

刑事法判解

正當防衛中不法侵害之現在性

最高法院99年度台上字第5562號判決

【實務選擇題】

下列敘述，依據實務見解何者正確？

- (A) 正當防衛中的「現在」，必須跨過著手門檻進入未遂階段後，方該當現在性要件而可以主張正當防衛。
- (B) 僅自始利用避難行為侵犯他人之意圖的「意圖式自招危難」，會排除緊急避難的成立。
- (C) 只要是「互毆」，一律不能主張正當防衛。
- (D) 受他人強制下的法益侵害行為，只要保全利益顯然優於犧牲利益，仍然可以主張緊急避難阻卻違法。

答案：A

【裁判要旨】

- 一、有罪之判決書，對於被告有利之證據不採納者，應記載其理由，為刑事訴訟法第310條第2款所明定。故有罪判決書對於被告有利之證據，如不加採納，必須說明其不予採納之理由，否則即難謂無判決不備理由之違誤。是事實審法院應於審判期日就被告否認犯罪所為有利之辯解事項與證據，予以調查，而於有罪判決理由內詳加論列，否則率行判決，即屬於法有違。
- 二、刑法上之預備犯與未遂犯，應以已否著手於犯罪行為之實行為區別；又刑法第23條規定正當防衛之要件，必對於現在之不正侵害，始能成立，若侵害已過去，或預料有侵害而侵害尚屬未來，則其加害行為，自無正當防衛之可言。且必須先合乎正當防衛之要件，始有防衛過當減免其刑可言。

【裁判分析】

按「刑法第23條所規定之正當防衛，係以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為要件，所稱不法之侵害，只須客觀上有違法之行為，即可以自力排除其侵害而行使防衛權，且不以侵害之大小與行為之輕重而有所變更，縱使防衛行為逾必要程度，亦僅屬防衛過當問題，尚不能認非防衛行為」

（最高法院87年度台上字第3720號意旨參照）。

再按「刑法第23條所規定之正當防衛，係以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為要件，所稱不法之侵害，只須客觀上有違法之行為，即可以自力排除其侵害而行使防衛權，且不以侵害之大小與行為之輕重而有所變更；又侵害之是否為現在，應以其侵害之是否尚在繼續中，可否即時排除為準，苟其侵害狀態尚在繼續中，而被害人仍有受侵害之危險，而可以即時排除者，仍不失為現在之侵害」（最高法院90年度台上字第4175號判決意旨亦可參照）。

而何謂「現在不法之侵害」，通說係指攻擊即將立即發生，或攻擊已經開始進行，或是持續進行之狀態，而且對於「現在之侵害」之認定，不能侷限於刑法中「著手」與「既遂」之概念，尤其刑法對於該不法行為設有預備犯之處罰規定，如攻擊者之行為已達到預備階段，姑且不論該預備犯規定是否合理，既然刑法已將預備階段畫入可罰性範圍內，自然屬於現在不法之侵害，以著眼於防衛者之利益保護與避免侵害者之利益遭受過度之傷害。

故有關正當防衛的「現在性」要件，指侵害直接迫在眼前、業已開始或尚在持續者而言，依據實務見解至少須達到未遂不法程度。此外在主觀要件部分，行為人必須具備防衛意思，亦即對所有客觀要件的知與欲，但如果是約定互毆，便無防衛意思可言。

緊急避難要注意兩個特殊問題：「自招危難」與「強制緊急避難」。前者指行為人可歸責地自行招來避難情狀，無論行為人自始有無利用避難行為侵犯他人之意圖，實務見解一向否定行為人主張緊急避難的可能性，否則無異鼓勵行為人的粗心大意；後者指行為人是在受他人強制之下做出法益侵害行為，至於可否據此主張緊急避難？實務同樣採取否定意見，否則被侵害者無從主張正當防衛，將極度劣化被侵害者的地位。

【考題解析】

72台上7085決認為，倘若承認自招危難者可以援引緊急避難阻卻違法，無異鼓勵行為人不必盡注意義務保護法益。97台上5094決有言，彼此互毆，必以一方初無傷人之行為，因排除對方不法之侵害而加以還擊，始得以正當防衛論。94台上2324判決則談到，行為人在遭受他人的強制行為壓迫下，著手實行法益侵害行為，依然無法主張緊急避難阻卻違法。因此只有(A)是正確的。

【相關法條】

刑法第23條與第24條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！