

第三節

法定阻卻違法事由：正當防衛

Step 1 防衛情狀：現在不法侵害

- 現在？
 - 著手說
 - 有效性理論
- ◎持續性危險？ → X
- 不法？
 - 構成要件該當 + 違法（不法說）
 - 判斷時點
 - 事前判斷
 - 事後判斷
- 侵害？ → 個人法益
- ◎例外：有意圖挑唆防衛 → 權利濫用

Step 2 防衛行為

- 有效性？
 - 事前判斷
 - 事後判斷
- 必要性？

Step 1 有無嚴重失衡之情形？ → O：須先迴避

- X
 - 侵害者欠缺有責性
 - 生活上密切關係
 - 輕微的損害
 - 無意圖挑唆防衛

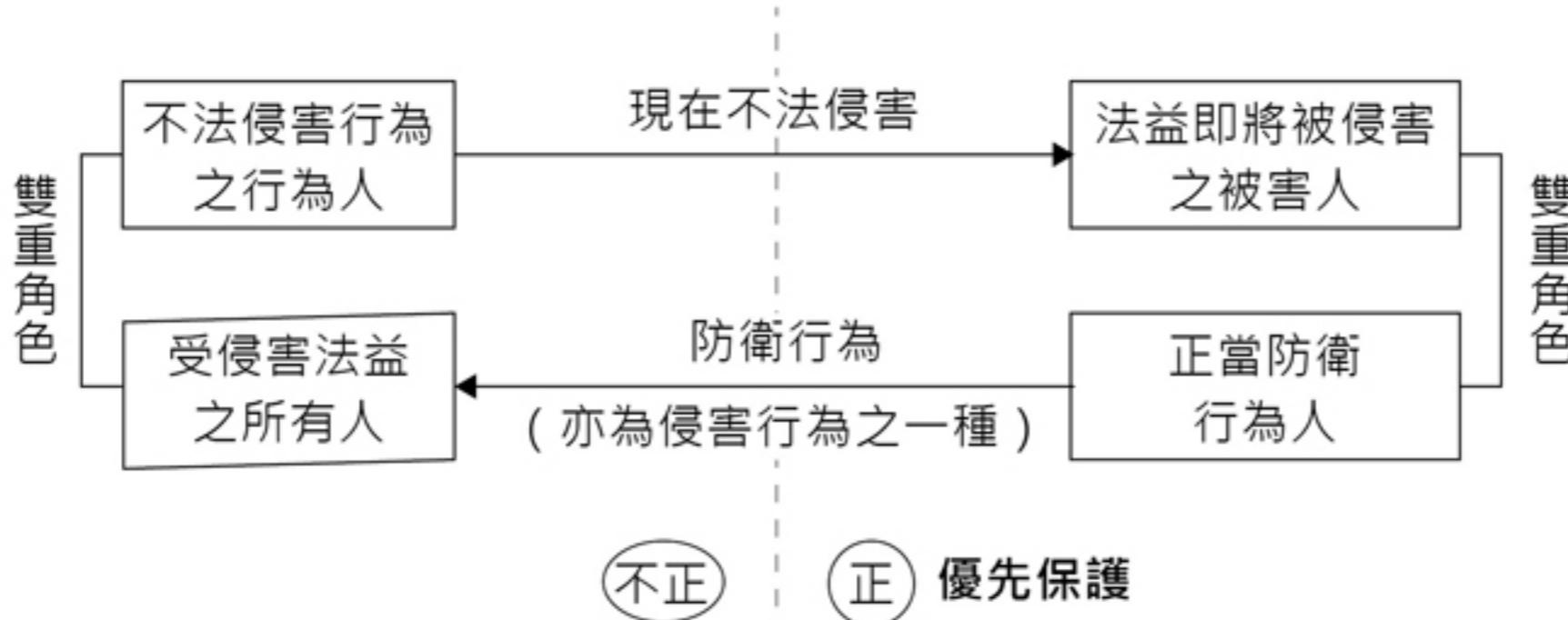
Step 2 是否為迴避以外最溫和的手段？

◎逾越必要性的效果 → 防衛過當

Step 3 防衛意思

- 是否具有防衛認識？（防衛認識說）

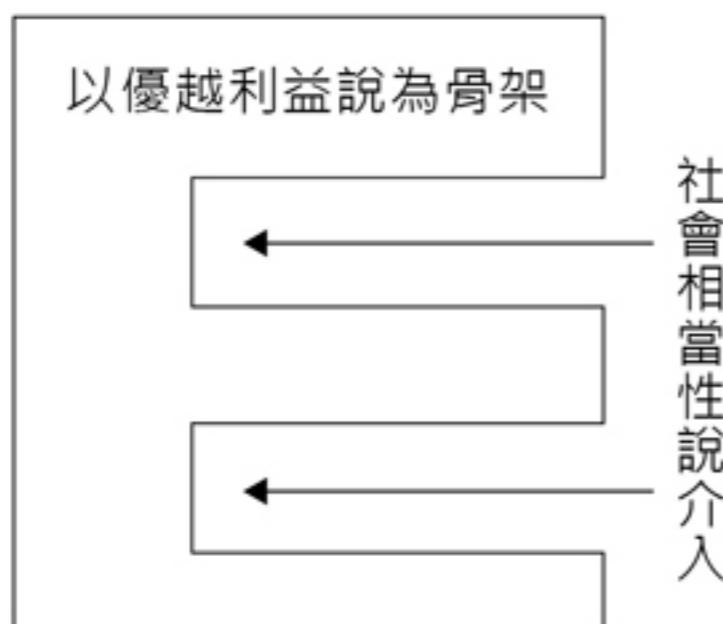
刑法第 23 條規定前段：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。」白話地說，所謂「正當防衛」是指，一種「正」對抗「不正」的防衛行為，而為類型化的法定阻卻違法事由之一。又之所以能夠阻卻違法，依據即在於，當一個不法行為即將侵害刑法上的保護法益時，相對於不法行為之行為人的利益，即將受侵害的法益更值得被保護，如下圖所示。



雖然條文規定得很簡單，然而，正當防衛可以說是所有的阻卻違法事由中，審查流程最為詳細、具體的一個，因此，相對於內部的個別考點，清楚記憶整個正當防衛的檢驗架構，反而才是初學者至為重要的功課。

在此，正當防衛仍然是以優越利益說的檢驗方式為骨架，也就是首先找出衝突法益關係，再進一步套用比例原則衡量，當然，這其中也融入了許多符合社會相當性的觀點。具體而言，第一步當然就是要判斷是否有一個不法行為正在進行，此攸關是否有保全法益（即將被侵害的法益）之存在；接下來才是進入防衛行為（保全法益的手段）是否符合比例原則的審查，在這個階段，社會相當性觀點的介入就變得非常明顯，舉凡必要性的標準與例外情狀，以及對於此種「正對不正」的類型無須審查衡平性的想法，皆屬之。最後，同樣是基於社會一般生活價值，尚要求行為人須具有防衛認知，始可阻卻違法。

* 正當防衛的審查架構



以下即順著上述的審查步驟，分節介紹正當防衛的各個要件，以及其內部的分歧見解。

► 壹、現在不法侵害

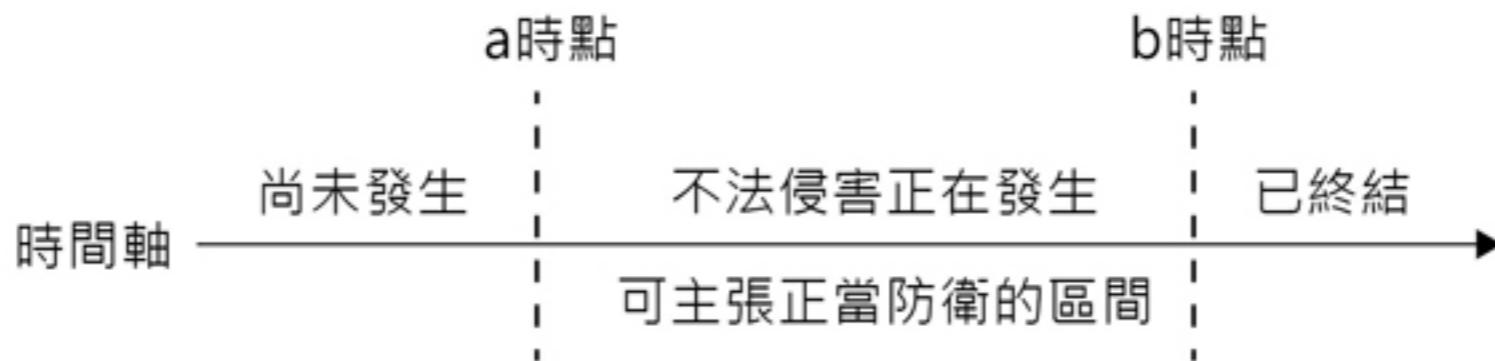
如前所述，在優越利益說下，侵害法益的行為要能夠阻卻違法，必須以有保全法益的存在為前提，而在正當防衛之情形，我們則是以有無發生「現在不法侵害」來取代保全法益是否存在的判斷，且由於正當防衛的整個審查模型，設計上都是以對抗「不正」的對象為基礎，故當然應以認定防衛對象「正」或「不正」作為第一道門檻。

有現在不法侵害 = 有保全法益存在 + 防衛對象「不正」

在此，即將「現在不法侵害」此一要件拆成「現在」、「不法」及「侵害」三個部份來說明。

— 現在

正當防衛不失為一種私力救濟的手段，故原則上亦應以急迫性、迫切性作為合理化的依據，否則，遭逢不法情事之際，報警處理可能才是法秩序的最高指導原則。在此，我們又將其稱作「現在性要件」，簡單來說，不法情事若非現在正在發生，無論是過去所發生且已終結，或是可能存於未來而尚未發生，都沒有理由「再」或「先」對其主張正當防衛。



不過，「正在發生」與「尚未發生」（a點），以及「正在發生」與「已終結」（b點）的分界，其實並不是那麼地清楚明確，學說與實務上亦存有不同的看法。

(一) 「正在發生」與「尚未發生」

要從什麼時候開始才能夠認定不法侵害已經發生？舉例來說，Y每逢酒醉皆會向妻子X施暴，某日，X見Y再度酒醉回家，雖Y尚未有任何向X施暴的動作，惟X在忍無可忍的情況下，欲先下手為強，故在Y進房時即持球棒將其打昏。此時，Y尚未著手傷害X，是否合乎主張正當防衛的急迫性、現在性的要求，即非無疑。對此，有以下兩種不同的見解：

1. 實務見解：著手標準說

實務見解認為，至少須達到著手階段，始可謂已經發生的、現在的侵害⁶⁷。

最高法院 27 年上字第 2879 號判例

刑法上之正當防衛以遇有現在不法之侵害為前提，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言。本件被告因見被害人帶尖刀勢欲逞兇，即用扁擔打去，奪得尖刀將被害人殺斃，是被害人只帶刀在身（編按：預備），並未持以行兇（編按：尚未著手），即非有不法之侵害，被告遽用扁擔毆打，不得認為排除侵害之行為。

67 然而，在家暴案件中，實務有時候也會認為，雖然侵害行為尚位於預備階段，惟因已具有急迫的危險，仍然符合現在性的要件。另外，亦有學說見解認為，若肯認預備階段的行為亦符合現在性的要件，則可能與接下來的「不法」要件相衝突，蓋預備階段的行為尚不具有不法的性質。不過，筆者認為，著手與否最多就只是用來判定刑法上是否可罰的標準（且刑法現在仍然有許多處罰形式預備犯的明文規定），刑法上不可罰，並非即代表沒有違反整體法秩序，是以，預備階段的行為仍然有可能不法，並不會有相互矛盾的問題。

2. 通說見解：有效性理論

通說見解則認為，將正當防衛列為阻卻違法事由之一，主要目的當然就是要讓行為人有機會保衛即將被侵害的權利，因此，允許行為人起身對抗的時點，不宜過度限縮，至少不應使其錯過最後或最可靠的防衛時點，否則，正當防衛權利的賦予即喪失意義。

是以，是否符合現在性要件，亦應以此為判準，申言之，倘若被害人再不為防衛行為，即可能錯過最後或最有效的防衛時點，此時，即屬於面臨「現在」的侵害。就此，行為縱然僅到達預備階段，仍然有可能被認定為「現在」的侵害。

3. 筆者評析

基於賦予人民正當防衛權利之目的，有效性理論應是相對較有道理的。前頁案例中，若依著手標準說，因 Y 尚未著手，X 即不能主張正當防衛；相反地，如果採有效性理論，X 就可能主張其即將錯過最後或最有效的防衛時點，而有阻卻違法的空間⁶⁸。

(二) 「正在發生」與「已終結」

一般來說，犯罪的「既遂」，並不會直接將現在的侵害轉變成過去的侵害，因此，我們只能個案去判斷整個侵害行為是否已經結束，以區分「現在」與「過去」的侵害。

以最常見的竊盜行為為例，當小偷成功得手之後，失主能否立即攻擊小偷以收回遭竊之財物？若是小偷仍在被害人的視線範圍內，則侵害行為就還不算終了，仍符合現在性的要件；反之，如果被害人在幾個小時之後才發現在附近徘徊的小偷，則侵害已經過去，不能再依正當防衛阻卻違法，最多只可能主張自助行為【第二節 壹、二、自助行為】而已。

68 這邊還有比較小的問題，就是若行為人是為了預防未來的侵害而作準備，則是否符合現在性的要件？舉例來說，X 為了預防小偷而在住家周圍架設電網，此時，學說大致上皆認為，X 的準備行為仍然是在侵害發生的當下才產生作用，其所針對者仍為現在的侵害，所以應該還是符合現在性的要件。

► 貳、進階專題 1：過失共同正犯

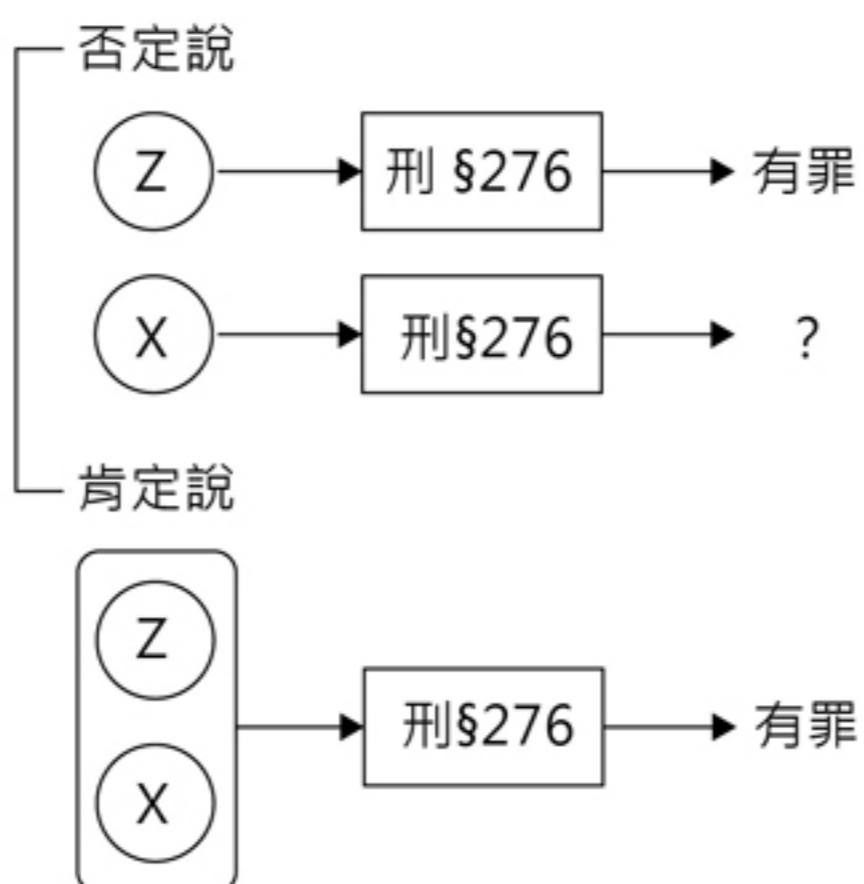
Q

X 與 Z 某日一同於住家旁的小公園打棒球，由 X 投球，Z 打擊。其中一球 Z 打擊正中紅心，球因此飛向馬路擊中路過的路人 Y，致 Y 頭部受到重擊，因此傷重不治，問 X 與 Z 之刑責如何？

「爭點解析」

這題 Z 構成刑法第 276 條第 1 項的過失致死罪，並無疑問。然而，與 Z 一同打球的 X 是否能同樣構成過失致死罪？若堅守上述「過失犯須例外適用單一正犯理論」的見解，則只能討論 X 的「投球行為」，不能將 Z 的揮棒行為也算在 X 頭上。此時，X 是否構成過失致死罪可能就會產生變數了，畢竟投球行為與 Y 死亡間的因果關係，相對於揮棒行為，仍是較於薄弱的，且主要能夠控制棒球的飛行距離及方向的人是 Z，要證明 X 的過失亦較困難，X 可能因此無須對 Y 之死亡負責。

然而，學說上另有所謂「過失共同正犯」的見解，也就是不認為過失犯一定只能適用單一正犯理論，若採取此見解，X 就須與 Z 互相承擔彼此之責任，故此處的重點即在於，是否要承認所謂的「過失共同正犯」？



＼實務見解及學說見解／

(一) 實務及多數學說見解

實務與多數學說基本上皆持否定過失共同正犯的立場，主要的理由在於，過失犯並無犯意聯絡可言，故刑法第28條的「共同實行」應以「共同故意」為要件，縱然有數行為人共同造成過失犯罪，亦僅屬「同時犯」，而無所謂過失共同正犯³。

最高法院 27 年附字第 934 號判例

刑法第二十八條之共同正犯，以實施犯罪行為者有共同故意為必要，若二人以上共犯過失罪，縱應就其過失行為共同負責，並無適用該條之餘地。

(二) 少數學說見解

少數見解則認為，要使多數過失犯相互承擔彼此的責任，並不一定要與故意共同正犯的要件完全相同⁴，只要存有共同負責的依據，就沒有全盤否認的理由。惟成立過失共同正犯的要件，大致上仍與故意共同正犯的原理相近，亦即：1. 負有共同的注意義務，而認知到彼此的注意義務間具有一體性；2. 相互利用彼此的注意義務，以減輕自己的負擔⁵。

	故意共同正犯	過失共同正犯
主觀要件	共同犯罪之決意（犯意聯絡）	認知到彼此的注意義務間具有一體性
客觀要件	相互利用彼此的行為 / 各自承擔犯罪計畫之一部	相互利用彼此的注意義務 / 各自承擔注意義務之一部

3 林山田，刑法通論（下），2008年1月十版，頁101。

4 亦即：1. 共同犯罪之決意；2. 各自承擔犯罪計畫之一部／相互利用彼此之行為。後面的章節會有更詳細的說明。

5 陳子平，刑法總論，2008年9月二版，頁525。

＼筆者評析／

(一) 自條文文義觀之

由上表可知，過失共同正犯成立的依據，與故意共同正犯的原理大多相似，如果故意共同正犯可以將多數犯罪人綁在一起，使他們相互承擔彼此的責任，那麼過失共同正犯就沒有理由不行。唯一的疑慮，只剩下罪刑法定原則的問題而已。又刑法第 28 條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」單就條文來看，實在看不出來有排除過失共同正犯的意思，因此，堅守「過失犯須例外適用單一正犯理論」的原則，也就變得沒有根據⁶。

(二) 考試的寫法

不過，畢竟實務及多數學說是不承認過失共同正犯的，筆者於本章介紹的選定犯罪型態的步驟，也是以「過失犯須例外適用單一正犯理論」為前提，考試時除非題意明白顯示若不用過失共同正犯，則共同過失的行為人可能會因為證據不足而不成立犯罪，這時很明顯出題老師就是要你寫過失共同正犯（而且通常他也是採承認過失共同正犯的見解），否則，不要輕易地搬出來用，個別論以過失犯即可。

＼擬答／

在確定出題老師就是要你寫過失共同正犯之後，可以大概帶一下對於過失共同正犯的肯否見解，再針對過失共同正犯的成立要件為較詳細的描述。

第一閱 分數	題號		第二閱 分數
		(一) Z 揮棒的行為，該當刑法第 276 條第 1 項之過失致死罪 1. 實際上，Z 之行為造成 Y 死亡之結果，且其間具有相當因果關係。又主觀上，Z 雖非故意，惟其對於自己揮棒過於用力而不能控制球的落點之結果，仍應具預見可能性及迴避可能性，應有過失。	

6 日本刑法有關共同正犯也是用幾乎相同的條文，其實務及學說見解亦無一概否定過失共同正犯之傾向。

	<p>2. 違法且有責，Z 該當本罪。</p>
	<p>(二) X 投球的行為，該當刑法第 276 條第 1 項及第 28 條過失致死罪之共同正犯</p>
	<p>1. 此處 X 似無法獨自成立過失致死罪，惟是否得與 Z 成立過失共同正犯？實務與多數見解認為過失犯並無犯意聯絡可言，皆持否定之立場。然而，管見認為，既然討論過失共同正犯並不會違反罪刑法定原則，且亦有必要，在符合一定要件下，並無理由全盤否定之。</p>
	<p>2. 是以，X 與 Z 相約打球，負有不讓球打到路人之共同注意義務，對於注意義務之一體性有所認知，其相互利用他人之注意義務，已預見並迴避結果之發生，故若因整體之不注意而致結果發生，當然亦應共同承擔責任，而有討論刑法第 28 條之過失共同正犯之空間，合先敘明。</p>
	<p>3. 實際上，X 與 Z 之行為，共同造成 Y 死亡之結果，且整體行為與結果間亦具有相當因果關係。又主觀上，X 與 Z 因共同違反注意義務而亦有過失。</p>
	<p>4. 違法且有責，X 該當本罪。</p>