

## (二)非蓄意挑唆

### 1. 實務見解：得主張正當防衛

18上228例

無庸先行迴避攻擊，即得主張正當防衛。

### 2. 學說見解：須先行迴避攻擊行為

行為人的攻擊行為並「非因正當防衛者蓄意挑唆」，無假藉正當防衛之名，行侵害法益之實，則主張正當防衛者仍須先行迴避攻擊行為<sup>27</sup>。



### 案例

甲平日看乙不慣，時時想教訓乙，企圖製造一個乙先對其攻擊的情狀，以便可以藉此將乙痛打一頓。於是乃以惡劣的言詞攻訐乙，並不時出現挑釁的動作。乙受激怒氣不過，遂出手對甲攻擊，甲於是趁此機會將乙狠狠地痛打一頓，造成乙身受多處瘀傷，而甲也在過程中被乙打傷手臂。試問甲、乙刑責為何？

### 【答題關鍵】

本題爭議在於，主張正當防衛者甲係出於蓄意挑唆，故意以自陷危險之行為而引發他人之不法侵害，屬正當防衛權之濫用，自無得主張正當防衛權。



## 爭點4 延展性防衛過當得否主張正當防衛？

### 《實務精選》

臺高院暨所屬法院104年法律座談會刑事類提案第1號

法律問題：A、B均為某廚房工作人員，某日，A因認B工作時情緒控管不佳影響他人，遂出言規勸，B聞言惱怒而衝向A，雙手抓住A之領口、掐住A頸部、並將A推擠至牆角，A因而跌坐在地，惟B仍跨騎在A

27 吳耀宗，挑撥防衛之問題，月旦法學教室，101期，2011年3月，頁21；林鈺雄，新刑法總則，元照，2014年，頁256-257；林書楷，刑法總則，五南，2014年，頁142-143。

身上，雙手掐住A頸部不放。此時，A為排除來自於B之現在不法侵害，遂基於傷害他人身體之犯意，順手取得廚檯上其所有之牛排刀1把持之刺擊B，並因刺擊時不慎用力過猛，致B發生出血性休克、右頸部穿刺傷併內出血及胸鎖乳突肌斷裂、右臂神經叢合併右上肢活動不全等嚴重減損右上肢肢體機能之重傷害結果。法院審理後，認為A係基於傷害他人身體之犯意而持刀刺擊B，又A所面臨之情況，業已符合現在不法侵害之防衛情狀，所遂行之傷害行為亦係基於防衛意思所為；然其防衛行為以能自我脫因為已足，並無猛力刺擊之必要，且依當時情形A並非不能控制自身力道之大小，然A仍不慎用力過猛導致B受有上開重傷害之結果，其防衛行為已有過當。問：A所成立、而得依刑法第23條後段減輕或免除其刑之「罪名」，究係刑法第277條第2項後段之傷害致重傷罪，抑或刑法第284條第1項後段之過失致重傷罪？

討論意見：

甲說：傷害致重傷罪說（結論採之）。

(一)防衛過當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之情形之義，必係防衛行為，始生是否過當之問題，若其行為與正當防衛之要件不符，如基於犯罪之意思而為者，即非防衛行為，自無是否過當之可言，又正當防衛是否過當，應就其行為之全部加以判斷，既不得就其行為之一部是否正當防衛為其判斷之依據，亦非從其各個防衛行為是否超越相當性，定其是否防衛過當，則原判決認為胡○泉持刀砍傷尤○旭腳部4刀為正當防衛行為，而嗣後將尤○旭抓住做擋箭牌，致尤○旭被誤殺死亡，係防衛過當，具有不確定之故意，依刑法第23條但書減輕其刑，顯難謂合（最高法院76年度台上字第6807號判決意旨參照）。

(二)本案A主觀上係基於傷害之故意而遂行防衛行為，且其行為時，客觀上本應注意以牛排刀之利刃刺擊人之頸、胸等要害部位，有造成B重傷或致人死亡之可能，且依當時具體情形，A亦能預見此等行為造成B重傷或致人死亡之可能性，卻因遭受突如其來侵害之危急處境，故未能注意避開重要部位遽予出手而傷及B之身體要害部位、且用力過

猛，因而致使B受有重傷害之結果，則其對於重傷害之結果亦有過失，自應將A之行爲視爲一體，對A論以傷害致重傷之加重結果罪，並依刑法第23條但書防衛過當之規定減輕其刑（最高法院101年度台上字第4679號判決參照）。

自2014年10月蘋果日報以「勇屋主、護孕妻、勒死悍賊」爲標題，報導甲男爲保護懷孕妻而與竊賊搏鬥勒死竊賊案例，遭檢察官以過失致死罪起訴，引起社會嘩然。而該案件業於2016年5月經士林地方法院判決屋主甲「犯過失致死罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年」，又再次引發社會大眾討論<sup>28</sup>。

所謂正當防衛乃對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲而言，亦即正當防衛除於客觀要件須遇有現在不法之侵害外，於主觀要件上須有正當防衛情勢之認識，即須有防衛行爲事實之認識及防衛意思。

本文無意評論法院判決理由當否，僅就涉及正當防衛問題予以討論。亦即，究竟此時屋主甲得否主張正當防衛？又其防衛行爲是否過當？如何判斷是否過當？又此時行爲人所涉及的法條，究竟是「傷害致死罪」（刑法第277條第2項）抑或是「故意傷害既遂罪」（刑法第277條第1項）加上「過失致死罪」（刑法第276條）？



#### 案例

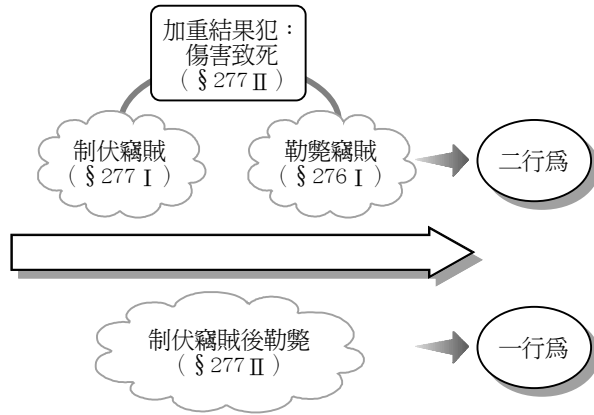
甲與其妻丙返家，甲欲進入屋內浴室時，發覺竊賊乙躲藏於浴室門板後方，乙隨即揮拳攻擊甲並欲衝出浴室，甲旋出於防衛意思與之發生扭打，制伏乙並使其受傷。其後，甲仍持續壓制乙之臉部並緊拉其衣領，致乙窒息死亡。問：甲上開行爲刑事責任如何？（改編自：士林地院104易628決<sup>29</sup>）

<sup>28</sup> 失手勒死小偷屋主防衛過當判3月，聯合報，<http://goo.gl/zzwoLL>，最後瀏覽日：2016/5/23。

<sup>29</sup> 本案事實為：「於民國103年10月25日12時許，與其妻丙外出後，乙（歿，所加重竊盜罪嫌由檢察官另為不起訴處分）於該日20時32分許，以不詳方式侵入甲上開居處行竊，嗣於同日20時38分許，甲與其妻丙返家，甲欲進入屋內浴室時，發覺乙躲藏於浴室門板後方，乙隨即揮拳攻擊甲並欲衝出浴室，甲旋出於防衛意思與之發生扭打，嗣甲將乙推倒在浴室內淋浴間

(一)構成要件－罪名之特定

屋主甲先將乙制伏後，其後續將竊賊乙勒昏的行為有疑問的是，甲所成立、而得進入刑法第23條正當防衛討論之「罪名」，究係刑法第277條第2項傷害致死罪，抑或刑法第276條第1項過失致死罪？



1. 一行為說：

防衛過當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之情形之義，必係防衛行為，始生是否過當之問題，若其行為與正當防衛之要件不符，如基於犯罪之意思而為者，即非防衛行為，自無是否過當之可言，又正當防衛是否過當，應就其行為之全部加以判斷，既不得就其行為之一部是否正當防衛為其判斷之依據，亦非從其各個防衛行為是否超越相當性，定其是否防衛過當。

因此，自應將屋主甲上開故意傷害及過失致死之行為視為一體，對甲

---

後，先以左手壓制乙左側臉部，再跨至乙左側，同時以右手反向緊拉乙之衣領，而甲原應注意乙戴有口罩，壓制其臉部同時將其衣領領口向後拉緊，將影響乙呼吸之通暢，進而導致呼吸衰竭而死亡，且依當時情形，並無不能注意之情事，竟疏未注意，於見乙因呼吸困難、手部發抖及臉色蒼白後，仍持續壓制乙之臉部並緊拉其衣領，直至丙報警處理，警員到場後，甲始放開乙，然此時乙已臉色發黑、全身癱軟。嗣乙雖經警送醫急救，仍因甲壓制之動作及原有潛在中等度至嚴重冠狀動脈硬化性心臟病之原因，共同造成大腦缺氧繼發多重器官衰竭死亡。」

論以傷害致死之加重結果罪，並依刑法第23條但書防衛過當之規定減輕其刑。法院座談會審查意見採此說。

許恆達教授亦贊同此見解並認為：(1)應維持一行為的評價基準，不至於讓行為人罪名數無故擴張到獨立兩罪；(2)可透過擴大解釋防衛過當類型，承認「延展型防衛過當」，使得防衛者得以減刑，「此一作法一方面不讓防衛者可以阻卻違法，符合後階段欠缺防衛情狀時論理的一貫性，另一方面，也利用減刑的防衛過當法律效果，讓防衛者獲得合理程度的刑責優惠<sup>30</sup>。」也因此，應以單一行為、單一論罪（傷害致死罪）評價甲的反擊行為。

之所以選擇傷害致死罪作為構成要件評價基礎，理由在於甲基於傷害故意壓制乙後，縱使其已喪失意識，甲仍未改變原先本於傷害故意的攻擊想法，考量整個犯罪過程，甲均有明確傷害故意，也對於反擊過程中可能導致乙死亡的風險有所預見而具有過失，因此應論以單一傷害致死的構成要件<sup>31</sup>。

## 2. 二行為說：

屋主甲對竊賊乙基於傷害故意將其制伏於地並受傷之防衛行為，因不慎用力過猛導致乙窒息死亡的加重結果，既然於概念上得以區分為「故意傷害」、「過失致死」等兩部分之構成要件該當行為。

(1)首先「甲對竊賊乙基於傷害故意將其制伏於地並受傷之防衛行為」部分，於一般人之合理判斷下，亦難認有何違反必要性之情形可言，是其所為「故意傷害」部分之所為，本難認有何防衛過當之情形可言，應依刑法第23條前段正當防衛之規定阻卻違法。

(2)至於「過失致死」之逾越正當防衛必要性結果，僅係其整體行為中「不慎用力過猛導致發生死亡結果」之部分，是應以防衛過當之概念加以評價者，至多應僅及於其「過失致死」之行為，故於本例中，甲所成立之罪名應係過失致死罪，並依刑法第23條但書防衛過

---

<sup>30</sup> 許恆達，屋主的逆襲——再論延展型過當防衛，月旦裁判時報，41期，2015年11月，頁53。

<sup>31</sup> 許恆達，屋主的逆襲——再論延展型過當防衛，月旦裁判時報，41期，2015年11月，頁55。