

刑法判解

正當防衛的基本要件

最高法院刑事判決107年度台上字第2968號

【實務選擇題】

甲於發現仇人A尾隨在後，轉身掏槍射傷A，沒想到A也正朝著甲開槍。甲之行為不成立正當防衛的理由為下列何者？

- (A) 欠缺現在不法之侵害
- (B) 欠缺防衛意識
- (C) 防衛過當
- (D) 濫用防衛權利

答案：B

【裁判要旨】

刑法第23條規定之正當防衛要件，以遇有現在不法之侵害，始能成立，如不法侵害已過去，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。而所謂「現在不法之侵害」，指侵害之現在性、急迫性、迫切性，即法益之侵害已迫在眉睫。…又正當防衛係屬遭受他人現在不法侵害時所得主張之權利行為，此等權利之行使亦受到「權利不得濫用」之一般法律原則所限制。若行為人所遭受之現在不法侵害係因可歸咎於行為人自身之行為所導致，且行為人本即能預見自身行為可能導致侵害之發生時，為免濫用正當防衛權，暨基於所防衛的法秩序必要性較低之考量，其防衛權自應受到相當程度之限制。亦即此時行為人應優先選擇迴避所面臨之侵害，僅在侵害無迴避可能性時始得對之主張正當防衛。

【爭點說明】

刑法第23條乃正當防衛之明文規定，行為人透過防衛來自他人的不法侵害維護自身的利益，即使行為該當犯罪構成要件，仍不受處罰，此乃利益權衡下的結果，根據通說的犯罪三階層理論見解，正當防衛需在構成要件層次之後的違法性層次中檢驗，亦即只有在主客觀構成要件皆該當，才會需要判斷有無阻卻違法事

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

由存在。

正當防衛的基本要件有防衛情狀、防衛行為與防衛意思：

一、現在不法侵害之「現在性」：

具有現在性的侵害係指「已經開始，但尚未結束」的行為，至於開始時點，少數學說認為應以著手階段為準，然而在預備犯的情形即有爭議，多數學說則認為不以此限，至少在預備犯接近著手的階段即可認為侵害業已開始，另有學說採取有效理論，只要在可以有效防衛侵害行為的最後時點之前皆可主張正當防衛。

當侵害行為結束後即不得正當防衛，蓋此時僅為報復，但繼續犯在既遂後終了前都可以對其正當防衛，例如：在第302條私行拘禁罪的被害人被釋放之前的防為行為皆可適用。

二、防衛行為：適當性與必要性

適當性是指防衛行為必須是能夠有效達成防衛目的的行為，至於結果是否真的阻止侵害在所不問。必要性是指所有行為人可能採取的有效防衛行為之中，應當選擇對於侵害者傷害最小的手段，通說認為應以一般理性第三人的角度判斷是否侵害最小，至於逃脫等迴避方法不應列入考量，否則將架空正當防衛意旨。

三、防衛過當

正當防衛與緊急避難（刑法第24條）最大的不同之處在於正當防衛不考慮衡平性，除非是嚴重失衡的狀況，否則被保護的利益不需要顯大於防衛對象的利益。

大部分的防衛過當係指逾越必要性的情形，此時無法直接阻卻違法性，但因為行為人的違法性顯然較低，在罪責層次得按刑法第23條後段減輕或免除其刑。

【相關法條】

刑法第23條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！