

## 正當防衛界限判斷

### Judgment on Boundaries of the Right of Self-Defense

方 文 宗\*

Wen-Tsung Fang

#### 摘 要

正當防衛法理，源自於權利保護的構想，當遭受不法侵害，公權力又無法及時保護，防衛者在緊急狀況下，被動採取防衛行為，以避免權利遭受不法侵害。防衛是否過當，必先定位正當防衛的屬性，即被動性的行為及法律允許的行為，再依具體客觀事實，判斷是否符合正當事由，行為有無過當。本文認為判斷防衛過當標準，可審查以下三點：法益權衡是否適當、防衛的手段是否適當，以及最寬容原則判斷是否過當。倘若防衛保護的法益，以及使用手段，未高於不法侵害，則屬於正當行為，若高於不法侵害，則為防衛過當。當利益衡量的思考及防衛手段的衡量思考，皆無法通過審查標準，必須以最寬容原則，檢視防衛行為是否過當，當防衛行為「有」或「無」產生懷疑，依無罪推定原則例外，認定有此防衛行為，再依客觀中立的第三者審查，判斷防衛行為有無過當，若認為防衛行為合理、適當及必要，則屬於正當行為，若認為防衛行為非合理、適當及必要，則屬於防衛過當。

---

投稿日期：110.05.20      接受刊登日期：110.09.09      最後修訂日期：110.09.12

\* 臺灣警察專科學校刑事警察科副教授，國立中正大學犯罪防治學系博士。  
Associate Professor of Department of Criminal Investigation, Taiwan Police Collage;  
Ph.D. of Department and Graduate Institute of Criminology, National Chung Cheng University.

**關鍵詞：**正當事由；被動性的行為；法律允許的行為；最寬容原則；無罪推定原則

## 目 次

壹、前言

貳、正當防衛的法理基礎

一、正當事由之基礎

二、正當防衛的屬性

參、正當防衛的要件

一、現在不法侵害

二、侵害的防衛行為

三、基於防衛的意思

四、防衛行為不能過當

肆、防衛界線判斷基準

一、法益權衡是否相當

二、防衛的手段權衡是否適當

三、最寬容原則判斷是否過當

四、檢視案例是否防衛過當

伍、結論

## 壹、前言

刑法第 23 條：「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。」正當防衛最難判斷的是行為不過當，要判斷正當防衛行為不過當，必須先確立正當防衛的本質，首先，正當防衛是被动性質，是行為人遭受不法侵害，無法獲得國家即時保護，在緊急情況下所採取的反擊行為。其次，正當防衛是法律允許的行為，而且被視為是一種補救措施（as a remedy）之性質<sup>1</sup>，其補救方法是當行為人遭受不法侵害，基於權利保護的目的，所為的防衛行為，屬於法律賦予的權利行為。法律告訴防衛者，如果可以的話，不要使用太過激烈的手段，因為他是法律所允許的權利行為，另外法律亦告訴法官，如果可以的話，法官不能過度苛求該防衛者，因為他是被動的防衛行為，屬於以正對不正權利正當的反擊行為。

正當防衛的防衛行為須限於不法侵害存續中，所為的防衛行為，方為正當防衛，事前或事後的防衛行為，皆非屬於正當防衛。正當防衛是否過當，必須從客觀具體事實加以觀察，並站在防衛者的角度思考，並以最寬容原則認定。實務上曾發生民眾甲晚間與孕妻乙返家，發現竊賊丙躲在廁所，丙男隨即揮拳攻擊甲男，並試圖衝出浴室，甲男旋出於防衛意思與丙男扭打，最後以勒頸方式壓制丙男，不料力道過大勒斃丙男，法院認為甲男行為防衛過當，依過失致人於死罪判刑 2 月，緩刑 2 年<sup>2</sup>。本案法官的審判似乎未站在防衛者角度思考，亦未考量防衛者持續的防衛行為，應屬於整體防衛一部分，而是依結果論防衛行為過當，防衛界線認定是否適當，應有討論空間。

---

1 Ammiel J. Willard, *An Examination of the Law of Personal Rights, to Discover the Principles of the Law, as Ascertained from the Practical Rules of the Law, and Harmonized with the Nature of Social Relations*, in THE PRINCIPLES OF THE LAW 204, 205 (1882).

2 臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號刑事判決。

正當防衛的屬性為被動性，當行為人遭受不法侵害，採取反擊無法適當的拿捏，防衛者無法像 AI 人工智慧掌握施力的力道，且在危急狀況，法律不能強人所難，例如防衛者遭受不法侵害，適逢旁邊有一根棍子，拿起來打了攻擊者一下，攻擊者就死了，這樣是否防衛過當？實務上曾發生停車糾紛，甲男從車裡拿出鋁棒攻擊乙男，乙男基於防衛意思推開甲男，造成甲男頭部外傷、顱骨骨折、顱內出血、水腦症等症狀，法官認為乙男子身高 178 公分，體重 122~125 公斤，而甲男僅有 167 公分、重 62、63 公斤，雙方體型差距大，乙男應可「適時奪下」甲男手中的鋁棒，但他選擇推倒對方，客觀上應能預見頭部撞擊地面可能造成嚴重傷害，因此認定乙男超越其防衛之必要行為，防衛行為顯屬過當，判處有期徒刑 1 年、緩刑 5 年<sup>3</sup>。本案防衛者面對拿鋁棒攻擊，僅用手臂抵擋及推開攻擊者，法官認為防衛過當，法官是否須考量防衛者當下危險（鋁棒攻擊危險性），並應站在防衛者角度思考（任何人皆會這樣做），以及防衛者屬於被動反擊行為，屬於法律賦予的權利行為，法律不應強人所難等問題。

正當防衛界線無法一刀兩斷劃的很明確，但在日常生活中卻一再發生，為使刑法更接近我們的生活，本文針對正當防衛界線，企圖提出合理判斷標準，希望對於實務及學術有些許貢獻。

## 貳、正當防衛的法理基礎

### 一、正當事由之基礎

正當防衛的行為，表面上造成他人的侵害，但事實上是法律允許的行為，行為人遭受不法侵害，以正對不正的反擊行為，背面上是法律允許的正當行為。這是作為一個自由人的正當防衛權利（The Freedmen's

---

3 臺灣高等法院 106 年度上訴字第 2433 號刑事判決。

Right of Self-Defense)<sup>4</sup>，允許人們對於違反道德的行為，在國家公權力不及伸出援手時的補充回應<sup>5</sup>，同時也是根據法律要求平等和個性化對待的呼籲<sup>6</sup>。基本上，正當事由的基礎，形成結構有三種類型：（一）基於法律的授權關係：法律對於一定的權利干預行為，因社會共同生活所必要，在比例原則的拘束下，透過法律的授權關係，得對相關人採取干預，甚至侵害的行為，皆為法律所允許。例如警察逮捕現行犯，基於依法令之行為，必要時得使用警械，在法的授權範圍內，造成犯罪嫌疑人侵害，亦為所允許的行為。（二）基於權利保護的構想：不論是基於法律秩序的防護關係，或是基於保護自身權利的防衛情狀，雖其所為之行為，或許對於他人權利具有侵害性，行為人在保護自己或他人的權利行為，並不屬於不法評價的範圍，而是法律所認定之正當行為。（三）基於社會共同理念所認定的業務行為：行為人在業務範圍內，執行法律明定的業務事項，遵循業務應有的作業流程，所為的業務行為，即使造成他人的侵害，仍是法律允許的行為，其行為當然不罰。例如：醫師為病人治病，基於病情需要，為病人截肢，表面上是重傷害行為，事實上業務正當行為<sup>7</sup>。

行為人侵害他人的行為，倘若符合構成要件該當性，且無正當事由存在，犯罪即成立。若行為人的行為雖有侵害的事實，但行為人的行為符合反面構成要件，即是正當的法律行為，行為人當然不構成犯罪。犯罪的構成必須符合構成要件的該當性，即行為人的客觀行為與主觀心態，若與不法構成要件所描述的客觀行為情狀與主觀的心態完全一致，

---

4 Nicholas J. Johnson, *Self-Defense*, 2:2 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS & POLICY 187, 209 (2006).

5 Michael S. Moore, *Steinhoff and Self-Defense*, 55:2 SAN DIEGO LAW REVIEW 315, 316 (2018).

6 Marvis J. Van Sambeek, *Parricide as Self-Defense*, 7:1 LAW AND INEQUALITY: A JOURNAL OF THEORY AND PRACTICE 87, 96 (1988).

7 柯耀程，刑法概論，頁 183，一品文化出版社，2017 年 8 月，第 2 版。

則行為人的行為即具有構成要件該當性<sup>8</sup>。行為人的行為經過犯罪判斷，認定具有構成要件該當性者，則只能暫且該行為具有不法，犯罪判斷上必須進一步做違法性的判斷，經認定該構成要件該當行為具有違法性者，始得認定該行為確具不法內涵，而有可能構成犯罪<sup>9</sup>。因此，犯罪是否成立，必先檢視行為是否符合構成要件，當構成要件符合，再檢視有無違法性，若無違法性，行為有正當事由，犯罪當然無法成立，也就不須再檢視有責性。

## 二、正當防衛屬性

正當防衛的本質是被動性質，是法律允許的權利行為，當有不法侵害，國家公權力無法即時保護，行為人基於權利保護的目的，被動的採取防衛行為，以保護自己或他人權利，避免遭受被害的權利行為，藉以確保法秩序的完整性<sup>10</sup>，這幾乎是國際法學者所普遍承認的一種基本人權<sup>11</sup>，也是人類基於自我保護的本能，通過犧牲他人的法益來保護自己的法益<sup>12</sup>。茲就正當防衛屬性說明如下：

### （一）被動性的行為

正當防衛是被動的防衛行為，必先有不法侵害的前提，行為人基於保護自己或他人的權利，採取的防衛行為。倘若尚未有不法侵害，行為人誤以為不法侵害，而採取的防衛行為，其行為並非正當防衛，而是誤想防衛，但因行為人並沒有侵害他人的故意，行為人的行為僅能論以過

---

8 林山田，刑法通論（上冊），頁 242，自版，2008 年 1 月，第 10 版。

9 同前註，頁 301。

10 黃惠婷，實用刑法總則，頁 142-143，自版，2019 年 9 月。

11 David B. Kopel, Paul Gallant & Joanne D. Eisen, *The Human Right of Self-Defense*, 22:1 BYU JOURNAL OF PUBLIC LAW 43, 60 (2007).

12 Garland, David S., *Self-Defense*, in THE AMERICAN AND ENGLISH ENCYCLOPAEDIA OF LAW 256, 270 (1903).

失<sup>13</sup>。預測他人可能不法侵害，為避免坐以待斃，採取先發制人或先下手為強，皆不符合正當防衛<sup>14</sup>。正當防衛必須有不法侵害，被動的採取防衛行為，本質為被動性的防衛行為，而非主動性的攻擊行為。若行為人反擊行為並非出於防衛意思，而是有侵害他人的故意，即使符合正當防衛的要件，仍然不能視為正當防衛。正當防衛是為保護自己或他人的權利，被動採取防衛行為，若假借正當防衛，行不法侵害之實，此非權利保護，而是違法行為。

正當防衛與預防性防衛本質不同，所謂預防性防衛：在未有不法侵害之前，預設防衛設施，俟有不法侵害，及時啟動防衛設施，避免權利受不法侵害。預防性防衛通說認為是正當防衛<sup>15</sup>。預防性防衛有點類似正當防衛，並非正當防衛，雖然防衛的皆是在保護權利，但該防衛是在尚未發生不法侵害，主動設置防衛設施，正當防衛是遭受不法侵害，被動性採取防衛的行為。預防性防衛並無即時性的問題，但正當防衛有即時性的問題，即時性（*Immediacy*）是正當防衛的理論核心，也是正當防衛必要性學說的重要組成部分<sup>16</sup>。預防性防衛為法律放任的行為，屬於

---

13 最高法院 29 年上字第 509 號刑事判例認為，「防衛是否過當，應以防衛權存在為前提，若其行為與正當防衛之要件不合，僅係錯覺防衛，當然不生是否過當之問題。被告充當聯保處壯丁，奉命緝捕盜匪，正向被人誣指為匪之某甲盤問，因見其伸手撈衣，疑為取槍抗拒，遂向之開槍射擊，當時某甲既未對被告加以如何不法之侵害，則被告之防衛權，根本無從成立，自無防衛行為過當之可言。至被告因見某甲伸手撈衣，疑其取槍抗拒，誤為具有正當防衛權，向其槍擊，固係出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與過失致人於死之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤」。

14 G. P. FLETCHER, *BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW* 133 (1998).

15 韓忠謨，*刑法原理*，頁 143-144，自版，1982 年 4 月，第 15 版；洪福增，*刑法之基本問題*，頁 112，三民書局股份有限公司，1964 年 10 月；林山田，同註 8，頁 324。

16 John J. Merriam, *Natural Law and Self-Defense*, 206 *MILITARY LAW REVIEW* 43, 58 (2010).



法律容許性問題，法律不能認定為權利正當行為，法律也不能反對行為人設置防衛設施，畢竟行為人設置防衛設施，在於保護權利，避免遭受不法侵害，但設置防衛設施不能造成不特定人重傷或死亡，若造成重傷或死亡，應為法律所不容許。正當防衛是行為人遭受不法侵害，為保護自己或他人權利，被動採取的防衛措施，其防衛對象是針對不法侵害之人，與預防性防衛的特定人不同，且正當防衛過當，得減輕或免除其刑，但預防性防衛並無過當的問題，僅有法律容不容許的問題，若不容許有行為人並非故意犯罪，僅能論以過失，而非防衛過當。

## （二）法律允許的行為

犯罪構成要件該當，沒有阻卻違法事由，犯罪成立，若有阻卻違法事由存在，犯罪當然不成立。刑法正當事由存在，不論是透過法律正式的授權，或是基於法律基本理念所當然，或是源自於事物自然關係的正當性，或是屬於對抗法律不及救援的不法侵害等，在這些情狀存在的前提下，所為的行為，皆應屬於合法的正当行為。正当行為的存在，雖然在客觀上似乎有造成權利的侵害，但基於正當事由的侵害行為，並不是構成要件得以成立的事項，而是法律允許的行為，屬於合法的行為，並非不法行為<sup>17</sup>。權利遭受侵害，行為人為保護自己或他人權利，對抗不法，排除不法，而不是故意侵害他人權利，為法律允許的正当行為，亦應是法律認定鼓勵的行為。合法無須對非法讓步，即是合法行為，就無違法性的問題，是行為人在行使法律賦予的權利行為，而非犯罪行為。

正當防衛為法律賦予的權利行為，防衛行為所造成侵害，只要正當、合理、適當，即是合法的行為。權利保護不是造成侵害，就是防衛過當，正當防衛是在排除不法侵害，不是在侵害他人，而是在合法行使權利，保護自己或他人權利，避免權利遭受不法侵害，防衛行為所必要

---

17 柯耀程，同註7，頁182-185。

的手段，仍是合法正當行為。正當防衛是法律允許的行為，防衛者使用的手段，法律不能過於苛求，對於是否防衛過當，法律亦不能過度要求，但防衛是否過當，仍受到利益衡量的理性要求，若侵害是物不是人，雖然符合正當防衛，防衛的手段，就必須使用較柔性手段，而非致命部位；若防衛者的能力較攻擊者強，且無急迫性，防衛者應使用較為溫和的手段，無須使用強烈手段<sup>18</sup>。因此，正當防衛是保護權利的正當行為，法官在審查防衛者是否防衛過當，必須站考量防衛者角度思考，他是被動性，且是法律允許的行為，防衛者是在行使權利，不是侵害他人權利，而非有侵害，即是防衛過當。

## 參、正當防衛的要件

所謂「正當防衛」係指為了防衛自己或第三人的權利，而針對現在進行的違法侵害行為或攻擊行為，所為的具有急迫性的必要防衛<sup>19</sup>。行為人遭受不法侵害，在無法獲得國家公權力即時保護，為了保護自己或他人權利，在緊急的情形下，採取反擊行為。雖然正當防衛在不同的法領域中，基於不同的法源與法律基礎，而各有其不同層次的規範意義，但防衛標準仍傾向享有某些共同的原理原則（**Certain Common Principles**）<sup>20</sup>。

### 一、現在不法侵害

正當防衛必須是現在不法的侵害，侵害行為仍在不法階段的狀態中，仍是不法侵害，例如竊賊入侵，並攻擊屋主，屋主為制伏竊賊，在發生扭打過程中壓制勒頸竊賊，壓制勒頸仍屬於現在不法侵害階段的狀

---

18 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，頁 120，自版，2003 年 2 月。

19 林山田，同註 8，頁 316。

20 E. L. Gaston, *Reconceptualizing Individual or Unit Self-Defense as a Combatant Privilege*, 8 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 283, 295 (2017).

況。對於尚未有不法侵害，預測他人可能不法侵害，為避免坐以待斃，採取先發制人或先下手為強，皆不符正當防衛<sup>21</sup>，或是不法侵害已結束，所為事後的防衛行為，皆非現在不法侵害。正當防衛的防衛始點，學說觀點有以下幾點<sup>22</sup>：

### （一）有效防衛理論

有效防衛理論，係指防衛者何時採取防衛行為，才能有效保護避免遭受不法侵害<sup>23</sup>。侵害的開始是以侵害行為已達於防衛者最後或最安全防衛可能性的時點，此說是從防衛有效的觀點出發，如果再遲就無法防衛或防衛起來更困難，就可算是現在不法侵害，此說優點是比較能避免侵害者承擔較嚴重的反擊風險<sup>24</sup>。預備行為如已與著手形成緊密關係，行為人如未即時實施正當防衛，將使防衛變成不可能，或形成重大困難，或使行為陷入更重大的風險，應容許其實施正當防衛<sup>25</sup>。有效防衛理論是以防衛者角度觀察侵害的現在性，著重有效保護自己法益的可能性，即使實施家暴的侵害者在睡眠中，依據該理論仍然可能判定為現在不法侵害，大幅提前不法侵害時點<sup>26</sup>。

### （二）具體危險說

具體危險說，認為正當防衛的防衛始點，必須綜合客觀情狀認定，

---

21 Fletcher, *supra* note 14, at 133.

22 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，頁 23-25，2018 年 11 月。

23 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，臺大法學論叢，第 48 卷，第 3 期，頁 1254，2019 年 9 月。

24 王皇玉，刑法總則，頁 281，新學林出版股份有限公司，2019 年 9 月，第 5 版；黃惠婷，同註 10，頁 146。

25 高金桂，義憤殺人罪與正當防衛－臺灣高等法院 96 年上訴字第 4489 號刑事判決，月旦裁判時報，第 2 期，頁 122，2010 年 4 月。

26 許恒達，同註 22，頁 23-24。

特定法益是否已面臨直接危險或受到侵害，尤其是考量，如果不予以反擊，侵害所開啓的因果流程將有何後果<sup>27</sup>。只有在確定一個直接危及他人利益的具體不法行為時，潛在被害人才能行使正當防衛權<sup>28</sup>。該學說必須依個案的具體危險，認定正當防衛的始點，但此種認定可能會造成個案因人而異，而無具體判斷標準。

### （三）著手實行說

著手實行說，認為判斷不法侵害是否仍屬「現在」，應該是以不法侵害已進入著手階段，但行為尚未終了而言，不法侵害行為尚未著手，則屬於事前的階段，都不能視為「現在」<sup>29</sup>。侵害必須達到著手程度，也就是進入未遂判斷程度，始得進行正當防衛，因為侵害必須達到著手後，方有所謂不法評價的存在，因此又稱未遂階段說<sup>30</sup>。尚未有不法侵害，預測將會有不法侵害，採取先下手為強的事前防衛行為，或是不法侵害已結束，所為事後的防衛行為，皆非現在不法侵害。所謂現在不法侵害，乃犯罪已經著手實行，不法侵害在存續進行中，尚未結束前，被動採取的防衛行為而言。該學說必須有不法侵害，才可以採取防衛行為，對於防衛者的保護尤嫌不足。

### （四）預備行為最後階段說

預備行為最後階段說，認為侵害著手實行之前，且緊鄰於密接行為的預備行為階段最後階段，來認定正當防衛的始點。但此學說難以預備行為的最終時點，而且著手實行也只適用於故意犯，對於過失犯恐無法

---

27 薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行，台灣法學雜誌，第 182 期，頁 187，2011 年 8 月。

28 薛智仁，家暴事件正當防衛難題－以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法律學刊，第 16 期，頁 22-26，2015 年 3 月。

29 柯耀程，同註 7，頁 191。

30 王皇玉，同註 24，頁 281。

適用等問題<sup>31</sup>。事實上，犯罪的預備至著手實行，可能因侵害者不法侵害計畫內容，以預備行為最後階段說作為防衛者認定始點確實有相當不明確，易造成認定爭議。犯罪前的準備行為，皆非著手，以預備的最後階段來認定正當防衛仍是不妥，因為犯罪尚未實行，尚未有不法侵害，不宜依此說認定得主張正當防衛。

實務見解採著手實行說，「刑法第 23 條之正當防衛，係以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為要件。因此正當防衛，必對現在之不法侵害，始能成立，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<sup>32</sup>。」按刑法上之正當防衛以遇有現在不法侵害為前提，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言<sup>33</sup>。本文亦主張著手實行說較為合理，雖然該學說對於防衛者的保護尤嫌不足，但認定不法侵害有一個具體明確的判斷基準，不會因個案差異而有所不同。另從正當防衛本質思考，正當防衛係行為人遭不法侵害，國家公權力無法及時保護，行為人被動採取的防衛行為，當下尚未有明確的不法侵害，當然不能採取防衛。

## 二、侵害的防衛行為

違法的侵害，防衛者才可以採取防衛行為。所謂違法侵害，係指侵害行為或攻擊行為在客觀上違背法律的評價，而無容許規範其合法化，受侵害者或受攻擊者對於這種侵害，並無忍受的義務，若為合法的侵害

---

31 許恆達，同註 22，頁 25。

32 最高法院 100 年度台上字第 4939 號刑事判決。

33 最高法院 84 年度台上字第 1057 號刑事判決；最高法院 27 年上字第 2879 號刑事判例。

或攻擊，自無正當防衛的餘地，即不得主張正當防衛<sup>34</sup>。權利受國家侵害，原則上不能視為不法侵害而反擊，但國家侵害明顯違法，受侵害者當然得主張正當防衛。例如警察無搜索票，強行搜索民宅，搜索的當下又無緊急的狀況，不符合逕行搜索要件，即是違法搜索，被搜索者並無忍受義務，當然可以抗拒搜索，反之若合法持有搜索票搜索，被搜索者不得主張正當防衛加以反擊<sup>35</sup>。

不法侵害發生，是由主張正當防衛所引起，則對於其所引起的不法侵害，應當不得主張正當防衛，特別是原本想要傷害他人的目的，透過挑撥他人的方式，以促使得他人對其先為攻擊的行為，藉此種客觀上存在的不法攻擊行為，而予以實施反擊，而主張正當防衛，該種挑撥防衛的行為，即非正當防衛<sup>36</sup>。挑撥行為並非藉挑撥達到正當防衛目的，侵害者藉此機會攻擊挑撥者，應屬正當防衛的濫用<sup>37</sup>。挑撥行為係法律上的違法行為，被挑撥者當然可以主張正當防衛，若挑撥者挑撥內容並非法律上的違法行為，而是社會倫理所非難的行為，則被挑撥者反應過度，挑撥者對被挑撥者的攻擊行為，可主張正當防衛<sup>38</sup>。

意圖式的挑撥行為是否可以主張正當防衛？有採否定說，認為挑撥行為可以主張正當防衛，將造成正當防衛權利濫用，事實上挑撥者才是真正的攻擊者；有採限制肯定說，認為應限定於已經終了的不法行為，法律效果層面，則不會完全失去防衛權，但也因挑撥者對不法侵害的惹起與有責任，不再享有全面的防衛權，故其防衛權必須受到限制<sup>39</sup>。至於非意圖式挑撥，是否有正當防衛的權利？挑撥者的行為，造成緊急的

---

34 林山田，同註 8，頁 323。

35 林東茂，刑法總則，頁 129，一品文化出版社，2019 年 12 月。

36 柯耀程，同註 7，頁 192-193。

37 蔡墩銘，刑法精義，頁 201，翰蘆圖書出版有限公司，2005 年 7 月。

38 余振華，刑法總論，頁 258，三民書局股份有限公司，2017 年 9 月，第 3 版。

39 許恒達，正當防衛與挑唆前行為，月旦刑事法評論，第 2 期，頁 127，2016 年 9 月。

情況並非出於惡意，不一定完全喪失防衛的權利，只是在維護法律的利益，應受到限縮，法律不能要求挑撥者在緊急狀況下，仍然要犧牲自己生命或身體，只是在防衛的強度，防衛的行為限縮，若在無計可施之下，最後才能採取攻擊的行為<sup>40</sup>。本文認為意圖式的挑撥行為不得主張正當防衛，因其在挑撥前即有其犯罪目的，法律若容許其行為得主張正當防衛，將造成正當防衛權利被濫用，假正當防衛之名，行犯罪目的之實。

正當防衛必須出於防衛的意思，對於互毆行為得否主張正當防衛，必須考量對方是否先對他實施不法侵害，再判斷防衛行為是否必要，以及是否要受到權利濫用的節制（例如防衛者先前有可歸咎的挑撥原因）等綜合判斷<sup>41</sup>。互毆原則上不能主張正當防衛，雙方皆係攻擊，亦皆係防衛，欲判斷何者先出手攻擊，事實上相當困難，除非彼此互毆，突然有一方拿出短刀攻擊另一方時，此時已經改變雙方互相防衛與互相攻擊的同等立場，故遭受短刀攻擊的一方可認為係遭受現在不法侵害，而主張正當防衛<sup>42</sup>。實務上亦認為互毆無法分辨何方為不法侵害，均不得主張正當防衛，除非彼此互毆，一方初無傷人之行為，因排除對方不法侵害加以還擊，始得主張正當防衛<sup>43</sup>。因此，互毆不是誰先動手，就不能主張正當防衛，而是誰是攻擊者，誰是防衛者，倘若能證明先動手者目的在於防衛，仍是正當防衛，若無法確定誰是攻擊者，誰是防衛者的狀況下，互毆行為雙方皆是行為人，皆是犯罪的主體，皆不得主張正當防衛。

任何人遭受不法侵害，並無忍受義務，皆可採取正當防衛，排除不法侵害。至於不法侵害行為是否限於刑事不法侵害，或包含民事不法及

---

40 黃惠婷，同註 10，頁 152。

41 林山田，同註 8，頁 332-333。

42 余振華，同註 38，頁 266。

43 最高法院 30 年度上字第 1040 號、101 年度台上字 1982 號、107 年度台上字 2054 號、110 年度台上字第 46 號刑事判決。

行政不法，有認為基於法秩序一致性原則考量，正當防衛的不法侵害，並不以刑法為限，對於刑法所不處罰的法益侵害行為，諸如欠缺所有意圖的使用竊盜，或僅止於著手的毀損，仍有主張正當防衛之可能<sup>44</sup>。亦有認為刑法的正當防衛，應限於刑事不法，主要理由：(一) 如果將正當防衛的設立目的，置於個人權利與利益的保護上，所有法秩序不允許的侵害行為，皆為不法侵害，對於個別法律領域有規定正當事由，將造成適用關係衝突。(二) 如從不法侵害行為人，以及行為不法內涵層次，加以觀察，刑法正當防衛行為，得對僅是民事不法的債務不履行，即可行使正當防衛，將造成判斷不法行為的現在性，陷於模糊不清，甚至形成權利被濫用情況<sup>45</sup>。本文認為各種法律屬性不同，適用上也不同，為避免法律彼此間認定衝突，應限於刑事不法行為，不應擴及其他法律，較為妥適。

### 三、基於防衛的意思

正當防衛的防衛行為，主觀上必須是出於防衛的意思，而非傷害他人的意思，或是與防衛無關之其他目的，否則即使客觀上有得以為正當防衛的不法侵害存在，其所為不法侵害排除的行為，仍舊無法被視為正當防衛。倘若防衛之人並非出於防衛的意思，客觀上剛好有不法侵害的存在，其所攻擊的行為，恰好符合防衛的情形，但行為人並非出於防衛的意思，並不能視為正當防衛<sup>46</sup>。正當防衛必須出於防衛的意思，若是恰巧有不法侵害，行為人並非出於防衛意思，而是故意傷害他人的行為，亦不能認定為正當防衛。正當防衛本質為法律賦予的權利正當行為，行為人遇到不法侵害，公權力又無法及時保護時，在緊急的狀況下，

---

44 林鈺雄，新刑法總則，頁 248-249，元照出版有限公司，2019 年 9 月，第 7 版。

45 柯耀程，同註 7，頁 191-192。

46 柯耀程，同註 7，頁 193。



採取的反擊行為，若防衛行為並非出於防衛的意思，應與正當防衛本質不符。

偶然防衛不是正當防衛，因此行為人並非出於防衛的意思，而是基於侵害的意思，即使符合正當防衛的客觀要件，也無法視為排除不法侵害的權利行為。偶然防衛從法秩序觀點思考，則完全與一般違法行為相同，行為人主觀上是朝向法益侵害，而不是排除不法侵害，當然不能解釋為正當防衛<sup>47</sup>。例如：仇家甲乙狹路相逢，甲開槍擊斃乙，甲開槍前，乙先以槍口對準甲，所以甲有迫切的生命危險，但甲並無防衛的意思，因此仍然成立殺人罪<sup>48</sup>。該例子在說明行為人主觀上非出於防衛意思，而是出於故意殺人的犯意，即使符合正當防衛，仍然無正當防衛之適用。

防衛不論出於防衛自己或第三人不法侵害，行為人只要基於防衛意思，所為防衛的行為，皆屬於正當防衛，即使防衛者與被防衛者意思不一致，仍然符合防衛行為，若防衛動機出於報復或仇恨，即使客觀有不法侵害，亦非正當防衛<sup>49</sup>。但行為人主觀出於防衛意思，即使防衛附帶有憤怒、復仇等動機，在其他目的與防衛意思並存狀況，也不因而否認防衛的意思存在，仍是正當防衛<sup>50</sup>。正當防衛主觀上必須出於防衛意思，行為人主觀認知或瞭解防衛情狀，並出於防衛自己或他人權利的意思，所為的防衛行為，始符合正當防衛；反之，行為人主觀並非出於防衛的意思，即使客觀當下有不法侵害，採取的防衛行為，仍非正當防衛<sup>51</sup>。

#### 四、防衛行為不能過當

所謂防衛過當，係指行為人對於現在不法侵害，出於防衛自己或他

---

47 余振華，同註 38，頁 261-262。

48 林東茂，同註 35，頁 119。

49 蔡墩銘，同註 37，頁 203-204。

50 林鈺雄，同註 44，頁 257。

51 林山田，同註 8，頁 332。

人權利所為的反擊行為，逾越防衛程度而言<sup>52</sup>。正當防衛是以正對不正，雖然是法律賦予的權利行為，目的在於權利保護，但防衛行為亦不能超過容許的範圍，否則即是防衛過當。防衛過當在實務上認為，係指為排除現在不法侵害之全部防衛行為欠缺「必要性」及「相當性」要件而言<sup>53</sup>。防衛行為是否過當，必須就防衛行為是否超越必要程度，並依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<sup>54</sup>，如果可以證明行為人使用武力而對他人造成傷害，係基於防衛的必要性而且是合理的，則行為人無罪<sup>55</sup>；反之，倘若與所構成的危險不成比例的防禦力量損害了社會法律秩序，也是不合理的防衛<sup>56</sup>。

正當防衛為法律賦予的權利行為，且係在緊急狀況下的行為，在法益衡量上，侵害者應承擔被反擊後遭到更大侵害的風險，正當防衛無須在保全與破壞的兩個法益間，做利益衡量。例如：婦女遭性侵之際，持刀刺死性侵者，應為正當防衛<sup>57</sup>。正當防衛倘若有更好選擇，防衛者的行為不能逾越必要程度，防衛行為主要在排除不法侵害，若侵害的危險性低，防衛者應選擇較溫和手段，不是一有不法侵害，防衛行為就能無限上綱，反之，侵害明顯而立即危險，若無採取強烈手段，無法保護防衛者的權利，其行為亦非過當，畢竟正當防衛是以正對不正，法律不能過度限制防衛者的防衛行為。

防衛行為超過容許範圍，即是防衛過當，防衛行為在容許範圍，即非防衛過當，防衛行為是否必要，即是判斷的關鍵，若防衛行為可以選擇較溫和手段，防衛者卻捨棄不用，而用較為激烈的手段，即是防衛過

---

52 余振華，同註 38，頁 256。

53 同註 32。

54 最高法院 63 年台上字第 2104 號刑事判例。

55 Sambeek, *supra* note 6, at 92.

56 Sangero Boazm, *Heller's Self-Defense*, 13:3 NEW CRIM. L. REV 449, 457 (2010).

57 林東茂，同註 35，頁 120。

當<sup>58</sup>。因此，過當防衛是指超過必要性的防衛手段，其判斷標準：(一)行為人主觀上出於防衛意思，若非出於防衛意思，即非正當防衛。(二)客觀上具有緊急防衛情狀，若客觀上欠缺防衛情狀，根本不生防衛權，也無正當防衛可言。(三)使用超過必要之防衛手段，若超過必要手段，即是防衛過當<sup>59</sup>。例如：主人發現小偷到果園偷摘水果，小偷跑給主人追，主人開槍打死小偷，其防衛行為顯然逾越必要程度，屬於防衛過當的行為。正當防衛之違法阻卻事由，係以行為人對於現在不法之侵害，本乎防衛自己或他人之權利意思，在客觀上有時間之急迫性，並具備實行反擊、予以排除侵害之必要性，且其因而所受法益之被害，亦符合相當性之情形，斯時實行防衛行為者，始稱相當，若違反相當性仍屬於防衛過當<sup>60</sup>。

正當防衛要求防衛不能過當，若防衛過當得減輕或免除其刑，其主要考量在於防衛者是基於防衛的意思，而非基於犯罪的意思，防衛者不是假正當防衛之名，行犯罪之實，防衛者不是濫用權利，而是在行使權利，只是行為逾越必要的範圍，對於逾越的部分，給予減輕或免除其刑。至於是否過當，應就侵害行為之性質及防衛行為實施之情形予以觀察，倘若防衛行為採取之手段過重或為微不足道之財產而為防衛，均可視為過當，故是否過當，應就防衛行為之全體予以觀察，而非就各個防衛行為予以判斷<sup>61</sup>。

## 肆、防衛界線判斷基準

一般認為正當防衛的特權 (Privilege) 僅限於為防止受到威脅的傷

---

58 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 255，元照出版有限公司，2006 年 9 月。

59 林鈺雄，同註 44，頁 258-259。

60 最高法院 108 年度台上字第 2679 號刑事判決。

61 蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，頁 110-111，五南圖書出版股份有限公司，1990 年 2 月，第 2 版。

害，而使用必需或合理的防衛武力<sup>62</sup>，且未超過防衛之必要性，否則即不得主張正當防衛。防衛行為無必要性，或防衛行為顯然不相當，超過容許界線，即是防衛過當。防衛行為是否過當，實務上有諸多爭議，本文提出三項判斷標準：法益權衡是否相當、防衛的手段是否適當、最寬容原則判斷是否過當等，倘若行為人違反此三項標準，即有防衛過當問題，若僅違反一項或二項標準，亦不能認定防衛過當，茲說明如下：

### 一、法益權衡是否相當

法益權衡是否相當，必須觀察不法侵害與防衛行為，所可能造成的法益侵害關係，是否逾越必要程度，倘若防衛行為所造成的法益侵害，顯然高於因不法侵害時，則屬於防衛過當，若防衛行為所生的法益侵害，並未高於不法侵害時，則屬於正當防衛行為<sup>63</sup>。例如：對於互相攻擊，但若能證明係某方先行侵害，而已方初無傷人之行為，且就時間性而言，不法侵害既非「過去」，亦非「未來」，而屬「現在」，因排除對方不法之侵害而加以還擊，則屬正當防衛無疑。惟由客觀情勢之輕重緩急審察防衛權利者之反擊行為，若其反擊行為之方式、力道及程度，欠缺「必要性」及「相當性」，則屬防衛過當<sup>64</sup>。因此，對於現在遭受不法侵害，行為人為排除不法侵害，當然可以採取反擊的行為，但反擊的行為造成法益的侵害，不能高於不法侵害，否則即有防衛過當的問題。

正當防衛客觀上是否必要，必須考量侵害行為或攻擊行為的方法、方式、輕重、緩急與危險性等情節，並參酌侵害或攻擊當時防衛者可資運用或可採取的防衛措施等情況，而做客觀的判斷。即防衛行為是否出於必要性，應以事前判斷的觀點認定之，其標準乃以一個理性的第三人

---

62 John Hasnas, *Lobbying and Self-Defense*, 12 GEORGETOWN JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 391, 400 (2014).

63 柯耀程，同註 7，頁 194。

64 最高法院 106 年度台上字第 3638 號刑事判決。

處於防衛者所面臨的狀況，是否亦會採取同樣強度的防衛行為為判斷，不得僅以侵害法益與防衛的輕重，做為判斷的標準<sup>65</sup>。因此，防衛大於侵害未必是防衛過當，而須視當時情境，防衛者所能採取的方法與手段，倘若在緊急的狀況下，防衛的手段大於侵害，亦不能視為防衛過當，若防衛可以採取較溫和手段，防衛者無正當理由不採取，而使用侵害較大的手段，其防衛行為顯然過當。

正當防衛本質上為被動性及法律賦予權利，倘若侵害者沒有不法侵害，防衛者就不會採取防衛的行為，若侵害者實行不法侵害，防衛者在緊急狀況下，基於權利保護的目的，為保護自己或他人權利，必須採取有效的防護措施，因而造成攻擊者傷亡，仍屬法律許可的權利行為。正當防衛是否考量法益的權衡，若須考量法益的權衡，無異是對不法侵害者的一種鼓勵，依照德國通說，認為防衛行為不是成立正當防衛所必須考慮的事項，但防衛行為所保護法益與造成侵害也不能絕對失衡<sup>66</sup>。因此，本文認為正當防衛必須站在被害者的角度思考，防衛者不是主動攻擊，而是遭受不法侵害，在緊急狀況的被動行為，既然刑法明文規定正當防衛為法律賦予的權利行為，防衛者依法保護自己或他人權利，其防衛行為在法益權衡上應給予較大空間，除非防衛者保護法益與造成侵害顯然失衡狀況，始有防衛過當的問題。例如防衛者在路上遭遇強匪，順手拿一根棍子打一下強匪，強匪倒地死亡，防衛者的防衛行為當下應是無法權衡，法官應站在防衛者的角度思考，不能認為防衛者防衛過當。

## 二、防衛的手段權衡是否適當

當防衛行為所採取的手段與方式，其強度並未高於不法侵害行為時，則防衛行為可以被視為正當，反之，防衛行為所採用的手段與方式

---

65 林山田，同註 8，頁 334-326。

66 黃榮堅，同註 58，頁 181-183。

與不法侵害行為的強度，顯失比例時，則當屬於過當<sup>67</sup>，除要有適當性之外，主要涉及必要性與相稱性的要求<sup>68</sup>。如果防衛行為所使用之武力，超過了對於保護自己或他人免於受到傷害的合理必要程度，仍然不能免除其刑事責任<sup>69</sup>。正當防衛雖然是法律賦予的權利行為，但防衛行為亦非可以任其所為，使用手段仍須受比例原則的檢視，其具體要求如下：

（一）適當性要求：防衛的行為應有助於目的達成，而非有不法侵害，防衛者的防衛行為，與目的達成無關，甚致造成其他與防衛無關的侵害，應非法律所允許。（二）必要性的要求：有多種防衛方法能達到目的，應選擇造成侵害損害最小的方法，即雖然有不法侵害行為，但防衛的行為仍須考量是否必要，以及是否有較適當的方法，若當下能選擇較適當的方法，防衛者不能不擇手段，仍須考量防衛行為與侵害之間是否逾越必要程度。（三）利益相當性的要求：防衛的目的與造成侵害之法益必須相當，防衛侵害的手段，不能過度造成被防衛者法益顯失均衡，不能為防衛極小的侵害，而造成不法侵害者的法益重大侵害，其行為顯然防衛過當。

正當防衛是否必要，在學說上計有「不得已說」或「必要說」，採不得已說，認為必須捨此別無他途，始可為正當防衛之實施，否則其行為難免被認為過當。採必要說，認為防衛雖不必有捨此別無他途之情形存在，但防衛行為必須為排除侵害所必要，且其行為亦未逾越必要程度，始可依法為正當防衛<sup>70</sup>。檢視正當防衛規定，並無緊急避免必須出於不得已的規定，因此，正當防衛只須不超過防衛權利所必要之限度，即可成立，換言之，決定防衛行為是否過當，應視侵害方法之緩急如何，以及防衛者之反擊是否出於必要以為斷，至於法益的保全，除此以外有

---

67 柯耀程，同註 7，頁 194。

68 Boazm, *supra* note 56, at 453.

69 Steven A. Weidner, *Instructing on Self-Defense*, 21:3 JAG JOURNAL 79, 81 (1966-1967).

70 蔡墩銘，同註 61，頁 105。

無其他委曲求全之方法，以及被侵害之法益與反擊之法益輕重是否完全相稱，並非絕對的判斷標準，防衛是否過當，仍須審酌在公序良俗觀念決定是否正確，以及是否符合一般社會價值，並依客觀事實認定防衛是否必要，防衛是否合理等，而非防衛須出於不得已<sup>71</sup>。另依正當防衛本質分析，防衛是出於被動的行為，以及防衛為法律賦予的權利行為，對於不法侵害是侵害者所造成，在國家公權力無法及時保護狀況下，防衛者為保護自己或他人權利，被動採取的防衛行為，在檢視是否防衛過當，應依以防衛是否「必要」為考量，而非以「不得已」作為考量，因為在緊急狀況下，應站在防衛者的角度思考，不能苛求防衛者能做出最適當的防衛方法，否則防衛者的權利將無法獲得及時的保護，但防衛者使用手段亦須受到一般社會客觀價值拘束，採取最合理、適當的防衛手段，而非法律賦予的權利，就能為所欲為。

正當防衛為法律賦予的合法正當行為，法律不能太過限縮，也不能毫無限制，基本上，對於正當防衛行為的要求，雖非必須最後唯一手段，但仍須考慮防衛行為與侵害程度的均衡關係，防衛者盡可能使用最柔性的防衛手段，至於何種防衛行為合乎必要性與適當性，必須應從客觀及事前加以判斷，亦即同一情況下，一個客觀的特定第三者立於被侵害者地位加以思考判斷，並考量防衛者得以使用的方法與手段，倘若使用的手段顯然失衡，則為防衛過當，若使用的手段為必要性與適當性，應屬正當合法的防衛行為<sup>72</sup>。因此，在判斷正當防衛是否過當，原則上必須站在防衛者的角度思考，防衛行為是否符合適當性及必要性，但也須考量侵害者權益的衡平，防衛者使用手段與方法不能過度，仍須符合比例原則的要求，不能為了防衛不擇手段，否則即是防衛過當。

正當防衛之防衛手段，對於所防衛的法益與所侵害之法益之間，原則上無須進行優越利益衡量之判斷，但所侵害的法益微小，仍應使用較

---

71 韓忠謨，同註 15，頁 164-165。

72 柯耀程，正當防衛界線之認定，刑法問題評釋，頁 17-19，自版，2004 年 12 月。

輕微的手段，以符合必要性原則<sup>73</sup>。例如，搶匪持刀闖入住家搜括財物，並著手對屋主太太性侵，屋主為保護太太持鐵棒將搶匪打死，法律不能要求屋主使用鐵棒尚須考量使用的力道，屋主的行為應符合正當防衛。對於緊急狀況下的不法侵害，防衛者是被動遭受不法侵害，採取的防衛手段法律不能過度要求，僅能希望做出最適切的方法，但防衛也不能為所欲為，若被侵害的法益極為微小，危險情況並非緊急，防衛者有時間、空間選擇更適切的方法，防衛者未選擇，而採取手段明顯違反利益衡量，當然應論以防衛過當。例如，小偷在便利超商偷東西，遭店員發現，小偷正要逃離現場，店員拿起重物猛打小偷頭部，造成死亡，小偷是要逃跑，而不是攻擊店員，店員捉小偷的方法有多種方法，在時間及空間應有更好選擇，不應用重物猛打小偷致死，其行為顯然過當。

合法行使權利者無須對非法讓步，正當防衛是以正對不正，防衛者遭受不法侵害，為排除不法侵害，在利益之相當性考量，就無適用空間。正當防衛之行使，不必過分重視所欲防衛之法益與防衛行為所侵害之法益是否相當，不能過度要求防衛者，承擔防衛行為不充分而造成其法益或法益損害之風險，若違法侵害急迫，只要防衛手段具有客觀上必要，即使是為保護較輕的法益，而犧牲攻擊者較大法益，仍得成立正當防衛<sup>74</sup>。所謂相當性原則，乃刑法處罰的手段與要達成的目的，必須相當，即干預受處分人的自由或權利，必須具有相當性<sup>75</sup>。正當防衛對於防衛者，在利益衡量上，並無相當性之適用，防衛者遭受不法侵害，採取防衛的手段在於排除危害，即使造成攻擊者法益過度的侵害，仍然符合正當防衛，畢竟防衛者是在行使正當權利的行為，但攻擊者的不法侵害輕微，或無急迫性，則防衛使用手段應儘可能溫和。

---

73 王皇玉，同註 24，頁 289。

74 高金桂，同註 18，頁 119-120。

75 林山田，同註 8，頁 94。



### 三、最寬容原則判斷是否過當

#### (一) 最寬容原則檢視防衛過當

在評論正當防衛是否過當，必先確立正當防衛的本質，才不會判斷失誤，基本上正當防衛有二個屬性：1. 被動性的行為：正當防衛不是主攻擊他人，而是遭受不法侵害，為保護自己或他人的權利，被動的採取防衛行為。2. 法律允許的行為：當遭受不法侵害，公權力無法適時保護，行為人為自己或他人的權利，在緊急狀況採取的防衛行為，屬於法律賦予的正當權利行為。既然正當防衛是法律賦予的權利行為，也是緊急的被動防衛行為，在認定是否防衛過當，就必須站在防衛者的角度思考，不能過度苛求防衛者，應以「最寬容原則」判斷防衛者的防衛行為是否過當，而非防衛者的防衛行為，造成攻擊者死傷，即以結果認定防衛過當。

如果我們肯定刑法同時具有教育功能（An Educative Function）與法益保護功能，那就應該很容易理解，法律應該容許人們在面對武力威脅時，使用正當防衛的手段<sup>76</sup>。因而對於正當防衛合法性理解，也應該適用「最寬容原則」。基本上，對於正當防衛行為的要求，雖非必須為最後之唯一手段，且對於行為亦不限定為不得已的方法，但仍須考慮防衛行為與侵害程度間的均衡關係，防衛者應盡可能使用最柔性的防衛手段，此即是所謂「最寬容原則」。因此在判斷防衛者的行為是否必要與適當，必須從客觀第三人的立場加以思考，並考量到防衛者所得以使用的方法與手段，如果在手段的衡量上，雖然防衛手段確實有效防止侵害的持續，對於侵害行為顯然有失衡的情況，此時，方可視為防衛過當，否則仍須視為合乎防衛的必要性與適當性<sup>77</sup>。

---

76 Michael Louis Corrado, *Professor Fontaine and Self-Defense: A Reply to His Rejoinder*, 47:1 AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW 105, 106 (2010).

77 柯耀程，同註 72，頁 18-19。

防衛者的防衛行為是否過當，必須就防衛者當下危險狀況，防衛者所要保護的法益，站在客觀的第三者檢視，倘若危險狀況並非緊急，防衛者仍有時間與空間選擇較柔性的手段，防衛者沒有選擇，而是使用最激烈的手段，造成攻擊者重大傷亡，防衛者的行為應是過當。另防衛者被侵害的法益，屬於較微小的法益，防衛者為保護該法益，而使用顯不符合比例的手段，造成攻擊者重大傷亡，防衛者的行為顯然過當。「最寬容原則」不是只要有不法侵害，防衛者就可以無限制使用任何防衛手段，防衛的行為仍然受到比例原則的限制，只是在認定是否防衛過當，必須依防衛本質及立場去思考，授予防衛者較大空間，畢竟正當防衛是法律賦予的正當權利行為。

## （二）無罪推定原則檢視是否防衛過當

刑法雖受到法定原則的具體拘束，在刑法規範的適用上，必須法有明文，方得以論罪與科刑，但法律本是透過文字形式，法律概念存在有一定的抽象性，其對於所規範對象的範圍與條件的界定，或因法律文字的意義，或因規範目的的內涵，並非全然明確清晰，故法律規範的適用上，在確認有罪的法律適用確定前，既不能逕為不利益的推論，也不能遽為有罪的論定，必須在確認條件完全該當前提下，才能認定有罪，國家不能因其無法完全證明犯罪事實存在，即將不利益之負擔歸責於犯罪嫌疑人<sup>78</sup>。防衛者遭受不法侵害，為保護自己或他人權利，採取的防衛行為是否過當，法官在認定是否防衛過當如有疑慮或懷疑，為避免失慮，基於無罪推定原則例外，就不能認定有罪，或許在人權保障不佳的年代，寧可錯殺一百，也不願放棄一個無辜，這是違反法治的精神，法治精神的要求，應是寧可錯放一百，也不能濫殺一個無辜，如此作法，人權才能獲得保障。

---

78 柯耀程，刑法釋論 I，頁 81-82，自版，2014 年 10 月。

正當防衛是否過當，若是在合法前提下檢視，當然沒有正當防衛過當的問題，若是認定合不合法有所懷疑時，依無罪推定原則認定，通常情況會認為正當防衛過當，但這樣的認定是有問題，凡事有原則就有例外，無罪推定原則亦是如此。無罪推定原則的例外規定，至少有三種類型：1. 條件理論的擇一關係<sup>79</sup>。2. 兩小無猜的合議關係<sup>80</sup>。3. 正當事由的正當防衛行為。正當防衛屬於無罪推定原則例外類型的一種，防衛者遭遇不法侵害，公權力無法提供適時的保護，防衛者基於權利保護的目的，採取防衛行為，造成攻擊者的受傷或死亡，防衛行為是否過當？無罪推定原則告訴我們，當行為人的行為，認定是否符合構成要件有所懷疑，我們必須視為不存在，即不符合正面的構成要件，犯罪行為不該當，必須認定行為人不構成犯罪。反之，行為人的行為是出於正當防衛，對於防衛的行為，認定產生「有」或「無」有所懷疑，我們必須視為存在，即符合反面的構成要件，認定行為人的行為正當，沒有防衛過當的問題，這樣的法律解釋才合理。若正面認定構成要件有所懷疑，依據無罪推定原則，必須認定是無罪，對於反面構成要件「有」或「無」有所懷疑，就認定不是防衛行為，顯然有問題。

無罪推定原則在實體法具有拘束的效力，主要在於對規範的要求，亦即當具體的規範該當性有所疑慮時，不論是主觀要件的疑慮，或是客觀要件的懷疑，均應受到此原則的拘束<sup>81</sup>。依無罪推定原則對應構成要件分析，當行為人的行為與構成要件內容有所懷疑，即無法通過法定原

---

79 侵害的發生是由多數條件造成，且造成既遂，依無罪推定原則認定責任，僅能以未遂論處，產生事實與理論的落差，必須以同時犯排除擇一關係，這是無罪推定原則的例外，同時犯兩個都必須共同承擔所生的結果，這樣才能將事實狀況與推理的關係結合在一起。

80 以無罪推定原則認定，兩小無猜合議關係無法確立誰是行為人，但有事實發生，不可能沒有行為人，必須解釋為無罪推定原則的例外，兩個都是行為人，如此解釋也才能將事實狀況與推理的關係結合在一起。

81 柯耀程，同註 72，頁 83。

則及法律明確性原則的檢視，就必須視行為人的犯罪不成立。例如，甲基於特定目的行賄乙公務人員，行賄過程中乙公務員曾退還甲的賄款，雖然大家都知道乙公務員曾收受甲的賄款，但法院在沒辦法證明乙有收受賄賂的意思，就必須判乙無罪。相同道理檢視正當防衛是否過當，防衛者遭受不法侵害，基於防衛意思，合法使用正當防衛，防衛者符合反面的構成要件，防衛行為當然不會構成犯罪，而且是在行使法律賦予的權利，但當防衛的行為是否過當受到懷疑時，依無罪推定原則檢視構成要件理念，就必須例外認定防衛者行為是正當，不能認定防衛過當，如此的判定防衛界線才是合理。

### （三）防衛是否過當之判斷標準

正當防衛都是突發性的狀況，防衛者必須在急迫時間做出反擊，以確保自己或他人的權利，但由於情況緊急，做出的防衛行為，可能造成攻擊者的傷亡，或是保護的法益顯然失衡的狀況，此時判斷防衛是否過當，經常發生各說各話，攻擊者會認為，防衛者防衛過當，防衛者會認為，若當下不採取該強度的防衛，自己或他人權利將無法確保。正當防衛作為一種個人面對攻擊的防衛共通原理，則如果個人的防衛手段是出於必要而且相當的（both necessary and proportionate），就是一種正當的權利<sup>82</sup>。我國實務判決也認為，防衛是否過當，必須考量防衛行為是否具備「必要性」及「相當性」<sup>83</sup>。但無論是攻擊者、防衛者或實務判決都無法圓滿做出最適當合理的判斷標準。因此，要認定正當防衛是否過當，必須從正當防衛的本質做判斷，正當防衛是被動採取的防衛行為，他不是主動攻擊他人的行為，正當防衛是法律賦予的權利行為，他不是違法攻擊他人的行為，確認正當防衛的本質，在判斷防衛行為是否過

---

82 V.F. Nourse, *Self-Defense and Subjectivity*, 68:4 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1235, 1239 (2001).

83 最高法院 100 年度台上字第 4939 號刑事判決。

當，較不會發生判斷失誤。

本文認為判斷正當防衛是否過當，必須考量以下三點：1. 防衛者所要保護的法益是否均衡：不能為保護微小法益，而造成顯不相當的法益侵害，即防衛保護的法益，不能高於侵害的法益，若高於侵害法益，即是防衛過當的行為。2. 防衛的手段是否適當：不能為了防衛，不擇手段，防衛仍須符合比例原則，即防衛手段不能高於侵害行為，若高於侵害行為，即是防衛過當。3. 最寬容的原則認定防衛是否過當：防衛者的防衛行為，若窮盡上述 2 項原則，仍然無法通過驗證，對於防衛者的防衛行為，仍然產生「有」或「無」的懷疑，對於有無的懷疑，就必須導進無罪推定原則例外，認定行為人有此防衛行為，再依最寬容原則檢視，防衛行為是否必要，防衛的底線是否強人所難，畢竟，防衛者是被動的保護自己或他人的權利，而不是主動攻擊防衛者，檢視防衛是否過當，必須依客觀中立第三者審查，站在被害人當下立場思考，判斷防衛是否合理、適當及必要，不能依結論判斷責任，而須依具體事實認定，才能做出正確的判斷。

#### 四、檢視案例是否防衛過當

##### （一）勇夫護孕妻案<sup>84</sup>

檢視勇夫護孕妻案是否正當，該案為無故侵入住宅竊盜，防衛者為保護孕妻，將竊嫌以勒頸壓制方式，導致竊嫌死亡。法官認為，竊嫌侵入住宅竊盜在先，遭發覺後，甚且出拳攻擊，並與防衛者扭打，防衛者當然得採取正當防衛，但防衛者的防衛行為顯然過當，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

---

84 臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號刑事判決。

包括防衛者必須付出其他代價之防衛手段，認為防衛過當，依過失致人於死，判處兩個月徒刑。

檢視本案是否防衛過當：1. 法益權衡是否相當檢視，竊嫌行為屬於侵害被害人財產法益，被害人以勒頸壓制防衛方式，導致竊嫌死亡，其所造成的法益侵害，顯然不相當，無法通過檢視。2. 防衛的手段是否適當檢視，竊嫌遭發現，攻擊防衛者，並與防衛者發生扭打，過程中攻擊者遭勒頸壓制，防衛者所使用手段應無問題，但防衛者將竊嫌勒頸壓制致死，防衛者使用手段高於不法侵害，顯然防衛過當，無法通過檢視。3. 最寬容原則檢視：防衛者在防衛過程中是否知悉竊嫌已遭勒頸壓制昏倒，倘若防衛者知悉竊嫌已失去意識，仍然繼續勒頸壓制，當然有防衛過當的問題，若不知竊嫌已失去意識，勒頸壓制仍是必要手段，因為竊嫌反抗起身，可能再次攻擊防衛者及孕妻。本案調查過程中，倘若無法判斷防衛者是否明知竊嫌已失去意識，對於「有」或「無」產生懷疑，依無罪推定原則例外思考，必須認定防衛者是不知，並依最寬容原則認定，以及站在客觀中立的第三者觀察，勒頸壓制是否為必要防衛手段，若屬於必要手段，則防衛行為正當，若屬於非必要手段，則為防衛過當。

## （二）停車糾紛奪取鋁棒將攻擊者推傷受傷案<sup>85</sup>

檢視停車糾紛奪取鋁棒，將攻擊者推傷受傷案例是否正當，法院認為防衛者有身體上的優勢，以奪取鋁棒即可達到防衛目的，無須對攻擊者推倒造成重傷，認為超越其防衛之必要行為，防衛行為顯屬過當。本案防衛者發動正當防衛應無爭議，爭議在於是否為防衛之必要，防衛者之所以選擇順手將攻擊者推倒，或許是考慮到奪取鋁棒的機率不高，或許是奪取鋁棒可能會被鋁棒打傷，甚至被打死，因而選擇推倒的方式較

---

85 臺灣高等法院 106 年度上訴字第 2433 號刑事判決。

為適當<sup>86</sup>。依據正當防衛的屬性，即被動性的行為，以及法律允許的行為，法律不能過度苛求防衛者的防衛方式，攻擊者必須承擔不法侵害遭受反擊的風險，不能將危險承擔轉向由防衛者負責，否則，防衛者的權利將無法確保。

檢視本案是否防衛過當：1. 法益權衡是否相當檢視：攻擊者拿出鋁棒攻擊，客觀事實認定，可能是殺人、重傷害、傷害或恐嚇，必須視攻擊者主觀犯意而定，防衛者採取推倒方式，應是適當的防衛行為，在法益的保護，並未有防衛過當的問題。2. 防衛手段權衡是否適當檢視：對於不法侵害，防衛者的防衛手段儘可能不要高於侵害，防衛手段在排除不法侵害，在不超越必要程度的範圍內，而非是出於不得已為條件，本案防衛者雖然有身體的優勢，不以奪取鋁棒排除侵害，而是以推倒排除侵害，以一般社會價值的通念，在面臨鋁棒的攻擊，其危險行為不只是傷害，極可能造成重傷或死亡，就防衛者的處境，一般人皆會恐懼害怕，採取推倒方式應是適當、合理、必要的行為，亦未有防衛過當的問題。3. 最寬容原則檢視：攻擊者拿鋁棒攻擊，要求身體優勢者適時奪下鋁棒，應是過度要求防衛者，站在防衛者的立場，生死一線間，若奪下鋁棒不成，可能被打死，在急迫狀況下，推倒攻擊者應是排除侵害的方法，法律不能過度苛求防衛者，最寬容原則的適用對象是防衛者，而非攻擊者，本案應是法律允許的行為，而非防衛過當的行為。

## 伍、結論

正當防衛的本質是被動的行為，以及法律允許的行為，防衛者的防衛行為，是遭受不法侵害，被動採取的防衛行為，也是為了保護自己或他人的權利，合法行使法律賦予的正當權利行為，而非違法行為，因此，在判斷正當防衛必須思考正當防衛本質，再依客觀具體事實評價是否防

---

86 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，頁24，2018年8月。

衛過當，不是防衛者的防衛行為，造成他人權利侵害，就認定防衛過當，而是要依據防衛者的防衛行為，是否顯然過當因而造成他人侵害，才能論以防衛過當。

防衛者是否防衛過當，本文提出三項審查標準，倘若防衛者未通過三項審查標準，即是防衛過當，若未通過其中的一項或二項，仍應認定合法的正當防衛：一、法益權衡是否相當：即利益衡量的思考，防衛者的防衛行為，是否高於不法侵害，若未高於不法侵害，則屬於正當防衛，若高於不法侵害，則為防衛過當。二、防衛的手段是否適當：即防衛手段的衡量思考，倘若防衛手段，並未高於不法侵害，則屬於正當防衛，若防衛手段，高於不法侵害，則屬於防衛過當<sup>87</sup>。三、最寬容原則判斷是否過當：防衛者若無法通過前兩項審查標準，因為正當防衛本質是被動性，及法律允許的關係，必須以最寬容原則，判斷防衛行為是否過當，若防衛「有」或「無」產生懷疑，依據無罪推定原則的例外思考，必須認定有此防衛行為，再依客觀中立的第三者審查，判斷防衛者的行為，是否合理、適當及必要，若認為防衛行為合理、適當及必要，則屬於正當行為，若認為防衛行為非合理、適當及必要，則屬於防衛過當。

---

87 柯耀程，同註7，頁194。



## 參考文獻

### 中文

#### 一、專書

王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，2019年8月，第5版。

余振華，刑法總論，三民書局股份有限公司，2017年9月，第3版。

林山田，刑法通論（上冊），自版，2008年1月，第10版。

林東茂，刑法總則，一品文化出版社，2019年12月。

林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2019年9月，第7版。

柯耀程，正當防衛界線之認定，刑法問題評釋，自版，2004年9月。

柯耀程，刑法釋論 I，自版，2014年10月。

柯耀程，刑法概論，一品文化出版社，2017年8月，第2版。

洪福增，刑法之基本問題，三民書局股份有限公司，1964年10月。

高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版有限公司，2003年2月。

黃惠婷，實用刑法總則，新學林出版股份有限公司，2019年9月。

黃榮堅，基礎刑法學（上）元照出版有限公司，2006年9月。

蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，五南圖書出版股份有限公司，1990年2月，第2版。

蔡墩銘，刑法精義，翰蘆圖書出版有限公司，2005年7月。

韓忠謨，刑法原理，自版，1982年4月，第15版。

## 二、期刊論文

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，頁 21-24，2018 年 8 月。

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，臺大法學論叢，第 48 卷，第 3 期，頁 1223-1278，2019 年 9 月。

高金桂，義憤殺人罪與正當防衛－臺灣高等法院 96 年上訴字第 4489 號刑事判決，月旦裁判時報，第 2 期，頁 118-123，2010 年 4 月。

許恒達，正當防衛與挑唆前行為，月旦刑事法評論，第 2 期，頁 101-127，2016 年 9 月。

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，頁 23-25，2018 年 3 月。

薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行，台灣法學雜誌，第 182 期，頁 182-188，2011 年 8 月。

薛智仁，家暴事件正當防衛難題－以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法律學刊，第 16 期，頁 1-70，2015 年 3 月。

## 英文

### 一、專書

FLETCHER, G. P., BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW (N.Y., OXFORD, 1998).

### 二、專書論文

David, Garland S., *Self-Defence*, in THE AMERICAN AND ENGLISH ENCYCLOPAEDIA OF LAW (London, Northport, 1903).

Willard, Ammiel J., *An Examination of the Law of Personal Rights, to Discover the Principles of the Law, as Ascertained from the Practical Rules of the Law, and Harmonized with the Nature of Social Relations*, in THE PRINCIPLES OF THE LAW (New York, D. Appleton and Co., 1882).

### 三、期刊論文

Boazm, Sangero, *Heller's Self-Defense*, 13:3 NEW CRIM. L. REV. 449-484 (2010).

Corrado, Michael Louis, *Professor Fontaine and Self-Defense: A Reply to His Rejoinder*, 47:1 AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW. 105-108 (2010).

Gaston, E. L., *Reconceptualizing Individual or Unit Self-Defense as a Combatant Privilege*, 8 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 283-332 (2017).

Hasnas, John, *Lobbying and Self-Defense*, 12 GEORGETOWN JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 391-412 (2014).

Johnson, Nicholas J., *Self-Defense*, 2:2 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS & POLICY 187-212 (2006).

- Kopel, David B., Gallant, Paul & Eisen, Joanne D., *The Human Right of Self-Defense*, 22:1 *BYU JOURNAL OF PUBLIC LAW* 43-178 (2007).
- Merriam, John J., *Natural Law and Self-Defense*, 206 *MILITARY LAW REVIEW* 43-87 (2010).
- Moore, Michael S., *Steinhoff and Self-Defense*, 55:2 *SAN DIEGO LAW REVIEW* 315-338 (2018).
- Nourse, V.F., *Self-Defense and Subjectivity*, 68:4 *UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW* 1235-1308 (2001).
- Van Sambeek, Marvis J., *Parricide as Self-Defense*, 7:1 *LAW AND INEQUALITY: A JOURNAL OF THEORY AND PRACTICE* 87-106 (1988).
- Weidner, Steven A., *Instructing on Self-Defense*, 21:3 *JAG JOURNAL* 79-82 (1966-1967).

## Abstract

The legal theory of the right of self-defense originated from the concept of the protection of rights. When an individual is unlawfully infringed upon and unable to obtain timely protection by public power, he or she, being the defender, passively takes defensive action so as to avoid unlawful infringement under emergent circumstances. However, the determination of excessive self-defense requires to clarify the nature of such behavior be passive and legally granted and if such behavior meets the criteria of just cause based on concrete and objective facts.

This study suggests that the following three perspectives can be referred to as the standards for the determination of excessive self-defense: the adequacy of balance of legal interest, the appropriateness of defensive measures and the application of the maximum tolerance principle. In the event that the levels of the legal interest of defensive protection and the defensive measures taken are not higher than that of unlawful infringement, self-defense is considered as proper behavior. On the other hand, if the above said levels are higher than that of unlawful infringement, that is excessive self-defense. When neither the consideration of the balance of interests nor the consideration of defensive means passes the censorship standard, the principle of maximum tolerance should be adopted to examine whether the behavior is excessively defensive. Either “any doubt” or “no doubt” arising from defensive behavior first leads to determining the occurrence of the defensive behavior in accordance with the exception of presumption of innocence. Next, a review shall be conducted by an impartial and neutral third party to determine whether the defensive behavior is excessive. When the defensive behavior is deemed to be

reasonable, appropriate, and necessary by the third party, the behavior is determined as proper behavior. If defensive behavior is deemed unreasonable, inappropriate, and unnecessary, it is determined to be excessive self-defense.

**Keywords:** Just Cause, Passive Behavior, Legally Granted Behavior, Maximum Tolerance Principle, Presumption of Innocence