

刑法判解

「互毆行為」與「逾越時間範圍的防衛過當」 最高法院97年度台上字第3257號判決

【事實摘要】

債權人甲對於債務人乙遲遲未返還借款心生不滿，某日甲駕車尾隨乙至苗栗縣銅鑼鄉興隆村高橋坑東興橋下，甲命令乙下車，要求乙立即償還欠款，並取出西瓜刀一支，敲打乙之肩部而加以恫嚇，未幾，又脫去西瓜刀之刀鞘，持刀欲朝乙揮砍。乙見狀遂基於防衛之意思，立即撲向甲並與之扭打，甲所持西瓜刀因而掉落地上，乙搶先取得，於甲上前與其爭搶西瓜刀並以石塊、拳頭對其毆打之際，再持刀向甲腰部等處揮砍數刀，致甲受有左側腹壁、左上臂、左手大拇指、右手虎口、右手腕等處受傷。不久，甲已經失去攻擊能力，負傷跳下溪床，並揚言不會放乙甘休，乙憤跳下溪床，持刀朝甲後頸部猛砍二刀，甲當場因脊髓遭西瓜刀切斷而死亡。

【裁判要旨】

刑法第23條規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰；但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。是依上開規定，正當防衛之要件，以遇有現在不法之侵害，始能成立，如不法侵害已過去而為報復行為，或預料有侵害而不法侵害尚未發生，則其加害行為，自無正當防衛可言。又縱屬正當防衛，倘行為人有防衛過當之情形，亦僅得減輕或免除其刑。又其（即上述乙）搶得西瓜刀後，持刀砍殺洪藜城（即上述甲），致其受有左側腹壁、左上臂、左手大拇指、右手虎口、右手腕等處受傷，現在不法之侵害是否已經排除？能否謂係正當防衛行為？又依卷內資料，上訴人持刀砍殺致洪藜城受有左側腹壁、左上臂、左手大拇指、右手虎口、右手腕等多處受傷，其中洪藜城遭砍傷左側腹壁部分，已致洪藜城肚破腸流；其縱有現在之不法侵害，惟其砍殺洪藜城，下手甚重，能否謂係防衛所必要？均有釐清究明之必要，乃原審未予深究，遽行判決，自有理由不備並有調查職責未盡之違誤。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【學說速覽】

一、互毆

互毆得否主張正當防衛，關鍵在於刑法第23條前段的正當防衛主觀要件部分。詳言之，正當防衛的主觀要件要求行為人必須是出於「防衛意思」，通說並採取「防衛故意說」，認為防衛行為人只要認知到正當防衛之客觀事實，並有意為防衛行為即可，並不以有防衛目的或意圖為必要；相對的學說則是「防衛意圖說」，認為防衛者除了要有防衛故意外，更必須基於保護利益之目的而為防衛行為，始足以該當。是以，若今天A本於殺人之故意，持槍瞄準B頭部之同時，另有C開槍將A殺害，假設C對於客觀情勢（包含A正瞄準B）完全知悉，但就是想要殺A，依據通說所採取的防衛故意說，C仍具有防衛意思；反之若採取防衛意圖說，則將否定C的防衛意思³⁸。

至於互毆行為人是否具有防衛意思，學說上認為應區分不同情形而定。若是已經講明時間、地點的「約定互毆」，由於雙方行為人均是抱持積極侵害對方利益的認知，因此應絕對否定防衛意思的存在；若是突發而成的「偶然互毆」，此種未先抱有侵害他人法益認知的互毆情形，則可以個案判斷是否具備防衛意思，而有主張正當防衛的可能性³⁹。

二、逾越時間範圍的防衛過當

所謂逾越時間範圍的防衛過當，係指防衛者所為之防衛行為，並非針對「現在的」不法侵害為之，換言之，被防衛者之行為並不符合現在性要件，僅能算是緊接在侵害之前或之後的動作。此種防衛過當依據侵害的時間性又可以分為「針對將來侵害所為之事前防衛過當」與「針對過去侵害所為之事後防衛過當」兩大類，德國學說討論的焦點集中於：此類防衛過當，是否可以適用該國刑法第33條有關防衛過當之規定，而成為一種寬恕罪責事由。

第一種立場稱之為「限制理論」，主張德國刑法第33條僅能適用在逾越手段強度的防衛過當，主要理由在於，第33條的適用係以行為人於行為時有正當防衛的權利為前提，換言之，至少必須存在正當防衛的防衛情狀⁴⁰；然而此種逾越時間範圍的防衛過當根本不符合現在性要件，行為人自始無防衛權

³⁸ 因為C並非基於保全B生命利益的目的而射殺A。

³⁹ 之所以說是有主張正當防衛的「可能」，係因正當防衛不僅僅只有主觀要件，還有客觀必須符合，始足以阻卻違法性。若僅有主觀面或客觀面被阻卻，則視情形成立正面或反面的容許構成要件錯誤。

存在，因此無第33條之適用⁴¹。第二種立場稱之為「擴張理論」，主張德國刑法第33條能適用在各種防衛過當的案例中，因為就防衛行為是否逾越合法界線這一點來說，無論是從強度抑或時間的角度切入觀察，對防衛行為人的罪責而言都是沒有差別的⁴²，因此可以一體適用第33條⁴³。第三種立場稱之為「區分理論」，認為事前防衛過當排除第33條的適用，而事後防衛過當則可以適用第33條，理由是觀察第33條的內涵與主要適用範圍，可以發現第33條係由於「行為人在有防衛權的前提下，出慌亂、恐懼或驚嚇的心理狀態而防衛過當」，因而予以寬恕罪責；事前防衛過當之情形，由於侵害尚未到來，行為人根本還沒有防衛權存在，因此排除適用，至於事後防衛過當之情形，防衛者已經因為現在不法侵害的存在而取得防衛權，僅是在「緊接不法侵害過去後」出於慌亂、恐懼或驚嚇的心理狀態發動其防衛權，造成過當之結果，因此可以適用第33條之規定⁴⁴。從法理分析與法條適用的角度觀之，區分理論應屬可採。

三、本案分析

首先，甲乙間之攻擊屬於「偶然互毆」，仍得審查乙是否可以主張正當防衛，甲持西瓜刀對乙揮砍，客觀上係一現在不法之侵害無疑，乙撲向甲將甲撲倒並使該西瓜刀脫離甲之持有，乃符合適當性與必要性之防衛行為；主觀上乙係本於防衛意思而為之，該傷害行為可以主張正當防衛以阻卻違法。次之，乙搶先取得該西瓜刀，然甲卻上前與其爭搶西瓜刀並以石塊、拳頭對乙毆打，客觀上乙此時仍然面臨現在不法之侵害，乙以該西瓜刀攻擊甲，致甲受有左側腹壁、左上臂、左手大拇指、右手虎口、右手腕等處受傷，並肚破腸流，惟乙係為了保全其生命法益，其行為應仍屬適當、必要，且正當防

⁴⁰ 有此情狀的發生，行為人才會有正當防衛的權利。

⁴¹ 本說為現今德國通說見解。然而本說無法解釋的是，為何逾越手段強度的防衛過當所造成的較重結果（例如為了防護自己的皮夾而重傷竊賊），總是可以透過第33條而寬恕罪責，反而逾越時間範圍的防衛過當所造成的較輕結果（例如制伏殺人者後踢擊殺人者造成其輕傷），卻永遠不能寬恕罪責。

⁴² 因為在不法部分，強度上與時間上的防衛過當都同時保全了某些利益，不法內涵均有所減少；也因此行為人的罪責內涵也相對應地下降（此即不法推定罪責之原則）。

⁴³ 本說為德國學說上的少數說。然而本說無法解釋的是，何以將沒有特殊心理狀態的情況全數納入本條的寬恕罪責範圍。

⁴⁴ 本說為德國學說上的有力說。然而最嚴重的批評就是有違法條的文義，因為從立法上根本無從推論出立法者有設想到事前、事後防衛過當的區別。

衛不考量衡平性，故乙之防衛行為應屬適法；主觀上乙係本於防衛意思而為之，該傷害或重傷行為亦可主張正當防衛以阻卻違法。最終，甲已經失去攻擊能力，負傷跳下溪床，乙卻繼續為攻擊行為，並造成甲之死亡，此時客觀上侵害已經過去，乙之行為係「針對過去侵害所為之事後防衛過當」，乙當時之心態係出於慌亂與恐懼，依區分理論之看法，應可適用我國刑法第23條後段之規定，得減輕或免除其刑。

【考題分析】

甲以殺乙的意思，用手槍向乙扣板機；但是正巧也遇乙為了屢次殺甲，而以手槍向甲發射。此時，若甲未向乙扣板機，可能他自己已被殺害身亡。就客觀情勢而言，甲之行為無異是針對乙之現在不法的侵害所為之自衛行為。試問：分別就客觀主義刑法理論與主觀主義刑法理論，申論甲是否成立正當防衛而阻卻違法？所謂「防衛之意思」其意涵如何？是否包括出於防衛之目的？（95司①）

◎答題關鍵

就客觀主義刑法理論而言，甲面臨現在不法侵害，其行為保全了自己的生命法益，若不就主觀面加以論述，那甲之行為得主張正當防衛以阻卻違法；反之，若就主觀主義刑法理論而言，甲並不認識現在不法侵害之存在，換言之，甲無防衛意思存在，若不就客觀面加以論述，甲之行為不得主張正當防衛以阻卻違法。至於防衛意思的內涵，通說採取「防衛故意說」，無須考慮防衛之目的。

甲與乙因開車擦撞而發生口角，繼而互毆。突然，甲從路旁撿起長約6尺之鐵管猛打乙之頭部與身體，導致乙頭破血流，肋骨亦被打斷兩根。當時，乙以為將被甲打死，故為求自衛，乙乃趕緊從其車門內側置物袋中捉起修車用之螺絲起子，朝甲之胸膛用力刺進，而使甲因流血過多死亡。試問：乙之行為是否得構成正當防衛？其理由何在？於正當防衛之情形，是否有受防衛之法益與被反擊之法益，應有均衡之問題？（94司①）

◎答題關鍵

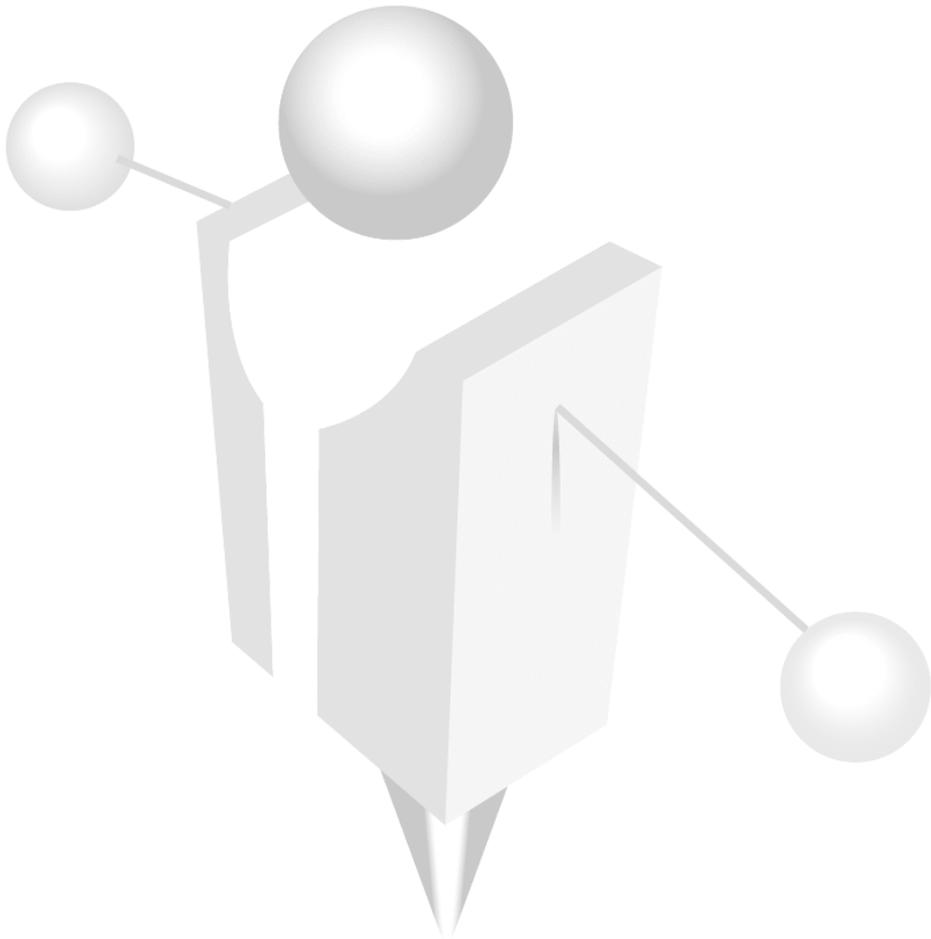
相關爭點係「互毆」是否仍有防衛意思？依題所示乃「偶然互毆」，乙只要對於防衛情狀與防衛行為有所認識，且亦有意為之，即具有防衛意思。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【參考文獻】

1. 林山田，刑法通論（上），第9版，頁383—387。
2. 甘添貴，互毆與正當防衛，月旦法學雜誌第36期，頁18、19。
3. 黃榮堅，基礎刑法學（上），2006年修訂版，頁243—269。
4. Heinrich, AT., Rn. 584ff.



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！