

三版序

萬眾歡騰，本書竟然撐過二版，來到第三版啦！不免俗地，還是先跟過去支持本書或對本書有所指教的讀者們致上崇高的謝意（360度鞠躬）！本於筆者向來秉持「寧可多寫」的心態，本書在第三版中仍舊維持相同的解題基調，也就是透過詳細分析題目所涉及的爭點及學說爭議，讓讀者完整吸收並轉化為自己的論述文字，這也是筆者一直想要傳達給讀者的理念。在本次改版中，筆者除收錄考出「妨害性隱私及不實性影像罪章」相關最新爭點的114年司律考題，同時也為各位補充諸如中止未遂「因己意」等若干本書先前沒有提及的傳統爭點，可以說本次改版是「繼往開來」之作。

最後，祝福各位讀者及考生都能健康且順利地完成考試，不求一帆風順，但求無愧於己。同時也祝賀大家新年快樂，馬力全開，馬到成功，伊隆馬斯克！

強尼

2026年2月16日

Chapter **2**

違法性



第一節

正當防衛

題型2-1-1 現在性、主觀歸責理論

【110 台大 A 卷第 2 題節錄】

甲一行人到百元熱炒店吃宵夜，老闆乙覺得這群人過度喧嘩，所以到桌邊嚴厲勸誡。甲為此感到十分不爽，握住桌上的啤酒瓶往桌邊用力一敲，將酒瓶底部敲碎，並猛然站起來。乙眼見甲激動的態度及其手持尖銳的玻璃，心想如果現在不加以阻止，等甲真的出手就來不及了，於是馬上出腳踹甲的手腕，導致甲手腕挫傷。而出乎乙預料的是，甲因被踹而重心不穩，撞倒坐在旁邊的朋友 A，造成 A 多處擦傷。甲吃虧之後悻悻然地回家，在其設為公開的個人臉書頁面發文真實陳述此一事件，並在文末突兀地留下「明天大家就隨我一起燒掉這間黑店吧！」的話語。

請從法理基礎深入分析下列問題：

- (一) 乙造成甲手腕挫傷可否主張正當防衛？（17 分）
- (二) 乙造成 A 擦傷是否構成犯罪？（16 分）

題型分析

如同題 1-5 所述，從本題的題目設計方式以及所要考的爭點，可以猜到本題應為周漾沂老師所命題。在答題上，也建議以周老師的見解進行分析，才能完整打到爭點並拿取高分！（當然，如果同學法學底蘊深厚，用其他學說反思周老師的見解並言之有理，周老師應該也會給予高分！）

第(一)小題問乙能否主張正當防衛，由於題目告訴我們，甲當下只有「情緒激動」及「手持尖銳玻璃」，並沒有其他進一步的舉止；而乙卻在心想「再不出手就來不及了」之狀態下出手攻擊甲，可知道這邊應該要去分析乙所面臨的不法侵



害是否具備「現在性」。不過如果只是單純陳列幾個既有關於現在性的學說並選取一說作為本文見解，既沒涉及法理基礎，亦無深入分析，可是拿不到分數的喔！在此，筆者認為有必要先從正當防衛的正當性進行分析，只有確認正當防衛的法理基礎是什麼之後，我們才能夠適用到正當防衛的要件（例如本件的「現在性」要件）中。這也印證了周老師在文獻中常提及的名言：可罰性要件取決於可罰性基礎！在正當防衛的正當性上，筆者結論上採取周老師的法權原則，並從法權原則延伸到「現在性」的爭點上，認為防衛者只有在自己的權利領域（或稱法權領域）被壓縮時，才能行使防衛權以回復權利；而「著手實行時點」在法權原則下正代表著「行為人（或侵害者）開始侵害他人權利的起點，只有在這個時點開始，防衛者才得以正當防衛。因此，結論上，現在性之認定應該以「著手實行時」作為標準。

至於第(二)小題，則又是打擊錯誤的問題。而如同筆者在題 1-5 所述，此爭點的取分關鍵在於，同學必須在點出通說的處理方式後進一步加以批判。在操作上，筆者原則上與處理題 1-5 時相同，關於此種題型的解析以及針對周老師學說的補充，再麻煩同學自行參照題 1-5 了。

再次提醒，周老師的考題原則上會很明確地問問題；但相對地，作答時便不能用通說架構去思考及寫作（否則你的考卷大概三分鐘就會寫完了），而必須在熟悉老師的學說體系下對通說進行批判。不過由於老師的見解具備相當縝密的推論過程，在作答上也要小心不要寫太多而開花了～

擬答 ▶▶▶ (本題字數約1936字)

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) 乙出腳踹甲手腕造成甲手腕挫傷之行為不得主張正當防衛，分析如下：

1. 本件，乙出腳踹甲手腕之行為該當刑法（下同）第 277 條第 1 項傷害罪之構成要件無疑¹。惟乙是否能主張第 23 條本文之正當防衛以阻卻違法，首先涉及學理上關於正當防衛法理之爭議，以作為後續討論之基礎：

1 由於題目已經挑明了要問正當防衛，所以構成要件該當性的部分就簡單一句話帶過即可～（筆者當年在考場上甚至連寫都沒寫，直接進正當防衛的討論 XD）



- (1) 通說採取「優越利益原則」，認為正當防衛之所以在法秩序中具正當性係因其所帶來的侵害小於其所帶來的利益；惟本文認為，此說不僅將證成防衛者有退讓義務而與通說主張防衛者無退讓義務之看法相衝突²，更因本說在利益衡量下容許防衛者單純為預防危險而攻擊，使得本說無力說明為何正當防衛是以侵害的「現在性」作為要件³。
- (2) 有學說則採「侵害者法益部分懸置說」，認為在防衛者「有效反擊不法侵害」的限度內，侵害者的法益將懸置於法秩序外而暫時不受保護，蓋一旦侵害者破壞基於人際協合關係所生的尊重義務時，防衛者亦毋須負有尊重義務而得以採取私力即時反擊⁴；惟本文認為本說仍未說明為何侵害者不遵守對等尊重義務則防衛者亦可以不遵守對等尊重義務以維持協和關係⁵，故似仍有待商榷。
- (3) 本文認為，應以「法權原則」論證正當防衛正當性，較能妥適證立正當防衛之法理基礎。本說認為，實質的不法應係指個人透過恣意改變作為他人權利對象的事態而侵害他人權利並因此破壞法權關係，而阻卻違法事由則是指向具體法權關係實現而可解消構成要件抽象禁止或誡命的事由⁶。在本說下，防衛者僅有在自身權利領域被侵害者攻擊而遭到壓縮時，方能行使防衛權以回復法權，並使侵害者承擔其為回復法權所為之攻擊行為。

2 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1233-1234。

3 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1234。

4 許恒達（2016），〈從個人保護原則重構正當防衛〉，《台大法學論叢》，45卷1期，頁351-357。

5 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1232。

6 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1243。



2. 本件，依題意，乙係在甲尚未進行攻擊前即出腳反擊，則其是否得主張正當防衛，關鍵在以所面臨之不法侵害是否具現在性，而涉及「現在性」之學說爭議：
(1) 通說認為，具現在性之侵害係指侵害就在眼前、已經開始或仍在持續中 ⁷ ；惟本文認為通說見解僅是數個形容詞之組合而無從提供有效之判斷，並無助於解決個案而不可採 ⁸ 。
(2) 有學說則採「具體危險說」，認為侵害之現在性與否應視法益是否面臨具體危險而定 ⁹ ；惟本文認為，危險僅是一種量差概念，則究竟「多危險」方能肯認其現在性，似缺乏一客觀標準 ¹⁰ 。
(3) 另有採取「有效理論」者，主張應以防衛者最後有效防衛時點作為現在侵害時點 ¹¹ ；惟本文認為此說不僅將面臨何謂最後有效時點之認定困境，更有過度提前正當防衛時點之虞，故不可採。
(4) 本文認為，在採取法權原則下，個人得否正當防衛應取決於他人是否實行了壓縮個人權利之不法行為；而著手實行起點就是行為人開始壓縮他人法權領域之階段，即開始輸出非容許風險至他人法權領域之階段 ¹² 。故本文認為，應以「著手實行時點」認定現在性之時點。

7 僅參許澤天（2022），《刑法總則》，3版，頁142，新學林。

8 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1251。

9 薛智仁（2015），〈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》，16期，頁27-30。

10 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1251。

11 黃榮堅（1995），〈論正當防衛〉，《台大法學論叢》，24卷2期，頁306-310。

12 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《台大法學論叢》，48卷3期，頁1250-1254。



3. 據上，本案乙於踹甲手腕之時，甲僅有手持利器而尚未有任何進一步之行為，無論依照何種著手理論皆尚未達到著手¹³。依本文見解，此時由於甲尚未輸出非容許風險至乙之權利領域中，則乙尚無面臨一現在不法侵害，自不得就其出腳行為主張正當防衛而阻卻違法。

4. 綜上所述，乙出腳之行為不得主張正當防衛。

(二) 乙踹甲致 A 成傷之行為成立第 277 條第 1 項之罪

1. 本件為通說所謂「打擊錯誤」

(1) 乙欲踹甲卻致 A 成傷，應為通說下之「打擊錯誤」，此時依照具體符合說應阻卻故意，乙對原非攻擊客體的 A 應成立刑法 284 條過失傷害罪。

(2) 惟本文認為具體符合說過度重視被害客體的特定化，且通說在客體錯誤與打擊錯誤分別套用法定符合說、具體符合說，理論並不一貫。且此種心理學式的故意概念須確定行為人對於犯罪細節的具體想像，不但在個案中難以證明，更將導致故意與過失的區分完全取決於行為人對於攻擊客體或攻擊過程的恣意思象。

2. 本文認為，應轉向至主觀歸責理論

(1) 相較於通說體系，學說上有主張「主觀歸責理論」者，認為只要行為人主觀上所認知到的事實可以支撐出針對他人法益之非容許風險而風險實現時，即具備歸責關係；至於行為人對於侵害流程的恣意思象則僅能影響故意或過失，惟絕對不影響歸責成立與否。

(2) 本文以為，前開學說說法較能切合以法益保護為核心的刑法觀，蓋從法益保護的觀點而言，行為人應否受歸責應視其主觀上的事實認知能否支

13 其實若要討論得完整，這邊應該要繼續開一個關於著手理論的爭點，但一方面著手理論的爭議在本題並不是太重要，更重要的是本題字數實在是扛不住了……（誤）。不過，筆者這邊要提醒大家的是，雖然擬答裡只簡單說依照哪一說都尚未該當著手，但這其實只是指我們比較常見的主觀危險理論、客觀理論或主客觀混合理論等見解（當然，周老師的法權理論也會得出尚未著手的結論！），仍不排除某些少數說下仍會得出有著手的結論。



撐出對法益之非容許風險，而不能夠取決於行為人本身或其他外於規範
之第三人的主觀恣意想像。
(3) 小結：本文認同學說見解，並依此作為以下討論之理論基礎。
3. 本件，乙踹甲致 A 成傷之行為成立第 277 條第 1 項之罪
(1) 本件，甲主觀上所認知到的事實為「在多人的餐桌旁踹人」，已經足以
支撐針對熱炒店內之同桌人員身體法益之非容許風險，而 A 身為同桌人
員之一，自然處於前開非容許風險射程內；此外，前開風險最終實現，
從而 A 之受傷可以歸責給甲。
(2) 又，由於乙主觀上有認識到其行為對於甲身體法益之侵害可能性，具有
風險意識而有故意。
(3) 最後，本件並無阻卻犯罪事由，乙成立本罪。
4. 綜上所述，乙踹甲致 A 成傷之行為成立第 277 條第 1 項之罪。

Try again

現在性

乙違規停車在某社區大門前，社區保全甲勸離，乙不從，發生激烈爭吵。少頃，乙提著一桶汽油，怒氣沖沖走進管理中心，揚言：「大家作伙死！」。甲見狀，趨前奪取汽油桶，拉扯中，乙的手腕受傷，臉頰一道傷痕，衣服撕裂。乙對甲提出傷害與毀損告訴。問：甲是否有罪？請說明實務判決與學說意見的不同。（25 分）

【110 東吳第 2 題】

解題要點：

本題相對單純，主要涉及防衛時點現在性的判斷。首先，乙的行為可能該當恐嚇危安、放火（未遂或預備）、殺人（未遂或預備），因此存在一個不法行為無疑。問題在於是否具備現在性？需要先展開有關現在性的各理論，包含上題提及的具體危險說、最後有效防衛時點說、著手標準說等，實務見解也是採取著手標準說。



在選定一個著手標準後，就必須檢驗本題的情狀是否符合該標準。在此，如果採有著手標準說，就必須判斷行為人是否已達著手。就放火而言，實務認為只要有引燃之危險即該當著手，同學若有時間亦可以列出其他著手標準加以討論之。結論上本件乙尚未潑灑汽油，似乎還未達到著手程度，就殺人行為而言應該也會得出相同的結論。

可以補充的是，就恐嚇危安的部分是否可以主張正當防衛，學說上其實尚有爭論。肯定說認為心理安全感或意思自由既為刑法所保護之法益，受到干擾時應可對攻擊者進行正當防衛，反對者則認為非肢體性的侵害不具備防衛適格。薛智仁老師則認為恐嚇行為的本質是「造成被害人對於可能發生之不法惡害感到恐懼」，該惡害何時發生可能屬於不確定（例如：下次再被我遇到就揍扁你），如果承認可以對恐嚇行為進行正當防衛，等同於允許被害人只要有「對不法侵害的恐懼」（而非存在即將發生的不法侵害）就可以具備正當防衛權限，顯然是架空現在性的要求。因此，應該否定恐嚇行為屬於「侵害」，至多只能在緊急避難的界線內防禦之。至於行為人所預告的不法惡害如果屬於立即性的，被害人自然可以對該惡害本身進行正當防衛¹⁴。

題型2-1-2 防衛情狀判斷時點、不法侵害

【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）

14 薛智仁（2015），〈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》，16期，頁11-18。



題型分析

構成要件層次上，乙的重傷結果（成為植物人）是否在甲的故意範圍內，考生可自行涵攝，不過筆者傾向認為題幹中僅提及甲可預見乙將受傷，應該並非預見乙會受有成為植物人這麼大的傷害結果，不過對於乙跌倒後可能撞到頭部而產生重傷結果應有可預見性，而可論以過失重傷，接著應討論此處有無傷害致重傷的加重結果犯適用，因爭議不大，無論採取何說結論皆同，以通說的典型危險關聯判斷即可。

違法性層次上，須先討論本件是否有正當防衛的適用：

(一) 防衛情狀

1. 本題是否具備防衛情狀，端視我們從事前角度（*ex ante*）或事後角度（*ex post*）觀察，須稍微論述之。
2. 若依照通說採取事後觀察的立場，乙並沒有毀損電視的故意，而僅為過失毀損，此時重點在於刑法上不罰的過失毀損是否該當正當防衛中防衛情狀的「不法」侵害要件。通說認為不法侵害並不限於刑法上可罰者，也可以保護其他法律所承認的利益。因此本題乙之過失毀損仍具備民事上侵害甲財產利益之不法性，可認具備防衛情狀。
3. 現在性：本題爭點較多，無論採取何說應該都可以得出侵害具備現在性的結論，因此可以快速帶過。若認為本題存在防衛情狀，則應接續討論甲之防衛手段是否符合必要性要求。（小提醒：若認為本題不存在防衛情狀，則需要接著討論誤想防衛的法律效果）

(二) 防衛手段

若同筆者認為本題存在防衛情狀，則應接續討論甲之防衛手段是否具備必要性的問題。若肯認甲的防衛行為具備必要性，將得出成立正當防衛阻卻違法的結論。不過筆者傾向認為，從當下的情況看來，雖然單純出言喝斥或拍打甲的手使酒杯掉落的手段並非完全可靠，但甲若選擇抓住乙的手，應該是一個阻止酒杯擲出的可靠方式。從而甲選擇推倒乙應為防衛過當，無法阻卻違法，但可能減輕罪責。這就是同學可以發揮涵攝功力的地方了！



本題筆者並未接著討論緊急避難，原因在於一般正當防衛無法成立時討論緊急避難的實益在於，緊急避難對「危難」認定的標準較寬鬆，在他人的攻擊不具備不法性或現在性等情況下，仍可能認定具避難情狀。然而本題無法成立正當防衛的理由在於防衛手段不具備必要性，而緊急避難同樣須考慮必要性，甚至還有衡平性的要求，從這個角度來說是更為嚴格的，因此勢必會得出避難過當的結論，也就無加以討論的實益。

擬答 ▶▶▶ (本題字數約969字)

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) 甲推倒乙的行為，構成刑法第277條第2項傷害致重傷罪，惟可減輕罪責

1. 客觀上，乙成為植物人，該當刑法第10條第4項第6款之重傷態樣，惟甲推倒乙時應僅對於乙之輕傷結果有知欲，卻無意使乙受有重傷之傷害而無重傷故意，惟其將人推倒在地，對於乙頭部撞傷而有嚴重後遺症一事應有可預見性，而應負過失重傷責任。

2. 又，乙之重傷結果係甲推倒乙之傷害結果所蘊含典型風險的實現，與甲之故意傷害行為具備特殊危險關聯，甲應成立刑法277條第2項之傷害致重傷罪。

3. 甲之行為亦不得主張刑法第23條之正當防衛，分述如下：

(1) 首先，防衛情狀的認定時點容有爭議

① 有採「事前判斷說」者，認為若從事前多數人觀點可得認知的角度可認具備防衛情狀，則該防衛者的行為並未破壞規範之有效性，應可阻卻違法¹⁵。

② 通說則採「事後判斷說」，考量一切事實確定防衛者實行防衛行為時是否存在一現在不法侵害。本文從之，蓋正當防衛權具備銳利性，對防衛手段的要求寬鬆，若事後證明當下並無一不法侵害，則不應將行為人的防衛行為合法化，而應透過誤想防衛處理較為妥適。

15 許恆達(2016)，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，18期，頁120-121。