係面臨「人為的現在不法侵害」，後者是「緊急之危難」。為避免用語上的繁複，在討論時均由正當防衛與緊急避難作為出發點，並同時包含「為自己或為他人」而發動之情形；若是專指為他人而發動之情形，則稱之為「防衛救助（Notwehrhilfe）」或「避難救助（Notstandshilfe）」。

第三項 負面違法性事由與負面罪責事由

除了構成要件該當性階層係正面地判斷是否有法益侵害外，違法性以及罪責階層都是負面地判斷法益侵害以及行為人的可非難性；是以，這兩個階層有許多排除或減輕的相關事由，只不過前者係針對「行為的社會損害性」，後者則是針對「行為人的可非難性」。針對這些對行為人有利的排除或減輕事由，本文擬稱之為「負面違法性事由」與「負面罪責事由」，這些事由有可能是違法性的全面排除（如阻卻違法事由或稱作排除不法事由¹⁵），也有可能是罪責的全面否定（如排除罪責事由），但並不以此為限，尚包括減輕不法與減輕罪責的情形在內。

¹⁴ 余振華，刑法違法性理論，元照，2001年，193頁。

¹⁵ 「阻卻」兩字係完全排除之意，阻卻違法便是完全排除違法性的意思，因此學說上亦有將阻卻違法事由稱為排除不法事由，如 *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 218a；*Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1, 2004, 9/3。本文用詞上便將阻卻違法事由等同於排除不法事由。

第貳章 犯罪結構與犯罪判斷中的負面事由

第一節 犯罪理論概說

第一項 不法與罪責之區分

現今刑法學說多肯認，犯罪是不法且有責之行為，換言之，犯罪之成立係由「不法」與「罪責」兩部分所組成，缺一不可。這種犯罪判斷的模型其實是經驗與理性的綜合產物，藉由思考「如何合理且充分地評價犯罪」這個問題，將犯罪結構作精細的區分，並賦予不同的核心價值；而不法與罪責之區分，就是犯罪判斷中最為基礎、卻最具有指標意義的分類，用以掌握犯罪評價的種種面向¹⁶。

粗淺地理解，不法係針對「犯罪行為」之評價，亦即宣示某個「出於意思所主宰支配並具有社會重要性的人類行止 (menschliches Verhalten)¹⁷」是否是刑法所要禁止或預防的行為模式¹⁸；至於刑法禁止或預防該行為的目的為何，關鍵就在於行為的社會損害性 (Sozialschädlichkeit)，也就是該行為與人類和平的共同生活規則互不相容¹⁹。從行為的社會損害性切入，便導出了「法益 (Rechtgut)」的概念，凡是透過法律手段加以保護的生活利益即稱之為法益²⁰，諸如生命、身體、自由、財產法益等等，禁止或預防具有社會損害性的行為，也就是對於法益的保護 (Rechtsgüterschutz)。因此，侵害法益的行為就是具有社會損害性的行為，也就是刑法所欲禁止或預防的行為，該行為即被評價為「不法」。當不法與法益侵害的關聯性被建立起來之後，便確立了「人的理性行為標準」，換言之，對於有預見法益侵害可能性之行為，人們就不應該著手去做，反之，對於無預見法益侵害可能性之行為，法律就不應該加以禁止²¹；藉由此標準的建立，形成人民得以措其手足的行為規範 (Verhaltensnorm)，並輔以制裁規範 (Sanktionsnorm) 維護其效

¹⁶ 本章節僅就通說見解做一簡單說明，至於深入分析與介紹則另待個別章節再詳細論述。

¹⁷ 此即刑法上「行為」的概念。僅參閱林山田，刑法通論 (上)，作者自版，2008 年，195-198 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，105-115 頁。由於刑法上的行為理論並非本文所欲討論的重點，因此從略；詳細的論述與批評，請參見黃榮堅基礎刑法學 (上)，元照，2006 年，166 頁以下。

¹⁸ 黃榮堅，基礎刑法學 (上)，元照，2006 年，188 頁。

¹⁹ 參閱林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，9 頁。也因此，排除單純不道德行為為成立犯罪的可能性。

²⁰ 林山田，刑法通論 (上)，作者自版，2008 年，52 頁。

²¹ 黃榮堅，基礎刑法學 (上)，元照，2006 年，189-190 頁。

力，達成以積極一般預防²²為導向的法益保護功能²³。

犯罪理論係由古典犯罪理論（Die klassische Verbrechenslehre）為發端，當時不法的判斷係針對客觀上所發生的犯罪行為，因此採取純客觀的判斷方法；這種判斷方式經過新古典犯罪理論（Die neu klassische Verbrechenslehre）²⁴的調整直到目的犯罪理論而有重大變革，本於 *Welzel* 所提出目的行為理論（Die finale Handlungslehre），認為不法的判斷亦須考量行為人的主觀層面，因而形成客觀與主觀的綜合評價²⁵。時至今日，通說均認為不法包含了客觀不法與主觀不法，客觀不法的下限為「著手」，「既遂」則是高度的客觀不法²⁶；主觀不法的下限為「過失」，「故意」則是高度的主觀不法²⁷。

至於罪責，係針對「犯罪行為人」之評價，所要探求的是「行為人是否必須為其不法行為承擔刑事責任」，所以判斷與非難的對象是行為人在行為時所透露出的偏差意念，換言之，即行為人偏離「法規範所要求行為」之主觀意念²⁸。在論及行為人顯露其偏差意念的可非難性時，最主要的考量便是刑罰必要性的問題。關於刑罰必要性的考量，得以納入的具體因素相當繁多，通說在接受規範罪責理論（normative Schuldlehre）之後，認為最主要的是「可非難性（Vorwerfbarkeit）」或「期待可能性（Zumutbarkeit）」概念，亦即對於無法期待行為人在行為的選擇上迴避不法行為的情況，就不應該適用刑罰加以處罰²⁹。

²² 一般預防理論（Die generalpräventiven Theorien）有消極與積極兩個面向，前者認為應使行為人或具有犯罪傾向者，對刑罰產生畏懼感，也就是藉由刑罰威嚇產生心理強制；後者則認為應強化全民法意識的社會教育或說服功能，並樹立法律威信，贏取社會大眾對於刑法的認同。林山田，刑法通論（下），作者自版，2008年，438頁；Ebert, AT 1993, S. 215 f.。

²³ 蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008年，74-75、80頁。

²⁴ 德國現今還是採取新古典犯罪體系者，如 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT 2003, S. 469 ff.。

²⁵ 詳細論述與介紹，請參閱林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，183頁以下。

²⁶ 不同的理解方式，見黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年，607-611頁；蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008年，82頁。

²⁷ 至於學說上經常可以看到的「結果不法或結果非價（Erfolgsunrecht-unwert）」與「行為不法或行為非價（Handlungsunrecht-unwert）」，有將前者理解為對法益造成實害或危險的結果；後者則是指故意與過失。然而這種分類方式對於理解犯罪結構而言並不清楚，至多作為不法內涵利益衡量時的參考指標。參閱陳子平，刑法總論，元照，2008年，228頁以下；詳細批評見黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，191-192頁。至於對行為非價與結果非價的深入說明，請見許恒達，「行為非價」與「結果非價」一論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論第114期，215頁以下。

²⁸ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，278頁。此即學說上所稱的「意念非價（Gesinnungsunwert）」。

²⁹ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，196-197頁。

綜上所述，通說對於犯罪的判斷大致上可以區分為兩個面向，即評價行為的「不法」以及評價行為人的「罪責」；不法以「法益侵害」作為核心，藉由客觀不法與主觀不法的滿足彰顯出該行為整體的結果非價與行為非價，罪責則以「可非難性或期待可能性」為核心，透過評價行為人在良知上所具有的可非難性而表露出行為人的意念非價。至此，犯罪評價已經被初步的作出劃分，並且賦予不同類型的核心與意義。

第二項 漸進式的犯罪判斷方法

確認了犯罪結構是不法與罪責的結合後，接下來遇到問題是：要先判斷「不法」還是先判斷「罪責」？這個問題透過上述的理解，也可以轉換成要先判斷「行為」的社會損害性，還是先判斷「行為人」的可非難性？若是先從不法與罪責的內涵切入觀察，可以發現罪責的評價係指對「行為人所為行為」的可非難性評價，倘若我們不先說出行為人之行為本質上究竟是好是壞，那可非難性的評價終究只是空談，因為我們不可能憑空臆測行為人的可非難性，而是只能依附於一個可供評判的討論對象³⁰。再者，從經驗的角度切入觀察，會發現判斷行為的社會損害性，是相較於判斷行為人的可非難性容易得多，原因在於，行為乃外顯在客觀事實當中，是比較可以被觀察到的，相對而言，行為人可否受到非難則必須探究個別行為人的主觀意念，直觀上並非一目瞭然³¹。因此，學說上都肯定犯罪應先判斷「行為」，當確認了行為的不法後，再判斷「罪責」，以確認行為人的可非難性。最後，這種在某種程度上依循經驗的判斷順序也有其經濟上的好處，因為當我們確認行為的不法後，所代表的就是「行為人作了一個帶有社會損害性的行為」，而會作出這種行為之人，依經驗十之八九會是個可非難的人³²，所以行為人具有罪

³⁰ 簡單說，行為人是不是一個壞人（可非難的行為人），我們是沒有辦法從他的日常生活舉止、待人接物應對中得出答案，否則就是單純取決於個人對於行為人的喜惡，這麼一來就是沒有標準可言，罪責的判斷也就跟著空洞化。

³¹ 當然，這不是說行為的判斷就可以一目瞭然，而是相互比較後「行為」是較為具體、感官上較為明確可知的標的；反之，「行為人」的判斷在探究或證明上則較為困難。其實類似的問題也會出現在「客觀構成要件該當性」與「主觀構成要件該當性」的檢驗順序上。

³² 簡言之，會作出一件壞事（具有社會損害性的行為）的人，十之八九就是一個壞人（可非難的行為人），因此產生一種類似「推定」的效力。惟口試時，李聖傑老師曾經對不法推定罪責之現象抱持懷疑態度，並認為罪責不會因為不法的確認而推定存在，因而必須由「正面」加以審查。這個見解上的歧異，必須再針對犯罪階層體系的演變加以探究，本文目前尚無能力在短時間內消化累積近百年的龐大德文資料，僅能藉由前述經驗上與經濟上的好處，以及罪責檢驗上係找尋排除（或阻卻）罪責事由之「負面」

責的結論就被原則性地確認；是以在罪責階層當中，技術上不會正面地觀察行為人是否可得非難，而是從反面的角度思考有無「推翻這種經驗累積下的結論」的事由存在，此即「排除罪責事由」的有無³³。在此意義之下，更突顯出一個犯罪判斷上的重點，也就是「不法與罪責的相應性」，換言之，行為人的罪責只能在其所實現的不法內涵下作討論，原則上不能以不法內涵以外之事項論斷行為人之罪責³⁴。

學說在不法的內涵上，主張尚必須通過「構成要件該當性 (Tatbestandsmäßigkeit)」與「違法性 (Rechtswidrigkeit)」的檢驗，前者係指立法者就個別犯罪行為的構成犯罪事實，經過類型化、概念化、抽象化與條文化，規定於刑法分則作為可罰行為的前提要件，用以描述刑法禁止不得為或誠命應為的典型不法內容，以明確區分可罰行為與不可罰行為³⁵。後者係指行為與法律規範具有對立否定的本質，即就整體法規範的價值觀來評價構成要件該當行為，若可認定該行為在本質上顯與法律規範對立衝突，即具有違法性；反之，若無對立衝突者，即不具有違法性³⁶。

構成要件該當性與違法性的區分，除了有規範上的意義外，該也是如上所述具有經驗與經濟的考量。詳言之，構成要件具有將犯罪行為類型化的功能，因而可以落實罪刑法定原則 (Gesetzlichkeitsprinzip) 的要求³⁷，若再細究將其類型化的依據，會發現乃是源自於社會對於此類行為入罪化的期待，而期待如何產生，最終只能以經驗為依歸；換

審查方法，佐證不法推定罪責之現象。至於深入的研究與探討，另待他日撰文補述之。類似本文的看法，如 *Jescheck/Weigend*, AT 1996, S. 429；蘇俊雄，*刑法總論 II*，作者自版，1996 年，270-271 頁。

³³ 千萬不能誤會的是，罪責永遠都是在討論行為人的可非難性，這裡所說的只是正面確認或反面確認的「技術層面」問題。

³⁴ 這裡的討論多半會被放入罪責原則 (Schuldprinzip) 當中，如林鈺雄，*新刑法總則*，元照，2006 年，277 頁。不過在罪責階層多半是由罪責出發，強調行為人的罪責必須涵蓋所有實現的不法要素。

³⁵ 林山田，*刑法通論 (上)*，作者自版，2008 年，242 頁。

³⁶ 林山田，*刑法通論 (上)*，作者自版，2008 年，302 頁。早期學說上有將構成要件該當行為稱之為「具備形式違法性 (formelle Rechtswidrigkeit)」，而構成要件該當且違法之行為則稱之為「具備實質違法性 (materielle Rechtswidrigkeit)」，現今仍採此見解者，如陳子平，*刑法總論*，元照，2008 年，222 頁以下。不同的看法與批評，參閱林山田，*刑法通論 (上)*，作者自版，2008 年，308 頁；*Roxin*, AT/I, 2006, 14/4 ff。

³⁷ 罪刑法定原則，簡單說，還可以分為習慣法禁止 (nullum crimen sine lege scripta；Schriftlichkeitsgebot)、類推適用禁止 (nullum crimen sine lege stricta；Analogieverbot)、溯及既往禁止 (nullum crimen sine lege praevia；Rückwirkungsverbot) 與明確性要求 (nullum crimen sine lege certa；Bestimmtheitsgebot) 四個子原則。參閱 *Ebert*, AT 1993, S. 5 ff。

句話說，就是因為此類行為在經驗上勢必導致法益侵害，所以乾脆直接明文寫出來，直接禁止該行為的發生。如此操作下，當構成要件該當後便會產生「表徵 (Indiz)³⁸」法益侵害的功能，也就是當行為人滿足了一個「經驗上的法益侵害」行為，就會表徵行為人作了一個「實際上的法益侵害」行為，因此構成要件該當推定違法的結構就此形成³⁹。由經濟的理由切入，這種推定結構免除了人們正面檢驗行為是否與整體法秩序相違的困難，在技術上只需要從反面的角度尋求「阻卻違法事由 (Rechtfertigungsgründe)⁴⁰」的有無即可。

附帶一提，通說見解認為構成要件必須「完全⁴¹」該當後，才會發生推定違法的效力，相同地，阻卻違法事由也必須是「完全⁴²」該當後，才會發生推翻推定的效力，否則仍不法該當，還是必須進入罪責階層討論，因而形成構成要件該當、違法且有責的三階層犯罪結構 (dreistufiger Deliktsaufbau)。惟另有學說主張，不法的判斷並非是構成要件該當性與違法性的全然切割，而是客觀不法與主觀不法的分別判斷，而採取負面構成要件理論 (Die Leher von den negativen Tatbestandsmerkmalen) 的看法，認為客觀不法是客觀構成要件 (正面要件) 該當且不具有客觀阻卻違法要件 (負面要件)，主觀不法是主觀構成要件 (正面要件) 該當且不具有主觀阻卻違法要件 (負面要件)，因而形成不法且有責的二階層犯罪結構 (zweistufiger Deliktsaufbau)⁴³。

綜上所陳，犯罪的判斷有其順序，並且是循序漸進的。首先確認行為的「不法」，此時必須緊扣住法益侵害來作解釋，依照通說見解，不法還必須區分為「構成要件該當

³⁸ Tröndel/Fischer, StGB, 54. Aufl., vor § 13 Rn. 27。

³⁹ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2004年，58頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，210頁。

⁴⁰ 有將其稱之為「合法化事由」或者「排除不法事由 (Unrechtausschließungsgründe)」，如黃常仁，刑法總論，新學林，2009年，48頁。

⁴¹ 指客觀構成要件該當性與主觀構成要件該當性都具備的情形。

⁴² 即阻卻違法事由的客觀要件與主觀要件均必須滿足。

⁴³ 關於二階論的看法以及對此理論的肯定，請參閱黃榮堅，基礎刑法學 (上)，元照，2006年，200-206頁。對二階論的否定看法，林山田，刑法通論 (上)，作者自版，2008年，262-264頁。必須要釐清的是，縱使採取二階層理論，也不會否定阻卻違法事由的存在，更不會否認構成要件該當後的推定作用，只不過是將客觀不法與主觀不法分別判斷，因此客觀構成要件該當會推定客觀上的違法性，主觀構成要件該當也會推定主觀上的違法性。如蔡奇曉，逾越刑法正當性事由之法律效果檢討，國立中正大學碩士論文，17頁以下的論述，便似乎有誤解之處。

性」與「違法性」兩個階層分別就其客觀要件與主觀要件作檢驗，當構成要件完全該當時發生推定違法的效果；違法性階層則是反面找尋有無阻卻違法事由的完全滿足，若否，則行為的不法就終局的被確認。當認定該行為係屬不法後，將在此不法範圍以內推定行為人之「罪責」，而行為人是否要為不法行為負責，與違法性階層相同必須反面找尋有無阻卻罪責事由，若否，則行為人的罪責便終局的被確認。至此，行為人之所為不法且有責，構成犯罪。

第二節 違法性階層的負面事由

構成要件完全該當後產生推定違法性的效果，因此違法性階層的重點在於反面檢驗有無阻卻違法事由⁴⁴，依據通說見解，欲發生阻卻違法的效力，必須個別阻卻違法事由的客觀要件與主觀要件都完全該當始足，若是欠缺客觀要件或是主觀要件，原則上都是不能發生阻卻違法的效果，亦即仍然具有完整的不法，而必須繼續進入罪責階層討論⁴⁵。

構成要件該當行為之違法性必須就整體法規範作判斷，因此除了刑法典內的阻卻違法事由以外，還必須考量規定在刑法典以外⁴⁶的阻卻違法事由，學說上將前者稱之為「法定阻卻違法事由」，後者為「超法規阻卻違法事由」⁴⁷。現行刑法典內的阻卻違法事由計有：正當防衛（第 23 條）、緊急避難（第 24 條）、依法令之行為（第 21 條第 1 項）、依命令之行為（第 21 條第 2 項）與業務上正當行為（第 22 條）五種；至於超法規阻卻違

⁴⁴ 學理上另有所謂的「開放性構成要件（*offene Tatbestände*）」，其特徵在於立法者對於所禁止之行為並未全面、詳盡地加以描述，換言之，這種構成要件還沒有辦法指出法益侵害的存在。配合前面的說明，此種構成要件行為根本無法滿足經驗上的法益侵害，更遑論推定有實質上的法益侵害存在，典型的犯罪類型即強制罪（現行法第 304 條）；因此，學說上認為縱使此類罪名之構成要件該當，亦無法產生推定違法性的效力，犯罪檢驗上必須進行「正面審查違法性」的工作。詳請參閱 *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 122；*Roxin*, AT/1, 2006, 10/43、44；*Heinrich*, AT/1, 2005, Rn. 315。

⁴⁵ 通說見解的矛盾之處，將在「容許要件前提事實錯誤（*Erlaubnistatbestandsirrtum*）」中全面地突顯出來。

⁴⁶ 可以是規定在附屬刑法典、行政法規或是民法典內，也可以是基於法理或習慣法所得出的阻卻違法事由。林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008 年，313 頁。

⁴⁷ 要注意的是林山田老師對於形式違法性與實質違法性的定義，其認為行為不具備「法定阻卻違法事由」為具有形式違法性；行為不具備「超法規阻卻違法事由」為具有實質違法性。林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008 年，308 頁。

法事由，主要有得被害人之承諾以及義務衝突兩大類⁴⁸。

當構成要件該當行為具備阻卻違法事由時，彰顯的意義是該行為並沒有違反整體法規範，換言之，該行為仍然是一個合法行為而不構成犯罪。也因此，我國刑法有關阻卻違法事由的法律效果部分俱規定為「不罰」其實並不够精確，只是說出合法行為不罰的最終結論，應該修正為行為「不具備違法性」或「不違法」較佳⁴⁹。

第三節 罪責階層的負面事由

在構成要件該當且不具阻卻違法事由之後，便會進入罪責階層作討論⁵⁰，如前所述，罪責的討論以不法該當為前提，並在不法該當的內涵中討論行為人的可非難性，換句話說，不法的該當進一步造成限縮罪責討論範圍的效果，除非立法者另有考量⁵¹，否則不能也不應超出不法的範圍論斷行為人之罪責；因此，行為人係實現何種不法行為，那麼應該要討論的就是「『實現此種不法行為』之行為人」應承擔多少的責任，是以，不法與罪責有某種程度的相應關係存在⁵²。

罪責階層亦是從反面探討有無負面事由存在，而罪責階層負面事由的類型在學說上分為兩大類，其一為「排除罪責事由 (Schuldausschließungsgrund)」，其二則是「寬恕罪責事由 (Entschuldigungsgrund)」⁵³。排除罪責事由係指罪責基本要件的欠缺，例如行為

⁴⁸ 主要參照林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，314頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，267-271頁。學說上有否定得被害人承諾為阻卻違法事由，如林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—139頁以下；Roxin, AT/1, 2006, 13/12 ff。

⁴⁹ 同此見解，林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，313頁。

⁵⁰ 本文對於此等負面事由的深入說明與立場，請見「第參章、第三節」部分。

⁵¹ 此類立法者的特殊考量，多會顯現於刑法分則當中的「特別罪責要素 (besondere Schuldmerkmale)」，這種要素是立法者額外考慮「與不法要件無關」的行為人可非難情狀，所附加「單純罪責考量」的特別要素。例如刑法第274條的生母殺嬰罪，其身分上（生母已嬰關係）與情狀上（生產時或甫生產後）的特殊規定並非是不法內涵之考量（所以也不會是不法內涵所對應出的罪責內涵），而是純粹罪責減輕的考量。請參閱蔡聖偉，「大意」減親，月旦法學教室第83期，78頁；蘇俊雄，刑法總論II，作者自版，1996年，280-286頁；Ebert, AT 1993, S. 99 f.; Roxin, AT/1, 2006, 10/70 ff。

⁵² Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 398。

⁵³ 學說上亦有將前者稱之為「阻卻罪責事由」，後者亦有稱之為「減免罪責事由」。相關定義與介紹請見Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 432; Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 562 f.; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，399-400頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，287頁；張麗卿，刑法總則理論與應用，

人因為沒有瞭解或判斷行為合法與否的能力，因而不具有責任能力；再如行為人有充分的理由認為自己的所作所為係屬合法，因而不具有不法意識。學說上均肯認行為人是「無責任能力（刑法第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項）」或發生「不可避免的禁止錯誤（第 16 條）」，構成排除罪責事由。另外，寬恕罪責事由係指行為人縱然具有責任能力與不法意識，然而立法者在特定條件下認為該行為人堪值寬恕，因此不予或少予非難，典型如現行法所規定的「防衛過當（第 23 條但書）」或「避難過當（第 24 條第 1 項但書）」⁵⁴。

由於行為人具備排除罪責事由的效果是完全不被非難，因此是無罪責而不構成犯罪，然而我國法的規定卻是籠統地規定為「不罰」，亦顯得不夠精確，宜修正為行為人「無罪責」較佳；至於具備寬恕罪責事由仍是不法且有責，僅立法者給予寬免而已，因此法律效果為「得減輕或免除其刑」⁵⁵。

第四節 違法性與罪責階層以外的其他負面事由

構成要件該當性、違法性與罪責是行為具有不法內涵與罪責內涵的可罰性要件，原則上只要具備此類要件，犯罪即告成立，不過在少數例外情形，尚須具備不法與罪責以外的可罰性要件，國家的刑罰權才得以發動⁵⁶。這些不法與罪責以外的可罰性要件，計有「客觀可罰性條件（Objektive Bedingungen der Strafbarkeit）」⁵⁷以及「排除或減免刑罰事由（Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund）」兩大類。⁵⁸

客觀可罰性條件作為犯罪成立的附加要件，而將原本應予刑罰的可罰性行為排除在

五南，2005 年，241 頁；蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008 年，212-213 頁。用語上較不一貫者，如蘇俊雄，刑法總論 II，作者自版，1996 年，294、297 頁。

⁵⁴ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，399-403 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，287-291 頁。

⁵⁵ 要注意的是，學說上有認為若行為人具有「排除罪責事由」，由於行為人無罪責，法院應下「無罪判決」；若行為人具有「寬恕罪責事由」，此時行為人仍屬不法且有責，因此法院應下「有罪但免刑」的判決。請參見蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008 年，213 頁。這裡的癥結點在於寬恕罪責事由寬恕的理由究竟為何，就此將在「第參章」部分詳加論述。

⁵⁶ 在此不特別討論關於刑事訴訟法上的程序要件，諸如告訴、請求乃論之罪，或立法委員的不受逮捕特權（憲法第 74 條），僅針對實體法上的實體要件加以論述。

⁵⁷ 亦有稱之為「客觀處罰條件」。

⁵⁸ 本文對於此等負面事由的看法，請見「第參章、第四節」部分。

國家的刑罰權之外，是以有如一種限縮刑罰事由（Strafeinschränkungsgrund），其不成就則仍然無法發動刑罰權，這是基於刑事政策下對於刑罰需求性的考量而來⁵⁹。其特殊性在於只要客觀存在即為已足，至於行為人主觀上有無認識或預見，則在所不問；正因為如此，將排除錯誤理論適用的可能性。客觀可罰性條件作為犯罪成立的實體要件，若有所欠缺在刑事審判上應下無罪判決；是故，客觀可罰性條件的欠缺亦屬負面事由。

至於個人的排除或減免刑罰事由則是由於行為人個人的因素，致形成足以阻卻刑罰或減免刑罰的例外狀況，而使得不法且有責之行為不受刑罰的制裁，這主要都是刑事政策上的考量⁶⁰。排除刑罰事由專指「行為時」已經存在足已排除刑罰的個人情狀，例如近親之間所犯財產犯罪得以免除其刑之規定（刑法第 324 條第 1 項），或如立法委員的言論免責權（Indemnität）亦是；而減免事由則專指「行為後」始發生足以讓可罰性顯著降低的個人情狀，例如犯參與犯罪結社罪後自首得以減輕或免除其刑之規定（刑法第 154 條第 1 項），或犯擄人勒贖罪卻未經取贖而釋放被害人是（刑法第 347 條第 5 項）。刑法總則中也有相關的條文設計，例如與刑法第 26 條有關的「出於重大無知的不能未遂」，就被認為是自始排除刑罰必要性的個人排除刑罰事由⁶¹；刑法第 27 條的中止未遂則是嗣後減免刑罰必要性的個人減免刑罰事由⁶²。是故，個人排除刑罰事由或個人減免刑罰事由的具備，亦屬對行為人有利的負面事由。

⁵⁹ 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006 年，712 頁；Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 148。

⁶⁰ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，407 頁。

⁶¹ 學說上另有不同見解認為，「出於重大無知的不能未遂」的不罰，並非涉及到行為人個人的特殊情況，而是基於行為本身的屬性而不罰，因此並非個人的（persönlich），而是事理上的（sachlich）排除刑罰事由。請參閱蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008 年，114 頁。

⁶² 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006 年，711 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，309-311 頁。

第參章 寬恕罪責事由之意義、本質與區辨

第一節 負面違法事由與負面罪責事由的區分實益

不法與罪責階層中的負面事由，由於所涉階層的不同，兩者所關注的重點亦不相同，負面違法事由既與不法有關，就必須緊扣法益侵害來思考與解釋。例如阻卻違法事由的存在，就是要在兩個利益的相互衝突關係中，選擇其中一方接受法律的保護；換言之，其任務就在於為相衝突之利益提供「合乎社會正確性的 (sozial richtig)」的處理規則⁶³。這個處理規則的大方針是：可以藉由犧牲在法規範上評價較低的利益，來保全、維護一個評價較高的利益，諸如正當防衛、依法令或依命令之行為等等⁶⁴。若具備阻卻違法事由，即宣示該構成要件該當行為是合法行為，是法律所容許的行為⁶⁵；若是不具備阻卻違法事由，便表示該行為乃違反整體法秩序，是法律所禁止之行為。簡言之，阻卻違法事由宣示出：當人們身處在一個利益衝突的情境當中，究竟應該如何行為；亦即提供給人們正確地行為準則 (Verhaltensrichtlinien)，並且劃出合法與不法的界線⁶⁶。

相對而言，負面罪責事由中的排除罪責事由或寬恕罪責事由，則涉及到行為人的可非難性問題，然而欲進入罪責階層判斷的前提是行為的不法性已然確認，所以一個行為縱使最後因為具備負面罪責事由而不罰，還是一個不法行為，依舊是法律所禁止且不被容許的行為。負面罪責事由的意義在於確認一個具有社會偏差性 (Fehlerhaftigkeit) 的行為，為該行為之行為人是否仍有被處罰的可能性，或在刑事政策上施加刑罰的必要性 (kriminalpolitische Notwendigkeit)，例如防衛過當的情形。負面罪責事由無法成為人們行為上的圭臬，而是在過問不法行為需刑罰性的問題；也因此我們可以觀察到，負面罪責事由是一個純粹專屬刑法觀點的決定，負面違法事由則並非專屬刑法觀點，而是關係

⁶³ Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, S. 426。

⁶⁴ 屬於比較例外的情形是「義務衝突」，這種阻卻違法事由是處於評價利益等同的情況。詳細說明請參見蔡聖偉，刑法問題研究 (一)，元照，2008年，206頁以下。

⁶⁵ 也因此，相對於構成要件階層之成立要件被稱為「禁止 (針對作為犯) 或誠命 (針對不作為犯) 要件」，學說習慣上也稱違法性階層中阻卻違法事由之成立要件為「容許構成要件 (Erlaubnistatbestand)」。

⁶⁶ Roxin, JuS 1988, S. 426。

到所有法領域的問題⁶⁷。

以下便本於負面違法事由與負面罪責事由本質上的差異，探討兩者在刑法體系上的區分實益。

第一項 對於「雙軌制裁體系」的意義

現在法治國家在應報理論、一般預防理論與特別預防理論的交互影響之下，刑罰體系漸漸採行兼各說之長的「結合理論 (Vereinigungstheorie)」，以應報理論限縮行為之刑罰上限，並在此等界線之內考量一般預防與特別預防的效果。也因此，本於特別預防而來的「刑罰與保安處分」雙軌 (Zweispurigkeit) 併行制，便應運而生了⁶⁸。通說認為，刑罰乃是針對「過去行為人所為之行為」為評價基礎，所關心的是「行為人究竟要為自己過去的不法行為負多少責任」，因此罪責就成為一個很重要的判斷依據；換言之，罪責原則理所當然地成為刑罰的上限，刑罰是不得超出行為人的罪責範圍，也就是說：小罪不能大罰。相對地，保安處分則以「未來行為人」為評價基礎，所著重者為行為人危險性的大小，因此縱使罪小，只要行為人還存有危險性，就有保安處分的必要；是以，保安處分並不受到罪責原則之拘束，只要所施加保安處分的手段與「防範行為人危險性、防衛社會安全」的目的合乎比例原則即可⁶⁹。

綜上所述，刑罰以行為人過去的行為罪責為上限；保安處分則與行為人之罪責無關，乃是以行為人未來的危險性為基礎，並以比例原則為界線⁷⁰。本於如此的理解，首先當某行為具有阻卻違法事由時，代表行為人之行為並未有不法，更無須討論罪責的有無，因此無法科處刑罰，亦無法宣告保安處分；再者，若該行為雖無阻卻違法事由，但卻具有排除罪責事由時，行為之不法已然確認，只是不具有可非難性而已，那麼雖然仍不能科處刑罰，卻可以宣告保安處分；最後，若該行為僅有寬恕罪責事由的話，等同宣

⁶⁷ Roxin, JuS 1988, S. 426。

⁶⁸ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，19頁。

⁶⁹ Ebert, AT 1993, S. 228 ff.; 林山田，刑法通論（下），作者自版，2008年，585-586頁；黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，109頁；陳子平，刑法總論，元照，2008年，767-769頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，29頁；盧映潔，刑事制裁體系概說，月旦法學教室第37期，67-72頁。較為傾向單軌制的不同的看法，請參見 Roxin, AT 2006, 3/63 ff。

⁷⁰ 參照林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，29頁

示其行為除了具備不法以外，行為人亦具有可非難性，只是可非難性較低而受到立法者的寬恕，此時雖然不能科處刑罰，卻仍可以宣告保安處分⁷¹。

第二項 對於「犯罪參與理論」的意義

在採取二元參與體系 (dualstisches Beteiligungssystem) 的前提之下，依據通說見解，參與犯的可罰性基礎在於間接地惹起了一個法益侵害的事實，而被稱之為「肇因 (惹起) 理論 (Verursachungstheorie)⁷²」；並認為參與犯之成立是依附於正犯行為之上，也就是學說上所稱「參與犯之從屬本質 (akzessorische Natur der Teilnahme)」，在從屬形式上則是採取「限制從屬形式 (limitierte Akzessorietät)」，僅要求參與犯必須從屬於正犯的不法行為即可⁷³，至於有無罪責並非所問⁷⁴。

當行為人是參與一個具有「阻卻違法事由」的正犯行為時，其參與行為本身也是不可罰的。原因在於正犯之行為乃是法所容許，並且合乎法律所要求的行為模式，故一切對於正犯的加工參與行為，都應該受到相同的合法評價才是，從限制從屬形式的角度觀察，由於此時並無正犯的不法行為存在，行為人無所附麗亦無法成立犯罪。相對地，若行為人是參與一個僅有「寬恕罪責事由」的正犯行為時，本於限制從屬形式的作用，此時正犯仍然存有不法可供行為人從屬，因此行為人原則上還是可以成立參與犯，而非得出不罰的結論；除非對正犯而言所存在的寬恕罪責事由亦對參與犯存在，或是參與犯自身具有其他的不罰事由，才有可能也得出不罰的結果⁷⁵。

對上述看法，德國學者 *Rudolphi* 有不同意見。其認為只要不劃分阻卻違法事由與寬恕罪責事由間之不同，就可以讓參與一個僅有「寬恕罪責事由」的正犯行為，亦得出原則上不罰的結論。*Rudolphi* 主張，當立法者將某種程度的犯罪行為，透過寬恕而排除在

⁷¹ *Roxin*, JuS 1988, S. 427。

⁷² 相對的早期見解則是「罪責參與理論 (Schuldteilnahmetheorie)」，相關介紹請參見，蔡聖偉，刑法問題研究 (一)，元照，2008 年，146-150 頁。

⁷³ 學理上還有出現過許多不同的從屬可能性，諸如：最小 (minimal)、嚴格 (streng) 或誇張；現行法在第 29、30 條關於教唆犯與幫助犯部分，已明確採取限制從屬形式。參閱林山田，刑法通論 (下)，作者自版，2008 年，50-52 頁。

⁷⁴ 關於多數行為人理論以及間接正犯、教唆犯等概念的演變與現今風貌，請參閱聖偉，刑法問題研究 (一)，元照，2008 年，150 頁以下。

⁷⁵ *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 435；*Roxin*, JuS 1988, S. 427。

刑法的威嚇之外，就表示立法者並不想處罰此等具有法忠誠的行為人，也因此這種寬恕罪責事由便取得了一個促進力，去推動、促使行為人參與一個得以寬恕罪責之正犯行為⁷⁶。德國學者 *Roxin* 對上述見解提出批評，認為之所以僅是「透過寬恕」而排除刑法的威嚇，就代表了立法者對此行為並不抱持正面的態度，換言之，立法者還是要指摘行為人的行為；至於最終的不罰結論，僅僅是因為涉及到刑事政策上的理由，而非自始就鼓勵行為人應該這樣去做。因此，具有寬恕罪責事由的正犯之所以不罰，是因為有刑事政策上的理由；而參與者之所以要罰，只是因為沒有刑事政策上的理由罷了⁷⁷。

然而對於上述的爭執，*Roxin* 也承認其實益性並不大。首先，在大多數的實際案例中，當行為人與另一個具有寬恕罪責事由之人一起作出犯罪行為時，行為人都會被認定為同具有犯罪支配的共同正犯（mittelbare Täterschaft），鮮少被認定為參與犯；再者，若行為人僅僅是個局外人，並且只有告知正犯「在某種情況下一個不法行為的實現可以寬恕罪責」的資訊時，也不能用精神上幫助（psychische Beihilfe）來處罰他，因為單純法律資訊的告知是不會成立犯罪的；最後，就算現實上真的可以成立參與犯，也因為該參與行為不光只是侵害法益，同時也包含了法益的保護在內，而有顯著的不法降低現象存在⁷⁸，從而法律效果部分也應該隨之反應而顯著降低，是以實務上此類參與犯被處罰的重要性也就難以被突顯出來⁷⁹。

第三項 對於「可否發動正當防衛」的意義

刑法第 23 條所涉及的正當防衛，以具備「現在不法侵害」的防衛情狀為主張的必要條件，其中通說皆認為該現在侵害必須是「不法的」，亦即侵害行為或攻擊行為在客觀上違背法律的評價，而無容許規範使其合法化，受侵害者或受攻擊者對於這種侵害或攻擊，並無忍受義務而言⁸⁰；換言之，若該侵害行為或攻擊行為在客觀上並未違背法律

⁷⁶ *Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat strafbar, ZStW 1966, S. 97 ff.

⁷⁷ 比如正犯正處在極度害怕的情緒中，因而施展正當防衛行為時逾越了必要性的界線，這種身處急迫情況所生的害怕情緒，就是刑事政策上得以不罰的理由；至於參與者，若僅是與正犯無關之第三人，由於並為身處於急迫的情況當中，自然不具備刑事政策上得以不罰的理由。參閱 *Roxin*, JuS 1988, S. 427。

⁷⁸ 比如教唆正犯為過當防衛之行為，雖然有侵害他人法益，但同時也保全了正犯的法益，因此不法內涵必然有所下降。

⁷⁹ *Roxin*, AT/1, 2006, 22/67；*ders.*, JuS 1988, S. 428。

⁸⁰ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，323頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，233頁。

的評價而是屬於合法行為，即非不法之侵害，從而亦無法主張正當防衛。這種主張的一個重要理由是，法律文字本身已經規定，只要對於現在「不法」侵害就可以主張正當防衛⁸¹。套用到阻卻違法事由與寬恕罪責事由的區分來觀察，當某侵害行為具有阻卻違法事由可供主張時，該行為就不是不法行為，此時由於無法滿足防衛情狀之要件，被侵害人因而無法主張正當防衛⁸²。相對而言，若某侵害行為僅有寬恕罪責事由可以主張時，就代表該行為仍然有不法存在，也就是一個不法的侵害行為，是故被侵害人仍然可以發動正當防衛以避免不法之侵害⁸³。

然而近期有學者對於現在侵害的不法性提出反省，認為立法者在法條文字上所稱的「不法」，不必然要和學說上所論述的不法有相同的意義，而是尚有解釋的空間。正當防衛係以正對不正之行為，因此法律容許其採取的防衛手段不受衡平性的限制；然若是對於無責任能力之人可以不用迴避而採取一切必要手段來相對抗，將造成極度不公平的風險分配⁸⁴。進一步言，正當防衛不僅僅考量「個人自我保護 (Individualschutz)」的利益外，同時也考量了「法規範確證 (Rechtsbewährung)」的利益，前者在於個人來不及請求國家機關協助時，因為現實上國家不可能要求個人忍受侵害，因此必須賦予個人緊急的防衛權；後者在於一個犯罪行為的出現，造成了法規範上的破壞，此時國家藉由刑罰權的發動對侵害行為予以否定，並確證法規範的存在⁸⁵。個人自我保護與法規範確證共同構成正當防衛的基礎，此即「二元要素理論 (Zwei-Elemente-Theorie)」；但是當侵害者欠缺罪責時，法規範確證的需求便不再存在，所以無法發動正當防衛權。是以，正當防衛只能針對「不法且有責」的現在侵害為之，若是侵害者欠缺罪責，僅能轉而思考緊急避難⁸⁶；依照這種看法，對於寬恕罪責事由可否主張正當防衛，就還有待商榷了。

⁸¹ 在學說上有將通說這種立場稱之為「不法說」。參見黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，250頁。

⁸² 但請注意，仍然有考慮成立緊急避難的空間。

⁸³ *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 435; *Roxin*, JuS 1988, S. 428。

⁸⁴ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，251頁。

⁸⁵ 張天一，正當防衛原理與過當之處置方式，私立輔仁大學碩士論文，63頁。

⁸⁶ 這種看法在學說上稱之為「有責說」，如黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，251頁；*Jakobs*, AT 1991, 12/16；*Freund*, AT 2009, Rn. 98；*Frister*, *Die Notwehr im system der Notrechte*, GA 1988, S. 305；*Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, S. 283 ff. 但採取有責說的看法對於罪責所需要的程度為何，仍有分歧，有認為只要具有罪責即可，如 *Otto*, *Grundkurs Strafr AT* 1992, S. 100；有的則是要求要有一定程度以上的罪責始可。詳見 *Roxin*, JuS 1988, S. 428, Fn. 14。

第四項 對於「錯誤理論」的意義

錯誤理論可以從三個角度切入觀察：若由發生錯誤的「犯罪成立要件階層」切入，依序可以分為構成要件階層錯誤、違法性階層錯誤與罪責階層錯誤⁸⁷；若由「錯誤所誤認的對象」切入，可以分為關於事實情狀的錯誤以及關於法律評價的錯誤；若由「錯誤係有利或不利於行為人」切入，可以分為現實上不利於行為人的正面錯誤與現實上有利於行為人的反面錯誤⁸⁸。錯誤理論的體系可以從上述三個角度切入劃分，因此跟阻卻違法事由有關係的錯誤必然是與違法性階層有關的錯誤，按其可能的排列有「事實面的正面或反面違法性階層錯誤」與「法律面的正面或反面違法性階層錯誤」；至於和寬恕罪責是由有關係的錯誤也可以有「事實面的正面或反面罪責階層錯誤」與「法律面的正面或反面罪責階層錯誤」。

對於不同層次的錯誤有不同的錯誤處理規則。事實面的違法性階層錯誤⁸⁹，學說上習慣稱之為「容許構成要件錯誤 (Erlaubnistatbestandsirrtum)」，關於該錯誤的處理方式，學說上看法非常分歧，雖有主張該錯誤不影響故意的成立，僅影響不法意識的有無⁹⁰，惟通說見解多認為該錯誤會排除行為人之故意⁹¹，或至少排除行為人的故意責任⁹²。至於事實面的罪責階層錯誤稱「寬恕罪責構成要件錯誤 (Entschuldigungstatbestandsirrtum)」，在德國刑法明文規定其法律效果前，德國聯邦最高法院認為該錯誤應與違法性階層錯誤採取相同的處理方式，即排除行為人之故意⁹³。然現今德國通說以及德國現行刑法第 35

⁸⁷ 當然在現象上也可能會有「其他刑罰要件階層」的錯誤，詳請參閱 Ebert, AT, 1993, S. 142; Heinrich, AT/2, 2005, Rn. 1064。

⁸⁸ 詳細分類與說明，參閱 Heinrich, AT/2, 2005, Rn. 1063 ff。

⁸⁹ 本段落若無特別說明，全部均指「正面（事實上不利於行為人或行為人作有利於己的想像）」的錯誤。

⁹⁰ 此乃「嚴格罪責理論 (Die strenge Schuldtheorie)」的看法。國內採此看法者，如黃常仁，刑法總論，新學林，2009 年，102 頁；陳子平，刑法總論，元照，2008 年，346 頁以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2004 年，159 頁。德國僅有少數學者採取此說，僅參閱 NK-Paeffen, vor § 32 Rn. 103 ff。

⁹¹ 此即「限制罪責理論 (Die eingeschränkte Schuldtheorie)」的看法。為德國通說見解，參閱 Kühl, AT 2005, 13/71; Roxin, AT/1, 2006, 14/64 ff。

⁹² 此為「指示法律效果的罪責理論 (Die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie)」的看法。國內學者採此說者居多，如林山田，刑法通論 (上)，作者自版，2008 年，442 頁以下；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009 年，1—299 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，332 頁；德國亦有不少學者採取此說，僅參閱 Rengier, AT 2009, 30/20。

⁹³ Roxin, JuS 1988, S. 428。

條第 2 項⁹⁴均認為其處理方式以及相關爭議都與違法性階層錯誤顯然不同，依此，僅有在該錯誤係不可避免時方得以排除其罪責；在錯誤係可以避免的情形下，雖然行為人還是成立故意犯，但可以得到較輕的刑罰⁹⁵。

第二節 對區分負面違法事由與負面罪責事由的不同看法

雖然在學說上對於不法與罪責的區分已然形成共識，並藉此區分由法律效果的角度切入觀察，帶出負面違法事由以及負面罪責事由的差異；但是學說上仍有少數見解認為通說的區分方法並非妥適，因而欲由不同的方向提出說明，這些特殊看法有的是著眼於某些負面事由本質上的特殊性，有些則是想要重新詮釋負面事由的意義與架構。以下分別介紹學說上曾經提出過的「法外空間說」、「行為責任說」與「刑事不法排除事由說」。

第一項 法外空間說

Arthur Kaufmann 將與刑法相關的所有人類行為分為三個領域，第一個領域是，日常生活中的單純人類行止，比如睡覺、飲食、散步、聽音樂、望彌撒等等，這個領域的行為，正確地理解應該是「不受構成要件拘束」或「不受法規範拘束」的行為，亦即法規範對於這個領域的行為不僅不予評價，甚至是不予規範的。第二個領域則是與法規範密切相關，但卻不受「法效果拘束」的行為，譬如雖然該當構成要件，卻具有負面違法事由、負面罪責事由或其他負面事由的情形；換言之，該行為在犯罪體系結構中已經受到了法規範的評價，但最後卻將刑罰的法律效果排除在外。第三個領域的行為，由於其案例的特殊性，該行為在本質上無法找到可被接受的適當評價標準，因而被認為是「既非合法、也非違法」的；這些特殊案例多半與生命的得失有關，例如緊急避難行為或為保全母體而施行墮胎行為，此時就算該當殺人罪或墮胎罪的構成要件，最終也無法得出行為合法與否的結論。*Arthur Kaufmann* 稱第三個領域為法的自由領域，或僅稱為「法

⁹⁴ 條文內容：當行為人係誤以為身處於前項寬恕罪責之事實情狀而實行其犯罪行為，僅有在該錯誤是可以避免時，行為人需要受到處罰。前述行為人之處罰，應按同法第 49 條第 1 項減輕之。

⁹⁵ 關於錯誤理論的相關說明以及寬恕罪責錯誤之學說爭議，詳請參見本論文第陸章與第柒章部分。

外空間 (die Lehre vom rechtfreien Raum)」⁹⁶。

法外空間存在於特定重大法益⁹⁷的衝突情形，立法者此時撤回法規範並放棄對該行為進行評價，並任由行為人自行做決定，因此行為人之行為並非負面違法事由或負面罪責事由，僅僅是因為立法者的不禁止 (Unverbotensein) 罷了，再更精確地說，是因為立法者的「不禁止、不容許」⁹⁸。所以在行為人為了保全母體而施行墮胎行為時，其行為並非是阻卻違法或排除、寬恕罪責的，而是該不法行為根本不受法規範的評價，因此是一個「不禁止、不容許」的墮胎行為⁹⁹。依循此見解，當行為人參與一個屬於法外空間的主行為時，由於主行為此時不受禁止，故參與行為亦不受禁止；當行為人對於法外空間行為之前提事實要件發生錯誤時，應類推適用關於構成要件錯誤的相關法律效果；至於對法外空間行為之反擊行為的容許性，本於一貫的解釋態度，既然法外空間行為是「不禁止、不容許」的，那相對的反擊行為同樣也是「不禁止、不容許」的¹⁰⁰。

第二項 行為責任說

由 *Maurach* 所建構的「行為責任說 (Tatverantwortung)」，係在犯罪判斷的違法性階層與罪責階層之間安插一個獨立、附加的體系階層，並認為除了阻卻違法事由與排除罪責事由之外，尚有所謂「無行為責任 (ausgeschlossene Tatverantwortung)」的額外負面事由存在，並肯認該等事由包含了德國刑法第 35 條第 1 項的寬恕罪責緊急避難¹⁰¹，以及第 33 條的防衛過當 (Notwehrexzeß)¹⁰² 在內。*Maurach* 主張在確認一個構成要件該當行

⁹⁶ 鄭善印，寬容原則與刑法，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集，五南，2004 年，584-585 頁。

⁹⁷ 在案例當中，幾乎都是生命與生命的衝突。

⁹⁸ *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 231；中文翻譯請參見劉幸義譯，法律哲學，五南，2001 年，231 頁。如此方得以表達出不受評價的特質。

⁹⁹ 要稍微注意一下法外空間說的體系定位問題，*Arthur Kaufmann* 係將其定位為「行為合法與否」的判斷，因此當確認一個行為無阻卻違法事由之後，接著就要思考是否應被歸入法外空間的領域，若否，才繼續判斷罪責層次的問題。這裡的討論脈絡僅是要說明「緊急避難」這種事由，其實並非阻卻違法亦非寬恕罪責事由，而是屬於不受評價的法外空間行為。

¹⁰⁰ 結論就是：相對人仍然可以主張正當防衛。參閱 *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 231。

¹⁰¹ 條文內容 (前段與中段)：為避免自己、親屬或其他親密夥伴的生命、身體、自由法益所遭遇無法以他法加以避免之危難，所為之不法行為無罪責。但若該情狀是行為人自行招致，或行為人是處於一個特別關係之中，而可以期待承擔該危難者，不適用之。

¹⁰² 條文內容：當行為人出於混亂、害怕或驚懼而逾越正當防衛的範圍時，行為人不受處罰。

為無阻卻違法事由之後，接著就要進入行為人可歸責性（Zurechenbarkeit）的探討，亦即檢討刑法對於該不法行為是否有不同的反應可能性（Reaktionsmöglichkeit）存在；其內容按檢驗順序可以分為「行為責任」與「罪責」兩個層次¹⁰³。在「無行為責任事由」的相關案例中，其特殊之處並非是個別行為人得以被寬恕罪責，而是當「任何人」身處這個特定的情狀之下，都應該被免除責任。換言之，這裡的行為依舊是不正確的，因此行為的不法性終究會被確認，然而基於一般人性（allgemeine menschliche Natur）的思考角度，普遍性地給予行為人寬恕，並非僅僅是因為行為人個人所獨有的可寬恕性¹⁰⁴。

本於這個「行為責任排除事由（Verantwortungsausschlussgründe）」的看法¹⁰⁵，操作在欠缺行為責任時是不能宣告保安處分中的監護處分，縱使行為人之後附加地被確認不具有責任能力亦同；在行為人參與一個可以排除行為責任的主行為時，也是無法成立參與犯。

第三項 刑事不法排除事由說

就負面違法事由與負面罪責事由區分之反省，Günther 在「刑事違法性與刑事不法排除（Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß）」一書中主張，應創設一個新的犯罪判斷階層，這個層次並未排除行為的違法性（Rechtswidrigkeit），也沒有得到法律上的認同，更不是排除行為人的罪責（Schuld）或責任（Verantwortung），而僅僅是消除該行為「應刑罰之不法（strafwürdiges Unrecht）」部分，轉而成為一個不受到刑法處罰的不法行為，這種事由被稱為刑事不法排除事由（Strafunrechtsausschließungsgrund）¹⁰⁶。Günther 認為，所謂「刑事不法排除」係指該行為在不法的層升等級（Steigerungsgrad）

¹⁰³ Maurach-Zipf, AT 1992, 31/14。

¹⁰⁴ Maurach-Zipf, AT 1992, 31/3。

¹⁰⁵ 在這裡一樣要小心討論行為責任排除事由的體系定位問題，其處於不法與罪責之間，因此必須先檢討阻卻違法事由的有無後，若無，才能進入行為責任排除事由做討論。換言之，行為責任排除事由的討論前提是行為無法阻卻違法，而具有完整的不法；若該行為已經可以主張行為責任排除事由的話，那就不用進入罪責階層做討論，因此有無排除罪責事由就完全不重要了。

¹⁰⁶ Günther 將之稱為「純正（echt）刑事不法排除事由」，至於「不純正（unecht）刑事不法排除事由」則是指從整體法秩序排除行為的違法性，即通說所稱的阻卻違法事由。請參見 Günther, in: SK-StGB, vor § 32 Rn. 39 ff.; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., vor § 32 Rn. 4; Tröndel/Fischer, StGB, 54. Aufl., vor § 13 Rn. 27; Roxin, JuS 1988, S. 430。

中¹⁰⁷，並未具有刑事上的不法內涵，亦即不具有刑事違法性之意；而刑事違法性的否定則意味著：放棄透過刑法去處罰一個構成要件該當的行為，但並非全然放棄對於此等行為的法律上非難¹⁰⁸。刑法上屬於這種刑事不法排除事由者有教師懲戒行為、推測的承諾、義務衝突、正當防衛過當等等¹⁰⁹。以教師的懲戒行為為例，*Günther* 認為一名教師出於教育的動機，適度地給予自己未滿十四歲的學生身體上的懲戒（*Züchtigung*），就算體罰是教育法上所禁止的行為，也不會成立刑法上的傷害罪。雖然教育法上的禁止規範排除了體罰行為在整體法秩序上的合法性（*die allgemeine Rechtmäßigkeit*），並因此宣示了體罰行為的不受容許，然而，這是本於一個教育上（*pädagogisch*）的設置目的，非是本於一個刑事政策上的目的；是以，這名教師就因為具有刑事不法排除事由而沒有可刑罰性¹¹⁰。

刑事不法排除事由的提出，是與「法秩序一體性（*Einheit der Rechtsordnung*）」的討論有相當程度的牽連關係。問題的核心在於：是否刑法上的違法性判斷，必須與全部法領域的觀點相一致？或者可以根據不同法領域的具體觀點，有區別地加以判斷？關於這個核心問題應該分為兩個面向來討論，其一，當某個行為是民事法或行政法上所許可的行為時，是否就同時排除了行為的刑事違法性？其二，當某個行為是民事法或行政法上所禁止的行為時，是否就同時肯認了行為的刑事違法性？¹¹¹

關於第一個問題面向，通說見解均無異議地加以肯定，因為刑法作為法規範中最嚴厲的法律，若某行為已經得到了其他法領域的允許卻仍然要受到刑法的懲罰，將會是一個令人無法忍受的評價矛盾，並且也違背了刑法在社會政策中作為最後手段的補充性原則（*die Subsidiarität des Strafrechts*）；是故在此是可以體現法秩序一體性的。至於第二

¹⁰⁷ 不法是指對於法律或法益的破壞，但並非所有的不法行為都是犯罪，而是只有其中具有較高不法內涵，足以到達刑事不法（*Kriminalunrecht*）的程度者，才有可能成立犯罪。換言之，不法依照法領域還可以分為民事不法（*Zivilunrecht*）、行政不法（*Verwaltungsunrecht*）以及刑事不法；現今通說對於各種不法採取「量的區別說」，而形成所謂「層升關係」，刑事不法（如犯罪行為）相較之下必然是較高層級的不法，民事不法（如債務不履行行為）與行政不法（如秩序違反行為）則相對地屬於較低層級的不法。參閱林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008年，171-174頁。

¹⁰⁸ 因為就不法的層升性質來觀察，就算該行為不具備刑事不法，仍有可能是民事不法或行政不法所要非難之行為。

¹⁰⁹ *Roxin*, JuS 1988, S. 430。

¹¹⁰ *Günther*, in: SK-StGB, vor § 32 Rn. 68 ff.; *Roxin*, JuS 1988, S. 431。

¹¹¹ *Roxin*, AT/1, 2006, 14/31。

個問題面向，學說上有堅持法秩序一體性的統一概念，認為在其他法領域被評價為禁止的行為，在刑法內也應該被評價為不合法的，只不過不同的法領域可以用不同的法律效果來對待這個不法行為，例如民事法體系可能會對這個行為要求損害賠償，但刑事法體系卻對同一個行為不處以任何的刑罰¹¹²。惟學說上另有認為，此時一體性地在刑法上評價為違法是不必要的，甚至無法彰顯出刑事法上的特殊考量；因為民事法或行政法上的禁令，是以發生民事上或行政上的法律效果（如損害賠償或行政罰）為出發點，刑法不需要絕對地同意施加更嚴厲的制裁¹¹³。*Günther* 正是以後者的見解為依據，認為應當在違法性的層次加入刑事不法排除事由，用以排除「雖然法秩序上具有不法，但卻未達刑事不法」之行為的可罰性。

基於「刑事不法排除事由」的看法¹¹⁴，操作上，若行為人參與一個具有刑事不法排除事由的主行為，由於正犯行為並無刑事不法存在，因此參與行為也應該是不罰的；當行為人對於刑事不法排除事由的前提事實發生錯誤時，應該如同構成要件錯誤般處理，即排除行為人之故意；最後，就算不具有刑事違法性，然而正當防衛所稱「現在不法侵害」的不法性，本來就不以刑法為限¹¹⁵，基於法秩序一致性的考量，對於刑法所不處罰的法益侵害行為，仍有主張正當防衛的空間¹¹⁶。

第四項 對上述見解之評析

一、 針對「法外空間說」

對於法外空間的看法，德國多數學說都採取否定的態度，*Arthur Kaufmann* 自行歸納並認為主要原因有四：在法政策上，德國人並不習慣未受規範的事物，所謂「既不禁

¹¹² 參見 *LK-Hirsch*, 11. Aufl., vor § 32, Rn. 10。

¹¹³ *Roxin*, AT/1, 2006, 14/33。

¹¹⁴ 關於刑事不法排除事由的體系定位，與行為責任排除事由相似，係處於不法與罪責之間，因此必須先檢討阻卻違法事由的有無後，若無，才能進入刑事不法排除事由做討論。亦即在進入刑事不法排除事由之前，已經確認了行為的不法，接下來要討論的只是該不法究竟是不是刑事上的不法。請參見 *Günther*, in: *SK-StGB*, vor § 32 Rn. 50。

¹¹⁵ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，234頁。

¹¹⁶ *Roxin*, AT/1, 2006, 16/127。

上，法實證思想的基本觀念認為，並無所謂法不關心的事物，若具體事件無法律效果，那毋寧是法秩序不容許其產生法律效果；在法邏輯上，由於排中律之故，若非違法即屬合法，其中並無第三種可能性存在；在法解釋上，因為法外空間說尚非明確且難有界線，因此無法適用在法釋義學上¹¹⁷。

我們若重新檢視這四個批評，會發現法政策上的理由不能算是一個有力的批評，因為這裡說到的只是民族性的問題，根本沒有涉及法律概念本身的闡釋；至於法解釋上的批評則是模糊了焦點，因為現在的重點就是在於如何為法外空間說提供明確的內涵與外延，直接批評其內涵不明而無法適用在法釋義學上，僅是將結論當成理由，並無實質上的論證；因此，只有法理論與法邏輯上的批評，值得繼續討論。法理論上的批評是本於一種「無所不包（allumfassend）」的法律概念，這種概念認為所有私人的舉止行為（如吃飯、睡覺、散步、讀書等等）都會落入法的適用領域，並且受到法規範的形塑。然而這種想法本身與自由民主的基本思考就是相互矛盾的，因為個人自由是屬於人的本權，並不是用國家權力加以保護才會產生；換言之，國家未用法規範加以限制人民自由毋寧才是常態，創造一個無所不包的法律世界則是與自由民主原則背道而馳，是以，法理論上的批評本身並未切中要領¹¹⁸。再者，法邏輯上的批評認為「違法」與「合法」是相互對立擇一的概念，不允許有第三種可能性存在，此即排中律的應用；然而這種說法僅僅在違法與合法概念的內部（innerhalb）範圍才能成立¹¹⁹，若是涉及到外部（außerhalb）領域的話，就不會理所當然地只有擇一互斥的選項，而有第三種可能性¹²⁰。因此，法邏輯上的批評亦非妥適¹²¹。

綜合上述的分析看來，並沒有堅強的理由否定法外空間的存在，因此接下來的問題

¹¹⁷ 鄭善印，寬容原則與刑法，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集，五南，2004年，588-589頁。

¹¹⁸ Roxin, AT/1, 2006, 14/27。

¹¹⁹ 意指當立法者對於某件事已經「要做決定」了，在這個決定裡面（內部）只有違法與合法兩種可能的答案，並不存在第三種可能。

¹²⁰ 跟上面用相同的例子，立法者也有可能對於某件事「完全不想做決定」，此時就是脫離決定的內部，而有外部上第三種可能性。再換個例子來說，火車在行走時有可能走得快或走得慢（內部），但也有可能不走（外部）。

¹²¹ Roxin, AT/1, 2006, 14/27；鄭善印，寬容原則與刑法，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集，五南，2004年，589頁。

是：法外空間應該存在於哪一個犯罪判斷階層當中？於此，我們必須特別強調構成要件該當性的意義。構成要件該當性具有不法的表徵，與實際上的法益侵害具有類似煙與火的暗示關係¹²²，當一個行為已經被法律宣示為該當構成要件時，該行為在一定程度上就已經被認定有法益侵害的存在，換言之，已經被推定為不法行為。對於一個已經構成要件該當的行為，就算最後是得到不罰的結果，我們也不能說是因為立法者「在此時撤回法規範並放棄對該行為進行評價」之故，因為無論如何，對於行為構成要件該當性的肯定，早已同時評價了該行為是一個具有法益侵害性格的違法行為；至於之後是因為具有阻卻違法事由而推翻不法推定，或是因為具有阻卻罪責事由而排除行為人的責任，都只是為了構成要件該當行為所設計的解脫規則（Freigaberegung），絕對不是創設一個既不禁止、亦不允許的法外空間¹²³。

因此，法外空間絕對不會是存在於構成要件該當之後，而是存在於構成要件該當之前。就如同通說所認同的一樣，「自殺」行為本身既非允許、也非禁止，因此自殺行為不會進入任何的構成要件該當性作討論，從而也不會有違法性推定以及找尋不罰事由的問題產生¹²⁴。依 *Arthur Kaufmann* 所主張的法外空間說¹²⁵，當面臨一個法外空間的侵害行為，而對之所採取的反擊動作，仍然是「不禁止、不容許」的，若將此反擊行為解讀為正當防衛權的行使，就等同於承認法外空間行為的不法評價屬性¹²⁶；若將此反擊行為解讀為同屬法外空間行為，雖然可以迴避評價上的問題，卻反而製造了一個極度混亂的情況。舉例來說，在醫生為了保全母體而墮胎的案件中，醫生之墮胎行為屬於法外空間行為而不受法律的評價；若有第三人要為胎兒防衛而攻擊醫生，此攻擊行為亦屬法外空間行為而不受到法律的評價，這意味著，墮胎的同意者與反對者，將可以在進行手術的醫院中展開一場不必承擔法律後果的大混戰！這種混亂的默許，與法律維護秩序的目的嚴重相悖¹²⁷。是以，法外空間可以存在於構成要件該當性之前，但絕對不可能存在構成

¹²² 詳見「第貳章、第一節、第二項」之說明。

¹²³ *Roxin*, AT/1, 2006, 14/29; *ders.* Jus 1988, S. 430。

¹²⁴ 只有將自殺解釋為法外空間行為，才有辦法說明救援人員在違背自殺者的意志之下，對自殺者所為的拯救行為。詳細說明請參閱 *Gallas*, Strafbares Unterlassen im Fall einers Selbsttötung, JZ 1960, 654 f。

¹²⁵ 即定位在構成要件該當後才判斷。

¹²⁶ 因為正當防衛必須針對現在「不法」侵害為之。

¹²⁷ 這場混戰的最終勝利者，往往是取決於誰的拳頭比較大（用武力定勝負），而不是取決於理性的評價。參見 *Roxin*, AT/1, 2006, 14/30。

要件該當性之後，面對一個構成要件該當的行為：要不就排除違法性，要不就排除罪責，要不就什麼都不排除，不應該額外承認法外空間的存在¹²⁸。

二、 針對「行為責任說」

「行為責任」階層的存在理由，是源自於一個正確的觀察角度，亦即行為人之所以可以不用被處罰，是因為「任何人 (jedermann)」在這種特殊例外情況下並沒有被處罰的必要性，而不是關於行為人「自己」的罪責考量¹²⁹；然而，在違法性與罪責階層之間安插行為責任的判斷，無論如何都不是一種正確的體系安排。將德國刑法第 35 條的緊急避難或第 33 條防衛過當放在行為責任階層，並肯定該等行為雖然具有不法，但因為沒有行為責任而不受刑法的處罰，會導致一個後果：即行為人有無罪責是在所不問的，因為行為責任的判斷是在罪責判斷之前，而非在罪責判斷以後；這就如同 Zipf 所言，行為責任是進入罪責判斷的前階段 (Vorstufe)¹³⁰。

若接受 Maurach 與 Zipf 的觀點，將行為責任置於罪責判斷的前階段，這樣的處理態度就會十分類似違法性的排除，都是在進入罪責判斷之前就排除了刑罰的發動；換言之，德國刑法第 35 條的緊急避難或第 33 條防衛過當的不罰，從法律效果的角度切入，就如同因為具備阻卻違法事由而不罰一樣，並無需額外地考量罪責的有無。當一名對其行為合法與否無辨識能力的精神病患¹³¹，面臨現在不法侵害而逾越防衛行為之必要性界線時，行為人因為不具有行為責任而不罰，從而無須再進入罪責階層作討論；是以，在我國刑法的架構下，不必要也不能夠依照第 87 條之規定，對之宣告監護處分¹³²。然而，若例子改成一名對其行為合法與否無辨識能力的精神病患，在喝醉酒的狀態之下，面臨現在不法侵害而逾越防衛行為之必要性界線，按採取行為責任說之看法，依然不必要也不能夠依照我國刑法第 87 條之規定，對之宣告監護處分¹³³！惟此時行為人顯然較前一個

¹²⁸ Roxin, AT/1, 2006, 14/30; ders. JuS 1988, S. 430。

¹²⁹ 關於「觀察角度正確」的理由，請詳見下述「第三節」之介紹。

¹³⁰ Maurach-Zipf, AT 1992, 32/1。

¹³¹ 亦即符合我國現行法第 19 條第 1 項無責任能力之人。

¹³² 理由有兩個，實質上的理由是行為人此時並沒有條文所稱「有再犯或危害公共安全之虞」，因此不符合本條的危險性 (Gefährlichkeit) 要件；技術上的理由則是，行為人根本還沒有進入罪責討論，就已經得出不罰的結論，因此根本不可能符合本條的前提要件；因第 19 條第 1 項之原因而不罰者。

¹³³ 這裡的理由剩下一個，也就是因為行為人根本還沒有進入罪責討論，就已經得出不罰的結論，因而也

案例有較高的社會危險性，對其宣告監護處分應該是「有必要」的，但卻因為犯罪判斷結構的安排而「不能夠」宣告，這是非常不合理之處¹³⁴。正確的體系應該是將其定位在罪責判斷之後，換言之，先論定是否有排除罪責事由，再檢討寬恕罪責事由成立與否；在上述案例中，行為人不罰之原因在於其本身並無辨識行為合法與否的能力，因此是因為第 19 條第 1 項之原因而不罰（具排除罪責事由），但行為人仍然具有高度的危險性，所以還是可以依照我國刑法第 87 條第 1 項宣告監護處分。

縱上所述，行為責任說在理論構成的理由上確實有可取之處，然而卻於體系定位上發生嚴重的錯誤，除非修正其定位於違法性與罪責之間的缺失，否則本說的缺點是無法透過論證加以克服；但若將其體系修正於罪責之後再作判斷，則會與通說所認知的寬恕罪責事由無異，而喪失理論上的重要性¹³⁵。

三、 針對「刑事不法排除事由說」

在說明刑事不法排除事由時，*Günther* 曾經舉出教師懲戒權作為說明，並認為教師之體罰行為雖然傷害罪的構成要件該當，但並未有刑事上的不法，僅有行政上不法。由於立法者在刑法內所為有關刑事政策的意思表示，在法律形式上是無法替換掉教育法上對於體罰行為的禁令，因為「體罰的禁止」僅僅是為了追求教育目的，而不是刑事政策的目的。是以，教師的體罰行為僅能排除刑事上的不法，保留行政上的不法，而不能排除完全的不法。

然而立法者透過刑法構成要件的設立，已經原則性地宣示：任何人的法益侵害行為都應該透過刑罰來避免；一個身體侵害的可罰性與否，早就藉由刑法傷害罪的規定予以肯定，並沒有額外為法律適用者留下刑事政策上的評價空間，法官僅能在構成要件該當之後去找尋其他的不罰事由，而非捨此不為地評價該行為並無刑法的適用餘地。當一個判決在欠缺阻卻違法事由或寬恕罪責事由的事實情狀時，允許法官根據自身的刑事政策觀點，來肯定或否定刑事不法排除事由的存在，不僅是對於法安定性（*Rechtssicherheit*）的嚴重破壞，並且與法律明確性原則（*gesetzliche Bestimmtheitsgrundsatz*）的精神亦完

不可能符合「因第 19 條第 1 項之原因而不罰者」的前提。

¹³⁴ *Roxin*, JuS 1988, S. 429。

¹³⁵ 參閱 *Roxin*, AT/1, 2006, 19/60。

全相悖¹³⁶；因為除非立法者有刻意限縮傷害罪的適用範圍，否則該罪的適用對象就是任何人，不應該因為行為人是教師就有所差異。相反地，若要在不違反法律明確性原則的前提下貫徹 *Günther* 的主張，那當立法者改變見解要用傷害罪處罰教師的體罰行為時，豈非要在阻卻違法事由中明文排除教師的適用，甚或在傷害罪的構成要件中還必須註明：「本（傷害）罪並不排除教師的適用」¹³⁷！

其實 *Günther* 從法秩序一體性的解釋導出刑事不法排除事由，是混淆了法秩序一體性兩個面向的問題。雖然當具有其他法領域的不法時，的確不必然同時會建構刑法上的不法¹³⁸，但這個結論是本於民事法、行政法或刑事法於自身法領域個別解釋下的後果；換言之，是針對同一行為，行政法判斷下具有行政不法，但刑事法判斷下卻沒有刑事不法，綜合起來才形成「這個行為沒有刑事不法，但具有行政不法」的結論，至於在刑事不法的個別判斷上根本無庸考量行政不法的判斷後果¹³⁹。也就是在刑事法的判斷上，若該行為在公法領域中具有行政不法¹⁴⁰，那僅須就「該行為是否具有刑事不法」作討論即可，答案原則上就是單純「有」或「無」而已；就此而言，根本不用藉助刑事不法排除事由的幫助，光用阻卻違法事由也可以得到與法秩序一體性相契合的答案。

刑事不法排除事由說在遇到正當防衛時，也有無法克服的難題。同樣以教師體罰行為為例，*Günther* 認為此時教師僅僅是無刑事不法，而非阻卻違法，所以被體罰的學生是可以主張正當防衛的；然而學生之所以會遭到教師的體罰，多半係出於學生的自行招致，因此學生的防衛行為必須受到「社會倫理原則 (sozialethisch Grundsätze)」之限制¹⁴¹，以迴避教師攻擊為第一優先，而且最多只能進行到保護性防衛。倘若學生逾越正當防衛的社會道德限制而進行了攻擊性防衛，*Günther* 則同意讓學生成立另外一個刑事不法的

¹³⁶ *Roxin*, JuS 1988, S. 431。

¹³⁷ 在德國還有另一個憲法上的理由，就是德國基本法第 2 條第 2、3 項之規定，宣示了「關於身體完整性的干預，非透過法律基礎不得為之」的基本態度，因此立法者更清楚地表達了不願意將身體完整性的干預授權給其他人決定的立場。參閱 *Roxin*, Jus 1988, S. 431。

¹³⁸ 這就是前述有關「法秩序一體性的第二個問題面向」。

¹³⁹ 僅有在前述關於「法秩序一體性的第一個問題面向」中，才有這種相互考量的關係；因為在評價上當同一行為不具有低度的行政（或民事）不法時，必然也不會具有高度的刑事不法。

¹⁴⁰ 當然這必須在公法的領域中額外地作判斷。

¹⁴¹ 也就是按德國實務上所發展出來的「三階理論 (Drei-Stufen-Theorie)」，依情況必須先尋求迴避可能性 (Ausweichmöglichkeit)，無可迴避再進行保護性防衛 (Schutzwehr)，無可保護時才能使用攻擊性防衛 (Trutzwehr) 手段。參閱 *Heinrich*, AT/2, 2005, Rn. 361。

排除而不罰。姑且不論 *Günther* 對於未滿十四歲的未成年人應如何為挑唆行為乙點，並未給予任何說明；亦不追究何以學生就算在無可防禦的情形之下，也不能為攻擊性防衛的理由為何，若依照這種看法則意味著：教師與學生可以在教室內進行一場殊死戰，而且無論最終結果為何，刑法都沒有介入的餘地！這將使原本被刑法所極度限縮的特殊情狀，無限制地擴張到日常生活當中¹⁴²。

第三節 寬恕罪責事由的本質

我們若是接受通說見解，認為一個構成要件該當行為在沒有阻卻違法事由的情況下，其不法性已經受到肯定，那麼就只能進入罪責的層次繼續討論行為人是否具備罪責層次的負面事由；至於負面罪責事由在學理上可以分為兩大類，其一為「排除罪責事由」，其二則是「寬恕罪責事由」。在討論寬恕罪責事由的本質之前，必須先說明罪責的實質非難基礎為何，才能先釐清排除罪責事由與寬恕罪責事由的異同之處；之後，始能針對寬恕罪責事由進行深入的分析。

第一項 罪責的實質非難基礎

從犯罪的成立角度而言，罪責作為犯罪成立要件之一，並用以判斷行為人所表露出的意念非價，具有建構與完備犯罪體系的重要地位；從刑罰權的發動角度而言，罪責承接不法的確認，並劃定國家具體刑罰權的發動界線，而具有限定刑罰的功能。因此，無罪責即無刑罰（*nulla poena sine culpa; keine Strafe ohne Schuld*）的罪責原則，便與無法律即無犯罪、無刑罰（*nuall crimen, poena sine lege*）的罪刑法定原則，形成現代刑法體系的兩大基石。罪責理論係以早期的心理罪責理論（*psychologische Schuldbegriff*）為發端，認為罪責存在於行為人對於行為的主觀心理關係¹⁴³；緊接著又被規範罪責理論（*normative Schuldbegriff*）所取代，主張罪責的本質在於意思決定及意思活動的可非難

¹⁴² *Roxin*, JuS 1988, S. 431。這裡的批評，與「法外空間說」的缺點是相同的，請參見先前有關法外空間說的批評。

¹⁴³ 批評請參閱 *Krey*, AT/1, 2001, Rn. 648 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1, 2004, 10/2。

性 (Vorwerfbarkeit)，亦即針對行為人的心理狀態所為之規範上非難評價¹⁴⁴。規範罪責理論隨後被學說廣泛接受並成為現今的通說見解。

然而罪責原則是否能夠，或者在多大範圍內可以勝任限定國家刑罰權的任務，還是應當取決於如何理解罪責的實質概念。由於規範罪責理論僅僅簡單說出「可非難性」的抽象、形式概念，並未詳加說明此種可非難性係出於什麼條件與內容，亦即罪責的實質概念究竟為何乙點。本文以下便簡單介紹學說上提出過的罪責實質非難基礎，並於文後提出評析。

一、 有無「他行為可能性 (Andershandelnkönnen)」

結合了長期以來的德國法學及哲學傳統，罪責的內涵一般被定義為「人對於其違法的意思形成所理應具備的能力 (Dafür-Können)」¹⁴⁵，亦即去尋思：在行為人的處境之下，是否還可以為不法行為以外的其他合法行為？只有在行為人具備不為違法行為的能力，卻仍然為不法行為時，才是具有可非難性的，並因而具有罪責；換言之，對於行為人的非難在於：雖然行為人認識規範、並可以放棄違法行為，但是卻沒有放棄¹⁴⁶。

學說上多數均肯定他行為可能性作為罪責判斷的實質內涵，如 *Hirsch* 認為藉由他行為可能性的承認，方能將實際上已經實現的不法與「行為人」連結在一起，因而建立正當的歸責基礎¹⁴⁷；*Otto* 則認為行為人只有在有決定為合法行為的可能性時，才会有罪責，因此，罪責被理解為「意志自由的濫用 (Mißbrauch der Willensfreiheit)」¹⁴⁸；*Wessels* 亦認為罪責必須以人類的決定自由為前提，只有具備「可以在合法與不法之中自由而正確作決定」的能力時，才能對行為人提出罪責非難，即必須在行為人具有他行為可能性時，才需要負責¹⁴⁹。¹⁵⁰

¹⁴⁴ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，279-280頁。

¹⁴⁵ *Welzel*, *StrafR*, 11. Aufl., S. 140；*Roxin*, *AT/1*, 2006, 19/20。

¹⁴⁶ 李文健，罪責概念之研究—非難的實質基礎，春風煦日論壇—刑事法叢書系列2，84頁。

¹⁴⁷ *Hirsch*, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, *ZStW* 106 (1994), S. 749 ff.。

¹⁴⁸ *Otto*, *AT* 1992, S. 183。

¹⁴⁹ *Wessels/Beulke*, *AT* 2006, Rn. 397。

¹⁵⁰ 詳細的論述與介紹，請參閱李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列2，81頁以下。

二、 有無「法所不容許的意念 (rechtlich missbilligte Gesinnung)」

Gallas 於他行為可能性的基礎上，進一步具體化罪責的實質非難基礎，並認為在意志自由的狀態中作了法敵對決定的人，係表達出一個與法秩序不相容的意念，而這個「法所不容許的意念」才是可以對行為人加以責難的基礎；因此，係以「意念非價」作為罪責的實質核心。依照 *Gallas* 的看法，不法與罪責的區分，同時也是「行為非價」與「意念非價」的區分，只有當行為人欠缺為合法行為的能力時，才會欠缺意念非價；而欠缺意念非價，才會排除可非難性而欠缺罪責¹⁵¹。

Jescheck 則進一步闡釋，所謂意念是產生行為的原因，是形成行為決定的實際意志 (aktuelle Gesonnensein)，透過意念可以決定對不法行為給予多少的非難；換言之，意念是賦予行為人非難的基礎¹⁵²。*Lenckner* 亦認為罪責非難的實質理由在於「對於法律而言行為人在具體行為中有瑕疵的態度」，而這個有瑕疵的態度則是：雖然行為人認識到或能認識到行為的不法，並且具有控制行為的能力，卻沒有使自己為合法行為¹⁵³。¹⁵⁴

三、 作為「個人性格的擔保 (Einstehenmüssen für den eigenen Charakter)」

本於決定論的立場 (deterministische Grundlage)，認為不法行為的產生，是因為行為人意志力的欠缺或性格中的缺陷；行為人之所以要對其不法行為負責，就是因為自己具有這種促使發生不法行為的性格或特質，換言之，行為人係為了「他自己就是這樣地存在 (So-Sein)」而負責¹⁵⁵。

Engisch 主張是行為人自己的性格導致了罪責非難，而且性格是源自於命運，換言之，性格是天生注定的，因此我們不應該賦予罪責、責任、報應或罪惡等概念太多的道

¹⁵¹ *Roxin*, AT/1, 2006, 19/23。

¹⁵² *Jescheck/Weigend*, AT 1996, S. 422。

¹⁵³ *Sch/Sch/Lenckner/Eisele*, StGB, vor § 13 Rn. 188 f。

¹⁵⁴ 詳細的論述與介紹，請參閱李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，153 頁以下。與 *Gallas* 立場相似的是 *Schmidhäuser* 的看法，其認為罪責是「不法的個別行為意念 (unrechtliche Einzeltatgesinnung)」，是一種精神上侵害法益的行為。說明請參見李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，166 頁以下。

¹⁵⁵ *Roxin*, AT/1, 2006, 19/27。

德色彩¹⁵⁶。因此，刑罰的作用在於影響行為人的性格，讓行為人在具體情況下不會因為性格的缺陷而再次為不法行為；相對地，之所以不處罰精神錯亂者，就是因為其性格的缺陷無法藉由刑罰加以填補，亦無法阻止他再為類似的行為。*Dias* 同樣認為罪責非難的實質理由在於行為人之人格 (Persönlichkeit)，人格並作為實現不法要件的原因；而精神錯亂者的行為之所以仍無罪，則是因為法官無法藉由與行為人間的溝通來瞭解其人格，此時罪責便無法確定¹⁵⁷。

四、 有無「一般預防的必要性 (generalpräventive Bedürfniss)」

藉由 *Jakobs* 自己所發展出來的「功能罪責概念 (funktionaler Schuld begriff)」，認為僅有一般預防的目的可以賦予罪責概念內涵；其基本的出發點在於：調和傳統上罪責原則與刑罰目的的衝突。詳言之，強調罪責原則的理由在於「避免在處罰時將個人工具化」，僅成為追求大眾利益的手段；然而另一方面也必須肯認的是，刑罰必須是維持社會秩序所必要，無用的刑罰不能被正當化。因此只要能夠說明罪責原則本身也具有實現刑罰的目的，便可化消兩者間的矛盾¹⁵⁸。

Jakobs 提出「絕對規範 (absolute Normen)」與「弱規範 (schwache Normen)」的概念，前者是數學的邏輯規則與自然科學的因果法則，此種規範的實現與人的意志無關；後者則是取決於人的意志內容來實踐的規範，典型如社會規範。弱規範不像絕對規範具有自我實現性，甚至有可能因為不被認同而無法實現或改變規範內容¹⁵⁹；刑法為了彌補弱規範不被實現的可能性，要求每個人都應該遵守弱規範，若行為人不履行這個任務，將會被歸屬為行為人的罪責¹⁶⁰。因此，罪責的目的在於使弱規範穩定；而刑罰的意義就在於對於規範破壞者的反駁 (Widerspruch)，並同時維持規範一定時間的穩定，刑罰的功能在於訓練人民的法忠誠，而非是讓人民對刑罰產生恐懼¹⁶¹。於是，此種刑罰目

¹⁵⁶ 學說上有將 *Engisch* 的這種看法稱之為性格罪責 (Charakterschuld) 理論。參見李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，283 頁。

¹⁵⁷ *Roxin*, AT/1, 2006, 19/28；參見李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，286 頁以下。

¹⁵⁸ *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, S. 7；中文翻譯請見許玉秀，刑事法雜誌第 40 卷第 2 期，47 頁。

¹⁵⁹ 這種弱規範的拒絕或改變，*Jakobs* 將之稱為「可塑性 (Plastizität)」。

¹⁶⁰ *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, S. 24；中文翻譯請見許玉秀，刑事法雜誌第 40 卷第 2 期，65 頁。

¹⁶¹ *Jakobs*, AT 1991, 1/9 ff.。

的便稱之為「積極的一般預防」；而罪責的有無，就是取決於「有無積極一般預防的必要性」。¹⁶²

五、 有無「對規範的反應能力 (normative Ansprechbarkeit)」¹⁶³

所謂對規範的反應能力，是指能夠接受規範影響而依循規範來行為的決定能力。主張此說的學者 *Roxin* 認為，健康的成人在大部分的狀態下都具備這種能力，而且這種反應能力藉由心理學以及精神病學的發展，原則上是經驗科學所能夠加以驗證。因此相較基於無法驗證的意志自由而來的「他行為可能性」概念，「對規範的反應能力」是較為明確且有實證依據的¹⁶⁴。

Roxin 認為，當行為人能夠理解法規的內容以及其所蘊含的價值時，行為人便具有「正常引導可能性 (normale Motivierbarkeit)」¹⁶⁵，亦即可以透過與法規的交談，被法規引導到正確的方向去，此時便是具有「對規範的反應能力」；若行為人在具有對規範的反應能力之下，卻仍然為了不法行為，那麼行為人就是可非難的，從而便具有罪責。結論是：行為人若具備「合乎且依循規範來行為的決定能力 (Entscheidungsmöglichkeiten zu norm-orientiertem Verhalten)」，便具備有「對規範的反應能力」；行為人有此能力卻不為規範所誘導之行為，便具有可非難性，因此具備罪責¹⁶⁶。

第二項 本文對於「罪責實質非難基礎」的綜合評析

一、 建構罪責的抽象理由

按規範罪責理論的說法，罪責的建構就是取決於「行為人的可非難性」，當行為人

¹⁶² 詳細的論述，請參閱李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，184 頁以下。

¹⁶³ 要特別說明與提醒的是，*Roxin* 將犯罪判斷的第三個層次（即通說所稱的「罪責」）稱之為「負責性 (Verantwortlichkeit)」，而在負責性之下則有兩個等同且並列的要件：亦即「罪責 (Schuld)」與「預防必要性 (präventive Notwendigkeit)」。在此 *Roxin* 僅針對罪責作闡述，尚未及於負責性的完整內涵。詳見下述綜合評析部分，並參見 *Roxin*, AT/1, 2006, 19/1 ff.。

¹⁶⁴ *Roxin*, AT/1, 2006, 19/36 f.。

¹⁶⁵ 參見李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，133 頁。

¹⁶⁶ *Roxin*, AT/1, 2006, 19/36。詳細的論述，請參閱李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，129 頁以下。

對於其不法行為的做成是可受非難的，那便具有罪責；反之，若行為人對其不法行為的做成並不受到非難，那便無罪責。「可非難性」是一個極度籠統的標準，只能說出表面上的理由，根本不能表達罪責之內涵，因此學說上才會對可非難性的實質基礎詳加討論。但在這裡要特別注意的是「罪責」本身最原始的功能：藉由針對「行為人」的討論來限縮刑罰權的發動，或說為刑罰權的發動提供更正當的基礎。我們可以從上述的兩個功能分為兩個層次來觀察：「罪責作為刑罰權的限縮」以及「罪責作為刑罰權的發動基礎」¹⁶⁷。

首先，行為人是針對其所為之不法行為討論可非難性，因此在進入罪責之前必須先確定行為人的不法行為，再依據該不法行為來討論行為人是否可受非難；換言之，罪責的討論必須限定在行為人的所作所為當中，其他與行為人不法行為無關之事項，均非罪責的討論對象¹⁶⁸。因此，一個僅符合刑法第 271 條普通殺人罪的不法，僅能反映出行為人具有「普通殺人罪的罪責」，當行為人無罪責能力而具備排除罪責事由時，所推翻的也就是這個普通殺人的罪責。再者，當行為人不具備任何負面罪責事由時，原則上便為刑罰權的發動提供了正當性；但要特別注意的是立法者是否有特殊的罪責考量，因而為這種情形設計額外的罪責要件，若然，那除了無負面罪責事由以外，還必須符合此類特殊罪責要件，始能建構刑罰權發動的正當性基礎。是以，一個普通殺人罪的不法，若無負面罪責事由便會成立刑法第 271 條的普通殺人罪；惟若是無負面罪責事由，且行為人與被害之間更具備「直系血親尊卑親屬關係」，就為刑法第 272 條殺害直系血親尊親屬罪提供了發動的基礎¹⁶⁹。

縱上所述，罪責作為刑罰權的限縮，係指罪責必須「在不法之後，並在不法所限定的範圍之內」作討論，且「具有負面罪責事由」亦為限縮的理由；而罪責作為刑罰權的發動基礎，則是因為已經針對行為人作過完整考量，所以正當化了刑罰權的發動，至於所謂的完整考量，除了「無負面罪責事由」外，還有立法者在特殊情況下所添加的「其他罪責要件」。

¹⁶⁷ 這也就是消極意義與積極意義的罪責原則。

¹⁶⁸ 這也呼應了犯罪判斷的漸進式過程，必須先確認不法，再討論罪責，詳見「第貳章、第一節、第二項」部分。

¹⁶⁹ 前提是將「直系血親尊卑親屬關係」判定為罪責要件，如黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006 年，559、560 頁。此時成立普通殺人與殺害直系血親尊親屬兩罪，形成法條競合關係。

二、 建構罪責的實質理由

在規範罪責理論的觀點之下，罪責並非單純的心理事實，而是具有規範觀點的反面評價要素，換言之，罪責就是「行為人的可非難性」；而評價行為人是否可非難的實質標準，卻無法脫離有關決定論或非決定論的爭執。在肯認非決定論的立場下，相信人類的意志可以決定自己的行為，因此行為人必須為自己的所作所為負責，而負擔刑事責任，於此脈絡下首先被提出的實質標準就是「有無他行為可能性」，若行為人具有他行為可能性卻依然為了不法行為，此時便要為其自由選擇而負責。這是最古典、最傳統、最多人採納的實質判斷標準。至於 *Gallas*、*Jescheck* 與 *Lencker* 提出「有無法所不容許的意念」作為標準，其實並未超出他行為可能性的內涵，毋寧只是進一步描述「行為人在具有他行為能力下，卻仍然為不法行為的心理狀態」而已，甚至用「意念」這個概念來做說明也是不精確的，因為這個概念本身並未將可非難性的抽象形式給具體化¹⁷⁰。再者，對於為什麼具有這種心理狀態需要受到反面評價，並未提出說明，例如在無認識過失的案件中，行為人並無與法秩序相對的意念，卻仍然有罪責；而無辨識能力的強制性交殺人結合罪的行為人，縱然具有最卑劣的意念，依刑法第 19 條第 1 項卻是無罪責¹⁷¹。

本於對非決定論的反動，主張決定論者如 *Engisch* 則認為罪責是「有無個人性格的缺陷」，行為人是因為自己的性格缺陷而對其不法行為負有罪責。然而對於這種看法的最直接質疑是：若行為人對於「自己性格有缺陷」此點是無罪責的，那還能說對於「因為自己性格欠缺所為的不法行為」是有罪責的嗎？¹⁷²對此質疑，*Dias* 認為行為人之性格是藉由自己的基本選擇（*Grundwahl*）而來，當行為人選擇了自己的性格後，便要為其性格的缺陷而負責。然而此種看法最終還是回歸到非決定論的討論，無論所針對的是「行為人為『自己的基本選擇』而負責」，或是「行為人為『自己將缺陷性格表現出來』而負責」，都一樣涉及到行為自由的前提，終究還是他行為可能性的判斷¹⁷³。

由於「人是否自由」的不可驗證性，*Roxin* 用「有無對規範的反應能力」作為實質判準，並認為意志自由只是一種規範的假設（*normative Setzung*），一個社會中的遊戲規

¹⁷⁰ 同此見解，見李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，181 頁。

¹⁷¹ *Roxin*, AT/1, 2006, 19/24。

¹⁷² *Roxin*, AT/1, 2006, 19/29。

¹⁷³ 李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，294 頁以下。

則 (soziale Spielregel)；換言之，刑法將人看作是自由的，這種刑法觀點的看法與自然科學上人究竟是否自由無關¹⁷⁴，姑且可以稱之為「相對自由」¹⁷⁵。這種相對自由的認定無須碰觸自然科學的極限，只要藉助心理學以及精神病學的發展來確認行為人有無對規範的反應能力即可。然而這種看法其實只是迴避了自由意志的證明難題，就其他部分而言與他行為可能性的判準沒有什麼不同；亦即所謂「對規範的反應能力」是要求行為人理解規範、接受規範，並且依照規範來行為，這就相當於「他行為可能性」中要求行為人認識規範，並依其所認識選擇合法之他行為¹⁷⁶。

以上的說法無論從決定論抑或非決定論的面向切入，最終都沒有脫離他行為可能性的基礎內涵¹⁷⁷，於是 *Jakobs* 另闢蹊徑地主張以「有無（積極）一般預防的必要性」作為判準，罪責的目的在於維護（弱）規範，並以刑罰的施加訓練人民的法忠誠。對於此種見解的批評不外乎是「將人物化作為預防犯罪的工具是違反人性尊嚴的」，或「完全以一般預防為導向的考量將架空罪責原則限制可罰性的功能」¹⁷⁸。對此 *Jakobs* 則認為他的說法只是將人早已存在的工具性描述出來，且 *Jakobs* 也從來沒有放棄行為人的他行為能力是作為罪責非難的要件¹⁷⁹。

從上述的整理可以看出，罪責非難的實質內涵其實可以分為兩大主軸：「他行為可能性」與「預防必要性」。我們可以這樣理解，他行為可能性是從「犯罪論」自身的觀察得來，是說明行為人之所以可以被非難的犯罪成立要件；預防必要性則是從「犯罪論與刑罰論」的互動關係中得出，是說明行為人之所以要被非難的目的¹⁸⁰。因此他行為可能性與預防必要性應該不是對立的兩種見解，而是可以相輔相成的兩說；罪責作為一個承上（犯罪判斷）啟下（刑罰發動）的階層，本質上就應該肩負起「肯認犯罪成立」與

¹⁷⁴ 否則依照罪疑唯輕原則（或罪疑唯有利於被告原則），若審判時無法證明行為人的意志自由，豈非都必須判決無罪！？見 *Roxin*, AT/1, 2006, 19/21。

¹⁷⁵ 這個用語是相對於到目前為止、無法用自然科學加以證明的「絕對自由」概念而來。用語參考自黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006，657 頁。

¹⁷⁶ 李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，148 頁以下。

¹⁷⁷ 甚至有學者認為大多數的說法只不過是圍繞在可非難性的概念上，試圖找出一個「行為人有可能（可被期待）為合法行為」的代替用語而已。參考黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006，645 頁。

¹⁷⁸ *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 408a；*Roxin*, AT/1, 2006, 19/35。

¹⁷⁹ 李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，214、303 頁以下。

¹⁸⁰ 同此見解，李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 2，304 頁。

「肯認刑罰發動」的功能。在如此的理解下，*Roxin* 的「負責性」概念相當程度地體現了罪責的關鍵性地位。

按照 *Roxin* 對於犯罪成立第三個階層的體系建構，其將之稱為「負責性」，並認為負責性具有兩個等同位階的內涵：「罪責」與「預防必要性」。亦即在確認行為人之不法行為後，便要進入負責性的判斷，負責性的確認除了討論行為人是否具備罪責¹⁸¹外，還必須要額外討論是否具有預防必要性，換言之，就是從一般預防以及特別預防的角度確認有無發動刑罰的必要。這兩個概念也有討論上的先後順序性：先檢驗罪責，後討論預防必要性；這種如同「先判斷不法後判斷罪責」的結構般，也是有其經驗上與經濟上的好處，因為多數情形原則上只要具備罪責就會具有負責性，易言之，肯認罪責便會推定具有預防的必要性，此時必須「反面地」加以論證是否有特殊事由足以推翻這種預防必要性的推定。這種先後順序的判斷結構同時也體現了「罪責的判斷」是犯罪論的自身觀察，而「預防必要性的判斷」則是犯罪論與刑罰論的互動關係。最後要強調的是，罪責與預防必要性都是構成負責性的要素，缺一不可；是以，罪責本身僅作為行為人具有負責性的必要條件，而並非是充分條件¹⁸²。

第三項 本文對於「寬恕罪責事由」的詮釋

由上述關於罪責實質非難標準的介紹，我們可以歸納出兩個大方向：其中一種立場是僅用「他行為可能性」作為唯一判準，這也是現今的通說見解¹⁸³；另一種則是在他行為可能性之外加上「預防必要性」的考量，共同合成實質判準，本文簡稱為「廣義罪責說」¹⁸⁴。這兩種立場的不同，將會連帶影響對於寬恕罪責事由的體系定位與解釋。

一、無爭議的「排除罪責事由」之情形

首先，比較沒有爭議的是對於「排除罪責事由」的看法，比如說行為人只是個十歲

¹⁸¹ 在此，罪責的判斷標準為「有無對規範的反應能力」，詳請參照前述說明。

¹⁸² *Roxin*, AT/1, 2006, 19/57; *ders.*, JuS 1988, S. 427。說穿了，*Jakobs* 的見解其實與此相去不遠，只是沒有明確地將罪責與預防必要性區分開來判斷，而是融合在一個「罪責」的概念下作討論，學說上有認為 *Roxin* 的看法過於切割者，如黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年，648頁。

¹⁸³ 前面所介紹的「法所不容許的意念」或「行為人性格的擔保」，都可以被歸屬在這個立場之下。

¹⁸⁴ 粗略而言，*Jakobs* 與 *Roxin* 的看法都可以被算在這個立場之下。

小孩，因而並沒有責任能力而無罪責。對此，通說見解認為十歲小孩並不具備認識規範的能力，當然也同時欠缺依其認識選擇為合法行為的能力¹⁸⁵，因此十歲小孩不必為自己所做的不法行為負責，是因為沒有「他行為可能性」而排除罪責非難。廣義罪責說則認為，十歲小孩並不能理解規範、接受規範，從而也不可能依照規範來行為，因此也是欠缺「他行為可能性」，亦得直接排除行為人的罪責非難。

二、 有爭議的「寬恕罪責事由」之情形

學說上均將「正當防衛過當或緊急避難過當」的案型，歸類為寬恕罪責事由來做討論，但在進入「寬恕罪責事由應當如何於罪責階層中加以詮釋？」這個問題之前，本文必須先對「寬恕罪責事由在不法層次上的影響」乙點，就學說上的不同意見加以說明，才能夠更為全面地剖析寬恕罪責事由之結構。

（一） 寬恕罪責事由所具備的不法減輕屬性

觀察學說上所歸納的寬恕罪責事由，如正當防衛過當與緊急避難過當，皆是依附在阻卻違法事由上討論，亦即行為人在保全利益之際有所逾越，因不吻合阻卻違法事由之規定而仍然具備違法性，是故必須繼續進入罪責階層；在這種發動阻卻違法行為而有所逾越之情形，雖然不可能完全地排除行為的不法，但有無可能部分減輕行為的不法？學說上對此展開肯否兩說的對峙¹⁸⁶，以下詳述之。

1、 肯定說之理由

對此，採取肯定說者認為在逾越阻卻違法事由的過當情況下，行為人之不法行為分別在「結果非價（Erflogsunwert）」與「行為非價（Handlungsunwert）」的內涵中，發生了明顯的降低現象，簡單說，行為人除了侵害法益以外，同時也保全了法益。換言之，在結果非價部分，行為人透過該過當行為而保全了某些受到急迫威脅的法益，與並未有任何保全的單純侵害行為相較，其非價程度顯然較低；在行為非價部分，行為人發動過

¹⁸⁵ 通說這段話融合了責任能力的兩個要素：辨識能力（Einsichtsfähigkeit）與控制能力（Steuerungsfähigkeit）。參見林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，281頁。

¹⁸⁶ 以下為了說明上的便利性，以是否承認不法降低而將學說見解區分為「肯定說」與「否定說」。

當行為是本於保全某些法益的想法，所以跟不帶有任何保全意思的單純侵害行為相較，其非價程度亦顯然較低。結合上述對於不法內涵的闡述，在發生阻卻違法事由之逾越時，行為人的結果非價與行為非價都有顯著的降低，因此其行為僅具有「較低度等級的違法性 (niedrigere Grad der Rechtswidrigkeit)」而有不法內涵上的減輕¹⁸⁷。

2、 否定說之理由

至於採取否定說者，有認為：「欲以行為不法之輕微性，作為責任有無之判斷，亦是混淆了不法與罪責的區分，蓋在責任層次，所要判斷之對象，是一個可和具體行為分離，行為之所以被做成之『行為人人格』為對象，因而以外在行為所造成之侵害，作為責任之中的判斷對象，無疑是一種體系違反¹⁸⁸。」另有認為就已經實現的不法內涵而言，評價重點應該在於行為人究竟侵害了什麼，而非在於行為人保全了什麼；若行為人犧牲了許多人的生命來保全自己的生命，與單純殺害一個人相比較，前者所造就的不法內涵甚至還比較高¹⁸⁹。

(二) 寬恕罪責事由在罪責階層之定位

用一個例子來加以說明學說對於寬恕罪責事由在定位上的不同看法，例如一個具有完全行為能力的行為人，在面臨他人赤手空拳的攻擊之際，出於害怕或驚懼而使用足以致命的手槍加以反擊，造成他人當場死亡的結果。

1、 以「他行為可能性」為基礎之看法

本立場認為防衛過當係逾越正當防衛的必要性界線，因此無法阻卻違法而仍然不法

¹⁸⁷ Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandtat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar? ZStW 1966, S. 75-80; Geppert, Notwehr und Irrtum, Jura 2007, S. 38; Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 563; Hörnle, JuS 2009, S. 875; Kindhäuser, AT 2005, 17/10; Klimsch, 1993, S. 32 f.; Schmidt, AT 2009, Rn. 410; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 433; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 3。要加以說明的是，在此所引用之文獻，係站在「肯定寬恕罪責事由具有不法減輕屬性」之立場，但並非代表這些文獻認為寬恕罪責事由「僅」具有不法減輕屬性。

¹⁸⁸ 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999年，183頁。

¹⁸⁹ Klimsch, 1993, S. 56 ff.; Roxin, AT 2006, 22/10; Jakobs, AT 1991, 20/3。

該當¹⁹⁰，但卻會產生減輕不法的現象，亦即係採取前述肯定說之看法；惟在罪責層次的檢驗中，對於「有無他行為可能性」的判斷，卻有兩種可能的操作方式。

心理壓力理論的說法認為，當行為人處在這種極度特殊且急迫的情境之下，根本不可能要求行為人冷靜地選擇最小侵害手段加以反擊，因此行為人並無他行為可能性而不具有罪責¹⁹¹。至於雙重罪責降低理論則認為，不法內涵的下降同時也影響了罪責非難的範圍，因為罪責的討論前提是不法的成立，而罪責的討論範圍必須由不法來劃定。在防衛過當的情況中，行為人不法內涵的下降連帶限縮了罪責可非難性的討論範圍，因此造成第一次的罪責降低現象。接著進入罪責之內涵作討論：行為人縱使處於急迫之情況下，惟還是對於「不能用過當的方式加以反擊」的規範具有認識，因此也應該要依其認識而為合法行為才是，行為人並未為之，無論如何就還是具有罪責；然而要求一名驚慌失措的行為人不逾越必要性界線而為防衛行為，顯然強人所難，是以立法者在考量罪責的第二次降低之下，便原諒、寬恕了行為人¹⁹²。

2、以「廣義罪責說」為基礎之看法

正當防衛過當的行為人，因為可以理解規範、接受規範，並依照規範來行為，仍然具備「他行為可能性」，但還必須額外考量有無「預防的必要性」。從「特別預防」的觀點來看，雖然行為人最終導致一個不法行為，惟其並無反社會性而與社會相互一致，所以沒有加以刑罰的必要；從「一般預防」的觀點來看，由於這種緊急狀態下的不法行為並不會削減規範在公眾心目中的效力，因此並無刑罰的必要性¹⁹³。也正因为「任何人」處於這種緊急狀態下都無法被期待為合法行為¹⁹⁴，就算發動刑罰也不會改變這個期待，所以刑罰因此被放棄了。

本立場原則上並不承認寬恕罪責事由有不法減輕的現象存在，因而認為立法者之所

¹⁹⁰ 在此暫且不論 Günther 的「刑事不法排除事由說」，詳見第二節之論述。

¹⁹¹ 類似的說法，請參見張麗卿，新刑法探索，元照，2008年，473頁以下；以及 Hörnle, Der entschuldigende Notstand, JuS 2009, S. 875 的整理。關於心理壓力說的介紹，詳請參見「第四章、第一節、第一項、二、(二)、1」部分。

¹⁹² 類似的說法，如林山田，刑法通論(上)，作者自版，2008年，400頁。

¹⁹³ 李文健，罪責概念之研究，春風煦日論壇—刑事法叢書系列2，223-224頁。

¹⁹⁴ 就算是行為人在個案中仍然有為合法行為的可能性。

以會賦予行為人寬恕之優待，全然是因為無預防之必要性這個單一理由，與不法的減輕沒有任何關連性。是以，若不承認罪責中有預防必要性之思想，無論如何行為人都應該具有完整的不法與罪責而成立犯罪，並無予以寬恕的空間或理由。

(三) 本文之評析與立場

1、肯定寬恕罪責事由應具備不法減輕屬性

先針對否定說的第一個批評而言，該批評本質上忽略了罪責原則中「罪責作為刑罰權之限縮」的基本精神，因為行為人是針對其所為之不法行為討論可非難性，所以在進入罪責之前必須先確定行為人的不法行為，再依據該不法行為來討論行為人是否可受非難；換言之，罪責的討論必須限定在行為人的所作所為當中，其他與行為人不法行為無關之事項，均非罪責的討論對象¹⁹⁵。由於罪責的討論係以不法為前提，不法的減輕必然同時也是罪責的減輕¹⁹⁶。是以，肯定說承認不法降低的現象，實際上的用意乃是在於「限縮罪責的討論範圍」，只不過在呈現上好似罪責的間接降低罷了！這種討論範圍的限縮，根本尚未進入罪責階層的內部做進一步的評價，所以也不會有批評者所言「以外在行為所造成之侵害，作為責任之中的判斷對象」的缺失存在¹⁹⁷。

至於就否定說的第二個說法而言，有兩個仍待商榷之處。其一，評價行為的不法內涵，便是在說明行為的社會損害性，同時也是在創造人民得以措其手足的行為規範；當在考慮一個行為究竟有沒有社會損害性？到底可不可以做？我們不可能僅片面地觀測該行為的侵害面，反而應該是綜合性地檢驗行為的有益面與侵害面才是。如果只單純考量行為的侵害面，那將會使所有的阻卻違法事由都失去立論的基礎，因為阻卻違法事由的任務便是為「一個侵害法益行為」提供和緩的理由；雖然這個和緩的理由還有許多爭論，但不可否認的是，無論是在利多於害原則、優越利益原則或利益衡量原則的主張下，「行為的有益面」都絕對是一個必須考量的要素¹⁹⁸。否定說的想法其實比較適合用來闡

¹⁹⁵ 詳請參閱本節「第二項、一」部分。

¹⁹⁶ 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年，710-711頁。

¹⁹⁷ 這個批評是混淆了「罪責的討論範圍」與「罪責本身的討論對象」兩個先後不同層次的問題。

¹⁹⁸ 詳見「第肆章、第一節、第二項、四、(二)、1」部分。

述構成要件階層所彰顯的不法內涵，因為構成要件階層之要件乃是對於行為社會損害性的經驗累積，社會大眾對於該當構成要件之行為原則上都會認為具有社會損害性，所以較為著重「侵害」的面向；但若要想僅用侵害的面向來詮釋整體不法內涵（構成要件該當性與違法性）的話，就稍嫌不足。

其二，否定說拿「犧牲多人來保全一人」與「單純殺害一人」做比較，單純從侵害面觀察，前者反而實現更多的不法；但這個案例也可以依樣畫葫蘆地單純從有益面觀察，前者較後者對社會更為有益，因為至少保全了一個人的生命！由此可見，這個案例根本無法突顯出兩說關鍵的差異性¹⁹⁹。正確的方法應該是用「犧牲多人來保全一人」與「犧牲多人卻未保全任何人」相比較，藉由總體的觀察可以得知前者的不法內涵必定較後者來得輕微；顛倒過來，若是用「犧牲多人來保全一人」與「犧牲一人來保全一人」相比較，亦可以得知後者的不法內涵必定較前者來得輕微。

綜上所述，本文認為寬恕罪責事由在不法層次勢必產生不法的減輕現象，而這個現象正是用來理解寬恕罪責事由結構的重要基礎。

2、肯定寬恕罪責事由不排除他行為可能性

先觀察心理壓力理論，可以發現這是一種極度簡化且籠統的說法，並且在不知不覺中已經改變了「他行為可能性」的內涵。詳言之，行為人之所以無他行為可能性是因為不具有認識規範的「辨識能力」，還是不具備依其認識而為合法行為的「控制能力」？對此，本看法無法提供一個有說服力的解釋。只要是一般正常的成年人，勢必都有辨別行為是否不法的能力，這種能力不會因為處在緊急狀態而有所改變；至於行為人是否會因為處於緊急狀態之下而完全欠缺控制能力？答案也應該是否定的。控制能力乃是行為人依其辨識而選擇自己行為之能力，行為人縱使得以辨識其行為之不法，但卻可能因為精神狀態（如妄想型精神分裂症、戀物癖等）或生理構造（如基因異常、腦組織傷害等）的異常而執意選擇為不法行為²⁰⁰；至於正當防衛過當的行為人，除了可以正確地辨識行為的不法內涵外，更具有基於其辨識而選擇自己行為的能力，就此而言與一般正常人並無任何差異。正當防衛過當的行為人，只是因為面臨強大的心理壓力，致使其難以進行

¹⁹⁹ 最大的原因在於這個案例「同時」變動了兩個因素：犧牲數與保全數。

²⁰⁰ 欠缺控制能力的眾多類型介紹，請參閱林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—160-162頁。

規範之導引罷了，換句話說，「面臨緊急狀態」並無法與「精神或生理異常」相提並論，充其量只能說強大的心理壓力造成「猶如」精神異常的現象而僅有低度他行為可能性，惟相較於完全無控制能力的異常行為人，一般正常人顯然仍有他行為之可能。

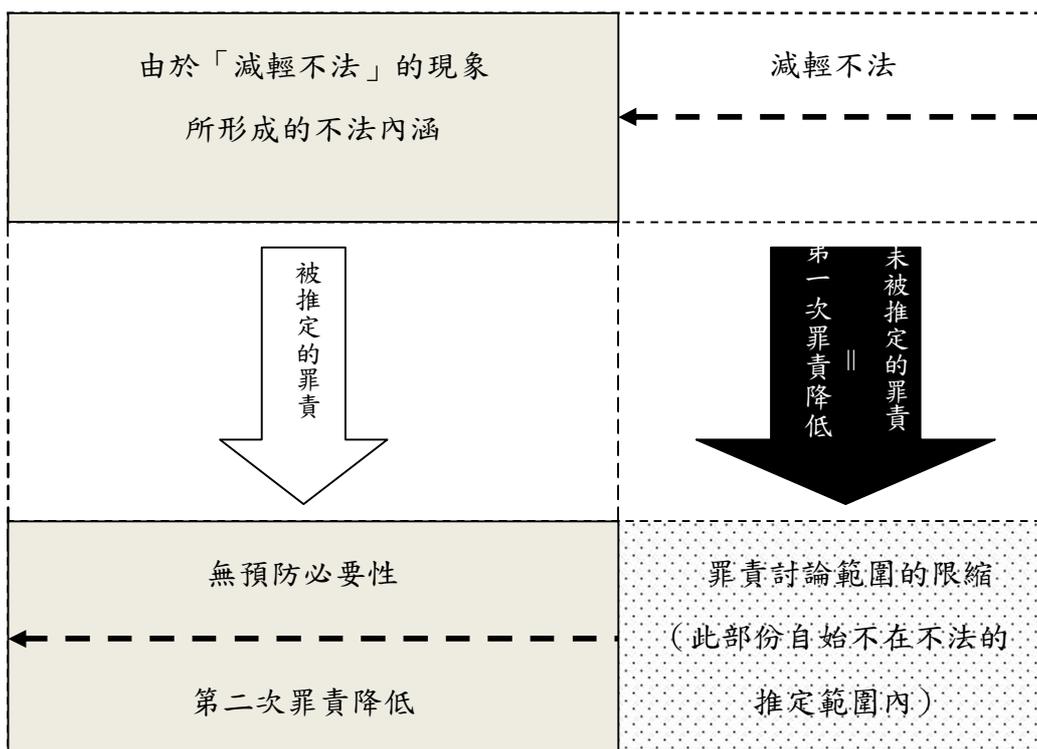
3、肯定寬恕罪責事由並無預防必要性

再探究雙重罪責降低理論，相較於上述心理壓力理論，其嚴格地謹遵「他行為可能性」的解釋範圍，因此防衛過當的行為人無論如何都是有他行為可能性而具備罪責，若想要脫免於罪，只能依循其他的標準。在此，多數學說就是用「過於強人所難」作為解釋方法，就是因為過於強人所難，所以立法者放棄刑罰權的發動。就此而言，不能強人所難似乎也成為了罪責的判斷內涵之一。這種解釋方法正確的是，脫離他行為可能性的概念而找尋其他的詮釋方式；而失敗的地方是，並未清楚地說明何謂強人所難？或者何以遇到強人所難的情況就要放棄罪責非難？

其實我們如果將廣義罪責說與雙重罪責降低理論相互比較，可以得知：無論是使用「寬恕、寬容、原諒」或「過於強人所難」等字句，背後所代表的意義都是沒有預防的必要性；換言之，廣義罪責說所提倡的預防必要性之思考，其實就是雙重罪責降低理論所欠缺的部分，並填補了何以在仍有他行為可能性之下，卻有機會對行為人放棄罪責非難的實質理由。但這並不代表廣義罪責說的概念是可以完全被採納的，最大的問題在於本立場過度誇大預防必要性的角色功能，反而忽略了不法減輕在寬恕罪責事由中的影響力。詳言之，在犯罪漸進式的判斷流程中，由於不法的成立範圍將決定（或限縮）罪責的討論範圍，因此不法減輕的同時也將是罪責討論範圍的減縮，有無預防必要性的探討當然也必須站在這個前提之上，亦即不法的減輕乃是構成行為人無預防必要性的共同條件之一；若對不法減輕的現象視而不見，那便要說明何以行為人無需對一個「完整的殺人不法行為」負責，這無論如何都不能單純以「任何人在此都會選擇為不法行為」為理由一筆帶過，因為「完整的殺人不法行為」與「發生不法減輕現象的殺人不法行為」相較，行為人選擇意願絕對會有所不同，毋寧只有在後者之情形，行為人並無反社會性而與社會相互一致，且該不法行為並不會削減規範在公眾心目中的效力，因而可能無預防之必要。

綜上所述，本文認為只要採取廣義的罪責概念並接受減輕不法的現象存在，那麼寬恕罪責事由在不法階層便具有「減輕不法」的屬性，至於在罪責階層則有「減輕預防必要性」的屬性；只不過前者不可能減輕至無不法的程度，後者卻有可能減輕到無預防之必要。依此，所謂寬恕罪責事由的內涵是：行為人對於其「減輕不法行為²⁰¹」的做成雖具有他行為可能性，然而立法者卻無法期待任何人在此狀態下為合法行為，因此本於「預防必要性」的觀點寬恕行為人；在完全無預防必要時將放棄刑罰，僅有低度預防必要時則因為至少有不法減輕的現象而應減輕刑罰。從而寬恕罪責事由在現象上將發生兩個不同犯罪階層的減輕，且由於不法的減輕將導致罪責討論範圍的限縮，看起來便好似罪責的兩次下降；是故，以「廣義罪責說」來理解「雙重罪責降低理論」，毋寧是寬恕罪責事由的最佳詮釋。

《圖表 3-1：雙重罪責降低》



²⁰¹ 在這裡可以先得出一個結論：寬恕罪責事由的成立，必然要以不法的減輕為前提。

第四項 本文對於「罪責層次」的重新建構

藉由上述說明可知，針對行為人的討論必須限縮在行為人所為的不法行為範圍以內，這也是由於「行為人是因為其不法行為而受到非難」之故，超出不法行為以外的其他事項，並未受到「行為人可非難」的經驗上推定。是以，「可非難性」乃作為評價行為人應否承擔刑事責任的討論外延，並同時彰顯出與不法行為的一致性，體現「限縮刑罰權」的功能。

在針對行為人的判斷中，必須從反面的角度思考有無「推翻可非難性推定」的事由存在。沒有爭議的情況是，若行為人欠缺認識規範的能力（如年紀過小而無法理解規範的意義）或欠缺依其認識而選擇為合法行為的能力（如患有嚴重戀物癖的病人，雖然可以明辨是非，卻無法控制自己的行為）²⁰²而無「他行為可能性」，此時既然行為人不可能為合法行為而不具有可非難性，便推翻了原本所建構的可非難性推定。

若在案例中行為人仍然具有他行為可能性，此時雖然離犯罪的成立又更進一步，但在行為人的評價中還有另一個過濾機制：「預防必要性」的檢驗。相類似地，當具有他行為可能性時，便會從經驗上推定行為人亦具有施加刑罰的預防必要性，因為對於一個能夠為合法行為卻不為的人，原則上都有用刑罰威嚇或建立法忠誠的必要；且這裡與前述推定可非難性的結構相同，必須在被推定的範圍內討論預防必要性，亦體現了「限縮刑罰權」的功能²⁰³。操作上，若該不法行為並不會削減規範在公眾心目中的效力，且行為人本身並無反社會性而與社會相互一致（如面臨現在不法侵害而逾越防衛手段必要性），那便不具有預防必要性，推翻原本所建構的可非難性推定而不成立犯罪；若該不法行為有可能削減規範在公眾心目中的效力，且行為人本身亦有反社會性（如在自身輕微財產面臨緊急危難下犧牲他人之身體），則至多減輕可非難性推定，但與一般犯罪情形相較顯然多出了減輕不法之內涵，雖然仍成立犯罪，但應減輕對行為人之處罰。

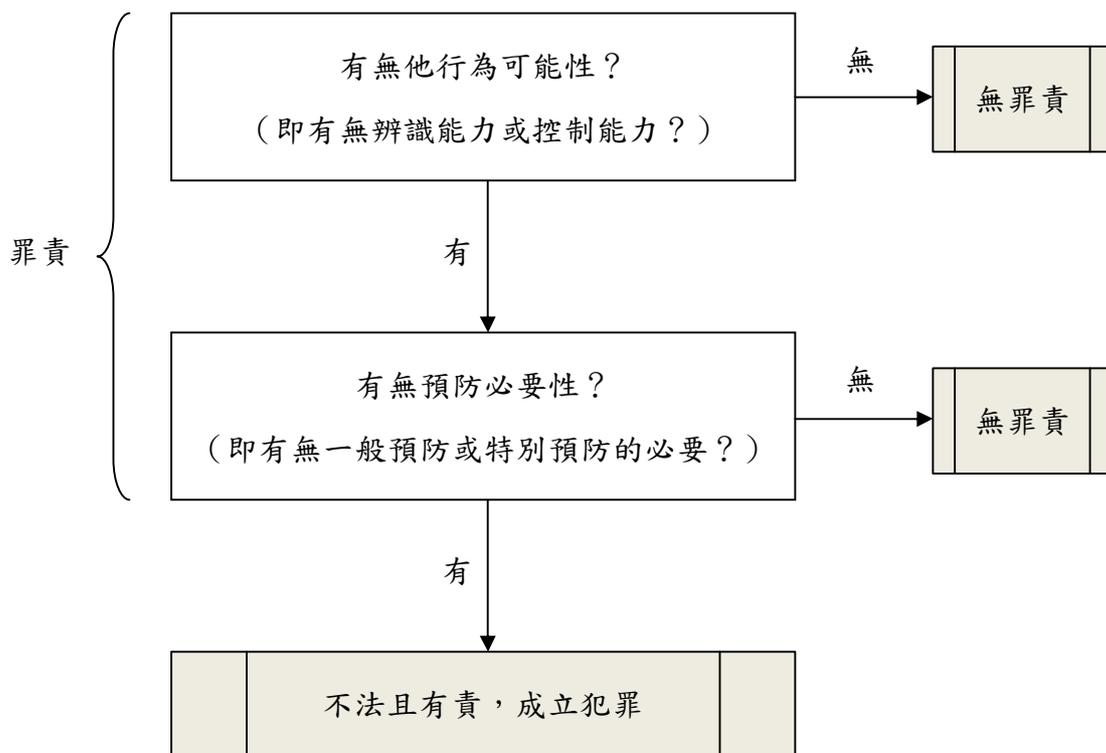
要特別強調的是，「他行為可能性→預防必要性」的檢驗順序安排，除了經驗與經濟的考量外，也是依循犯罪論過渡到刑罰論的體系安排，因而有其正當性；但千萬不能

²⁰² 參閱林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—160頁。

²⁰³ 參照 Roxin, AT/1, 2006, 19/7。因為有可能行為人並非無他行為可能性，而是僅有較低度的他行為可能性；由於此時仍然有他行為可能性，所以還是會推定具備預防必要性，只是被推定的預防必要性會隨著他行為可能性的範圍而一同縮減。

遺漏的是，「他行為可能性與預防必要性」乃共同建構行為人的可非難性內涵，換言之，兩者係同時受到不法行為的可非難性推定，只要欠缺其中之一就無法表彰行為人的可非難性，而足以推翻推定。由此可知，「可非難性的推定」內容是：不法行為人具備認識規範並依其認識而為合法行為之能力，且任何人身處於行為人的情況下都會選擇為合法行為，惟行為人卻還是做了不法行為。我們如果反過來用法規範的角度來觀察「可非難性的推翻」，可以這麼說：法規範不期待行為人在無他行為可能性的情況下為合法行為；亦不期待行為人在無預防必要性的情況下為合法行為²⁰⁴。

《圖表 3-2：罪責層次的內涵》



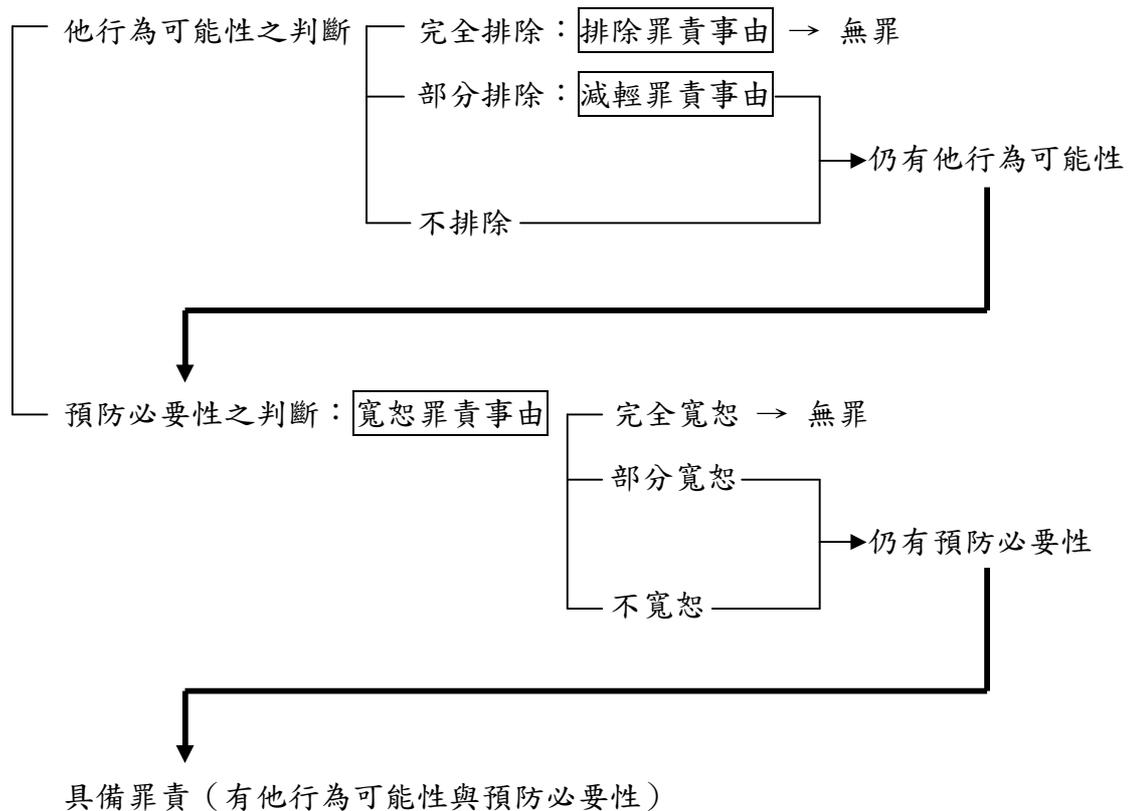
²⁰⁴ 就此而言，「可非難性」與「期待可能性」其實是一體兩面的描述，只不過前者是從行為人方面做描述，後者是由法規範的角度做描述。因此兩者的內涵與外延應該是相同的。

綜上所述，本文將罪責作廣義的理解，於內涵上包括「他行為可能性」與「預防必要性」的先後綜合判斷。得以排除或減輕可非難性推定的負面罪責事由，可以分成否定他行為可能性之事由與否定預防必要性之事由，前者主要是「排除罪責事由」，例如無責任能力或不可避免的禁止錯誤，因罪責被排除而不成立犯罪；且此種類型也不否認有減輕的可能性，例如限制責任能力或可避免的禁止錯誤，僅給予適度的減輕，有鑑於「排除」兩字在語意上無法包括減輕的情形在內，因此另外以「減輕罪責事由」稱呼。至於後者則是「寬恕罪責事由」，以不法減輕為成立前提，且「寬恕」兩字可以兼含「無預防必要性而不成立犯罪」與「仍有預防必要性但因有不法減輕而應減輕刑罰」兩種情形在內。在本文的理解下，罪責的討論範圍必須由不法來做限定，此即行為人被推定的「可非難性」；當行為人具備排除罪責事由或無預防必要的寬恕罪責事由時，便足以完全推翻可非難性推定，換句話說，法規範並不期待行為人為合法行為，因而不具備「期待可能性」。以下將本文對於罪責階層之建構與操作簡單列述：

- 1、 不法行為推定行為人的「可非難性」，並劃定罪責的討論範圍。
- 2、 行為人是否可非難的檢驗，同時就是有無「期待可能性」的檢驗。
- 3、 否定可非難性推定（或期待可能性）之事由為「負面罪責事由」，分為關於他行為可能性的判斷與關於預防必要性的判斷，前者稱為「排除（或減輕）罪責事由」，後者稱為「寬恕罪責事由」。檢驗上，先找尋排除（或減輕）罪責事由，再討論寬恕罪責事由。
- 4、 不法行為人僅須具備排除罪責事由或無預防必要的寬恕罪責事由其中之一，便足以否定罪責而不成立犯罪²⁰⁵。
- 5、 不法行為人只有在無排除罪責事由與寬恕罪責事由的情況下，始能肯認可非難性的推定而成立犯罪。

²⁰⁵ 此點與通說見解有異，通說認為若行為人具有「排除罪責事由」，由於行為人無罪責，法院應下「無罪判決」；若行為人具有「寬恕罪責事由」，此時行為人仍屬不法且有責，因此法院應下「有罪但免刑」的判決。請參見林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，400頁；蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008年，213頁。在此與通說的差異在於是否將「無預防必要性」納入罪責的內涵，並成為犯罪成立要件之一，本文採取肯定看法。

《圖表 3-3：負面罪責事由》



第四節 寬恕罪責事由與其他負面事由之區辨

在學說上有少數見解主張不應該承認「其他負面事由」的存在，並認為這些事由可以全數被歸類到構成要件該當性、違法性或罪責階層中，若真的有脫離不法或罪責而存在的要件，那不會是與刑法有關的要件，而是應該被解釋為與程序法相關的要件²⁰⁶。通說見解則是承認有其他不罰事由的存在，並認為其特徵便是定位於不法與罪責以外，但應該如何正確地理解卻有不同的看法。

首先，*Schmidhäuser* 認為其他負面事由與阻卻違法事由或寬恕罪責事由相同，都是應刑罰性 (Strafwürdigkeit) 的否定；易言之，這些負面事由的不存在是構成犯罪的額外特徵，因此應當將其理解為「應刑罰性的終局否定 (abschließende Verneinung)」²⁰⁶。相對地，*Jescheck* 則認為其他負面事由並未在應刑罰性上賦予任何的意義，反而是涉及到需

²⁰⁶ 如 *Bemmann*，詳見 *Roxin*, AT/1, 2006, 23/32。

刑罰性 (Strafbedürftigkeit) 的問題；在需刑罰性的領域中，部分的其他負面事由屬於刑法上的特別觀點 (如中止未遂的減免或親屬間藏匿人犯的減免)，部分屬於刑法以外的本質 (如立法委員的言論免責權或外國政府請求乃論之罪)²⁰⁷。

依據通說見解，原則上只要是不法且有罪責之犯罪行為，便是具有應刑罰性；惟若按照本文所採取的罪責概念，單單不法且有他行為可能性尚不足以成立犯罪，還必須具有「預防必要性」，因此犯罪的成立實際上兼含應刑罰性 (不法、罪責) 與需刑罰性 (預防必要性) 的考量在內。就本文而言，*Schmidhäuser* 的說法所面臨的問題在於：姑且不論寬恕罪責事由本質上已經不是應刑罰性的否定²⁰⁸，何以在肯定行為的法益侵害性與行為人的可非難性之後，卻還是無法承認行為人的應刑罰性？至於 *Jescheck* 的看法雖然是正確地由需刑罰性的角度出發，惟全然將其他不罰事由定位在罪責層次以外，亦是過於偏頗。適當的看法是將其他刑罰要件定位為需刑罰性要件，並分類為「與犯罪成立有關者」以及「與犯罪成立無關者」，前者如中止未遂、參與犯罪結社而自首、湮滅他人刑事證據後自白、未經取贖而釋放被害人²⁰⁹ 等等，都是本於預防必要性而來的減免，實際上就是「寬恕罪責事由」²¹⁰；後者如言論免責權係出於憲法上的理由，外國政府請求乃論之罪係本於外交上的理由等等，均屬刑法以外之觀點，而是「真正的其他負面事由」²¹¹。

²⁰⁷ 參閱 *Roxin*, AT/1, 2006, 23/31 ff.; *ders.*, JuS 1988, S. 432 的整理。

²⁰⁸ 當然也有學說相反過來操作，將所有的「其他不罰事由」都定位到與不法有關的不罰事由去，並藉此脫免於參與犯的處罰難題。請參見 *Jakobs*, AT 1991, 10/16。

²⁰⁹ 相關條文依序為：刑法第 27 條、第 154 條第 2 項、第 166 條、第 347 條第 5 項。

²¹⁰ 或稱為「廣義責任概念的減輕規定」，黃榮堅，基礎刑法學 (下)，元照，2006 年，711-712 頁。

²¹¹ *Roxin*, JuS 1988, S. 432-433。

第肆章 緊急避難的本質爭議與成立要件

第一節 緊急避難的歷史發展與現今之定位

緊急避難係指行為人處於危急情狀下，為了避免自己或他人法益的現時危難狀態而出於不得已之行為，致侵害他人法益²¹²。關於緊急避難概念在刑法學理上的發展與爭議，本論文將在下述內文中詳細說明與介紹，但為了說明上的方便，本文先將德國法與我國法有關緊急避難的法律條文節錄如下：

【德意志帝國刑法典²¹³】

第 52 條（強制狀態下緊急避難）

第 1 項 行為人因為無法抗拒之強暴，或因為自己、親屬之生命、身體遭受無法以其他方法加以避免之脅迫，在被強制狀態下所為之行為不罰。

第 2 項 直系血親或姻親的尊卑親屬、擬制血親的尊卑親屬、配偶、兄弟姊妹及其配偶、有婚約者，視為本法之親屬。

第 54 條（緊急避難）

除正當防衛之情形外，行為人為避免自己或親屬之生命、身體所遭遇無法以其他方法加以避免，且並非有過咎地自行招致之緊急危難，所為之行為不罰。

【德國刑法典】

第 34 條（阻卻違法的緊急避難）

行為人為避免自己或他人之生命、身體、自由、名譽、財產或其他法益所遭遇無法以其他方法加以避免之緊急危難，在衡量相衝突利益及危害輕重後，若所保全之利益顯然大於所犧牲之利益，所為之行為不違法。但前述情形僅有在該行為是為避免危難的相當行為，始有適用。

第 35 條（寬恕罪責的緊急避難）

²¹² 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，334 頁。

²¹³ 之後將簡稱為「帝國刑法典」。

第肆章 緊急避難的本質爭議與成立要件

第 1 項 行為人為避免自己、親屬或其他親密夥伴的生命、身體、自由法益所遭遇無法以他法加以避免之緊急危難，所為之不法行為無罪責。但若該情狀是行為人自行招致，或行為人是處於一個特別關係之中，而可以期待承擔該危難者，不適用之；惟行為人雖可以期待承擔該危難，卻非處於一個特別關係之中者，得依第 49 條第 1 項之規定減輕其刑。

第 2 項 當行為人誤以為身處於前項寬恕罪責之事實情狀而實行其犯罪行為，僅有在該錯誤是可以避免時，行為人始受處罰。前述行為人之處罰，應按同法第 49 條第 1 項減輕之。

【德國民法典】

第 228 條（防衛型緊急避難）

行為人為避免自己或他人因第三人之物所生無法以其他方法加以避免之緊急危難，若行為人所造成之損害與該物將引起之損害相較並非顯失比例，則行為人之毀棄或損壞行為不違法。但行為人若對於緊急危難之發生可受歸責者，應負擔損害賠償責任。

第 904 條（攻擊型緊急避難）

行為人為避免無法以其他方法加以避免之緊急危難，若所面臨之損害與行為人所造成之損害相較顯屬鉅大，則行為人之毀棄或損壞行為不違法。但物之所有人得請求損害賠償。

【我國刑法典】

第 24 條（緊急避難）

第 1 項 為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。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。

第 2 項 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。

【我國民法典】

第 150 條（緊急避難）

第 1 項 為避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之

行為，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者為限。

第2項 前項情形，其危險之發生，如行為人有責任者，應負損害賠償之責。

有關緊急避難從印度法、猶太法、希臘法、羅馬法中的概念發展與思想過程，本論文並不擬詳述²¹⁴，而是直接由緊急避難在德國法上的爭議點切入。在德國，緊急避難最受到關注的議題是：應該被定位在哪一個不罰的層次之中？就此而言，學界提供了兩個可供思考的選項，其一為排除違法性（或不法）的「阻卻違法事由」，其二為排除罪責的「寬恕罪責事由」。

第一項 一體性理論與區分理論之爭

德國學界對於緊急避難的本質有「一體性理論（Einheitstheorie）」以及「區分理論（Differenzierungstheorie）」之分，前者認為緊急避難只有單一之性質，不是作為阻卻違法事由，就是作為寬恕罪責事由，不可能兼含兩種性質在內；後者則主張緊急避難兼有部分阻卻違法與部分寬恕罪責之性質，換言之，在某些特定情況下只能作為阻卻違法事由，但在某些情況下卻應該要理解為寬恕罪責事由。

要特別注意的是，理論的發展有「正、反、合」的論辯過程，以下眾多學說的發展當然也有其先後順序性，雖然單純將之歸納為「一體性理論」與「區分理論」較為清晰明確，但恐怕會掩蓋掉理論出現的時間連貫性。本論文採取較為折衷的作法，一體性理論是學說上較早出現的看法，因此置於區分理論前介紹；而一體性理論中又以全然地寬恕罪責說最先被提出，是以先於全然阻卻違法說作說明。至於區分理論則依據犯罪判斷階層順序加以安排，先說明阻卻違法的理由，再介紹何以寬恕罪責。²¹⁵

一、 一體性理論

由於緊急避難在早期並非一般性的概念，而僅是對某些個別行為型態的特別、專門

²¹⁴ 對此有興趣者，詳請見余振華，刑法違法性理論，元照，2001年，193頁以下的說明。

²¹⁵ 本論文也會在適當之處說明各個理論的先後提出順序。

性規定，例如羅馬法中曾有：遇到火災時，可以拆毀鄰人房屋以保全自己的房屋免遭焚毀；遇到海難時，可以拋棄他人貨物或損壞他人錨索、魚網以保全船隻。在此類個別特定的行為型態，羅馬法均規定不受刑法之制裁，惟並未說明不受刑法制裁的實質理由為何²¹⁶。這種情形一直到帝國刑法典第 52 條與第 54 條立法時仍然存在，雖說避難情狀已經較為一般化，然而法律效果卻是籠統地規定為「不罰」，並未明白表示在刑法體系上之定位。德國刑法學從 19 世紀後期，開始致力於將所有的緊急避難類型以單一原則來做說明，並將其定位於單一的犯罪體系階層中，由此形成所謂的「一體性理論」²¹⁷。

（一） 全然寬恕罪責說

本說是以 *Kant*（康德）的權利理論（*Rechtslehre*）²¹⁸為基礎發展而成的看法。*Kant* 的權利理論認為：每個人在生命中可以追求許多目的，並且可以對不同目的設定優先順序，不同個人所追求的目的可能相同也可能不同，比如說有人認為國家興亡重於個人生死，所以要犧牲生命追求國家利益，也有人認為個人福祉遠大於一切，甚至是抽象的國家利益；無論如何，以「自由」為中心的權利概念絕對不可能強制一個人接受他人的生活觀或價值判斷，也不允許一個人跨越權利的界線，強制他人來共同實現重要的人生目的。是以，任何人在法律上都無義務去迎合他人的需求，也無須承認法律上的社會連帶義務。在以自由為核心的法治國中，只要自己的行為不干涉到依一般性法律所界定的他人自由，不侵害他人的權利，任何人都可以追求自己的目的或幸福；換言之，自由是對於自己行動可能性的擴張或限縮，無論是自己造成或是偶然發生的情狀，每個人都必須要自己負責²¹⁹。綜上所述，任何人都不應該去干涉他人合法的自由領域。

上述的「干涉禁止」事實上已經含有「轉嫁禁止」的概念在其中，換言之，「不受他人干涉」的權利，其反面概念就是「不得將自己遭受之危難轉嫁給他人」的承受義務²²⁰。若一方面主張要享受不受干擾的權利，另一方面卻又拒絕承擔這種自主性的代價，

²¹⁶ 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，162 頁。

²¹⁷ 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，164 頁。

²¹⁸ 哲學上也有將此譯為「法權理論」。

²¹⁹ Köhler, AT 1997, S. 282。

²²⁰ Renzikowaski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 179。

那本身就是一種自我矛盾²²¹。

Kant 本於對權利理論的看法，以【甲板案 (Brett des Karneades)²²²】加以闡釋。其認為緊急避難與正當防衛並不相同，正當防衛是出於保全自由而對不法侵害者予以反擊，因此可以阻卻違法並無疑義；然而緊急避難係針對合法之無辜者加以攻擊，因此不可能是合法行為，否則將與權利理論相互矛盾。也因此對 *Kant* 來說「緊急時候無法律 (Not hat kein Gebote)」的古老法諺是極度荒謬的，因為不可能有任何的緊急狀態，可以使一個不法行為變成合法行為²²³。

當時刑法釋義學受到 *Kant* 思想的啟發，認為緊急避難行為並無法阻卻違法，頂多是因為刑罰本身對於緊急避難行為人並無法產生任何心理上的影響力 (psychologische Unwirksamkeit der strafrechtlichen Verbots)，因此行為人是主觀上不具有可罰性而可得寬恕²²⁴。19 世紀德國的著名刑法學者 von *Feuerbach* (費爾巴哈) 即在 *Kant* 的脈絡下主張，刑罰的威嚇在緊急狀態下並不具有心理上的實效性，因此所謂不具有主觀上的可罰性係指欠缺歸責能力 (Zurechnungsfähigkeit)，而足以影響罪責。雖然罪責階層之意義與內容在近代犯罪體系中已經不能與 19 世紀時同日而語，然而可以確定的是，傳統學理並不認為緊急避難行為可以阻卻違法，而是罪責層次的不罰事由²²⁵。在當時學說思潮引領下，帝國刑法典第 52 條的緊急避難與第 54 條的強制狀態下緊急避難，便被當成是與罪責有關係的不罰事由。

(二) 全然阻卻違法說

相較於依據 *Kant* 思想將緊急避難定位為寬恕罪責事由，另一位哲學大師 *Hegel* (黑

²²¹ 整理自王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，175-178 頁。

²²² 這是非常有名的教學案例，該案例事實略為：在一場船難中，行為人與另一人同時處於有生命危險的狀態，行為人抓住了一塊小木板在海上漂流，並為了保全自己的生命，攻擊另一個也想抓住同一塊木板的人，使其最終葬身大海。

²²³ *Küper*, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, S. 84; 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，173 頁；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，25 頁。

²²⁴ *Küper*, Tötungsverbot und Lebensnotstand: Zur Problematik der Kollision Leben gegen Leben, JuS 1981, S. 786; 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，25 頁。

²²⁵ *Küper*, JuS 1987, S. 84 f.。

格爾)卻另有一套完全不同的看法,並以即將餓死之人竊取食物之情形(以下稱此為【果腹案】)為討論的出發點。*Hegel*認為「權利」本身除了抽象的概念以外,更包含了在實現時對於自身的形塑,因此不能僅討論權利的抽象概念,還要關注權利的實現情形,從權利的實現面切入,*Hegel*提出了福祉(*das Wohl*)的概念。所謂福祉是指一個人在道德、物質上的舒適感以及適合自己的生命規劃,每個人都有「福祉權(*Recht des Wohls*)」以增進自己的福祉,這是具有個人特別性的,和抽象一般性的「權利」概念有極大的差異。雖然在大多數的情形權利與福祉權可以並存不悖,但在某些個案中一般性的權利與特別性的福祉權將相互衝突,這便是緊急避難的情況²²⁶。

*Hegel*嘗試消弭權利與福祉權之間的矛盾衝突,並提出了一個較為折衷的概念:「一般福祉(*allgemeines Wohl*)」。詳言之,一般福祉並非個人主觀上的感受,而是一般條件下的福祉,也就是將其他人的福祉一併考慮進來;於緊急避難的情況中,便是同時考量避難行為人之福祉與無辜第三人之福祉,這稱之為「所有衝突參與者福祉具有同等重要性原則(*Grundsatz der Gleichbedeutsamkeit des Wohls aller Konfliktbeteiligten*)」²²⁷。因此,緊急避難發動的標準,必須要普遍化地考量所有的福祉²²⁸。

在【果腹案】中,「生命」本身作為人類欲實現之目的的總和,其特殊性是無法量化、抑或無法估算的;失去生命不僅無法實現人類生活中的特定目的,甚至也喪失了自由,亦連帶地喪失了實現權利的可能性。本案中同時考量避難行為人之福祉與無辜第三人之福祉後,由於否定避難行為人竊取食物之行為最終將導致權利的喪失,故此種保全生命的緊急避難行為係維護了權利,應該予以承認並作為合法的緊急權(*Notrecht*)²²⁹。承此見解,刑法釋義學界便認為*Hegel*對於緊急避難的看法是作為一種阻卻違法事由。

雖然*Hegel*僅在「生命對財產」的案例中承認緊急避難得作為一種合法權利,但部分承襲*Hegel*看法的刑法學者,卻朝擴張緊急避難適用範圍的方向發展,如*Berner*認為緊急避難權可以適用在任何緊急狀態中,並皆可得出阻卻違法性的結論;因為緊急避難係合乎事理、值得贊同、合法且理性(*sachgemäß, billigenswert, rechtlich vernünftig*)

²²⁶ 王效文,刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎,政治與社會哲學評論第26期,184-185頁。

²²⁷ *Pawlik, Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 95。

²²⁸ 王效文,刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎,政治與社會哲學評論第26期,188頁。

²²⁹ *Küper, JuS 1987, S. 84*。

的行為²³⁰。Kohler 則是有限度地加以擴張，認為應區分「本質的生活要素（生命屬之，但不限於生命）」與「非本質的生活利益（損失不會影響本質生活要素者）」，僅前者可以主張緊急避難權，後者則否；Pawlik 也認為 Hegel 所建構的緊急避難權之行使，必然要有一條極度重要的絕對侵害界線，但不用絕對地限縮在生命利益以內²³¹。

Hegel 的意見對民法學界產生重大影響，使得當時民法學者普遍認為緊急避難是一種人民的權利，並於德國民法第 228 條與第 904 條分別規定「防衛型緊急避難」與「攻擊型緊急避難」的內容，以作為阻卻違法事由。

二、區分理論

在一體性理論中「全然寬恕罪責說」與「全然阻卻違法說」對立意見的激盪之下，有學說開始反思何以必須用單一形式來理解緊急避難，並認為一體性理論過於單純而不可能完全地解釋緊急避難行為的法律性質，因而提出用不同角度詮釋緊急避難行為的「區分理論」，主張一體性理論中全然寬恕罪責或全然阻卻違法的看法，只是表現出彼此相互補充之觀點，故僅有片面、相對之正確性²³²。

這種相對正確性也可以從兩說主張者所討論的基礎案例中看出端倪，全然寬恕罪責說以「生命對生命」的【甲板案】為出發點，相對地全然阻卻違法事由說則是以「生命對財產」的【果腹案】為出發點；縱使兩說所保全的部分皆是生命，然而被犧牲的部分卻是天差地遠！實在難以建構兩個案例背後理論上的一致性。況且全然寬恕罪責說對於【果腹案】之相關類型完全沒有加以討論；同樣地，全然阻卻違法事由說亦未對【甲板案】的類似案例加以說明。也因此，德國學者 Küper 認為區分理論的出現，根本就是發展上的必然方向²³³。以下就區分理論認為緊急避難得以阻卻違法或寬恕罪責之根據，依序說明之。

²³⁰ Küper, JuS 1987, S. 84；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，26 頁。

²³¹ Pawlik, 2002, S. 96；王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，190 頁。

²³² 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，28 頁。

²³³ Küper, JuS 1987, S. 85。

(一) 作為阻卻違法事由的根據

傳統上對於緊急避難作為阻卻違法事由的看法是回歸到「阻卻違法事由的一般原理原則」來思考，而阻卻違法事由的基礎思想便是：在一個不可避免地利益衝突中，若行為人優先保全了較高價值的利益，那便是合法之行為。本於這個基礎思想，學說上發展出兩種不同路徑的描述方式，亦即「目的理論」與「法益衡量原則」。

按照目的理論（Zwecktheorie）的看法，違法性之本質在於行為違反法秩序所承認的共同生活目的，若一個構成要件該當行為係適當地達成法秩序所承認的目的時，則可以阻卻違法；相對地，法益衡量原則（Güterabwägung）認為，若行為所保護的法益相較於所侵害的法益有較為優先之地位，那該行為即屬合法。在多數的情況下，目的理論與法益衡量原則是可并行不悖地得出相同結論的，只有在少數個案中兩說才會發生爭執；原因在於目的理論較不重視結果上的法益比較，而是側重手段上的適當性，法益衡量原則則是較不重視行為的觀察，反而著重於結果上的法益保全與犧牲²³⁴。

其實在技術上，我們可以將兩說作折衷式的結合，換言之，在目的理論的「目的」中加入「保全法益大於犧牲法益」的思想，在法益衡量原則的「衡量」內添入「必須使用法秩序所肯定的適當手段」，那麼兩說其實就是在表達同一件事：只有用法秩序所肯定的適當手段以達成保全較高價值法益的結果，才能阻卻違法。就此而言，緊急避難的某些情形便是因為使用法秩序所肯定的適當手段，達成保全較高價值法益的結果，因此得以作為阻卻違法事由²³⁵。

(二) 作為寬恕罪責事由的根據

1、心理壓力理論（Die Theorie des psychischen Drucks）

本說認為當面臨一個緊急危難情狀的當下，行為人之行為係處於精神與頭腦上的極

²³⁴ 參考 LK-Zieschang, 12. Aufl., § 34, Rn. 2。

²³⁵ 正因為緊急避難在作為阻卻違法事由時最能體現阻卻違法事由的一般原理原則，因此在德國便開啟了另一個概念上的爭論：緊急避難是否得以作為阻卻違法事由的一般性規定？關於此爭議，請參見彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係：兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學第 30 期，98 頁以下。

端例外情形，而這種情形與精神障礙者十分類似，都是欠缺對其行為的理解能力或控制能力，因而可以排除行為人之罪責。換言之，這種極度特殊的緊急危難情狀，將對意志自由產生不正常的損害，或說是一種不正常的精神壓力，以致使要求行為人為合法行為的「他行為可能性」因而顯著降低或不存在²³⁶。

在採取心理壓力理論的看法之下，便會將排除罪責事由作廣義的理解，即主張排除罪責事由除了包括「完全不認識法規範，或因病影響所導致的完全缺乏理解能力或控制能力（如典型心神喪失的精神病患者）」以外，還包括了「由於特殊的外在情況所導致對於自由意思決定的不正常影響（如某些緊急避難情況或防衛過當）」；並認為後者情形在考慮到自保本能後，將無法期待行為人做出符合法規範的行為舉止（Umzumutbarkeit normgemässen Verhaltens），因此行為人是受到不正常的心理壓力而排除了罪責非難²³⁷。

2、 雙重罪責降低理論（Die Theorie der doppelten Schuldinderung）

本理論認為緊急避難作為寬恕罪責事由，可以從兩個面向切入觀察，其中一個面向與上述「心理壓力理論」的說明方式大致相同，亦即行為人基於存在心理層面上的壓力，導致一個「合乎規範行為的誘導可能性（Motivierbarkeit）」產生重大影響，因此無法期待行為人做出合乎法規範的舉動，並降低行為人的罪責非難。

至於另一個面向則是跳脫罪責階層，轉而由不法階層的觀察中得出，亦即在結果非價部分，行為人透過緊急避難行為而保全了某些受到急迫威脅的法益，與並未有任何保全的單純侵害行為相較，其非價程度顯然較低；在行為非價部分，行為人發動緊急避難行為是本於保全某些法益的想法，所以跟不帶有任何保全意思的單純侵害行為相較，其非價程度亦顯然較低²³⁸。這個結果非價與行為非價的降低，不僅僅影響了不法內涵的判

²³⁶ 參見 Hörnle, Der entschuldigende Notstand, JuS 2009, S. 875 ; Roxin, AT/1, 2006, 22/7 的整理。

²³⁷ 參考 Klimsch, Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe unter Berücksichtigung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1993, S. 34 ; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，401 頁；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999年，175 頁。

²³⁸ Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandtat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar? ZStW 1966, S. 75-80 ; Geppert, Notwehr und Irrtum, Jura 2007, S. 38 ; Heinrich, AT/1, 2005, Rn. 563 ; Hörnle, JuS 2009, S. 875 ; Kindhäuser, AT 2005, 17/10 ; Klimsch, 1993, S. 32 f. ; Roxin, AT/1, 2006, 22/9 ; Schmidt, AT 2009, Rn. 410 ; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 433 ; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 3 。

斷，同時也影響了罪責非難的範圍，因為罪責的討論前提是不法的成立，而罪責的討論範圍必須由不法來劃定。在緊急避難的情況中，行為人不法內涵的下降連帶限縮了罪責可非難性的討論範圍，因此造成第一次的罪責下降現象；罪責內涵的判斷上又因為行為人有強大的心理壓力，造成第二次的罪責下降現象²³⁹。是以，「雙重的罪責下降」最終得出不值得用刑罰加以反應的法律效果²⁴⁰。

第二項 從德國現行法的角度觀察

在「一體性理論」盛行的時代，刑法界受到 *Kant* 思想的啟發，帝國刑法典第 52 條的緊急避難與第 54 條的強制狀態下緊急避難，便被當成是與罪責有關係的不罰事由；至於民法界則是受到 *Hegel* 的影響，於德國民法第 228 條與第 904 條分別規定「防衛型緊急避難」與「攻擊型緊急避難」的內容，以作為阻卻違法事由。然而就在「區分理論」的發展趨勢下，德國刑法界逐漸認為緊急避難之性質不可能藉由單一的理論來完整說明，因此通說見解基本上完全接受了區分理論的立場，並繼續為「阻卻違法的緊急避難」與「寬恕罪責的緊急避難」發展更完足的詮釋。

基於區分理論，緊急避難應該分為「阻卻違法」與「寬恕罪責」兩種形態，惟帝國刑法典僅有規定「寬恕罪責的緊急避難」，尚無任何與阻卻違法有關的規範。因此，德國學界認為若發生「阻卻違法的緊急避難」情況時，本於法秩序一體性或刑法補充性的基本思想，可優先援用德國民法第 228 條與第 904 條的規定以阻卻違法；若是超出民法規定的範圍以外²⁴¹，則承認阻卻違法的緊急避難得以作為「超法規的阻卻違法事由」而加以援用。至於在德國實務界亦同意學界的看法，帝國法院甚至在 1927 年 3 月 11 日的刑事判決中，對於一名為了保護孕婦生命而不得不實行墮胎行為的醫生，首度用「超法規的阻卻違法緊急避難」否定了醫生墮胎行為的違法性；而且這個判決也在後來的司法實務上繼續受到支持²⁴²。

²³⁹ 詳請參閱「第參章、第三節、第三項、二、(二)、1」部分。

²⁴⁰ 請參閱 *Klimsch*, 1993, S. 33。

²⁴¹ 因為德國民法僅就「犧牲他人之物的避難行為」設有規定，若是犧牲他人之物以外的法益（或利益），即超出德國民法的適用範圍。

²⁴² 參考 *Roxin*, AT/1, 2006, 16/5；*Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 298；高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版，2003 年，61-62 頁的整理。

區分理論的發展漸趨成熟後，終在 1962 年的德國刑法修正草案中增列第 34 條作為「阻卻違法的緊急避難」，至於舊刑法第 52 條與第 54 條之規定，則移到第 35 條作為「寬恕罪責的緊急避難」；至此，區分理論所形成的緊急避難架構已然大備。法條的操作上，由於民法上依然有阻卻違法緊急避難的明文規定，因此在違法性的探討上，還是會先去檢討德國民法第 228 條與第 904 條，確定無法主張民法規定後，才轉而討論德國刑法第 34 條之規定；至於第 35 條是有關寬恕罪責事由之規範，因此當然必須在行為人無法阻卻違法時，才有討論的可能性²⁴³。

針對第 34 條阻卻違法的緊急避難，最原始的設計是接受純粹「法益衡量原則」的看法，並在第一份草案中明白指出，當緊急避難行為人所保全的法益，顯然高於透過構成要件行為所侵害的法益，則該行為並無不法。然而在協商的過程當中，另外相當於「目的理論」的意見被提了出來，認為人們在權衡時，不能僅止於法益關係間的比較，而必須考慮具體案件的所有情形。立法者在綜合兩種意見之下，第 34 條的本文部分採取了較傾向法益衡量原則的說明方式，並以生命、身體、自由、名譽、財產作為法益的例示；至於但書部分則是採取了較傾向目的理論的論述方式，亦即只有在緊急避難行為是適當地達成法秩序所承認的目的時，才承認得以阻卻違法²⁴⁴。因此，當時學說上多認為第 34 條的衡量基礎在於法益衡量原則與目的理論的綜合運用。

針對第 35 條寬恕罪責的緊急避難，由於同屬罪責層次要討論的事由之故，因此在設計時參考了同法第 17 條有關禁止錯誤的規定²⁴⁵，將寬恕罪責緊急避難的法律效果在第 1 項前段本文中寫作「無罪責 (ohne Schuld)」。然而，當時學說上普遍採取「雙重罪責降低理論」的立場，認為罪責的雙重下降僅造成「低度罪責」的結果，繼而不值得用刑罰加以反應而寬恕之，並不能直截了當地看作是「無罪責」；這個立法上的疏漏從第 35 條第 2 項前段可以更清楚地看出，該項條文是「當行為人誤以為身處於『前項寬恕罪責 (entschuldigen)』之事實情狀而實行其犯罪行為，…」明確地將第 1 項理解為寬恕罪責

²⁴³ Erb, Der rechtfertigende Notstand, JuS 2010, S. 17 ff.; Kindhäuser, AT 2005, 17/12; Küper, JuS 1987, S. 86; Rengier, AT 2009, 19/3; Schmidt, AT 2009, Rn. 410a; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 287; Zieschang, Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand, JA 2007, S. 680 ff.。

²⁴⁴ Roxin, AT/1, 2006, 16/7; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 34, Rn. 2.。

²⁴⁵ 德國刑法第 17 條有關禁止錯誤之規定：當行為人著手於犯罪行為時，不可避免地誤以為該行為並非不法行為時，無罪責。若該錯誤係可避免，得按第 49 條第 1 項減輕其刑。

事由，而非排除罪責事由²⁴⁶。是以，學說上還是將第 35 條定位為寬恕罪責的緊急避難，與無責任能力或不可避免的禁止錯誤有所區別。

對於阻卻違法與寬恕罪責的緊急避難，雖然在立法當時，前者是以法益衡量原則與目的理論作為論據，後者是以雙重罪責降低理論為解釋依歸，但學說並未就此滿足，依然繼續找尋緊急避難的詮釋方法，並作更深入的分析與檢討。以下，本文便針對學說上的不同意見，或為兩種不同緊急避難所發展的其他理由，加以介紹與評釋。

一、 否定區分理論的看法

在區分理論形成通說見解並獲立法明文支持後，*Gimbernat* 卻相反地主張「全然阻卻違法說」的一體性理論。*Gimbernat* 認為違法性階層中所存在的阻卻違法事由，所表現出的是立法者處罰意願的問題，也就是說，立法者針對此類行為只是不想用刑罰加以反應，而非是不能加以處罰。在這裡，*Gimbernat* 將違法性階層作為立法者「處罰意願 (Sanktionierungswille)」的表徵，罪責階層則是「處罰能力 (Sanktionierungsvermögen)」的展現；換言之，針對一個阻卻違法的合法行為，其之所以會被容許，背後所代表的是立法者不願意 (或不想) 對行為人施加刑罰，至於寬恕罪責的意義在於處罰的放棄，背後的理由是立法者認為無法透過刑罰達到導正行為人的目的，此乃刑罰的極限，所以立法者是不能對行為人施加刑罰²⁴⁷。

本於上述的理解，*Gimbernat* 將之運用到緊急避難的闡釋，針對行為人所為的緊急避難行為，立法者所展現出來的態度是：「並非不能」對行為人加以處罰，僅僅是因為「不想」對行為人施加刑罰罷了。並非不能的理由在於，雖然緊急避難行為人係身處極度例外的恐慌中，但通常情況下不是完全無能力去避免做出法所禁止的行為，因此光就罪責階層而言，處罰此種行為並未逾越刑罰的極限；是以，立法者在此不施加刑罰的理由與罪責階層毫無關係，應是單純地不想處罰緊急避難行為人，這也意味著立法者抱持著不阻止緊急避難行為的態度。因此，緊急避難並非與罪責層次有關之不罰事由，而應

²⁴⁶ *Klimsch*, 1993, S. 43。

²⁴⁷ 參考 *Küper*, *Der entschuldigend Notstand – ein Rechtfertigungsgrund?*, JZ 1983, S. 90; *Roxin*, *Rechtfertigung- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründe*, JuS 1988, S. 428 f.。

全然是阻卻違法事由²⁴⁸。

二、學說上針對「作為阻卻違法事由根據」所發展的其他理由

(一) 功利性原則 (Utilitaritätsprinzip)

這種看法是從哲學中的「功利主義 (utilitarianism)」出發，認為凡是可以為社會成員創造最大幸福的行為、政策或法律，在法律上便是屬於正當且符合正義。要注意的是，功利主義本身帶有結果主義 (konsequentialistisch) 與集體主義 (kollektivistisch) 的思想在內，按前者，係指一個行為之價值完全取決於是否較能夠實現「最大的利益狀態」；按後者，係指該利益狀態乃以「整體社會」為依歸。換言之，一個行為是否可以算是合法行為，要看該行為是否可以實現整體社會的最大利益狀態而定²⁴⁹。

因此，緊急避難行為之所以阻卻違法性，是因為被犧牲的利益較小、受保全的利益較大之故；易言之，雖然有某些社會成員的利益受到行為人的侵害，但由於該行為為整個社會保存了較多的利益，在相互衡量後，緊急避難行為此時便是有利於整體社會的正當合法行為²⁵⁰，而無辜第三人之犧牲，乃是為了謀求公共利益的特別犧牲²⁵¹。是以，學說上也有將此說稱之為「社會有益說 (Sozialnützlichkeit)」²⁵²。

(二) 國家主義式的解釋 (etatistische Interpretation)

本說源自於前述關於 *Hegel* 的思想，並由 *Pawlik* 加以修正與闡釋。*Hegel* 認為國家作為市民社會的產物，乃是一個福利國家，是一個儘可能提供所有措施以促進人民福祉與維持社會秩序的國家；換言之，國家的存在就是為了「權利的實現」。 *Pawlik* 承繼此等見解並認為緊急避難情狀下之無辜第三人負有一種忍受義務，這種忍受義務可以被視為一種「國民義務 (staatsbürgerliche Pflicht)」，用以補充國家的不足之處。

²⁴⁸ 參考自 *Küper*, JZ 1983, S. 90; *Roxin*, JuS 1988, S. 429。

²⁴⁹ *Pawlik*, 2002, S. 33。

²⁵⁰ 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，179 頁。

²⁵¹ *Engländer*, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, S. 19; 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，98 頁。

²⁵² 如彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊第 58 卷第 9 期，20 頁。

詳言之，國家透過各種制度為人民謀求福利並促進人民福祉，但在某些特殊情況下「權利實現」的基本條件會偶然地喪失，致使某些人民無法追求其福祉；在這種特殊情況發生時，便由其他個人代替國家做出犧牲，以保全「權利實現」的基本條件繼續留存。因此，相對於國家機關為人民追求福祉的制度性義務，緊急避難的忍受義務就被理解為「補充國家機關履行義務的準制度性義務」²⁵³。按照 *Pawlik* 的說法，緊急避難的忍受義務並非依據利益衡量原則，而是本於權利理論，且緊急避難中被犧牲的無辜第三人乃是作為國家之代表而承受危難之轉嫁，因此國家應該儘可能的對其予以補償²⁵⁴。

（三） 社會連帶性原則（Solidaritätsprinzip）

所謂社會連帶，係指在人與人之間具有休戚與共、唇亡齒寒的連帶性理念，因而使每個人對其他人負有責任要提供一定之照護，而形成一種社會互助義務²⁵⁵。然而應該如何論證在人類社會中存有這種相互照料的義務？對此，我們可以借助 *Kant* 的看法來說明。*Kant* 認為絕對的利己主義是不可能成為一個普遍性的行事依據，因為若貫徹絕對的利己主義，那一個人便毋須在他人需要幫助時伸出援手，這是最符合自身利益的行為模式；然相對地，在一個人自己遭遇困難時，若因為貫徹絕對的利己主義而同樣地無法得到任何的幫助，那又會是根本地違反了自身利益。是以，絕對的利己主義本身就是一個矛盾的主張²⁵⁶。

其實我們可以不用放棄利己的思想，只要將從較為宏觀的視角觀察，就可以得出接受社會互助義務的看法；簡單說，只要讓每個社會成員就承擔特定社會互助義務所能得到的利益，大於有可能付出的不利益，那麼承擔此義務便是理性且依然利己的抉擇。德國學者 *Merkel* 便將緊急避難的法制度視為一種理性的社會保險政策，因為本於公平原則（Prinzip der Fairness），所有的社會成員都有可能是潛在的緊急避難行為人或是被避難的無辜第三人，因此在尚未清楚自己角色定位的前提下，任何人都會同意承擔少部分

²⁵³ 參考王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，193 頁的說明。

²⁵⁴ *Pawlik*, 2002, S. 123; *Roxin*, AT 2006, 16/10。

²⁵⁵ 因此亦有學者將此說譯為「社會互助義務說」，如彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊第 58 卷第 9 期，18-19 頁。

²⁵⁶ 參考王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，195 頁的說明。

的利益損害，以換取自己重大利益損害時的轉嫁可能性²⁵⁷。除此之外，承認社會連帶下的互助義務將可以取得他人的支援幫助，以減輕自己對於維持防衛措施之負擔；此負擔之減輕將可以增加人們與他人接觸之機會與範圍，使得人類的生活型態更加豐富，與其他人的關係也將更為密切，間接使社會之基礎更為穩固²⁵⁸。

三、學說上針對「作為寬恕罪責事由根據」所發展的其他理由

(一) 以「功能罪責概念 (funktionaler Schuldbegriff)」排除罪責

Jakobs 本於自己所發展出來的「功能罪責概念」，認為罪責的目的在於使弱規範穩定，而刑罰的意義就在於對規範破壞者的反駁，並同時維持規範一定時間的穩定，刑罰的功能在於訓練人民的法忠誠，而非是讓人民對刑罰產生恐懼。於是，此種刑罰目的便稱之為「積極的一般預防」；而罪責的有無，就是取決於「有無積極一般預防的必要性」²⁵⁹。至於何時欠缺一般預防的必要性，基於功能罪責概念的想法，行為人之所以具有罪責而成立犯罪，便是因為除了有破壞規範的行為外，更具有破壞規範的意思，若不具備破壞規範的意思，那便失去了積極一般預防的必要性而無罪責。此外，*Jakobs* 又多附加了一個情況：若促使行為人產生破壞規範意思的原因，是源自於與行為人無關的偶發事件 (Zufall) 或第三人 (Dritten) 時，那麼也失去了積極一般預防的必要性而無罪責；理由在於，此行為在社會的評價上，無法被認為是「具有影響大眾對法秩序信賴」的行為²⁶⁰。寬恕罪責緊急避難便是導因於偶然或第三人之行為，致使行為人陷於利益衝突的情狀當中，因此不具備積極一般預防的必要性而排除罪責。

與此相類似的是 *Lugert* 的見解，認為必須同時以「心理壓力理論」與「欠缺偶然性 (fehlende Zufälligkeit)」來說明寬恕罪責的緊急避難，前者作為承認的基礎，後者則作

²⁵⁷ 參考 *Engländer*, GA 2010, S. 20；王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，196 頁的整理。

²⁵⁸ 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，102 頁。

²⁵⁹ 詳細內容請參見「第參章、第三節、第一項、四」部分。

²⁶⁰ *Jakobs*, AT 1991, 20/4；以及苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，189 頁的說明。

為承認的界線²⁶¹。

(二) 以「欠缺預防必要性」排除負責性 (Verantwortlichkeit)

本說是以 *Roxin* 所提出的負責性概念為基底，將「罪責」與「預防必要性」共同作為負責性之下兩個等同位階的判斷內涵，前者審查行為人有無對規範的反應能力，後者則檢驗有無本於一般預防或特別預防而發動刑罰的必要²⁶²。

就此而言，寬恕罪責緊急避難在判斷時，會先通過罪責的檢驗，因為行為人仍然可以理解規範、接受規範，並依照規範來行為，具備「對規範加以反應的能力」而有罪責。接下來便要進入預防必要性的審查，若先從「特別預防」的觀點切入，會發現行為人是在極度例外的緊急避難情狀中，為了救援、保全利益而實現違反法規範之行為，這種行為人還是可以融合於社會當中；再從「一般預防」的觀點切入，由於此類緊急避難事件發生頻率極低，因此這種「藉由制裁行為人使其合乎規範地行為」的需求便不復存在。綜上所陳，緊急避難行為人儘管還是具備有罪責，但卻因為無預防必要性而排除了負責性；是以，*Roxin* 將此類緊急避難稱為「排除負責性的 (verantwortungsausschließend) 緊急避難」²⁶³。

四、 綜合評釋

(一) 針對「否定區分理論的看法」

在進入討論之前，*Küper* 首先指出某些批評上的限制：第一，不應該以德國刑法第 35 條已經明文存在（區分理論）作為反駁 *Gimbernat* 見解（全然阻卻違法說）的理由，而認為該見解將使得立法者修法的心血完全白費。因為一個法條存在的正當性是取決於背後支撐理論的正確性，而非單純的立法者意志；況且就算採取全然阻卻違法說也不會使立法者的心血付諸流水，因為只需要將條文的文字內容稍加修正，例如刪除「不法行為」的用語，且將原本的法律效果由「無罪責」改成「不違法」即可，如此一來並不會

²⁶¹ *Lugert*, Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand, 1991, S. 102 ff.。

²⁶² 詳細內容請參見「第參章、第三節、第二項、二」部分。

²⁶³ *Roxin*, AT/1, 2006, 22/6.。

變動到立法者為第 35 條所設計的前提要件。第二，不應該以德國刑法第 34 條已經明文明用「法益衡量原則與目的理論」作為操作標準，批評 *Gimbernat* 另闢蹊徑地以「處罰意願」作為解釋核心。因為仍然可能有其他阻卻違法之原則可供思考，換言之，並不能排除有超法規阻卻違法緊急避難存在的可能性²⁶⁴。

Gimbernat 見解的問題在於「將阻卻違法事由理解為立法者的處罰意願」此一見解的含糊與草率，阻卻違法事由係排除一個構成要件該當之法益侵害行為的不法內涵，這同時也是容許行為人取得一個合法干涉他人之權利，亦即相對人對此侵害負有容忍之義務，因此阻卻違法事由的承認必須經過嚴格的認定程序。立法者絕對不能僅因為「不想處罰」而將一個法益侵害行為合法化，縱使有一定的立法形成空間與彈性，立法者也不能如此膽大妄為²⁶⁵。況且立法者不賦予行為人處罰，並不同於立法者的態度就是允許行為人做出緊急避難行為，也有可能是在不允許該行為的前提下給予「行為人」的寬免；*Gimbernat* 狹隘地將罪責層次的負面事由理解為只有排除罪責事由，忽略了尚有寬恕罪責事由存在的可能性²⁶⁶。

(二) 針對「作為阻卻違法事由的根據」

1、討論層次的混淆

緊急避難作為阻卻違法事由的根據為何，這個問題在某些學說的討論中，相當程度地回歸到了「各個阻卻違法事由是否具有一般性的共同原則？」的提問上，雖說此爭議迄今仍未有個明確且共通的結論，惟按學說見解可以簡單區分為「一元論 (monistische Theorien)」與「多元論 (pluralistische Theorien)」兩種立場。

在一元論中，有主張「目的理論 (Zwecktheorie)」者，如 Graf zu *Dohna* 即認為違法性之本質在於行為違反法秩序所承認的共同生活目的，若一個構成要件該當行為係適當地達成法秩序所承認的目的時，則可以阻卻違法。*Sauer* 則是主張所謂「利多於害原則 (mehr Nutzen als Schaden)」作為法學上的一般原理原則，只要行為對國家社會而

²⁶⁴ *Küper*, JZ 1983, S. 91。

²⁶⁵ *Küper*, JZ 1983, S. 92。

²⁶⁶ *Roxin*, JuS 1988, S. 429。

言所提供的利益大於損害，便是一個合法行為。至於在衡量標準上，*Schmidhäuser* 採取「法益衡量（Güterabwägung）原則」，認為阻卻違法事由必然存在於法益衝突中，若行為所保護的法益相較於所侵害的法益有較為優先之地位，那該行為即屬合法；*Noll* 採取「價值衡量（Wertabwägung）原則」，不僅衡量具體的法益價值，更包括了國家、家庭、性風俗等等抽象價值在內²⁶⁷。

至於多元論部分，早期 *Mezger* 主張阻卻違法事由是由「優越利益（überwiegendes Interesse）原則」與「欠缺利益（mangelndes Interesse）原則」所組成；*Jescheck* 則同時將「目的理論」與「法益衡量原則」作為阻卻違法事由的基礎²⁶⁸；*Jakobs* 更提出以「被害人自我責任原則」、「被害人自我放棄利益原則」、「連帶原則」三者，共同作為阻卻違法事由的依據²⁶⁹。

Roxin 則認為應該將具體案例之全部情狀納入考慮，除了法益位階關係外，還必須綜合一切情事作整體利益衡量，因此稱之為「利益衡量（Interessenabwägung）原則」²⁷⁰。此說若從總體利益衡量的角度看來，類似於一元論的主張；但從細部內容的角度看來，則類似多元論的主張。

有些學說在解釋緊急避難何以作為阻卻違法事由，係直接用目的理論、法益衡量原則或利益衡量原則作為說明依據²⁷¹，惟這種看法其實是混淆了「阻卻違法事由的一般共通原則為何？」與「緊急避難作為阻卻違法事由的根據為何？」兩個不同層次的問題。先就前者而言，阻卻違法事由的一般共通原則乃是個別阻卻違法事由間的最大公因數，亦即身為阻卻違法事由所必須具備的共同特徵，例如阻卻違法事由是在達成法秩序所承認的目的（即前述目的理論的說法），或是在法益衝突中優先保護高價值的利益（即前述法益衡量原則的說法），所有的阻卻違法事由都是如此，緊急避難也不例外。就後者而言，其實更精確的提問是：針對緊急避難此一個別的阻卻違法事由，有無符合其本質

²⁶⁷ 參考 *Roxin*, AT 2006, 14/39；彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係：兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學第 30 期，89-90 頁之整理。

²⁶⁸ *Jescheck/Weigend*, AT 1996, S. 325 f.。

²⁶⁹ *Jakobs*, AT 1991, 11/9 ff.。

²⁷⁰ *Roxin*, AT 2006, 14/42 ff.。

²⁷¹ 這種主張「以利益衡量本身作為理由，放棄去找尋背後的實質依據」的看法，也被稱為「利益衡量本體說」，詳見彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊第 58 卷第 9 期，19 頁。

的詮釋根據？問題的答案不能僅僅是「目的理論」或「法益衡量原則」，因為緊急避難作為阻卻違法事由，前提必然符合阻卻違法事由的一般共通原則，是故必須著眼於緊急避難本身的特殊性來加以回應；若想要單純以目的理論和法益衡量原則來做為答覆，似乎並未精確地回答問題。

2、對於各說的批評與本文看法

針對「功利性原則」的主要批評，是其不當地惡化無辜第三人的法律地位，因為按照功利主義的看法，緊急避難行為所保全之利益只要「大於」所犧牲之利益即可阻卻違法，並不需要到達顯然逾越之程度；若要求行為人在所保全之利益僅「略微大於」所犧牲之利益時，不能發動緊急避難行為，將是使整體社會利益減少的不理性行為。然而這種看法完全忽略受侵害者係「無辜第三人」，極度擴大緊急避難適用範圍的結果，就是極度侵犯個人的自主空間。且若全然採取功利性原則的看法，緊急避難僅取決於利益大小的衡量，那一貫性的主張應該會是「不要求緊急性要件」才對，因為非緊急狀態下犧牲他人利益，只要同時能增進社會整體利益，應無不可。最後，本說中的集體主義內涵將所有社會成員都抽象地一視同仁，具體的個人變成可以隨意抽換的利益歸屬計算工具，便顯得十分不合理。因為利益最大化的假設是以「單一個人」作為適用對象，而不適用於整體社會²⁷²；若將整體社會比作單一個人而適用功利性原則，將會模糊各個社會成員間之特殊性，並忽略不同權利主體領域間之衝突，而形成共產專制的社會形態²⁷³。是以，法秩序不應該單純地追求形式上的利益總值最大化，而是盡力保障個別成員的自由與權利²⁷⁴。

²⁷² 例如單一個人會在腿部潰爛發炎時選擇截肢以保全生命，這的確是按照單一個人自由意志而追求最大利益的表徵；但若適用到整個社會中將會困難重重，除了無法認定社會意志的真正想法為何（難道社會意志真的也想追求最大利益嗎？）之外，更無法說明為何完全不考量被犧牲者的個人意志（在單一個人的情形，因為發爛的腿部不會說話來表達自己的不願被切除意志，但不表示在社會中被犧牲的個人就是心甘情願的）。一言以蔽之，單一意志在追求最大利益時不會有意志衝突的情形發生，但多數意志在追求最大利益時往往出現意志衝突的情形，若無法對「何以不顧被犧牲者的自由意志？」提出有說服力的解釋，那麼就必須對「將功利性原則適用到整體社會」抱持懷疑的態度。

²⁷³ 類似的說法，參見 Hörnle, Der entschuldigende Notstand, JuS 2009, S. 876 f. 的整理。

²⁷⁴ Küper, JuS 1987, S. 87; Renzikowaski, 1994, S. 241; 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第 26 期，180-183 頁。

針對「國家主義式的解釋」，其主張緊急避難係一種人民對國家所負有的國民義務，因此國家應該盡其所能地補償緊急避難之犧牲者；但在當前的法律規定或立法例中，國家事實上並不會在緊急避難犧牲者無法得到行為人的賠償時伸出援手，因此理論與現實並不相符。再者，縱使在現實上將國家的賠償義務給明文化，使緊急避難犧牲者擁有向國家要求賠償的請求權，也無法說明：何以國家獨厚緊急避難的犧牲者？在其他非緊急避難情形的天災人禍中，何以國家不予以賠償？這何嘗不是一種無正當性的差別待遇。最後，一個較為現實的問題是，國家事實上可能也沒有如此的資力來照護國民²⁷⁵。

針對「社會連帶性原則」，首先的批評在於從社會連帶性原則所顯露出的「利他主義」，是否可以成為一般性的行事原則供作立法根據，仍有待商榷。其次是關於「自由的侵害」，由於私人間的權利義務關係，僅能經由兩造協商後形成，不能只是其中一方有此需要，另一方就要做出犧牲，若強制其犧牲之意願，便是侵害犧牲者的自由²⁷⁶。然而第一個批評本身便是錯誤的，因為社會連帶性原則並非以利他主義為依據，從宏觀的角度來看，反而還是依循利己主義的思考²⁷⁷。至於第二個批評則未切中要領，在實際個案中我們無法接受「犧牲意願的自由」被剝奪，其實是一種相當情緒性的說法；詳言之，若我們已經理性地在規範設計時接受了社會連帶性原則的想法，那沒有道理在實踐時又用「侵害自由」的理由反駁整個制度，否則就是一種自我矛盾。但相對地，有學者批評：雖然在規範設立時是用「理性的利己主義」為基礎，但我們無法確定在具體個案中，所有人都會嚴格理性地遵循這個規範，比如就像用「侵害自由」的理由來反駁規範設立的情況²⁷⁸。

的確，「規範的設立」與「規範的實踐」必須用不同的理由來加以說明²⁷⁹，關於後者，焦點在於：是否符合每個人的利益所制定出來的規範，就算嗣後在個案實踐中無法滿足

²⁷⁵ 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第26期，193-194頁。

²⁷⁶ 類似的說法，如 Meißner 認為承認社會連帶、互助之義務必然要以侵害「尊重他人利益之義務」為其手段，此等尊重他人利益之義務僅能在遇到公益事務時加以退讓，並無法在等值的私人間將其弱化。詳見 Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand, 1990, S. 173 ff.

²⁷⁷ 詳見上述「(三)、社會連帶性原則」部分。

²⁷⁸ Pawlik, 2002, S. 69-70。

²⁷⁹ 混為一談的討論，如苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999年，104頁。

自己的最大利益，仍然必須被遵守？就此而言，倘若在具體個案中人民可以按其最大利益來選擇是否遵守規範，那最終的結論就是沒有人會願意遵守已經制定的法規範；繼言之，縱使具體個案中的人民得到了最大利益，但由於任何規範都隨時可以本於個人的計算而不被遵守，實際上就是一個無規範的狀態，這種狀態在長久以往下將對每個人都造成最不利之後果。因此在理性的思考之下，遵守自己依據公平原則所同意的緊急避難規範，整體上是最符合自身利益的行為；至於自由的侵害只是追求自身利益的必要代價，最多是情緒上的不滿，尚不足以成為否定的理由²⁸⁰。

綜上所述，有力學說多承認社會連帶性原則是緊急避難作為阻卻違法事由中，較為堅強且明確的理由²⁸¹，本文亦感認同；惟要特別強調的是，社會連帶性原則必然有其極限，因此必須留意其對極概念「自主原則（Autonomieprinzip）」，亦即社會連帶性原則不得無限擴張，過度侵蝕自主原則所保護的個人權利領域，反之自主原則也不能隨意放大，以致於否定社會互助義務的存在²⁸²。

（三） 針對「作為寬恕罪責事由的根據」

1、 「心理壓力」說法上的混淆

最為典型的「心理壓力理論」認為當面臨一個緊急危難情狀的當下，行為人係處於精神與頭腦上的極端例外情形，而這種情形與精神障礙者十分類似，都是欠缺對其行為的理解能力或控制能力，致使要求行為人為合法行為的「他行為可能性」顯著降低或不存在，而可以排除行為人之罪責。

惟本說混淆了他行為可能性的判斷領域。首先，緊急避難之行為人仍然具有認識規範的「辨識能力」以及依其認識而為合法行為的「控制能力」，已如前述²⁸³，因此本說不當地將緊急避難與排除罪責之「無責任能力」或「不可避免的禁止錯誤」相提並論，並

²⁸⁰ 王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第26期，196-197頁。

²⁸¹ 如黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，269-170頁；王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第26期，198頁；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999年，103頁以下。

²⁸² 實際上「社會連帶性原則」與「自主原則」是一體兩面、互為光影的概念。

²⁸³ 詳見「第參章、第三節、第三項」部分。

非妥適。再者，本說認為排除罪責事由除了包括「基於無認知或因病影響心靈活動所導致的完全缺乏理解能力或控制能力」以外，還包括了「由於特殊的外在情況所導致對於自由意思決定的不正常影響」兩者，亦是本於上述的相提並論性而在不知不覺中改變了「他行為可能性」的內涵，擴張及於與理解能力或控制能力無關的事項上²⁸⁴。因此，無論是純粹的心理壓力理論，或是同時接受心理強制看法的雙重罪責降低理論、Lugert 以心理壓力理論綜合欠缺意外性之見解，都有這個混淆的缺失存在。

2、 「不法降低」存在與否的爭論

摒除心理壓力理論的不妥，通說見解所採取的雙重罪責降低理論還有一個很重要的論據便是：由「結果非價」與「行為非價」的降低所構成的不法降低現象，連帶地造成罪責內涵的降低。學說上對於是否真的存有「不法降低」的現象，展開了肯否兩說的對峙，通說（雙重罪責降低理論）採取肯定見解，至於採取否定見解者，大多轉往以「預防必要性（功能罪責概念或負責性概念）」作為說明的依據²⁸⁵。

3、 本文看法

對於寬恕罪責緊急避難該如何詮釋的問題，勢必要與罪責階層的理解相互接軌方可竟全功。以本文對於罪責層次的重新架構為前提²⁸⁶，「雙重罪責降低理論」與「預防必要性（功能罪責概念或負責性概念）」是可以相互並存的。按本文看法，不法行為推定行為人的「可非難性」，並劃定罪責的討論範圍；而推翻可非難性的負面罪責事由，分為否定他行為可能性的「排除罪責事由」與否定預防必要性的「寬恕罪責事由」兩種。在犯罪的漸進式判斷之下，寬恕罪責緊急避難的不法內涵必然會因為保全利益的關係而有所下降，由於可非難性是受到不法的推定，故這個「不法的下降」便導致罪責討論範圍的限縮；在這個被限制的討論範圍內，繼而討論行為人的罪責內涵。首先，寬恕罪責緊急避難仍然具備他行為可能性，因此不符合「排除罪責事由」而有罪責；再者，從特別預防以及一般預防的角度切入觀察並無預防必要性存在，是以就算行為人仍然具有罪

²⁸⁴ 詳細的論述與說明，請參閱「第參章、第三節、第三項」部分。

²⁸⁵ 關於有無不法減輕的屬性，詳請參見「第參章、第三節、第三項、二、(一)」部分，於此不再贅述。

²⁸⁶ 詳見「第參章、第三節、第四項」的部份。

責，但因為該當「寬恕罪責事由」，可以得到立法者所給予的寬容²⁸⁷。

綜合以上說明，雙重罪責降低理論是可以說明寬恕罪責的緊急避難，只要清楚地區分究竟「雙重降低」各是所指為何即可。第一個降低其實是「可非難性範圍的限縮」，歸因於不法減輕的推定效果；第二個降低其實是「預防必要性的降低」，導因於特別預防與一般預防的綜合評價。

第三項 從我國現行法的角度觀察

首先，學界有主張緊急避難之性質應屬「放任行為」，該行為雖具有阻卻違法之效果，但相對人對此行為卻不負有容忍義務，亦即相對人仍然得以與之對抗。伸言之，本說認為緊急避難行為本身既非違法行為，也不是權利行使行為，故緊急避難之相對人非有甘受損害之義務，法律因而允許其對於避難行為人為對抗行為；且由於緊急避難係屬放任行為之故，是以法律對於緊急避難之相對人之地位，有充分考慮之必要性²⁸⁸。這種看法十分類似 *Arthur Kaufmann* 「法外空間說」的主張²⁸⁹。

再者，學說上也有支持一體性理論中「全然寬恕罪責說」的看法，認為自刑法上保障人權、防衛社會之任務觀之，任何人皆無保全自己而犧牲他人之權利；而他人亦無忍受不法侵害與供人犧牲之義務。因而緊急避難者將所遭遇之危難，轉嫁無辜之他人承擔，不能謂非違法行為，故應成立犯罪；惟是如一般人亦處於避難者所處之危難地位，倘不能期其不為違法行為時，則法律亦不強人所難，予以歸責，在此場合自應阻卻責任，庶使個人與社會得以協調。故緊急避難之所以阻卻責任者，是因為行為者在避免危難時，無法為適法行為之期待可能性也²⁹⁰。

相對地，學說上亦有支持一體性理論中「全然阻卻違法說」的看法，認為緊急避難除了可以為自己主張外，也可以為「他人」而主張，而既然可以為他人主張，就代表行為人是為他人行使其合法的權利行為；若將緊急避難行為評價為不法行為的話，根本不可能保有為他人主張的避難救助可能性。是以，緊急避難與罪責層次毫無關連性，僅能

²⁸⁷ 詳見上述「第肆章、第一節、第二項、三、(二)」部分。

²⁸⁸ 韓忠謀，刑法原理，作者自版，1982年，162頁；褚劍鴻，刑法總則論，作者自版，1997年，172頁。

²⁸⁹ 詳見「第參章、第二節、第一項」部分。

²⁹⁰ 周治平，刑法總論，三民，1981年，335頁。

作為阻卻違法事由²⁹¹。

通說見解則是接受「區分理論」的看法，認為緊急避難在法律效果上應該分為「阻卻違法」與「寬恕罪責」兩種類型。然而應該如何區分？又該如何與條文接軌？則有不同的理解方式。

一、 第 24 條僅作為寬恕罪責緊急避難之依據

首先就立法理由而言，第 24 條的立法理由有言：「…於前條正當防衛情形不同，非由於驅斥他人侵害，乃由水火雷震及其餘自然之厄，或由於自力所不能抵抗之人力強制，不得已而為之者，刑律及不加以罰，蓋本於法律不責人之所不能之原則也。」由此可見，其行為之所以被設計為不罰，乃是基於期待不可能之觀點所致²⁹²。

其次，若要想將第 24 條理解為阻卻違法事由，恐怕會有先天上的困難。因為阻卻違法事由乃是承認法益侵害行為在法秩序中的合法性，將會對於當事人間的權利義務關係產生重大影響，因此在法條內必須對於當事人間的利益加以考量。然而綜觀第 24 條之規定，卻遍尋不著對緊急避難相對人的利益考量，甚至沒有就避難相對人的犧牲界線作出明文規定²⁹³，而僅僅就避難行為人一方之需求來為規範上的設計。因此就法條設計的結構而言，第 24 條誠屬寬恕罪責緊急避難之依據²⁹⁴。

在刑法上只有規定寬恕罪責的緊急避難，惟在採取區分理論的前提下，雖然阻卻違法緊急避難在現行法上付之闕如，卻不排除另行建構阻卻違法事由的可能性。方法上可以基於法秩序一體性的要求，援引我國民法第 150 條作為緊急避難阻卻違法的依據；也可以藉由超法規的阻卻違法緊急避難來達成這個任務²⁹⁵。

²⁹¹ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002 年，162 頁；陳子平，刑法總論，元照，2008 年，259-260 頁。日本通說見解亦同，見川端 博，余振華譯，集中講義刑法總論，元照，2008 年，173 頁以下。

²⁹² 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，353 頁；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，44 頁。

²⁹³ 相對而言，德國刑法第 34 條的阻卻違法緊急避難，是以「顯然優越利益」作為犧牲的界線。

²⁹⁴ 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，45 頁。

²⁹⁵ 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，56 頁。國內學說也有不採取區分理論，而將緊急避難作為全然寬恕罪責者，如柯耀程，刑法概論，元照出版，2007 年，224-229 頁，惟並未對其見解的立論基礎深入說明。

二、 第 24 條僅作為阻卻違法緊急避難之依據

有認為第 24 條要求緊急避難行為必須是別無其他選擇之「不得已」行為，是該「不得已」即作為當事人間之利益衡量標準，在具體個案中劃定緊急避難相對人的犧牲界線。既然第 24 條係以利益衡量作為其成立與否的重要標準，作為阻卻違法事由並無疑義。至於寬恕罪責的緊急避難，僅能求諸期待可能性的思考而來，也就是建構超法規的寬恕罪責事由²⁹⁶。

三、 第 24 條同時作為阻卻違法與寬恕罪責緊急避難之依據

學說上多數見解認為第 24 條可以同時作為阻卻違法與寬恕罪責緊急避難之依據，然而這種立場的說明方式也有兩種不同方式。第一種方式是以第 24 條第 1 項的本文與但書作為區分依據，亦即緊急避難行為若可以符合第 24 條第 1 項本文「緊急避難」之規定，則該當阻卻違法的緊急避難；至於發生第 24 條第 1 項但書有關「避難過當」之情形，則視為寬恕罪責的緊急避難²⁹⁷。第二種方式則是認為第 24 條可以包含兩種緊急避難在內：其中當避難行為人所要保護的利益顯然大於第三人的利益時，避難行為可以阻卻不法；而當避難行為人所要保護的利益並非顯然大於第三人的利益時，固然不能阻卻不法，但在欠缺期待可能性的情況下，可以阻卻有責性，因此不構成犯罪。兩種情形都算是第 24 條所要規範的情況，結論都是不罰²⁹⁸。²⁹⁹

第二節 緊急避難作為阻卻違法事由

如前所述，關於阻卻違法緊急避難係以「社會連帶性原則」與「自主原則」作為互

²⁹⁶ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，作者自版，1998 年，193-194、215 頁。

²⁹⁷ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，336-337、354 頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009 年，1—129 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，248 頁；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，新學林出版，2009 年，99 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，作者自版，1996 年，301-302 頁。

²⁹⁸ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，279 頁。

²⁹⁹ 關於將緊急避難當成放任行為的見解，在實際內涵上，與 *Arthur Kaufmann* 所主張的「法外空間說」幾乎完全相同，因此前述對於法外空間說之批評皆有適用，茲此不贅。至於應該採取一體性理論抑或區分理論，區分理論中哪種對於第 24 條的詮釋方式較佳等問題，由於牽涉到各個緊急避難的要件設計與解釋，因此本文擬於緊急避難要件介紹過後，再一併加以檢討。

為消長的核心概念，並在具體個案中綜合一切情事作整體利益衡量³⁰⁰。

第一項 客觀上存在避難情狀

一、 危難的意義

所謂「危難」，是一種按具體狀況有發生災難的可能性，只要有這種可能性即為已足，不論其程度上的高低，均係危難。危難的來源可以是自然災害，也可以是人為所造成；換言之，天災或人禍皆可以是危難的概念，就此而言，危難在意義上較正當防衛中的「侵害」概念來得寬廣得多³⁰¹。此外，學說上有認為對於他人的合法行為具有忍受義務者，則無由構成危難，例如一般人逮捕現行犯乃依法令之合法行為，被逮捕者具有忍受義務，因此對於其自由法益即無危難可言³⁰²；惟有學者採取相反態度，認為對於全部的危難都可以主張緊急避難，就算是依法令之行為，也只是利益衡量（衡平性檢驗）時的一個考量罷了³⁰³。

二、 危難所針對的對象

第一個問題是：危難所針對的法益為何？是否必須受到限縮？這個問題比較我國刑法與德國刑法，從法條文義上就可以看出顯然的不同。德國刑法第 34 條除了例示「生命、身體、自由、名譽、財產」法益以外，更有「其他法益」的概括規定，因此危難所針對的法益並不受限；反觀我國刑法第 24 條第 1 項本文規定，以「生命、身體、自由、財產」作為緊急避難的保護法益，並無概括規定存在，因此在我國便產生爭議。

早期學說將緊急避難定位為放任行為，因而認為相較於權利行為的正當防衛，其範圍不應該太過於寬廣，是以將保護法益限縮在生命、身體、自由、財產，乃妥適的立法

³⁰⁰ 以下僅先依照國內學說見解與德國相關討論加以介紹，至於本文見解，請參見第五章部分。

³⁰¹ 參閱 *Roxin*, AT 2006, 16/19；林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008 年，337 頁；高金桂，*正當防衛與緊急避難之競合*，*月旦法學教室*第 90 期，20 頁。但要注意的是，在此並未對緊急避難的適用範圍作出任何限縮，亦即不會像某些學說的定義，將緊急避難限制在「不能主張正當防衛時」方有適用，如 *Klimsch*, 1993, S. 42。

³⁰² 林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008 年，338 頁。

³⁰³ 如果在方法上直接對緊急避難之危難設限，反而會在設限之界線上產生問題，直接點出此點的，請參閱黃榮堅，*基礎刑法學（上）*，元照，2006 年，270 頁，以及同頁注釋 77。

方式，是以第 24 條第 1 項本文所舉之保護法益，係列舉規定³⁰⁴。由於緊急避難作為放任行為的看法已然過時，現今多數見解本於緊急避難作為阻卻違法事由的特性，認為只要得以作為法益者，皆代表其重要性是受到多數社會成員所肯認，因此都有受到保護的必要，重點毋寧在於將「法益位階」納入考量的利益衡量檢驗部分，而不是自始限縮法益的保護種類。因此可以將第 24 條第 1 項本文所舉之保護法益當作例示規定³⁰⁵，或是創造「超法規的阻卻違法緊急避難」予以保護³⁰⁶。³⁰⁷

第二個問題是：危難所針對的是誰？可否為他人主張緊急避難？學說在此問題上則有高度共識，認為阻卻違法的緊急避難既屬合法行為，為他人主張當無不可，並將此種為他人主張緊急避難之情形稱為「避難救助」。

三、 危難的緊急性

危難的緊急性，係指倘若行為人並未立即採取避難措施，即有可能喪失救助法益的機會，而無法阻止損害的發生，或有可能造成或大損害的狀況³⁰⁸。最典型的情形是「迫在眼前的危難 (Augenblicksgefahren)」，亦即法益損害的發生非常急迫，而與正當防衛現在不法侵害的「現在性 (Gegenwärtigkeit)」判斷方式大致相同。然而，由於危難在意義上較侵害概念來得更為寬廣，因此對緊急性的認定亦較現在性要來得寬鬆，以便掌握各式各樣的危難型態。是以，緊急性在解釋上不用侷限於直接面臨損害的危難³⁰⁹，就算損害尚非直接面臨，但之後想要再避免已屬不可能或需要承擔重大風險時，亦是屬於緊急

³⁰⁴ 韓忠謨，刑法原理，作者自版，1982 年，166 頁；褚劍鴻，刑法總則論，作者自版，1997 年，172 頁。

³⁰⁵ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，352 頁以下；陳子平，刑法總論，元照，2008 年，261 頁；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，116 頁。

³⁰⁶ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002 年，164 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，249 頁。

³⁰⁷ 認為是列舉規定的不同意見，請參見林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009 年，1—126。

³⁰⁸ 僅參閱林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，338 頁。

³⁰⁹ 但這反而是正當防衛「現在性」的本質要求。對此，甚至有學者極端限縮現在性的判斷，認為必須以「著手時點」作為侵害的開始，如 *Jakobs*, AT 1991, 12/23；柯耀程，刑法問題評釋，元照，2004 年，6 頁以下。有主張「有效理論 (Eiffizienzlösung)」，以再遲便無法或難以有效保護法益時，為侵害的開始，如黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，249 頁。德國學者 *Roxin* 則認為侵害的開始是介於「預備的最後階段」與「著手」的區間之內，*Roxin*, AT 2006, 15/24。

之危難。例如醫師在為懷胎三月的孕婦檢驗時發現，其孕婦的身體情況在生產時將有極大的死亡可能性，於是便在當下幫孕婦墮胎；雖然在行為當時孕婦尚未直接面臨損害，但仍無礙將其認定為緊急之危難³¹⁰。

此外，還有一種無法被現在性所包含的特殊類型：「持續性危難 (Dauergefahr)」³¹¹。所謂持續性危難，意指損害發生的威脅性乃持續性地存在，而且這個威脅性可能會馬上轉變為真正的損害，或在一段時間後才轉變為真正的損害；換言之，損害的威脅性已然發生，但何時到來確是無法預料的，例如地震使得老式三合院建築構造被破壞，隨時都有倒塌的可能性，雖說房屋的確還沒有要倒塌，但亦無礙將其認定為緊急之危難³¹²。

第二項 客觀上具有避難行為

一、 實效性 (Geeignetheit)

避難行為必須對於法益的保護是有效的，若避難行為根本毫無排除危難以保護法益的作用，那所謂的避難行為就不是正當的避難行為；這種對於避難行為要能夠減少法益受侵害總量的要求，稱之為「實效性」³¹³。在體系定位上，學說有將之作為獨立的要件加以探討³¹⁴，亦有作為必要性的基本內涵或前提要件來理解³¹⁵；惟無論如何，實效性必然是避難行為所要求的要件之一。

二、 必要性 (Erforderlichkeit)

³¹⁰ 參閱 *Roxin*, AT 2006, 16/20。

³¹¹ 惟有不同見解將正當防衛的現在性判斷放寬及於「持續性侵害」在內，見黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，248-249頁。

³¹² *Heinrich*, AT/1 2005, Rn. 412 f.; *Rengier*, AT 2009, 19/12; *Roxin*, AT 2006, 16/21; *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 306; *LK-Zieschang*, 12. Aufl., § 34, Rn. 36; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，338頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，249頁。

³¹³ 這裡是參考黃榮堅老師的用語，其他也有使用「適合性」或「適當性」來加以稱呼。

³¹⁴ 如 *Heinrich*, AT/1 2005, Rn. 416; 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，272頁。

³¹⁵ 如王皇玉，強制治療與緊急避難，月旦法學雜誌第151期，264頁；林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，341頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，250頁。這個看法應該是承襲自德國學說的討論方式，以「Erforderlichkeit」（必要性）作為避難行為的成立要件，並在必要性的討論中附加實效性的內涵。

避難行為的必要性，意指該行為是在「無避免可能性」之下，所能排除危難的「最小侵害」手段。在必要性的考量下，首先要注意的是，必須將「迴避」而不直接予以攻擊的方法也一併納入，這是緊急避難與正當防衛在必要性思考上最重大的差異；換言之，兩者的必要性仍有寬嚴之別，前者還須慮及「不直接發動攻擊」的可能性，後者則本於「法規確證」的意義而毋庸予以考量。若在具體個案中，行為人仍然具有迴避可能性，例如在公權力（多半指警力）隨時得以支援的情形，那行為人就應該優先選擇迴避的手段才是，因為「不攻擊」永遠都是較「攻擊」來得更輕微的排除危難手段。在無迴避可能性的前提之下，行為人才能從其他具有傷害性的作法當中，考慮最為溫和的手段加以行使。

第三項 客觀上通過利益衡量

一、 衡平性

緊急避難較為特殊之處，在於其特別強調利益衡量（Interessenabwägung），首先便是通過緊急避難的「衡平性」考量，亦即避難行為所保全利益以及所犧牲利益之間的平衡關係。在此，可以確認衡平性的衡量標的乃是「保全利益」與「犧牲利益」兩者，至於其間的衡量標準與衡量因素為何，以下逐一討論。

（一） 衡平性的衡量標準

1、 攻擊型緊急避難（aggressiver Notstand）

德國通說與實務見解依據該國刑法第 34 條之明文：「若所保全之利益顯然大於所犧牲之利益，所為之行為不違法。」因而認為這裡所稱的衡量標準，並非僅要求保護利益大於犧牲利益即可，而是所要保護的利益必須「顯然優越（wesentlich Überwiegen）」於所侵害的利益才可以。國內學說見解大致上亦採取相同看法³¹⁶。

然而這個「顯然優越」的標準是否可以適用在全部的緊急避難案件中，近代學說開始產生反省的聲浪，主要的原因在於「顯然優越標準」是以涉及無辜第三人的緊急避難

³¹⁶ 僅參閱林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，251 頁。

行為作為思考原型，亦即是由「攻擊型緊急避難」作為出發點所構思的社會連帶界線。本於社會連帶性原則，社會成員之間具有一定程度的互助義務，而這個互助義務的證立基礎在於：「任何人都同意承擔少部分的利益損害，以換取自己重大利益損害時的轉嫁可能性。」由此可知，社會連帶的界線在於自己犧牲少部分的利益，以供他人重大利益的保全³¹⁷。相對而言，作為社會成員的無辜第三人在自己較輕微侵害的範圍內，有供他人轉嫁以維護重大利益的忍受、互助義務，此時不會被看做是個人權利領域自主性的過度侵害。是故，在攻擊型緊急避難中以「顯然優越」作為衡量標準，是可以被接受的。

2、防衛型緊急避難（defensiver Notstand）

惟同樣的「顯然優越標準」，是否可以原封不動地移植到「防衛型緊急避難」中一體適用，就產生不小的爭議。首先，所謂防衛型緊急避難，係指危難是由緊急避難相對人所招致，行為人為了避免該危難所可能造成的損害，遂採取干預或破壞緊急避難相對人利益的避難行為³¹⁸。攻擊型與防衛型緊急避難的差異點在於避難相對人的不同，前者是「無辜第三人」，後者則是「危難招致人」。

早期認為，針對人為的侵害應適用正當防衛，針對非人為的侵害則應適用緊急避難，這是不當限縮危難概念所形成的盲點。現在，防衛型緊急避難概念上是否存在的爭執已經塵埃落定，因為通說認為危難的概念可以同時包含天災與人禍在內，只不過在該人禍具備不法內涵時，便同時符合正當防衛與緊急避難的情狀要件；反之，在該人禍未具有不法內涵時，就僅能考慮緊急避難了。舉例而言，行為人面臨一隻家犬的瘋狂攻擊，在避無可避之下，用木棍將該犬擊斃，若該犬是受到主人的控制指揮而攻擊行為人，那行為人對於毀損罪部分當可主張正當防衛以阻卻違法；若主人對於該犬的攻擊行為並無預見可能性，並已盡其注意義務，那行為人只可能考量緊急避難以阻卻違法。

關於防衛型緊急避難應如何安排其衡量標準，學說上口徑一致地認為應該較攻擊型緊急避難來得寬鬆，因為防衛型緊急避難在結構上與正當防衛十分類似³¹⁹，行為人除了

³¹⁷ 詳細論述請見本章「第一節、第二項、(三)」部分。

³¹⁸ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，348頁。

³¹⁹ 甚至在概念上，德國學說有認為防衛型緊急避難是正當防衛的延伸性規定。詳請參閱彭美英，阻卻違法之防禦性緊急避難—以德國為重心，玄奘法律學報第3期，90頁以下的整理。

保全被威脅的法益外，更維護了法律所保障其支配領域完整性的權利，因此應該賦予行為人更大的防禦空間。至於確切衡量標準的找尋，國內學說鮮少提及，德國通說認為應類推適用該國民法第 228 條有關防禦型緊急避難之規定³²⁰，以保護利益與犧牲利益之間「並非顯失比例」作為標準，換言之，只要保護利益非顯然低劣於犧牲利益，即可通過衡平性的檢驗，本文簡稱為「非顯然低劣」標準。

其實這個「非顯然低劣」標準也可以從自主原則中找到詮釋。詳言之，作為社會連帶性原則對極概念的自主原則，其內涵除了建構每個社會成員的自主領域之外，也包括了必須自我承擔在自主領域內所發生之不利益；不能一方面支持自主領域壁壘分明式地絕對個人化，另一方面卻又贊同在不利益發生時必須加以社會化³²¹。因此在自主原則中，個人享有不受外來干涉的自主領域，但也負擔有不得引起他人領域危險之義務，自主領域所產生之不利益，便應由自身承擔；是以，防衛型緊急避難中的避難相對人，本身便應該承擔自主領域中之不利益，避難行為人僅僅是將該不利益保留在其自主領域中，所以利益衡量的標準應當可以大幅放寬，採取「非顯然低劣」標準應是可以接受。

（二） 衡平性的衡量因素

1、 法益位階關係

關於利益衡量的考量因素，較抽象的標準是依循「法益位階關係」的比較，簡單說，人格法益優越於財產法益，而人格法益中又以生命法益為最高，身體法益次之，自由法益再次之³²²。特別是生命法益的絕對最高性，以犧牲生命法益作為避難的理由，原則上均不被允許；且生命與生命之間亦無法作「質 (qualitativ)」或「量 (quantitativ)」上的比較，因此不能肯認為救社會知名人物而殺害流浪漢之行為的合法性，也不能說為救十

³²⁰ 在此立場下，還可以分為「將防衛型緊急避難視為超法規阻卻違法事由」與「仍適用德國刑法第 34 條」兩種見解。至於德國學者 *Roxin* 則認為應可直接適用第 34 條的要件與衡量標準—「顯然優越」標準，因為在將自主原則或是法益保護原則等與防衛型緊急避難有關之原理原則納入衡量後，還是可以得出保全利益顯然優越於犧牲利益的結論。請參見 *Roxin*, AT 2006, 16/72 ff.，以及 *Zieschang*, JA 2007, S. 683 的介紹。

³²¹ *Renzikowaski*, 1994, S. 179。

³²² *Rengier*, AT 2009, 19/28；林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，345 頁。

人而殺害一人即屬合法³²³。

2、法益受影響的程度以及損害發生的可能性

當相衝突法益的位階等值或僅有些微差異而難以比較時，便要考量危難對法益的影響程度。在慮及法益受影響的程度時，常常會使得在抽象價值上較為高價值的法益被犧牲，卻還是可以符合衡平性的考量；例如消防隊員以噴水柱救火，但是因為水柱的衝擊力導致路人因此受噴而跌倒擦傷，在本例中消防隊員係為挽救鉅大之財物，而犧牲了路人的身體法益，雖然在抽象比較上身體法益是高過於財產法益，然而考慮到鉅大財物的必然滅失與身體上的輕微擦傷，前者受影響的程度顯然較高，因此仍可通過衡平性檢驗³²⁴。除此之外，損害發生的可能性也是另一個具體考量的因素，對於被損害可能性愈高的法益予以救助，則法秩序愈應該肯認避難行為的價值。這裡所比較的是損害發生的程度問題，若為避免法益侵害的具體可能性，而犧牲抽象的可能性時，便可通過衡平性檢驗；如一名些微酒醉的父親，不顧醉態駕駛罪之規定，將重傷的女兒送往醫院急救，便是犧牲醉酒駕車的抽象危險，來避免傷者死亡的具體危險，因而可通過衡平性檢驗³²⁵。

3、處於特別義務地位（Besondere Pflichtenstellungen）

所謂負擔有特別義務，意指在業務上或公務上負有承擔危險之義務。而特別義務的考量，應是立於社會分工的需求上，藉由制度的設計，將日常生活中所存在的某些危難交由受過專業訓練、具有相關知識、體力與技能之人來承擔；若這些特別義務者可以無限制地援用緊急避難來保護自己，將使得制度目的完全落空³²⁶。職是之故，這些處於特別義務者，多係指與社會公安有關之人員，例如軍人、警察、消防員等等；但也不排除私人所僱用的警衛、船長、救生員等。但要注意的是，這種危險承擔的特別義務並不是無止盡的犧牲義務，而僅僅是一種風險義務，若該危難已經具體迫切地嚴重威脅生命安

³²³ Heinrich, AT/1 2005, Rn. 425; Rengier, AT 2009, 19/32; Roxin, AT 2006, 16/33 f.; Zieschang, JA 2007, S. 682 f.。

³²⁴ 案例取材自林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，346頁。

³²⁵ Roxin, AT 2006, 16/44 f.。

³²⁶ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，271頁。

全時，縱使身處於特別義務地位，仍然可以主張緊急避難以阻卻違法³²⁷。

4、自招危難 (Selbstverursachung der Gefahr)

早期的刑法學者 *Binding*，曾經援用「冒險者隕落於冒險之中 (Wer sich in Gefahr begeben hat, komme drin um)」這句嚴肅的格言，反對自招危難者得以主張緊急避難的各種理由。惟上述看法過於粗糙與速斷，應將自招危難分為「意圖自招危難 (Absichtsprovokation)」與「有過咎的自招危難 (die Verschuldung der Notstandlage)」兩種，分別討論其適用空間³²⁸。

意圖自招危難，係指行為人於原因行為時已設定「藉由緊急避難行為來侵害他人」的目的，並因此故意地自行招來危難，而在結果行為時遂行侵害他人法益之行為。在這種自招危難的類型中，學說見解異口同聲地否定行為人得以主張緊急避難，原因在於行為人乃是利用法律所給予的保護以達成犯罪行為，若將這個目的綜合性地放入利益衡量之中，那麼表面上的保全利益行為，其實質內涵卻是不折不扣的權利濫用；在評價上，這種帶有犯罪目的的保全利益行為無論如何都不可能大於被犧牲之利益，因而無法主張緊急避難。

有過咎的自招危難，指行為人雖然自始沒有藉由緊急避難以侵害法益的意圖，卻是可受歸責地自行招致危難。針對此類自招危難，通說見解認為只需要考量行為當下是否可以滿足緊急避難之各個要件即可，例如客運司機為了趕提早收班，把未經保養的車輛開上路，不料到了下坡處卻發現煞車系統失靈，為了避免直接撞上放學途中的學童隊伍，於是轉動方向盤撞上停靠路旁的小客車，造成小客車內駕駛人受傷，試問司機可否主張緊急避難以阻卻違法³²⁹？通說認為客運司機在煞車失靈當下係面臨緊急之危難，而選擇保全一群學童的生命，無論如何都比犧牲一個人的身體來得顯然優越，因此乃合法的避難行為，客運司機當然可以主張阻卻違法緊急避難；至於先前未檢修客運之過失，

³²⁷ *Roxin*, AT 2006, 16/65 f.; 林山田，刑法通論 (上)，作者自版，2008 年，343 頁。詳細說明與介紹，請參閱苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，138 頁以下。

³²⁸ 至於「無過咎的自招危難 (die unverschuldung der Notstandlage)」，學說上多肯定行為人可以主張阻卻違法的緊急避難，僅參閱 *Roxin*, AT 2006, 16/60。

³²⁹ 案例取材自黃榮堅，基礎刑法學 (上)，元照，2006 年，280 頁。

則與緊急避難之要件無涉³³⁰。惟學說上另有基於「原因不法行為(actio illicita in causa)」理論，認為由於原因行為本身具有不法性，致使之後的結果行為不得援引緊急避難而阻卻違法³³¹。

對於以上的看法，國內有學者提出精闢的剖析，認為兩說的觀察角度都不完全，因為本案例中可供評價的行為時點有兩個，其一為「結果行為時」，其二為「原因行為時」，應針對兩個不同時點逐一個別地評價是否得以成立犯罪。由於結果行為時已然符合所有的緊急避難要件，已如上所述，故該時點得以主張緊急避難以阻卻違法；然而原因行為時行為人具有過失，且不具備緊急避難要件，因而仍然構成過失傷害罪。通說見解漏未判斷原因行為，而相反意見則錯判結果行為成立犯罪，均有所偏³³²。

5、 強制狀態下的避難行為 (Nötigungsnotstand)

若行為人是在遭受他人的強制行為的壓迫之下，而著手實行了法益侵害行為，是否可以主張緊急避難以阻卻違法？就此，學說上有主張這種行為是可以阻卻違法的，因為受他人強制亦屬危難之概念，行為人可以本於社會成員的互助義務，要求無辜第三人對此予以容忍，否則豈不是迫使行為人與強制者共同立於不法的一方³³³。相對而言，多數見解則認為這種行為並不能阻卻違法，最多只能寬恕罪責；因為若賦予行為人可以阻卻違法的效力，那便代表了緊急避難相對人無法再對行為人主張正當防衛，如此一來，狡詐的幕後行為人便可以藉由強制他人為不法行為，而達到消弭正當防衛權的目的³³⁴。³³⁵

³³⁰ 採此說者，如 *Roxin*, AT 2006, 16/61 f.; 林山田，刑法通論(上)，作者自版，2008年，350頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，256頁以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002年，167-168頁；陳子平，刑法總論，元照，2008年，262-263頁。

³³¹ 採此說者，如甘添貴，義務衝突之性質與解決原則(上)，月旦法學教室第40期，15頁；並參閱 *Roxin*, AT 2006, 16/64 的整理。

³³² 黃榮堅，基礎刑法學(上)，元照，2006年，281-282頁。同樣的觀察與說明，也可以用在意圖自招危難之中。

³³³ 如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002年，168頁。

³³⁴ 參閱 *Rengier*, AT 2009, 19/55 ff.; *Roxin*, AT 2006, 16/67; *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 443 的整理。學說上還有一個理由是認為，若幕後行為人無法以間接正犯加以掌握的話，承認可以主張緊急避難將導致教唆者無法從屬而脫免於教唆犯的處罰，造成可罰性漏洞。然而在採取「犯罪支配理論」且不以「負責原則」作為限制的前提之下，幕後行為人似乎難以不被間接正犯所掌握。有關間接正犯以負責原則作為限制是否合理的分析，請參閱蔡聖偉，刑法問題研究(一)，元照，2008年，163頁以下。

³³⁵ 關於德國相關學說見解之整理，詳請參閱 *Bünemann/Hömpfer*, Nötigungsnotstand bei Gefahr für

其實上面的說法都不精確，因為是否得以主張阻卻違法緊急避難，應該要依附於緊急避難的整體要件來討論。他人的現時強制行為，該當「緊急之危難」的避難情狀，行為人之行為乃是當下具有實效性的最小侵害手段，因此評價的重點還是歸結到衡平性的討論之上；這種強制狀態下的避難行為必然是「攻擊型緊急避難」無疑，因此衡平性的衡量標準係採取「顯然優越」標準。若行為人是被強制去做某些輕微的犯罪，例如門窗的毀損行為，在自由法益的絕對壓制與輕微的財產損害之間，輔以法益受影響的程度與損害發生的可能性，可以肯認保全利益是顯然優越於犧牲利益得以阻卻違法；反之，若行為人是強制去做某些嚴重的犯罪，例如剝奪他人生命，那在自由法益的絕對壓制與喪失生命之間，無論如何都必須否定保全利益顯然優越於犧牲利益的結論，因而不能阻卻違法，至多考量可否寬恕罪責³³⁶。

二、 相當性

緊急避難行為相當性 (Angemessenheit) 的討論，是源自於德國刑法第 34 條但書：「但前述情形僅有在該行為是為避免危難的相當行為，始有適用。」該條款在德國稱之為相當性條款。關於相當性條款存在的意義為何，在德國早期有認為該條款並無任何的意義，最多僅能表達出對於利益衡量的「控制」，用以提醒法律適用者要謹慎地從事利益衡量的工作³³⁷。相對的，現今多數見解都認為相當性條款還是有存在的價值，亦即將其解釋成：為緊急避難相對人所設下的絕對犧牲界線 (absolute Opfergrenze)，也就是

nichthöchstpersönliche Rechtsgüter, Jura 2010, S. 184 f. 國內文獻的整理與介紹，可以參見許澤天，強制支配—犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第 21 卷第 3 期，43 頁以下；黃惠婷，強制性的緊急避難—評最高法院 94 年台上字第 2324 號判決，月旦法學雜誌第 133 期，214 頁以下。

³³⁶ 同此見解，Roxin, AT 2006, 16/68；MK-Erb, 2005, § 34 Rn. 140。然而在強制狀態緊急避難中，幕後行為人還有可能用「對非高度屬人性法益 (nichthöchstpersönliche Rechtsgüter)」的威脅，例如財產上的侵害，來強迫行為人從事高度屬人性的法益侵害行為；此時除了無法通過阻卻違法緊急避難利益衡量之檢驗，也將無法吻合寬恕罪責緊急避難於情狀部分的限縮 (限於生命、身體、自由，詳見下述)。因此德國學說上有針對此類特殊情形提出解決方案，亦即類推適用寬恕罪責緊急避難的法律效果，排除其罪責，詳見 Bünemann/Hömpfer, Jura 2010, S. 185 ff. 但如此一來將抵觸寬恕罪責緊急避難法益類型禁止類推的基本決定，見下述「第三節、第一項、一」部分。

³³⁷ 請參見 Roxin, AT 2006, 16/91；Onagi, Die Notstandsregelung im japanischen und deutschen Strafrecht im Vergleich, 1993, S. 152 的整理。

為利益衡量增設第二階層（zweite Wertungsstufe）的檢驗³³⁸。

在這樣的理解下，這個犧牲界線已經不是在考慮利益之間的大小比較問題³³⁹，而是在於手段本身「正當」與否的問題，相當性審查所表達的意義就是，縱使在目的的追求上已達「保全利益顯然優越於犧牲利益」，但只要使用社會或法律所不允許的、不正義的手段，那麼還是無法阻卻違法。至於這些不被接受的手段，可能是違反人類社會中的基礎價值，也可能是違反了立法者已經事先做成的決定；在此，自主原則便成為審查時的核心考量要素。

（一） 涉及人性尊嚴（Menschenwürde）

這裡面臨到【強制抽血案】這個經典案例：甲因為車禍重傷而送至醫院急救，生命垂危而有大量輸血的需要，但醫院正巧缺乏稀有的同型血液，醫師乙知道醫院義工丙與甲的血型相同，便求助於丙，但遭丙拒絕。乙為救助甲的生命，便使用強制力抽取丙的血液用於甲的醫療，最終救活了甲。在本例中，醫師乙可否主張緊急避難以阻卻違法？

採取肯定說者認為，個人對其身體的自主決定權雖然法益位階極高，但在保全急迫生命法益喪失的衡量下，還是必須退讓；再者，強制抽血乃法所容許的強制手段，因為在刑事訴訟程序中可以為了釐清事實的訴訟利益而強制抽血³⁴⁰，舉輕以明重，當然也可以在為了保全生命的情況下強制抽血³⁴¹。採取否定說者則認為，縱使在衡平性考量下保全利益顯然逾越於犧牲利益，然而這種未得被害人同意而侵犯其身體自主權的作法，無異是將人貶低為純粹的「客體」，嚴重違反自主原則所建構的核心領域，直接侵犯人性尊嚴的基礎價值，因此手段上並不相當³⁴²。

³³⁸ 參閱 *Jakobs*, AT 1991, 13/36 ff.; *Roxin*, AT 2006, 16/92; *Zieschang*, JA 2007, S. 683。

³³⁹ 因為這個問題已經在衡平性部分充分地考量過了。

³⁴⁰ 如刑事訴訟法第 204 條、第 205 條之 1。

³⁴¹ *Roxin*, AT 2006, 16/49; *Jakobs*, AT 1991, 13/25; 林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009 年，1—129；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，255 頁。

³⁴² *Krey*, AT/1 2001, Rn. 563; *Rengier*, AT 2009, 19/60 f.; *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 319; *LK-Zieschang*, 12. Aufl., § 34, Rn. 68; *MK-Erb*, 2005, § 34 Rn. 185; *NK-Neumann*, 2005, § 34 Rn. 118; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，348 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，254 頁；黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，274-276 頁。

(二) 法律上已預作規定

假設立法者已經對於手段的選擇做出了明確的指示，那麼司法者便不能牴觸立法者所預設的考量。例如刑事訴訟法第 128 條第 1 項，要求搜索時必須持有搜索票，便是對於人民自主領域所設下的侵犯界線，縱使發現真實的利益顯然逾越於人民的隱私利益，也絕對禁止在未經聲請取得搜索票的情形，任意發動搜索的舉動。在法律上對於某種情形已經預作規定時，即不容許再以其他理由來侵犯個人的絕對自主領域；除非在部分案例中，某些情形已經超越立法者制定法律時的預想範圍，才有重新檢視自主原則是否過度受到侵犯的問題³⁴³。

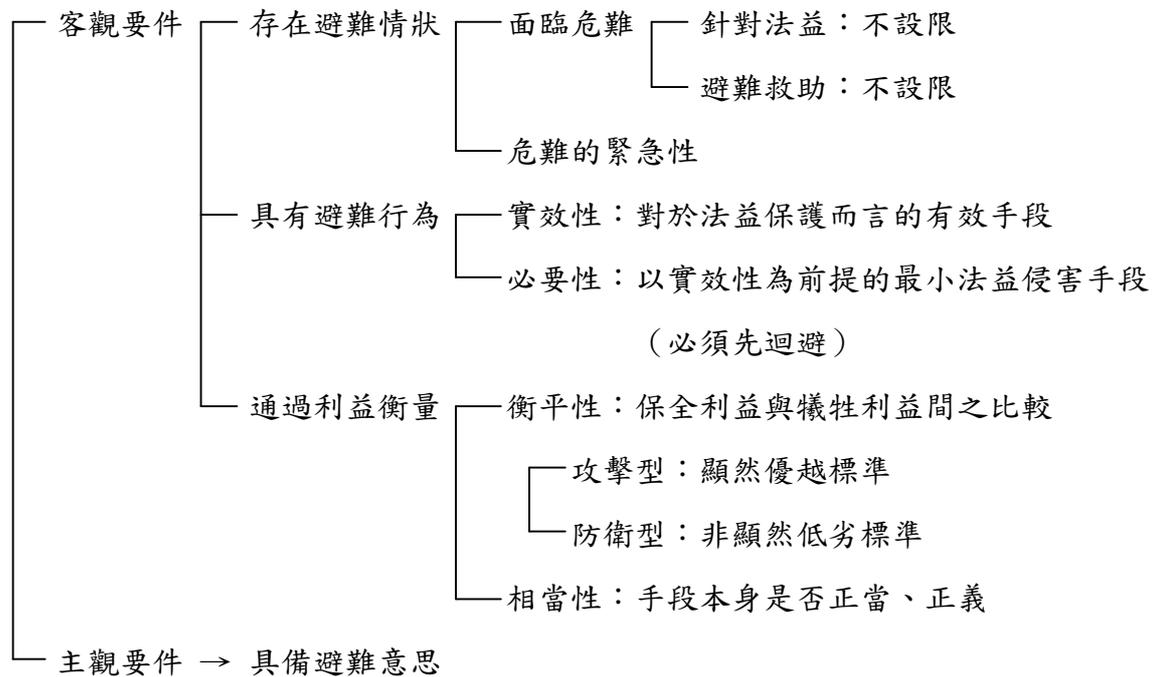
第四項 主觀上出於避難意思

行為人主觀上必須具備避難意思 (Gefahrabwendungswille)，才能主張緊急避難。關於避難意思的內涵，通說見解認為僅需達到故意的程度即可，並無須要求到以之為意圖的程度。在通說見解下，行為人必須認識到「避難情狀」，亦即要認知其正面臨一個緊急之危難；其次，行為人亦必須意欲實行「避難行為」，也就是要想做出一個具有實效性的最小侵害行為；最終，行為人也要對於「利益衡量」的相關事實有所認知。當全部的客觀要件都被行為人的故意所涵蓋時，始承認具備主觀上的阻卻違法要件³⁴⁴。

³⁴³ 比如說在關於「搜索」的相關規定中，立法者便是用搜索票作為人民自主領域的侵犯界線，但不能說「無令狀搜索」的一切情形都是不當地侵犯人民自主領域，因為立法者另外在刑事訴訟法第 130 條至第 131 條之 1 考量了附帶搜索、緊急搜索與同意搜索的情形，只有在超出這些預想情形以外的無令狀搜索，才能重新檢視自主原則是否過度受到侵犯。

³⁴⁴ Heinrich, AT/1 2005, Rn. 429 ff.。

《圖表 4-1：阻卻違法緊急避難的要件整理》



第三節 緊急避難作為寬恕罪責事由

如前所述，關於寬恕罪責緊急避難係以「雙重罪責降低理論」為立論核心，以不法的下降造成可非難性的第一次限縮；再以欠缺預防必要性作為第二次的限縮。與國內通說見解普遍將「避難過當」理解為寬恕罪責緊急避難的反面論述（「不符合」避難行為必要性的要求）方式不同，德國刑法第 35 條係直接用正面的方式將寬恕罪責緊急避難的要件明文訂出，結構上與第 34 條的阻卻違法緊急避難十分雷同³⁴⁵。由於國內學說幾乎未曾提及，故以下便依循德國學說的討論方式逐一介紹之³⁴⁶。

第一項 客觀上存在避難情狀

在危難的意義與緊急性上，與阻卻違法的緊急避難所稱的「危難」與「緊急性」概

³⁴⁵ 國內採取與德國學說相同看法，將寬恕罪責緊急避難從正面論述的，如陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，作者自版，1998 年，215 頁；苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，191 頁以下。

³⁴⁶ 至於本文見解，請參見第五章部分。

念完全相同³⁴⁷，在此不贅。以下僅就「危難所針對的對象」乙點加以討論。

一、 保護法益之限縮 — 限於「生命、身體或自由」

由「危難所針對的法益為何？」此點切入觀察，可以發現德國刑法第 35 條第 1 項在保護法益方面做了限縮，限於針對生命、身體或自由法益而來的危難，方有寬恕罪責緊急避難的適用，這與保護法益不設限的阻卻違法緊急避難（德國刑法第 34 條）相較，是非常重大的差異。會如此限縮的原因在於，寬恕罪責事由本身依然是不法行為，而要使一個不法行為最終得到不成立犯罪的寬免，其情狀就必須限縮在極度例外的狀況下，才有辦法被社會大眾所認同。在此前理解之下，無法放縱任何的法益侵害行為都可以得到寬恕，只能限縮在「高度屬人性的重要法益」之內，一方面可以較為明顯地展現不法下降的幅度，另一方面亦是因為難以期待一般人可以對此侵害加以忍受，因而較不具有特別預防與一般預防的必要性。

生命法益絕對是高度屬人性的重要法益，因此發動緊急避難較無爭議，比較需要討論的是關於「胎兒」的生命，是否可以納入寬恕領域之中。肯定見解認為胎兒之生命亦屬生命，並且在法條的文義解釋範圍內，應當予以承認³⁴⁸；至於否定見解則由三個面向加以反對：第一，在條文中與生命相提並論的身體與自由法益，都是只有自然人才能擁有，本於體系解釋方法，生命法益也應該限於自然人之生命才是。第二，配合條文中有關「避難救助」的規定，必須要為親屬或親密夥伴才能主張，然而胎兒無論如何都不該當此等概念。第三，就算不將胎兒的生命納入考量，也不會產生任何的漏洞，因為對於胎兒生命的危難，同時也就是對於孕婦生命或身體法益的危難，是故可以轉而由孕婦自己主張緊急避難或由他人主張為孕婦避難³⁴⁹。

在身體法益部分，所指的是針對「身體的不可侵犯性（körperliche Unversehrtheit）」的危難，至於是否可以將「性的完整性（sexuelle Integrität）」也包括在內，學說上有採

³⁴⁷ 參閱 Heinrich, AT/1 2005, Rn. 565、568；Klimsch, 1993, S. 45；Roxin, AT 2006, 22/15。

³⁴⁸ Jakobs, AT 1991, 20/8；Otto, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., 1992, S.200；Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, 27. Aufl., § 35 Rn. 5。

³⁴⁹ LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 12；MK-Müssig, 2005, § 35 Rn. 13；NK-Neumann, 2005, § 35 Rn. 14；Roxin, AT 2006, 22/24。

肯定見解³⁵⁰，惟通說見解採取否定說，並認為性的完整性乃是性自主決定權的問題，涉及的應該是自由法益的侵害才對³⁵¹。

在帝國刑法典中僅將生命與身體納入規範，並未顧慮到自由法益的保護，雖然在德國現行法第 35 條中提昇了自由法益的重要性，但本於體系解釋上的一貫性，這種自由法益的侵犯也必須做狹義的解釋，限縮於「身體行動自由」的剝奪，或是「性自主決定自由」的壓制³⁵²。至於一般的意志決定自由，其威嚇性與嚴重程度均不及生命或身體法益的侵害等級，因此應該予以排除。

最後要提醒的是，此處所列舉的法益乃立法者有意的篩選，法律適用者在解釋法條時並無加以擴張的空間，因此通說皆認為針對其他法益的緊急危難，排除了類推適用第 35 條第 1 項可能性³⁵³。

二、 避難救助之限縮 — 限於「親屬或親密夥伴」

由「危難所針對的是誰？」此點切入觀察，可以發現德國刑法第 35 條第 1 項在避難救助方面亦做了限縮，限於對自己的親屬或親密夥伴而來的危難，方有避難救助的適用，這與為他人防衛不設限的阻卻違法緊急避難（德國刑法第 34 條）相較，也是非常重大的差異。如此限縮的主要原因同樣在於「寬恕罪責事由本身依然是不法行為」此點之上，所以本條的適用範圍不宜過廣；而為自己所重視之人避難，之所以可以得到無罪的寬免，是由於當該等人員面臨危難時，基於一般人性的思考，行為人會有感同身受的情感存在，亦即學理上所稱「引起同理心之人（Sympathiepersonen）」，故難以期待行為人按捺內心的激動而放棄救援行為，因此較不具有特別預防與一般預防的必要性。

³⁵⁰ Jakobs, AT 1991, 20/8; MK-Müssig, 2005, § 35 Rn. 14; Stratenwerth/Kuhlen, AT/1 2004, 10/104。

³⁵¹ Roxin, AT 2006, 22/25; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 13。

³⁵² 通說見解的看法，僅參閱 Roxin, AT 2006, 22/28；不同意見，見苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，193 頁。

³⁵³ 在德國司法實務上，發生了所謂的【偷窺者案（Spanner-Fall）】，案例情形是：被害人每天深夜都侵入一對夫婦的臥房內偷窺，造成這對夫婦心理上極大的恐懼。男主人為了要遏止被害人這種不請自來的偷窺行為，便在某夜準備好槍械，並於發現被害人又再行侵入之際，喝令其站著；被害人轉身逃跑，男主人為了停止被害人往後繼續從事偷窺行為，因此便開槍擊中被害人的左臀與身體左側，造成被害人嚴重的傷害。德國學界普遍認為縱使有一個「持續性危難」存在，然而被害人並未對夫婦的生命、身體或自由法益造成嚴重威脅，因此否定了寬恕罪責緊急避難的適用，甚至也無法類推適用。參閱 Roxin, AT 2006, 16/86、22/28; Klimsch, 1993, S. 44。

關於「親屬」的概念，依照德國刑法第 11 條第 1 項第 1 款的立法定義認定之。該條規定之親屬包括了：直系血親、姻親及其配偶、同居人、有婚約之人，兄弟姊妹及其配偶、同居人、有婚約之人，配偶或同居人的兄弟姊妹。縱使婚姻關係與同居關係已不存在，或姻親關係已經消滅，亦同。擬制血親關係亦包括在內。

至於「親密夥伴」的概念，則必須依循於親屬的概念而不能妄加擴大，應該要考量一種「長期存在、類似於親屬」的人。這種人可能是與婚姻相類似的共同生活關係者，也可以肯認一些長期住在一起的人在內；縱使沒有住在一起，也可以包括固定的性伴侶，或是在親屬概念外的其他親戚。但絕對不能將單純的球友、鄰居、同事或黨派同志等等，納入親密夥伴的概念之中；且這種親密夥伴的關係必須是互相的，不能只是一方面的單純感受，例如單戀的對象³⁵⁴。

第二項 客觀上具有避難行為

在避難行為的討論上，由於德國刑法第 35 條第 1 項與第 34 條所使用之字句都是「無法以他法加以避免之緊急危難」，因此寬恕罪責緊急避難的避難行為基本要件都與阻卻違法緊急避難相同，都有實效性與必要性的內涵，因此至少必須是「具有實效性的最小侵害行為」³⁵⁵。

較大的差別在於阻卻違法緊急避難在法文中另行要求「衡平性」的檢驗，這卻是寬恕罪責緊急避難所無的要求，想像得到的可能原因是：衡平性係為了「決定行為合法與否」而存在，因此於阻卻違法事由之中是一個絕對必須加以考量的因素；但在寬恕罪責事由當中，並非是在判斷行為的不法性，換言之，「行為不合法」乙點僅為罪責判斷之前提，與罪責階層的內涵較無關聯，是故無庸再行檢驗衡平性要件。

德國學說見解雖然亦肯認在寬恕罪責緊急避難中，衡平性的檢驗並非關鍵，然而有不少學者卻將衡平性的內容轉換到「有無期待可能性（或預防必要性）」的觀察之上，亦即賦予衡平性不同於阻卻違法時的考量：行為人究竟值不值得寬恕？在行為人為了保

³⁵⁴ Roxin, AT 2006, 22/30 f.; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 31 ff.。

³⁵⁵ Ebert, AT 1994, S. 97; Heinrich, AT/1 2005, Rn. 570; Rengier, AT 2009, 26/9; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 42。此外，Schmidhäuser 認為避難行為也只能針對「他人的生命、身體或自由法益」為之，因為若對於其他更輕微的法益（比如財產）發動緊急避難的話，永遠都可以藉由阻卻違法緊急避難來排除違法性，根本無庸進入罪責來討論。對此見解的批評，請見 Klimsch, 1993, S. 46 f.。

全自己的生命而犧牲他人生命時，學說上都肯認行為人是值得受到寬恕的，在此意義下，法益比較的有無似乎不會對德國刑法第 35 條的適用產生任何影響；然若行為人為了保全自己骨折的可能性而犧牲無辜第三人的生命，或使之全身癱瘓的話，學說上皆認為此時不應該寬恕行為人，在這個案例當中，法益比較似乎就直接對法條的適用發生重大影響³⁵⁶。是以，保全利益與犧牲利益之間的相稱性（Proportionalität），在寬恕罪責緊急避難中便成為設定寬恕與否的下限值；當其間的比例差異越大時，行為人得到完全寬恕的機會也就越小。

第三項 主觀上出於避難意思

在此，通說認為與阻卻違法緊急避難相同的是必須具備避難意思，惟不同的是寬恕罪責緊急避難額外要求行為人必須將「避難」作為促成行為的動機，亦即要求必須是本於救助意圖（Rettungsabsicht）而發動避難行為，始足以呈現行為人所承受的特殊動機壓力。是以，寬恕罪責緊急避難之主觀要件內涵有三：行為人必須認識到「避難情狀」，亦即行為人要認知正面臨一個緊急之危難；行為人亦必須意欲實行「避難行為」，也就是行為人要想做出一個具有實效性的最小侵害避難行為；行為人的所有行為都必須出自於「救助意圖」而為之，若有其他理由大過於救助意圖時，將不能滿足本條的主觀要素³⁵⁷。

第四項 仍有預防必要性的法定排除事由

立法者於德國刑法第 35 條第 1 項但書，認為有兩種情形將直接排除寬恕罪責緊急避難的適用，即「自招危難」與「處於特別義務地位」；主要理由在於這類情形之行為人仍然有忍受、承擔危難的期待可能性（或預防必要性），因而藉由立法行為直接剝奪法律適用者的判斷空間。以下依序介紹之。

³⁵⁶ Frister, AT 2006, 20/10 ff.; Heinrich, AT/1 2005, Rn. 571; Klimsch, 1993, S. 55; Lorenz/Najdecki/Schwarz, AT 2006, Rn. 143; Rengier, AT 2009, 26/30; Roxin, AT 2006, 22/55; Schmidt, AT 2009, Rn. 595; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 439。

³⁵⁷ Ebert, AT 1994, S. 97; Heinrich, AT/1 2005, Rn. 579; Klimsch, 1993, S. 48; Rengier, AT 2009, 26/11; Roxin, AT 2006, 22/32; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, § 35 Rn. 16。

一、 自招危難 (Selbsverursachung der Gefahr)

依照德國刑法第 35 條第 1 項但書之規定，若該危難情狀是行為人自行招致，而可以期待承擔該危難者，則前述寬恕罪責緊急避難之規定即不得適用，因而導出自招危難應無寬恕的可能，典型事例如行為人自己玩火，導致大火而使自己生命陷入危險之中。然而是否依照法條文義，所有「自招危難」的情形都不能主張寬恕罪責緊急避難？則仍有探究的餘地。

無爭議的是「意圖自招危難」與「有過咎的自招危難」的情形，不能得到任何寬恕；至於「無過咎的自招危難」可否主張寬恕罪責緊急避難？學說上有採否定說的看法，認為依照條文文義解釋，行為人只要是「自行招致」便排除寬恕的可能，至於行為人本身過咎與否則非所問；況且德國現行法第 35 條係由舊法第 54 條演變而來，在舊法條文中雖明文規定行為人必須是「無過咎的 (unverschuldet) 自招危難」，方有寬恕的可能，但現行法第 35 條僅規定「自行招致」即為已足，這是立法者有意的變動，也就是行為人的自招行為只要與危難的到來有條件理論 (Bedingungstheorie) 下的關聯性，即不得主張寬恕罪責緊急避難³⁵⁸。至於通說見解則採取肯定看法，認為文義解釋有其界限而不應永恆的被遵循，一個人僅在有義務違反的前行為時，方會受到不利於己的對待，因此行為人的自招行為必須至少是有過咎的 (或可非難的、具有義務違反性的)，才會產生第 35 條第 1 項的法定排除；若是無過咎者，當然還是可以主張寬恕罪責緊急避難³⁵⁹。

但其實依照本文在前面阻卻違法緊急避難有關自招危難的介紹，結果行為本質上只要符合寬恕罪責緊急避難之要件，就是可以主張；至於原因行為本身是否構成犯罪，也應該是獨自判斷，與結果行為無涉。按照這個見解，自招行為 (即原因行為) 要構成犯罪，當然必須至少是有過咎的義務違反行為，始足以成立過失犯罪³⁶⁰。

二、 處於特別義務地位 (Besondere Pflichtenstellungen)

依照德國刑法第 35 條第 1 項但書之規定，行為人若是處於一個特別關係之中，而

³⁵⁸ 詳見 *Klimsch*, 1993, S. 49 的整理。

³⁵⁹ *Heinrich*, AT/1 2005, Rn. 573; *Kindhäuser*, AT 2005, 24/13; *Klimsch*, 1993, S. 49; *Rengier*, AT 2009, 26/20; *Roxin*, AT 2006, 22/46; *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 441。

³⁶⁰ 詳見本章前述「第二節、第三項、(二)、4」部分。

可以期待承擔該危難者，則前述寬恕罪責緊急避難之規定即不得適用；惟行為人雖可以期待承擔該危難，卻非處於一個特別關係之中者，得依第 49 條第 1 項之規定減輕其刑。如前所述，所謂負擔有特別義務，意指在業務上或公務上負有承擔危險之義務。不允許處於特別義務地位者主張寬恕罪責緊急避難，便是藉由該等人員的危險承擔義務來維持某些社會制度的存在功能，例如消防隊員撲滅火勢以維護公共安全的制度功能，將會因為賦予消防隊員得以主張緊急避難，而使其功能大打折扣³⁶¹。

本於相同的道理，某些無法透過法條文義所涵蓋的社會上地位，例如夫妻相互之間，或父母對於未成年子女，在法律上負有危險承擔義務時，同樣無法基於緊急避難之理由，主張寬恕罪責之特權³⁶²。

三、 與法定排除有關的「避難救助」

（一） 與「自招危難」相關

若一名父親有過咎地為自己的女兒招致了緊急之危難，並且只有透過犧牲無辜第三人才可能拯救女兒時，父親可否主張避難救助？單純從法條的文義來做解釋的話，這名父親無論如何就是一個「有過咎的自招危難者」，因此應該排除適用寬恕罪責緊急避難的可能。惟學說上主張肯定說的理由是：當一個人有過咎地將自己的家庭帶入危難中時，這個人只會更強烈的感覺到義務要將自己的家庭從危難中拯救出來！社會大眾對於父親的這種強大壓力動機是可以諒解的，因而預防的必要性便不再具備³⁶³。相對的，主張否定說的理由則是從無辜犧牲者的角度切入，認為當行為人是自行招致危難時，便同時劃定了不得犧牲無辜第三人的絕對界線，此時所要關注的應該是無辜犧牲者的法益保護問題，而並非在於「面臨危難者是否為『能引起行為人同理心』之人」這個問題上³⁶⁴。

若將案例顛倒過來，一名妻子有過咎地為自己自招危難，並且只有透過犧牲無辜第

³⁶¹ 詳見本章前述「第二節、第三項、(二)、3」部分。

³⁶² *Klimsch*, 1993, S. 55; *Roxin*, AT 2006, 22/53; 苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年，205-206 頁。

³⁶³ *Rengier*, AT 2009, 26/35; *Roxin*, AT 2006, 22/50。

³⁶⁴ *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, StGB, § 35 Rn. 20a。

三人才可能拯救妻子時，丈夫可否主張避難救助？主張肯定說者認為，按照法律條文的解釋可以得知丈夫本身並非「有過咎的自招危難者」，因此不會受到法定排除條款的影響；且丈夫所受到的強大動機壓力，與妻子的有過咎前行為並無任何關連性，因此沒有限縮避難救助的理由³⁶⁵。主張否定說的論點仍然是回到了無辜犧牲者的補償之上，認為無辜第三人的保護應該要優先於自招危難的妻子³⁶⁶。

其實在處理自招危難的相關問題時，都應該將造成無辜第三人法益侵害的結果行為與原因行為分開評價，前者直接檢視是否可以該當寬恕罪責緊急避難的相關要件，後者便視有無故意或過失以決定是否成立犯罪。

（二）與「處於特別義務地位」相關

首先的問題是：具有救災義務的救援人員，得否在災難發生的情況下，選擇犧牲其他人而救援自己的親屬或親密夥伴，行為人可否主張避難救助？通說見解在此採取否定說，認為此類處於特別義務地位者所承擔的義務乃是為維護公共利益而存在，因此並不允許私人的感情凌駕在制度目的之上，否則便是犧牲社會大眾的公共利益，並讓一切的制度功能被破壞殆盡³⁶⁷。

相反的問題是：在一場船難之中，船長的妻子以其他乘客的生命為代價而救出自己的船長丈夫，行為人可否主張避難救助？若在不考慮船長特別義務地位的前提下，妻子本身應該是可以符合寬恕罪責緊急避難中所要求的強大心理壓力，因而不具有預防的必要性；然而在加入特別義務地位的考量之後，通說見解本於制度設計的公益性以及特別義務承擔的功能性思考，要求義務人除了必須承擔特別義務之外，更同時要求義務人之親屬或親密夥伴亦須容忍特別義務人所面臨之危難，而不能發動避難救助³⁶⁸。

³⁶⁵ Rengier, AT 2009, 26/36；Roxin, AT 2006, 22/50。

³⁶⁶ 參閱 Klimsch, 1993, S. 51 的整理。

³⁶⁷ 僅參閱 Roxin, AT 2006, 22/43。

³⁶⁸ Roxin, AT 2006, 22/43；Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, § 35 Rn. 29。

《圖表 4-2：寬恕罪責緊急避難的要件整理》



第四節 我國法上緊急避難立法形式的檢討

第一項 正當防衛與緊急避難在立法形式上的異同

由於學說上不乏將正當防衛的立法架構與緊急避難相提並論者，甚至本於正當防衛的體系來詮釋緊急避難，造成緊急避難在某些概念的理解上乃是援用自正當防衛；然而正當防衛與緊急避難之間，是否具有如此高度的相似性可供比附援引，則是值得再加以釐清之處³⁶⁹。本文以下將循序探討之。

一、 正當防衛體系架構簡介

正當防衛的基本精神除了個人的自我保護以外，同時也及於「正者無須向不正者低頭」的法秩序原則³⁷⁰，在兩個基本精神的交互作用下，行為人所發動的防衛行為是極其正當的，雖然在形式上有法益侵害的外觀，評價上卻是合法的權利行使行為。是以，正當防衛在早期便已經無異議地被看作是合法行為，也就是作為犯罪體系當中的「阻卻違

³⁶⁹ 新近文獻中明白指出此點並認為應該加以檢討者，如許澤天，強制支配—犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第 21 卷第 3 期，55-56 頁。

³⁷⁰ 此即二元要素理論 (Zwei-Elemente-Theorie)，同時考量「個人自我保護」與「法規範確證」的利益。

法事由」來看待。因此不論是帝國刑法典第 53 條抑或新刑法第 32 條，都是把正當防衛當作阻卻違法事由加以理解；只要能夠滿足正當防衛之客觀與主觀要件，便可以直接得出阻卻違法的結論。

（一） 正當防衛的成立要件

接著就正當防衛的成立要件而言，要能夠成立正當防衛，客觀上行為人必須是面臨一個「現在不法之侵害」而發動「防衛行為」，防衛行為的組成內涵，如同緊急避難般需要考量「實效性」以及「必要性」，唯一不同的地方是必要性部分無庸優先考慮迴避之手段，這是本於正當防衛維護「法規範確證利益」的當然之理；主觀上行為人也必須要有「防衛意思」。由此要件設計可知，正當防衛並不像阻卻違法緊急避難般要考量到「利益衡量」，而似乎可以在符合必要性之下無限制地發動，惟通說為了理性地節制正當防衛權，於是提出了所謂「正當防衛的社會道德衡量 (sozialethische Erwägungen)」³⁷¹，以之作為主張界限，並在德國刑法第 32 條中，以「合宜性 (Gebotenheit)」的用語加以包含。有關合宜性之內涵，學說歸納出四種情況：面臨無罪責者的現在不法侵害、面臨互負保證人地位者的現在不法侵害、保全利益與犧牲利益間的絕對失衡以及挑唆防衛之情形；當遇到這些情形時，必須按「三階理論 (Drei-Stufen-Theorie)」先尋求迴避可能性 (Ausweichmöglichkeit)，無可迴避時再進行保護性防衛 (Schutzwehr)，在已經無可保護時才允許使用攻擊性防衛 (Trutzwehr) 手段³⁷²。

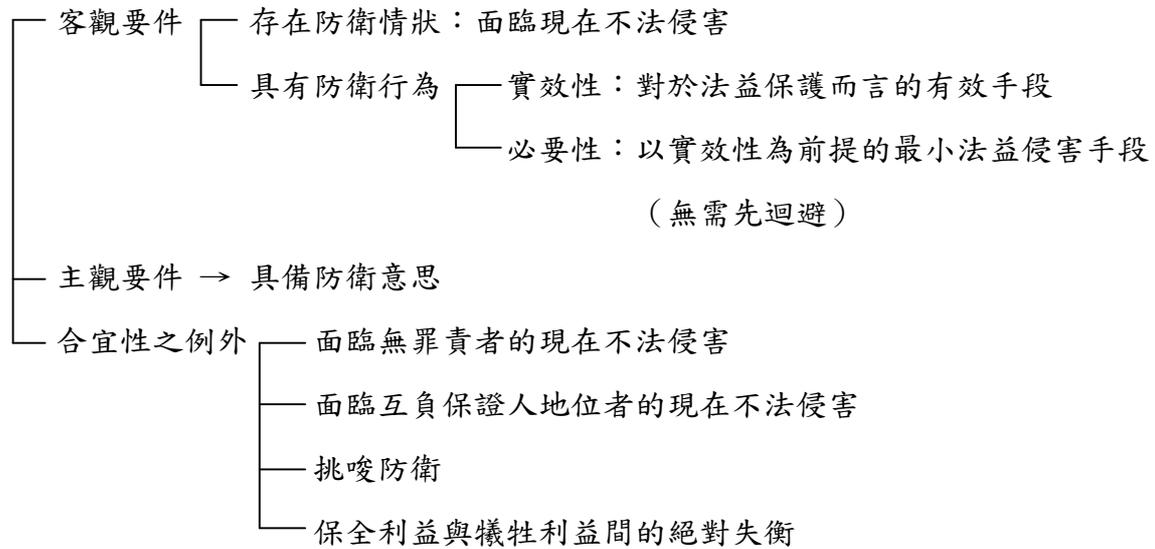
由於合宜性的考量乃是正當防衛的極度例外情形，並作為「原則上成立正當防衛」後所額外附加的發動限制，因此可以確定的是「必要性」已然審查通過後，才有合宜性的考量；亦即必要性與合宜性乃是不同層次的判斷，並不能混為一談³⁷³。但可以確定的是，當違反必要性或合宜性的要求時，行為人是絕對無法主張正當防衛的。

³⁷¹ Ebert, AT 1994, S. 71 ff.; Heinrich, AT/1 2005, Rn. 360 ff.; Rengier, AT 2009, 18/54 ff.; Roxin, AT/1 2006, 15/55 ff.; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 342 ff.; LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl., § 32, Rn. 225 ff.。學說上也有將之稱作「正當防衛的社會道德限制」。採取反對意見者，如 Günther, in: SK-StGB, § 32 Rn. 89。

³⁷² Rengier, AT 2009, 18/56; Heinrich, AT/2, 2005, Rn. 361。

³⁷³ Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 342。

《圖表 4-3：正當防衛體系簡整》



(二) 不成立正當防衛後的額外考量：防衛過當

1、防衛過當的意義與類型

德國刑法第 33 條卻額外規定了「防衛過當 (Notwehrexzess)」，意指行為人出於混亂、害怕或驚懼而逾越正當防衛的範圍時，將可以得到「不罰」的寬待；關於防衛過當的性質，由於在立法用語上不像正當防衛與阻卻違法緊急避難般使用「不違法」，也不是如同寬恕罪責緊急避難般用「無罪責³⁷⁴」，而僅僅是籠統的「不罰」，因此學說上認為這是立法者放棄為防衛過當加以定性，而留待學說發展補充之³⁷⁵。在學說的多方嘗試與努力後，最終將防衛過當確認為寬恕罪責事由³⁷⁶。

德國通說將防衛過當區分為三種不同類型，並將第 33 條的適用領域限縮在所謂「強度上的防衛過當 (intensiver Notwehrexzess)³⁷⁷」，亦即在防衛行為部分逾越了正當防衛

³⁷⁴ 雖然這個用語被學說認為是立法上的疏漏，詳見本章「第一節、第二項」部分。

³⁷⁵ 請參見 Roxin, AT/1 2006, 22/68；LK-Zieschang, 12. Aufl., § 33, Rn. 30。

³⁷⁶ Ebert, AT 1994, S. 98；Heinrich, AT/1 2005, Rn. 581 ff.；Rengier, AT 2009, 27/1；Roxin, AT/1 2006, 22/69 ff.；Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 446 ff.；LK-Zieschang, 12. Aufl., § 33, Rn. 33。

³⁷⁷ 同本文翻譯方式者，如林書楷，刑法總則，五南，2010 年，210 頁。國內有翻譯為「緊縮的防衛過當」，見張天一，正當防衛原理與過當之處置方式，輔仁大學碩士論文，2001 年，116 頁；或「狹義的防衛過當」，見張喬歲，正當防衛與防衛過當，東海大學碩士論文，2005 年，141 頁；也有稱之為「內激的

的必要性 (Erforderlichkeit) 界限時³⁷⁸，就必然會落入第 33 條所要掌握的情狀之中。至於在防衛行為人所發動防衛行為並未連結到現在不法侵害者，而是涉及到無關第三人的情形，則稱之為「空間上的防衛過當 (räumlich-extensiver Notwehrexzess)」，通說見解否定這類案例第 33 條的適用，而是只能轉而討論主張緊急避難的可能性³⁷⁹。

還有另外一種「時間上的防衛過當 (zeitig-extensiver Notwehrexzess)³⁸⁰」則是指防衛行為實行時並不符合侵害的「現在性」要件，而只是緊接在現在之前，或延續到現在之後。至於可否適用第 33 條之規定，採取「限制理論 (restriktive Theorie)」者主張第 33 條的適用係以行為人於行為時有正當防衛的權利為前提，換言之，至少必須存在正當防衛的防衛情狀；然而此種逾越時間範圍的防衛過當根本不符合現在性要件，行為人自始無防衛權存在，因此無第 33 條之適用³⁸¹；而採取「擴張理論 (extensive Theorie)」者，主張德國刑法第 33 條能適用在各種防衛過當的案例中，因為就防衛行為是否逾越合法界線這一點來說，無論是從強度抑或時間的角度切入觀察，對防衛行為人的罪責而言都是沒有差別的³⁸²；還有採取「區分理論 (differenzierende Theorie)」者，再將這種防衛過當區分為「事前 (vorzeitig) 防衛過當」與「事後 (nachzeitig) 防衛過當」兩者，事前防衛過當之情形，由於侵害尚未到來，行為人根本還沒有防衛權存在，因此排除適用，至於事後防衛過當之情形，防衛者已經因為現在不法侵害的存在而取得防衛權，僅是在

防衛過當」，見陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，作者自版，1998 年，215 頁。日本學說則習慣稱之為「質的防衛過當」，見余振華，刑法違法性理論，元照，2001 年，248 頁。

³⁷⁸ Rengier, AT 2009, 27/8; Roxin, AT/I 2006, 22/84; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 446。

³⁷⁹ Klimsch, Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe unter Berücksichtigung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1993, S. 75 f.; Roxin, AT/I 2006, 22/91 f.; Sauren, Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, S. 573。

³⁸⁰ 國內有翻譯為「擴張的防衛過當」，見張天一，正當防衛原理與過當之處置方式，輔仁大學碩士論文，2001 年，116 頁；張喬歲，正當防衛與防衛過當，東海大學碩士論文，2005 年，141 頁；林書楷，刑法總則，五南，2010 年，212 頁。日本學說則習慣稱之為「量的防衛過當」，見余振華，刑法違法性理論，元照，2001 年，248 頁。

³⁸¹ Sauren, Jura 1988, S. 571; Rudolphi, in: SK-StGB, § 33 Rn. 2。惟本說無法解釋：為何逾越手段強度的防衛過當所造成的較重結果（例如為了防護自己的皮夾而重傷竊賊），總是可以透過第 33 條而寬恕罪責，反而逾越時間範圍的防衛過當所造成的較輕結果（例如制服殺人者後踢擊殺人者造成其輕傷），卻永遠不能寬恕罪責。見 Heinrich, AT/I 2005, Rn. 585。

³⁸² Jakobs, AT 1991, 20/31; Roxin, AT/I 2006, 22/88。本說被批評的地方是：何以將沒有特殊心理狀態的情況全數納入本條的寬恕罪責範圍。見 Heinrich, AT/I 2005, Rn. 586。

「緊接不法侵害過去後」出於慌亂、恐懼或驚嚇的心理狀態發動其防衛權，造成過當之結果，因此可以適用第 33 條之規定³⁸³。

2、所謂「逾越正當防衛」的意義

防衛過當的核心概念乃是行為「逾越正當防衛 (Überschreitung der Notwehr)」這種反面描述，易言之，正當防衛與防衛過當乃是一體兩面且互為依存的概念，只有在先確認正當防衛的所有要件後，始能對於防衛過當有進一步的設計。在德國法的體系架構之下，符合「正當防衛」的法律效果是阻卻違法，惟若行為人雖符合正當防衛的基礎要件，卻是在行為上有所逾越時，則最多是成立「防衛過當」而僅能寬恕罪責，無法主張正當防衛以阻卻違法，因此重點便在於如何說明「逾越正當防衛」這件事。

若從德國刑法第 32 條與第 33 條的法條結構來觀察，第 32 條第 2 項對於「正當防衛 (Notwehr)」的定義是「為了避免自己或他人所面臨的現在不法侵害，所為之必要防衛行為」；按照此定義，刑法第 33 條所規定的「防衛過當」則是「當行為人出於混亂、害怕或驚懼而逾越『正當防衛 (Notwehr)』的範圍時，行為人不受處罰」，因此防衛過當係逾越前條有關正當防衛之定義，亦即專指逾越防衛行為必要性的「手段上防衛過當」³⁸⁴，而與第 32 條第 1 項所附加的合宜性要件無關³⁸⁵。

然而，我們若是仔細觀察必要性與合宜性的內涵，將會發現兩者之間具有某種程度的互動關係。正當防衛的防衛行為部分，要先判斷實效性，再繼而討論必要性，因此必要性較為完整的定義應該是：足以排除侵害以保全利益（符合實效性）的最小法益侵害手段。在要件部分曾經提過，正當防衛本於法規確證的意義而毋庸考量「不直接發動攻擊」的可能性，因此防衛行為人原則上都不負擔有對不法侵害予以迴避的「迴避義務」；但是在極度例外的合宜性考量中，例如面臨無罪責者、互負保證人義務者或挑唆者的現在不法侵害時，按三階理論的要求則必須先尋求迴避的可能性。由此可見，在合宜性的多數類型中，均額外課與行為人迴避義務，也因為迴避義務的附加存在，致使防

³⁸³ Otto, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., 1992, S.202; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 447。惟本說所遭受的批評就是有違法條的文義，因為從立法上根本無從推論出立法者有設想到事前、事後防衛過當的區別。見 Heinrich, AT/1 2005, Rn. 587。

³⁸⁴ 在此採取通說見解的看法，排除空間上與時間上防衛過當的適用可能。

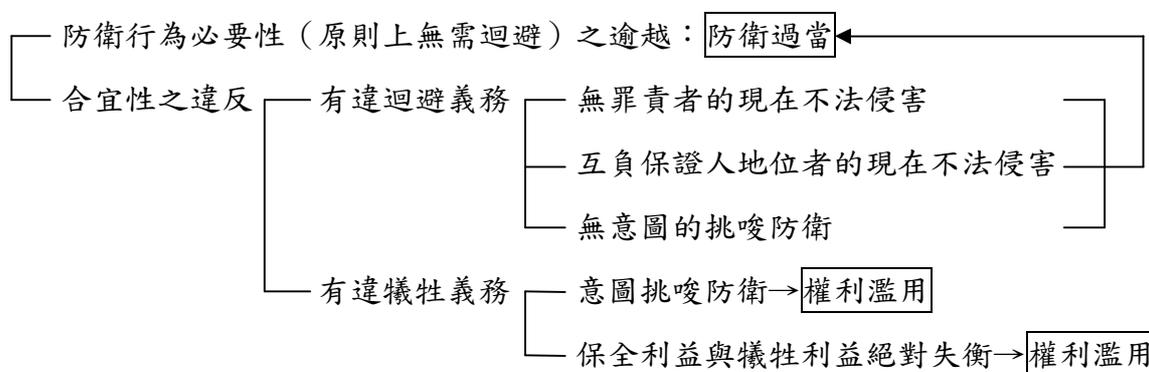
³⁸⁵ 強烈堅持應當將「必要性」與「合宜性」區分以觀的見解，請參閱 Roxin, AT 2006, 15/59。

衛行為必要性的考量中多出了一個更小侵害的手段³⁸⁶，所以在有合宜性的違反時，同時就像是有必要性的逾越，而有成立防衛過當的可能性。

(三) 合宜性中的「權利濫用」界線

較為特殊的是在合宜性中某些特殊案例，係抵觸禁止權利濫用（Rechtmißbrauch）的基礎思想，諸如「利益衡量絕對失衡（Außerverhältnismäßigkeit）」或「意圖挑唆防衛（Absichtsprovokation）」的類型，是否也會改變必要性的內涵而有防衛過當的適用可能性？通說認為應採取否定見解，因為在法益衡量絕對失衡的情形，例如經典的【櫻桃案³⁸⁷】中，櫻桃園主人只能選擇容忍輕微利益的損失，而不能發動反擊行為；換言之，櫻桃園主人所能選擇的最佳方案是放棄任何的防衛行為，並對於輕微利益的損失承擔「犧牲義務」。是以，當行為人在利益衡量絕對失衡的情況下依然發動了防衛行為，除了不能成立正當防衛外，也不能主張寬恕罪責的防衛過當³⁸⁸。同樣的道理更加適用在意圖挑唆防衛的案例之中，甚至應該自始剝奪意圖挑唆防衛者的正當防衛權限³⁸⁹。

《圖表 4-3：防衛過當與違反合宜性之關係》



³⁸⁶ 因為「避無可避下攻擊」永遠都是較「直接發動攻擊」來得更輕微的排除侵害手段。

³⁸⁷ 案例事實略為：患有小兒麻痺而必須以輪椅代步的櫻桃園主人，在面臨小學生偷進入其所屬櫻桃園偷採櫻桃的不法侵害時，只能選擇用開槍的方法加以制止，雖然保全了櫻桃不被偷走，卻造成了小學生的死亡。

³⁸⁸ Krey, AT/1 2001, Rn. 733; Jakobs, AT 1991, 20/29; Rengier, AT 2009, 27/3; Roxin, AT/1 2006, 22/79; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007, § 33, Rn. 2; NK-Herzog, 2005, § 33 Rn. 14。反對見解則認為過當也可以適用在利益絕對失衡的情況，如 Heinrich, AT/1 2005, Rn. 581。

³⁸⁹ Rosenau, in: SSWK-StGB, § 33, Rn. 5。

二、 緊急避難與正當防衛的差異

由於緊急避難的相關要件已經在之前作過詳盡的介紹，因此以下僅就本文所觀察到的特殊之處加以說明，期望能夠突顯出緊急避難與正當防衛在體系架構上的差異性。

(一) 阻卻違法緊急避難的「必要性」

首先必須要加以澄清的是「必要性」這個乍看之下沒有什麼爭議的要件。大家所接受的共識是：必要性的內涵係足以排除危難以保全利益（符合實效性）的最小避難手段，並且要優先考量到迴避的可能性；換言之，必要性的考量已經附加了「迴避義務」在內。

除此之外，必須詳加討論的是，可否將「容忍適度侵害」作為不直接發動攻擊的選項之一？亦即可否在避難行為必要性部分附加行為人的犧牲義務？這個提問是源自於學說上有認為緊急避難必要性的內涵，必須將迴避以及其他付出適度代價的方式亦納入考量，如果行為人仍然必須容忍適度的侵害，那這就是一個「不攻擊」的更輕微手段³⁹⁰。例如行為人為了拯救自己的輕微財物損失，轉嫁危難而犧牲他人的生命，此時由於利益關係間的懸殊性，行為人應該要容忍自己財物的滅失而不得發動攻擊，因此這個攻擊他人生命的行為並非最小避難手段。

惟本文認為上述看法自始與必要性的基本內涵相互矛盾，且混淆了必要性與利益衡量（依本案例情形是指衡平性）間的關係。詳言之，討論必要性的前提乃是符合實效性，亦即避難行為必須足以排除危難以保全利益，惟上面這個論述卻將「容忍自己財物的滅失」作為一個更小避難手段，顯然是不可能達成排除危難以保全自己財物的實效性要求！因為不會有一種保護自己財物的避難方法叫做犧牲自己的財物，這無疑是個相互矛盾的說法。學說上在避難行為必要性部分附加犧牲義務的看法，其實是混淆了「足以排除危難以保全利益的最小避難手段」以及「對於整體社會評價而言的最小避難手段」兩種「最小」的意義，換言之，前者所訴諸的對象是受到威脅的利益，亦即在現實上應該如何才能保全該等利益？此時可以選擇迴避、反擊或是轉嫁的方式，但無論如何不可以是容忍利益的犧牲，否則便與自始保全利益的目的相違。後者則是以整體社會評價為依歸，也就是綜合所有情事，從規範觀點評價該等行為對於社會所貢獻的實質內涵，此時

³⁹⁰ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，272頁。

要求行為人對於輕微利益的犧牲加以容忍，也可能是有益於整體社會的，這端視被避難的利益大小而定，於是犧牲義務便成為此處的可能選項之一。是故，足以排除危難以保全利益的最小避難手段乃是「避難行為必要性」的考量重點，而對於整體社會評價而言的最小避難手段則係「緊急避難利益衡量」的檢驗核心，兩者有其分野。

附帶一提，同屬緊急避難利益衡量的相當性，在此也應該與衡平性作相同的處理，必須與避難行為必要性做出區別。例如前面所舉過的【強制抽血案³⁹¹】，並不能用無法通過相當性檢驗的結論，反過來證立醫師在此還有一個容忍病人甲死亡的義務，更不能本此前提，認定由於還有這個「不攻擊」的更輕微手段存在，因此尚未符合最小避難手段的要求。這種論證方式的缺點與上述批評相同，自始與必要性的基本內涵相互矛盾，且混淆了必要性與利益衡量間的關係。

《圖表 4-4：無法阻卻違法之正當防衛與緊急避難之比較》

	正當防衛	緊急避難
必要性之逾越	防衛過當	避難過當
必要性之內涵是否 考量迴避義務？	否，原則上無需先迴避	是，必須先迴避
違反迴避義務成立？	合宜性之違反(=必要性之逾越) →防衛過當	必要性之逾越 →避難過當
違反犧牲義務成立？	合宜性之違反(≠必要性之逾越) →權利濫用	利益衡量的違反 →寬恕罪責緊急避難

(二) 阻卻違法緊急避難的「利益衡量」

1、利益衡量的內涵

³⁹¹ 案例事實略為：甲因為車禍重傷而送至醫院急救，生命垂危而有大量輸血的需要，但醫院正巧缺乏稀有的同型血液，醫師乙知道醫院義工丙與甲的血型相同，便求助於丙，但遭丙拒絕。乙為救助甲的生命，便使用強制力抽取丙的血液用於甲的醫療，最終救活了甲。在本例中，醫師乙可否主張緊急避難以阻卻違法？

在德國學說見解中，認為衡平性與相當性均是「阻卻違法緊急避難」利益衡量時所要考量的重點，並將其作為兩個前後順序的不同層次利益衡量檢驗；國內學說見解的態度亦大致相同，只不過學者們在介紹利益衡量時習慣上不會強調兩者間的順序關連性，而是混合在一起作判斷³⁹²。

本文認為阻卻違法緊急避難的核心價值是互為光影且以反比呈現的「社會連帶性原則」與「自主原則」，衡平性與相當性的功能便是在於體現這兩個核心價值的拉鋸與折衝。抽象的說，當我們擴張社會連帶性而容許危難的轉嫁時，必須注意到有無侵犯到個人的自主領域；反之，當我們鞏固個人的自主領域而不容許危難的轉嫁時，也要注意到有無違背最低限度的社會連帶性。由於社會連帶性原則與自主原則的光譜排列不是可以清楚地一望即知，而必須借用某些較為具體的判斷標準來訂出容許與否的界限，可能的思考路線便是依循「行為非價」與「結果非價」的綜合判斷。詳言之，在評價一件事情的好壞與否時，直接的觀點就是看最終所得出的結果如何，多半只要結果是好的，我們都會給予正面的評價；但除了結果之外，另外也要考量所使用的手段，否則「為達目的而不擇手段」將抹煞結果所帶來的利益，反而是得不償失。說穿了，這裡的評價實際上就是行為與結果個別正當與否的評價³⁹³。

在評價的工作上，首先必須確認的是「結果的正當性」，亦即何種危難轉嫁所產生的結果是可以被容許的結果？這裡的思考核心乃是社會連帶性原則，因此所產生的具體提問是：何種危難轉嫁所產生的結果是合乎社會連帶性原則，因而可被容許？這將在「衡平性」的審查中得到充足的考量。如前章所述，衡平性的衡量標的乃是「保全利益」與「犧牲利益」兩者；衡量標準則視「攻擊型緊急避難」或「防衛型緊急避難」而有所不同，前者採取「顯然優越標準」，後者則是依「非顯然低劣標準」。至於衡量因素則有法益位階關係、法益受影響的程度以及損害發生的可能性、處於特別義務地位、自招危難、強制狀態下的避難行為等等，不一而足。

除此之外，還必須要確認「行為的正當性」，在技術上與前述判斷相反的提問是：

³⁹² 如林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，343頁以下。也有學者是用「衡平性」取代整體利益衡量的判斷，如黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，273-276頁。

³⁹³ 至於對「行為與結果之間的關聯性」評價，則是經由避難行為的實效性（基礎評價：行為足以達成排除危難的結果）與必要性（程度評價：最小侵害手段，包括迴避義務在內）兩者予以檢驗。

何種危難轉嫁所使用的行為是有違自主原則，因而不被容許？這會在「相當性」的審查中加以展現。如前章所述，這些不被接受的手段，可能是違反人類社會中的基礎價值，也可能是違反了立法者已經事先做成的決定。

2、利益衡量的雙重交互檢驗

這裡還有一個疑問是，既然社會連帶性原則與自主原則是互為光影的反比概念，也就是說在個案中承認社會連帶性而允許危難轉嫁，便等同肯認被犧牲者的自主領域並未受到不合理的破壞，那何以必須採取衡平性與相當性的雙重交互檢驗？何不僅採取其中一個標準來檢驗即可？本文認為這個質疑是要加以否定的。的確在某些極端案例中，我們可以直接藉由其中一個標準就能得出完整的答案，比如在【果腹案】中，由於保全利益與犧牲利益間的極端懸殊性，因此在允許危難轉嫁的同時，直觀且不困難地也能夠得出並未過度侵犯他人自主領域的結論；然而若是遇到位居光譜等級中間地位的那些案件，典型如【強制抽血案】，由於「保全危急的生命」與「犧牲他人的意志決定自由」兩者間，較不具有明確的高低利益關係，若此時單就結果的角度而認同危難轉嫁，將會流於片面且過於速斷，所以必須附加行為的觀察角度，以幫助我們增加評價上的正確性。簡單說，禁止極端的危難轉嫁同時是對自主領域的尊重，限制誇張的自主領域範圍則同時維持了社會連帶的精神；但在這些極端、誇張的案例之外，衡平性與相當性的雙重檢驗乃是確保評價正確的重要機制³⁹⁴。

按照本文見解，衡平性與相當性乃共同建構阻卻違法緊急避難利益衡量的具體操作標準，缺一不可，至於是否必須依循一定的順序加以檢驗始可³⁹⁵？本文認為沒有非要如此不可的理由，因為評價時的重點應該在於「充分評價」的誠命，至於順序的安排為何，只要對於結果非價（衡平性）以及行為非價（相當性）有充分且完足的思考與審查，就不是那麼的重要了³⁹⁶。

³⁹⁴ 雖然在概念上社會連帶性原則擴張到極致，便是自主原則的侵犯，反之亦然；但這並不能說在社會連帶性原則還沒有擴張到極致的情況下，就絕對不會有自主原則的侵犯發生。因為在現實上究竟社會連帶性是否已經過度擴張並不容易觀察，毋寧只有在藉助對極概念的反面檢驗下，才能較為清楚地被感受到。

³⁹⁵ 例如像是德國通說所要求的那樣，「衡平性→相當性」的前後檢驗順序。

³⁹⁶ 但本於討論上的習慣性，本文還是依循先討論衡平性，再討論相當性的檢驗順序。

(三) 不成立阻卻違法緊急避難後的額外考量

在無法成立阻卻違法緊急避難之後，所代表的意義就是該行為並無法排除不法，只能繼續進入罪責階層來做討論；這個地方可能討論的事由有二：避難過當與寬恕罪責的緊急避難。以下便對於這兩種寬恕罪責事由與阻卻違法緊急避難間之關係，分別論述之。

1、必要性的逾越：避難過當

德國學說認為所謂的過當乃是行為逾越必要性的界線，也就是尚有其他更小侵害手段的存在，這個定義無論在正當防衛或緊急避難均是相同；然而過當概念是否也可以適用在必要性之後的利益衡量上，比如阻卻違法緊急避難中的衡平性與相當性檢驗，則還必須詳加討論。詳言之，在阻卻違法緊急避難中，由於避難行為必要性本身就需要考量有無迴避的可能，因此在利益衡量部分並不會涉及到迴避義務的附加，而係討論是否承擔犧牲義務的問題；既然犧牲義務並不合於必要性的本質內涵已經如前所述，因此阻卻違法緊急避難的避難過當僅有專指逾越避難行為必要性界線的情形，而不及於有關利益衡量的逾越。

國內學說有主張避難過當的內涵除了逾越避難行為的必要性界限之外，更兼及於利益衡量的違反³⁹⁷，採取這種看法的學者多半也是「全然阻卻違法事由說」的支持者³⁹⁸，而將緊急避難與正當防衛在架構上等同視之，避難過當亦是依循其對於防衛過當的解釋方法。但是經過前述分析可知，「防衛過當」的概念可以包含防衛行為必要性的逾越，以及合宜性中額外附加迴避義務類型的逾越；至於「避難過當」的概念則僅能是涉及到避難行為必要性逾越的情形，不及於有關利益衡量之事項。是以，若未經更進一步的論證而直接將兩者相互比照援引，將有略嫌速斷之疑慮。

2、利益衡量的違反：寬恕罪責緊急避難

若將德國法上的阻卻違法與寬恕罪責緊急避難相互比較，會發現後者在避難情狀的

³⁹⁷ 如甘添貴，刑法總論講義，瑞興，1992年，153頁；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002年，169頁；陳子平，刑法總論，元照出版，2008年，265頁。

³⁹⁸ 如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002年，162頁；陳子平，刑法總論，元照，2008年，259-260頁。

適用範圍（保護法益與避難救助的列舉規定）顯然較前者來得限縮，因此就可以成立寬恕罪責緊急避難的情狀而言，必然同時可以符合阻卻違法緊急避難的情狀要求³⁹⁹；所以在自己的生命法益面臨緊急危難的情狀下，通說見解認為關鍵在於避難行為的要件設計，亦即兩者的避難行為雖在「實效性與必要性」的要求上相互重疊，但在阻卻違法緊急避難中需要通過利益衡量（衡平性與相當性）的檢驗，寬恕罪責緊急避難則否⁴⁰⁰。惟若仔細觀察寬恕罪責緊急避難中的要件，將會發現隱含很多利益衡量的檢驗在內，例如通說見解皆認為「法益的比較與衡量」也會對法條的適用發生重大影響，這與衡平性的檢驗不謀而合⁴⁰¹；至於法定排除中的自招危難與處於特別義務地位，在阻卻違法緊急避難中也都是衡平性的衡量要素之一。

就此而言，我們可以說兩種緊急避難的差異性其實是「利益衡量在程度上的差別」，符合利益衡量便可主張阻卻違法緊急避難，反之在不符合利益衡量的情況下，便視違反利益衡量程度情節的高低來決定其法律效果，若僅有輕微的違反則仍可主張寬恕罪責緊急避難，若是嚴重的違反就無法得到無罪的寬免。簡單地為阻卻違法與寬恕罪責緊急避難劃出一條分界線，那這個分界標準便是「是否符合利益衡量」。

第二項 對於我國緊急避難立法形式的檢討

一、 早期學說見解的看法與演變

由於正當防衛與緊急避難都是在處理「行為人面臨緊急狀態時的法益侵害行為」該如何評價的機制，只不過正當防衛所面臨的情狀是人為的侵害，亦即所謂「現在不法侵害」；至於緊急避難則是面臨一個種類不設限的「緊急之危難」。因此早期學說在定位緊急避難時，很多時候都會與正當防衛作包裹式的思考，並受到極大的影響。

緊急避難在情狀上不限於人為之侵害，甚至在討論時常常受到某些經典案例的限制：以「天然災害或意外」作為避難情狀，且以「犧牲無辜第三人」作為唯一的避難行

³⁹⁹ 因為「自己、親屬、親密夥伴所面臨關於生命、身體、自由的緊急危難」，必然也可以被「自己、他人所面臨任何法益的緊急危難」所包括。

⁴⁰⁰ Ebert, AT 1994, S. 96; Rengier, AT 2009, 26/10。

⁴⁰¹ 詳見本章「第三節、第二項」部分。

為⁴⁰²。在案例類型的要件侷限性之下，緊急避難的定位問題就時常會依賴正當防衛而作體系性思考，比如在情狀部分不像正當防衛係面臨現在不法之侵害，因此緊急避難並不如正當防衛來得正當；在行為部分則是牽涉無辜第三人，亦不如對不法行為者加以反擊的正當防衛來得名正言順。在種種正當防衛與緊急避難的相互比較之下，便容易直觀地作出「緊急避難在法律評價上應該較不如正當防衛」的結論；且於正當防衛被確認為阻卻違法事由之後，緊急避難要作為阻卻違法事由便有其先天上的困難性⁴⁰³，甚至更容易被當作是一個違法行為來看待，在犯罪評價上就只能在罪責階層作考量。

惟在緊急避難的討論案例逐漸擴張的趨勢下，雖然還是限縮在「以天然災害或意外作為避難情狀，以犧牲無辜第三人作為唯一的避難行為」的事例中，但已經漸漸地發現「保全利益與犧牲利益間的比例關係」似乎是很關鍵的評價因素；這其實是判斷事物的當然之理，因為在評價一件事物的好壞對錯時，最終所呈現的結果必然是要納入考量的重要因素，雖不致於以結果論成敗，但必定佔有一席之地。如果拿「為了拯救自己的生命而犧牲無辜第三人的財產⁴⁰⁴」與「為了拯救自己的財產而犧牲無辜第三人的生命」兩種案例相較，依循粗淺的法感情來判斷，也會得出前者的正當性遠較後者為高的結論，前者情形甚至可以與正當防衛相提並論而被評價為阻卻違法事由。因為正當防衛就整體利益衡量而言，乃是較緊急避難多出了「法規範確證」的利益，因而允許將保全利益與犧牲利益間的比例關係給模糊化，縱使保全利益小於犧牲利益，也由於防衛者同時維護了法秩序而給予其合法化的評價；相對地，緊急避難雖然沒有「法規範確證」的考量在內，但卻相反地將保全與犧牲之間的利益關係給高度明確化，藉以填補其與正當防衛間之落差，因而在「結果上」造成社會損害性顯著下降的效果。

這種緊急避難與正當防衛在合法（或不法）內涵間差距的縮小，可以在通說承認「防衛型緊急避難」的特殊案例中，更顯著的表現出來。防衛型緊急避難在結構上已經與正當防衛完全相同，都是涉及到行為人與危險源之間的關係，而與無辜第三人無關；其間的差別僅在於正當防衛更要求該危險源必須至少具備「不法性」而已，學說上甚至有認

⁴⁰² 例如第肆章所提到的【甲板案】即為適例。

⁴⁰³ 並不是說不可能被解釋成為阻卻違法事由，而是指當要將緊急避難定位為阻卻違法事由來理解時，必須負擔十分龐大的說明義務。

⁴⁰⁴ 例如第肆章所提到的【果腹案】即為適例。

為防衛型緊急避難是正當防衛的延伸性規定⁴⁰⁵。若我們謹守「危難」的意義而不作多餘的互斥性定義⁴⁰⁶，那危難便是指「一切法益可能受到破壞的情形」，這麼一來所有的現在不法侵害其實都可以該當危難的概念，因此當行為人面臨現在不法侵害時，其反擊行為當然都有正當防衛與防衛型緊急避難兩個選項可供選擇，若兩者都成立⁴⁰⁷則形成「阻卻違法事由的競合」，優先適用正當防衛，這時防衛型緊急避難因為僅具有補充性而無庸主張⁴⁰⁸。由此看來，防衛型緊急避難與正當防衛在相同案例中是可以完全併存不悖的！縱使防衛型緊急避難並無法規範確證的利益考量，卻仍然可以藉由保全利益與犧牲利益間的比例性，填補其合法內涵。

綜合以上論述可知，緊急避難的案例類型並非早前所想像的那麼單純，而是具有豐富的多樣性，在眾多案例類型的堆砌累積之下，由「保全利益與犧牲利益間的比例性」此單一觀點，便已經可以將緊急避難之案例如光譜般按等級排列。例如 *Kant* 所闡釋的【甲板案】，便是用犧牲生命以保全生命為例，至於 *Hegel* 所提出的【果腹案】，則是用犧牲輕微財產以保全生命為例；兩種案例雖然都是緊急避難的問題，但卻明顯地不具有可相提並論性，理由便是在於保全利益與犧牲利益間的消長關係不同，【甲板案】乃是兩者打平，【果腹案】則是保全的顯然較多。是以，由現今的角度觀之，緊急避難的討論已經不再限縮於早期所建構的攻擊型緊急避難，而是逐漸向外擴張，甚至可以在正當防衛的案例中一體適用；因此，以正當防衛作為比較標準而將緊急避難定位於違法性階層判斷之後，亦是過於粗糙且狹隘的論據⁴⁰⁹。

⁴⁰⁵ 詳請參閱彭美英，阻卻違法之防禦性緊急避難—以德國為重心，玄奘法律學報第3期，90頁以下的整理。

⁴⁰⁶ 將正當防衛與緊急避難的適用解為互斥關係者，如 *Klimsch*, Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe unter Berücksichtigung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1993, S. 42。關於互斥性要件立法上的不妥之處，請參閱蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008年，416-421頁；論排他互斥的犯罪構成要件，東吳法律學報第21卷第4期，96頁以下。

⁴⁰⁷ 請注意，正當防衛與緊急避難各自都還有其他要件要加以審查，並非僅在危難與侵害的層升概念中，便可直接得出皆成立的結論。

⁴⁰⁸ 關於「阻卻違法事由之競合」的概念，請參見 *Roxin*, AT 2006, 14/45 ff；彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係：兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學第30期，98頁以下。

⁴⁰⁹ 時至今日，依然有主張我國法第24條乃是「寬恕罪責緊急避難」的看法，但亦都不否認另有「阻卻違法緊急避難」的超法規阻卻違法事由存在，見苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999年，56頁。不過這個看法應該如何理解第24條第1項但書有關「避難過當」之規定，則頗值得玩味，該論文作者認為寬恕罪責緊急避難中所稱之避難過當，係指

二、 近期採取區分理論的看法與困境

(一) 區分理論的基本特徵

德國現行法的規定，被認為是最符合區分理論的立法形式，亦即將緊急避難區分為「阻卻違法的緊急避難」與「寬恕罪責的緊急避難」兩類，分別賦予其不同的意義與效果。亦即「當自己或他人面臨任何法益的緊急危難，所為具有實效性的最小侵害行為，且符合利益衡量與相當手段時」是可以主張阻卻違法的緊急避難；至於「當自己、親屬或親密夥伴面臨生命、身體、自由法益的緊急危難，所為具有實效性的最小侵害行為，且無法定排除情狀時」則是只能主張寬恕罪責的緊急避難。因此在實定法的呈現上，德國刑法第 34 條乃是對於阻卻違法緊急避難的容許要件描述，德國刑法第 35 條則是對於寬恕罪責緊急避難的寬恕要件描述；兩者都是正面地將緊急避難的要件規定出來，兩者也都是在描述「符合緊急避難」的可罰性負面事由。

會造成這種立法模式，其實是有歷史上的發展因素。在帝國刑法典時期接納全然寬恕罪責說的看法，將緊急避難定位在罪責階層作討論，並對緊急避難設計了情狀與行為上的要求，便已經是從正面加以定義與架構的寬恕罪責事由⁴¹⁰。隨後德國刑法學界承襲民事法的緊急避難規定而肯定其阻卻違法的屬性，並試著使其被舊刑法第 54 條之內涵所包括；惟這個嘗試雖然在「被犧牲者的開放性」部分，可以藉由緊急避難的利益衡量來緩和，但「被保護者的侷限性」部分，卻無論如何都與阻卻違法的屬性顯不相容，所以學界便放棄用舊刑法來解釋阻卻違法緊急避難的方法，轉往發展超法規的緊急避難⁴¹¹。這個現象在刑法修正時得到立法者的重視，因而仿照德國民法第 904 條的立法形式，以正面描述的手法增設第 34 條的阻卻違法緊急避難；至於舊刑法所原有的緊急避難條文並不因此被廢棄，反而加以微調並移至第 35 條，作為寬恕罪責緊急避難的依據。德國學說與立法者皆認為德國現行法乃是採取所謂的「區分理論」架構。

由德國刑法的立法形式來觀察，可以發現區分理論的特徵在於：有「兩套」分處不

符合「德國法第 35 條第 1 項但書法定排除之情形（即處於特別義務地位與自招危難）」，見同論文，201 頁以下。

⁴¹⁰ 當時的（寬恕罪責）緊急避難規定在舊刑法第 52 條與第 54 條。

⁴¹¹ Küper, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, S. 85。

同犯罪體系階層的緊急避難，各自有各自的成立要件。因此在行為人是否可以主張緊急避難的提問中，審查的順序係先考慮是否該當阻卻違法緊急避難的客觀與主觀要件，若否定，則再行檢驗是否可以該當寬恕罪責緊急避難的客觀與主觀要件；換言之，兩套緊急避難各自有其立論基礎，乃是獨立地構成不同的犯罪負面事由，甚至按照某些學者的看法，彼此之間根本無任何的依存關係可言⁴¹²。

（二）採取緊急避難與避難過當二分法的難題

我國刑法第 24 條第 1 項採取類似於正當防衛的立法形式，區分為緊急避難與避難過當兩者，主張區分理論的學者便將前者類比為阻卻違法的緊急避難，後者則看作是寬恕罪責的緊急避難⁴¹³。然而前面曾經說明過，在緊急避難的體系中避難過當係「必要性的逾越」，而寬恕罪責緊急避難則是「利益衡量的違反」，兩者所指情形似乎並不相同；若把避難過當等同於寬恕罪責的緊急避難，措詞用語上將難逃指摘⁴¹⁴。在此可能的解套途徑便是按區分理論的看法，將避難過當曲解為寬恕罪責的緊急避難，並專指利益衡量違反的情形；惟如此一來除了用語上的問題外，更陷入了「該如何處理避難行為必要性逾越」這個立法真空的窘境⁴¹⁵。

三、 本文見解

（一）「過當」概念的廣義解釋

⁴¹² 如德國學者 *Roxin* 的見解，認為「阻卻違法緊急避難」背後的理論依據在於利益衡量原則；至於「寬恕罪責緊急避難」的理論依據則是預防必要性的有無。

⁴¹³ 如林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008 年，336-337、354 頁；林東茂，*刑法綜覽*，一品文化，2009 年，1—129 頁；林鈺雄，*新刑法總則*，元照，2006 年，248 頁；黃常仁，*刑法總論—邏輯分析與體系論證*，新學林出版，2009 年，99 頁；蘇俊雄，*刑法總論 II*，作者自版，1996 年，301-302 頁。

⁴¹⁴ 當然在區分理論中還有另外一種解釋方法，是認為我國刑法第 24 條第 1 項可以同時包括阻卻違法與寬恕罪責的緊急避難在內，如黃榮堅，*基礎刑法學（上）*，元照，2006 年，297 頁。但這種看法不僅將在用語上遭到非難（根本沒有阻卻違法與寬恕罪責緊急避難的用詞在裡面），更會在條文的解釋上受到阻礙，因為無論如何本條僅有單純地規定一種成立緊急避難的情狀，難以容下另一種情狀在內。

⁴¹⁵ 在採取區分理論的教科書中，幾乎都沒有對於「避難行為違反必要性」的情形是否可以寬恕罪責加以論述，如林山田，*刑法通論（上）*，作者自版，2008 年，402-403 頁。不然就是將「避難行為違反必要性」的情形一併納入避難過當的概念當中，如林鈺雄，*新刑法總則*，元照，2006 年，258 頁。

無論係採取全然阻卻違法事由說抑或區分理論，在詮釋我國刑法第 24 條第 1 項時，都有擴張避難過當概念的趨勢，前者是由必要性的逾越延伸至利益衡量的違反，後者則是從利益衡量的違反兼及於必要性的逾越；這種趨勢可以促使我們反思一個問題：「必要性的逾越」與「利益衡量的違反」兩者，在概念上是否應該加以分離？

若是對於「必要性的逾越」與「利益衡量的違反」兩者所欲追求的目的進行分析，會發現兩者其實在概念上的差異性並不大。在利益衡量中是藉由衡平性與相當性展現社會連帶性原則與自主原則間的折衝，換言之就是在檢驗避難當事人間所發生的情事，就規範的觀點而言是否符合整體社會秩序，並希冀能夠合理分配當事人間的利益關係。而在必要性的要求上，雖然著眼點在於現實的危難排除，但之所以會在手段上附加「最小」的誡命，便是期望行為人在危難排除的過程中，不過度侵犯相對人的利益；換言之，立法者期許相對人只要付出些許的犧牲便可以讓行為人脫免於難，這就是立法者心目中理想的當事人間利益分配關係。說穿了，兩者的目的都是在追求「避難當事人間利益分配關係的合理化」，甚至可以說必要性的檢驗根本就是「狹義的利益衡量審查」。

本文並不否認兩種逾越類型在細部內容上的確有所差異，但是這種差異性其實只存在於檢驗時的技術層面而已，至於在目的的追求上則是平行一致的。必要性檢驗是由較為狹隘的面向切入，僅觀察避難行為本身在現實上的容許性，並以「迴避義務」作為最小侵害的下限值；而利益衡量卻是由較為廣闊的面向切入，納入雙方當事人的一切情事從規範上予以評價，而以「犧牲義務」作為最小侵害的下限值。

舉例而言，【案例 1】：隔壁鄰居乙喝醉酒而誤入甲之住宅，癱在地上不肯離去，甲雖然知道乙家尚有其他家人，卻沒有選擇通知鄰居家人帶乙回去，而是直接將乙抬到寒冷的戶外⁴¹⁶，造成乙身體上的凍傷而截肢。在這個案例中，甲並未選擇最小侵害手段而逾越了必要性界線，立法者之所以附加最小侵害的誡命，便是希望甲在有其他更溫和的選擇時，就不應該選擇對乙侵害較大的方法，否則就直接違背了當事人間的利益分配。若將前例改為【案例 2】：甲知道乙家沒有其他家人，於是直接將乙抬到寒冷的戶外，造成乙身體上的凍傷而截肢。由於甲所使用的乃是足以排除危難的最小侵害手段，不符合避難過當之定義；但在利益衡量時因為甲所保全的居住自由顯然低劣於乙截肢所造成的

⁴¹⁶ 案例參考自黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，272 頁。在本案例的設計上，為了討論上的便利性，先暫且排除「通知警察來處理」的方法。

重傷害，所以無法通過利益衡量的檢驗，其背後所代表的意義是甲之行為違反了最低限度的社會連帶性原則，因而不符合當事人間的利益分配。

綜上所述，我們可以發現阻卻違法緊急避難本身也是漸進式的評價過程，其終極目的就是在追求避難當事人間利益分配關係的合理化，而技術上則是用基礎內涵的確立（實效性）、狹義利益衡量（必要性）和廣義利益衡量（衡平性與相當性）來加以分擔、過濾。從避難行為的實效性出發，過濾掉一切不具有排除危難性質的行為，當通過實效性的檢驗後，該行為始具備得以阻卻違法的基礎內涵；在此之後，於必要性的檢驗中審查現實上有無符合「得以排除危難」的最小手段，再於衡平性與相當性的檢驗中審查規範上有無符合「合乎整體社會秩序」的最小手段。是以，本文認為不妨將過當的概念作廣義的理解，同時可以包含必要性的逾越以及利益衡量的違反，前者指未選擇足以保護利益的最小侵害手段，後者指未選擇足以達成「保全利益顯然優越於犧牲利益（攻擊型避難）」或「保全利益非顯然低劣於犧牲利益（防衛型避難）」的手段；在語意上兩者都是因為「逾越利益衡量的合理界線」而不能主張緊急避難以阻卻違法，繼而必須進入罪責作探討。

（二） 利益衡量的量差關係

主張區分理論的學者認為，在符合利益衡量的前提下可以主張阻卻違法的緊急避難，但在不符合利益衡量時，便只能藉由雙重罪責降低理論的考量來主張寬恕罪責的緊急避難，因而兩種緊急避難是分屬不同層次的問題，彼此之間不存在任何的依存關係。這種看法在某種程度上將緊急避難以「是否符合利益衡量」這個前提一分為二；換言之，其在寬恕罪責緊急避難的適用要件上附加「不符合利益衡量」的額外檢驗，使得阻卻違法與寬恕罪責緊急避難成為擇一互斥的不罰事由，並使兩者間成為「質差關係」。這種互斥式的理解模式，雖然在容許要件與寬恕要件之中並不像在禁止要件內會產生眾多的可罰性漏洞⁴¹⁷，但卻非常容易成為「量差關係」思考路線的阻礙。

我們從德國刑法第 34 條與第 35 條的要件設計上，也可以看出兩種緊急避難並非採

⁴¹⁷ 關於互斥擇一要件在立法上的不妥之處，請參閱蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008 年，416 頁以下；「大意」減親（上）—對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第 83 期，80 頁。在此發生事實不明時，之所以不會有那麼大的可罰性漏洞，乃是由於「罪疑唯輕原則」的適用。

取互斥式的理解，彼此之間反而具有層升的性質。例如在保全自己生命而犧牲他人財產的個案中，不僅可以符合阻卻違法緊急避難「當自己面臨任何法益的緊急危難，所為具有實效性的最小侵害行為，且符合利益衡量與相當手段時」之要件，也同時吻合寬恕罪責緊急避難「當自己面臨生命、身體、自由法益的緊急危難，所為具有實效性的最小侵害行為，且無法定排除情狀時」之要件。由此可見兩種緊急避難在某些案例中是可以同時成立的，雖然在檢驗技術上只要符合阻卻違法事由便無繼續探討寬恕罪責事由的必要，但從要件的設計上可知兩者絕非擇一互斥的不罰事由，而是有某種程度上的重疊關係。學說上將兩者作質差關係的詮釋方法，其實僅著眼於「違法性」與「罪責」兩個階層間核心概念的不同，然而寬恕罪責事由的特殊之處就是在於採取了「雙重罪責降低理論」，而同時涉及到了不法與罪責的減輕，並非單純是罪責的考量而已⁴¹⁸。

承上所述，兩種緊急避難在不法的範圍內應是有程度高低之別，亦即阻卻違法緊急避難乃是「不法的整體排除」，而寬恕罪責緊急避難則是「不法的整體降低」，這個排除與降低之間的差異性，關鍵便是在於利益衡量的檢驗。利益衡量本身乃是作為不法程度的標示，或是判別整體不法高低的較具體標準，背後所代表的是當事人間利益分配的合理性，藉由該合理性呈現出「合法或不法」的結論。我們也可以將觀察重點置於不法層次中，由這種量差的層升概念來說明兩種緊急避難的關係：在保全自己生命而犧牲他人財產的案例中，由於完全符合利益衡量，因此可以成立「不法的整體排除」，而且也同時符合「不法的整體降低」；因為從不法減少的量差概念來說，整體排除的高度概念，必然可以同時包含整體降低的低度概念在內⁴¹⁹，是以阻卻違法與寬恕罪責緊急避難在此案例中的不法領域內當然是並存的。相反在犧牲他人生命的案例中，此時由於不符合利益衡量而僅能成立「不法的整體降低」，且因為高度概念無論如何都不可能被低度概念所包含，因此並無不法整體排除可言。

從不法的量差概念來觀察，必要性其實也可以作相同的詮釋，因為必要性的前提是

⁴¹⁸ 縱使是將寬恕罪責緊急避難全然定位在罪責階層的學者，依然不會否認該行為所具有的不法減輕屬性，只是轉而認為「不法減輕」乃是作為罪責降低的考量因素之一。詳見 *Roxin*, AT 2006, 22/10。

⁴¹⁹ 本於同樣的道理，高度的故意概念可以包含低度的過失概念；高度的既遂概念也可以包含低度的未遂概念在內；但不能反過來操作而認為過失可以包含故意，或未遂可以包含既遂，因為高度概念所要求的成立要件必然較低度概念為多，僅符合低度是不可能同時符合高度的。詳見黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年，481頁以下；蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008年，418-421頁。

符合實效性，亦即屬於「足以排除危難以保護利益」的最小侵害手段，故無論如何都一定會有不法的整體降低現象發生，差別只在於得否整體排除而已。若行為人符合必要性要件，那便可以同時產生「不法的整體排除與降低」，但如果不符合必要性要件，那便僅具有「不法的整體降低」；是以，必要性的具備與否亦是呈現出不法的量差現象，在概念上與利益衡量所呈現的形式相同。

（三） 避難過當的法律評價

1、 作為「減輕不法事由」

結合上述看法，若是將避難過當的概念作廣義的理解，那麼可以同時包含必要性的逾越以及不符合利益衡量兩者在內；若是將寬恕罪責緊急避難限縮在不法的領域予以觀察，可以藉由其不法降低的屬性找到與避難過當相同之處。本文認為「避難過當」的概念應可兼指必要性與利益衡量（衡平性與相當性）的逾越在內，有鑑於必要性的檢驗亦是狹義的利益衡量，因此本文將兩者合稱為「整體利益衡量」，而避難過當即屬整體利益衡量的逾越；當發生避難過當即代表該行為無法主張緊急避難以阻卻違法，因此最終的法律效果就必須在罪責階層才可能得出，亦即探尋避難過當可否成為寬恕罪責事由。然而在進入罪責階層檢驗之前，毋寧更應強調避難過當所具有的不法減輕屬性，這是本於雙重罪責降低理論的當然之理；換言之，要想成為一個寬恕罪責事由，就必須具備「不法減輕而導致可非難性減縮」的特徵。避難過當無疑也具有不法減輕的屬性，因為只要是避難過當—無論是必要性抑或利益衡量的逾越—都勢必會先通過手段實效性的檢驗，也就是說雖然是過當的行為，定然可以滿足「排除危難以保全利益」的要求，可見絕對會有某種程度的利益保全因而造成不法內涵的減輕。

基於此，本文認為若專就不法內涵加以觀察，避難過當可以被理解為一種「減輕不法事由（Unrechtsminderungsgründe）⁴²⁰」，但要注意的是，這個不法減輕事由還無法得

⁴²⁰ 德國學說對於此事由的存在與否，亦有所爭執，贊成的有 *Samson*, Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ 1988, S. 802; *Günther*, in: SK-StGB, vor § 32 Rn. 53。反對看法如 *Jakobs*, AT 1991, 11/4, Fn. 10a; *Roxin*, AT/1, 2006, 16/90、128。但是這裡的贊成與反對，都是以不法減輕事由作為不罰事由為討論前提，與本文的理解有所不同。

出任何的法律效果，而僅是作為探討避難過當可否寬恕罪責的前提要件；易言之，避難過當該當不法減輕事由只不過是主張寬恕罪責事由的必要條件罷了。

在避難過當該當不法減輕事由之後，原則上便要進入罪責階層作檢驗，但由於違法性與罪責間的漸進式關係，致使我們必須將評價的目光在兩者間交互游移，相互觀察而做出合乎事理的處置。鑑於寬恕罪責事由是原諒行為人所為的不法行為，雖然該不法行為已經該當減輕不法事由而在內涵上有所降低，但對於「不法減輕」的程度而言，還是有必要加以限制；在限制的方法上，便是要求整體利益衡量的逾越幅度不能太大，始能得出無預防必要性的結論，這可以從兩個面向切入。其一，必須將避難行為所保全者嚴格保留在「生命、身體與自由」這種高度屬人性的重要法益之內；唯有在保全此類重大法益的現在緊急危難所為之避難過當行為，才有辦法在結果上表現出不法顯著減輕的現象。其二，行為人必須將「避難」作為促成行為的動機，亦即要求必須是本於救助意圖而發動避難行為，堪能在行為上亦表露出不法顯著減輕的現象。總括而言，要作為無預防必要而寬恕罪責的不法減輕前提是：行為人面臨對「生命、身體或自由」的緊急危難，出於「救助意圖」所為的避難過當（逾越整體利益衡量）行為；至於其他種類的避難過當（如面臨對輕微財產的緊急危難），雖然也有不法的減輕現象，但卻仍有預防之必要性存在。

2、作為「寬恕罪責事由」

雖然避難過當行為該當前述減輕不法事由，但由於仍然具有不法性，因此還是要進入罪責階層作檢驗；在此若行為人並無額外的排除罪責事由而具備罪責，那重點便在於是否具有欠缺預防必要性的寬恕罪責事由。在第參章曾經提過，行為人若是為自己避難，從「特別預防」的觀點來看，雖然行為人最終導致一個不法行為，惟其並無反社會性而與社會相互一致，所以沒有施加完全刑罰的必要；從「一般預防」的觀點來看，由於一般平均人處在這種緊急狀態下都無法被期待在完全合理的限度之內為防衛行為，該行為並不會削減規範在公眾心目中的效力，因此亦無完全刑罰的必要性⁴²¹。

原則上只要權利人在當下行使該權利是合法行為，那就沒有理由要對「為權利人行

⁴²¹ 詳請參見「第參章、第三節、第三項」部分。

使」的情形加以限制，因此行為人當然也可以為他人進行合法的避難行為，此即學理上所稱「避難救助」，並在德國刑法第 34 條與我國刑法第 24 條皆明文承認之。然而避難救助若是發生在避難過當此種不法行為中，就不是可以無限制地為任何人加以主張，而必須考量到期待可能性的問題。

首先必須加以澄清的是避難過當中的避難救助，何以不是在與不法有關的減輕不法事由中作討論？而是必須放在罪責之中？這個問題可以回到不法與罪責的核心加以回答。不法的核心乃是法益侵害的概念，如果單就避難過當的不法內涵來觀察，不論是為自己或為他人，其不法內涵的高低程度都會是相同的。舉例來說，於攻擊型緊急避難中行為人為了保全自己的身體利益而犧牲無辜第三人的身體利益，相較於行為人為了保全配偶的身體利益而犧牲無辜第三人的身體利益，在利益的保全與犧牲之間，前後兩個案例是完全相同的；換言之，自己的身體利益與配偶的身體利益在客觀上的價值都是一樣的，因此兩個避難過當行為的不法內涵也就是完全相同，這與所保全的身體利益是屬於誰的，根本毫無關係。既然避難救助並未涉及到不法內涵的程度問題，那剩下的可能性便是罪責的考量⁴²²。

罪責的考量核心在於行為人的期待可能性，也就是說：哪些人在面臨生命、身體或自由的緊急危難時，法律比較無法期待行為人不為他們發動避難過當之行為？避難過當中避難救助的範圍，必須緊扣住這個概念來思考，而限縮在所謂「得引起同理心之人」的領域內，而這種得引起同理心之人則是指前面所提到過的「親屬」以及「親密夥伴」的概念，因為實在難以期待行為人按捺內心的激動而放棄救援行為，因此較不具有特別預防與一般預防的必要性⁴²³。

（四）對於我國現行條文的檢討

綜合本文上述的說明，可以發現我國現行刑法第 24 條第 1 項前段之規定實在過於簡陋，不僅無法適當地被詮釋為阻卻違法事由，也沒有辦法吻合寬恕罪責事由的特徵。先就作為阻卻違法事由而言，雖然在避難過當的概念上可以與本文所建構的體系相合，但

⁴²² 相同的思維模式，也可以適用在「保證人地位」要件屬性的詮釋上，詳請參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006 年，751-752 頁。

⁴²³ 詳請參見本章「第三節、第一項、二」部分。

現行法將保護法益不當地限縮在「生命、身體、自由、財產」四種類型之中，以致於其他亦同為社會大眾所接受的重要生活利益（如名譽、秘密等）被排除在保護領域之外，其避難行為一律被看作不法行為，十分不妥；且現行法雖有必要性之要件（出於不得已之行為），卻無明確利益衡量的要求，如此一來，將更無法落實違法性階層乃是就整體法規範的價值觀來評價是否有法益侵害的屬性。再就作為寬恕罪責事由而言，姑且不論應如何理解避難過當的意義，在法益種類的限縮上縱然有其正當性，但無法說明何以財產法益亦為高度屬人性的重要法益，而必須包含在內；在避難救助部分竟無範圍上的限縮，完全背離罪責的核心思考；且主觀上也沒有將救助意圖作為避難行為發動的要件，在在都過度擴張了無預防必要性的承認範圍⁴²⁴。因此無論是將第 24 條第 1 項前段作為阻卻違法或寬恕罪責事由，都有解釋上的極限，故應該找尋其他的途徑。

本文認為，其實區分理論與全然阻卻違法事由說的差異性並不大，重點只是在於該如何理解寬恕罪責緊急避難與避難過當這兩個概念罷了；與其在兩個概念間的細微差別相互爭執，倒不如廣義地理解避難過當，並且正確地認知不法內涵的量差關係，如此一來就能夠簡便地將兩者等同視之。若從僅區別「阻卻違法緊急避難」與「避難過當」的角度觀察本文見解，的確可以被認為是採取全然阻卻違法事由說；但若是依本文所主張的區分為「阻卻違法緊急避難」與避難過當後，再細部地將後者分為「必要性的逾越」以及「利益衡量的違反」兩者，那看起來就會像是採取區分理論了。誠如前述說明，緊急避難並不應該執著於採取哪套理論形式，而理當根據犯罪的漸進式判斷模型，循序漸進地得出最後的結論。阻卻違法緊急避難只是指在違法性階層得出排除不法的「結論」而已，同樣的道理，寬恕罪責緊急避難與避難過當充其量是在罪責階層得出寬恕罪責的「結論」罷了；惟在對行為進行犯罪評價時，不能惟獨看到最終得出結論的階層，而務須同時關注評價的「過程」。

是以歸納前述說明，本文認為我國現行法第 24 條第 1 項之規定係得以阻卻違法之緊急避難；至於同條項後段之規定則是避難過當，視行為人有無預防之必要性賦予不等的寬恕效果。惟現行條文在阻卻違法緊急避難部分，雖然可以用類推適用的方式來解決法益過度限縮的問題，但卻欠缺最重要的利益衡量條款；避難過當部分則未對行為人有

⁴²⁴ 同此見解者，請見黃惠婷，強制性的緊急避難—評最高法院 94 年台上字第 2324 號判決，月旦法學雜誌第 133 期，214 頁。

無預防必要性做出基本的區分，諸如無預防必要的法益限制、主觀意圖以及避難救助之範圍等等。至於現行法第 24 條第 2 項部分的特別義務關係則可以用利益衡量條款來加以包括，本文認為並無獨立規定的必要性。現行法之規定，除了無法表彰犯罪評價的結論外，更無法顯露出犯罪評價的過程，因此本文試著重新擬訂緊急避難的基礎條文如下，供作刑法修正時之參考⁴²⁵：

第 24 條（緊急避難與避難過當）

第 1 項 為避免自己或他人法益所遭遇無法以其他方法加以避免之危難，衡量相衝突之利益⁴²⁶，當保全利益顯然優越於犧牲利益時⁴²⁷，該避免危難之相當行為⁴²⁸因無違法性而不罰⁴²⁹。前述情形，若危難來自於被犧牲者，而保全利益非顯然低劣於犧牲利益時⁴³⁰，亦同。

第 2 項 意圖救助⁴³¹自己生命、身體或自由所遭遇無法以其他方法加以避免之危難⁴³²，所為之避難過當行為⁴³³，行為人因無罪責而不罰⁴³⁴；意圖救助其他法益之避難過當，應減輕其刑⁴³⁵。前述情形，若為親屬或其他親密夥伴而為之⁴³⁶，亦同。

⁴²⁵ 在結構上第 1 項專門規定「阻卻違法的緊急避難」；第 2 項則是「寬恕罪責的避難過當」。

⁴²⁶ 在此，受到保全的法益或是利益之「種類」為何並非重點，重點應該是保全利益與犧牲利益之間的衡平關係，亦即下述衡平性的考量。

⁴²⁷ 乃是針對「攻擊型緊急避難」所設下的利益衡量標準，採取「顯然優越標準」。

⁴²⁸ 這句話所突顯的是：手段上「相當性」的考量。

⁴²⁹ 我國刑法在立法習慣上，都是直接用「不罰」或「得減輕或免除其刑」來表明法律效果，而與德國刑法會用「不違法」或「無罪責」作描述相較，我國刑法比較不能表達出該行為在犯罪階層體系上的意義為何。本文在此借鏡德國立法，於用字遣詞上較為大膽地突顯出該行為在犯罪論上的意義（阻卻違法或排除不法），並同時表明之後的法律效果（不罰）。

⁴³⁰ 乃是針對「防衛型緊急避難」所設下的利益衡量標準，採取「非顯然低劣標準」。

⁴³¹ 這是從主觀面作限縮的「避難意圖」，行為人必須以此為避難行為之動機。

⁴³² 這是有意地從客觀面作限縮，法益的種類乃是「列舉規定」。

⁴³³ 「避難過當」本身包含必要性的逾越以及有違利益衡量的情形，雖然可以確定仍然是一個不法行為，但實質上卻是一個「減輕的不法行為」。

⁴³⁴ 在此所指為「無預防必要性的避難過當」。如前所述，本文於用字遣詞上較為大膽地突顯出該行為在犯罪論上的意義（寬恕罪責），並同時表明之後的法律效果（不罰）。

⁴³⁵ 在此係指「仍有預防必要性的避難過當」，但無論如何都有不法的減輕存在，因此應得到較輕的處罰。

⁴³⁶ 這是出於期待可能性的考量，因而在「避難救助」部分有所限縮。

第三項 緊急避難行為的漸進式法律評價

在本項中，本文將緊急避難行為在各個犯罪檢驗階層中所可能該當的評價逐一系列與分析，除了希冀能從較為巨觀的角度表現緊急避難的審查，更彰顯出緊急避難在犯罪上的漸進式評價過程。

一、 確認「不法」

緊急避難在不法的評價上，由於構成要件階層中的禁止規範必然已經完全該當（指故意既遂），並進而發生推定違法性的效果，因此討論重點都將放在違法性階層的檢驗，核心問題便是：該行為是否有負面違法性事由？若然，那是可得完全排除不法（阻卻違法），還是僅能減輕不法（部分阻卻違法）？在此，我們可就緊急避難的成立要件簡單地作個歸類，以利於下述的討論。

首先是「緊急避難的基本成立要件」，這個名詞不是指能夠成立緊急避難的所有要件，而是僅指足以彰顯出「緊急避難行為所必須具備的最基礎內涵」的要件。哪些要件的设计是緊急避難不可或缺的呢？本文認為這必須掌握住緊急避難作為「緊急行為之下位概念」的內涵；所謂緊急行為，就是在法益面臨受到侵害的緊急情況下，為了保全自己或他人的法益而犧牲第三人法益之行為，這是緊急行為的定義，同時也是作為緊急行為下位概念的正當防衛或緊急避難，應當要具備的最大公因數：在公力不及介入的急迫情況下所為的私力保護行為。是以，緊急避難的基本成立要件便是在情狀上有關「法益面臨受到侵害的緊急情況」之描述，以及在行為上「得以保全自己或他人」之描述；當然，行為人必須對於客觀要件所呈現的事實有所認知，並且有意使其發生。

綜上所述，在情狀上的基本成立要件是「面臨緊急之危難」，因為只有在急迫而無法尋求公權力的保護時，方有緊急行為存在的可能性；而行為上的基本成立要件則是「具有實效性的避難行為」，在此僅強調行為的實效性，也就是得以排除侵害以保全法益即可，至於實效性以外的考量，僅是合法（或不法）程度上的調節而已；主觀上行為人必須具有避難故意。歸結而論，緊急避難的基本成立要件是：在面臨緊急之危難下，所為具有實效性的避難行為，行為人並對此具有避難故意⁴³⁷。

⁴³⁷ 同樣的道理，正當防衛的基本成立要件也就是：在面臨現在不法侵害下，所為具有實效性的防衛行為，

在緊急避難具備基本成立要件後，其他額外附加性的要件就已經與緊急行為的基礎內涵無關，而是牽涉到緊急避難本身的特殊性，以及其背後的哲學思考。本文將這種與私力保護無關的要件稱之為「緊急避難的調節性要件」，功能在於調節發動私力救濟行為的合法性範圍；也就是在具備基本成立要件而取得發動私力救濟的基礎後，關係到權利發動的程度上問題。就此而言，避難行為的必要性、衡平性與相當性，都是作為權利發動在程度上合法與否的調節性要件⁴³⁸。

（一） 排除不法（阻卻違法）

緊急避難行為得以排除不法，除了必須具備基本成立要件外，還應當在調節性要件中處於合法之範圍。在客觀上行為人必須是面臨緊急之危難，而發動一個具有實效性且符合整體利益衡量（必要性、衡平性與相當性）的避難行為；主觀上，行為人對於所有客觀情狀均有所認知並有意為之，因而具有避難故意。當前述要件皆完全符合時，即宣示行為人在取得私力救濟的前提之下，以合於社會連帶性原則與自主原則的方式，合法地保護了自己的法益不受破壞，此時其行為得以完全的排除不法（阻卻違法）。

（二） 減輕不法（部分阻卻違法）

1、 僅客觀不法或主觀不法的個別排除

在只有主觀上或客觀上單獨符合緊急避難的基本成立要件與調節性要件時，於整體不法的評價上，都會產生不法內涵的降低現象，這是因為不法的判斷無法脫離主、客觀的評價之故。當主觀不法合於基本成立要件與調節性要件而排除不法，惟客觀不法不符合時，總體而言就是不法的減輕，因為主觀上的不法內涵並不存在；反之，當客觀不法合於基本成立要件與調節性要件而排除不法，惟主觀不法卻不符合時，總體而言還是不法的減輕，因為客觀上的不法內涵已被阻卻。這種情形涉及到的是主客觀不相一致的錯誤現象，學理上將前者稱為「誤想避難」，後者則是「偶然避難」；本文將兩者合稱「容許要件前提事實錯誤」。可以肯定的是這種情形並無法排除不法；至於處理的方法為何，

行為人對此具有防衛故意。

⁴³⁸ 同樣的道理，正當防衛的調節性要件就是「必要性」與「合宜性」兩者。

將於錯誤理論部分再加以詳論⁴³⁹。

2、客觀不法與主觀不法的同時減輕

另一種不法減輕現象是發生在客觀不法與主觀不法的同時減輕，這種情形不涉及到錯誤的處理，而是過當的問題。詳言之，行為人雖在主客觀上均符合緊急避難的基本成立要件，但卻在調節性要件上落入了違法的領域；亦即客觀上所該當的事實係有違整體利益衡量的避難過當，而行為人對此過當亦具有故意的情形。此時從整體不法內涵的角度切入觀察，由於避難過當還是吻合緊急避難的基本成立要件而具有保全利益的效果，因此與主客觀皆毫無該當基本要件的情形相較，客觀不法與主觀不法都共同地有減輕的現象發生；也因為僅有不法的減輕而非不法的排除，至多作為減輕不法事由。避難過當的不法減輕，還必須於符合特定的條件下，方能繼而在罪責層次獲得無預防必要的寬免。這種導出無預防必要的不法減輕，需要將避難行為所保全者嚴格保留在「生命、身體與自由」這種高度屬人性的重要法益之內；此外行為人必須將「避難」作為促成行為的動機始可⁴⁴⁰。

（三） 小結

綜上所陳，緊急避難在不法的確認上可能呈現出三種結果：第一種結果，主客觀完全合於緊急避難的所有要件，此時將完整的排除不法而得出不成立犯罪的結論，也無須再進入罪責作討論；第二種結果，主客觀完全不合於緊急避難的所有要件，此時將具備完整的不法，進而發生可非難性推定而必須討論罪責；第三種結果，主客觀僅合於緊急避難的部分要件，因此尚無法排除不法，最多產生減輕不法的現象，也由於還有不法的存在，進而發生可非難性推定而必須討論罪責。

在第三種結果中，除了有主客觀不一致的錯誤類型外，也包括了避難過當這種主客觀均同時減輕的類型在內；避難過當按照之後有無預防必要性予以區別，可以分作「無預防必要的避難過當」與「有預防必要的避難過當」兩者，前者符合無罪責而不罰的前

⁴³⁹ 詳見「第五章、第三節、第一項」部分。

⁴⁴⁰ 詳見本章「第三節、第三項」部分。

提要件，至於後者仍然具有罪責，但應減輕處罰。

二、 確認「罪責」

首先罪責的討論範圍必須以不法的成立範圍為界線，這也就是不法所產生的可非難性推定；接著便討論是否存有負面罪責事由以推翻可非難性推定：先審查否定他行為可能性的「排除（或減輕）罪責事由」，再審查否定預防必要性的「寬恕罪責事由」。

無論在不法的確認是屬於第二或第三種結果，都必須經過排除罪責事由的檢驗，若是行為人在行為時根本沒有他行為可能性，就算之前具有完整的不法內涵，也會因為罪責的欠缺而不成立犯罪。可能的排除罪責事由是責任能力的欠缺，以及不可避免的禁止錯誤；若只是因為低度的他行為可能性而造成罪責的降低，諸如限制責任能力或是可得避免的禁止錯誤等，那便在減輕罪責的程度內繼續推定行為人有預防的必要性。

接下來要討論的是有無排除預防必要性的事由，亦即寬恕罪責事由的有無。由於寬恕罪責事由以雙重罪責降低理論為依據，因此只有前述第三種結果中「無預防必要的避難過當」，才會因為無特別預防與一般預防的需求，所以得出可得寬恕罪責而不罰的結論。此外，避難過當中的避難救助行為，鑑於預防必要性的考量，其範圍必須限縮在親屬或其他親密夥伴這種「得引起同理心之人」之內，始為妥當。

在結論上，罪責的確認最終也會有三種不同的結果：第一種結果，該當「排除罪責事由」或「無預防必要的寬恕罪責事由」，行為雖然不法但行為人卻無需負責，不成立犯罪；第二種結果，僅該當「減輕罪責事由」或「有預防必要的寬恕罪責事由」，行為具備不法且行為人仍需負責⁴⁴¹，成立犯罪，但行為人可以享有較輕度的處罰；第三種結果，不該當任何的負面罪責事由，行為具備不法且行為人亦需負責，成立犯罪。

⁴⁴¹ 要注意的是，兩者的減輕可以是單獨存在，也可以是重疊並存的。

第五章 錯誤理論的體系架構

第一節 錯誤理論概說

「錯誤理論」所涵蓋的打擊範圍，遍及所有「主客觀不一致」的情形，無論是針對事實面的主客觀不一致，或是法律面的主客觀不一致，皆有錯誤理論的適用⁴⁴²。錯誤理論的分類方式，早在德國帝國法院時期是採取「事實、法律」錯誤二分法，簡言之，就是以行為人是誤認「事實」或是誤認「法律」來分類。前者的法律效果為阻卻故意的成立；後者則是影響不法意識的有無。後來在二次戰後逐漸發展「構成要件、禁止」錯誤二分法，依據犯罪成立階層作為區分之標準，其法律效果與「事實、法律」錯誤二分法略同⁴⁴³。換句話說，構成要件錯誤乃涉及犯罪成立的構成要件階層，禁止錯誤則是有關犯罪成立的罪責階層；前者之核心在於探討「構成要件故意」的有無，後者則是探討「不法意識」的有無⁴⁴⁴。惟此分類方法並未涵蓋錯誤理論體系之全貌，而個別僅是「事實、法律」錯誤的部分內容而已，這也難怪會有學者認為，「構成要件錯誤」即為「事實錯誤」，「禁止錯誤」則是「法律錯誤」⁴⁴⁵。再者，若以犯罪成立階層為分類體系，那也應該是區分為「不法階層」⁴⁴⁶與「罪責階層」，形成「不法、罪責」錯誤二分法，而非是「構成要件、禁止」錯誤二分法。

就錯誤理論發展至今以觀，其實早期的「事實、法律」錯誤二分法並未完全消失，有時反而成為判斷的參考指標。實際上，無論是「事實、法律」錯誤二分法或是「不法、罪責」錯誤二分法，都只是從其中一個角度觀察錯誤體系而已，必然會有所遺漏，相反地，應該用交叉的方式來作觀察，方可一網打盡。國內甚至有從德國學者 Kuhlén 的「水

⁴⁴² 此處採取廣義的理解方式，無論是主客觀必須「對應」的情況下發生了不一致，或是毋須為主客觀「對應」的情況下發生了不一致，皆屬錯誤理論之內涵。德國學說亦是採取廣義的理解方式，只要有主客觀發生不一致，無論須否相互對應，皆屬錯誤理論之一環。

⁴⁴³ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，413頁；林鈺雄，新刑法總則，元照出版，2006年，318-321頁。

⁴⁴⁴ 林山田，刑法通論（上），作者自版，414、429頁；張麗卿，刑法總則裡論與應用，五南，2005年，235-238頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，318-321頁。

⁴⁴⁵ 甘添貴，刑法總論，瑞興，1992年，102頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—286、1—290頁。

⁴⁴⁶ 包括構成要件階層與違法性階層。

平、垂直錯誤」分類法中觀察，並提出進一步的反省，認為採取「事實、規範」錯誤二分法反而才是最正確的區分標準⁴⁴⁷。

為了不陷入分類與名詞上的迷宮，本文擬先拋開傳統的思維路徑，而將錯誤理論的體系架構從三個面向切入觀察，即「錯誤所涉及的犯罪階層」、「錯誤所誤認的對象」以及「錯誤係有利或不利於行為人」三者，重新建構錯誤體系的全貌⁴⁴⁸。

第一項 從「錯誤所涉及的犯罪階層」作區分

首先，關注的是該錯誤所涉及的犯罪階層，亦即按照現今通說的犯罪階層體系作分類，區分為有關「構成要件該當性」、「違法性」以及「罪責」階層的錯誤，視行為人所發生錯誤的事實情狀或規範評價，在性質上屬於何種犯罪階層之要件而定。舉例而言：

【案例 1】：獵人甲在昏暗中誤以為登山迷路的乙是一隻麋鹿，見獵心喜下對乙扣下扳機，致使乙當場死亡。

【案例 1a】：從事牛郎工作之甲，相信刑法上的通姦罪只適用在已婚者的婚外情，並非適用在以性服務為常業之人，因而誤認提供已婚婦女乙性服務之行為係合法。

【案例 2】：由於乙天生一副兇神惡煞貌，致使甲誤以為前來問路的乙對自己不懷好意，因此本於保護自己的意思先發制人，將乙打成輕傷。

【案例 2a】：醫生甲誤以為所有的「死亡協助（安樂死）」行為在台灣都已經合法化，因此為乙施行加工自殺行為。

【案例 3】：在一場船難中，甲為了能抓住甲板以延長漂浮的時間，與乙發生激烈爭奪，並出於殺人的間接故意而將乙打傷，最終造成乙溺斃於深海之中。然而當時剛好有搜救船正在不遠處，縱使無需奪取甲板，依照正常搜尋程序甲只會受到輕微的嗆傷，卻也可以獲救。

⁴⁴⁷ 許玉秀、王玉全，從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），元照，2001年，177-189頁；莊華宇，論作為犯的事實錯誤—對德國學說的評析，國立政治大學法律學系碩士論文，2001年，192-197頁；王玉全，刑法上對應原理之應用—解析因果流程錯誤，國立政治大學法律學系碩士論文，2001年，81-100頁。

⁴⁴⁸ 同樣的整理方式，請參見 Ebert, AT 1994, S. 123 ff.; Heinrich, AT/2 2005, Rn. 1062 ff.; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 453 ff.。

【案例 3a】：甲誤以為工作上的同事可以該當「親密夥伴」的概念，因而為同事乙發動寬恕罪責的避難救助行為。

在【案例 1】中，甲主觀上誤以為所射殺者乃是野生動物，而客觀上卻是活生生的人，這個客體上的不一致乃關涉到構成要件階層行為客體的認定；而【案例 1a】甲所誤認的也是通姦罪的構成要件適用範圍，因此兩者都是「構成要件階層的錯誤」。同樣的道理，【案例 2】中發生主客觀不一致之處係正當防衛的防衛情狀，而【案例 2a】甲所誤認的也是依法令之行為的容許要件，這是有關「違法性階層的錯誤」；至於【案例 3】則是對於寬恕罪責緊急避難情狀存在與否發生誤認，【案例 3a】則是對於寬恕罪責避難救助的要件作了錯誤的解釋，乃是關於「罪責階層的錯誤」。

這種區分方式的實益在於，當錯誤是發生在哪個犯罪判斷階層，就應依循該階層的特性來處理錯誤的法律評價；換言之，與不法階層（構成要件該當性、違法性）有關係的錯誤，就必須按照不法要件的原理原則來解釋，若是關係到罪責階層的錯誤，就要依據罪責的核心概念來理解。

第二項 從「錯誤所誤認的對象」作區分

所謂錯誤所誤認的對象，係指行為人誤認的對象究竟屬於「事實情狀（tatsächliche Umstand）」抑或「法律上的評價（rechtliche Bewertung）」。⁴⁴⁹就有關事實情狀的錯誤而言，諸如【案例 1】、【案例 2】與【案例 3】，分別是構成要件階層、違法性階層與罪責階層的事實面錯誤，在形式上可能是消極地未認識事實（Nichtkenntnis），也可能是做出了積極地錯誤想像（irriges Annahme）。至於【案例 1a】、【案例 2a】與【案例 3a】則是各個階層在規範評價上的誤認，可能是誤認規範的存在與否（Existenz der Strafnorm），也有可能是錯誤地擴張或限縮規範的適用範圍（Reichweite der Strafnorm）⁴⁴⁹。

學說上沒有爭議的是，行為人必須認知所有與構成要件相關的客觀事實情狀，才能肯認具有構成要件故意（Vorsatz）；因此行為人若是沒有認知到某些構成要件客觀事實情狀，那麼就會發生阻卻構成要件故意的效果，是以在構成要件階層中，有關事實情狀

⁴⁴⁹ 本文在此無意深入討論禁止錯誤與包攝錯誤（Subsumtionsirrtum）間的差異，而直接將兩者同視為「與規範評價有關係的錯誤」；至於詳細的說明與分析，請參見蔡聖偉，刑法上包攝錯誤之研究，輔仁法學第 13 期，207 頁以下。

的錯誤與故意的阻卻與否息息相關，甚至可以說是一體兩面的關係⁴⁵⁰。同樣沒有爭議的是，行為人對於其行為之不法性的認識稱之為不法意識（Unrechtsbewusstsein）⁴⁵¹，在內容上無需確切地認識其行為的處罰規定，只需要知道其行為乃是法所不容即可；因此行為人若是對其行為做了錯誤的規範上評價，那麼就會發生影響不法意識的效果，亦即關涉到行為人的罪責有無或高低⁴⁵²。是以，在構成要件階層中，事實情狀與規範評價的錯誤在概念上可以得出涇渭分明的法律效果⁴⁵³；惟在違法性與罪責階層中，是否也可以得出這種截然二分的法律效果，則有相當大的爭執，本文將在後續的章節中說明之。

第三項 從「錯誤係有利或不利於行為人」作區分

若由該錯誤的發生是否有利於行為人切入區分，可以分為「對於行為人不利的錯誤（Irrtum zu Lasten des Täters）」以及「對於行為人有利的錯誤（Irrtum zu Gunsten des Täters）」兩類；前者在用語上稱之為「反面（umgekehrter）錯誤」，後者則相對地被稱為「正面錯誤」。

【案例 1b】：甲欲將砒霜加入乙之紅茶中毒死乙，卻於行為時誤取砂糖而加入，乙只是喝了一杯過甜的紅茶，身體並無任何異狀。

【案例 1c】：甲和乙是男女朋友，不諳法律的甲在狠心將乙拋棄後，以為會成立遺棄罪而終日惶惶不安。

【案例 2b】：角頭老大甲某日在路經某巷道時，發現對向走來的乃是新興幫派的老大乙，甲心想先下手為強而掏槍將乙射殺；殊不知在此之前，乙放在口袋內的手也正用手槍瞄準甲，想致甲於死地。

⁴⁵⁰ 通說見解所理解的故意概念與構成要件錯誤的關係，請參閱黃惠婷，故意與構成要件錯誤，月旦法學教室第 72 期，73 頁以下的介紹。至於新近對構成要件階層的重新建構，詳細區辨「阻卻構成要件故意（Vorsatz）」或「阻卻故意既遂的歸責（Vorsatzzurechnung）」者，請詳見蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，107 頁以下；同作者，謀事在人，成事在天—論因果歷程偏離於現代犯罪論體系中的定位，台灣本土法學雜誌第 87 卷，168 頁以下。

⁴⁵¹ 學說上也有稱為「違法性認識」，如陳子平，刑法總論，元照，2008 年，335 頁。

⁴⁵² 詳細說明與介紹，見黃惠婷，禁止錯誤，月旦法學教室第 74 期，50 頁以下。

⁴⁵³ 在概念上，事實與規範似乎十分清晰易分，但其實還是有難以說明的中間概念存在，如「規範性構成要件（normative Tatbestandsmerkmale）錯誤」或「空白刑法（Blankettstrafgesetz）錯誤」，都是無法直接斷明其係事實錯誤抑或法律錯誤屬性之適例。討論與說明，詳見王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤，台灣本土法學雜誌第 103 期，165 頁以下。

【案例 2c】：甲為了保全自己的財產而施展正當防衛行為，因而打傷了乙；惟甲卻以為正當防衛僅能針對生命、身體的現在不法侵害而為之。

【案例 3b】：甲與鄰居乙素有嫌隙，因此總是想找機會修理對方。某日甲在屋內見到乙的兒子丙正在甲家庭院嬉戲，心想要是讓丙受到嚴重的傷害，那乙必然痛不欲生，因此開槍將丙的腿部打斷；殊不知該丙乃是貪玩，且正要攀折甲所栽種的名貴蘭花。

【案例 3c】：甲為了保全女兒乙的生命而施展寬恕罪責的避難救助，因而造成丙的死亡；惟甲卻以為寬恕罪責的避難救助僅能為自己主張。

在構成要件階層中，如前【案例 1】與【案例 1a】所示，兩個案例所發生的錯誤都是有利於行為人，前者將殺人誤以為係獵鹿，後者則誤違法為合法，因此都是「正面錯誤」；至於【案例 1b】與【案例 1c】兩個案例卻是相對地不利於行為人，前者將砂糖誤以為砒霜，後者則誤合法為違法，均是「反面錯誤」。按照相同的脈絡，【案例 2】、【案例 2a】、【案例 3】與【案例 3a】，都是有利於行為人的正面錯誤，而【案例 2b】、【案例 2c】、【案例 3b】與【案例 3c】則是不利於行為人的反面錯誤。

正面錯誤與反面錯誤的區分，雖然個別看來沒有什麼決定性的影響力，而僅是作為分類上的切割，然而在犯罪體系上卻可以呈現出相互對照的現象；亦即個別階層內的正反面錯誤，堪作為檢驗「該階層內相關問題在處理方式上是否一貫？」之機能。

第四項 小結

本文從上述的三個面向將錯誤理論做體系上的劃分，並同時擇定所使用的名詞。首先是關於構成要件階層，該階層在立法技術上乃是用「禁止做出…行為」的規範模式為原則，亦即將禁止侵害法益之精神具體化為個別構成要件文字，因而習慣上被稱之為禁止規範（Verbotensnorm）⁴⁵⁴；行為人若是誤認在構成要件階層中的禁止規範，這種規範錯誤本文稱之為「禁止規範錯誤」，至於被包攝到此類規範內的前提事實，行為人若對於此前提事實有所誤認，本文稱之為「禁止要件前提事實錯誤」⁴⁵⁵。無論是禁止要件前提

⁴⁵⁴ 相對而言，少數構成要件乃是針對純正不作為犯（echte Unterlassungsdelikte），在立法技術上則是用「應做出…行為」的表達方法，習慣上則稱之為誡命規範（Gebotensnorm）。

⁴⁵⁵ 學說在稱呼習慣上，則是將規範面錯誤稱為禁止錯誤（Verbotensirrtum）；而事實面錯誤則是稱為構成要

事實錯誤或禁止規範錯誤，都可以再依據錯誤是否有利於行為人，區分為正面錯誤與反面錯誤兩類討論之。

同樣的道理，違法性階層中的規範乃是象徵對於構成要件該當行為的容許，因此習慣上被稱之為容許規範（Erlaubnisnorm）；行為人若是對容許規範發生誤認，依錯誤對行為人的有利性，可以分為正面抑或反面的「容許規範錯誤」，若是對該類規範的前提事實發生錯誤，則稱之為正面或反面的「容許要件前提事實錯誤」⁴⁵⁶。

至於罪責階層，由於排除（或減輕）罪責事由係直接觀察行為人的他行為可能性，亦即在客觀現實中檢視行為人是否具有責任能力，而決定是否適用第 18 條至第 20 條的規定，在此意義上，於排除（或減輕）罪責事由中是沒有「行為人主觀要素」這個設計的，因而當無主客觀不一致之錯誤理論的適用餘地⁴⁵⁷。但在預防必要性的否定上，寬恕罪責事由都具有主客觀要件的设计，因此必須詳加思考發生錯誤後的法律效果問題；在概念與用語上，本文將相關規範稱之為寬恕規範（Entschuldigungsnorm），對於規範所發生之錯誤稱為正面或反面的「寬恕規範錯誤」，對前提事實所發生的錯誤，則稱之為正面或反面的「寬恕要件前提事實錯誤」⁴⁵⁸。

件錯誤（Tatbestandsirrtum）或構成情狀錯誤（Tatumstandsirrtum）。

⁴⁵⁶ 與前注相同，學說在稱呼習慣上是將規範面錯誤稱為容許錯誤（Erlaubnisirrtum）；而事實面錯誤則是稱為容許構成要件錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum）。

⁴⁵⁷ Bachmann, Irrtümer im Bereich der Schuld, JA 2009, S. 513; Hardtung, Der Irrtum über die Schuld im Lichte des § 35 StGB, ZStW 1996, S. 46 ff.。

⁴⁵⁸ 在德國學說上的習慣用語是，將規範面錯誤稱為寬恕罪責錯誤（Entschuldigungsirrtum）；而事實面錯誤則是稱為寬恕罪責構成要件錯誤（Entschuldigungstatbestandsirrtum）。

《圖表 5-1：錯誤理論體系簡表》

對象	犯罪階層	正面（有利於己）	反面（不利於己）
事實	構成要件該當性階層	禁止要件前提事實錯誤 【案例 1】	反面禁止要件前提事實錯誤 【案例 1b】
	違法性階層	容許要件前提事實錯誤 【案例 2】	反面容許要件前提事實錯誤 【案例 2b】
	罪責階層	寬恕要件前提事實錯誤 【案例 3】	反面寬恕要件前提事實錯誤 【案例 3b】
法律	構成要件該當性階層	禁止規範錯誤 【案例 1a】	反面禁止規範錯誤 【案例 1c】
	違法性階層	容許規範錯誤 【案例 2a】	反面容許規範錯誤 【案例 2c】
	罪責階層	寬恕規範錯誤 【案例 3a】	反面寬恕規範錯誤 【案例 3c】

第二節 關於「構成要件階層」的錯誤

第一項 事實面錯誤 — 禁止要件前提事實錯誤

構成要件階層是最早導入客觀要件與主觀要件綜合檢驗的犯罪成立要件階層，而在禁止要件前提事實錯誤之中，基於構成要件類型上的不同，可以區分為僅涉及單一完整⁴⁵⁹不法內涵的「禁止事實錯誤」，以及牽涉到數個可層升（steigerungsfähig）完整不法內涵的「減輕禁止事實錯誤」兩者⁴⁶⁰。

⁴⁵⁹ 這裡所稱的「完整」，係指主客觀要件均滿足的故意既遂類型。

⁴⁶⁰ 學說上習慣將前者稱之為構成要件錯誤，後者則是減輕構成要件錯誤（Irrtum über privilegierende Tatbestand）。

一、單一完整不法內的錯誤：禁止事實錯誤⁴⁶¹

凡是在個別構成要件要素中發生主客觀不一致的現象，都可以歸類為禁止事實錯誤，若錯誤是有利於行為人的正面錯誤類型，猶如【案例 1】所示，將會得出阻卻故意的結論，至於會否成立過失犯，則必須另外檢驗⁴⁶²；相對地，若是如【案例 1b】般不利於行為人的反面錯誤類型，則是會阻卻既遂的成立，至於能否構成未遂犯⁴⁶³，亦必須另行討論。但要注意的是，此類錯誤既然被歸屬於構成要件階層，就必須依循構成要件階層的結構來觀察，而構成要件該當性的檢驗結構，沒有爭議的是「客觀構成要件該當性」與「主觀構成要件該當性」兩者；通說見解認為當客觀構成要件該當而達到既遂階段，主觀構成要件亦具備而有故意，那便可成立故意既遂犯⁴⁶⁴。

惟新近學說賦予構成要件階層的檢驗有別於國內通說見解的全新風貌，亦即要成立故意既遂犯，除了必須通過「既遂的確認（客觀構成要件該當性）」與「故意的確認（主觀構成要件該當性）」外，還必須通過「故意既遂之歸責的確認」⁴⁶⁵；早期學說多將既遂的確認與故意的確認相互混淆，而現今學說則多將故意的確認與故意既遂之歸責的確認混為一談。就此新興見解而言⁴⁶⁶，既遂的確認係「客觀上所實際存在的事實」與作為判斷標準的構成要件相吻合，在此最為關鍵的重點在於客觀歸責理論的承認，而將以往錯誤定位於確認故意的案例⁴⁶⁷拉回客觀面來思考；故意的確認則是行為人於行為時「主觀上所想像的事實」與作為判斷標準的構成要件相一致，是故確認故意與確認既遂在判斷標準上具備同一性（同一個構成要件），故意的內涵也因此不像通說見解所主張般，必須檢驗行為人主觀上對於客觀事實的認知⁴⁶⁸。

⁴⁶¹ 在此是採取較為廣義的理解，也包含正面錯誤與反面錯誤在內，而不單單僅指阻卻故意的情形。

⁴⁶² 就此而言，德國刑法第 16 條第 1 項有明文規定：若行為人實行犯罪行為時並未認識到屬於法定構成要件的事實情狀，其行為無故意。但並不因此影響其過失行為之可罰性。

⁴⁶³ 在此無論依據哪種著手判斷標準（形式客觀說、密接行為說或主客觀混合說），皆無礙於「行為人已著手」的結論，剩下的問題是：可否適用刑法第 26 條不罰的法律效果？關於此，請參閱蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照，2008 年，87 頁以下。

⁴⁶⁴ 僅參閱林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，296 頁以下。

⁴⁶⁵ 見蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，128 頁以下。

⁴⁶⁶ 雖說在國內乃是鮮少提及的新見解，但這個看法在德國已經有為數不少的支持者，請見見蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，136 頁，注釋 117 的整理。

⁴⁶⁷ 如下述因果歷程偏離的【醫院案】與【救護車案】。

⁴⁶⁸ 蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，132 頁以下。惟學說上多主張

承上所述，在確認既遂與確認故意的判斷標準具備同一性的前提之下，既遂與故意的分別確立並無法直接得出構成故意既遂犯的結論，理由在於尚未檢驗兩者間是否具有一定程度的連結性與重合性，這便是「故意既遂之歸責的確認」所要探討的核心，亦即「客觀上之既遂是否可以歸責到主觀上之故意」這個規範評價的問題。首先，我們必須先為既遂與故意找到歸責上的連結基礎，這是因為在主客觀構成要件該當性的分別審查中，通說見解不約而同地都做出了時間上的放寬⁴⁶⁹，因此必須在故意既遂之歸責中嚴格地加以把關；而這個把關的標準便是：行為人是否業已作出反抗規範的最終決定？只有在行為人放任抵觸行為規範的決定付諸實現時，才能說客觀上風險的實現（既遂）可以被歸責到行為人主觀上的想法（故意）。這個「最終的放任決定」建構了既遂與故意間的連結關係，並填補寬鬆認定主客觀構成要件該當性而過度入罪化的缺失；是故在行為人欠缺「最終的放任決定」之情形，將因欠缺歸責上的連結基礎而阻卻故意既遂犯的成立⁴⁷⁰。

在肯定行為人放任抵觸行為規範的決定付諸實現後，接下來便要審查主客觀構成要件該當性的重合關係，亦即兩者間若有所差異，這個差異是否足以否定行為人成立故意既遂犯？⁴⁷¹操作的方法上，係觀察主觀想像與客觀事實是否在「具有規範重要性」的範圍內充分重合，亦即透過這個客觀與主觀重合一致的部分，將兩個技術上獨立的部分連結成一個整體；而這個具有規範重要性的部分，便是「不受容許的風險製造」，也就是行為人的故意支配了客觀上的規範侵害事實⁴⁷²。是以，若既遂與故意在建構不受容許風

故意必須認知到所有在客觀上發生的事實，亦即符合對應原理（Kongruenz）的要求才會具備，否則將得出阻卻故意的結論，如林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，187頁；王玉全，刑法上對應原理之應用—解析因果流程錯誤，政治大學碩士論文，2001年，45頁以下。

⁴⁶⁹ 因為若是借助未遂犯的結構來觀察，會發現故意的存在時點其實並非緊扣住構成要件行為時，而僅僅是在「著手」時；至於在著手的時點上，除非採取形式客觀說的標準，否則只要是與構成要件行為有密接關連性的舉動，都可以被評價為著手。綜合觀察之下，主觀上故意與客觀上著手的存在時點，其實都較法定構成要件行為來得提早。詳請參見，蔡聖偉，論結果提前發生之因果歷程偏離，刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，304頁以下。

⁴⁷⁰ 蔡聖偉，論結果提前發生之因果歷程偏離，刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，313-316頁。類似的看法，如黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，448頁。

⁴⁷¹ 當然也可以反過來問：兩者間在重合（沒有差異性）的部分，是否足以肯定故意既遂犯的成立？

⁴⁷² 蔡聖偉教授將此判斷方法稱之為「修正的風險理論」，並且隨之建構出降低事實描述可操控性的方法。詳請參閱蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第20卷第1期，137、149頁以下。

險的相關事實上有所重合（全等），便可通過故意既遂之歸責而成立故意既遂犯。

在禁止事實錯誤中，要特別留意該「錯誤現象」究竟是關係到既遂的確認（客觀構成要件該當性）、故意的確認（主觀構成要件該當性）抑或故意既遂之歸責的確認（客觀與主觀構成要件的全等性），而不能一概認為是故意阻卻與否的問題。

（一） 有關行為客體（Tatobjekt）的錯誤

與構成要件客體有關係的錯誤，還可以區分為客體同一性的誤認以及行為對客體的錯誤連結兩種類型，前者即俗稱的「客體錯誤（error in obiecto）」，即關於客體同一性的誤認；後者則是「打擊錯誤（aberratio ictus）」，乃行為連結到錯誤的客體。

無論是客體錯誤還是打擊錯誤，都可以依目的客體（行為人想像中的客體）與行為客體（行為人實際攻擊的客體）所涉及的構成要件等價性（Gleichartigkeit）做分類，分為「等價（客體、打擊）錯誤」與「不等價（客體、打擊）錯誤」兩類⁴⁷³。沒有爭議的是不等價錯誤的處理，因為客觀要件與主觀要件都只有個別符合不同的構成要件，所以沒有成立故意既遂犯的可能性，至多對行為客體論以過失、對目的客體論以未遂，兩者成立想像競合關係。

相較之下，等價錯誤的情形則饒富爭議性，在發生「等價客體錯誤⁴⁷⁴」時，通說⁴⁷⁵針對行為客體部分的論罪，在客觀上必然已該當既遂，而主觀上故意成立與否則採取「等價理論（Gleichartigkeitstheorie）」來判斷，只要目的客體與行為客體所涉及的構成要件係屬等價，那便足以建構該罪之故意。基於此，等價客體錯誤的類型便不會阻卻行為人對於行為客體的故意，因而主觀構成要件該當。至於「等價打擊錯誤⁴⁷⁶」，通說⁴⁷⁷針對行

⁴⁷³ 也有學說將等價錯誤稱為「具體錯誤」，不等價錯誤則是「抽象錯誤」。

⁴⁷⁴ 如【案例4】：甲誤丙為乙而開槍殺之。

⁴⁷⁵ 參閱 Ebert, AT 1994, S. 129; Heinrich, AT/2 2005, Rn. 1099 ff.; Rengier, AT 2009, 15/22; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，419-420頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，196-198頁；黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，457頁；黃惠婷，故意與構成要件錯誤，月旦法學教室第72期，85頁。日本學說則多用「法定符合說」來加以詮釋，見川端 博，余振華譯，集中講義刑法總論，元照，2008年，53頁以下；陳子平，刑法總論，元照，2008年，191頁。

⁴⁷⁶ 如【案例5】：甲開槍殺丙時誤擊站在旁邊的乙，致乙死亡。

⁴⁷⁷ 參閱 Ebert, AT 1994, S. 130; Heinrich, AT/2 2005, Rn. 1108; Rengier, AT 2009, 15/31 ff.; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，420-422頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，198-200頁；黃惠婷，故意與構成要件錯誤，月旦法學教室第72期，84頁。日本學說則多用「具體符合說」來加以詮

為客體部分的論罪，同樣在客觀上必然已該當既遂，然而主觀上故意成立與否卻採取「具體化理論 (Konkretisierungstheorie)」來判斷，亦即只有目的客體與行為客體在現實上完全相同，始足以建構該罪之故意，換言之，故意必須具體化到特定人別或物別的程度，才會成立；但也有不同意見主張用「等價理論」來判斷行為人對行為客體的故意，並且主張被害客體的具體化，在法律評價上並無任何意義，因為只要行為人想要殺人，無論那個人是誰，都無礙於殺人故意的成立⁴⁷⁸。

學說見解在處理等價錯誤時，都把問題定位在「故意的確認」上，等價理論與具體化理論也就是「故意對客觀事實認知程度」的爭論。但若認清故意的內涵，便會發現行為人主觀上想像的事實早已與作為判斷標準的構成要件相一致，因此故意已然被確立，剩下的問題應該是「故意既遂之歸責的確認」才是。職是之故，無論如【案例 4】的等價客體或【案例 5】的等價打擊錯誤，行為人業已放任牴觸行為規範的決定付諸實現；且客觀與主觀構成要件重合部分乃「甲對另一個人開槍射擊」，足以建構法所不容許的風險，因此甲都應成立故意殺人既遂罪⁴⁷⁹。

(二) 有關因果歷程 (Kausalverlauf) 的錯誤

因果歷程偏離的現象，按學說上的討論脈絡可以先行區分為「單一行為」與「複數行為」兩種，後者再劃分「結果延後發生」以及「結果提前發生」兩個不同的類型。要注意的是：究竟因果歷程偏離的問題定位何在？因為因果歷程偏離只是一種現象的統稱，至於這種現象的評價應歸屬於哪個刑法要件（客觀構成要件、主觀構成要件，抑或故意既遂犯之歸責），毋寧才是解決此類問題的焦點。

1、單一行為的因果歷程偏離

典型的案例如【醫院案】：甲本於殺人犯意朝乙胸口開槍，乙中彈後倒地血流不止，甲認為乙必死無疑而離開現場；乙之後被救護車送往醫院急救，不料搶救過程中，醫院

釋，見川端 博，余振華譯，集中講義刑法總論，元照，2008 年，56 頁以下；陳子平，刑法總論，元照，2008 年，191 頁。

⁴⁷⁸ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，459 頁。

⁴⁷⁹ 蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，137、149 頁以下。

竟然發生大火，乙因為吸入過多濃煙而被嗆死⁴⁸⁰。

針對此類錯誤，早期德國學說都是用「相當性公式 (Adäquanzformel)」來做檢驗，倘若偏離的因果歷程尚處於一般生活經驗可預見的範圍，那這個偏離即屬不重要，而可以成立故意既遂犯；反之，若客觀上所發生的因果歷程已經超出了一般生活經驗可預見的範圍，則偏離便屬重要，而至多成立過失與未遂的同種想像競合⁴⁸¹。不過在相當性公式所盛行的那個時代，仍然是採取古典或新古典犯罪體系論的架構，並且以因果行為概念 (der kausale Handlungsbegriff) 作為基礎，故判斷因果關係時僅需通過條件理論的檢驗即可。正因為如此，【醫院案】中甲的行為無論如何客觀構成要件都會必然該當，惟若讓甲成立故意既遂犯卻又明顯有違人民的法感情，因而只能在主觀要件部分透過相當性公式來阻卻行為人的故意。

現今的犯罪論體系已經接受了「客觀歸責理論 (die objektive Zurechnungstheorie)」的想法，亦即在客觀構成要件中審查風險與結果間的實現關聯，其背後的意義就等同於「可預見與否」的審查；若是因為超出一般人的可預見範圍而無法通過客觀歸責理論的檢驗，那麼客觀構成要件便是自始不該當，而僅有成立未遂犯的可能性。是以，無論在【醫院案】抑或【救護車案】，都可以藉由客觀歸責理論否定甲的客觀構成要件該當性，甲最多成立故意殺人未遂罪⁴⁸²。

另外一種特殊案例是【案例 6】：殺手甲在暗處架好狙擊槍並瞄準目標乙後，正在等待進一步的指示且同時打開保險栓之際，不小心誤觸扳機而扣發子彈，將乙直接擊斃。德國通說認為，只要行為人業已著手實行而進入未遂階段，均一概論以故意既遂犯⁴⁸³；至於有力學說則認為，只有當行為人將其行為計畫完全地付諸實行而放棄對事件的掌控，才能論以故意既遂犯⁴⁸⁴。實際上，案例中甲之行為於客觀上該當殺人罪的構成要件

⁴⁸⁰ 另外一個有異曲同工之妙的案例便是【救護車案】：甲本於殺人犯意朝乙胸口開槍，乙中彈後倒地血流不止，甲認為乙必死無疑而離開現場；乙之後被救護車送往醫院急救，途中因為救護車車速太快，過彎不及而翻覆，乙受到強烈撞擊而直接死亡。

⁴⁸¹ 見蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，120-121 頁的整理。

⁴⁸² 詳細論述與說明，請參見蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，121-123 頁。也因此，德國文獻上才會認為「相當性公式在現今犯罪論體系內，已經失去了意義」。

⁴⁸³ Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 58; Stratenwerth/Kuhlen, AT/1 2004, 8/94; 徐育安，故意的時點問題—結果提前發生與概括故意，法學講座第 20 期，47 頁。

⁴⁸⁴ 學說上稱之為「既遂故意 (Vollendungsvorsatz) 理論」，Freund, AT 2009, 7/144 ff.; NK-Puppe, 2005, § 16,

而既遂，甲在行為時的主觀想像亦該當構成要件所描述之事實，因此具有故意，所以這應該是「故意既遂之歸責的確認」之問題；由於在結果發生時甲並未終局的放任乙死亡結果的發生，無法通過故意既遂之歸責的「前提要求」，甲不成立故意既遂犯，僅能論以（未了）未遂與過失（或結果加重犯）之想像競合⁴⁸⁵。

還有一個經典案例是著名的【橋墩案⁴⁸⁶】，通說見解認為甲客觀上的所作所為完全符合殺人罪的法規範，甚至將乙從高橋上丟下的風險亦正常地實現摔死在橋墩上的結果，故客觀構成要件該當；主觀上雖然甲的認知係乙被溺死，但由於故意無需認知到整個犯罪過程的任何細節，僅需認知到因果歷程的重要部分即可，因此主觀構成要件亦該當，甲可以成立故意既遂犯⁴⁸⁷。在此通說又將討論的重心置於故意的確認上，聚焦於主觀構成要件與客觀構成要件的對應關係，並得出不阻卻故意之結論。實際上，【橋墩案】並不涉客觀歸責理論在檢驗上的否定，也不是故意無法與客觀構成要件相互對應而被阻卻，而係攸關「故意既遂之歸責」的問題，因為無論是甲客觀上的作為或是主觀上的想像，都可以符合殺人罪構成要件之描述，既遂與故意皆已確認；且甲除了終局的放任乙死亡結果的發生，在主客觀要件重合部分—甲將襁褓中的嬰兒乙從高橋上丟下—已然建構出法所不容許的風險，因此得以肯認故意既遂犯的成立⁴⁸⁸。

2、複數行為的因果歷程偏離

首先是「結果延後發生（der verspätete Erfolgseintritt）」的案例，如【案例 7】：甲

Rn. 89。

⁴⁸⁵ 蔡聖偉，論結果提前發生之因果歷程偏離，刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，314 頁。

⁴⁸⁶ 案例事實略為：甲本於殺人之犯意，將襁褓中的嬰兒乙從高橋上丟下，心想讓乙溺斃在河中；不料，被丟下橋的嬰兒直接摔落在橋墩上而死亡。

⁴⁸⁷ Zieschang, AT 2005, S. 46；林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，423 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，201-202 頁；王玉全，刑法上對應原理之應用—解析因果流程錯誤，政治大學碩士論文，2001 年，149 頁以下。

⁴⁸⁸ 這個看法也可以用來解釋【砂糖案】：甲誤以為砂糖可以殺死人，因此本於殺人犯意欲將砂糖加入乙的飲料內毒死乙；不料在行為時卻誤取砒霜加入乙的飲料中，乙因而毒發身亡。本案中甲之行為客觀構成要件與主觀構成要件均已該當，而進入故意既遂之歸責的檢驗；客觀構成要件與主觀構成要件重疊之處係「甲將白色粉末加入乙的飲料內」，該描述尚無法建構法所不容許的風險，因而否定故意既遂之歸責，至多成立殺人未遂與過失致死的想像競合。詳請參閱，蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，141 頁以下。

本於殺人犯意用木棍攻擊乙，乙倒地後一動也不動，甲心想要將乙的屍身給處理掉，於是將乙丟入河中；殊不知乙被棍擊後僅是昏迷，而是在被丟入河後才溺斃。這種案例有兩種可能的處理方向，其一是將前後兩個舉動割裂評價，分別成立殺人未遂與過失致死的競合關係，這種看法學說上稱「自主雙行為說」⁴⁸⁹；至於多數學說見解則是採取將前後兩個舉動合併評價的方法，亦即以不同的學說來建構甲成立故意殺人既遂罪的理由。在各種理由中，早期學說是將觀察重點放在故意的確認上，亦即在肯認客觀構成要件該當後，討論行為人是否具備故意的問題，並採取「概括故意說（Die Lehre vom dolus generalis）」，認定後行為仍被前行為之故意所涵蓋，因而可以成立故意既遂犯⁴⁹⁰。通說見解則是將問題放入客觀歸責理論之中，觀察風險實現的過程是否偏離一般人所能預見的範圍，若否定便足以成立故意既遂犯，肯定的話則僅能成立未遂犯⁴⁹¹。

再來是有關「結果提前發生（der vorzeitige Erfolgseintritt）」的案例，如【案例 8】：甲計畫將乙打昏之後再丟入河中使之溺斃；不料棍擊之下，乙便已經死亡，甲全然不知而按計畫將乙之屍身丟入河中。這個案例與前述【案例 6】的結構相同，甲之行為已經符合客觀與主觀構成要件而有既遂與故意，而應該是「故意既遂之歸責的確認」之問題；由於在結果發生時甲並未終局的放任乙死亡結果的發生，無法通過故意既遂之歸責的「前提要求」，甲不成立故意既遂犯，僅能論以（未了）未遂與過失（或結果加重犯）之想像競合。

二、 複數完整不法間的錯誤：減輕禁止事實錯誤

若錯誤是發生在兩個可層升的完整不法內涵之間，那就不是單純禁止事實錯誤的問

⁴⁸⁹ 採此說者，如陳子平，刑法總論，元照，2008年，186頁；同作者，因果歷程錯誤之另一思考問題，台灣本土法學雜誌第55期，166頁。

⁴⁹⁰ Welzel, Das Deutsch Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 74。我國實務見解採取此說，見最高法院92年台上字第5154號判例。

⁴⁹¹ 如 Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 265；林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，425-426頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—289-299頁；林書楷，刑法總則，五南，2010年，114頁；徐育安，故意的時點問題—結果提前發生與概括故意，法學講座第20期，43頁；黃惠婷，故意與構成要件錯誤，月旦法學教室第72期，85頁。至於 Roxin 所採取的「犯罪計畫區分說（Tatplan-Theorie）」，則是將這個問題定位在「故意既遂犯之歸責」的檢驗中，而非是客觀或主觀構成要件的檢驗。見 Roxin, AT/1 1997, 12/180；Roxin 將故意既遂犯之歸責稱為「對故意的歸責（Die Zurechnung zum Vorsatz）」。

題，而是涉及到減輕禁止事實錯誤；就此錯誤類型德國刑法第 16 條第 2 項設有特別的處理規則⁴⁹²，在我國刑法中雖然沒有類似規定，但卻可以由法理中推導出相同的結論。典型案例如【案例 9】：甲錯誤地以為身染絕症的妻子乙嚴肅地向其表達求死的意志，因而下毒將乙毒殺。以下以本案例為基礎討論之。

首先，這種錯誤係發生在對同一法益不法輕重程度有別的兩個構成要件之間，而這兩個構成要件本身都有屬於自己的完整（客觀與主觀）不法內涵，只不過完整不法內涵的高低有別罷了；在此可以確認兩個條文間存有「不法的減輕（Unrechtsminderung）」現象。次者，這兩個條文之中，針對法益侵害的基本態樣而設計之構成要件稱為「基本構成要件」，若在基本構成要件上增設其他的要素，便形成「變體構成要件」；因此邏輯上若符合變體構成要件的所有要素，勢必也將該當基本構成要件的所有要素，兩者將形成法條競合的特別關係。以【案例 9】為例，這裡涉及到普通殺人罪與受囑託殺人罪，前者係基本構成要件，後者為變體構成要件；且有鑑於學說上均承認「得被害人承諾」是一個能夠排除不法的事由⁴⁹³，基於同樣的道理，沒有違背被害人意思決定的受囑託殺人罪，縱使立法者否定了自己生命的處分可能性（即排除不法），也仍然無損其較普通殺人罪的不法內涵為輕的特性，是以兩個條文間具有不法減輕的現象⁴⁹⁴。

甲主觀上的想法吻合受囑託殺人罪之要件，但行為在客觀上卻是符合普通殺人罪的要件，由於邏輯上若符合變體構成要件的所有要素，勢必也將該當基本構成要件的所有要素，已如上所述，故甲主觀上成立受囑託殺人罪之故意，當然也同時該當普通殺人罪之故意，可以成立故意殺人既遂罪。有問題的地方在受囑託殺人罪的部分，究竟是成立既遂或是未遂？依據檢驗犯罪的形式流程推論：由於客觀上並未有乙囑託殺人之事實，所以不可能該當本罪既遂；然甲主觀上符合本罪之故意，且按甲對其犯行之想像也已著手於本罪之實行，應成立受囑託殺人未遂罪。

⁴⁹² 條文內容：凡於行為時誤以為輕法構成要件之前提事實存在者，其故意之違犯僅得依輕法處罰。參考自蔡聖偉，「大意」減親（上）—對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第 83 期，81 頁。

⁴⁹³ 理由在於行為人並未侵害被害人的意思決定自由。

⁴⁹⁴ 學說上肯定不法減輕屬性者，如 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT 2003, 21/26; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1 2004, 8/82; *Küper*, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe, GA 1968, S. 335; 蔡聖偉，「大意」減親（上）—對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第 83 期，80 頁。反之，亦有認為是罪責減輕屬性者，如 *Roxin*, AT/1 1997, 12/128（不過新版教科書中似乎已變更見解）；*Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 424。此外，也有主張本罪同時包含不法與罪責的減輕，如 *Kindhäuser*, AT 2005, 27/6; *ders.*, BT/1 2005, 3/8。

上述推論過程看似合理，惟實質內涵的評價上卻疑點重重。詳言之，若立法者針對同一法益設計兩個輕重不等的構成要件，按照一般的評價原則，當構成較重之罪既遂時，理應也同時構成較輕之罪「既遂」才是；然而上述推論卻一反常態，成立受囑託殺人「未遂」罪。再者，若客觀上的確有減輕事由存在時，結論上要論以受囑託殺人既遂罪，反而在【案例 9】客觀上沒有減輕事由存在而不法內涵相較為重的情況下，要論以受囑託殺人未遂，不啻為評價上的矛盾。最後，在主客觀沒有任何減輕事由的一般殺人情事，僅論以普通殺人既遂即為已足；何以主觀上出現減輕事由之【案例 9】情況中，反而要論以普通殺人既遂與受囑託殺人未遂兩罪，此時明顯發生評價上的錯亂倒置⁴⁹⁵。

總括而言，當面臨這種不法輕重程度有別的禁止事實錯誤，並不能依循僅涉及單一完整不法內涵的構成要件錯誤規則，而理應設計特殊、專屬的錯誤規則。針對這種減輕禁止事實錯誤，若從實質不法內涵的角度切入觀察，減輕構成要件（受囑託殺人罪）的完整不法內涵永遠都可以被基本構成要件（普通殺人罪）的完整不法內涵所包括，因此行為人客觀上實現基本構成要件的不法內涵，便也同時實現了減輕構成要件的客觀不法內涵，只要行為人主觀上具有減輕構成要件的故意，那減輕構成要件便已完全該當；以【案例 9】而言，甲除了成立普通殺人既遂罪外，另也成立受囑託殺人既遂罪，兩罪成立法條競合特別關係，僅論受囑託殺人既遂罪已足⁴⁹⁶。至此，我們可以將適用於減輕禁止事實錯誤的特殊規則勾勒出來：當行為人客觀上實現基本構成要件時，若其主觀上僅認知到減輕構成要件，則仍可成立減輕構成要件之犯罪⁴⁹⁷。

第二項 規範面錯誤 — 禁止規範錯誤 (Verbotsirrtum)

關於禁止規範錯誤，係指行為人誤認了刑法禁止（與構成要件階層有關）規範的內容，在學說上也被稱為直接的 (direkter) 禁止錯誤。

一、 正面禁止規範錯誤

⁴⁹⁵ 蔡聖偉，「大意」減親（上）—對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第 83 期，76-77 頁。

⁴⁹⁶ 蔡聖偉，「大意」減親（上）—對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第 83 期，81-83 頁。

⁴⁹⁷ 之所以不用「僅成立低度不法之犯罪」，是怕造成「在這種案例中只會成立低度不法之犯罪，而排除高度不法犯罪成立」的誤會。

正面禁止規範錯誤—行為人誤以為其行為乃法所不禁止—該如何評價，理論變遷過程中有故意理論（Vorsatztheorie）與罪責理論（Schuldtheorie）之爭，爭執的關鍵點是：「不法意識」在刑法理論上該如何定位？

發展上較為早期的故意理論，特徵在於將故意定位為罪責要素，且不法意識乃內化於故意的判斷之中。故意理論尚有「嚴格故意理論」與「限制故意理論」之別，前者認為一旦欠缺不法意識，都絕對地（嚴格）導出影響故意的結論；後者則區分欠缺不法意識的原因，在行為人出於對法盲目或法敵對的態度而欠缺不法意識時，仍維持行為人的故意，是以不法意識的欠缺，乃是有條件地（限制）導出影響故意的結論⁴⁹⁸。

現今通說見解採取罪責理論，認為不法意識乃是獨立的罪責要素，與故意的內涵並無關連，因此不法意識的欠缺僅影響罪責，無關乎故意的確認。至於欠缺不法意識對罪責的影響為何，通說認為應循錯誤的「避免可能性（Vermeidbarkeit）」為斷，亦即將禁止規範錯誤區分為「不可避免」與「可避免」兩者，前者將排除行為人之罪責，後者最多僅減輕罪責。於避免可能性的判斷上，應綜合行為人的社會地位、個人能力及價值觀念的合理運用等等，決定行為人能否認識行為的不法性；且在行為合法性有疑問的情況，行為人並負擔有諮詢義務（Erkundigungspflicht）⁴⁹⁹。【案例 1a】的甲不知有重婚罪的規定而同時與乙、丙結婚，即正面禁止規範錯誤，處罰重婚行為之資訊僅需諮詢一般市民都可得知，甲不法意識的欠缺係可以避免，最多按刑法第 16 條減輕罪責。

二、 反面禁止規範錯誤

反面禁止規範錯誤—行為人誤以為其行為乃法所禁止，如【案例 1c】—即俗稱的幻覺犯（Wahndelikt），由於可罰性的範圍或界限乃是法律規範所明定，行為人的行為是否構成犯罪，是依據刑法構成要件之規定，並非取決於行為人自己的想像，故【案例 1c】中的甲不會構成遺棄罪⁵⁰⁰。

⁴⁹⁸ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，433 頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009 年，1—296 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，324 頁；黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，260-261 頁；黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室第 76 期，76 頁。

⁴⁹⁹ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，434 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，325 頁。

⁵⁰⁰ 僅參閱林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，507 頁。

第三節 關於「違法性階層」的錯誤

第一項 事實面錯誤 — 容許要件前提事實錯誤

任何與容許規範有關的前提事實都有發生錯誤的可能，這就是容許要件前提事實錯誤，學說上多以正當防衛或緊急避難為討論的示例，但並不以之為限。這種錯誤同樣也有正面與反面之別，較常見的正面錯誤類型為「誤想防衛（Putativnoterhr）」或「誤想避難（Putativnotstand）」；至於反面錯誤則是「偶然防衛」或「偶然避難」。

容許要件前提事實錯誤的最大爭執點在於：這種錯誤究竟是傾向於「禁止要件前提事實錯誤」還是「禁止規範錯誤」？因為若就誤認前提事實乙點而論，係與禁止要件前提事實錯誤相同；若由不法意識因為行為人誤認其行為的容許性而降低乙點而言，卻又與禁止規範錯誤相類。莫怪乎學說上有認為容許要件前提事實錯誤是介於這兩種錯誤的中間概念⁵⁰¹。

一、 正面容許要件前提事實錯誤⁵⁰²

在學說針對故意理論與罪責理論的爭議塵埃落定，並由罪責理論（故意與不法意識完全分離）取得主流地位後⁵⁰³，接著主戰場便移轉到正面容許要件前提事實錯誤的處理爭論上。以下均是本於罪責理論的前提所展開之討論。

（一） 學說紛爭

1、 負面構成要件要素理論

有學者主張不法的判斷並非是構成要件該當性與違法性的全然切割，而是客觀不法（客觀構成要件該當且不具有客觀阻卻違法要件）與主觀不法（主觀構成要件該當且不具有主觀阻卻違法要件）的分別判斷；只要是主觀不法的欠缺便是無故意，至於主觀不法究竟是欠缺構成要件該當性部分抑或違法性部分，均非所問。按此說，正面容許要件

⁵⁰¹ 見 Ebert, AT 1993, S. 128。

⁵⁰² 如前述【案例 2】。

⁵⁰³ 請參閱本章「第二節、第二項、一」的部分。

前提事實錯誤的結構與正面禁止事實錯誤在本質上「完全相同⁵⁰⁴」，都是阻卻行為人之故意，應另行審查是否成立過失犯⁵⁰⁵。

2、 限制罪責理論

正面容許要件前提事實錯誤雖然並非發生在構成要件階層，而與正面禁止事實錯誤有所差異，然而兩者在結構上卻是十分相似。詳言之，兩者都同時具有「事實錯誤」的特徵，只不過一個是構成要件階層之事實，一個是違法性階層之事實；再者，兩者由故意所建構的行為非價(der durch den Vorsatz begründete Handlungsunwert)都不存在⁵⁰⁶，一個是自始不存有侵害法益的故意，一個則是侵害法益的故意被合法行為的故意給抵消(kompensiert)了。是以，此類錯誤應與正面禁止事實錯誤作相同的處理，排除行為人之故意。

為了合理說明兩種錯誤的可相提並論性，本說論者提出不法故意(Unrechtsvorsatz)的概念，認為不法故意在概念上雖然較構成要件故意(Tatbestandsvorsatz)為廣，除了認知構成要件該當性的事實情狀外，還必須包括阻卻違法性事實情狀的不認識；但兩者的基礎內涵卻都是對於法益侵害的認知，故應適用相同的處理規則。因此，正面容許要件前提事實錯誤所欠缺者乃不法故意，技術上可以「比附援引⁵⁰⁷」正面禁止事實錯誤，阻卻行為人的不法故意，應另行審查是否成立過失犯⁵⁰⁸。

3、 指示法律效果的罪責理論⁵⁰⁹

本說嚴格固守犯罪三階層體系論，認為構成要件故意已然在構成要件階層確立，不可能也不應該藉由違法性階層的任何事由回溯性地加以推翻；因此正面容許要件前提事實錯誤並不影響構成要件故意，而只能影響「故意罪責(Vorsatzschuld)」。

⁵⁰⁴ 在德國法上，便是「直接適用」第16條第1項。見Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 473。

⁵⁰⁵ 黃榮堅，基礎刑法學(上)，元照，2006年，263-265頁。

⁵⁰⁶ Otto, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., 1992, S. 212。

⁵⁰⁷ 在德國法上，便是「類推適用」第16條第1項。見Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 476。

⁵⁰⁸ Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 464 f.; Roxin, AT/1 2006, 14/55, 79。

⁵⁰⁹ 原文為「Die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie」，有稱為法律效果援用之責任理論；也有另一種名稱是「Die rechtsfolgenbeschränkte Schuldtheorie」，學說上有翻譯作限制法律效果的罪責理論。

這種看法的出發點在於承認故意具有犯罪體系上的雙重機能（Doppelfunktion des Vorsatz），除了可以作為構成要件的主觀要素外，同時也是罪責型態之一，且故意之不法行為原則上足以表徵故意的罪責型態⁵¹⁰；而正面容許要件前提事實錯誤乃是一個例外，其推翻了構成要件故意所表徵的故意罪責，因此不能成立故意犯，僅依情形承擔過失罪責⁵¹¹。這種看法在構成要件層次上維持了故意犯的結構，卻在罪責層次阻卻故意罪責，最終至多只能論以過失犯的法律效果⁵¹²。

4、嚴格罪責理論

本說論者主張，一旦行為人欠缺不法意識，無論是直接對規範的誤認而欠缺，或間接因為事實的誤認而欠缺，只要是不法意識的欠缺都應該按罪責的基本概念來處理，亦即觀察不法意識的欠缺是否可避免而定⁵¹³；就此而言，正面容許要件前提事實錯誤乃是行為人在誤認有關阻卻違法事由的前提事實情狀後，認為自己的行為乃法律所容許，致使欠缺不法意識的可非難性顯著降低。故應與禁止規範錯誤採取相同的處理方式⁵¹⁴，與行為人的故意毫無關係，而是看該錯誤可否避免而排除或減輕罪責⁵¹⁵。

嚴格罪責論者為了說明正面容許要件前提事實錯誤與「故意的否定」毫無關係，提出了所謂「構成要件故意的呼籲作用（Appllfunktion des Tatbestandsvorsatz）」，認為當行為人對於阻卻違法事由之前提事實情狀有所認識時，前提必然是也知道自已正要滿足一個構成要件；換言之，行為人至少知道自己正在從事一個本質上被禁止的行為。此時，行為人就負有一個額外的「審查義務（Prüfungspflicht）」，而應該特別審慎地檢驗其行為是否具備阻卻違法事由；正面容許要件前提事實錯誤的行為人，正是因為粗心地沒有進

⁵¹⁰ Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 425 ff.。

⁵¹¹ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，442頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—299頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，332頁。

⁵¹² 在德國法上，只能在「法律效果」部分「類推適用」第16條第1項。見 Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 478。

⁵¹³ 這種立場將與「不法意識」有關的錯誤，均無例外地歸入罪責階層作討論，因而獲得「嚴格（strenge）」的稱號；相對的，前述限制罪責理論則將間接涉及不法意識的錯誤排出罪責階層的討論領域，而限縮了有關不法意識的適用範圍，因此稱之為「限制（eingeschränkte）」。見 Roxin, AT/1 2006, 14/56, 61。

⁵¹⁴ 黃常仁，刑法總論，新學林，2009年，102頁；陳子平，刑法總論，元照，2008年，346頁以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2004年，159頁。

⁵¹⁵ 在德國法上，便是「直接適用」第17條有關禁止規範錯誤之規定。見 Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 469。

行這個審查義務，因此其行為所製造的不法便較正面禁止要件前提事實錯誤來得更大，故其更無理由要求故意的排除⁵¹⁶。

(二) 本文立場

若「形式地」依循犯罪三階層體系的論罪結構，在構成要件階層中已經確定的故意，無論如何都無法藉由嗣後階層的檢驗而加以否定；且由於構成要件該當後所產生的推定效力，必須透過阻卻違法事由的完全該當始足以推翻，在行為人僅具有主觀阻卻違法要件的正面容許要件前提事實錯誤之情形，便將終局地確認故意不法，僅能進入罪責階層作討論。就此而言，「指示法律效果的罪責理論」與「嚴格罪責理論」是最符合犯罪三階層體系論的解決方案，前者認為排除罪責型態中的故意罪責，後者則認為影響不法意識。惟若「實質地」依循不法評價上的實際內涵來觀察，在行為人僅具有主觀阻卻違法要件的正面容許要件前提事實錯誤之情形，主觀不法相較於沒有發生錯誤的情況，實際上是有降無升，因為至少行為人主觀上侵害法益的事實認知已經被（例如正當防衛的情況）合法行為的事實認知所抵消，換言之，行為人主觀上所認知的事實在評價上並非違法行為；這個主觀不法的變化應該在不法層次中展現出來，而不是留待罪責層次討論。就此而言，「負面構成要件要素理論」與「限制罪責理論」最符合實質不法內涵的評價。

本文認為犯罪階層的檢驗技術必須扣緊實際上的評價，若技術無法突顯正確的評價，便應該對檢驗技術加以修正，而不是本末倒置地墨守成規，反倒迎合一個不合理的評價結果。尤其從歷史的角度切入觀察，自古典犯罪體系到新古典犯罪體系，再到目的犯罪體系，違法性階層由純客觀的判斷演變成主客觀的綜合判斷，階層內容的逐漸豐富促使我們重新思考：早期要求阻卻違法事由要件的全然具備始可推翻構成要件該當性的不法推定效力，是否在現今犯罪體系論下仍應予以維持？因為早期犯罪體系的不法部分都是客觀判斷，因此所謂「阻卻違法事由要件的全然具備」，其實是指客觀上具備阻卻違法事由罷了；然而這個觀念持續套用到現今犯罪體系論中，便形成只有在客觀與主觀上都吻合阻卻違法事由之要素時，才能發生推翻不法推定的效力。這種早期犯罪體系所遺留的觀念，在不法已然接受客觀與主觀之綜合判斷的現代，早已無法承擔「彰顯不法

⁵¹⁶ 詳見 *Roxin, AT/1 2006*, 14/66、83 的整理與說明。

內涵」的基本功能。

1、對「指示法律效果的罪責理論」與「嚴格罪責理論」的批評

承上所述，在形式上完全依循犯罪三階層體系的「指示法律效果的罪責理論」與「嚴格罪責理論」兩種看法，在肯定故意不法被終局確認的同時，也感覺到體系上的不妥而分別在罪責階層找尋其他的修正，但這些修正都顯得過於突兀。例如承認故意具有雙重機能的看法，認為在罪責層次最多僅具有過失罪責，因而形成「故意不法配上過失罪責」這種解釋學上的怪胎（dogmatische Missgeburt）；並且有違「法律概念須透過其法律效果來被定義（rechtliche Begriffe sind über ihre Rechtsfolgen zu definieren）」之基本原則，因為將一個必須施以過失處罰的行為硬稱為故意行為，是完全沒有意義的⁵¹⁷。至於強調審查義務的違反而仍具有故意的說法，則是更為明顯的誤解，姑且不論現實上在面臨緊急狀況的多數案件中，行為人根本沒有深入審查的可能；這也不能說明何以在「一名衝入他人住所的法院強制執行處人員」與「一名在繁忙公路上駕駛車輛的司機」之間，必須呼籲前者對事實情況附加更為謹慎的審查⁵¹⁸。況且本說將這種審查義務作了錯誤的詮釋，因為行為人未審慎地加以審查並不能導出愈加確認故意的結論，毋寧說：若該審查義務指向行為人對「無該當阻卻違法事由之客觀事實」的不認知，那這種粗心的態度反而更接近過失行為的描述；若該審查義務指向行為人對「其行為合法與否」的誤判，那便是涉及到有無不法意識的問題，惟無論如何，都與故意的成立無關⁵¹⁹。

持指示法律效果的罪責理論或嚴格罪責理論的論者，為其理論提出「填補可罰性漏洞（Strafbarkeitslücke）」的說法，亦即當正犯處於正面容許要件前提事實錯誤時，由於正犯依然成立故意不法，隨之得以掌握參與犯的處罰⁵²⁰。這種說法其實是一種畫地自限，詳言之，若行為人明知他人不具有阻卻違法事由的主觀認知，卻「教唆」他人為侵害法益之行為，此時根本就可以用肯定幕後行為人具備優越的行為支配而成立間接正犯，無所謂法律漏洞；至於在幕後行為人不具有支配力而不能論以間接正犯或共同正犯時，若

⁵¹⁷ Roxin, AT/1 2006, 14/73。

⁵¹⁸ Roxin, AT/1 2006, 14/66 ff.。

⁵¹⁹ 關於嚴格罪責理論在邏輯上的謬誤，詳見 Ingeborg Puppe，蔡聖偉譯，法學思維小學堂—法學方法論密集班，元照，2010年，175頁以下。

⁵²⁰ 林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—299頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，329頁。

行為人無故意不法，看似會形成可罰性漏洞，但實際上相同的問題也會發生在正面禁止事實錯誤之中，既然對此刑罰漏洞可以忍受，就沒有非要在正面容許要件前提事實錯誤加以填補的理由⁵²¹。

2、對「負面構成要件要素理論」與「限制罪責理論」的選擇

「負面構成要件要素理論」與「限制罪責理論」在基本態度上，都想要於不法階層中呈現正面容許要件前提事實錯誤的主觀不法降低現象；只不過就前者而言可以被解釋得理所當然，對後者來說就必須透過一些轉換的工夫。在犯罪二階層體系論的結構下，客觀不法與主觀不法必須作個別的判斷，而不會受到「構成要件完整該當後，始能判斷有無阻卻違法事由的完整該當」這種技術上的牽制；因此，主觀不法（故意）的內涵是：認知構成要件該當的事實，且不認知阻卻違法事由的相關事實。亦即故意是對「所有與不法有關事實」的認知，無論是積極地建構不法的事實，抑或是消極地排除不法的事實，都必須被行為人認知⁵²²。正因為如此，當行為人發生正面容許要件前提事實錯誤而沒有認知到阻卻違法事由的相關事實時，便會阻卻行為人之故意，應另行討論有無成立過失犯的可能性。其實就不法的實質內涵而言，二階層犯罪體系論無疑較符合時宜，但事涉二階論與三階論細部內容上的爭議，於此無力再予以深究，僅能表達本文係以通說三階層體系論為出發點，並企求於不法的審查中彰顯行為實質不法內涵的立場。

承上所述，本文支持限制罪責理論的看法，一方面維持犯罪三階層體系論的結構，一方面突顯出正面容許要件前提事實錯誤在主觀不法上的變異。為了避免這種看法被批評為玄學上的概念⁵²³，有必要引進不法故意來作說明，詳言之，正面禁止事實錯誤所阻卻者乃「構成要件故意」，顯示出主觀不法在構成要件階層的削減，至於正面容許要件前提事實錯誤則是阻卻「不法故意」，彰顯主觀不法在違法性階層的減縮；因此，兩者僅是主觀不法的微觀與巨觀之別，實質內涵都是相同，應採取相同的對待方式：阻卻「故意」，應繼而討論是否成立過失犯。

⁵²¹ Roxin, AT/1 2006, 14/74、75；黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室第76期，79頁。

⁵²² 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，450頁。

⁵²³ 批評語見黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年，262頁，注釋64。

二、 反面容許要件前提事實錯誤⁵²⁴

(一) 學說紛爭

1、 負面構成要件要素理論⁵²⁵

與前述正面容許要件前提事實錯誤相同，有學者主張客觀不法的判斷包括客觀構成要件該當且不具有客觀阻卻違法要件；只要是客觀不法的欠缺便是非既遂，必須另行討論行為人是否成立未遂犯。按此說，反面容許要件前提事實錯誤的結構與反面禁止事實錯誤在本質上「完全相同⁵²⁶」，都是阻卻行為人之既遂，應另行審查是否成立未遂犯⁵²⁷。

2、 未遂說

雖然行為人實現客觀構成要件而具有初步的客觀不法，但這個客觀不法卻因為客觀上存在阻卻違法事由的正當情境而被抵消，其整體不法內涵僅留存主觀不法部分，而猶如（不能）未遂犯一般⁵²⁸。雖然反面禁止要件前提事實錯誤係發生在構成要件該當性階層，而反面容許要件前提事實錯誤是發生在違法性階層，但兩者均不具備由既遂所建構的結果非價；前者是自始不存有法益侵害的既遂，後者是侵害法益的既遂同時被現實上的法益保護給抵消掉了。是以，此類錯誤應與反面禁止事實錯誤作相同的處理，排除行為人之既遂，另行審查是否成立未遂犯。

未遂說論者均強調，結果非價的基礎不僅源自於構成要件既遂，也包含了不法既遂在內⁵²⁹，違法性階層的未遂並沒有較構成要件該當性階層的未遂具有更高的應刑罰性，

⁵²⁴ 如前述【案例 2b】。

⁵²⁵ 要注意的是，「負面構成要件要素理論」與下述的「未遂說」，在最終法律效果部分都是阻卻既遂犯的成立，應另行討論未遂犯，故學說上有將兩者一併置於未遂說的招牌之下作討論，如 *Ebert*, AT 1993, S. 141。本文之所以將法律效果相同的兩說並立，是為了在體系上對照正面容許要件前提事實錯誤的處理，前者係採取二階層理論的學者所提出之解決方案之一，後者則是三階論論者所提出的解決方案之一；除此之外，這也會影響到「究竟應直接適用抑或類推適用未遂犯規定？」之爭議。

⁵²⁶ 在德國法上，便是「直接適用」第 22 條有關未遂犯之規定。

⁵²⁷ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，265-266 頁。

⁵²⁸ 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，218 頁；黃惠婷，反面阻卻違法事由錯誤與幻覺犯，月旦法學教室第 78 期，55 頁。

⁵²⁹ 在此要說明的是，原文是用構成要件結果（*Tatbestandserfolg*）與不法結果（*Unrechterfolg*）這兩個字，

理應作相同的處理。只是在技術上，究竟應該直接適用有關未遂犯的處罰規定，還是必須類推適用，則各有支持者；有力說認為未遂的概念本質上就沒有區分哪個階層的未遂，因此直接適用即可⁵³⁰。

3、既遂說

純形式地操作犯罪三階層體系，在構成要件階層中已經確定的既遂，無論如何都無法藉由嗣後階層的檢驗而加以否定；且由於構成要件該當後所產生的推定效力，必須透過阻卻違法事由的完全該當始足以推翻，在行為人僅具有客觀阻卻違法要件的反面容許要件前提事實錯誤之情形，便將終局地確認既遂不法，僅能進入罪責階層作討論。

在罪責階層中，由於並無任何調節機制可以修正這個不法層次的異動，因此僅能確認行為人成立既遂犯，至多在量刑時對「客觀上存在阻卻違法事由的事實情狀」乙點予以考量，減輕行為人之刑罰⁵³¹。

(二) 本文立場

本文贊同「犯罪階層的檢驗技術必須扣緊實際上的評價」之立場，已如上所述，既遂說「形式地」依據犯罪階層體系而無法表彰實際的不法內涵，因此不為本文所採；同樣的，有鑑於本文無力探究二階論與三階論細部內容上的爭議，是故暫時捨棄負面構成要件要素理論的主張，支持未遂說的看法。

在此，我們可以正確地藉由正面與反面的容許要件前提事實錯誤，看出不法減縮對罪責階層的影響性。詳言之，容許要件前提事實錯誤必然具有的不法減輕屬性（無論是主觀不法或是客觀不法的減輕），若無法在確認不法（故意或過失、既遂或未遂）時加以突顯，便難以在罪責階層中展現出來。例如反面容許要件前提事實錯誤，若採取既遂

其所要表達的內涵與「既遂」相同，因此本文直接用既遂兩字來替換。見 *Roxin*, AT/1 2006, 14/105。

⁵³⁰ 德國學說上認為應直接適用者，如 *Freund*, AT 2009, 3/18 ff.; *Roxin*, AT/1 2006, 14/104; *Ingeborg Puppe*，蔡聖偉譯，法學思維小學堂—法學方法論密集班，元照，2010年，123頁。認為應類推適用者，如 *Ebert*, AT 1993, S. 141; *Jescheck/Weigend*, AT 1996, S. 330; *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 279。

⁵³¹ 採此說者，*LK-Hirsch*, 10. Aufl., vor § 32, Rn. 59; *Krey*, AT/1 2001, 11/421; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，445頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—130頁；陳子平，刑法總論，元照，2008年，251頁。

說之見解，於犯罪論的層次等同忽視不法降低現象而論以既遂犯，在先天上已屬不公平；更何況量刑是專屬於法院的自由裁量領域，若無「成立未遂犯而得減輕其刑」的提醒作用，將可能造成本質未遂卻被論處既遂法律效果的失衡現象。縱使正面容許要件前提事實錯誤採取指示法律效果的罪責理論或嚴格罪責理論，有對此不公予以調節的可能性，但這依然是一種體系上的違反，因為所謂阻卻故意罪責或影響不法意識，都是將「罪責的討論範圍」與「罪責的討論內涵」兩個層次混為一談；換言之，實際上的重點應該在於「罪責的討論範圍」才對，而這個討論範圍的界定即「不法所形成的可非難性推定」，理應依憑不法的確認，而不是一股腦兒地在罪責階層內尋求解套⁵³²。

是以，正面與反面的容許要件前提事實錯誤乃是不法的確認問題，在正面錯誤時確認係屬「過失不法」，那便在此範圍內發生推定可非難性的效力；相對地，在反面錯誤時確認係屬「未遂不法」，那也是在此範圍內發生推定可非難性的效力。只有在確認不法並劃出罪責的討論範圍之後，始有進入罪責內部（責任能力的有無、無不法意識的可避免性等等）加以檢驗的實益。

第二項 規範面錯誤 — 容許規範錯誤

關於容許規範錯誤，係指行為人誤認了刑法容許（與違法性要件有關）規範的內容，在學說上也被稱為間接的（indirekt）禁止錯誤。

容許規範錯誤在處理方式上與禁止規範錯誤完全相同，因為行為人都是對於其行為的不法性作了錯誤的認定，也就是說行為人（不）認為自己的行為在規範評價上具有不法內涵，因此在正面錯誤將影響行為人的不法意識，反面錯誤則成立幻覺犯⁵³³。是以【案例 2a】的醫生甲不知積極的死亡協助行為仍非法所容許，這個單純對於容許規範的誤認，並不影響其受囑託殺人罪的「故意既遂不法」，而視錯誤的避免可能性來決定不法意識的高低；至於【案例 2c】的甲縱使誤以為不能主張正當防衛，也無礙於在現實上得以援用正當防衛以阻卻違法的本質，因此甲誤以為自己具有傷害罪的完整不法，乃是幻覺犯。

⁵³² 詳見「第參章、第三節、第四項」部分。

⁵³³ 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008年，431-432頁；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2009年，1—291頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，326-327頁。

第四節 關於「罪責階層」的錯誤

罪責階層中，僅寬恕罪責事由具有主客觀要件的設計，因此有發生錯誤的可能；在概念與用語上，本文將相關規範稱之為寬恕規範，對於規範所發生之錯誤稱為正面或反面的「寬恕規範錯誤（Entschuldigungsirrtum）」，對前提事實所發生的錯誤，則稱之為正面或反面的「寬恕要件前提事實錯誤（Entschuldigungstatbestandsirrtum）」。

有關此類錯誤的討論，本文將在第陸章部分，以專章的方式加以論述與說明。

第陸章 寬恕罪責事由的錯誤

第一節 寬恕要件前提事實錯誤

有關寬恕罪責事由在事實層面上的主客觀不一致現象，稱之為「寬恕要件前提事實錯誤」，而典型的寬恕罪責事由乃「正當防衛過當」與「緊急避難過當」兩種。這種錯誤類型，無論是國內的學說或實務都鮮少提及⁵³⁴，只能借助德國學說見解的討論來幫助我們深入這個問題。寬恕要件前提事實錯誤也能依錯誤係有利或不利於行為人區分為正面與反面錯誤，舉例如下：

【案例 1】：在一場船難中，甲為了能抓住甲板以延長漂浮的時間，與乙發生激烈爭奪，並出於殺人的間接故意而攻擊乙，最終造成乙溺斃於深海之中。然而當時剛好有搜救船正在不遠處，縱使無須奪取甲板，依照正常搜尋程序甲也可以安全獲救。

【案例 2】：女殺手甲用手槍威脅彪形大漢乙將丙給刺殺，乙認為甲與自己在體型上相差懸殊，以及甲所持之手槍根本就是一個沒有威脅性的玩具槍，因而判斷甲之行為全然不構成威脅；雖然如此，但由於乙與丙積怨已深，乙仍然決定痛下殺手。事實上，女殺手甲除了殺人經驗豐富外，所持也是極具殺傷力的真槍，甲根本就沒機會也沒能力反抗。

【案例 1】中的甲誤認有一個對於生命法益的緊急危難存在，出於救助自己生命的意圖而實行攻擊型避難行為，由於保全利益（甲的生命）並無顯然優越於犧牲利益（乙的生命），因此依甲主觀上的認識係屬「避難過當」，惟客觀上根本不存有無法以其他方法加以避免之危難，因而沒有發動避難行為的必要，此乃對於行為人有利的正面錯誤。相反地在【案例 2】中，客觀上乙的確正面臨一個無法以其他方法加以避免之生命上的危難，乙殺死丙之行為並無法通過利益衡量，因而是「避難過當」；然而乙卻誤判情勢，主觀

⁵³⁴ 就算有提到，內容也是十分簡略，如甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2002 年，159、170 頁（誤想防衛過當與誤想避難過當）；林書楷，刑法總則，五南，2010 年，214 頁（誤想防衛過當）；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，333 頁（關於寬恕或減輕罪責事由之錯誤）；陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，作者自版，1998 年，240 頁（有責性錯誤）；陳子平，刑法總論，元照，2008 年，254、265 頁（誤想防衛過當與誤想避難過當）；蘇俊雄，刑法總論 II，作者自版，1996 年，303-304 頁（誤想避難之阻卻責任問題）。

上認為根本不構成威脅，此乃對於行為人不利的反面錯誤。以下便針對正面錯誤與反面錯誤依序介紹之，並在第二節部分提出本文就下列說法之批評。

第一項 正面寬恕要件前提事實錯誤

鑑於德國刑法第 35 條第 2 項就寬恕罪責緊急避難之正面錯誤有直接的明文規定⁵³⁵，因此本文擬從緊急避難的角度切入，依循歷史發展順序介紹各種不同的看法⁵³⁶。

一、 早期德國學說見解

由於寬恕罪責事由乃是被定位在罪責階層檢驗，亦即是在行為人仍具有不法的前提下所賦予的特殊負面事由，因此在直覺上有關寬恕罪責事由的錯誤，便應該緊扣「罪責」的核心內涵加以思考。早期學說見解認為寬恕罪責事由是源自於一個「過度的動機壓力（übermäßiger Motivationsdruck）」，因而無法期待行為人做出符合法規的行為舉止，這便是傾向心理壓力理論的論點⁵³⁷；正因為如此，早期學說便基於心理壓力理論的前理解來詮釋正面的寬恕要件前提事實錯誤，並關注對於「行為人」的觀察。

（一） 著重「行為人心理上是否承受過度動機壓力」的解釋（心理壓力說）

在帝國刑法典時代，學說上便已經注意到寬恕罪責事由有發生錯誤的可能性，因而對於寬恕罪責緊急避難（舊刑法第 52 條與第 54 條）發生誤想避難時的處理展開討論。由於當時採取「純粹心理壓力（rein psychologisch）」的詮釋，緊急避難得以寬恕罪責的核心因素僅僅是行為人精神上的強制情狀（psychische Zwangssituation）。

既然寬恕罪責緊急避難係著眼於行為人在心理上的極端例外情形，那便應該判斷行為人的主觀面是否具有此種強烈的動機壓力，始能與寬恕之目的相合；據此而論，受到寬恕的並非是因為客觀上存在的避難情狀，也不是本於該情狀所引發的避難行為，而是

⁵³⁵ 條文內容：當行為人誤以為身處於前項寬恕罪責之事實情狀而實行其犯罪行為，僅有在該錯誤是可以避免時，行為人始需處罰。前述行為人之處罰，應按同法第 49 條第 1 項減輕之。

⁵³⁶ 以下所稱的「早期」與「近期」，約以 1975 年的德國刑法修正作為分水嶺。

⁵³⁷ 有關心理壓力理論的說明與介紹，詳請參見「第肆章、第一節、第一項、二、(二)、1」部分。

與避難情狀和避難行為有關係的主觀想像 (subjektive Vorstellung)⁵³⁸。因此，行為人只要有寬恕罪責緊急避難相關情狀的主觀想像，亦即認為其避難過當行為乃是面臨緊急之危難下所做成，縱使客觀上不存在此類情狀，也無礙於寬恕罪責的法律效果。

本此立場，【案例 1】中的甲，雖然客觀上不存在該當寬恕罪責的所有情狀要件，但依甲主觀上的認知可以推斷，甲係身處於強烈的動機壓力下（指生命的喪失），亦即甲是在面臨危難而形成生存壓力的推動下才做出避難過當之行為，此時可以主張寬恕罪責而不受處罰；相對地，若甲主觀上根本沒有認知到面臨緊急之危難，便不可能因為生存壓力而產生行為動機，所以不能得到寬恕罪責的豁免，而必須成立故意殺人罪⁵³⁹。

（二） 著重「行為人有無依法規範行為之期待可能性」的解釋（期待可能說）

除了上述聚焦於行為人是否承受了過度動機壓力的看法以外，學說上另外提出了以「期待可能性」作為唯一衡量標準的看法。詳言之，這個見解否定了「錯誤問題」與「誤認寬恕罪責事由前提事實」的關聯性，理由在於寬恕罪責事由的錯誤，其所涉及到的乃是一個純粹的期待可能性問題 (eine reine Zumutbarkeitsfrage)⁵⁴⁰。這種以期待可能性作為判準的見解，也可以在德國刑法修正的歷史上看出端倪，在 1962 年的德國刑法修正草案 (E 1962) 中，曾經有就寬恕要件前提事實錯誤的處理提供解決方案，於該草案第 20 條第 1 項中規定，寬恕要件前提事實錯誤與容許要件前提事實錯誤的處理方式相同，都是像禁止事實錯誤般阻卻故意的成立，應另行討論是否成立過失犯；惟另一個版本的對案 (Alternativ-Entwurf) 則有不同的建議，認為禁止事實錯誤的規則僅能適用於「不法的排除事由」，尚不及於有關寬恕罪責事由的錯誤，在建議理由中更明確地指稱，這樣的處理方法是有意識地放棄對寬恕要件前提事實錯誤設計特殊的錯誤規則，並主張該錯誤不會像修正草案所擬定般阻卻故意的成立⁵⁴¹。

⁵³⁸ 參考 *Klimsch*, Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe unter Berücksichtigung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1993, S. 59; *Roxin*, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 1964, S. 609。

⁵³⁹ *Roxin*, ZStW 1962, S. 609。

⁵⁴⁰ *Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, S. 107。

⁵⁴¹ *Vogler*, GA 1969, S. 107 f. 不過很特別的地方是，修正草案在第 40 條有關寬恕罪責緊急避難的規定中，於第 2 項另行規定了不阻卻故意的錯誤規則，並且明文排除第 20 條的適用。亦即寬恕罪責的緊急避難與其他的寬恕罪責事由係適用不同的錯誤規則。條文內容見 *Vogler*, GA 1969, S. 108, Fn. 26。

承繼上述，這個由學術界所提出之對案想要在緊急避難的規定中，結合「期待可能性條款（Zumutbarkeitsklausel）」而採取主觀的態度（subjektive Fassung），因而可得放棄關於錯誤的規定；換言之，寬恕罪責緊急避難的評價重點在於行為人有無依法規範行為的期待可能性。針對行為人是否值得寬恕這個問題，總是取決於心理上的強制情狀，無論行為人是「真正的面臨緊急危難」或「誤以為面臨緊急危難」而處於心理上的強制狀態，都是同樣值得寬恕的。就此而言，所謂誤想寬恕罪責緊急避難，實際上就是一個真正的緊急避難（echter Notstand），這並不涉及錯誤的問題，而僅僅是一個有無期待可能性的問題；法律適用者所必須進行的是期待可能性的審查⁵⁴²，亦即探尋：是否可以期待行為人在此緊急情況下為其他行為？⁵⁴³

二、 早期德國實務見解（事實錯誤說）

早期德國實務見解認為，行為人必須履行一定程度的「審查義務（Prüfungspflicht）」，始足以在發生錯誤時寬恕罪責；而這個審查義務的內容是：該危難已經無法用其他方法加以避免，因而必須發動避難行為⁵⁴⁴。易言之，發生錯誤時得否寬恕罪責係以行為人履行審查義務為主張的前提，未履行審查或失敗的審查原則上都不能享有寬恕罪責的優待，而且當避難行為所造成的侵害效果愈大時，這個審查義務也就愈加強烈地被要求⁵⁴⁵。

至於未履行審查或失敗審查的法律效果為何，早期實務見解認為，行為人在「寬恕罪責事由相關事實」的審查上若是不夠周密嚴謹，那麼對於這種審查上有所疏漏的非難（der Vorwurf ungenügender Aufmerksamkeit bei der Prüfung），本質上就與過失的非難相同（qualitativ der Vorwurf einer Fahrlässigkeit）；除此之外，行為人並非是有意地破壞法規範，因此在結果上必須與過失作完全相同的評價⁵⁴⁶。部分實務見解認為行為人仍

⁵⁴² Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 1964, S. 576 ff.; Roxin, ZStW 1962, S. 608 ff.

⁵⁴³ 有學者將這個提問與「錯誤的避免可能性（Vermeidbarkeit des Irrtums）」作直接的連結，認為錯誤的避免可能性完全表徵了行為人為其他行為的期待可能性。如 Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 1968, S. 31。

⁵⁴⁴ 這裡所稱的審查義務，在內容上與嚴格罪責理論所稱的審查義務相同，都是對於「相關事實」的審查。請參見「第五章、第三節、第一項、一、（一）、4」部分。

⁵⁴⁵ Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, 27. Aufl., § 35 Rn. 17。

⁵⁴⁶ 見 Roxin, ZStW 1962, S. 609; Vogler, GA 1969, S. 111; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 73 的整理。

然具有過失的可非難性，係直接由罪責原則中導出成立過失犯的結論；至於另一部分的實務見解則類推適用有關正面禁止事實錯誤之規定（德國舊法第 59 條、德國現行法第 16 條），阻卻行為人之故意，再行審查是否成立過失犯⁵⁴⁷。

早期實務見解的看法，其實與當時對於「錯誤的分類方式」息息相關，易言之，之所以會得出阻卻故意、討論過失的結論，是因為當時的錯誤理論採取了「事實錯誤與法律錯誤」的二分模式，誤認事實的法律效果一律是阻卻故意的成立，至於誤解法律的後果則是影響不法意識。實務上所強調的審查義務，實際上是要求行為人審查「該危難已經無法用其他方法加以避免，因而必須發動避難行為」這個事實情狀，因此在此與寬恕罪責有關的事實情狀未被審慎地檢驗出來時，成立的便是事實錯誤，最終導出阻卻故意、另論過失的法律效果⁵⁴⁸。而這個處理方式的建議，也被 1962 年的德國刑法修正草案所納入。

三、 近期德國見解

近期見解的討論方式，係先將正面寬恕要件前提事實錯誤以錯誤的可避免性，區分為不可避免（unvermeidbar）與可避免（vermeidbar）兩種類類型，再分別討論其法律效果⁵⁴⁹。這種作法有別於早期單純以行為人的心理壓力作為判斷標準的見解，因為無論錯誤是否可得避免，行為人的心理壓力都是一樣大，所以早期學說見解無法就錯誤進行更為精緻的討論⁵⁵⁰。以下就不同見解介紹之。

（一） 類比「原因自由行為」的解釋（原因自由說）

⁵⁴⁷ Klimesch, 1993, S. 61。

⁵⁴⁸ 當然，是否成立過失犯還必須經過一連串地過失犯檢驗，並非當然阻卻故意就是過失；在過失的檢驗中，仍然有可能因為該錯誤是絕對不可能被避免而否定行為人的過失，最終導出不成立犯罪的結論。據此而言，我們可以將正面寬恕要件前提事實錯誤區分為「不可避免」或「可避免」兩種，前者除了阻卻故意外，甚至連過失也不會成立；後者雖阻卻故意，卻仍然有成立過失的可能性。

⁵⁴⁹ 對此，在德國學說上並沒有不同意見，請見 Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1973, S. 302; Ebert, AT 1994, S. 141 f.; Hardtung, Der Irrtum über die Schuld im Lichte des § 35 StGB, ZStW 1996, S. 40 f.; Heinrich, AT/1 2005, Rn. 1154; Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 488; Rengier, AT 2009, 32/1; Roxin, AT 2006, 22/62; Walter, Der Kern des Strafercht, 2006, S. 333; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 487 ff。

⁵⁵⁰ Vogler, GA 1969, S. 111。

本說承襲上述實務見解的理解，認為在發生正面寬恕要件前提事實錯誤時，行為人必須履行審查義務方得以寬恕罪責，而審查義務的內容亦是「該危難已經無法用其他方法加以避免，因而必須發動避難行為」乙點；只不過本說認為審查義務的履行時點與發動避難行為之時點並非相同，而是有先後之別，亦即發生正面寬恕要件前提事實錯誤之行為人乃是「違反審查義務」的行為在先，之後才本於該錯誤「故意的發動法益侵害行為」。

就先後兩個舉動而言，與過失原因自由行為（*fahrlässige actio libera in causa*）之結構相仿，結果行為必然是一個具有構成要件故意且無阻卻違法事由之故意不法行為，惟卻因為行為人具有強大的心理壓力而無罪責；至於原因行為則是一個具有義務違反性的過失不法行為，行為人並具有罪責，因此就此行為成立過失犯。當然，若原因行為之審查義務違反根本是不可避免的，那便因為沒有義務違反性而否定行為人之過失⁵⁵¹。

（二） 等同「正面容許規範錯誤」的解釋（規範錯誤說）

這個立場認為在發生正面寬恕要件前提事實錯誤的情形，行為人的構成要件故意已然具備，只不過行為人在進行其行為合法性的檢驗時，卻錯誤地認為自己避免危難的行為乃是合法的，因而自行擴大了規範的適用範圍；正如同 *Maurach* 所言，這種關於規範效力範圍的錯誤，在內容上便等同於關於規範存在與否的錯誤，都應該一體性地影響不法意識才是⁵⁵²。按此立場，正面寬恕要件前提事實錯誤並不會阻卻故意的成立，而是與禁止規範或容許規範錯誤的處理方式相同，僅影響不法意識。此時必須區分為不可避免的錯誤與可避免的錯誤兩種，前者將排除行為人之罪責，後者最多僅減輕罪責。

（三） 認為是「新型態錯誤」的解釋

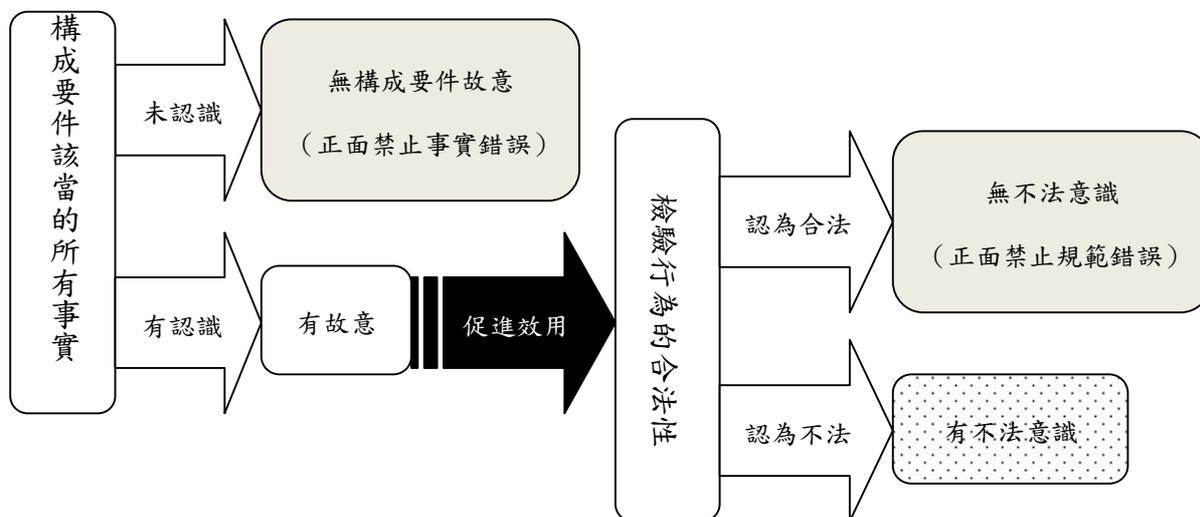
⁵⁵¹ 參考 *Stratenwerth/Kuhlen*, AT 2004, § 10, Rn. 121; *Vogler*, GA 1969, S. 111。

⁵⁵² 詳見 *Maurach-Zipf*, AT 1992, 38/30 f.，以及 *Roxin*, ZStW 1962, S. 609 與 *Vogler*, GA 1969, S. 111 的整理。國內學者蘇俊雄似採取此說，其稱謂：「惟此情形，行為人誤信其行為為法律所容許，行為欠缺違法性之認識，故不具備故意犯的非難基礎，…。」就這段話來說，此種錯誤應該是與不法意識有關；然而其隨後又稱：「…，而應依欠缺不法意識的理論，認其有阻卻故意責任的效力；但刑法有處罰該行為之過失犯時，則仍須按過失犯論之。反之，若其行為不罰過失，或其誤想避難行為非出於行為人的故意或過失者，亦即禁止錯誤之形成係不可避免時，自得阻卻其責任。」前後兩段文字之論述，似乎有所矛盾。詳見蘇俊雄，刑法總論II，作者自版，1996年，303-304、328頁。

1、 強調「構成要件故意之促進效用」的解釋（促進效用說）

德國學者 *Vogler* 開本立場之先河，嚴正駁斥早先主張正面寬恕要件前提事實錯誤是正面禁止事實錯誤或正面禁止規範錯誤的看法。首先，*Vogler* 認為行為人在認知所有客觀構成要件情狀而具備構成要件故意時，同時也會意識到自己行為的社會損害性，換言之，即行為所具備的不法屬性；因此構成要件故意具有某種「促進 (Impulse)」的效用，促使行為人放棄做出不法的行為。惟這種促進效用，卻會因為行為人沒有認知到相關構成要件事實情狀而不存在，也就是說在發生正面禁止事實錯誤時，將不會產生任何促進效用，而排除了關於故意犯的處罰。相對的，在正面禁止規範錯誤的案例中，行為人必然因為認識到構成要件事實情狀而具有構成要件故意，也勢必因為構成要件故意的存在而發生促進效用，只不過行為人自行阻礙了這個促進效用的影響力，並未重新檢驗行為的合法性或盡到諮詢義務，因此影響不法意識的有無⁵⁵³。

《圖表 6-1：構成要件故意的促進效用》



這種構成要件故意促進效用的解釋，也可以突顯有關正面容許要件前提事實錯誤的問題，亦即阻卻違法事實的主觀認識，是否也應該作為建構促進效用的因素之一？答案若是肯定，那麼在行為人認知其行為係得以阻卻違法時，這個促進效用便自始不發生，

⁵⁵³ *Vogler*, GA 1969, S. 113。

結構上就和無促進效用的正面禁止事實錯誤雷同，可得阻卻故意、另論過失⁵⁵⁴；反之，答案若是否定，縱使行為人認知其行為係得以阻卻違法，構成要件故意的促進效用卻仍然存在，行為人只不過是未審慎檢驗行為的合法性而阻礙了促進效用的影響，結構上與正面禁止規範錯誤相同，因此故意仍然存在，僅餘不法意識的問題⁵⁵⁵。⁵⁵⁶

但無論如何，正面寬恕要件前提事實錯誤在結構上絕對與前面所提到的錯誤類型不同，原因在於寬恕罪責事由具有不法減輕與罪責減輕的雙重屬性⁵⁵⁷，且關鍵是「不法減輕」而非不法排除。詳言之，寬恕罪責事由不罰的理由之一係具有不法減輕的現象存在，根據這個現象，構成要件故意的促進效用便絕對會發生，縱使採取「阻卻違法事由的主觀認識也應該作為建構促進效用的因素之一」的見解，也無力阻止促進效用的存在；因為一個不法減輕的行為，依然是一個構成要件該當的不法行為，行為人只要認知其行為並不得阻卻違法，便會繼續發生促進效用，於結構上不可能阻卻構成要件故意⁵⁵⁸。

承上所述，正面寬恕要件前提事實錯誤並不影響故意，行為人仍然成立故意不法，但在此並非肯定應適用正面禁止規範錯誤的規則。Vogler從「罪責原則」的角度切入，認為行為人之所以要負責就是因為其可以被非難，但在錯誤是「不可避免」的情況下，就不足以建構行為人的可非難性；既然行為人是無可指摘地將自己的行為與法律的規定作相同的評價（可以寬恕罪責），那就應該適用該法律之規定而寬恕罪責⁵⁵⁹。至於在錯誤是「可避免」的情況，雖然行為人自行阻礙了促進效用的影響力，但考量到這個「標示寬恕罪責情況（die entschuldigende Situation kennzeichnet）」的心理壓力，致使其法律效果相較於一般情形必須有相當程度的調整，而較為適當的修正應該是法定刑的強制減輕（obligatorische Strafmilderung），反應在條文中就是「『應』減輕其刑」⁵⁶⁰。

⁵⁵⁴ 這也是負面構成要件理論與限制罪責理論的立場，詳見「第五章、第三節、第一項、一、(二)、2」部分。

⁵⁵⁵ 這個則是嚴格罪責理論之立場，詳見「第五章、第三節、第一項、一、(二)、1」部分。

⁵⁵⁶ Vogler, GA 1969, S. 113。

⁵⁵⁷ 學說上有用「Zwittergebilde」這個複合字來形容寬恕罪責事由的特殊性質，如 Vogler, GA 1969, S. 105。Zwitter 這個字本身有「雙性」的意思，在醫學上便是指雙性人，生物學上則是指雌雄同體的生物；而 Gebilde 這個字則有形體或形象的意義，因此兩個字合起來便有雙重屬性的涵意。

⁵⁵⁸ Vogler, GA 1969, S. 113 f。

⁵⁵⁹ Vogler, GA 1969, S. 111。

⁵⁶⁰ Vogler, GA 1969, S. 115。

2、強調「不法與罪責雙重減輕」的解釋（雙重減輕說）

針對不可避免的正面寬恕要件前提事實錯誤，*Klimsch* 從不同的角度加以分析，認為行為人主觀上係身處於與罪責減輕相同的心理壓力狀態，就如同客觀上也面臨真正的緊急狀態一般，因此勢必有罪責的下降；雖然行為的結果非價部分，未有或僅僅只有不明顯的減輕，但行為非價部分卻因為行為人有排除危難以救助法益的意思而有所降低。因此這個「行為不法的降低」與「罪責的減輕」，至少在錯誤是不可避免的情況下，仍然導出了得以寬恕罪責的結論。至於可避免的正面寬恕要件前提事實錯誤，行為人雖然有與罪責減輕相同的心理壓力狀態，在不法的層次卻因為未履行審查義務而使行為不法降低的幅度有限，因此相較不可避免的錯誤，可避免的錯誤無法主張寬恕罪責而不罰⁵⁶¹。

3、強調「有無預防必要性」的解釋（預防必要說）

Roxin 否定寬恕罪責事由的評價關鍵之一係不法減輕的現象，而認為應該將重點置於行為人有無預防的必要性而定⁵⁶²。*Roxin* 同意正面寬恕要件前提事實錯誤並不同於傳統上所熟知的正面禁止事實錯誤或正面禁止規範錯誤，首先，既然一個真實存在的寬恕罪責緊急避難完全沒有改變行為時的故意，而僅僅只是排除了罪責（精確而言是負責性），那在行為人對於發生正面錯誤時自然就更與故意的排除無關⁵⁶³；再者，這種錯誤與正面禁止規範錯誤也不能相互混淆，因為後者是影響行為人的不法意識，也就是單純涉及「罪責」的問題，前者則無關不法意識的確認，換言之，行為人根本就知道自己行為的不法屬性而具備不法意識，剩下的只是「預防必要性」的要求罷了⁵⁶⁴。

在不可避免的正面寬恕要件前提事實錯誤，由於行為人已經進行了謹慎的審查，致使法律無法對其錯誤予以譴責，因此足以得到寬恕罪責的優待；至於可避免的正面寬恕要件前提事實錯誤，由於行為人仍然是故意地做出不法且有罪責的行為，若仍予以寬恕則有違刑法保護法益的任務，是故應對行為人施加一定程度的處罰，惟考量一般預防與

⁵⁶¹ *Klimsch*, 1993, S. 63。

⁵⁶² 詳見「第肆章、第一節、第二項、四、(三)、2」部分。

⁵⁶³ *Roxin*, AT 2006, 22/60。

⁵⁶⁴ *Roxin*, AT 2006, 22/61。

特別預防的需求，強制性的刑罰減輕當屬合宜⁵⁶⁵。

第二項 反面寬恕要件前提事實錯誤

相較於寬恕要件前提事實的正面錯誤而言，反面錯誤在解釋上顯得簡單許多。由於寬恕罪責緊急避難在主觀要件的設計上需要「避難意圖」，亦即要求行為人必須將「避難」作為促成行為的動機；因此就算行為人認識到所有寬恕罪責緊急避難之客觀事實情狀，惟倘若並非出於避難意圖而發動法益侵害行為，皆無法滿足寬恕罪責緊急避難之主觀要件⁵⁶⁶。至於這種反面錯誤是否值得賦予寬恕罪責的法律效果，無論依據何種見解，答案應該都會是否定的；因為行為人根本沒有產生任何足以寬恕罪責的心理壓力，換個角度來看，此時行為人也具有高度的預防必要性，縱使辯稱行為人偶然地保全了法益也是徒勞無功，因為僅有結果不法的下降尚不足以建構雙重罪責減輕之內涵，因此難以導出寬恕罪責的結論。

是以在【案例 2】中，縱使客觀上乙的確正面臨一個無法以其他方法加以避免之生命上的危難，不過乙殺死丙並非基於避免危難的動機，反而是因為乙對丙的個人觀感，即便乙的確避免了自己生命法益的喪失，但其行為並無法滿足任何寬恕罪責的基礎，無法享有寬恕罪責的優待。故乙之行為仍然成立故意殺人既遂罪，至多於量刑時對乙受甲之強制情狀予以考量。

第二節 本文針對寬恕要件前提事實錯誤的看法

第一項 對於前述各種解釋方法之評釋

由於反面寬恕要件前提事實錯誤在學理上較不具有爭議，本文以下便以前述有關正面寬恕要件前提事實錯誤的各種解釋方法，作為分析批評的焦點⁵⁶⁷。要附帶說明的是，在德國學說上，習慣將正面寬恕要件前提事實錯誤的處理方案，依其最終法律效果區分

⁵⁶⁵ Roxin, AT 2006, 22/59。

⁵⁶⁶ Gropp, AT 2001, § 13 Rn. 126；Schmidt, AT 2009, Rn. 1213。

⁵⁶⁷ 有關反面錯誤部分，僅於「第二項」中擇要加以說明。

為「過失解決說 (Fahrlässigkeitslösung)」與「故意解決說 (Vorsatzlösung)」兩種類型⁵⁶⁸，若按此分類，事實錯誤說與原因自由說歸屬於過失解決說，其他如心理壓力說、期待可能說、規範錯誤說、促進效用說、雙重減輕說與預防必要說都是故意解決說的立場。但用最終的法律效果係過失抑或故意作分類，其實並不精確；因為在這兩說當中尚有許多不同的看法，若僅是籠統地用過失或故意作討論標的，難以嚴謹地觀察這些不同立場間的差異性。是故本文不使用德國文獻習慣上的分類與稱呼作為以下討論的主軸，而是逐一對上述見解加以探討，合先敘明。

一、 僅觀察罪責階層之片面正確性

以下先逐一就「心理壓力說」、「期待可能說」與「預防必要說」在學理上所面臨的批評加以介紹，最後將在「小結」處提出本文對於這些立場的看法。可以先行確認的是，這些見解將寬恕罪責避難過當的所有要件都理解為與不法無關，因此都將觀察重點置於罪責階層，反而完全忽略不法減輕對寬恕罪責事由的影響；是以，其均認為於不法階層已然確認的構成要件故意並不會在嗣後被推翻，所以都屬於故意解決說的立場。

(一) 學說上對於各種說法的批評

1、 心理壓力評價方式的游移

新古典犯罪體系打破古典犯罪體系所創造「不法純客觀、罪責純主觀」的分類結構，而承認規範性構成要件要素與特殊主觀不法要素（如意圖）的存在，使得「不法未必客觀」；同時在罪責層次導入規範面的思考，不再堅持一定只能觀察行為人的主觀面，而肯認寬恕罪責緊急避難所具有的客觀要件，也就是有所謂的客觀罪責要件，因而造成「罪責未必主觀」的現象。在此思潮之下，某些與罪責階層有關之要件便會從規範的角度切入思考，核心在於行為人有無不為不法行為的期待可能性；雖然大多數的要件都是觀察行為人的主觀想法，但若某些客觀事實足以表徵行為人並無期待可能性的話，亦得排除

⁵⁶⁸ 見 *Klimsch*, 1993, S. 61; *Roxin*, AT 2006, 22/59 ff.; *Wessels/Beulke*, AT 2006, Rn. 488 ff.; *LK-Zieschang*, 12. Aufl., § 35, Rn. 73; *NK-Neumann*, 2010, § 34 Rn. 63; *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, StGB, 27. Aufl., § 35 Rn. 40。

行為人的可非難性⁵⁶⁹。

這種罪責階層中的客觀要件，在遇到正面錯誤的問題時，將陷入一種是否有存在實益的窘境。因為在以「行為人」為主要評價對象的罪責階層中，其主觀上想法的可非難性毋寧才是評價的關鍵；至於客觀上的確存有得以受到寬恕之事實，也只是作為更加確認行為人不可非難的要素之一。因此按前述的「心理壓力說」，縱使承認有所謂的客觀罪責要件，但對於正面寬恕要件前提事實錯誤還是以行為人的主觀想像作為判斷的主要依據，無怪乎學者 *Radbruch* 就此批評道：這個貌似客觀罪責要件 (*scheinbar objektive Schuld-elemente*) 的要素實際上根本完全不客觀，反而是徹底的主觀 (*durch und durch subjektiv*)；可以作為寬恕罪責事由的並非是緊急避難，反而完全是取決於行為人對緊急避難的主觀想像 (*die Annahme des Notstands*)⁵⁷⁰。

或許正因為上述的批評，學說上另有主張要對所有的要件作主、客觀的綜合認定，只有在客觀上具有寬恕罪責的事實情狀，行為人主觀上也有所認知時，方得以享有寬恕罪責的優待，原因便在於彰顯不法降低的現象存在⁵⁷¹；換言之，若行為人發生正面寬恕要件前提事實錯誤而發動避難過當行為，也會因為客觀上確實不存在相關情狀而否定任何寬恕罪責的可能性⁵⁷²。對於這個矯枉過正的見解，*Vogler* 批評道：單就主觀面加以觀察的看法，僅關注罪責減輕而忽略了不法減輕的現象，至於同時就主、客觀面加以觀察的看法，卻又只有看到不法的減輕而不顧罪責的減輕，兩者均有所不足；況且依後者見解，在行為人沒有認識到客觀上存在寬恕罪責事由的情形，卻總是要受到處罰，而在行為人主觀上誤以為存在寬恕罪責事由的情形，也總是要受到處罰，無論如何都是不利於行為人，這樣的處理方式是有違罪責原則的⁵⁷³。

2、期待可能性與預防必要性功能上的過載

⁵⁶⁹ 參考林東茂，*刑法綜覽*，一品文化，2009年，1—58-59頁；林鈺雄，*新刑法總則*，元照，2006年，121頁。在這個時期，罪責應是採取心理罪責理論與規範罪責理論的綜合性概念。

⁵⁷⁰ *Radbruch*, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Band- I, S. 166。

⁵⁷¹ 請參見 *Vogler*, *GA* 1969, S. 107 之整理。其實這種處理方法，已經將寬恕罪責事由的相關要件與不法要件作相同的解釋，都必須同時符合客觀與主觀的確認。

⁵⁷² 因為絕對不可能有不法降低的現象發生。

⁵⁷³ *Vogler*, *GA* 1969, S. 107。

接著，針對「期待可能說」而言，將行為人發生錯誤的問題以「期待可能性的檢驗 (Zumutbarkeitsprüfung)」來加以取代，乃是對期待可能性概念的過度苛求；因為是否可以期待僅是作為一種「調節性的原則 (regulative Prinzipien)」，功能在於提醒法律適用者注意所有與案件有關的情狀，並本於對所有情狀的注意而作出正確的判決⁵⁷⁴。是以，期待可能性的檢驗功能，僅止於提醒法律適用者某些在適用寬恕罪責事由的案例中必須額外加以注意與衡量的因素，例如負有特別義務者較普通一般人具有更高度的期待可能性 (gesteigerte Zumutbarkeit)；這項多作為寬恕罪責事由發動的調節機制，尚無法詮釋有關錯誤的問題⁵⁷⁵。基於同樣的道理，雖說預防必要性作為期待可能性的下位概念，而較期待可能性來得具體，但仍無損預防必要性是作為寬恕罪責事由發動的調節機制，若用其來說明有關錯誤的問題，說理上仍有不足。

(二) 小結

在第五章曾經介紹過有關錯誤體系的分類標準，其中一個標準便是錯誤所涉及的犯罪成立階層，這是一個十分重要的關鍵資訊，因為針對不同階層的犯罪成立要件，就必須依循該階層的核心原理來加以思考與解釋。是以想要解決錯誤問題，便務必先行確認與該錯誤有關的犯罪成立階層為何。

寬恕罪責事由之所以不同於「排除不法或排除罪責事由」，關鍵在於其不像排除不法或罪責事由般完全以違法性或罪責的核心概念來排除可罰性，而是透過漸進式的篩選與評價，最終才在罪責階層的考量中予以寬恕，因此想要單純在罪責階層中處理錯誤的問題，本質上就力有未逮；在雙重罪責降低的立論基礎之上，寬恕罪責事由必須同時關注不法的減輕與罪責的減輕兩個面向，轉移到寬恕罪責事由的錯誤問題中，也是相同。無論係就「行為人心理的動機壓力」、「有無期待可能性」或「有無預防必要性」而言，都只有片面的正確性，更不可能得出正確的解答，因為這些立場完全無法彰顯不法降低的現象存在⁵⁷⁶。

⁵⁷⁴ 林山田，刑法通論（上），作者自版，401頁。

⁵⁷⁵ Vogler, GA 1969, S. 109。

⁵⁷⁶ Vogler, GA 1969, S. 106。

二、對於事實錯誤或規範錯誤的誤解

在錯誤體系的分類標準中，另有一個標準是錯誤所誤認的對象究竟是事實抑或法律，這個分類在構成要件階層中，正面的事實錯誤將阻卻故意的成立，正面的規範錯誤則影響不法意識的有無；至於違法性階層的正面規範錯誤仍是影響不法意識，惟正面事實錯誤的法律效果為何，則有極大的爭議⁵⁷⁷。以下要批評的「規範錯誤說」，在相當大的程度中將正面「寬恕」要件前提事實錯誤與正面「容許」要件前提事實錯誤混為一談，並依循嚴格罪責理論的說法，導出僅影響不法意識的結論，亦屬故意解決說之看法。

(一) 規範錯誤說於問題定位上的錯謬

由於寬恕罪責事由具有不法減輕的特殊屬性，若單就不法內涵而言，可以說是一種「減輕不法事由」⁵⁷⁸；因此就不法內涵的變化由低至高作排列，依序是：排除不法（具有排除不法事由）、減輕不法（具有減輕不法事由）、完整不法（無任何排除或減輕不法事由）。所謂的正面錯誤係行為人有利於己的誤認，因此【案例1】之錯誤係行為人主觀上誤以為存在「減輕不法」，惟客觀上卻是「完整不法」的正面錯誤，乃典型的正面寬恕要件前提事實錯誤。但規範錯誤說所討論之錯誤型態，乃是行為人在進行其行為合法性的檢驗時，錯誤地認為自己避免危難的行為乃是合法的，因而自行擴大了規範的適用範圍；若仔細的加以分析，可以發現行為人主觀上誤以為存在的是「排除不法」，但客觀上卻是「完整不法」的正面錯誤！

【案例3】：在一場船難中，甲為了能爬上船艙木板以延長漂浮的時間，而將固定在船艙上屬於乙的貴重行李全數鬆綁並棄入大海之中，甲便坐在船艙木板上等待救援。然而當時剛好有搜救船正在不遠處，縱使無須毀棄乙的貴重行李來增加求援時間，依照正常搜尋程序甲也可以安全獲救。

雖說【案例3】與【案例1】都是正面事實錯誤，但規範錯誤說所討論之案例根本就是行為人主觀上具有「排除不法」認知的正面容許要件前提事實錯誤；換言之，規範錯誤說在問題定位上早已踏出偏差的第一步。

⁵⁷⁷ 詳請參見「第五章、第三節、第一項」部分。

⁵⁷⁸ 詳請參見「第四章、第四節、第二項、三、(三)、1」部分。

(二) 規範錯誤說於處理方式上的錯謬

在誤將討論標的轉換成正面容許要件前提事實錯誤後，本說承襲了嚴格罪責理論的論點，認為行為人在誤認有關阻卻違法事由的前提事實情狀後，認為自己的行為乃法律所容許，影響不法意識的有無，故應與禁止規範錯誤採取相同的處理方式。惟這種看法將「罪責的討論範圍」與「罪責的討論內涵」兩個層次混為一談，真正的重點毋寧在於「罪責的討論範圍」，而這個範圍只有透過不法的確認能加以定型。對於嚴格罪責理論的批評，本文不擬贅述，詳請參見前章說明⁵⁷⁹。

三、對於正面事實錯誤的不當詮釋

在經過前面的討論與過濾後，心理壓力說、期待可能說與預防必要說由於僅關注罪責階層而與寬恕罪責事由的本質不符，至於規範錯誤說則誤判正面寬恕要件前提事實錯誤的問題定位，亦不可採，因此還剩下事實錯誤說、原因自由說、雙重減輕說與促進效用說可供選擇。就這些餘留下來的理論，我們可以歸納出他們的特徵：都認為在此涉及到的是「正面事實錯誤」，而重點乃是「故意會否被阻卻」的問題。

(一) 已經過時的事實錯誤說

在討論事實錯誤說時，必須注意到該理論被提出來的時代背景，早期學說與實務對於錯誤理論的分類體系係採取事實錯誤與法律錯誤的二分結構，只要是誤認事實便與故意的成立有關，誤認法律則影響到不法意識；職是之故，屬於事實錯誤的正面寬恕要件前提事實錯誤，法律效果上當然是阻卻故意、另論過失了。

然而在犯罪階層體系漸趨完備之後，錯誤理論的分類便逐漸以犯罪階層作取代，甚至在不法意識的定位上採取「罪責理論」後，階層的分類顯得更為關鍵。詳言之，事實錯誤影響故意的看法依然被保存下來，但故意已經被搬移到構成要件該當性階層中作討論，因此會影響故意的錯誤便是「正面禁止事實錯誤」；時以至此，事實錯誤的法律效果尚必須配合錯誤所發生的階層，才能完足地得出結論，和事實錯誤說被提出的時代背景，已經無法同日而語。

⁵⁷⁹ 詳請參見「第五章、第三節、第一項」部分。

(二) 不切實際的原因自由說

比附援引過失原因自由行為的作法，實際上是將評價時點區分為前後兩個，並認為結果行為的故意不法依然具備，只是因為沒有罪責而不成立犯罪；而要被非難的應該是沒有履行審查義務的原因行為，因此該行為成立過失。這種看法首先將面臨到與實際情形不符的批評，因為在大多數會成立寬恕罪責事由的案例中，無論是面臨現在不法之侵害抑或緊急之危難，都是行為人身處千鈞一髮之際猛然發動攻擊行為，換言之，相關案例的現實情況根本不容許行為人多花時間加以諮詢或審查，若硬將審查行為與攻擊行為分開觀察，毋寧是不切實際的過度切割。

縱使執意切分前後兩行為予以評價，也與原因自由行為的結構不相符合。因為依據通說見解，要成立故意或過失的原因自由行為，必須以行為人在原因行為時具有「指向特定犯行之故意或預見可能性」，行為人並非本此故意或預見可能性而「故意或過失地自陷於無責任能力狀態」，始足當之⁵⁸⁰；然面臨現在不法之侵害抑或緊急之危難的行為人，並非是自願性地使自己陷入無罪責之狀態，反而多是在不得已的情況下被迫面對緊急情狀，因此就形式結構而言，兩者間的差異性甚鉅⁵⁸¹。

(三) 過於籠統的雙重減輕說

雙重減輕說同時觀察不法與罪責兩個階層，認為正面寬恕要件前提事實錯誤之行為人要想得到法律效果上的優待，至少必須展現出寬恕罪責事由的特徵：不法與罪責的雙重減輕現象。由於行為人在罪責階層必然承擔了過度的心理壓力，所以罪責下降的現象無論在錯誤有無發生的情況都是一樣，因此評價關鍵應該在不法的減輕之上。正常足以寬恕罪責之情形，不法內涵會有結果非價與行為非價的同時減輕，惟在發生正面錯誤的情形，如【案例 1】所示，實際上甲的生命並未面臨任何緊急之危難，就結果而言甲殺

⁵⁸⁰ Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 447; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 417; 林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年，391 頁；林書楷，刑法總則，五南，2010 年，191 頁以下；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年，297 頁。不同見解，見柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照，2006 年，215 頁。

⁵⁸¹ 縱然真的要比附援引原因自由行為，所涉及到的討論應該會是「自招防衛」或「自招危難」的問題，也不會是有關「正面寬恕要件前提事實錯誤」的案例。相關討論請參見 Roxin, AT/1 2006, 22/37; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, 27. Aufl., § 35 Rn. 20。

死乙的「避難行為」只能被評價為單純的侵害行為，並無結果非價減輕的屬性，因此不法減輕的癥結點乃是落在對行為非價的認定上。

雖然學說上習慣將行為非價與行為人的主觀不法在評價時劃上等號，然單純觀察是否有行為非價的減輕，對於究竟應該成立故意抑或過失，是一點幫助都沒有的。縱使將完整的行為非價等同於具備故意不法，那行為非價的減輕也有兩種可能的結論，亦即降為「同一不法內涵的過失不法」或降為「較低層級不法內涵的故意不法」；在尚未釐清本案例應涉及何種不法類型時，僅概括地稱作行為非價的減輕，無疑是過於籠統的處理態度。

四、 解決方案的找尋

(一) 促進效用說的反省

過濾至此，似乎僅剩「促進效用說」能較為合理地說明正面寬恕要件前提事實錯誤的問題，本說最為特殊之處在於以構成要件故意的促進效用存在與否，作為認定故意是否仍然存在的說理基礎；而之所以贊同故意解決說，便是因為依行為人所認知之不法事實，仍足以建構該促進效用在相關案例中繼續存在。但若細究本說的每個環節，會發現依然有許多說理不清之處。

首先，按本說之主張，應該是以構成要件故意的存在導出促進效用的存在；然而在正面寬恕要件前提事實錯誤的論證過程中，卻反以促進效用的存在逆推構成要件故意的存在，似乎在邏輯上有所顛倒⁵⁸²。承前，若存在促進效用的表徵是「其行為乃不法行為」的話，那其實促進效用的發生根本不以構成要件故意的存在為前提，換言之，只要有為不法行為的故意，都足以建構「促進行為人放棄其不法行為」的效用；這並非構成要件故意所獨有，反而應該是「所有與不法有關之主觀要素」的共同特徵，亦即認知「構成要件該當且無阻卻違法基礎事實」的不法故意，也應當能夠建構此促進效用的形成。綜上所述，促進效用說緊扣住構成要件階層之故意的內涵來理解，但實際上正面寬恕要件

⁵⁸² 或者說，論者並未先行論證構成要件故意與促進效用間的關聯性，亦即兩者間在邏輯上究竟是「涵蘊關係(Implikation)」，抑或「反涵蘊關係(Replikation)」。關於涵蘊與反涵蘊之意義，請見 *Ingeborg Puppe*，蔡聖偉譯，法學思維小學堂—法學方法論密集班，元照，2010年，164頁以下。

前提事實錯誤乃是整體不法內涵的減輕，關鍵甚至是「違法性階層」所造成的不法減輕現象；若僅將重點置於構成要件階層來觀察，無論如何都不夠周全。

（二）問題的重新定位

當我們承認寬恕罪責事由具有不法與罪責的雙重減輕屬性後，應該加以釐清的是：避難過當中究竟哪些要件屬於不法要件？哪些要件又是屬於罪責要件？在犯罪判斷的漸進式架構下，關係到不法的要件就應該依循不法的核心加以解釋，而牽涉到罪責的要件理應用罪責的內涵來加以理解。職是之故，在避難過當中與不法有關的要件是「對法益所遭遇無法以其他方法加以避免之危難，出於救助意圖所為之避難行為」，與罪責有關之要件則是「為親屬或其他親密夥伴而為之」；若對前者發生錯誤乃是不法（違法性）階層的錯誤，對後者則是罪責階層的錯誤。

因此，我們一直在討論的正面寬恕要件前提事實錯誤，其實包含了兩種不同類型的錯誤在內：倘若行為人是對「危難存在與否、受威脅的法益種類、避難行為的必要性界限或利益衡量」等事實發生錯誤，乃是正面容許要件前提事實錯誤；至於對「是否為親屬或其他親密夥伴」的事實發生錯誤，才是單純僅涉及到罪責階層的錯誤，姑且稱之為真正的正面寬恕要件前提事實錯誤。

本文在將錯誤問題重新定位後，提出所謂「先後關注不法與罪責階層的解釋方法」，按照犯罪的漸進式評價，依序討論寬恕罪責事由的不法與罪責階層，並就不同階層的錯誤提出適合於該階層的處理方案。在此要先加以提醒兩個重點，其一，成立故意抑或過失乃是正面容許要件前提事實錯誤的問題；其二，先後兩階層均有發生錯誤的可能性，此時將形成雙重錯誤（Doppelirrtum）型態。

第二項 先後關注「不法與罪責階層」的解釋方法

一、 不法階層

所謂關注不法階層其實是一個比較概括的說法，精確而言應該是將焦點放在違法性階層中，因為避難過當必須依附於緊急避難的檢驗，而緊急避難又是在違法性階層中予以審查，所以這是一個違法性階層中的事實錯誤問題。

(一) 正面錯誤

前面曾經提到過，當承認有所謂不法減輕事由後，所謂的正面錯誤就不再是單一的樣貌，而是可以包括「行為人主觀上誤以為存在排除不法，惟客觀上卻是減輕不法」與「行為人主觀上誤以為存在減輕不法，惟客觀上卻是完整不法」兩種類型。以下逐一討論之。

1、行為人誤以為存在排除不法事由，實際上卻存在減輕不法事由

在此本文先借助德國學者 *Frister* 對於正當防衛過當的看法來幫助思考。*Frister* 一反通說見解所採取的雙重罪責降低理論，主張預防必要性的欠缺僅僅只是被導出的最終結論，因為當不法輕微到無需加以處罰的程度時，自然便無預防必要性可言；評價的過程毋寧才是真正要被關注的重點，因此正當防衛過當的評價關鍵在於不法階層，尤其是違法性階層⁵⁸³。*Frister* 認為德國刑法第 33 條有關防衛過當之規定⁵⁸⁴，實際上根本是正面容許要件前提事實錯誤的法定適用規則，而且是涉及到防衛行為必要性的典型錯誤規則（eine typisierende Regelung des auf die Erforderlichkeit der Verteidigung bezogenen Erlaubnistatbestandsirrtums）⁵⁸⁵；此時行為人主觀上具備完整的防衛意思，惟客觀上卻是逾越防衛行為之必要性而過當，這種情形與行為人主觀上具備完整的防衛意思，但客觀上卻不存在防衛情狀的結構相同，都是對正當防衛之客觀事實所發生的錯誤，因此都應該是正面容許要件前提事實錯誤，因而阻卻行為人之不法故意、另論過失⁵⁸⁶。然而行為人若是在「混亂、害怕或驚懼」這些虛弱的情緒下（asthenische Affekte）發生了錯誤，

⁵⁸³ *Frister*, AT 2006, 16/37 f.。

⁵⁸⁴ 德國刑法第 33 條：當行為人出於混亂、害怕或驚懼而逾越正當防衛的範圍時，行為人不受處罰。

⁵⁸⁵ *Frister*, AT 2006, 16/39。

⁵⁸⁶ 就此而言，乃是限制罪責理論的看法。國內學說與此見解相類者，如黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年，265 頁：「此處要附帶說明的是，其實行為人對於正當防衛事實的認知錯誤，並不只限於正當防衛之前提情狀的認知錯誤，而也可能是對於防衛行為本身的認知錯誤，例如行為人沒有認知到，自己所採取的行為根本還不是必要行為。不過不管是什麼情況，其法律效果都是要從整個的犯罪結構概念來解決。」又如柯耀程，刑法問題評釋，元照，2004 年，22 頁：「防衛過當具有不法評價的部分，僅為過當的部分，其核心部分，仍舊屬於法律所允許，故其不法內涵較諸一般侵害行為不同，故將過當行為論以過失，似乎並無不妥之處，…，會產生防衛過當情形，往往係防衛人對於不法侵害情狀的誤判，在認知上有所錯估，而發生此種情況的錯誤，其自然可依錯誤的法理詮釋之。」

則形成所謂「無意識 (unbewußt) 的防衛過當」，此時將直接視為不可避免的錯誤，是以亦排除過失的成立⁵⁸⁷。

雖說 *Frister* 的見解過度強調不法階層而忽略寬恕罪責事由在罪責階層中的作用，但卻恰好突顯出寬恕罪責事由在違法性階層中發生錯誤問題的評價，這無論適用在正當防衛或緊急避難中都是相同。依循限制罪責理論的一貫見解，不法故意除了必須認知到構成要件該當的相關事實外，尚須未認知不法排除事由的相關事實，始足以該當；在行為人主觀上誤以為自己的行為是得以排除不法的避難行為，惟客觀上卻僅僅是減輕不法的避難過當行為時，主觀上的認知便是可以主張緊急避難以排除不法，亦即具有不法排除事由相關事實的認識，故無法建構行為人的不法故意。此時，僅能退而審查行為人是否對於「客觀上避難行為超越必要性界限或有違利益衡量」乙點具有過失；且因為避難過當並不若 *Frister* 所主張的防衛過當般，有行為人處於「混亂、害怕或驚懼」這些虛弱情緒下直接視為「不可避免的錯誤」之特殊考量（即前述無意識的防衛過當），所以應按具體個案情狀，觀察該錯誤的避免可能性，判斷行為人究竟有無過失。

如【案例 3】之情形，甲主觀上誤以為可以主張緊急避難以排除不法，惟客觀上卻僅僅是減輕不法的避難過當行為，此時甲具有不法排除事由相關事實的認識，因而無法建構行為人的不法故意，應繼續檢討甲是否有成立過失犯的可能性⁵⁸⁸。

2、行為人誤以為存在減輕不法事由，實際上卻不存在負面不法事由

這種案例類型，方屬學理上所聚焦的正面寬恕要件前提事實錯誤一如【案例 1】之情形，亦即行為人主觀上誤以為自己的行為至少是得以減輕不法的避難過當行為，惟客

⁵⁸⁷ *Frister*, AT 2006, 16/39。另外要注意的是，這種無意識的防衛過當被視為不可避免的錯誤而排除過失，乃是立法上的強制規定，係立法者於立法時的預先評價，並具有訴訟經濟的效用；且這個視為的規定，僅能適用在「強度上的防衛過當」，至於「時間上與空間上的防衛過當」仍有避免的可能性，因此依然適用一般的正面容許要件前提事實錯誤規則。至於非虛弱的情緒下 (asthenische Affekte) 所發生的錯誤，將形成「有意識 (bewußt) 的防衛過當」，此時仍應就錯誤的可避免性加以討論。詳見 *Frister*, AT 2006, 16/40。

⁵⁸⁸ 這裡當然是純學理上的討論，因為我國法的普通毀損罪並無處罰過失犯的特別規定。日本學界對此問題亦有類似之看法，認為應依循正面容許要件前提事實錯誤之規則來處理，詳請參見魏緒孟，阻卻違法事由基礎事實錯誤之研究—以誤想正當防衛為中心，輔仁大學碩士論文，1992 年，108 頁以下之整理。

觀上卻完全是道地的不法行為⁵⁸⁹。若由不法故意的角度切入，此時行為人除了認知到構成要件該當性的相關事實外，也並未認知不法排除事由的相關事實，因此行為人的確會有「為不法行為」之不法故意；就此而言，這種錯誤的確不會排除行為人之故意，無論是構成要件故意或不法故意，均同。然而若拿「行為人主觀上也是具有完整的不法故意」之情形來相互比較，會發現在沒有發生錯誤之情形並不會排除行為人的不法故意，發生錯誤之情形卻也是不排除不法故意，在結論上竟然完全相同！亦即在不法的確認中，「行為人仍然具有不法故意」這個結論，並無法彰顯「有無發生錯誤」這個變因，反而會讓人誤以為這是一個無關緊要的錯誤。

事實上，較為精確的觀察角度應該是從「不法的減輕」切入詮釋。詳言之，在完全無法主張緊急避難的情況下，行為人之行為具有最為完整的客觀不法（既遂）與主觀不法（故意），而在發生避難過當的情況下，其行為的整體不法內涵發生減輕現象，若與完整的不法內涵相較，僅具有減輕的客觀不法（既遂）與主觀不法（故意）；當行為人實行避難過當行為時，其主觀上除了認知到構成要件該當的相關事實外，雖然並未認知「排除不法事由」的相關事實，但卻清楚地認知到「減輕不法事由」的相關事實，也就是認識「其行為乃逾越必要性原則或有違利益衡量」且有意為之，因而仍然具有不法故意，只不過這個不法故意較完整不法內涵的不法故意顯得更加限縮且輕微。

承上所述，就避難過當作為減輕不法事由而言，相較於「構成要件該當且無排除或減輕不法事由而具備完整不法內涵」之故意既遂犯，乃是屬於不法內涵較輕微的故意既遂犯，兩者形成同一法益侵害的不法內涵量差關係；舉例而言，在無任何排除或減輕不法事由的狀況下實現殺人罪（刑法第 271 條第 1 項）的主、客觀構成要件，乃具備完整的殺人不法，至於在有減輕不法事由（如避難過當）的狀況下實現殺人罪的主、客觀構成要件，則是僅具有較輕微的殺人不法。這兩種對於生命法益的侵害係量差關係，且由於量差的關鍵在於違法性階層中，因此避難過當下的殺人將較於單純的殺人，可以被理解為一種「減輕的容許要件」；當行為人主觀上符合此減輕的容許要件，客觀上卻是完整不法時，即形成「減輕容許事實錯誤」。

這種錯誤型態在結構上與減輕禁止事實錯誤十分類似，差別僅在於「不法內涵的量

⁵⁸⁹ 即如標題所示，客觀上係處於「既無排除不法事由、也沒有減輕不法事由」的「不存在負面不法事由」之狀態。

差關係」係發生在構成要件該當性階層抑或是違法性階層；甚至在破除構成要件該當性與違法性檢驗形式上的藩籬後，直接就實質不法內涵加以觀察，將更加彰顯兩者均涉及「可層升的完整不法內涵」之性質。是以減輕禁止事實錯誤的處理規則，在此應得以加以援用，而該規則是「行為人僅成立輕度不法內涵之故意既遂犯」，故在減輕容許事實錯誤的情形亦得加以類推適用此處理規則⁵⁹⁰，行為人僅能在輕度不法內涵中成立故意既遂犯，亦即在評價上可得適用避難過當之規定。

3、小結

綜上所述，我們可以將構成要件階層與違法性階層的正面事實錯誤相互作對照，將會發現不法錯誤的處理是有一定的規則性。實際上，只要行為人主觀上誤以為存在排除不法事由，由於主觀阻卻違法要件的完全具備，在本文採取限制罪責理論的前理解下，無論客觀上是不存有任何負面不法事由（誤想避難情狀）或是存在減輕不法事由（誤想避難行為），行為人的不法故意都會被阻卻，而必須另行檢驗是否成立過失。這種誤想避難的情況在結構上與正面禁止要件前提事實錯誤中的「正面禁止事實錯誤」相同，都是涉及到單一不法內涵之錯誤，主觀不法（構成要件故意或不法故意）因而被排除，是以本文將其稱為「正面容許事實錯誤（如【案例3】）」。

至於另外一種情形，行為人主觀上誤以為存在減輕不法事由，但客觀上卻不存有負面不法事由之情形（誤想避難過當），此時相當於出現兩個輕重不等之完整不法內涵，重者係「無負面不法事由之不法侵害」，輕者是「有減輕不法事由之不法侵害」，而行為人之錯誤即發生在兩者之間；鑑於行為人仍然具有侵害法益之故意，因此不法故意並不會被阻卻，至多只是降低其不法內涵罷了。這種誤想避難過當的情況在結構上與正面禁止要件前提事實錯誤中的「正面減輕禁止事實錯誤」相同，都是涉及到複數不法間之錯誤，僅在輕度不法內涵中肯定故意的成立，是以本文將其稱為「正面減輕容許事實錯誤（如【案例1】）」。

由此可知不法事實錯誤在處理上的一貫性，且就「誤想避難」與「誤想避難過當」的比較，也可以支持結論的正當性。雖說兩者都是誤想，但前者行為所實現之不法顯然

⁵⁹⁰ 即德國刑法第16條第2項之規定。

較後者行為來得低，因為縱使危難真的存在，前者係完全合法的避難行為，後者卻是不法的避難過當行為；反應在法律效果上，前者「阻卻故意、另行討論過失」是較輕度的法律效果，後者「不阻卻故意」則是較重度的法律效果，亦屬均衡⁵⁹¹。是以，本文認為違法性階層之負面事由有二：「排除不法（阻卻違法）事由」與「減輕不法事由」；至於違法性階層之事實錯誤統稱為「容許要件前提事實錯誤」，其下再分作「容許事實錯誤」以及「減輕容許事實錯誤」兩種類型。

《圖表 6-2：不法階層之正面事實錯誤類型》

階層	上位統稱	下位類型	法律效果
構成要件 該當性	禁止要件	禁止事實錯誤	阻卻（構成要件）故意，另論過失
	前提事實錯誤	減輕禁止事實錯誤	仍成立減輕構成要件之故意
違法性	容許要件	容許事實錯誤	阻卻（不法）故意，另論過失
	前提事實錯誤	減輕容許事實錯誤	仍成立減輕不法之故意

（二） 反面錯誤

反面錯誤亦有如正面錯誤般，分為「行為人誤以為存在減輕不法事由，實際上存在排除不法事由」與「行為人誤以為是完全不法，實際上卻存在減輕不法事由」兩種，以下分別論述之。

1、 行為人誤以為存在減輕不法事由，實際上存在排除不法事由

【案例 4】：鄰居甲乙素有嫌隙，某日甲駕車返家途中，發現剎車系統突然失靈，若想要阻止汽車繼續前進，勢必要藉由撞擊乙家花圃始足以見效；甲研判車速不快，只需要輕微的撞擊力道便可停止汽車並保全自己的身體不受任何傷害，且心想可以藉機毀損乙視若至寶的稀有名貴蘭花，一舉兩得，於是便衝撞乙家

⁵⁹¹ 雖說誤想避難過當的故意是較低度不法的故意，但無論如何在不法層次上都會不法該當；但誤想避難在另論過失時，卻可能因為行為人無過失或該罪不罰過失而不法不該當，所以在法律效果上後者必然輕於前者無疑。

花園並造成價值數百萬元的蘭花全部毀損。惟事後車禍鑑定人員證明，甲之汽車乃車齡久遠的二手車，既無安全氣囊、車體結構也已經鬆散，縱使剎車失靈時車速不快，仍有造成駕駛者死亡的高度可能性。

同樣的道理，當客觀上存在排除不法事由時，無論行為人主觀上的認識如何，都不會具備由既遂所建構的結果非價，因為這個客觀事實上的正當情狀將足以抵消客觀不法之內涵，使其整體不法內涵僅留存主觀不法部分，而猶如未遂犯一般。因此這種「反面容許事實錯誤（偶然避難）」的處理方法，便有負面構成要件理論、未遂說與既遂說三種不同見解；本文在此採取一貫性地處理方式，贊同未遂說之看法，至於應直接適用或類推適用有關未遂之規定，僅僅是技術上的問題，對結論而言並無任何影響⁵⁹²。【案例4】之情形，客觀上甲的確面臨生命的緊急危難，其避難行為亦屬實效且必要，並符合利益衡量的檢驗（犧牲高價值財產以保全生命）；惟甲主觀上卻是想要犧牲高價值財產以保全輕微的身體利益，乃是減輕不法的避難過當。是以，甲之行為並不能排除不法，應繼續檢討甲是否有成立未遂犯的可能性⁵⁹³。

2、行為人誤以為不存在負面不法事由，實際上存在減輕不法事由

關於「反面減輕容許事實錯誤（偶然避難過當）」的問題一如【案例2】之情形，在處理上則相對較為簡單，理由在於當行為人誤以為不存在任何事由時，其單純侵害法益的心態不可能同時符合「以避難作為促成行為動機」的避難意圖要件，縱使在低度不法內涵的範圍內行為人具有為避難過當行為之故意，卻也因為無避難意圖而無法組成一個完整的避難過當。是以，偶然避難過當在處理上無任何特殊規則可供依循，只能成立完整不法的故意既遂犯，至多在量刑時對客觀上所存在的減輕不法情狀予以考量。

⁵⁹² 詳見「第五章、第三節、第一項、二」部分。

⁵⁹³ 這裡當然是純學理上的討論，因為我國法的普通毀損罪並無處罰未遂犯的特別規定。

《圖表 6-3：寬恕要件前提事實錯誤：不法階層》

		客觀事實	主觀想像	名稱	效果
正面錯誤	【案例 1】	完全不法	減輕不法	誤想避難過當 (減輕容許事實錯誤)	仍成立減輕不法之故意
	【案例 3】	完全不法	排除不法	誤想避難 (容許事實錯誤)	阻卻(不法)故意 另論過失
反面錯誤	【案例 2】	減輕不法	完全不法	偶然避難過當 (減輕容許事實錯誤)	成立故意既遂犯 至多量刑減輕之
	【案例 4】	排除不法	減輕不法	偶然避難 (容許事實錯誤)	阻卻(不法)既遂 另論未遂

二、 罪責階層

與寬恕罪責避難過當有關之罪責要素乃避難救助之範圍，亦即避難救助僅能限縮在「親屬或親密夥伴」這種得引起同理心之人的範圍內⁵⁹⁴。要特別說明的是，依照本文所擬定之條文⁵⁹⁵，在避難救助部分並沒有直接描述行為人的心理狀態，易言之，本文並未將行為人對於親屬或親密夥伴所產生之同理心放入條文中，而是用客觀事實作為適用要

⁵⁹⁴ 就此而言，該「親屬或親密夥伴」之要件，實際上與刑法分則中的「特別罪責要件 (besonderer Schuld tatbestand)」地位相仿；德國在討論特別罪責要件時，會再區分為「客觀描述 (objektiv gefasst) 罪責要件」、「主觀描述 (subjektiv gefasst) 罪責要件」與「思想要件 (Gesinnungsmerkmale)」三者。國內較少提及的是思想要件，其乃「行為人於行為中展現出違反倫理價值而應受譴責的精神態度 (eine moralisch tadelnswerte innere Einstellung des Täters bei seinem Verhalten)」；思想要件還可以分為「真正思想要件」與「不真正思想要件」兩者，前者乃純粹的罪責要件，後者則是不法要件。相關說明與介紹，請參閱 *Jescheck/Weigend*, AT 1996, S. 471 ff.; *Roxin*, AT/1 2005, 10/70 ff.; *Walter*, *Der Kern des Strafercht*, 2006, S. 122 ff.。

⁵⁹⁵ 本文擬定修正刑法第 24 條 (緊急避難與避難過當) 之條文：

第 1 項 為避免自己或他人法益所遭遇無法以其他方法加以避免之危難，衡量相衝突之利益，當保全利益顯然優越於犧牲利益時，該避免危難之相當行為因無違法性而不罰。前述情形，若危難來自於被犧牲者，而保全利益非顯然低劣於犧牲利益時，亦同。

第 2 項 意圖救助自己生命、身體或自由所遭遇無法以其他方法加以避免之危難，所為之避難過當行為，行為人因無罪責而不罰；意圖救助其他法益之避難過當，應減輕其刑。前述情形，若為親屬或其他親密夥伴而為之，亦同。

件；因此行為人真正的心理狀態應屬立法之動機，法律適用者可以直接透過「親屬或親密夥伴」這個客觀事實，來認定行為人身處特殊的罪責壓力之中，而形成一個不可推翻的推定（eine unwiderlegliche Vermutung）⁵⁹⁶。按照這種立法技術所制訂的要素，也稱之為客觀描述的罪責要素⁵⁹⁷。刑法分則中有許多條文添加了客觀描述的罪責要素，典型如刑法第 274 條的生母殺嬰罪，立法者並未在條文中描述行為人的特殊心理壓力，而是用「生產時或甫生產後」這個客觀事實來加以推定，因此毋庸額外證明其心理壓力的存在。

承上，在沒有發生錯誤的情況下，行為人僅需認知客觀描述罪責要素所標示的事實，該要素即屬實現，毋須另行探究行為人是否真的承受特殊的罪責壓力；然而這種罪責要素當然也會發生主客觀不一致的錯誤現象，以下便以正面錯誤與反面錯誤逐一說明之。

【案例 5】：在一場船難中，甲為了救助快溺斃的妻子乙，而與丙針對唯一一塊甲板發生激烈爭奪，並出於殺人的故意而攻擊丙，最終造成丙溺斃於深海之中；但是當甲將乙拉上甲板後才發現，原來這名女子並不是乙，而是同樣留著長髮的陌生女子丁。

【案例 6】：在一場船難中，甲為了救助快溺斃的工作同事乙，而與丙針對唯一一塊甲板發生激烈爭奪，並出於殺人的故意而攻擊丙，最終造成丙溺斃於深海之中；但是當甲將乙拉上甲板後才發現，原來這個人並不是乙，而是自己的兒子丁。

（一） 正面錯誤 — 行為人誤他人為自己親屬或親密夥伴

當行為人對於這個減輕罪責要素發生錯誤時，學說認為客觀事實原則上便不再具有意義，取而代之的是行為人的主觀想法，也就是取決於行為人對該罪責事實的主觀上認

⁵⁹⁶ Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 471; Küper, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe, GA 1968, S. 325; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 422 ff.; 蔡聖偉，一不做二不休—論墮胎罪既遂的認定，月旦法學教室第 79 期，75 頁；蘇俊雄，刑法總論 II，作者自版，1996 年，282 頁。

⁵⁹⁷ Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 471 f.; 蔡聖偉，一不做二不休—論墮胎罪既遂的認定，月旦法學教室第 79 期，75 頁，以及同頁注釋 14。

知⁵⁹⁸，有學者將這種以行為人主觀面作為判斷標準的現象，稱之為「客觀描述罪責要素的主觀化 (Subjektivierung der objektiv gefassten Schuldmerkmale)⁵⁹⁹」。就此而論，行為人縱使發生錯誤，鑑於客觀描述罪責要素並毋須探究行為人的真正心理壓力，只要主觀上認為避難救助之對象是自己的親屬或親密夥伴，便可推定具有特殊的心理壓力，因此與無發生錯誤之情形其實並無二致，仍得實現該罪責要素⁶⁰⁰。是以在發生正面錯誤(誤想避難救助)時一如【案例 5】之情形，行為人依然得以適用避難救助之規定而寬恕罪責。

(二) 反面錯誤 — 行為人誤自己親屬或親密夥伴為他人

這種客觀描述罪責要素的主觀化，在處理罪責層次的反面錯誤時也會發生影響力，亦即當行為人主觀上認為避難救助之對象並非自己的親屬或親密夥伴，那便絕對不具有特殊的心理壓力；職是之故，該罪責要素在個案中就不可能被實現，是以在發生反面錯誤(偶然避難救助)時一如【案例 6】之情形，行為人無法援用避難救助之規定。

《圖表 6-4：寬恕要件前提事實錯誤：罪責階層》

		客觀事實	主觀想像	名稱	效果
正面錯誤	【案例 5】	他人	親屬	誤想避難救助	仍得適用避難救助之規定
反面錯誤	【案例 6】	親屬	他人	偶然避難救助	無法援用避難救助之規定

三、 多重錯誤的同時發生

【案例 7】：在一場船難中，甲為了救助快溺斃的妻子乙，而與丙針對唯一一塊甲板發生激烈爭奪，並出於殺人的間接故意而攻擊丙，最終造成丙溺斃於深海之中；但是當甲將乙拉上甲板後才發現，原來這名女子並不是乙，而是同樣留

⁵⁹⁸ Roxin, AT/1 1997, 12/128; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 424; 黃榮堅，基礎刑法學(下)，元照，2006年，784頁；蔡聖偉，「大意」減親(上) — 對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第83期，78頁。

⁵⁹⁹ Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 474; 蘇俊雄，刑法總論II，作者自版，1996年，285頁。

⁶⁰⁰ 蘇俊雄，刑法總論II，作者自版，1996年，285頁。

著長髮的陌生女子丁，且當時剛好有搜救船正在不遠處，縱使無須奪取甲板以增加求援時間，依照正常搜尋程序甲、丙、丁三人都可以安全獲救。

【案例 8】：於希特勒時期，一名納粹黨員甲執行殺死一位平民乙的命令，因為該黨員錯誤地以為如果拒絕服從命令便會被槍斃，並且也錯誤地相信該命令內容的合法性⁶⁰¹。

依照本文所主張的「先後判斷不法與罪責的解釋方法」，以往所稱的寬恕要件前提事實錯誤其實可以分為「與不法有關之錯誤」以及「與罪責有關之錯誤」兩個區塊，排列組合之下，可能該錯誤僅涉及不法，或是單純涉及罪責，也可能是同時牽涉到不法與罪責之情形；關於後者之錯誤類型，可以被稱之為「雙重錯誤」⁶⁰²。如【案例 7】所示，甲同時發生「誤想避難過當（與不法有關）」以及「誤想避難救助（與罪責有關）」兩種錯誤，前者的法律效果乃是適用避難過當之規定而成立故意犯，後者的法律效果則是仍得適用避難救助之規定而寬恕罪責。

在某些情形之下，寬恕要件前提事實錯誤還會與禁止（或容許）規範錯誤同時出現，這也可以稱之為「雙重錯誤」。如【案例 8】所示，由於甲係誤想避難過當之故，不法故意並不會被阻卻，而是主觀不法有顯著的減輕現象，在比附援引正面減輕禁止事實錯誤的規則下，仍得論以避難過當。至於罪責階層的檢驗，首先討論誤認命令合法性的容許規範錯誤是否可得避免，用以決定行為人無不法意識的可非難性，若確認無不法意識仍可被非難，再接著討論有無預防的必要性；在本案例中，縱使命令合法性的錯誤是可以避免的，也會因為行為人是為了保全自己的生命而無預防必要性，而可得寬恕行為人之罪責⁶⁰³。

第三節 寬恕規範錯誤

⁶⁰¹ 案例取材自 *Roxin*, AT/1 2005, 22/62；類似案例亦可參見 *Bachmann*, JA 2009, S. 512 f。

⁶⁰² 只不過一般學理在寬恕要件前提事實錯誤的脈絡下所稱的雙重錯誤，係指同時發生「法律錯誤」之情形，詳請見下述說明。

⁶⁰³ 相對的，若案例事實改成行為人是為了保全自己的財產而遂行殺人行為，那便還有預防必要性而不能得出無罪的結論，但要同時遵循「無不法意識的低度可非難性」與「預防必要性降低」兩個特殊事由，前者「得減輕」、後者「應減輕」行為人之刑罰。

寬恕規範錯誤泛指有關寬恕罪責事由規範評價上的正面或反面錯誤，行為人可能是對寬恕規範存在與否發生誤認，也有可能係對寬恕規範的適用領域作了過寬或過狹的誤判；以下所列舉之例，均屬寬恕規範錯誤之典型案例。

【案例 9】：甲誤以為保全自己的「財產」也可以因為被完全的寬恕罪責而無罪，因而為自己發動避難過當行為⁶⁰⁴。

【案例 10】：甲誤以為工作上的同事可以該當「親密夥伴」的概念，因而為同事乙發動寬恕罪責的避難救助行為。

【案例 11】：甲為了保全自己的自由而施展寬恕罪責的避難救助，因而造成丙的身體傷害；惟甲卻以為寬恕罪責的避難救助僅能為「保全生命」而主張⁶⁰⁵。

【案例 12】：甲為了保全女兒乙的生命而施展寬恕罪責的避難救助，因而造成丙的死亡；惟甲卻以為寬恕罪責的避難救助僅能「為自己」主張。

第一項 德國學界見解

一、 正面錯誤

在正面寬恕規範錯誤部分，德國學說見解大致上有兩種不同意見的對立，其中一個看法是將其歸屬於「規範評價」的錯誤，因此與正面禁止、容許規範的處理方式相同，皆是影響行為人的不法意識。這種「不法意識說⁶⁰⁶」認為有關寬恕罪責事由之錯誤可以區分為事實面與規範面兩種，前者適用德國刑法第 35 條第 2 項之規定，後者則因為涉及到規範存在與否的錯誤，因此應直接適用德國刑法第 17 條之規定⁶⁰⁷，以錯誤的可避免性決定行為人可非難性的高低⁶⁰⁸。另外學說上更有認為可以從罪責原則中得出採取不法意識說的結論，詳言之，當行為人身處特殊的心理狀態，而在事實上沒有辦法認識到法規範要求其做出其他合法決定時，這個情形就與不可避免的禁止錯誤相同，是以無法賦

⁶⁰⁴ 案例取材自 *Gropp*, AT 2001, 13/130。

⁶⁰⁵ 案例取材自 *Gropp*, AT 2001, 13/131。

⁶⁰⁶ 以下均以「不法意識說」簡稱之。

⁶⁰⁷ 相當於我國刑法第 16 條關於欠缺不法意識的規定。

⁶⁰⁸ *Joecks*, Studienkommentar, 6. Aufl., § 17 Rn. 8; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., § 35 Rn. 17。

予行為人完全的罪責非難，因此可得類推適用德國刑法第 17 條之規定；除此之外，這種處理方案還有一個迴避難題的好處，亦即毋庸探究「一個完全不懂刑法的行為人究竟是將自己的行為看作阻卻違法抑或寬恕罪責？」這個大難題，而全然適用相同的法律效果即可⁶⁰⁹。

相對而言，通說見解俱否定正面寬恕規範錯誤會影響行為人之不法意識，理由在於得以適用德國刑法第 17 條之規範錯誤的前提係「行為人將其行為看作是法規範所容許之行為」，惟正面寬恕罪責事由的規範錯誤，行為人卻是完全知悉其行為的不法內涵，所以絕對不可能影響其不法意識，因此與德國刑法第 17 條無干⁶¹⁰。正確的處理方式乃是將這種錯誤當成是一種不重要的（unbeachtlich）、無意義的（bedeutungslos）錯誤⁶¹¹，因為一個人是否可以得到法律的寬恕，是專屬於立法者的立法形成空間，並非取決於行為人的自行認定；是以在行為人誤以為存在寬恕規範或過度寬鬆地解釋寬恕規範時，都不會、也不可能影響立法者在法規範中就此情形不予寬恕的決定，因此正面寬恕規範錯誤便是一個對法律效果沒有任何影響的錯誤類型⁶¹²。

綜上所述，依據不法意識說的看法，【案例 9】與【案例 10】的甲必須直接適用或類推適用禁止規範錯誤之處理規則，以錯誤的避免可能性判斷甲的不法意識，進而有減輕刑罰的可能性；若依無影響說，甲之行為便與沒有發生錯誤時的處理相同。

二、 反面錯誤

反面寬恕規範錯誤—行為人誤以為其行為乃法所不寬恕，如【案例 11】及【案例 12】—這種錯誤類型的爭議性較低。由於可罰性的範圍或界限乃是法律規範所明定，行為人的行為是否構成犯罪，是依據刑法犯罪成立要件之規定，並非取決於行為人自己的

⁶⁰⁹ Frister, AT 2006, 20/18。

⁶¹⁰ Klmsch, 1993, S. 66, Fn. 104。

⁶¹¹ 以下便將通說見解之立場簡稱為「無影響說」。

⁶¹² Baumann/Weber/Mitsch, AT 2003, 23/35; Ebert, AT 1993, S. 142; Gropp, AT 2001, 13/130; Hardtung, ZStW 1996, S. 28 ff.; Heinrich, AT/1 2005, Rn. 1157; Jescheck/Weigend, AT 1996, S. 489; Kindhäuser, AT 2005, 28/19; Klmsch, 1993, S. 65; Rengier, AT 2009, 32/3; Roxin, AT 2006, 22/65; Schmidt, AT 2009, Rn. 1214; Walter, Der Kern des Strafercht, 2006, S. 330; Wessels/Beulke, AT 2006, Rn. 490; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 35, Rn. 75; MK-Müssig, 2005, § 35 Rn. 85; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, § 35 Rn. 45。

想像，故甲都還是可以適用寬恕罪責的相關規定⁶¹³。

第二項 本文見解

一、 正面錯誤

先就正面錯誤而論，本文認為不法意識說與無影響說均有無法自圓其說之處，例如通說所支持的無影響說，在【案例 9】中無法反應出「行為人所具有的罪責顯然較無錯誤之情形來得輕微」這個事實，在【案例 10】中亦無法彰顯「行為人與無錯誤者同樣具有強大心理壓力」的事實；更遑論在【案例 9】與【案例 10】同時發生的特殊情形下，若還是採取無影響說的立場，將導致極端不利於行為人的結論。相反地，不法意識說雖然在某種程度上迴避了通說見解的缺失—如【案例 9】可以得出甲可非難性較低的結論，並適度地反應在法律效果上—，但無法否認的是【案例 10】的情形，該錯誤與不法意識沒有必然之關連性，而是單純涉及到預防必要性的問題；況且對於【案例 9】與【案例 10】兩種不同的案型，也不能在形式上一概賦予其相同的法律效果便敷衍了事，否則將失卻區分犯罪階層的實際意義。

本文認為仍應回歸寬恕罪責事由所具有的雙重屬性來思考，亦即區分「與不法有關的規範錯誤」或「與罪責有關的規範錯誤」而適用不同的處理規則。與不法有關的規範錯誤乃是「減輕容許規範錯誤」，由於仍然是錯誤可否避免的問題，故應仿照容許規範錯誤的處理規則，但要注意的是，這種錯誤不可能排除不法意識，因為避難過當之行為人「必然」知道行為之不法性而具有不法意識，只是該不法意識係針對「避難過當」此一減輕不法行為，故在程度上較無負面不法事由時要來得輕微。本文主張在該錯誤係完全不可避免時，行為人僅就其所具有的輕度不法意識（對於減輕不法行為的違法性認識）負責⁶¹⁴，且在法律效果部分可以得到完全的寬恕；至於在錯誤係可以避免時，則對法律效果部分不生任何影響。【案例 9】之甲誤以為保全「財產」可以得到完全的寬恕，乃是與不法有關的規範錯誤，此時必須探究錯誤的避免可能性，若是不可避免，則甲僅就其所具有的輕度不法意識（評價自己的行為乃是可以完全寬恕的避難過當）負責，且可以

⁶¹³ Gropp, AT 2001, 13/131; Schmidt, AT 2009, Rn. 1213。

⁶¹⁴ 即等同「保全生命、身體、自由法益」時的不法意識內涵。

得到完全的寬恕而無罪；若是可以避免，則不生任何影響，其行為只能得到部分寬恕而強制性地減輕處罰。

與罪責有關的規範錯誤，精確來說是與「罪責階層中預防必要性」有關的規範錯誤，在處理方式的選擇上可以參考上述的規則：以錯誤的可避免性為斷。首先要確認的是，這種錯誤與不法意識毫無關係，因為行為人完全知道其行為的不法內涵，因此不可能直接適用減輕容許規範錯誤的處理規則；但有鑑於他行為可能性與預防必要性乃是構成行為人有無期待可能性的共同內涵，因此在評價上應可採取相類似的處理態度，亦即回歸「何以行為人無預防必要性？」這個問題之上⁶¹⁵。再者，本文認為寬恕罪責之避難救助係極度例外之情形，親屬和親密夥伴的概念需要受到嚴格的限縮，基於預防必要性作為犯罪成立與否的最後關卡，寬恕之範圍應不宜過廣，故在法律效果上也應該顯現出某種程度的節制。是以，若該錯誤係不可避免，縱使行為人不具有預防必要性，但本於法律效果上的節制，僅能強制性地減輕處罰；反之錯誤係可得避免，那便不生任何影響。【案例 10】之甲誤以為工作上的同事可以該當「親密夥伴」的概念，乃是與罪責（預防必要性）有關的規範錯誤，此時必須探究錯誤的避免可能性，若是不可避免，則甲可以得到部分的寬恕而強制性地減輕處罰；若是可以避免，則不生任何影響，其行為無法寬恕罪責，至多在量刑時加以考慮。

二、 反面錯誤

相對在反面錯誤的情形，【案例 11】之甲誤以為寬恕罪責避難過當僅能針對「保全生命」而主張，乃是與不法有關的規範錯誤，【案例 12】之甲則誤以為寬恕罪責的避難救助僅能「為自己」主張，都是對規範作了過於狹隘的解釋；但由於甲之行為在主客觀上均該當寬恕罪責避難過當的所有要件，因此在兩個案例中甲都可以適用寬恕罪責避難過當的相關規定。

⁶¹⁵ 探究行為人何以「無預防必要性」或「無他行為可能性」的方法都是相同，也就是觀察行為人之所以認為自己可以侵害法益的理由何在；而最具有指標性的判準，便是端詳「該理由的形成」是否具有避免可能性。

《圖表 6-5：寬恕規範錯誤》

		主觀誤解	效果
正面錯誤	涉及不法 【案例 9】	保全「財產」 可以得到完全的寬恕	錯誤不可避免時，可以完全寬恕而無罪 錯誤可避免時，不生影響，應減輕其刑
	涉及罪責 【案例 10】	「工作上的同事」 可以該當親密夥伴的概念	錯誤不可避免時，應減輕其刑 錯誤可避免時，不生影響，量刑減輕
反面錯誤	涉及不法 【案例 11】	只有保全「生命」 才能得到完全的寬恕	仍得寬恕罪責
	涉及罪責 【案例 12】	為「他人生命」避難 無法得到任何的寬恕	仍得寬恕罪責

第柒章 總結

「錯誤理論」一直都是刑法問題研究的聚焦之地，無論是構成要件階層內的客體錯誤、打擊錯誤、因果歷程偏離，或違法性階層中的誤想防衛、偶然防衛之問題，在在都彰顯出錯誤理論體系上的紛雜與學說見解之紊亂，更遑論我國學理上幾乎未曾關注的「寬恕罪責事由」。本論文雖然以「寬恕罪責事由及其錯誤之研究」為題，惟錯誤問題的處理，勢必要奠基在犯罪階層體系的通盤理解與對寬恕罪責事由的正確定位之上，若貿然躁進，定然無法尋得精確之結論。

一、 犯罪的漸進式判斷方法

是以，本論文先從學理上所不爭執的「不法與罪責之區分」，導出「漸進式的犯罪判斷方法」；此即先不法（構成要件該當性→違法性）、後罪責的犯罪判斷結構，且不法將發生推定罪責之效力⁶¹⁶。行為之違法性係受到構成要件該當性之推定，故必須反面找尋有無對行為人有利的負面事由；本文認為違法性階層中的負面事由有「排除不法（阻卻違法）事由」與「減輕不法事由」兩者，前者將完全排除行為之不法，後者尚留存部分之不法，而必須繼續在罪責階層中討論之⁶¹⁷。至於罪責階層中的負面事由，則是包括了「排除（或減輕）罪責事由」與「寬恕罪責事由」兩種，前者著重於有無他行為可能性之判斷，後者則關注預防必要性的有無⁶¹⁸。在漸進式的犯罪判斷方法之下，不法行為推定行為人的「可非難性」，並劃定罪責的討論範圍，法律適用者必須依序檢驗否定可非難性推定（或無期待可能性）之負面罪責事由，順序上先找尋排除（或減輕）罪責事由，再討論寬恕罪責事由⁶¹⁹。

二、 對寬恕罪責事由的理解

就寬恕罪責事由之本質而言，本文認為其在不法層次內，勢必因為保全法益而分別在行為非價與結果非價內產生不法的減輕現象，因此寬恕罪責事由本身就含有減輕不法

⁶¹⁶ 詳見本論文「第貳章、第一節」部分。

⁶¹⁷ 詳見本論文「第肆章、第四節、第二項」部分。

⁶¹⁸ 詳見本論文「第參章、第三節」部分。

⁶¹⁹ 詳見本論文「第參章、第三節、第四項」部分。

事由之屬性；且由於行為人此時仍然具有他行為可能性，故與排除（或減輕）罪責事由無干，而單純是預防必要性的考量罷了，這便是通說所採取的「雙重罪責降低理論」⁶²⁰，但在說明雙重罪責降低理論時，必須對於「何謂罪責的雙重降低？」乙點，正確地加以詮釋。詳言之，不法內涵的下降同時也影響了罪責非難的範圍，因為罪責的討論前提是不法的成立，而罪責的討論範圍必須由不法來劃定，亦即行為人不法內涵的下降連帶限縮了罪責可非難性的討論範圍，因此造成第一次的罪責降低現象；至於在罪責之內涵中，若接受「廣義罪責說」而認為罪責係他行為可能性與預防必要性的先後、綜合判斷，立法者考量一名承擔特殊心理壓力之人，縱使仍具有他行為可能性，也因為一般預防與特別預防的下降而寬恕其罪責，此時造成了第二次的罪責降低現象⁶²¹。我們辛苦地描繪出寬恕罪責事之圖像並不是徒勞無功的，因為有關區分阻卻違法事由與寬恕罪責事由的實益，將在「雙軌制裁體系」、「犯罪參與理論」、「可否對之正當防衛」與「錯誤理論」等面向中彰顯出來⁶²²。

三、 對緊急避難的詮釋

縱觀緊急避難的發展史，曾經被定位成完全的寬恕罪責事由，也曾經被理解為完全的阻卻違法事由，直到近期德國學說與實定法採取「區分理論」之後，緊急避難被賦與阻卻違法與寬恕罪責的雙重地位⁶²³；作為阻卻違法事由時，以「社會連帶性原則」與「自主原則」作為思想核心，作為寬恕罪責事由時，則以「雙重罪責降低理論」為指導原則。在阻卻違法緊急避難的要件設計上，基於其乃合法行為之故，避難情狀之保護法益以及避難救助之範圍並未受限；至於避難行為除了符合「實效性」與「必要性」之外，還必須符合利益衡量的要求而加以檢驗「衡平性」以及「相當性」，前者係發源自社會連帶性原則的原理，後者則起始於自主原則之精神。在行為人主觀上認知避難情狀而有意為避難行為而具備避難意思，便足以成立阻卻違法的緊急避難⁶²⁴。

寬恕罪責緊急避難的要件設計上，由於其仍然是違法行為，故避難情狀之保護法益

⁶²⁰ 詳見本論文「第參章、第三節、第三項」部分。

⁶²¹ 詳見本論文「第參章、第三節、第三項」部分。

⁶²² 詳見本論文「第參章、第一節」部分。

⁶²³ 詳見本論文「第肆章、第一節」部分。

⁶²⁴ 詳見本論文「第肆章、第二節」部分。

限縮在「生命、身體、自由」之內，避難救助之對象也限制在「親屬或親密夥伴」的範圍中；至於避難行為除了符合「實效性」與「必要性」之外，原則上毋須考量利益衡量的問題，僅有例外在利益間處於絕對失衡的狀態，方排除行為人寬恕罪責的可能性。行為人主觀上除了認知避難情狀而有意為避難行為外，還必須將「避難」作為促成行為的動機，方具備避難意思而足以成立寬恕罪責的緊急避難⁶²⁵。

本文認為德國通說與實定法所贊同的區分理論，不必然是絕對或唯一的立法體例。在與正當防衛的立法模式及體系架構相互比較後⁶²⁶，可以發現癥結點在於該如何理解「緊急避難過當」與「寬恕罪責緊急避難」兩種情形，前者之定義應是逾越避難行為之必要性（違反迴避義務），後者則是不符合利益衡量（違反犧牲義務）。若由形式上加以觀察，兩者的確是屬於互斥的概念，惟若是從實質的觀點加以觀察，兩者的目的都是在追求「避難當事人間利益分配關係的合理化」，甚至可以說必要性的檢驗根本就是「狹義的利益衡量審查」；況且在加入「阻卻違法與寬恕罪責緊急避難係法益侵害之量差概念」的思想後，由阻卻違法緊急避難出發的避難過當概念，與寬恕罪責緊急避難之間也只是程度上的差異而已⁶²⁷。是以，本文主張不妨將「過當」之概念作廣義之解釋，兼含必要性的逾越以及利益衡量的違反兩種態樣；至於這種看法在形式上應該被歸屬於全然阻卻違法說抑或區分理論，就不是那麼重要了。

四、對緊急避難條文的試擬

將我國刑法第 24 條解釋為阻卻違法事由時，其將保護法益不當地限縮在「生命、身體、自由、財產」四種類型之中，且並無明確利益衡量的要求，尤其後者將失卻「違法性階層乃是就整體法規範的價值觀來評價是否有法益侵害」的屬性。在解釋為寬恕罪責事由時，雖在法益種類的限縮上有其正當性，但無法說明何以財產法益亦為高度屬人性的重要法益，且避難救助部分竟無範圍上的限縮，完全背離罪責的核心思考，主觀上也沒有將救助意圖作為避難行為發動的要件，過度擴張了無預防必要性的範圍。基於上

⁶²⁵ 詳見本論文「第肆章、第三節」部分。

⁶²⁶ 詳見本論文「第肆章、第四節、第一項」部分。

⁶²⁷ 詳見本論文「第肆章、第四節、第二項」部分。

揭錯漏，本文試著重新填補並擬訂緊急避難的基礎條文如下⁶²⁸：

第 24 條（緊急避難與避難過當）

第 1 項 為避免自己或他人法益所遭遇無法以其他方法加以避免之危難，衡量相衝突之利益，當保全利益顯然優越於犧牲利益時，該避免危難之相當行為因無違法性而不罰。前述情形，若危難來自於被犧牲者，而保全利益非顯然低劣於犧牲利益時，亦同。

第 2 項 意圖救助自己生命、身體或自由所遭遇無法以其他方法加以避免之危難，所為之避難過當行為，行為人因無罪責而不罰；意圖救助其他法益之避難過當，應減輕其刑。前述情形，若為親屬或其他親密夥伴而為之，亦同。

五、 錯誤理論的體系結構與名稱

在對於寬恕罪責事由與緊急避難重新詮釋之後，便已經完成了進入錯誤理論加以討論的前置作業，但在一頭栽入錯誤問題前，本文必須花一些篇幅來說明有關錯誤理論的相關體系以及用語。首先，錯誤的類型可以用三種不同的標準予以區分，這分別是：「錯誤所涉及的犯罪階層（構成要件該當性、違法性或罪責）」、「錯誤所誤認的對象（事實情狀或法律評價）」、「錯誤係有利或不利於行為人（正面或反面）」，這三種區分標準同時也體現錯誤類型的特徵⁶²⁹。至於錯誤的名稱，本文捨棄傳統的稱呼方式，欲直接以「彰顯出該種錯誤的特徵」來命名，因此除了正面或反面錯誤在稱呼上並無疑義外，只要涉及法律評價的錯誤，便統稱為「法律錯誤」；由於構成要件該當性階層之規範習稱為禁止規範，違法性階層之規範則是容許規範，罪責階層中的寬恕罪責事由屬寬恕規範，故規範錯誤可以分作禁止規範錯誤、容許規範錯誤與寬恕規範錯誤三種型態。

此外，涉及到事實情狀的錯誤則統稱為「前提事實錯誤」，同樣的道理，依據犯罪成立階層的不同，也可以區分為禁止要件前提事實錯誤、容許要件前提事實錯誤與寬恕要件前提事實錯誤三種型態；要特別注意的是，不法層次的前提事實錯誤還有僅涉及單一完整不法內的錯誤，以及複數完整不法間的錯誤兩類，為避免名稱過於繁複且冗長，

⁶²⁸ 關於條文要件設計的種種理由，詳請參見「第肆章、第四節、第二項、(四)」部分。

⁶²⁹ 詳見本論文「第伍章、第一節」部分。

前者稱之為「禁止（或容許）事實錯誤」，後者則稱為「減輕禁止（或容許）事實錯誤」⁶³⁰。綜合言之，禁止要件前提事實錯誤乃上位概念，其下再分為禁止事實錯誤與減輕禁止事實錯誤；容許要件前提事實錯誤亦上位概念，其下再分為容許事實錯誤與減輕容許事實錯誤。

六、寬恕要件前提事實錯誤

簡介過錯誤理論的體系結構後，便正式進入寬恕罪責事由相關錯誤之討論。先將焦點放在寬恕罪責事由的正面事實情狀的錯誤，亦即「正面寬恕要件前提事實錯誤」的處理上，對於這種錯誤，德國刑法學理上曾經出現過眾多的解決建議，計有心理壓力說、期待可能說、事實錯誤說、原因自由說、規範錯誤說、促進效用說、雙重減輕說、預防必要說等等看法⁶³¹。在詳細檢討與反省之下，本文認為心理壓力說、期待可能說與預防必要說，都將觀察重點置於罪責階層，完全忽略寬恕罪責事由所具有的不法減輕屬性，無論如何僅有片面的正確性而不足採；規範錯誤說將正面「寬恕」要件前提事實錯誤與正面「容許」要件前提事實錯誤混為一談，在問題定位上已然有所偏差，故亦是不可採；事實錯誤說的形成背景已經過時、原因自由說則過於不切實際、雙重減輕說則是太過籠統、促進效用說狹隘地僅將重點至於構成要件階層來觀察，都並非適切的詮釋方法⁶³²。

本文主張應採取「先後關注不法與罪責階層的解釋方法」，這也是配合犯罪漸進式判斷的解釋方法；除此之外，在不法的確認部分，還必須詳加釐清問題的定位，亦即所謂的正面錯誤，其實可以包含行為人主觀上誤以為存在排除不法，惟客觀上卻是減輕不法的「誤想避難（正面容許事實錯誤）」，與行為人主觀上誤以為存在減輕不法，惟客觀上卻是完整不法的「誤想避難過當（正面減輕容許事實錯誤）」兩種類型，在處理方式上應有所不同。誤想避難在本文採取限制罪責理論之下，將阻卻行為人的不法故意，而必須另論過失；而誤想避難過當，鑑於行為人仍然具有侵害法益之故意，因此故意並不會被阻卻，至多只是降低其不法內涵罷了，故援引減輕禁止事實錯誤的處理規則，行為

⁶³⁰ 詳見本論文「第五章、第二節」部分。

⁶³¹ 詳見本論文「第陸章、第一節、第一項」部分。

⁶³² 詳見本論文「第陸章、第二節、第一項」部分。

人僅能在輕度不法內涵中成立故意既遂犯，亦即在評價上可得適用避難過當之規定⁶³³。

承上所述，相同的道理，反面錯誤在不法的確認部分，也可以包含行為人誤以為存在減輕不法事由，實際上存在排除不法事由的「偶然避難（反面容許事實錯誤）」以及行為人誤以為不存在任何事由，實際上存在減輕不法事由的「偶然避難過當（反面減輕容許事實錯誤）」兩種類型。前者在本文一貫採取未遂說之下，將阻卻行為的既遂而另論未遂；後者則因為行為人欠缺避難意圖而不可能在低度不法內涵中論以避難過當，至多在量刑時對客觀上所存在的減輕不法情狀予以考量⁶³⁴。

在罪責的確認部分，有關的要素是避難救助之範圍，由於此乃客觀描述的罪責要素，法律適用者可以直接透過「親屬或親密夥伴」這個客觀事實，來認定行為人身處特殊的罪責壓力之中，而形成一個不可推翻的推定；在發生錯誤時，學說認為客觀事實原則上便不再具有意義，取而代之的是行為人的主觀想法，也就是取決於行為人對該罪責事實的主觀上認知。因此發生正面錯誤（誤想避難救助）時，行為人依然得以適用避難救助之規定，在發生反面錯誤（偶然避難救助）時則否⁶³⁵。

七、寬恕規範錯誤

寬恕規範錯誤泛指有關寬恕罪責事由規範評價上的正面或反面錯誤，發生於正面錯誤時，德國學界有兩種不同的處理方式：不法意識說或無影響說；至於反面錯誤還是可以適用寬恕罪責的相關規定⁶³⁶。本文在反面錯誤部分贊同德國通說看法；惟正面錯誤的部份，無影響說將導致極端不利於行為人的結論，而不法意識說則不當地將所有案型都歸結於不法意識的程度問題，實在過於速斷，故仍應回歸寬恕罪責事由所具有的雙重屬性來思考，亦即區分「與不法有關的規範錯誤」或「與罪責有關的規範錯誤」而適用不同的處理規則。

與不法有關的正面規範錯誤乃是「正面減輕容許規範錯誤」，由於仍然是欠缺不法意識的可避免性之問題，故應仿照正面容許規範錯誤的處理規則：該錯誤係完全不可避

⁶³³ 詳見本論文「第陸章、第二節、第二項、一、(一)」部分。

⁶³⁴ 詳見本論文「第陸章、第二節、第二項、一、(二)」部分。

⁶³⁵ 詳見本論文「第陸章、第二節、第二項、二」部分。

⁶³⁶ 詳見本論文「第陸章、第三節、第一項」部分。

免時，行為人僅就其所具有的輕度不法意識（對於減輕不法行為的違法性認識）負責，且在法律效果部分可以得到完全的寬恕；至於錯誤係可以避免時，則對法律效果部分不生任何影響。與罪責（預防必要性）有關的正面規範錯誤，行為人完全知道其行為的不法內涵，故與不法意識毫無關係；但有鑑於他行為可能性與預防必要性乃是構成行為人有無期待可能性的共同內涵，因此在評價上應可採取相類似的處理態度，即以避免可能性為判斷依據：若該錯誤係不可避免，縱使行為人不具有預防必要性，但本於法律效果上的節制，僅能強制性地減輕處罰；反之錯誤係可得避免，那便不生任何影響⁶³⁷。

⁶³⁷ 詳見本論文「第陸章、第三節、第二項」部分。

主要參考文獻

壹、中文部分（按姓氏筆劃排列）

一、 書籍論著

- 1、甘添貴，刑法總論講義，瑞興出版，1992年。
- 2、甘添貴，刑法體系各論（第一卷），作者自版，1999年。
- 3、甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興出版，2002年。
- 4、余振華，刑法深思·深思刑法，元照出版，2005年。
- 5、余振華，刑法違法性理論，元照出版，2001年。
- 6、邱忠義，刑法通則新論，元照出版，2009年。
- 7、李文健，罪責概念之研究—非難的實質基礎，春風煦日論壇—刑事法叢書系列2，1998年。
- 8、周冶平，刑法總論，三民出版，1981年。
- 9、林山田，刑法通論（上、下），作者自版，2008年。
- 10、林山田，刑法各罪論（上、下），作者自版，2006年。
- 11、林東茂，刑法綜覽，一品文化出版，2009年。
- 12、林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南出版，1991年。
- 13、林鈺雄，新刑法總則，元照出版，2006年。
- 14、林鈺雄，刑法與刑訴之交錯適用，元照出版，2008年。
- 15、林書楷，刑法總則，五南出版，2010年。
- 16、柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），元照出版，2005年。
- 17、柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照出版，2006年。
- 18、柯耀程，刑法問題評釋，元照出版，2004年。
- 19、柯耀程，刑法概論，元照出版，2007年。
- 20、許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇—刑事法叢書系列編號6，2000年。
- 21、高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版，2003年。

主要參考文獻

- 22、陳子平，刑法總論，元照出版，2008年。
- 23、陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，作者自版，1998年。
- 24、張麗卿，刑法總則理論與應用，五南出版，2005年。
- 25、張麗卿，新刑法探索，元照出版，2008年。
- 26、張明偉，學習刑法—總則編，五南出版，2008年。
- 27、黃仲夫，刑法精義，元照出版，2005年。
- 28、黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，新學林出版，2009年。
- 29、黃榮堅，基礎刑法學（上、下），元照出版，2006年。
- 30、黃榮堅，刑罰的極限，元照出版，2003年。
- 31、黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照出版，2000年。
- 32、曾淑瑜，圖解知識六法—刑法總則篇，新學林出版，2007年。
- 33、褚劍鴻，刑法總則論，作者自版，1997年。
- 34、蔡墩銘，刑法精義，翰蘆出版，1990年。
- 35、蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照出版，2008年。
- 36、劉振鯤，圖解刑法入門，元照出版，2007年。
- 37、韓忠謨，刑法原理，作者自版，1982年。
- 38、蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，作者自版，1996年。

二、 期刊論文

- 1、王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論第26期，2008年，155頁以下。
- 2、王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤，台灣本土法學雜誌第103期，2008年，165頁以下。
- 3、王皇玉，強救治療與緊急避難，月旦法學雜誌第151期，2007年，255頁以下。
- 4、甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（上），月旦法學教室第40期，2006年，14頁以下。

主要參考文獻

- 5、李聖傑，火燒房子釀巨禍—客體不完全等價錯誤，法學講座第 32 期，2005 年，54 頁以下。
- 6、林東茂，誤想防衛，刑事法雜誌第 40 卷第 6 期，1996 年，1 頁以下。
- 7、高金桂，正當防衛與緊急避難之競合，月旦法學教室第 90 期，2010 年，20 頁以下。
- 8、徐育安，故意的時點問題—結果提前發生與概括故意，法學講座第 20 期，2003 年，37 頁以下。
- 9、許玉秀，擇一故意與所知所犯，台灣法學雜誌第 13 期，2000 年，186 頁以下。
- 10、許玉秀，除罪：解消類型—從殺害直系血親尊親屬罪談起，甘添貴教授六秩祝壽論文集—刑事法學之理想與探索（二），2003 年，1 頁以下。
- 11、許玉秀、王玉全，從「所知所犯」論不法事實與罪責事實的區分，刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2001 年，159 頁以下。
- 12、許恒達，「行為非價」與「結果非價」—論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論第 114 期，2010 年，215 頁以下。
- 13、許澤天，強制支配—犯罪支配概念的具體續造，東吳法律學報第 21 卷第 3 期，2010 年，43 頁以下。
- 14、陳子平，因果歷程錯誤之另一思考問題，台灣本土法學雜誌第 55 期，2004 年，162 頁以下。
- 15、陳子平，違法性阻卻事由前提事實錯誤—容許構成要件錯誤，月旦法學教室第 39 期，2006 年，24 頁以下。
- 16、黃榮堅，侵占脫離物與錯誤，台灣法學雜誌第 15 期，2000 年，148 頁以下。
- 17、黃榮堅，共犯與身分，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000 年，195 頁以下。
- 18、黃惠婷，故意與構成要件錯誤，月旦法學教室第 72 期，2008 年，73 頁以下。
- 19、黃惠婷，禁止錯誤，月旦法學教室第 74 期，2008 年，50 頁以下。

主要參考文獻

- 20、黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室第 76 期，2009 年，74 頁以下。
- 21、黃惠婷，反面阻卻違法事由錯誤與幻覺犯，月旦法學教室第 78 期，2009 年，53 頁以下。
- 22、黃惠婷，強制性的緊急避難—評最高法院 94 年台上字第 2324 號判決，月旦法學雜誌第 133 期，2006 年，210 頁以下。
- 23、彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊第 58 卷第 9 期，2007 年，18 頁以下。
- 24、彭美英，由刑法阻卻違法之概念論「國家有錯誤特權」，臺北大學法學論叢第 63 期，2007 年，81 頁以下。
- 25、彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係：兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學第 30 期，2005 年，81 頁以下。
- 26、彭美英，阻卻違法之防禦性緊急避難—以德國為重心，玄奘法律學報第 3 期，2005 年，85 頁以下。
- 27、劉幸義，意志自由與罪責，中興法學第 24 期，1987 年，31 頁以下。
- 28、鄭逸哲，與未滿十六歲性交罪屬故意犯？，月旦法學教室第 42 期，2006 年，20 頁以下。
- 29、鄭善印，寬容原則與刑法，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集，五南出版，2004 年，576 頁以下。
- 30、蔡聖偉，「大意」滅親（上）—對於減輕事由前提事實的錯誤，月旦法學教室第 83 期，2009 年，75 頁以下。
- 31、蔡聖偉，「大意」滅親（下）—誘發他人錯誤以促成犯意的利用行為，月旦法學教室第 86 期，2009 年，104 頁以下。
- 32、蔡聖偉，論結果提前發生之因果歷程偏離，刑與思—林山田教授紀念論文集，元照出版，2008 年，298 頁以下。
- 33、蔡聖偉，一不做二不休—論墮胎罪既遂的認定，月旦法學教室第 79 期，2009 年，73 頁以下。
- 34、蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，國立臺灣大學法學論叢第

主要參考文獻

- 37 卷第 1 期，2008 年，165 頁以下。
- 35、蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，東吳法律學報第 20 卷第 1 期，2008 年，107 頁以下。
- 36、蔡聖偉，謀事在人，成事在天—論因果歷程偏離於現代犯罪論體系中的定位，台灣本土法學雜誌第 87 卷，2006 年，168 頁以下。
- 37、蔡聖偉，客觀可歸責性與故意—不能未遂之再研究，刑事法雜誌第 39 卷第 3 期，1995 年，61 頁以下。
- 38、蔡聖偉，刑法上包攝錯誤之研究，輔仁法學第 13 期，1994 年，207 頁以下。
- 39、蔡聖偉，論排他互斥的犯罪構成要件，東吳法律學報第 21 卷第 4 期，2010 年，87 頁以下。

三、學位論文

- 1、王玉全，刑法上對應原理之應用—解析因果流程錯誤，政治大學碩士論文，2001 年。
- 2、林怡鎧，從犯罪體系的演進探討責任論的發展，中央警察大學碩士論文，2000 年。
- 3、苗繼業，特別義務人為自己利益所為緊急避難行為之可罰性研究，台灣大學碩士論文，1999 年。
- 4、張天一，正當防衛原理與過當之處置方式，輔仁大學碩士論文，2001 年。
- 5、張喬歲，正當防衛與防衛過當，東海大學碩士論文，2005 年。
- 6、莊華宇，論作為犯的事實錯誤—對德國學說的評析，政治大學碩士論文，2001 年。
- 7、黃翰義，刑法上事實錯誤之研究，輔仁大學碩士論文，1994 年。
- 8、蔡奇曉，逾越刑法正當性事由之法律效果檢討，中正大學碩士論文，2006 年。
- 9、蔡聖偉，不能未遂之研究，輔仁大學碩士論文，1993 年。

主要參考文獻

- 10、魏緒孟，阻卻違法事由基礎事實錯誤之研究—以誤想正當防衛為中心，輔仁大學碩士論文，1992年。

四、翻譯文獻

- 1、Arthur Kaufmann，劉幸義譯，「法外空間」學說，法律哲學，五南出版，226頁以下。
- 2、Claus Roxin，吳俊毅譯，由人所引起的防衛性緊急避難，刑事法雜誌第43卷第5期，91頁以下。
- 3、Ingeborg Puppe，蔡聖偉譯，法學思維小學堂—法學方法論密集班，元照出版，2010年。
- 4、Wilfried Küper，吳俊毅譯，阻卻違法與阻卻責任區分的基本問題：緊急避難、義務衝突、依職務上命令之行為，刑事法雜誌第44卷第2期，76頁以下。
- 5、Wilfried Küper，吳俊毅譯，殺人禁止與生命的緊急避難：針對「生命對生命」衝突的問題，成大法學第9期，263頁以下。
- 6、川端 博，余振華譯，集中講義刑法總論，元照出版，2008年。

貳、外文部分（按字母順序排列）

一、書籍論著

- 1、Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang
Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
- 2、Bernsmann, Klaus
Entschuldigung durch Notstand, 1989.
- 3、Ebert, Udo
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993.
- 4、Freund, Georg

主要参考文献

- Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009.
- 5 · *Frister, Helmut*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2006.
- 6 · *Gropp, Walter*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001.
- 7 · *Heinrich, Bernd*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- I , 2005.
- 8 · *Heinrich, Bernd*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- II , 2005.
- 9 · *Jakobs, Günther*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
- 10 · *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*
Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- 11 · *Kindhäuser, Urs*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005.
- 12 · *Klimesch, Markus*
Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe unter Berücksichtigung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1993.
- 13 · *Köhler, Michael*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.
- 14 · *Krey, Volker*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- I , 2. Aufl., 2001.
- 15 · *Kühl, Kristian*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005.
- 16 · *Lorenz, Matthias/Najdecki, Damian/Schwarz, Trosten*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2006.
- 17 · *Lugert, Georg*

主要参考文献

- Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand,
1991.
- 18 · *Maurach, Reinhart/Zipf Heinz*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- I , 1992.
- 19 · *Meißner, Andreas*
Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den
rechtfertigenden Notstand, 1990.
- 20 · *Onagi, Akihiro*
Die Notstandsregelung im japanischen und deutschen Strafrecht im
Vergleich, 1993.
- 21 · *Otto, Harro*
Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., 1992.
- 22 · *Pawlik, Michael*
Der rechtfertigende Notstand, 2002.
- 23 · *Rengier, Rudolf*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2009.
- 24 · *Renzikowaski, Joachim*
Notstand und Notwehr, 1994.
- 25 · *Roxin, Claus*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- I , 4. Aufl., 2006.
- 26 · *Roxin, Claus*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- II , 4. Aufl., 2003.
- 27 · *Schmidt, Rolf*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2009.
- 28 · *Steininger, Einhard*
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band- I , 2008.
- 29 · *Stratenwerth, Günter/Kuhlen Lothar*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004.

- 30、*Walter, Tonio*
Der Kern des Strafercht, 2006.
- 31、*Welzel, Hans*
Das Deutsch Strafrecht, 11. Aufl., 1969.
- 32、*Wessels, Johannes/Beulke, Werner*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl., 2006.
- 33、*Zieschang, Frank*
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005.

二、 刑法注釋書

- 1、Müchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band- I , 2005.
Hrsg. v. *W. Joecks/K. Miebach*
- 2、Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Band- II , 2006.
Hrsg. v. *H. W. Laufhütte/R. R. Saan/K. Tiedemann*
- 3、Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Band- I , 2005.
U. Neumann/I. Puppe/W. Schild (Gesamtredaktion)
- 4、Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 26. Aufl., 2007.
Lackner, Karl/Kühl, Kristian
- 5、Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007.
Herbert, Tröndle/Thomas, Fischer
- 6、Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006.
Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Bearbeiter
- 7、Strafgesetzbuch Kommentar, 2009.
Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier Gunter/Bearbeiter
- 8、Studienkommentar, 6. Aufl., 2005.
Joecks, Wolfgang
- 9、Sysematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band- I , 2005.

H.-J. Rudolphi/E. Horn/E. Samson/H.-L. Günter/A. Hoyer/G. Wolters

三、 期刊論文

1、 *Bachmann, Mario*

Irrtümer im Bereich der Schuld, JA 2009, S. 510 ff.

2、 *Brüning, Janique*

Streitereien mit tödlichen Folgen, JuS 2007, S. 255 ff.

3、 *Bünemann, Benjamin/Hömpfer, Lars*

Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchstpersönliche Rechtsgüter, Jura 2010, S. 184 ff.

4、 *Engländer, Armin*

Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, S. 15 ff.

5、 *Erb, Volker*

Der rechtfertigende Notstand, JuS 2010, S. 17 ff.

6、 *Frister, Helmut*

Die Notwehr im System der Notrecht, GA 1988, 291 ff.

7、 *Gallas, Wilhelm*

Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, S. 649 ff.

8、 *Gallas, Wilhelm*

Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 1968, S. 1 ff.

9、 *Geppert, Klaus*

Notwehr und Irrtum, Jura 2007, S. 33 ff.

10、 *Hardtung, Bernhard*

Der Irrtum über die Schuld im Lichte des § 35 StGB, ZStW 1996, S. 26 ff.

11、 *Hirsch, Hans-Joachim*

主要参考文献

- Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, S. 746 ff.
- 12 · *Hörnle, Tatjana*
Der entschuldigende Notstand, JuS 2009, S. 873 ff.
- 13 · *Jan C. Joerden*
Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einen Eingriffsoffer, GA 1993, S. 247 ff.
- 14 · *Kaspar, Johannes*
Von Niederlagen und Niederschlägen, Jura 2007, S. 69 ff.
- 15 · *Kaufmann, Arthur*
Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 1964, S. 543 ff.
- 16 · *Koch, Arnd*
Tötung Unschuldiger als straflose Rettungshandlung? JA 2005, S. 745 ff.
- 17 · *Kristian F. Stoffers/Marc Murray*
Zeugen Jehovas, JuS 2000, S. 586 ff.
- 18 · *Küper, Wilfried*
Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe, GA 1968, S. 321 ff.
- 19 · *Küper, Wilfried*
Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung, JZ 1980, S. 633 ff.
- 20 · *Küper, Wilfried*
Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, S. 81 ff.
- 21 · *Küper, Wilfried*
Der entschuldigend Notstand—ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1983, S. 88 ff.
- 22 · *Küper, Wilfried*
§ 16 II StGB : eine Irrtumsregelung im Schatten der allgemeinen

主要参考文献

- Strafrechtlehre, Jura 2007, S. 260 ff.
- 23 · *Leonhard E. Backmann*
Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1973, S. 299 ff.
- 24 · *Müller, Matthias*
Verfolgung mit Floggen, Jura 2005, S. 635 ff.
- 25 · *Müller-Christmann, Bernd*
Überschreiten der Notwehr—BGHSt 39, 133, JuS 1994, S. 649 ff.
- 26 · *Radbruch, Gustav*
Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Band- I , S. 158 ff.
- 27 · *Rengier, Rudolf*
Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos?—Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen, NStZ 2004, S. 233 ff.
- 28 · *Roxin, Claus*
Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 1964, S. 582 ff.
- 29 · *Roxin, Claus*
Rechtfertigung- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründe, JuS 1988, S. 425 ff.
- 30 · *Roxin, Claus*
Der durch menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Festschrift für Hans -Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag 1 Hb., 1985, S. 457 ff.
- 31 · *Rengier, Rudolf/Jesse, Björn*
Sparring mit Folgen, JuS 2008, S. 42 ff.
- 32 · *Rudolphi, Hans-Joachim*
Ist die Teilnahme an einer Notstandtat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW 1966, S. 67 ff.
- 33 · *Samson, Erich*
Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ

主要参考文献

- 1988, S. 800 ff.
- 34 · *Sauren, Jürgen*
Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, S. 567 ff.
- 35 · *Schroeder, Friedrich-Christian*
Notstandslage bei Dauergefahr—BGH, NJW 1979, 2053, JuS 1980, S. 336 ff.
- 36 · *Seier, Jürgen*
Der mißbrauchte Azubi, JuS-Lembogen 1994, L. 92 ff.
- 37 · *Stree, Walter*
Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, S. 462 ff.
- 38 · *Swoboda, Sabine*
Nachbarschaft mit Gartenzwerg, Jura 2007, S. 224 ff.
- 39 · *Vogler, Theo*
Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, S. 103 ff.
- 40 · *Theile, Hans*
Der bewusste Notwehrexzess, JuS 2006, S. 965 ff.
- 41 · *Zieschang, Frank*
Der rechtfertigend und der entschuldigende Notstand, JA 2007, S. 679 ff.