

Chapter **2**

違法性

在違法性層次的學習上，最大重點當然是正當防衛、緊急避難。建議在大家閱讀正當防衛、緊急避難前，先理解其理論基礎並依該理論基礎進而思考防衛情狀（現在不法侵害中的現在性、不法性、侵害、應從事前或事後角度觀察）、防衛手段（足以排除侵害之最小手段應從事前或事後角度觀察、合宜性限制是否應存在及挑唆防衛）應採取哪種看法，會比較有體系感。要特別提醒的是，**防衛情狀與防衛手段應從事前或事後角度觀察，這是兩個不同層次的討論**，千萬不要搞混了～

而在緊急避難中，除應掌握基本避難情狀、避難手段如何描述外，要特別留意：相當性是否應存在、可歸責的緊急避難、強制性緊急避難應放在緊急避難中哪一個具體層次討論。大家在緊急避難最常犯的錯誤則是：**並沒有說明在答案中為什麼要採取合乎比例或應採取重大優越之利益衡量標準**，因此建議在衡平性之前，先說明本題是屬於攻擊性或防禦性緊急避難，如果尚有時間，甚至可以說明為什麼攻擊性緊急避難要採取重大優越、防禦性緊急避難只需要合乎比例即可。

期許大家在讀完本章考題後，能對於違法性各個要件可能涉及的爭議有所掌握，進而形成一套自己作答的體系，請享受以下的考題。



第一節

正當防衛

題型2-1-1 正當防衛——防衛情狀：「現在」「不法」侵害之判斷

(103政大第3題)

春節期間甲邀乙至家中相聚，兩人一邊看著電視政論節目，一邊發表自己的想法。聊著聊著，甲、乙意見相左漸起勃谿，在兩人大聲爭論時，乙突然對著電視高舉杯子，甲以為乙發脾氣要砸毀電視，甲雖然預見將乙推倒可能造成乙受傷，但是為了保全電視不被毀損，仍將乙推倒。乙跌倒時，頭部撞到地板，造成腦震盪，成為植物人。事實上，當時乙沒有要將電視砸毀，但其手上的杯子確實因為情緒過於激動，即將脫手飛向電視螢幕。試問甲之行為依刑法如何評價？（25分）

題型分析

本題完全就是在考正當防衛之各個要件應如何操作¹，可以讓大家熟悉現在不法侵害之防衛情狀與防衛手段如何判斷與涵攝，是一個非常值得練習，但非常不容易的題目！

1 就正當防衛之各個要件應如何解釋，特別是正當防衛銳利性、現在不法侵害如何解釋及是否須有合宜性之限制，涉及**正當防衛之理論基礎為何**，讀者在進入正當防衛章節前如果能對此有所理解，應較能理解為何各個學說對於正當防衛之解釋間有極大差異。具體而言，正當防衛之理論基礎有兼顧個人權利保護與法秩序確認之二元理論（通說見解）、部分法益懸置說（許恆達老師），法權理論（周漾沂老師），主觀權利說（薛智仁老師），上開爭議在本書中因篇幅所限無法詳細說明，惟本書是採取**主觀權利說**，依此見解，主觀權利既賦予個人在權利領域內完全不受他人意志的干擾，在他人無正當理由侵害其權利領域時，即得有效排除他人的干預，無須踐行任何迴避義務。且主觀權利既屬一種「權利」，則無論是生命、身體、甚或是財產權利受侵害，皆得直接予以反擊，**在考試上，大家不用每一個學說都會**，真的好多好難ㄟ！大家可以只會通說見解，或像我在準備考試的時候一樣，只會通說見解跟另一個最能說服你的見解就好啦（但是在讀的時候真的很有趣ㄟ?..?）。詳細內容可參，林書楷，刑法總則，2020年9月，頁132；許恆達，從個人保護原則重構正當防衛，國立臺灣大學法學論叢第45卷1期，2016年3月，頁351-362；周漾沂，正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點，臺灣大學法學論叢第48卷第3期，2019年9月，頁1240-1250；薛智仁，正當防衛與比例原則，月旦法學雜誌第291期，2019年7月，頁59-62。



具體而言：

- (一)首先，在**正當防衛的防衛情狀**中必須審查是否存在「現在不法侵害」：第一、在本案中，從事前角度或從事後角度觀察乙對著電視高舉杯子之行爲，會得到乙可能是過失毀損（事後角度）或乙只是高舉杯子，並未實施任何犯罪行爲（事前角度）的不同的結論，因此**防衛情狀應從事前角度或事後角度判斷**，是第一個應該提及的爭點。第二、如果對於防衛情狀的認定採取事後角度判斷，本文中乙將水杯丟向電視的行爲是「過失毀損」，而我國刑法典中並不罰過失毀損行爲，因此，第二個應該提及的爭點是：現在不法侵害中的「不法侵害」是否應限於刑事不法。第三、甲在乙尚未爲砸毀行爲時就推倒乙之行爲，則涉及現在不法侵害之「現在性」，如果大家寫完這些爭議尚有時間的話，可以將現在性標準之實務及學說見解詳細介紹並說明自己看法（詳細論述可參題型11-1，現在性標準也是正當防衛一定會要的爭點ㄗ！），但如果時間不足，因爲在本題當中無論採取哪一種現在性標準都會得到相同結論，因此，只要簡單的論述即可。
- (二)此外，在**防衛手段上**，甲之防衛手段是否逾越必要性，也詳細予以論述。在擬答當中雖然認爲甲的防衛行爲欠缺必要性，但是，如果我們認爲，在甲慌亂且緊急情形下，根本沒有要求甲先拍打乙手臂或搶走乙手上水杯的可能性，大家可能會有的問題是：甲推倒乙導致乙腦震盪，這到底是不是防衛過當？我初步認爲，對於必要性要素而言真正重要的是「防衛行爲」的必要性，而非「防衛結果」的必要性，這代表：如果具體防衛行爲是必要的，縱使該行爲可能導致更進一步的風險，該非預期性的影響也必須被包含在正當防衛範圍之內，因此，無論是被侵害者朝著他人腿部

Tips

在思考邏輯上，可以先思考侵害者所實施的犯罪行爲是否屬於不法侵害，再檢驗現在性，因為如果該犯罪行爲不該當不法侵害，就沒有檢驗現在性的必要。

不過，在具體答題上，還是要就題目給予的事實不同而將答題重點放在有爭議的地方，沒有爭議的地方就要簡短帶過哦！



射擊，而該子彈卻沿著腿部射中軀幹、或被受害者攻擊他人手臂反擊而導致他人腦震盪的情形，都應認為符合必要性要素的審查，在本案中，甲推倒乙的行為，就屬於妥當的防衛行為，而非防衛過當。

- (三)本題還有一個大家要留意的是，**甲雖對於乙受傷具間接故意，然而甲對於乙可能因此變成植物人一事，在題目中並未具體說明甲具間接故意**，因此，甲對於乙是否具重傷故意，或僅只是傷害致重傷，重點在於有認識過失與間接故意之區分，如果讀者有時間的話尚可將此爭議寫出，然而在時間不足情形下，從題目所給的暗示，出題老師應是假設甲不具備重傷罪之間接故意，因此我直接以傷害致重傷作答，倘若認定甲推倒乙之行為係傷害致重傷，則必須將結果加重犯之作答結構寫出。
- (四)最後，本題擬答是以行為人正確認知防衛情狀，但因出於慌亂恐懼無法採取正確必要防衛手段為討論前提，所以討論的方向是防衛過當。但是，也有可能甲是在慌亂恐懼情形下，自始誤判防衛情狀（如誤判乙仍可能起身攻擊甲），如果是這種情形，則應討論甲是基於防衛意識，在欠缺防衛情狀下所為之防衛行為是否可以主張誤想防衛。

擬答 ▶▶▶ (本題字數約 1216 字)

分數	書寫題號	答案請從本頁第 1 行開始書寫，並請劃記及書寫題號，依序作答
		(一) 甲推倒乙使乙成為植物人之行為，成立刑法（下同）第 277 條第 2 項傷害致重傷罪
		1. 構成要件該當性
		(1) 乙成為植物人，依照現行醫療技術係屬第 10 條第 4 項第 6 款重大不治之傷害，符合重傷態樣。
		(2) 乙成為植物人與乙受傷間具有不可想像其不存在之條件因果關係，且該重傷結果之發生，係因乙頭部受傷結果延續致乙成為植物人之重傷加重結果， 具典型危險關聯性 ，構成要件該當 ² 。

2 此處僅使用狹義說作答，就結果加重犯之典型危險關聯性較詳細討論，可參考題型 5-4。



	2. 甲不得主張第23條本文正當防衛阻卻違法
	(1) 客觀上，自事前角度判斷，乙雖僅對著電視高舉杯子，但自事後角度觀察，乙手上杯子已即將脫手飛向電視螢幕，就防衛情狀之判斷應從事前或事後角度判斷，即生爭議如下：
	①學說上有採「事後判斷說」，認正當防衛之合法依據必須仰賴侵害者法益保護效果之規範上減縮，因此此種減縮必須有即其明確的事證確認侵害屬實 ³ 。
	②學說上亦有採「事前判斷說」，認正當防衛之防衛情狀倘若從事後角度判斷，對於正在面臨不法侵害的行為人而言，將使其不知道到底能不能實施防衛行為，顯然不合理。
	③本文以為，正當防衛具有「銳利性」之特色，倘若採事前角度判斷，恐將風險過度交由侵害者承擔，僅在具明確證據確定侵害者侵害防衛者之主觀權利時，始得主張正當防衛，應以事後判斷說較為可採。
	(2) 基此，自事後角度判斷，乙手上杯子雖已即將脫手飛向電視螢幕，然而乙並無意將電視砸毀，僅屬一刑法不處罰之「過失毀損」行為，就此欠缺刑事不法之行為，是否具備現在不法侵害之「不法性」，即生爭議如下：
	①學說上有採取「否定說」，認為欠缺刑事不法之行為並非現在不法侵害，理由在於如果正當防衛得對於僅是民事不法的侵權行為為之，將使得刑法侵犯到其他法領域，產生法律界定不清的危險 ⁴ 。
	②學說上亦有採取「肯定說」，認為個人得以實施正當防衛的對象不應限制在刑事不法行為上，亦應包括行政與民事不法，蓋倘僅承認刑事不法行為能主張正當防衛，

3 讀者必須留意的是，此處論述係以許恆達老師對於正當防衛理論基礎採取「部分法益懸置說」而得出之結論，若是從通說角度切入，雖也是採取事後判斷，但理由則是在於正當防衛係「以正對不正」，故若無從確認不法是否存在，即不應賦予私人合法暴力行使權限。可參許恆達，員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛爭議—評最高法院105年度台非字第88號刑事判決與其歷審裁判，月旦法學雜誌第276期，2018年5月，頁32-34。

4 柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌第60期，2000年4月，頁87。



		將過度限制正當防衛保護個人利益之功能 ⁵ 。
		③本文以為，倘認為正當防衛之理論基礎在於個人權利之保護，無論是民事不法或行政不法行為皆屬對個人權利之侵害，應以肯定說較為可採，乙過失毀損行為仍屬不法侵害 ⁶ 。
		(3) 又，甲推倒乙時，乙手上杯子已即將脫手飛向電視螢幕，可認為對於甲之財產法益產生具體危險，具現在不法侵害之現在性，另，依著手標準說、有效理論、預備行為最後階段理論結論亦同，併予敘明。
		(4) 然而，從事前角度觀之，甲推倒乙之行為雖能排除乙之不法侵害，惟甲應有更輕微且能達成同等效果之手段，如拍打乙手臂、搶走乙手上水杯，而非直接猛然將乙推倒在地，甲之防衛行為欠缺必要性，甲即無法主張第23條本文正當防衛阻卻違法。
		3. 罪責
		甲在面臨現在不法侵害情形下，基於防衛意識為一逾越必要性之手段，該防衛行為雖屬過當，然而要求甲在面臨現在不法侵害當下與一般理性第三人為相同冷靜處

Tips

讀者可能會進一步的疑問是：何時可以判斷題目是在考事前、事後角度判斷、何時是在考現在性判斷標準呢？這個問題很難給出一個具體的答案，但我們可以再來看看以下這個題目：

「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，拾起地上磚頭擲向乙頭部，打瞎一隻眼睛。試問甲是否有罪？（25分）（98高考法制）」。

在這個題目中，無論從事前或事後角度判斷，因題目給予資訊太少，並無明顯差異，因此重點應放在現在性判斷標準。

5 薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行／最高法院99台上5562，台灣法學雜誌第182期，2011年8月，頁184-186；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19-20；許恆達，過失犯罪與正當防衛，月旦法學教室第207期，2020年1月，頁41。

6 可以補充的是，不法侵害之干擾內容，依照多數學說見解，應限於絕對權，相對權（如民法債權、物權所衍生之請求權等）並不包含在內，否則恐使正當防衛越過應有的民事程序，成為雙方解決爭議的優先機制。可參許恆達，過失犯罪與正當防衛，月旦法學教室第207期，2020年1月，頁39-41。



		理，期待可能性較低，故依刑法第23條但
		書防衛過當規定，得減免其刑。
	(二)	結論：甲成立傷害致重傷罪，但得依防衛過
		當規定，得減免其刑。

Tips

要提醒大家的是，防衛過當在用語上可能會使人誤解為：行為人成立正當防衛但只是防衛手段過當，但是，正確的理解是無法成立正當防衛，所以應該在罪責層次上討論防衛過當，因此，應將防衛過當背後之期待可能性降低或無期待可能性之考量寫出，而非僅只是抄法條，另外，防衛過當之法律效果為「得減免其刑」，而非「減免其刑」，在考試上雖然只差一個字，但在實務運作上，對於當事人的影響極大，因此一定要記清楚，在考試上也要寫好ㄛ！

題型2-1-2 正當防衛——現在不法「侵害」、防衛手段應以事前觀點判斷

(改編自106台大A卷第1題)

H雖然身寬體胖，平日被稱為好好先生，但其實是個狂熱宗教份子，其雖然對最近正萌的佛道分源趨勢感到無助，但仍力主宗教同源政策。某日H帶著自家圈養的小豆柴上街參加同源遊行。途中碰到一群分源主張者也正在遊行。雙方爆發激烈衝突。H自以為家傳中華武術高強，伺機一個迴旋踢想撂倒分源主張者甲，不料甲才是隱世高手，身形一蹲，來個一招天王托塔，命中H鼠蹊部。小豆柴見主人蛋疼倒地，護主心切急撲而上。甲殺紅了眼，又加上平日根本沒有愛護動物的習性，見小豆柴弱小可欺，於是一腳金雞獨立正中小豆柴咽喉要害，而忠心的小豆柴就此一命嗚呼。事後發現，甲武功高強，只需要催動內力輕推H即可使H倒地。試問：甲刑責如何？(30分)



題型分析

本題中，甲攻擊H鼠蹊部行為是否可以主張正當防衛，涉及足以排除侵害之最小防衛手段應以事前角度觀之或事後角度觀之，倘從事後角度觀之甲攻擊H鼠蹊部行為即非屬足以排除侵害之最小手段，蓋甲只需輕推H即可排除侵害，具有其他侵害更小之手段。（上一題討論的是防衛情狀應事前或事後觀察，本題則是討論防衛手段應事前或事後觀察，讀者不要混淆囉～）

甲攻擊小豆柴之行為是否可以主張正當防衛，則涉及物之攻擊是否屬於現在不法侵害；是否可以主張緊急避難，則涉及甲是否具備避難意識。

這是一個看似在說明小豆柴那麼可愛，為什麼要打小豆柴？（`´´`），但實際作答後會發現暗藏玄機的題目。

擬答 ▶▶▶ (本題字數約 1239 字)

分數	書寫題號	答案請從本頁第 1 行開始書寫，並請劃記及書寫題號，依序作答
		(一) 甲踢H鼠蹊部的行為，不成立刑法（下同）第277條第1項傷害既遂罪
		1. 構成要件該當性
		(1) 客觀上，甲踢H鼠蹊部之行為，因未造成H生殖機能毀敗或嚴重減損，蓋鼠蹊部受傷經就醫後仍可回復，亦無重大不治或難治之傷害，並非屬於刑法第10條第4項各款重傷行為態樣，先予敘明。
		(2) 客觀上，甲踢H鼠蹊部與H受傷間具有不可想像其不存在之條件因果關係且可歸責於甲。
		(3) 主觀上，甲明知上開情事並有意為之，具傷害故意。
		2. 甲得主張第23條本文正當防衛阻卻違法
		(1) 客觀上，從事後角度觀之，H以迴旋踢攻擊甲之行為係一攻擊甲身體法益之現在不法侵害，符合正當防衛之防衛情

7 說到豆柴，一定要推薦「打扮的戀愛是有理由的」的這部日劇，這部日劇裡面的女主角就叫做豆柴真柴，如果讀者看到這裡覺得心好累喔，你也可以先打開這部日劇，讓你的少女心噴發補充能量以後再繼續看下去～



		<p>狀，然甲既為隱世高手，是否須以攻擊H鼠蹊部行為始能成功防衛H攻擊，涉及防衛手段應以事前角度或事後角度為判斷基礎之爭議，敘述如下：</p>
		<p>①實務見解多以「事後角度」判斷，認為防衛行為是否逾越必要之程度，必須綜合實施的情節判斷，以「事後」的假設性情境反向推論防衛行為是否符合必要性^{8、9}。</p>
		<p>②多數學者則採取「事前角度」判斷，認為應自「客觀及防衛行為時」的觀點切入，防衛者選擇採取的防衛行為至少要有防止或削弱侵害的可能性。</p>
		<p>③本文以為，防衛行為所引起的侵害歷程在現實經驗上帶有相當程度的不確定性，其中的不利益風險應由攻擊者承擔，而非藉由事後的假設性觀點反向移轉到防衛者身上，故應以多數學說之事前觀點判斷較為可採¹⁰。</p>
		<p>(2) 基此，甲以天王托塔招數攻擊H鼠蹊部，或許是考量如不攻擊要害，可能使得H再以其他方式攻擊自身，故就算甲是隱世高手，要求甲為其他防禦手段對於甲而言是一個防衛效果不明的防衛手段，在此無法判斷之不利益應由攻擊者H承擔，甲之防衛行為屬於足以排除侵害之最小手段，甲上開行為即得主張正當防衛阻卻違法。</p>
		<p>(二) 甲殺害小豆柴之行為，成立第354條毀損既遂罪</p>
		<p>1. 構成要件該當性</p>
		<p>(1) 客觀上，小豆柴為H寵物，係屬他人之物。甲殺害小豆柴之行為，係使小豆柴無法繼續發揮寵物機能之毀棄行為，且該行為足以生損害於H之財產法益。</p>
		<p>(2) 主觀上，甲具毀損故意。</p>

8 此為最高法院一貫見解，可參63年台上字第2104號判例「……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，由客觀上審查防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之。」換言之，防衛行為是否超越必要之程度，必須綜合實施的情節判斷。例如攻擊者之攻擊方法、緩急情事等，客觀的評價是否出於必要。

9 黃榮堅，基礎刑法學（上），2012年3月，頁236-237。

10 古承宗，正當防衛之「為達（防衛）目的所需」要件，月旦法學教室第190期，2018年7月，頁21-24。