

正當防衛、比例原則與特別犧牲

— 刑法與憲法的思維方法與理路比較

編目：公法

出處	月旦法學雜誌，第 291 期，頁 26-48	
作者	李建良教授	
關鍵詞	正當防衛、比例原則、特別犧牲、憲法釋義學、刑法釋義學	
摘要	<p>本文以 Luis Greco 教授所著 Notwehr und Proportionalität 一文為基礎，進行比較法暨方法論的對話。該文主張以特別犧牲界定正當防衛權行使範圍。</p> <p>本文認為，將特別犧牲理論置入刑法領域，卻有失準確，且未解決過當防衛判定難題。至於比例原則於刑法領域之運用，則不無跳脫狹隘思維、別開蹊徑之可能。</p>	
重點整理	引言	<p>一、本文討論部分</p> <p>(一) 本文以 Luis Greco 教授所著 Notwehr und Proportionalität 一文為基礎，進行比較法暨方法論的對話，檢視文中所涉憲法原則與行政法理論於刑法領域之適用，並另從公法學觀點對刑法正當防衛問題進行結構性思維，以別憲法與刑法理路之同異。</p> <p>(二) 正當防衛可大抵分為 3 種情狀：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 防衛者對於現在不法之侵害，出於防衛自己之權利，對不法侵害者實施防衛行為。2. 防衛者對於現在不法之侵害，出於防衛他人之權利，對不法侵害者實施防衛行為。3. 防衛者對於現在不法之侵害，出於防衛他人之權利，對不法侵害者及他人實施防衛行為。 <p>Greco 所討論之重點是第 1 種情形，即侵害者與防衛者的雙面關係，故本文亦僅集中討論此情形。</p> <p>、Greco 的觀點</p> <p>(一) 德國刑法學通說認為，正當防衛之所以不具違法性，係因正當防衛之功能在於維護法秩序。</p> <p>(二) Greco 反對以「維護法秩序」作為正當防衛之所以合法之論理依據。但亦反對少數說認為正當防衛應受比例原則拘束。而是嘗試走第三條路，Greco</p>

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">引言</p>	<p style="text-align: center;">主張以特別犧牲界定正當防衛權行使範圍。</p> <p>三、本文之思維框架</p> <p>(一)本文將命題定調在：刑法上防衛行為的合法界限何在？這道命題，實際上涉及如何在兩端分別是侵害與防衛的天平上「利害權衡」，思考面向至少有：「誰」來權衡輕重？以及刑法上防衛是否過當之權衡法則，是否與憲法上比例原則利益衡量之操作模式有無不同？</p> <p>(二)本文從憲法基本權觀點出發，旨在檢視防衛或侵害「私人行為」不法性之證成理據，另方面持平看待國家在面對侵害者與防衛者時，究應扮演制裁者抑或保護者之角色。</p> <p>(三)侵害者與防衛者皆係人民，皆為基本權主體，其等與國家之關係，基本上可區別出兩種思維取向：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 不管是侵害者或防衛者，均可能因其行為受到刑事制裁，此意味著渠等之生命權、自由權或財產權將受國家剝奪或限制。本於基本權之防禦功能，國家刑罰權之行使應合比例性，不得違反過度禁止原則。 2. 刑法以刑罰落實法律誠命，旨在維護社會秩序，並保障個人權利。國家以刑法制裁侵害者，係對受不法侵害之人民採取保護措施的方式。國家若不為刑事制裁，對被侵害者而言，國家對基本權之保護義務將有違反不足禁止原則之問題。但就被防衛者而言，其權利同樣可能處於遭受防衛者不法侵害之狀態（例如：防衛過當）。於此情形，被防衛者是否得主張國家對其負保護義務，不得違反不足禁止原則？
	<p style="text-align: center;">論題一： 正當防衛與 比例原則</p>	<p>一、正當防衛與基本權衝突</p> <p>(一)憲法基本權衝突，主要發生在抽象法律規定之合憲性爭議，而面臨基本權衝突的主要是立法者，立法者基於憲法之要求，有義務調和相互衝突的基本權利或憲法保護之法益。</p> <p>(二)然而，刑法正當防衛之基本權衝突，則是涉及個案中特定防衛行為人應否受刑事制裁的具體問題，調和的任務主要落在法院身上，問題結構比較接近「基本權的第三人效力」(基本權的水平關係)。</p> <p>(三)如前述。正當防衛之基本前提是存有「現在不法</p>

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">論題一： 正當防衛與 比例原則</p>	<p>之侵害」。故嚴格來說，防衛者與侵害者之間之衝突是以「不法」對「不法」，或至少是「合法」對「不法」。防衛者（同時為被害者）與侵害者（同時為被防衛者）既係加害人亦為受害人，二者皆為基本權之主體，但其行為未必是基本權之行使，除非正當防衛權是一種基本權利。</p> <p>二、基本權衝突與比例原則</p> <p>(一)法治國暨憲法基本權防禦功能所由生之比例原則，旨在節制公權力，規範對象是國家公權力行為，在使人民權利免於受到過度侵害的考量下，逐次檢視系爭公權力之有效性、必要性與相稱性。</p> <p>(二)相對於此，比例原則適用於刑法正當防衛的難題是，若欲以比例原則檢視防衛者之行為，就須將問題設定成：防衛行為是否違反比例原則？問題是，是否且如何將防衛者擬制為公權力，而將侵害者反轉成為受公權力干預之基本權主體，進而主張「基本權之防禦功能」？還是應該是相反的情境？</p> <p>(三)本文認為，比例原則蘊含之規範意旨，即為目的與手段間的合理關聯考量，故並非不能突破傳統之框架，進而形塑「水平關係」之比例審查準據。在刑法正當防衛問題中，得轉換成「為防衛自己之權利」（目的），而將防衛行為視為達成防衛目的之「手段」，據以權衡其妥適性、必要性及目的與手段間是否顯失均衡。</p> <p>三、比例原則是效益主義？</p> <p>(一)Greco 認為比例原則操作之結果往往是利益之極大化，而將個人工具化。</p> <p>(二)但本文認為如此說法過於武斷，並非的論。比例原則是一套說理的思維步驟與論理過程，至於具體操作的結果，固然多半傾向公益，這是操作者的問題，而非原則本身。</p>
	<p style="text-align: center;">論題二： 正當防衛與 基本權利</p>	<p>一、正當防衛權的思想根源</p> <p>(一)正當防衛之觀念最早可追至西元前 451-450 年之十二表法暨 3 世紀以降之查士丁尼法典，嗣為 1532 年之卡洛琳娜刑法典所繼受。</p> <p>(二)而 1791 年法國刑法設有「適度自衛權」之明文，1794 年普魯士一般邦法亦詳定正當防衛之規定，其後被 1851 年普魯士邦國刑法典所取代。</p>

重點整理	論題二： 正當防衛與 基本權利	<p>(三)由此可知，正當防衛制度與規範，思想根源非定於一，難具有特定之本質，毋寧繫於立法者之意志與規範之適用。故單從法制沿革觀察，尚無法推導正當防衛屬一種權利。</p> <p>二、正當防衛權的憲法位階</p> <p>(一)正當防衛權之法律定位為何，目前仍未明確。Greco 將正當防衛設定為一種抽繹自各個權利的「形上權利」，大有將正當防衛提升為憲法上權利之意圖。</p> <p>(二)然而，正當防衛若屬一種憲法上權利，則刑法有關正當防衛之規定，並非是正當防衛權之基礎(有無規定均得主張)，反而是對正當防衛權之限制，其本身亦受比例原則之拘束；反之，刑法之正當防衛本身若非屬基本權，而是為防衛基本權而設，則刑法如何能在基本權以外，另行創設法律上權利？</p> <p>三、殺人作為一種基本權？</p> <p>(一)刑法上正當防衛之討論係以構成要件該當為前提，蓋正當防衛是阻卻違法事由，系爭行為若不該當構成要件，則無討論是否符合正當防衛之必要。以防衛者殺害不法侵害者為例，首要確認的是，該行為是否構成刑法殺人罪之構成要件。</p> <p>(二)須分辨清楚的是，正當防衛作為一種「自衛權」，不能直接推導出防衛是一種權利。以刑法規範角度觀之，至多僅算是國家不予處罰之「放任行為」。權利之創設既非基於刑法，亦非刑法之規範旨趣所在，而是刑法預設了權利的存在。</p> <p>(三)權利的防衛不會產生新的權利，而須審認該防衛行為是否屬於受防衛權利之內涵之一。例如：為防衛財產權受不法侵害而殺人，無論如何都不會使殺人成為一種防衛權，殺人行為始終須受刑法之評價。</p>
	論題三： 正當防衛與 特別犧牲	<p>【高點】、容忍但補償或容忍且補償</p> <p>(一)公益犧牲之思想可追溯至 1794 年普魯士一般邦法序章第 74 條及第 75 條，上開規定明揭國家基於公共利益剝奪或限制人民之權利，人民應予容忍，但對於其權益所受之損失，則可請求補償。此種請求權根源自「容忍但補償」思想，被稱為</p>

重點整理

論題三： 正當防衛與 特別犧牲

「公益犧牲請求權」，日後發展成為一般法律原則。

(二)之所以稱為「容忍但補償」，而非 Greco 一文所稱之「容忍且補償」，係因為 17 世紀歐陸君權專政時期所奉行之「君王不受法律拘束」原則。「但」之一字所透露者，係臣民服膺於至高王權的封建塵跡，也正是 Greco 欲掃除的歷史灰燼。

(三)隨著 19 世紀中期法治國的興起與演替，法思維亦隨之轉變。人民為公益而犧牲的基本前提，首先是國家公權力的合法性。國家干預行為若不合法，人民無須容忍，而是享有防禦的法律上權利，包含透過行政訴訟程序排除違法公權力措施，或請求損害賠償。

(四)至於人民權利遭到合法公權力剝奪或限制所蒙受的犧牲，亦從人民應否平白無故為公益犧牲，區分出「應容忍之犧牲」與「不應容忍之犧牲」。前者係人民應遵守的社會義務，國家無須補償，若為後者，國家應予補償。

(五)而 Greco 一文所稱「容忍且補償」，若係承自現代德國公法之特別犧牲理論，則該「容忍」者，應指「不應容忍之犧牲」，而非應予容忍之社會義務。

二、特別犧牲與公法規範結構

(一)公法上特別犧牲理論之問題與思維層次，謹簡示如下，以利理解：

公權力行為（剝奪或限制人民權利）是否合法？

1.違法←排除不法行為，除去不法結果

2.合法：

→是否構成特別犧牲？

(1)不構成←容忍（社會義務）

(2)構成←損失補償

(二)上述之核心旨趣在於財產權之公益利用。但以危險防禦為核心之警察法領域，問題結構略有不同。簡言之，行為引起危險之人（干擾者），負有排除危險之義務，故非犧牲者，必須容忍國家之干預行為。而危險之發生非可歸責者，為「非干擾者」，享有公益犧牲之損失補償請求權。

三、特別犧牲於刑法之運用？

(一)如前述，公法上特別犧牲理論審視檢驗之對象是

重點整理	論題三： 正當防衛與 特別犧牲	公權力行為，爭點在國家應否給予犧牲者適當之補償。 (二)反之，刑法正當防衛之核心問題是：私人的防衛行為是否不法，行為人應否受刑事處罰，特別犧牲理論是否及如何適用，仍有商榷餘地。 (三)Greco 之觀點若不能提出可操作性之準據，恐僅徒生困擾，並不宜輕率挪用援引之。
	結語	一、法律旨在建立社會規範，定分止爭，Greco 一文雖富含新意且具論證，但繞了一圈，仍無法解決刑法正當防衛之難題。 二、憲法與刑法之相互滲透、彼此作用，不能出於主觀好惡，而須客觀縝密的法學思維能力，避之不及或動輒迎合，並非適宜。
考題趨勢	一、何謂特別犧牲理論？又我國大法官是否曾有相關解釋？ 二、何謂基本權衝突？又我國釋憲實務是否有相關解釋？	
延伸閱讀	一、李震山，〈基本權利之衝突〉，《月旦法學雜誌》，第 1 期，頁 60-61。 二、林明鏘，〈指定公共開放空間與人民財產權之特別犧牲—評臺北高等行政法院 105 年度訴字第 573 號與最高行政法院 107 年度判字第 643 號判決〉，《月旦裁判時報》，第 88 期，頁 5-16。 ※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！