

名師啟試錄

「護孕妻勒死悍賊」與「防衛過當」

編目：刑法

主筆人：旭台大 博士候選人、律師資格

課程上適時透過補充大量國考歷屆試題並逐步帶領考生解題的方式，培養考生對於爭點的敏銳程度與將抽象概念化為具體文字能力，以利臨場考試能披荊斬棘殺敵無數。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

【改編自：士林地院 104 年度易字第 628 號判決^{註1}】

甲與其妻丙返家，甲欲進入屋內浴室時，發覺竊賊乙躲藏於浴室門板後方，乙隨即揮拳攻擊甲並欲衝出浴室，甲旋出於防衛意思與之發生扭打，制伏乙並使其受傷。其後，甲仍持續壓制乙之臉部並緊拉其衣領，致乙窒息死亡。問：甲上開行為刑事責任如何？

壹、前言

自 2014 年 10 月蘋果日報以「勇屋主、護孕妻、勒死悍賊」為標題，報導甲男為保護懷孕妻而與竊賊搏鬥勒死竊賊案例，遭檢察官以過失致死罪起訴，引起社會嘩然。而該案件業於 2016 年 5 月經士林地方法院判決屋主甲「犯過失致死罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元

^{註1}本案事實為：「於民國 103 年 10 月 25 日 12 時許，與其妻丙外出後，乙（歿，所涉加重竊盜罪嫌由檢察官另為不起訴處分）於該日 20 時 32 分許，以不詳方式侵入甲上開居處行竊，嗣於同日 20 時 38 分許，甲與其妻丙返家，甲欲進入屋內浴室時，發覺乙躲藏於浴室門板後方，乙隨即揮拳攻擊甲並欲衝出浴室，甲旋出於防衛意思與之發生扭打，嗣甲將乙推倒在浴室內淋浴間後，先以左手壓制乙左側臉部，再跨至乙左側，同時以右手反向緊拉乙之衣領，而甲原應注意乙戴有口罩，壓制其臉部同時將其衣領領口向後拉緊，將影響乙呼吸之通暢，進而導致呼吸衰竭而死亡，且依當時情形，並無不能注意之情事，竟疏未注意，於見乙因呼吸困難、手部發抖及臉色蒼白後，仍持續壓制乙之臉部並緊拉其衣領，直至丙報警處理，警員到場後，甲始放開乙，然此時乙已臉色發黑、全身癱軟。嗣乙雖經警送醫急救，仍因甲壓制之動作及原有潛在中等度至嚴重冠狀動脈硬化性心臟病之原因，共同造成大腦缺氧繼發多重器官衰竭死亡。」

折算壹日。緩刑貳年」，又再次引發社會大眾討論^{註2}。

所謂正當防衛乃對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為而言，亦即正當防衛除於客觀要件須遇有**現在不法之侵害**外，於主觀要件上須有**正當防衛情勢之認識**，即須有防衛行為**事實之認識**及**防衛意思**。

本文無意評論法院判決理由當否，僅就涉及正當防衛問題予以討論。亦即，究竟此時屋主甲得否主張正當防衛？又其防衛行為是否過當？如何判斷是否過當？又此時行為人所涉及的法條，究竟是「傷害致死罪」 (§277II) 抑或是「故意傷害既遂罪」 (§277I) 加上「過失致死罪」 (§276) ？

貳、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；又行為不罰者，應諭知無罪之判決，刑法第23條前段、刑事訴訟法第301條第1項分別定有明文。此即阻卻違法性之正當防衛，因為對於違法侵害之正當防衛行為，本質上是以「**正對不正**」^{註3}之**權利行使行為**。在防衛人以防衛行為保護自己法益之際，同時也**積極地捍衛了整體法秩序**，因此在刑法規範體系，不但排除防衛行為之違法性，更承認其權利性質，此與基於法益權衡比較，以「**正對正**」之**緊急避難**，有本質上差異。

正當防衛既為該當犯罪構成要件之權利行使行為，為阻卻違法事由之一，**必須具備二要件，其一為，存有現在不法侵害之緊急防衛情狀；其二為，實施客觀上必要之防衛行為**。其所謂「不法侵害」，並不以受侵害為刑法所保護之法益為限，其他各種法律所承認之利益，亦包括在內。又防衛行為是否客觀必要，應就侵害或攻擊行為之方式、重輕、緩急與危險性等因素，並參酌侵害或攻擊當時，防衛者可資運用之防衛措施等客觀情狀而綜合判斷。其**標準乃在於一個理性之第三人**，處於防衛者所面臨之情況，是否亦會採取同樣強度之防衛行為。亦即只要是有效排除不法侵害，且造成損害最輕微之防衛行為即可，並未以出於不得已之**唯一手段為要件**（95台上5617決參照），並無須考慮所保護法益，是

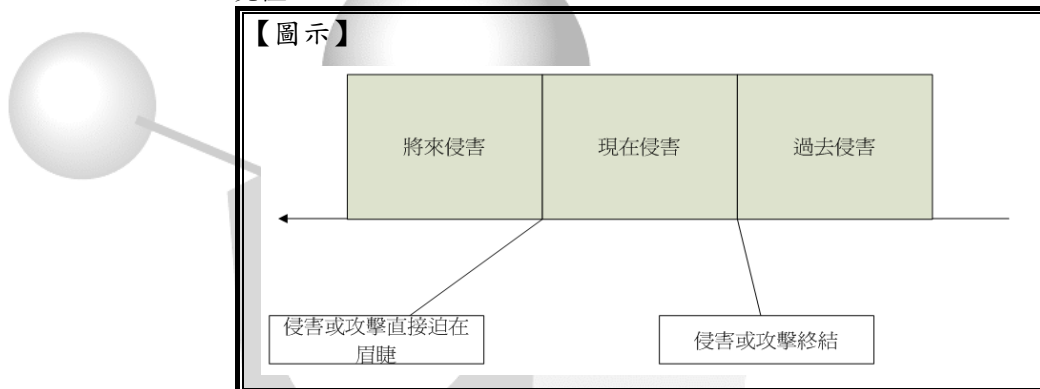
^{註2}失手勒死小偷屋主防衛過當判3月，聯合報，<http://goo.gl/zzwoL>，最後瀏覽日：2016/5/23

^{註3}有關正當防衛權之設計，係源於人類自然理性之要求，當人類遭遇迫在眉睫的不法侵害時，無法期待一般人僅消極接受己身的法益受侵害或被動等待國家公權力救助，全未加反擊。

否優越於所侵害法益之法益平衡問題，且防衛者能否另以逃避、迂迴方式，取代直接反擊行為，亦在所不問（臺高院 104 上易 2151 決）。

(一) 防衛情狀：現在不法之侵害

1. 現在



① 實務見解

A. 侵害或攻擊直接迫在眉睫、業已開始或正在繼續中

實務見解認為，何謂侵害之「現在性」，乃指該侵害或攻擊直接迫在眉睫、業已開始或正在繼續中。若侵害尚未開始，即無個人法益受侵害，法秩序並不容許個人以侵害他人法益之方式預先進行防禦。若侵害已結束，法益受損已形成，無從透過防衛行為加以挽救，已無防衛之意義，此時如再進行所謂的防衛行為，即屬報復行為。亦即正當防衛之要件，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（98 台上 6558 決）。

B. 行為是否終了、著手

所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之「時間性」要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言（100 台上 4939 決）。

② 最後有效防衛時點

黃榮堅教授認為：「從正當防衛概念的目的來看，正當防衛是要讓防衛者有效保護合法利益，因此，如果侵害已經到了防衛者

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

最後可能有效防衛時機，就是不法侵害行為已經具備現在性^{註4}。」

依此說「侵害的開始是已侵害行為已達防衛者最後或最安全防衛可能性的時點，因為侵害若超越此十點，防衛者通常較難達到防衛目的，或必須承擔遭受法益損害的風險，而且此說較能避免侵害者承擔較嚴重反擊的風險^{註5}。」

2. 不法

所謂「不法侵害」，係指違反「法秩序」的行為^{註6}，並不以刑法所規定之犯罪為限，亦即不以受侵害者為刑法所保護之法益為限，其他各種法律所承認之利益，亦包括在內（台高院台南分院104上易672決）。也就是，判斷「不法」的關鍵在於，基於「法秩序一致性」考量下，可以允許對於他人權利作出何種侵害行為；而此所謂「法秩序」，係包含憲法、民法等法律秩序。

3. 侵害

所謂侵害，係指只要是具有刑法上意義的行為，而屬於受人的意志所支配，進而即將為破壞法益或妨害權利之行為，即屬正當防衛之侵害行為，也因此正當防衛限於對人之侵害行為而對人防衛，**不包括對物防衛**。例如：甲僱用工人切割乙於甲土地所搭建之鐵皮圍牆，屬於對物防衛（彰化地院101易更1決）。惟有例外者在於，若該物之侵害係屬於受人唆使或被人所用，該物即屬於行為人之「工具」，屬於「行為人侵害行為的延伸」，即可對之主張正當防衛。

至於侵害行為所侵害的法益，不現於刑法所保障之法益，尚包括所有法律規範所承認的各種利益，例如：隱私權、公物使用權等。而就欠缺具體被害人的公共秩序利益，學者認為「任何個人在原則上，不得假藉維護公共秩序的名義而實施正當防衛。因為維護

^{註4}黃榮堅，〈池魚之殃〉，《月旦法學雜誌》，第15期，1996年8月，頁55；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，元照，2012年，頁232。

^{註5}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，2001年6月，頁138。

^{註6}王皇玉，《刑法總則》，新學林，2014年，頁279；林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2014年，頁249；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，元照，2012年，頁233；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，2001年6月，頁137。

公共秩序乃是國家機關的專責職務，倘若任由民眾扮演警察角色，不但無助於公益，反而會成為公共秩序的亂源。例如：保守派的激進人士以愛國為名，而毆打當街批評政府的民主運動人士^{註7}。」

(二) 防衛行為

1. 符合「社會倫理」的限制

在符合正當防衛的要件下，即可以以暴力手段合法救濟自己的權利，惟在某些情況下，當防衛者負有協助、顧慮受害者的責任時，則權衡個人利益與受害者利益保全可能性後，為兼顧二者，則要求防衛者避需先採用迴避措施或較溫和的防衛手段，並藉由「社會倫理的觀點」限制正當防衛權的發動，此即「社會倫理的限制。」依多數學者，社會倫理的限制（或有稱「非屬權權利濫用」）有以下情況：

(1) 「微財殺人」等所防衛法益與所反擊法益極度失衡

雖然主張正當防衛毋庸考量法益權衡問題，惟於防衛者欲保護之法益與受防衛所侵害之法益間，防衛者欲保護之法益輕微，顯然有「極度」輕重失衡時，則基於社會倫理或禁止權利濫用限制，不得對其主張正當防衛。

(2) 對於兒童或其他顯無責任能力攻擊者。

(3) 生活上具親密信賴關係的親屬（尤指配偶）。

(4) 挑唆防衛。

2. 必要性

(1) 必要性意義：客觀判斷

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為要件，所稱不法之侵害，祇須客觀上有違法之行為存在，即得以己力行使防衛權而排除侵害，並不以侵害之大小與行為之輕重而有區別，如**防衛行為超越必要程度，則屬防衛過當問題**，尚不能憑以認非屬防衛行為（104 台上 2543 決）。

也因此，刑法上之防衛行為，祇以基於排除現在不法之侵害為已足，防衛過當，指防衛行為超越必要之程度而言（48 台上

^{註7} 林山田，《刑法通論（上）》，2008年，頁319。

1475 例)，**防衛行為是否超越必要之程度，須就實施之情節而為判斷**，即應就不法侵害者之攻擊方法與其緩急情勢，由**客觀上**審察防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之（63 台上 2104 例）。

最後必須注意的是：防衛是否過當，應以**防衛權存在為前提**，若其行為與正當防衛之要件不合，當然不生防衛是否過當之問題^{註8}。

(2)防衛過當：須以存在「現時不法侵害」為要件

所謂「正當防衛」，乃指針對現在進行之不法侵害或攻擊行為為所為之必要防衛；而所謂「防衛過當」，指在正當防衛情狀下，所實行之正當防衛行為，客觀上顯已逾越行使正當防衛權所必要之程度而言。

易言之，無論「正當防衛」或「防衛過當」，均須以存在「現時不法侵害」為要件；當現時不法侵害存在時，若行為人所實施之正當防衛行為主觀上出於防衛意思且客觀上係屬必要，則構成「正當防衛」而得阻卻違法；若當現時不法侵害存在時，行為人實施之正常防衛行為主觀上雖出於防衛意思，但客觀上逾越必要之程度，始構成「防衛過當」而得減輕或免除其刑（臺高院臺中分院 101 上訴 2063 決）。

3.不以衡平性為必要

主張正當防衛者之防衛手段，只要有效排除不法侵害，且造成損害最輕微之防衛行為即可，並未以出於不得已之唯一手段為要件，並無須考慮所保護法益，是否優越於所侵害法益之法益平衡問題，且防衛者能否另以逃避、迂迴方式，取代直接反擊行為，亦在所不問。

理由在於，對於違法侵害之正當防衛行為，本質上是以「正對不正」之權利行使行為。在防衛人以防衛行為保護自己法益之際，同時也積極地捍衛了整體法秩序，因此在刑法規範體系，不但排除防衛行為之違法性，更承認其權利性質，此與基於法益權衡比較，以「正對正」之緊急避難，有本質上差異。

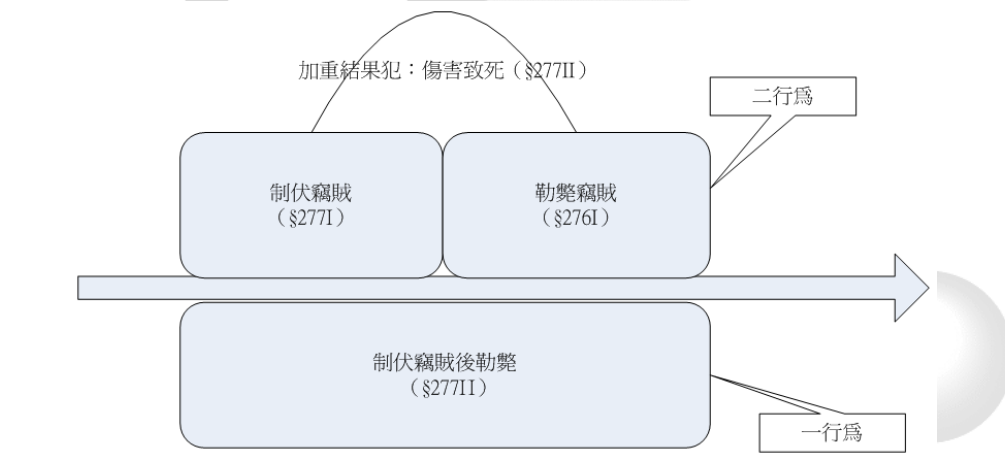
^{註8}林東茂，《刑法綜覽》，一品，2015 年，頁 1-112；林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2014 年，頁 307。

(三) 防衛意思

所謂正當防衛乃對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為而言，亦即正當防衛除於客觀要件須遇有現在不法之侵害外，於主觀要件上須有正當防衛情勢之認識，即須有**防衛行為事實之認識及防衛意思**。而所謂防衛意思，包括對於正當防衛之情勢、防衛行為事實等之認識，並且出於防衛自己或他人權利或法益之認識（93台上6345決）。

參、構成要件－防衛過當罪名之特定

屋主甲先將乙制伏後，其後續將竊賊乙勒昏的行為有疑問的是，甲所成立、而得進入刑法第23條正當防衛討論之「罪名」，究係刑法第277條第2項傷害致死，抑或刑法第276條第1項過失致死罪^{註9}？



^{註9}此為「臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會刑事類提案第 1 號」案例事實：A、B 均為某廚房工作人員，某日，A 因認 B 工作時情緒控管不佳影響他人，遂出言規勸，B 聞言惱怒而衝向 A，雙手抓住 A 之領口、掐住 A 頸部、並將 A 推擠至牆角，A 因而跌坐在地，惟 B 仍跨騎在 A 身上，雙手掐住 A 頸部不放。此時，A 為排除來自於 B 之現在不法侵害，遂基於傷害他人身體之犯意，順手取得廚檯上其所有之牛排刀 1 把持之刺擊 B，並因刺擊時不慎用力過猛，致 B 發生出血性休克、右頸部穿刺傷併內出血及胸鎖乳突肌斷裂、右臂神經叢合併右上肢活動不全等嚴重減損右上肢肢體機能之重傷害結果。法院審理後，認為 A 係基於傷害他人身體之犯意而持刀刺擊 B，又 A 所面臨之情況，業已符合現在不法侵害之防衛情狀，所遂行之傷害行為亦係基於防衛意思所為；然其防衛行為以能自我脫困為已足，並無猛力刺擊之必要，且依當時情形 A 並非不能控制自身力道之大小，然 A 仍不慎用力過猛導致 B 受有上開重傷害之結果，其防衛行為已有過當。問：A 所成立、而得依刑法第 23 條後段減輕或免除其刑之「罪名」，究係刑法第 277 條第 2 項後段之傷害致重傷罪，抑或刑法第 284 條第 1 項後段之過失致重傷罪？

(一) 一行為說

防衛過當係指為排除現在不法侵害之全部防衛行為欠缺必要性及相當性之情形之義，必係防衛行為，始生是否過當之問題，若其行為與正當防衛之要件不符，如基於犯罪之意思而為者，即非防衛行為，自無是否過當之可言，又正當防衛是否過當，應就其行為之全部加以判斷，既不得就其行為之一部是否正當防衛為其判斷之依據，亦非從其各個防衛行為是否超越相當性，定其是否防衛過當。

因此，自應將屋主甲上開故意傷害及過失致死之行為視為一體，對甲論以**傷害致死之加重結果罪**，並依刑法第 23 條但書防衛過當之規定減輕其刑。**法院座談會審查意見採此說**。

許恒達教授亦贊同此見解並認為：1.應維持一行為的評價基準，不至於讓行為人罪名數無故擴張到獨立兩罪；2.可透過擴大解釋防衛過當類型，承認「**延展型防衛過當**」，使得防衛者得以減刑，「此一作法一方面不讓防衛者可以阻卻違法，符合後階段欠缺防衛情狀時論理的一貫性，另一方面，也利用減刑的防衛過當法律效果，讓防衛者或得合理程度的刑責優惠^{註10}。」也因此，應以單一行為、單一論罪（傷害致死罪）評價甲的反擊行為。

之所以選擇傷害致死罪作為構成要件評價基礎，理由在於甲基於傷害故意壓制乙後，縱使其以喪失意識，甲仍未改變原先本於傷害故意的攻擊想法，考量整個犯罪過程，甲均有明確傷害故意，也對對於反擊過程中可能導致乙死亡的風險有所預見具有過失，因此應論以單一傷害致死的構成要件^{註11}。

(二) 二行為說

1.關於構成要件該當行為經認定屬防衛過當後，應如何適用法律一事，國內學說多僅依刑法第 23 條但書「但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑」之規定，而以「防衛過當」之行為雖具有違法性，但考慮到防衛者難免因慌亂而有過當之情形，因此基於**期待可能性**之觀點，在罪責層面予以減輕「刑度」之部分予以討論；

^{註10}許恒達，〈屋主的逆襲—再論延展型過當防衛〉，《月旦裁判時報》，第 41 期，2015 年 11 月，頁 53。

^{註11}許恒達，〈屋主的逆襲—再論延展型過當防衛〉，《月旦裁判時報》，第 41 期，2015 年 11 月，頁 55。

至多進一步基於防衛者可能自始欠缺有責性之觀點，而對刑法第23條但書僅規定法律效果為「減輕或免除其刑」、而未規定「不構成犯罪」之立法有所評論。但防衛過當者，除「刑度」之層面值得關心外，若考量到各相關罪名之法定刑輕重可能相距甚多，則關於其究應成立何種「罪名」一事，亦屬甚為重要之事；然而，關於防衛過當行為之罪名究應為何，國內文獻上少有系統性之探討，反之僅常屬零星於相關處略敘其結論而未見詳細之理由。

2.最高法院76年度台上字第6807號刑事判決謂：「…正當防衛是否過當，應就其行為之全部加以判斷，既不得就其行為之一部是否正當防衛為其判斷之依據，亦非從其各個防衛行為是否超越相當性，定其是否防衛過當，則原判決認為胡○泉持刀砍傷尤○旭腳部4刀為正當防衛行為，而嗣後將尤○旭抓住做擋箭牌，致尤○旭被誤殺死亡，係防衛過當，具有不確定之故意，依刑法第23條但書減輕其刑，顯難調合。」固然文義上似乎否定了就行為人所為行為加以區分判斷之可行性，然若依該判決所稱行為人係先「持刀砍傷被害人腳部」、嗣後「將被害人抓住做擋箭牌致被害人被誤殺死亡」之具體案例事實以觀，因並非典型之加重結果犯情形，則該判決所稱「應就其行為之全部加以判斷」是否包含刑法第17條所定加重結果犯之概念在內，似乎並不明確。且刑法第17條關於加重結果犯之規定，其文義係以「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能遇見其發生時，不適用之。」亦僅將加重結果之發生作為加重行為人刑度之條件，而非謂行為人一旦於構成要件階段成立加重結果犯之罪名後，於違法性階段之判斷上仍須將加重結果與初始行為視作不可分割之一體。

3.且按，防衛行為是否過當，學說上均認以防衛行為逾越「必要性」（採取有效手段中最溫和之手段）要件為其判斷標準，其判斷時應就不法侵害者之攻擊方法與其緩急情勢，由客觀上審查防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之（最高法院97年度台上字第3538號判決參照）。

4.因此，屋主甲對竊賊乙基於傷害故意將其制伏於地並受傷之防衛行為，因不慎用力過猛導致乙窒息死亡的加重結果，既然於概念上得以區分為「故意傷害」、「過失致死」等兩部分之構成要件該

當行為。

(1)首先「甲對竊賊乙基於傷害故意將其制伏於地並受傷之防衛行為」部分，於一般人之合理判斷下，亦難認有何違反必要性之情形可言，是其所為「故意傷害」部分之所為，本難認有何防衛過當之情形可言，應依刑法第23條前段正當防衛之規定阻卻違法。

(2)至於「過失致死」之逾越正當防衛必要性結果，僅係其整體行為中「不慎用力過猛導致發生死亡結果」之部分，是應以防衛過當之概念加以評價者，至多應僅及於其「過失致重傷」之行為，故於本例中，甲所成立之罪名應係過失致重傷罪，並依刑法第23條但書防衛過當之規定減輕其刑^{註12}。

肆、違法性—延展型防衛過當

有疑問的是，防衛者甲確實受有不法侵害，惟防衛情狀業已結束，而防衛者處於情緒驚恐而無防衛情狀情況下，繼續為防衛行為，是否能主張防衛過當事由而阻卻或減輕罪責^{註13}？

(一) 否定說

防衛者於繼續為防衛行為時，並無存在任何防衛情狀的不法侵害，既無防衛情狀，當然也沒有成立防衛過當的空間。至於防衛者因害怕行為人繼續為侵害行為而繼續防衛，其行為之評價可以主張：「容許構成要件錯誤」（主觀誤認有不法侵害，客觀上卻不存在不法侵害）或「容許錯誤」（主觀知悉無不法侵害，但仍自信具有合法防衛權，依§16處理）。

(二) 肯定說

肯定說者認為，防衛過當（§23但）的類型可區分為「強度型防衛過當」（手段強度選擇過當）及「延展型防衛過當」（防衛手段實施時點延展過當）。所謂「強度型防衛過當」，即為§23但書所規範典型行為態樣，係指防衛者在面臨他人不法侵害下，逾越必要性而為防衛行為；至於所謂「延展型防衛過當」，則指「行為人原先

^{註12}士林地院係認為屋主甲係構成過失致死罪的防衛過當行為，明顯地採取此說。

^{註13}整理自：許恒達，〈延展型過當防衛〉，《月旦法學教室》，第114期，2012年4月，頁34以下；許恒達，〈屋主的逆襲—再論延展型過當防衛〉，《月旦裁判時報》，第41期，2015年11月，頁49-59。

面臨不法侵害，而採取必要防衛手段排除不法侵害後，因為驚恐而在時間、空間不中斷的情況下，另行攻擊原不法侵害者，雖然後階段侵害行為並無明確的不法侵害，但基於與前階段合法防衛行為的整體關係，仍應該擴張解釋第二三條但書^{註14}。」

【延展型防衛過當】

甲在深山中持刀恐嚇情侶乙、丙兩人，乙為了保護自己及丙，搶起身邊球棒將甲打昏，但因害怕甲又再起身反擊，乙因而再一次以球棒攻擊昏迷中的甲，甲的手部因而受傷^{註15}。

【答題關鍵】

許恆達教授認為：「乙故意打昏甲，並再故意傷害甲的手部，都是出於同一犯意而連續發動的接續行為，該當故意傷害既遂罪的構成要件；而在違法性的層次，行為的前階段存在不法侵害，主觀上，防衛者在整個行為過程中也有防衛意識，但其反擊行動脫逸了合法防衛的時間界限，因此不能透過正當防衛阻卻違法，只能到罪責部分評價；而在罪責階層，乙於後階段的反擊已然不再是於合法防衛時段之內，但該項反擊其實源自既有的防衛情狀（不法縮減），而為了保護自己，在時間、空間無重大間隔的前提下，出於恐懼、緊張或激動而採取防衛手段（罪責縮減），故符合刑法第 23 條但書的防衛過當規定，綜上，乙成立故意傷害罪，但得減、免刑責^{註16}。」

伍、案例簡析

甲與其妻丙返家，甲欲進入屋內浴室時，發覺竊賊乙躲藏於浴室門板後方，乙隨即揮拳攻擊甲並欲衝出浴室，甲旋出於防衛意思與之發生扭打，制伏乙並使其受傷。其後，甲仍持續壓制乙之臉部並緊拉其衣領，致乙窒息死亡。問：甲上開行為刑事責任如何？

甲壓制以致其死亡的行為，構成刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪，惟得主張防衛過當減輕罪責（刑法第 23 條但書）。

1. 首先有疑問者在於，甲之行為可分為「壓制乙」與「勒斃乙」前後行為，應

^{註14}許恆達，〈延展型過當防衛〉，《月旦法學教室》，第 114 期，2012 年 4 月，頁 35。

^{註15}本題係取自：許恆達，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，第 18 期，2016 年 3 月，頁 177。

^{註16}許恆達，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，第 18 期，2016 年 3 月，頁 180。

如何檢討其罪名？

- (1)有認為，應以「二行為」作為區分。就「**甲對竊賊乙基於傷害故意將其制伏於地並受傷之防衛行為**」部分，於一般人之合理判斷下，亦難認有何違反必要性之情形可言，是其所為「**故意傷害**」部分之所為，本難認有何防衛過當之情形可言，應依刑法第 23 條前段正當防衛之規定阻卻違法。至於「**過失致死**」之逾越正當防衛必要性結果，僅係其整體行為中「不慎用力過猛導致發生死亡結果」之部分，甲所成立之罪名應係過失致過失致死罪，並依刑法第 23 條但書防衛過當之規定減輕其刑。
 - (2)惟管見認為不論是甲的「壓制」或「勒斃」行為，**考量整個犯罪過程，甲均有明確傷害故意**，也對於反擊過程中可能導致乙死亡的風險，雖無構成要件之故意，惟甲有所預見而具有過失，因此應論以單一傷害致死的構成要件。否則將造成強行割裂甲主觀想法為二行為之批評。
- 2.於違法性階層，甲「壓制並勒斃」乙的一行為是否得主張正當防衛阻卻違法？
- (1)有認為，雖然甲於壓制竊賊乙時，係屬於對於現在不法侵害予以正當防衛情狀；惟一旦竊賊遭到壓制，現在不法侵害情況即以消滅，甲後續不慎勒斃乙的行為，當時已無防衛情狀存在，形成甲的同一行為一部分具有防衛情狀，一部分不具防衛情狀，而認為甲之行為均不得主張正當防衛阻卻違法。
 - (2)惟管見認為，此時可適度承認「**延展型防衛過當**」。所謂「**延展型防衛過當**」，則指「行為人原先面臨不法侵害，而採取必要防衛手段排除不法侵害後，**因為驚恐而在時間、空間不中斷的情況下，另行攻擊原不法侵害者，雖然後階段侵害行為並無明確的不法侵害，但基於與前階段合法防衛行為的整體關係，仍應該擴張解釋第二三條但書。**」
 - (3)系爭案件中，甲壓制反擊的前行為雖有防衛情狀存在，惟後階段不慎勒斃行為已無防衛情狀存在，然後階段行為係與前階段反擊屬於同一行為的延展，甲出於驚恐而繼續進行正當防衛，可主張延展型正當防衛，依刑法第 23 條但書減輕或免除罪責。又可再考量刑法第 59 條量刑之減輕事由。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！