

名師啟試錄 ①

正當防衛的客觀要件

編目：刑法

主筆人：榮台大

一、防衛情狀

(一)不法侵害他人權利

1.不法性

攻擊者的行為必須是在人的意思所支配下，該當構成要件並具備違法性的「不法」行為，非刑法上之行為（例如：自然災害、動物攻擊）、得阻卻違法之行為（例如：公務員依法令^{註1}、正當防衛^{註2}、緊急避難）等，皆不得對之正當防衛^{註3}；相對地，阻卻或減輕罪責者之行為，例如：七歲小孩偷摘水果、精神障礙者持自製炸彈狹持孩童揚言射殺之行為，均屬具防衛情狀的不法行為^{註4}。

2.他人權利

【案例一】

榮民乙長期家暴陸籍妻子甲，導致甲患有受虐婦女創傷症候群及重度憂鬱症。某日乙再度持刀威脅甲，若不聽話將剝掉甲腦袋，甲隨手拿起鏡台上榔頭，朝乙頭部敲擊致乙死亡。

「出於防衛自己或他人權利」所指的「權利」限於有特定或具體受害人的權利，若攻擊者所侵害的對象為無具體被害人的權利，因為維護公共秩序是國家的任務，倘若任由民眾為之，則人人得以國家警察自居而成為亂源，故不得為保護該利益而主張正當防衛^{註5}。

^{註1}最高法院 102 年台上字第 3666 號判決。

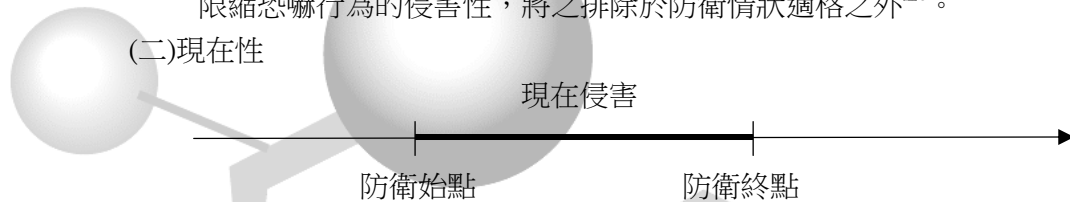
^{註2}最高法院 25 年上字第 3713 號判例。

^{註3}王皇玉，《刑法總則》，四版，2018 年，頁 283-284；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018 年，頁 244。

^{註4}王皇玉，《刑法總則》，四版，2018 年，頁 284-285；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018 年，頁 244；陳子平，《刑法總論》，四版，2017 年，頁 259。不同意見認為，具備罪責的行為始能對之主張正當防衛，參照黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2012 年，四版，頁 232-235。

^{註5}林山田，《刑法通論（上）》，十版，2018 年，頁 319；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，四版，2012 年，頁 228；王皇玉，《刑法總則》，四版，2018 年，頁 286；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018 年，頁 245；甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，

【案例一】中，雖乙還未實現所預告的惡害，其涉及的恐嚇危安罪（§305）所保護的是甲的意思自由，該等行為仍屬一種不法侵害，惟因甲所預期的惡害客觀上並無急迫性，僅為甲主觀上對於不法侵害的恐懼感，故在嚴格限制正當防衛要件的出發點之上，應目的性限縮恐嚇行為的侵害性，將之排除於防衛情狀適格之外^{註6}。



「現在…之侵害」不僅指侵害已經開始，尚包括即將發生或已經發生而仍在進行中的侵害，但必須藉由利益保護的觀點來避免過度擴大現在性的判斷，導致攻擊者受到過度侵害^{註7}。

1.防衛終點

【案例二】

乙在甲的香氛店竊得菸草香水後逃離現場，立即被甲發現並予以追捕。在追捕中，甲對乙丟石塊打傷乙的大腿。

無論是狀態犯或繼續犯，當侵害行為已結束，即屬過去不法侵害，若加以反擊就成了報復而非防衛^{註8}，故【案例二】的乙攜贓逃逸的過程已屬既遂，但因乙尚未建立穩固支配，故仍屬對甲的現在侵害，甲傷害乙的行為得主張正當防衛^{註9}。

二版，2006年，頁153。

^{註6} 薛智仁，〈家暴事件的正當防衛難題—以趙岩冰殺夫案為中心〉，《中研院法學期刊》，第16期，2015年3月，頁14-18。

^{註7} 林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁322。

^{註8} 最高法院103年台上字第822號判決。

^{註9} 換言之，既未遂與現在侵害的判斷無必然關連，參見林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁321；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018年，頁248；陳子平，《刑法總論》，四版，2017年，頁255；王皇玉，〈竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛—評最高法院91年度台上字第4003號判決〉，《月旦法學雜誌》，第107期，2004年4月，頁238。

2. 防衛始點

【案例三】

乙計畫開槍殺甲，某日攜帶手槍開車前往甲家，車停妥後發現甲在家門口，乙下車慢慢走向甲，未料在距離甲約 5 公尺處不慎跌倒，預藏的手槍隨之掉落地上，乙爬過去準備撿拾槍枝。甲為了自保，隨即撿起身旁掃把打乙頭部，造成乙頭部流血。

(1) 有效理論（通說）

從目的解釋來看，正當防衛的產生是為了讓人的利益不至於遭受不法侵害，因此若超過此一時點，則防衛者無法達到防衛目的，或者必須開始承擔風險，或是必須付出額外的代價，該時點之後的侵害即可被認為具備現在性^{註10}。

【案例三】中，乙準備撿拾槍枝的行為，雖僅為殺人的預備階段，然若此時不允許甲進行防衛，其可能在下一秒遭受乙的槍擊，故該時點具有法益侵害的急迫性，甲得主張正當防衛。

(2) 未遂階段說（實務）

一個侵害行為著手後，方有不法評價存在，故不法侵害必須達到著手程度，亦即典型構成要件行為前的密接行為時點，防衛者始得進行正當防衛^{註11}。故【案例三】的乙撿拾槍枝僅為殺人的預備行為，尚無現在不法侵害可言，甲持掃把攻擊乙並非正當防衛^{註12}。

最高法院 101 年台上字第 3827 號判決

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。

^{註10}黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，四版，2012年，頁230-232；高金桂，〈義憤殺人罪與正當防衛〉，《月旦裁判時報》，第2期，2010年4月，頁122；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139。

^{註11}最高法院27年上字第2879號判例。學說同此見解者，參見柯耀程，〈正當防衛界線之認定〉，《月旦法學雜誌》，第60期，2000年5月，頁86-89；王皇玉，〈竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛〉，《月旦法學雜誌》，第107期，2004年4月，頁236。

^{註12}類似案例與相同結論，參照最高法院84年台上字第1057號判決。

(3)預備行為最後階段說^{註13}

以犯罪階段來觀察現在侵害，為了平衡攻擊者與防衛者的利益保護需求，侵害現在性的認定不應限於於著手實行後，只要侵害著手實行之前，且緊鄰於密接行為的預備行為最後階段，即為現在侵害。

據此，【案例三】的乙在預定範圍撿拾槍枝，即可預期其下一步將瞄準甲並開槍，故撿拾槍枝的時點即為預備行為的最終時點，構成現在不法侵害，甲傷害乙之行為屬正當防衛。

3.評析

從「侵害即將開始、已經發生且正在持續進行中」來定義「現在性」看似清楚，但所謂「即將開始」或「已經發生」，都只是換個詞來描述「現在」，並無法用來劃分過去、現在以及未來侵害。為了找到更具體的標準，學說上有幾種解釋途徑：第一種是從犯罪階段來觀察，也就是「未遂階段說」及「預備行為最後階段說」，而因為前者對防衛者的保護不足，後者才將現在性的時點往前移到預備的最後一個階段。但是正當防衛主要目的在於個人權利的保護，這跟用以決定國家何時發動刑罰權來保護法益的犯罪階段理論，兩者並不相同，且當著手與預備時點的認定已經是個大問題時，要再劃分出最後階段的預備行為，實在讓人一個頭兩個大。

第二種說法則是用防衛的有效與否來確定現在侵害。其實從有效達到防衛的目的來決定侵害是否具備現在性，注定會脫離「現在性」的文義界線，尤其是在持續性的家暴案件中，若預期將再遭受拳腳相向而在家暴者睡覺時施以防衛行為，勢必會承認「預防性正當防衛」（對未來不法侵害的防衛）的合法性，只是這樣對攻擊者的權利保護不周，且也將模糊正當防衛與緊急避難的界線。

二、防衛行為

(一)有效性與必要性

【案例四】乙於夜晚徒手翻牆侵入甲宅，甲對乙開數槍將之擊斃。
 【案例五】乙計畫對甲強制性交，將甲壓制在床上並伸出舌頭強吻，甲為抵抗咬傷乙舌頭。

^{註13}許恒達，〈正當防衛與不法侵害的現在性〉，《月旦法學教室》，第185期，2018年3月，頁25。

防衛行為必須是相同有效的手段中侵害最小的一個^{註14}，不限於不得已的唯一手段^{註15}，且基於維護法秩序的立場，防衛者無須優先採取迴避措施^{註16}。若最小侵害的手段可能讓防衛者必須承擔額外的風險，則可使用較有效的手段^{註17}。而防衛手段是否必要，應以事前理性第三人的角度，考量侵害者的攻擊方式、緩急情勢、危險性等因素綜合判斷^{註18}，超出必要性的防衛手段應以過當防衛（§23 但）評價之。

據此，【案例四】的乙未攜帶槍械進入甲宅，對甲的生命身體法益應不至於造成立即危險，故甲對乙開數槍並非最小侵害手段，不符合必要性的要求^{註19}；相對地，【案例五】的甲因無法呼救而咬傷乙舌頭以為抵抗，顯未超越必要之程度，自屬正當防衛^{註20}。

最高法院 63 年台上字第 2104 號判例

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，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。

(二)利益衡量？

通說認為，不同於緊急避難有風險轉嫁的特質，正當防衛的判斷無須經過利益衡量的程序。因為正當防衛係為了保護個人利益與法秩序效力而存在，這兩種保全的利益加起來永遠大於受侵害的個人利益^{註21}，且防衛者若於行為時必須考慮利益的衡量，則攻擊者將永遠立於不敗之地，侵害行為也將永遠是一種穩賺不賠的投資行為，最後變成刑法

^{註14}黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，四版，2012年，頁179。

^{註15}最高法院 95 年台上字第 5617 號判決。

^{註16}林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁326；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018年，頁252。相同結論見許恒達，〈退避義務與防衛手段的必要性〉，《月旦法學教室》，第193期，2018年11月，頁24。

^{註17}黃惠婷，〈當防衛之防衛行為〉，《台灣法學雜誌》，第29期，2001年12月，頁134-135。

^{註18}林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁325。

^{註19}最高法院 24 年上字第 4738 號判例。

^{註20}最高法院 52 年台上字第 103 號判例。

^{註21}林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁326；王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁289；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018年，頁253。

鼓勵不法侵害行為^{註22}。

(三)社會倫理限制

【案例六】5歲兒童乙爬到鄰居甲的香蕉樹上偷摘櫻桃，甲朝乙開槍讓乙「呱呱落地」。

【案例七】乙進入甲家欲偷甲桌上的海南雞飯，甲開槍將乙射殺。

【案例八】中二生乙因為媽媽甲禁止他看巧虎而罵甲是「沒三小路由的老查某」，甲在乙還沒罵完時就拿菜刀砍傷乙。

1.基本概念

「社會倫理限制」係指，防衛權的行使即便原則上不受到利益優位性的拘束，但當個案具備最低底線的社會連帶義務時，本於社會倫理性的要求，得例外要求防衛者迴避侵害或實施較低強度的防衛手段^{註23}，包括：攻擊者為無責任能力人、防衛行為所保護的利益與造成的損害顯然不成比例、攻擊者與防衛者具最近親屬關係等^{註24}。

據此，【案例六】的乙為無責任能力人，其所為的竊盜行為對於法秩序的干擾極為有限，甲未優先採取消極防護措施而逕行開槍擊落乙，已違反退避義務、【案例七】中，比較甲被侵害的財產法益與其反擊所侵害的生命法益，兩者顯不成比例、【案例八】的甲對乙負有保證人地位，應優先採取消極迴避措施，或較溫和的防衛手段（例如：勸導乙說巧虎不會希望他的粉絲這樣講話），故此三則案例的甲均不得主張正當防衛^{註25}。

2.挑唆防衛？

【案例九】

甲知道乙的死穴是被批評唱歌難聽，但因甲對乙長期大聲唱歌干擾積怨已久，故為了激怒而嘲笑乙唱歌像雞在叫，乙一氣之下打甲，甲隨即拿預藏的愛心小手反擊。

「挑唆防衛」係指攻擊行為受挑唆者的挑唆而起，若行為人意圖利用自己所引發的防衛情狀以實施法益侵害的反擊行為，則屬「意圖

^{註22}黃榮堅，〈論正當防衛〉，收錄於：《刑罰的極限》，一版，2000年，頁101。

^{註23}此即防衛者的「退避義務」，參照許恒達，〈從個人保護原則重構正當防衛〉，《臺大法學論叢》，第45卷第1期，2016年3月，頁325。不符社會倫理限制的防衛行為被認為是權利的濫用，此所以社會倫理限制也被稱為「非權利濫用」，參照林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁328；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018年，頁252。

^{註24}王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁291。

^{註25}林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁329-330。

式挑唆防衛」^{註26}，【案例九】的甲認知到批評乙將引起乙的攻擊，並於此時具有藉乙攻擊來實施防衛的意圖，且甲也想憑乙的不法行為來反擊，以達阻卻違法的目的，故甲拿愛心小手傷害乙為意圖式挑唆防衛。

而挑唆者（甲）是否仍能主張正當防衛，則有所爭論：肯定說認為，甲的挑唆行為不影響其防衛權的行使^{註27}；否定說則主張，甲為「權利濫用」^{註28}或無防衛意思^{註29}，其防衛權應遭排除。

^{註26}林書楷，《刑法總則》，四版，2018年，頁138。由此可知，意圖式挑唆防衛的要件重在挑唆者的主觀想法，並未受到客觀要素的限制，學說上的不同意見則認為，挑唆行為應限於「客觀上違法、同時已然完成的前行為」，參照許恒達，〈正當防衛與挑唆前行為〉，《月旦刑事法評論》，第2期，2016年9月，頁122。

^{註27}最高法院18年上字第228號判例。

^{註28}林山田，《刑法通論（上）》，十版，2008年，頁331；陳子平，《刑法總論》，四版，2017年，頁王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁289-290；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018年，頁256；吳耀宗，〈挑撥防衛之問題〉，《月旦法學教室》，第101期，2011年3月，頁21。

^{註29}林東茂，《刑法總則》，一版，2018年，頁120。