勇夫護孕妻的代價—
正當防衛與防衛過當及實務見解簡要研究

文／張弘昌

下

（文接上期）

參 刑法規定與釋義

刑法第 23 條規定：「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。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」關於正當防衛可以討論的法律議題非常多，本文之焦點係在此條但書之防衛過當部分。但須符合正當防衛之要件，才有是否過當的問題，如果不符合正當防衛，自然也無法進入過當與否之層次。在此我們先來看最高法院 18 年上字第 1300 號刑事判例，其要旨為：「上訴人於夜間發覺賊人侵入竊盜，為排斥不法侵害防衛自己權利起見，手持板槍伺於後門以為堵截，當時侵害行為既尚在繼續中，則因防衛其財產權舉槍刺擊，自與刑法第三十六條規定之現在及不法之條件相當，縱其行為不免過當，然不能不認為防衛權之作用。」這個判例雖然年代較為久遠，但卻相當重要，也可作為我們討論的起點，此判例就認為判例事實中上訴人之行為符合正當防衛，但屬於防衛過當。

關於正當防衛與防衛過當的相關討論，本文以為必須從犯罪結構理論開始探討，目前學說多數採取三階層理論，即區分構成要件該當性，違法性，罪責等三階層檢討是否構成犯罪。但有相當有力之少數說主張[21]二階層理論，不割裂構成要件該當性與違法性，而以「不法，罪責」兩階層檢討是否構成犯罪。本文以為二階層理論在討論正當防衛相關問題，包括誤想防衛、偶然防衛等問題時，理論簡潔而融貫[22]。本文以為實務運用上，二階層理論操作也較簡便，不過份切割，適合一般思考方式。故本文以下多採取二階層理論的思考方式討論。

關於防衛過當與否，最重要的是檢討是否符合「必要性」原則，依照黃榮堅教授的說明分析[23]，其定義為防衛者的防衛行為應選擇可採取的各種有效防衛手段中最溫和的手段，但應特別注意的是，所謂有效的防衛手段，不包括不可靠而對防衛者仍有風險的手段，也不包括防衛者必須付出其他代價的手段。也不包括要求防衛者迴避侵害者的手段。基本的原因仍在於正當防衛係「以正對不正」，不能要求防衛者負擔風險或其他代價，也不能要求防衛者迴避侵害者。

至於衡平性的部分，黃榮堅教授分析指出[24]，依照德國通說的說法，防衛行為對於侵害者所造成的法益損害，和防衛行為所要保護的法益之間的平衡關係，並不是成立正當防衛所必須考慮的事項[25]。黃榮堅教授認為衡平性並非正當防衛之要件，他認為：「對於一個侵害行為所採取的最後一個有效的防衛手段，如果還必須考慮衡平原則，到最後無異是刑法對於不法侵害行為的一種鼓勵。」本文相當贊同黃教授的意見。

肆 實務見解之探討

接下來，我們來研究分析 104 年 11 月 4 日臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會刑事類提案第 1 號，這個座談會舉行時間離本文作成時間並不久遠，相當有討論價值，其內容為「法律問題：A、B 均為某廚房工作人員，某日，A 因認 B 工作時情緒控管不佳影響他人，遂出言規勸，B 聞言惱怒而衝向 A，雙手抓住 A 之領口、掐住 A 頸部、並將 A 推擠至牆角，A 因而跌坐在地，惟 B 仍跨騎在 A 身上，雙手掐住 A 頸部不放（B 無殺人故意）[26]。此時，A 為排除來自於 B 之現在不法侵害，遂基於傷害他人身體之犯意，順手取得廚檯上其所有之牛排刀一把持之刺擊 B，並因刺擊時不慎用力過猛，致 B 發生出血性休克、右頸部穿刺傷併內出血及胸鎖乳突肌斷裂、右臂神經叢合併右上肢活動不全等嚴重減損右上肢肢體機能之重傷害結果。法院審理後，認為 A 係基於傷害他人身體之犯意而持刀刺擊 B，又 A 所面臨之情況，業已符合現在不法侵害之防衛情狀，所遂行之傷害行為亦係基於防衛意思所為；然其防衛行為以能自我脫困為已足，並無猛力刺擊之必要，且依當時情形 A 並非不能控制自身力道之大小，然 A 仍不慎用力過猛導致 B 受有上開重傷害之結果，其防衛行為已有過當。問：A 所成立、而得依刑法第 23 條後段減輕或免除其刑之「罪名」，究係刑法第 277 條第 2 項後段之傷害致重傷罪，抑或刑法第 284 條第 1 項後段之過失致重傷罪？」經付表決結果：實到 81 人，採甲說 72 票，採乙說 4 票。

顯然絕大多數採甲說，甲說之要旨為：「本案 A 主觀上係基於傷害之故意而遂行防衛行為，且其行為時，客觀上本應注意以牛排刀之利刃刺擊人之頸、胸等要害部位，有造成 B 重傷或致人死亡之可能，且依當時具體情形，A 亦能預見此等行為造成 B 重傷或致人死亡之可能性，卻因遭受突如其來侵害之危急處境，故未能注意避開重要部位遽予出手而傷及 B 之身體要害部位、且用力過猛，因而致使 B 受有重傷害之結果，則其對於重傷害之結果亦有過失，自應將 A 之行為視為一體，對 A 論以傷害致重傷之加重結果罪，並依刑法第 23 條但書防衛過當之規定減輕其刑（最高法院 101 年度台上字第 4679 號判決參照）。」多數說認為提案討論事實中 A 行為是正當防衛，但防衛過當，構成傷害致重傷罪，得減輕其刑。

值得注意的是，研討意見特別為提案事實之「B 雙手掐住 A 頸部不放。……」修正為「B 雙手掐住 A 頸部不放（B 無殺人犯意）。……」特別強調 B 無殺人故意，這若是為了呼應表決多數說的結論，那麼其實我們可以再檢討多數說意見是否妥適？若處在提案事實 A 的角度而言，當 A 被 B 跨騎在身上，且 B 雙手掐住 A 的頸部不放，這時 A 的生命是處於十分危急的狀況，不管 B 是否有明確的殺人犯意，客觀上 A 遭掐住頸部，頸部動脈血流受到壓迫，數秒內[27]就可能暈眩昏迷[28]，若是壓迫到頸動脈竇（carotid sinus），更可能快速造成休克甚至死亡的結果。A 可以採取防衛行為的時間可能只有短短數秒，若要求 A 還要採取較輕微的防衛行為，合理嗎？如前開座談會提案及研討內容，竟要求 A 的防衛行為只要做到脫困，不用猛力刺擊。但問題是，本提案事實是 A 運氣好，在陷入昏迷前剛好拿到刀具，而有防衛可能，如果沒有刀具，A 根本就難以採取防衛手段脫困。而當時 A 若是依照前開座談會提案及研討意見所說的不猛力刺擊，「控制力道」[29]而僅輕輕刺 B，那很可能 B 根本不會放手，甚至遭激怒而更用力掐 A，使 A 昏迷或死亡，這種要求對 A 存在極大風險，且要 A 付出慘重代價，並非法律上合理的要求，質言之，座談會提案內容及表決多數意見所要求的手段要 A 負擔重傷或死亡之巨大風險，且可能使 A 付出重傷或死亡的慘重代價，依據本文前述必要性原則審查標準，並非有效的防衛手段。本文以為在 A 所面對的狀況下，僅有數秒反應時間，採取持刀猛刺 B 的防衛行為，屬正當防衛，並無過當。A 主觀上認為其係以最溫和之手段行使正當防衛行為，符合必要性原則，並無防衛過當之預見或預見可能性，欠缺構成犯罪所必須具備的故意或過失，不構成犯罪[30]，應無罪。此座談會提案內容及表決多數意見，均尚有討論空間，值得大家多加思考。

伍 本件刑事判決之再探討

讓我們回到臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號刑事判決，首先，本判決肯定被告之行為符合正當防衛，這點本文贊同。至於是否防衛過當，構成犯罪與否，以下討論之。

（文轉三版）

註 釋

21 例如黃榮堅教授。

22 同註 19，頁 242 至 249。

23 同註 19，頁 236 至 237。

24 同註 19，頁 239 至 240，須注意的是，黃教授認為對無罪責的不法行為不得主張正當防衛，而以緊急避難解決之。

25 同註 19，頁 239，多數說認為除非防衛行為所保護的法益和所造成的損害之間達到所謂的絕對失衡，屬於防衛權濫用的狀況，才不能主張正當防衛。然而，也有學說認為正當防衛不受衡平原則的限制。

26 研討結果：（一）法律問題第 5 行「雙手掐住 A 頸部不放。……」修正為「雙手掐住 A 頸部不放（B 無殺人犯意）。……」。

27 在此，容本文再引介一部影片 https://www.youtube.com/watch?v=28bw6Ft3lRo，影片內容可能有暴力或血腥，未成年人請勿觀看，或由長輩陪同觀看。注意影片時間 7 分 50 秒左右，李選手勒住對手頸部，約 20 秒，對手 Tony Rossini 即陷入昏迷，裁判中止比賽，李選手放開後，Tony Rossini 失去意識昏迷躺在場上，經急救處理才恢復意識。

28 昏迷之後，其生命就交在侵害者手上，再也無防衛機會。而只要多掐一點點時間，A 可能就會重傷或死亡。縱然研討意見加註設定侵害者沒有殺人故意，但客觀上其掐頸行為卻可能致人重傷或死亡。

29 在那種狀況下，本文認為亦無控制力道之期待可能性。在看過本文舉出的影片，以及想過 A 當然面對生死交關狀況之緊迫後，我們是否有再檢討的可能？

30 A 面對該緊急狀況無法選擇，本文也認為 A 在該種情況下，無期待可能性。可參照同註 19，頁 238。

31 底線為本文所加上，底線部分之論點與黃榮堅教授之見解大致相同。相關論述，本文前面已有說明。

32 我們可以回顧一下本文前面提到的格鬥比賽影片，然後想想，這是危險的犯罪場景，現場可沒有專業裁判公正判斷，並

財團
李模務實
107年度
法學
徵選
四、名額及獎金：第一名：一名；第二名：一名；第三名：一名；佳作：五名；前列名額得由本會視評審結果五、應徵手續、來稿格式及其他相關資訊，請參考本會網站(http://www.limo.com.tw)之首頁最新活動訊息處。如有任何疑義，請電洽(02)2711-9300 許小姐。
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

法人
法學基金會
第23屆
論文
辦法
一、本屆徵選主題：1.大法官解釋與法院憲法裁判之研究（謹接受未曾公開發表之中文論文，請勿一稿多投並以一人投稿一篇為限）2.最高法院或最高行政法院裁判（含判例）之研究
二、篇幅：每篇以不逾一萬五千字為原則（含標點符號、註解）。
三、徵選期限：即日起至107年9月10日止。預定12月下旬公佈結果。
WEEKLY
周刊
週出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

本判決認為：「……本案既係被害人侵入住宅竊盜在先，遭被告發覺後，甚且出拳攻擊，並與被告扭打，此觀案發現場散落物品之範圍及被告身體受有多處傷害等情即明，已如前述，堪認被害人對被告之侵害，迄被告對被害人實施壓制行為之前，均仍繼續中。至被告採取左手推壓被害人左臉、再以右手反向拉緊被害人衣領之防衛手段，於事後觀之，雖造成被害人死亡之結果，然所謂防衛行為必要性，固然要求防衛手段必須為可採之各種有效手段中造成損害最小者，然並不包括不可靠、對被侵害者而言仍具有風險之防衛手段，亦不包括防衛者必須付出其他代價之防衛手段[31]。被告偕孕妻返家，驟然遭逢躲藏於其住處內之竊賊揮拳攻擊，而被害人身高 172 公分，身材精壯，有卷附法務部法醫研究所鑑定報告書及相驗、解剖照片可參（見相卷第 99 至 102 頁、第 212 頁至第 215 頁反面），被告當時又不知被害人是否攜帶兇器，因恐被害人逃脫，可能對被告之孕妻造成威脅，故被告於此危急情形下，採取與被害人扭打、並徒手推壓被害人臉部同時緊拉被害人衣領、將被害人壓制在地之防衛手段，固難謂非必要」，以上論述，肯定被告行為係正當防衛，本文贊同。而判決對於正當防衛行為必要性的說明，也值得肯定。

然而，判決接下來提到：「惟其於見戴口罩之被害人呼吸困難、手部發抖、臉色蒼白後，仍持續壓制被害人之臉部並緊拉其衣領，直至警員到場時，被害人已呈雙眼緊閉、臉色發黑、全身癱軟、無意識狀態而遭警員上銬後，被告始放手，終至被害人窒息死亡，揆諸前揭說明，其所實施之防衛方法，有失權益均衡之相當性而逾必要程度，自屬防衛過當。」這段論述似乎稍稍快了點，我們從判決的事實描述，可見竊嫌當時是戴口罩的，那麼被告是否能判斷竊嫌臉色蒼白？本文認為此點頗有疑義。而被告並非醫生或專業醫護人員，要求被告在那種緊急的狀況之下，正確無誤地判斷竊嫌之生理狀況[32]，實屬過苛。況且，其間不過短短數分鐘（約不到 10 分鐘）[33]，那麼被告要如何判斷這短短幾分鐘之內竊嫌生理狀況之變化[34]？若依據判決的論理，似乎認為被告在員警到場之前，就應該鬆手，然而，我們可以想想，要求被告在員警到場將竊嫌上銬前鬆手，會有什麼風險？

如果被告早了一點點鬆手，而當時竊嫌尚未完全喪失意識，或是竊嫌有意裝昏，對於竊嫌而言，當時也是面臨生死交關，腎上腺素可能大量分泌，如果抓到被告稍稍鬆手的機會，竊嫌可能全力反擊，而這是現實世界[35]，可沒有格鬥規則可循，竊嫌可能插瞎被告眼睛，攻擊被告下體，甚至掙脫後跑到廚房拿到菜刀，情急慌亂之下可能砍殺被告及其孕妻[36]，這些可能性在真實世界都是確實存在。因此，本文認為判決要求被告在警察到場將竊嫌上銬前鬆手，其實是要求被告負擔前開不合理的可怕風險，可能使被告及其家人付出前開慘重代價，這種要求依照判決也肯認的必要性原則標準，並非合理要求，且可能付出其他代價的防衛手段，依據判決肯認的必要性原則審查標準，並非有效的防衛手段。也就是說，本文認為依據判決也肯認的必要性判斷標準，被告採取的防衛行為，也就是前開壓制行為直到警察到場將竊嫌上銬才鬆手，符合正當防衛必要性之要求，並未過當。

至於判決提到「其所實施之防衛方法，有失權益均衡之相當性而逾必要程度，自屬防衛過當」，判決於此忽然提出了權益均衡這點，惟未多加說明，如果是指所謂的衡平性的話，依據學說多數說的看法，因為被告防衛的是生命財產等法益，縱然防衛造成生命法益侵害，也難認有失均衡。況且，依照本文前面的說明，本文贊同黃榮堅教授的看法，亦即正當防衛並不以衡平性為要件。

接下來我們再看判決中這段：「然如前所述，被告偕孕妻返家，驟然遭逢躲藏於其住處內之竊賊揮拳攻擊，被告於遭此侵害之危急處境下，固難期待其不為防衛行為，然其既自承於防衛行為持續中，已見被害人有『掙扎且有喘不過氣的樣子、手也開始抖、臉色蒼白、比較沒有動作、感覺快沒力、快不行、且口罩下方流出紅紅的鼻血或檳榔汁』等情，卻仍持續壓制被害人之臉部並緊拉其衣領，直至警員到場時，被害人已呈雙眼緊閉、膚色發黑、身體癱軟、無意識狀態而遭警員上銬後，被告始放手，則被告此等防衛方法，顯已逾越必要程度，其對於被害人死亡結果之發生，自應負其罪責，所辯對於結果之避免欠缺期待可能性云云，亦屬無稽。」判決回應被告關於期待可能性的辯解，但判決說明的理由大致同前，本文認為稍嫌可惜。在此本文進一步討論關於過失犯之注意義務及期待可能性。而在之前，我們可以注意到判決結果未認定被告構成故意犯罪，此點值得肯定，因為依據二階層理論檢討，被告主觀上認知其行為是正當防衛的行為，並不會構成故意犯罪，就不構成故意犯罪這點來說，判決看法也與本文判斷相同。而就過失犯罪而言，若採二階層理論檢討，被告主觀上既然是行使正當防衛行為，依據前開說明，被告主觀上認為這是最溫和的防衛行為，原則上也不會構成過失犯罪。簡言之，被告主觀上認為其係以最溫和之手段行使正當防衛行為，符合必要性原則，並無防衛過當之預見或預見可能性，欠缺構成犯罪所必須具備的故意或過失[37]，綜上所述，本文認為應判決被告無罪。

關於過失犯的部分，就判決所提到的應注意事項的注意義務，如果依照實務及學說多數說見解來檢討[38]，因為被告並非醫生或專業醫護人員，且情況緊急，本身也是面臨性命交關的緊張時刻，在短短數分鐘內，並無法要求其負擔該種程度之注意義務，質言之，就如前述，被告稍有鬆手的話，可能的風險或代價是自身及家人的重大傷害甚至死亡，在此情況下，我們不能要求被告為了注意竊嫌的生命徵象而在警察到場前鬆手，自難認被告有何過失可言。

就罪責層次來說[39]，以期待可能性來分析，被告當時面對生死交關的緊急狀況，鬆手又可能面對前述可能失去自己及家人生命的重大風險與代價，我們實在很難要求被告在短短數分鐘內，冷靜思考並做出事後檢討才得出的所謂「正確」判斷[40]，因此，在罪責的層次，本文認為並無期待可能性，被告沒有罪責[41]。

本件刑事判決認定被告構成過失致死罪，「處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。」就量刑上來看，似乎已量處較低刑度，並諭知緩刑，但若依據本文看法，被告應係無罪，而本件判決縱然認定被告有罪，也可依據刑法第 23 條但書規定，免除其刑，依據判決所載，本件被告構成自首，且無犯罪前科紀錄，本文認為判決縱然認定被告構成過失致死罪，就刑的部分，似乎也有為免刑判決之空間可以討論。

本文在此要再次強調，正當防衛是以正對不正，依風險合理分配的角度而言，侵害者以不法行為製造法所不容之風險，若因防衛者行使正當防衛而對侵害者造成風險，法規範上本應由侵害者承擔，防衛過當，毋寧是相當例外的情況[42]。本件竊嫌自己先製造了法所不容的侵害，並對被告及其家人生命身體財產等法益造成高度不法之風險，而被告對此侵害進行正當防衛，當然可能對侵害者即竊嫌的生命身體造成風險，如果防衛者之行為符合本文關於正當防衛要件判斷，那麼我們沒有理由要求防衛者負擔風險或代價。

陸 結語

我們看了以上座談會研討意見、判例、判決等，不難發現某些事件的特色就是原本的侵害者受到較嚴重傷害或死亡，而法律體系似乎覺得就是要有人為此負擔刑責，防衛者「很自然地」就成為須負責的人。事實上，就風險分擔或刑法正當防衛規範目的等角度來看，原則上本來就是讓正當防衛者不須負擔刑責，只有在例外的狀況下才令防衛者負擔刑責，我們應注意不要讓例外取代了原則。有時候或許我們該對原侵害者說的是：「你一開始就不該侵害他人法益。」

對於防衛者要求過高的注意義務，可能就是要求防衛者及其家人負擔致命風險或代價，也可能隱含著對於不法侵害行為的姑息甚或鼓勵，這些應該都不是我們所樂見的。

本文希望以較為不同的方式，例如前面所介紹的網路影片等，期待能提供不同的觀點，並融合法律論述，供法律人及非法律人共同參考討論，本文也希望這只是個起點，期待本文能拋磚引玉，促進更多的討論與互相理解。

（作者為臺灣南投地檢署檢察官）

註釋

隨時終止比賽。被告若在犯罪場景判斷失誤，可能換成自己或家人送命。

33 依據原判決認定，警員接獲報案後，不到 10 分鐘就抵達現場。

34 合理推測當時被告想的，無非就是保護自己及孕妻。實在無暇他顧。

35 讀者可以回顧本文之前提到的影片，及前開美軍陸戰隊教官的談話。

36 這也正是侵入住宅竊盜相當危險的原因之一。

37 同註 19，頁 238。

38 如果依照黃榮堅教授的見解，「注意義務之違反，可以作為我們判斷行為人預見可能性的參考，但是卻不是構成過失的要素」，同前註書，頁 391。本文為求盡量討論，仍探討之。

39 依據本文看法，被告在不法層次已然無罪，不須檢討罪責層次。但為了更全面討論，在此也探討罪責。

40 本件判決似乎也不敢斷言被告「應該」多早鬆手，這種事情難道要被告用自己及家人的生命安全去「實驗」嗎？換句話說，判決並沒有告訴被告他到底該在何時，如何做，才能保全當時所有人的性命及身體、財產之安全。所有的事後判斷都只是參考，最重要的是若實際處在當時的情境下，我們到底能期待被告怎麼做？更簡明點，我們是否可以想想，如果我們就是被告，我們該怎麼做？

41 請參考，同註 37。

42 在某些狀況下，如果已經不是正當防衛行為，當然須另外討論。例如已將竊賊五花大綁牢牢綑綁在地，卻仍將竊賊打死，這時當然已非正當防衛。就本件判決來說，如果警察到場將竊嫌上銬後，被告仍不鬆手，此時即非正當防衛行為。