

刑法判解

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

【關鍵字】

正當防衛、現在性、著手與預備。

【事實摘要】

甲女係大陸地區人民，與被害人乙男是夫妻。雙方因成長背景、政治意識、工作及家庭生活費用等問題而時生齟齬，被害人更時常辱罵甲女，並不准其外出工作及與他人交往，復要求上訴人信仰基督教。此外，乙男多次毆打上訴人，經台灣台北地方法院核發上訴人所聲請之通常保護令。甲女因前述多種因素致精神狀況不穩定，經診斷為重度憂鬱症。民國95年2月1日上午，上訴人因多日未進食，且手術所裝置之導尿管位移，疼痛難忍，乃請求乙男送其前往醫院，乙男告以其既有能力下樓，就自行前往醫院，甲女再央求乙男提供醫療費用時，乙男即持茶几上之菜刀，稱再談錢之事，便將上訴人之腦袋剝掉。因乙男前已多次揚言將其殺害，且第一次持刀威脅，甲女認為乙男確欲將其殺害，遂拿取身旁之榔頭用力敲擊被害人頭部，致乙男昏倒。後上訴人恐被害人反擊，遂搶奪乙男持有之菜刀，接續砍刺乙男，致被害人氣管與食道被完全切斷，頸動脈大量出血，致出血性休克而當場死亡。上訴人見被害人死亡，於清洗該菜刀後，前往警察局自首。

【裁判要旨】

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。原判決認定上訴人（按：甲女）殺害被害人（按：乙男）之犯行，係屬防衛過當之正當防衛行為……然苟原判決上開論述無訛，則案發當時被害人是否並未著手於殺害上訴人之行為，即上訴人並非對被害人現在不法之侵害為防衛之行為，上訴人所為能否認屬防衛過當之正當防衛行為，尚非全無疑義。

【參考條文】

刑法第23條：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。

【學說速覽】

本篇判解的問題意識在於，不法侵害的現在性應如何判斷？

一、學說意見：

正當防衛的對象須為「現在之侵害」，所謂現在之侵害係指侵害迫在眼前、業已開始或尚在持續中者。但何時才能算是侵害已經開始？少數學說認為應與不法概念結合，當不法行為已達到著手時點時，才算是侵害開始時點，若是侵害僅處於預備階段，則為未來之侵害⁴⁶。惟此種將現在性要件依附於著手概念的說法受到批評，蓋因1、不法侵害不以該當構成要件的違法行為為限，且2、以著手概念判斷現在性概念往往是防衛者錯過有效的防衛時點。因此多數學說認為現在性之判斷應獨立於著手概念之外，若具體情況中的法益已陷入直接危險，或是已處於「預備的最後階段」時，即屬現在侵害⁴⁷。當然，是否為現在的侵害，不取決於行為人主觀上的認知，而是以防衛行為當時的客觀情狀為判斷。此外，另有採「有效理論」者，認為在被受害者跨越有效防衛的最後時間點時，侵害即屬開始。白話來說，如果再遲就難以有效實施防衛時，即構成現在的侵害⁴⁸。

二、判決分析：

首先，撇開被害人揚言剝掉腦袋是單純恐嚇，或者確有殺人犯意的問題不論⁴⁹。從最高法院的論述看來，可發現似以乙男著手殺人行為之時點，用以判斷侵害現在性之有無。並以此作為發回更審的理由之一。參照前述的學說介紹可知，其見解較偏向於將現在性之要件與著手之概念結合的少數說，也就有如多數說所批評的缺點。但是本件的更審判決⁵⁰並未延續此種見解，而是以多數說之觀點，認為基於被害人提著刀咬牙切齒、殺意甚為強烈，及案發現場空間狹小，甲女之生命顯係處於乙男控制範圍之內，依社會一般人通念觀之，足認被告係處於急迫之危險情況，而符合侵害之現在性要件。

【考題分析】

甲與仇敵乙狹路相逢，乙企圖拔槍行兇，尚未舉槍瞄準，甲為了自保，拾起地上

⁴⁶ 柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，60期，頁87。

⁴⁷ Roxin, AT-1 §15 Rn. 24.

⁴⁸ 請參閱，林鈺雄，新刑法總則，二版，頁243；黃榮堅，基礎刑法學（上），2006年，頁249；黃惠婷，正當防衛之現在不法侵害，台灣本土法學雜誌，23期，頁138。

⁴⁹ 此可參閱，薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行，台灣法學雜誌，182期，頁182以下。

⁵⁰ 99年度重上更（一）字第268號判決

磚塊，擲向乙的頭部，打瞎一隻眼睛。問甲是否有罪？

（98高考法制）

◎ 答題關鍵

本題在測驗同學對於正當防衛的要件理解，依序檢驗【1.客觀：防衛情狀、防衛行為→2.主觀：防衛意思。】即可四平八穩地完整作答。此外，從題意可看出，答題關鍵在於防衛情狀當中的「現在性」是否存在的問題。此時依序論述前述的著手理論、預備最後階段理論以及有效性理論等理論內容，再分別將理論涵攝至事實中。依題示，乙尚未舉槍前，甲已向其投擲石塊，若依著手理論，因乙尚未達於著手，至多僅為預備，故並未存有現在之侵害，甲之行為不成立正當防衛。惟若採預備最後階段理論或者有效性理論，則因乙一旦瞄準甲後，除非是駭客任務，否則依一般社會通念判斷，實無法期待甲還能躲過子彈或採取其他有效防衛措施，因此符合侵害之現在性要件。

【相關法條】

1. 刑法第273條——義憤殺人罪

當場激於義憤而殺人者，處七年以下有期徒刑。
前項之未遂犯罰之。

2. 刑法第23條——正當防衛

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。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，《新刑法總則》，二版，頁243
2. 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2006年，頁249
3. 黃惠婷，〈正當防衛之現在不法侵害〉，《台灣本土法學雜誌》，第23期，頁138。
4. 柯耀程，〈正當防衛界線之認定〉，《月旦法學雜誌》，第60期，頁87。
5. 張天一，〈正當防衛之成立要件與防衛過當之處置方式（上）〉，《刑事法雜誌》，46卷1期，頁10。
6. 薛智仁，〈不法侵害之現在性與著手實行〉，《台灣法學雜誌》，第182期，頁182以下。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！