

由刑法阻卻違法之概念論「國家有錯誤特權」

The Concept of Legalization, Right of Intervention and Wrongprivilege of States

彭美英

Meiying Pong

摘 要

阻卻違法事由在犯罪行為之判斷上具有單一整體之功能，在邏輯上必然也有一個單一整體之概念存在。一元論係以實質之利益價值觀點作為解釋阻卻違法事由之基礎，足見保護優越利益之基本原則應係所有阻卻違法事由之核心。

社會共同生活中存在許多風險，通常之風險行為若於遵守法律規定之情況下，一般而言容許此等行為之進行。原則上容許風險是排除客觀構成要件可歸責性之要素。此外，若某行為可達成法秩序之特定目的，縱使該行為具侵害法益之風險，然而衡量相互衝突之利益，認為達成法秩序所欲特定目的之利益優越於風險行為實現犯罪構成要件所侵害之利益，亦應容許進行風險行為，容許風險例外地也存在於阻卻違法事由中，亦即法秩序容許行為人為保護優越利益，得在特定情形下侵害他人之法益，德國通說稱之謂「侵害權」。

行為人是否具侵害權，行為是否阻卻違法，是以客觀上阻卻違法之前提要件存在為基礎。授與侵害權之規範本身若為達成特定目的而必須以不確定法律概念作為成立要件，而對於不確定法律概念之認知可能與真實情況不一致時，行為人只要判斷侵害權之客觀成立要件存在，事實上客觀要件亦存在，即得阻卻違法，縱使其判斷與真實情況不一致，亦不影響阻卻違法，此即屬於容許行為人「事前判斷」錯誤之風險，惟此並非容許構成

要件錯誤。正當防衛因其係對於現在不法侵害行為之立即反擊，必須現在不法侵害之客觀要件確實存在，始得主張正當防衛，若對要件有所誤判，即不能成立正當防衛。若此見解正確，認為「風險」為阻卻違法事由之共通結構要素，全部之阻卻違法事由皆建立於容許風險之見解，顯然值得商榷。

在容許風險之阻卻違法事由情形，若行為人依行為當時之客觀具體情形已謹慎審查，避免侵害法益之危險發生，則其行為非屬違法，若其違反審查義務，則行為人至多僅能成立過失犯，在此情形適用刑法之一般共通原則即可，無須以「符合義務審查」作為阻卻違法之特別主觀要素。「國家有錯誤特權」之情形即屬此類阻卻違法事由，若執行公務者符合義務審查，視情形屬於容許風險之阻卻違法，或屬於無法避免之容許構成要件錯誤，同樣適用刑法一般原則，阻卻故意。若係對法律之容許要件判斷錯誤，則屬於涵攝錯誤，行為欠缺不法意識僅能適用禁止（容許）錯誤，而非可避免之容許構成要件錯誤。

關鍵詞：

優越利益原則、容許風險、侵害權、事前判斷、誤想阻卻違法、容許構成要件錯誤、符合義務審查、國家有錯誤特權、容許錯誤

Abstract

Der Rechtfertigung kommt im Rahmen der Erfassung der Straftat eine einheitliche Rolle zu. Sie wird allgemein in der Weise gesehen, dass bei gegebener Tatbestandmässigkeit eines Verhaltens die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Für diese einheitliche Funktion muss es mit logischer Notwendigkeit auch einen einheitlichen Begriff geben. Alle monistischen wie pluralistischen Rechtfertigungstheorien haben die Gemeinsamkeit, dass sie Rechtfertigung materiell als Werthaftheitsprinzip begreifen und jeweils nach dem Rechtsgedanken der Rechtfertigung fragen. Man meint das Prinzip des überwiegenden Interessen.

Viele Rechtfertigungsgründe verlangen die Beurteilung von Umständen, die unbestimmt sind oder von bevorstehenden Entwicklungen abhängen. So setzt der rechtfertigende Notstand eine “gegenwärtige, anders nicht abwendbare Gefahr” voraus. Wenn nach objektiver ex ante Beurteilung eine solche Gefahr zu bejahen ist, ist der Handelnde gerechtfertigt, auch wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Gefahr in Wirklichkeit nicht bestanden hat. Es liegt dann also trotz der irrtümlichen Einschätzung der Lage kein Putativnotstand, sondern ein wirklicher Notstand vor, weil das Prinzip des erlaubten Risikos zugrunde liegt. Hier geht es um die Frage, welcher Grenze eine Fehlbeurteilung der Lage oder der Entwicklung die Rechtfertigung in eine nach Irrtumsregeln zu behandelnde Putativrechtfertigung zu umschlagen lassen.

In der Arbeit wird hauptsächlich versucht, die Fälle Irrtumsprivileg des Staates vorzustellen, die diesbezüglichen Meinungsverschiedenheit über die Pflichtgemäße Prüfung zu analysieren und eigene Stellungnahme aufzuzeigen.

Keywords :

heavy interest, allowable risk, Concept of Legalization, Right of Intervention, Examination according to Obligation, Wrongprivilege of States

由刑法阻卻違法之概念論「國家有錯誤特權」

彭美英*

目 次

壹、問題之提出	四、小結
貳、刑法上阻卻違法之概念	肆、「國家有錯誤特權」
一、前言	一、概述
二、對阻卻違法概念之各種詮釋	二、德國實務之見解
三、小結	三、德國學說之見解
參、阻卻違法事由作為侵害權之基礎	四、我國實務之見解
一、侵害權概述	五、我國學說之見解
二、侵害權客觀要件之特徵	六、小結
三、侵害權之主觀要件	伍、結語

投稿日期：95.11.29 審稿通過日期：A 95.12.21 B 95.12.10

* 世新大學法學院助理教授，德國慕尼黑大學法學博士（Assistant Professor, Shih Hsin University, Dr. jur. Munich University, Germany.）。

作者感謝二位審查委員所提供之寶貴意見。審查人之一認為本文應更深入探討公務員執行公務之阻卻違法事由，所為建議確屬精闢之見，惟由於寫作時間與篇幅之限制，本文僅能先就阻卻違法之概念與國家是否享有錯誤特權進行基礎理論之初步研究，他日筆者必將另行針對公務員執行公務之阻卻違法事由進行探討。

壹、問題之提出

我國刑法第二十一條規定依法令之行爲不罰，公務員依法令所爲之職務上行爲，縱使侵害他人法益，應予以阻卻違法，在刑法理論上，不僅排除行爲之實質違法，同時亦排除行爲之形式違法。公務員只要符合義務審查其行爲具備合法形式並據而執行，該行爲即足以阻卻違法，至於其行爲在實質上是否正確無誤，則在所不問，否則將妨礙行政效率。然而，錯誤之職務行爲之所以得「阻卻違法」，其理論基礎究竟爲何，應有深入探討之必要，對此須先探究「阻卻違法」之真正概念與定義。

阻卻違法事由容許行爲人在特定情形下侵害他人法益，德國通說稱之爲「侵害權」。在結構上是否應如德國學者Lenckner所主張，區分爲「真正侵害權」與「不真正侵害權」，「真正侵害權」是基於「優越利益原則」，「不真正侵害權」則係源於「容許風險」概念，抑或如Roxin、Jescheck所主張，阻卻違法事由均是以「容許風險」作爲共通之結構原則。「容許風險」對阻卻違法事由所具之意義、影響範圍以及其與「優越利益原則」之關連性亦應釐清。

Lenckner前揭之見解對多數德國學者發生深刻之影響，其所主張之「不真正侵害權」源於「容許風險」概念，容許風險之阻卻違法事由所授與之侵害權不同於其他阻卻違法事由，係以「符合義務審查」作爲此類阻卻違法事由之特別主觀要素。據此，只要執行公務者「符合義務審查」客觀事實，善意認爲具備合法之侵害要件，雖然事實上欠缺侵害權之要件，其該當犯罪構成要件之職務上行爲仍非屬違法，此即所謂之「國家有錯誤特權」，藉以保護執行國家權力之公務員在執行公務時之決定力，否則勢將影響公共利益。然而執行公務者符合義務審查是否即能阻卻行爲之違法，以及「國家有錯誤特權」究竟屬於哪一種錯誤類型，是否無法適用刑法之一般共通原則，而必須例外對此類行爲建立特別之主觀阻卻違法要素等，均爲本文所欲澄清之要點。

貳、刑法上阻卻違法之概念

一、前言

不論在德國抑或在我國，於刑法文獻中很少對「阻卻違法」之概念直接定義¹，多數教科書只是在「違法性判斷」時提出代替定義之相關說明，例如原則與例外之關係、表徵作用、禁止規範與容許規定、阻卻違法之原則或列舉個別之阻卻違法事由等等。然而前揭各種概念之闡明基本上亦應以阻卻違法之定義作為前提要件。再者，阻卻違法事由又稱為「容許規定」，亦須有個定義，否則，一個專業用語由另一個用語代替，若欲真正理解該概念，必須再確定該替代用語之意義。職是之故，為求概念之明確，應進一步分析這些以不同方式替代阻卻違法定義之概念，俾能對「阻卻違法」之概念獲得精確之定義。

二、對阻卻違法概念之各種詮釋

（一）阻卻違法為立法技術之產物²

由於該當構成要件之行為，若無阻卻違法之事由存在得以排除其違法性時，即被認定具有違法性。而刑法對於行為違法性之認定，僅消極列舉各項阻卻違法事由，並未積極規定違法性之認定標準。職是之故，文獻上有認為阻卻違法只是立法者對於構成要件規範與對立規範決定之表現，是以，何種事由得作為阻卻違法之事由，以及阻卻違法事由之個數，皆取決於立法者之決定，其以負面列舉之方式排除違法性僅係立法之技術，完全繫於立法者對構成要件之理解，基本上沒有限制阻卻違法事由之個數³。

¹ 余振華，刑法違法性理論，頁41以下，元照出版公司，2001年。

² 黃榮堅，基礎刑法學(上)，頁154，元照出版，2003年；林山田，刑法通論(上)，頁300以下，自版，2005年增訂9版。

³ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 24 I Rn. 1 ff.; Baumann/Weber/Mitsch: Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 16 Rn. 27-28.

（二）構成要件具有表徵違法性之作用⁴

在我國及德國文獻中皆有學者提出，在「構成要件該當性與違法性」之關係中可見構成要件乃違法性表徵之見解。本說不直接針對何謂違法本身予以闡明，而是藉由構成要件之「表徵作用」說明違法應具備之意義⁵。而阻卻違法事由之存在則具有排除違法性之作用。

（三）原則與例外之關係⁶

在文獻上，構成要件與阻卻違法之關係有時被認為是原則與例外之關係。「原則」係指在社會共同生活中，實現犯罪構成要件之情形，以統計學之觀點，多數均具違法性，於「例外」之阻卻違法情形則為合法⁷。

（四）禁止規範與容許規定⁸

學說上亦經常藉由區分禁止規範（*Verbot*snorm）與容許規定⁹（*Erlaubnissatz*）或「容許構成要件」¹⁰（*Erlaubnistatbestand*）以解釋構成要件該當性與違法性或阻卻違法二者之關係，並企圖同時闡明阻卻違法之概念。構成要件該當性乃行為違背禁止規範，而阻卻違法或阻卻違法事由則係指容許規定或容許構成要件許可行為實現構成要件。

⁴ 韓忠謨，刑法原理，頁156，韓忠謨教授基金會發行，2002年再版；類似見解：甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，「推定」違法，頁116，甘添貴自版，2004年。

⁵ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 24 I A Rn. 5, B; Baumann/Weberr/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 12 Rn. 11, § 22 Rn. 30; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 I 3.

⁶ 蔡墩銘，刑法精義，頁184以下，翰蘆出版社，2005年2版。

⁷ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 24 I Rn. 2; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 I 3.

⁸ 林山田，同註2，頁293以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁170，自版，2005年修訂2版。

⁹ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2002, § 8 I 2; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 I; Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 1985, vor § 32, Rn. 6.

¹⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2002, § 8 I 2; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 32 VI; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 32 Rn. 4; 容許構成要件錯誤：Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., § 37 I Rn. 23, 41; Tröndle/Fischer, StGB, Kurz-Kommentare, 50. Aufl., 2001, § 16 Rn. 27；承認「超法規」容許構成要件：Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988, S.202ff.

（五）違背整體法秩序¹¹

文獻上亦有認為違背整體法秩序為違法性之共通要素¹²，不同法律組成整體法規範，違法性之判斷必須一致，始具法規範之功能，建立單一之整體法秩序。刑法以外之其他法律領域所容許之行爲，例如民法第一百五十一條自助行爲之規定，又如刑事訴訟法緊急逮捕或拘提規定，在刑法違法性之判斷，亦不應為違法。此見解係以「容許規定」為前提，因不能適用容許規定以否定阻卻違法，進而作出「違法性」之終局判斷。

（六）阻卻違法事由以容許風險為共通結構原則¹³

亦有學者認為，阻卻違法事由係建立於不確定之情況或取決於特定事件之未來發展，然而行爲若有益於社會，縱使具有風險亦須進行，若風險實現致使法益遭受侵害，行爲仍可阻卻違法，此不僅適用於推測被害人同意和權限行爲，在其他阻卻違法事由，例如刑法緊急避難規定以現時無法以其他方式避免之「危難」為要素，又如刑事訴訟法緊急逮捕或拘提規定犯罪「嫌疑」之概念，或民法自助行爲所規定之「顯有困難」，均是針對不確定情況或未來情事發展之阻卻違法事由，而以風險要素為基礎，足見容許風險為不同阻卻違法事由之共通結構原則¹⁴（關於容許風險與阻卻違法事由，詳見下述參）。

（七）形式違法與實質違法¹⁵

在一般之刑法總則教科書，有關阻卻違法部分均被置於「違法性判斷

¹¹ 林東茂，刑法綜覽，頁1-114，學林文化事業有限公司，2006年修訂4版；林山田，同註2，頁295；蔡墩銘，同註6，頁108。

¹² Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2002, § 8 I 1; Hirsch, in Leipziger Kommentar, 1994, vor § 32, Rn.12 ff.; Karl Lackner /Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen, 23. Aufl., 1999, vor § 32, Anm. II; vor § 13, Anm. III, 3a, S. 54.

¹³ 黃榮堅，刑法問題與利益思考，頁244以下，元照出版公司，2003年；黃榮堅，基礎刑法學（上），頁315以下，元照出版公司，2006年3版。

¹⁴ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 85, § 18 Rn. 2; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 36 S. 401.

¹⁵ 林鈺雄，新刑法總論，頁212，元照出版公司，2006年；林東茂，同註11，頁112；林山田，同註2，頁295以下。張麗卿，同註8，頁164。蔡墩銘，同註6，頁184。

」中「形式違法與實質違法」之章節。詳言之，構成要件該當之行爲必須經過違法性判斷後，始能認爲不法。而關於違法性之判斷標準，通說均承認形式違法性與實質違法性之區別。「形式違法性」爲該當構成要件之行爲具某種程度之違法可能性；「實質違法性」則係指該當構成要件的行爲欠缺阻卻違法事由，亦即，排除其爲例外情形而確定判斷爲違法¹⁶。

然而Roxin認爲前揭解釋不符合目的性，無法闡明違法性和阻卻違法之內涵，因爲如此建立概念不僅多此一舉，且易導致誤解正當防衛等阻卻違法事由之行爲具形式違法性，僅因欠缺實質違法性而阻卻違法，實非妥當。因正當防衛行爲不僅未形式違法，實質上亦不違法。惟其亦認爲對於形式違法性與實質違法性之概念應作不同解釋，認爲「形式違法」行爲係指違反法律之禁止與命令規範之行爲，「實質違法」行爲則係指有害社會之法益侵害行爲¹⁷。「實質不法」在構成要件之價值觀點下，係指以刑法所欲制裁之法益侵害。在違法性之階層判斷係指，當法益衝突時，行爲維護評價較高之法益利益時，雖然犧牲另一法益，惟結果是對社會有益或行爲至少並沒有形成刑法上之重要社會損害時，得排除行爲侵害法益之實質不法¹⁸。

（八）不同之阻卻違法原則

關於阻卻違法事由是否具有共通之基本原則，而有所謂「一元論」與「多元論」之爭。前者係指各個阻卻違法事由均建立於單一之共通基本原則，學說中又有目的理論、法益衡量原則、利益衡量原則等不同之理論基礎。後者則係指「優越利益原則」與「欠缺利益原則」，視情形也有所謂「相同利益原則」，最近更有所謂「被害人自己責任原則」、「被害人自己定義利益原則」及「團結互助原則」¹⁹。若阻卻違法事由奠基於不同基本原則，則對於阻卻違法概念即應以不同詮釋方式進行定義。

¹⁶ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 24 I A 5, B; Baumann/Weberr/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., § 16 Rn. 27 ff.

¹⁷ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 II Rn. 10.

¹⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 II Rn. 4.

¹⁹ 中文請參閱：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，頁88至97，2005年12月。

三、小結

（一）對於阻卻違法為立法技術之產物之見解

將阻卻違法認為係純立法技術之見解，對於昔日所承認之「超法規緊急避難」或義務衝突時被認為阻卻違法之行為，甚至在德國今日仍有學者主張之「超法規緊急避難」²⁰之判斷並無助益，若認為阻卻違法是立法技術問題，則沒有立法明文規定，即不可能認定行為因阻卻違法而屬於合法，蓋「超法規」阻卻違法事由以阻卻違法概念作為其前提要件，縱使對阻卻違法之概念沒有定義，並不影響阻卻違法概念之存在，況且此概念之內涵並非取決於立法，足見阻卻違法問題並非立法技術問題。阻卻違法事由應置於法律之何種位置，往昔即認為並不重要。若將正當防衛規定於刑法之殺人罪中，例如「不是在正當防衛情形下殺人者，處.....」，並不影響阻卻違法特質²¹。職是之故，阻卻違法並非只是單純立法技術之產物。阻卻違法之概念應屬於規範之範疇，不應以立法技術之觀點解釋阻卻違法於規範上之概念。

（二）對於構成要件表徵違法性作用之見解

以往德國文獻上使用「表徵」²²（Indiz）時通常係以引號使用，並非嚴肅地認為是真正之「表徵」²³。「表徵」乃對於整體事件之推定基礎（Vermutungsgründe）。亦即，具備充分情況證據時，由事件之一部依經驗法則推定整體事件經過，而事實推定決定法律之適用。以整體事件而言，「表徵」在適用法律時為整體事件之一部分，而適用法律必須依據該部分。例如殺人罪之成立以被告殺害被害人為前提，若殺人具正當防衛等阻卻違法事由則排除行為不法，因此只要沒有任何情況表徵正當防衛存在，即成

²⁰ 中文請參閱：彭美英，阻卻違法之防禦性緊急避難－以德國法為重心，玄英法律學報，第3期，頁194至197，2005年6月。

²¹ Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 81.

²² Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen, 23. Aufl., 1999, vor § 32 Amn. II; . vor § 13 Amn. III 3a, S. 54認為「表徵」與不法之推定不具同等地位; Otto, Strafrecht AT, 2002, S. 92. 對「表徵」亦有所質疑。

²³ Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 80.

立殺人罪。由於正當防衛只是整體事件其中片段情況之法律意義，故該當構成要件之殺人行爲，不是表徵正當防衛等阻卻違法事由之情形不存在，而是必須以其他事實（正當防衛等阻卻違法事由）存在以證明殺人行爲是屬合法。因此，適當之情況證據足以「表徵」構成要件該當性又阻卻違法事由實際上不存在。其次，在刑事訴訟程序中，阻卻違法並非自始即由整體事件中排除，若涉及正當防衛等情形是否存在時，應有獨立、可以導出結論之情況證據，作為判斷沒有成立正當防衛之事實存在。在證據法上也不會認為該當構成要件即沒有阻卻違法事由存在。由上述足見「表徵作用」對個案法律之適用與概念之澄清並無助益。於阻卻違法之概念問題使用「表徵作用」是基於錯誤之理解。

據上所述，違法性之認定並非涉及阻卻違法事由之存在，而是涉及阻卻違法事由之不存在，其不存在對於違法性始具重大意義。職是之故，以構成要件該當性之觀點說明違法性並不適當。構成要件該當性「表徵」違法性之見解，所採取的是不同領域之解釋方式，與「阻卻違法」概念無關，僅顯示出對該概念陷入思想遊戲²⁴。

（三）對於原則與例外關係之見解

「原則與例外」之見解認為，「原則」（Regel）係指社會共同生活中實現犯罪構成要件之情形，以統計學之觀點多數均具違法性，「例外」情形則可阻卻違法。此見解在以前即被指出為本末倒置²⁵，例如一般生活中常見之逮捕羈押與刑罰執行等該當妨害自由構成要件之行爲通常為合法，例外犯罪情形才是違法。

該當構成要件之行爲是否違法之不確定性係因「原則」與「規範」（Norm）具雙重意義。若將原則與規範解釋為方針（Richtlinie）、準則（Richtschnur）或行爲指令（Verhaltensanweisung）做一般性理解，而在社會上一般理解，通常人不會為殺人等犯罪行爲，少數人之殺人等違背規範

²⁴ Eberhard Schmidhäuser, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, in: Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 77 ff.

²⁵ Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 81.

行爲（構成要件該當之行爲）屬於例外，不殺人才是原則，此亦即統計上之規範。形式上觀察「原則」又被「例外」所限制，換言之，被認為具一般性之原則或規範，係可經由特定前提要件修正，而不適用該原則或規範。例如不可以殺人，除非正當防衛，只有符合正當防衛之要件下始例外容許殺人，又如不可以拘禁他人，除非執行刑罰，合法執行刑罰判決而剝奪他人自由則是法所容許。原則成為例外，而例外又成為原則，將陷於邏輯上之循環錯誤。

由上述妨害自由等案例足見違背規範之行爲其實在社會上是較未違背規範更少發生，較少發生之行爲不應適用於全部行爲規範。職是之故，不應在未理解「原則」之意義下討論「原則」，並將其理解為一般意義而有例外，或是將原則理解為規範準則而例外被限制，如禁止規範與容許規定，是以此說不能解決阻卻違法概念之問題。

（四）對於禁止規範與容許規定之見解

該當構成要件之行爲通常是違背禁止規範，而阻卻違法或阻卻違法事由則係指容許規定或容許構成要件，亦即立法許可行爲實現構成要件，此見解以統計學上之理由來解釋規範上之概念，自始即為錯誤。其次，學說若欲強調阻卻違法事由為「容許規定」或「容許構成要件」，則亦必須充分討論構成要件之概念，即刑法係以事件之價值違背性或法益侵害性作為前提要件，學說一方面強調「容許構成要件」，一面卻又忽略作為前提要件之構成要件，於邏輯上實屬矛盾。此外，阻卻違法為容許規定之見解係以立法規定作為前提，若未立法規定即不可能認定行為為法所容許，然而藉由承認超法規阻卻違法事由之例，足見縱使沒有立法規定，法官亦可認定行為屬於合法。

禁止規範與容許規定只是依形式區分之種類，而種類區分不足以確定或理解阻卻違法之概念。因此以「容許規定」或「容許構成要件」說明阻卻違法之概念縱使排除以統計學上之觀點，亦無法確定阻卻違法之概念。由學說對於醫學指示之人工流產規定之法律本質問題，該規定究竟屬於阻

卻違法事由、寬恕罪責事由或根本屬於其他範圍之不同意見爭辯²⁶，足見單純法律容許規定亦沒有提供阻卻違法之概念。職是之故，必須直接探求阻卻違法之實質內容，亦即如何將阻卻違法之概念實質化。

（五）對於違背整體法秩序觀點之見解

行為因不能適用容許規定，致違背整體法秩序，而排除阻卻違法之見解，係以「容許規定」為前提，如同前揭所述，無法得出阻卻違法之概念。由於該當刑法構成要件之行為亦經常在其他法領域形成違法之效果，例如民法之侵權行為，行為在刑法上成立阻卻違法時，是否亦同時排除其他法領域之違法性則有疑義。單一行為在不同法領域中可能有分歧之違法性判斷，此應屬肯定。尤其是在特別之阻卻違法事由之結構體系²⁷，特別阻卻違法事由僅排除該當刑法構成要件行為之違法性，並不影響刑法之外其他法領域之違法性。違法性概念與阻卻違法之要件在全部法領域屬於一致之見解應予揚棄²⁸。

（六）對於阻卻違法事由以容許風險為共通結構原則之見解

容許風險之內涵與適用範圍及其在犯罪體系上之歸類，不僅極具爭議且尚未被完全澄清。通常情況下之風險行為，例如參與道路交通、建造工廠設備等，若於遵守法律規定之情況下，一般而言被容許進行。亦即不涉及個案之利益衡量時，容許進行風險行為，原則上容許風險是排除客觀構成要件可歸責性之要素²⁹。但是，對於相互衝突對立之利益進行具體衡量之情形，認為犯罪構成要件之實現係基於事物本質之風險而應受容許時，容許風險例外地也存在於阻卻違法事由中³⁰。然而無論是認為容許風險之阻卻違法事由在各個阻卻違法事由中並非罕見地被認為具特殊地位³¹，或認為「風險」為全部阻卻違法事由之共通結構要素，而不具特殊地位（詳

²⁶ Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen, 23. Aufl., 1999, § 218a, Anm. 1.

²⁷ 中文請參閱：彭美英，同註19，頁98至116。

²⁸ Baumann/Weberr/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 16 Rn. 36.

²⁹ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 11 Rn. 59.

³⁰ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 18 Rn. 1.

³¹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 11, 19.

見下述參、真正侵害權與不真正侵害權），容許風險之概念僅陳述風險行為在特定前提要件下應被容許，惟並未說明阻卻違法之一般通則或實質內容，即使認為「風險」為阻卻違法事由之共通結構要素，亦僅是形式觀察，無法建立阻卻違法之實質概念。

（七）對於形式違法與實質違法之見解

依目的解釋而言，實質違法之思想不僅有利於構成要件之闡明，對阻卻違法事由之發展及其規定內容具重大影響。然而若認為「形式」違法係指構成要件中法之描述，則「實質」違法係指法益侵害之非價本質核心，而法益侵害係構成要件所描述之內涵，因此，若套用至阻卻違法事由，將產生阻卻違法事由是否也須「形式」存在之問題，亦即，是否須要法律規定。由前揭（四）所舉之超法規阻卻違法事由之承認，足證本說並非週延。

（八）關於援用不同之阻卻違法之原則

比較前述（一）至（七）各種不同解釋方式，學者援引各種不同之阻卻違法原則以闡明各項阻卻違法事由之實質理由，而由實質理由闡明過程中可看出阻卻違法概念之具體化。例如在得被害人同意之情形，因行為欠缺構成要件所描述之利益，或構成要件所欲保護之利益由於有另一優位利益而必須退讓，則法秩序應容許該維護優位利益之行為。阻卻違法原則之闡明方式應即為「概念」或「定義」本身。

阻卻違法在犯罪行為判斷範圍內具單一整體功能。由於此單一整體功能，在邏輯上必然也有一個單一整體概念存在。多元論學者援用不同之阻卻違法原則以闡明阻卻違法事由，在邏輯上此等不同原則亦應全部隸屬於一個單一概念之下。亦即，此等不同原則其實是阻卻違法一般概念相對、抽象之具體化，並非擁有「阻卻違法事由」相同名稱，卻具不同之上位概念。如同犯罪行為不可能有不同概念，不同者是犯罪行為之種類與方式，這些不同種類方式亦全部隸屬於犯罪行為之概念下。因此在相同之理解方式下，也不可能有各種不同之阻卻違法概念。至於一元論由早期之「利多於害原則」、「價值衡量原則」直至現在之「法益衡量原則」或「利益衡

量原則」，皆係以實質之利益價值觀點作為解釋阻卻違法事由之基礎，並據以探求各個阻卻違法事由之法理思想。由德國現行刑法第三十四條第二句「...惟需衡量有關對立利益，亦即所涉及之法益及其危害之輕重，以所維護之利益重大優越於所侵害之利益，且該行為係避險之適當方法為限。」明白揭示之利益衡量原則，足見保護優越利益之基本原則應係所有阻卻違法事由之核心³²。

參、阻卻違法事由作為侵害權之基礎

一、侵害權概述

阻卻違法事由係基於實定法之整體精神，如行為人為保護利益而以適當方式侵害另一法益，經衡量此二對立利益之結果，認為行為人所保全法益之利益優越於被害法益之利益時，侵害行為即非屬違法。亦即，法秩序容許人民在特定情形下侵害他人之法益，此即所謂之「侵害權」(Eingriffsrecht)³³。由於法秩序容許行為人在特定情形下得侵害其他法益，因此相對人對該侵害權人之行為負有「忍受義務」³⁴。

德國學者Lenckner將侵害權區分為「真正之侵害權」與「不真正之侵害權」。「真正侵害權」係指通說中之法益享有人不願受法律保護或該法益必須為另一較優越之利益犧牲時，則此法益在該具體情形即不再值得保護，法秩序容許行為人侵害他人法益，前者如得被害人同意，後者如正當防衛、緊急避難等情形。侵害行為該當構成要件原所具之結果非價，因被害利益欠缺利益保護需要而喪失其法律上重要性（欠缺利益原則），或該當構成要件之行為因實現相當之「結果價值」(Erfolgswert)而超越其結果非

³² 有關阻卻違法之原則，詳細請參閱：彭美英，同註19，頁88至97。

³³ 不同見解認為行為人在此情形下僅獲得進行風險行為之許可，並非獲得侵害法益之權利，因為該法益原則上亦值得保護，Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 36 S. 401.

³⁴ Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 13. Abschnitt, Rn. 47; Erlangen Joerden, Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsoffer, GA 1993, S. 256, 259; Georg Küpper, Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang-BGH NJW 1989, S. 2479; JuS 1990, S. 187ff.

價（優越利益原則）³⁵。阻卻違法事由主要係以「真正侵害權」作為基礎。所謂「不真正侵害權」係指在個別阻卻違法事由中，不屬於前揭意義之侵害權，而是純粹的行為權限（Handlungsbefugnis）。行為權限不同於真正侵害權，某些法益之侵害因不具備前揭真正侵害權維護優越利益之要件，本來應屬不法，然而，在特別要件下亦可能為合法，例如於公權力緩不濟急時，為避免人民原可享有之諸種權利無法行使，例外容許私人自力救濟，然而必須在民法第一百五十一條規定「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者」之限制下，始可主張自力救濟，而認其行為可阻卻違法。又如為貫徹刑事訴訟法第一百零一條防止串證之目的並有利案件之查證，得對被告羈押，刑事訴訟法第七十六條第二款規定「逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者」，第三款又規定「有事實足認為有勾串證人之虞者」為逕行拘提被告之事由。然而，被告是否有逃亡或勾串證人之事實，往往情形不明確，而必須依客觀具體事實，決定是否有逃亡或串證之虞，始可拘提羈押。足見，在特殊情形時，為實現法秩序之目的，縱使情形不明確，有侵害法益之虞，只要行為人符合義務審查阻卻違法事實要件，亦應承認行為阻卻違法。

Roxin認為，阻卻違法事由結構上之特徵均針對不確定情事或未來情事之發展，此均涉及「風險」要素，並非僅適用於推測被害人同意和權限行為之情形，「風險」為阻卻違法事由之共通結構要素，其反對容許風險僅適用於純粹之「行為權限」情形，亦反對將合義務審查阻卻違法事實要件作為阻卻違法之特別主觀要件³⁶（詳下述），並認為區分「真正之侵害權」與「不真正之侵害權」之見解不足採。

二、侵害權客觀要件之特徵

無論阻卻違法事由是否在結構上應區分為「真正之侵害權」與「不真正之侵害權」，阻卻違法事由之客觀事實情況存在應係侵害權之基礎，然

³⁵ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 10.

³⁶ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 18 Rn. 1, 2; § 14 Rn. 85.

而阻卻違法事由之客觀要素係針對不確定或未來之情況發展，職是之故，行為人必須「事前判斷」(ex ante-Beurteilung)某種情況事實上存在，始能阻卻違法³⁷。

所謂「事前判斷」，係指以預先評估事件發展之方式，判斷案例事實應發展至何種情況始能阻卻違法，係各個阻卻違法事由客觀成立要件之特徵，亦是建立侵害權之基礎要件。例如法益享有人拋棄法益之保護或行為所保護之法益具高度優越利益之情形，行為人必須主觀上認知其確實存在，此為侵害權與相對人之忍受義務之前提要件，例如在正當防衛之情形，必須不法之侵害現時發生，在得被害人同意之情形，必須被害人事實上已同意。若前揭客觀情形實際上不存在，縱使是「一般理性」或「專業」之「事前判斷」，因欠缺客觀前提要件，無論如何不能賦予行為人侵害法益之權利。例如在誤想正當防衛情形，行為人誤認其正處於現在被違法侵害之情況，而以防衛自己權利之意思實施防衛行為，但因客觀上正當防衛之情狀並不存在，是以仍不成立正當防衛，不得阻卻違法。若賦予行為人侵害權，相對人負有忍受侵害之義務，在欠缺客觀前提情狀下限制相對人之權利，實為不當。又如前揭所舉民法³⁸第一百五十一條自助行為規定「以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限」、刑事訴訟法第七十六條第二款規定「逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者」與第三款規定「有事實足認為有勾串證人之虞者」為逕行拘提事由，或在推測被害人同意之情形，其要件之特徵均是對於客觀已存在事實情況之「事前判斷」。只有在客觀具體事實顯示被告已逃亡或有逃亡之虞、串證之虞或依客觀具體事實所為之「推測」若應驗時應與被害人意願一致，行為人始具有「侵害權」，相對人始負「忍受義務」，行為人之侵害行為始能阻卻違法³⁹。

Lenckner認為，客觀事實情況係侵害權之基礎，若單純依客觀情況，

³⁷ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 32 Rn. 27, 34; § 34 Rn. 13, 18; 類似見解：情況判斷Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 85; § 17 A Rn. 12.

³⁸ 本文以下所引用之條文，未特別說明者係指我國法。

³⁹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 10a.

侵害權本身之形成不須考慮行為人是否認識事實情況⁴⁰，例如在所謂偶然防衛情形，行為人不知仇人正欲射殺他，而先舉槍朝仇人射擊，客觀上行為人仍具侵害權，然而在不認識客觀事實情況之下所為之行爲之所以仍屬違法而不成立正當防衛，係因為行為人主觀上不具防衛權利意思，而是以侵害他人之意思行為⁴¹。假如客觀事實情況不存在，例如於前揭所舉之誤想正當防衛情形，行為人誤認其正處於現在被違法侵害之情況，而以防衛自己權利之意思實施防衛行為，惟客觀上正當防衛之情狀並不存在，客觀上行為人並不具侵害權，無論如何不能成立正當防衛，其行為不得阻卻違法。

此外，Lenckner認為「事前判斷」雖係建立侵害權之基礎，然而「真正之侵害權」與「不真正之侵害權」二者之「事前判斷」有所不同。「真正之侵害權」之事前判斷係以「未來發展」作為基礎，「不真正之侵害權」係指行為權限，此類阻卻違法事由因係建立在客觀已存在事實情況之不確定性（如前揭一所述「有逃亡之虞」）⁴²，職是之故，其「事前判斷」係對「現存事態」進行判斷。在行為權限之情形，只要客觀上認識侵害權構成要件之情況應存在，符合對「現存事態」之事前判斷，縱使行為人之判斷可能於事後被證明為錯誤判斷，屬於無權之法益侵害，而具有未能實現法所承認目的，亦不改變其行為之合法性。因為沒有人能透視未來，為達成法秩序之目的，不得已而應承認「容許風險」之思想⁴³。這種情形之阻卻違法係基於所謂容許風險之行為，而非「真正之侵害權」⁴⁴。依

⁴⁰ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 20; 不同見解，參閱Wolfgang Frisch, Grund-und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselement, in: Lackner-FS, 1987, S. 120ff.

⁴¹ 可能以未遂罰之，不同意見：客觀可歸責之構成要件結果已發生，亦即具結果非價，行為人不再可能成立未遂，客觀上有緊急防衛情狀，僅為量刑之參考，Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 13 ff.

⁴² Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 11.

⁴³ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 401; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer-FS, 1965, S. 178 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 19; Albin Eser, Verhalten und Behandlungsnormen, in: Lenckner – FS, 1998, S. 49.

⁴⁴ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 11; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 401.

Lenckner之見解，由於行為權限係基於容許風險理論，以合義務審查之事前判斷（例如針對「危險」、「適當」或「必要」等等）為要件，因而僅於故意行為始能主張具有行為權限而阻卻違法，此外，欲主張行為權限作為阻卻違法之事由，必須限於依法律規定或依事件本質（例如推測被害人同意），以容許風險原則作為基礎之情況⁴⁵。

這種情形之阻卻違法係基於所謂容許之行為，在概念上不同於客觀未違背義務之容許構成要件錯誤。職是之故，在推測被害人同意之情形，行為人之行為縱使事實上與相對人之真實意願不一致，亦可阻卻違法⁴⁶。若行為人依客觀事實認為民法第一百五十一條或刑事訴訟法第七十六條第二款所規定之情形存在，而拘束債務人或被告自由，縱使事後證實該等人並無逃亡之企圖，亦可阻卻違法。此類阻卻違法事由因與容許風險有關，故於行為時客觀事態常未確定，此不同於真正侵害權奠基於客觀事態已明確之情形，例如在正當防衛，若僅有違法侵害之虞時尚不足以成立正當防衛，必須現時不法之侵害客觀上已存在，始成立正當防衛。

三、侵害權之主觀要件

該當構成要件之行為，是否阻卻違法，除取決於行為是否符合阻卻違法事由之「客觀事實情狀」之外，通說主張尚須具備阻卻違法之主觀要件。因該當構成要件之行為若不具行為非價與結果非價則為合法，若行為人主觀上認為其係在實現犯罪之行為，則其至少具備行為非價，換言之，若行為人具犯罪之故意並依其所想像實行，縱使客觀上有阻卻違法之事由存在，此實行行為仍不可能合法⁴⁷，至於此種行為屬於既遂或未遂則有爭議⁴⁸。Spendel⁴⁹認為客觀阻卻違法情況可全面將行為阻卻違法，其見解源自於純粹客觀不法理論，該理論捨棄任何主觀之阻卻違法要素，自承認不能

⁴⁵ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 11.

⁴⁶ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 58.

⁴⁷ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 93.

⁴⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 101 ff.

⁴⁹ Spindel Günter, Gegen den „Verteidigungswille“ als Notwehrrfordernis, in: Bockelmann-FS, 1979, S. 245ff.; Spindel Günter, Notwehr und „Verteidigungswille“, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in: Oehler-FS, 1985, S. 197ff..

未遂之應罰性後，此見解在某種程度上不再被支持⁵⁰。

（一）主觀要件之內涵

德國通說承認主觀要素在阻卻違法之必要性，然而主觀要素之內涵為何則尚無定論。Roxin沿襲以往之見解，認為只要行為人客觀上處於阻卻違法情事，主觀上也認識該客觀情形時，所為之行為即可阻卻違法。亦即，行為人主觀上欲為合法行為並為之，此合法之意識（Bewußtsein）即排除其行為之非價與不法⁵¹。

文獻上多數主張主觀要素中除須認識客觀阻卻違法之情形，尚須具備各別「阻卻違法事由之目的要素（Finalität）」⁵²以符合阻卻違法目的之必要性，或行為僅有在「行為人之故意必須與容許規範之目的之一致」⁵³之要件下，始能排除行為非價，例如，被不法侵害者必須以防衛意思為行為始能成立正當防衛。

德國實務之見解亦認為行為之動機必須基於阻卻違法事由之目的，例如，德國聯邦最高法院認為「行為人除具防衛意思外尚基於憤怒意思，均可主張正當防衛，直至防衛意思消退」，又認為「被侵害者必須...具意識，抵抗權利受侵害，是否具其他目的則不重要」⁵⁴。德國聯邦最高法院強調「除抵抗權利受侵害之目的外，其他動機（仇恨、憤怒或報仇），只要動機未將防衛意思之目的完全排除，均具防衛意識」⁵⁵。

Lenckner⁵⁶則認為原則上主觀之阻卻違法要素僅指阻卻違法之故意，

⁵⁰ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 93.

⁵¹ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 94, 類似見解：甘添貴，正當防衛之防衛意思，月旦法學雜誌，第29期，頁17，1997年9月；余振華，同註1，頁293以下；黃榮堅，刑罰的極限，頁104，元照出版公司，1999年。

⁵² Hirsch, in Leipziger Kommentar, 1994, vor § 32 Rn. 53, 56.

⁵³ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 25 I Rn. 24ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 I V, 1, 2; Baumann/Weberr/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 16 Rn. 64ff., 類似見解：林山田，同註2，頁250以下；黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，頁53以下，自版，2001年增訂1版。

⁵⁴ BGHSt 3, 194.

⁵⁵ BGHSt 5, 245.

⁵⁶ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 16, 98.

亦即，行為時認識客觀阻卻違法之情事並為之，不以其他目的為要件，但例外在所謂「不完整之雙行為阻卻違法事由」(unvollkommen zweiaktigen Rechtfertigungsgründen)之情形，阻卻違法之成立並非單純取決於行為本身(例如在正當防衛時單純取決於防衛行為本身)，而是行為人尚須為其他行為始符合法律容許法益侵害之目的，亦即行為人為阻卻違法行為時尚必須具備特定之意圖。行為人僅在該特定意圖下為行為始具侵害權。德國刑事訴訟法第一百二十七條即為典型之範例，如竊盜之被害人依該條所規定之要件，追蹤並逮捕持贓物脫逃之現行犯，不僅必須認識客觀之事實要件存在，逮捕後尚須為其他必要行為，如通知或移送司法警察等，始符合立法者容許緊急逮捕之目的⁵⁷，職是之故，逮捕時尚須具備追訴現行犯刑罰之意圖，亦即具備欲為第二個行為之意圖時，第一個逮捕行為始阻卻違法。若竊盜之被害人僅具單純之逮捕故意，欠缺使該現行犯接受刑罰追訴之特定意圖時，則未能使刑罰追訴成為可能，因其逮捕行為不符緊急逮捕之立法目的，是以逮捕行為仍屬違法。若逮捕之目的係為了私自拘禁，則行為人仍成立妨害自由罪。在阻卻違法之緊急救助情形亦然，醫生為及時趕到車禍現場急救傷患，而違反交通規則闖紅燈，只有在醫生違反交通規則時，主觀上具急救傷患之目的，稍後並有救助行為時，立法者始容許其違反道路交通法規之行為不罰。

Roxin認為，實務之見解並非要求行為人應將實現阻卻違法事由之立法目的作為其唯一之動機⁵⁸，前揭學者之見解要求行為人除必須遵守客觀阻卻違法之界限與認識阻卻違法之情況外，尚必須具備更多主觀要素始能阻卻違法應屬矛盾。蓋所欲之目的(Finalität)為故意，不是超越故意之動機⁵⁹，若行為非僅以行為人之故意為要件，則排除行為非價時卻要求比包含認識阻卻違法情事之故意更多之主觀要素，實令人無法理解⁶⁰。職是之故，防衛者必須認識所抵抗的是現在不法之侵害且有意識為之，即為以正對不正，不論其動機如何，均屬正當防衛之法秩序維護，毋須以較防

⁵⁷ 關於阻卻違法事由之競合(正當防衛和逮捕現行犯)，請參閱：彭美英，同註19，頁81至126。

⁵⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 95.

⁵⁹ Fritz Loos, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in: Oehler-FS, 1985, S. 232, Fn. 30.

⁶⁰ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 98.

衛意思更深入之動機為要件，亦即，防衛者毋須完全以防衛利益（然而並非全然基於憤怒或意圖侵害攻擊者，毫無防衛意思）之動機始能合法為防衛行為。正當防衛條文特別結構所衍生之特別理由，並不會改變主觀之阻卻違法要素之基本觀點⁶¹，例如在正當防衛情形，行為人雖認識現在不法侵害之狀況，惟並非完全以防衛之目的，而是同時基於憤怒打傷侵害者，其行為仍阻卻違法。在防衛他人權利之情形，行為人並非完全為救助被害人，而是同時基於教訓侵害者之意思，其行為亦阻卻違法。在緊急避難之情況亦然，行為人違反交通規則將重傷病患送醫，目的是為了逃避警察之臨檢，惟並非無救助之意思，亦不妨其成立緊急避難⁶²。

（二）主觀要件中之「符合義務審查」問題

阻卻違法主觀要件之另一未解決爭議乃是行為人「符合義務審查」（pflichtgemäße Prüfung）客觀情事是否亦屬於主觀構成要件要素。德國實務在某些阻卻違法事由仍繼續沿用傳統觀點，以行為人「符合義務審查」客觀情事作為阻卻違法之要件，例如在德國刑法第三十四條阻卻違法之緊急避難、第一百九十三條權利之行使以及法律所設關於各種職務上權限行為（Amtsrecht）之規定。在阻卻違法緊急避難之情形，學界一般已不再以「符合義務審查」作為阻卻違法之主觀要件，但在其他情形，特別是實務迄今未處理之「推測被害人同意」之情形，多數學者認為行為人必須具備「符合義務審查」客觀情事始能阻卻違法⁶³。因「推測被害人同意」、權利之行使以及各種職務上權限行為之阻卻違法係建構於容許風險之理論，因此必須以行為人謹慎審查作為阻卻違法之前提要件。是以若行為人於行為前已符合義務審查客觀情事之要件，縱使依事後之客觀事實判斷，行為人之

⁶¹ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 15 Rn. 109ff.

⁶² Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 31 IV 1; Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 1994, vor § 32 Rn. 53ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 94.

⁶³ Theodor Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer-FS, S. 165 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 17-19; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 IV 3; Roxin, über die mutmaßliche Einwilligung, in: Welzel-FS, 1974, S. 453ff.

侵害權並不存在，行為人所為該當構成要件之行為亦非違法⁶⁴。

Lenckner主張「符合義務審查」客觀情事在「不真正侵害權」之情形應作為阻卻違法之主觀要件，此見解對多數說影響最大⁶⁵。其強調阻卻違法事由中區分「真正侵害權」與「不真正侵害權」兩大分類在阻卻違法結構上之重大意義，已如前揭所述。多數阻卻違法事由是以真正侵害權為基礎，如正當防衛、緊急避難、得被害人之同意等（參閱前述一、二），若行為人之行為該當個別阻卻違法要件時，即可阻卻違法，行為人是否符合義務審查客觀情事之要件並非阻卻違法之主觀要素。若行為人依良知符合義務審查認為客觀事實之要件存在，行為當然阻卻違法，此由昔日承認之超法規緊急避難即可見一般⁶⁶。行為人若未依良知審查客觀事實要件，則可能違背注意之義務，然而若法律對於結果之發生是否處罰已明確規定，則行為是否違背注意義務並不重要，正如在過失結果犯之情形，行為雖違背注意義務但未發生結果，即屬不罰。例如，德國刑法第二百十八條a規定醫生在該條文限制範圍內所為之依醫學指示之人工流產行為不罰，醫生違背注意義務粗略檢查後，認為符合該規定第一項第二款之規定而對懷胎婦女實行人工流產，由於客觀上之結果正確，亦即若醫生詳細檢查亦應會有相同結論，職是之故，醫生之行為雖違背注意義務，但非屬違法。行為人是否符合義務審查情事並非阻卻違法之一般主觀要素⁶⁷。

在「不真正侵害權」之情形則不同。因其建構於容許風險之概念，如前揭所述，縱使在個案中為特定行為具有侵害法益之風險存在，亦應為該行為，換言之，侵害法益之風險並非禁止為該行為之理由，行為人若已盡全力減低法益侵害之風險至最低限度時，其行為即阻卻違法。亦即，行為

⁶⁴ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 29 I Rn. 6; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 35 I 3; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 113 Rn. 24 ff; Küper, Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstands, JZ 1980, S. 633.

⁶⁵ Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer-FS, S. 165 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 17-19.

⁶⁶ Lenckner in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 34 Rn. 49.

⁶⁷ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 IV 3; Samson, in: SK, 1991, vor § 32 Rn. 26; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer-FS, S. 173 ff.; Hans Joachim Rudolphi, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, S. 78, 80 ff.

人依行為當時之客觀具體情形已謹慎審查，避免侵害法益之危險發生，則其行為非屬違法，若其違反審查義務，則其行為始屬違法。職是之故，在「不真正侵害權」之情形，「符合義務審查」確屬必要，而為阻卻違法之主觀要素，在推測被害人同意之情形⁶⁸、「國家有特權錯誤」之情形⁶⁹以及主張刑法第一百九十三條為獨立之阻卻違法事由之情形⁷⁰，均屬此種案例。

據上所述可知，在「不真正侵害權」之情形，「符合義務審查」客觀事實具有替代欠缺客觀情事之功能，成為阻卻違法之主觀要素⁷¹。雖然Rudolphi認為行為人於行為時推測被害人應會同意是依或然率之判斷而阻卻違法，亦可滿足解釋不真正侵害權之情形⁷²，但Lenckner認為該見解誤解阻卻違法事由中兩大分類在結構上之重大意義，亦即，對於行為當時之「現存事態」之「事前判斷」在純粹行為權限情形之意義。於行為權限（「不真正侵害權」）之情形，若行為人欠缺前提要件，例如，行為人所為之毀謗內容雖客觀上證明為虛偽或無法證明為真實，然而卻因客觀上之某些事證使行為人有相當理由確信其所言為真實，此時，其仍因容許風險之阻卻違法事由而不成立誹謗罪⁷³。又因某些特定客觀事態本來即係建構於不確定存在之情形，行為人可能毫不關心該特定情事發生之或然率，而僅是偶然做對了，此時法律亦不能因此而撤回其規定，認為不得阻卻違法（如前揭醫生未詳細檢查即墮胎之例），是以有必要增加「符合義務審查」作為主觀要件。

在「真正侵害權」之情形則不然，縱使事實符合客觀情事要件，行為人之行為結果正確，若未具備阻卻違法而行為之意思，仍喪失法律之保護，例如行為人不知仇人正欲射殺他，擦槍走火不慎射中仇人，客觀事實雖

⁶⁸ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 31 IV 3; Samson, in SK, vor § 32 Rn. 28; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer- FS, S. 178ff.; Rudolphi, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in Schröder-Gedächtnisschrift, S. 73.

⁶⁹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 11, 86.

⁷⁰ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 193 Rn. 11.

⁷¹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 19a.

⁷² Rudolphi, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in Schröder-Gedächtnisschrift, S. 86ff.

⁷³ 我國類似見解，請參閱大法官釋字第509號解釋。

該當正當防衛情形，行為人之行為結果保全自己之生命法益亦屬正確，惟其行為仍不得阻卻違法。

Roxin則反對將「符合義務審查」作為阻卻違法之主觀要素。其認為如此將導致縱使客觀存在阻卻違法事由，然而若行為人未充分審查即認為阻卻違法事實存在，則仍成立故意犯。在此情形，行為結果在客觀上符合法秩序，同時行為人主觀上所想像亦與法之誡命一致，因其行為欠缺結果非價與故意之行為非價，故不應成立故意犯。若錯誤審查（不符合義務審查）僅是具體無害之注意瑕疵，則屬於不罰之過失未遂。行為人未充分審查而誤認阻卻違法情形存在，不可能具故意，至多僅能成立過失結果犯⁷⁴。在阻卻違法事由中許多被通說認為屬於例外之情形，其實不應作不同之處理。例如警察依德國刑事訴訟法第一百二十七條第二項暫時逮捕事實上具緊急逮捕理由之犯罪嫌疑人，不因該警察未謹慎審查逮捕之事實要件是否存在，而客觀上恰巧存在該事實，即成立故意妨害自由罪。當然並不表示在事證不明確之情形下警察亦可違法進行逮捕，然後主張其欠缺違法逮捕之故意，基於罪疑唯輕原則，不能將其入罪，而是若該警察誤認不明確事證為緊急逮捕犯罪嫌疑人之理由，應屬於涵攝錯誤（Subsumtionsirrtum），結果只能適用刑法禁止錯誤之規定。若該警察主觀認為依具體情形可阻卻逮捕行為之違法性，若該誤認係不可避免，應可阻卻故意，認為錯誤審查情形係屬於可避免之錯誤，而應成立故意妨害自由罪之見解，實屬不當，⁷⁵。

Roxin認為在「推測被害人同意」之情形亦然，行為人未符合義務審查並非自始即排除故意。例如，行為人沒有特別理由即輕率認為小孩之父母或受損車之所有權人應會同意其教訓懲戒該小孩或離開車禍現場。在此情形依限制罪責理論，應成立故意傷害罪或肇事逃逸罪。只有在充分事證表明權利持有者應會同意侵害，行為人因此信賴該具體情證而為之，始阻卻故意。由上述之例足見，對故意具決定性者並非行為人是否已合義務審查，而是行為人之想法。「符合義務審查」並非阻卻違法之主觀要素。當

⁷⁴ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 82.

⁷⁵ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14, Rn. 83.

然，若行為人完全不審查阻卻違法情形，由於許多情形並非可由行為人自行具體想像，是以該行為不能排除故意⁷⁶。

四、小結

阻卻違法之概念係基於優越利益原則，如前所述，若行為人為保護某一優越利益而侵害另一法益，於衡量二對立利益之結果，認為行為人所保全法益之利益優越於被害法益之利益時，則侵害行為非屬違法。亦即行為人在此情形下侵害他人之法益並未違反法秩序。又若立法者對某事項已預先將評價內容及範圍，於法律中明文規定為阻卻違法事由時，例如刑事訴訟法逮捕現行犯之規定，立法者認為在符合該規定之緊急情形下，為了維護國家之刑罰追訴權和訴訟程序之安定性，得暫時剝奪嫌疑犯之身體自由並容忍對可能無辜第三者之侵害。刑事訴訟法已對此種利益衝突明確決定其利益衡量之結果，亦即前者為優越利益，與其相對立之後者相較之下不重要而必須犧牲。由此可見，全部之阻卻違法事由均是基於維護優越利益原則。Lenckner認為阻卻違法事由在結構上應區分為「真正侵害權」與「不真正侵害權」，「真正侵害權」是為維護優越利益原則，包括正當防衛及緊急避難等情形。「不真正侵害權」則係基於容許風險原則，僅適用於「純粹之行為權限」，「行為權限不同於真正侵害權，其法益之侵害不具備真正侵害權維護優越利益之要件」，其見解應不足採。此外，阻卻違法之緊急避難規定係以現時無法以其他方式避免之「危難」為構成要素。若行為人依客觀具體之事證判斷即將面臨緊急之危難，縱使事後發現危難並未到來或實際上並不會變成實際之侵害，避難行為仍可阻卻違法。例如火災發生時，行為人為避免火勢延燒至其豪宅，乃拆毀鄰居之木造房屋，然而因天降大雨且消防隊全力灌救之結果，事實上不會延燒至被拆除之房屋，行為人雖對危難之未來發展判斷失誤，但此並非誤想之緊急避難，仍屬於真正緊急避難，此亦係基於容許風險之思想。Lenckner將侵害權區分為「真正之侵害權」與「不真正之侵害權」，而「真正侵害權」包括緊急避難情

⁷⁶ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14, Rn. 84, 85; Roxin, über die mutmaßliche Einwilligung, in: Welzel-FS, S. 447ff.

形，就此顯然有商榷之處。

社會共同生活中存在許多風險，例如參與運動或道路交通、建造房屋或工廠設備等，若遵守法律規定，應容許其進行。換言之，若具風險之行爲並非在維護優越利益，即不涉及個案之利益衡量，一般而言應容許其進行，例如拳擊比賽。在此種情形，容許風險是排除客觀構成要件歸責性之要素。若某行爲可達成法秩序之特定目的，縱使該行爲具有侵害法益之風險，然而衡量相互衝突之利益，認爲法秩序所欲達成之特定目的利益優越於風險行爲實現犯罪構成要件所侵害之利益，而容許進行風險行爲時，例外地在此情形，容許風險（優越利益之維護）亦可構成阻卻違法之事由。

無論阻卻違法事由（侵害權）是否在結構上應區分爲「真正之侵害權」與「不真正之侵害權」，阻卻違法事由客觀要件之存在係賦予行爲人侵害權之基礎，職是之故，行爲人必須就阻卻違法事由之客觀要件所描述之事實情況是否存在進行「事前判斷」，始能阻卻違法。

容許風險係針對何者，解讀上或許有不同見解，然而風險行爲既與法益侵害有關，應係指容許侵害法益之風險。若阻卻違法事由之構成要件係建立在客觀已存在事實情況之不確定性，如前揭所舉刑事訴訟法緊急逮捕之規定，縱使行爲人對於當時之阻卻違法構成要件事實認識無誤，亦有可能與真實之事實不符而生錯誤，例如有人人在人潮洶湧之市場高喊抓賊，甲因趕車而奔跑經過該處，乙誤以爲甲爲竊賊而在後追趕，路人丙即將甲強行抓住。丙抓甲之行爲雖符合逮捕準現行犯之要件而阻卻違法，然而甲並非竊賊卻被逮捕，此與真實之事實不符，何以故，由於立法目的係要逮捕犯罪人，但未經法院審判確定前，無法確定嫌疑人是否即爲犯罪人，立法者爲確保國家對犯罪人之刑罰權、訴追權，於此情形容許逮捕之成立要件較寬鬆（嫌疑人之概念較犯罪人寬），以致有發生嫌疑人並非犯罪人之錯誤風險。雖爲錯誤情況判斷，但並非誤想之阻卻違法，仍屬於真正之阻卻違法。

若侵害權客觀成立要件所描述之事實與真實情況一致，例如被逮捕者必皆爲犯罪人，則行爲成立阻卻違法，必無錯誤之情形，即無「風險」可言，風險之所以形成，係因侵害權成立要件本身之不確定性而與真實情況

可能不一致之情形。行為人只要對於侵害權之客觀成立要件判斷存在，即為已足，至於判斷是否與真實情況一致，並不影響阻卻違法之成立，亦即其判斷縱使與真實情況不一致，而發生錯誤之情形，亦得阻卻違法。此時，原本於法秩序上不應容許之違法行為，因特定事由之特殊考量，容許行為人之判斷可能發生與真實情況不一致之風險。

其他權限行為亦然，此類阻卻違法事由因以「不確定法律概念」為要件，此等要件之適用係以客觀已存在之事實情況為基礎，而對不確定之未來進行「事前判斷」，由於沒有人能透視未來，為達成法秩序之目的，不得已而應承認「容許風險」之思想，亦即容許行為人「事前判斷」錯誤之風險。例如公務員依據氣象報告，為避免立即危險而強迫居民、遊客離開海邊，雖事後證明當時留在海邊不會發生危險，亦不影響公務員職務行為之合法性。

於正當防衛之情形則不然，因其性質係對於現在不法侵害行為之立即反擊，法治國原則之最根本原則乃是禁止私人忽視公權力之作用而以個人腕力維護法秩序，正當防衛之承認乃是此原則之例外，既屬例外情形，對其成立要件之要求即應較嚴格明確，以避免國家之公權力（司法權、刑罰權）因個人之防衛行為而被淘空，職是之故，必須現在不法侵害之客觀要件確實存在，始得主張正當防衛，若對於現在不法侵害之存在有所誤判，即不能成立正當防衛。於此情形，防衛者須正確認識構成正當防衛之事實客觀上確實存在，是以不能允許行為人錯誤判斷風險。假如防衛者誤認有現在不法侵害之情事存在，不論其誤判是否主觀上可歸責，皆不能成立正當防衛。若此見解正確，則並非全部之阻卻違法事由均係對不確定之情事發展作判斷，不確定之客觀要素並非全部阻卻違法事由之共通要素，Roxin等人之主張，「風險」為阻卻違法事由之共通結構要素，全部之阻卻違法事由皆建立於容許風險之見解，顯然值得商榷。拙見認為，雖然大部分之阻卻違法事由皆如同Roxin之主張，係以容許風險為構成要素，然而不能一概認為絕對如此，至少於正當防衛之情形，立法者之容許防衛行為，應非建立於容許之風險。若將Roxin之見解認為係原則，至少應認為正當防衛屬於例外之情形。

其次，依Lenckner之見解，在容許風險之阻卻違法事由情形，縱使在個案中為特定行為具有侵害法益之風險存在，亦應為該行為，換言之，侵害法益之風險並非禁止為該行為之理由，行為人若已盡全力減低法益侵害之風險至最低限度時，其行為即阻卻違法。亦即，行為人依行為當時之客觀具體情形已謹慎審查，避免侵害法益之危險發生，則其行為非屬違法，若其違反審查義務，則其行為始屬違法。職是之故，「符合義務審查」客觀事實為此類阻卻違法事由之特別主觀要素，具有替代欠缺客觀情事之功能。

然而行為人是否具侵害權，行為是否阻卻違法，並不是因行為人已盡注意義務審查，而是客觀上阻卻違法之前提要件是否存在。假設將「符合義務審查」作為容許風險阻卻違法事由之主觀要素，而行為人未符合注意義務審查即認為阻卻違法事實存在，縱使客觀上亦存在阻卻違法事由之事實，於此情形，因行為人欠缺不法意識，依限制罪責理論，認為不影響構成要件故意，僅影響罪責，故無法阻卻故意，仍成立故意犯。然而，故意犯之成立應取決於行為人之主觀想法，是否具備知與欲，並非行為人是否已符合注意義務審查，行為人是否符合注意義務應屬過失犯之判斷範圍，「符合義務審查」作為阻卻違法事由之主觀要素之見解，嚴重混淆故意犯與過失犯之界線。前揭情形，行為人主觀上之想法與欠缺構成要件故意之情形時該行為人主觀上之想法，就法律規範之觀點，二者相類似，亦即行為人主觀上之想法與法之誡命一致，對犯罪之實現欠缺知與欲，其行為在客觀上亦符合法秩序，欠缺故意犯之行為非價與結果非價，故不應成立故意犯。行為人未符合義務審查而誤認阻卻違法情形存在，不可能具故意，至多僅能成立過失犯。職是之故，在容許風險阻卻違法事由，無須特別主觀要素。

肆、「國家有錯誤特權」

一、概述

依德國多數說之見解，「符合義務審查」得為執行公務者（Amtsträger

）之特別阻卻違法要素。若執行公務者於執行公務時符合義務審查，善意認為具備合法之侵害要件，然而事實上卻欠缺侵害要件，此該當構成要件之職務上權限行為得阻卻違法⁷⁷。如前所述，行為人之主觀「符合義務審查」具有取代客觀前提事實情狀不存在之功能，於執行公務時，亦得排除職務行為之違法性，此即所謂「國家有錯誤特權」（Irrtumsprivileg des Staates）⁷⁸。

然而執行公務者之善意符合義務審查是否即能成為侵害權之基礎，而阻卻行為之違法，以及執行公務者客觀上符合義務審查亦無法避免錯誤之情事判斷時，屬於哪一種錯誤類型，是否無法適用一般共通之刑法原則，而必須例外建立特別之阻卻違法要素等，均有待進一步釐清，茲先簡述德國相關實務之見解及學說見解如下：

二、德國實務之見解

德國實務對於某些阻卻違法事由尚未放棄使用傳統見解，仍以行為人「符合義務審查」客觀情事作為阻卻違法之要件，例如，刑法第三十四條阻卻違法之緊急避難⁷⁹、刑法第一百九十三條權利行使⁸⁰以及各種職務上之權限行為⁸¹。

有關公務執行者符合義務審查卻判斷錯誤，誤認侵害權之客觀要件已具備之情形，德國實務之見解，自帝國法院至聯邦最高法院一直相同。亦即行為必須屬於執行公務者之事務管轄與土地管轄範圍，此為合法侵害權之第一要件。行為是否屬於執行公務者之事務管轄與土地管轄範圍，最主要是取決於形式之規定，例如刑事訴訟法第一百十四條規定羈押必須以押票為之。其次，取決於執行職權行為之方式在具體個案是否符合必要性及

⁷⁷ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 29 I Rn. 6; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 35 I 3; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 113 Rn. 24ff; Küper, Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstands, JZ 1980, S. 633.

⁷⁸ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, § 29 I Rn. 6; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 35 I 3; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32, Rn. 86.

⁷⁹ BGHSt 3, 9; 14, 2.

⁸⁰ BGHSt 14, 51.

⁸¹ RGHSt 72, 311.

比例原則。當執行公務者符合義務審查卻判斷錯誤，誤認侵害權之客觀要件已具備時，原則上不影響侵害之合法性。但若誤認侵害權之法律界限，逾越權限之侵害行為在刑法上則屬違法。例如，某警察在「實際上不正確」之事件中，「考慮全部事實情況」，「未違背義務」誤以為有權進入他人之住宅。帝國法院認為該警察之錯誤是否基於錯誤之法律見解，（原審）並未澄清，職是之故，僅因「未違背義務」之錯誤，尚不足以認定執行公務行為係屬合法，「在此種情形信賴執行行為符合義務，不具意義」。關於刑事訴訟法第一百二十二條第二項逮捕要件之問題，帝國法院認為「若公務員符合義務裁量而認為犯罪情狀存在，則足以作為認定犯罪情狀是否也客觀...存在之基礎」。又如，法院執行員「誤認該被扣押之公寓為債務人所有」，帝國法院認為其扣押是否為合法係取決於「法院執行員之所以認為...該公寓為債務人所有，是否未違背義務且不可歸責」⁸²。

聯邦最高法院延續帝國法院向來之見解，認為「對違法執行之公務員...主張正當防衛...原則是容許。但執行行為之合法性，並非主要取決於實體法之判斷，而是經常取決於賦予公務員侵害權之事物管轄與土地管轄之規定，取決於法定之形式...或裁量權之實施是否符合規定」，例如，鐵路警察為維護秩序，干預在火車站前廣場散發傳單之行為，聯邦最高法院認為警察干預行為屬於合法，因其「符合義務審查全部情況後認為其干預行為在職務上係屬正當，而不是取決於散發傳單行為是否事實上危害秩序」。又如，警察違反刑事訴訟法第八十一條a之規定，由醫生助理對被告抽血與驗血，聯邦最高法院認為「警察善意誤認事實要件」，而「於該要件下使被告被強制驗血」，前揭行為符合實質之合法性⁸³。

三、德國學說之見解

執行公務行為之「合法性」若取決於實質之公法規定，則對執行公務之人員保護不足，將影響公務員於執行國家權力時之決定力，不利於公共利益。職是之故，刑法向來之通說主張對執行公務之人員採取特別阻卻違

⁸² RGSt 30, 348; 38, 37; 61, 297.

⁸³ BGHSt 4, 161; 21, 234; 24, 130.

法之概念，亦即執行公務之行爲只要具備「形式」要件即屬合法。執行公務之人員具事務管轄與土地管轄之權限、符合義務審查、注意形式規定且善意認爲具備合法侵害要件時，縱使事實上欠缺侵害要件，其職務行爲非屬違法，此即爲對執行公務者之特別阻卻違法概念。有人甚至認爲公務執行行爲只有在重大過失誤認事實要件時始影響行爲之合法性。向來之通說特別針對此情形，創造出所謂刑法上「形式」合法性之概念，認爲「國家有錯誤特權」，以維護公共利益，在刑事政策上，必須讓符合特定要件之錯誤公務執行行爲亦得阻卻違法⁸⁴。

文獻上亦有學者⁸⁵認爲前述實務或學說所創之刑法上「形式」合法性概念不僅在解釋上已脫離公法規定之目的功能，最主要是忽略「職權」、「形式」、「程序」、「裁量」等公法上概念是否影響具體國家行爲在法律上之有效性，亦即這些概念在公法上之差異對具體國家行爲之拘束力是否具意義，刑法通說均未考量。職是之故，乃主張應採用行政法之概念作爲判斷國家執行行爲在刑法上是否合法之要件。國家公職務之執行行爲若依刑法之概念不是「合法」就是「違法」，然而在公法上可區分爲合法、違法無效、違法得撤銷但具拘束力（有效）三種類型。前二種類型不影響刑法上合法性之判斷，因在公法上違法無效之國家行爲具有特別瑕疵，在法律上爲自始無效，人民無忍受義務。刑法通說特別針對違法之公職務執行行爲，創造出所謂「形式」合法性概念。有疑問者乃是依公法雖違法但具拘束力之國家行爲，在刑法上究竟爲「合法」或「違法」尙無定論。總而言之，認爲職務行爲依公法爲無效時，亦即公權力行爲具有「顯然、重大瑕疵」時，始爲違法。公務員之職務執行行爲雖然不被行政法容許，但只是得撤銷而尙未被撤銷時，刑法上仍爲合法，相對人並須忍受⁸⁶。

⁸⁴ Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, Kurz-Kommentare, 2003, § 113 Rn. 11; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen Kommentar, 23. Aufl., 1999, § 113 Rn. 9; OLG Celle, NJW 71, 154.

⁸⁵ W. Meyer, Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1972, 1845; ders., 1973, 1074; Heinz Wagner, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung-OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142; JuS 1975, 224.

⁸⁶ W. Meyer, Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1972, 1845.

許多學者認為若依前揭主張，無論由刑法上或行政法上之理由，均無法維持刑法違法性概念⁸⁷。在所謂「國家有錯誤特權」之情形，雖實務亦經常以執行公務者是否已有「符合義務審查」以確認侵害權之前提事實是否存在，或以執行公務者為善意，而一般性排除該當構成要件之公權力行為為違法性，然而此種見解值得商榷。侵害權之要件必須實際存在，欠缺要件則無侵害權，侵害權之存在與公務員是否善意無關。由於所有之公權力侵害行為均需適用法律保留原則，實務藉由特別之刑法（阻卻）違法概念，創造刑法上形式合法之侵害權，實為不當。其次，侵害權是否違法若繫於公務員是否過失或重大過失，重大過失時始為違法，一般過失仍屬合法，勢將混淆刑法上最基本之體系分類，足見，特別之刑法（阻卻）違法概念與刑法上釋義學（Dogmatik）矛盾衝突。實務常以公務員係「善意」而阻卻故意，但不能將不法變成合法⁸⁸。由於該當刑法構成要件之執行職務行為必須具備足以成立侵害權之要件，始得阻卻違法，因此，認為公權力行為之合法性繫於該行為是否屬於依公法得撤銷或是當然無效，只要公權力行為並非無效，則行為合法之見解，亦不正確⁸⁹。

在前揭權限行為之情形，授與侵害權之規範係屬於基於現時客觀已存在事實為基礎之事前判斷之阻卻違法事由，規範本身在立法時已考慮有效執行行為之必要性，因此，在情事雖然不明確但仍須執行之重要情形，規範本身已包涵容許執行機關發生錯誤之風險，並以之作為侵害權之構成要件。例如德國刑事訴訟法第一百二十七條第二項、第一百六十三條第一項之構成要件關於犯罪嫌疑之要素，因被害人形跡符合緊急逮捕之犯罪嫌

⁸⁷ Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, Abs. 16 Rn.1ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 17 A Rn. 9; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, S. 335ff.; Michael Reinhart, Abschied vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff, NJW 1997, S. 911; Bottke, Entscheidung-Strafrecht(Anmerkung), JR 1989, S. 25ff.; Backes/Ransiek, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, S. 626ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32, Rn. 86; Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, S. 165ff.; Schünemann, Der besondere Beitrag, JA 1972, StR S. 707ff.; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S. 366ff.

⁸⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 17 A Rn. 9.

⁸⁹ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 17 A Rn. 10.

疑，縱使爲無辜，也須忍受暫時逮捕。構成要件要素中所謂之「嫌疑」及「危險」授與行爲人侵害權係基於「事前判斷」，情事之真實發展可能與該事前判斷相違。類似情形例如民事訴訟法關於得假執行之規定，此亦係立法者允許之必要的暫時侵害，縱使事後顯示宣告假執行之判決錯誤，但假執行並非違法之侵害⁹⁰。前揭之授權規範合法性原則係以容許風險原則作爲基礎，依此原則，執行公務者在權限內符合義務審查侵害要件後，縱使事後被證實爲錯誤判斷，亦即侵害權之客觀要件事實上不存在，該職務行爲仍阻卻違法。有學者認爲符合義務審查乃是一般刑法原則之適用，並非對執行公務者之特別之（阻卻）違法概念。職是之故，法院執行人員錯誤侵入他人住宅，警察誤認醫師助理爲醫生而同意其爲被告驗血或誤認他人爲逮捕令中應逮捕之人，若執行公務者於前揭情形已盡注意仍發生錯誤，則因欠缺故意、過失仍受保護而不具應罰性。對執行公務者之保護必須在違法性之共通概念下提供必要之保護，無須特別之（阻卻）違法概念⁹¹。

此外，若阻卻違法事由規範本身之不確定要素已預先容許真正事實可能與規範之事前判斷不一致，此種錯誤（容許風險）在概念上不同於容許構成要件之錯誤，不適用錯誤原則，仍屬於真正阻卻違法，而與必須適用錯誤原則之誤想阻卻違法有異⁹²。至於二者間之界線問題，是否具一般共通之判斷原則，例如，如何認定有犯罪嫌疑，究竟依一般人之主觀看法或以具專業知識者之觀點來判斷，涉及真正阻卻違法或誤想阻卻違法之問題。Roxin認爲阻卻違法目前尚有許多疑點未澄清，對於前揭問題目前並無一致之答案。僅能依不同阻卻違法事由之特性及觀點、要素等關係區分判斷，並無一般共通之區分原則。Roxin認爲若情況屬於行爲人能審查之情形，則並非單純想像阻卻違法事實要件可能存在，其行爲即可阻卻違法。

⁹⁰ Schünemann, Der besondere Beitrag, JA 1972, S. 710, 775ff., Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S. 366ff., 在此應注意公法上二項主導觀點，即廣義之暫時執行(die vorläufige Vollstreckbarkeit)，及臆測之構成要件(Verdachtstatbestand)，基於此二種觀點使得「實質上不正確」之行政執行行亦成爲合法。

⁹¹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 11, 86; Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 17 A Rn. 12.

⁹² Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 86.

例如警察認為某人可能為刑事訴訟法第一百二十七條第二項有逮捕事由之犯罪嫌疑人時，由於警察之逮捕不能純靠想像，而是於逮捕之前必須進一步觀察被逮捕人之行為舉止，審查實際情形，若警察並非如此，而是基於僥倖之心態以致逮捕無辜者，不能認為係職務上之權限行為，仍應處以妨害自由罪。然而若未盡審查義務而所逮捕之人正巧為犯罪行為人，則因欠缺結果非價，若不考慮舉證上之困難性，其行為仍應構成未遂⁹³。

一般該當犯罪構成要件之行為若符合阻卻違法事由之客觀事實情狀與主觀要件，則可阻卻違法。假如行為人誤認阻卻違法事由之客觀要件事實存在，亦即若行為人想像之事實情狀真實存在時，則其行為即不違法，此即所謂「容許構成要件之錯誤」，容許構成要件之錯誤係對規範之阻卻違法元素（包含評價）發生錯誤，並非構成要件之錯誤，其法律效果依通說採狹義之限縮罪責理論，認為容許構成要件之錯誤，雖非構成要件之錯誤，但屬於對犯罪事實要件之錯誤，行為人主觀之目的，與其他欠缺構成要件故意之行為人主觀之目的，就法律規範之觀點，二者類似，應類推適用構成要件之錯誤，否定行為人具構成要件故意。若對該行為有處罰過失犯之規定，則可成立過失犯，然而行為符合（注意）義務時，則亦排除過失之行為不法，亦即行為人符合義務審查時，仍無法避免錯誤時，排除過失之行為不法。因行為人既已符合義務審查，法律不能強人所難而要求更多⁹⁴。

據上所述，可知在權限行為之情形，若執行公務者符合義務審查，認為具體情形可阻卻行為之違法性，而信賴阻卻違法之事由存在，乃屬無法避免之容許構成要件錯誤，應同樣適用刑法之一般原則而阻卻故意，刑法上之不法應和行政法上行政處分違法性之判斷相區別而獨立判斷，欠缺刑法上之行為不法，該當構成要件之行為不具違法性⁹⁵。若係對法律之容許

⁹³ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 86, 88.

⁹⁴ Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: H. Mayer-FS, S. 182; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 21.

⁹⁵ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 21, 86; Roxin, AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 86; Ulrich Schroth, Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, in: Arth. Kaufmann-FS, 1993, S. 608.

要件判斷錯誤，例如，警察認為不明確事證為緊急逮捕犯罪嫌疑人之事由，則屬於涵攝錯誤，行為欠缺不法意識僅能適用禁止錯誤，而非可避免之容許構成要件錯誤⁹⁶。

若行為人符合客觀上之必要注意，其行為即因欠缺行為非價而非違法，於此情形，行為人即具有侵害權，同時並形成相對人之忍受義務，因之，相對人沒有正當防衛權。又在職務行為之情形，Lenckner認為相對人原則上亦不能主張防禦性緊急避難，只有在職務行為將造成嚴重無法彌補之損害且無其他之躲避方法時，始容許相對人主張緊急避難「適當反抗」而得阻卻違法⁹⁷。Roxin則認為客觀上不可避免之錯誤也可能使公務員不具侵害權，相對人雖不能主張正當防衛權，但得主張防禦性緊急避難。但在利益衡量時，因執行公務涉及公益，公益常常具有優先地位，受害者之利益並非立即明顯優越於誤判情事之執行公務人員，相對人應盡可能對執行公務者說明澄清其錯誤。此種理性之利益平衡在結論上與判例之解決方式極為接近，職是之故，應毋須以操控（阻卻）違法概念之方式圖謀有利於公務執行者⁹⁸。

若執行公務者因過失誤認侵害權之事實要件存在，則相對人具有正當防衛權。然而，由於執行公務者欠缺犯罪故意，相對人之正當防衛權應受社會倫理之限制。亦即相對人應先對執行公務者說明澄清其執行之錯誤，若其不接受仍執意執行，則如前所述，相對人始得為必要之防衛行為。相對人解釋說明後，執行公務者應可經由反問等方式確認相關之事實情狀，如此始符合法治國原則之適當原則。通常在許多情形，執行公務者確認其行為之合法性為立即可能，例如法院執行人員所執行之標的客體是否正確，或對於抽取血液檢驗者是否為醫生有疑義之情形。在被逮捕之人否認其為逮捕令中所描述之客體但又未能充分證明之情形，其正當防衛權受限制，應暫時服從執行員以確認其身分。此種折衷解決方式相較於無止盡地討

⁹⁶ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 86; Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14 Rn. 83.

⁹⁷ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, vor § 32 Rn. 86, § 32 Rn. 21, § 34 Rn. 30ff. 中文請參閱：彭美英，同註19，頁81至126。

⁹⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 17 A Rn. 14.

論如何採取干預權利之措施，更有助於共同福祉⁹⁹。

四、我國實務之見解

由早期二十年上字第八六九號判例：「刑法第一百三十五條第一項之瀆職罪，係以公務員對於所收之租稅及各項入款，明知不應徵收而徵收為構成要件，故公務員對於該項入款，縱屬不應徵收而誤認為應徵收時，即屬缺乏故意之條件，自不構成該條之罪」，而三十二年上字第二零五一號判例：「有追訴犯罪職務之公務員誤認刑事被告有犯罪嫌疑，據以提起公訴，即非刑法第一百二十五條第一項第三款所謂明知刑事被告並犯罪行為，而仍向審判機關訴求科刑者」，至七十三年度台上字第九七零號判決：「刑法第一百二十九條第二項之違法扣留不發罪，以公務員對於抑留不發之款項、物品，明知應發給而抑留不發或剋扣為構成要件，如誤認該項款項或物品不應發給，或依照規定不應發給而不發給，即缺乏該罪之意思要件，不能論以上述罪名」。由上揭判例或判決之內容無法得知我國實務上是否承認「符合義務審查」為公務員執行職務侵害他人權利時阻卻違法之主觀要件，然而均認為公務員之誤認自始阻卻故意，不問其錯誤是否可避免或歸責，由此觀點出發，似乎在某種程度上與德國之「國家有錯誤特權」相符。

五、我國學說之見解

有學者稱「基於法治國原則與法律規範價值觀之一致性原則，在刑法理論上，依據法令的行為自無違法的可能」，「所謂法令通常兼指法律、行政規章與行政命令；惟由於.....非常態法制，.....，實不宜竟依本款的依法令的行為，予以阻卻違法，而宜從事實質的違法性的判斷」¹⁰⁰。又公務員依所屬上級公務員之命令所為之職務上行為，可謂間接依法令之行為，自能阻卻違法¹⁰¹。上級公務員之命令，只要具備合法形式，下級公務員據而執行者，即足以阻卻違法。至於上級公務員之命令在實質上是否合法，

⁹⁹ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, § 17 A Rn. 14.

¹⁰⁰ 林山田，同註2，頁340以下；相同見解，韓忠謨，同註4，頁167。

¹⁰¹ 林山田，同註2，頁349；韓忠謨，同註4，頁167。

則在所不問。否則，妨礙行政效率，紊亂行政體系，並使權責混淆，滋生弊端¹⁰²。

六、小結

由我國最高法院之判例或德國聯邦最高法院之判決均無法確實得知，行為人是否必須詳細並嚴格審查卻仍誤認事實要件，始能排除侵害之違法性。德國聯邦最高法院之判決有時認為只有在公務員重大過失時，公務執行行為始具違法性。在公務員執行上級公務員之命令或受指揮機關委託執行之情形，除非該命令為專擅且無效，否則執行行為均合法行為。有時甚至認為只要該公務員善意，縱使命令係基於錯誤之法律見解且該公務員未進行任何審查時，亦為合法行為¹⁰³。有時又與德國多數說所主張之特別主觀阻卻違法理論之見解一致，認為行為人主觀上以為阻卻違法之情形存在，並無法阻卻故意，尚必須「符合義務審查」客觀事實之要求，始得阻卻故意。據此，若公務員對於職務行為是否該當構成要件已合義務審查，縱使事實上欠缺侵害要件，其行為亦非違法。

如前揭參之四小結所述，拙見認為行為人是否具侵害權，其行為是否得阻卻違法，並不是取決於行為人是否已盡義務審查，而是取決於客觀上阻卻違法事由之前提要件是否存在。若將「符合義務審查」作為容許風險阻卻違法事由之特別主觀要素，而行為人未符合義務審查，即認為阻卻違法事實存在，縱使客觀亦存在阻卻違法事由之事實，在此情形，行為人將因欠缺阻卻違法事由之主觀要素，無法阻卻違法，仍成立故意犯。然而，故意犯之成立應取決於行為人之主觀想法，對犯罪之實現是否具備知與欲，並非行為人是否已符合義務審查，行為人是否符合義務應屬過失犯之判斷範圍，「符合義務審查」作為阻卻違法事由之主觀要素之見解，嚴重混淆故意犯與過失犯之界線。

德國實務採取「符合義務審查」之見解，在行為人對於阻卻違法事由

¹⁰² 韓忠謨，同註4，頁167；蘇俊雄，刑法總論，頁238、頁307，自版，1998年修正再版；林山田，同註2，頁351；張麗卿，同註8，頁198；黃榮堅，同註2，頁239。

¹⁰³ Bubnoff, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1994, § 113 Rn. 35.

之事實發生錯誤之情形，仍可能成立故意犯。行為人若僅是主觀上認為阻卻違法之情形客觀存在，無法阻卻故意，尚必須「符合義務審查」客觀事實存在，始阻卻故意，則誤認阻卻違法之情形，依「符合義務審查」之見解，不是自始即阻卻故意，在結論上應係採嚴格罪責理論¹⁰⁴。然而，採嚴格罪責理論者主張在容許構成要件錯誤之情形，行為人因欠缺不法意識，屬於禁止錯誤，應依禁止錯誤之法理處理，不影響構成要件故意，僅影響罪責。因此禁止錯誤之行為，視欠缺不法意識是否不可避免，若可避免欠缺不法意識則減免罪責，仍成立故意犯罪，若屬不可避免，即因欠缺不法意識而自始阻卻罪責，不成立犯罪。德國學者多數認為在容許構成要件錯誤之情形，應採取限制罪責理論，認為此時行為人主觀上之想法類似於欠缺構成要件故意之情形，亦即行為人對犯罪之實現欠缺知與欲，主觀上並無違犯刑法誡命之意思，故不成立故意犯。德國實務在論罪責時未注意行為人之錯誤是否無法避免，不僅違背嚴格罪責理論，同時亦與限制罪責理論不符。

至於對阻卻違法事由之事實發生錯誤，應視情形是屬於容許之風險或屬於容許構成要件錯誤，而有不同之法律效果。若法定要件已預設可能之錯誤，則屬容許之風險，行為只要符合法定要件，即為合法。若係誤認阻卻違法事由之法定事實要件存在，則屬容許構成要件錯誤，阻卻故意不法。若有處罰過失犯之規定，則可能成立過失犯。惟若行為人客觀上符合義務審查亦無法避免誤認時，則同時欠缺過失不法，不成立過失犯。其實，由一般刑法原則即可導出，職務行為在事實上欠缺侵害要件之情形，若行為人客觀上符合義務審查，且其錯誤無法避免時，其不成立故意犯亦非過失犯，亦即其行為仍屬合法之結論，對此，實無須建立特別之主觀阻卻違法理論。特別之主觀阻卻違法理論不符合共通之刑法理論，不僅多此一舉，且易導致「國家有錯誤特權」之誤解，認為國家之錯誤行為縱使僅具形式合法性，而欠缺實質合法性時，仍可阻卻違法，實非妥當。

阻卻違法事由係基於實定法之整體精神，行為人為保護特定利益而以適當方式侵害另一法益，經衡量此二對立利益之結果，認為行為人所保全

¹⁰⁴ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 3. Aufl., 1997, §14 Rn. 81.

法益之利益優越於被害法益之利益時，侵害行為即非屬違法。亦即，法秩序容許人民在特定情形下侵害他人之法益，因此相對人對該侵害權人之行為負有「忍受義務」。認為在「國家有錯誤特權」之情形，實質上不正確之錯誤侵害行為被認為是合法行為，對合法之主權侵害行為，相對人負有「忍受義務」，不僅不能主張正當防衛，同時亦不能主張緊急避難。然而相對人若處於喪失重要利益之危險中，仍要求相對人對於執行機關錯誤之侵害必須忍受，不能自力救濟，僅能以法律救濟途徑方式解決，似不符阻卻違法緊急避難之概念。拙見認為在此情形應容許相對人主張緊急避難之規定，「適當反抗」國家錯誤之合法行為，仍阻卻違法¹⁰⁵。

伍、結語

阻卻違法事由在犯罪行為之判斷上具有單一整體之功能，在邏輯上必然也有一個單一整體之概念存在。一元論由早期之利多於害原則及其他原則直至現在之法益衡量原則或利益衡量原則，皆係以實質之利益價值觀點作為解釋阻卻違法事由之基礎，足見保護優越利益之基本原則應係所有阻卻違法事由之核心。

社會共同生活中存在許多風險，通常情況下之風險行為，例如參與道路交通、建造工廠設備等，若於遵守法律規定之情況下，一般而言容許此等行為之進行。亦即不涉及個案之利益衡量時，容許進行風險行為，原則上容許風險是排除客觀構成要件可歸責性之要素。此外，若某行為可達成法秩序之特定目的，縱使該行為具侵害法益之風險，然而衡量相互衝突之利益，認為達成法秩序所欲特定目的之利益優越於風險行為實現犯罪構成要件所侵害之利益，亦應容許進行風險行為，容許風險例外地也存在於阻卻違法事由中，亦即法秩序容許行為人為保護優越利益，得在特定情形下侵害他人之法益，德國通說稱之謂「侵害權」。

¹⁰⁵ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, Vor § 32 Rz. 11ff.; 不同見解 Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 8. Aufl., 1992, S. 387認為該行為並非係避險之適當方法，其因違反刑法第34條之適當條款，故不能成立阻卻違法。Rudolphi, in SK-StGB, Band I, 2. Lieferung, § 34 Rz. 22.則認為以訴訟權排除侵害，亦即，訴訟權限制行為人對國家合法行為防禦權之行使。中文請參閱：彭美英，同註19，頁116。

行爲人是否具侵害權，行爲是否阻卻違法，是以客觀上阻卻違法之前提要件存在爲基礎。授與侵害權之規範本身若爲達成特定目的而必須以不確定法律概念（例如急迫之危險將造成災害）作爲成立要件，而對於不確定法律概念之認知可能與真實情況不一致時，行爲人只要判斷侵害權之客觀成立要件存在，事實上客觀要件亦存在，即得阻卻違法，縱使其判斷與真實情況不一致（例如急迫之危險並未變成災害），亦不影響阻卻違法，此即屬於容許風險，亦即容許行爲人「事前判斷」錯誤之風險，此並非容許構成要件錯誤。正當防衛情形則不然，因其係對於現在不法侵害行爲之立即反擊，必須現在不法侵害之客觀要件確實存在，始得主張正當防衛，若對於現在不法侵害之存在有所誤判，即不能成立正當防衛，亦即不能容許行爲人錯誤判斷風險。若此見解正確，「風險」爲阻卻違法事由之共通結構要素，全部之阻卻違法事由皆建立於容許風險之見解，顯然值得商榷。

在容許風險之阻卻違法事由情形，若行爲人依行爲當時之客觀具體情形已謹慎審查，避免侵害法益之危險發生，則其行爲非屬違法，若其違反審查義務，則行爲人至多僅能成立過失犯，在此情形適用刑法之一般共通原則即可，無須以「符合義務審查」作爲阻卻違法之特別主觀要素。「國家有錯誤特權」即屬此類阻卻違法事由，若執行公務者符合義務審查，認爲具備合法之侵害要件，然而事實上欠缺侵害要件，視情形屬於容許風險之阻卻違法，或屬於無法避免之容許構成要件錯誤，同樣適用刑法一般原則，阻卻故意。若係對法律之容許要件判斷錯誤，例如，警察認爲不明確事證爲緊急逮捕犯罪嫌疑人之事由，則屬於涵攝錯誤，行爲欠缺不法意識僅能適用禁止（容許）錯誤，而非可避免之容許構成要件錯誤。

國家錯誤執行經常造成人民法益之侵害，要求人民對於執行機關錯誤之侵害行爲一律必須忍受，不能自力救濟，僅能以現存之法律救濟途徑方式解決，亦即認爲「國家有錯誤特權」是國家主權至高無上時期之觀念。在現今之民主社會，爲維護人民人身自由等重要基本權利，當授與侵害權之母法要件不存在時，應依刑法一般共通之基本原則判斷國家之執行行爲是否合法，若執行公務者符合義務審查仍無法避免錯誤時，其行爲既無故意不法亦無過失不法，仍屬合法，無須對執行公務者建立特別之阻卻違法

理論，而降低公務員依法行政之標準，在此情形，相對人若為保護其重要利益而「適當反抗」國家錯誤之合法行為時，亦應例外容許相對人援引緊急避難之規定，主張其避難行為阻卻違法。

參考文獻

一、中文部分

- 甘添貴，正當防衛之防衛意思，月旦法學雜誌，第 29 期，1997 年 9 月。
- 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，甘添貴自版，2004 年。
- 余振華，刑法違法性理論，元照出版公司，2001 年。
- 林山田，刑法通論（上），自版，2005 年增訂 9 版。
- 林東茂，刑法綜覽，學林文化事業有限公司，2006 年修訂 4 版。
- 林鈺雄，新刑法總論，元照出版公司，2006 年。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用，自版，2005 年修訂 2 版。
- 黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，自版，2001 年增訂 1 版。
- 黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照出版公司，2003 年。
- 黃榮堅，刑罰的極限，元照出版公司，1999 年。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版公司，2003 年。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版公司，2006 年 3 版。
- 蔡墩銘，刑法精義，翰蘆出版社，2005 年 2 版。
- 韓忠謨，刑法原理，韓忠謨教授基金會發行，2002 年再版。
- 蘇俊雄，刑法總論，自版，1998 年修正再版。
- 彭美英，阻卻違法之防禦性緊急避難—以德國法為重心，玄奘法律學報，第 3 期，2005 年 6 月。
- 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 12 月。

二、德文部分

Amelung, Knut, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986.

- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
- Bottke, Wilfried, Entscheidung-Strafrecht (Anmerkung), JR 1989.
- Bubnoff, Eckhart, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1994.
- Eser, Albin, Verhalten und Behandlungsnormen, in: Festschrift für Lenckner, 1998.
- Eser, Albin, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001.
- Frisch, Wolfgang, Grund-und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselement, in: Festschrift für Lackner, 1987.
- Günter, Spindel, Gegen den „Verteidigungswille“ als Notwehrrfordernis, in: Festschrift für Bockelmann, 1979.
- Günter, Spindel, Notwehr und „Verteidigungswille“, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in: Festschrift für Oehler, 1985.
- Hirsch, Hans Joachim, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1994, 13. Lieferung, Stand: 1. 11. 1993.
- Hruschka, Joachim, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988.
- Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- Joerden, Erlangen, Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer, GA 1993.
- Küper, Wilfried, Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstands, JZ 1980.
- Küpper, Georg, Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang-BGH NJW 1989; JuS 1990.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen, 23. Aufl., 1999.

- Lenckner, Theodor, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: Festschrift für H. Mayer, 1965.
- Lenckner, Theodor, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001.
- Loos, Fritz, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in: Festschrift für Oehler, 1985.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl., 1992.
- Meyer, Wolfgang, Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1972.
- Meyer, Wolfgang, Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW, 1973.
- Michael Reinhart, Abschied vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff, NJW 1997.
- Ostendorf, Heribert, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981.
- Otto Backes/Andreas Ransiek, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989.
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2000.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., 1997.
- Roxin, Claus, über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift für Welzel, 1974.
- Rudolphi, Hans-Joachim, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, Stand: 15. Lieferung, 5. Aufl. (April 1991)
- Rudolphi, Hans-Joachim, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: Schröder-Gedächtnisschrift, 1987.
- Samson, Erich, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, Stand: 15. Lieferung, 5. Aufl. (April 1991).
- Schmidhäuser, Eberhard, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, in: Festschrift für Karl Lackner, 1987.

Schünemann, Bernd, Der besondere Beitrag, JA 1972.

Schünemann, Bernd, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985.

Schroth, Ulrich, Die Annahme und das“Für-Möglich-Halten”von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, in: Festschrift für Arth. Kaufmann, 1993.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, Kurz-Kommentare, 2003.

Wagner, Heinz, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung-OLG Karlsruhe, NJW 1974; JuS 1975.

Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2000.