

第四章 違法性

壹、違法性概說

行為人的行為該當分則某罪的不法構成要件後，緊接著要進行違法性判斷。

一、功能與作用

行為一旦具備構成要件該當性，例如故意殺害或傷害他人等等的行為，原則上即具有違法性。因此，在違法性層次所要檢討的，乃是構成要件該當行為是否具有阻卻違法事由，而足以排除行為的（實質）違法性，例如行為人係基於正當防衛（§23）而殺人，其殺人行為不具有違法性，自也不成立犯罪，而具有可罰性。

就這點來說，阻卻違法事由的存在，可以合法化構成要件該當行為，使其成為適法行為。因此，阻卻違法事由也可稱為合法化事由，或稱正當化事由。

一個構成要件該當的行為，阻卻違法後的效果，有：
(1)對行為人來說，其行為不但不成立犯罪而被施以刑罰，亦不會遭受保安處分。(2)對行為之參與者（教唆者或幫助者）來說，他們也不會成立共犯。因為，共犯以所參與的

他人主行為係違法的為前提（限制從屬性）。(3)對遭受行為攻擊的人來說，他無法在法律上主張正當防衛。因為，正當防衛係以違法侵害為前提；若是他對合法的行為施以反擊，反倒構成違法的侵害。

相較於阻卻違法的效果，行為若仍具違法性，而僅欠缺罪責時，則導致以下情形：(1)對行為人來說，其行為雖不成立犯罪而被施以刑罰，但卻可能遭受保安處分（參照 §§86, 87）。(2)對行為之參與者（教唆者或幫助者）來說，則可能成立共犯（§§29, 30），因為所參與的他人主行為係違法的構成要件該當行為。(3)對遭受違法行為攻擊的人來說，法律原則上是容許其採取正當防衛。

二、阻卻違法事由的結構

不法構成要件係以禁止規範為基礎，阻卻違法事由則是以容許規範為基礎。例如殺人不法構成要件背後的基礎，就是禁止殺人；但在符合正當防衛的情形，卻許可殺人。據此，阻卻違法事由乃是基於容許規範而來的容許構成要件。

如同不法構成要件的結構，阻卻違法事由可分為客觀與主觀兩方面的阻卻違法要素。按照通說的觀點，一個已經該當不法構成要件的個案事實，必須同時符合客觀與主

觀阻卻違法要素，才能產生阻卻違法之效果。例如主張正當防衛殺人，必須客觀方面具有現在違法侵害的防衛情狀且實施必要防衛行為；行為人主觀上也必須出於防衛自己或第三人權利的意思，始能產生排除殺人行為違法性的法律作用。

因此，若是實現不法構成要件的行為人，不知悉客觀上存在的阻卻違法情狀時，行為仍屬違法；相反情形，若該行為人主觀上誤以為存在阻卻違法情狀，而實際上不存在時，其行為仍屬違法，但將涉及容許構成要件錯誤的問題處理（第八章、肆、二）。

三、阻卻違法事由的法源

不法構成要件必須是由立法者在刑法中所創設，但阻卻違法事由則可從整體法秩序中得出。亦即，其可能規定在刑法外的其他實證法中，如民法、行政法或訴訟法；亦可能存在於不成文的習慣法內，而成為超法律之阻卻違法事由。

據此，一個按照民法或其他法律所容許的行為，例如父母懲戒權的行使（民§1085）、現行犯逮捕（刑訴§88 I）、拘提逮捕之必要強制力（刑訴§90），在刑法領域中亦屬合法。就此來說，呈現出所謂的法秩序單一且無

矛盾原則 (Prinzip der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)⁵⁸。

此處要提醒讀者的，部分同學在解答刑法實例時，經常直接使用層次不明或不確定的抽象概念來回答行為人是否違法，例如援用整體法秩序觀點、實質違法性、社會相當性，甚至還有所謂的社會通念。其實，構成要件該當行為是否已經違法或阻卻違法，只能從具有前提要件的阻卻違法事由來判斷。任何想要正確與妥適處理違法性實例的人，皆必須熟悉與辨明各種不同阻卻違法事由的適用。

貳、法定阻卻違法事由

現行法所明文規定的法定阻卻違法事由，計有：(1)依法令的行為（§21 I）；(2)依上級公務員命令的職務行為（§21 II）；(3)業務上的正當行為（§22）；(4)正當防衛（§23）；(5)緊急避難（§24）。

這裡，先就前三個阻卻違法事由分述如下：

一、依法令的行為

如前所述，阻卻違法事由的法源並不限於刑法，依據

⁵⁸ 參閱林山田：通論上冊，307 頁；黃常仁：總論，47 頁；Wessels/Beulke, AT Rn. 274.

其他法令所實施的行為，亦可阻卻違法。以下，只就兩種依法令情形加以敘述⁵⁹：

(一)父母懲戒子女的行為

「父母得於必要範圍內懲戒其子女」（民§1085），父母出於教育子女的意思，而在必要限度內的懲戒子女行為，自係阻卻違法的依法令行為。

相反地，假如父母並非出於教育子女的意思（譬如出於凌虐兒童或以打子女出氣等）而毆打子女，或雖出於教育子女的意思，但逾越必要程度而毆打子女的行為，自非依法令的懲戒行為，不能阻卻違法，而應視情形判斷有無可能成立輕傷罪（§277 I）或強制罪（§304 I）。

例如：A 因其就讀國中的兒子 B 偷竊同學皮夾，憤而用熱水燙傷 B 手掌，以示懲戒。本例中，A 處罰 B 的傷害行為，逾越必要範圍，不能阻卻違法，應負輕傷罪（§277 I）的責任。

(二)逮捕現行犯的行為

為保全國家刑事追訴利益，「現行犯，不問任何人得逕行逮捕之」（刑訴§88 I）。據此，任何人（包括公務員或

⁵⁹ 詳細情形，參閱林山田：通論上冊，354 頁以下。