

刑事法判解

正當防衛與緊急避難之爭點整理

最高法院刑事判決107年度台上字第3255號

【實務選擇題】

以下有關正當防衛和緊急避難之敘述，何者錯誤？

- (A) 對於現在不法之侵害，得主張正當防衛
- (B) 正當防衛的對象可及於無關之第三者
- (C) 緊急避難須限於不得已之狀況
- (D) 警察於攻堅行動中不得主張避難行為

答案：B

【裁判要旨】

刑法第23條規定之正當防衛，必須對現在不法之侵害始得為之，倘侵害業已過去，即無正當防衛之可言，從而，因侵害已成過去之報復行為，與無從分別何方為不法侵害之互毆行為均不得主張防衛權。又刑法第24條規定之緊急避難行為，須自己或他人之生命、身體、自由、財產猝遇危險之際，非侵害他人法益別無救護之途，為必要之條件。倘行為人應注意並能注意而不注意，致有一定結果之發生者，則與緊急避難之法定要件顯然不符。依原判決之認定阮○壽雖持木棍作勢欲攻擊上訴人及與上訴人同行之友人何○權、范○明、王○○雄，上訴人與其他3人即基於共同傷害之犯意，徒手毆打阮○壽受傷。嗣雙方友人聞訊紛紛上前勸架，而相互拉扯。上訴人即在王○○雄將阮○壽抱住後，順勢搶下阮○壽手中之木棍，並接續其傷害犯意，持上開木棍毆擊阮○壽頭部，致阮○壽倒地後後枕部撞擊地面受顱骨骨折、顱內出血等傷害，因傷重經送醫後不治死亡等情。揆之上揭說明，阮○壽所持木棍既被上訴人所奪，其攻勢已過去而無現在不法侵害，且上訴人自亦無緊急猝遇，必須使用侵害他人法益之手段以救護之危險，尤無主張正當防衛及緊急避難之餘地。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【爭點說明】

法定阻卻違法事由中的正當防衛與緊急避難，是各種考試經常出現的焦點，雖然刑法對此設有明文規定（刑法第23條、第24條），但學說對其成立要件卻有著不同的解讀，因而往往混淆。若對於阻卻違法要件的具體檢討方式、過當標準何在、正當防衛與緊急避難兩者間的區別等概念，欠缺充分理解，將導致論證時遺漏爭點。以下即以簡單的表格，幫助讀者理解、對照與記憶正當防衛與緊急避難之相關概念：

| 正當防衛 不同見解 | 侵害 | 防衛手段的審查 |
|--------------|--------------------------|---------------------------------|
| 通說 | 必須是不法行為 (構成要件+違法性) | 原則上只要符合適合性、必要性，例外才考慮衡平性。(顯然失衡時) |
| 少數說 | 必須是犯罪行為 (構成要件+違法性+罪責) | 永遠都只要考慮適合性和必要性，沒有例外。 |

★重點提示

考試時以通說為主：對不法行為可成立正當防衛、並注意有無利益失衡之例外發生即可。唯有在以下兩種情況，宜指出另有少數說之見解：

1. 侵害者未滿十四歲（刑法第18條第1項）。
2. 侵害者之精神狀態嚴重異常（刑法第19條第1項）。

| | 侵害 | 手段衡量（比例原則） | 過當判斷標準 | 特定人不得主張 |
|------|---------------|-------------------------|-----------------|-----------|
| 正當防衛 | 必須是「人」造成的不法侵害 | 考慮適合性、必要性。原則上不考慮衡平性（通說） | 必要性（是否為損害最小的手段） | 沒有 |
| 緊急避難 | 只要是危難均可 | 適合性、必要性、衡平性，全部都要考慮 | 衡平性（法益衡量） | 有（§24 II） |

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

★重點提示

面對緊急避難概念的考題，務必要具體檢討是否符合衡平性。在考慮利益是否衡平時，基本上「生命法益大於身體法益、身體法益又大於財產法益」，而當是犧牲同種法益來避難時，通常都不符合衡平性（例如：以犧牲他人性命來拯救自己性命），不能成立緊急避難，只能在期待可能性（罪責）層次加以考量。

必須注意：雖然上述的利益比較只是大致上的說法，但絕大多數的考題都能夠依此很明確的判斷。如果遇到極端的題目，就是要考「同一類型法益應如何衡量輕重」，此時可以指出考題中存在有「所要保護的利益顯然大於侵害的利益」，而讓行為人成立緊急避難。

【相關法條】

刑法第23條、第24條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！