

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論正當防衛之補充性原則

The subsidiary Principle of Self-Defense

陳志瑋

Chih-Wei Chen

指導教授：薛智仁 博士

Advisor: Chih-Jen Hsueh, Dr. iur.

中華民國 112 年 6 月

June 2023

謝辭




這本論文的完成，需要感謝的人太多太多，心中的情緒萬千，但是真正要下筆寫作時卻又不知從何寫起，只能用淺顯的文字表達我心中無限的感謝。

首先，要謝謝我的指導老師薛智仁老師，在我就讀研究所期間，無論是參與老師大學部或研究所課程，都讓我有很大收穫，每當我對於學習有所迷茫時，去上老師的課總是能讓我再次燃起學習的熱忱。在論文寫作上，老師不只是針對論文本身的問題進行討論，也同時說出我的個性比較急，應該靜下心來再多讀幾次論文等等，老師真的很懂我欸，也真的不愧是被稱為暖男薛薛的辣個男人欸，能在研究所期間成為老師的學生跟助理，是我在研究所就讀時最快樂的事情。

此外，也非常感謝周漾沂老師，我到現在都還記得，在我碩一第一次上研究所課程時，周老師第一堂課就問：法益是什麼？那個老師跟學長們對答如流，我卻完全不知道應該如何回答的畫面，回想起來仍然印象深刻。坐在教室感到震撼、坐立難安的無力感，以及深知自己不足的感受後來也成為我學習的重要動力來源。另外，要特別感謝林書楷老師，在我大學最後一年旁聽書楷老師的刑法研習課程時，書楷老師細心且溫柔回答同學問題的模样依然清楚地刻在我的腦海當中，這也影響我後來擔任助教時，我都希望能仔細聆聽同學的問題，並試著以同學聽得懂的方式回答，書楷老師也是讓我對於刑法產生興趣的重要推手。最後，要感謝我的口試委員古承宗老師及王效文老師，老師們在口試時精準地提出論文需要修正的地方，讓我有機會從不同角度再次檢視這論文。

當然，也要好好感謝一直陪伴在我身旁的許多朋友們，謝謝昱誠學長仔細閱讀我的論文，並反覆不斷陪我討論論文相關問題。謝謝劭容在我碩一還不太會德文的時候，提供給我無數的德文協助，你一直是我在學習上的楷模。謝謝宜琳、子平、大維、致中、家維、敏瑜、莉蓁、欣如，我們一起聊天、相互鼓勵還有在課堂上分



享餅乾的畫面我都還記得！謝謝人豪跟我一起度過剛上研究所什麼都不會的困境，你是最棒噠。謝謝紀雅跟我一直相互鼓勵，你也一定可以的。謝謝朕璋跟懿珊一直以來的協助，還要一起去喝酒！謝謝孟庭、佳欣、Nadia、旻潔、珮蓁、皮皮、Cyndi、佳儀、宣含，這次我真的名字全部都寫出來了，沒有再嘴我的機會了。謝謝簡跟祺家，跟你們一起住很好玩，下次還要一起去小次郎。謝謝宇祥，跟簡一起奉獻肝臟。謝謝曜成，沒有你，我一定會被罵爆，我會在黑暗的盡頭裡和你一起脆弱，你可以的，眼淚不要再掉下來了。

最後，我要好好感謝肯卉，如果沒有你在心理及物理上的支持，我無法順利完成這本論文，你已經成為我生命中不可或缺的一部份，你的支持與體諒，是我最大的力量（單押 x2），也謝謝花貴來到我的生命裡，你是最可愛噠（破音），不要再不吃飯啦。謝謝小華姐，小華姐幫我購買用來寫論文的那張椅子，真的很讚，現在沒有坐那張椅子背都很痛，現在又在痛了。謝謝爸、媽、姐，這輩子最幸運的事情，是成為你們的兒子跟弟弟，願我能在接下來的日子中，成為你們最可靠的後盾，若我有任何的成就，都應歸功於你們。

最後的最後，我想跟大家分享一首歌，是綠繡眼的「願溫柔的你被世界溫柔以待」，謝謝願意打開這本論文的大家，希望溫柔的大家也都能被世界溫柔以待。

陳志璋

2023 年 6 月於台大萬才館

摘要

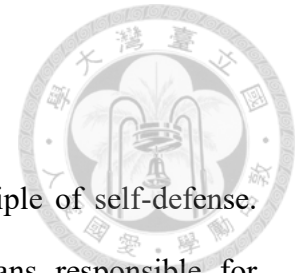


本文的研究目的在於探究正當防衛補充性原則。通說見解主張，當負責危害防止任務的國家機關在場、有保護人民意願時，被侵害者的防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，不得逕自實施防衛行為，將其稱為「正當防衛補充性原則」。正當防衛補充性原則的意義有兩個，第一、正當防衛與國家機關危害防止行為具補充關係。被侵害者必須將國家機關危害防止行為納入潛在防衛手段考量之中。第二、被侵害者必須負擔優先利用國家機關危害防止行為的法律義務。不過，通說見解只對於被侵害者在決定潛在防衛手段時必須將國家機關危害防止行為一併納入考量一事達成共識，對於在何種情形下被侵害者應優先利用國家機關危害防止行為仍有爭議。在具體衝突現場提供救助的第三人除了國家機關外，也可能是私人救助者，被侵害者與私人救助者間是否具備補充關係，也有疑問。

本文認為，正當防衛補充性原則的意義只在於：(1)確立正當防衛與國家危害防止行為的補充關係，被侵害者在決定潛在防衛手段時必須將國家機關合法危害防止行為一併納入考量，以及(2)確立自我防衛與私人救助者防衛救助行為的補充關係，當客觀第三人從事前角度足以認識私人救助者願意進行救助時，被侵害者必須將防衛救助行為一併納入考量。至於被侵害者是否應優先利用國家機關危害防止行為，只須透過必要性要件進行審查即可。當國家機關得透過干預程度較低或干預程度相同的危害防止行為有效終止侵害時，被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為。最後，被侵害者是否應優先利用防衛救助行為，同樣透過必要性要件進行審查即可。在必要性要件審查上，不只需要考量該防衛行為是否侵害最小，更要兼及保障被侵害者主觀權利意義。

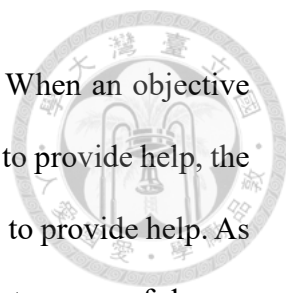
關鍵字：正當防衛、補充性原則、國家武力獨占、補充關係、防衛必要性

Abstract



The purpose of this article is to explore the subsidiary principle of self-defense. According to the generally accepted view, when the state organs responsible for deterrence of danger are present and willing to protect people, the defense of defender is subsidiary to the state organs' deterrence of danger action. The defender is not allowed to take defense on their own. The generally accepted view called it as "The subsidiary principle of self-defense." The subsidiary principle of self-defense has two meanings. First, there is a subsidiary relationship between the defense and the state organs' deterrence of danger action. The defender must consider the state organs' deterrence of danger actions as part of their potential defense measures. Second, the defender has a legal obligation to prioritize the use of the state organs' deterrence of danger actions. However, the generally accepted view only reaches a consensus on the conclusion that the defender must consider the state organs' deterrence of danger actions as part of their potential defense measures. There is still a lot of controversies regarding the circumstances in which the defender should prioritize the use of the state organs' deterrence of danger actions. Besides state organs, third parties who provide help at the specific conflict location can also be private helper. There is still a question about whether there is an application of the subsidiary principle of self-defense between the defender and the private helper.

This article claims that the meaning of the subsidiary principle of self-defense lies only in: (1) establishing the subsidiary relationship between the defense and the state organs' deterrence of danger actions. The defender must consider the state organs' legal deterrence of danger actions as part of their potential defense measures, and (2) establishing the subsidiary relationship between the self-defense doing by the defender



and the defense doing by the third party who aims to provide help. When an objective third party from ex ante point knows that the private helper is willing to provide help, the defender must consider the defense doing by the third party who aims to provide help. As for whether the defender should prioritize the use of state organs' deterrence of danger actions, it only needs to be examined based on the requirement of necessity. When the state organs can effectively terminate the infringement with a lesser or equal degree of intervention, the defender must prioritize the use of the state agency's preventive actions. The last but not the least, whether the defender should prioritize the use of defense doing by the third party who aims to provide help, it is also relies on the requirement of necessity. In the examination of necessity, it has to consider not only whether the defense interferes the least, but also the meaning of the defender's subjective rights.

Keywords: The right of self-defense, The subsidiary principle, The state monopoly on the use of force, The subsidiary relationship, Defense necessity.

簡目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第二節 研究架構	3
第二章 正當防衛理論基礎	6
第一節 純粹保護個人權利	7
第一項 一般行動自由的額外保護	7
第二項 侵害者需保護性降低	8
第三項 侵害者部分法益懸置說	8
第四項 法權理論	9
第五項 主觀權利說	11
第二節 純粹維護法秩序	12
第三節 同時保護個人權利及維護法秩序	13
第一項 對稱式二元理論	13
第二項 非對稱式二元理論	15
第四節 本文見解	16
第一項 純粹保護個人權利	16
第二項 純粹維護法秩序	27
第三項 同時保護個人權利及維護法秩序	28
第四項 本文見解	31
第五節 本章結論	42
第三章 正當防衛與國家危害防止之補充關係	44
第一節 國家武力獨占原則及例外	45
第一項 正當防衛作為國家武力獨占之授權規範	47
第二項 正當防衛作為國家武力獨占之例外規範	52

第二節 正當防衛與國家危害防止之補充關係	53
第一項 平等關係論證	53
第二項 補充關係論證	56
第三項 本文見解	59
第三節 本章結論	63
第四章 正當防衛補充性原則與正當防衛要件之關係	65
第一節 防衛情狀	65
第一項 侵害	66
第二項 不法性	67
第二節 防衛手段	67
第一項 必要性	67
第二項 合宜性	72
第三節 本章結論	74
第五章 國家機關提供救助時防衛行為之必要性	75
第一節 國家機關在場提供救助	75
第一項 國家機關在場積極救助	75
第二項 國家機關在場但缺乏干預權限或未實施干預行為	82
第三項 自我防衛與防衛救助不應區分處理	107
第二節 國家機關不在場提供救助	108
第一項 在具體衝突發生時優先向不在場國家機關請求救助之法律義務	108
第二項 在具體衝突發生前優先向不在場國家機關請求救助之法律義務	111
第三節 本章結論	114
第六章 私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性	117



第一節 私人救助者在場提供防衛救助	117
第一項 在場私人救助者與被侵害者的防衛共同體關係	118
第二項 在場私人救助者提供防衛救助	127
第二節 專業私人救助者在場提供防衛救助	132
第一項 私人使用私人保全	134
第二項 國家機關使用私人保全	138
第三節 私人救助者不在場提供防衛救助	141
第一項 在具體衝突發生時優先向不在場私人救助者請求救助之法律義務	141
第二項 在具體衝突發生前優先向不在場私人救助者請求救助之法律義務	142
第四節 本章結論	144
第七章 結論	147



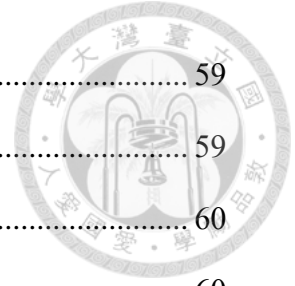
詳目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第二節 研究架構	3
第二章 正當防衛理論基礎	6
第一節 純粹保護個人權利	7
第一項 一般行動自由的額外保護	7
第二項 侵害者需保護性降低	8
第三項 侵害者部分法益懸置說	8
第四項 法權理論	9
第五項 主觀權利說	11
第二節 純粹維護法秩序	12
第三節 同時保護個人權利及維護法秩序	13
第一項 對稱式二元理論	13
第二項 非對稱式二元理論	15
第四節 本文見解	16
第一項 純粹保護個人權利	16
第一款 一般行動自由的額外保護	16
第二款 侵害者需保護性降低	19
第三款 侵害者部分法益懸置說	22
第四款 法權理論	25
第二項 純粹維護法秩序	27
第三項 同時保護個人權利及維護法秩序	28
第四項 本文見解	31
第一款 正當防衛理論基礎應採取主觀權利說	31



第二款 主觀權利領域特徵	32
第一目 主觀權利領域具請求權特徵	32
第二目 主觀權利領域具強制力特徵	33
第三款 對於主觀權利說的批評與回應	33
第一目 對於主觀權利說的批評	33
第二目 對於批評的回應	35
第四款 對於非對稱式二元理論的批評	38
第一目 將生來權利與取得權利區分對待不具正當性	39
第二目 以補償方式正當化對於取得權利的限制不具正當性	41
第五節 本章結論	42
第三章 正當防衛與國家危害防止之補充關係	44
第一節 國家武力獨占原則及例外	45
第一項 正當防衛作為國家武力獨占之授權規範	47
第一款 理論內涵	47
第二款 正當防衛作為委託私人行使公權力之授權規範	47
第三款 正當防衛作為授權規範的正當性	49
第二項 正當防衛作為國家武力獨占之例外規範	52
第二節 正當防衛與國家危害防止之補充關係	53
第一項 平等關係論證	53
第一款 規范文義觀點	54
第二款 國家武力獨占界限觀點	55
第二項 補充關係論證	56
第一款 國家武力獨占的例外觀點	56
第二款 國家武力獨占的授權觀點	57
第三款 避免濫用強制力風險	58



第四款 民主原則	59
第三項 本文見解	59
第一款 對於平等關係論證的批評	60
第一目 對於規範文義觀點的批評	60
第二目 對於國家武力獨占觀點的批評	60
第二款 正當防衛與國家危害防止行為具補充關係	61
第三節 本章結論	63
第四章 正當防衛補充性原則與正當防衛要件之關係	65
第一節 防衛情狀	65
第一項 侵害	66
第二項 不法性	67
第二節 防衛手段	67
第一項 必要性	67
第一款 正當防衛補充性原則應於必要性要件中審查	68
第二款 優先使用國家機關危害防止行為不等同於優先退避	70
第三款 被侵害者與在場國家機關的防衛共同體關係	71
第二項 合宜性	72
第三節 本章結論	74
第五章 國家機關提供救助時防衛行為之必要性	75
第一節 國家機關在場提供救助	75
第一項 國家機關在場積極救助	75
第一款 國家機關得透過干預程度較低的危害防止行為有效防衛侵害	75
第二款 國家機關得透過干預程度相同之危害防止行為有效防衛侵害	76

第三款 國家機關得透過干預程度較高的危害防止行為有效防衛侵害	77
第一目 理論爭議	77
第二目 防衛行為符合必要性	78
第四款 國家機關得透過失敗風險較高但干預較低之危害防止行為防衛侵害	80
第二項 國家機關在場但缺乏干預權限或未實施干預行為	82
第一款 國家機關基於事實上原因不願實施干預	83
第一目 國家機關恣意違法選擇不干預	83
第二目 國家機關經合法自由裁量後選擇不干預	83
第二款 國家機關基於法律上原因不得實施干預	86
第一目 國家機關在欠缺公法授權前提下仍選擇干預	86
第二目 國家機關在欠缺公法授權前提下未實施干預	106
第三項 自我防衛與防衛救助不應區分處理	107
第二節 國家機關不在場提供救助	108
第一項 在具體衝突發生時優先向不在場國家機關請求救助之法律義務	108
第一款 理論爭議	108
第二款 在場及不在場之意涵	109
第三款 防衛行為具必要性	110
第二項 在具體衝突發生前優先向不在場國家機關請求救助之法律義務	111
第三節 本章結論	114
第六章 私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性	117
第一節 私人救助者在場提供防衛救助	117



第一項 在場私人救助者與被侵害者的防衛共同體關係.....	118
第一款 各自獨立關係.....	118
第二款 上下從屬關係.....	119
第三款 本文見解.....	120
第四款 防衛共同體之成立要件.....	120
第一目 判斷時點.....	120
第二目 判斷基礎.....	122
第三目 在場私人救助者之救助意願.....	124
第二項 在場私人救助者提供防衛救助.....	127
第一款 私人救助者得透過干預程度較低的防衛救助行為有效防衛 侵害.....	127
第二款 私人救助者得透過干預程度較高的防衛救助行為有效防衛 侵害.....	129
第三款 私人救助者得透過干預程度相同的防衛救助行為有效防衛 侵害.....	131
第一目 另一方尚未實施防衛行為.....	131
第二目 雙方同時實施防衛行為.....	131
第三目 被侵害者意思優先性.....	132
第二節 專業私人救助者在場提供防衛救助.....	132
第一項 私人使用私人保全.....	134
第二項 國家機關使用私人保全.....	138
第三節 私人救助者不在場提供防衛救助.....	141
第一項 在具體衝突發生時優先向不在場私人救助者請求救助之法律義 務.....	141
第二項 在具體衝突發生前優先向不在場私人救助者請求救助之法律義	

務	142
第四節 本章結論	144
第七章 結論	147





第一章 緒論

第一節 問題意識


我國刑法第 23 條正當防衛規定「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」正當防衛既然包含自我防衛及防衛救助，只要該防衛行為符合適當性及必要性，被侵害者不只可以利用自身力量自我防衛，也可以利用第三人提供的防衛救助進行防衛。

不過，在具體衝突發生時，如果同時有第三人在場提供救助，被侵害者是否負有優先利用在場第三人救助的法律義務，即有疑問。可以透過以下兩個案例來觀察此一爭議。

案例一：A 徒手攻擊 B，在具體衝突現場的警察 P 已經準備好救助 B，B 和 P 都只需要以一次徒手攻擊 A 的方式就可以終止 A 的侵害。B 卻直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

案例二：A 徒手攻擊 B，B 只需要以一次徒手攻擊 A 方式就可以終止 A 的侵害。身體能力較弱的警察 P 雖然也在場，但是 P 為阻止 A 不得不多次使用其警棍攻擊 A，始能終止 A 的侵害。B 直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

在案例一當中，B 和 P 徒手攻擊 A 的行為都是適當必要的反擊行為，不過，如果為了讓立法者將危害防止任務分配給警察管轄的意旨獲得貫徹，要求 B 負擔優先利用 P 危害防止行為的法律義務似乎具合理性。不過，在案例二當中，如果仍然堅持 B 負有優先利用 P 危害防止行為的法律義務，將使得 A 受到額外身體法益侵害，這似乎與正當防衛必要性要件設立目的相違背。



討論這個爭議的出發點是，在現代法治國家中武力是由國家所獨占，私人原則上不得恣意使用武力，但是，私人願意放棄武力使用的前提是，國家必須負擔保護人民義務，因此，在國家不及提供人民救助時，國家必須透過設立不同緊急規範容許私人合法行使武力。正當防衛正是國家免除被侵害者在私人間不得使用武力禁令的明文規定。問題是，在國家可以及時提供人民救助時，私人是否仍然享有防衛權利，這就涉及被侵害者防衛行為及國家機關危害防止行為間的競合關係。在德國學說及實務上，是透過正當防衛補充性原則（Die Subsidiarität der Notwehr）的術語來討論此一爭議，關於正當防衛補充性原則的內涵雖然仍有爭議，但是至少在德國學說上是接近壓倒性的承認：當負責危害防止任務的國家機關在場且有保護人民意願時，被侵害者的防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者不得逕自實施防衛行為。不過，這只是一種結論式的宣稱，是否應承認正當防衛補充性原則及其具體內涵為何，仍然有待釐清。

在具體衝突現場提供救助的第三人除了可能是負責危害防止的國家機關外，也可能是一般的私人救助者。這同樣可以透過以下兩個案例來觀察此一爭議。

案例三：A 徒手攻擊 B。B 必須以徒手方式數次攻擊 A 才能終止侵害。但是，身體強壯的在場私人救助者 C 只須以徒手方式攻擊 A 一次，就能有效終止侵害。B 直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

案例四：A 徒手攻擊 B，身材強壯的 B 只需要徒手攻擊 A 臉部一次就可以終止侵害。身材瘦弱的在場私人救助者 C 則必須透過攻擊 A 臉部數次方式才能徹底終止侵害。B 直接實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

在案例三當中，課予 B 優先利用 C 防衛救助的法律義務似乎符合正當防衛必要性要件的設立目的。問題是，在案例四當中，如果課予 B 優先利用 C 防衛救助的法律義務，將使得 A 受到額外身體法益侵害，這似乎與正當防衛必要性設立目



的相違背。因此，被侵害者自我防衛行為與在場私人救助者防衛救助行為間是否有正當防衛補充性原則適用，也需要更進一步釐清。

此外，在具體衝突現場提供救助的私人救助者，除了可能是一般私人救助者之外，也可能是具有使用武力專業知識且受過相關訓練的專業私人救助者，在日常生活中時常可見的就是私人保全。

案例五：歌手 B 為避免狂熱粉絲做出瘋狂舉動，僱用私人保全 C 隨侍在旁。某日，歌手 B 在行經某路段時，A 突然出手攻擊 B，C 可以透過一次徒手攻擊 A 下巴方式，使 A 徹底喪失攻擊能力，B 必須攻擊 A 下巴數次才能使其喪失攻擊能力。B 直接實施防衛行為。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？


在本案例中，被侵害者自我防衛行為與專業私人救助者防衛救助行為間是否適用正當防衛補充性原則，也需要進一步釐清。

最後，如果警察或私人救助者不在具體衝突現場，被侵害者在具體衝突發生時及具體衝突發生前是否負有優先向其請求救助的法律義務，同樣涉及正當防衛補充性原則。

在日常生活中，警察及私人救助者在被侵害者面對現在不法侵害時在場的情形時常可見，但是此一問題在我國尚未有一個全面性、體系性的討論，因此無論在學理上或在實務運作上都具研究的重要性。

第二節 研究架構

正當防衛補充性原則要求：當負責危害防止任務的國家機關在場且有保護人民意願時，被侵害者的防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，不得逕自實施防衛行為。正當防衛補充性原則的意義有兩個，第一、**正當防衛與國家機關危害防止行為具補充關係**。被侵害者在實施防衛行為時，必須將在場國家機關的危害防止




行為一併納入潛在防衛行為選擇考量，不得只考量自我防衛行為。**第二、被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為**，不得逕自實施自我防衛行為（被侵害者防衛行為受封鎖）。就第二個層面而言，在特定情形中，被侵害者可能必須放棄自身最適當有效的防衛手段，以等待國家機關提供救助，這在某程度上似乎削弱正當防衛無須退避的銳利性特色。因此，在第二章中，本文將會先確立正當防衛的理論基礎為何，這將影響到正當防衛補充性原則是否會與正當防衛的本質有所扞格。

在第三章中，將釐清被侵害者在實施防衛行為時的角色定位，並探討正當防衛與國家機關危害防止行為是否具有補充關係。具體而言，在被侵害者實施防衛行為時，被侵害者究竟是代替國家履行保護人民義務而成為「法的替代守護者」，或者被侵害者仍然是居於私人地位，該防衛行為目的只在於保護自身主觀權利領域整全性？透過釐清被侵害者在具體衝突發生時的角色定位，可以更清楚地將正當防衛補充性原則定性為國家機關—國家機關角色間的權限衝突或國家機關—私人角色間的權限衝突。在確認被侵害者實施防衛行為時的角色定位後，就能依循此一路徑嘗試證立正當防衛與國家機關危害防止行為的補充關係。

在第四章中，則會分析正當防衛補充性原則應放在正當防衛的哪一個要件進行審查，為了讓正當防衛補充性原則符合罪刑法定原則中的禁止類推適用及明確性要求，本文將尋找正當防衛補充性原則所應座落的法律要素，並探詢正當防衛的規范文義是否容許正當防衛補充性原則存在。

在第五章中，則會根據不同具體事實，分析當國家機關提供救助時，被侵害者防衛行為的必要性。本文將分析當國家機關在場，有保護人民意願，但國家機關危害防止行為對於侵害者干預程度較高、干預程度相同、干預程度較低、失敗風險較高，以及因事實上或法律上原因未積極介入救助，被侵害者是否必須優先利用國家機關危害防止行為。最後，則將分析當國家機關不在場時，被侵害者在具體衝突發生時及具體衝突發生前是否負有優先向國家機關請求救助的法律義務。



在第六章中，本文將分析當私人救助者在場，有保護被侵害者意願，但私人救助者的防衛救助行為對於侵害者干預程度較高、干預程度相同，以及干預程度較低時，被侵害者是否必須優先利用防衛救助行為。以及當在場私人救助者是一個專業私人救助者時，被侵害者是否必須優先利用防衛救助行為。最後，則將分析當私人救助者不在場時，被侵害者在具體衝突發生時及具體衝突發生前是否負有優先向私人救助者請求救助的法律義務。

第七章則為結論。

第二章 正當防衛理論基礎



正當防衛補充性原則要求當負責危害防止任務的國家機關在場且有保護人民意願時，被侵害者的防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者不得逕自實施防衛行為。換言之，被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為，在特定情形中，被侵害者甚至必須放棄自身最適當有效防衛手段，以等待國家機關提供救助。這在某程度上似乎削弱正當防衛無須退避的銳利性特色。因此，在正式探討正當防衛補充性原則的正當性前，我們有必要先確立正當防衛理論基礎為何，這將影響到正當防衛補充性原則是否會與正當防衛的本質有所扞格。

一般認為，正當防衛在防衛手段上具有無須優先履行退避義務及無須進行衡平性審查的銳利性特色。一方面，被侵害者在面對現在不法侵害時，無須負擔退避義務，即使被侵害者採取迴避手段同樣可以有效防衛自身權利，被侵害者也可以直接向侵害者實施防衛。另一方面，在防衛手段的審查上也無須進行衡平性審查，只要符合適當性及必要性的審查，即屬妥當的防衛手段。不過，通說見解認為，如果正當防衛的防衛手段只審查適當性及必要性要件，可能使得特定個案中的結論顯得過於極端，因此必須額外加上合宜性或社會倫理限制的審查（要求被侵害者的防衛手段必須合乎規範秩序期待或合乎社會倫理），在特定情形下，被侵害者必須盡可能地迴避侵害、採取消極的保護性防衛手段，被侵害者甚至可能必須容忍該不法侵害所導致的輕微法益損害¹。問題是，在防衛手段上添加合宜性限制，某程度上顯然削弱正當防衛無須退避及無須進行利益衡量的銳利性特色。因此，要證立正當防衛理論基礎，必須能理論一貫地回答三個問題：第一、正當防衛為何無須負擔退

¹ 許澤天（2023），《刑法總則》，4版，第3章邊碼21，新學林；林鈺雄（2022），《新刑法總則》，10版，頁254-259，元照；王皇玉（2022），《刑法總則》，8版，頁301-304，新學林；林書楷（2020），《刑法總則》，5版，頁141-145，五南。德文文獻：Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, § 7 Rn. 157 ff.; Roxin/Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl., 2020, § 15 Rn. 55 ff.; Kühl, *Freiheit und Solidarität bei den Notrechten*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin 1999, S. 260 ff.; Rönnau, „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, *JuS* 2012, S. 405.

避義務；第二、正當防衛為何無須進行衡平性審查；第三、被侵害者的防衛權限在特定情形下受合宜性限制的合理性。多數學說見解將正當防衛理論基礎區分為純粹保護個人權利、純粹維護法秩序的一元證立模式及同時保護個人權利及維護法秩序的二元證立模式進行分析²，以下將逐一進行介紹並提出本文見解。

第一節 純粹保護個人權利

第一項 一般行動自由的額外保護

在純粹保護個人權利的第一個進路中，有學者主張侵害者所實施的不法侵害不只侵害被侵害者的生命、身體等個人法益，更額外侵害了被侵害者的一般行動自由，按照德國基本法第 2 條第 1 項「任何人在不侵害他人權利及不牴觸憲政秩序或道德規範的範圍內，享有自由發展其人格之權利³」，可見一般行動自由乃至於一般人格權在憲法價值秩序中具有重要地位，被侵害者的防衛行為既然額外保護重要的一般行動自由，在一般抽象的利益衡量上，被侵害者透過防衛行為保全的利益就必然優越於侵害者犧牲利益，無須在個案中具體審查衡平性⁴。例如，甲以拳頭攻擊乙，乙透過將甲推倒方式予以反擊。在本案例中，乙透過干預甲身體利益的方式予以反擊，表面上似乎是乙身體利益與甲身體利益的衡量，但實際上乙是透過推倒甲方式，同時保全自己的身體利益及一般行動自由利益，在利益衡量上必然優越於甲的身體利益。

此外，被侵害者之所以無須負擔退避義務，同樣是因為一般行動自由的原因。在上述案例中，乙固然可以透過逃離現場方式保全自己的身體利益，但要求乙逃離現場卻根本性地損害乙的一般行動自由，因此，為了同時維護乙的身體利益及一般

² 中文文獻僅參考：林鈺雄，前揭註 1，頁 245；周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期，頁 1226-1239。

³ 本條項規定德文原文為：Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

⁴ Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, Berlin 1984, S. 31 ff.



行動自由，只要乙的防衛手段符合適當性及必要性，就應當容許乙直接對於甲進行反擊⁵。

第二項 侵害者需保護性降低

在純粹保護個人權利的第二個進路中，有學者主張侵害者不法侵害他人權利所可能產生的反擊風險，必須由侵害者自己承擔，這將會使**侵害者的需保護性因而降低**，並在一般抽象的利益衡量上，使得被侵害者透過防衛行為保全的利益必然優越於侵害者犧牲利益，因此，在個案中無須進行衡平性審查，被侵害者也無須負擔退避義務。


理由在於，被侵害者的緊急困境是在侵害者對其實施現在不法侵害後才出現，該不法侵害也同時導致被侵害者必須實施防衛行為才能自我保護，因此，在具體衝突發生前，具體衝突發生與否的支配權限完全掌握在侵害者手中。此外，在具體衝突發生當下具關鍵性地位的也仍然是侵害者，因為侵害者可以透過放棄不法侵害方式使該衝突結束，既然對於該具體衝突的發生與結束的支配權限都掌握在侵害者手中，侵害者就必須獨自對於該衝突負責⁶。換言之，不只是在侵害者決定實施不法侵害行為當下必須由侵害者為該衝突的發生負擔責任，在具體衝突發生而被侵害者選擇以防衛行為自我保護時，侵害者也必須就自己所創造出來的反擊風險自我負責，不應該將反擊風險轉由被侵害者承擔。

第三項 侵害者部分法益懸置說

純粹保護個人權利的第三個進路，是由許恆達所提出的**侵害者部分法益懸置**

⁵ Wagner, (Fn. 4), S. 31 ff. Ähnlich, Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, Berlin 2004, S. 56 ff. 同樣強調一般行動自由及一般人格權對於正當防衛理論基礎的重要性，但是並非從利益衡量角度進行論證者，可參考 Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr: Zum Verhältnis von eigenhändiger Verteidigung und der Abwehr eines Angriffs durch staatliche oder private Helfer, Berlin 2008, S. 145 ff.

⁶ Vgl. Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, 16. Kap., Rn. 3f.; Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, S. 295 ff.



說，本說主張侵害者所實施的不法侵害會導致侵害者自身的「部分法益」懸置於法律保護範圍之外。理由在於，在現代社會中，每個人都必須負擔尊重他人生活條件及自由領域的尊重義務，只有在確保每個人彼此間都負有對等尊重義務後，才能使社會共同生活成為可能。因此，如果侵害者向他人實施不法侵害，就等同於是單方面支配他人利益，使雙方間的對等關係轉化為上下從屬關係，此時，如果仍然要求被侵害者負擔對等尊重侵害者之義務，顯然是一種不合理的要求。因此應該要暫時解消雙方的對等尊重義務，將侵害者的法益保護部分撤離於法律保護範圍之外。既然侵害者的部分法益被懸置於法秩序的保護範圍之外，被侵害者在符合一定前提條件下對於不法侵害就可以直接予以反擊⁷。


例如：甲試圖傷害乙手臂，乙為防衛自己便推倒甲，使甲身體因而受傷。在本案例中，甲既然透過現在不法侵害而將單方面支配乙的身體利益，在法律關係判斷上，就使雙方原本所處的對等關係轉化為從屬關係，因此，甲被乙推倒而受傷的身體法益就必須撤離於法律保護範圍之外，乙適當且必要的防衛手段在法秩序上就是容許的合法行為。

重要的是，本說強調，侵害者應被懸置的法益範圍，必須與不法侵害強度成正比，如果侵害者採用不法程度較高的侵害手段，被侵害者就可以採用干預程度較高的防衛手段予以反擊，如果侵害者採用不法程度很低的侵害手段，被侵害者就只能採用干預程度很低的防衛手段予以反擊。在確定防衛行為是否合法時，侵害者的不法侵害強度佔據決定性地位，進而產生一種類似利益衡量的合比例性審查。因此，在保全利益與犧牲利益顯然失衡時，被侵害者就不得積極實施防衛手段⁸。

第四項 法權理論

⁷ 許恒達(2016)，〈從個人保護原則重構正當防衛〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第45卷第1期，頁351-358。

⁸ 許恒達，前揭註7，頁365-369。



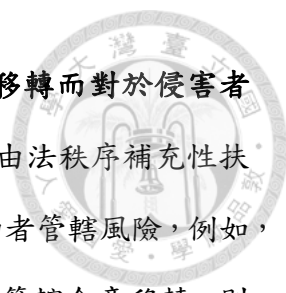
在純粹保護個人權利的第四個進路中，周漾沂是以**法權理論**論證正當防衛理論基礎。正當防衛作為阻卻不法事由，首先必須說明何謂實質不法，才有阻卻不法可言。對於周漾沂而言，實質不法概念是指，「個人透過恣意改變作為他人權利對象的事態，並因此破壞法權關係」，因此，實質（合）法概念是多數人外在自由領域處於和諧並存關係，每一個人不只認識、承認他人屬於獨立的法主體，更願意透過部分限縮自己外在自由的行使方式相互尊重，長久以來，社會上穩定的交往活動就成為可能⁹。例如：生命權是每個人都應享有且彼此間必須予以尊重的權利，喪失生命權就無從實現其外在自由並自由開展其人格。對於生命權而言，實質法的概念是，每一個人雖然都擁有殺害他人的可能性，但是，每一個身為理性主體的個人都可以認識到生命權的重要性，因而願意部分限縮自己的行動自由，選擇不殺害他人，如此一來，每一個人在社會交往時，就可以在不需要擔心生命權會隨時處於被損害狀態下安心從事交往活動。不過，每一個人都只是有限的理性主體，仍有可能在特定情形中恣意選擇破壞與他人之間相互尊重的法律關係，在生命權的案例中也就是恣意侵害他人生命，當個人權利被他人恣意侵害時，雙方之間的法權關係就因而被破壞。

作為阻卻不法事由的正當防衛，其功能正是在於：透過防衛行為對抗恣意破壞他人權利的現在不法侵害。如果恣意破壞個人權利的行為無法被阻止，等於是間接鼓勵每一個人恣意破壞他人權利，社會交往將因而處於不穩定狀態。因此，正當防衛是每個人在社會中不可或缺的權利，正當防衛形式上看起來雖然是干預他人法益，但是實質上是透過必要防衛行為回復自身在法律上所應享有但被他人恣意侵害的權利領域，正當防衛無須受到衡平性的審查，是因為防衛行為只要是回復權利領域所必要之行為，就應當容許被侵害者實施防衛行為¹⁰。

重要的是，本說雖然強調正當防衛只須受到適當性及必要性限制，但同樣強調，

⁹ 周漾沂，前揭註2，頁1242-1243。

¹⁰ 周漾沂，前揭註2，頁1261-1263。



當被侵害者基於自由法秩序之補充性扶助體制或風險管轄合意移轉而對於侵害者具保證人地位時，被侵害者的防衛手段必須受到限制。其中，自由法秩序補充性扶助體制是當被扶助者欠缺完全自我負責能力時，法律指定由扶助者管轄風險，例如，五歲小孩持武器攻擊父母，父母應優先採取迴避手段。至於風險管轄合意移轉，則是雙方當事人合意將風險交由特定當事人負責。在這兩種情形中，保證人地位所具有的積極作為義務與正當防衛所賦予的完整防衛權利產生衝突，保證人地位要求被侵害者必須積極救助侵害者，正當防衛卻容許被侵害者實施適當必要的防衛手段，甚至容許其殺害侵害者。因此，當保證人地位與正當防衛發生競合時，認定被侵害者基於其保證人地位而負有退避義務或必須忍受侵害者所造成的輕微損害，才能貫徹並落實保證人地位的任務設定¹¹。


第五項 主觀權利說

在純粹保護個人權利的第五個進路中，學說上有認為，正當防衛理論基礎在於保護個人主觀權利。個人擁有主觀權利的意義在於，個人在其權利領域內可以自由處分自己的權利，不會因為該權利行使在他人眼中看來是不合理而有所不同，然而，如果每個人都可以依照自己的喜好自由行使主觀權利，將使社會共同生活無法繼續。因此雖然權利人一方面得自由行使其主觀權利，但另一方面，權利人對於他人所持有的主觀權利也負有尊重義務，透過賦予社會成員間相互尊重的請求權及義務，穩定的社會生活就成為可能¹²。

此外，正當防衛無須受到衡平性限制。理由在於：主觀權利的核心意義是讓權利人可以自由處分權利，該權利的法律地位並不是由侵害者或社會大眾決定，而是由權利人自己決定。換言之，每一個權利對於權利人而言都擁有相同的法律地位，

¹¹ 周漾沂，前揭註2，頁1266-1268。

¹² 薛智仁（2019），〈正當防衛與比例原則〉，《月旦法學雜誌》，第291期，頁60-62。德文文獻可參考：Lesch, Die Notwehr, in: Widmaier/Lesch (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 91 ff.; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen 2008, S. 82 ff.



權利人可以為了保護生命權而以干預他人身體權方式實施必要防衛，權利人同樣也可以為了保護財產權而以干預他人生命權方式實施必要防衛。相對的，如果正當防衛必須受到衡平性限制，這將導致在個案中被侵害者為了保護自身價值輕微的財產權，以干預他人生命權而實施的必要防衛手段，往往無法通過衡平性的審查，結果將會是：被侵害者的財產權保護產生漏洞。至少在財產權價值輕微時，國家透過將被侵害者防衛行為宣示為違法，在一定程度上是向社會公眾表示其拒絕保護財產權，這甚至會使得主觀權利的保護意義落空。因此，正當防衛無須受到衡平性限制。最後，正當防衛也不需要履行退避義務，當他人恣意侵害自己的主觀權利時，為了維護自己的主觀權利完整性，權利人可以有效地排除他人侵害¹³。

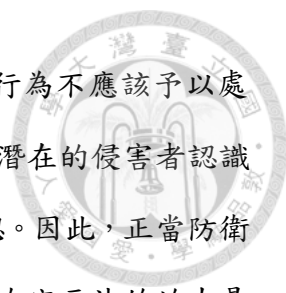
第二節 純粹維護法秩序

Schmidhäuser 認為，正當防衛理論基礎只在於**維護法秩序的經驗性效力**（empirische Geltung der Rechtsordnung），當侵害者向他人實施現在不法侵害時，侵害者實際上侵害的是社會共同體事實上承認的共同生活基礎，因而否認了法秩序經驗性效力¹⁴。換言之，如果法律對於侵害者所實施的不法侵害置之不理，以法秩序為基礎而共同生活的社會成員將無所適從，長久以來，社會成員將不再信賴規範效力，法秩序的穩定性將會受到毀壞，故侵害者表面上雖然是在侵害他人權利，但實際上是將其不願意尊重法秩序經驗性效力的態度表達於外。Schmidhäuser 更進一步地認為，並非所有的現在不法侵害都可以被認定為否認法秩序經驗性效力，毋寧只有當不法侵害已經顯露出對於法秩序的重大不尊重時，法秩序的穩定性才會因而被破壞。

依此進路理解正當防衛，正當防衛的意義在於維護法秩序的經驗性效力，透過

¹³ 薛智仁，前揭註 12，頁 60-62。德文文獻可參考：Lesch, (Fn. 12), S. 91 f.; Engländer, (Fn. 12), S. 82 ff.

¹⁴ Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 102 ff.



法律賦予被侵害者合法使用武力權限，顯示出法秩序認為防衛行為不應該予以處罰，實施防衛行為之人是屬於合法的一方，這正足以使侵害者或潛在的侵害者認識到不法侵害是位居於不法的一方，進而使得法的效力再次被確認。因此，正當防衛可被認為是「法秩序的自我保護」，藉由正當防衛規定，可以再次宣示法的效力是不可動搖的¹⁵。被侵害者透過其防衛行為既然維護社會成員賴以維生的法秩序經驗性效力，在一般抽象的利益衡量上，被侵害者防衛行為所保全利益就必然優越於侵害者犧牲利益，因此正當防衛在具體個案中無須審查衡平性，為了有效維護法秩序經驗性效力，被侵害者也不需要負擔退避義務。

第三節 同時保護個人權利及維護法秩序

第一項 對稱式二元理論

相對於上開學說主張正當防衛理論基礎只在於純粹保護個人權利或純粹維護法秩序，通說見解認為，正當防衛的理論基礎在於同時保護個人權利及維護法秩序。通說見解主張，被侵害者透過防衛行為排除不法侵害，無論在現實上或規範上都足以讓自身的權利獲得保全，不過，維護法秩序的實質內涵並不一定要從維護法秩序經驗性效力的角度切入解釋，反而應該從**一般預防**角度予以補充，維護法秩序的實質內涵是行為人透過防衛行為足以達成追求一般預防目的之效果¹⁶。因為，即使在具體衝突發生而負責危害防止的國家機關不在場時，也有讓法秩序不容許他人恣

¹⁵ Schmidhäuser, (Fn. 14), S. 115 f.

¹⁶ Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2019, § 18 Rn. 1.; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 1 f.; Jäger, Das dualistische Notwehrverständnis und seine Folgen für das Recht auf Verteidigung- zugleich eine Untersuchung zum Verhältnis der Garantienlehre zu den sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts-, GA 2016, S. 258 f.; Fahl, Neue „sozialetische Einschränkung“ der Notwehr: „Folter“, Jura 2007, S. 746.; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, S. 178 ff.; Roxin, Die „sozialetische Einschränkungen“ des Notwehrrechts — Versuch einer Bilanz —, ZStW 93, S. 70 ff.; Roxin, Notwehr und Rechtsbewahrung, in: Kühl u.a. (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 396 ff.; Sinn, Notwehr gegen nicht sorgfaltswidriges Verhalten, GA 2003, S. 96.; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, München 1979, S. 99 ff.



意侵害個人法益的意義再次被宣示的必要¹⁷。

從被侵害者角度切入，將被侵害者的防衛行為合法化，等同於肯認實施防衛行為的被侵害者是居於合法的一方、實施不法侵害的侵害者是居於不法一方，可以再次確認法秩序界定合法及違法行為的界限，並因而穩定法秩序。而從侵害者角度切入，將防衛行為合法化意味著，實施不法侵害之人在違反法秩序時並非毫無風險，不法侵害的實施者除了會構成刑法上的犯罪而必須面臨刑事責任外，更需要承擔他人可能因而予以反擊的風險，後者在此特別具重要性，如果實施不法侵害所必須承擔的風險不僅是必須負擔刑責，更必須承擔他人發動合法反擊風險，乃至於容忍他人合法反擊時，就可以讓潛在犯罪者放棄違犯刑法上的禁令，進而發揮一般預防的嚇阻效果。

基於以上說明，正當防衛無須審查衡平性，因為正當防衛一方面可以再次確認法秩序合法與違法行為的界限，另一方面更負有促成潛在犯罪人放棄犯行的一般預防效果，容許被侵害者實施防衛行為的保全利益顯然優越於侵害者犧牲利益。此外，如果肯認被侵害者必須履行退避義務，將使得法秩序確認合法與違法行為界限的效果大幅減弱，因此，被侵害者也不須履行退避義務。

最後，一般預防會因為侵害種類不同而具有不同預防強度的需求¹⁸，例如在面對無責任能力者的侵害時，因為防衛行為所能帶來的一般預防效果會有所下降，被侵害者的防衛權限就必須受到一定程度的限制。在此前提下，合宜性或社會倫理限制的審查是可以被接受的，當個案情形涉及無責任能力人侵害、保全利益與犧牲利益顯然失衡、雙方間具有特定親屬關係及挑唆防衛時，被侵害者的防衛權限可能受到三階段理論限制（被侵害者必須優先採取迴避措施，無法迴避時必須採取保護型防衛，無法採取保護型防衛時才能採取攻擊型防衛），或可能導致被侵害者的防衛

¹⁷ Vgl. Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 1 f.

¹⁸ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 2.



權限徹底受到封鎖，自始無從主張正當防衛¹⁹。

簡而言之，通說見解將正當防衛理論基礎認定為同時保護個人權利及維護法秩序，無論在解釋正當防衛的理論基礎或權利限制時，都是同時從個人權利保護及維護法秩序切入解釋，在正當防衛要件解釋上，個人權利保護與維護法秩序是同時發揮作用²⁰，因此，通說見解可以被認為是對稱式二元理論（symmetrische dualistische Theorie）。

第二項 非對稱式二元理論

相對於通說見解所採取的對稱式二元理論，Greco 以通說見解為基礎提出進一步的修正方案，Greco 將「正當防衛的理論基礎」及「正當防衛的權利限制」區分討論，認為正當防衛權利本身應該從純粹的個人主義角度（保護個人權利）切入論證，主張正當防衛權本身是一種後設權利並旨在保護個人主觀權利領域整全性。換言之，在討論正當防衛的防衛情狀及防衛手段時，只須考量個人主觀權利領域完整性是否可以充分獲得確保，無論是被侵害者無須履行退避義務或正當防衛不需要審查衡平性的理由，都無須透過一般預防的術語來解釋，因為個人主觀權利領域整全性不受整體社會利益最大化的約束，只要是為了保護個人主觀權利領域整全性適當且必要的防衛手段，被侵害者即得為之²¹。

然而，在正當防衛的權利限制上，就可以引入超個人主義（維護法秩序）的考量，尤其必須考慮到維護法和平，因此，為了整體利益而對於個人正當防衛權的限制，必須在「容忍及補償」的結構下進行思考。如果在特定情形中限制被侵害者的正當防衛權，就等同於要求被侵害者必須為了維護法和平的利益犧牲其防衛權利，此一要求對於被侵害者而言，是一種為了公共福祉所作的特別犧牲，當被侵害者受有特別犧牲時，就必須在給予合理補償的前提下，才能對於被侵害者的防衛權利做

¹⁹ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 55 ff.

²⁰ Vgl. Krause, Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, S. 332.

²¹ Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, S. 672 ff.



出合法限制²²。

不過，並非所有主觀權利都可以要求被侵害者為了公共福祉而犧牲，如果該主觀權利是涉及權利人構成人格權之核心者，例如生命、身體或自由權，那麼就沒有任何正當理由可以限制該主觀權利。但是，如果是構成人格權核心以外的主觀權利，例如財產權，基於有犧牲就有補償的法理，當被侵害者被要求犧牲生命、身體及自由以外的權利而可以得到合理補償時，對於被侵害者防衛權利的限制就具正當理由。相反的，要求被侵害者犧牲生命、身體、自由以外的其他權利但卻未給予補償時，就不得對其防衛權利進行限制²³。

我們可以發現，Greco 雖然仍然同時考量個人權利保護及法秩序維護，但其所提出的修正方案卻是清楚地在「理論基礎」只考量個人權利保護，而在「權利限制」中才將維護法秩序思想一併納入考量，因此，Greco 的修正理論可被稱為非對稱式二元理論（asymmetrische dualistische Theorie）²⁴。

第四節 本文見解

第一項 純粹保護個人權利

第一款 一般行動自由的額外保護

按照通說見解，違法性的核心內涵在於優越利益原則²⁵，本說將被侵害者透過防衛行為所保全的利益與侵害者犧牲利益進行衡量，並依此說明正當防衛的銳利性特色，是一種利益衡量模式的證立方法。然而，優越利益原則僅只是一個抽象、

²² Greco, (Fn. 21), S. 679 ff.

²³ Greco, (Fn. 21), S. 679 ff.

²⁴ 在 Greco 之前就已經提出非對稱式的二元理論，並認為正當防衛權利核心在於個人權利保護，而法秩序維護則只涉及正當防衛權利界限者，可參考 Kaspar, Die Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe, JuS 2014, S. 772.

²⁵ Roxin, (Fn. 1), § 14 Rn. 40.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 1. 中文文獻可參考：林鈺雄，前揭註 1，頁 226-227。



一般性的標準，利益衡量模式是否能有效論證正當防衛理論基礎，必須實質討論侵害者與被侵害者間的利益衡量論證是否具說服力。本文認為，從防衛行為額外保護被侵害者一般行動自由，導致被侵害者保全利益必然優越於侵害者犧牲利益的說法，並不具說服力。

首先，在一般抽象的利益衡量上將一般行動自由納入考量，將使得雙方間的利益衡量標準變得更加模糊。因為，如果一般行動自由在雙方利益衡量上占據重要地位，在考量雙方利益時就不只是必須考量被侵害者的一般行動自由，而是同時也必須將侵害者的一般行動自由納入考量。例如，A 持刀傷害 B，B 透過攻擊 A 手臂方式進行反擊。在本案例中，A 持刀傷害 B 的行為是侵害 B 的身體利益及一般行動自由，但是 B 攻擊 A 手臂行為也同時侵害 A 身體利益及一般行動自由。本說並未說明在判斷雙方利益衡量關係時，無須考量侵害者一般行動自由受損害的理由，以及被侵害者一般行動自由更優越於侵害者一般行動自由的理由為何。

此外，在進行一般行動自由保障的推論時，必須更具體說明該權利內涵及侵害路徑。因為，一般行動自由雖然是憲法上所保障的重要權利，但是，無論是生命權、身體權、自由權，乃至於是財產權，都可以與一般行動自由相連結，在侵害他人生命、身體、自由或財產權時，往往會同時侵害依其意志決定生命、身體、及財產處分自由的一般行動自由，因此，這足以推論出一般行動自由具有高度抽象概括內涵。既然一般行動自由具有高度抽象概括內涵，進而可以推演出各式各樣的權利內涵，在進行一般行動自由保障的推論時，就必須更具體說明保障權利內涵及侵害路徑²⁶。例如，想要從一般人格權推論出自主決定死亡權，必須詳細說明：一般人格權是維護自我認同及個體性的基本條件並足以確保個人以自我決定的方式自由發展，因此，一般人格權是個人自主決定權的展現，而個人自主決定權包含自行決定死亡權，個人根據其生命品質及自身存在意義的理解而想要結束生命的決定，必須受到

²⁶ 李震山（2007），《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，2 版，頁 3，元照；吳庚、陳淳文（2021），《憲法理論與政府體制》，7 版，頁 91，三民。

國家及社會的尊重²⁷。我們不能泛泛地指稱：不應禁止協助他人自殺旨在保護一般行動自由，而是必須更具體說明從一般行動自由及一般人格權是如何推導至自主決定死亡權。正是因為一般行動自由具有高度抽象內涵，為了避免在利益衡量中加入難以比較的衡量因素，在進行利益衡量時，就不能只是抽象地指出一般行動自由在憲法當中的重要性，而是必須更具體說明該權利內涵及侵害路徑。

最後，回到刑法當中，如果我們仔細觀察刑法典中的犯罪，大多數犯罪的保護法益背後都隱含一般行動自由保護，例如刑法第 271 條殺人罪的保護法益是生命法益，生命法益內涵除了生命之外，更包含一般行動自由，如果一個人失去生命，就沒有開展其一般行動自由可言，因此保護生命法益也同時保護一般行動自由，除了殺人罪之外，傷害罪、重傷罪等也都是相同的概念。因此，在刑法典中並非不保障一般行動自由，而是將抽象的一般行動自由更具體化地進行個別保護，以達到對於個人外在行動自由全面性保障²⁸。如果我們進一步地觀察憲法對於一般行動自由的規範，就可以發現憲法是透過非列舉權的方式對於一般行動自由進行規範，這正代表：一般行動自由具補充性地位，在個案確認基本權侵害時，必須優先審查已列舉的其他基本權，最後才能審查非列舉的一般行動自由²⁹。相對的，如果我們將刑法所保障的法益全部以一般行動自由方式呈現，將使得各個條文失去獨立成罪意義，無法具體說明保護生命、身體或財產法益特殊之處，尤其在財產法益當中，立法者為了確保所有人對於財物的所有權，一方面透過竊盜罪保護他人所有權，另一方面，也透過搶奪罪及強盜罪處罰額外侵害他人意思決定及意思活動自由之搶奪及強盜行為，立法者有意透過竊盜罪、搶奪罪及強盜罪等罪名的體系安排，給予財產法益全方面的保障，如果我們認為，侵害他人財產法益之竊盜行為會額外侵害他

²⁷ Vgl. BVerfGE 153, 182 Rn. 208 ff.

²⁸ 許恒達，前揭註 7，頁 349-351。德文文獻：Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, Frankfurt am Main u.a. 2005, S. 64 f.; Frister, GA (Fn. 6), S. 300.

²⁹ Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3 Aufl., 2009, § 168, Rn. 28 ff. 中文文獻：許育典（2021），《憲法》，11 版，頁 101，元照；謝碩駿（2018），〈憲法概括性權利保障條款之解釋——德國法的觀察〉，《月旦法學雜誌》，第 273 期，頁 48-61。



人一般行動自由，將模糊化竊盜與強盜的區分界限，架空立法者設立各種財產法益罪名之原意³⁰。

基於以上說明，在正當防衛理論基礎中，認為被侵害者防衛行為額外保護自身一般行動自由的主張，一方面可能使利益衡量標準更加模糊，另一方面也忽略一般行動自由已被具體化為各種不同的保護法益，本說並不具說服力。

第二款 侵害者需保護性降低

本說從侵害者需保護性降低的角度切入論證正當防衛理論基礎，同樣是立基於利益衡量模式的證立方法，不過，本說同樣不具說服力。本說核心論理是：侵害者既然選擇侵害他人，就他人反擊所可能產生的風險就必須由侵害者自己承擔。然而，這樣的主張本身就已經是在說明待證標的，並預設被侵害者所實施的防衛行為具正當性³¹。因為，我們也可以假定：侵害者雖然在可以放棄對他人實施不法侵害前提下，仍然選擇實施不法侵害，但是仍然必須由防衛者「部分承擔」反擊風險，特別是當我們考量到被侵害者往往是在慌亂恐懼、未經專業搏擊訓練的前提下實施防衛行為，該防衛行為可能對於侵害者造成額外損害時，就難以逕自認定被侵害者的保全利益必然優越於侵害者的犧牲利益。換言之，侵害者雖然實施不法侵害，但是否會因此導致侵害者的需保護性降低到比被侵害者保全利益更低的程度，必須有更進一步的說理。

對此而言，Mitsch 從被害人釋義學角度切入論證。Mitsch 認為，侵害者在實施不法侵害前，如果選擇不實施不法侵害或在不法侵害開始後及時放棄不法侵害，就可以避免產生被侵害者的反擊風險，但是侵害者既然仍然選擇實施不法侵害，法秩序對於侵害者的需保護性就會因而降低³²。Mitsch 所採用的被害人釋義學解釋路徑

³⁰ 許恒達，前揭註 7，頁 350-351。

³¹ Renzikowski, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, S. 118 f.

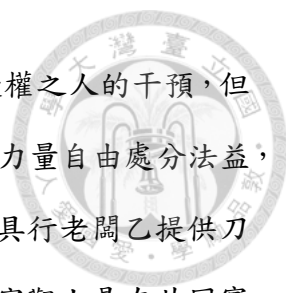
³² Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, §17 Rn. 1.; Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, Hamburg 2004, S. 115 ff.

可以從自我負責的角度切入分析，在不法層次上，被侵害者透過反擊行為所創造的風險，是因為侵害者恣意侵害他人法益所導致，因此該反擊風險應歸責給侵害者，由侵害者對於該風險負責，如此一來，將形成類似於侵害者自我負責的解釋方式³³。

侵害者自我負責的說法，或許可以訴諸於客觀歸責層次中的被害人自我負責原則，然而被害人自我負責原則只有在符合三大前提下才能成立：第一、被害人對於該風險有法益處分權；第二、被害人對於該風險有充分認知且無意思瑕疵的自主決定承擔風險；第三、侵害者與被害者間的行為模式是屬於合作關係而非侵害關係³⁴。申言之，被害人自我負責原則絕非只要有被害人行為介入，就應該由被害人完全承擔風險，被害人自我負責原則的內涵毋寧是：當他人與被害人的行為目的是在共同實現被害人的自由時，他人所為的構成要件行為形式就不再是侵害被害人法益，反而是進一步的協助實現被害人的法益處分權。換言之，只有當他人與被害人之間是處於合作關係，共同實現被害人所欲追求的法益處分權時，被害人自我負責原則才有適用可能。這是因為，法律雖然為了實現個人自由而賦予法益持有人主觀

³³ 同樣在不法層次上將反擊風險歸責於侵害者的 Merkel 是從間接正犯角度切入論證，Merkel 認為，在侵害者實施不法侵害後，雖然現實上看似是被侵害者實施反擊行為，但是在規範上被侵害者其實是在毫無選擇的情形下實施反擊行為，這在結構上類似於侵害者透過不法侵害強制被侵害者損害自身法益。例如，A 持刀攻擊 B 身體重要部位，B 在無處可逃的前提下攻擊 A，使得 A 身體法益受損。對於 Merkel 而言，既然 A 持刀攻擊 B 並讓 B 在無處可逃的前提下攻擊 A，在 B 實施反擊行為當下，雖然 B 是基於自我防衛意思實施防衛行為，但是在規範上卻是由幕後行為人 A 以不法侵害強制 B 實施反擊行為。因為，一方面在具體衝突發生時，對於現場情勢具有主導地位的是 A，另一方面，A 的行為是讓 B 在無從抗拒的壓力下選擇實施防衛行為，B 完全處於 A 的控制支配之下，B 等同於是如同 A 的工具人一般而被 A 所支配。可參考 Reinhard Merkel, Folter und Notwehr, in: Pawlik/ Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, Heymann 2007, S. 390 f.; Reinhard Merkel, §14 Abs. 3 Luftverkehrsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 2007, S. 377 f. 然而，這樣的說法似乎忽略 B 雖然是在毫無選擇的前提下實施防衛行為，但 B 並非只能選擇防衛行為，B 也可以選擇放棄自身法益保護，換言之，A 對於 B 的支配程度是否已經達到犯罪支配程度，仍然會因為現實條件不同而有所改變，我們不能因為 B 受有一定程度的脅迫，就認為 B 必然喪失自主性而徹底淪為幕後行為人的工具，Merkel 的說法，似乎過於速斷。

³⁴ 參考薛智仁 (2022)，〈參與被害人自我危害之結果歸責—最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決〉，《台灣法律人》，第 16 期，頁 154-158；薛智仁 (2021)，〈被害者學作為詐欺罪之解釋準則？—最高法院 109 年度台上字第 3699 號刑事判決〉，《台灣法律人》，第 4 期，頁 6-7；薛智仁 (2021)，〈不法挑唆與正當防衛〉，《中研院法學期刊》，第 28 期，頁 34-38；周漾沂 (2005)，〈被害人自陷風險對於行為人不法之作用〉，頁 59-60，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



權利，法益持有人可以隨心所欲地處分特定法益並排除未經其授權之人的干預，但是，在現代分工逐漸精細化的社會中，個人往往難以只透過自己力量自由處分法益，而是需要他人行為加以協助，例如甲想要持刀自殺，如果沒有工具行老闆乙提供刀械給甲，甲自始就無從「持刀」自殺，因此，只有當甲乙的行為客觀上是在共同實現甲的自由，並當乙主觀上也認知到該行為是在實現他人法益處分權時，始有被害人自我負責原則的適用。

再次觀察正當防衛中侵害者自我負責的說法，就可以發現要求侵害者為該風險負責有需要更進一步說明之處：**第一、侵害者是否充分認識其所欲承擔風險，即有疑問。**因為，侵害者在侵害他人法益時，是否充分認知他人可能予以反擊，實際上取決於侵害者行為當時的心理狀態，侵害者有可能是認知被侵害者可能予以反擊並容任該事情發生，不過，侵害者也可能認為被侵害者現實上根本不會反擊，因此，單純從侵害者可以預先放棄侵害手段卻未放棄而推論侵害者已經充分認識其所欲承擔風險，是將複雜的事實情形過度簡化而恣意得出想要的結論。

此外，本說所設想的原初情形是侵害者故意侵害他人法益，然而，這樣的原初設想顯然忽略侵害者除了會故意以不法侵害方式攻擊他人法益之外，也可能以過失方式侵害他人法益，當侵害者是以過失方式侵害他人法益時，是否仍可以認為侵害者已經充分認識其所欲承擔風險，也有疑問。

第二、更重要的是，侵害者自我負責結構與被害人自我負責結構有所不同。被侵害者創造的反擊風險並非旨在實現侵害者的法益處分權，被侵害者是透過反擊行為回復自身被侵害者恣意干預的權利領域，侵害者的不法侵害也只不過是恣意侵害他人法益，侵害者與被侵害者間的關係自始就不是處於合作關係，而是屬於刑法應介入管制的侵害法益關係，透過自我負責原則自始就無法推導出侵害者必須就該反擊風險負責的結論。

基於以上說明，在正當防衛理論基礎中，從侵害者需保護性降低的角度切入論

證的主張，除了可能過度簡化複雜事實外，更忽略侵害者自我負責結構與被害人自我負責結構有所不同，本說並不具說服力。




第三款 侵害者部分法益懸置說

本說主張每個人都必須負擔尊重他人生活條件及自由領域的尊重義務，當侵害者恣意透過不法侵害改變與被侵害者間的協和關係時，法秩序就會撤回對於侵害者部分法益的保護，使該部分法益懸置於法秩序保護範圍之外。因此，本說並非立基於利益衡量模式進行論證，而是從人際間必須互負對等尊重義務的平等模式進行論證。重要的是，本說強調，侵害者應被懸置的法益範圍，必須與不法侵害強度成正比，從而在防衛手段審查上形成類似於衡平性的合比例性審查。本文認為，此一合比例性審查有值得再進一步說明之處。

首先，合比例性審查標準無法忠實呈現侵害者與被侵害者間的利益衝突關係。本說對於不法侵害程度的高低比較是單純從「法益侵害程度」進行比較。例如，甲竊取乙財物，乙在別無其他防衛方法前提下，持刀殺死甲。依照本說見解，因為甲只是侵害乙財產法益，乙卻是以侵害甲生命法益的方式進行防衛，侵害者被懸置的生命法益與不法侵害的財產法益間並不合乎比例，乙無法主張正當防衛。然而，單純的比較保全利益與犧牲利益間的法益位階關係，無法忠實呈現出侵害者與被侵害者間的利益衝突關係。

如果我們將案例改寫為：體型壯碩的甲半夜持槍竊取乙在田中種植的一個西瓜，在家中的乙恰好看見此事，因為乙家與田地的距離遙遠，而且乙家居於山中四處並無鄰居，乙只能隨手拿起槍械朝甲發射，甲果然因而受重傷。在本案中，如果我們只將視角關注於懸置法益與不法侵害強度間的關係，就會認定甲所實施的不法侵害只侵害乙的財產法益，且侵害程度極其輕微，乙卻以侵害甲重大身體法益方式進行反擊，兩者間顯然不合乎比例，乙無法主張正當防衛。但是，這樣的審查標準忽略甲雖然是竊取乙田中的一個西瓜，但是以「持槍」方式進入乙田地之中，該




行為除了可能侵害乙財產法益外，對於乙的生命或身體法益也可能造成侵害，被侵害者損失的雖然只是財產法益，但是因為乙距離田地尚遠，自始就沒有以其他防衛手段防禦可能，如果要求乙透過與不法侵害程度相同的手段防衛，等同於是要求乙在家中看到甲侵入田地時，就必須以百米衝刺的速度衝到田中並推倒甲，對於乙而言，有極高的機率是乙抵達田地時，甲早已逃離現場，防衛成功機率極低，更何況甲體型壯碩，乙及時抵達現場與甲進行搏鬥的防衛成功機率也極低，最終乙只能選擇將其財產法益任由他人侵害。因此，在確立侵害者應被懸置的法益範圍時，不應單從法益的位階關係進行比較，而是必須將侵害者與被侵害者間的所有事實情況一併納入審查，例如侵害者實施侵害行為的方式、該侵害行為所會帶來的危險性高低、被侵害者是否仍有其他防衛手段、被侵害者其餘防衛手段成功機率高低等等皆應一併納入審查，才能確立侵害者應被懸置的法益範圍程度³⁵。

此外，本說所採取的合比例性審查，**可能使正當防衛的規範意旨落空**。依照本說見解，被侵害者的防衛手段除了必須考量適當性、必要性外，更需考量合比例性，當被侵害者的防衛手段不合乎比例時，法律強制被侵害者必須放棄適當必要的防衛手段。因此，我們必須考慮：課予被侵害者考量防衛手段合比例性的法律義務，是否屬於合理的道德訴求及是否會導致正當防衛規範意旨落空。

第一、要求被侵害者採取合比例的防衛手段，表面上看似是限縮被侵害者既有的防衛權利，但是，因為每一個理性人在無知之幕降下時都無法確定在未來時刻的自己是身處於侵害者或被侵害者的角色，因此，似乎可以得出每一個理性人都會選擇同意犧牲自己部分防衛權利，以換取自己身處於侵害者角色時，不會因為被侵害者實施不合乎比例的防衛手段而有額外法益受損可能性的結論。但是，如果我們考量到：對於正當防衛施加合比例性限制，將使得侵害者可以片面決定被侵害者防衛手段的容許性時，就無法確切地肯認所有理性人都會同意此一利益協調方案。因為，


³⁵ 相同見解：薛智仁（2019），〈阻卻不法之緊急避難：法理基礎、適用範圍與利益權衡標準〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第48卷第3期，頁1176-1177。



在被侵害的法益位階越低的前提下，只要侵害者的身材優勢或武裝程度越高，被侵害者的潛在防衛選擇就越少，甚至可能被壓縮至零。例如，當身材高大的侵害者持槍竊取身材瘦弱者價值高昂的財物時，侵害者是以侵害他人財產法益的方式實施不法侵害，被侵害者不能以侵害他人生命法益方式實施防衛行為。但是，被侵害者既然身材瘦弱，如果仍然要求被侵害者在別無其他選擇時放棄持刀或持槍實施防衛行為，就等同於剝奪被侵害者最適當有效的防衛手段，並要求其任由侵害者繼續實施不法侵害。長久以來，侵害者就會在侵害他人財產利益時加強自身武裝優勢，甚至是刻意挑選身材瘦弱者進行侵害，這等同於是讓身材瘦弱者的潛在防衛選擇被壓縮至零，並使他人可以恣意干預身材瘦弱者的財產法益。因此，要求被侵害者在懸置法益與不法侵害程度不合乎比例前提下犧牲自己的防衛權限，至少在道德上並不合理。

第二、禁止被侵害者採取不合乎比例的防衛手段，更會使得正當防衛規範意旨落空。理由在於：(一) **被侵害者的防衛行為將被認定為不法**。如果一個不合乎比例的適當必要防衛行為被認定為不法，國家不只在具體衝突發生前無法有效預防犯罪、在具體衝突發生時又處罰被侵害者的自我保護行為，這等同於是向公眾宣示其拒絕保護被侵害者的主觀權利，有違反國家保護義務之疑慮。更重要的是，國家將會間接肯認侵害者可以片面決定被侵害者的潛在防衛手段，使得被侵害者的主觀權利被他人恣意支配。在侵害者—被侵害者—國家的三角關係中，國家的地位將會是處於支持侵害者實施不法侵害的一方。許恒達雖然主張「倘若不法侵害干預極度有限，受侵害者的救濟方式就應事後透過民事或刑事訴訟方式尋求公權力保護」³⁶，然而，這樣的說法忽略被侵害者的主觀權利現正被他人恣意干預，在國家無從或不及保護人民時，強迫被侵害者容忍輕微損害，不只是一個無期待可能性的過度要求，更忽略人際間權利義務狀態的界限劃定與法益位階高低自始無關。

³⁶ 許恒達，前揭註7，頁367-368。



(二)使得正當防衛與緊急避難的界限產生混淆。許恒達雖然主張，縱使採取合比例性審查，正當防衛與緊急避難的界限並不會因此而有所混淆，因為從防衛客體的角度切入，正當防衛實施對象只限於實施不法侵害者。而從合比例性審查的角度切入，在正當防衛中的合比例性審查只是一種衡量懸置法益與不法侵害強度的審查，這種審查雖然非常類似於優越利益之審查，但仍然不是保護利益與侵害利益間的價值衡量關係³⁷。然而，本文認為，上述說法充其量只能處理正當防衛與攻擊性緊急避難類型區分之困境，在正當防衛與防禦性緊急避難的類型區分中，被侵害者反擊行為的對象都可以涵蓋不法侵害的實施者，如果在推論懸置法益及不法侵害強度時不可避免地會討論到侵害者受侵害利益範圍及防衛者保護利益大小，正當防衛與防禦性緊急避難間的區分界限就會顯得更加模糊，而這正可以顯示：將被侵害者所採取合乎比例的反擊行為列入緊急避難的管轄範圍，更可以清楚合理劃定正當防衛與緊急避難的界限。


基於以上說明，本說所強調的合比例性審查，不只在道德層次上不符合社會成員的理性自利，並非合理的道德訴求，更可能使得正當防衛規範意旨落空，本說不具說服力。

第四款 法權理論

本說從實質不法的角度深入分析主觀權利來源，並進一步以法權理論為導向解釋正當防衛要件，本文認為，此一解釋路徑有值得更進一步說明之處。

第一、法權理論作為論證基礎的正當性。法權理論確實可以說明：當他人恣意壓縮被侵害者的權利領域時，被侵害者就可以透過正當防衛方式回復自身權利領域。然而，法權理論並非得到此一結論的唯一解釋進路。每一個理性人在無知之幕降下時都無法確定在未來時刻的自己是身處於侵害者或被侵害者的角色，如果每

³⁷ 許恒達，前揭註7，頁361-362。




一個理性人在無知之幕降下時缺乏正當防衛權利，就等同於是將自身的自由權利交由他人恣意支配，這並不符合社會成員的利益最大化，因此每一個理性人都可以同意在他人恣意侵害自己的權利領域時，透過正當防衛方式回復自身的權利領域，此一利益協調方案符合社會共同體的最大利益。在賦予每一個理性人要求他人尊重自身權利領域請求權的同時，彼此間也必須互相負擔尊重權利領域義務，不得恣意地干預他人權利領域。因此，對於正當防衛理論基礎而言，無論是從法權理論、無知之幕，甚至是完全不探詢主觀權利來源，而只將法律所賦予的主觀權利認定為正當防衛理論基礎，只在論證路徑上有別，但在結論上並無不同。

第二、本說在被侵害者對於侵害者負有保證人地位時，未進一步說明要求被侵害者負擔退避或忍受輕微損害義務之理由。周漾沂主張，在以法權為導向的自由法治國刑法中，當被侵害者基於自由法秩序之補充性扶助體制或風險管轄合意移轉而對於侵害者具保證人地位時，被侵害者的防衛手段就必須受到限制³⁸。不過，雖然風險自我管轄原則或正當防衛理論基礎都可以從法權理論推導而出，但是在被侵害者對侵害者具保證人地位時，要求被侵害者必須負擔退避義務或忍受輕微損害義務的主張本身卻未實質說出當保證人地位與正當防衛處於競合關係時，被侵害者應該優先選擇解消或承擔風險的理由。

如果我們從反面觀察此一問題，也可以認為：被侵害者對於侵害者雖然負有保證人地位，但是在侵害者恣意選擇向被侵害者實施不法侵害時，被侵害者必須為其撲滅風險的保證人地位就已然解消。保證人地位的解消並非難以想像，例如在丈夫基於自殺意思要求負有保證人地位的妻子不要進行救助的案例中，學說上也有主張，為了使被害人自主決定權獲得最大實現，他人原先所負擔的保證人地位尚未實質生效³⁹。

³⁸ 周漾沂，前揭註 2，頁 1266-1268。

³⁹ 薛智仁，前揭註 34（中研院法學期刊），頁 21-22；高金桂（2012），〈不作為犯與保證人義務〉，《軍法專刊》，第 58 卷第 5 期，頁 158-159。



基於以上說明，本說在被侵害者對於侵害者負有保證人地位時，要求被侵害者負擔退避或忍受輕微損害義務，是旨在追求「履行其身為保證人的原初任務」的目的，但是卻未進一步說明當保證人地位與正當防衛權利產生衝突時，應該優先履行被侵害者身為保證人原初任務之理由，這可能使得法律解釋產生主觀恣意危險，並進而使司法解釋者以自身價值喜好取代立法者的價值判斷，忽略立法者才是具多數民意基礎的代表。


綜上所述，本說以法權理論對於正當防衛理論基礎進行論證，並在被侵害者對於侵害者負有保證人地位時，要求被侵害者負擔退避或忍受輕微損害義務，在解釋上具有主觀恣意危險，本說不具說服力。

第二項 純粹維護法秩序

本文認為，正當防衛理論基礎純粹只在於維護法秩序經驗性效力之說法不具說服力。理由在於，不法侵害如何破壞法秩序的經驗性效力，仍有待研究，Greco主張「如果維護法秩序是一個經驗性現實，防衛手段是否及在多大程度內能維護法秩序，不應該是舒適地坐在書桌前決定，而是應該進行實證研究」⁴⁰，可見，法秩序的經驗性效力被破壞的路徑及效果，都有進一步說明的必要。事實上，我們可以很輕易地從另一個角度反對不法侵害足以破壞法秩序的經驗性效力，在 A 持刀殺害 B 的例子中，A 固然是透過殺人行為表達對於法秩序的重大不尊重，但是這並不代表法秩序已經被終局破壞，因為，當一個生活在台北的私人被殺害，並不代表生活在屏東的私人就會因此而不信賴法秩序，生活在屏東的私人甚至可能認為，台北的秩序本來就比屏東還要來的更加混亂，當初選擇在屏東生活真的是一個好的選擇，並更加信賴法秩序。因此，在尚未具體化法秩序經驗性效力破壞路徑前，難以直接認定法秩序的經驗性效力已經被破壞⁴¹。

⁴⁰ Greco, (Fn. 21), S. 665 ff.

⁴¹ Vgl. Engländer, (Fn. 13), S. 27; Sinn, (Fn. 16), S. 97.



Schmidhäuser 雖然進一步主張，只有當不法侵害已經顯露出對於法秩序的重大不尊重時，才可以被認為是否定法秩序的經驗性效力。但問題是，Schmidhäuser 的主張不只不會使侵害路徑更加明確，反而使焦點更加模糊，如果我們接受 Schmidhäuser 的主張，問題焦點將從法秩序經驗性效力如何被破壞轉移到重大不尊重法秩序應如何被認定，在我們無法精確定義出維護法秩序本身概念為何之前，認定重大不尊重法秩序之標準就會如同失去定錨點的船，在擁有無盡理解可能性的汪洋大海中漂浮，始終找不到正確方向⁴²。


第三項 同時保護個人權利及維護法秩序

本文認為，通說見解主張正當防衛同時保護個人權利及維護法秩序，並透過一般預防功能填充維護法秩序內涵，並不具說服力。

首先，將正當防衛認定為同時保護個人權利與維護法秩序將使得正當防衛要件設定有主觀恣意危險。一方面，通說見解強調為了避免讓所有人都能夠以保護善良風俗、保護國家權威性為口號恣意地行使武力，防衛情狀中的侵害必須限縮於針對個人法益的侵害，針對社會法益或國家法益的侵害則必須交由國家機關負責⁴³。不過，如果我們徹底貫徹正當防衛同時保護個人權利及維護法秩序的理論基礎，將無法完善地解釋排除社會法益或國家法益成為適格防衛情狀的理由，因為人民在保護善良風俗或國家權威性的同時，也正在維護法秩序，在此情形中，本說是將維護法秩序的利益視而不見。另一方面，通說見解也強調，在保護法益及犧牲法益顯然失衡時，維護法秩序的需求因而降低，被侵害者的防衛權限必須受到限制。在本情形中，限制被侵害者的防衛權限可能導致被侵害者必須忍受輕微損害，本說單純強調維護法秩序需求，是將保護個人權利的利益視而不見。因此，維護法秩序與保

⁴² 在正當防衛理論基礎上否認維護法秩序概念存在的必要，並認為維護法秩序只不過是個人權利保護的反射結果者，在我國學說上早已有不少學者支持。可參：周漾沂，前揭註 2，頁 1237-1239；許恆達，前揭註 7，頁 342；薛智仁，前揭註 13，頁 59-60。

⁴³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 247-248；林書楷，前揭註 1，頁 133-134；王皇玉，前揭註 1，頁 298-299。




護個人權利的兩大原則並非總是相輔相成，而是在特定要件解釋上具有不同程度的高低位階關係⁴⁴。本說並未更進一步地說明：保護個人權利及維護法秩序在位階設定上應以何者為優先。在尚未精確化及具體化保護個人權利及維護法秩序兩者間關係前，採取此一見解將使得正當防衛要件設定有被主觀恣意認定的危險。因為，如果部分要件解釋倚賴於保護個人權利，另一部分要件解釋又側重於維護法秩序，我們就只需要泛泛地說出正當防衛同時保護兩者，即可無須進行任何論證就得出想要的結論，這只是透過堆砌可能相互矛盾的思想來掩蓋理論基礎的正當化赤字。

此外，如果徹底貫徹正當防衛理論基礎是同時保護個人權利及維護法秩序，將使得防衛對象擴及於侵害者以外的第三人。一般認為，正當防衛具有銳利性特色，為避免他人承受過大風險，實施防衛行為的對象僅能限於侵害者，如果防衛對象是侵害者以外的第三人，則非正當防衛之防衛對象。然而，如果徹底貫徹正當防衛理論基礎是同時保護個人權利及維護法秩序，將可能推論出不同結論。因為，被侵害者的防衛行為無論是針對侵害者或第三人，只要該防衛行為具維護法秩序的作用，就應當容許被侵害者實施防衛行為⁴⁵，這將使得侵害者—被侵害者—第三人間三角關係的風險分配失衡。

最後，本說並未徹底落實一般預防思想對於防衛手段要件解釋之影響。第一、正當防衛容許權利人在必要防衛限度內對於不法侵害實施反擊，甚至容許權利人透過殺害侵害者方式自我保護。但是，一般預防思想並不容許國家恣意對於犯罪行為人使用最重的刑罰，而是必須根據犯罪行為人侵害法益位階高低及犯罪行為情節輕重，在符合罪刑相當原則的限度內實施刑事制裁。如果在正當防衛理論基礎上採納一般預防思想，被侵害者所能實施的防衛手段強度就必須與侵害法益位階及侵害嚴重程度合乎比例，因此，如果侵害者是透過侵害他人財產法益方式實施不法

⁴⁴ 類似見解：許恒達，前揭註7，頁342-344。Ähnlich Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 369.

⁴⁵ Vgl. Renzikowski, (Fn. 31), S. 107.



侵害，就算殺人是在該情形下足以排除侵害的最後有效手段，被侵害者也不能以殺害他人方式予以反擊，因為被侵害者的防衛手段並不合乎比例⁴⁶。此外，如果我們接受一般預防是正當防衛理論基礎的一環，在防衛手段的設定上，就不能只考量侵害者與被侵害者間的雙方關係，而是必須額外考量被侵害者的防衛行為是否足以使潛在侵害者會因而放棄可能實施的不法侵害⁴⁷。然而，採取本說的學者，也並未依循一般預防思想對於防衛手段進行限制，而是強調被侵害者只要能在多種可以有效達成防衛目的的手段中選擇侵害最小者即可符合必要性，並強調正當防衛無須審查衡平性，這都與一般預防思想不符。

第二、在確認正當防衛能否發揮一般預防功能的問題上，不能單純取決於法律解釋者對於特定事件的錯誤印象，而是必須取決於實際的事實基礎，就此而言，實證研究具有重要的關鍵性地位。首先，在對於消極一般預防的實證研究中，Kaspar 早已發現在刑罰中扮演重要角色的是：存在於刑法典中的犯罪是否已經具有一定數量，以致於讓犯罪行為人會因為畏懼被處以刑罰而達到威嚇效果，除此之外，潛在行為人預期犯罪後被發現的可能性也扮演重要因素，不過，制裁的嚴厲程度並不具重要性。將此結論應用於正當防衛之中，對於正當防衛而言重要的是防衛者的防衛行為可能性，至於防衛行為的強度高低，對於侵害者而言一點都不重要，因此，單純從正當防衛的一般預防角度切入，自始無法解釋正當防衛的銳利性⁴⁸。此外，Amelung 及 Kilian 也曾針對正當防衛的一般預防功能進行實證研究，但研究結果是大多數的德國人民認為正當防衛必須審查衡平性，人民更無從肯認正當防衛足以發揮一般預防功能⁴⁹。

基於以上說明，將正當防衛理論基礎認定為同時保護個人權利及維護法秩序

⁴⁶ Ähnlich Koch, Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen, ZStW 104, S. 793.

⁴⁷ 相同見解：周漾沂，前揭註 2，頁 1238-1239。

⁴⁸ Kaspar, „Rechtbewahrung“ als Grundprinzip der Notwehr? Kriminologisch-empirische und verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer Reformulierung von § 32 StGB, RW 2013, S. 53 f.

⁴⁹ Amelung/Kilian, Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2003, S. 5 ff.




並以一般預防功能填充維護法秩序內涵的說法，似乎只是在邏輯上、想像上具可行性，但在要件標準設定上卻自始難以貫徹自身所提出的理論基礎，而僅成為一個表面上看似美好，但實際上卻吹彈可破的美夢，本說不具說服力。

第四項 本文見解

第一款 正當防衛理論基礎應採取主觀權利說

本文認為，主觀權利說最能適正解釋正當防衛銳利性特色。個人既然在法律上享有各式各樣的主觀權利，權利人在他人恣意干預自身權利領域時，就可以透過合乎正當防衛方式回復自身權利領域，因此，我們只需要訴諸於正當防衛「權利」本身，即可充分說明正當防衛無須履行退避義務且無須受到衡平性限制之理由。一方面，主觀權利持有人得依其意願自由決定權利支配方式，在他人恣意干預其主觀權利領域時，他人等同於損害主觀權利人在法律上所享有的自由，如果要求主觀權利持有人必須優先履行退避義務，該不法侵害對於其自由的損害不會因而消除，反而會因為該退避義務而持續存在，因此，主觀權利持有人可以有效排除不法侵害，無須優先退避。另一方面，權利人所享有的每一個主觀權利都擁有相同的法律地位，縱使在個案中是財產權受侵害，對於一個重視財產更甚於生命、身體的主觀權利人而言，只要他人恣意違背彼此互負的尊重義務而實施不法侵害，權利人就可以實施適當且必要的防衛手段。只要我們肯認主觀權利的重要性，就沒有人有權利以他人的主觀權利作為代價以謀取自身利益最大化，如果正當防衛必須受到衡平性限制，這將讓被侵害者的財產權無法有效獲得保護，並使得主觀權利的意義徹底被顛覆。

或許會有認為，如果在正當防衛理論基礎不探討主觀權利來源，當正當防衛的界限處於模糊地帶時，將缺乏一個方向性、體系性的解釋指引方向。然而，為了維護並貫徹權力分立原則，任何對於正當防衛權所施加的限制，其正當性只需也只能透過比例原則加以檢視。因此，「正當防衛理論基礎」與「正當防衛權利限制」應區分觀察，前者只在於保護個人主觀權利，後者則應透過比例原則加以檢驗。以法



哲學式觀點對於正當防衛進行解釋，固然能體系一貫、邏輯一致的解釋正當防衛相關要件，但最大的難題在於：憲法本身並不只是侷限於自由主義或社會主義，而毋寧是採取將效益主義、社會主義及自由主義皆涵蓋於其中的價值多元主義⁵⁰，為了避免刑法成為法律解釋者恣意以自身價值觀進行實質化解釋的法律工具，同時也因為權利無論從客觀或主觀論進行論證，至少在正當防衛理論基礎的結論上並無不同，為了避免將焦點過度關注於權利論證本身，我們或許可以將正當防衛權理解為一種「後設權利」，透過正當防衛權貫徹並維護各個主觀權利，而將視角更著重於主觀權利所擁有的特徵及其對於釋義學的影響。

第二款 主觀權利領域特徵

第一目 主觀權利領域具請求權特徵

首先，我們可以將視角放置於主觀權利所蘊含的特徵。保護個人主觀權利可以再更精確化為「保護個人主觀權利領域的整全性」，正當防衛目的在於使個人主觀權利領域受到完整保護，如果個人主觀權利領域可以被他人恣意干預，每一個人在社會中就會隨時處於憂慮狀態，社會交往就不再成為可能。

因此，主觀權利領域的整全性如果從人際觀點切入分析，就可以得出個人主觀權利領域整全性具備請求權特徵。主觀權利持有人具有請求他人尊重自身完整主觀權利領域的請求權，同時，主觀權利持有人也必須負擔尊重他人完整主觀權利領域的義務，透過賦予社會成員彼此間具對等尊重請求權及對等尊重義務方式，可以讓每一個人的主觀權利領域獲得最大程度的完整實現⁵¹。舉例而言：刑法第 271 條殺人罪旨在保護個人生命，因此在社會中的每一個成員都擁有要求他人尊重自身生命之請求權，每一個成員也都負有尊重他人生命之義務，透過賦予每一個社會成

⁵⁰ 顏厥安 (2004)，〈生命倫理與規範論證〉，氏著，《鼠肝與蟲臂的管制》，頁 87-96，元照；黃舒芄 (2020)，〈什麼是法釋義學？以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡〉，初版，頁 106，國立臺灣大學出版中心。

⁵¹ Vgl. Engländer, (Fn. 13), S. 71. 中文文獻：薛智仁，前揭註 13，頁 60-61。



員尊重他人生命請求權及義務，可以使社會成員在從事社會交往時，可以無須擔心下一刻自己的生命可能會以任何形式被剝奪，每一個人的主觀權利就能獲得最大實現。

第二目 主觀權利領域具強制力特徵


在現代法治國家中，原則上應該由國家享有武力獨占權限，同時也應由國家負擔保護社會成員權利的義務，但是在國家無法及時排除個人所面臨的不法侵害，或在國家不願為之時，個人就可以基於回復主觀權利領域目的，向他人實施適當必要防衛行為。如果權利人無法及時向他人實施防衛行為，而是必須等到侵害結束後才能向國家進行追訴，等同於是課予權利人容忍他人侵害義務，這對於權利人而言不僅是一個不合理的要求，更會間接鼓勵所有潛在侵害者恣意侵害他人權利領域，使得主觀權利的存在成為空中樓閣，並讓主觀權利淪為一種口號般的存在，因此，主觀權利從個人自由的角度切入，至少在功能上可以得出其具備強制力特徵⁵²。

更重要的是，由主觀權利領域所推導出的請求權及強制力特徵並無價值高低之分，權利人要求他人尊重權利之請求權，並不會因為權利內容不同而有所影響。因此，當 A 竊取 B 價值輕微之財物，B 以將 A 推倒的方式予以反擊時，A 違反尊重 B 財產請求權，B 也違反尊重 A 身體請求權。因為 A 是恣意侵入 B 主觀權利領域之人，B 可以在必要防衛限度內予以反擊。B 所享有的主觀權利並不會因為被侵害的是涉及財產的主觀權利，就必須為了保護 A 的身體權而必須選擇退讓或限縮其防衛手段。

第三款 對於主觀權利說的批評與回應

第一目 對於主觀權利說的批評

⁵² Vgl. Engländer, (Fn. 13), S. 84. 更進一步地認為主觀權利與強制力間在概念上是必然連結者，可參考 Greco, (Fn. 21), S. 675 ff.; Popp, Nothilfe nach erlaubter Notwehr, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Schulthess 2017, S. 177 f. 中文文獻則可參考周漾沂，前揭註 2，頁 1241-1242。



在確立正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性後，我們有必要回應學說上對於主觀權利說的各種批評。學說上對於主觀權利說的批評主要有四點：**第一、從生命絕對保護原則觀點切入**，當我們肯認被侵害者具防衛權利時，等同於承認侵害者必須負擔相對應的容忍義務，但是，侵害者縱使透過不法侵害恣意干預他人主觀權利，侵害者在法律上的權利地位也不會因而喪失，尤其在被侵害者的防衛行為干預侵害者的生命權時，特別具有爭議，因為只要被侵害者的防衛行為符合適當性及必要性，被侵害者甚至可以殺害侵害者，如果我們認為，在整體法秩序中生命權占據重要地位，侵害者就沒有容忍生命權被他人剝奪的義務，「任何涉及生命的利益衡量，理論上都不可能滿足優越利益」⁵³。**第二、從防衛救助角度切入**，如果認為正當防衛旨在保護個人主觀權利領域整全性，在防衛救助情形中，因為潛在救助者的主觀權利自始未受侵害，因此潛在救助者的防衛權限必須是被侵害者明確將主觀權利保護的任務授權給潛在救助者行使，然而，正當防衛在防衛情狀中要求不法侵害必須具備現在性，當該不法侵害已對於被侵害者的主觀權利造成具體危險時，要求被侵害者「明確」授予潛在救助者主觀權利，在現實上幾乎不可能⁵⁴。**第三、從合宜性角度切入**，正當防衛的合宜性或社會倫理限制只能在超個人主義的基礎上才能得到完善解釋，單純從主觀權利角度切入，在無責任能力人實施不法侵害的案例中，可能會得到：只要是保護個人主觀權利領域整全性適當且必要防衛行為，無論被侵害者面對的是完全責任能力人或無責任能力人都可以為適當必要防衛行為的結論⁵⁵，因此，主張正當防衛理論基礎只在於保護個人權利者，在合宜性或社會倫理限制要件上卻時常引入超個人主義思想進行限制，這將是一種論理上的斷裂。**第四、從民法第 151 條自助行為角度切入**，在不法侵害只損害權利人相對權的情形中，主觀權利說無法完善解釋為何被侵害者只能主張民法第 151 條自助行為，而不能主張刑法第 23 條正當防衛，因為，無論是相對權或絕對權，

⁵³ 許恆達，前揭註 7，頁 348-349。

⁵⁴ 許恆達，前揭註 7，頁 349。

⁵⁵ Roxin/Greco, (Fn. 1), Rn. 3e.



都是被侵害者所擁有的主觀權利⁵⁶。

第二目 對於批評的回應

一、生命絕對保護原則

生命絕對保護原則的意義是，生命權是個人行使法益處分自由的根本，缺乏生命就沒有處分其身體、自由、財產法益的可能性，因此，生命權是整體法秩序中最重要之權利之一，個人生命權的保護不會因為人的年齡、身心狀況或經濟處境而有所改變⁵⁷。但是，從生命絕對保護原則無法進一步推論出：生命權絕對不容許被剝奪。此一批評似乎誤解生命絕對保護原則的意義。除此之外，主觀權利既然具有強制力特徵，在他人無正當理由干預被侵害者的權利領域時，被侵害者就可以有效排除他人干預，這也與優越利益無關，因此，此一批評並不具說服力。

二、防衛救助

從防衛救助角度切入，也並非有力批評。因為，採取主觀權利說的學者也並不全然認為防衛救助只有在得到被侵害者明確授權時始具正當性。首先，在防衛救助的問題上，必須將防衛救助權利的「取得來源」及「取得方式」區分開來探討。此一批評是在防衛救助權利「取得方式」的層次中進行討論。不過，無論是採取主觀權利說的學者或是通說見解都認為，只要從一般理性客觀第三人的角度事前觀察，該防衛救助符合被侵害者的推測意思，潛在救助者即得實施防衛救助，被侵害者不一定要明示或默示地表示願意接受防衛救助。因此，縱使被侵害者可能基於其內心願望、態度而欲拒絕防衛救助，例如被侵害者為了避免潛在救助者法益受損或被侵害者為了避免潛在救助者介入導致衝突升級而欲拒絕防衛救助，但只要一般理性客觀第三人無法從被侵害者的客觀外在行為辨識被侵害者真實意思時，就應該推

⁵⁶ Roxin/Greco, (Fn. 1), Rn. 3f.

⁵⁷ 薛智仁，前揭註 13，頁 61；薛智仁，前揭註 35，頁 1174-1175。



測被侵害者願意讓潛在救助者介入該衝突⁵⁸。

通說見解選擇不將被侵害者的授權方式限定於積極明確授權形式，並選擇不將被侵害者未明確授權之情形假定為被侵害者拒絕授權的理由，可能是考量到不法侵害具有急迫的現在性特徵，要求被侵害者在面臨法益的具體危險時，仍要積極明確地授權潛在救助者進行救助，可能忽略被侵害者往往在面對侵害當下是處於慌亂無助情境，根本無從積極明確地給予潛在救助者授權，也可能忽略被侵害者未明確授權不代表拒絕他人實施防衛救助。

例如：B 為了與 A 分手，便由好友 C 開車載 B 前往 A 所在的公寓，在 A 與 B 談論甚久之後，A 將想要離開自己的 B 鎖在公寓地下室，導致 B 根本無從與外界聯繫，與此同時，C 因為在車上等待甚久，便開始懷疑 B 的安全。在這個案例中，如果將被侵害者的授權方式限制於明確授權方式，將使得 C 自始無從提供防衛救助，然而，B 被鎖在公寓地下室時，縱使沒有明確將主觀權利授權給 C 行使，也會希望 C 進入公寓提供救助⁵⁹。


基於上述說明，將防衛救助的授權方式限制於明確授權方式，是過度限制防衛救助權利取得方式，並可能導致被侵害者的主觀權利無法得到有效保護。我們毋寧應認為：無論是明示、默示授權，或只要一般理性客觀第三人從事前角度觀察，該防衛救助符合被侵害者的推測意思，潛在救助者都能取得防衛救助權利。

三、合宜性批評

從合宜性或社會倫理限制角度切入批評主觀權利說，也並非有力的批評。因為，在合宜性或社會倫理限制的情形中，要求被侵害者必須盡可能迴避侵害或採取消

⁵⁸ 薛智仁，前揭註 13，頁 61；薛智仁，前揭註 35，頁 1175；許澤天（2012），〈強加防衛〉，《月旦法學教室》，第 111 期，頁 46。德文文獻：Erb, in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, 2020., §32 Rn. 183.; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 145.; Rengier, (Fn. 16), § 18 Rn. 113.; Frister, (Fn. 6), 16 Kap. Rn. 18.; Perron/Eisele, (Fn. 16), § 32 Rn. 25 f.; Engländer, (Fn. 13), S. 105 ff.; Seeberg, (Fn. 28), S. 154 ff.

⁵⁹ Vgl. Engländer, (Fn. 13), S. 106 f.



極的保護性防衛手段，是課予被侵害者放棄必要防衛手段的法律義務，該法律義務的課予不只會讓被侵害者的防衛手段受限，在特定情形下更可能導致被侵害者必須在一定範圍內容忍他人侵害。因此，合宜性或社會倫理限制是否具正當理由，必須透過比例原則進行審查。

在比例原則的審查中，必須將個案中可能產生衝突的利益逐一進行衡量分析，而後才能得出該權利限制是否具正當性的結論⁶⁰，因此，縱使將正當防衛理論基礎認定為保護個人主觀權利領域整全性，也不代表正當防衛權利限制只能從個人主觀權利領域整全性角度進行限制，正當防衛的出發點雖然是從保護個人主觀權利角度出發，但並不代表正當防衛的終點也只能以保護個人主觀權利為唯一根據。

四、民法第 151 條自助行為

從主觀權利說無法清楚界定民法第 151 條自助行為及刑法第 23 條正當防衛適用界限的批評，則是誤解正當防衛的適用範圍。法律所賦予人民的各種主觀權利，確實包含生命權、身體權、財產權乃至於債權等等，然而，正當防衛所要確保的主觀權利並不及於所有權利，而是只限於保護絕對權。

我們可以將權利區分為絕對權及相對權。絕對權是指權利人可對特定法益直接支配的權利，如生命、身體、自由、財產權等；相對權則是指權利人可請求特定人作為或不作為的權利，並可請求該特定人不得侵害其權利，如 A 欠 B 一百萬元債務，B 對於 A 擁有 100 萬元債權請求權，雖然 A 擁有債權請求權，但仍需要 B 將金錢交付給 A，A 才可以真正的獲得 100 萬元。主觀權利雖然可以包含絕對權及相對權，但是透過正當防衛所要確保的主觀權利只限於絕對權，而不包含相對權。理由在於，一方面，民法第 151 條自助行為規定權利人只有在特定情形下才能以強制力方式自力救濟，如果將正當防衛適用範圍包含相對權，將使得立法者精心安

⁶⁰ 這代表，對於正當防衛權利限制的比例原則審查，是將此一限制所會帶來的整體利益及惡害進行衡量，而這與緊急避難的衡平性審查並不相同。

排的體系架構徹底被架空，另一方面，在債務不履行情形中，權利人也應該優先透過民事訴訟或以取得強制執行名義方式實現債權，否則將使權利人優先使用正當防衛以取得債權，讓正當防衛成為解決民事糾紛的優先選擇，反而會讓民事紛爭解決機制淪為空談。因此，將主觀權利保護類型限制於絕對權，不只不會讓權利人的保護落空，更能在不同法領域中貫徹立法者的決定⁶¹。

基於以上說明，正當防衛所要確保的主觀權利既然只限於絕對權的保護，正當防衛與自助行為間的界限便逕渭分明，不至於有所混淆。

第四款 對於非對稱式二元理論的批評

最後，本文認為，Greco 正確地將正當防衛理論基礎認定為個人主觀權利領域整全性的保護，並將正當防衛理論基礎與權利限制區分進行探討，在出發點上值得贊同。因為，縱使是主觀權利說的支持者，也並不堅持個人主觀權利領域整全性必須絕對保護，而是在一定程度上容許權利限制存在⁶²。而將正當防衛理論基礎與權利限制區分探討，可以讓正當防衛的檢驗結構變得更加明確。除此之外，通說見解無論在解釋正當防衛理論基礎或權利限制時，都是一方面抽象地強調保護個人權利及維護法秩序必須同時發揮解釋作用，另一方面在具體要件解釋時卻時常以忽略保護個人權利或忽略維護法秩序方式得出自身所想要得到的結論。非對稱式二元理論可以大幅度地降低通說見解在正當防衛要件設定上可能產生的主觀恣意危險。

非對稱式二元理論最具特色—同時也是最值得商榷—之處在於，Greco 認為，正當防衛的權利限制是一種特別犧牲，且涉及生命、身體、自由權利以外的特別犧

⁶¹ 類似見解，薛智仁（2011），〈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》，第 182 期，頁 184-187。從不同理論基礎但得出相同結論者：許澤天，前揭註 1，第 3 章邊碼 33；許恒達（2020），〈過失犯罪與正當防衛〉，《月旦法學教室》，第 207 期，頁 40-41。德文文獻可參考 Sickor, Die Notwehrfähigkeit einer Zutrittsverweigerung durch Türsteher, Jura 2008, S. 19.; Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 30 ff.

⁶² Vgl. Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, §32 Rn. 3.; Engländer, (Fn. 13), S. 331 ff.

性，可以藉由補償方式取得正當化基礎。Greco 強調，生命、身體、自由權利屬於人類本來就享有的生來權利，至於生命、身體、自由以外的權利則是基於特別法律名義而得到的取得權利。生來權利屬於人格權的核心，無法以促進公共利益為目的而犧牲，取得權利在取得合理補償後則可以容許限制。

不過，Greco 的說法似乎是將權利限制合法性及特別犧牲的兩個不同層次混為一談，因為，討論特別犧牲的前提是：以國家公權力剝奪或限制人民權利之行為合法。如果國家以公權力剝奪或限制人民權利違法，人民自始就沒有容忍違法公權力限制義務，人民可以直接請求排除該違法侵害，並請求「賠償」，只有當國家以公權力剝奪或限制人民權利合法，人民無從請求排除侵害及賠償時，才需要接續討論人民因為公共利益需求而遭受損害的權利是否應給予合理「補償」⁶³。因此，必須將剝奪或限制正當防衛權限合法性層次與特別犧牲層次區分進行討論。在將合法性及特別犧牲區分兩層次探討後，就可以發現 Greco 的論述至少有兩個值得再更進一步說明之處。

第一目 將生來權利與取得權利區分對待不具正當性

首先，在剝奪或限制正當防衛權利合法性的層次中，Greco 區分生來權利及取得權利而為不同處理的方式不具正當性。Greco 對於權利限制區分為生來權利及取得權利並為不同處理的論證，主要是立基於社會的參與(Der Anteil der Gesellschaft)及分配正義(distributive Gerechtigkeit)⁶⁴。Greco 認為，取得權利既然是法秩序賦予個人的特殊權利頭銜⁶⁵，法秩序就可以透過規範規定私人在符合條件 A 至條件 F 時擁有所有權，而在符合條件 G 時私人所有權必須轉移給國家。這樣的說法並不罕見，例如我國民法第 814 條對於他人動產加工規定「加工於他人之動產者，其加

⁶³ 李建良(2019)，〈正當防衛、比例原則與特別犧牲—刑法與憲法的思維方法與理路比較〉，《月旦法學雜誌》，第 291 期，頁 43。

⁶⁴ Greco, Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands, ZStW 134, S. 38 ff.

⁶⁵ 例如，當一個有錢人的父母死亡後，有錢人之所以可以繼承其父母遺產，是因為法律制度決定個人可以獲得遺產的條件，並因此使其獲得其父母遺產的所有權，如果缺乏民法關於繼承相關制度，該繼承人對於其父母的遺產充其量只能說是「據為己有」而非「所有」。

工物之所有權，屬於材料所有人。但因加工所增之價值顯逾材料之價值者，其加工物之所有權屬於加工人。」只要加工人對於材料進行加工，並導致該材料價值顯著增加，該加工物之所有權就從原所有權人轉移至加工人身上。




相對於取得權利，在生來權利中，個人所擁有的生來權利並非是由法秩序所賦予的特殊權利頭銜，而是作為人與生俱有的權利本身，法秩序雖然保護這些生來權利，但卻並未對於生來權利的組成具有任何貢獻。換言之，法秩序雖然對於生來權利具有經驗上的事實貢獻（提供保護），但是卻並未對於該權利具有概念上的邏輯貢獻（生來權利是人類與生俱來的），因此，法秩序不能恣意地剝奪個人所享有的生來權利⁶⁶。

將這樣的論述邏輯運用到正當防衛當中，法秩序對於生命、身體、自由等生來權利既然並未提供任何貢獻，就等同於未參與個人生來權利，無論在任何緊急情形中，個人的生來權利都無法受到任何限制。相對的，在取得權利當中，因為取得權利是法秩序透過法律條件的創造而賦予，法秩序既然對於取得權利具有一定程度的參與，法秩序就可以在特定情形中限制個人的取得權利，不過，任何對於正當防衛取得權利的限制，都是基於公益目的的特別犧牲，因此，基於有犧牲就有補償的法理，只有在獲得合理補償前提下，對於個人取得權利的限制才具備正當性。

不過，Greco 似乎過快地將生來權利排除於正當防衛權利限制的種類之外。因為，以法律限制被侵害者的主觀權利等同於是要求被侵害者在特定情形下放棄適當必要的防衛手段，此一法律義務的要求無論是在保全利益與犧牲利益顯然失衡（可能涉及財產權），或是在雙方具有最近親屬關係時（可能涉及生命、身體、自由權），都是剝奪或限制被侵害者的防衛權利。因此，為了貫徹及維護權力分立原則，必須透過比例原則檢視該限制是否具備正當性。

⁶⁶ Greco, (Fn. 64), S. 41 f.



當某一個對於正當防衛的限制涉及生命、身體、自由時，這雖然代表在此情形中，限制被侵害者行使正當防衛權利可能帶來的惡害極其重大，但是，如果限制正當防衛權利的整體利益可以高於其所帶來的惡害，限制正當防衛權利就具有正當理由。因此，就算正當防衛限制所涉及的主觀權利是屬於生命、身體或自由，這充其量只影響比例原則的審查密度或在狹義比例性中的利益衡量因素，不應直接認定生來權利絕對不得予以限制。


第二目 以補償方式正當化對於取得權利的限制不具正當性

此外，在剝奪或限制正當防衛權利合法性的層次中，以補償方式正當化對於取得權利的限制也不具正當性。Greco 認為，在涉及取得權利的正當防衛權利限制審查中，國家是否提供合理補償佔據決定性地位。然而，這樣的解釋路徑已經逾越區分剝奪或限制正當防衛權利合法性及特別犧牲並將其置於兩個不同層次的傳統意義。Greco 想將特別犧牲層次的合理補償義務前置於剝奪或限制正當防衛權利合法性層次判斷，就必須更進一步說明：在剝奪或限制正當防衛權利合法性層次中，國家是否給予合理補償對於促進整體利益或該限制所帶來惡害產生的影響為何，但 Greco 並未多加著墨。

特別是，Greco 認為，任何對於正當防衛的剝奪或限制都屬於特別犧牲。不過，在公法領域的特別犧牲理論中，一般犧牲與特別犧牲區分標準仍處於百花齊放且模糊不清的狀態，Greco 對於此一區分標準也僅是提出「合理期待權利主體容忍而不受補償」的空泛標準，並只在財產權受輕微損害的案例中以德國刑事補償法第 7 條第 2 項所訂的 25 歐元作為界限⁶⁷，但卻未說明在財產權以外的其他取得權利應當如何設定界限，在正當防衛權利限制合法性層次中加入此一標準，可能只是將戰線從公法領域延展至此，並更加模糊焦點。

除此之外，如果所有對於人民財產權低於 25 歐元的限制，都屬於正當防衛的

⁶⁷ Greco, (Fn. 21), S. 679 f.



特別犧牲，在財產價值較為輕微的情形中⁶⁸，在狹義比例性的審查上，縱使國家給予被侵害者合理補償，對於正當防衛限制所帶來整體惡害的下降程度也極其有限，因為，補償必須以達到特別犧牲之財產價值為基準，當被侵害的財產價值越低，被侵害者獲得的合理補償也就越低⁶⁹。而在財產價值昂貴的情形中，被侵害者固然可以獲得較高的合理補償，但是，既然該財產對於被侵害者而言價值高昂，要求被侵害者放棄價值高額財產並賦予被侵害者容忍他人侵害義務似乎難以想像，在特殊案例中，該財產對於被侵害者而言的價值可能更高於合理補償（例如被侵害者對於該財物具有額外特殊情感），因此，以補償方式正當化對於取得權利的限制也不具正當性。

第五節 本章結論

基於以上分析，在純粹保護個人權利的進路中，額外保護一般行動自由說除了忽略一般行動自由已被具體化為各種不同的保護法益外，更可能使得利益衡量標準變得更加模糊；侵害者需保護性降低說除了過度簡化複雜事實外，更忽略侵害者自我負責結構與被害人自我負責結構有所不同；侵害者部分法益懸置說所提出的合比例性審查標準不只無法忠實呈現侵害者與被侵害者間的利益衝突關係，更可能使得正當防衛規範意旨落空；法權理論的缺陷則是，其所施加的正當防衛權利限制可能有主觀恣意危險。在純粹維護法秩序的進路中，維護法秩序的經驗性效力概念過於模糊。在同時保護個人權利及維護法秩序的進路中，對稱式二元理論將使得正當防衛要件設定有主觀恣意危險。

本文認為，正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性，只有當社會成員彼此間具有尊重他人主觀權利領域請求權並同時負有尊重他人主觀權利領域義務時，才能讓社會成員間的交往成為可能。依此，在侵害者恣意侵害他人主觀

⁶⁸ 例如：權利人被竊取價值 20 歐元的財產，權利人卻以殺人行為予以反擊。

⁶⁹ 薛智仁，前揭註 13，頁 69-70。

權利領域時，被侵害者可以在必要防衛限度內予以反擊，以達到回復自身權利領域之目的，被侵害者無須履行退避義務。對於正當防衛進行衡平性審查將與主觀權利本質有所扞格，正當防衛也無須進行衡平性審查。



最後，由 Greco 所提出的非對稱式二元理論，不只正確理解正當防衛理論基礎在於個人主觀權利領域整全性維護，更清楚指出「正當防衛理論基礎」及「正當防衛權利限制」應區分觀察，值得贊同。不過，Greco 認為正當防衛權利應區分為生來權利及取得權利，並認為在取得權利中可以藉由補償方式獲得正當化基礎的主張，則有待商榷，任何對於正當防衛權利限制的正當性，都應該透過比例原則詳細予以審查。

第三章 正當防衛與國家危害防止之補充關係

在第二章中，我們已經確立正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性。然而，被侵害者在實施防衛行為時的角色定位仍有疑義。在現代憲政國家秩序中，基於國家武力獨占原則，人民原則上選擇將武力保留給國家使用，並同時由國家負擔保障人民安全的保護義務。但是，在國家不及保護人民時，被侵害者究竟是代替國家履行保護人民義務而成為法的替代守護者，或者仍是居於私人地位，該防衛行為目的只在於保護自身主觀權利領域整全性？需要更進一步探討。探討此一爭議的實益在於，透過釐清被侵害者在具體衝突發生時的角色定位，更能清楚地將正當防衛補充性原則定性為國家機關與國家機關角色間的權限衝突或國家機關與私人角色間的權限衝突，因此，本章第一節將介紹被侵害者在實施正當防衛時的角色定位。

此外，按警察職權行使法第 1 條，警察依法行使職權，除了維護公共秩序、保護社會安全外，更有保障人民權益之任務。換言之，警察的任務除了危害防止外，更包含個人權利的保護。在被侵害者面對現在不法侵害時，如果同時有警察在場，警察的危害防止權限與被侵害者的正當防衛權限就會產生競合關係。在這兩者的競合關係中，通說見解主張，被侵害者的防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，不得逕自實施防衛行為。依此，被侵害者在決定潛在防衛行為選擇時，必須將國家機關危害防止行為一併納入考量。不過，當國家機關在場時，被侵害者是否一定要將國家機關危害防止行為納入潛在防衛手段選擇考量，仍需進一步釐清。因此，本章第二節將分析正當防衛與國家機關危害防止行為之間是否具備補充關係。



第一節 國家武力獨占原則及例外

國家武力獨占 (staatliche Gewaltmonopol) 是指人民放棄武力使用，將武力保留給國家使用，並由國家負擔保障人民安全的保護義務⁷⁰。透過將武力保留給國家使用，可以有效降低私人間的整體武力使用，要求私人優先使用和平的訴訟程序更可以擔保法和平、法安定性及穩定的共同生活空間，簡而言之，國家武力獨占是社會內部和平的基本條件⁷¹，除此之外，依照 Weber 的國家三要素理論，國家基本要素包含對國家領土進行統治的實際權力及在必要時透過武力執行法律的能力，「只有當國家的行政人員成功地利用其對於正當身體武力使用的獨占以維持秩序時，該政治性組織才能被稱之為國家」、「現代國家擁有武力獨占權限，...，也是現代國家的根本特徵」⁷²，因此，國家武力獨占同樣是現代國家的必要條件。更重要的是，國家對於人民的安全保障是一種憲法價值，國家存在的實質理由必須從國家負責人民安全保障的角度切入才能得出⁷³。


基於以上說明，在現代憲政國家秩序中，原則上只有國家可以合法使用武力，當私人與私人間權利義務發生衝突時，私人必須優先使用司法救濟。例如當債權人 A 與債務人 B 發生債務糾紛時，A 必須先向法院提起訴訟，不得直接以武力方式要求 B 返還債務。然而，一方面，司法救濟耗日費時，並非在所有情形中都可以要求被侵害者先容忍侵害，事後再尋求司法救濟以回復權利完整性，因為，在他人

⁷⁰ Herzog, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., 2006, § 72 Rn. 39 ff.; Isensee, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., 2006, §71 Rn. 76. Seeberg, (Fn. 28), S. 67. Papier, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, S. 3025 f.; Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 322.; Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant (I), Die politische Meinung Nr. 413, S. 87. 中文文獻可參考：謝榮堂、周佳宥 (2009)，〈論國家保護義務〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 3 期，頁 67。

⁷¹ Bock, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 131, S. 557 f.; Müller, Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007, S. 108 ff.; Burr, Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, JR 1996, S. 230 f.

⁷² Weber, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der Verstehenden Soziologie, Tübingen 1980, S. 29.

⁷³ Kniesel, „Innere Sicherheit“ und Grundgesetz, ZRP 1996, S. 482 ff.; Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant (II), Die politische Meinung Nr. 414, S. 66 ff.



恣意實施現在不法侵害時，如果仍然要求被侵害者必須先容忍侵害，就等同於間接告訴所有潛在行為人可以恣意破壞他人主觀權利領域整全性，也等同於告訴所有的潛在被害人，國家在緊急情形中不會介入也不會提供被害人適當保護，要求全面性、絕對性的國家武力獨占將使正當防衛保護個人主觀權利領域整全性的目的完全被破壞。另一方面，國家機關在衝突發生時因為事實上原因而無法在場的情形比比皆是，如果容許國家機關在任何時候都存在於私人的日常生活當中，可能使得國家機關以維護公共秩序為口號，時時刻刻監控、干預人民的一舉一動，這將使得人民的隱私權及一般行動自由受到過大限制，國家機關不能，甚至也不應該在衝突發生前或衝突發生時永遠在場⁷⁴。

因此，縱使在現代憲政國家秩序中，原則上應由國家獨占武力使用，但在例外情形中，也應該容許私人在符合一定前提下合法行使武力，立法者可以透過法律制度設計容許人民在各種緊急情況中使用不同程度的武力，以達到保護個人權利及避免私人過度使用武力效果。就此而言，國家武力獨占並不是擔憂公民擁有武力將對於國家存在本身造成威脅，毋寧是為了公民的利益而設立，國家武力獨占得確保公民在社會中共同生活，並使得社會交往成為可能⁷⁵。

正當防衛正是現行法容許私人在例外情形合法使用武力的明文規定。然而，當被侵害者合法行使武力時，被侵害者究竟是代替國家履行保護人民義務而成為法的替代守護者，或者仍是居於獨立於國家的私人地位，透過防衛行為以保護自身主觀權利領域整全性，是在討論正當防衛補充性原則前需要先確立的問題。討論此一問題的實益是，如果被侵害者防衛行為是代替國家履行保護人民義務，正當防衛補充性原則將是國家機關危害防止行為與國家機關危害防止行為之間的競合關係，需要討論的問題是，被侵害者的防衛行為是否應該受到比例原則拘束，以及國家機

⁷⁴ Ähnlich Seeberg, (Fn. 28), S. 67.

⁷⁵ Sengbusch, (Fn. 5), S. 111 f.; Hammer, Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und „schlanker Staat“, DÖV 2000, S. 614.



關間對於危害防止權限的劃分界限應如何設定⁷⁶。

然而，如果被侵害者防衛行為目的只在於保護自身主觀權利，正當防衛補充性原則將是被侵害者防衛行為與國家危害防止行為之間的競合關係，需要討論的問題則是當具體衝突發生而警察機關在場時，被侵害者逕自實施防衛行為是否與國家武力獨占原則相悖，並使得立法者對於危害任務分配的目標設定落空。

第一項 正當防衛作為國家武力獨占之授權規範


第一款 理論內涵

學說上有認為，在國家不及救助的正當防衛情形中，因為國家無法自行維護法秩序，所以國家公權力此時是由被侵害者代為行使，被侵害者的防衛行為不只保護自身權利，同時也可以代替國家履行防止不法侵害的任務，此時，實施防衛行為的被侵害者角色是「法的替代守護者」，代替事實上無法到場實施救助的警察履行危害防止職責。因此，正當防衛的規定是在國家無法及時提供保護時，例外授權給人民實施防衛行為的授權規範，被侵害者防衛行為的目的既然在於代替國家維護法秩序，對於國家干預人民基本權所施加的限制也應適用於正當防衛之中，因此無論是國家干預行為或被侵害者防衛行為，都應適用比例原則予以規制⁷⁷。

第二款 正當防衛作為委託私人行使公權力之授權規範

⁷⁶ 這是因為，立法者雖然透過警察職權行使法等規範，明文將危害防止任務交由警察管轄，但是，警察職權行使法第 28 條第 2 項也明文規定「警察依前項規定，行使職權或採取措施，以其他機關就該危害無法或不能即時制止或排除者為限。」因此，如果將被侵害者認定為法的替代守護者，警察職權行使法第 28 條第 2 項中的警察及其他機關應如何解釋，就成為需要討論的問題。

⁷⁷ Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 10.; Bülte, Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke, NK 2016, S. 172 f.; Bülte, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, S. 159.; Kuhlen, Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA 2008, S. 288.; Kasiske, Begründung und Grenzen der Nothilfe, Jura 2004, S. 835.; Bitzilekis, Die neue Tendenz der Einschränkung des Notwehrrechts, Berlin 1984, S. 59.; Bockelmann, Notrechtsbefugnisse der Polizei, in: Hans-Heinrich Jescheck, Hans Lütter (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977, S. 244.; Schwabe, Grenzen des Notwehrrechts, NJW 1974, S. 671.; Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002, S. 147 ff.



本文認為，將正當防衛視為授權私人代為實行國家危害防止任務的授權規範，等同於讓私人參與公共任務執行。然而，私人參與公共任務執行之形式多元，私人可能是以**行政助手**形式參與公共任務，例如警察機關取締違停車輛時，警察可以指揮民間拖吊業者將該車輛拖吊至特定處所，民間拖吊業者此時雖然是以私人身分參與公共任務，但卻是以協助警察實行任務之助手身分為之，可以將其視為是警察手足之延伸，在警察給予民間拖吊業者指示時，行政助手負有執行指示義務⁷⁸。私人以行政助手參與公共任務的特色在於：行政助手協助實施行政任務時，並非以自己的名義為之，而仍是基於行政機關名義為之；私人也可能是以**受委託行使公權力**形式參與公共任務，例如受環保局委託之機車行對於人民的機車進行排氣檢驗，並因而做出合格或不合格處分⁷⁹。受委託行使公權力之私人是以自己名義作成行政行為，且在委託範圍內獨立執行公共任務，不受委託機關指示之指揮監督，與居於行政機關手足延伸之行政助手有所不同⁸⁰。

在正當防衛情形中，一方面，正當防衛旨在保護被侵害者的主觀權利領域整全性，對於被侵害者而言，正當防衛是一種權利而非義務，被侵害者可以決定實施防衛行為保護自身權利或放棄實施防衛行為任由他人實施不法侵害，這與行政助手負有遵循國家機關指示義務情形有所不同。在現實中，國家機關也往往並未在事前給予被侵害者任何指示。另一方面，被侵害者在實施防衛行為時，也並非以國家機關名義為之。因此，在類型上應將被侵害者認定為受委託行使公權力之私人，被侵害者並非基於行政助手身分參與公共任務。

⁷⁸ 陳敏（2016），《行政法總論》，9版，頁1022，新學林；林明鏘（2021），《行政法講義》，6版，頁154，新學林。

⁷⁹ 陳敏，前揭註78，頁1018-1021；林明鏘，前揭註78，頁409-410；德文文獻僅參考：Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17 Aufl., München 2009, §23 Rn. 56.

⁸⁰ 私人參與公共任務執行之形式，除了涉及行政助手、受委託行使公權力之私人外，也可能是基於私法契約獨立於公務之私人及服公役義務之私人，但與正當防衛較為相關之類型僅涉及行政助手及受委託行使公權力之私人，相關類型的詳細說明可參考謝碩駿（2012），〈論私人參與國家機關之資訊蒐集活動——以線民之遴選運用及電信業者之協力義務為中心〉，《高大法學論叢》，第7卷第2期，頁162-170。



第三款 正當防衛作為授權規範的正當性

下一步的問題是：將正當防衛認定為委託私人行使公權力之授權規範是否具有正當理由。國家雖然獨占武力，但並不意味著履行保障人民安全的任務只能由國家親自行使⁸¹，委託私人行使公權力足以減輕國家責任，以經濟成本更低、更有效率的手段達成國家任務，在現代分工精細的社會中是一種更靈活的調控手段而有其必要性。不過，在國家獨占武力的同時，國家也必須對於人民負擔保護義務，如果國家將所有事項都委託私人執行，將可能使得國家武力獨占淪為空談，因此涉及國家公權力的核心領域，例如軍事、刑罰、司法、警察、強制執行等事項，屬於國家保留範圍，不得委託私人執行，只有與國家公權力核心領域無關的其他事項，始得委託私人行使公權力⁸²。其中，警察相關事項必須更進一步地精確化，並非所有與警察相關之危險預防或公共和平相關事項皆無從委託私人行使公權力，毋寧只有涉及偵查程序中的犯罪抗制、在刑事追訴程序中的壓制性干預行政、國家典型的強制力機能、以公共安全及公共秩序為導向而涉及複雜、全球性且現代化危險的警察任務、以及對於具備武力、具專業性且職業化警察人員的組織權應保留給國家行之⁸³。

⁸¹ Nitz, *Private und öffentliche Sicherheit*, Berlin 2000, S. 327.; Pitschas, *Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste? - Zur gesetzlichen Neuregelung der Beziehungen zwischen Polizei und Sicherheitsgewerbe*-, DÖV 1997, S. 394 f.

⁸² 許宗力 (2007), 〈論行政任務的民營化〉, 《法與國家權力 (二)》, 頁 442, 元照; 謝碩駿, 前揭註 80, 頁 158-159; 詹鎮榮 (2003), 〈論民營化類型中之「公私協力」〉, 《月旦法學雜誌》, 第 102 期, 頁 24-25; Jan Ziekow (著), 詹鎮榮 (譯) (2010), 〈從德國憲法與行政法觀點論公私協力—挑戰與發展〉, 《月旦法學雜誌》, 第 180 期, 頁 223-224; 李震山 (1990), 〈私人參與警察任務執行之法律觀〉, 《警政學報》, 第 17 期, 頁 20-22。德文文獻: Jachmann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Band. II, 6. Aufl., 2010, Art. 33 Rn. 34, 38.; Isensee, *Handbuch (Fn. 70)*, § 57 Rn. 134.; Jeand'heur, *Von der Gefahrenabwehr als staatlicher Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte - Einige rechtspolitische und verfassungsrechtliche Anmerkungen*-, AöR 114, S. 113 ff.; Becker, *Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers. Der Ewige Landfriede - vor 500 Jahren*, NJW 1995, S. 2077 f.; Peine, *Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte*, DÖV 1997, S. 355. 更進一步區分為國家保留及警察保留不同類型者, 可參考: 林昱梅 (2003), 〈警察任務民營化理論初探〉, 《月旦法學雜誌》, 第 102 期, 頁 62-64。

⁸³ Stober, *Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe*, NJW 1997, S. 892 f.; Weiner, *Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben*, Frankfurt am Mein u.a. 2001, S. 216.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 119 f.; Hammer, (Fn. 75), S. 619.; Jeand'heur, (Fn. 82), S. 134.

換言之，在認定國家保留事項時，「與警察相關事項」只是在大方向上觀察的第一步，我們仍必須更詳細地探討將特定事項委託私人行使，是否會導致國家武力獨占的意義被破壞，這代表著：我們無法從單一的國家理論推論出國家公權力的核心領域為何，因為國家公權力的核心領域必須同時考量國家任務的變化、人民對於警察安全性需求高低的變化以及該干預行政對於人民基本權可能潛在的干預強度，最終，某一事項是否屬於國家公權力核心領域，是取決於動態的政治決定，而非靜態的理論推導⁸⁴，繫諸於將該事項相關的任務及權限轉移予私人行使是否具有急迫客觀理由（*zwingenden sachlichen Grund*）⁸⁵。

因此，當人民實際上不及受到國家保護時，國家在考量到與警力相關的公共預算縮減、警察人力資源相較於人民日益增加的保護需求而言相對不足的前提下，決定在存有現在不法侵害情形中，將危害防止相關的強制力交付予私人行使，至少在規範上具備容許性。因為，委託私人行使公權力並非將武力全然交付給私人執行，而只是容許私人在特定情形下使用武力自我保護，該武力的行使受有防衛情狀及防衛手段的種種限制。此外，委託私人行使公權力也並非將公權力全然交付給私人，因為國家仍然必須負擔最終責任，只是在執行手段上交由私人協同履行，在具體衝突發生時，被侵害者比起尚在遙遠處負責危害防止機關而言，更具有距離上優勢，

⁸⁴ Peilert, *Police Private Partnership – rechtliche Vorgaben und tatsächliche Möglichkeiten für das Zusammenwirken von Sicherheitsbehörden und Sicherheitsgewerbe*, DVBl. 1999, S. 284.; Stober, (Fn. 83), S. 893.; Gusy, *Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der “Staatsaufgabe Sicherheit“*, DÖV 1996, S. 574.; Weiner, (Fn. 83), S. 212 ff. 例如，Weiner 詳細說明聯邦德國保全業協會（BDWS）、德國警察工會（Deutsche Polizeigewerkschaft）及法學者對於國家保留事項的認定有重大不同。

⁸⁵ Huber, *Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland und den USA*, Berlin 2000, S. 156. Ähnlich, Bracher, *Gefahrenabwehr durch Private: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Grenzen der Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private und der staatlichen Zulassung privater Gefahrenabwehr*, Berlin 1987, S. 82. 更進一步地認為國家任務原則上無法劃分出完全不能民營化的特定任務領域者：可參考 Hartmut Bauer（著），李建良（譯）（2012），〈民營化時代的行政法新趨勢〉，李建良（編），《2011 行政管制與行政爭訟—民營化時代的行政法新趨勢》，頁 88-89，中央研究院法律學研究所；林明鏞（2016），〈民營化的基本法律問題—兼論治安任務民營化的可能性〉，葛克昌教授祝壽論文集編輯委員會（編），《租稅正義與人權保障：葛克昌教授祝壽論文集》，頁 80-83，新學林；陳愛娥（2003），〈國家角色變遷下的行政任務〉，《月旦法學教室》，第 3 期，頁 105。



因此，國家可以將正當防衛視為是委託私人代為行使警察危害防止公權力的授權規範⁸⁶。

不過，這只是在規範上抽象肯認國家在存有防衛情狀時將公權力委託私人行使的容許性（第一層次、判斷本情形不屬於國家保留事項），但是在具體標準中，「一般私人」是否具有受委託公權力行使的適格性（第二層次、在本情形中一般私人是否符合委託行使公權力的資格），必須更進一步判斷。第二層次的答案顯然是否定的：第一、國家將公權力委託給私人行使是因為私人具備更高程度的專業知識、可信賴性及給付能力⁸⁷。專業私人相對於國家而言更具有處理專業領域中的相關知識，且因國家可信賴該私人將會履行相關任務並具履行相關任務之給付能力，因而國家可以將該事項交付給私人履行以達到效率最大化目的。然而，一般私人並不符合此一標準⁸⁸。相較於受過專業訓練的警察而言，一般私人原則上不具有近身搏擊、使用刀具及使用槍械等專業知識，將武力委託給私人行使不只無法達到效率最大化目的，更可能使得一般私人因缺乏相關知識濫用武力而過度侵害他人權利。

第二、為了避免國家機關過度將事務委託私人行使而忽略其應盡之保護義務，國家機關在委託私人行使公權力時，不只在制度上必須保留管理、審查及監督之責任，在現實上也必須有履行審查及監督可能性時始得為之，在決定監督、審查可能性的審查密度時，必須始終注意到被干預的基本權種類及干預強度⁸⁹。在正當防衛情形中，被侵害者所能實施的防衛手段只要符合適當性及必要性，甚至可以以殺害他人方式予以反擊，因此，國家機關必須保有嚴格的監督及審查可能性。但是，正當防衛適用主體不限於具專業知識之私人，多數人民也並未如同警察一般受過專

⁸⁶ 參考許宗力，前揭註 82，頁 442；詹鎮榮，前揭註 82，頁 24-25；謝碩駿，前揭註 82，頁 158-159。德文文獻參考：Hammer, (Fn. 75), S. 619.; Peilert, (Fn. 84), S. 284.; Stober, (Fn. 83), S. 889 ff.

⁸⁷ 陳敏，前揭註 78，頁 1023；蕭文生（2009），〈自法律觀點論私人參與公共任務之執行—以受委託行使公權力之人為中心〉，氏著，《國家·地方自治·行政秩序》，頁 191-195，元照。

⁸⁸ Ähnlich Sengbusch, (Fn. 5), S. 119 f.

⁸⁹ Ähnlich Kämmerer, Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, S. 1048, 1050.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 118 f.; Stober, (Fn. 83), S. 893.; Gusy, (Fn. 84), S. 583。中文文獻：陳敏，前揭註 78，頁 1023。

業訓練，國家機關如何確定私人在實施防衛行為當下具有使用武力專業知識，現實上根本不具審查及監督可能性。



最後，當人民面對現在不法侵害而國家機關不在場時，特定國家機關對於人民保護義務及犯罪偵查的履行義務並未因而下降，特定國家機關在得知人民面臨現在不法侵害後，除了必須積極迅速前往衝突現場嘗試解決雙方衝突外，更應在得知消息後積極實行證據保全程序，這與委託私人行使公權力目的旨在使用更有效率完成國家任務的目標設定並不相符。

基於以上說明，將正當防衛認定為國家武力獨占之授權規範，可能忽略一般人並不具有委託私人行使公權力的適格。

第二項 正當防衛作為國家武力獨占之例外規範

相對於將正當防衛認定為國家武力獨占之授權規範，學說上認為正當防衛只不過是國家武力獨占之例外規範，「例外容許」被侵害者在面對現在不法侵害時可以直接予以反擊的主張就顯得較具說服力。理由在於，刑法透過各式各樣的法規確保障護個人的生命、身體、自由、名譽及財產等權利，當他人恣意侵害自身權利領域時，權利人可以直接予以反擊，以回復自身主觀權利領域，國家既然負擔保護人民義務，在國家不及或不願履行保護任務時，國家就不能要求被侵害者容忍他人實施的現在不法侵害。

因此，在現代憲政社會中，雖然武力原則上是由國家所獨占，但仍應將正當防衛視為國家武力獨占的例外容許規範，透過正當防衛例外容許被侵害者無須再履行維持和平義務，在面對現在不法侵害時權利人無須再為了其他利益而放棄使用武力⁹⁰。權利人實施防衛行為是獨立於國家的私人行為，正當防衛權對於權利人而

⁹⁰ Isensee, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: Müller/Basel (Hrsg.), Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1982, S. 26; Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, S. 26.; Bernsmann, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104, S. 309.; Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher



言是可以自行選擇行使與否的權利，而非必須代表國家行使之義務，透過承認正當防衛是國家武力獨占的例外容許規範，可以大幅度地避免上述將國家武力使用權限委託被侵害者代為行使之缺失。

第二節 正當防衛與國家危害防止之補充關係

在第一節中，我們認為原則上武力應該由國家獨占，但是在國家無法保護個人權利免於侵害的情形下，應例外容許私人實施防衛行為以保護自身權利，被侵害者實施防衛行為是獨立於國家的私人行為。因此，當具體衝突發生時，在場警察的危害防止權限與被侵害者正當防衛權限的競合關係是國家機關危害防止行為與私人防衛行為的競合關係。在這兩者的競合關係中，通說見解主張當負責危害防止任的國家機關在場且有保護人民意願時，被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者不得逕自實施防衛行為⁹¹，也就是，被侵害者必須將危害防止行為納入潛在防衛行為考量之中。不過，也有學說主張，被侵害者防衛行為與國家機關危害防止行為間不存在補充關係，兩者毋寧是處於平等關係，被侵害者可以自行選擇實施防衛行為或選擇由國家機關介入提供救助，以下將分析被侵害者防衛行為與國家機關危害防止行為間的競合關係究竟是屬於補充關係或平等關係。

第一項 平等關係論證

學說上有主張被侵害者正當防衛權限與國家機關危害防止權限間是居於平等

Rechtsnot. Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr, ZStW 89, S. 79.; Sengbusch, (Fn. 5), S.123 f.; Engländer, (Fn. 13), S. 157.

⁹¹ Roxin/Greco, (Fn. 1), Rn. 50; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 119.; Frister, (Fn. 6), 16. Kap., Rn. 24 f.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 41.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2023, §32 Rn. 11a.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 148.; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, S. 332.; Geilen, Notwehr und Notwehrexzess, Jura 1981, S. 316; Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114, S. 269 ff.; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89, S. 58.; Bertuleit, Verwerflichkeit von Sitzblockaden, JA 1989, S. 21.; Eser, Irritationen um das „Fernziel“: zur Verwerflichkeitsrechtsprechung bei Sitzblockaden, in: Töpfer (Hrsg.), Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag, München 1990, S. 44f.; Wagner, (Fn. 4), S. 61.; Lesch, (Fn. 12), S. 111 f.; Koch, (Fn. 46), S. 146; Burr, (Fn. 71), S. 230 ff.; Bock, (Fn. 71), S. 559 f.; Kasiske, (Fn. 77), S. 834.

關係，被侵害者防衛行為並未補充於國家機關危害防止行為者。只要在個案中被侵害者面對現在不法侵害，就算代表國家機關的警察在場，被侵害者也可以直接實施防衛行為，而當警察不在場時，被侵害者也無須優先向國家機關請求救助⁹²。例如 Schmidhäuser 認為「正當防衛的干預權限並不取決於國家機關距離遠近，雖然在大多數正當防衛情形中，國家機關並不在場，但即使國家機關在場，只要侵害尚未被防止，國家武力獨占並不會取代任何人的正當防衛權限。」⁹³主張兩者處於平等關係的學者主要從正當防衛的規范文義及其理論基礎角度進行論證。

第一款 規范文義觀點

學說上主張被侵害者防衛行為與國家機關危害防止行為是處於平等關係的第一個理由是從規范文義角度切入。因為德國刑法第 32 條正當防衛僅規定「為避免自己或第三人遭受現在不法侵害而實施必要且合宜的防衛行為者，該行為並未違法。⁹⁴」，相較於此規定，德國民法第 229 條自助行為則規定「基於自助目的，取走、毀損或破壞他人之物，或基於自助目的，拘束有逃亡之虞之義務人、或義務人對於應容忍之行為予以反抗，而以行為排除其反抗者，若因不能及時請求公權力救助，且非及時為之，則請求權將不得實行或其實行顯有困難者，其行為非屬違法。⁹⁵」將兩個規定相比較，立法者既然在自助行為要件上明文規定補充關係，但在刑法正當防衛要件上並未規範，顯然是有意要讓防衛行為自始無須補充於國家機關

⁹² Pelz, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NStZ 1995, S. 306.; Schmidhäuser, (Fn. 14), S. 121.

⁹³ Schmidhäuser, (Fn. 14), S. 121.

⁹⁴ 德國刑法第 32 條規定：(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. 德國刑法第 32 條第 1 項明文規範「合宜性」，第 32 條第 2 項則與我國刑法第 23 條正當防衛類似「為避免自己或他人遭受現在不法侵害而實施必要之防衛行為者，該當正當防衛」，本文為行文流暢，將德國刑法第 32 條第 1 項及第 2 項合併進行論述。

⁹⁵ 德國民法第 229 條規定：Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.



危害防止行為⁹⁶。

相對於德國法，我國刑法第 23 條正當防衛規定「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」我國民法第 151 條自助行為規定「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限。」我國法關於正當防衛與自助行為規定雖然在細節上與德國法略有不同，但同樣的，自助行為的要件仍要求以「不及受其他有關機關援助」為限，正當防衛在規范文義上也無法觀察出補充關係，因此，即使在我國法上，仍有討論此一論點之必要。

第二款 國家武力獨占界限觀點

Schmidhäuser 除了從規范文義角度解釋平等關係外，更從國家武力獨占界限角度進行論證，Schmidhäuser 將正當防衛理論基礎（維護法秩序的經驗性效力）與國家武力獨占界限相連結，並得出被侵害者防衛行為與國家機關危害防止行為間是居於平等關係的結論。Schmidhäuser 認為，將強制力集中於特定國家機關的意義只涉及：對於已經發生的規範違反行為進行法律上的訴追。具體而言，原則上在法律程序中只有國家可以行使武力，除非在非常狹隘的特殊情形下，才能例外由私人行使武力（例如刑事訴訟法中關於現行犯逮捕規定），至於自我防衛或防衛救助則與國家武力獨占根本無關。理由在於，正當防衛的防衛情狀要求具備現在不法侵害，該不法侵害既然具現在性而尚未既遂、終了，對於法秩序的破壞尚未結束，就與對於規範違反行為進行訴追乃至於進行刑事制裁的國家武力獨占自始無關。在此前提下，如果仍要將國家武力獨占擴張適用於正當防衛中，至多只能認為，正當防衛是國家武力獨占的例外，而國家武力獨占例外的內涵就是國家將實施強制力的權

⁹⁶ Schönemann, Selbsthilfe im Rechtssystem: eine dogmatische Studie am Beispiel der §§227, 229 ff. BGB, Tübingen 1985, S. 53.; Kunz, Die organisierte Nothilfe. Möglichkeit und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und „Bürgerwehren“, ZStW 95, S. 976.

限授權給私人，並且，原則上可以隨時撤銷此一授權。而這樣強行將國家武力獨占擴展到正當防衛規定的結果就是，在被侵害者面對現在不法侵害而國家機關不在場時，每一個不法侵害者都可以搭上便車，被侵害者是否享有對於不法侵害反擊的可能性，完全取決於國家是否將該授權撤銷⁹⁷。

因此，如果我們從 Schmidhäuser 的觀點來理解國家武力獨占界限，只要被侵害者正在面對現在不法侵害、防衛手段符合適當性及必要性，被侵害者就可以主張正當防衛，與國家機關在場與否並無任何關聯。正當防衛不以國家機關不在場為前提條件，被侵害者防衛權限與國家危害防止權限間應居於平等的平行關係，而非補充關係⁹⁸。我們毋寧應該把正當防衛理解為「法的預防性防衛」，透過預先行使正當防衛，使得實際上破壞法秩序經驗性效力的目的無法達成，而國家武力獨占對於正當防衛權自始沒有任何效力要求⁹⁹。

第二項 補充關係論證

相對於將國家機關危害防止行為與被侵害者防衛行為認定為平等關係的觀點，通說見解主張被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者不得逕自實施防衛行為，也就是，被侵害者必須將警察危害防止手段納入潛在防衛手段選擇的考量之中。然而，防衛行為的補充關係僅只是一種結論式的宣稱，如何對於防衛行為的補充關係提出更進一步的論理，學說上有從國家武力獨占的例外及授權觀點切入、有從避免濫用強制力風險角度切入，也有從民主原則角度切入論證，以下將先介紹這些學說論證，最後提出本文見解。

第一款 國家武力獨占的例外觀點

學說上有從國家武力獨占的例外觀點切入解釋防衛行為的補充關係者，該學

⁹⁷ Schmidhäuser, (Fn. 14), S. 124.

⁹⁸ 結論上相同者：Pelz, (Fn. 92), S. 306.

⁹⁹ Schmidhäuser, (Fn. 14), S. 123 f.

說首先認為正當防衛是國家武力獨占之例外容許規範，在被侵害者面對現在不法侵害時，如果符合正當防衛相關要件，就可以合法對於侵害者使用武力。因此，從這個角度切入，在國家不及保護每個人的法益時，每個人都可以透過防衛行為保護自己¹⁰⁰。

然而，當國家在場、有保護人民意願及保護人民能力時，就不容許個人再透過防衛行為自我保護。理由在於，正是因為發現國家及其機關無法永遠及時有效提供人民救助的這一個純粹事實原因，才將正當防衛視為是國家武力獨占之例外，因此，當國家有意願且有能力的保護人民時，就不再屬於上述國家武力獨占例外的情形，應由國家機關優先實施危害防止行為，正當防衛權利在國家有意願且有能力的保護國民時，必須受到限制¹⁰¹。

第二款 國家武力獨占的授權觀點

學說上也有從國家武力獨占的授權及維護法秩序觀點切入論證防衛行為的補充關係者。本學說認為，應該將防衛救助及一般法秩序的維護假定為負責危害防止國家機關的優先任務¹⁰²，被侵害者只是補充於國家並在緊急狀況中幫助國家完成維護法秩序任務¹⁰³。既然國家有防止危害及保護個人權利免於受侵害之義務，國家執行危害防止行為的任務就應該由國家人員優先行使，如果國家救助已經足以提供被侵害者必要保護，被侵害者防衛行為就不再是正當防衛中的必要防衛行為¹⁰⁴。因此，如果國家將緊急權限賦予人民，國家也只會警察救助自始無法提供或在該救助被警察違法拒絕提供時，才會將緊急權限賦予人民¹⁰⁵。

¹⁰⁰ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 241 ff.

¹⁰¹ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 241 ff.; Erb, (Fn. 58), § 32 Rn. 145.

¹⁰² Seelmann, (Fn. 91), S. 58.

¹⁰³ Klingbeil, Die Not- und Selbsthilferechte: Eine dogmatische Rekonstruktion, Tübingen 2017, S. 90 ff.

¹⁰⁴ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 6. Aufl., 2023, §32 Rn. 96.

¹⁰⁵ Haas, Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik, Frankfurt am Mein 1978, S. 291 ff.; Béguelin, Die Subsidiarität der Notwehr als entscheidendes Kriterium für die Frage, ob Polizeibeamte sich auf § 32 StGB berufen




第三款 避免濫用強制力風險

學說上也有從 Locke 對於國家存在的原因切入，認為人民之所以想要脫離自然狀態而進入國家狀態是因為以下三個原因：第一、在自然狀態中缺少一個確立、固定、眾所周知且同意的法律，這個法律是足以裁判人與人之間衝突的共同標準；第二、在自然狀態中也缺少一個有權解釋法律的公正裁判者，足以說明法律界限為何；第三、在自然狀態中缺少公權力以使得裁判確實獲得執行。而這三個原因可以簡單地描述為：欠缺公平性（Unparteilichkeitsmangel）、欠缺有效性（Effektivitätsmangel）及具有濫用強制力風險（Zwangsfehlenwendungsrisiko）。如果沒有一個確定的標準，每一個人對於他人是否違反法律（自然法）都將會有自己的一套標準，長久以來將使整體秩序處於不安定狀態，因此欠缺公平性。除此之外，就算人民確信他人違反法律，人民也並非總是具有足夠的力量防衛來自他人侵害及對於該侵害進行懲罰，我們可以設想：如果侵害者是由 A、B、C 三人共同組成犯罪團體，在全國各地恣意展開侵害他人法益活動，在沒有掌握專業知識及設備的專業人員協助前提下，要能夠抓到 A、B、C 三人的機會非常小，因此人民縱使具備強制力，也往往欠缺有效性。最後，因為人民相對於國家專門負責、管轄訴追犯罪機關而言欠缺專業知識，人民就可能在慌亂情形下造成更大傷害，而且，人民可能會有誤認情形發生，例如：對於專業的警察而言能夠輕而易舉地發現是 D 實施的竊盜案件，欠缺專業知識的 E 可能會將 F 誤認為實施竊盜之人，因而具有濫用強制力風險¹⁰⁶。

基於以上原因，在國家狀態中的人民願意將武力交付給國家，這符合每一個理性人的利益。不過，雖然在國家獨占武力後，國家能設立專業的執行機關負責應對他人實施的不法侵害，有效地解決有效性欠缺的問題。但如果將國家機關危害防止

dürfen, GA 2013, S. 483 ff.; Rengier, (Fn. 16), § 18 Rn. 99.; Heger, (Fn. 91), §32 Rn. 11a.; Bitzilekis, (Fn. 77), S. 76 f.; Amelung, (Fn. 91), S. 332.

¹⁰⁶ Engländer, (Fn. 13), S. 160 ff.



行為與被侵害者防衛行為認定為平等關係，考量到被侵害者較少面對到緊急情形，交由被侵害者自行解決衝突具有較高的誤判及濫用強制力風險，濫用強制力的風險仍然存在的困境無法被徹底解決。因此，必須承認防衛行為的補充關係，至少當專門負責進行犯罪追訴、預防犯罪的國家機關在場且有能力、有意願保護人民時，被侵害者的防衛行為必須補充於國家危害防止行為，才能使濫用強制力風險有效降低¹⁰⁷。

第四款 民主原則

學說上也有從民主原則角度切入論證者。本說認為，當國家機關在場且有意願、有能力實施危害防止行為時，既然國家機關應如何裁量及處理緊急情況是由特別法律預先確定（例如警察法相關規範對於警察在面對不同緊急情況時的處理流程有詳細規定，警察就必須依循相關規定為之），國家機關以特定方式執行該程序就具備民主正當性。在民主法治國中的公民除了可以享有規範制定參與權利外，更應負擔法的服從義務，法的服從義務將使公民不能透過緊急權利的方式根本性地改變對國家機關的評價及規範的優先性¹⁰⁸。因此，立法者既然透過法律事先將危害防止任務分配給特定國家機關，特定國家機關在裁量及處理緊急情況時如果符合法律相關規定，私人就必須尊重立法者的決定，此時，私人在法律上就已經沒有實施防衛行為的法律空間¹⁰⁹，必須優先尊重負責實施危害防止行為的國家機關，國家機關的危害防止行為相較於被侵害者防衛行為就因而處於優先地位，應承認防衛行為的補充關係。

第三項 本文見解

本文認為，平等關係論證無論是從規范文義觀點或國家武力獨占觀點切入論

¹⁰⁷ Engländer, (Fn. 13), S. 163 ff.

¹⁰⁸ Pawlik, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002, S. 228 f.

¹⁰⁹ Pawlik, (Fn. 108), S. 227



證，都無法完善解釋被侵害者無須考量警察危害防止行為的主張，平等關係論證並不具說服力。相對的，防衛行為與國家危害防止行為間應具有補充關係，被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為。

第一款 對於平等關係論證的批評

第一目 對於規範文義觀點的批評


首先，平等關係論證從規範文義角度分析刑法正當防衛與民法自助行為構成要件之間的差異，並得出防衛行為無須補充於危害防止行為的結論並不具說服力。因為，正當防衛的要件雖然抽象簡略，但在防衛手段要求上至少可以觀察出防衛行為必須符合必要性要件，而在必要性要件的文義解釋上，可以將足以排除侵害的最小防衛手段與正當防衛補充性原則相互連結，認為只有當負責危害防止的國家機關不在場時，被侵害者的防衛手段始符合必要性要求¹¹⁰。

從另一個角度切入，在迄今仍具爭議但被通說見解所採納的合宜性要件上，也可以認為只有當負責危害防止的國家機關不在場時，被侵害者的防衛手段始符合合宜性要件。在此，我們可以先不談論正當防衛補充性原則應在正當防衛的哪一個要件上予以審查，但至少可以肯認，單純因為正當防衛規定並未明文寫出「不及其他有關機關援助」，就認為防衛行為無須補充於國家危害防止行為，在論理上顯然過於速斷。就算正當防衛並未明文寫出補充性要件，也不妨礙法律解釋者在立法者給定的框架條件下就特定要件進行具體化解釋，而這正是法律解釋者的任務。

第二目 對於國家武力獨占觀點的批評

此外，Schmidhäuser 從超個人主義角度建構正當防衛理論基礎，推論出國家武力獨占界限只在於刑事訴追，而不適用於正當防衛的主張，無論是從正當防衛理論基礎或國家武力獨占界限角度切入，都有待商榷。

¹¹⁰ Vgl. Engländer, (Fn. 13), S. 156.



第一、從正當防衛理論基礎角度切入，正當防衛目的僅在於保護個人主觀權利領域整全性，至多反射性達成維護法秩序效果，法秩序的經驗性效力侵害路徑及認定標準之不明確已如前述。第二、Schmidhäuser 將國家武力獨占限定於刑事訴追程序，顯然忽略在現代國家任務設定上，警察不只是在犯罪發生後有權追訴犯罪，在犯罪發生前更有義務防止犯罪發生，例如依照警察職權行使法第 6 條至第 8 條規定，警察對於公共或合法進入之場所，基於合理懷疑而認為行為人有犯罪嫌疑者，即可查證其身分。透過警察法及刑事訴訟法在犯罪發生前及犯罪發生後的不同調控手段，能夠更有效地維護公共安全。如果我們將國家武力獨占限定於刑事訴追程序，所需要付出的代價就是私人在犯罪尚未發生前的預防危險階段可以恣意使用武力以保護自身權益，而這將會嚴重的牴觸現行法秩序，而將警察職權行使法相關規定視若無睹。因此，法秩序經驗性效力的維護不只與事後的刑事訴追或制裁相關，對於規範違反行為的防止而言，一個事前有效的預防手段更是必要¹¹¹。既然國家武力獨占無論在事前預防或事後訴追階段皆應有所適用，私人是否可以使用武力的關鍵，就在於立法者是否設立容許私人使用武力的例外規範，與此處相關的，正是正當防衛的規定¹¹²。


基於以上說明，平等關係論證無論從規範文義觀點或從國家武力獨占界限觀點切入都無法有效說明被侵害者正當防衛權限與國家危害防止權限間處於平等關係。

第二款 正當防衛與國家危害防止行為具補充關係

相較於平等關係論證，本文認為，防衛行為與國家危害防止行為間應具有補充關係，被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為。不過，在補充關係論證的進路上，無論是從國家武力獨占例外或授權觀點論證防衛行為的補充關係者，

¹¹¹ Kroß, (Fn. 5), S. 35.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 114 f.; Burr, (Fn. 71), S. 230 f.; Hammer, (Fn. 75), S. 619 f.

¹¹² Engländer, (Fn. 13), S. 157 ff.



都並未具體指出被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為的實質理由，因為「當國家在場、有保護人民意願及保護人民能力時，就不容許個人再透過防衛行為自我保護」或「國家執行危害防止措施的任務就應該由國家人員優先行使」，這都只是結論式地指出當國家在場、有保護人民意願及保護人民能力時，防衛行為的補充關係應當存在，但是，卻未說明防衛行為的補充關係為何必須存在。高度抽象的國家武力獨占原則固然能說明社會成員為了和平共同生活，必須將武力交由國家獨占，但無法直接推論出被侵害者防衛行為必須補充於國家危害防止行為的理由。

就此而言，避免濫用強制力及民主原則的觀點，能夠對於高度抽象的國家武力獨占原則進行補充¹¹³，並有效論證防衛行為的補充關係。正是因為警察受過武力使用及面對緊急情境時應如何應對的專業訓練，在實際偵查犯罪、圍捕行動時更有相關規範指示必須遵循，警察濫用強制力風險仍是在可控範圍之中。相對於負責訴追犯罪的國家機關，人民普遍而言並未受過武器使用、搏擊訓練及如何在緊急狀態中應對的相關訓練，一般私人的知覺判斷能力經常會因為身處於衝突現場的高壓狀態下而大幅降低¹¹⁴。因此，在國家機關在場、有保護人民意願時，**承認防衛行為的補充關係具有降低私人濫用強制力風險及避免衝突升級之利益**。除此之外，透過賦予國家危害防止手段優先性，可以降低人民對於國家危害防止管轄機關保護不周之質疑。相對於被侵害者所擁有的正當防衛權，危害防止對於國家專門負責危害防止機關而言，是規定在警察職權行使法中所必須履行之義務，警察甚至在對於犯罪具合理懷疑時即應開始進行預防犯罪措施，因此，當有保護人民意願的國家機關在場時，國家機關負責實施危害防止的階段就已經開始了，交由負責危害防止的國家

¹¹³ 不同見解：Pelz, (Fn. 98), S. 306. Pelz 主張，從國家武力獨占原則推導出防衛行為的補充關係，無論如何都只具刑事政策性質而不具法釋義學作用。國家武力獨占所企求的目標毋寧只有透過法律規定其要件後才能有所主張。不過，Pelz 的說法忽略補充關係並非不能在正當防衛要件上找到聯繫因素，而且，國家武力獨占原則固然高度抽象，但是這並不代表國家武力獨占原則必然只具備刑事政策性質，只要對於防衛行為補充關係進行明確的說明，國家武力獨占原則就能夠發揮法釋義學作用。

¹¹⁴ Vgl. Rückert, BGH, 21.11.2019 - 4 StR 166/19: Erlaubnistatbestandsirrtum, NStZ 2020, S. 726 f.

機關優先實施危害防止任務，也可以有效降低人民對於國家保護法益不周之疑慮¹¹⁵。最後，具民意基礎之立法者既然將處理該侵害之任務分配給特定國家機關，就應將具合法使用武力適格者限縮於負責危害防止之國家機關，承認防衛行為的補充關係也能尊重立法者對於危害防止的任務分配。因此，正當防衛與國家危害防止行為間應具備補充關係，被侵害者在潛在防衛行為選擇上，必須將國家機關危害防止行為一併納入考量。

不過，這只是初步證立被侵害者防衛行為與國家危害防止行為之間的補充關係。至於，被侵害者是否在所有情形當中都必須優先利用國家危害防止行為，仍有待說明。例如，當國家機關在場，但是恣意選擇不保護人民、當國家機關在場，透過自由裁量權選擇不介入干預，乃至於國家機關不在場時，被侵害者是否應優先利用國家機關危害防止行為，這都涉及正當防衛補充性原則內涵的具體形塑，這將會在後續章節當中逐一進行說明。

第三節 本章結論

在本章中，我們首先確立正當防衛是國家武力獨占之例外容許規範，例外容許私人在面對現在不法侵害時可以透過必要防衛手段予以反擊，正當防衛是私人原初就擁有的防衛權利，並非來自於國家授權。因此，被侵害者防衛行為是否應補充於國家機關危害防止行為，是在討論私人防衛行為與國家機關危害防止行為間的競合關係。

在兩者的競合關係中，通說見解主張，被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者在潛在防衛手段選擇上，必須將國家機關危害防止行為一併納入考量。此一主張具說服力而值得支持，實質的理由是透過承認防衛行為的補充關係，能夠有效降低濫用強制力風險、避免衝突升級、穩固國家機關管轄危害防

¹¹⁵ Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, §12 Rn. 45.

止權限及尊重立法者危害防止任務分配。

不過，這只是初步證立正當防衛與國家危害防止行為之間的補充關係。至於，被侵害者是否在所有情形當中都必須優先利用國家危害防止行為，則會在後續章節當中逐一進行說明。



第四章 正當防衛補充性原則與正當防衛要件之關係

在第三章中，我們已經確立被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者必須將國家機關危害防止行為納入潛在防衛手段選擇考量之中。然而，正當防衛補充性原則應該放在正當防衛的哪一個要件予以審查，仍有疑義。儘管學說上普遍認為，當國家機關在場、有保護人民意願及保護人民能力時，正當防衛補充性原則是正當防衛的內在限制¹¹⁶，然而，縱使承認正當防衛補充性原則是正當防衛的內在限制，仍然必須在正當防衛的各個要件中尋找正當防衛補充性原則的聯繫因素。

正當防衛作為阻卻違法事由，它也間接決定國家刑罰權範圍的大小。因為，某一特定行為如果符合正當防衛，該行為就例外地被容許，無須透過刑事制裁予以處罰。因此，為了讓正當防衛補充性原則符合罪刑法定原則中的禁止類推適用及明確性要求，我們應該精確尋找該內在限制座落的法律要件，探詢正當防衛的規范文義是否容許正當防衛補充性原則存在，才能確實遵守權力分立原則¹¹⁷。因此，學說上有認為當國家機關在場、有保護人民意願及保護人民能力時，將使得侵害者的「不法侵害」不再存在，從而應該在防衛情狀中予以審查；通說見解則是認為，此時應在防衛手段之「必要性」要件上予以審查；最後，也有學說見解認為，應透過防衛手段中「合宜性」要件予以審查。本章將會逐一分析將正當防衛的哪一個特定要件視為正當防衛補充性原則的聯繫因素最具合理性。

第一節 防衛情狀

Haas 認為，當國家機關在場、有保護人民意願及保護人民能力時，將使得侵害者所實施的「不法侵害」不再存在¹¹⁸。本說的出發點是，法益保護是被普遍承認

¹¹⁶ Vgl. Burr, (Fn. 71), S. 230.; Amelung, (Fn. 91), S. 332.; Geilen, (Fn. 91), S. 315.

¹¹⁷ 僅參考：薛智仁，前揭註 12，頁 56，註釋 33。

¹¹⁸ Haas, (Fn. 105), S. 301.



的基本期待，每一個人的法益都具有不可損害性，不容許他人恣意侵害自身法益。當侵害者恣意侵害他人法益而使得普遍承認的期待落空時，該行為就屬於不法侵害¹¹⁹。

但是，當公權力主體在場時，公權力主體的存在本身就足以擔保侵害者透過不法行為可能破壞的穩定行為期待，因此，當公權力主體在場時，侵害者所實施的不法侵害將不再屬於正當防衛意義下的不法侵害¹²⁰。

基於以上說明，Haas 在分析正當防衛補充性原則時，是將正當防衛理論基礎建立在維護法秩序之上進行論述。然而，正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性，維護法秩序至多只是保護個人主觀權利的反射結果，因此，相同的批評也適用於此，本說不具說服力。退步言之，縱使忽略根本上的理論基礎批評，Haas 的論述可以從侵害及不法性兩個角度切入討論。

第一項 侵害

首先，依照 Haas 對於侵害的理解，只要是讓普遍承認的期待落空就可以該當防衛情狀中的侵害。問題是，當國家機關在場時，被侵害者仍可以期待法益不受侵害，這並不因國家機關在場而有所不同¹²¹。因為，雖然當具體衝突發生而且負責危害防止的國家機關在場，這仍然不能改變侵害者是透過恣意干預他人主觀權利領域方式實施不法侵害，侵害者既然透過其主觀意志選擇實施不法侵害，並在侵害者對於後續因果流程全然喪失控制可能性時，侵害者透過該行為所創造的風險就已經全然失控，該行為應屬於刑法應該介入管制之侵害，不應僅是因為國家機關「恰好」在場且「恰好」準備好進行救助的偶然事實因素存在就轉換其不法侵害性質。只要侵害者有意識地透過違反保護特定法益的刑事禁令表示不願意尊重他人主觀權利領域，法秩序就應該將該行為認定為侵害並賦予該行為負面評價，不應單純因

¹¹⁹ Haas, (Fn. 105), S. 205.

¹²⁰ Haas, (Fn. 105), S. 218 f.

¹²¹ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 248.



為特定國家機關在場就將其行為轉換為積極的非侵害評價。

因此，侵害的存在本身只取決於侵害者與被侵害者間的雙方關係，在場的國家機關（第三方）對於侵害存在與否並不具影響力，Haas 對於不法侵害的理解，至少從侵害的角度切入並不具說服力。

第二項 不法性

依照通說見解，只要客觀上違反法秩序之行為就屬於不法侵害，不以違反特定犯罪構成要件為限。其中，客觀上違反法秩序的內涵必須更進一步地予以精確化，為了避免讓立法者在不同法律領域中對於特定利益基於不同利益衡量結果給予不同保護程度的價值決定被架空，不法性必須立基於法秩序一體性原則，綜合考量特定利益在不同法律領域中的保護程度，及立法者在不同法律領域中容許私人合法使用武力的界限後再行決定¹²²。

侵害者恣意干預他人主觀權利領域之行為，在個案中可能干預他人生命、身體、財產及一般行動自由等權利。生命、身體及一般行動自由權利不只在刑法中占據重要地位，在憲法中也明文予以保障。如果只是因為國家機關在場並準備好介入救助，就將侵害者恣意干預他人主觀權利領域之行為認定為合法侵害，接續的推論將是被侵害者必須負有容忍侵害者恣意干預的義務，這等同於是讓侵害者可以恣意且片面地決定被侵害者的主觀權利存在，因而讓主觀權利意義喪失。因此，侵害者恣意干預他人主觀權利領域之行為應該被評價為不法侵害，國家機關縱使在場並準備好介入救助被侵害者，對於該不法侵害的不法性也不具影響力。

第二節 防衛手段

第一項 必要性

¹²² Perron/Eisele, (Fn. 16), § 32 Rn. 19 f. 中文文獻可參考：林鈺雄，前揭註 1，頁 251；薛智仁，前揭註 61，頁 184-187。



第一款 正當防衛補充性原則應於必要性要件中審查

依照通說見解，防衛手段的必要性要件要求權利人必須在多種可得採取並能有效排除不法侵害的防衛手段中選擇侵害最小之防衛手段¹²³。必要性要件審查目的在於**避免對於侵害者造成過大侵害**。當國家機關在場、有保護人民能力及保護人民意願時，被侵害者不只可以透過自我防衛方式實施防衛行為，同時也可以透過利用國家機關危害防止行為保全自身權利領域，在國家機關危害防止行為對於侵害者利益干預程度較低的前提下，要求被侵害者優先利用國家機關危害防止行為，完全符合必要性要件之審查。

問題是：當國家機關危害防止行為與被侵害者防衛行為兩者對於侵害者的利益干預程度相同時，是否仍然能夠在必要性要件中審查正當防衛補充性原則，即有疑義。學說上有認為，正當防衛的必要性要件只著重於防衛行為的強度，因此，在國家機關危害防止行為與被侵害者防衛行為對於侵害者法益干預程度相同時，既然兩者對於侵害者的干預強度相同，被侵害者無論採取自我防衛行為或採取國家機關危害防止行為就都可以通過必要性要件審查，換言之，正當防衛補充性原則不應置於必要性要件進行審查，而是必須要尋找其他要件作為聯繫因素¹²⁴。

然而，必要性要件的定義並未明文規定於法條文字之中。一般認為，如果完整觀察正當防衛規定，可以得出：防衛行為只有在不過當的前提下才能阻卻違法，因而，防衛行為可以區分為妥當的防衛行為及過當的防衛行為，學說上基於此一理解認定防衛行為只有在符合適當性及必要性時，才能被稱之為妥當¹²⁵。問題是，法條

¹²³ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 42 ff.; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 94 ff.; Frister, (Fn. 6), 16 Kap. Rn. 22 f.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 36.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 129, 158 ff.; Heger, (Fn. 91), § 32 Rn. 9.; Kindhäuser, (Fn. 104), §32 Rn. 88 ff.; Engländer, (Fn. 13), S. 278 ff.; Lauth, Antizipierte Notwehr, Berlin 2004, S. 81 ff.; BGH, 19.12.2013 - 4 StR 347/13: Zum Begriff der Schlägerei bei aufeinander folgenden Tötlichkeiten; Rechtfertigung des Messereinsatzes, NStZ 2014, S. 148. 中文文獻可參考：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》，第16期，頁38-39；許澤天，前揭註1，第3章邊碼44-47；林鈺雄，前揭註1，頁253-254；王皇玉，前揭註1，頁299-300；林書楷，前揭註1，頁139-140。

¹²⁴ Sengbusch, (Fn. 5), S. 267.; Schmidhäuser, (Fn. 14), S. 123.; Pelz, (Fn. 98), S. 307.

¹²⁵ 許恒達，前揭註7，頁382；薛智仁，前揭註123，頁45-47。

規範本身並未就適當性及必要性給予詳細定義，因此單純觀察法律規範本身，法律規範僅提供一個解釋框架，並容許法律解釋者在不逾越法條文義解釋的界限內做出最符合正當防衛目的之解釋。



在國家機關危害防止行為與被侵害者防衛行為對於侵害者利益干預程度相同的情形中，單純從干預強度角度切入，被侵害者可以自由選擇防衛行為或危害防止行為。因此，要求被侵害者優先利用國家機關危害防止行為，是對於被侵害者防衛權利的限制，必須思考該限制是否具正當理由。承認正當防衛補充性原則具有穩固國家機關危害防止管轄權限、尊重立法者任務分配等利益，而且國家機關透過危害防止行為也能有效保護被侵害者的主觀權利，此一對於被侵害者權利的限制具有正當理由。因此，必要性要件不應只是著重於「防衛行為干預強度」，而是同時也必須將「國家機關在場」的事實因素納入考量。當該防衛手段對於侵害者干預程度最輕微或屬於較可靠的防衛手段時，該防衛行為就符合必要性要件。不過，當該防衛手段對於侵害者干預程度相同時，只有當國家機關不在場時，該防衛行為始符合必要性要件。因此，正當防衛補充性原則可以完美容納於必要性要件之中，應該將必要性要件視為是正當防衛補充性原則的聯繫因素¹²⁶。

將必要性要件視為正當防衛補充性原則的聯繫因素後，因而會衍生的問題是：如果徹底貫徹正當防衛補充性原則限制，要求被侵害者在侵害者的不法侵害已經迫在眉睫時，仍然必須優先利用在場國家機關救助行為，在特定情形中等同於要求被侵害者必須優先採取迴避手段，被侵害者才有在緊急情狀中等待國家機關介入救援的可能性，而這似乎將削弱正當防衛銳利性特色。因此，我們有必要接續探討：要求被侵害者優先使用國家機關危害防止行為，是否等同於課予被侵害者一個無

¹²⁶ 在必要性要素中進行正當防衛補充性原則審查，也是德國學說上的通說見解。可參考：Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 50.; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 120.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 145.; Heger, (Fn. 91), §32 Rn. 11a.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 41.; Engländer, (Fn. 13), S. 155 f.; Seelman, (Fn. 91), S. 58.



期待可能性的退避義務要求。

第二款 優先使用國家機關危害防止行為不等同於優先退避

正當防衛理論基礎旨在保護個人主觀權利領域整全性，權利人為了回復自身權利領域的完整性，在符合必要防衛手段限度內可以直接予以防衛，無須履行退避義務。不過，如果在個案中侵害者擁有接近壓倒性的攻擊優勢，被侵害者也可以選擇優先以退避方式迴避他人侵害，換言之，被侵害者是否優先選擇退避是被侵害者可以自由選擇的權利，而非必須履行的義務，我們不只不能以權利人優先選擇逃避就是不榮譽、可恥或欠缺勇氣的口號譴責權利人，更不能將權利人優先選擇逃避行為賦予負面評價。

如果權利人在個案中為了避免自身利益受到更大侵害優先選擇退避，因為權利人在逃跑時是將後背留給侵害者，在權利人並非邊逃跑邊回頭攻擊侵害者的前提下，甚至可以認為被侵害者的逃跑行為是放棄所有防衛行為可能性，反而讓侵害者更容易追擊權利人並且更容易對於權利人造成侵害，因此，逃跑、迴避雖然在個案中可能是一種合理有效的迴避侵害方式，但並不是一種防衛手段¹²⁷。

不過，當特定國家機關在場且已經準備好介入時，權利人優先選擇退避以達到優先利用在場國家機關救助目的之行為，就不再單純地屬於迴避侵害，而毋寧是一種防衛手段¹²⁸。理由在於：表面上被侵害者雖然是在迴避他人侵害，但是實際上被侵害者仍然是在具體侵害情境下試圖利用既存可用的防衛手段以終止侵害，這正如同侵害者與被侵害者在距離雙方衝突現場 50 公尺處同時發現有某一刀械存在，只要被侵害者優先取得刀械就足以彌平雙方間的武力差距，被侵害者優先選擇背向侵害者衝向該特定地點取得刀械之行為，不能被評價為逃避，而是取得刀械的必

¹²⁷ Vgl. Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 49.; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 78.; Jakobs, (Fn. 115), § 12 Rn. 36.; Perron/Eisele, (Fn. 16), § 32 Rn. 40.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 118.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 103 f.; Bitzilekis, (Fn. 77), S. 78.; Erb, Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“, NSTZ 2005, S. 597.; Bernsmann, (Fn. 90), S. 319.

¹²⁸ 結論相同者：Sengbusch, (Fn. 5), S. 104 ff.; Felber, (Fn. 16), S. 170 f.

要中間行為¹²⁹。因此，我們必須將被侵害者與在具體衝突現場並準備好進行救助的國家機關視為一個「防衛共同體」，而非將兩者視為獨立個體，當被侵害者暫時選擇退避以達到優先利用在場國家機關救助目的時，被侵害者仍是在利用此一防衛共同體內的所有潛在防衛行為，這並不是課予被侵害者一個無期待可能性的退避義務要求。

第三款 被侵害者與在場國家機關的防衛共同體關係

在被侵害者、負責危害防止任務的在場國家機關與侵害者的三角關係中，被侵害者與在場國家機關共同組成一個「防衛共同體」，共同防衛來自侵害者的現在不法侵害，因此，在考量被侵害者防衛手段的潛在防衛行為選擇時，必須將國家機關危害防止手段可能性一併納入潛在防衛行為選擇考量。問題是，被侵害者是否始終都必須將危害防止行為納入考量？警察雖然負有保護人民法益義務及依法行政義務，在規範上可以推論出只要警察在場，被侵害者就必須將警察危害防止手段納入考量。不過，在現實上警察仍可能恣意選擇不介入衝突，被侵害者何時應將國家機關危害防止行為一併納入考量，即有爭議。此外，在此一防衛共同體關係中，被侵害者是否屬於決定性主導成員，警察是否應受到被侵害者指示限制？也有疑問。

首先，被侵害者原則上必須始終將國家機關危害行為納入潛在防衛行為選擇考量之中。因為，依照警察職權行使法第 1 條，警察負有危害防止及保護個人權利之法定義務，警察既然負有保護人民權利之法定義務且警察負有依法行政義務，被侵害者在面對現在不法侵害時，在規範上可以得出警察必須提供有效救助的結論。因此，當國家機關在場時，被侵害者在所有存在的整體事實基礎中除了擁有自我防衛權利外，就更擁有使用警察危害防止行為以自我保護的權利。不論是被侵害者自

¹²⁹ 必要中間行為類似於據為己有意圖中的必要中間目標。原則上，行為人在竊取他人錢包內錢財時，對於該錢包而言仍具據為己有意圖，因為行為人是暫時地將錢包當成取得錢財的必要中間目標，屬於竊取他人錢包內錢財的必要條件。在正當防衛情形中，被侵害者也是暫時地透過逃跑行為爭取時間以便取得刀械。必要中間目標的中文文獻可參考：薛智仁（2012），〈竊盜罪之所有意圖概念〉，《台灣法學雜誌》，第 205 期，頁 154-156。



我防衛行為或警察危害防止行為，都是被侵害者在考量防衛行為必要性時所必須考量的事實基礎¹³⁰。

但是，如果警察危害防止行為本身違反法律規定，縱使該危害防止行為對於侵害者而言干預程度更低或干預程度相同，在防衛共同體的潛在防衛行為範圍中也不應考量該違法的危害防止行為。因為，被侵害者擁有拒絕使用違法危害防止行為的權利，被侵害者拒絕使用違法的危害防止行為本身不只不應被賦予負面評價，也不應該將被侵害者拒絕使用違法的危害防止行為視為違反正當防衛補充性原則，並因而限縮被侵害者的防衛權利¹³¹，否則將可能間接鼓勵國家機關以違法方式侵害他人權利，反而將使得警察法上所要求的依法行政原則藉此方式而被架空。

此外，警察所實施的危害防止行為並不單純只是被侵害者將主觀權利讓予給警察，而由警察代為履行保護主觀權利領域整全性之任務。危害防止行為的實施毋寧是警察本身所應負擔的義務，警察維護個人權利也只是其所應負擔法定義務中的一部分，這從警察職權行使法第 1 條同時規範人民權益、公共秩序及社會安全即可推知。因此，被侵害者與國家機關在防衛共同體的關係中並不具從屬關係，被侵害者在個案中如果要求警察放棄救助，該指示對於警察而言不具拘束力，警察基於警察法上任務設定，仍需要積極為救助行為¹³²。

第二項 合宜性

最後，學說上有認為，正當防衛補充性原則應在合宜性要件上予以審查。理由在於，既然必要性要件只須審查防衛行為干預強度，在被侵害者防衛行為與國家機關危害防止行為對於侵害者利益干預程度相同時，必要性審查就無法發揮任何功

¹³⁰ 這只是初步證立警察及被侵害者間的防衛共同體關係，在現實上警察仍可能基於不同事實因素而選擇不積極救助被侵害者，例如：警察為了避免衝突升級而選擇不積極干預雙方衝突。被侵害者是否仍須優先利用危害防止行為，仍必須在具體個案中（尤其是必要性要件上）詳細判斷。

¹³¹ Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 119 ff.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 259 ff.; Kunz, (Fn. 96), S. 986.

¹³² Sengbusch, (Fn. 5), S. 260.



用，因此，將正當防衛的合宜性要求視為正當防衛補充性原則的聯繫因素，較為合理¹³³。

不過，本說將必要性要件侷限於防衛行為干預強度審查，似乎過度僵化認定必要性要件定義，忽略立法者有意透過框架性立法形式制定正當防衛，以便能因應複雜多變的社會事態。此外，合宜性要件雖然是在正當防衛規範文義容許框架內所提出的權利限制，但是，合宜性要件的存在是否具正當理由，也有疑問。

理由在於，將合宜性加入防衛行為要件設定中，將使得正當防衛的要件範圍變得模糊不清。合宜性要件本身的內涵並不明確，而所有容納於合宜性要件的各种限制背後考量因素更是大相逕庭。例如，保全利益與犧牲利益顯然失衡是著重於侵害者與被侵害者間的風險分配、雙方具特定親屬關係則是著重於侵害者負有特殊的保護者保證人地位或負擔特殊連帶義務，強行將不同限制基礎的要素一併納入合宜性限制，不會使其限制基礎更具正當性，反而使得合宜性要件內涵模糊不清¹³⁴，而這正是承認合宜性要件可能違反罪刑法定原則中的法律明確性之處。既然合宜性要件的考量因素眾多，我們無法單純透過「合宜與否」、「社會倫理禁止與否」加以掌握上開限制的所有內涵，在合宜性要件的內涵及認定標準仍有待釐清的前提下，強行在正當防衛中加入此一要件的可能後果就是：使得國家刑罰權成立範圍取決於司法者對於法律規範的不同解釋¹³⁵。

除此之外，合宜性要件的限制種類並不只限於無責任能力人侵害、保全利益與犧牲利益顯然失衡、雙方間具有特定親屬關係及挑唆防衛的四大類型，而是會隨著時間逐漸增加，例如：恐嚇取財式的脅迫（Erpresserische Angriff durch Drohung）

¹³³ Sengbusch, (Fn. 5), S. 272 ff.; Béguelin, (Fn. 105), S. 482 f.

¹³⁴ Nur Vgl. Erb, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108, S. 294 ff.

¹³⁵ 薛智仁，前揭註 35，頁 1205；薛智仁（2022），〈刑法解釋與適用之憲法界限—近期刑事判決之綜合評析〉，《興大法學》，第 32 期，頁 23-25。

是否應透過合宜性限制予以規制及營救式刑求是否應透過合宜性限制予以規制¹³⁶，在近年來的德國文獻上都有相關討論。可見，合宜性限制內涵、種類及界限都仍處於模糊不清狀態，不宜恣意地將合宜性加入我國刑法正當防衛要件之中。

基於以上說明，本文認為，立法者在設立正當防衛時，既未如同德國刑法第 32 條第 1 項明文將合宜性要件納入正當防衛要件中，再加上強行納入合宜性要件反而會更模糊化正當防衛適用範圍，正當防衛自始就無須審查合宜性要件，合宜性要件並不適合作為正當防衛補充性原則的聯繫因素。

第三節 本章結論

在本章中，為了使正當防衛補充性原則符合罪刑法定原則中的禁止類推適用及明確性要求，本文認為，防衛情狀中的不法侵害性質不會因國家機關在場且準備好介入救助而有所轉變，侵害存在與否只取決於侵害者與被侵害者間的雙方關係。此外，防衛行為中的合宜性要件自始不應存在於正當防衛要件設定之中。因此，將防衛行為中的必要性要件認定為正當防衛補充性原則的聯繫因素，最為合理。必要性要件除了必須審查被侵害者是否在所有有效防衛手段中選擇侵害最小者之外，在被侵害者的數個有效防衛手段侵害程度皆相同時，也必須審查被侵害者是否優先採取在場國家機關危害防止行為。

¹³⁶ 此一難題涉及營救式刑求往往可能侵害他人人性尊嚴，人性尊嚴是否應作為正當防衛的限制因素之一。可參考：Roxin/Greco, (Fn. 1), § 15 Rn. 106 ff.; Wagenländer, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, Berlin 2006, S. 120.; Greco, Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen, GA 2007, S. 635ff.; Erb, Nothilfe durch Folter, Jura 2005, S. 25.; Neuhaus, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführen: strafbar!, GA 2004, S. 539.

第五章 國家機關提供救助時防衛行為之必要性

通說見解雖然壓倒性地承認：被侵害者防衛行為必須補充於國家機關危害防止行為，被侵害者不得逕自實施防衛行為。但是，通說見解意見一致的地方只在於：在被侵害者潛在防衛行為選擇上，必須將國家機關危害防止行為納入考量。關於被侵害者何時必須優先利用國家機關危害防止行為的具體內涵，仍然極具爭議。在第四章中，我們已經確立正當防衛補充性原則應該在必要性要件中進行審查，因此，被侵害者是否必須優先利用國家機關危害防止行為，就取決在具體個案中該防衛行為能否符合必要性要件。基於此一理解，在第五章中所要探討的問題是當國家機關提供救助時防衛行為之必要性。在本章第一節當中，將會探討當國家機關在場，有保護人民意願，但國家機關危害防止行為對於侵害者干預程度較低、干預程度相同、干預程度較高、失敗風險較高，以及因事實上或法律上原因未積極介入救助時，被侵害者是否必須優先利用國家機關危害防止行為。

在本章第二節中，則將說明當國家機關不在場時，被侵害者在具體衝突發生時及具體衝突發生前，是否仍有優先向國家機關請求救助的法律義務。

第一節 國家機關在場提供救助

第一項 國家機關在場積極救助

在第一項中，我們要探討當國家機關在場並積極介入具體衝突時，被侵害者在多大範圍內應負擔優先利用國家危害防止行為的法律義務。國家機關的危害防止行為可能比防衛行為干預程度較低、干預程度相同，乃至於干預程度較高，是否在所有情形中都必須承認正當防衛補充性原則，仍有待釐清。

第一款 國家機關得透過干預程度較低的危害防止行為有效防衛侵害

案例一：A 徒手攻擊 B，B 為阻止 A 必須多次以徒手攻擊方式才能讓 A 喪失攻擊能力，與此同時，恰巧在場的警察 P 已經準備好救助 B，P 只須以一次徒手攻擊方式就可以讓 A 失去攻擊能力。B 卻直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

當國家機關在場、有保護人民意願，且國家機關危害防止行為對於侵害者干預程度較低時，被侵害者必須優先採取干預程度較低的國家機關危害防止行為，才能符合必要性要件。因此，在此情形中，並不是因為國家機關身分存在使得被侵害者必須優先利用危害防止行為，而是因為國家機關對於侵害者利益的干預程度較低，使得被侵害者必須優先選擇國家機關危害防止行為，如果被侵害者優先實施防衛行為，該防衛行為將欠缺必要性¹³⁷。

在案例一中，無論是 B 或 P 都可以有效阻止 A 的侵害，但是 P 只需要以一次徒手攻擊方式就可以使 A 失去攻擊能力，B 的自我防衛行為將使 A 身體法益受到更高的損害。因此，B 必須優先利用 P 的危害防止行為，B 的自我防衛欠缺必要性¹³⁸。

第二款 國家機關得透過干預程度相同之危害防止行為有效防衛侵害

案例二：A 徒手攻擊 B，在具體衝突現場的警察 P 已經準備好救助 B，B 和 P 都只需要以一次徒手攻擊 A 的方式就可以終止 A 的侵害。B 卻直接向 A 實施

¹³⁷ Roxin/Greco, (Fn. 1), Rn. 50.; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 120.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 129, 131.; Heger, (Fn. 91), § 32 Rn. 11a.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 261.; Burr, (Fn. 71), S. 230.; Bitzilekis, (Fn. 77), S. 76.; Geilen, (Fn. 91), S. 316; Seelman, (Fn. 91), S. 58.; Pelz, (Fn. 98), S. 307.

¹³⁸ 至於，當被侵害者誤認防衛行為符合必要性而實施過當防衛手段時，就應透過容許構成要件錯誤方式處理。依照通說見解，此時應排除故意犯罪成立，並在過失犯罪的檢驗中考量防衛過當是否仍有適用餘地。換言之，誤想防衛與防衛過當並非互斥概念，而是必須依照犯罪檢驗架構逐一進行審查。可參考許澤天(2023)，〈免除罪責防衛過當的建構—與誤想防衛的交錯適用〉，《台灣法律人》，第 21 期，頁 49-51；薛智仁(2016)，〈傷害致死罪之防衛過當—評士林地方法院 104 年度易字第 628 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 49 期，頁 44-48。

防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

通說見解認為，當負責危害防止任務的國家機關在場、有保護人民意願，且國家機關危害防止行為與防衛手段干預程度相同時，就有使用正當防衛補充性原則解釋之必要¹³⁹。本文認為，這是一個值得贊同的看法，在本情形中，既然被侵害者與國家機關對於侵害者干預程度相同，就可以符合防衛行為干預強度判斷標準，但是，既然國家機關在場，要求被侵害者負擔優先利用國家機關危害防止行為的法律義務，具有穩固國家機關危害防止管轄權限及契合民主原則等利益，而由警察實施危害防止行為也能有效保護被侵害者的主觀權利，被侵害者就必須優先利用國家機關危害防止行為，如果被侵害者優先實施防衛行為，該防衛行為將欠缺必要性。

在案例二中，P、B 雖然都可以以一次徒手攻擊有效終止 A 的攻擊，但是既然 P 在場，B 就必須優先利用 P 的危害防止行為，B 的自我防衛行為欠缺必要性。

第三款 國家機關得透過干預程度較高的危害防止行為有效防衛侵害

案例三：A 徒手攻擊 B，B 可以透過一次徒手攻擊方式使 A 失去攻擊能力。身體能力較弱的警察 P 雖然也在場，但是 P 為阻止 A 不得不多次使用其警棍攻擊 A，始能讓 A 喪失攻擊能力。B 直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

第一目 理論爭議

當負責危害防止任務的國家機關在場、有保護人民意願，但是國家機關危害防止行為干預侵害者利益程度較高時，通說見解主張，此時應排除正當防衛補充性原則適用¹⁴⁰。理由在於：在本情形中，既然被侵害者防衛行為或國家機關危害防止行

¹³⁹ Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 121.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 148.; Heger, (Fn. 91), § 32 Rn. 11a.; Burr, (Fn. 71), S. 230.; Bitzilekis, (Fn. 77), S. 76.; Geilen, (Fn. 91), S. 316; Seelman, (Fn. 91), S. 58.

¹⁴⁰ Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 41; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 145; Sengbusch, (Fn. 5), S. 265 f.

為都可以有效保護被侵害者主觀權利，在本情形中是否適用正當防衛補充性原則的決定性關鍵不是被侵害者主觀權利的需保護性，而是侵害者的法益是否會受到過度干預的需保護性。既然國家機關危害防止行為對於侵害者的干預程度較高，就應該選擇干預程度較低的被侵害者防衛手段，因此，在本情形中應排除正當防衛補充性原則適用。

不過，相對於通說見解，Lesch 認為此時仍有正當防衛補充性原則適用，被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為。理由在於：在現代憲政國家中，私人必須優先利用和平的訴訟程序，而國家機關透過危害防止行為所提供的救助也是一種法律保護程序，只要國家機關實際上介入具體衝突，就應該要求被侵害者優先利用國家機關危害防止行為，這無論在危害防止行為干預程度較高或較低的情形當中都有所適用，因此，侵害者必須容忍國家機關干預程度較高的危害防止行為，不受具體手段必要性的影響。除此之外，因為危害防止是國家機關應履行之任務，因此在考量國家機關危害防止行為本身是否符合比例原則時，也就只有其他的國家公權力行為才能與其相比較，被侵害者防衛行為不能與之相提並論¹⁴¹。

第二目 防衛行為符合必要性

一、防衛共同體的潛在防衛行為不包含國家機關危害防止行為

本文認為，被侵害者的防衛行為是否符合必要性，首先必須確立：國家機關危害防止行為是否違法。如果國家機關危害防止行為本身違法，被侵害者具有拒絕國家違法救助的權利，被侵害者自始就無須考量國家機關危害防止行為。這一個問題思考的切入點是：在國家機關危害防止行為本身的比例原則審查上，是否應將防衛行為一併納入考量。因為，如果比例原則審查必須將防衛行為一併納入考量，既然國家機關危害防止行為相較於防衛行為干預程度更高，國家機關就應該放棄此一

¹⁴¹ Vgl. Lesch, (Fn. 12), S. 112.; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz: Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht, Paderborn u.a. 2000, S. 62.



危害防止行為，交由被侵害者優先實施防衛行為，才能符合比例原則中的必要性審查。當國家機關未優先選擇防衛行為時，該危害防止行為本身違法，被侵害者無須考量國家機關違法危害防止行為。

本文認為，Lesch 主張，在考量國家機關危害防止行為本身是否符合比例原則時，只有其他的國家公權力行為才能與其相比較的說法，有待商榷。在國家機關危害防止行為的比例原則審查上，防衛行為也應一併納入考量。理由在於，比例原則設立的初衷在於節制國家權力行使，避免國家權力過度行使而損害受干預者權益，然而，如果在本情形中將被侵害者防衛行為排除在外而只審查其他國家機關干預手段，將使得侵害者受到干預程度更高的侵害，反而與比例原則設立初衷相互牴觸¹⁴²。除此之外，在國家干預手段比例原則審查上只審查國家其他干預手段，將忽略防衛行為也可能與國家干預手段造成相同甚至是更高的侵害風險，正是因為在現代社會中擁有優勢地位的私人相對於國家機關而言可能具有更高的干預可能性，才會在憲法學上普遍承認基本權的第三人效力理論¹⁴³。因此，在決定國家干預行為是否符合比例原則時，除了考量其他國家干預行為外，也應將被侵害者防衛行為一併納入考量。

基於以上說明，在國家機關危害防止行為本身比例原則的審查上，因為防衛行為干預程度較低，國家機關危害防止行為本身即屬違法，該危害防止行為自始就不在防衛共同體的潛在防衛行為選擇之中¹⁴⁴。


二、 防衛行為符合必要性

既然危害防止行為自始就不在防衛共同體的潛在防衛行為選擇之中，被侵害者就可以選擇自己實施防衛行為，該防衛行為符合必要性要件。不過，Engländer 主

¹⁴² Sengbusch, (Fn. 5), S. 266.

¹⁴³ 吳庚、陳淳文，前揭註 26，頁 134-138；許育典，前揭註 29，頁 141-148；許宗力（2003），〈基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，頁 64-73。

¹⁴⁴ Sengbusch, (Fn. 5), S. 266.



張，此一見解過度簡化國家機關危害防止行為與防衛行為兩者間的差異。因為，正當防衛補充性原則重要內涵之一在於有效避免衝突升級並降低私人間強制力濫用風險，相較於專門負責危害防止任務的國家機關而言，私人欠缺判斷情勢及使用武力之專業知識，在本情形中如果交由被侵害者實施防衛行為，將使得衝突升級的風險大幅提升。雖然私人如果妥當地實施防衛行為，其干預程度會輕微於危害防止行為，但是正是因為無法確定私人是否會妥當實施防衛行為，因此在本情形中，仍應認為防衛行為欠缺必要性。在此前提下，國家機關危害防止行為對於侵害者所造成的額外損害並非沒有必要，這是為了國家武力獨占所必須付出的代價¹⁴⁵。

本文認為，Engländer 的主張固然是從國家武力獨占的實質內涵切入論證，但該論證本身至多只能推論出國家武力獨占的存在具備正當性，被侵害者是否應優先利用國家機關危害防止行為，仍必須在具體個案中考量侵害者實施侵害行為的方式、該侵害行為所會帶來的危險性高低、被侵害者是否仍有其他防衛手段、被侵害者其餘防衛手段成功機率高低，綜合審查是否符合必要性要件。既然在本情形中，國家機關危害防止行為干預程度較高，被侵害者的潛在防衛選擇就只剩下自我防衛，被侵害者無須優先利用國家機關危害防止行為。

在案例三中，P 的危害防止行為相較於 B 的防衛行為干預程度更高，P 必須優先讓 B 實施防衛行為，才能符合比例原則。因此，在 B 的潛在防衛選擇之中，如果 P 實施危害防止行為，該危害防止行為將因違反比例原則而違法，B 自始無須考量 P 違法的危害防止行為。B 自我防衛行為符合必要性要件。

第四款 國家機關得透過失敗風險較高但干預較低的危害防止行為防衛侵害

案例四：綁匪 A 正在挾持人質 B，在具體衝突現場的警察 P 計劃使用眩暈手榴彈。然而，因為眩暈手榴彈必須在經過一定的時間後才會生效，對人質 B 而

¹⁴⁵ Engländer, (Fn. 13), S. 167.

言，必須面臨綁匪在昏迷前就先朝其開槍的風險。恰巧 B 身上配有槍枝，B 趁 A 不注意時，朝 A 腿部發射子彈。A 果然因而受重傷。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

當負責危害防止任務的國家機關在場、有保護人民意願，但是國家機關得透過危害防止失敗風險較高、干預較低的公權力行為防衛侵害時，多數學說見解主張，此時應排除正當防衛補充性原則適用¹⁴⁶。理由在於：在必要性要件上，通說見解雖然要求被侵害者必須在多種可得採取的有效防衛手段中選擇侵害最小之防衛手段，但是，通說見解也同時強調，如果要求被侵害者採取侵害較小的防衛手段可能會使其承受額外法益受損風險，被侵害者選擇侵害程度較大但更能有效保護自身法益的防衛手段，並不逾越必要性要求¹⁴⁷。例如，當侵害者徒手攻擊被侵害者時，被侵害者雖然可以徒手將侵害者推倒，但是在個案中將侵害者推倒的行為可能無法徹底終結侵害，反而可能使侵害者將該推倒行為視為挑釁，並繼續起身採取更激烈攻擊手段。因此，當被侵害者採取更可靠（但干預較大）的攻擊手段，例如朝侵害者非致命部位使用刀械或槍枝時，不能一概否定其防衛手段之必要性。在本情形中，國家機關雖然在場並介入雙方衝突，但因為國家機關危害防止失敗風險較高，如果承認正當防衛補充性原則，將使被侵害者承擔原本無須承擔的法益受損風險，並讓必要性要件內涵被架空，因此，在本情形中不應適用正當防衛補充性原則。

本文認為，多數學說見解正確地從必要性要件本質切入解釋，值得支持。除此之外，在本情形承認正當防衛補充性原則也將與該原則的本質相互抵觸。正當防衛

¹⁴⁶ Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 146 ff.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 263.; Engländer, (Fn. 13), 172 ff.

¹⁴⁷ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 42 ff.; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 94 ff.; Frister, (Fn. 6), 16 Kap. Rn. 22 f.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 34 f.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 131, 158 ff.; Heger, (Fn. 91), §32 Rn. 9.; Kindhäuser, (Fn. 104), §32 Rn. 88 ff.; Engländer, (Fn. 13), S. 278 ff. 中文文獻可參考：張天一（2016），〈由「勒斃竊賊案」判決論過當防衛之判斷—評臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號判決〉，《月旦刑事法評論》，第 3 期，頁 103；林鈺雄，前揭註 1，頁 253-254；王皇玉，前揭註 1，頁 299-300；林書楷，前揭註 1，頁 139-140；薛智仁，前揭註 123，頁 38-39。

補充性原則旨在提高個人保護程度，而不是單純為了達到社會整體武力控制之目的，就降低個人保護程度¹⁴⁸。如果在本情形中要求被侵害者優先利用國家機關危害防止行為，將是強加被侵害者危害防止失敗的額外風險，這不只與必要性要件不符，更與正當防衛補充性原則之本質有所扞格，因此，**被侵害者自行實施的防衛行為符合必要性。**

在本案例中，P所使用的眩暈手榴彈將在一定時間後才會生效，在眩暈手榴彈生效前，B仍然處於隨時可能受侵害的緊急狀態當中，因此，P所使用的眩暈手榴彈危害防止失敗機率較高。B為了保護自身生命身體法益，以干預程度較高但更能有效保護法益的方式進行防衛，該防衛行為符合必要性。

第二項 國家機關在場但缺乏干預權限或未實施干預行為

相較於第一項討論在場國家機關實施與防衛行為干預程度相同、干預程度較高、干預程度較低或危害防止失敗風險較高的具體干預作為，第二項要討論的情形是當國家機關在場，但基於法律上原因不得實施干預或基於事實上原因不願實施干預時，被侵害者是否仍須優先利用國家機關危害防止行為。

國家機關基於法律上原因而不得實施干預，是指國家機關在規範上欠缺法律授權而不得實施干預行為，不過，在現實上仍可能有兩種不同的事實選擇：第一個是國家機關確實不實施干預，另一個是國家機關仍然選擇實施干預。國家機關基於事實上原因而不願實施干預，則包含國家機關對於現場情勢合法裁量後選擇不干預，以及國家機關判斷現場情勢後違法恣意選擇不干預的兩種不同情形。因此，在討論上將國家機關基於事實上原因不願實施干預區分為(1)「合法」及(2)「違法」不願實施干預行為，以及將國家機關因欠缺法律授權而(3)選擇不干預或(4)仍選擇干預的四種情形分別予以討論，更可以清楚地分析在此四種情形中可能涉及

¹⁴⁸ Engländer, (Fn. 13), S. 174.



的核心爭議為何。

第一款 國家機關基於事實上原因不願實施干預

第一目 國家機關恣意違法選擇不干預

案例五：B 正在竊取 A 的財物，在具體衝突現場的警察 P 雖然發現此事，但對於 B 所為的竊盜行為卻違法恣意地拒絕救助 A。A 直接實施防衛行為。試問：A 的防衛行為是否符合必要性？

當國家機關在場，但卻恣意拒絕實施危害防止行為時，被侵害者無須優先利用國家機關危害防止行為。理由在於：當國家機關違法拒絕救助被侵害者時，國家機關的違法行為自始就不是防衛共同體的潛在防衛行為選擇，被侵害者所實施的防衛行為符合必要性¹⁴⁹。如果在本情形中要求被侵害者優先利用國家機關危害防止行為，除了會讓被侵害者主觀權利領域整全性的保護落空外，更會間接鼓勵侵害者干預他人主觀權利領域。


第二目 國家機關經合法自由裁量後選擇不干預

案例六：一群聚眾施強暴者破壞一個市區並試圖對於該市區內的商店進行搶劫，在場警察基於其自由裁量權選擇不直接介入現場衝突，而是以封鎖該市區方式，以避免衝突升級。當這群聚眾施強暴者試圖砸開店主 A 的商店時，A 在口頭警告無效後，持刀砍傷其中一人¹⁵⁰。試問：A 的防衛行為是否符合必要性？

在國家機關合法自由裁量現場情勢後選擇不干預的情形中，學說上有認為被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為。例如 Haas 認為當負責管轄危害防止的國家機關在場時，侵害者透過不法侵害所破壞的普遍行為期待並未落空。因為，

¹⁴⁹ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 148.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 264.; Béguelin, (Fn. 105), S. 483 f.

¹⁵⁰ 案例改編自 Erb, Notwehr bei präsenster staatlicher Hilfe, in: Griesbaum u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, S. 181 f.



當該公權力主體在場時，被侵害者擁有向該公權力主體請求救助之請求權，而公權力主體也經常會因而予以救助，因此，當公權力主體在場時，就已經足以擔保被不法行為所破壞的穩定行為期待，公權力主體雖然是以被動不作為方式介入，但該公權力主體所實施的被動不作為正好意味著：向人民宣告系爭侵害對於社會的影響尚未重大到需要使用最銳利的手段進行防衛¹⁵¹。學說上也有從穩固國家機關管轄危害防止權限¹⁵²及尊重民主原則¹⁵³的角度切入，認為被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為。

不過，本文認為，在本情形中，被侵害者無須優先利用國家機關危害防止行為，**被侵害者實施的防衛行為符合必要性**。首先，正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性，單純從普遍承認期待落空的角度解釋正當防衛，與正當防衛理論基礎本質有所抵觸。此外，從文義解釋角度切入，正當防衛的必要性要件要求「為避免侵害而實施的必要行為」，因此，只有當國家機關的危害防止行為能夠同樣達到避免侵害的目的時，才能認為防衛手段不具有必要性，然而，正是因為國家機關未進行干預，避免侵害的目的自始無法達成，如果國家機關在場但「不干預」也被解釋為必要防衛手段，可能逾越必要性要件之文義解釋¹⁵⁴。

最後，如果承認被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為，將使得被侵害者的主觀權利保護落空。國家機關在自由裁量後既然決定不實施干預，被侵害者不只無從實施自我防衛行為，在場私人救助者所提供的防衛救助也必須予以處罰，這會讓被侵害者在具體衝突情境當中處於孤立無援狀況。而封鎖被侵害者防衛權利的可能解釋除了可能是國家機關向人民宣告系爭侵害尚未重大到需要使用最銳利的手段進行防衛外，更可能是向人民宣告國家機關不願積極介入私人衝突，並間接向人民傳達國家不願保護被侵害者之訊息，使得國家在被侵害者與侵害者的雙方

¹⁵¹ Haas, (Fn. 105), S. 297 f.

¹⁵² Jakobs, (Fn. 115), § 12 Rn. 45.; Béguelin, (Fn. 105), S. 485.

¹⁵³ Pawlik, (Fn. 108), S. 227 f.

¹⁵⁴ Engländer, (Fn. 13), S. 169.



關係中更傾向於是支持受害者一方的角色¹⁵⁵。

如果我們同時將警察在行使自由裁量權時所具有的高度主觀個人化色彩一併納入考量，國家不願保護被受害者的疑慮就會變得更加重大。例如，警察文化與警察成員間的價值觀具有很大的影響力，在警察人員剛開始執行職務時，往往會受限於所學知識難以運用於現場情勢而不敢擅自下判斷，在處理現場情勢時傾向求助於較有經驗的同伴或在場的高階警官，警察在現實情境當中只是一個被操控的學習者，學習其他同伴或主管機關人員如何處理事務¹⁵⁶，而當警察服務年限越高，其使用武力的意願往往就越低¹⁵⁷。因此，警察既然可能基於避免衝突升級、公共利益維護、個人價值觀、環境因素乃至於成員間的壓力等因素¹⁵⁸，在利益衡量後選擇被動不介入，而在被受害者具有防衛機會時封鎖其防衛權利，等同於要求被受害者必須負擔犧牲義務以達到維護國家武力獨占目的，這將導致警察對於整體情勢的利益衡量凌駕於被受害者的主觀權利領域，國家能夠以強迫被受害者犧牲其主觀權利領域方式，以達成維持公共秩序、避免他人利益受到更重大損害的整體利益目的，如此一來，將使得被受害者的主觀權利保護落空¹⁵⁹。

基於以上說明，本文認為，在本情形中，被受害者無須優先利用國家機關危害防止行為，被受害者實施的防衛行為符合必要性。不過，在防衛行為破壞警察對於現場情勢的規劃時，可能成立妨害公務罪，被受害者或在場私人救助者就妨害公務

¹⁵⁵ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 149.

¹⁵⁶ Janet Chan, Changing police culture: Policing in a Multicultural Society, *The British Journal of Criminology* 13(1), 110, 121. (1996); Robert Reiner, The Politics of the Police, 109. (2000)

¹⁵⁷ Eugene A. Paoline & William Terrill, Police Education, Experience, and the Use of Force, *Criminal Justice and Behavior* 34(2), 186-194. (2007).

¹⁵⁸ Jeffrey S. Nowacki & Tyrell Spencer, Police discretion, organizational characteristics, and traffic stops: An analysis of racial disparity in Illinois, *International Journal of Police Science & Management* 21(1), 4. (2019)

¹⁵⁹ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 148. 不同見解：Béguelin, (Fn. 105), S. 484 f. Béguelin 主張必須區分警察行使自由裁量權的個別理由，如果警察是為了防止更重大侵害而決定不干預，國家就等同於自始未介入承擔保護個人法益任務，然而，如果警察是為了避免衝突升級而決定不干預，就應承認正當防衛補充性原則適用。

罪部分無從主張正當防衛¹⁶⁰。



第二款 國家機關基於法律上原因不得實施干預

第一目 國家機關在欠缺公法授權前提下仍選擇干預

案例七：警察甲射擊技術高超，已在射擊比賽中獲得多次獎項，但卻在某日左腳因故受傷。次日，甲巡邏時發現乙正在竊取丙價值高昂的財物，因為甲在發現乙時距離乙尚有 40 公尺之遠，甲在大聲喝止且對空鳴槍警告無效前提下，可以透過朝著乙大腿開槍一次的方式終止侵害。然而，丙身藏獵槍，丙在情急之下直接朝著乙頭部發射一發子彈。假設甲、丙的射擊行為都不符合衡平性要求。試問：丙的防衛行為是否符合必要性？

在國家機關欠缺公法授權前提下仍選擇干預的情形中，被侵害者是否應優先利用國家機關危害防止行為，必須依照以下層次逐一檢驗：第一、警察是否屬於正當防衛適用主體。在本案例中，甲的干預行為雖然欠缺公法授權而在警察法上違法，但如果甲是正當防衛適用主體，因為正當防衛無須審查衡平性，甲的射擊行為仍有被評價為合法的可能。第二、如果認定甲干預行為合法，丙在潛在防衛行為選擇中，就必須將甲干預行為一併納入考量，此時，就必須檢驗丙是否應優先利用甲的危害防止行為。

一、警察屬於正當防衛適用主體

(一) 理論爭議

正當防衛是國家容許私人合法使用武力之例外，被侵害者在面對現在不法侵害時，可以使用適當必要的防衛行為予以反擊。然而，是否所有的被侵害者都是正當防衛的適用主體，尤其是代表國家行使公權力的警察是否屬於正當防衛的適用

¹⁶⁰ 結論相同：Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 149.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 278.; Engländer, (Fn. 13), S. 169 ff.。

主體，即有疑義。爭議在於：一方面，警察是代表國家公權力的刑事司法機關，應代表「國家」執行國家公權力；正當防衛則是受不法侵害的「私人」以武力對於侵害者進行反擊，兩者間的角色地位似乎有所不同；另一方面，為了節制國家權力，公法法規通常都設有比例原則的具體化規定，如果警察可以忽略公法法規而適用正當防衛，似乎可能間接使警察藉此方式規避比例原則對於公權力的控制機能。因此，警察是否屬於正當防衛適用主體之爭議，實質上涉及公法（警察法）與刑法間交錯適用的複雜關係¹⁶¹。以下將分別針對各個學說予以分析。

1、區分解決理論

(1) 理論內涵

區分解決理論 (differenzierende Theorie) 主張，刑法與警察法任務目的不同，因此在違法性的判斷上可以分別判斷。警察法目的在於賦予及限制警察權限，但是，警察作為一個受刑法管轄的公民，其逾越權限行為可罰性的問題則屬於刑法的守備範圍。既然刑法與警察法目的不同，一個相同的行為同時在警察法上被評價為違法，但在刑法上被評價為合法，就是可以接受的¹⁶²。區分解決理論最大的優點在於，一方面，透過區分判斷警察防衛行為的刑事與行政責任，可以讓警察在實施防衛行為時無須受到比例原則中衡平性的限制，充分保障被侵害者的權益，避免讓被侵害者處於孤立無援狀態。另一方面，警察也並非毫無責任，在公法領域中，警察畢竟是做了一個違反比例原則的行為，因此必須受到懲戒法的處罰，不會因為警察可以主張正當防衛就架空比例原則要求並讓國家權力間接擴張，此說在德國刑法學說

¹⁶¹ 德國法上一般性學說的介紹，可參 Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2012, S. 40 ff. 中文文獻：楊雲驊 (2014)，〈「公民與政治權利國際公約」第 7 條對國內法之效力：以預防性刑求為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 43 卷特刊，頁 997-998。

¹⁶² Beaucamp, §§ 32,34 StGB als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Eingreifen, JA 2003, S. 403 f.; Rogall, Das Notwehrrecht des Polizeibeamteten- BayObLGSt 1911, JuS 1992, S. 558 ff.; Beisel, Straf- und verfassungsrechtliche Problematiken des finalen Rettungsschusses, JA 1998, S. 722 f.; Engländer, (Fn. 13), S. 216 ff.; Erb, NStZ (Fn. 127), S. 594 f.; Neuhaus, (Fn. 136), S. 526. 在我國文獻上支持此說者：許澤天，前揭註 1，第 3 章邊碼 64。



上有越來越多學者支持的傾向，可以認為本說已經成為德國有力學說。

(2) 本說批評

① 刑事政策觀點

依照區分解決理論，警察雖然可以免除刑事責任，但是卻必須接受懲戒處罰，如果採取區分解決理論，將會讓被侵害者是否獲得救助單純取決於個案中實際遇到的警察性格，反而造成刑事政策上難以忍受的後果¹⁶³。舉例而言，在個案中被侵害者當然有可能遇到一個樂於助人的警察，認為懲戒處罰對他而言並不重要，在法益失衡的情境中選擇救助處於困境之中的公民。但在個案中警察也有可能因為擔心會受到懲戒罰，而不敢出手相救。就此而言，學說上有認為，警察既然是出於自我決定而選擇實施防衛救助，就必須自行承受懲戒罰的後果¹⁶⁴。這種認為在現代社會中個人原則上只需要為自己的行為負責的自由主義式觀點，在邏輯上雖無缺陷，但並未窺見人性的全貌。在現代社會中當然有樂於助人的警察，也有自掃門前雪的警察，尤其在考慮到懲戒對於警察職業升遷發展具有重大影響後，在擇定刑法理論時不能以自身的價值觀取代他人的價值觀。因此，區分解決理論在刑事政策上會導致難以接受的結果。

② 不法侵害觀點

此外，如果採取區分解決理論，將導致侵害者對於警察的防衛行為有主張正當防衛的可能性。理由在於，依照通說見解，現在不法侵害的不法性包含刑事不法，行政不法及民事不法。既然警察的防衛行為在行政法上違法，侵害者就是在面對現在不法侵害，只要侵害者的防衛行為符合適當性及必要性，即可對於警察實施正當防衛，這反而導致警察基於保護自己或他人主觀權利地位所為防衛行為，被不當地

¹⁶³ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 111.; Pewestorf, Die Berufung des Amtsträgers auf die Jedermannrechte, JA 2009, S. 45.

¹⁶⁴ Hillenkamp, (Fn. 161), S. 44.



轉化為不法侵害。

2、私人解決理論

(1) 理論內涵

私人解決理論 (Privatheitstheorie/gemischt öffentlichrechtlich-strafrechtliche Theorie) 主張，警察雖然沒有職務上的義務將自己的身分轉換為提供防衛救助的私人，但是警察有權將自己的身分轉換為私人。在警察將自己的身分轉換為私人之後，即使在警察法上並無干預授權，警察也可以主張正當防衛。因為憲法規定的比例原則只適用於公權力主體，警察既然是以私人身分行事，就沒有規避公權力控制機能之疑義¹⁶⁵。


(2) 本說批評

私人解決理論的缺點顯而易見，私人解決理論的理論前提是，公權力主體可以自行選擇要以公權力主體實施危害防止行為或以私人身分實施防衛行為。然而，警察既然作為一個公權力主體，警察就有義務執行國家分配給他的任務，警察並不能如同變色龍一般，在瞬息萬變的事態中，一下子作為公權力主體，一下子作為私人行事，而這種轉變甚至可以在幾分之一秒內發生¹⁶⁶。因此，警察如果可以主張正當防衛，就必須讓他可以在他的警察角色中主張，而非以私人身分主張正當防衛¹⁶⁷。除此之外，如果警察可以任意選擇公權力主體或私人身分，警察就可以藉此規避刑法對於公務員犯罪加重處罰規定，等同於架空刑法第 134 條規定¹⁶⁸。

3、純粹的公法解決理論

(1) 理論內涵

¹⁶⁵ Kinnen, Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung, MDR 1974, S.631 ff.
¹⁶⁶ Hillenkamp, (Fn. 161), S. 43.; Schwabe, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977, S. 1905.; Beisel, (Fn. 162), S. 722.
¹⁶⁷ Perron, Foltern in Notwehr? in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. Bielefeld 2004, S. 146.
¹⁶⁸ Ähnlich Engländer, (Fn. 13), S. 213.



純粹的公法解決理論（Rein öffentlich-rechtliche Theorie）主張，國家干預的公權力不能藉由一般阻卻違法事由而擴大。因此，警察不能援引刑法的一般阻卻違法事由。換言之，在判斷警察干預行為違法性時，應優先判斷公法規定，如果在公法上認定該行為違法，在刑法上也必定違法¹⁶⁹。純粹的公法解決理論主要從**法治國原則及比例原則**角度切入論證，本說認為比例原則普遍被認為是公權力行為合法性的決定性原則，國家執行機關對公民法領域的每一次公權力干預都需要有特別法律授權，而這個法律授權並不存在於刑法的一般性阻卻違法事由中，刑法的阻卻違法事由適用於公民與公民間關係，而公法規定則是適用於國家與公民間的關係。公法規定更著重於比例原則中過度禁止及對於公權力控制機能，如果警察可以透過刑法規定阻卻違法，無異於間接放棄比例原則對於國家機關行為的控制機能¹⁷⁰。

除此之外，公權力行為應受到比例原則拘束的根本性原因在於：公權力主體相對於私人而言位居於**優越性地位**¹⁷¹，國家因為擁有龐大資源，在蒐集資訊、應對緊急狀況的能力都優越於私人，因此，如果行政機關的人員已經藉由其潛在性的權力、基於其地位或對事物的救助手段存有優勢地位，卻仍然如同在面對現在不法侵害時孤立無援的公民一般被賦予正當防衛權利，將會與我們以自由主義對於國家權力予以限制的憲法有所抵觸¹⁷²。另外，警察與一般公民在角色定位上也有重大不同：一般公民是居於防守者的位置實施防衛，警察在執行職務時則是居於進攻的位置實施危害防止¹⁷³，這種角色地位資格上的不同，將使得警察自始無從主張正當防衛。

（2）本說批評

¹⁶⁹ Jahn, Das strafrecht des Staatsnotstandes, Frankfurt 2004, S. 272 ff.; Seelman, (Fn. 91), S. 55 f.; Renzikowski, (Fn. 31), S. 297. 中文文獻：陳景發（2022），《警察法規基礎講義》，初版，頁 269-271，元照；陳景發（2021），《警械使用之法的制約》，初版，頁 16-18，元照。

¹⁷⁰ Renzikowski, (Fn. 31), S. 297.

¹⁷¹ 關於國家權力優越性的詳細內涵，可參閱許志雄（2002），〈國家權力的正當性與界限〉，黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀論文集：公法學篇（一）》，頁 26-27，新學林。

¹⁷² Klinkhardt, Die Selbsthilferechte des Amtsträgers, VerwArch 55, S. 348 f.

¹⁷³ Seelman, (Fn. 91), S. 55 f.



①主觀權利意義落空

依照純粹的公法解決理論，在警察自身面對現在不法侵害的情形中，如果警察防衛行為在警察法上違法，在刑法上也必定違法，結果將是具有公務員身分的警察無從主張正當防衛，具公務員身分的警察權利更弱於一般公民，這不只有違反平等原則的疑慮，更將使得警察本身的主觀權利領域整全性可以恣意地被他人干預，使得主觀權利意義落空。此外，在他人面對現在不法侵害而欠缺自己終止侵害能力的情形中，採取本說也將使主觀權利意義落空。徹底貫徹純粹的公法解決理論的結果將是，被侵害者無法自行終止侵害、警察也無從提供救助，被侵害者在具體衝突中處於孤立無援狀態，保護個人主觀權利只能成為理論上的空中樓閣。

②國家機關優越性

從國家機關相對於私人而言具優越地位，因而在防衛手段上必須受到一定限制的說法切入，雖然在表面上看起來極具說服力，但我們必須進一步地檢驗其意義：

第一、國家機關的優越性可能代表國家機關在實施防衛救助時必須在適當性及必要性要件上受到更多限制。這樣的說法無法證立純粹的公法解決理論更適合於解決此爭議，縱使採取區分解決理論、私人解決理論，乃至於純粹的刑法解決理論也都能得出此一結論，因此這並非是一個有力的論證。

第二、國家機關的優越性也可能認為公務員既然享有更優越的問題解決能力，公務員就將因為此一優越性而應負擔危害防止的職務上義務。相對於此，正當防衛是私人面對不法侵害合法使用武力的權利，權利的特色是可以由權利人自行選擇在個案中行使與否，但義務則是警察必須要履行的職務上責任，兩者在性質上是處於互斥關係，因此警察不能主張正當防衛¹⁷⁴。不過，雖然警察負有危害防止義務，但這並不必然導致警察在面對危害時不具有主張正當防衛的權利。警察負有危害

¹⁷⁴ Vgl. Béguelin, (Fn. 105), S. 475.

防止義務的意義只在於：警察必須對於現在不法侵害或即將發生的危害進行干預，甚至警察在抗制危害的過程中可以居於優先地位，因此，警察在實施危害防止行為時，並非脫離於自己的角色，毋寧是同時履行義務並行使權利，警察甚至可以在不違反適當性及必要性的前提下，履行高於警察法所要求的義務，權利與義務在此意義上並非處於互斥關係¹⁷⁵。

第三、國家機關具優越性可能推論出：警察跟私人角色間是處於擇一關係，在警察穿上制服的那一刻，他就是屬於公務員，公務員與私人的身分不能同時存在¹⁷⁶。在面對現在不法侵害時，公務員與私人身分只是在事實層面上具重疊性，但是，當公務員宣誓就職的那一刻起，警察就是以公務員的身分在維護法秩序，並因而失去普通公民地位。因此，在公務員面對現在不法侵害時，事實上並非警察自身的個人權利受到侵害，而是國家權威性受到侵害¹⁷⁷。

然而，警察本質上就是公民，警察的身分並不會因為代表國家執行公權力、為國家履行維護公共秩序的任務，就具有某種居於一般公民之上的權威地位，警察也不比其他職業多了更崇尚的形象。理由在於，在現代分工精細社會中，實現自由往往難以僅透過個人力量就全然可以實現，毋寧必須藉由他人協助才能真正實現自由，國家就是在這樣的前提下作為一種體制性條件存在，國家體制的任務在於擔保、實現個人自由最大化及在此框架下促進個人自我實現¹⁷⁸。然而，國家作為一種觀念上的體制性條件，無法自行擔保及實現其憲法上的任務，而是必須透過國家的手足來實現，也就是將人民給予國家的權限授權賦予公務員，讓公務員在某程度上代表國家實行任務。因此，雖然公務員身分的意義在於協助個人實現自由最大化，但不會因此讓警察取得更高於公民的地位，也不會使警察居於更劣後於一般公民的地

¹⁷⁵ Vgl. Herzberg, Folter und Menschenwürde, JA 2005, S. 322.; Bockelmann, (Fn. 77), S. 244.

¹⁷⁶ Blei, Probleme des Polizeilicheh Waffengebrauches, JZ 1955, S. 625 f.

¹⁷⁷ Seelman, (Fn. 91), S. 49 ff.

¹⁷⁸ 僅參考孫迺翊(2006)，〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第35卷第6期，頁248-257。

位，警察可以享有同樣是作為公民所應享有的平等權利，警察雖然穿上制服宣誓而成為公務員，但並不會因此改變警察本質上仍是屬於公民身分。



4、修正的公法解決理論

(1) 理論內涵

修正的公法解決理論 (Eingeschränkt öffentlich-rechtliche Theorie) 原則上採取與純粹的公法解決理論相同的立場，也就是應優先適用公法規定判斷警察干預行為違法性，如果在公法上認定該行為違法，在刑法上也必定違法。因為，如果容許警察主張正當防衛，正當防衛就會從一個例外情況的裁量標準轉變為一般案件的國家裁量程序，這會使得立法者對於公法上干預授權的精心設計被徹底架空¹⁷⁹。

但是，本說特別主張：在警察自我防衛的情形中，應該例外容許警察可以主張正當防衛。警察法的目的在於防止對於公共安全及公共秩序的危害，對於正在執行職務的警察所為的不法侵害除了侵害警察個人權利之外，同時也是對於公共安全的危害。就此而言，只要警察實施公法上危害防止行為，就可以同時保護公共利益及個人利益，在警察法的干預權限中可以找到同時保護公共及個人利益的工具，似乎無須再讓警察主張正當防衛。不過，在德國聯邦或各邦警察法中常訂有緊急權保留條款，例如德國聯邦及各邦統一警察法模範草案第 35 條第 2 項規定「依正當防衛及緊急避難所生的民法或刑法上效力不受影響」¹⁸⁰，立法者既然透過緊急權保留條款明確表示警察仍可以主張正當防衛或緊急避難，就代表立法者想要確保公法中特別授權的干預權力是封閉的，但同時確保警察不會失去自我防衛的個別權力。因此，警察雖然不能實施防衛救助，因為如果讓警察可以實施防衛救助，等同於間

¹⁷⁹ Amelung, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates*, NJW 1977, S. 837.

¹⁸⁰ 本條項原文為：Die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.



接擴大公權力，但是，在警察自我防衛的情形中，警察即得主張正當防衛¹⁸¹。

(2) 本說批評

本說雖然修正了純粹的公法解決理論在極端情形下可能對於公務員自身利益保護不周的缺陷，但卻也承繼了純粹的公法解決理論在一般公民面對現在不法侵害時，公務員不具防衛救助權限之缺點¹⁸²。此外，立法者既然透過緊急權保留條款確保警察可以主張正當防衛，就等於是立法者已經預測到警察在執行職務時，相較於自己受到現在不法侵害，在巡邏時見到他人權利受侵害情形反而是更為常見，因此不只容許警察自我防衛，更應容許其實施防衛救助。更重要的是，我國警察法相關規範中並無類似於德國緊急權保留條款規定，立法者的意思究竟是徹底容許或部分容許警察實施防衛行為，自始就無從依照本說見解確立。

5、純粹的刑法解決理論

(1) 理論內涵


德國通說見解採取純粹的刑法解決理論 (Rein strafrechtliche Theorie)，主張即使是公務員也可以在實施公權力行為時援引刑法一般性的阻卻違法事由，使該公權力行為不只在刑法上合法，在警察法上也同時具備合法性¹⁸³。換言之，刑法正當防衛的規定可以同時成為國家公權力行為的授權規範。

純粹的刑法解決理論的論證是，公務員作為「穿著制服的公民」，應當享有與

¹⁸¹ Amelung, (Fn. 179), S. 840. 在我國文獻結論上似乎採取此一理論者：方文宗 (2019)，〈警械使用正當性之刑法界限〉，《東海大學法學研究》，第 57 期，頁 65。「如果警察行使職權行為不符合依法令的行為，但符合正當防衛行為，基於保護自身安全，仍得適用正當防衛」。

¹⁸² Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 110; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 188.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 42b.

¹⁸³ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 108 ff.; Rengier, (Fn. 16), §18 Rn. 96.; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Baden-Baden 2008, §17 Rn. 11.; Beutler, Strafbarkeit der Folter zur Vernehmungszwecken, Frankfurt 2006, S. 207 ff.; Fahl, (Fn. 16), S. 744 f.; Norouzi, Folter in Nothilfe – geboten?!, JA 2005, S. 308 ff. 在我國文獻上採取此一學說者：許恆達 (2018)，〈員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛爭議——評最高法院 105 年度台非字第 88 號刑事判決與其歷審裁判〉，《月旦法學雜誌》，第 276 期，頁 31-32；陳文貴 (2022)，〈警察執行職務使用槍械之法律關係——以最高法院 105 年度台非字第 88 號刑事判決為例一〉，《東吳法律學報》，第 33 卷第 4 期，頁 157-161。



一般公民一樣的防衛權利，也就是在面對現在不法侵害時可以享有自我防衛及防衛救助的權利。對於公務員而言，公權力的地位並不使其失去一般公民的權利，不應被置於比一般公民更不利的位置¹⁸⁴。從自我防衛角度切入，如果公務員在面對現在不法侵害時，仍必須受到警察法中比例原則的限制，顯然使得公務員相對於一般公民而言，處於更不利的位置。從防衛救助角度切入，在公務員的公權力行為屬於防衛救助時，基於國家及其機關是人民的僕人的理念，如果妨害公務員實施防衛救助，等同於自相矛盾地放棄國家保護任務¹⁸⁵，如果公務員無法實施防衛救助，將使得處於現實困境的被侵害者只能倚賴其他人民實施防衛救助，才能有效的保護自身利益。長久以來，國家無法實施防衛救助的替代方案將是人民自行成立一個私人防衛組織，人民以組成民兵方式在面對緊急狀況時重新簇擁武力，因此，如果公務員防衛救助權利被剝奪，將使得國家武力獨占的優先性以一種不合時宜且在刑事政策上極具疑慮的方式被破壞¹⁸⁶。

(2) 批評與批評的回應

本文認為，純粹的刑法解決理論最具說服力，我國警察法相關規範雖然並未如同德國聯邦及各邦統一警察法模範草案設有緊急權保留條款，但是，當警察實施防衛行為時，將刑法正當防衛規定同時認定為私人阻卻違法事由及國家授權規範最為合理。依照警械使用條例第 4 條第 5 款、第 6 條及第 9 條規定，警察使用槍械以保護自己自由、財產時，必須符合比例原則，如非情形急迫應注意勿傷及致命部位。在個案中，如果警察的防衛行為是以槍械干預他人生命法益，且其目的只在於保護自己自由或財產法益，這往往難以通過比例原則中衡平性的審查，而這正代表警械使用條例賦予警察的干預基礎嚴重不足。警察基於其職務關係，經常會面臨到

¹⁸⁴ Bockelmann, (Fn. 77), S. 244.; Fahl, (Fn. 16), S.744 f.

¹⁸⁵ Eser, Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr. Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten "Rettungsfolter", in: Herzog u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S.723.

¹⁸⁶ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 109.

侵害，但如果不賦予警察主張正當防衛權利，將使得警察在個案中動輒得咎，一旦警察實施防衛行為，將可能面臨行政及刑事上雙重處罰，如果警察選擇不實施防衛行為，就無法有效保護自身權利。基此，甚至可以認為，警察會以一種難以忍受的方式在特定情形下被迫賦予不作為的容忍義務¹⁸⁷，根本性地與正當防衛理論基礎相矛盾，應該將正當防衛視為是警察法授權干預基礎中漏洞的填補。

在說明純粹的刑法解決理論是解決本爭議最佳方案後，以下將會針對各個學說對於純粹的刑法解決理論所提出的各種批評予以分析並逐一予以回應。

①明確性觀點

對於純粹的刑法解決理論最大的批評是，按照法律明確性原則，干預人民基本權的法律規範必須符合明確性原則，只有當該法律條文的意義非難以理解、受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認的情形下，才符合法律明確性原則¹⁸⁸。Engländer 主張，將正當防衛當成國家干預行為的授權規範根本無法通過明確性審查。Engländer 特別指出，如果我們將警察法上一般條款、致命射擊規範及正當防衛相比較，就更能清楚地得知正當防衛絕對不足以作為公法上的干預授權規範¹⁸⁹。

德國聯邦及各邦統一警察法模範草案第 41 條第 2 項第 2 款「極度可能致命之射擊，僅在別無他法防止現在生命危險或現在身體完整性重大損害之危險時，始屬合法」、德國聯邦及各邦統一警察法模範草案第 41 條第 2 項第 1 款「(致命射擊)目的只在於使侵害者喪失攻擊或逃跑能力」¹⁹⁰。德國聯邦及各邦統一警察法模範草

¹⁸⁷ Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 190.

¹⁸⁸ 在我國釋憲實務上也普遍承認法律明確性原則，例如釋字第 690 號解釋「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違」釋字 432 號、第 491 號、第 521 號、第 545 號、第 602 號、第 617 號、第 623 號、第 636 號、第 702 號及第 792 號解釋同旨。

¹⁸⁹ Engländer, (Fn. 13), S. 197.

¹⁹⁰ 關於致命射擊的相關中文文獻可參陳正根(2009)，〈警察致命射擊之法規探討—從我國法與德國法之觀察〉，《台灣法學雜誌》，第 133 期，頁 51-65。必須說明的是，德國聯邦及各邦統一警察法模範草案僅具參考作用，因為德國警察法的立法權限歸屬於各邦，各邦對於致命射擊所設

案所揭示的致命射擊規定，詳細規定負責管轄危害防止的機關是警察、使用致命射擊的時機只有在生命或身體完整性受到重大損害之危險時才能使用、手段上必須符合別無他法的最後手段性，並且目的只能是為了使侵害者喪失攻擊或逃跑能力而實施。警察法上一般條款不足以作為致命射擊的規範基礎，最主要的理由就是重要性理論，對於基本權的干預越重大，法律規範就必須更明確¹⁹¹。

相較於致命射擊規定，正當防衛只要是侵害「權利人」的「主觀權利」，權利人都可以在符合適當性及必要性的前提下實施反擊。致命射擊規定要求警察目的只在於使侵害者喪失攻擊或逃跑能力，但正當防衛卻是可以不受衡平性限制地實施反擊，甚至可以因而殺害侵害者。如果我們認為警察法上的一般條款不足以作為致命射擊的干預授權規範，正當防衛相較於致命射擊要件設定更加寬鬆，更不應讓正當防衛成為公法上的干預授權規範¹⁹²。


本文認為，Engländer 的擔憂是合理的，這正是純粹的刑法解決理論所應面對的首要爭議，綜合觀察我國警械條例第 2 條至第 10 條規定，警械條例明確規定「警察」在符合「特定條件下」才能使用「警刀、警棍或警械」。相對於此，正當防衛只略微提及防衛情狀、防衛手段的適當性及必要性，似乎可以認為警察法規範更加明確。然而，刑法規範是否真的不足以作為公法上的干預授權規範？首先，必須確定在刑法阻卻違法事由中確實必須受到明確性原則拘束，如果刑法阻卻違法事由無須受到罪刑法定原則中明確性要求的拘束，此爭議即已獲得解決。但如果認為刑法阻卻違法事由必須受到明確性原則拘束，就應再進一步的探尋公法上的規範是否真的比較明確。

A、罪刑法定原則應適用於阻卻違法事由

立的規範並不完全一致，然而，在此我們只需要就致命射擊的規範有基礎認識即可。

¹⁹¹ Engländer, (Fn. 13), S. 197.

¹⁹² Vgl. Engländer, (Fn. 13), S. 197.



就第一個問題而言，罪刑法定原則旨在界定刑法處罰範圍與界限，避免人民因國家刑罰權恣意發動而受侵害。其中，明確性原則是罪刑法定原則的一個重要內涵，明確性原則要求立法者必須盡可能明確地描述出犯罪構成要件，避免讓法官在個案中自行決定刑罰權的範圍，最主要的考量在於權力分立原則，立法者既然具有直接民主正當性，就應由立法者決定刑事可罰性範圍。


在刑法領域中，犯罪構成要件必須具體明確固無疑問，不過，違法性階層中的阻卻違法事由也間接決定國家刑罰權範圍，也必須符合法律明確性要求。因為，阻卻違法事由可以讓犯罪構成要件在特定情形下例外地被容許，具有劃定行為合法／違法界限的功能。因此，不論是構成要件要素的描述或者是違法性階層中的阻卻違法事由，都必須受到罪刑法定原則中法律明確性的限制¹⁹³。

B、刑法規範符合明確性審查

就第二個問題而言，Roxin 認為，如果刑法中的正當防衛可以符合明確性原則，對於公法而言，正當防衛也應該是明確的。除此之外，公法中也設有非常多一般性條款，這些一般條款普遍性地被接受，而且遠比正當防衛更不確定，因為緊急情況的特殊性，無法對於緊急權利（例如正當防衛及緊急避難）給予更具體的描述，但完全剝奪行政機關妥善處理緊急情況的權限，是毫無意義的¹⁹⁴。Roxin 的觀點乍看之下非常具說服力，但 Roxin 的觀點是建立在兩種基礎之上：第一、明確性對於刑法規範的要求相同或高於公法規範的要求，因此，只要符合刑法規範的明確性，自然就可以符合公法規範的明確性。第二、就算否定刑法規範明確性的標準高於公法規範，警察法一般條款與刑法緊急權利的規範相較而言，也不必然更加明確。這兩種基礎都需要更進一步地補充說明。

¹⁹³ 林書楷，前揭註 1，頁 7-11；薛智仁，前揭註 123，頁 43-44。德文文獻可參考：Erb, (Fn. 58), § 32 Rn. 179 ff. 相反見解：Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 56.; Roxin, ZStW (Fn. 16), S. 79 ff.

¹⁹⁴ Roxin/Greco, (Fn. 1), §16 Rn. 103.



首先，刑罰是法治國中對於人民基本權干預最為強烈的的手段，因此刑罰必須明確規範在法律之中，才能有效保護人民權益，明確性原則因而要求刑事立法者必須制定充分明確的刑法，才能夠有效維繫民主原則、權力分立原則及法安定性¹⁹⁵。然而，從刑罰是對於人民基本權最強烈的干預手段，尚難直接推論出刑法明確性標準就相同或高於其他領域的明確性標準，仍應更進一步的細緻化區分刑法各個條文所涉基本權。理由在於，刑法雖然與人身自由息息相關，但人身自由侵害僅涉及制裁規範，除了考量制裁規範外，更應考量刑法各個犯罪構成要件所涉及之法益保護，例如生命、身體、自由等，如果忽略行為規範而僅考慮制裁規範，顯然忽略行為規範與制裁規範間具高度連結關係¹⁹⁶。一般而言，正當防衛可能涉及被侵害者個人生命、身體、財產及自由法益，這應適用嚴格的明確性標準固無疑問。但警察致命射擊規定，也與個人生命、身體及自由法益息息相關，也應適用嚴格的法律明確性標準，換言之，兩者都必須更嚴格的審查立法目的及其意義是否可以提供規範導引功能。

因此，在刑法中普遍認為正當防衛符合法律明確性原則，在警察法中也應被認定符合明確性原則，是值得支持的說法。因為，從正當防衛對於適用主體、防衛情狀、防衛手段等等的要件設定觀察，足以認定正當防衛已經提供一個框架條件，也就是行為人在符合正當防衛事由時，可以例外容許行為人實施構成要件所禁止之行為。立法者雖然同樣禁止人民侵害他人法益，但是透過刑法及警察法規定，可以觀察出立法者在特定情形下基於危害防止或保護個人權利考量，例外容許人民侵害他人法益。

基於以上說明，將正當防衛同時認定為國家干預行為的授權基礎，不僅不會讓正當防衛違反法律明確性原則要求，反而更能契合立法者對於行為非價判斷所做

¹⁹⁵ 薛智仁（2015），〈刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第44卷第2期，頁616-626。Ähnlich Pawlik, (Fn. 108), S. 198 ff.

¹⁹⁶ 薛智仁（2021），〈通姦罪之憲法審查—評司法院釋字第七九一號解釋〉，《成大法學》，第42期，頁13-14。

的決定。雖然有學者指出，警察法的一般性條款已經透過累積已久的實務判決而得以具體化，相對於此，正當防衛則因不具有跟警察法上一般條款相同、足以具體化的實務判決，因而不符合明確性要求¹⁹⁷。然而，這樣的看法似乎混淆程序上對於明確性的補償要求與明確性標準證立本身兩者間的區別，正當防衛規範的明確性與實務判決累積多寡並沒有必然關聯性¹⁹⁸。

C、公法規範相對於刑法規範並不必然更加明確

此外，Roxin 認為，警察法一般條款與刑法緊急權利相較而言，也不必然更加明確，這是一個正確的觀察。例如警察職權行使法第 3 條第 3 項「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之。」本條項並未明確說明「引誘、教唆人民犯罪方式行使職權」之定義、情況是否緊急、是否應區分人民自始具備犯意或由警察一再教唆始生犯意情形觀察。可見，在警察法中也時常可見以一般抽象文字設定構成要件，正是因為警察職務的急迫性及危險性考量，警察常常必須在短時間內對於重大侵害予以裁量並採取必要手段抵制犯罪，為了讓警察在具體情況中盡可能地因應各種情況，在警察法上大多是以抽象概括條款形式予以規範¹⁹⁹。然而，單純說出公法規定不必然比正當防衛更加明確，這只是單純說出警察法與刑法都會使用一般抽象文字設定構成要件的事實論述，真正的關鍵毋寧在於，如果我們肯認正當防衛可以作為公法干預授權規範，是否會架空立法者在警察法上關於致命射擊的價值決定，而這個答案應該是否定的。

首先，我國警察法上關於致命射擊只規定於警械條例第 9 條「警察人員使用警械時，如非情況急迫，應注意勿傷及其人致命之部位。」根據本條反面解釋，警

¹⁹⁷ Wagenländer, (Fn. 136), S. 88 f.; Pawlik, (Fn. 108), S. 205.

¹⁹⁸ Jahn, (Fn. 169), S. 323 ff.; 薛智仁，前揭註 196，頁 627-628。

¹⁹⁹ 另可參考林明鏘 (2010)，〈由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 39 卷第 4 期，頁 169-195。林明鏘從警察法歷史發展角度切入，並認為警察權限之所以越來越擴張，正是因為警察法任務設定已經從「危害防止」進展到「危險預防」，要求警察權限必須明確的傳統要求已經越來越不可行，警察法上規範越來越難以具體明確化。



察人員在使用警械時，只要情況緊急、在符合比例原則情形下即可使用致命射擊，我國警械條例第 9 條與德國聯邦及各邦統一警察法模範草案第 42 條有根本性的不同，並無架空立法者價值決定之疑慮。


此外，正當防衛之所以並未如同德國聯邦及各邦統一警察法模範草案第 42 條致命射擊一般詳細規範，是因為立法者在設定致命射擊規範要件時，是基於立法者預先想像緊急情況的一般性典型圖像而設立規範。但實際在發生緊急情況時，警察干預手段適當性與必要性往往難以一概而論，必須綜合現場一切情勢予以判斷。因此，基於緊急狀況的特殊性，正當防衛並未更具體的設定要件，是基於違法性中阻卻違法事由個案性考量本質所導致，這非但不是正當防衛不得被當作公法干預授權規範的限制，毋寧更可以肯認正當防衛應被認定為公法授權規範之補充性規定。正當防衛並不是一個普遍性、任何時刻都可以適用的超級規範 (Supernorm)，而是在不符合立法者預設典型圖像時，為了不讓警察在面對現在不法侵害無法採取符合適當性及必要性手段之防衛行為，而給予其完整自我防衛或防衛救助權利的補充性規定。

② 權力分立觀點

另外，也有不少學者認為，如果將刑法阻卻違法事由視為公法授權規範，將會忽略立法者當時設立阻卻違法事由的理由，違反阻卻違法事由設立的最初功能。理由在於，正當防衛最初的設置目的是讓個人在特殊情形中例外容許實施構成要件禁止行為，因此，正當防衛的功能在於重建恢復 (wiederherstellen) 個人一般行動自由，但是如果我們將正當防衛視為是國家干預手段的授權基礎，國家權限將會因而擴大，個人一般行動自由就會相對減少，因此將與立法者設立正當防衛目的相抵觸²⁰⁰，此外，採取本說將會使得公法上精心建立的授權干預體系遭受到破壞²⁰¹。

²⁰⁰ Sydow, Forum: §34 StGB – kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS 1978, S. 224; Wagenländer, (Fn. 136), S. 85 f.; Amelung, (Fn. 179), S. 837.; Pewestorf, (Fn. 163), S. 44.

²⁰¹ Kowalczyk, „Terror in Deutschland – Hinterbliebenengeld für Täterangehörige beim finalen



首先，可以確定的是，立法者的意志對於法律解釋者而言至關重要，在進行法的解釋適用時，必須盡可能地探究立法者原意並尊重立法者的意思。例如在肇事逃逸罪中，立法者在立法理由中多次提及肇事逃逸罪的規範本旨在於保護被害人人身安全，在考量肇事逃逸罪的保護法益時，就必須將被害人人身安全列入重大考慮²⁰²。但是，在解釋法律時真正居於關鍵性地位的並非立法者的原意，法律解釋者毋寧只須受到法律規範本身限制，而應盡可能地在法律文義的起點與終點間，找到最能實現個人自由的進路進行解釋²⁰³。理由在於，立法者具直接民主正當性，為貫徹權力分立原則，原則上應以立法者的意思為優先考量，但如果立法者的觀點無法充分在立法理由中表達，或者立法者所表達的觀點適用在現行法律上將產生難以接受的結果時，就應以最能實現個人自由的解釋方式為優先，才能符合憲法以實現個人自由為目標的框架秩序。

因此，雖然立法者設立阻卻違法事由的目的在於：透過設立各個阻卻違法事由例外地容許違反構成要件該當性的行為。換言之，雖然一個構成要件該當的行為通常能表徵出該行為的違法性，但在個案中並不必然是如此，必須依據法秩序一體性原則、刑法最後手段性等原則作出整體價值判斷，審查構成要件該當行為是否應被禁止，各個阻卻違法事由正是因此目的而被設立²⁰⁴。但是，無論從正當防衛規範文義或立法理由，都不能看出立法者有意將正當防衛限制在個人阻卻違法事由，進而剝奪將正當防衛解釋為國家公權力授權規範的可能性。


退步言之，縱使認為立法者原意在於限制正當防衛成為個人阻卻違法事由並認為正當防衛目的只在於讓個人重建恢復一般行動自由，但是，如果在規範的框架

Rettungsschuss“, JA 2020, S.128 f.

²⁰² 可參考薛智仁（2020），〈肇事逃逸罪之合憲性－評釋字第 777 號解釋〉，《月旦裁判時報》，第 92 期，頁 82-88。

²⁰³ 這樣的解釋方式，近似於法學解釋方法論中的客觀理論，客觀理論認為在解釋法律時真正應該探究的是法律的意思，而非完全的以立法者的意志為優先考量。可參蔡聖偉（2008），〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷第 1 期，頁 389-392。

²⁰⁴ 林鈺雄，前揭註 1，頁 226-227。



條件內改變原始的規範功能後，反而更能維持規範保護目的時，這樣的改變就將會是容許的²⁰⁵。就此而言，如果徹底貫徹立法者的意思，在警察欠缺干預授權基礎或在法益失衡情形下，就將導致警察不敢為防衛救助行為，正當防衛作為保護個人主觀權利領域整全性的規範意旨將徹底落空。相對的，如果將正當防衛認定為公權力授權規範，個人主觀權利領域可以被重建恢復、國家公權力有所欠缺的干預授權規範也能得到補充，這不僅不會違反阻卻違法事由的原始功能，更能使公法上精心設立的干預授權規範，得到一定程度的補充。因此，身為法律解釋者所應做的工作，是在法條文義解釋起點與終點的兩個極限端點中，選擇最能符合規範意旨的理性解釋，在此前提下，就算將正當防衛解釋為公權力授權規範，也不會有恣意違反立法者在設立正當防衛時本意之疑慮。


③比例原則觀點

最後，學說上有認為，為了維護比例原則的控制機能。如果讓警察在不符合比例原則的情形中仍能不受處罰，將使得警察權限不當擴張，忽略比例原則旨在節制國家不當行使公權力，避免過度干預人民基本權的功能。

不過，縱使承認警察是正當防衛適用主體，也不至於讓比例原則控制機能徹底喪失。因為，第一、警察在面對危害時必須優先審查依法令行為，如果該行為在其他領域合法，基於刑法最後手段性及優先尊重立法者設立依法令行為作為阻卻違法事由之意旨，在刑法中也應認定為合法。因此，只有在警察干預行為欠缺公法授權，但卻符合正當防衛的防衛情狀及防衛手段的極端案例中，才有討論本爭議實益，這正代表，就算讓警察適用正當防衛，也不必然導致比例原則控制機能徹底失控，因為依法令行為是在違法性階層中審查警察刑責的第一步。

第二、正當防衛之防衛情狀要求被侵害者必須是對於針對「現在」不法侵害才

²⁰⁵ Vgl. Pawlik, (Fn. 108), S. 196 f.




能予以防衛，對於被侵害者權利之侵害必須已達到具體危險程度，始符合防衛情狀要求。相對於此，警察法的目的在傳統上雖被認為是危害防止，但近年來發展已逐漸朝向「危險預防」(Gefahrvorsorge)目標前進。換言之，在警察法上傳統任務要求危害必須已經達到具體危險程度，警察才能就即將發生的危害進行干預，但在現行警察法規定中，只要有推測的抽象危險存在，警察就可以為了預防危險發生而對於人民權利進行必要干預。在我國實務上明顯可見的例子就是架設監視器，依照我國警察職權行使法第 10 條規定，警察於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，只要是為了維護治安所必要之手段，即得設置監視器。警察在特定的公共場所或公眾得出入之場所，縱使犯罪事件距離法益侵害階段尚屬遙遠，但只要警察有預防危險必要，就可以透過干預人民自由方式進行犯罪抗拒²⁰⁶。由此可見，正當防衛的防衛情狀相較於警察法規定而言更加嚴格，並不會使得警察權限過度擴張。

第三、經過專業訓練的警察，不論對於搏擊技巧、棍擊人民重要部位及槍械殺傷力等等的評估都優越於一般人民，這些警察本身所具備的專業技能，會使得警察在實施防衛行為時，受到相對於一般人更嚴格的適當性及必要性要求²⁰⁷。例如，警察可以透過其行為舉止、姿勢或口語恫嚇行為人，以達到危害防止效果、警察也可以使用徒手攻擊侵害者的重要部位方式，使其喪失攻擊能力、警察也可以使用低致命性風險的武力，例如使用警棍、辣椒噴霧（防護型噴霧器）及水砲射擊、警察也可以先以對空鳴槍方式威嚇侵害者，而非直接向侵害者射擊，在個案情況容許且沒有妨害防衛行為成功機率的前提下，警察必須階段性地實施防衛行為，致命性武力使用必須是最後考量使用的手段²⁰⁸，只有從事前角度將衝突發生時的所有實際情

²⁰⁶ 林明鏘，前揭註 199，頁 193-197。

²⁰⁷ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 113; Bockelmann, (Fn. 77), S. 245.

²⁰⁸ Vgl. Kindhäuser, (Fn. 104), §32 Rn. 135. 關於警察階段性使用武力在我國的詳細論述，可參考章惠傑（2017），〈警察人員使用警槍之法規範暨階段性程序之探討—以日本法制為例〉，《警政論叢》，第 17 期，頁 10-12；黃朝義（2015），〈警察用槍規範與審查機制—兼論其他警械使用〉，《中央警察大學法學論集》，第 29 期，頁 63-66。黃朝義將侵害行為區分為未抗拒、消極抗拒、攻擊性抗拒及致命性抗拒，並應依不同情形適用不同種類警械。



形一併納入考量，而可以認為警察對空鳴槍若非無效，或可能導致侵害者有更進一步的侵害可能、甚至可能使得解決衝突時間耗費過長而使衝突升級時，警察才可以直接開槍進行射擊，而且，警察在實際射擊時也可以優先選擇針對人體中的非致命部位²⁰⁹。因此，警察所能使用的防衛手段相對於一般人民而言更加嚴格，並不會使警察權限過度擴張。

(二) 小結

本文認為，在警察是否屬於正當防衛適用主體爭議上，採取純粹的刑法解決理論最為合理，並無缺乏明確性而不足以作為公法授權規範、恣意忽略立法者意思或使得比例原則控制機能徹底喪失等等缺陷。警察是正當防衛的適用主體，更重要的是，警察是基於國家機關身分實施防衛行為，警察行動必須在客觀上規範性地予以評價，而非依警察本身主觀恣意思象決定。

二、警察實施防衛救助時防衛行為之必要性

在確立警察屬於正當防衛適用主體且可以基於國家機關身分實施適當必要的防衛行為後，警察的防衛救助行為無論在刑法或公法上都是合法的救助行為。不過，仍待解決的問題是：被侵害者的防衛行為是否應補充於警察防衛救助行為。

在警察基於國家身分實施必要防衛行為時，必須注意警察的防衛救助權限仍然屬於其所擁有的正當防衛「權利」而非義務，因此，警察可以自由選擇是否實施防衛救助行為。從被侵害者的角度切入觀察，警察在知道自身防衛行為可能違反比例原則後，是否仍願意不顧一切進行救助，被侵害者自始無從確定警察心中的主觀想法。因此，警察雖然是基於國家機關身分實施必要防衛，在被侵害者防衛行為與警察防衛行為間的防衛共同體關係上應適用「國家機關與被侵害者」的防衛共同體關係，警察無須受到被侵害者指示的拘束。但是，在防衛共同體的組成上，只有在

²⁰⁹ Vgl. Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 36b ff.



警察已經透過具體客觀行為表現出其願意在違反比例原則的前提下介入救助時，例如警察持續反覆大聲呼喊表示願意開槍射擊、在不激怒侵害者的前提下嘗試實施射擊行為，該行為才屬於被侵害者潛在防衛行為選擇之一。

在警察與被侵害者確實成立防衛共同體關係後，被侵害者是否應優先利用警察防衛救助行為，就必須進一步比較兩者間對於侵害者利益的干預程度。當警察防衛救助行為對於侵害者干預程度較低或干預程度相同時，被侵害者必須優先利用警察防衛救助行為；但是，當警察防衛救助行為對於侵害者干預程度較高或失敗機率較高時，被侵害者無須優先利用警察防衛救助行為²¹⁰²¹¹。

第二目 國家機關在欠缺公法授權前提下未實施干預

案例八：警察甲射擊技術高超，已在射擊比賽中獲得多次獎項，但卻在某日左腳因故受傷。次日，甲巡邏時發現乙正在竊取丙價值高昂的財物，因為甲在發現乙時距離乙尚有 40 公尺之遠，甲在大聲喝止且對空鳴槍警告無效前提下，可以透過朝著乙大腿開槍一次的方式終止侵害，然而，甲意識到朝乙開槍可能逾越比例原則，因此遲遲不採取行動。此時，丙身藏獵槍，丙在情急之下直接拿著深厚的獵槍朝著乙頭部發射一發子彈。假設甲、丙的射擊行為都不符合衡平性要求。試問：丙的防衛行為是否符合必要性？

在本情形中，警察雖然是正當防衛適用主體，但未採取干預行為自始無法有效排除侵害，不符合正當防衛適當性要件。對於被侵害者而言，警察雖然在場，但卻未採取任何有效措施提供救助，國家無法及時救助被侵害者的安全性漏洞仍然存

²¹⁰ 不同見解：主張本情形應完全適用私人—私人間的補充關係者，可參考：Sengbusch, (Fn. 5), S. 272. 「因為，單純提及公務員在警察法上違法的行為不足以證立國家危害防止的優先性。」

²¹¹ 不同見解：Béguelin 主張，在本情形中可否適用正當防衛補充性原則，必須始終注意：警察既然也是公民，具公務員身分的公民所享有的權限不應優越於普通身分的公民，換言之，警察不能在正當防衛權限上居於比一般公民更好的地位，如果在本情形中承認正當防衛補充性原則，將使得私人無從主張正當防衛，警察卻可主張正當防衛。可參考 Béguelin, (Fn. 105), S. 487.

在，如果在本情形中僅憑藉著警察在場就封鎖被侵害者的防衛權限，將使被侵害者的主觀權利領域整全性保護落空。



第三項 自我防衛與防衛救助不應區分處理

案例九：一名年輕女子 A 走在道路上，一大群搖滾歌手想要強迫其在道路上脫光衣服，此時，一名警察 B 及經過專業訓練的拳擊手 C 同時發現並走向該衝突現場，警察 B 雖然配有槍械，但是光憑徒手絕對無法對抗這一大群搖滾歌手，B 可以透過實施致命射擊方式、C 則可以透過直接攻擊搖滾歌手首領頭部方式，讓搖滾歌手的首領直接斃命，只要搖滾歌手首領死亡，搖滾歌手群體便會一哄而散，C 直接攻擊首領頭部並因而導致其死亡。試問：C 的防衛行為是否符合必要性？

在釐清國家機關在場救助與被侵害者防衛行為間的正當防衛補充性原則內涵後，接著要討論當國家機關與私人救助者同時在場提供救助的情形。在本情形中，Lesch 主張只有防衛救助可以適用正當防衛補充性原則，自我防衛則不應適用正當防衛補充性原則。理由在於，當國家未及時提供人民救助時，要求被侵害者不得自我防衛，等同於要求被侵害者負擔無從合法化的犧牲義務。因此，自我防衛不適用正當防衛補充性原則，當國家未及時提供人民救助時，被侵害者當然可以實施自我防衛²¹²。相對的，防衛救助的理論基礎只在於一般道德上最低限度的社會連帶義務，雖然人民可以將道德上的社會連帶義務法律化而要求侵害者必須負擔容忍第三人反擊義務，但是，當國家機關決定優先保護公共秩序而將個人權利置於次要位置時，透過最低限度的社會連帶義務破壞國家機關的決定並不合乎比例，因此，在由他人實施防衛救助時，仍應適用正當防衛補充性原則，由國家機關優先履行其裁量後的

²¹² Lesch, (Fn. 12), S. 114.; Lesch, (Fn. 141), S. 66 f.



決定²¹³。

本文認為，被侵害者防衛行為的必要性不因自我防衛或防衛救助而有所不同。理由在於，無論將防衛救理解為侵害者必須負擔容忍潛在救助者反擊之法律上最低限度社會連帶義務²¹⁴或將防衛救理解為被侵害者將主觀權利讓予潛在救助者行使²¹⁵，防衛救助的功能都在於保護個人主觀權利領域整全性。相對於警察對於現場情勢的整體判斷，在場私人救助者提供的防衛救助行為，更能直接有效恢復侵害者與被侵害者間人際權利義務關係。相反的，如果禁止潛在救助者實施防衛救助權限，在國家未及時提供被侵害者救助時，不只是被侵害者的主觀權利自始無法獲得確保，國家也未履行確保個人能夠有效實現自由的任務。因此，縱使指出防衛救助是最低限度的社會連帶義務，仍無法讓正當防衛補充性原則的價值判斷有所改變，自我防衛與防衛救助並無區分處理的必要²¹⁶。

第二節 國家機關不在場提供救助

第一項 在具體衝突發生時優先向不在場國家機關請求救助之法律義務

案例十：A 在家中透過窗戶眺望遠方時，猛然發覺小偷 B 正在潛入自家住宅，A 也恰好同時發現警察 P 正在一條街外巡邏，A 並未先告知警察 P 便直接以徒手攻擊 B 方式終止侵害。試問：A 的防衛行為是否符合必要性？

第一款 理論爭議

依照通說見解，當國家機關不在場時，被侵害者在具體衝突中原則上無須負擔優先向國家機關請求救助之法律義務，但是，如果國家機關所提供的保護易於取得

²¹³ Lesch, (Fn. 12), S. 114 f.; Lesch, (Fn. 141), S. 68 f.

²¹⁴ Lesch, (Fn. 12), S. 115.

²¹⁵ Engländer, (Fn. 62), §32 Rn. 35.

²¹⁶ 結論相同：Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 148, 181.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 277.; Engländer, (Fn. 13), S. 172.



且要求被侵害者優先向國家機關請求救助不會額外增加風險時，被侵害者必須優先向國家機關請求救助。例如當警察正在距離具體衝突現場不遠的十字路口巡邏時，可以要求被侵害者優先打電話向警察求助²¹⁷。

本文認為，通說見解一方面正確認識到被侵害者可以在所有有效手段中採取最可靠防衛手段自我保護，因此，被侵害者原則上無須容忍他人恣意實施的不法侵害。另一方面，通說見解也正確認識到，由國家機關優先實施危害防止行為，具有降低私人強制力濫用風險、有效避免衝突升級、契合民主原則、穩固國家機關管轄危害防止權限等利益，在不會對被侵害者增加更多額外風險、可以直接取得國家機關保護的情形中，要求被侵害者優先向國家機關請求救助能夠同時兼顧個人主觀權利保護及國家武力獨占利益。然而，通說見解需要更進一步的說明之處在於：認定國家機關所提供的保護易於取得及認定被侵害者不會增加額外更多風險的標準為何。

第二款 在場及不在場的意涵

在討論本情形是否適用正當防衛補充性原則前，首先必須確立國家機關或私人救助者在場或不在場的認定標準為何。本文認為，在認定國家機關或私人救助者在場或不在場時，不應侷限於現實上國家機關或私人救助者是否抵達具體衝突發生現場。因為，警察在衝突現場持槍械朝著侵害者準備發射，與警察在衝突現場 50 公尺外持狙擊槍朝著侵害者準備發射，對於被侵害者的主觀權利保護程度都相同。在認定在場與否的標準時，我們不能單純依循自然意義上的在場與否進行判斷，否則將使得在場的概念變得含糊不清²¹⁸。我們毋寧必須在文義許可的範圍內依循正

²¹⁷ Roxin/Greco, (Fn. 1), § 15 Rn. 50.; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 120.; Perron/Eisele, (Fn. 16), § 32 Rn. 41.; Heger, (Fn. 91), § 32 Rn. 11a.; Kindhäuser, (Fn. 104), § 32 Rn. 96.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 280.; Lesch, (Fn. 12), S. 112.; Engländer, (Fn. 13), S. 175.; Felber, (Fn. 16), S. 173 f.; Geilen, (Fn. 91), S. 316.; Haas, (Fn. 105), S. 304.; Lesch, (Fn. 141), S. 62.

²¹⁸ 同樣對於在場概念作出規範性解釋者，可參考：李聖傑（2010），〈刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考〉，《政大法學評論》，第 115 期，頁 35-37。

當防衛及正當防衛補充性原則的規範目的，設立出一個規範性的在場標準²¹⁹。

國家機關或私人救助者在場的規範性意義是：**警察（或私人救助者）已經發覺衝突發生並具有直接提供有效救助的可能性**。因此，如果警察正在從衝突現場 30 公尺外的 A 地急忙趕到衝突現場，必須考量警察是否可在衝突現場 30 公尺外直接實施保護個人主觀權利手段，這將與不法侵害的侵害強度及行為危險性具高度關聯性，當侵害者只是攻擊被侵害者的身體法益或妨害其自由行使時，警察必須在符合比例原則的手段範圍內選擇其危害防止手段，警察無從在 30 公尺外採取符合比例原則的手段直接提供有效救助，因此難以認為警察正在衝突現場 30 公尺外的 A 地屬於「在場」。相對的，如果綁匪現在正在銀行當中挾持人質甲，並要求警察退後到距離衝突現場 50 公尺之外的 B 地，警察只能透過電話與綁匪進行聯繫，因為綁匪所實施的不法侵害對於甲的生命法益損害具潛在風險，警察具有直接開槍射擊以保護被侵害者主觀權利的可能性，因此仍可認為警察縱使在 50 公尺外的 B 地仍屬「在場」。

第三款 防衛行為具必要性

本文認為，國家機關不在場但其所提供保護易於取得的可能情形有二：第一、國家機關雖然在具體衝突現場附近但尚未發覺具體衝突發生。第二、國家機關在具體衝突現場附近，已發覺具體衝突發生，能在數分鐘內抵達足以直接提供有效救助之處所。要求被侵害者優先向不在場國家機關請求救助，可能是要求被侵害者負有協助國家機關發覺衝突已經發生之協力義務，也有可能是要求被侵害者負有容忍不法侵害以等待國家機關到場救助之法律義務。在不法侵害已經導致被侵害者利益處於具體危險狀態時，無論是要要求被侵害者必須負擔協助警察發覺衝突發生之

²¹⁹ 就此而言，Kühl 在國家機關不在具體衝突現場但是其所提供的保護易於取得時，將國家機關認定為廣義的在場救助者，是對於在場的解釋應作出規範性判斷的正確體認。可參考：Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 120.



協力義務，或是要求被侵害者必須容忍輕微損害義務，都不具正當理由。

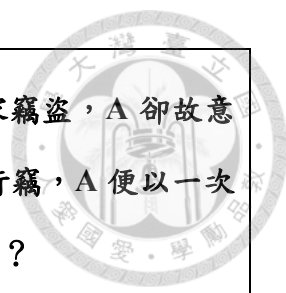
因為，第一、被侵害者無論如何都必須承擔額外法益受損風險²²⁰。在國家機關尚未發覺具體衝突發生時，國家機關是否能及時抵達現場或是否願意提供有效可靠的危害防止手段的事實仍然處於渾沌不明狀態，在被侵害者向國家機關請求救助後，國家機關仍可能選擇不干預。如果要求被侵害者在國家機關不在場時負擔此一協力義務，就等同於要求被侵害者承擔額外法益受損風險，與必要性要件並不符合。

第二、縱使國家機關能在數分鐘後直接提供有效救助，國家機關提供的保護無論如何也都無法及時有效介入。因為，如果不法侵害已經造成具體危險，要求被侵害者必須負擔優先請求國家機關救助義務，等同於要求被侵害者負擔無期待可能性的退避及容忍侵害義務。例如當侵害者已經持刀逐步逼近被侵害者並等到接近其攻擊範圍時舉刀攻擊被侵害者，如果被侵害者此時仍無法直接實施反擊行為，在現實上等同於要求被侵害者必須先逃跑，以等待國家機關救助，甚至在被侵害者無從逃跑時，必須忍受侵害者所造成的輕微損害。國家機關縱使可以在數分鐘後直接提供有效救助，但在國家機關提供救助前的數分鐘中，被侵害者是處於防衛權利被徹底剝奪的孤立無援情境中，這將間接鼓勵侵害者恣意干預他人權利領域，只要侵害者精心制定犯罪計畫，讓警察在附近巡邏時無法及時發覺衝突，或只要設下相關陷阱讓警察無法在短時間內抵達現場提供救助，侵害者就可以恣意干預他人權利領域，這將使得主觀權利領域整全性保護落空。

基於以上說明，當國家機關不在場時，被侵害者在具體衝突發生時，無須優先向不在場國家機關請求救助，被侵害者直接實施的防衛行為，符合必要性要件。

第二項 在具體衝突發生前優先向不在場國家機關請求救助之法律義務

²²⁰ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 141.; Wagner, (Fn. 4), S. 61.



案例十一：某日下午，A 偶然得知 B 即將在今晚潛入自家竊盜，A 卻故意不向警察 P 告知此事，直至當天夜晚到來，B 果然潛入 A 宅行竊，A 便以一次徒手攻擊 B 方式終止侵害。試問：A 的防衛行為是否具必要性？

正當防衛作為國家武力獨占例外，國家只容許私人在符合特定前提下才能合法使用武力，不符合特定前提下的武力使用則必須由國家優先行使。因此，在具體衝突情形發生前，此種對於「未來」可能發生侵害的情形，是屬於國家機關管轄權限，應該由國家機關對於未來可能發生的侵害進行計畫性管制²²¹。在此前提下，要求被侵害者在具體衝突情形發生前，負擔優先向國家機關請求救助法律義務的意義毋寧在於：在國家機關尚未發覺具體衝突發生時，被侵害者必須負擔協助告知國家機關侵害即將發生之協力義務²²²。

對於防衛行為必要性的問題而言，重要的不是被侵害者是否應負擔告知義務，重要的毋寧是，當被侵害者未履行告知義務時，其法律效果為何？德國多數學說見解認為，如果被侵害者在具體衝突前並未優先向國家機關請求救助，被侵害者在後續具體衝突發生時，其防衛權限應受到限制²²³，德國聯邦最高法院更進一步指出，如果被侵害者在具體衝突發生前故意規避優先利用國家機關危害防止行為時，甚至應該排除被侵害者的防衛權利²²⁴。

本文認為，德國多數學說及德國實務見解主張「如果被侵害者在具體衝突前並未優先向國家機關請求救助，將導致被侵害者在實際面對具體衝突時無法具備完整防衛權限」，是一種類似於挑唆防衛的說法。不過，挑唆防衛的定義是，挑唆者

²²¹ 王皇玉，前揭註 1，頁 292。

²²² Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 283.

²²³ Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 41.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 289.; Burchard, "Räuber oder Gendarm?" Notwehr gegen unangekündigte Hausdurchsuchungen im Spiegel deutsch-amerikanischer Rechtsvergleichung, HRRS 2012, S. 451.

²²⁴ BGH, 03-02-1993 - 3 StR 356/92: Voraussetzungen eines entschuldigenden Notwehrexzesses, NJW 1993, S. 1869.; BGH, 12. 2. 2003 - 1 StR 403/02 : Notwehr gegen Erpresser und Mordmerkmal der Heimtücke, NSTZ 2003, S. 425 ff.

故意或基於其他可非難意圖先惹起他人實施現在不法侵害，再對於該現在不法侵害實施必要防衛手段²²⁵，其中，挑唆行為與現在不法侵害必須具時空上的緊密關係²²⁶，挑唆行為也必須與侵害者具精神上接觸，只有在侵害者確實知悉挑唆行為後，挑唆者才能透過挑唆行為讓侵害者對於自己實施現在不法侵害。相對於一般正當防衛是由侵害者獨自實施現在不法侵害，挑唆防衛是由挑唆者先實行挑唆行為，侵害者基於該挑唆行為實施現在不法侵害，因此，是由挑唆者及侵害者共同導致防衛情狀產生²²⁷。

然而，本情形與挑唆防衛的結構有重大不同，在被侵害者選擇不優先利用國家機關救助時，被侵害者與侵害者間並無任何精神上接觸，被侵害者甚至沒有挑釁、誘使侵害者實施侵害行為，被侵害者只是未向國家機關履行告知義務，被侵害者的行為自始與侵害者後來所實施的不法侵害無關，無法該當挑唆行為²²⁸。

退步言之，縱使認定被侵害者未履行告知義務該當挑唆行為，挑唆行為與現在不法侵害也必須具備緊密的時間關係。然而，在本情形中，也並未嚴格限定挑唆行為與現在不法侵害發生間必須具有緊密時間關係。如果被侵害者在越早知悉可能發生具體衝突時，越早告知國家機關，國家機關越能夠發揮其危害防止機能。因此，被侵害者未履行告知義務與實際發生現在不法侵害的時間點可能間隔遙遠。在侵害者未履行告知義務的法律效果上援用挑唆防衛的法律效果，似乎忽略兩者間在結構上具重大不同²²⁹。

另外，從本限制的形式正當性切入觀察，要肯認被侵害者在具體衝突時的防衛權限受到限制，我們就必須尋找正當防衛的特定要件作為限制的聯繫因素，否則可


²²⁵ 薛智仁，前揭註 34（中研院法學期刊），頁 3。

²²⁶ 薛智仁，前揭註 34（中研院法學期刊），頁 4。

²²⁷ Zaczyk, Das Mordmerkmal der Heimtücke und die Notwehr gegen eine Erpressung, JuS 2004, S. 750.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 290 f.

²²⁸ Sengbusch, (Fn. 5), S. 291.

²²⁹ 結論相同：Sengbusch, (Fn. 5), S. 291 ff.



能逾越罪刑法定原則。然而，縱使被侵害者未於具體衝突發生前履行告知義務，這也並不會改變在具體衝突發生時，侵害者是透過不法侵害恣意干預他人主觀權利領域。被侵害者只要在多種有效防衛手段中選擇侵害最小者，即可符合防衛手段要求。在不承認正當防衛合宜性要件前提下，似乎並無任何正當防衛要件可用來限制被侵害者的防衛權限。

最後，從本限制的實質正當性切入觀察，在被侵害者未履行告知義務時徹底否定其防衛權限，可能使被侵害者主觀權利領域整全性保護落空。或許有認為，當被侵害者在具體衝突前可以預見由國家機關介入更能有效解決衝突，但仍然選擇不履行告知義務時，被侵害者是濫用正當防衛權而屬於權利濫用，被侵害者的防衛權限應受限制。然而，權利濫用必須在主觀上以損害他人為主要目的，當被侵害者實際面臨現在不法侵害時，被侵害者仍是出於自我保護的目的而實施防衛行為，並非純粹以損害他人為唯一目的，與權利濫用要件有所不符²³⁰。或許另有認為，被侵害者在原先可以履行告知義務時放棄為之，將導致私人間濫用強制力風險上升、無法有效控制及解決衝突，因此，被侵害者對於該衝突發生也必須負擔與有責任，被侵害者的需保護性因而下降，在防衛權限上必須受到一定程度的限制。然而，縱使被侵害者未履行告知義務，侵害者透過不法侵害恣意干預他人主觀權利領域的事實仍然沒有改變，被侵害者透過防衛行為保護自身權利領域的需保護性並未因此而下降²³¹。

基於以上說明，當國家機關不在場時，在具體衝突發生前，被侵害者可以直接向侵害者實施必要防衛行為²³²。

第三節 本章結論

²³⁰ 薛智仁，前揭註 34（中研院法學期刊），頁 9-12。

²³¹ 薛智仁，前揭註 34（中研院法學期刊），頁 17-21。

²³² Lesch, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.2.1993 - 3 StR 356/92 - BGHSt 39, 133, StV 1993, S. 582.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 305 f.; Lesch, (Fn. 141), S. 62.

當國家機關得透過干預程度較低或干預程度相同的危害防止行為有效防衛侵害時，被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為，被侵害者如果實施防衛行為，該防衛行為欠缺必要性。



不過，當國家機關透過干預程度較高的危害防止行為、失敗風險較高的危害防止行為有效防衛侵害或國家機關不願積極介入衝突時，被侵害者直接實施的防衛行為仍具必要性。至於，當國家機關欠缺公法授權而仍選擇介入衝突時，被侵害者直接實施的防衛行為是否具必要性，取決於警察防衛救助行為與防衛行為間的干預程度。

雖然上開討論是著眼於國家機關在場提供救助時防衛行為的必要性，不過，就算是國家機關與私人救助者同時在場提供救助，防衛行為的必要性審查也不因自我防衛或防衛救助而有所不同。

最後，當國家機關不在場時，無論在具體衝突發生時或具體衝突發生前，被侵害者縱使未優先向國家機關請求救助，也可以直接實施必要防衛行為。

※當國家機關在場救助時，防衛行為之必要性

國家機關在場提供救助時	防衛行為必要性
1. 國家機關得透過 干預程度較低 的危 害防止行為有效終止侵害	欠缺必要性（避免對於侵害者造成過 度侵害）
2. 國家機關得透過 干預程度相同 的危 害防止行為有效終止侵害	欠缺必要性（國家武力獨占）
3. 國家機關得透過 干預程度較高 的危 害防止行為有效終止侵害	符合必要性（被侵害者無須考量違法 危害防止行為）
4. 國家機關得透過 失敗風險較高 的危 害防止行為有效終止侵害	符合必要性（避免對於被侵害者強加 法益受損風險）
5. 國家機關 不願積極介入 衝突	符合必要性（避免被侵害者主觀權利 保護落空）
6. 國家機關 欠缺公法授權 而仍選擇介 入衝突	與 1-4 判斷相同

※當國家機關不在場提供救助時，防衛行為之必要性

國家機關不在場提供救助時	防衛行為必要性
1. 在具體衝突發生時	符合必要性（避免被侵害者主觀權利 保護落空）
2. 在具體衝突發生前	符合必要性（被侵害者主觀權利保護 需求並未下降）

第六章 私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性

正當防衛是國家武力獨占例外，在國家無法及時提供人民救助時，必須容許私人實施正當防衛，以有效保護自身權利。國家除了必須確保被侵害者有實施自我防衛的權利外，更應確保被侵害者有使用潛在私人救助者提供防衛救助的權利，才能讓沒有自我保護能力的人民完整保護其主觀權利領域。就此部分而言，防衛救助可以被解釋為被侵害者法益保護的合理強化²³³。

因此，在本章第一節中，將討論在場私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性。相對於負有危害防止任務的國家機關，對於在場私人救助者而言，防衛救助是可以自由選擇行使與否的權利，而非必須履行的義務，被侵害者與在場私人救助者的防衛共同體關係在什麼樣的條件下會成立，是首先要討論的問題。在確立被侵害者與在場私人救助者組成防衛共同體關係後，當在場私人救助者提供防衛救助時，被侵害者所實施的自我防衛行為是否具必要性，則必須進一步區分當私人救助者得透過干預程度較高、相同或較低的防衛救助行為有效防衛侵害時，自我防衛是否具必要性。

在本章第二節中，則將討論當在場私人救助者具有使用武力專業知識，而屬於專業私人救助者時，當在場專業私人救助者提供防衛救助時，自我防衛行為之必要性。專業私人救助者最常見的案例就是使用私人保全。就此而言，必須區分為私人使用私人保全，以及國家機關使用私人保全兩種不同情形分別探討。

最後，在本章第三節中，則將討論當私人救助者不在場時，被侵害者在具體衝突發生時及具體衝突發生前，是否仍有向私人救助者請求救助的法律義務。

第一節 私人救助者在場提供防衛救助

²³³ Ähnlich Seeberg, (Fn. 28), S. 74.



第一項 在場私人救助者與被侵害者的防衛共同體關係

在由負責危害防止的國家機關與被侵害者所組成的防衛共同體關係中，被侵害者在潛在防衛手段選擇中，必須將在場國家機關的合法危害防止行為一併納入考量。此外，國家機關保護被侵害者的主觀權利只是危害防止任務中的一環，被侵害者的指示對於國家機關而言並不具拘束力。然而，當現場的角色變更為被侵害者與不具國家機關身分的在場私人救助者時，被侵害者與在場私人救助者間的防衛共同體關係為何，以及該防衛共同體關係在什麼樣的條件下會成立，這將在本項中進行探討。

這一個問題的出發點是：如果在場私人救助者的防衛救助權利是源自於自身原初擁有的防衛救助權利，在被侵害者與在場私人救助者的關係中，兩者間是屬於獨立關係，在場私人救助者無須受到被侵害者指示限制。但是，如果在場私人救助者的防衛救助權利是源自於被侵害者的主觀權利，兩者間就將形成上下從屬關係，在場私人救助者就必須服從於被侵害者的指示。

第一款 各自獨立關係

學說上有認為，防衛救助是在場私人救助者獨立擁有的原始權利，與被侵害者的權利自始無關，在場私人救助者所擁有的防衛救助權與被侵害者的正當防衛權是兩個各自獨立的權利²³⁴。本說的支持者主要從正當防衛理論基礎包含維護法秩序的角度出發，認為維護法秩序與個人權利保護是兩種相互獨立原則，法秩序是獨立於個人權利而存在，法秩序是否得到有效維護也與個人權利是否受侵害沒有必然關連性。因此，被侵害者與在場私人救助者是屬於獨立關係，在場私人救助者無須受到被侵害者指示限制。

理由在於：首先，如果我們肯認正當防衛可以發揮維護法秩序效果，當現在不

²³⁴ Vgl. Bitzilekis, (Fn. 77), S. 72.; Kasiske, (Fn. 77), S. 835; Kuhlen, (Fn. 77), S. 288.; Haas, (Fn. 105), S. 222.

法侵害存在時，不只是被侵害者的防衛行為可以發揮維護法秩序效果，在場私人救助者的防衛救助行為同樣也可以發揮相同效果，透過在場私人救助者實施防衛救助以確保法安定性及法和平，可以讓法秩序更加穩定²³⁵。因此，雖然在具體衝突中只有被侵害者的權利受侵害，但是在場私人救助者的防衛救助權限依然能夠從正當防衛理論基礎推論得出。

此外，從正當防衛可以同時發揮一般預防效果的角度切入，無論是被侵害者或在場私人救助者都可以透過防衛行為促使潛在行為人放棄犯行，此一一般預防所能帶來的效益並不能由被侵害者自行決定是否放棄，被侵害者對於超出個人權利以外的部分無處分權限²³⁶。

第二款 上下從屬關係

學說上也有認為，在場私人救助者的防衛救助權利是來自於被侵害者的主觀權利。因為，被侵害者在現實中可能因為各種因素而無法自我防衛，例如被侵害者相對於侵害者而言體型較弱、侵害者人數眾多等等因素，被侵害者在必要時透過利用在場私人救助者的防衛救助，可以擴張及加強自身有限的防衛能力。因此，在被侵害者需要利用防衛救助以保護自身權利時，被侵害者能將其正當防衛權利授權並轉讓給在場私人救助者代為行使。在場私人救助者透過防衛救助行為所保護的對象，並非自己或法秩序的利益，而是被侵害者的主觀權利²³⁷。

依照本說見解，在場私人救助者的防衛救助權利既然來自於被侵害者的主觀權利，在場私人救助者的防衛救助權利範圍就不得超過被侵害者防衛行為限度。此外，被侵害者可以選擇將其主觀權利全部或部分地讓予在場私人救助者，被侵害者可以決定在場私人救助者可以在多大範圍內為其主觀權利實施防衛救助行為。在

²³⁵ Bockelmann, (Fn. 77), S. 244.; Koch, (Fn. 46), S. 793.

²³⁶ 例如，在得被害人承諾的阻卻違法事由中，通說見解同樣認為，被害人只能處分及放棄個人法益承諾，對於社會法益、國家法益而言，被害人並無處分權限。可參考王皇玉，前揭註1，頁321-322。

²³⁷ Sengbusch, (Fn. 5), S. 194 f.; Engländer, (Fn. 13), S. 90 f.



被侵害者與在場私人救助者的關係中，在場私人救助者必須受到被侵害者意思限制，兩者是屬於上下從屬關係²³⁸。

第三款 本文見解

既然本文認定正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性，就應該將被侵害者與在場私人救助者視為具上下從屬關係的防衛共同體。否則，將使得每一個潛在防衛救助者都有權利決定是否以犧牲個人權利為代價而達成維護法秩序目的，這會使得個人主觀權利領域保護落空²³⁹。因此，在被侵害者同意由在場私人救助者實施防衛救助時，是被侵害者將本身的主觀權利授予在場私人救助者，由在場私人救助者代為保護被侵害者的主觀權利領域，在場私人救助者的防衛救助必須受到被侵害者意思限制。

第四款 防衛共同體之成立要件

在確立被侵害者與在場私人救助者間是屬於上下從屬的防衛共同體關係後，在場私人救助者防衛救助的目的只在於強化被侵害者主觀權利領域保護的完整性。不過，該防衛共同體成立的前提要件為何，仍有待釐清。對於在場私人救助者而言，防衛救助是可以自由選擇行使與否的權利，而非必須履行的義務，如果在場私人救助者自始就不願意提供救助，對於被侵害者而言，在場私人救助者就如同空氣一般，雖然在具體衝突現場存在但卻自始未參與雙方衝突。因此，在多大範圍內可以承認被侵害者與在場私人救助者的防衛共同體關係，就取決於在何種情形中足以認定在場私人救助者確實願意提供防衛救助，此一問題同時涉及防衛手段的判斷時點及判斷基礎，以下將進行說明。

第一目 判斷時點

既然在場私人救助者的防衛救助行為旨在強化被侵害者主觀權利領域保護，

²³⁸ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 195.

²³⁹ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 192 f.; Seeberg, (Fn. 28), S. 77.



對於被侵害者而言，要使用自己的力量自我防衛或使用他人防衛救助保護自身主觀權利，就只是在防衛手段上的不同選擇，因此，我們必須先確立被侵害者防衛手段所需考量的事實基礎為何及在判斷時點上應從事前或事後角度切入判斷。

就防衛手段判斷時點爭議而言，核心問題在於：當被侵害者誤判其防衛手段合法性而產生額外法益受損風險時，該風險應由侵害者或被侵害者承擔。因為，無論是適當性或必要性要件都具有預測性特徵，在被侵害者實施防衛行為時，通常只能透過預測性方式猜測該防衛行為是否屬於足以有效排除侵害的最小手段，因此，基於預測性特質所內含的潛在誤判風險應由侵害者或被侵害者承擔，就是本爭議的核心問題。

通說見解認為，防衛手段的判斷時點必須從事前角度予以判斷。因為，一旦認定在個案中具備現在不法侵害，侵害者就必須為該侵害負責，因此，防衛行為所產生的潛在誤判風險必須由侵害者承擔，而非由防衛者承擔²⁴⁰。本文認為，通說見解主張防衛手段的判斷時點應從事前角度觀察，是一個合理的判斷時點。因為，正當防衛既然具有緊急性特徵，被侵害者原則上又未受過緊急情況應對訓練，被侵害者在面對現在不法侵害時，往往只能在身心理的壓力下慌亂地決定該防衛手段是否具適當性及必要性，要求一個正在面臨緊急困境的被侵害者冷靜地觀察衝突現場所有可以使用的防衛手段，再仔細地分析衡量該手段可能帶來的惡害，只是一種悖離現實的幻想²⁴¹。

相對的，如果要求所有被侵害者都必須從事後角度判斷該防衛手段是否具適當性及必要性，就有可能因為該標準過度要求被侵害者而使其無法在短時間內選

²⁴⁰ 王皇玉，前揭註 1，頁 299；林書楷，前揭註 1，頁 140；薛智仁，前揭註 123，頁 38-41。德文文獻：Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 46.; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 107.; Frister, (Fn. 6), 16 Kap. Rn. 18.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 34.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 130 f.

²⁴¹ Erb, Zur Aushöhlung des Notwehrrechts durch lebensfremde tatrichterliche Unterstellungen, NStZ 2011, S. 191. 中文文獻：古承宗 (2018)，〈正當防衛的法釋義結構與流變—法制史面向的考察〉，《裁判時報》，第 78 期，頁 74-75；古承宗 (2018)，〈正當防衛之「為達（防衛）目的所需」要件〉，《月旦法學教室》，第 190 期，頁 22-24；



擇最有效可靠的防衛手段，這將等同於是要求被侵害者必須將自身的主觀權利領域開放給他人恣意實施干預。因此，在防衛手段判斷時點的爭議中，通說見解主張應從事前角度予以分析判斷，是一個合理的判斷時點。

第二目 判斷基礎

下一個問題是，防衛手段所需考量的事實基礎範圍為何？防衛手段的判斷基礎應採取以純粹客觀事實作為判斷基礎的絕對客觀標準，或採取以客觀第三人認知事實作為判斷基礎的相對客觀標準？舉例而言：A 持刀意圖傷害 B，B 為了自我保護持槍向 A 射擊，未料 B 槍法失準，該子彈僅射中一旁建築物而未命中 A，A 果然成功持刀傷害 B²⁴²。依照絕對客觀標準，B 朝 A 射擊自始就未有效排除侵害，屬於無效防衛手段。依照相對客觀標準，B 朝 A 射擊行為可能可以有效排除侵害，仍屬於有效防衛手段。

絕對客觀標準是指，雖然在防衛手段的判斷時點上應採取事前角度觀察，但是，防衛手段判斷時點的選擇只涉及防衛手段的預測性內容，因此，即使某些情況是未來才出現，也必須考量在具體衝突中出現的所有實際情形。不過，客觀上不符合適當性及必要性的防衛手段，仍可以適用錯誤、容許風險或防衛過當減輕或免除被侵害者刑責²⁴³。相對的，通說見解所採取的相對客觀標準則是認為，在認定防衛手段是否妥當時，必須以一般理性客觀第三人事前認知事實作為判斷基礎，如果某一事實結果只能由客觀第三人事後認知，該事實結果就不能一併納入考量²⁴⁴。因此，絕對客觀標準與相對客觀標準的核心差異在於：事後發生的事實是否應一併納入考

²⁴² 案例改編自：黃榮堅（2012），基礎刑法學（上），4 版，頁 235，元照。

²⁴³ Warda, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, Jura 1990, S. 347 ff.; Mitsch, Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, S. 86 f.; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 107.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 34.; Geilen, (Fn. 91), S. 315.; Lauth, (Fn. 123), S. 89 f. 中文文獻：黃榮堅，前揭註 242，頁 235-236。

²⁴⁴ Schröder, Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlichgefährlicher Angriffe, JuS 2000, S. 236 ff.; Graul, Notwehr oder Putativnotwehr – Wo ist der Unterschied?, JuS 1995, S. 1049 ff.; BGH, 08.06.2016 - 5 StR 564/15: Erforderlichkeit der Verteidigung bei Notwehr, NStZ 2017, S. 276.; Roxin/Greco, (Fn.1), §15 Rn. 46.; Rengier, (Fn. 16), § 18 Rn. 47 f.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 130 f.; Kindhäuser, (Fn. 104), § 32 Rn. 88.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 209.; Bockelmann, (Fn. 77), S. 247.;



量。

本文認為，相對客觀標準更適合作為防衛手段判斷基礎。被侵害者 B 在實施防衛行為時，其所能控制的事項只在於將手槍舉起並朝 A 發射，至於該子彈會命中 A 或僅命中一旁的建築物，並不在 B 的控制範圍內，因此，對於必要性要件而言真正重要的是「防衛行為」的必要性，而非「防衛結果」(Abwehrerfolg)的必要性²⁴⁵。如果我們將事後認知事實一併納入考量，等同於要求被侵害者必須為其不能控制且難以預見的事項負責，如此一來，防衛手段的妥當性將與超越人類能力所能控制的事項相連結，反而使得認定標準變得空洞無用²⁴⁶。

如果我們肯認，在侵害者與被侵害者雙方的風險分配上，侵害者必須為其所實施的現在不法侵害負責，為了避免將風險過度轉由被侵害者承受，在防衛手段判斷時點必須採取事前判斷標準的話，那麼在防衛行為事後發現並未發生作用時，也必須將判斷的事實基礎始終鎖定於具體衝突發生時，才能妥適地進行不可避免及意外誤判的風險分配²⁴⁷，將防衛手段判斷基礎加入事後事實一併判斷，就等同於將未成功阻止侵害風險轉交由被侵害者承擔，這反而是讓被侵害者過度承擔反擊風險。此外，如果將被侵害者必須在短短數分鐘內就決定防衛手段妥當性、以及被侵害者在緊急情境中對於該風險的難以計算性一併納入考量的話，對於未來衝突因果歷程發展的不確定性風險就更不應由被侵害者承擔²⁴⁸。

基於以上說明，被侵害者所實施的防衛手段是否妥當，必須從事前角度觀察，並以客觀第三人認知事實作為判斷基礎，至於客觀第三人事後對於事實的認知則無須一併納入考量。在侵害者以詐欺式手段實施現在不法侵害時，更能顯示出兩種理論的區分實益。例如：某便利商店遭逢歹徒甲持槍搶劫，店員乙趁機持木棒擊打

²⁴⁵ Vgl. Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 45.; Rengier, (Fn. 16), § 18 Rn. 44 ff.; Kühl, (Fn. 1), § 7 Rn. 112 f.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 38.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 133.; Kindhäuser, (Fn. 104), §32 Rn. 92.; Lauth, (Fn. 123), S. 91 f.; BGH, JR 2000, S. 297.

²⁴⁶ Sengbusch, (Fn. 5), S. 206.

²⁴⁷ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 132.

²⁴⁸ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 131.

甲頭部，導致甲身受重傷。事後發現，甲所持者並非真槍，僅只是假槍²⁴⁹。相對於純粹客觀認定甲持有的手槍因為缺乏子彈，因而認定 A 只能使用其他侵害手段較低的防衛手段，我們毋寧應認為一般理性客觀第三人既然從事前角度無從認知該手槍沒有子彈，依照一般理性客觀第三人認知事實，歹徒是在持有真槍情形下進行搶劫，真槍又具高度殺傷力，乙持木棒擊打甲頭部致重傷的行為，符合適當性及必要性審查。

最後，如果被侵害者對於具體衝突事實具備優越認知，就必須將被侵害者的優越認知一併納入考量。例如，在上述例子中，如果一般理性客觀第三人無從認知該手槍沒有子彈，但被侵害者知悉該手槍沒有子彈，在防衛手段判斷事實基礎上就必須以被侵害者優越認知為準。理由在於：防衛手段的適當性及必要性要件雖然具有預測性特徵，但是在被侵害者實際知悉不法侵害可能產生的風險時，因為防衛手段預測性特徵而可能產生誤判侵害危險性的風險就不再存在，因此，誤判侵害危險性而產生的額外反擊風險，不需要加諸於侵害者身上²⁵⁰。

第三目 在場私人救助者之救助意願

回到被侵害者與在場私人救助者的關係中，在判斷被侵害者與在場私人救助者防衛共同體的成立條件時，同樣必須從事前角度觀察，並以客觀第三人認知事實作為判斷基礎，更重要的是，只有當客觀第三人從事前角度觀察出在場私人救助者願意提供救助時，被侵害者才需要將在場私人救助者的防衛救助行為納入潛在防衛行為選擇之中，以下將針對此點進行說明。

在場私人救助者雖然擁有防衛救助權利，但是沒有防衛救助義務，在一般日常生活經驗當中，在場私人發現衝突發生時，在不知道衝突發生具體原因前提下選擇

²⁴⁹ 案例參考自：林書楷，前揭註 1，頁 131-132。

²⁵⁰ Joecks, Erfolgreiche Notwehr, in: Samson/Denker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden, 1999, S.255.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 209 f.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 131.

袖手旁觀或加速離開現場是時常可見的，縱使被侵害者向在場私人求救，在場私人在不確定自身能力及為了避免後續法律責任的前提下，在場私人選擇加速離開現場更是符合我們對於人性的想像²⁵¹。而透過犯罪學的成本—效益模型更能清楚知道：在場私人是否提供救助，是處於不穩定狀態。

犯罪學嘗試透過使用成本—效益模型說明可能促使或妨礙在場私人介入衝突的原因，在其所提出來四階段裁量程序的框架中，在場私人在發覺具體衝突時往往會有下列四個階段：首先發現事情有些不對勁（階段一），並開始認識到該事情是一個緊急事件（階段二），然後開始評估自身能力決定是否參與該衝突（階段三），最後會決定具體的參與模式（階段四）。在這個裁量程序中，必須同時考量外在的環境因素及與個人相關的個人因素，這兩個因素彼此間會交互影響。與外在環境相關的因素，例如：緊急情境是否清楚可見、衝突發生對於在場私人本身的侵害程度高低。一方面，如果緊急情境不能清楚地被在場私人認識，在場私人的救助意願將會因而下降；相對的，如果在場私人清楚地看見被侵害者，被侵害者同時也透過呼救方式使他人注意到緊急情況，在場私人提供救助的機會就將會因而上升。另一方面，如果侵害者仍然處於犯罪現場或該不法侵害形式特別殘忍，在場私人提供救助的可能性就會降低。而與個人相關的個人因素則是涉及在場私人的性格、或者是在場私人與被侵害者的關係。當在場私人與被侵害者是朋友關係或至少是認識關係時，被侵害者獲得救助可能性較高，但如果在場私人與被侵害者是陌生人關係，影響在場私人救助意願的因素就會是對於被侵害者的同情、被侵害者的吸引力及移情作用等等。除此之外，在場私人如果越能對於被侵害者的緊急情境感同身受，在場私人就越可能提供救助²⁵²。

不過，上述分析只能用來說明在緊急情境中的在場私人為什麼會選擇不介入衝突或介入衝突但選擇不作為，但仍然無法解釋當在場私人面臨緊急情境時，會做

²⁵¹ Vgl. Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 144.

²⁵² Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 213 ff.; Rückert, (Fn. 114), S. 727.

出什麼樣的行為選擇²⁵³。因此，只要到場私人採取消極行動，到場私人會做出什麼樣的反應，就仍然是完全不可預測，而且是純粹的假設²⁵⁴。這代表，縱使被侵害者與到場私人屬於緊密朋友關係，這也只是影響到場私人決定不介入救助的因素之一，我們仍然無法確定被侵害者的呼救與到場私人內心價值衡量間的實質關連性，因為，縱使到場私人與被侵害者的關係親密，到場私人也可以透過不提供救助行為，表現出其不願意被捲入衝突之中²⁵⁵。

因此，被侵害者與到場私人組成防衛共同體的前提條件是：**客觀第三人從事前角度足以觀察出到場私人願意提供救助**。更具體而言，到場私人必須以明示或默示方式將其願意提供救助的意願透過言語或行為表現出來，例如：到場私人直接參與到具體衝突之中或在場私人以呼喊方式表示即將介入²⁵⁶。如果在場私人心中已經具備救助意願，但卻未在客觀上採取任何行動，被侵害者與到場私人的防衛共同體關係就尚未組成，被侵害者無須考量到場私人的潛在防衛救助手段。

除此之外，到場私人救助者的救助意願必須在防衛行為中持續性地被認定，如果在場私人救助者在侵害者第一次實施不法侵害時決定實施防衛救助，被侵害者與到場私人救助者間成立防衛共同體關係固無疑問，但如果在場私人救助者在侵害者繼續實施不法侵害後決定不再進行救助行為時，例如：到場私人救助者突然決定離開現場，到場私人救助者是否仍然保有繼續救助意願就無法明確判斷，此時，雙方的防衛共同體關係就不再存在，到場私人的防衛救助行為就不再是被侵害者需要考量的潛在防衛行為選擇之一²⁵⁷。

²⁵³ Nur Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 213 ff.

²⁵⁴ Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 144.

²⁵⁵ Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 144.

²⁵⁶ Erb, Zu den Grenzen der Notwehr – eine notwehrfreundliche Entscheidung des BGH: Hinweis an das Tatgericht für die erneute Hauptverhandlung, JR 2021, S. 44.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 215 f.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 144. 僅主張被侵害者原則上無須向第三人請求救助者：Eisele, Strafrecht AT: Erlaubnistatbestandsirrtum, JuS 2020, S. 987.; Heger, (Fn. 91), § 32 Rn. 9.; Rückert, (Fn. 114), S. 725.;

²⁵⁷ Sengbusch, (Fn. 5), S. 215.



第二項 在場私人救助者提供防衛救助

在確立被侵害者與在場私人救助者組成防衛共同體關係後，當在場私人救助者提供防衛救助時，被侵害者所實施的自我防衛行為是否具必要性，則必須進一步區分當私人救助者得透過干預程度較高、相同或較低的防衛救助行為有效防衛侵害時，自我防衛是否具必要性²⁵⁸。以下將逐一進行說明。

第一款 私人救助者得透過干預程度較低的防衛救助行為有效防衛侵害

案例一：A 徒手攻擊 B，身體瘦弱的被侵害者 B 必須以球棒攻擊 A 的臉部數次才能有效終止侵害，但是身體強壯的在場私人救助者 C 只需使用球棒攻擊 A 臉部一次，就能有效終止侵害。B 卻直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

當私人救助者得透過干預程度較低的防衛救助行為有效防衛侵害時，通說見解認為，被侵害者必須優先利用在場私人救助者的防衛救助或在不超出防衛救助干預強度前提下使用自我防衛²⁵⁹。在案例一中，雖然 B 與 C 的防衛手段都能有效終止侵害，但是既然防衛救助對於侵害者干預程度較低，B 就應優先利用防衛救助，而當 B 選擇自我防衛時，不得對於侵害者臉部實施超過一次的侵害。如果 B 直接以球棒攻擊 A 臉部數次，是對於 A 身體法益造成過度侵害的防衛行為，不符

²⁵⁸ 口試委員提問：被侵害者在面對緊急情況時，似乎難以理性仔細審查防衛救助行為（或國家機關危害防止行為）干預程度，判斷被侵害者正確判斷防衛救助行為（或危害防止行為）效果的標準為何？本文認為，被侵害者難以有效判斷防衛手段防衛效果的難題，不只是出現在被侵害者如何預測防衛救助效果（或危害防止行為）上，當被侵害者是透過自我手段實施防衛時，同樣會產生誤判或預測難題。因此，判斷標準同樣必須以客觀第三人及事前角度判斷該防衛救助（或危害防止行為）的干預程度。而當被侵害者對於危害防止手段產生誤認時，則應依錯誤及防衛過當等法則進行處理。

²⁵⁹ Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, S. 2476.; BGH, 25.03.2014 - 1 StR 630/13: Beschränkung des Notwehrrechts, NStZ 2014, S. 452.; Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn.50.; Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 123.; Frister, (Fn. 6), 16. Kap., Rn. 24.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 41.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 143.; Heger, (Fn. 91), §32 Rn. 11a.; Kindhäuser, (Fn. 104), §32 Rn. 97.; Felber, (Fn. 16), S. 173 f.; Renzikowski, (Fn. 31), S. 296.; Bitzilekis, (Fn. 77), S.73; Haas, (Fn. 105), S. 282.



合必要性。

本文認為，通說見解主張被侵害者負有優先利用在場私人救助者防衛救助的法律義務或限制被侵害者自我防衛手段不得超出防衛救助干預強度的說法，是對於必要性要件的正確體認。然而，通說見解並未詳細說明在本情形中，被侵害者究竟是負有優先利用防衛救助之法律義務²⁶⁰，或只是就超出防衛救助干預強度的部分不具正當理由²⁶¹。這在必要性的審查上具重大意義，如果被侵害者負有優先利用防衛救助的法律義務，被侵害者自我防衛的權利就完全被封鎖，當被侵害者不願意利用防衛救助行為時，被侵害者就沒有任何防衛手段可以使用。在這裡討論的重點不是侵害者利益的需保護性，因為無論課予被侵害者優先利用防衛救助的法律義務，或者讓被侵害者超出防衛救助干預強度的自我防衛欠缺正當理由，都可以達成避免讓侵害者受到過度侵害的目的。在這裡討論的重點毋寧是，被侵害者主觀權利的意義是不是會因為此一法律義務的課予而落空。

Heller 主張，被侵害者負有優先利用防衛救助的法律義務。相對於防衛救助行為，要求被侵害者在不超出防衛救助干預強度的前提下實施自我防衛，無法有效可靠地保護被侵害者權利，這會讓被侵害者的自我防衛行為欠缺必要性²⁶²。例如：A 徒手攻擊 B，身體較弱的 B 必須持刀刺傷 A 才能終止侵害，但是身體強壯的私人救助者 C 可以透過一次徒手攻擊 A 下巴方式就成功終止侵害。在此案例中，針對 A 下巴攻擊方式只有身體強壯的 C 實施才能確保終止侵害，由身體較弱的 B 實施針對 A 下巴攻擊，無法保證能夠徹底終止侵害。

然而，本文認為，Heller 的主張不具說服力。因為，在防衛手段的審查中，只須審查該防衛手段是否完全無法達成終止侵害目的（防衛手段的下限），以及該防

²⁶⁰ 強調被侵害者負有優先利用在場私人救助者防衛救助義務者，Heller, Die aufgedrängte Nothilfe, Aachen 2004, S. 78 f.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 188.

²⁶¹ Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 143.; Engländer, (Fn. 13), S. 289 ff.; Renzikowski, (Fn. 31), S. 296.

²⁶² Heller, (Fn. 260), S. 78 f.

衛手段是否屬於多種防衛行為中侵害最小（防衛手段的上限）²⁶³，在由防衛手段上限及下限所形成的框架中，被侵害者可以依其對於主觀權利的理解自由選擇防衛手段，被侵害者可以基於避免私人救助者遭受法益侵害目的而拒絕利用防衛救助，被侵害者也可以基於證明自身勇氣力量目的而拒絕利用防衛救助。因此，本文認為，被侵害者雖然擁有利用防衛救助的「權利」，但是被侵害者不負有優先利用防衛救助的法律義務，被侵害者可以自由選擇利用干預程度較低的防衛救助，或在不出防衛救助干預強度前提下使用自我防衛²⁶⁴，這樣的解釋不只符合必要性旨在追求避免對於侵害者造成過度侵害的目的，更能兼及保障被侵害者主觀權利意義。

第二款 私人救助者得透過干預程度較高的防衛救助行為有效防衛侵害

案例二：A 徒手攻擊 B，身材強壯的 B 只需要徒手攻擊 A 臉部一次就可以終止侵害。身材瘦弱的在場私人救助者 C 則必須透過攻擊 A 臉部數次方式才能徹底終止侵害。B 直接實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

當私人救助者得透過干預程度較高的防衛救助行為有效防衛侵害時，通說見解主張，在場私人救助者所提供的防衛救助就不再被容許²⁶⁵。理由在於，既然被侵害者自我防衛對於侵害者干預程度較低，就應優先使用自我防衛手段，以避免對侵害者造成過度侵害。

有問題的是，如果被侵害者選擇將防衛權利交由在場私人救助者實施，並放棄自我防衛，是否可以因此容許在場私人救助者實施防衛救助行為？此一問題的答

²⁶³ Sengbusch, (Fn. 5), S. 199 f.; Engländer, (Fn. 13), S. 290.

²⁶⁴ 區分說：Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 143. Erb 主張，被侵害者只有在重要的原因下才能拒絕潛在救助者的防衛救助，例如被侵害者基於避免潛在救助者受到法益損害危險而拒絕，這屬於重要原因。但是，當被侵害者是基於證明自身勇氣或力量而拒絕潛在救助者協助，則非屬於重要原因，在容許防衛手段的選擇上，並不會將此動機納入考量。不過，這樣的說法似乎根本性地忽略被侵害者主觀權利意義。

²⁶⁵ Kühl, (Fn. 1), §7 Rn. 139.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 42.; Engländer, (Fn. 13), S. 284.; Seier, (Fn. 259), S. 2476.

案是肯定的，因為被侵害者作為主觀權利持有者，可以自由選擇透過自我防衛或防衛救助方式來保護自身的主觀權利。不過，重要的是，在場私人救助者的防衛權利既然來自於被侵害者的主觀權利，在場私人救助者所享有的防衛救助權利範圍就必須受限於被侵害者的防衛權利範圍，如果被侵害者自我防衛手段侵害程度較低，在場私人救助者的防衛救助手段也必須在相同程度內受到限制，不得超出被侵害者自我防衛干預強度²⁶⁶。

因此，在案例二中，B 自己徒手攻擊 A 臉部一次的防衛行為，符合必要性。除此之外，如果 B 選擇利用 C 的防衛救助，C 攻擊 A 臉部一次的防衛行為，也符合必要性。但是，如果 C 攻擊 A 臉部數次直至 A 喪失攻擊能力，該防衛行為就欠缺必要性。因為，這已經對於 A 造成數次身體法益的額外侵害。雖然，如果 C 只能攻擊 A 臉部一次，可能無法終局排除侵害，但是，既然 A 自己選擇一個較不可靠的防衛手段保護自身權利，我們就必須絕對予以尊重。

基於以上說明，當私人救助者得透過干預程度較高的防衛救助行為有效防衛侵害時，原則上應由被侵害者實施自我防衛行為，但是，在被侵害者選擇優先利用防衛救助時，在場私人救助者可以在不超出被侵害者自我防衛強度的前提下實施防衛救助。這樣的解釋，這樣的解釋不只符合必要性旨在追求避免對於侵害者造成過度侵害的目的，更能兼及保障被侵害者主觀權利意義。

需要強調的是，這樣的解釋方式並不代表當被侵害者優先利用防衛救助時，就徹底封鎖被侵害者自我防衛可能性，當在場私人救助者實施有限度的防衛救助，該防衛救助卻無法徹底終止侵害時，被侵害者仍然可以在不逾越必要防衛限度的前提下，以自我防衛手段繼續介入，換言之，被侵害者一開始雖然決定要讓在場私人救助者實施防衛救助，但在中途發現防衛救助無效果時，也可以改變心意直接實施

²⁶⁶ Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 42.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 199 f.; Engländer, (Fn. 13), S. 285.; Seier, (Fn. 259), S. 2476.



自我防衛手段²⁶⁷。

第三款 私人救助者得透過干預程度相同的防衛救助行為有效防衛侵害

第一目 另一方尚未實施防衛行為

案例三：A 徒手攻擊 B，B 和在場私人救助者 C 都只需要以一次徒手攻擊 A 的方式就可以終止 A 的侵害。B 直接向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

當私人救助者得透過干預程度相同的防衛救助行為有效防衛侵害時，無論是被侵害者或在場私人救助者的防衛行為，在另一方尚未實施防衛行為前提下，都符合必要性。在案例三中，B 的自我防衛手段與 C 的防衛救助手段都各別是足以有效排除侵害的最小手段，無論是 B 或 C 的防衛手段，都符合適當性及必要性的要求，在此前提下，B、C 的防衛手段就由捷足先登者產生阻卻違法效力，在一方實施防衛行為後，另一方的防衛權限就不再被容許²⁶⁸。


第二目 雙方同時實施防衛行為

案例四：A 徒手攻擊 B，B 和在場私人救助者 C 都只需要以一次徒手攻擊 A 的方式就可以終止 A 的侵害。B、C 卻同時向 A 實施防衛。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

當私人救助者得透過干預程度相同的防衛救助行為有效防衛侵害，但是被侵害者與在場私人救助者同時實施防衛行為時，自我防衛行為是否具備必要性？答案是肯定的。首先，如果 B 與 C 同時實施防衛行為，將導致 A 的身體法益受到逾越必要範圍的損害，因此，只有 B 或 C 其中一個人的防衛行為可以被認定為是必要防衛行為。既然在場私人救助者的防衛救助權利是來自於被侵害者的主觀權利，

²⁶⁷ Engländer, (Fn. 13), S. 288.

²⁶⁸ Engländer, (Fn. 13), S. 288.



被侵害者在防衛共同體中就是居於決定性的主導地位，當被侵害者決定實施自我防衛行為時，在場私人救助者實施的防衛救助就不再具正當理由。換言之，在場私人救助者在實施防衛救助前，必須負擔被侵害者是否已經實施防衛行為的注意義務，當被侵害者已經實施自我防衛行為時，在場私人救助者就不得再行介入，相對的，被侵害者因為在防衛共同體中居於決定性的主導地位，無須負擔注意在場私人救助者是否已經實施防衛行為的注意義務²⁶⁹。

第三目 被侵害者意思優先性

最後，如果被侵害者在實施防衛行為前已經明示或默示其將拒絕在場私人救助者防衛救助，因為在場私人救助者的防衛救助權利來自於被侵害者的主觀權利，在場私人救助者就必須尊重被侵害者的主觀權利，當在場私人救助者違背被侵害者意思而實施防衛救助行為時，該防衛行為就不再具有正當理由。

不過，這並不代表被侵害者的意思永遠都居於優先地位，在被侵害者拒絕在場私人救助者防衛救助前，如果在場私人救助者已經捷足先登而實施防衛救助行為，被侵害者縱使事後透過言語或行動表示拒絕他人救助，在場私人救助者的防衛救助仍然具正當理由，在場私人救助者透過捷足先登方式取得的防衛權利並不會事後回溯性地被撤銷²⁷⁰。

第二節 專業私人救助者在場提供防衛救助

在討論完在場私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性後，接著，要討論的是，在場「專業」私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性。專業私人救助者最常見的案例就是私人保全。近年來，我國對於私人保全的使用率越來越高，無論是當我們經過公寓社區門口、金融機構、百貨公司、現鈔運送，乃至於當社會重要人物出現於公共場合時，都可以見到私人保全隨侍在旁。私人保全的大量出現，

²⁶⁹ Engländer, (Fn. 13), S. 288.

²⁷⁰ Engländer, (Fn. 13), S. 288.



與犯罪的客觀發展、警察人力相對不足，以及人民對於犯罪被害恐懼的主觀擔憂逐漸增加有密切關係²⁷¹。


在現代社會中，人們對於安全、風險評估及國家武力獨占的討論並不只是單純的從國家負有保護人民法益的任務切入，同時也從市場、競爭、品質及財政的角度切入討論，所以，由警察與私人保全共同合作以達到維護公共安全的分工模式已經逐漸取代傳統由警察單獨實行危害防止任務的想像²⁷²。人民傾向於使用私人保全的需求，可以從人民需求及國家抗制犯罪兩個角度切入分析。首先，從人民需求角度切入分析，縱使負責危害防止的任務必須優先由國家機關行使，但是，警察機關工作範圍及工作態樣繁多，相較於人民需求，警察機關資源相對有限，人民為避免自身價值高昂的財產法益受損，可能需要專業人員 24 小時隨侍在側，但是警察機關並非只服務於特定人群，而毋寧是旨在追求整體公共秩序，要求警察機關派遣人力服務每一個人民，在現實上是一種不可能的幻想²⁷³。因此，當人民需要警察機關介入保護，警察機關卻可能無法及時介入保護時，人民就傾向於使用自身的財產委託私人保全維護自身法益，而當人民對於私人保全的需求大量提升時，私人保全的供應也就相對應的隨之升高。此外，從國家抗制犯罪角度切入，國家負有保護人民法益義務，在國家機關無法及時介入衝突保護人民時，容許人民雇用私人保全自我保護，也可以更完善的抗制犯罪。

基於以上說明，私人保全除了可以保護特定人生命身體財產法益外，更可以兼

²⁷¹ Vgl. Stober, (Fn. 83), S. 890. 中文文獻：鄭文竹（2009），〈警察機關與保全業互動合作之探討〉，《警政論叢》，第 9 期，頁 297-298。

²⁷² Vgl. Stober, Deregulierung im Wirtschaftsverwaltungsrecht- Die Wirtschaftsverwaltung zwischen Staats- und Privatfunktion, DöV 1995, S. 125 ff.; Stober, Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, DöV 2000, S. 264.; Pitschas, Sicherheitspartnerschaften der Polizei und Datenschutz, DVBl. 2000, S. 1806 f.

²⁷³ 文獻上指出，這樣的現象可被稱之為「執法真空理論」或「警察真空理論」，也就是當人民需要警察時，警察往往不在人民身邊。關於警察真空理論的內涵，可參考：黃富源、郭志裕、王君暉（2008），〈新世紀私人保全事業的回顧與展望〉，《警學叢刊》，第 38 卷第 6 期，頁 3；鄭文竹，前揭註 271，頁 301；朱金池（2007），〈警察機關與私人安全產業間關係之研究〉，《警政論叢》，第 7 期，頁 4。




及公共秩序維持，私人保全與警察的功能似乎在一定程度上具重疊性。所以，我們有必要接著探詢：當具有專業知識且受過相關訓練的專業私人救助者在場提供防衛救助時，該專業私人救助者與被侵害者間的補充關係為何？當專業私人救助者在場進行救助時，該專業私人救助者的角色應定性為國家機關或一般私人救助者角色？在討論上，我們可以根據私人保全使用形式及權限可支配性的不同而將私人保全的使用區分為(1)私人使用私人保全及(2)國家機關使用私人保全，前者涉及的是被侵害者與在場私人救助者間的關係是否會因為該私人救助者屬於專業私人保全而有所不同；後者則涉及到當國家機關參與使用私人保全時，是否會使得私人保全的性質從私人救助者轉換為國家機關。

第一項 私人使用私人保全

案例五：歌手 B 為避免狂熱粉絲做出瘋狂舉動，僱用私人保全 C 隨侍在旁。某日，歌手 B 在行經某路段時，A 突然出手攻擊 B，C 可以透過一次徒手攻擊 A 下巴方式，使 A 徹底喪失攻擊能力，B 必須攻擊 A 下巴數次才能使其喪失攻擊能力。B 直接實施防衛行為。試問：B 的防衛行為是否符合必要性？

在本案例中，B 與 C 透過契約方式達成意思表示合致，由 C 承擔保護 B 主觀權利任務，B、C 間屬於防衛共同體關係固無疑問，B 在潛在防衛手段選擇中，必須將 C 的防衛救助行為一併納入考量。不過，C 經過專業訓練，對於應付緊急狀況具有專業知識一事，是否會對於 C 的防衛權利有所影響，即有爭議。

學說上有認為，在場的專業私人救助者只能在自我防衛時主張正當防衛，防衛救助則不得主張正當防衛。理由在於：第一、自我防衛與防衛救助是私人合法使用武力的例外規範，其適用前提是有例外情形存在。申言之，一般私人原則上可以在社會中和平共處，他人恣意實施不法侵害的行為，對於一般私人而言是屬於例外情形，而容許被侵害者合法使用武力自我保護的前提就是此一例外情形存在。然而，



對於專業的防衛救助者而言，情形就會有所不同。因為，專業的私人保全既然受過專業化訓練，其主要任務就是在緊急情況發生時，為他人提供必要救助。評估不法侵害強度、該侵害是否已經產生具體危險及應透過何種方式予以反擊，這是普遍存在於保全任務設定的事項，對於專業防衛救助者而言，這非但不是例外情形，反而更是一種常態。因此，專業救助者的防衛救助與正當防衛的「例外」本質並不相符，專業救助者在實施防衛救助時，不得主張正當防衛阻卻違法²⁷⁴。然而，當專業救助者遇到他人對於自己實施不法侵害時，這仍然是在和平社會中所會出現的例外情形，因此，專業救助者的自我防衛仍得主張正當防衛阻卻違法²⁷⁵。


第二、從**國家武力獨占**角度切入，如果專業救助者得主張防衛救助，這可能產生一個危險的私人濫用武力領域。因為，在一般私人使用私人保全的形式中，如果私人保全擁有防衛救助權限，可能會讓一般私人擁有組織私人武力的裁量權限，進而出現一種新的潛在權力及潛在武力，此一私人武力的運用除了將會跟國家所擁有的組織武力權限產生競合關係之外，更進而將使得國家武力獨占意義受到動搖。一般私人將可以運用這種可購買的權限來增強社會經濟權力團體，從而使得私人保全具有促進社會經濟重分配的危險，並成為一個可以用以實現政治目的的強大私人單位²⁷⁶。

本文認為，**專業私人救助者的防衛權限與一般私人救助者完全相同**。首先，從專業救助者的防衛救助與正當防衛的「例外」本質不符，並推論出專業救助者不得主張防衛救助的核心論點是：只有當立法者設立特殊規範賦予專業救助者防衛救助權限時，專業救助者始得主張防衛救助，否則將使得專業救助者在其常態程序中具有防衛救助權限。然而，這樣的說法並不具說服力。理由在於：第一、正當防衛只區分自我防衛及防衛救助，但並未詳細區分專業防衛救助與自我防衛，縱使立法

²⁷⁴ Hoffmann-Riem, Übergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP 1977, S. 282 ff.; Roßnagel, Zum Schutz kerntechnischer Anlagen, ZRP 1983, S. 59.; Jeand'heur, (Fn. 82), S. 128 ff.

²⁷⁵ Jeand'heur, (Fn. 82), S. 128.; Hoffmann-Riem, (Fn. 274), S. 283.; Roßnagel, (Fn. 274), S. 62.

²⁷⁶ Vgl. Hoffmann-Riem, (Fn. 274), S. 279.; Roßnagel, (Fn. 274), S. 59.



者並未設立特殊規範賦予專業救助者權限，也無法逕自排除專業救助者的防衛救助權限²⁷⁷。我們可以一併觀察德國保全業法相關規定，德國關於保全業的相關規定主要規範於德國營業秩序法(Gewerbeordnung)第34條a及保全業規則(Verordnung über das Bewachungsgewerbe)，其中，德國營業秩序法第34條a第5項第1句「保全業者及保全人員於執行業務時，得自我負責地對於第三人實施任何人皆有權行使的正當防衛、緊急避難及自助行為等權利、委託者依契約所授予的自助權利及他們在獲得法律授權必要時有權行使之權利²⁷⁸」明確表明：保全人員具實施正當防衛之權利，且該正當防衛權並未明文排除防衛救助。

相對的，在我國保全業法中雖未有明文規定，但將保全業法及正當防衛規定綜合觀察，顯然可見立法者並無明文排除專業救助者防衛救助權限的意思。因為，正當防衛是國家例外容許私人合法使用武力的例外，立法者在正當防衛中只設立「現在不法侵害」存在作為防衛情狀的唯一條件，只要在國家不及介入保護人民權益的情形中存在現在不法侵害，私人就可以在必要防衛限度內直接予以反擊，這不論是在他人恣意侵害自身主觀權利領域的自我防衛中，或是在強化被侵害者主觀權利的防衛救助中，國家不及保護人民且他人恣意實施不法侵害的例外情形都同樣存在，只要他人恣意干預被侵害者的主觀權利領域，被侵害者即得透過適當必要的防衛手段予以反擊。

第二、如果專業私人救助者的防衛救助行為被禁止，在國家機關不及介入提供保護且被侵害者無自我保護能力時，等同於課予被侵害者容忍侵害義務，這將使得正當防衛旨在保護主觀權利領域的目的落空。警察雖然因為資源有限而無法隨時

²⁷⁷ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 123.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 231.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 181.; Huber, (Fn. 85), S. 135 f.; Schulte, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl. 1995, S. 133.

²⁷⁸ 本條項句原文為：Der Gewerbetreibende und seine Beschäftigten dürfen bei der Durchführung von Bewachungsaufgaben gegenüber Dritten nur die Rechte, die Jedermann im Falle einer Notwehr, eines Notstandes oder einer Selbsthilfe zustehen, die ihnen vom jeweiligen Auftraggeber vertraglich übertragenen Selbsthilferechte sowie die ihnen gegebenenfalls in Fällen gesetzlicher Übertragung zustehenden Befugnisse eigenverantwortlich ausüben.

提供人民救助，但是在警察不在場時，禁止專業私人救助者提供防衛救助，就等同於間接鼓勵侵害者實施不法侵害，恣意干預他人主觀權利。人民同意國家獨占武力的前提是，國家必須有效落實保護人民義務，而保護人民義務不只是在衝突發生時積極介入提供保護，國家也必須在法律制度上積極保障人民主觀權利。如果國家機關在具體衝突發生前無法有效嚇阻不法侵害發生，在具體衝突發生時無法及時介入救助人民，在專業私人救助者有救助機會時更封鎖其防衛救助權限，國家機關不只沒有履行保護人民義務，更進一步封鎖人民事實上獲得救助機會²⁷⁹。

第三，從國家武力獨占角度切入，上開學說雖然正確觀察到私人保全的武力使用可能有被濫用危險，但是，這樣的批評至少在現行社會中難以成立。因為，在我國私人保全業者的實際運作中，是由大大小小的私人保全業組合而成，而非由少數幾家獨大的私人保全業獨占保全業市場。另外，從私人保全業具有商業性特質的角度觀察，私人保全業者間也存在著市場競爭關係。這都顯示著：私人難以一次性的運用「與國家武力相當」的組織武力權限。上開學說所提出的擔憂，是未明確體察私人保全業運作實際狀況所提出的假設性擔憂²⁸⁰。


基於以上說明，本文主張，專業私人救助者的防衛權限與一般私人救助者相同，並不因為自我防衛或防衛救助而有所不同。專業私人救助者雖然相較於一般私人具有應對緊急情形的特殊知識，但這至多影響到專業私人救助者實施防衛行為的適當性、必要性要件，以及在專業私人救助者對於該防衛行為是否符合法規產生誤認時，在禁止錯誤的法律效果層次上產生影響。但是，對於其防衛權限並無影響²⁸¹。

下一個問題是：在被侵害者與專業私人救助者所組成的防衛共同體關係中，在

²⁷⁹ Vgl. Hammer, (Fn. 75), S. 619 f.; Stober, (Fn. 83), S. 894.; Stober, (Fn. 272), S. 263.

²⁸⁰ Vgl. Huber, (Fn. 85), S. 166.

²⁸¹ 結論相同者：Roxin/Greco, (Fn. 1), § 15 Rn. 123.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 42.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 181.; Heger, (Fn. 91), §32 Rn. 12.; Schwabe, Zum Status privater Sicherheitskräfte, ZRP 1978, S. 165 ff.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 227 ff.; Kunz, (Fn. 96), S. 987 ff.; Schulte, (Fn. 277), S. 133 f.



類型上屬於被侵害者—私人救助者的防衛共同體關係或被侵害者—國家機關的防衛共同體關係，這涉及專業私人救助者是否應受被侵害者指示限制的問題。本文認為，在本情形中的防衛共同體關係更傾向於被侵害者—私人救助者組成的防衛共同體。理由在於，首先，保全業是一種以利益為傾向的事業，其目的在於防止人為疏失、應對緊急情狀及因犯罪行為所生之損失²⁸²。除此之外，保全業法雖然要求私人保全必須進行職前訓練及在職訓練²⁸³，但由於各個保全公司規模大小差異甚大，以相當於警察機關所應具備的專業知識要求訓練所有私人保全，在現實上是難以達成的目標。相對的，警察是以公共利益為導向，並不以自由市場機制及僱主身分作為利益衡量高低標準。最後，被侵害者與私人保全間是以契約方式將被侵害者的主觀權利轉交由私人保全進行保護，因此私人保全所能擁有的權限不會超過被侵害者在法律上所能行使的範圍，在此前提下，私人保全不能以維護公共秩序、善良風俗為理由而干預他人行動，這再再都顯示出私人保全與警察在結構上有根本性的不同²⁸⁴。

基於以上說明，專業私人救助者雖然因為職業因素對於緊急情況具有專業性知識，但專業私人救助者仍是基於一般私人地位實施防衛救助行為，一般私人所享有的自我防衛及防衛救助權限，專業私人救助者皆應享有。在被侵害者與專業私人救助者的防衛共同體關係中，應適用**被侵害者與一般私人救助者間的正當防衛補充性原則**。

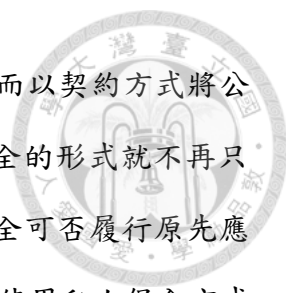
第二項 國家機關使用私人保全

相對於一般私人以契約方式使用私人保全，國家機關基於效率考量也可能以

²⁸² 楊士隆、何明洲、傅美惠（2012），保全概論，2版，頁16，五南。

²⁸³ 例如，保全業法第10條之2及保全業法施行細則第8條規定「保全業僱用保全人員應施予一週以上之職前專業訓練；對現職保全人員每個月應施予四小時以上之在職訓練。」而所謂的職前專業訓練及在職訓練的內容包含「法令常識、執行技巧、防盜、防搶、防火、防災等狀況處置之學科及術科訓練」。

²⁸⁴ Vgl. Stober, (Fn. 83), S. 893 f.; Huber, (Fn. 85), S. 139 f.; Stober, (Fn. 272), S. 262.



契約方式使用私人保全，但是，一旦國家機關為了實現公共任務而以契約方式將公權力轉移給私人保全實施危害防止任務，國家機關使用私人保全的形式就不再只是被侵害者將主觀權利保護交給私人保全，而是涉及到私人保全可否履行原先應由警察行使的危害防止任務。換句話說，國家機關是否可以透過使用私人保全方式，將危害防止的權限委託專業私人救助者行使？

在國家武力獨占原則及例外章節中（第三章、第一節），我們確立一般私人所享有的正當防衛權並非來自於國家武力獨占的授權規範，尤其認為一般私人並不具有國家機關委託私人行使公權力的適格性。然而，當一般私人角色轉變為專業私人救助者時，情形就有所不同²⁸⁵。因為，首先，私人保全相對於一般私人而言，受有搏擊、防災、防盜等專業知識，應對緊急狀況也是其主要任務設定，既然私人保全受過相關訓練，國家機關依照其防止危害需求挑選相對應的專業保全業者後，應當可以信賴私人保全具有相關專業知識並能有效防止危害²⁸⁶。

此外，私人保全不只在制度上保有審查、監督可能性，在現實上更具有審查、監督權限。依保全業法第 10 條之 2 規定私人保全必須接受職前專業訓練及在職訓練、依保全業法第 10 條規定，保全業於僱用保全人員前必須檢附名冊，送請當地主管機關審查合格後始得僱用，另外，依保全業法第 13 條，主管機關更能隨時派員攜帶證明文件，檢查保全業業務情形，保全業未提供相關訓練或未提供證明文件，得依保全業法第 16 條第 1 項及第 17 條第 2 項相關規定施以罰鍰。

更重要的是，私人保全在保護地區劃分及工作時間上往往具有侷限性，在現實社會中，私人保全往往只會保護特定地區，例如：百貨公司門口、公寓社區外部，但在逾越百貨公司或公寓社區外部的其餘地區，縱使發生具體衝突，也並非私人保全服務地區。由此可見，私人保全履行保護人民法益任務在實施地點上具視覺或結

²⁸⁵ Stober, (Fn. 83), S. 896.

²⁸⁶ Nitz, (Fn. 81), S. 313 ff.



構上的封閉性，私人保全得合法使用強制力的時間也只侷限於其上班工作時間，因此，由於私人保全具有嚴格的地區及時間限制，一般公眾不會產生公共秩序及犯罪抗制的任務全部或大部分從國家機關轉移至私人保全的印象²⁸⁷。

最後，委託專業私人保全履行危害防止任務，更符合經濟成本效益。保全業在組織的組成上具商業化性質、支付報酬及簽訂契約方式具靈活性，相對於領有固定薪資及職業升等計畫的公務員而言，雇用專業私人保全的人事成本顯然較低²⁸⁸。國家機關將危害防止任務委託專業私人保全行使公權力，更能以有效率的方式靈活地保護人民權益。因此，原則上國家機關得將危害防止任務委託給專業私人保全行使，讓負責危害防止的國家機關與專業私人保全共同協力履行公共任務，在警察與專業私人保全的合作模式中，專業私人保全往往是在緊急情境中對於個人法益保護擔任提供第一線救助的角色，警察則是基於其公權力性質擔任最終排除危害的角色²⁸⁹，因此，警察與專業私人保全將成為達成維護公共安全的雙重安全體系²⁹⁰。

不過，當國家機關將危害防止任務委託專業私人保全行使後，專業私人保全在實施國家強制力權限範圍內，就不再只是行使一般私人的正當防衛權，而是在行使公權力。因為，專業私人保全的強制力行使權限既然來自於國家，就必須假定國家是以直接或間接控制方式親自履行危害防止任務，專業私人保全僅只是國家在具

²⁸⁷ Vgl. Hammer, (Fn. 75), S. 619 f.

²⁸⁸ Huber, Das Berufsbeamtentum im Umbruch, Die Verwaltung 1996, S. 437.; Huber, (Fn. 85), S. 158.; Greifield, Öffentliche Sachherrschaft und Polizeimonopol, DöV 1981, S. 906. 中文文獻：章光明（2006），〈論保全的治安角色〉，中華保全協會（編），《2006 全國保全論文集：學術篇》，頁 1-4~頁 1-5；傅美惠（2005），〈如何建構適合我國國情之保全業法制—兼論我國保全業之修正與方向〉，《中央警察大學法學論集》，第 10 期，頁 177-178；Hartmut Bauer（著），李建良（譯），前揭註 85，頁 90；李震山，前揭註 82，頁 30-31。

²⁸⁹ Peilert, (Fn. 84), S. 283.

²⁹⁰ Pitschas, (Fn. 81), S. 398.; Peilert, (Fn. 84), S. 282.; Schulte, (Fn. 277), S. 135. 中文文獻：郭志裕（2009），〈私人保全發揮犯罪預防功能之研究—以德菲研究法探討〉，《警學叢刊》，第 39 卷第 4 期，頁 89-91；呂秉翰、范國勇（2006），〈保全業法相關問題之檢討、分析與評估〉，《警學叢刊》，第 37 卷第 2 期，頁 98；許春金（2001），〈論犯罪預防多元化—民間犯罪預防（警衛）之興起〉，《中央警察大學犯罪防治學報》，第 2 期，頁 2。

體衝突發生時無法到場而替代履行危害防止任務之人²⁹¹。因此，縱使國家機關在具體衝突發生時不在場，只要國家機關事前將公權力讓予專業私人保全，專業私人保全就等同於是廣義的國家在場救助者，事前得到公權力權限的專業私人保全與被侵害者間關係，應適用被侵害者與國家機關的正當防衛補充性原則²⁹²。否則，將會忽略國家危害防止任務與被侵害者主觀權利保護具有本質性的不同，並導致被侵害者可以間接干預國家機關任務執行。

第三節 私人救助者不在場提供防衛救助

第一項 在具體衝突發生時優先向不在場私人救助者請求救助之法律義務

通說見解認為，當私人救助者不在場，在具體衝突發生時，被侵害者無須優先向私人救助者請求救助。因為，被侵害者無從得知私人救助者是否具救助意願，因此，當私人救助者的救助意願不確定時，被侵害者無須優先向私人救助者請求救助²⁹³。

然而，有學說見解進一步認為，雖然當私人救助者不在場，在具體衝突發生時，被侵害者原則上無須優先向私人救助者請求救助，不過，這樣的原則有兩大例外：第一、當課予被侵害者優先向私人救助者請求救助的法律義務，能夠對於侵害者利益干預程度更低時，縱使不確定私人救助者是否具救助意願，仍然應課予被侵害者優先向其請求救助的法律義務。第二、如果私人救助者的救助意願可以事先確定，例如被侵害者打電話給正在附近的私人保全或隨時準備提供救助的朋友，當被侵害者在無法以自我防衛手段成功防止侵害，且私人救助者的救助沒有時間延遲或時間延遲不明顯的情形中，可以認為被侵害者具有優先向私人救助者防衛請求救

²⁹¹ Hammer, (Fn. 75), S. 619 f.; Bracher, (Fn. 85), S. 233.; Huber, (Fn. 85), S. 146.; Schulte, (Fn. 277), S. 135.

²⁹² 結論相同：Huber, (Fn. 85), S. 146 f.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 234.; Schulte, (Fn. 277), S. 135. 但主要是從比例原則角度切入，認為如果私人與私人保全間適用私人—私人的防衛共同體關係，國家機關可以故意藉此方式規避比例原則適用，使得比例原則對於公權力控制機能徹底喪失。

²⁹³ Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 41.; Erb, (Fn. 58), § 32 Rn. 141.



助的法律義務²⁹⁴。

本文認為，通說見解無論在結論上或在論理上都較為可採。首先，從必要性要件的角度切入，當私人救助者不在場時，原則上客觀第三人自始就無從觀察私人救助者是否具救助意願，被侵害者與不在場私人救助者間並不組成防衛共同體關係，被侵害者的潛在防衛行為選擇自始無須考量私人救助者的救助行為，被侵害者無須優先向私人救助者請求救助，這與干預侵害者利益程度高低並無關聯。

此外，縱使客觀第三人可以從事前角度確定私人救助者的救助意願，被侵害者也無須負擔優先向私人救助者請求救助的法律義務。否則，等於是要求被侵害者負有容忍不法侵害以等待私人救助者到場救助義務，而這會導致：被侵害者無論如何都會因而負擔額外法益受損風險。在本情形中，縱使私人救助者距離具體衝突現場距離不遠、私人救助者的救助對於被侵害者而言易於取得，關鍵性的問題仍然是，部分學說所說的「私人救助者的救助沒有時間延遲」前提，在現實上是不可能實現的前提條件。當私人救助者不在場而儘速趕往現場時，被侵害者在面對現在不法侵害當下，仍是處於孤立無援而無其餘潛在防衛行為可以選擇的緊急情境之中，不在場但距離很近的私人救助者無法被認為是廣義的在場救助者。因此，當私人救助者不在場時，在具體衝突中，被侵害者可以直接向侵害者實施必要防衛行為。

第二項 在具體衝突發生前優先向不在場私人救助者請求救助之法律義務

正當防衛作為國家武力獨占的例外容許規範，被侵害者只有在面對現在不法侵害時，始得合法使用武力，因此，在具體衝突發生前，被侵害者不得為了避免侵害在未來發生，就預先採取防衛手段。例如：私人 A 某日上午偶然聽聞 B 將在今晚侵入自家住宅行竊，A 為避免 B 侵入住宅行竊，在下午時就預先前往 B 宅將 B 擊倒在地。在本案例中，B 所計畫的不法侵害尚未對於 A 的財產法益產生具體危

²⁹⁴ Sengbusch, (Fn. 5), S. 223 f. Ähnlich, Bitzilekis, (Fn. 77), S. 74.



險，這並不符合正當防衛要件，因此，A 必須優先使用司法保護手段。

不過，如果 A 不是前往 B 宅將 B 擊倒在地，而是透過在自家住宅門鎖及窗戶外加設電網方式，以達到預防他人侵害手段，依照通說見解，因為預防性防衛手段一方面是在他人不法侵害達到現在性階段時才會發揮作用，另一方面，侵害者透過試圖克服或破壞該預防性措施也已經展現出其行為的特殊危險性，因此，原則上得容許私人先行行使預防性防衛手段²⁹⁵。除了在自家門宅裝設電網的典型案例外，私人也可以預先委託私人保全公司，僱用私人保全隨侍在側，等到他人實施現在不法侵害時，以適當必要防衛手段防止侵害。

對於被侵害者而言，預防性防衛手段的使用雖然是一種權利行使，不過，如果我們要求被侵害者在具體衝突發生前，必須負擔優先向不在場私人救助者請求救助的法律義務，並在私人救助者未優先履行該法律義務時，封鎖被侵害者在具體衝突時的防衛權利，該限制是否具正當理由，必須詳細予以探討。

本文認為，該限制不具正當理由。因為，正當防衛作為國家武力獨占例外，立法者既然只容許私人在面對現在不法侵害時合法使用武力，並透過設定警察法相關法規，就顯示出立法者將危害防止的計畫性、組織性權限交付給國家及其機關。因此，在立法者預設的法律秩序中，被侵害者在得知他人即將實施不法侵害時，第一個需要考慮的不是自我武裝或尋求其他私人救助，而是應該優先向負責危害防止的國家機關尋求救助²⁹⁶。

此外，要求被侵害者進行預防性武裝將使得私人間產生互相重新武裝的危險，這種危險全然不可控制，更甚至會使得國家武力獨占的意義徹底消失，當被侵害者

²⁹⁵ Roxin/Greco, (Fn. 1), §15 Rn. 51.; Perron/Eisele, (Fn. 16), §32 Rn. 37a.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 173ff.; Kindhäuser, (Fn. 104), §32 Rn. 137 ff. 中文文獻：林鈺雄，前揭註 1，頁 249-250；林書楷，前揭註 1，頁 135-136。對於預防性防衛手段的爭議，困難之處往往出現在該防衛手段是否可以符合必要性要素審查，關於此爭議的分析可參考：Lauth, (Fn. 123), S. 92 ff.

²⁹⁶ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 226.; Schlüchter, Antizipierte Notwehr. in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 316.

負有預防性武裝義務時，這對於國家機關的武力調控而言是難以管理及控制的²⁹⁷。

最後，縱使在具體衝突前課予被侵害者優先向不在場私人救助者請求救助的法律義務，在具體衝突發生時，被侵害者的主觀權利仍處於正在被他人恣意干預的情境之中，被侵害者在具體衝突發生時防衛權限受限制的形式及實質正當性仍有重大疑慮。

基於以上說明，當私人救助者不在場時，在具體衝突發生前，被侵害者可以直接向侵害者實施必要防衛行為²⁹⁸。

第四節 本章結論

私人救助者所享有的防衛救助是可以自由選擇行使與否的權利，而非必須履行的義務，因此，只有當客觀第三人從事前角度足以觀察出在場私人願意提供救助時，被侵害者才需要將在場私人救助者的防衛救助手段納入潛在防衛行為選擇考量。此外，私人救助者的防衛救助權利，是來自於被侵害者的授權，因此，在防衛共同體關係中，私人救助者必須受到被侵害者的指示限制。

在確立被侵害者與在場私人救助者組成防衛共同體關係後，當在場私人救助者提供防衛救助時，自我防衛之必要性必須區分以下情形判斷：

一、當在場私人救助者得透過干預程度較低的防衛救助行為有效防衛侵害時，被侵害者雖然具有使用防衛救助權利，但不負優先利用防衛救助的法律義務。被侵害者可以自由選擇利用防衛救助，或利用不超出防衛救助干預強度的自我防衛。

二、當在場私人救助者得透過干預程度較高的防衛救助行為有效防衛侵害時，

²⁹⁷ Vgl. Sengbusch, (Fn. 5), S. 226.

²⁹⁸ 結論相同：Erb, Zur Notwehr: Lebensnahe Betrachtung, keine feindstrafrechtlichen Attitüden, sachgerechte Berücksichtigung von Provokationen - und dazu eine außergewöhnliche Variante des Erlaubnistatbestandsirrtums, HRRS 2013 Heft 4, S. 113 f.; Perron/Eisele, (Fn. 16), Rn. 41.; Erb, (Fn. 58), §32 Rn. 139.; Sengbusch, (Fn. 5), S. 225 f.; Schlüchter, (Fn. 296), S. 316.

被侵害者可以選擇自我防衛，或利用不超出自我防衛干預強度的防衛救助。

三、當在場私人救助者得透過干預程度較相同的防衛救助行為有效防衛侵害時，在另一方尚未實施防衛行為時，由捷足先登者取得阻卻違法效力。但是在雙方同時實施防衛行為時，只有被侵害者的自我防衛行為具必要性。

而當在場專業私人救助者提供防衛救助時，自我防衛之必要性必須區分以下情形判斷：

一、在私人使用私人保全情形中，在被侵害者與專業在場私人救助者的防衛共同體關係中，應適用被侵害者與一般私人救助者的正當防衛補充性原則。

二、在國家機關使用私人保全情形中，私人保全就等同於是廣義的國家在場救助者，在被侵害者與專業在場私人救助者的防衛共同體關係中，應適用被侵害者與國家機關的正當防衛補充性原則。

最後，當私人救助者不在場時，無論在具體衝突發生時或具體衝突發生前，被侵害者縱使未優先向私人救助者請求救助，也可以直接實施必要防衛行為。

※私人救助者在場提供救助時，自我防衛行為之必要性



在場私人救助者提供救助	自我防衛行為之必要性
1. 私人救助者得透過 干預程度較低 的防衛救助行為	被侵害者得利用 不超出防衛救助干預強度的自我防衛 (避免對於侵害者造成過高侵害+保障被侵害者主觀權利意義)
2. 私人救助者得透過 干預程度較高 的防衛救助行為	符合必要性 (避免對於侵害者造成過高侵害)
3. 私人救助者得透過 干預程度相同 的防衛救助行為	1. 在另一方尚未實施防衛行為時： 由 捷足先登者 取得阻卻違法效力 2. 雙方同時實施防衛行為時： 符合必要性 (被侵害者居於決定性主導地位)

※專業私人救助者在場提供救助時，自我防衛行為之必要性

專業私人救助者提供救助	自我防衛行為之必要性
1. 私人使用私人保全	適用 被侵害者—私人救助者 的正當防衛補充性原則 (私人保全是 以利益為傾向)
2. 國家機關使用私人保全	適用 被侵害者—國家機關 的正當防衛補充性原則 (私人保全是 廣義在場國家救助者)

※私人救助者不在場救助時，自我防衛行為之必要性

私人救助者不在場救助時	自我防衛行為之必要性
1.在具體衝突發生時	符合必要性 (避免被侵害者主觀權利保護落空)
2.在具體衝突發生前	符合必要性 (被侵害者主觀權利保護需求並未下降)

第七章 結論



本文所探討的主題是正當防衛之補充性原則。通說見解主張，當負責危害防止任務的國家機關在場、有保護人民意願時，被侵害者防衛行為必須補充於國家危害防止行為，不得逕自實施防衛行為，並將其稱之為「正當防衛補充性原則」。正當防衛補充性原則的意義有兩個：第一、正當防衛與國家機關危害防止行為具補充關係。被侵害者在實施防衛行為時，必須將在場國家機關的危害防止行為一併納入潛在防衛行為選擇考量，不得只考量自我防衛行為。第二、被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為，不得逕自實施自我防衛行為。後者似乎削弱正當防衛無須退避的銳利性特色。因此在第二章中首先探討正當防衛理論基礎，本文依循純粹保護個人權利、純粹維護法秩序以及同時保護個人權利及維護法秩序的不同進路切入分析，並指出「正當防衛理論基礎」及「正當防衛權利限制」應區分觀察，正當防衛理論基礎只在於保護個人主觀權利領域整全性，至於正當防衛權利限制則應依比例原則進行審查。

在第三章中，首先探討國家武力獨占原則及其例外，並指出正當防衛是國家武力獨占的例外容許規範。因此，在具體衝突發生時，如果同時有警察在場，被侵害者與警察間的角色應定性為私人防衛行為與國家機關危害防止行為間的權限衝突。通說見解主張，正當防衛與國家機關危害防止行為具補充關係。此一結論具說服力而可以支持，被侵害者在潛在防衛手段選擇上，必須將國家機關合法危害防止行為一併納入考量。

在第四章中，則針對正當防衛補充性原則應以哪一個正當防衛要件作為聯繫因素進行分析。在防衛情狀中，縱使國家機關或私人救助者在場，也無法改變侵害者所實施的不法侵害性質，仍具防衛情狀。在防衛手段審查中，合宜性要件自始不應存在於正當防衛要件設定之中。因此，將防衛手段中的必要性要件認定為正當防衛補充性原則的聯繫因素，最為合理。必要性要件除了必須審查被侵害者是否在所



有有效防衛手段中選擇侵害最小者之外，在被侵害者的數個有效防衛手段侵害程度相同時，也必須審查被侵害者是否優先採取在場國家機關危害防止行為。

被侵害者是否必須優先利用國家機關危害防止行為，取決在具體個案中該防衛行為能否符合必要性要件，因此，在第五章中，首先探討當國家機關提供救助時防衛行為之必要性：

一、當國家機關得透過干預程度較低或干預程度相同的危害防止行為有效防衛侵害時，被侵害者必須優先利用國家機關危害防止行為，被侵害者如果實施防衛行為，該防衛行為欠缺必要性。

二、當國家機關透過干預程度較高的危害防止行為、失敗風險較高的危害防止行為有效防衛侵害或國家機關不願積極介入衝突時，被侵害者直接實施的防衛行為仍具必要性。至於，當國家機關欠缺公法授權而仍選擇介入衝突時，被侵害者直接實施的防衛行為是否具必要性，取決於警察防衛救助行為與防衛行為間的干預程度。

三、就算是國家機關與私人救助者同時在場提供救助，被侵害者的防衛權利也不因自我防衛或防衛救助而有所不同。

四、當國家機關不在場時，無論在具體衝突發生時或具體衝突發生前，被侵害者縱使未優先向國家機關請求救助，也可以直接實施必要防衛行為。

在第六章中，則探討當私人救助者提供防衛救助時自我防衛之必要性。

一、當在場私人救助者得透過干預程度較低的防衛救助行為有效防衛侵害時，被侵害者雖然具有使用防衛救助權利，但不負優先利用防衛救助的法律義務。被侵害者可以自由選擇利用防衛救助，或利用不超出防衛救助干預強度的自我防衛。

二、當在場私人救助者得透過干預程度較高的防衛救助行為有效防衛侵害時，



被侵害者可以選擇自我防衛，或利用不超出自我防衛干預強度的防衛救助。

三、當在場私人救助者得透過干預程度較相同的防衛救助行為有效防衛侵害時，在另一方尚未實施防衛行為時，由捷足先登者取得阻卻違法效力。但是在雙方同時實施防衛行為時，只有被侵害者的自我防衛行為具必要性。

四、當在場專業私人救助者提供防衛救助時，自我防衛之必要性必須區分以下情形判斷：

(一)在私人使用私人保全情形中，在被侵害者與專業在場私人救助者的防衛共同體關係中，應適用被侵害者與一般私人救助者的正當防衛補充性原則。

(二)在國家機關使用私人保全情形中，私人保全就等同於是廣義的國家在場救助者，在被侵害者與專業在場私人救助者的防衛共同體關係中，應適用被侵害者與國家機關的正當防衛補充性原則。

五、當私人救助者不在場時，無論在具體衝突發生時或具體衝突發生前，被侵害者縱使未優先向私人救助者請求救助，也可以直接實施必要防衛行為。

基於以上說明，本文認為，正當防衛補充性原則的意義只在於：(1)確立正當防衛與國家危害防止行為的補充關係，被侵害者在決定潛在防衛手段時必須將國家機關合法危害防止行為一併納入考量，以及(2)確立自我防衛與私人救助者防衛救助行為的補充關係，當客觀第三人從事前角度足以認識私人救助者願意進行救助時，被侵害者必須將防衛救助行為一併納入考量。至於被侵害者是否應優先利用國家機關危害防止行為，或被侵害者是否應優先利用防衛救助行為，都只需要透過必要性要件進行審查即可。

參考文獻



一、中文部分

(一) 專書

- 王皇玉 (2022),《刑法總則》,8版,新學林。
- 吳庚、陳淳文 (2021),《憲法理論與政府體制》,7版,三民。
- 李震山 (2007),《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》,2版,元照。
- 林明鏘 (2021),《行政法講義》,6版,新學林。
- 林書楷 (2020),《刑法總則》,5版,五南。
- 林鈺雄 (2022),《新刑法總則》,10版,元照。
- 許育典 (2021),《憲法》,11版,元照。
- 許澤天 (2023),《刑法總則》,4版,新學林。
- 陳敏 (2016),《行政法總論》,9版,新學林。
- 陳景發 (2021),《警械使用之法的制約》,初版,元照。
- 陳景發 (2022),《警察法規基礎講義》,初版,元照。
- 黃榮堅 (2012),《基礎刑法學(上)》,4版,元照。
- 楊士隆、何明洲、傅美惠 (2012),《保全概論》,2版,五南。

(二) 期刊及論文集論文

- Hartmut Bauer (著), 李建良 (譯) (2012),〈民營化時代的行政法新趨勢〉, 李建良 (編),《2011 行政管制與行政爭訟—民營化時代的行政法新趨勢》, 頁 83-112, 中央研究院法律學研究所。
- Jan Ziekow (著), 詹鎮榮 (譯) (2010),〈從德國憲法與行政法觀點論公私協力—挑戰與發展〉,《月旦法學雜誌》, 第 180 期, 頁 220-236。
- 方文宗 (2019),〈警械使用正當性之刑法界限〉,《東海大學法學研究》, 第 57



期，頁 51-85。

古承宗 (2018)，〈正當防衛的法釋義結構與流變—法制史面向的考察〉，《裁判時報》，第 78 期，頁 58-75。

----- (2018)，〈正當防衛之「為達（防衛）目的所需」要件〉，《月旦法學教室》，第 190 期，頁 21-24。

朱金池 (2007)，〈警察機關與私人安全產業間關係之研究〉，《警政論叢》，第 7 期，頁 1-13。

呂秉翰、范國勇 (2006)，〈保全業法相關問題之檢討、分析與評估〉，《警學叢刊》，第 37 卷第 2 期，頁 97-118。

李建良 (2019)，〈正當防衛、比例原則與特別犧牲—刑法與憲法的思維方法與理路比較〉，《月旦法學雜誌》，第 291 期，頁 1-35。

李聖傑 (2010)，〈刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考〉，《政大法學評論》，第 115 期，頁 1-54。

李震山 (1990)，〈私人參與警察任務執行之法律觀〉，《警政學報》，第 17 期，頁 1-39。

周漾沂 (2019)，〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期，頁 1223-1278。

林明鏘 (2010)，〈由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 39 卷第 4 期，頁 167-212。

林明鏘 (2016)，〈民營化的基本法律問題—兼論治安任務民營化的可能性〉，葛克昌教授祝壽論文集編輯委員會（編），《租稅正義與人權保障：葛克昌教授祝壽論文集》，頁 13-78，新學林。

林昱梅 (2003)，〈警察任務民營化理論初探〉，《月旦法學雜誌》，第 102 期，頁 56-73。

孫迺翊 (2006)，〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係



- 為中心》，《國立臺灣大學法學論叢》，第 35 卷第 6 期，頁 241-290。
- 高金桂（2012），〈不作為犯與保證人義務〉，《軍法專刊》，第 58 卷第 5 期，頁 146-167。
- 張天一（2016），〈由「勒斃竊賊案」判決論過當防衛之判斷—評臺灣高等法院 105 年度上易字第 1232 號判決〉，《月旦刑事法評論》，第 3 期，頁 94-109。
- 章光明（2006），〈論保全的治安角色〉，中華保全協會（編），《2006 全國保全論文集：學術篇》，頁 1-0~1-8。
- 章惠傑（2017），〈警察人員使用警槍之法規範暨階段性程序之探討—以日本法制為例〉，《警政論叢》，第 17 期，頁 1-35。
- 許志雄（2002），〈國家權力的正當性與界限〉，黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀論文集：公法學篇（一）》，頁 17-30，新學林。
- 許宗力（2003），〈基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，頁 64-74。
- （2007），〈論行政任務的民營化〉，《法與國家權力（二）》，頁 427-458，元照。
- 許恒達（2016），〈從個人保護原則重構正當防衛〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 45 卷第 1 期，頁 315-393。
- （2018），〈員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛爭議——評最高法院 105 年度台非字第 88 號刑事判決與其歷審裁判〉，《月旦法學雜誌》，第 276 期，頁 22-42。
- （2020），〈過失犯罪與正當防衛〉，《月旦法學教室》，第 207 期，頁 38-52。
- 許春金（2001），〈論犯罪預防多元化—民間犯罪預防（警衛）之興起〉，《中央警察大學犯罪防治學報》，第 2 期，頁 1-27。
- 許澤天（2012），〈強加防衛〉，《月旦法學教室》，第 111 期，頁 45-47。
- （2023），〈免除罪責防衛過當的建構—與誤想防衛的交錯適用〉，《台灣法律人》，第 21 期，頁 42-51。



- 郭志裕 (2009),〈私人保全發揮犯罪預防功能之研究—以德菲研究法探討〉,《警學叢刊》,第 39 卷第 4 期,頁 71-96。
- 陳正根 (2009),〈警察致命射擊之法規探討—從我國法與德國法之觀察〉,《台灣法學雜誌》,第 133 期,頁 47-66。
- 陳愛娥 (2003),〈國家角色變遷下的行政任務〉,《月旦法學教室》,第 3 期,頁 104-111。
- 傅美惠 (2005),〈如何建構適合我國國情之保全業法制—兼論我國保全業之修正與方向〉,《中央警察大學法學論集》,第 10 期,頁 131-186。
- 黃富源、郭志裕、王君暉 (2008),〈新世紀私人保全事業的回顧與展望〉,《警學叢刊》,第 38 卷第 6 期,頁 1-21。
- 黃朝義 (2015),〈警察用槍規範與審查機制—兼論其他警械使用〉,《中央警察大學法學論集》,第 29 期,頁 1-81。
- 楊雲驊 (2014),〈「公民與政治權利國際公約」第 7 條對國內法之效力：以預防性刑求為中心〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 43 卷特刊,頁 957-1029。
- 詹鎮榮 (2003),〈論民營化類型中之「公私協力」〉,《月旦法學雜誌》,第 102 期,頁 8-29。
- 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》,第 91 期,頁 339-410。
- (2008),〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 37 卷第 1 期,頁 163-223。
- 鄭文竹 (2009),〈警察機關與保全業互動合作之探討〉,《警政論叢》,第 9 期,頁 297-320。
- 蕭文生 (2009),〈自法律觀點論私人參與公共任務之執行—以受委託行使公權力之人為中心〉,氏著,《國家·地方自治·行政秩序》,頁 153-197,元照。
- 薛智仁 (2011),〈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》，第 182 期，頁 182-188。
- (2012)，〈竊盜罪之所有意圖概念〉，《台灣法學雜誌》，第 205 期，頁 153-167。
- (2015)，〈刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 44 卷第 2 期，頁 599-664。
- (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》，第 16 期，頁 1-70。
- (2016)，〈傷害致死罪之防衛過當—評士林地方法院 104 年度易字第 628 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 49 期，頁 38-48。
- (2019)，〈正當防衛與比例原則〉，《月旦法學雜誌》，第 291 期，頁 49-71。
- (2019)，〈阻卻不法之緊急避難：法理基礎、適用範圍與利益權衡標準〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期，頁 1147-1221。
- (2020)，〈肇事逃逸罪之合憲性—評釋字第 777 號解釋〉，《月旦裁判時報》，第 92 期，頁 78-97。
- (2021)，〈不法挑唆與正當防衛〉，《中研院法學期刊》，第 28 期，頁 1-72。
- (2021)，〈被害人學作為詐欺罪之解釋準則？—最高法院 109 年度台上字第 3699 號刑事判決〉，《台灣法律人》，第 4 期，頁 178-189。
- (2022)，〈刑法解釋與適用之憲法界限—近期刑事判決之綜合評析〉，《興大法學》，第 32 期，頁 1-105。
- (2022)，〈參與被害人自我危害之結果歸責—最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決〉，《台灣法律人》，第 16 期，頁 146-162。
- 謝榮堂、周佳宥 (2009)，〈論國家保護義務〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 3 期，頁 45-71。

謝碩駿 (2012),〈論私人參與國家機關之資訊蒐集活動—以線民之遴選運用及電信業者之協力義務為中心〉,《高大法學論叢》,第7卷第2期,頁145-203。

----- (2018),〈憲法概括性權利保障條款之解釋——德國法的觀察〉,《月旦法學雜誌》,第273期,頁47-71。

顏厥安 (2004),〈生命倫理與規範論證〉,氏著,《鼠肝與蟲臂的管制》,頁77-120,元照。

(三) 學位論文

周漾沂 (2005),《被害人自陷風險對於行為人不法之作用》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

二、英文文獻

(一) 專書

Robert Reiner. (2000). *The Politics of the Police*. New York: Oxford University.

(二) 期刊及論文集論文

Eugene A. Paoline & William Terrill. (2007). Police Education, Experience, and the Use of Force, *Criminal Justice and Behavior* 34(2), 179- 196.

Janet Chan. (1996). Changing police culture: Policing in a Multicultural Society, *The British Journal of Criminology* 13(1), 109-134

Jeffrey S. Nowacki & Tyrell Spencer. (2019). Police discretion, organizational characteristics, and traffic stops: An analysis of racial disparity in Illinois, *International Journal of Police Science & Management* 21(1), 4-16.

三、德文文獻

(一) 教科書

Baumann, J./Weber, U. /Mitsch, W. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (11. Aufl.). Bielefeld: Gieseking.



Frister, H. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (9. Aufl.). München: C.H. Beck.

Jakobs, G. (1993). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (2. Aufl.). Berlin: De Gruyter.

Kindhäuser, U. (2008). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (3. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.

Kühl, K. (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (8. Aufl.). München: Vahlen.

Maurer, H. (2009), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. (17 Aufl.). München: C.H. Beck.

Rengier, R. (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (11. Aufl.). München: C.H. Beck.

Roxin, C./Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (5. Aufl., Band I). München: C.H. Beck.

(二) 註釋書

Isensee, J./ Kirchhof, P. (Hrsg.) (2006), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. (3. Aufl., Band IV). Heidelberg u.a.: C.F. Müller

Isensee, J./ Kirchhof, P. (Hrsg.) (2009), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. (3 Aufl., Band VII.). Heidelberg u.a.: C.F. Müller.

Matt, H./Renzikowski, J. (Hrsg.) (2013). *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Vahlen.

Joecks, W./Miebach, K. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Aufl., Band. I). München: C.H. Beck.

Schönke, A./Schröder, H. (Hrsg.) (2019). *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl.). München: C.H. Beck.

v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.) (2010), *Kommentar zum Grundgesetz*, (6. Aufl., Band. II.). München: C.H. Beck.

Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U./Saliger, F. (Hrsg.) (2023). *NomosKommentar Strafgesetzbuch* (6. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.

Lackner, K./Kühl, K./Heger, M. (Hrsg.) (2023). *Strafgesetzbuch* (30. Aufl.). München: C.H.Beck.



(三) 專書

- Bitzilekis, N. (1984). *Die neue Tendenz der Einschränkung des Notwehrrechts- unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*. Berlin: Dunker & Humblot.
- Bracher, C. (1987). *Gefahrenabwehr durch Private: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Grenzen der Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private und der staatlichen Zulassung privater Gefahrenabwehr*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Engländer, A. (2008). *Grund und Grenzen der Nothilfe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Felber, R. (1979). *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*. München: C.H.Beck.
- Haas, R. (1978). *Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik*. Frankfurt am Mein: Peter Lang.
- Heller, F. (2004). *Die aufgedrängte Nothilfe*. Aachen: Shaker.
- Hillenkamp, T. (2012). *32 Probleme aus dem Strafrecht allgemeiner Teil*. 14. Aufl. München: Vahlen.
- Huber, F. (2000). *Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland und den USA*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Jahn, M. (2004). *Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Klingbeil, S. (2017). *Die Not- und Selbsthilferechte: Eine dogmatische Rekonstruktion*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kroß, A. (2004). *Notwehr gegen Schweigegelderpressung*. Berlin: Duncker & Humblot



- Lauth, R. (2004). *Antizipierte Notwehr*. Berlin: Logos.
- Lesch, H. (2000). *Notwehrrecht und Beratungsschutz: Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*. Paderborn u.a.: Schöningh.
- Mitsch, W. (2004). *Rechtfertigung und Opferverhalten*. Hamburg: Dr. Kovač.
- Möstl, M. (2002). *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Müller, C. (2007). *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin: Logos.
- Nitz, G. (2000). *Private und öffentliche Sicherheit*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Pawlik, M. (2002). *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin: De Gruyter.
- Renzikowski, J. (1994). *Notstand und Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schünemann, B. (1985). *Selbsthilfe im Rechtssystem: eine dogmatische Studie am Beispiel der §§227, 229 ff. BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Seeberg, R. (2005). *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*. Frankfurt am Main u.a.: Peter Lang.
- Sengbusch, R. (2008). *Die Subsidiarität der Notwehr: Zum Verhältnis von eigenhändiger Verteidigung und der Abwehr eines Angriffs durch staatliche oder private Helfer*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Wagenländer, G. (2006). *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Wagner, H. (1984). *Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung*. Berlin: Duncker & Humblot.



Weber, M. (1980). *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der Verstehenden Soziologie*.

Tübingen: Mohr Siebeck.

Weiner, B. (2001). *Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben*. Frankfurt am

Mein u.a.: Peter Lang.

(三) 期刊及論文集論文

Amelung, K. (1977). Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, 833-840.

----- (1986). Die rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten. *Juristische Schulung*, 1986, 329-337.

Amelung, K./ Kilian, I. (2003). Die Dresdner Notwehrstudie: Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung. Erste Ergebnisse der Dresdner Notwehrrhebung. in: K. Amelung u. a. (Hrsg.), *Strafrecht- Biorecht- Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, 3-11. Heidelberg: Nomos.

Beaucamp, G. (2003). §§ 32, 34 StGB als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Eingreifen. *Juristische Arbeitsblätter*, 2003, 402-405.

Becker, H. (1995). Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers. Der Ewige Landfriede- vor 500 Jahren. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 2077-2081.

Béguelin, J. (2013). Die Subsidiarität der Notwehr als entscheidendes Kriterium für die Frage, ob Polizeibeamte sich auf § 32 StGB berufen dürfen. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, 473-487.

Beisel, D. (1998). Straf- und verfassungsrechtliche Problematiken des finalen Rettungsschusses. *Juristische Arbeitsblätter*, 1998, 721-727.

Bernsmann, K. (1992). Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht

lebensbedrohlichen Angriffen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104, 290-327.

Bertuleit, A. (1989). Verwerflichkeit von Sitzblockaden. *Juristische Arbeitsblätter*, 1989, 331-346.

Blei, H. (1955). Probleme des Polizeilichen Waffengebrauches. *Juristen Zeitung* 1955, 625-631.

Bock, S. (2019). Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 131, 555-575.

Bockelmann, P. (1977). Notrechtsbefugnisse der Polizei. in: Hans-Heinrich Jescheck, Hans Lütter (Hrsg.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*. 235-250. Berlin: Walter de Gruyter.

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

----- (2016). Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke. *Neue Kriminalpolitik*, 2016, 172-192.

Burchard, H. (2012). "Räuber oder Gendarm?" Notwehr gegen unangekündigte Hausdurchsuchungen im Spiegel deutsch-amerikanischer Rechtsvergleichung, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2012, 421-453.

Burr, C. (1996). Notwehr und staatliches Gewaltmonopol. *Juristische Rundschau*, 1996, 230-232.

Calliess, C. (2006). Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. *Juristen Zeitung*, 2006, 321-330.

Eisele, J. (2020). BGH 21.11.2019 - 4 StR 166/19: Strafrecht AT:

Erlaubnistatbestandsirrtum. *Juristische Schulung*, 2020, 985-987.

Erb, V. (2005). Nothilfe durch Folter. *Juristische Ausbildung*, 2005, 24-30.

----- (2005). Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2005, 593-601.

----- (2006). Notwehr bei präsenter staatlicher Hilfe, in: R. Griesbaum u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*. 181-190. Berlin: BWV.

----- (2009). Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 108, 266-299.

----- (2011). Zur Aushöhlung des Notwehrrechts durch lebensfremde tatrichterliche Unterstellungen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, 186-193.

----- (2013). Zur Notwehr: Lebensnahe Betrachtung, keine feindstrafrechtlichen Attitüden, sachgerechte Berücksichtigung von Provokationen - und dazu eine außergewöhnliche Variante des Erlaubnistatbestandsirrtums. *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013, 113-117.

----- (2021). Zu den Grenzen der Notwehr – eine notwehrfreundliche Entscheidung des BGH: Hinweis an das Tatgericht für die erneute Hauptverhandlung: BGH, Beschluss vom 21. November 2019 – 4 StR 166/19. *Juristische Rundschau*, 2021, 42-44.

Eser, A. (1990). Irritationen um das „Fernziel“: zur Verwerflichkeitsrechtsprechung bei Sitzblockaden, in: B. Töpfer (Hrsg.), *Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck. 35-53.

----- (2010). Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr.

Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten "Rettungsfolter", in: F. Herzog u.a. (Hrsg.),



- Festschrift für Winfried Hassemer*, 713-727. Heidelberg: C.F. Müller.
- Fahl, C. (2007). Neue „sozialethische Einschränkung“ der Notwehr: „Folter“.
Juristische Ausbildung, 2007, 743-753.
- Frister, H. (1988). Die Notwehr im System der Notrechte. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, 291-316.
- Geilen, G. (1981). Notwehr und Notwehrexzess. *Juristische Ausbildung* 1981, 200-210.
- Graul, E. (1995). Notwehr oder Putativnotwehr – Wo ist der Unterschied?. *Juristische Schulung*, 1995, 1049-1056.
- Greco, L. (2007). Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2007, 628-643.
- (2018). Notwehr und Proportionalität. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2018, 665-683.
- (2022). Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 134, 1-96.
- Greiffield, A. (1981). Öffentliche Sachherrschaft und Polizeimonopol - Gewerbliche Ordnungsdienste im Dienst des Staates -. *Die öffentliche Verwaltung*, 1981, 906-913.
- Gusy, C. (1996). Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der “Staatsaufgabe Sicherheit“. *Die öffentliche Verwaltung*, 1996, 573-583.
- Hammer, F. (2000). Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und „schlanker Staat“, *Die öffentliche Verwaltung*, 2000, 613-621.
- Herzberg, R. (2005). Folter und Menschenwürde, *Juristische Arbeitsblätter* 2005, 321-328.
- Hoffmann-Riem, W. (1977). Übergang der Polizeigewalt auf Private?. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1977, 277-284.
- Huber, P. (1996). Das Berufsbeamtentum im Umbruch - Grundsätzliche Überlegungen

unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder -, *Die Verwaltung*, 1996, 437-463.

Isensee, J. (1982). Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates,

in: G. Müller u.a. (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel:*

Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, 23-40. Frankfurt am Main:

Helbing und Lichtenhahn.

----- (2004). Der Verfassungsstaat als Friedensgarant (I), *Die politische Meinung* Nr.

413, 85-93.

----- (2004). Der Verfassungsstaat als Friedensgarant (II), *Die politische Meinung* Nr.

414, 66-72.

Jäger, C. (2016). Das dualistische Notwehrverständnis und seine Folgen für das Recht

auf Verteidigung- zugleich eine Untersuchung zum Verhältnis der Garantienlehre zu den

sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts-, *Goldammer's Archiv für*

Strafrecht, 2016, 258-265.

Jeand'heur, B. (1994). Von der Gefahrenabwehr als staatlicher Angelegenheit zum

Einsatz privater Sicherheitskräfte - Einige rechtspolitische und verfassungsrechtliche

Anmerkungen -, *Anstalt des öffentlichen Rechts*, 114, 107-136.

Joecks, F. (1999). Universität Greifswald Erfolgreiche Notwehr, in: E. Samson/F. Denker

u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 251-265.

Baden-Baden: Nomos.

Kämmerer, J. (1996). Verfassungsstaat auf Diät?, *Juristen Zeitung* 1996, 1042-1050.

Kasiske, P. (2004). Begründung und Grenzen der Nothilfe, *Juristische Ausbildung*,

2004, 832-839.

Kaspar, J. (2013). „Rechtbewährung“ als Grundprinzip der Notwehr? Kriminologisch-

empirische und verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer Reformulierung von § 32

StGB, *Rechnungswesen*, 2013, 40-61.

----- (2014). Die Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe, *Juristische Schulung*, 2014, 769-776.

Kinnen, D. (1974). Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung, *Monatszeitschrift des Deutschen Rechts*, 1974, 631-634.

Klinkhardt, I. (1964). Die Selbsthilferechte des Amtsträgers, *Verwaltungsarchiv*, 55, 297-358.

Klose, P. (1977). Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89, 61-102.

Kniesel, M. (1996). „Innere Sicherheit“ und Grundgesetz, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996, 482-489.

Koch, B. (1992). Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104, 785-820.

Koriath, H. (2001). Einige Gedanken zur Notwehr, in: G. Britz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 361-384. München: C.H. Beck.

Kowalczyk, D. (2020). „Terror in Deutschland – Hinterbliebenengeld für Täterangehörige beim finalen Rettungsschuss“, *Juristische Arbeitsblätter*, 2020, 125-131.

Krause, F. (1979). Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1979, 329-337.

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

----- (1999). Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, in: T. Weigend/G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter.

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



- 
- Kunz, K. (1983). Die organisierte Nothilfe. Möglichkeit und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und „Bürgerwehren“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 95, 973-992.
- Lesch, H. (1993). Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.2.1993 - 3 StR 356/92 - BGHSt 39, 133, *Strafverteidiger*, 1993, 578-583.
- (2005). Die Notwehr, in: G. Widmaier/H. Lesch (Hrsg.), *Festschrift für Hans Dabs*, 81-115. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Mitsch, W. (1989). Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, *Juristische Arbeitsblätter*, 1989, 79-89.
- Merkel, R. (2007). §14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, *Juristen Zeitung*, 2007, 373-385.
- (2007). Folter und Notwehr, in: M. Pawlik/ R. Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 375-403. Köln: Carl Heymanns.
- Neuhaus, R. (2004). Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführen: strafbar!, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2004, 521-539.
- Norouzi, A. (2005). Folter in Nothilfe – geboten?!, *Juristische Arbeitsblätter*, 2005, 306-310.
- Papier, H. (2017). Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2017, 3025-3030.
- Pawlik, M. (2002). Der rechtfertigende Defensivnotstand, *Juristische Ausbildung*, 2002, 26-31
- (2002). Die Notwehr nach Kant und Hegel, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114, 259-299.
- Peilert, A. (1999). Police Private Partnership – rechtliche Vorgaben und tatsächliche Möglichkeiten für das Zusammenwirken von Sicherheitsbehörden und



- Sicherheitsgewerbe, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, 282-291.
- Peine, F. (1997). Grenzen der Privatisierung– verwaltungsrechtliche Aspekte, *Die öffentliche Verwaltung*, 1997, 353-365.
- Pelz, C. (1995). Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, 305-309.
- Perron, W. (2004). Foltern in Notwehr? in: B. Heinrich u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*. 143-154. Bielefeld: Gieseking.
- Pewestorf, A. (2009). Die Berufung des Amtsträgers auf die Jedermannrechte, *Juristische Arbeitsblätter*, 2009, 43-48.
- Pitschas, R. (1997). Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste?- Zur gesetzlichen Neuregelung der Beziehungen zwischen Polizei und Sicherheitsgewerbe-, *Die öffentliche Verwaltung*, 1997, 393-401.
- (2000). Sicherheitspartnerschaften der Polizei und Datenschutz, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, 1805-1815.
- Popp, A. (2017). Nothilfe nach erlaubter Notwehr, in: D. Jositsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, 177-190. Schulthess: Stämpfli.
- Rückert, C. (2020). BGH, 21.11.2019 - 4 StR 166/19: Erlaubnistatbestandsirrtum, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2020, 725-727.
- Rogall, K. (1992). Das Notwehrrecht des Polizeibeamteten- BayObLGSt 1911, *Juristische Schulung*, 1992, 551-559.
- (2012). „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, *Juristische Schulung*, 2012, 404-407.
- Roßnagel, A. (1983). Zum Schutz kerntechnischer Anlagen, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, 59-64.

Roxin, C. (1981). Die „sozialethische Einschränkungen“ des Notwehrrechts — Versuch einer Bilanz —, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 93, 68-104.

----- (2014). Notwehr und Rechtsbewährung, in: K. Kühl u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 391- 406. München: C.H. Beck.

Schlüchter, E. (1998). Antizipierte Notwehr. in: A. Eser u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 313-332. München: C.H. Beck.

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

Schröder, C. (2000). Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr v ermeintlichgefährlicher Angriffe, *Juristische Schulung*, 2000, 235-241.

Schulte, M. (1995). Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, 130-135.

Schwabe, J. (1974). Grenzen des Notwehrrechts, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, 670-673.

----- (1977). Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, 1902-1907.

----- (1978). Zum Status privater Sicherheitskräfte, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1978, 165-167.

Seelmann, K. (1977). Grenzen privater Nothilfe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89, 36-60.

Seier, J. (1987). Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, 2476-2483.

Sickor, Die Notwehrfähigkeit einer Zutrittsverweigerung durch Türsteher, *Juristische Ausbildung*, 2008, 14-21.

Sinn, A. (2003). Notwehr gegen nicht sorgfaltswidriges Verhalten, *Goltdammer's Archiv*



für Strafrecht, 2003, 96-108.

Stober, R. Deregulierung im Wirtschaftsverwaltungsrecht- Die Wirtschaftsverwaltung zwischen Staats- und Privatfunktion, *Die öffentliche Verwaltung*, 1995, 125-135.

----- (1997). Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, *Neue*

Juristische Wochenschrift, 1997, 889-896.

----- (2000). Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, *Die öffentliche Verwaltung*, 2000, 261-269.

Sydow, F. (1978). Forum: §34 StGB – kein neues Ermächtigungsgesetz!, *Juristische Schulung*, 1978, 222-225.

Warda, G. (1990). Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, *Jura* 1990, 344-352.

----- (1996). Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung bei der Notwehr - Strittiges in der aktuellen Diskussion, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, 405-423.

Zaczyk, R. (2004). Das Mordmerkmal der Heimtücke und die Notwehr gegen eine Erpressung, *Juristische Schulung*, 2004, 750-754.