airiti

論著
© 臺大法學論叢 NTU Law Journal
第 45 卷第 1 期/Vol.45, No.1 (03 2016)

從個人保護原則重構正當防衛*

許恒達**

〈 摘要 〉

本文討論刑法正當防衛阻卻違法的實質理由，以及與正當防衛相關連的法律效果。有別於通說主張正當防衛同時保護受害者及法秩序，筆者認為正當防衛只保護受不法攻擊的個人，侵害者必須退讓部分法益於法秩序的保護範圍之外，容任防衛者反擊，筆者稱之為「部分法益懸置說」，至於其懸置範圍，應從不法侵害的強度判斷，從而形成類優越利益的審查要素，並應以之作為防衛手段在適當性、必要性以外的第三項合法要件：類優越利益關係。基於以上的個人保護原則觀點，本文進一步考量正當防衛的若干法律效果，並提出具體看法：（一）由於原侵害者法益已被部分懸置，故防衛者不負任何退避義務；（二）正當防衛的四類社會倫理限制中，除了挑唆防衛之外，並不足以改變防衛者積極反擊的法律效力；（三）第三人緊急救助時，原侵害者基於社會連帶義務，必須接納一般正當防衛法律效果同樣適用於第三人防衛所帶來的侵害。

關鍵詞：正當防衛、法確證原則、個人保護原則、協和關係、社會倫理限制

* 本文為科技部專題研究計劃100-2410-H-004-214-MY2之部分研究成果，部分文稿亦曾於2014年3月22日發表於臺灣法理學會主辦之法律哲學與刑法研討會，筆者感謝當日來賓給本文的寶貴建議，此外，兩位匿名審稿委員細心斧正本文，提供了極具建設性的修正方向，亦大大充實本文的可讀性，筆者敬致謝忱。唯文責當由筆者自負。

** 國立政治大學法學院法律系副教授，德國法蘭克福大學法學博士。E-mail: hdhsu@nccu.edu.tw。

・投稿日：05/13/2015；接受刊登日：09/18/2015。
・責任校對：詹詠媛、賴瀅羽、郭峻瑀。
・DOI:10.6199/NTULJ.2016.45.01.05

airiti

♦目 次♦

壹、導論
貳、正當防衛的通說觀點
　一、阻卻違法的實質理由及具體要件
　二、正當防衛的社會倫理限制
　三、小結
參、法確證原則的批判
　一、法確證原則的發軔、源流及其釋疑
　二、正當防衛的積極一般預防功能
　三、正當防衛的要件與法確證原則
　四、小結
肆、個人保護原則的重塑
　一、法外私力說
　二、防衛權利說
　三、個人利益附加保護說
　四、本文見解：侵害者法益懸置說
　五、小結
伍、正當防衛法效的推論
　一、防衛情狀與現在不法侵害
　二、防衛手段與類優越利益的合比例衡量
　三、退避義務
　四、緊急救助
　五、正當防衛與其社會倫理限制
陸、結論

airiti

壹、導 論

正當防衛（Notwehr; private defense）作為一種阻卻違法事由，其成立要件、適用範圍及法律效果，始終是實務及學說匯聚的關注重點。誠如每本刑法總則教科書的說明，當原加害人現時不法侵害他人法益時，為了有效保護受侵害者的法益，受侵害者可以即時私力反擊加害人，攻擊加害人的法益以保護自己。此時，即使反擊行為該當刑法構成要件，但若反擊行為符合下列正當防衛的基本要件：一、受攻擊者的法益確實面臨現在不法侵害，構成防衛情狀；二、反擊手段能夠有效保護原受攻擊者的法益，同時也是眾多有效手段中侵擾效果最輕微的一種，亦即，手段符合適當性（Geeignetheit）及必要性（Erforderlichkeit）；三、原受攻擊者知悉他的法益正面臨威脅，主觀上有防衛意識（Verteidigungswille），干擾侵害者法益且構成要件該件該當的反擊行為，即可適用刑法第 23 條正當防衛規定阻卻違法，排除其刑責[1]。

---

[1] 有關正當防衛的成立要件，參見林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，頁317-334，臺北：元照；林東茂（2012），《刑法綜覽》，7版，頁1-103~1-108，臺北：一品；甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，頁150-155，臺北：自版；黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，頁227-242，臺北：元照；王皇玉（2014），《刑法總則》，頁272-284，臺北：新學林；陳子平（2008），《刑法總論》，增修版，頁242-252，臺北：元照；張麗卿（2007），《刑法總則理論與運用》，修訂版，頁178-190，臺北：五南；柯耀程（2014），《刑法總則》，頁178-181，臺北：三民；林鈺雄（2014），《新刑法總則》，4版，頁243-258，臺北：元照；黃常仁（2009），《刑法總則：邏輯分析與體系論證》，增訂2版，頁48-61，臺北：新學林；余振華（2013），《刑法總論》，2版，頁245-252，臺北：三民。近期深入的正當防衛專論，另見薛智仁（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10-38。德文資料可參考Schönke/Schröder/Perron, StGB, § 32 Rn. 2, 29, 63; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006, § 15 Rn. 6 ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 338-344; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 2011, § 18 Rn. 5-51; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, § 7 Rn. 21-130; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2014, Rn. 340-392. 有關正當防衛的歷史發展，另參照Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in:

airiti

某程度而言，正當防衛阻卻違法的成立條件並不嚴格，其理由在於，防衛者面臨違反法秩序的不法侵害威脅，為了保護其個人利益，同時捍衛法秩序的基本價值，防衛者可以採用積極防衛手段保護自己，本屬「正對不正」的護法行為，護法的防衛者當然無須向不法攻擊者讓步[2]，學說上因而認為：「法無須向不法讓步」（Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen）[3]，防衛者可以採取防衛手段，積極地反擊侵害者，以保護自己法益。

雖然幾乎刑法容許正當防衛，但在現代國家主權發展的法治社會中，國家已然獨占一切合法暴力的行使權限[4]，縱然加害人實施違法侵害行為，被害人理應循國家法律系統展開救濟，例如加害人與相對人訂有民事契約，當加害人違約而不為給付時，相對人不得直接以暴力方式強迫或自行實現加害人應實現的給付內容，該相對人縱然受他人不法侵害民事權利，僅得起訴控告加害人違約。倘若民事權利的保護，在無任何緊急情況發生時只能循法定程序，為什麼還要特別發展出正當防衛的理論，進而容許受不法侵害攻擊之人實施私人暴力行為？甚至，如果容任私人仍得採取私力反抗不法進而保護法秩序，那麼應該在什麼樣的前提下容許這種情況？

固然我們可以從法實證主義立場簡要回答：因為刑法典中已經規定正當防衛者不受處罰，所以合法的理由是成文授權規範[5]，但這種過度形式主義取向的回答，並未實質回應正當防衛許可私人行使合法暴力的理由[6]。合理

Schroeder/Zipf (Hrsg.), Reinhart Maurach-FS, Berlin 1972, S. 127-131, 137-142; Grünewald, Notwehreinschränkungen – insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122 (2010), S. 53 ff.

[2] 謹參見王皇玉，前揭註1，頁273；柯耀程，前揭註1，頁178。

[3] 此段引言原出於19世紀黑格爾學派的Berner，vgl. Berner, Die Notwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts 1848, S. 562. 對於Berner觀點的延展討論，請詳見後文。

[4] 有關國家的暴力壟斷，參考陳子平，前揭註1，頁241；Burr, Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, JR 1996, S. 230-231; Pelz, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NStZ 1995, S. 305-306.

[5] 我國刑法第23條前段規定：「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」。

[6] 值得注意的倒是，現有刑法學教科書中傾向將正當防衛定位成「法定阻卻違法事由」，從而區別其他的「超法規阻卻違法事由」，這樣的分類雖非錯誤，但亦未

airiti

質疑即是：如果正當防衛行為不成立犯罪是實證法的授權，那麼為什麼幾乎各主要法系與國家均認同正當防衛不成立刑責？[7]在此毋寧須有進一步的推演，否則無從解釋「普世」接納防衛者行使合法暴力的理論基礎。而因這個問題顯然超越了實證法的層次，我們甚至可以認為，探尋正當防衛阻卻違法的實質理由，不僅是法學的問題，也同樣與接壤法學領域的道德及政治哲學有關，特別在啟蒙時代以降，法律作為一種世俗性的秩序，要如何從客觀自然法或主觀權利等基礎[8]，推導出國家可以許可正當防衛的私人暴力行為，仍困擾著往後世代的法律與哲學思想家。無論如何，當我們談到正當防衛行為不罰的實質理由時，論理上難以自限於純粹的刑法學言說，某程度必須追溯到形塑法律、政治、主權問題的政治與道德哲學等後設觀點。透過法律、政治及道德哲學的理論媒介，才能推導出正當防衛的解釋方向，也才有辦法更深邃地觀察、分析正當防衛行為的無罪理由。

本文問題意識，即設法澄清正當防衛阻卻違法的實質理由，而正當防衛在阻卻違法時，同樣會連動防衛者與加害人（防衛所侵害之人）的權利、義務及法律保障架構，這些具體的法律效果始終連動著正當防衛阻卻違法的理據內涵，因此本文也將在可能範圍內，結合觀察阻卻違法實質理由與具體法律效果，並透過本文對實質理由的反省，檢視正當防衛法律效果的合理性。接續討論，將先於第二段簡要說明正當防衛的規範理念及法律效果，包括通說所理解的阻卻違法證成、具體要件，以及防衛的行使界限等釋義學議題；然後於第三段分析既有法學論點的合理性，筆者的分析將著重於兩個層面，第一是個人得否於緊急事態下，在未得公權力許可前以私力保護法秩序，第二則是防衛者究竟能夠採取如何的防衛手段保護自己，討論主軸將圍繞在法

能從實質面向解釋正當防衛阻卻違法的理由。就此謹參見林山田，前揭註1，頁313；林鈺雄，前揭註1，頁234-235。

[7] 英美法的規範，*See e.g.* WAYNE R. LAFAVE, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 407-13 (2003); JONATHAN HERRING, CRIMINAL LAW 637 (4th ed. 2010).

[8] 有關客觀法與主觀權利在法哲學的發展歷程，可參考顏厥安（1999），〈再訪法實證主義〉，氏著，《法與實踐理性》，頁244-261，臺北：允晨。

airiti

學、政治與道德哲學意義的理論反省，接著再於第四段提出筆者對正當防衛證成理據的看法，最後第五段則將個人見解應用至正當防衛各項法律效果。

貳、正當防衛的通說觀點

一、阻卻違法的實質理由及具體要件

按照現行刑法學通說見解，阻卻違法的實質基礎是優越利益（Überwiegende Interessen）關係[9]，當行為人實施構成要件該當行為，出於保護更高價值的利益而侵害該構成要件所保護的法益時，可以例外被容許而阻卻違法[10]。正當防衛作為一種阻卻違法事由，理論上也應遵守優越利益原則，但若相比另一個類似的阻卻違法事由：緊急避難，兩者都是特別情況下許可私人實施暴力行為的特別例外[11]，為什麼必須區別且獨立規範，即有仔細思考的必要。

由於緊急避難的避難者只要面臨法益危難，該危難並不要求不法性，因此，緊急避難者顯然為了保護自己，將不利益轉嫁予無辜第三人，避難者與受避難而犧牲法益之人，都享有合法利益，故必須嚴格判斷個案是否符合優越利益，否則不能任意地犧牲他人合法利益來保護避難者[12]。

---

[9] Vgl. Roxin, (Fn. 1), § 14 Rn. 40; Jescheck/Weigend, (Fn. 1), S. 326; Schaffstein, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, S. 132; Lenckner, »Gebotensein« und »Erforderlichkeit« der Notwehr, GA 1968, S. 3.

[10] 強調阻卻違法應主依社會相當性的不同意見，參考陳子平，前揭註1，頁239；余振華，前揭註1，頁236。

[11] 學說上有合稱為緊急權（Notrecht）者，例如余振華，前揭註1，頁245；Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, S. 291.

[12] 近期蔚為主流的論證取向是從社會連帶義務角度，說明為何相對人必須犧牲法益，相關討論詳見 Ulfrid Neumann, Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, Baden-Baden 2013, S. 164-170. 中文文獻另可參考王效文（2008），〈刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎〉，《政治與社會哲學評論》，26期，頁173-198；周漾

airiti

相對於緊急避難，正當防衛事例中的防衛者面臨違反法律規範的不法侵害，透過反擊原不法侵害者來保護自己，直觀而論，若只權衡防衛者受不法侵害的個人利益及原侵害者的法益，其結果似乎與緊急避難無任何不同，似乎也應具體衡量是否滿足優越利益，否則不能阻卻違法[13]。

為了與緊急避難相互區別，通說改從二元理論（dualistische Theorie）證立正當防衛阻卻違法的實質理由，此說認為防衛行為不只是保護防衛者個人利益（Schutz der individuellen Interessen），還同時捍衛了法律秩序，這是一種對抗不法行為而實現法律秩序的社會規範期待[14]，這種確認、保證及捍衛法秩序效力與機能的作用，學說上稱之為法確證（Rechtsbewährung）原則[15]。由於正當防衛同時捍衛了個人受危害的利益，也確認了社會規範層面的法之價值，兩種利益加總的結果幾乎必然大於原加害者被防衛行為干擾的利益。通說因而認為，防衛手段原則上必能符合優越利益[16]，審查其阻卻違法的後續要件時，也就不必再個案性考量是否滿足優越利益[17]。

值得注意的是二元理論的接續論證，依此說支持者所見，即使在個案中，防衛者有其他退避侵害、不影響侵害者法益的選項，但因防衛者對抗不法行為，既然是為了法秩序而挺身而出，本於法確證原則所捍衛的抽象秩序

沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁408-434。

[13] 值得注意的是，其實在19世紀以前日耳曼刑法的發展歷程中，正當防衛仍然必須進行優越利益的衡量，有關優越利益在正當防衛中的歷史，參考余振華（2001），〈正當防衛論之變遷〉，氏著，《刑法違法性理論》，頁91-110，臺北：元照。Auch vgl. Bülte, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, S. 148-155.

[14] 陳子平，前揭註1，頁241-242；林鈺雄，前揭註1，頁243；Jescheck/Weigend, (Fn. 1), S. 337; Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 1; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 6-13; Rengier, (Fn. 1), § 18 Rn. 1; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 337.

[15] Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 1; Roxin, Die „sozialethische Einschränkungen“ des Notwehrrechts — Versuch einer Bilanz —, ZStW 93 (1981), S. 70 ff.; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, S. 178 ff.

[16] Renzikowski, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, S. 105; Lenckner, (Fn. 9), S. 3.

[17] Vor allem Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 47; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 335. 有關德國法逐漸放棄審查衡平性的歷程，參考Schaffstein, (Fn. 9), S. 133 ff.

airiti

效果，防衛者自不負任何退避義務（Ausweichpflicht）[18]，亦即防衛者面臨侵擾時，雖可以閃躲不法攻擊而不損害原加害者法益，但他沒有義務讓步，也不必向不法侵害者澄清、說明，只要不法侵害迫近，防衛者可以優先採取反擊措施保護其法益。例如甲試圖殺害跑步高手乙，雖然乙面臨甲的侵害時，可以立即快跑離開，此一迴避侵害方法也可預期有效，但因乙的反擊手段同時捍衛了個人利益與法律秩序，故乙不負退避義務，可以優先反擊甲，侵害甲而保護自己。

基於二元理論，正當防衛者保護了個人與法秩序的兩重利益，正當防衛即許可防衛者能夠「果斷且無須遲疑地」（schneidig）反擊不法侵害者[19]，其阻卻違法成立要件當然也會呼應這兩重要利益的保護效果。現行通說對於正當防衛成立要件，大致上可分為以下三項要件。

首先，防衛者必須已身陷防衛情狀，此即受攻擊者的法益必須面臨侵害者現在不法侵害的威脅，才能允許防衛者以暴力即時反擊。依據現有通說見解，原則上只要可能實現構成要件該當且無阻卻違法事由的不法行為，即滿足防衛情狀的要求[20]。不過學說上進一步指出，該不法行為並不以侵害足以干擾被害者特定法益，亦即足以實現結果非價為限，毋寧僅須不法行為本身表現出攻擊行動的行為非價內涵，即足以成立防衛情狀[21]。此外，學說有見

---

[18] 林鈺雄，前揭註1，頁252；Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 49; Jescheck/Weigend, (Fn. 1), S. 343; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 78; Roxin, Notwehr und Rechtsbewährung, in: Kühl/Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Kristian Kühl-FS, München 2014, S. 398.

[19] 「果斷且無須遲疑性」（Schneidigkeit）強調，防衛者只要對抗不法侵害者，無須顧慮其有無罪責，防衛者亦不負退避義務，亦不考量個案的法益權衡關係，vgl. Roxin, (Fn. 18), S. 398; Kindhäuser, Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Frisch-FS, Berlin 2013, S. 494; Bülte, (Fn. 13), S. 146-147; Neumann, Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, in: Lüderssen (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt a. M. 1990, S. 219.

[20] 參見王皇玉，前揭註1，頁274-281；陳子平，前揭註1，頁242-248；Jescheck/Weigend, (Fn. 1), S. 332-338; Rengier, (Fn. 1), § 18 Rn. 5-30.

[21] Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 14; Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 35 Rn. 19/20.

airiti

解主張，防衛情狀還必須考量不法侵害者的罪責層面[22]，但此一見解並未成為通說，一方面刑法第 23 條規定「現在不法侵害」，強納罪責與條文不符，另一方面，正當防衛屬於不法層次的議題，貿然納入侵害者的罪責作為正當防衛的成立要件，顯然不符其論理層次[23]。

其次，雖然防衛者可以反擊原加害人，但並非許可其實施任何侵害法益的手段，學理上一般認為反擊手段必須符合適當性（Geeignetheit）及必要性（Erforderlichkeit）兩項前提，前者要求反擊手段能夠有效保護防衛者的法益[24]，而後者則指防衛者必須從所有有效的反擊手段中，選擇侵擾加害者法益最輕微的反擊方式[25]；至於衡平性的審查，亦即行為人所要保護的法益價值優於侵害法益，則非正當防衛所必要[26]。

防衛者面臨違反法律秩序侵害行為的威脅，為了保護其個人利益，同時確認法秩序保護所在，法律許可防衛者採用私人暴力保護自己，按照多數看法，這屬於「正對不正」的護法行為，護法的防衛者當然無須迴讓不法加害者[27]，基此，防衛手段只要求滿足必要性即足[28]，優越利益的衡平性必然滿

---

[22] 早期見解曾有認為正當防衛亦有刑罰的附帶機能，因此必須針對有罪責的不法行為才能正當防衛，但此見解已然式微（討論見Hirsch, Die Notwehrvoraussetzugen der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in: ders., Strafrechtliche Probleme, Berlin 1999, S. 293-294.）；新近的觀點則強調，必須是全面可歸責予侵害者的行動，才可以免除手段的衡平要求，例如Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1993, § 12 Rn. 16-19; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, Paderborn 2000, S. 38-42.

[23] Vgl. Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 18-19.

[24] 黃榮堅，前揭註1，頁235-236；Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 35; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 94; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 354.

[25] 黃榮堅，前揭註1，頁236-237；王皇玉，前揭註1，頁281-282；黃榮堅（1999），〈論正當防衛〉，氏著，《刑罰的極限》，頁99-102，臺北：元照。Vgl. auch Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 42; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 355-359.

[26] Vor allem Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 47.

[27] Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 40.

[28] 德國學說的分析，vgl. Lilie, Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Hans Joachim Hirsch-FS, Berlin 1999, S. 278-283.

airiti

足（法確證利益＋防衛者個人利益＞加害者個人利益），除非有特殊情況，否則不必考量衡平性[29]。

最後，防衛者必須知悉他的法益正面臨威脅，反擊時主觀上有防衛意識（Verteidigungswille）[30]。符合這三項要件時，防衛者的反擊行為即使侵害了加害者的法益，仍可基於正當防衛而阻卻違法，排除其刑責。

符合以上三項要件，即構成合法的正當防衛行為，侵害者對於防衛者實施的合法防衛即負有忍受義務（Duldungspflicht），不得再實施反擊[31]。

值得特別注意，依學理一般看法，能夠反擊不法侵害者之人，除了受攻擊的原被害者之外，學理及實務上一併承認第三人亦可實施防衛行為，以合法暴力反擊加害者，此種三人間（加害者、被害者與第三人之防衛者）的關係，一般稱之為緊急救助（Nothilfe）[32]，緊急救助的反擊行為並非受攻擊者自行實施，而是由第三人執行，雖然緊急救助同樣反擊不法行為，但因最終保護利益仍屬不法侵害攻擊之人以及法秩序，既然不法侵害干擾了法秩序及他人利益，第三人出面阻止這些侵害進行，當然有其必要性[33]；但倘若受攻擊者不願由第三人出面防衛（例如受攻擊者希望自行防衛，而非由第三人出面協助），此時第三人得否實施緊急救助，即有疑問，此即學說所謂「強施救助」（aufgedrängte Nothilfe），通說認為應優先尊重受侵害者的個人意思，因為正當防衛主要是保護受侵害者，是否及如何防衛，應該由其決定，既然

---

[29] 有關正當防衛手段僅須考量必要性，不必兼顧個案優越利益關係的見解，參考王皇玉，前揭註1，頁283-284；林鈺雄，前揭註1，頁250-253，另見Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 89, 116.

[30] 多數見解仍主張正當防衛須考量防衛意識，參見黃榮堅，前揭註1，頁242；王皇玉，前揭註1，頁273-274；Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 129-130; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 385-389; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 124.

[31] Vgl. Perdomo-Torres, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, Baden-Baden 2011, S. 16-18.

[32] 有關緊急救助的相關議題，vgl. Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 116-118; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 137-141; Rengier, (Fn. 1), § 19 Rn. 110; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen 2008, S. 7-98; Kuhlen, Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA 2008, S. 282 ff.

[33] Kühl, (Fn. 15), S. 180-181.

airiti

受侵害者不願由第三人實施防衛，第三人的防衛行為自不符合個人保護需求，欠缺正當防衛的二大證成理由之一，第三人對侵害者的攻擊無法阻卻違法[34]。

二、正當防衛的社會倫理限制

符合正當防衛各項要件，即可於緊急情況以暴力手段合法私力救濟，然而，在國家壟斷暴力的現代法律機制下，僅因存在他人的不法侵害，即可毫無顧忌地，甚至不負任何退避義務即能實施合法暴力反擊，在某些特殊情況下似乎並不適當[35]，因此學說上即認為，當個案具備最低底限的社會連帶義務（Mindestsolidarität）時，防衛者就負有協助、顧慮侵害者的責任，此時法確證利益會明顯縮減[36]，倘若優先採取防衛手段以保護私人利益即不合理，反而應該本於個人利益的社會性，暫時不以個人利益保護為首要選項，毋寧須顧慮侵害者利益的保全可能性，本於兼顧兩者的需求，防衛者即負先採用退避措施的義務，或者優先實施侵害強度較低的防衛手段，抑或考量原侵害及防衛手段之間的優越利益關係決定手段強度。上述基於社會連帶的倫理期待[37]，從而限制正當防衛權限的觀點，即所謂社會倫理限制[38]。

---

[34] Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 25/26; Kuhlen, (Fn. 32), S. 285-289; Kühl, (Fn. 15), S. 181.

[35] 有關社會倫理限制及優越利益的關係，vgl. Schroeder, (Fn. 1), S. 137 ff.; Kühl, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Hans Joachim Hirsch-FS, Berlin 1999, S. 260-263.

[36] Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 56; Lenckner, (Fn. 9), S. 3; Roxin, (Fn. 18), S. 401. 意見較為保留者，vgl. Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 158-161. 中文文獻參考張天一（2001），〈對正當防衛受社會道德限制之再檢討：以正當防衛阻卻違法之實質根據為中心〉，《刑事法雜誌》，45卷4期，頁97-114；余振華（2001），〈正當防衛權之社會倫理限制論〉，氏著，《刑法違法性理論》，頁127-189，臺北：元照。

[37] 社會連帶義務在法學中，向來被理解為德行義務（Tugendpflicht），有關討論vgl. Seelmann, Solidaritätspflichten im Strafrecht?, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden 1991, S. 296-300.

[38] 極具重要性的文獻，vgl. Roxin, (Fn. 15), S. 68-81.

airiti

符合三項要件、卻出現最底限社會連帶額外要求，因而不得優先採取防衛手段的事例，即正當防衛的社會倫理限制，學說之所以承認此種額外限制正當防衛的理由，除了法確證利益因社會連帶需求的縮減外，另一個重點則是德國刑法第 32 條的規定，該條分為兩項，第 2 項規範正當防衛定義：「**正當防衛係為排除防衛者本人或第三人面臨之現時不法侵害所必要之防衛手段**」[39]，第 2 項僅規定防衛者必須選擇「必要性」（erforderlich）的手段，但第 1 項又另外規定：「出於正當防衛而合宜之行為，阻卻違法」[40]，按照德國通說解釋，第 32 條第 1 項又附加了「合宜性」（Gebotenheit）的要求[41]，這個概念指專受到他人攻擊者，不可以毫無任何限制、甚至積極地反擊不法侵害，法律雖保護個人合法權利，許可受侵害者反擊，但個人行使權利仍應考量權利的社會意義，不應僅為保護權利，就無限制地採用防衛措施，權利保護自須相當程度地讓步[42]，由於相類事例中，捍衛法秩序的需求低於一般情況的正當防衛[43]，僅得於符合權利保護及社會連帶責任（亦即：不得已）的情況下，才可以合法行使防衛權。德國通說乃認為可以直接從法條採用的「合宜性」文字[44]，直接導出社會倫理限制的成文依據[45]。

---

[39] § 32 II StGB: „Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

[40] § 32 I StGB: „Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.“

[41] 從德文文義來看，「合宜性」（geboten）指的是正當防衛的手段必須符合規範秩序期待，我國學說上有譯為「相當性」者，參見甘添貴、謝庭晃，前揭註1，頁155；陳子平（2008），〈持有槍砲子彈罪與正當防衛、防衛過當〉，《月旦法學教室》，67期，頁29。但考量此處重心應該是符合規範秩序的期待特性，因此筆者採用「合宜性」的迻譯。類似翻譯，參見黃榮堅，前揭註1，頁239。

[42] Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 159-161.

[43] Roxin, (Fn. 15), S. 77.

[44] 德國刑法第32條畫出了阻卻違法正當防衛行為的成立前提，條文規定要件當然是法律秩序的共通期待，在這個意義下，符合規範期待的防衛手段必然是必要手段，「合宜性」及「必要性」並無顯著差異。Dazu vgl. Grünewald, (Fn. 1), S. 62-63. 現行通說之所以將兩者作不同解釋，實導因德國立法者在立法理由的說明，直接將「geboten」解釋為社會倫理限制，Dazu vgl. Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 87; Roxin, (Fn. 15), S. 78 f.; Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 44.

airiti

相反於德國，我國刑法第 23 條前段僅規定：「**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**」，條文中不僅對防衛手段是否要有必要性，未有支字說明，也完全無任何有關社會倫理限制的描述，正因為法條內容的不同，我國實務未曾直接承認社會倫理限制[46]，即便如此，我國學說多數見解仍忠實接納了德國學理看法，認為正當防衛的手段除了必須符合必要性外，同時也應一併考量社會倫理限制，在個別事例中採取其他較溫和的方式面對不法侵害[47]。

至於社會倫理限制的類型為何？防衛者在相類事由發生時，究應採取何種對應措施？德國與我國的通說見解，均區別為四類不同情況[48]：

第一類涉及不法侵害源自於無責任能力或責任能力嚴重減損的限制責任能力者，由於不法侵害者欠缺全面性的可歸責個人能力，法秩序受到干擾的程度有限，因此行為人不得優先採用正當防衛手段保護自己，此例主要適用於兒童或精神障礙者時，應設法退避侵害或向攻擊者說明情況，除非萬不得已才能反擊，此時防衛者必須儘可能選用影響較輕微的保護式防衛措施（Schutzwehr）[49]，萬不得已才能實施影響較強的攻擊式防衛措施（Trutzwehr）[50]，

---

[45] 社會倫理限制窄化了正當防衛的成立範圍，放寬了成立刑責的界限，學說上遂有關於該限制能否符合罪刑法定主義的討論，vgl. Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 164; Wohlers, Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, S. 438 ff.

[46] 必須說明的是，我國實務上因正當防衛而阻卻違法的案例並不多見，法院自然鮮少針對正當防衛的各項要素展開實質具體論述，遑論處理所謂社會倫理限制的議題，也因此，實務上大致只有明確主張挑唆防衛之人能得正當防衛的看法，亦即，我國最高法院仍承認挑唆者有完整的防衛權，不因事前的挑唆而受到社會倫理限制，就此請參見最高法院18年上字第228號判例，近期見解參考同院98年度台上字第443號判決。

[47] 參見陳子平，前揭註1，頁252；林鈺雄，前揭註1，頁252-257；張麗卿，前揭註1，頁186-187。

[48] 參見林山田，前揭註1，頁328-332，不過林山田教授將這類限制稱為「濫用防衛權」的事例；德文資料，vgl. Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 168; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977), S. 38 ff.; Roxin, (Fn. 15), S. 81 ff.

[49] 所謂保護式防衛指的是透過暴力手段，暫時致令侵害者的攻擊行動中止，但不積極干擾侵害者的其他法益，dazu vgl. NK-StGB-Herzog, § 32 Rn. 53; Heinrich, (Fn.

airiti

甚至在正當防衛的手段選項上，必須進一步考量衡平性，防衛手段對無責任能力侵害者的影響，原則上不得大於其所實施的不法侵害程度[51]。

第二類則是不法侵害干擾法益程度極其輕微，但反擊手段可能過重的懸殊不合比例事例（Krasses Missverhältnis），這類案例通常發生於受侵害法益極其有限，但要保護該輕微利益，僅能採取較強干預的防衛手段[52]。依通說見解，受不法侵害之人不得優先採用防衛手段保護自己的輕微法益，縱使該防衛手段滿足必要性的要求[53]，因為不論從法確證或個人保護原則來看，要求法秩序對個人輕微利益的極大化保護，不符合法益保護的社會意義[54]，此時防衛者絕對不能採取侵害生命、身體或重大自由的防衛手段[55]，其合法選項應考量侵害的輕微程度而採取低度保護方法，甚或容忍他人帶來的輕微不法侵害行為[56]。

第三類則是人際關係問題，此類案例涉及不法侵害者與防衛者之間具有親密親屬關係，亦有觀點從防衛者對侵害者負保證人地位的立場分析[57]，由於防衛者對侵害者生活關係極度密切，或有救助的作為義務[58]，該防衛者不

---

1), Rn. 362.

50 Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 196; Roxin, (Fn. 15), S. 81; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 383; Rengier, (Fn. 1), § 18 Rn. 66. 此即學說所稱的三階段論（Dreistufentheorie），防衛者的選項依不法侵害強度依序為：(1)退避義務、(2)保護式防衛措施、(3)攻擊式防衛措施，僅當前階段的手段無效時，才能考慮採用後階段的方法。Vgl. Heinrich, (Fn. 1), Rn. 361.

51 Krause, Notwher bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatellangriffen, in: Hirsch/Kaiser (Hrsg.), Hilde Kaufmann-GS, Berlin 1986, S. 678-683.

52 例如竊賊只偷了10元的郵票，而已經將離開被害人家中，被害人為了保護其利益，只能對將逃離的竊賊開槍，因而造成其重傷。相關案例，vgl. Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 51.

53 Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 177.

54 Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 50; Krause, (Fn. 51), S. 686.

55 Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 50

56 Krause, (Fn. 51), S. 687.

57 Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 93; Engels, Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982, S. 112.

58 此一類型較不直接涉及法確證利益問題，dazu Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 201.

airiti

得優先採用防衛手段保護其法益，原則上負有一定程度的退避義務[59]，即使無法退避，防衛者也只能採用較為輕微、溫和的防衛手段[60]。

第四類通常稱為挑唆防衛（Notwehrprovokation），此即防衛者於不法侵害發生前，曾以言語或行動挑唆他人，該他人因而被挑起對防衛者施加不法侵害的意思，而原挑唆者再對該他人施予防衛手段以反擊。在這類挑唆防衛的事例中，考量防衛者對不法侵害與有責任，其正當防衛權即應予以限制[61]。一般學說立場多將挑唆防衛區別為意圖式（Absichtsnotwehrprovokation）與非意圖式挑唆防衛。

所謂意圖式挑唆防衛，指行為人自始就以侵害他人法益為目的，並以正當防衛作為侵害他人而不必負擔刑責的理由，亦即行為人故意挑起他人怒氣，使得該他人對行為人實施不法侵害，行為人再藉機以正當防衛的手法反擊。由於行為人最初就想要透過正當防衛的外衣掩護自己侵害他人意思，因此一般學說咸認為此時不得適用正當防衛阻卻違法[62]，不過其理由則有相當爭議[63]。

相對於此，非意圖式挑唆防衛則指行為人非故意挑起他人實施不法侵害，但卻有一定可歸責程度而引起他人實施不法侵害[64]，例如行為人以髒話

---

[59] Amelung/Boch, Hausarbeitsanalyse – Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger, JuS 2000, S. 266.

[60] Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn. 204; Engels, (Fn. 57), S. 111; Zieschang, Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen?, Jura 2003, S. 527-529. 中文文獻，參考薛智仁，前揭註1，頁42-54。

[61] 近期中文文獻，參考陳俊榕（2013），〈論「挑唆防衛」〉，《國立中正大學法學集刊》，39期，頁80-100。此外，19世紀德國法尚未全面承認可限制挑唆者的防衛權能，當時僅認為應該在量刑時考量，不過在二次戰後，德國主流見解大致已經接受應限制其防衛權能的看法，只不過理由仍然有爭議。Vgl. vor allem Stuckenberg, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum, JA 2001, S. 895-896.

[62] 王皇玉，前揭註1，頁284；余振華，前揭註1，頁254-255；郭棋湧（1992），〈論挑撥防衛之違法性〉，《法學叢刊》，37卷1期，頁132；Rengier, (Fn. 1), § 18 Rn. 86; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 375.

[63] 相關討論，見郭棋湧，前揭註62，頁126-129；Stuckenberg, (Fn. 61), S. 896-903.

[64] Vgl. Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 248-255; Heinrich, (Fn. 1), Rn. 380.

airiti

咒罵他人，使得他人不滿而實施不法侵害，行為人再對之實施正當防衛，致令他人法益受損。一般多數學說見解認為，因為行為人對不法侵害的發生負與有責任，此時不得優先採取防衛手段保護自己法益，毋寧負退避義務，必須先行設法迴避不法侵害，如果無法退避，只能優先採取保護性防衛措施，阻止他人續行不法行為，除非保護性防衛措施無效，才能改採攻擊性防衛措施，積極侵害他人法益以保護自己[65]。

即便學說已經廣泛承認挑唆防衛者不能享有一般情況下的防衛，而負有退避義務，反擊手段也必須先行顧慮被挑唆而實施不法侵害者的法益完整性，在意圖式挑唆的情形，甚至完全不得主張正當防衛，但是我國實務不接受此見解，反而全盤地否認挑唆防衛的法律屬性[66]，迄今所有實務判決均認為挑唆者不負退避義務，仍可優先採取反擊手段保護自己法益[67]。

三、小結

以上分析說明了我國現行通說對於正當防衛的理解，以下就簡要地條例現行通說的主要論點：

（一）正當防衛阻卻違法肇因於保護法秩序（法確證原則）及個人利益（個人保護原則）的雙重理由，保護了法秩序的抽象價值，因而使得防衛者不負任何退避義務。除了受侵害者外，第三人也可以對侵害者反擊，此即緊急救助。

（二）構成防衛情狀只需有現在不法侵害，不必考量侵害者罪責；手段只要符合適當性及必要性即足，在此無須考量優越利益的衡平性；此外，防衛者須有防衛意識。

---

[65] 王皇玉，前揭註1，頁284-285；Heinrich, (Fn. 1), Rn. 361; Stuckenberg, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in Causa: Die Entwicklung der Rechtsprechung bis BGH NJW 2001, 1075, JA 2002, S. 174-175.

[66] 指標性見解是18年上字第228號判例：「查刑法上防衛行為，祇以基於排除現在不正侵害者為已足，其不正之侵害，無論是否出於防衛者之所挑動，在排除之一方仍不失其為防衛權之作用」。

[67] 近期判決見最高法院98年度台上字第443號刑事判決。

airiti

（三）正當防衛是「果斷且無須遲疑」的反擊行動，在特定情況不再適用上述法效，這些事例稱為正當防衛的社會倫理限制，包括對無責任力能人的防衛、侵害與保護利益價值懸殊、最近親屬關係（或謂保證人對受保護者的防衛行為），以及挑唆防衛。這些事例中，原則上行為人都負有退避義務，並應儘可能不損傷不法侵害者，另外，其中意圖式挑唆防衛則完全被排除其防衛權限。我國法院迄今除反對挑唆防衛對防衛權的設限外，迄今未言明是否承認社會倫理限制。

參、法確證原則的批判

以上已說明了正當防衛的概念及法律效果，我們可以發現法確證原則在其中扮演極重要的角色，正因通說從二元理論證立正當防衛，並基此推論若干法效，也從法確證原則區別正當防衛與緊急避難。然而，所謂防衛者捍衛了法秩序，使正當防衛建立在類國家權力的依據上，也將防衛私人的保護利益，一舉提昇到無從定性的抽象價值，是否能夠透過該項概念的引納合理說明正當防衛，筆者認為仍有進一步檢討必要。以下就從若干不同層面省思法確證原則。

一、法確證原則的發軔、源流及其釋疑

法確證原則發展自黑格爾及刑法學理中黑格爾學派（Hegelianer）的Berner[68]，不過黑格爾理論延續自啟蒙時代所傳承的觀念論，在實際切入法確證原則思想基礎的黑格爾式論點之前，我們可以先簡要地敘述法與主權理論的若干啟蒙遺產及其論理，此即霍布斯（Thomas Hobbes）、洛克（John Locke）、費希特（Johann Gottlieb Fichte）等一脈的看法，以及康德（Immanuel Kant）以降對啟蒙原初正當防衛模型的修正，透過這兩條路線的比較，可以從中審視法確證理論的形成背景，進而掌握透過法確證理論說明的現代正當

[68] Vgl. Kindhäuser, (Fn. 19), S. 495-496.

airiti

防衛理論，在自然狀態及社會契約論等啟蒙概念之下，究竟是如何相互激盪出以法秩序擔保為先的觀點[69]。

眾所皆知，霍布斯認為人的本質是競爭、趨利，尚未建立起共同秩序之前，人為了達成自己的利益必然會相互爭伐，最後形成萬人對萬人的戰爭，文明在戰爭狀態下永遠無從發展[70]，戰爭顯非最好的解決問題方法，為避免自然狀態中永無歇止的戰爭，霍布斯強調必須由眾人相互締結社會契約以建立共同秩序，並將個人原有的自我防衛權利讓渡給主權者[71]，只有主權者才有權施展一切在自然狀態中人人享有，但在法秩序之下專屬主權者的強制力量。而就正當防衛的問題，霍布斯則講得不算清楚[72]，其認為主權者所定的法在主權者無法保護個人時，這時的法及其秩序就顯得無用，此時因而必須承認個人又重新享有原來讓渡給主權者的權利，亦即回復至自然狀態[73]，個人可以不受主權者法秩序之約束，施展自己防衛權利，並以私力抵抗侵害其利益的加害人，該行為並非犯罪[74]。

接續發展啟蒙思想的洛克，其有關正當防衛的論述則較霍布斯清楚許多。洛克認為：在戰爭狀態之中，人與人的關係是敵對且意圖摧毀對方，這

---

69 德國學者Pawlik因而指出，康德對正當防衛的構想可說是純粹保護個人利益的觀點，而黑格爾的相反論點，則走向了以法秩序保護為主軸的思路，vgl. Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), S. 259.

70 THOMAS HOBBES, LEVIATHAN 82-86 (1996).

71 有關*Id.* at 86-95. 基本上多數哲學文獻認為，Hobbes並不認為在締結社會契約的過程中，個人能夠放棄（give up）自我防衛權，*see* Susanne Sreedhar, *Defending the Hobbesian Right of Self Defense*, 36 POL. THEORY, 781, 783 (2008).

72 有關霍布斯理論中正當防衛的定位，*see* Jeremy Waldron, *Self-Defense: Agent-Neutral and Agent-Relative Accounts*, 88 CAL. L. REV. 711, 717-23 (2000).

73 Vgl. auch Kindhäuser, (Fn. 19), S. 496.

74 HOBBES, *supra* note 70, at 192-205. 不過霍布斯認為其不成立犯罪的理由在於，該正當防衛的行為是阻卻罪責（excuse），但這仍然是自我防衛權的具體執行，霍布斯指出：「If a man by the terrour of present death, be compelled to doe a fact against the Law, he is totally Excused; because no Law can oblige a man to abandon his own preservation.」（HOBBES, *supra* note 70, at 199-200.）。關於正當防衛在霍布斯理論中的罪責取向定性，*see* BOAZ SANGERO, SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW 37 (2006)，不同意見，*see* Waldron, *supra* note 72, at 728-31.

airiti

是一種無任何限制的戰爭情狀；而依自然法，人具有自我保持的本能及權利，如果無辜之人受到他人侵犯，該無辜者的利益應該優先保護，受攻擊者得反擊侵害者，甚至予以殺害，此時就如同戰爭狀態，在此沒有任何理性法可以約束，也沒有任何私力行使的規則，無辜者殺害侵害者的行為，就如同殺死野獸一樣[75]。依洛克之見，任何人如不遵守原先締結的社會契約，以及接續產生保護眾人的法秩序，其已離開原來的法秩序，並回歸至戰爭狀態中，不受到任何權利或法之保障，對其侵害當然也不會構成任何法的違反[76]。

接續洛克觀點者，則是德國觀念論的費希特，費希特在其自然權利之基礎（Grundlagen des Naturrechts）一書中明確指出：所有市民享有、且受實證法承認的權利，只有在透過社會契約締結的法秩序中獲得保障，一旦市民有違法行為，不論是故意或過失所致生的違法，就已經終止該違法市民與其他人締結的社會契約，該市民也不再享有所有因社會契約所生法秩序的保護，該市民立即外於國家、法權秩序，就如同一隻野生小鳥，任何人都可以對其侵害[77]。

整體而論，霍布斯—洛克—費希特一脈對正當防衛的論述屬於「自外於法」（outlaw）的觀點，只要國家無法以公力保護個人，個人即可撤出原已締結的社會契約，退返至無任何拘束的自然或戰爭狀態，受侵犯的個人無論採用任何手段保護自己，都是自我防衛權的運用，正當防衛在這個意義下，本質上屬於毫無限制的反擊行為，也是人之天性與本能，更不會與犯罪有關。

相對於上述直接授與未獲保護者「法外的」自我保護權，康德則另尋理論證立正當防衛。在其名著「道德形上學」（Die Metaphysik der Sitten）中，康德指出：自由是獨立於他人意志而能夠自我決定的能力，自由是法的基

---

[75] JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT 14-16 (1980).

[76] Vgl. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1996, S. 116-117.

[77] Fichte, Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Hamburg 2013, III § 20. 另參考Zaczyk, Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes, Berlin 1981, S. 97 ff.

airiti

礎，法是用以維繫個人與個人間均能自由決定的共通機制[78]，法的共通規則旨在實現個人的自由，也僅在符合法的條件與前提下才能擔保個人自由。當個人侵害他人自由構成不法行為，該行為勢將阻他人自由的行使，此一阻礙將使得個人不再成為自由的主體，毋寧是不法侵害者自由意志運作的客體[79]，為了防止個人成為他人的客體而喪失其主體性，康德認為個人為免於成為客體，必須承認個人享有對抗他人不法行為的自我防衛權（Selbstverteidigungsrecht），為了擔保自我防衛權能夠實踐，個人須將自我防衛權透過社會契約讓渡予國家，國家有義務建立保護個人權利的法律體制，以擔保個人自由及主體性，這也是自由之所繫（的一環？）。不過，倘若在緊急情況下，國家不及提供個人適足的保護時，個人有權重新施展原有的自我防衛權[80]。對康德而言，受到不法侵害的個人，其自由已經受到阻礙，個人已經成為手段而非目的，為了實踐自由，個人甚至應該在國家無從協助保護之時，具有正當防衛的義務，從而保護其自由[81]。

在康德理論下，正當防衛始終是個人為保護其自由，基於實踐理性而對抗他人不法侵害的「權利」問題，只不過這種自我防衛權僅在緊急情況時，可以由個人以私力行使，否則仍應回歸國家，其源頭是作為法權支柱的自由，防衛者並不因為面臨不法侵害，從而回歸自然狀態，甚至脫離法權所形構的自由秩序，正當防衛作為實踐理性運作的結果，毋寧仍然在法權包攝的界限之內。

「霍布斯—洛克—費希特」與「康德」等兩種正當防衛的不同觀點，大致總結啟蒙理論以來的見解，不論將正當防衛當作外於法秩序、回歸自然狀態且不受法權制約的私力行為，或是把正當防衛理解為實踐個人自由，每個人於國家未及協助之時的權利行為，正當防衛始終是國家保護機制不及援助

---

78 Kant, Die Metaphysik der Sitten, Frankfurt a. M. 1977, S. 345; auch vgl. Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Berlin 1984, S. 29.

79 Kant, (Fn. 78), S. 337.

80 Vgl. Bitzilekis, (Fn. 78), S. 30.

81 Hruschka, Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre, ZStW 115 (2003), S. 208 ff.; Bitzilekis, (Fn. 78), S. 31.

airiti

時，許可「私力保護個人利益」的權宜作法，只不過此時合法私人暴力的定位，是源自法權之外或法權以內而有理解差異。

相對於以上兩種啟蒙理論的延續見解，在黑格爾的理論發展之後，若干黑格爾觀點的後繼者詮釋，則完全改變了正當防衛的理論基礎。雖然黑格爾本人在其法哲學原理（Grundlinien der Philosophie des Rechts）一書中，對於正當防衛的論述相當有限，但黑格爾對法權（Recht）與不法（Unrecht）的理解取徑，卻影響了後代的刑法學者，甚且左右了現代刑法學的發展主軸。

黑格爾採取存有論的思考傾向理解法律[82]，法／權是擔保自由的條件，但黑格爾更強調這些條件的現實存有性（Dasein），尤其強調實現自由並非僅在意志的主觀層面，毋寧必須建構相應的客觀精神（das objektive Geist），法權理念正是客觀精神的制度化，而依黑格爾之見，實現自由的客觀存有條件只能透過國家（der Staat）予以實踐，國家即為自由與客觀精神辯證後的實現結果[83]，國家並非自由的實現目的，毋寧只有在國家實現其客觀精神之自我目的時，自由才得以獲得完整保障[84]。

相對於以國家為形式基礎、以自由為保護目的，實現客觀精神的法權狀態上，不法行為透過其侵害事實，表現出對於法權的否定（nichtig）[85]，為了貫徹法權的效力與現實性，國家必須對不法行為有所反應，這種對否定法權的再否定即為刑罰[86]，刑罰的作用即重新形塑法權狀態[87]。由於不法行為透過強制，否定了法／權的實存現況，讓否定法權的不法行為任意施行，卻未從法權秩序予以非難，作為法理念的個人自由以及其實存條件的客觀精神，勢必受到不法行為所否定，因此法必須明確地否定系爭不法行為[88]。而

---

[82] Vgl. vor allem Pawlik, Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen, Der Staat 41 (2002), S. 189 ff.

[83] Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Frankfurt a. M. 1972, § 257-258.

[84] Bitzilekis, (Fn. 78), S. 36.

[85] Hegel, (Fn. 83), § 97.

[86] Hegel, (Fn. 83), § 97 Zusatz.

[87] Hegel, (Fn. 83), § 99.

[88] Hegel, (Fn. 83), § 94-95.

airiti

這一整套從法權秩序對於不法行為的否定宣稱，必須由國家以透過法院審判，如果未能透過國家及法院程序，即是新生的不法，而非對不法的否定。

至於當個人面臨他人不法侵害的緊急狀態時，應該如何在黑格爾的體系中安置，究竟反擊本身是個人權利，或者有其他立論，黑格爾本身的討論相對有限，這一點只能求諸於黑格爾之後的黑格爾學派刑法學家[89]，特別是對正當防衛提出重要討論的 Berner[90]。

Berner 的理論建立在黑格爾理論的前提上，其初步問題意識則是純粹的刑法提問，此即如何界分正當防衛與緊急避難。由於防衛者或避難者的利益都面臨即時性危難，其差別僅在於防衛者反擊不法侵害者，避難者轉嫁予無不法侵害的第三人[91]，基此 Berner 進一步推論，緊急避難時優先保護具有較高價值的權利，並將其不利益移轉予相衝突的權利（das Recht），但正當防衛則是「法／權利」（das Recht）對抗不法的過程[92]，正當防衛之所以在法秩序中被容許的理由，並非只是優位權利保護而轉嫁其不利益，毋寧在於不法（Unrecht）否定了法之秩序，而「法權」（das Recht）則屬法秩序體現自由的實存條件，一旦希求「法權」向不法退讓，這將構成衍生的不法[93]，正當防衛獲得容許的實質理由即在於「法權」無須退讓於不法[94]，每一個人面對不法侵害其權利時，都有正當防衛權[95]。

必須特別強調，上述 Berner 的這段話中，大量使用了 Recht/Unrecht 這一組區別。從黑格爾法理論的脈絡看來，Unrecht 指侵害者攻擊行為否定法

---

89 Frister, (Fn. 11), S. 296.

90 Pawlik, (Fn. 69), S. 292.

91 Berner, (Fn. 3), S. 552 ff. Vgl. auch Kindhäuser, (Fn. 19), S. 496.

92 „Es ist im Nothstande ein ausgedehnteres, höheres Rechts, welches sich mit Kosten des mit ihm collidirenden gerineren Rechtes erhalten darf; es ist in der Nothwehr jedes Recht, welches sich gegen jedes Unrecht unbedingt vertheidigen darf.“ Vgl. Berner, (Fn. 3), S. 554.

93 Berner的原文是：“Allerdings ist die Nothwehr darin gegründet, daß das Unrecht das Nichtige, das Recht hingegen das Substantielle ist. Es wäre Unrecht, wenn das Recht dem Unrecht weichen müßte.“ Vgl. Berner, (Fn. 3), S. 557.

94 Berner, (Fn. 3), S. 562.

95 Berner, (Fn. 3), S. 562.

airiti

秩序的規範現象，這是一種純粹從「法」之客觀面向所衍生的論述，有鑑於 Unrecht 的客觀理解取徑，後代解釋者大致上認為，相對於 Unrecht 的 Recht 在黑格爾理論脈絡下，當然應該理解為行為遵守依從法秩序的規範本體，Recht 在理解上自應屬於客觀的法（das objektive Recht），而非主觀權利（das subjektive Recht）。依此一理解線索，不法行為干擾客觀的法秩序，而防衛者代表客觀法秩序的合法實在面向，防衛者反擊行為自然是「（客觀之）法」的實現，當然毋須向（客觀之）不法退讓，防衛行為實現了超越個人（überindividualistisch），且同時實現整體自由客觀法價值，故應予以容許而排除刑責[96]。以客觀法秩序的 Recht 概念理解 Berner 所述，必然推導出正當防衛保護抽象法秩序的結論。此見解接續也由後代的刑法學者發展，最終導引出前文提及的二元理論，正當防衛的合法證立理由，也逐漸偏離了前述兩支的啟蒙傳統（自然狀態說／個人權利說）。

問題在於，黑格爾其實未曾言明，是否在正當防衛的證成過程中，除了保護個人利益之外，還應創造一種超越個人的共通利益。共通利益觀點的源頭，與其說是黑格爾，倒不是說是承繼黑格爾法律思想的刑法黑格爾學派，但若我們具體地考察關鍵者 Berner 的論述，Berner 運用了諸多 Recht 與 Unrecht 的概念，但在許多地方，Berner 並非直接將 Recht 等同於客觀的法，相反地，Recht 比較接近於主觀權利。例如 Berner 在談到正當防衛與緊急避難的區別時，強調緊急避難是 Recht 與 Recht 之間的衝突，而應保護較高價值的 Recht，從而使價值價低的 Recht 忍讓[97]，此處既然談到 Recht 的價值，理論上應該指的是主觀權利關係，而非客觀的法秩序意義，延續同一脈絡，正當防衛也應該是主觀權利對抗不法行為，而非客觀法秩序對抗不法行為。同樣道理，論述正當防衛實質理由時，Berner 先指出：正當防衛並非市民的義務，因此不可能是必要的行為，毋寧是被容許的，「正當防衛絕非市民義務，而是市民權利」（“Sie [Die Notwehr] ist keine Pflicht des Bürgers, sondern

---

96 Z.B. Pawlik, (Fn. 69), S. 292-293.

97 Berner, (Fn. 3), S. 554.

airiti

nur ein Recht desselben“）[98]，這一段引文其實根本沒有將正當防衛解釋為保護客觀法秩序的空間，僅能理解為市民權利。

至於 Berner 最著名，也被後代解釋為「法無須退讓予不法」的名言，該段引文中的「法」，與其說是一種客觀秩序，倒不如理解為受到秩序保護、並肯認其價值的主觀權利，亦即，Berner 並不認為防衛者本身保護了外於其個人主觀權利的法，而是僅保護其主觀權利，這種符合法秩序的主觀權利，沒有必要退讓於否定法秩序的不法行為，這句話正確的解讀應該是「權利無須退讓不法」[99]。事實上，Berner 早已在論文中指出：「如果正當防衛權的理由在於，權利無須向不法退讓。那麼即可推論，不僅是受攻擊者有防衛權（Nothwehrrecht），當受攻擊者的權利被妨害時，第三人也有正當防衛權」[100]，這一段話亦難以將防衛「權」理解為防衛「法」[101]。

綜合上述，筆者主張不論黑格爾或 Berner，都未曾在主觀權利之外，試圖主張正當防衛保護客觀秩序，相反地，黑格爾對正當防衛論述有其局限，作為刑法黑格爾學派繼承者的 Berner 在其論點中，仍然運用了康德以降，從權利侵害角度掌握正當防衛的傳統，正當防衛是主觀權利的效力延展，主觀權利在正常情況下不得侵害其他主觀權利，否則即為牴觸、否定客觀法秩序的不法，但在緊急情況時，主觀權利於限定條件下，可以將其不利益轉嫁給其他主觀權利，這則是所謂的緊急避難，不過，倘若主觀權利的受害來自不法，主觀權利本來就享有反擊不法的效能，這是法秩序必然的正確性及效力性的宣稱，法秩序的保護不是其理由，而是正確性及效力性的推論，正當

---

98 Berner, (Fn. 3), S. 557.

99 Vgl. Lesch, Die Notwehr, in: Widmaier/Lesch (Hrsg.), Hans Dahs-FS, Köln 2005, S. 82 ff.; Renzikowski, (Fn. 16), S. 80.

100 „Wenn der Grund des Nothwehrrechtes darin liegt, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht: so resultirt hieraus offenbar nicht blos ein Nothwerhrrecht für sich selbst, sondern auch für jeden Fremden, dessen Recht angegriffen wird.“ Vgl. Berner, (Fn. 3), S. 562.

101 Neumann, (Fn.19), S. 225.

airiti

防衛即是出於主觀權利反抗不法的容許行為，在此涉及的是侵害者與被害者之間的衝突，而不是法／不法之間的對抗[102]。

二、正當防衛的積極一般預防功能

除了理論史的考察外，我們還可以從另一個角度反省法確證原則。現行通說主張的「法確證」（Rechtsbewährung）概念，是由法（Recht）與確認並證明其效力（sich-bewähren）串連合成的組合字，之所以稱「確證」，無非在於透過防衛者的反擊行為，表達對抗不法的法秩序價值，一方面「確認」法秩序的合法／不法界限，另一方面也「證明」法規範的效力，從而獲得市民對規範的信賴與遵從意願[103]。兩個層面的組合，即產生正當防衛、法規範效力及一般預防效果的連結：法秩序不僅透過國家刑事制裁，處罰違反法秩序的不法行為，即便面臨現在不法侵害的受害人，也有反擊權利。任何試圖破壞規範之人，都必須面對不法行為的兩種附帶成本，其一是嗣後國家刑事訴追與處罰，其二是受侵害者可能即時發動合法的反擊行為[104]。這兩種成本宣告了不遵守行為規範時可能面對的不利益[105]，並宣示了行為規範遵守時的益處，擔保行為規範對一般市民的行為指導功能。在這個意義下，許可正當防衛正是為了提高違反規範行為的潛在成本，從而使得不法侵害代價提高，藉以使一般人放棄侵犯行為規範，以達成行為規範的一般預防效果，因此，解釋正當防衛自須堅守以法確認原則為中心的二元理論。

對於上述見解，筆者容有不同意見。首要問題在於：積極一般預防效能著重宣告合法／違法的行止界限，其預防作用的宣示對象不是犯罪者，而是尚未形成明確侵法意志的一般國民[106]，向其宣告澄清違反行為規範的成本時，這些成本必須以合法為前提，才足以宣示行為規範所擔保的秩序，倘若

---

[102] Neumann, (Fn. 19), S. 222-223.

[103] Roxin, (Fn. 15), S. 73 f.; Pelz, (Fn. 4), S. 308; Burr, (Fn. 4), S. 231.

[104] 此說尤見Roxin, (Fn. 18), S. 394-398.

[105] Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 12.

[106] 僅參考Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, S. 326-327.

airiti

不法行為的成本是其他不法侵害，此時只是使得法秩序本身失去一般人民的信賴，甚至讓不法侵害者決意賭博，反正該防衛惡害不必然合法，說不定可以順勢地對可能不合法的防衛惡害進行正當防衛，這樣的效果反而有助於潛在犯罪者大膽嘗試不法侵害，對維護行為規範根本只有反效果。然而，在實施防衛行為當下，防衛者其實無法完全確定其行為是否符合阻卻違法的要件，亦即不能保證其防衛手段絕對在合法界限內，對一位法律外行人而言，緊急性的私力救濟根本未經法律專家的事前判斷，毋寧完全依憑防衛者個人在當下的反應，其合法／非法界限自然游移不定。若將此種無法百分之百確定合法與否的防衛行為當作不法侵害的成本，很容易困擾國民對行為規範的判斷界限，也會使得國民遵法意識模糊不清（實施不法行為會面臨個人不法行為反擊？），終將致令本說期盼的積極一般預防無從達成。

再者，私人防衛的重心是保護受不法侵害私人的利益，如果把私人防衛當作防範一般社會成員犯罪的預期成本，無異把私人防衛舉措等同國家的司法裁決，將私力例外許可的正當防衛所帶來之惡害，作為影響私人作成不法侵害與否的心理影響因子，法秩序此時告知社會成員的是：「不可違反行為規範，否則可能面臨國家惡害，也同時會有被害人的私力防衛」，這種想法已經把私力防衛從私人暴力的例外許可，賦予近似具普遍效力的公刑罰效果，幾乎已經承認正當防衛有類刑罰屬性，倘若正當防衛具有類似公刑罰屬性，那麼法秩序將刑罰權歸諸公有、抗拒私人同害刑的現代刑法思想，已經全面被正當防衛所破棄[107]。基此，筆者認為私人執行的正當防衛，不能率爾承認其類同於刑罰的一般預防效果，否則根本將私人當作國家司法者看待[108]。

---

[107] 當然，法確證原則的支持者仍然認為，正當防衛連結一般預防只是用以預防犯罪的成本機制，並非將正當防衛視同刑罰（vgl. Roxin, (Fn. 18), S. 397），不過筆者認為，預防犯罪機制很多，但只有刑罰足以具備宣告合法／不法界限的積極一般預防機能，如果正當防衛缺少類刑罰屬性，又如何能夠宣告合法／不法的界限呢？

[108] Lesch, (Fn. 22), S. 28-29.

airiti

另外，依行為規範論所見，不論侵害個人、社會或國家法益，保護這些法益的構成要件，都可形塑相應的行為規範，然而，可得透過防衛手段保護的利益形態（notwehrfähige Güter），在學說上卻有相當程度的限制，欠缺個人連動關係的社會或國家法益，原則上不能正當防衛[109]，如果串連觀察正當防衛與行為規範的機能，那麼法秩序揭露給社會成員的訊息是：「如果行為人試圖侵擾社會或國家法益，此時因為不得為保護這些法益而實施正當防衛，因此考量刑罰的惡害成本，但無須考量正當防衛成本，不過就個人法益的行為規範，則同時要考量刑罰惡害與正當防衛的雙重成本」。問題是：要實現積極一般預防，必須同時考量犯罪後惡害高低，才能使愈重要法益的構成要件，因成本較高而不易違犯，這種作法通常表現在法定刑的設計上，愈重要的法益或行為規範，當然會附帶愈重的法定刑。但若又納入正當防衛的成本，而這種成本又只適用於個人法益的行為規範，那麼此時原先立法者透過法定刑所明列預防需求強弱光譜，勢必因為引納了正當防衛成本而完全被打破。舉例來說，個人法益犯罪中，有 5 年以下而可能面臨正當防衛成本的竊盜罪（刑法第 320 條），也有不得正當防衛、但刑度高至 3-10 年的公務員違背職務收賄罪（刑法第 122 條），從法定刑看來，立法者顯然認為行賄罪破壞法益較嚴重，應予行賂罪較高犯罪成本，並以重刑預防，但考量正當防衛的成本因素後，立法者所預想的成本結構已經全然被破壞，我們無法直接比較「5 年刑期＋可能的私人防衛成本」與「3-10 年刑期」的犯罪成本高低，倘若如此，立法者透過法定刑所創設的預防需求量表，已然全盤破壞[110]。

即使我們承認刑法的行為規範論，也接受積極一般預防的刑罰思想，但這些想法只應在「構成要件」的不法行為規制上有效，絕不能展開到阻卻違法事由的除罪功能，正當防衛不應該與行為規範的積極一般預防效果接軌觀察，從此一見解所推導而證成的法確證原則，自然也失其理據。

---

[109] 黃榮堅，前揭註1，頁228；王皇玉，前揭註1，頁280-281; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 34; Rengier, (Fn. 1), § 18 Rn. 8-11; Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 30-31.

[110] Renzikowski, (Fn. 16), S. 89 ff.

airiti

三、正當防衛的要件與法確證原則

依二元理論所見，正當防衛同時保護法秩序規範效力與個人利益，倘若這兩種利益都受到防衛行為所保護，理論上在正當防衛阻卻違法的要件中，都應該能表現出這兩項利益的需求，亦即，成立正當防衛的各項要件都要一併地考量兩項保護利益。

很有意思的是，二元理論納入法確證利益之後，其實只證成正當防衛必然符合優越利益（法確證＋受不法侵害的個人利益>反擊所侵害的個人利益）[111]，無須在個案中判斷優越利益的衡平性要素，除了此項效果以外，法確證原則其實對正當防衛的其他要件，根本無任何實質作用，甚至還有矛盾而無法自圓其說之處。

先從防衛情狀談起。已如前述，正當防衛的發動條件是面臨現在不法侵害的防衛情狀，不法侵害所關涉的利益僅限個人法益，如果是社會或國家法益，即便面臨現在不法侵害，仍不得正當防衛，否則有造成過度擴張社會利益，讓每個人都成為保護善良社會風氣的警察之疑慮[112]。

從上述見解可以推論：真正在防衛情狀被關切的利益內容，其實只有受到攻擊的原受攻擊者個人法益而已，法秩序效力的抽象利益即便受有威脅，根本無從構成防衛情狀，我們從來不因「法秩序受威脅」就許可私人發動正當防衛，僅當個人法益受到不法侵害時，才例外容許反擊行為。既然反擊的合法性繫於個人法益，其發動要件也與法秩序受到威脅無關，正當防衛保護法秩序的論點實有檢討必要[113]。詳言之，即便認為正當防衛也一併保護超越個人的法秩序，此項論點正好違反通說所謂防衛行為不得保護超個人法益的命題，既然不能保護超個人法益，又如何能保護作為超越個人共通利益的法秩序完整性？[114]

---

111 Bülte, (Fn. 13), S. 157.

112 Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 30.

113 Lesch, (Fn. 99), S. 86.

114 Lesch, (Fn. 99), S. 87.

airiti

再談防衛手段要件。依現行通說主張，防衛手段只要求適當性（防衛手段能有效保護個人法益）及必要性（防衛手段是有效手段中，影響不法侵害者最輕微者），這兩個要件都連動受不法侵害的個人法益，與法秩序無關。倘若防衛手段一併保護法秩序，理論上在適當性的判斷階層也應一併考慮，是否系爭防衛手段足以有效保護法秩序，進而在必要性階層，也得判斷是否防衛手段屬於保護法秩序的各項手段中，干擾原侵害者最小的方式。然而，通說既認為法秩序是保護利益，但在適當性、必要性的要件中，卻從未納入法秩序的考量因素，如果法秩序的考量可以排除衡平性，那為什麼不會出現在適當性的判斷基準中？

甚而，相對於防衛行為保護與侵害個人法益，法秩序的效力及規範作用是一種抽象、不明確的價值，該抽象價值本身的重要性極難量化，也不易與其他具有明確載體的個人利益相互比較，通說似乎只是單純地依據數學運算認為，1+1（法秩序+防衛者個人利益）必然大於 1（不法侵害者個人利益），尤其當防衛效果是反擊不法侵害者而致其死亡，即使生命法益是刑法最重要的利益，除非有更急迫、更重大的利益，否則不能夠符合優越利益關係[115]，如何能夠認為法秩序的抽象價值加上受害者個人利益後，「必然」大於原加害者的生命，考量生命是整部刑法置於最重要且無從衡量的利益類型，通說許可防衛者殺人，又認為該行為必然符合優越利益的說法，根本欠缺明確說理。

最後，納入法秩序價值的考量後，就許可採取的合法防衛手段要件上，將不再區別受到攻擊的法益價值高低，舉例來說，甲被強盜奪取 100 元的財產法益，與乙受殺手威脅的生命法益，在正當防衛的架構下，都賦予相同保障，任何有效且必要防衛手段都可以採取[116]；但顯然完全不考量保護利益重要性的作法，不能符合現實需求，也才會再透過社會倫理限制的論述來解決

---

[115] Roxin, (Fn. 1), § 16 Rn. 33.

[116] 事實上，在19世紀以前的刑法學論述中，在生命與財產法益受不法侵害時，防衛者採取的手段顯然有別，vgl. Bülte, (Fn. 13), S. 149-153.

airiti

爭議，強調在保護／侵害利益顯然失衡時，必須權衡優越利益關係[117]。倘若在正當防衛的場合中，始終以防衛者保護利益輕重作為防衛手段合法界限的拿捏標準，那麼附加法秩序之抽象價值而模糊保護利益輕重的觀察方式，也就不是允宜的分析視角了。

至於主觀防衛意識的判定，也有相同問題。該項主觀要件向來只強調防衛者認知個人法益受有威脅，但從來沒有任何見解認為，防衛意識還必須認知「法秩序受危害」，成立正當防衛的主觀認知時，如果不必明確認知受保護的雙重利益均已受害，那又如何能肯認防衛行為保護了個人與法秩序的雙重利益？

從以上討論可以發現，所謂防衛行為保護法秩序，除了衡平性要素的排除外，在其他各項要素中，並不具有積極限定正當防衛成立界限的功能，這正顯示出「捍衛法秩序」的口號，不過是正當防衛保護個人法益附帶發生的反射效果[118]，絕非正當防衛所能保護的利益類型[119]。質言之，法秩序是一種無形的抽象價值，不可能因為某一個行為而直接受到保護，毋寧透過具體客體或制度的完整性，藉以表彰法秩序的持續效力，僅當具體客體或制度受到他人違法干擾時，法秩序才有可能受到侵害，具體客體與法秩序之間是一個相互連動的過程，基此，法秩序的侵害必須從受害者個別法益予以觀察，當加害人不法攻擊受害者時，法秩序隨即受到干擾，這是一個相互連動的推論結果，但不能反過來認為，法秩序可以獨立於個人利益存在，而成為一個外於個人利益的獨立保護對象[120]。

---

117 例如Roxin, (Fn. 18), S. 400-403.

118 事實上，支持二元論的Roxin也認為個人保護原則是正當防衛的優位原則，法確證利益只具有緩和防衛手段果斷性的功能而已，此即當社會倫理限制事態發生時，因為法確證需求減低而必須採取退避措施或較和緩的防衛手段，vgl. Roxin, (Fn. 18), S. 396, 400-402. 從Roxin的論述中不難看見，法確證原則與其說是正當防衛保護內容之一，不如說正當防衛保護個人利益，法確證原則減緩對個人利益保護的優位性，既然法確證原則不是用來加強防衛者法益的保護，而是用來緩和其保護，又如何能認為法確證原則構成正當防衛保護支柱之一呢？

119 Vgl. Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, S. 91.

120 相近觀點，參考薛智仁（2011），〈不法侵害之現在性與著手實行：最高院99

airiti

四、小結

論述及此，不論從法確證原則的概念源頭、行為規範的積極一般預防效果，甚至是正當防衛的具體要件，都可以看得出：法確證原則本質上是空洞而不具有實質意義的概念，無法構成正當防衛保護內涵，通說所謂的二元理論在這個面向上，自然是一個未充分說理的看法。如果法確證原則的證立有疑點，那麼建立在法確證原則觀點之上的各項見解，包括退避義務的欠缺、緊急救助的法律理由，甚至是社會倫理限制，都可能無從自圓其說，真正的解決出路或許是放棄法確證原則。

肆、個人保護原則的重塑

既然法確證原則難以合理解釋正當防衛，對於正當防衛阻卻違法的證成理由，無從取道二元理論[121]，我們的目標即找尋其他替代說法。

學說上曾有從純粹的法確證原則證成正當防衛的看法[122]，但既然無法合理說明抽象的法秩序受到正當防衛保護的理由，此一見解當然亦無可採之理[123]。基此，正當防衛的證成必須回歸至純粹個人利益保護論，亦即，受不法侵害者為了保護其正受侵害的個人利益，在國家不及或無法提供任何保護時，可以合法地行使私人暴力以捍衛自己的法益。

然而採用個人利益保護說，必然面臨的解釋困難即是：正當防衛只保護個人利益，其與同樣保護個人利益並轉嫁予第三人承受的緊急避難之間，即無任何規範上差異可言。從個人利益保護的理論基點來看，自應設法區別正當防衛與緊急避難的差異關係，對於這個問題，學說上已經有若干研究成果，以下即進一步分析以個人利益保護說為理論基點的各項次說。

台上5562〉，《台灣法學雜誌》，182期，頁186-187。

121 近期日本學界亦有反省法確證原則的主張，參考佐伯仁志（著），黃士軒（譯）（2010），〈日本正當防衛論之新開展〉，《月旦法學雜誌》，177期，頁172-175。

122 Vgl. vor allem Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 97 ff.

123 對純粹法確證保護說的深入批評，vgl. Engländer, (Fn. 32), S. 12-28.

airiti

一、法外私力說

首先談具有啟蒙理論色彩的觀點，此即承沿自霍布斯初始見解的法外私力說。本說論理邏輯相對精簡，個人為求生存的共通秩序，脫離萬人對抗萬人的自然狀態，相互締結了社會契約，自我防衛的私人權力即被讓渡與主權者，此時只有主權者能夠實施合法強制力。然當個人受到他人不法侵害，而國家又無力即時保護時，個人即可撤回原來社會契約的參與意思，退回至自然狀態[124]，而得實施原來在自然狀態中，完全不受到任何限制的私人暴力，該暴力因為行使於不受任何法律規制的自然狀態中，因此當然也沒有任何合法／不法的評判空間，也不會有任何阻卻違法的要件限制[125]。

雖然本說極富啟蒙時代的理論精神，但在現代法律系統之下，其實已經沒有任何接納空間，正當防衛在成文立法的主要法系，大致上都已經成為刑法典承認的排除責任理由，若要認為正當防衛是從法外而回歸至自然狀態，那麼這種「自外於法」（outlaw）的現象，已然使防衛者處於法規範所能管制、約束的範圍之外，能否符合刑法典對正當防衛成文規範屬性，即有疑義。

其次，在自然狀態中，完全由個人依其保護需求決定是否遂行防衛，無論如何執行防衛，理論上完全沒有限制，不論有無現在不法侵害，無須關切手段是否符合適當性及必要性（甚或衡平性），也不管行為人主觀上有無防衛意識。但這些回歸外於法治而歸本自然狀態的理解，顯然不合於現代的正當防衛論點。

綜合上述兩點理由，筆者認為本說無法回應現代成文取向的正當防衛「法化」（legalization）結構，並非個人保護論的合適選項。

---

[124] 相近見解，vgl. Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, ZStW 89 (1977), S. 86 ff.; Erb, Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“, NStZ 2005, S. 594 ff.

[125] 值得特別說明的是，Erb認為正當防衛是不及受國家保護時，每個人本來就於自然狀態存在的反擊權限，只不過在現代法治國中，這種自然狀態的反擊權限必須受到限制，因此必須取道於國會通過的法律規定，才能確認其限制界限（Erb, (Fn. 124), S. 596 ff.），換言之，Erb一方面承認正當防衛不在法治界限內，但解釋進路則仍取道法定界限方法。

airiti

二、防衛權利說

相對於傳承霍布斯的前說，另種見解則蛻變自康德的看法。康德認為正當防衛是個人對抗不法的正當權利，在這個意義下，其實正當防衛沒有適用優越利益解釋的必要性[126]，每個受到法律保護的主觀權利，本質上都內蘊著透過私力自我保護的推論權利，這是主觀權利延展而授與個人的自我防衛權能[127]。析言之，國家授與個人權利保護，不只要求其他人必須尊重特定個人的權利，不得侵害之，同時也許可受他人意志行為侵犯權利之人，展開必要的反擊行為[128]。

上述見解的盲點在於，正當防衛是「防衛者」的權利，因為第三人並非受不法侵害之人，如何說明由「第三人」反擊原不法侵害者的緊急救助，在理論上就須進一步論證[129]。本說部分支持者認為第三人可以從被害人處，透過授權而取得防衛的主觀權利，因此必須以被害人是否同意第三人實施原屬自己的權利，進而決定第三人得否緊急救助[130]；部分的見解則援引社會連帶義務（Solidaritätspflicht），認為個人是社會集體生活的一分子，必須負有對他人相互福祉的促成責任，這種義務不僅是道德訴求，同時也是法律義務[131]，因此，第三人在被害人面臨不法侵害時，有權向不法侵害者主張第三人享有的防衛權利，該不法侵害者雖未侵害第三人，但仍必須互負此項連帶義務[132]，依其見解刑法之所以許可第三人實行防衛手段，理由並非防衛者權利的移轉，而是不法侵害者負容忍第三人反擊，從而保護受侵害者的法律義務。

---

126 Lesch, (Fn. 99), S. 88.

127 Lesch, (Fn. 22), S. 31 f. 我國學說類似見解，參見王皇玉，前揭註1，頁273；余振華，前揭註1，頁244-245。

128 Lesch, (Fn. 22), S. 32; Engländer, (Fn. 32), S. 82-90.

129 Lesch, (Fn. 22), S. 33.

130 Engländer, (Fn. 32), S. 90-91.

131 Lesch, (Fn. 22), S. 35.

132 Lesch, (Fn. 22), S. 36.

airiti

本說顯然是法權化取向的理論，主張個人在一般情況權利受侵害時，可以透過國家機制保護自己，但在緊急情況發生時，同時有行使私力保護自己的權利。不過在筆者看來，這種見解仍有兩個無法自圓其說的問題：

第一，以法秩序承認的「權利」角度理解正當防衛，基於權利必有相對應的義務元素，侵害者必須負有相對應的忍受義務[133]。問題是：若該防衛行為有必要損害原不法侵害者的生命時，是否還能夠認為原不法侵害者必須負任令生命法益被剝奪的忍受義務？為保護受防衛者權利許可其正當防衛權，此時若可合法防衛而殺人，該防衛權的行使是否違反生命權絕對保護原則即應探究。

舉例來看，甲、乙、丙、丁四人持槍試圖殺害 A，由於人數眾多且地處偏僻，A 無其他退避選項，為了保護自己，不得已只好反擊而故意殺死甲，其他三人乙、丙、丁三人也因此停止攻擊 A。若該手段符合防衛行為的適當性與必要性，且 A 主觀上也有防衛意思，A 殺死甲的行為雖然該當殺人罪，仍得依正當防衛阻卻違法。如果用本說主張的權利及衍生的義務觀點分析本案，即可認為：甲先試圖不法侵害 A，A 為保護其生命權，可以本於生命權的保護而採取殺人手段，該殺人行為是 A 生命權所衍生的防衛權，相對而言，甲對於 A 實施的殺人行為，就負有容忍義務，不可以對 A 再為合法反擊[134]。

然而在整體法秩序下，生命是最重要的「權利」，法律給予生命權最強的保護，不得任意許可生命侵奪行為，也因此國家不應施用死刑，就連個人在緊急情況下，也不能將自己的不利益移轉予他人生命（例如 12 個人發生海難，仍不得合法地殺死 1 人以供 11 人食用），任何涉及生命的利益衡量，理論上都不可能滿足優越利益。如果生命權如此重要，並享有極其高度保護效果，在 A 侵犯甲的生命權時，即使 A 本於其生命權而實施正當防衛時，為什麼 A 的防衛權可以推導出合法殺害甲生命的結論？從權利延伸的立論

---

133 Lesch, (Fn. 22), S. 36.

134 *See* Phillip Montague, *Self-Defense and Choosing Between Lives*, 40 PHIL. STUD. 207, 211-13 (1981).

airiti

基點來看，不論侵害源自國家司法權（死刑）或個人的合法私力（正當防衛），甲的生命權仍然有至高無上價值，絕非可因存在優越利益而予以輕率犧牲。無論如何，只要承認運用「正當防衛」可以合法殺人，這種權利觀點的論述模式就必須回應，何以防衛權的行使優越於放棄至高無上的生命利益？但顯然在權利模式的論述中，無法允洽地回應殺人防衛手段的質疑。

第二，從權利觀點立論正當防衛，合法防衛手段應只能由受不法侵害者行使，第三人的權利既然未受侵犯，理論上不可能有本於保護自己權利的正當防衛權。本說支持者當然也意識到其論理缺陷，因此轉從本人授權或連帶義務證成第三人的防衛權能，然而第一種想法的問題在於，既然要求讓與防衛權利，就必須有明確的授權意思表示，但實際上絕大多數見義勇為的第三人在緊急救助發生當下，都未真正獲得本人授權實施主觀的防衛權；至於第二種想法的缺點是，依據權利說邏輯下，正當防衛一定要從權利觀點證成，連帶義務卻只能要求原侵害者忍受第三人的攻擊，第三人不因納入連帶義務而取得正當防衛的「權利」，既然無法合理地證立防衛權，第三人絕非適格的防衛權行使者，這將使得正當防衛在此說出現兩種不同的理論證成：「防衛者本人行使防衛權，但第三人則要求侵害者接納其侵害」，此項推論顯然造成理論層面的不一貫結果。無論如何，從主觀權利說出發，無法導出許可緊急救助的結論[135]。

綜合上述兩點，筆者認為權利說一來無從回應「防衛權何以能夠侵奪他人生命」的正當性質疑，二則無從合理說明第三人防衛權能規範來源，其論述合理性似乎尚不足採。

三、個人利益附加保護說

第三類見解則主張，正當防衛雖著重防衛者個人法益的保護，但在個案中其實還一併保護了侵害者其他利益，亦即，防衛行為保護了兩種不同的個人利益，因此仍然可以在絕大多數的情況下滿足優越利益的要求，從而不需具體地認定有無優越利益，即可阻卻違法。

---

[135] 進一步批評，*See id*. at 212.

airiti

至於防衛者附加保護的利益是什麼，較主要看法認為，除了受不法侵害威脅的法益外，防衛行為還保護防衛者本人的人格的自由開展利益（Gut der freien Entfaltung der Persönlichkeit），這是一種個人的行為自由（Handlungsfreiheit）[136]，不法侵害行為除了侵奪受攻擊者的特定法益（例如生命、身體、財產）之外，侵害者還會同時陷被害者於個人自由的強制狀態，該強制狀態將使得被害者無法依其自由意願而從事社會活動，例如甲要竊取乙的動產時，甲除了侵害乙的財產法益之外，還干擾了乙對財產利益的支配自由，此即乙作為動產的持有人，理應可以依據其個人意志決定動產的使用方式，這是一個潛伏於財產法益之下的個人行為自由[137]。依此，正當防衛同時保護了財產法益及關聯系爭法益的個人行為自由（人格的自由決定與自由開展），既然保護雙重個人利益，基本上當然能符合優越利益的要求。

本說強調侵害行為對防衛者的侵害，除了不法行為直接連結的「預期受損法益」之外，還包括一般人格自我決定利益干擾，不能否認，個人法益確實建立在人格自主（Autonomie）的前提，但當法益已經類型化、具體化、個別化之後，如果還要溯源保護利益至法益的概念前提，並將這種概括性的人格自主權作為正當防衛的保護對象，其實已幾乎同於前文批評的法確證原則，本質上都是相同操作，此即在保護利益中摻入無從衡量比較的抽象價值後，逕認正當防衛必然符合優越利益的要求，這種作法本來就是我們應該儘量迴避的取徑。

此外，當加害者以竊盜方式不法侵害他人財產時，按照學說看法，此時只有財產法益受到干擾，倘若還要認為，竊盜不法侵害同時干擾了受侵害者的行為自由與自我決定，竊盜侵害利益自然轉成「財產＋行為自由」，如此一來，勢必模糊竊盜與強盜罪之間的界限；甚而，侵害意志決定與意志活動

---

136 Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, Berlin 1984, S. 31.

137 Wagner, (Fn. 136), S. 31.

airiti

自由的強制罪，也將成為刑法所有罪名的基礎規範，此種觀點已經完全模糊法益體系的個別化關係，實非允當看法[138]。

最後，本說同樣無法面對正當防衛為何可得殺人的困擾，只要法秩序承認生命法益享有無從相對衡量的最高價值，不論再如何加入保護法益，仍無從推導出於防衛者能夠合法殺人的結論[139]。

基於上述三點理由，筆者認為加入行為自由等個人利益的說法，仍舊導不出合理結論。

四、本文見解：侵害者法益懸置說

雖然諸多見解設法從個人保護原則證成正當防衛，可惜未竟其功，尤其無法解決為何正當防衛可以合法殺人的關鍵問題，現代刑法學承認生命法益的絕對性與不可衡量性，只要侵害者的生命利益受到絕對保障，就不可能改變生命利益的至上屬性，當然，其中一種解決方法，或許認為直接認為防衛者絕對不得殺人，但這種論調顯然不足以有效保護防衛者，試想在偏僻山中的懸崖上、面臨加害人現時生命法益侵害的被害人，此時如果不把加害人推落懸崖，幾乎沒有任何阻止加害人續行不法攻擊的方法，這種非生即死的交關，或許是從未實施過正當防衛者難以想像的場景[140]。

前文已經一再強調，只要肯認防衛者合法殺人的可能情況[141]，附加利益保護說與主觀權利說即無法解決問題，相反地，延續啟蒙理論傳統的法外私力說，某程度上卻能透過自然狀態的歸返，解消防衛者合法殺人的疑慮，本

---

138 相同意見，vgl. Frister, (Fn. 11), S. 300.

139 *See* George P. Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 ISR. L. REV. 367, 377 (1973).

140 若以德國判決為例，能夠基於正當防衛而合法殺人的案例，雖然限定於不法侵害者試圖殺害或威脅防衛者的生命，但德國學說及實務上仍肯定為了正當防衛而侵奪生命的合法空間。Vgl. Bernsmann, Ü berlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104 (1992), S. 293-306.

141 特別說明的是，縱或從緊急避難的觀點來看，因為緊急避難無法將危難轉嫁予他人生命之不利益，無論如何，當除了殺人之外別無反抗不法侵害的方式時，仍只能設法證成正當防衛，無從取道其他的阻卻違法事由。

airiti

說缺點在於歸返自然狀態難以完全符合法秩序的基本論理，然而若能夠設法調整自然狀態與法秩序之間的衝突關係，修正法外私力說或許可以成為解決問題的新線索。

依霍布斯原有見解，當防衛者受到他人不法侵害時，「防衛者」就暫時性地撤回社會契約的承諾關係，回復至自然狀態，防衛者之攻擊行動既然不受法秩序的制約，即便侵害法益，當然也不受任何制裁；相對於霍布斯著重於防衛者行動的看法，洛克與費希特則將其關切視角置於「侵害者」，兩人均認為，締結社會契約成員有義務遵守社會契約揭示的行為準則，違反契約內容的不法侵害一旦發生，作為排除私力的法秩序將暫時中止其效力，回歸至自然狀態，故其原本享受之法權保障也因而暫時懸置，任何他人均得予以侵害而不構成不法行為，同樣道理，此時防衛者的反擊即使嚴重損傷侵害者，該行為亦不具有值得非難的法律意義。然而，若我們從現代法秩序來審視霍布斯、洛克、費希特諸儒的見解，難以想像存在一個沒有任何法、權介入的純粹自然狀態，遑論接受防衛者可以採取任何手段反擊不法侵害者，已如前述，堅守此種法外私力說實不足以回應質疑。

雖然不法侵害不足以證成重返自然狀態，也無法懸置侵害者的全部法益，但若我們能調整見解，認為不法侵害並非使得侵害者與防衛者「全部利益」遁入近似戰爭的自然狀態，毋寧僅在「有效反擊不法侵害」的限度內，將侵害者的法益懸置於法秩序既有保護範域之外，暫時性地不受保護，或許就能解決疑義。析言之，為了保護面臨即時不法侵害的防衛者，侵害者有義務退讓部分法益受法秩序的保護狀態，為了防衛者保護需求，而暫時不受法秩序保護的侵害者利益，即使被防衛者採取私力侵害，也不算是刑法禁止的不法侵害，此種因「不法侵害」即時出現，而「懸置侵害者部分法益於保護範圍之外」的「準自然狀態」，即為正當防衛之所以存在的實質理由。

以上想法當然需要更進一步的論證。首先，正當防衛得阻卻違法，無異許可法秩序獨占暴力外的合法私力，其證成問題當然必須回歸國家壟斷暴力的法政哲學基礎。當個人締結社會契約，讓渡個人的暴力行使權限予國家，進入由國家壟斷暴力權限的法秩序之後，所有權利、義務的關係都不再有私

airiti

人獨斷或私力保護的空間，發生爭議只能訴諸主權者的司法裁判。不過，主權者並非無所不在，當個人面臨急迫情狀，如果不能及時行使私人暴力保護自己，對於若干無法回復的利益，法秩序無異完全棄守保護該被侵害者的利益；試想旅客在荒野突然遇到想要殺人奪財的搶匪，如果此時仍堅持公權力優先，禁止私人即時行使暴力自救，強求私人事後再向國家提起訴訟救濟，無異任憑旅客被搶匪所殺、所搶，無視旅客應受法秩序保護的生命與財產利益，為解決法秩序不能無處不顯、難以隨時照管一切的先天困境，實有必要接受特定情狀下的私人暴力。

接下來的問題即是，在什麼情況下許可私人暴力？其理由、界限為何？這個問題必須從人、國家及人際關係等面向談起。現代刑法學主流見解認為，法秩序管制並調控人的行為，透過規範化方式賦予社會成員行動指令，告知其合法／違法的行動界限何在，這些行動指令即學說上所稱的行為規範（Verhaltensnorm）[142]，至於如何設定行為規範，其具體內容必須從法益保護角度立論，刑法為有效保護法益，只要類型化、個別化的特定行動存在高度干擾法益的可能性，即須納入行為規範的禁止之列，一旦個人未遵從法秩序所建構的行為規範，即屬實施不法行為，倘若進而支配並實現法益損害，法秩序即得施加刑罰以制裁個人。

單從理論以觀，行為規範是國家對於個人行為的管制關係，其規範主體是國家，規範客體則是人的行動，規範方法則是透過人的意志決定。但如果僅將行為規範單面向地強調個人服從國家指令的關係，顯然忽略個案中作為真正被害對象的法益持有者，因為從行為規範將不法行為簡單地理解為「違反國家行為指令」，但不法行為往往有受到干擾的被害人，若過度著重不法的行為規範違反性，將無視個案中被侵擾的被害人。依筆者之見，若要全面

[142] 有關行為規範，參考蔡聖偉（2006），〈評2005年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91期，頁358-369；許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期，頁268-291。

airiti

掌握行為規範的法律屬性，必須將觀察視角延展到侵害者與被害者之間的雙方關係，以及這種人際關係在社會組成過程中的意義。

行為規範的提出是為了保護法益，當國家立法者決定行為規範的範圍與內容時，必須篩選特定行為，其標準在於行為實施後可能干擾其他社會成員的重要生活條件及利益，才能透過行為規範禁止系爭行為，該行為的實施也才構成不法行為。在這個意義下，任何被理解為違犯國家法秩序的個人不法行為，除了形式上牴觸國家透過行為規範表彰的行動指令之外，實質上還得干擾其他社會成員的生活條件或領域，否則無害他人領域的行動，不應該被設定為不法行為。從這個角度來看，行為規範的實質核心在於人與人之間的相互侵犯與關係破壞[143]，倘若我們要了解作為行為規範實質核心的人際互動，就必須自人與人的關係談起。在社會發展過程中，人從來不曾獨立於他人而能存在，毋寧必須與其他人一同組成生活共同體，個人均有其扮演的社會角色，從而可以分工經營共同的社會生活，人不可能無視其身處環境中的他人而單自存活，個別社會成員在經營其社會生活的同時，必然與其他人有所互動，也會產生利益或生活條件的交換需求，而交換需求的滿足，原則上必須透過平等、互惠、互利的和平方式，社會才能在互不侵犯的條件下繼續發展；如果雙方採取私人暴力的方式奪取所需，或是破壞他人既有的生活條件，勢必危害法秩序的穩定機能，也因此個人與個人之間，必須放棄以私人暴力方式奪取或妨害對方的利益或生活條件，同時相互尊重彼此既已取得之利益，這種相互間利益與固有領域的尊重，顯然是實現社會共同生活的前提，我們可以把這種人與人間的聯繫稱之為人際協和關係（Koordination）[144]，

---

[143] 必須強調，在此所謂領域的侵犯並非只是實施行為即足，而是指侵害了特定他人或不特定多數人的法益。筆者在這段的討論，基本上運用了非常多的義務、規範用語，但這只是為了討論方便，並非代表筆者主張從義務或規範違反的基準點理解不法行為，相反地，筆者主張以結果非價為中心的不法理論，規範違反只是為了輔助結果可歸責於人，從而必須存在的人與外在的責任連動媒介而已。

[144] Vgl. vor allem Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Eduard Dreher-FS, Berlin 1977, S. 199-200; Renzikowski, (Fn. 16), S. 225.

airiti

協和關係強調社會成員雙方都必須儘可能地不干擾對方，而在刑法上的具體實踐，即推導出兩位社會成員之間互負不侵害對方法益的對等尊重義務[145]。

換言之，刑法保護法益，而法益必然有其所連結的持有者，在任何不法行為出現發生以前，社會成員之間即因法益保護的規範需求，形成人際的協和關係，本於協和關係，成員相互間彼此互負不侵害對方利益、不干擾對方領域的義務，縱或雙方出現爭議，都只能依循國家公權力介入的方式予以解決，絕不能率爾動用私人暴力改變互相尊重的對等狀態。此一源自協和人際關係的對等義務又進一步被國家選擇為構成要件後，即可提升為國家管制個人的行為規範，從這個角度來看，行為規範源頭在於協和人際關係推導的尊重義務，對等尊重的實證化與國家化，即成為刑法構成要件所約制的個人行為規範[146]。

基此，不法行為對法秩序的規範意義，必須分別從兩個層面觀察，不法行為即形式上破壞國家對個人的行為管制誡命，違犯行為規範，同時實質上侵擾其他社會成員（被害人）的既有利益或保護領域，構成人際協和關係的破壞，並違犯對等尊重義務。前者的形式意義層面是一般重點所在，也常作為立論國家刑罰訴追與制裁的基礎；後者的實質意義層面則與被害人有關，當行為人破壞了被害人對其既有利益或生活領域不受侵擾的「行動規範期待」，這種行動層面的規範期待，並非國家與個人的關係，毋寧存在於被害人與行為人相互間的人際聯繫。

既然導源自人際間協和關係的對等尊重義務，構成了行為規範管制社會成員行動的正當性基礎，構成不法行為之人也同時侵犯了行為規範與對等尊重義務，不過，即使這兩種義務來源相同，但因涉及不同對象的干擾（國家／被害人），違犯這兩種不同形態義務時（國家／個人關係的行為規範、侵害者／被害者關係的對等尊重義務），推導出的法律效果也會有相當差異。

---

145 Renzikowski, (Fn. 16), S. 225-226.

146 如果相互尊重義務是行為規範的源頭，那麼所有的刑法保護都必須回歸個人對其他個人，以及個人對其他多數人之間，相互利益的尊重關係，用刑法術語來看，就是法益必須能夠回歸至個人利益的基本前提。

airiti

就行為規範而言，其屬國家的行為管控誡命，違反的「終局法律效果」，當然是國家公刑罰制裁，而公刑罰權的實現必須透過刑事訴追與審判，如果審判時蒐集到充分證據肯定不法及罪責，那麼行為人即構成刑事責任，應受刑事制裁；至於侵害者違反行為規範的當時，由於國家尚不及發動審判與刑事訴追，沒有人知道是否行為人已經違犯了行為規範，國家不得對未經審判的即時不法行為實施制裁，不過，考量相類似行為在未來受到刑事制裁的可能性甚高，因而可以採用暫時性的保全手段，擔保該不法行為未來接受刑事制裁的機會，此即刑事訴訟法所規定的現行犯逮捕或緊急拘提等相關規定；簡單地說，對於違反行為規範的即時行為，國家的法律效果回應是確保未來刑罰權有效實現的緊急強制處分。

相對於此，就人際間的對等尊重義務而言，在「終局制裁」層面，因為對等尊重義務是行為規範的基礎，而行為規範又已被國家化，兩者的終局法效基本上相同，國家某程度上已然取代了被害人而成為犯罪的優先受害者，只要由國家發動刑事訴追、審判及制裁即足，對等尊重義務通常不再產生獨立的制裁效果，直接由行為規範連動國家刑罰權以決定法律效果；但在不法侵害「即時發生」的時候，行為人不法攻擊被害人，雙方間原應相互尊重的對等關係，即因不法侵害產生傾斜，行為人一方破壞了他方利益，受攻擊的他方因利益受到干擾與迫害，陷入行為人單方支配被害人利益的從屬關係（Subordination）[147]，雙方對等尊重的協和關係自然也告終結，如果此時一方面許可行為人以不法行為迫害被害人，令其陷入利益不受法秩序整全保護的從屬關係，另一方面又要求被害人堅持協和關係，仍舊負有不得攻擊對方生活條件及領域的對等尊重義務，對於被害人而言，顯然是完全不公平且不合理的要求[148]，縱然事後侵害者仍因違反行為規範而構成刑責，但以不法行為實行的即刻來看，被害者確實陷入自己、他人均無從救援的情狀，此時被害者仍然是秩序內的一員，未進入嚴格定義的自然狀態，卻已近乎不受保護，形成內在於法秩序之內的自然狀態悖論，所謂透過社會契約創建法秩

147 Hruschka, (Fn. 144), S. 199; Renzikowski, (Fn. 16), S. 275.

148 Renzikowski, (Fn. 16), S. 230.

airiti

序，從而規避自然狀態的論點，必然也成為空談[149]。在這種法益即時受干擾，使得雙方協和轉為從屬關係的當下，為了平衡雙方地位落差，原本屬於法秩序下的協和關係應該暫時解消（Suspendierung der Normbefolgungspflichten）[150]，受不法侵害者即不再負有對等尊重義務，可以採取私力即時地反擊侵害者，而因對於侵害者負尊重其既有利益的義務已然暫時地解消，其防衛行為即便對原不法侵害者帶來法益干擾效果，當然也不再屬於行為規範所禁止的實質不法行為，故得阻卻違法。

然而必須注意，既然在不法侵害即時發生的當下，防衛者（受不法侵害之人）對於侵害者（原不法侵害之人），不再受到對等尊重義務及行為規範的拘束[151]，而暫時解除了規範遵守義務，這不代表防衛者對於其他人同時也解除了不得侵犯的對等尊重義務，相反地，此時防衛者僅只對於侵害者解除對等尊重義務而已，對其他未參與不法侵害的社會成員，仍負有一樣的對等尊重義務；相對而論，防衛者也不因為有不法侵害，就全面性的進入不受法秩序規範狀態，毋寧只有侵害者的部分法益不再受法秩序尊重，而將部分法益懸置於秩序保護外（partial waiver of the aggressor's interests）[152]，所以防衛者在這些法益範圍內，不再負對等尊重義務，行為規範也同時喪失對侵害者法益的具體保護效力。

整體來看，侵害者因自行發動攻擊行為，使其部分利益保護狀態回歸至懸置於法秩序以外的不受規範、不受保護狀態，這是一種接近自然狀態的規範現象，在這種類自然狀態中，侵害者法益因自行引發的破壞協和關係行為，必須退讓出一部分的個人利益懸置於法外[153]，尤其考量侵害者既然不願

---

149 Renzikowski, (Fn. 16), S. 232; Hruschka, (Fn. 144), S. 201. 換言之，在現時不法侵害的情況下，應該受到不利者，應該是不法侵害者，而不是受侵害之人。*See* Montague, *supra* note 134, 216.

150 Vgl. Engländer, (Fn. 32), S. 59.

151 Renzikowski, (Fn. 16), S. 275.

152 *See* Fletcher, *supra* note 139, at 377.

153 相近觀點，vgl. Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1997, S. 261. Köhler將這種關係稱之為不法責任承擔（Unrechtsverantwortung），依其見解，不法行為者同時破壞了人際間的和平關係與客觀的法效力，侵害者因而負有忍受義務，必須

airiti

尊重防衛者，不再堅守雙方在法秩序內相互尊重法益的協和關係，那麼侵害者沒有理由主張防衛者不得攻擊自己，在此意義下，我們必須撤除侵害者部分法益原有的法秩序保護，讓防衛者可以在一定程度內實施反擊手段，否則防衛者不負尊重義務，但侵害者的法益又屬於法秩序所保護，實屬自然狀態與法秩序之間的論理矛盾[154]。

即便防衛者因侵害者即時不法侵害，不再負有對等尊重義務，但這不表示全面地從原先受保護的法秩序退返至「全面性」自然狀態，毋寧僅在「必要範圍」內，撤除特定、部分利益的有效保護。此處所謂的「部分法益懸置」非常近似法外私力說所謂「自然狀態」，但兩者迥然不同。若進入啟蒙理論所討論的自然狀態時，將是毫無法、權秩序的萬人戰萬人情景，在其中侵奪所有、一切的他人利益，包括刑法法益、憲法基本權、民法財產及人身權等，都不存在合法／不法的價值區辨。相對於此，本文主張的重點則是：實施現在不法侵害的行為人，並不因其行為而回歸自然狀態，故不法侵害者的「全體利益」（生命、身體、自由、隱私、財產）的絕大部分，仍受法律制度所保障，毋寧只考量其現時不法侵害的執行方式、時間及空間關係，對於有效阻止侵害者續行不法侵害的反擊手法所必須侵害之必要利益，予以暫時性的懸置保護，因受侵害的利益未受法秩序所保護，不能認定為法益，防衛者反擊而侵害這些非法益（Nicht-Rechtsgut）的利益（Interesse），不構成真正的不法行為，在必要容許界限上自即排除不法行為的屬性[155]；不過，在保護防衛者所應犧牲的侵害者必要利益之外，法律所提供的保障機制仍然持續生效，倘若防衛者反擊逾越了保護及阻礙不法侵害續行的需求界限，仍侵害法秩序仍予保護的法益，該行為仍可構成不法侵害，至多僅能在罪責層次構成防衛過當（Notwehrexzess），而考量減輕或寬恕罪責。

容忍防衛者所實施的攻擊行為，並依其不法侵害程度決定忍受義務的多寡。

[154] Renzikowski, (Fn. 16), S. 321.

[155] *Cf.* Sangero, *supra* note 74, at 45-47; Fletcher, *supra* note 139, at 377; Hoyer, (Fn. 119), S. 92 ff.

airiti

舉例來說，甲試圖傷害乙，乙為了保護自己而把甲的手臂打傷，甲被乙打傷手臂部分的身體法益，屬保護乙所必要，因此必須除外於法秩序保護範圍，乙此部分的反擊行為即得阻卻違法；但若乙在實施反擊的同時，一併竊取甲身上的手錶，或者公然地誹謗甲名譽，後兩種行為與乙保護自己身體法益的防衛行為無關，當然仍在法秩序保護之列，乙仍然構成竊盜罪或誹謗罪的刑事責任。

接續的問題必然是：我們該如何劃定不法侵害發生時，侵害者法益被法秩序懸置於外的界限呢？已如前述，問題根源在於不法即時侵害他人者，出於必須懸置自己的部分法益於法秩序之外，藉以保護其防衛者，因此當侵害者實施越強的不法侵害行為，自應懸置更多法益，懸置法益範圍自應與不法侵害強度符合「正比關係」。舉例來說，面對不法程度較高的殺人行為，防衛者理應可以選用干擾較強的反擊手段，但若只是面臨打臉頰的不法侵害，防衛者只能抓手、推擠，但不應該刺殺侵害者。質言之，懸置侵害者法益的界限，取決於侵害者的不法攻擊強度。

既然防衛者反擊行動所侵害的法益，必須屬於得懸置範圍，才能阻卻違法，而不法侵害強度又左右了該懸置界限，因此必須具體地考量不法侵害對防衛者可能帶來的法益干擾強度，才能判斷防衛手段的合法界限。在這個前提下，現行通說所謂防衛手段只要考量適當性與必要性的說法，即有疑問，這是因為通說觀點建立在法確證原則的理論前提上，重視如何有效地保護「合法的防衛者利益」，至於侵害者實施及預期續行的「不法侵害強度」，在通說架構下，其對於正當防衛阻卻違法條件的影響極其有限。在防衛情狀的認定上，只要出現「現在不法侵害」，不論其強弱，都可得發動正當防衛，而防衛意識也不直接考慮不法侵害的強弱，只要認知到現在不法侵害即足，唯一較為相關的只有防衛手段的判斷要件，但依通說所謂適當性及必要性的兩項階層中，適當性判斷時，其論述重心始終在於手段能否有效保護防衛者之法益，理論上可隨著「不法侵害強度」的提高，同時相應提高具有適當性的反擊手段強度，但實際上，倘若個案的「不法侵害強度」並不高，但是因空間、環境限制，使得防衛者必須採用高強度反擊措施才能有效保護法益

airiti

時，這類針對低度不法侵害的強度反擊，也能符合適當性要素，這將使得適當性要件未能正確地反應出兩者的正比關聯[156]，至於真正關鍵的必要性階層，則根本不考量侵害強度，只從所有符合適當性的防衛手段中，選擇干擾「侵害者法益」最小的手段作為合法選項，所以才會導出：為了對抗侵害者的財產不法侵害，防衛者可以殺死侵害者的結論，但通說也注意到此項結論的不合理，因此又透過社會倫理限制要求例外考慮侵害強度低而防衛手段過強的特別案例。換言之，侵害者所實施的不法侵害強度，其實未真正地反應在整個正當防衛的判斷架構中。

然若改採本文見解，不法侵害干擾防衛者法益的強度，必須對應於防衛者反擊手段所干擾的侵害者法益範圍，倘若不法侵害並不強烈，例如攻擊低價值財產法益，因為影響對方的幅度有限，此時即不得懸置過多的侵害者法益，防衛手段當然也不得採用較強烈的反擊方式，防衛者只能選擇行使干擾較低的防衛手段以茲回應，否則即逾越了懸置法益界限，其防衛手段即屬過當，例如殺害對方，該行為不能阻卻違法，只能依防衛過當規定，考慮減輕罪責。

換言之，在正當防衛手段的合法要件上，其實應該具體地依據不法侵害強弱，藉以決定懸置法益所構成的手段界限[157]。在防衛手段中要件中，不僅應該考慮學說已經承認的適當性、必要性兩項要件而已，還應納入第三個要件，此即極度類似衡平性（優越利益）判斷的「保護法益／損害法益」關係，從防衛者的視角來看，必須保護法益夠重要（侵害行為強度），個案中所涉及的懸置法益才能擴大，防衛手段（反擊行為干擾的侵害者法益）才能隨之提高強度。通說向來否認判斷優越利益的必要性，其缺點除了過度重視法確

---

156 例如甲於山腰上竊取蘋果，蘋果主人乙合法持獵槍在山腳下，若此時唯一能夠保護其蘋果財產的方法是射殺甲，依通說見解仍符合一般性的防衛手段要求，只不過進一步在社會倫理限制部分再予排除該手段的合法性。

157 類似見解可參見Kühl的觀點，其認為防衛手段必須依據侵害強度符比例地決定，防衛者原則上也應該採取符合比例性的手段中，對侵害者法益最友善的反擊方式，Kühl將之稱為「侵害者利益最適原則」（Grundsatz der möglichsten Schonung des Angreifers），vgl. Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 101-105。

airiti

證原則之外，面臨侵害較低但反擊需求卻又較強的案例類型時，往往先承認符合必要性，再輔以社會倫理限制補充，這種作法在筆者看來，不僅多此一舉，也毫無必要。

機警的讀者一定接著提問：如果正當防衛的手段也需要考量上述類似優越利益要件，那麼該如何區別正當防衛與緊急避難的不同？依筆者之見，這兩類阻卻違法事由都應有優越利益或類似考量，不過兩者衡量方式有相當差異，緊急避難是直接觀察保護法益與侵害法益的價值高低，僅於避難者需保護法益價值「高於」避難對象受侵害的法益時，避難手段才算合法，在緊急避難的衡量場合，納入衡量的法益，都是具有保護價值的利益，其判斷重點在於，兩個均受法秩序保護的利益價值孰高孰低，在此沒有排除保護的法益懸置問題，而且一定要保護利益較為優越時，才能阻卻違法[158]；然而依本文看法，正當防衛反擊對象限於不法侵害之人，其法益部分被懸置於法秩序之外，懸置法益的範圍主要依憑不法侵害強弱與反擊手段的合比例關係決定，侵害者不法行為干擾防衛者的法益愈重，侵害者被懸置的法益程度愈大，在此並無保護法益優於侵害法益的價值衡量關係，嚴格以觀，不算是優越利益，但因合比例推論時，不法侵害程度（防衛者保護利益大小）影響防衛手段強度（侵害者受干擾利益範圍），從而構成保護利益愈重要時，侵害者必須忍讓愈多法益的現象，其效果上即構成一種非常類似優越利益衡量判斷過程。

無論如何，侵害手段／懸置法益的合比例性並非嚴格意義的優越利益關係，只不過在絕大多數事例中，會導出近似優越利益的結論，例如甲侵奪乙的財產法益時，這項不法侵害相對於生命屬於較輕的干擾，乙對甲的反擊手段不能侵害甲生命，但可以有限度地侵害輕微的身體法益；而當丙不法侵害丁的性自主法益時，丁的反擊手段應可放大至丙身體重大利益的干擾，至於

---

158 相關衡量實例，可參考黃榮堅，前揭註1，頁255-258；王皇玉，前揭註1，頁294-297；Roxin, (Fn. 1), § 16 Rn. 26-90.

airiti

若干侵害手段極度強烈的情況中，為了有效地保護防衛者面臨的生命法益危害，法秩序甚至可以暫時性地懸置侵害者的生命法益[159]。

五、小結

綜合上述，筆者認為正當防衛阻卻違法的實質理由，在於侵害者透過不法行為，改變了其與受侵害之人（防衛者）之間，原應相互尊重的人際協和關係，為了讓防衛者不致成為侵害者所支配的客體，並維持其相互對等地位，防衛者於即時受侵害時不再負對等尊重義務，這將使得侵害者的部分法益暫時性地懸置於法秩序保護範圍外，同時構成類似自然狀態的法律關係，不過其界限在於，僅出於保護防衛者受攻擊法益的必要範圍內，受害者可以對侵害者行使私力反擊，不會構成原加害者的實質法益損害[160]，從而得依正當防衛阻卻違法。

伍、正當防衛法效的推論

論述及此，已經說明從個人利益保護理念，以及懸置侵害者保護法益證成正當防衛的個人立場。接下來將此一立場應用於說明正當防衛的幾項具體法律效果。

---

159 有關為何正當防衛能夠合法殺人的進一步討論，請見下文有關正當防衛「類優越利益」部分的說明。此外，匿名審查人指出：「在一個法治社會中，是否有可能自行或遭法律界定形成一個法外空間？且因在正當防衛的情況中，防衛行為之行使仍受到法律的限制，故而是否可將其理解為類似自然狀態，顯有疑問」（原文照刊），就此筆者的回應是：筆者主張的部分法益懸置說，並非法外空間，也不是真正的自然狀態，而是在法的框架下，撤守部分的法益保護，換言之，這是一個透過法所限定的部分相關法益不受保護狀態，既然在法的框架下發展出來，當然其手段的限制也是法的推論結果。

160 在這個意義下，也可以從純粹個人利益保護的理念，進一步區別正當防衛與緊急避難，亦即，正當防衛涉及不法侵害者的保護範圍縮減，但緊急避難是合法與合法利益間的權衡及轉嫁，沒有利益縮減的問題。

airiti

一、防衛情狀與現在不法侵害

第一個問題是:什麼條件下可以發動正當防衛？通說主張只要有現在不法侵害即足，少數說則認為，侵害行為必須同時兼具不法及罪責，相對人才能發動正當防衛。兩說之間的關鍵差異，其實在於對於正當防衛究竟對抗侵害者透過意志支配的不法行為即足，抑或行為人還得出於充分認知能力與選擇自由，再形成意志而決意實施的不法暨有責行為？[161]例如無責任能力的精神病患所實施的不法行為，雖然出於該病患的意志決定，但此意志決定並非在個人意識、精神均自由選擇的情狀下所作成，此時得否以正當防衛反擊此這個具有意志支配性、但缺少自由決定能力的侵害行為，即為上述爭議所在。

依筆者之見，正當防衛的發動前提其實不必牽扯罪責階層，毋寧只要行為人實施可以透過意志支配的不法行為，就足以認定行為人已實施干擾人際協和關係的行動，該不法行為更讓受攻擊對象陷於無其他援助可能的狀態，此種破壞協和關係的前提，侵害者已經實施了「可由意志控制的」不法行為，就已經可以把協和關係的破壞歸責予侵害者，此時法秩序應該懸置其部分法益，至於侵害者在有無充分自由而具備遵守法律的個人能力，此一問題對協和關係的破壞而言，並無太大意義。協和關係的維持建立在人與人之間相互尊重對方法益，其破壞則源自「人本於意志而決定實施不法行為」，只要該不法行為出於特定侵害者的意志決定，該侵害者就必須承擔不法行為的即時代價—暫時性的法益懸置，至於個人有無自由的規範認知與規範服從能力，涉及個人是否要為不法行為所造成的社會損害承擔責任，是個人層次的答責與否問題，即使侵害者欠缺自由決定能力，而無法承擔責任，只要其已出於自己的意志而支配不法行動，就已經符合自行決定干擾協和關係的正當防衛前提，也隨而負有懸置法益並忍受他人在類自然狀態下反擊的義務，把正當防衛的適用前提擴張到罪責，不僅紊亂了問題意識，也把無關因子納入正當防衛的討論中，筆者主張只需要現在不法侵害，即可對之展開正當防衛。

---

[161] 這個問題涉及責任能力的概念定性，以我國現行法所仿效的德國法為例，責任能力的討論重點在於行為人是否有認識、了解、實踐規範期待的能力。Vgl. Roxin, (Fn. 1), § 20 Rn. 28-30.

airiti

論者或許會反駁，即使認為防衛情狀只要有不法侵害，但在正當防衛的社會倫理限制處，仍然認為不得對欠缺責任能力之人，優先採用正當防衛反擊，追根究底而論，其實防衛者也只能對「有罪責的不法行為」施展正當防衛，因此不妨直接認為罪責存在是發動正當防衛的前提[162]。但依筆者觀察，此項反駁容有誤會，通說主張的見解並非完全排除對欠缺責任能力人的正當防衛，而是不可以「優先」選擇防衛手段，防衛者面對這類事態時，負有退避義務，即便要正當防衛也只能選擇干擾較小的選項，甚至考量優越利益，不過，萬一無責任能力人侵害極度強烈（例如精神病患持槍殺人），要求防衛者不得採行高強度的防衛手段（例如正當防衛的殺人行為），只能實施防衛性緊急避難，對於防衛者不免要求過度苛刻[163]，因此通說也肯認在無法有效迴避時，仍得採取必要性的防衛手段，只不過其手段的限制較為嚴格[164]。

這個問題其實可再分成若干類型觀察，無責任能力侵害者的類型至少包括(1)年齡未滿 14 歲、(2)因心理或精神疾病而欠缺正常認識能力者，以及(3)出於不可迴避的理由而欠缺不法意識之人。第(2)類及第(3)類無責任能力行為人，往往具有充分的攻擊潛能，對於防衛者法益的干擾程度，其實不亞於一般的不法侵害者，這類欠缺責任能力之人甚至因不完全了解行為的社會或規範意義，反而實施更嚴重的干擾，他們只是被認為欠缺充分的服從規範能力而排除刑責，面對這類行為人的不法侵害，其實不應限制受攻擊者只能實施反擊力道有限的緊急避難行為，尤其當這類侵害者試圖殺害相對人時，如果不允許相對人展開較強度反擊，根本無視於相對人受到干擾的法益。

至於第(1)類的無責任能力人，其實才是社會倫理限制主要回應的重心，不過我們可以注意到，礙於這類侵害者年齡尚小，其不法侵害強度相對有限，如果採用本文見解，受到許可的反擊手段必須與不法侵害強度成正比，年齡低於 10 歲的幼童通常氣力不足，不易想像採取非常極端的不法侵

---

162 黃榮堅，前揭註1，頁232-234。

163 Vgl. Krause, (Fn. 51), S. 681-682.

164 即便主張法確證原則的見解，也認同此時必須考量優越利益關係，vgl. Krause, (Fn. 51), S. 683; Simon, Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer－ BSGE 84, 54, JuS 2001, S. 642-643.

airiti

害，只要能夠透過不法侵害／防衛手段的正比例關係予以控制，即可具體確認防衛行為的合法界限[165]；而 10 歲以上、接近 14 歲已經較為年長的幼童，其不法侵害有時可能與成人所為接近，其若實施相對嚴重的不法侵害，則應比照成人法制處理。

綜合以上討論，正當防衛的發動以存在現在不法侵害為前提，通說見解結論與本文看法相同，而少數說主張必須同時考量不法侵害者的罪責，其見解仍有疑義，筆者並不贊同。

二、防衛手段與類優越利益的合比例衡量

其次是防衛手段的合法要件，一般學說強調只需要審查適當性及必要性即足，就這兩項要素，筆者亦支持其構成防衛手段的界限，其理由大致相同於通說[166]。不過，通說反對防衛手段須符合衡平性，對此筆者則有不同看法。

已如前述，正當防衛之所以能阻卻違法，並非保護了法秩序的價值，也非受攻擊者個人的主觀防衛權利，而是因為不法侵害者以其得支配的行動，破壞了法秩序中人與人相互的協和關係，為了即時保護受自己攻擊的對象，侵害者必須提交部分的法益，使其被法秩序所暫時懸置，而成為不受法秩序

---

[165] 或有論者質疑，如果7歲小孩接受極端軍事訓練，已經會開槍殺人，此時依本文見解應該如何處理？筆者回應是：真有此種情況發生時，當然應該優先保護被開槍攻擊的被害人，並許可被害人得採取反擊效能極重的手法保護自己，此時並無任何優先保護不法殺害他人的幼童。值得特別說明者，匿明審查人指出：「如果侵害者的智識不足或精神缺陷，使其無從預見（理解）其破壞協和關係將會造成自己的法益被懸置，一概要求其承擔法益被懸置的防衛後果，或許就有再思考的必要性」（原文照刊），但此項見解或許忽略了三個問題：第一，協和關係是不法層次的法益相互尊重問題，而責任能力在協和關係的層次，是個人有無實踐相互尊重的能力，欠缺相互尊重即能導出法益懸置，倒不必一定要具體實踐；第二，審查人所謂智識不足（或精神缺陷）而無從預見等語，其實包括了責任能力／侵害法益故意兩個不同層次，智識不足不代表無從預見自己將侵害他人法益，預見法益侵害涉及不法，而智識不足與罪責有關；第三，所謂「認識協和關係的破壞」是刑法理論的概念使用，對於未習法律的一般人而言，這是一個過度的要求，因此，只要不法侵害者了解其將損害他人法益，即使不知道協和關係的破壞會導出法益懸置作用，也不妨害防衛者合法實施正當防衛。

[166] 謹參考黃榮堅，前揭註1，頁236-237。

airiti

所保護的利益，就這些利益而言，可說在不法侵害發動的即時，進入了一種類似自然狀態的不受保護狀態，不過筆者並非認為侵害者因實施不法侵害而回歸至自然狀態，毋寧不受保護的利益有其界限，此界限即防衛者為保護其個人利益所不得不侵害的法益，當侵害者不法干擾越大時，其須退讓、懸置法益範圍也應隨之擴增，最後結果即是：防衛者可以合法反擊侵害者的法益範圍，必須依憑防衛者受不法攻擊的法益範圍決定，防衛手段的干擾法益與保護法益之間，即須具備合比例關係[167]。

必須特別說明的是，這種合比例關係雖然很類似優越利益的考量，但並非如衡平性以優越利益作為判斷指標，除了前文談到判斷流程的差異之外，另一個法律效果上的重點涉及防衛者得否合法殺人的議題。依一般見解，衡平性是比較侵害／保護利益的高低價，以決定是否符合優越利益，不過，一旦避難的效果是侵害生命法益，由於生命具有絕對且至高的利益特性，不論保護法益如何重要，甚至是為了保護生命，都不可能阻卻殺人行為的違法性[168]。那麼，倘若筆者主張正當防衛也有類衡平性的判斷階層，似乎將推導出正當防衛不得侵害生命法益，亦即不得出於正當防衛而殺人的結論。

上述說法乍看之下似乎成理，但依筆者之見，防衛者在必要限度內，仍可合法殺人。正當防衛所處理的合比例性，是將不法侵害強度對應防衛手段強度，藉以劃定侵害者「法益暫時懸置」之界限，其法效重點在於撤除侵害者的法益保護，由於懸置法益是不法侵害者所致結果，其不僅必須為整件事情擔負責任，並應自承可能的防衛反擊風險，只要其極嚴重地不法侵害他人利益，沒有理由要求自己的生命法益不得懸置，因此，倘若不法侵害已經達到極度強烈的臨界值時（侵害者持電鋸、自動步槍、火箭砲等高危險性的武器執行殺人），侵害者被懸置法益當然可以上達自己的生命，當侵害者的生命已被懸置於法秩序保護效力外，防衛者自可實施合法殺人的防衛手段。不過筆者也必須強調，足以許可防衛者發動殺人的情狀，必須侵害者同樣也急

---

[167] 近期德國學說也逐漸重視優越利益的衡量，vgl. Lilie, (Fn. 28), S. 286-289.

[168] Roxin, (Fn. 1), § 16 Rn. 33.

airiti

迫且高度地侵犯了防衛者的生命法益之時，為了保護防衛者自己的生命，才足以懸置侵害者的生命法益[169]。

此外，侵害者的攻擊行動往往不是自始表明干預之最終程度，毋寧是一種進展效果，舉例而言，侵害者計劃先在密室中凌辱被害人，包括禁閉於密室中、強制性交、在身體上以水果刀劃傷三十餘刀，最後再予以餓死；倘若被害人於強制性交結束後，侵害者正準備以水果刀劃傷被害者身體時，被害人突然徒手搶奪水果刀而刺入侵害者胸口，致令侵害者死亡。這個案例中雖然侵害者還沒展開真正的殺人行為，但從既已實施的侵害行為中，足以認定手段強烈，雖然尚未達到直接、明確的生命侵害，但與破壞生命法益的侵害程度間，已經非常接近，甚至還可以預期侵害者將實施後階段的生命法益干擾，既然已實施的不法侵害嚴重地干擾了相對人的行動自由、性自主利益及身體法益，而接下來又可預期將剝奪相對人的生命利益，此時應可認為相應於此種類生命侵害效果的防衛手段，也可以合法地殺人，故該被害人的防衛手段仍符合本文主張的合比例關係，從而阻卻違法[170]。

相反而論，若侵害者只單純干擾對方的身體或財產利益時，該不法侵害程度完全不足以對應生命法益的反擊效果，因此仍不得實施殺人的正當防衛

---

169 Vgl. Bernsmann, (Fn. 140), S. 311-312.

170 相同見解，vgl. Bernsmann, (Fn. 140), S. 321-323. 通說其實也有非常類似的看法，主要是什麼情況下可以持用攻擊型武器（槍枝、刀械）反擊侵害者，德國學說的見解也傾向認為，僅當涉及高度人格利益時，才能許可防衛者選用這種高效能的反擊措施，此外，防衛者在反擊時也必須優先射擊非致命部位（例如腿部），除非無其他救援方式時，才可以射擊致命部位，vgl. NK-StGB-Herzog, § 32 Rn. 74, 76. 至於匿名審查人的意見：「倘若基於攻擊者因其攻擊行為使自己處於準自然狀態因而其生命不再有受法律保護之必要此論證正確，則犯罪行為人依其犯罪行為使自己處於準自然狀態，因而得由國家以死刑結束其生命此論證是否亦得成立，值得深思」（原文照刊），對此質疑筆者回應是：正當防衛之所以能構成類似自然狀態的法理，是出於緊急不法侵害發生時，因為雙方相互尊重義務暫時性地懸置，為了維護一方可以予以殺害，但死刑的執行一來欠缺緊急事態，二來是公力介入的刑罰執行效果，本質上與緊急情況下防衛者豁免於尊重對方法益的義務無關，從死刑存廢論檢證正當防衛合法殺人，只是觀察到合法殺人的狀態近似性，但似未注意到兩者論證理由上的本質差異。

airiti

手段，其反擊所干擾侵害者法益的程度必須嚴格限制[171]。對於此一見解，論者或許會批評：當不法侵害程度較低時，防衛者能夠採取的保護手段勢將極度限縮，甚至可能因時間、空間因素，毫無任何合法的即時防衛手段，採此見解似乎對受不法侵害者的保護恐有不足。舉例來說，當侵害者正在偷一顆蘋果，持槍防衛者若在遠處，除了擊殺侵害者外別無保護財產他法時，依本文所見，礙於既有不法侵害遠低於防衛手段所干預法益，防衛者此時不得以擊殺侵害者方式保護自己，就結果以觀，確實強迫防衛者忍受即時性輕微不法侵害，不過筆者必須強調，因為正當防衛的法理基礎在於部分法益懸置，要將原本受法秩序保護的利益除外於保護之外，必須有堅實理由，倘若不法侵害干擾極度有限，受侵害者的救濟方式仍應回歸至原有方式，事後透過民事或刑事訴訟方式尋求公權力保護，而不是一味優先以即時侵犯他人方式保護自己價值有限的法益[172]。

既然手段必須考量類優越利益的合比例關係，那麼所謂社會倫理限制論點中，有關侵害法益與保護法益顯不合比例的類型，是否與此項判斷有關，即須特別說明。通說主張倘若侵害法益與保護法益間的關係過度懸殊，防衛者就不得積極實施防衛手段，此項主張在筆者看來，其實正好印證本文看

---

[171] 相同觀點，vgl. Bernsmann, (Fn. 140), S. 323-324. 此外，匿名審查人指出：「在緊急避難的利益衡量審查上，避難對象對於引發危難的可歸責性（防衛性緊急避難）是一個足以降低其法益保護程度的因素，某程度上也含有作者所主張之法益懸置思想在內[…]緊急避難的優越利益衡量與正當防衛的類優越利益審查之間，可能只有量的差別」（原文照刊），就此筆者的回應是：誠如審查人所指出，正當防衛與防衛性緊急避難之間的差異，其實僅有程度區別，這是因為防衛性緊急避難的結構近似於正當防衛，但若涉及正當防衛與攻擊性緊急避難，則因後者是將法益危難轉嫁給第三人承擔，因此必須進行具體個案的優越利益判斷，其操作結果自當有別於正當防衛的類優越利益。

[172] 個人的民事債權被他人即時違約侵害時（例如100萬的價金請求權），除非合於自救行為（Selbsthilfe）要件，否則法秩序也只能要求個人暫時忍受該即時侵害，再事後提出民事訴訟救濟保護該民事權利，相對比100萬的價金請求權與1顆蘋果，筆者認為後者的利益並不比前者為大，倘若債權受侵害之人都得暫時忍受現時的干擾，為什麼不能要求後者的蘋果所有人暫時忍受侵害，再事後尋求救濟？有關自救行為，參考許恒達（2012），〈論自救行為〉，余振華（等著），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）》，頁305-326，臺北：承法。

airiti

法，此即正當防衛並非完全不斟酌侵害利益與保護利益間的關係，當不法侵害影響層面（保護利益）有限時，即不得要求侵害者懸置過多法益，所以學說上才認為此時防衛者只能有限度的反擊，不能實施干擾太嚴重的防衛措施，通說針對類似案例的解釋結論[173]，筆者亦贊同，只不過筆者認為，考量保護法益／侵害法益的合比例關係，應該是防衛手段合法要件的通案問題，而非僅在法益懸殊比重的特定案例中，才藉由社會倫理限制而獨立為個案性議題。換言之，正當防衛本來就須考量不法侵害與防衛手段的類優越利益關係，所謂社會倫理限制中的懸殊關係，其實正是這種關係的體現，但我們應該將之理解為所有防衛行為合法要件的通案標準。

三、退避義務

接著討論退避義務，通說主張防衛者不負任何退避義務，即便有不反擊且保全自己法益的退避方法，防衛者仍得優先選擇採用反擊手段，透過攻擊不法侵害者來保護自己。至於防衛者不負退避義務的理由，主流見解認為源自法確證原則的實踐，因為防衛者透過其反擊捍衛、保護了法的秩序，其反擊行動當然應該果敢為之，沒有必要顧慮或關心原不法侵害者的法益，即便有其他雙方均不成傷的退避可能性[174]。

就通說主張退避義務的結論而言，筆者並不反對，但因通說觀點的立論基礎是本文反對的法確證原則，因此筆者當然必須提出從個人保護觀點的論證理由。已如前述，不法侵害破壞了人際協和關係，進而產生雙重效果：防衛者不再負互相尊重義務，而侵害者部分法益也將撤除法的保護。就侵害者層面以觀，既然其法益已經本於侵害強度而部分懸置法外，對於這部分喪失法益屬性的利益，防衛者當然可以積極侵害，縱然防衛者仍然有其他退避而不侵擾侵害者的選項，既然侵害者部分利益已經被撤除法的保護，防衛者優先予以侵害，當然也不違反法秩序的對等尊重義務或行為規範，在此意義下，防衛者當然不負優先退避的法律義務，此一結論並非源自法確證原則的

[173] 僅參考Krause, (Fn. 51), S. 686-687.
[174] Vor allem, Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 78.

airiti

抽象信仰，而是侵害者利益被法秩序懸置於外之後，「暫時不屬於法益的利益」不再存在任何法之保護機制的必然推論。只要防衛者在符合前文所強調三項要素（適當性、必要性、類衡平性）的框架下反擊侵害者，就可以直接阻卻違法，既然這裡沒有真正的「法益損害」可言，防衛者可以依自己意願選擇退避或防衛手段，即使防衛者優先選擇採取防衛手段亦無不可，因此防衛者自不負優先選取退避義務以求兼顧雙方利益的規範責任。

值得注意的是，近來有學說認為，只要出現正當防衛的情狀，任何防衛者均負有優先採取退避措施的義務，該說主要理由在於：正當防衛不可避免將造成侵害者法益受損，為求雙方之間利益的最大值，或可要求防衛者優先採取退避措施（例如快步離開犯罪現場），如此一來，不僅防衛者可以保護自己，也不會造成侵害者的利益損失，故要求防衛者優先採取退避措施，不失為兩全其美的解決方案[175]。然依筆者之見，此見解並不允當，尤其當侵害者已經積極地不法攻擊他人時，防衛者居然不能以自己的利益為優先保護目標，還必須顧慮侵害者法益的完整性，不能在第一時間有效地反擊侵害者，本說顯然過度保護侵害者利益，此種結論將使得原本已因不法侵害而傾斜於侵害者一方的協和關係加劇失衡，破壞協和關係的侵害者一方，居然還可以要求他人優先顧慮其法益，這項論點勢必使得侵害者對於防衛者的支配關係更加強烈，也更深化防衛者所失去的協和關係對等地位。

此外，如果防衛者負有退避義務，那麼未履行退避義務的防衛者，即使優先實施的手段完全符合適當性、必要性，甚至也符合本文主張的類優越利益關係，該防衛者的手段仍屬不合法，不能阻卻違法，只能依據防衛過當的規定減輕罪責。此項結論在筆者看來，顯然強加防衛者無理的負擔，即使防衛手段已經符合適當的利益權衡關係，但只因未先實施無法事前預期有無效果的退避義務，就直接認定不得阻卻違法，試想甲要殺乙時，乙只是沒先行「設法逃離現場」，就持用木棍打傷甲而終止甲的攻擊行為，如果可以認為乙用木棍反擊屬於適法的防衛手段，要求乙逃離現場，其實不必然能夠真正驟效，如果沒有效果，乙仍然要實施同樣的反擊措施，甚而我們還可以想像，

[175] 參見佐伯仁志，前揭註121，頁171-175。

airiti

乙因為先逃離現場，離開第一時間能夠有效反擊的地點，例如原先有木棍而後逃到一個沒有木棍作為反擊武器的地方，此時因為甲步步進逼，乙因為先退避之故，反擊失能，此時很有可能被甲所殺。凡此案例，都指出對防衛者課予退避義務並非適宜的法律效果。

綜合上述，「退避」本身不必然能夠發生預期作用，只要退避不成功，還是要回歸透過防衛手段對抗侵害者；此外，先行退避而無效後，此時已經不是不法侵害的首發時間與第一現場，一旦不法侵害因為攻擊時間延長，侵害的作用日益加深，防衛者能夠有效中止侵害的手法不僅可能被剝奪，其法益最後被侵害者成功違犯的機率也隨之增加，這種結論顯然未能公允地保護防衛者利益；最後，一旦退避方法失效，而侵害者又因防衛者試圖閃閃而加強攻擊能量（從原本的普通傷害而加重至殺人），防衛者當然只能相應地提供防衛手段的攻擊效能，勢將造成侵害者更多的法益損害（即便可能阻卻違法）。主張退避義務的最主要目的是避免兩敗俱傷，但考慮前述問題，過度課予退避義務，反而正巧是兩敗俱傷的肇生原因，這也說明了強加退避義務並非合理。

值得特別說明的是，主張退避義務的見解中，也有部分修正原見解而認為，一般情況下並無退避義務，但若防衛手段極其強烈時（正當防衛的殺人行為），考量殺人的防衛手段過度強烈，不應該輕易發動，故透過退避義務設法調節，此時例外肯定有退避義務[176]。確實殺人的防衛手段相當強烈，任由防衛者在有其他解決方法時優先殺人，感情上似乎無法接受，然依本文所見，要採用殺人手段作為防衛方法，通常已經是極度強烈、且難以有效退避的強烈不法侵害，要求防衛者面臨這麼難對應的不法侵害時，還要先考慮撤離現場，顯然對於防衛者的保護極端不足。

綜合上述，筆者反對在一般正當防衛的案例中，要求防衛者先行採取退避措施。不過進一步問題則是：是否在涉及社會倫理限制的案例形態中，尤其是「親密親屬間的正當防衛」及「挑唆防衛」發生時，防衛者是否應優先採取退避措施？以下分成兩種情況討論。

---

[176] 參考佐伯仁志，前揭註121，頁173。

airiti

先討論親密親屬間的退避義務，此一見解由德國實務發展出來[177]，認為當丈夫不法侵害妻子時，妻子的防衛權因最近親屬之故而受有限制，妻子負有退避義務，如果無法退避以保全雙方法益時，也只能設法採取較和緩的反擊措施[178]。至於為什麼親密親屬間存有此項防衛權能的限制，學理上則有兩種理解方向，其中一種從保證人對於保護對象的保護義務理解，當保證人面臨被保護者的不法侵害者，即陷入「保證人應保護對方法益／防衛者得反擊對方」的緊張關係，此時為了追求兩種身分的平衡關係，故應先採取退避義務以規避可能的法益損害[179]；另一類的觀點則強調防衛者之所以受到限制，是因為社會連帶責任，特別是在最近親屬之間，應為了對方優先著想，不得率爾採行防衛手段，以侵害對方法益的手法保護自己[180]。

就保證人觀點而論，當保證人成為防衛者時，會陷入保護對方／保護自己的兩難關係，不過我們必須注意，學理上承認的保證人地位類型極多，包括最近親屬、自願承擔、危險共同體、危險物持有，甚至還有素有爭議的危險前行為[181]，但實際上被承認作為社會倫理限制種類的保證人地位，卻只有最近親屬，舉凡具有重要意義的主治醫師及住院病患之間，即使醫師對該病患法益負有明確的保護責任，但仍未列於行使正當防衛的社會倫理限制範圍內[182]，這意謂著保證人地位並非構成社會倫理限制的實質理由[183]。

至於從社會連帶性觀點說明此類事例的見解，相較於保證人地位觀點，確實較有見地，也能夠合理避免保證人眾多類型的篩選困擾，不過此說的疑點在於，何以最近親屬之間就必須格外忍讓對方的不法侵害？

社會連帶義務強調個人權利的社會意義，個人不得視自己權利為至上的優先保護對象，在一定條件下必須為他人福祉犧牲，理論上所有社會成員都

---

177 德國實務見解發展，vgl. Wohlers, (Fn. 45), S. 434-435.

178 Vgl. Roxin, (Fn. 15), S. 101; Wohlers, (Fn. 45), S. 435; Engels, (Fn. 57), S. 111.

179 Roxin, (Fn. 15), S. 101-102.

180 Wohlers, (Fn. 45), S. 439.

181 我國法上的保證人地位，參考王皇玉，前揭註1，頁508-519。

182 Vgl. Engels, (Fn. 57), S. 113.

183 進一步批評，參見薛智仁，前揭註1，頁47-49，auch vgl. Zieschang, (Fn. 60), S. 530.

airiti

負有一定程度的相互連帶義務，也因此當一位社會成員面臨緊急危難時，若能符合優越利益原則，其他社會成員必須為了該避難者的法益保護需求，折讓部分較輕微法益，從而許可避難者出於緊急避難的法益侵害行為[184]，若要認為「最近親屬」與「非最近親屬」之間發生不法侵害時，防衛手段所受規範限制有別，這表示最近親屬之間有較高程度的社會連帶義務（正當防衛、緊急避難均應保護對方而退讓），而一般人之間的連帶義務僅只是普通社會連帶義務（只在緊急避難時退讓）[185]，此項推論已經強加親密親屬間更高程度的社會連帶義務，也違反通說主張正當防衛社會倫理限制源自於「最低底限的社會連帶」的說法[186]，甚至可以認為，要求夫妻之間互負比一般人更高的社會連帶義務，必然將婚姻生活相互忍讓的道德訴求，全面地變成法律責任，如果不盡該義務於反擊時一併「照料」侵害者的利益，即可成罪，這種見解同時牴觸社會倫理限制建構在最底限社會連帶的精神。

此外，這種有別於一般人之間的高程度社會連帶義務來源，只能指向婚姻制度所帶來的共同生活關懷，亦即在婚姻及家庭生活中，出於維繫夫妻婚姻制度的和樂，而必須忍讓並退避對方不法侵害的規範需求[187]。這種「高度社會連帶義務」的論調，表示婚姻關係中的個人利益，顯然負有較強的社會責任，實際效果就是婚姻關係中的個人受到較少保護，那麼，為什麼進入婚姻關係即不得享受正常人相同保護？為什麼在婚姻中必須容讓不法侵害？[188]這種求取個人退讓而成全婚姻的觀點，不僅過度保守，更違反婚姻制度用以增進伴侶幸福的原始目的。

綜合以上討論，筆者認為不論從保證人地位，或者親屬或婚姻制度所產生的社會連帶等觀點，都無法合理說明最近親屬負退避義務的理由，雙方應

---

184 緊急避難的理論基礎在於，當優越利益滿足時，其他社會成員負有社會連帶義務，必須對他人的侵害負忍受義務，vgl. Neumann, (Fn. 12), S. 164-170.

185 本說主張者似乎未注意到，在正當防衛場合適用社會連帶義務，已經成為高道德訴求，vgl. Wohlers, (Fn. 45), S. 441.

186 對此論點的批評亦見薛智仁，前揭註1，頁50-52，auch vgl. Roxin, (Fn. 15), S. 401.

187 相關見解，vgl. Wohlers, (Fn. 45), S. 441.

188 相同批評亦見薛智仁，前揭註1，頁52-54，auch vgl. Zieschang, (Fn. 60), S. 531.

airiti

依一般正當防衛規範決定防衛手段的界限。附帶一提的是，本文主張正當防衛仍有類衡平性的考量，此項要件其實已經足以解決最近親屬間的相互關係，當夫妻之間發生小爭吵而拳腳相向，此時若不法攻擊效能有限，受害一方當然不能採取高強度的反擊措施，至多可以推開對方來拳、致其輕微擦傷，但若夫妻一方已經持刀殺人或點燃瓦斯準備同歸於盡，另一方當然可以採取高強度的反擊手法保護自己，透過類衡平性為中介，其實足以解決絕大多數困擾，也已可兼顧雙方利益保護需求，實無必要再引入此種社會倫理限制事由。

接著討論另一個與退避義務有關的挑唆防衛之社會倫理限制。相對於前文已經分析過的三種限制事由，筆者反而認為，挑唆防衛是唯一可以限制正當防衛「果斷且無須遲疑」特性的規範事由，挑唆者在此應該擔負退避義務，即便因不法侵害過度強烈而不得不採取防衛手段，也必須遵守通說主張的三階段論[189]：於退避義務無法迴避不法攻擊時，才能採用保護式防衛措施，攻擊式防衛措施則是最後才能考量；不過，對於通說區別意圖式與非意圖式等兩種類型，筆者則持不同看法，依本文所見，意圖式挑唆防衛者仍有正當防衛權限，其與非意圖式的防衛者相同，都負有退避義務。以上看法可分為兩點說明。

第一，前文一再強調，正當防衛阻卻違法源自個人保護原則，當侵害者不法攻擊防衛者時，兩人間協和關係隨之破壞，防衛者不再受到相互尊重義務約束，侵害者的部分法益即懸置於保護之外，故防衛者得反擊侵害者的該部分法益。這一整組論點的預設是，侵害者獨立且可歸責地破壞雙方之間的協和關係[190]，但若協和關係破壞非僅因侵害者不法行為，防衛者在整個流程之中，也對協和關係破壞與有責任時，只要求侵害者為雙方協和關係破壞的後果負責，並單方向地懸置其部分法益，反而是對侵害者不公平的作法，因此，倘若出於可歸責於防衛者事由，而挑唆他人實施不法侵害，由於防衛者

189 Stuckenberg, (Fn. 65), S. 174-175.

190 在此可歸責（zurechenbar）僅涉及不法意義，但不涉及罪責意義（schuldhaft），此因正當防衛只需以不法侵害為前提。

airiti

與侵害者共同破壞協和關係，此時防衛者不會立即免除人際間相互尊重義務，縱或侵害者已因挑唆而展開攻擊防衛者的行動，防衛者仍負有人際相互尊重義務，不得即刻採取侵害他人的方法保護自己，基此，防衛者自應優先尊重他人法益，從而應盡退避義務，採取非攻擊式的退避方法兼顧雙方法益，僅當退避方法均無效，才能採用防衛措施，此時也必須儘可能地顧慮侵害者的法益，優先採取保護式防衛，除非沒有其他方法可茲保護自己時，才能改採攻擊式防衛[191]。

換言之，挑唆防衛情狀發生時，正當防衛不再具有「果斷而無須遲疑」的特性，毋寧必須先行退避，其理由是挑唆者對於協和關係破壞的與有責任，此時侵害者不會立即面臨法益懸置的規範效果，相互尊重義務仍舊約束防衛者[192]，防衛者在此義務存續作用期間，不得即刻反擊並負退避義務，除非不法侵害程度擴大，甚至使得退避可能性完全不存在時，防衛者原有的相互尊重義務才能暫時性解除，也才可以進入正當防衛的情狀，從而讓防衛者的法益懸置於法秩序之外。

第二，學說見解一般區別為意圖式與非意圖式挑唆防衛，此區分在筆者看來實無必要，具體理由如下：依據多數說見解，此項分類的關鍵功能其實不是非意圖式的挑唆，而是全面地排除意圖式挑唆防衛者的防衛權能[193]，多數見解的真正深意，其實是認為協和關係破壞與被挑唆的侵害者無關，毋寧應該由意圖挑唆者擔負全部責任，該挑唆者仍有義務維繫貌似被破壞的人際協和關係，故其負擔的相互尊重義務不會免除，仍須切實地尊重不法侵害者受法秩序保護的法益，挑唆者所作的任何防衛行為均不得阻卻違法。筆者對以上觀點的質疑是：為什麼意圖式挑唆者必須為人際協和關係的破壞結果擔負全責？雖然意圖式挑唆者確有侵害法益的主觀意思，並利用心理因果關係（被挑唆者在特定情狀下非常有可能不法攻擊他人），促令被挑唆者實施不

[191] 相近看法，參考陳俊榕，前揭註61，頁97-100。

[192] 當然，此一義務也約束侵害者，然若侵害者無視於相互尊重義務及衍生的行為規範，此項不法行為有待國家以刑罰權予以制裁，防衛者礙於仍負相互尊重義務，倘若直接予以反擊，仍然可能構成不法行為。

[193] 林鈺雄，前揭註1，頁256；王皇玉，前揭註1，頁284。

airiti

法侵害，但挑唆者並未如同間接正犯一般地完全支配被挑唆者，被挑唆者不僅有全面的意志自由，也沒有認知錯誤或意思瑕疵的情形[194]，被挑唆者自屬出於自由意志而實施不法行為，該決定雖因挑唆者而起，但仍屬被挑唆者自己所作成，跳過被挑唆者自由作成不法行為的可歸責原因，將協和關係的破壞一律歸諸意圖挑唆者，恐怕並不合理，也附加挑唆者過多責任。

基此，筆者認為即便在意圖式挑唆防衛的場合，挑唆者（防衛者）與被挑唆者（侵害者）應共同負協和關係破壞的責任，其法律效果應同於非意圖式的挑唆防衛，亦即挑唆者優先負退避義務，除非退無可退時，才可以採取反擊措施保護自己[195]。

總結以上有關退避義務的討論，筆者認為在一般正當防衛情況下，防衛者不負任何退避義務，這是因為侵害者的部分法益已被懸置，對該部分法益所實施的任何攻擊，都不受法所禁止，因此防衛者當然可以優先選擇攻擊該部分法益的方式保護自己，這是懸置部分法益必然推導出的法律效果；至若涉及最近親屬關係時，雖然多數說從保證人或社會連帶義務的角度，主張防衛者應負退避義務，但筆者仍認為其理由不足以證成退避義務；不過涉及挑唆防衛案例時，因為挑唆者對於不法侵害的實現與有責任，不再可以享受原有的防衛權能，故負退避義務，此項法律效果不因挑唆行為屬意圖式或非意圖式而有任何差別。

四、緊急救助

緊接討論由第三人實施的緊急救助疑義。通說對於緊急救助的立論，建立在雙重論理上，第一點是刑法第 23 條正當防衛的明文規定中，具體許可由第三人救助受不法侵害者的事例：「對於現在不法之侵害，而出於防衛[…]他人權利之行為，不罰」，在法令明文許可的前提下，緊急救助當然屬於正

---

194 有關間接正犯因錯誤或受強制而陷於意志上的被操縱情狀，vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., München 2006, S. 142-148, 170-179.

195 類似觀點，參考陳俊榕，前揭註61，頁91-92、97-98。本文處理的重點是正當防衛證成與倫理限制，挑唆防衛議題自難在本文全面處理，未來將再另行撰文分析之。

airiti

當防衛的形態之一[196]；第二點則是慣用的法確證原則論理，由於不法侵害者牴觸了法秩序，存在法確證原則的保護需求，同時又侵擾具體被害人，通說乃認為第三人本於保護被害人而反擊侵害者，完全符合兩項要素同時保護的基礎論理，因此緊急救助與一般正當防衛在理據及要件上並無差別[197]。

相反於通說，本文基於個人保護原則證立正當防衛，筆者面對的質疑必然是：如何不考量抽象的法秩序維護需求，純粹從個人保護原則證成緊急救助？要純粹從個人保護需求說明緊急救助，確實較為棘手，因為不法侵害者並未攻擊該第三人，第三人何以得主張個人保護原則而反擊侵害者，即構成疑問[198]，也因此學說上有從不法侵害者對第三人應負的社會連帶責任切入問題，更有主張雖然正當防衛只保護被害人，但既然構成了法律制度，此時會形成共通利益（Allgemeininteresse），第三人即得基於此種共通利益而反擊侵害者[199]。

前文曾經提過，不法侵害違犯侵害者／被害者之間的人際協和關係，使得被害者不再負對等尊重義務，侵害者部分法益也暫時被懸置於法秩序之外，依此見解似乎只有受到不法侵害的被害者可以反擊侵害者。某程度而言，這是一個正確推論，正當防衛源起於侵害者／被害者之間的人際協和破壞，最終效果理應是「受害者」得主張侵害者部分法益的暫時懸置，不過，若進一步考量侵害者亦為社會成員之一，其應本於社會連帶義務理由，進一步退讓予出面協助保護被害人的第三人，並對第三人為保護法益所實施的反擊行為負擔相同的法益懸置效果，放棄若干法益保護，第三人的緊急救助行為在此意義下即可阻卻違法[200]，就此可進一步說明如下。

---

196 參考林山田，前揭註1，頁316；德國學說亦同，vgl. Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 116。

197 謹參考Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 116。

198 Engländer, (Fn. 32), S. 61.

199 Renzikowski, (Fn. 16), S. 296.

200 相同見解vgl. Renzikowski, (Fn. 16), S. 296. 而證成正當防衛的出發點雖然不同，但對緊急救助採取類似觀點的看法，vgl. Lesch, (Fn. 22), S. 33-36; Wagner, (Fn. 136), S. 35-36。

airiti

協和關係確實只存在侵害者與被害者間，無法從協和關係破壞推論緊急救助的合法性；然而，侵害者是社會成員，社會成員之間有共同生活特性，共同生活將產生群己關係，在群己相互共同生活中，不能完全以個人利益的保護作為優先的行動選項，毋寧必須在特定情況，容忍他人帶來的不便，此時群己才能獲得最大的共通利益，這尤見於現代社會法治國的基本理念[201]。因此，規範上必須在一定條件下，承認接納為他人利益而對自己帶來不便的法律負擔，此即社會連帶義務[202]。

以此論點審視緊急救助案例，不法侵害者攻擊他人法益時，法律雖允許受害者反擊，但這不代表受害者必然有能力實施防衛行為保護自己。試想甲因車禍重傷，經過的乙利用甲重傷情狀，試圖強行奪取甲所有的金項鍊，固然甲可以合法反擊，但此時甲早已喪失任何反擊能力，若不許可碰巧路過的丙，本於見義勇為之心協助甲反擊乙，才是真正陷甲於法益無從保護的狀態，從這個事例我們可以得知，固然乙、丙無任何侵擾法益關係，理應相互尊重對方法益，但乙作為社會成員，出於自己的行動而侵害他人，為了追求受害者甲利益最完善保護，乙必須擔負相互連帶的忍受負擔，若能承認乙的社會連帶義務，可以接受丙對乙實施合法反擊，從而終止乙的不法侵害，同時甲又受到保護，從法規範角度以觀，對三人均能帶來合理的法律效果，實現最大的共同利益，若不接受此看法，勢必認為見義勇為的丙構成不法行為，原侵害者乙可能成功遂行其不法攻擊，而甲最終陷於損害無助之境，這種結果顯然不是法秩序所樂見之事，筆者亦認為必須承認乙對丙負有社會連帶義務，此即不法侵害者除了基於協和關係，對甲須懸置法益外，同時還基於社會連帶義務，對丙負懸置法益的規範負擔與忍受義務。

或許有論者質疑，筆者在前文反對從社會連帶義務而限制防衛手段，卻為何在此又支持不法侵害者負社會連帶義務？依本文所見，這兩種社會連帶

---

[201] Vgl. Joerden, Solidaritätspflichten und Strafrecht, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, Baden-Baden 2013, S. 49-52.

[202] 一般社會連帶義務通常用於攻擊性緊急避難的正當性，相關討論僅參見王效文，前揭註12，頁194-198；反對見解參考周漾沂，前揭註12，頁408-434。

airiti

義務的性質並不相同。析言之，社會連帶義務原本是道德責任，但考量人際互動的相互性，如果欠缺相互退讓、僅以獨我利益為規範審視的中心，勢必造成更多的人際利益衝突，此時，法律必須考慮將相互退讓的社會連帶義務，在一定程度內予以法律化，接受為他人利益而犧牲部分自己利益的現實需求。而刑法之中，即可推論出「對於他人適度侵害必須忍受」的社會連帶義務[203]，但不能推導「未顧慮或保護他人利益必須受罰」的效果，後者即屬正當防衛倫理限制下，強迫防衛者必須顧慮原侵害者利益，從而必須限制防衛手段的論點，這已經把「未盡社會連帶義務」當作處罰理由，已逾越社會連帶義務法律化的適度界限[204]；相反地，要求不法侵害者接受第三人出於防衛意識的救助行動，僅讓不法侵害者必須同時接受第三人出於保護被害人的反擊行動，並非以之作為積極入罪的處罰理由，毋寧消極容忍他人侵害，仍屬社會連帶義務的合理法律化範圍。

更進一步深論，法律化的社會連帶義務在緊急救助的事例中，會構成一種制度性保障[205]，任何第三人在有利於受害人的必要範圍內協助反擊，就可以依據社會連帶義務，對侵害者主張其僅侵害已受懸置的法益，不過，這不代表第三人必然可以阻卻違法，因為在犯罪的審查階層中，第三人還必須有主觀防衛意識，才能夠符合緊急救助要件，倘若第三人欠缺防衛意識，純粹出於攻擊侵害者的企圖，即使客觀上因社會連帶的懸置法益效能構成防衛情狀，因其主觀仍欠缺防衛意識，屬於偶然防衛，仍應考慮成立未遂犯刑事責任[206]。

綜合上述，第三人之所以能夠適用緊急救助的規定阻卻違法，主要理由有兩點：（一）在侵害者／受害者關係中，侵害者部分法益已因協和關係而被懸置；（二）同一時間在侵害者／第三人關係中，侵害者又本於社會連帶義務負相同的規範負擔，基於這兩點理由，第三人反擊侵害者即得阻卻違

---

[203] 此一觀點，vgl. Neumann, (Fn. 12), S. 164-166.

[204] 此一效果即德國法對於未盡救援義務的處罰，vgl. Joerden, (Fn. 201), S. 52-53.

[205] 類似觀點vgl. Neumann, (Fn. 12), S. 169.

[206] 林鈺雄，前揭註1，頁232；王皇玉，前揭註1，頁249-250；Roxin, (Fn. 1), § 14 Rn. 104-106.

airiti

法。換言之，懸置法益效果透過社會連帶義務的擴張適用，正是緊急救助阻卻違法的實質依據，既然這是原懸置法益效果的擴張適用，在緊急救助自須符合一般雙面關係（侵害者／防衛者）時的手段合法要件，包括適當性、必要性及類衡平性的要求。

至於學說提到緊急救助是第三人從受害人處得到的傳來權利[207]，依本文所見，關鍵重點並非「防衛權利」是否由本人讓渡給第三人，而是社會連帶義務的擴張性質，亦即，侵害者被懸置法益的規範狀態，可依社會連帶義務而延展適用於第三人採取的反擊行動，既然侵害者的法益已經不受保護，任何在上開限度內攻擊該法益的第三人都可阻卻違法，這是立論於社會連帶義務的法效擴張，而不是任何的傳來權利。

最後，在受害者不願第三人出面反擊不法侵害者的「強施救助」案例中，此時受害者若願意暫時性地忍受侵害者實施的不法侵害，第三人得否主張緊急救助？雖然通說似乎傾向應該尊重受害者的選擇，但在筆者看來，此見解似乎不完全合理，當不法侵害者破壞協和關係時，部分法益就理應被懸置保護，此時若受害者自願接受其侵犯，且已發出意思表示告知侵害者其意願，而該法益亦可由被害者行使法益處分權，符合這些條件時，原來侵害者的攻擊行為得阻卻違法，此時已無防衛情狀[208]，既無原有的法益懸置狀態，當然也不可能再透過社會連帶義務擴張適用範圍，如果第三人仍然認定存有防衛情狀而積極反擊侵害者時，即構成誤想防衛（Putativnotwehr），適用其法律效果而構成過失刑責[209]；然而，若受害者內心雖有類似想法，但未以任何方式表達於外，尤其未告知侵害者時，侵害者所實施的攻擊行為仍不得阻卻違法，因此仍然符合防衛情狀，其法益在對應於適度防衛手段的範圍內懸置法

---

[207] Engländer, (Fn. 32), S. 90-91.

[208] 防衛情狀並非以行為時（ex ante）的事實或認知作為判斷標準，而是從事後（ex post）的角度，綜整所有事實判斷有無防衛情狀。Vgl. Schönke/Schröder/Perron, (Fn. 1), § 32 Rn. 3.

[209] 有關誤想防衛刑責效果，參考林山田，前揭註1，頁440-444；林東茂，前揭註1，頁1-106；Roxin, (Fn. 1), § 7 Rn. 60-74.

airiti

外，既然存在懸置法益的原始情狀，當然可以再本於社會連帶義務而擴張適用，第三人即可合法地攻擊侵害者，並依正當防衛阻卻違法[210]。

綜合上述，第三人緊急救助的法律上理由，源自侵害者的法益懸置關係，以及透過社會連帶義務等雙重理由，因而可擴大適用至第三人的阻卻違法效果，所謂既有權或傳來權的論爭，著重其正當防衛的「權利屬性」，此爭議實無太大意義。而於防衛情狀下救助被害人的第三人，只要主觀有防衛意識，同時採取符合適當性、必要性及類衡平性的防衛手段，即可依正當防衛阻卻違法。

五、正當防衛與其社會倫理限制

最後檢討正當防衛的社會倫理限制。雖然此一概念廣為學界接受，但我國實務界迄今仍完全不承認正當防衛有社會倫理限制，具體判決鮮少提及此一問題，唯一較常被實務關注的議題，大概也只限於否認挑唆防衛有任何法律效用而已。事實上，我國實務類似觀點並非唯一，在多數見解之外，確實存在一支基於罪刑法定主義而否認社會倫理限制的見解[211]，此說主張：由於正當防衛得以阻卻侵害行為人刑責，納入內容不甚明確的解釋，不僅不符罪刑法定主義的明確性原則[212]，也無異擴大成罪的可能性，積極地使人入罪，因此必須有法律明文授權始得為之[213]。以本說觀察我國現行法，刑法典對於正當防衛只規範「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」，其中既無任何提及社會倫理限制的用語，也沒有德國刑法「合宜性」的規定，自不得附加法無明文的防衛權限制。

---

[210] 區別類型而觀察的看法，vgl. Roxin, (Fn. 1), § 15 Rn. 117-120.

[211] Sinn, Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips, in: Zöller u.a. (Hrsg.), Jürgen Wolter-FS, Berlin 2013, S. 514-518; Erb, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), S. 294-299.

[212] Erb, (Fn. 211), S. 295.

[213] Sinn, (Fn. 211), S. 516.

airiti

這種從罪刑法定主義出發的批評，確實有一定道理，不過筆者認為此項見解仍有疑慮，析言之，在通說觀點下，正當防衛社會倫理限制最主要的法律效果，在於承認防衛者的退避義務，同時在特定情況下，必須酌量侵害法益與保護法益之間的優越利益關係，這些限制效果其實都涉及防衛手段本身合法界限問題[214]，倘若防衛者未遵守社會倫理限制推導出的特定義務，該防衛者雖然有正當防衛權能，但仍屬逾越正當防衛手段之界限，其防衛行為不能阻卻違法，至多只能考慮減輕罪責。

既然通說脈絡下，社會倫理限制其實是適當性、必要性以外的第三種手段合法要件，只要法條已針對防衛手段有所規範，且立法者選用文字又無礙納入社會倫理限制的解釋，即便手段限制對於防衛者而言是入罪效果，仍不妨害把社會倫理限制理解為法定防衛手段要件之一。再就我國刑法規定以觀，第 23 條前段雖然只確認正當防衛不罰，不過但書規定「防衛行為過當者，得減輕或免除其刑」，將此用語和前段相互整合，顯然我國立法者認為正當防衛手段有「允當／過當」的法定區別，只有允當的手段才能阻卻違法，至於什麼是正當防衛的允當手段，立法者則未言明，此項要求只能透過學說、實務續造，如果法文中未指明的「適當性、必要性」可用以解釋手段允當，沒有理由不能在必要性以外再附加「社會倫理限制」的第 3 項手段要求。基此，筆者認為社會倫理限制仍屬立法者承認的合法防衛手段條件之一，承認其概念並不直接違反罪刑法定主義。

縱然對防衛手段添加社會倫理限制仍在刑法第 23 條的解釋界限內，仍不代表這是適合的解釋論理。前文已經提過，學說承認的三種社會倫理限制：對無責任能力人的防衛、保護／侵害利益懸殊關係、親密親屬關係，其具體論點都不足以構成防衛手段限制，至於最後一種社會倫理限制的挑唆防衛，筆者則認為其論點仍有相當程度的說服力，但必須改從挑唆者對於不法侵害的與有責任視角掌握問題，對不法侵害負與有責任的挑唆者，當然不應

---

[214] 也因此，社會倫理限制其實與防衛情狀、防衛意識關係有限，主要關切防衛手段的議題。學說上也有直接理解為防衛手段在適當性、必要性以外的第3項合法要件者，vgl. Heinrich, (Fn. 1), Rn. 360.

airiti

該享有與未挑唆者相同的防衛權限，毋寧仍須設法維持協和關係，負擔對等尊重義務，面對即時的不法侵害時，自當優先採取退避措施以保全雙方法益，此項限制不因挑唆者出於意圖或非意圖而有所差別。

若能接受筆者主張，那麼社會倫理限制的真正重點，並非從「社會倫理」或「最底限社會連帶」的道德訴求中探尋，因為此種道德訴求僅強調防衛者必須照料侵害者，若未妥適照料，即構成不法侵害而可能受罰，這種道德義務並非如前面緊急救助篇章中提及的「擴張忍受義務範圍」，毋寧是純粹的道德責任，不應在法律關係中處理，這也是為什麼筆者反對考量社會倫理限制的原因。通說要求防衛者基於社會連帶的道德義務，應優先退避，不得先考慮自身法益的保護，此種立場顯有模糊道德訴求與法益保護界限的疑慮，若又強納入刑法的解釋之中，不免有利用道德論述，過度課與防衛者「未善盡積極保護他人」的法律義務之嫌。

承上，僅從法的立場才能合理解釋，法益保護才是刑法的重點所在，之所以接納挑唆防衛，正是出於法的理由。此即：當防衛者對不法侵害與有責任時，即為一個與法益有關的法律層次問題，挑唆他人實施不法侵害而陷於法益危險者，不應該享有「果斷且無須遲疑」的防衛權能，因此挑唆者防衛手段必須本於法的理由受限，依刑法第 23 條但書的反面解釋，負有退避義務，不得優先實施防衛手段；所謂社會倫理限制也應該理解或改稱為：「挑唆防衛者對不法侵害與有責任的手段限制」。

陸、結 論

以上筆者已從個人保護論點分析、演繹並檢討了正當防衛的相關議題，最後條列整理本文研究的初步看法：

一、通說主張二元理論，同時自法確證原則及個人保護原則證成正當防衛，但筆者認為法確認原則所謂「法無須向不法退讓」的理解有誤，也過度解釋了正當防衛的一般預防功能，甚至連具體的正當防衛要件中都未關切法

airiti

確證原則，以此種抽象且不明確的概念理解正當防衛制度並非合理，故筆者反對法確證原則。

二、正當防衛許可私人例外行使暴力行為保護自己，僅是出於個人保護原則，其法律關係的安排仍不同於緊急避難。侵害者不法攻擊防衛者時，不僅違反國家管制人民的行為規範，也干擾私人相互尊重的協和關係，當協和關係被侵害者破壞，防衛者不再負有尊重對方法益的對等義務，這將使得侵害者部分法益撤除法的保護狀態，進入類自然狀態的法律關係，防衛者為保護自己而攻擊該部分法益也不構成不法行為，此即筆者主張的部分法益懸置說。

三、至於那部分的法益因不法侵害懸置？其界限取決於不法侵害強度，侵害者不法攻擊程度愈強，其受懸置的法益範圍愈大，在此應透過類衡平性的合比例關係予以判定，此種類衡平性的考量也構成防衛手段的合法要件，筆者認為在適當性、必要性之外，防衛手段還應該納入類衡平性的合比例關係。依此見解，當侵害者對防衛者法益的干擾已達生命法益威脅時，防衛者可以實施最強度的反擊，亦即可合法殺害侵害者保護自己。

四、至於正當防衛的相關法律效果，說明如下：第一，只需要存在現在不法侵害，即可構成防衛情狀；第二，防衛手段除以上三項要求外，防衛者原則上不負任何退避義務，因為侵害者部分法益已經被懸置於法秩序保護範圍之外，任何人均得合法侵擾，至於第三人實施的緊急救助，則因不法侵害者負有社會連帶義務，第三人亦得對其主張相同的法益懸置效果；第三，倘若防衛者可歸責地挑唆侵害者，致使其實施不法行為，基於防衛者對防衛情狀出現與有責任，此時仍負退避義務。

五、通說認為正當防衛有四種社會倫理限制事由，但筆者認為其中三類並無存在必要，包括對無責任能力人的防衛、保護／侵害利益懸殊關係、親密親屬關係，唯一值得討論的只有挑唆防衛，但其構成退避義務的理由並非道德意義的最底限社會連帶，而是惹起防衛情狀（現在不法侵害）的與有責任。

airiti

參考文獻

一、中文部分

王皇玉（2014）。《刑法總則》。臺北：新學林。

王效文（2008）。〈刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎〉，《政治與社會哲學評論》，26 期，頁 155-214。doi: 10.6523/16845153200809002 6004

甘添貴、謝庭晃（2006）。《捷徑刑法總論》，修訂版。臺北：自版。

佐伯仁志（著），黃士軒（譯）（2010）。〈日本正當防衛論之新開展〉，《月旦法學雜誌》，177 期，頁 162-175。

余振華（2001）。《刑法違法性理論》。臺北：元照。

--------（2013）。《刑法總論》，2 版。臺北：三民。

周漾沂（2012）。〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 403-444。doi: 10.6199/NTULJ.2012.41.01.06

林山田（2008）。《刑法通論（上）》，10 版。臺北：元照。

林東茂（2012）。《刑法綜覽》，7 版。臺北：一品。

林鈺雄（2014）。《新刑法總則》，4 版。臺北：元照。

柯耀程（2014）。《刑法總則》。臺北：三民。

張天一（2001）。〈對正當防衛受社會道德限制之再檢討：以正當防衛阻卻違法之實質根據為中心〉，《刑事法雜誌》，45 卷 4 期，頁 71-123。

張麗卿（2007）。《刑法總則理論與運用》，修訂版。臺北：五南。

許恒達（2010）。〈「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 215-300。

--------（2012）。〈論自救行為〉，收於：余振華（等著），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）》，頁 297-327。臺北：承法。

郭棋湧（1992）。〈論挑撥防衛之違法性〉，《法學叢刊》，37 卷 1 期，頁 121-136。

airiti

陳子平（2008）。〈持有槍砲子彈罪與正當防衛、防衛過當〉，《月旦法學教室》，67 期，頁 24-32。

--------（2008）。《刑法總論》，增修版。臺北：元照。

陳俊榕（2013）。〈論「挑唆防衛」〉，《國立中正大學法學集刊》，39 期，頁 73-112。

黃常仁（2009）。《刑法總則：邏輯分析與體系論證》，增訂 2 版。臺北：新學林。

黃榮堅（1999）。《刑罰的極限》。臺北：元照。

--------（2012）。《基礎刑法學（上）》。臺北：元照。

蔡聖偉（2006）。〈評 2005 年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91 期，頁 339-410。

薛智仁（2011）。〈不法侵害之現在性與著手實行：最高院 99 台上 5562〉，《台灣法學雜誌》，182 期，頁 182-188。

--------（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 1-70。

顏厥安（1999）。《法與實踐理性》。臺北：允晨。

二、英文部分

Fletcher, G. (1973). Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory. *Israel Law Review*, *8*, 367-390.

Herring, J. (2010). *Criminal Law*. London, UK: OUP Oxford.

Hobbes, T. (1996). *Leviathan*. London, UK: Cambridge Press.

LaFave, W. R. (2003). *Principles of Criminal Law*. St. Paul, MN: Thomson West.

Locke, J. (1980). *The Second Treatise Of Civil Government*. Indianapolis, IN: C.B. Macpherson.

Montague, P. (1981). Self-Defense and Choosing Between Lives. *Philosophical Studies*, *40*, 207-219. doi: 10.1007/BF00353792

airiti

Sangero, B. (2006). *Self-Defence in Criminal Law*. Oxford, UK: Hart Publishing.

Sreedhar, S. (2008). Defending the Hobbesian Right of Self Defense. *Political Theory, 36*(6), 781-802. doi: 10.1177/0090591708323366

Waldron, J. (2000). Self-Defense: Agent-Neutral and Agent-Relative Accounts. *California Law Review, 88*, 711-749. doi: 10.2307/3481190

三、德文部分

Amelung, K./Boch, G. (2000). Hausarbeitsanalyse – Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger. *Juristische Schulung, 2000*, 261-267.

Berner, A. F. (1848). Die Notwehrtheorie. *Archiv des Criminalrechts, 1848*, 547-569.

Bernsmann, K. (1992). Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 104*, 290-327. doi: 10.1515/zstw.1992.104.2.290

Bitzilekis, N. (1984). *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.

Bülte, J. (2011). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2011*, 145-166.

Burr, C. (1996). Notwehr und staatliches Gewaltmonopol. *Juristische Rundschau, 1996*(6), 230-232. doi: 10.1515/juru.1996.1996.6.230

Engels, D. (1982). Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1982*, 109-125.

Engländer, A. (2008). *Grund und Grenzen der Nothilfe*. Tübingen: Mohr Siebeck.

airiti

Erb, V. (1996). Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 108*, 266-299. doi: 10.1515/zstw.1996.108.2.266

-------- (2005). Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner". *Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2005*, 593-602.

Fichte, J. G. (2013). *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Hamburg: Meiner.

Frister, H. (1988). Die Notwehr im System der Notrechte. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1988*, 291-316.

Grünewald, A. (2010). Notwehreinschränkungen – insbesondere bei provoziertem Angriff. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 122*, 51-86. doi: 10.1515/zstw.2010.51

Hassemer, W. (1990). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (2. Aufl.). München: Beck.

Hegel, G. W. F. (1972). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

Heinrich, B. (2014). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl.). Stuttgart: Kohlhammer.

Herzog, F. (2013). § 32. In U. Kindhäuser/U. Neumann/U. Paeffgen (Hrsg.), *Nomoskommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos.

Hirsch, H. J. (1999). Die Notwehrvoraussetzugen der Rechtswidrigkeit des Angriffs. In ders., *Strafrechtliche Probleme* (S. 288-309). Berlin: Duncker & Humblot.

Hoyer, A. (1988). Das Rechtsinstitut der Notwehr. *Juristische Schulung, 1988*, 89-96.

airiti

Hruschka, J. (1977). Extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In H. Jescheck/H. Lüttger (Hrsg.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag* (S. 189-210). Berlin: de Guyter.

-------- (2003). Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 115*, 201-223. doi: 10.1515/zstw.115.2.201

Jakobs, G. (1993). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl.). Berlin: de Guyter.

Jescheck, H.-H./Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5. Aufl.). Berlin: Duncker und Humblot.

Joerden, J. (2013). Solidaritätspflichten und Strafrecht. In A. v. Hirsch/U. Neumann/K. Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht* (S. 49-60). Baden-Baden: Nomos.

Kant, I. (1977). *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt a. M: Suhrkamp.

Kersting, W. (1996). *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*. Darmstadt: Primus.

Kindhäuser, U. (2013). Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“. In G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. (S. 493-510). Berlin: Duncker & Humblot.

Klose, P. (1977). Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 89*, 61-102.

Köhler, M. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer.

Krause, F.-W. (1986). Notwher bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatellangriffen. In H. Hirsch/G. Kaiser (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann* (S. 673-688). Berlin: de Gruyter.

Kühl, K. (1993). Notwehr und Nothilfe. *Juristische Schulung, 1993*, 177-183.

airiti

-------- (1999). Freiheit und Solidarität bei den Notrechten. In T. Weigend/G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (S.259-276). Berlin: de Gruyter.

-------- (2008). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl.). München: Vahlen.

Kuhlen, L. (2008). Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1986*, 282-298.

Lenckner, T. (1968). »Gebotensein« und »Erforderlichkeit« der Notwehr. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1968*, 1-10.

Lesch, H. (2000). Die Notwehr. In G. Widmaier/H. Lesch (Hrsg.), *Festschrift für Hans Dahs* (S. 81-115). Köln: Verlag Otto Schmidt.

-------- (2000). *Notwehrrecht und Beratungsschutz*. Paderborn: Schöningh Verlag.

Lilie, H. (1999). Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung. In T. Weigend/G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (S. 277-289). Berlin: Duncker & Humblot. doi: 10.1515/9783110890488.277

Neumann, U. (1990). Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts. In K. Lüderssen (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip* (S. 215-216). Frankfurt a. M: Peter Lang.

-------- (2013). Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands" auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip. In A. Hirsch/U. Neumann/K. Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht* (S. 155-173). Baden-Baden: Nomos.

Pawlik, M. (2002). Die Notwehr nach Kant und Hegel. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 114*, 259-299. doi: 10.1515/zstw.2002.114.2.259

-------- (2002). Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen. *Der Staat, 41*, 183-212.

airiti

Pelz, C. (1995). Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe. *Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1995*, 305-309.

Perdomo-Torres, J. F. (2011). *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*. Baden-Baden: Nomos.

Perron, W. (2014). § 32. In A. Schönke/H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch* (29. Aufl.). München: Beck.

Rengier, R. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Aufl.). München: Beck.

Renzikowski, J. (1994). *Notstand und Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot.

Roxin, C. (1981). Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwerhrechts – Versuch einer Bilanz –. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 93*, 68-104. doi: 10.1515/zstw.1981.93.1.68

-------- (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl., Bd. 1). München: Beck.

-------- (2006). *Täterschaft und Tatherrschaft* (8. Aufl.). München: Beck.

-------- (2014). Notwehr und Rechtsbewährung. In K. Kühl/M. Heger/B. Kelker/E. Schramm (Hrsg.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag* (S. 391-405). München: Beck.

Schaffstein, F. (1952). Notwehr und Güterabwägungsprinzip. *Monatsschrift für deutsches Recht, 1952*, 132-136.

Schmidhäuser, E. (1991). Die Begründung der Notwehr. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1991*, 97-139.

Schroeder, F. (1972). Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen. In: F. Schroeder/H. Zipf (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (S. 127-142). Karlsruhe: C. F. Müller.

Seelmann, K. (1977). Grenzen privater Nothilfe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 89*, 36-60. doi: 10.1515/zstw.1977.89.1.36

-------- (1991). Solidaritätspflichten im Strafrecht?. In H. Jung/H. Müller-Dietz/U. Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung* (S. 295-304). Baden-Baden: Nomos.

airiti

Simon, E. (2001). Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer – BSGE 84, 54. *Juristische Schulung, 2001*, 639-643.

Sinn, A. (2013). Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips. In M. Zöller et al. (Hrsg.), *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013* (S. 503-519). Berlin: Duncker & Humblot.

Stuckenberg, C.-F. (2001). Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum. *Juristische Arbeitsblätter, 2001*, 894-904.

-------- (2002). Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in Causa: Die Entwicklung der Rechtsprechung bis BGH NJW 2001, 1075. *Juristische Arbeitsblätter, 2002*, 172-176.

Wagner, H. (1984). *Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung*. Berlin: Duncker & Humblot.

Wohlers, W. (1999). Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse. *Juristenzeitung, 1999*, 434-442.

Zaczyk, R. (1981). *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*. Berlin: Duncker & Humblot.

Zieschang, F. (2003). Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen?. *Juristische Ausbildung, 2003*, 527-532.

airiti

Reconstructing Self Defense from Individual Protection Principle

Heng-Da Hsu[*]

Abstract

This article aims to analyze the justification of self defense in criminal law as well as its effects. Other than the generally accepted view point that argues: "defender protects himself and legal order at the same time", the author proposes a new idea: defender merely safeguards himself without protecting the order of law. The offender should waive partial protection of law while he tries to illegally damage the defender. As for the range of waived interests of offender, it is supposed to be in accordance to the severity of illegal offense. This view point can be named as "Partial Waiver of Defender's Interests Theory." In this regard, , the author further discusses the legal issues relevant to self defense as follows (1) The defender has no obligation to escape or take milder measure for his protection due to the legal protection of offender's interests has been waived; (2) However, as the defender intentionaly provokes the circumstances of self defense, he shall try to escape. Only if the escape from the spot is no more possible, the defender is entiteld to take milder defensive measures to protect himself. (3) The offender has the solidarity obligation to endure the invasion arising from the third party who aims to help the victim protect his interests.

Keywords: self defense, protection of legal order, protection of individual, coordination relation, social-ethical restrict

[*] Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. iur. Frankfurt University, Germany.
E-mail: hdhsu@nccu.edu.tw