

重要論文導讀 ①

屋主的逆襲—再論延展型過當防衛

編目：刑法

出處	月旦裁判時報，第41期，頁49-59	
作者	許恆達教授	
關鍵詞	正當防衛、延展型過當防衛、強度型過當防衛、誤想防衛	
摘要	按刑法第23條但書之規定，防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。傳統學說與實務上大多僅討論「強度型過當防衛」，本文則以較為少見的「延展型過當防衛」作為探討對象。針對防衛者的行為數認定問題，本文採取單一行為說，亦即整個過程僅存有單一防衛意思，僅成立一行為，至於我國刑法中並未明文規定只有強度型過當防衛得減輕或免除其刑，在延展型過當防衛的案例中，只要具備不法與罪責的雙重減縮效果，防衛者仍得減輕或免除其刑。	
重點整理	案件事實	本案被告甲曾服役於海軍陸戰隊，曾受搏擊訓練，某天偕同有孕在身的妻子乙出外遊玩，家中卻遭慣竊丙闖入行竊。甲與乙返家後，丙不及逃出，躲在浴室，甲發現浴室內情形有異，門內有人，推開門後，丙揮拳襲擊甲並企圖逃出，甲為保護乙與腹中胎兒，擔心遭到丙之攻擊，欲將丙控制在浴室內，兩人發生扭打，甲利用受過的專業訓練制伏丙，以手肘緊壓下顎，待警察趕到後，發現丙不再掙扎才鬆手，此時丙已失去意識，送醫後因呼吸衰竭而不治死亡。
	爭點說明	<p>一、構成要件 甲以手肘壓制丙下顎的行為，主觀上應當對丙的人身法益侵害有所認知，據此，本案應以故意傷害或是殺人罪檢驗，抑或是基於甲無殺人故意而論過失致死罪，即有釐清之必要。</p> <p>二、阻卻違法事由 按刑法第23條規定，正當防衛之成立客觀上須存在防衛情狀，且行為人的防衛行為非屬過當並通過合宜性限制的檢驗，主觀上亦須具備防衛意識。必須先檢視正當防衛的要件後，才能由此進一步判斷行為人有無防衛過當等情形存在。</p> <p>三、容許構成要件錯誤 一開始丙攻擊甲的行為產生防衛情狀，惟其後丙因為甲的壓制而陷入昏迷，此時似成為誤想防衛的狀況：不存在防衛情狀，但甲仍具有防衛意識。另依通說見</p>

重點整理	爭點說明	<p>解，誤想防衛等容許構成要件錯誤的情形中，應論以過失犯，是否因此而影響甲的刑責？</p>
	行為數判斷	<p>一般而言，正當防衛係面對他人的不法侵害行為時，以符合手段必要性的攻擊行為阻止對方的侵害行為，防衛行為也隨著侵害的停止而結束。</p> <p>本案與典型的正當防衛問題相異處在於，丙揮拳攻擊甲，甲反擊並壓制丙，都是針對不法侵害存在所生的防衛行為，但甲的行為並未因此結束，而是為了確保妻子與胎兒安全，繼續壓制丙相當時間直至昏迷，當丙昏迷時防衛情狀即告消失。</p> <p>準此，甲對丙的反擊行為，是否因前後正當防衛情況的存在與消失，而需要區分成二個行為加以論罪？</p> <p>一、德國通說：兩行為說</p> <p>防衛情狀之有無，會影響行為人得主張正當防衛阻卻違法，或是只能成立誤想防衛再討論是否將主觀歸責論以過失犯。採取兩行為說者，係以防衛情狀存在與否將行為人的反擊行為切割為前後二階段，再分別論罪。</p> <p>前行為階段中，客觀上存在防衛情狀，行為人主觀具有防衛意思且採取最小侵害的防衛行為，構成正當防衛而阻卻違法。</p> <p>後行為階段則因客觀上的防衛情狀已經消失，但行為人仍具防衛意思，應進入誤想防衛之討論，通說認為阻卻故意歸責論以過失犯。</p> <p>承上，該過失犯罪是否可以再依防衛過當而減輕或免除其刑，德國學說存有兩說：一說認為可以再依正當防衛規定之但書減輕其刑；另一說則認為過當防衛須存在防衛情狀，誤想防衛的案例中既然沒有防衛情狀，自然也無法再適用防衛過當的寬恕事由。</p> <p>二、許恆達教授見解：單一行為說</p> <p>上述兩行為說係以防衛情狀作為切割行為人前後兩個行為的時點，卻會違背以行為人主觀意思作為行為數認定的原則，許恆達教授分析，只要行為人從頭到尾都是出於單一反擊意思，除非另外發生侵害其他法益的主觀認知，否則就只能論以一行為，兩行為說不但割裂單一犯意的評價，也造成行為人必須承擔兩罪併罰的不當論罪評價。</p> <p>為了處理防衛事由消失的問題，許恆達教授認為可以</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理 本案被告 之刑責 判斷	行為 數判斷	藉由擴大解釋防衛過當的方式，引入 延展型防衛過當 類型，承認因為防衛手段可以逾越原本的合理防衛期間，藉此完整評價行為人單一反擊意思所包含的完整過程，另一方面也使其得以適用防衛過當的減免罪刑規定，解決上開爭議。
		<p>一、構成要件</p> <p>客觀上，甲以手肘壓制丙的下顎，造成丙的人身傷害，在丙昏迷之後甲仍繼續壓制行為，使其不能呼吸而死亡，甲的壓制行為與丙遭受的傷害與死亡結果之間，具有因果關係。</p> <p>主觀上，甲受過專業訓練，應知道壓制下顎的行為會造成他人身體傷害，具有傷害丙的故意，問題在於，甲是否具有造成丙死亡的殺人故意？</p> <p>行為人有無故意之認定，規定於我國刑法第 13 條，又可再細分為該條第 1 項的直接故意與第 2 項的間接故意。直接故意係指行為人清楚認知到行為將產生犯罪之結果，且期待此結果發生；如果只是認知到犯罪結果的發生，再按行為人對於侵害結果抱持的態度區分成間接故意或有認識過失，如果犯罪結果之發生不違背行為人之本意，即有間接故意，若是行為人本無此期待，僅成立有認識過失。我國通說與實務對於行為人主觀上的故意過失多採綜合判斷立場，須針對個案中的各種條件，包括：行為人的行動方式、行為動機或是期待結果不發生的信賴度高低等。</p> <p>甲對丙的壓制行為只是為了控制丙的行動，避免傷害其家人，並無期待死亡結果之發生，丙之死亡亦非甲之本意，難認甲有容許此結果發生之間接故意。另一方面，以雙肘壓制下顎，該部位接近呼吸道，依照甲受過專業訓練的背景，仍能夠預見到丙可能會因此死亡的可能性，故對於死亡結果尚有預見可能性，具有過失。</p> <p>二、違法性</p> <p>甲之行為得否阻卻違法，可依照刑法第 21 條第 1 項與刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定的依法令逮捕現行犯，以及刑法第 23 條正當防衛規定分別討論。</p> <p>現行犯不問任何人均得逮捕之，係得依法令阻卻違法之行為，然參酌刑事訴訟法第 90 條與第 92 條第 1 項等規定，可知逮捕現行犯之行為強度仍有其限制，不</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	本案被告之刑責判斷	<p>得逾越必要程度，本案中甲造成丙死亡之結果，不得主張依法令行為阻卻違法，同時，上述規定中，也無因行為過當而減免刑事責任之規定。</p> <p>刑法第 23 條正當防衛之成立，必須具備三項要件：防衛情狀存在、行為人具防衛意思，以及有效的防衛行為能夠符合必要性與合宜性。</p> <p>丙違法入侵甲的住宅，且又出手攻擊，甲的壓制行為，在流程前階段僅造成丙受傷，不但係侵害最小的有效防衛手段，亦無特殊社會倫理合宜性限制，屬於正當防衛阻卻違法。惟在行為後階段，壓制行為造成丙的死亡，由於丙已經先昏迷，此時需要反擊的防衛情狀已不復存在。</p> <p>承上所述，許恆達教授認為由於甲從頭到尾都只有具備單一的反擊意思，據此也只能整體認定成一個防衛行為，只有流程的前後階段都符合要件時才能阻卻違法，據此，甲的反擊行為即因後階段中防衛情狀消失，不能主張正當防衛阻卻違法。</p> <p>三、罪責</p> <p>刑法第 23 條但書有防衛過當得減輕或免除其刑之規定，許恆達教授分析，典型的防衛過當係指個案中存在防衛情狀，行為人也具備防衛意思，只是防衛手段無法通過適當性、必要性或合宜性之層次，屬於「強度型防衛過當」。相較之下，本文所評析的個案係行為流程的前階段成立正當防衛，延續到後階段卻發生防衛情狀消失的情況，此時行為人逾越的不是防衛手段的容許性，而是得正當防衛的行為時點，學說稱此為「延展型防衛過當」。</p> <p>按德國通說見解，典型過當防衛得以減輕刑責的原因在於具備「不法與罪責的雙重縮減」。所謂逾越必要性或合宜性的防衛手段，係指在防衛情狀之外，行為人還造成侵害者額外的法益損害，就逾越此界限以外的侵害行為，雖具備不法性，整體而言仍具不法的縮減效果；另一方面，行為人所採取的過當防衛行為，乃基於當下的驚恐、害怕或擔心等情緒反應而來，造成期待可能性降低，此為罪責縮減的理由。另應注意的是，即使不法與罪責皆有縮減效果，防衛過當仍需在罪責層次討論之。</p> <p>許恆達教授認為，不法與罪責的雙重縮減乃屬過當防</p>
------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>本案被告之刑責判斷</p>	<p>衛行為得以減輕刑責的基礎，然而由此亦可推論出，只要能夠在不法與罪責上都具有縮減事由，也不限於強度型防衛過當才有刑法第 23 條但書之適用。</p> <p>延展型防衛過當雖在要件上與強度型防衛過當有所出入，仍具上述的雙重縮減效果：在行為的前階段具有防衛情狀，得認為阻卻違法；行為後階段防衛情狀消失，使行為人侵害逾越正當防衛界限的法益，此時屬「合法防衛時段逾越合法界限」，雖然不是強度型防衛過當的「手段強度逾越合法界限」，但亦屬不法之縮減。至於罪責層次上，防衛行為人因為侵害者施加的不法侵害，仍有驚恐或緊張等情緒，亦有罪責的縮減效果。</p> <p>針對上開推論，採取二行為論者勢必提出質疑，後階段乃誤想防衛，既然客觀上不存在防衛情狀，就不會有不法效果的減縮，既然如此即不能適用防衛過當的減刑規定。就此批評，許恆達教授自一行為說出發，強調防衛者的單一防衛意思不該強切成二行為，既然前後行為階段都存在延續的單一防衛意思，就不應單將後階段以誤想防衛處理。</p> <p>四、結論</p> <p>本家中，甲在構成要件上成立一個故意傷害致人於死罪，在違法性的判斷上，則不能成立現行犯逮捕與正當防衛等阻卻違法事由。</p> <p>罪責層次上應探討有無防衛過當規定之適用，本案屬於延展型防衛過當，由於自始至尾都僅具單一防衛意思，雖然行為後階段中已不存在客觀上的防衛情狀，甲仍得依刑法第 23 條但書減輕其刑，若情堪憫恕，則得再適用刑法第 59 條減刑。</p>
<p>考題趨勢</p>	<p>一、延展型防衛過當與強度型防衛過當在定義上有何差異？</p> <p>二、延展型防衛過當係屬單一行為或是兩行為？各別的法律效果應如何認定？</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>一、柯耀程，〈用槍過當？—評最高法院一〇四年度台上字第三九〇一號、臺灣高等法院一〇四年度上訴字七八七號、桃園地方法院一〇三年度矚訴字第一九號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 45 期，2016 年 03 月，頁 33-39。</p> <p>二、許恆達，〈延展型過當防衛〉，《月旦法學教室》，第 114 期，2012 年 04 月，頁 33-35。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>	