

## 刑事法判解

## 公務員依法執行職務過當之法律效果

## 臺灣高等法院106年度上訴字第3227號刑事判決

## 【實務選擇題】

下列關於刑法第21條第2項「依上級公務員命令之行為」此一阻卻違法事由之敘述，何者錯誤？

- (A) 執行命令者必須具備公務員之身分
- (B) 上級與下級公務員間，不以具有直接隸屬、監督關係為必要
- (C) 命令之內容均須在上級與下級公務員之職權範圍內
- (D) 下級公務員所執行之命令係違法時，若其非明知該命令為違法，則其行為仍得阻卻違法

**答案**：B

## 【裁判要旨】

被告管束行為過當而過失傷害告訴人

- (一) 警察對於酒醉，非管束不能救護其生命、身體之危險，或預防他人生命、身體之危險者，依警察職權行使法第19條第1項第1款規定，得管束之。同條例第3條第1項復規定，警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之必要限度，且應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。
- (二) 告訴人因酒醉，非管束不能預防被告傷害他人身體之危險乙情，業如前述，則被告對告訴人實施管束行為，於法有據。惟被告實施管束行為時，亦先以勸導、告誡等侵害較小之溫和方式為之，如欲實施身體壓制等強制力時，更應注意所實行之力道，不得逾越必要程度，避免告訴人因此受有過重傷勢，被告卻疏未注意，以膝蓋用力頂擊告訴人腹部，造成告訴人受有脾臟破裂、乙狀結腸穿孔以及腹膜炎等傷害，已逾越執行目的之必要限度，被告管束行為自有失當之處，而有應注意而不注意之疏失。

## 【爭點說明】

- (一) 在犯罪成立結構上，有兩個最原始的推定原則，其一為具備該罪之不法將推

定具備該罪之罪責；其二為具備該罪之構成要件該當性將推定該罪之違法性。也因為如此，在構成要件該當性階層係由正面審查其該當與否；至於違法性階層與罪責階層則是由反面確認是否得以阻卻，習慣上稱之為「阻卻違法事由」或「阻卻罪責事由」。

(二)一罪名之構成要件該當之後，將推定違法之效力，此時必須反面地檢驗整體法秩序於利益權衡之後，是否還可以被評價為有「法益侵害」的存在，因而必須找尋阻卻違法事由的有無。若具備阻卻違法事由，將可以阻卻不法的成立，反之將具備完整的不法內涵。但就算具備有不法，仍然可以在反面檢驗罪責的階層，依循行為人的「可非難性」確認得否減輕罪責。

(三)刑法第21條第1項規定：「依法令之行為，不罰。」此乃一法定阻卻違法事由，縱使行為人之行為完整地該當犯罪構成要件，若能夠吻合本條文的主、客觀要件，依然可以主張阻卻違法性。惟若是依法令之行為有過當，應該如何處理本法並無明文規範，適用上恐生疑義。

1. 阻卻違法事由區分為「法定阻卻違法事由」與「超法規阻卻違法事由」，前者如正當防衛(第23條)或緊急避難(第24條)，後者如教師懲戒權、義務衝突等等。惟無論阻卻違法事由如何細分，其功能與目的均相一致，就是實質權衡有無法益侵害的存在；只要這個功能與目的是確立的，其法理在各個阻卻違法事由之中應皆有適用之餘地。

2. 承上所述，觀察第23條與第24條有關正當防衛與緊急避難之規定，均有「過當」之情形應如何處理的規範，其法律效果為「得減輕或免除其刑」。通說俱認為防衛過當與避難過當無法阻卻違法，故具備該犯罪的完整不法內涵；然而卻可以援引該規定主張「減輕或寬恕罪責」，認為行為人具備較低的可非難性，而可以獲得較輕的法律效果。

3. 如此適用法律之結果，將可以提供行為人抗辯其罪責較低之機會，並無牴觸罪刑法定原則之疑慮。

4. 綜上所述，在行為人針對其故意侵害他人法益而構成要件該當之行為，主張係「依法令之行為」來阻卻違法時，可能會因為其逾越了「必要性」原則而成立過當，縱然依據違法性的一貫法理無法主張阻卻違法性，然而卻可以主張依照其可非難性減輕或寬恕其罪責。故該行為人還是依照故意行為論處，不過法院可以減輕或免除其刑。

(四)公務員之過當行為是否適用第134條的瀆職罪加重處罰規定，關鍵在於其行為是否成立「故意之罪」。本罪成立要件要求公務員假借職務上之權利、機

會或方法，以故意犯本章以外各罪，而公務員過當行為本身必然是利用其職務上之機會，而其是否成立故意之罪則必須視有無罪責而定。詳言之，若其過當僅有減輕罪責，那麼還是成立故意犯罪，依法加重其刑至二分之一(司法院76廳刑二字1093號函參照)；惟若其過當得以寬恕罪責，那就不成立故意犯罪，自無依法加重其刑之理。

**【相關法條】**

刑法第21、23、24、134條

**【高點法律專班】**

版權所有，重製必究！