

刑事法判解

公務員受上級命令為不實登載，得否以此作為阻卻違法事由

臺灣高等法院108年上訴字第3478號刑事判決

【實務選擇題】

下列關於刑法第21條規定，「依上級公務員命令之職務行為」此一阻卻違法事由之敘述，何者錯誤？

- (A) 「發布命令者」與「執行命令者」均須具有公務員身分
- (B) 「發布命令者」與「執行命令者」間，不一定須具有職務上之隸屬關係
- (C) 若命令發布顯然逾越職務權限者，則「執行命令者」之行為不能阻卻違法
- (D) 若「執行命令者」明知命令違法卻仍執行者，其行為不能阻卻違法

答案：B

【裁判要旨】

1. 按依法令之行為，不罰，刑法第21條第1項定有明文。該項規定係指該項行為在外觀上雖然具備犯罪之形態，然其係依據法律或命令所應為之行為，在刑法之評價上，不認其具有違法性與可罰性，故特以明文規定阻卻其違法而不予處罰而言（最高法院102年度台上字第3895號判決意旨參照）。學理上之犯罪階層體系向以二階論（區分不法與罪責）及三階論（區分構成要件該當、違法性、有責性）加以討論，如係依法令之行為，縱令具有犯罪之外觀，但二階論認此乃消極構成要件該當，可阻卻不法，三階論則認此時構成要件該當（包含主觀與客觀），但可阻卻其違法性（參許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，第115頁以下附圖，春風煦日論壇，2000版）。依上開最高法院判決意旨，我國司法實務對阻卻違法事由仍採傳統三階論加以定性。而按被告行為不罰者，應諭知無罪之判決，為刑事訴訟法第301條第1項所明定。
2. 承上所述，分局員警基於集會遊行法、警察職權行使法等法規，有制止違法集會並命令解散之權限，且為達命令解散目的，手段應包含驅離民眾、對非擁有武力之民眾輔助使用警棍以動用必要限度之強制力（不應包含刀、槍等

殺傷力強大之警械，自訴代理人援引他國員警值勤時濫用槍枝造成民眾傷亡之案例事實明顯與本案無關）；所謂必要，當指達成執行目的時，應以對人民權益侵害最少之適當方法為之，留意不得傷及受驅離民眾之致命部位或無關之他人，類同於手段是否選擇侵害最小之比例原則檢驗。而違法集會之違法情節、程度，亦有輕重不一，未經核准於法定禁制區內進行集會，當屬集會遊行法體系上較為嚴重者，如更已侵入法定之總統府、行政院等國家最高行政中樞內部非法集會，而非僅在無礙機關運作之周邊進行群聚抗議、表達意見，基於大法官所言維護國家元首、憲法機關之功能順利運作，自有即時甚至限時排除加以淨空，以達強制解散非法集會目的之急迫性。又員警動用強制力驅離此類非法集會之民眾，衡量其強制力之運用是否必要，現實上本應考量解散違法集會之急迫性、違法集會之規模大小、是否遇有集會人士抵抗及抵抗之強度等個案情節之不同，保留員警執法過程中一定之即時合理判斷權限，但仍不應在明顯不成比例之狀況下進行驅離解散，例如已經驅離仍加以毆擊、為加以驅離而恣意針對脆弱致命部位反覆擊打等，是否合於比例，尚不應一概而論。

3. 從而，員警承命依法解散在總統府、行政院之國家最高行政機關舉行而嚴重妨礙其運作與功能之非法集會，驅離受警告、制止、勸離仍不自行解散之參加民眾，如因民眾加以抵抗，員警動用強制力而構成對遭驅離之特定民眾身體之普通傷害、行為自由之限制，均可能因此具有刑法普通傷害罪及強制罪之行為外觀，但本於上述論理，若其目的正當、於法有據，手段與目的間仍有事實上之合理關連，只要非對受驅離民眾構成明顯不成比例之個人法益侵害（如已層升至重傷行為或未遂、殺人行為或未遂及相當時間剝奪行動自由之程度，本院認不具合理關連、顯然不合比例性而將之排除在外），皆應認屬依法令之行為，而可阻卻不法或排除其刑事違法性，依法不罰。

【爭點說明】

(一)下級公務員之行為對於上級公務員之命令有疑慮，仍為不實登載，是否該當刑法（以下同）第213條的公務員登載不實罪之構成要件，茲分述如下：

1. 客觀上，行為人係公務員，該當本罪之主體要件，且該文書乃公務員於其職務上所掌之公文書，亦符合本罪之客體要件，此外所登載係不實之事項，勢必將發生損害於公眾或他人。綜上所述，公務員登載不實罪之客觀構成要件該當。

2. 主觀上，本罪要求行為人必須「明知」其屬不實之事項而為登載，始足以該當本罪，亦即本罪之故意限於「直接故意」，不包括間接故意在內(46年台上377號例、第13條參照)。坦若行為人對於上級所命登載事項之真實性著實有所疑慮，僅礙於上級公務員之命令而不敢質疑，可以認定行為人對於「不實事項」雖然有所認識，但卻無促成構成要件實現之積極意欲，毋寧僅有聽任其自然發展的消極意欲。是以，行為人之主觀心態僅為間接故意，不符合本罪「明知」之要求，故主觀構成要件不該當。
3. 由於本罪並無處罰過失犯之明文，按罪刑法定原則，行為人因構成要件不該當而不成立本罪。

(二)退步言之，縱若行為人該當第213條的公務員登載不實罪之構成要件，行為人是否得以主張第21條第2項以阻卻違法，茲分述如下：

1. 上級公務員之命令在實質內容上違法，倘若下級公務員依該命令而行為時，是否仍得阻卻違法，學理上有下述見解：
 - (1)形式審查說：下級公務員對於形式要件完備之命令，即應推定其合法性而予以服從並加以實行，否則若允許下級公務員實質審查上級之命令，將生權責紊亂。
 - (2)實質審查說：由於阻卻違法要件中有須非明知命令「違法」之要求，而違法之概念當然包括了「實質違法」在內，所以下級公務員亦應允准作實質審查。
 - (3)折衷說：下級公務員原則上僅需為形式審查，但對於命令實質違法極其明顯重大的例外情形(例如：種族屠殺、凌虐人犯等)，亦得為實質審查。
2. 由於形式審查說過於寬鬆，實質審查說又易使權責混亂，通說多採取折衷說之看法。假使上級所下達之命令完全符合命令之形式要件，且該命令之內容並非極其明顯重大的例外情形，那麼在行為人並非明知命令違法之情形下，仍得援用第21條第2項之規定，阻卻其行為之違法性。

(三)結論：行為人之行為不該當第213條的公務員登載不實罪之構成要件；縱若該當，亦可主張第21條第2項的「依命令之行為」以阻卻違法。

【相關法條】

刑法第21、213條

版權所有，重製必究！