

# 正當防衛之最佳防衛時間點

## ——最高法院111年度台上字第3235號 刑事判決評釋



陳文貴

中國文化大學法律系兼任副教授

### 摘要

早期實務見解認為，關於正當防衛的現在不法侵害時間點之判斷，係以侵害是否正在進行或繼續中為斷，後來則較為放寬，改以侵害行為是否已著手之時點為斷，但認為如預料將有侵害，仍非屬現在不法之侵害。最近最高法院111年度台上字第3235號刑事判決見解，則將現在不法之侵害時間點，再進一步提前至「預備至最後緊接著手」之時間點階段，即可認為得實施正當防衛。此一觀點較諸以往實務見解，可謂立意創新，但似與以往最高法院多數判決之見解迥異，在大法庭制度實施後，亦未經過大法庭徵詢或裁定程序變更見解，日後發展是否成為最高法院之一致見解，值得進一步觀察與檢討。

### 目次

壹、本案事實

貳、爭點

參、本案判決理由

肆、實務與學說見解分歧

伍、本文簡評

陸、結語

## 壹、本案事實

最高法院111年度台上字第3235號刑事判決（下稱「本案判決」），關於刑法第23條正當防衛所規定，對於「現在不法之侵害」時間點判斷認為：倘如上訴人所稱「告訴人取出一根鐵管，作勢要朝我攻擊」，佐以告訴人所證及卷存照片所示鐵管直徑約5公分、長度約65公分之攻擊力，以及行車紀錄器所呈現場畫面截圖，本件發生時上訴人站立位置尚在告訴人持鐵管可達之範圍，則告訴人所為是否已經開始不法侵害？縱如告訴人所證其被車門推壓時尚未拿到鐵管，然依鐵管本來放置於副駕駛座腳踏墊的位置、告訴人係打開副駕駛座車門且站立於門邊，以及告訴人緊接其後，果有拿取鐵管遭上訴人奪下等諸事實，上訴人推壓車門之際，是否已出現一個可以直接轉變為侵害的威脅狀態？告訴人是否已有在預備最後緊接著手之階段的侵害行為？亦即，告訴人拿取鐵管或即將拿取鐵管所為，是否已構成「現在不法侵害」之防衛情狀？

## 貳、爭點

關於正當防衛的防衛時間點判斷，刑法第23條明文規定，必須係對於「現在不法之侵害」，而出於防衛自己或他人權利之行為者，始克該當。實務上最高法院以往判例認為，所謂「現在不法」之侵害，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言；若加害與否，僅在顧慮之中；或預料有侵害而侵害尚屬未來，既非對於現在不法之侵害加以防衛，均與刑法第23條之規定不符。然最近之本案最高法院刑事判決，似乎採取了與以往最高法院實務見解迥然不同之態度認為，若已出現一個可以直接轉變為侵害的「威脅狀態」，侵害行為既在「預備最後緊接著手」之階段，為避免防衛者錯過採取適當防衛行為之有效時點，應認侵害即屬開始。甚至根據本案判決意旨所謂「即將拿取鐵管所為」，可能也蘊含或者暗示，這種預備階段的行為，也是現在不法之侵害。

對此，學說上亦有不同之觀點，以往判例及上開本案判決之觀點，究竟何者為當？值得探討。

## 參、本案判決理由

關於正當防衛之時間點判斷，本案判決理由提出與已往實務見解截然不同之立場認為，解釋上在不法侵害行為已經著手，固然存在現在不法之

侵害；惟為避免法律釋義過於嚴格，造成受侵害者無法——或者難以有效且必要的防衛其法益，不法侵害行為在「預備最後階段（Endstadium der Vorbereitung）緊密相接到著手」之階段，同應認不法侵害已經開始，乃因倘將不法侵害行為嚴格限縮於著手實行階段，則一旦著手實行侵害，依其歷程發展，受侵害者之生命、身體健康等法益往往已然遭受侵害，徵諸典型家暴案例（受暴婦女面對施暴先生，或受暴孩童面對施暴父母，反覆施加暴力或處於隨時可能爆發衝突的門點），誠屬適例。故此時若已出現一個可以直接轉變為侵害的「威脅狀態」，侵害行為既在「預備最後緊接著手」之階段，為避免防衛者錯過採取適當防衛行為之有效時點，應認侵害即屬開始。

此外，從本案判決理由謂：是否已出現一個可以直接轉變為侵害的「威脅狀態」？告訴人是否已有在預備最後緊接著手之階段的侵害行為？亦即，告訴人拿取鐵管或「即將拿取鐵管」所為，是否已構成「現在不法侵害」之防衛情狀？云云，似乎暗示或隱喻，只是即將拿取鐵管的侵害威脅狀態，可能提前至尚未達預備階段的威脅狀態，亦可能成立現在不法之侵害。此一觀點是否合理可採？是否與過往實務所持之見解相左？何者始屬適當？即非無疑，應值進一步探討。

## 肆、實務與學說見解分歧

### 一、實務見解的演進

綜觀歷來最高法院實務見解，關於正當防衛之時間點，亦即何者始屬「現在不法之侵害」判斷，而得以實施正當防衛，有不同之見解存在，大略可區分為以下三說：

#### （一）以侵害是否在進行或繼續中為斷說

此說認為「現在不法之侵害」之防衛要件，必係對於現在之不正侵害始能成立，若侵害已過去，或預料有侵害而侵害尚屬未來<sup>1</sup>或如不法侵害尚未發生<sup>2</sup>，縱如上訴人所云恐遭傷害，始開槍示威，但被害人加之害與否，

<sup>1</sup> 最高法院19年上字第1174號刑事判例：「查刑法第三十六條規定正當防衛之要件，必對於現在之不正侵害，始能成立，若侵害已過去，或預料有侵害而侵害尚屬未來，則其加害行為，自無正當防衛之可言。」108年度台上字第1294號刑事判決：「……或預料有侵害而侵害尚屬未來，則其加害行為，自無正當防衛可言。」

<sup>2</sup> 最高法院27年上字第2879號刑事判例：「刑法上之正當防衛以遇有現在不法之侵害為前提，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言。本件被告因見被害人身帶尖刀勢欲逞兇，即用扁擔打去，奪得尖刀將

僅在顧慮之中，既非對於現在不法之侵害加以防衛<sup>3</sup>，均與刑法第23條之現在不法侵害規定之要件不符，而無正當防衛之情狀可言。最高法院以往判例見解，對於現在不法侵害之時間點，似乎認為應僅限於不法之侵害正在進行中，或者侵害行為尚在繼續中<sup>4</sup>，始屬現在不法之侵害。如不法侵害尚未發生<sup>5</sup>，或預料有侵害而侵害尚屬未來<sup>6</sup>，均無成立正當防衛之餘地可言。

## （二）以侵害行為是否已著手為斷說

較近之實務見解則有將現在不法侵害之時間點提前至著手時間點，不再侷限於以往判例上所謂侵害正在進行中或繼續中為必要，認為所謂現在，乃有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>7</sup>。依照此說之見解，縱然有侵害之威脅狀態，但坦若尚未達於著手之階段，仍不能認為已成立現在不法之侵害狀態。

## （三）以預備最後緊接著手之階段說

此說即係本案最高法院刑事判決上述所採之見解，此一見解，一舉推翻過往實務見解，從最早期以侵害是否在進行或繼續中為斷，提前至以侵害行為是否已著手為斷後，更進一步提前到「預備至最後緊接著手」之時間點，甚至判決理由中論述，一個可以直接轉變為侵害的「威脅狀態」，

---

被害人殺斃，是被害人只帶刀在身，並未持以行兇，即非有不法之侵害，被告遽用扁擔毆打，不得認為排除侵害之行為。」86年度台上字第2480號、92年度台上字第876號刑事判決：「……如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言。（略）」。108年度台上字第2376號判決：「……如不法侵害已過去，或預料有侵害而不法侵害尚未發生，則其加害行為，自無正當防衛可言。」

<sup>3</sup> 最高法院38年台上字第29號刑事判例：「(2)正當防衛以對於現在不法之侵害為條件，縱如上訴人所云恐遭傷害，始開槍示威，但被害人加之害與否，僅在顧慮之中，既非對於現在不法之侵害加以防衛，即與刑法第二十三條之規定不符。」92年度台上字第876號刑事判決意旨：「刑法上之正當防衛以遇有現在不法之侵害為前提，如不法之侵害尚未發生，即無防衛之可言，（略）」。

<sup>4</sup> 最高法院18年上字第1300號刑事判例：「上訴人於夜間發覺賊人侵入竊盜，為排斥不法侵害防衛自己權利起見，手持板槍伺於後門以為堵截，當時侵害行為既尚在繼續中，則因防衛其財產權舉槍刺擊，自與刑法第三十六條規定之現在及不法之條件相當，縱其行為不免過當，然不能不認為防衛權之作用。」

<sup>5</sup> 最高法院84年度台上字第1057號刑事判決參照。

<sup>6</sup> 最高法院84年度台上字第6138號刑事判決參照。

<sup>7</sup> 最高法院100年度台上字第4939號，101年度台上字第3827號，103年度台上字第1495號，109年度台上字第4530號，110年度台上字第2281號、第4940號，111年度台上字第4713號、第5144號刑事判決參照。

諸如「拿取鐵管」或「即將拿取鐵管」等行爲，可能僅屬於預備階段，亦可能構成現在不法之侵害。此與最高法院27年上字第2879號判例所認爲：本件被告因見被害人身帶尖刀勢欲逞兇，即用扁擔打去，奪得尖刀將被害人殺斃，是被害人「只帶刀在身，並未持以行兇，即非有不法之侵害」，此種只是攜帶凶器之威脅狀態，但尚未著手，仍不能成立現在不法侵害，見解明顯相左。

## 二、學說觀點

學說上關於正當防衛之最佳時間點判斷，見解亦甚爲分歧，大別之約略有以下幾種主流觀點：

### （一）著手實行說

採著手實行說者認爲，現在不法侵害之時間點，應以侵害行爲密接於構成要件行爲之時點，侵害才具有現在性，亦即從事實行爲加以觀察，行爲人已經開始實現構成要件之行爲要素而言<sup>8</sup>。此說係以行爲人開始實現構成要件要素與否，作爲認定正當防衛之時間點，似採著手實行說，與上述實務見解所採以侵害行爲是否已著手爲斷說較爲接近，應該是目前綜合實務與學說觀點，較爲一致之見解。

### （二）具體危險說

採具體危險說者則主張，現在的不法時間點應該考量侵害者的行爲是否已足以直接導致侵害出現，只有在確定一個直接危及他人利益的具體不法行爲時，潛在被害人才能行使防衛權。然此說所謂的「具體危險」並非指「具體危險犯」的實害是否發生取決於偶然因素的概念，而是從個案中觀察侵害者對防衛者法益的侵害程度而定<sup>9</sup>。惟此說似無一定的判斷標準，毋寧是繫諸於個案上法官對具體案件的判斷，不免陷入著手實行說的觀點。

### （三）有效防衛理論

採有效理論（Effizienzlösung）者認爲，是否屬現在的不法行爲，應從

<sup>8</sup> 柯耀程，正當防衛界限之認定，月旦法學雜誌，60期，2000年5月，89頁；王皇玉，竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛——評最高法院九十一年度台上字第四〇〇三號判決，月旦法學雜誌，107期，2004年4月，236頁。

<sup>9</sup> 薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行——最高院99台上字第5562，台灣法學雜誌，182期，2011年8月，187頁；薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案爲中心，中研院法律學刊，16期，2015年3月，29頁。

防衛者的角度觀察侵害的現在性，據以判斷不法侵害是否具有現在性，只要他人已經準備實施不法侵害，侵害行為就已經達到防衛的最後有效時間點，就是現在不法侵害，而不必僵化於所謂已經開始其侵害行為<sup>10</sup>，尤其在受虐婦女的特殊處境之下，應考量受虐婦女的特殊心理反應與極端弱勢處境<sup>11</sup>，「現在」侵害，應該延伸至在即將錯過，最後侵害者的侵害行為已經達到、或最可靠的防衛機會的那個時間點上，就可以認為侵害行為已經迫近緊急，防衛者可以行使防衛權<sup>12</sup>。但反對意見則認為，此種觀點似乎過度強調被害人保護的有效性，而忽略了侵害者亦有其受刑法所保護之法益，可能失之過寬。因為如果依據有效理論，那麼在受虐婦女症候群的案例中，施虐者在睡眠中被受虐者殺害的情形，依據有效理論的看法，可能都會被認為是有效的防衛。因此說將正當防衛的時間點繫諸於防衛者的主觀意思，提前了現在不法侵害的概念為預防侵害行為，因此亦有論者批評，並非適當<sup>13</sup>。蓋以如此種情形亦可成立正當防衛，那麼無異是將先下手為強，這種兵法上所謂「攻擊就是最好的防衛」概念植入，以攻擊取代防衛，這種先發制於人的預防性防衛（Präventiv-Notwehr；preventive defense），並非現行各國法制所認可之正當防衛。因為這種先發制人的預防性防衛，無疑的是一種實質的侵害行為<sup>14</sup>。

#### （四）風險輸出理論

持風險輸出理論者認為，因為行為人必須達到輸出他人權利客體的風險階段，才能成立未遂犯的著手實行，這種已經達到非法律所容許的風險行為，才是現在侵害的時點<sup>15</sup>。這種風險輸出理論，似乎係從客觀歸責理論所採，所謂製造法所不容許之風險概念而來，但這裡所謂的「風險階

<sup>10</sup> 黃榮堅，論正當防衛，臺大法學論叢，24卷2期，1995年6月，301-325頁；黃惠婷，正當防衛之現在不法侵害，台灣本土法學雜誌，23期，2001年6月，138頁；許恒達，正當防衛與不法侵害的現在性，月旦法學教室，23期，2018年3月，23-24頁。

<sup>11</sup> 劉宏恩，婚姻暴力受虐婦女殺夫之責任能力與違法性問題（下）——法律心理學之觀點，月旦法學雜誌，20期，1997年1月，99-100頁。

<sup>12</sup> 劉宏恩，婚姻暴力犯罪及受虐婦女殺夫之責任能力與為法性問題，軍法專刊，43卷5期，1997年5月，31頁。

<sup>13</sup> 薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法律學刊，16期，2015年3月，22-26頁。

<sup>14</sup> 陳文貴，論美國法上「受虐婦女綜合症候群」作為正當防衛及刑事抗辯之適用爭議，臺北大學法學論叢，120期，2021年12月，173頁。

<sup>15</sup> 周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，臺大法學論叢，47卷1期，2018年3月，458-459頁；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，48卷3期，2019年9月，1253-1254頁。

段」，並無一定的判斷標準，也與製造法所不容許之風險，其行為本身已屬違法（法所不容許）之概念不同，實務上操作起來也難有一定之判斷標準。

### （五）預備行為最後階段說

德國及國內學說，近來亦有改採預備行為最後階段說的觀點，認為正當防衛的現在不法侵害時間點判斷，應從侵害著手實行之前，且鄰接於密接行為的預備行為最後階段，來定性不法侵害的最前緣<sup>16</sup>。本案最高法院111年度台上字第3235號刑事判決，即係採取此種學理上的較近觀點。

## 伍、本文簡評

### 一、著手實行說的缺點

著手實行說，似為我國實務向來所採之見解，通常如果不被法院所肯認侵害行為是在「著手不法侵害」的這個時間點上，那麼主張正當防衛就不會被認可<sup>17</sup>。如依照實務案例，縱令身帶尖刀勢欲逞兇「幾乎立即」會發生或「即將發生」的不法侵害，縱然基於正當防衛的意思，「即時」或「當即」的即用扁擔打去，奪得尖刀將被害人刺斃，也不會被認可是合法的正當防衛<sup>18</sup>，因為侵害行為並沒有達到著手的階段。這種見解似乎是認為，要等到勢欲行兇之人，果已著手行兇，亦即已經用尖刀著手行刺之際，才是現在不法的侵害。果如此，那也要防衛者確定可以擁有如同秦始皇一樣的足夠幸運，在遭荆軻以尖刀行刺後僥倖未中，而尚能存活，或者當時也擁有足夠與尖刀相抗衡的五呎長劍，也確定可以反擊成功，絕對不會因此被刺殺而喪失反擊的防衛能力，才有機會行使正當防衛權，否則正當防衛權的行使，在侵害行為已經達到著手階段時，侵害行為不是已經既遂就是未遂，根本已經猝不及防再實施防衛。例如以警察執行職務實施正當防衛的案例而言，如果警察必須等到歹徒拔槍著手瞄準之際，才可以使使用槍械防衛射擊嫌犯，那麼無疑是要求警察必須與持槍歹徒之間，進行一

<sup>16</sup> Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 24；許恒達，同註10，25頁。

<sup>17</sup> 最高法院19年上字第1174號刑事判例：「查刑法第三十六條規定正當防衛之要件，必對於現在之不正侵害，始能成立，若侵害已過去，或預料有侵害而侵害尚屬未來，則其加害行為，自無正當防衛之可言。」

<sup>18</sup> 最高法院27年上字第2879號刑事判例：「刑法上之正當防衛以遇有現在不法之侵害為前提，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言。本件被告因見被害人身帶尖刀勢欲逞兇，即用扁擔打去，奪得尖刀將被害人殺斃，是被害人只帶刀在身，並未持以行兇，即非有不法之侵害，被告遽用扁擔毆打，不得認為排除侵害之行為。」

場西部牛仔影片情節的大對決，互相較量拔槍速度與射擊準確度，由此可見著手實行說之缺點問題甚大，並不可採。

## 二、預備行為最後階段說的問題

預備行為最後階段說的缺點在於，預備行為僅限於故意犯，於過失犯的情況下將無法適用<sup>19</sup>；再者，如何判斷侵害行為人的預備行為何時密接於最後階段，恐怕也只有時實施侵害行為人本身才能夠正確掌握，被侵害者將無從預知實施侵害行為人的主觀犯罪階段，而且可能無法適用於所有個案的犯罪類型，例如持槍、持刀的攻擊行為，又如出拳快速如李小龍寸拳一般的攻擊行為，何時才是預備行為最後階段，可能也無一定的判斷標準。況且，預備行為並非所有犯罪類型都必定會經歷的犯罪歷程，有些侵害行為本質上也沒有所謂的預備行為可言，例如雙方因為口角衝突，一時因為情緒激動反應的肢體攻擊行為或言語辱罵行為，根本上沒有預備行為可言，又何來預備行為的最後階段？因此，此說將「現在不法侵害」的時間點，繫諸於實施侵害行為人的主觀狀態，防衛者根本無法判斷，也並非十分妥適，亦可能僅具有論理上的功能而已。

## 三、有效防衛才是防衛

個人行使正當防衛權係源自於自然法則的自然權利，正當防衛權源自於自然法則，這個觀點在人類的演化歷史中，可以說沒有軌跡可循，因為這是生物自我保護本能的普遍法則，而且具有國際法的一致性。關於正當防衛理論，如果我們透過阿奎那（Aquinas）和霍布斯（Hobbes）所擁護的自我保存理論（the self-preservation）來加以觀察的話，就可以很清楚的了解到防衛的這個議題。阿奎那解釋正當防衛時說到：道德行為的特徵在於「意圖」，而不是意圖之外的事物，意圖以外所發生的事物只是偶然的。生物自我保護的本能，不具有任何錯誤的面向，因為人們打算保護或挽救自己的生命與權利，這為對所有人來說，盡其所能地盡其所能（as best it can），是唯一的自然選擇<sup>20</sup>。根據阿奎那的說法，人類之所以擁有此種自我保存的許可，是因為對人們而言，「盡可能地保留自己」那是「自然而然的」。因此，這個許可源自於自然，因為自然法則傾向於依據自然而行

<sup>19</sup> 薛智仁，同註13，19-22頁。

<sup>20</sup> Alan Brudner, *Constitutionalizing Self-Defense*, UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 61, no. 4, 867, 879 (2011).

事，當然會允許人們依據自然法則行事，而非依據法律制定的授予。而且，自我保存的自然傾向不是人類所特有的，而是一切生物的本能共同點<sup>21</sup>。

又根據倫理學（ethics）的觀點，合理的行為不是非法行為<sup>22</sup>，也不應該因此對其行為所導致的結果反應承擔任何的道德上的責任。在上述觀點之下，人類被允許做必要的事情來保護自己的權利，因為這樣做本質上是作為生物實體的自然法則。霍布斯則進一步認為，自我保護的權利在邏輯上沒有限制，甚至有必要以犧牲他人作為代價來保護自己的權利<sup>23</sup>。這個道理很簡單，因為一個有罪的行為人必須承擔自己行為所導致衝突的反擊代價，也就是首先的侵害行為勢必將導致受害者的防衛反應，當然會因此造成侵害者自己的其他權利價值受到損害<sup>24</sup>，這在自然法則中是再自然不過的道理，根本上也不用訴諸於國家法秩序的維護，抑或者任何深奧的價值理論。

再根據黑格爾（Hegel）和康德（Kant）所擁護的尊嚴理論來看，尊嚴理論認為，在防衛中使用預防力量的權利，源於自由選擇目的所採取行動的基本權利，因為這不過是實現此一基本權利所必需的權能。從以武力排斥武力的權利來看，挑釁性武力的重要面向不是挑釁對身體的威脅，而是對個人自由意志的干擾（因此構成對尊嚴的冒犯），個人拒絕被侵害的不是生命體，而是個人的自由意志<sup>25</sup>，或可稱為不被侵害的人性尊嚴。康德對此同樣認為，根據普遍法則，自由權包括用武力阻礙對合法自由意志的障礙；與之相反的是，對於強制性的最初攻擊行為，施加防禦性行為是正確的，因此也會產生他人無權反過來這樣做的結論<sup>26</sup>。從這個意義上來講，尊嚴理論不會使法律上無辜的人，因為自衛而因此受到刑事的懲罰回應<sup>27</sup>。這裡所表達的觀點是，正當防衛與其他權利的不同之處在於，發動攻擊者應對來自他自己的威脅所導致的反應，自負其責。因為攻擊者可以並且應該避免其實施危險行為，也因為該行為是非法的，並因此造成了他人的損害或危害。則根據規範上的可控制性，攻擊者的行為既然在規範上

<sup>21</sup> *Id.* at 880.

<sup>22</sup> Mitchell N. Berman, *Justification and Excuse, Law and Morality*, 53(1) DUKE L. J. 1, 7 (2003).

<sup>23</sup> Alan Brudner, *supra* note 20, at 881.

<sup>24</sup> Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Ullrich Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., 2017, § 32 Rn. 65.

<sup>25</sup> Alan Brudner, *supra* note 20, at 883.

<sup>26</sup> *Id.* at 883-884.

<sup>27</sup> *Id.* at 887.

是可以控制的、是可以受到歸責的，那麼後果就必須承擔防衛者的可能防衛反應，並因此自負其責。倘若因此受到被攻擊者的防衛措施因而造成可受容忍，而且不過當的反擊損害，無辜的防衛者就不應該因為基於維護其個人的人性尊嚴舉動，因而受到懲罰，否則就不應該承認人們有自我防衛的基本權利價值。

在大多數的正當防衛情況下，防衛的正當理由決定以及防衛行動的決定，是根據防衛者在當下（in the moment）所做出的決定，因為要求防衛者在當下服從另一個權威，而做出防衛的決定與防衛行動，這在理論上是期待不可能的，這也是刑法中何時可以做出正當防衛行動的經典描述<sup>28</sup>。因此，判斷防衛者是否可以採取防衛手段的時點，以及應該採取何種防衛力量才能達到防衛的目的，就應該取決於防衛者當時所處的情狀來判斷，也就是事前觀點，而不是裁判者的事後觀點。審判法院不能事後決定什麼行為是正當的，什麼行為是不正當的，這個行為的決定應該是由行為者事前（ex ante）做出的，法院的功能應該只是在審查先前行使決策裁量的有效性而已<sup>29</sup>。

但是問題在於，防衛行為是否具備「現在不法侵害性」，終究仍然要透過審判者事後的審查，而法律基準線（Baselines）的劃定，在各種法律中的糾紛或權利的衝突中，甚至憲法糾紛中都至關重要，如何劃定法律的基準線，才是根本的關鍵問題。因為基準線提供了行為的參考點，據以確定法律何時應該變更，政府何時應該採取行動或未採取行動，以及權利何時受到侵犯<sup>30</sup>？當然可以想像的是，將正當防衛劃定基準線，可能會受到批評，認為這在道義或功利主義（deontological or utilitarian）上是不道德的，甚至被認為這是一種以主權為中心的防衛觀念（a sovereign-centered notion），或者將人視為是主權支配下的財產，與防衛的自然權利本質不符合。由於正當防衛本質上是一種非報復性和非制裁性（It is non-retributive and non-sanctioning in nature）的行為，然而要明確界定行為是防衛性或攻擊性是困難的，因為大多數行動都是由各種重疊和非排他性動機所導致的<sup>31</sup>。但若從普通法所確定的正當防衛的一般性規則來看，當防

<sup>28</sup> Malcolm Thorburn, *Justifications, Powers and Authority*, 117 YALE L.J. 1070, 1097, 1108 (2008).

<sup>29</sup> Thorburn, *Id.* at 1070.

<sup>30</sup> Cass R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873, 898-900 (1987).

<sup>31</sup> Paulina Starski, *Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor—Birth of the “Unable or Unwilling” Standard?*, ZaöRV 75, 455, 467 (2015).

衛者已經面臨嚴重的人身傷害或死亡威脅時，而迫在眉睫的威脅與防衛者的反應是必要的又是相稱時，就有正當防衛的需求<sup>32</sup>，而非等待事實上侵害行為已經到達著手的階段或者密接於著手的最後階段。因為，侵害行為如果已經到達著手的階段，那麼侵害行為不是已經既遂就是未遂；若非待密接於著手的最後階段，那麼防衛者根本上已經措手不及防衛，而無法達到有效防衛之目的，這已經與防衛的本質相違。

本案最高法院111年度台上字第3235號刑事判決見解，採取有別以往著手時間點之觀點，將現在不法之侵害時間點，進一步提前至「預備至最後緊接著手」之時間點，概念上固然值得贊同。但仍嫌保守，基於有效防衛才是最好的防衛觀點，普通法以「迫在眉睫的威脅」作為認定正當防衛的最佳時間點，似乎更值得進一步參考。然而值得注意的是，本案判決理由內提及，縱如告訴人所證其被車門推壓時尚未拿到鐵管，然依鐵管本來放置於副駕駛座腳踏墊的位置、告訴人係打開副駕駛座車門且站立於門邊，以及告訴人緊接其後，果有拿取鐵管遭上訴人奪下等諸事實，上訴人推壓車門之際，「是否已出現一個可以直接轉變為侵害的威脅狀態？」似乎忽隱喻或者暗示著，應該承認普通法的迫在眉睫的威脅觀點，可以承認是現在不法的侵害時間點！

## 陸、結 語

以往實務見解將正當防衛的現在不法侵害時間點，侷限於侵害行為的著手階段時間點，並不能切合正當防衛的本質。本案最高法院111年度台上字第3235號刑事判決見解，改採採取學理上的觀點，將現在不法之侵害時間點，進一步提前至「預備至最後緊接著手」之時間點，值得贊同。但此一見解日後是否能形成最高法院之一致見解，值得觀察。但本文認為，基於有效防衛才是最好的防衛，以及防衛的本質取向，普通法將正當防衛的現在不法時間點，繫諸於迫在眉睫的威脅狀態，似乎是較能符合防衛的本質，學說上所持之預備至最後緊接著手的時間點，仍有判斷上的不確定性，值得進一步探討。♣

🔍 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)

<sup>32</sup> WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW, 6th ed, § 5.7(a)-(d) 491-496 (West Academic Publishing 2017).